

중국 행정법학

주편 : 马怀德

공저 : 马怀德 王万华 王敬波 高家伟 薛刚凌

번역 : 이상모 · 양희철 · 신상환

지역법제 연구 14-16-⑧

중국 행정법학

[China administrative law]

주편 : 马怀德

공저 : 马怀德 王万华 王敬波 高家伟 薛刚凌

번역 : 이상모 · 양희철 · 신상환



한국법제연구원
KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE

행정법학

주편 : 马怀德

공저 : 马怀德 王万华 王敬波 高家伟 薛刚凌

중국정법대학 출판사

저자 서문(중문)

1978年改革开放以来，中国的行政法治建设和行政法学研究取得了巨大发展。1989年《行政诉讼法》的颁布，标志着新中国第一次正式确立“民告官”制度，这是中国行政法治建设的里程碑，也为今后中国行政法治建设的迅速发展奠定了基石。随着1994年《国家赔偿法》、1996年《行政处罚法》、1997年《行政监察法》、1999年《行政复议法》、2000年《立法法》、2003年《行政许可法》、2005年《公务员法》、2007年《政府信息公开条例》和2011年《行政强制法》的相继颁布，中国已经大致形成了涵盖行政组织法、行政行为法、行政救济法等各大领域的比较完备的行政法律制度体系。与此同时，中国行政法学者对行政主体、行政行为、行政程序、行政复议、行政诉讼和国家赔偿等行政法的基础理论问题进行不懈探索与深入研究，中国也已初步形成具有自己鲜明特色的行政法学理论体系。

中韩两国是一衣带水的近邻，两国在经济、政治、文化和法律等方面都有着各自的长处和优点，双方在各个领域的友好合作与紧密交流日趋频繁并不断深化。就行政法学的交流与合作而言，目前两国行政法学界至少已经形成两种交流机制：一种是定期的交流机制，它主要表现为东亚行政法学会。该组织成立于1995年，由中国大陆地区、中国台湾地区、韩国和日本的行政法学者组成。东亚行政法学会每两年举行一次国际学术大会，它为包括中韩两国在内的东亚行政法学者交流学术、增进了解提供了重要平台。最近一次的东亚行政法学会第十一届国际学术大会就刚刚在今年11月的中国广州举行。另一种是不定期的交流机制，它主要表现为双方在举办国际会议、派遣访问学者或访问学生、翻译学术成果等方面的交流与合作。在双方有识之士的积极推动和不懈努力下，目前两国在这些方面都取得了丰硕成果，双方合作举办了多次行政法国际研讨会，每年互派访问学者或学生到对方国家进行行政法学习与研究，也翻译了一些对方国家行政法学者的学术成果。此外，值得一提的是，我所在的中国政法大学于2011年成立了专门的韩国法研究中心，该中心也将成为包括行政法在内的双方法学交流与合作的重要纽带。

我主编的这本《行政法学》在韩国的翻译出版也可视为是中韩两国行政法学界学术交流的一种方式。本书初版于2007年，此次翻译出版的是2009年修订后的第二版。本书是中国政法大学精品系列教材，由在中国具有良好声誉的著名行政法

学者进行编写，它注重理论和实践相结合，对中国行政法的基础理论和基本制度进行全面介绍，因此，它可以成为韩国读者认识与了解中国行政法律制度和行政法学理论的窗口和工具。

本书能够顺利在韩国翻译出版，首先应该衷心感谢韩国法制研究院李源院长以及其他同仁的积极倡议和推动。韩国法制研究院的李相模博士，韩国海洋科学技术院梁熙喆博士，法制处申相焕局长作为本书的译者，对他在翻译此书以及具体协调此书出版过程中的辛勤付出，致以敬意。此外，中国政法大学出版社也为本书在韩国的顺利出版提供了诸多便利，一并表示感谢！

还须提及的是，由于此次韩文版所参照的中文版书籍出版于2009年，距今已有5年时间，而在这5年里，中国的行政法律制度也有一些新的发展，其中包括2010年和2012年《国家赔偿法》的修订和2014年《行政诉讼法》的修订。虽然本书没有对中国行政诉讼制度进行专门介绍，但是本书的极个别内容会涉及到行政诉讼制度。因此，如果本书有关国家赔偿、行政诉讼制度的个别内容与最新修订的《国家赔偿法》和《行政诉讼法》不一致的，还请读者能够结合最新的法律文本来阅读和参考本书。当然，由于本书的各位作者水平有限，书中可能还会有其他的错误，还请一并批评指正。

2014年12月

马怀德

저자 서문(국문)

1978년 개혁개방 이래, 중국의 행정법치 건설과 행정법학 연구는 매우 큰 발전을 이루었다. 1989년 《행정소송법》의 공포는 신 중국이 “民告官”(행정소송을 의미함) 제도를 처음 정식으로 확립하였음을 의미한다. 이것은 중국 행정법치 건설의 이정표이자, 앞으로의 중국 행정법 제도 건설의 빠른 발전을 위한 초석을 다지는 것이다. 1994년 《국가배상법》, 1996년 《행정처벌법》, 1997년 《행정감독법》, 1999년 《행정심판법》, 2000년 《입법법》, 2003년 《행정허가법》, 2005년 《공무원법》, 2007년 《행정정보공개조례》와 2011년 《행정강제법》의 연이은 반포에 따라, 중국은 이미 행정조직법, 행정행위법, 행정구제법 등 각 영역을 포괄하는 비교적 완벽한 행정법률 제도체계를 형성하였다. 이와 동시에, 중국 행정법학자는 행정주체, 행정행위, 행정절차, 행정심판, 행정소송 및 국가배상 등 행정법의 기초적 이론 문제에 대하여 꾸준히 탐구하고 깊이 있는 연구를 진행하여 중국도 이미 확실한 특징을 갖는 행정법학 이론체계를 형성하는 데 첫 걸음을 이루었다.

중·한 양국은 서로 밀접한 이웃나라로, 양국은 경제, 정치, 문화 및 법률 등의 방면에서 모두 각자의 장점과 우수한 점을 가지고 있다. 쌍방간에 각 영역에서의 우호적 협력과 긴밀한 교류는 나날이 빈번해지고 또한 심화되고 있다. 행정법학의 교류 및 협력과 관련하여, 현재 양국의 행정법학계는 이미 최소한 두 종류의 교류 메커니즘을 지니고 있다. 하나는 정기적인 교류 메커니즘이다. 이것은 주로 동아시아 행정법학회를 의미한다. 동아시아 행정법학회는 1995년에 설립되어, 중국 대륙 지역, 중국 대만, 한국 및 일본의 행정법학자로 구성되어 있다. 동아시아 행정법학회는 2년마다 국제학술대회를 개최하여, 중·한 양국 내에 동아시아 행정법학자의 학술 교류와 이해 증진을 위하여 중요한 플랫폼을 제공한다. 가장 최근의 동아시아 행정법학회의 제11회 국제학술대회는 금년 2014년 11월 중국 광저우에서 개최되었다. 또 다른 하나는 비정기적인 교류 메커니즘이다. 이것은 주로 양측이 국제회의를 개최하거나 방문학자, 방문학생 파견과 학술성과 번역 등의 교류와 협력을 의미한다.

양국 학자들의 적극적인 추진과 부단한 노력으로 현재 양국은 이 분야에서 모두 커다란 성과를 얻었다. 양국은 협력하여 다수의 행정법국제 토론회를 개최하였고, 매년 방문학자, 방문학생을 서로 파견하여 상대국의 행정법 학습과

연구를 진행하였고, 또한 상대국의 일부 행정법학자의 학술성과를 번역하기도 하였다. 이외에, 중요하게 여길만한 것으로, 본인이 몸담고 있는 중국정법대학이 2011년에 전문기관인 한국법연구센터를 설립하였는데, 이 센터는 행정법을 포함한 양국의 법학 교류와 협력의 중요한 연결고리 역할을 한다는 점이다. 본인이 편집을 주관한 《행정법학》이 한국에서 번역 출판되는 것은 중·한 양국 행정법학계의 일종의 학술 교류 방식으로 볼 수 있다. 본 서적의 초판은 2007년이고, 이번 번역 출판은 2009년 수정된 제2판이다. 본 서적은 중국정법대학의 우수 교재 시리즈로써, 중국에서 최고의 명성을 지닌 저명한 행정법학자들이 집필하였고, 이것은 이론과 실천의 결합을 중점으로 하여, 중국 행정법의 기초 이론과 기본 제도에 대하여 전반적인 소개를 진행하고, 이로 인하여 한국 독자들이 중국 행정법률 제도와 행정법학이론을 인식하고 이해하는 창구이며 도구가 될 수 있도록 한다.

본 서적이 한국에서 순조롭게 번역 출판될 수 있음에 우선, 한국법제연구원 이원 원장 및 관계자들의 적극적인 제의와 추진에 진심으로 감사의 인사를 드린다. 또한 본 서적의 번역을 맡고, 번역뿐 아니라 출판을 위한 구체적인 협조와 출판 과정 중의 근면함을 보여준 한국법제연구원 이상모 박사, 한국해양과학기술원 양희철 박사 및 법제처 신상환 국장에게 경의를 표하는 바이다. 이 밖에, 본 서적 한국어판의 순조로운 출판을 위해 여러 편의를 제공한 중국정법대학 출판사 또한 감사를 표한다.

또한 언급 하고자 하는 것은, 이번 한국어판에 참조한 중문판 서적은 지금으로부터 5년 전인 2009년에 출판되었고, 5년간 중국의 행정법률제도는 일부 새로운 발전이 있었다. 그 중 2010년과 2012년의 《국가배상법》의 수정과 2014년 《행정소송법》의 수정이 있었다. 비록 본서에는 중국 행정소송제도에 대한 전문적인 소개가 없지만, 본서의 개별적인 내용 또한 행정소송제도와 관련이 될 수 있다. 따라서 본서가 국가배상, 행정소송제도와 관련된 개별 내용이 최신 수정된 《국가배상법》, 《행정소송법》과 불일치 할 경우, 독자로 하여금 최신의 법률문헌을 참고하여 본 서적에 결합시켜 참고하길 권한다. 또한 본서의 각 저자의 집필에 한계가 있기 때문에, 오류가 있을 수도 있으므로, 이러한 경우 시정을 위해 지적해주길 바란다.

마 화이더
2014년 12월

역자 서문

행정법의 목적은 무엇인가? 사인의 권리와 자유를 보장하는데 있는가? 또는 행정의 효율을 제고하고 공공이익을 보호하는데 있는가? 현대 국가의 행정기능에는 어떤 변화가 있었는가? 행정법은 어떻게 이러한 변화에 순응하는가? 또는 기능조절을 통해 이러한 변화에 적응하고 있는가?

역자들이 이 책을 번역하게 된 계기는 이렇게 가장 기본적인 의문에서 시작되었다. 역자들은 개혁개방 이후 내외부로부터 진행되고 있는 급격한 사회 변화에 노출되고 있는 중국의 행정법을 살펴보는 것이 이에 대한 적절한 해답일 수 있다는 결론을 도출하였다. 유사한 사회적 구조와 법제도적 정착이 이루어진 서양 또는 우리나라보다, 중국은 훨씬 유동적이고 수직적 정부정책과 수평적 성장 궤도에 있는 개인의 권리가 적절히 융화되는 과정에 있기 때문이다. 马怀德 교수를 비롯한 중국 저명학자들이 편찬한 《중국행정법학》은 이러한 의문과 중국 행정법이라는 환경변화를 그대로 느끼고, 체험할 수 있는 가장 훌륭한 교본이었다.

马怀德 교수는 중국정법대학 부총장이면서, 중국의 국가배상법, 행정처벌법, 입법법, 행정허가법, 행정강제법 등 중국 행정법제의 기초를 구축하는데 참여하였으며, 학술적으로는 국가배상법이론과 실무, 행정허가, 중국법학, 행정법제도의 구축과 판례연구 등 수많은 성과를 달성한 이론가이기도 하다. 중국의 행정법제 정비와 이론적 깊이를 토대로 중국 인민정부, 국가발전개혁위원회, 위생부, 민정부, 부동산 및 도시건설부 및 각급 지방정부의 고문 활동에 적극적으로 참여하고 있다는 것 역시 이 책의 실무적 근거와 깊이를 설명하고 있다. 薛刚凌, 高家伟, 王万华, 王敬波 등 본서 집필에 참여한 모든 교수님들 역시 중국정법대학에서 행정법 관련 강의와 연구를 하고 있다. 이 책 모든 장과 절에서 나타나는 이론적 해석과 사례 분석이 합리성과 객관성을 유지하고 있는 것 역시 이들의 학문적 역량에 대한 자신감에서 비롯된 것임은 분명하다.

사실, 이 책의 구성과 역자들 역량은 이 책을 번역하는 역자들에게 상당한 부담으로 작용하였다. 그러나 책의 깊이와 중국의 현상을 반영하려고 노력한 저자들에 대한 신뢰는 오히려 역자들에게 의심 없이 원문에 충실하게 번역하면 된다는 또 다른 위로로 작용하였다.

이 책은 총 17개장으로 구성되었다. 행정법 개설, 기본원칙, 행정주체와 행정조직법, 행정행위, 행정절차법, 행정입법과 행정규범성 문건, 행정허가와 행정처벌, 행정강제, 행정재결, 행정응급, 행정계약, 행정심판, 국가배상법, 행정배상, 사법배상, 국가배상 방식과 기준 등 사실상 중국 행정법 제반 영역을 망라하고 있다. 이 책이 포괄하는 내용은 단순한 영역적 측면에 제한적이지 않으며, 중국에 특유한 제도적 특징과 서양으로부터 수용된 법제를 중국으로 내재화 또는 수용하는 과정, 제도적 충돌 등에 대하여도 함께 수록하고 있다는 점에서 이 책의 가치가 있다. 따라서 이 책은 중국 행정법 영역의 전반을 이해할 수 있는 교과서이면서, 동시에 중국이 제창하는 법치, 복잡화된 정부기능, 초고속으로 성장하는 경제환경, 개인의 권리확대 등의 환경적 요소가 “중국”이라는 체제에 어떻게 수용되는지를 엿볼 수 있는 가장 실무적 사례집이라고 해도 과언이 아니다.

역자들의 노력에도 불구하고 이 책의 출간본에는 여전히 많은 번역상의 문제가 있음을 인정하지 않을 수 없다. 이는 중국어를 번역하는 과정에서의 오역일 수 있으며, 또는 역자들이 중국이라는 다른 법제를 이해하는데 여전히 학문적, 배경적 한계에서 기인하는 것임은 분명하다. 이에, 역자들은 본서를 참고하고자 하는 많은 전문가들에게 먼저 죄송하다는 마음을 미리 전해야 할 듯하다. 오역에 대한 지적과 질타는 향후 이 책을 수정하는 과정에서 충분히 반영하도록 노력할 것임을 약속드린다.

마지막으로, 이 책을 한국에서 출판할 수 있도록 흔쾌히 허락해 주신 马怀德 교수님을 비롯한 저자들, 중국정법대학 출판사에 감사의 인사를 전한다. 이 책의 출간은 동시에 한중 양국의 법제와 경험을 교류한다는 데 중요한 의미를 지니고 있다. 물론 이러한 제반 과정을 주관하고 양국 법제교류의 결실을 도출한 한국법제연구원의 추진력은 중요하게 평가되어야 한다. 한국법제연구원의 노력은 이 책의 출간에 제한적인 것이 아니다. 국내 전문가 및 정책결정자들에게 중국의 행정법에 대한 이해의 틀을 제공할 뿐 아니라, 중국의 공적 영역과 사적 영역의 갈등과 조정 과정을 통해 중국 사회의 거시적 변화 과정을 이해할 수 있다는 점에서 중요한 의미가 있다.

역자 일동
2014년 12월

일러두기

《중국행정법학》을 국문으로 번역함에 있어, 다음과 같은 형식에 따라 일부 내용을 수정하였음.

1. 목차

목차는 다음과 같이 수정하여 번역하였음.

원문		번역문
章	→	장
节	→	절
一	→	1.
(一)	→	(1)
1.	→	1)
(1)	→	①
①	→	i)

2. 각주

원문에서는 각 페이지마다 각주번호를 설정하였으나, 번역문에서는 원문과 번역문의 분량의 차이로 인하여 각 페이지에서 보여지는 각주 번호 역시 달라지기 때문에, 번역문에서는 각 장별로 각주번호를 설정하였고, 각 주 인용 역시 보다 쉽게 원문을 찾아서 참고할 수 있도록 국문으로 번역하지 않고 가급적 원문으로 표시하였음.

3. 참고문헌

원문에서는 각 장의 후단에 추천 참고문헌을 제시하였지만, 번역문에서는 마지막 부분에 종합하여 함께 표시하였음.

4. 용어표기

고유명사는 가급적 중국어 외래어 표기법에 따라 표기하고, ()안에 한자를 병기하였음.

5. 법률용어

법률용어는 가급적 우리나라에서 사용되는 있는 용어로 치환하여 사용을 하고, 대응되는 용어가 없을 경우에는 원음을 표기한 후 () 안에 한자를 병기하였다. 다만, 대체 사용이 가능한 용어가 있으나 원문의 의미에 중점을 두는 것이 좋다고 생각되는 용어는 원어(한자원음)로 사용을 하되, 역자 주를 표시하여 설명을 추가하였음.

6. 주요 법령 번역문 추가

저자의 서문에서 밝힌 바와 같이, 최근 몇 년간 행정법과 관련된 근거법률이 제정 및 개정되었다. 따라서 독자들의 편의를 위하여, 2014년에 개정된 《행정소송법》, 2012년에 개정된 《국가배상법》 및 2011년에 제정된 《행정강제법》은 그 원문을 번역하여 부록으로 첨부하였음.

중국정법대학 우수교재

편찬위원회

주 임 : 徐显明

부주임 : 张桂林

위 원 : (이름순)

卞建林 王人博 王卫国 王灿发 马怀德
方流芳 朱 勇 乐国安 孙选中 曲新久
李传敢 李树忠 李德顺 李曙光 张树义
张桂林 陈桂明 周忠海 莫世建 徐显明
蔡 拓

저자소개

马怀德(마 화이더) : 남, 현재 중국정법대학 부총장, 북경시 사회과학
중점연구 기지 법치정부연구원 원장, 박사지도교수. 중국행정법학연구회
회장, 중국법학회 상무이사, 중국감찰학회 부회장, 중국학위 및 연구생(대
학원생) 교육학회 부회장, 최고인민법원 특별자문위원, 최고인민검찰원 전
문가 자문위원, 국가 사법고시협회위원회 위원, 국가발전 및 개혁위원회 ·
주택 및 도시농촌건설부 · 민정부 · 위생부 · 베이징시 · 산둥성 · 푸지엔성 ·
후난성 인민정부고문 또는 전문자문위원. 1988년 베이징대학 법학과 졸업,
법학학사 취득, 1993년 중국정법대학 법학박사 취득, 중국 최초 행정소송법
박사. 미국예일대학 · 보스턴대학 · 호주 시드니대학 · 멜버른대학 방문학자.
출판학술저서 및 공저 학술저서 20 여편 출판. 단독 저서 : 《행정법제도
건설과 판례연구》, 《국가배상법의 이론과 실무》, 《행정허가》 등. 《중국법학》,
《법학연구》 등 중요학술지 발표논문 100편 등. 다수의 국가사회과학기금
계획 프로젝트 및 계획 프로젝트, 교육부 중요연구 프로젝트, 사법부 및
북경시 과학연구 과제 등 책임연구. 《국가배상법》, 《행정처벌법》, 《입법법》,
《행정허가법》, 《행정강제법》 등 다수 법률초안 작업에 직접 참여. 2005
년 12월 중국정치국 제27차 집단학습(集体学习)에서 “행정관리 체제개혁과
경제법률제도” 특강, 다수의 중앙 각부 위원회 및 지방정부의 법치행정 관련
자문. 인사부등 7부위(七部委) “신세계 백천만 인재공정(百千万人才工程)”
국가급 인선, 제4회 “중국 10대 우수 청년법학자 상”, 광영동 기금회 우수
청년교수상, 수도노동회장 수상, 베이징시 공로 과학 · 기술 · 관리인재,
국무원 후원 정부특별기금 수여.

薛剛凌(쉬에 강링) : 여, 현 중국정법대학 법학원장, 교수, 박사지도교수. 중국행정법학연구회 사무국장, 중국행정관리학회 이사, 과학정책결정연구회 상무이사, 검찰부 초빙 검찰위원, 국무원 행정허가 개혁실 전문가문위원회 위원, 중앙 상업부패 처리 전문가그룹 위원. 국가행정학원·베이징대학·중국인민대학 등 행정법 또는 공법연구센터 겸직연구원 또는 객좌교수. 2007년 제5회 “중국 10대 우수 청년 법학자”로 선정. 연구영역 : 행정법학, 군사법학. 《행정허가법》, 《법치행정의 전면적 실시 요강》 등 다수 법률 및 문건의 초안작업에 참여. 단독 및 공저 : 《행정소권 연구》, 《행정조직법연구》 등. 주편 : 《행정체제개혁연구》, 《외국 및 홍콩·마카오·타이완 행정소송제도》, 《군사법학》 등. 《중국법학》 등 학술지 발표논문 수십 편 등.

高家伟(가오 지아웨이) : 남, 현재 중국정법대학 소송법학연구원 교수, 박사 지도교수, 행정소송법연구소 소장. 1991년 서남정법대학 법학원 법학 학사, 1994년 및 1997년 중국정법대학 법학석사 및 법학박사 취득, 1999년 독일 콘스탄츠대학 법학원 고급방문학자, 2002년 독일 드레스덴대학 법학원 고급방문학자. 단독 번역서 : 《행정법학총론》(법률출판사 2000년 11월/타이완 위에탄 출판사 2002년 9월), 《행정법》(3권, 상무인서관 2002년 8월/2006년 8월). 교재: 《국가배상법》(상무인서관 2004년 5월). 학술논문 40여 편 발표.

王万华(왕 완화) : 여, 현재 중국정법대학 소송법학연구원 교수, 박사 지도교수. 연구분야 : 행정절차법. 주요저서 : 《행정절차법연구》(중국법제출판사 2000년), 《중국행정절차법 입법연구》(중국법제출판사 2005년), 《중국행정절차법규집》(중국법제출판사 2005년). 주요 발표논문: 《중국 초기에 제정된 행정절차법전의 필요성 및 집행가능성에 관한 연구》, 《행정절차법의 입법구조와 중국입법의 선택》, 《행정절차법의 내용분석과 중국입법의 선택》 등. 2001년 전국 100대 우수박사학위 논문에 선정. 2006년 교육부 “신세계 우수인재 지원계획”에 참여. “2014년 제7회 중국10대 우수 청년법학자” 선정

王敬波(왕 징보) : 여, 현재 중국정법대학 법치정부연구원 부원장, 교수, 박사지도교수. 중국행정법학연구회 상무이사. 1993년 서북정법학원 법학학사 취득, 1996년 서북정법학원 법학석사 취득, 2004년 10월 프랑스 파리 제1대학 졸업, 3기 과정 졸업. 2005년 중국정법대학 법학박사 취득. 주요저서 : 《고등교육분야에서의 행정법 문제연구》(중국법제출판사 2007년). 교재 : 《행정법과 행정소송법학》(중국정법대학출판사 2007년). 《중국사회과학》, 《법학연구》 등 주요학술지 발표논문 수십 편. 다수의 국가급 및 성급 과제에 책임 또는 공동 연구.

편집위 설명

교육개혁을 심도 있게 진행하고, 교육의 질을 제고하기 위하여, 중국정법대학 교재편심의위원회는 중국정법대학에서 오랫동안 연구에 종사한 전문가와 학자들을 조직하여, 전국적으로 커다란 영향력이 있는 중국정법대학의 명품 시리즈 교재를 제작하였다.

본 교재는 고등교육의 교수방법 개혁이라는 새로운 요구를 적극 반영하고, 21세기 고등교육의 새로운 사상과 의식을 실현하며, 내용상 국내외 교육과 과학적 연구의 최신 성과를 주의 깊게 수용하여, 본 학과의 기본이론과 기초 지식을 정확하게 서술하고, 학술적·이론적 및 실무적 통일성을 기하려 노력하였다. 시리즈 교재의 편집 중점은 다음과 같은 특징을 반영하고 있다.

1. 권위성

본 교재의 참여인원은 전문분야에서 비교적 높은 학술 수준과 풍부한 실무경험 및 교육경험을 갖추고 있기 때문에, 각 교재는 각각의 교과영역에서 권위를 확보하였다.

2. 기초성

본 교재는 기본개념, 기본이론 및 기본 체계 등의 “3기(基)”를 구현하여, 전달할 지식의 완전성 및 체계성을 보장한다.

3. 참신성

본 교재는 신지식, 신법률법규(사법해석), 신체제등의 “3신(新)”을 구현하여, 독자에게 새롭고 선도적인 지식 정보를 제공한다.

4. 실용성

본 교재는 주로 이론과 실무를 상호 결합하고, 전형적인 사례를 수집하여 자료 색인을 정리함으로써, 학생들의 자가 측정을 다양하게 유도하기 위한 사고 연습에 중점을 두었다.

5. 맞춤형

본 교재는 주로 학부생을 대상으로 작성되었지만, 대학원 입학시험 및 관련 구직시험에서도 중요한 참고가치가 있다.

본 교재는 체계의 측면에서 전통 교재의 장점을 계승하여, 과학적·규범적·통일적이고 독창성을 지니고 있어, 신세기 고등교육 발전을 위한 전면적인 요구에 부응하고 있다.

본 교재의 집필에 참여한 인원, 또는 학술계에 중대한 영향을 미치는 학과의 대표자, 또는 각자 영역에서 비교적 큰 영향을 미치는 중견 학자, 또는 학술연구에 두각을 나타내는 신진 학자, 풍부한 교육 경험을 가진 일선 교수로서, 교육관련 교수방법의 특징과 규칙을 잘 이해하고 있다. 본 교재는 이들이 교육과 연구 영역에서 오랫동안 연구를 진행한 결과이다.

본 교재의 출판은 오랫동안 준비하고, 계속해서 수정을 하였지만, 누락된 부분이 있으니, 독자들의 기탄없는 지적을 바란다.

본 교재의 저자가 분담한 부분은 다음과 같다(성씨의 획수순).

马怀德 : 제14장부터 제17장까지.

