

중국 형사소송 현대화의 역사적 고찰 (當代中國刑事訴訟現代化的歷史考察)

쉬션지앤(許身健)* · 신우철** 옮김

목 차

- I. 들어가는 말
- II. 중국 형사소송 역사의 회고(청말 법제개정~1949년)
- III. '유법' 통치에서 '무법' 통치로(1949년~1976년의 중국 형사소송)
- IV. 1979년 형사소송법 : 법제의 흥기(興起)
- V. 1996년 형사소송법 : 법치질서의 건립·구성
- VI. 중국 형사소송제도의 완비 : 형사 법치질서의 재구성

[국문요약]

본 연구는 현대중국에서의 사회유형전환과 형사법치의 생성을 규명하려는 시도로써 이루어져 있다. II 장에서는 청말 법제개정부터 1949년까지의 형사소송 역사를 밝혔다. 형사소송법 초안의 제정은 현대적 형사정의의 형성을 의미하는바, 중화민국 시기의 형사소송은 대륙법계에 속한 것이었다. 한편, 중국공산당 혁명근거지에서는 독특한 성격의 형사소송 제도가 형성되었다. III 장에서는 1949년에서 1976년까지의 형사소송 역사를 밝혔다. 형사소송법의 유형은 1949년에서 반우파운동(1957년) 이전까지의 '유법의 통치'와 운동·정책에 지배된 1957년에서 1976년까지의 '무법의 통치'로 나뉜다. 1949년에서 1976년까지 형사소송법의

* 중국정법대학 교수, 경북대학교 방문학자

** 중앙대학교 법과대학 조교수

사회적 기초는 국가가 극히 강하고 사회는 극히 약하며 국가가 사회를 전면 통제하는 체제였다. IV장에서는 1979년 형사소송법을 탐구했다. 이 법전은 법치의 형성을 의미했는바 그 사회적 기초는 국가와 사회의 분리에 있었다. V장에서는 1996년 형사소송법을 규명했다. 그것은 형사소송 법치의 건립·구성을 의미했고, 이 법전의 사회적 기초는 국가와 사회의 상호 영향 기제였다. VI장에서는 중국 형사소송의 완비의 사회적 기초를 규명하면서, 중국 형사소송 법치 재구성의 계획을 다루었다.

[주제어] 현대화, 형사정의, 현대중국, 형사소송법

I. 들어가는 말

1980년대 이래 중국 사회는 거대한 변화를 경험했다. 국가만능주의가 후퇴하고 시민사회가 점차 형성되는데, 이러한 전환과정은 사회유형전환(社會轉型)으로 지칭된다. 이러한 변화는 청말부터 시작된 사회변천의 일부분으로서, 사회현대화운동의 연속이다. 사회유형전환에 따라 법률의 중국 사회생활 중에서의 작용이 부단히 높아져서, 종래의 ‘법제’라는 문구는 ‘법치’로 대체되었는데, ‘법치’는 이미 우리 시대의 이데올로기가 되었다.¹⁾ 법치의 실현은 사회 현대화의 중요 구성부분이고, 형사소송 현대화는 법치의 중요 체현이어서, 그것은 사회변천과 서로 밀접하게 연결되어 있다. 형사법은 국가통치의 중요 수단이므로, 형사소송 현대화의 과정은 국가통치방식의 유형전환을 반영한다. 형사소송 현대화의 배후는 곧 국가-사회관계의 전환이다. 본 논문에서는 중국 형사소송 현대화 대해 역사적 고찰을 진행한다. 1949년부터 지금까지 사회유형전환이라는 배경 하에서 중국 형사소송의 변화를 분석하고, 형사법치 생성논리의 해석을 시도한다.

1) 梁治平 撰, 『法治在中國: 制度, 話語與實踐』(中國政法大學出版社, 2002), 82면.

II. 중국 형사소송 역사의 회고(청말 법제개정~1949년)

중국의 사회전환은 청말부터 시작된 것이다. 1949년 이래 중국의 현대화 추구는 청말부터 시작된 사회 현대화의 연속이라 할 수 있다. 마찬가지로 중국의 형사소송 현대화도 청말부터 시작된 것이다. 현대 중국 형사소송의 진전을 토론함에 있어 역사와의 연계를 분리해서는 안 된다. 여기서는 청말 법제개정부터 1949년 이전까지의 중국 형사소송에 대해 개설한다.

1. 청말 형사소송초안의 제정과 현대 형사소송제도의 형성

청말, 청 정부가 전면적 통치위기에 빠진 중에, 청 정부는 변법으로 존속을 도모하려는 목적에 기하여, 일본을 모방하여 법전을 편찬한다. 일본을 스승으로 삼은 출발점은 일본이 “메이지(유신) 이후 서양법을 채용한지 10년도 못되어 강국의 뜻을 이루었다”는 데 있었다.²⁾ 1902년 청 정부는 선지아번(沈家本)·우팅팡(伍廷芳)에게 법제개정을 명하여, 1903년 선·우 양인이 법률대신으로 임명되고 법제개정관(修訂法律館)이 설립됨으로써 법제개정 운동이 정식으로 개시된다.

선지아번은 일본 법률가 오카다 아사타로오(田岡朝太郎)의 협조를 받아, 당시의 일본 형사소송법을 참조하여 1911년 <형사소송율초안>을 제정한다. <형사소송율초안> 이외에 청말 법제개정에서는 형사사법체제 분야에도 현저한 개혁이 있었다. 청말의 법제개정 및 사법체제 개혁은 최종적으로 중국이 유럽 대륙식 형사소송제도를 확립하도록 재촉했는데, 그것은 전통 황제제 하의 중국 형사소송제도와 다음과 같은 차이가 있었다. 첫째, 검찰제도를 도입하여 국가 소추주의를 확립했는데 이는 종래의 사인소추주의와 다른 것이었다. 둘째, 기소·심판직능을 분리하여 검찰관과 법관이 각기 기소·심판직능을 분담·행사

2) 汪海燕, 「刑事訴訟模式的演進」(中國政法大學 2000級 博士論文), 218면.

하게 했다. 전통적으로 중국의 행정관에게는 소송 중 기소·심판기능이 그 한 몸에 모두 집중되어 법관과 검찰관을 겸임하고 있었다. 셋째, 사법과 행정을 분리함으로써 행정관이 사법재판을 겸하여 행정과 사법이 분리되지 않았던 이왕의 상황을 종결시켰다. 넷째, 변호사제도를 설립했는데 이로써 피고인의 권리에 대한 보장이 점차 추진되기 시작했다.³⁾

2. (중화)민국시대의 형사소송제도

1920년대 말에서 1930년대 초까지民国 정부는 수많은 개별법들을 공포하는데, 그 중 형사소송법은 1928년에 공포·시행된 이후 수정을 거쳐 1935년 재차 공포·시행되었다. 민국시기의 형사소송법은 청말 형사소송률초안이 모방했던 일본 형사소송법에 연원을 두고 있었는데, 일본의 형사소송법은 독일의 형사소송법을 모방해서 만들어진 것이었다. 민국시기의 형사소송법은 유럽대륙법의 특징을 지녔다고 말할 수 있겠다. 이 법전은 사법독립, 기소·심판분리(控審分離)와 같은 현대 형사소송제도의 기본적 특징을 구현했으며, 동시에 피의자(犯罪嫌疑人), 피고인에 대한 절차적 보장에 대해서도 규정했다. 물론, 종이 위의 법과 행동하는 법 사이에는 여전히 격차가 있었다. 종이 위의 법은 거의 완벽한 형사소송제도를 규정하여 피의자, 피고인의 권리에 대해서도 충분히 보호할 수 있었지만, 그 실시 과정에서 사법관리들은 종종 범인과 범죄를 착오하기도 했고 법을 왜곡하여 재판하기도 했다.

3. 중국공산당 (혁명)근거지의 형사소송제도

중국공산당이 1930년대부터 창건한 (혁명)근거지에 할거했던 정권은 소련의 영향을 받아 소련법률을 모방한 개별법들을 제정했다. 중화소비에트공화국이

3) 河村有教, 李彬 등 역, 「現代中國的刑事審判與正當程序」, 『刑事法評論』第12卷(中國政法大學出版社, 2003), 368~369면.

1932년 공포한 <재판부잠정조직및재판조례(審判部暫定組織及審判條例)>는 체계적 사법조직과 사법제도를 건립했다. 이 시기의 형사소송은 다음과 같은 특징을 지니고 있었다. 첫째, 소송직능이 구분되지 않아 기소·심판분리가 실현되지 못했다. 재판(기관)과 검찰(기관)이 합일되어(審檢合一), 검찰직능을 집행하는 인원은 재판기관에 부설되었다. 중화소비에트공화국의 임시최고법원 및 각급 재판부에는 공히 검찰부서가 설치되어, 수사·예심·기소 및 법정에서의 기소유지 등을 책임졌다. 후베이(鄂)·허난(豫)·안후이(皖) 소비에트지구에서는 법정 밑에 재판위원회(審判委員會)와 국가공소처를 설치하여, 재판위원회는 재판을, 국가공소처는 수사·예심을 각각 책임지게 했다. 둘째, 피고인에게 변호권을 부여했다. (혁명)근거지는 빈곤한 농촌지역에 위치해 있었기에 도시 지역에서처럼 직업변호사를 둘 여건이 되지 못했다. 단, (혁명)근거지에서는 법정심리 단계에서는 피고인이 그가 신임하는 사람에게 변호를 의뢰할(委託) 수 있도록 규정했다.⁴⁾ 셋째, 형사재판에서는 “인민에 의지하고, 인민에 연계하며, 인민을 편리케 한다”는 군중노선이 준수되었다. 중국공산당의 이데올로기에 의하면, 법률은 지배계급의 의지를 체현한 것으로서, 지배계급이 계급지배를 집행하는 도구였다. “국가는 하나의 계급이 다른 계급을 압박하는 도구이다. 법률은 국가가 권력을 행사하는 하나의 도구이다. 어느 계급이 권력을 장악하면 곧 그 계급은 자신의 계급이익을 체현하는 일련의 법률을 갖게 된다. 우리는 인민민주주의 독재의 국가를 수립했으므로, 곧 우리들의 일련의 새 법률을 가져야 한다. 우리들의 법률은 절대다수인의 의지를 반영한 것으로서, 절대다수인이 모두 이해하고 파악할 수 있는 것이다. 우리 사회의 주인은 곧 인민대중, 즉 주로 노동자·농민 군중이므로, 우리의 법률은 인민대중의 것이다. 법정은 인민의 도구이며, 법률은 군중 스스로 창조해낸 것으로 그 자신의 손에 장악되어, 군중 자신이 집행해야만 하는 것이다.”⁵⁾ 이러한 사상의 지배 하에 (혁명)근거지의 형사재판제도는 재판이 인민군중과 결합될 것을 강조하여, 군중이 재판에

4) 汪海燕, 앞의 논문, 230~231면.

