

# 프라이브르크 學派의 形成背景과 法經濟學의 思想

閔 庚 菊

이 글의 목적은 양차대전 사이에 독일에서 형성된 프라이브르크 학파의 法經濟學의 형성배경과 그 사상적 특성을 규명함으로써 다른 학파의 법경제학과 비교할 수 있는 유용한 기초를 마련하는 데 있다. 이 학파의 법경제학은 경제학자인 오이켄과 법학자인 그로스만-되르트와 뵘의 자발적 협력으로부터 생겨난 창조적 결과이다. 이들은 歷史學派와 간섭주의적 경제정책을 극복하고 자유사회를 확립하려고 노력했던 인물들이다.

프라이브르크 학파의 특성은 다음과 같다: (1) 시장의 기능을 위한 制度의 중요성을 강조한다. (2) 경제적 효율성이 아니라 自由를 제일의 사회적 기본가치로 인정한다. (3) 目的合理性에 따른 干涉主義의 결과를 체계적으로 분석했다. 그리고 (4) 경제질서, 정치질서와 그 밖의 사회질서들의 相互依存性을 그리고 각종 정책들의 상호의존성을 강조하고 있다. 이러한 4가지 요소는 특히 주류경제학의 후생경제학과 정면대치되는 요소이다.

## 1. 序 論

오늘날 제도에 대한 관심이 고조되고 있다. 제도적 분석이 활발하게 이루어지고 있는 이유는 여러 가지가 있을 수 있을 것이다. 아마도 가장 큰 실천적 이유는 사회주의 시스템의 붕괴로 인하여 생겨난 시장경제로의 전환 문제 때문일 것이다. 그리고 이와 비슷한 맥락에서 또 다른 이유를 찾을 수 있는데, 그것은 과거의 간섭주의적 경제정책을 지양하고 시장경제를 확립하여 이를 유지하려는 관심의 고조 때문일 것이다. 이러한 관심에서부터 유래한 것이 제도적 개혁의 독일적 표현이자 독일의 고유한 정책용어인 “秩序政策”일 것이다.

이와 같은 실천적인 이유 이외에도 이론적인 이유 때문에 제도 분석에 대한 관심이 고조되고 있다. 인간들의 행동은 소득이나 시간 또는 선호에 의해서만 결정되는 것이 아니라, 그것은 다양한 종류의 행동규칙에 의해서도 결정된다는 인식에서 비롯된 것이다. 또한 경제시스템은 제도적인 틀을 전제로 하고 있다는 사실의 인식에서 비롯된 것이다.

이와 같이 제도의 분석에 대한 관심은 이론적 및 실천적 이유들의 상호작용에 의해 고조되고 있는데, 이러한 관심 중에서 오늘날에는 다양한 제도들 중에서 법적인 제도에 대한 관심은 그 어느 때보다도 가장 크게 고조되고 있다. 이러한 관심에서 생겨난 것이 法

經濟學(Law and Economics)이다. 그런데 오늘날 미국에서 확립된 주류경제학적 법경제학(특히 功利主義의인 포스너리안 법경제학)이 지배하고 있는 것 같다. 따라서 이 글의 목적은 프라이브르크 학파가 구상한 법경제학을 체계화시켜 주류경제학적 법경제학과 대비시킬 수 있는 기초를 마련하는 데 있다. 이를 위해 제2장에서는 프라이브르크 학파의 창시자들의 인적 사항을 설명하고, 이어서 이 학파의 법경제학적 사상의 형성 배경과 그 내용을 설명하고자 한다(제3장). 제4장에서는 이 학파의 법사상적 위치를 규명하고, 이어서 제5장에서는 프라이브르크 학파의 공로를 요약하고자 한다.

## 2. 프라이브르크 學派 法經濟學의 創始者들

프라이브르크 법경제학적 사상을 “秩序自由主義(Ordo-liberalismus)”라고 부르는데, 이것은 독일적 신자유주의 법사상이다. 그런데 이 신자유주의의 창시자라고 말할 때, 흔히 오이켄(W. Eucken, 1891-1950)을 연상하기 마련이다. 그러나 우리가 프라이브르크 학파의 지적인 연계들을 엄격히 추적한다면 오이켄은 이 학파의 창시자들 중 한 사람일 뿐이다.

신자유주의적 법경제학의 사상은 1930년대 나찌가 지배하고 있었던 정치적으로 매우 불리한 상황에서 프라이브르크 대학에 재직하고 있었던 오이켄과 법학자들의 자발적인 협력의 결과이다. 이 법학자들은 그로스만-도르트(H. Grossmann-Doerth, 1894-1944)와 뵘(F. Böhm, 1895-1977)이다. 이들은 매우 유사한 방법론적 입장을 견지하고 있었고, 또한 서로 보완할 수 있는 연구토픽을 다루고 있다는 것을 발견했던 것이다. 그리고 빼놓을 수 없는 사실인데, 그들은 자신들 모두가 공통적으로 개인적 자유라는 가치에 매우 우호적인 입장을 취하고 있다는 것을 발견했다. 이와 같이 오이켄을 비롯한 법학자들이 기본적인 가치신념에 대하여 일치된 생각을 가지고 있었고, 그들이 관심을 가지고 있는 연구토픽들이 서로 보완적인 것들이었기 때문에 그들은 쉽게 학문적 대화를 가질 수 있었고 또한 공동연구가 가능하였다.<sup>(1)</sup> 그리고 더욱 이것이 가능하였던 것은 그들이 모두 같은 대학에 재직하고 있었기 때문이다.

그들이 빈번히 서로 대면하여 학문적 대화를 할 수 있었고, 심지어 공동으로 세미나를 개최할 수도 있었다. 거의 동년배에 속하는 이 세 명의 학자들은 프라이브르크 학파의 삼

(1) 심지어 그들은 공동으로 논문을 발표하기도 했는데, 대표적인 논문의 예로서 Böhm, Grossmann-Doerth, and Eucken(1937, VI-XXI)을 들 수 있다.

총사라고 부를 수 있을 정도로 학문적 유대가 매우 돈독했고, 그러한 유대를 넘어서 그들의 개인적 유대도 역시 매우 돈독했다.

이 삼총사들의 생각이 어떻게 서로 보완될 수 있었는지를 이해하기 위해 세 명의 학자들의 학문적 여정을 슈트라이트(Streit(1994))에 의존하여 설명하면, 오이켄은 처음에는 튜빙겐 대학에 2년 동안 재직하다가 1927년 프라이브르크 대학으로 왔다. 당시 거의 모든 독일학자들이 그렇듯이 오이켄도 예외없이 당시 독일학계나 지식인 계층을 지배하고 있었던 역사학과에 의해 영향을 받았다. 역사학과가 석권하고 있었기 때문에 그 이외의 어떠한 경제학도 대학에서 가르킬 수가 없었다. 교수가 되기 위해서는 스미시안(Smithian)이어서는 안되고 역사학과가 되어야 했다.

그렇지만 오이켄은 연구과정에서 역사학과와 결별하지 않으면 안되었다. 결별의 계기가 되었던 것은 독일의 通貨問題에 관한 연구였다. 당시 독일은 악성인플레이션으로 시달리고 있었는데 역사학과 경제학자들은 이를 설명하거나 이를 치유할 수 있는 어떠한 처방도 제시할 수 없었다. 오이켄은 이러한 통화문제를 역사학과적 방법으로는 이론적으로나 정책적으로 해결할 수 없다는 것을 인식했다. 그는 역사학과적 방법의 무능을 참을 수 없었다. 그래서 그는 역사연구 대신에 이론적 분석으로 방향을 바꾸었던 것이다.

이 연구의 결과가 1923년에 발표한 논문 “獨逸通貨問題에 대한 批判的 考察”이었다. 오이켄은 이후에도 계속해서 통화이론 분야를 연구했는데, 다수의 논문과 함께 자본론에 관한 논문을 발표했다. 그는 특히 1934년에는 자본과 이자이론을 개발했다.<sup>(2)</sup> 이와 같이 그는 역사학과를 극복하여 통화이론이나 자본론 분야에 치중했지만, 결과적으로 볼 때 특히 1934년의 논문 “資本理論의 分析”이 이 분야에 관한 연구의 마지막이 되어 버리고 말았다. 왜냐하면 그 후 그는 다른 분야에 집착하여 결국 자본론 분야를 다시 연구할 기회를 갖지 못하고 1950년 세상을 떠나고 말았기 때문이다.