王万华 : 제5장, 제8장, 제9장

王敬波 : 제6장, 제10장, 제11장, 제13장

高家伟 : 제1장, 제4장, 제7장

薛刚凌 : 제2장, 제3장, 제12장

중국정법대학 교재편찬심의 위원회

2007년 8월

목 차

제 1 장 행정법 개설	1
제 1 절 행정	1
제 2 절 행정법	50
제 3 절 행정법률관계	61
제 4 절 행정법학	71
제 2 장 행정법의 기본원칙	79
제 1 절 행정법의 기본원칙 개설	79
제 2 절 국민의 권리와 자유보장의 원칙	83
제 3 절 법치행정의 원칙	87
제 4 절 비례의 원칙	93
제 5 절 신뢰보호의 원칙	97
제 6 절 적법절차의 원칙	104
제 7 절 행정효율성의 원칙	112
제 3 장 행정주체와 행정조직법	115
제 1 절 행정주체이론 평론	115
제 2 절 행정주체의 정의와 기능	126
제 3 절 행정주체의 유형	133
제 4 절 행정주체제도의 구축	144
제 5 절 행정조직법의 개념 및 기능	146

제 6 절 행정조직법의 기본 원칙	154
제 7 절 행정조직법의 내용과 체계	164
제 4 장 행정행위	171
제 1 절 행정행위 개설	171
제 2 절 행정행위의 분류	180
제 3 절 행정행위의 효력	202
제 4 절 기타 행정활동	222
제 5 장 행정절차법	231
제 1 절 행정절차	231
제 2 절 행정절차법	244
제 3 절 행정절차법의 기본원칙	254
제 4 절 행정절차제도	263
제 6 장 행정입법과 행정규범성 문건	287
제 1 절 행정입법 기본원리	287
제 2 절 행정입법의 권한과 효력등급	298
제 3 절 행정입법의 절차와 감독	302
제 4 절 행정규범성 문건	315
제 7 장 행정허가	321
제 1 절 행정허가 개설	321
제 2 절 행정허가의 범위와 설정	342
제 3 절 행정허가의 실시	350

제 8 장 행정처벌	361
제 1 절 행정처벌의 개요	361
제 2 절 행정처벌의 종류와 설정	369
제 3 절 행정처벌의 실시기관, 관할 및 적용	375
제 4 절 행정처벌결정절차	383
제 5 절 행정처벌의 집행	395
제 9 장 행정강제	399
제 1 절 행정강제 개설	399
제 2 절 행정강제집행	402
제 3 절 행정강제조치	416
제10장 행정재결	431
제 1 절 행정재결 개념	431
제 2 절 행정재결의 종류	437
제 3 절 행정재결의 관할, 절차 및 구제	447
제11장 행정응급	459
제 1 절 행정응급 개설	459
제 2 절 행정응급체계	467
제 3 절 행정응급행위	474
제12장 행정계약	493
제 1 절 행정계약의 발전 연혁	493

제 2 절 행정계약의 정의	503
제 3 절 행정계약의 주요유형	508
제 4 절 행정계약의 주요내용	522
제 5 절 행정계약의 체결	531
제 6 절 행정계약의 이행	538
제 7 절 행정계약의 변경, 해제 및 종료	540
제 8 절 행정계약의 발전전망	542
제13장 행정심판	549
제 1 절 행정심판 개요	549
제 2 절 행정심판의 범위	561
제 3 절 행정심판 참가자와 행정심판기관	567
제 4 절 행정심판의 신청과 수리	581
제 5 절 행정심판의 심리, 결정과 집행	587
제14장 국가배상법	605
제 1 절 국가배상책임	605
제 2 절 국가배상법	610
제 3 절 국가배상책임의 구성요건	613
제15장 행정배상	633
제 1 절 행정배상의 의의	633
제 2 절 행정배상범위	644
제 3 절 행정배상 청구인과 배상의무기관	661
제 4 절 행정배상절차	680

제16장 사법배상	697
제 1 절 사법배상 개요	697
제 2 절 사법배상의 범위	704
제 3 절 사법배상청구인과 사법배상의무기관	734
제 4 절 사법배상절차	742
제17장 국가배상 방식과 기준 및 비용	771
제 1 절 국가배상 방식	771
제 2 절 국가배상 계산기준	780
제 3 절 국가배상비용	787
부 록	791
중화인민공화국 행정소송법	793
중화인민공화국 국가배상법	814
중화인민공화국 행정강제법	825
참고문헌	843

세부목차

제 1 장 행정법 개설	1
제 1 절 행정	1
1. 공공행정의 개념	1
2. 공공행정의 범위	30
3. 공공행정의 분류	35
4. 공공행정의 역사	43
제 2 절 행정법	50
1. 행정법의 개념	50
2. 행정법의 연원	52
3. 행정법의 종류	58
4. 행정법의 지위	59
제 3 절 행정법률관계	61
1. 행정법률관계의 개념	61
2. 행정법률관계의 종류	63
3. 행정법률관계의 요소	65
4. 행정법률관계의 변화	70
제 4 절 행정법학	71
1. 행정법학의 개념과 체계	71
2. 행정법학의 역사적 발전	72
3. 행정법학의 이론기초	75

제 2 장 행정법의 기본원칙	79
제 1 절 행정법의 기본원칙 개설	79
1. 행정법 기본원칙의 의의	79
2. 행정법 기본원칙의 기능	80
3. 행정법 기본원칙의 확립기준	81
제 2 절 국민의 권리와 자유보장의 원칙	83
1. 국민의 권리와 자유보장 원칙의 의의	83
2. 국민의 권리와 자유보장의 원칙의 내용	84
3. 국민의 권리와 자유보장 원칙의 의의	86
제 3 절 법치행정의 원칙	87
1. 법치행정의 원칙의 의의	87
2. 법치행정원칙의 내용	88
제 4 절 비례의 원칙	93
1. 비례의 원칙의 역사적 연혁과 발전	93
2. 비례의 원칙의 내용	96
제 5 절 신뢰보호의 원칙	97
1. 신뢰보호의 원칙의 의의	97
2. 신뢰보호의 원칙의 이론적 연원과 주요 학설	98
3. 행정법상 신뢰보호의 원칙의 적용	101
제 6 절 적법절차의 원칙	104
1. 적법절차의 원칙의 의의	104
2. 적법절차의 원칙의 내용	105

제 7 절 행정효율성의 원칙	112
1. 행정효율성의 원칙의 의의	112
2. 행정효율성의 원칙의 내용	113
제 3 장 행정주체와 행정조직법	115
제 1 절 행정주체이론 평론	115
1. 서양국가의 행정주체	115
2. 중국 행정주체이론	121
3. 다원화 배경하의 행정주체의 발전구상	124
제 2 절 행정주체의 정의와 기능	126
1. 행정주체의 정의	126
2. 행정주체이론의 기초	129
3. 행정주체의 기능	130
제 3 절 행정주체의 유형	133
1. 이익행정주체	133
2. 대리행정주체	135
3. 행정기관이 위임한 조직과 개인	143
제 4 절 행정주체제도의 구축	144
1. 행정주체제도 구축의 내용	144
2. 행정주체의 구축 중 주의해야 할 문제	145
제 5 절 행정조직법의 개념 및 기능	146
1. 행정조직의 개설	146
2. 행정조직법의 개념	148
3. 행정조직법의 기능	150

제 6 절 행정조직법의 기본 원칙	154
1. 행정조직 법률주의 원칙	154
2. 행정분권원칙	156
3. 조직효율성의 원칙	159
4. 민주 및 참여 원칙	162
제 7 절 행정조직법의 내용과 체계	164
1. 행정조직법의 내용	164
2. 행정조직법의 체계	168
제 4 장 행정행위	171
제 1 절 행정행위 개설	171
1. 행정행위의 개념	171
2. 행정행위의 의의	177
3. 행정행위의 내용	178
제 2 절 행정행위의 분류	180
1. 추상적 행정행위와 구체적 행정행위	180
2. 내부적 행정행위와 외부적 행정행위	186
3. 구속적 행정행위와 재량적 행정행위	189
4. 직권에 따른 행정행위와 신청에 따른 행정행위	193
5. 작위적 행정행위와 부작위적 행정행위	194
6. 행정입법행위, 행정사법행위 및 행정집행행위	196
7. 요식적 행정행위와 불요식적 행정행위	197
8. 행정행위의 기타 분류	199

제 3 절 행정행위의 효력	202
1. 성립요건과 합법요건	202
2. 행정행위의 효력	212
제 4 절 기타 행정활동	222
1. 행정사실행위	222
2. 행정사법활동	227
제 5 장 행정절차법	231
제 1 절 행정절차	231
1. 절차, 법률절차, 정당한 법률절차	231
2. 행정절차의 정의	235
3. 현대사회에서 행정절차의 두 가지 의의	238
4. 행정절차와 소송절차	239
5. 행정절차의 종류	243
제 2 절 행정절차법	244
1. 행정절차법의 개념	244
2. 행정절차법의 성질과 사회생활에 대한 영향	246
3. 행정절차법의 연원	248
4. 행정절차법의 기능	252
제 3 절 행정절차법의 기본원칙	254
1. 행정절차법의 기본원칙의 개념	254
2. 행정절차법의 기본원칙 체계	255
3. 행정절차법 기본원칙의 내용	257

제 4 절 행정절차제도	263
1. 회피제도	263
2. 위임제도	264
3. 관할제도	265
4. 조사와 증거제도	267
5. 행정공개제도	269
6. 의견청취제도	274
7. 기간제도	283
8. 송달제도	284
제 6 장 행정입법과 행정규범성 문건	287
제 1 절 행정입법 기본원리	287
1. 행정입법의 개념	287
2. 행정입법의 성질	289
3. 행정입법의 분류	293
4. 행정입법의 원칙	296
제 2 절 행정입법의 권한과 효력등급	298
1. 행정입법권한의 구분	298
2. 행정법규와 규장의 효력 등급	301
제 3 절 행정입법의 절차와 감독	302
1. 행정입법의 절차	302
2. 행정입법의 감독	308
제 4 절 행정규범성 문건	315
1. 행정규범성 문건의 개념	315
2. 행정규범성 문건과 행정입법의 구별	318

제 7 장 행정허가	321
제 1 절 행정허가 개설	321
1. 행정허가의 개념과 특징	321
2. 행정허가와 행정확인과의 관계	329
3. 행정허가의 종류	333
4. 행정허가의 의의	340
제 2 절 행정허가의 범위와 설정	342
1. 행정허가의 범위	342
2. 행정허가의 설정근거	348
제 3 절 행정허가의 실시	350
1. 행정허가의 실시기관	350
2. 행정허가의 실시절차	353
3. 행정허가의 감독·검사	356
제 8 장 행정처벌	361
제 1 절 행정처벌의 개요	361
1. 행정처벌의 개념과 특징	361
2. 행정처벌과 유사개념의 비교	364
3. 행정처벌의 원칙	366
제 2 절 행정처벌의 종류와 설정	369
1. 행정처벌의 종류	369
2. 행정처벌의 설정	373

제 3 절 행정처벌의 실시기관, 관할 및 적용	375
1. 실시기관	375
2. 관 할	378
3. 적 용	380
제 4 절 행정처벌결정절차	383
1. 간이절차	383
2. 일반절차	385
제 5 절 행정처벌의 집행	395
1. 과태료의 처벌결정권과 집행권의 상호 분리제도 시행	395
2. 벌 집행분리의 예외상황과 절차	396
3. 강제집행	397
제 9 장 행정강제	399
제 1 절 행정강제 개설	399
1. 행정강제의 개념과 특징	399
2. 행정강제의 종류	400
제 2 절 행정강제집행	402
1. 행정강제집행의 개념과 특징	402
2. 행정강제 집행체계	403
3. 행정강제집행의 종류	406
4. 행정강제집행의 방식	409
5. 행정강제집행의 절차	412
제 3 절 행정강제조치	416
1. 행정강제조치의 개념과 특징	416
2. 행정강제조치와 관련개념의 비교	418

3. 행정강제조치의 종류	419
4. 행정강제조치의 실시	422
5. 예금동결의 특별절차요건	427
제10장 행정재결	431
제 1 절 행정재결 개념	431
1. 행정재결의 개념과 특징	431
2. 행정재결과 기타 법률개념의 비교	433
3. 행정재결의 기본원칙	435
제 2 절 행정재결의 종류	437
1. 소유권분쟁 확인의 재결	437
2. 권리침해 분쟁의 재결	442
3. 보상분쟁의 재결	444
4. 경제계약분쟁의 재결	445
5. 인사분쟁중재	446
제 3 절 행정재결의 관할, 절차 및 구제	447
1. 행정재결의 관할	447
2. 행정재결의 절차	448
3. 행정재결의 구제	450
4. 중국행정재결제도의 개선	455
제11장 행정응급	459
제 1 절 행정응급 개설	459
1. 돌발적 공공사건의 정의	459
2. 국가긴급권의 개념과 특징	463

3. 행정응급 법률체계	465
제 2 절 행정응급체계	467
1. 행정응급 관리체계	467
2. 예방과 응급준비	469
3. 모니터링과 예보경보	472
4. 긴급처치와 구조	473
5. 사후회복과 재건	474
제 3 절 행정응급행위	474
1. 행정응급행위의 개념과 특징	474
2. 행정응급행위의 원칙	478
3. 행정응급조치의 분류	480
4. 행정응급조치의 구체적 표현형식	483
제12장 행정계약	493
제 1 절 행정계약의 발전 연혁	493
1. 대륙법계 행정계약의 발전	493
2. 영미법계의 행정계약 발전	496
3. 중국 행정계약의 발전	499
4. 행정계약의 적극적 가치	500
제 2 절 행정계약의 정의	503
1. 행정계약의 범위	503
2. 행정계약의 특징	505
제 3 절 행정계약의 주요유형	508
1. 외국 행정계약의 주요 유형	509
2. 중국 행정계약의 유형	510

제 4 절 행정계약의 주요내용	522
1. 행정계약 법률관계 주체의 권리와 의무	522
2. 행정계약 조항	530
3. 행정계약의 양식	531
제 5 절 행정계약의 체결	531
1. 행정계약체결의 원칙	532
2. 행정계약 체결의 방식	535
제 6 절 행정계약의 이행	538
1. 행정계약 이행의 특징	538
2. 행정계약 이행의 원칙	539
제 7 절 행정계약의 변경, 해제 및 종료	540
1. 행정계약의 변경	541
2. 행정계약의 해제	541
3. 행정계약의 종료	541
제 8 절 행정계약의 발전전망	542
1. 중국 행정계약의 문제	542
2. 중국 행정계약의 전망	545
제13장 행정심판	549
제 1 절 행정심판 개요	549
1. 행정심판의 개념과 특징	549
2. 행정심판의 기본원칙	552
3. 행정심판과 행정소송의 관계	556

제 2 절 행정심판의 범위	561
1. 행정심판 범위	561
2. 행정심판의 제외사항	565
제 3 절 행정심판 참가자와 행정심판기관	567
1. 행정심판 신청인	567
2. 행정심판 피신청인	569
3. 행정심판의 제3자	572
4. 행정심판 대리인	574
5. 행정심판기관과 관할	575
제 4 절 행정심판의 신청과 수리	581
1. 신 청	581
2. 수 리	584
3. 행정심판신청에 대한 심사와 처리	585
제 5 절 행정심판의 심리, 결정과 집행	587
1. 심판심리	587
2. 행정심판결정	594
3. 행정심판결정의 집행	601
제14장 국가배상법	605
제 1 절 국가배상책임	605
1. 국가배상책임의 개념	605
2. 국가배상책임의 특징	606
3. 국가배상과 유사한 개념	608

제 2 절 국가배상법	610
1. 국가배상법의 개념	610
2. 국가배상법의 작용	611
제 3 절 국가배상책임의 구성요건	613
1. 주체요건	614
2. 행위요건	619
3. 손해결과요건	624
4. 법률요건	630
제15장 행정배상	633
제 1 절 행정배상의 의의	633
1. 행정배상의 개념	633
2. 행정배상의 특징	635
3. 행정배상의 귀책원칙	640
제 2 절 행정배상범위	644
1. 행정배상범위 개요	644
2. 인신권 침해행위	645
3. 재산권 침해행위	651
4. 국가가 배상책임을 부담하지 않는 상황	657
제 3 절 행정배상 청구인과 배상 의무기관	661
1. 행정배상 청구인	661
2. 행정배상 의무기관	673
제 4 절 행정배상절차	680
1. 행정배상절차 개요	680
2. 단독으로 배상청구를 제기하는 절차	681

3. 배상청구를 동시에 제출하는 절차	685
4. 행정구상절차	692
제16장 사법배상	697
제 1 절 사법배상 개요	697
1. 사법배상의 개념과 특징	697
2. 사법배상의 귀책원칙	701
제 2 절 사법배상의 범위	704
1. 사법배상범위 개요	704
2. 형사사법배상의 범위	707
3. 민사 및 행정 사법배상의 범위	720
4. 국가가 배상책임을 부담하지 않는 상황	728
제 3 절 사법배상청구인과 사법배상 의무기관	734
1. 사법배상청구인	734
2. 사법배상 의무기관	736
제 4 절 사법배상절차	742
1. 사법배상절차 개요	742
2. 사법배상확인절차	742
3. 사법배상처리절차	747
4. 사법배상 재심절차	753
5. 사법배상 결정절차	756
6. 사법구상절차	764

제17장 국가배상 방식과 기준 및 비용	771
제 1 절 국가배상 방식	771
1. 국가배상 방식의 의의	771
2. 금전배상	772
3. 재산반환	774
4. 원상회복	776
5. 국가배상의 기타방식	777
제 2 절 국가배상 계산기준	780
1. 인신권 손해의 계산기준	780
2. 재산권 손해의 계산기준	784
제 3 절 국가배상비용	787
1. 국가배상비용의 출처	787
2. 국가배상비용의 지급 및 관리	787
 부 록	 791
중화인민공화국 행정소송법	793
중화인민공화국 국가배상법	814
중화인민공화국 행정강제법	825
 참 고 문 헌	 843

제 1 장 행정법 개설

본장 개요

본장에서는 행정, 행정권, 행정법, 행정법률관계 및 행정법학 등의 기본개념을 소개한다. 주체, 범위 및 목적 등 3가지 분야에서 공공행정의 내포적인 의미를 분석하고, 형식적 의의와 실질적 의의의 시각에서 공공행정의 외연적인 의미를 설명한다. 국가행정과 자치행정, 재량행정과 구속행정, 질서행정과 복리행정 및 권력행정과 비권력행정 등의 분류를 통하여, 공공행정의 내재적 구조, 행정법의 연원, 특징 및 종류를 분석하고, 행정권과 행정권한의 차이를 소개하며, 행정법률관계의 개념, 특징, 요소, 종류를 분석하여, 행정법학의 연구대상과 체계를 검토한다.

제 1 절 행 정

1. 공공행정의 개념

행정법상의 행정이란 공공행정으로, 국가행정기관 또는 법률이 수권한 사회조직이 공공이익의 실현을 위하여 법에 따라 일정한 범위내에서 사회사무에 대하여 관리하는 활동을 말한다. 이러한 정의는 다음과 같이 이해할 수 있다.

(1) 주 체

공공행정의 주체는 국가행정기관과 법률·법규가 수권한 사회조직으로, 구체적으로는 다음과 같다.

1) 국가행정기관

주로 중앙 및 지방의 각급 인민정부, 그 산하의 업무 부문(部門 : 한 조직의 기구로서, 조직이 정부일 경우에는 각 정부부처를 말하는데, 이하에서는 원어의 의미를 살리기 위해 “부문”이라고 번역함 - 역자 주)을 말한다. 이는 중앙 및

지방의 인민대표기관이 헌법과 조직법의 규정에 따라 법적 선임절차를 통하여 법에 따라 성립된 특정한 국가행정임무를 집행하는 기관이다. 여기에 소속된 업무인원은 국가 공무원에 해당하고, 국가와 공법상의 근로관계를 지닌다. 이들은 각자 법에 따라 자신이 전담하는 지역과 업무의 관할범위를 가지고 있다. 지방각급의 재정은 예산과 결산의 편성을 담당하고, 업무경비를 제공한다. 국가는 그러한 행위에 대한 최종적 법률결과에 대하여 책임을 진다. 물론 이들 각자의 직책과 업무구분은 명확하지만, 상·하급의 관계는 초월할 수 없고, 자신이 소속된 부문의 이익이 있다. 다만, 국가의 측면에서는 이들은 오히려 분할할 수 없는 전체로서, 상호간에 지도, 위임, 협조, 협력 등 다양한 관계가 존재한다. 따라서 이러한 구성은 하나의 완전한 협력적 조직체계이다.

비교법적 시각에서, 중국의 행정기관체제의 전체적인 특징은 다음과 같다.

① 단일제

중국의 국가형식인 단일제(单一制)에 부합하여, 중앙과 지방의 각급 인민정부 및 그 업무부문은 동일한 조직원칙, 기준 및 절차에 따라 설치한다. 상·하급 간에 절대적인 “종적”(条条) 대응관계는 없고, 업무부문 설치 또한 완전히 동일한 것은 아니지만, 전체적인 조직모델에서는 오히려 기본적으로 일치하고 획일화되어 있다. 국무원과 그 소속 부문, 위원회, 국의 설치모델은 지방각급 인민정부 및 그 업무부문 설치의 원형이자 모델이 되기 때문에, 지방각급의 인민정부와 업무부문 또한 상·하급 업무대응원칙에 따라 설치된다. 이러한 방식의 최대장점은 조직의 통일성과 정부명령의 원활성을 확보하고, 소통 및 협조방면의 난제를 감소시키는데 도움이 된다는 것이다.

중국의 국가행정기관이 시행하고 있는 단일제의 또 다른 표현은 지방정부의 이중신분이다. 즉 지방각급의 인민정부는 한편으로는 국가가 지방에 설치한, 중앙을 대표하여 특정지방에서 국가전체의 이익을 보호하는 국가행정기관이고, 또 다른 한편으로는 지방각급 인민정부는 지방인민대표대의회의 선거로 선출한 것이기에 지방주민이 자신의 지역적 이익을 위하여 법률에 따라 조직한 지방행정기관이기도 한다. 지방주민의 입장에서는 현지 정부는 지방이익을 보호하는 “지방장관”(父母官 : 예전 지부·지현 등 직접 백성을 다스리는 지방

장관에 대한 존칭 - 역자 주)이고, 중앙정부의 입장에서는 지방 각급 정부는 국가의 전체이익을 보호하는 “지방관원”(地方官)이다. 지방자치제도를 실시하는 서양국가의 시각에서 보면, 중국은 자치행정과 국가행정이 혼합되었다는 특징을 지닌다. 임무와 권한의 측면에서는 명확하게 구분되지만, 기구의 설치 측면에서는 양자가 결합된다. 소위 “하나의 그룹, 두 개의 간판”(一套班子, 两块牌子) 또는 “두개의 간판, 하나의 인원”(两块牌子, 一套人马)의 이치이다. 공공행정의 간소화 및 효율의 측면에서 중국의 이러한 “2 in 1”(二合一)체제는 독특한 장점을 지닌다.

여기에서 고려한 문제점은 “행정기관 체제의 측면에서, 상·하급 행정기관 업무의 대응관계를 실행하면 이는 모두 단일제인가?” 라는 것이다. 대답은 그렇지 않다는 것이다. 업무의 상관관계는 형식상 인정기준에 불과하다. 단일제와 연방제의 실제 구분기준은 단일제에서는 전국에 하나의 국가행정 기관체계를 수립하고, 상이한 지방 및 계급별 행정기관 사이에 법률적 감독, 직무위임, 행정협조 등의 관계가 존재한다는 것이다. 하지만 단일제는 명령복종을 기본내용으로 하는 상·하급 종속관계이다. 이와 상이하게 연방제에서는 전국에 중앙과 지방을 병행하는 행정기관체계를 분리하여 수립하고, 지방행정기관에서는 주(州)행정기관과 현(縣), 향진(乡镇)의 지방자치기구를 병립 또는 분리하여 설치하며, 연방행정기관, 주(州)행정기관, 지방자치 행정기관은 각자 정한 직무범위 내에서 모두 최고행정기관으로, 상호간에 상·하급 종속관계가 존재하지 않는다. 다만 법률적 감독, 직무위임, 부문별 협력, 행정협조 등의 관계만이 존재한다.

② 집권제

집권제란 분권제(集权制)와 상반된 행정기관 조직유형으로, 중앙행정기관이 원시적 행정권한을 향유하고, 지방각급 행정기관의 권한에 대한 합법성의 근원이 된다. 만약 지방행정기관의 권한이 중앙정부의 권한에서 합법성의 출처 및 근거를 찾을 수 없는 경우, 위법 또는 무권한으로 간주한다. 이른바 “상명하달”(自上而下)이다. 분권제는 이와 상반된 것으로, 지방행정기관이 원시적 행정권한을 가지고, 지방행정기관이 관리할 수 있는 상황은 법리 또는 규범과

관계없이 지방행정기관의 권한에 속한다. 상급행정기관의 권한은 하급행정기관의 “양도(让渡 또는 转让)”에서 기원하기 때문에, 하급행정기관의 양도는 능력과 효율성의 고려에서 나온다.

집권제와 단일제를 구분할 때 주의해야 할 점은 다음과 같다. 즉, 집권제란 국가전체의 행정권한을 중앙과 지방각급 행정기관간에 분배하는 체제를 말하고, 단일제란 국가전체 행정기관의 조직체계를 중앙 및 지방에 설치하는 방식을 말한다. 간단하게 말하면, 전자는 권한에 초점을 맞추고, 후자는 조직에 초점을 둔다. 예컨대, 단일제의 행정조직유형을 실시하는 국가는 행정권한의 분배에 있어 집권제를 실시하는 것과 같이, 비록 실천과정에서 양자가 일정한 대응관계를 지닌다고 하더라도 이론과 실천이라는 양자 사이에는 필연적 대응관계가 존재하지 않는다. 이와 같이 연방제와 분권제 사이에 실제로 정상적인 관계가 있다고 하더라도, 양자 간에는 역시 필연적 관계가 존재하지 않는다.

여기에서 주의해야 할 두 번째 문제는 “집권제는 분권을 반대하지 않는다.”는 것이다. 집권제가 강조하는 것은 단지 원시적 행정권한이 중앙에서 유래되고, 구체적 행정권한에 미치며, 효율성의 고려에서 기인할 수 있고, 법에 따라 지방각급 행정기관에게 분배하여 행사할 뿐만 아니라, 지방행정기관이 법률에 따라 파생된 행정권한을 지니는 것이다. 즉, 집권제 국가와 그러한 행정분권의 실행은 연방제 국가의 실행에는 뒤지지 않는데, 그러한 이유가 바로 여기에 있다. 따라서 중국의 행정권한체제의 전형적 특징은 “분권적 집권제”(分权的集权制)이다.

③ 독임제

독임제(獨任制)란 합의제와 상반된 조직모델로서, 상대적으로 독립된 지위, 임무, 직권 및 직책을 가지고, 자신의 명의로 대외에 독립적인 공문을 발송할 수 있는 행정기관 중에서, 정책결정의 권력과 책임은 영도직(领导职务) 공무원 개인이 최종적으로 행사하고 책임진다. 독임제 행정조직은 중국 국가기관의 기구설치에 관한 가장 보편적이고 주류를 형성하는 형태로서, 특히 하급부문의 의지가 가장 큰 특징을 보이고 있다. 예컨대, 이 조직에서는 그 정확성과는 관계없이, 모든 사안은 합리적 절차를 통하여 조직을 주관하는 책임자

에게 집중되고, 책임자의 의지를 형성하게 되며, 이러한 과정을 거쳐야 비로소 법률상 행정법률행위의 방식으로 표현될 수 있게 된다. 즉, 주관하는 지도자의 의지가 있어야만 기관의 의지로 성립될 수 있다는 것을 의미한다. 이러한 조직체제가 직면하는 난제는 지도자 개인의 의지와 기관의 의지를 어떻게 고도로 일치시키고, 지도자 개인의 정치적 책임과 기관의 법률적 책임의 한계를 어떻게 과학적으로 구분할 것인가이다. 이 체제의 장점은 효율성이다. 즉, 중국 국가행정은 효율성을 최우선 가치로 삼는데, 소위 “효율성을 우선하고, 공평성을 두루 살핀다.”(效益优先、兼顾公平)라는 말에 그러한 이유가 있다. 조직법의 측면에서, 영도권(领导权)은 행정권의 핵심이고, 행정조직법의 핵심이다. 이러한 의미에서 영도권의 규범과 제한은 행정법의 핵심으로 볼 수 있다.

④ 계급제

계급제(层级制)는 계층제(科层制), 권위제(威权制)라고도 하는데, 상대적으로 명확한 업무의 상·하급 관계를 통하여, 중앙과 지방각급 인민정부 및 그 업무 부문을 연결하여, 하나의 완전한, 정부명령이 원활하게 전달되는 국가행정조직시스템을 구성하는 것을 말한다. 이 체제의 최대특징은 계급간 하달되는 지령제와 계급간 상달되는 보고제로서, 상급자가 하급자를 통제하는데 도움을 준다. 상급기관에 있어 하급기관은 상급기관의 의지를 집행하는 수단이고, 하급기관에 있어 상급기관은 그 권력의 근원이다. 업무활동은 주로 상급기관의 명령에 따라 진행되어, 효율성 제고에 도움을 준다. 하지만 행정문화의 측면에서 볼 때, 이 체제의 두드러진 특징은 “오직 상부”(唯上)라는 의식으로, 상부의 명령과 의지는 비교적 중시되지만 하급기관의 의견에 대하여서는 관심이 부족하고, 대중의 의견에 대한 반응이 비교적 늦기 때문에, 하급기관이 주관적 능동성을 발휘하기 어렵고, 대중의 지혜를 모으기 어려우며, 대중의 이해와 지지를 얻지 못하여, 오히려 효율성을 저해한다.

⑤ 관료제

계급제와 밀접한 관련이 있는 소위 관료제(官僚制)는 국가가 주로 소속 공무원단을 통해 행정사무를 집행하는 조직체제이다. “관료”(官僚)라는 단어는 프랑스어에서 유래된 것으로, 원래 “사무용 책상”, “사무실”을 의미하는데,

사무실과 사무용 책상은 이 체제의 폐쇄적 특징을 형상화하였는데, 이를 차용하여 “관료”라고 표시하였다. 중국에서 “관료제”라는 단어는 소위 “관본위”(官本位) 의식과 일맥상통한다. 법률적 측면에서 볼때, 국가가 임용한 국가 공무원의 목적은 당연히 공무를 집행하는 것이다. 다만, 공무의 집행이 반드시 그들이 집행해야하는 것은 아니고, 서비스성, 공익성 및 전문성이 비교적 강한 다양한 공무는 공무원이 집행할 수 없고, 관련 지식과 경험을 지닌 우수한 전문가와 사회조직이 집행하는 것이 행정의 효율성 제고에 도움을 준다. 민주법치의 발전에 따라, 공공행정에 대한 대중의 참여의식이 점차 강화되고, 관료제의 폐쇄성은 극복되며, 공공행정의 개방성과 민주성이 제고되는 것이 공공행정발전의 필연적 추세이다.

2) 법률규범이 수권하는 사회조직

법률규범이 수권(授权)하는 사회조직이란 법률·법규 및 규장(规章 : 행정성 법률규범 문건을 말하는데, 우리나라의 규칙에 해당-역자 주)의 수권에 따라 자기의 명의로 특정한 행정직권을 행사하고, 이로 인해 생산된 법률결과를 독립적으로 책임지는 사회조직을 말하는데, 법률·법규가 수권한 조직, 수권조직 등으로도 불린다. 이러한 유형의 조직 형태는 다양한데, 예를 들면 다음과 같다.

① 업종 자치조직

업종 자치조직(行业自治组织)은 특정지방에서 동일한 업종의 경영활동에 종사하고 있는 인원이 당해 업종 및 그 업종에 종사하는 인원의 이익을 보호하고, 업종정신을 발전시키고 견고히 하며, 직업준칙을 준수하고, 주관 행정기관의 지지하에서 법률에 따라 조직한 업종조직으로, 협회, 조합, 노동조합 등으로 불린다. 외국에서는, 업종 자치조직은 자율적으로 가입과 탈퇴를 할 수 있는 사법조직(私法组织)도 있고, 강제로 구성원 신분을 확보하는 공법조직(公法组织)도 있다. 공법상 업종협회의 조직형식은 다양하다. 동지회(同志社)의 조직방식을 취하거나, 형제회(兄弟会)의 조직방식을 취하기도 하고, 단체(团体)의 조직방식을 취하기도 한다. 다만, 특정 지방에서 동일한 업종에 종사하는 인원은 모두 회원이고, 법에 따라 회원의 의무를 부담하며, 회원의

권리를 향유한다. 조합(行會)의 성립은 일반적으로 사단등기절차를 거치고, 통상적·집중적으로 관리하는 국가행정기관이 있는데, 이를 소위 “주관기관” 또는 “감독기관”이라고 한다.

② 지방 주민자치조직

전형적 예로는 주민위원회, 촌민위원회, 사구위원회(社區 : 중국의 도시 또는 향촌지역의 하급행정구역, 이하 지역사회라 약함-역자 주) 등이 있다. 《촌민위원회조직법》 제2조, 제5조 및 《주민위원회조직법》 제2조, 제3조 규정에 따라, 촌(주)민위원회는 촌(주)민이 자체적으로 관리하고, 교육하며, 서비스하는 기층(基層) 대중의 자치조직으로, 민주적 선거, 민주적 정책결정, 민주적 관리 및 민주적 감독을 규제를 시행한다. 치안, 위생, 계획, 복지 등 공익업무에 있어서, 촌(주)민위원회는 일정한 독립적 권한을 향유한다. 이러한 유형의 자치조직의 가장 큰 특징과 장점은 “직접 민주성”이다.

③ 학술 자치단체

전형적 사례는 대학이다. 학술자치단체란 학술의 자유를 보호하고, 진리추구의 정신을 발전시키며, 국가 및 사회가 고급인재를 양성하기 위하여 단체제 방식의 조직에 따라 설립된 교육서비스 조직이다. 《교육법》, 《고등교육법》, 《학위조례》 등 법률·법규의 규정에 따라, 대학은 학교설립 자주권, 학위수여권, 학적관리권 등을 향유하고, 이러한 권한 내에서는 공공행정조직형식의 일종이다. 대학은 단체 및 시설의 이중적 성격을 지닌다. 즉 한편으로는 국가교육의 업무를 집행하는 공공 교육시설이고, 다른 한편으로는 학술연구 활동에 종사하는 학술자치단체이다.

④ 공공 서비스시설

공공사업조직이라고도 한다. 공공 서비스시설이란 형평성, 공개성 및 공정성의 원칙에 따라 국민에게 보편적 서비스를 제공하는 공공 서비스조직을 말한다. 전형적으로 국립도서관, 도로 등이 있다. 이러한 조직은 다양한데, 사업단위의 조직방식을 취하거나, 회사의 조직방식을 취한다.

