

현대중국법제발전의 중대한 변화*

鄭 成 良**

目 次

- I. 法律至上의 정부에서 法律之下的 정부
- II. 職權本位에서 權利本位로
- III. 단순히 추구되는 實體公平에서 程序公平을 전제로 實體公平의 추구
- IV. 단순계급통치의 법제에서 사회공정의 법제

유구한 중국 전통 문화에서 주요 정치이론과 법률이론은 국가통치방면에서 법률의 역할과 작용에 대해 계속 불신하는 견해를 가지고 있다. 이는 중화인민공화국 정부설립 이래 장기간동안 실질적으로 변함이 없다. 당시의 사회균등과 정치가의 관점에서 법률이 국가통치에서 발휘하는 작용은 보조적이고 차등적인 역할이고, 도덕교육과 집권당의 정책이 국가통치의 가장 기본적인 수단이다. “문화대혁명”의 참통한 경험은 사람들의 법제에 대한 관심과 기대를 환기시키는 계기가 되었으며, 시장경제의 발전도 법률에 대한 사회의 요구를 제고시켰다. 그러므로, 개혁개방의 과정중 중국의 법제건설의 속도도 매우 빨라졌다. 1977년 중국은 정식으로 “법으로 국가를 통치하는 것이 사회주의 법치국가를 건설하는 것”이라는 治國의 방침전략으로 설정하고, 이는 중국의 법제건설이 중국 역사의 새로운 장과 법치시대로의 진입을 의미하고, 법치국가가 당대 중국사회발전과 법제발전의 대세임을 확인하는 것이다. 이는 거의 반세기 동안의 탐색과 실천을 통해 법치원칙이 처음으로 법제건설의 기본적인 지도방침으로 채택되고, 법치원칙을 확립시켰으며, 앞으로 중국의 법제발전은 다음과 같은 4가지방면에서 중대한 변화가 나타날 것이다. 이러한 변화는 개혁개방과정에서 이미 그 초기의 면모가 나타나기 시작했고, 앞으로 발전하는 과정에서 더욱 더 현저하게 나타날 것이다.

I. 法律至上의 정부에서 法律之下的 정부

개혁개방이후 1980년대와 1990년대동안 중국인들은 법으로 사회를 통치하는데 점점 더

* 이 논문은 '98년 10월 29일, 제주대학교 법과정책연구소가 주최한 '제2회 법 및 사회철학 아시아대회'에서 발표된 논문임.

** 中國 吉林大學 大學院 教授

많은 관심을 보였다. 1980년부터 1995년까지의 16년동안 국가입법기관과 국가행정기관이 제정한 전국규모의 법률과 행정적 법규는 모두 980건 이상으로 이 기간동안 “법에 의한 국가통치”에 대한 요구도 점점 더 강렬해졌다. 그러나, 많은 국민과 관원들은 이러한 법치원칙을 단순히 “법으로 나라를 다스린다”라고만 이해하는데, 이는 즉 법률을 사회 통치를 위한 기본적인 수단으로 정부가 사용한다는 것이다. 이러한 관념과 중국 고대법가의 이론은 매우 유사하다: 정부는 법으로 나라를 다스리나, 정부 자신은 법률을 초월한 것으로 법률은 정부가 사회를 통치하는 공구에 지나지 않는다는 것이다.

“법으로 나라를 다스리는 것이 사회주의 법치국가를 건설하는 것”이라는 治國方針의 설정은 중국이 한편으로 앞으로 중국특색의 사회주의를 견지하는 입장을 고수하고 다른 한편으로 법치원칙이 내포하고 있는 독특한 이념 역시 점차 입법화되어 법집행의 많은 부분에 깊숙히 간여될 것이다. 법치원칙이 내포하고 있는 중요한 이념중의 하나는 “법률하의 정부”라는 것인데 이는 곧 정부가 관리하고 있는 법률에 국민과 같이 복종해야 하며, 법률의 지배를 동등하게 받아야 하고, 법률 앞에서는 정부와 국민이 모두 평등하다는 것이다. 이러한 이념은 중국어의 표현으로 “법에 의한 국가통치(依法治國)”이다.

법에 의한 국가통치가 의미하는 것은 정부는 법이 허락하는 방식에 의거, 依照하여 治國權을 행사하는 것으로, 정부의 권력행사는 법률적 근거가 반드시 있어야하고, 정부는 기정의 법률 규칙과 법률의 程序에 依照하여 효력을 발휘해야한다.

결론적으로 정부는 법률로 사회를 통치하는 동시, 그의 행위 역시 법률의 평가와 심사를 받아야하고, 위법적인 행위에 대해서는 법률적 책임을 져야 한다. <행정소송법>과 <국가배상법>의 공포와 실시는 “법률하의 정부”의 초보적인 제도적 보장이자, 법에 의한 국가통치와 법치국가건설 방침의 정식적인 확립으로 “법률 앞에서의 모든 사람이 평등”하다는 원칙을 사회공공생활의 모든 영역에 깊이 관철시켰다. 중국사회를 보면 법치국가를 진정으로 실현시키겠다는 목표가 단기내에 완성되기는 어렵지만, 이러한 시대적 조류인 “치국의 도(中國武漢大學의 李龍교수인용)”를 굳건하게 동요 없이 견지해 나가면 중국 법제의 건전한 발전은 이루어질 것이다.

II. 職權本位에서 權利本位로

개혁개방이전 중국 법제의 특징은 매우 직권본위적이라고 할 수 있다. 직권본위적인 價値趣向은 다음과 같은 두 방면에서 나타난다:

첫째, 정부권력과 개체권력을 분배하는 관계에서 직권본위는 법률제도를 총설계함으로써 정부의 직권 강화를 그 기본 출발점으로 한다.

둘째, 개체의 권리와 의무를 안배하는 관계에서 직권본위는 권리와 의무를 설정, 이를

분배함으로서 의무의 약속(이행)을 법률의 주안점으로 한다.

직권본위의 법률적 개념은 우선 법률을 정부의 도구와 약속의 도구로 간주한다. 이러한 가치취향이 비록 정부가 사회를 통치할 수 있는 능력을 발휘할 수 있도록 최대 한도로 보장하는데 유리하지만, 사회 원동력과 자유를 대가로 하는 과도한 희생을 요하는 것이 실천 과정에서 입증되었다.

개혁개방이후, 특히 새로운 치국의 방침전략을 채택한 후, 권리본위의 가치취향은 지금 직권본위 가치취향을 지속적으로 대처해 나가고 있는데, 이는 곧 권리를 본위로 권리와 권력, 권리와 의무 관계를 안배하여 법률의 기본주지가 평등한 권리를 보장함으로서 정부권력을 합리적으로 제한하고 의무약속을 합리적으로 제한한다. 이는 평등한 권리 실현의 기본 척도가 된 것이다. 정부의 대국민 공약의 이행에 대한 정당성 여부는 권력의 지배와 의무 약속이 현실적으로 존재하고 있는지에 근거해서는 안되며, 평등한 권리를 구현하는지에 근거해야만 한다.

