creative commons

COMMONS DEED

저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

법학석사 학위논문

중국 사법해석(司法解釋) 제도에 대한 고찰

2021년 8월

서울대학교 대학원

법학과 헌법전공

장 우 석

중국 사법해석(司法解釋) 제도에 대한 고찰

지도교수 전 상 현

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함
2021년 6월

서울대학교 대학원
법학과 헌법전공
장 우 석

장우석의 석사 학위논문을 인준함
2021년 7월

위 원 장 _____

부위원장 _____

위 원 _____

국문초록

본 논문은 중화인민공화국(中華人民共和國)의 사법해석(司法解釋) 제도에 관한 연구이다. 중국에서 사법해석은 최고사법기관인 최고인민법원과 최고인민검찰원이 전국인민대표대회 상무위원회의 수권(授權)에 근거하여 심판·검찰업무 중 법률의 구체적 적용 문제에 대하여 행하는 해석을 의미한다. 사법해석은 법정(法定)된 절차와 형식에 따라 제정 및 공포되어야 하며 공포된 사법해석은 보편적인 법적 효력을 지닌다. 주요한 법률에 대한 사법해석은 그 해석대상인 법률에 버금가거나 더 큰 중요성을 지니기도 하며 판결의 근거이자 법원(法源)으로 인정된다. 중국에서 사법해석제도는 법률해석체제의 설계 및 입법권과 사법권의 관계와 긴밀하게 연관되는 헌법적 의의가 있는 제도이다. 사법해석제도가 중국법제에서 지니는 중요성에 비해 우리나라에는 잘 알려져 있지 않다. 본고의 기본적인 목표는 사법해석제도에 대한 개괄적인 설명을 제공하면서 그 형성배경과 발전과정을 살펴보고, 사법해석의 근거와 효력에 대하여 고찰해보는 것이다.

제1장인 서론 부분에서는 중국의 사법해석제도가 권력분립이론 원칙이 수용되지 않는 중국특색 사회주의체제라는 특수한 정치·법제 환경에서 형성된 제도이기 때문에 그것을 중국의 사회정치적인 맥락 안에서 이해해야 함을 강조하였다. 그리고 사법해석 관련 법률규정과 학계(學界)의 정의를 살펴보고 사법해석과 사법해석성문건(司法解释性文件)을 구별함으로써 연구의 대상과 범주를 명확히 획정(劃定)하였다.

제2장은 사법해석의 기본적인 의의에 대하여 살펴보았다. 그리고 2021년 <최고인민법원 사법해석업무에 관한 규정>을 중심으로 사법해석의 법정형식(法定形式)을 각각 구체적으로 분석하였다. 또한 사

법해석의 제정원칙과 입항(立项)부터 공포와 시행 그리고 비안(备案)까지의 제정절차를 각각의 단계별로 고찰하였다.

제3장은 신중국(新中國) 성립 이후 오늘날에 이르기까지 사법해석제도가 형성된 배경과 그 변화과정을 중국의 사회·정치적 맥락 속에서 추적하였다. 이를 위해 사법해석의 발전과정을 '형성기', '침체와 파괴기', '회복과 규범화기'로 구분하였다. 이를 통해 오늘날의 사법해석이 지니는 조문화(條文化), 추상화(抽象化)된 특징은 사법해석의 역사적 변화과정에서 그 원인을 찾을 수 있음을 확인하였고, 더 나아가 사법해석제도의 개혁방향을 거시적인 관점에서 모색해 보았다.

제4장은 사법해석의 근거를 현실적인 목적과 기능에 입각한 합리성의 측면과 네 가지 법적 근거에 입각한 합법성의 측면에서 찾아보았다. 또한 사법해석이 입법기관이 제정한 규범이 아님에도 불구하고 법원성(法源性)이 인정되는 이유를 알아보았다. 그리고 학계에서 논의되는 법률·행정법규(行政法规)·지방성법규(地方性法规)와의 효력비교를 분석하여 사법해석이 중국의 법원(法源)체계 내에서 어떠한 효력위계(效力位階)를 갖는지도 고찰해보았다.

2021년 민법전(民法典) 시행 이후에도 사법해석은 중국의 중요한 법원(法源)으로서 기능할 것으로 전망된다. 그러므로 사법해석제도의 현실적 중요성에 걸맞은 규범화 및 제도화의 실현이 요구되며, 이를 위해서는 입법기관이 헌법 차원에서 사법해석 권력을 명시하고, 사법해석의 효력위계를 입법법(立法法)에서 명확하게 정립함으로써 사법해석제도가 중국의 법원(法源)체계와 유기적인 통합을 이룰 수 있도록 제도를 구축할 필요가 있어 보인다.

주요어 : 사법해석, 사법해석권, 사법해석제도, 최고인민법원, 중국
학 번 : 2018-23133

목　　차

제 1 장 서론 ····· 1

제 1 절 연구의 목적과 의의 ····· 1

1. 연구의 목적 ····· 1

2. 연구의 의의 ····· 6

제 2 절 연구의 대상과 범주 ····· 8

1. 사회주의체제의 통치구조 ····· 8

2. 사법해석 개념의 획정 ····· 13

(1) 법령의 정의 ····· 13

(2) 학계의 정의 ····· 15

(3) 사법해석성문건과의 구별 ····· 16

제 3 절 번역과 표기 ····· 19

1. 인명과 지명의 번역 ····· 19

2. 간체자와 번체자의 표기 ····· 20

3. 일부 용어의 번역 ····· 20

제 2 장 사법해석 개관 ····· 22

제 1 절 사법해석의 의의 ····· 22

1. 넓은 의미의 사법해석 ····· 22

2. 좁은 의미의 사법해석 ····· 24

제 2 절 사법해석의 유형 ····· 27

1. 사법해석의 법정형식(法定形式) ····· 27

2. 해석 형식의 사법해석 ····· 30

3. 규정 형식의 사법해석 ····· 34

4. 규칙 형식의 사법해석 ····· 35

5. 비복 형식의 사법해석 ····· 40

6. 결정 형식의 사법해석 ····· 44

제 3 절 사법해석의 제정절차 ····· 45

1. 사법해석 제정의 원칙 ····· 46

2. 입항(立項)과 입항사유 ····· 48
3. 기초(起草)와 보고·송부(报送) ····· 50
4. 심판위원회 토론 ····· 54
5. 공포(公布)와 시행(施行) ····· 56
6. 비안(备案) ····· 58

제 3 장 사법해석의 발전과정 ····· 63

제 1 절 사법해석의 형성 ····· 63

1. 사법해석의 형성배경 ····· 63
(1) 입법 보완의 필요성 ····· 63
(2) 법률해석권의 집중 ····· 64
2. 형성기 사법해석의 특징 ····· 67
(1) 도구주의적 색채 ····· 67
(2) 계급투쟁적 색채 ····· 69
3. 소결 ····· 71

제 2 절 사법해석의 침체와 파괴 ····· 71

1. 사법업무의 마비 ····· 71
(1) 반우파투쟁 시기 ····· 71
(2) 대약진 시기 ····· 72
(3) 일시적 회복기 ····· 74
2. 사법기관의 파괴 ····· 77
3. 소결 ····· 79

제 3 절 사법해석의 회복과 규범화 ····· 80

1. 법제의 회복 ····· 80
(1) 개혁개방과 법제건설 ····· 80
(2) 법률업무의 회복 ····· 81
2. 사법해석의 회복 ····· 82
(1) 사법해석의 체계화 ····· 82
(2) 회복기의 한계 ····· 86
3. 사법해석의 규범화 ····· 88
(1) 제15차 당대회와 의법치국 ····· 88
(2) 사법해석업무의 법정화 ····· 89

(3) 사법해석제도의 규범화 ····· 90
4. 민법전 시대의 사법해석제도 ····· 92

제 4 장 사법해석의 근거와 효력 ····· 94
제 1 절 사법해석의 근거 ····· 94
1. 사법해석의 목적과 기능 ····· 94
2. 사법해석권의 법적 근거 ····· 95
(1) 최고인민법원 사법해석업무에 관한 규정 ····· 96
(2) 법률해석업무 강화에 관한 결의 ····· 97
(3) 인민법원조직법·인민검찰원조직법 ····· 100
(4) 입법법 제104조 ····· 102
3. 소결 ····· 104
제 2 절 사법해석의 법원성(法源性) ····· 106
1. 법원(法源)의 의의 ····· 106
(1) 법원(法源)의 개념 ····· 106
(2) 법원(法源)의 범주 ····· 107
2. 중국의 법원(法源)과 사법해석 ····· 108
3. 사법해석의 법원성(法源性) ····· 110
(1) 제정주체의 합법성 ····· 110
(2) 제정절차와 형식의 합법성 ····· 111
(3) 보편적인 법적 효력 ····· 111
(4) 판결의 근거규범 ····· 112
(5) 지배적인 법률해석 ····· 113
3. 소결 ····· 115
제 3 절 사법해석의 효력 ····· 116
1. 사법해석의 효력규정 ····· 116
(1) 사법해석업무에 관한 규정 제5조 ····· 116
(2) 사법해석업무에 관한 규정 제27조 ····· 117
(3) 효력규정의 한계 ····· 119
2. 사법해석의 효력위계 ····· 122
(1) 사법해석과 법률 ····· 122
(2) 사법해석과 행정법규 ····· 124

(3) 사법해석과 지방성법규 ····· 129
3. 소결 ····· 130

제 5 장 결론 ····· 132

참고문헌 ····· 135

부록 ····· 146
<부록 1> 사법해석제도 관련 중요 규정 및 조항 ····· 146
<부록 2> 사법해석의 형식 ····· 147
<부록 3> <최고인민법원 사법해석업무에 관한 규정> (2021년 개정안) ····· 148
<부록 4> <전국인민대표대회 상무위원회 법률해석업무 강화에 관한 결의> ····· 157

표 목 차

[표 1-1] 최고인민법원의 규범성문건 ····· 17
[표 3-1] 1957-1961년 연도별 사법해석 수량 ····· 74
[표 3-2] 1962-1965년 연도별 사법해석 수량 ····· 77
[표 3-3] 1966-1976년 연도별 사법해석 수량 ····· 78
[표 3-4] 최고인민법원 사법해석·사법문건 폐지현황 ····· 85
[표 4-1] 중국의 법원(法源)체계 ····· 109

문 건 목 차

[문건 2-1] 최고인민법원 인민법원의 집행종결행위에 대한 집행이의 제출기한에 관한 비복 (2016.2.15.) ····· 41
[문건 2-2] 최고인민법원 고소비 제한 사법해석 개정안 공개 의견수렴(2014.8.6.) ····· 52
[문건 2-3] 최고인민법원 <중화인민공화국 민법전> 담보부분 적용에 관한 해석 (의견수렴고) (2020.11.9.) ····· 52
[문건 3-1] 허베이성인민법원 노역개조와 유기징역의 구별 문제에 관한 청시 (1954.10.8.) ····· 65
[문건 3-2] 최고인민법원 노역개조와 유기징역의 구별의 문제에 관한 함 (1954.10.28.) ····· 66
[문건 3-3] 장쑤성고급인민법원 인민배심원 선거 필요 여부 문제에 관한 청시 (1961.5.19.) ····· 75
[문건 3-4] 최고인민법원사무청 인민배심원 선거 필요 여부 문제에 관한 함 (1961.8.3.) ····· 76

제 1 장 서론

제 1 절 연구의 목적과 의의

1. 연구의 목적

사법해석(司法解释)제도가 중국 법제에서 지니는 중요성에 비해 우리나라에는 잘 알려져 있지 않다. 중국 법제 연구에 있어서 사법해석은 간과할 수 없는 대상이다. 중국의 최고사법기관인 최고인민법원과 최고인민검찰원은 형사법, 민사법, 경제법 등 대부분의 중요한 법률분야에서 법률의 구체적 적용 문제에 관하여 수많은 사법해석을 공포해왔다.[1] 사법부의 관점에서 사법해석은 중요한 법의 연원(淵源), 즉 법원(法源) 중 하나로서 인정되고 있다. 재판실무에서 사법해석의 효력은 입법된 법률의 효력과의 우열을 가리기가 어려울 정도이며, 때로는 입법보다도 우선되는 모습을 보인다. 사법해석은 사법기관이 재판할 때 직접적으로 인용하는 재판근거가 됨은 물론이고 입법기관의 법률 제·개정 시 사법해석의 내용이 흡수되기도 한다.[2] 사법해석제도가 중국 법제에서 지니는 중요성을 아주 잘 보여주는 근래의 증거로 2021년부터 시행된 <민법전(民法典)>에 따른 과거 민사법 분야 사법해석의 통폐합 문제에 관한 법조계의 지대한 관심을 들 수 있다.[3] 민법전 시행과 동시에 폐지되는 혼인법(婚姻法), 상속법(继承法), 민법통칙(民法通则), 입양법(收养法), 담보법(担保法), 계약법(合同法), 물권법

---

1) 우리나라에서는 사법기관이 법원(法院)만을 지칭하나 중국에서 사법기관은 인민법원(人民法院)과 인민검찰원(人民检察院)을 모두 지칭하며, 넓은 의미에서는 공안기관(公安)과 교도기관(監獄)도 사법기관의 일부로 여겨진다. 강광문·김영미, 『중국법 강의』, 박영사, 2017, p.43 참조.

2) 干朝端 ,《建立以判例为主要形式的司法解释体制》, 法学评论 , 2001年第3期, p. 137.

3) 陆青 ,《<民法典>与司法解释的体系整合——以买卖合同为例的思考》, 法制研究 , 2020年第5期 , p.113.

(物权法), 침권책임법(侵权责任法), 민법총칙(民法总则)을 대상으로 한 기존 사법해석의 효력 문제를 명확히 하여야만 사법해석이 민법전을 형식뿐인 허수아비로 만들 위험을 피할 수 있다는 지적이 있다.[4] 이처럼 사법해석은 중국 법체계에서 지대한 영향력을 발휘하는 규범이다. 사법해석은 중국의 사법기관뿐만 아니라 최고국가권력기관인 전국인민대표대회(이하 '전인대') 차원에서도 중요하게 다뤄지는 제도이다. 전인대 상무위원회(이하 '상무위')는 사법해석의 중요성을 인식하여 그 비안심사(备案审查) 절차를 엄격히 규정함으로써 사법해석의 규범화와 질적 향상을 도모하였다.[5]

그러므로 사법해석에 대한 이해는 중국법제 전반의 이해에 있어서 필수적이라고 할 수 있다. 그러나 현재로서 우리나라에는 중국의 사법해석제도가 충분히 소개되지 않고 있어 사법해석의 내용, 형식, 제정절차, 효력 등 여러 측면이 궁금증으로 남아있다. 무엇보다 최신의 연구가 충분하지 않은 관계로 현행 사법해석제도에 관한 기초적인 정보가 매우 부족한 상황이다. 그럼에도 불구하고 사법해석을 연구대상으로 한 소수의 국내 문헌들이 존재한다. 필자가 조사한 범위 내에서 관련 문헌들을 살펴본 결과 현재까지의 선행연구들을 다음과 같이 다섯 가지 유형으로 분류할 수 있다.

첫째, 사법해석제도 전반에 대한 개괄적 연구. 문헌마다 초점의 차이는 있으나 이 유형의 문헌들은 공통적으로 사법해석의 주체, 대상, 절차, 효력, 근거, 발생원인, 사례 그리고 사법해석제도의 문제점에 대하여 소개하고 있다. 김주(2008)는 입법해석, 사법해석, 행정해석, 민간해석의 구별을 언급하였으며 1955년 결의 등 역사 속 사법해석의 근거규정을 나열하였다.[6] 정이근(2010)은 최고인민법원의 법적지위와 권한에 입각하여 사법해석권을 검토하였다.[7] 전대규(2010)는 사법해석의 발생요인으로 입법체계의 불완전, 2심제에 따른 판례형성의 어려움, 더딘 법률개정, 법관의 자질 부

---

4) 薛军 ,《民法典编纂如何对待司法解释》, 中国法律评论 , 2015年第4期, p.52.
5) 제2장 제3절의 6. 참조.
6) 김주, "중국 사법해석제도에 관한 고찰 - 최고인민법원의 사법해석을 중심으로", 비교사법 제15권 제2호(2008.6.).
7) 정이근, "중국 최고인민법원의 사법해석제도 검토", 공법학연구 제11권 제3호(2010.8.).

족, 다층의 입법시스템을 꼽고 있다.[8] 이 유형의 문헌들은 본고가 소개하고자 하는 내용과도 비교적 밀접하다.

둘째, 특정 법률 및 법률영역의 사법해석에 관한 연구.[9] 이 유형의 연구는 사법해석제도 전반보다는 특정 사법해석 문건(文件)에 보다 집중되어있다. 이는 중국의 일부 법률이 그 구체적 적용에 있어서 사법해석에 지나치게 의존하는 모습을 보이기 때문이다. 예컨대 회사법의 경우 <중화인민공화국 회사법 적용의 약간의 문제에 관한 규정>이란 명칭으로 내용이 각기 다른 최고인민법원 사법해석이 다섯 건이나 존재한다. 따라서 회사법 영역의 많은 법률문제에 관한 연구는 입법기관이 제정한 법률보다 최고인민법원이 제정한 사법해석을 더 많이 참조할 수밖에 없다. 이 유형의 문헌들은 사법해석의 효력을 입법된 법률의 효력과 구별하지 않기 때문에 사법해석이 중국의 법원(法源)체계에서 어떠한 효력위계에 위치하는지 정확히 파악하기가 어렵다. 또한 이 유형의 문헌은 사법해석제도 자체에 대한 설명을 거의 제공하지 않기 때문에 본고의 목적과는 초점상의 차이가 있다.

셋째, 사법해석에 입각한 특정 법률문제에 관한 연구.[10] 이 유형의 문헌

---

8) 전대규, “중국의 사법해석에 관한 연구”, 사법 제1권 제14호(2010.12.).

9) 이 유형에 속하는 문헌으로는 陈景善(Chen, Jing-shan), “중국『도산법』의 실시와 문제점 - ‘도산법사법해석(1)’을 중심으로”, 중국법연구 제19집(2013.6.); YIN MEIYAN,「중국 최고인민법원 회사법사법해석 연구」, 이화여자대학교 석사학위논문, 2017; 오창식, “중국형법의 사법해석(司法解釋)”, 비교법연구 제18권 제1호(2018.4.); 오일환, “중국에 있어서 회사소송규칙의 새로운 변화와 적용상의 문제점 검토 -『회사법 사법해석(4), (5)』에 대한 법적 평석을 중심으로”, 기업법연구 제33권 제4호(2019.12.) 등이 있다.

10) 이 유형에 속하는 문헌으로는 김현아,「중국 중재법상 국제상사중재판정의 취소에 관한 연구 - 최고인민법원의 사법해석을 중심으로」, 고려대학교 석사학위논문, 2008; 김로륜, “중국 부부재산제에 관한 고찰 - 2011년 혼인법 사법해석(3)에 대한 분석을 중심으로”, 법학논총 제35권 제2호(2011.12.); 쑤쇼링(蘇曉凌), “중국 국제사법의 새로운 동향 - 섭외민사관계법률적용법 및 사법해석을 중심으로”, 고려법학 제71호(2013.12.); 김로륜, “중국 매매계약 사법해석의 쟁점에 관한 소고 - 무권리자의 처분과 동산 이중매매를 중심으로”, 동아법학 제65호(2014.11.); 김정애, “중국 민사집행권 행사 관련 법제도적 지원에 관한 소고 - 민사집행담보제도 관련 사법실무와 최신 사법해석을 중심으로”, 동북아법연구 제12권

들은 사법해석이 아닌 특정 법률문제를 연구대상으로 하기 때문에 사법해석제도 자체에 대한 직접적인 분석은 거의 이뤄지지 않는다. 다만 특정 사법해석의 개별 조항에 입각하여 법률문제에 대한 논의를 진행하거나 논의 중에 특정 사법해석의 내용을 언급하는 정도이다.

넷째, 사법해석과 기타 제도의 관계에 관한 연구. 이 유형의 문헌들은 사법해석의 기본개념과 그 역사, 주체, 절차, 효력, 근거 등을 간략히 서술한다. 그러나 이 역시 어디까지나 다른 제도와의 비교분석에 초점이 맞추어져 있기 때문에 사법해석제도 자체에 대한 설명이 상세하지 않고 일부 내용만이 제한적으로 언급되는 정도이다. 대표적으로 조동제·완리(2018)의 "중국 사법해석과 지도성사례의 관계 검토" 등이 있다.

다섯째, 중국의 법률해석제도 혹은 사법제도 전반에 관한 연구.[11] 이 유형의 문헌들은 사법해석을 포괄하는 보다 넓은 범위를 연구대상으로 한다. 이들은 사법해석을 연구함에 있어서 유용한 배경지식을 제공한다. 이들 문헌을 통하여서는 헌법적인 관점에서 중국의 법률해석체제 혹은 사법제도와 같은 거시적인 맥락에서 사법해석제도를 조명해볼 수 있겠으나 논의가 다소 원론적이고 추상적이므로 사법해석제도의 실질적이고 구체적인 내용을 알아보기 위한 참고자료로는 적합하지 않다.

위와 같은 다섯 가지 유형의 국내문헌을 사법해석제도의 실질적이고 구체적인 내용을 직접적으로 언급하는지 여부를 기준으로 종합 검토해볼 때, 대부분의 문헌이 공유하는 특징으로 1) 현행 제도를 중심으로 한 연구 전개, 2) 최고인민법원을 중심으로 한 연구 전개, 3) 법적 근거를 중심으로 한 연구의 전개를 들 수 있다. 반면 현재까지의 연구는 1) 사법해석 제도의 발전과정에 대한 고찰이 부족하고 2) 사법해석 제정의 또 다른 한 축인 최고인민검찰원의 사법해석에 대한 필요한 언급이 간과되는 경향이 있으며 3) 관련 최신 법령 공포에 따른 사법해석 제도의 변화가 잘 반영되지 못하고 있는 실정이다.

제1호(2018.5.) 등이 있다.

11) 이 유형에 속하는 문헌으로는 신우철, 「중화인민공화국 국가체제에 관한 헌법학적 연구」, 서울대학교 박사학위논문, 1996; 조영남, 『중국의 법치와 정치개혁』, 창비, 2012; 정철, 『중국의 사법제도』, 경인문화사, 2009 등이 있다.

무엇보다 필자가 조사한 범위 내에서 2010년 이후 사법해석제도 전반을 개괄적으로 살펴보는 연구(첫 번째 유형)는 더 이상 진행되지 않은 것으로 보인다. 이는 2010년부터 현재까지 적어도 10년이 넘는 기간 동안 발생하였던 중국 사법해석제도의 변화가 우리나라에 충분히 소개되지 못하고 있음을 암시한다. 또한 일부 국내문헌에는 부정확한 정보가 제시되거나 필수적인 내용이 간과되는 경우가 존재한다.[12] 따라서 현존하는 국내문헌만을 의존할 경우 현행 사법해석제도의 기초적인 측면은 물론 사법해석제도가 중국에서 차지하는 중요성을 충분히 이해하기에 분명히 한계가 있다.

오늘날의 중국 법제에서 사법해석제도는 10년 전에 비하여 훨씬 더 큰 중요성을 지닌다. <민법전>이 통과된 다음날인 2020년 5월 29일 시진핑(习近平)은 중앙정치국(中央政治局) 집단학습 연설에서 "민법전과 관련되고 함께 조합되는 법률법규제도의 건설을 강화하고 실천경험을 총결산하여 관련 법률법규와 사법해석을 개정 및 완비"할 것과 "관련 민사 사법해석을 제때에 완비"할 것을 요구하였다.[13] 2020년 11월 아직 민법전이 시행되지도 않았을 때 최고인민법원은 이미 이에 호응하기 위해 <민법전>의 담보(担保)제도에 관한 사법해석 초안을 공개하고 의견수렴에 나섰다.[14] 이는 민법전의 시행이 사법해석의 지배력을 조금도 약화시키지 못하였다

---

12) 예를 들어 정이근(2010)의 글 139면은 2007년 <사법해석업무에 관한 규정>이 아닌 이미 실효된 1997년 <최고인민법원 사법해석업무에 관한 약간의 규정>을 기준으로 서술하고 있어 사법해석의 형식 등 개정사항이 반영되지 않았다. YIN, MEIYAN(2016)의 글 11면은 2015년 개정된 <입법법>이 아닌 2000년 <입법법>을 기준으로 설명하고 있어 개정안에서 도입된 사법해석 관련 규정인 제104조가 언급되지 않고 있다. 오창식(2018)의 글 188면은 최고인민검찰원 2016년 규정 제6조가 정한 사법해석 형식이 '해석(解释)', '규칙(规则)', '비복(批复)', '결정(决定)'을 열거하였는데 여기에는 '규정(规定)'이 누락되었다. 이외에도 다수의 글은 사법해석 제정의 필수절차인 비안(备案)에 대하여 언급하고 있지 않다.

13) 习近平，《充分认识颁布实施民法典重大意义 依法更好保障人民合法权益》，求是，2020年第12期.

14) 최고인민법원 <중화인민공화국민법전 담보부분 적용에 관한 해석(의견수렴고)(关于适用《中华人民共和国民法典》担保部分的解释(征求意见稿))>，2020.11.9. 링크: http://www.court.gov.cn/zixun-xiadngqing-270021.html (최종방문일시: 2020.12.1.).

는 증거이기도 하다. 최근에는 법조계뿐만 아니라 정치권에서도 그 중요성이 인식되면서 사법해석제도는 비중 있는 관심사로 떠오르고 있다.

그러므로 중국의 법제를 보다 잘 이해하기 위해서는 사법해석제도를 현 시점에서 다시 한 번 고찰해볼 필요가 있다. 본고는 우리나라에 잘 소개되지 않은 중국의 사법해석제도에 대한 기초적이고 개괄적인 설명을 제공하는 것을 목표로 한다. 또한 사법해석의 형성과 발전과정을 신중국 성립 시기부터 추적해보며 오늘날 사법해석제도가 지니고 있는 특수성이 어떻게 유래되었는지도 고찰해볼 것이다. 이와 더불어 사법해석의 법적 근거와 중국의 법원(法源)체계에서 지니는 효력위계(效力位階)에 대하여 고찰해볼 것이다.

2. 연구의 의의

사법해석제도에 대한 연구는 중국법제에 대한 이해의 증진에 필요한 과정일 뿐만 아니라 법률해석권의 분배 및 입법권과 사법권의 경계 문제와 직접적으로 연계된다는 점에 있어서 헌법적인 의의가 있다.

우선 사법해석제도에 대한 연구는 중국의 법률해석제도의 설계 문제와 관련된다. 한 국가의 법률해석권 분배 체제는 보통 헌법, 법률해석법 혹은 다른 헌법성 규범에 의하여 설계된다.[15] 중국 헌법과 <입법법(立法法)>에 따르면 법률해석권은 전국인민대표대회 상무위원회에 귀속되어있는 권력이다. 전국인민대표대회 상무위원회의 법률해석은 법률과 동등한 효력이 있다. 최고인민법원과 최고인민검찰원은 한 번도 헌법으로부터 법률해석권을 부여받지 못했다. 이들이 행사하는 사법해석권은 상당 기간 동안 전국인민대표대회 상무위원회가 1981년에 통과시킨 하나의 결의에 사실상 전적으로 의존하였다.[16] 여기에서 한 가지 헌법적인 문제가 제기된다. 헌법이 정한 법률해석권의 주체가 자신의 법률해석권을 임의로 사법기관에게 위임할 권한이 있는가? 사법해석제도에 대한 연구는 이러한 헌법적 문제

15) 周旺生,《中国现行法律解释制度研究》, 现代法学, 第25卷第2期(2003.4.), p.4.
16) 제4장 제1절의 2. 참조.

와도 깊게 연계된다.

다른 한 편으로 사법해석제도는 입법권과 사법권의 관계 혹은 경계의 문제와 연관된다. 사법해석제도는 사법작용을 통하여 규범이 만들어지고 이 규범이 다시 사법기관에 의해 법적 판단의 근거로 활용되는 과정이다. 이런 의미에서 사법해석은 법규범의 해석과 법규범의 창제(創製) 사이의 경계를 모호하게 만든다. 사실상 사법해석은 법의 집행 과정에서 발생하는 일종의 입법 작용이라고 해도 무방하다. 그렇다면 사법해석권은 그 제정주체에 있어서 사법권의 성질을 지니고 그 형식과 효력에 있어서 입법권의 성질을 지닌다고 볼 수 있다. 그렇다면 사법기관이 사법작용을 통해서 입법 성질을 지니는 규범을 창제할 수 있는가? 이 역시 사법해석제도에 대한 연구과정에서 직면할 수밖에 없는 근본적인(fundamental) 헌법적 난제(難題)이다.

비판적인 시각에서 보면 사법해석은 온전한 입법도 아니고 온전한 사법도 아니면서 중국의 법치발전을 교착 상태에 머무르게 하는 기형적인 제도일 수도 있다. 그러나 다른 시각으로 보면 사법해석은 하나의 특수한 제도로 입법과 사법의 상호 작용(互动) 관계를 나타내고 더 나아가 중국 법치발전의 단계적인 특징을 반영하는 제도이다.[17] 중국 법제에서 사법해석은 입법의 연원(淵源)이 됨과 동시에 재판규칙의 통일에 일조하는 이중적인 기능을 겸비하고 있다.[18] 분명한 점은 사법해석이 중국의 법체계에서 매우 특수한 지점에 위치해 있다는 것이다. 사법해석제도에 대한 연구는 권력분립의 맥락에서 법률해석권 및 입법권과 사법권의 이론과 실제와도 깊게 관련되어 있다는 점에서 헌법적인 의의가 있다. 우리나라와 같이 권력분립의 원리를 채택하고 법의 지배(rule of law)를 지향하는 국가에게는 다소 낯선 형태의 제도이지만, 중국의 사회·정치적 맥락에서 사법해석제도를 고찰해 본다면 중국의 법제와 법치가 지니는 특징과 특수성을 보다 깊게 이해할 수 있을 것이다.

---

17) 薛波，《后民法典时代司法解释与案例指导制度功能调适论》，河北法学，第39卷第2期(2021.2.), pp.61-62.

18) 郭锋，《<民法典>实施与司法解释清理制定》，上海政法学院学报，2021年第1期, p.32.

제 2 절 연구의 대상과 범주

1. 사회주의체제의 통치구조

칼 뢰벤슈타인(Karl Loewenstein)이 제시한 법의 존재론적 분류에 따르면 공산주의국가나 독재주의국가의 헌법은 대개 가식적(假飾的) 헌법에 불과한 것이었다.[19] 가식적 헌법의 목적은 현실을 규율하려는 것이 아니라 헌법을 가졌다는 것을 대외에 과시하여 형식적인 민주적 정당성을 확보하는 데에 있다.[20] 따라서 사회주의헌법은 입헌주의원리에 입각한 탐구의 대상으로 적합하지 않다고 보는 관점이 지배적이었다.[21] 그러나 20세기 말 이후 중국의 국력과 국제적 위상이 급부상함과 동시에 인치(人治)의 요소를 탈피하고 법치를 지향하는 '의법치국(依法治国)' 사상이 제시되고 이를 기초로 한 사회주의법치국가 건설의 목표가 선포되었다. 이에 각국의 학계에서는 중국에서도 법치주의가 작동될 수 있으며 더 나아가 법의 지배의 실현도 가능할지 모른다는 기대감이 형성되었다. 결국 이러한 기대감은 사회주의법제 및 중국 헌법제도에 대한 연구의 활성화로 이어졌다.

우리나라의 헌법은 몽테스키외(Montesquieu)의 고전적·구조적 권력분립 이론에 따라 국가권력을 입법권·행정권·사법권으로 나누어 행정권은 대통령을 수반으로 하는 정부에, 입법권은 국회에, 사법권은 법관으로 구성된 법원에 맡기고, 이들 삼권이 서로 견제하면서 균형을 유지할 수 있는 '견제와 균형(checks and balances)'의 메커니즘을 제도화하고 있다.[22] 그러나 사회주의를 정치이념으로 받아들이는 중국은 자유민주주의국가에서

---

19) 김철수, 『헌법학신론』, 박영사, 2013, pp.14-15.
20) 일례로 이오시프 스탈린(Иосиф Сталин)은 1952년 10월 류사오치(刘少奇)와의 회담에서 자유민주주의 진영의 적들이 신중국(新中國)의 선거와 헌법의 부재를 근거로 정권의 합법성을 부인하고 국내의 반대세력의 선동을 부추겨서 내부분열을 초래할 수 있다고 우려하면서 인민대표대회를 통하여 헌법을 제정할 것을 촉구하였다. 孙泽学、贺怀锴 ,《斯大林、苏联与新中国"五四宪法"的制定》, 中共党史研究, 2019年第8期, p.96.
21) 성낙인, 『헌법학』, 법문사, 2020, p.25.
22) 허영, 『한국헌법론』, 박영사, 2020, p.713.

보편적으로 채택하고 있는 권력분립이론을 수용하지 않는다.[23] 중국의 제도설계는 무엇보다 자본주의 국가의 의회제와 권력분립원칙에 대한 비판에서 출발한 것이다.[24] 중국은 인민민주독재(人民民主专政)의 사회주의국가이고, 인민대표대회제도를 채택하고 있으며, 국가기구의 조직원리인 민주집중제(民主集中制)는 인민대표대회제도 전반을 지배하는 기본 원칙이다.[25] 이는 다음의 헌법 규정에서 잘 나타난다.

<중화인민공화국 헌법> (2018년 개정)

제 1 조 중화인민공화국은 노동자 계급이 영도하고 노동자·농민 연맹을 기초로 하는 인민민주독재의 사회주의국가이다.

사회주의제도는 중화인민공화국의 근본제도이다. 중국공산당의 영도는 중국특색사회주의의 가장 본질적인 특징이다. 어떠한 조직 혹은 개인도 사회주의제도를 파괴하는 것은 금지된다.

제 2 조 중화인민공화국의 모든 권력을 인민에게 속한다.

인민이 국가권력을 행사하는 기관은 전국인민대표대회와 지방 각급인민대표대회이다.

인민은 법률의 규정에 따라 각종 경로와 형식을 통해 국가사무를 관리하고, 경제와 문화사업을 관리하고, 사회사무를 관리한다.

제 3 조 중화인민공화국의 국가기구는 민주집중제의 원칙을 실행한다.

전국인민대표대회와 지방 각급인민대표대회는 모두 민주선거에 의하여 구성되며 인민에 대하여 책임을 지고 인민의 감독을 받는다.

국가의 행정기관, 감찰기관, 심판기관, 검찰기관은 모두 인민대표대회에 의하여 구성되며 그것에 대하여 책임을 지고 그것의 감독을 받는다.

중앙과 지방의 국가기구 직권의 구분은, 중앙의 통일된 영도 하에 지방의 능동성, 적극성을 충분히 발휘한다는 원칙을 준수한다.

---

23) 정철, 『중국의 사법제도』, 경인문화사, 2009, p.36.
24) 강광문, “중국 현행 헌법의 계보에 관한 일고찰 - 인민대표대회제도 관련 규정을 실마리로”, 서울대학교 法學 제55권 제2호(2014.6.), p.342.
25) 신우철, 「중화인민공화국 국가체제에 관한 헌법학적 연구」, 서울대학교 박사학위논문, 1996, p.191.

중국의 민주집중제는 다음의 네 가지 관계를 통하여 표현된다고 볼 수 있다. (1) 인민과 인민대표대회의 관계. 인민은 민주를 기초로 대표를 간접 선거 방식으로 선출하고 대표는 전국인민대표대회와 지방각급인민대표대회를 구성하고, 이들은 각각 최고국가권력기관과 지방국가권력기관이 된다. (2) 인민대표대회와 기타 국가기관의 관계. 국가행정기관, 사법기관(심판기관과 검찰기관), 감찰기관은 모두 인민대표대회에 의해 구성되고 인민대표대회에 대하여 책임을 지며 인민대표대회의 감독을 받는다. (3) 국가기관 내부의 관계. 국가권력은 궁극적으로 전국인민대표대회에 집중되고, 하급기관은 상급기관에 복종하며 소수는 다수에 복종한다. (4) 중앙과 지방의 관계. 지방 각급의 인민정부는 중앙인민정부(中央人民政府)인 국무원(国务院)에 복종한다.[26]

중국도 입법기관, 행정기관, 사법기관이 각각 설치되어 있으므로 삼권(三權)의 분립이 실현되고 있다고 오해할 소지가 있다. 그러나 헌정제도로서의 삼권분립은 단순히 국가권력이 입법권, 행정권, 사법권으로 분할되어 입법기관, 행정기관, 사법기관이 각각 행사하는 형식적인 분립으로만 이해되어서는 아니 되고, 직능(職能)의 분립을 전제로 입법기관, 행정기관, 사법기관 간 서로 견제하는 관계가 실질적으로 성립되어야 한다.[27] 중국의 통치구조는 우리나라와 같은 자유민주주의국가와 비교하였을 때 구체적으로 다음과 같은 점에서 매우 큰 차이가 있다.

첫째, 입법기관의 권력. 중국의 국가입법기관인 전인대는 동시에 최고국가권력기관이다. 전인대는 헌법을 개정하거나 법률을 제·개정할 수 있고 국무원 총리, 최고인민법원 원장, 최고인민검찰원 검찰장 등 고위간부 인사를 결정할 권한을 가지고 있다. 그 상설기관인 전인대 상무위는 법률 제정권뿐만 아니라 헌법 해석권, 법률 해석권, 하위법령 및 사법해석에 대한 위헌·위법심사권 등을 보유하고 있다. 전인대 및 상무위가 입법권을 행사하고 그 산하에 행정기관(국무원)과 사법기관(최고인민법원·최고인민검찰원)을 두어 직접적으로 통제하고 감독하는 구조는 입법·행정·사법 삼권이

26) 胡锦光、韩大元，《中国宪法》，法律出版社，2018年8月第4版，p.320.
27) 张千帆，《宪法》，北京大学出版社，2012年8月第2版，p.344.

대등한 위치에서 서로 견제하는 우리나라의 권력분립체제와 매우 다르다.[28] 또 한 가지 유의할 점은 과거 당정(黨政)이 구분되지 않고 당(黨)이 정(政)을 대체하였던 체제의 영향으로 오랫동안 인민대표대회는 유명무실한 장식적(裝飾的) 기구에 불과하였다는 점이다.[29] 중국공산당(中國共産黨)은 전국 및 지방각급인민대표대회 및 상무위 내부에 조직된 '당조(黨組)'를 통하여 국가입법 등의 영역에서 철저한 영도(領導)를 관철해왔고, 인민대표대회에서 선출되는 각종 고위인사에 대해서도 당조를 통하여 막대한 영향력을 행사해왔다.[30]

둘째, 사법기관의 독립. 중국의 헌법이 "인민법원(인민검찰원)은 법률규정에 따라 독립적으로 심판권(검찰권)을 행사하며, 행정기관, 사회단체 및 개인의 간섭을 받지 않는다"고 명시하고 있으므로 인민법원이 우리나라의 법원처럼 독립성을 보장받고 있다고 착각하기 쉽다.[31] 그러나 중국 사법기관의 독립심판권은 자유민주주의의 맥락에서 이해되는 것과는 완전히 다르다는 사실에 유념할 필요가 있다. 사법기관과 중국공산당의 관계에서 사법기관은 사실상 당에 종속되어 있으며, 당의 정법위원회가 실질적으로 인민법원과 검찰원을 직접 영도하는 기구가 되어 '중대하고 민감한 사건'을 판결할 때에는 동급 공산당 정법위원회에 보고하고 비준을 받는다.[32] 또한 인민법원조직은 행정조직과 흡사한 상명하복과 수직지도의 원칙하에 운영되고 집단적 의사결정구조에 따라 사건을 심리 및 판결한다.[33] 따라서 법관 개인의 독립은 인정되지 않으며 법관은 자신의 소신과 양심에 따라서 재판하지 못하고 법률과 행정입법 그리고 상급법원의 지도에 따른 상명하복식의 관료주의적 의사결정방식으로 재판을 하게 된다.[34] 헌법과 법률에 대한 해석권은 헌법상 전인대 상무위의 권력이므로 인민법원은 법

---

28) 강광문, 앞의 글, p.341 참조.
29) 신우철, 앞의 글, p.189.
30) 신우철, 앞의 글, p.188.
31) <중화인민공화국 헌법>(2018년 개정) 제131조, 제136조.
32) 조영남, 『중국의 법원개혁』, 서울대학교출판문화원, 2012, p.63; 신우철, 앞의 글, pp.174-175; 정철, 앞의 책, pp.33-35 참조.
33) 조영남, 앞의 책, pp.75-81 참조.
34) 정철, 앞의 책, p.31.

률해석권에 있어서도 종속적인 지위에 있다. 물론 최고인민법원은 우리나라의 헌법재판소와 같은 위헌법률심사권도 보유하고 있지 않다.

셋째, 중국공산당의 영도. 중국공산당의 당헌(黨憲)인 <당장(黨章)>은 헌법과 우열을 가릴 정도로 막대한 효력을 지닌다. 당장이 개정되면 그 개정사항이 개헌 시에도 반영되는데, 이는 전인대가 행사하는 헌법상 권력이 사실상 독립적으로 행사되지 못하고 중국공산당의 간섭을 받는다는 것을 의미한다.[35] 문화대혁명(文化大革命)이 끝난 이후 전면개정된 1982년 헌법에서는 과거의 혁명정치 시대의 극좌적 계급투쟁의 오류와 개인숭배에 대한 반성을 담은 내용이 반영되어 당의 영도가 느슨해진 듯 보였다. 그러나 2017년 이후, 시진핑(习近平) 집권 2기에 접어들면서 당의 영도는 회귀 및 강화되었다. 2018년 개헌에서는 "중국공산당의 영도는 중국특색사회주의의 가장 본질적인 특징"이라는 내용이 추가되었다(제1조). 당의 영도란 정치적 영도, 사상적 영도, 조직적 영도가 포함된다. 이는 전체 인민에 대한 당의 영도의식을 강화하고, 당의 영도를 효과적으로 국가업무의 전 과정과 각 방면에서 구현하고, 당과 국가사업이 시종일관 올바른 방향으로 나아가도록 보장하기 위함이다.[36] 사법해석제도 역시 중국공산당 지도부의 지시가 철저히 관철될 것이 요구되며, 당의 방침 및 정책과의 일치성이 유지되어야 한다.[37]

그러므로 본고의 연구대상인 중국 사법해석제도는 우리나라와 같이 권력분립이론이 작동하는 자유민주주의적인 맥락에서는 설명이 되지 않으므로 우리나라의 사법권 혹은 구체적인 사법제도(司法制度)와의 비교가 성립되기가 어렵다. 즉, 중국 사법해석제도는 사회주의 중국이라는 특수한 정치·법제환경에서 형성된 특수한 제도이기 때문에 해당 사회·정치적인 맥락을 통해서만 제대로 된 이해가 가능하다. 이 점을 염두에 두면서 이하의 논의를 이어나가고자 한다.

---

35) 김보훈, "중국의 헌법 개정과 중국공산당의 헌법적 지위 변화", 한중사회과학연구 제17권 제4호(2019.10.), p.13.
36) 김보훈, 앞의 글, p.19.
37) 최고인민법원 <2020년도 사법해석 입항계획(2020年度司法解释立项计划)>(2020.3.19.).

2. 사법해석 개념의 획정

본고의 연구대상은 중국 사법해석제도이다. 연구의 대상과 범주를 명확히 하기 위해 사법해석이라는 용어가 지칭하는 구체적인 개념과 범주를 획정할 필요가 있다. 중국에서 어떤 법적 개념이 지칭하는 대상과 범주는 입법기관인 전인대 및 전인대 상무위가 이를 어떻게 인식하고 관련 법령에 그 개념 정의(定義)를 반영하는지에 따라 달라지는 경향이 있으나, 중국의 법령과 학계에서는 사법해석의 개념 정의와 범주를 비교적 일관성 있게 인식하고 있다. 따라서 사법해석을 정의하고 있는 중국 법률과 법규의 최신 규정과 학계의 논의를 살펴보면서 본고에서 취하고자 하는 사법해석의 개념 범위를 명확하게 획정할 것이다.

(1) 법령의 정의

먼저 중국의 최고국가권력기관인 전인대가 사법해석을 어떻게 정의하고 있는지 살펴보자. 2019년 12월 전인대 상무위에서 통과된 <법규·사법해석 비안심사 업무방법(法规、司法解释备案审查工作方法)> 제2조를 살펴보면 “최고인민법원·최고인민검찰원이 행한 심판·검찰업무 중 법률의 구체적 적용에 속한 해석”을 “사법해석이라 통칭”한다고 밝히는 문구를 발견할 수 있다. 전인대 차원에서 사법해석이란 용어를 그 의미와 함께 구체적인 법문서에 명시한 것은 이것이 처음이다.

2018년 <인민법원조직법>에서도 사법해석의 의미에 관한 단초를 찾아볼 수 있다. 이 법률에는 사법해석이란 단어가 직접적으로 등장하지는 않지만 제18조에서 “최고인민법원은 심판업무 중 법률의 구체적 적용에 속한 문제에 대하여 해석을 할 수 있다”고 규정하였다. 같은 날 개정된 <인민검찰원조직법>도 비슷한 방식으로 제23조에서 “최고인민검찰원은 검찰업무 중 법률의 구체적 적용에 속한 문제에 대하여 해석을 할 수 있다”고 규정하였다. 즉 최고인민법원의 사법해석은 “심판업무” 중에 발생하고 최고인민검찰원의 사법해석은 “검찰업무” 중에 발생한다는 차이 외에는 두 법률

이 사법해석의 개념 범주를 똑같이 정의하고 있는 셈이다.

다음은 최고인민법원의 내부규정을 살펴보자. <인민법원조직법>이 법률 차원에서 최고인민법원의 사법해석권을 규정하고 있는 한편 최고인민법원이 제정한 내부규정인 <사법해석업무에 관한 규정(关于司法解释工作的规定)> 제2조는 인민법원의 심판업무 중 법률을 구체적으로 적용하는 문제는 최고인민법원이 사법해석을 행한다고 규정함으로써 최고인민법원 스스로의 사법해석권을 확인하고 있다.

최고인민검찰원(人民检察院)이 제정하고 2019년 3월 20일 개정된 내부규정인 <최고인민검찰원 사법해석 업무규정(最高人民检察院司法解释工作规定)> 제2조는 "인민검찰원의 검찰업무 중 법률을 구체적으로 적용하는 문제는 최고인민검찰원이 사법해석을 한다"고 규정하였다. 내부규정 차원에서도 최고인민법원과 최고인민검찰원은 사법해석의 개념범주를 거의 동일하게 해석하고 있는 것이다. 한편 최고인민검찰원의 동 조항은 추가적으로 "지방인민검찰원과 전문인민검찰원은 사법해석과 사법해석성문건(司法解释性文件)을 제정하여서는 아니 된다"고 규정하였다.

2015년 개정된 <입법법(立法法)> 제104조는 "최고인민법원·최고인민검찰원이 행한 심판, 검찰업무 중 법률의 구체적 적용에 속한 해석은 주로 구체적인 법률조문(法律條文)을 대상으로 하여야 하며, 입법의 목적·원칙·원의(原意)에 부합하여야 한다"고 규정하였다. 전인대 상무위 2006년 <각급인민대표대회 상무위원회 감독법(各级人民代表大会常务委员会监督法)> 제31-33조는 사법해석을 "최고인민법원, 최고인민검찰원이 행한 심판, 검찰 업무 중 법률의 구체적 적용 문제에 속하는 해석", "최고인민법원 혹은 최고인민검찰원이 행한 법률을 구체적으로 적용하는 해석"이라고 표현하고 있다.

이상의 법률규정을 종합해볼 때 중국 법규범은 사법해석의 의미와 범주에 대하여 상당히 통일된 인식을 공유하고 있음을 확인할 수 있다. 조항의 내용을 비교해보았을 때, 각각의 법률규정들이 '사법해석'의 의의를 나타낼 때 모두가 유사한 표현을 사용하고 있음을 알 수 있다. 즉, 중국의 입법기관과 사법기관이 제시하는 사법해석의 의미와 범주는 "최고인민법원

과 최고인민검찰원이 각각 심판업무, 검찰업무 중 법률의 구체적 적용 문제에 대하여 행한 해석” 정도로 정립되어 있다고 볼 수 있다.

(2) 학계의 정의

중국 학계는 사법해석을 주로 최고인민법원과 최고인민검찰원이 법률규정에 근거하여 심판과 검찰업무 중 법률의 구체적 적용 문제에 대하여 행한 일반성·규범성 해석으로 간주한다.[38] 사법해석의 기본적 의미와 범주에 대한 학계의 주류적 관점이 법률규정이 제시하는 그것과 크게 다르지 않은 셈이다. 대표적인 사법해석 연구자 둥하오(董皞)는 “중국에서 사법해석은 오직 최고인민법원과 최고인민검찰원이 업무 중 법률·법령을 구체적으로 적용하는 문제에 대해 진행한 법률해석”이라고 언급하였다.[39] 이처럼 사법해석의 제정주체가 두 개의 최고사법기관인 최고인민법원과 최고인민검찰원이라는 점은 줄곧 학계의 통설이었다.[40] 대다수 문헌은 사법해석의 정의를 설명할 때 법률규정의 내용을 그대로 인용하거나 사전의 정의를 인용한다.[41] 『중화법학대사전』에 따르면 “사법해석이란 통상(通常)적으로 최고사법기관이 사법업무 중에 법률을 어떻게 구체적으로 적용할지에 대한 해석이다 ..... 중국 사법해석기관은 오직 최고인민법원과 최고인민검찰원에 한한다.”[42] 이외에도 기존에 출판된 사법해석집(集)에 수록된 자료 혹은 권위적인 학자의 주장을 인용하는 문헌도 있다. 대표적으로 지청(纪诚)은 기본적으로 1990년대에 출간된 최고인민법원의 공식 『사법해석전집

38) 胡岩 ,《司法解释的前生后世》, 政法论坛 , 第33卷第3期(2015.5.), p.38.
39) 董皞 ,《我国司法解释的现状及其完善》, 法学论坛 , 2001年第5期, p.91.
40) 张永韶 ,《最高人民法院司法解释法源地位研究》, 吉林大学硕士学位论文 , 2013, p.5.
41) 刘风景 ,《司法解释权限的界定与行使》, 中国法学 , 2016年第3期, pp.207-208; 任婕 ,《最高人民检察院司法解释效力研究》, 中共中央党校博士学位论文 , 2019, pp.11-14 참조.
42) 孙国华主编 ,《中华法学大辞典(法理学卷)》, 中国检察出版社 , 1997 , p.411; 季长龙 ,《规范性司法解释的法源地位研究》, 中国人民大学博士学位论文 , 2008, p.36 에서 재인용.