⑤ 행정기업

행정기업(行政公司)이란 국가가 국민에게 효과적인 자원서비스를 제공하고, 자원 독점성 업종의 건전한 발전을 조정하며, 공공행정의 민영화를 추진하고, 국가의 자원 또는 에너지 정책의 집행을 관철시키기 위하여 설립한 행정적 성격의 기업을 말한다. 행정기업의 최대 특징은 상업성과 공공성의 결합이다. 조직형식과 경영방식의 측면에서 볼 때, 이들은 상업적 성격을 지니고, 사법(私法)의 규범을 준수한다. 추구목적 및 업무집행의 측면에서 볼 때, 공기업의 공공성은 공법원칙에 구속되어야 한다. 이와 같은 상업성과 공공성의 결합은 공기업에 업계의 독점적 지위를 제공하고 있다.

⑥ 업종 감독기구

특별한 업종의 관리를 위하여, 국가행정기관이 사회적 역량을 이용하여 전문성이 비교적 강조되는 행정사무를 집행하고, 사업단위 체제조직에 따른 업종 감독기구로서, 증권관리감독위원회(证监会), 은행관리감독위원회(银监会) 등이 있다. 이러한 기구의 특징은 정보성·전문가형 및 업무활동의 전문성이 매우 강조되기 때문에, 기구조직 및 업무활동의 측면에서 강한 독립성을 지닌다. 미국에서는 이러한 유형의 조직을 독립적 관제기구(独立管制机构)라 한다. 독립적 관제기구는 전통적인 국가행정기관과 동일하지 않지만, 민간업종자치 조직에도 속하지 않기 때문에, 양자를 구분하기는 어렵다.

이상의 6가지 상황은 단지 법률·규범이 수권한 조직의 전형으로, 전부가 아니기 때문에 분류문제 역시 보다 더 연구를 진행해야 한다. 이러한 구체적 상황과 관련하여, 본서에서는 다른 장과 절에서 자세히 소개하고, 여기에서는 일반적 내용만을 정리한다.

다시 말하면 국가행정기관과 비교하여, 법률·규범이 수권한 조직의 특징은 다음과 같다.

① 근거

전자(국가행정기관)의 성립근거는 주로 헌법과 조직법이고, 후자(법률·규

법이 수권한 조직)는 주로 단행의 개별 법률·법규 또는 주관 행정기관이 전문적으로 공포하는 규범성 문건이다.

② 절차

전자의 성립은 일반적으로 동급 인민대표대회 및 그 상임위원회의 선거절차 또는 선임절차를 통과해야 한다. 후자의 성립절차는 다양한데, 주관 국가행정기관의 결정으로 성립하기도 하고, 민간이 자발적으로 조직하여 성립하기도 하며, 사단등기절차에 따라 수속하여 성립하기도 한다.

③ 원칙

조직법의 원칙측면에서 볼 때, 전자가 주로 관철시키는 것은 주로 통일성, 간소화, 계급성, 효율성 원칙이고, 후자는 주로 전문적, 분산적, 민주적, 공평 및 공정의 원칙을 실행한다.

④ 체제

상술한 바와 같이, 국가행정기관의 조직체제는 비교적 획일화되어 있지만, 이와 달리 법률·규범이 수권한 조직체제는 다양하다. 즉 하의상달의 단체제(团体制)를 실시하기도 하고, 상명하달의 기관제(机关制)를 실시하기도 한다. 공물(公物)을 주요한 시설제(设施制)로 시행하기도 하고, 주식회사체제에 따라 설립된 기업이기도 하며, 사업단위형식에 따라 설립된 공익조직이기도 한다.

⑤ 업무

국가행정기관이 집행하는 업무는 주로 절차성, 강제성, 명령성이 비교적 강한 전통적 행정사무이지만, 법률·법규가 수권한 조직이 집행하는 업무는 주로 전문성, 기술성, 서비스 성질이 비교적 강한 현대 행정업무이다.

국가행정기관과 법률·규범이 수권한 조직간에는 매우 복잡한 관계가 존재하는데, 다음과 같다.

① 주관

소위 “주관”(主管)은 “체계적 집중관리”(归口管理 : 귀구란 체계적으로 귀

속시킨다는 뜻으로, 어느 한 분야의 일이 전문 기관에 귀속되어 통일적으로 관리되는 것을 말하는데, 이하에서 归口管理(귀구관리)를 체계적 집중관리로 번역함-역자 주)를 말하는데, 조직과 업무상 법률·법규가 수권한 조직에 대하여 감독을 실시한다. 법률·규범이 수권한 조직은 모두 체계적으로 집중관리되는 국가행정기관이다. 예컨대, 변호사협회의 주관기관은 인민정부 소속의 사법행정부분이다. 조직법의 측면에서 볼 때, “주관”은 분산되고 다양한 수권조직이 국가행정기관 체제에 포함되는데, 이러한 수권조직과 국가행정기관은 공통적으로 하나의 조화로운 국가행정조직 시스템을 구성한다.

② 감독

수권조직은 독립적 법률지위를 향유하고, 법에 따라 자신의 명의로 법률이 수권한 직권을 행사하며, 이로 인하여 발생된 법률적 결과를 독립적으로 부담한다. 다만, 수권조직의 독립성은 상대적·제한적이고, 주관기관은 법에 따라 감독을 진행하는데, 여기에는 정관승인, 업종기준제정, 일상적 감독·감사 등이 있다.

③ 협조

학술적 또는 실무적이든 간에, 이러한 관계는 매우 의미가 있다. 수권조직은 사실상 국가행정기관의 “조수”(助手)이다. 지식, 자원, 기술 및 조직 등의 측면에서, 수권조직은 매우 독특한 점이 있다. 즉 국가행정기관은 공공행정의 효율성과 민주성을 제고시키기 위하여 법률수권의 형식으로 부분적으로 공공행정의 임무를 수권조직에 “하달”(下放)·“양도”(转让)한다. 국가행정기관의 측면에서는, 스스로 과중한 업무로부터 벗어날 수 있고, 제한적인 자원에 집중하여 훌륭한 정책을 제정하고 올바른 방향을 파악할 수 있으며, 대중 역시 이로 인하여 공공행정에 참여하고, 자기발전의 기회를 펼칠 수 있다. 만약 국가행정기관과 수권조직의 관계가 원만히 협조되고, 직권과 직책 한계의 구분이 명확하다면, win-win하는 국면이 출현할 수 있고, 공공행정의 효율성과 민주성도 통일될 수 있다.

공공행정의 주체의 범위가 이미 전통적 국가행정기관에서 대량의 사회조

직으로 확대되었지만, 공공행정과 국가행정을 동일시 할 수는 없다. 국가행정 이외에, 공공행정은 대량의 각종 사회조직이 수권에 따라 진행되는 자치행정과 관제행정 등의 공공행정을 포함한다.

(2) 객 체

공공행정의 객체는 일정한 범위내의 사회사무이다. 문제는 소위 “일정한 범위”의 한계가 어디인가에 있다. 여기에는 다양한 인식이 있을 수 있다. 저자는 여기에서의 핵심은 국가와 국민(公民 : 이하에서는 “국민”이라고 번역함-역자 주)간의 관계이고, 핵심중의 핵심 역시 국민의 자유와 그 한계라 생각한다. 무릇 국민이 절대적 자유를 향유하는 곳은 정부권한이 금지되는 곳으로, 이러한 경계는 공공행정 범위내의 절대적 경계선이다. 또한 국민이 향유하는 상대적 자유의 범위에는, 공익원칙, 중립원칙, 보조원칙, 비례원칙 등 원칙이 범위내에 있어, 정부는 비로소 개입(干預)할 권한을 가지게 된다. 이에 대하여 존 스튜어트 밀은 《자유론¹⁾》에서 명쾌하게 설명을 하고 있다. 여기에서는 먼저 요점을 제시하고 그에 대한 설명을 한 후에, 행정법적 측면에서 결론을 내린다.

공리주의의 기본입장에 따라, 밀은 “유일하게 실제로 불리는 그 이름의 자유는 우리 자신의 길을 따라, 우리 자신의 장점을 추구하는 자유를 추구하고, 타인의 자유를 박탈하거나, 타인이 이러한 자유를 얻으려 하는 노력을 방해하지 않으면 된다.”(p.14)고 하였다. 이는 다음과 같은 이유 때문이다. 즉, i) “강박이 정당화되면, 그를 위협하는 행위는 사회에 손해를 야기할 것이다. 여하한 사람의 행위가 타인의 그러한 부분에 미치게 되면, 사회에 대한 부담이 필요하고, 또한 자신의 그러한 부분에 미치게 된다. 타인의 독립성은 권리적 측면에서 절대적인 것이기에, 본인 자신과 타인 자신의 몸과 마음에 대하여 개인은 여전히 최고주권자이다.”(p.11) ii) “개인의 복지와 관련하여, 본인은 배려가 아주 깊은 사람이다. 일련의 사인관계가 아주 강력한 상황을 제외하고, 여하한 타인이 그의 복지에 대하여 가지고 있는 배려와 그 자신이 가지고 있는

1) [英]约翰·密尔著, 许宝驊译: 《论自由》, 商务印书馆, 1959年版. 이하에서는 () 안에 인용 페이지를 표시한다.

배려와 비교하면, 모두 보잘 것 없는 것이다. 사회는 개인으로서 그에 대하여 가지고 있는 배려와 관련하여(그의 타인의 대한 행위에 관한 것 제외) 항상 부분적인 것이고, 완전히 간접적인 것이다. 또한 본인은 자신의 감정과 상황에 대하여, 가장 보편적인 남자와 여자 역시 각자의 인식방법이 있는데, 타인이 가질 수 있는 것과 비교하여, 몇 배나 우수한지는 알 수 없다.”(p.91) iii) “개인의 행위가 자기 이외의 여하한 사람의 이익에 영향을 미치지 않거나, 또는 타인에게 영향을 미칠 필요가 없기를 바라는 경우를 제외하고, ……일체의 이러한 상황에서, 모든 사람은 행동을 실행하고 그 결과를 책임지는 법률상·사회상의 완전한 자유를 향유한다.”(p.90) iv) 사회가 “발전하는데 유일하게 신뢰할 수 있는 영원한 원천은 여전히 자유인데, 일단 자유가 있으면 많은 사람들이 많은 독립적인 진보의 중심을 지닐 수 있다.”(p.83) v) “자유원칙은 한 개인이 자유를 요구하지 않을 자유를 요구할 수 없다. 개인에게 자유가 분할되도록 허용한다면, 이는 자유라 말할 수 없다.”(p.123)

내용상으로 볼 때, 밀은 국민 개인의 자유의 핵심은 주관적·내재적·정신적 의미의 자유, 즉 사상의 자유, 토론의 자유 및 개성의 자유 등이 핵심이고, 객관적·외재적·행위적 의미의 자유, 즉 행동의 자유, 경제적 자유, 단결의 자유 등은 핵심이 아니라고 생각한다. 전자는 후자의 기초이자 근원이고, 양자간에는 주관과 객관, 내재와 외재, 절대와 상대, 내용과 형식, 목적과 수단 등 복잡한 변증관계가 존재한다.

토론의 자유에 대하여, 밀은 다음과 같이 생각한다. 즉 “진리가 지니는 진정한 우월성은 여전히 여기에 있다. 즉 하나의 의견이 정확하기만 하면, 한두 차례 또는 여러 차례에 걸쳐 억압을 받더라도, 오랜 세월이 진행되는 동안 일반적으로 부단히 사람들이 이를 새롭게 발견하고, 특정 차례에 이르러 상황이 유리하게 되며, 다행히 억압을 피하게 되어 두각을 드러내게 되어, 저항할 수 있는 이후에 다시 이를 억제하려는 일체의 노력이다.”(p.33~34) 왜냐하면 “인류의 정신은 일종의 성품, 즉 지혜 또는 도덕의 존재를 지니는 인류 중에서, 일체의 귀중한 사물의 근원은 바로 인간의 과오는 수정할 수 있다는 것이다. 토론과 경험을 이용하여, 사람은 자신의 과오를 수정할 수 있기” 때문이다.(p.23) 따라서 “하나의 의견이 발표될 수 없도록 강요하는 특수한 죄악은 전체 인류에

대한 약탈행위이고, 후대와 선존 세대에 모두 동일하며, 이러한 의견과 상이한 사람과 비교하여 그러한 의견을 포용하는 사람은 심지어 더욱 심각하다. 만약 그러한 의견이 옳다면, 그들은 착오로 인해 진리를 전환할 수 있는 기회를 박탈당하게 된다. 또한 그러한 의견이 옳지 않다면, 그들은 거의 동등하게 큰 이익, 즉 진리와 착오의 충돌 중에서 발생한, 진리의 보다 더 명확한 인식과 보다 생동적인 인상이다.(p.19~20) “우리가 막으려는 의견이 하나의 잘못된 의견이라고 영원히 확신할 수 없기 때문에, 만약 우리가 확신을 가정한다면, 그것을 막으려는 것은 여전히 하나의 죄악이다.”(p.20) 따라서 “일체의 의견은 마땅히 그 자유로운 발표가 허용되어야 한다. 다만, 조건은 방식상 통제될 필요가 있고, 공평한 토론의 한계를 벗어나지 않아야 한다는 것이다.”(p.62) 개성의 자유와 관련하여, 밀은 “인류는 사고 중에 고귀하고 아름다운 대상이 되어야지, 자신중의 일체의 인성의 물건들을 일률적으로 만드는데 의지할 수 없고, 타인의 권리와 이익이 허용되는 한계내에서 이를 배양하고 발휘하는 것에 의지해야 한다.”(p.74) 이는 “정말로 중요한 점은 사람들이 무엇을 했는가에 있을 뿐만 아니라, 이 일을 한 것이 어떠한 형태의 사람인가에 있기 때문이다.”(p.69)

앞에서 자유의 의의, 성질 및 종류를 서술하였지만, “인류가 이렇게 이상하게 자유를 존중하고, 또 그렇게 이상하게 자유에 대한 존중이 결여되어, 우리는 단지 이러한 두 가지를 대조하기만 하면, 한 사람이 반드시 타인을 해하게 되는 권리를 향유하게 되고, 오히려 스스로 만족하여 타인을 해하지 않는 권리를 추구하지 않는다.”(p.129) 따라서 개인의 자유는 반드시 이러한 한계상에서 수립되어야 하고, 자신이 타인의 장애물이 되지 않도록 해야 한다.

그렇다면 국민의 개인적 자유의 한계를 어디에 있는 것이 좋은가? 이와 관련하여, 밀은 서두에서 지적한 것처럼 “본문의 목적은 하나의 아주 간단한 원칙을 강력하게 주장한다. 만약 사회가 강제와 통제의 방법으로 개인의 일에 대응하게 한다면, 이용하는 수단이 법률적 징벌이 발생시키는 물질적 역량 이거나 또는 대중적 의견상의 도덕적 압력인지를 불문하고, 모두 반드시 이를 기준으로 삼아야 한다. 이 원칙은 바로 인류는 이성과 권리를 지니고 있기 때문에, 개별적 또는 집단적으로 그러한 어떠한 형태의 행동의 자유에 대하여 간섭을 할 수 있는데, 이 유일한 목적은 자기방어(自我防衛)이다.”(p.10) 구체

적으로 다음과 같다. 즉, i) “주로 개인을 간섭하는 그러한 생활부분은 마땅히 개성에 속하는데, 간섭은 사회의 그러한 부분사회에서 마땅히 사회에 속하여야 한다.”(p.88) ii) “개인의 의무에 속하기에 마땅히 해야 하는 일을 하지 않을 경우, 그에게 사회적 책임을 요구할 수 있고, 이는 정당하다.”(p.12) iii) “한 개인 행위의 어떠한 부분도 유해하게 타인의 이익에 영향을 미칠 경우, 사회는 그에 대하여 재판권을 향유하고, 일반적인 복지가 이에 대하여 간섭하였기 때문에 증진되었는지의 문제, 즉 공개토론이 되었는지의 문제에 이른다.”(p.90) iv) 사회에 대한 일반인과 관련하여, 사회의 정수는 “요구할 수 있는 일체의 것은 도로의 자유이고, 타인을 강요하여 그 도로로 가게 하는 권리는 단지 일체의 타인의 자유 및 발전과 서로 모순될 뿐만 아니라, 강요자 자신에게 있어서 그를 부패시키기에 충분하다.”(p.79)

사회의 개입은 필요하지만, 반드시 한계가 있어야 한다. 이는 사회 자체가 폭군이 될 수 있기 때문이다. 즉 “사회 자체가 폭군이 될 경우, 즉 사회가 집단적으로 그를 구성하는 개별 개인을 단체로 능가할 경우, 그의 박해수단은 그 정치기구를 통하여 도출되는 조치에 국한되지 않는다. 사회는 스스로 이러한 그 자신의 명령을 공포할 수 있다. 만약 그가 공포한 명령이 잘못되어 옳지 않거나, 또는 그 내용이 사회가 간섭하지 않아야 할 일인 경우, 이는 일종의 사회적 폭력을 가하는 행위이고, 이러한 사회적 폭력은 다양한 정치적 압력보다 더욱 두렵다.”(p.5)

밀의 설명에는 많은 자기 모순적인 부분이 존재하지만, 우리는 그중에서 사회적 권위와 개인의 자유에 관한 한계에 대한 기본원칙, 즉 자위원칙(自衛原則)을 추론할 수 있다. 왜냐하면 사회는 단지 자위의 목적에서 나타나서, 자위가 절대적으로 필요한 범위내에서 국민의 자유를 제한할 수 있기 때문이다. 밀이 말하는 자위는 소극적 의미로서, 사회전체가 폭력적 충돌로 인해 공동동망(共同滅亡)에 이르는 것을 방지하기 위해, 반드시 조치를 채택하여 사회공동체가 존재하기 위해 반드시 필요로 하는 안전과 질서를 말한다. 이러한 근본적인 점에서 출발하여, 밀의 다른 설명을 결합하면, 우리는 공공행정의 객체범위에 관한 원칙성의 기준을 다음과 같이 결론지을 수 있다.

1) 한계성 원칙

공공행정의 객체범위는 불확정적이지만, 반드시 한계성이 있다. 이러한 한정은 다음과 같다.

① 주관적 자유의 절대성

사상, 의견, 의지, 신앙 등 주관적 측면인 정신적 자유는 절대적이고, 거기에 공공행정활동의 금지구역이 있다. 행정기관은 금지지역 이외에서 순찰을 하고, 금지구역 내에는 들어갈 수 없다. 국민의 주관적 자유의 절대성은 공공행정 범위의 한계성을 결정한다. 공공행정은 국민의 객관적·외재적 자유의 영역에서만 활동할 수 있다.

② 자유 실현수단의 선택성

설령 외재적·객관적 자유영역에 있는 경우라 하더라도, 공공행정이 절대적으로 필요한 것이 아니고, 더욱 당연한 것이 아니다. 이는 국민 자유의 흠결을 극복하는 사회적 수단이 공공행정만이 아니기 때문이다. 이외에도, 가정, 단체, 풍속, 여론, 종교 등 다양한 형식의 수단이 있는데, 이들은 서로 다른 측면에서 국민의 자유를 제약하고, 또한 서로 다른 방면에서 국민의 자유를 보호한다. 상술한 수단에서는 효력을 발휘할 수 없다는 전제하에서, 공공행정이 필요성을 구비한다.

③ 목적의 수단 지배성

공공행정의 근본적인 목적은 국민이 자유를 향유하도록 질서, 제도, 경제 및 문화 등 방면을 창조하는 필요조건이다. 국민의 자유와 비교하면, 공공행정은 단지 수단에 지나지 않고, 이러한 수단이 얼마나 필요한지에 관계없이, 실질적으로 국민의 자유를 박탈하는 정당한 이유는 될 수 없다. 만약 목적을 방치하고 수단을 논한다면, 이러한 수단이 아무리 정교하다고 하더라도 정당한 수단이 아니다.

④ 서비스와 세비의 대가성

세계적으로 공짜 점심은 존재하지 않는다. 공공경제학의 측면에서 볼 때, 모

든 공공행정활동은 정부가 국민에게 제공하는 일종의 공공 서비스 상품이고, 문제는 이러한 서비스의 필요성에 있을 뿐만 아니라 이러한 서비스는 원가가 있는데, 그것이 바로 국민에게 징수되는 세금이다. 정부가 국민에게 제공하는 서비스가 많으면 많을수록, 실제로 국민에게 징수하는 세금이 더욱 많다는 것을 의미한다. 즉 소위 “서비스는 비용을 의미한다.”고 말하는 것도 이러한 이치이다. 이러한 측면에서 볼 때, 정부의 무한성은 실제로 공공 서비스 비용의 무한성을 의미하고, 그러한 최종의 결과는 국민재정부담의 무한성이다.

이처럼, 재정세비(財政稅費)의 범위와 공공행정의 범위는 일치하는데, 양자는 필연적으로 한계가 있다. 문제는 양자의 범위를 어디에서 나누는 것이 적합한가이다. 재정세비의 “손”을 어디까지 펼치는 것이 합리적인가? 이에 대하여 자유방임이론은 국민재산권보호의 측면에서 두 가지 일반적인 원칙을 제시하였다. 즉, 첫째는, 절박한 필요성의 원칙으로, 세비는 반드시 필요한 범위 내에서만 합리적이다. 둘째는, 서비스 대가성의 원칙으로, 세비는 반드시 직접 그리고 완전하게 납세자의 권익과 관련된 업무에 사용하여야 하고, 납세자와 무관한 목적에 사용할 수 없다. 자유방임이론은 세수(稅收)는 국가가 국민의 수중에서 가져가는 본래 국민 개인에 속한 재산이고, “국가는 반드시 필요하고, 국민은 안전을 위하여 반드시 지출해야 하는 일종의 대가라고 간주한다. …… 국가는 이렇게 하는 것이 절박한 필요의 이유에서 나올 경우에 비로소 정당하고 합리적이다. 국가는 공공질서의 긴급한 목적을 위한 것이 아니라 자신의 목적을 달성하기 위하여 개인의 어떠한 물건을 박탈할 어떠한 “권력”도 없다. 이렇게 하는 것은 개인의 권리를 침해하는 것이고, 폭력을 사용하여 강제로 개인으로 하여금 자신이 무관심하거나 심지어 좋아하지 않는다고 표시한 사정에 대하여 공헌을 하도록 하는 것이다.”²⁾

2) 보조성 원칙

이는 한계성 원칙과 일맥상통한다. 일단 한계성 원칙이 확립되면, 반드시 보조성 원칙을 확립하여야 한다. 공공행정의 주도적 역할은 절대적인 것이

2) [英]霍布豪斯著, 朱曾汶译: 《自由主义》, 商务印书馆, 1996年版, 第46页。

아니라 전제가 있다. 이러한 전제는 국민 개개인이 개인의 역량에 의지할 수 없고, 다른 보다 좋은 사회역량이 없어 자유의 결함을 극복할 수 없기 때문에, 진정한 자유를 향유하는 상황에서 국가가 비로소 개입할 수 있는 권리와 의무를 가지는데, 이것이 공공행정의 활동범위이다. 구체적으로 다음과 같다.

① 국민자유 의무성

국민의 주관적 자유는 절대적, 무조건적, 선행적이지만, 이는 오히려 외재적·객관적 자유의 보호와 자양이 필요하다. 문제는 국민의 외재적·객관적 자유는 상대적인 것으로, 단지 특정한 조건하에서만 실현될 수 있다. 이러한 조건의 창조와 만족의 측면에서 볼 때, 먼저 의무를 부담하는 것은 사회도 아니고 또한 국가도 아닌 바로 국민 자신이다. 따라서 국민은 절대적이고 주관적인 정신적 자유를 향유하여야 하고, 반드시 객관적 자유의 실현을 위해 조건을 창조하여야 하는데, 이것이 바로 국민이 사회에 의무를 부담하는 본질적인 이유이다.

② 자치관리의 우선성

자유를 실현하고 보호하기 위하여, 국민은 서로 상이한 사회단체에서 서로 다른 역할을 해야 한다. 법률적 측면에서 볼 때, 이것은 국민이 서로 다른 측면에서 연합하는 것을 의미한다. 이러한 국민으로부터의 자주성에서 발생하는 단체의 자치성은 국가 공권력의 개입과 비교하면, 그 시·공간적인 거리가 더욱 짧고, 국민의 진실한 의지를 표현하는 데 더욱 유리하며, 국민의 개인 이익을 보호한다. 국가는 국민이 자치연합체로 향하는 최고형식이기 때문에, 최후에 채택할 수 있는 대비수단이다. 국민 개인의 자주와 각종 사회단체의 자치와 비교하여, 공공행정은 반드시 필요한 것이고, 만약을 위하여 대비하는 것이다.

③ 공공행정 자체의 국한성

공공행정의 장점은 그 필요성을 결정하는 것이고, 국한성은 그 채택 가능성을 결정한다. 경제학상 한계효용 체감의 법칙, 효율성 최대화 법칙, 한계효용 균등의 법칙에 따라, 공공행정의 효능성은 최고의 임계점을 가지고 있고, 이

러한 임계점을 초과하면 공공행정의 효율성은 저하될 수 있다. 만약 무제한으로 공공행정의 활동범위를 확대하면 공공행정의 효율성은 부정적인 방향으로 이동하여 효율성이 감소한다. 이외에도, 대의제 정부이론이 제시한 정부를 이탈하는 민의(民意)문제, 공공경제학상의 권력지대추구이론과 규제포획이론, 행정관리학상의 공공행정 민영화이론, 지역사회 의 민주적 관리이론 등 모두 서로 상이한 시각에서 공공행정의 국한성을 제시하고 있다. 대체로 공공행정이 지니는 국한성 부문은 다른 방식을 이용하여 공공행정부문을 대체하는데, 이것이 보조성 원칙이 작용을 하는 부문이다.

3) 방임성 원칙

방임의 문자 그대로의 의미는 “냉정한 시각으로 관망하고, 마음대로 하게 내버려두며, 제멋대로 되도록 내버려 둔다.”(冷眼观潮, 听之任之, 放任自流)”는 것으로, 정치학과 공공경제학상 이 원칙은 자유방임주의라 불린다. 전형적인 관점에서 “국가는 충돌에 개입하지 말아야 한다. 국가는 폭력과 사기를 제지하고, 재산의 안전을 보장하며, 사람들의 계약이행을 돕는다. ……이러한 조건에 근거하여 사람들은 절대적 자유로서 상호경쟁하고, 그들의 최고의 능력이 발휘될 수 있도록, 모든 개개인은 자신을 인도하는 생활을 위하여 책임지고, 최대한도로 자신의 대장부 기개를 발휘하도록 한다.”³⁾

일종의 행정법 원칙으로서, 그 착안점은 미시적 측면으로, 국민의 자주, 자율 및 자치에 대한 범위내의 사무를 말한다. 즉 정부는 국민 자신이 그 책임을 스스로 부담하도록 법에 따라 처리할 수 있게 맡겨 두어야 하고, 국민의 언행이 자유와 법률의 한계를 초월하지 않는 경우를 제외하고 정부는 개입할 수 없다. 구체적으로 다음과 같다.

① 소극적 방임

국민의 소극적 자유는 정부의 소극적 방임을 의미한다. 소위 소극적 자유란 개인의 행위가 타인의 이해관계에 미치지 않는 것으로, 개인은 사회에 대한 책임질 의무가 없고, 사회와 분리할 수 있는 독립상태에 놓인다. 이러한 상황에서 일체의 정부 개입은 오히려 자유를 파괴하게 되고, 정부가 주동

3) [英]霍布豪欺著, 朱曾汶译: 《自由主义》, 商务印书馆, 1996年版, 第43页。

적으로 개입하지 않으면, 국민은 비로소 자유를 향유할 수 있다. 정부는 “자연에 순응하여 아무것도 하지 않아도 천하가 잘 다스려지고”(无为而治), “백성들이 모두 나 스스로 한 일이라고 말하게 둔다.”(百姓皆曰我自然)

② 적극적 방임

국민의 적극적 자유란 정부의 적극적 방임을 의미한다. 방임의 본질은 소극적이지만, 많은 상황에서 적극적 방식에 따라 실현된다. 대체로 국민은 적극적 행위를 통해 자유의 영역을 실현하려고 하고, 또한 정부가 국민의 행위창조 조건을 위하여 적극적으로 나아가려 한다. 학리적으로 이는 “생존고려”(生存照顾), “정부를 통한 자유”, “행정절차를 통한 기본권리 보호” 등으로도 불린다. 정부는 적극적 행위를 통해 국민이 외재적·객관적 자유를 행사하도록 안전, 질서, 제도, 문화 및 경제 등의 조건을 창조하고, 이러한 조건하에 이르면, 국민이 적극적 행위를 통해 자신의 자유를 실현하고, 정부 또한 개입하지 않고, 강제로 국민이 자유를 향유하도록 하지 않는 것이 바로 적극적 방임의 본의이다.

실질적 측면에서 소극적 방임과 적극적 방임간에는 경계가 분명하지 않고, 이들의 상호의존의 형태 역시 다양하다. 즉 소극과 적극간의 변증적 통일관계는 매우 복잡하다. 소극적 방임은 적극적 방임을 포함할 수도 있고, 적극적 방임이 전제가 되기도 하고, 적극적 방임의 결과이기도 하다. 이론상 이러한 구분의 의의는 공공행정의 실천을 위하여 자신의 법정 활동범위를 심사하는 일련의 사고방식(思路)을 제공하고, 타인의 정책결정을 위하여 특정의 참조할 만한 모델을 제공하는 데에 있다.

4) 중립성 원칙

중립성은 방임성의 필연적 요구사항으로, 행정기관은 이익충돌의 각 당사자간에 등거리를 유지하는 중립적 입장을 말한다. 즉, 어떠한 일방 당사자도 자기의 입장을 지배하지 못하게 하고, 어떠한 일방 당사자의 이익 대리인도 되지 않으며, 단지 법률에 따라 공평한 게임이 필요로 하는 질서만을 수호한다.

중립성은 형식적 의미와 실질적 의미로 나뉜다. 형식적 의미의 중립성이란 행정기관 및 그 업무인원이 어떠한 일방 당사자와 어떠한 형식적 이해관계를

가지지 않는다는 것을 말하는데, 만약 이해관계가 있다면 회피해야 한다. 형식적 의미의 중립성의 착안점은 외재적인 유형적 이익으로서, 출발점은 행정기관과 업무직원이다. 행정법학의 시각에서 볼 때, 공공 경제학상의 소위 권력지대추구이론과 규제포획이론이 주시하는 것은 행정기관의 중립성 문제로서, 일단 공공권력과 당사자의 이익간에 교역성의 지대추구관계가 형성되면, 이에 따라 필연적으로 나타나는 결과는 행정기관이 상대방에 의해 “포획”되고, 일방 당사자 이익의 대리인이 되어, 일방 당사자의 이익을 위하여 그리고 다른 당사자를 위하여 종종 불리한 상황을 만들게 된다. 이러한 상황에서 행정기관은 사회이익의 충돌에 중심점이 되어, 어떠한 일을 하든지 하지 않든지 간에, 모두 사회의 신임을 얻을 수 없다.