5) 謝覺哉, 『謝覺哉論民主與法制』(法律出版社, 1996), 154~155면.

참여할 수 있도록 했는데, 참여의 한 가지 방식은 법정에서 판결을 내리기 전 현지 군중의 의견을 구하는 것이었으며, 다른 한 가지 방식은 군중이 직접 재판에 참여하는 것이었다. 이외에 군중노선의 또 하나 표지는 공재재판제도였는데, 그 가장 두드러진 특징은 재판이 고정된 법정에서 진행되는 것이 아니라 공공장소에서 진행되는 “공중재판대회(公審大會) 방식의 재판”이었다. 일본학자의 견해에 의하면, 이러한 종류의 “공중재판(公審)”은 공공집회장소에서 열리는데, 각 관련 단체를 대표하는 배심원을 선출하되 동시에 군중도 참가했다고 한다. 그 이유인즉 “법률은 인민의 것이며, 법률은 본질상 인민이 창조한 것으로, 진실은 법관 중에 있지 않고 인민 중에 있다”는 것 때문이었다.⁶⁾ 이러한 종류의 재판방식은 인민의 편리를 강조하여, 형식주의에 얽매이지 않고, 절차를 한낱 헌신짝으로 여기는 것이었다. 실제로 이러한 군중노선은 중국 문화혁명 기간 법률허무주의가 성행하여 공중재판대회(公判大會)·비판투쟁대회(批鬥大會)의 형식으로써 정식재판을 대체했던 사실과 관련이 없지 않다.

(대일)항전시기에는 (혁명)근거지의 물질적 조건과 주요 임무로 인한 한계 때문에 국민당 통치지구의 서양화된 형사사법체제는 (혁명)근거지에 뿌리를 내리지 못했다. 사법대중화 제창과 교조주의 비판 및 가짜법통 철폐라는 법률 이데올로기 하에서, 법률적 사유의 내재화와 법률 운영의 독립화라는, 현대 법률이 요구하는 기본적 형식요건은 법률의 통치화 중에서 철저히 소실되었다. 법률이 전문화된 지식체계로 짜여지지 못했을 뿐만 아니라 직업화된 법률계층(법관, 변호사 등)도 배양되지 못했다. 당의 정책, 정부의 문서로써 법률을 대체하고, 당 지부 서기, 향촌 간부와 행정책임자으로써 법관을 대체한 것이 극히 자연스러운 일이었음을 알 수 있다.⁷⁾

6) 福島正夫 등, 『中國的審判』(東洋經濟新報社, 1957), 117면.

7) 張世功, 『法治與治理: 國家轉型中的法律』(中國政法大學出版社, 2003), 133~134면.

Ⅲ. ‘유법’ 통치에서 ‘무법’ 통치로 (1949년~1976년의 중국 형사소송)

1. 1949년~1957년 반우파운동 이전의 형사소송 : 유법의 통치

1949년 신 중국이 성립된 후 그 형사소송제도는 산시(陝)·간쑤(甘)·닝샤(寧) 지구 형사소송제도의 기초위에 건립되기 시작하는데, 중국공산당 중앙위원회는 국민당 육법전서의 철폐를 선포함으로써 구 사법과 철저히 결별했다. 1949년 2월 <중국공산당 중앙위원회의 국민당 육법전서 폐지 및 해방확정지구 사법원칙에 관한 지시>는 명확히 선포했다. “국민당 육법전서를 철폐하여, 인민법원은 더 이상 이를 근거로 삼을 수 없고, 인민의 새로운 법률로써 근거를 삼아야 한다.” 물론, 육법의 철폐는 엄정히 시행되어야 했지만, 새 정권의 소송 실제 상 곧바로 의거할 법률을 만들어 낸다는 것은 극히 쉽지 않은 일이었다. 이에 대해 상술한 지시는 규정했다. “인민의 새로운 법률이 체계적으로 공포되기 전까지는 공산당의 정책 및 인민정부·인민해방군이 공포한 각종 강령·법률·조례·결의를 근거로 삼는다.” 당시 새 정권은 인민법원의 재판활동이 법률과 규칙의 구속 하에 놓이도록 힘썼던 것이다.

당시 중국공산당 사법간부는 시간·경험의 부족으로 말미암아 그 업무자질이 사법부문 종사자 전체로서 말할 때 아직도 제고될 필요가 있었다. 1950년 시작된 반혁명 진압운동은 새 정권의 사법간부들이 직면한 첫 번째 도전이었다. 1950년 6월 6일, 마오쩌둥은 중국공산당 제7기 제3차 중앙전체회의에서 선포했다. “인민에게 위해가 되는 일체의 토비(土匪), 특무, 악질토호(惡霸) 및 기타 반혁명분자들을 단호히 숙청해야 한다.” 1950년 9월, 중앙인민정부와 최고 인민법원은 연명으로 <반혁명활동의 진압에 관한 지시>를 발표하여, 각급 정부가 반혁명에 대해 적시에 진압할 것을 호소했다. 1950년 10월, 중국공산당 중앙위원회는 지시를 발하여, 전국 범위 내에서 반혁명을 진압하도록 했다. 반혁명 진압운동의 추진 중, 중국공산당 중앙위원회는 “한없이 관대한(寬大無邊)”

경향이야말로 사법기관에 존재하는 최대의 문제라고 보았다. 이러한 경향은 세 가지 방면으로 표현되어 나타났는데, 반혁명분자에 대한 판결이 가볍고, 반혁명사건이 법률 “공리공론(文牘主義)”의 제한을 받아 사건처리가 느리고, 반혁명분자에 대한 관리가 느슨하다는 것이었다.⁸⁾ 이러한 현상을 바로잡기 위해 중앙인민정부는 <중화인민공화국반혁명처벌조례>를 공포하여 반혁명 처벌의 관대-엄격의 표준을 구체적으로 규정했다. 그러나 조례의 공포에 상응하여, 반혁명 진압운동이 도를 지나치게(矯枉過正) 확대되는 추세가 나타났다.

반혁명 진압운동은 중국공산당사에서 수차례 있었는데, (혁명)근거지 시기의 반혁명 진압운동은 그 발동자가 (혁명)대오를 순결히 하고 자신과 다른 쪽을 배제하려는 고려에서, 당내 투쟁을 유용하고 군사력을 사용하여 반대파 숙청을 완성하기 일쑤였다. 그런데 1950년에 시작된 반혁명 진압운동이 종래와 가장 구별되는 점은 법률의 형식을 채용하여, 인민법원이 재판절차를 거쳐 이성적 방식을 통해 판결을 내렸다는 데 있었다. 인민법원이 반혁명사건을 심리함에 있어 비록 사람 뜻대로 되지 못한 부분은 있었을지라도, 어쨌든 이는 종래 순수 정치적 수단을 채용했던 것과 비교할 때 적잖은 진보가 있었던 것이다. 이는 절대권력 및 자의에 대한 구속을 의미하는 것으로서, 법률의 자치성 및 자체운행 논리가 정치권력의 운행에 대해 필히 일정 제한을 부과할 수 있음을 의미하는 것이었다. 반혁명 진압운동에 나타난 이른바 “한없이 관대한(寬大無邊)” 현상을 두고, 중국공산당은 그 원인 중 하나를 법률 “공리공론(文牘主義)”에 돌렸다. 그 육법의 관점이 사법간부들에게 영향을 주었다는 것인데, 이는 법률의 자체적 논리가 당 정책의 관철·집행에까지 영향을 미쳤다는 것을 설명한다. 새 정권의 법률은 국민당의 성숙·체계화된 육법과는 아직 비교가 되지 않았지만, 이미 현대 형사법체계 정립의 기점이 되기에 족했던 것이다.

반혁명 진압운동 이후 새 정권은 일련의 형사소송 관련 법령들을 공포했는데, 1954년 9월, 제1기 전국인민대표대회 제1차 회의는 <헌법>, <법원조직

8) 史良, 「對於三十二個地區司法機關關於鎮壓反革命總結報告的批復並通報」; 强世功, 앞의 책, 138~139쪽에서 재인용.

법>, <검찰원조직법>을 공포했다. 1954년 12월에는 <구속(拘留)·체포조례>를 공포했는데, 이 조례는 다음 사항들을 분명히 규정했다. 인민법원·인민검찰원 및 공안기관은 각각 재판권·검찰권·수사권을 행사함; 세 기관의 상호협력·분업책임·상호제약 원칙; 인민법원은 독립하여 재판하고 오직 법률에만 복종함; 검찰기관의 이중영도를 수직영도로 변경함; 검찰기관의 직권 독립행사 원칙; 일체 공민은 법률 적용상 일률적으로 평등함, 공개재판, 피고인은 변호를 받을 권리가 있음 등⁹⁾ 상술한 법률의 공포는 신 중국의 형사소송체도로 하여금 현대 법률의 기본적 특징을 갖추게끔 했다. 실제로 당시 법원은 당의 방침과 정책을 집행하는 도구에 불과했는데, 이는 정확히 당시 최고인민법원장이 말한 바와 같은 것이었다. 즉, “중국공산당은 우리 국가의 영도핵심이며, 우리의 일체 업무는 당의 영도 하에서 진행하는 것이다. 사법인사로서 법원의 재판 독립을 이유로 당의 영도를 동요시켜서는 안 된다. 일체 방침·정책은 모두 당의 영도를 필요로 한다. 당에 지시요청(請示)·종합보고(彙報) 해야 하며 당에 업무점검을 요청해야 한다.”¹⁰⁾ 그럼에도 불구하고 당의 영도는 방침·정책·원칙에 대한 영도이었기에, 당은 법원이 구체적 사건을 심리하는 데 간섭할 수 없었다. 실제로 이때의 형사소송은 새 정권의 정치 통치기술을 반영했는데, 이러한 종류의 통치기술은 법률의 상대적 자주성을 승인하는 기초 위에 당의 정책이 법률실천 중에 스며들도록 하는 것이었다. 인민민주주의 독재는 정규의 법제를 통해 시행될 것이 요구되었는데, 이는 법률을 통한 통치 또는 절차를 통한 통치의 일종이었다.¹¹⁾

2. 1957년 반우파운동 이후~1976년의 형사소송 : 무법의 통치

1957년 국내의 정세변화로 말미암아 정풍운동은 반우파운동으로 발전되었

9) 陳光中 편, 『刑事訴訟法』(北京大學出版社/高等教育出版社, 2002), 48~49면.