(司法解释全集)』[43]을 기초자료로 삼고 그 편찬자인 저우다오롼(周道鸾)의 관점에 입각하여 사법해석에 대한 분석을 전개한다.[44] 이들 문헌 역시 사법해석의 의미와 범주를 현행 법률규정과 거의 동일하게 파악한다.

한편 최고인민검찰원의 사법해석의 운용은 주로 검찰조직 내부에 한정되어야 한다는 견해가 많다.[45] 재판실무에서도 최고인민법원의 사법해석이 월등히 많고 훨씬 더 중요하다. 그래서 대부분의 사법해석 연구는 최고인민검찰원을 배제하고 최고인민법원의 사법해석만을 연구대상으로 삼는다. 본 연구 역시 최고인민법원의 사법해석제도에 초점이 맞춰져있다. 최고인민검찰원의 사법해석은 필요한 경우에 한하여 적절히 언급하기로 한다. 그러나 최고인민검찰원의 사법해석에 대한 충분한 소개가 이루어지지 못한 점은 이 연구가 지니는 한계라고 할 수 있다.

(3) 사법해석성문건과의 구별

최고인민법원은 사법해석 이외에도 흔히 '사법문건(司法文件)'으로 통칭되는 규범성문건을 제정한다. 사법문건은 성질에 따라 사법업무와 관련된 '사법해석성문건(司法解释性文件)'과 사법업무와 무관한 '사법행정성문건(司法行政性文件)'으로 분류할 수 있다. 그 중에서 사법해석성문건은 실무에서 흔히 '준(准)사법해석'으로 일컬어진다.

사법해석성문건은 사법해석이 아니기 때문에 이론적으로는 사법해석과 같은 법적 효력을 지니지 않는다. 그러나 그 제정주체가 최고인민법원 혹은 최고인민법원 소속의 부서나 법관 등이라는 점에서 실무에서 상당한 위상과 구속력을 가지며 각급 인민법원의 재판실무를 지도하고 규율하는 기능을 한다. 실무에서 사법해석성문건은 사법해석과 거의 맞먹는 효력을 발휘하는 것처럼 보이기도 한다.[46] 자주 보는 사법해석성문건의 형식으로

---

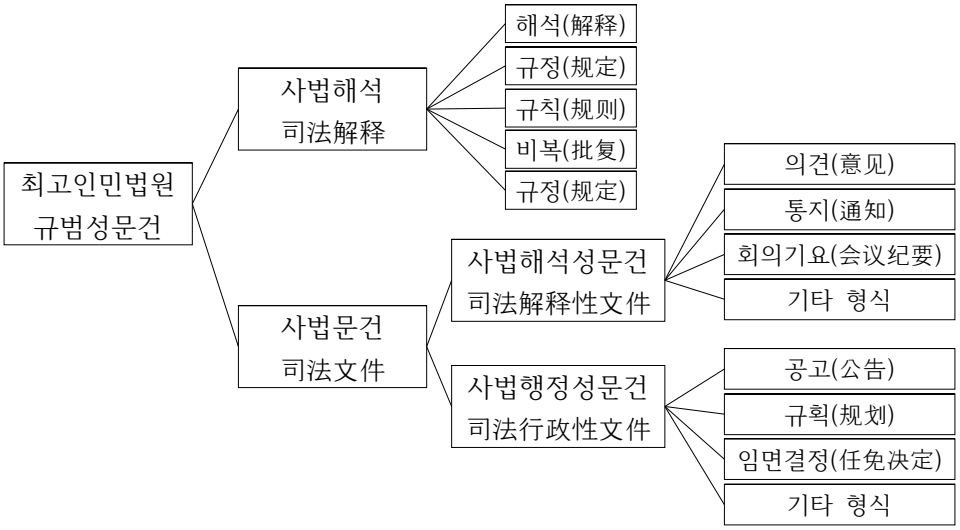
43) 最高人民法院研究室编，《中华人民共和国最高人民法院司法解释全集(1949.10-1993.6)》，人民法院出版社，1994.

44) 纪诚，《最高人民法院司法解释研究——对最高人民法院司法解释合理性之反思》，中国政法大学博士学位论文，2006, pp.7-10.

45) 段卫利，《刑法司法解释法源地位研究》，吉林大学博士学位论文，2018, p.140.

는 '의견(意见)', '통지(通知)', '회의기요(会议纪要)' 등이 있다. 고급인민법원도 일부 사법해석성문건을 제정한다. 사법해석과 사법해석성문건을 구별하는 가장 쉬운 방법은 문호(文号)를 확인하는 것이다. 문호가 '법석(法释)'으로 시작되면 사법해석이고, 그렇지 않으면 사법해석이 아니다.

[표 1-1] 최고인민법원의 규범성문건[47)]



2019년 11월 최고인민법원은 흔히 '구민기요(九民纪要)'로 알려진 사법해석성문건인 <전국법원 민상사 심판업무 회의기요(全国法院民商事审判工

46) 예를 들어 최고인민법원, 최고인민검찰원, 공안부, 국가안전부, 사법부가 공동 공포한 사법해석성문건인 2017년 <형사사건 처리 시 불법증거를 엄격히 배제할 것에 관한 약간의 문제에 대한 규정(关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定)>은 2012년 최고인민법원과 최고인민검찰원이 각각 공포한 형사소송법 사법해석이 정하는 것과 다른 불법증거 인정범위를 두고 있다. 그런데 업계 실무에서는 거의 당연히 후자가 아닌 전자를 적용하여야 한다고 보았다. 따라서 사실상 사법해석성문건이 사법해석을 대체하는 결과가 나타나게 되었다. 聂友伦,《司法解释性质文件的法源地位、规范效果与法治调控》, 法制与社会发展, 2020年第4期, p.211 참조.

47) 표1-1은 평중리(彭中礼)의 다음 글의 도표를 2021년 현재를 기준으로 재구성한 것이다. 彭中礼,《最高人民法院司法解释性质文件的法律地位探究》, 法律科学(西北政法大学学报), 2018年第3期, p.16.

作会议纪要)>(이하 '<회의기요>')의 발행을 알리는 통지에서 "기요(纪要)는 사법해석이 아니며, 재판의 근거로서 인용할 수 없다"고 명확히 밝히면서도 각급 인민법원이 "<회의기요>의 정신적 실질과 기본내용을 올바르게 이해 및 적용"할 것을 요구하였고 심지어는 <회의기요>의 함의에 대한 이해와 올바른 적용을 촉진하기 위해 각급 인민법원 내에서 관련 학습활동을 조직할 것과 <회의기요>를 선전할 것을 요구하였다.[48]

최고인민법원은 2012년부터 <1979년 말 이전에 공포한 일부 사법해석과 사법해석성문건 폐지(제8차)에 관한 결정(关于废止1979年底以前发布的部分司法解释和司法解释性文件(第八批)的决定)>을 통하여 사법해석과 사법해석성문건을 명확히 구별하는 입장을 견지하고 있다.[49] 그러나 사법해석성문건이 어떠한 성질이나 효력을 지니는지에 대해서는 명확한 설명을 제공하지 않고 있다. 사법해석의 개념범주를 확정함에 있어서 사법해석이라는 용어가 사법해석성문건은 배제하고 법정된 요건을 충족하는 엄격한 의미의 사법해석만을 지칭하는 개념인지, 아니면 사법해석과 사법해석성문건을 모두 포함하는 포괄적인 개념인지가 문제된다.

제정주체의 위상이 반영된 사법해석성문건은 일정 수준의 구속력을 지니며, 명목상 법률적용에 관한 해석을 목적으로 제정 및 공포된 것이고 그 방대한 수량을 고려하더라도 상당한 존재감이 있다.[50] 그러나 그렇다고 하여 이를 정식 사법해석과 똑같이 취급한다면 사법해석 절차규정과 형식규정은 무의미한 것이 되어 사법해석제도의 권위가 손상될 것이다.[51] 무

---

48) '구민기요(九民纪要)'는 <전국법원 민상사 심판업무 회의기요(全国法院民商事审判工作会议纪要)>를 지칭하는 다른 말로 '제9차 전국법원 민상사 심판업무 회의기요'의 줄임말이다. 《最高人民法院关于印发<全国法院民商事审判工作会议纪要>的通知》(2019.11.8.).

49) 张岑沁 ,《人民法院司法解释性质文件的法渊地位和适用》, 开封教育学院学报 , 第39卷第1期(2019.1.), p.237.

50) 펑중리(彭中礼)의 연구에 따르면 1997년 7월 1일부터 2016년 말까지 최고인민법원이 공포한 각종 규범성문건 2868건 중 법정된 형식과 절차에 부합하는 엄밀한 의미의 사법해석은 1191건(약41%)인 반면 사법해석성문건은 무려 1400건(약48%)에 달한다. 彭中礼 ,《最高人民法院司法解释性质文件的法律地位探究》, 法律科学(西北政法大学学报) , 2018年第3期, p.15.

엇보다 사법해석성문건은 법원(法源)이 아니다. 본고는 다음과 같은 이유에서 사법해석성문건을 사법해석으로 간주하지 않는다. (1) 사법해석성문건의 법적 성질과 효력위계에 대한 권위적이고 주류적인 설명이 존재하지 않아 체계적인 분석이 어렵고 (2) 실무와 학계의 기존 논의 모두 이를 정식 사법해석과 분명하게 구별하여 논하고 있으며 (3) '사법해석성문건'이란 용어를 창시하였고 사법해석성문건을 가장 많이 제정하는 당사자인 최고인민법원이 이를 정리 및 통폐합의 대상으로 보고 있다.

따라서 본고의 연구대상이 되는 '사법해석'은 최고인민법원과 최고인민검찰원만이 제정할 수 있고 이들의 내부규정에서 정한 형식과 절차에 부합하며 비안심사(备案审查) 규정에 따라 비안된 정식 사법해석을 의미한다. 사법해석성문건을 비롯한 사법문건은 본고의 연구대상에서 배제된다.

제 3 절 번역과 표기

1. 인명과 지명 등의 번역

본고에서 언급되는 외국 인명, 지명, 기업명 등의 번역은 원칙적으로 음역(音譯) 방식으로 하였고, 한글 표기법은 문화체육관광부 고시 「외래어 표기법」이 정한 '표기의 기본 원칙' 및 〈중국어의 발음 부호와 한글 대조표〉의 기준을 따랐다.[52] 사회에서 통용되는 인명·지명의 한글 표기와 「외래어 표기법」에 따른 한글 표기법이 현저히 다른 경우에는 상대적으로 많은 이

51) 1987년 최고인민법원은 <지방 각급 법원이 사법해석성문건을 제정하지 말 것의 문제에 관한 비복(关于地方各级法院不宜制定司法解释性质文件问题的批复)>(1987.3.31.)에서 광시장족자치구(广西壮族自治区) 고급인민법원이 독자적으로 발행한 한 문건이 "사법해석의 성질을 구비하고 있으므로 지방 각급 법원이 제정해서는 아니 된다"고 언급한 적이 있다.

52) 문화체육관광부 고시 제2017-14호(2017.3.28.)「외래어 표기법」, 제2장 표기 일람표의 표5 <중국어의 발음 부호와 한글 대조표> 참조. 링크: https://www.mcst.go.kr/kor/s_data/ordinance/instruction/instructionView.jsp?pSeq=2192&pMenuCD=0405020000&pCurrentPage=5&pType=&pTypeDept=&pTypeHomepage=&pSearchType=01&pSearchWord= (최종방문일시: 2021.6.1.).

들에게 친숙한 표기 방식을 채택하였다. 한편 '최고인민법원', '인민은행' 등의 기관명, 조직명, 단체명은 의역(意譯)하였고 필요시 한자를 적절히 병기(併記)하였다.

2. 간체자와 번체자의 표기

본고에서는 한자 표기 시 간체자(简体字[簡體字])를 사용한 경우도 있고 번체자(繁體字)를 사용한 경우도 있다. 중국의 인명(人名), 지명(地名), 기관명, 조직명, 단체명 그리고 법령의 명칭, 사법해석의 명칭, 국가행사의 명칭, 역사사건의 명칭, 신문의 명칭, 웹사이트의 명칭, 서적과 글의 제목 등 중문을 기반으로 한 문서와 자료는 본문과 각주를 포함하여 모두 간체자로 표기하였다. 반면 일부 용어에 대한 이해를 돕기 위하여 한자 병기가 필요하다고 여겨지는 경우에는 우리나라 독자에게 비교적 익숙한 번체자로 표기하였다. 사전(辭典) 인용 시와 같이 필요한 경우에는 간체자와 번체자를 모두 표기하였다.

3. 일부 용어의 번역

중국식 용어 중 일부는 원어의 한자에 해당되는 한글 표기법에 따라 우리말로 그대로 옮겨올 경우 다소 생소한 용어가 되어버리거나 아예 다른 뜻으로 해석되는 경우가 많아 그 의미를 정확히 전달하기가 어렵다. 더군다나 본고에서 언급되는 중문 자료들은 그 작성시기가 1950년대부터 2021년에 이르기까지 다양하게 분포되어 있기 때문에 간혹 현대의 중국에서도 잘 사용하지 않는 용어나 표현이 등장해 번역에 있어서 어려움을 초래하기도 한다. 이러한 용어나 표현에 대해서는 한자 그대로를 차용하는 번역방식 대신 본래의 의미를 왜곡시키지 않는 한도 내에서 우리나라 독자들이 보다 쉽게 이해할 수 있는 말로 번역하였다. 예를 들어 '입항(立项)', '비복(批复)', '비안(备案)' 등은 중국에서 법으로 정한 전문용어이기 때문에 원문 그대로 번역하였다. 반면 '발포(发布)'의 경우 '공포하다', '발행하다' 등으로 번역하였고, '공작(工作)'의 경우 '업무', '작업' 등으로 번역하였고, '응용(应用)'은

‘적용’으로 번역하였고, ‘입항래원(立项来源)’은 ‘입항사유’로 번역하였다.

일부 용어는 우리나라에서는 일상적이지 않지만 본래의 의미와 중국 특유의 색채를 보다 잘 전달하기 위하여 한자식 번역을 사용하였다. 예를 들어 ‘문건(文件)’, ‘심판(审判)’, ‘청시(请示)’ 등이 이에 해당된다. 이러한 용어들 역시 적절히 원문을 병기하였다.

제 2 장 사법해석 개관

제 1 절 사법해석의 의의

1. 넓은 의미의 사법해석

중국 학계의 논의를 살펴보면, 대체적으로 사법해석을 넓은 의미에서 이해하는 관점 그리고 이와 대비되는 좁은 의미에서만 이해하는 관점으로 구분할 수 있다. 넓은 의미의 사법해석은 개별성(个别性) 사법해석을 지칭하는 것으로서, 좁은 의미의 사법해석인 규범성(规范性) 사법해석과 대비된다.[53]

지창룽(季长龙)에 따르면 개별성 사법해석은 다음과 같은 특징을 지닌다고 한다. (1) 해석의 주체가 각급 법원의 법관, 합의재판부(合议庭) 혹은 심판위원회(审判委员会)이고, (2) 해석의 목적이 개별 사건 해결의 합법성과 합리성을 해결하기 위함이며, (3) 해석이 심판 과정 중에서 이루어져야 하고 심판활동을 벗어나서는 아니 되며, (4) 해석의 내용이 재판 규범을 포함하되 추상적인 규범이어서는 아니 되며, (5) 해석이 포함하는 규범은 보편적인 법적 효력을 지니지 않고 개별 사건에만 유효하다.[54] 개별성 사법해석은 곧 법원 혹은 판사가 사건을 심판하는 과정 중에 법률문제에 대하여 행하는 해석이라 할 수 있다. 우리나라에서는 사법부와 판사의 독립이 헌법상 그리고 현실에서도 보장되어 있고, 법률의 적용에 관한 해석을 행하는 가장 주요한 주체가 독립된 판사와 재판부이기 때문에 사법해석이란 용어를 언급했을 때 가장 먼저 개별성 사법해석과 연계시켜 그 의미를 추론하는 것이 일반적이다. 후옌(胡岩) 역시 그의 글에서 “사법해석의 본래적 의미는 각급 법원이 특정 사건을 심리할 때 법률의 적용 과정 중에 의문이 있는 문제에

---

53) 학자에 따라서 개별성 사법해석은 ‘구체성(具体性) 사법해석’으로 지칭되기도 하며, 규범성 사법해석은 ‘추상성(抽象性) 사법해석’으로 지칭되기도 한다. 季长龙，《规范性司法解释的法源地位研究》，中国人民大学博士学位论文，2008, p.44.
54) 季长龙，앞의 글, p.41.

대하여 해석하는 것"이라고 언급하였다. 이러한 의미의 사법해석은 법관이 작성한 판결문의 이유 부분에서 드러나며, 개별 사건에서 발생한 구체적인 법률문제에 대한 해석과 설명을 명확히 함을 목적으로 하기 때문에 일반적으로 개별적인 형태의 해석이고 이는 세계적으로 다수 국가의 법관에게 부여된 권한이기도 하다.[55] 우리나라의 맥락에서도 사법해석은 사법부, 특히 판사가 주체가 되어 특정 법규범에 대하여 해석함으로써 이를 특정 사건의 구체적인 사실관계에 적용하는 과정으로 이해된다. 즉, 법에 대한 해석은 구체적인 사건을 재판하는 과정 속에서 이루어지며, 이를 통해 도출된 해석의 결과는 당해 사건의 범위를 벗어나 강제적인 효력을 발휘할 수 없다.

그러나 중국에서의 상황은 다르다. 중국의 법률해석 체계에서 가장 중요한 해석은 개별 사건에 대한 판사 개인의 해석이 아니라 국가기관의 해석 곧 규범성 유권해석이다.[56] 이로 인해 중국에서는 법률해석이 일종의 국가권력으로 인식되는 경향이 있다. 따라서 중국에도 이와 같은 개별성 사법해석이 존재한다고 볼 수 있는지 여부에 대해서는 논쟁이 있다. 사법해석을 넓은 의미로 이해할 것을 주장하는 의견은 소수이지만 분명한 입장은 견지하고 있다. 이 관점을 주장하는 대표적인 학자 쑨궈화(孙国华)는 단지 유권규범성 해석만을 법률해석으로 보는 좁은 의미의 법률해석의 개념은 전인대 상무위 1981년 〈법률해석 업무 강화에 관한 결의〉를 오해한 결과이며, 다른 법률해석을 배척하게 됨으로써 불필요한 논쟁을 야기할 뿐만 아니라 법률의 제정과 시행 그리고 법제건설에 도움이 되지 않기 때문에 버려야 한다고 주장한다.[57] 지창룽(季长龙)은 사법해석에 관한 많은 논쟁과 사법해석 이론과 실무의 이질현상은 상당 부분 분류의 불명확성에서 기인하고 있기 때문에 개별성 사법해석을 인정하면 의미 없는 논쟁을 줄일 수 있다고 언급한다.[58] 판위(范愉) 역시 사법해석을 각급 법원의 법관과 심판조직이 구체적 사건의 법률적용 중에 판결이나 재정 등 법률문서에서 행한 해석으로 간주한다.[59] 천진자오(陈金钊)는 "사법해석은 사법기관 혹은 법관이 법률을

55) 胡岩 ,《司法解释的前生后世》, 政法论坛 , 第33卷第3期(2015.5.), p.38.
56) 季长龙 , 앞의 글, p.5.
57) 孙国华 ,《关于法律解释的概念问题》, 求是学刊 , 2004年第6期 , p.86.
58) 季长龙 , 앞의 글, pp.41-42.

구체적으로 적용하는 과정 중에 각종 형식의 법률 연원에 대해 행한 해석" 이라고 정의한다.[60] 이들의 관점이 공유하는 한 가지 중요한 특징은, 사법해석 혹은 사법해석권을 최고인민법원과 최고인민검찰원 두 최고사법기관의 전유물로 보지 않고 하급 사법기관 및 개개인의 법관 모두가 사법해석의 주체가 될 수 있다고 본다는 점이다.

그러나 이러한 주장은 광범위하게 받아들여지지 못하고 있는 것으로 보인다. 적어도 대다수의 글 그리고 심지어 사전에서도 사법해석을 좁은 의미 즉 규범성 사법해석 내지 추상성 사법해석으로 보는 경향이 강하다.[61] 그리고 무엇보다 부정할 수 없는 것은 중국에서 사법해석이란 용어를 언급할 때 학자, 변호사, 판사를 막론하고 대부분 가장 먼저 떠올리게 되는 것은 바로 규범성, 추상성 사법해석이라는 경험적인 사실이다.

2. 좁은 의미의 사법해석

최고인민법원 공식 『사법해석전집』의 편찬자인 저우다오롼(周道鸾)은 좁은 의미의 사법해석을 견지한다. 좁은 의미의 사법해석은 최고인민법원과 최고인민검찰원이 심판과 검찰 업무 중에 어떻게 법률을 적용할지의 문제에 대하여 행한 해석이고, 넓은 의미의 사법해석은 각급 인민법원과 각급 인민검찰원이 사건을 처리하는 중에 어떻게 법률을 적용할지에 대하여 행한 해석인데, 후자는 반드시 최고인민법원 및 최고인민검찰원이 수권(授權)하거나 허가하여야 할 것을 요구한다. 그렇지 않으면 법적 효력이 없다. 넓은 의미를 주장하는 것은 사실상 하급 사법기관 역시 일정한 조건 하에 사법해석권을 향유한다고 주장하는 셈인데, 이는 잘못된 주장이다.[62] 사법해석을 보편적 사법효력이 있는 것과 없는 것으로 나누거나, 사법해석을 넓은 의미와 좁은 의미로 나누어 논하는 것은 법적인 근거가 없으며, 사법해석은 유

---

59) 张永韶，《最高人民法院司法解释法源地位研究》，吉林大学硕士学位论文，2013, p.5에서 재인용.
60) 张永韶，앞의 글, p.5에서 재인용.
61) 张永韶，앞의 글, pp.5-6 참조.
62) 周道鸾，《论司法解释及其规范化》，中国法学，1994年第1期，p.88.

권해석에 속하는 것이므로 반드시 국가 최고국가권력기관의 특별한 수권이 있어야 한다.[63] 즉 사법해석은 최고인민법원, 최고인민검찰원이 법률의 수권에 따라 법률을 어떻게 구체적으로 운용할지의 문제에 대하여 행한 보편적 사법효력을 지닌 규범성해석이다.[64]

이와 같은 견해는 1990년대에 정립되어 현재까지도 중국에서 주류적인 관점으로 자리 잡고 있다. 실제로 사법해석에 관한 대다수 문헌은 사법해석의 개념을 좁은 의미로, 즉 오로지 최고인민법원과 최고인민검찰원이 공포한 유권해석에 속하는 추상적인 규범성 사법해석으로 전제하고 있으며, 이외의 하급 사법기관이나 판사 개인의 해석행위는 사법해석으로 보지 않는다. 이는 경험적으로 매우 당연한 것이고, 논의에 있어서 별도의 개념획정이 필요하지 않다. 중국에서 사법해석이란 최고사법기관에 의하여 행사되는 권력이자 정식적인 구속력이 있는 규범성문건으로서의 해석이다.[65] 사법해석의 목적은 법률의 충돌을 해결하고, 입법의 공백을 메우고, 해석을 통하여 법률이 사회 발전의 필요에 보다 적응하도록 하여 사회질서의 안정을 촉진하고 공평과 정의를 수호하는 것이다.[66] 사법해석을 제정하는 것은 최고인민법원이 사법권을 행사하는 중요한 방식 중 하나이다.[67]

한편 최고인민법원 실무진의 태도에서도 사법해석을 좁은 의미로 이해하는 방식이 지배적이라는 사실을 확인할 수 있다. 최고인민법원 관계자는 "사법해석 업무의 실천을 종합해볼 때, 우리는 사법해석이란 법률 수권에 근거하여 최고사법기관이 사법업무 중에 어떻게 법률을 구체적으로 적용할지의 문제에 대하여 행한 보편적 법적 효력을 지닌 천석(闡釋)과 설명(說明)이라고 본다. 이 요약은 법원(法源)으로서의 사법해석의 근거를 고려하였을 뿐만 아니라 사법해석제도의 현실적 역할도 고려한 것으로, 중국 사법해석의 성질에 대한 객관적 묘사이다. 본질적으로 사법해석은 법률해석에 속

---

63) 周道鸾，앞의 글, p.88.
64) 刘风景，《司法解释权限的界定与行使》，中国法学，2016年第3期, p.207.
65) 黄金兰，《我国司法解释的合法性困境及其应对建议》，法商研究，2020年第3期, p.141.
66) 胡岩，앞의 글, p.38.
67) 齐玎，《最高人民法院司法解释权：释法抑或造法》，厦门大学法律评论，总第27辑(2016.3.), p.67.

한 일종의 유권해석이다"라고 밝힌다.[68]

사실 두 관점의 차이는 사법부의 법률해석을 수단으로서 인식하는지, 권력으로서 인식하는지에 따른 차이로 볼 수 있다. 넓은 의미의 사법해석을 주장하는 소수의견은 사법 활동을 수행하는 주체가 누구이든 상관없이 사법(司法)이란 목적을 달성하기 위해 수행하는 사법적 법률해석 행위를 모두 혹은 일부를 제외하고 사법해석의 범주 안으로 편입시키고자 하는 경향이 있다. 넓은 의미의 개별성 사법해석이 인정되기 위해서는 우선 사법해석의 성질을 하나의 사법수단(司法手段)으로 인식할 필요가 있다. 반면 주류적 관점은 사법해석을 일종의 권력으로 인식하는 경향이 있다. "사법해석권(司法解釋權)", "법률의 수권(授權)에 따라" 등의 표현을 심심찮게 볼 수 있는 것도 이 때문이다. 주류의견의 인식을 뒷받침하는 가장 주요한 근거는 바로 1981년 〈법률해석업무 강화에 관한 결의(关于加强法律解释工作的决议)〉 등 정책성 문건과 해당 결의의 내용을 거의 복제한 법률의 규정에서 찾을 수 있는데, 이들을 살펴보면 권력수권의 성질이 농후하다. 또 다른 증거로 최고인민법원 〈사법해석업무에 관한 규정(关于司法解释工作的规定)〉 제2조의 영문본은 사법해석을 제정하는 '권력(power)'은 최고인민법원에게 속한다(shall remain with)는 취지로 번역되어있다.[69] 2019년 최고인민검찰원 〈사법해석 업무규정(司法解释工作规定)〉 제2조의 영문본 역시 사법해석 '권력(power)'은 최고인민검찰원에 귀속된다(shall be vested in)는 취지로 번역되어있다.[70]

---

68) 胡伟新、吴光侠、冯文生、袁春湘，《中国司法解释制度的发展与完善》，法律适用，2014年第12期，p.29.

69) Provisions of the Supreme People's Court on the Judicial Interpretation Work, Article 2: The power to make judicial interpretations on the specific issues concerning the application of law in the trial work of the people's courts shall remain with the Supreme People's Court. 北大法宝，링크: https://www.pkulaw.com (최종방문일시: 2021.7.17.).

70) Provisions of the Supreme People's Procuratorate on the Judicial Interpretation Work, Article 2: The power of interpretation of the specific application of law in the procuratorial work of people's procuratorates shall be vested in the Supreme People's Procuratorate. 北大法宝，링크:

중국에서는 법률해석이 하나의 권력으로 간주된다. 전인대 상무위에게 귀속된 권력으로서 정립된 법률해석권이 다른 국가기관에 분배됨으로써 중국 특유의 법률해석체제가 구성되었다고 할 수 있다.[71] 중국에서 법률해석 특히 유권해석이 항상 권력으로서 인식되는 것은 당연하였다. 중국 현행 사법해석 체제는 이원일급(二元一級)의 구조를 가지고 있는데, 곧 직무와 기능이 서로 다른 최고인민법원과 최고인민검찰원이라는 두 개의 최고사법기관만이 해석권을 가지는 구조인 것이다.[72]

본고의 목적이 중국에서 시행되고 있는 사법해석제도를 고찰하는 것이므로, 주류적 관점을 따르는 것이 일관된 논지의 흐름에 부합할 것이다. 본고에서 언급되는 사법해석은 모두 좁은 의미의 사법해석, 즉 최고사법기관이 주체가 되어 법률의 구체적 적용 문제에 대하여 행한 규범성, 추상성 해석을 지칭하는 것임을 명확히 밝힌다.[73] 다음 소절에서는 최고인민법원이 이와 같은 규범성, 추상성 사법해석을 어떠한 외재적 형식으로 구체적으로 정립하였는지 살펴보고자 한다.

제 2 절 사법해석의 유형

1. 사법해석의 법정형식(法定形式)

최고인민법원 사법해석의 형식은 최고인민법원 1997년 〈사법해석업무에 관한 약간의 규정(关于加强法律解释工作的决议)〉(이하 '1997년 규정')에서 처음 법정(法定)되었고 2007년 〈사법해석업무에 관한 규정(关于司法解释工

---

https://www.pkulaw.com (최종방문일시: 2021.7.17.).

71) 张志铭,《关于中国法律解释体制的思考》, 中国社会科学,1997年第2期, p.100.

72) 董皞,《司法解释论》, 中国政法大学出版社, 2007年8月修订版, 内容摘要之p.2.

73) 이외에도 사법해석의 분류 방식은 넓은 의미와 좁은 의미뿐만 아니라 학자에 따라서 능동성 사법해석과 수동성 사법해석, 조문에 대한 해석과 조문을 벗어난 보충성입법 등 기타 다양한 기준에 입각한 분류가 존재하나, 본고에서는 주요한 논제가 아니므로 자세히 언급하지 않는다. 赵颖超 ,《司法解释法源地位之探讨》, 太原科技大学硕士学位论文 , 2017, pp.2-3 참조.

作的规定)>(이하 '2007년 규정')에서 한 번 변화하였다.[74] 그리고 2007년 규정의 2021년 개정안(이하 '2021년 개정안')에서는 새로운 법정형식이 도입되었다. 사법해석의 법정형식은 곧 사법해석의 명칭이다. 그러나 현실에서는 법정형식과 다른 명칭을 사용하는 문건이 사법해석으로 분류되기도 하여 혼란을 야기하므로 먼저 그 배경에 대한 약간의 설명이 필요하다.

최고인민법원 사법해석의 법정형식은 1997년 규정을 통해 '해석(解释)', '규정(规定)', '비복(批复)' 세 가지로 처음 정립되었다. 그런데 1997년 이전에 이미 제정된 다른 명칭의 사법해석도 그대로 보존되었다. 최고인민법원은 기존 사법해석의 명칭을 1997년 규정이 정한 형식과 일치하도록 개정하지 않은 채 사법해석의 지위를 그대로 부여하였다. 과거 중국에서 국가권력 행사의 절차적 합법성과 엄밀성이 충분히 중시되지 못했던 점도 한 가지 요인으로 작용하였다. 현실에서는 규정이 잘 지켜지지 않았고 여러 명칭들의 문건들이 예외적으로 사법해석으로 인정되었다. 결국 관련 규정이 무색해질 만큼 온갖 명칭이 난무하였다.[75] 그 잔재가 아직 남아있으므로 오늘날에도 간혹 법정형식과 다른 명칭의 사법해석을 볼 수 있다. 그럼에도 불구하고 2007년 규정과 2021년 개정안의 시행 및 최고인민법원의 개선의지와 지속적인 노력을 통하여 사법해석의 형식적 요건에 대한 감독이 보다 강화되었고 최근 들어서는 법정형식에 부합하지 않는 문건이 형식에 알맞게 제정·개정되거나 관련 법률의 개정·폐지 등에 따라 자연스럽게 소멸되는 추세가 되었다. 그래서 사법해석의 무질서한 양상이 눈에 띄게 개선되었고 절차·형식에 관한 규정이 과거에 비해 잘 지켜지게 되었다. 그럼에도 불구하고 법정

---

74) 최고인민검찰원의 경우 1996년 <최고인민검찰원 사법해석업무 임시규정>부터 2019년 <최고인민검찰원 사법해석 업무규정(最高人民检察院司法解释工作规定)>에 이르기까지 각 규정에서 최고인민검찰원 사법해석의 형식을 법정(法定)하고 있다. 부록2 참조.

75) 대표적으로 '의견(意见)', '해답(解答)', '답복(答复)', '통지(通知)', '복함(复函)', '지시(指示)' 심지어는 '기요(纪要)', '안배(安排)' 등도 있었다. 예를 들어 <최고인민법원 회사 강제청산 사건 심리에 관한 업무좌담회 기요(最高人民法院关于审理公司强制清算案件工作座谈会纪要)>(2009.11.4.), <최고인민법원 내지-마카오 민상사판결 상호인가 및 집행에 관한 안배(最高人民法院关于内地与澳门特别行政区相互认可和执行民商事判决的安排)>(2006.4.1.).

형식과 다른 명칭을 사용한 문건이 사법해석으로 분류되는 경우가 아직 일부 남아있다.[76]

현행 2021년 개정안에서 정하는 최고인민법원 사법해석의 법정형식은 '해석(解释)', '규정(规定)', '규칙(规则)', '비복(批复)', '결정(决定)' 다섯 가지가 있다.

최고인민법원 <사법해석업무에 관한 규정> (2021년 개정안)

제 6 조 사법해석의 형식은 "해석", "규정", "규칙", "비복" 그리고 "결정" 다섯 가지로 나뉜다.

심판 업무 중 특정 법률을 어떻게 구체적으로 적용할지 혹은 특정 유형의 사건, 특정 유형의 문제에 대하여 어떻게 법률을 적용할지에 대하여 제정한 사법해석은 "해석"의 형식을 사용한다.

입법정신에 따라 심판 업무 중 제정이 필요한 규범, 의견 등 사법해석은 "규정"의 형식을 사용한다.

인민법원의 심판집행활동을 규율하는 등 방면의 사법해석은 "규칙"의 형식을 사용할 수 있다.

고급인민법원, 해방군군사법원의 심판 업무 중 법률의 구체적 적용 문제에 관한 청시(请示)에 대하여 제정한 사법해석은 "비복"의 형식을 사용한다.

사법해석을 개정하거나 폐지할 때에는 "결정"의 형식을 사용한다.

최고인민검찰원도 다섯 가지 동일한 명칭의 형식을 두고 있으나 최고인민법원과 다르게 '해석(解释)', '규칙(规则)', '규정(规定)', '비복(批复)', '결정(决定)' 순으로 규정하고 있고, '해석'과 '규칙'을 같은 관(款)에서 규정하고 있다.

<최고인민검찰원 사법해석업무 규정> (2019년)

제 6 조 사법해석은 "해석", "규칙", "규정", "비복", "결정" 등 형식을 사용하고, 최고인민검찰원 사법해석 문호(文号)를 통일적으로 편성한다.

---

76) 예를 들어 <최고인민법원 내지-마카오 법원의 민상사 사건 사법문서의 상호 위탁송달 및 증거수거에 관한 안배(最高人民法院关于内地与澳门特别行政区法院就民商事案件相互委托送达司法文书和调取证据的安排)>(2020.3.1.).

검찰 업무 중 특정 법률을 어떻게 구체적으로 적용할지에 대하여 혹은 특정 유형의 사건, 특정 유형의 문제에 대하여 법률을 어떻게 적용할지에 대하여 제정한 사법해석은 “해석”, “규칙”의 형식을 사용한다.

검찰 업무 중 제정이 필요한 사건 처리 규범, 의견 등의 사법해석은 “규정”의 형식을 사용한다.

검찰업무 중 법률의 구체적 적용 문제에 관한 성(省)급 인민검찰원(해방군군사검찰원, 신장(新疆)생산건설병단인민검찰원 포함)의 청시에 대한 사법해석은 “비복”의 형식을 사용한다.

사법해석을 개정하거나 폐지할 때에는 “결정”의 형식을 사용한다.

다음은 최고인민법원을 중심으로 사법해석의 다섯 가지 법정형식이 문서의 용도와 형태에 있어서 어떠한 차이가 있는지 조금 더 구체적으로 살펴보고자 한다.

2. 해석 형식의 사법해석

해석(解释) 형식의 사법해석은 (1) 특정 법률의 적용 문제 또는 (2) 특정 유형의 사건 또는 문제에 대한 법률의 적용 문제를 해결하기 위한 목적으로 제정된다. 이 형식의 사법해석은 구체적인 사건 속의 사실관계나 법률관계를 대상으로 하는 것이 아니라 대개 법률을 구체적으로 적용하는 문제에 대하여 비교적 포괄적인 규범을 제시하는 것을 목적으로 하는 추상성 해석이다.[77] 해석 형식의 사법해석이 어떠한 특징을 지니고 있는지 구체적으로 살펴보고자 한다.

해석 형식의 사법해석은 조문화(條文化)된 형태로 되어 있는 경우가 일반적이다. 2021년 1월 1일 민법전 시행과 함께 민법전과 관련된 해석 형식의 사법해석 여섯 건이 시행되었다.[78] 이들 내용은 모두 입법된 법률과

---

77) 董皞 ,《司法解释论》, 中国政法大学出版社 , 2007年8月修订版 , p.168.

78) 이들은 각각 최고인민법원이 단독 공포한 <민법전 혼인가정편 적용에 관한 해석(1)>, <민법전 상속편 적용에 관한 해석(1)>, <민법전 물권편 적용에 관한 해석(1)>, <건설공정 시공계약 분쟁사건 심리 시 법률 적용 문제에 관한 해석(1)>, <노동쟁의사건 심리 시 법률적용 문제에 관한 해석(1)>, <민법전 담보제도 적용에

같은 조문 형태이다. 혼인가정편 해석은 91개 조항으로 가장 많고, 상속편 해석은 45개 조항, 물권편 해석은 21개 조항, 건설공정 시공계약 분쟁사건 심리 관련 해석은 45개 조항, 노동쟁의사건 심리 관련 해석은 54개 조항, 담보제도 해석은 71개 조항으로 구성되어 있다.

이들 사법해석의 제정설명(制定說明)[79]을 각각 살펴보면, 담보제도 해석의 경우 "<중화인민국화국 민법전> 담보제도 관련 규정을 올바르게 적용하기 위해 민사심판의 실천을 종합하여 본 해석을 제정한다"고 하였고, 상속편과 물권편 해석의 경우 "상속(물권) 분쟁 사건의 올바른 심리를 위해 <민법전> 등 관련 법률규정에 근거하여, 심판 신철을 종합하여 본 해석을 제정한다"고 하였다. 다른 해석은 근거 법률에 <민사소송법> 등 다른 관련 법률을 함께 명시하기도 하고, 건설공정 분쟁사건 심리 관련 해석은 "법에 따라 당사자의 합법적 권익을 보호하기 위해", "건축시장 질서 유지를 위해", "건축시장의 건강한 발전을 촉진하기 위해"라는 목표들도 함께 제시하고 있다. 2021년 개정안 제6조 제2관의 규정에 대입하여 본다면, "특정 법률"은 민법전이 될 것이고, "특정 유형의 사건·문제"는 각 제정설명에서 명시하듯 물권 분쟁 사건의 심리, 상속 분쟁 사건의 심리 등 각 사법해석이 규율 대상으로 하는 사건 또는 문제 유형이 될 것이다. 그렇다면 이러한 해석 형식의 사법해석이 입법된 원래의 법률과 어떻게 구체적으로 연계되는지를 확인해볼 필요가 있다.

민법전 제311조는 처분권이 없는 자가 부동산 또는 동산을 양수인에게 양도한 경우 소유권자는 회수할 권리가 있으나, 법률에 특별한 규정이 없는 한 '합리적인 가격에 양도(以合理的价格转让)'한 경우에는 양수인이 해당 부동산 또는 동산의 소유권을 취득할 수 있도록 규정하고 있다. 그런데 이 규정은 '합리적인 가격'이란 과연 어느 정도의 가격인지를 판단할 수 있는 아무런 구체적인 기준도 제시하고 있지 않다. 이때 법관은 자의적인 해석을 하기 이전에 반드시 해당 법률문제에 대한 사법해석의 유무를 확

관한 해석>이다.

79) 최고인민법원 사법해석의 내용은 제정설명(制定說明)과 조문(條文) 또는 본문(本文) 두 부분으로 구성된다. 해석 형식의 사법해석과 규정 형식의 사법해석의 다수는 제정설명에 제정목적과 제정근거 두 가지 내용이 포함된다.

인하고, 사법해석이 존재할 경우 이를 기준으로 판단하여야 한다. 민법전 제311조의 경우 '합리적인 가격' 부분의 구체적 적용에 관한 물권편 사법해석이 존재한다. 따라서 이 부분의 구체적 적용이 문제가 될 때 법관은 법률과 함께 다음 사법해석을 인용하여야 한다.

최고인민법원 <중화인민공화국 민법전> 물권편 적용에 관한 해석(1)[80]

제18조 민법전 제311조 제1관 제2항에서 말하는 "합리적인 가격"은, 양도한 목적물의 성질, 수량 및 지불방식 등 구체적인 상황에 근거, 양도 시의 거래지 시장가격 및 거래관행 등 요소를 참고하여 종합적으로 판정하여야 한다.

이 사법해석 규정은 민법전이라는 특정 법률의 제311조 제1관이라는 특정 범위에 대한 규범성 해석을 제공함으로써 법률의 구체적인 적용 문제를 해결하고자 한 것이다(2021년 개정안 제6조 제2관). 이는 원래의 법률 조항이 규율하는 범위를 벗어나지 않고 법률의 문자적 의미에 대한 구체적인 해석을 제공하는 유형이라 볼 수 있다. 따라서 이 사법해석 규정은 민법전 제311조의 범위를 벗어나서는 효력을 발휘하지 못한다. 또 다른 예시를 살펴보자.

최고인민법원 <중화인민공화국 민법전> 혼인가정편 적용에 관한 해석(1)[81]

제1조 지속적, 상습적인 가정폭력은 민법전 제1042조, 제1079조, 제1091조에서 말하는 "학대"로 인정할 수 있다.

이 사법해석 규정의 경우 앞선 예시와 달리 특정 법률을 대상으로 한 것이 아닌 특정 유형의 사건 또는 특정 유형의 문제에 관하여 어떻게 법

---

80) 원문:《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民法典>物权编的解释（一）》第十八条：民法典第三百一十一条第一款第二项所称"合理的价格"，应当根据转让标的物的性质、数量以及付款方式等具体情况，参考转让时交易地市场价格以及交易习惯等因素综合认定.

81) 원문: 《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民法典>婚姻家庭编的解释（一）》第一条：持续性、经常性的家庭暴力，可以认定为民法典第一千零四十二条、第一千零七十九条、第一千零九十一条所称的"虐待".

률을 적용할지에 대하여 제정한 사법해석에 속한다(2021년 개정안 제6조 제2관). '지속적, 상습적인 가정폭력'이라는 특정 유형의 사건 또는 문제를 '학대'라는 개념으로 동일시할 수 있도록 근거를 제공하여 언급된 조항을 해당 유형의 사건 또는 문제에 적용할 수 있도록 해준 것이다. 따라서 이 사법해석 조항은 적어도 세 개의 민법전 조항의 해석에 영향을 미치는 것이다. 여기서 발견할 수 있는 한 가지 흥미로운 점은, 해석 형식의 사법해석이라고 해서 반드시 특정 법률이나 법조항과 일일이 대응되는 관계를 가지는 것은 아니라는 것이다.[82] 이러한 특징이 보다 잘 나타나는 다음 예시를 살펴보자.

최고인민법원 <중화인민공화국 민법전> 상속편 적용에 관한 해석(1)[83]

제32조 상속인이 상속권을 포기함으로 인해 법정 의무를 이행하지 못하게 될 경우 상속권을 포기한 행위는 무효이다.

이 사법해석 규정은 민법전의 특정 조항을 대상으로 하지 않을 뿐만 아니라 다른 어떠한 조항도 언급하지 않는다. 민법전의 범위 내에 있긴 하지만 사실상 민법전이 정하고 있지 않은 사항을 사법해석에서 새로이 규정하고 있는 셈이다. 이러한 유형의 해석 형식의 사법해석은 특정 유형의 문제에 대하여 독립적인 규칙 창설을 통한 해결방식을 도모함과 동시에 해당 유형의 문제에 대한 입법의 부재를 보완하는 역할을 한다.

이처럼 해석 형식의 사법해석은 말 그대로 법률의 구체적인 의미를 해석하는 유형으로부터 새로운 규칙을 창설하는 유형에 이르기까지 다양한 모습으로 표현된다. 중국의 많은 학자들은 최고인민법원이 사법해석권을 행사하면서 능동적으로 추상적 규칙의 제정에 참여하고 이렇게 제정된 규칙이 개별 사건을 초월한 보편적인 법적 효력을 지니는 것은 사법권의 수동적, 중립성 특성에 위배되는 것이므로, 일종의 보충성 입법권을 행사한

82) 黄忠，《论民法典后司法解释之命运》，社会科学文摘，2021年第1期, p.10.
83) 원문:《最高人民法院关于适用<中华人民共和国民法典>继承编的解释（一）》第三十二条：继承人因放弃继承权，致其不能履行法定义务的，放弃继承权的行为无效。

행위로 이해될 수 있다고 본다.[84] 최고사법기관의 이러한 '준입법권(准立法權)'은 비록 입법기관의 수권을 획득하여 형식적 의미의 합법성을 지니고 있으나 이러한 사법해석은 실질적으로 입법권을 침해하여 사법권과 입법권의 경계를 상당히 불분명하게 한다는 비판을 받는다.[85]

중국 사법해석의 가장 두드러지는 특징으로 추상성과 규범성이 언급되는 까닭은 바로 이러한 해석 형식이 사법해석의 가장 대표적인 형태이기 때문이다. 해석 형식의 사법해석은 다른 형식들에 비해 법률과의 직접적인 연관성이 보다 강조되기 때문에 재판실무에서 법관에 의해 가장 많이 인용되며, 다른 형식들에 비해 학계의 관심도 보다 많이 받는다.

3. 규정 형식의 사법해석

규정(規定) 형식의 사법해석은 심판업무 수행을 위해 필요하다고 여겨질 때 제정되는 규범 혹은 의견이다. 이는 주로 사법절차와 심판업무가 어떻게 구체적으로 작동하여야 하는지를 규정한다.[86] 최고인민법원 2007년 규정과 2021년 개정안 자체도 이 형식에 속하는 사법해석이다.

2021년 4월 개정된 최고인민법원 <상하이(上海)금융법원 사건관할에 관한 규정(关于上海金融法院案件管辖的规定)>은 "상하이 국제금융중심 건설에 이바지하고 이를 보장하며, 상하이금융법원 사건관할의 구체적 범위를 진일보 명확하게 하기 위하여" 제정되었다. 해석 형식의 사법해석과 마찬가지로 이 사법해석도 12개 조항으로 구성된 조문 형태로 되어 있다. 해당 규정은 어떠한 사건이 상하이금융법원의 관할 및 심리 범위 내에 있는지, 상하이금융법원은 어떠한 중재를 집행하여야 하는지를 구체적으로 규정하고 있으며, 상하이금융법원의 판결이나 재정에 대하여 당사자가 상소할 경우의 절차 등도 포함하고 있다.

2021년 3월 통과 및 공포된 최고인민법원 <행정재심신청사건 처리의 약

---

84) 齐玎,《最高人民法院司法解释权：释法抑或造法》, 厦门大学法律评论, 总第27辑(2016.3.), p.68에서 재인용.
85) 齐玎, 앞의 글, p.68.
86) 董皞,《司法解释论》, 中国政法大学出版社, 2007年8月修订版, pp.168-169.

간의 문제에 관한 규정(关于办理行政申请再审案件若干问题的规定)>의 제정설명은 “당사자의 재심 신청 권리를 면밀히 보장하고 확실하고 효과적으로 행정 쟁의를 해결하기 위하여, 인민법원 행정심판 업무 실천을 종합하여, <중화인민공화국 행정소송법>의 규정에 따라 본 해석을 제정한다”고 밝히고 있다. 이 규정은 6개의 조항으로 구성되어 있고 역시 조, 관, 항으로 구성된 조문 형태로 되어 있다. 그 내용은 행정소송법의 맥락과 비슷하게 재심 신청에 관하여 최고인민법원이 지켜야 할 절차적인 규칙을 제시하고 있으며, 특별히 최고인민법원은 이 규정을 공포하면서 최고인민법원 결정서 양식(고급인민법원이 심사를 담당하도록 결정할 시 사용), 최고인민법원 통지서 양식(고급인민법원이 심사를 담당하도록 결정할 시 재심 신청인에게 통지하는 용도로 사용), 최고인민법원 행정재정서 양식(최고인민법원이 재심신청을 즉시 기각 시 사용)을 각각 첨부하여 문서의 엄밀성을 향상시키기 위하여 노력하였다.

