

中國의 行政法과 行政法學

金 南 澈*

<목 차>

- I. 머리말
- II. 中國의 行政法
- III. 中國의 行政法學
- IV. 맺음말

I. 머리말

최근 중국은 개혁·개방을 표방한 이래 상당한 정도의 법제의 발전이 있었다.¹⁾ 특히 중국은 정치개혁의 한 방편으로 행정법분야를 보다 체계화하기 위하여 상당한 노력을 기울이고 있다. 하지만 중국의 법제도에 대한 개혁은 애초에 중국경제의 현대화를 지향하는 것으로서, 그 중점이 계약법이나 민사소송법의 제정작업과 은행, 보험, 상업 등의 경제생활에서의 제도개혁에 두어졌던 까닭에, 행정법에 대한 개혁은 다른 분야에 비해 다소 미진했던 것이 사실이다. 결국 이로 인해 중국에 있어

* 부산외국어대학교 법학부 전임강사

1) 이에 관하여는 曾憲義, 中國의 改革과 法制의 發展, 법제연구, 1993, 통권 제4호, 한국법제연구원, 270면 이하 참조.

서 행정법은 그 체계를 제대로 갖추지 못하였고, 이 가운데 특히 소위 행정법의 총론부분을 구성하는 기본요소들이 제대로 갖추어지지 못함으로 인하여 전체 중국법의 체계가 아직도 불완전성을 면치 못하고 있는 것으로 평가되고 있다.²⁾

그러나 1980년대의 개혁·개방정책에 의하여 자본주의적 경제체제가 부분적으로 도입되면서 경제개혁이 급속히 진행되어 과거의 계획경제 체제에서는 볼 수 없었던 다양한 소유형태가 인정되기에 이르렀고, 이에 따라 이들의 민사적 법률관계를 규율하기 위해 민법통칙 등이 제정되었으나, 여기에는 국가기관에 의한 경제분야의 관리관계에 관한 규정이 없어 이에 대한 법적 규율의 필요성이 발생하게 되었다.³⁾ 즉 계획경제 하에서 국가의 경제운영이 어느 정도 자율화되면서 이를 규율하기 위하여, 특히 경제행정영역에서 종래의 권한규정을 재정립할 것이 요구되었던 것이다. 이렇게 볼 때 중국의 관료주의체계에 대한 개혁의 필요성은 경제개혁의 부수적인 결과로서 생겨난 것이라 할 수 있다. 아무튼 중국의 관료주의에 대한 정치적 개혁은 행정법의 중심적 과제이기도한 권한규정의 재구성과 이를 통한 자기책임적인 결정영역의 확보에 초점이 맞추어져 있다고 할 수 있다. 특히 ‘중국의 당과 국가의 지도체계가 지나치게 관료적이고, 중앙집권화되어 있는 것은 오랜 동안 엄격한 행정법규범이나 개인적인 책임체계가 존재하지 않았었던 점에 있다.’라는 등소평의 지적도 행정법규범의 정립이 중국의 정치개혁을 위하여 시급한 것임을 시사하는 것이라 할 수 있다.⁴⁾

결국 이러한 정치개혁은 “법에 의한 행정”을 실현하겠다는 것을 의미하는 것이라고도 볼 수 있는데, 이러한 개혁의 방향에 맞추어 중국에서

2) Heuser, Die Bemühungen um Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaft in der Volksrepublik China, DÖV 1988, S. 17 ff. 참조.

3) 고병도, 中國行政訴訟制度에 관한 研究, 충남대학교 박사학위논문, 1997, 20면 이하, 40면 이하 참조.

4) Heuser, a.a.O., DÖV 1988, S. 17 참조.

는 1980년대 이후 수많은 법규가 제정되면서 소위 ‘依法行政’ 또는 ‘依法治國’ 이라는 새로운 법질서가 형성되고 있다. 이렇게 볼 때, 서구의 행정법이 근대에 이르러 법치주의가 확립됨으로써 성립하여 지금에 이르고 있는 점을 감안하면, 이제 중국의 행정법은 19세기 유럽의 현대행정법의 출발점에서 있는 셈이다.

이하에서는 이러한 중국행정법의 배경에 대한 이해를 위하여 중국에서의 행정법의 관념과 중국행정법의 특징, 그리고 오늘날 중국의 행정법이 있게 한 ‘依法行政’의 개념과 입법체계상의 문제점 등을 알아보고, 이를 바탕으로 중국에서의 행정에 관한 실체법과 최근 제정되어 시행되고 있는 행정구제에 관한 법제를 간략히 살펴보고, 중국의 행정법학의 현실을 개관해 보기로 한다.

II. 中國의 行政法

1. 中國行政法 概觀

1) 行政法의 概念

가. 行政法의 觀念에 대하여

이미 언급한 바와 같이 중국은 1980년대 이후에 전통적인 관료주의적 법질서를 청산하고, 서구식 법치주의에 입각한 법질서를 도입하려 하고 있다. 이에 따라 행정법의 관념도 과거와는 달라지게 되었다.

중국 행정법학의 초기에는 행정법은 항상 국가와 함께 공존하는 것으로서 국가의 본질에 따라 변하는 것이라고 이해되었다. 이 견해에 따르면 행정법은, 서구에서와는 달리, 전근대적인 봉건국가에서도 존재하였다고 본다. 한편 다른 견해는 행정법은 ‘행정의 법에 대한 기속’을 바탕으로 하는 개념으로서 근대적 법치국가와 더불어 생성된 것이라고 한다. 이 견해에 따르면 전근대적 사회는 군주가 법에 기속되지 않은 ‘人

治'의 시대였으므로 행정법성립의 객관적 전제조건이 갖추어지지 않았다는 것이다. 후자의 견해가 오늘날 중국의 지배적 견해이다.⁵⁾

이러한 견해의 차이에서 명백한 점은, 중국의 행정법의 관념이 관료주의사회를 경영하고 그 효율성을 제고하는 매개수단이라는 관념에서 법치국가에서의 합법성을 내용으로 하는 관념으로 관점이 이동되었다는 것이다. 오늘날 중국에서는 국가권력의 행사와 이를 통한 국가기능의 실현은 법규범을 근거로 해야 하고, 이러한 법에 의한 행정은 현대 국가의 기본특징이라고 설명하고 있다.⁶⁾ 따라서 행정법은 '법의 지배의 원칙'과 가장 근접한 법영역으로서, 여기에서 '법의 지배'의 중요한 요소는 행정부의 작용은 법에 근거해야 하고, 법이 정치에 先行하여야 한다는 점이라고 이해되고 있다.⁷⁾ 중국의 현행헌법 제5조 제2항은 모든 국가기관은 헌법과 법률을 준수하여야 한다고 규정하고 있는데, 이는 위에서 언급한 행정법의 관념을 명백히 하는 것으로서 궁극적으로는 법치행정의 이념을 천명한 것으로 이해하여야 할 것이다.

나. 中國行政法의 特徵

행정법은 중국의 법체계 가운데 행정권의 효과적 행사와 행정기능의 실현을 내용으로 하는 독립적인 법분야로서 행정의 全 分野를 그 대상으로 한다. 국가의 행정권 행사영역으로는 국방·외교·민정·공안·경제·교육·과학기술·문화·위생·체육 등을 들 수 있으며, 이러한 광범한 분야에서 입법기관 뿐 아니라 각급 국가행정기관에서도 행정법규를 제정할 수 있으므로, 중국의 경우도, 우리와 마찬가지로, 행정의 대상영역이 넓고, 다양한 관계로 민·형법과 같은 통일적인 행정법전이 마련되어 있지 않고, 각 행정분야에 관한 다량의 법규범들이 각종의 단행법규에 산재해 있는 실정이다.

중국행정법의 法源으로는 헌법, 전국인민대표대회(이하 '전인대') 및

5) Heuser, a.a.O., DÖV 1988, S. 18 참조.

6) 한대원의 13인 공저, 現代中國法入門, 박영사, 1995, 155면 참조.

7) Heuser, a.a.O., DÖV 1988, S.18.

그 상무위원회가 제정하는 법률, 국무원이 제정하는 행정법규 및 규정, 지방 인민대표대회 및 그 상무위원회가 제정하는 지방법규와 지방인민 정부가 제정하는 지방규정, 自治區·自治州·自治縣의 인민대표대회 및 그 상무위원회가 제정하는 자치조례와 그밖에 국가기관의 법률해석과 국제조약 등을 들 수 있다.⁸⁾ 중국의 입법체계에 관하여는 후술한다.

