

中國의 立法事情

董 潘 興*
朴 英 道 譯**

차 례

- I. 中國에서는 法制建設의 必要性和 重要性을 인식할 수 있는 것은 용이하지 않다.
- II. 十數年間以來의 立法狀況
- III. 立法에 관한 몇가지의 考察方式
 - 1. 中國의 事情에서 출발하여 外國의 經驗도 참작할 것
 - 2. 立法工作에는 積極的인 態度를 취하여야 한다.
 - 3. 理論의 指導가 행하여져야 한다.
 - 4. 法律은 完備되어야 하나, 煩雜하여서는 아니되며 明確하고 理解하기 쉬운 것이 필요하다.
- IV. 黨의 指導와 民主集中制原則
- V. 具體的인 方法
 - 1. 事前의 準備 -立法計劃에 관하여-
 - 2. 立法의 節次
- VI. 法律의 公布

* 이 자료는 中國政法大學의 董 教授가 日本早稻田大學 比較法研究所에서 행한 강연으로서,

中國의立法은 크게 말하면 中央立法과 地方立法과 一國二制度의立法으로 나눌 수 있다. 광의의 입법으로서 중앙입법은 全國人民代表大會立法과 그 常務委員會의立法 및 國務院의 行政法規立法이 있다. 지방입법은 一般地方立法과 民族自治地方立法 및 經濟特區의立法으로 나눌 수 있으며, 장래의 特別行政區의 一國兩制度의立法도 있다.

I. 中國에서는 法制建設의 必要性和 重要性을 인식할 수 있는 것은 용이하지 않다.

中國에는 장기간에 걸쳐 지속되어 온 전통이 존재하며 또한 자본주의의 충분한 발전단계를 거치지 않았기 때문에 사람들의 民主와 法制에 대한 이해가 부족하다. 따라서 社會主義民主를 발전시키고 사회주의법제를 건설하는 것은 中國共產黨과 국가가 직면하는 근본임무를 이룬다.

사회주의법질서의 구축화방침은 「四人組」제거후 건국 이래 20년간의 경험, 교훈을 총괄하여 1978년 黨의 11期 3中總會에 제출되었다. 이것은 당의 역사상 중요한 의의를 가지는 회의였다. 11期 3中總會의 강령은 5개 부분으로 되어 있으나, 그 第3部分은 民主와 法制에 관한 부분으로 중심적인 부분이라 할 수 있다. 즉 “人民民主를 보장하는 데에는 반드시 社會主義法制을 강력하게, 그 민주를 제도화·법률화하여야 한다”, “法律이 있는 곳에

早稻田大學比較法研究所機關誌인 「比較法學 제27권2호(1994.1.)」에 게재된 것을 번역한 것이다. 이 자료는 本院이 董教授로부터 직접 입수한 것으로서 자료의 번역소개를 승낙해주신 교수에게 감사드린다. 董教授는 현재 中國政法大學 比較法研究所 所長으로 재직하고 있으며, 「中國人的 法意識調查研究」를 수행하여 1995년 초에 報告書를 발간하려는 계획을 가지고 있으며, 보고서가 완료되면 본원의 「法制研究」誌에 그 내용을 소개할 예정으로 있다. 참고로 여기에서 소개하는 중국의 입법과정과 아울러 中華民國의立法過程을 대비하여 검토하면 유익할 것이다. 中華民國의 입법과정에 대해서는 張明根, 「中華民國의立法機關 및立法過程」, 法制 제50호(1981.2)의 자료를 참조하기 바람.

** 韓國法制研究院 首席研究員, 法學博士

는 반드시 그 근거가 있어야 하며, 법률을 집행하는데에는 반드시 엄격하게 하고 법률에 위반한 경우에는 반드시 추궁한다”는 것이다. 이것은 立法과 法律執行의 중요성을 반영하고 있으나, 立法이 가장 중요하여야 한다는 것이다. 그 후 11期 5中總會와 6中總會 및 12期 黨大會에서도 이를 한층 강화하였다. 1980년 12월 鄧小平은 中央工作會議席上에서 사회주의민주를 발전하고 사회주의법제를 건립하는 것은 “3中總會이후의 중앙의 확고한 기본 방침이며, 지금부터 절대로 동요되어서는 아니된다”라고 하고, 1986년 1월의 黨中央政治局會議에서 또한 “4가지의 현대화를 건설하는데에는 두 가지의 수단으로 진행하여야 한다. 하나의 수단으로 해결할 수는 없다”라고 하였다. 두 가지의 수단이란 一方의 수단으로 경제건설을 행하고, 다른 수단으로 법제건설을 행하는 것이다. 經濟建設에는 법제건설이 불가결하며 경제건설과 법제건설을 동시에 중요시하여야 할 것이다. 법제건설은 黨의 11期 3中總會이후의 路線의 구성부분이며, 노선의 차원에서 그 중요성을 인식하여야 한다.

新中國成立以後의 법제건설은 개인의 好惡가 아니라 역사발전 가운데서 나온 요구이며 역사발전의 피할 수 없는 법칙이다. 건국전의 革命과 건국후의 建設은 임무의 방식이 같지 않다. 건국후에는 政策에 맡기는 것은 불충분하며, 法律에 맡기지 않으면 안된다. 이것은 역사발전의 법칙이다.

그러나 이 법칙을 인식하는 것도 용이하지는 않다. 1954년에 第1期全國人民代表會議를 소집하여 憲法을 제정하였다. 그 당시는 법제건설을 중시하였으나, 그 후 오래되지 않아 1957년의 反右派鬪爭을 시작으로 大躍進, 人民公社化와 법제건설은 좌초되었다. 「文革」의 시대에는 그 극치에 달하였다. 이 다행스런 교훈의 총괄로서 11期 3中總會는 “사회주의민주를 보장하기 위해서는 민주를 制度化하고 法律化하지 않으면 안되며 사회주의법제를 건립하여야 한다”라고 제출하였다. 이는 中國의 십수년간의 경험교훈의 총괄로서 특히 「文革」의 침통한 교훈의 총괄이다.

