

## 中国刑事司法领域重大现实问题论纲\*

阴建峰

北京师范大学刑事法律科学研究院副教授

### < 目次 >

- 一、前言
- 二、刑事司法解释问题
- 三、死刑适用的司法限制问题
- 四、非公有制经济的刑法保护问题
- 五、劳动教养制度改革问题
- 六、刑事和解制度问题
- 七、重点领域热点犯罪问题
- 八、余论

### 一、前言

经过三十年的改革开放,中国国家愈益强盛,人民日渐富裕,民主与法治事业成就斐然。而作为国家法治的重要组成部分,刑事法治的发展同样有赖于不断顺应社会形势对现存制度的改革。可以说,时代的变迁,社会的进步,已经成为刑事法治发展进步最内在的源动力。同时,也只有在对现存制度及其运作中的非理性因素进行深刻反思的基础上,以现代刑事法治理念为支撑谨慎进行制度性革新,才能始终保证刑事法治向着更加理性的方向发展。<sup>1)</sup>

\* 심사위원 : 이정원, 양종모, 한인달

투고일자 : 2009. 1. 21, 심사일자 : 2009. 3. 15, 게재확정일자 : 2009. 3. 20.

申言之, 刑事法治改革是时代的要求, 是建设法治国家的需要。中国刑事法治改革的宗旨, 就是为了实现刑事法治的科学化和现代化, 以维护和促进社会的和谐、发展与进步。只有以现代法治思潮和理论研究为先导, 以刑事立法的改革与完善为基础, 以刑事司法的革新与强化为重点, 刑事法治改革方能臻以成功并取得整体进步。如果说刑事立法是法治实践理性的最初环节, 那么刑事司法则是其关键的环节。中国刑事法治的发展进步当然离不开刑事立法的科学化、民主化与现代化, 因为它需要一套规范刑事法治活动的科学的游戏规则。不过, 这套规则的设立是否合理, 能否得到切实遵循, 还必须经由刑事司法活动的检验和完善。因此, 没有刑事司法的有效运行和切实保障, 同样也不可能真正取得刑事法治的发展进步。

限于篇幅, 本文仅拟以刑事司法为视角, 选择若干关涉中国刑事法治发展进步的重要问题逐一予以剖析, 着力揭示其中所存在的问题, 并就相关制度的改革与完善略抒己见。

## 二、刑事司法解释问题

刑法解释论是刑法学基础理论的重要组成部分, 在中国近年来的刑法学术研究中, 对该领域的研究有逐渐升温的趋势。尤其是刑法立法解释和司法解释文件的不断出台, 已经引起刑法学界的广泛关注与讨论。而刑事司法解释无疑是中国刑事法治建设全局中的一个重要问题和环节。刑事司法解释既与刑事立法紧密关联, 又与刑法的实施联系在一起, 它可以说是连接刑事立法和司法实践的桥梁。数十年来, 中国刑事司法解释的实践既在贯彻刑事立法精神、打击犯罪、保护人民方面做出了巨大的贡献, 也出现了不少广受诟病的问题。例如刑事司法解释文件与一般司法文件界限不清、解释权配置体制不合理、越权解释较为普遍地存在、生效时间的规定不科学、失效时间的不明确、制定方式和修改方式不规范、在相当长的时间里制定程序无章可循或有章不循等等。刑事司法解释的规范化和科学化, 已经成为中国加强

1) 张智辉: “刑法改革的价值取向”, 载《中国法学》2005年第4期。

刑事法治建设进程中亟需解决的一个重要问题。这里仅就其中影响到罪刑法定原则贯彻实施的一个突出的问题——越权刑法解释及其防止对策问题略陈管见。

越权刑法解释有狭义和广义两种含义。狭义的越权刑法解释，是指超出了法定解释权限的刑法解释，即本来有解释权，但超出了权限。质言之，这种越权是“越解释权”。广义的越权刑法解释，除了包括狭义的越权刑法解释外，还包括无权刑法解释，即没有法定解释权的国家机关对刑法所作出的解释。易言之，这种越权是“越其实有职权”。具体来说，越权刑法解释包括有解释权的机关作出的违背解释规则的解释和无解释权的其他机关作出的解释。越权刑法解释又可相应地分为越权刑法立法解释和越权刑法司法解释两类。仅就刑事司法领域中的越权刑法司法解释来说，主要包括以下类型：（1）违背刑法基本原则的司法解释。（2）违背立法原意的司法解释。其具体表现形式有：其一，将无罪的行为规定以犯罪论处。如最高人民检察院针对足球“黑哨”事件所颁发的通知。其二，将有罪的行为规定不以犯罪论处。其三，改变此罪与彼罪的界限。其四，改变法定刑设置。其五，改变缓刑、减刑、假释等刑罚适用制度。（3）最高司法机关内部各部门发布的刑法解释性文件。两高内部各业务庭（厅）室均无权以各自的名义对外发布司法解释性文件，目前司法实践中存在的此类文件均属于越权解释。（4）地方各级人民法院、人民检察院所发布的刑法解释性文件。地方各级司法机关并不具备发布司法解释的主体资格，由其进行的刑法解释也属于越权刑法解释。越权刑法解释产生的原因，既是因为立法的抽象性与司法的具体性之间的矛盾以及立法的稳定性与社会的易变性之间的矛盾无法彻底解决所致，同时也是因为中国目前对刑法解释权缺乏应有的制约。

笔者认为，越权刑法解释尤其是越权刑法司法解释是类推制度废止后罪刑法定主义的最大敌人。对于越权刑法解释主要应采取以下对策：（1）立法机关坚持细密刑法立法观和超前立法观。（2）立法机关及时行使刑法修改权。（3）最高司法机关及时行使司法解释权。（4）保证司法机关独立行使司法解释权。应当禁止行政机关（如国务院各部门）和最高司法机关联合发布刑法解释的做法，司法解释只能以最高司法机关的名义发布。（5）以法律的形式对刑法解释的制定程序进行规定。具体可以采用以下方案：一是制定《法律解释法》，对包括刑法解释在内的法律解释问

题作出统一规定；二是全国人大常委会制定一个新的《关于法律解释工作的决定》，除了对法律解释的权限作出规定外，还对各类法律解释的制定程序作出规定；三是在《立法法》中增加关于司法解释程序的规定。（6）建立完善的刑法解释撤销机制。应当对撤销越权刑法解释的提请主体、审查主体和审查程序做出具体的法律规定。<sup>2)</sup>

### 三、死刑适用的司法限制问题

死刑在人类历史上有着悠久的历史。但是，自第二次世界大战以来，尤其是进入21世纪之后，死刑逐渐失去了其在以往刑罚体系中的核心地位，限制、减少乃至废止死刑已成为非常响亮和强劲的时代命题。这一命题不仅为越来越多的国际法律文件所认可，而且逐步成为大多数国家的刑事法治实践。在这样的形势之下，中国刑事法理论与实务界对死刑也进行了深刻的研究和探讨，取得了很多有益的成果，从而对中国切实减少死刑适用的数量、保障死刑案件的质量产生了深远影响。其中，最为重大的成就是：理论界已经达成现阶段中国应当逐步废止非暴力犯罪死刑，并朝着全面废止死刑之方向努力的基本共识；最高人民法院从2007年起业已全面收回以前下放的死刑核准权。这就为中国刑事法治中死刑制度的改革与完善创造了良好的开端。但是，在中国朝着保障人权、以人为本的现代和谐社会方向迈进的过程中，中国死刑制度改革还面临着诸多的难题，如死刑罪名繁多、死刑适用泛滥、死刑适用标准有失明确统一、民众报应观念根深蒂固、死刑正当程序不健全尤其是死刑复核程序缺漏较大等等。对于这些问题及其解决进行全面的分析研究，当有助于促进中国死刑制度的改革与完善。

而从法治的层面上看，死刑制度的改革不外乎两个方面：死刑的立法改革与司法改革。死刑的立法改革具有基础性、决定性的作用。在刑法立法中，对死刑制度进行改革，能在源头上实现限制与减少死刑适用的目标，因为规定更为严格的死刑适

2) 赵秉志、陈志军：“论越权刑法解释”，载《法学家》2004年第2期。

用的一般标准与更为宽松的死缓适用标准,减少死刑罪名,并在法律上严格限制具体犯罪死刑的适用规格,显然能够直接产生减少死刑适用的法律效果。但是,死刑的立法改革却是一个复杂而又程序繁多的重大工程。死刑改革又牵涉诸多难题,如果每个难点的解决都要依赖于立法活动,那么,死刑制度的改革步伐与力度就可能受到较大的限制,改革的进度就会相当缓慢。相对来说,死刑的司法改革是在司法领域中由司法机关进行的,并不涉及复杂的立法程序。很多问题能够在司法实践领域做出积极的探索,并有可能取得较好的效果。例如,非暴力犯罪并没有规定绝对的死刑,从限制、减少死刑的立场出发,司法机关就可以基于犯罪情节尚未达到适用死刑的程度为理由而对非暴力犯罪尽可能不适用死刑,从而逐步使非暴力犯罪的死刑基本予以虚置,起到严格控制死刑数量之功效。另外,对死刑适用的基本标准予以严格把握,放宽死刑缓期两年执行的适用条件,对具体犯罪适用死刑的具体规格和情节从严掌握,也是司法机关在其职责范围内能够做到的。以此限制、减少死刑的适用,显然是推进死刑制度改革的更为方便、快捷、适宜的途径。所以,现阶段中国死刑制度的改革,虽然需要立法改革与司法改革齐头并进,但更有必要以司法改革为中心。

本着“保留死刑,但严格控制死刑”之政策,中国最高司法机关近年来在司法领域中积极开展和实施死刑制度的司法改革,对死刑制度的诸多问题予以积极的探索,取得了显著的效果。而死刑复核权收归最高人民法院统一行使,即是其中的重大进展。从最高人民法院收回死刑复核权后一年多来的实践情况看,死刑案件核准工作进展顺利,实现了平稳过渡,没有出现大起大落的情况。而且,死刑案件的数量继续明显下降,质量更加扎实可靠,死刑复核程序逐步规范和完善。<sup>3)</sup>

