

【서 평】

## 법의 지배와 사법제도

- 정 철, 『중국의 사법제도』, 경인문화사, 2009 -

정 호 경\*

### I. 머리말

1. 비교법 대상으로서의 중국법
2. 왜 '중국'의 '사법제도'인가?
3. 중국법을 보는 관점 - 법의 지배

### II. 中國에서 法治主義의 成果와 限界

1. 中國의 立法過程에서의 現況과 問題點
2. 中國 司法機關의 獨立性的 保障 문제
3. 中國 法院의 國家機關에 대한 統制 문제
4. 中國 法院의 節次的 保障體系

### III. 中國 司法改革의 展望과 法の 支配

### IV. 中國의 司法改革이 우리에게 주는 示唆

### V. 一般的인 方法論의 定立과 中國司法制度의 研究의 價値

\* 한양대학교 법학전문대학원 조교수, 전 헌법재판소 헌법연구관  
논문 투고일: 2009. 7. 16 게재 확정일: 2009. 8. 18



## I. 머리말

### 1. 비교법 대상으로서의 중국법

근대의 저명한 독일의 학자 막스 베버(Max Weber)는 그의 학문론에서 학자는 예언가나 선동가가 되어서는 안 되며, 학문이 우리의 삶에 기여하는 바로 첫째, 생활, 즉 외적인 사물뿐만 아니라 인간의 행동을 계산을 통해 지배할 수 있게 해주는 기술에 대한 지식이며, 둘째, 사고의 방법, 도구 및 이를 위한 훈련, 셋째, 명확함(Klarheit)을 얻도록 도와주는 것이라고 하였다.<sup>1)</sup> 막스 베버의 말을 따라, 학문을 하는 이가 선부른 선동과 예언의 위험을 피하고, 인간의 행동에 관한 지식을 얻고 사고를 훈련하며 명확함을 획득하는 효과적이고도 중요한 방법이 '비교'이다. 비교의 방법에 의할 때 비로소 우리는 어떤 사물이나 사태를 온전히 파악하고 이해할 수 있다고 해도 과언이 아닐 것이다. 마치 행복을 정의하는 것은 어렵지만, 불행에 직면할 때 반대로 너무나 자명하게 행복을 이해할 수 있는 것처럼.

법학의 영역에서 이에 해당하는 것이 바로 비교법이다. 비교법은 서로 다른 문화현상 또는 사회현상의 유사성과 차이를 연구하는 비교학문의 영역내에서 법이라는 주제를 다루는 학문이다. 비교법 연구는 통상 2단계로 구성되는데, 첫째 단계에서 연구자는 유사성과 차이점을 체계적으로 공식화하기 전에 먼저 외국의 법들을 이해·서술해야 하고, 둘째 단계에서는 단순히 다른 나라의 법제를 이해하

1) Max Weber/이상울 역, 직업으로서의 학문(Wissenschaft als Beruf), 문예출판사, 2005, 52-54면.

고 서술하는 것을 넘어서 비교(comparing)하는 단계로 나아가는데, 이 단계에서 비교의 진정한 의미는 서로 다른 두 체계의 단순 비교(genuinely comparing)가 아니라 대조(contrasting)라고 할 수 있을 것이다. 이러한 비교법 연구과정에는 몇 가지 어려운 난관이 놓여 있는데, 먼저 부딪치는 어려움은 외국법 체계에 대한 이해의 어려움이다. 이는 자주 한 나라의 법적 규율과 규범체계가 그 나라의 역사적 관점하에서만 설명될 수 있는 구체적인 정치적·경제적·윤리적·문화적 배경에 뿌리박고 있는 경우가 일반적이기 때문이다. 언어 및 문화에 대한 상당한 정도의 이해가 필요하며, 그 후에도 다른 법체계의 개념이나 용어에 대한 번역의 어려움이 가로놓여 있다.<sup>2)</sup>

비교법 연구의 이러한 기본적인 어려움에도 불구하고, 우리 법제가 근대 서구 법제를 계수한 제도인 만큼 그동안 법학분야에서 독일, 프랑스, 미국, 영국 등의 법제에 관해서는 다양한 분야에서 많은 내용들이 소개되었다.<sup>3)</sup> 그러나 우리와 문화권을 함께하는 동아시아 국가의 경우, 일본의 법제에 대해서는 비교적 많은 문헌이 있지만 중국의 법제에 대한 소개는 거의 이루어지지 않은 실정이다. 이러한 국면을 생각하면 그동안 거의 소개되지 아니한 중국의 법제를 상세하게 안내하는 정철 교수의 최근의 저서 “중국의 사법제도”는 비교법 문헌으로서 그 가치의 소중함에 대해서는 재론할 필요가 없을

2) Nils Jansen, "Comparative Law and Compritve Knowledge", The Oxford Handbook of Comparitve Law(Ed. by Mathias Reimann and Reinhard Zimmermann), Oxford University Press, 2006, pp. 306-309면 참조. 그밖에 비교법의 방법론에 관해서는 Ralf Michaels, "The functional method of comparative law", The Oxford Handbook of Comparitve Law(Ed. by Mathias Reimann and Reinhard Zimmermann), Oxford University Press, 2006, pp. 339-382면 등 참조.

3) 엄격한 의미에서 비교법 문헌은 아니지만, 미국의 공법, 사법, 형사법 전반을 소개한 문헌으로 Lawrence M. Friedman/안경환 역, 미국법의 역사, 청림출판사, 2008., 영국의 입헌민주주의를 소개한 책으로 A. V. Dicey/안경환·김종철 역, 헌법학입문, 경세원, 1994. 등 다수의 번역서 등이 있고 그 외 개별법 분야의 많은 논문들이 있다.

것이다.

저자는 이 책에서 위에서 말한 비교법의 단계 중 제 1단계의 연구에 좀 더 주안점을 두고 있는 듯하다. 평자가 생각하기에 그것은 이 책이 다루는 주제가 기본적으로 중국 사법제도 전반에 걸친 주제로서, 단순히 중국 공법의 특정 법률에 대한 이해로서 그칠 수 없고, 중국의 정치적·사회적 상황에 대한 역사적 이해를 동반한 제도 전반적 이해가 필요하기 때문으로 보인다. 저자는 중국의 언어에 대한 이해를 기본으로 하여 정치적·사회적·문화적 맥락에서 중국의 사법제도를 성실하고도 충실히 기술하여, 법제도를 중심으로 개혁·개방 이후의 중국 사회를 우리에게 잘 전달해 주고 있다. 이러한 광범한 영역에 걸치는 주제를 다루면서, 언어 및 제도나 정치·사회 전반에 대한 폭넓은 이해없이 바로 우리나라 규범체계 또는 제도와 비교·대조로 나아가는 것은 중국법에 대한 잘못된 이해를 전달할 위험이 있다. 국내에 중국법에 관한 문헌이 아직 많지 않은 현실을 감안하면, 평자는 저자의 이러한 태도를 연구자의 신중함으로 높이 평가하고 싶다. 물론 저자가 비교법의 1단계에서 책의 마지막 페이지를 마감하는 것은 아니다. 저자는 이러한 1단계의 연구로부터 중국의 사법제도에 대한 평가와 우리나라에 대한 시사점에 대한 신중한 언급을 곁들이고 있다. 이 책은 우리와 문화권을 공유하고 있는 중국의 사법제도에 대한 이해를 높이며, 나아가 중국법체계 전반에 대한 이해를 함께 고양하고, 그럼으로써 성년기에 들어선 우리 사법제도를 성찰하는 계기가 될 것으로 생각한다.