권리본위의 법제는 시장교역과 민주程序的의 필연적인 요구로서 현대법치국가의 중요한 법률이념이기도 하다. 법치원칙의 진정한 구현은 사회균중의 협력에 의존해야하며, 권리본위적 가치취향을 견지해야만 사회균중의 법률에 대한 신뢰감, 친근감과 神聖感을 살 수 있어 그들이 오랜 동안 지나왔던 열정과 관심으로 법치 실천에 참여하고 지지할 것이다.

중국의 전통문화중 법률은 우선 形(法者, 形也)으로 인식되어, 폭력 또는 폭력상해로 인한 의무적인 속박으로 현재 많은 사람들의 법률과 사법기관에 대한 보편적인 감정은 친근감 대신 공포감이 아직 앞서 있다. 이것은 직권본위법제의 상기적인 작용과 직접적인 연관이 있다. 중국사회주의 민주정치와 완성과 시장경제의 성숙과 권리본위 가치취향의 널리 찬양됨에 따라 사람들의 법률에 대한 이해 역시 새로운 중대한 변화가 계속해서 일어날 것이다. 그 예로 법률이 평등적인 권리의 확인과 보장이라는 것은 법률에 대한 주도적인 이념이 될 뿐만 아니라, 객관적인 사회적 현실이 될 것이다.

Ⅲ. 단순히 추구되는 實體公平에서 程序公平을 전제로 實體公平의 추구

개혁개방이전 중국의 법제는 실체공평을 추구하는 것을 배타적인 목표 추구로 간주하고, 행정관원과 사법관원이 처리하는 모든 사무가 실제로 공평한 결과를 얻기위한데 주력했다. 당시 대중관념과 관방측의 이론중 매 안전이 처리한 결과의 실제적 불공평성은 절대 용인할 수 없고, 程序上의 공평여부는 중요시되지 않아 등한시되는 요소이다.

안전에서 실체공평을 절대 우선적 목표로 간주하는 것은 “人治”이론의 고귀한 이상의 하나이다. 이 이상은 중국고대사회와 현대사회에서 극히 매력적인 것이다. 이러한 이상의 실현을 위해 계정된 공동규칙으로 천차만별한 개별 안전을 모두 처리할 수 없으므로 법률

이 효력을 발휘하는 것도 “사안처리에 참고”에 지나지 않는다. 그 반대로 官員의 개인적인 도덕, 성품, 연륜과 지혜에 희망을 거는 것은 官員이 계정규칙의 제한을 받지않게 하기 위해 광범한 자율재량권을 부여받아야만 한다. 그러므로 실제적 공평성을 추구하는데 있어 개인의 도덕과 이성을 제도적 규칙과 程序에 의존하는 것에 비할 수 없고, 이는 官員의 권력이 법률적 규칙과 정서적 제약을 일단 상실하게 되면 실제적 공평성과 정서적 공평성을 모두 실추할 수 있기 때문이다.

개혁개방과정 중 중국사회는 法治의 優越性을 점차 인식해 나가고 있다. 법치원칙의 실행은 법률이 사회의 “게임규칙”으로 성립되는 것을 시사하는 것으로 행정기관, 사법기관과 모든 官員을 포함한 모든 사람은 규칙을 따라 게임을 해야한다는 것이다. 이러한 의미에서 程序法이든 實體法이든 모두 “게임程序”의 속성을 가지고 있다. 이렇게 공개적이고 事先制定的 程序에 따라 엄격히 모든 쟁의를 처리하는 것이 법치의 제일 기본적인 함의이다. 법치의 원칙에 따라 사회를 통치하는 것은 우선 정서의 공평성에 대한 요구를 충족시키는 것으로, 이는 비록 소수의 개별 안건의 공평한 결과가 희생될 수 있으나, 절대다수의 쟁의들이 실제적인 공평한 처리결과를 얻게 될 수 있는 믿을 만한 보증이 된다. 최근 중국은 정서적인 공평을 전제로 실제적인 공평을 추구하는 일종의 價試적인 재판방식의 개혁을 추진중이다.

IV. 단순계급통치의 법제에서 사회공정의 법제

한 사회에서 균등과 官員이 어떠한 법률적 이념을 가지고 있는 것은 법제발전 방향에 직접 제약하는 중요한 요인이다. 개혁개방이전 중국사회의 법률이념은 법률의 본질을 통치 계급 의지의 체현과 계급통치의 수단으로 간주했다. 개혁개방은 이러한 법률이념에 끝없는 도전을 가져다주었다.

법에 의한 국가통치, 즉 “치국의 도”의 실행은 법치국가로 사회발전의 목표로 설정하는 것으로 사회법률이념에 중대한 변화와 법률에 대한 본질과 작용의 새로운 이해와 定位(위치)를 의미한다.

당대 중국사회의 일정 범위와 정도상에서 계급의 차별과 계급투쟁, 그리고 이익의 충돌과 사회계층의 구분이 존재하고 있으므로 중국법제는 일정 범위와 정도상 계급성을 구유하지 않을 수 밖에 없다. 이는 특정 계급과 계층이 입법과정에서 발휘하는 영향력에서 입증되는데 이는 또한 법률을 자신의 이익요구를 표달하는데 쓰이고 있다. 그러나, 법치원칙의 실행은 국민 모두의 동등한 기본권리의 공유와 동등한 기본 의무에 대한 책임, 법률의 정부와 모든 사회일원의 행위에 대한 동등한 처우, 그리고 공평한 程序로 모든 쟁의를 처리한다는 것을 의미한다. 그러므로 앞으로의 중국사회발전과정 중 법률의 본질과 작용은 사회공정으로 定位될 것이다. 왜냐하면, 법치국가 사회는 당연히 이러한 상태가 될 수 밖에

없다: 법률이 모든 이익단체보다 우월함으로 공정하게 권리와 의무를 배분할 수 있고, 공평하게 정당하고 합법적인 모든 이익을 보호할 수 있고: 강요약식을 용납 안하며, 다수로 소수에 맞서는 것을 불허하며, 개개인이 공유하고 있는 자유와 다른 사람들과 공유하는 자유가 공존할 수 있도록 해주며; 법률이 금지하고 제재하는 행위는 불공평하게 타인의 정당한 이익과 사회공공이익을 방해하는 행위로 제한되기 때문이다.