最高人民法院刑一庭庭长黄尔梅大法官2008年3月初在接受媒体采访时表示,最高人民法院2007年收回死刑复核权以来,因原判事实不清、证据不足、量刑不当、程序违法等原因不核准的案件,占复核终结死刑案件的15%左右。同时,判处死刑缓期二年执行的罪犯人数首次高于死刑立即执行的罪犯人数。<sup>4)</sup>

3) 参见:“死刑复核权上收‘盘点’——专访最高人民法院副院长姜兴安大法官”,载 <http://news.sohu.com/20070904/n251944274.shtml>。

4) 参见:“最高法院:去年15%死刑案被驳回”,载 <http://www.jfdaily.com/gb/jfww/xinwen/node1221/node>

可以说,这一重大改革已收到了良好的效果,在国内外引起了强烈反响。在此基础上,笔者认为,刑事司法实践中还应在如下方面做进一步努力:(1)积极贯彻宽严相济的刑事政策,严格限制与减少死刑的适用;(2)统一死刑适用标准,确保死刑只适用于极少数罪行极其严重的犯罪分子;(3)扩大死刑缓期执行制度的适用,以便从执行制度上体现出对死刑限制的精神;(4)提高死刑适用质量,减少死刑适用数量,慎重适用死刑,从而努力促使司法工作人员在死刑适用上转变观念。<sup>5)</sup>

#### 四、非公有制经济的刑法保护问题

从“拾遗补阙”到“国民经济必要的有益的补充”,又成为“国民经济的重要组成部分”,中国非公有制经济的发展在晚近20年间可谓一路破冰,昂首走来。而为了给非公有制经济的发展创造良好的社会氛围和法治环境、提供切实可靠的法律保障,就必须尽快加强和完善社会主义法治建设。正是遵循此一指导思想,中国1999年3月的《宪法修正案》明确规定,“在法律规定范围内个体经济、私营经济等非公有制经济,是社会主义市场经济的重要组成部分,国家保护个体经济、私营经济的合法权益和利益,国家对个体经济私营经济实行引导、监督和管理”。此一规定首次以根本法形式确立了个体、私营经济是社会主义市场经济的组成部分而不是补充成分,这就为对非公有制企业采取扶持政策和平等保护立法奠定了宪法基础。不过,尽管《宪法修正案》的上述规定确立了非公有制经济的法律地位,但一些相关法律条文特别是刑法,还未能适应现实状况和宪法精神,做出相应的修改和完善。为保证宪法精神落实到经济和社会生活的各个方面,必须加强对非公有制经济的法律保护尤其是刑法保护。从当前中国刑事法治实践情况来看,正确认识对非公有制经济的刑法保护并切实予以贯彻落实,已成为社会发展的迫切要求。<sup>6)</sup>

---

[43085/userobject1ai1965619.html](http://43085/userobject1ai1965619.html).

5) 参见赵秉志:“我国现阶段死刑制度改革的难点及对策——从刑事实体法视角的考察”,载《中国法学》2007年第2期。

6) 参见张军:“非公有制经济法律地位的变迁及其启示”,载《中国法学》2007年第4期。



考察与反思《宪法修正案》颁布以来的刑事法治情况,应当说,关于非公有制经济的刑法保护问题在执法观念上有所进步但还有较大的差距,最高司法机关出台的司法解释对此有所体现但仍不够全面且存在矛盾,而刑法方面的协调和明确体现则尚付阙如。这种不尽如人意的刑事法治状况已逐渐引起刑法学界乃至法律实务界诸多有识之士的关注,应当予以及时研究和着力解决。

笔者认为,除了国家立法机关应尽可能及时地修改补充刑法规范,为强化对非公有制经济的刑法保护提供立法的保障外,尤其需要在刑事司法中完善对非公有制经济的平等保护。首先,应该在刑事司法中树立保护非公有制经济乃至平等司法的观念。其次,应坚持“实体”与“程序”并重的司法理念和“以人为本”人性化执法的思想。再次,要对非公有制经济的刑法保护做出与时俱进、富有针对性的规范解释。此外,还应强化司法机关系统内部的监督和管理,将对非公有制经济的平等保护真正落到实处。<sup>7)</sup>

## 五、劳动教养制度改革问题

劳动教养是中国特有的一种法律制度。根据现行的劳动教养法律、法规的规定,劳动教养是对有违法和轻微犯罪行为,不够或不需要予以刑事处罚而需要劳动教养的人,由省(区、市)和大中城市下设的劳动教养管理委员会(实际上是由公安机关)审查批准,由司法行政部门的劳动教养管理所收容并进行教育改造1至3年,必要时可以延长1年的行政措施。作为一种非司法性剥夺公民人身自由的制度,劳动教养制度不仅涉及刑法的相关内容,而且涉及刑法与行政法等部门法之界限,它尤其与中国法治化进程密切相关。

诚然,劳动教养制度在中国的确立和发展有其特定的历史背景和价值基础。在其存续的50年间,该制度在维护社会治安,稳定社会秩序,预防和减少犯罪,教育和

7) 参见张军著:《非公有制经济刑法规制与保护论纲》,中国人民公安大学出版社2007年版,第235页。

挽救轻微违法犯罪人员等方面曾在一定程度上起到过积极的作用。但是,随着中国政治、经济、文化等各方面的发展变化,特别是在依法治国、建设社会主义法治国家基本方针的确立和对人权保障的日益重视的背景下,该制度中存在的诸多问题和缺陷日益暴露出来。概而言之,目前中国的劳动教养制度存在着性质定位模糊、收容对象宽泛、内容过于严厉、审批程序不严、当事人缺乏必要的司法救济、期限过长等等弊端。从价值理念上看,它不符合现代国家保障人权的观念,有违公平、正义原则;从法律根据上看,它与中国的《立法法》直接相违背,与《治安管理处罚条例》、《行政处罚法》不相协调,与国际人权公约的要求明显不符合,背离了依法治国的内在要求。劳动教养制度设计的严重缺陷带来了操作、执行过程中出现的种种诟病,成为国际社会指责中国人权保障状况的焦点之一。劳动教养作为“强制性教育改造”的初衷已经被其现实劳教教养运作过程中所体现出来的严厉处罚性所取代,作为“安置就业的一种办法”的最初考虑,更是荡然无存。可以说,劳动教养作为中国控制社会秩序的重要手段,其具体实施过程所造成的对法治原则和正义理念的不良影响,已超过它对于维护社会治安所能发挥的积极作用。<sup>8)</sup>

事实上,劳动教养作为一种具有中国特色的法律制度,显然是以维护社会秩序为其基本价值取向的;但是兼顾维护社会秩序和保障公民人权两种价值,乃是现代法治精神对各项具体法律制度的基本要求。中国是共产党领导的人民民主专政的社会主义国家,维护和保障人权是国家的基本政策。劳动教养制度由于存在着上述种种问题和缺陷,不仅成为中国社会法治化进程中特别是刑事法治建设中的一个突出问题,而且是中国民主与人权事业及国际人权斗争中的一个广受诟病的焦点问题。在对1979年刑法典修改的研拟过程中,现行劳动教养制度的处置虽然是一个争论较大的问题,但无论学界还是司法、公安部门,基本上都对其持改革的立场,只是由于当时准备不足,配套制度一时难以落实到位而暂时搁置。如今,对现行劳动教养制度进行改革,不仅是实现党的十七大报告所提出的“深化司法体制改革,优化司法职权配置,规范司法行为,建设公正高效权威的社会主义司法制度”目标的要求,

8) 参见赵秉志等:“中国劳动教养制度司法化改革论纲”,载《检察日报》2003年6月25日第3版。



而且亦是承担中国签署或者加入的联合国《公民权利和政治权利国际公约》等有关国际公约所规定之义务所需<sup>9)</sup>，是中国现代法治文明进步的需要，更是维护和保障人权，“维护社会公平正义，维护社会主义法制的统一、尊严、权威”的要求。

那么，究竟如何对中国现行的劳动教养制度进行改革？这在理论界和实务部门形成存与废两大观点阵营：一是主张应该废止劳动教养制度，包括将劳动教养刑罚化的观点；二是主张正视劳动教养的社会功效和运作弊端，在保留劳动教养制度的前提下进行必要的改革。主张对劳动教养予以适度改革的意见阵营中，大致又可分为两大模式四种方案：一是准司法化模式，主张在现有的制度框架内，通过强化劳动教养管理委员会的职能和对劳动教养的适用加以限制，来解决实践中存在的诸问题。二是司法化模式，即主张由人民法院通过公正的审判程序来决定。其中又具体包括三种方案：（1）设立专门的治安法院，负责审理公安机关提请的劳动教养案件；（2）由人民法院内设的刑事审判庭或行政审判庭负责审理劳动教养案件，设立劳动教养审判合议庭，或实行审判独任制；（3）在人民法院内部单独设立治安审判庭，专门负责审理劳动教养案件。

笔者认为，“准司法化”模式尽管顾及了制度的一贯性、稳定性和行政的高效率性，但并不能从根本上解决劳动教养制度已经凸现的诸多问题。在“司法化”模式中，主张设立治安法院的方案，符合劳动教养司法化的大趋势，有利于高效、公正地适用劳动教养，但其牵涉面太广，工作量过大，直接影响到中国现行的司法体制改革。而主张由人民法院内部现设的刑事审判庭或行政审判庭一并裁判的方案，其优点在于改革的影响面不大，但又容易造成与刑事诉讼、行政诉讼的混淆。

笔者认为，将劳动教养的决定权由公安机关转由法院来行使，使之纳入诉讼程序化运作过程，对于避免劳动教养决定的随意性，保障当事人的合法权益，尤其是保障其充分行使辩护权利，具有很大的积极作用；但劳动教养的固有缺陷并非诉讼程序化改进所能够完全解决的，而必须同时对劳动教养的实体问题进行彻底的变革。具体而言，对劳动教养制度的实体变革应从中国目前的国情和法治国家的长远目标