한편 중국의 행정법은, 후술하는 바와 같이, 행정기관에 대하여 상당히 폭넓은 행정입법권을 인정하고 있는데, 이로 말미암아 중국의 행정권은 다른 나라의 경우에 비하여 상대적으로 상당히 우월적인 지위를 점하고 있다는 특징을 가지고 있다.⁹⁾

2) 中國에서의 依法行政¹⁰⁾

가. 依法行政의 概念

중국은 1990년대 들어 법제의 건전화 방침으로 기본적인 법률의 제정과 사법기구의 확립 등의 작업이 이루어졌는데, 이러한 중국의 변화는 그 전통적인 관료주의적 법질서를 극복하고, 서구의 법치주의에 입각한 새로운 법질서를 확립하려는 노력으로 평가할 수 있다. 특히 중국에서는 오늘날 人民의 민주적 권리를 보장하기 위하여, 그리고 궁극적으로는 중국 정치와 경제의 발전을 위하여는 사회주의 법제를 강화하고, 민주주의를 법제화하며, 법이 존재하는 이상 반드시 이에 의거해야하고, 법집행은 엄정해야 하고, 법을 위반하였을 때는 반드시 追及하도록 해야 한다는 점이 공동의 인식으로 형성되어 있다는 것¹¹⁾은 위와 같은 법제개혁에 대한 노력의 반증이라 할 수 있다.

중국에서의 '依法行政'은 소위 '黨治'를 규정하고 있던 과거의 헌법을

8) 법제처, 中國法制概要, 법제자료 제154집, 1990, 33면 이하 참조.

9) 이에 관하여 상세는 고병도, 전계논문, 87면 이하 참조.

10) '依法行政'이란 법에 의한 행정을 의미하는 것이다. 그밖에도 중국에서는 법에 의해 나라를 다스린다는 의미의 '依法治國'이라는 용어도 종종 사용된다 고 한다. 고병도, 상계논문, 74면, 각주 5 참조.

11) 한대원 외 13인 공저, 전계서, 8면 이하 참조.

폐지하고, 국가권력의 헌법 및 법률에의 기속을 규정하고 있는 1982년의 현행 헌법 하에서 비로소 생겨났다. 종래 30년간 지속되어온 중국의 관료주의적 법질서 아래에서는 당이 국가의 상위에 존재하여 행정의 의거해야할 실질적인 근거는, 객관적인 법이 아니라, 당 또는 당의 지도자였었다. 행정의 근거가 되는 법규범은 거의 존재하지 않았던 것이다. 따라서 중국에서의 '人治'나 '黨治'를 극복하기 위해서 '法治'의 개념이 도입된다는 것은 중국의 행정의 입각해야할 법규범의 정립을 의미하는 것이기도 하다.¹²⁾ 실제로 중국에서는 1980년대 들어 기본법률의 제정, 사법기구의 확립 등 법제를 정비하기 시작하였고, 1980년대 중반에는 행정쟁송제도가 실시되었으며, 1990년대 초에는 행정소송법과 行政復議(재의)條例가 시행됨으로써 어느 정도는 과거 관료주의법제 하에서의 '人治' 및 '黨治'로부터 벗어나 서구식의 '法治'로 전환하기 시작하였다.

다만 중국의 依法行政의 개념은 행정의 의거할 법규범의 정립을 통해서 과거의 '人治'를 극복하겠다는 것이라는 점에서, 행정의 근거가 되는 법규범이 정립되어 있는가의 여부가 중요한 관건이지만, 의회입법원칙, 법률의 합헌성심사 및 행정권발동에 대한 법적 근거의 요구 등을 통하여 실질적인 인권보장이 이루어지고 있는지를 중요시여기는 서구식 법치행정의 개념과는 차이가 있는 것이다. 따라서 이하에서는 중국식 '依法'의 개념과 관련하여 중국의 입법체제와 특히 중국행정법의 특징으로 지적되고 있는 행정권의 우월성 문제를 개관해 볼 필요가 있다.

나. 中國의 立法體制

권력분립제도를 가지지 않은 중국의 현행헌법은 최고국가권력기관인 전국인민대표대회 및 전인대의 상설기관으로서 상무위원회가 입법권을 행사하는 이외에 전인대의 집행기관으로서 최고국가행정기관인 국무원에 의한 행정입법도 널리 인정되고 있으며, 또한 중앙입법과는 별도로 지방의 국가권력기관과 국가행정기관에 의한 입법도 인정하고 있다.¹³⁾¹⁴⁾

12) 고병도, 전계논문, 73면 이하 참조.

(1) 全國人民代表大會 및 그 常務委員會¹⁵⁾의 立法

전인대는 헌법을 개정하고, 형사, 민사, 국가기구 기타 기본법률을 제정·개정한다(헌법 제62조 제3항). 전인대 상무위원회는 전인대가 제정하여야 할 법률 이외의 다른 법률을 제정·개정한다(헌법 제67조 제2항).

1978년 근대화정책이 실시된 이래 최근까지 전인대 및 그 상무위원회에서 제정된 법률은 약 100 여건에 달하고 있다.¹⁶⁾ 한편 전인대 및 그 상무위원회의 입법은 그 입법체제로 보아 우리 나라의 국회의 입법에 해당하는 것으로 볼 수 있으나, 중국의 최고국가권력기관인 전인대를 권력분립 하에서 국민을 대표하는 국가의 입법기관과 동일시할 수 있는 지는 의문의 여지가 있다.

(2) 國務院 및 그 所屬機關의 立法

국가최고 행정기관인 국무원은 헌법, 법률 등에 근거하여 행정조치¹⁷⁾를 규정하고, 행정법규를 제정하며, 결정 및 명령을 發한다(헌법 제89조 제1항).

국무원의 각 부, 각 위원회는 법률, 법령 및 국무원의 행정법규·결정·

-
- 13) 이에 관하여 상세는 한대원 외 13인 공저, 전게서, 16면 이하; 법제처, 전게서, 37면 이하; 고병도, 상계논문, 78면 이하 참조.
 - 14) 중국의 행정조직에 관하여는 예컨대 법무부, 中國法研究 (IV) -憲法-, 법무자료 제174집, 1993, 157면 이하 참조.
 - 15) 중국헌법(제57조-제78조)에 따르면 전인대는 전국인민의 대표기관으로서 최고의 국가권력을 행사하는 중국의 최고국가권력기관이다. 다른 국가기관인 최고국가행정기관, 최고국가심판기관, 최고국가검찰기관은 전인대로부터 출현하고, 감독을 받고, 책임을 진다. 한편 상무위원회는 헌법 제58조에 의해 전인대와 함께 국가입법권을 행사하는 전인대의 상설기관으로서 전인대의 일부를 구성하고 있다. 이에 관하여 상세는 허승덕, 中國憲法, 변상필 역, 동현출판사, 1996, 325면 이하 참조.
 - 16) 고병도, 전계논문, 79면.
 - 17) 여기에서 행정조치의 개념은, 우리 나라에서 말하는 행정내부적인 구속력만 인정되는 행정규칙의 개념과는 달리, 행정기관이 행정의 효과적 운용을 위하여 법률 및 행정법규에 의하여 제정·공포된 대외적 구속력을 갖는 법규범을 의미하는 것이다. 따라서 우리 나라의 행정규칙과는 달리 재판의 준거가 된다. 고병도, 상계논문, 80면 각주 21 참조.

명령에 근거하여 해당 부서의 권한 안에서 명령·지시 및 행정법규를 발할 수 있다(헌법 제90조).

이러한 국무원 및 그 소속기관의 입법은 우리 나라의 행정입법으로서 법규명령에 견줄 수 있는 것이나, 우리 나라의 경우 행정입법은 국회입법의 원칙에 대한 중대한 예외로서 법률에 의한 구체적인 授權이 있는 경우에만 가능한 데 반해, 중국의 경우는 헌법규정에 근거하여 비교적 폭넓은 범위에서 자주적인 행정입법권이 주어진다는 점에서 차이가 있다.

한편 행정입법 가운데에는 법률의 시행세칙으로서 우리 나라의 집행명령과 유사한 것도 있으며, 본래 전인대와 그 상무위원회가 제정하여야 하는 법률에 대하여 그 입법권을 국무원에 수여하여 제정하게 하는 특별수권입법도 있다. 다만 후자의 경우 특이한 점은, 특별수권에 의하여 제정된 행정법규는 일반 행정법규와는 달리 법률과 동등한 효력을 갖는다는 점이다.

현재 국무원에 의해 약 700여 개의 행정법규와 940여 개의 행정규칙이 제정되어 있다.

