

법체계의 정치사회학적 분석

- 연구 구상 -

양 천 수*

I. 서론

이 글은 필자가 장기 연구과제로 설정하는 “법체계의 정치사회학적 분석”에 대한 연구 구상을 다룬다. 이 글에서 필자는 이 연구가 수행하는 목적이 무엇인지, 왜 이 연구를 수행할 필요가 있는지, 이 연구는 무엇을 내용으로 삼는지 등을 살펴보고자 한다.

“법체계의 정치사회학적 분석” 연구는 과학기술이 급속도로 발전하고 복잡성과 우연성이 엄청나게 증가하는 현대사회에 적합한 법사회학 이론을 모색하는 것을 궁극적인 목적으로 설정한다. 지난 2000년을 전후로 하여 우리 법학은 양적·질적으로 성장하였다. 이 시기 법철학, 법사학, 법사회학을 포함하는 기초법학도 발전한 편이다.¹⁾ 그러나 기초법학 가운데서도 법사회학은 법철학 및 법사학과 비교할 때 상대적으로 성장이 부진하였다. 공부의 기초가 되는 교과서 자체가 법사회학 영역에서는 부족하다는 점이 이를 예증한다.²⁾ 특히 일관된 이론적 기초 위에서 체계적으로 법과 사회의 관계를 규명한 교과서나 연구서가 부족한 편이다. 이러한 상황에서 이 연구는 현대사회, 특히 우리 사회에 적합한 또는 우리 사회에 응답하는 법사회학 이론을

* 영남대학교 법학전문대학원 교수·법학박사.

1) 물론 최근 들어 우리 법학은, 그 가운데서도 기초법학은 심각한 위기에 처하고 있다. 이에 관해서는 양천수, “기초법학의 의의와 필요성”, 「법철학연구」 제25권 제1호, 한국법철학회, 2022, 95-122면 참고.

2) 법사회학 교과서로는 양건, 「법사회학」, 아르케, 2001; 양현아 외, 「법사회학: 법과 사회의 대화」, 다산출판사, 2013 정도를 언급할 수 있다.

정립하는 것을 목표로 한다. 이를 위해 이 연구는 이론적 기초로 독일의 사회학자 니클라스 루만(Niklas Luhmann)의 이론, 그중에서도 루만이 학문 초기에 수행하였던 정치사회학(politische Soziologie)에 관한 연구를 원용하고자 한다.

니클라스 루만은 체계이론을 정립한 독일의 사회학자로 널리 알려져 있다. 그러나 루만은 법과대학을 졸업한 법률가이자 행정에 정통한 행정공무원이었다. 사회학 교수로 초빙되기 전까지 주로 행정공무원으로 일하면서 루만이 관심을 기울인 분야는 행정학과 국가이론 그리고 법학이었다. 이 시기 루만은 행정이론, 행정의 자동화, 기본권이론, 목적 개념, 절차적 정당화, 법규범의 구조, 법의 기능 등에 관해 독창적인 연구를 수행하였다. 이러한 영역을 루만은 정치사회학이라는 개념으로 규정하였다.

루만이 이룩한 정치사회학 연구는 오늘날 법체계가 처한 상황이나 기능 등을 설명하는 데 유용한 이론적 자원이 된다. 특히 그동안 우리 법사회학에서 소홀하게 다룬 이른바 행정법사회학을 규명하는 데 중요한 의미가 있다. 예를 들어 행정과 행정법의 관계, 정치와 행정의 관계, 행정과 법이 추구하는 목적의 의미와 한계, 현대 민주적 법치국가에서 절차의 의미 등에 관해 풍성한 시사점을 제공할 것이다. 그뿐만 아니라 최근 많은 관심을 모으는 행정에 대한 인공지능 적용 가능성 문제에도 루만의 연구는 유익한 통찰을 제공한다.³⁾ 이에 부가적으로 루만의 정치사회학 연구를 분석하면 루만이 염두에 둔 체계란 무엇인지, 왜 루만이 체계이론을 수용했는지에 의미 있는 시사점을 얻을 수 있다.

3) 이에 관한 한 예로는 양천수, 「인공지능 혁명과 법」, 박영사, 2021 참고.

II. 법체계의 정치사회학적 분석의 목적

“법체계의 정치사회학적 분석” 연구는 루만의 정치사회학을 기초로 하여 독자적인 법사회학 이론을 모색하는 것을 최종 목적으로 설정한다. 이에 따라 이 연구는 크게 두 부분으로 구성된다. 첫째는 루만의 정치사회학 연구를 규명하는 것이다. 둘째는 이를 토대로 하여 독자적인 법사회학 이론을 구상하는 것이다.

1. 루만의 정치사회학 분석

루만의 정치사회학을 규명한다는 것은 정치사회학 또는 정치적 사회학(politische Soziologie)이라는 견지에서 법체계를 분석한다는 목표를 함의한다.⁴⁾ 이러한 목표 설정은 다음과 같은 의미를 담는다.

(1) 법체계로서 법

우선 법을 법체계(Rechtssystem)라는 관점에서 접근한다는 점이다. 이때 법체계란 사회의 기능체계 가운데 하나로 전체 사회가 내적 분화를 거쳐 독립 분화된 사회적 체계의 일종이다. 이 점에서 이 연구는 루만이 구축한 체계이론을 이론적 틀로 받아들인다.