9) 联合国《公民权利和政治权利国际公约》第9条第1款规定：除非依照法律所规定的根据和程序，任何人不得被剥夺自由。中国现行劳动教养制度显然有悖于此一规定。

两个层面着眼。也就是说，可以从目前保留劳动教养制度和将来废除劳动教养制度两个阶段对劳动教养问题进行改革。在目前保留劳动教养制度的阶段，在现行法院体制架构下，可以借鉴当前的一些专门审判庭、法庭如少年犯罪审判庭的成功做法，在人民法院内部设立独立的治安审判庭，专门负责审理劳动教养案件。此一改革方案不仅简便可行，符合现行法制框架下对劳动教养性质的定位，而且能有效地将劳动教养纳入司法体制和正当程序之中，解决并克服现行劳动教养决定权、适用程序、权利救济等诸多问题和弊病，充分体现中国现代法治对公民人权保障与维护社会秩序并重的价值取向。而从建设法治国家的长远目标考虑，我们主张将来废除劳动教养制度，而在规范上代之以“违法行为处罚法”，并对当前劳动教养的对象、措施等，根据其具体情况和不同特点，予以分别处理。行为人之行为实际已构成犯罪的，应予以刑罚处罚；仅达到治安违法程度的，给予一般的治安管理处罚；如果既不可能犯罪化，只给予一般治安处罚又过轻且达不到教育目的的，则可以考虑纳入行政强制措施。例如：可以把目前对吸毒、卖淫、嫖娼人员所采取的强制戒除、收容教育与对这些人员的劳动教养合并，归并为一个体系，使之成为行政强制措施。<sup>10)</sup>

## 六、刑事和解制度问题

刑事和解是在刑事诉讼程序运行过程中，被害人和加害人(即被告人或犯罪嫌疑人)以认罪、赔偿、道歉等方式达成谅解以后，国家专门机关不再追究加害人刑事责任或者对其从轻处罚的一种案件处理方式。作为一项刑事司法革新运动，刑事和解制度发端于20世纪60、70年代北美司法系统内的被害人与加害人调解程序。1974年，在加拿大安大略省的基切纳市确立了第一个被害人与加害人的和解计划(VORP)。1978年，在美国印第安纳州的厄克哈特开始实施VORP。随着恢复性司法理念在国际上得到广泛认可，刑事和解制度作为一种新的司法模式也迅速成为各国司法实践的新

10) 参见赵秉志等：“中国劳动教养制度司法化改革论纲”，载《检察日报》2003年6月25日第3版。

宠。<sup>11)</sup>

对于中国的刑事法治而言,刑事和解制度还是一个新鲜事物,它不仅在立法上还基本处于空白状态,理论界的研究亦刚刚起步。目前,关于刑事和解制度的见解可谓截然对立。有的学者主张在中国构建刑事和解制度并进行了相关论证;但也有学界认为中国采纳刑事和解制度应当慎重,甚至对这种制度本身提出质疑。

诚然,刑事和解制度在某种程度上有冲击现行刑法基本原则之虞,而且它也与中国的刑罚目的有所冲突,可能对公共利益构成侵害,并在社会上造成一定的不良影响,甚至还可能会造成权利的滥用。但是,刑事和解符合中国“和为贵”、“冤家宜解不宜结”的善良风俗,有利于弥补被害人因犯罪造成的损害,抚平其心理创伤;有利于减少对抗,化解矛盾,促进社会和谐;有利于减少刑事追究,节约司法资源,化消极因素为积极因素。而且,有关司法机关已有的实践表明,刑事和解机制对于解决轻微刑事案件在中国同样具有重要的实践价值。因此,我们也主张,有必要借鉴国外先进经验,构建适合中国国情的刑事和解制度。不过,笔者认为,刑事和解制度只应适用于轻微刑事案件、未成年人犯罪案件以及过失犯罪案件。

## 七、重点领域热点犯罪问题

随着市场经济的深入发展、社会转型的不断加剧,在金融、环境、生产、互联网等领域出现了一些严重危及社会安定与和谐的热点犯罪,诸如腐败犯罪、金融犯罪、环境犯罪、知识产权犯罪、网络犯罪、黑社会性质组织犯罪、毒品犯罪、安全责任事故犯罪等等。现仅就其中的两个问题作简要论述:

### (一) 知识产权的刑法保护问题

11) 参见王志祥、姚兵:“刑事和解制度的中国命运”,载赵秉志主编:《刑事法治发展研究报告》(2006-2007年卷),中国人民公安大学出版社2008年版,第191页。

知识产权是法律赋予人们对脑力劳动创造的精神成果所享有的权利。知识产权具有与一般的财产权不同的社会价值，它是代表社会共同利益的一种新型产权制度的体现。在WTO管辖范围之内，知识产权保护已成为与货物贸易、服务贸易并称的三大支柱之一。随着中国成为世界贸易大国，国际社会对中国知识产权保护问题十分敏感与关注，涉及知识产权的贸易摩擦与司法纠纷不断增多，知识产权保护的紧迫性在中国已经得到了前所未有的提升。事实上，保护知识产权，不仅是中国履行国际承诺，创造良好的贸易和投资环境，提高对外开放水平的需要，更是促进科技创新、规范市场经济秩序、促进国民经济整体素质和竞争力提高的需要。而知识产权的刑法保护既包括刑事立法保护，也包括刑事司法保护。在入世前，中国已经根据世贸组织的TRIPs协议修改了著作权法、商标法和专利法等知识产权法律，并使之与刑法典共同构成较为完备的知识产权刑事立法保护体系。不过，从国际上看，各国对知识产权最强有力的保护还是刑事司法保护。中国对知识产权保护也不例外。完善的刑事司法保护机制是中国知识产权保护必不可少的。中国知识产权刑事司法保护的目的是要通过适时、正确地审理知识产权犯罪案件，有效地惩治与防范侵犯知识产权犯罪，切实维护当事人的合法权益，保障社会主义市场经济的顺利进行。

尽管中国知识产权犯罪的刑事立法已基本符合TRIPs协议的要求，但在司法实践中还有诸多问题亟待解决。在打击假冒商标、盗版和其他涉及知识产权的犯罪执法活动中，如何才能实现TRIPs协议的要求，把真正的制假者、地下工厂、下订单的幕后“黑手”挖出来，并对这些人以及假冒品的出口代理商、屡犯、从事假冒商标印制和盗版产品生产销售的单位和个人予以重点打击，以使所有具有商业规模的故意假冒盗版案件都受到刑事追究，仍然任重道远。<sup>12)</sup>

笔者认为，有必要从如下几个方面强化知识产权的刑事司法保护：（1）加大司法解释工作力度。“两高”已于2004年11月21日、2007年4月4日分别公布了两个关于办理侵犯知识产权刑事案件的司法解释文件。可以说，这两个司法解释文件的出台，体现了中国刑法关于保护知识产权的立法精神，切实履行了中国政府加入WTO时的庄重承诺，反映了当前办理侵犯知识产权刑事案件的司法实践的需要，为惩治侵犯

12) 参见最高人民法院民三庭：《知识产权刑法保护有关问题的调研报告》（2003年5月19日）。

知识产权犯罪提供了强有力的法律武器。不过,为了适应知识产权犯罪的发展变化及其惩治防范需要,仍应及时更新司法解释。(2) 强化司法保护,淡化行政保护。中国对知识产权的保护采取的是司法保护与行政保护相结合的双轨制,这与世界上绝大多数国家有所不同。在中国建立知识产权法律制度的初期,这一具有中国特色的保护机制对于加强知识产权的有效保护起到了不可替代的作用。但是,只要实行双轨制,知识产权刑事责任的“门槛”就难以进一步降低。鉴此,我们建议,可以在知识产权领域强化司法保护,建立一支集行政、刑事为一体的专业执法队伍,专门负责处理知识产权案件。(3) 健全和完善知识产权诉讼制度,加强知识产权执法队伍职业化建设。(4) 加强知识产权司法保护的国际合作。

## (二) 商业贿赂犯罪的认定与防治问题

商业贿赂已经成为中国市场经济发展中的一个毒瘤,它已经侵入商业活动的几乎所有领域,成为贿赂犯罪的主要表现形式,侵蚀领导干部“廉洁肌体”的“重症病毒”。<sup>13)</sup>如不对这种违法犯罪现象及时加以遏制,难免严重阻滞中国市场经济的健康、持续发展。

所谓商业贿赂,是指经营者为了获得交易机会或有利的交易条件而不正当地给予相关单位或个人好处,或者与商业活动密切相关的人,利用其所处有利地位,不正当地收受经营者好处的行为。这种意义上的商业贿赂不是一个专业术语,也不是特指一种行为,而是指两类行为:第一类是指商业行贿行为,即经营者为了获得交易机会或有利的交易条件,不正当地给予相关单位或个人好处的行为;第二类是指商业受贿行为,即与商业活动密切相关的单位或者个人,利用其所处有利地位,不正当地收受经营者好处的行为。商业贿赂既可以表现为经营者之间的行贿和受贿,也可以表现为经营者向公权力掌握者行贿或者公权力掌握者向经营者索取或者收受贿赂。前者是典型的商业贿赂行为,目前零售业、旅游行业、电信行业是这类商业贿赂的多发领域。后者是经营者与公权力掌握者之间进行的权钱交易。过去在整治商

13) 参见吕国成:“商业贿赂已成官员‘重症病毒’”,载《检察日报》2006年3月19日第1版。

业贿赂时, 执法部门重点关注的是前一种即典型的商业贿赂行为。但从目前实际情况来看, 发案率最高, 危害最严重, 公众最痛恨的, 是经营者与公权力掌握者之间发生的商业贿赂。这种商业贿赂也是近年来中央决心治理的商业贿赂的重点所在。<sup>14)</sup> 根据调查统计, 这种经营者与公权力掌握者之间发生的商业贿赂, 已经渗透到市场和国家职能部门的各个角落, 成为腐败犯罪的重灾区。其中, 尤其以房地产及建筑工程行业、银行业、医疗药品行业、教育行业、政府采购行业、矿产权出让等潜藏巨大经济利益的领域发案多、危害严重。在许多行业, 商业贿赂已经成为商业活动的“潜规则”, 不进行商业贿赂的人会受到排挤, 揭露商业贿赂的人会受到打击报复。<sup>15)</sup>