토론 1

金昌綠 (釜山大學校 法學科 教授)

발표의 주요내용은, 중국에서는 전통시대 및 중화인민공화국 수립 이후 장기간에 걸쳐 법이 보조적인 역할만을 수행했으나, '문화대혁명'과 시장경제의 발전을 계기로 법에 대한 관심과 기대가 높아졌고, 그것이 개혁개방 이후 한층 가속화되었고, 그 연장선상에서 1997년에 마침내 법치국가의 단계에 진입했으며, 그 법치국가가 현재의 대세일 뿐만아니라, 앞으로도 그것이 현저하게 확산되는 방향으로 변화가 일어날 것이다라는 것이라고 이해된다.

토론자는 애당초 중국법에 대해 문의한이며, 토론요지를 작성하는 데 주어진 시간도 극히 짧았던 관계로, 발표에 대해 특별한 커멘트를 하는 것은 불가능하다. 다만 문의한의 입장에서, 일견 명확해 보이는 발표에 대해 토론자가 가지게 된 몇가지 소박한 의문을 제기하는 것으로 토론에 대신하기로 한다.

1. 발표에 따르면, 법치국가는 '법 아래의 정부'·'법 앞의 평등'·'권리분위'·'人治에 대한 법치의 우월성' 등을 내용으로 한다. 그런데 이러한 법치국가 개념은 말할 것도 없이 '부르조야 민주주의'국가, 즉 자본주의국가의 법치국가 개념에 다름아니다. 그러나 다른 한편 중국은, 또한 말할 것도 없이, 비록 '중국적 색채'라는 수식어가 붙기는 하지만, 사회주의국가이다. 그리고 맑스·엔겔스에게서 유래하는 사회주의 법이론에 따르면, 법이란 경제적 토대의 반영이며, 계급성을 가진다.

위와같은 이해에 입각할 때, 아래와 같은 의문들이 생긴다. 발표의 법치국가와 사회주의는 원리적으로 상호 모순되는 것이 아닌가? 따라서 1997년의 '사회주의 법치국가'라는 治國方略은 원리적으로 성립될 수 없는 개념이 아닌가? 만일 그렇지 않다면 양자는 어떻게 조화될 수 있는가? 발표의 一에서 주장하는, 한편으로 "중국특유의 사회주의를 견지하는 입장을 고수"하면서 다른 한편으로 "법치원칙이 내포하고 있는 독특한 이념 역시 점차 입법화"하는 것이 어떻게 가능한가? 어쩌면 양자가 조화될 수 있다는 주장은, 발표 四에서 법의 계급성이 사실상 부정되고 있는 데서도 엿보이는 것처럼, 실제로는 사회주의를 폐기하는 것은 아닌가?

2. 발표에 따르면, 중국의 전통법문화는 법치국가이념과 상충되는 것이다. 즉 전통법문화에서는, 인치가 고귀한 이상으로 받아들여졌고, 법이 통치의 도구에 지나지 않았고, 법이 곧 形으로 인식되어 법에 대한 공포감이 조장되었으며, 법의 역할과 작용에 대한 불신감이 널리 퍼져 있었기 때문에, 그것은 법치국가 이념과는 동떨어져 있었다는 것이다.

이러한 전통법문화에 대한 이해는 종래의 한국에서의 전통법문화에 대한 이해와 대체로 일치한다. 하지만, 한국의 전통법문화에도, 권력에 대한 통제의 필요성에 대한 인식은 존재했으며, 그와 관련된 제도도 존재했다. 그리고 비록 '위로부터의' 논리이기는 했지만, 民主主義이념도 존재했다. 따라서 한국의 전통법문화에도, 비록 법치국가이념 그 자체는 아니지만, 그 맹아에 해당하는 것이 존재했다고 이해할 수도 있다.

위와같은 이해에 입각할 때, 아래와 같은 의문들이 생긴다. 중국에서도 그와 같이 이해하는 것은 불가능한가? 전통으로부터 법치국가이념과 연결되는 요소를 도출해 낼 수 있다면, 법치국가이념이 보다 원만하게 뿌리내릴 수 있는 것은 아닌가?

3. 발표에 따르면, 위에서 지적한 중국의 전통법문화는, 다른 한편으로 개혁개방이전의 사회주의국가 중국의 법상황과 닮은 점이 많다. 그렇다면 2에서와 같은 중국의 전통법문화에 대한 새로운 이해를 토대로, 그것을 개혁개방이전의 단계에까지 확장시킬 경우에, 다시 말해 개혁개방이전의 단계에서도 법치국가이념의 맹아를 발견할 수 있다고 한다면, 그것을 고리로 해서 사회주의와 법치국가를 연결시킬 수 있는 것은 아닌가?

그리고 다른 한편으로, 개혁개방이전의 법의 요소들, 예컨대 발표문 三의 實體公平의 추구 등을, 법치국가이념의 철저한 관철에서 발생할 수 있는 문제점, 예컨대 역시 발표문 三의 "개별 안건의 공평한 결과가 희생"되는 일 등을 방지할 수 있는 것으로서 적극 계승함으로써, 사회주의와 법치국가를 연결시킬 수 있는 것은 아닌가?

4. 발표에 따르면, 법치국가는 현재의 중국의 대세이며, 앞으로도 더욱 확산되어 갈 것이 확실시 되는 듯하다. 하지만 발표는, 다른 한편으로, 그 "목표"가 "단기적으로 완성되기는 어렵"다고 유보를 달거나(발표문 一), 社會公正의 법제가 장차 실현되리라는 예측의 이유로 "법치국가사회는 당연히 이러한 상태가 될 수밖에 없다"는 것을 드는 등(발표문 四), 이념과 현실 사이의 일정한 괴리를 엿보이게 하고 있다.

위와같은 이해에 입각할 때, 아래와 같은 의문들이 생긴다. 그 이념과 현실 사이의 괴리는 구체적으로 어떤 모습을 하고 있는가? 다시 말해 법치국가이념의 실현을 방해하는 요소들은 구체적으로 무엇인가? 그리고 그것은 사회주의와 관련이 있는가?

이상이 중국법에 관한 발표에 대해 토론자가 가지는 의문들이다. 하지만, 이 의문들은 단지 중국법에 관한 것만은 아니다. 그것은 동시에 한국과 북한의 법에 관련된 의문이기도 하다. 발표자의 의견은 물론이고 중국의 다른 학자들의 의견도 들을 수 있다면, 한국의 연구자의 입장에서 한국과 북한의 문제들을 생각하는 데도 크게 도움이 될 것이다.

중국시민사회사법의 지위와 작용 - 기타 법들과 더불어 논함 -

李步雲 (중국 산둥대학 법학원 교수)

중국을 지금 사회주의 시장경제를 전면적으로 실행하고 사회주의 法治국가를 건설하기 위하여 노력하고 있다. 이 두 가지 방면의 노력은 중국의 경제체제와 정치체제의 개혁에 영향을 준다. 그렇다면 개혁의 최종목적은 무엇인가? 본인은 개혁의 최종목적은 곧바로 중국의 시민사회와 市民法治를 건설하는 것이라고 본다.