(2) 법체계의 정치사회학

다음으로 정치사회학이란 관점에서 법체계에 접근한다는 점이다. 현대사회의 복잡성과 우연성 및 다양성이 보여주듯이 특정한 개념이나 사건, 사회현상을 관찰하고 규명하기 위해 원용할 수 있는 이론적 자원은 다양하다. 예를 들어 전통적 법학이 그렇듯이 실정법 도그마틱이나 비교법학이라는 관점

4) 아래에서는 ‘정치사회학’으로 사용한다.

에서 법에 접근할 수도 있고, 요즘 법철학에서 흔히 보이듯이 정치철학의 견지에서 법의 이념이나 원리를 분석할 수도 있다. 그 가운데서도 이 연구는 정치사회학, 특히 루만이 작업한 정치사회학의 관점에서 법체계를 관찰하고 규명하고자 한다. 이때 말하는 정치사회학은 사회학의 토대에서 정치를 분석하는 학문을 말한다.⁵⁾ 그렇다면 법체계에 대한 정치사회학적 분석은 법학, 사회학, 정치학을 연결하는 통합과학적 성격을 띤다. 그 점에서 이 연구는 실정법학이 아닌 기초법학에 속한다. 더불어 이 연구는 기초법학 가운데도 법사회학 연구에 해당한다.

(3) 행정·정치·법에 대한 루만의 초기 분석

나아가 이 연구는 루만의 관점에 더해 루만이 학문 초기에 행정, 정치, 법에 관해 작업해 얻은 성과를 분석하는 데 중점을 둔다는 의미가 있다. 독일 프라이부르크대학교 법과대학을 졸업한 후 행정공무원으로 경력을 시작한 루만은 미국 유학 이후 체계이론의 토대에서 행정, 즉 공적 조직의 기능과 결과를 분석한다. 이후 행정, 정치, 법을 체계이론의 견지에서 분석하는 작업을 이어가고 이는 독창적인 연구서로 열매를 맺는다. 이 연구는 이렇게 루만이 초기에 거둔 정치사회학적 성과를 집중 조명함으로써 법의 정치사회학에 관해 의미 있는 윤곽을 그려가고자 한다.

2. 우리의 법사회학 모색

“법체계의 정치사회학적 분석” 연구는 루만의 정치사회학 연구 분석을 토대로 하여 우리 사회에 적합한 독자적인 법사회학 이론을 모색 및 구상하고자 한다. 특히 선행 법사회학 연구에서 상대적으로 소홀히 취급한 입법사회학이나 행정법사회학에 연구의 초점을 맞추고자 한다. 이에 더하여 법과 사

5) 정치사회학에 관해서는 N. Luhmann, *Politische Soziologie*, Berlin, 2015, S. 9 ff. 참고.

회의 관계를 어떻게 설정할 수 있는지, 사회가 법의 변화 또는 진화에 어떤 영향을 미치는지, 법이 사회에서 어떤 기능을 수행하는지 등을 규명하고자 한다.

3. 연구의 특징

이 연구는 다음과 같은 특징을 지닌다.

(1) 특징

먼저 루만의 초기 연구, 즉 루만의 정치사회학 연구를 집중적으로 분석한다는 점이다. 그간 철학 및 사회학 그리고 간헐적으로 법학 등에서 루만의 체계이론에 관한 연구가 진행되었다. 그렇지만 루만 연구는 주로 루만이 이른바 ‘자기생산성’(Autopoiesis)으로 패러다임 전환을 한 이후 전개된 체계이론적 사회이론에 관해 이루어졌다. 그것도 주로 사회이론에 관해 연구가 진행되었다. 이에 반해 주로 1960년대 초반부터 1970년대 중반까지 수행된 루만의 정치사회학 연구에 관해서는 제대로 연구가 이루어지지 않았다. 하지만 이미 당시 루만의 체계이론적 사유의 기본 틀이 상당 부분 완성되었다는 점, 행정과 정치, 법에 관한 루만의 연구는 무엇보다도 법학에 중요한 의미가 있다는 점에서 이는 루만 연구에서 정면으로 고려되어야 한다.

다음으로 이 연구는 루만의 초기 연구가 당시 법학, 특히 독일 법학에 어떤 파장을 몰고 왔는지를 분석한다는 점이다. 루만의 초기 연구가 법학에 어떤 영향을 주었는지에 관해서는 그동안 토이브너(Gunther Teubner)에 관한 연구를 제외하면 그다지 연구되지 않았다.⁶⁾ 이 연구는 바로 이러한 부분도 연구 대상에 포함한다.

6) 다만 형법학에서 루만의 초기 체계이론을 수용한 아멜룽(Knut Amelung)의 사회유해성에 관해서는 연구가 이루어졌다. 이에 관해서는 김창균, “사회유해성의 체계이론적인 분석”, 「안암법학」 제8호, 안암법학회, 1998. 12., 123-150면 참고.

나아가 이 연구는 체계이론에 바탕을 둔 정치사회학의 토대 위에서 독자적인 법사회학 이론을 구상하고자 한다. 특히 그동안 소홀하게 취급된 입법사회학 및 행정법사회학을 중요하게 연구 시야에 넣고자 한다. 우리 법사회학은 그동안 주로 법조사회학을 연구 대상으로 설정해 왔다는 점에서 이 연구는 차별성을 인정할 수 있다.