## 2. 왜 ‘중국’의 ‘사법제도’인가?

중국은 역사적, 지정학적으로 한반도와 분리하여 생각할 수 없는 나라였고, 21세기에 이른 오늘날에도 우리와 정치적, 경제적으로 밀

접한 관계를 맺고 있다. 그러나 이렇게 밀접한 관계에서 2000년 가량을 지내온 중국이지만 중국의 법제도에 관해서는 그리 많이 알려져 있지 않다.<sup>4)</sup> 그것은 무엇보다도 2차대전 이후 중국대륙에는 우리가 계수한 근대 서구법제에 친숙하지 아니한 공산주의 정권이 들어섰기 때문이라 할 수 있다. 그러나 정철 교수가 위 책의 서론에서 밝히고 있다시피, 중국은 1978년 이래 서구법제를 부분적이지만 지속적으로 도입해 왔고, 이제 그 기간은 거의 30년에 이르렀다. 중국의 법제에 대한 지금까지와는 다른 접근이 요구되는 까닭이다. 저자는 서론에서 왜 중국인가라는 질문에 대하여 다음과 같이 밝히고 있다.

“왜 중국이 논의의 주제가 되었느냐의 질문에 대해서는 중국이 지닌 지리적 관련성과 현실적 관련성을 가지고 답변할 수 있을 것이다. 중국은 위에서 보았듯이 우리와 이념적 경향을 공유할 뿐만 아니라 지리적으로 밀접한 나라이다. 동북아시아에서 일본과 중국은 역사적으로 우리 삶에 커다란 영향을 미쳐온 나라들이다. 이런 정치적·사회문화적 관련성만으로도 중국법을 전문적으로 연구해야 할 필요성은 우리에게 이미 충분히 존재한다. 나아가 중국은 이제 세계 경제의 중심에 있는 나라이다. 우리와 너무나 경제적으로 밀접한 관련을 쌓고 있고 앞으로 그 정도는 심화될 것으로 보인다.”<sup>5)</sup>

“이렇게 중국이 현재 진행하고 있고 미래에 완성할 법의 지배의 형태가 우리나라 일본의 형태로 수렴할지 아니면 또 다른 새로운 형태를 보여줄 지에 대해 궁금해지는 것이 사실이다. 우리와 유교적 전통을 공유하고 있지만 사회주의라는 또 다른 역사적 경험을 가지

4) 중국의 법률에 관한 법제사적, 법문화적 탐구로는 范忠信·鄭定·擔學農/이인철 역, “中國法律文化探究 - 情理法과 中國人”, 일조각, 1996 참조.

5) 정철, 중국의 사법제도, 경인문화사, 2009, 3면.

고 있는 중국이 추진하고 있는 사법제도의 개혁을 법의 지배의 관점에서 밝혀 보려는 목적이 여기에 있다.”<sup>6)</sup>

특히 미국에서 시작된 금융위기와 그 세계화 1년을 맞아, 세계경제는 중국과 아시아 신흥국 주도로 위기에서 벗어나게 될 것이고, 이로써 이번 경제 위기가 ‘중국의 시대’를 앞당기는 계기가 될 것이라는 전망이 나온다.<sup>7)</sup> 우리나라와 역사적으로 그리고 정치적·문화적·경제적으로 밀접한 관련성을 가지고 있는 나라, 그리고 21세기에 있어서 다시 세계 정치·경제의 중심을 넘어 핵심으로 부상하고 있는 나라, 바로 중국의 법제에 대한 소개와 이해가 필요한 이유는 더 이상 긴 설명이 필요 없을 것이다.

무릇 한 나라의 법을 이해하기 위해서는 그 나라의 해당 실체법 조문을 이해하는 것으로는 충분하지 않다. 예를 들어 중국의 토지제도를 이해하기 위해서는 물권법의 해당규정 하나만을 파악하는 것으로 충분하지 아니하며, 기본적으로는 법문화로서의 중국인들의 토지에 대한 관념과 토지제도에 관한 물권법 규정들이 실현되는 법제도에 대한 이해가 선행되어야 한다.<sup>8)</sup> 즉 한 나라의 법의 내용을 온

6) 정철, 위의 책, 2면.

7) 한겨레 신문, 2009. 9. 14자 1면, “탐욕에 무너진 시장 공포 사라져 가지만... - 금융위기 1년 무엇이 달라졌나”.

8) 가령 다음과 같은 진술은 중국인의 실정법에 대한 관념이 서구의 그것과 현저한 차이가 있음을 나타내 준다. 『예부터 현재에 이르기까지 중국인의 법관념은 복잡적이고 다원적이었다. 중국인들이 법이라고 말할 때 그것은 아주 자연스럽게 ‘법 위의 법(禮, 天理)’, ‘법 중의 법(법률 조문)’, ‘법 밖의 법(倫常의 情, 人之常情)’ 등을 총칭하는 것이다. 엄격한 의미에서의 법(실정법)은 전통시대 중국인의 마음속에서는 부차적인 위치를 차지하고 있었으며, 일반적으로 사람들은 실정법을 부득이한 산물로 여기고 있었다. 전통시대 중국인들의 마음속에서 실정법이란 ‘예의나’ ‘천리’가 불완전한 형태로 문자화되고 조문화된 것이며, 倫常 질서를 보호하기 위해 만들어진 소극적이고 최소한의, 그리고 최후의 방어선이었다.』 范忠信·鄭定·擔學農/이인철 역, “中國法律文化探究 - 情理法和 中國人”, 일조각, 1996, 10면.

전히 이해한다는 것은 해당 실정법 개개 조문의 내용뿐만 아니라 그 나라 국민의 법에 대한 관념과 법제도라는 메커니즘에 대한 이해가 필요한 것이다. 그러한 의미에서 공법영역에서 한 나라의 법을 제대로 이해하기 위해서는 그 나라의 사법제도에 대한 이해가 필수적이라 할 수 있다. 일반적으로 국가권력이 중립적 입장에서 그 실현을 담보하고 있는 사법영역과 달리 공법영역에서는 국가권력이 법률관계의 일방 주체로 등장함으로써 공법이 실현되는 기체로서의 사법제도에 대한 이해가 선행되지 않는 한, 실정법 조항의 규정 내용만으로 한 나라의 공법을 정확히 가늠할 수 없기 때문이다.<sup>9)</sup> 즉 중국의 사법제도에 대한 이해는 곧 중국의 公法을 이해하는 전제를 이룬다고 할 것이다. 저자는 서문에서 다음과 같이 밝히고 있다.

“지금까지의 연구는 주로 중국의 개별법과 법제도에 치중되어 온 감이 있다. 이에 비해 중국법이 중국에서 적용되고 집행되는 구체적인 구조에 대한 연구는 미비했다고 볼 수 있다. 외국법에 대한 이해를 위해서 외국의 개별적인 법에 대한 이해도 필요하지만, 그 법이 그 나라에서 실현되는 전체적인 시스템에 대한 이해가 전제되어야 한다. 오히려 우리가 객관적으로 접근할 수 있는 법이라고 할 수 있는 규율들이 특정사회에서 구체적으로 적용되는 단계에서 변용되는 모습을 포착하는 작업이 그 특정사회의 법을 이해하기 위해서 더욱 필요할 수 있다. 법에 대한 이해도 필수적이지만 법원과 법관 그리고 그 나라의 법문화에 대한 이해가 더욱 중요할 수 있다.”<sup>10)</sup>

9) 그러나 우리나라 법학에서는 사법제도 자체를 대상으로 한 문헌은 많지 않다. 최근에는 사법에 관한 제도적 접근의 필요성을 인식하여 사법연수원에서 사법제도론을 선택과목으로 가르치고 있다. 사법연수원, 사법제도론, 2008 참조.

10) 정철, 앞의 책, 3면.

