

중화인민공화국의 구제(区际)형법과 법역(法域)의 차이

김 경 찬*

목 차

I. 서론	IV. 양안의 형사관할권 충돌과 해결 및 사법 협조
II. 중국의 구제(区际)형사법률의 역사적 발전과 변화	V. 양안의 역사적 형사법률문제
III. 양안(兩岸)의 형사사법 협조원칙과 충 돌해결방식	VI. 결론

I. 서론

일반적으로 하나의 국가체계에서는 하나의 정부가 중심이 되어 법률 조직과 법률체계를 운영하는 것이 안정적이고 보편적인 현상일 것이다. 반면에 주권을 달리하는 국가 사이에서 법역의 차이를 보이는 것도 매우 흔한 현상이라고 할 수 있다. 과거 국가 간의 영토 다툼이나 이념적 대립을 겪은 국가와 민족의 주권이 나누어진 경우, 각 주권체제의 상이한 법원(法源) 또는 법체제에 따른 상이한 법인식과 법문화는 법역(法域)의 수반하게 되었으며, 또한 지역분권화를 일찍부터 진행한 국가의 연방 제형태도 각 지방권력기관의 독립된 판단에 따른 법역의 차이를 보여준다. 연방제의 경우에 적절한 관할권 조정과 사법협조가 필요하겠지만, 분립된 주권에서 오랫동안 다른 경험을 축적한 후 하나로 통합된 주권국가의 법역의 차이에 따른 관할권조정과 사법협조는 더 많은 관심과 노력이 필요할 것으로 보인다.

* 고려대학교 법학연구원, 법학박사

하나의 국가내부 또는 하나의 민족내부 사이에서 법체제와 법역을 달리하는 사례는 세계 도처에서 많이 살펴볼 수 있다. 예를 들면, 중국대륙과 홍콩 및 마카오 그리고 대만은 하나의 중국이라는 기치아래에서 중국대륙과 대만이라는 양안(兩岸)으로 명명하는 두 개의 정치제도, 중국대륙의 사회주의 법계와 마카오·대만의 대륙법계 및 홍콩의 보통법계라는 3종의 법계 그리고 지역적으로 4개의 법역(法域)을 가진 특수한 경우이다. 또한 미국·캐나다·스위스·오스트레일리아처럼 하나의 국가 내의 연방제와 같이 여러 개의 지역별로 독립된 지역 법률체계를 유지하는 경우, 과거 서독과 동독, 현재의 남한과 북한처럼 하나의 민족이 이념과 체제를 달리하여 세운 정부로 법체제와 법역을 달리하는 경우도 존재한다.

하나의 국가 내에 여러 개의 법역(法域)이 존재하는 경우 예를 들면 범죄행위지, 범죄인 거주지, 재판법원 소재지의 차이 등을 보이는 경우에 어떤 지역의 형법을 적용해야 하는가의 문제와 같이 구제형법은 관할권충돌 문제와 형사사법협조와 관련된 문제¹⁾ 또는 공동으로 제정하고 적용하는 형사법률과 관련된 문제인데, 여기서 무엇보다도 중요한 것은 구제간의 하나의 안정된 융통기재를 마련하는 것²⁾이라고 할 수 있다.

또한 각 정부 사이의 관할권에 관한 방식과 절차가 원만히 협상이 되어 있는 경우는 다행이지만, 그렇지 않을 경우 상호 교류협력을 위해서³⁾ 다각도로 검토하고 지혜롭게 접근하는 자세가 필요한데, 하나의

1) 1990년대 중반 중국대륙거민이 비행기를 납치하여 대만으로 가는 사건이 빈번히 발생하였으며, 대만 측은 범죄인을 넘겨주지 않거나 엄격한 처벌도 하지도 않았는데, 이와 같은 사건에 대한 문제의 공동인식이 필요한 것이라고 할 수 있다.

2) 时延安, 中國國際刑法概念及基本體系, 南都學壇, 人文社會科學學報, 第26卷 第2期, 2006年 3月, 90頁.

3) 서독의 콜총리는 전후 서독정부가 동독 정치범을 서독으로 데려오던 정책을 유지하는데 동독에 몸값을 지불하면서도 몸값 이외의 요구는 단호히 거절하였고 정치범과 함께 흉악범까지 서독으로 끼워 넘기던 동독의 관행도 하지 못하도록 하였으나(평화문제연구원, 베를린 장벽 붕괴 20주년 독일통일 바로알기(평화문제연구원, 2010), 12쪽) 인도주의적 차원에서 수용 가능한 범위 내의 흉악범도 인도되도록 하는 포용성을 가질

국가 내부와 하나의 민족 내부에서 상이한 법원 또는 법체계로 독립적인 법의 운용은 하나의 주권을 지향하는 관계에서 통일된 문제인식과 해결에 어려움이 있기 때문이기도 하다.

본 연구는 중국의 통일을 향한 노력의 하나인 구제형법과 관련된 내용을 검토하는 것은 남북한 교류와 협력 그리고 통일을 위한 참고와 시사점을 얻을 수 있을 뿐만 아니라 앞으로 진행될 동아시아 공동체 구성⁴⁾과 세계의 글로벌화 및 가치와 제도의 통합화 현상의 일환으로 지역적 법의 공동이해의 장을 확대하기 위한 것이기도 하다.⁵⁾

남한과 북한은 UN에 각각 1991년에 각각 독립된 국가로 가입이 되어 있어 하나의 국가 내의 법역의 문제로 접근하는 방식은 아직 충분하고 고려되고 있지 않으며, 국제사법이나 국제형사법적의 접근방식⁶⁾을 사용하는 방식이 논의되곤 한다. 그러나 두 개의 법역이 서로 상호간 독립성을 인정하며 원활한 문제해결을 도모하거나, 하나의 법역으로 통일되어 가는 과정에서는 남한과 북한이 얼마나 자발성을 가지는가는 매우 중요하다고 할 수 있으며, 우선 남북한이 자유롭고 안정된 왕래를 통한 관계회복으로 문제해결과 관련된 공동의 필요인식에 이르는 것⁷⁾이 필

필요가 있다고 본다.

- 4) 프랑스는 꿈을 꾸고 독일은 그 꿈을 실현시키며 스위스는 마무리작업과 청소 및 리모델링을 구상하고 이탈리아는 거기에 열정을 더하여 유럽공동체는 구성되었으며 이제 서로를 이해하고 협력하고 있다. 일본의 풍부한 상상력과 집중력, 한국의 폭발적인 추진력과 흥겨움, 중국의 상호이해력과 신중성, 싱가포르의 개방성 등은 또한 동남아시아 공동체 구성원의 중요한 장점이며 법공동체 내에서 이러한 장점이 충분히 살아나도록 하는 것은 중요한 것이다.
- 5) 민족과 국가의 분열, 대립문제는 주변의 수많은 관련국가의 복합적 구조와 이해(利害)가 깔려 있으며 21세기 이후는 시장경제를 중심으로 재편될 것으로 보이지만 공동생활을 기반으로 하는 법의 논의와 이해(理解)는 하나의 국가와 민족을 넘어 지역적 공동체 그리고 더 나아가 세계시민으로서의 삶의 조건과 토대를 형성하는 과정에서 끊임없이 논의되어야 할 과제라고 할 것이다.
- 6) 국제형사재판소 관할 범죄의 처벌 등에 관한 법률 제8조~제13조.
- 7) 법제처에서는 남북주민 사이의 가족관계와 상속 등에 관한 특별법 제정안을 최근

요하다고 본다. 서로의 왕래와 겸허한 대화가 없으면 문제가 없거나 해결할 수 없는 커다란 문제만이 발생하기 때문이다.

일반적으로 국가 사이에서의 발생하는 무력행사나 범죄는 국제조약이나 국제협약 또는 국제사법기구를 통하여 해결하거나 다양한 정치적 협상 또는 외교적 영향력 행사를 통하여 상호협조하거나 문제의 원만한 해결을 위해 노력을 하기도 하지만, 21세기 이후는 국제교류가 훨씬 많아지고 국가 사이의 관계가 긴밀해짐에 따라 국가 간의 형사문제의 관할과 협력문제에서도 마찬가지로 양자 혹은 다자간 국가사이의 이익 조정과 협의를 통한 사법협조 또는 국제법의 상호융통과 협력 그리고 규정보완 및 조정이 요구되며, 미래의 법의 통합화 현상과 구심적 조정 기관에 의한 관할권 조정 등도 논의될 것으로 예측한다.

II. 중국의 구제(區際)형사 법률의 역사적 발전과 변화

중국 구제(區際)형사법률 문제의 역사는 아주 오래된 일은 아니지만 20세기 후반부터 중국내륙과 홍콩, 마카오, 대만의 전문 학자들의 사이에서 밀접한 관계를 가지고 심도 있게 연구되기 시작하였다. 홍콩과 마카오는 중국대륙 중앙정부의 기본방침인 일국양제를 따르면 고도의 자치권이 부여된⁸⁾ 특별행정구역으로서 독립적 지위⁹⁾를 가지면서 독립

2011년에 만들어 입법예고하고 국민들의 의견을 묻는 기회를 가지기도 하였다.

8) 楊正東/付國貨, 淺議中國區際刑事司法管轄衝突及協調, 江南社會學院學報, 第9卷 第3期, 2007年 9月, 70頁.

9) 특별행정구역하의 특별행정구는 광범위한 자치권을 향유한다. 입법권분야에서도 특별행정구역은 중국대륙의 다른 법률과 불일치할 수 있다. 대외적 권한도 상당한 대외적 권한을 부여하지만 중국을 국제적으로 대표하고 통일적으로 관리하는 것은 중국 중앙정부가 행사한다. 재정적으로도 독립권을 가지는데 독자적으로 화폐를 발행하고 화폐금융정책을 시행한다. 군사권은 그러나 독립적으로 보유할 수 없다. 사법권 분야

적인 운영¹⁰⁾을 하고 있는 반면, 대만의 경우는 홍콩, 마카오와는 달리 중국대륙정부가 제시하는 통일방안에 전면적으로 수긍하고 있지 않지만, 점차적으로 그 교류와 협력은 빠른 물살을 타고 있다.

중국 대륙과 대만의 관계와 관련하여 연구과정을 초기단계(1970년대~1980년대 말), 발전단계(1990년대), 성숙단계(2000년 이후)의 3가지 단계로 나누어 시간이 흐름에 따라 다르게 변화하였으며, 문제인식과 관계형성의 방식도 점차적으로 달리 진행되었다.

독일의 경우에도 통일의 과정에서 대립시기(1949~1969년),¹¹⁾ 적극적 협력시기(1969~1989년),¹²⁾ 통일시기(1989~1990년)¹³⁾ 등으로 진행과정

도 중국내지에 대해서 독립적으로 독립권이 보장되고 중심권도 중심법원에 보장된다(한국법제연구원, 중국의 '일국양체제론'과 1997년 이후 홍콩법제, 중국법연구(II)(한국법제연구원, 1992), 7-8쪽 참조).