“시민”이란 단어는 중국에서 그다지 사용되지 않고 있으며 “시민사회”란 단어도 사용이 별로 되지 않고 있다. 그러나 영국, 미국, 프랑스 독일 등 세계의 발달국가들은 이미 성숙한 시민사회에 들어갔으며 일본과 한국 두 나라도 현대화한 시민사회로 진입을 하고 있다. 시민사회는 당대의 시장경제와 민주제도의 필연적인 결과로서 이는 자본주의 사회에서 이미 공유한 사실이지만 발전도상에 있는 사회주의 국가에서는 아직도 새로운 문제로 부각되어 있다.

“시민”이란 무엇이며 “시민사회”란 무엇인가? 중국은 무엇 때문에 시민사회의 건립하는 것을 처음부터 연구할 문제라고 하는가?

一. “시민”, “시민사회”의 개념 및 중국에서 시민사회를 발전시켜야 할 이유

고대 로마에서는 “시민”이란 城市居民을 가리키는데 이는 고대 노예주 민주사회의 성원을 가리키며 이와 비슷한 것은 고대의 시민법이다. 그 이후에 萬民法이 형성되었고 민법은 이 사회의 기본법률이였다. 중세기는 人身依附를 기초로 하는 사회로서 봉건토지관계와 가족혈연관계 및 종교신권의 속박으로 하여 등급이 엄격한 사회를 형성하였다. 중세기 후기에 자본주의의 출현과 함께 지연관계와 혈연관계에서 벗어난 유산자계급 - 자본가와 무산자계급 - 을 포함한 독립적인 개인이 형성되고 이들은 공동으로 연합하여 봉건제도를 무너뜨리고 재산불평등의 기초 위에 평등한 시민사회를 건립하였다. 자본주의 대생산의 수요에 적응하기 위하여 經濟人團體로 형성된 법인이 나타났다.

광의적 의미에서의 시민이란 독립적이고 평등하고 자유롭게 존재하는 경제인을 가리키는 것으로서 여기에는 공민과 법인이 포함되며 이는 또한 일반적인 의미에서의 “시민”이다. 시민은 때로는 “정치사회” 즉 국가의 一員으로서 사회계약에 의하여 국가를 만들고 국

가의 통치에 복종하는데 이는 “정치인”이란 의미에서의 “시민” 즉 “공민”이다¹⁾. 현대적 의미에서의 “시민사회”는 국가중심주의 혹은 관료중심주의의 終結과 시민이 활약하는 시대를 의미한다.²⁾ 다시 말하면 국가의 경제활동중심이 시민의 활동일 뿐만 아니라 정치활동의 중심도 시민활동이다. 정치활동의 중심에 대하여 말하면 자본주의는 시민을 기초로 하는 민주운동을 통하여 점진적으로 건립되었고 歐美발달한 자본주의 국가들도 20세기 60, 70년대에 정치적인 시민사회로 발전하였다. 일본은 70년대에야 비로소 이 시대로 들어섰고 한국에서는 근간의 민주운동으로부터 시작했을 수 있다. 중국은 90년대에 와서 시장경제를 확립하고 법에 따라 국가를 다스리면서 비로소 이 시대를 향하여 발전하기 시작하였다.

중국에서 시민사회를 발전시켜야 하는 원인을 보면 아래와 같은 몇가지 면의 원인이 있다.

첫째, 사회주의 시장경제를 발전시켜야 하는데서 결정된다. 계획경제의 체제아래에서는 주로 행정수단을 통하여 사람과 사람과의 관계를 조절하였고 전반사회는 군사화된 사회와 비슷하였으며 노동자와 기업의 관계는 기본적으로 人身依附의 관계로서 기본적으로 취업을 선택할 자유가 주어지지 않는다. 기업도 국가의 일정한 경제부문에 의거하며 동시에 하나의 행정단위로서 독립적인 재산권을 가지고 있지 않는다. 농민들은 독립적으로 경영을 할 수 있는 토지를 가지고 있지 않았다. 전반적으로 전체사회에서 독립적인 경제인은 존재하지 않았다. 그러나 1978년에 개혁을 실행한 후 무엇보다 먼저 농촌에서 농민들이 책임을 지고 경영할 수 있는 토지를 가졌으며 다음으로 城鎮에서 기업들은 상대적으로 독립된 경영자주권을 획득하였다. 1992년 이후 公可제도를 실행하고 많은 기업들은 公可制로의 개혁을 실시하고 증권시장이 형성되기 시작하였다. 일련의 개혁과 상관된 것들은 사법이 탄생하고 발전하도록 만들었다. 중국에서는 선후하여 경제합동법, 섭외경제합동법, 기술합동법, 저작권법, 계승법, 민법통칙, 公可법, 수표법과 노동법을 제정하였다. 시장경제에 참여하는 주체들은 서로 평등하고 자유로운 개인들과 기업들이며 사회경제의 발전을 주체하는 것은 시민이지 결코 국가의 행정기구가 아니었다. 이는 국가가 경제발전에 대하여 작용을 일으키지 않는다고 부정하는 것은 아니지만 이러한 작용에는 이미 근본적인 변화를 일어나 계획에 의거하여 결정을 내리던 데로부터 시장에 대한 감독과 관리로 변하였다. 이러한 심각한 변화들은 아직은 종결되기까지는 아직 멀었지만 시장경제의 발전은 필연적으로 개인과 기업의 독립에 불리하고 사회경제활동을 속박하는 것들을 무너뜨릴 것이다. 이러한 독립적인 경제인들이 사회경제활동을 주체하고 시민경제사회도 점진적으로 건설 중에 있다.

둘째, 중국에서 시민사회를 발전시키는 것은 중국의 민주제도에 의하여 결정된다.

만약 자본주의는 소수의 대자본가들이 통제하는 민주라고 하면 사회주의는 다수인의 민주사회이다. 사회주의는 반드시 일반시민이 참여하는 민주를 건립하고 독립과 자유를 확

1) 參見 金井弘道〈市民이란 무엇인가 - 市民의 二重星에 대하여〉,〈載化市民의 時代〉北海道大學 圖書刊行會, 1998年.
2) 參見 金井弘道〈日本の '市民'問題 - "官僚主義의 政治文化와 市民的 政治文化"〉, 위와같은