10) 董必武, 『董必武選集』(人民出版社, 1985).

11) 強世功, 앞의 책, 151면.

고, 법률허무주의는 20년이나 끈 고질병이 되기 시작했다. 형사소송법제의 엄청난 파괴를 초래했는데, 이는 구체적으로 이하의 세 측면들에 표출되었다.

첫째, 인치가 주류 문구가 되고 법치는 퇴장하여 인치가 법치를 대체했다. 이른바 인치라 함은 곧 권력자의 개인의지가 법률보다 우위에 있고 국가통치가 개인 또는 소수인의 의지에 의존한다는 것이다. 인치를 실시할 때도 법률은 있었지만, 권력자는 그 스스로를 법률 밖에 두고 법률을 압도했으며, 말로써 법을 대신하고(以言代法) 권세로써 법을 압박했다(以權壓法).¹²⁾ 1958년 마오쩌둥은 중국공산당 중앙정치국 확대회의에서 말했다. “민법, 형법 그 많은 조문을 누가 다 기억하겠는가. 헌법은 내가 직접 참여해서 제정한 것이지만 나도 기억 못한다.” “우리의 갖가지 규칙·제도는 대다수, 90%가 법제처(司法部)에서 만든 것이다. 우리는 기본적으로 거기에 의존할 것이 아니라, 1년에 4번 개최되는 회의와 결의에 의존해야 한다. 민법·형법에 의거하여 질서를 유지해서는 안 된다.” 회의에서 리우샤오치(劉少奇)는 말했다. “법치란 결국 인치일 뿐이다. 실재를 보면 사람에게 의거하는 것이며, 법률은 업무처리의 참고일 뿐이다.”¹³⁾ 법률허무주의의 짙은 영향 아래서 법치의 기본원칙, 예컨대 법률지상, 사법독립, 무죄추정, 죄형법정주의 등은 모두 비판·부정·폐기되는 지위에 놓였다.

둘째, 공안(=경찰)·검찰·법원의 세 기관이 법률허무주의의 영향을 받아 엄청히 파괴되었다. 1957년 반우파운동 이후 상당수의 법원 지도간부들과 업무중진들이 우파로 잘못 획정되었다. 1960년 최고인민법원·최고인민검찰원은 공안부(=경찰청)에 합병되어 서로 합쳐서 사무를 보도록(合署辦公) 했고, 경찰청의 당 그룹(黨組)이 통일적으로 영도하도록 했다. 이로써 형사사법체제는 균형을 잃고 권력전제·균형의 원칙에도 어긋나게 되었다. 이러한 비정상 상태는 아직 최악에 달하지는 못한 것이었으니, 문화혁명 시대에 이르러서 가일층 엄중해졌다. 1966년 중앙문화혁명소조의 일원 장칭(江青)은 공안부·최고인민법원·최고인민검찰원이 모두 자본주의 국가에서 답습된 것으로서, 당정의 위에

12) 公丕祥 編, 『當代中國的法律革命』(法律出版社, 1999), 212면.

13) 蔡定劍, 『歷史與變革: 新中國法制建設的歷程』(中國政法大學出版社, 1999), 92~93면.

건립되어 다년간 마오쩌둥에 대항했던 관료기구라고 했다. 장칭은 다음과 같이 제기했다. “공안부서를 철폐하여 교통경찰과 소방경찰을 제외한 나머지를 모두 군에서 관리할 것.”¹⁴⁾ 이런 분위기에서 극좌세력의 부채질까지 합세하여 경찰·검찰·법원의 세 기관은 재난을 피할 수 없는 운명이었다. 1968년 최고인민법원 군대표, 최고인민검찰원 군대표, 내무부 군대표 및 공안부 영도소조는 중국공산당 중앙위원회 및 중앙문화혁명소조에 <고급검찰원(高檢院)·내무부·내무부사무처(內務辦)의 세 부서를 철폐하고 공안부·고급법원(高法院)에 소수인원만 남길 것에 대한 지시요청 보고>를 올렸는데, 마오쩌둥이 “그대로 처리하라(照辦)”는 서면지시(批示)를 내림으로써 검찰제도는 폐지된 것이다. 검찰기관의 공소직능은 이른바 군중독재지휘부(群衆專政指揮部), 공안·검찰·법원 군관소조(軍管小組) 및 인민혁명위원회 보위조(保衛組)에서 이를 대행했다. 이러한 기구는 법정의 제도와 절차를 무시하여, 이루 헤아릴 수 없는 날조·오심사건을 만들어냈다. 1975년 제4기(전국)인대 제1차 회의는 헌법을 통해 근본대법의 형식으로 다음과 같이 규정했다. “검찰기관의 직권은 각급 공안기관이 행사한다.” 이는 법률상 정식으로 검찰기관의 소멸을 확인했다는 것과 같았다.¹⁵⁾

셋째, 변호사제도가 취소되어 형사소송 중 피고인은 변호사에게 그 변호를 의뢰할 방도가 없었다. 1954년 <헌법> 및 인민법원조직법은 피고인은 변호사에게 그 변호를 의뢰할 권리가 있다고 규정했다. 반우파운동은 다수의 변호사들을 우파라는 울가미에 떨어뜨렸기에, 애초 부실했던 중국의 변호사제도는 계속 이어지지 못했고, 1959년에는 전국 각지의 변호사기구가 모조리 문을 닫았다.

넷째, 법률허무주의는 소송절차에 있어서 곧 절차허무주의로 표현되었다. 반우파운동 중 인민법원이 독립하여 재판권을 행사한다는 것은 “법으로써 당을 압박하는 것(以法壓黨)”으로 비판되었고, 검찰기관의 법률감독권은 “창끝을 내부에 견주는 것(矛頭對內)”으로 비판되었으며, 공안·검찰·법원의 관계에서도

14) 蔡定劍, 앞의 책, 81면.

15) 張培田, 『法典司法的演進及改革考論』(中國政法大學出版社, 2002), 259면.

“지지가 첫째, 견제는 둘째”라는 원칙이 상호협력·분업책임·상호제약 원칙을 대체했다. 사법절차를 중시하고 엄수하는 것은 낡은 사법전통으로 여겨진 것이다. 1958년 대약진운동의 한 가운데에서 전국의 사법업무에도 마찬가지로 대약진이 요구되어, 당시 공안·검찰·법원 세 기관이 동시에 약진하도록 요구되었다. 세 기관의 관계 측면에서 3자간의 협조관계를 일방적으로 강조하여, 사건 처리에 세 기관이 “연합작전”을 하는, 이른바 “세 말이 나란히 출동하여, 하나의 밧줄로 굳게 짜여져, 내려가 한번에 붙잡고, 돌아와 다시 나뉜다”는 업무방식을 실행했다. 몇몇 지방에서는 이른바 군중노선과 전문기관을 서로 결합하는 사건처리 방법을 채택했는데, “세 기관(공안·검찰·법원)이 합작해 “세 인원(예심원·검찰원·심판원)이 사건을 처리하며, 논의를 결합하되 군중의 범죄 고발·폭로를 충분히 발동해 현지에서 체포·기소·재판한다는 것이다.¹⁶⁾

형사소송의 정상적 절차는 맹목적으로 부정되어, 당시 절차를 둔 목적은 “사건사실을 철저히 밝혀내어 사건을 정확히 판결케 하는 데 있고, 당 위원회가 재판업무에 구체적으로 관여하는 것도 사건을 정확히 처리하기 위한 것이므로, 양자의 목적은 일치하는 것”으로 여겨졌다.¹⁷⁾ 바로 이러한 인식에 기하여 “재판독립”은 반당적 오류로 여겨졌으며, 당과 사법의 관계에서도 당의 사법에 대한 절대적 영도가 강조되어, 법원은 사건처리 중 난제에 봉착했을 때 당 위원회에 지시요청하여 당 위원회의 의견에 따라 사건을 처리해야 했다. 형사사건은 판결을 내리기 전 반드시 지방 당 위원회에 먼저 심의(審批)를 서면요청(報請)해야 했으며, 그 이후라야 비로소 법원에서 판결을 내릴 수 있었다. 이외에 공안·검찰·법원 세 기관이 서로 합쳐서 사무를 보게 되어, “한 (기관) 인원이 세 (기관) 인원을 대신”하고 “한 (기관) 책임자가 세 (기관) 책임자를 대신”하도록 되었는데, 이는 기소·심판분리나 권력견제·균형의 원칙에 엄중히 배치되는 것이었다. 사법의 약진을 일방적으로 강조하여 사건처리 시간의 단축만을 오로지 추구하고 법정의 질서는 완전히 소홀히 했다. 검찰기관은 공안기관이

16) 張武雲, 「打打常規, 一日千里」, 『政法研究』 1958年 第5期.

17) 馮若泉, 「駁賈潛的“審判獨立”的反黨謬論」, 『政法研究』 1958年 第1期.