- 10) 중국대륙의 경우는 입법부의 인민대표가 사법부를 감독하는 형식을 취하고 있고, 사법부 내부에서도 당을 중심으로 구성하여 사법부의 공정성을 담보해 나간다는 점과는 달리 홍콩의 경우는 사법, 행정, 입법의 분리와 함께 법관의 독립 강조로 사법부의 독립을 강조하고 있는 모습을 볼 수 있다(郭天武/何邦武, 香港刑事訴訟法專論, 北京大學出版社, 2009, 7쪽).
- 11) 대립시기에 서독은 서방측과의 결속을 통해 소련과 동독을 굴복시켜 통일을 달성하려는 목표를 가지고 있었고, 1955년 동독을 국제사회의 제3국가와 고립시키는 할슈타인원칙을 선언하였고, 동독은 1955년 바르샤바 조약을 체결함으로써 소련을 중심으로 한 공산체제로 편입되었고, 서독의 할슈타인 원칙에 따른 동독의 고립화를 피하기 위해 1957년 국제법상 국가로 승인받기 위해 국가연합안을 주장하기도 하였으며, 1961년 베를린장벽이 구축되기도 하였다(법무부, 동서독 교류협력법제연구(법무부, 2008), 8-9쪽).
- 12) 서독은 1969년 브란트 수상이 독일연방의회 시정연설에서 독일에는 두 개의 국가가 있으며 그 두 국가는 서로 외국이 아니고 특별한 관계라고 선언하였고, 쉘 외상은 할슈타인 원칙의 폐기를 선언하였다. 동독은 동서독 기본조약 체결로 서독으로부터 국가성을 인정받고 할슈타인 원칙의 폐기를 얻어냈으며, 1973년 유엔 동시 가입하였으며, 1974년에는 동독헌법을 개정하여 종전 헌법 통일조항을 삭제하여 독일민족의 통일을 헌법적으로 포기하였고 2개의 국가뿐만 아니라 2개의 민족론을 내세우기도 하였다(법무부, 위의 책, 10-11쪽).
- 13) 동서독 기본조약체결이후 동독은 접근을 통한 변화에 직면하였고, 1985년 소련의 고르바초프 집권이후 개방화의 물결이 일었다. 1989년 헝가리를 통한 동독주민의

을 구분해 볼 수 있는데, 동독과 서독이 협력을 확대해 나가는 1970년대 초는 중국대륙과 대만이 무력대치를 내려놓고 평화방식으로의 전환을 모색한 시기이며, 남한과 북한은 대립의 국면이 여전히 해소되지 않은 채 머물렀던 시기이기도 하다.

독일의 통일과정은 물론이거니와 중국의 일국양제와 양안의 문제와 관계 그리고 남한과 북한의 문제접근¹⁴⁾과 해결방식은 민족문제와 국가체제의 이념과 가치에 대한 거시적 안목을 필요로 하며, 앞으로 촉진될 세계시장과 통합법 형성과정의 하나의 과정의 지역적 선결과제로서 이 해도 가능할 수 있겠다. 독일과 중국 그리고 남북한에서 각각 진행되는 역사적 과제의 해결과 성취의 시기가 차이를 보이고 또 진행 속도와 방식이 다를 수 있지만 변영의 역사는 지역적이고 국소적인 문제를 극복하고자 하는 끊임없는 노력과 더불어 미시적이고 개인적 과제를 소홀히 하지 않는 구성원의 진지함을 먹고서 성장하며, 법은 그러한 공동변영의 기초를 닦음과 동시에 그 이면도 함께 살피는 이중적 과제의 성취를 임무로 한다.

1. 1970년대에서 1980년대 말 사이의 구제형법연구

중국 구제형법의 문제의 전문적인 연구는 1970년대 말에 시작하였는데, 당시 대륙과 대만지구가 점차적으로 상호간의 무력대치를 내려놓음

대탈출이 이루어졌으며, 지방자치단체의 부정선거로 라이프치히 등에서 시위가 촉발되어 여행의 자유를 주장하는 시위가 확대되었으며, 11월 9일 여행자유화 조치를 발표하여 동서독 국경을 개방하면서 베를린 장벽이 무너지게 되었다. 1990년 5월 18일 서독과 동독 사이의 통화, 경제 및 사회통합을 이루기 위한 국가조약이 체결되었다(법무부, 위의 책, 12쪽).

- 14) 한국의 북한법 연구는 통일을 하자는 연구가 아니라 통일을 하지 말자는 연구에 치우쳐 있어 북한법 체제와 사상에 대한 인식의 변화가 없이는 북한법을 연구하는 의의가 없을 것이다(배종대, “남북한의 법제도 및 행정제도에 관한 비교연구: 통일과 북한형법의 이해”, 북한법률행정논집 제7호(고려대학교 법학연구원, 1989), 41-42쪽).

으로써 평화방식으로 중국통일을 취하려고 한 데 있다.¹⁵⁾ 1979년 전국인민대회 상임위원회는 <대만동포에게 고하는 글>에서 대륙이 대만문제를 평화적으로 해결하는 기본전략을 확고히 하였다. 동시에 홍콩, 마카오, 대만지구와 내륙간의 경제와 문화교류가 점차적으로 증가하면서 상호 섭외적 형사법률 문제가 적지 않게 발생한 것이다. 이러한 단계에서 형법학계는 비교적 구체적인 형사법률 문제해결에 중점을 두고, 형사법률 충돌문제해결과 형사관할권의 구체적 경계 및 형사사법협조문제 등을 연구하게 되었다.¹⁶⁾

2. 1980년 말에서 1990년대의 국제형법연구

이 시기에는 양안 사이에서 비행기 납치사건이 자주 발생하였는데, 중국대륙 거민이 비행기를 납치하여 대만으로 간 형사범죄에 대해 중국대륙이 엄중한 처벌을 요구하였으나 대만 국민당 당국의 처리는 차이를 보였으며, 이에 양안 형사법학계는 형사법충돌문제를 적극적으로 연구하고 논의하게 되었다.

1990년대 중국대륙과 대만지구간의 형사법률 충돌과 상호간의 합작 및 그 구체적 방식은 상호간 매우 중시되었으며, 각각 법률과 법규문제가 지속적으로 대두되기 시작하였다. 등소평의 ‘일국양제’의 사상은 점차적으로 실현되어가는 중, 1997년 홍콩반환과 1999년 마카오 반환으로 중국대륙과의 관련문제가 전면적으로 드러나게 되었으며,¹⁷⁾ 관련조약과 협의의 체결이 양지구의 복귀를 위해서 필수적인 법률기초가 필요하

15) 남한과 북한의 학제교류가 어려운 것은 사실이다. 남한의 북한법연구는 정부에 의해 단일창구화 되어 있어 자료수집에 어려움이 있을 뿐만 아니라 민족문제를 오히려 일본문헌에 의존해야 하는 웃지도 못할 일이 발생하는 것이다. (김일수, “북한형법상 형사정책의 방향과 그 변천”, 북한법률행정논총 제10집(고려대학교 법학연구원, 1995, 171쪽).

16) 赵秉志, 中国区际刑法, 中国人民公安大学出版社, 2009, 3页.

17) 黄晓亮, 中國區際刑法範疇論, 社會科學, 2010年 第4期, 73页.

게 된 것이다.

이러한 시기의 관련 법학연구는 주로 홍콩, 마카오와의 일국양제 법률적 관계를 둘러싸고 형사법률 영역에서 역시 형사관할권 충돌해결과 형사사법협조문제에 치중하게 되어 심도 있는 연구와 논문들이 나오게 되었다.¹⁸⁾

3. 2000년 이후의 구제형법연구

2000년 이후는 형법학계의 구제형사법률에 대한 충돌과 협조에 대한 연구를 비롯하여 각 법영역에서 원칙과 사상, 기본내용, 이론 모델 등과 관련된 연구를 성숙 발전시켜나갔다. 물론 수많은 복잡하고 구체적인 문제의 해결이 존재하고 적지 않게 논쟁이 있었지만, 연구 성과가 진일보하였고 관련방면의 공동연구가 진행되기도 하였다.

20세기 말 이후 중국 내륙과 홍콩, 마카오, 대만 지구간의 형사법학계는 긴밀히 협조하고 있고 여러 차례 전문적인 학술연구회를 가졌으며, 이론적으로나 사법 실무적으로 교류와 협력을 강화하기도 하였다. 그리고 홍콩과 마카오의 회귀, 각 법영역간 형사법률 충돌 해결 역시 구체적인 해결단계에 이르렀으며¹⁹⁾ 관련연구가 지속적으로 연구가 진행 중에 있다.

4. 이념대립의 역사성과 변화된 현실

해협을 사이에 두고 중국대륙과 대만 양안의 통일되지 않은 상태는 20세기 중엽 이후 이미 반세기를 지났으며, 대륙과 대만지구는 정치와 경제발전에서 매우 상이하게 진행²⁰⁾되어왔을 뿐만 아니라 법률제도상

18) 赵秉志, 앞의 책, 4쪽.

19) 赵秉志, 위의 책, 5쪽.

으로도 그 차이는 상당히 크게 벌어졌다. 중국대륙과 대만의 1950년대 출발은 상이한 이념적 배경 하에 국가운영을 시작하였지만, 중국대륙의 1980년대 개방개혁 노선 이후 그 이념적 차이는 점차 간극을 좁혀나가고 있는 상태이며, 현재 21세기 초는 어느 일방의 입장이 아닌 창조적 협력의 길을 모색하고 있다.

대만지구와 중국대륙 사이의 과거 특수한 역사적·현실적 관계와 홍콩·마카오 특별행정지구의 독립성 보장과의 문제에서도 많은 형사 법률 문제가 발생하고 있으나, 확대된 교류와 공동의 문제인식은 점차 그 관점의 차이를 점차적으로 좁혀나갈 것으로 보인다.

남한과 북한의 형사법체계도 중국대륙과 대만의 상황과 마찬가지로 통일이 되지 않은 상태에서 역시 60년이 흘렀고 정치체제와 경제체제를 달리하여 오랫동안 진행되어 왔다. 북한은 소련형법 특히 1926년 러시아 공화국 형법전의 주요내용을 모방하였고,²¹⁾ 1950년 제정되었고, 1966년 김일성 주체사상의 주요내용인 정치적 자주, 경제적 자립, 군사적 자위 등이 북한헌법에 수용되면서, 1974년 개정형법에서 반혁명죄에 대한 엄격한 처벌을 다루기도 하였다.²²⁾ 남한은 과거 미군정의 통치를 받았으며, 한국인을 차별대우하는 법령은 폐지한다는 취지가 있는 군정법령 제21호(1945년 11월 2일)가 시행되기도 하였다. 형법은 일본형법이 그대

20) 대만은 일본이 서구법을 도입하게 된 과정을 긍정적으로 평가하면서, 일본의 대만지배가 대만에게 미친 영향을 긍정적 관점에서 파악하는 견해를 종종 찾아볼 수 있다 (TAY-SHENG WANG, *Legal Reform in Taiwan under Japanese Colonial Rule, 1985-1945*(University of Washington Press, 2000), 12-35쪽). 일본의 19세기말과 20세기 전반의 제국주의 모습은 한층 더 왜곡된 유교문화와 서방 제국주의의 굴절된 반영일 것이다. 일본의 외래법 수용이 근대화를 촉진시켰다는 점은 긍정적일 수 있으나, 19세기와 20세기 세계 제국주의의 한계를 넘어서지는 못하였다고 볼 수 있다. 세계제국주의 한계의 뒤를 쫓아가는 근원적 한계에 부딪힐 수밖에 없는 일본의 역사는 세계 역사의 반영이자 세계사의 일부이기도 하다.

21) 법제처, 북한법제개요, 법제자료 제157집(법제처, 1991), 180쪽.

22) 법제처, 위의 책, 181쪽.