특한 경제인이 국가사무를 관리하는 “정치인”으로 되어 “시민”으로부터 “공민”으로 변화된다. 중국의 민법은 역사적인 원인으로 인하여 지금까지 “시민”이란 단어를 사용하지 않고 공법이든 사법이든지를 막론하고 모두 “공민”이란 단어를 사용한다. 그러나 깊이 있게 진행된 사회변혁은 공민이란 단어에는 공법에서 말하는 공민과 사법에서 말하는 시민 이 두 가지 뜻이 내재되어 있다. 당연히 시민이란 개개의 공민과 똑같은 것이 아니라 법인도 포함이 된다. 중국의 경제발전은 필연적으로 정치개혁을 초래하고 이는 개인의 의지에 의하여 전이가 되지 않는 객관규칙이다. 80년대 말에 중국에서는 경제개혁과 정치개혁중에서 어느 것을 먼저 실시할 것인가에 대한 논의가 있었다. 개혁에서 질서가 상실되는 현상들을 보면서 일부 사람들은 강대한 정치권위로 경제발전을 양호한 조건을 제공하자는 이른바 신권위주의를 주장하였고 또 일부 사람들은 먼저 정채개혁을 진행하고 다음 경제의 발전을 이루자는 이른바 민주선도론을 주장하였다.³⁾ 이미 본바와 같이 중국은 먼저 정치개혁을 선택한 동구라파나 구소련의 상황과 틀리게 경제개혁을 먼저 진행하는 방안을 선택하였으며 이러한 선택이 정확한 것이었음은 실천적으로 증명이 되었다. 그러나 정채개혁은 다만 시간상에서의 일찍함과 늦음이란 것 뿐이지 결코 가능과 불가능이라는 구별은 아니다. 실제로 보면 중국의 정치개혁은 이미 시작되었고 독립적인 생산지위를 획득한 농민들은 더욱더 농촌의 집체사무에 관심을 가지었고 농촌에서는 이미 민주선거를 실행하였으며 농민들은 진정으로 농촌의 주인으로 되었다. 城鎮에서는 증권제의 合作制기업제도를 실행하여 주주들도 점차적으로 민주적인 방식으로 기업을 관리하는 것을 배웠으며 기업의 사장과 경리를 선택하였다. 公可제의 실시로 하여 대중형 기업들도 민주관리기제를 점차 도입하였다. 민주를 발전시키는 것은 중국인민의 이익에 부합되며 민주건설의 목표는 시민이 국가의 정치를 주체하는 것으로서 한마디로 말하면 정치의 시민사회를 건설하는 것이다.

셋째, 중국에서 시민사회를 발전시키는 것은 중국에서 법에 따라 나라를 다스리는 방침에 의하여 결정된다. 시장경제와 민주제도는 법으로 나라를 다스리는 것을 필요로 하며 중국사회는 점차 사람으로 다스리는 데로부터 법으로 다스리는 데로 과도하는 단계에 놓여져 있으며 중국공산당과 정부에서는 이미 법으로 나라를 다스리는 책략을 실행하였다. 시민으로서 경제생활과 정치생활의 참여는 모두 일정한 규칙 - 법률로 진행되며 성숙한 시민사회를 키우는데 의거하여야 하며 이러한 키움은 시민자치의 원리에 의하여 사회관리에 참여하는 것으로서 법제건설도 일정한 임무가 있다. 어떻게 시민사회를 발전시킬 것인가에 대하여 국외에서는 “造反對立說”과 “避風港說”의 두 가지가 존재한다. 造反對立說은 정치사회의 국가와 시민사회를 대립시켜 오직 국가와 官員에게 반항하여야만 시민의 권익을 보호할 수 있다고 주장하는 반면에 避風港說은 국가가 간섭하지 않고 이미 형성된 시민사회의 영역에서 활동을 진행하는 것이라고 주장한다.⁴⁾ 이 두 가지 주장은 모두 중국의 상

3) 參見 柳軍, 李林 編《神權威主義》, 北京經濟學院出版社, 1996年.

황에 부합되지 않는다. 왜냐하면 중국에서의 국가는 인민의 정권이고 실천과정에서 여러 가지 문제들이 존재하지만 중국의 시민사회는 국가의 결핵에 의거하지 않으면 발전하지 못하는데 중국개혁의 실천이 이점을 증명하여 준다. 다년간 진행된 質量萬里行 활동이 이끌어 낸 중국의 소비자 활동이나 국가가 결핵한 각종 학술단체, 그리고 국가의 지지를 받은 여러 가지 환경 보호 활동은 모두 중국의 시민사회가 초급단계에서는 국가의 결핵을 이탈할 수 없음을 보여주었으며 국가도 점차 시민사회의 성장과 함께 점차적으로 많은 영역에서 퇴출하고 시민들이 점진적으로 시민영역의 활동에 참가하면서 행정이 가져오는 부당한 간섭에 대하여 법적으로 배제시킨다. 造反對立說과 避風港說은 중국의 실정에 부합되지 않기 때문에 중국학자들은 “良性互動說”을 제기하였는데 이는 국가는 시민사회의 독립성을 승인함과 동시에 제도적인 법률보장을 제공하며 반대로 시민사회는 각종 방법으로 국가의 결핵에 영향을 주며 국가의 힘을 평형을 잡아주어야 한다는 주장을 제기하였다.⁵⁾ 이러한 주장은 정확한 것이며 법적으로 나라를 다스린다는 것은 모종의 의미에서 말하면 국가가 시민을 위하여 가능한 활동 규칙을 만들어 주고 主動적으로 시민의 활동 (사법영역)에 간섭하지 않으며 시민의 의지에 따라 국가사무 (공법영역)를 관리하도록 허락하는 것이다. 법에 따라 나라를 다스린다는 것은 시민사회를 기초로 국가를 관리하는 것을 의미하며 시민사회가 없다면 사람에 따라 다스리는 것으로서 현대민주주의에서의 법에 따라 국가를 다스리는 것을 실행할 수 없다.

二. 사법의 지위와 작용

중국에서는 1992년부터 사회주의 시장경제개혁의 목표를 설정한 때로부터 사회주의 시장경제의 법률체계에서 공법과 사법중 어느 것을 우선으로 하며 헌법을 기초와 핵심으로 할 것인지 아니면 사법을 기초와 핵심으로 할 것인지에 대한 논쟁이 진행되었다.⁶⁾ 공법을 우선으로 하자는 의견은 비록 중국의 실체에 부합되지 않는다. 헌법을 기초로 핵심으로 하자는 주장은 헌법의 효율에 근거하여 말한 것이다. 시민사회와의 관계로 말하면 사법은 법률체계의 기초인 동시에 핵심이다. 왜냐하면 시민사회에서는 우선 사법을 통하여 시민과 시민사이의 평등한 사회적 관계를 조절하고 국가는 시민사회 기초위에 건립되어야 한다. 때문에 시민사회로 말하면 사법은 기초이고 민법총칙은 법률체계의 핵심이다.

발전도상에 있는 중국에서 사법을 포함한 법의 임무는 무엇인가?

본인은 무엇보다 먼저 시민의 재산권을 확립하는 것이라고 본다. 왜냐하면 재산권은 시민

4) 參見 鄧定來 著〈國家與社會 - 中國市民社會研究〉, 四川人民出版社, 1998年

5) 同上.