다만 사법제도 역시 시간적 측면 및 대상의 측면에서 무한할 수 있으므로 한 권의 저서에서 이 모든 것을 다루기는 어렵다. 따라서 저자는 1949년 이전의 사법제도는 현행 사법제도를 이해하는 기초가 되는 범위내에서의 역사적 고찰에 머무르면서 그 밖의 내용은 중국법제사의 영역으로 미루고,<sup>11)</sup> 이 책에서는 시간적으로 1949년 수립된 중화인민공화국의 사법제도로 연구대상을 한정한다. 또한 인민법원과 인민검찰원을 국가의 사법기관으로 규정하고 있는 현행 중국헌법(헌법 제7절 제123조 내지 제135조)에 따라 고찰대상으로서의 사법제도의 범위를 법원과 검찰로 한정한다. 그러나 논의의 명료화를 위해 중심적인 연구대상을 법원과 검찰로 한정할 뿐, 실제적으로 법원과 검찰의 역할과 기능을 입법 및 행정기관과의 관계라는 측면에서 고찰함으로써 독자에게 제공하는 지식은 그에 한정되지 아니한다. 그 점은 이 책이 법의 지배라는 총체적인 관점하에 중국의 사법제도를 조망함으로써 가질 수 있는 美德이라 생각한다.

### 3. 중국법을 보는 관점 - 법의 지배

법의 지배는 여러 가지로 정의할 수 있겠지만, 법의 지배의 핵심적 특징 중의 하나는 바로 권력의 자기제한이다.<sup>12)</sup> 저자가 중국법을 보는 중심적 관점으로 법의 지배를 선택한 것은 궁극적으로는 중국

11) 중국에서 사법이라는 개념이 소개된 것은 청말이지만 오늘날의 사법개념에 해당하는 사법의 일부 기능을 전통왕조에서 찾아볼 수 없는 것은 아니다. 가령 명대의 경우 刑部, 都察院, 大理司의 ‘三法司’ 체제는 청대에도 유지되었다. 그렇지만 이들 기관은 재판기구로서 사법권을 전담하지는 않고 일체의 권력은 황제가 장악하고 사법권은 철저히 행정권에 부속되었다는 의미에서 근대적 의미의 사법기구로 파악할 수는 없을 것이다. 정철, 위의 책, 4면.

12) 이러한 입장에서 법의 지배를 검토하는 글로는 Steven Holmes, “법의 지배의 계보”, 민주주의와 법의 지배(아담 쉘보르스키, 호세 마리아 마라발 외), 후마니타스, 2008, 71-134면 참조.

의 통치체계에서 권력의 자기제한 기제가 충분히 마련되어 있는지 여부를 검토하고자 함일 것이다. 이는 중국이 2차대전 이후부터 공산주의 이념이 지배하는 국가였고, 1970년대 후반이후부터 개혁, 개방의 길을 걸어 지금은 경제적으로는 거의 자본주의에 근접해 있다고 하지만, 정치적으로는 여전히 공산주의를 표방하고 있기 때문에 더욱 그러할 것이다. 저자가 서문에서 다시 “우리 헌법이 지향하는 자유민주주의를 바탕으로 한 자유민주주의의 법의 지배의 원리를 가지고 중국의 사법제도를 분석하고자 한다.”고 법의 지배에 수식어를 덧붙이는 연유이기도 하리라.<sup>13)</sup> 이러한 관점에서 저자는 법의 지배를 보장하기 위한 핵심적 기제로서의 사법부의 독립성이 보장되어 있는지 여부를 검토하고, 나아가 사법부와 입법·행정기관간의 관계를 검토하고 있다. 한편 법의 지배라는 관점은 다시금 중국의 절차법에 대한 관심을 환기한다. “어느 사회가 얼마나 법의 지배를 이루었는지를 살펴보는 방식 중의 하나는 그 사회가 분쟁해결을 위해 동원하는 절차와 방식들이 얼마나 갖추어져 있는가를 살펴보는 것”<sup>14)</sup>이라는 저자의 진술은 이 책의 연구대상과 관점의 일체성을 잘 표현해 주고 있다.

다만, 사족으로 한 가지 아쉬운 점을 덧붙이자면, 법적 개념에 대한 정의의 엄밀성에 대해 말하고 싶다. 즉 저자가 이 책에서 중국법을 보는 관점으로 밝히고 있는 ‘법의 지배’라든가 ‘자유민주주의에서의 법의 지배’라는 개념은 법학에서 이미 많이 논의된 개념이긴 하였지만, 세부적이고 구체적 내용으로 들어가면 완전히 합의된 개념이라고 하기에 어려운 포괄적이고 다의적인 개념일 수 있다. 물론 중국법을 보는 관점, 특히 권력의 상호 제한의 기제로서의 법의 지

13) 정철, 앞의 책, 6면.

14) 정철, 위의 책, 9면.

배라는 관점에 법의 지배에 관한 고도의 엄밀성을 요구하는 정의가 수반되어야 하는 것은 아닐 것이다. 그러나 중국법을 고찰하는 이 책의 주된 관점을 저자 스스로 ‘법의 지배’ 또는 ‘자유민주주의에서의 법의 지배’라고 명명하는 만큼, 법의 지배에 대한 최소한의 합의 할 수 있는 개념탐구나 자유민주주의에서의 법의 지배에 대한 개념이나 내용에 대하여 많은 분량이 아니더라도 좀 더 구체적인 고찰이 있었으면 좋았을 것으로 생각한다.<sup>15)</sup>

다시 한 번 요약해서 말하면, 이 책은 중국이 추진 중인 사법개혁의 중요한 화두들을 법의 지배의 관점에서 고찰하고 있다. 중국은 법치로 대전환을 이룬 후 이제 30년 가까이 사법분야의 개혁을 추진해 왔다. 이 책의 특징은 그 동안의 성과를 모두 나열하기 보다는 이런 성과들이 법의 지배라는 방향에서 볼 때 어떤 유의미한 진전을 낳았는지를 분석하고 있다. 중국이 추진하고 있는 법치가 자유민주주의의 형태로 수렴할 것인지 아니면 중국이 주장하듯이 중국 특색의 사회주의 법치의 형태로 발전해 나갈지는 앞으로의 우리의 관심을 끈다.

15) 대부분의 헌법교과서에서 법의 지배 또는 법치주의를 논하고 있지만, 그리 많은 분량을 할애하고 있지는 않다. 법의 지배를 비교적 자세하게, 그리고 깊이 있게 논하는 문헌들로서는 다음과 같은 것들이 있다. 법의 지배의 개념은 영국법에서 유래하였다고 알려진다. 영국법에서의 법의 지배의 기원과 내용에 관하여는 A. V. Dicey/안경환·김종철 역, 헌법학입문, 경세원, 1994, 참조. 그 밖에 법의 지배 개념을 심도있게 논하는 논문들로 Matthew H. Kramer, "On the Moral Status of the Rule of Law", Cambridge Law Journal, 63., 2004, PP. 65-97.; Margaret Jane Radain, "Reconsidering the Rule of Law", Boston University Law Review, 69, 1989, PP. 781-819.; Joseph Raz, "The Rule of Law and its Virtue", Law Quarterly Review, 93, 1977, PP. 195-211.; Paul Craig, "Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law", Public Law, 1997, PP. 467-487.; Jeremy Waldron, "Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept(in Florida)?", 2002, Law and Philosophy, 21, 2002, PP. 137-164. 등을 들 수 있다. 영미법의 법의 지배 개념에 대응하는 것이 독일법에서의 법치국가 개념이다. 독일의 법치국가 이론에 대한 포괄적이고 체계적인 서술로는 Philip Kunig, Das Rechtsstaatsprinzip, J.C.B. Mohr, 1986 참조.

서평 대상인 이 연구서의 주요 목차를 소개하면 다음과 같다.