로 시행되었고 한국의 형법을 제정하는 것이 매우 시급한 일이 되었다. 한국형법 초안은 세계 각국의 현행법 및 개정초안, 특히 독일형법 및 1930년의 동초안을 많이 참작하기도 하였으나, 가장 많은 영향을 준 것은 1940년에 공포된 일본개정형법가안이었다.²³⁾ 남한 형법초안은 1949년 작성되어 법제사법위원회에서 토의·수정을 거쳐 수정안이 심의·통과 되었고, 1953년 9월 18일 공포되고 10월 3일 시행하게 되었다.²⁴⁾

남한형법이 2010년까지 8차례의 수정을 거치며 급격한 사회변화를 반영해 나간 것처럼, 북한형법도 수차례 개정을 거쳤다. 북한형법의 1987년 개정에서는 범죄방위형의 형태로 변화하였고, 2004년도 개정에서는 유추조항을 삭제하고, 특별구성요건의 명확화, 노동단련형의 신설, 사형의 제한, 경제 형법적 기능을 강화하여²⁵⁾ 세계의 보편화되어가고 있는 형법원칙에 발을 맞추려는 경향을 보이고 있다.

남한의 북한형법에 대한 연구가 북한법체제를 폄하하거나 가치 절하적 평가는 남북한 관계개선에 그다지 도움이 되지 않으며, 북한법 자체의 연구도 필요하지만 북한과 남한의 구제형법이나 공동형법제정 시도는 법제정 이상의 의미가 있을 것이다. 북한의 변화는 중국과의 관계를 통하여 그 흐름이 촉진되고 있으며, 이와 함께 동북아의 교류와 협력에서 함께 다차원적인 법률적 토대의 제시가 필요할 것으로 보인다.

남북한은 현재 형사사건과 관련하여 전면적이고 총괄적인 합의를 체결한 적은 없으나 2004년 1월 29일 금강산관광지구와 개성공업지구와 관련하여 형사사건관련 합의를 체결²⁶⁾한 바 있다. 남북한 상호 경제

23) 김일수, 한국형법I(박영사, 1993), 33쪽.

24) 孫海峯, “韓國刑法의 歷史의 背景”, 現代法學의 理論, 佑齊李鳴九博士華甲記念論文集(Ⅲ)(1996), 499-500쪽.

25) 한인섭, “2004년 북한형법 개정, 그 내용과 의미 - 죄형법정주의를 향한 일대 진전인가 -”, 서울대학교 법학 제46권 제1호 증범 김동희 교수 정년 기념호(서울대학교 법학연구소, 2005), 415-428쪽.

26) 제10조 (신변안전보장) “개성공업지구와 금강산관광지구에 출입·체류하는 남한

협력 및 교류가 확대됨에 따라 기본적 형사문제 원칙과 협의방안을 놓치지 않고 논의하는 것이 필요할 것이다. 또한 남북한 사이에 우발적으로 발생하는 가해와 피해에 대해 공동조사방안 및 공동대처절차를 협의하여 제정하는 것도 무의미한 일은 아닐 것이다.

Ⅲ. 양안의 형사사법 협조원칙과 충돌해결방식

1. 양안의 형사사법 지도원칙의 필요성

지역 간에 다른 법률체계로 인하여 발생하는 문제에 대해서는 각 당사자 간의 공동의 문제인식과 협의가 필요하며, 이에는 먼저 공동의 지도원칙의 구성이 요구된다. 마찬가지로 중국대륙과 대만의 형사법률 충돌 문제처리에서도 양안의 학자와 전문가들의 긴밀한 협의를 통하여 먼저 총체적인 지도사상을 확정하고, 구체적인 문제해결에 필요한 전제조건을 만들어 나갈 필요가 있다. 장기적으로 중국 형법 이론학계는 이러한 방면에서 부단한 노력을 기울여 탐구와 연구를 진행하였으며 이로써 몇 가지 기초적인 공통된 인식에 이를 수 있었지만, 때로는 연구입장과 관점의 상이함으로 학자들은 다른 의견을 가지고 중국대륙과 대만지구 간의 형사법률 문제의 원칙을 제시하기도 하였다.

주민이 '지구에 적용되는 법질서'를 위반한 경우 북한 당국은 남한 주민을 형사처벌할 수 없고 그 위반정도에 따라 '경고', '범죄금 부과', '추방' 조치만을 할 수 있을 뿐이며, 남한 당국은 남한 지역으로 추방된 인원에 대하여 조사, 사법처리하고 그 처리결과를 북측에 통보해야 한다. 다만, 엄중한 위반행위에 대하여는 남과 북이 별도로 합의하여 처리해야 한다." 라고 하여 개성과 금강산 양지구에 대하여만 규정하고 있으나, 앞으로 중국과 일본 및 타 국가와 지역에서 발생하는 사건을 포함하여 남북한 사이에서 발생하는 형사사건을 포함하여 전면적으로 형사 법률문제 원칙과 협의방식에 대하여 더 많은 논의와 연구가 진행되어야 할 것으로 보인다.

남한과 북한의 형법학 이론학계 및 실무관계자도 서로 자주 만나고 열린 마음으로 대화하며 평화 가운데 상호 존중의 방식으로²⁷⁾ 기본적인 원칙부터 구체적인 해결방식에까지 만들어 나가는 기회를 많이 가질 필요가 있다. 활발한 교류와 협력이 선행되는 것이 일반적이지만, 가장 기본적인 형사법적 문제가 먼저 기초적으로 논의될 필요가 있다.

중국대륙과 대만의 형사법률 문제의 원칙은 보통 3원칙설, 4원칙설, 5원칙설 등으로 나누어 논의가 진행되고 있으며 그 대체적인 내용은 다음과 같다. 첫째, 일국양제로서 하나의 국가주권원칙을 견지한다. 즉, 조국통일을 보호하고 견지하는 원칙으로 마카오, 홍콩, 대만은 정치제도를 불문하고 중국영토의 구성부분임을 명확히 한다.²⁸⁾ 조국분열을 기도하고 조국통일을 방해하는 범죄행위에 대해서는 양안 모두 관할 하에 심리한다. 대륙과 대만지구에서 발생하는 형사사건은 모두 하나의 주권 국가 내부의 형사법률 문제이고 양안 동포는 모두 중국인의 법률지위를 마땅히 보장받는다.

둘째, 범영역 평등의 원칙이다. 즉, 각개 범영역의 법률의 효력은 동일 이전의 양안은 마땅히 각자의 실제관할을 승인하여 각 범영역의 공민과 법인의 법률지위와 각 영역의 법률의 평등한 적용 및 각 범영역의 관할 권도 평등한 것을 원칙으로 한다. 또한 일정한 조건하에 상대방 법원의 형사판결과 중재판결 결정을 평등하게 승인하고 집행하며, 동포의 이익을 평등하게 보장한다. 이러한 원칙은 양안과 상호 관련된 형사사건처리 는 양안 동포의 공동희망과 이익을 고려하며, 상호신임과 평등한 대우로 문제를 실질적으로 파악하는 것이다. 또한 양안동포의 이익과 평등보호에 착안함으로써 양안 당국은 형사 입법적으로 양안의 정상적인 교류와 양안의 공동번영의 촉진에 도움이 되는지 여부를 가지고 범죄의 기준을 삼는다. 형사사법상 양안동포의 법률적 지위의 평등을 확보하며, 사건처

27) 김일수, 북한법 체계와 특색(세종연구소, 1994), 248쪽.

28) 梁玉霞, 中國國際刑事司法協助研究, 中國人民公安大學出版社, 2009, 23頁.

리에 있어 단지 범죄사실을 근거로 하고 범죄사실 이외의 어떤 특정신분을 근거로 할 수 없다.

셋째, 중화민족의 근본이익에 부합하여야 한다는 원칙이다. 즉 쌍방의 사회질서안정과 단결에 이로우며, 인민의 이익에 유리하도록 할 뿐만 아니라 쌍방의 교류와 양안의 통일을 촉진하여 근본적으로 조국평화통일에 도움이 되어야 한다는 원칙이다. 해협양안의 공민에 도움이 되는 교류와 당사자의 합법적 권익을 보호한다는 국민과 당사자 이익의 원칙²⁹⁾ 등이 논의된다. 상호간에 현실과 역사를 존중하는 원칙으로 상호간의 형사법률 문제해결시 모든 종류의 역사적 문제는 모두 관대함을 따라 처리하고 쌍방모두 상대방의 현재의 법제관할, 형사법률, 판결효력을 적절히 승인하고 집행한다. 또한 당국의 공동의견과 공동인식에 근거하여 양안법률제도의 차이를 충분히 고려하고 상대방의 법률제도에 대한 인식과 정황을 적절히 배려하여, 양안의 번영과 발전에 유리하도록 한다.

넷째, 긴밀한 협조를 통하여 정확하고 적시에 사건을 처리하는데 도움이 되어야 한다. 효율적인 범죄투쟁으로 범죄 격파와 예방에 도움이 되어야 한다는 것이다. 양안의 상호 형사사건 관할문제 해결에는 정치태도와 형사법제 등 방면의 현실적인 장애가 있음을 고려하여, 실사구시를 견지하는 것으로 실제에서 출발하며 법률사무와 정치사무를 분리한다는 원칙으로 사실을 근거로 삼아, 양안의 현재 법률과 법규를 참조하여 진지하게 해결한다. 또한 균관계는 불개입의 원칙으로 쌍방법률문제는 쌍방이 협상 또는 일정한 법률절차를 통하여 해결한다는 것이다.³⁰⁾

사형제도와 관련해서도 홍콩과 마카오는 사형제를 폐지한 반면 중국 대륙과 대만은 사형제도를 유지하고 있는 이유로 사형에 해당하는 범죄를 저지른 자가 홍콩이나 마카오로 도피할 가능성이 매우 높은 것이다. 중국 대륙도 사형을 최대한 제한하는 정책을 취하면서 2050년까지 사형

29) 赵秉志, 앞의 책, 69쪽.

30) 赵秉志, 위의 책, 70쪽.

을 폐지한다는 계획에 있다는 점에서 중국 대륙에 범죄인을 인도하여 심판을 받도록 하는 것이 타당하다는 견해³¹⁾와 정치범의 경우도 인도해야 한다는 견해³²⁾도 있으나, 사형사형의 경우 집행을 면제하는 조건으로 범죄인은 인도하는 것이 타당하다고 보며, 정치범의 경우도 스스로 정치범임을 핑계대면서 도피하는지 여부를 검토하여서 정치범에 해당한다면 불인도 하는 것이 타당할 것인데, 역시 이와 관련해서 구제 간에 구체적인 협의가 필요하겠다.

다섯째, 국제사법을 참조하거나, 구제(區際)사법을 거울삼아 해결한다는 원칙으로 전통이론과 국제법 약속을 고수하지는 않는다는 원칙이다. 그 외에도 일사부재리원칙, 이중위험금지원칙,³³⁾ 법치원칙,³⁴⁾ 사법규범을 뛰어넘은 사람의 존엄과 가치고려 원칙, 타당성과 법감정을 추구할 필요성원칙, 법률적용시 대만 동포가 중국공민의 법률지위를 가짐을 명확히 하고 대만동포의 법률이익을 보호할 필요원칙,³⁵⁾ ‘일국양법’의 실제적 정황 고려원칙, 정황 적합성과 합리성 및 합법성원칙, ‘역사적 문제특수성’ 고려 원칙 등이 논의되기도 하며, 채돈명(蔡墩銘) 교수는 일찍이 ‘하나의 중국’, ‘공정합리’의 원칙으로 이 전체를 개괄³⁶⁾하기도 하였다.