(3) 地方 各級 人民代表大會 및 地方政府의 立法

省, 自治區, 直轄市의 인민대표대회와 그 상무위원회는 각각 지방 국가권력기관 및 그 상설기관으로서 헌법, 법률, 행정법규의 범위 안에서 지방법규를 제정·공포할 수 있으며¹⁸⁾, 이를 전인대에 서류등록한다(헌법 100조). 이는 우리 나라의 지방의회에서 제정되는 조례에 해당하는 것이라 생각된다.

한편 縣 이상의 지방 인민정부는 지방의 국가행정기관으로서 해당 행

18) 지방인민대표대회는 헌법 제96조에 규정된 바와 같이 지방의 국가권력기관으로, 우리 나라의 지방의회와 비교될 수 있다. 지방인대는 해당 행정구역 안에서 우선적인 지위가 인정되고, 직접 또는 간접선거에 의해 선출된 대표로 구성되며, 지방법규의 제정권과 중대사항의 결정권 등과 같은 권한을 갖는다. 이러한 점에서 중국의 경우에도 지방에 어느 정도의 자치권한이 부여되어 있다고 볼 수 있다.

정구역 안에서 법률이 규정한 권한에 따라 결정과 명령을 공포할 수 있는데(헌법 107조), 이는 우리 나라의 지방자치단체의 규칙에 비교되는 것이라 할 수 있다.

지방인대와 지방정부의 지방법규제정권은 헌법 이외에도 지방각급인민대표대회 및 지방각급인민정부조직법 제51조 제1항에도 그 법적 근거가 있다.

이처럼 중국에 지방에 입법권한이 인정되는 것은, 중국에 지방자치의 실시에 따르는 지방자치권한이 인정되기 때문이 아니라, 중국의 국토가 광대함으로 말미암아 각각의 지방사정이 서로 현격히 다르고 이를 중앙에서 입법적으로 규율하는 데에 한계가 있기 때문에 불가피한 것으로 받아들여지고 있다.¹⁹⁾

다. 行政權의 優越性 問題

이상에서 살펴본 바와 같이 중국은 그 입법체계를 볼 때 입법권이 전인대에만 속한 것이 아니라, 행정기관인 국무원도 상당한 정도의 입법권을 가지고 있음을 알 수 있다. 즉 행정권은 헌법에 의해 직접 부여된 직권입법과 전인대에 의해 부여된 특별수권에 의해 그야말로 광범하고도 막강한 입법재량권을 가지고 있는 것이다. 이러한 행정입법권한에 의거하여 국무원을 비롯한 행정기관들은 그 동안 법률의 숫자를 훨씬 증가하는 다수의 행정법규를 제정한 바 있다.²⁰⁾

이렇게 행정입법이 광범하게 허용되는 이유로는, 우선 날로 다양해지

19) 고병도, 상계논문, 88면 참조.

20) 중국에서는 1980년대 초반부터 1992년까지의 10여 년 사이에 108개의 법률과 700여 개의 행정법규가 제정되었다고 한다. 이는 행정법규가 법률의 6배가 넘는 것으로, 우리 나라의 경우가 약 3~4배, 일본이 1~2배인 점을 고려하면, 數的인 면만 고려한다 하더라도 상당히 많은 것으로 평가된다. 하지만 이 가운데에는 실질적으로 행정입법이 아니라 법률로 제정되어야 할 성질의 것도 상당히 포함되어 있다는 점을 고려하면, 중국의 행정권은 量的인 면에서나, 質的인 면에서나 막강한 권한을 행사하고 있는 셈이다. 고병도, 상계논문, 88면 이하 참조.

는 행정현상에 대하여 전인대의 전문적·기술적 능력이 부족하여 입법적으로 이에 적절하게 대응할 수 없었다는 점과 광활한 국토로 말미암아 중앙입법이 스스로 한계를 가지고 있다는 점 등이 지적되고 있다.²¹⁾ 하지만 이러한 문제를 통하여 행정권에 막대한 입법권한이 주어지면서, 실질적으로 행정권이 전인대보다 우위를 점하게 되었다.

더 나아가서 국무원은 전인대로부터 포괄적인 입법권을 수여받거나 또는 법률에 의해 입법권을 위임받아 행정법규를 제정하면서 벌칙규정을 들 수 있다. 우리 나라의 경우에는 국회입법의 원칙과 죄형법정주의가 확립되어 있어 행정입법으로 처벌규정을 두는 경우에 법률이 그 구성요건의 구체적인 기준과 형벌의 상한을 정하여 그 범위 안에서 위임하도록 하는 것이 일반적²²⁾인 데 반하여, 중국의 경우에는 행정기관이 입법기관에 의한 특별한 개별적인 위임 없이도 행정법규를 제정하면서 행정목적의 실현을 위한 벌칙규정을 들 수 있다.

한편 행정법상의 의무위반에 대한 벌칙의 경우(우리 나라의 행정벌) 중국에는 행정기관의 재량에 맡겨져 있는 행정기관의 조치(우리의 행정질서벌)와 형사사건에 속하는 형벌(우리의 행정형벌)이 있는데, 실정법상 행정상의 조치와 형벌이 객관적으로 명확하게 구분되기 어렵기 때문에, 현실적으로는 질서위반 등의 행정법상의 의무위반행위에 대하여 행정상의 조치로 벌할 것인지, 아니면 형벌을 부과할 것인지에 대한 판단은 대부분 행정기관의 구체적 정황에 따라 행정의 재량에 맡겨져 있다고 할 수 있다.²³⁾

이렇게 볼 때 행정청에 의한 처벌규정의 제정이 비교적 자유롭고, 또 형사절차를 거치는 행정형벌의 부과와 그러한 재판받을 권리가 보장되지 아니하는 행정상 조치의 부과가 행정기관의 재량에 맡겨져 있는 점은 행정권한의 지나친 비대화를 가져오는 것이고, 결국 이를 통해 중국

21) 고병도, 상계논문, 88면.

22) 예컨대 김동희, 行政法 I, 제6판, 2000, 135면.

23) 고병도, 전계논문, 90면 이하 참조.

에서는 아직 법치주의의 기본이념인 법률에 의한 행정의 원리와 국민의 권리구제가 제대로 실현되고 있지 못하다고 할 수 있다.

라. 小結

이상에서 살펴본 바와 같이, 중국은 지난 10여 년간 상당수의 법률과 행정법규를 제정하면서, 과거의 ‘人治’ 또는 ‘黨治’에서 벗어나 새로이 제정된 법규에 따라 행정을 해야 한다는 이른바 ‘依法行政’이라는 새로운 법질서를 형성하려 하고 있다. 이를 통해 행정권발동의 근거가 되는 ‘객관적인 법’이 존재하게 된 것은 상당히 고무적인 것으로 평가될 수 있으나, 다만 이러한 依法行政의 관념이 서구식 법치행정의 관념과는 상당한 차이를 보이는 것이라는 점에 문제가 있다.

우선 ‘依法’의 근거가 되는 법의 정립체계와 관련하여 볼 때, 인민의 대표기관인 전인대가 원칙적으로 입법권을 갖고, 그 집행기관인 국무원은 법집행과 관련하여 전인대의 수권에 따라 예외적으로 입법권을 행사할 수 있도록 하는 것이 ‘법치행정의 원리’라면, 중국의 행정기관인 국무원 및 그 소속기관에는 상당한 정도의 입법권한이 거의 무제한적으로 부여되고 있고, 또 이로 인해 전인대에 비해 행정부가 상대적인 우위를 점하는 결과를 낳았다는 점에서 보면, 결국 이렇게 행정부에 권한이 집중되어 있는 강력한 행정국가에서 행정권의 발동이 행정부의 재량적 판단에 따라 제정된 법규에 의한다고 하는 것은 ‘법치행정’의 이념과는 거리가 있는 것이다.

더욱이 행정기관은 행정법규의 제정을 통해 벌칙을 정할 수 있고, 행정상 의무위반에 대한 제재로서 행정벌을 부과하는 경우에도 행정상의 조치를 통해 벌칙을 부과할 것인지 아니면 정식형사재판에 의해 형벌이 부과되어야 하는 것인지의 여부에 대한 재량권을 가지며, 또 행정상 의무를 이행시키기 위한 행정강제와 관련하여서도 광범하고 강력한 강제집행권을 갖는다. 이와 같이 행정의 작용권한을 통해 행정부는 인민의 대표기관인 전인대에 대하여나, 직접 인민에 대하여는 상대적으로 우월

한 입장에 있다고 하는 것이 중국행정법의 특징이라 할 수 있고, 이는 강력한 행정권에 비해 이에 대한 개인의 권리구제수단은 아직 상대적으로 미흡한 수준이라는 점²⁴⁾에서 더욱 그러하다. 이러한 행정권한의 우월성이 인권보장을 목적으로 하는 실질적 법치주의의 확립을 가로막는 요소라고 하는 점은 재삼 강조할 필요가 없다 하겠다.