(2) 장기 연구

이러한 특징으로 이 연구는 장기간 이루어질 필요가 있다. 이를 구체적으로 말하면 다음과 같다.

이 연구는 세 단계로 기획된다. 첫 번째 단계는 루만의 정치사회학 연구를 분석하는 것이다. 이 연구의 기초이자 어쩌면 가장 중요한 부분이라 말할 수 있는 단계이다. 두 번째 단계는 루만의 정치사회학이 법학에 어떤 영향을 미쳤는지 분석하는 단계이다. 이 단계를 거침으로써 루만 연구에서 우리가 무엇을 선택해 받아들일 수 있는지에 유익한 통찰을 얻을 수 있다. 세 번째 단계는 첫 번째 단계와 두 번째 단계에서 획득한 이론적 성과를 바탕으로 하여 독자적인 법사회학 이론을 구상하는 단계이다. 필자는 현재 체계이론을 바탕으로 하여 법과 사회의 관계, 법의 기능 등을 규명하고자 한다.

이 가운데서 특히 첫 번째 단계는 장기연구가 필요하다. 잘 알려진 것처럼 루만은 엄청난 생산성을 보여준 학자였다. 정치사회학에 관해서도 루만은 생전 다수의 연구서를 출판했을 뿐만 아니라 사후에도 유작으로 여전히 다수의 책이 편집되어 출판된다. 전자의 예로 「공식 조직의 기능과 결과」(1964), 「제도로서 기본권」(1965), 「공적 행정에서 법과 자동화」(1966), 「목적 개념과 체계합리성」(1968), 「절차를 통한 정당화」(1969), 「정치적 계획」(1971), 「법사회학」(1972), 「법체계와 법도그마틱」(1974) 등을 꼽을 수 있다. 후자의 예로 「우연성과 법」(2013), 「정치사회학」(2015), 「행정의 경계」(2021) 등을 언급할 수 있다. 루만의 정치사회학을 규명하려면 이러한 저작을 치밀하게

독해 및 분석해야 한다. 그런데 널리 알려진 것처럼 루만의 저작과 이론은 난해하기로 악명 높다. 따라서 루만의 정치사회학 전모를 정면에서 분석하려면 장시간의 연구 기간이 필요하다. 이 점만으로도 이 연구가 장기연구로 진행될 필요가 있음을 보여준다.

이외에도 루만의 정치사회학이 법학에 미친 영향을 규명하는 작업이나 체계이론에 바탕을 둔 독자적인 법사회학 이론을 모색하는 것도 결코 단기간에 수행되기 어렵다. 이 역시 오랜 시간 문헌분석과 사유를 진행함으로써만 달성될 수 있다.

(3) 연구의 기본 체계

“법체계의 정치사회학적 분석” 연구는 10년이라는 장기간 수행하는 것을 목표로 한다. 따라서 10년 동안 연구를 어떻게 수행해야 하는지에 관해 유기적이고 실현 가능한 체계를 구축할 필요가 있다. 이 연구에서는 3단계 체계를 구축하고자 한다.

첫 번째 단계에서는 루만의 정치사회학 연구를 분석한다. 이 단계에서는 루만이 1960년대 초반부터 1970년대 중반까지 정치사회학에 관해 수행한 연구 결과를 치밀하게 규명한다.

두 번째 단계에서는 루만의 정치사회학이 법학에 어떤 영향을 미쳤는지 분석한다. 특히 루만이 독일의 법학자인 에쎄(Josef Esser), 아멜룽(Knut Amelung), 야콥스(Günther Jakobs), 카우프만(Arthur Kaufmann) 등에 어떤 영향을 미쳤는지 규명한다.

세 번째 단계에서는 첫 번째 단계와 두 번째 단계에서 획득한 이론적 성과를 바탕으로 하여 독자적인 법사회학 이론을 구상한다.

Ⅲ. 루만의 정치사회학 개관

1. 법의 정치사회학

“법체계의 정치사회학적 분석” 연구는 정치사회학의 시각에서 법체계를 규명하는 것을 목표로 한다. 이때 정치사회학은 사회학의 시각에서 정치체계를 관찰하는 것을 말한다. 좀 더 구체적으로 말하면 루만이 정립한 체계이론, 그중에서도 아직 파슨스(Talcott Parsons)의 영향이 남아 있는 초기 체계이론의 시각에서 정치체계 및 이와 구조적으로 연결된 법체계를 분석하겠다는 것을 뜻한다. 이 같은 목표는 다음과 같은 의미도 담는다. 법체계를 정치사회학의 시각에서 분석하겠다는 것은 루만이 학문 초기에 행정, 정치, 법 등에 관해 연구한 성과를 추적하겠다는 것이다. 왜냐하면 루만이 자신의 학문 초기에 집중적으로 연구한 주제는 바로 법의 정치사회학이라 말해도 과언은 아니기 때문이다. 따라서 말을 바꾸어 이 연구의 목표를 표현하면 루만이 초기에 수행한 행정, 정치, 법 등에 관한 연구를 분석하는 것이라 할 수 있다. 이는, 만약 루만의 학문을 크게 전반기와 후반기로 구별할 수 있다면, 후반기와 차이가 나는 루만의 전반기 체계이론을 다루겠다는 점도 포함한다.