오이켄이 집착했던 연구분야는 경제질서였다. 이 연구결과가 1940년에 발간된 그의 저서 『國民經濟學의 基礎』이다(Eucken(1940)).<sup>(3)</sup> 그는 이 저서에서 역사주의를 극복하고 새로운 경제학적 사유방법을 제시하면서 동시에 秩序理論을 개발하고자 했던 것이다. 이 질서이론은 ‘秩序政策’의 유용한 기초를 제공하기 위한 것이었다.

물론 오이켄은 오래전부터 질서정책의 중요성을 이미 알고 있었다. 특히 그의 1932년 논문 『國家의 構造變動과 資本主義의 危機』에서 처음으로 질서정책의 중요성을 강조했던

(2) 그는 뵘-바베르크와 빅셀의 이론을 기초로 하여 자본론을 개발했다(Streit(1994, p. 508)).

(3) 이 책은 허치슨(T.W. Hutcheson)에 의해 영문으로 번역되었다(Eucken(1950, 1992)).

것이다. 그리고 그 후 이 중요성을 강조하면서 작성한 다양한 논문과 함께 질서정책의 기본원칙을 제시한 것이 그의 사후에 발간된 『經濟政策의 基本原則』(Eucken(1952))이다. 이 두 권의 책이 프라이브르크 학파 사상의 요체를 구성한다.

프라이브르크 학파의 삼총사 중 또 다른 인물은 그로스만-되르트인데, 그는 민법과 상법 교수였다. 그의 관심 분야는 민법과 상법이었지만 특별히 관심을 가지고 있었던 것은 시장경제의 내적 제도인 관습, 관행 그리고 일반거래약관이었다. 그는 프라하 대학 교수였다가 1933년 이 대학을 떠나 프라이브르크 대학으로 와서 오이켄과 우연히 합류하게 되었다. 이 두 학자의 관계에 관하여 가장 재미있는 에피소드 중 하나는 1933/1934년의 겨울학기에 이들이 공동세미나를 개설했던 사건이다. 이 세미나는 법학도들과 경제학도들을 위한 세미나였다. 이 세미나에서 그들은 경제질서와 경제질서의 기초가 되는 법적인 틀에 관한 문제를 다루었는데, 세미나에는 학생들은 물론이거니와 교수들까지도 참석했던 것이다.

이 세미나는 그 후 계속되었는데, 이것이 프라이브르크 학파를 조직하는 중요한 계기가 되었고, 이 조직의 구성원을 확보하기 위한 중요한 단서가 되었다. 그러나 유감스럽게도 이 세미나는 지속될 수 없었다. 1936년에 나찌 정권에 의해 강제적으로 이 세미나는 폐쇄되고 말았기 때문이다. 그러나 그 학파의 구성원들은 사적으로 은밀히 만나 나찌 정부에 대한 비판을 계속했고, 특히 이 정부가 붕괴된 후의 독일의 경제질서를 확립하기 위한 계획까지 논의하기도 했다. 그러나 그로스만-되르트는 히틀러의 몰락을 만끽하지 못한 채 세상을 떠났고, 비교적 일찍 세상을 떠났기 때문에 많은 저서나 논문을 남기지 못했다. 안타까운 일이 아닐 수 없다.

프라이브르크 학파의 세번째 중요한 인물은 뵘이다. 뵘은 1933년 교수가 되기 위한 논문에서 경쟁과 독점의 문제를 다루었는데 이 논문 심사위원이 공교롭게도 오이켄과 그로스만-되르트였다. 그는 이 논문이 통과됨으로써 교수가 될 수 있는 길을 얻게 되었다. 1936년부터 예나 대학에서 재직했지만 나찌 정부를 비판했다는 이유로 정교수가 되기도 전에 1939년 파면당했다. 그는 프라이브르크 학파의 삼총사 중 나찌 정부로부터 가장 많은 박해를 받은 인물이었다. 나찌 정부가 패망하자 프라이브르크로 되돌아와 정교수로 있다가 1946년 프랑크푸르트 대학으로 갔다. 그러나 그는 계속해서 프라이브르크 대학의 교수들과 긴밀한 관계를 유지했다. 이때는 이미 그로스만-되르트가 세상을 떠난 뒤였다.

뵘은 오이켄과 함께 학술지 『秩序: 經濟와 社會의 秩序를 위한 年鑑(Ordo: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft)』을 창간했다.<sup>(4)</sup> 이 저널은 앞에서 언급한 바

와 같이 오이켄과 그로스만-되르트가 공동주관한 세미나에서 다루었던 주제, 즉 경제질서와 그 제도적인 틀에 관한 문제와 관련된 연구를 제시하는 학문적 토론의 장이다. 이 저널은 오늘날까지도 이러한 역할을 하고 있다. 그로스만-되르트가 오래전에 세상을 떠났고, 오이켄마저 1950년에 세상을 떠난 이후 삼총사중 빔만이 남았었다. 그는 오이켄의 제자들 그리고 자신의 제자들과 질서자유주의 내지 프라이브르크 학파의 사상을 정밀화하고 이를 유포하는 데 진력했던 것이다.

이상과 같은 설명에서 우리가 주목해야 할 점은 프라이브르크 학파의 삼총사는 시장경제의 기능 원리 및 기능 조건과 밀접한 관련성을 가지고 있다는 점이다. 즉, 시장경제의 기능조건인 민법과 상법(그로스만-되르트), 경쟁법(빔) 그리고 시장경제의 기능원리인 경쟁(오이켄). 따라서 프라이브르크 학파의 인적 구성은 시장경제의 구성원리와 일치한다고 볼 수 있다. 그들은 자신들의 전문분야들을 서로 보완하고 연결하여 명실공히 하나의 새로운, 극히 창조적인 패러다임을 구성했던 것이다. 인적인 상호의존성은 나중에 설명하겠지만 프라이브르크 법사상의 중심된 주제인 질서의 상호의존성과도 일치하고 있다.

어쨌든 이 삼총사를 둘러싸고 무수히 많은 인물들이 몰려들어 독일지역은 물론 국제적으로 지적인 네트워크가 형성되었다.<sup>(5)</sup> 이 지적인 네트워크는 1947년 하이에크(F.A. Hayek)가 주도하여 설립한 몽 페르린 학회(Mont Pelerin Society)와도 연결되었다. 이 학회는 “現代的인 條件하에서 古典的인 自由主義를 復活시키기 위한 포럼” [Giersch(1983, p. 2)]이었다. 오이켄과 빔은 하이에크의 도움으로 이 학회의 저명한 인사들과 개인적인 그리고 학문적인 유대를 가질 수 있었다.<sup>(6)</sup>

### 3. 프라이브르크 學派 法經濟學의 形成背景

프라이브르크 법경제학의 형성배경은 두 가지로 나누어 볼 수 있다. 그 첫째가 당시 지

(4) 이 학술지를 영문으로 번역한다면 *Order: Yearbook for the order of economy and society*이다.

(5) 똑같이 자유주의적 신념을 가지고 있었던 많은 해외의 경제학자들이 있었는데 프라이브르크 학파는 이들과 학문적 접촉을 가지고 있었다. 이들은 예를 들면 영국의 로빈스(L. Robbins), 미국의 나이트(F.H. Knight), 오스트리아의 미세스(L.v. Mises), 프랑스의 뢰프(J. Rueff), 이탈리아의 중앙은행장 아인오디(L. Einaudi) 등이다.

(6) 몽 페르린 학회 회원들 중 저명한 인물들은 각주 (5)에 열거된 인물 이외에도 다음과 같은 인물이다. 예컨대 오스트리아 재무부 장관과 오스트리아 중앙은행장이었던 카미츠(R. Kamitz), 독일의 경제장관이자 나중에는 수상을 지낸 에르하르트(L. Erhard), 벨기에의 자유주의 개혁을 준비하고 실행하는 데 중요한 역할을 한 보드윈(F. Baudhuin), 맨체스터 대학의 폴라니(M. Polanyi) 등이었다.