3) 行政法의 基本體系

우리 나라의 경우 행정법의 관념에 관해서는 일반적으로 행정에 관한 국내공법으로서, 행정주체의 조직과 권한에 관한 행정조직법과 공익실현을 위한 각종의 행정작용법, 그리고 행정권의 발동으로 인한 권익침해에 대한 행정구제법으로 구성되어 있다고 이해하고 있다.

우리와 같은 대륙법체계에 속하는 중국의 경우²⁵⁾에는 그 행정법체계가 행정조직법, 행정관리법, 행정감독법 및 행정구제법 등으로 구성되어 있는데²⁶⁾, 이 가운데 행정조직법제는 국가행정기관의 조직 및 공무원제도로 구성되어, 우리의 행정조직법에 해당하는 것이고, 행정관리법제는 행정입법과 허가 및 의무이행의 강제수단으로서의 행정징수·행정강제·행정벌제도로, 그리고 행정감독법제는 행정기관의 외부- 및 내부감독제도로 구성되어, 넓게 보면 우리의 행정작용법에 해당한다. 끝으로 행정구제법제는 행정재의(復議)·행정소송제도와 행정배상제도로 구성되는데, 이는 우리의 행정구제법과 유사하다 할 수 있다. 이렇게 보면 중국의 행정법의 기본체계는 그 체계면에 있어서는 어느 정도는 우리의 경우와 유사하다고 할 수 있다.

이하에서는 중국의 행정에 관한 실체법과 행정구제법을 개관해 보기로 한다.

24) 고병도, 상계논문, 99면 참조.

25) 일반적으로 중국에서도 중국의 법제는 사회주의법계에 속한다고 하면서도, 그 형식이나 구성 등에 있어서 대륙법계의 특징을 가지고 있음을 아울러 인정하고 있다. 이에 관하여는 한대원 외 13인 공저, 전게서, 10면 이하 참조.

26) 한대원 외 13인 공저, 상계서, 157면 참조.

2. 實體法

이미 언급한 바와 같이 중국행정법의 특징은 행정기관에 대한 광범한 입법권이 부여되어 있는 결과 대부분의 행정법규가 행정기관에 의해 제정된 것이라는 점이다.²⁷⁾ 이러한 행정기관에 의한 행정법규를 포함하여 중국의 행정에 관한 법규범은, 중국의 사회주의국가로서의 특성으로 말미암아 행정기관의 권한이 사회 전반에 걸쳐 행사되고 있는 결과, 전체 법규범의 대다수를 차지하고 있다는 특성이 있다.²⁸⁾

우선 중국의 행정법규로서는 경제법을 들 수 있다. 과거 중국에서는 경제적 활동에 대하여도 행정적으로 지도하고, 국가가 직접적으로 감독하는 것이 일반화되어 있었으므로, 이러한 경제분야에 관한 법적 규율도 대부분 행정법의 영역으로 여겨져 왔다. 다만 경제영역과 관련하여서는 오늘날 경제분야의 개혁에 따라 상황이 상당히 달라지게 되었다. 경제관련법규 다음으로는 행정조직법, 공무원법 및 경찰법(각종 사회안전관련법규)을 들 수 있다. 그 밖의 영역으로는 재정, 농업, 산업, 외교, 노동, 학문 등에 관한 행정법규가 있다.

다만 이들 대부분의 행정법규는 과거에는 단지 행정목적만을 위한 규정들이었기 때문에 ‘黨治’를 위한 수단으로 여겨져 왔고, 일반 인민에 대해서만 구속력을 미치는 것이었다. 따라서 행정기관이나 그 소속 공무원의 직무위반에 대한 책임을 물을 수 없어서 행정구제적 측면에서는 문제를 안고 있었다. 과거 1954년 헌법 제97조는 “... 국가기관의 공무원이 公民²⁹⁾의 권리를 침해함으로써 손실을 입은 자는 배상을 받을 권

27) 지난 10여 년간 중국에서는 약 100여 개의 법률이 전인대 및 그 상무위원회에서 제정된 반면, 약 2,700여 개의 행정법규가 중앙 및 지방행정기관에 의해 제정되었다고 한다. 고병도, 전계논문, 98면.

28) 중국의 전체 법규범 가운데 약 80%가 행정법규범으로서의 성질을 가지고 있다고 한다. Heuser, a.a.O., DÖV 1988, S.18 참조.

29) 중국에서는 ‘公民’과 ‘人民’의 개념이 서로 구별되어 사용되고 있다. 우선 公民의 개념은 國籍과 서로 일치하는 법률적인 개념이고, 人民은 국가의 주인을 가리키는 말로서 정치적인 개념이다. 이에 따르면 중국에서 정치적 권리

리를 가진다.”³⁰⁾라고 규정하여 국가책임에 관한 원칙규정을 두고 있었으나, 더 이상 법률의 제정을 통해 구체화되지 못했었다. 그러다가 1982년의 현행 헌법 제41조 제3항은 “국가기관과 국가공무원이 公民의 권리를 침해함으로써 손해를 받은 公民은 법률이 정하는 바에 따라 배상을 받을 권리를 가진다.”³¹⁾라고 규정하였고, 1986년 민법 제121조에는 국가행정기관이나 공무원이 직무를 수행함에 있어서 합법적인 公民의 권리와 이익을 침해하여 손해를 끼친 경우에는 이에 대한 민사책임을 진다는 취지의 규정을 두기에 이르렀다. 그러면서 이러한 국가배상의 원칙이 단행법률을 통하여 구체화되어야 한다는 필요성이 제기되었다.³²⁾ 결국 중국에서는 1994년 5월 국가배상책임에 관한 일반법인 ‘중화인민공화국국가배상법’이 공포되어 1995년 1월부터 시행되고 있다.

그밖에 소위 특별행정법분야에서는 1980년대에 들어서면서 이들 분야에 대한 법의 제정이 눈에 띄게 증가하였는데, 이러한 행정법의 개별분야로는, 예컨대 자연보호, 환경보호, 기념물보호, 조세, 우편, 식품위생, 토지수용, 도시계획, 의무교육, 국방, 내국인 및 외국인에 대한 출입국관리 및 경제영역을 들 수 있다.³³⁾

한편 1957년에 제정되고 1986년에 전면 개정된 ‘치안관리처벌조례’는 과거와는 달리 행정기관의 처벌결정에 대한 불복규정을 들으로써 인민의 권리구제가 다소 강화되었다.³⁴⁾

를 박탈당한 자는 人民은 아니지만, 법적으로는 여전히 중국의 公民이다. 이에 관하여는 허승덕, 전계서, 247면 이하 참조.

30) 법제처, 전계서, 135면 이하 부록(1954년 중화인민공화국 헌법) 참조.

31) 법제처, 상계서, 69면 이하 부록(중화인민공화국 헌법) 참조.

32) Heuser, a.a.O., DÖV 1988, S. 19 참조.

33) 중국의 최근제정법률 및 최근입법동향에 관하여는 한국법제연구원, 중국의 ‘사회주의시장경제’와 최근의 법제발전, 1995, 37면 이하 참조.

34) Heuser, a.a.O., DÖV 1988, S. 19 참조.