거칠게 언급하면 루만의 전반기와 후반기는 다음과 같은 점에서 차이가 있다. 사회이론이 완성되어 가는 후반기에서는 소통, 자기생산, 구별 및 차이, 관찰자가 중요한 역할을 한다.⁷⁾ 이를테면 사회적 체계는 소통으로 구성되고 자기생산적으로 작동한다. 사회적 체계에서 관찰과 관찰자가 중요한 지위로 등장한다. 이러한 관찰자는 구별과 차이를 이용하여 관찰을 수행한다.

이와 달리 전반기, 특히 초기 루만에서는 파슨스의 영향으로 사회적 체계를 행위체계로 파악한다. 사회적 체계는 행위로 구성된다.⁸⁾ 소통이 아닌 행

7) 이에 관해서는 니클라스 루만, 윤재왕 (옮김), 「사회의 체계이론」, 새물결, 2022, 편집자 후기 참고.

8) 예를 들어 N. Luhmann, *Funktionen und Folgen formaler Organisation*, Berlin, 1964, S. 23; N. Luhmann, *Politische Soziologie*, Berlin, 2015, S. 21 등 참고.

위가 아직 사회적 체계의 구성 요소로 남아 있다. 나아가 사회적 체계를 구성하는 역할(Rolle)이 강조된다.⁹⁾ 역할은 행위기대와 밀접하게 연결된다. 가령 행위기대는 물적 차원에서는 역할 형성을 통해 일반화된다.¹⁰⁾ 이러한 일반화를 통해 사회적 체계의 구조가 형성된다. 더불어 초기 사이버네틱스적 체계이론의 영향을 받은 ‘투입(input)/산출(output)’ 모델이 중요하게 사용된다. 복잡성 감축이라는 사회적 체계의 기능적 목표도 강조된다. 루만은 이러한 개념적 틀을 활용하여 행정, 정치, 법 등을 관찰하고 분석한다.

2. 행정의 의의와 기능

법학을 전공했던 루만은 행정공무원으로 사회 경력을 시작한다. 이로 인해 루만은 자연스럽게 행정이라는 공적 조직의 작동에 관심을 가진다. 행정이란 무엇인지, 행정은 무엇을 추구하는지, 행정은 어떻게 작동하는지에 관심을 기울인다. 그 결과 미국 유학을 마치고 돌아온 루만이 처음으로 출간한 연구서도 행정의 작동 방식과 기능을 분석한 것이었다.¹¹⁾

이 연구에서는 행정에 관한 루만의 초기 연구를 분석함으로써 행정이란 무엇인지, 행정의 경계, 즉 행정과 구별되는 환경은 무엇인지, 행정은 어떻게 작동하는지 살펴본다. 루만은 행동경제학의 아버지 사이먼(Herbert Simon)의 연구를 수용하여 행정의 본질적 기능을 ‘결정’(decision making)으로 파악한다.¹²⁾ 더불어 루만은 파슨스의 체계이론을 받아들여 행정을 사회적 체계로 규정한다. 이에 따르면 행정이란 결정을 내리는 사회적 체계이다.

9) N. Luhmann, *Funktionen und Folgen formaler Organisation*, Berlin, 1964, S. 39 ff.

10) N. Luhmann, *Funktionen und Folgen formaler Organisation*, Berlin, 1964, S. 61.

11) N. Luhmann, *Funktionen und Folgen formaler Organisation*, Berlin, 1964.

12) N. Luhmann, *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung*, Berlin, 1966, S. 21 ff. 이때 ‘decision making’은 ‘의사 결정’으로도 파악할 수 있다. 그러나 ‘주체/객체 모델’을 거부하는 루만의 견지에서 볼 때 의사를 결정한다는 것은 성립하기 어렵다. 따라서 루만의 맥락에서는 ‘의사 결정’보다는 ‘결정’으로 파악하는 게 적절하다.

행정이 사회적 체계라는 언명은 다음과 같은 의미를 담는다. 우선적으로 행정은 ‘인간’ 공무원에 의해 작동하는 게 아니라는 점이다. 대신 행정에서는 행위나 소통이 중요한 역할을 한다. 오히려 인간 공무원은 정치가나 일반 대중(Publikum)처럼 행정이라는 사회적 체계의 환경에 속한다.¹³⁾

행정은 조직, 그중에서도 공공성을 가진 공적 조직이 작동하는 것을 뜻한다. 루만에 의하면 조직을 규율하는 원칙으로 두 가지를 거론할 수 있다. 경제적 합리성 원칙과 실정법의 구속 원칙이 그것이다.¹⁴⁾ 이를 합리성이라는 개념으로 바꿔 말하면 경제적 합리성과 규칙 합리성으로 부를 수 있을 것이다. 이는 조직 운영에 관해 대립하는 두 가지 이념, 목적 지향과 지배(Herrschaft)에 각각 연결된다.¹⁵⁾

이는 조직의 존재 의미와 관련을 맺는다. 목적/수단이라는 구별과 관련을 맺는 목적 지향은 조직의 수단성을 강조한다. 이에 따르면 조직은 목적을 달성하기 위한 수단으로 자리매김한다. 이에 대해 지배/복종이라는 도식과 관련되는 지배는 조직의 존속을 강조한다. 지배라는 이념에서 볼 때 조직의 존속 그 자체가 목적이 된다. 이에 따르면 조직은 자기목적적인 존재이다. 지배를 강조하면 조직의 존속을 위해 조직 구성원의 복종이 강조된다. 이에 따라 전자에서는 합리성이 중시된다면 후자에서는 지배 의지가 중시된다. 이에 전자는 지성주의(주지주의), 후자는 의지주의(주의주의)와 연결된다.¹⁶⁾ ‘주관/객관’이라는 구별을 활용해 단순하게 표현하면 전자는 객관성, 후자는 주관성을 지향한다.