이처럼 규정 형식의 사법해석은 해석 형식의 사법해석과는 달리 실체적 규칙이 아닌 절차적 규칙을 주 내용으로 하고 있으며 법원조직 및 관련기관의 내부행정 규율에 비교적 치중되어 있다. ‘입법정신’에 따른다는 것은 규정 형식의 사법해석의 목적은 어디까지나 법률의 실체적 입법목적 달성을 보조하는 절차적 보장을 마련하기 위함임을 의미한다. 또한 이에 따라 ‘심판 업무’에 필요한 절차적·행정적 규칙을 ‘규정’의 형식으로 제정할 수 있다(2021년 개정안 제6조 제3관).

4. 규칙 형식의 사법해석

‘규칙(规则)’은 최고인민법원 2021년 개정안에서 처음 도입된 사법해석 형식이다. 인민법원의 심판집행활동을 규율하는 등 방면의 사법해석은 ‘규칙’의 형식을 사용할 수 있다(2021년 개정안 제6조 제4관). 다른 네 가지 형식은 모두 ‘사용한다’라고 규정한 반면 규칙은 ‘사용할 수 있다’라고 표현하고 있다.

‘규칙’ 형식의 추가는 2021년 개정안의 유일한 개정사항이다. 개정안 시

행 첫날인 6월 16일 최고인민법원은 곧바로 <인민법원 온라인소송 규칙(人民法院在线诉讼规则)>을 공포하였다.[87] 이로써 <인민법원 온라인소송 규칙>은 2021년 개정안 시행 이후 공포된 첫 번째 규칙 형식의 사법해석이 되었다. 흥미로운 점은 해당 규칙은 2021년 5월 18일에 이미 최고인민법원 심판위원회 회의에서 통과되었는데, 최고인민법원은 이를 공포하지 않고 있다가 <사법해석업무에 관한 규정> 개정안이 심판위원회 회의에서 통과되고 6월 16일 시행되기까지 기다렸다가 공포하였음을 확인할 수 있다. <인민법원 온라인소송 규칙>이 <사법해석업무에 관한 규정> 개정안보다 먼저 제정되었다는 점에서 '규칙' 형식의 사법해석의 도입 배경에는 <인민법원 온라인소송 규칙>이 보편적인 법적 효력이 있는 사법해석으로서 공포되게 하고자 하는 의도가 어느 정도 작용하였음을 짐작해볼 수 있다.

그런데 2021년 개정안 이전에도 규칙 형식의 사법해석이 존재하였다. 그것은 바로 현행 <중화인민공화국 인민법원 법정규칙(中华人民共和国人民法院法庭规则)>이다. 이 규칙의 시행안이 제정되었던 1979년 당시 본래 전인대 상무위가 토론하여 통과시키거나 최고인민법원 심판위원회가 토론한 뒤 전인대 상무위의 비준을 제청하기로 예정되었기 때문에 '중화인민공화국' 관명(冠名)이 붙여졌으나 어떠한 사정으로 전인대 상무위 토론에 제출되지 못하였고, 명칭만 그대로 보존된 채 최고인민법원 심판위원회 회의에서 통과되었고 1993년 최고인민법원에 의해 정식 규칙으로 공포되었다.[88] 2007년 최고인민법원 <사법해석업무에 관한 규정>은 '규칙' 형식의 사법해석을 인정하지 아니하였는데, 최고인민법원 심판위원회는 2016년 '결정(决定)' 형식의 별도 사법해석을 통해 해당 규칙을 개정하였고 해당 규칙에 사법해석 전용 문호(文号)인 '법석(法释)[2016]7호'를 매김으로써 명확히 사법해석 속성을 부여하였다.[89] 그러나 생각건대 사법해석의 법정

87) <인민법원 온라인소송 규칙(人民法院在线诉讼规则)>은 2021년 8월 1일부터 시행된다.

88) 胡仕浩、刘树德、杨建文，《<中华人民共和国人民法院法庭规则>的理解与适用》，人民司法，2016年第16期，p.25.

89) <최고인민법원 <중화인민공화국 인민법원법정규칙> 개정에 관한 결정(最高人

형식에 부합하지 않는 형식의 규범성문건을 사법해석으로 인정하는 조치는 <사법해석업무에 관한 규정>의 존재를 무색하게 할뿐 아니라 사법해석제도의 규범화라는 흐름과도 맞지 않으므로 적절하지 않아 보인다. 사견으로 <인민법원 법정규칙>은 엄밀한 의미에서 사법해석성문건으로 보아야 하며 최고인민법원이 스스로의 규정을 지키지 아니하고 사법해석 형식에 임의로 예외를 두는 결정은 바람직하지 않다고 본다.

그럼에도 불구하고 이러한 예외적 인정이 어느 정도 합리화될 수 있었던 이유는 '규칙' 형식의 규범성문건이 통상적으로 법원조직 내부의 절차적 요구사항을 규정하는 것이고 그 적용대상이 비교적 한정적이기 때문이다. <인민법원 법정규칙>의 조항들 역시 법정(法庭)의 안전·질서 유지를 위한 법정의 자리배치, 반입 금지 품목, 출입 제한 인원, 복장, 금지된 행위 등에 관한 것이다. 법원기관 내부에서는 이 규칙의 준수가 매우 중요하기 때문에 사법해석으로서의 형식적 하자가 크게 문제가 되지 않았다.

그러나 <인민법원 온라인소송 규칙>의 경우에는 상황이 다르다. 특히 코로나바이러스감염증-19(COVID-19) 이후 중국에서는 온라인소송에 대한 수요가 증가하였고 관련 절차의 완비가 시급한 과제로 떠오르게 되었다. 이를 위해 2021년 공포된 <인민법원 온라인소송 규칙>은 전국 각급 인민법원이 각종 민사·행정소송 사건과 일부 형사사건을 심리할 때에 온라인소송을 적용할 수 있다고 규정하고 있다(제3조). 이 규칙은 온라인소송제도에 있어서 마치 '기본법'과 같다고 평가받는다.[90] 이처럼 이 규칙은 법원조직은 물론 법인(法人), 단체 및 일반 공민(公民)에 이르기까지 광범위한 영향력을 발휘하고 온라인소송에 참여하는 모든 주체는 이를 준수하여야 한다.

최고인민법원이 '규칙'을 정식 사법해석의 형식 중 하나로 추가한 배경에는 향후에도 <인민법원 온라인소송 규칙>과 같이 사회적으로 중요성을 지니는 규칙 형식의 규범성문건이 제정될 것이고 이러한 규범성문건에 대

民法院关于修改〈中华人民共和国人民法院法庭规则〉的决定)>(2016.4.13.).

90) 刘哲玮,《迈入2.0时代的在线诉讼》, 中国法院网, 2021.7.3. 링크: https://www.chinacourt.org/article/detail/2021/07/id/6131307.shtml (최종방문일시: 2021.7.16.)

하여는 사법해석의 지위를 명확히 부여할 필요가 있다는 판단이 자리 잡고 있는 것으로 보인다. 그러므로 2021년 개정안은 단지 <인민법원 온라인소송 규칙>의 사법해석 지위 보장을 위한 일회성 조치에 그치는 것이 아니고 향후 최고인민법원이 제정 및 공포할 규칙들도 법원조직 내부에서뿐만 아니라 전국적으로도 보편적인 법적 효력을 지닐 필요가 있음을 고려한 개정이라 할 수 있다.

한편 최고인민검찰원은 2006년부터 '규칙' 형식의 사법해석을 도입하였다. 그런데 2015년 개정되어 현재까지 유지되고 있는 <최고인민검찰원 사법해석업무 규정> 제6조는 흥미롭게도 해석 형식과 규칙 형식의 사법해석을 같은 관(款)에 두고 있다. 검찰 업무 중 특정 법률을 어떻게 구체적으로 적용할지 혹은 특정 유형의 사건, 특정 유형의 문제에 관하여 어떻게 법률을 적용할지에 대하여 제정한 사법해석은 '해석', '규칙'의 형식을 사용한다(제2관). 그렇다면 최고인민검찰원은 왜 '해석'과 '규칙'의 형식을 함께 나열하였는지, 실무에서 두 형식은 사용에 있어서 어떠한 차이가 존재하는지, 최고인민법원의 규칙과 비교하였을 때 어떠한 차이가 있는지가 궁금하다.

'해석'이 특정 사건·문제에 대하여 법률을 적용하기 위하여 법률의 의미를 설명하는 행위 및 해당 행위의 문서화된 결과를 말하는 것이라면, '규칙'은 이미 존재하는 법률을 토대로 해당 법률을 실질적으로 작동시키고 실현하기 위한 보다 충분하고 세밀한 적용방법이라 할 수 있다.[91] 따라서 엄밀한 구분은 아니지만 최고인민검찰원의 사법해석 중 '해석'은 주로 법률의 의미를 제시하는 것을 목적으로 하고, '규칙'은 주로 법률 적용에 있어서의 구체적인 시행절차와 방법 등의 규율을 목적으로 한다. 규칙은 특정 제도에 대한 세밀화이며 그 적용을 편리화하고 규범화한다.[92]

최고인민검찰원의 규칙과 최고인민법원의 규칙을 비교하였을 때 어떠한 차이가 있는지는 아직 명확하지 않다. 특정 법률에 기초하여 세밀한 규칙을 정하는 규범창제적 요소와 해석대상이 되는 법률의 의미를 밝히는 해석적 요소를 동시에 지닌다는 점에 있어서 최고인민검찰원과 최고인민법

91) 任婕,《最高人民检察院司法解释效力研究》, 中共中央党校博士学位论文, 2019, pp.31-32.
92) 黄硕,《最高人民检察院司法解释研究》, 中国检察出版社, 2015年3月, p.133.

원의 규칙은 동질성을 지닌다. 각각의 규정에 따르면 전자는 검찰업무 중 법률의 구체적 적용에 관한 것이고 후자는 인민법원의 심판집행활동을 규율하기 위한 것이지만 실무에서는 그 경계가 명확하지 않아 그 차이를 명확히 밝히기가 어렵다. 최고인민법원의 규칙은 검찰업무에 한하여 적용되는 반면 최고인민법원의 규칙은 심판업무 이외에도 전국적으로 보편적인 법적 효력을 지닌다는 차이가 있지만 이는 규칙뿐만 아니라 다른 형식의 사법해석에도 해당되는 차이점이다. 최고인민법원이 향후 보다 많은 규칙 형식의 사법해석을 제정하면 그것들을 종합적으로 관찰해봄으로써 양자의 차이점을 밝힐 수 있을 것으로 기대한다.

최고인민검찰원의 규칙 중 대표적인 것으로 2019년 <인민검찰원 형사소송규칙(人民检察院刑事诉讼规则)>이 있다. 최고인민검찰원은 형사소송법의 제·개정 시 해당 법률의 구체적 적용 문제에 대한 통일적인 내부지침을 마련하기 위해 규칙 형식의 사법해석을 제정한다. 필요한 경우 형사소송법의 제·개정과 별개로 심판업무의 실정에 따라서 규칙을 제·개정하기도 한다.[93] 총 17장 684개의 조항으로 구성된 이 사법해석은 관할, 회피, 변호와 대리, 증거, 강제조치, 사건수리, 입안, 수사, 체포와 기소, 법정출석, 특별절차, 검찰원에 대한 감독, 사건의 관리, 형사사법협조 등 형사소송 전반의 광범위한 내용에 대하여 규정하고 있다. 또 다른 예로 2020년 <인민검찰원 검찰위원회 업무규칙(人民检察院检察委员会工作规则)>은 <인민검찰원조직법>, <검찰관법> 등에 따라 제정된 사법해석으로 검찰위원회의 기능과 역할, 구성원, 토론·결정하는 사건과 사항의 범위, 회의제도와 절차, 결정의 집행과 감독, 업무기관 등을 규정하고 있다. 이 규칙 역시 8개의 장과 40개의 조항으로 이루어져 있는 조문 형태의 사법해석이다.

최고인민검찰원이 제정 및 공포한 사법해석 역시 법적 효력을 지니며, 인민검찰원은 기소서, 항소서, 검찰건의서 등 법률문서에서 법률과 사법해석을 인용하여야 할 때에는 먼저 법률을 인용하고 그 후에 사법해석을 인용하여야 한다(2019년 <최고인민검찰원 사법해석 업무규정> 제5조). 그러나 최고인민검찰원 규칙의 적용대상은 대개 검찰조직 내부로 한정된다.

---

93) 黄硕, 앞의 책, p.133 참조.

5. 비복 형식의 사법해석

우리에게는 다소 생소한 '비복(批复)'이란 단어의 기본적인 의미를 풀이하자면, '비(批)'는 '비판(批判)·비평(批评)하다'·'평정(评定)하다'·'심정(审定)하다'는 의미가 있고[94] '하급문건에 대하여 의견을 표시하거나 문장에 대하서 비평을 내놓는다(대개 원본에 쓰는 것을 말함)'[95] 또는 '부적절하거나 잘못된 사상·언행에 대해 부정의견을 제시하다'는 뜻이 있다.[96] '복(复[復])'은 '알리다(告)'·'대답하다'[97] 또는 '답복(答复)하다'의 의미를 지닌다.[98] 사전에 따르면 단어 '비복'은 동사(動詞)로 '하급의 서면보고에 대해 의견을 달아 답변하다'[99] 또는 '하급의 서면보고에 대해 검토를 진행하고 평어와 주해를 달아 답변하다'는 뜻이다.[100]

질의·답변서로 풀이하여 번역되기도 하는 '비복'은 최고인민법원 사법해석의 역사에서 수량으로 볼 때 가장 빈번하게 사용되어온 형식이다.[101] 질의·답변서로 번역될 수 있는 이유는 비복이 하급법원의 청시(请示)에 대한 최고인민법원의 답변이기 때문이다.[102] 청시는 중국 사법해석의 가장 주요한 출처라고 해도 과언이 아니다. 특히 신중국(新中國) 성립 이후 1980년대까지 약 40년의 시간 동안 청시에 대한 해석은 사법해석의 상당 부분을 차지하였을 뿐만 아니라 다뤄지는 내용도 매우 광범위하였다.[103] <사법해

94) 辞海编辑委员会，《辞海(第六版彩图本)》第三册，上海辞书出版社，2009年9月第1版，p.1722.
95) 中国社会科学院语言研究所词典编辑室，《现代汉语词典(第5版)》，商务印书馆，2005年6月第5版，p.1034.
96) 《新华汉语词典》委员会编，《新华汉语词典》，商务印书馆国际有限公司，2004年5月北京第1版，p.932.
97) 辞海编辑委员会，《辞海(第六版彩图本)》第一册，上海辞书出版社，2009年9月第1版，p.653.
98) 《新华汉语词典》, p.382. 《现代汉语词典(第5版)》, p.428.
99) '对下级的书面报告批注意见答复', 《现代汉语词典(第5版)》, p.1034.
100) '对下级的书面报告进行审阅批注予以答复'，《新华汉语词典》, p.932.
101) 정철, 『중국의 사법제도』, 경인문화사, 2009, p.223 참조.
102) '청시(请示)'란 하급법원이 상급법원에 발송하는 특정 사안에 대한 서면문의 혹은 요청이다.
103) 董皞，《我国司法解释的现状及其完善》，法学论坛，2001年第5期, p.92.

석업무에 관한 규정> 제6조 제4관은 고급인민법원과 해방군군사법원만을 청시의 주체로 규정하고 있지만, 실무에서는 하급법원이 구체적인 사건을 재판하다가 어떤 법률조항에 대해 의문을 가지게 되면 소속 성(省) 고급인민법원에 해당 의문을 보고하고, 고급인민법원이 답을 해주지 못하면 고급인민법원이 최고인민법원에 서면으로 청시를 제출할 수 있다.[104] 예를 들어 2021년 1월 1일부터 시행된 <최고인민법원 신 민간대차 사법해석 적용범위 문제에 관한 비복(最高人民法院关于新民间借贷司法解释适用范围问题的批复)>은 광둥성(广东省) 고급인민법원의 <신 민간대차 사법해석 관련 법률 적용 문제에 관한 청시(关于新民间借贷司法解释有关法律适用问题的请示)>에 대한 답변이다. 이 문건과 같이 비복은 보통 청시를 제출한 법원의 개별적인 질문에 대한 최고인민법원의 답변을 내용으로 한다. 그래서 비복 형식의 사법해석은 조, 관, 항으로 구성된 법조문 형태로 되어 있지 않고 일종의 공문(公文) 내지 서신(書信) 형태에 더 가깝다. 일반적으로 비복은 다음의 예시와 같이 작성된다.

[문건 2-1]

최고인민법원

인민법원의 집행종결행위에 대한 집행이의 제출기한에 관한 비복

(2015년 11월 30일 최고인민법원 심판위원회 제1668차 회의 통과, 2016년 2월 15일부터 시행 법석[2016]3호)

후베이성(湖北省)고급인민법원 :

니원(你院)[105]의 <셴닝시(咸宁市) 광타이 부동산 유한회사와 셴닝시 펑단 부동산유한회사 부동산개발경영계약 분쟁사건에 관한 청시> (鄂고법[2015]295호)를 수신함. 연구 결과 다음과 같이 비복함 :

당사자 및 이해관계인이 민사소송법 제225조 규정에 따라 집행종결행위에 대하여 이의를 제기할 경우, 집행종결 법률문서를 수신한 날로부터 60일 이내에 제기하여야 한다 ; 법률문서를 수신하지 못한 경우 인민법원 집행종결 사실을

104) 정철, 앞의 책, p.223 참조.

105) 니원(你院)은 상급법원이 하급법원을 지칭할 때 사용하는 표현으로 경어인 균원(钧院), 귀원(贵院) 등과 상반된다. 이하 “니구(你区)” 등도 동일하다.

알거나 응당 알아야 하는 날로부터 60일 이내에 제기하여야 한다. 비복 공포(发布) 이전에 집행종결된 경우, 비복 공포일로부터 60일 이내에 제기하여야 한다. 이 기한을 초과하여 집행이의를 제기한 경우 인민법원은 수리(受理)하지 아니한다.

위와 같이 비복함.

최고인민법원은 비복의 수신기관을 청시를 제출한 법원에만 한정할 필요가 없다.[106] 비복은 수신기관 뿐만 아니라 다른 모든 법원에 대해서도 구속력을 가지기 때문이다. 최고인민법원의 비복 역시 사법해석의 일종으로 보편적인 법적 효력을 지니며, 재판에서 판결의 근거가 될 수 있고 법률문서에서 인용할 수 있다. 기존 사법해석이 새로 공포된 비복과 불일치하는 경우 새로운 비복을 기준으로 할 것을 정할 수 있다.[107]

<사법해석업무에 관한 규정> 제6조 제4관에서 규정하듯 비복 형식의 사법해석은 하급법원의 심판업무에서 발생한 사안으로부터 제정동기가 발생한다. '해석', '규정' 형식의 사법해석은 최고인민법원이 주도적으로 제정하는 것이지만, 비복 형식의 사법해석은 하급법원의 청시가 있을 때 제정된다.[108] 최고인민법원은 해당 심판 업무에 직접 참여하는 것이 아니라 사

---

106) 예를 들어 <최고인민법원·최고인민검찰원 인민검찰원이 민사공익소송과 연계된 형사소송 제기 시 소송 전 공고 절차를 이행하여야 하는지 문제에 관한 비복(最高人民法院、最高人民检察院关于人民检察院提起刑事附带民事公益诉讼应否履行诉前公告程序问题的批复)>(2019.12.6.)에서 최고인민법원과 최고인민검찰원은 "근래 일부 고급인민법원과 성급(省級)인민검찰원이 ... 문제에 대하여 청시를 제출하였다"고 밝히면서 해당 비복의 수신기관을 "각 성(省)·자치구·직할시고급인민법원·인민검찰원, 해발군군사법원·군사검찰원, 신장위구르자치구(新疆维吾尔自治区) 고급인민법원 생산건설병단분원·신장생산건설병단인민검찰원"으로 하고 있다.

107) 예를 들어 <최고인민법원·최고인민검찰원 <중화인민공화국형법> 제344조의 적용 관련 문제에 관한 비복(最高人民法院、最高人民检察院关于适用《中华人民共和国刑法》第三百四十四条有关问题的批复)>(2020.3.21.)은 다음과 같이 규정한다: "4. 본 비복은 3030년 3월 21일부터 시행하며, 이전에 공포한 사법해석이 본 비복과 불일치하는 경우, 본 비복을 기준으로 한다".

108) 刘晓宏 ,《最高人民法院司法解释权力、程序、文件研究》, 吉林大学博学位论文 , 2012 , p.81.

건에서 문제가 되는 내용과 질문을 보고받고 그에 대하여 일반적인 법적 구속력이 있는 권위적인 답변을 비복으로 내놓는다. 그러므로 비복은 최종적으로 최고인민법원이 작성하는 것이지만 비복에서 다루는 문제의 주제와 범위는 하급법원의 청시 단계에서 어느 정도 한정된다고 볼 수 있다. 그렇다고 모든 사법업무와 관련된 사안이 다 청시와 비복의 범위에 들 수 있는 것이 아니고, 심판 업무 중 법률의 구체적 적용 문제에 관한 사안이어야 한다. 필요한 경우 비복은 개정되어 다시 공포되기도 한다.[109)]

한편 '비복'으로 명명된 최고인민법원의 문건 중 일부는 사법해석이 아닌 사법해석성문건(司法解释性质文件)이기 때문에 주의해야 한다. 예를 들어 2018년 <선전시(深圳市) 중급인민법원 내 전문심판기구 설치 및 일부 파산 사건 집중관할 동의에 관한 비복(最高人民法院关于同意深圳市中级人民法院内设专门审判机构并集中管辖部分破产案件的批复)>은 선전 파산법정 설치 허가를 요청하는 광둥성(广东省) 고급인민법원의 청시를 최고인민법원이 동의하는 비복으로 내용의 특성상 보편적인 법적 효력을 발휘할 수 없고 법률의 구체적 적용 문제에 관한 것도 아니기 때문에 사법해석성문건이다. 이외에도 최고인민법원이 하급법원의 관할범위 변경, 법원·심판정의 설치와 폐지, 하급법원의 특별한 행정행위 허가 요청 등을 허가할 때에도 '비복'을 사용하지만 이 역시 사법해석이 아니다. 어떤 비복이 사법해석인지 사법해석성문건인지 구별하는 방법은 문건에 매겨진 번호인 문호(文号)를 확인하는 것이다. 앞서 언급하였던 것처럼 문건번호에 '법석(法

---

109) 예를 들어 최고인민법원 <당사자가 호주 법원이 발행한 이혼증명서를 인정해줄 것을 신청한 경우 인민법원이 이를 수리하여야 하는지 여부의 문제에 관한 비복(关于当事人申请承认澳大利亚法院出具的离婚证明书人民法院应否受理问题的批复)>(2021.1.1.)은 본래 2005년 7월 광둥성(广东省) 고급인민법원의 청시에 대한 비복이었는데, 이후 <최고인민법원 사법해석 등 문건 중 <중화인민공화국 민사소송법> 조문 순번 인용 조정에 관한 결정(最高人民法院关于调整司法解释等文件中引用〈中华人民共和国民事诉讼法〉条文序号的决定)>(2008.12.16.)에서 원래의 비복에서 인용하였던 민사소송법 조항의 번호를 수정하기 위해 한 차례 개정되었고, 이후 2020년 최고인민법원이 해당 비복을 포함한 19건의 민사소송 분야 사법해석을 일괄 개정하면서 두 번째로 개정된 것이다.

释)' 글귀가 없으면 사법해석이 아니다. 사법해석이 아닌 사법문건의 경우 '法[2017]2호'와 같이 '법(法)', '법발(法发)' 혹은 '[2016]최고법민타25호(最高法民他25号)'와 같이 연도로 시작되는 문호가 매겨진다. 그럼에도 불구하고 사법해석의 명칭인 '비복'이 사법해석성문건의 명칭으로도 혼용되면 문건 성질의 구별에 있어서 혼란을 가져올 수 있기 때문에 이 부분은 개선이 필요해 보인다.

한편 비복은 법원 내부의 청시제도의 산물이기 때문에 실제로는 각급 법원의 심판독립의 원칙에 위배된다는 비판이 제기되어왔다.[110] 만일 하급 법원의 법관이 모든 난해한 사건을 상급법원에 문의하게 된다면 심급제도는 유명무실해질 수 있기 때문이다.

6. 결정 형식의 사법해석

결정(决定)은 사법해석을 개정하거나 폐지할 때에 사용하는 형식이다.

앞서 2021년 4월 개정되었다고 언급한 바 있는 <상하이(上海)금융법원 사건관할에 관한 규정(关于上海金融法院案件管辖的规定)>은 2021년 4월 22일 <최고인민법원 "상하이금융법원 사건관할에 관한 규정" 개정에 관한 결정(最高人民法院关于修改《关于上海金融法院案件管辖的规定》的决定)>에 근거하여 개정된 것이다. 이 규정은 개정된 부분을 상세하게 알려주고 있다. 또 앞서 언급한 바 있는 2021년 1월 1일 <최고인민법원 "최고인민법원 인민법원 민사조정업무의 약간의 문제에 관한 규정" 등 민사소송류 사법해석 19건 개정에 관한 결정(最高人民法院关于修改<最高人民法院关于人民法院民事调解工作若干问题的规定>等十九件民事诉讼类司法解释的决定)> 역시 사법해석 개정에 관한 결정인데 이처럼 여러 건의 사법해석 개정을 하나의 결정에 통합시키기도 한다.

2021년 1월 1일 <최고인민법원 일부 사법해석 및 관련 규범성문건 폐지에 관한 결정(最高人民法院关于废止部分司法解释及相关规范性文件的决

110) 吴越，《中国"例制"构建中的法院角色和法官作用》，法学论坛，2012年第5期，p.24.

定)>은 “민법전을 착실히 실시하고 국가 법률의 통일적이고 올바른 적용을 보장하기 위하여” 민법전 시대에 걸맞지 않은 과거의 사법해석을 대거 폐지한 결정이다. 이 결정에서는 우리에게도 친숙했던 <계약법 적용의 약간의 문제에 관한 해석(1)·(2)>, <혼인법 적용의 약간의 문제에 관한 해석(1)·(2)·(3)>, <민법통칙 관철·집행의 약간의 문제에 관한 의견(시행)>, <민법총칙 소송시효제도 적용의 약간의 문제에 관한 해석> 등 무려 116건의 사법해석 및 관련 규범성문건이 폐지되었다.

결정 형식의 사법해석은 사법해석 자체의 개정과 폐지 작업에 있어서 중요한 수단으로 기능한다. 결정은 사법해석제도 전반에 있어서도 요긴하고 긍정적으로 활용될 수 있는 형식인데, 이는 (1) 신중국 성립 이후부터 2000년대 초반까지 사법해석이 절차적·형식적으로 무질서한 모습으로 형성되어 오면서 사법해석의 체계화와 제도화 과정의 큰 걸림돌이 되고 있고 따라서 (2) 과거 사법해석의 적절한 개정과 폐지가 단순히 개별 사법해석의 필요성과 내용의 변화를 반영하는 역할을 넘어 사법해석제도 전반의 질서와 통일성을 크게 향상시키는 개혁적인 효과까지도 나타내고 있기 때문이다. 최고인민법원은 1994년부터 현재까지 총 14차례에 걸쳐 사법해석 및 관련 규범성문건 폐지에 관한 결정을 공포하였다.[111] 사법해석의 통폐합 작업은 향후에도 계속될 것으로 보인다.

제 3 절 사법해석의 제정절차

사법해석은 규정된 절차에 따라서 제정하여야 한다. 사법해석의 제정절차는 앞서 언급한 최고사법기관이 공포한 내부규정에 의하여 규정되어 있다. 최고인민법원 〈사법해석업무에 관한 규정〉의 전신인 1997년 규정은 제정절차의 규정에 있어서 굉장히 미흡하였으나 2007년 규정은 보다 구체적인 절차지침을 각 단계마다 마련하였다. 2007년 규정은 1997년 규정과 달리 본

111) 최고인민법원 <1993년말 이전 공포된 일부 사법해석 폐지에 관한 통지(제1차)(最高人民法院关于废止1993年底以前发布的部分司法解释的通知(第一批))>(1994.7.27.) 등 일부는 ‘결정’이 아닌 ‘통지(通知)’ 등 다른 명칭을 사용했다.

문을 여섯 장으로 나누어 절차의 순서대로 각각의 제목을 표기하였다. <최고인민검찰원 사법해석 업무규정>도 역시 마찬가지이다. 이들 규정은 본격적인 제정절차에 관한 조항에 앞서 사법해석의 작성, 심의, 공포, 개정, 폐지 등 업무를 담당하는 기관이나 부서를 명시적으로 지정하고 있다.[112] 최고인민법원의 경우 최고인민법원연구실(最高人民法院研究室)이 전반적인 사법해석 업무를 주관하고 최종적인 결정권은 심판위원회가 가진다. 최고인민검찰원의 경우 최고인민검찰원 법률정책연구실(法律政策研究室)이 여러 분야와 연계된 종합성 사법해석의 기초(起草)를 담당하고 각 검찰청(检察厅)이 소관 업무분야 범위 내의 사법해석 기초업무를 담당하는데, 사법해석과 관련된 전반적인 행정업무는 법률정책연구실이 담당한다. 한편 최고인민법원·최고인민검찰원 규정 제7조는 필요한 경우 두 사법시관이 공동으로 사법해석을 제정 및 개정 혹은 폐지할 수 있으며 이는 상호간의 협상을 통하여 진행하여야 한다고 동일하게 규정하고 있다. 이제 최고인민법원을 중심으로 본격적인 사법해석의 제정 과정을 살펴보도록 하자.

1. 사법해석 제정의 원칙

최고인민법원은 사법해석 업무에서 견지하여야 할 원칙을 제시한 바 있다. 이는 〈최고인민법원 2020년도 사법해석 입항계획(最高人民法院2020年度司法解释立项计划)〉에 적시되어 있다. 사법해석은 일단 제정 및 공포가 완료되면 그 효과가 어느 정도 정형화되기 때문에 이 원칙들이 실질적으로 잘 지켜지도록 하기 위한 가장 중요한 적용 시점은 바로 사법해석의 제정 단계일 것이다. 그러므로 사법해석의 적용 단계보다는 사법해석의 제정 단계가 이러한 원칙의 준수와 관련된 보다 중요한 단계이다. 이런 의미에서 사법해석 업무의 원칙은 곧 사법해석 제정의 원칙이라 할 수 있다. 구체적으로는 다음과 같다.

첫째, 중국공산당 지도부의 지시를 철저히 관철하고, 당 지도부가 제정한

112) 2021년 최고인민법원 <사법해석업무에 관한 규정(关于司法解释工作的规定)〉 제8조; 2019년 최고인민검찰원 <사법해석 업무규정(司法解释工作规定)> 제8조.

방침·정책과의 일치성을 유지하여야 한다.

둘째, 반드시 헌법·법률의 규정에 부합해야 하고 입법의 원래 의도를 따라 정확하게 법률을 해석하여 사회주의 핵심 가치관을 전면 관철시키고 기존 사법해석과의 관계를 적절히 처리하여야 한다.

셋째, 민주성을 충분히 발양하고 전인대 대표, 정협(政协)위원, 인민군중과 관련 부처의 의견을 광범위하게 청취하여야 하며, 상황에 따라서는 공개 의견수렴을 할 수 있으나 위험을 충분히 평가하도록 주의하여야 한다.

넷째, 사법해석의 업무 수준을 확실히 제고하되 문제 중심적인 사고를 견지하며, 과학적·규범적인 발전을 보장하고, 사법해석 입항계획을 시간에 맞추어 수준 높게 완성하여야 한다.

한편 최고인민법원 관계자는 사법해석이 위와 같은 기본 원칙 이외에도 자신만의 구체적인 원칙이 있다고 말한다. 요약하면 다음과 같다.[113)]

첫째, 합법성 원칙. 사법해석은 반드시 법률의 원의(原意)에 충실해야 하고 입법의 목적에 부합해야 하며, 법률규정을 초월하거나 입법취지와 목적을 위배하여서는 아니 되고, 법률규정이 없을 때 법률을 창설하여서는 더더욱 아니 된다.

둘째, 합리성 원칙. 사법해석의 절차와 방법이 합리적이어야 할 뿐만 아니라 사법해석의 결과 또한 공평·정의·자유·민주·질서 등 기본가치에 부합하여야 하고, 대중과 전문법조인에게 받아들여질 수 있어야 한다.

셋째, 사법성(司法性) 원칙. 사법해석은 사법(司法)과정 중의 해석이므로 반드시 사법업무 중 법률의 구체적 적용 문제를 대상으로 해석을 진행하여야 하고, 사법의 판단성·피동성·중립성 등 사법규율을 준수하여야 한다.

넷째, 공개성 원칙. 법률은 공개되고 예측가능한 행위규범이기 때문에 법률을 해석하는 사법해석도 자연히 공개되어야 한다. 사법해석의 입항(立项)·기초(起草)·논증·제정은 관련 부서, 전문가, 학자 및 사회각계의 의견을 충분히 수렴하여야 하고 공고의 형식으로 사회에 제때 공포하여 투명도를 높임으로써 사법해석의 공개성 및 과학화(科學化)와 민주화를 충분히 나타

113) 구체적인 내용은 胡伟新、吴光侠、冯文生、袁春湘，《中国司法解释制度的发展与完善》，法律适用，2014年第12期, pp.29-30 참조.

내야 한다.

비록 현실에서는 이러한 원칙들이 잘 지켜지지 않는 경우가 많지만 최고인민법원은 이를 사법해석 제정의 전 과정에 보다 관철시키기 위하여 노력해왔다. 2007년 업무규정의 제정은 그러한 노력의 일환이기도 하다. 다음은 <사법해석업무에 관한 규정>이 정하는 사법해석의 제정절차를 자세히 살펴보고자 한다.

2. 입항(立项)과 입항사유

입항(立项)은 사법해석 제정의 첫 단계이다. 최고인민법원 <사법해석업무에 관한 규정> 제2장은 바로 이 입항에 관하여 규정하는 부분으로 제9조부터 제15조까지 총 7개 조항이 있다. 사법해석 제정에 있어서 입항은 선택적인 절차가 아닌 필수적인 절차이다. 먼저 '입항'의 기본의미를 알아볼 필요가 있다.

'항(项)'은 '사물의 관목(款目)'을 뜻한다.[114] 우리나라에서는 거의 사용하지 않는 용어인 '입항'은 〈신화한어사전(新华汉语词典)〉에 의하면 '어떤 프로젝트가 관련 부서의 비준을 받아 건설항목으로 확립되는 것'으로 정의된다.[115] 〈현대한어사전(现代汉语词典)〉에 따르면 입항이란 '어떤 건설공정 혹은 연구과제 등을 관련 부서의 비준을 받아 프로젝트로 정하는 것'이라고 한다.[116]

사법해석에서의 입항은 최고인민법원 심판위원회나 연구실이 특정 사법해석 제정의 필요성을 인정하고 제정 작업의 시작을 공식적으로 승인 및 선언하는 것이다. 쉽게 말해 사법해석 제정이라는 하나의 '프로젝트'의 시작을 공식적으로 알리는 셈이다. 사법해석의 '입항사유(立项来源)'는 사법해석의

---

114) 辞海编辑委员会，《辞海(第六版彩图本)》第四册，上海辞书出版社，2009年9月第1版，p.2504.

115) 《新华汉语词典》委员会编，《新华汉语词典》，商务印书馆国际有限公司，2004年5月北京第1版，p.754.

116) 中国社会科学院语言研究所词典编辑室，《现代汉语词典(第5版)》，商务印书馆，2005年6月第5版，p.840.

제정이 시작되기 위하여 필요한 관련 기관의 의사표시 내지 발생조건이다.

원칙적으로 사법해석 입항은 누구나 건의할 수 있다. 사법해석의 입항사유는 <사법해석업무에 관한 규정> 제10조에서 다음과 같이 광범위하게 규정되어 있다. (1) 최고인민법원 심판위원회의 요구, (2) 최고인민법원 각 심판업무부서의 건의, (3) 각 고급인민법원, 해방군군사법원의 건의나 청시(请示), (4) 전인대 대표, 정협위원의 의안(議案) 또는 제안(提案) 제출, (5) 관련 국가기관, 사회단체 혹은 기타 조직 및 공민(公民)[117]의 건의, 그리고 (6) 최고인민법원이 필요하다고 여기는 경우도 입항사유가 될 수 있다. 한편 기층인민법원과 중급인민법원은 최고인민법원에 곧바로 제정건의나 청시를 제출할 수 없고 고급인민법원이 이를 심사하여 최고인민법원에 보고할지를 결정하여야 한다. 그런데 이 규정은 사법자치 영역의 사회단체, 기타 조직 및 일반 공민은 사법해석 제정을 최고인민법원에 직접 건의할 수 있으나 정작 재판실무에서 사법해석 제정의 필요를 몸소 실감하고 있는 기층·중급인민법원의 전문 법조인들은 그렇게 할 수 없다는 다소 모순된 결론을 도출한다. '공민의 건의'는 현실에서 거의 작동하지 못하는 편이며 중국 법제의 민주성 제고라는 원칙의 실효성 없는 적용에 가깝다.[118] 사법해석 규정의 조문에 공민의 건의권을 써넣는다고 하여 광범위한 의견수렴이 이루어지거나 민주화의 정도가 향상되는 것은 당연히 아니며, 공민이 실제적으로 접근할 수 있는 의견수렴 방식이 마련되고 이를 근거로 한 실질적 제도정비가 이루어지지 않는다면 기존방식은 전시(展示)행정에 치중한 형태에 불과하다는 비판을 면하기 어렵다.

입항사유가 발생하였다고 해서 사법해석의 입항이 즉시 진행되는 것은 아니다. 입항사유가 발생할 경우 먼저 최고인민법원 연구실이 보고를 받은 뒤 입항사유의 유형에 따라 입항여부 및 입항방식을 1차적으로 결정한다(<사법해석업무에 관한 규정> 제11조). 입항사유가 최고인민법원 심판위원회의 요

---

117) '공민(公民)'은 우리나라의 '국민'에 해당한다고 할 수 있는 용어로 중국 헌법 제33조는 '중화인민공화국 국적을 가진 사람은 모두 중화인민공화국 공민'이라고 규정하고 있다.

118) 刘晓宏，《最高人民法院司法解释权力、程序、文件研究》，吉林大学博士学位论文，2012, p.56.

구일 경우에는 별다른 심사 과정 없이 연구실이 곧바로 입항한다(제11조 제1관). 이외 다른 유형의 입항사유는 연구실의 심사 과정을 거쳐야 한다(제11조 제2관). 사법해석의 형식에 따라 입항방식이 조금씩 다른데, 각 심판업무부서가 '해석' 형식의 사법해석이나 '규정' 형식의 사법해석을 제정하고자 할 때에는 매년 연말까지 다음 연도의 입항건의를 제출하고 연구실로 송부하여야 한다(제12조 제1관). 고급인민법원·해방군군사법원의 청시에 대한 '비복' 형식의 사법해석을 제정하고자 할 경우에는 곧바로 혹은 제때에 입항건의를 제출하여 연구실에서 심사하도록 하여야 한다(제13조). 한편 '결정' 형식의 사법해석의 입항방식에 관한 별도의 규정은 없다. 연구실은 이러한 입항건의를 취합하여 '사법해석 연도 입항계획' 초안을 작성한다. 입항계획 초안이 분관위원장의 심사를 거치면 최종적으로 심판위원회에 제출된 후, 토론을 거쳐 입항계획 통과 여부가 결정된다(제12조 제2관). 입항계획이 심판위원회 회의에서 통과되면 최고인민법원 사무처가 해당 계획안을 통지함으로써 입항이 최종적으로 확정된다. 입항이 확정되면 사법해석의 제정작업이 본격적으로 시작된다.

<사법해석업무에 관한 규정>은 입항계획에 입항사유, 입항의 필요성, 해석이 필요한 주요 사항, 기초(起草)계획, 담당부서 등 필수적인 사항이 포함되어야 한다고 규정하고 있다(제14조). 그러나 최고인민법원이 2018년, 2019년, 2020년 공개한 입항계획 통지에는 제정 예정인 사법해석의 목록과 각각의 담당부서 그리고 마감시한만을 확인할 수 있을 뿐 규정 제14조가 정하는 다른 내용들은 전혀 찾아볼 수 없다. 즉, 심판위원회에 제출하는 입항계획에는 관련 내용들이 모두 포함되지만 대외 공개 시에는 일부 정보만을 선별적으로 공포하는 것으로 보인다. 사법해석제도의 투명성과 민주성 제고라는 개혁방향을 고려하였을 때 이는 개선이 필요한 부분이다.

3. 기초(起草)와 보고·송부(报送)

<사법해석업무에 관한 규정> 제16조에서 22조까지 총 7개 조항은 사법해석의 기초(起草)와 보송(报送) 절차에 대하여 규정하고 있다. '기초'는 사

법해석의 초안을 작성하는 행위를 의미하고, '보송'은 '보고(報告)와 송부(送付)'가 합쳐진 용어이므로 때문에 본고에서는 '보고·송부'로 번역하였다.

최근 3년간 최고인민법원이 공개한 사법해석 입항계획에 따르면 2018년 48건, 2019년 47건, 2020년 49건의 사법해석 입항이 계획되었다. 제정 예정인 각 사법해석의 분야와 내용의 특성에 따라 입안정(立案庭), 민사1심판정(民一庭), 형사3심판정(刑三庭), 연구실, 집행국(执行局), 환경자원심판정(环资庭), 지식재산권법정(知识产权法庭) 등 다양한 기초(起草)작업 담당부서가 지정된 것을 확인할 수 있다. 이처럼 사법해석의 기초 작업은 최고인민법원 내의 각 업무부서가 각자의 직무범위에 알맞게 담당한다(제16조). 단, 여러 법률분야와 연관된 종합성 사법해석의 경우 연구실이 기초를 담당하거나 다수의 부서들이 협력하여 작업할 수 있도록 조직 및 조정하는 역할을 한다(제16조 제2관).

제17조, 제18조는 의견수렴에 관한 규정이다. 제17조는 제1관은 사법해석을 기초할 때에 담당 부서가 심도 있는 조사와 연구 및 재판업무 실무 경험의 종합도 중요하지만 외부로부터 광범위한 의견수렴 또한 진행해야 한다고 규정하고 있다. 의견수렴의 대상은 '사회'와 전인대(상무위) 관련 부서이다. 여기서 유의할 점은 사회에 대하여는 의견수렴을 '할 수 있고(可以)', 전인대 혹은 전인대 상무위에 대해서는 의견수렴을 '해야 한다(应当)'. 또한 규정의 문자적 의미로 볼 때 전인대에 대하여는 모든 사법해석에 대하여 의견수렴을 진행하여야 하지만, 사회에 공개적으로 의견을 수렴하는 경우는 인민군중의 직접적인 이익 혹은 중대하고 어려운 문제와 관련된 사법해석에 한한다. 그러나 구체화된 절차가 보장되지 않았기 때문에 사회에 대한 의견수렴은 마치 입항사유에서 그러한 것처럼 그저 상징적인 의미만을 지닐 뿐 실제적인 역할을 발휘하기가 어렵다는 비판이 있다.[119] 실제로 최고인민법원이 공개적으로 의견수렴을 진행하는 사법해석이 매우 적는 것은 사실이지만 해당 규정이 완전히 사문화된 것은 아니다. 최고인민법원은 종종 사법해석의 의견수렴고(征求意见稿)를 온라인 홈페이지나 언론을 통하여 공개하였다. 2014년 8월 〈최고인민법원 고소비 제한 사법해석 개정안 공개 의견수

119) 刘晓宏, 앞의 글, p.57.

렴(最高人民法院就限制高消费司法解释修改公开征求意见)〉은 다음과 같이 의견을 수렴하였다.

[문건 2-2]

광대한 민중의 의견을 보다 광범위하게 청취하고 사법해석이 보다 입법의 원의에 부합하게 하기 위해 해당 사법해석 수정 의견수렴고를 최고인민법원 웹사이트와 중국법원 웹사이트에 공포하여 사회를 향해 공개적으로 의견과 건의를 수렴합니다. 수렴 기간은 15일이며, 사회 각계 인사께서는 2014년 8월 25일 이전까지 개정 의견을 반영하여 주시기 바랍니다. 서면의견은 베이징시 **구 ***로 *호, 최고인민법원 행정국, 우편번호 ****** 으로 발송하여 주시고 전자우편은 이메일 z*******v@126.com 으로 발송하여 주시기 바랍니다.

올해부터 시행된 민법전 사법해석 중 하나인 담보제도 관련 사법해석 역시 사회에 대한 의견수렴을 거쳐 완성된 사법해석이다. 2020년 11월 9일 최고인민법원 민사2심판정(民二庭)은 다음과 같이 공시하였다.

[문건 2-3]

민법전의 시행에 맞춰 우리 법원은 <담보법 적용의 약간의 문제에 관한 해석> 등 관련 사법해석을 정돈하면서 이를 토대로 심판실무를 종합하여 <민법전 담보부분의 적용에 관한 해석>(의견수렴고)을 제정하였습니다. 사법해석의 과학성을 보장하기 위해 전(全)사회를 향하여 공개의견수렴을 진행합니다. 의견반영 기간은 2020년 11월 27일까지이며 반영 이메일은 z******d@163.com 입니다.[120]

의견수렴 방식은 두 예시에서 살펴볼 수 있듯이 업무를 진행하는 부서가 우편, 이메일, 팩스 등 임의로 정할 수 있다.[121] 의견수렴 기간은 일정하지

120) <최고인민법원 <중화인민공화국 민법전> 담보부분 적용에 관한 해석(의견수렴고)(最高人民法院关于适用<中华人民共和国民法典>担保部分的解释(征求意见稿))>(2020.11.9.) 참조.

않으나 대략적으로 약 10일에서 30일 사이로 파악된다.

최근에는 <사법해석업무에 관한 규정>의 기조에 변화가 일어나고 있다. 2020년 9월 〈최고인민법원 법률적용기준 개선·통일 작업 기제에 관한 의견(最高人民法院关于完善统一法律适用标准工作机制的意见)〉은 "최고인민법원은 조사와 연구를 강화하여 법률규정을 엄격히 따라 제때에 사법해석을 제정하여야 한다. 인민군중의 직접적인 이익 혹은 중대하고 어려운 문제와 관련된 사법해석은 사회에 공개적으로 의견을 수렴하여야 한다"고 밝혔다. <사법해석업무에 관한 규정> 제17조 제2관의 '할 수 있다(可以)'가 '해야 한다(应当)'로 바뀐 것이다. 사법해석 제정과정에서의 사회참여에 대한 최고인민법원의 개선 의지가 분명한 만큼 향후 사법해석업무 규정 개정 시 이 부분도 개정될 가능성이 높아 보인다.

기초담당부서는 심사용 사법해석 원고와 함께 이에 대한 설명을 작성하여야 한다. 여기에는 입항계획, 조사연구 상황에 관한 보고, 의견수렴 현황, 송부 및 심사 여부에 대한 분관 부원장의 의견, 주요 쟁점 문제와 관련 법률·법규·사법해석 및 기타 관련 자료가 포함되어야 한다(제19조 제2관). 기초담당부서가 준비한 심사용 원고와 설명자료는 먼저 연구실로 송부되어 심사를 받게 된다(제19조 제1관). 연구실은 한 달 이내에 제출된 자료를 심사하여 심사의견을 제시하여야 한다(제20조 제2관). 연구실은 사법해석의 내용이 헌법과 법률에 부합하는지, 허용 권한을 초과하지는 않았는지, 다른 사법해석과 중복되거나 충돌하는지, 제정절차가 잘 지켜졌는지, 자료가 요구에 부합하는지, 내·외부의 주요 의견이 충분하고 객관적으로 반영되었는지, 주요 쟁점문제와 해결방안이 명확한지 등을 심사한다(제20조 제1관). 만일 수정이나 추가적인 논증 혹은 조정이 필요하면 연구실은 기초부서와 회동하여 이를 진행하여야 한다(제21조).

연구실에서 심사를 완료하고 심사용 원고가 통과되면 비로소 사법해석 초안이 만들어진다. 그럼 기초담당부서는 분관원장과 상무부원장의 심사와 비

121) 앞서 살펴본 문건에 등장하는 '126.com' 및 '163.com' 등은 중국의 IT회사 '넷이즈(网易)'가 제공하는 상업용 이메일로 중국에서 대중적으로 이용률이 높은 이메일 시스템이다. 중국에서 코로나바이러스감염증-19(COVID-19)이 유행하였던 2020년에는 이메일, 팩스 등 비대면 방식으로만 의견을 수렴하는 경우도 많았다.

준을 받아 해당 초안을 최종 결정권자인 최고인민법원 심판위원회에 제출한다(제22조).