실질적 의미의 중립성이란 행정기관과 그 업무인원이 주관적 양심과 이성근거하여 객관적 법률을 준수하고, 이성과 규율에 따라 법률을 이해하고 집행하는 것을 말한다. 이성과 규율 앞에서, 모든 당사자는 평등하고, 그들 각자의 실력(實力)이 어떠한지 그리고 각자의 이익추구가 무엇인지에 관계없이, 행정기관에 있어서는 이들은 모두 평등하다. 당사자가 이익게임을 진행한 결과는 단순히 유형적 실력을 비교한 결과가 아니라 당연히 이성과 규율이 작용을 하여 발생한 자연적 결과이어야 한다. 실질적 의미의 중립성의 착안점은 내재적 법률과 주관적 이성이고, 입각점은 공공행정 과정의 공평성 및 그 결과의 합리성이다.

행정법적 측면에서 볼 때, 중립성 원칙의 실질은 정부역할의 자리매김에 있다. 사회의 서로 다른 단체의 이익요구에 직면할 경우, 정부는 서로 다른 당사자 이익의 중재자로서 역할을 하는가? 아니면 일방 당사자 이익의 대리인으로 역할을 하는가? 이익게임, 공정경쟁의 제도무대의 수호자인가? 아니면 그중에서 한 사람의 게임자와 경쟁자의 역할을 하는가? 항해하는 선박의 조타수 또는 엔진의 역할을 하는가? 우리가 이성적이고 미래적인 안목으로 문제를 살펴본다면, 해답은 명백하게 보인다.

5) 자율성 원칙

자율성은 행정기관이 법률에서 명확하게 규정된 활동범위를 준수할 뿐만 아니라 신중하고 구속적인 태도로 취하여 자신의 합리적 주의의무를 다하는

것이다. 한정성, 보조성, 방임성 등 기준의 착안점은 모두 공공행정의 외부에 있고, 자율성의 착안점은 공공행정의 자체내부의 소질과 능력에 있다.

자율은 타율에 반대되는 말이다. 행정기관에 있어 의회법률은 타율성 규범이고, 행정법규, 규장 및 규범성 문건은 자율성 규범이다. 사회여론, 민주적 감독, 민원소송(信访申诉), 행정소송, 국가배상은 타율적인 것이고, 근무감독, 행정감찰, 행정심판, 오심사건 규명 등은 자율적인 것이다. 개혁개방이래로 중국은 기본적으로 상대적으로 완전한 행정법제 감독체제를 구축하였다.

문제는 자율과 타율간의 관계가 어떠한가이다. 생각건대 이론이나 실무와 관계없이 자율성이 가장 중요하고, 기초적이라고 본다. 이는 자율성은 모든 사람들의 본질적 속성이고 자유의 본질적 요소이기 때문에, 필연적으로 공공행정이 갖는 내재적인 본질적 속성이다. “행동하는 것은 자각에 의지한다.”(做人靠自觉), “행위는 통제할 수 있지만 마음은 통제할 수 없다.”(管住行为管不住心) 라는 말은 대중들이 보편적으로 받아들이는 이치로서, “법에 따른 행정은 자율에 의지한다.”는 것 역시 자연적 이치이다. 자율적 조치는 타율적 조치가 실질적인 효과를 발생하게 하는 기초로서, 행정기관에서 자율이 매우 좋을 수 없거나 심지어 자율능력을 상실한 상황에서 외재적인 타율적 감시조치가 얼마나 완벽하고 강대한가에 관계없이, 모두 형식과 과정으로 흐를 수 있다.

6) 비례성 원칙

비례성 원칙이란 공공행정의 목적 및 수단의 관계를 조정하는 기본원칙으로, 행정기관이 수단을 채택하여 야기하는 원가와 실제 수익간에 마땅히 합리성이 존재하는 대칭관계를 말한다. 이 원칙의 구체적 내용과 관련하여, 본 교재는 기본원칙 부분에서 비교적 자세히 소개하고, 있는데 여기에서는 단지 공공행정 범위의 측면에서 분석을 진행한다. 이 원칙의 요점은 다음과 같다.

① 최소침해

최소침해란 행정기관이 동일한 목적을 달성하는 각종 조치 중에서 행정기관은 국민에게 가장 적은 손해를 주는 조치를 채택해야 한다는 것을 말한다. 국민에 대한 개입조치인지를 결정할 경우, 행정기관은 개입의 목표, 목적 및

수익이 무엇인지, 다시 말해 개입조치를 채택하는 것이 도대체 어느 법률상의 “장점”이 존재하는지를 사전에 진지하게 고려해야 한다. 목표와 목적이 명확해 진 이후, 행정기관은 어디에 채택가능한 조치가 있는지, 이러한 조치들 각각의 원가는 어느 것인지, 목표와 목적 달성에 있어 어떠한 조치의 원가가 가장 적은지를 반드시 진지하게 고민해야 한다. 최소침해의 핵심은 현재의 객관적 조건하에서 인류의 이성적인 일반 인식능력 범위내에서, 행정기관이 문제를 해결할 수 있는 최선의 방법을 찾아서 채택해야 한다는 것이다. 법률적 측면에서, 일체의 필요하지 않는 손실은 법률상 정당성이 없다. 다만, 본래 회피할 수 있는 손실이 발생한 경우, 공공행정은 실질적 위법성을 지닌다.

② 과잉금지

과잉금지란 채택한 조치의 원가가 수익보다 큰 경우 개입조치를 채택할 수 없다. 만약 이러한 조건하에서 수익이 원가보다 큰 개입조치가 없다면, 개입의 포기, 즉 방임적 입장을 취해야 한다. 법률적 측면에서 어떠한 원가가 수익보다 큰 조치는 모두 불필요한 것인데, 이는 공공행정의 능력이 미치는 범위를 벗어난 것이므로 실질적으로 위법하다.

③ 이익균형

이익균형이란 공공행정의 과정과 결과는 각 측면의 이익의 조화에 입각하여야 한다. 이러한 점을 달성할 수 있는 경우를 제외하고, 행정기관은 주동적으로 개입조치를 채택해서는 아니 된다. 다시 말해, 역량이 충분하고, 잘 처리할 수 있는 일은 처리하고, 잘 관리할 수 없는 일은 관리하지 말아야 한다. 소위 “관리를 잘하였는지 여부”의 중요한 기준은 “이익 균형”이다. 행정기관이 개입조치를 채택할지 여부를 고려할 경우, 마땅히 관련된 중요한 이익을 전면적으로 고려해야 한다. 이익균형의 전제는 객관적으로 각종 측면의 이익요구를 발견하고, 그러한 이익이 모두 공공행정의 과정에서 적당한 방식으로 발견 및 표현되고, 협상과 게임중에서 자신에게 적합한 위치를 찾게 하여, 각종 측면에서 형성된 이익이 존중되고 실현될 수 있는 조화로운 방법을 찾게 하는 것이다. 이익 균형적 측면에서, 비례성원칙과 이익형량원칙은 일맥상통한다.

④ 효율성의 최우선

효율성의 최우선이란 목적이 최대로 실현된 상황에서 수단의 원가가 가장 최저에 이를 수 있다는 것, 즉 수익의 최대화와 원가의 최소화를 말한다. 따라서 비례성원칙과 원가수익 분석원칙은 일맥상통하는 것이다.

공공행정의 범위는 공법사(公法史)에서 하나의 영원한 수수께끼이다. 우리는 명확하게 수량화한 윤곽을 그릴 수 없을 뿐만 아니라, 실행 역시 근본적으로 이러한 윤곽이 필요하지도 않다. 왜냐하면, 공공행정은 역사의 발전에 따라 끊임없이 스스로 조정하기 때문에 경계는 있지만 이러한 경계는 고정될 수 없다. 만약 우리가 실제로 공공행정의 범위를 묘사할 수 있다면, 공공행정의 생명력 역시 종결된다. 한정성, 보조성, 방임성, 중립성, 자율성, 비례성 등 원칙은 구체적이거나 이미 완성된 해답이 아니라, 수수께끼를 여는 열쇠이다. 이러한 열쇠가 있고, 구체적 상황이 종합하면, 우리는 특정 행정활동의 한계를 묘사할 수 있고, 이것으로 충분한 것이다.

(3) 목적

공공행정의 가장 중요하고 직접적인 목적은 공공이익이다.⁴⁾ 사인의 권익은 당연히 공공행정의 목적이고, 특정한 상황에서는 공공행정의 가장 중요한 목적이다. 하지만 일반적인 사행정(私行政)과 비교할 경우, 공공행정 목적의 특색을 실현할 수 있는 것은 여전히 공공이익이다. 이것이 공공이익이 학계와 실무에서 주목받는 주요 원인이다.

1) 정의

공공이익이란 불명확한 법률적 개념으로, 이에 대한 정의와 관련하여 의견이 분분하다. 《Black's Law Dictionary》의 해석에 따르면, 공공이익이란 “대중이 그 안에서 지니는 금전적·물질적 이익 또는 대중의 법률적 권리·의무에 영향을 줄 수 있는 이익으로, 어떠한 편협하고 단순히 호기심이 있는 사물을 포함하지 않고, 특수한 지역의 이익도 의미하지도 않는다. 즉, 이는 지방, 국가

4) 주요 참고문헌 : 察乐渭：“论行政法上的公共利益”，中国政法大学博士论文，2007年；王中一：“论行政法上公益原则”，中国政法大学博士论文，2007年。

또는 정부의 사물에서 국민에 의해 향유되는 이익이다.”⁵⁾ 본 정의는 유형적, 객관적 물질이익에 비교적 편중된 것으로, 이를 “객관설”이라 한다. 파운드의 주장에 따르면, 소위 공공이익은 한 정치조직 사회생활에 포함되는데, 이러한 조직의 지위에 기초하여 제출되는 각종 요구와 수요 및 희망을 말한다. 이러한 관점은 비교적 사람의 주관적 수요에 편중되어, 이를 “주관설”이라 한다. 미국 정치학자 헌팅턴에 따르면, 공공이익이란 선천적으로 자연법 또는 사람들의 의지 속에 존재하고, 정치과정에서 발생하는 결과는 아니다. 통치기구가 통치기관의 권위와 정당성을 대표하고 증명하는 물건, 즉 “공공이익은 바로 공공기구의 이익”이다.⁶⁾ 이런 관점은 공공이익의 대표자를 강조하고, 공공이익의 핵심은 사실상 그 구체적인 의의와 내용이 무엇인가에 있는 것이 아니라, 그 안에서 어떠한 사람이 대표하는가에 있고, 보다 좋은 공공이익이 좋지 않은 대표자를 만날 경우에는 역시 변화되거나 변질될 수 있다는 것인데, 이를 “대표설”이라고 한다.

이러한 관점들은 서로 다른 측면에서 공공이익의 주체와 객체, 주관적 요소와 객관적 요소를 해석하였고, 과학적인 점도 매우 많다. 생각건대, 공공이익은 불확실한 법률적 개념으로써 명확하게 정의할 수 없지만, 공공이익의 핵심은 내용 또는 의의가 아니고, 외연 또는 범위도 아닌, 바로 그의 기원 및 형성과정이다. 공공이익은 개인이익에서 유래하고, 개인이익이 민주정치의 게임과정에서 자연적으로 형성되는 결과이며, 사람들이 공평·민주의 정치협상과 게임과정에서 달성하는 사회생활 규칙과 관련이 있는 일종의 공감의식이다. 우리가 공공이익을 이해할 경우, “이익”이라는 이 단어에 의해 미혹될 수 없고, 글자만 보고 대강 뜻을 짐작할 수 없으며, 세속의 눈앞의 이익, 특히 물질 이익의 측면에서 이를 이해할 수 없다. 공공이익이 “공공”으로 불리는 이유는, 공공이익이 누구나 지니고 있고, 누구나 함께 나눌 수 있는 것이 아니라, 공공이익이 특정의 보편적인 사회규율을 반영하고 있으며, 진리내핵의 물질존재형식을 가지고 있기 때문이다. 공공이익이 “이익”이라고 불리는 이유

5) black's Law Dictionary, West Publishing Co. 1991, p.856.

6) [美]塞繆尔·P·亨廷顿著, 王冠华译:《变化中的政治秩序》, 三联书店出版社, 1988年版, 第23页。

는, 공공이익이 누구나 가시적이거나 얻을 수 있는 물질적 장점이기 때문이 아니라, 주로 사람들을 위하여 미래의 목표, 도로 및 방향을 명확하게 하기 때문이다. 이는 마치 “이정표”와 같은 일종의 규범과 명령이고, 사람들이 반드시 준수하여야 하는 노선이며, 사람들이 반드시 나아가야 하는 도로이다. 상술한 관점과의 차이는 우리는 공공이익의 진리내핵과 그 필연성을 강조하는 데에 있다. 즉 진리내핵을 포함하고 있기에, 존재하는 합리성과 필연성을 지니는 일체의 사물은 공공이익으로 간주된다. 간단히 말하면 일체의 합리적이고 필연적인 존재는 모두 공공이익이다. 반대로 진리내핵이 없기 때문에, 그 존재의 합리성과 필연성을 증명할 수 없는 일체의 현상은 모두 공공이익이 아니다.

2) 속 성

공공이익의 속성에 대하여, 서로 다른 학문에서 서로 다른 측면으로 심도깊고 세밀한 분석을 하였는데, 여기에서는 그중 중요한 측면만을 선택하였다.

① 모호성

불확정성이라고도 한다. 주제, 유래, 내용, 범위, 형성과정, 발생작용 등의 측면에서, 공공이익은 모두 일정한 불확실성을 가지며, 사전에 구체적으로 수량화된 기준을 설정할 수 없다. 그러나 불확정성은 상대적인 것으로, 절대적인 것이 아니며, 최소 개별 사례에서 공공이익의 주제, 내포 및 기준은 명확할 수 있다. 그러한 절대적으로 증명할 수 없고, 절대적으로 확정성을 부가할 수 없는 환영(幻影)은 공공이익이 아니다. 다른 측면에서, 공공이익의 불확정성은, 단지 오로지 법률규정이 있지만 하면 명확성을 확보하는 것이 불가능하고, 반드시 구체적인 정치적, 행정적 또는 사법적 과정에서 명확성을 확보할 수 있다. 이러한 과정을 거치고도 명확하지 못하거나 명확해 질 수 없는 것은 공공이익으로 간주될 수 없다.

② 개방성

공유성이라고도 한다. 공공이익은 개방적이고, 사람들이 함께 나눌 수 있으며, 특정 조건하에 이익이 있다. 불확정성처럼, 개방성도 절대적인 것이 아

니고, 조건적이며, 상대적이다. 예컨대, 공공이익의 근원주체와 수익주체는 반드시 특정조건에 부합하여야 한다.

③ 전체성

공공이익 자체는 사람들이 공동으로 공유하는 분할할 수 없는 전체로서, 사람들이 이를 분할하여 향유할 수 없고, 더욱이 사람들이 공유하는 과정에서 변질될 수도 없다. 전체성은 공공이익 자체 구성요소의 체계성과 상관성이 결정하는 것이다. 공공이익은 마치 공공버스와 같아, 주행시스템, 동력시스템 및 제동시스템 등 여러 부분으로 구성되는 시설 전체이고, 오직 하나의 완전하고 체계적인 전체가 있을 경우에만 사람들을 위하여 효과적인 탑승서비스를 제공할 수 있다.

④ 보편성

공공이익은 개인의 이익을 초월하는 속성이 있다는 것을 말하는데, 대중과 직면하고, 대중에서부터 유래하며, 대중에게 귀속되는 것이다. 여기에서 말하는 “초월”은 공공이익이 개인이익보다 높다거나 우선한다는 것이 아니라, 단지 범위와 기준 등의 측면에서 공공이익이 보다 큰 포용성을 지닌다는 것이다.

⑤ 현실성

공공이익은 반드시 가시적이어야 하고, 노력하면 실현할 수 있다는 것이다.

⑥ 정당성

공공이익은 반드시 사람이 납득할 수 있는 방식으로 그 존재의 합리성을 증명할 수 있어야 한다는 것을 말한다. 예컨대, 공정하고 민주적인 협상과정을 통하여 공동인식에 이르면, 사람들이 공동으로 인식한 가치기준에 부합하게 되고, 객관적인 자연규율 또는 사회규율에 부합하게 된다. 반대로 부당한 물건은 아무리 어떠한 공공성의 겉옷을 제공하더라도 공공이익이 될 수 없다.

3) 공공이익과 개인이익간의 관계

이는 공공이익이론의 핵심문제이다. 이와 관련하여, 의견들은 분분하다. 첫째, “간단 총합설”(简单总和说)로서, 공공이익을 개인이익의 총합으로 간주한다.

예컨대, 벤담은 공공이익은 개인이익과 독립적인 것이 아니라, “공동체는 허구체로서, 그 구성원을 구성하는 개인으로 조성될 수 있다고 간주될 수 있다. 그렇다면 공공의 이익은 무엇인가? 이는 바로 공동체를 야기하는 약간 구성원의 이익의 총합이다”⁷⁾라고 주장한다. 중국학자들은 이와 유사한 관점을 지지하면서, “거시는 미시로 구성되고, 공공은 추상적인 것이 아니라, 실재하는 개체로 구성된 것이므로, 공공이 개체로 구성된다면, 공공이익 역시 일종의 개인이익의 조합이고, 최종적으로 개인의 이익에서 실현된다고 생각한다. 개인을 초월하는 사회와 국가가 존재하지 않는 것처럼, 개인을 초월하는 공공이익도 역시 동일하게 존재하지 않는다.”고 본다.⁸⁾

둘째, “총합 증가설”(总和提升说)로서, 공공이익은 개인의 이익에서 유래하고, 개인이익의 총합이지만, 이런 총합은 간단하지 않고, 복잡한 승화과정을 거친다. 따라서 반드시 공공이익은 개인이익의 간단한 총합보다는 크다고 생각한다. 예컨대, 루소는 “공공의 이익과 손해는 단순히 개인의 이익과 손해의 총합이 아니라, 마치 일종의 간단한 단체 속에 있는 것과 같아서, 그들을 함께 결합해 놓은 그러한 관계에 존재한다. 공공이익은 그러한 총합보다 크고, 공공복지는 개체의 행복에서 설립되는 것이 아니라 오히려 개체 간 행복의 근원이 될 수 있다.”⁹⁾고 생각한다. 이와 유사한 관점은 “공공이익은 모든 사람들 이익의 총합이 아니고, 각종 사인의 이익을 제거하는 각종의 양과 음의 부호 후에 남는 합이 아니다. 비록 공공이익이 사인의 이익과 완전히 분리되지 않고, 공공이익이 많은 사인의 이익을 지니는 국민에게서 유래한다. 하지만, 이는 사인이익의 내부와 사인이익 간에서부터 발생하고 분리되며, 사인의 이익을 초월하는 특색을 지니고 있다.”¹⁰⁾ 중국 학계에서도 이러한 견해를 지지하는 학자가 있다. 즉, 공공이익은 개인이익의 유기적 조합이고, 이런 조합은 개인의 이익 중 임의성, 우연성 및 특수성의 요소를 걸러내는 동시에, 그 중 합리성, 필연성 및 보편성을 종합적으로 확대시키기 때문에, 이러한

7) [英] 边沁著, 时殷弘译: 《道德与立法原理导论》, 商务印书馆, 2000年版, 第58页。

8) 张千帆: “公共利益是什么”, 载《法学论坛》2005年 第1期。

9) [法] 卢梭著, 何兆武译: 《社会契约论》, 商务印书馆, 1982年版, 第192~193页。

10) [美] 珍妮特·V·登哈特、罗伯特·B·登哈特著, 丁煌译: 《新公共服务》, 中国人民大学出版社, 2004年版, 第69页。

개인의 이익이 있으면 공공이익과 통일될 수 있고, 공공이익이 될 수 있다고 본다.¹¹⁾

셋째, “환원설”(还原说)로서, 공공이익은 반드시 개인이익에 환원된다고 본다. “개인의 이익 또는 집단의 이익과 관계없이, 이익은 결국 반드시 … 개인에게 귀결되고, 개인이 느낄 수 있다. 바꾸어 말하면, 개인의 이익으로 귀결될 수 없는 국가이익 또는 사회적·집단적 이익은 존재하지 않는다.”¹²⁾

넷째, “전환 조화설”(转化协调说)로서, 공공이익은 개인이익에서 전환되어 왔기 때문에, 개인이익과 조화할 수 있다고 본다. 예컨대, 독일학자 레스너는 특정 국민이익 자체가 바로 생명재산의 안전이익과 같은 공공이익으로서, 민주절차를 거쳐 소수의 이익이 공공이익으로 전환되거나 인정될 수 있다고 본다.¹³⁾

다섯째, “충돌 우선설”(冲突优先说)로서, 충돌이 발생할 경우, 공공이익은 개인의 이익보다 우선한다. 이는 인간 공동생활의 필요일 뿐만 아니라 심지어 개인이익의 발전의 필요이기 때문에, “하나의 진정한 자유로운 국가에서 모든 국민이 법률의 보호 하에 자신의 복지 또는 개인 이익을 위하여 노동의 권리를 향유하고, 어느 누구도 공공이익을 위반하는 것을 허용하지 않는다.”는 것이다.¹⁴⁾ 따라서 공공복지는 개인행복의 근원이고, 공공이익은 반대로 개인이익의 근원이다. 이러한 종류의 관점은 “만약 개인 또는 소수의 이익과 다수의 이익이 충돌하지 않을 경우 다수가 소수를 더하게 되고, 만약 소수 또는 개인의 이익과 다수의 이익에 있어 근본적인 충돌이 발생 할 경우 소수를 버리고 다수를 고려한다는 것이다.”¹⁵⁾

상술한 각종 관점은 서로 다른 측면에서 공공이익과 개인이익간의 관계를 설명하였는데, 모두 채택할만한 가치가 있다. 생각컨대, 공공이익과 개인이익은 변증적·상대적인 관계이고, 구체적인 표현형태는 내용과 형식, 목적과 수

11) 杨通进：“爱尔维修与霍尔巴赫论个人利益与社会利益”，载《中国青年政治学报》1998年 第4期。
12) 周安平：“公民财产权与国家行政权之法治关系”，载《华东政法学院学报》2006年 第1期。
13) 陈新民：《德国公法学基础理论》，山东人民出版社，2001年版，第200页。
14) [法] 霍尔巴赫著，黄太庆译：“社会体系”，载黄楠森，沈宗灵主编：《西方人权学说》上卷，四川人民出版社，1994年版，第142页。
15) 《周恩来选集》上卷，人民出版社，1980年版，第305页。

단, 내재와 외재, 공통성과 개별성, 보편성과 특수성, 가정과 실제, 대립과 의존, 유래와 전환 등 다양한 형태라고 생각한다. 구체적 사례를 통하여, 양자가 어떠한 관계로 나타나는지에 대하여 구체적으로 분석을 할 수 있다.

공공이익이 개인이익에 우선한다는 것에 대하여, 일률적으로 논할 수 없고, 더욱이 절대화할 수 없다. 공공이익은 “공공”이라는 명의를 부가되기 때문에 당연히 개인이익에 우선한다는 우선적 지위를 확보하는 것은 아니라고 본다. 설령 합리적인 이익형량을 거쳐, 공공이익이 우선하더라도 이를 절대화할 수 없고, 다음과 같은 원칙의 제한을 받아야 한다.

1) 법률유보 원칙

국민의 인신권과 재산권을 제한하는 이유가 되기 위해서, 우선성이 있는 것으로 간주되는 공공이익은 반드시 법률·법규에 명확한 규정이 있어야 한다. 즉, 특정상황에서 공공이익이 개인의 이익에 우선한다는 것은 반드시 법률·법규가 규정해야 한다. 명확한 법률적 근거가 없는 상황에서, 행정기관은 단지 공공의 이익의 보호를 국민의 인신의 자유 또는 재산의 자유를 제한하거나 박탈하는 것으로 여겨서는 아니 된다.

2) 비례의 원칙

설령 법률이 명확하게 공공이익이 개인이익보다 우선한다고 규정하더라도, 공공이익의 우선성은 역시 절대적인 것이 아니고, 한계와 조건이 있다. 국민의 개인이익에 대한 제한과 달성하는 공공이익의 목적간에는 반드시 합리적, 내재적, 필연적인 연관성이 있어야 한다. 비례의 원칙에 부합하지 않는 상황에서, 법률이 규정한 공공이익의 우선성은 단지 형식상의 의미를 지니고, 실질적인 의미는 없다.

3) 적법절차의 원칙

설령 법률이 공공이익의 우선성을 규정하고, 비례원칙의 형량을 거쳐, 국민 개인의 합법적 권익을 제한하거나 박탈하는 정당한 이유를 형성하였다 하더라도, 행정기구는 반드시 정당한 법률절차를 준수하여야 하고, 절차를 진행하

는 과정에서도 가시적이고 납득할 수 있는 방식으로 공공이익의 정당성과 한계성을 증명하여야 한다.

4) 공평한 보상의 원칙

공공이익이 개인이익에 우선한다고 간주되는 것은 관련 국민이 마땅히 받아들여야 한다는 것은 아니다. 우선성은 단지 공공이익을 위하여 국민의 개인이익을 제한하고 박탈할 수 있지만, 이러한 제한 또는 박탈이 무조건적이고 절대적인 것을 의미하는 것은 아니다. 국민의 개인적 권익이 합법적이면, 법률은 반드시 보호하여야 한다. 따라서 공공이익과 개인이익이 충돌할 경우, 개인이익이 합법적 권익이고 공공이익 또한 우선성이 인정되는 상황에서, 공공이익을 위하여 개인이익을 희생할 경우 반드시 공평하고 합리적인 보상을 제공해야 한다.

2. 공공행정의 범위

이상에서 주체, 객체, 목적의 3가지 측면에서 공공행정의 의의를 분석하였다. 다음에서는 형식과 실질의 2가지 측면에서 공공행정의 외연적 의미를 살펴본다.

(1) 형식적 의미의 행정

공공행정이란 국가 또는 수권 조직이 진행하는 관리활동을 말하고, 사행정(私行政)이란 기업, 사업단위가 진행하는 자기관리활동을 말한다. 공공행정과 사행정의 근본적 차이는 주체의 상이성에 있다. 주체를 기준으로 나누는 공공행정은 행정법학상 형식적 의미의 행정이라 한다.

주체의 상이성에 기초하여, 공공행정과 사행정을 명확하게 구분할 수 있다.

1) 목적의 상이

공공행정은 공공이익, 즉 국가와 사회의 이익을 목적으로 하는데, 사행정은 사회이익과 국가이익에 부합하여야 하고, 법률·법규 및 사회의 공중도덕을 위반할 수 없지만, 그 직접적 목적은 오히려 기업 사업단위 자신의 이익에 있다.

2) 수단의 상이

공공행정은 국가의 강제력을 근거로 하여 피관리자가 복종하지 않을 경우 행정기관이 행정처벌, 행정강제 등의 조치를 채택할 수 있고, 국민의 인신자유권과 재산권을 제한할 수 있으며, 그러한 복종을 강요할 수 있다. 사행정은 국가의 강제력을 직접적인 근거로 할 수 없고, 피관리자가 복종하지 않을 경우 통상적으로 협상, 설득, 교육 또는 제소할 수 있지만, 타인의 인신권과 재산권을 직접적으로 제한할 수 없다.

3) 범위의 상이

행정기관의 내부적 자기관리를 제외하고, 공공행정의 범위는 다수의 사회업무를 포함하는 동시에, 내부 관리기능 및 외부 관리기능을 포함한다. 사행정의 관리기능은 내부에 한정되어, 내부적인 자기관리만 진행할 수 있다.

4) 구제절차의 상이

분쟁 또는 논쟁이 발생할 경우, 공공행정의 구제절차에는 헌법소송, 행정소송, 행정심판 등이 있다. 사행정의 구제절차에는 협상, 중재, 민사소송, 노동소송 등이 있다.

5) 법률적 근거의 상이

공공행정의 근거는 헌법, 조직법, 행정법 등 공법적 규범이고, 사행정의 법률적 근거는 민법, 상법 등 사법적 규범이다.

공공행정과 사행정간에는 밀접한 관계가 존재하는데, 다음과 같다.

1) 양자간 다수의 상통하는 원리와 원칙의 존재

사인의 행정 역시 관리이고, 공공행정의 여러 가지 방법은 사인의 행정에 도움이 된다. 많은 국가들이 행정체제를 개혁할 경우, 모두 사행정의 경험을 참고하거나 수용한다. 구조와 관리의 측면에서, 모든 행정에 대하여 크거나 작게 적용되는 원리, 원칙을 발견할 수 있다. 예컨대, 관리정도 규칙, 관리단계 규율, 효율성 원칙 등이 있다.

2) 양자간 상호작용관계 존재

공공행정은 사행정에 서비스를 제공하고, 사행정의 수요는 공공행정의 범위를 확정하는 실천근거 중 하나이고, 사행정의 수준은 공공행정의 발전수준을 결정한다. 공공행정은 또한 사행정에 반작용을 하고, 거시적인 제도의 설계자와 미시적인 재판감독자의 역할을 하며, 공공행정의 품질과 수준은 사행정의 발전수준을 직접 제약한다.

3) 공공행정 보급의 사행정 참고 증가

경제와 과학기술의 현대화 및 국제화는 급부행정과 민주행정의 발전을 촉진시켜, 공공행정과 사행정의 경계가 점차 모호하게 되었다. 국가가 대량의 공익적, 사회적, 업종적 또는 지역적 기능을 수권의 방식으로 다양한 사회조직이 행사하도록 한다. 예컨대, 변호사협회, 촌민위원회, 지역사회, 대학 등 사회조직은 공공행정의 하나의 주체가 된다. 또한 공공행정의 운영은 점차 협상, 계약 등과 같이 사행정의 방법을 참조하고 상응하는 사법규정을 원용하기 때문에, 공공행정은 어떠한 측면에서는 사행정의 형태와 특징을 이루고 있다.

사례 1 : 1995년 11월 S省 X市 모 유리섬유공장에서 생산설비가 파손되는 사건이 발생하였다. 그 후 공안기관이 조사한 결과, 생산설비를 파손시킨 위법행위자는 해당 공장의 직원 甲이었다. 甲은 항상 공장의 규칙을 준수하지 않고 자주 지각하거나 조퇴하였으며, 근무 중에 수면을 취하여 공장에서 세 번이나 벌금을 내는 처벌을 받았다. 甲은 이 때문에 복수하기 위하여 야간을 이용하여 철조각을 보일러에 넣었고, 이로 인해 보일러가 고장나게 되었는데, 빠른 시간내에 수리되어 공장에서는 이를 문책하지 않았다. 그 이후 甲은 공장의 규칙을 위반하여 또다시 벌금을 받게 되었고, 甲은 이에 분노하여 야간을 이용하여 철조각을 보일러에 던져 보일러가 또다시 고장나게 되었다. 공장에서는 고의적 파괴를 의심하게 되었고, 공안기관에 신고하여 사실을 조사한 이후, 법률에 따라 200위안의 벌금으로 중재하는 동시에 甲에게 공장의 손해를 배상하게 하였다.