사회주의 현대화건설과 개혁, 개방을 위해서는 사회주의법제건설의 필요가 한층 확대되고 있다. 1986년 3월 國務院은 「제7차5개년계획에 관한 보고」가운데 “經濟體制改革의 注入과 국민경제의 발전에 따라 경제관계와 경제활동의 準則을 법률로서 고정하여야 하며, 法律을 경제관계와 경제활동을 조절하는 주요한 수단으로 한다”라고 지적하였다. 개혁에 관해서는 法

制를 건립할 필요가 있는가라는 의문을 제시하는 사람도 있다. 주지하는 바와 같이 과거의 中國經濟는 계획경제이며, 계획경제로 中國人民이 이익을 얻은 것은 매우 단기간이며 그것도 1953년부터 1957년까지의 제1차5개년 계획의 경우뿐이었으며, 그 후의 몇가지의 계획은 경제성장과 관련되지 않았다. 1982년부터 농촌에서 농가에 의한 耕地의 請負制가 도입되어 생산성이 높아지면서 농민들은 풍요롭게 되었다. 도시공업에서도 마찬가지로 市場經濟를 도입하고 있는 지역은 풍요롭게 되고 도입하지 않은 지역은 빈곤하게 됨이 분명하게 되어 시장경제는 거부할 수 없게 되었다. 이 상황하에서는 국가의 指令性的의 計劃은 겨우 일부에 불과하게 되며, 시장경제가 그 대부분을 차지하고 있다. 시장경제라면 경제수단으로 수행되어야 하며, 법률수단도 필요하다. 그 이유는 이 개혁의 성과를 固定하고 보장하고 촉진하기 위해서는 法律手段이 불가결하기 때문이다.

II. 十數年間以來的 立法狀況

11期 3中總會는 사회주의법제를 건설하여야 한다라고 한 후 “今後 立法作業을 全國人民代表大會와 그 常務委員會의 주된 의사일정으로 상정할 것”이라고 하였다.

立法作業 중에서 가장 커다란 일은 사회주의건설의 요구에 부응하여 헌법을 제정하는 것이다. 현행헌법 공포전의 1978년 헌법은 中國의 세번째 헌법이다. 이는 1975년 헌법에서의 몇가지 중대한 오류를 개정한 것이나, 이미 사회주의건설, 개혁·개방에 따른 경제활성화의 諸方針에 상응하지 않았다. 黨의 11期 3中總會의 노선, 방침, 정책을 관철하기 위해 사회주의건설의 요구에 부응하는 신헌법을 제정할 필요가 있었다. 이러한 상황하에서 1980년 3월 당중앙은 第5期 全國人民代表大會 제3차회의 首席團에게 1978년 헌법을 개정할 것을 제안하였다. 그리고 헌법의 개정과 헌법개정위원회의 성립에 관한 결의를 결정하였다. 1982년 4월 22일 全國人民代表大會 常務委員會 제23차회의에서 헌법초안이 討議後 통과되고 29일 발표되어 전인민의 討議에 부의되었다. 1982년 12월 第5期 全國人民代表大會 제5차회의에서 새로운 「중화인민공화국헌법」이 심의, 채택되었다. 그와 동시에

당중앙은 6中總會를 개최하여 건국이래의 혁명과 건설경험을 전면적으로 총괄하고 黨의 12회대회도 나아가 사회주의현대화의 강령을 제정하였다.

1982년 헌법은 6中總會의 결의와 12期黨大會의 문서에 의거하여 제정된 것이다. 이 헌법은 前文과 4장으로 되어 있으며, 138개조의 조문으로 구성되었다. 그것은 中國의 실정에서 출발하여 中國人民의 혁명과 건설의 경험을 전면적으로 총괄하고 있으며, 1954년 헌법의 우수한 점을 保有하고, 1978년 헌법의 오류를 시정한 건국이래의 4가지헌법중 가장 완비된 것이다. 이 憲法은 사회주의 현대화건설의 요구에 부응하여 개혁·개방에 따른 경제활성화의 방침을 견지하고 있으며, 外國憲法 및 中國의 舊憲法과도 다르며 주요한 특징으로서 다음의 다섯 가지를 열거할 수 있다.

첫째, “국가의 今後의 기본임무는 全力을 다하여 사회주의 현대화건설을 행하는 것이다”라고 명확히 규정하고 있는 점이다. 中國의 지금까지의 헌법과 달리 黨과 國家의 활동중점을 社會主義 現代化建設로 이전하였음을 헌법의 모습으로 긍정하고 강력한 법률의 제정의 기초가 되게 하고 있다.

둘째, 憲法은 國體와 政體를 규정함과 동시에 “사회주의의 각 제도를 끊임없이 개선한다”, “경제관리체제 및 기업경영관리체제를 개선하고 각종형태의 사회주의 책임제를 실시한다(제14조)”, “國營企業體는……법률이 정하는 범위내에서 경영관리의 자주권을 가진다(제16조)” 등을 규정하고 있다. 전문이외에 이것이 경제체제개혁의 근거가 되고 있다. 왜 경제체제개혁을 행할 필요가 있는가. 中共中央의 「경제체제개혁에 관한 결정」이 지적하고 있는 바와 같이 역사적·정치적·사상적인 원인의외에 경제면에 관해서 말하자면 생산력의 발전요청에 부응하지 않은 硬直化된 모델을 개혁할 필요가 있기 때문이다. “國營企業은 법률이 정하는 바에 따라 종업원대표대회 기타 형태를 통하여 민주적 관리를 실시한다(제16조)”라고 하는 규정은 경제체제개혁에 하나의 지도적인 원칙을 제공한 것이라 할 수 있다.

셋째, 계획경제와 시장경제의 관계를 규정하고 있다. 현재와 같은 시장경제의 중요성을 강조하는 규정은 아직 없으나 市場調節의 작용을 인식하고 그를 통하여 국민경제발전의 길을 열어놓고 있다. 硬直化로부터 活性化로의 코스는 용이한 것은 아니며 계획경제 → 시장조절 → 시장경제의 코스를 경유하지 않으면 안된다고 생각한다.