2. 관점의 차이

현실적으로 중국대륙과 대만의 양안은 상대방의 법률지위에 대해 복잡한 인식을 가지고 있으며, 법률규정과 이론상으로도 정형이 매우 상이

31) 梁玉霞, 앞의 책, 29쪽.

32) 梁玉霞, 위의 책, 27쪽.

33) 梁玉霞, 위의 책, 31쪽.

34) 梁玉霞, 위의 책, 25쪽.

35) 趙秉志, 앞의 책, 70쪽.

36) 趙秉志, 위의 책, 70쪽.

하다고 할 수 있는데, 형사법률 지위의 기본태도와 관련하여서 상이한 관점을 살펴볼 수 있으며, 양안 형사법률 충돌해결에 관한 이론적 기초와 관련하여 중국대륙과 대만지구의 학자사이에 비교적 커다란 논쟁과 분립이 있기도 하였다.

즉 중국대륙은 통일 전 대만지구의 법률이 중화인민공화국헌법의 기본정신을 손상시키지 않아야지 그 법률효력을 승인할 수 있으며, 대만지구정권의 합법성 승인을 피하고 단지 대만지구의 법률사실을 승인한다는 관점이다. 또한 통일 전 한정적으로 대만지구의 국가정체, 국제와 직접적으로 관련 없는 법률만을 승인한다는 견해와 대만과의 문제는 국제충돌법원칙을 참조하여 처리하는데, 즉 공평협상의 원칙을 견지하고 양안 인민의 이익을 고려하며 충돌법원칙을 살펴 적절하게 대만지구 법률을 적용할 수 있다는 입장을 나타내기도 하였다. 중국대륙은 대부분의 학자가 기본적으로 ‘일국양제(一國兩制)’를 마땅히 견지해야 하는 것으로 알고 있는데, 즉 하나의 국가라는 전제하에서 중국대륙에서 사회주의 실현과 대만에서 자본주의 실행을 각각 주장하는 것으로, 고도의 자치를 진흥한다는 것이다.

대만학자의 기본적 인식은 실체단일화로서 중국대륙법률을 승인하지 않으나 중국대륙법률과 그 문서인정은 초보적으로 또는 표면상 증거로서만 승인한다는 견해와 새로운 법률의 제정 또는 특별법규는 양안 형사법률 문제의 수요를 적절히 고려할 필요가 있다는 견해, 중국대륙 법률의 선택적 승인이 있을 수 있지만 중국대륙 전체 형사 법률을 승인하지는 않는다³⁷⁾는 견해를 나타내기도 하였다. 또한 양안이 역시 하나의 중국임을 역시 승인하면서 ‘일국양법(一國兩法)’ 또는 ‘일국양구(一國兩區)’의 원칙을 채용할 수 있지만, ‘양제(兩制)’를 승인하는 것은 아니며, 단지 양안에 ‘양법(兩法)’이 존재한다거나 양안이 실제통치구로서 한 국가의 ‘양구(兩區)’로 간주하는 것이므로 형사법률 충돌문제에서

37) 赵秉志, 위의 책, 71쪽.

각각의 실제주권설을 주장하기도 하였다. 극단적인 견해로는 국가분열설로서 중국이 현재 통일되지 않을 상태에 있으며 두개 정권이 다른 구역을 통치하고 있으므로 형사법률 충돌문제도 각자의 주권문제라는 것이다. 다른 하나는 독립국가설로 즉, 양안의 분립은 두 개의 상이한 국제법인격의 국가를 간주하는 것이기 때문에 쌍방의 형사법률 충돌은 국제관례 혹은 국제조약에 따라 처리하여야 한다는 입장이다. 이러한 극단적 관점은 바로 대만 독립을 명확히 하는 것인데, 중국의 경제가 고도로 통합되는 21세기 이후의 과정에서는 약화될 것으로 전망한다.

중국대륙과 대만의 학자와 전문가들의 논의는 그 구체적인 내용도 살펴볼 필요가 있지만, 그러한 논의가 지속적으로 가능하게 할 수 있는 상황적 유연함을 남한과 북한에 우선 적용하고 실천할 필요가 있을 것이다.

3. 양안의 형사법률 충돌 해결방식

양안의 형사법률 충돌과 관련하여 다양한 해결방식이 제시되는데, 그 구체적인 방식은 양안관계가 앞으로 어떻게 긴밀하게 진행되는가에 따라 방식은 다르게 변화할 수 있을 것이며, 양안의 논의는 남한과 북한에의 관계에서도 앞으로 참고가 가능할 것이다.

가능한 방식으로 첫째, 양안간의 법률충돌 및 법률적용의 선택은 국제사법방식과 원칙을 채택하는 방안이며, 그러할 경우 ‘일국양제’의 정황 하에서 발생할 수 있는 이중의무, 이중규범, 이중제제의 문제를 피할 수 있다는³⁸⁾ 장점이 있다.

둘째, 통일된 구제 충돌법을 제정하거나 양안 각자가 현재의 국제사법규범을 참조하여 법률충돌문제를 처리할 수 있는 적절한 양안법률규범을 통하여 협조와 조화를 실현하는 것이다.

38) 赵秉志, 위의 책, 72쪽.

셋째, 민주독일과 연방독일관계의 방식으로 사실상 상대방의 법률과 그 관계를 인정하고 협상과 교류를 진행해 나가는 방식이다.

넷째, 중립구 방식으로 중국의 하문과 금문과 같은 시처럼 중립구를 설립하여 중립구내에서 양안국민은 자유로이 활동을 할 수 있도록 하고, 법률문제가 발생할 경우 쌍방이 선정한 변호사와 민간대표 및 사법요원 등으로 구성된 기관이 자체적으로 해결하도록 한다.

다섯째, 중개단체의 형식으로 민간기구를 설립하여 간접적으로 양안 당사자를 위해 법률서비스를 제공하며 양안의 충돌문제를 협조해 나가는 방식이다. 중개단체가 협의하고 당국이 인가하는 형식으로, 예를 들면 중국대륙의 해협회(海協會)³⁹⁾와 대만의 해기회(海基會)⁴⁰⁾가 양안 형사법률문제의 처리를 협상하여 협의를 이룬 후에 양당국이 그 집행을 확인하는 것이다. 최근 2008년 11월 3일 해협회 회장이 대만을 방문하여 해기회와 회담하였으며, 항공, 해운, 우편업무 및 식품안전과 관련된 협의⁴¹⁾에 서명하기도 하였다. 2009년 4월 26일에는 해협회와 해기회가 “해협양안공동범죄대처 및 사법상호협조”⁴²⁾를 서명하고 대륙과 대만의 사법합작을 명확히 하기도 하였다.⁴³⁾

여섯째, 법률충돌이론을 근거로 특별법 제정하는 방식으로 양안 각자는 법률충돌을 해결하는 특별법을 제정하여 중국 대륙 쪽은 성일급의 일급기관이 특별법을 제정하고, 구체적 조치는 복건성과 대만지구 간의 각자 제정한 특별규범으로 한다.

39) 海峽兩岸關係協會로 1991년 12월 16일에 성립.

40) 海峽交流基金會로 1990년 11월 21일 성립하여 1991년 3월 정식으로 업무를 시작한 재단법인.

41) 梁玉霞, 中國國際刑事司法協助研究, 中國人民公安大學出版社, 2009, 246頁.

42) 海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議

43) 공동범죄대처, 정탐협조, 인원파견, 사법상호협조, 문서송달, 채증조사, 장물이송, 재판인가, 범죄인 인도 등등, (梁玉霞, 中國國際刑事司法協助研究, 中國人民公安大學出版社, 2009, 52頁)

일곱째, ‘일국양제(一國兩制)’의 방식으로 하나의 중국을 견지한다는 전제 하에, 대만지구에서 고도의 자치특별행정구를 설립하여 자본주의를 실시하며 관련 형사 법률은 협의 또는 양안의 입법방식을 통하여 해결하는 방식이다. 이러한 방식은 홍콩과 마카오문제를 성공적으로 해결하였으며, 이미 역사적으로 그것이 효과적임이 증명되었다. 그러나 대만지구의 학자는 이에 대해 평가가 일정하지 않다. 한 학자는 홍콩특별행정구는 단지 형식적 의의가 있는 것이며, 홍콩, 중국 대륙, 대만의 3자 관계는 마땅히 세계범위 내에서 사고할 필요가 있다고 한다. 또 다른 학자는 홍콩의 회귀는 홍콩과 중국대륙의 상호관계를 강화하게 하는 것이며, 이로써 대만지구에 더욱 적극적인 활동공간을 부여하는 것이다.⁴⁴⁾ 대만당국은 홍콩회귀에 대해 “그 성공을 희망하며, 대만에게 응용되기는 거부하나 대만관계가 양안관계의 시험적 단계로 간주한다.”고 하기도 하였다.⁴⁵⁾

여덟째, 입법을 구분하는 형식으로 대륙과 대만 각자 구제 형사법률 충돌을 해결하는 법률과 법규를 제정하고 관련문제를 해결한다. 이에 대해 대만지구 학자 역시 유사한 관점을 가지고 있는데, 대만당국이 마땅히 형사법률 문제를 처리하는 특별법규를 제정하여 형사법률 충돌 문제를 해결해야 하는 것으로 인식하고 있다.

아홉째, 제3주체설 혹은 유럽연맹형식으로 대만지구학자가 제시하기를 중국대륙과 대만 모두가 중국의 일부분이나, 현재상황은 확실한 정치적 분할상태이다. 이로써 유럽연맹과 같이 하나의 중국으로 국제인격을 가지는 주권공유의 주체를 갖추게 한다. 양안의 형사법률 문제는 역시 통일된 입법적 해결을 취한다.

열째, 사법해석형식으로 중국대륙의 최고인민법원이 사법해석 또는

44) 남북한 관계에서도 북한의 자유경제구역 선정협약과 남한의 자유경제구역에 북한이 참여할 수 있도록 여건을 조성하는 것은 상호관계의 활성화에 도움이 될 수 있다.

45) 赵秉志, 앞의 책, 74쪽.

의견의 형식으로 양안간의 법률사건의 법률적용문제를 다루는 방법이다. 물론 이에 대해 최고인민법원을 어떻게 구성하는가에 대한 논의는 충분히 있어야 할 것이다.

열하나째, 강제적이고 중립적인 제3의 당국을 형성하는 형식으로 하나의 강제적이고 중립적인 제3의 당국이 글로벌적 시각에서 양안의 통일제도를 마련하고, 각종 법률정치문제를 해결하는 것으로 형사법률문제도 이에 포함시킨다⁴⁶⁾는 방안이다. 이러한 방안에 대한 비판으로 적절한 제3국을 찾기가 어려우며, 사실상 중국대륙이 동북아의 중재자 역할을 하는 입장에서 어느 국가가 중재역할을 수행할지에 대한 한계가 있다.

IV. 양안의 형사관할권 충돌과 해결 및 사법협조

중국대륙과 대만의 경제, 문화교류는 매우 빈번하며, 이러한 활발한 교류와 함께 조직범죄·밀수범죄·컴퓨터범죄·환경범죄·저작권범죄·돈세탁·부패범죄·재정세무범죄 등 위법범죄활동도 점차적으로 증가하고 있다.⁴⁷⁾ 이러한 범죄가 증가함에 따라 중국 특별행정자치구 뿐만 아니라 양안의 사법관할은 여러 가지 충돌적 상황이 자주 발생하며 이와 관련된 협조방안 및 해결방식에 관한 연구도 지속적으로 요구된다고 할 수 있다.