본 사건과 관련한 주요 문제는 공장과 공안기관의 처벌이 모두 “벌금”인데, 이들 간에는 어떠한 차이가 있는가? 이 해답의 중점은 공공행정과 사행정의 구별이다. 이런 중점만 이해한다면 본 문제는 즉시 해결된다. 공공행정과 사행정의 차이는 주체, 객관, 목적, 근거, 수단 등의 측면에서 표현된다. 주체적 측면에서, 공장은 기업이고, 공안기관은 국가행정기관이다. 객체의 측면에서, 공장벌금의 대상은 해당 기업내부의 관리사항이고, 공안기관의 벌금 대상은 외부사회의 관리사항이다. 목적의 측면에서, 공장의 벌금은 해당 기업의 질서를 유지하는 것이고, 공안기관의 벌금은 공공질서를 보호하기 위한 것이다. 근거적 측면에서, 공장벌금의 근거는 기업관리 측면의 정관제도이고, 공안기관의 벌금근거는 《치안관리처벌법》이다. 방법적 측면에서, 공장의 벌금은 국가의 강제성이 없다. 만약 甲이 그 납부를 거절하면 공장은 단지 소송을 통하여 甲과의 분쟁을 해결할 수 있지만, 공안기관의 벌금은 직접적인 국가의 강제성이 있기에, 공안기관은 법에 따라 강제집행을 할 수 있다.

(2) 실질적 의미의 행정

형식적 의미의 행정은 단지 공공행정의 주체범위와 조직형식만을 확정하고, 그 기능과 활동의 범위 및 형식을 명확하게 하지 않는다. 공공행정의 활동형태와 작용형식은 다양하고, 다른 국가기관의 기능과 행동과 밀접한 관계가 존재하고 있기 때문에, 반드시 공공행정과 입법, 사법 등 기타 국가기능의 경계를 더욱 명확하게 하여야 한다. 권리분립과 기능분담의 시각에서 확정된 공공행정은 학리적으로 “실질적 의미의 행정” 이라고 한다.

전통적인 권력분립 이론에 따르면, 입법의 실질은 법률규범의 형식으로 민심을 표현하는 것이고, 사법의 실질은 중립적인 국가재판관이 신청에 대하여 법률분쟁을 해결하는 것이며, 행정의 실질은 법률규범을 적극적이고 주동적으로 구체적인 사건에 적용하는 것이다. 이러한 세 가지 국가권력을 확실히 구분하기 위해서는, 반드시 서로 다른 국가기관, 즉 의회, 행정기관 및 법원을 설치하여 이러한 세 가지 권리를 행사하게 하는 것이다. 권력분립이론은 중국에서는 인민대표대회 제도하의 기능분담이론으로 변화되었다.

범위에서 볼 때, 세 가지 국가권력과 기능은 실질적으로 차별이 없고, 하나의 명확하고 분명한 지역경계를 확정할 수 없다 이들은 모두 개인, 사회,

정치, 경제 및 문화 등 각각의 측면에 미칠 수 있다. 세 가지 국가 권력과 기능의 주요한 구별은 주로 활동의 방식과 절차의 상이성에 있다. 행정이 입법과 사법과 구별되는 특징은 다음과 같다.

1) 구체성

행정의 객체는 통상 일상적, 특정적, 구체적 사무이다. 이는 행정과 입법의 근본적인 차이점이다.

2) 주동성

공공이익이 필요한 상황에서, 설령 국민 또는 기업이 신청하거나 그 요구를 제기하지 않더라도, 국가행정기관 또는 국가가 수권한 사회조직은 주동적으로 특정한 조치를 취택하여야 한다. 행정의 주동성은 공공이익을 실현할 필요성에서 결정하고, 특정 국민 또는 기업의 주관적 희망이 아니다. 이는 공공행정이 사법과 구별되는 핵심으로서, 사법활동은 불고불리의 원칙을 준수하여, 원고 없이는 판사도 없다.

3) 창조성

행정의 하나의 중요한 측면은 제도설계, 관념인도 및 사회조소(社会塑造)이다. 중국의 경제체제 개혁과 정치제도 개혁은 전체적으로 하향식 모델에 해당하고, 개혁과정에서 정부는 적극적·주종적인 역할을 하여 구제도의 폐지, 신제도의 설계 및 수립, 새로운 관념과 사회기풍 등 정부가 우선적으로 제시하고 추진을 주도하고 있다.

그러나 행정, 입법, 사법간의 구별은 절대적인 것이 아니다. 다음의 문제는 생각해 볼 필요가 있다.

1) 행정기관은 법률의 수권에 근거하여 입법과 사법활동을 진행할 수 있다. 예컨대, 행정기관이 행정법규와 규장을 제정하고, 민사권리분쟁을 해결한다.

2) 사법기관 또한 입법과 행정활동을 할 수 있다. 예컨대, 법원이 진행되는 판사의 심리, 상벌활동 및 내부관리활동은 사실상 행정의 범주에 속하고, 사법해석은 사실상 입법활동이다.

3) 입법기관 또한 행정활동을 진행할 수 있다. 예컨대, 입법기관은 특정한 구체적인 사건에 대하여 입법, 즉 조치입법 또는 개별입법을 하는데, 입법기관 또한 다수의 내부관리활동이 존재한다.

4) 인민법원하의 설치된 집행기관과 그 기능은 실질적으로 행정의 범주에 속한다. 집행기능과 활동방식은 공공행정의 특징에 더욱 유사하기 때문에, 사법의 속성과는 부합하지 않는다.

5) 인민검찰원의 조직체계와 기능도 행정의 성격을 지닌다. 인민검찰원은 수직적인 지도체제를 실행하는데, 이는 사법기능의 중립, 국가판정인의 속성에 완전히 부합하지 않고, 반대로 행정의 상·하급 지도관계체제와 동일하다. 인민검찰원이 형사수사활동을 진행할 경우, 행정의 일방성, 구체성 등의 특징과 동일하다.

3. 공공행정의 분류

분류는 공공행정의 상이한 표현 형태를 밝히는데 도움을 준다. 기준에 따라 다음과 같이 분류할 수 있다.

(1) 국가행정과 자치행정

이는 주체를 기준으로 하는 분류이다. 국가행정이란 국가행정기관이 국가를 대표하여 진행하는 공공행정을 말한다. 중국의 경우, 각급 인민정부 및 그 업무부분에서 관리한다. 자치행정이란 법률·법규 및 규장의 수권에 근거하여 상대적으로 독립된 공권력을 지닌 사회조직이 자기관리, 자기서비스 및 자기감독을 진행하는 공공행정활동을 말한다. 양자의 차이는 다음과 같다.

1) 주체의 상이

국가행정의 주체는 중앙정부와 지역 각급 인민정부 및 그 아래 속하는 업무부분으로, 성질상 헌법이 규정하는 국가기관에 해당되고, 상호간 계급과 예측적 관계가 있다. 자치행정의 주체는 각자 상대적으로 독립된 사회조직 또는 단체이다. 예컨대, 학술자치단체인 대학, 지역주민 자치단체인 촌민위원

회, 주민위원회 또는 지역사회위원회, 업종별 자치단체인 변호사협회 등이 있다. 법률상 각 자치주체간에는 평등하고, 상·하급의 예속관계는 없다.

2) 범위의 상이

국가행정의 범위는 매우 광범위하다. 모두 국가의 안전, 재정, 경찰, 교통, 우정 등과 같이 국가범위에서 통일적 관리가 필요한 사무는 통상적으로 국가행정의 범주에 해당한다. 이와 달리, 자치행정의 범위는 명확한 당해 지역 및 단체이익의 사무에 국한된다.

3) 권력 유래의 상이

국가는 원시적인 행정주체로서, 원시적 공권력을 가진다. 자치행정주체는 국가주관 행정기관이 법에 따라 설립될 경우, 향유되는 공공행정권력은 국가권력에서 파생되어 나오기 때문에, 국가가 법률·법규 또는 규장을 통해 부여하였다고 할 수 있다.

국가행정과 자치행정은 상호 보완적 관계이다. 자치행정은 국가행정의 분권, 국가행정체제의 분산화 및 민주화의 결과이다. 자치행정이 발달할수록 국가행정은 더욱 위축되며, 반대로 국가행정이 강할수록 자치행정의 공간은 더욱 축소된다. 다른 한편으로 자치행정은 국가행정의 감독을 받는다.

사례 2 : 1999년 3월 《촌민위원회조직법》에 따라 촌간부에 대한 “직접 선거”를 진행하였고, 장모씨가 인티엔진(荫田镇) 예탕촌(爷塘村)의 촌민위원회 주임으로 당선되었다. 촌민의 합법적 권익을 보호하기 위하여, 장모씨는 농업세금과 비용의 징수과정에서 수차례 镇정부의 지시에 응하지 않고, 镇정부 지도자를 몹시 “괴롭게”하는 문제를 일으켰다. 이에 2001년 1월 荫田镇이 주관한 동계회의에서 镇정부는 그를 촌민위원회 주임에서 면직시켰다. 장모씨는 해당 지시에 복종하지 않고 창닝시(常宁市) 인민법원에 행정소송을 제기하여 荫田镇 정부의 면직행위의 취소를 주장하였다. 2001년 11월 6일, 법원은 장모씨의 승소를 판결하였다. 판결이 확정된 이후, 荫田镇 정부는 법원의 판결을 집행하지 않았다.

여기에서 우리는 본 사례에서 향(鄉)정부와 촌민위원회간에는 어떠한 법률 관계가 있는가를 생각해 보아야 한다. 본 사례는 전형적인 자치권보장 행정 소송사건이다. 국가행정과 자치행정의 측면에서 볼 때, 본 사건은 양자간의 협조와 감독관계의 전형적인 사례이다. 촌민위원회는 법률·법규가 수권한 성격의 행정주체이고, 지역주민 자치단체이기 때문에, 향 정부와 촌민위원회간의 관계는 국가행정과 자치행정간의 관계이다. 주관 국가행정기관은 법에 따라 감독권을 행사하고, 자치행정주체가 법률이 규정한 범위내에서 활동할 수 있도록 하지만, 그 전제는 촌민위원회가 행정주체가 되는 지위를 존중하는 것이다. 법률규정 이외의 이유로, 면직절차를 거치지 않고 일방적으로 촌민위원회 주임의 직무를 면직하는 것은 사실상 촌민위원회의 자치권에 대한 침해이기 때문에, 이는 국가권력이 자치권력을 침해하였다. 향 정부의 면직 결정은 외부의 구체적 행정행위이고, 장모씨가 공직을 담임할 권리를 침해하였을 뿐만 아니라 촌민위원회의 자주권을 침해한 것으로, 제소할 수 있는 구체적 행정행위이다.

(2) 권력행정과 비권력행정

이는 수단을 기준으로 하는 분류이다. 권력행정은 명령과 복종을 기초로 하여, 국가강제력, 예컨대, 행정처벌, 행정수사, 행정강제, 행정징수 등을 뒷받침으로 한다. 비권력 행정은 합의를 기초로 하여 사법의 방식을 채택하고, 사법의 규칙, 예컨대, 행정계약, 행정지도 등을 원용한다. 구체적으로 양자의 차이는 다음과 같다.

1) 상대방의 지위의 상이

권력행정은 행정기관이 주도적인 기능을 하고, 행정기관의 정책결정 과정과 의사표시 형식에 대하여, 상대방은 매우 제한적인 참여권만을 지니고, 상대방의 의사표시는 결정적인 의의가 없다. 이와 달리 비권력행정 중 행정기관과 상대방과의 차이는 대등한 상호 협력관계이고, 상대방은 공공행정과정에 참여할 뿐만 아니라, 그의 의사표시는 공공행정의 결과에 대하여 결정적 작용을 한다.

2) 공공행정 방식의 상이

명령과 강제는 권력행정의 전형적인 방식이고, 협상, 합의 및 협의는 비권력행정의 전형적인 방식이다. 비권력행정이 어떠한 강제성도 없는 것은 아니다. 이러한 점에서 비권력행정과 권력행정의 근본적인 차이는 강제성의 근원이 상이하다는 데에 있다. 비권력행정의 강제성은 약정적인 것으로 행정기관과 상대방의 협상의 결과이지만, 권력행정의 강제성은 법정적인 것으로 국가가 법에 따라 일방적으로 행정기관에게 부여하는 일종의 특권이다.

3) 발생작용 범위의 상이

권력행정은 통상적으로 국방, 치안, 재정, 세무 등 전통적인 국가행정사무의 처리에 사용되고, 비권력행정은 통상적으로 공공시설, 공공서비스 등 현대화 서비스행정의 사무처리에 적용된다. 따라서 권력행정과 질서행정은 대응관계에 있고, 비권력행정과 서비스행정 간에도 대응관계에 있다.

권력행정과 비권력행정 간의 경계는 절대적이지 않다. 예컨대 《행정처벌법》 제31조, 제32조와 제41조 규정에 따라, 행정기관은 처벌결정을 내리기 이전에 반드시 피처벌자의 진술과 변명을 들어야 하고, 그렇지 않을 경우에는 행정처벌은 성립하지 않는다. 이런 규정은 국민의사표시의 효력을 확정하여, 행정처벌이 일정한 합의성을 지니게 하였다. 다른 한편으로 비권력행정은 일반적으로 권력행정을 참고하여 진행할 필요가 있는데, 예컨대, 행정기관이 행정계약 서명 전에 조사를 실시해야 한다.

(3) 질서행정과 서비스행정

이는 임무를 기준으로 하는 분류이다. 질서행정의 임무는 공공안전과 사회안정을 보호하는 데 있는데, 예컨대, 최루탄을 사용하여 소란을 일으킬 수 있는 시위자들을 해산시키는 것이다. 서비스행정의 임무는 국민에게 각종 복지를 제공하는 것인데, 예컨대, 위로금, 배울 기회를 잃은 아동구제 등이 있다. 양자간의 차이는 주로 다음과 같다.

1) 내용의 상이

질서행정은 사회질서의 보호를 출발점으로 하여, 자신의 임무를 이해하고 설정하며 집행하기 때문에, 그 내용은 반드시 예방성, 억제성, 통제성 등 소극적인 행정사무에 편중되고, 사회안정의 유지는 모든 것에 우선하는 전제이기 때문에, 질서행정의 핵심 목표가 된다. 서비스행정은 국민에게 제공하거나 또는 생활측면에서의 서비스를 시작점으로 삼고 행정임무를 이해하고 설정하며 집행하기 때문에, 그 내용은 추진성, 인도성, 발전성 등 적극적인 행정사무에서 착안한다. 예컨대, 어떻게 국민에게 양질의 공공행정 서비스를 제공할 것인가가 행정기관이 고려하는 핵심목표이다.

2) 관계의 상이

질서행정 중에서 공공행정과 상대방의 관계는 비교적 긴장관계에 있고, 명령과 복종을 기초로 하며, 국가의 수요를 근본으로 한다. 행정기관이 상대방의 위법행위에 대한 예방과 징계를 주요 수단으로 하기 때문에, 양자간의 관계는 필연적으로 긴장관계이다. 서비스행정에서 공공행정과 상대방의 관계는 상대적으로 화목하고, 평등과 합의를 기초로 하며, 국민 개인의 수요를 근본으로 하며, 국민에게 개성화 서비스를 제공하기 때문에, 양자간의 관계는 일종의 신뢰와 협력의 관계이다.

3) 방식의 상이

질서행정의 활동방식은 일방적인 명령, 처벌 및 강제이고, 서비스행정의 활동방식은 주로 쌍방의 합의적인 협의, 계약 등이 있다.

4) 근거의 상이

질서행정의 근거는 전통적인 행정법이고, 서비스행정의 근거는 사법(私法)을 포함한다. 이는 서비스행정이 일반적으로 사법의 방식을 채택하고, 사법을 근거로 하는데, 이런 상황에서 사법은 행정법의 중요한 근거가 된다.

질서행정과 서비스행정은 상호의존 관계이다. 서비스행정의 발전은 질서행정을 기초로 하고, 질서 자체가 행정기관이 국민에게 제공하는 서비스의 일

중이 된다. 서비스행정의 발전은 일반적으로 질서행정의 개선을 촉진한다. 예컨대, 사회보장제도가 완전한 상황에서는 질서행정의 개선압박이 점차 감소하게 된다.

(4) 재량행정과 구속행정

이는 법률의 구속과정을 기준으로 하는 분류이다. 구속행정은 법률의 행정 활동에 대한 절차와 실체요건에 대하여 명확하게 규정하고, 행정기관은 법률 규정에 따라 행정활동을 할 수 있으며, 행정유형의 여지를 선택할 수 없다는 것을 말한다. 재량행정은 법률이 행정활동의 절차 또는 실체 기준에 대하여 불명확하고 구체적이지 못하기 때문에, 행정기관이 사건의 구체적인 상황에 따라 스스로 판단하고, 행정종류를 선택할 수 있는 것을 말한다. 재량행정과 구속행정의 차이는 상대적인 것으로, 어떠한 행정법규는 모두 재량과 구속의 양면성을 지니는데, 문제는 중요한 면이 어디에 있는가이다.

재량행정은 전체적으로 두 가지 종류가 있다. 하나는 법률결과의 재량이다. 즉 법률이 규정하는 서로 다른 처리방법 중에서 선택을 진행하는데, 예컨대, “가능”, “권한 있음”, “20위안 이상 30,000위안 이하”의 벌금의 범위, “경고”, “200위안 이하 벌금 또는 15일 이하 구류” 등이 있다. 다른 하나는 사실요건의 재량이다. 즉 법률규정이 불확정적인 개념을 사용하는 데, 예컨대, “필요시”, “공공이익”, “긴급한 상황”, “합리”, “정당한 이유”, “신뢰성” 등이 있다.

법률결과의 재량과 사실요건의 재량의 차이는 대상이 상이하다는 것 이외에도 주로 사법심사의 기준이 다르다. 전자에 대하여, 여러 가지 법률결과는 모두 합법적이고, 사법심사의 기준은 적절성, 즉 비례성이다. 후자에 대하여, 비록 행정기관이 이론상 불명확한 법률개념에 여러 가지 해석을 내리지만, 구체적인 사건에서 정확한 해석은 오직 하나이기 때문에, 사법심사의 기준은 정확성이다.

법률결과의 재량하자 표시는 다음과 같다.

1) 재량의 초과

행정기관이 재량규범에서 규정하는 법률적 결과를 선택하지 않는 경우, 재

량의 초과가 발생한다. 예컨대, 법률이 규정한 벌금의 범위가 “20위안 이상 3000위안 이하”이지만, 행정기관이 벌금을 10위안으로 결정하는 경우이다.

2) 재량의 태만

행정기관이 재량권을 행사하지 않거나 신중하게 행사하지 않을 경우, 재량의 태만이 발생한다. 즉 전혀 마음에 두지 않거나, 착오로 하지 말아야 한다고 생각하는 경우이다.

3) 재량의 남용

행정기관이 재량목적에 준수하지 않고, 관련된 요소를 고려하지 않거나 또는 관련 없는 요소를 고려할 경우, 재량의 남용이 발생한다. 예컨대, 당사자의 변명으로 가중처벌 되는 경우이다.

4) 행정법 일반원칙의 위반

모든 행정활동의 행정법에 적용되는 일반원칙, 특히 필요성과 비례성은 재량행정에 대한 객관적인 제한으로 반드시 준수하여야 한다. 예컨대, 평등원칙은 동일한 상황에서 상이한 대우를 금지하고, 기본권리 보호원칙은 행정기관이 공공이익과 개인이익을 전면적으로 고려하여, 관련된 모든 법률규범을 적용하게 하고, 임의로 내용을 가감하고 주관적으로 의미를 취할 수 없으며, 법률을 왜곡하거나 분리할 수 없다.

사실요건의 재량이 구체적인 사건에서 인정되는 결론은 정확성인데, 여기에는 다음과 같은 문제가 있다.

1) 법률의 해석

사실요건의 재량은 일반적으로 일부 불확실한 법률개념의 해석과 연관되는데, 실제로 가장 자주 볼 수 있는 분쟁은 어떠한 해석이 합법적인가 하는 것이다. 행정기관은 법률집행을 위하여 반드시 관련 있는 불확정적 법률개념에 대하여 스스로 자신의 이해와 해석을 하여야 한다. 따라서 법리상 또는 실무상과 관계없이, 행정기관은 모두 불확실한 법률개념에 대한 해석권을 지

닌다. 이에 대하여서는 이견이 없다. 문제는 만약 행정기관의 해석과 법원의 해석이 충돌하는 경우, 어떻게 처리할 것인가이다. 사법권의 최종성이라는 측면에서 볼 때, 행정기관의 해석과 법원의 해석이 충돌할 경우, 반드시 법원의 해석을 기준으로 하여야 한다. 다시 말하면 법원은 자신의 해석으로 행정기관의 해석을 대체할 수 있다.

2) 행정기관의 독점 판단권

만약 사건과 관련된 문제가 법률개념의 이해와 해석상의 문제가 아니라, 특정 사실의 진실성 판단인 경우, 문제는 비교적 복잡하다. 사실심사와 법률심사 간의 밀접한 관계에서 볼 때, 법원이 행정기관의 법률에 대한 해석과 이해를 심사하는 것은 사실에 대한 이해를 완전히 벗어날 수 없다는 것이다. 다만, 사실의 진실성 판단문제와 관련하여, 행정기관은 법원보다 더 많은 경험을 파악하고 있다면, 법원이 자기의 사실판단을 행정기관의 사실판단을 대체할 수 있는가 또는 행정기관이 법원의 심사를 받지 않는 독점 판단권 또는 판단의 여지가 있는 가이다.

독일에서는 행정기관이 향유하고 있는 독점 판단권을 “판단여지”라고 하는데, 구체적인 상황은 다음과 같다. 즉 i) 시험결정(중학교 졸업시험, 국가고시 등) 및 고시 결정과 유사한 결정, ii) 공무원법상의 시험, iii) 전문가 및 (또는) 이익대표자가 야기하는 독립위원회가 행한 판단성 결정, iv) 환경법과 경제법 영역의 예측성 결정과 위험평가 결정, v) 불확정적 법률개념 요소가 있는 결정, 특히 정책성 행정결정.

미국에서는 행정기관이 독점 판단권을 향유하는 상황은 사법심사의 범위에서 재량배척심사의 문제에 해당하는데, 구체적인 상황은 다음과 같다. 즉 i) 미래정책의 확정행위, ii) 직관 또는 예감에 기초로 하여 행한 행위, iii) 속도와 유연성 또는 비밀 준수가 필요한 행위, iv) 전문적인 지식과 경험이 있어야 해낼 수 있는 행위 등이 있다.¹⁶⁾

상술한 두 국가의 상황에서 볼 때, 해답은 반드시 긍정적인 것이다. 특정 상황하에 행정기관은 법원심사를 받지 않고 사실판단권을 향유하는데, 법원

16) 王名物：《美国行政法》，中国法制出版社，1995年版，第611～612页。

의 심사를 받지 않는 것은 지식과 경험의 측면에서 법원이 심사능력이 없기 때문이다. 다만, 심사받지 않는 부분은 행정기관 사실판단의 실체적 내용과 결론에만 국한되며, 행정기관이 진행하는 사실판단의 절차와 형식에 대하여, 법원은 여전히 심사권력을 지닌다. 행정기관이 사실판단을 진행하는 절차와 형식은 규범화되어 있지 않고, 사실 판단의 실체결론이 법률상 효력을 발생시키지 않는 상황에 이를 수도 있다.

4. 공공행정의 역사

중국 공공행정의 역사 발전과정에 대하여, 학계에는 각기 다른 측면에서 연구를 진행하였다. 여기에서는 공공행정의 현대화와 민영화 문제에 대하여 중점적으로 분석하였다.

(1) 현대화

공공행정의 현대화란 중국 공공행정체도를 세계적 수준에 도달시키기 위하여, 특정한 이상적 방식에 따라 공공행정의 구성요소에 대하여 이성화 개조과정을 진행하고, 공공행정의 기술적 수단에 대한 현대화로 국한하지 않는 것을 말한다. 여기서 주의해야 할 문제점은 다음과 같다.

1) 현대화는 “공업화”와 다르다. 공업화는 과학기술혁명으로 인하여 야기된 경제발전방식의 변천에 한정되기 때문에, 현대화 과정에서 한 단계이고 한 방면의 내용일 뿐이다.

2) 현대화는 “서양화”와 다르다. 현대화의 일련의 보편적 기준은 비록 서양의 선진국가로부터 유래하였지만, 현대화가 서양의 선진국가의 전유물을 뜻하는 것은 아니다. 반대로 현대화는 모든 민족과 국가의 보편적 과정이다. 현대화가 서양화와 밀접한 관련이 있게 된 것은 현대화 기준이 서양 선진국에서 얻을 수 있는 경험이 비선진국보다 더욱 충분하고 전면적이기 때문이다. 민족의 왕래에서 현대화된 민족은 보다 더 강화된 동화역량을 지닌다.

3) 현대화는 민족의 다원화 개념으로, 서로 다른 국가가 현대화 과정에서 서로 다른 선택을 하고, 상대적으로 안정적인 현대화 기준이 존재하며, 절대적이고 고정된 현대화 모델은 존재하지 않는다.

4) 공공행정 현대화의 실질은 중국 공공행정제도가 점점 더 그 형식과 실질적 합리성에 근접하게 되는 것이다. 소위 형식적 합리성이란 공공행정제도는 경제, 문화, 과학발전을 추진하고, 국가 경쟁능력을 강화하는 기능적 효용성을 증강하는 것을 말하는데, 공공행정제도가 선진 생산력의 발전을 추진할수록 더욱 형식적 합리성에 근접하게 되는 것이다. 소위 실질적 합리성이란 공공행정제도가 인류의 법률적 가치 추구에 부합하고, 그 운영이 질서성, 민주성, 공정성, 효율성 등의 가치적 요구를 충분히 실현하는 것을 말한다.

1) 공공행정 현대화의 일반 규칙

이와 관련하여 다음의 모델 구분에 대한 세 가지 측면에서 공동인식을 진행한다.

① 내부발전형 모델과 외부발전형 모델

내부발전형 현대화란 공공행정이 내부조건에 성숙하여 인하여 전통에서부터 현대로 나아가는 것으로, 자발적이고, 순차적, 독창적이기 때문에, 자기발전형 현대화 모델이라고도 한다. 외부발전형 현대화란 한 국가 또는 지역의 공공행정이 외부의 비교적 선진적인 공공행정제도라는 충격을 받아 현대화를 진행하는 것을 말하는데, 일정한 피동성과 전도성을 지니고 있어, 응답형 현대화 모델이라고도 한다.

② 관념 선도형 모델과 실천 선행 모델

관념 선도형 모델이란 우선 이론상 각 민족 공공행정의 현대화 역사의 발전요소에 대하여 비교분석을 진행하고, 현대화의 기준과 조치를 명확히 하며, 이상적인 현대화의 표본을 수립한 후, 구체적으로 실시하는 현대화 모델을 말한다. 실천 선행 모델이란 실천부문이 솔선하여 시범적으로 개혁을 진행하고, 학리적으로 결론을 지은 후에, 다시 관념적 지도를 제공하여 추진하는 현대화 모델을 말한다.

③ 계단식 모델과 도약식 모델

전자는 농업사회, 공업사회, 정보사회 및 지식사회의 점진적인 강연에 따라, 공공행정 또한 전 단계에서부터 다음 단계로 나아가는 현대화 모델을 말한다. 후자는 농업사회의 공공행정에서 시작하여 바로 정보사회와 지식사회의 공공행정으로 전환되는 현대화 모델을 말한다. 이 두 가지 모델의 차이는 주로 현대화가 자발적으로 진행되는가 아니면 피동적으로 진행되는가 및 현대화의 진행이 상이한 지역에서 명시적인 시대적인 차이가 있는가에 있다.

상술한 세 가지 기준에 의하면, 개혁 개방이후 30여년을 볼 때, 중국 공공행정의 현대화 정도는 자발적이고 독창적이며, 도약적인 실천 선도형 모델이다.

2) 공공행정의 현대화 기준

이는 세계 각국의 공공행정제도를 서로 비교하는 과정에서 발생하는 것으로, 공공행정의 선진화 기준 요소를 실현할 수 있다. 중국 공공행정의 현대화와 관련하여, 강조가 필요한 부분은 다음과 같다.

① 생태화

생태화란 공공행정의 제도설계와 운영은 반드시 생태규율을 중요한 요소로 삼는 것을 말한다. 생태보호는 공공행정의 임무이다. 더욱 중요한 것은 공공행정 제도자체가 생태 효율성¹⁷⁾의 제고에 도움이 되고, 지속적인 발전에 도움이 된다.

② 조화화

조화화란 공공행정제도의 각 단계와 측면 조화로운 정부관리 시스템을 형성하는 것을 말한다. 우선 중앙과 지방에서 서로 다른 지방간에 조화로운 협력적 분업관계를 형성되고, 그 다음에 각종 행정활동 방식, 예컨대, 행정확인, 행정허가, 행정처벌, 행정강제, 행정계약 등이 서로 교차되고 서로 연결되며 서로 보장되어, 하나의 전면적이고 융통성이 있는 효과적인 행정관리

17) 《中国大百科全书》光盘1.1版, 经济学部分“生态效益”: 所谓生态效益, 是指“自然界生物系统对人类生存条件、生活条件和生产活动产生的有益效应。”

시스템이 형성된다. 다시 말해 각 계급간, 각 지방간, 각 부분의 행정법률 규범간에, 하나의 조화롭고 유효하며 엄밀한 법률제도 네트워크를 형성한다.

③ 인성화

인성화란 공공행정제도의 설계와 운영이 국민과 공무원의 일반인격을 존중할 뿐만 아니라 그들 개개인별로 요구되는 특수한 수요에 도움이 됨으로써, 공공행정이 대중의 일상생활에 더욱 근접하게 된다. 따라서 인성화는 사실상 “대중친화”를 의미한다.

④ 국제화

국제화란 중국의 공공행정제도가 자체 특색을 드러낸다는 기초하에, 점점 더 세계 각국의 공공행정제도 체계에 융합되고, 점차 국제 공공행정과 외국 공공행정 및 국내 공공행정의 세 가지가 병행되는 국면이 형성되는 것을 말한다.