범인 체포 시 반드시 심의 요청해야 할 사건에 대해서도 실제로 심사를 하지 아니하여, 대부분은 “절차만 넘겨서 도장이나 찍는” 수준이었다.¹⁸⁾ 1958년 4월 초순, 꾸이저우 성 91개 검찰원 중에서 30분 내에 체포심의 건을 완료할 수 있었던 부서가 4개, 1시간 내에 1사건을 완료할 수 있었던 부서가 48개, 30분 내에 법정에 출두하여 공소할 수 있었던 부서가 22개였다. 사건처리 효율이 이전에 비해 수배 내지 수십 배 제고되었다.¹⁹⁾ 이러한 효율지상(唯效率)은 부차적인 방법으로서, 정의의 희생을 대가로 한 것이었다.

종합하자면 1957년 반우파운동 이후 법률은 당의 정책을 집행하는 도구라는 관점에서부터 영향을 받아, 종종 정치운동이 일어났을 때 법률 또는 절차는 당의 정책·방침을 순조로이 관철하는 데 장애가 되는 것으로 여겨지기 쉬웠다. 이리하여 이른바 법률과 절차의 속박을 벗겨 당의 지시 또는 명령을 직접 관철·집행하려는 것은 이해될법한 사정이었다. 문화혁명 시기에 이르러 법률허무주의는 최악에 달했는데, 운동 또는 정책을 통한 통치가 1957년 이전의 이른바 법률을 통한 통치를 대체하여, 최종적으로는 무법의 통치로 발전되었다.

3. 1949년~1976년 사이 형사소송의 사회적 기초

앞 절에서는 1949년~1957년의 형사소송을 유법의 통치로, 1957년 반우파운동 이후 1976년의 형사소송을 무법의 통치로 각각 귀납했다. 이처럼 전혀 다른 두 가지 통치방식의 배후에는 공통의 논리가 있지 않을까? 실제로 이 두 가지 통치방식은 중국공산당의 형세에 대한 판단과 관계가 있고, 당이 이 두 종류 통치방식에 대해 내렸던 선택은 주로 현실의 필요에 근거한 것이었기에, 이런 식으로 법률의 운명과 당의 노선·방침·정책은 함께 연결되었던 것이다. 어찌서 당이 두 가지 통치방식 중에서 그 바라는 바대로 선택을 내릴 수 있었는지는 당시의 사회배경과 관계가 있다. 일국의 법률제도는 그 국가의 정치경제 상

18) 張培田, 앞의 책, 255쪽.

19) 張武雲, 앞의 글.

황의 반영이며, 1949년에서 1976년까지 당이 두 가지 통치방식 중 선택을 내렸던 역사는 당시 국가-사회관계의 상황을 반영한 것이다.

1949년 중화인민공화국의 성립 이후 중국공산당은 중앙집권 방식으로써 하나의 만능정부가 통치를 진행하는 국가를 건립·구성하는 데 주력해왔으며, 야심만만했던 새 정부는 전 사회의 자원을 통원하여 경제·사회발전을 제고함으로써, 국민의 부단히 증가하는 물질·문화수요를 만족시키는 데 주력했던 것이다. 새 정부가 선택한 것은 만능주의정부의 통치모델이었는데, 이 모델은 서양 자유주의이념 지배 하의 자유방임적 통치모델과는 현저히 동떨어진 것이었다. 자유방임주의 통치모델은 개인의 권익을 보호하려는 경향이 있어, 사회가 국가로부터 상대적으로 독립된 자주공간을 누리는 것을 지지하며, 국가의 존재목적도 자유롭고 번영된 사회를 실현하는 데에 둔다. 만능주의정부의 통치모델은 단체주의(集體主義)를 기초로 국가주의의 색채가 농후하며, 역량의 집중을 통해 사회 전체의 목표를 실현하는 데 주력한다.²⁰⁾

1949년 이후부터 개혁·개방 이전까지 중국 사회는 그 조직모델로 말하자면 총체성(동질성) 사회형태에 속했는데, 이 종류의 사회형태는 구조분화의 정도가 매우 낮은 사회유형에 속했다. 이 종류의 사회에서는 국가가 경제 및 사회 자원에 대한 전면적 독점을 실행하는데, 국가는 이러한 종류의 독점을 기초로 하여 거의 전부의 생활에 대해 엄격하고 전면적인 통제를 실행하게 된다. 국가 외부의 상대독립적인 어떠한 사회역량에 대해서도, 국가가 그에 대해 억제력을 부가하거나 혹은 그를 국가기구의 일부분으로 삼았다. 1950년대 중후반까지 상대독립적이고 일정 정도의 자치성을 지닌 사회는 이미 더 이상 존재하지 않게 되었다. 개혁·개방 이전의 중국은 국가는 극히 강하고 사회는 극히 약하며, 국가가 사회생활에 전면 침투하여 이를 통제하는 것을 특징으로 했다. 중국은 분화정도가 비교적 낮고, 분화속도가 완만하며, 비교적 강한 동질성을 지닌 사회였던 것이다. 사회의 정치 중심, 이데올로기 중심, 경제 중심이 모두 하나로 중

20) 董炯著, 『國家, 公民與行政法』(北京大學出版社, 2001), 164면.

복·합일되어, 국가와 사회가 일체가 되어 자원과 권력을 고도로 집중함으로써, 국가는 비교적 강한 동원·조직능력을 갖출 수 있었다.²¹⁾

1949년부터 개혁·개방 이전까지 중국은 국가는 극히 강하고 사회는 극히 약하며, 국가가 사회생활에 전면 침투하여 이를 통제하는 양상을 띠었다. 이것이 곧 국가로 하여금 형사소송 실천 중 그 사회현실에 대한 파악에 근거, 스스로의 강대한 자원동원·정합능력을 빙자하여, 유법의 통치와 무법의 통치 중에서 자유자재로 선택할 수 있도록 결정했던 것이다.

IV. 1979년 형사소송법 : 법제의 흥기(興起)

1. 1979년 형사소송법

1976년 문화혁명이 끝난 이후 중국은 법제재건의 과정을 시작했는데, 형사소송제도 또한 새로운 (법제)건립·구성과정에 들어섰다. 1979년 7월, 전국인대는 <중화인민공화국형사소송법>을 공포했는데, 1957년의 형사소송법초안과 비교할 때 1979년의 형사소송법은 상대적으로 간결한 것이었다. 그러나 이는 신 중국이 자신의 형사소송절차 체계를 세운 최초의 시도였다. 1979년 형사소송법의 공포는 중국 형사소송에서 장기간 의거할 법이 없었던 상황을 끝냈다. 이 법전은 이하 특징들을 갖춘 점이 주의할 만하다.

우선, 실제진실의 의의를 강조하여 형사재판이 반드시 실사구시 할 것을 주장함으로써, 현저한 직권주의적 특징을 지니게 되었다. 동시에 규문식 소송의 잔재도 보류하고 있었다. 인민법원은 단지 공소인 및 피고인이 제출한 증거에만 기초하여 재판을 내리는 것이 아니라, 증거를 수집·조사할 책임까지 담당하여, 피고인에게 불리한 증거까지 적극적으로 수집함으로써 그에 대한 유죄판

21) 袁祖社, 『權力與自由』(中國社會科學出版社, 2003), 122~123면.

결을 내려야 했는데, 이는 실제로 소추직능까지 담당한 것이어서, 법원이 중간에서 판정한다는 소극적 중립지위와 부합하지 않는 규문식 소송의 표현이었다.

다음, 피소추인의 소송상 지위 및 소송상 권리를 경시했기에 피고인의 주체 지위가 높지 않았다. 1979년 형사소송법은 무죄추정의 원칙을 확정하지 않았지만, 형사소송에 있어서 피의자·피고인 권리보장의 기초는 무죄추정 원칙의 확립에 있는 것이다. 당시의 입법이 무죄추정 원칙을 부정한 이유는 무죄추정 원칙은 유심주의의 표현이며, (유죄로) 왜곡하지도 (무죄로) 방면하지도 않는(不枉不縱) 객관진실의 추구라야 비로소 형사소송의 최고경지가 된다고 여겼기 때문이었다. 이외에 피소추인의 변호권도 제한을 받아 수사단계 및 기소심사 단계에서는 변호사를 선임·개입케 할 권리가 없고, 오직 심판단계에서만 변호사에 변호의 제공을 의뢰할 수 있었다. 그러나 실제로 그 권리가 가장 용이하게 침해될 수 있는 것은 바로 심판 이전 단계였다.

2. 1979년 형사소송법의 사회적 기초

문화혁명 10년은 중국을 정치동란 및 경제위기로 빠뜨렸는데, 문화혁명 이후 중국은 이를 계기로 해서 사회생활의 정상화를 회복하기 시작했고, 국가도 정상 능력을 복구하여 바른 궤도로 올라섰다. 중국공산당이 만능정부 통치모델을 반성하기 시작하면서, 1978년 헌법은 전국인민대표대회의 최고권력기관 지위를 확립했고, 이로써 국가 권력체계는 1954년 헌법의 틀로 돌아갔다. 국가 정치구조를 새로이 건립·구성한 취지는 국민의 자유와 권리를 보장하고 국가와 국민의 정상적 관계를 조정하려는 데 있었다. 이러한 조정의 수행에는 만능정부 통치모델에 대한 반성이 진행되어야 했다.

만능정부 통치모델 아래에서 국가는 “만능주의국가”로 예정되어 그것이 대표하는 것은 선 그 자체였으며, 국가는 전지전능한 이성의 화신이었다. 국가는 사회전체 이익의 고려에 기해 국민의 자유와 권리에 대한 관여와 제한을 진행할 수 있었으며, 공민 개인의 권리와 자유는 국가이익의 필요에 복종해야만 했다.