### 제1장 서론

1. 중국 사법제도 연구의 의의
2. 중국 사법제도 연구의 범위
3. 연구의 방법적 기초로서의 법의 지배

### 제2장 중국 사법제도의 역사와 개혁

- I. 중국사법제도의 역사
  1. 제국시대 유교적 법치의 전통
  2. 청말과 내전기의 사법제도
  3. 공화국 수립후 1978년까지 사회주의 법제
- II. 중국 사법제도의 개혁
  1. 개혁·개방 이후 법치의 발전
  2. 사법개혁의 배경과 방향

### 제3장 중국 사법기관의 독립성의 보장

- I. 중국 법원의 독립성의 보장
  1. 다른 국가기관으로부터의 독립
  2. 법원 심판의 독립
  3. 법관의 독립의 보장
- II. 중국 검찰의 독립성의 보장
  1. 중국 검찰의 지위
  2. 검찰권의 독립
  3. 검찰권 재조정의 필요성

## 제4장 중국 법원의 입법·행정기관에 대한 통제

- I. 중국 법원의 입법기관에 대한 통제
  1. 중국의 입법절차
  2. 법원의 헌법해석권
  3. 법원의 법률해석권
- II. 중국 법원의 행정기관에 대한 통제
  1. 중국 행정법의 발전과 행정의 현실
  2. 행정소송에 의한 행정기관의 통제
  3. 행정입법에 대한 법원의 사법심사

## 제5장 중국 법원의 절차적 보장체계

- I. 독립적이고 자율적인 변호사
  1. 법의 지배와 변호사의 역할
  2. 중국 변호사제도의 역사적 고찰
  3. 중국 변호사의 독립성과 전문성을 향한 노력
  4. 중국에서 법의 지배와 변호사의 역할
- II. 중국 법원의 소송절차적 보장
  1. 법원에 대한 접근의 보장
  2. 법원에 대한 청문권의 보장
  3. 공정한 재판을 받을 권리의 보장
  4. 신속한 재판을 받을 권리의 보장
- III. 소결

## 제6장 결론

## Ⅱ. 中國에서 法治主義의 成果와 限界

### 1. 中國의 立法過程에서의 現況과 問題點

아직 중국법에 대한 전문적인 연구서가 많지 않은 상황에서, 우리에게 중국과 법치주의라는 개념은 언뜻 쉽게 친화적으로 와 닿지 않는다. 법의 지배가 발전한 나라의 법은 안정성과 지속성 그리고 명확성과 그리고 법체계 간에 통일성 내지 일관성을 지녀야 한다. 저자는 책의 앞부분에서 중국 사법제도의 역사와 개혁이라는 장을 마련하여 그간의 중국 사법제도의 변혁과정을 간략하게 안내하면서, 그 동안 중국법제의 발전과정은 이런 분야에서 상당한 발전을 이루어왔다고 평가하고 있다. 개혁 초기 추상적이고 불명확하고 모호하였던 법규범들이 이제는 법학의 발전과 실무경험의 축적 속에서 구체적이고 명확하게 되었다. 이제 중국은 상당한 수준의 입법능력을 보유하게 되었다. 그렇지만 중국이라는 방대한 나라에서 지역적 특색과 경제발전을 수준을 고려할 수밖에 없는 입법의 한계로 인해 앞으로도 폭넓은 재량과 위임은 불가피할 것으로 보인다.<sup>16)</sup> 이런 상황을 감안하여 중국은 입법법을 제정하여 법규범 간의 불일치와 통일을 개선하려는 노력을 기울여 상당한 수준으로 불일치를 바로 잡을 수 있는 제도적 장치를 마련하였다.

저자는 중국에서 입법 분야의 문제는 이제 입법절차에서 당의 주도를 국민의 참여방식으로 바꾸는 제도를 정립하는 일이라고 진단하고 있다. 당이 국가를 지배하고 모든 국가작용의 영역에 대해 지도를 하는 시기에는 당에서 입법안을 마련하고 입법기관은 이를 사실상 추인하는 역할만을 수행하였다. 당이 국가의 방향에 대한 정책

16) 특히 법치행정의 바로미터라 할 중국 행정법에서의 행정재량의 문제에 대해서는 위 책의 233-263면 참조.

(policy)을 수립하고 이런 국가의 정책이 법(law)으로 제정되어 당의 의지를 실현하는 수단이 되는 구조라고 볼 수 있다. 즉 그동안 중국의 입법과정은 특별히 다시 인민의 의지를 결집하거나 참여를 보장해 주어야 할 필요가 없고 이미 당의 의지가 인민의 의지라는 점에서 이런 식의 절차는 무용할 뿐만 아니라 당에 대한 신뢰를 의심하는 행위로 비취질 뿐이었다. 그러나 저자는 당과 국가는 분리되고 당의 사회에 대한 영향력은 약화되고 있으며, 이제 당조직이 모든 사회조직에서 조직되어 인민의 의사를 결집할 수 있기에는 분명한 한계를 보이고 있다고 지적하고 있다.<sup>17)</sup> 저자의 이러한 통찰은 중국 법에 대한 미시적 접근이 아니라, 법치주의라는 거시적 관점에서 중국법을 조망함으로써 얻어지는 혜안이라 하겠다.

저자는 좀 더 구체적으로 행정권에 의한 규범정립의 문제도 고찰하고 있다. 개혁·개방과정 중 행정의 영역에서 제정되었던 많은 행정입법들 역시 국민의 참여 없이 제정되어 국민의 자유와 권리를 제약하는 복병으로 작용하였다고 지적한다. 이런 행정입법절차에서도 수범자인 국민의 참여는 중국이 법의 지배로 가기 위해 갖추어야 하는 부분이었다. 현 단계 중국에서 입법과정에서의 국민과 사회조직의 참여는 입법기관에 대한 상당한 견제의 효과가 있을 것으로 보인다. 저자는 아직 행정절차법이 제정되지 않은 단계에서 입법법에서 입법절차에 대한 사회의 참여를 인정한 것은 커다란 진전이고 앞으로 주목해야 할 부분이라고 언급하고, 앞으로 중국에서 시민사회가 성장하고 여기서 사회의 부분이익을 대변하는 여러 사회세력이 자신의 주장을 활발하게 내세우면서 입법절차에 참여하고자 한

17) 아울러 저자는 “사법기관에 대한 영도자이자 인민의 전위라는 당이 관료화되고 인민의 의사를 제대로 전달하지 못하게 된다면 국가기관 전체가 관료화되고 만다. 당의 영도는 공산당 집권층의 지도자에 의해 국가 전체가 통지될 가능성, 즉 인치의 가능성을 내포하게 된다. 이런 관점에서 볼 때 사법기관에 대한 당의 영도는 법치와는 어울리지 않는다.”고 평가한다. 정철, 위의 책, 39면.

다면 실질적 입법권에 대한 견제수단으로서 입법절차에 대한 참여의 문제가 중요한 이슈로 등장할 것으로 예견하고 있다. 이러한 지적과 평가가 가능한 것은 앞서도 말했듯이 저자가 중국법의 한 분야에 대한 미시적 고찰에 머무르지 아니하고, 중국법제, 특히 공법영역의 전반을 법치주의라는 거시적 잣대로서 일람하고 있기 때문에 중국법과 중국사회를 동시에 조망권내로 확보할 수 있었기 때문이라고 할 것이고, 그것은 이 책이 가지는 큰 미덕이라고 할 것이다.

## 2. 中國 司法機關의 獨立性的 保障 문제

얼마 전 우리나라에서 한 대법관의 지방법원장 시절의 사법행정적 관여가 재판의 독립, 나아가 법관의 독립성을 침해한 것인지 여부가 문제되어 해당 대법관의 진퇴문제가 사회적 의제로 심각하게 거론된 적이 있다. 법의 지배를 성취하기 위해서는 사법기관의 독립을 보장하는 것이 핵심적 문제가 되기 때문이다. 법의 지배로 가기 위한 중국의 노력은 앞으로도 계속되어야 할 필요성이 많은 것이 사실이다. 이 책을 통해 우리는 법의 지배의 특수한 요구인 사법의 독립의 측면에서 중국은 아직 개선하여야 할 부분이 산적해 있음을 확인할 수 있다. 사법의 독립을 가로막는 외부와 내부의 장애들을 하나씩 바꾸어 가지 않으면 사법의 독립은 허울뿐이고 그런 사법이 추진하는 법치는 장식물에 불과하기 때문이다.