46) 赵秉志, 위의 책, 74쪽.

47) 楊正東/付國貨, 淺議中國區際刑事司法管轄衝突及協調, 江南社會學院學報, 第9卷 第3期, 2007年 9月, 286-287页.

1. 구체적인 유형사례

관련된 구체적인 사례로서 첫째, 대만지구거민이 중국 대륙에서 범한 범죄 또는 중국대륙거민이 대만지구에서 범한 범죄에 관하여서는, 두 개의 상황으로 나누어 생각해 볼 수 있다. 하나는 만약 양안의 형법이 모두 행위인의 위해행위를 범죄로 규정하고 있는 경우는 범죄지관할원칙에 따라 처리하면 되는데, 즉 대만지구거민이 대륙에서 범죄한 경우는 대륙사법기관이 관할하고, 대륙거민이 대만지구에서 범죄한 경우는 대만지구사법기관이 관할하는 것이다. 또 다른 하나는 대만지구거민이 대륙에서 범죄한 경우에 대만지구의 형법이 범죄를 규정하고 있지 않지만, 대륙 형법이 규정하고 있는 경우는 대륙사법기관이 관할한다. 그러나 만약 대만지구거민이 확실히 대륙의 법률을 모르고 있었을 경우는 관대하게 처리한다. 대륙거민이 대만지구에서 범죄한 경우, 대륙형법이 규정하고 있지 않으나 대만지구 형법이 범죄를 규정한 경우는 대만지구 사법기관이 관할한다.⁴⁸⁾ 앞서 언급한 두 가지 상황은 역시 양안이 협상하여 해결한다. 대만지구학자는 마땅히 속지관할원칙을 채택해야 하는 것으로 인식하여 자신의 구역에서 발생한 범죄에 대해 추궁하는 것이다. 상대방 구역에서 발생한 범죄가 이미 처리된 경우에는, 역시 자신의 지역에서 범죄로 인식하고 있다면 종결원칙을 적용하여 다시 처리하지 않는다.⁴⁹⁾

둘째, 대만지구거민이 대만지구에서 범죄행위를 하였으나 범죄결과가 중국대륙에서 발생한 경우 또는 중국대륙에서 범죄행위를 하였으나 결과발생은 대만지구에서 발생한 경우, 중국대륙거민이 대만지구에서

48) 중국대륙은 간통죄가 없으나 대만은 간통죄를 유지하는 등, 관제형은 중국대륙만 가지고 있는 형종이며, 양형에서도 차이가 나는데, 중국대륙은 대만에 비해 사형죄 적용이 아직은 넓다고 하겠다.

49) 赵秉志, 앞의 책, 76쪽.

범죄행위를 하였으나 범죄결과가 중국대륙에서 발생한 경우 또는 중국대륙에서 범죄행위를 하였으나 범죄결과가 대만지구에서 발생한 경우에 해당하는 것으로서 이러한 경우 학자들은 두 종류의 해결방안은 제시하였는데, 하나는 실제통제설로 범죄인의 일방 사법관할을 통제하는 것이다. 또 다른 하나는 양당사자가 구체적인 요소를 협상하고 해결하는 방안이다.

셋째, 대만지구거민이 대만지구에서 범죄 후 중국대륙으로 도피하거나 중국대륙에서 범죄 후 대만지구로 도피하는 경우, 중국대륙거민이 중국대륙에서 범죄 후 대만지구로 도피하거나 대만지구에서 범죄 후 중국대륙으로 도피하는 경우로서, 일방거민이 자신이 거주하는 곳에서 범죄를 범하고 타방지역으로 도피한 경우는 마땅히 법익침해를 받은 일방의 사법관할을 받는 것으로 침해받는 쪽의 관할원칙이 된다.

넷째, 중국대륙거민이 대륙에서 범죄 후 대만으로 도피하여 계속해서 범죄한 경우, 또는 대만거민이 대만에서 범죄 후 중국대륙에 가서 계속해서 범죄를 하는 정황⁵⁰⁾으로서, 중국대륙거민이 중국대륙에서 범죄 후 대만지구로 도피하여 계속해서 범죄를 저지른 경우 또는 대만지구거민이 대만지구에서 범죄 후 대륙으로 가서 계속해서 범죄를 저지른 경우의 형태들이다. 이러한 범죄정형은 마땅히 주로 범죄지에서 관할을 진행한다.

다섯째, 중국대륙거민이 대만지구거민과 결탁하여 양안에서 나누어 공동으로 범죄한 경우로서 중국대륙거민과 대만지구거민이 상호 결탁하여 자신의 거주지에서 공동범죄를 실행한 경우, 실제 범죄행위자를 통제할 수 있는 일방의 사법기관이 관할을 진행한다. 양안이 분리하여 통제하는 경우 역시 그 사안에서 협상하여 해결한다. 혹은 주범을 통제하는 일방이 전체사안을 맡아 사법관할을 진행하는 것을 논하기도 한다.⁵¹⁾

50) 赵秉志, 위의 책, 75쪽.

51) 赵秉志, 위의 책, 78쪽.

여섯째, 중국공민이 중국영역 외에서 범죄하고 동시에 양안 형법규정을 범하여 양안이 모두 형사관할을 주장하는 경우로서 중국공민이 중국영토 외에서 범죄한 경우, 동시에 양안의 형법규정에 모두 어긋난 경우에 양안 모두 형사관할을 주장한다면, 범죄인이 나타난 지역의 사법기관이 관할을 맡거나 또는 외교경로를 통하여 인도한 후 범죄인 거소지의 일방 사법기관이 관할을 진행한다.

일곱째, 외국인이 중국영역 외에서 중국공민에 대해 범죄를 한 후 양안의 형법에 따라 범죄가 성립하여 양안이 보호원칙에 따라 보호관할을 주장하는 경우로서, 외국인이 중국영토 외에서 중국공민에 대하여 범죄한 경우, 양안의 형법에 따라 모두 범죄가 성립한 경우, 범죄인을 발견한 일방 또는 외교경로를 통하여 범죄인을 자신의 지구로 인도한 일방이 형사관할을 가진다.

여덟째, 대륙, 대만, 마카오는 자신의 형법전을 가지고 있지만, 홍콩은 계통화된 형법전이 아니라 여러 개의 관련규정이 산재해 있는데, “刑事罪行条例”, “侵害人身罪条例”, “偷盗罪条例”, “防止贿赂条例”, “防止贪污条例”, “刑事诉讼条例”, “诉讼证据条例”, “简易程序治罪条例” 등등의 이러한 조례 내용에 실제내용과 절차내용이 포함되어 있다.⁵²⁾ 대만지구거민이 홍콩, 마카오에서 범죄 후 대륙으로 들어 온 경우와 같은 사례에서처럼, 어느 쪽 거민이 어느 쪽 형법을 위반하고 행위 후에 어디에 머무르게 되는가에 따라 24종류의 형사관할권 충돌의 상황이 발생하지만, 그 해결원칙은 지역관할원칙, 속인원칙 혹은 두 개의 원칙의 결합이라고 할 것이다.⁵³⁾구체적인 적용방식을 가정해보면, 대만지구 거민이 홍콩, 마카오에서 대륙형법과 대만지구 형법에 위반하여 대륙으로 들어온 경우 중국대륙지구가 형사관할권을 가진다. 대만지구 거민이

52) 周娅, 论中国区际刑事法律冲突, 广东经济管理学院学报, 第21卷 第2期, 2006年 4月, 74页.

53) 赵秉志, 앞의 책, 76쪽.

홍콩과 마카오에서 홍콩, 마카오, 대만형법과 대륙형법을 위반한 뒤 대륙에 들어온 경우는 중국대륙지구가 형사관할권을 가진다. 대만지구거민이 홍콩, 마카오에서 대만지구형법을 위반하고 대륙에 들어온 경우 대륙지구는 범죄로 처리하지 않는다.⁵⁴⁾

그 외 기타문제로서 양안거민이 비행기나 선박을 사로잡아 사람을 유괴하는 행위 등은 범죄로 한다. 양안사법기관이 마땅히 적극적으로 국제평화를 유지하고, 국제범죄를 처벌할 직책을 가지며, 국제관례 또는 유관국제조약과 보통관할원칙에 따라 관할을 부여한다.

대만지구학자는 양안당국의 입장에서 볼 때, 양안은 하나의 구역이라고는 볼 수 없으므로, 국제조약을 적용하여 보편관할을 할 수는 없으나, 현재 쌍방의 실제통치와 통치정황에 따라 자신의 구역에서 발생하는 범죄에 대하여 나누어 유효한 관할이 있다고 해야 할 것으로 본다.⁵⁵⁾ 또 다른 학자는 이러한 사건에 대하여, 만약 특수한 이유가 없다면, 마땅히 범죄발생지 또는 범죄인의 영구 거주지에서 관할을 가진다고 해야 할 것이다. 또 다른 견해로는 비행기 범죄는 정치범죄로 파악하지 않으며, 정치범의 원칙으로 처리하지 않는다. 손해를 크게 입은 쪽의 관할원칙으로 쌍방 중에서 손해가 비교적 큰 쪽에 관할이 있고, 다른 쪽은 정황에 따라 협의하는 방식이다.

양안형법의 규정과 관련하여서 주권, 내정, 외교방면의 범죄는 현재 마땅히 그 지역에서 각자 처리한다. 홍콩과 마카오는 독립된 주권을 가지지 않으므로 ‘정치범불인도 원칙’, ‘군사범불인도원칙’은 중국 구제형사사법 관할권 충돌해결에 사용할 수 없지만, 기존 중국대륙의 소수민족 자치구의 자주권을 넘어서는 독립적 사법권과 종심권(終審權)을 가진다.⁵⁶⁾

54) 趙秉志, 위의 책, 79쪽.

55) 趙秉志, 위의 책, 77쪽.

56) 楊正東/付國貨, 淺議中國區際刑事司法管轄衝突及協調, 江南社會學院學報, 第9卷 第

범죄지를 결정하기 어렵거나 혹은 나누기가 명확하지 않은 경우 마땅히 최초범죄 발생 혹은 범죄인을 사로잡은 사법기관이 관할을 진행한다. 양안 해협은 범위의 범위 내에서 발생하는 밀수범죄에 관하여, 해협중간선으로 관할범위를 분할 확정하며, 서안 쪽에 가깝다면 대륙이 관할하고 동안 쪽에 가깝다면 대만이 관할하는 것으로 한다.

2. 양안 간의 형사사법협조 방식과 내용

2.1. 실천적 방식

첫째, 민간협조방식으로 금문협약(金門協議)방식이라고도 한다. 1990년 9월 대만당국은 현실정세에 쫓기어 일정한 형식의 형사사법협조를 논의하였는데, 대만지구의 적십자회와 대륙의 적십자회가 금문에서 밀입국자, 범죄피의자, 범죄자를 상호 송환하는 “금문협정”⁵⁷⁾에 서명하였

3期, 2007年 9月, 70頁.