13) N. Luhmann, *Die Grenzen der Verwaltung*, Berlin, 2021, S. 122 ff.

14) N. Luhmann, *Funktionen und Folgen formaler Organisation*, Berlin, 1964, S. 17.

15) N. Luhmann, *Funktionen und Folgen formaler Organisation*, Berlin, 1964, S. 32.

16) 루만에 따르면 이러한 대립은 국가목적과 주권의 대립을 의식한 켈젠(Hans Kelsen)의 문제 의식과 연결된다. N. Luhmann, *Funktionen und Folgen formaler Organisation*, Berlin, 1964, S. 32.

3. 행정과 행정법의 관계

행정의 의의에 관해 중요한 한 가지 문제로 행정과 행정법, 더 나아가 행정학과 행정법학의 관계를 어떻게 설정할 것인가이다. 흔히 행정학은 행정이라는 존재 현상을 다루는 학문으로, 행정법학은 행정법이라는 당위 현상을 다루는 학문으로 서로 구별된다. 존재/당위의 구별이라는 방법이원론에 바탕을 두는 이러한 이해 방식은 나름 설득력이 있지만 행정과 행정법의 관계는 명확하게 규정하지 않는다는 점에서 한계가 있다. 이에 관해 루만은 행정과 행정법의 관계에 관해 유익한 착안점을 제공한다. 행정법은 행정에 대한 법적 토대라는 점이다.¹⁷⁾ 이를 구체적으로 풀이하면 행정이라는 사회적 체계가 결정을 내리는 데 필요한 법적 장치가 행정법이라는 것이다. 이에 따라 행정학은 행정 조직이 어떤 과정을 거쳐 일정한 결정을 내리게 되는지에, 행정법학은 행정 조직이 특정한 결정을 내릴 때는 어떤 법적 토대가 필요한지, 행정 조직의 결정으로 시민의 권리가 침해되는 경우에는 어떤 구제 수단을 모색할 수 있는지에 관심을 기울인다. 이 연구에서는 이러한 부분을 심화시킬 계획이다.

4. 행정 조직과 역할

초기 루만에서는 역할이 중요한 지위를 차지한다. 의미/소통/기대/구조라는 개념적 틀에서 사회적 체계를 분석했던 중반기 이후의 루만과는 달리 초기 루만에서는 행위/기대/역할이라는 개념적 틀이 중요하게 작용한다. 루만에 따르면 행위기대는 세 가지 차원에서 일반화된다.¹⁸⁾ 이때 세 가지 차원이란 시간적·물적·사회적 차원을 말한다. 행위기대는 시간적 차원에서는 규범화를 통해 일반화된다. 물적 차원에서는 조직 안에서 수행되는 역할 형성

17) 이에 관해서는 N. Luhmann, *Die Grenzen der Verwaltung*, Berlin, 2021, S. 14 ff. 참고.

18) N. Luhmann, *Funktionen und Folgen formaler Organisation*, Berlin, 1964, S. 61 ff.

으로 일반화된다.¹⁹⁾ 사회적 차원에서는 제도화를 통해 일반화된다. 조직이라는 사회적 체계의 구조는 이렇게 세 가지 차원에서 이루어지는 행위기대의 일반화를 거쳐 형성된다. 그리고 조직의 환경에 속하는 인간 존재는 역할을 통해 조직에 참여한다. 역할에 부과된 기대에 따라 조직 안에서 권한과 의무를 수행한다.

이러한 역할은 1960년대 당시 사회학뿐만 아니라 법학, 특히 법철학에서도 중요한 의미가 있다. 예를 들어 독일의 법철학자 마이호퍼(Werner Maihofer)는 역할과 유사한 ‘로서의 존재’(Alssein)를 통해 법이 추구해야 하는 임무를 규명한다.²⁰⁾ 마이호퍼에 따르면 ‘로서의 존재’는 현재 사회적 관계 안에 있는 인간의 존재방식을 뜻할 뿐 아니라 인간이 올바른 사회적 관계를 정립하기 위해 규범적으로 지향해야 하는 존재방식이다. 바로 이 점에서 마이호퍼의 제도적 자연법이 도출된다. 그러나 루만이 초기에 작업했던 역할에 관한 성과를 참고하면 마이호퍼의 제도적 자연법 구상에 의문을 제기할 수 있다. 역할이 사회적 체계와 관련되는 개념으로 물론 일반화될 수는 있지만, 고정된 것이 아니라 가변적인 것이라면 이러한 역할이 과연 실정법을 규범적으로 규제하는 기능을 수행할 수 있을까의 의문이 그것이다. 이 연구에서는 이 문제를 정면에서 다룰 계획이다.