저자는 사법기관의 독립성 문제와 관련하여 먼저 중국 법원의 외부적 영향으로서의 당의 관여를 어떻게 합리적으로 제한하느냐라는 문제에 초점을 맞춘다. 법의 지배의 관점에서 볼 때 집권당인 공산당이 사법기관의 구체적인 결정에 대해 영향력을 행사하고 사법부의 인적구성에 관여한다는 것은 바람직하지 않다. 더욱이 헌법과 법률에 정해진 절차와 방법 외에 당에 의한 사전 승인절차를 통해 사

법기관의 구성원의 임명절차에 관여하는 것은 당이 사법기관을 장악할 수 있다는 것을 의미한다. 이는 중국 헌법에서 보장된 사법기관의 독립성을 훼손할 수 있다. 물론 자유민주주의 국가에서도 법관들은 그들의 정치적인 입장에 따라 임명되는 경우가 흔하다. 그렇지만 자유민주주의국가에서의 대법관의 임명을 둘러싼 정치현상은 권력분립의 기능이 작동하는 국면이고 이는 관련된 국가기관이 헌법에 의해 보장된 자신의 권한을 행사하는 과정에서 나타나는 정치현상이다. 이러한 진단하에 저자는 중국공산당이 당에 관여하는 방식은 헌법과 법률에 정해진 절차와 방법은 아니라는 점에서 자유민주주의국가에서의 대법관 임명과는 구별된다고 평가하고, 중국사회가 법의 지배로 나아가기 위해 필요한 조언을 아끼지 않는다.

사법의 독립과 당의 영도가 양립할 수 있다고 주장하지만 사법기관의 인원이 외부의 정치적 영향을 받아들이고 있는 제도적 장치인 정법위원회에 참석한다는 사실은 사법의 본질상 받아들이기 어렵다. 이 문제는 앞으로 논의를 거듭하고 사법의 독자적인 권한이 강화되고 국민들로부터 신뢰를 확보함으로써 서서히 바뀌어 갈 수 있는 문제이고 당장 이에 대한 요구는 사법개혁을 허무는 결과에 이를 수 있다는 점에서 전략적으로 자제하는 것도 필요하다. 그렇지만 법의 지배가 기본적으로 사법부의 독립을 기본전제로 한다는 측면에서 본다면 중국 공산당이 사법기관의 구성과 그 판결에 직간접적으로 관여하는 방식은 중국이 법의 지배로 가는 과정에서 극복해야 할 과제라고 보인다.

저자는 다음으로 중국식 사회주의 정치체제에서 민주적 집중제를 실현하는 중심기구인 인민대표대회와 법원의 관계를 주목한다.<sup>18)</sup> 법의 지배는 국가권력의 분립을 넘어 사법권에 대해 특별히 독립할

18) 정철, 위의 책, 56-68면 참조.

것을 필수적으로 요청한다. 독립성을 갖춘 사법권만이 국민의 자유와 권리를 확고히 보장할 수 있기 때문이다. 이런 측면에서 볼 때 중국의 입법기관이 사법기관에 대해 행사할 수 있는 광범위한 감독 제도는 사법권이 그 본질로 하는 심판작용에 대한 외부의 간섭으로 나타날 수 있다. 특히 감독의 사유가 광범위하고 특히 증거불충분이나 사실인정의 잘못을 이유로 인민대표대회에 제출된 청원에 근거하여 인민대표대회가 직접 판결을 취소하지는 않는다고 하더라도 사법기관에 대해 재심사를 요구하고 이에 따라 사법기관이 재심사나 재심판을 하게 된다면 이는 사법권의 독립을 위협하게 된다. 또한 이미 법률적 효력이 발생한 판결에 대해 이런 감독제도를 통해 재심을 구하고 인민대표대회가 이를 받아들여 법원에 재심을 요청하게 되고 법원 역시 이를 받아들여 재판감독을 실시한다면 법의 안정성(stability)의 측면에서 문제가 발생할 수 있다. 여러 형태의 사법부패와 지역보호주의의 폐해를 회복하는 기회로 사용될 수도 있지만 반대로 의회세력을 이용하여 진실을 뒤집는데 사용될 가능성도 충분히 있다.<sup>19)</sup>

중국의 인민법원과 지방정부의 관계 또한 이 책에서 저자의 주요한 고찰대상이다. 인민법원은 지방정부로부터의 재정적 독립을 이루지 못하는 한 지방정부로부터 자유로이 심판권을 행사할 수 없을 것이다. 그 동안 인민법원의 경비문제와 관련하여 이루어진 여러 차례의 개혁을 살펴봐도 이를 확인할 수 있다. 이는 전반적으로 인사와 재정 양쪽 부분에서의 개혁을 통해 이루어져야 할 것으로 보

19) 저자는 사법권의 독립을 유지하기 위해서는 인민대표대회가 인민법원을 감독할 수 있는 범위를 축소할 필요가 있으며, 중국이 진정으로 법의 지배로 가는 사회를 지향한다면 중국적으로는 구체적인 개별사건에 대한 감독절차는 폐지해야 하고 권력분립의 차원에서 일정한 사법심사권한을 사법부에 부여하는 것이 올바른 길이라고 평가한다. 물론 여기에는 근본적인 정치개혁이 뒤따르고 헌법의 개정까지 필요하다고 본다. 정철, 위의 책, 65-68면 참조.

인다. 저자는 결국 인민법원의 인적구성을 지방권력기관으로부터 독립하고 재정문제 역시 지방정부에 의존할 것이 아니라 성 단위 아니면 중앙정부차원에서 부담을 하든지 아니면 최고인민법원에서 총괄적으로 전국의 법원에 대한 예산을 분배하는 방식으로 지방정부로부터의 의존관계를 단절시킬 필요가 있다고 결론내리고 있다.<sup>20)</sup>

### 3. 中國 法院의 國家機關에 대한 統制 문제

법의 지배의 목적이 국민의 자유와 권리의 보호에 있다면 이를 위해 국가권력을 분립시키는 것은 자유민주주의국가에서는 당연한 전제로 받아들이고 있다. 저자는 중국의 경우 국가권력의 분리는 이루어지고 있으나 그들 권력 간의 실제적인 견제와 통제의 장치는 결여되어 있다고 진단한다. 인적 구성의 측면에서 재정적인 측면에서, 자신의 신분보장의 측면에서 모두 입법기관에 의존하고 있다. 자유민주주의 국가에서는 일반적으로 사법부는 입법권의 남용을 견제하는 기능을 사법심사라는 수단을 통해 행사하고 있다. 중국에서 사법권이 사법심사권을 완전히 구비할 수 있어야 권력분립에서 말

20) 나아가 저자는 법원 내부의 감독체제로서 심판위원회 제도를 고찰한다. 심판위원회는 일정한 사건을 토론하고 그 처리방향의 결정과 기타 재판연구 등을 실행하기 위하여 중국의 모든 인민법원에 상설적으로 설치된 재판조직으로 중국의 독창적인 사법제도이다. 일정한 사건을 심판위원회의 토론을 거치도록 하고 그 결정에 따라 판결을 내리도록 하여 심판위원회가 사실상 최종적인 결정권을 행사하는 것으로 관찰된다. 그런데 실질적 판단권을 행사하는 것으로 보이는 심판위원회의 토론과 결정과정은 철저히 외부에 공개되지 아니하고, 그리하여 법원의 외부의 당사자나 제3자가 볼 때 중국 법원은 투명하지 않게 보이고 이는 사법의 공정과 판결의 정당화에도 일정한 영향을 주고 있다고 평가한다. 정철, 위의 책, 76면. 중국의 심판위원회를 고찰하면서 저자는 단순히 심판위원회의 근거 법률인 인민법원조직법에 대한 규범적 고찰에 머무르지 아니하고, 성도시 심판위원회 운영결과, 위원의 구성비율, 연령, 학력 및 심판경력, 회부의안의 상정경로, 토론상황, 토론결과와 합의정의건과의 관계 등에 관한 통계수치를 함께 검토, 제시함으로써, 중국의 독창적 사법제도로서의 심판위원회의 위상과 운영현황을 더욱 생생하게 파악할 수 있도록 도와 준다. 정철, 위의 책, 87-94면 참조.