넷째, 平等互惠를 근거로 각국과 경제·문화교류를 발전시키고 있는 점이다. 헌법은 “외국기업 기타 경제조직 또는 개인이 中華人民共和國의 법률이 정하는 바에 따라 中國에서 투자하거나 中國企業 기타 경제조직과 각종 형태의 경제협력을 행하는 것을 허가한다”라고 규정하고 있다. 대외개방은 中國의 기본적인 國策의 하나이며, 근본법에서도 이를 규정하여 보장하고 있는 것은 그 결의의 표명인 것이다.

다섯째, 政治體制改革의 면에서도 일련의 改革이 행해졌다. 정치체제의 개혁은 경제체제의 개혁을 추진하는 힘이 된다.

경제에 관한 법률을 제정하는 것은 立法作業의 중점이다. 경제체제개혁, 대외개방의 요구 및 사회주의 현대화건설에의 봉사에 적응하기 위하여 全國人民代表大會와 그 常務委員會는 경제방면에 관한 법률을 제정하는데 立法作業의 중점을 두었다. 1979년에 「法制工作委員會」가 성립한 직후 명확히 이 임무를 제출하였다. 1979년 6월 「7가지의 법률초안의 설명」중에서 금후 “경제건설의 발전에 따라 계속하여 각종 경제법을 제정한다”고 제의하였다. 나아가 1980년 8월 「全國人民代表大會 常務委員會의 活動報告」중에서 “금후 경제의 조정과 경제체제개혁의 진전에 따라 經濟立法을 더욱 강력하게 할 필요가 있다”라는 요구를 제출하였다. 1982년 全國經濟法制工作經驗交流會에서 彭眞은 “객관정세가 經濟立法을 중요한 의사일정으로 상정하고 시간을 절약하여 작업에 착수할 것을 요구하고 있다”라고 하여, 1984년 10월 「경제체제개혁에 관한 결정」을 채택하고, 1985년 1월 全國人民代表大會 常務委員會 제9차회의는 중앙의 경제체제개혁의 결정을 토론하고 專門委員會 등을 개최, 오로지 대외개방과 경제체제개혁중에는 어떠한 법률 문제가 있는가, 어떠한 법률을 제정할 것이 필요한가를 토론하였다. 彭眞위원장은 경제체제개혁과 대외개방을 위해서는 立法面에서부터의 노력이 최대한 행하여져야 한다고 지적하였다.

中央이 제의한 제정되어야 할 經濟立法은 민사면의 법률, 예를 들면 契約法과 경제행정면의 법률을 포함하여야 할 것이다. 十數年以來 제정된 90여건의 법률중에는 경제면에 관한 법률이 대부분을 차지하고 대외개방에 관한 법률도 20여건이다. 이를 부문별로 나누어 정리하면 다음의 각방면으로 대별할 수 있다.

첫째는, 商品經濟의 필요성에 부응하여 市場經濟의 발전을 촉진하는 부문이다. 國務院은 「7.5 계획에 관한 보고」중에서 “市場經濟의 충분한 발전은 社會主義經濟의 발전이 넘을 수 없는 단계를 이룬다”, “개혁의 기본방향은 社會主義市場經濟를 발전시키는 요구에 합치하지 않으면 안된다”라고 지적하였다. 그래서 1980년에 全國人民代表大會常務委員會는 시간을 절약하여 「경제계약법」을 제정하려한 결과 동법은 1981년 12월에 第5期全國人民代表大會 제4차회의에서 채택되었다. 또한 1986년 4월 第6期全國人民代表大會 제4차회의는 「民法通則」을 제정하고 1987년 1월 1일부터 실시하기에 이르렀다. 그것은 “민사활동 가운데의 당사자의 지위는 평등하다”, “민사활동중에는 意思自由, 公평, 等價有償, 성실신용의 원칙에 따라야 한다”라고 규정하였다. 이 2개의 법률의 제정은 市場經濟를 위하여 법률에 의한 근거와 보호를 제공하였다.

둘째로, 법률로 경제체제개혁의 성과를 긍정하고 천연자원에 대한 사용권과 請負權을 보호하는 부문이다. 헌법에 의거하여 「水質汚染防止法(1984년 5월 11일 제정, 동년 11월 1일 시행)」, 「森林法(1984년 9월 20일 제정, 1985년 5월 1일 시행)」, 「草原法(1985년 6월 18일 제정, 동년 10월 1일 시행)」, 「計量法(1985년 9월 6일 제정, 1986년 7월 1일 시행)」, 「技術契約法(1987년 6월 23일 제정, 동년 7월 1일 시행)」, 「全民所有制工業企業法(1988년 4월 13일 제정, 동년 8월 1일 시행)」이 제정되었다. 헌법의 규정에 의하면 천연자원은 원칙에서 국가적, 집단적 소유에 속하며 개인의 소유에 속할 수 없다. 다만 국가소유·집단소유의 土地, 草原, 山地, 岸邊 등은 全民所有制의 단위에 사용되거나, 집단소유제단위에 사용되거나 집단 또는 개인이 청부하여 경영될 수 있고 그들의 사용권과 청부경영권은 확인·보호된다. 소유권과 사용권, 경영권은 분리되는 것이다.

外國과 관련한 經濟立法의 주된 것에는 「中外合資經營企業法(1979년 7월 1일 제정, 동월 8일 공포·시행)」, 「中外合資經營所得稅法(1980년 9월 10일 제정, 공포·시행, 1983년 9월 2일 수정)」, 「外國企業所得稅法(1981년 12월 31일 제정, 1982년 1월 1일 시행)」, 「對外經濟契約法(1985년 3월 21일 제정, 동년 7월 1일 시행)」, 「外資企業法(1986년 4월 12일 제정 및 시행·공포)」, 「中外合作經營企業法(1988년 4월 13일 제정, 공포일로부터 시행) 등이 있다. 이들 일련의 중요한 經濟立法이 경제건설과

경제관리에 커다란 역할을 거두었다.