4. 심판위원회 토론

심판위원회제도는 다른 국가의 사법기관에서는 찾아볼 수 없는 중국만의 특수한 제도이다. 심판위원회는 각급 인민법원의 상설(常設) 최고심판조직이다.[122] 심판위원회는 인민법원 내부에서 일정한 권력과 정치적 지위가 있는 고위 법관들로 구성되고, 이들은 인민법원의 심판업무를 지도한다.[123] 이는 민주집중제(民主集中制) 원칙의 실현 요구에 따른 산물이며 인민법원의 판결 및 결정이 법관 개인이 아닌 집단적 의사결정에 의하여 행해지도록 보장하는 핵심적인 제도이다.[124] 심판위원회는 중국공산당의 영도를 견지하고 법관들의 결정이 중국공산당의 정책과 일치하도록 지도한다는 점에 있어서 심판업무부서나 합의재판부(合议庭)에 비해 상당히 정치적이고 관료적인 성격을 지닌다.[125] 그 중 최고인민법원 심판위원회는 최고인민법원의 지도급 인사 중 수석대법관, 1급·2급 대법관 및 일부 심판업무부서의 1급 고급법관 등으로 구성되어 있어 최고인민법원은 물론 법원조직 전체에서 상당한 권위를 가진다. 최고인민법원 심판위원회의 업무는 주로 사건 처리에 집중되어 있지만, 최고인민법원의 대부분 사건은 각 심판업무부서가 처리하고 심판위원회는 주로 이 중 일부 중대한·난해한·복잡한 사건을 보고받아 판결한다. 또한 심판업무와 관련된 중대한 문제를 토론하여 결정한다. 최고인민법원 심판위원회는 법률적용의 통일성을 유지하기 위해 사법해석과 규범성문건을 제정할 수 있고 지도성안례를 공포할 수 있다.[126] 사법해석은 바로 이 최고

---

122) 최고인민법원 <인민법원 심판위원회 업무기제 건전·완비에 관한 의견(关于健全完善人民法院审判委员会工作机制的意见)>(2019.8.2.).
123) 左卫民 ,《审判委员会运行状况的实证研究》, 法学研究 , 2016年第3期, p.162.
124) 付少军 ,《审判委员会制度研究》, 中共中央党校博士学位论文 , 2012, p.8.
125) 정철, “중국법원의 심판위원회에 관한 고찰”, 성균관법학 제19권 제2호(2007.8.), pp.305-306.
126) 심판위원회의 직무는 다음과 같다. (1) 심판업무 경험을 종합하고, (2) 중대한, 난해한, 복잡한 사건의 법률적용을 토론하여 결정하고, (3) 심판위원회가 소속

인민법원 심판위원회의 전체회의 토론에서 통과되어야 한다.[127]

최고인민법원 심판위원회가 사법해석 초안을 제출받으면 원칙적으로 3개월 이내에 토론을 진행하여야 하나 실제로는 필요한 만큼 기한을 연장할 수 있다(<사법해석업무에 관한 규정> 제23조). 심판위원회 토론의 결과는 (1) 통과, (2) 원칙상 통과, (3) 추가논증, (4) 연기 그리고 (5) 취소 다섯 가지이다. 토론을 통과한 사법해석 초안은 원장 혹은 상무부원장이 서명하여 발행한다(제24조 제1관). '원칙상 통과(原则通过)'란, 만일 심판위원회가 사법해석 초안이 일부 수정된 후에 통과할 수 있다고 판단하면 기초부서와 연구실이 회동하여 심판위원회의 토론 결정에 따라 수정한 뒤, 심판위원회에 다시 제출할 필요 없이 분관부원장이 심사하고 원장 혹은 상무부원장이 서명하여 발행하는 것을 의미한다(제24조 제2관). 심판위원회가 토론에서 사법해석을 제정할 조건이 아직 충분하지 않다고 여길 때에는 추가적인 논증, 토론의 일시적 연기 혹은 입항의 취소를 결정할 수 있다(제24조 제3관).

이외에도 최고인민법원 심판위원회는 사법해석의 입항 이전을 포함하여 사법해석이 제정절차의 각 단계에서 다음 단계의 절차로 넘어갈 시에도 개입하여 결정권을 행사할 수 있다. 이처럼 최고인민법원 심판위원회는 사법해석의 제정과정 전체에서 궁극적인 결정권을 가지는 주체이다. 심판위원회 토론 절차는 1997년 규정에서 처음 도입된 것으로 당시 사법해석의 법적 효력 규정과 함께 사법해석 제정절차의 규범화에 있어서 가장 의미 있는 규정으로 평가받았다.[128]

그런데 심판위원회의 토론이 이토록 핵심적인 절차임에도 불구하고 심판위원회의 토론과 결정과정은 거의 외부에 공개되지 않았다.[129] 1993년 최고인민법원 〈심판위원회 업무규칙(审判委员会工作规则)〉 제13조는 심판위원회가 토론하고 결정한 사항을 누설하지 못하도록 규정하고 있으며 심판위

된 법원의 이미 법적 효력이 발생한 판결·재정(裁定)·조정서(调解书)를 재심하여야 하는지 여부를 토론하여 결정하고, (4) 기타 심판업무와 관련된 중대한 문제를 토론하여 결정한다. 최고인민법원 <인민법원 심판위원회 업무기제 건전·완비에 관한 의견(关于健全完善人民法院审判委员会工作机制的意见)>(2019.8.2.) 참조.

127) <인민법원조직법> 제36조 제2관, 제37조 제2관 참조.

128) 董皞 ,《新中国司法解释六十年》, 岭南学刊 , 2009年第5期, p.49.

129) 정철, 앞의 글, p.304.

원회 회의기요(会议纪要)는 기밀문건이므로 비준 없이 외부에 유출할 수 없도록 규정하기도 하였다. 오늘날에는 최고인민법원이 높아지는 공개화 요구를 인식하여 2019년 최고인민법원 〈인민법원 심판위원회 업무기제 건전·완비에 관한 의견(关于健全完善人民法院审判委员会工作机制的意见)〉에 여러 관련 규정을 제정하였다. 2019년부터 심판위원회가 토론한 사건의 결정내용과 그 이유는 법률이 달리 정한 경우가 아니라면 판결문에서 공개하여야 한다. 또한 각급 인민법원은 심판위원회 회의의 전(全) 과정을 녹음·녹화하여야 하고 심판위원회 의제의 제출, 심의, 토론, 결정 등을 심판절차 관리 시스템에 포함시켜 전 과정의 기록을 남겨야 한다(全程留痕). 이러한 규정의 마련에도 불구하고 현실에서 심판위원회 토론의 공개화는 여전히 충분히 제고되지 못하고 있는 실정이다.[130] 심판위원회의 토론과정이 투명하게 공개되지 못하고 있기 때문에 사법해석 제정과정의 투명성 역시 보장되지 못하고 있다. 이는 사법해석제도의 규범화를 위해 필수적으로 개선되어야 할 부분이다.

5. 공포(公布)와 시행(施行)

최고인민법원 심판위원회의 토론을 통과하고 원장 혹은 상무부원장 명의의 서명까지 완료된 사법해석 초안은 공포(公布) 및 시행(施行) 단계로 넘어간다. 사법해석은 최고인민법원 공고 형식으로 공포하여야 한다. 구체적으로는 〈최고인민법원공보(最高人民法院公报)〉(이하 '〈공보〉')와 〈인민법원보(人民法院报)〉에 게재하여야 한다(제25조 제1·2관).[131]

---

130) 左卫民 ,《审判委员会运行状况的实证研究》, 法学研究 , 2016年第3期, p.173.
131) 〈최고인민법원공보〉는 1985년 창간한 최고인민법원의 공식 문헌 총집이다. 최고인민법원 사무청(办公厅)이 〈공보〉 업무를 주관하여 중국내 및 해외에 공개 발행한다. 〈공보〉는 사법해석 뿐만이 아니라 최고인민법원이 제정한 각종 행정성 공문도 게재하고, 입법부의 법률 중 중요내용을 게재하기도 한다. 또한 전국 법원의 각종 사법통계 데이터와 정보를 포함한 사법통계, 전인대 상무위의 최고인민법원 심판인원에 대한 모든 인사결정을 비롯한 임면사항, 최고인민법원 원장, 부원장의 업무보고, 최고인민법원이 선정한 법률 및 사법해석 적용하여 심리한 모범판례

사법해석이 〈공보〉에 공개되는 것은 사법해석 공개화의 실현과 직결되는 문제이다. 사법해석은 처음 존재하였을 당시부터 오랫동안 주로 기관내부 문건 형식으로 배포되었고 외부에는 거의 공개되지 않았다. 단지 판사들에 한해서 "내부발행(内部发行)"이라고 표기된 소책자 형태로 공유되곤 하였다.[132] 사법해석은 내부의 관련인사들만 소지할 수 있는 자료라는 인식이 당시에 보편적이었으며 일부는 비밀문서로 취급하여 외부유출을 엄금하기도 하였다.[133] 1985년 지방 각급 인민법원의 심판업무를 지도하기 위해 〈최고인민법원공보(最高人民法院公报)〉가 창간되고 최고인민법원은 이것을 계기로 "사법해석에 속하는 것이라면 모두 지정된 간행물인 〈공보〉에 게재하여야 한다"고 규정하였고 사법해석의 내용은 "〈공보〉에 게재된 것을 기준으로" 하며, 중요한 사법해석은 기자회견을 통해 공개하거나 「인민일보」, 「법제일보(法制日报)」에 게재함으로써 일정 수준이상의 공개화를 실현하고자 하였다.[134] 〈공보〉 창간 이후 많은 사법해석이 공보에 공포되어 사법해석의 공개화가 크게 개선되었으나 그럼에도 불구하고 여전히 일부 사법해석은 '내부문건'의 형식으로 하달되어 변호사는 물론 심지어 하급 법원의 판사들도 거의 알지 못했다.[135] 〈공보〉의 역할과 권위를 확실히 정립하기 위해 최고인민법원은 전국의 인민법원을 대상으로 수차례 경고와 독촉의 통지를 하달하였다.[136] 〈공보〉는 점차 전국 인민법원의 재판과 법률해석의 통

및 판결문서 등의 내용을 게재한다. 〈공보〉는 월간 형태로 보통 매월 10일 〈인민사법(人民司法)〉 잡지사를 통하여 책자 형태로 출판되며, 매년 12기(期)가 책자로 발간되고 〈공보〉 홈페이지에도 게재된다. 최고인민법원 사무처는 월간을 토대로 한 해 동안의 〈공보〉를 연감판(年鉴版)으로 편집하여 인민법원출판사를 통해 매해 한 권씩 공개 출간한다.

132) 董皞,《新中国司法解释六十年》, 岭南学刊, 2009年第5期, p.49.

133) 董皞,《我国司法解释的现状及其完善》, 法学论坛, 2001年第5期, p.96.

134) 周道鸾,《新中国司法解释工作的回顾与完善司法解释工作的思考》, 1993年6月, 载最高人民法院研究室编,《中华人民共和国最高人民法院司法解释全集(1949.10-1993.6)》, 人民法院出版社, 1994, 序之p.7.

135) 周道鸾,《论司法解释及其规范化》, 中国法学, 1994年第1期, p.91.

136) 1988년에는 "〈공보〉 창간으로부터 3년이 넘었는데 아직도 극소수의 인민법원이 〈공보〉를 구독하지 않고 있다. 어떤 인민법원은 주문 수량이 너무 적어서 법관들이 볼 수가 없다"고 질타하면서 "일부 법률적용 문제에 관한 최고인민법원의

일성을 확보하는 중요한 장치로서 자리매김하게 되었다. 사법해석의 역사에서 처음으로 공개화를 실현하였다는 점에서 〈공보〉의 발간은 중국 내 대부분의 연구에서 기념비적인 사건으로 간주된다. 사법해석의 공개는 사법해석 자체의 권위 또한 향상하였으며 주요 공포주체인 최고인민법원 스스로를 견제하는 효과를 가져왔다. 따라서 <사법해석업무에 관한 규정>에서 사법해석의 공포 절차를 정하고 있는 조항은 제25조 하나 뿐이지만 이 조항이 신설되었을 당시에는 비록 온전히 지켜지지 않았으나 학계의 환영을 받았으며 사법해석의 제도화에 있어서 비중 있는 개혁으로 평가받기도 하였다.

<사법해석업무에 관한 규정> 제27조와 제28조 그리고 제25조 제3관은 사법해석의 시행에 관한 규정이다. 사법해석이 사회에 공포되면 공포된 날로부터 시행된다. 단, 사법해석이 별도로 정하는 경우는 제외한다(제25조 제3관). 사법해석이 시행된 이후 인민법원이 이를 재판의 근거로 삼는 경우 사법문서에서 인용하여야 한다(제27조 제1관). 인민법원이 법률과 사법해석을 동시에 재판의 근거로 인용할 때에는 먼저 법률을 인용하고 그 후에 사법해석을 인용하여야 한다(제27조 제2관).

한편 최고인민법원은 시행되는 사법해석이 하급 법원의 재판실무에서 잘 적용되고 있는지 상시 감독하고, 상급 인민법원은 하급 인민법원을 감독한다(제28조).

6. 비안(备案)

사법해석이 공포되고 시행되었어도 그 제정절차가 완료되는 것은 아니다. 국내 문헌에서 '등록'으로 번역되기도 하는 비안(备案)은 사법해석 제정절

사법해석이 이미 〈공보〉에 공포되었는데도 법관들이 〈공보〉가 없어서 알지 못하기도 한다; 일부 내부발행 문건은 〈공보〉에 공포될 때 이미 수정을 거쳤는데 일부 법관들은 여전히 수정 전의 문건을 가지고 사건을 처리한다"고 노골적으로 지적하기도 하였다. 최고인민법원사무청 <본원이 공포한 내부문건이 <최고인민법원공보> 공포 내용과 불일치 시 모두 공보를 기준으로 함을 거듭 강조함에 관한 통지(最高人民法院办公厅关于重申本院发出的内部文件凡与《最高人民法院公报》公布的内容不一致的均以公报为准的通知)>(1988.6.4.).

차의 마지막 단계이다.[137] 우선 우리에게는 다소 생소할 수 있는 '비안'이란 용어의 기본의미를 살펴볼 필요가 있다.

사전에 따르면 '비(备[備])'는 '예비하다'·'준비하다'·'완비하다'·'구비하다' 등으로 해석할 수 있다.[138] '안(案)'은 '법률과 연계되는 사건 혹은 정치적으로 중대한 사건', '건의·계획 등에 관한 문건' 또는 '공적 사무를 다루는 문서·성례(成例)·기록 등'을 의미한다.[139] '비안(备案)'이란 '주관기관에 사유를 보고(报告事由)하고 문건을 보존(存案)하여 심사·고찰(查考)에 대비하다'는 뜻의 동사(動詞)이다.[140] 즉 '비안'은 이미 처리가 끝난 공문이나 원고 자료를 후일의 심사에 대비하여 보존하는 것을 의미하고, 이는 하급 기관이 특정 행위 및 그 결과를 상급 기관에 통보하고자 하는 경향을 반영하며 정치체계 내부의 위계성과 종속성의 특징을 나타낸다.[141] 중국의 규범성문건 비안제도에서 '비안'과 '심사(审查)'는 긴밀하게 연결된 두 개의 절차이다. '비안'은 상급기관이 보고를 받아 특정 규범성문건의 내용에 대하여 알 수 있게 하는 정도의 단순한 정보 전달을 의미하는 것이 아니라 심사권(審查權)의 범주에 속한 개념이다. 통상적으로도 어떠한 문건을 '비안하다'고 할 때에는 그 문건에 대한 심사가 진행될 수 있다는 의미도 내포하고 있다.[142]

---

137) 김준영, "중국 2015년 '입법법' 개정의 쟁점 연구 - '법치' 개혁의 관점에서", 중국법연구 제26집(2016.5.), p.33.

138) 辞海编辑委员会，《辞海(第六版彩图本)》第一册，上海辞书出版社，2009年9月第1版，p.128.

139) 辞海编辑委员会，앞의 사전, p.41.

140) '向主管机关报告事由存案以备查考'. 中国社会科学院语言研究所词典编辑室，《现代汉语词典(第5版)》，商务印书馆，2005年6月第5版，p.59. 다른 사전은 '주관기관 혹은 관련 부서에 상황을 보고하고 자료를 보존(存档)하여 심사·검증(查证)에 대비하다(向主管机关或有关部门报告情况存档以备查证)'라고 정의한다. 《新华汉语词典》委员会编，《新华汉语词典》，商务印书馆国际有限公司，2004年5月北京第1版，p.52.

141) 张一鸣，《地方政府规章备案审查制度研究》，华东政法大学博士学位论文，2019, p.29.

142) 商佩琰, 《基层党内规范性文件备案审查制度研究》, 华中师范大学硕士学位论文, 2018, p.8.

<사법해석업무에 관한 규정>은 사법해석 비안의 기한과 관련 업무의 담당부서를 정한 것 외에 다른 비안심사 관련 규정이 없지만, 사법해석 비안심사의 근거는 <입법법(立法法)>, <각급인민대표대회 상무위원회 감독법(各级人民代表大会常务委员会监督法)>(이하 '감독법')에 있다.[143]

감독법 제31조는 '비안' 제도를, 제32-33조는 '심사' 제도를 규정한다. 사법해석은 공포된 날로부터 30일 이내에 전국인민대표대회 상무위원회에 보고하여 비안하여야 한다(감독법 제31조).[144] 각 국가기관은 사법해석이 법률에 저촉된다고 여겨지면 전인대 상무위에 심사를 요구할 수 있다.[145] 전인대 상무위는 서면 심사요구를 받으면 이를 관련 전문위원회로 송부하여 심사를 진행하고 의견을 제시한다(제32조 제1관).[146] 심사 결과 사법해석이 법률규정에 저촉된다고 판단되는데도 최고인민법원 혹은 최고인민검찰원이 이를 개정하거나 폐지하지 아니할 경우 위원회는 개정이나 폐지를 요구하는 의안(議案)을 제출하거나 전인대 상무위가 법률해석을 행하도록 의안을 제출할 수 있고, 위원장회의의 결정 하에 상무위회의에서의 심의를 제청할 수 있다(제33조).

비안심사 업무의 구체적인 절차는 2019년 <법규·사법해석 비안심사 업무방법(法规、司法解释备案审查工作办法)>(이하 '비안심사 업무방법')이 규정하고 있다.[147] 비안심사업무는 법정된 권한과 절차에 따라야 하며 '문건

---

143) 최고인민법원 〈사법해석업무에 관한 규정〉 제26조는 "사법해석은 공포된 날로부터 30일 이내에 전국인민대표대회 상무위원회에 보고하여 비안하여야 한다"고 규정하고 있다(제1관). 비안의 보고·송부 업무는 최고인민법원 사무청이 담당하고, 기타 관련 업무는 최고인민법원 연구실이 담당한다(제2관).

144) 2015년 입법법 개정안 제104조 제2관은 감독법 제31조의 내용을 그대로 가져온 것이다. 사법해석의 비안심사제도가 입법법의 규율대상이 됨에 따라 비안심사의 요구가 한층 더 강화되었다.

145) 심사를 요구할 수 있는 기관은 국무원, 중앙군사위원회, 성(省)·자치구·직할시의 인민대표대회 상무위원회 그리고 최고인민법원과 최고인민검찰원이다.

146) 기타 국가기관 및 사회단체·기업사업조직 및 공민(公民)은 전인대 상무위에 서면으로 심사를 건의(建議)할 수 있다. 상무위는 건의를 접수하면 이를 연구하여 필요 시 전문위원회에 송부하여 심사를 진행하고 의견을 제시한다.

147) <법규·사법해석 비안심사 업무방법>은 법규와 사법해석의 비안심사를 규정하고 있으나 본고에서는 비안심사 업무방법의 조항을 인용할 때 법규 부분은 제

이 있으면 반드시 비안하고(有件必备), 비안이 있으면 반드시 심사하며(有备必审), 잘못된 것이 있으면 반드시 바로잡는다(有错必纠)'는 원칙을 견지하여야 한다(제4조). 비안 자료를 전인대 상무위측에 제출하면, 비안의 접수, 등기, 분송(分送), 보존(存档) 등 업무는 상무위 사무청(办公厅)이 담당하고, 전문위원회 및 상무위 법제업무위원회(法制工作委员会)는 비안된 사법해석에 대한 심사·연구 작업을 담당한다(제5조). 상무위 사무청은 비안 접수된 사법해석을 직무에 따라 관련 전문위원회와 법제업무위원회에 송부하고 해당 위원회는 이에 대하여 심사·연구를 진행한다(제14조). 사법해석 중에 헌법과 연계되는 문제에 대하여는 헌법과법률위원회 및 법제업무위원회가 주동적으로 합헌성심사·연구(合宪性审查研究)를 진행하고 서면으로 심사·연구의견을 작성하여 제정기관에게 전달하여야 한다(제20조). 법제업무위원회는 매년 전인대 상무위에게 비안심사업무의 진행상황을 보고하여야 하고 상무위회의는 이를 심의한다(제52조 제1관). 심의의견에 따라 보고서를 수정한 후에는 전인대 상무위 공보(公报)와 전인대 공식 홈페이지(中国人大网)에 게재한다(제52조 제2관).[148]

비안심사의 심사기준은 다음과 같다(제37-39조). (1) 사법해석이 헌법의 규정, 헌법의 원칙 혹은 헌법의 정신을 위배하는지 여부, (2) 사법해석에 중국공산당 지도부의 중대한 결정·정책에 부합하지 아니하거나 국가의 중대한 개혁방향과 불일치하는 문제가 존재하는지 여부, (3) 사법해석이 법률규정을 위배하지 여부[149], (4) 사법해석에 명백하게 부적절한 문제가 존

외하고 사법해석 관련 부분만 인용한다.

148) 전인대 상무위 공식 홈페이지(中国人大网)에 게재된 가장 최근의 보고문은 법제업무위원회 주임이 발표한 <전국인민대표대회 상무위원회 법제업무위원회 2020년 비안심사업무 상황에 관한 보고(全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会关于2020年备案审查工作情况的报告)>(2021.1.20.)이다. 이 보고문에 따르면 2020년 비안이 접수된 사법해석은 16건이다. 민법전 시행 이후 진행된 전문심사와 집중청소 작업에서는 사법해석 233건이 개정 혹은 폐지가 필요했다. 공민 및 조직이 제출한 사법해석에 대한 심사건의는 75건이다. 링크: http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202101/239178b5d03944c7b453ddc6bdd7c087.shtml (최종방문일시: 2021.5.20.).

149) 제38조는 사법해석이 법률규정을 위배하는 구체적인 경우를 다음과 같이 열

재하는지 여부[150].

한편 비안심사 과정의 투명성이 부족하다는 비판이 꾸준히 제기되고 있다. 현실에서 비안심사는 내부협상 방식으로 진행되는 경향이 있다. 전인대 상무위는 심사의견에서 잘못된 부분을 바로잡도록 독촉하였는데 극소수를 제외하면 구체적인 상황이 거의 사회에 공개되지 않았다. 이를 인식한 듯 전인대 상무위는 일부 비안심사 사례를 공개하기 시작하였다.[151] 이외 방대한 양의 규범성문건을 심사하기에 인력과 능력이 부족하여 비안심사가 형식적인 절차로 전락할 수 있다는 우려도 제기되고 있다.[152]

거하고 있다. (1) 입법법 제8조를 위반하여 법률의 제정만이 가능한 사항에 대하여 규정을 제정한 경우, (2) 월권하여 위법하게 공민·법인과 기타 조직의 권리와 의무를 설정하거나 위법하게 국가기관의 권력과 책임을 설정한 경우, (3) 위법하게 행정허가·행정처벌·행정강제를 설정하거나 법률이 설정한 행정허가·행정처벌·행정강제를 위법하게 조정 및 변동한 경우, (4) 법률규정과 명백히 불일치하거나 법률의 입법목적·원칙에 명백히 위배되어 법률규정을 무마·변동 혹은 회피하고자 하는 경우, (5) 수권결정을 위배하여 수권범위를 초과한 경우, (6) 법에 따라 변통(变通)할 수 없는 사항에 대하여 변동하거나 변통규정이 법률의 기본 원칙을 위배하는 경우, (7) 법정정차를 위배하는 경우, (8) 기타 법률규정을 위배하는 경우.

150) 제39조는 사법해석이 명백하게 부적절한 문제가 존재하는 구체적인 경우를 다음과 같이 열거하고 있다. (1) 사회주의 핵심가치관 및 공공의 질서와 선량한 풍속을 명백히 위배하는 경우, (2) 공민·법인 혹은 기타 조직의 권리와 의무에 대한 규정이 명백히 불합리하거나 입법목적을 실현하기 위해 규정한 수단이 입법목적과 명백히 알맞지 않은 경우, (3) 현실상황에 중대한 변화가 발생해 계속이행이 적절치 않은 경우, (4) 변통이 명백히 불필요 혹은 이행불가하거나 경제특구법규·자치조례·단행조례 제정권력을 부적절하게 행사한 경우, (5) 기타 명백히 부적절한 경우.

151) 2017년 말 전인대 상무위는 처음으로 비안심사 업무보고를 심의하고 심사 중 정정한 사례 10건을 공포하고 공민·조직이 제청한 심사건의의 전형사례 5건을 공개하였다. 杨敬之，《论司法解释的合法性控制》，政法论坛，2021年第2期，p.44.

152) 梁鹰，《备案审查工作的现状、挑战与展望》，地方立法研究，2020年第6期，p.13.

제 3 장 사법해석의 발전과정

제 1 절 사법해석의 형성

우리나라의 일부 연구는 사법해석의 법적 근거 탐색을 통하여 사법해석의 역사적 연원(淵源)을 추적한다. 그러나 사법해석과 관련된 성문(成文) 규범의 기록을 검색하는 것만으로는 그 연원을 밝힐 수 없다. 사법해석권은 엄밀한 법적 근거에 따라서 행사된 것이 아니기 때문에 중국의 헌법, 법률, 행정입법, 정책 등을 토대로 사법해석의 발전사(發展史)를 추적할 경우 많은 부분에서 연속성의 단절(斷絶)이 발생하게 된다. 사법해석은 실제적인 사회정치적 필요에 의하여 탄생한 중국의 특수한 제도이기 때문에 그 발전과정에 대한 추적은 중국 각 시기의 사회정치적 상황을 종합적으로 고려하면서 진행하여야 한다. 초기 사법해석은 제도가 아닌 현상으로서 나타났다. 이것은 사법해석을 이해함에 있어서 가장 중요한 전제이다. 이 소절에서는 신중국 성립 초기(1949~1957) 사법해석의 형성배경과 특징을 간략히 살펴보고자 한다. 초기 사법해석의 형성배경과 특징을 알아보는 것은 오늘날의 사법해석제도가 지니는 특징을 이해하는 데에도 매우 유익하다.

1. 사법해석의 형성배경

(1) 입법 보완의 필요성

국공내전(国共内战)에서 승리한 중국공산당은 새로운 국가체제를 정립하면서 국민당의 육법전서(六法全書)를 전면 폐지하였다.[153] 중국공산당은 상

153) 국공내전(国共内战)이란 2차대전 종료 이후 중국국민당과 중국공산당 간에 벌어진 국내전쟁이다. 《中共中央关于废除国民党的六法全书与确定解放区的司法原则的指示》(1949.2.), 载张培田主编, 《新中国法制研究史料通鉴(第11卷)》, 中国政法大学出版社, 2003.

당 부분 정책과 행정명령에 의거하여 사회규범을 정립하였다. 1954년 헌법과 전국인민대표대회가 조직되면서 일부 입법이 진행되었지만 공법 성질이 농후한 헌법과 형법 체계의 건설에 치중되어 있었고 민상법과 경제법 등 사회경제적 규범은 상대적으로 간과되어 입법의 공백이 존재하였다.[154] 따라서 각종 법적 판결에서 근거할 규범이 양적으로나 질적으로나 매우 제한적이었다.

1950년 정무원(政务院)은 "현재로서 신중국은 새 법률의 완비를 기대할 수 없으나, 기본대법(基本大法)인 공동강령(共同纲领) 및 각 인민정부위원회, 정무원, 최고인민법원 및 기타 기관이 공포한 많은 법률, 법령, 지시, 결정은 모두 인민사법업무의 중요한 근거가 된다"고 하였다.[155] 이 시기 인민법원이 사건을 심리할 때 주로 근거한 것은 법률이 아니라 정책이었으며, 인민법원이 행한 많은 법률해석은 그 성질에 있어서 사실상 정책성 해석에 속하였다.[156] 지도부는 사법기관의 재판경험이 불완전한 입법을 보완해줄 것을 기대하였다. 정무원은 같은 지시에서 사법기관은 반드시 실무에서 끊임없이 경험을 정리하고 판례를 연구하여 중앙인민정부가 점차 완비된 새 법률을 제정할 수 있도록 하여야 한다고 지시하였다.[157] 이에 인민법원은 각종 규범성문건에 대한 폭넓은 해석권을 획득하게 되었고, 규범 창제의 요소가 있는 추상적이고 규범적인 법률해석이 가능하게 되었다.

(2) 법률해석권의 집중

그러나 인민법원 내부에서 법률해석은 곧 최고인민법원이 독점하게 되었다. 국민당 치하에서 판결을 담당하던 법관들은 '반동사상'에 물든 반혁명분자로 취급되어 부정되었고, 인민법원은 수많은 법률 전문 인력을 상실하였

154) 汪火良，《新中国成立以来中国共产党法治思想回顾与思考》，探索，2014年第5期，p.15.
155) 정무원(政务院) <인민사법업무 강화에 관한 지시(关于加强人民司法工作的指示)>(1950.11.3.).
156) 最高人民法院研究室编，《中华人民共和国最高人民法院司法解释全集(1949.10-1993.6)》，人民法院出版社，1994年7月，前言之 p.1，代序之 p.4.
157) 정무원 <인민사법업무 강화에 관한 지시>(1950.11.3.).

으며 그 자리에는 농촌 출신의 군인과 간부 그리고 노동자 등이 대거 임용되었다.[158] 상당수의 법관이 전문적인 법학 교육을 받지 못하였으므로 전반적인 소양이 매우 낮았다. 법률을 적용하기 위해서는 법률에 대한 해석이 반드시 필요한데, 현실에서는 수준 있는 법률해석과 적용을 기대하기가 어려웠다. 또한 동일한 규범성문건에 대하여 전국 각지의 인민법원이 동일한 해석을 내리기를 기대할 수는 없었다. 지방하급법원은 심판업무에서 당면한 법률문제에 대해 상급법원에게 최종적인 판단을 유보하는 경향을 보였다. 하급법원은 '청시(请示)', '보고(报告)', '함(函)' 등의 형식으로 해결 방안을 문의하였고 최고인민법원은 '복함(复函)', '비복(批复)', '통지(通知)', '답복(答复)', '의견(意见)' 등의 형식으로 답변하였으며 하급법원은 그대로 심리하였다. 아래는 1954년 허베이성(河北省) 인민법원과 최고인민법원 사이에서 오갔던 청시와 답변이다.

[문건 3-1]

허베이성인민법원
노역개조와 유기징역의 구별 문제에 관한 청시
(54)법행자제42호

최고인민법원:

허베이일보사로부터 전달받은 중앙인민정부가 공포한 "횡령징벌조례"상의 노역개조와 유기징역이 집행에 있어서 어떠한 차이가 있는지에 대한 독자 장바오산의 질의임. 연구 결과 우리의 의견은: 노동개조와 유기징역은 모두 형벌의 일종인데, "삼반(三反)", "오반(五反)" 시기 횡령범에 대한 처리에 따르면 노역개조 처분을 받은 횡령범은 보통 적절한 장소와 적절한 부처에서 노동복무를 시행하였고 감금하지 않아도 무방하였음. 유기징역에 처한 횡렴범은 정황이 비교적 가벼워 집행유예를 선고받아 감금할 필요 없이 노동개조 방법으로 변경하는 경우를 제외하고는 보통 감금하여야 하며 강제노동을 하여야 함. 답변을 전달할 수 있도록 이러한 의견이 타당한지 여부에 대하여 신속한 확인을 바람.

1954년 10월 8일

158) 조영남, 『중국의 법원개혁』, 서울대학교출판문화원, 2012, pp.27-28 참조.

[문건 3-2]

최고인민법원

노역개조와 유기징역의 구별의 문제에 관한 함(函)

1954년 10월 28일 법행자제10546호

허베이성인민법원:

10월 8일 (54) 행법자제42호함 수신하였음. 노역개조와 유기징역의 구별 문제에 관하여 여러분의 의견에 동의함. 이외 횡령징계조례가 규정한 형벌의 종류와 그 등차(等次)로 볼 때 유기징역이 당연히 노역개조보다 중함.

위와 같이 답변함.

최고인민법원은 동일한 성질의 사건에 대하여는 포괄적인 해석지침을 정해 법원조직 내에서 법률해석의 전국적인 통일을 꾀하였다. 이러한 해석지침은 강제성을 지녔기 때문에 법률해석을 매개로 일종의 권력관계가 성립되었다. 하급기관이 상급기관에 복종하는 구조의 행정화된 법원조직에서 최고급 기관인 최고인민법원의 법률해석은 하급법원의 심판에 대하여 구속력이 있을 수밖에 없었고, 하급법원은 사실상 사건을 판결할 때에 법률에 대하여 최고인민법원이 내린 해석과 다른 해석을 내릴 수 없었다. 즉, 하급법원 및 하급법원의 법관은 독자적으로 법률을 해석하여 적용할 수 없었고, 최고인민법원의 권위적인 법률해석을 의지하여야 했다. 최고인민법원의 법률해석은 하급법원의 판결에서 직접적으로 인용되는 근거규범으로서 알맞은 형식을 갖추어야 했고 사법기관 종사자뿐만 아니라 인민도 읽을 수 있어야 했기 때문에 최대한 통속적이고 이해하기 쉬우며 간단명료한 문장을 사용하여야 했다.[159]

이렇게 일종의 권력으로 최고인민법원에 집중된 규범 창제적 요소를 지닌 추상적·규범적 법률해석이 오늘날 우리가 말하는 사법해석(司法解释)을 형성하게 되었다.[160] 사법해석은 전국인민대표대회제도와 같이 이념적이거나

159) 일부 장문으로 이루어진 가독성이 낮은 해석도 있고 서정적인 문장도 보이는가 하면 가부장적인 어조로 도덕적인 논설을 늘어놓는 해석도 볼 수 있다. 纪诚，《最高人民法院司法解释研究——对最高人民法院司法解释合理性之反思》，中国政法大学博士学位论文，2006，pp.15-16.

체계적인 구상에 의하여 설계된 제도가 아니다. 신중국 성립 초기 법규범의 공백을 보완하는 임무가 사법기관 특히 인민법원에게 맡겨지고, 법원조직 내에서 법률해석권이 최고인민법원에 집중됨에 따라 중국 특유의 사법해석 제도가 형성되게 되었다. 입법을 보완할 임무를 지녔으며 재판에서 직접적인 근거규범으로서 기능해야했던 사법해석은 형성된 순간부터 어느 정도의 능동성과 조문화(條文化)의 경향을 가지게 되었다.

2. 형성기 사법해석의 특징

(1) 도구주의적 색채

사법해석의 내용의 특징을 결정하는 요인은 크게 두 가지이다. 먼저는 사법해석이 해석하는 대상이 되는 법규범의 특징을 상당 부분 공유한다. 다음으로는 사법해석의 제정주체인 최고인민법원과 그것이 속한 사법조직이 지니는 특성과 긴밀하게 연관된다. 그러나 법과 사법기관은 중국에서 도구주의적인 관점에서 인식되어왔다.

중국에서는 법을 통치를 위한 수단이고, 지배계급의 이익을 수호하기 위해 필요하고 지배계급의 의지를 반영한 형식이며, 국가 또는 국가권력이 제정한 규범으로 인식하는 경향이 강하다. 그러므로 중국식의 법 이해에서 강하게 표현되는 특징으로 “통치수단으로서의 법의 도구성”, “일정한 시기에만 존재하는 이데올로기로서의 법의 의존성과 기만성”, 그리고 “국가권력에 대한 종속” 등이 강조된다.[161]

중국은 1949년 이후 헌법 등 성문법의 제정을 포함하여 법학 전반, 더 나아가 사회과학 전반에 걸쳐 소련의 영향이 절대적인 시기가 있었다.[162] 신

---

160) 여기서 말하는 법률해석권의 집중은 법원조직 내부에서의 집중을 의미한다. 헌법상 법률해석권은 전인대 상무위에게 속한 것이었다(1954년 헌법 제31조).

161) 강광문, “현대 중국에서의 법 이해에 대한 고찰 - 중국의 법 개념의 원류(源流)를 추적하는 작업의 일환으로”, 서울대학교 法學 제56권 제3호(2015.9.), p.19.

162) 강광문, “중국 현행 헌법의 계보에 관한 일고찰 - 인민대표대회제도 관련

중국 성립 초기부터 이미 중국의 법학자들은 소련법의 모든 분야를 연구할 수 있었고, 대학에서도 철저하게 소련식 법학 교육시스템이 도입되어 시행될 정도였다.[163] 소련 법학자 비신스키(Вышинский)는 소비에트법의 통치도구론을 전개한 바 있다. "법은 입법의 형식으로 확정된 지배계급의 의지를 반영한 행위규범 및 국가정권이 인정한 풍속·습관과 공공생활규범의 총체이다. 국가는 지배계급에 유리한 조화로운 사회관계와 질서를 보호하고 공고히 하고 유지하기 위해 강제력을 통해 그 시행을 보장한다."[164] 이러한 관점에서 법률은 통치계급이 공개적으로 무장을 통해 집행하는 소위 국가의 이데올로기이며, 법률은 국가와 마찬가지로 특정 통치계급 이익을 보호하는 도구일 뿐이다.[165] 마시우(马锡五)는 "어떠한 계급이 정권을 장악하면, 그 계급 자신의 의지를 법률로 제정하여 그 계급의 이익을 보호한다"고 말했다.[166] 이러한 도구주의적 법 이해는 중국에서 지배적이었고, 법은 어디까지나 정치의 종속변수에 불과한 것이라고 인식하는 근거가 되었다.[167]

사법기관의 기능도 도구주의적인 관점에서 이해되었다. 마오쩌둥(毛泽东)은 "현재로서 법원의 업무는 반혁명 사건 처리가 중점이 되어야 한다"고 하였고 "법원, 검찰, 공안기관은 인민민주독재의 중요한 무기"라고 하기도 하였다.[168] 1954년 인민법원조직법에서도 이러한 관념이 여실히 드러난다.

규정을 실마리로", 서울대학교 法學 제55권 제2호(2014.6.), p.336.

163) 다카미자와 오사무·스즈키 겐, 『중국법의 역사와 현재: 통치의 도구에서 시민의 권리로』, 이용빈 옮김, 한울, 2013, pp.110-112 참조.

164) 강광문, "현대 중국에서의 법 이해에 대한 고찰 - 중국의 법 개념의 원류(源流)를 추적하는 작업의 일환으로", 서울대학교 法學 제56권 제3호(2015.9.), p.18에서 재인용; Sorace, Christian, Franceschini, Ivan, and Loubere, Nicholas. *Afterlives of Chinese Communism: Political Concepts from Mao to Xi*, ANU Press, 2019, pp.251-256.

165) 《中共中央关于废除国民党的六法全书与确定解放区的司法原则的指示》(1949.2.), 载张培田主编,《新中国法制研究史料通鉴(第11卷)》, 中国政法大学出版社, 2003.

166) 劉清波,《中共司法論》, (台灣)國家科學會補助研究費, 1974, p.176.

167) 다카미자와 오사무·스즈키 겐, 앞의 책, p.251.

168) 《中共中央关于镇压反革命活动的指示》(1950.10.10.), 载张培田主编,《新中国法制研究史料通鉴(第11卷)》, 中国政法大学出版社, 2003.

중화인민공화국 인민법원조직법 (1954년)

제 3 조 인민법원의 임무는 형사사건과 민사사건을 심판하는 것이며 심판활동을 통하여 일체 범죄분자를 처벌하고 민사분쟁을 해결하여 인민민주제도를 보위하고, 공공질서를 수호하고, 공공재산을 보호하고, 공민의 권리와 합법적인 이익을 보호하며, 국가의 사회주의건설과 사회주의개조사업의 순조로운 진행을 보장하는 것이다.

인민법원은 그 전부의 활동을 통해 공민이 조국에 충성하고 스스로 법률을 준수하도록 교육한다.

이러한 맥락에서 초기 사법해석은 법이 보다 효율적이고 완비된 통치도구가 되도록 보완하고 발전시키는 역할을 하였다. 많은 경우 초기 사법해석의 실제적 기능과 목적은 해석대상이 되는 법률 자체의 의미를 밝히는 것보다는 입법이 의도하였던 정치적 목표를 파악하고 그것의 달성을 촉진시키는 것에 가까웠다. 즉, 법이 도구성을 지니므로 그 법에 대한 사법해석 역시 도구성을 지닐 수밖에 없다는 것을 보여준 것이다. 사법해석의 제정주체가 도구주의적인 맥락에서 정치적 이데올로기의 실현을 목적으로 운영되는 기관이라면 사법해석의 목적 역시 본질적으로 동일한 성질을 지닐 수밖에 없다. 따라서 형성기의 사법해석은 강력한 도구주의적 색채를 지니게 되었고 법규범의 의미를 해석하는 기능적인 역할보다는 법규범의 해석을 통한 정치적 목적의 실현에 보다 내용이 치중되어 있었다. 이로 인해 사법해석의 내용은 매우 농후한 계급투쟁적 색채를 띠게 되었다.

(2) 계급투쟁적 색채

형성기의 사법해석은 매우 농후한 계급투쟁적 색채를 띠었다. 1950년 중국공산당은 반혁명세력 숙청을 위하여 〈반혁명분자를 엄격히 진압할 것에 관한 지시(严厉镇压反革命分子的指示)〉를 하달하였다. 이에 최고인민법원은 7월 정무원(政务院)과 함께 지시의 이행 방안을 구체화한 사법해석을 제정하였다.[169] 이 지시의 내용을 살펴보면 반란을 일으킨 자를 '비적의 집단

(匪众)'이라고 호칭하며 이들에 대해 '진압과 초멸(勦灭)을 견지'해야 한다고 규정하는가 하면 '잘못을 저지르고도 뉘우치지 않는' 이들을 '비특분자(匪特分子)', '상습 비적(惯匪)'로 호칭하는 등 법적인 표현으로 보기 어려운 혁명정치적 언어를 무분별하게 사용하는 것을 발견할 수 있다. 1950년 11월에는 〈반혁명범에 대한 가벼운 양형경향의 교정에 관한 지시(关于纠正对反革命犯的轻型倾向的指示)〉를 공포하여 정치범에 대한 형량 강화를 요구하기도 하였다.[170]

이처럼 혁명정치적 계급투쟁 시대의 최고인민법원은 사실상 중앙인민정부의 정치적 의지에 합법성을 부여하고, 정부의 명령을 집행하는 행정부처였으며, 법에 따라 판결을 내리는 독립기관의 모습은 찾아보기 어려웠다. 사법권의 행사는 강력한 행정성과 정치적 목적성을 지녔다. 사법해석의 내용에는 법적인 의미를 정확하게 정의할 수 없는 매우 불분명한 정치적 언어가 가득하곤 하였다. 따라서 이 시기 사법해석은 법규범의 적용을 위한 해석이라는 본래적 기능을 벗어나 폭력정치 수행을 위한 지침서로 전락하고 말았다. 실제로 '진반(镇反)' 대숙청이 일어났던 1949년부터 1950년대 초반까지 최고인민법원이 공포하였던 사법해석은 '명령(命令)', '지시(指示)', '지령(指令)' 등의 명칭을 많이 사용하였다.

한편 일부 절차법 영역의 사법해석은 계급투쟁적 색채가 농후하지 않았다. 이들은 최고인민법원 〈베이징시·톈진시 법원이 향후 사건 판결 시 판결에 어느 법원에 상소하여야 하는지 반드시 명시하여야 함에 관한 명령〉(1949.11.3), 최고인민법원 〈위법원(僞法院)[171] 상소 판결 미결이나 현재 재상소한 사건의 처리 방법에 관한 지령〉(1949.12.17), 최고인민법원 사법부 〈도시에서의 최근 몇 가지 형사사건 심판업무에 대한 지시〉(1952.5.25.) 등으로 주로 심판업무의 소송절차와 관련된다.

---

169) 最高人民法院研究室编，《中华人民共和国最高人民法院司法解释全集(1949.10-1993.6)》，人民法院出版社，1994年7月, p.251.
170) 最高人民法院研究室编，앞의 책, pp.252-254.
171) 당시 중국공산당은 국민당의 법제와 통치를 부정하는 의미에서 국민당 시기의 법원을 위법원(僞法院), 국민당의 법률을 위법(僞法)이라 칭하였다.

3. 소결

이 소절에서는 사법해석의 형성배경과 특징에 대해서 알아보았다. 사실 이 시기의 사법해석은 오늘날의 기준으로 볼 때 사법해석이라고 보기 어려운 경우가 많다. 그러나 오늘날의 사법해석제도가 지니는 특징의 근원을 이 시기에서 찾을 수 있다. 사법해석의 발전사는 최고사법기관의 기능과 지위와 긴밀하게 연관된다. 사법기관이 혁명정치에 깊게 연관될수록 사법해석의 도구주의적·계급투쟁적 색채도 농후해진다. 이후 이어질 사법해석의 침체와 파괴 역시 사법기관의 사법업무 침체와 사법기관의 파괴와 맥을 같이한다. 다음 절에서는 각 시기의 사법기관이 처하였던 현실을 주로 조명해 봄으로써 사법해석의 침체와 파괴의 원인을 살펴보고자 한다.

제 2 절 사법해석의 침체와 파괴

1. 사법업무의 마비

(1) 반우파투쟁 시기

1957-1958년 전개된 반우파투쟁(反右派斗争)은 사법기관에 막대한 충격을 가했다. 1958년 3월부터 8월까지 개최된 제4기 전국사법업무회의(全国司法工作会议), 제4기 전국검찰업무회의(全国检察工作会议), 제9차 전국공안업무회의(全国公安工作会议)를 관통했던 주제는 모두 무분별한 우경화 비판이었다. 당시 최고인민법원의 형사재판청 청장 자첸(贾潜), 부청장 주야오탕(朱耀堂) 그리고 연구실 주임 루밍젠(鲁明健) 등은 회의장에서 헌법과 인민법원조직법의 “인민법원은 독립적으로 심판을 진행하며 오직 법률에만 복종한다”는 규정에 따라 법원의 심판이 공산당의 도를 넘은 간섭으로부터 독립되어야 함을 주장하였고, 형사사건 심판에 있어서 “무죄추정(无罪推定)”의 원칙이 시행되어야 한다고 주장하였다. 그러나 이들은 “자본주의계급의 입장과 낡은 관점을 완고히 고집하면서 ‘심판독립’을 왜곡하고 ‘피고에게 유

리함'을 강조하여 심판업무에 대한 당의 영도(領導)를 반대하고 인민법원의 성질과 임무를 변질시키려 하며, 무산계급의 법률관과 법률제도를 자본계급의 법률관과 법률제도로 대체"하려는 반동분자로 낙인찍혔다.[172]

이 시기 수많은 인민법원 간부들이 우파의 누명을 쓰게 되었고 법관들은 직무해제 당했으며 많은 인민법원이 폐지되거나 이름만 남게 되었다. 1960년 겨울에 이르러서는 최고인민법원과 최고인민검찰원이 공안부(公安部)에 합병되어 공안 당조직의 지도를 받게 되는 등 사법기관의 통·폐합이 광범위하게 단행되었다. 인치가 혁명법제를 대신하고, '인치(人治)가 필요하지 법치(法治)는 필요없다'는 분위기가 국가와 사회를 지배했다.[173]

(2) 대약진 시기

1958-1960년의 대약진(大跃进) 운동은 전국적인 대기근(大饥荒)을 초래하여 수많은 인민을 아사시켰을 뿐만 아니라 중국 법제의 실질적인 붕괴를 가져왔다. 사법기관도 대약진 운동에 편입되었다. "사법업무의 근본 임무는 바로 심판 무기를 활용하여 사회주의건설의 총노선을 관철하고 공업, 농업 생산건설과 문화건설의 보장을 위하여 복무하는 것이다. 우리 사법 종사자는 반드시 총노선 등대의 빛 아래 약진하고 또 약진하여야 한다!"[174] 농업 생산에 적용되었던 대량생산, 고속생산의 목표로부터 영감을 얻은 인민법원

172) 이외에도 당시 최고인민검찰원 당조직원 류후이즈(刘惠之)는 국가기관과 간부 위법행위의 심각성과 기존 주관부처와 감찰(監察)기관의 감독의 한계를 언급하며 검찰기관의 감독기능을 강화하여 검찰기관이 이들을 재차 감독하게 하는 "감독의 감독"을 시행해야 하며 "당의 영도는 방침, 정책의 영도여야지 순수한 업무 성질의 문제에 관하여는 당이 간섭하지 말아야 한다. 그렇지 않으면 간부의 적극성을 저해하게 되고 이는 당정(黨政)을 구별하지 못하는 것"이라고 주장하였다가 "적에 대한 검찰기관의 칼끝을 국가기관과 간부에게 겨누고 법제의 건전화를 빌미삼아 법으로 당에 대항"하는 반동우파로 비판당했다. 刘敏，《当代中国法制现代化进程的中断——50年代末政法界反右派运动及其后果述论》，法制现代化研究，2000年第6卷，pp.287-288.

173) 조영남, 『중국의 법원개혁』, 서울대학교출판문화원, 2012, p.29.

174) 《坚决贯彻第四届全国司法工作会议的精神》，人民司法，1958年第14期.