3. 行政救濟法

중국에서는 1990년 10월에 '중국행정소송법'이, 1991년 1월에 우리나라의 행정심판에 해당하는 '행정재의조례'가 시행되었다. 중국에서는 건국이래 약 30여 년간 공무원의 행위가 범죄에 해당하는 경우를 제외하고는 공무원의 행위에 대하여 인민법원에 이를 제소하는 것이 허용되지 않았다. 국가가 개인을 제소하거나 제재하는 것은 용이했던 반면, 개인이 국가를 상대로 쟁송을 한다는 것은 거의 허용되지 않았고, 행정상의 분쟁은 대부분 재판 외의 절차를 통해 처리되어 왔다. 간간이 단행법률을 통하여 행정불복심사에 관한 규정을 두기도 하였으나, 청구범위가 극히 제한되고, 청구기간이 짧다는 등의 문제로 개인의 권리보호제도로는 상당히 부족한 것이었다. 오히려 이러한 개인에 의한 행정통제 보다는 행정감찰 등을 통한 행정내부적 통제에 그치고 있었던 것이다. 그러다가 1970년대 말 근대화노선이 채택되면서 법치주의로의 일대 전환이 이루어지기 시작했고, 1982년 이후 이러한 정치체제개혁의 일환으로 행정소송에 관한 규정을 두고 있는 다수의 법령이 제정되면서 행정소송제도의 정비가 급속히 진행되었다. 중앙과 지방의 인민법원에도 민사, 형사, 경제재판정 이외에 행정재판정이 설치되어³⁵⁾ 행정사건의 제소가 점차 많아지게 되었는데, 다만 이 시기에는 행정쟁송에 관한 일반법이 제정되지 않아, 행정사건의 재판절차가 민사소송법³⁶⁾에 따라 행하여졌다. 그러나 행정사건의 특질이 고려되지 않은 채 민사소송에 의해 절차가 진행된다고 하는 것 자체에 많은 문제점들이 노출되면서 독립한 행정소송법의 제정이 요구되었다. 그리하여 마침내 행정소송법과 행정재의조례가 제정되어 오늘에 이르게 되었다.³⁷⁾

35) 중국의 재판체제와 행정재판정의 설치에 관하여는 고병도, 전계논문, 28면 이하 참조.

36) 1982년 3월에 공포된 민사소송법 제3조 제2항은 "법률의 규정에 의하여 인민법원에 수리된 행정사건에는 본법의 규정이 적용된다."라고 규정하고 있다.

한편 국가의 배상책임과 관련하여서는, 이미 언급한 바와 같이, 국가 배상에 관한 헌법적 근거를 토대로 단행법률의 제정필요성이 제기되던 중, 1995년 1월 '중국국가배상법'이 시행되기에 이르렀다.

이하에서는 행정구제와 관련된 행정재의·행정소송제도와 국가배상제도에 관하여 개관해 보기로 한다.

1) 行政復議制度³⁸⁾

가. 行政復議의 概念

행정재의조례 제1조는 행정재의의 목적을 “행정기관이 법에 의하여 행정직권을 행사하도록 옹호·감독하고, 위법 또는 부당한 구체적인 행정행위를 방지·시정하며, 公民, 법인과 기타 조직(이하 ‘公民 등’)의 법률상의 권리와 이익을 보호한다.”라고 규정하고 있다. 따라서 행정재의는 행정기관의 구체적인 행정행위로 인하여 公民 등의 권익이 침해되어 발생한 행정상의 분쟁에 대하여 재의기관이 법이 정한 절차에 따라 이를 해결하는 제도라 정의할 수 있다.

나. 行政復議의 對象

행정재의조례는 재의사항에 관하여 列記主義를 택하고 있다. 同 條例 제2조는 公民 등의 권익이 침해되었다고 주장하는 경우 재의를 신청할 수 있다고 규정하여 행정재의사항을 개괄적으로 규정하고 있으면서도, 제9조에서 ‘公民·법인 및 기타 조직은 다음에 기재한 구체적 행정행위에 대하여 불복이 있는 경우 행정기관에 행정재의를 청구할 수 있다.’고 하여 9개항의 재의사항을 한정하여 열거하고 있다.

37) 중국의 행정쟁송제도의 연혁에 관하여는 고병도, 상계논문, 6면 이하 참조.

38) 중국의 행정재의조례는 행정소송법이 시행된 지 3개월 후인 1991년 1월에 행정심판에 관한 일반법으로서 공포·시행되었다. 다만 법률의 형식이 아니라 국무원에 의한 행정입법의 형식으로 제정된 것이라는 점에서 국회의 법률형식을 가지고 있는 우리의 행정심판법과는 차이가 있으며, 이러한 이유에서 同 條例의 많은 규정이 행정편의적으로 제정되었다는 지적이 있다. 고병도, 상계논문, 101면 이하 참조.

이에 따르면 재의사항은 대체로 구류, 벌금, 재산몰수 등의 행정벌, 허가의 취소, 신청의 거부와 같은 행정기관의 조치, 그 밖의 인신권·재산권을 침해하는 행정조치 등에 관한 것이다.

한편 同 條例 제10조는 행정재의신청의 제외사항을 정하고 있는데, 이에 따르면 ① 행정법규 및 규칙 또는 일반적 구속력을 갖는 결정·명령, ② 공무원의 상벌과 임면 등의 결정, ③ 민사분쟁의 중재, 조정 또는 처리, ④ 국방, 외교 등의 국가행위에 대하여는 재의를 청구할 수 없다.

이러한 중국행정재의조례상의 列記主義는 概括主義를 채택하고 있는 우리 나라에 비해 재의가 허용되는 범위가 협소하다는 문제가 있다. 특히 제9조에 규정된 면허·허가, 인신권·재산권, 위자료 이외의 수익적 행정행위에 대하여는 재의가 허용되지 않고, 또 제10조가 공무원관계를 재의대상에서 제외하고 있는 점이 그러하다.

다. 行政復議의 種類와 管轄

중국의 행정재의는 특별히 그 종류가 구분되고 있지는 않으나, 그 성격상 상급행정기관이 심판하는 訴願的 性格의 것과 당해 처분청이 심판하는 異議申請的인 것으로 분류할 수 있다.

예컨대 행정재의조례 제11조의 ‘顯級 이상의 지방각급인민정부의 행정행위에 대한 불복은 上級主管機關이 관할한다.’는 규정 및 제12조의 ‘지방각급인민정부의 행정행위에 불복하는 경우는 상급인민정부가 관할한다.’라는 규정은 前者에 해당하는 경우이다. 한편 ‘국무원의 각 부서의 행정행위에 불복하는 경우는 처분행정청이 관할한다.’(제11조 제2항), ‘성, 자치구 및 직할시 정부의 행정행위에 대한 불복은 그 행정행위를 한 성, 자치구 및 직할시 정부가 관할한다.’(제12조 제2항)라고 규정하고 있는 것은 後者의 경우에 속한다 하겠다.

한편 재의신청관할에 대하여 행정재의조례는 1장 12개조에 걸쳐 규정을 두고 있으면서, 재의기관이나 재의기간 등을 알리는 不服告知制度를 규정하지 않아 일반인이 이를 인지하는 데 큰 어려움이 있을 것으로

보인다.

라. 行政復議機構

행정재의조례 제23조는 '심사기관은 사무상 수요에 기초하여 본 기관의 심사기구 또는 전문심사원을 정한다.'라고 규정하고 있다. 이에 따르면 재의를 심사하는 기관은 재의에 대해 관할권을 가지는 처분청, 처분청의 上級主管機關 또는 상급인민정부에서 심사기구 및 전문심사원으로 배치받은 기관을 말하는 것이다. 행정재의조례 제24조는 '顯級 이상의 지방각급인민정부의 심사기구는 정부의 법제기구 내에 설립되거나 또는 정부의 법제기구와 공동으로 사무를 처리한다.'라고 규정하고 있다.

이러한 행정재의기구에 관한 규정은 재결청 소속의 행정심판위원회가 실질적인 행정심판의 심리·의결을 담당하게 하는 우리 나라의 행정심판법과 유사한 것이다. 즉 우리 나라의 경우 행정심판기관이 재결청과 행정심판위원회의 이원적 구조를 취하게 함으로써 재결의 공정성을 제고하고 있는 것과 마찬가지로, 행정재의조례는 그 관할기관에 대하여 비교적 상세히 규정을 두어, 일반적으로 통상의 행정사무와 행정재의의 심사가 중복되지 않게 함으로써 어느 정도 심리에 있어서의 공정성과 정확성을 기하고 있는 것이다.

마. 行政復議의 基本原則

행정재의는, 특별한 규정이 없는 한, 一審制를 취하고 있기 때문에 원칙적으로 재심사제도는 존재하지 않고(행정재의조례 제5조), 인민법원에 행정소송을 제기할 수 있다. 행정재의의 신청인은 구체적 행정행위를 안 날로부터 15일 이내에 재의를 신청하여야 한다(제29조).

행정재의는 원칙적으로 서면심리에 의한다. 다만 서면심리만으로 사실판단이 어렵거나, 구두변론이 용이하고 또 필요한 경우 등에는 구두심리가 가능하다. 한편 입증책임과 관련하여서 행정재의조례 제38조는 처분청이 심사기관으로부터 심판청구서의 副本을 송부받은 날로부터

10일 이내에 행정행위에 관한 증거자료와 辨明書를 재의기관에 교부하도록 규정하고 있다. 이는 처분청에 대하여 일정한 입증책임의 부담을 명문으로 정하고 있는 것으로서 개인의 권리구제적 측면에서 보면 획기적인 입법으로 생각된다.