刑事法の 제정은 1950년부터 개시되어 中國刑法의 기초가 시작되었다. 오랜 세월을 걸친 우여곡절을 거쳐 1979년 7월 1일, 第5期全國人民代表大會 제2차회의에서 「중화인민공화국형법」이 채택되어 1980년 1월 1일부터 시행되었다. 건국최초에 중앙인민정부가 제정한 「反革命處罰條例」, 「汚職處罰條例」, 「國家貨幣妨害處罰暫定條例」 등의 단행법규와 내부규정을 제외하면 이것은 新中國 최초의 형사법이다. 이 「형법」시행이후 중대한 경제파괴와 사회치안에 중대한 위해를 미치는 犯罪에 대하여 효과적으로 타격을 부여하기 위하여 全國人民代表大會 常務委員會는 1982년 3월 「사회치안에 중대한 위해를 미치는 범죄분자의 엄중한 처벌에 관한 결정」을 제정하여 「형법」의 관련조항에 대해 보충과 수정을 가하였다. 그 외에 第5期全國人民代表大會 常務委員會 제19차회의는 「軍人職責違反處罰暫定條例」를 판정하였다.

이와 동시에 刑事訴訟에 관한 법률에서는 장기간의 준비로 1979년 7월 1일에 第5期 全國人民代表大會 제2차회의에서 「중화인민공화국형사소송법」을 채택하여 1980년 1월 1일부터 시행하였다. 1981년 6월에 全國人民代表大會 常務委員會는 「사형안건의 심사·승인문제에 관한 결정」, 1981년 9월에 「형사사건처리기한에 관한 결정」, 1983년 9월에 「사회치안에 중대한 위해를 미치는 범죄분자의 신속한 재판에 관한 결정」, 1984년 7월에 「형사사건처리기한에 관한 보충결정」을 정하였다. 이들 規定과 決定은 「형사소송법」이 규정하는 관련절차에 관하여 보충·수정을 행한 것이다.

民事訴訟法은 1979년 9월부터 기초가 개시되어 1982년 3월 8일에 第5期全國人民代表大會 常務委員會 제22차회의에서 「중화인민공화국 민사소송법(시행)」이 제정되어 1982년 10월 1일부터 시행되었다.

中國에서는 1990년 10월 1일부터 「行政訴訟法」이 시행되었다. 그 후 행정소송의 증가는 두드러지고 있다. 1991년의 1년간의 사건수는 약 2만5천건이다. 「행정소송법」의 시행전에 同種의 소송은 1982년의 민사소송법에 의하여 제기되었으나, 1990년의 그 종의 소송은 1만3천건이었으므로 행정소송법의 시행에 의하여 事件은 몇배 증가한 것이 된다. 1992년 1월부터 3월까지의 건수는 약5만8백건, 전년대비 약 20% 증가하였다.

Ⅲ. 立法에 관한 몇가지의 考察方式

中國의 立法은 반드시 헌법을 근거로 당의 노선방침, 정책을 관철하고 개혁, 개방, 활성화의 방침을 견지하지 않으면 안된다. 이것은 立法作業에서 대단히 중요한 지침이다. 그 외에 또한 다음의 지침이 있다.

1. 中國의 事情에서 출발하여 外國의 經驗도 참작할 것

立法은 어디에서 출발하는가. 이것은 中國立法의 대단히 중요한 근본문제이다. 1979년에 法制工作委員會가 성립하고 당시의 立法에 관한 책임자인 彭眞이 이 점을 강조하여 그 후도 몇차례 강조한 바 있다. 그는 “中國의 事情, 자기의 사정 특히 목전의 사정에서 출발하여야 한다”라고 하였다.

立法時에 무엇을 강조하지 않으면 안되는가. 객관적 사정(실정)으로부터 출발하는가 아니면 主觀的 願望으로부터 출발하는가. 이것은 立法의 가장 근본적 문제이다. 中國의 사정에서 출발하는 것이야말로 中國의 實情에 적합할 수 있는 것이며 실행도 할 수 있는 것이다. 둘째로, 中國의 實情에서 출발하는 것이야말로 中國의 특색있는 법률을 만들 수가 있는 것이다.

中國의 實情이란 무엇인가. 어떤 자는 자신의 전문분야라고 하거나 어떤 방면의 실정이라고 생각하나, 이것도 중요하나 가장 중요한 근본적 실정은 「國情」이다. 이 국정이야말로 中國立法의 출발점이다. 1980년 4월에 法制工作委員會의 부주석, 위원을 증원하는 때에 彭眞은 “사물을 보는 데에는 반드시 객관적으로 실정으로부터 출발하며 주관적으로 판단하여서는 아니 되며 반드시 전면적이어야 한다. 사물의 현상을 통하여 그 본질을 파악하고 表面에 머물러서는 안된다”라고 하였다. 즉 立法時에 「객관, 전면, 본질」이라는 것을 고려하여야 할 것이다.

立法은 中國의 실정에서 출발하는 것 외에 外國의 經驗도 참작하여야 할 것인가. 그것은 물론이며, 中國말로 말하면 “사회주의국가와 자본주의국가를 포함한 외국의 법제건설과 그 유익한 경험을 무단하게 흡수함으로써 中國의 사회주의건설의 실정에 적합하게 하는 것이다”.

2. 立法工作에는 積極的인 態度를 취하여야 한다.

鄧小平은 일찌기 1978년 立法作業에는 “지체되는 것보다 빠른 것이 좋다” 라고 하였다. 立法工作에는 적극적 자세를 느릿하게 해서는 안된다는 것이다. 우선 첫째, 立法作業은 中國人民이 당면한 제1의 임무이며 적극적인 자세를 취하여야 하나, 둘째, 실천에 의하여 증명된 成熟한 政策을 법률로 하여야 한다. 법률을 제정하는 조건이 여전히 미숙한 경우 우선 政策으로서 운영하거나 또는 國務院의 暫定條例를 제정하여 그 경험을 축적하여 성숙한 다음 비로소 법률을 제정하는 것이다. 예를 들면 私營企業條例는 그 경험을 총괄하여 법률로서 제정될 가능성이 있다.

實踐의 經驗이란 자국의 직접적인 실천경험에 한하는 것이 아니라 외국의 경험과 국제적 경험도 포함된 것이다. 예를 들면 「中外合資經營企業法」에서 본다면 그것은 일찌기 1979년 6월에 이미 제정되었다. 다만 그 당시에 「중외합자」의 경험도 적은데 왜 법률까지 제정하였는가. 그것은 건국초기에 사회주의국가와의 「合資」의 경험을 활용하여 10월혁명후의 레닌의 외자도입의 경험과 기타 국가의 경험(싱가폴, 한국 등)을 고려에 넣었기 때문이다.