尽管中国一直比较重视对商业贿赂犯罪的预防与惩治, 也取得了一定的成绩, 但总体效果并不理想, 主要原因在于防治商业贿赂面临诸多难题, 如商业贿赂犯罪隐蔽性强, 行为双方结成利益共同体, 共同对抗查处, 因而查处难度较大, 现行法律规定及财会制度不够完善, 执法机关查处商业贿赂经验不足, 工作水平有待进一步提高, 等等。对商业贿赂的预防与惩治应当针对面临的问题, 从多方面努力。具体而言, 除了要完善惩治商业贿赂的刑事立法外, 还应当做好以下工作: (1) 健全企业财会制度, 强化经营者抵制商业贿赂的责任意识; (2) 深化体制改革, 保证公共权力的正当行使, 从源头减少商业贿赂发生的机会; (3) 完善对商业贿赂的行政制裁体系; (4) 建立查处商业贿赂的协作机制。<sup>16)</sup>

## 八、余论

中国政府已经提出建设和谐社会的伟大构想, 而和谐社会的构建, 客观上就要求建立和完善符合和谐社会要求的政治制度、经济体制和文化事业。和谐社会也必然是现代法治社会; 健全、理性、高效的法治是实现和谐社会构想的基石。作为现代

14) 参见: “中央决策: 治理商业贿赂成反腐重点”, 载《检察日报》2006年4月4日, 第5版。

15) 参见赵秉志: “略论商业贿赂的认定及处理”, 载《国家检察官学院学报》2006年第3期。

16) 参见沈德咏: “关于治理商业贿赂的法律思考”, 载《新华文摘》2006年第1期, 总第349期。



法治的重要组成部分，刑事法治对于构建和谐社会具有重要的促进和保障作用，不仅在和谐社会建设过程中需要刑事法治确立基本的社会秩序来“保驾护航”，而且对于建设和谐社会所取得的阶段性成果和最终目标的实现，刑事法治也将发挥重要的维系和保障作用。作为和谐社会之基本价值的正义、平等、自由、安全、秩序，都是现代刑事法治的内在的核心价值。可以说，现代刑事法治的终极理想和构建和谐社会的目标是高度一致的。由于刑事法治具有调整社会关系的广泛性、保护法益的重要性和违法制裁手段的特殊严厉性的特征，而且刑事法治所治理的主要问题是社会中最不和谐的现象——犯罪行为，因而刑事法治建设应当坚持科学、理性、务实的精神逐步推进。发展和完善现代刑事法治是构建和谐社会的重要环节，同时也是保障中国社会快速、健康、稳定、协调发展的重大社会工程，不仅需要继续全面深入地推进刑事司法改革，同时也需要从刑事政策、刑事立法、刑事执行、涉外刑事法治合作乃至公民法治意识培育诸多方面进行系统化建设。<sup>17)</sup>

---

17) 赵秉志：“现代刑事法治是和谐社会的基本保障”，载《中国特色社会主义研究》2006年第1期。

## 參 考 文 獻

- 赵秉志, 现代刑事法治是和谐社会的基本保障, 中国特色社会主义研究, 2006年 第1期.
- 赵秉志, 略论商业贿赂的认定及处理, 国家检察官学院学报, 2006年 第3期.
- 赵秉志, 我国现阶段死刑制度改革的难点及对策—从刑事实体法视角的考察, 中国法学 2007年 第2期.
- 赵秉志 / 陈志军, 论越权刑法解释, 法学家 2004年 第2期.
- 赵秉志外, 中国劳动教养制度司法化改革论纲, 检察日报 2003年 6月 25日 第3版.
- 沈德咏, 关于治理商业贿赂的法律思考, 新华文摘, 2006年 第1期, 總第349期.
- 中央决策, 治理商业贿赂成反腐重点, 检察日报 2006年 4月 4日, 第5版.
- 吕国成, 商业贿赂已成官员 ‘重症病毒’, 检察日报 2006年 3月 19日 第1版.
- 最高人民法院民三庭, 知识产权刑法保护有关问题的调研报告, 2003年 5月 19日.
- 王志祥 / 姚兵, 刑事和解制度的中国命运, 赵秉志 主编, 刑事法治发展研究报告, 2006-2007年, 中国人民公安大学出版社, 2008.
- 张军, 非公有制经济刑法规制与保护论纲, 中国人民公安大学出版社 2007.
- 张军, 非公有制经济法律地位的变迁及其启示, 中国法学 2007年 第4期.
- 张智辉, 刑法改革的价值取向, 中国法学 2005年 第4期.
- 死刑复核权上收 ‘盘点’ —专访最高人民法院副院长姜兴长大法官, <http://news.sohu.com/20070904/n251944274.shtml>.
- 最高法院: 去年15%死刑案被驳回, <http://www.jfdaily.com/gb/jfxww/xinwen/node1221/node43085/userobject1ai1965619.html>.

## 중국 형사사법에서의 당면과제\*

阴建峰\*\*

趙曉舒(역)

영남대학교 대학원 사법학과 박사과정

### < 목 차 >

- I. 서언
- II. 형사사법해석 문제
- III. 사형 적용에 대한 사법제한 문제
- IV. 비공유제 경제의 형법보호 문제
- V. 노동교도제도에 대한 개혁 문제
- VI. 형사화해제도에 대한 문제
- VII. 핵심 분야에서 자주 발생한 범죄 문제
- VIII. 기타

## I. 서언

개혁개방 30년의 역사를 통하여 중국의 국력은 상당히 강화되었으며, 중국인들의 생활수준 또한 향상됨과 더불어 민주와 법치에 있어서도 많은 성과를 거두었다. 형사법치의 발전은 국가법치의 중요한 구성요소로서 사회 발전에 맞게 기존 제도를 지속적으로 개혁하는데 많이 의뢰하고 있다. 시대의 변혁, 사회의 진보는 형사법치 발전의 가장 내재적 원동력이라고 말할 수 있다. 동시에 기

\* 심사위원 : 이정원, 양종모, 한인달

투고일자 : 2009. 1. 21, 심사일자 : 2009. 3. 15, 게재확정일자 : 2009. 3. 20.

\*\* 북경사범대학 형사법률과학연구원 부교수, 법학박사, 석사 지도교수, 중국법학회 형법학 연구소 부비서장.

존 제도와 그 실행에서의 비이성적인 요소에 대하여 심각히 반성하고 현대적 형사법치 이념을 기반으로 하여 제도적 혁신을 신중히 추진시켜야 형사법치의 이성적 발전을 보장할 수 있다.<sup>1)</sup>

다시 말하면, 형사법치에 대한 개혁은 시대의 요구이며 법치국가를 세우는 필수적으로 수반된다. 중국 형사법치 개혁의 요지는 형사법치의 과학화와 현대화를 실현시킴으로써 사회의 평화, 발전 및 진보를 보장하는 것이다. 현대 법치사상과 이론을 먼저 연구하고, 형사입법의 개혁과 완전을 기반으로 하여 형사사법의 혁신과 강화를 중점적으로 추진시켜야 형사법치에 대한 개혁은 성공할 수 있을 것이다. 형사입법이 법치 실천의 첫 번째 요소라면, 형사사법은 가장 관건적 요소로 볼 수 있다. 중국 형사법치의 발전과 진보는 형사입법의 과학화, 민주화 및 현대화를 벗어나서는 안 되며, 형사법치활동을 규범시키는 과학적 법칙이 필요하다. 그러나 이런 법칙의 합리성과 실용성은 꼭 형사사법활동의 실천을 통하여 검수를 받고 완성되어야 한다. 그래서 형사사법의 효율적 집행과 적절한 보장이 없으면 형사법칙의 진정한 발전과 진보를 역시 확보할 수 없다.

본문에서는 형사사법의 시각에서 중국 형사법치의 발전에 관한 몇 가지 중요한 문제들만 선택하여 제한적으로 분석할 것이며, 존재하는 문제점들을 설명하면서 해당 제도의 개혁과 완전에 대하여 의견을 표명할 것이다.

## II. 형사사법해석 문제

형법해석론은 형법학 기초이론의 중요한 구성 요소이며, 최근 중국의 형법학계에서 이 분야에 대한 연구는 계속 활발해지고 있다. 특히 형법입법해석과 사법해석 문건들이 계속 발표되므로 형법학계에서의 광범위한 주목과 토론을 일으키고 있다. 형사사법해석은 중국 형사법치 수립 과정 중에 매우 중요한 문제와 요소로서 형사입법은 물론 형법의 실시와도 긴밀한 관계를 갖고 있기 때문에 형사입법과 사법 실천 간에 매개 역할을 하고 있다. 수십 년 동안의 중국 형사사법해석의 실천은 형사입법정신의 관철, 범죄 단속, 민중 보호 등 다방면에 탁월한 공헌을 하였으나 질책을 받는 문제들도 많이 발생하였다. 형사사법해석

1) 장지휘(张智辉): “형법 개혁의 가치 취향”, 《중국법학》 2005년 제4기.

문건과 일반 사법문건의 한계 모호, 불합리적 해석권 귀속 체제, 보편적으로 존재하는 해석 월권 현상, 효력발생 시간에 대한 비과학적 규정, 효력상실 시간의 불확정, 비규범적인 제정과 변경 방식, 오래 기간 동안의 법률 제정 절차 부족이나 집행 약화 등을 그 예로 들 수 있다. 그래서 형사사법해석의 규범화와 과학화는 이미 중국 형사법치 확립을 강화시키는 과정에 꼭 해결해야 할 중요한 문제로 되었다. 여기서 죄형법정주의의 관철과 실시에 영향을 미치는 가장 중요한 문제인 형법해석 월권 및 방지 대책에 대해서만 개인적 의견을 발표하였다.