바. 行政復議의 裁決

행정재의재결의 종류로는 각하재결, 기각재결, 인용재결이 있다. 이 가운데 인용재결은 다시 취소재결과 변경재결로 나눌 수 있는데, 이에 관하여 행정재의조례 제 42조 제4항은 주된 사실의 불명, 법규범적용의 오류, 절차위반, 직권남용 및 구체적 행정행위가 명백하게 부당한 경우 행정재의기관은 그 행정행위의 취소 또는 변경을 재결하거나 처분행정기관에 새로운 행정행위를 할 것을 명할 수 있다고 규정하고 있다. 더 나아가 同 條例 제42조 제3항은 '피청구인이 법률, 법규 및 규칙에 규정된 직책을 수행하지 않는 경우에는 일정기간 내에 이를 수행하게 할 것을 재결한다.'라고 규정하여 인용재결로서 우리 나라의 의무이행재결과 같은 것이 규정되어 있다.

한편 중국의 경우에는 우리 나라에서와는 달리 청구가 이유있음에도 불구하고 이를 기각하는 이른바 사정재결에 관한 규정은 없다.

또한 행정재의조례는 재결을 통해 청구인에게 원처분보다 불리하게 변경하여서는 안된다는 소위 '불이익변경금지'를 규정하지 않아, 불이익 변경의 가부를 놓고 논란의 여지가 있다고 할 수 있다.

행정재의의 청구를 통하여 처분의 집행이 정지되는가 하는 문제와 관련하여 행정재의조례 제39조는 '재의기간 중에는 구체적 행정행위의 집행을 정지하지 않는다.'라고 하여, 우리 나라의 행정심판법과 마찬가지로, 집행부정지를 원칙으로 하고, 제39조 제1~3항에서 예외적인 정지요건을 정하고 있다.

사. 小結

이상에서 살펴본 바와 같이 중국의 행정재의조례는 행정구제수단으

로서 비교적 최근에 입법화되었으므로, 앞으로 시행착오를 경험하면서 제도적으로 개인의 권리구제의 폭을 넓히는 방향으로 개선될 것으로 기대하지만, 우선은 행정재의조례가 행정기관인 국무원에 의해 제정되면서 ‘개인의 권리구제’보다는 ‘행정통제’에 초점을 맞추어져 있다는 점, 재의사항에 대하여 列記主義를 취하고 있는 점, 재의기간이 매우 단기로 규정된 점, 不服告知가 규정되지 않은 점 등은 자칫 권리구제수단으로서의 행정재의가 행정편의적으로 운영되는 문제를 낳을 수 있다는 점을 지적할 수 있겠다.

2) 行政訴訟制度³⁹⁾

가. 行政訴訟의 概念 및 目的

행정소송은 公民 등의 합법적인 권익이 행정기관이나 공무원의 구체적 행정행위로 인하여 침해되어 행정기관과 다툼이 있는 경우에 이를 인민법원이 소송절차에 따라 재판하는 것을 말한다.

이에 관한 일반법으로서 행정소송법은 전문 11장 75개조로 구성되어 있는데, 同法은 제1조에서 “인민법원이 정확·신속히 행정사건을 심리할 것을 보증하고, 公民, 법인 및 그 밖의 조직의 합법적인 권익을 보호하며, 행정기관이 법에 따라 행정직권을 행사하는 것을 옹호·감독하기 위하여 헌법에 근거하여 이 법률을 제정한다.”라고 행정소송의 목적을 천명하고 있다.⁴⁰⁾

39) 중국의 행정소송은 과거 1982년 헌법 제41조와 1982년 민사소송법 제3조 제2항을 근거로 하여 민사소송의 일환으로 행하여지다가, 이에 관한 일반법으로서 ‘중화인민공화국행정소송법’이 1989년 4월 제정·공포되어 1990년 10월부터 시행되었다. 이에 관하여 상세는 고병도, 상계논문, 129면 이하; Heuser, Das Verwaltungsproueußgesetz der Volksrepublik China, VerwArch 80(1989), S. 439 ff. 참조.

40) 행정소송법의 이러한 목적규정과 관련하여 그 진정한 입법취지가 무엇인지에 대하여 중국에서도 격렬한 논쟁이 있었지만, 전체적으로 볼 때는 개인의 권리구제보다는 행정운영의 안정성이나 원활성에 더 많은 중점이 실려있다고 평가된다. 이에 관하여는 고병도, 상계논문, 137면 이하 참조.

나. 行政事件의 受理範圍

행정소송법은 행정소송사항에 관하여, 행정재의조례와 마찬가지로, 列記主義를 채택하고 있다. 행정소송법 제11조는 구체적으로 행정소송의 대상을 8개 항목에 걸쳐 열거하고 있고, 아울러 기타 법률과 법규에 의하여 出訴가 인정되는 행정사건의 경우도 행정소송의 대상이 된다고 규정하고 있다. 따라서 이에 해당되지 않는 정신적 자유(여기에는 정치적 자유도 포함된다) 및 同法 제12조가 정하는 국방·외교 등의 국가행위, 공무원에 대한 상벌과 임면결정 등의 4개항은 소송대상으로부터 배제된다.

이처럼 소송사항에 대한 列記主義를 채택하게 된 데에는, 행정법체계가 아직 정비되어 있지 않고, 행정재판법정도 완전히 정비된 상태가 아니라는 사실적인 배경⁴¹⁾도 있지만, 그 이면에는 사법부에 의한 행정권의 간섭을 차단하려고 하는 행정권우월주의라고 하는 사상적 배경이 보다 큰 원인이라 할 것이다.⁴²⁾

다. 行政訴訟의 管轄

중국의 법원조직은 기본적으로 기층-, 중급-, 고급-, 최고인민법원으로 구성되어 있는데, 행정소송에 대한 제1심 관할권은 원칙적으로 기층인민법원에 속한다(행정소송법 제13조). 그러나 발명특허권이나 세관처리사건, 국무원의 각 부서 또는 성·자치구·직할시 인민정부의 구체적 행정행위 기타 관할구역내 중대복잡한 사건은 중급인민법원이 관할권을 갖고(제14조), 고급인민법원의 관할구역내 중대복잡한 사건은 고급인민법원이(제15조), 전국범위내의 중대복잡한 사건은 최고인민법원이(제16조) 각각 제1심 관할권을 갖는다. 행정소송은 민사·형사소송과 마찬가지로 二審制를 취하고 있다(제6조).

한편 인민법원의 관할과 관련하여 주목할 것은 인민검찰원에게도 행

41) Heuser, a.a.O., VerwArch 80(1989), S. 443 참조.

42) 고병도, 전계논문, 144면 이하 참조.

정소송에 대한 법률상의 감독권한으로서 항소제기권한이 부여되어 있다는 점(제10조, 제64조)이다. 다만 여기에서 항소제기권의 범위와 방법에 관하여 명문의 규정이 없으므로, 그 해석을 놓고 중국에서는 학설상의 다름이 있다.⁴³⁾

라. 行政訴訟의 參加人

중국에서의 소송참가인의 개념은 관계인인 제3자 뿐 아니라, 보다 넓은 의미로, 소송당사자인 원·피고, 법정대리인, 소송대리인을 포함한다.

이 가운데 원고는 소송을 제기하는 公民, 법인 기타 조직이고(제24조), 피고는 원칙적으로 구체적 행정행위를 한 행정기관이 된다(제25조). 소송으로 다투어진 구체적 행정행위에 이해관계가 있는 公民 등은 제3자로서 참가신청을 통해 또는 인민법원의 통지를 통해 소송에 참가할 수 있다(제27조).

마. 行政訴訟節次

(1) 起訴와 受理

행정소송법에는 소송유형에 관한 규정은 없지만, 제54조에 규정된 판결의 종류와 대비하여 불 때, 취소·변경소송, 그리고 이행소송, 손해배상청구소송 등의 유형이 인정된다고 할 수 있다.⁴⁴⁾

행정소송의 제기에 앞서 행정재의를 거쳐야 하는지의 여부에 대하여 행정소송법은 이를 당사자의 임의에 맡기는 것을 원칙으로 하면서(제37조 제1항), 달리 행정재의의 前置를 규정하고 있는 경우에는 이에 의하도록 규정하고 있다(同條 제2항). 이로써 행정재의는 행정소송의 必要的前審이 아니라 任意的 前審節次가 됨이 원칙이나, 치안관리처벌조례, 개인소득세법 등 많은 개별법에서 행정재의의 전치를 규정하고 있어 실제로는 행정재의를 거칠 것인지에 대한 당사자의 선택은 거의 의미가 없다고 하겠다.