5. 행정의 자동화

제4차 산업혁명이 진행되면서 인공지능 기술이 비약적으로 발전한다. 더불어 인공지능을 사회 각 영역에 적용하려는 시도가 이루어진다. 이는 행정 영역에서도 진행된다. 이에 따라 어떤 근거에서, 어떤 범위에서 인공지능을 행정에 적용할 수 있는지가 논의된다. 그런데 인공지능을 행정에 적용하려는 논의, 즉 행정의 자동화에 관한 논의는 생각보다 오랜 역사를 지닌다. 그리

19) N. Luhmann, *Die Grenzen der Verwaltung*, Berlin, 2021, S. 89-90.

20) 이에 관해서는 베르너 마이호퍼, 심재우 (역), 「법과 존재」, 삼영사, 1996 참고.

고 이에 관해 루만은 이미 선구적인 그리고 오늘날에도 여전히 설득력이 높은 작업을 하였다.²¹⁾ 이 연구는 행정의 자동화에 관한 루만의 연구를 추적함으로써 인공지능과 행정에 관한 논의에 유의한 시사점을 도출하고자 한다.

6. 정치와 행정의 분화

루만에 따르면 행정은 사회적 체계인 동시에 정치체계의 부분체계이다. 정치체계가 내적 분화를 거치면서 분화되어 형성된 것이 행정체계이다.²²⁾ 이에 따라 행정은 정치체계의 특성도 부분적으로 가지면서 그와 구별되는 독자성도 지닌다. 권력 투쟁의 성격이 강한 정치체계와는 달리 행정체계에서는 목적합리성과 규칙합리성이 강하다는 점을 꼽을 수 있다. 이 연구는 루만의 연구를 참고하여 어떤 점에서 정치와 행정이 구별되는지 규명하고자 한다.

7. 목적 개념의 재구성

일반적으로 조직은 일정한 목적을 수행하는 체계로 이해된다. ‘목적/수단’ 구별을 활용하면 조직은 목적을 달성하는 데 필요한 수단이다. 그 때문에 법적 안정성이 중요한 법체계와는 달리 조직과 같은 사회적 체계에서는 목적합리성이 중요한 지위를 차지한다. 하지만 이때 목적이란 무엇을 뜻하는지는 명확하지 않다. 물론 기업과 같은 경제 조직의 경우에는 경제적 이익 극대화가 조직의 목적으로 언급되지만 이른바 ESG가 화두인 오늘날에는 이러한 목적 역시 명확하지는 않다. 이에 루만은 목적이란 무엇인지, 이러한 목적이 오늘날 어떤 한계에 직면하는지, 체계이론의 관점에서 목적 개념을 어떻게 재구성할 수 있는지 다루었다.²³⁾ 예를 들어 루만은 목적합리성을 체계합리

21) N. Luhmann, *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung*, Berlin, 1966 참고.

22) N. Luhmann, *Politische Soziologie*, Berlin, 2015, S. 151 ff.

23) N. Luhmann, *Zweckbegriff und Systemrationalität: Über die Funktion von Zwecken in sozialen Systemen*, Frankfurt/M, 1973 참고.

성으로 재설정하면서 목적이란 환경의 복잡성을 감축하는 것이라고 말한다.²⁴⁾ 이러한 루만의 주장은 목적 중심적 사고가 사회 전반을 지배하는 오늘날의 상황에서 시사하는 바가 적지 않다.

8. 제도로서 기본권

1960년대 중반 루만은 기본권에 관해서도 중요한 학문적 기여를 한다. 기본권이란 무엇인가에 관해 주관적 권리와 객관적 가치질서라는 대립 구도, 달리 말해 슈미트 학파와 스펜트 학파가 팽팽하게 대립하는 상황에서 루만은 기본권을 제도로, 더욱 구체적으로 말해 사회적 체계의 형성과 체계의 분화를 가능케 하는 제도로 파악한다.²⁵⁾ 제도라는 측면에서 기본권에 접근한 시도는 공법학자 헤벌레(Peter Häberle)에서 이미 찾을 수 있지만 루만은 체계이론의 견지에서 이를 더욱 섬세하게 제시한다. 오늘날 여전히 ‘권리/가치질서’라는 구별에서 크게 벗어나지 못한 기본권이론의 상황에서 볼 때 루만의 시도는 큰 의미가 있다. 그런데도 이러한 루만의 시도가 잘 소개 및 규명되지 않은 것은 아쉬운 일이다. 이 연구에서는 이를 규명하고자 한다.

9. 체계의 프로그램으로서 목적 프로그램과 조건 프로그램

루만에 따르면 일정한 체계는 프로그램을 이용한다. 프로그램은 체계에 의한 소통의 선별 가능성을 보장한다. 이때 프로그램은 크게 두 가지로 구별할 수 있다. 목적 프로그램과 조건 프로그램이 그것이다.²⁶⁾ 여기서 조건 프

24) N. Luhmann, *Zweckbegriff und Systemrationalität: Über die Funktion von Zwecken in sozialen Systemen*, Frankfurt/M, 1973, S. 179 ff.

25) N. Luhmann, *Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, 4. Aufl., Berlin, 1999, S. 197. 제1판은 1965년에 출판되었다.

26) N. Luhmann, *Zweckbegriff und Systemrationalität: Über die Funktion von Zwecken in sozialen Systemen*, Frankfurt/M, 1973, S. 88 ff. 이는 이미 N. Luhmann, *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung*, Berlin, 1966에서 발견된다.