은 처리가 지체되어 쌓인 사건들을 대량, 고속으로 처리하는 캠페인을 진행하였다. 대표적으로 정저우(郑州) 27구(區)법원은 20일 동안 285건의 사건을 처리하였다. 안산시(鞍山市) 법원은 1958년 3월 17-23일 전체 인력을 다 동원해 인당 12건 이상의 사건을 담당하게 함으로써 일주일 만에 형사사건 210건을 처리하였다.[175] 단기간에 신속하게 그리고 대량으로 처리되었던 사건들도 이후에 자세히 살펴보니 잘못 판결한 사건이 허다하였음은 물론이고 심지어 판결서에는 최소한의 판결이유조차 적시되어있지 않은 경우도 있었다. 1961년부터 진행된 기판사건 재심운동에서는 대량의 오판(誤判) 사건이 확인되었다.[176]

인민법원 관계자들은 실제 농업, 공업 생산현장에도 투입되었다. 법률업무가 있으면 그걸 처리하고, 없으면 생산현장에 동원되었다(有事办政法，无事办生产).[177] 1960년대 들어서는 법원에 기술개발 열풍이 불기도 하였다.[178]

그러나 무엇보다 이 시기 중국 사법기관의 핵심문제는 법관 등 간부의 유실이 심각하였다는 것이다. 1957-1959년 중급 및 기층인민법원 원장, 청장, 심판원 3,408명이 심판업무에서 배제되고 노동현장에 투입되었다. 이는 1958년 해당 직위 종사자수의 30.8%에 해당하는 인원이었다.[179] 그러므로 이 시기 사법해석이 침체되었던 가장 큰 이유는 바로 사법해석 제정의 핵심

---

175) 刘练军，《"大跃进"中的人民司法》, 政法论坛，2013年第5期, p.145.

176) 예를 들어 허난성(河南省)의 경우 재심사건 피고인 13,430명 중에 1,423명은 무죄, 6,510명은 감형, 1,106명은 형면제, 2,024명은 관제(管制) 철회 혹은 해제, 1,753명은 조기석방, 70명은 보증석방, 544명은 기타 방식으로 판결이 정정되었다. 刘练军, 앞의 글, p.149.

177) 1958년 중국공산당이 1,070만 톤의 강철 생산 목표를 선포하자 법원 입구나 뒷마당에 제철용 용광로가 설치되는 황당한 장면이 연출되는가 하면 법원장들은 철강 공장에 가서 생산을 지휘하거나 손수 제철하기도 하였다. 刘练军, 앞의 글, p.146.

178) 지린성(吉林省) 융지현(永吉县)법원은 형기(刑期)계산기와 문서 제본기 등을 발명하는가 하면 헤이룽장성(黑龙江省) 솽청현(双城县)법원에서는 휴대용 무선 라디오기기를 개발하여 전원이 없는 지역에서 판결 선고의 방송화에 사용하였다. 심지어 쓰촨성(四川省) 고등법원은 만두 절단기, 세채기(洗菜幾), 바닥청소기 등을 개조, 개발하였다. 刘练军, 앞의 글, p.147.

179) 刘练军, 앞의 글, p.148.

주체인 인민법원이 혁명정치 운동에 휘말리면서 법률을 구체적으로 적용하기 위한 해석 요구와 관련된 심판업무를 제대로 수행할 수 없었기 때문이다. 최고인민법원 사법해석 건수는 1957년 147건으로 역대 최다치를 기록하였다가 반우파투쟁의 심화 및 대약진 운동의 전개에 따라 급감하였고 1960년대에 들어서는 거의 없다시피 하였다.

[표 3-1] 1957-1961년 연도별 사법해석 수량[180)]

연도	형사법 분야	민사법 분야	절차법 분야
1957	45	24	77
1958	8	8	18
1959	6	0	1
1960	9	0	3
1961	2	1	6
합계	70	33	105

(3) 일시적 회복기

1962-1965년은 사법해석의 일시적 회복기이다. 대부분의 문헌은 이 기간 최고인민법원 사법해석 활동의 일시적인 증가를 간과하고 곧바로 문화대혁명 기간의 파괴기로 넘어간다. 그러나 이 시기는 중국에서 법제의 회복과 건설이 추진되었던 시기로, 법률의 구체적 적용 문제에 관한 진정한 의미의 사법해석 사례를 찾아볼 수 있으므로 별도로 살펴볼 필요가 있다.

대기근에 대한 궁극적 책임을 져야했던 마오쩌둥은 당 내에서의 영향력이 축소되었고 덩샤오핑(邓小平), 류사오치(刘少奇) 등 신중파가 주도권을 잡았다. 류사오치는 법원이 헌법의 규정에 따라 독립적으로 심판을 진행하는 것이 옳은 일이며, 당과 정부는 그들의 사건 심판에 간섭하지 말아야 한다고 주장하였다.[181)] 이로 인해 사법기관은 지난 몇 년과 같은 무질서한 모습을

180) 표 3-1은 지청(纪诚)의 통계를 바탕으로 재구성한 것이다. 纪诚 ,《最高人民法院司法解释研究——对最高人民法院司法解释合理性之反思》, 中国政法大学博士学位论文 , 2006.

181) 李成、刘新玲, 《刘少奇对新中国法制建设的贡献》, 福建党史月刊 , 2014年第16

어느 정도 탈피하여 정상정인 업무수행이 이루어질 수 있었다.

이 시기 사법해석에는 특히 절차법 분야에서 법이 정한 법원의 심판절차를 실제로 이행하고, 반우파투쟁과 대약진으로 인해 훼손되었던 인민법원 조직과 제도의 정비 및 업무의 정상화를 위한 노력이 엿보였다. 일례로 인민배심원(人民陪审员)제도에 관한 사법해석을 들 수 있다. 인민배심원제도는 1954년 헌법과 인민법원조직법에 명시되어 있었고 특히 법원조직법 제35조 이하에서 그 선거에 대하여 규정하고 있었다. 그러나 실무에서는 유명무실하기 때문에 해당 법률규정을 준수할 필요가 있는지에 대하여 장쑤성(江苏省)고급인민법원은 최고인민법원에 청시하였고 최고인민법원은 이에 대하여 답변하였다.[182)]

[문건 3-3]

장쑤성고급인민법원
인민배심원 선거 필요 여부 문제에 관한 청시
법심자제531호

최고인민법원:

최근 우시시(无锡市) 중급인민법원이 인민배심원 선거 필요 여부 문제에 대하여 편지하여 청시하였음. 1958년 대약진 이래 우리 성 각지의 기층인민법원은 모두 과거 교대로 배심하였던 방법을 바꿔 광범위하게 필요에 따라 현장에서 배심을 요청하였음. 그러므로 몇 년 간 인민배심원 선거가 제때에 실행되지 않았고 원래 선출되었던 배심원도 임기가 한참 지났음. 또한 몇 년 간 인사 변동이 매우 큰 관계로 선출된 인민배심원 수도 이미 많지 않음. 실천의 경험에 따르면, 현장 배심 요청은 장점이 많음. 그렇다면 여전히 선거를 진행하여야 하는가? 배심원의 문제는 광범위한 문제들과 연계되므로 우리가 확신할 수 없음. 이에 니원(你院)에 청시하는 바 비복(批复)하여주기 바람.

1961년 5월 19일

期，p.32.

182) 《江苏省人民法院关于人民陪审员是否需要选举问题的请示》、《最高人民法院办公厅关于人民法院陪审员是否需要选举问题的函》，载最高人民法院研究室编，《中华人民共和国最高人民法院司法解释全集(1949.10-1993.6)》，人民法院出版社，1994年7月，p.13.

[문건 3-4]

최고인민법원사무청

인민배심원 선거 필요 여부 문제에 관한 함(函)

1961년 8월 3일 법연 자제19호

장쑤성인민법원:

1961년 5월 19일 인민배심원 선거 필요 여부에 관한 니원(你院)의 청시 편지에 대하여 아래와 같이 답변함:

배심원제도는 헌법과 인민법원조직법에서 규정한 것으로 인민배심원은 마땅히 법에 따라 선거를 통하여 선출되어야 함. 업무의 필요에 따라 임시적으로 조건에 부합하는 사람을 초청하여 배심에 참가하도록 할 수도 있음.

최근 몇 년 들어 적잖은 지방에서 실제로는 이미 배심제도를 집행하지 않고 있음. 이것은 옳지 않으며 반드시 단호히 교정해야 함. 만일 니성(你省) 각지 법원에도 이런 현상이 존재한다면, 니원(你院)에 속한 각지 인민법원을 독촉하여 검사를 한 번 진행하여 확실하게 정돈하길 바람. 법에 따라 배심을 실행하여야 하는 사건에 대하여는 반드시 법에 따라 인민배심원에게 배심에 참가할 것을 통지하여야 하고 그들이 심판원과 동등한 권리를 향유도록 보장함으로 인민배심원을 존중하지 않는 모든 현상을 확실하게 교정해야 함.

또 다른 예로 절차법 사법해석인 1961년 〈심판문서 품질 개선 문제에 관한 통지(关于改进审判文书质量问题的通知)〉에서 최고인민법원은 당시 심판문서의 보편적인 품질 저하 문제를 구체적으로 지적하였다.[183] 최고인민법원은 법관들의 교육 수준의 한계를 인정하면서도 업무를 대하는 그들의 소홀한 태도를 질책하였다. 따라서 최고인민법원은 전국의 모든 고급인민법원과 중급인민법원의 심판원과 서기원(书记员)에게 판결 내용을 명확히 쓸 것, 문장을 논리적으로 잘 표현할 것, 글씨체를 또박또박 알아볼 수 있게

183) 이 통지에 따르면 일부 법원 심판문서는 “사실과 이유를 제대로 서술하지 못하고 문장이 말이 되지 않아 무슨 말인지 이해하기가 어렵다”거나 “1심 판결서의 판결이유를 반복할 뿐이니 힘이 없어 보이고 당사자를 설득할 수 없다”거나 오탈자를 검사하지 않아 “심지어는 ‘어미 돼지(母猪)’를 ‘모친(母亲)’으로 잘못 쓰고 ‘3년 관제(管制)에 처한다’를 ‘3년 징역에 처한다’로 잘못 쓰는” 경우, 그리고 필체가 좋지 않아 알아볼 수 없는 경우도 있었다.

할 것, 자신이 창조한 간화자(簡化字)를 사용하지 말 것, 작성한 뒤 두 번 교정할 것, 문서를 순서대로 제본할 것 등 지침을 세밀하게 제시하며 심판 문서 수준의 전반적인 개선을 요구하였다.[184)]

[표 3-2] 1962-1965년 연도별 사법해석 수량[185)]

연도	형사법 분야	민사법 분야	절차법 분야
1962	14	15	24
1963	22	12	36
1964	20	11	29
1965	3	3	9
합계	59	41	98

회복의 분위기는 문화대혁명 전까지 지속되었다. 비록 5년도 채 되지 않는 짧은 기간이었지만 이 시기에 법원의 심판절차, 소송절차, 형사법, 혼인법, 국제사법 등 분야의 중요한 사법해석 문건이 다수 공포되었다. 사법해석의 체계화와 규범화가 이루어졌던 시기였다. 그러나 바로 뒤에 이어지는 사건으로 인해 사법해석은 다시 파괴기로 들어가게 되었다.

2. 사법해석의 파괴

1966-1976년은 문화대혁명(文化大革命) 기간으로 사법해석 발전사에 있어서는 파괴기이다. 문화대혁명은 마오쩌둥에 의하여 촉발된 극좌적 투쟁으로 이 시기는 정치적 이데올로기가 모든 법제(法制)를 초월하고 대체하는 기간이었다.

문화대혁명 시기에는 공산당, 대학, 군부 그리고 '공검법(公检法)'(공안·검찰·법원) 모두가 홍위병(红卫兵)의 파괴 대상이었다. 문화혁명소조(文化革命小组)는 정치국과 인민대표대회마저도 대체하여 실질적인 최고 권력기구가

184) 最高人民法院研究室编，《中华人民共和国最高人民法院司法解释全集(1949.10-1993.6)》，人民法院出版社，1994, p.25.

185) 표 3-2는 지청(纪诚)의 통계를 바탕으로 재구성한 것이다. 纪诚，《最高人民法院司法解释研究——对最高人民法院司法解释合理性之反思》，中国政法大学博士学位论文，2006.

되어 당권, 정권, 군권, 사법권을 장악하였다. 법이 정한 심판절차는 “자본주의계급의 가짜 민주주의”라 비판받았으며 형사사건은 수사, 기소, 심판을 공안기관이 일괄적으로 판결 및 처리하도록 하고 법원은 단지 수속을 담당할 뿐이었다.[186] 민사사건은 현지 대중조직이 스스로 해결하도록 “하방(下放)”하였는데, 이는 민사심판권이 사법기관에서 지방 기층 조직으로 이전되는 효과를 가져왔고 결과적으로 인민공사, 공장 심지어는 병원이 ‘심판서(审判书)’와 ‘재정서(裁定书)’를 쓰는 사태까지 발생하였다.[187] 1967년 말에 이르러 인민법원은 군사관제 아래 놓였고 공안기관의 군사관제위원회가 인민법원을 대신하여 국가의 심판권을 행사하였다. 대부분의 각급 지방법원은 물론 최고인민법원 또한 유명무실해졌다.[188] 최고인민법원도 습격을 받아 정상적인 업무 수행이 불가하였다.[189] 사법해석이 발생할 수 있는 모든 환경이 사실상 말살되었다.

[표 3-3] 1966-1976년 연도별 사법해석 수량[190]

연도	형사법 분야	민사법 분야	절차법 분야
1966	0	1	3
1967	0	0	2
1968	0	0	0
1969	0	0	0

186) 张小琴, 《当代中国司法进程中的革命思维研究》, 华侨大学硕士学位论文, 2016, pp.17-18.
187) 张小琴, 앞의 글, p.18.
188) 周道鸾,《新中国司法解释工作的回顾与完善司法解释工作的思考》, 1993年6月, 载最高人民法院研究室编,《中华人民共和国最高人民法院司法解释全集(1949.10-1993.6)》, 人民法院出版社, 1994, 序之p.6.
189) 1966년 10월 한 무리의 조반파(造反派) 학생들이 최고인민법원 사무빌딩 지하에 위치한 문서고(档案库)를 탈취하고자 하였다. 그런데 철문이 너무 두꺼워 좀처럼 열리지 않자 그들은 초대형 쇠망치를 가져와 몇 명이 돌아가며 이틀 동안 문을 때려 부수어 열었다고 한다. 胡显中主编,《精英是怎样被毁灭的：1949年以来各界精英死难实录》, (香港)五七学社出版公司, 2012年4月, p.35.
190) 표 3-3은 지청(纪诚)의 통계를 바탕으로 재구성한 것이다. 纪诚,《最高人民法院司法解释研究——对最高人民法院司法解释合理性之反思》, 中国政法大学博士学位论文, 2006.

1970	0	0	0
1971	0	0	1
1972	1	0	0
1973	0	1	4
1974	5	1	17
1975	2	2	13
1976	2	3	1
합계	10	8	41

한편 마오쩌둥은 1975년 헌법을 개정하여 계급투쟁을 강령으로 한 프롤레타리아 독재하의 계속적인 혁명이론을 국가의 지도사상으로 삼았다. 1954년 헌법의 “인민법원은 독립적으로 심판을 진행한다”, “상급 인민법원은 하급 인민법원의 심판업무를 감독한다”는 규정은 삭제되었다. 인민배심단 제도와 인민법원의 재판공개 규정 그리고 피고인이 변호를 획득할 권리를 규정한 조항 또한 폐지되었다. 심지어는 검찰원(检察院) 설치 조항을 폐지하여 검찰기관의 직무를 공안기관이 담당하게 하였다.[191]

마오쩌둥이 사망한 1976년 문화대혁명은 비로소 종료되었다. 문화대혁명 시기의 사법해석은 사법기관의 붕괴와 함께 완전히 파괴되었다.

3. 소결

1949년부터 1976년까지는 중국공산당의 영도와 마오쩌둥 개인숭배가 헌법과 법률을 압도하였던 시대였다. 혁명정치 시대의 종료는 ‘혁명사고(革命思维)’로 가동되었던 급진적 사회주의개조의 종말을 의미하였다. 이 시기의 최고인민법원은 혁명정치를 실행하는 하나의 종속기관에 지나지 않았다. 이 같은 토양에서 사법해석이 처음 출현하였고 신중국 성립 초기부터 심판업무에 있어서 법원조직의 통일화와 조직화에 어느 정도 기여하였으나 도구주의적 색채와 계급투쟁적 색채를 탈피하기는 어려웠다. 심판업무에서 법률을 구체적으로 적용하는 문제를 규율하기 위한 진정한 의미의 사법해석제도는 중국이 혁명정치적 노선을 탈피하고 실용주의에 입각한 개혁개방과 법제건설로 노선을 전환한 이후부터 비로소 본격적으로 발전하기 시작하였다.

191) 张晋藩，《中国宪法史》，吉林人民出版社，2004，pp.340-341.

제 3 절 사법해석의 회복과 규범화

1. 법제의 회복

(1) 개혁개방과 법제건설

덩샤오핑(邓小平) 시기에는 과거의 급진적 혁명정치의 잔재를 탈피하기 위한 조치들이 취해졌다. 개혁개방(改革开放) 정책 개시의 지표인 중국공산당 제11기 3중전회(十一届三中全会)를 계기로 덩샤오핑 지도부는 국가의 안정을 위해 법의 지배를 지지했고 경제발전과 개방정책을 추진하기 위해서 법의 지배가 필요하다는 인식을 분명히 하였다.[192] 중국공산당 내부에서 실용적 이성(理性)주의가 극좌적 유토피아를 대체하였고 그 필연적인 결과로서 법치(法治)의 가치가 인치(人治)를 압도하기 시작하였다.[193] 물론 개혁개방과 법제개혁 모두 근본적으로 중국공산당의 영도를 전제로 진행되었다는 점에서 여전히 인치의 요소가 강력하게 작용하였으나, 혁명정치 시대에 비해 법의 지배가 보다 강화되었고 사법기관 또한 보다 독립되었다. 도구주의적 법 이해는 여전히 유지되었으나 그 기능의 목적이 정치적 탄압이 아닌 "네 개의 현대화"와 같은 실용적 목표의 실현에 있었다. 실제로 시법기관을 포함한 사회 각 방면에서 당의 영도가 느슨해지고 있었다.[194]

지도부는 제한적인 시장경제 도입을 통해 미래에 도래할 사회주의 사회를 위한 필수적인 물질적 기초를 마련하고자 하였다.[195] 계획경제체제하에서 위축되었던 사적 영역의 경제활동이 활발하게 일어나게 되었다. 대표적으로 1980년대 초 각종 소매업과 서비스업이 도시에서 왕성해졌다. 농촌에서는 인민공사(人民公社)가 폐지되고 집단생산 체제는 개별 가호(家戶) 단위로 재편되었으며 농업경제가 상업화되었다. 사적자치의 활성화 과정 속에서 기

---

192) 정철, 『중국의 사법제도』, 경인문화사, 2009, p.42.
193) 许章润 ,《中国的法治主义：背景分析（上）》, 法学 , 2009年第4期, p.68.
194) 정철, 앞의 책, p.44.
195) Maurice Meisner, *Mao's China and After*, The Free Press, 1999, p.452.

존의 계획경제체제에서 국가행정사건으로 분류되었던 사건들이 시장경제체제 도입 이후로는 민사사건화 되었고 민간경제의 규모가 급속하게 확대되면서 그로 인한 경제적 분쟁도 증가하게 되었다.[196] 그러므로 개혁개방 이후 중국은 문화대혁명 시기의 법제로는 규율하기 어려운 영역에서 발생하는 각종 법률관계 간의 법적 문제의 해결을 위한 입법이 시급하였다.

(2) 법률업무의 회복

지도부는 신속하게 입법이 시급한 법률들의 제정에 착수하였다. 1979년에만 형법, 형사소송법, 인민법원조직법, 인민검찰원조직법 등 12개 법률이 통과되었다.[197] 1981년에는 〈법률해석업무 강화에 관한 결의(关于加强法律解释工作的决议)〉가 통과되었다. 1982년에는 문화대혁명 헌법을 대체하는 새로운 헌법이 제정되었고 문화대혁명 헌법에서 폐지하였던 사법기관에 관한 규정 등이 다시 회복되었다. 이로써 최고인민법원의 형사법정, 민사법정, 사무청, 행정부서 등의 업무가 점차 정상화되었다.

사법해석업무는 최고인민법원과 최고인민검찰원의 심판업무가 정상적으로 개진되어야 활성화될 수 있었다. 개혁개방 이후 인민법원의 정상화, 사적자치의 활성화, 대외무역의 개방, 법제국가 관념의 도입, 각종 기본법률의 입법, 인민법원의 사회적 역할 증대 등 사법해석업무의 재개 및 사법해석제도의 발전에 우호적인 환경이 조성됨에 따라 사법해석제도의 활발한 운용이 가능해졌다. 제11기 3중전회 이후 사법해석제도는 크게 강화되었고 사법해석의 내용, 제정 그리고 사법해석 공포의 절차에 있어서 적지 않은 개혁을 진행하였고 큰 발전을 이루었다고 평가된다.[198] 개혁개방을 기점으로 사법해석이 체계화되기 시작하면서 사법해석의 내용에는 혁명정치적인 색채가

---

196) 정철, 앞의 책, pp.49-50.

197) 全国人大常委会法工委立法规划室编，《中华人民共和国立法统计(2018年版)》，中国民主法制出版社，2019年8月第1版，p.325.

198) 周道鸾，《新中国司法解释工作的回顾与完善司法解释工作的思考》，1993年6月，载最高人民法院研究室编，《中华人民共和国最高人民法院司法解释全集(1949.10-1993.6)》，人民法院出版社，1994，序之p.6.

많이 사라졌다. 사법기관과 정치 간의 연계의 약화는 자연히 사법해석 업무에도 긍정적인 영향을 미쳤다. 그리하여 해당 시기부터 비로소 정치적 종속을 벗어나 사법해석 자체에 관한 연구와 논의가 가능해졌다.

2. 사법해석의 회복

(1) 사법해석의 체계화

개혁개방 이후 사법해석은 질적인 향상을 이룩하였다. 과거 사법해석의 다수를 차지하였던 형식은 단편의 '복함(复函)' '비복(批复)' 등이었지만 개혁개방 이후에는 조문 형태로 세밀화된 법률적용에 관한 규칙이 대거 제정되었다.[199] 개혁개방 이후의 사법해석은 과거와 같이 정치에 종속된 행정적, 정책적 문건이 아닌 명실상부한 '해석'으로 탈바꿈하였다. 이 시기 사법해석은 개혁개방 이전과 비교할 때 다음과 같은 네 가지 측면에서 획기적으로 변화하였다.

첫째, 사법해석의 주요 해석대상이 변화하였다. 법률은 사법해석의 가장 주요한 대상으로 자리매김하게 되었다. '의지할 법이 있어야 한다(有法可依)'는 지도부의 방침에 따라 1979년 이후 신속하게 입법된 각 법률들은

---

199) 대표적으로 1991년 <중화인민공화국 행정소송법 관철 및 집행의 약간의 문제에 관한 의견(关于贯彻执行<中华人民共和国行政诉讼法>若干问题的意见)>은 115개의 조항으로, 1988년 <중화인민공화국 민법통칙 관철 및 집행의 약간의 문제에 관한 의견(关于贯彻执行<中华人民共和国民法通则>若干问题的意见)>은 200개의 조항으로, 1994년 <형사사건 심리 절차에 관한 구체적 규정(关于审理刑事案件程序的具体规定)>은 246개의 조항으로, 1992년 <중화인민공화국 민사소송법 적용의 약간의 문제에 관한 의견(关于适用<中华人民共和国民事诉讼法>若干问题的意见)>은 무려 320개의 조항으로 구성된 방대한 사법해석이다. 1986년 민법통칙(民法通则)이 156개 조항으로 구성되어 있고 1991년 민사소송법(民事诉讼法)의 조항이 270개였던 점을 감안하면 이 사법해석들은 그 해석대상인 법률보다도 방대한 것임을 알 수 있다. 이외에도 조항이 50~100개에 이르는 사법해석 6개가 이 시기에 공포되었다. 纪诚 ,《最高人民法院司法解释研究——对最高人民法院司法解释合理性之反思》, 中国政法大学博士学位论文 , 2006, p.17 참조.

“법이 있으면 반드시 법에 의하여야 한다(有法必依)”는 요구에 따라 각종 사회·경제관계와 공법조직을 규율하기 시작하였다. 그런데 이 법률들의 규정은 대개 굉장히 포괄적이었고 후속법령의 제·개정이 현실적인 수요에 발맞추어 제때에 이루어지지 못했기 때문에 제정법의 입법취지와 적용범위에 대한 명확하고 통일적인 이해를 도모하기가 어려웠다.[200] 법률에 대한 해석 문제는 전국에서의 통일적인 법의 적용은 물론 개별 사건에 대한 심판에도 어려움을 주었다. 제정법에 대한 해석은 필연적으로 사법적 분쟁에서 주요한 논쟁의 대상이 될 수밖에 없었다. 따라서 각급 인민법원은 법률의 구체적인 해석과 적용에 관한 문제를 상급법원에 청시하는 일이 잦아졌고 이로 인해 최고인민법원은 혁명정치 시대와는 달리 성문화된 법률에 대한 해석업무를 주로 담당하게 되었다.[201] 이와 같이 법률을 대상으로 한 사법해석은 1979년부터 서서히 증가하여 주요적인 형태로 자리 잡게 되었다. 반면 법률을 대상으로 하지 않고 개별 정책이나 법률과 무관한 하급법원의 개별 문의에 대한 답변 등의 사법해석은 점차 감소하였다.

둘째, 해석의 영역이 확장되었다. 새로운 법률이 입법되면서 법규범이 규율하는 영역의 확장이 일어났고 사법해석의 영역도 확장되었다. 이 확장은 주로 세 가지 측면에서 나타났다 (1) 새로운 법률영역으로의 확장. 경제법, 행정소송법 등 새로운 영역에서 법률이 입법됨에 따라 최고인민법원 또한 상응하는 법률영역에 관한 사법해석을 공포하기 시작하였다.[202] (2) 기존

---

200) 김주, “중국 사법해석제도에 관한 고찰 - 최고인민법원의 사법해석을 중심으로”, 비교사법 제15권 제2호(2008.6.), pp.373-374.

201) 예를 들어 1979년 형사소송법 시행 직후 <형사소송법이 규정한 사건 관할범위의 집행에 관한 통지(关于执行刑事诉讼法规定的案件管辖范围的通知)>(1979.12.15.)는 당시 형사소송법 제13조의 규정을 구체화하는 사법해석이다.

202) 예를 들어 1981년 <경제계약법(经济合同法)> 제정에 따른 최고인민법원 <경제계약법 관철 및 집행의 약간의 문제에 관한 의견(关于贯彻执行<经济合同法>若干问题的意见)>(1984.9.17.), 1992년 <해상법(海商法)> 제정에 따른 최고인민법원 <중화인민공화국해상법 학습·선전과 관철 및 집행에 관한 통지(关于学习宣传和贯彻执行<中华人民共和国海商法>的通知)>(1992.11.20.), 1989년 <행정소송법(行政诉讼法)> 제정에 따른 최고인민법원 <중화인민공화국행정소송법 관철 및 집행의 약간의 문제에 관한 의견(시행)(关于贯彻执行<中华人民共和国行政诉讼

법률영역 내에서의 확장. 예를 들어 형사법 분야의 사법해석은 신중국 성립 이후로 줄곧 존재해왔지만 1979년 형법이 제정됨에 따라 죄형법정주의가 도입되면서 공공안전위해(危害)죄, 재산침범죄 등 이전에는 존재하지 않았던 범죄유형과 범죄성립요건이 신설되었다. 따라 공공안전위해죄와 재산침범죄 두 범죄유형에 관한 첫 사법해석이 각각 1988년과 1984년에 공포되었다.[203] (3) 여전히 입법되지 않은 법률영역으로의 확장. 입법이 사회경제적 실무의 변화를 따라잡지 못하기 때문에 사법해석은 특정 법률영역에 있어서 입법보다 앞서기도 하였다. 예를 들면 1991년 〈저작권법(著作权法)〉이 입법되기 전에 최고인민법원은 이미 저작권 분쟁 관련 사법해석을 제정 및 공포한 바 있다.[204]

셋째, 절차적·형식적 요건에 부합하지 않는 사법해석에 대한 정리 작업이 단행되었다. 사법해석의 형식과 제정절차는 그야말로 엉망진창이었다. 명칭만 보더라도 의견, 해석, 비복, 답복(答复), 함, 복함, 기요(纪要), 규정, 통지, 해답 등 20가지 정도가 존재해왔다.[205] 또한 개혁개방 이전을 포함하여 최고인민법원 내의 사무청(办公厅), 연구실(研究室), 심판정(审判庭) 등 다양한 부서가 각자의 명의로 법률문제에 관한 사법해석을 공포해왔다. 특히 최고인민법원연구실과 각 심판정의 명의로 기록된 전화답변(电话答复)과 정함(庭函)이 사법해석 목록에서 큰 비중을 차지하였다.[206] 이에 최고인민법원은 사법해석과 사법해석성문건(司法解释性文件)을 구분 짓고 사법해석에 대

法>若干问题的意见(试行))>(1991.6.11.).

203) 최고인민법원 <공공안전을 위해하는 범죄활동을 엄격히 타격할 것에 관한 긴급 통지(关于严厉打击危害公共安全犯罪活动的紧急通知)>(1988.2.9.); 최고인민법원·최고인민검찰원 <현 단계에서 절도사건 처리 중 법률의 구체적 적용의 약간의 문제에 관한 해답(关于当前办理盗窃案件中具体应用法律的若干问题的解答)>(1984.11.2.).

204) 예를 들어 최고인민법원 <저작권(판권)이 주최기관 소유인 작품의 개인 판권 침해 여부에 관한 비복(最高人民法院关于著作权(版权)归主办单位所有的作品是否侵犯个人版权的批复)>(1987.12.31.).

205) 董皞,《新中国司法解释六十年》, 岭南学刊, 2009年第5期, p.49.

206) 이러한 전화답변 및 정함의 수량은 약 600건에 달한다. 纪诚,《最高人民法院司法解释研究——对最高人民法院司法解释合理性之反思》, 中国政法大学博士学位论文, 2006, p.7.

한 대대적인 폐지 작업을 단행하였다. 2021년 현재까지 총 14차례에 걸쳐 사법해석 및 사법해석성문건 폐지작업이 진행되었다.

[표 3-4] 최고인민법원 사법해석·사법문건 폐지현황[207]

	폐지년도	폐지건수	폐지대상문건 시행년도
제1차	1994년	11건	1979~1993년
제2차	1997년	69건	1979~1989년
제3차	2000년	10건	1999년말 이전
제4차	2001년	20건	2000년말 이전
제5차	2002년	16건	2000년말 이전
제6차	2002년	14건	2000년말 이전
제7차	2008년	27건	2007년말 이전
제8차	2012년	144건	1979년말 이전
제9차	2013년	429건	1980~1997년
제10차	2013년	81건	1997~2011년
제11차	2014년	11건	2000~2010년
제12차	2017년	15건	1988~2013년
제13차	2019년	103건	1957~2013년
제14차	2021년	116건	2020년말 이전
합계: 1066건			

넷째, 사법해석의 공개화가 이루어지기 시작하였다. 과거 사법해석은 내부 관계자들만 접할 수 있다는 인식이 팽배하였고 실제로 외부에는 거의 공개되지 않았다. 1985년 최고인민법원은 〈최고인민법원공보(最高人民法院公报)〉를 창간하고 사법해석을 〈공보〉에 게재할 것과 사법해석의 내용은 〈공보〉에 게재된 것을 기준으로 할 것을 규정하였다.[208] 또한 중요한 사법해석은 기자회견을 통해 공개하거나 「인민일보」, 「법제일보(法制日报)」에 게재함으로써 어느 정도 공개화를 실현하였다.[209] 사법해석 사상 처음으로

207) 표 3-4는 현재까지 최고인민법원이 공포한 사법해석·사법문건 폐지 결정에 대한 필자의 조사를 바탕으로 작성된 통계이다.
208) 이 규정이 곧바로 지켜진 것은 아니다. 2000년대에 들어서도 모든 사법해석이 <공보>에 게재되지는 않았고 일부 사법해석은 일부 내용이 삭제된 채로 〈공보〉에 게재되는 등 사법해석의 공개화 정도는 여전히 높지 않았다는 비판이 있다. 董皞，《我国司法解释的现状及其完善》，法学论坛，2001年第5期, p.96; 纪诚，앞의 글, p.20.

공개화를 실현하였다는 점에서 〈공보〉의 발간은 기념비적인 사건이라고 할 수 있다. 사법해석의 공개는 사법해석 자체의 권위를 향상시키는 계기가 되었을 뿐만 아니라, 최고인민법원 스스로 사법해석 제정권에 대한 견제장치를 마련한 것이기도 하였다.

(2) 회복기의 한계

한편, 사법해석의 회복과 체계화가 어느 정도 이루어졌음에도 불구하고 여전히 법제사회에 걸맞지 않은 미흡한 부분들이 여전히 상존하였다. 이러한 부분들은 회복기 다음의 제도화기에서 해결되어야 할 과제로 남게 되었다.

먼저 사법해석의 공포주체가 통합되지 못하였다. 1981년 전인대 상무위는 사법해석권을 최고인민법원과 최고인민검찰원 두 주체에게만 부여하였으나 실무에서는 부적격한 주체가 여전히 사법해석 공포에 참여하였다.[210] 구체적으로는 공안부, 사법부, 재정부, 외교부, 감찰부, 중국인민은행, 전국인민대표대회 상무위원회 법제공작위원회, 심지어는 시민단체인 전국부련(全国妇联) 등도 있다. 이런 유형의 사법해석은 일반적으로 이 기관들의 요구에 따라서 혹은 이 기관들의 동의를 얻고자 하는 과정에서 작성되었기 때문에 그 내용이 특정 기관의 이익 중심적인 경향을 띠며 형식의 엄밀성도 저하되기 마련이다.[211] 이러한 현상은 소위 연합 공포의 '큰 손'이라고 할 수 있었던 공안부가 사법해석에 관련된 모든 문제는 최고인민법원, 최고인민검찰원이 발행한 것을 기준으로 하고 공안기관은 이를 참조해 집행하도록 지시

209) 周道鸾，《新中国司法解释工作的回顾与完善司法解释工作的思考》，1993年6月，载最高人民法院研究室编，《中华人民共和国最高人民法院司法解释全集(1949.10-1993.6)》，人民法院出版社，1994，序之p.7.

210) 예를 들어 최고인민검찰원·공안부·노동인사부(劳动人事部)가 공동 공포한 <검찰기관이 불기소, 기소면제 결정한 원 국가직공 소속 피고인의 구금기간 급여 보충지불 여부 문제에 관한 답복(关于检察机关决定不起诉、免于起诉的原系国家职工的被告人羁押期间工资是否补发问题的答复)>(1986.1.23.)，载梁国庆主编，《新中国司法解释大全》，中国检察出版社，1990，p.465.

211) 董皞，앞의 글, pp.91-92.

하면서 스스로를 사법해석의 주체에서 배제한 뒤로 크게 줄었다.[212]

또한 개혁개방 초기에는 여전히 과거의 혁명정치적 사고에서 벗어나지 못해 법률문제와 정치를 지나치게 연계하여 재산권 분쟁을 "네 개의 현대화(四个现代化)"와 연관짓는가 하면 혼인 문제를 "부르주아계급과 봉건주의적 구습" 문제로 확대 해석하는 등 이념적 언어가 가득한 사법해석이 여전히 존재하였다.[213]

무엇보다도 사법해석 제정절차의 부재와 형식적 요건의 불명확성은 여전히 미해결 상태로 남아있었다. 사법해석 문건상의 문호(文号) 역시 관행을 참조하여 매겨질 뿐 일관된 표기규정이 없어 작성자의 주관에 따라 표기하거나 아예 표기하지 않는 경우도 허다하였다.[214] 〈공보〉 게재는 온전히 지켜지지 않았고 최고인민법원의 공식 간행물이었음에도 불구하고 사법해석과 사법해석성문건을 제대로 구별하지 않았다.

이 기간의 사법해석은 이전에 비해 상당한 회복과 체계화를 이루었지만 진일보한 법적 안정성을 지닌 법제사회의 건설이라는 시대적 요구의 관점에서 볼 때, 사법해석업무는 여전히 무질서한 상태를 벗어나지 못하였다.[215] 본격적인 규범화는 사법해석의 도약의 기반을 마련하였던 해인 1997년부터 시작되었다.

---

212) 공안부 <최고인민법원, 최고인민검찰원 두 사법해석 문건 발행에 관한 통지(关于印发最高人民法院、最高人民检察院两个司法解释文件的通知)>(1984.11.8.).

213) 최고인민법원 <민사정책법률의 관철 및 집행에 관한 의견(关于贯彻执行民事政策法律的意见)>(1979.2.2.).

214) 문호(文号)란 우리나라 법률의 "법률 제X호" 형식의 공포번호나 판결문의 사건번호와 같이 법률문건의 공포주체, 공포연도, 문서순서 등을 나타내기 위해 표기하는 번호이다. 예: "法(研)复[1991]2号", "林安字[1990]514号", "高检会(研)字第19号".

215) 董皞,《新中国司法解释六十年》, 岭南学刊, 2009年第5期, p.49.

3. 사법해석의 규범화

(1) 제15차 당대회와 의법치국

1997년 중국공산당 제15차 전국대표대회(이하 '제15차 당대회')에서 장쩌민(江泽民)이 권력을 승계하였다. 장쩌민 지도부는 사회주의 법치국가 건설을 위한 주요 의제를 이전의 덩샤오핑 지도부의 '이법치국(以法治国)'에서 '의법치국(依法治国)'으로 전환하였다. 장쩌민 지도부가 '의법치국'으로 의제를 전환한 것은 법을 더 이상 정치의 도구로만 인식하지 아니하고 중국의 실질적인 법치(法治) 실현을 향해 나아가고자 하는 의지의 표현이었다. 장쩌민이 직접 작성한 것으로 알려진 제15차 당대회 보고서는 의법치국을 법치개혁의 목표로 공식 채택하였다. 구체적으로는 다음과 같은 사항을 포함하고 있다.[216]

"의법치국이란, 인민 대중이 당의 영도 하에 헌법과 법률의 규정에 따라 각종 수단과 형식을 통하여 국가사무, 경제문화사업, 사회사무를 관리하고 국가의 각 업무가 모두 법에 의하여 진행되도록 보장하며 사회주의민주의 제도화 및 법률화를 점차 실현함으로써 이 제도와 법률이 지도자의 교체에 따라 변화하지 않고 지도자의 생각과 주의력의 변화에 따라 변화하지 않도록 하는 것이다."

"사법개혁을 추진하되 사법기관이 법에 의하여 독립적이고 공정하게 심판권과 검찰권을 행사하도록 제도적으로 보장하고..."

"고위 지도층 간부의 법제관념과 법에 의한 업무수행 능력을 중점적으로 제고한다."

"행정체제 개혁을 심화하여 국가기관의 조직, 직능, 편제, 업무절차의 법정

---

216) 江泽民,《高举邓小平理论伟大的旗帜,把建设有中国特色社会主义事业全面推向二十一世纪》, 1997.9.19. 링크: http://www.gov.cn/test/2007-08/29/content_730614.htm (최종방문일시: 2021.6.1.).

화(法定化)를 실현하고...”

“우리의 권력은 인민이 부여한 것이다. 모든 간부는 다 인민의 공복(公僕)이며 반드시 인민과 법률의 감독을 받아야 한다 ... 법에 의한 권력 행사의 제약 기제를 건립하고 온전하게 하여야 한다 ... 군중의 중요 이익과 직접적으로 관련된 부처는 공개업무제도를 실시하여야 한다.”

즉 제15차 당대회는 그동안 주로 입법 영역에 머물렀던 법제개혁 활동을 사법(司法) 영역으로 확장·심화하였다. 구체적으로는 사법기관의 지위가 법에 의해 보장되고 사법기관이 법에 밀착하여 재판하고 업무를 수행하며, 법정절차가 없는 곳에는 절차를 수립하고, 권력행사에 대한 제약이 이루어질 수 있도록 공개화를 실현하고자 하였다. 지도부의 의지는 곧바로 사법기관에 의해 반영되었다. 최고인민법원은 1997년 〈사법해석업무에 관한 약간의 규정(关于司法解释工作的若干规定)〉을 제정하였다. 제15차 당대회의 맥락 속에서 1997년 규정 제정의 의의를 찾는 것은 사법해석의 발전과정을 이해하는데 있어서 매우 중요하다.

(2) 사법해석업무의 법정화

제15차 당대회에서 제시된 ‘업무절차의 법정화(法定化)’ 요구는 사법해석 제도의 최대 결함인 절차적 규정의 부재를 해결하는 데 적합한 해결책이었다. 1997년 이전의 사법해석 업무절차는 사실상 관행에 의존하였다. 사법해석 문건의 명칭과 형식은 작성자와 공포주체의 주관(主觀)에 의해 좌우되어 통일성을 갖지 못했다.

1997년 규정의 목적은 사법해석 업무의 규범화이다(제1조). 이 규정은 최고인민법원의 사법해석은 반드시 심판위원회의 토론 절차를 통과하여야 한다고 최초로 규정하였다(제3조). 사법해석의 법률효력도 명시적으로 규정하였다(제4조). 사법해석의 입항, 기초, 심의 절차 또한 규정하였다(제5-7조). 통과된 사법해석은 〈인민법원보(人民法院报)〉에 게재하고 지방법원에 하달할 것도 처음으로 규정하였다(제8조). 사법해석의 형식도 처음으로 ‘해석’,

‘규정’, ‘비복’ 세 가지로 확정하였다(제9조). ‘해석’은 특정 법률을 어떻게 적용할지, 혹은 특정 유형의 사건이나 문제에 법률을 어떻게 적용할지에 대해 규정할 때 사용하는 형식이다. ‘규정’은 심판업무의 필요에 따라 심판업무에 대하여 제시한 규범 및 의견을 내용으로 할 때 사용하는 형식이다. ‘비복’은 심판업무 중 법률의 구체적 적용의 문제에 관한 고급인민법원, 해방군군사법원의 청시에 대한 답변을 할 때 사용하는 형식이다. 사법해석의 통일적인 문호(文号) 표기 방식에 대하여도 구체적으로 규정하였다(제10조). 사법해석을 인용하여 판결 혹은 재정의 근거로 삼고자 한다면 적용되는 법률조항을 먼저 인용한 후 적용되는 사법해석 조항을 인용하여야 한다는 조항도 이때 처음으로 도입되었다(제14조). 이외에도 1997년 규정은 사법해석의 제·개정과 효력(제12, 13조), 사법해석 문건의 정리(제15조) 등에 관한 조항을 두고 있다.

혹자는 1997년 규정이 ‘사법해석업무의 입법법(立法法)’과도 같다고 말한다.[217] 이처럼 1997년 규정은 의법치국이라는 시대적 명제 속에서 사법해석업무의 법정화를 실현한 첫 번째 규정이라는 점에서 매우 큰 의의가 있다. 이 규정의 제정은 사법해석제도 규범화의 본격적인 시작을 알리는 지표였다.

(3) 사법해석제도의 규범화

1997년 규정은 상당히 원칙적이어서 구체적인 내용이 많이 부족하였다. 또한 주체로서 부적격한 기관이 사법해석을 제정하는 문제도 여전하였다. 고급인민법원 등 사법해석권이 없는 법원이 비복(批复) 형식의 문건을 작성하여 직하급 법원의 청시에 답변하는 문제도 있었다.[218] 실무에서는 사법해석의 입항사유 부족, 반복입항, 사법해석 내용의 중복과 충돌 등 문제가 종종 발생하였다.[219] 사법해석의 형식을 세 가지로 통일하였지만 현실에서는

---

217) 纪诚，《最高人民法院司法解释研究——对最高人民法院司法解释合理性之反思》，中国政法大学博士学位论文，2006, p.22； 杨敬之，《论司法解释的合法性控制》，政法论坛，2021年第2期, p.49.

218) 董皞，《我国司法解释的现状及其完善》，法学论坛，2001年第5期, pp.96-97.

그저 외형상의 통일에 그쳤다. 사법해석은 여전히 하나의 제도로서 도달해야 할 규범화의 수준에 다다르지 못하고 있었다.

당시 최고인민법원장 샤오양(肖扬)은 사법해석 절차의 규범화 문제를 매우 중시하였고 여러 차례 관련 지시를 직접 하달하였는데, 대표적으로 2003년 말 그는 최고인민법원이 제정한 사법해석을 전인대 상무위 측에 비안하고 능동적으로 감독을 받아야 한다고 말했다. 이를 위해 최고인민법원은 전인대 상무위의 관련 부서와 협상을 진행하여 사법해석의 비안 관련 문제를 공동 논의하였다.[220] 그 결과물이 바로 2005년 〈사법해석 비안심사 업무절차(司法解释备案审查工作程序)〉였다(현재 실효). 이 절차는 사법해석의 비안심사 절차를 상세히 규정하여 사법해석의 제도화와 규범화 수준을 제고하였다. 2006년 〈각급인민대표대회 상무위원회 감독법(各级人民代表大会常务委员会监督法)〉 제31-33조는 사법해석의 비안심사 업무를 법률 차원에서 보다 엄격하게 규정하였다. 이후 2015년 〈입법법〉 개정안과 2019년 새로운 〈법규·사법해석 비안심사 업무방법(法规、司法解释备案审查工作办法)〉이 통과되어 사법해석의 비안심사업무 절차는 더욱 완비되었다.

샤오양은 또한 새로운 사법해석 규정의 기초를 지시하였고 그의 직접적인 지도하에 2007년 〈사법해석업무에 관한 규정(关于司法解释工作的规定)〉이 제정 및 통과되었다.[221] 2007년 규정은 전신 규정에 비해 여러 측면에서 사법해석의 제도화와 규범화의 수준을 크게 제고하였다. 우선 공개의견수렴 시스템을 구축하여 학계로부터 사법해석의 '민주화'라는 평가를 받았다(제17조). 이 규정은 사법해석의 형식을 네 가지로 확대하였고(제6조), 사법해석의 입항사유를 광범위하고 구체적으로 규정하였다(제10조). 또한 각 제정 단계의 구체적인 절차를 보다 세밀하게 규정하였다. 예를 들어 최고인민법원 연구실이 한 달 이내에 사법해석 초안에 대하여 심사의견을 제출하도록 하였다(20조). 이외에도 사법해석을 〈최고인민법원공보〉와 〈인민법원보〉 모두에 게재하도록 함으로써 사법해석의 투명성 향상을 도모하였다(제25조).

---

219) 吴兆祥，《<关于司法解释工作的规定>的理解与适用》，人民司法，2007年第9期，p.30.
220) 吴兆祥，앞의 글，p.30.
221) 吴兆祥，앞의 글，p.30.

비안 규정도 반영하였다(제26조).

2021년에는 2007년 규정의 개정안이 공포되어 '규칙'의 형식이 추가됨으로써 사법해석의 형식이 네 가지에서 다섯 가지로 확대되었다. 이번 개정안은 '규칙'의 법적 지위를 격상하였을 뿐만 아니라 이를 통해 최고인민법원 사법해석의 규율 범위를 이전보다 더 확장하고 사법해석의 영향력을 한층 더 강화할 것으로 보인다.

4. 민법전 시대의 사법해석제도

제도화 및 규범화의 수준이 점차 향상되던 사법해석제도는 2021년 〈민법전〉의 시행을 맞아 더욱 중요성을 지니게 되었다. 민법전 시행 직전 학계에서는 사법해석이 이제 그 역할을 다 하여 최고인민법원이 더 이상 새로운 사법해석을 제정할 필요가 없어졌으므로 적어도 민법 분야의 사법해석은 소임을 다하였다는 견해가 나타나기도 하였다.[222] 그러나 최고인민법원이 2020년 말 민법전 혼인·가정편 적용에 관한 해석(1), 민법전 상속편 적용에 관한 해석(1), 민법전 물권편 적용에 관한 해석(1), 건설공정 시공계약 분쟁사건 심리 시 법률 적용 문제에 관한 해석(1), 노동쟁의사건 심리 시 법률적용 문제에 관한 해석(1), 민법전 담보제도 적용에 관한 해석을 공포하면서 사법해석의 소임이 끝나지 않았음이 확실해졌다. 민법전이 기존의 민사법률을 승계하고 발전시킨 것으로 과거 <민법통칙>의 전통을 그대로 유지하여 기본 원칙을 규정하였고 구체적인 규범도 비교적 원칙적인 성격을 유지하였으므로 결국 '가는 것보다 굵은 것이 낫다(宜粗不宜细)'는 통념의 영향을 탈피하기는 어려워 보인다. 전반적으로 볼 때 민법전은 조문의 수가 비교적 적을 뿐만 아니라 재판규범이 아닌 조문이 많기 때문에 실제 민법전이 포함하고 있는 재판규범의 수량은 더 적을 것이므로, 민법전만을 의존하여 합리적인 재판을 진행하는 것은 현실적이지 못하다.[223]

---

222) 黄忠，《论民法典后司法解释之命运》，社会科学文摘，2021年第1期, p.10；薛波，《后民法典时代司法解释与案例指导制度功能调适论》，河北法学，第39卷第2期(2021.2.), p.10.

223) 黄忠，앞의 글, p.12.

최고인민법원의 최근 행보와 학자들의 관점을 종합해볼 때 기존의 사법해석제도는 민법전 시대에도 지속될 것으로 예상되며, 민법전 시행 이전과 비교하였을 때에도 결코 작지 않은 영향력을 발휘할 것이다. 이에 비해 최고인민법원 〈사법해석업무에 관한 규정〉은 비록 2021년 6월 개정안이 공포되었지만 '규칙' 형식의 도입 이외의 다른 개정사항은 없었기 때문에, 2007년 이후 현재까지 약 14년간 실질적이고 전면적인 개정이 이루어지지 않았다. 따라서 오늘날의 수준에서 요구되는 투명성, 민주성, 절차적 정당성의 기준에 부합되도록 사법해석제도를 효과적으로 규율하기에 많은 부족함이 있다. 예를 들어 현재 〈공보〉에는 심판위원회가 토론하여 통과된 사법해석만이 공개되지만 더 나아가 연구실의 심사의견 등 사법해석 제정 과정의 토론 내용도 공개하여야 한다는 의견이 제기되고 있다.[224] 한편 최근 학계에서는 사법해석제도와 안례지도제도의 관계를 적절히 설정하여 두 제도를 통합 혹은 유기적으로 활용하는 방식을 통해 보다 나은 제도적 환경을 조성해 나가야 한다는 주장이 제기되고 있다.[225] 최고인민법원이 운용하는 중국 특색의 사법해석제도는 오늘날 이후에도 중국 법학계에서 더욱 중요한 논의의 주제가 될 것으로 전망된다.