하는 입법권에 대한 실질적인 견제와 통제를 할 수 있다. 중국 법원은 사법해석권을 토대로 법률해석의 경험을 축적해왔다. 그리고 최근에는 헌법규정을 법률의 규정이 없는 영역에서 사법재판의 근거로 동원하기도 하였다. 이를 통해 헌법상의 국민의 인권규정이 이제 살아있는 재판규범으로 작용할 수 있다는 사실을 인상적으로 보여 주었다.<sup>21)</sup> 저자는 이런 헌법의 생활화 내지 헌법의 사법화는 중국 법원이 앞으로 사법심사의 영역을 행정작용에서 입법작용으로 옮겨가는데 우호적인 상황을 만들어 갈 수 있을 것으로 진단하지만, 사법심사의 여정은 여러 고비를 남겨둔 긴 장정이 될 것으로 예견하고 있다.

우리에게 중국은 단순한 이웃의 한 나라가 아니라, 우리 공동체의 안정적 발전을 위해서는 정치·경제적인 측면에서 늘 고려해야 하는 변수라고 할 수 있다. 남한과 북한의 대치상황에서 중국의 정치적 역할이 그러하고, 경제적 측면에서 중국과의 교류가 우리 경제에서 차지하는 역할과 비중이 그러하다. 이러한 상황에서 중국의 사법제도를 제대로 분석하고 전망하는 것은 작금의 우리에게 매우 중요한 과제가 아닐 수 없다. 이러한 과제에 응답하듯 저자는 중국의 정부와 법원의 관계에 대해 더 자세한 검토를 부가하고 있다.

국무원을 중심으로 한 인민정부는 중국에서 거의 모든 국가행정에 관여되어 중국의 일상생활에 미치는 영향력은 막강하다. 이에 비해 인민법원은 너무 약한 것이 지금까지의 현실이다. 당이 국가조직을 자신의 정책실현을 위한 도구로 사용하던 시대는 지나가고 있지만 여전히 규제국가의 잔영은 사회 전체에 만연하다. 불명확하고 추상적으로 제정된 법률과 이를 집행하기 위해 발생하는 광범위한 행정재량과 자의적인 법집행 그리고 부패현상은 행정권의 우월을 보여

21) 중국 인민법원의 헌법해석권에 관하여는 정철, 위의 책 197-212면 참조.

주는 중국의 현실이다. 이런 중국행정의 현실은 정치권력의 정당성의 약화로 이어졌고 이를 개혁하기 위한 일환으로 행정개혁이 당에 의해 주도되어 행정소송법이 제정되었다. 저자는 행정소송법의 제정으로 중국은 진정한 법치주의의 시대로 진입하게 되었다고 평가한다. 행정권의 행사에 대한 외부적 통제장치가 마련되어 그 동안 행정내부의 반발도 있었지만 개혁개방을 통해 더욱 막강해진 행정권에 대한 견제장치가 마련되었다고 볼 수 있다. 입법기관에 대한 권력의 분립이 미래의 과제라면 입법기관에 의해 구성된 두 권력기관 사이의 견제와 균형의 메커니즘은 갖추어져 가고 있다. 우리가 헌법재판소를 1988년에 설립하기 전에 헌법재판의 상황을 되돌아보면 중국 법원이 이제 행정소송을 통해 행정기관을 통제하는 역사를 20년 가까이 이루어왔다는 사실은 중국에서 법의 지배의 속도와 방향을 가늠케 한다.

저자는 중국 법원의 독립성에 관해 아래와 같은 경청할 만한 진단으로 마감한다. 인민법원의 행정소송을 통한 행정권력의 견제에는 갈 길이 아직 많이 남아 있다. 우선 국무원이 가진 막강한 행정직권적 성격의 행정법규의 통제장치가 마련되어야 하고 국무원의 각 부와 위원회, 그리고 지방정부가 제정하는 규장과 규범성문건들에 대한 심사가 가능해야 명실상부한 행정심판권을 인민정부가 보유하고 할 수 있을 것이다.

#### 4. 中國 法院의 節次的 保障體系

법치를 완성하기 위해서는 절차적 정의가 확보되어야 한다. 저자는 이런 측면을 보기위해 한 나라의 절차적 정의로 대표하는 중국의 소송절차를 고찰하고 있다.<sup>22)</sup> 형사소송절차는 당사자주의로 개편되어 상당한 개선이 있었지만, 여전히 절차법에 근거한 수사 및 재

관이라는 형사법 정신이 미약하여, 수사 및 재판 실무에서는 절차적 정의가 지켜지지 않고 있다고 평가하고, 나아가 이러한 원인으로서는 유교적 전통과 사회주의적 체험이 결합되어 실체를 중시하는 법문화의 영향을 들고 있는데, 향후 절차적 보장의 정도가 중국의 법치의 수준을 고찰할 수 있는 중요한 잣대가 될 것으로 보고 있다. 중국의 형사소송을 아직 법치의 수준으로 보면 미흡하다고 평가하면서도, 저자는 중국 형사소송이 가지고 있는 피해자 보호의 제도적 장치들은 인상적이고 이로부터 우리가 배울 수 있는 점도 있음을 지적하고 있는데,<sup>23)</sup> 이는 평자에게 저자가 중국법을 보는 관점에 편견이 없음을 느끼게 해 주었다. 즉, 저자가 중국법을 일방적으로 사회주의 국가의 색채가 농후한 법, 또는 이제 막 서구적 법치를 시작한 법치적 관점에서 신생국의 법 정도의 수준으로만 파악하고 치부했다면, 이러한 지적과 깨우침은 애초에 불가능했을 것이다. 저자의 이런 배움은 중국법을 사회주의 국가를 경험한 나라, 그리고 지금도 정치적으로는 사회주의를 표방하는 나라에서의 서구적 법치제도의 수립 가능성과 실현 정도라는 매우 중립적 시각에서 일관된 관점으로 응시·검토하기에 지닐 수 있는 미덕이라 생각한다. 반면에 민사와 행정절차는 많은 개선의 여지가 있다고 평가하고 있다.

22) 소송절차를 본격적으로 논하기 전에 저자는 소송절차의 중요한 한 축으로서의 중국 변호사 제도를 고찰하고 있다. 법의 지배에서의 변호사의 역할이란 관점에서 변호사의 독립성 등에 관한 고찰에 상당부분을 할애하고 있는데, 사회주의 국가에서의 변호사의 역할을 살펴보는 것은 매우 흥미로운 일이다. 정철, 위의 책, 261-285면 참조.

23) 이 부분에 관해 저자는 중국법에서 수사기관이 형사책임을 추궁하지 않을 경우 범죄피해자에게 이에 불복할 수 있는 권리를 보장하고, 중국적으로 인민법원에 게 자소할 수 있도록 한 부분을 형사절차에서 피해자 보호에 철저한 입장으로 평가하고, 특히 소송절차에서도 피고인신문과 증인신문에 피해자가 참여할 수 있는 권리를 인정하고, 제1심 판결에 대해 항소권자인 인민검찰에 항소제기 청구를 할 수 있는 권리를 인정한 것은 형사소송의 현실에 부합하는 입법이라고 평가하고 있다. 정철, 앞의 책, 346면.