그러나 만능정부 통치모델의 실제 운영은 국가가 선의 자체를 대표한다는 상술한 가정이 잘못되었다는 사실을 충분히 드러냈는데, 권력의 제약이 결핍된 정부는 대체로 나쁜 결실을 맺었지 좋은 꽃을 피우지 못했다는 것이다. 바로 이러한 배경 아래 중국은 사회 각 영역에서 광범한 개혁을 추진하기 시작했다. 이러한 종류의 개혁이 표현되어 나온 기본 추세는 단일한 종적 사회구조 모델을 타파하여 전체 사회관계가 정치 권력화 되었던 폐단을 극복해야 한다는 것, 그리하여 국가-사회관계에 변화를 발생시켜 종래의 만능정부 통치모델 하 국가-사회가 일체화 되었던 폐단을 바꾸어야 한다는 것이다. 새로운 국가-사회관계 모델을 구성·건립하여 양자를 적절히 분리시키고, 국가권력의 활동범위를 한정하여 권리와 권력 사이 합리적 경계구분·위치설정을 형성한다는 것이다.

중국이 전면적으로 개혁을 시작한 이후 형사사법 영역에서는 종래 채택했던 운동식 범죄·형벌문제 해결을 지양하여 “법률이라는 무기를 사용하여 사회의 안정·단결을 유지하는 법을 습득하도록” 바꾸는 것으로 표현되었다. 1981년 <광명일보(光明日報)>는 <법률을 무기로 사회 안정·단결을 유지하는 법을 습득하자>는 사설을 발표하는데, 이 사설은 1979년 형사소송법 공포 이후에 발표된 것이기는 해도, 동 법이 의거하고 있는 소송이념을 다음과 같이 충분히 명료하게 설명해내고 있다. “안정적이고 단결된 정치형세를 유지하고 ‘4개 현대화(四化)’ 건설의 순조로운 진행을 보장하기 위해, 법률을 무기로 사용하여 반당·반사회주의 세력 및 각종 형사범죄 분자들과 정치투쟁을 진행해야 한다. 과거 장기간 우리는 정치운동의 방법을 써서 반당·반사회주의 세력 및 각종 형사범죄 분자들에 대해 정치투쟁을 진행하는 데 비교적 익숙해 있다. 현재 및 금후 사회주의 민주를 발전시키고 사회주의 법제를 건전화할 것을 요구하는 정황 하에서, 과거와 같은 일련의 정치운동 방법을 계속 연용하는 것은 불필요할 뿐 아니라 취할 수도 없게 되었다. 우리는 법률무기(법과금·중과세 등 경제무기 포함)를 운용해서 반당·반사회주의 세력 및 각종 형사범죄 분자들과 투쟁해야 하고 또 그러한 방법을 습득할 수 있어야 한다.”²²⁾

형사소송에 상술한 변화가 출현한 것은 실제로 국가-사회관계의 변천을 반

영한 것이다. 종래의 만능정부 통치모델 하에서 운동식 형사소송은 단일식 사회구조에서 각종 역량을 신속히 동원하여 각종 사건을 처리할 수 있었고, 만능 국가가 선의 자체를 대표한다는 가정은 운동식 소송에 합법성을 부여했다. 실제로 운동식 소송이 법률 및 절차를 무시함으로써 초래된 필연적인 악과(惡果)는 곧 대량의 날조·오심사건의 존재였다.²³⁾ 이로써 운동식 형사소송은 합법화 위기 속에 빠져들게 되었다. 국가가 선의 자체를 대표한다는 신화도 자멸했다. 제11기 제3차 중앙전체회의 이후 국가-사회관계의 변화는 권리와 권력 사이 합리적 경계구분·위치설정을 형성할 것을 요구했다. 형사소송은 국가권력의 운용에 미치는 것인데, 공민 권리의 제한·박탈에는 정당한 법률절차를 거쳐 정확한 법률이 적용되어야 하며, 이러한 기초 위에 재판은 비로소 합법성을 지니게 되는 것이어서, 종래의 운동식 소송모델은 그 수명을 다함과 동시에 새로운 소송모델-법제의 흥기를 보여주게 된 것이다.

V. 1996년 형사소송법 : 법치질서의 건립·구성

1. 1996년 형사소송법

1979년 형사소송법 자체가 수많은 결함을 지니고 있었고, 그 실시과정에서도 적잖은 문제를 자아냈다. 그리하여 이 법전을 개정하자는 것이 이론계와 사법실무 부서의 공통된 인식이 되었다. 전국인대 법제사무위원회(法制工作委員會)는 형사소송법 전문가 및 학자에게 형사소송법 개정문제에 대해 연구·논증

22) 本報評論員, 「學會使用法律武器維護社會安定團結」, 『光明日報』(1981. 1. 27).

23) 문화혁명 기간 동안 전국에서 판결·집행된 형사사건은 총 120만 여 건에 달한다. 1980년 6월 말까지, 각급 법원은 이 중 113만 여 건을 다시 조사했는데, 그 가운데 반혁명사건이 27만 여 건, 일반 형사사건이 86만 여 건이었다. 날조·오심사건으로 재심·번복된 사건이 25만 여 건이었다. 반혁명사건 중 날조·오심사건 비율은 64%에 달했으며, 몇몇 지역에서 그 비율은 70%에서 80%까지 이르렀다. 汪海燕, 앞의 논문, 235면에서 재인용.

을 진행하도록 맡겼다. 중국정법대학의 형사소송 연구자들은 연구·토론을 거쳐 <중화인민공화국형사소송법전문가건의원고>를 제정했다. 이 건의원고를 기초로 하여 1996년의 형사소송법전이 최종 형성되어, 1979년 형사소송법에 중대한 개정을 가해 완전해지게 만들었는데, 권리와 권력의 관계라는 시각에서 볼 때 다음 측면의 중대한 진전이 있었다.

첫째, 피의자·피고인의 주체 지위를 제고하고 그 권리에 대한 보장을 강화했다. 구체적으로 표현하자면, (1) 무죄추정 원칙의 기본정신과 요청을 흡수하여 “인민법원의 의법(依法) 판결을 거치지 않고는 누구에 대해서도 유죄를 확정할 수 없다”는 원칙을 확립했다. 이에 상응하여 각기 다른 소송단계에 처한 피소추인을 피의자(犯罪嫌疑入) 또는 피고인으로 구분 호칭했다. 1979년 형사소송법 중의 이른바 “범인(人犯)”이라는, 선험적 유죄추정 색채를 띤 피소추인에 대한 호칭을 취소한 것이다. 이외에 법정의 심리를 거친 후 증거가 부족해 피고인의 유죄를 인정할 수 없을 때에는, 증거부족으로 고발된 범죄가 성립될 수 없다는 무죄판결을 내리도록 했다. 의심스러운 때에는 무죄로 한다(疑罪從無)는 것은 무죄추정 정신을 흡수한 필연적 결과이다. 고발된 피고인에 대한 유죄 입증책임을 공소 측에 부여하여 피고인 측에 유리하게 한 것이다. (2) 피의자 및 피고인의 권리에 대한 보장은 또한 변호사가 소송에 개입하는 시점을 대대적으로 앞당긴 것에도 나타난다. 피의자는 수사기관으로부터 제1차신문을 받은 시점 또는 강제처분을 받은 날부터 변호사를 선임하여 법률자문을 제공받거나 항고(申訴)·고소/고발(控告)을 대리케 할 수 있으며, 피의자가 체포된 경우 수임 변호사는 보석(取保候審)을 신청할 수도 있다. 검찰기관의 기소심사 단계에서 피의자는 변호인에 의뢰할 권리를 가지며, 변호인은 증거조사·수집권, 검찰원·법원에 증거조사·수집 또는 증인출석·증언의 통지를 신청할 권리, 관련 사건자료를 열람·발취·복사할 권리 등 제반 권리를 보유한다. 상술 규정은 피의자·피고인의 권리보장이 1979년 형사소송법에 비하여 대대적으로 증강되었음을 나타낸다.

둘째, 형사피해자의 권리보장이 다소 강화되어 법률적 지위도 원래의 소송

참가인에서 소송당사자로 제고되었다. 그 소송지위의 변화는 입건·기소·심리의 각 단계부터 여러 가지 새로운 소송권리를 보유하게끔 했다. 이러한 권리에는 범죄행위에 대한 고소/고발권(控告權), 불기소 결정에 대한 항고권(申訴權), 인민법원에 직접 소송을 제기할 수 있는 자기기소권(自訴權), 부대민사소송을 제기할 수 있는 권리 등이 포함된다. 이외에 피해자가 변호사에 소송대리를 의뢰할 권리, 법정(증거)조사와 법정변론에 참여할 권리, 회피를 신청할 권리, 감정결과에 대해 보충을 진행하거나 재 감정을 신청할 권리 등이 있다. 상술한 권리 중 가장 중요한 것은 피해자의 인신(人身)·재산을 침해하는 행위에 대해 공안기관이나 검찰기관이 피고인의 형사책임을 추궁하지 않을 경우, 피해자가 형사책임을 추궁해야 한다고 판단할 때 인민법원에 직접 소송을 제기할 수 있는 권리이다.

셋째, 소추권을 이성 회귀케 하여 정당한 제약을 받도록 했다. 이는 다음 측면들에 나타난다. 우선, 검찰기관의 기소유예권(免予起訴權)을 취소했다. 1979년 형사소송법이 규정한 인민검찰원의 기소유예권은 인민법원의 유죄결정권을 분할했다. 이 권력은 성질상 피고인의 유죄를 인정하되 그 기소를 면제해주는 것이므로, 심리·기소능력이 검찰기관 한 몸에 집중되어, 기소·심판분리 원칙을 위반한 것이었다. 피고인은 유죄인정 성질을 지니는 기소유예의 재결에 대해 상소를 제기할 권리가 없고 변호권을 행사할 방법도 없었다. 분명, 기소유예권의 행사는 피고인의 권리에 대한 침해이다. 검찰기관이 피고인에 대해 실제적 유죄결정을 하는 것은 합리성을 갖지 못한다. 다음, 수용심사(收容審査)를 취소했다. 수용심사란 공안기관이 도주범(流竄作案)·누범(多次作案)·공범(結夥作案)의 혐의가 있는 경우 또는 경미한 위법 범죄행위자로서 정확한 성명·주소를 밝히지 않고 내력이 불명인 사람에 대해 강제수용의 심사를 진행하는 강제수단이다. 이는 사법기관을 거치지 않고 공안부서에서 결정할 뿐 아니라 제약기제가 결여된 점에서, 실천 중 인권 침해의 정황이 끊이지 않고 발생했다. 1996년 형사소송법은 이 제도에 관한 내용을 구속·체포 가운데 삽입했다.