(2) 민영화

공공행정의 민영화는 행정기구가 민간역량을 이용하여 공공행정임무를 집행하는 각종 방식의 총칭이다. 여기서 반드시 “사유화”, “민영화”, “시장화”, “자유화” 등 관련 개념을 주의깊게 구분하여야 한다. 사유화의 대상은 주체의 소유권으로, 공공행정의 사유화란 공공행정의 조직 또는 임무를 민간조직에게 양도하여, 다시 공공행정의 범주에 속하지 않게 되는 것을 말한다. 이런 점에서 볼 때 사유화는 민영화의 일종의 방식이다. 시장화란 시장경쟁체제를 공공행정의 내부로 도입하는 것을 말하고, 자유화란 정부가 통제를 완화하는 것이므로, 엄밀히 말해 이는 공공행정 민영화의 범주에 속하지 않는다.

내용으로 볼 때 공공행정의 민영화는 세 가지 측면으로 나누어진다. 첫째는 행정조직의 기업화, 즉 기업의 조직 원칙에 따라, 공공행정조직을 개혁하는데, 예컨대, 정부부문에서 소위 경리제(經理制)를 도입하는 것이다. 둘째는 행정방식의 협력화로서, 즉 도급계약, 입찰, 보조금 지급과 같은 방식으로 민간역량과 협력한다. 셋째는 행정임무의 민영화, 즉 정부가 통신, 의료, 도로 등 기초시설을 민간조직에게 양도하여, 이를 정부에서 벗어나게 하여 시장화 방식으로 국민에게 급부서비스를 제공하는 것이다.

공공행정의 민영화는 1970년대 일부 서양국가가 공공행정의 사유화 정책을 추진하면서 시작되었고, 그 후에 맹렬한 공공행정의 개혁의 물결이 형성되었다. 공공관리학에서, 공공행정 민영화 이론의 기초는 주로 다음과 같다.

1) 정부통제이론

정부가 통제를 완화할 것을 주장하는데, 대량의 공공서비스 기능을 계약, 특히 등의 방식 이외에 사인 기업에게 도급을 주는 것으로, 통제방식은 직접 관리에서 간접관리로 전환된다.

2) 정부재건이론

“기업화 정부”의 건립을 목표로 주장하는데, 정부관리 중 고객우선, 시장유도, 경쟁유도의 가치관을 도입시켜, 국민에게 빈틈없는 공공서비스를 제공한다.

3) 공사파트너 관계 이론

정부와 사인의 관리와 피관리 관계를 평등한 협력파트너 관계로 전환할 것을 주장하는데, 정부는 개인과의 협력을 통하여 민간자원을 이용하고 국민의 참여를 유도한다.

4) 제3부문 이론

영리가 목적이 아닌 민간 조직이 공익적 사회서비스 기능을 담당할 것을 주장하는데, 정부와 개인간의 비정부조직을 수립한다.

행정법상 공공행정 민영화의 이론적 기초는 다음과 같다.

1) 간접 서비스행정이론

공공행정의 핵심은 반드시 질서행정에서 서비스행정으로 변천하여야 하고, 행정기관이 담당하는 역할은 단지 질서를 유지하는 야간경찰이며, 국민에게 생산서비스 및 생활서비스를 제공하는 생존 조력자이다. 행정기관이 국민에게 제공하는 서비스는 직접과 간접 두 가지 방식이 있다. 전자는 행정기관이 자신의 인력과 물력을 통하여 직접 국민에게 서비스를 제공하는 것으로, 일반적으로 계획, 명령, 허가 등 비교적 단일한 관리방식을 채택한다. 후자는

행정기관이 제3자의 사회조직을 통하여 국민에게 서비스를 제공하고, 일반적으로 협력의 방식을 채택한다.

간접 서비스행정이 실행되는 주요원인은 현대 정부가 담당하는 서비스행정 임무가 점점 더 많아지고, 정부의 부담 능력을 초과하게 되어, 정부가 사회조직의 도움을 받아 간접적으로 국민에게 서비스를 제공하는 것이다. 정부의 역할은 국민과 직접 급부법률관계를 방생하는 일방 당사자에서부터 비교적 중립적인 급부행정의 담보자로 변경되고, 제3자를 통해 국민에게 서비스 제공한다. 간접급부는 국민에게 서비스를 제공하는 것은 여전히 정부의 의무이지만, 정부가 반드시 모든 것을 직접 제공할 필요는 없고, 급부행정의 임무 또한 변경되지 않지만, 임무완성의 방법과 수단이 변경될 수 있다는 것을 의미한다. 소위 공공행정의 민영화란 공공행정서비스 품질을 개선하기 위하여 정부가 특허경영(계약), 연합투자(주식통제), 독립운영 방식 등을 통하여 적당한 민간의 역량과 합작관계를 맺고, 이러한 기초에서 권리·의무관계와 그 적용 법률원칙을 명확하게 하는 것이다.

2) 행정사법이론

소위 행정사법이란 행정기관이 사법의 방식으로 공법의 사무를 처리하는 것을 말하는데, 공법규범을 적용하는 동시에 사법의 일반원칙도 적용한다. 사법은 사인행위를 조정하는 규범이지만, 행정기관이 사법행위 방식을 채택하여 공공사무를 처리할 경우 사법의 구속을 받는다. 학계에서는 이를 공공행정의 “사법으로의 도피”라고도 한다. 생각건대, 이러한 관점은 불명확하고, 행정사법의 출현이 행정기관이 더욱 많은 행정수단을 가지게 되는 것을 의미하는 것이 아니며, 원래 사법의 일련의 방식으로 공공행정에 차용되어 온 것이다.

3) 공무법인이론

수권, 위임, 도급 등의 방식을 통하여 비교적 좋은 지식, 경험, 자원우세를 지닌 민간 조직을 공공행정의 임무를 집행하는 공무법인으로 개조하는 것이고, 공공행정 민영화의 일종으로 유효한 과정이다. 공무법인의 종류는 다양하다. 예컨대, 대학, 각 업종의 협회 등과 같이 단체성격의 사회조직도 있고, 각 업

중의 감정기구와 인정기구, 도서관, 박물관 등과 같이 시설성격의 서비스기구도 있으며, 자원 독점적인 국유기업 등과 같이 주식회사의 조직형태도 있다.

4) 민주화와 분산화 이론

행정법의 측면에서 볼 때, 공공행정의 민영화는 사실상 국민에게 조직적·규범적 방식으로 공공행정에 참여할 기회를 제공한다. 원래는 행정기관이 독립적으로 집행하는 공공행정임무에 국민이 협상, 계약, 입찰 등의 방식을 통하여 집행에 참여할 기회를 얻고, 이런 과정 중에서 자신의 정당한 이익을 추구한다. 행정기관의 입장에서는 원래 자신이 집중적으로 집행하는 공공행정임무가 나누어져 다양한 민간역량으로 진행하게 된다.

공공행정 민영화의 구체적인 방법 또한 다양하다. 행정법 측면에서 볼 때 중요한 의미를 지니는 것은 다음과 같다.

1) 외주 계약

행정기관이 입찰, 견적요청, 직접협상 등의 방식을 통하여 외주를 조건으로 공시하고, 특정절차에 따라 상대방을 선정한 이후 해당 상대방과 계약을 체결한다. 상대방은 이를 바탕으로 특정범위의 공무를 집행할 권리를 획득하고, 행정기관은 이를 감독하고, 최종적인 법률책임을 부담한다. 법률성격에서 볼 때, 외주계약은 행정계약의 유형 중 하나이다.

2) 특허 경영

주로 자연자원의 독점적 기업에 적용되고, 국가가 특정방식을 통하여 특정 상대방에게 기업화 방식으로 경영하게 허가하는 것을 말한다. 이런 상대방은 일반적으로 주식회사의 조직방식을 사용하고, 조직형식과 운영방식의 측면에서 볼 때 일반기업과 실질적 차이는 없지만, 반드시 국가의 정책에 따라 집행하며 공법원칙의 제약을 받는데, 예를 들어, 평등 원칙, 서비스 원칙, 참여 원칙 등이 있다.

상술한 분석에서 알 수 있듯이, 공공행정의 민영화는 행정법에 대한 충격은 실질적이고, 행정법의 목적, 범위, 체계, 원칙 등 부가되는 여가 변화는 새로운 유형의 행정법을 탄생시킬 수 있다.

제 2 절 행정법

1. 행정법의 개념

행정법이란 공공행정의 조직, 활동, 절차, 감독 및 구제 등의 측면에서 발생하는 각종 사회관계를 조정하는 법률규범의 총체를 말한다. 이러한 정의를 이해할 때, 주의가 필요한 문제는 다음과 같다.

(1) 행정법의 조정대상은 행정관계이다.

이는 행정법과 기타법률, 특히 私法부분과 다른 점이다. 행정관계는 국가와 국민간, 국가기관간 또는 국민간에 발생하고, 행정관리관계, 행정감독관계, 행정구제관계, 내부행정관계 등 다양한 유형을 지니고 있다. 행정관계의 존재 여부를 판단하는 기준은 다음과 같다.

1) 주 체

당사자 일방이 국가 또는 행정기관과 관계가 있다면, 행정관계가 있다고 할 수 있다. 당사자 일방이 행정기관인 상황에서는 다른 기준과 결합하여 인정을 할 필요가 있다.

2) 과 정

행정관리과정에서 발생하는 관계는 통상 행정관계이다. 소위 “행정관리과정에서 발생”은 공공행정의 과정이 특정한 사회관계가 야기하는 원인 또는 조건으로, 만약 이러한 종류의 사회관계가 공공행정의 과정에서만 발생할 수 있다면, 이러한 종류의 관계를 행정관계라 인정할 수 있다.

3) 목 적

직접적으로 공공이익 또는 공무를 주요 목적으로 하는 관계는 통상행정관계이다. 공공행정의 과정은 다양한 주체가 이익계임을 진행하는 과정으로,

일방 당사자 모두가 자신의 이익을 요구하고, 자신의 목적을 추구한다. 목적은 주관적·내재적이고, 외재적 행위간에 필연적인 논리관계가 존재하지 않기 때문에, 공공행정의 목적을 어떻게 인정할 것인가는 복잡한 문제 중 하나이다.

4) 권 력

행정기관이 행사하는 공권력 또는 공권력을 이용하여 유리한 조건으로 실시된 행위가 야기하는 관계는 행정관계에 속한다. 여기의 핵심은 “권력”의 인정인데, 권력과 권리는 다음과 같은 측면에서 근본적 차이가 있다. 즉 권력은 일방 당사자가 전유할 수 있고, 의사표시의 효력과 법률결과의 설정 측면에서 일방적인 성질을 지니며, 권력을 가진 일방 당사자가 상대방의 법률적 지위를 일방적으로 결정할 수 있다.

5) 권리·의무의 독점성과 특수성

만약 행정기관이 행정기관만이 행사할 수 있는 권리를 행사하고, 행정기관만이 이행할 수 있는 의무를 이행한다면, 여기에서 발생한 관계는 통상적으로 행정관계이다.

6) 지위의 평등여부

권리·의무가 대등하지 않은 관계도 행정관계라 할 수 있다.

7) 국민 보호에 유리

만약 상기 기준을 거쳤지만 여전히 그 사회관계의 법률적 성질을 명확하지 않을 경우에는 국민에게 유리한 원칙을 따라야 한다. 만약 행정관계가 국민에 유리하다고 인정할 경우, 마땅히 이러한 결정을 내려야 한다.

(2) 행정법의 수량은 매우 많고 분산되어 있고, 실체규범과 절차규범이 혼합되어 있어, 완전하고 통일된 행정법전을 제정하기 어렵다.

이것이 행정법의 형식상 특징이다. 법전화는 행정법의 장기적 목표 중 하나이다. 완전한 체계의 법전화는 아직 나오지 않았으며, 부분적 법전화는 행

정법이 근래 발전하는 특징 중 하나이다. 여기에서 생각해 볼 문제는 법전화의 기준이 무엇인가이다. 부분적 법전화란 행정법의 일부 내용에 대한 체계를 완비하는 입법을 말하는 것으로, 입법의 질적 기준을 낮추는 것을 의미하는 것은 아니다. 체계성, 완비성, 안정성, 명확성 등은 법전화의 실질성 평가 기준이고, 부분적 법전화 역시 이러한 기준을 준수해야 한다.

2. 행정법의 연원

행정법의 연원은 다음과 같다.

(1) 헌법

헌법에서 행정관리와 관련된 규범은 다음과 같다.

1) 일반 법률원칙에 대한 규정

인권의 존중 및 보장의 원칙, 국민참여와 국가관리의 원칙, 법제통일 및 존엄의 원칙, 평등의 원칙, 사회주의 법치국가의 원칙 등이 있다.

2) 행정기관 기구의 설치, 기본업무제도 및 직권에 관한 규범

국무원의 조직 또는 기업업무제도와 직원에 관한 규범 등이 있다.

3) 국가행정구역의 구분과 특별행정구 설립에 관한 규범

4) 국민의 기본적 권리와 의무에 관한 규범

5) 부문의 행정관리에 관한 규범

교육, 과학, 의료위생, 체육, 문학예술, 신문 방송, 출판 발행 등 사업에 관한 정책성 규범, 환경보호, 오염 방지 및 기타 공해에 관한 규범 등이 있다.

(2) 법률

법률이란 전국인민대표대회 및 그 상무위원회가 제정한 정식법률을 말하는데, 주요 법률은 다음과 같다.

1) 행정 기관의 기구설치, 직권 및 기본 업무제도에 관한 조직법

《지방각급인민대표대회 및 지방각급인민정부조직법》, 《국무원조직법》 등이 있다.

2) 특정 행정행위에 관한 전문 법률

《행정처벌법》, 《행정허가법》 등이 있다.

3) 행정구제에 관한 특별 법률

《행정심판법》, 《행정소송법》, 《국가배상법》 등이 있다.

4) 관련 업종관리에 관한 특별 법률

《환경보호법》, 《치안관리 처벌법》 등이 있다.

(3) 행정법규

행정법규란 국무원이 특정 절차에 따라 제정하고, 국무원령의 형식으로 공포되거나 또는 공포가 승인된 규범성 문건을 말하는데, 주로 국무원이 법률의 수권에 따라 제정한 행정법규와 국무원이 제정하고 국무원령의 형식으로 공포한 규범성 문건이다.

여기에서 주의할 점은 국무원이 제정한 모든 규범성 문건이 행정법규는 아니라는 것이다. 이러한 구분기준은 행정법규의 제정절차를 적용하였는지 여부, 국무원령의 형식으로 공포되거나 또는 국무원 승인을 통과하였는지 여부이다.

(4) 지방성 법규

지방성 법규란 성급, 성급시(省会市), 국무원이 승인한 비교적 큰 규모의 시(市) 및 경제특구가 소재한 시(市)의 인민대표대회 및 그 상무위원회가 법정 절차에 따라 제정한 규범성 문건을 말한다.

(5) 자치조례 및 단행조례

자치조례 및 단행조례란 민족자치지방의 인민대표대회가 헌법, 민족구역자치법 및 기타 법률이 규정하는 권한에 따라 자치지방의 정치, 경제 및 문화의 특성과 결합하여 제정한 규범성 문건을 말한다. 이에 대하여 《헌법》 제 116조에서는 “민족자치지방의 인민대표대회는 현지 민족의 정치, 경제 및 문화적 특성에 따라 자치조례 및 단행조례를 제정할 권한을 지닌다. 자치구의 자치조례 및 단행조례는 전국인민대표대회 상무위원회의 승인 후에 효력이 발생한다. 자치구, 자치현의 자치조례와 단행조례는 성 또는 자치구의 인민대표대회 상무위원회의 승인 후에 효력을 발생하고, 전국인민대표대회 상무위원회에 등록한다.”고 규정하고 있다.

(6) 행정규장

행정규장(行政規章)은 국무원의 부(部), 위원회(委) 및 행정관리기능을 가진 직속기관이 제정한 부문규장 및 성급, 성급시(省會市), 국무원이 승인한 비교적 큰 규모의 시(市) 및 경제특구가 소재한 시(市)의 인민정부가 제정한 지방규장을 포함한다.

(7) 법률해석과 사법해석

법률해석이란 입법권을 가진 전국인민대표대회 상무위원회가 특정 법률규범에 대한 이해와 문제에 대하여 내린 해석을 말한다. 사법해석이란 최고인민법원이 행정재판에서 도출된 문제에 대하여 보편적 구속력을 지니는 해석을 내리는 것을 말한다.

(8) 국제조약

국제조약이란 중국 정부가 체결하거나 참가한 국제조약에서 행정관리에 관련이 있는 규정을 말한다.

행정법의 연원에서 다음은 연구해 볼 필요가 있다.

(1) 관습법

관습법이란 국가기관의 법정절차와 기준에 따라 인가되고 승인되고, 특정 지방의 주민 또는 직업단체로부터 일상적으로 발생하고 생활에서 점차 형성되며, 지방 또는 단체문화 특색이 반영된 관례를 말한다. 생각건대, 관습법은 법률의 연원이고, 행정집행법과 행정재판법의 법률적 근거가 될 수 있다고 본다. 문제의 핵심은 관습법을 인정하는 기준과 절차에 있다. 관습법의 인정 기준은 다음과 같다.

1) 자발성

자발성은 어떠한 지방의 주민 또는 특정 사회단체가 오랜기간 동안 실천해 오면서 자발적이고 자연적으로 형성된 것으로, 주민과 사회단체의 구성원의 자발성 이외에 다른 외부의 강제력이 없는 것이다.

2) 장기성

관습의 형성자체가 장기적인 과정으로, 사람들의 보편적 신임과 존중을 확보하는 것은 장기적 과정이다. 얼마간의 기간에 이르러야 “장기”(长期)로 간주할 것인지는 단편적으로 말할 수 없고, 통일적으로 수량화한 기준도 매우 어렵다. 생각건대, 관습과 풍속의 형성은 최소한 3대에 걸친 노력이 필요하다고 본다.

3) 규범성

관습은 보편적 구속력을 갖춘 법률로서, 법률규범이 구비하는 형식적 특징 즉, 상대적으로 명확한 조건, 행위 형식, 법률적 결과를 구비하여야 한다.

4) 유효성

유효성이란 사람들의 보편적 인정을 받아 사람들에게 일상적으로 발생하고 생활에서 보편적으로 준수되는 것을 말한다.

관습법의 인정절차는 입법, 행정, 사법(司法)의 세 가지로 구분할 수 있다. 생각건대, 입법기관, 행정기관 및 사법기관 모두 자신의 직권범위 내에서 정당하고 합리적인 절차에 따라 관습법을 발견하고 인정할 수 있다. 관습법 인정의 일반적인 절차는 다음과 같다.

1) 조사연구

이는 지방의 특색과 풍습, 인문·지리·역사 등의 측면을 고찰하고, 사람들의 일상생활에서 존재하는 보편적이고 규범적인 성질의 풍속, 습관, 방법 등을 발견하는 것으로, 관습법과 관련된 소재의 수집과 정리단계이다.

2) 학리분석

이는 학리상의 연구와 정리를 진행하고, 주로 관습법 형성의 이론적 기초와 실천 근거를 심도 깊게 연구하며, 법률적 측면에서 관습법을 체계적으로 정리하고, 소재가 된 관습법을 다듬어 법률의 역할을 할 수 있는 관습법이 되게 한다.

3) 실전검증

실전검증 방법은 다양하다. 예컨대, 지방주민과 사회구성원의 의견을 청취하고, 사건에 적용하며, 그의 사회적 효과를 고찰한다. 정제 및 승화를 거친 관습법은 지방 민족문화 또는 사회문화의 정신과 특색을 드러내는데 도움이 되거나, 그들이 국가의 통일적인 법률제도 체계에 융화되도록 도움이 된다. 이는 법제통일기초의 특징이자, 법치 조화의 특징이다.

4) 공개적 공포

이는 주관한 국가기관이 정당하고 합리적인 절차에 따라 이론적 논증과 실전적 검증을 거친 관습법을 사회에 공개적으로 공포하는 것이다. 이 상황에서 관습법은 국가 법률의 형식을 확보한다.

(2) 판례법

판례란 사법기관이 만드는 것으로, 유사한 상황에 대해 보편적인 효력의

근거가 되는 재판이다. 판례에서 보편적 구속력을 갖춘 행위규범이 바로 판례법이다. 판례란 판례법의 기초이자 저장소이고, 판례법은 다듬어진 판례의 진수이다. 판례제도를 수립할 필요성 여부, 즉 판례법을 행정법의 법률적 연원의 일종으로 삼는 것은 최근 학계에서 논의되고 있는 문제이다. 최소한 행정법의 영역에서 판례제도를 수립하고, 판례법의 법률 연원적 지위를 확립하는 것은 실천적 필연이다. 독일, 프랑스 등과 같이 판례제도를 실시하지 않는 국가의 경우에도 판례법은 행정법의 중요한 법률적 연원이 된다. 문제의 핵심은 판례제도의 성립의 필요여부가 아니라, 어떻게 성립하는가로써, 판례의 질을 확보함으로써, 거기서 다듬어져 나온 것을 “법관이 만든 법”, 즉 판례법이라 부를 수 있다. 전형적인 사례를 수집, 정리 및 출판하고, 대표적인 판례의 분석, 평가 및 공포하며, 판례법의 제고, 개조, 집중, 정리 및 공포하는 것이 판례법 형성의 3단계이다. 판례법의 형성과 관련하여 단지 사법계의 역량이 있다는 것은 충분하지 않고, 행정집행법 실무계와 행정법학계의 참여와 협력은 필수불가결한 것이다. 만약 판례가 이론과 실전의 최고의 결합점이라면, 판례법은 학계와 실무계의 최고의 결합점이다.

(3) 법의 일반원칙

법의 일반원칙(一般法律原則)은 명확한 행동방향의 이정표이고, 가치판단의 기본척도이다. 보편적 구속력을 갖춘 법의 일반원칙이 비록 성문법으로서의 승인을 얻지 못하더라도 객관적으로 존재하는 규율의 하나로서, 실제로는 고유한 지배, 평가, 규범, 인도, 징계 등의 효력이 발생하고 있다. 이는 사람들의 의지로 변경될 수 없기에, 당연히 입법자가 인식하지 못하고 집행자가 승인하지 않으면 변경될 수 없다. 규율은 언제나 효력이 발생하여야 한다. 따라서 이성적인 집행 및 사법 인원은 성문 법률규정에 구속되지 않을 수 없기에, 성문법은 일종의 지침의 역할을 하고, 그것에 포함된 객관적 규율을 적극적으로 조사하여야 한다. 법률에 따른 사무처리는 실질적으로는 규율에 따른 사무처리이다. 이러한 측면에서 볼 때, 행정법의 법의 일반원칙을 준수한다는 것은 법치행정(依法行政)이 이루어지고 있다는 것을 말한다. 일반원칙을 준수하는 방법 또한 다양하다. 생각건대, 법률의 연원적 측면에서 보면,

법의 일반원칙을 법의 연원으로서의 지위를 승인해야 하고, 이는 행정집행법과 행정심판의 직접적 근거로 삼을 수 있다.

3. 행정법의 종류

행정법은 다양한 기준에 따라 다양하게 분류할 수 있다.

(1) 일반 행정법과 개별 행정법

이는 조정대상을 기준으로 분류한다. 일반 행정법은 각각의 행정법 영역에서 적용되는 규칙, 원칙, 개념 및 법률제도로서, 행정법의 일반원칙, 행정절차법, 행정처벌법, 행정허가법 등이 있다. 개별(특별) 행정법(部门 行政法)은 특정 행정활동 영역을 조정하는 법률로서, 환경보호법, 고등교육법 등이 있다.

(2) 행정조직법, 행정행위법, 행정구제법, 행정공공재산법

이는 내용을 기준으로 분류한다. 행정조직법은 행정기관의 기구설치, 직권과 책임 및 상호간에 관련된 법률규범으로서, 행정기관 조직법, 행정기관 편제법, 공무원법 등을 포함한다. 행정행위법은 행정활동 방식과 절차와 관련된 법률규범으로서, 행정처벌법, 행정허가법, 행정강제법, 행정절차법 등이 있다. 행정구제법은 행정법제의 감독과 관련된 법률규범으로서, 행정심판법, 행정소송법, 국가배상법 등이 있다. 행정공공재산법은 행정영역에서 공공재산에 관한 법률로서, 공공기금법, 공공시설법, 국유재산법 등이 있다.

(3) 내부 행정법과 외부 행정법

이는 권리·의무를 기준으로 분류한다. 내부 행정법은 국가내부의 행정기관간, 행정기관과 공무원간의 직권과 책임관계를 조정하고, 외부 행정법은 국민의 권리·의무에 대한 국가와 국민간의 관계를 조정한다.

(4) 행정 공법과 행정 사법

이는 공법과 사법의 관계측면에서의 행정법에 대한 분류이다. 양자 모두 공권력의 설정, 행사 및 감독을 직접적 구속대상으로 생각하지만, 작용의 영

역과 방법은 상이하다. 공법(公法)규범의 조정대상은 전통적인 명령과 복종관계로서, 주요한 조정방법은 허가, 처벌, 강제 등으로, 행정공법의 주요 규범 대상은 질서행정, 경찰행정 및 권력행정이라고 할 수 있다. 사법(私法) 규범의 주요 조정대상은 현대의 분업 협력관계로서, 주요한 조정방법은 지도, 계약, 협상, 보조금 등으로, 주요 조정대상은 서비스행정, 비권력행정 등이 있다. 법의 연원 측면에서 볼 때, 행정 사법과 행정 공법의 가장 큰 차이점은 사법 규범을 공공행정의 영역에 도입하여, 소위 행정기업법, 행정도급법, 행정민영화법 등 참신한 세부영역을 형성하였다는 것이다.

상술한 네 가지 측면의 구분은 상호 교차적이다. 즉, 개별 행정법 내에서 일반법과 개별법, 내부법과 외부법을 구분할 수 있다. 예컨대, 환경행정법은 일반 환경행정법과 특별 환경행정법, 내부 환경법과 외부 환경법으로 분류할 수 있고, 개별 행정법은 조직법, 행위법, 구제법 및 공공재산법 등의 측면을 지니는데, 경제행정법은 다시 경제행정조직법, 경제행정행위법, 경제행정구제법, 경제행정공공재산법 등으로 분류될 수 있다.

4. 행정법의 지위

행정법은 국가 법률체계에서 헌법에 버금가는 중요한 법률이다. 여기서 행정법과 기타 개별법의 상호관계의 측면에서 인식할 수 있다.

(1) 행정법과 헌법

행정법은 헌법에 종속된다. 행정법은 헌법과 충돌할 수 없다. 행정법은 헌법을 구체화한 것으로, 동태적 헌법이다. 헌법의 형식은 한 국가의 행정법의 형식을 결정한다. 헌법은 공공행정과 행정심판의 직접적인 법률근거이다.

(2) 행정법과 형법

양자는 모두 공법에 속하지만, 조정대상, 실시기관 및 절차가 상이하다. 형법의 시행은 사법기관에 의존하여 형사소송활동을 통해 적용되지만, 행정법은 행정기관이 행정행위를 통해 실현된다. 다만, 행정관리에 미치는 위법범죄행위 측면에서, 양자는 교차 및 연결 관계가 존재한다. 일부 위법행위와

범죄행위는 주체, 상황, 결과 등의 측면에서 연결관계가 존재하고, 보다 많은 범죄행위가 행정법을 위반하게 되면 역시 형법에도 저촉되고, 동시에 행정위법행위와 범죄행위에 해당한다. 전문적으로 행정관리질서를 확보하기 위해 규정된 형벌은 학리적으로 행정형벌이라 하는데, 밀수죄, 세금징수 관리방해죄(妨害稅收征收管理罪) 등이 있다.

(3) 행정법과 민상법

민상법은 사법에 속하고 평등한 주체간의 재산과 인적 관계를 조정하는 법률 규범이고, 행정법은 공법에 속하고 행정관계를 조정한다. 양자는 조정대상, 원칙, 구제과정 등의 측면에서 상이하다. 다만, 양자간에는 밀접한 관계가 존재하는데, 다음과 같다.

1) 행정법은 민상법의 보장제도이다.

행정기관은 적법절차에 따라 민사주체의 자격과 그 권리범위를 확인하고, 민사행위를 확인, 증명 또는 감독한다. 행정행위는 민사적 법률결과를 발생시킬 수 있고, 민사행위의 효력을 결정하기도 한다.

2) 민상법은 행정법의 기초이다.

민법의 기본원칙은 공공행정에 대하여 구속력을 지닌다. 즉 민상법이 확인한 민사권리는 공공행정의 보호대상이고, 행정법률관계에서의 국민의 권리이며, 민법학의 기본원리가 행정법학의 연구에 있어 지도적 역할을 한다.

3) 행정기관은 민상법을 원용할 수 있고, 협상, 계약 등 민상법의 방식과 방법을 채택할 수도 있다.

민상법의 방식으로 추진된 행정을 행정사법(行政私法)이라 한다.

(4) 행정법과 환경법

행정법과 환경법은 모두 헌법하의 기본 법률로서, 조정대상, 조정방법, 원칙, 체계 등의 측면에서 많은 차이점이 있다. 다만, 환경보호의 중요성이 점점 더 부각되면서, 국가의 생태목표와 녹색행정 형식이 추진되기 시작되어,

환경보호가 점차 행정법의 일반원칙, 즉 환경보호원칙이 되고 있다. 이 외에 환경행정법은 사실상 환경법과 행정법의 교차영역이다.

(5) 행정법과 소송법

최근 절차법이 특히 중시되면서, 원래 분리된 3대 소송법이 부분적으로 결합되는 경향이 있다. 소송법은 점차 독립된 법률영역 중 하나가 되어, 각종 소송에서 상용되는 동일한 원리가 중시되기 시작하고 있다. 예컨대, 소송인식론, 소송문화론, 소송가치론, 소송인권론, 소송경제론, 소송본질론, 소송체계론, 소송도입론 등이 있다. 하지만, 3대 소송의 분립 구조는 여전히 완전하게 해소되지 않았다. 행정법과 소송법간에 교차관계가 존재하는데, 그 결과가 행정소송법이다.

(6) 행정법과 국제법

국제교류와 세계경제의 일체화는 세계 각국 정부간의 협력을 촉진하였고, 행정관리와 관련된 국제조약은 점차 더 많아져서, 국제행정법은 행정법과 국제법간에 교차로 형성된 신흥 법률영역이 되었다.

제 3 절 행정법률관계

1. 행정법률관계의 개념

행정법률관계란 행정법의 조정을 통하여 행정기관이 관리과정에서, 행정직권의 배치·행사와 감독으로 인하여 형성되는, 권력기관(국가)과 행정기관간, 행정기관 상호간, 행정기관과 공무원간, 행정기관과 국민간, 행정기관과 각종 감독주체간의 권리·의무관계를 말한다.