---

224) 杨敬之 ,《论司法解释的合法性控制》, 政法论坛 , 2021年第2期, p.49.
225) 조동제·완리, "중국 사법해석과 지도성사례의 관계 검토", 법학논총 제31권 제3호(2019.2.), pp.50-51.

제 4 장 사법해석의 근거와 효력

제 1 절 사법해석의 근거

1. 사법해석의 목적과 기능

오랜 기간 사법해석 및 사법해석권의 합법성 검증방식은 현실적 필요 충족을 통한 합리성 충족이라는 형태로 대체되는 경향이 있었다. 법적 근거규정 마련을 통한 합법성 구비는 합리성 충족 이후에 진행된 후속적인 수권(授權) 조치이다. 최고인민검찰원이 1981년 <법률해석업무 강화에 관한 결의(关于加强法律解释工作的决议)> 통과 이전까지 30년 이상의 시간 동안 아무런 법적 근거 없이 사법해석을 제정하고 공포하였다는 점은 이러한 사실을 잘 나타낸다. 사법해석의 존재가 합리적인 것으로 받아들여질 수 있었던 원인은 앞서 살펴본 바와 같이 입법 수준이 현저한 부족한 데에 있었다.

신중국 성립 이후 국민당의 육법전서(六法全書)가 전면 폐지되면서 헌법, 민법, 민사소송법, 형법, 형사소송법, 행정법을 포함한 법률영역에서 입법의 공백이 심각한 문제로 대두되었다.[226] 입법기관은 인민법원이 재판실무에서의 법률해석과 적용경험을 통해서 입법규범의 공백을 보완해줄 것을 요구하였다. 최고인민법원에 대한 법률해석권 수권을 결의한 1955년 전인대 상무위 〈법률문제 해석에 관한 결의(关于解释法律问题的决议)〉(이하 '1955년 결의')는 이를 위한 형식적 조건을 충족시켰다.

개혁개방 이후에도 이러한 방식이 유지되었다. 빠른 속도로 주요 법률의 입법이 진행되었지만 '없는 것보다 있는 것이 낫다(有比没有好)', '가는 것보다 굵은 것이 낫다(粗一点比细一点好)'는 입법관념의 영향으로 대부분의 조문은 구체성이 결여되어 있는 포괄적인 형태였으며, 더딘 법 제정과 개정

---

226) 《中共中央关于废除国民党的六法全书与确定解放区的司法原则的指示》(1949. 2.), 载张培田主编,《新中国法制研究史料通鉴(第11卷)》, 中国政法大学出版社, 2003.

은 빠르게 변화하는 중국의 사회경제적 필요를 충족시킬 수 없었다.[227] 또한 문화대혁명의 여파로 인한 체계적인 법률교육이 이루어질 수 없었기 때문에 법관들의 자질은 부족할 수밖에 없었고, 그들에게 제대로 된 법률해석과 적용을 기대하기 어려웠다.[228] 따라서 최고사법기관의 사법해석은 법률해석 및 적용의 통일성 제고 문제와 입법공백의 문제를 해결할 수 있는 가장 적절한 해결방안으로 자리 잡을 수 있었다. 중국의 특수한 배경에서 사법해석은 법률의 올바른 적용을 보장하고, 재판의 척도를 통일하며, 입법의 규정을 보완하는 등 다양한 방면에서 매우 중요한 기능을 발휘하였다.[229] 이러한 제반사정은 사법해석이 엄격한 법적 근거 없이 제정되고 효력을 발휘하였음에도 불구하고 이를 합리화할 수 있었던 근거가 되었고, 전인대를 포함한 모든 국가기관은 최고사법기관의 사법해석권을 묵인해 주었다.

2. 사법해석권의 법적 근거

이와 같은 사법해석의 합리성 논증에도 불구하고 개혁개방 이후 40여 년의 시간이 흐른 지금 중국의 법률체계가 어느 정도 완비되었고 사법인력의 전체적인 자질이 많이 향상된 시점에서도 여전히 사법해석의 합법성 근거를 단순히 입법의 불충분 혹은 기능상의 합리성에서 찾는다면 사법해석은 그 존재 이유의 근간이 흔들리게 된다. 사법해석의 존재가 계속해서 정당화되기 위해서는 그 합법성의 토대가 확립되어야 한다.[230] 사법해석의 합법성은 그 제정주체에게 부여된 사법해석 권력의 합법성에 기인한다고 할 수 있다. 중국의 현행 법률 및 학계의 주류적 관점은 사법해석 제정권을 하나의 권력으로 인식하고 있다. 만일 법률해석권의 수직적 이동을 추적하여 사법해석권의 권력근거를 헌법적 수준에서 확인할 수 있다면 사법해석의 합법성 문

227) 黄金兰，《我国司法解释的合法性困境及其应对建议》，法商研究，2020年第3期，p.141 참조.
228) 김주, “중국 사법해석제도에 관한 고찰 - 최고인민법원의 사법해석을 중심으로”, 비교사법 제15권 제2호(2008.6.), pp.373-374 참조.
229) 苗炎，《司法解释制度之法理反思与结构优化》，法制与社会发展，2019年第2期，p.89.
230) 黄金兰，앞의 글, p.141.

제는 해결될 수 있을 것이다.

이하에서는 산재해 있는 사법해석권의 법적 근거를 낮은 단계에서부터 추적하면서 사법해석의 합법성 문제에 관한 학계의 논쟁을 함께 살펴보고자 한다.

(1) 최고인민법원 사법해석업무에 관한 규정

최고인민법원 〈사법해석업무에 관한 규정(关于司法解释工作的规定)〉 제2조는 "인민법원의 심판업무 중 법률을 구체적으로 적용하는 문제에 대하여는 최고인민법원이 사법해석을 행한다"고 규정하고 있고 제5조는 "최고인민법원이 공포한 사법해석은 법률효력(法律效力)[231]을 지닌다"고 규정하고 있다.[232] 그러나 이 규정은 어디까지나 최고인민법원 내부규정이다.[233] 그러므로 <사법해석업무에 관한 규정> 제2조와 제5조를 사법해석권의 근거로 제시하는 주장은 최고인민법원은 자신이 제정한 규정을 통해 스스로에게 법률해석권을 수권하거나 사법해석권을 창설할 수 없다는 문제에 직면하게 된다.[234] 따라서 사법해석권의 합법성은 최고인민법원 차원에서 제정한 규정이 아닌 상위법에 근거를 두어야 한다.

---

231) '법률효력(法律效力)'이란 통상적으로 법적 효력을 의미하나 여기서는 법률(法律)과 동등한 효력이 있다는 의미로 이해되거나 일반적인 법적 효력, 즉 규범으로서의 효력이 있다는 의미로 이해될 수 있다. 해당 규정이 어떠한 효력을 말하는 것인지는 명확하지 않다. 자세한 내용은 제4장 제3절 참조.

232) 이는 〈사법해석업무에 관한 규정〉의 전신(前身)인 1997년 최고인민법원 <사법해석업무에 관한 약간의 규정(关于司法解释工作的若干规定)> 제2조와 제4조를 계승한 것이다.

233) 2019년 <최고인민검찰원 사법해석 업무규정(最高人民检察院司法解释工作规定)> 제2조는 "인민검찰원의 검찰업무 중 법률을 구체적으로 적용하는 문제에 대하여는 최고인민검찰원이 사법해석을 행한다"고 동일하게 규정하고 있으며, 제5조는 "최고인민검찰원이 제정하고 공포한 사법해석은 법률효력을 지닌다"고 규정하고 있으며, "인민검찰원은 기소장, 항소장, 검찰건의서 등 법률문서 중 법률과 사법해석을 인용해야 하는 경우 우선 법률을 인용하고 그 다음에 사법해석을 인용하여야 한다"고 규정하고 있다.

234) 黄金兰 , 앞의 글, p.142.

(2) 법률해석업무 강화에 관한 결의

일반적으로 사법해석권의 법적 근거는 전인대 상무위가 제정한 두 개의 결의에 있다고 본다. 이들은 앞서 언급한 1955년 결의 그리고 1981년 〈법률해석업무 강화에 관한 결의(关于加强法律解释工作的决议)〉(이하 '1981년 결의')이다.[235] 두 결의의 존재로 인해 입법기관의 법률해석권을 최고사법기관도 사실상 향유하게 되었으며, 특히 1981년 결의는 최고인민법원뿐만이 아니라 최고인민검찰원 사법해석권 행사의 법적 근거가 된다.[236] 현재 유효한 결의는 1981년 결의이고 1955년 결의는 1987년 폐지 및 실효하였다.[237] 그렇지만 1981년 결의의 내용은 1955년 결의를 승계하고 확장한 것이므로 여기서 함께 살펴볼 필요가 있다.

<전인대 상무위 법률문제 해석에 관한 결의> (1955.6.23.)[238]

1. 법률·법령 조문 자체의 경계를 명확히 할 필요가 있거나 보충규정이 필요한 모든 경우에는 전국인민대표대회 상무위원회가 각각 해석을 진행하거나 법령으로 규정한다.

2. 심판 과정 중 법률·법령을 어떻게 구체적으로 적용할지에 관한 모든 문제는 최고인민법원 심판위원회가 해석을 진행한다.

<전인대 상무위 법률해석업무 강화에 관한 결의> (1981.6.10.)[239] (부분)

... 몇 개의 법률이 통과된 후부터 각지와 각 부서가 계속해서 일부 법률문제를 제기하며 해석을 요구하였다. 동시에 실제 업무에서 일부 법률 조문에 대

---

235) 曹士兵,《最高人民法院裁判、司法解释的法律地位》, 中国法学, 2006年第3期, p.175.

236) 周道鸾,《论司法解释及其规范化》, 中国法学, 1994年第1期, p.87.

237) 전인대 상무위 <법제업무위원회가 1987년 말 이전에 반포된 법률에 대한 청소를 진행한 상황 및 의견 보고의 비준에 관한 결정(关于批准法制工作委员会关于对１９７８年底以前颁布的法律进行清理的情况和意见的报告的决定)>(1987.11.24.).

238) 1955년 6월 23일 전국인민대표대회 상무위원회 제17차 회의에서 통과됨.

239) 1981년 6월 10일 제5기 전국인민대표대회 상무위원회 제19차 회의에서 통과됨. 부록4 참조.

한 이해의 불일치로 인해 법률의 올바른 실시에 지장이 있었다 ... 이제 법률 해석 문제에 대하여 아래와 같이 결정한다:

1. 법률·법령 조문 자체의 경계를 보다 명확히 할 필요가 있거나 보충규정이 필요한 모든 경우에는 전국인민대표대회 상무위원회가 해석을 진행하거나 법령으로 규정한다.

2. 법원의 심판 업무 중 법률·법령의 구체적 적용에 속한 모든 문제는 최고인민법원이 해석을 진행한다. 검찰원의 검찰 업무 중 법률·법령의 구체적 적용에 속한 모든 문제는 최고인민검찰원이 해석을 진행한다. 만약 최고인민법원과 최고인민검찰원의 해석에 원칙성의 불일치가 있을 경우 전국인민대표대회 상무위원회에 보고하여 해석 혹은 결정을 요청한다.

3. 심판과 검찰 업무 중의 기타 법률·법령을 어떻게 구체적으로 적용할지에 속하지 아니한 문제는 국무원 및 주관부서가 해석을 진행한다.

...

학계에서는 사법해석권이 1981년 결의를 법적 근거로 한다고 보는 관점이 주류를 이루고 있다. 주류 관점에 따르면 사법해석권은 1955년 결의를 통해 최고인민법원 심판위원회에게 수여되었고, 1981년 결의는 최고인민법원(더 이상 최고인민법원 심판위원회가 아님)과 최고인민검찰원에게 사법해석권을 명확히 수여하였다. 또한 2006년 〈감독법〉 제31조의 사법해석 비안(备案) 규정은 1981년 결의의 효력에 대한 입법기관의 명백한 승인이다.[240] 따라서 1955년 이후 사법해석권의 행사는 명확한 규정이 생겼고, 1981년 결의의 규정은 중국 최고인민법원이 추상성 사법해석 권력을 획득하는 법률 근거를 구성한다.[241]

그러나 이러한 주류적 관점에 동의하지 않는, 즉 전인대 상무위의 결의를 사법해석권의 수권근거로 볼 수 없다는 주장도 존재한다. 이 관점은 법률 제정권이 없는 기관은 법률해석제도를 규정할 권력도 없다고 전제(前提)한다.[242] 1954년 헌법 제22조는 전인대가 국가 입법권을 행사할 수 있는 유

---

240) 徐凤,《我国法院司法解释制度的反思与完善》, 法学杂志, 2016年第5期, p.82.

241) 董皞,《新中国司法解释六十年》, 岭南学刊, 2009年第5期, p.49; 胡岩,《司法解释的前生后世》, 政法论坛, 第33卷第3期(2015.5.), p.39.

일한 기관이라고 규정하였고, 전인대 상무위는 제31조에 따라 법률해석권과 법령제정권은 있었으나 법률제정권은 없었다. 1978년 헌법 제25조는 전인대 상무위가 헌법과 법률을 해석하고 법령을 제정할 수 있다고 규정하였으나 여전히 법률 제정은 전인대만의 권한이었다. 이후 1982년 헌법이 통과되고 난 뒤에야 전인대 상무위도 조건적으로 입법권(법률제정권)을 행사할 수 있게 되었다.[243] 따라서 전인대 상무위는 1982년 이전까지 헌법으로부터 법률제정권을 수권 받은 바가 없었다. 전제가 성립한다면, 전인대 상무위는 1982년 이전까지 자신이 법률해석권을 어떻게 행사할지에 대한 구체적인 제도를 정할 수는 있다 해도 사법기관을 비롯한 기타 하급 국가권력기관이 어떠한 법률해석권을 보유하는지에 대한 제도를 규정할 권한은 없었다.[244]

이와 같은 기준으로 다시 1955년 결의가 정하는 두 가지 제도를 살펴보면, 첫 번째 항목은 전인대 상무위가 자신의 법률해석권을 규정한 것이기에 합법의 여지가 있다. 그러나 두 번째 항목은 최고인민법원 심판위원회에게 법률해석권을 부여한 것으로 당시 법률해석 직무를 집행하는 기관일 뿐이었던 전인대 상무위가 분명하게 직권 범위를 초월한 것이다. 헌법상 직권으로서의 법률해석은 본래 전인대 상무위의 전속성 권력인 만큼 상무위가 스스로 결의를 제정해 이를 다른 기관에 넘겨줄 수 있는지는 의문의 소지가 있다.[245] 권력의 집행자는 자신에게 수여된 권력을 다시 다른 기관에게 전수(转授)할 권한이 없다는 반대론자의 전제가 성립하다면 1981년 결의 제2항과 제3항 역시 같은 이유로 직권 범위를 초월하였다.[246] 그러므로 전인대

---

242) 周旺生 ,《立法学》, 法律出版社 , 2009年8月第2版 , p.362.

243) 1982년 헌법 제67조 제2항: (전인대 상무위는) 전국인민대표대회가 제정해야 하는 법률 이외의 기타 법률을 제정하거나 개정한다. 제3항: 전국인민대표대회 폐회 기간에 전국인민대표대회가 제정한 법률에 대하여 부분적인 보충과 개정을 진행하되, 해당 법률의 기본 원칙에 저촉되어서는 아니 된다.

244) 周旺生 ,《中国现行法律解释制度研究》, 现代法学 , 第25卷第2期(2003.4.) , p.5.

245) 聂友伦,《论司法解释的立法性质》, 华东政法大学学报, 2020年第3期, p.144.

246) 혹자는 1955년 7월 제1기 전인대 제2차회의에서 통과된 〈상무위원회에게 단행법규 제정권을 수권함에 관한 결의(关于授权常务委员会制定单行法规的决议)〉가 전인대 상무위에게 부분성 법률(部分性质的法律) 곧 단행법규 제정권을 수권하였음

상무위 1955년 결의와 1981년 결의의 합법성과 합헌성은 부정되거나 최소한 의문이 존재한다는 것이 반대론자의 주장이다.

한편 2015년 이전에는 헌법과 〈입법법〉이 최고사법기관의 법률해석권을 전혀 규정하고 있지 않는데 1981년 결의가 이를 정하고 있으므로 해당 결의는 합헌적이지 않을 뿐만 아니라 신법우선(新法優先)의 원칙에 따라 〈입법법〉 및 〈인민법원조직법〉에 의해 효력을 상실해야 한다는 주장도 존재한다.[247]

사견으로는 반대 의견의 주장이 틀린 것은 아니나 그럼에도 불구하고 1981년 결의를 사법해석권의 법적 근거라고 보는 주류적인 관점이 더 타당하다고 본다. 설령 전인대 상무위가 당시의 헌법이 부여한 권한의 범위를 초월하여 부적절한 결의를 제정하였을지라도 정작 상무위의 부적절한 결의를 변경하거나 폐지할 권한을 가진 전인대는 두 결의가 효력을 발휘해온 수십 년 동안 이를 문제 삼은 적이 없다.[248] 또한 1979년 이래의 〈법원조직법〉의 규정을 통해 전인대가 최고인민법원의 사법해석권을 인정하고 있음을 알 수 있다. 그리고 비록 나중이었지만 전인대 상무위는 헌법으로부터 입법권을 정식적으로 부여받았다. 최고국가권력기관인 전인대가 결의의 효력을 사실상 묵인해 주었기 때문에 반대 의견이 주장한 합법성의 하자에도 불구하고 1981년 결의는 사법해석권의 법적 근거가 될 수 있다고 본다.

(3) 인민법원조직법·인민검찰원조직법

2018년 개정된 현행 〈인민법원조직법(人民法院组织法)〉 제18조 제1관은 "최고인민법원은 심판업무 중 법률의 구체적 적용에 속한 문제에 대하여 해

을 근거로 반박할 수 있으나 저우왕성(周旺生)은 이 결의에 따르면 전인대 상무위는 그저 매우 제한적인 법률제정권을 가질 뿐이며, 이러한 단행법규에 관한 해석에 한해서만 최고인민법원 등의 해석권을 규정할 수 있을 뿐 전인대가 공포한 법률에 대한 최고인민법원 등의 해석권을 규정할 권한은 여전히 없다고 주장한다. 周旺生，앞의 글, p.5；周旺生，《立法学》，法律出版社，2009年8月第2版, p.363.

247) 黄金兰，《我国司法解释的合法性困境及其应对建议》，法商研究，2020年第3期, p.143 참조.

248) 聂友伦, 앞의 글, p.144.

석을 진행할 수 있다"고 규정한다.[249] 이 규정은 1979년 인민법원조직법 제33조를 계승한 것이다. 사법해석의 법적 근거에 관한 담론에서 인민법원조직법 (및 인민검찰원조직법) 규정이 간과되는 경향이 있지만, 1981년의 규정은 사법해석 관련 조항에 있어서 1979년 인민법원조직법 규정을 이어받은 것이라 할 수 있다.[250] 이후 인민법원조직법은 1983년, 1986년, 2006년, 2018년 네 차례에 걸쳐 개정되었는데 사법해석 규정의 내용에는 거의 변동이 없었다.

2018년 개정된 현행 〈인민검찰원조직법(人民检察院组织法)〉 제23조는 "최고인민검찰원은 검찰업무 중 법률의 구체적 적용에 속한 문제에 대하여 해석을 진행할 수 있다"고 규정하고 있다.[251] 인민법원조직법이 1979년부터 최고인민법원의 사법해석권을 규정하였던 것과는 달리 인민검찰원조직법 1979년, 1983년, 1986년 개정안은 최고인민검찰원의 사법해석권에 대하여 그 어떠한 규정도 두고 있지 않다. 즉 최고인민검찰원의 사법해석권은 2018년 이전까지 인민검찰원조직법상 법적 근거가 없었다. 최고인민검찰원의 사법해석권의 법적 근거는 2018년 이전까지 오로지 1981년 결의에만 의존해 온 셈이었기 때문에 합법성 논란의 여지가 최고인민법원에 비해서 더 컸다고 할 수 있다.

생각건대 인민법원조직법과 인민검찰원조직법의 해당 조항이 사법해석권의 법적 근거로 힘 있게 주장되지 못하는 이유는 법률해석체제를 체계적으로 규정한 1981년 결의에 비해 그 내용이 법적 근거로서 매우 미비하기 때문이다. 1981년 결의는 최고인민법원과 최고인민검찰원의 사법해석권을 규정한 것 이외에도 전인대 상무위, 최고인민법원, 최고인민검찰원, 국무원 및 주관부문이 가지는 법률해석권의 범위와 위계를 설정한 반면 인민법원조직

249) 이외에도 현행 인민법원조직법 제37조 제2관은 최고인민법원의 사법해석이 "심판위원회 전체회의에서 토론하여 통과되어야 한다"고 규정하고 있다.

250) 이는 1981년 결의가 어떠한 법률을 근거로 제정되었는지 명시하고 있지 않기 때문인 것으로 보인다. 苗炎 ,《司法解释制度之法理反思与结构优化》, 法制与社会发展 , 2019年第2期, p.90 참조.

251) 제31조 제2관은 "최고인민검찰원이 검찰업무 중 법률의 구체적 적용에 속한 문제에 대하여 진행한 해석은 검찰위원회에서 토론하여 통과되어야 한다"고 규정하고 있다.

법과 인민검찰원조직법은 그저 1981년 결의 제2항의 일부만을 추인할 뿐이다. 해당 조항을 법적 근거로 인정할 경우 1981년 결의의 효력이 불명확해질 수 있고 이는 오히려 더 큰 혼란을 야기할 수 있다. 인민법원조직법과 인민검찰원조직법은 사법해석권의 법적 근거가 되기에 충분한 내용을 갖추고 있지 못하다.

(4) 입법법 제104조

2015년 <입법법(立法法)> 제104조

최고인민법원·최고인민검찰원이 행한 심판·검찰업무 중 법률의 구체적 적용에 속한 해석은 주로 구체적인 법률조문을 대상으로 하여야 하며, 입법의 목적·원칙·원의(原意)에 부합하여야 한다. 본 법률 제45조 제2관이 규정한 상황이 있을 경우 전국인민대표대회 상무위원회에 법률해석 요구를 제출하거나 관련 법률을 제정·개정하는 의안을 제출하여야 한다.

최고인민법원·최고인민검찰원이 행한 심판·검찰업무 중 법률의 구체적 적용에 속한 해석은 공포된 날로부터 30일 이내에 전국인민대표대회 상무위원회에 보고하여 비안하여야 한다.

최고인민법원·최고인민검찰원 이외의 심판기관과 검찰기관은 법률을 구체적으로 적용하는 해석을 하지 못한다.

2015년 <입법법(立法法)> 제45조

법률해석권은 전국인민대표대회 상무위원회에 속한다.

법률에 다음 중 한 가지 상황이 있을 경우 전국인민대표대회 상무위원회가 해석한다:

(1) 법률의 규정의 구체적인 의미를 보다 명확히 할 필요가 있는 경우;

(2) 법률 제정 이후 새로운 상황이 발생하여 법률 적용 근거를 명확히 할 필요가 있는 경우.

현행 〈입법법〉 제104조도 최고사법기관의 사법해석권의 합법적 근거로서 거론되는 규정이다. 2000년 〈입법법〉은 사법해석을 전혀 언급하고 있지 않았으나 2015년 개정안에는 부칙(附則)으로 제104조가 추가되었다. 법률의 시행 일자를 규정한 제105조를 제외하면 사실상 입법법의 마지막 조항에

사법해석 관련 규정을 위치시킨 것이다. 이는 중국법에서 사법해석이 차지하는 중요성에 걸맞지 않은 배치로 생각될 수 있다. 그러나 사법해석의 성질은 '해석'이지, '입법'이 아니기 때문에 입법법의 제2장("법률")의 제4절("법률해석") 등에 해당 조항을 위치시키는 것은 입법법의 규율대상과 범위에 걸맞지 않는다는 반론을 고려하였을 때 납득할 수 있는 조치이다.[252] 이런 의미에서 입법법 제104조는 사법해석의 실제적 영향력이 법률해석을 넘어 입법의 영역까지도 침범하고 있다는 현실에 대한 입법부의 '불가피한' 순응일 수 있다. 또한 대다수의 학자들은 어째서 사법해석 규정이 부칙에 있는지에 대한 의문보다는 해당 규정의 탄생을 통하여 사법해석권이 정식적으로 완전히 기본법률의 규제 범주에 들어서게 되었다는 사실에 안도감을 나타내고 있는 듯하다.[253]

입법기관의 입법과 행정입법을 모두 규율하는 입법법에서 사법해석이 다루어지게 되었다는 점은 사법해석제도에 있어서 아주 큰 변화가 분명하다. 입법법은 기본법률(基本法律)로서 전인대 결의에 비해 더 높은 권위와 더 중요한 기능을 지니므로 이는 사법해석 자체의 중요성과 사법해석 문제에 대한 입법부의 중시(重视)하는 태도를 나타낸다.[254] 이렇듯 얼핏 보면 입법법 제104조는 사법해석권을 최고사법기관에 수권하였을 뿐 아니라 구체적인 지침까지도 마련한 조항처럼 보인다. 전인대는 기본법률을 개정하는 방식으로 2015년 〈입법법〉에서 최고인민법원·최고인민검찰원이 획득한 사법해석권을 명확히 하였고, 이로써 수권의 합법성 하자는 해소되었다. 권력체계상 최고사법기관은 헌법을 제외한 모든 법률의 사법적용 영역에서의 해석권을 획득하였다.[255]

한편 입법법 제104조는 사실 수권 조항이 아닌 권력을 제한하는 조항이라고 보아야 한다는 관점이 존재한다. 입법법 제45조가 "법률해석권"이라는

---

252) 刘风景，《司法解释权限的界定与行使》，中国法学，2016年第3期, p.213 참조.

253) 聂友伦，《论司法解释的权力空间——我国<立法法>第104条第1款的法解释学分析》，政治与法律，2020年第7期, p.112.

254) 刘风景，앞의 글, p.212.

255) 聂友伦,《论司法解释的立法性质》, 华东政法大学学报, 2020年第3期, p.144.

표현을 사용한 반면 제104조는 '권(權)'이라는 표현을 사용하고 있지 않다는 점에 주목할 필요가 있다. 법률해석권은 전인대 상무위에 속한다고 규정한 반면 최고사법기관에 대하여는 단지 "심판·검찰업무 중 법률의 구체적 적용에 속한 해석"을 허용하였을 뿐이다. 즉 입법법 제104조는 기껏해야 인민법원의 법률해석업무에 대한 요구사항을 제시한 것이지 수권의 의미는 아니라는 것이다.[256] 제104조에서 반복적으로 등장하는 "해야 한다(应当)" 혹은 "하지 못한다(不得)" 등의 맥락과 의미를 고려해볼 때 이 조문의 목적은 의무를 부과하는 것이며, 더 나아가 법원 및 검찰원이 법률을 구체적으로 적용하는 과정 중에 함부로 해석하는 것을 제한하는 것이다.[257]

생각건대 입법법 제104조가 사법해석 권력을 제한하는 조항이라고 보는 관점은 조문을 지나치게 문자적으로 해석하는 경향이 있다. 이 관점의 논리로 따지면 1981년 결의와 인민법원조직법, 인민검찰원조직법 그리고 최고인민법원 <사법해석업무에 관한 규정> 모두 '권(權)'이라는 표현을 사용하고 있지 않으므로 전부 수권 조항이 아니게 된다. 또한 입법법 제104조가 수권 조항인지 권력을 제한하는 조항인지와는 별개로 최고사법기관이 법률의 구체적 적용에 관한 문제에 대하여 사법해석을 제정할 권력이 있다는 점을 분명히 전제하고 있다. 그러므로 해당 조항은 사법해석권의 합법성을 확인할 수 있는 조항이라고 본다.

3. 소결

지금까지 사법해석권의 법적 근거로 거론되는 현행 규정·결의·법률의 내용을 각각 살펴보았다. 사법해석권의 가장 주요한 법적 근거는 전인대 상무위가 제정한 1981년 결의이다. 입법법과 인민법원조직법 등 기타 법률은 1981년 결의가 정한 사법해석권을 추인(追認)하고 있다고 볼 수 있다. 물론 1981년 결의가 합법성의 하자를 지니고 있는 것은 사실이지만 전인대 상무위의 묵인에 의하여 효력에 지장은 없다. 그러나 법제 완비의 측면에서 볼

256) 黄金兰，《我国司法解释的合法性困境及其应对建议》，法商研究，2020年第3期，p.143.
257) 黄金兰，앞의 글，pp.143-144.

때 사법해석권이 합법성 논란이 있는 결의에 근거하고 있다는 것은 다소 부적절해 보이는 것도 사실이다. 사법해석권은 국가의 법률해석체제의 설계와 연관될 뿐만 아니라 입법권과 사법권의 경계를 모호하게 하는 특수한 권력으로 결의나 법률이 아닌 헌법에 의하여 규율되어야 할 사항으로 생각된다.

둥하오(董皞)는 사법해석권의 근거에 관한 실질적인 문제는 두 가지라고 말한다. 첫째는 "사법기관이 사법해석권을 가져야 하는가"의 문제이고, 둘째는 "사법기관에 사법해석권을 부여하는 주체가 누구인가"의 문제이다.[258] 과연 누가 법률을 해석해야 하며 법률의 적용자가 어떻게 법률을 해석해야 하는지는 법의 해석자가 입법자를 어떻게 대하느냐의 문제이다. 이 관계의 문제에 있어서는 일반 법률을 제정하는 입법자의 말이 법이 되는 것이 아니며, 법해석자의 말만을 따라서는 아니 된다. 이는 국가의 근본법인 헌법이 결정해야 한다. 그러므로 사법해석권의 법적 근거는 헌법이어야 한다. 이로 말미암아 추론해볼 때, 중국이 사법해석권의 근거에 대하여 전인대 상무위가 결정하도록 하는 것은 부적절하다.[259] 중국의 현행 헌법은 사법해석권에 대하여 침묵을 지키고 있다. 향후에도 계속해서 논쟁이 될 수 있는 사법해석권의 합법성 혐의가 완전히 해소되기 위해서는 헌법 차원에서 최고사법기관의 사법해석 권력 행사의 합법성을 명확히 보장해줄 필요가 있다. 현행 헌법이 전인대 상무위에게 부여한 법률해석권을 최고사법기관에게도 부여하는 것이 헌법의 의도와 맞지 않다면 전인대 상무위가 해당 법률해석권을 일정 조건 하에 다른 국가기관에게 위임할 수 있도록 헌법이 명확하게 보장해주어야 한다. 분명한 점은 사법해석제도의 정당성과 합법성은 헌법에 근거하여야만 충분히 보장될 수 있다는 것이다.

---

258) 董皞，《司法解释论》，中国政法大学出版社，2007年8月修订版，p.3.
259) 董皞，앞의 책, p.5.

제 2 절 사법해석의 법원성(法源性)

1. 법원(法源)의 의의

(1) 법원(法源)의 개념

먼저 본고에서 언급되는 '법원(法源)'의 개념과 범주를 명확히 획정할 필요가 있다. 법원(法源)이란 법의 연원(淵源) 또는 법률연원(法律淵源)을 뜻하는 용어로 본래의 의미는 법의 원천(源泉)이다. 법원(法源)은 입법부의 관점과 사법부의 관점에서 조금씩 다르게 이해될 수 있다.[260] 입법부의 관점에서는 법이 형성되도록 작용한 요소가 곧 법원(法源)이 된다.[261] 반면 사법부의 관점에서 '법(法)'은 법관이 사건 재판에 사용하는 법률을 지칭하고, 법원(法源)은 법관의 재판규범이 되는 개별규범의 근원, 즉 각종 법률의 형식이다.[262] 통상적으로 중국에서 법원(法源)은 사법부의 관점에서 이해되며, 이는 법의 창제방식과 표현방식, 즉 통상적으로 법의 형식을 지칭한다.[263] 법의 창제방식과 표현방식은 동시에 법의 효력 연원이기도 하다.[264] 다시 말해 중국에서 법원(法源)은 종종 법률이 지니는 효력의 근원으로 이해되는데, 이 경우 직접적인 효력의 근원은 법률창제권이 있는 국가기관이 국가의

---

260) 陈金钊,《法律渊源：司法视角的定位》, 甘肃政法学院学报, 第83期(2005.11.) 참조.

261) 저우왕성(周旺生)은 입법부의 관점에서 "'법(法)'이 규범성 법률을 뜻하는 것이라면, 법원(法源)은 법 창제의 '원료(原料)'가 되는 관습, 판례, 외래법, 도덕, 종교, 민속, 학설 등 법형성의 자원(資源)과 일상생활, 사회발전, 경제, 정치, 문화 등이 작용하는 법형성의 동력(動力) 그리고 입법, 행정, 사법, 국제교류 등 법형성의 요소로 구성된다"고 말한다. 周旺生,《重新研究法的渊源》, 比较法研究, 2005年第4期, pp.3-7 참조.

262) 법원(法源)에 대한 입법부 관점에서의 이해와 사법부 관점에서의 이해에 관한 자세한 내용은 陈金钊, 앞의 글, pp.1-2 참조.

263) 马永华,《论法律渊源与法律解释的关系》, 山东审判, 2003年第2期, p.94; 任莹瑛、李秀群,《法律渊源的方法论意义》, 法律方法, 2007, p.76; 陈金钊, 앞의 글, p.4.

264) 任莹瑛、李秀群, 앞의 글, p.76.

의지를 법률규범으로 전환하기 위해 행하는 입법행위가 된다.[265] 본고에서도 사법해석의 법원(法源) 지위를 논하기 위해 사법(司法)의 관점에서 법원(法源)의 의의를 찾고, 이를 판결의 대전제가 되는 법률규범의 근거로 이해한다.[266]

(2) 법원(法源)의 범주

법원(法源)을 법의 형식적 연원으로 전제하였을 때 법원(法源)은 다시 '정식법원(正式法源)'과 '비정식법원(非正式法源)'으로 구분된다.[267] 정식법원(正式法源)은 법률에 의해 명확하게 규정된, 의문의 여지없이 법관에 의해 준수되어야 하는 법률연원이다.[268] 다시 말해 정식법원은 명문으로 규정된 법적 효력이 있는 법이며 사법부의 법률결정의 직접적인 대전제가 되는 규범의 근거자료로 헌법, 법률, 법규 등 주로 제정법 즉 여러 국가기관이 구체적인 직권과 절차에 따라 제정한 각종 규범성문건이다.[269] 비정식법원(非正式法源)은 법적 강제력이 없는 법률연원이다.[270] 즉 정식법원은 구속력이 있지만 비정식법원은 구속력이 없다.[271] 통상적으로 법원(法源)은 구속력이 있는 정식 제정법을 지칭한다.[272] 본고의 이하 내용에서 언급되는 법원(法

265) 季长龙，《规范性司法解释的法源地位研究》，中国人民大学博士学位论文，2008, p.87.
266) 徐焱，《论司法解释之法源地位》，长沙铁道学院学报(社会科学版)，第12卷第2期(2011.6.), p.21.
267) 段卫利，《刑法司法解释法源地位研究》，吉林大学博士学位论文，2018, p.28.
268) 季长龙，앞의 글, p.8.
269) 徐焱，앞의 글, p.21.
270) 季长龙，앞의 글, p.9. 구체적으로 비정식법원은 정의(正義) 기준, 이성(理性) 원칙, 공공정책, 도덕신념, 사회사조(思潮), 관습, 향규민약(鄉規民約), 사단규장, 권위 있는 법학 저서, 외국법 등 명문 규정된 효력이 없으나 법적 설득력이 있고 법조인의 법률결정의 전제를 구성할 수 있는 준칙 근원이 되는 자료이다. 각종 관습, 종교규칙, 법리학설, 도덕원칙과 규범 등도 포함될 수 있다. 徐焱，앞의 글, p.21；薛波，앞의 글, p.61.
271) 沈宗灵，《法理学(第四版)》，北京大学出版社，2014年10月，p.111.
272) 徐凤，《我国法院司法解释制度的反思与完善》, 法学杂志, 2016年第5期, p.87.

源) 역시 구속력 있는 정식법원을 지칭한다.

2. 중국의 법원(法源)과 사법해석

통설적으로 중국법의 법원(法源)은 (1) 헌법 (2) 법률 (3) 행정법규 (4) 부문규장 (5) 지방성법규 (6) 지방정부규장 (7) 자치조례 및 단행조례 (8) 특별행정구와 경제특구의 규범성 법규 (9) 국제조약과 협정이 있다.[273] 각 법원(法源)의 효력위계 순서와 분류 방식은 학자별로 약간씩의 차이가 있기도 하지만 열거된 각 법규범이 법원성(法源性)을 지닌다는 점에 대하여는 공감대가 형성되어 있다.[274]

중국의 입법은 최고인민법원의 사법해석이 법원(法源)인지에 대해 아직 명확한 입장이 없다. 사법해석을 법원(法源)의 한 가지 종류로 보는 견해는 학계에서 비교적 최근에 형성된 것이다.[275] 과거 대부분의 법학 교과서는 사법해석을 정식 법원(法源)의 범주에 포함시키지 않았다. 사법해석은 입법기관이 제정한 것이 아니며, 2000년 입법법이 사법해석을 규율대상에 포함시키지 않았으므로 중국법의 법원(法源) 체계에서 사법해석이 언급되는 경우는 거의 없었다. 그런데 2000년대 들어 사법해석의 본격적인 규범화 및 제도화가 이루어지면서 사법해석은 법학계의 광범위한 주목을 받기 시작하였다. 특히 최고인민법원의 사법해석은 법률분야를 막론하고 재판에서 점점 더 사실상의 법원(法源)과 같이 기능하게 되었다. 이처럼 사법해석이 재판실무는 물론이고 중국의 법체계에서 지니는 영향력과 중요성이 더욱 분명하고 광범위하게 인식되어지면서 그 법적 지위와 효력에 대한 연구가 등장하기 시작하였고, 중국의 법원(法源) 체계에 사법해석도 편입시켜야 한다는 취지에 입각한 사법해석의 법원성(法源性) 연구가 증가하게

---

273) 韓大元 外 9人, 『現代中國法槪論』, 박영사, 2009, pp.21-23; 사법연수원, 『중국법(2012)』, 사법연수원 출판부, 2012, pp.4-6.

274) '법원성(法源性)'은 중국 문헌에서 종종 '법원지위(法源地位)'로 표현되며, 본고에서 양자는 동일한 의미이다.

275) 최고인민검찰원의 사법해석은 그 효력이 대개 인민검찰원 내부에 한하므로 일반적으로 법원(法源)으로 보지 아니한다.

되었다.[276] 중국 학계에서는 점차 사법해석을 법원(法源)의 한 가지 종류로 인정하는 견해가 주류를 차지하게 되었다. 최근에는 최고인민법원의 사법해석도 헌법, 법률, 법규, 규장 등과 함께 법원(法源)이라고 명시한 교과서도 어렵지 않게 볼 수 있다.[277]

[표 4-1] 중국의 법원(法源)체계[278]

<table>
<tr><td rowspan="3">헌법</td><td rowspan="3">법률</td><td rowspan="2">행정법규</td><td colspan="2">부문규장</td></tr>
<tr><td>지방성법규
(자치조례/단행조례 포함)</td><td>지방정부규장</td></tr>
<tr><td colspan="3">최고인민법원, 최고인민검찰원의 사법해석 등</td></tr>
</table>

어떠한 규범이 법원(法源)이 되기 위해서는 기본적으로 몇 가지 요건을 충족하여야 한다. 통설적으로는 최소한 (1) 합법적인 창제 주체가 있어야 하고 (2) 법규범으로서의 논리구조를 지녀야 하며 (3) 비교적 명확한 형식을 갖추어야 하고 (4) 보편적인 법적 효력이 있으며 (5) 판결의 근거가 될 수 있어야 한다.[279] 다음은 사법해석이 어떻게 법원(法源)으로서의 자격을 지니는지 학계의 논의에 입각하여 살펴보고자 한다.

---

276) 2004년에 이미 “사법해석은 미래의 민법전에서 법원(法源)으로 명확히 인정되어야 한다”고 주장한 민사법 사법해석의 법원성(法源性) 탐구에 관한 논문이 발표되었고, 2008년에는 사법해석의 법원지위(法源地位)를 분석한 지창룽(季长龙)의 박사학위논문이 처음으로 등장하였다. 이후에도 해당 주제의 논문이 지속적으로 발표되었다. 高琳、汪渊智，《民法司法解释的法源性初探》，晋阳学刊，2004年第6期；季长龙，《规范性司法解释的法源地位研究》，中国人民大学博士学位论文，2008.

277) 예를 들어 강광문·김영미,『중국법 강의』, 박영사, 2017, p.73.

278) 강광문, “중국의 ‘행정법규’에 관한 일고찰 - 일본의 관련 이론을 토대로”, 중국법연구 제40집(2019.11.), p.4.

279) 어떤 학자는 법원(法源)은 실효성, 효력성, 정당성 등을 구비해야 한다고 말한다. 학자에 따라서 요건을 표현하는 방식의 차이가 있지만 그 본질적인 내용은 거의 동일하다. 季长龙，앞의 글, pp.88-90；段卫利，《刑法司法解释法源地位研究》，吉林大学博士学位论文，2018，pp.54-59.

3. 사법해석의 법원성(法源性)

사법해석은 법원(法源) 중의 하나이다.[280] 이는 현재 중국에서 널리 인정받고 있는 관점이다. 사법해석의 법원성(法源性)을 인정하는 견해는 사법해석이 법원(法源)으로서의 최소한의 요건을 충족할 뿐만 아니라 재판실무에서 필수불가결한 존재로 자리 잡고 있기 때문에 법원(法源)이라고 본다. 구체적인 근거와 요지는 다음과 같이 정리할 수 있다.

(1) 제정주체의 합법성

사법해석은 합법적인 제정주체에 의해서 제정된다. 법원(法源)은 법적 효력이 있는 규범을 창제할 권한이 있는 국가기관에 의해 제정되어야 한다. 사법해석의 제정주체는 최고인민법원과 최고인민검찰원으로, 이들은 1981년 전인대 상무위 〈법률해석업무 강화에 관한 결의(关于加强法律解释工作的决议)〉에 따라 사법해석권을 수권 받은 합법적인 제정주체이다.[281] 헌법은 입법해석만을 규정하였을 뿐 사법해석을 규정하고 있지 않으므로 1981년 결의 자체가 당시 헌법의 수권범위를 초과하였다는 지적이 있지만, 이후 개정된 헌법과 2000년 입법법이 등장한 이후에도 전인대는 해당 결의를 부정하거나 폐지하지 않았고 다른 국가기관 모두 해당 결의의 법적 효력을 묵인 내지 인정하고 있으므로 합법성에 문제가 되지 않는다.[282] 입법부는 법원(法源)을 독점하고자 하는 의도가 없다.[283]

---

280) 陈兴良 ,《刑法定罪思维模式与司法解释创制方式的反思——以窨井盖司法解释为视角》, 法学 , 2020年第10期, p.14.
281) 尹艳丹, 《最高人民法院司法解释的法源地位》, 上海政法学院学报(法治论丛), 第26卷第6期(2011.11.), p.13.
282) 李雪华 ,《最高人民法院司法解释的法律渊源地位研究》, 山东大学硕士学位论文 , 2010, p.17.
283) 黄忠 ,《论民法典后司法解释之命运》, 社会科学文摘 , 2021年第1期, p.12.

(2) 제정절차와 형식의 합법성

사법해석은 합법적인 제정절차에 따라서 제정되고 외재적 형식이 명확하다. 합법적인 국가기관이 규범을 창제할 때에는 정해진 제정절차를 따라야 한다. 규범을 제정하는 행위는 일정한 절차 내의 활동이어야 한다. 그렇지 않으면 법원(法源)이 될 수 없다. 예를 들어 사법해석성문건(司法解释性质文件)은 비록 최고인민법원이 제정한 것이라 할지라도 사법해석의 제정절차에 따라서 제정된 것이 아니기에 사법해석이 아니고 법원(法源)이 될 수도 없다. 최고인민법원 1997년 〈사법해석업무에 관한 약간의 규정(关于司法解释工作的若干规定)〉이 제정된 이후 및 2007년 〈사법해석업무에 관한 규정(关于司法解释工作的规定)〉으로 전면 개정된 이후 사법해석은 입항(立项), 기초(起草), 보고·송부(报送), 토론(讨论), 공포(公布), 비안 등 법정(法定)된 절차에 따라서 제정되고 있다. 이렇게 제정된 사법해석은 '해석', '규정', '규칙', '비복', '결정' 다섯 가지의 매우 명확한 외재적 형식을 지니므로 법원(法源)으로서의 형식적 요건을 충분히 충족한다. 또한 추상적이고 조문화된 구조는 재판에서 추리의 근거와 판결의 근거가 되므로 법규범으로서의 논리구조를 지니고 있다고 보기에 충분하다.

(3) 보편적인 법적 효력

사법해석은 보편적인 법적 효력을 지닌다. 사법해석은 유권 법률해석으로 직권 범위 내에서 법률에 대하여 해석을 진행하는데, 만일 해석의 내용이 법률의 원의(原意)를 위반하지 않는다면 그 효력은 사실상 해석된 법률과 동등하다고 보는 견해가 존재할 정도이다.[284] 최고인민법원 1997년 규정 제4조는 "최고인민법원이 제정 및 공포한 사법해석은 법률효력(法律效力)이 있다"고 규정하였고, 2007년 규정 제5조에서도 "최고인민법원이 공포한 사법해석은 법률효력을 지닌다"고 명시하였으며 현재까지 유지되고 있다.[285]

---

284) 季长龙,《规范性司法解释的法源地位研究》, 中国人民大学博士学位论文, 2008, p.162.

285) "법률효력(法律效力)"이란 통상적으로 법적 효력을 지칭하나 여기서는 논란

지방법원이 제정한 규범성문건이 해당 지방에서만 적용되는 것과 달리 최고인민법원의 사법해석은 전국에서 보편적인 구속력을 발휘한다.[286] 사법해석이 법원(法源)인 이유는 사법해석이 사법기관과 집행기관에 대하여 보편적인 구속력을 발휘하며, 그 효력이 닿는 모든 단체, 기관, 개인이 이를 준수하여야 하기 때문이다.[287] 그렇기 때문에 현실에서도 최고인민법원의 사법해석 공포는 종종 전국적인 관심사가 되기도 한다. 특히 '해석' 형식의 사법해석의 경우 그 해석대상이 되는 법률에 상응하는 영향력이 있는 만큼 전국적으로 지대한 관심을 받는다. 법조인들은 새로운 사법해석이 공포될 때마다 이를 학습하고 숙지하여야 한다. 특히, 법집행과정에서 사법해석이 존재하는데도 판결 시 사법해석의 규정과 다르게 판결하거나 이를 적용하지 않을 경우 법률을 적용하지 않은 것과 같은 오류를 범하는 것으로 간주된다.

(4) 판결의 근거규범

사법해석은 판결의 근거로 인용되는 규범이다. 규범의 법원성(法源性)은 규범의 사법(司法)적 응용가치를 포함한다. 법관이 사건을 재판할 때 근거하는 규범이 법원(法源)이라면 사법해석은 당연히 법원(法源)일 수밖에 없다. 사법해석의 사법적 적용과 인용 문제에 대한 최고인민법원의 태도는 "관철 및 집행해야 하지만 직접 인용은 지양"하는 것에서 "반드시 준수하여 집행하고 인용할 수 있다"는 입장으로, 그리고 "관련 법률과 함께 근거로 삼을 경우 함께 인용"으로, 그리고 "법률과 공동으로 인용할 수 있고 단독으로 인용할 수 있다"는 입장으로 변화해왔다.[288] 이는 최고인민법원이 사법해석이 법원성(法源性)을 지니며 재판의 근거가 됨을 점차적으로 인정하

의 여지가 있다. 자세한 내용은 제4장 제3절 참조.

286) 尹艳丹，앞의 글, p.14.

287) 尹伊君、陈金钊，《司法解释论析——关于传统司法解释理论的三点思考》，政法论坛，1994年第1期, p.32.

288) 徐焱，《论司法解释之法源地位》，长沙铁道学院学报(社会科学版)，第12卷第2期(2011.6.), p.22.