### Ⅲ. 中國 司法改革의 展望과 法の 支配

중국이 지난 1978년 개혁개방 이후 지금까지 진행해온 수많은 사법개혁의 역사를 돌아보면 그 속도 자체가 중요한 것이 아니라 그들이 진행하는 큰 방향과 관점이 중요하다는 것을 알 수 있다. 그들은 법이 지닌 장점과 법의 지배가 경제발전을 위해 꼭 필요한 조건임을 오래 전에 충분히 깨닫고 있었다. 그리고 그들이 벌여온 지난 여정은 이제 되돌릴 수가 없는 것이고 이미 개혁개방으로 인한 경제성장의 과실을 수취한 계층이 너무 많아졌고 그들 중 상당 부분은 최고 권력집단에 속하고 있다. 중국의 지도층의 의식은 이제 실용주의가 지배한다. 이념과 명분을 주장하던 정치세력은 이미 퇴조하였고 이를 되살리는 일은 가망 없는 徒勞일 것이다. 이를 누구보다도 잘 알고 있는 세력은 공산당이다. 더 이상 이념의 깃발로 사람들로 부터 지지를 얻을 수는 없고 자신들이 계속 정권을 유지하는 길은 경제성장과 부강한 나라건설이라는 목표제시이고 이를 위해 필요한 개혁 중 중요한 부분이 사법개혁이고 그 중심은 공정하고 효율적인 법원의 설립임을 직시하고 있다.

개혁개방의 과정에서 특히 농촌을 중심으로 한 토지개혁의 성공으로 당과 행정조직에 대한 의존도가 낮아지고 사경제의 영역이 확대되어 감으로써 새로운 경제인들이 점점 증가하여 왔다. 이들은 경제발전의 진행과 함께 재산과 경제적 이권을 확대하여 감에 따라 이제 더 이상 행정의 자의적인 집행에 대해 침묵하지 않고 비공식적인 기존의 방식과 더불어 공정하고 합리적인 공식적인 분쟁해결기구를 요구하고 있다. 중국에 투자를 한 외국자본 역시 줄기차게 투명하고 예측가능한 행정법제의 개혁과 공정한 분쟁해결기구의 수립을 요구하고 있다. 이에 따라 법치국가의 사법에의 요청을 받아들여 공정한 분쟁해결절차를 행정에 마련하여 행정에 대한 감독체제를

정착시키는 일이 중국이 법의 지배로 가는데 중요한 초석이 됨을 깨닫고 사법개혁은 추진력을 유지하고 있는 것이다. 우리나라가 중국과 맺고 있는 정치적·경제적인 밀접한 관련성을 생각할 때, 중국 사회의 변화의 방향과 이에 대한 지도집단으로서의 중국 공산당의 인식태도, 그리고 중국 공산당이 추진하는 사법개혁의 경과와 추이를 지켜보는 것은 이 시점에서 우리에게 매우 중요한 일이 아닐 수 없다.

국가권력 상호간의 실질적인 견제와 통제 메커니즘이 작동할 수 없는 구조에서는 입법자가 집행을 하고 심판까지 하는 구조로 귀일될 수밖에 없는 것이 사회주의 체제의 특징이다. 이런 일당지배의 구조를 전환시키기 위해 중국은 이미 개혁개방을 시작하면서 일관되게 당과 국가를 분리하는 작업을 추진해왔다. 저자는 이는 헌법의 권력구조의 차원에서 보면 헌법에 따른 권력의 분립시스템이 작동할 수 있는 환경을 제공한 것이어서 앞으로도 이런 추세가 굳어진다면 중국의 권력분립은 새로운 단계를 맞이할 수 있을 것으로 평가한다. 이런 관점에서 바라본 중국의 권력분립제도는 이제 사법을 중심으로 입법부와 행정부를 견제할 수 있는 제도적 장치들이 마련되고 사법 차원의 준비작업도 이미 상당기간 진행되어 왔음을 확인할 수 있다. 법원은 이미 사법해석이라는 30년 가까운 기간 동안 사실상 법률해석을 수행하여 불충분한 입법을 보완하여 왔고 입법기관 역시 이를 방임하고 오히려 조력하였다는 사실은 법률해석의 업무는 사법과 친숙하고 여기서 수행하여야 기능적으로 부합하다는 것을 중국 역시 인식하고 있음을 보여준다. 이런 규범해석의 기초 위에서 이 책은 중국의 법원이 이제 헌법해석에 도전하고 있음을 보여 준다. 물론 아직은 헌법의 사법화의 단계에서의 논의지만 먼 훗날 중국의 최고인민법원이 위헌법률심사를 내릴 수 있는 가능성도 충분히 존재함을 확인할 수 있다. 무엇보다도 당이 헌법감독을

지지하고 국가권력 상호간의 견제와 통제를 바라고 있고 여기에는 그 본질상 사법의 권한이 적합하다는 사실을 인식하고 있다고 판단된다. 저자의 친절한 안내를 통해 우리는 행정기관에 대한 중국 법원의 통제는 이미 1980년대에 행정개혁의 수단으로 논의되어 사법분야에서는 행정소송의 도입으로 그 결실을 맺어 이제 상당한 행정소송의 경험이 축적되어 있는 상황이라는 것을 알 수 있다. 행정입법에 대한 통제의 미비와 국민들의 법의식의 격차를 해소하고 국제사회(WTO)의 요구를 지렛대로 삼아 중국은 이 분야에서 행정작용에 대한 실질적인 통제의 기제가 마련될 수 있는 상황에 도달하였고, 이런 수준에서는 상당한 합의가 이미 형성되어 있음을 확인할 수 있다. 이는 중국의 법원이 행정에 대한 통제장치를 완비하게 되었다는 것을 의미하고 이는 법치주의의 중요한 영역에서의 진전으로 이어질 것이다.

#### IV. 中國의 司法改革이 우리에게 주는 示唆

이 저서를 통해 우리가 지향하는 법의 지배의 가치들을 되돌아볼 수 있다. 저자는 첫째로 법의 지배의 핵심적인 가치로 국가권력의 자의적인 행사의 제한을 통한 국민의 자유의 보장을 들었고 이를 법치의 목적으로 설정하였다. 이는 유교적 전통과 사회주의가 지향하는 국가우월의 독단의 흔적을 지우고 민주사회로 나아가기 위해서는 중요한 가치지표이다.

국가권력의 의미있는 제한이라는 법치의 목적을 설정하여 국민의 자유와 권리를 확보하고 먼저 입법과정에서 법의 안정성이 구비될 수 있도록 명확하고 확실한 법을 제정하여 예측가능성을 높이고 법 내용에 있어서도 일관성을 높이는 것이 중요하다. 그리고 무엇보다

도 입법과정에 대한 국민의 관심과 참여가 법치가 성공하느냐 아니면 실패하느냐를 결정하는 중요한 시작이라는 사실을 확인할 수 있다. 중국의 입법과정이 지니는 관주도 하의 규제적인 입법상황은 범수범자의 광범위한 참여의 기회를 적절하게 보장하지 않아 이는 결국 법에 대한 신뢰를 저하시키는 요인으로 작용하고 있음을 알 수 있다. 그리고 제정된 법의 공포와 이를 체계적으로 손쉽게 접근할 수 있는 제도적 개선이 필요함을 알 수 있다. 특히 지방성 법규의 경우 제정과정뿐만 아니라 법을 발견하고 인식하는 작업에서 어려움이 발생하고 있었는데 이는 법치주의 시작에서 문제가 발생하게 한다는 점에서 시정되어야 할 부분이고 우리 사회가 지닌 우수한 법인식의 수단들을 재평가해 볼 수 있는 계기를 부여하게 한다.