로그그램은 우리 인간이 지닌 제한적 합리성을 보완하는 역할을 한다. 흔히 행정에는 목적 프로그램이, 법에는 조건 프로그램이 적용되는 것으로 이해된다.²⁷⁾ 그러나 루만은 법치행정이 정착하면서 행정에도 목적 프로그램을 대신해 조건 프로그램이 즐겨 사용된다고 본다. 한편 입법을 통해 목적 프로그램 형식이 법체계에 편입되지만, 루만은 법체계는 오직 조건 프로그램을 통해서만 작동한다고 말한다.²⁸⁾ 이러한 주장은 계발적이면서도 논쟁적이다. 오늘날 조건 프로그램에 바탕을 둔 포지티브 규제에 많은 비판이 제기된다는 점을 고려할 때 어떤 이유에서 루만이 조건 프로그램을 강조하는지 살펴볼 필요가 있다.

10. 절차를 통한 정당화

정치사회학에 관한 루만의 초기 작업 가운데 가장 큰 반향을 일으킨 것으로 ‘절차를 통한 정당화’(Legitimation durch Verfahren)를 언급할 수 있다.²⁹⁾ 현대 민주적 법치국가에서 어떻게 절차가 권력을 정당화하는 기능을 수행하는지를 분석한 루만의 연구는 이후 절차주의라는 새로운 규제 패러다임이 출현하는 데 이바지하였다.³⁰⁾ 물론 루만은 자신의 작업이 절차주의를 의도한 것은 아니라고 해명한다. 그렇지만 절차적 정당화에 관한 루만의 연구가 절차주의 지지자에 적지 않은 영향을 미친 것은 부정하기 어렵다. 반면 루만이 작업한 절차를 통한 정당화가 구체적으로 어떤 내용을 갖추고 있는지를 치밀하게 규명한 연구는 적기에 이는 정면에서 연구되어야 할 필요가 있다.

27) N. Luhmann, *Kontingenzt und Recht*, Berlin, 2013 참고.

28) 니클라스 루만, 윤재왕 (옮김), 「사회의 법」, 새물결, 2014, 266면.

29) 니클라스 루만, 윤재왕 (옮김), 「절차를 통한 정당화」, 새물결, 2022.

30) 절차주의에 관해서는 G.-P. Calliess, *Prozedurales Recht*, Baden-Baden, 1998 참고.

11. 결과지향 법도그마틱의 가능성과 한계

루만은 법과대학을 졸업한 법률가로서, 행정공무원으로서 직업적 삶을 시작하였다. 이에 행정과 더불어 법은 루만이 초기부터 지속적으로 관심을 기울인 주제였다. 물론 루만은 정치사회학의 관점에서 법에 관심을 가졌기에 실정법 도그마틱보다는 법의 정치사회학적 구조에 관해 주로 연구를 수행하였다. 달리 말해 법을 사회의 부분체계로 파악하면서 이러한 법이 어떻게 작동하는지, 어떤 기능을 수행하는지에 관심을 쏟았다. 하지만 그렇다고 해서 루만이 법도그마틱 자체를 소홀히 한 것은 아니다. 1970년대 초반 루만은 법도그마틱이란 무엇인지, 법도그마틱이 어떻게 유형화될 수 있는지, 법도그마틱이 수행하는 기능과 한계는 무엇인지 다루었다.³¹⁾ 특히 개념법학과 목적법학이라는 독일 법학의 전통적인 대립을 투입-경계를 지향하는 법학과 산출-경계를 지향하는 법학으로 구별한 것은 시사적이다. 더불어 당시뿐만 아니라 오늘날에도 여전히 강세를 떨치는 산출지향 법도그마틱, 즉 목적 중심의 결과지향 법도그마틱을 비판한 점은 눈여겨볼 필요가 있다.

12. 법사회학

법에 관한 루만의 정치사회학적 관심은 법사회학으로 열매를 맺는다.³²⁾ 루만의 법사회학은 법사회학이라는 학문체계에서 중요한 지위를 차지한다. 법사회학에서 루만은 여러 독창적인 견해를 제시한다. 예를 들어 체계의 구조를 형성하는 데 이바지하는 기대를 인지적 기대와 규범적 기대로 구별하면서 법체계는 이러한 규범적 기대를 안정화하는 기능을 수행한다는 주장은 흥미롭다. 법의 이념으로 중시되는 정의를 복잡성의 견지에서, 즉 ‘적절한 복잡성’으로 규정하는 것도 널리 알려져 있다. 이 연구는 이러한 루만의 법사

31) N. Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart, 1974.

32) 니클라스 루만, 강희원 (번역), 「법사회학」, 한길사, 2015.

회학을 치밀하게 분석할 예정이다.

13. 루만의 정치사회학이 법학에 미친 영향

루만의 초기 연구는 이미 당시부터 학계에 큰 반향을 일으켰다. 법학의 경우에도 여러 비중 있는 법학자들이 루만의 연구에 주목하였다. 예를 들어 가다머(Hans-Georg Gadamer)의 철학적 해석학을 법해석학으로 수용한 에서는 루만의 연구 「절차를 통한 정당화」를 비록 비판적이기는 하지만 중요하게 고려하였다. 법철학자 카우프만(Arthur Kaufmann)은 신뢰(Vertrauen)에 관한 루만의 연구를 중요하게 평가하였다. 하지만 그 가운데서도 루만의 연구가 강한 영향을 미친 영역으로 형법학을 언급할 수 있다. 예를 들어 아멜롱은 루만의 체계이론을 수용하여 사회적 유해성을 새롭게 정초하였다. 야콥스 역시 루만의 연구를 받아들여 일반예방이론을 새롭게 근거 지었다. 이러한 부분은 루만의 초기 정치사회학 연구가 우리 법학에 어떤 의미를 줄 수 있는지에 시사점을 제공한다는 점에서 연구 대상에 포섭할 필요가 있다.