6) 參見 王叔文 著〈論建立有中國特色的社會主義市場經濟法律體制〉, 〈政法論壇〉, 1995年 第 10 期

이 경제인이 되는 기초이며 중국의 현행 법률은 아직 완벽하지 못하여 재산권에 대한 법률 규정에도 많은 문제점들이 존재하여 이에 대하여 수정과 제정을 해야 할 법률의 책임이 크다.

1997년 중국공산당 제 15차대표대회에서 통과된 정치보고에서 중대한 이론적인 발전이 있었다. 대회에서는 비공유제경제는 사회주의 초급단계의 중요한 구성부분이고 공유제를 주체로 여러 가지 경제성분이 함께 발전하며 더는 사유경제를 사회경제의 보충으로 보지 않고 사회주의 초급단계에서 노동에 따라 분배하는 원칙과 생산요소분배와 결합시켜 단순히 노동에 따른 분배만 강조하지 않는 등 이론을 주장하였다. 15차대표대회이후 중국의 법학계에서 많은 학자들이 헌법을 수정할 것을 제기하였다. 비공유제경제는 사회주의 공유제 경제의 보충이란 규정과 노동에 따라 분배하는 원칙을 수정하고 여러 가지 경제성분이 함께 발전한다는 규정과 생산요소에 따라 분배한다는 규정은 15차대표대회의 내용과 일치한 것이라고 보았다. 그들은 또 혼합경제유형(증권제경제)을 규정하고 중국의 물권법과 중국의 민법을 새로 만들어 중국의 물권제도를 건립할 것을 주장하였다. 이러한 의견은 중요하고 정확한 것이지만 헌법을 개정할 필요가 없다는 반대의견들도 존재한다.⁷⁾ 헌법에서 “공공재산은 신성하고 불가침범이다.”고하는 규정으로부터 일부 사람들은 “사유재산도 신성하고 불가침범이다”고 규정할 것을 주장하고 또 일부 사람들은 헌법의 규정을 개정할 필요가 없으며 사회주의 공공재산은 사회주의의 기초로서 이 규정이 없으면 사회주의도 있을 수 없다고 본다.⁸⁾

“신성”이란 단어에 대하여 자본주의의 건립초기의 헌법에서는 대부분 “사유재산은 신성하고 불가침범”이라고 하는데서 표현하였고 사회주의에서는 계획경제체제를 실시하고 사유경제를 소멸하는 시기에는 “사회주의 공공재산은 신성하고 불가침범”이라고 규정하였다. “신성”이란 단어는 迷信적인 색채를 띤 것으로서 지금 많은 국가에서는 거의 사용을 하지 않고 있다. “사회주의 공공재산은 신성하고 불가침범”이라는 규정에서 사유경제가 존재하지 않는 사회에서는 공유경제와 사유경제중 어느 것이 신성한 것인가에 대해서 강조하지 않지만 사유경제가 존재하는 시기에는 이 규정은 완전히 전면적이지는 못하다. 오히려 직접적으로 “재산은 불가침범”이라고 규정하고 “신성”이라는 단어를 사용할 필요는 없다. 이렇게 하는 것은 사회주의 공유경제를 부정하는 것이 아니다. 왜냐하면 헌법에는 “사회주의 공유경제를 주체로”라는 규정이 있기 때문이다. 여러 가지 경제요소들이 엄격히 보호를 받아야 한다는 점에 있어서 현재 중국의 헌법을 보면 많은 완벽하지 못한 점들이 존재하는데 예를 들면 형법에서 貪污죄에 관한 규정을 보면 貪污죄란 공공자금과 공공재물을 貪污한 행위로서 여기에서 가리키는 “공”이란 국유기업과 집체소유를 포함한 사회주의 공공재산을 말하며 사유기업의 재산에 대하여서는 貪污죄가 적용할 것인가는 하는 문제에 있어서도 형법의 원래의 규정대로 말하면 문제가 되는 데 이것들은 입법이 반드시 수정을 받아야 함을 말하여 준다.

앞에서 이미 제기했던 것처럼 중국에서는 반드시 물권법을 규정하여야 한다. 중국의 시

7) 參見 趙天值 等〈私有財產神聖不可侵犯該不該進人憲法〉載〈當代法學〉1998年 第5期

8) 同上.

민사회의 발전에 있어서 완벽한 사법은 특별히 필요한 것이다. 사법의 기능을 보면 첫째로 시민의 주체자격을 확인해주고 시민이 충분한 민주권리를 향유하도록 하는데 이롭다. 이는 주요하게 공민법인 주체자격에 대한 규정과 公可법, 合伙법, 結사법 등 조직법에 관한 것이다. 중국의 민법총칙에서는 주체에 대한 기본규정과 公可법, 合伙기업법은 존재하지만 結사법은 아직 존재하지 않는다. 중국에서 현재 結사에 대한 규정이 있으므로 거기에 기초하여 다시 結사법을 제정하여 시민의 자유결사와 자치를 향유하는데 법률적인 보장을 제공하여 주어야 하며 국가는 점진적으로 여러 가지 학술단체와 기타 학단에 대한 직접적인 관리로부터 퇴출하여야 한다. 이리하여 시민들이 보다 더 허용적인 자치공간을 확보받도록 한다. 둘째, 사법의 기능은 시민의 독립적인 재산권을 확보하는데 있다. 중국의 公可법에서는 公可는 독립적인 재산권을 향유한다고 명확히 규정하였으나 농촌의 土地承包經營권에 대하여 민법총칙에는 일부의 규정이 있지만 土地承包經營권은 장기적으로 향유하는 권리이며 이런 권리의 한계에 대한 명확한 규정이 없다. 최근에 폐막된 중국공산당 15기3중전회에서는 농촌문제에 대한 규정에서 土地承包經營권을 30년을 연장시켜 변하지 않는다고 규정하였다. 중앙지도자는 또 30년 이후에도 필요가 없다는 중국에서는 토지의 사유제를 실시하지 않고 承包經營권을 변화하지 않는다고 말하였다. 그렇다면 이제 막 만들어져야 할 물권법에는 반드시 농민의 土地承包經營권을 어떻게 규정할 것인가를 연구하여야 한다. 이는 일종의 영구적으로 향유하는 재산권이며 이 재산권은 계승할 수 없고 세를 줄 수도 있다는 충분한 물권을 제공하여 농민들더러 독립적인 토지물권을 향유할 수 있게 하여 토지에 대한 장기적인 사용에 이롭게 한다. 셋째, 사법의 기능은 시민에게 행위규범을 제공해주는 점이다. 중국에서는 이미 수표법이 제정되었고 통일합동법도 곧 나오게 되게 시민의 활동과 행위는 의거할만한 기본적인 법이 형성된다. 이밖에 중국에서는 이미 사법을 기초로하는 소비자 보호법, 상품질량법, 환경보호법, 도시토지법, 노동법 등 법률을 제정하였고 이러한 법률을 실행하는 것은 시민들이 많은 영역에서 연합하여 법을 근거로 자신의 이익을 보호하고 국가의 정책에 참여하는데 충분한 보장을 해준다.