實踐經驗이 성숙하였다고 말할 수 있는가. 하나의 법률중에는 많은 문제점이 있으나 가장 핵심적인, 가장 중요한 부분을 이루는 문제를 보고 成熟하였는가의 여부를 판단할 수 있다. 주요문제가 만약 성숙했다면 법률을 제정할 수 있다. 1985년 7월 「立法에 관한 作業을 강조하는」 회의석상에서 彭眞은 “경험의 성숙도 상대적이다. 기본적으로 성숙한 것은 성숙하였다고 할 수 있다”, “기본적으로 정확하다면 정확하다” 라고 말한 바 있다. 지엽적인 문제에 의하여 법률의 제정에 영향받을 수 없다. 鄧小平은 일찌기 1978년에 “법률의 條文은 처음에는 약간 조잡해도 점차 완비되면 좋다”, “條文이 성숙하려면 그를 改正補完하고, 계획을 기다려서는 아니된다” 라고 말한 바 있다.

3. 理論의 指導가 행하여져야 한다.

법률을 제정하는데에는 理論의 指導를 결여하여서는 아니된다. 이론의 지도란 한마디로 말하면 마르크스주의를 지침으로 한다고 말할 수 있다. 中

國의 법률은 노동자계급과 광범한 인민대중의 의지를 體現하지 않으면 안되며 法律은 그들의 의지와 통일체이다. 人民의 최대의 이익과 의지는 지금 단계에서는 개혁, 개방, 활성화에 있으며, 인민의 의지를 여기에 구하여야 한다. 憲法을 수정하여 「사회주의시장경제」가 明記된 것은 이 때문이다. 즉 全社會의 적극성을 도출하고 經濟를 더욱 신속하게 발전시켜 국민의 이익을 만족시키기 위한 것이다.

立法과 民主의 관계에 관해서는 양자는 밀접불가분의 관계가 있다. 민주는 立法의 전제이며, 기초이다. 광범한 인민이 民主를 획득하고 스스로가 국가의 주인공이 됨으로써만 법률을 제정할 수 있는 것이다.

4. 法律은 완비되어야 하나, 煩雜하여서는 아니되며 明確하고 理解하기 쉬운 것이 필요하다.

彭眞은 “법률이 완비되어야 하나 번잡하여서는 안된다”라고 제출한 바 있다. 이는 무엇을 의미하는가. 우선 각 방면에 법률이 행해지지 않으면 된다. 예컨대 헌법, 민법, 형법, 소송법, 행정법, 경제법을 결여할 수는 없다. 다만 기본적인 규정은 번잡하고 상세하여는 아니된다. 주요한 문제, 要點을 해결하면 좋다고 생각된다. 왜 이러한 것이 필요한가. 그것은 첫째로, 中國의 實情이 매우 복잡하기 때문이다. 전국인구는 12억이며 민족 56, 토지는 광범하고 각지의 경제·문화발전도 불균형이며, 어떠한 일이라도 어느 곳에서도 같이 처리할 수는 없기 때문이다. 둘째로, 事件自體도 복잡하다. 예를 들면 「형법」중 殺人罪에 대한 처형으로서는 징역 3년부터 사형까지 규정하고 있다. 어떤 자는 “幅이 지나치게 크다”라고 말하고 있으나 이것은 방식이 아니다. 殺人이라는 것은 다양한 실정이 있기 때문이다. 셋째로, 어떤 事情에 대해 경험이 많지 않아 원칙적 규정으로 하는 외에 방법이 없다. 「中外合資」, 「外資導入」에 관한 법률의 규정도 그렇다고 생각되고 있다.

법률이 완비되어야 하나, 지나치게 상세할 필요는 없다면 그 운용과 적용에는 어떻게 하면 좋은가. 첫째, 「細則」을 제정하는 것이 필요하다. 적지 않은 법률에 관하여 國務院과 그 管理部門(각부), 각 지방에서 「세칙」을 제정할 수 있다고 규정하고 있다. 둘째, 각 지방은 자기의 사정에 따라 地方的 法規를 제정할 수 있다. 이것도 법제건설의 하나의 개혁이다. 1954년의 헌

법규정에 의하면 全國人民代表大會는 최고국가권력기관이며, 유일한 立法機關이다. 全國人民代表大會 常務委員會는 종래에는 법령을 제정할 수 있었으나, 법률을 제정할 수는 없다고 규정되었다. 1982년 헌법은 立法作業을 가속화하는데에는 全國人民代表大會와 그 常務委員會가 법률을 제정할 수 있을뿐 아니라 國務院은 행정법규를 제정할 수 있으며, 省, 自治區, 直轄市의 인민대표대회와 그 常務委員會는 헌법, 법률, 행정법규에 저촉하지 않은 범위에서 지방적 법규를 제정할 수 있다고 정하였다. 그곳에는 「法律에 저촉하지 않은」이라고 하고 있으나, 왜 「법률에 의한다」라고 명기하지 않았는가. 그것은 어떤 것은 법률로 아직 규정되어 있지 않으나 지방에서 자신의 권한의 범위내에서 우선 制定할 수 있다는 것이다. 셋째, 법에 의하여 법률을 해석하는 것이다. 1981년에 全國人民代表大會는 「법률해석의 강화에 관한 결의」 가운데 재판과정에서 구체적인 법의 적용에 관해서는 最高人民法院이, 검찰과정에서의 구체적인 법의 운용에 관해서는 最高人民檢察院이 해석하도록 하고 기타 법률문제에 관해서는 國務院과 그 각부, 위원회가 해석하도록 하고 있다.