배적이던 방법론적 배경, 그 둘째가 정치적 배경이다. 이 두 가지 배경을 극복하고 새로운 패러다임을 구성하고자 했던 것이다. 당시 지적 세계를 지배하고 있던 것은 앞에서 언급한 바와 같이 역사학파였다. 프라이브르크 학파의 과학적 접근과 중심된 주제는 역사학파의 방법론적 난관들을 극복하기 위한 창조적 결과이다.

오이켄에 의하면, 경제학은 이론과 역사의 '巨大한 矛盾' 앞에 놓여 있는데 이를 극복하지 않고서는 경제과정을 이해할 수 없다는 것이다(Eucken(1940, p. 21)). 따라서 그는 다음과 같은 방법론적 문제를 제기하고 있다(Eucken(1940, p. 25)):

경제학자는 역사와 이론을 조합하여 경제과정을 전체적 맥락에서 이해하여 거대한 모순을 극복하는 데 성공했는가?

역사와 이론의 거대한 모순에 연루되어 있었던 독일의 역사학파는 사실상 이론을 거부하고 역사를 선택했던 것이다. 즉, 이 학파는 역사를 완전히 기술해 놓은 다음에 이론을 세워야 하는데, 그렇지 못했기 때문에 지금까지의 경제이론은 경제정책을 구상하는 데 쓸모가 없었다고 주장하고 있다. 이러한 경험주의 혹은 역사주의는 오이켄에게 있어서 받아들일 수 없었다.

그 이유를 오이켄은 상세히 설명하고 있는데, 경험주의는 인식론적으로 불가능하다는 것이다. 왜냐하면 이론적 수단이 없으면 역사적 사실들을 이해할 수 없기 때문이라는 것이다. 사실을 관찰하고, 이를 수집하기 위해서는 문제제기가 있어야 하고, 이 문제제기에 대한 해답을 찾기 위해서는 이론적 수단이 필요하다는 것이다(Eucken(1940, pp. 35-36)). 단순히 역사적 사례들을 수집하여 일반적인 것, 전형적인 것을 부각시키려는 노력은 의미가 없고 경험주의 또는 역사주의는 자의적인 모델 형성이라는 의미의 합리주의적 이론으로서 오로지 신기루(Fata Morgana)일 뿐이라는 것이다(Eucken(1940, p. 37)).

역사학파와는 달리 이원주의는 역사와 이론을 분리하고 있다.<sup>(7)</sup> 즉, 역사경제학(경제사)은 경험세계의 개별적인 혹은 특수한 모습을, 이론경제학은 현상의 일반적인 것을 다룬다. 이와 같은 이원주의는 역사학파의 지도자였던 슈몰러(G. Schmoller)와 '역사나 이론이나'에 관하여 논쟁을 벌였던 멩거(C. Menger)에 의해 대변되었는데, 그것은 동일한 현실 세계를 놓고 역사와 이론을 분리시켰다. 오이켄에 의하면 이러한 분리도 경제문제를 해결할 수 없다는 것이다(Eucken(1940, p. 31)). 이원주의는 과학적 인식을 얻어낼 수 없

(7) 오이켄은 다양한 예를 들어 멩거의 이원주의를 비판하고 있다(Eucken(1940, p. 31)).

고 따라서 과학의 과제를 수행하지 못한다는 것이다[Eucken(1940, p. 32)].

오이켄은 이와 같이 슈몰러와 멩거가 다같이 연루되었던 방법론적 딜레마를 극복하여 역사와 이론의 관계에 관한 새로운 입장을 정립하려 했던 것이다. 그의 노력은 훗설(E. Husserl)과 베버(M. Weber)로부터 강력한 영향을 받았다[Eucken(1940, p. 254, 주석 28)]. 프라이브르크 대학에서 오이켄이 긴밀한 관계를 맺고 있었던 훗설은 현상학적 환원주의를 개발했는데, 이것은 오이켄이 “두드러지게 나타나는 局面을 간추려내기 (pointierend hervorhebende Abstraktion)”로 기술하는 것과 매우 흡사하다[Eucken(1940, p. 70, p. 254, 주석 28)]. 이것은 일반화라는 의미의 抽象化와는 다르다. 왜냐하면 이 추상화는 많은 현상들에서 공통적인 것을 확인해 내려는 것이기 때문이다. 이와는 달리 오이켄이 의미하는 추상화란 경제적 삶에서 반복적으로 등장하는 기본적인 형태를 확인하는 것이다[Eucken(1952, p. 20)].

오이켄은 두드러지게 나타나는 국면을 추출해내는 방법을 통하여 역사와 이론의 거대한 모순을 극복하려 했는데, 이러한 새로운 방법론적 입장에 따라 다음과 같은 문제로부터 출발하고 있다[Eucken(1940, p. 50)]:

우리(관찰자인 학자: 필자)가 지상을 내려다 보면 우리는 놀라울 정도로 많은 인간들, 이들의 다양한 활동들, 그리고 다양한 재화의 흐름을 볼 것이다. 이때 첫번째 문제가 제기되는데, 어떤 질서의 틀 속에서 이 모든 일이 이루어지는가?

이 문제에 대한 해답으로서 인간의 행동을 상호간 조정하는 조정방법을 ‘抽出하여’ 두 가지 종류의 질서를 분류해 내고 있는데,<sup>(8)</sup> 그 하나가 교환경제이고, 다른 하나가 중앙집권적 경제이다[Eucken(1940, p. 87)]. 이러한 분류를 하이에크(F.A. Hayek)의 분류에 따라 이해하면, 중앙집권적 경제는 계획된 질서 혹은 조직인 반면에, 교환경제는 계획되지 않은 혹은 자생적 질서이다[Hayek(1969)].

첫번째 질서유형은 조직하는 주체가 자신의 목표에 따라 인간의 행위를 조종하여 만들어낸 질서인 반면에 두번째 유형은 무수히 많은 사람들이 각자 자신들의 목표를 추구할 때 이들이 상호간 적응하는 과정에서 자생적으로 형성된 질서이다.<sup>(9)</sup> 오이켄은 이어서 다

(8) 조정방법이 경제적 삶에서 반복적으로 나타나는 기본적인 요소이다. 계획들의 조정방법에서 또 하나의 기본은 계획이다[Eucken(1952, p. 21)].

(9) 이 자생적 질서는 “인간 행동의 결과이지 인간 계획의 결과가 아닌” 질서인데, 하이에크는 스코트랜드 도덕철학자 아담 퍼거슨(A. Ferguson)으로부터 전용하고 있다.

음과 같은 중요한 두번째 문제를 제기하고 있다(Eucken(1940, p. 51)).

개별 경제주체들이 독립적으로 계획을 세운다고 하더라도 그들이 상호의존되어 있고, 다른 사람들과 교환관계를 맺고 있다면 …… 교환관계의 질서는 …… 어떤 ‘規則들’에 의해 지배되는가?

이러한 질문은 게임규칙에 관한 것이다. 이 문제에 답하기 전에 여기에서 짚고 넘어갈 점은 ‘經濟秩序’라는 개념은 두 가지 의미를 가지고 있다는 점이다. 그것은 첫째로 인간 행동의 조정패턴을 의미하는데, 이것은 오이켄이 제기한 앞의 첫번째 질문에 대한 해답으로서의 질서이다. 둘째로 그것은 이 조정패턴을 야기하는 행동규칙들을 의미한다. 다시 말하면 질서는 게임규칙에 관한 오이켄의 질문과 관련되어 있다. 따라서 행동조정패턴을 우리가 행동질서라고 부른다면, 이를 야기하는 행동규칙들은 규칙질서라고 부를 수 있다.