三. 사법실행의 중요보증 - 中國可法해석제도의 개혁과 私法해석학의 발전

중국의 사법이 완비해짐에 따라 법의 활용은 점차 중요한 문제로 대두되었다. 어떻게 제정한 법률을 복잡한 사회에 적용시키고 온전한 법률을 변동하는 실제에 적용시키며 종이에 쓰여진 법률을 산 것으로 활용하며 부단히 발전하는 법률로 된 것인가 하는 등의 문제에 있어서 법에 대한 해석은 매우 중요한 자리를 차지한다. 중국은 전에 법률이 완비하지 못하였기 때문에 특별히 사법은 장기적으로 기본적인 법률구정이 없었기 때문에 개혁개방이후 제정한 사법은 지나치게 원칙성을 강조하여 중국의 可法해석제도에는 아래의 세가지 내용이

주로 포함되어 있다. 첫째는 최고인민법원이 법률이 완벽하지 못한 상황에 대하여 법률과 정책을 집행하는 실행의견을 제정하였다. 예를 들면 1984년에 중국최고인민법원에서는 선후하여 내부에서 네차례의 민사법률정책을 실행함에 있어서의 약간의 의견을 발표하였다. 둘째는 법률규정이 지나치게 원칙적이어서 최고인민법원에서 실행의견을 제기하는데 이는 법률의 실행세칙과 거의 비슷하다. 예를 들면 최고인민법원에서 규정한 민법총칙에 관한 규정이다. 셋째는 하급법원은 사건을 심의할 때 규정이 없거나 의문사항이 있는 문제에 대하여 상급법원에 청구하고 최고인민법원에서 의견을 제고하여 실행에서의 근거로 하도록 한다. 상기의 세가지 내용을 司法해석이라고 부르고 이러한 해석제도는 기존의 중국특유의 조건에서 나타난 결과이며 일부 문제들은 중국입법의 완비해짐과 더불어 점차 없어졌다. 예를 들면 위에서 제기했던 첫 번째와 두 번째이며 일부는 아직도 남아있는데 예를 들면 위에서 제기했던 세 번째 문제이며 또 일부는 법제의 통일을 유지하는데 이롭다. 상술한 司法해석 제도는 세계적으로 유일하다. 그러나 이러한 해석제도에도 일부 부족점들이 존재하며 이는 사관이 독립적으로 저때에 사건을 심의, 의결하는데 불리하다. 중국사회관계가 복잡해짐에 따라 민사사건도 증가되고 기존의 몇가지 請示와 은 사법실천의 수요를 만족시키기 어렵고 최고인민법원도 여러 가지 批復을 할 수가 없다. 때문에 최고인민법원은 최근에 와서 월간 저널인 공보에서 일부 각급법원의 전형적인 判例를 게재하여 기타 법원들에 참고로 제공하였다. 判例에는 법관이 법률에 대한 해석을 포함하였고 전형적인 判例들에서는 법관개인의 작용을 긍정하였다. 법관이 개별적인 사건에서 법률에 대한 해석을 긍정하는 것은 중국사법해석제도의 개혁방향이다. 기존에 규정한 인민법원이 독립적으로 심판권을 행사함은 실제에서 보면 아래로부터 위로 각급법원계열이 독립적으로 심판권을 행사하였음을 보여주며 批復을 청구하지 않으면 한 법원에서 독립적으로 심판권을 행사하며 법원내부에서의 결정권은 심판위원회에 소속되어 있다. 법관은 흔히 심판위원회의 결정에 복종하고 오직 심판위원회의 의견을 請示할 필요가 없을 때만이 법관은 독립적인 심판권을 행사한다. 이러한 심판제도는 기존에 법률이 완벽하지 못할 때 실행된 것이다. 그러나 법제도가 완전한 시기에 적어도 머지 않아서 이러한 제도는 반드시 개정되어야 하는데 왜냐하면 완벽한 법률이 있으면 수준이 높은 법관이 있게되고 법관은 독립적으로 심판을 진행하여야 한다. 만약 이러한 능력을 가지고 있지 않다면 법관으로 될 수가 없다. 만약 인민대표대회에서 한 사람을 선출하여 법관으로 임명한다면 반드시 독립적인 심판권을 주어야 한다. 법관이 독립적으로 심판을 실행하게 되면 반드시 심판정을 제정하여 한사람이 일방적으로 결정을 내리는 형태(일인독자심판권)는 아니다. 심판제도에 대해 개정에 있어서는 기존의 법원독립심판제도를 법관독립심판제로 개정하여 司法제도를 사람이 다스리는 데로부터 법으로 법관독립심판제로 나아가야 한다. 법관이 법률에 대해 이해하고 법률에 충성하는 것은 절대적으로 필요한 것이다. 법관은 사회정의의 지키는 최후의 수호자이고 만약 법관이 사적으로 원칙을 떠민다면 사회정의의 마지막 제방은 무너지게 되며 시민사회와 시민의 이익은 보장을 받을 수 없다.

중국에서 사법의 부패로 인하여 많은 심각한 문제들이 존재하는 것을 부정할 수 없지만 중국의 사법분야에서는 지금 정리를 진행하고 있다. 그러나 교육을 정돈한다고 하여도 표본만 정돈하고 핵심을 정돈하지 않는 방법처럼 중국의 지도자들도 정돈에 대한 효과를 지나치게 높은 평가를 가져서는 안된다. 핵심을 치료하는 가장 기본적인 방법은 제도를 건립하고 중국법원에서의 사건처리에 대한 고액의 수수료는 국가더러 법관의 대우를 높일수 있다. 많은 돈을 들여 사후에 정돈을 하는것보다 사전에 대우를 높혀주고 엄격하게 직책을 다 하도록 하여야 한다. 고액의 보수는 반드시 廉을 가져오지만 廉을 지니고 있는 것이 중요한 것은 아니다. 제일 중요한 점은 廉하고 엄격하게 법을 지키어 위법자들이 커다란 대가를 지불하도록 하여 다시는 법을 집행하거나 범하지 못하도록 하는것인데 만약 결심만 내린다면 이러한 제도는 현실화하기 어려운 것은 결코 아니다.