43) 이에 관하여는 고병도, 상계논문, 146면 이하 참조,

44) Herser, a.a.O., VerwArch 80(1989), S. 443 참조.

한편 당사자가 소송을 제기하기 위하여는, ① 구체적 행정행위에 의해 합법적 권익의 침해, ② 명확한 피고의 존재, ③ 구체적 소송청구와 사실근거의 존재, ④ 인민법원의 수리범위와 관할권에 속할 것이 요구된다(제41조).

행정소송의 제소기간은, 행정재의를 거치는 경우에는 재의결정서를 받은 날로부터 15일 이내(제38조 제2항), 직접 인민법원에 제소하는 경우에는 구체적 행정행위가 있음을 안 날로부터 3개월 이내(제39조)로 규정되어 있는데, 이에 대하여는 우선 양자간의 기간상의 심각한 불균형이 있다는 점과 많은 행정법규들이 각각 제소기간을 달리 규정하고 있는 중국의 입법현실이 이와 같은 통일적인 조항의 의미를 퇴색시킨다는 문제가 있다.

이상의 요건을 갖추어 행정소송이 제기되면 인민법원은 요건심사를 통해 7일 이내에 재판회부결정을 하거나 불수리결정을 한다. 불수리결정에 불복하는 때에는 상소할 수 있다(제42조).

(2) 審理와 判決

인민법원은 행정사건의 심리에 있어서 구체적 행정행위의 합법성여부에 대하여 심사한다(제5조). 따라서 심리의 범위는 당해 행위의 적법·위법 여부에 대한 판단에 그치고, 재량권행사의 범위 내에서 이루어진 행위의 當否(타당·부당)에 대한 판단은 심리의 범위에서 제외된다.

합법성심사의 기준에 관하여 행정소송법은 제54조에서 판결의 종류를 정하는 가운데 몇 가지의 심사기준을 제시하는 방식을 취하고 있는데, 이에 따르면 주요증거의 불충분, 법적용의 오류, 절차위반, 직권유월, 직권남용, 책임해태(부작위의 경우), 행정처벌이 명백하게 공정성을 상실한 경우 등이 합법성심사의 기준이 된다.

한편 중국행정소송법은 입증책임에 관한 명문의 규정을 두고 있는데, 이에 따르면 구체적 행정행위의 적법성에 대한 입증책임 및 근거법령의 제시책임은 피고인 행정기관이 부담하고(제32조), 피고인 행정기관은

소송과정에서 원고 및 증인에 대하여 스스로 증거를 수집하는 것이 금지된다(제33조).

행정소송법은, 행정재의법과 마찬가지로, 집행부정지를 원칙으로 하고 있다. 따라서 행정소송의 제기는 행정행위의 집행을 정지시키지 않는다. 다만 이에 대한 예외로서 3가지 정지요건이 규정되어 있다(제44조).

행정소송의 판결의 종류로는 유지판결, 취소판결·의무이행판결, 직책이행판결, 변경판결이 있다(제54조). 이 중 의무이행판결과 직책이행판결은 행정기관에 대하여 일정한 구체적 행정행위나 직책을 이행할 것을 명하는 이행판결이라는 점에서 특히 주목할 만하다. 우리 나라의 경우 삼권분립원칙상 사법은 행정의 고유한 권한을 침해할 수 없다는 이른바 사법소극주의의 입장에서 적극적인 이행소송 대신에 소극적인 부작위 위법확인소송을 인정하는 데 그치고 있다는 점에서 볼 때, 중국의 이행판결은 매우 획기적인 제도이다. 하지만 중국에는 삼권분립이 제도화되어 있지 않다는 것이 이를 가능하게 한 것으로 보인다. 한편 변경판결과 관련하여서는 입법과정에서 그 可否를 둘러싸고 논란이 있어, 이를 제정하면서는 ‘행정처벌이 현저히 공정하지 못할 때’에만 변경판결이 가능하도록 규정하였다.⁴⁵⁾

(3) 執行

행정소송법은 판결의 기속력을 담보하기 위하여 원고와 피고인 행정기관에 대한 강제를 규정하고 있다. 즉 公民 등이 판결이나 재결의 이행을 거부하는 때에는 행정기관은 제1심 인민법원에 강제집행을 신청하거나 또는 법에 의해 강제집행을 할 수 있고(제65조 제2항), 행정기관이 판결이나 재결의 이행을 거부하는 때에는 제1심 인민법원은 벌금, 司法建議提出 등의 강제조치를 취할 수 있다(同條 제3항 제1~4호).

45) 고병도, 전제논문, 161면 이하 참조.

바. 小結

이상에서 살펴본 바와 같이 중국의 행정소송제도는 행정재의제도와 함께 현대중국의 권리구제수단으로 매우 중요한 의미를 갖는 것이고, 이러한 의미에서 이에 대한 법제화는 시기적으로는 늦은 감이 있지만, 획기적인 것으로 평가될 수 있다. 다만 행정소송사항에 있어 列記主義를 취하고 있는 결과 수익적 행정행위의 취소·철회, 공무원관계에서의 행정행위 등이 배제되어, 그 수리범위가 아직 협소하다는 점과 재판관할에 있어서 제1심 관할법원이 다원화되어 있어 일반인들에게 편의롭지 못하다는 점 등은 권리구제를 궁극적인 목적으로 해야 할 행정소송의 대표적 문제라 할 것이다. 특히 중국에서는 해가 거듭될수록 행정사건이 급증하고 있고 있으면서도, 민사소송의 경우에 비하면 그 수가 현저히 적다고 하는 점⁴⁶⁾은 오늘날 행정소송이 위상을 그대로 설명하고 있는 것인데, 이를 개선하기 위하여는 우선 관료주의적 폐단을 줄여야 하고, 또 점증하는 개인의 권리보호의식을 존중하기 위하여 권리구제수로서의 행정소송의 문호를 보다 개방하여야 할 것이다.

3) 行政賠償制度

가. 行政賠償의 概念과 要件

행정배상은 국가기관이나 공무원의 위법한 직권행사로 인하여 公民, 법인 기타 조직의 법률상의 권익이 침해되어 손해가 발생하였을 경우 피해자가 법률이 정하는 바에 따라 그 배상을 청구하는 것을 말한다(국가배상법 제2조).

행정배상의 구체적 요건으로는 ① 국가기관·공무원 또는 행정권한을 위임받은 조직 또는 개인의 직무행위일 것, ② 직무행위가 법에 위반될 것, ③ 위법한 직무행위로 公民 등의 법률상 권익이 침해되어 손해가 발생하고, 가해행위와 손해발생 사이에 인과관계가 존재할 것이 요구된다.⁴⁷⁾

46) 고병도, 상계논문, 185면 이하 참조.

이와 같이 중국국가배상법은 국가나 공무원의 불법행위로 인한 손해의 유형에 관하여서만 규정하고 있고, 우리 나라에서와 같은 공공시설물의 설치관리상의 하자로 인한 손해유형에 대하여는 언급이 없다.

나. 行政賠償의 範圍

중국국가배상법은 위의 배상요건에도 불구하고, 구체적으로 국가배상이 인정되는 경우를 列記主義에 입각하여 열거하고 있다.

이에 따르면 우선 국가기관 또는 공무원이 불법구류, 구금, 구타 등의 폭력행위, 武器·警棒 등의 사용, 기타의 위법행위로 인신권을 침해하는 경우(제3조 제1~5호)와, 위법한 과료·허가증 및 면허취소·재산몰수 등의 행정처벌, 위법한 재산차압·동결 등의 강제조치, 위법한 재물징수·비용부담, 기타 위법행위로 재산권을 침해하는 경우(제4조 제1~4호)에 피해자는 배상을 청구할 권리가 있다. 다만 국가기관이나 공무원의 개인적 행위, 公民 등의 자체 행위로 손해가 발생한 경우, 법률이 정한 기타 사항에 대하여는 국가가 배상책임을 지지 않는다(제5조 제1~3호).

이상과 같이 중국국가배상법이 배상의 범위를 열거하고 있는 결과, 위에서 언급한 배상요건이 충족되더라도 배상을 받기 위해서는 법에 정한 배상범위에 해당되어야 한다는 문제가 있다.

다. 賠償請求人·賠償義務機關

국가기관·공무원의 불법행위로 손해를 입은 公民 등은 배상청구권을 가지는데, 公民이 사망한 경우는 상속인이, 법인이나 조직이 소멸한 경우는 권리를 승계한 법인·조직이 각각 청구권을 갖는다(제6조).