둘째, 중국 사법기관과 입법기관 및 행정기관의 관계에 대한 이 책의 고찰내용으로부터 우리는 법치주의와 민주주의의 관계라는 서구 법제에서의 공법의 보편적이고도 중심적 원리에 대한 소중한 재고의 기회를 가질 수 있다. 입법기관의 관여는 이런 감독체제가 헌법과 법률에 의해 이뤄진다면 사법에 대한 효과적인 견제장치가 된다는 점에서 긍정적으로 볼 수 있다. 독립적인 사법부가 강대한 권한을 행사함에도 이를 견제하는 국가권력이 존재하지 않는다면 이는 사법독재의 길을 열어주는 것이라는 점을 상기할 필요가 있다. 이런 측면에서 중국의 제도로부터 사법에 대한 민주적 통제의 메커니즘을 시사 받을 수 있다. 행정기관에 사법이 종속하는 현상은 국가예산권을 행정부가 보유한 이상 어쩔 수 없는 현상이지만 다만 현재 중국과 같은 모든 단위에서 동급 인민정부에 의존하게 하는 제도는 그 종속의 정도가 심한 경우라고 보인다. 우리의 경우에도 사법부의 예산과 법관인사권을 누가 행사하느냐가 사법독립을 이루기 위한 중요한 잣대라고 인식되어 왔다. 결국 중국 역시 우리의 방식대로 사법부 전체의 예산을 최고사법기관 수준에서 전국적인 예산

안을 편성해 국무원에 제출하고 이를 전인대에서 심사하는 구조로 가는 방식이 합리적이다. 또 인사 역시 전국적인 최고법원에서 통일적으로 행사하는 방향이 사법의 독립을 지킬 수 있는 방안이 될 것이다.

끝으로 중국의 사법제도의 역사적 고찰을 통해 법의 지배가 한 나라에서 꽃피우기 위해서는 그 나라의 모든 구성원들에게 법준수의 문화가 형성되어야 한다는 사실을 깨닫게 된다. 법을 제정하고 집행하고 심사하는 국가권력을 담당하는 개인만이 아니라 법의 수범자인 일반 국민들이 모두 도덕적 자기완성을 위해 노력하는 나라에서 법의 지배는 이룩될 수 있다. 아무리 법을 합리적으로 제정하고 엄격하게 집행한다 하더라도 제도를 운영하는 구체적인 인간들이 법을 존중하고 이를 사회적 합의로서 기꺼이 존중하는 문화가 사회전반에 조성되어야 법의 지배라는 인류문명의 빛은 온 나라에 펼쳐질 수 있다. 이를 위해서는 통치자와 국민 모두 윤리적인 존재가 되어야 할 뿐만 아니라 사회가 역시 건전한 지식과 교양을 갖춘 시민들로 구성되어야 한다. 이런 사회를 이루기 위해서는 사회가 공통의 기반을 가지고 있어야 한다. 현격한 빈부의 차이로 인해 인간 이하의 생활을 하는 국민이 많은 사회에서 그 구성원들의 자발적인 법질서에 대한 동조를 통해 법의 지배를 이루기는 거의 어렵다. 그 정치공동체의 구성원들이 최소한의 인간적인 삶을 영위할 수 있도록 국가가 이를 보장해 주는 사회정책이 헌법적으로 요청된다. 이런 관점에서 헌법상의 사회권을 보장함으로써 개인이 가진 실질적인 자유를 향유하고 살아갈 수 있도록 사회의 기초적인 방어선을 국가가 형성할 의무를 부담한다. 이렇게 개인의 자유와 국가의 책임이 조화를 이룬 기초 위에서 합리적으로 형성된 사법제도 안에서 국민들의 인격적 완성을 통해 법치국가는 완성될 수 있다.

## V. 一般的인 方法論의 定立과 中國司法制度의 研究의 價値

중국이 나아가는 방향을 단순히 기술하는 것이 아니라 일정한 이상적인 목표를 설정하고 이를 기준으로 중국의 현실을 평가하는 작업은 비단 중국의 사법제도에 대한 연구에 그치지 않는다. 저자는 이 책에서 사법기관 독립에 영향을 미치는 내부적·외부적 요인들을 찾아내고 전체 사법제도와 권력구조 안에서 기능적으로 분석하고 사법기관이 적극적으로 다른 국가기관의 권력을 억제할 수 있는 메커니즘을 밝혀냄으로써 일국의 사법기관이 동태적으로 작용하는 측면을 고찰하고 있다. 이런 방법적 기초를 통해 다른 국가의 사법제도를 연구할 수 있는 경험과 방법을 모색할 수 있을 것이다.

중국의 사법제도 연구는 한편으로 중국법이 실제로 적용되고 판단되는 사법제도 내부의 모습을 밝혀주는 계기가 된다. 중국에서 중요한 민사판결이 내부적으로 어떻게 이루어지고 그 판결이 어떤 절차 안에서 해결되어 가는지를 구체적으로 인식할 수 있으며, 사법의 지방화의 진정한 원인이 무엇인지 깨달을 수 있고 왜 확정판결이니 중재판정의 집행이 곤란함에 부딪힐 수 있는지를 구조적으로 인식할 수 있다. 이는 개별적인 중국법의 인식이 미치지 못하는 법의 실현경로를 사법기관과 사법인원 그리고 그들의 권한을 전체 헌법구조 안에서 총체적으로 고찰함으로써 가능하다. 이런 중국법의 이해의 수준은 마땅히 앞으로 중국 개별 실체법의 이해에서도 적지 않은 기여를 할 것으로 본다. 다만, 이러한 거시적 고찰방법들이 결하기 쉬운 세부적 메커니즘에 대한 이해들은 앞으로의 연구자의 몫이 될 것이다. 그러나 그 연구에 큰 방향과 디딤돌을 마련한 것에서 이 책이 우리의 공법 연구 및 비교법 연구에 던지는 의의는 그 어떤 서구법제의 비교법 연구서에 못지않다고 평가하고 싶다. 아울러 저

자 또한 이 훌륭한 연구서를 발간삼아 앞으로의 중국법 연구에 더 큰 성과를 낼 것을 믿어 의심치 않는다.

【참고문헌】

1. 번역서

A. V. Dicey/안경환 · 김종철 역, 헌법학입문, 경세원, 1994.

Lawrence M. Friedman/안경환 역, 미국법의 역사, 청림출판사, 2008.

Max Weber/이상울 역, 직업으로서의 학문(Wissenschaft als Beruf), 문예출판사,

Steven Holmes, “법의 지배의 계보”, 민주주의와 법의 지배(아담 쉐 보르스키, 호세 마리아 마라발 외), 후마니타스, 2008,

范忠信 · 鄭定 · 擔學農/이인철 역, “中國法律文化探究 - 情理法과 中國人”, 일조각, 1996.

2. 외국 논문

Jeremy Waldron, "Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept(in Florida)?", Law and Philosophy, 21, 2002.

Joseph Raz, "The Rule of Law and its Virtue", Law Quarterly Review, 93, 1977.

Margaret Jane Radain, "Reconsidering the Rule of Law", Boston University Law Review, 69, 1989.

Matthew H. Kramer, "On the Moral Status of the Rule of Law", Cambridge Law Journal, 63,, 2004.

2005.

Nils Jansen, "Comparitive Law and Compritve Knowledge", The Oxford Handbook of Comparitve Law(Ed. by Mathias Reimann and Reinhard Zimmermann), Oxford University Press, 2006.

Paul Craig, "Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law", Public Law, 1997.

Philip Kunig, Das Rechtsstaatsprinzip, J.C.B. Mohr, 1986.

Ralf Michaels, "The functional method of comparative law", The Oxford Handbook of Comparative Law (Ed. by Mathias Reimann and Reinhard Zimmermann), Oxford University Press, 2006.

### 3. 기타

사법연수원, 사법제도론, 2008.

한겨레 신문, 2009. 9. 14.자, "탐욕에 무너진 시장 공포 사라져 가지만 ... - 금융위기 1년 무엇이 달라졌나".