법관이 법률에 대한 해석작용을 중요하게 생각하는 것은 중국의 법해석학을 발전시키는 데 매우 중요한 척도이다. 법해석학은 법관에게 사상을 제공해주고 법률을 해석하는 방법과 원칙을 제공해준다. 법해석학의 발전에 있어서 私法の 해석이론은 매우 중요하기 때문에 중국의 可法해석학을 반드시 창립하여야 한다. 중국에서는 최근 몇 년전부터 일부 사람들이 해석학을 연구하기 시작하였는데 이는 매우 의미있는 일이다. 어떻게 중국의 해석학을 발전시킬것인가 하는 점에 있어서 본인은 우선 먼저 국외해석학의 여러 가지 학설들에 대하여 학습하고 참고로 하면서 그들의 합리적인 점들을 받아들이고 그 기초에서 학설을 제정하고 발전시켜야 한다고 본다. 중국은 지금까지 맑스주의를 지도사상으로 하고 있으나 맑스주의는 인류의 우수한 문화성과들을 받아들였으며 특별히 프랑스의 공상사회주의와 독일의 고전정치경제학 및 헤겔의 철학을 기초로 하여 만들어 졌기 때문에 맑스주의의 발전은 여전히 발전하고 있는 인류문명의 우수한 성공르를 흡수하여야 한다. 해석학에 있어서 말하면 맑스주의의 유물론과 변증법은 기타 여러 가지 학파들이 지니지 못한 과학성을 지니고 있고 맑스주의는 법의 산생, 발전, 법의 본질 및 기능에 대하여 전문적인 과학적인 해석을 진행하였다. 그러나 맑스주의는 인류의 해방을 목표로 하고 미시적인 법의 적용면에 대하여 깊은 관심을 가지지 못하였다. 맑스주의가 탄생한 전후 200여년간, 법해석학은 주요한 자본주의 국가에서 비교적 발전하였고 여러 가지 학설들은 모두 참고할 부분들을 지님과 동시에 편면성과 부족점을 가지고 있었다. 중국의 법해석학은 반드시 비판적으로 받아들여 우수한 법해석학의 유산을 계승하고 당대의 법해석학 이론들을 참고로 하여야 한다. 비교적 영향력이 있는 해석사상으로 놓고 볼 때 자연법학은 응당한 법 혹은 이상적인 인위적인 법으로 해석되며 낙후한 비정의적인 법률을 폐지하고 정의의 법칙을 발전시키는데 유리하기에 중국법학이 응당 계승할 점이다. 중국은 줄곧 법과 법률에 대해 구분하지 않고 있으며 법률이외의 자연법은 승인하지 않는다. 그러나 제도법의 우열을 판단하는 표준은 있는데 바로 시민이익과 사회진보에 부합되는 응당한 법과 이상적인 법이다. 이러한 법으로 사람이 제정한 법과 국가의 권력을 제약하고 개념적인 법학으로 법규범정의

의 정확성과 법률구성요소와 엄격한 법을 강조한다. 또한 법률이 완벽하지 못한 중국에서 법률을 새롭게 제정하는데 긍정적인 의의가 있다. 그러나 법의 제한성 및 법의 발전에 대한 부정을 소홀히 하고 있으며 자유법학은 법관의 법을 만드는 작용을 강조하고 또한 심판현실에서 참고하여야 할 것에 대해서는 강조하나 법률제정에 있어서의 온전성과 법을 제정하는 힘에 대하여서는 부정적인 태도를 가진다. 이익기준론은 먼저 사회와 시민들의 여러 방면의 이익에 대하여 대중을 잡고 나중에 어떻게 법률을 사용할것인가를 생각하지만 구체적인 기준규칙이 결핍하여 여기에 대한 보충을 실시하고 완비하게 만들 필요가 있다. 논쟁이 되는 이론은 논의중에 법에 대한 정확한 해석을 실현하여 법해석학이 정당화되고 합리적으로 되도록 하여야 한다. 그러나 어떻게 하여야 만이 해석의 정당화를 실현할 것인가는 아직도 토론해 보아야 할 문제이다. 오직 법관이 해석 법률사상을 알고 있어야만 법률의 진정한 집행을 실행할 수 있고 심판실제에서도 부단히 발전할 수 있다.

그럼 발전중에 있는 중국의 시민사회에서 법관이 지니고 있는 법해석의 사상은 어떤 특별한 의미를 지니고 있는가? 이는 바로 시민이 점진적으로 성숙되고 소송을 통하여 국가더러 시민의 이익을 보호하는 데 불리한 정책을 개정하고 현행의 불합리한 법률규정을 개편하여 정책지향형⁹⁾ 소송으로 점차 성숙해 가는 것이다. 이런 소송이 중국에서 이미 나타나고 있는데 예를 들면 상황이 변경되어 의무를 이행할 수 없을 때 계약위배책임을 승인하지 않는데 대한 소송¹⁰⁾ 복권상금을 누가 소유하나에 대한 소송¹¹⁾, 잃어버린 물건을 찾아 돌려줄 때 잃어버린 사람은 자신이 광고에서 내놓은 현상금을 지불해야 하는데 대한 소송¹²⁾ 의료사고로 인하여 노동능력을 상실하였을 경우 그 기간동안 받아야 할 노임에 대한 소송¹³⁾ 등이다. 이런 상황들은 모두 최근에 중국법이 구체적인 규정이 없는 상황에서 일어난 혹은 법률상에 규정하였지만 상대적으로 낙후하여 불합리한 부분들로 인기된 소송으로 현행의 법률소송을 개편해야 함을 의미한다. 광범위한 범위에서의 중국의 환경오염, 동물의 침해, 가옥이전이 일으키는 집단 소송 등은 처음에는 모두 법률적으로 구체적인 규정이 없었지만 오히려 이런 소송들이 중국입법의 발전을 촉진시켰다. 우리는 앞으로 시민이 제기한 정책지향형 소송이 끊임없이 나타나고 법관은 여러 가지 새로운 상황들에 대하여 더는 기계적으로 법률을 적용할 수 없음을 예언할 수 있다. 법관은 법률을 적용하는 도구가 아니라 법률의 창조자이다. 중국사법의 실행과 발전 나아가 전반적인 법률의 실행과 발전은 모두 법률의 창조자인 법관의 성장에 의거해야 하며 중국법해석학의 번영에 의거하여야 한다.

9) 정책지향형소송은 새로운 정책이거나 제도를 건립하는 것을 목표로 하거나혹은 이러한 목표는 가지고 있지 않지만 소송결과 이 목적을 달성하는 소송을 말한다. 參見 平井直〈法政策論〉有斐閣 1995年.

10) 參見 武漢市煤氣公司訴重慶檢測儀表裝煤氣着裝配線技術轉讓 合同煤氣表散仲購銷合同문제인 載 最高人民法院公報〈典型案例 및 同法解釋精選〉(1993.7-1996.6), 中國法制出版社.1996年

11) 參見〈王春標 与 銀行鋁型材場有獎積 存單문제인 再審案〉. 同上.

12) 參見〈李瑛訴失普革李德伴意賞廣告 추金문제인 上訴訟〉. 同上.

13) 參見〈齊魯晚報〉1996年 10月 1日 第5版〈醫療事故賠償5千萬元〉一文.