넷째, 재판권을 이성 회귀케 하여 기소·심판의 분리를 실현했다. 1979년 형

사소송법은 재판관으로 하여금 법정심리 전에 검찰기관이 이송한 서류에 대해 전면 조사를 진행하도록 규정했는데, 이러한 종류의 실질심사는 법관이 선입견에 치우치게 하고 예단을 형성케 하여 최종적으로는 법정심리를 건성으로 해 치우게 만들었다. 이외에 1979년 형사소송법은 재판관에게 사건사실을 주동적으로 밝힐 직권을 부여했다. 이는 법원이 소추직능까지 담당한 것이어서 기소·심판 미 분리의 표현이었다. 1996년 형사소송법은 이러한 현상에 대처하기 위해, 재판기관이 중립지위에 서서 기소·심판분리를 실현케 하는 규정들을 두었다. 구체적으로 다음 측면에서 나타난다. 우선, 검찰기관의 서류이송제도를 주요 증거의 영인본이나 사진 및 증거목록·증인명단이 부속된 기소장만을 이송하는 것으로 개정했는데, 재판관의 예단을 배제할 의도로 전체 서류의 이송을 폐지한 것이었다. 이외에 법원의 사건에 대한 실질심사를 형식심사로 바꾸었다. 다음, 1979년 형사소송법이 규정한 법정심리의 방식은 법관이 주도하는 것이었다. 실제로 법관이 신문을 주도하여 범죄혐의의 소추를 적극 담당하는 것은 법관의 중립지위와 부합하지 않았다. 1996년 형사소송법은 공소 측과 변호 측 쌍방이 법정심리 진행을 밀고나가는 것으로 바꾸었다. 법정심리 중 공소 측과 변호 측 쌍방은 적극적으로 증거제시하고 교호신문(相互發問)하고 대질(質證)·변론하여, 법정심리에서 주도적 작용을 발휘하게 된다. 또한, 합의부의 반송·보충수사권을 취소하고 법원의 자체조사권에 제한을 가함으로써, 합의부 권력의 이성 회귀를 실현하여 소추직능을 다시는 담당하지 않도록 했다. 1979년 형사소송법은 합의부에서 보충수사가 필요하다고 인정할 경우 수사기관에 반송하여 보충 수사케 하거나 자체 조사할 수 있도록 규정했는데, 이러한 방식은 그 실행 상 재판관이 담당해야 할 중립역할과 부합하지 않았다. 1996년 형사소송법은 법원이 주동해서 수사를 반송·보충할 수 있는 권리를 취소하여, 법원은 수사기관에 보충수사를 건의할 수 있는 것으로 바꾸었다. 법원의 자체조사권에 대해서도 적절한 제한을 진행했다. 합의부는 증거에 대한 사실확인 시에 비로소 조사를 진행할 수 있다.

이상을 종합하면 1996년 형사소송법의 상술한 특징들은 국가권력에 대한 제

약을 체현했는데, 그 중에는 권력행사 자체에 대한 규율·계약도 있고, 피해자·피의자 권리의 제고를 통한 국가권력의 제약도 있다. 법치의 요의(要義)는 권력이 법률의 규율·계약을 받는다는 것, 동시에 국민의 권리가 능히 국가권력에 대해 유효한 계약을 형성한다는 데 있다.

2. 1996년 형사소송법의 사회적 기초

1996년 형사소송법에 대한 사회의 반영은 대체로 적극적이며, 중국 형사소송제도가 민주화·과학화의 궤도로 들어서기 시작한 것으로 보고 있다. 국제여론도 1996년 형사소송법의 공포는 중국 형사법제 건설사에서 이정표의 의의를 지니는 중대사건으로 보고 있다. 물론, 일부 학자들은 형사소송법의 내용이 어떤 것은 너무 앞서나가, 중국의 현재 사회현상과 부합하지 아니하여 형사정책 목표를 허사로 만들어 버리지 않을까 걱정하기도 한다.²⁴⁾ 여기에서 1996년 형사소송법의 사회적 배경을 고찰하고 형사법치 형성의 사회적 토대를 탐구할 필요가 있다.

앞 절에서 제11기 제3차 중앙전체회의에서 촉발한 개혁이 형사법제 흥기의 전제임을 지적했다. 그렇다면 형사법치 성장의 사회적 배경은 무엇인가? 여기서는 1996년 형사소송법의 사회경제적 배경에 대해 고찰해 보기로 한다. 개혁·개방 이래 중국 사회에서 가장 심각한 변천을 겪은 것은 경제영역이었다. “100년, 특히 지난 20년 이래, 이미 중국의 ‘변화정세(變局)’는 나날이 명확해졌다. ... 사람들은 ‘사상’이 아니라 경제야말로 사회를 이끌고 정치를 지배하는 동력이 되었다는 것을 발견했다. 경제는 이미 사회의 중심이자 사람들의 관심 초점이 되었다.”²⁵⁾ 개혁·개방 이후 만능주의국가 아래에 계획경제는 점차 시장경제로 대체되었다. 현대 중국 사회생활의 구석구석이 이미 경제로부터 깊이 영향 받고 있으며, 경제상황의 변화는 형사소송에도 필연적으로 영향을 초래할 것이다.

24) 樊崇義 編, 『刑事訴訟法實施問題與對策研究』(中國人民公安大學出版社, 2001), 1면.

25) 李澤厚, 『思想史的意義』, 『讀書』2004年 第5期.

경제요소의 법률에 대한 영향은 주로 경제관계 자체 및 경제관계를 기초로 형성된 사회관계가 법률의 사회 속 형태와 운영을 결정하는 것으로 표현된다. 예컨대 시장경제 자체는 자유경제이며, 시장경제의 참여자에 대한 내재적 요구는 그들이 평등한 주체 자격으로 성실과 신용, 자발적 협상으로써 상품생산과 교환을 진행하며, 그 중의 위험 및 이윤을 참여자 자신이 부담하고 향수한다는 것이다. 시장참여자의 위험 및 이윤에 대한 관심은 필히 그들 개인의 권리에 대한 관심을 유발하게 된다. 시장경제 하에서 분배와 교환이 부단히 발전함에 따라 사회관계는 거대한 변혁이 발생하고, 그리하여 평등한 사회관계가 형성되는 것이다. 이러한 평등한 사회관계는 전술한 시장주체의 개인 권리에 대한 관심을 유발할 뿐 아니라, 동시에 이러한 주체 평등의 원칙을 사회 각 영역에 확산시킨다. 사회의 각 행위주체는 반드시 법률의 범위 내에서 활동해야 한다. 공민이든, 법인이든, 혹은 정부든, 정당이든, 국가든, 모두 법률의 범위 내에서 활동해야 하는 것이다.²⁶⁾ 시장경제는 공민의 개체 권리에 대한 관심을 촉발하는데, 형사소송의 운영 및 형태도 상술한 변화를 반드시 반영하게 될 것이다. 실제로 형사소송의 범죄 일소와 인권 보장에 대한 관심은 곧 이러한 변화를 체현한 것이다. 형사법치의 요지는 권력의 제한, 권리의 보장에 있는바, 이는 중국 시장경제의 발전 및 심화와 긴밀히 연결될 것이다.

1996년 형사소송법은 형사법치의 형성을 보여주는데, 이러한 새로운 법률질서의 사회적 기초는 무엇인가? 환언하면, 그 배후의 국가와 사회는 어떤 형세를 드러내는가? 제11기 제3차 중앙전체회의 이래 중국 사회주의 시장경제체제의 건립과 발전은 중국의 전통적 자연경제와 계획경제체제를 근본적으로 변혁했고, 국가와 사회의 관계에 심각한 변화를 발생시켰다. 국가권력이 고도로 집중되어 사회자원에 대해 집권적 통제를 진행하며, 사회가 국가에 완전히 의존하는 구조는 타파되었고, 사회가 국가로부터 점차 상대적으로 분리되어, 상대적으로 독립적인 지위를 획득했다. 종래의 고도로 통일된 사회구조와 사회이익관계에

26) 程竹汝, 『司法改革與政治發展』(中國社會科學出版社, 2001), 125면.

분화가 시작되어 다양화와 이원구조가 병존하는 형세가 드러났다. 분명, 중국 사회주의 시장경제와 민주정치 건설의 발전에 따라, 사회와 국가 사이의 분화 발걸음은 진일보 가속화되고, 국가와 사회의 관계도 점차 새로운 형세를 드러낼 것이다. 새로운 시민사회는 중요한 사회역량이 되어, 현대국가의 현실적 기초를 구성할 것이다. 이러한 새로운 시민사회는 그 운영방식 상 사회주의 시장경제와 민주정치의 운영규율에 따라 사회 경제활동을 진행하고 국가 정치활동에 참여한다. 각종 직업조직과 협회는 시민사회의 독립성, 자주성을 유지하고 시장경쟁에서의 각종 관계를 조정하는 등의 측면에서 중요한 작용을 발휘하게 된다. 국가와 정부는 진정으로 시민사회를 기초로 하고, 시민사회를 위해 봉사한다. 국가의 직능에도 상응한 변화가 발생하여, 국가기구도 직능의 전환이 구조적 조정을 진행하도록 보장하며, 일련의 사회영역으로부터 (국가가) 점차 퇴출되어, 사회와 사인 영역에 더 많은 자유공간을 넘겨주게 된다. 국가기구 자신의 건설도 부단히 완비되며 각종 제도도 점차 완비된다. 국가와 사회는 각자 법치의 틀 아래서 운영되고, 양자 사이에는 상호영향 관계가 형성된다.²⁷⁾ 이러한 상호영향 기제가 형사법치 생성의 사회적 기초이다.