이와 같이 우리가 규칙질서와 행동질서를 구분할 경우, 그것은 특히 어떻게 행동규칙들이 행동질서의 형성에 기여하는가, 또는 적절한 행동규칙이 무엇인가를 이해하는 데 도움이 된다. 이 문제는 오이켄의 저서 『經濟政策의 基本原則』의 중심된 인식대상인데, 그는 이 문제와 관련하여 “競爭秩序”로서의 교환경제질서(즉 자생적 질서)를 구성하는 원칙을 설명하고 있다. 그는 이 원칙을 ‘構成的 原則’이라고 부르는데, 이 원칙은 사유재산의 원칙, 계약의 자유, 책임원칙으로 구성되어 있다(Eucken(1952, pp. 254-285)).<sup>(10)</sup>

구성적 원칙은 외부의 간섭이 없이도 인간들의 행동들이 스스로 조정된다는 의미의 自己調整(self-coordination)과 직접적으로 연관되어 있는 원칙이다. 그런데 이 원칙은 흄(D. Hume)이 자신의 저서에서 소유의 안정원칙, 동의에 의한 이전원칙, 약속이행의 원칙이라고 부르는 것(Hume(1739/1987, p. 274))과 일치한다. 따라서 프라이브르크 학파의 법경제학은 고전적인 정치경제학과 매우 흡사하다고 볼 수 있다(Streit(1995, p. 81)).<sup>(11)</sup>

그런데 고전파의 자유주의 이론은 위와 같은 원칙만을 인정하기만 하면, 소유권법, 계약법 또는 책임법은 더 이상 개선할 필요가 없는 것처럼 생각했다. 그러나 기술발전에 따라 그리고 자연적, 사회적 환경변화에 따라 법질서를 꾸준히 이 변화에 적응시켜야 한다. 따라서 자기조정과 관련하여 잠재적인 교환대상으로서 그리고 개개인들이 자기책임하에서

(10) 빔도 역시 사적 소유, 소유의 보호, 채권자의 보호, 계약의 자유, 상거래의 자유, 회사의 자유를 강조하고 있다(Böhm(1933, p. 124)).

(11) 하이에크는 흄의 세 가지 원칙을 인용하고 있다(Hayek(1969)). 따라서 오이켄, 하이에크 그리고 고전파의 법경제학적 시각은 이 점에 있어서 일치한다고 볼 수 있다.



영향력을 행사할 수 있는 범위를 설정하는 요소로서 사적 소유권을 새로이 정의하고 이를 보호하는 것이 중요하다. 그리고 개개인들이 자신들의 계획들을 오로지 계약을 통하여 조정할 수 있기 위해서는 그들의 자율성을 확립하는 것이 필요하다.

게임규칙의 종류에 대한 오이켄의 대답은 私法 규칙이라고 볼 수 있다. 그렇기 때문에 밝은 시장경제를 사법사회라고 부르고 있다[Böhm(1966)]. 이 사법규칙들은 인간들의 행위들이 외부의 간섭이 없이도 스스로 조정될 수 있는 조건일 뿐만 아니라, 동시에 이들은 개개인들의 행동영역을 설정하기 때문에 갈등회피를 가능하게 한다. 이와 같이 사법규칙들은 자기조정을 가능하게 하고, 갈등을 막거나 해결하는 데 기여함으로써 이들은 시장경제에서 한편으로는 자유를 보장하고, 다른 한편으로는 질서를 확립해준다. 그렇기 때문에 Böhm(1971)은 시장경제에서만 비로소 “自由와 秩序의 組合”이 가능하다고 말하고 있다 [Streit(1995, p. 81)]. 이를 위해서는 사법규칙들은 보편화될 수 있어야 하는데, 이 보편화 가능성이란 칸트(I. Kant)의 전통에 따르면 규칙들은 일반성, 추상성 그리고 확실성을 갖추고 있어야 한다는 것을 의미한다[Hayek(1971)].

오이켄은 시장경제질서를 구성하는 구성적 원칙으로서 위에서 말한 세 가지 개별원칙 이외에도 또 하나의 개별원칙으로서 열린 시장의 원칙을 들고 있다[Eucken(1952, p. 264)].<sup>(12)</sup> 이 원칙은 경쟁의 사회적 기능을 위한 조건이다. 이 기능이 바로 통제메카니즘으로서의 기능이다. 경쟁은 사적 소유권의 이용을 통제하고 그리고 그것은 경제적인, 사회적인 남용을 방지해 준다. 열린 시장의 원칙은 바로 경쟁을 통해서만이 사적인 권력을 제한할 수 있다는 오이켄의 확신을 반영하고 있다.<sup>(13)</sup>

그런데 역사학파는 소위 “社會的 問題”라는 것도<sup>(14)</sup> 지나친 경쟁의 탓으로 여겼다. 그러나 오이켄에게 있어서 사회적 문제는 오히려 불충분한 경쟁의 결과였다. 국가가 경쟁질서의 틀을 설정하고 이를 보존하는 데 소홀히 했기 때문에 경쟁이 불충분했다는 것이다. 불충분했던 이유는 소유권의 이용을 통제하고 그 남용을 억제하기 위한 통제메카니즘으로서의 경쟁이 작동할 수 있는 제도적 장치가 없었기 때문이라는 것이다.

여기에서 오이켄이 주목하고 있는 점은 경제주체들의 자율성과 자유를 확립하고 이를 보호하기 위한 법적 제도들만으로는 사회질서를 위해 불충분하다는 것이다. 왜냐하면 사

(12) 열린 시장의 원칙이란 진입방해, 카르텔이나 남품거부와 같은 방법에 의해 시장을 차단하지 못하도록 하는 원칙이다.

(13) 오이켄은 이를 다음과 같이 표현하고 있다[Eucken(1952, p. 275)]: “오로지 경쟁질서만이 현대적인 산업사회에서 사적소유권의 장기적인 존속을 가능하게 한다. 반대로 사적 소유권은 자유로운 국가사회질서의 전제조건이다.”

(14) 역사학파의 사회적 문제란 자본에 대한 노동의 문제를 의미한다.

적인 권력을 통제할 메카니즘이 결여되어 있기 때문이다[Eucken(1952, p. 264)]. 다시 말하면 카르텔, 집단적 차별화, 보이코트 등에 의하여 시장을 차단하려는 노력이 존재하기 때문이다. 여기에서 자유와 권력의 내재적인 갈등의 문제를 해결해야 할 필요가 있는 것이다. 이 해결을 위한 원칙이 오이켄의 열린 시장의 원칙이다.

따라서 자유와 권력은 기본적으로 갈등관계에 있다는 사실을 염두에 둔다면 우리가 주목해야 할 점은, 사적 자율성을 보장하는 법규칙과 이 자율성의 이용을 통제할 수 있는 조건을 확립할 수 있는 법규칙은 서로 보완적 관계를 가지고 있다는 것이다. 사적인 계약을 기초로 하여 경제주체들의 계획들과 행동들이 스스로 조정할 수 있는 법적 조건은 그들의 자율성과 자유를 확립하고 이를 보호할 뿐이기 때문이다. 이를 보완할 수 있는 법적 조건을 규명하는 것을 고전적 자유주의 이론은 소홀히 했던 것이다. 그러나 프라이브르크 학파는 역사학파가 증오했던 경쟁의 사회적 기능 그리고 경쟁질서의 중요성을 강조하면서 이 경쟁질서의 확립을 위한 법질서의 중요성을 집요하게 강조했던 것이다.

오이켄은 양차 대전 사이에 정부가 취했던 인플레이션 정책과 便宜主義的이고 朝變夕改적인 干涉主義 정책을 체험했다. 당시 취했던 정책의 결과는 처절할 정도였다. 자본주의에 대하여 혹렬한 비판을 했던 역사학파의 핵심 멤버였던 쾰바르트(W. Sombart)마저도 혹평할 만큼 그 정책은 일관성이 없는 정책이었다. 이러한 정책은 시장경제의 기능을 마비시키는 데 결정적인 역할을 했다.

그렇기 때문에 오이켄은 시장경제를 구성하는 원칙에 속하는 개별원칙으로서 通貨價値의 安定 原則[Eucken(1952, p. 255)]과 政策의 一貫性 原則[Eucken(1952, p. 334)]을 강조했다. 오이켄에게 있어서 통화가치의 안정원칙은 사적 소유의 안정을 확립하기 위한 원칙과도 일치한다. 정책의 일관성이 없었기 때문에 경제주체들의 경제적 환경이 불확실해지고, 이 불확실성과 대결하기 위해서 그들은 콘체른이나 담합을 형성했다. 오이켄은 간섭주의의 이러한 체험 때문에 입법정책적 원칙으로서 정책의 일관성 원칙을 끊임없이 강조했던 것이다.