57) 1990년(민국 79년) 9월 12일 해협 양안 적십자 기구 대표는 금년 9월 11일부터 12일까지 양일간 업무협상을 진행하여, 쌍방은 주무부서에서 해상송환업무를 진행함에 있어 증인으로 참여하는 것에 대하여 다음과 같이 합의를 하였다. 1. 송환원칙: 송환 작업은 인도주의 정신 및 안전·편리의 원칙에 부합하도록 하여야 한다. 2. 송환대상: (1) 관련규정에 위반하여 상대방 지구에 들어간 주민(다만, 어로작업 중 긴급히 바람을 피하는 등 불가항력적인 요소로 인해 임시로 상대방 지구에 들어간 경우는 이에 해당하지 않는다) (2) 형사피의자 또는 범죄인 3. 송환 교착지점: 쌍방은 송환 교착지점을 마미(馬尾)←파조(馬祖)로 정한다. 다만 송환되는 자의 원 거주지의 분포상황 및 기후, 해상 등의 요소에 따라 쌍방은 하문(廈門)←금문(金門)을 별도로 선택할 수 있다. 4. 송환절차: (1) 일방은 피송환자의 관련 자료를 상대방에게 통지하여야 하고 상대방은 20일 이내에 검토하여 회답을 하여야 한다. 협의한 시간·장소에서 송환접촉하며, 만약 검토대상에 의문이 있으면 상대방에게 통지하여 재조사할 수 있도록 하여야 한다. (2) 송환 접촉하는 쌍방은 모두 적십자 선박을 이용하여야 하며, 민용 선박으로 약정한 지점까지 인도하는 경우 송환선박과 인도선박 모두 흰 바탕의 적십자기를 게양해야 한다. 기타 깃발과 표지는 게양하거나 달수 없다. (3) 송환 접촉시에는 쌍방이 사전에 약정한 대표 2인이 접촉증명서류에 서명하여야 한다. 5.

다. 이 협정의 주요내용은 ‘인도적 정신에 입각하여 송환 작업을 확보’하고 ‘안전하고 편리한 송환을 확보’한다는 원칙이다. 또한 송환의 대상으로 규정에 위반하여 상대방의 지구에 들어온 거민, 형사피의자 및 이미 판결을 받은 범죄자 등과 같이 명확히 한다. 송환의 구체적인 지점을 정하고 송환의 절차를 규정한다. 한편 1993년 해협회와 해기회간의 교류 제도가 만들어진 후 일정한 정도로 양안의 형사협조 소통임무가 분담되어 비교적 효과적으로 범죄퇴치의 수요에 적절하기도 하지만, 민간차원의 명의로 이루어진 것이어서 정부차원의 엄격한 대처를 반영하기 어려운 점도 있다고 하겠다.⁵⁸⁾

둘째, 간접방식으로 제3자가 범죄피의자 혹은 형사범을 상대방에게 넘겨주는 것이다. 실무에서 구체적으로 2종류의 방식이 있는데, 한 가지는 제3자의 국가 또는 지구대를 통하여 형사피의자를 넘겨주는 방식이다 예를 들면, 1989년 대륙경찰이 대만지구의 지명수배범 양모씨를 싱가포르 압송하였다가, 후에 대만경찰이 다시 이 범인을 대만지구로 압송하여 심판한 경우이다. 이러한 방식은 비록 범죄인의 형사책임추궁은 가능하지만 비용과 노력이 소요되며, 효율적인 범죄퇴치에 많은 도움이 되지 않을 수 있다. 다른 한 가지는 경찰업무방식의 측면에서, 국제경찰 조직을 통하여 이러한 비정부간 국제조직으로 상호형사 사법협조활동을 실시하는 방법인데, 이러한 형식은 형사정탐단계에만 제한적으로 적용되는 한계가 있다.

셋째, 정부접촉방식으로 즉 쌍방의 사법기관이 직접적으로 접촉하여 일정한 형사사법협조활동을 실시한다. 양안의 객관적인 정치정황으로,

기타: 본 협의서의 서명 후에 쌍방은 가능한 빨리 관련 기술적 문제를 해결하여야 하며, 최단 기간 내에 실시하며 미진한 사항이 있으면 쌍방이 별도로 상의할 수 있다. 본 협의서는 금문에서 서명하고 각자가 한부씩 가진다. 천장원(陳長文) 79(1990년) 9. 12. 한창린(韓長林) 90. 9. 12.(법무부, 중국과 대만의 교류협력 법제연구(법무부, 2008), 671-672쪽).

58) 趙秉志, 앞의 책, 80쪽.

이러한 방식의 활용은 극히 적을 수 있으며, 사안별로 산발적으로 적용할 수 있다. 예를 들면, 하문시개원구(夏門市開元區) 인민검찰원은 일찍이 대만쪽에 증거수집을 전신으로 협조하여 성공적으로 수행한 바가 있다. 2005년 7월 대만지구검찰은 직접적으로 마카오에 가서 일종의 형사사건 증거수집을 하였고 마카오 검찰원의 협조를 얻어내는데 성공하기도 하였다. 물론 이러한 정부차원의 협조가 원활히 진행될 경우 각 정부의 사법요원이나 변호사를 상대기관에 파견하여 법체계와 실무체계를 이해하고 수습함으로써,⁵⁹⁾ 상호 간 긴밀한 협조를 촉진시키는 방안도 고려해 볼 수 있다.

2.2. 이론적 방식

이론적 방식 역시 여러 가지 방안이 논의될 수 있는데 첫째, 개별사안 방식으로 구체적 범죄사건에서 쌍방이 상호적으로 형사사법협조의 협의 또는 협상을 진행한다. “양안공증서사용과 증거조사협의”에 따라 기타 문서에 대해 개별사안에서 협상을 진행하고 상호협조를 제공한다. 둘째, “해협양안사법협조협의”를 체결하는 것으로, 양안이 유관부문과 공동으로 협상하고 사법협조와 협의를 이룬다. 전면적 규범과 조정으로 양안의 사법협조관계를 형성한다. 셋째, “민대(閩臺)사법협조협의”에 서명하는 것으로, 즉 대만과 복건의 수권사법기관이 해기회, 해협회를 통하여 상세하게 협의하고 사법협조 협의에 서명한다.⁶⁰⁾ 넷째, 중재기구방식으로, 즉 양안의 법률인사를 초청하여 중재기구를 구성하고 쌍방의 형사법률 충돌과 형사사법협조의 쟁의문제에 대해 중재를 진행한 후, 양안의 사법기관이 나누어 집행한다. 다섯째, 일방이 형사사법 협조 규범과 방식을 선서하는 방식으로, 연방독일이 일찍이 “독일국경내형사

59) 张凡, 中国区际法律冲突现状及解决途径浅析, 黑龙江对外经贸, 2010年 第1期, 58页.

60) 赵秉志, 앞의 책, 81쪽.

사건의 사법 및 직무협조법”을 제정하고 선포하였는데, 일방이 사법협조의 내용과 경로문제를 선언하여 보여준 것이다. 중국대륙과 대만지구 간도 역시 이러한 방식을 채택할 수 있다. 여섯째, 국제형사 사법협조 관련규정을 준용하는 방식이다. 일곱째, 행정처리 방식으로 즉, 범죄활동에 대해 단지 행정치안처리를 하며 범죄피의자를 축출하는 방식이다. 이러한 방법은 일찍이 대만당국에 의해 사용되었으며, 대만지구의 어떤 학자가 이러한 방식을 주장하고 지지한 바가 있지만, 상호간 관계를 발전적으로 이끌 수 없는 방안이며, 이론적으로 심각한 비판을 받았다. 이상의 이러한 각종 형사사법 협조방식에서 양안해협의 사법협조협의를 체결하는 것이 가장 간편하고 가장 효과적인 방법이 될 수 있지만, 그 구체적인 이론적 방식에 대해서는 양안학자의 다양한 의견제시와 공동의 의견수렴이 필요하다.

3. 형사사법협조의 구체적 내용

중국구제 형사사법협조는 국가주권간의 장애나 격리처럼 독립된 관계가 아니므로 내용상으로 국제형사사법협조보다는 훨씬 더 광범위한 협조관계가 논의될 수 있으며, 국제형사 사법협조보다 내용상 더 풍부한 것은 당연한 이치라고 할 수 있다.

구체적 논의될 수 있는 것은 형사사법문서를 대리 위탁하여 송부하고 대리 위탁하여 물증·서증·증인증언·피해인진술·피의자 또는 피고인의 공술 및 변론내용, 현장검증, 조사 및 감정 등 취증 및 조사⁶¹⁾하는 것을 내용으로 할 수 있다. 또한 범죄피의자 신분 및 범죄정보, 도피방향, 추적과정, 정탐, 기소진행과정, 범죄피고인 체포협조 등을 소통할 수 있으며,⁶²⁾ 형사판결내용 역시 위탁집행⁶³⁾도 가능하다. 쌍방의 심판에서

61) 梁玉霞, 앞의 책, 52쪽.

62) 梁玉霞, 위의 책, 53쪽.

범죄인의 전과사실을 상호 승인하여 누범문제 승인의 편리성을 도모할 수도 있는 등 법원판결과 중재판결을 상호 승인하는 것도 가능하다.⁶⁴⁾ 피고인 검거와 변호문제, 보석금과 친족문제, 상호 상대방 쪽의 형사소송권리문제, 장물 및 범죄물품의 이전교부문제, 장부동결, 범죄수익의 몰수문제 등도 필요에 따라 논의될 수 있다.

대만의 학자들도 양안의 형사사법협조의 주요내용으로 범죄조직정황의 교환, 상대방 사법기관을 위한 형사증거조사, 상대방 사법기관을 위한 범죄인 체포, 공공범죄인의 체포, 항공기 범죄인의 체포, 양안에서 실시한 수죄의 합병정탐조사, 양안에서 실시한 수죄의 합병심판, 누범가중 혹은 무거운 처벌, 일사부재리원칙의 승인, 자유형기의 대체집행 등과 관련하여 논의를 진행하고 있으며, 이는 문서송달, 증거조사 및 취득, 판결 상호승인과 집행, 범죄정황교환과 범죄인체포 송환 등으로 나누어 살펴보기도 하고, 단순한 관할권의 양도, 증거포함 이송, 사람 이송, 증거 및 사람이송으로 등으로 범주화시켜 보기도 한다.⁶⁵⁾ 경찰 업무협조와 관련해서 별도로 업무규범체계를 마련하여 상호승인하고, 구제경찰업무전문조직을 마련하며, 구제경찰업무 정기회견도 가진다. 또한 경찰협조절차규범을 최적화하고 원활한 경찰업무협조 정보공유기제를 만드는 것도 함께 논의가 되고 있다.⁶⁶⁾

63) 赵秉志, 앞의 책, 82쪽.

64) 중국 구제사법협조는 민사, 상사, 형사, 행정사법 협조를 포함하며, 행정사법 협조는 밀수활동을 방지하는 해관업무 상호협조와 세관기관 상호협조로 세무심사진행도 포함한다. (陳星, 我國區際司法協助問題研究綜術, 金卡工程 經濟與法, 2010年 02期, 80页)

65) 赵秉志, 앞의 책, 83쪽.

66) 叶寒冰, 我国区际警务合作机制研究, 公安研究, 2010, 第7期, 25-26页.

4. 형사사법협조의 부탁과 거절

형사사법 협조거절은 부탁받는 쪽이 일정한 이유로 부탁하는 쪽에 대해서 형사사법 협조를 거절하는 것을 가리킨다. 국제형사사법협조에서 형사사법 협조거절은 허용될 수 있으며 이해가 가능한 사항이다. 그러나 국내 구제형사사법 협조활동에서도 적용될 수 있을지는 이론적 검토가 충분히 이루어진 것은 아니다. 현실의 생활에서 대만당국은 수시로 대륙에게 협조를 거절하거나 대륙이 자발적으로 제공하는 형사사법 협조를 받는 것을 거부하였으며, 그 이유로는 여러 가지가 있을 수 있으나, 모두 ‘일국양제’의 원칙에 벗어난다고 할 수 있다. 이러한 성공적이지 못한 이론상의 ‘형사사법 협조거절’은 내용, 형식, 이유 등과 관련하여 구체적으로 충분히 논의되고 있지 못한 점이 있다.