먼저 행정법률관계는 행정법이 일정한 사회관계를 조정한 결과이다. 소위 “조정”(調整)이란 법률이 실제적 권리와 절차권리를 각 관계 당사자에게 부여하고, 각 당사자의 실제적 의무와 절차적 의무를 규정하여, 상호관계가 법률의 요구하는 상태에 부합하게 하는 것이다. 법률의 조정방식은 주로 인가와 설정이 있다. “인가”(認可)란 법률규범을 통하여 사회생활에서 이미 자연적으

로 형성된 사회관계를 확인하고 이를 법률화하거나 또는 법률의 강제력으로 서 이에 대한 정형화를 통하여 인정된 사회관계는 법률관계로 간주된다. 이러한 유형의 사회관계의 형성은 법률관계보다 빨리 형성되었다. “설정”(設定)이란 당연히 발생하거나 발생이 기대되는 사회관계에 대하여 기존 법률규범이 사전에 명확하게 내리는 규정을 말하는데, 이러한 유형의 사회관계는 상응하는 법률관계와 동시에 형성된다. 행정법률관계가 일정한 사회관계의 행정법 조정에서 기인하다고 강조하는 것은 바로 행정법률관계가 단지 행정법조정 이후의 결과로서의 개념뿐만 아니라 동시에 동태적인 과정이고, 인류가 창조한 자기생활의 일부분이며, 인간들이 의식하고 있는 일종의 사상활동이다. 인간들이 행정법을 이용하여 사회생활을 조정할 경우, 반드시 객관적인 상황에 대하여 주관적으로 생각하게 하고, 사회발전 규칙에 부합하도록 요구한다.

둘째, 행정법률관계는 행정법이 일정한 사회관계에 대한 조정을 한 이후에 형성되는 특정 법률관계의 총칭이다. 이런 사회관계는 행정기관이 국가행정 기능을 실현하기 위하여 발생하는 각종 사회관계이기 때문에, 기타 범위내의 사회관계는 포함되지 않고, 행정법이 조정하지 않는다. 다만, 여기에서의 “행정관리”는 광의의 의미로 이해하여야 한다. 이는 단순히 행정기관이 행정 기능을 실현하기 위하여 진행되는 행정활동의 범위뿐만 아니라 행정직권의 행사범위이다. 또한 행정기능을 실현하기 위하여 필요한 행정기능과 행정정책 활동의 범위, 행정기능을 실행하기 위하여 진행되는 행정활동의 범위 및 행정기능의 보장과 효과적 실현을 위해 필요한 행정기관에 대한 감독범위도 포함해야 한다. 이런 범위내에서 각종 사회관계는 행정법의 조정을 거쳐 내용은 풍부해지고 양식은 더욱 다양한 행정법률관계를 형성한다.

다시 말하면, 행정법률관계는 행정기관을 당사자로 하는 일방과 다른 일방 당사자간의 권리·의무를 내용으로 하는 법률관계이다. 행정법률관계에서 일방은 반드시 행정기관이 되고, 다른 일방은 행정기관이 될 수도 있고, 권력기관을 대표하는 국가, 사법기관, 기업의 사업조직, 사회단체, 개인 및 기타 법인 또는 비법인 조직이 되기도 하고, 쌍방은 행정법이 조정하는 권리·의무 관계를 형성한다. 행정법률관계는 법률관계의 일종으로서, 법률관계의 일반적 특징을 지니고 있고, 권리·의무의 주체, 객체 및 주체상호간의 권리·의무 등 기본적 요소를 지니고 있다. 주의할 것은 여기의 “권리·의무”는 행

정법 의미에서의 권리·의무, 즉 행정법이 규정하는 권리·의무를 말한다. 이러한 권리·의무와 기타 개별법이 규정하는 권리·의무와 상이하다.

2. 행정법률관계의 종류

행정법률관계는 다양한 측면에서 상이한 기준에 따라 분류할 수 있다.

행정법률관계는 주체의 성격을 기준으로 행정주체간의 관계, 행정주체와 행정내부 인원과의 관계, 행정주체와 기타 국가기관간의 관계, 행정주체와 기업의 사업단위 및 사회조직과 단체간의 관계, 행정주체와 국민간의 관계, 행정주체와 외국조직 및 외국인간의 관계로 분류할 수 있다.

주체간의 관계를 기준으로 내부 행정법률관계와 외부 행정법률관계로 나눌 수 있다. 소위 내부 행정법률관계란 쌍방 당사자가 모두 국가 행정시스템에 속하는 행정법률관계로서, 국가의 자기관리를 반영한다. 소위 외부 행정법률관계란 일방 당사자(행정상대방 일방)가 국가 행정시스템에 속하지 않는 행정법률관계를 말하는 것으로, 사회에 대한 국가의 관리를 실현한 것이다.

객체를 기준으로, 행정법률관계를 행정권력의 배치관계, 행정직권의 행사관계 및 감독행정관계로 분류할 수 있다. 행정권력의 배치관계란 행정권력의 배치가 형성하는 행정법 조정의 사회관계로서, 행정기관과 권력기관간의 관계, 행정기관과 기타 국가기관간의 관계, 행정시스템상 상·하 행정기관간, 평등한 행정기관간, 교차적 행정기관간, 상이한 기능 또는 상이한 지역의 행정기관간, 행정기관과 자치조직, 법률법규가 위임한 조직간의 권한분배관계 뿐만 아니라, 행정기관과 그 내부 행정기구간, 즉 각각의 내부행정 기구간, 행정기관과 행정공무원간, 행정공무원 상호간의 지위, 권한, 직책의 분배와 확정 관계를 포함한다. 소위 행정직권 행사관계란 행정기관이 행정직권의 행사를 통하여 발생하는 법률관계로서, 행정시스템 내부의 행정기관간, 행정기관과 공무원간, 행정기관과 수권을 받은 수권조직·개인간, 행정권 배치 이외의 관리관계인 내부 행정법률관계와 행정주체와 행정상대방간의 법률관계인 외부 행정법률관계를 포함한다. 소위 감독 행정법률관계란 행정법제감독 법률관계라고도 하는데, 감독행정법률관계의 주체가 행정기관과 기타 공무원을 감독할 경우에 형성되는 각종 관계를 말한다.

분류관계의 형성방식을 기준으로, 명시적 행정법률관계와 묵시적 행정법률관계로 분류할 수 있다. 전자는 행정기관이 행한 행정행위는 행정상대방을 지정함으로써 형성되는 법률관계로서, 행정처벌결정서에 기초하여 형성되는 법률관계이다. 후자는 행정기관이 행한 행정행위가 행정상대방을 지정하지 않았지만, 행정행위의 내용 또는 효과가 사실상 제3자의 합법적 권리에 영향을 미치기 때문에, 제3자에 대해 발생하는 행정법률관계이다. 묵시적 행정법률관계를 인정하는 핵심은 이해관계에 있다. 즉 행정행위의 결정, 발효 또는 집행으로 인해 타인의 합법적 권익에 영향을 미치는가 하는 것이다. 이해관계의 인정과 관련하여, 실질적인 기준을 채택해야 하고, 행정행위의 형식에 착안하여서는 아니 된다. 다시 말해, 행정행위가 지정하는 행정상대방에 국한될 수 없고, 반드시 행정행위가 실제로 영향을 미치는 모든 사람에 착안해야 한다.

사례 3 : 1999년 8월 8일, B시 위생국은 그 관할하의 각 의료기관에게 통지서를 발행하였다. 통지서에는 B시의 모 의원에서 8건의 제왕절개출산 이후에 수술부위에 감염사건이 발생하였다. 초기 조사에 따르면, 수술시 사용한 녹는 실(肠衣线 : 제왕절개시 사용하는 녹는 실-역자주)과 관련이 있었고, 이 장의선은 X장의선 업체(이하 X사라 약함)의 것과 유사하다고 발표하였다. 의료의 질을 확보하기 위하여 각각 소속의료기관에 X사가 생산한 장의선에 대한 사용정지를 요구하였다. 이 통지가 하달된 이후, 해당 시의 모든 의료기관에서는 X사와 체결한 장의선 구매계약의 이행을 정지하였고, X사의 제품은 재고가 대량 발생하고 생산 또한 중단되어 심각한 손실이 입었다. 이에 X사는 B시 위생국의 통지가 자신의 경영자유권을 침해하였다고 판단하여, B시 위생국을 피고로 하는 행정소송을 제기하여, 상기 통지의 철회, 명예회복 및 경제적 손실의 배상을 청구하였다. 심리과정 중 법원은 X사가 생산한 실에 대한 감정을 진행하였는데, 감정결과 X사의 제품은 합격제품으로 판명되었다. 피고인 시 위생국은 자신이 내린 통지가 잘못된 것임을 인식하고, 주동적으로 통지를 철회하였고, 통지를 내린 범위내에서 원고의 영향을 제거하기 위하여, 원고가 입은 경제적 손실에 대한 정당한 배상을 하였다. 원고는 이로 인해 소송을 취하하고, 법원은 원고의 소송취하에 동의하였다.

본 사건에서 X사와 B시 위생국간의 행정법률관계를 어떻게 이해할 것인가? 본 사건의 핵심은 묵시적 및 명시적인 행정법률관계의 분류이다. 본 사건에서 B시 위생국이 통지하는 직접적 대상은 해당 시의 병원이고, 이들 간에는 명시적인 행정법률관계가 존재하며, B시 위생국은 비록 X사를 직접적인 행정상대방으로 열거하지 않았지만, 통지서는 X사 제품을 제시하여, X사 제품판매권에 영향을 미쳤기 때문에, 양자간에는 행정법률관계가 존재한다. B시 위생국의 이런 행위는 X사의 실질적인 권리를 침해하였고, 이들 간에는 묵시적인 행정관계가 존재한다는 것을 인식하지 못하였지만 X사가 행정상대방으로서 행정절차에 참여할 수 있는 권리를 침해하였다. 상술한 두 가지 측면서 볼 때, B시 위생국의 통지는 위법하다.

3. 행정법률관계의 요소

행정법률관계의 요소 또는 행정법률관계의 구성은 주체, 객체 및 내용을 포함한다.

(1) 행정법률관계의 주체

이는 행정법률관계의 당사자로서, 행정법상 권리·의무가 있는 자를 말하는데, 각종 구체적인 행정법률관계에서 권리·의무의 귀속자이다. 행정법률관계의 주체는 특정 일방의 주체가 아니라, 행정법률관계에 참여중인 당사자로서 쌍방 또는 다수의 주체이며, 권력기관, 사법기관, 행정기관, 행정기구 및 기타 행정공무원, 국민, 기업, 사업단위 조직, 인민정부 및 기타 사회단체, 사회조직을 포함한다.

(2) 행정법률관계의 객체

행정법률관계 주체의 권리·의무가 공통적으로 지향하는 대상 또는 목표를 말하는데, 주체 쌍방간의 권리·의무를 연결해 주는 매개체로서 권력, 행위, 물(物), 지적 재산(智力財富) 등을 포함한다.

1) 권 력

구체적으로 행정권력과 행정직권의 두 가지 측면을 포함한다. 행정권력이란 국가행정기관이 헌법과 법률에 따라 국가법률규정을 집행하고 국가의 행정사무를 관리하는 권력으로, 정권의 중요 구성부분이다. 행정직권이란 상이한 행정관리영역과 상이한 행정관리사항에서 행정기관의 개별주체가 법에 따라 향유하는 조직 및 관리의 행정권력으로, 행정권력의 구체적인 배치와 전환형식이다. 행정권력은 특정한 법률제도에서 그 행정기관과 행정사무를 결합시켜 전화하여 구체적인 행정직권이 되고, 특정행정기관과 그 공무원이 가지는 행정지위·담당업무에 상응하는 자격과 권능이 된다.

2) 물

물(物)은 현실에 존재하고 사람들이 통제하고 지배할 수 있는 물질 재산으로서, 실물과 화폐를 포함한다. 다수의 행정법률관계는 모두 물과 밀접한 연관성을 지니는데, 어떠한 것은 직접 물을 객체로 하기도 한다. 예컨대, 공공시설 및 도로, 하천에 대한 행정기관의 관리, 국고와 국유기업에 대한 국유자산의 관리 등이 있다. 어떠한 것은 비록 행위를 객체로 하지만 역시 물과 밀접한 관계가 있다. 예컨대, 출입국 인원에 대한 세관의 감독관리, 휴대하는 화물, 물품 등에 대한 통과검사와 통행허가 등이 있다.

3) 지적 재산

지력의 결과 또는 지적 재산은 행정법률관계 주체가 지적 활동에 종사함으로써 취득하는 성과를 말한다. 저작, 과학발명, 발견, 기술적 성과가 포함되는데, 상표권, 특허권, 저작권 등의 물질적 권리와 권익 등이 있다. 과학기술의 발전과 행정관리 영역의 확대에 따라, 지적 성과는 행정법률관계의 객체로서 보편화되었다. 예컨대, 행정허가 법률관계, 행정확인 법률관계에서 행정주체행사 허가권, 확인권 및 보호의무가 지향하는 대상은 모두 지적 성과이다. 이 외에 정보 등 무형물질 또한 행정법률관계의 객체가 될 수 있다.

4) 행 위

법률행위는 법학의 기본범주이다. 행정법률관계 객체의 행위는 작위와 부작위, 합법행위와 위법행위, 행정주체의 행위와 행정상대방의 행위가 포함된다. 그러나 권력기관은 권력배치주체의 행위를 하고, 비행정주체가 행한 감독주체의 행위는 권리배치 법률관계 또는 감독 행정법률관계의 객체에 속하지 않는다.

(3) 행정법률관계의 내용

이는 행정법률관계의 주체가 향유하는 권리와 부담하는 의무의 총칭이다. 소위 행정법률관계 주체의 권리와 의무는 행정법이 확인하고 보호하는 일종의 권리·의무로서, 상이한 유형의 행정법률관계에서 그 권리와 의무는 또한 상이하다. 예컨대, 행정권리의 배치관계에서 행정권 배치주체는 창설권, 분배권, 해제권을 지닌다. 상·하급 행정기관간의 관계에서는 상급기관은 하급기관에 대하여 행정직권, 직책의 분할·배치권, 지휘권, 명령권과 결정권, 감독·검사권, 분쟁해결권 등을 지닌다. 하급기관은 준수와 복종의 의무가 있고, 상급기관에게 청구권, 제안권, 제소권, 감독권 등을 지닌다. 상급기관은 상응하게 제안 또는 제소를 청취할 의무, 감독 준수 의무, 착오정정 결정의 의무 등을 지닌다. 행정기관과 공무원간의 관계에서, 공무원은 행정주체를 대표하여 공무를 집행할 권리, 공무원 인원의 신분을 보장받을 권리를 가지고, 일정한 업무상 대우와 급여복지 대우를 받을 권리, 교육과 학습에 참여할 권리, 행정사무에 대한 비판적 건의, 제소의 권리 등을 지닌다. 상술한 권리와 상응하게, 행정주체는 공무원인에 대하여 이들이 상술한 권리를 실현하도록 보장할 의무가 있다. 동시에 공무원인은 행정주체에 대하여 명령복종과 지휘의 의무, 직무에 충성할 의무, 국가비밀과 업무비밀을 준수할 의무 등을 지닌다. 상응하게 행정주체는 공무원인에 대하여 업무상의 지휘명령권, 감독권, 인사관리권 등을 지닌다. 행정기관과 행정상대방간의 관계에서, 행정기관의 직권은 주로 행위규칙을 제정하고, 행정명령권, 행정결정권, 행정재량권, 행정확인권, 행정강제권, 행정처벌권, 행정허가권, 행정지도권, 수사감독권 및 물권,

기업경영권 등을 가지고 있다. 행정기관의 직책은 주로 행정상대방의 각종 합법적 권익을 보장하고, 상대방의 합법적 권익을 실현하고 보호하여 타인에게 침해되지 않도록 하고, 행정상대방의 이익을 증진하며, 보상과 배상 및 이유를 설명할 의무, 제출된 각종 의견청취 등이 있다. 행정상대방의 권리는 주로 각종 형식과 절차로서, 국가관리에 참여하고 자유권, 자주권, 수익권, 공평한 대우를 받으며, 보상을 요구하고 수령 할 권리, 국가행정활동에 대한 이해권, 알권리, 행정주체가 자신에 불리하게 내리는 결정에 대한 진술권, 제소권, 행정기관에 대한 제소, 신고, 고발 및 심의, 심판, 소송 등의 권리가 있다. 행정상대방의 의무는 주로 행정법률 질서를 준수하고 유지하며, 행정관리에 복종할 의무, 행정처벌과 행정결정에 복종할 의무 등이 있다.

사례 4 : 트랙터 운전사인 甲은 1999년 1월 23일 밤 316번 국도에서 운영을 하였다. 도중 반대 방향에서 다가오는 소형버스를 발견하고, 甲은 규정에 따라 우측 차도로 주행하였다. 소형버스 기사인 乙은 트랙터가 고장이 난 것으로 오인하여, 트랙터의 우측으로 운전하여 트랙터를 지나 추월하려 하였다. 트랙터가 도로 중간차선에서부터 자신이 운영하고 있는 관광버스 좌측 차도에 진입하려는 상황을 발견하였을 경우, 乙은 이미 기존의 차도로 돌아갈 수 없었다. 乙은 정지시키려 브레이크를 밟았으나, 브레이크가 정상적으로 작동하지 않았고, 시속이 증가하여 두 차량은 충돌하여, 3명이 상해를 입었고, 두 차량은 심각한 손상을 입었다. 사고가 발생한 이후, C县 공안국 교통경찰대대는 乙의 판단착오, 능력부족, 제동장치 수리 태만을 사고 발생의 직접적 원인으로 판단하였다. 이 외에 甲의 운전면허는 기한이 만료되어 운전자격이 없었고, 운전한 트랙터는 정기검사를 받지 않았으며, 전조등이 불완전하게 장착되어 있어, 이 또한 사고의 직접적 원인이라 판단하였다. 만약 교통사고가 당사자 일방이 야기한 위법행위의 일방은 전부 책임을 지고, 타방 당사자는 교통사고의 책임을 지지 않는다. 쌍방 당사자의 위법행위가 공동으로 교통사고를 야기한 경우, 위법행위는 교통사고에서 중대한 역할은 한 일방이 주요한 책임을 부담하고, 타방 당사자는 부차적인 책임을 진다. 위법행위가 교통사고에서 기본적으로 상응할 경우, 쌍방이 동등하게 책임을 진다. 3명 이상인 당사자의 위법행위가 공동으로 교통사고를 야기한 경우, 각자

의 위법행위가 교통사고에 있어 야기한 기여도에 따라 책임을 진다. 이에 근거하여, 교통경찰대대는 쌍방이 동등한 책임을 져야하고, 각자가 책임지고 부담해야할 재결을 내렸다. 甲은 이에 불복하고, 縣법원에 소송을 제기하였지만, 縣법원은 縣공안 교통경찰대대의 구체적 행정행위를 지지하였다. 甲은 항고하였고, 중급인민법원은 다른 법률관계를 명확하게 지적하면서, 1심 판결과 縣공안 교통경찰대대의 구체적 행정행위를 취소하였으며, 다시 구체적 행정행위를 내리도록 판결하였다.

본 사례에서 어디에 몇 개의 행정법률관계가 존재하는가? 여기에서 핵심은 행정법률관계의 요소에 있는데, 요소를 정리하면 자연스럽게 상응하는 행정법률관계를 발견할 수 있다. 본 사례에서는 2개의 행정법률관계가 존재한다. 주체의 측면에서 볼 때, 하나는 C縣 공안국 교통경찰대대와 甲의 행정법률관계이고, 또 다른 하나는 C縣 공안국 교통경찰대대와 乙의 행정법률관계이다. 법률사실 측면에서 볼 때, 상술한 두 가지 행정법률관계는 상이한 것이다. 전자의 법률사실은 甲의 위법운전행위(운전면허의 기한만료와 방향등의 미수리)이고, 후자의 법률사실은 소형버스 기사인 乙의 위법운전행위(브레이크 미수리)이다. 교통사고를 야기한 원인과 인과관계의 측면에서 볼 때, 상술한 두 가지 법률사실의 작용은 상이하다. 甲의 위법운전행위와 교통사고는 필연적 인과관계가 존재하지 않고, 甲의 운전면허의 기한이 만료되지 않고, 방향등 또한 수리하였다고 하더라도, 乙의 미니버스 제동장치 결함으로 인해 교통사고는 동일하게 일어날 수 있으며, 乙의 위법운전행위와 교통사고의 발생 간에는 필연적 인과관계가 존재한다. C縣 공안국 교통경찰대대는 甲의 위법운전행위와 乙의 위법운전행위를 구분하여 처리해야 하고, 후자가 교통사고 및 이에 상응하는 행정법률관계의 법률사실을 야기하였다.

甲의 위법운전행위는 별도로 처리해야 하고, 다른 행정법률관계를 야기한다. 즉, 위법운전행위로 인해 교통관리 행정처벌을 받는 행정법률관계를 형성한다. C縣 공안국 교통경찰대대의 착오는 한편으로는 두 가지 상이한 법률사실이 교통사고 야기에 대한 상이한 작용을 이해하지 않았고, 다른 한편으로 두 가지 상이한 법률사실이 형성한 법률관계를 혼동하였다.

4. 행정법률관계의 변화

행정법률관계의 발생은 반드시 두 가지 조건을 갖추어야 한다. 즉 행정법률규범의 존재와 법률사실의 출현이다. 행정법률규범의 존재는 행정법률관계의 발생을 위한 법률적 근거를 제공하지만, 행정법률관계가 이미 존재한다거나 필연적 발생한다는 것과 동일한 것은 아니다. 여기에는 법률관계의 발생, 변경 및 소멸을 야기하는 구체적인 법률적 사실이 필요하다. 법률사실은 통상적으로 두 가지로 나뉜다. i) 법률사건이다. 행정법률결과를 발생시킬 수 있는 것을 말하지만, 사람의 주관적 의지에 따라 변경되지 않는 객관적 사건을 말한다. ii) 법률행위이다. 법률효과를 발생시킬 수 있는 것을 말하는데, 행정법률관계 주체개인의 의지를 실현하는 행위로서, 작위와 부작위를 포함한다. 행정기관의 행정활동은 행정법률관계 발생을 야기하는 가장 보편적인 현상이다.

행정법률관계의 변경은 행정법률관계가 존속기간 동안 발생하는 변화로서, 행정법률관계의 주체변경, 권리·의무의 변경 및 객체의 변경을 포함한다. 주체의 변경이란 행정법률관계의 내용은 변하지 않고, 관계 일방 당사자가 변경되지만, 그와 상대방 당사자간의 권리·의무관계는 여전히 유효하다. 내용의 변경이란 행정법률관계의 당사자는 변하지 않고, 내용상 부분적 변화가 발생하는데, 이러한 변화는 법률의 규정과 행정기관의 행위로부터 야기된다. 객체의 변경이란 객체에 原권리·의무에 영향을 미치는 변화가 발생하지 않고, 통상적으로 대체가능한 변화만 지닌다. 즉 하나의 객체가 또 다른 객체로 대체되는 것이다. 만약 객체가 대체성이 없을 경우, 변화는 발생하지 않는다.

행정법률관계의 소멸이란 原행정법률관계가 더 이상 존재하지 않음을 말하는데, 주체, 객체 및 내용, 즉 권리·의무의 소멸을 포함한다. 원인은 주체 쌍방간에 이미 발생한 행정법률관계가 의미가 없거나 필요하지 않을 때 종료된다. 즉 원래 발생한 행정법률관계는 권리의 실현 또는 의무의 이행으로 완료될 경우 당해 행정법률관계는 소멸된다. 원래 적용된 행정법률관계 형식은 취소되면 행정법률관계를 소멸시킨다. 또한 행정상대방이 권리의 행사를 포기하면 행정법률관계는 소멸된다.

제 4 절 행정법학

1. 행정법학의 개념과 체계

행정법학은 행정법 현상과 그 내재적 규율을 연구하는 법학이다.

행정법 현상이란 행정법의 제정, 집행 및 구제 등의 과정에서 나타난 표면적 현상으로서, 중국 또는 외국의 행정법 규범, 특정한 행정기관 또는 공무원, 구체적 법집행의 사례 등이 있는데, 행정법학 연구의 자료의 기초에 해당한다. 이러한 자료의 수집, 정리, 귀납 및 종결은 행정법학에서 가장 중요한 임무이다.

내재적 규율이란 행정법 현상에 포함된, 행정법의 발생과 변화를 지배하는 객관적 규율을 말한다. 예컨대, 행정관리과정에서의 신뢰보호, 법치·인치·덕치간의 관계, 행정자치분권의 종류, 행정법의 국제화, 민족성 등이 있는데, 모두 행정법의 내재적 발전규율에 속한다.

행정법학은 법학에서 파생된 학문이다. 헌법학, 민법학, 형법학, 소송법학, 환경법학, 국제법학, 비교법학 등의 기본법학 분야와 동등하고, 밀접한 관계를 가지며, 교차적 관계를 지닌다. 예컨대, 행정법의 기본원칙과 민주헌정은 행정법학과 헌법학의 교차영역이고, 행정소송법은 행정법학과 소송법학의 교차영역이며, 행정사법, 행정형법, 환경행정법, 국제행정법, 비교행정법 등은 행정법학과 기타 법학분야의 교차영역이다.

행정법학은 다양한 방법을 채택하여 종합적으로 연구하는 학문으로서, 다음과 같은 점이 강조될 필요가 있다.

1) 교차법

첫째, 행정법과 기타 사회과학, 특히 법정치, 법경제, 법사회, 법문화, 법과학기술 등 법과 정치, 경제, 사회, 문화, 과학기술 등과의 연결측면에서 행정법의 현상과 규율을 연구하는 것을 말한다. 예컨대, 정치체제 개혁과 행정법, 시장경제와 행정법, 사회의 전환과 행정법 인터넷과 행정법 등이 있다.

둘째, 행정법학과 기타 법학간의 교차관계의 측면에서 연구하는데, 예컨대, 경제행정법, 환경행정법, 국제행정법등이 있다.

2) 비교법

다른 국가, 지역, 시기, 민족의 행정법 또는 다른 개념, 관점의 차이점과 연결점을 구분하는 방법이다.

3) 사례법

전형적인 사례와 결합하여 관련 문제를 연구하는 방법이다.

행정법학은 하나의 법학 학문이지만, 단일한 유형의 법학 학문은 아니다. 행정법학은 하나로 과학으로서, 행정법학 총론, 외국 행정법, 비교행정법, 행정법사, 행정소송법 및 국제분쟁법, 국제행정법, 민족행정법, 경제행정법, 환경행정법 등 특별 행정법 부분 등과 같이 상대적으로 독립적인 구조를 지닌다. 그 중 “행정법학 총론”이 핵심으로서, 해당 국가의 일반 행정법의 연구는 기타 학과연구의 기초 및 참고자료가 된다.

2. 행정법학의 역사적 발전

신중국 행정법학의 발전과정은 다음과 같은 단계가 있다.

1) 사전(史前)단계 : 1949년~1978년

공산당 제11기 중앙위원회 제3차 전체회의가 개최된 지난 30년 동안, 행정법학 교과서가 출판된 적이 없을 뿐만 아니라, 대학에 행정법학 과정이 개설된 적이 없다. 1950년대, 일부 대학의 법학원에서 《소비에트 행정법》(苏维埃行政法)을 개설하였지만, 행정법학 학과는 개설되지 않았다.

2) 창건단계 : 1978년~1985년

행정법학 과정이 대학의 학부와 대학원 교육과정에 개설되었는데, 주로 외국 행정법을 강의하고 중국의 행정법 자료를 정리하였다. 1980년대 초에 사법부 법학교재 편집부가 대학의 행정법학자를 초빙하여 편찬한 최초의 행정

법학 교재인 《행정법개요》(行政法概要)는 중국 행정법학이 하나의 법학과목으로 형성되는데 의미를 지닌다.

3) 신속한 발전단계 : 1985년~1989년

이 시기부터 행정법학은 전국적으로 신속하게 발전하였고, 행정법 저작물이 수십 종에 이를 뿐만 아니라 다양한 교과서, 번역서, 논문, 번역문 등이 있다. 전국 각 대학 법학원에서는 지속적으로 행정법 과정을 개설하고, 중국 행정법, 외국행정법, 비교행정법, 부분행정법을 강의하였다. 대학의 다른 학과 역시 지속적으로 행정법 과정을 개설하였다. 행정법 과정은 각 법학 전공의 필수과목이 되고, 수업시간을 증가하였다. 수업을 담당하는 교수 등도 급격하게 증가되어, 1980년대 초기의 수십 명에서 1980년대 후기에는 천 여명으로 늘어났다.

4) 학파 출현단계 : 1989년~1998년

이 시기의 발전은 주로 다음에서 나타난다.

① 주제별 연구

다량의 전문 주제별로 연구 서적이 출판되었다.

② 행정소송법학의 상대적 독립

행정소송법학은 행정법학에서 상대적으로 독립된 분과로 점차 발전하였다. 대다수의 대학의 법학원은 행정소송법 과정을 따로 개설하였다. 행정소송법의 전문적인 교재 또한 지속적으로 출판되었다.

③ 실무와 이론의 연관성 중시

《행정소송법》, 《국가배상법》, 《행정처벌법》, 《행정허가법》 등 법률의 초안 작성에 부분적으로 행정법학자가 참여하였다. 집행과 사법의 측면에서 행정법학자는 다수 행정집행법의 주요 난제와 난제사건처리 연구에 참여하였다.

④ 학술학파의 출현

권력통제론(控权论), 관리론, 형평론 등 학파가 출현하고, 각자의 학술적 관

점, 이론, 주장 및 학설을 형성하였고, 백화제방(百花齐放), 백가쟁명(百家争鸣)의 국면에 이미 형성되었다.¹⁸⁾

5) 종합 발전단계 : 1999년~현재

중국 행정법학은 다음과 같이 발전하고 있다.

① 국제교류의 부흥

국제적 또는 지역적 학술 교류활동이 비교적 빈번해진 것 이외에, 주로 외국 행정법의 번역서 또는 전문서적을 출판하였다. 영국, 미국, 프랑스, 독일, 일본 등 서양 자본주의를 대표하는 국가의 행정법 번역서가 이미 출판되었다. 그리고 비교 행정법의 연구 또한 심도 있게 진행되었고, 비교 행정법 과정을 대학원 과정에 개설하였으며, 관련 교재 또한 지속적으로 출판하고 있다.

② 교차성 연구의 중시

행정법학과 기타 법학의 관계, 정치, 경제, 문화, 과학기술 등 사회요소와의 관련성이 중시되고, 관련 번역서, 전문서적이 출판되거나 논문이 발표되었다. 예들 들어 경제행정법, 지식경제와 행정법, 전자상거래와 행정법, WTO와 행정법 등이 있다.

상술한 상황에서 볼 때, 중국 행정법학은 이미 기본적인 규모를 갖추고, 기본적 체계와 구조를 형성하였다. 하지만 여전히 적지 않은 결함이 존재하는데, 이는 다음과 같다.