게 되는 과정을 반영한다.[289] <사법해석업무에 관한 규정> 제27조는 “사법해석 시행 이후 인민법원이 이를 재판의 근거로 삼는 경우 사법문서에서 인용하여야 한다”고 규정하였고(제1관) “인민법원이 법률과 사법해석을 동시에 재판의 근거로 인용할 때에는 먼저 법률을 인용하고 그 후에 사법해석을 인용하여야 한다”고 규정하였다(제2관). 2009년 최고인민법원 <재판문서에서의 법률·법규 등 규범성 법률문건 인용에 관한 규정(关于裁判文书引用法律、法规等规范性文件的规定)> 제2조 역시 판결문에서 사법해석을 인용할 수 있다고 규정하였다. 현실에서 사법기관이 사법해석을 적용할 때에는 법률과 거의 다르지 않게 취급하며 심지어 어떤 법원(法院)은 사법해석을 우선적으로 적용하는 경향이 있다.[290] 사법해석은 판결에 있어서 법률, 행정법규, 규장 이외의 가장 중요한 법원(法源)이고, 변호사가 사건을 처리할 때에도 빈번하게 인용되는 규범이다.[291]

(5) 지배적인 법률해석

사법해석은 입법해석을 사실상 대체하는 지배적인 법률해석이다. 성문법(成文法)이 모든 법률문제를 예측하여 규율할 수 없고 한 번 제정되면 개정절차가 까다롭다. 대륙법계 국가의 일부 법률은 다소 원칙적이어서 별도의 입법이 뒷받침해주지 못한다면 법률의 적용과정은 상당 부분 법률에 대한 유권해석을 의지하여야 한다. 이는 대륙법계 국가에서 정식법원(正式法源)의 주요 내용인 제정법 이외에 법률해석에 대해서도 법원성(法源性)을 인정하는 방향으로의 제도 개선을 유발하는 근거가 된다.[292]

앞서 살펴보았듯 중국은 입법의 수준이 다른 대륙법계 국가에 비하여

---

289) 段卫利 ,《刑法司法解释法源地位研究》, 吉林大学博士学位论文 , 2018, p.91.
290) 高琳、汪渊智, 《民法司法解释的法源性初探》, 晋阳学刊, 2004年第6期, p.105.
291) 지창룡(季长龙)의 설문조사에 따르면 사건을 처리할 때에 사법해석을 인용한 경우가 과반이 넘는다고 답한 변호사가 55%로, 다수의 변호사가 빈번하게 사법해석을 인용하며 이를 법원(法源)의 중요한 구성부분으로 보고 있음을 알 수 있다. 季长龙 , 앞의 글, p.137.
292) 高琳、汪渊智 , 앞의 글, pp.104-105.

현저하게 부족하고, 법률의 내용이 지나치게 느슨하여 제도간의 연결이 잘 이루어지지 않는다. 이에 대한 보완은 본래 입법해석의 몫이다.[293] 중국에서 법원성(法源性)이 인정되는 법률해석은 입법해석, 행정해석, 사법해석이 있다.[294] 헌법과 입법법 등이 정한 바에 따르면 입법해석의 효력위계가 가장 높다. 하지만 법률의 해석이 요구되는 상황이 매우 많고 문제의 범위도 매우 넓음에도 불구하고 현실에서 입법해석의 주체인 전인대 상무위는 법률해석을 거의 하지 않는다.[295] 신중국 성립부터 오늘날까지 전인대 상무위의 입법해석은 단 27건으로 통계된다.[296] 국무원 법제사무실(国务院法制办公室)의 행정해석 역시 거의 전부가 개별 문제에 관한 청시(请示)에 대한 복함(复函) 혹은 답복(答复)으로 굉장히 수동적으로 제정되며, 규범으로서의 특징이 전혀 없다.[297] 신중국 성립 이래 현재까지 행정해석은 단 54건으로 통계된다.[298] 입법해석과 행정해석은 사실상 유명무실한 것이나 다름없게 된 것이다. 이에 비해 사법해석은 1991년부터 현재까지 최소 796건으로 통계되고, 규범화 및 제도화기 이전의 사법해석과 사법해석성 문건 등을 모두 포함하면 그 수량이 수천 건에 이른다.[299] 이처럼 중국에서는 입법해석, 행정해석과 사법해석의 비중이 매우 불균형하다.

중국 헌법이 본래 의도하였던 바는 전인대 상무위가 내린 입법해석이 하나의 법원(法源)으로서 기능하여 입법의 흠을 보완하는 것이었으나 현실에서는 전인대 상무위가 아닌 최고인민법원이 절대다수의 법률해석을 행하게 되었고 본래 입법해석이 지녀야 할 법원성(法源性)을 사법해석이 지니게 되었다. 따라서 입법해석이 아닌 사법해석이 실질적인 법원(法源)으로서 기능하고 있다. 어떤 의미에서 사법해석권은 헌법 제67조가 규정한 전

---

293) 高琳、汪渊智 , 앞의 글, p.105.
294) 정이근, 『중국 행정법 쟁점 연구』, 오름, 2011, pp.54-55.
295) 한 통계에 따르면 중국의 중요 법률 239개에 대하여 전인대 상무위는 2003년-2014년 12년간 아무런 해석도 하지 않았다. 杨建军 ,《现行法律解释机制的完善》, 政法论丛 , 2016(02), p.145.
296) 北大法宝 , 링크: https://www.pkulaw.com (최종방문일시: 2021.7.17.).
297) 杨建军 ,《现行法律解释机制的完善》, 政法论丛 , 2016年第2期, p.146.
298) 北大法宝 , 링크: https://www.pkulaw.com (최종방문일시: 2021.7.17.).
299) 北大法宝 , 링크: https://www.pkulaw.com (최종방문일시: 2021.7.17.).

인대 상무위의 입법해석권을 대체하는 작용을 한다고 할 수 있다. 그러므로 이론적인 위계상으로는 입법해석이 사법해석보다 우위에 있는 것이 맞으나, 현실에서는 입법해석이 아예 부재하기 때문에 사법해석이 법률해석 영역에서 사실상 지배적인 지위를 차지하게 되었다. 사법해석은 법률의 의미를 명확하게 하여 법률의 올바른 적용을 가능하게 하고, 법관에 따라 달라질 수 있는 법률의 적용기준을 통일하며, 입법기관이 제정된 법률간 불일치가 존재할 경우에 법률의 적용을 통일하기도 한다.[300] 사법해석이 법원(法源)이 아닐 경우 법관은 상당수 법률의 적용에 있어서 큰 어려움을 겪을 것이다.[301]

3. 소결

위와 같은 이유로 사법해석은 법원성(法源性)이 인정된다. 최고인민법원의 사법해석은 법원(法源)의 범위에 속하며, 이는 의문의 여지가 없다.[302] 최고국가권력기관 등은 직접 혹은 간접적으로 사법해석의 규범적 권위성을 인정하고 있고, 중국의 사법실무에서 제정법 바로 다음인 "2호 법원(二號法源)"으로서 기능하고 있다.[303] 중국의 입법 수준이 양적으로나 질적으로나 심판업무에서 요구되는 수준에 미치지 못하고 있는 상황에서 전인대 상무위는 입법해석의 임무를 거의 수행하고 있지 않으며, 행정해석을 통한 보완입법도 기대하기가 어렵기 때문에 사법작용을 통한 규범 정립이 해결책으로 대두되게 되었다. 사법해석은 향후에도 중요한 규범으로서 사법(司法) 영역은 물론이고 입법과 행정 영역에도 지대한 영향을 미칠 것이 예고되었다. 그러므로 사법해석이 그 중요성에 걸맞은 법원(法源)의 지위를 갖는 것은 이상한 일이 아니다. 사법해석을 정식법원(正式法源)으로 인정하는

---

300) 尹艳丹, 《最高人民法院司法解释的法源地位》, 上海政法学院学报(法治论丛), 第26卷第6期(2011.11.), p.12.
301) 尹艳丹 , 앞의 글, p.14.
302) 徐焱 ,《论司法解释之法源地位》, 长沙铁道学院学报(社会科学版) , 第12卷第2期(2011.6.), p.21에서 재인용.
303) 孙跃 ,《指导性案例与抽象司法解释的互动及其完善》, 法学家 , 2020年第2期, p.104.

관점은 학계의 주류 견해이며, 이는 현실적인 합리성에 기반하고 있다.

사법해석의 법원성(法源性)이 확인되었다면 사법해석은 법원(法源)으로서의 효력을 가지며 전국의 인민법원에 대하여 구속력을 지닌다. 재판부는 재판에서 이를 적용하고 판결문에서 인용할 의무를 가진다. 그렇다면 사법해석과 다른 법원(法源)간의 효력상 우선순위가 궁금해진다. 사법해석이 심판업무에서 실제적으로 적용되기 위해서는 사법해석의 효력위계(位階)가 다른 법원(法源)과 비교하였을 때 어떠한지가 분명해야 한다. 효력에 있어서 사법해석과 비교가치가 있는 가장 주요한 법원(法源)은 (1) 법률 (2) 행정법규 (3) 지방성법규이다. 다음으로는 사법해석의 효력위계 문제를 관련 규정과 학계의 논의에 입각하여 살펴보고자 한다.

제 3 절 사법해석의 효력

1. 사법해석의 효력규정

(1) 사법해석업무에 관한 규정 제5조

사법해석은 현행 법률의 적용에 대한 유권해석으로서 보편적인 법적 효력을 지닌다. 그 적용범위로 볼 때 사법해석은 사법 영역을 통해 전국 범위에 적용되며 중국의 사회생활에 영향을 미치고 있다.[304] 그러나 이같이 보편적인 법적 효력을 부여하는 법적 근거가 미흡하여 비판을 받고 있다. 가장 먼저 살펴볼 것은 최고인민법원 자신의 규정이다.[305]

2007년 <최고인민법원 사법해석업무에 관한 규정>
제5조 최고인민법원이 공포한 사법해석은 법률효력(法律效力)을 지닌다.

---

304) 胡伟新、吴光侠、冯文生、袁春湘，《中国司法解释制度的发展与完善》，法律适用，2014年第12期，p.29.
305) 해당 조항은 2021년 개정안에도 동일하게 유지되고 있다.

학계에는 해당 조문의 서술이 모호하여 사법해석의 효력을 제대로 규정하지 못한다는 비판이 존재한다. 여기서 최고인민법원이 말하는 “법률효력(法律效力)”이 정확히 다음 중 어떤 효력을 의미하는지가 불분명하다.

첫째는 규범으로서의 통상적인 법적 효력을 지닌다는 의미이다. 법적 효력이 있는 규범형식은 법률 이외에도 종류가 매우 다양하다. 심지어는 사법자치 영역의 적법한 계약, 혼인증서 등도 법원(法源)이 아니지만 ‘법적 효력’이 있기 때문에 이렇게 이해할 경우 이 규정은 사법해석의 효력에 대하여 아무런 해답도 제공하지 못한다.[306] 생각건대 최고인민법원이 말하는 ‘법률효력’은 분명히 입법법상의 ‘법률’을 염두에 둔 것이지 계약이나 혼인증서 등의 속성을 말하는 것은 아니다.[307]

둘째는 입법법상의 ‘법률’과 동등한 효력을 지닌다는 의미이다. 사법해석이 입법법 및 각급인민대표대회상무위원회감독법의 관련 규정과 충돌하지만 않는다면 그것이 해석한 법률과 동등한 효력을 지닌다고 볼 수 있다.[308] 그런데 이렇게 이해할 경우 ‘법률과 동등한 효력’이란 과연 사법해석이 오직 해석의 대상이 되는 특정한 법률과 동등한 효력을 지닌다는 의미인지, 아니면 모든 일반적인 법률이 지니는 효력을 사법해석도 동등하게 지닌다는 의미인지가 불분명하다.[309]

이처럼 최고인민법원이 스스로 사법해석이 ‘법률효력’이 있다고 하지만 이것이 법률과 비교하였을 때 효력위계가 정확히 어떠한 것인지는 알 수가 없다.

(2) 사법해석업무에 관한 규정 제27조

사법해석의 인용 규정을 통하여 사법해석의 효력위계 도출을 시도해볼 수 있다. <사법해석업무에 관한 규정> 제27조는 다음과 같이 규정한다.[310]

---

306) 曹士兵,《最高人民法院裁判、司法解释的法律地位》, 中国法学, 2006年第3期, p.176.
307) 王成,《最高法院司法解释效力研究》, 中外法学, 2016年第1期, p.269.
308) 孙跃, 앞의 글, p.106.
309) 王成, 앞의 글, p.269.
310) 해당 조항은 2021년 개정안에도 동일하게 유지되고 있다.

2007년 <최고인민법원 사법해석업무에 관한 규정> 제27조

사법해석 시행 이후 인민법원이 이를 재판의 근거로 삼는 경우 사법문서에서 인용하여야 한다.

인민법원이 법률과 사법해석을 동시에 재판의 근거로 인용할 때에는 먼저 법률을 인용하고 그 후에 사법해석을 인용하여야 한다.

그러나 이 조문에서 말하는 법률과 사법해석을 동시에 인용하는 경우란 과연 법률조문과 이 법률조문을 해석한 사법해석을 동시에 인용하는 경우를 말하는 것인지, 아니면 법률조문과는 상관없는 다른 사법해석을 동시에 인용하는 경우를 말하는 것이지, 아니면 두 경우 모두를 포함하는 것인지 명확하지 않다. 만일 법률조문과 이 법률조문을 해석한 사법해석을 동시에 인용하는 경우를 의미하는 것이라면 사법해석이 당연히 원래의 법률보다 앞서지 못한다. 그러나 법률조문과 무관한 사법해석이 함께 인용되는 경우를 말하는 것이라면, 최고인민법원은 일반적으로 사법해석의 효력이 각종 법률보다 하위에 있다는 입장을 취하는 것인가?[311] 이 역시 판단하기가 어렵다.

한편 2009년 최고인민법원 <재판문서에서의 법률·법규 등 규범성 법률문건 인용에 관한 규정(关于裁判文书引用法律、法规等规范性文件的规定)>은 다음과 같이 정하고 있다.

<재판문서에서의 법률 · 법규 등 규범성 법률문건 인용에 관한 규정> 제2조

다수의 규범성 법률문건을 병렬 인용하는 경우, 인용 순서는 다음과 같다: 법률 및 법률해석, 행정법규, 지방성법규, 자치조례 혹은 단행조례, 사법해석. 동시에 두 개 이상의 법률을 인용하는 경우, 먼저 기본법률을 인용하고 그 후에 기타 법률을 인용하여야 한다. 인용이 실체법과 절차법을 포함하는 경우, 먼저 실체법을 인용하고 그 후에 절차법을 인용하여야 한다.

만일 이 조항이 각 규범의 효력위계 순으로 인용 순서를 정한 것이라면,

311) 王成 , 앞의 글, p.270.

최고인민법원은 사법해석의 위계가 법률보다 낮을 뿐만 아니라 국무원과 지방권력이 제정한 규범성문건보다 낮다는 입장을 취한다고 볼 수 있다. 그러나 인용 순서가 곧 효력위계 순서라고 단정할 수 있는 증거가 명확하지 않기 때문에 이에 대해서는 그 어느 누구도 자신 있게 주장하고 있지 못하다.[312] 그러므로 재판문서에서의 인용과 관련된 최고인민법원의 규정에서 사법해석의 효력위계를 유추하기는 다소 어려워 보인다.

(3) 효력규정의 한계

최고인민법원은 사법해석의 효력에 대하여 '법률과 동등한 효력을 지닌다' 혹은 '해석하는 법률과 동등한 효력을 지닌다'라고 규정하지 않고 '법률효력을 지닌다'는 매우 모호한 표현을 사용하였다. 최고인민법원이 사용한 표현은 사법해석이 중국의 법원(法源)체계에서 차지하는 효력위계를 정확하게 파악할 수 없게 하는 문제를 내포하고 있다.

일부 학자들은 <사법해석업무에 관한 규정> 자체가 사법해석의 효력을 논할 자격이 없다고 비판한다. 이 비판에 따르면 <사법해석업무에 관한 규정> 자체가 하나의 사법해석이므로 '법률효력'이 정확이 어떤 효력을 지칭하는지와 관계없이 사법해석이 사법해석 스스로에게 효력을 부여하는 규정을 창설할 수 없다. 최고인민법원은 하나의 사법기관으로 법원(法源)의 효력등급 문제를 규정할 권한이 없다. 법원(法源)의 효력위계 문제는 입법권의 내부적 설계와 연계되는 것으로 국가권력의 설계 문제에 속한 것이기 때문에 일반적으로 헌법 혹은 입법법에 의하여 규율되어야 한다. 최고인민법원이 스스로 사법해석의 효력을 규정하는 조항은 그 자체로 이미 합헌성 문제를 안고 있다.[313]

이처럼 최고인민법원의 규정을 통한 사법해석 효력의 도출이 여러 가지 어려움과 비판을 직면하고 있는 상황에서 이 문제에 대하여 명확하고 권위적인 설명을 제공할 책임이 있는 주체는 당연히 입법기관이다. 그러나 헌법

312) 王成 , 앞의 글, p.270.
313) 孙笑侠、褚国建 ,《论司法批复的解释论证功能及其局限》, 浙江大学学报(人文社会科学版) , 2009年第6期, pp.73-74.

은 물론 입법법, 인민법원조직법, 인민검찰원조직법, 감독법 그리고 전인대 상무위의 1955년과 1981년 결의에서도 사법해석의 효력위계에 관한 명확한 언급을 찾아볼 수가 없다.[314] 입법법의 개정에도 불구하고 사법해석은 여전히 국가입법권의 중간지점에 놓여 있어 그 법적 효력은 지속적으로 논란이 되었다.[315] 사법해석 제정권을 수권한 규범성문건만을 관찰하였을 때에는 사법해석이 어떠한 효력을 지니는지 파악하기가 어렵다. 사법해석의 효력위계는 사법해석이 처음 생기기 시작한 순간부터 불명확한 상태에 있었다.[316]

사법해석의 효력위계 문제는 사법해석이 법률, 행정법규, 지방성법규 등과 충돌할 경우의 판결근거 확정 문제와 긴말하게 연관된다. 각 법원(法源)이 충돌하지 않을 때는 모두 보편적인 구속력을 지니고 사법기관은 이들 모두를 적용하여야 한다. 이 경우 효력위계에 대하여 판단할 필요가 없다. 그러나 동일한 문제에 대하여 각 법원(法源) 간 충돌이 발생할 경우에는 효력위계에 근거한 배제와 선택이 이루어져야 한다.

중국에서는 입법법이 각 법원(法源)의 효력위계를 규정하고 있으나 사법해석은 이 위계 체계 안에 포함되지 않았다. 효력을 논하기 위해서는 우선 위계가 확실히 정립되어야 하는데, 입법법이 취한 태도는 사법해석을 법이 규율하는 그 어떤 위계 가운데에도 위치시키지 아니하고 부칙(附则) 제104조에 두는 것이었다. 이에 대한 한 가지 분석은 중국의 법률규범 체계 내의 모든 법원(法源)은 입법기관 혹은 행정기관이 제정한 것인데 사법해석은 제정주체인 최고인민법원과 최고인민검찰원은 사법기관이기 때문에 법률체계가 포함하는 규범성문건 중 한 가지가 될 수 없다는 것이다.[317] 그렇다면 사법해석은 비정식법원(非正式法源)으로 분류되어 중국의 법률규범 체계에서 효력상 설득력은 있으나 구속력은 없는 지위에 위치하게 되는데, 이는 사법해석의 법원성(法源性)이 인정되고 재판실무에서 판결의 근거규범이 되

---

314) 任婕，《最高人民检察院司法解释效力研究》，中共中央党校博士学位论文，2019, p.72.
315) 김준영, “중국 2015년 '입법법' 개정의 쟁점 연구 - '법치' 개혁의 관점에서”, 중국법연구 제26집(2016.5.), p.38.
316) 王成，《最高法院司法解释效力研究》，中外法学，2016年第1期, p.269.
317) 田一博，《司法解释的行政法地位》，科技风，2020年2月, p.258.

고 판결문에서 반드시 인용하여야 한다는 요구와 매우 모순되는 것이다.

사법해석과 법률, 행정법규, 지방성법규 사이에 충돌이 발생할 경우 충돌을 규율하는 일반규칙으로는 이를 해결할 수 없다.[318] 충돌 규율의 일반규칙에는 상위법이 하위법보다 우선한다는 원칙, 신법(新法)이 구법(舊法)보다 우선한다는 원칙, 특별법이 일반법보다 우선의 원칙이 포함된다.[319] 그러나 이러한 원칙에도 불구하고 중국에서는 우리나라와 같은 위헌법률심판제도나 법원에 의한 법령심사가 운용되지 않으므로 입법법이 정하는 사전적 규범통제 방법인 비준(批准), 비안(备案)제도와 사후적 규범통제 방법인 변경(改变), 취소(撤销), 재결(裁决) 등을 통하여 규범 간 충돌의 문제를 해결하고 있다.[320]

사법해석이 중국의 법률규범 체계에서 어떠한 위계에 위치하는지가 명확하지 않기 때문에, 사법해석과 다른 법원(法源) 간의 충돌이 발생하는 경우에는 입법법이 정하는 규범성문건 충돌 해결의 일반규칙이 적용되기가 어렵다. 이러한 실정은 사법해석으로 하여금 현재 중국의 법률규범 체계 밖에서 '유리(游离)'하게 하고 있다.[321] 사법해석의 효력 문제를 해결하기 위해서는 사법해석의 효력위계를 명확히 보장하여야 하며, 구체적으로는 헌법과 입법법 차원에서 사법해석의 효력위계를 명확히 규정해야 한다는 의견이 제기되고 있다.[322] 학계에서는 이를 위한 구체적인 방안정립과 분석이 시도되어왔다.

---

318) 王成，앞의 글, p.263.
319) 朱力宇、叶传星，《立法学》，中国人民大学出版社，2015年9月第4版，pp.144-145.
320) 정이근, "중국의 입법체계와 입법 간 충돌의 해결원칙", 중국법연구 제17집 (2012.6.), p.16.
321) 王成，앞의 글, p.273.
322) 马荣,《浅议最高人民法院司法解释的效力问题》, 法制与社会, 2020年第11期, p.26；刘宪权, 《刑法司法解释与刑法的冲突适用》, 法学论坛, 2020年第6期, p.82；田一博，앞의 글, p.258.

2. 사법해석의 효력위계

(1) 사법해석과 법률

입법법 제7조는 전인대와 전인대 상무위가 국가 입법권을 행사하도록 하고 있다. 전인대는 형사, 민사, 국가기구 관련 및 기타 기본법률을 제·개정한다. 전인대 상무위는 전인대가 제정해야 하는 법률 이외의 기타 법률을 제·개정하며, 전인대 폐회기간에 전인대가 제정한 법률에 대하여 부분적인 보충과 개정을 하되 법률의 기본 원칙을 위배할 수 없다. 입법법 제87조와 제88조에 따르면 법률의 효력은 헌법보다 낮고 행정법규·지방성법규·규장보다 높다. 사법해석과 법률의 효력위계에 관하여 학계에는 사법해석의 효력이 법률보다 낮다고 보는 관점이 다수이다. 그 이유는 다음과 같다.

첫째, 헌법에 따르면 전인대는 최고국가권력이관이며 국무원과 최고사법기관 모두 전인대에 의해 구성되고 전인대와 전인대 상무위에 대하여 책임을 지며 감독을 받는다.[323] 중국에서 법규범의 효력등급은 주로 해당 규범의 제정기관이 국가기관 조직체계에서 차지하는 지위에 의하여 결정되는데, 최고사법기관은 전인대와 전인대 상무위보다 헌법상 지위가 낮으므로 최고인민법원과 최고인민검찰원이 제정한 사법해석의 효력은 전인대와 전인대 상무위가 제정한 법률보다 효력이 낮다고 보아야 한다.[324]

둘째, 입법법 제104조에 따라 사법해석은 주로 구체적인 법률 조문을 대상으로 하여야 하며, 입법의 목적·원칙·원의에 부합하여야 한다. 사법해석은 반드시 현존하는 법률을 전제로 하여야 하고 그 내용이 법률을 위배할 수 없다. 사법해석은 법률의 부속물이기 때문에 법률보다 효력이 낮으며, 사법해석의 규정이 법률에 부합하지 않거나 충돌할 경우 사법해석은 무효가 되고 법률의 규정이 적용되어야 한다.[325] 일부 사법해석은 법률이 규정하지

---

323) <중화인민공화국 헌법(中华人民共和国宪法)> (2018년 개정) 제67조, 제92조, 제133조, 제138조.

324) 高琳、汪渊智，《民法司法解释的法源性初探》，晋阳学刊，2004年第6期, p.107.

325) 李雪华，《最高人民法院司法解释的法律渊源地位研究》，山东大学硕士学位论

아니한 사항에 대하여 확장 해석을 하는데, 이러한 사법해석이 법률에 위배된다고 곧바로 결론지어서는 안되며 사법해석의 목적 중 하나가 법률의 공백과 입법규범의 부족을 보충하는 것임을 고려하여 완화된 기준으로 판단하여야 한다.[326] 법률을 보완하는 것으로서 정당성이 인정된 사법해석의 경우에는 단독으로 적용할 수도 있다. 그러나 원칙적으로 사법해석은 법률 직하(直下)의 효력을 지녀야 한다.

셋째, <각급인민대표대회 상무위원회 감독법(各级人民代表大会常务委员会监督法)> 제32조 제1관에 따르면 사법해석은 법률의 규정에 위배될 수 없고 위배될 소지가 있을 경우 국무원, 성(省)·자치구·직할시의 인민대표대회 상무위원회 등 다른 국가기관은 전인대 상무위에 심사를 진행할 것을 요구할 수 있다. 이로 미루어 볼 때 입법기관은 법률에 위배되지 아니한다는 전제 하에 사법해석의 유효성을 인정하고 있으며, 따라서 사법해석의 효력은 법률보다 낮다.[327]

이와 달리 일각에서는 사법해석은 법률에 대한 해석 곧 법률이 마땅히 지녀야 하는 의미이므로 사법해석을 적용할 때의 효력은 그 해석대상이 되는 법률과 동등하다고 보기도 한다.[328] 소수의견은 입법해석 역시 해석의 대상이 되는 법률을 위배할 수 없지만 입법법 제50조가 입법해석이 법률과 동등한 효력을 지닌다고 규정하고 있는 것처럼, <감독법>을 근거로 사법해석이 법률을 위배할 수 없다는 이유만으로 그 효력이 법률보다 낮다고 곧바로 단정할 수는 없다고 주장한다.[329] 사법해석은 법률 조문의 함의에 대한 투사(投射)로서 해당 조문의 일부로 보아야 하며, 따라서 법률과 행정법규 사이에 또 하나의 효력위계를 별도로 정립할 필요가 없다.[330] 즉

文，2010, p.25.

326) 齐玎，《最高人民法院司法解释权：释法抑或造法》，厦门大学法律评论，总第27辑(2016.3.), p.76.

327) 刘晓宏，《最高人民法院司法解释权力、程序、文件研究》，吉林大学博士学位论文，2012, p.90.

328) 吴兆祥，《<关于裁判文书引用法律、法规等规范性法律文件的规定>的理解与适用》，人民司法，2009年第23期, p.32.

329) 任婕，《最高人民检察院司法解释效力研究》，中共中央党校博士学位论文，2019, p.104.

사법해석의 효력은 그 해석의 대상이 되는 법률조문과 동일하다. 그러나 이 주장이 성립되기 위해서는 최고인민법원의 사법해석권은 법률의 구체적 적용의 문제에 한하여 발동되어야 하고, 해석의 대상은 구체적인 법률조문에 한하며 입법법 제104조를 엄격히 준수하여 입법의 목적·원칙·원의에 부합하여야 한다는 전제조건이 충족되어야 한다.[331]

본고는 다수의견과 같이 사법해석의 효력이 법률보다 낮다고 본다. 소수의견은 이들이 스스로 주장하는 것처럼 입법법 제104조를 엄격하게 준수하여야 비로소 성립되기 때문이다. 그러나 현실의 사법해석은 구체적인 법률을 대상으로 하지 않는 경우가 많다. 특히 '해석' 형식의 사법해석은 특정 법률뿐만이 아니라 특정 유형의 사건 혹은 문제에 관한 법률의 적용을 다루기 때문에 반드시 구체적인 법률조문을 대상으로 하지 않는 경우도 많다. 현실적으로 특정 법률 내의 개별 조문을 대상으로 하는 것이 아닌 특정 법률 전체를 하나의 대상으로 하여 제정 및 공포되는 사법해석이 매우 중요한 법원(法源)으로서 기능하고 있다. 이러한 실정을 반영하듯 입법법 제104조 역시 "사법해석은 '주로(主要)' 구체적인 법률조문을 대상으로 하여야" 한다고 규정하였다. '주로(主要)'라는 표현에서 입법법은 이에 대한 엄격한 준수를 강요하고 있지 않다는 것을 알 수 있다. 그러므로 소수의견은 설득력이 약하다.

(2) 사법해석과 행정법규

국무원(国务院)은 곧 중국의 중앙인민정부(中央人民政府)로 최고국가권력기관의 집행기관이자 최고국가행정기관이다. 국무원은 행정법규(行政法规)의 제정주체이다. 입법법 제65조에 따라 행정법규는 법률규정의 집행을 위해 행정법규 제정이 필요한 사항에 대하여 규정할 수 있고, 국무원의 행정관리 직권 내의 사항에 대하여 규정할 수 있다. 입법법 제88조에 따라 행정법규의 효력은 법률보다 낮고 지방성법규와 규장보다 높다.

---

330) 任婕 , 앞의 글, p.106.
331) 王成 ,《最高法院司法解释效力研究》, 中外法学 , 2016年第1期, pp.274-277.

최고인민법원의 사법해석과 국무원의 행정법규의 효력위계 관계에 대해서는 크게 세 가지 견해가 존재한다. 첫째는 사법해석과 행정법규가 동등한 효력위계를 지닌다는 관점이다. 둘째는 사법해석의 효력이 행정법규보다 낮다는 관점이다. 셋째는 양자의 효력이 법률분야에 따라 상이하다는 관점이다.

첫째, 사법해석과 행정법규의 효력이 동등하다고 보는 견해. 이 견해는 행정입법과 행정해석의 일원화 현상에서 그 근거를 찾는다. 국무원은 행정입법권과 행정해석권을 모두 가지고 있는데 실무에서 국무원은 두 가지 권한을 혼합하여 행사하는 경향이 있고, 그 결과로 상당수의 행정해석이 행정법규의 형식으로 나타나게 되었다. 국무원의 행정해석과 행정법규는 엄격한 경계가 존재하지 않고 양자를 서로 구별하기가 어렵다. 그러므로 국무원의 행정법규 제정은 사실상 행정해석권의 행사라고 볼 수 있다. 헌법상 법률해석권은 전인대 상무위의 권한이지만, 국무원과 최고사법기관도 전인대 상무위의 수권에 따라 각자의 직무범위 내에서 법률에 대한 해석을 할 수 있다. 중국의 현행 법률해석체제에서는 국무원의 행정해석권과 최고인민법원의 법률해석권이 상하구분 없이 평등한 지위에 있다. 그러므로 사법해석과 행정법규가 동등한 효력을 지닌다고 보는 것은 중국의 입법과 법률해석체제의 실정에 부합한다.[332]

둘째, 사법해석의 효력이 행정법규보다 낮다는 견해. 해당 견해는 입법권의 지위가 사법권에 비해 절대적인 우위에 있다는 전제에 입각하고 있다. 행정기관은 행정법규 제정을 통해 입법을 구체화하고 행정법규의 시행을 통하여 규범적 효력을 달성한다. 행정기관은 실질적으로 입법권을 행사한다. 따라서 인민법원의 판결에서 여러 가지의 판결근거를 인용할 때 사법해석은 행정법규보다 뒤에 위치되어야 한다. 인용하는 행정법규와 사법해석이 충돌하는 경우 인민법원은 입법권을 존중해야 하며 행정법규를 우선적으로 적용하여야 한다.[333] 국무원의 명의로 공포된 행정법규는 원칙상 사법해석보다

---

332) 刘晓宏，《最高人民法院司法解释权力、程序、文件研究》，吉林大学博士学位论文，2012, p.90.

333) 吴兆祥，《<关于裁判文书引用法律、法规等规范性法律文件的规定>的理解与适用》，人民司法，2009年第23期, pp.30-32.

높은 효력을 가진다. 인민법원은 입법된 규범의 효력에 대하여 위법성 심사를 진행할 수 없다. 다만 인민법원이 행정법규에 위헌 혹은 위법한 정황이 있다고 여길 경우 그 적용을 중지하고 전인대 상무위에 해석을 진행할 것을 요청할 수 있다.[334)]

셋째, 법률분야에 따라 효력위계가 상이하다는 견해. 이 견해에 따르면 사법해석과 행정법규의 효력위계는 형사재판, 민사재판, 행정재판에서 각각 다르게 정립된다. 이 관점의 주요한 근거가 되는 2009년 최고인민법원 <재판문서에서의 법률·법규 등 규범성 법률문건 인용에 관한 규정(关于裁判文书引用法律、法规等规范性文件的规定)>은 다음과 같이 규정한다.

제 3 조 형사재판문서는 법률, 법률해석 혹은 사법해석을 인용하여야 한다. 민사소송을 부대(附帶)하는 형사소송의 재판문서에서 규범성 법률문건을 인용할 때에는 본 규정 제4조를 동시에 적용한다.

제 4 조 민사재판문서는 법률, 법률해석 혹은 사법해석을 인용하여야 한다. 적용하여야 하는 행정법규, 지방성법규 혹은 자치조례와 단행조례는 직접 인용할 수 있다.

제 5 조 행정재판문서는 법률, 법률해석, 행정법규 혹은 사법해석을 인용하여야 한다. 적용하여야 하는 지방성법규, 자체조례와 단행조례, 국무원 혹은 국무원이 수권한 부서가 공포한 행정법규해석 혹은 행정규장은 직접 인용할 수 있다.

우선 순수한 형사재판의 경우 엄격한 죄형법정주의 원칙이 작용하는 영역으로 다른 영역의 규범인 행정법규가 간섭할 공간이 거의 존재하지 않는다. 따라서 형사심판의 영역에서는 관련 법률 및 사법해석이 판결의 주요한 근거규범으로 자리 잡고 있으며, 행정기관이 제정한 규범과의 효력비교가 성립되지 않는다.

민사재판에서는 사법해석과 행정법규 모두 법원(法源)이 되지만 사법과정에서 양자의 구속력이 다소 다르게 취급된다. 위의 규정 제4조에서 볼

---

334) 高琳、汪渊智，《民法司法解释的法源性初探》，晋阳学刊，2004年第6期, p.107.

수 있듯 사법해석에 대해서는 무조건적으로 “인용하여야 한다(應當引用)”고 규정한 반면 행정법규 등에 대해서는 선택적으로 “인용할 수 있다(可以引用)”고 규정하고 있다. 즉 민사재판에서는 사법기관이 구체적인 사건의 맥락에서 행정법규 대하여 일정한 심사를 진행한 뒤에 해당 행정법규의 적용 및 인용 여부를 결정할 수 있다. 그러므로 사법기관은 민사재판에서 사법해석의 효력이 행정법규보다 우선한다는 입장을 취하고 있음을 알 수 있다. 그러므로 민사재판에서 동일한 문제에 대하여 사법해석과 행정법규의 내용이 충돌할 경우 인민법원은 사법해석을 우선적으로 적용하여야 한다.[335)]

그렇다면 행정재판에서 사법해석과 행정법규가 충돌할 경우의 적용이 문제된다. 최고인민법원은 사법해석에 대해서는 민사재판과 행정재판에서 반드시 적용 및 인용하여야 하는 규범으로 보았으나 행정법규에 대해서는 재판의 유형에 따라서 다르게 보았다. 앞의 규정 제5조는 행정재판에서 사법해석과 행정법규 모두 반드시 “인용하여야 한다(應當引用)”고 규정하고 있다. 규정의 내용상 행정재판에서는 민사재판과 달리 사법해석과 행정법규간 효력의 우열이 존재하지 않는다고 볼 수 있다. 행정재판의 특성상 행정법규가 보다 중요한 근거규범으로 작용하겠지만 동시에 행정재판도 결국 인민법원이 수리(受理)하는 것이고 인민법원은 최종적인 재판권을 가지고 있기 때문에 사법해석의 효력이 낮다고 보기는 어렵다. 최고인민법원과 국무원은 헌법상 동등한 지위에 있는 국가기관이기 때문에 사법해석과 행정법규의 효력도 동일하다고 볼 수 있다.

사견으로는 세 번째 견해가 타당하다고 본다. 양자의 효력이 동등하다고 보는 첫 번째 관점은 행정해석과 행정입법이 행정법규라는 형식을 통하여 사실상 일원화되어 구분되지 않는다는 점에서 근거를 찾는데, 행정해석과 행정입법은 엄연히 다른 것이다. 행정해석권 행사가 곧 행정입법이라면 같은 사법해석권의 행사 또한 사법입법이 되어야 한다. 그러나 이는 중국의 통치구조에서 허용되지 않는 논리이다. 최고인민법원의 사법해석이 입법화

---

335) 李雪华，《最高人民法院司法解释的法律渊源地位研究》，山东大学硕士学位论文，2010, p.27.

(立法化) 경향을 나타내는 것은 사실이나 이를 근거로 사법해석 제정이 사법입법권의 행사라고 주장할 수 있는 것은 아니다. 반대로 행정법규에서 행정해석적인 요소가 어느 정도 작용하였다 할지라도 행정법규의 제정이 곧 행정해석권의 행사와 성질이 같아지는 것은 아니다. 비록 수량은 적지만 행정해석은 국무원의 '복함(复函)', '답복(答复)', '의견(意见)' 등 형식으로 분명히 존재하며 행정해석으로 별도 분류되고 있다. 해당 견해가 근거하는 전제가 성립되지 않으므로 최고사법기관과 국무원의 법률해석권 지위에서 사법해석과 행정법규가 효력상 동등하다는 결론을 도출할 수 없다.

두 번째 견해는 입법권 존중의 원칙에 따라서 행정법규를 우선적으로 적용하여야 한다고 보지만, 입법권과 행정입법권의 지위는 엄연히 다른 것이다. 행정법규와 사법해석의 제정주체는 모두 전인대와 전인대 상무위에 대하여 책임을 지고 헌법상 지위가 평등하다. 그러므로 행정입법권과 사법해석권은 모두 입법권보다 낮은 지위에 있다. 해당 견해는 행정입법이 사법해석에 비하여 입법의 요소를 더 많이 갖추었으며 입법에 더 가깝다고 주장할 수 있으나, 행정법규와 사법해석은 시행과 적용이라는 서로 다른 직권 범위 내에서 제정되었을 뿐 모두 법률의 의미를 구체화하고 세밀화하는 것을 목표로 하기 때문에 어느 한 가지 규범의 지위가 더 높거나 낮다고 단정하기 어렵다. 해당 견해는 행정입법권과 입법권의 지위상 차이를 간과하였고 행정입법권이 사법해석권보다 우월하다는 증거가 부족하므로 타당하지 않다.

세 번째 견해는 다음과 같은 현실을 고려하였을 때 더욱 타당성이 있다. 현실에서 사법해석과 행정법규의 충돌은 이론적으로 우려되는 것만큼 심각하지 않다.[336] 하급인민법원이 재판에서 당면할 수 있는 사법해석과 행정법규의 충돌 문제는 최고인민법원의 선에서 거의 해결이 된다. 최고인민법원은 충돌을 피하기 위해 사법해석의 제정 단계에서부터 행정법 영역을 거의 침범하지 않고, 행정법 이외의 충돌가능성이 있는 다른 영역에서 사법해석을 제정할 때에는 적극적으로 국무원의 규범성문건을 참조하고 이를 근거로 삼는다.[337] 국무원 및 각 부서가 제정한 관련 규범성문건이 없지만 충돌가

336) 刘晓宏 ,《最高人民法院司法解释权力、程序、文件研究》, 吉林大学博士学位论文 , 2012, pp.49-52.

337) 예를 들어 2003년 최고인민법원 <파산기업의 국유할당토지 사용권이 파산

능성이 있는 영역에서 사법해석을 제정하고자 하는 경우 최고인민법원은 먼저 행정기관의 의견을 수렴한다.[338] 또한 관련 영역에서 사법해석과 행정법규의 충돌이 발견될 경우 최고인민법원은 일반적으로 국무원의 규정을 기준으로 사법해석을 수정하거나 새로운 사법해석을 공포한다.[339] 이처럼 행정법규에 대한 최고인민법원의 최대한의 존중은 사법해석과 행정법규의 충돌 문제를 최소화한다. 여기에 전인대 상무위가 비안심사 과정에서 행정법규와 사법해석에 대한 실질심사를 통하여 불일치한 규정을 발견하고 처리할 수 있다면 양자의 실제 충돌 가능성은 더욱 작아질 것이다.[340]

(3) 사법해석과 지방성법규

지방성법규(地方性法规)는 성(省)·자치구·직할시의 인민대표대회 및 상무위원회가 본 행정구역의 구체적인 상황과 실제적인 필요에 근거하여 헌법, 법률, 행정법규와 저촉되지 않는다는 전제하에 제정할 수 있다(입법법 제72

재산 목록에 포함되어야 하는지 등 문제에 관한 비복(关于破产企业国有划拨土地使用权应否列入破产财产等问题的批复)>은 국무원 <도시국유토지사용권 매출·양도 잠행조례(城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例)> 제47조를 근거로 하였다. 刘晓宏 , 앞의 글, p.50.

338) 예를 들어 2010년 최고인민법원 <여행 분쟁 사건 심리 시 법률 적용의 약간의 문제에 관한 규정(关于审理旅游纠纷案件适用法律若干问题的规定)> 기초 과정에서 최고인민법원 민사제1심판정(民一庭)은 국무원 법제사무실(法制办公室) 등의 의견을 서면으로 수렴하였고 이를 토대로 초안을 수정 및 완성하였다. 杜万华、张进先、王毓莹 ,《<关于审理旅游纠纷案件适用法律若干问题的规定>的理解与适用》, 人民司法 , 2010年第23期, p.28.

339) 예를 들어 1994년 국무원 <농촌 5보 공양업무조례(农村五保供养工作条例)>와 1985년 최고인민법원 <중화인민공화국 상속법 관철 및 집행의 약간의 문제에 관한 의견(关于贯彻执行中国人民共和国继承法若干问题的意见)>은 보호의 대상이 되는 유산의 처리 문제에 대하여 상이한 규정을 두고 있었는데, 최고인민법원은 2000년 <농촌 5보 대상 유산 문제를 어떻게 처리할지에 관한 비복(关于如何处理农村五保对象遗产问题的批复)>에서 해당 문제를 국무원의 조례에 따라서 처리하도록 규정하였다. 刘晓宏 , 앞의 글, p.51.

340) 刘晓宏 , 앞의 글, p.91.

조). 지방성법규가 규정할 수 있는 사항은 법률 및 행정법규를 집행하기 위해 본 행정구역의 실제 상황에 따라 구체적으로 규정할 필요가 있는 사항 그리고 지방성 사무에 속한 것으로 지방성법규의 제정이 필요한 사항이다. 상위법에서 이미 명확하게 규정한 내용은 일반적으로 지방성법규에서 중복 규정하지 않는다. 지방성법규는 법률이나 행정법규에 저촉될 수 없다(제73조). 지방성법규의 효력은 행정법규보다 낮고 본급과 하급 지방정부규장보다 높다(제88, 89조).

사법해석과 지방성법규의 효력위계에 대하여는 비교적 통일된 인식이 존재한다. 일반적으로 사법해석의 효력이 지방성법규보다 높다고 여겨지고 있다.[341] 앞서 언급한 <재판문서에서의 법률·법규 등 규범성 법률문건 인용에 관한 규정>은 행정법규의 경우와는 다르게 지방성법규에 대해 재판의 유형과 관계없이 일관적인 태도를 보이고 있다. 민사재판과 행정재판 모두의 경우에서 사법해석은 "인용하여야 한다(應當引用)"고 규정한 반면 지방성법규는 모두 "인용할 수 있다(可以引用)"고 규정하고 있다. 인민법원은 사법과정에서 지방성법규에 대한 합법성 심사를 진행한 뒤 재판의 근거로 적용할지의 여부를 결정할 수 있다.[342] 따라서 지방성법규는 재판의 근거 규범으로서 당연한 효력을 지니지 않으며, 사법해석보다 효력위계가 낮다.

3. 소결

비록 사법해석이 법원(法源)으로서 지니는 효력위계를 정립하고자 하는 시도가 학계를 필두로 꾸준히 이루어지고 있으나 이에 대한 입법의 침묵은 실무에서 큰 불편을 초래하고 있다. 일반적으로 사법해석의 효력은 법률보다 낮고 지방성법규보다 높다고 본다. 사법해석과 행정법규의 효력위계가 어떠한지에 대해서는 견해가 통일되어있지 않으나 양자의 충돌 우려는 실무에서의 최고인민법원과 국무원의 상호조율을 통하여 대부분 상쇄된다. 그럼

---

341) 高琳、汪渊智，《民法司法解释的法源性初探》，晋阳学刊，2004年第6期, p.107.

342) 李雪华，《最高人民法院司法解释的法律渊源地位研究》，山东大学硕士学位论文，2010, p.28.

에도 불구하고 이론적으로 충분히 발생 가능한 충돌에 대하여 입법 차원에서의 해결방안이 존재하지 않는 실정은 분명히 개선이 필요한 부분이다. 재판실무에서 사건을 처리하는 법관의 입장에서는 입법기관이 사법해석의 효력위계 문제를 명확히 규정하지 않은 상황에서 사법해석과 다른 법원(法源) 간의 충돌이 발생할 경우 규범성이 약한 법리, 학설, 관습 심지어는 법관과 재판부 스스로의 소신에 의거하여 적용할 근거규범을 결정할 수밖에 없다. 사법해석이 행정기관에 대해 구속력이 있는지 여부에 대해서도 견해가 통일되어있지 못하다.[343]

분명한 것은 중국의 현행 법률규범 내에서는 사법해석의 효력위계가 법원(法源)체계 내에서 어디에 위치해 있는지를 명확하게 밝힐 수 없다는 것이다. 법원(法源)은 효력위계가 명확해야 한다. 향후에도 계속해서 유지될 사법해석의 규범화와 제도화를 위해서는 그 법원성(法源性)이 법률 차원에서 명확하게 규정되어야 하며, 그 효력위계까지도 입법기관과 행정기관이 제정한 다른 법원(法源)들과 통합되어 명확하게 정립되어야 할 것으로 보인다.

---

343) 실제로 어떤 행정기관은 사법해석은 최고사법기관이 법률을 적용하는 과정에서 법률의 구체적 적용의 문제에 대하여 행한 해석이기 때문에 각급 사법기관이 어떻게 법률을 적용할지에 대하여 구속력이 있으므로 행정기관이 사무를 처리할 때 관련 사법해석을 참고할 수는 있으나 직접 적용해서는 안 된다고 보았다. 반면 어떤 행정기관은 사법해석이 행정기관에 대하여도 구속력이 있다고 보았다. 王成，《最高法院司法解释效力研究》，中外法学，2016年第1期，p.266.

제 5 장 결론

오늘날의 사법해석제도는 중국 법체계에서 사법(司法)의 영역뿐만 아니라 입법의 영역에서도 막대한 영향력을 발휘하고 있다. 그럼에도 불구하고 그동안 우리나라에는 이러한 사법해석제도에 대한 기본적인 소개가 충분히 이루어지지 않았다. 이러한 배경을 인식하면서 본고는 사법해석제도에 대한 개괄적인 설명을 제공하는 것을 기본목표로 하였다.

사법해석은 최고인민법원과 최고인민검찰원이 최고국가권력기관의 수권에 근거하여 사법업무 중에 어떻게 법률을 구체적으로 적용할지의 문제에 대하여 행한 보편적 법적 효력을 지닌 천석(闡釋)과 설명(說明)이다.[344] 사법해석제도는 사법기관이 사법과정에서 제정한 추상성 규범이 재판에서 판결의 직접적인 근거가 된다는 점에서 특수성을 지닌다. 사법해석제도에 대한 연구는 국가의 입법권과 사법권의 경계 그리고 법률해석체제의 설계와 긴밀하게 연관된다는 점에서 헌법적인 의의가 있다. 그러나 사법해석제도는 민주집중제 원리를 기반으로 한 통치구조와 중국공산당이 영도하는 사회발전의 특수성에 기인하여 형성된 것으로, 우리나라와는 달리 권력분립 이론이 수용되지 않는 사회주의체제의 중국이라는 특수한 배경 속에서 이해되어야 한다.

사법해석의 유형은 법정된 다섯 가지 형식인 '해석', '규정', '규칙', '비복', '결정'으로 구분할 수 있다. 최고인민법원 사법해석의 제정절차는 최고인민법원 1997년 규정을 통하여 처음 체계화 되었고 이를 기초로 보다 완비된 절차를 규정한 2007년 규정이 제정되면서 더욱 세밀화 되었다. 적절한 사법해석 입항사유가 발생하면 최고인민법원 연구실이 심사하여 입항 여부를 확정한다. 입항이 결정되면 사법해석의 원고 작성이 시작되고, 기초 과정에서는 의견수렴이 진행되어야 한다. 기초담당부서는 심사용 사법해석 원고와 함께 이에 대한 설명을 작성하여 연구실로 송부한다. 연구실에서 확정

344) 胡伟新、吴光侠、冯文生、袁春湘，《中国司法解释制度的发展与完善》，法律适用，2014年第12期，p.29.

된 초안이 심판위원회 토론을 통과하면 사법해석을 공포 및 시행할 수 있다. 사법해석은 〈최고인민법원공보〉와 〈인민법원보〉에 게재되어야 한다. 마지막으로 사법해석은 비안심사 규정에 따라 전인대 상무위에 비안하여 심사에 대비하여야 한다. 비안이 완료된 사법해석은 비로소 적법한 절차에 따라 완성된 유효한 사법해석이 된다.