형법해석 월권에 대하여는 협의와 광의, 두 가지 함의가 있다. 협의의 형법해석 월권은 법정적 해석 권한에 초월한 형법해석을 말한다. 즉, 해석권을 갖고 있으나 권한에 초월한 것이다. 간단히 이해하면 이런 월권은 해석권에 대한 초월이다. 광의의 형법해석 월권은 협의의 형법해석 월권을 포괄할 뿐 아니라 형법해석 무권도 포함한다. 즉 법정적 해석권한이 없는 국가기관이 형법에 대하여 해석하는 것이다. 다시 말하면 이런 월권은 기존 권한에 초월한 것이다. 구체적으로는 형법해석 월권은 해석권이 있는 기관에서 하는 규칙에 위반한 해석과 해석권이 없는 기타 기관에서 하는 해석을 포함한다. 형법해석 월권은 또한 형법입법해석 월권과 형법사법해석 월권으로 나눌 수 있다. 형사사법 분야에 발생하는 형법사법해석 월권에 대해서만 언급하면 주로 아래 종류들이 포함된다.

(1) 형법 기본 원칙에 위반하는 사법해석.

(2) 입법 본래 의미에 위반하는 사법해석. 그 구체적인 표현 형식으로는

ㄱ. 무죄 행위를 범죄로 판정한다. 예를 들어 최고인민검찰원에서 추구 편파판정에 대하여 발급한 통지.

ㄴ. 범죄 행위를 무죄로 판정한다.

ㄷ. 서로 다른 범죄행위의 한계를 변경한다.

ㄹ. 법정적 처형 설정을 변경한다.

ㅁ. 집행 유예, 감형, 가석방 등 형벌 적용 제도를 변경한다.

(3) 최고사법기관 내부 각 부서에서 발급한 형법해석 문건. 최고인민법원과 최고인민검찰원의 각 업무청에서 각각 자기의 명의로 사법해석 문건을 대외로 공포하는 권한이 없다. 그래서 현재 사법실천 중에 기존의 이런 문건들이 다 해석 월권이다.

(4) 각 지방 인민법원, 인민검찰원에서 발급한 형법해석 문건. 각 지방 사법

기관은 사법해석을 공포하는 주체 자격이 없기 때문에 거기서 진행하는 형법해석은 역시 형법해석 월권이다.

형법해석 월권이 발생하는 원인은 입법의 추상성과 사법의 구체성, 그리고 입법의 안정성과 사회생활의 이변성간의 모순을 철저히 해결하지 못하며 또한 중국에서 아직 형법해석권에 대한 제약이 부족하기 때문이다.

필자는 형법해석 월권, 특히 형법사법해석 월권이 유추제도가 폐지된 이후에 최형법정주의의 최대한 원수로 생각한다. 형법해석 월권에 대하여 주로 아래 대책을 세워야 한다.

(1) 입법기관은 시대를 앞서있는 형법을 세밀하게 입법하는 관념을 견지하여야 한다.

(2) 입법기관은 형법 수정권을 즉시에 행사하여야 한다.

(3) 최고입법기관은 사법해석권을 즉시에 행사하여야 한다.

(4) 사법기관에서 사법해석권을 독립적으로 행사하도록 보장하여야 한다. 행정기관(예를 들어 국무원 각 부서)과 최고사법 기관이 같이 형법해석을 공포하는 방식을 금지하여야 하며 사법해석은 최고사법기관의 명의로만 공포하여야 한다.

(5) 법률의 형식으로 형법해석의 제정 절차를 규정한다. 구체적으로는 아래 방안을 취할 수 있다.

ㄱ. 《법률해석법》을 제정하고 형법해석을 포함하는 모든 법률 해석 문제에 대하여 통일적으로 규정한다.

ㄴ. 전국 인민대표대회 상무위원회에서 《법률해석 업무에 관한 결정》을 새로 공포하여 법률해석 권한에 대한 규정 외에 각종 법률해석의 제정 절차들을 규정한다.

ㄷ. 《입법법》중에 사법해석 절차에 대한 규정을 추가한다.

(6) 완벽한 형법해석 취소체제를 세워야 한다. 형법해석 월권을 취소하는 신청 주체, 심사 주체 및 심사 절차 등을 법률의 형식으로 구체적으로 규정하여야 한다.<sup>2)</sup>

2) 조병지(趙秉志), 진지군(陳志軍): “형법해석 월권 개론”, 《법학가》 2004년 제2기.



### III. 사형 적용에 대한 사법제한 문제

인류 역사에서 사형은 오랜 역사를 갖고 있다. 그러나 제2차 세계대전 이래, 특히 21세기에 들어온 이후에 사형은 이전 형벌체계에서 핵심적 지위를 점차 상실하고 사형에 대한 제한, 감소, 심지어 폐지를 모두가 다 강력하게 선호하는 시대적 명제로 되고 있다. 갈수록 많은 국제법률문건들은 이 명제를 승인하고 점차 대다수 나라에서 형사법치 과정에서 실천하고 있다. 이런 추세 하에 중국 형사법 이론계와 실무계에서도 사형에 대하여 깊이 있는 연구와 토론을 함으로써 많은 유익한 성과들을 이루며 중국에서 사형 적용의 수를 적실하게 감소하고 사형 사건의 정확성을 보장하는데 매우 큰 영향을 주고 있다. 이 중에 이론계에서 현 단계에 중국에서 비폭력적 범죄의 사형을 점차 폐지하고 전면적으로 사형을 폐지하는 방향으로 나아가는데 대하여 공감하고 최고인민법원에서 2007년부터 사형 비준권을 전면 회수하는 것은 가장 큰 성과로 볼 수 있다. 이것은 중국 형사법치중 사형제도에 대한 개혁과 완선의 좋은 시작으로 되었다. 하지만 중국이 인권을 보장하고 사람을 중심으로 하는 현대적 조화로운 사회를 세우는 과정에 중국 사형제도에 대한 개혁은 아직 많은 문제점들에 직면하고 있는데, 다양한 사형 죄명, 사형의 남용, 사형 적용표준의 불명확·불통일, 뿌리 깊은 민중의 응보관념, 불완벽한 사형 집행절차(특히 사형 재확인절차) 등을 예로 들 수 있다. 이러한 문제들에 대한 전면적 분석, 연구 및 해결은 중국 사형제도의 개혁과 완선을 추진하는데 매우 유리하다.

법치의 측면에서 보면 사형제도의 개혁은 주로 두 가지 방면이 있는데, 즉 사형의 입법개혁과 사법개혁이다. 사형입법개혁은 기초적이며 결정적 역할을 하고 있다. 형법입법과정에서 사형제도를 개혁하는 것은 사형적용을 근본적으로 제한하고 감소하는 목표를 달성할 수 있다. 사형적용에 대한 더 엄격한 표준, 사형 집행 유예에 대한 더 넓은 표준을 규정하고 사형 죄명을 감소하며 법률을 통하여 범죄사형의 구체적 적용규격을 엄격히 제한하는 것은 사형적용 감소의 법률적 효과를 바로 나타낼 수 있다. 그러나 사형의 입법개혁은 복잡하고 절차가 많은 중대한 과제이다. 사형개혁이 또한 다양한 난점들과 관련되어 있기에 모든 문제의 해결이 다 입법활동에 의뢰하면 사형제도 개혁의 진도는 많이 제한되고 상당히 느릴 것이다. 상대적으로 사형의 사법개혁은 사법분야에서 사법기관에 의하여 진행되고 복잡한 입법절차와 무관하기 때문에 많은 문제점들은 사법 실

천 과정에 적극적인 탐구를 통하여 좋은 결과를 얻을 수 있다. 예를 들어 비폭력적 범죄에 대하여 절대적인 사형을 규정하지 않고 사형 제한, 감소의 입장에서 사법기관은 범죄 사실이 사형 적용의 정도에 이르지 않은 이유로 사형을 적용하지 않으므로 비폭력적 범죄의 사형 집행을 점차 중지하고 사형 수량을 엄격히 통제하는 효과를 이룰 수 있다. 또 사형적용의 기본적 표준에 대하여 엄격히 통제하고 사형집행유예 2년의 적용조건을 넓히며 사형적용 범죄의 구체적 규격과 범죄사실에 대하여 엄격히 확인하는 것도 사법기관이 직책범위 내에 할 수 있는 일이다. 이렇게 사형적용을 제어, 감소하는 것은 사형제도 개혁을 쉽게 추진할 수 있는 편리하고 적당한 방법이다. 그리하여 현 단계에 중국 사형제도의 개혁은 입법과 사법을 동시에 추진해야 하지만 사법개혁을 더 중심으로 해야 한다.

“사형 보류, 엄격히 통제”의 정책을 기반으로 하여 중국 최고사법기관에서 최근연간에 사법 분야에서 사형제도의 사법개혁을 적극적으로 추진하고 실시하며 사형 제도의 여러 문제에 대하여 깊이 탐구하여 현저한 성과들을 거두었다. 사형 재확인권이 최고인민법원으로의 복귀는 바로 이중의 중대한 진전이다. 최고인민법원에서 사형 재확인권을 회수한 1년간의 실천 상황을 보면 사형 사건의 비준 업무는 순조롭게 진행되고 안정적으로 넘어가며 기본상 거의 변화가 없었다. 그리고 사형 사건의 수량이 계속 적어지고 성질이 더 정확하고 사형 재확인 절차도 점차 규범화되고 완벽해지고 있다.<sup>3)</sup> 최고인민법원 형사1정 재판장 황이매(黃爾梅) 대법관은 2008년 3월초에 인터뷰 했을 때 최고인민법원이 2007년에 사형 재확인권을 회수한 이후에 원심 사실모호, 증거 부족, 처형 부당, 절차 위법 등 원인으로 비준하지 않은 사건이 전부 재확인 사건의 15%로 되며 동시에 사형집행유예 2년의 범인 인수가 처음으로 사형집행의 범인 인수에 초과한다고 표시하였다.<sup>4)</sup> 이 중대한 개혁이 이미 좋은 효과가 보이고 국내외에서 강력한 반향을 일으키고 있다고 말할 수 있다. 이를 기초로 하여 필자는 형사사법실천 과정에 아래 방면에서 더욱 노력해야 한다고 주장한다.

3) 참조: “사형 재확인권 회수에 대한 회고 - 최고인민법원 부원장 강흥(姜興)대법관의 인터뷰”, <http://news.sohu.com/20070904/n251944274.shtml>.