앞에서 언급한 바와 같이 오이켄과 함께 민법과 상법 교수로서, 프라이브르크 학파를 창설한 그로스만-되르트도 오이켄의 상황진단과 똑같이 “社會的 問題”는 과도한 경쟁의 탓이 아니라 오히려 불충분한 경쟁의 탓으로 여겼다. 그는 이 불충분한 경쟁의 원인을 법적으로 설명하고 있다. 프라하 대학에서 프라이브르크 대학으로 옮겨 올 때 행한 취임 강연 “經濟에서 스스로 創出되는 法”(1933)에서 그로스만-되르트는 산업계가 “스스로 創出한 法”에 관심의 초점을 맞추면서 예컨대 표준화된 판매조건을 경쟁을 제한하기 위해 사

용하고 있고, 또한 국가는 일반적인 사법이 업계의 기득권을 보호하는 법으로 전환되는 것을 지켜보고만 있다고 비판했다. 이를 오이켄(Eucken(1952, p. 51, p. 295))의 말로 표현한다면, 스스로 창출된 법이 국가의 법을 밀어내고 있다는 것이다. 사적 권력에 의해 창출된 일반거래약관과 같은 스스로 창출된 법은 강제력을 보유하고 있다는 것이다. 이러한 법은 권리와 의무를 어느 한편에만 유리하게 배분하는 내용으로 구성되어 있기 때문에 그것은 옳음을 창출하는 것이 아니라 부당함을 창출한다는 것이다(Eucken(1952, p. 51)).

이처럼 그로스만-되르트는 오이켄과 같이 자유를 위태롭게 하는 세 가지 권력의 원천, 즉 개별적인 권력, 집단적 권력 그리고 국가권력 중에서(Eucken(1952, p. 177)) 전자의 두 가지 권력(사적 권력)의 위험성을 각별히 강조하고 있다.

스스로 창출된 법의 위험성에 대하여 똑같이 공감하고 있었던 Böhm(1937, p. 158)은 카르텔청의 경험과 사법부의 재판의 형태를 관찰하면서, 이 국가기관이 카르텔을 형성하여 시장을 차단시키려는 기업들의 노력을 계약자유에 대한 정당행위라고 생각하고 있다는 것을 비판했다. 이러한 카르텔 형성은 계약자유에 대한 정당행위가 아니라 제3자의 경쟁자유를 제한하는 행위라는 것이다. 그러나 납품거부와 제3자에 대한 집단적인 차별, 그리고 심지어 카르텔 형성마저도 법원으로부터 지지를 받았던 것이다(Streit(1995, p. 88)). 이와 같이 경쟁을 회피하거나 제한하는 행위들이 공적으로 지지를 받았기 때문에 실제로 독일은 카르텔 천국이었고, 또한 독일은 카르텔 국가로서 알려지게 되었다.

그렇기 때문에 질서자유주의자들, 특히 오이켄(1952, p. 278)은 계약의 자유를 다음과 같이 재해석하고 있다. 즉, 계약의 자유는 계약의 자유를 제한하거나 제거하는 계약을 체결하기 위해서라면 허용되어서는 안된다는 것이다. 그리고 그가 시장경제를 구성하는 원칙으로서 열린 시장의 원칙을 강조했던 것은 결코 우연이 아니었다. 이 원칙은 외부의 직접적인 간섭이 없이 사적인 자율성을 통제하고 그 남용을 막을 수 있는 법적인 장치의 기초이다. 그것은 시장경제의 自己統制(self-control)를 위한 법적 조건이다.

그러니까 경제주체들의 자율성을 보장하여 사적 계약을 통한 시장경제의 自己調整(self-coordination)을 가능케 하는 원칙과 시장경제의 자기통제를 가능하게 하는 원칙은 쌍두마차로서 시장경제의 법적 조건을 구성한다. 이를 구체적으로 표현하면 전통적인 민법(자율성)과 경쟁법(통제)이야말로 시장경제의 두 가지 기능, 즉 자기조정과 자기통제를 위한 필수불가결한 법적 조건이다.

프라이브르크 학파의 경제사상에서 간과되어서는 안 될 또 하나의 중요한 요소는 국가 질서에 관한 사상이다. 특히 오이켄은 國家秩序의 경우에도 위와 유사한 구조적 관계가

존재하고 있음을 보았다. 왜냐하면 모든 형태의 사회질서에서는 자원배분이나 소득분배의 문제 이전에 자율성 문제와 이 자율성의 통제 문제가 항상 존재하기 때문이다[Streit(1995, p. 93)].

政治秩序에서도 입법과제와 정부과제(즉, 공공재화의 생산을 위한 과제)를 가지고 있는 기관들에게 자율성이 부여된다. 그러나 자율성은 권력을 행사할 기회와 항상 결부되어 있다. 그렇기 때문에 프라이브르크 학파는 개별경제주체의 권력 및 집단적 권력과 나란히 국가권력을 중시하고, 국가 권력의 남용을 자유를 위태롭게 하는 3대 원천 중 하나로 생각했던 것이다. 따라서 시장질서의 경제적 권력을 통제하기 위해서는 법적 장치와 마찬가지로 국가 권력의 자의적인 행사를 막기 위한 통제메카니즘이 필요한 것이다.

이러한 필요성은 프라이브르크 학파의 창시자들이 양차 대전 사이에 생생히 목격한 정치적 경험으로부터 입증될 수 있었다. 그들에게 있어서 국가는 ‘道德的 理念의 實現’(Hegel)도 아니었고, ‘人類를 教育하기 위한 위대한 道德的 制度’(Schmoller)도 아니었다. 국가 권위는 상실되어 있었고, 권력은 이익단체들의 수중에 있었다. 국가는 윤리적 규범에 예속되어 있지 않았다[Eucken(1952, p. 331)]. 그렇기 때문에 국가가 자의적으로 권력을 행사하는 것을 막아야 했다. 따라서 한편으로는 국가의 자율성을 보장하고, 다른 한편으로는 이 자율성의 남용을 막기 위한 國家憲法이 필요한 것이다. 여기에 앞에서 언급한 바와 같이 경제질서와 국가헌법의 구조적 유사성이 존재한다. 즉 권력의 제한과 통제는 경제적 헌법과 정치적 헌법의 공통된 과제인 것이다.

이러한 구조적 유사성 이외에도 프라이브르크 학파는 국가헌법과 경제질서의 상호보완성을 중시한다. 왜냐하면 시장경제를 구성하는 원칙의 실현은 국가에 의해 이루어지기 때문이다. 그런데 모든 국가형태가 이를 실현할 수 있는 것은 아니다. ‘실질적 의미의 법치국가’만이 이를 실현할 수 있다[Hayek(1971)].

그렇기 때문에 오이켄은 시장경제는 법치국가를 전제로 하고, 또한 법치국가는 시장경제를 전제로 한다고 했던 것이다[Eucken(1952, p. 275)]. 오이켄의 이러한 주제는 법치국가적 민주주의 헌법이 사회주의와 양립할 수 없다는 뫼의 주제[Streit(1995, p. 92)]와 일치한다. 국가헌법과 경제질서의 상호보완성은 ‘秩序들의 相互依存性’이라는 일반적인 현상의 전형적인 예이다[Eucken(1952, p. 180)]. 오이켄은 이러한 상호의존성을 바이마르 공화국 시대의 이른바 “實驗的 經濟政策”[Eucken(1952, p. 55, p. 149)]에 대한 분석을 통하여 설명하고 있다. 그는 바이마르 공화국 헌법이 그렇듯이 민주적으로 정당화된 국가에게 경제정책 분야에서 무제한적인 권력을 허용하는 것은 위험하다는 것을 보여 주었다. 이 위

힘을 피하기 위해서는 민주주의를 제한해야 한다. 이를 제한하는 것이 법치국가적 원칙이다. 이 원칙은 개인의 자유를 유지시켜야 한다는 것이고, 그 구체적 표현은 위에서 설명한 시장경제를 구성하는 원칙이다. 법치국가는 시장경제의 주인도 아니고, 시장경제의 하수인도 아니다.