이러한 문제에서 대만구역의 학자들은 형사사법 협조를 거절하는 이유는 주로 위탁을 받는 기관이 형사사법협조를 제공하기 위하여 대만지구의 관할권, 안전, 공공질서와 이익을 위협받을 수 있기 때문이며 따라서 이를 거절할 수 있다고 하였다. 물론 그 이유를 상대방에게 통지할 필요가 있는 사항이다. 형사피의자 송환거절에 대한 이유로는 대만지구거민, 대륙거민이 대만지구의 범죄사건에서 형사사건이 종결되거나 형사 집행이 완료된 정치범과 군사범 등이 해당한다고 볼 수 있다. 또한 대만지구의 한 학자는 상술한 원칙이외에 사법협조 제공여부와 관련하여 이중범죄원칙과 최저형벌표준(1년 유기징역이하의 불가)을 적용하고 있다. 게다가 종교범 불인도 및 특정행위원칙의 국제인도규칙도 모두 적용해야 할 것이다. 또한 송환거절사유로 일사부재리원칙, 자기거민 불송환, 공공질서 유지원칙 등도 제시되고 있다.⁶⁷⁾ 군사범, 정치범 및 대륙거민범죄의 형사절차가 종료된 자를 불인도하는 것을 대륙학자는 타당하지 않은 것으로 보기도 하는데, 이는 양안의 학자의 견해가 다른

67) 赵秉志, 앞의 책, 84쪽.

면도 있으며, 이미 받은 형사소추, 형법소추 시효초과, 자신의 비거주민, 사형법, 수형자 또는 그 감호인의 이송 부동의 등도 함께 논의된다.

5. 양안의 경계를 넘어서는 범죄 합작처벌

합작의 지도원칙은 ‘일국양제’이며, 공정하고 합리적으로 사법운용을 견지하고 정치간섭을 배제하는 원칙이다. 합작의 주체는 현재의 적십자회(紅十字會), 해기회(海基會), 해협회(海協會) 등에서 점차적으로 사법기관과 해관 등으로 이동하는 방안이다. 합작범위는 명확히 사회 각 방면을 침해하고 인민의 이익을 침해하는 것으로 기본적으로 밀수, 강도, 인신매매, 항공기납치 등이 될 수 있는데, 앞으로 다양한 범죄발생에 대한 합작범위는 지속적으로 논의되고 협의되어야 할 것이다. 합작의 구체적인 실시와 관련하여 형사사법 협조의 주요내용으로도 세부적으로 논의되어야 하며, 합작심판과 일사부재리의 원칙적용도 함께 검토할 수 있다. 쌍방협조주체는 마땅히 양안의 사법기관과 해관이 집행한다. 합작의 협조기구와 합작경로는 정상궤도에 올려 진행하며, 양안 해상범죄의 처벌범위와 관련해서도 적절히 구분하여 다룰 필요가 있다. 합작의 범위, 절차, 방식의 문제논의는 지속적으로 유연하게 논의될 필요가 있으며, 월경범죄의 합작처벌문제 대처에 대해서도 유익한 모색을 가능하게 한다.⁶⁸⁾

V. 양안 간의 역사적 형사법률문제

대만동포의 역사 형사책임문제에 대하여 마땅히 상이한 정황과 역사

68) 趙秉志, 위의 책, 85쪽.

적 원인을 구분하여 처리하여야 할 것이며, 구체적으로는 3종류의 처리 조치방법이 있다.

첫째, 대만에 간 사람이 중화인민공화국 성립이전의 행위가 대륙형법에 따라 범죄가 성립할 경우 1988년 3월 14일 최고인민법원과 최고인민검찰원이 발표한 “중화인민공화국성립 이전에 대만에 간 사람의 범죄행위에 대한 불추소에 관한 공고”에 따라, 그 형사책임을 다시 추궁하지 않는다. 만약 이러한 사람이 대륙으로 돌아온다고 해도 형사소추의 문제는 발생하지 않을 것이다.

둘째, 중화인민공화국성립 후 대만에 간 사람이, 지방정권이 건립되기 전의 행위가 대륙형법규정에 따라 성립된 범죄는 최고인민법원과 최고인민검찰원이 1989년 9월 7일에 반포한 “중화인민공화국 성립 후 현지의 인민정권 건립 전에 대만으로 간 사람의 범죄행위에 관한 공고”에 따라 그 형사책임을 추궁하지 않는다. 그 중 최고법정형은 무기도형, 사형, 20년이 넘는 것은 다시 소추하지 않는다. 만약 반드시 소추하여야 한다면, 최고인민검찰원이 비준을 한다.

셋째, 20세기 50, 60년대 대만군인이 대륙에서 범한 범죄는, 일반적으로 이미 형법상의 소추시효를 넘겼다고 할 것이다. 그 중 최고법정형이 무기도형, 사형, 20년이 넘는 것은 다시 소추하지 않는다. 만약 반드시 소추해야 한다면 최고인민검찰원의 비준을 받는다. 최고인민법원과 최고인민검찰원이 1989년 9월 7일에 반포한 “중화인민공화국 성립 후 현지 인민정권 건립 전의 범죄행위에 관한 공고”에서의 범죄지는 마땅히 ‘현재 이미 인민정권을 건립한 지방’이라고 해석해야 할 것이다.⁶⁹⁾

넷째, 대륙에서 이미 혼인하고 대만으로 간 후 다시 결혼 한 것은 매우 특수한 역사적 문제이기 때문에 범죄를 인정하기가 쉽지 않다. 이 문제는 대만이 1992년에 제정한 ‘양안인민관계조례’의 규정에 따라 형사문제처리에서 기본적으로 대륙지구 또는 대륙지구내의 항공기와

69) 赵秉志, 위의 책, 86쪽.

선박 내에서 발생한 범죄는 대만법에 따라 처벌이 가능하도록 하였는데, 중국대륙을 외국이 아니지만 외국에 준하여 외국에서 받은 형의 집행에 관한 규정을 적용하도록 하였다.⁷⁰⁾ 배우자 일방이 대만에, 다른 일방이 대륙에 있는 경우에 중혼죄, 간통죄와 관련하여 1988년 11월 1일 이전의 중혼 혹은 비배우자 동거는 소추처벌을 면하며, 상혼자 혹은 그와 동거한 자 역시 소추처벌하지 않는다고 하였다. 또한 대륙지구거민이 대만지구 외에서 ‘내란죄’, ‘외환죄’를 범한 자는 대만지구에 들어 온 후 소추처벌을 면한다. 그러나 마땅히 사실에 맞게 보고하여야 한다. 그리고 대륙지구 주민의 저작권 또는 그 밖의 권리가 대만에서 침해된 경우 대만주민이 중국대륙에서 향유하는 권리만큼 인정되는 것으로 하여 상호주의와 평등주의 입장을 표명하였다.⁷¹⁾

다섯째, 불법적으로 대만에 넘어간 자의 범죄에 대한 형사책임문제에 대하여 각기 다른 상황을 구별하여 처리하여야 하는데 일반적으로 사상인식의 원인 혹은 친척 친우방문으로 대만으로 몰래 넘어 갔으며 기타 엄중한 사정이 없는 경우는 일반적으로 범죄로 인정하지 않는다. 불법적으로 국경을 넘어 대만으로 간 사람은 대륙에서 범한 심각한 중범죄는 만약 시효연장이나 시효중단의 정황이 없고 형법상 소추시효가 초과하였다면 형사책임을 소추하지 않는다. 그러나 위의 정황에서 형법상 소추시효 내라면 대륙은 마땅히 형사관할권을 행사하여야 할 것이다. 또한 공포수단을 사용하여 불법적으로 국경을 넘어 대만으로 간 자는 국제성 범죄를 범한 것으로 대륙이 형사관할권을 가진다. 그리고 대만으로 밀입국 혹은 타인을 몰래 대만으로 밀입국 시키거나 밀입국을 조직한 자는 정황이 심각한 경우 밀입국죄, 밀입국 조직, 운반죄로 처벌하며, 대만동포가 불법적으로 입국한 경우, 그 행위정황에 따라 처벌하고, 일

70) 도중진/조훈/박광섭, 통일대비 북한 형사법령 통합방안 예비연구(한국형사정책연구원, 2008), 82쪽.

71) 도중진·조훈·박광섭, 위의 책, 83쪽.

반적으로는 범죄를 인정하지 않으나, 기타 범죄행위가 있는 경우 기타 범죄행위에 따라 형사책임을 추궁한다.⁷²⁾ 대만상인이 불법적으로 대륙 노동자를 대만으로 보낸 경우, 일반적으로 범죄에 비추어 처벌하지 않으나 만약 수량이 크고 불법적으로 노동력을 착취한 경우에는 타인 밀입국 운송 조직죄로 처리한다. 범죄대상이 부녀이고 인신매매행위에 해당한다면, 부녀인신매매죄로 처리한다. 양안거민의 왕래 중의 중혼 행위에 대해 양안 거민이 새로이 왕래 후의 중혼 혹은 타인이 배우자가 있음을 명백히 안후에 그와 결혼한 경우 혹은 명백히 알고서 대륙의 현역군인의 배우자와 동거하거나 결혼한 자는 모두 중혼죄 혹은 군인혼인파괴죄로 논한다고 할 것이다.⁷³⁾

VI. 결론

이른바 중국의 통일형법은 마카오, 홍콩, 대만, 대륙의 각 법역(法域) 사이의 공동으로 적용할 수 있는 형사적 법률문건의 체결을 가리키는데, 현재로는 대륙과 홍콩, 대륙과 마카오, 대륙과 대만 사이에 일정한 구제 법률 상조의 법률문건을 가지고 있으며 그 내용조문이 적지 않다고 할 수 있다. 그러나 통일의 경향을 표현하지는 않고 단지 각 법역 사이의 합작의 희망을 밝히면서 각 법역의 차이와 상대적으로 독립적인 면을 강조하고 있다. 현재로서는 이러한 법역의 특수성을 인정하는 차원에서 하나의 중국을 상정할 필요가 있을 것이다. 사실상 중국 헌법과 기본 법률을 넘어서는 상위 법률을 다시금 재정하는 것은 불가능해 보인다.⁷⁴⁾ 어떤 학자는 각 법역 별로 우선 자신의 법역에서 구제 충돌법을 마련한

72) 赵秉志, 앞의 책, 87쪽.

73) 赵秉志, 위의 책, 88쪽.

74) 黄晓亮, 中國區際刑法範疇論, 社會科學, 2010年 第4期, 77頁.