IV. 黨의 指導와 民主集中制原則

國家에 대한 中國共產黨의 지도적 지위에 의하여 당의 정책과 법률과는 분리할 수 없는 관계에 있다. 모든 국가의 법률은 黨의 지도하에 제정된 것이다. 그러나 현대의 국가건설에 있어서 黨政分離의 요구는 정책과 법률을 구별할 것을 시사하고 있으나, 中國의 건국전의 혁명근거지의 경험을 답습하였기 때문에 건국후에 있어서도 법제의 중요성에 관한 인식이 부족하여 장기에 걸쳐 法制는 불건전한 상태에 놓여 국가활동에 있어서 黨의 정책으로서 법률로 대체하는 현상이 출현하였다. 11期 3中總會이후 이 현상은 부단히 批判되어 대폭 개선이 진행되어, 현재에는 법률에 의거하여 처리한다는 제도로 전환되었다고 말할 수 있다.

1954년 헌법 등 약간의 중요한 법률은 전부 黨이 책임을 지고 제정한 것이다. 법률업무에 대해서는 1954년부터 1957년초까지는 비교적 중시되었으나, 1958년 중앙정치국의 北載河會議에서 毛澤東이 상부구조는 대중운

동과 중앙의 회의에 의거하여야 할 것이며 법률에 의거할 것은 아니라고 말한 바 있으며, 이는 당시의 中國이 人治였으며 法治가 아님을 명확히 한 것이다. 法治는 11期 3中總會이후부터 겨우 중시되기 시작하여 심각하게 인식되기에 이르렀다. 鄧小平은 사회주의국가도 지도자에게 의지하지 않고 법에 비추어 국가를 다스리지 않으면 안되며 “지도자의 改變에 의하여 정책을 변경시키지 않고, 지도자의 注意力的 改變에 따라 개변하지 않는다”라고 하였다. 당의 지도에는 특색이 있으나, 그것은 주로 方針政策의 지도이며, 당이 명령을 내리는 것은 아니다.

立法部門의 당조직과 당원은 첫째, 법률제정중의 중대한 원칙문제에 관해 중앙의 지시를 받들어 둘째로, 立法作業중에 당의 지도방침과 정책의 관철에 주의하여야 한다. 예를 들면 헌법제정의 과정중에 中央政治局과 書記處는 전후 8회의 토의를 하였으며, 1987년 제정된 7개의 법률은 정치국이 2회토론하고, 「民法通則」, 「民族區域自治法」 등의 중요한 법률은 전부 중앙의 토론을 거쳤다. 구체적인 법률조문은 헌법을 제외하고는 黨은 제출하지 않고, 立法機關에 의하여 결정된다. 당조직은 다만 提議를 행하며 국가의 立法機關이 그것을 국가의 법률로 하여 전국인민이 일체가 되어 따르는 것이다. 셋째, 당은 민주집중제의 집단의 지도이며, 어떤 1人의 지도자의 말이 그대로 실행되어야 하는 것은 아니다. 예를 들면 憲法改正은 중앙정치국에서 토론하여 나아가 중앙위원총회에서 채택되어 비로소 당의 제의로 할 수 있다. 立法計劃과 立法의 지도사상은 중앙에 의해서 건의로서 제출되나, 나아가 중요한 법률, 예를 들면 정치성을 띤 戒嚴法, 結社法 등의 중요원칙은 중앙이 제출한다. 중대한 경제, 행정조치에 관해서는 중앙에 의하여 立法의 建議를 제출하나, 구체적인 조문은 제출하지 않는다. 예를 들면 1982년 헌법개정을 위하여 당중앙에서의 토론외에 憲法修正委員會에서 또한 9회토론되고 나아가 全國人民代表大會에서 토론한 때는 30여개가 개정되었던 것이다.

中國共產黨의 지도하에 지금까지는 다당협력과 정치협상제도를 실행해왔다. 그것은 인민민주를 체현하는 하나의 기본정치제도로써 각 계층, 각 인민단체와 각계의 애국적 인사가 전부 國家의 정치생활과 사회생활중에서 자신의 의견을 표시하고 자신의 작용을 발휘할 수 있음을 보장한다. 立法作業중에서도 마찬가지이다.

立法作業중에서 어떻게 민주집중제를 관철하는가. 그것은 첫째, 광범한 민주를 高揚하고 각 방면의 다른 의견을 듣지 않으면 안된다. 둘째, 입법작업중에 立法作業者, 실무가와 법률전문가의 3자의 협력이 있어야 한다. 예를 들면 민법통칙을 제정할 당시의 좌담회에서는 각 방면으로부터 180인이 참가하여 그 개정과 제의가 크게 논의되었다. 셋째, 全國人民代表大會와 그 常務委員會의 법률심의회에서도 널리 민주집중제의 원칙이 견지되고 있다. 지금까지 몇가지의 좋은 경험이 축적되었다. 그 결과로서 ①常務委員會 회의시에 각 성, 자치구, 직할시의 常務委員會의 책임자가 배석하고 각 방면의 의견을 반영할 수 있으며 제정된 법률을 각 방면의 실제상황에 부합시킬 수 있다. ②議事日程에 열거된 법안은 일반적으로 그 제1회회의에 그 설명을 청취하고 초보적인 심의를 행한다. 2개월후의 회의(2차회의)에 또한번 심의를 하여 채택한다. 조사연구의 시간여유를 부여하기 위해서이다. ③常務委員會에 제출된 법률초안을 각각 중앙기관(관계부문)과 중앙에 배부하여 그 의견을 청취하고 그에 따라 研究와 改正을 한다. ④각 전문위원회에서 심의(심사)하여 그 의견을 제출하고 또한 법률위원회에서 통일적인 심의를 하여 그 결과를 常務委員會에 보고한다. ⑤全國人民代表大會는 주석단의 확대회의 또는 각 대표단의 단장회의를 소집하고 常務委員會에 그룹회의와 연조(그룹연합)회의가 있어 상호 의견을 교환하고 충분한 토론을 행한다.

이상과 같이 立法作業중에서 당의 지도를 강화하고 국가권력기관이 그 역할을 거두고 광범한 민주를 高揚해 가는 이 3자의 관계는 헌법개정의 경우에 모순은 있어도 전체로서 統一的인 관계에 있다.

V. 具體的인 方法

1. 事前의 準備 -立法計劃에 관하여-

中國에는 立法計劃이 있다. 이 계획은 기타 5년계획과 1년계획과는 달리 대체로 2, 3년계획으로 계획이 없는 때도 있다. 立法計劃의 가운데 들어가 있어도 계획기간내에 실현될 수 없는 것도 적지않다.