VI. 중국 형사소송제도의 완비 : 형사 법치질서의 재구성

1. 중국 형사소송제도 완비의 사회적 기초

중국 현행 형사소송법은 전체적으로 그 기본 틀과 구조가 중국 법치건설의 수요에 적응한 것이며,²⁸⁾ 현행 형사소송법의 사회적 기초는 제11기 제3차 중앙 전체회의 이후 1990년대 초반까지 중국의 현실적 국가정세이다. 실제로 1990년대 이후의 현대 중국 시장경제 개혁은 중심을 향해 발전하고 있다. 시장경제

27) 劉旺洪, 「國家與社會: 法哲學研究範式的批判與重建」, 『法學研究』2002年 第6期.

28) 晏向華 등, 「刑事訴訟再修改時機已經成熟」, 『檢察日報』(2003. 11. 7).

개혁이 정부의 지지와 법률의 보장을 얻어 부단히 중심을 향해 발전하면서, 시장경제의 고속발전은 중국 현대사회의 유형전환(轉型)을 가져왔는데, 만능주의 국가 통할 하의 동질적 사회구조는 이미 연기처럼 사라지고 구름처럼 흩어져, 자유·평등·권리 등의 관념이 나날이 확립됨으로써, 중국은 가치다원·이익다원의 시대로 진입하고 중국의 시민사회도 점차 형성되고 있다. 현행 형사소송법의 개정은 법치질서의 재구성을 의미한다. 그것은 중국 사회변혁과 긴밀히 연결되는데, 근래 중국 사회의 아래와 같은 중대 변천은 형사 법치질서 재구성의 사회적 기초를 구성했다.

1) 시장경제의 심화

1980년대 초 중국 시장경제체제의 건립은 경제발전의 형세를 가져왔을 뿐 아니라, 경제체도가 처한 기초적 지위에 있어서도 그것은 동시에 사회생활의 거대한 변화를 끌어냈는데, 이하의 변화들은 형사 법치질서의 재구성과 관계된다. 우선, 시장경제는 국민의 주체의식과 권리의식의 제고를 촉진했다. 시장경제는 경제주체 사이의 교환이 계약에 의해 진행될 것을 요구하는데, 사람들은 교환 중에서 자신의 가치를 증명하고 나아가 자유·평등의 각 개인에 대한 의의를 증명한다. 주체평등·자유경쟁·등가보상은 시장경제의 기본 내용이다. 그리고 이러한 요구가 법률 상 집중 표현된 것이 바로 계약이다. 시장경제사회는 권리와 의무의 통일을 요구하고 법치를 요구하는 “계약사회”이다. 주체간의 사회적 지위의 평등 및 권리·의무의 대등은 계약사회의 존재에 필요한 기초가 된다. 계약 자체가 사람의 주체성·권리의식 및 자주정신을 반영한 것이다.²⁹⁾ 다음, 국가권력이 나날이 감축되고 사회권리가 나날이 확장되어 다원성을 드러낸다. 시장경제는 시장주체의 주체성 및 권리의식을 제고하는데, 이는 자연히 제한정부에 대한 요구를 발생시키며, 공공권력과 개인권리 사이에 합리

29) 孫曉莉, 『中國現代化進程中的國家與社會』(中國社會科學出版社, 2001), 96면.

적 경계 구분을 요구하게 된다. 시장경제 조건 하에서 개인에 대해 직업선택과 거주이전 자유, 결사의 자유, 재산권 및 공공여론의 권리를 보장함으로써, 사회 권리의 증가를 촉진하고 권력의 국가독점을 변화시킨다. 그리고 종래 계획경제의 특징은 곧 정부가 행정수단에 의존하여 사회의 생산·분배를 조직하는 것이어서, 계획경제는 강대한 행정권력에 의존하여 추동될 수밖에 없었다. 계획경제의 본질은 권력경제, 즉 행정명령과 지도자의 뜻대로 그 경제상태가 오로지되는 것이다.³⁰⁾

2) 시민사회의 형성

개혁·개방 이후 중국은 사회유형전환의 과정에 처해있다. 시장경제가 중국에 가져다 준 현저한 변화는 동시에 정치체제 측면에도 “작은 정부, 큰 사회”의 목표실현을 개혁의 중심으로 가져왔고, 이러한 배경 하에서 중국 사회의 자유 공간은 부단히 커지고 자원유통의 속도도 부단히 빨라져서, 총체성·동질성사회가 해체되기 시작하고, 세속화 욕구 및 자유·평등과 자주성의식이 나날이 상승하여, 시민사회는 이미 대강 갖추어졌을 뿐 아니라 부단히 발전해 나아가고 있다. 중국에서의 시민사회는 하나의 “가능” 문제가 아니라 이미 일종의 사회현실이 되었다.³¹⁾

3) 세계화(globalisation)의 영향

이른바 세계화(全球化)는 “하나의(또는 일련의) 사회관계·교역 공간조직의 변혁을 체현한 과정-그 넓이·강도·속도 및 영향에 근거하여 형량 할 수 있는-이 대륙 간 혹은 구역 간 유통·활동·왕래 및 권력실시의 네트워크를 생성한 것”을 지칭한다.³²⁾ 세계화는 경제의 세계화로부터 비롯되는데, 경제의 세

30) 江平, 「完善市場經濟法制的思考」, 『中國法學』 1993年 第1期.

31) 馬長山, 『國家, 市民社會與法治』(商務印書館, 2001), 210~211면.

계화는 법률의 세계화를 초래할 수밖에 없다. 왜냐하면 “경제의 일체화와 탈국가화는 단순히 경제적인 것이 아니라, 국가의 정책·법률의 변혁으로써 선도되며, 동시에 국가 정책·법률의 변혁을 진일보 추동하는 것”이기 때문이다.³³⁾ 세계화 과정의 중국은 그 자신의 법률체계도 이 추세의 영향을 받게 된다. 그래서 현대화를 적극 추구하는 형사소송제도 및 중국 사회에 대해 말하자면, 세계화의 시각을 견지해야만 하는 것이다. 중국은 여태껏 세계화 과정으로부터 벗어난 적이 없으며 계속 그 가운데에 있다. 형사사법 세계화의 발전추세에 반하여, 인류가 그 몇몇 가치에 있어 달성한 공통인식을 무시한다면, 형사사법 현대화의 청사진을 짤 수 없다.³⁴⁾

중국 사회는 상술한 중대 변천의 영향 하에 처해 있으며, 중국 시민사회와 정치국가의 현대화 발전은 국가-사회관계 상 출현한 새로운 특징들을 결정짓는다.

우선, 현대 중국 시민사회의 건립·구성과 발전에 따라, 시민사회의 원칙이 사회에 보편화되고, 정치국가에도 심각한 변화가 필연적으로 발생한다. 이러한 변화는 국가가 성질상 더 이상 만능주의국가가 아니게끔 하는데, 그 기능상 국가는 다음 특징을 갖게 된다. (1) 국가기능의 범위가 무한하지 않고 유한하며, 그것도 사회-국가 상대분리 원칙에 따라, 사회 자치영역과 순수 사인영역에 개입할 수 없게 된다. (2) 국가는 사회질서를 유지하고 국가안전을 보장하며, 시민의 임의성을 방지·통제하고 사회정의를 수호하며 주체의 합법적 권익이 불법 침해되지 않도록, 사회에 대해 필요한 간여와 관리를 진행한다. (3) 국가는 시민사회의 비자족성 및 시민사회의 분쟁해결기구가 중국적 권위를 지니지 못한 점에 기하여, 사인이익 사이의 이익충돌에 대해 재판을 진행하고, 분쟁을 해결함으로써, 사회주체의 권리와 이익을 수호하고 위법행위를 징벌한다. (4) 국

32) 大衛·赫爾德 등, 楊雪東 등 역, 『全球大變革: 全球化時代的政治, 經濟與文化』(社會科學文獻出版社, 2001), 22면.

33) 朱景文, 「關於法律與全球化的幾個問題」, 『全球化與中國』(中央編譯出版社, 1998), 102~103면.

34) 卞建林, 『刑事訴訟的現代化』(中國法制出版社, 2003), 40~41면.

가권력의 운영방식 상, 우선 헌법과 법률을 통해 국가-사회의 각자 관할과 운영범위를 확정함으로써, 국가의 시민사회 자치영역에 대한 침입을 방지할 뿐 아니라, 시민사회의 국가권위에 대한 침해를 방지한다. 이러한 의의에서 말하자면, 헌법은 곧 시민사회와 국가 사이의 계약이며, 법률은 시민사회 조직과 공민 개인권리에 대한 규정, 그리고 국가 및 그 공무원 직권의 직책·행위방식 및 절차에 대한 규정을 통해 국가-사회의 상대분리와 상호침투를 확보한다. 그리하여 국가는 그 운영상 반드시 형식화와 법치화 되어야 하는 것이다.³⁵⁾

다음, 중국 시민사회 자신의 특징은 중국 현재 국가-사회관계에 새로운 변화를 드러낸다. (1) 시민사회가 국가 존재의 합리성·합법성에 기초가 되었다. (2) 사회본위의 가치 지향으로 사회가 국가의 내재적 목적이 되었다. (3) 시민사회와 국가의 관계에 있어 상호분리·상호독립·상호제약의 관계 뿐 아니라, 상호수요·상호의뢰·상호추동의 관계도 드러낸다. 정치국가의 시민사회에 대한 관리·간여·편향시정·분쟁재결이 없으면, 시민사회의 정연한 운영과 정치적 보장도 있을 수 없고, 시민 개인이익과 인격독립도 정당한 존중과 보호를 받을 수 없다. 정치국가가 시민사회의 현실적 수요에서 이탈하면, 그 존재의 합리성·합법성 기초를 결여하게 되고, 그 자신도 전통의 진압적·통치적 기구로부터 현대 민주정치 국가로의 변혁을 겪지 못하게 된다.³⁶⁾

2. 형사 법치질서의 재구성

중국 현행 형사소송법은 전체적으로 그 기본 틀이 중국 법치건설의 수요에 적용한 것이나, 경제·정치·문화 등 허다한 요소로부터 영향을 받은 것이다. 중국의 형사소송절차는 아직 부족한 점이 있고, 형사법치의 요구에도 부합하지 않는데, 구체적으로 말하자면, 우선, 공소인과 변호인 양측의 평등을 실현하지 못해 그 역량대비가 불균형하다. 중국 형사소송은 법정심리 중 공소인·변호인

35) 劉旺洪, 앞의 논문.