프라이브르크 학파의 이러한 생각은 개인의 자유를 보장하기 위해서는 정부의 권력(민주적 정부의 권력)을 제한해야 한다는 의미의 입헌주의 사상과 일치한다[Buchanan(1978)]. 그리고 이 학파는 “議會의 自由”나 무제한적 민주주의를 반대하고 의회의 행동을 제한하는 제한적 민주주의를 수용한다. 이러한 관점에서 볼 때 이 학파는 민주주의와 자유주의의 관계에 관한 하이에크의 사상과도 일치한다[Hayek(1979)].

#### 4. 프라이브르크 학파 法經濟學的 法思想的 位置

앞에서 언급한 바와 같이 프라이브르크 학파는 인간 행동, 인간의 소유권 행사를 통제하는 기능을 가진 경쟁의 중요성을 강조하고 있다. 프라이브르크가 경쟁의 중요성을 강조하지 않았거나 이를 무시해버리고, 오히려 경쟁을 모든 악의 근원으로 파악했다면 어떤 이념적(사상적) 결과를 초래했을 것인가? 경쟁을 모든 악의 근원으로 파악했다면 앞에서 언급한 바와 같이 그 학파는 사회주의 이념을 지지했을 것이다. 왜냐하면 사적 재산권은 오이켄이 강조하고 있듯이 자유로운 사회질서의 전제조건이기 때문이다[Eucken(1952, p. 275)].<sup>(15)</sup> 그리고 사적 재산권은 자율성의 전제조건이고 이것은 경쟁질서의 전제조건이기 때문이다. 경쟁질서의 실현을 위해서는 생산수단의 사적 소유가 필요하기 때문이다[Hopmann(1995, p. 45)].

프라이브르크 학파가 경쟁의 중요성을 인식하지 못했다라면 사적 소유의 원칙, 계약의 자유 그리고 과실책임 원칙만을 인정했을 것이다. 따라서 그 학파는 거래의 자유와 계약의 자유를 재평가할 사법적 가능성을 보지 못했을 것이다[Streit(1994, p. 512)]. 그리고 그 학파가 자유방임주의라고 비판했던 고전적인 자유주의 사상을 극복하지 못했을 것이다.

그러나 미국이 셔먼法(Sherman Act)이나 트러스트 금지법의 전통을 따랐던 것과 똑같이 프라이브르크 학파도 인간들이 국가나 타인들로부터 방해받지 않고 자유로이 경쟁할

(15) 이러한 의미에서 본다면 경쟁적 사회주의란 서로 모순된 개념을 포함하고 있고, 경쟁적 사회주의는 사회주의도 아니고 시장경제도 아니다. 소유권이 인정된 사회에서만 경쟁이 가능하기 때문이다.

수 있도록 경쟁의 자유(자유로운 경쟁)에 법적 지위를 허용했던 것이다. 이 학파가 이러한 지위로 경쟁 자유를 승격시켰던 것이야말로 역사학파나 사회주의를 극복했을 뿐만 아니라 고전적 자유주의를 계승·발전시킬 수 있었던 이유이다. 법제사적 시각에서 볼 때에도 인간들의 자율성을 보장하고 그들의 계획들을 조정하는 기능을 행사하는 전통적인 사법체계를 보완해 주는 새로운 법제가 가능하게 되었던 것이다.

그런데 경쟁의 자유를 법적인 지위로까지 승격시킬 수 있기 위해서는 다음과 같은 세 가지 중요한 전제조건이 필요하다[Streit(1994, p. 512)]. 첫째로 秩序로의 思惟(Denken in Ordnung)이다. 다시 말하면 입법정책을 통하여 실현하고자 하는 경제질서의 형태는 무엇인가 하는 문제에 대해 사유해야 한다는 것이다[Eucken(1952, p. 19)]. 둘째로 價値判斷이 필요하다는 것이다. 다시 말하면 경제질서를 통하여 추구하는 사회적 가치는 무엇인가 하는 문제가 해결되어야 한다. 세번째 중요한 전제조건은 경제질서를 人爲的으로 형성할 수 있어야 한다는 점이다.

첫번째 조건에서 프라이브르크 학파는 앞에서 언급한 방법론적 성찰에 따라 조정패턴을 부각시켜 계획된 질서와 자생적 질서, 즉 중앙집권적 경제질서와 ‘市場經濟秩序’를 인식했다. 두번째 조건과 관련하여 이 학파는 자유를 최고의 가치로 여겼다. 역사학파나 사회주의자들이 자본주의에 대하여 비판의 대상으로 생각했던 소위 “社會的 問題”는 오이켄에게 있어서 자유의 상실에서 비롯된 것이었다. 그에게 있어서 ‘自由’야 말로 인간조건이고, 또한 도덕적인 의사결정을 위한 전제조건이었다[Eucken(1952, p. 176)]. 행동자유야말로 빈곤을 해소할 수 있는 유일한 조건으로 여겼다. 자유를 최고의 가치로 간주하는 것은 후생경제학과 결별하고 있다는 것을 의미한다. 왜냐하면 이것은 배분적 효율성을 최고의 가치로 여기기 때문이다. 오이켄에게 있어서 배분적 효율성은 기껏해야 자유로부터 도출된 가치일 뿐이다.

세번째 조건과 관련하여 프라이브르크 학파의 구성원들은 경제질서의 형성가능성을 “秩序政策”에서 찾고 있다. 이 질서정책은 특정의 구체적인 결과를 얻기 위한 정책이 아니라, 인간들이 자유롭게 행동할 수 있는 틀을 짜는 데 초점을 맞추는 정책이다. 그렇기 때문에 이러한 성격의 입법정책은 기본적으로 경제주체들이 행해서는 안될 행위들을 금지시키는 데 초점을 맞춘다. 이러한 입법정책은 경제과정에서 생겨날 특수한 결과를 얻기 위한 입법정책, 즉 후생경제학적, 공리주의적 입법정책보다 훨씬 적은 지식을 필요로 한다.

이상과 같이 경쟁의 자유에 법적 지위를 허용하기 위한 조건들, 즉 질서로의 사유, 자유와 그리고 질서정책이라는 세 가지 범주는 “秩序를 통한 自由”로 표현할 수 있다. 질서

를 통한 자유라는 인식은 프라이브르크 학파의 법학자들이 오이켄과 공감하고 있었던 중요한 인식이었다. 이러한 인식은 프라이브르크 법경제학의 독특한 사상적 위치를 규정한다. 그것은 무엇보다도 법철학에 있어서 실증주의와 역사주의의 편견을 배격한다.

실증주의에 따르면 과학자는 오로지 사실과 기능방식만을 확인할 수 있을 뿐인데, 만약 사실확인에서 價値評價로 전환하면, 그는 예언자나 선동가가 된다는 것이다.<sup>(16)</sup> 오이켄에 의하면 막스 베버 이래 지배해 왔던 과학에 대한 이러한 이해는 잘못이고, 입법정책을 통하여 해결해야 할 문제를 곱해하고 있다는 것이다. 경제질서가 제멋대로 성장하도록 내버려 두는 대신에 질서형태를 의도적으로 형성해야 한다는 것이다[Eucken(1952, pp. 340-342)].