立法計劃은 우선 어디에서 제출하는가. 전술한 바와 같이 헌법개정의

는 전부 국가기관으로부터 제출하도록 하였다. 헌법의 개정은 中央政治局에서 토론을 하여 나아가 중앙위원회에서 그 개정안을 채택하여 당의 제의로서 제출한다. 그 외에 중요한 법률에 관해서는 예를 들면 戒嚴法이나 結社法 등의 중요원칙은 중앙의 토론에 의하여 결정한다. 중대한 경제행정 조치는 중앙에 의하여 立法提議를 행하고 있으나, 구체적인 조문제출은 하지 않는다. 어떤 일반법률에 관해서는 立法의 指導思想만 중앙에 의하여 제의로서 제출하나, 立法의 原則은 제출하지 않는다. 이들의 차이는 법률의 중요성으로부터 생겨나는 것으로 사람들의 好惡 내지 任意性에 의한 것은 아니다. 立法提議의 문건으로 보아 立法計劃의 대부분은 정부의 활동보고 또는 상무위원회의 활동보고로부터 제출되며 겨우 일부분이 각 전문위원회로부터 제출된다.

國務院의 財政經濟委員會는 농업기본법(투자법)을 제출하여 농업부를 필두로 하는 몇개의 부문이 그것을 기초한다. 소수민족교육법은 國務院의 민족사무위원회가 제출하여 교육위원회가 그 초안을 준비하여 國務院의 승인을 얻어 자신의 명의로 立法機關에 제출한다. 그 기초의 대부분은 全國人民代表大會와 常務委員會의 전문위원회에서 하나 초안을 작성하는 부문은 國務院의 관계부문이다. 나아가 예를 들면 「工會法(노동조합법)」의 초안과 같이 全國總工會(전국노동조합총회)가 기초하고 책임부문은 내무사법위원회인 경우도 있다. 「미성년자보호법」은 공산주의청년단중앙에 의하여 기초를 하고 國務院法制局이 그 심사업무를 담당한다.

이들 立法의 내용을 정리하면 다음과 같다.

①改革을 심화하고 경제에 마이크로·콘트롤을 강조하기 위한 법으로서는 計劃法, 投資法, 豫算法, 價格法과 農業基本法 등이 있다.

②公民의 권리를 보장하고, 사회의 안정을 유지하는 법으로서는 新聞法, 結社法, 婦人保健法 등이 있다.

③범죄를 징벌하고 청렴건설을 강조하기 위한 법으로서는 刑法의 개정, 刑事訴訟法의 개정과 國家工作人員(공무원)의 재산에 관한 申告條例 등이 있다.

④민주정치를 건설하고, 인민대표대회제도를 건전화하는 법으로서는 監督法, 代表法, 選舉法의 개정 등이 있다.

⑤교육, 과학기술, 계획적으로 出産하는 법으로서는 教師法, 科學技術에

관한 法律과 計劃出產條例 등이 있다.

⑥ 기타 법으로서는 軍士法院組織法, 軍士檢察院組織法, 戒嚴法 등이 있다.

이 立法計劃에는 실제로 아직 몇가지의 문제가 존재하고 있다.

첫째, 이 계획은 각 방면으로부터 수집된 것으로서 실제의 필요가 있는가의 여부, 법률을 제정하는 조건이 성숙하였는가의 여부의 논증이 부족하다. 어느 법률이 시급하며 어느 법률의 제정조건이 아직 미숙한가가 분명히 되어있지 않은 상태이다.

둘째, 立法計劃은 능동적으로 계획한 것이 아니라, 수동적으로 계획되고 있다. 關係部門이 보내온 법률은 法制工作委員會가 심사한다. 법률을 제정할 것인가 아니면 조례를 제정할 것인가는 관계부문에서 결정한다. 관계부문이 만약 중시한다면 기초작업그룹을 조직할 수도 있으며, 소요경비도 보장된다.

셋째, 立法의 시간적 제한에 관해서는 起草部門이 의욕한대로 되어 있어 아무런 구속력이 없다. 따라서 어떤 計劃이 다양한 원인에서 예정대로 완성하지 않은 것도 있다.

넷째, 관계부문에서 의견을 교환하지 않아 立法의 步調가 일치하지 않는다. 常務委員會는 법률을 작성한다고 생각하고 있으나, 관계기초작업부문이 아직 그것을 알지 못하거나 반대로 어떤 기초작업부문이 이미 그 법률초안을 國務院法制局에 송부한 것에 관계전문위원회는 이에 관해 아무것도 알지 못하고 있는 것도 있다.

이들 문제에 관해서는 신속한 개선의 필요가 있어 건전화하지 않으면 안되며 立法計劃이 거두어야 할 역할을 하지 않으면 안된다.

2. 立法의 節次

가. 立法의 根據

법률을 제정하는데에는 법의 근거가 있어야 한다. 이것은 각국공통의 것이나 中國에는 「활동의 실천경험」도 근거로서 강조하고 있다. 예를 들면 全國人民代表大會와 그 常務委員會의 議事規則 제1조의 “憲法, 全國人民代表大會組織法 및 全國人民代表大會활동의 실천경험에 의거하여 본규칙을 제

정한다”라는 규정 등이 그 일례이다.