4) 참조: “최고법원: 작년 15% 사형 사건 기각”, <http://www.jfdaily.com/gb/jfxww/xinwen/node1221/node43085/userobject1ai1965619.html>.

(1) 엄격하지만 또 여유가 있는 형사정책을 적극적으로 관철하고 사형 적용을 엄격히 제한하고 감소한다.

(2) 사형 적용 표준을 통일시키며 사형은 죄행이 엄중한 극소수의 범죄자에만 적용하도록 한다.

(3) 사형집행유예 제도의 적용을 확대시키고 집행제도에서 사형제한의 정신을 구현한다.

(4) 사형적용의 정확성을 제고하고 사형적용 수량을 감소하며 사형을 심중히 적용함으로써 사형적용에 대한 사법집행자들의 관념을 전환시킨다.<sup>5)</sup>

#### IV. 비공유제 경제의 형법보호 문제

미약한 존재부터 국민경제에 필수적이고 유익한 보충으로 발전하다가 또 다시 국민경제의 중요한 구성요소로 되는 과정에 중국의 비공유제 경제는 최근 20년 동안 시련과 곤란을 극복하여 계속 발전해왔다. 비공유제 경제의 발전에 좋은 사회환경과 법치 환경을 창조하고 적실한 법률보장을 제공하기 위하여 사회주의 법치 확립을 신속히 완선하고 강화시켜야 한다. 바로 이 지도사상에 따라 1993년 3월의 중국 《헌법수정안》에는 “법률이 규정한 범위에서 개체 경제, 사영경제 등 비공유제 경제는 사회주의 시장경제의 중요한 구성요소이며 국가가 개체경제, 사영경제의 합법적 권리와 이익을 보호하고 개체경제, 사영경제에 대하여 지도, 감독 및 관리의 정책을 실시한다”고 명확히 규정한다. 이 규정은 처음으로 근본법의 형식으로 개체, 사영 경제가 사회주의경제의 보충 요소가 아닌 구성요소라는 것을 확립하고 이것은 비공유제 경제의 기업에 지원 정책을 주고 평등 보호의 법률을 제정하는데 헌법 기초를 다지게 되었다. 그런데 《헌법수정안》의 상기 규정은 비공유제 경제의 법률적 지위를 확립하지만 관련 법률 문건, 특히 형법은 아직 현실 상황과 헌법정신에 상응하게 수정하고 완선시키지 못한다. 경제와 사회생활의 각 방면에서 헌법정신을 수행하기 위하여 비공유제 경제의 법률적 보호, 특히 형법의 보호를 강화시켜야 한다. 중국 형사법치의 실천 현황을 보면 비공유제 경제에 대한 형법보호를 정확히 인식하고 철저히 수

5) 조병지(赵秉志), “헌단계 중국사형제도 개혁의 난점과 대책 - 형사실체법의 각도에서 고찰” 참조, 《중국법학》 2007년 제2기.

행하는 것은 사회발전의 절박한 요구로 되고 있다.<sup>6)</sup>

《헌법수정안》 공포이래의 형사법치 상황을 조사하고 분석하면 비공유제 경제의 형법보호문제에 대하여 법률집행 관념에서 진보가 있지만 아직 큰 격차가 있다. 최고사법기관에서 공포한 관련 사법해석은 이에 대하여 언급하지만 아직 부족하고 서로 모순된 내용들이 많으며 형법 측면의 협조와 명확한 표현이 거의 없다. 이런 형사법치 현황은 이미 형법학계, 심지어 법률 실무계의 수많은 인사들로부터 주목을 받고 있으며 즉시 연구하고 계속 노력하여 해결하여야 한다.

필자는 국가 입법기관에서 형법규범을 될수록 빨리 수정하고 보충함으로써 비공유제 경제에 대한 형법보호를 강화시키기 위하여 입법의 보장을 제공하는 것 외에 형사사법 과정에도 비공유제 경제에 대한 평등보호를 제공하여야 한다고 주장한다. 먼저 형사사법 과정에 비공유제 경제를 보호하고 평등하게 사법하는 관념을 수립하여야 한다. 그리고 “실체”와 “절차”를 동등 중시하는 사법이념과 사람을 중심으로 하는 인성화 법률집행 사상을 견지하여야 한다. 또 비공유제 경제의 형법보호에 대하여 시대 발전에 맞고 현실성있는 규범화 해석을 해주어야 한다. 이외에 또한 사법기관 시스템내부의 감독과 관리를 강화시키고 비공유제 경제에 대한 평등 보호를 철저히 관철하여야 한다.<sup>7)</sup>

## V. 노동교도제도에 대한 개혁 문제

노동교도는 중국에 특유한 법률제도이다. 기존의 노동교도 법률과 법규의 규정에 의하여 노동교도는 위법이나 사소한 범죄행위로 아직 형사처벌 할 필요가 없지만 노동교도를 받아야 하는 사람들을 성급(구, 시) 및 대중형 도시의 노동교도관리위원회(사실상 공간기관임)의 심사와 비준을 걸쳐서 사법행정부문의 노동교도 관리소에 갇히고 1년에서 3년간에 개도 교육을 시키고 필요시 1년 정도 더 연장시킬 수 있는 행정조치이다. 국민의 인신자유를 비사법적으로 박탈하는

6) 장군(张军), “비공유제 경제의 법률적 지위의 변화 및 그 계시” 참조, 《중국법학》 2007년 제4기.

7) 장군(张军), 《비공유제 경제 형법 규제와 보호에 대한 개요》 참조, 중국인민공안대학출판사 2007년, 235면.

제도로써 노동교도제도는 형법의 해당 내용과 관련될 뿐 아니라 형법과 행정법을 비롯한 행정법칙간의 한계와도 관련되기 때문에 중국 법치화의 발전과 밀접한 관계를 갖고 있다.

물론 중국에서 노동교도 제도의 확립과 발전은 특정한 역사배경과 가치기초가 있다. 이 제도가 생긴 50여 년간에 사회치안과 질서를 유지하고 범죄를 예방, 감소시키며 경소한 위법과 범죄를 하는 인원들을 교육시키는 과정에 일정한 정도로 적극적 역할을 하였다. 그러나 중국 정치, 경제, 문화 등 각 방면의 발전 변화에 따라, 특히 “법치경국과 사회주의 법치국가 건설”이라는 기본 방침의 확립과 인권보호를 중대시하는 배경에서 이 제도의 수많은 문제와 결함들이 점차 드러나게 되었다. 간단히 말하면 중국 기존의 노동교도제도는 성질 모호, 관리대상 다양화, 수단 과격, 심사절차 불명확, 당사자에 대한 사법구제 부족, 기간이 너무 긴 것 등 약점들이 있다. 가치 이념에서 보면 이것은 현대국가 인권보호의 관념에 맞지 않고 평등, 정의의 원칙에 위반한 것이다. 법률 근거에 의하면 중국의 《입법법》에 위반하고, 또 《치안관리처벌조례》, 《행정처벌법》에 서로 협조하지 않고, 국제인권공약의 요구에 만족하지 못하며 법치경국의 내재 요구에도 부합되지 않다. 노동교도 제도 제정상의 엄중한 실수는 실시와 집행의 과정에 많은 문제들을 초래하고 국제사회에서 중국인권보호 상황을 질책하는 초점 문제로 되고 있다. “강제 교육개조”라는 노동교도의 본의는 실제 집행 과정에 과격한 처벌성으로 대체되고 “취업의 한가지 방법”이라는 최초 의도도 완전히 구현되지 못한다. 노동교도가 중국 사회질서를 통제하는 중요 수단으로서 실시 과정에 법치원칙과 정의 이념에 미친 불량 영향은 사회치안을 유지하는 적극적 역할보다 더 많다고 말할 수 있다.<sup>8)</sup>

중국특색을 갖고 있는 법률제도로 사회질서를 지키는 것은 노동교도의 근본적인 가치이지만 사회질서와 공민인원 보호 두 가지 가치를 동시에 지키는 것은 각종 법률제도에 대한 현대법치정신의 기본 요구이다. 중국은 공산당이 이끌어어나가는 인민민주 독재정치의 사회주의국가이며 인권의 유지와 보호는 국가의 기본 정책이다. 노동교도 제도는 상기 여러 문제와 약점으로 인하여 중국 사회법치화 발전, 특히 형사법치 확립 과정에 독출한 문제, 중국 민주와 인권 사업, 그리고 국제인권투쟁 과정에 질책을 많이 받는 핵심적 문제로 되고 있다. 1979

8) 조병지(趙秉志) 등: “중국 노동교양제도 사법화 개혁 개요” 참조, 《검찰일보》 2003년 6월 25일 제3판.

년의 형사법을 연구, 수정하는 과정에 기존 노동교도 제도의 처리 문제에 대하여 논쟁이 많았지만 학계나 사법계,公安부서는 기본적으로 다 개혁이 필요하다는 입장을 취하고 다만 준비가 부족하므로 상응한 제도 확립을 보류하고 말았다. 오늘 기존 노동교도 제도에 대한 개혁은 공산당의 17대 보고에서 제출한 “사법체제 개혁 심화, 사법행위 규범화, 효율적이고 권위가 있는 사회주의사업제도 구축”이라는 목표를 구현시키기 위한 요구이며 중국이 유엔의 《공민권리와 정치권리 국제공약》 등 국제공약에 체결하고 참여하려는 의무로 된다.<sup>9)</sup> 또한 중국 현대법치 문명 진보의 수요일 뿐 아니라 “사회 평등주의, 사회주의법치의 통일과 위엄, 권위”를 지키는 필수적 요구이다.

그러면 중국 기존의 노동교도 제도에 대하여 어떻게 개혁해야 하는가? 이것은 이론계와 실무 부서에는 보류와 폐지라는 2가지 주장이 있다. 한쪽은 노동교도 형벌화 관점을 포함하는 노동교도 제도를 폐지해야 한다고 주장하며 다른 한쪽은 노동교도의 사회적 효력과 실시중의 약점을 직시하여 노동교도제도를 보류하는 천제에 필수한 개혁을 주장한다. 노동 교도에 대한 적당한 개혁을 주장하는 의견 중에 또다시 2개 모델, 4가지 방안이 있다. 첫째는 준 사법화 모델인데 기존의 제도 구조 내에 노동교도 관리위원회의 직능을 강화시키고 노동교도의 실행을 적당히 통제함으로써 실천중의 문제를 해결한다고 주장한 것이다. 둘째는 사법화 모델인데 인민법원에서 공정한 심판을 통하여 결정한다고 주장한 것이다. 이중에 또 구체적으로 3가지 방안이 포함된다.