36) 劉旺洪, 위의 논문.

양측의 대항성이 1979년 형사소송법에 비해 다소 강화되었으나, 공소인은 기소 직능을 담당할 뿐 아니라 동시에 법률의 감독까지 담당하는 점에서, 공소인·변호인 평등(控辯平等)의 원칙에 위배된 것이다. 다음, 강제수사처분에 대한 유효한 제약이 결여되었는데, 이는 다음 두 측면으로 나타난다. 그 하나는 몇몇 강제수사처분의 경우 적용조건 및 절차를 규정하지 않았다는 것이며, 그 둘은 사법심사의 원칙을 확립하지 않았다는 것이다. 중국의 수사절차에서는 사법심사가 결여되어, 수사행위에 대한 유효한 제약이 결여되고 있다. 수사활동은 수사기관이 스스로 실시하고, 법원은 이러한 수사행위에 대처해 유효한 감독을 진행할 방법이 없다. 또한, 무죄추정 원칙이 아직도 최종 확정되지 아니하여, 이 원칙이 형사소송 중 권력을 규율하고 권리를 보장하는 작용을 발휘하기 어렵다. 끝으로, 변호권이 불합리한 제한을 받는다. 변호사의 접견권이 불합리한 제한을 받고, 증거조사·수집권이 제한받으며, 동시에 공소기관의 사건서류 이송방식이 바뀌었음에도 증거개시제도가 결여됨으로써, 변호사가 서류열람 시 얻을 수 있는 자료에 한계가 있는 등, 이상 제 현상은 변호직능의 발휘에 직접 영향을 미쳐 피고인의 권익에 손해를 끼친다.

중국 현행 형사소송절차에 아직 상술한 바, 사람 뜻대로 되지 못한 부분이 있음을 감안할 때, 형사 법치질서의 재구성이 따라서 현실적인 문제라고 한다면, 이러한 재구성 임무를 완성하는 길은 어디에 있을까? 실제로 형사 법치질서 재구성의 관건은 소송이념 및 거시적 절차제도를 전환시키는 데 있다. 학계는 종래, 대륙법계 직권주의와 영미법계 당사자주의는 서로 차이가 뚜렷한 두 가지 제도로서, 직권주의 소송제도는 범죄통제에 중점을 두며 당사자주의는 인권보장에 더 중점을 둔다고 인식해 왔으나, 실제로 양자의 차이는 결코 여기에 있지 않는 것이니, 어떤 대륙법계 법치국가도 인권보장을 희생한 대가로써 범죄통제를 추구하지는 못하는 것이다. 양자의 차이는 구체적 기술·조작 측면에 있는 것이어서, 그것이 추구하는 바 가치 지향에서는 다를 바가 없는 것이다. 바로 이 두 가지 소송모델이 그 추구하는 가치의 측면에서 일치성이 존재하기 때문에, 양측이 나날이 동화될 수 있는 것이다.

오늘날 사회에서 과연 가치의 동화가 가능하며, 동화된 가치는 과연 어떠한 것인가? 오늘날 세계화 사회에서 어떤 종류의 가치가 세계성(普世性)을 지니는가? 세계성을 갖춘 가치는 오늘날 사회 속에서 가장 보편성을 지닌 문구라야 하고, 그 보편성으로써 국가경계에 대한 관통력을 지녀야 한다. 이러한 세계적 가치는 곧 인권인데, 그 핵심은 인류의 존엄을 수호함에 국경이 없다는 것이며, 그 발판은 공민이 아니라 사람이 된다. (인권은) 일종의 보편적 역량으로서 사회단체 내부질서, 국가법, 국제법을 향해 무단히 스며들어, 단지 전 지구 범위에 드러나는 데 그치지 않고, 나아가서 일종의 보편화 또는 세계화로 현출되는 것이다.³⁷⁾

앞 절에서 이미 지적했듯이, 중국 형사 법치질서 재구성의 사회적 기반 중 하나는 세계화 추세이며, 따라서 중국 형사 법치질서의 재구성은 세계화를 배경으로 삼아야 하고, 세계화 시대의 세계 보편적 가치(普世價值)-인권을 체현해야 한다. 그리고 형사소송은 인권이라는 세계 보편적 가치를 실현함에 있어, 정당한 절차를 통해 이성적으로 범죄를 징벌해야 하고, 사람의 주체성을 존중해야 하며, 최종 소송결과가 사회공중에 수용되도록 해야 할 것이다.

중국 형사 법치질서의 재구성이 그 가치 측면에서 세계화 시대의 세계 보편적 가치-인권을 인정해야 한다면, 그 제도 측면에서 도대체 어느 것을 참조해야 할 것인가? 필자는 국제연합의 형사사법준칙이야말로 세계화 시대 각국이 형사소송 실천 중 달성한 공통의 인식이며, 인류사회가 추구하는 보편적 가치-인권의 체현이라고 생각한다. “인권보장이야말로 국제연합 형사사법준칙 중 최고 위계의 원칙이며, 기타 일체 원칙을 확립한 목적은 인권보장이라는 주지(主旨)를 실현하기 위한 것”이기 때문이다.³⁸⁾ 그러므로 중국 형사 법치질서의 재구성은 세계화의 배경 하에서 가치합리성을 갖추어야 하는 것이니, 세계 보편적 가치-인권을 인정해야 한다. 또한 그것은 형식합리성을 갖추어야 하는 것이니, 제도상 국제연합 형사사법준칙을 참조해야 한다.

37) 胡水君, 「全球化背景下的國家與公民」, 『法學研究』 2003年 第3期.

38) 卞建林, 앞의 책, 61~62면.

〈참고문헌〉

- 强世功, 『法治與治理: 國家轉型中的法律』, 中國政法大學出版社, 2003.
- 江平, 「完善市場經濟法制的思考」, 『中國法學』 1993年 第1期
- 公丕祥 編, 『當代中國的法律革命』, 法律出版社, 1999.
- 大衛·赫爾德 등, 楊雪東 등 역, 『全球大變革: 全球化時代的政治, 經濟與文化』, 社會科學文獻出版社, 2001.
- 董必武, 『董必武選集』, 人民出版社, 1985.
- 董炯著, 『國家, 公民與行政法』, 北京大學出版社, 2001.
- 馬長山, 『國家, 市民社會與法治』, 商務印書館, 2001.
- 樊崇義 編, 『刑事訴訟法實施問題與對策研究』, 中國人民公安大學出版社, 2001.
- 卞建林, 『刑事訴訟的現代化』, 中國法制出版社, 2003.
- 福島正夫 등, 『中國的審判』, 東洋經濟新報社, 1957.
- 本報評論員, 「學會使用法律武器維護社會安定團結」, 『光明日報』, 1981. 1.27.
- 謝覺哉, 『謝覺哉論民主與法制』, 法律出版社, 1996.
- 孫曉莉, 『中國現代化進程中的國家與社會』, 中國社會科學出版社, 2001.
- 晏向華 등, 「刑事訴訟再修改時機已經成熟」, 『檢察日報』, 2003.11. 7.
- 梁治平 編, 『法治在中國: 制度, 話語與實踐』, 中國政法大學出版社, 2002.
- 汪海燕, 「刑事訴訟模式的演進」, 中國政法大學 2000級 博士論文
- 袁祖社, 『權力與自由』, 中國社會科學出版社, 2003.
- 劉旺洪, 「國家與社會: 法哲學研究範式的批判與重建」, 『法學研究』 2002年 第6期
- 李澤厚, 「思想史的意義」, 『讀書』 2004年 第5期
- 張武雲, 「打打常規, 一日千里」, 『政法研究』 1958年 第5期
- 張培田, 『法與司法的演進及改革考論』, 中國政法大學出版社, 2002.
- 程竹汝, 『司法改革與政治發展』, 中國社會科學出版社, 2001.
- 朱景文, 「關於法律與全球化的幾個問題」, 『全球化與中國』, 中央編譯出版社, 1998.
- 陳光中 編, 『刑事訴訟法』, 北京大學出版社/高等教育出版社, 2002.
- 蔡定劍, 『歷史與變革: 新中國法制建設的歷程』, 中國政法大學出版社, 1999.
- 馮若泉, 「駁賈潛的“審判獨立”的反黨謬論」, 『政法研究』 1958年 第1期

河村有教, 李彬 등 역, 「現代中國的刑事審判與正當程序」, 『刑事法評論』第12卷, 中國政法大學出版社, 2003.

胡水君, 「全球化背景下的國家與公民」, 『法學研究』2003年 第3期

The Modernization of Contemporary Chinese Criminal Justice : A Historical View

Xu, Shen Jian*

(trans. by Shin, Woo-Cheol)

This study constitutes an attempt to shed light on the social transformation and the evolution of the rule of criminal law in Contemporary China. In section two, it probes the history of criminal procedure from the late Qing Dynasty's law revision to 1949. The codification of criminal procedure law draft indicated the formation of modern criminal justice, criminal procedure in Republic of China belonged to the continental system, criminal procedure in communist party's base area had its unique characteristics. In section three, it probes the criminal procedure law from 1949 to 1976. The criminal procedure law type was the rule by law from 1949 to the period before anti-rightist movement(1957), and the type was the rule by movement or policy from 1957 to 1976. From 1949 to 1976, criminal procedure law's social base was extremely strong nation and extremely weak society, and the nation totally controlled the society. In section four, it explores the 1979 criminal procedure law, this code indicated the making of rule by law, and the social base of this code was the separation between nation and society. In section five, it probes 1996 criminal procedure law. It indicated the formation of the rule of criminal procedure law. And this code's social base was the interaction mechanism between nation and society. In section six, it probes the social base of perfection of criminal procedure in China, and gives the plan to the re-formation of rule of criminal procedure law in China.

* Professor, China University of Political Science and Law

[Key Words] Modernization, Criminal Justice, Contemporary China, criminal procedure law