역사주의적 편견에 따른다면, 사회는 집단으로서 역사적으로 결정되어 있는 공식에 따르고 그렇기 때문에 입법정책을 위한 여지란 존재하지 않는다. 우리는 필연적인 발전에서 생겨나는 産苦만을 단축시킬 수 있다는 것이다. 역사주의는 이러한 주제는 절대적으로 타당하다고 주장하고 있으면서 동시에 모든 인식은 계급에 의해 조건화되어 있고, 따라서 상대적이라고 말하고 있다. 오이켄에 의하면 이러한 역사주의적 편견은 이와 같이 그 자체 모순을 내포하고 있기 때문에 옳지 않다는 것이다[Eucken(1952, p. 343)].<sup>(17)</sup>

프라이브르크 학파의 법학자들도 오이켄의 이러한 입장에 공감하고 있다. 이들은 역사학파의 상대주의나 사회주의의 숙명론 그리고 실증주의에 빠지지 않고서도 경제적 현실을 인식하여 질서형성을 위한 위대한 원칙을 실현할 수 있다는 전제에서 출발하고 있다 [Mestmäcker(1995, p. 10)].<sup>(18)</sup> 따라서 프라이브르크 학파는 현대 국가가 해야 할 것에 관한 이론적인 구상을 개발하려고 했는데, 법과 관련하여 오이켄은 “법은 자유의 영역을 확립해야 하고, 경제정책은 자유롭고 자연적인 그리고 신이 원하는 질서를 실현해야 한다”고 말하면서[Eucken(1952, p. 176)], 이러한 질서가 인간과 사물의 본질과도 일치한다고 말하고 있다[Eucken(1952, p. 372)].<sup>(19)</sup> 이로써 오이켄은 적어도 자연법 사상을 기초로 하고 있다고 말해도 지나치지 않을 것이다.

(16) 사실과 가치를 엄격히 구분하고 있다. 인식론적으로 볼 때 실증주의는 非認知主義(non cognitivism)를 대변하고 있다. 이에 관해서는 Albert(1972) 참조.

(17) 포퍼는 역사주의적 필연성론은 이것이 적용될 조건을 열거하지 않기 때문에 그것은 예언이거나 선동적인 경제학이라고 말하고 있다[Popper(1965)].

(18) Hoppmann(1995, p. 50)은 오이켄과 함께 다음과 같이 말하고 있다: “실증주의적 편견의 극복이 과학이 사회질서를 잡는 힘을 얻을 수 있는 전제조건이다. …… 역사주의적 편견하에서는 과학은 질서잡는 어떠한 힘이 아니다.”

(19) 이 말은 중농주의처럼 자연주의적 오류를 범하고 있다. 오이켄 스스로도 이 중농주의 사상을 기초로 하고 있는 듯 하다.

그러나 오이켄은 그의 동료 법학자들과 마찬가지로 자유를 최고의 가치로 간주하고 이 자유를 칸트(I. Kant)와 같은 의미로 사용하고 있으며, 이들과 마찬가지로 자유로운 인간만이 원래의 의미의 윤리적 행동을 개발할 수 있다고 주장한다는 점에서 칸트와 일치한다. 칸트의 법이론에 따르면 어떤 사람의 자유는 그의 자유를 생각할 때 함께 고려해야 할 다른 사람의 자유를 통해서만이 정당화된다는 것이다(Nörr(1993, p. 119)).

칸트적 의미의 자유를 기본적인 가치로 설정함으로써 프라이브르크 학파는 역사적 과정에서 개발된 법을 비판할 수 있는 근거를 찾을 수 있었고, 또한 무엇보다도 중요한 것은 입법과정에서 형성된 법까지도 의심하여 평가할 수 있는 기초를 확립할 수 있었다. 특히 법실증주의자들은 주권자들의 존재에 의해 법의 실효성을 정당화하고, 따라서 입법부가 정한 법이라면, 이것이 어떠한 내용을 가진 것이든 관계없이 법이라고 부르는데, 프라이브르크 학파는 자유를 최고의 가치로 간주함으로써 자유를 보장하는 법이 아닌 것을 법으로 인정하지 않는다. 이로써 이 학파는 법실증주의를 극복하고 있다.

프라이브르크 학파의 법이론은 功利主義와 어떠한 관계를 가지고 있는가? 이 문제에 답하기 위해서 이 학파의 법이론이 칸트의 법이론과 일치한다는 것을 보여줄 필요가 있다.<sup>(20)</sup> 특히 뵘에 의하면 경쟁질서에서 오직 경쟁규칙만을 지킨다면 개인적 정의는 실현된 것이라고 한다(Böhm(1933, p. 273)). 이러한 뵘의 주제는 칸트의 법이론과 일치된다. 이에 따르면 법규칙은 오로지 행동 자체와 관련시켜야 한다는 것이다. 다시 말하면 법규칙은 행동의 사회적 결과와 독립적이어야(무관해야) 한다는 것, 개인적인 행동목표 및 동기와 독립적이어야 한다는 것이다.<sup>(21)</sup> 이것이야말로 아담 스미스의 정의의 법이자 동시에 ‘自由를 保障하는 行動規則’이다.

그런데 공리주의적 법사상(그리고 후생경제학적 법사상)은 프라이브르크 학파의 이러한 법사상과 전적으로 다르다. 왜냐하면 공리주의적 법사상에 기초한 법은 행동의 사회적인 결과에 좌우되기 때문이다. 즉, 그것은 비용과 편익 분석의 결과에 좌우된다. 시장의 경쟁도 이를 통하여 정치적인 목적을 달성할 수 있는 범위내에서만 허용된다. 다른 말로 표현하면 특정의 목적을 달성할 수 있도록 경쟁과정은 조종·통제된다. 프라이브르크 학파는 원칙을 중시하는 데 반하여 공리주의 법사상은 便宜(expediency)를 중시한다.

그렇기 때문에 공리주의(후생경제학)는 經濟計劃理論과도 일치한다. 이것은 제도의 규

(20) 왜냐하면 칸트의 법이론은 공리주의 법사상을 비판하고 독자적인 전통의 법사상을 개발했기 때문이다.

(21) 이것은 바로 하이에크의 자생적 질서의 기초가 되는 법규칙, 실질적 의미의 법치국가적 법의 성격에 해당된다.



법성의 기초를 오로지 사회적 후생이나 자원배분의 효율성과 같은 목적합리성에만 두고 있다. 따라서 법적 제도는 특정의 목적을 달성할 수 있을 때에만 실효성을 갖는다. 프라이브르크 학파는 제도의 규범성을 자유와 같은 가치합리성에 둬으로써 공리주의적 법사상을 극복하고 있다. 이러한 법사상적 입장은 사실상 독일적인 분위기와도 맥을 같이 한다. 영미의 지적인 풍토는 자유주의나 공리주의나(자원배분의 효율성이나), 또는 평등이나 효율성이나 하는 논쟁의 풍토인 데 반하여, 독일적인 분위기는 자유주의나 사회주의나, 또는 자유나 평등이나 하는 논쟁의 풍토였다.

이러한 시각에서 본다면 프라이브르크 학파는 케인즈主義와도 융합할 수 없다. 공리주의의 소산으로 풀이될 수 있는 케인즈주의에 대하여도 비판적인 입장이었다. 행정규제적 성격을 가지고 있었고 따라서 행정권력의 비대화를 초래한 케인즈주의의 수요관리정책은 개인의 책임과 스스로 조종되는 시장과정에 기초를 두고 있는 자유로운 시장경제를 점진적으로 파괴한다는 것이었다. 그것은 또한 장기적으로 일자리를 창출하는 과정을 약화시키고 장기적인 안정을 보장하는 규칙들을 소멸시킨다는 것이다(Streit(1995, p. 108)). 프라이브르크 학파는 경쟁질서의 확립을 위한 법규칙에 의해 재량적인 수요관리 정책을 극복하려고 했던 것이다. 이 학파는 이로써 케인즈주의의 자의적인 행정규제를 극복하고 “實質的 意味의 法治國家”를 실현하고자 했다.<sup>(22)</sup>

## 5. 프라이브르크 學派의 法經濟學의 功勞

앞에서 설명한 바를 기초로 할 때, 프라이브르크 학파가 범경제학의 형성에 기여한 공로는 적어도 다음과 같이 4가지로 분류하여 설명될 수 있을 것이다.

첫째로, 이 학파는 시장경제가 기능할 수 있기 위해서는 制度가 중요하다는 것을 강조하고 있다. 특히 강조되고 있는 제도는 자유와 질서를 조합하고 개개인의 자율성과 자유를 보장하는 법규칙뿐만이 아니다. 이들의 자율성의 행사가 자생적으로 통제될 수 있는 법적 제도이다. 이 제도는 자유와 권력의 갈등을 해결한다. 시장경제에서 인간들의 행동을 통제하는 메커니즘이 바로 자유경쟁인데, 이 자유경쟁을 법적으로 승격시킴으로써 행동조정을 위한 법적 제도들을 재평가할 수 있는 단서를 마련해 주었던 것이다.