(1) 공간기관이 제청하는 노동교도 사건을 전문적으로 심판하는 치안법원을 설립한다.

(2) 인민법원에 내설되는 형사심판정이나 행정심판정이 노동교도사건을 심판하고 노동교도 심판 합의정을 설립하거나 심판 독립제를 실행한다.

(3) 인민법원 내부에서 노동교도 사건을 전문적으로 심판하는 치안심판정을 독립적으로 설립한다.

필자는 “준 사법화”의 모델이 제도의 일관성, 안정성 및 행정의 효율성을 고

9) 유엔 《공민권리 및 정치권리 국제공약》 제9조 제1항 규정: 법률에 규정된 근거와 절차에 의하지 않으면 임의로 사람의 자유를 박탈할 수 없다. 중국 기존의 노동교도 제도는 이 규정에 위반한다.



려하지만 노동교도 제도에 존재한 여러 문제들을 근본적으로 해결하지 못한다고 생각한다. “사법화”의 모델에는 치안법원 설립을 주장하는 방안이 노동교도 사법화의 추세에 맞고 노동교도를 공정하게 효율적으로 실행하는데 유리하지만 관련되는 범위가 넓고 작업량이 많기 때문에 중국에서 진행하고 있는 사법체제 개혁에 영향을 미치고 있다. 또 인민법원 내부에 기설된 형사심판정이나 행정심판정에서 심판하는 것을 주장하는 방안은 개혁에 대한 영향이 작다는 장점이 있지만 형사소송, 행정소송과 혼동될 수 있다.

필자의 의견으로는 노동교도의 결정권을 공안기관으로부터 법원에 이전하고 소송절차화를 규범시키는 것은 노동교도 결정의 임의성을 피하고 당사자의 합법적 권리, 특히 변호권리를 충분히 행사하도록 하는데 적극적인 역할이 있다. 그러나 노동교도의 고유한 약점은 소송절차화 개선을 통하여 완전히 해결할 수 있는 일이 아니며 노동교도의 실제 문제에 대하여 철저한 개혁이 필요하다. 구체적으로는 노동교도 제도의 실제 개혁은 중국의 현황과 법치경국의 장기적 목표 2가지 측면을 고려하여야 한다. 다시 말하면 노동교도 제도에 대한 임시보류와 폐지 2단계로 나누어서 노동교도 문제에 대하여 개혁하여야 한다. 노동교도 제도를 임시 보류하는 현 단계에 기존 법원체제에 의거하여 청소년범죄 심판정 등 전문적 심판정의 성공사례를 참고하여 인민법원 내부에서 노동교도 사건을 전문적으로 심판하는 치안심판정을 독립적으로 설립할 수 있다. 이 개혁방안은 실행상 편리하고 기존 법규제도 중 노동교도의 성질에 부합할 뿐 아니라 노동교도를 사법체제와 정당한 절차에 포함시키고 노동교도 결정권, 적용 절차, 권리구제 등 기존의 여러 문제와 약점들을 해결함으로써 공민인권 보장과 사회질서 유지를 동등하게 중시하는 중국현대법치의 가치관을 충분히 구현시킨다. 법치국가 확립에 대한 장기적 목표를 감안하여 우리는 향후 노동교도제도 폐지를 주장하며 위법행위 처벌법으로 대체하여 현재 노동교도의 대상과 조치를 구체적인 상황과 특징에 맞게 처리할 것이다. 행위자의 행위는 범죄로 되면 형법처벌을 받고 치안위법정도라면 일반적 치안관리처벌을 받으면 된다. 범죄가 아니지만 일반적 치안처벌을 하면 조금 약하고 교육의 목적을 달성시키지 못할 경우 행정 강제 조치를 취할 수 있다. 예를 들어 현재 마약 복용자에 대한 강제 치료, 매음자, 매춘자에 대한 수용교육 및 노동교도를 행정 강제 조치의 한 체계로 합병시킬 수 있다.<sup>10)</sup>

10) 조병지(趙秉志) 등: “중국노동교도 사법화 개혁 개요” 참조, 《검찰일보》 2003년 6월 25

## VI. 형사화해제도에 대한 문제

형사화해는 형사소송 절차에서 피해자와 가해자(즉 피고 또는 범죄혐의자)가 죄행 인정, 배상 혹은 사과 등 방식으로 양해를 달성한 다음에 국가전문기관에서 가해자의 형사책임을 추궁하지 않거나 가볍게 처벌하는 처리방식이다. 형사사법의 혁신 운동으로 형사화해 제도는 20세기 60~70년대에 북미사법체계중의 피해자와 가해자 조정중재절차에서 발전해왔다. 1974년에 캐나다 온타리오성의 키치너(Kitchener)시에서 처음으로 피해자와 가해자 화해계획 (VORP) 을 설립하였다. 1978년에 미국 인디애나주의 엘카아트(Elkhart)에서도 VORP 실시를 시작하였다. 회복성 사법이념이 국제상 승인을 많이 받는데 따라서 형사화해 제도는 새로운 사법모델로서 순간에 각국 사법실천의 총아로 되었다.<sup>11)</sup>

중국의 형사법치에 있어서 형사화해 제도는 아직 새로운 개념으로 입법분야의 공백이며 이론계의 연구도 막 시작한 상황이다. 현재 형사화해 제도에 대한 이해는 천차만별이다. 중국에서 형사화해제도 확립을 주장하고 관련 논증을 진행하는 학자도 있고 심중히 받아드려야 한다고 주장하거나 이 제도 자체를 질의하는 학자도 있다.

물론 형사화해 제도가 어느 정도에 기존 형법의 기본원칙에 충돌을 일으키는 면이 있고 중국의 형벌 목적과도 어긋나고 공공이익에 침해하고 일정한 불량영향을 초래할 뿐 아니라 권리의 남용도 약기할 수 있다. 그러나 형사화해는“회복이 귀한 것이다”, “원한은 맺지 말고 풀어야 한다”는 중국의 미풍양속에 부합되며 범죄행위로 인한 피해자의 손해를 보상하고 마음의 상처를 다스리는데 유리하다. 또한 저항 감소, 모순 화해 및 조화로운 사회 발전에 유리하고 형사추궁 감소와 사법자원 절약을 통하여 소극적인 요소들을 적극적인 요소로 전환시키는 데도 이로운 것이다. 그리고 해당 사법기관의 실천은 중국에서 형사화해체제가 경미한 형사사건 해결에도 동등한 중요 가치를 갖고 있다는 것을 표명하였다. 그리하여 우리는 외국의 선진적 경험을 참고하여 중국 국정에 맞는 형사화해제도를 설립할 필요가 있다고 주장한다. 단, 필자의 의견으로는 형사화해

일 제3판.

- 11) 왕지상(王志祥), 요병(姚兵) 등: “형사화해제도의 중국 운명” 참조, 조병지(趙秉志) 편집 주관: 《형사법치발전 연구보고서》(2006-2007년), 중국인민공안대학출판사 2008년판, 191면.

제도는 경미한 형사사건, 미성년자 범죄사건 및 과실범죄 사건에만 적용된다.

## VII. 핵심 분야에서 자주 발생한 범죄 문제

시장경제의 지속 발전과 사회환경의 급변에 따라 금융, 환경, 생산, 인터넷 등 분야에 부패범죄, 금융범죄, 환경범죄, 지적재산권범죄, 네트워크범죄, 강패집단 범죄, 마약범죄, 안전책임사고범죄를 비롯한 사회 안전과 화목에 위협하는 일련의 범죄행위들이 발생하고 있다. 여기서 두 가지에 대해서만 간단히 논술한다.

### 1. 지적재산권에 대한 형법 보호 문제

지적재산권은 법률에서 정신노동으로 성과를 거두는 사람들에게 부여하는 권리이며 일반적 재산권의 사회가치와 달리 사회 공동이익을 대표하는 신형의 재산권 제도의 구현이다. WTO 관할 범위 내에 지적재산권은 이미 화물무역, 서비스 무역과 같이 3대 지주의 하나로 되고 있다. 중국이 세계 무역 대국으로 됨에 따라 중국 지적재산권 보호 문제는 국제사회의 주목을 지속 받고 있으며 지적 재산권에 관한 무역 마찰과 사범분쟁이 계속 발생되고 있기 때문에 지적 재산권 보호에 대한 긴박성은 중국에서 공전의 주목을 받고 있다. 사실상 지적 재산권 보호는 중국이 국제승낙을 이행하고 좋은 무역과 투자 환경을 창조하며 대외개방의 수준을 높이는 데 대한 수요이며 또한 과학기술 창신, 시장경제질서 규범화 및 국민경제 전반적 수준과 경쟁력을 추진시키는 필수적 요구이다. 지적 재산권에 대한 형법보호는 형법입법 보호와 형법사법 보호를 포함한다. WTO 가입전에 중국은 이미 WTO의 TRIPS협약에 의하여 저작권법, 상표법 및 특허법 등 지적재산권 법률을 수정하여 형법법전과 같이 비교적 완벽한 지적재산권 형사입법 보호체계를 수립하였다. 그러나 국제범위에서 보면 지적재산권에 대한 각국의 가장 강력한 보호는 아직은 형사사법보호이다. 지적재산권 보호에 대하여 중국도 예외가 되지 않다. 완벽한 형사사법 보호체제는 중국의 지적재산권 보호에 필수적 요건이다. 중국 지적재산권 형사사법보호의 목적은 지적재산권 범죄사건을 즉시 정확하게 심판하고 지적재산권 범죄를 효율적으로 처벌, 방지함으로써 당사자의 합법적 권익을 보호하고 사회주의 시장경제의 순조로운 진

행을 보장하는 것이다.