뒤 보편적 국제법원칙을 참고하여 일반적인 공통의 내용을 마련하는 방안을 제시하기도 하였다.⁷⁵⁾ 그러나 통일된 형사법은 실체법뿐만 아니라 절차법과 집행법에서도 국가융합이 최고 상태에 이르러야지 가능할 것이다.⁷⁶⁾

그러나 이러한 단계에 이르기 전에 먼저 각 법역 사이의 공동의 형사법관련규정을 마련하고 연방제와 유사한 방식으로 각 법역의 사법권과 중앙사법권 관계문제, 형사관할권 분할문제, 형사관할 쟁의해결문제, 형사소송과 집행에서 발생하는 인권문제와 범죄 정죄기준 문제 등을 통일형법 준비에 앞서 점차 선행적으로 규정해 나갈 필요가 있는 것이다. 현실적으로 단기간 내에 통일형사법은 불가능할 것이지만 법치원칙을 포함한 보편적 원리를 강조하면서 원칙들을 찾아나가는 작업과 함께 각 법역의 독립적 역사와 법원(法源)을 존중하지만 독립적 사법권의 지나친 강조 또는 어떠한 정확한 일방적 선택의 강조는 장기적으로 중국의 국가통합에는 도움이 되지 않을 것으로 보인다.⁷⁷⁾

중국은 오랜 기간의 중국 내부의 다양한 민족이 국가를 건립하고 서로 관계를 맺으며 중국 내외적으로 민족문제와 통일문제에 많은 경험과 연구를 축적하고 있다. 또한 외세의 침략으로 마카오의 포르투갈법과 홍콩의 보통법이라는 이질적인 법체계가 이식되어 현재까지 지속적으로 영향을 미치게 되었고, 공산당과 국민당의 대립으로 중국대륙과 대만에서 각각 사회주의와 자본주의라는 상이한 법체계가 자리를 잡았다. 중국의 구제형법은 이렇듯 중국의 오랜 아픈 역사와 함께 하는 역사의 일부분이며, 상이한 법체제와 상이한 법원(法源)에 기초한 법역이 하나

75) 韦鸿翰, 試論我國國際法律衝突的解決模式, 哈爾濱學院學報, 第30卷 第1期, 2009年 1月, 56頁.

76) 时延安, 中國國際刑法概念及基本體系, 南都學壇, 人文社會科學學報, 第26卷 第2期, 2006年 3月, 92頁.

77) 时延安, 中國國際刑法概念及基本體系, 南都學壇, 人文社會科學學報, 第26卷 第2期, 2006年 3月, 93頁.

의 주권 아래에서 서로 문제인식을 공유하며 어떻게 협조해 나갈 것인지 폭넓은 연구가 필요한 부분이기도 하다.⁷⁸⁾

중국 대륙의 등소평은 개혁개방정책을 통하여 중국이 세계와의 교류를 시작하게 하였고, 내부적으로도 일국양제를 통한 새롭게 시작한 통합의 흐름은 이미 시작하였으며 현재에도 지속 중에 있다.⁷⁹⁾ 이러한 과정은 또한 앞으로 중국이 세계 각 지역 국가와 교류하면서 발생하는 상이한 문화뿐만 아니라 이질적 법체계와 법가치의 차이에서 발생하는 문제에 대해 개방적이고 실질적인 문제인식을 통해 형성해나가는 공동번영의 구상이라고 할 수 있다.

남한과 북한의 관계는 독일 및 중국의 상황처럼 분단을 경험한 관계라는 점은 유사하나 정치적·경제적 상황 및 국민의식은 상당히 차이가 있다는 점을 고려할 필요가 있으며, 타지역의 형태를 참고는 할 수 있지만 선불리 모방하는 것은 무리한 일일 것이다. 그러나 중국의 역사와 배경, 특수한 상황을 이해하고 이를 극복하며 ‘하나의 중국’을 위한 노력과 실천방식을 구제형법을 통해서 살펴보고 검토하는 것은 의미 있는 일이며 이는 동아시아 지역공동체 구성과 세계 지역법 교류와 협력을 위한 기초적 경험과도 관련이 있다고 하겠다. 또한 남북한 사이에서도

78) 법제의 생성은 물질생활수준, 문화요소, 종교요소, 사회 환경요소 등등 여러 가지 요소가 함께 작용하여, 이는 법제구역의 특징을 반영하는데, 이러한 요소들의 특징을 심도 있게 분석하고 비교연구하며, 공통요소를 추출해 나가는 작업이 필요하다. 또한 구역의 특징을 중시하고 고려할 필요가 있는 동시에 입법측면에서 하나의 계획을 잡아나갈 필요도 있는 것이다. 지방성입법과 융통성규정을 통하여 구역의 특징을 존중하고, 있을 수 있는 장애요소들을 명확히 다룸으로서 법제통일의 기초 작업을 실현해 나가는 것이다.(王作全, 马天山, 马旭东, 中国西部区域特征与法制统一性研究, 法律出版社, 2009, 127-137页)

79) 남한과 북한이라는 용어 자체도 대립적 의미가 상징적으로 지나치게 드러나는 면이 있다. 오히려 남한보다는 자유민주한국으로 북한 보다는 사회민주조선으로 일상적 용어를 바꾸어 사용하는 것도 고려해 볼 만하다. 상이한 제도체제를 가진 하나의 국가라는 상호 동의된 개념을 상호간에 확인하고 세부적인 실천통합으로의 협력방안을 모색하는 것이다.

우선 다층적이고 다른 각도의 현황조사 및 검토와 함께 관련협력방안과 형사법을 포함한 기초 법적인 토대가 실험적으로나마 이루어지는 상호적 공동연구의 장⁸⁰⁾이 넓게 열릴 수 있는 다양한 접근방식과 시도가 이어지길 바라고 기대하는 바이다.

(투고일 2011년 1월 1일, 심사일 2011년 1월 7일, 게재확정일 2011년 2월 8일)

주제어 : 중국 통일법, 법역, 구제형법, 구제형사법, 구제법률충돌

80) 어느 세계사를 불문하고 뼈아픈 과거사를 내포하고 있지 않는 지역은 거의 없을 것이며 특히 전쟁과 분단 그리고 이데올로기에 편향된 정치와 침략을 경험한 세대의 상처는 매우 깊을 것이다. 아픈 기억이 없는 후(後)세대는 역사적 과오를 반복하지 않기 위해 지역을 넘어 역사를 공동으로 인식할 장이 넓게 열릴 필요가 있으며, 아픈 기억으로 점철된 전(前)세대는 타자의 잘못을 우리의 잘못으로 인식하는 넓은 아량과 타자의 아픔을 우리의 아픔으로 공감하는 인류공동체의식을 통하여 기억을 바꾸어 나가며 지역을 넘어선 후세대에 뜻있는 가르침을 베푸는 공동논의의 장도 많이 열려야 할 것으로 보인다. 이러한 과정은 미래에 전계될 폭넓은 통합과정에 기초적인 이해와 인식을 통하여 법적 공동생활을 위한 논의와 건설의 토대가 될 수 있을 것이다.

참고문헌

1. 단행본

- 김일수, 북한법 체계와 특색, 세종연구소, 1994.
- _____, 한국형법I, 박영사, 1993.
- 도중진/조훈/박광섭, 통일대비 북한 형사법령 통합방안 예비연구, 한국형사정책연구원, 2008.
- 평화문제연구소, (베를린 장벽 붕괴 20주년) 독일통일 바로알기, 평화문제연구소, 2010.
- 법무부, 동서독 교류협력법제연구, 2008.
- 법무부, 중국과 대만의 교류협력 법제연구, 2008.
- 법제처, 북한법제개요, 법제자료 제157집, 1991.
- 한국법제연구원, 중국의 ‘일국양체제론’과 1997년 이후 홍콩법제, 중국법연구(II), 한국법제연구원, 1992.
- 王作全/马天山/马旭东, 中国西部区域特征与法制统一性研究, 法律出版社, 2009.
- 梁玉霞, 中國區際刑事司法協助研究, 中國人民公安大學出版社, 2009.
- 郭天武/何邦武, 香港刑事訴訟法專論, 北京大學出版社, 2009.
- 赵秉志, 中国区际刑法, 中国人民公安大学出版社, 2009.
- TAY-SHENG WANG, *Legal Reform in Taiwan under Japanese Colonial Rule, 1985-1945*, University of Washington Press, 2000.

2. 논문

- 김일수, “북한형법상 형사정책의 방향과 그 변천”, 북한법률행정논총 제10집, 고려대학교 법학연구원, 1995.

배종대, “남북한의 법제도 및 행정제도에 관한 비교연구: 통일과 북한 형법의 이해”, 북한법률행정논집 제7호, 고려대학교 법학연구원, 1989.

孫海睦, 韓國刑法의 歷史的 背景, 現代法學의 理論, 佑齊李鳴九博士 華甲記念論文集(III), 1996.

한인섭, “2004년 북한형법 개정, 그 내용과 의미 - 죄형법정주의를 향한 일대 진전인가 -”, 서울대학교 법학 제46권 제1호 중범 김동희 교수 정년 기념호, 서울대학교 법학연구소, 2005.

陳星, 我國區際司法協助問題研究綜術, 金卡工程 經濟與法, 2010年 02期.

黃曉亮, 中國區際刑法範疇論, 社會科學, 2010年 第4期.

韦鴻翰, 試論我國區際法律衝突的解決模式, 哈爾濱學院學報, 第30卷 第1期, 2009年 1月.

时延安, 中國區際刑法概念及基本體系, 南都學壇, 人文社會科學學報, 第26卷 第2期, 2006年 3月.

楊正東 / 付國貨, 淺議中國區際刑事司法管轄衝突及協調, 江南社會學院學報, 第9卷 第3期, 2007年 9月.

叶寒冰, 我国区际警务合作机制研究, 公安研究, 2010, 第7期.

张凡, 中国区际法律冲突现状及解决途径浅析, 黑龙江对外经贸, 2010年 第1期.

周娅, 论中国区际刑事法律冲突, 广东经济管理学院学报, 第21卷 第2期, 2006年 4月.

[摘要]

中国区际刑事法律冲突及司法协助研究

金 惊 灿*

当前, 中国存在'一国, 两制, 三法系, 四法域'的现象。中国大陆改革开放政策的实施以及香港、澳门的回归, 使中国大陆与台湾地区、香港、澳门等地的交流越来越频繁起来, 这不可避免地在多法域间产生了法律冲突、刑事管辖权冲突以及刑事司法协助等问题。首先, 中国有必要相互了解各法域刑事法的特点及主要内容, 并在互相尊重和保障平等地位的基本原则下寻求具体的协助方案。在与刑事法相关联上, 侦查机关需要在犯罪嫌疑人的逮捕及移送、犯罪情报的交换、证据收集等方面进行协助的程序上的协议, 刑事司法机关则可以进行犯罪被告人的起诉及移送、审判程序上的协议, 以及法院判决的相互承认、犯罪所得的没收等方面的协议。甚至还存在通过民间机构谋求解决问题的方式, 例如在厦门和金门地区设立中立区通过仲裁机构谋求相互协助的方法既是。此外, 中国大陆、台湾地区、香港、澳门等地各自制定自己的区际冲突法寻求问题的解决也是一种方案。中国的特殊现状需要一个共同目标。作为中国特殊现状的“一国、两制、三法系、四法域”的状况尽管必须以相互尊重为前提, 但各地域并不应该以各自的发展与稳定而独立存在。而是应该谋求能够共同发展的模式并相互补足各地域的法律特点和优点。各地域间的交流与沟通使中国形成一部统一的区际冲突法成为可能。这首先可以从四法域的法律专家通过参照国际法的普遍原则与区域性公约来共同研究具体的问题开始入手。中国四法域法律方面的相互协

* 高丽大学校 法学研究员, 法学博士

助经验必将成为东北亚及世界各国不同法律体系间谋求共同法律基础的实践性的、基本的重要经验.

Key Words : 中國統一法, 法域, 區際刑法, 區際刑事法, 區際法律衝突.