14. 체계이론적 법사회학 이론 구상

“법체계의 정치사회학적 분석” 연구의 마지막 단계에서는 루만의 정치사회학 연구, 특히 체계이론에 바탕을 둔 정치사회학 연구를 토대로 하여 독자적인 법사회학 이론을 모색한다. 현재로서는 다음과 같은 내용을 다루고자 한다. 제1장 법사회학, 제2장 이론적 토대로서 체계이론, 제3장 법의 의의, 제4장 사회의 의의, 제5장 법의 진화, 제6장 법의 기능, 제7장 법의식, 제8장 민사법사회학, 제9장 입법사회학, 제10장 행정법사회학, 제11장 사법사회학이 그것이다.

IV. 맺음말

지금까지 필자가 일생의 연구과제로 설정하는 “법체계의 정치사회학적 분석”이 왜 필요한지, 무엇을 목적으로 하는지, 어떤 내용을 담을 예정인지 등을 살펴보았다. 그 점에서 이 글은 일종의 연구노트에 해당한다. 따라서 이 글은 필자가 앞으로 수행할 연구계획만을 담고 있다고 평가할 수 있다. 아직 미완성인 셈이다. 그러나 현재 루만의 체계이론에 보이는 관심과 열정을 고려할 때 필자가 이 글에서 제시한 계획은 상당 부분 성취할 수 있으리라 기대하고 약속한다.

〈참고문헌〉

- 니클라스 루만, 강희원 (번역), 「법사회학」, 한길사, 2015.
- 니클라스 루만, 윤재왕 (옮김), 「사회의 법」, 새물결, 2014.
- _____, _____ (옮김), 「절차를 통한 정당화」, 새물결, 2022.
- _____, _____ (옮김), 「사회의 체계이론」, 새물결, 2022.
- 베르너 마이호퍼, 심재우 (역), 「법과 존재」, 삼영사, 1996.
- 양 건, 「법사회학」, 아르케, 2001.
- 양천수, 「인공지능 혁명과 법」, 박영사, 2021.
- 양현아 외, 「법사회학: 법과 사회의 대화」, 다산출판사, 2013.
-
- 김창군, “사회유해성의 체계이론적인 분석”, 「안암법학」 제8호, 안암법학회, 1998.
- 양천수, “기초법학의 의의와 필요성”, 「법철학연구」 제25권 제1호, 한국법철학회, 2022.
-
- G.-P. Calliess, *Prozedurales Recht*, Baden-Baden, 1998.
- N. Luhmann, *Funktionen und Folgen formaler Organisation*, Berlin, 1964.
- _____, *Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, 4. Aufl., Berlin, 1999.
- _____, *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung*, Berlin, 1966.
- _____, *Zweckbegriff und Systemrationalität: Über die Funktion von Zwecken in sozialen Systemen*, Frankfurt/M, 1973.
- _____, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart, 1974.
- _____, *Kontingenzt und Recht*, Berlin, 2013.
- _____, *Politische Soziologie*, Berlin, 2015.
- _____, *Die Grenzen der Verwaltung*, Berlin, 2021.

【국문초록】

법체계의 정치사회학적 분석

- 연구 구상 -

양 천 수*

이 글은 필자가 장기 연구과제로 설정하는 “법체계의 정치사회학적 분석”에 대한 연구 구상을 다룬다. 이 글에서 필자는 이 연구가 수행하는 목적이 무엇인지, 왜 이 연구를 수행할 필요가 있는지, 이 연구는 무엇을 내용으로 삼는지 등을 살펴본다. “법체계의 정치사회학적 분석” 연구는 현대사회, 특히 우리 사회에 응답하는 법사회학 이론을 정립하는 것을 목표로 한다. 이를 위해 이 연구는 이론적 기초로 독일의 사회학자 니클라스 루만(Niklas Luhmann)의 이론, 그중에서도 루만이 학문 초기에 수행하였던 정치사회학(politische Soziologie)에 관한 연구를 원용한다.

주제어: 법체계, 정치사회학, 체계이론, 행정, 정치, 법사회학, 루만

* 영남대학교 법학전문대학원 교수 · 법학박사.

【ABSTRACT】

A Political Sociological Analysis of the Legal System
- Research concept -

Chun-Soo Yang*

This article deals with the research concept of “a political sociological analysis of the legal system,” which the author sets as a long-term research project. In this article, the author examines the purpose of this research, why it is necessary to conduct this research, and what this research is about. The research of “a political sociological analysis of the legal system” aims to establish a sociological theory of law that responds to modern society, especially our modern society. To this end, this research is using German sociologist Niklas Luhmann’s systems theory, especially his studies on political sociology (politische Soziologie), which Luhmann conducted in the early days of his studies, as a theoretical basis.

Keywords : Legal system, political sociology, systems theory, public administration, politics, sociology of law, Luhmann

* Professor at Yeungnam University Law School · Dr. jur.