나. 法案의 提出에 關하여

立法에 있어서 중요한 것은 어느 기관이 채택하는가 라는 점이 아니라 법안을 제출한다는 立法提案權에 있다. 실제 이것은 中國에서는 대단히 중요한 문제이다. 현재 全國人民代表大會와 그 常務委員會에 議案(법안 포함)을 제출할 수 있는 기관으로서는 국무원 중앙군사위원회, 최고인민법원, 최고인민검찰원, 全國人民代表大會 및 그 전문위원회가 있으며 그 외에 全國人民代表大會의 개회중에는 1개의 대표단 또는 30명이상의 대표가 연서하여 의안을 제출할 수 있다. 실제로는 全國人民代表大會가 채택한 주된 기본적 법률, 예를 들면 민법통칙, 형법, 민사소송법, 형사소송법 등은 全國人民代表大會常務委員會에 의해서 제출되었으나 그 외의 중요한 경제법률은 주로 國務院에 의하여 제출되고 있다. 國務院이 제출하는 때에는 각 소관부문이 國務院에 제출하여 國務院法制局的 토론, 개정을 거치면서 國務院常務會議에서 채택되어 常務委員會에 제출하는 것이다. 全國人民代表大會常務委員會가 제출하는 것은 그 작업부문인 법제공작위원회에 의해 기초되어 常務委員會의 회의에서 채택되어 각각 全國人民代表大會 또는 全國人民代表大會常務委員會에 제출된다. 최고인민법원과 최고인민검찰원은 자신의 업무부문과 관계 있는 법안을 제출할 수 있으나 지금까지 最高人民檢察院은 제출한 바 없으며, 最高人民法院은 海事法院의 법안을 제출한 적이 있을 뿐이다. 중앙군사위원회가 제출한 법안은 國務院과의 공동으로 兵役法草案이 그 예이다. 대표 30명이 연서하여 법안을 제출하는 것에 관해서는 아직 완전한 법안이 제출된 적은 없고 겨우 어떠한 법률을 제정하여야 할 것이라는 提議를 행한 정도이다. 常務委員會의 위원은 10인으로 법안을 제출할 수 있다고 규정하고 있으나 아직 실행된 적은 없다.

中國의 법안의 대부분은 國務院으로부터 제출된 것이다. 그 주요한 문제점으로서서는 일면적, 국지적 감각이 강하며 항상 부문권력을 강조하고 있다. 몇가지의 법안은 國務院에 의한 협조를 거치고 있으나 여전히 부문의 局地性을 견지하여 常務委員會에서 토론하는 때에는 자주 다대한 노력을 기울이지 않으면 안되는 것이다. 立法機關은 전체적인 시점으로부터 부문의 문제를 고려하고, 각 부문이 일치하지 않은 것은 조정하여야 할 것이다. 중요한

經濟法은 몇개부문에서 연합한 기초그룹의 제안을 거쳐야 할 것이며, 예를 들면 企業法은 전문적인 기초그룹이 설치되었으나, 이러한 경우는 예외이다.

다. 專門委員會의 審査

법안이 제출되면 각각의 전문위원회, 즉 민족, 법률, 재정경제, 교육과학 문화위생, 의사, 화교, 내무사범의 각 위원회에서 심사(中國에는 審議라 한다)하고 각종법률을 체계화·규범화시키기 위하여 법률위원회에서 통일적인 심의를 행한다. 대표의 상황에서 보아 각 전문위원회의 역할을 강화하지 않으면 안된다고 생각한다.

라. 大會의 審議와 改正

全國人民代表大會議事規則은 “열거된 법안은 대회전체회의가 법안에 관한 설명을 청취하여 각 대표단(성, 자치구, 직할시)에 의하여 심의되며 또한 法律委員會와 관계있는 전문위원회에 의하여 심의된다”라고 하고 있다. 법률위원회는 “법률안에 대해서 통일적인 심의를 하며 主席團에게 심의결과와 보고와 초안개정안을 제출하고 중요한 다른 의견에 관해서는 심의결과와 보고중에 설명하여야 하며, 主席團의 심의를 거쳐 회의에 인쇄하여 배포, 그리고 개정후의 법률안을 대회전체회의에 제출하여 채택을 요구한다”라고 규정하고 있다.

마. 議案의 撤回

全國人民代表大會에 제출된 의안은 각각 대표그룹, 대표단, 대회에서 심의, 토론을 행하여 대회의 表決에 회부하기 전에 제안자가 철회를 요구하는 것에 관해서는 主席團의 허가를 얻어 철회할 수 있으며 이 때에는 당해 의안에 대한 심의는 잠시 중지된다.

바. 表決

토론, 개정이 종료하면 表決에 들어간다. 표결은 헌법개정은 전체대표의

2/3이상의 다수로 채택하며, 법률은 전체대표의 過半數로 채택된다. 中國의 표결은 「동의」 「반대」 「기권」의 3종류로 나누어지나, 採擇에는 전체대표의 과반수의 「동의」를 얻어야 한다. 「기권」은 실제로는 「반대」와 같은 역할을 거두게 된다.

中國의 多數決의 비율은 비교적 높으며, 전체대표의 과반수이며 출석자의 과반수가 아니다. 따라서 출석하여 의사에 참가하지 않은 자도 실제로는 「반대자」가 된다. 中國의 立法作業의 주된 임무는 주로 채택전에 가능한 한 위원회의 의견을 흡수하여 그 의견에 따라 개정하여 다른 의견의 일치를 달성시키는 것이다. 黨員인 대표는 반드시 찬성투표를 하여야 하도록 규정되어 있지 않으며 자신이 판단한다. 「居民委員會組織條例」는 반대의 투표가 다수로 통과되지 않은 사례이다.

VI. 法律의 公布

법률에 관해서는 중화인민공화국주석이 全國人民代表大會의 결정 또는 全國人民代表大會常務委員會의 결정에 의하여 공포한다고 헌법은 규정하고 있다. 그러나 헌법의 공포주체는 주석이 아니라 全國人民代表大會首席團이다. 보통의 법률은 국가주석에 의하여 공포되나, 그에게는 立法提案權은 없다. 국가주석은 立法機關이 아니며, 법률을 제정하는데 그의 참가도 필요없다. 全國人民代表大會와 그 常務委員會의 의사규칙중에 국가주석의 立法에 관한 節次가 전혀 규정되어 있지 않은 것도 그 하나의 예라고 볼 수 있다. 그리고 國家主席의 공포행위를 어떻게 파악하는 것이 좋은가라는 문제가 있다. 그것은 中國의 국가주석은 미국의 大統領과는 달리 立法에 관한 거부권을 지니지 않으며 공포행위는 결론부터 말하자면 그것은 立法의 요건이 아니라 法律의 施行要件이라고 파악하는 것이 타당하다고 생각된다. 立法이라는 행위는 立法機關이 채택한 시점에서 이미 완성하고 있기 때문이다.