중국 지적재산권 범죄의 형사입법은 TRIPS협정의 요구에 기본적으로 만족하지만 사법실천 과정에 남아있는 문제들이 아직 많다. 모조 상표, 불법출판 및 기타 지적재산권과 관련되는 범죄에 대하여 법을 집행하는 과정에 어떻게 TRIPS협정의 요구에 맞게 진정한 생산자, 지하공장, 주문자 등 배후인물들을 찾아내서 이런 자들과 수출대리상, 그리고 모조 상표를 제작하거나 불법출판물들을 지속적으로 생산, 판매하는 개인과 회사들을 강력하게 타격하고 상업규모가 있는 모든 고의적 불법모조 사건을 다 형사 추궁할 수 있는가에 대하여 아직 책임이 크고 갈 길은 멀다.<sup>12)</sup> 필자는 아래 몇 가지 방면에 지적재산권의 형사사법보호를 강화시킬 필요가 있다고 생각한다.

(1) 사법해석 작업 강화. 최고인민법원과 최고인민경찰원에서 이미 2004년 11월 21일, 2007년 4월 4일에 각각 지적재산권 침범 형사사건 처리에 관한 사업해석문건을 공포하였다. 이 2개 해석문건의 공포는 지적재산권 보호에 대한 중국 형법의 입법정신을 구현하고 가입시 중국정부의 엄숙한 승낙을 적실히 이행하며 지적재산권 침범에 대한 형사 사건 사법실천의 수요를 반영하고 지적재산권 침범에 관한 범죄들을 처벌하는데 강력한 법률적 무기를 제공하고 있다. 그러나 지적재산권 범죄의 발전변화와 처벌, 예방의 수요 때문에 계속 즉시에 사법해석을 수정하여야 한다.

(2) 사법보호 강화, 행정보호 약화. 중국에서 지적재산권 보호에 대하여 사법보호와 행정보호의 이중제를 취하고 있으며 이것은 세계상 절대다수 나라와 다르다. 중국에서 지적재산권 법률제도를 확립한 초기에 이러한 중국 특색을 갖고 있는 보호체제는 효율적 지적재산권 보호에 대체할 수 없는 역할을 하였다. 그러나 이중제만 실행하면 지적재산권 형사책임의 적용 한계를 더 이상 낮출 수가 없다. 그래서 우리는 지적재산권 분야에서 사법보호를 강화시키고 행정, 형사 일체화로 되는 독립적인 법률 집행 역량을 조직하고 지적재산권 사건을 전문적으로 처리할 수 있도록 주장한다.

(3) 지적재산권 소송 제도의 수립과 완벽화, 지적재산권 법률 집행 대외의 프로화를 추진하여야 한다.

12) 최고인민법원 3정: 《지적재산권 형법보호 관련 문제에 대한 조사연구 보고서》(2003년 5월 19일) 참조.

(4) 지적재산권 사법보호에 관한 국제협력을 강화하여야 한다.

## 2. 상업뇌물범죄의 인정과 예방 문제

상업뇌물은 중국 시장경제 발전과정중의 큰 걸림돌이 되며 상업활동의 모든 분야에 침입하여 뇌물범죄의 주요 표현 형식으로서 지도간부를 침해하는 “중중”과 “병독”이 된다.<sup>13)</sup> 이런 위법범죄 현상을 제어하지 않으면 중국 시장경제의 지속적인 건전발전에 큰 직장을 줄 것이다.

상업뇌물이라는 것은 경영자가 거래기회나 유리한 거래조건을 얻기 위하여 비정당하게 해당 단체나 개인에게 이익을 주거나 상업활동과 밀접히 관련되어 있는 자가 유리한 지위를 이용하여 비정당하게 경영자로부터 이익을 받는 행위를 말한다. 이런 의미를 갖고 있는 상업뇌물은 하나의 전문용어가 아니고 특정한 한가지 행위를 말하는 것도 아니며 2가지 행위를 포함한다. 첫째는 상업뇌물을 주는 행위이며, 즉 경영자가 거래기회와 유리한 거래조건을 얻기 위하여 관련 단체나 개인에게 이익을 주는 행위이다. 둘째는 상업뇌물을 받는 행위이며, 즉 상업활동과 밀접히 관련되어있는 단체나 개인이 비정당하게 경영자로부터 이익을 받는 행위이다. 상업뇌물행위는 경영자간에 이익을 주고받는 형식으로 표현할 수도 있고 경영자가 공공권리를 쥐고 있는 자에게 뇌물을 주거나 그런 자가 경영자로부터 뇌물을 받는 형식으로 표현할 수도 있다. 전자는 전형적인 상업뇌물행위이며 현재 소매업, 관광업, 통신업에서 이런 상업뇌물행위가 자주 발생하고 있다. 후자는 경영자와 공공권리 소유자간의 뇌물행위이다. 이전에 상업뇌물행위를 정돈할 때 법률 집행부문은 첫번째, 즉 전형적 상업뇌물행위에 중점을 두었다. 그러나 실제 상황을 보면 발생률이 높고 위해가 심하며 공중이 매우 원망하는 것은 경영자와 공공권리 소유자간에 발생한 뇌물행위이다. 이런 행위는 바로 최근에 중앙정부가 중점을 두고 정돈하는 상업뇌물행위이다.<sup>14)</sup> 조사 통계에 의하면 경영자와 공공권리 소유자간에 발생한 이런 상업뇌물행위는 이미 시장과 국가 권리 부문의 방방곡곡에 침투하여 부패범죄의 핵심 문제로 되

13) 여국성(吕国成): “상업뇌물이 이미 간부들의 ‘중중과 병독’으로 된다”, 《검찰일보》 2006년 3월 19일, 제1판.

14) “중앙정책: 상업뇌물 정돈은 부패 방지의 중점으로 된다” 참조, 《검찰일보》 2006년 4월 4일, 제5판.

고 있다. 특히 부동산과 건축공사업, 은행업, 의료약품업, 교육, 정부구매, 채광권 이전 등 거대한 경제이익이 존재하는 분야에는 사건 발생 수량이 많고 위해가 심한 것이다. 많은 분야에 상업뇌물은 이미 상업활동중 “무언의 규칙”으로 되며 뇌물을 안하는 사람들이 배척을 당하고 뇌물행위를 까발리는 사람이 보복을 당한 경우가 많다.<sup>15)</sup>

중국에서 상업뇌물범죄에 대한 방지와 징벌을 계속 중시하고 일정한 성과도 이루었지만 전반적 효과는 이상적이지 않다. 그 원인이 주로 상업뇌물행위 방지에 여러 문제들이 있기 때문이다. 예를 들어 상업뇌물범죄의 은폐성이 강하고 행위 쌍방이 이익공동체로 형성되어 같이 조사를 맞서기 때문에 조사, 처리하는 난이도가 높다. 또 기존의 법률규정과 재무회계제도가 완벽하지 않고 법률 집행 기관이 상업뇌물을 조사하는 경험과 처리하는 능력이 부족하다는 문제 등이 있다. 상업뇌물에 대한 방지와 징벌은 다방면의 노력을 통하여 기존 문제들을 해결하여야 한다. 구체적으로는 상업뇌물행위를 징벌하는 형사입법을 완성시키는 것 외에 아래의 작업을 잘 해야 한다.

- (1) 기업재무회계제도 완선, 상업뇌물 거부에 대한 경영자의 책임의식 강화.
- (2) 체제개혁을 강화시켜 정당한 공공권리 행사를 보증하며 근원부터 상업 뇌물 발생의 기회를 감소.
- (3) 상업뇌물에 대한 행정제재 체제를 완선.
- (4) 상업뇌물을 조사, 처리하는 협조체제를 확립.<sup>16)</sup>

## VIII. 기타

중국정부에서 이미 조화로운 사회를 세운다는 위대한 구상을 제출하였으며 조화로운 사회를 세우려면 객관적으로 조화로운 사회 요구에 맞는 정치제도, 경제제도 및 문화사업을 구축하고 완선시키는 것을 요구한다. 또 조화로운 사회는

15) 조병지(趙秉志): “상업뇌물의 인정과 처리에 대한 만담”, 《국가경찰관학원 학보》 2006년 제3기.

16) 심덕용(沈德咏): “상업뇌물행위 처리에 대한 법률적 사고”, 《신화문재(新華文摘)》 2006년 제1기, 총 제349기.



필히 현대적 법치사회이며 이성적이고 효율적이며 완벽한 법치는 조화로운 사회에 대한 구상을 구현시키는 기반으로 된다. 현대법치의 중요한 구성요소로서 형사법치는 조화로운 사회 건설에 있어서 중요한 추진과 보장 역할을 하고 있다. 형사법치는 기본적 사회질서를 확립함으로써 조화로운 사회 건설을 보장할 뿐 아니라 조화로운 사회 건설의 단계적인 성과들과 최종 목표의 실현에 있어서도 중요한 유지와 보장 역할을 하고 있다. 조화로운 사회의 기본가치로서의 정의, 평등, 자유, 안전, 질서 등은 다 현대적 형사법치의 내재적 핵심가치이다. 현대적 형사법치의 최종이상과 조화로운 사회 건설의 목표는 언제나 일치한 것이다. 형사법치는 사회관계를 조정하는 광범성, 법정 이익을 보호하는 중요성 및 위법징벌수단의 엄격성 등 특징이 있고 형사법치가 처리하는 주요 문제대상이 사회중 가장 조화롭지 않은 현상인 범죄행위이기 때문에 형사법치 확립은 언제나 과학, 이성, 실천의 정신을 견지하여 점차 추진시켜야 한다. 현대적 형사법치의 발전과 완성은 조화로운 사회 건설의 중요한 요소이며 중국사회의 고속적이고 안정적이며 조화로운 발전을 보장하는 중대한 사회 과제이다. 형사사법 개혁을 계속 전문적으로 깊이 있게 추진시키는 동시에 형사정책, 형사입법, 형사집행, 형사법치 대외 합작 및 공민 법치인식 등 여러 방면에서 체계적으로 구축하여야 한다.<sup>17)</sup>

17) 조병지(趙秉志): “현대형사법치는 조화로운 사회의 기본 보장”, 《중국특색 사회주의연구》 2006년 제1기.