본고는 기존의 사법해석 연구와 차별화된 부분으로 중국 특유의 사법해석제도가 어떠한 배경에서 형성되고 발전해왔는지를 중국의 사회정치적 변천의 맥락 속에서 추적해 보았다. 신중국 성립 직후 법률규범 부재의 문제를 해결하기 위하여 전인대 상무위는 법률해석권을 최고인민법원에 수권하면서 최고인민법원이 입법을 보완하는 임무를 담당하게 하였다. 이에 최고인민법원은 어느 정도의 법 창제적인 요소를 지닌 법률해석권을 행사하게 되었고, 이것이 중국식 사법해석제도의 시초(始初)가 되었다. 사법해석권은 법원조직 내에서 최고인민법원이 독점하는 일종의 권력으로 정립되었다. 이후 사법해석은 반우파투쟁과 대약진운동 기간 동안 침체되었으며, 심지어 문화대혁명 시기에는 아예 파괴되었다. 개혁개방 이후 사법해석은 크게 활성화됨과 동시에 여러 측면에서 질적인 향상을 이룩하였다. 1997년 제15차 당대회에서 제시된 의제인 '의법치국(依法治國)'에 입각한 사법기관 업무의 법정화(法定化)가 추진되었고, 이후 사법해석제도는 최고인민법원 2007년 규정의 제정과 비안심사제도가 도입되면서 한층 더 규범화되었다. 2021년 6월에는 '규칙'의 형식을 새로 도입하는 개정안이 시행됨에 따라 사법해석제도의 법적·사회적 영향력이 한층 더 강화될 것으로 전망된다.

사법해석의 주된 법적 근거는 1981년 전인대 상무위 〈법률해석업무 강화에 관한 결의〉이지만 결의 자체에 합법성 하자가 분명히 존재한다. 사법해석의 효력이 정확히 어떠한 것인지는 현행 법률규정에서 정확히 유추하기가 어려우나 학계의 주류 견해는 사법해석의 법원성(法源性)을 인정하고 있다. 또한 학계에서는 사법해석이 법원(法源)으로서 지니는 효력위계를 정립하기 위해 사법해석과 법률·행정법규·지방성법규와의 효력 비교도 시도되고 있다. 일반적으로 사법해석의 효력은 법률보다 낮고 지방성법규보다는 높다고 여겨지나 행정법규와 비교하였을 때의 효력위계에 대하여는 상이한 관점들이

존재한다. 본고는 민사재판에서는 사법해석이 행정법규보다 우선되지만 행정재판에서는 양자의 효력이 동등하다고 보았다. 실무에서는 최고인민법원이 행정법 영역에 있어서 국무원의 행정법규를 우선시하는 방식으로 충돌문제가 거의 해결되고 있다. 그러나 사법해석이 법원(法源)인 이상 그 효력위계가 입법기관에 의하여 법률에서 명확하게 정립되어야 할 것으로 보인다. 즉, 최고인민법원의 사법해석권 수권은 헌법이 명확하게 규정하여야 하며, 사법해석의 효력위계는 입법법이 명확하게 규정해야만 사법해석의 합법성 하자가 해결되고 다른 법원(法源)과 충돌이 발생할 경우의 규범적용에 대한 통일적인 해결방안이 제시될 수 있다.

민법전 시대에 이르러서도 사법해석은 여전히 중국 법제에서 중요한 기능을 발휘할 것으로 예상된다. 따라서 사법해석제도는 투명성, 민주성, 합법성, 절차적 정당성에 있어서 오늘날 요구되는 수준에 부합하기 위해 더욱 개선되어야 한다. 물론 사법해석의 제정과 시행의 절차도 보다 세밀한 규정을 통하여 규범화 및 제도화되어야 하겠지만, 무엇보다 향후 중국 입법기관이 다양한 비판과 논쟁에 직면해있는 사법해석제도에 대하여 어떠한 방식으로 그 지위와 효력을 규정하고 기존의 중국 법원(法源)체계 및 법률제도와의 통합을 추진해 나갈지 관심 있게 지켜볼 필요가 있다.

참 고 문 헌

1. 국내 단행본

강광문·김영미, 『중국법 강의』, 박영사, 2017.

강효백, 『중국법 통론』, 경희대학교 출판국, 2007.

김철수, 『헌법학신론』, 박영사, 2013.

다카미자와 오사무·스즈키 겐, 『중국법의 역사와 현재: 통치의 도구에서 시민의 권리로』, 이용빈 옮김, 한울, 2013.

사법연수원, 『중국법(2012)』, 사법연수원 출판부, 2012.

성낙인, 『헌법학』, 법문사, 2020.

정이근, 『중국 행정법 쟁점 연구』, 오름, 2011.

정철, 『중국의 사법제도』, 경인문화사, 2009.

조영남, 『중국의 법원개혁』, 서울대학교출판문화원, 2012.

_____, 『중국의 법치와 정치개혁』, 창비, 2012.

韓大元 外 9人, 『現代中國法概論』, 박영사, 2009.

허영, 『한국헌법론』, 박영사, 2020.

2. 국내 논문

강광문, “중국에서 ‘기본법률’의 효력에 관한 고찰”, 중국법연구 제20집(2013.12.).

_____, “중국 현행 헌법의 계보에 관한 일고찰 - 인민대표대회제도 관련 규정을 실마리로”, 서울대학교 法學 제55권 제2호(2014.6.).

_____, “현대 중국에서의 법 이해에 대한 고찰 - 중국의 법 개념의 원류(源流)를 추적하는 작업의 일환으로”, 서울대학교 法學 제56권 제3

호(2015.9.).

_____, “중국의 ‘행정법규’에 관한 일고찰 - 일본의 관련 이론을 토대로”, 중국법연구 제40집(2019.11.).

김로륜, “중국 부부재산제에 관한 고찰 - 2011년 혼인법 사법해석(3)에 대한 분석을 중심으로”, 법학논총 제35권 제2호(2011.12.).

_____, “중국 매매계약 사법해석의 쟁점에 관한 소고 - 무권리자의 처분과 동산 이중매매를 중심으로”, 동아법학 제65호(2014.11.).

김보훈, “중국의 헌법 개정과 중국공산당의 헌법적 지위 변화”, 한중사회과학연구 제17권 제4호(2019.10.).

김정애, “중국 민사집행권 행사 관련 법제도적 지원에 관한 소고 - 민사집행담보제도 관련 사법실무와 최신 사법해석을 중심으로”, 동북아법연구 제12권 제1호(2018.5.).

김주, “중국 사법해석제도에 관한 고찰 - 최고인민법원의 사법해석을 중심으로”, 비교사법 제15권 제2호(2008.6.).

김준영, “중국 2015년 '입법법' 개정의 쟁점 연구 - '법치' 개혁의 관점에서”, 중국법연구 제26집(2016.5.).

김현아, 「중국 중재법상 국제상사중재판정의 취소에 관한 연구 - 최고인민법원의 사법해석을 중심으로」, 고려대학교 석사학위논문, 2008.

신우철, 「중화인민공화국 국가체제에 관한 헌법학적 연구」, 서울대학교 박사학위논문, 1996.

쑤쇼링(蘇曉凌), “중국 국제사법의 새로운 동향 - 섭외민사관계법률적용법 및 사법해석을 중심으로”, 고려법학 제71호(2013.12.).

오일환, “중국에 있어서 회사소송규칙의 새로운 변화와 적용상의 문제점 검토 - 『회사법 사법해석(4), (5)』에 대한 법적 평석을 중심으로”, 기업법연구 제33권 제4호(2019.12.).

오창식, “중국형법의 사법해석(司法解釋)”, 비교법연구 제18권 제1호(2018.4.).

전대규, “중국의 사법해석에 관한 연구”, 사법 제1권 제14호(2010.12.).

정이근, “중국 최고인민법원의 사법해석제도 검토”, 공법학연구 제11권 제3호(2010.8.).

_____, “중국의 입법체계와 입법 간 충돌의 해결원칙”, 중국법연구 제17집(2012.6.).

정철, “중국법원의 심판위원회에 관한 고찰”, 성균관법학 제19권 제2호(2007.8.).

조동제·완리, “중국 사법해석과 지도성사례의 관계 검토”, 법학논총 제31권 제3호(2019.2.).

陈景善(Chen, Jing-shan), “중국『도산법』의 실시와 문제점 - ‘도산법사법해석(1)’을 중심으로”, 중국법연구 제19집(2013.6.).

YIN MEIYAN, 「중국 최고인민법원 회사법사법해석 연구」, 이화여자대학교 석사학위논문, 2017.

3. 중문 단행본

本书编委会，《中国司法文明的历史演进》，法律出版社，2017.

董皞，《司法解释论》，中国政法大学出版社，2007年8月修订版.

法律出版社法规中心编，《中华人民共和国最新司法解释全集(含司法文件)》，法律出版社，2019年3月第9版.

黄硕，《最高人民检察院司法解释研究》，中国检察出版社，2015年3月.

胡锦光、韩大元，《中国宪法》，法律出版社，2018年8月第4版.

胡显中主编, 《精英是怎样被毁灭的：1949年以来各界精英死难实录》，五七学社出版公司，2012年4月.

梁国庆主编，《新中国司法解释大全》，中国检察出版社，1990.

劉清波，《中共司法論》，(台灣)國家科學會補助研究費，1974.

全国人大常委会法工委立法规划室编，《中华人民共和国立法统计(2018年版)》，中国民主法制出版社，2019年8月第1版.

沈志华，《中苏关系史纲》，社会科学文献出版社，2011.

沈宗灵，《法理学》，北京大学出版社，2014年10月第4版.

许崇德，《中国宪法》，中国人民大学出版社，2010年7月第4版.

张晋藩、张希坡主编，《中国法制通史(第十卷)》，法律出版社，1999.

张晋藩，《中国宪法史》，吉林人民出版社，2004.

张培田主编，《新中国法制研究史料通鉴(第11卷)》，中国政法大学出版社，2003.

张千帆，《宪法》，北京大学出版社，2012年8月第2版.

周旺生，《立法学》，法律出版社，2009年8月第2版.

朱力宇、叶传星，《立法学》，中国人民大学出版社，2015年9月第4版.

最高人民法院办公厅编，《中华人民共和国最高人民法院公报·2019年卷》，人民法院出版社，2020年3月第1版.

最高人民法院研究室编，《中华人民共和国最高人民法院司法解释全集(1949.10-1993.6)》，人民法院出版社，1994.

4. 중문 논문

曹士兵，《最高人民法院裁判、司法解释的法律地位》，中国法学，2006年第3期.

陈金钊，《法律渊源：司法视角的定位》，甘肃政法学院学报，第83期(2005.11.).

陈晓红，《浅议改革开放以来中国法治建设的成就》，法制博览，2019年第13期.

陈兴良，《刑法定罪思维模式与司法解释创制方式的反思——以窨井盖司法解释为视角》，法学，2020年第10期.

董皞，《我国司法解释的现状及其完善》，法学论坛，2001年第5期.

____，《新中国司法解释六十年》，岭南学刊，2009年第5期.

段卫利，《刑法司法解释法源地位研究》，吉林大学博士学位论文，2018.

杜万华、张进先、王毓莹，《<关于审理旅游纠纷案件适用法律若干问题的规定>的理解与适用》，人民司法，2010年第23期.

付少军，《审判委员会制度研究》，中共中央党校博士学位论文，2012.

干朝端，《建立以判例为主要形式的司法解释体制》，法学评论，2001年第3期.

高佳运，《司法解释立法化问题研究》，上海交通大学博学位论文，2016.

高琳、汪渊智，《民法司法解释的法源性初探》，晋阳学刊，2004年第6期.

郭锋，《<民法典>实施与司法解释清理制定》，上海政法学院学报，2021年第1期.

贺卫方，《走向具体法治》，现代法学，第24卷第1期(2002.2.).

黄金兰，《我国司法解释的合法性困境及其应对建议》，法商研究，2020年第3期.

黄忠，《论民法典后司法解释之命运》，社会科学文摘，2021年第1期.

胡仕浩、刘树德、杨建文，《<中华人民共和国人民法院法庭规则>的理解与适用》，人民司法，2016年第16期.

胡伟新、吴光侠、冯文生、袁春湘，《中国司法解释制度的发展与完善》，法律适用，2014年第12期.

胡岩，《司法解释的前生后世》，政法论坛，第33卷第3期(2015.5.).

江必新，《论行政诉讼法司法解释对行政诉讼制度的发展和创新》，法律适用，2018年第7期.

姜小川，《我国司法解释的问题及其原因探析》，哈尔滨市委党校学报，2017年第2期.

季长龙，《规范性司法解释的法源地位研究》，中国人民大学博士学位论文，2008.

纪诚，《最高人民法院司法解释研究——对最高人民法院司法解释合理性之反思》，中国政法大学博士学位论文，2006.

梁婉聪，《对我国司法解释泛立法化现象的修正——从加强立法及立法解释切入》，法制博览，2017年第29期.

梁鹰，《备案审查工作的现状、挑战与展望》，地方立法研究，2020年第6期.

李步云、陈贵民，《关于法治与法制的区别》，人大工作通讯，1998年第8期.

李步云、黎青，《从“法制”到“法治”二十年改一字——建国以来法学界重大事件研究(26)》，法学，1999年第7期.

李成、刘新玲，《刘少奇对新中国法制建设的贡献》，福建党史月刊，2014年第16期.

李贵连，《民主法治：法制现代化的诉求》，政法论坛，2012年第3期.

刘风景，《司法解释权限的界定与行使》，中国法学，2016年第3期.

刘辉，《当代中国法律解释问题研究》，清华大学硕士学位论文，2005.

刘佳妮，《当代中国法律解释的问题与对策》，黑龙江大学硕士学位论文，2020.

刘练军，《“大跃进”中的人民司法》， 政法论坛，2013年第5期.

刘敏，《当代中国法制现代化进程的中断——50年代末政法界反右派运动及其后果述论》，法制现代化研究，2000年第6卷.

刘宪权，《刑法司法解释与刑法的冲突适用》，法学论坛，2020年第6期.

刘晓宏，《最高人民法院司法解释权力、程序、文件研究》，吉林大学博士学位论文，2012.

李雪华，《最高人民法院司法解释的法律渊源地位研究》，山东大学硕士学位论文，2010.

陆青，《<民法典>与司法解释的体系整合——以买卖合同为例的思考》，法制研究，2020年第5期.

吕健，《地方“两院”司法解释性质文件如何定位和监督》，东南大学学报(哲学社会科学版)，2019年第6期.

马荣，《浅议最高人民法院司法解释的效力问题》，法制与社会，2020年第11期.

马永华，《论法律渊源与法律解释的关系》，山东审判，2003年第2期.

苗炎，《司法解释制度之法理反思与结构优化》，法制与社会发展，2019年第2期.

聂友伦,《论司法解释的立法性质》, 华东政法大学学报, 2020年第3期.

_____，《论司法解释的权力空间——我国<立法法>第104条第1款的法解释学分析》，政治与法律，2020年第7期.

_____，《司法解释性质文件的法源地位、规范效果与法治调控》，法制与社会发展，2020年第4期.

潘昌锋,孙志丹，《地方法院司法解释性质文件的问题及其破解之道——以执行类司法解释性质文件为切入点》，淮阴师范学院学报(哲学社会科学版), 第42卷(2020.3.).

彭中礼，《最高人民法院司法解释性质文件的法律地位探究》，法律科学(西北政法大学学报)，2018年第3期.

齐玎，《最高人民法院司法解释权：释法抑或造法》，厦门大学法律评论，总第27辑(2016.3.).

任婕，《最高人民检察院司法解释效力研究》，中共中央党校博士学位论文，2019.

任莹瑛、李秀群，《法律渊源的方法论意义》，法律方法，2007.

商佩琰，《基层党内规范性文件备案审查制度研究》， 华中师范大学硕士学位论文，2018.

沈岿，《司法解释的“民主化”和最高法院的政治功能》，中国社会科学，2008年第1期.

沈宗灵，《“法制“、“法治”、“人治”的词义分析》，法学研究，1989年第4期.

_____，《依法治国，建设社会主义法制国家》，北京大学学报(哲学社会科学版)，1996年第6期.

孙国华，《关于法律解释的概念问题》，求是学刊，2004年第6期.

孙笑侠、褚国建，《论司法批复的解释论证功能及其局限》，浙江大学学报(人文社会科学版)，2009年第6期.

孙跃，《指导性案例与抽象司法解释的互动及其完善》，法学家，2020年第2期.

孙育玮，《“法制”与“法治”概念辨析》，学术交流，1987年第6期.

孙泽学、贺怀锴，《斯大林、苏联与新中国“五四宪法”的制定》，中共党史研究，2019年第8期.

田一博，《司法解释的行政法地位》，科技风，2020年2月.

王成，《最高法院司法解释效力研究》，中外法学，2016年第1期.

汪火良，《新中国成立以来中国共产党法治思想回顾与思考》，探索，2014年第5期.

王利明，《正确适用民法典应处理好三种关系》，现代法学，2020年第6期.

魏伦，《改革开放以来中国共产党对法治的认识及其体系建构》，东北师范大学博士学位论文，2017.

吴越，《中国“例制”构建中的法院角色和法官作用》，法学论坛，2012年第5期.

吴兆祥，《<关于司法解释工作的规定>的理解与适用》，人民司法，2007年第9期.

_____，《<关于裁判文书引用法律、法规等规范性法律文件的规定>的理解与适用》，人民司法，2009年第23期.

谢怀栻，《由“法制”到“法治”》，群言，1993年第4期.

薛波，《后民法典时代司法解释与案例指导制度功能调适论》，河北法学，第39卷第2期(2021.2.).

薛军，《民法典编纂如何对待司法解释》，中国法律评论，2015年第4期.

徐凤，《我国法院司法解释制度的反思与完善》，法学杂志，2016年第5期.

徐焱，《论司法解释之法源地位》，长沙铁道学院学报(社会科学版)，第12卷第2期(2011.6.).

许章润，《中国的法治主义：背景分析（上）》，法学，2009年第4期.

杨建军，《现行法律解释机制的完善》，政法论丛，2016年第2期.

杨敬之，《论司法解释的合法性控制》，政法论坛，2021年第2期.

姚建宗，《关于司法解释的分析与思考》，现代法学，1992年第3期.

尹艳丹，《最高人民法院司法解释的法源地位》，上海政法学院学报(法治论丛)，第26卷第6期(2011.11.).

尹伊君、陈金钊，《司法解释论析——关于传统司法解释理论的三点思考》，政法论坛，1994年第1期.

游伟、赵剑峰，《论我国刑法司法解释权的归属问题》，法学研究，1993年第1期.

袁春湘，《法律解释的解释》，法律适用，2008年第8期.

岳奎，《革命与执政之间：中共第八届中央委员会研究》，华中师范大学博士学位论文，2012.

于浩成，《论法制与法治概念之异同兼及以法治国的提法》，北京政法学院学报，1981年第1期.

张岑沁，《人民法院司法解释性质文件的法渊地位和适用》，开封教育学院学报，第39卷第1期(2019.1.).

张慜，《第四届全国司法工作会议的来龙去脉及其严重影响》，董必武法学思想研究文集(第四辑)，2005.

张小琴，《当代中国司法进程中的革命思维研究》，华侨大学硕士学位论文，2016.

张一鸣，《地方政府规章备案审查制度研究》，华东政法大学博士学位论文，2019.

张永韶，《最高人民法院司法解释法源地位研究》，吉林大学硕士学位论文，2013.

张志铭，《关于中国法律解释体制的思考》，中国社会科学，1997年第2期.

赵颖超，《司法解释法源地位之探讨》，太原科技大学硕士学位论文，2017.

钟霞，《1957年反右运动与法学界》，江苏警官学院学报，2008年第6期.

周道鸾，《论司法解释及其规范化》，中国法学，1994年第1期.

周旺生，《中国现行法律解释制度研究》，现代法学，第25卷第2期(2003.4.).

_____，《重新研究法的渊源》，比较法研究，2005年第4期.

左卫民，《审判委员会运行状况的实证研究》，法学研究，2016年第3期.

5. 영문 단행본 및 논문

Ezra Vogel, *Deng Xiaoping and the Transformation of China*, The Belknap Press of Havard University Press, 2011.

Frank Dikötter, *The Tragedy of Liberation: A History of the Chinese Revolution 1945-1957*, Bloomsbury Press, 2013.

Frank Dikötter, *The Cultural Revolution: A People's History 1962-1976*, Bloomsbury Press, 2016.

Maurice Meisner, *Mao's China and After*, The Free Press, 1999.

Sorace, Christian, Franceschini, Ivan, and Loubere, Nicholas. *Afterlives of Chinese Communism: Political Concepts from Mao to Xi*, ANU Press, 2019.

Xiuyuan Hu, *A Nuanced History: China's Constitutional Making in the 1950s*, 2014.

6. 사전(辭典)

辞海编辑委员会，《辞海(第六版彩图本)》，上海辞书出版社，2009年9月第1版.

孙国华主编，《中华法学大辞典(法理学卷)》， 中国检察出版社，1997年3月第1版.

《新华汉语词典》委员会编，《新华汉语词典》，商务印书馆国际有限公司，20

04年5月北京第1版.

中国社会科学院语言研究所词典编辑室，《现代汉语词典(第5版)》，商务印书馆，2005年6月第5版.

7. 웹사이트, 기사, 링크 등

문화체육관광부,「외래어 표기법」(고시 제2017-14호), 2017.3.28. 링크: https://www.mcst.go.kr/kor/s_data/ordinance/instruction/instructionView.jsp?pSeq=2192&pMenuCD=0405020000&pCurrentPage=5&pType=&pTypeDept=&pTypeHomepage=&pSearchType=01&pSearchWord= (최종방문일시: 2021.7.17.).

北大法宝，링크: https://www.pkulaw.com (최종방문일시: 2021.7.18.).

江泽民，《高举邓小平理论伟大的旗帜，把建设有中国特色社会主义事业全面推向二十一世纪》，1997.9.19. 링크: http://www.gov.cn/test/2007-08/29/content_730614.htm (최종방문일시: 2021.6.1.).

刘哲玮，《迈入2.0时代的在线诉讼》，中国法院网，2021.7.3. 링크: https://www.chinacourt.org/article/detail/2021/07/id/6131307.shtml (최종방문일시: 2021.7.16.)

沈春耀， 《全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会关于2020年备案审查工作情况的报告》，2021.1.20. 링크: http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202101/239178b5d03944c7b453ddc6bdd7c087.shtml (최종방문일시: 2021.7.10.).

习近平，《充分认识颁布实施民法典重大意义 依法更好保障人民合法权益》，求是，2020年第12期.

最高人民法院，《关于适用<中华人民共和国民法典>担保部分的解释(征求意见稿)》，2020.11.9. 링크: http://www.court.gov.cn/zixun-xiadngqing-270021.html (최종방문일시: 2020.12.1.).

부록

<부록 1>

사법해석제도 관련 중요 규정 및 조항

제정연월	제정기관	규정/법률조항
1955.6.	전인대 상무위	법률문제 해석에 관한 결의 (실효) 关于解释法律问题的决议 (失效)
1979.7.	전인대	인민법원조직법 제33조 (개정됨) 人民法院组织法 第三十三条 (已被修改)
1981.6.	**전인대 상무위**	**법률해석업무 강화에 관한 결의** **关于加强法律解释工作的决议**
1996.12.	최고인민검찰원	사법해석업무 임시규정 (실효) 司法解释工作暂行规定 (失效)
1997.6.	최고인민법원	사법해석업무에 관한 약간의 규정 (실효) 关于司法解释工作的若干规定 (失效)
2005.12.	전인대 상무위	사법해석 비안심사 업무절차 (실효) 司法解释备案审查工作程序 (失效)
2006.5.	최고인민검찰원	사법해석업무 규정 (실효) 司法解释工作规定 (失效)
2006.8.	**전인대 상무위**	**각급인민대표대회 상무위원회 감독법 제31-33조** **各级人民代表大会常务委员会监督法 第31-33条**
2007.3.	최고인민법원	사법해석업무에 관한 규정 (개정됨) 关于司法解释工作的规定 (已被修改)
2015.3.	**전인대**	**입법법 제104조** **立法法 第104条**
2015.12.	최고인민검찰원	사법해석 업무규정 (개정됨) 司法解释工作规定 (已被修改)
2018.10.	**전인대 상무위**	**인민법원조직법 제18조, 제37조** **人民法院组织法 第18条, 第37条**
2018.10.	**전인대 상무위**	**인민검찰원조직법 제23조, 제31조** **人民检察院组织法 第23条 , 第31条**
2019.5.	**최고인민검찰원**	**사법해석 업무규정** **司法解释工作规定**
2019.12.	**전인대 상무위**	**법규·사법해석 비안심사 업무방법** **法规、司法解释备案审查工作办法**
2021.6	**최고인민법원**	**사법해석업무에 관한 규정** **关于司法解释工作的规定**

*현행 유효한 규정 및 조항은 굵은 글씨로 표기하였음(2021년 7월 기준).

<부록 2>

사법해석의 형식

최고인민법원		최고인민검찰원	
근거규정	형식	근거규정	형식
1997년 최고인민법원 <사법해석업무에 관한 약간의 규정>(실효) 제9조	(1) 해석 (2) 규정 (3) 비복	1996년 최고인민검찰원 <사법해석업무 임시규정>(실효) 제17조	(1) 해석 (2) 규정 (3) 의견 (4) 통지 (5) 비복
2007년 최고인민법원 <사법해석업무에 관한 규정>(개정됨) 제6조	(1) 해석 (2) 규정 (3) 비복 (4) 결정	2006년 최고인민검찰원 <사법해석업무 규정>(실효) 제6조	(1) 해석 (2) 규정 (3) 규칙 (4) 의견 (5) 비복
2021년 최고인민법원 <사법해석업무에 관한 규정>(현행) 제6조	(1) 해석 (2) 규정 (3) 규칙 (4) 비복 (5) 결정	2015년 최고인민검찰원 <사법해석업무 규정>(개정됨) 제6조	(1) 해석 (2) 규칙 (3) 규정 (4) 비복 (5) 결정
-		2019년 최고인민검찰원 <사법해석업무 규정>(현행) 제6조	변동 없음

* “변동 없음”은 규정이 개정되었으나 사법해석 형식의 유형에는 변동이 없음을 의미함.

* 최고인민검찰원 사법해석 형식을 규정한 조항은 나열된 형식 뒤에 “등(等)”이 있음. 예: “사법해석은 ‘해석’, ‘규칙’, ‘규정’, ‘비복’, ‘결정’ 등 형식을 채용하며...”(2019년 최고인민검찰원 <사법해석업무 규정> 제6조).

<부록 3>

<최고인민법원 사법해석업무에 관한 규정> (2021년 개정안)
《最高人民法院关于司法解释工作的规定》(2021修正)

공포기관 : 최고인민법원
공포일자 : 2021.06.09.
실시일자 : 2021.06.16.

원문	번역문
一、一般规定	1. 일반규정
第一条　为进一步规范和完善司法解释工作，根据《中华人民共和国人民法院组织法》、《中华人民共和国各级人民代表大会常务委员会监督法》和《全国人民代表大会常务委员会关于加强法律解释工作的决议》等有关规定，制定本规定。	제 1 조 사법해석 업무의 진일보한 규범화와 보완을 위하여 <중화인민공화국 인민법원조직법>, <중화인민공화국 각급 인민대표대회 상무위원회 감독법>과 <전국인민대표대회 상무위원회 법률해석 업무 강화에 관한 결의> 등 관련 규정에 근거하여 본 규정을 제정한다.
第二条　人民法院在审判工作中具体应用法律的问题，由最高人民法院作出司法解释。	제 2 조 인민법원의 심판업무 중 법률을 구체적으로 적용하는 문제에 대하여는 최고인민법원이 사법해석을 행한다.
第三条　司法解释应当根据法律和有关立法精神，结合审判工作实际需要制定。	제 3 조 사법해석은 법률 및 관련 입법정신에 따라 심판업무의 실제적 필요와 결합하여 제정하여야 한다.
第四条　最高人民法院发布的司法解	제 4 조 최고인민법원이 공포한 사법

释，应当经审判委员会讨论通过。	해석은 심판위원회의 토론을 거쳐야 한다.
第五条　最高人民法院发布的司法解释，具有法律效力。	제 5 조 최고인민법원이 공포한 사법해석은 법률효력을 지닌다.
第六条　司法解释的形式分为“解释”、“规定”、“规则”、“批复”和“决定”五种。 对在审判工作中如何具体应用某一法律或者对某一类案件、某一类问题如何应用法律制定的司法解释，采用“解释”的形式。 根据立法精神对审判工作中需要制定的规范、意见等司法解释，采用“规定”的形式。 对规范人民法院审判执行活动等方面的司法解释，可以采用“规则”的形式。 对高级人民法院、解放军军事法院就审判工作中具体应用法律问题的请示制定的司法解释，采用“批复”的形式。 修改或者废止司法解释，采用“决定”的形式。	제 6 조 사법해석의 형식은 “해석”, “규정”, “규칙”, ”“비복” 그리고 “결정” 다섯 가지로 나뉜다. 심판 업무 중 특정 법률을 어떻게 구체적으로 적용할지 혹은 특정 유형의 사건, 특정 유형의 문제에 관하여 어떻게 법률을 적용할지에 대하여 제정한 사법해석은 “해석”의 형식을 사용한다. 입법정신에 따라 심판 업무 중 제정이 필요한 규범, 의견 등 사법해석은 “규정”의 형식을 사용한다. 인민법원의 심판집행활동을 규율하는 등 방면의 사법해석은 “규칙”의 형식을 사용할 수 있다. 고급인민법원, 해방군군사법원의 심판 업무 중 법률의 구체적 적용 문제에 관한 청시(请示)에 대하여 제정한 사법해석은 “비복”의 형식을 사용한다. 사법해석을 개정하거나 폐지할 때에는 “결정”의 형식을 사용한다.
第七条　最高人民法院与最高人民检察院共同制定司法解释的工作，应当按照法律规定和双方协商一致的意见办理。	제 7 조 최고인민법원과 최고인민검찰원이 공동으로 사법해석을 제정하는 업무는 법률규정 그리고 쌍방이 협상하여 일치된 의견에 따라 진행하여야 한다.
第八条　司法解释立项、审核、协调等	제 8 조 사법해석의 입항, 심의, 조정

工作由最高人民法院研究室统一负责。	등 업무는 최고인민법원연구실이 통일적으로 담당한다.
二、立项	2. 입항
第九条 制定司法解释，应当立项。	제 9 조 사법해석을 제정할 때에는 입항하여야 한다.
第十条 最高人民法院制定司法解释的立项来源： （一）最高人民法院审判委员会提出制定司法解释的要求； （二）最高人民法院各审判业务部门提出制定司法解释的建议； （三）各高级人民法院、解放军军事法院提出制定司法解释的建议或者对法律应用问题的请示； （四）全国人大代表、全国政协委员提出制定司法解释的议案、提案； （五）有关国家机关、社会团体或者其他组织以及公民提出制定司法解释的建议； （六）最高人民法院认为需要制定司法解释的其他情形。 基层人民法院和中级人民法院认为需要制定司法解释的，应当层报高级人民法院，由高级人民法院审查决定是否向最高人民法院提出制定司法解释的建议或者对法律应用问题进行请示。	제10조 최고인민법원이 제정하는 사법해석의 입항 사유 : (1) 최고인민법원 심판위원회가 사법해석 제정 요구를 제시한 경우; (2) 최고인민법원 각 심판업무부서가 사법해석 제정 의견을 제시한 경우; (3) 각 고급인민법원, 해방군군사법원이 사법해석 제정을 건의하거나 법률의 적용 문제에 대한 청시를 제출한 경우; (4) 전국인민대표대회 대표, 전국정치협상회의 위원이 사법해석을 제정하는 의안이나 제안을 제출한 경우; (5) 관련 국가기관, 사회단체 혹은 기타 조직 및 공민이 사법해석 제정 건의를 제시한 경우; (6) 최고인민법원이 사법해석 제정이 필요하다고 여기는 기타 상황. 기층인민법원과 중급인민법원이 사법해석 제정이 필요하다고 여기는 경우에는 고급인민법원에 보고하여야 하며, 최고인민법원에 사법해석 제정 건의를 제시할지 혹은 법률의 적용 문제에 대하여 청시를 진행할지 여부를 고급인민법원이 심사하여 결정한다.

第十一条　最高人民法院审判委员会要求制定司法解释的，由研究室直接立项。 对其他制定司法解释的立项来源，由研究室审查是否立项。	제 11 조 최고인민법원 심판위원회가 사법해석 제정을 요구한 때에는 연구실이 곧바로 입항한다. 기타 사법해석 제정의 입항 사유에 대하여는 연구실이 입항 여부를 심사한다.
第十二条　最高人民法院各审判业务部门拟制定“解释”、“规定”类司法解释的，应当于每年年底前提出下一年度的立项建议送研究室。 研究室汇总立项建议，草拟司法解释年度立项计划，经分管院领导审批后提交审判委员会讨论决定。 因特殊情况，需要增加或者调整司法解释立项的，有关部门提出建议，由研究室报分管院领导审批后报常务副院长或者院长决定。	제 12 조 최고인민법원 각 심판업무부서가 “해석”, “규정” 유형의 사법해석을 제정하고자 할 때에는 매년 연말까지 다음 연도의 입항 건의를 제출하고 연구실로 송부하여야 한다. 연구실은 입항 건의를 취합하여 당해 연도의 사법해석 입항계획 초안을 작성하고 분관원장의 심사를 거친 뒤 심판위원회에 제출하면 토론 후 결정한다. 특수한 사정으로 인하여 사법해석 입항을 추가하거나 조정할 필요가 있을 때에는 관련 부서가 건의를 제출하면 연구실이 분관원장에게 보고하고 심사와 비준을 받은 뒤 상무부원장 혹은 원장에게 보고하여 결정한다.
第十三条　最高人民法院各审判业务部门拟对高级人民法院、解放军军事法院的请示制定批复的，应当及时提出立项建议，送研究室审查立项。	제 13 조 최고인민법원 각 심판업무부서가 고급인민법원, 해방군군사법원의 청시에 대하여 비복을 제정하고자 할 때에는 곧바로 입항 건의를 제출하고 연구실로 송부하여 입항 심사를 받아야 한다.
第十四条　司法解释立项计划应当包括以下内容：立项来源，立项的必要性，	제 14 조 사법해석 입항계획은 다음 내용을 포함하여야 한다 : 입항사유,

需要解释的主要事项，司法解释起草计划，承办部门以及其他必要事项。	입항의 필요성, 해석이 필요한 주요 사항, 사법해석 기초 계획, 담당부서 및 기타 필수적인 사항.
第十五条　司法解释应当按照审判委员会讨论通过的立项计划完成。未能按照立项计划完成的，起草部门应当及时写出书面说明，由研究室报分管院领导审批后提交审判委员会决定是否继续立项。	제 15 조 사법해석은 심판위원회에서 토론하여 통과된 입항계획에 따라서 완성되어야 한다. 입항계획에 따라 완성되지 못한 경우 기초 담당부서는 곧바로 서면으로 사유서를 작성하고 연구실을 거쳐 분관원장에게 보고하여 심사와 비준을 한 후 심판위원회에 제출하여 입항의 지속여부를 결정하여야 한다.
三、起草与报送	3. 기초와 보고·송부
第十六条　司法解释起草工作由最高人民法院各审判业务部门负责。 涉及不同审判业务部门职能范围的综合性司法解释，由最高人民法院研究室负责起草或者组织、协调相关部门起草。	제 16 조 사법해석의 기초 작업은 최고인민법원 각 심판업무부서가 담당한다. 여러 심판업무부서의 직무범위와 연관된 종합성 사법해석은 최고인민법원 연구실이 기초를 담당하거나 관련 부서들을 조직, 조정하여 기초한다.
第十七条　起草司法解释，应当深入调查研究，认真总结审判实践经验，广泛征求意见。 涉及人民群众切身利益或者重大疑难问题的司法解释，经分管院领导审批后报常务副院长或者院长决定，可以向社会公开征求意见。	제 17 조 사법해석을 기초할 때에는 심도 있게 조사·연구하고, 심판실무경험을 열심히 종합하며, 광범위하게 의견을 수렴하여야 한다. 인민군중의 직접적인 이익 혹은 중대하고 어려운 문제와 관련된 사법해석의 경우, 분관원장의 심사와 비준을 거쳐 상무부원장 혹은 원장이 보고받아 결정하여 사회에 공개적으로 의견을 수렴할 수 있다.

第十八条　司法解释送审稿应当送全国人民代表大会相关专门委员会或者全国人民代表大会常务委员会相关工作部门征求意见。	제 18 조 심사용 사법해석 원고는 전국인민대표대회의 관련 전문위원회 혹은 전국인민대표대회 상무위원회의 관련 업무부서로 송부하여 의견을 구해야 한다.
第十九条　司法解释送审稿在提交审判委员会讨论前，起草部门应当将送审稿及其说明送研究室审核。	제 19 조 심사용 사법해석 원고를 심판위원회에 제출하여 토론하기 전에 기초부서는 심사용 원고 및 관련 설명을 연구실로 송부하여 심사받아야 한다.
司法解释送审稿及其说明包括：立项计划、调研情况报告、征求意见情况、分管副院长对是否送审的审查意见、主要争议问题和相关法律、法规、司法解释以及其他相关材料。	심사용 사법해석 원고 및 설명은 다음을 포함한다 : 입항계획, 조사연구 상황 보고, 의견수렴 상황, 송부 및 심사 여부에 대한 분관 부원장의 의견, 주요 쟁점 문제와 관련 법률, 법규, 사법해석 및 기타 관련 자료.
第二十条 研究室主要审核以下内容：	제 20 조 연구실은 주로 다음 내용을 심사한다 :
（一）是否符合宪法、法律规定；	(1) 헌법, 법률규정에 부합하는지 여부;
（二）是否超出司法解释权限；	(2) 사법해석 권한을 초과하였는지 여부;
（三）是否与相关司法解释重复、冲突；	(3) 관련 사법해석과의 중복, 충돌 여부;
（四）是否按照规定程序进行；	(4) 규정된 절차에 따라 진행되었는지 여부;
（五）提交的材料是否符合要求；	(5) 제출한 자료가 요구에 부합하는지 여부;
（六）是否充分、客观反映有关方面的主要意见；	(6) 관련된 측의 주요 의견이 충분하고 객관적으로 반영되었는지 여부;
（七）主要争议问题与解决方案是	(7) 주요 쟁점문제와 해결방안이 명

否明确； （八）其他应当审核的内容。 研究室应当在一个月内提出审核意见。	확한지 여부; (8) 기타 심사하여야 하는 내용. 연구실은 한 달 이내에 심사의견을 제시하여야 한다.
第二十一条　研究室认为司法解释送审稿需要进一步修改、论证或者协调的，应当会同起草部门进行修改、论证或者协调。	제 21 조 연구실이 심사용 사법해석 원고에 추가적인 수정, 논증이나 조정이 필요하다고 여길 때에는 기초부서와 회동하여 수정, 논증이나 조정하여야 한다.
第二十二条　研究室对司法解释送审稿审核形成草案后，由起草部门报分管院领导和常务副院长审批后提交审判委员会讨论。	제 22 조 연구실이 심사용 사법해석 원고에 대하여 심사하여 초안을 구성한 후, 기초부서가 분관원장과 상무부원장의 심사와 비준을 거쳐 심판위원회에 제출하여 토론하여야 한다.
四、讨论	4. 토론
第二十三条　最高人民法院审判委员会应当在司法解释草案报送之次日起三个月内进行讨论。逾期未讨论的，审判委员会办公室可以报常务副院长批准延长。	제 23 조 최고인민법원 심판위원회는 사법해석 초안이 보고·송부된 다음 날부터 3개월 이내에 토론을 진행하여야 한다. 기한 내에 토론하지 못한 경우 심판위원회 사무실은 상무부원장에게 기한 연장을 비준 받을 수 있다.
第二十四条　司法解释草案经审判委员会讨论通过的，由院长或者常务副院长签发。 司法解释草案经审判委员会讨论原则通过的，由起草部门会同研究室根据审判委员会讨论决定进行修改，报分管副院长审核后，由院长或者常务副院长签发。	제 24 조 심판위원회 토론을 통과한 사법해석 초안은 원장 혹은 상무부원장이 서명하여 발행한다. 심판위원회 토론을 원칙상 통과한 사법해석 초안은 기초부서가 연구실과 회동하여 심판위원회 토론의 결정에 따라 수정하고 분관부원장에게 송부하여 심사받은 후 원장 혹은 상무부원장

	이 서명하여 발행한다.
审判委员会讨论认为制定司法解释的条件尚不成熟的，可以决定进一步论证、暂缓讨论或撤销立项。	심판위원회가 토론에서 사법해석을 제정할 조건이 아직 충분하지 않다고 여길 때에는 추가적인 논증, 토론의 일시적 연기 혹은 입항의 취소를 결정할 수 있다.
五、发布、施行与备案	5. 공포, 시행과 비안
第二十五条　司法解释以最高人民法院公告形式发布。 司法解释应当在《最高人民法院公报》和《人民法院报》刊登。 司法解释自公告发布之日起施行，但司法解释另有规定的除外。	제 25조 사법해석은 최고인민법원 공고 형식으로 공포한다. 사법해석은 <최고인민법원공보>와 <인민법원보>에 게재하여야 한다. 사법해석은 공고가 공포된 날부터 시행된다. 단, 사법해석에서 별도 규정을 두는 경우는 제외한다.
第二十六条　司法解释应当自发布之日起三十日内报全国人民代表大会常务委员会备案。 备案报送工作由办公厅负责，其他相关工作由研究室负责。	제 26 조 사법해석은 공포된 날로부터 30일 이내에 전국인민대표대회 상무위원회에 보고하여 비안하여야 한다. 비안의 보고·송부 업무는 사무청이 담당하고, 기타 관련 업무는 연구실이 담당한다.
第二十七条　司法解释施行后，人民法院作为裁判依据的，应当在司法文书中援引。 人民法院同时引用法律和司法解释作为裁判依据的，应当先援引法律，后援引司法解释。	제 27 조 사법해석 시행 이후 인민법원이 이를 재판의 근거로 삼는 경우 사법문서에서 인용하여야 한다. 인민법원이 법률과 사법해석을 동시에 재판의 근거로 인용할 때에는 먼저 법률을 인용하고 그 후에 사법해석을 인용하여야 한다.
第二十八条　最高人民法院对地方各级人民法院和专门人民法院在审判工作中	제 28 조 최고인민법원은 지방 각급 인민법원과 전문인민법원이 심판업무

适用司法解释的情况进行监督。上级人民法院对下级人民法院在审判工作中适用司法解释的情况进行监督。	에서 사법해석을 적용하는 상황에 대하여 감독한다. 상급 인민법원은 하급 인민법원이 심판업무에서 사법해석을 적용하는 상황에 대하여 감독한다.
六、编纂、修改、废止	6. 편찬, 수정, 폐지
第二十九条　司法解释的编纂由审判委员会决定，具体工作由研究室负责，各审判业务部门参加。	제 29 조 사법해석의 편찬은 심판위원회가 결정하고, 구체적인 업무는 연구실이 담당하고 각 심판업무부서가 참여한다.
第三十条　司法解释需要修改、废止的，参照司法解释制定程序的相关规定办理，由审判委员会讨论决定。	제 30 조 사법해석의 수정, 폐지가 필요한 경우 사법해석 제정 절차의 관련 규정을 참조하여 처리하고, 심판위원회가 토론하여 결정한다.
第三十一条　本规定自2007年4月1日起施行。1997年7月1日发布的《最高人民法院关于司法解释工作的若干规定》同时废止。	제 31 조 본 규정은 2007년 4월 1일부터 시행한다. 1997년 7월 1일 공포된 <최고인민법원 사법해석업무에 관한 약간의 규정>은 동시에 폐지된다.

<부록 4>

<전국인민대표대회 상무위원회 법률해석업무 강화에 관한 결의>

《全国人民代表大会常务委员会关于加强法律解释工作的决议》

(1981년 6월 10일 제5기 전국인민대표대회 상무위원회 제19차 회의 통과)

제5기 전국인민대표대회 제2차 회의에서 몇 개의 법률이 통과된 후부터 각지와 각부서가 계속해서 일부 법률문제를 제기하며 해석을 요구하였다. 동시에 실제 업무에서 일부 법률 조문에 대한 이해의 불일치로 인해 법률의 올바른 실시에 지장이 있었다. 사회주의법제를 완비하기 위해서 반드시 입법과 법률해석 업무를 강화하여야 한다. 이제 법률해석 문제에 대하여 아래와 같이 결정한다:

1. 법률·법령 조문 자체의 경계를 보다 명확히 할 필요가 있거나 보충규정이 필요한 모든 경우에는 전국인민대표대회 상무위원회가 각각 해석을 진행하거나 법령으로 규정한다.

2. 법원의 심판 업무 중 법률·법령의 구체적 적용에 속한 모든 문제는 최고인민법원이 해석을 진행한다. 검찰원의 검찰 업무 중 법률·법령의 구체적 적용에 속한 모든 문제는 최고인민검찰원이 해석을 진행한다. 만약 최고인민법원과 최고인민검찰원의 해석에 원칙성의 불일치가 있을 경우 전국인민대표대회 상무위원회에 보고하여 해석 혹은 결정을 요청한다.

3. 심판과 검찰 업무 중의 기타 법률·법령을 어떻게 구체적으로 적용할지에 속하지 아니한 문제는 국무원 및 주관부서가 해석을 진행한다.

4. 지방성법규 조문 자체의 경계를 보다 명확히 할 필요가 있거나 보충규정이 필요한 모든 경우에는 법규를 제정한 성(省), 자치구, 직할시 인민대표대회 상무위원회가 해석을 진행하거나 규정을 제정한다. 지방성법규를 어떻게 구체적으로 적용할지에 속한 모든 문제는 성, 자치구, 직할시 인민정부 주관부서가 해석을 진행한다.

사회주의법제에 대한 린뱌오(林彪)·장칭(江青) 반혁명집단의 심각한 파괴와 독해(毒害)로 인해 일부 사람들의 법제 관념이 비교적 박약하다. 또한, 법제에 대한 선전·교육이 매우 부족하여 많은 사람들이 아직 법률에 대하여 상당히 익숙하지 않다. 전국인민대표대회 상무위원회는 각급 국가기관, 각 인민단체가 모두 실제상황과 문제를 결합하고 전형판례를 활용하여 계획적이고 목적성 있게 사회주의법제의 선전·교육업무를 강화해야 한다고 여긴다. 이를 통해 광대한 간부(干部)와 군중이 관련 법률규정을 알게 하고, 법률의 기본지식을 점차 보급하여 사회주의법제를 파

괴하는 린뱌오·장칭 반혁명집단의 여독(流毒)을 진일보 숙청하고, 광대한 간부와 군중 특히 각급의 지도층 간부와 공안(公安)·검찰·법원 등 사법업무 종사자를 교육하여 법률을 열심히 준수하고 올바르게 집행하며, 법에 따라 인민 내부의 각종 분쟁을 처리함과 동시에 법률무기를 능숙하게 사용하여 사회주의법제를 파괴하는 일체의 위법범죄행위에 대항하여 투쟁을 진행하여야 한다.

Abstract

A Study on China's Judicial Interpretation System

JANG, Wooseuk

Constitutional Law

The Graduate School of Law

Seoul National University

This study aims to analyze the judicial interpretation system in the People's Republic of China. The term 'judicial interpretation' in China refers to the interpretation made by the Supreme People's Court and the Supreme People's Procuratorate concerning the specific application of legal provisions in judicial trials and prosecutory affairs on the basis of legal authority. Judicial interpretations shall be formulated and issued in accordance with statutory procedures and formalities, and shall have full legal force once issued. The judicial interpretations on major legal provisions are of no less or even more importance than the legal provisions themselves, often being recognized as the very foundation of the legal decision and a source of law. The judicial interpretation in China carries constitutional

significance as it is closely related to the design of the Chinese legal interpretation system as well as the unique relationship between legislative and judicial powers. Against the backdrop of relative unfamiliarity with Chinese judicial interpretation in the Republic of Korea, this study aims to provide a general understanding of the judicial interpretation system, exploring the background of its formation and development, and to examine its legal basis and force.

The first chapter emphasizes that the judicial interpretation system in China should be studied within its unique political and legal context as a socialist nation, which rejects the principle of the separation of powers. Then it clarifies the subject of the research by reviewing the legal and academic definition of judicial interpretation system and distinguishing it from the documents of a judicial interpretation nature.

Chapter 2 examines the basic concept of the judicial interpretation and its legal formalities based on the 2021 Provisions of the Supreme People's Court on the Judicial Interpretation Work. It also provides a stage-by-stage explanation of the formulation of judicial interpretations including the principles for the establishment, project initiation, promulgation, implementation and archive filing.

Chapter 3 divides the development of judicial interpretations into three phases - formation, recession and destruction, recovery and systematization - and presents a context-specific review of how it has been formulated and changed over the course of history since the founding of New China. This allows us to understand the reason why the judicial interpretation in China today takes the form of abstract legal provisions and study

the future direction of its reform from a macroscopic viewpoint.

Chapter 4 investigates the legal basis of the judicial interpretation in terms of the rationality based on practical purposes and functions and legitimacy based on four legal provisions. It examines the reason why judicial interpretations in China are recognized as a source of law even though they are not enacted by the legislative branch. By reviewing the existing academic debate and comparing it with other legal systems such as legislation, administrative regulations and local regulations, this chapter aims to clarify at which level of the hierarchy of legal force in China the judicial interpretation is located.

As the judicial interpretation is expected to remain as a critical source of law in Chinese legal system even after the implementation of Civil Code of the People's Republic of China in 2021, there should be a further institutionalization of this system that befits its substantial importance in China. In this context, the legislative branch should specify the judicial interpretation power in the Constitution and establish a clear hierarchy of its legal force in Legislation Law where the judicial interpretation shall be organically integrated with the other legal sources in China.

Keywords : judicial interpretation, power of judicial interpretation, judicial interpretation system, the Supreme People's Court, People's Republic of China

Student Number **: 2018-23133**