둘째로, 프라이브르크 학파는 인간들의 사회적 행동을 인도하고 조종하는 행동규칙들의

(22) 형식적 의미의 법치국가는 의회가 정한 법이면 무엇이든 그 법에 따라 행정을 수행하는 것이다. 행정규제는 법적 근거가 없이도 정책적 목표를 달성하기 위해 행정부가 경제에 개입하는 경우이다.

윤리성을 판단하는 윤리를 인정하고 있는데, 이것이 個人主義 및 自由이다. 이러한 윤리는 가치합리성을 반영한 윤리이다. 따라서 사회적 후생이나 배분적 효율성과 같은 목적합리성에 기초하여 제도를 판단할 때 생겨나는 문제들, 즉 비용-편익분석에 따르는 문제들을 극복하고 있다.

세번째로, 위의 두번째의 공로와 관련된 것인데, 경쟁과정에서 특수한 결과를 얻기 위해 미시적 수준에서나 거시적 차원에서 시장경제에 干涉하는 정책에 대한 비관주의적 입장을 분명히 보여주고 있다(目的合理性에 대한 悲觀主義). 프라이브르크 학파는 그 대신 경제주체들이 자유로이 경쟁할 수 있는 틀(경쟁의 결과가 무엇이든 관계없이)을 짜는 데 초점을 맞추는 질서정책의 중요성을 강조하고 있다(制度主義). 그러나 공리주의에 기초를 둔 후생경제학적 법경제학은 특수한 정책적 목표를 달성하기에 적합하게 경쟁과정을 조종·통제한다. 따라서 시장경제와 경쟁을 정책적 목적을 달성하기 위한 수단으로 간주한다(手段主義).<sup>(23)</sup>

넷째로, 프라이브르크 학파는 秩序의 相互依存性을 강조하고 있다. 법적 제도들을 채택하거나 변동시킬 경우, 질서의 상호의존성을 고려해야 한다는 것이다. 통화정책, 농업정책, 주택정책 등은 서로 독립적이거나 독자적으로 추진될 수 없다는 것이다. 왜냐하면 사회적 현상들은 일반적인 상호의존성을 가지고 있기 때문이다. 질서의 상호의존성 때문에 어느 한 현상이나 정책이라고 하더라도 이를 경제적인 전체과정의 틀 내에서 종합적으로 바라보아야 한다. 어느 한 분야의 전문가란 종합적인 모든 분야의 맥락에서 자신의 전문 분야를 보는 사람이다.

질서의 상호의존성은 경제부문 자체뿐만 아니라 경제과정으로서의 행동질서와 법질서(Hayek(1969)), 시장질서와 사법질서(Böhm(1966)), 법질서와 정치질서의 상호의존성을 포함한다. 뿐만 아니라 그것은 경제질서와 국가헌법(Böhm(1950))의 상호의존성까지도 포함한다. 질서의 상호의존성이라는 인식에서 프라이브르크 학파는 예컨대 시장경제와 실질적 의미의 법치국가의 관계를, 그리고 시장경제와 제한적 민주주의의 관계를 분석하고 이들의 양립성을 강조하고 있다.

이상과 같이 파악한다면 프라이브르크 학파의 연구프로그램은 허치슨이 지적하고 있듯이(Hutchison(1979, p. 433)) 리카디안 경제학보다는 스미시안 경제학에 가깝고, 그 법경제학도 공리주의적 법경제학보다는 스미시안 법경제학을 계승·발전시키고 있다고 볼 수 있다. 따라서 그것은 주류경제학적 법경제학과는 규범적 측면에 있어서나 이론적 측면에

(23) 여기에서 1960년대말에 제도주의나 수단주의와의 논쟁이 이루어졌다.

있어서 전적으로 다르다.

마지막으로 다시 한번 강조한다면, 프라이브르크 학파와 이 전통의 계승자들은 질서의 상호의존성에 따라 사회의 전체적 맥락에서 종합적이고 학제적으로 시장경제를 분석하고 있다. 인식대상인 시장경제가 다른 모든 사회적 과정들과 상호의존되어 있기 때문에 역시 시장경제를 학제적·종합적으로 분석해야 한다는 것은 단순한 학문적 호기심에서 나온 이야기가 아니다.<sup>(24)</sup> 이러한 접근법이야말로 스미시안 전통이 아닐 수 없다.

프라이브르크 학파의 법사상은 공리주의 전통도 아니고, 사회주의 전통도 아니다. 그것은 칸트의 자유주의, 더 거슬러 올라가면 스코틀랜드 계몽주의 전통의 자유주의 사상에 속한다. 따라서 그 학파의 법사상은 앞에서 언급한 바와 같이 하이에크가 주도하여 설립한 몽 페르린 학회의 설립취지, 즉 “古典的인 自由主義를 復活시키기 위한 포럼”의 취지와 매우 일치한다.

江原大學校 經濟學科 教授

200-701 강원도 춘천시 효자2동 산22

전화: (0361)250-6124

팩시: (0361)57-2271

## 參 考 文 獻

Albert, H.(1972): “Ethik und Methaethik,” in *Konstruktion und Kritik*, Hamburg.

Buchanan, J.M.(1978): *Freedom in Constitutional Contract*, Texas.

Böhm, F.(1933): *Wettbewerb und Monopolkampf*, Berlin.

\_\_\_\_\_ (1950): “Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung,” *Recht und Staat*, **153/154**.

\_\_\_\_\_ (1966): “Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft,” *Ordo*, **17**.

\_\_\_\_\_ (1971): “Freiheit und Ordnungen in der Marktwirtschaft,” in E.J. Mestmäcker (ed.) *F. Böhm, Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft*, Baden-Baden.

Böhm, F., H. Grossmann-Doerth, and W. Eucken (1937): “Unsere Aufgabe,” in Böhm, F.,

(24) 한 가지 부언해야 할 점은 프라이브르크 학파의 법경제학적 사상을 규명하기 위해서는 이 학파의 삼총사와 나란히 혹은 그 이후에 개발된 하이에크의 법경제학적 사상과 호프만 [Hoppmann(1988)]의 사상 등 하이에키안들(Streit(1995))의 사상을 검토하고 이 삼총사의 사상과 연결시켜야 할 것이다.

*Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und Rechtsschöpferische Leistung,*  
Stuttgart.

Eucken, W.(1940): *Grundlagen der Nationalökonomie*, Berlin.

\_\_\_\_\_ (1950, 1992): Hutcheson, T.W. (trans.), *The Foundations of Economics-History and Theory in the Analysis of Economic Reality*, Berlin.

\_\_\_\_\_ (1952): *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, Tübingen; 안병직 · 황신준 역(1996), 『경제정책의 기본원칙』, 민음사.

Giersch, H.(1983): “Liberals in Germany,” *Ordo*, **43**.

Hayek, F.A.(1969): *Freiburger Studien 1969*.

\_\_\_\_\_ (1971): *Die Verfassung der Freiheit*, Tübingen.

\_\_\_\_\_ (1979): *Law, Legislation, and Liberty vol.3: Political Order of Free People*, London.

Hoppmann, E.(1988): *Wettbewerb und Wirtschaftsordnung*, Baden-Baden.

\_\_\_\_\_ (1995): “Walter Euckens Ordnungsökonomik-Heute,” *Ordo*, **46**.

Hume, D.(1739, 1978): *Ein Traktat über die menschliche Natur Hamburg*.

Hutchison, T.W.(1979): “Notes on the Effects of Economic Ideas on Policy,” *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, **135**.

Mestmäcker, E.J.(1995): “Wirtschaftsordnung und Gesschichtsgesetz,” *Ordo*, **46**.

Nörr, K.W.(1993): *Die Leiden des Privatrechts*, Tübingen.

Popper, K.R.(1965): *Das Elend des Historizismus*, Tübingen.

Streit, M.E.(1994): “Freiburg School of Law aud Economics,” in P.J. Boettke (ed.), *The Elgar Companion to Austrian Economics*, New York.

\_\_\_\_\_ (1995): *Freiburger Beiträge zur Ordnungsökonomik*.