배상책임의 주체와 관련하여 행정기관이나 공무원의 불법행위로 인한 손해에 대한 배상의무기관은 당해 행정기관이 된다. 두 개 이상의 행정기관의 행위가 문제된 경우는 이들이 공동의 배상의무기관이 된다. 행정권한을 수권 받은 조직의 경우는 수권한 조직이, 그리고 행정기관의 위임을 받은 조직이나 개인의 경우는 위임한 행정기관이 배상의무기

47) 한대원 외 13인 공저, 전계서, 196면.

관이 된다(제7조).

라. 賠償節次

행정배상절차에 관하여 국가배상법은 배상청구, 배상청구소송, 구상권행사로 나누어 규정하고 있다.

먼저 배상청구인은 신청서를 배상의무기관에 제출하고, 배상의무기관은 신청서를 받은 날로부터 2개월 이내에 배상여부를 결정한다(제9~13조). 배상의무기관이 소정기간 안에 배상하지 않거나 배상액에 이의가 있는 경우에는, 기간경과후 3개월 이내에 인민법원에 소송을 제기할 수 있다(제13조). 배상금을 지급한 배상의무기관은 고의 또는 중대한 과실이 있는 공무원이나 위임받은 조직 또는 개인에 대하여 구상할 수 있다(제14조).

마. 賠償方式과 賠償基準

국가배상의 방식은 금전보상을 원칙으로 하고, 재산반환이나 원상회복에 의한 배상방식도 가능하도록 규정하고 있다(제25조).

국가배상법은 公民의 인신의 자유를 침해하는 경우에는 제26조에서, 생명건강권을 침해하는 경우에는 제27조에서, 그리고 재산권의 침해의 경우에는 제28조에서 각각 그 손해에 대한 배상기준을 규정하고 있다.

III. 中國의 行政法學

중국에서 행정법학은 1950년대 초반에 생겨나기는 하였으나, 30년이 지난 1980년대에 이르러 비로소 하나의 독립한 법학분야로서 자리를 잡기 시작하였는데, 중국의 행정법학은 과거로부터 오늘날에 이르기까지 다른 법학분야에 비해 가장 덜 체계화되어 있다. 아무튼 1980년대 초반 행정법의 법학기본과목으로서의 위상이나 법치국가에서의 행정법과 행정소송의 중요성 등이 강조되기 시작하면서, 행정법학은 외국의 행정법

제를 연구하고, 나아가서 중국에 특유한 행정법을 발전시키는 데 많은 노력을 기울이고 있다.⁴⁸⁾

우선 행정법학의 체계화작업은 대학에서의 법학교육의 발전과 무관하지 않다. 중국의 경우 대학에서 현대적인 법학교육이 체계화된 것은 1970년대 후반이었다.⁴⁹⁾ 이 시기에 행정법교과서들이 출간되면서 행정법학도 어느 정도의 체계를 갖게 되었다. 1980년대 초반의 초창기 행정법교과서들은 그 구성에 있어서 다른 법학과목에 비해 상당히 학문적 성격이 뒤떨어지는 것이었으나, 증반에 들어서면서 행정기관의 조직법이나 공무원법을 포함하여 특별행정법영역들을 다루는 교과서가 출간되었다. 중국행정법학의 중심은 행정작용, 행정통제, 행정쟁송으로 이루어져 있는데, 행정작용 가운데에는 행정행위, 사실행위 이외에도 다면적인 행정작용으로서 행정계약과 같은 관념도 설명하고 있다. 그밖에도 행정행위의 무효, 취소, 철회와 행정입법에 관한 내용도 다루고 있다.⁵⁰⁾

한편 행정법학은 대학에서 뿐 아니라 국가연구단체에서도 연구하였는데, 1984년에 중국의 법제연구단체의 하부기관으로 행정법을 연구하는 단체가 설립되기도 하였고, 1986년에는 전인대 상무위원회 소속 법제공작위원회의 지도하에 行政立法研究組가 조직되기도 하였다. 특히 행정입법연구조는 설립초기 한 권의 행정법전을 제정하는 것을 목표로 하였다가, 당시 여건을 고려하여 행정소송법을 제정하는 것으로 방침을 전환하였다. 이 단체의 구성원은 주로 북경의 각 대학 및 사회과학연구기관의 행정법전문가와 학자들이었고, 여기에 공무원이나 북경의 관계대학원생도 참여하였다. 행정입법연구조는 1987년 8월 행정소송법의 假草案을 작성한 바 있다.⁵¹⁾

48) Heuser, a.a.O., DÖV 1988, S. 21 참조.

49) 현재는 약 300여 개의 대학교와 전문학교에서 법학교육을 하고 있고, 법학교육을 받고 있는 정규학생도 약 10만 여명에 이른다고 한다. 중국의 법학교육에 관하여 상세는 Michael Martinek/Chen Weizuo, Jura in China, JuS 200, S. 512 ff. 참조.

50) Heuser, a.a.O., DÖV 1988. S. 22 참조.

최근 행정법학문헌 등을 통하여 나타난 중국행정법학의 관심영역 또는 과제라 할 수 있는 것으로는 행정법학을 체계화하기 위하여 외국법제를 연구하고, 중국 특유의 행정법을 구축하는 것이라 할 수 있다. 특히 그 역사가 일천한 행정법학의 입장에서는 서구의 행정법이 중국의 모델이 될 것인지, 아니면 다른 사회주의국가의 행정법이 모델이 되어야 할 것인지 하는 문제는 당연한 논의의 대상이라 할 수 있다. 다만 이러한 논의도 궁극적으로는 중국 특유의 행정법체계를 구축해야 할 필요성 때문에 야기된 것인데, 중국사회 전반에 걸쳐 사용되고 있는 ‘중국 특유’의 것이 무엇인지는 아직 명확하지 않은 상태이다. 오히려 이러한 개념정의보다는 중국의 행정법체계를 수립해야 한다는 명제아래 오늘날의 중국행정법학의 기초에 관한 연구는 대체로 권력분립과 권력집중 및 그 구체적 형성의 문제, 법치국가와 행정의 법률적합성원칙의 관념, 행정법관계에서의 행정주체에 관한 문제, 행정조직법의 내용, 입법권위임의 문제, 행정절차의 체계화 등을 주된 연구의 대상으로 하고 있다.⁵²⁾

IV. 맺음말

이상에서 ‘依法行政’의 개념과 최근 제정된 행정구제법제를 중심으로 중국의 행정법을 개관해 보았다. 중국에서 행정법의 체계화는 행정의 권한과 책임을 명확히 정하는 것을 표방하고 있는 정치적 개혁과 본질적으로 연관되어 있는 문제다. 여기에서 행정의 효율성은 개인의 권리 보호와 함께 행정의 궁극적인 이념을 형성하는 것이지, 이와 별개의 문제일 수는 없다. 행정법은 민주적 법치국가의 기초라고 이해되는 것이기 때문이다.

51) 고병도, 전제논문, 41면 참조.

52) Heuser, a.a.O., DÖV 1988, S. 23 참조.

이러한 점에서 볼 때 우선 행정의 각종 개별분야에서 법률을 제정하는 것은 현재 중국의 행정법을 체계적으로 구축하는 데 있어서 최우선적인 과제라고 생각된다. 이 가운데에는 최근 입법화된 경우도 있지만, 최소한의 행정법의 모습을 갖추기 위해서는 행정분야의 법제화는 지속적으로 추후되어야 할 것이다. 하지만 법제의 정비와 동시에 이에 대한 권리구제장치 또한 제도화되어 있어야 할 것이다. 아울러 행정의 법률적합성의 원칙과 같은 행정법의 일반원칙에 관한 이론적 토대를 마련하여 이를 바탕으로 개인의 권익보호를 위한 이론적 체계화 및 입법적 재정비작업도 병행하여야 할 것이다.

한편 우리 나라에서의 중국행정법에 관한 연구는 극히 일천한 상태이다. 중국행정법에 관한 문헌이나 행정법령집에 대한 번역조차도 거의 全無한 상태이다. 중국과의 경제적, 사회적 교류가 날로 증가하고 있는 현 시점에서 중국법제에 대한 이해가 우리에게 매우 중요한 것임은 새삼스레 거론할 필요가 없을 것이다. 특히 행정법분야에 있어서도 앞으로는 행정법의 전반적인 체계에 대한 개괄적인 접근과 아울러 구체적인 개별행정법분야에 대하여도 체계적이고 심도있는 연구가 요구된다고 생각된다.