1) 학과 발전 계획의 시스템적 결함이 존재하고, 개별 학과가 불균형적으로 발전

연구와 수업이 행정법학 총론에 집중되어 개별 행정법과 개별 학과의 시스템 발전 측면이 중시되지 못하였다.

2) 각 학문 분야 간의 경계와 분담이 불명확

중국 행정법과 관련된 교재는 외국 행정법을 소개하는 데 많은 지면을 할

18) 이상 4단계와 관련하여, 姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》, 北京大学出版社、高等教育出版社, 1999年版, 70~72页 참조.

애하고, 중국 민족 특색의 제도와 규범에 대한 연구는 부족한 실정이다. 중국행정법, 외국행정법, 비교행정법, 행정법사 등 개별 학문 각각이 지니는 특수한 연구대상과 임무를 명확하게 구분하지 않는다.

3) 안정적이고 성숙한 법학 연구방법이 부족

행정, 행정주체, 행정행위, 행정소송 등 기본적 개념에 대하여 생각이 일치되지 않아, 통일된 결론을 내릴 수 없고, 통설을 형성할 수 없다. 전체적으로 비교적 혼란스럽고, 학자 상호간 교류 및 이해에도 어려움이 따른다.

4) 고답적이고 형식주의의 만연

체계의 완전성을 일방적으로 강조하고, 실전적 측면에서 의미가 없는 문제에 대하여 많은 지면을 할애한다. 무병신음의 형상으로 글 장난에 지나지 않을 때도 있다. 실제 신속하게 해결되어야 하는 문제에는 오히려 연구가 부족하다. 특히 중국 특유의 행정법 문제 및 규율과 관련한 고찰 및 연구가 부족한 실정이다.

이러한 문제는 마치 행정과 행정법의 발전역사와 비슷하다. 중국의 행정법학은 여전히 초급 단계인 형식주의에 머물러 있다.

3. 행정법학의 이론기초

이론기초는 행정법 학파가 형성한 주요 상징물이다. 장기적 논쟁을 거쳐 중국 행정법학은 형평론, 권력통제론, 관리론 등¹⁹⁾ 세 가지 대표 학설을 형성하였다. 본 교재는 관리론을 지지하며, 주요 관점은 다음과 같다.

1) 행정법 목적과 관련된 서비스 이론

신중국의 사회주의 성질은 중국 행정법의 목적이 국민을 위한 서비스(为人民服务)라고 결정하여, 국민의 합법적 권익을 출발점으로 간주한다. 국민주권의 원칙에 따라 국민권익은 행정권의 연원이고 목적이고, 공공이익의 연원

19) 姜明安主编：《行政法与行政诉讼法》，北京大学出版社、高等教育出版社，1999年版，77~83页

및 기초가 된다. 공무원은 국민의 공복과 같아서, 행정권은 국민권과 평등한 자격을 갖지 못하고, 단지 국민권의 서비스의 수단이 될 수 있다. 또한 국민의 합법적 권익 자체가 공공이익이고, 공공이익은 국민의 권익이 합법적으로 실현될 때에만 정당성을 가지며, 소위 추상적 공공이익으로써 국민개인의 합법적 권익을 희생시킬 수 없다.

2) 행정법학 연구방법과 관련된 과정론

과정론은 “관리”를 착안점으로 하고 있는데, 관리는 행정기관이 국민의 참여와 감독하에서 그 법정권한내의 사무를 처리하는 법률과정이다. 행정법학은 이 과정과 관련하여 조직법, 행위법, 구제법과 공공재산법의 측면에서 연구할 수 있다. 여기에서 다음을 지적할 필요가 있다.

① 관리자의 소질은 비관리자의 소질보다 높아야 한다.

행정조직법은 중국 행정법률 체계의 중요한 일환이고 구성부분이기 때문에 행정법학은 행정조직법 연구를 강화시켜야 한다.

② 국민은 관리과정중의 주체이다.

국민은 행정관리의 과정에 참여한다. 자신의 권익을 보호하고 실현하는 과정뿐만 아니라 헌법이 규정한 참정 의정권의 과정이다.

③ 행정관리과정의 경제 분석

경제학 원리를 응용하여 행정과정을 분석하는 것은 과정론의 또 다른 측면의 내용이다. 경제성은 입법, 집행법과 심판에 있어 고려되어야 하는 요소이다. 행정관리과정은 기업경영과 유사한 경영과정으로, 원가수의 분석의 필요성과 이익 최대화의 원동력을 지닌다.

④ 관리과정의 평형과 권력통제권

“형평”과 “권력통제”는 관리과정 중 존재하지 않는 곳이 없다. 행정권을 과학적으로 배치하고 통제된 결과는 바로 행정기관의 직권 및 직책, 공무원의 권리·의무, 국민의 권리·의무이고, 그들 간에 일종의 비례 상황은 행정기관의 직권 및 직책, 공무원의 권리·의무, 국민의 권리·의무간에도 동일하게 상호 대응하여 존재하여 모든 관계에 협조한다. 동시에 경제상 최고로

효율적인 행정과정 모델은 흔히 법률상 가장 효율적인 모델이 되고, 법률상 최고 효율적인 모델은 행정기관의 직권과 직책 및 국민의 권리·의무간에 협조상황의 모델에 이르게 되어, 가장 유효한 행정권 통제 상태의 모델이 될 수 있다. 따라서 형평론, 권력통제론과 관리론은 결코 모순되지 않는다.

행정법학의 이론기초를 이해할 때, 주의해야 할 문제는 다음과 같다.

1) 이론 기초는 개방적이고, 지속적으로 갱신·발전하여야 한다.

어떠한 이론이든지 간에, 완전한 정도에 이르지 못할 때, 그 생명력은 종료한다. 따라서 진정으로 생명력이 있는 이론은 부단히 허위를 증명하고, 완성시킬 수 있는 이론이다. 즉, 형평론, 권력통제론, 관리론은 모두 생명력이 있으며, 자신이 이후에 어떻게 갱신하고 발전하는가를 지켜볼 필요가 있다.

2) 용어에 국한시킬 필요는 없다.

행정법의 이론기초로서, 불필요하게 하나의 용어의 해석에 국한하는 것은 불가능하다. 그렇지 않을 경우 성급한 일반화의 오류를 범할 수 있다. 과학적 방법은 하나의 이론을 중심 및 주축으로 해야 하고, 기타 행정법 기초 이론의 문제점을 반영하여 일률적으로 상세히 서술하고 해석해야 한다.

3) 각종 이론적 견해는 장점을 취하고 단점을 보완하여야 한다.

각종 이론적 견해는 기본적 결론이 근본적으로 대립되는 것이 아니라 문제를 보는 시각이 다르기 때문이다.

제 2 장 행정법의 기본원칙

본장 개요

행정법의 기본원칙은 수천만 개 이상의 행정법 규범을 포괄하고, 다양한 형태에서 통일성을 관철시키고, 복잡한 규범에서 질서를 형성한다. 본 장에서는 먼저 행정법 기본원칙의 의의, 기능 및 그 확립기준을 소개하고, 6가지 기본원칙(즉, 국민의 권리와 자유보장 원칙, 법치행정의 원칙, 비례의 원칙, 신뢰이익보호원칙, 적법절차원칙, 행정효율성의 원칙)의 의의와 내용을 구분하여 상세히 소개한다.

제 1 절 행정법의 기본원칙 개설

1. 행정법 기본원칙의 의의

행정법의 기본원칙이란 행정법에 처음부터 끝까지 관철되고, 행정법의 제정과 시행을 지도할 수 있는 기본준칙 또는 원리를 말한다. 행정법의 기본원칙은 행정법 정신의 실질적 실현이고, 행정법률규범의 존재기초이다.

행정법 기본원칙은 행정법의 가장 기본이 되는 원리로서, 행정법의 구성과 행정법학 연구에서 중요한 지위를 지니기 때문에, 항상 중국과 외국학자들로 부터 관심을 받고 있다. 법의 기본원칙은 법의 구체적 규칙과 원칙으로 구분되고, 법의 구체적 규칙과 원칙은 성문법의 구체적 조문이 확립하고 제시한다. 기본원칙은 일반적으로 구체적인 법률규범 배후의 관념과 정신으로 내재되어 있는데, 통상적으로 각국 학자들이 개괄하고 귀납하는 일정한 정도의 주관성을 지닌다. 게다가 행정법은 각국에서 형성되고 발전한 정치, 경제 및 문화적 배경이 상이하여 행정법률제도의 형식 또한 다양하다. 이러한 요소는 학자들이 행정법의 기본원칙을 이해하고 적용하는데 직접적인 영향을 미치기 때문에, 각국 행정법의 기본원칙은 자신만의 특색을 지닌다. 영국의 행정

법 기본원칙은 4가지로 요약되는데, 다음과 같다. 즉, 행정법치원칙, 의회주권원칙, 정부준법원칙(政府守法原則)과 월권무효원칙 등이 있다.¹⁾ 그 중 월권무효원칙은 영국의 사법재심제도를 지배하는 핵심원칙으로, 직접적인 법률효력을 지닌다. 프랑스의 행정법 기본원칙은 행정법치원칙으로, 이 원칙은 전체 행정활동을 지배한다.²⁾ 독일의 행정법 기본원칙은 두 가지인데, 첫째는 합법성원칙으로, 즉 법률지상을 추구하고 법률 요건에 부합할 것을 요구하고, 둘째는 비례의 원칙으로, 즉 행정행위의 공정성과 합리성을 견지한다.³⁾ 일본학자는 행정법의 기본원리 측면에서 행정법의 기본원칙을 인식하여, 법치행정(依法行政)을 강조한다.⁴⁾

1980년대 중반부터 중국 행정법학계는 도대체 무엇이 중국 행정법의 기본원칙이고, 행정법의 기본원칙은 어떠한 내용을 포함하는지 연구하기 시작하였지만, 여전히 결론에 이르지 못하였고 연구 중에 있다.

2. 행정법 기본원칙의 기능

행정법 기본원칙의 기능이란 행정법 기본원칙이 지니는 실질적 작용을 말하는데, 구체적으로는 다음과 같다.

1) 행정법 발전의 인도

행정법의 기본원칙은 행정법의 기본원리, 가치 및 목적에 대한 종결이고, 행정법치 추세에 대한 이성적 선택이다. 행정법 기본원칙의 확립이 행정법의 발전을 인도할 것이라는 것에는 의심의 여지가 없다. 기본원칙은 행정법의 가장 기본적인 원리로서, 행정법 규칙체계 형성을 위하여 내재적 정당성의 근거를 제공할 수 있다. 이 외에도 행정법의 목적과 규칙제도간의 중개 및 교량의 역할을 하고, 각종 행정법률제도의 수립과 완성을 이끌어 수 있을 뿐만 아니라, 행정법 전체의 발전과 행정법 구조체계 등에 막대한 영향을 미칠 것이다.

1) [英]威廉·韦德著, 徐炳等译: 《行政法》, 中国大百科全书出版社, 1997年版, 第25~52页。
2) 王名扬: 《法国行政法》, 中国政法大学出版社, 1989年版, 第195~212页。
3) [印]MP.赛夫著, 周伟译: 《德国行政法——普通法的分析》, 五云图书出版公司, 1991年版。
4) [日]南博方著, 杨建顺、周作彩译: 《日本行政法》, 中国人民大学出版社, 1988年版, 第10页。

2) 행정법 제정의 지도

입법자는 행정법 규범을 제정할 때, 기본적 가치목표와 명확한 입법방향을 확정할 필요가 있다. 행정법 법률제도가 어떻게 수립되고, 행정상대방과 행정주체의 관계를 어떻게 처리하며, 행정권의 설정은 어떠한 요소를 고려할 필요가 있는지 등의 문제 해결은 모두 행정법 기본원칙의 지도가 필요하다. 행정법의 기본원칙은 비교적 추상적이지만, 그 가치의 방향은 명확하다. 입법에서 가치의 취사선택에 유리하고, 입법자가 공통된 인식을 달성하는데 유리하다.

3) 행정법 시행의 지도

행정법의 시행은 행정활동 과정에서 발생하고, 행정구제 과정에서도 발생한다. 행정활동 과정에서 행정법규범을 적용하는 행정기관은 다수인데, 적용기관은 행정법 기본원칙에 따라 통일된 인식을 갖는데 도움을 주고, 행정법 조문의 의의를 정확하게 파악하여, 법률의 규정을 구체적 사건과 구체적 사람에게 정확하게 운용하게 한다. 동시에 행정주체가 행정 자유재량권을 행사할 경우 행정법의 기본원칙에 근거하고, 상대적으로 안정적인 기준은 행정주체의 자유재량행위가 행정법의 정신과 이념에 부합하도록 도움을 준다. 행정구제 과정에서 행정법의 시행은 동일하게 행정법의 기본원칙을 지도이념으로 간주하고, 관련 법률조문을 정확하게 이해하여 적용하며, 위법행위를 정정하고, 행정법률 질서의 실현을 보장한다.

4) 행정법 기본원칙은 행정법규범에 대한 해석과 행정법학의 심도있는 연구의 추진에 일조

행정법 기본원칙에 따라 사상원칙에서 법률원칙으로 전환되면서, 규범적 기능과 보완적 기능을 갖추게 되었는데, 특히 성문법의 한계성을 극복하는 유효한 수단이 된다.

3. 행정법 기본원칙의 확립기준

행정법 기본원칙의 중요성에 기초하여, 이에 대한 확립기준이 이론적인 연구가 필요하다. 중국 행정법제 실무와 결합하고, 세계화의 추세에 부응하며,

헌정이념, 법치관념 및 행정법의 가치 등 다양한 요소를 종합적으로 고려하면, 행정법 기본원칙의 확립기준은 다음의 4가지이다.

(1) 행정법의 기본원칙은 현대 헌정정신에 융화되어야 한다.

법률부문에서 행정법과 헌법의 관계가 가장 긴밀하다. 일정한 정도에서 행정법은 헌법의 직접적인 연장이라 말할 수 있다. 한편으로 헌법의 다수 규정은 행정법을 통해 실현될 필요가 있고, 다른 한편으로 현대 헌정정신은 행정법의 발전에 직접적으로 영향을 미친다. 헌정제도의 기본 문제, 예컨대, 국민과 국가의 관계와 국가권력의 분립 및 균형 등은 모두 행정법과 서로 관련된다. 서양 선진국가의 행정법 기본원칙 확립은 그 본국 헌정원칙의 기초가 된다.⁵⁾ 행정법은 근·현대 헌정기초 위에서 성장한 것으로, 헌법적 기초를 상실한다면 행정법은 존재하지 못한다. 동시에 행정법의 존재목적 또한 헌정정신의 구체화하도록, 행정법 영역의 구체화에 있어야 한다. 따라서 행정법의 정수(精髓)인 행정법 기본원칙은 현대 헌정정신을 최대한으로 반영할 수 있어야 한다.

(2) 행정법의 기본원칙은 법률의 기본가치를 실현해야 한다.

법률은 공통적인 가치추구가 있다. 자유, 평등, 정의(공정), 질서 및 효율성 등이 모두 현대 법률이 추구하는 기본가치이고, 행정법도 예외는 아니다. 행정법은 그 특징적인 규범대상과 제도내용을 지니지만, 행정법의 가치추구에는 특수성이 없다. 행정법은 국민의 기본적 자유와 권익을 보장해야 하고, 평등을 수호하고, 정의를 추구하며, 행정질서의 안정을 확보해야 하고, 행정관리의 고효율성을 보장해야 한다. 행정법의 기본원칙은 법률가치의 저장장치로서, 각종 가치를 지지하고 협조하여, 이러한 기본가치들을 행정법률제도에 융화시켜야 한다.

(3) 행정법의 기본원칙은 행정법의 목적을 반영하여야 한다.

행정법의 기본원칙은 행정법의 목적과 구체적 제도간의 교량역할으로서, 행정법률제도는 행정법에 대한 각종 구체적 법률제도의 수립에 지도적인 역

5) 王名扬：《美国行政法》，中国法制出版社，1995年版，第77~119页。

할을 하기 때문에, 이러한 행정법률제도는 또한 행정법의 목적실현에 직접적으로 영향을 미친다. 따라서 행정법 기본원칙의 확립은 행정법의 목적을 충분히 반영하여야 한다. 목적과 가치를 비교하여, 보다 명확하고 구체적이면 운용성이 있다. 법학계에서는 행정법의 목적을 적극적으로 연구하지 않고 있다. 생각건대, 행정법의 목적이 주로 국민 행정권익의 실현을 확보하는 데 있기 때문이다.⁶⁾ 따라서 행정법의 기본원칙을 구축할 경우, 국민 행정권익의 보장을 돋보이는 위치에 두어야 할 것이다.

(4) 행정법 기본원칙은 반드시 보편성과 통솔성을 갖춰야 한다.

행정법의 기본원칙은 반드시 보편성과 통솔성을 지니고, 행정활동에 대하여 전방위적으로 지도할 수 있어야 한다. 따라서 행정법의 기본원칙은 행정법 규범 중에서 최상위 규칙이어야 한다. 이러한 규칙은 법률에 규정이나 법률조문에 내재하든지와 관계없이, 행정법의 가장 기본원리로서, 행정법의 발전에 막대한 영향을 미친다.

우리는 상기 확립기준에 따라, 행정법의 기본원칙을 6가지 항목, 즉 국민의 권리와 자유보장의 원칙, 법치행정의 원칙, 비례의 원칙, 신뢰이익보호원칙, 적법절차원칙, 행정효율성의 원칙으로 나눌 수 있다.

제 2 절 국민의 권리와 자유보장의 원칙

1. 국민의 권리와 자유보장 원칙의 의의

국민의 권리와 자유보장 원칙이란 행정법 규범과 행정법률제도가 국민 등 일방(자연인, 법인과 기타 조직)의 합법적인 권리와 자유보장이 출발점 및 귀속점이 되어야 하고, 국민 등 일방의 합법적 권익을 실현될 수 있도록 확인하고 보장해야 한다는 것을 말한다.

국민의 권리와 자유보장의 원칙은 법치국가에서 매우 중요한 원칙 중 하나로서, 인권을 존중하고 보장하는 헌법의 기본원칙과 행정법상 현대 헌정정신의 구체적 실현이다. 인권은 국민의 권리라고도 한다. 즉, 모든 사람이 사람으

6) 薛刚凌：“论行政法的目的、手段和体系”，载《政法论坛》1997年 第3期。

로서 향유해야 하는 권리를 말한다. 서양의 천부인권설에 따르면, 인권은 사람이 자연상태에서 향유하는 것이고, 평생 향유하는 것이며, 사람이기 위한 결과 및 표현이다. 국가가 부여하는 것이 아니기 때문에, 인권은 정부보다 우선하여 존재하고, 어떠한 국가 권력의 비합법적인 침해를 받지 않으며, 정부는 국민의 이러한 선제하는 권리를 보호할 의무가 있다. 현대 많은 국가에서 천부인권설을 헌법규범의 형식으로 표현하고 있고, 자연권을 실재법으로서 헌법에 명시함으로써, 인권을 존중하고 보장하는 헌법의 기본원칙이 되었다. 중국 헌법 제33조 제3항은 “국가는 인권을 존중하고 보장한다.”고 명확하게 규정하고 있다. 이 조항은 국가권력이 인권을 침해하지 않을 의무를 진다고 표현한 것이고, 동시에 국가는 국민의 각종 권리를 보호하여, 국가기관, 기타 국민, 법인, 사회조직로부터 침해와 파괴를 받지 않도록 해야 한다. 이에 근거하여, 중국은 인권보장의 헌법적 기본원칙을 확립하였다. 법치정부의 하나로서, 당연히 인권을 존중하고 보장하고, 행정상대방의 합법적 권익을 철저히 수호하며, 인권이 침해받지 않도록 해야 하며, 더욱이 자신의 행위가 국민의 인권을 침해하거나, 행정상대방의 합법적 권익에 손해를 입힐 수 없다.

2. 국민의 권리와 자유보장의 원칙의 내용

국민의 권리와 자유보장의 원칙은 인권을 존중하고 보장하는 헌법의 기본원칙과 서로 연결되어 있다. 이는 인권을 보장하는 헌법의 기본원칙을 행정법의 영역에서 표현한 것으로, 이 원칙은 국민 등 일방 당사자의 기본적 자유와 권리의 보장이 행정법의 주도적인 부분이고, 관련된 제한적, 제재적인 규정은 단지 부차적 내용에 불과하며, 행정권력이 임의로 국민 등 일방의 합법적 권익 침해를 금지한다는 것을 강조한다.

국민의 권리와 자유보장 원칙의 주요 내용은 다음의 측면을 포함하여야 한다.

1) 행정법률제도의 수립은 국민 일방의 자유와 권리보장을 핵심으로 한다.

주권재민(主权在民)의 정치이념에 따라, 국가 건립의 목적은 개인의 안전을 확보하고, 국민의 자유와 권리의 보장 및 발전을 위한 것이다. 국민이 향유하는 기본적 자유와 권리의 주요한 규정은 헌법에 있고, 이러한 자유와 권리

는 상응하는 행정법률제도를 통해 실현되고 확장된다. 예컨대, 중국 《헌법》 제2조는 “……국민은 법률의 규정에 따라 각종 경로와 형식을 통하여 국가 사무와 경제·문화사업·사회사업을 관리한다.”고 규정하고 있다. 이는 국민의 행정참여권에 대한 긍정이다. 행정참여권은 일련의 행정법률제도(행정공개제도, 공정회제도 등 포함)의 실현이 보장되어야 한다. 행정법의 주요 내용은 국가행정 관리과정 중 당연히 향유해야하는 각종 행정 실체적, 행정 절차적 권리와 기타 권익 및 그의 실현 가능성을 보장하도록 국민의 기본 권리와 자유를 구체화하는 것이다.

2) 행정법은 임의로 국민의 기본적 자유와 권리를 제한하고 박탈할 수 없다.

이는 다른 측면에서 볼 때, 국민 일방의 자유와 권리가 침해받지 않는다는 것이다. 첫째, 행정법 규범의 제정(특히 행정입법)은 임의로 국민 일방의 자유와 권리에 대한 제한적인 규정을 제정하거나 박탈할 수 없다. 둘째, 국민 일방에 대한 제한적, 제재적 규정은 행정법의 불가결한 부분이지만, 부수적 측면에 속한다. 행정관리 중 확실히 필요한 이러한 규범은 설정과 사용시에 엄격한 통제를 받아야 한다. 셋째, 행정기관은 행정관리과정에서 국민 일방의 자유와 권리를 존중해야 하고, 위법하게 침해할 수 없다.

3) 행정활동으로 인해 침해를 받은 국민 등에 대하여 유효한 법률구제가 제공되어야 한다.

우리가 이론과 제도적 측면에서 국민의 기본적 자유와 권리의 보장을 강조하지만, 여전히 국민의 자유와 권리를 침해하는 행위의 발생을 배제할 수 없다. 국민 일방의 권리와 자유를 침해하는 행정행위에 대하여, 행정법은 국민의 구제권을 확립해야 하고, 유효한 제도를 수립하여 이를 실현해야 한다. 행정법은 국민 일방의 권리와 자유가 위법한 행정으로 침해를 받을 경우, 구제를 받도록 보장해야 하는데, 구체적으로는 실체적 구제권과 절차상 각종 절차권리를 포함한다. 중국은 1980년대 말부터, 수립된 행정소송제도, 행정심판제도 및 국가배상제도는 모두 국민 일방의 자유와 권리를 보장하고 구제하기 위해 설치되었는데, 모두 행정법의 중요한 구성부분이다.

3. 국민의 권리와 자유보장 원칙의 의의

행정법에서 국민의 권리와 자유보장 원칙은 중요한 지위를 지닌다. 그 의의는 주로 세 가지 측면으로 표현된다.

1) 인권보장에 유리한 정신과 헌정이념의 행정영역에 철저한 실시

행정기관은 대중과 가장 많이 가장 긴밀하게 관련된 국가기관이고, 대중의 권익과 다양하게 연계되어 있다. 만약 행정영역에서 국민의 권리와 자유보장 원칙을 확립할 경우, 행정상대방의 합법적 권익을 비교적 양호하게 보호하고 보장할 수 있고, 헌법상 인권 보장의 정신은 광범위한 영역에서 적용될 수 있다.

2) 국민 일방에 유리한 행정법상의 주체 지위의 확립

권리와 자유보장 원칙은 “관은 귀하고 민은 천하다.”(官貴民賤)라는 전통적 관념의 변화를 요구하고, 행정법률제도의 설정에 있어 국민 일방의 자유와 권리를 중시하며, 행정주체, 행정권력을 중심으로 구성된 각종 법률제도 방법을 구축할 것을 요구한다. 현대 행정법은 새로운 유형의 행정관리와 행정서비스관계를 구축해야 한다. 이러한 관계에서 국민 일방의 주체적 지위, 독립적 인격 및 이익은 충분히 긍정되어, 법률적 보호를 받아야 한다. 행정주체와 그 행정권력이 존재하는 근본적인 목적은 국민 일방의 이익과 발전을 보장하는 것이고, 국민 등 행정상대방을 관리하고 처벌하기 위한 것이 아니다.

3) 시장경제에 유리한 발전과 개선

시장경제는 독립적 지위를 지닌 시장주체가 시장에서 자유롭게 경제행위를 시행하고, 경쟁을 통해 사회자원에 대한 최적 배치를 실현하고, 최상의 경제적 효율성을 확보할 것을 요구한다. 시장경제의 본질적 특징은 권리경제로서, 시장경제가 시장주체의 독립적 인격권을 기점으로 한다. 이는 시장주체의 경제적 자주권, 평등 경쟁권이 핵심이고, 법률구제권을 보장한다. 권리의 확인과 보장이 없을 경우, 시장경제도 없다. 따라서 국민의 자유와 권리의 보장 및 시장경제의 요구는 일치한다. 국민과 기타 시장주체 지위의 확

립, 권리·의무의 명확한 경계설정 및 국민 일방의 자유와 권리에 대한 보호는 시장경제의 발전을 촉진시킨다는 데 의심의 여지가 없다.

제 3 절 법치행정의 원칙

1. 법치행정의 원칙의 의의

법치행정의 원칙(依法行政原則)은 최근 행정법학계에서 보편적으로 주장되는 기본원칙 중 하나이다. 이 원칙은 행정기관의 행정권력 행사와 행정사무의 관리는 반드시 법률에 따라 진행되어야 한다는 것을 강조한다. 법률은 행정기관의 권력활동 근거이고 기준이다. 법치행정의 원칙은 사회가 일정한 단계까지 발전하면서 얻어진 산물이고, 행정활동에 대한 법치원칙(헌법원칙)의 구체적 요구이다. 법치행정은 행정법목적 실현의 보장이요, 행정활동이 이성적 법률규칙상에서 수립될 것을 확보할 수 있으며, 개인의지가 간섭하기 못하게 한다. 법치행정은 또한 행정법의 최상위 규칙 중 하나로서, 행정법률규범의 제정과 행정기관에 대한 구체적 관리활동은 지도적 의미를 지닌다.

법치행정의 원칙은 자유와 권리보장 원칙과는 상이하다. 첫째, 법치행정의 원칙은 주로 행정기관에 대한 것으로, 행정기관에 대한 규범을 강조하지만, 자유와 권리보장 원칙은 국가의 입법기관, 행정기관, 사법기관에 대하여 모두 지도적 의미를 지닌다. 둘째, 법치행정의 원칙은 주로 제도적 측면의 원칙으로서, 특히 법률적용의 측면에서 기능을 발휘하지만, 자유와 권리보장 원칙은 제도적 측면의 원칙일 뿐만 아니라 가치적 측면까지 그 기능을 발휘한다. 이 두 가지 원칙의 지위와 관련하여 자유와 권리보장 원칙이 기본이고, 법치행정의 원칙은 자유와 권리보장 원칙에 서로 위배되지 않아야 한다.

법치행정의 원칙은 다수의 국가에서 인정되고 있지만, 각 국가별로 상이하게 이해된다. 영국의 행정법치원칙(行政法治原則)은 4가지 의의를 지닌다. 즉, i) 정부의 모든 활동은 반드시 법률을 준수해야 한다. ii) 법치원칙은 합법성 원칙에만 국한되지 않고, 법률이 일정한 기준에 반드시 부합할 것을 요구한다. iii) 법치원칙은 법률의 평등한 보호를 나타낸다. iv) 법치원칙은 법률이 정부와 국민간에 편중되지 않음을 나타낸다.⁷⁾ 미국의 법치행정(法治行政)

의 구성요소는 기본적 권리와 정당한 절차를 나타낸다. 전자는 모든 조직과 개인이 법률에 복종해야 하지만, 이러한 방법은 반드시 인류의 고유한 기본적 권리를 보호해야 하고, 파괴할 수 없다. 후자는 법률의 시행은 정당한 법률절차에 따라 진행해야 함을 말한다.⁸⁾ 프랑스의 행정법치(行政法治)는 세 가지 내용을 포함한다. 즉, i) 행정행위는 (법정권한 내에서) 반드시 법률에 근거해야 한다. ii) 행정행위는 반드시 법률(법률수권의 목적, 절차 및 조건)에 부합해야 한다. iii) 행정기관은 반드시 법률규범의 시행을 보장하는 조치를 취해야 한다.⁹⁾ 현대 일본의 행정법치원칙은 다음과 같다. 즉, i) 법률유보. 의원 내각제 수립, 의회제 민주주의는 국회를 통해 행정에 대하여 정치제한을 진행한다. ii) 법률우선. 행정입법, 행정재량과 행정수속에서 입법우선의 요구 또는 입법의 통치문제가 존재한다. iii) 사법심사. 법원을 통해 행정에 대하여 사법분야의 사후구제를 진행한다.¹⁰⁾

2. 법치행정원칙의 내용

중국은 최근 법치행정의 원칙에 대한 논의가 비교적 많다. 일부 학자는 법치행정의 원칙의 내재적 의미가 직권법정, 법률유보, 법률우선, 법률근거 및 직권과 직책의 통일이라고 본다.¹¹⁾ 또한 법치행정이 세 가지 원칙, 즉 행정합법성의 원칙, 행정합리성의 원칙, 행정긴급성의 원칙을 구체적으로 포함한다고 보기도 한다.¹²⁾ 생각건대, 법치행정의 내용은 행정관리의 각 부분과 측면을 포함해야 한다. 구체적으로는 다음과 같다.

(1) 행정조직 법정주의

이는 행정조직의 권한, 중앙 및 지방행정권의 구분, 행정기관의 설치, 기능 및 행정편제 등은 모두 법률로서 규정되어야 하고, 기타 어떠한 조직과 개인

7) 王名扬：《英国行政法》，中国政法大学出版社，1987年版，第11页。

8) 王名扬：《美国行政法》，中国法制出版社，1995年版，第114~116页。

9) 王名扬：《法国行政法》，中国政法大学出版社，1989年版，第196~198页。

10) 和田英夫著，倪健民等译：《现代行政法》，中国广播电视出版社，1993年版，第27~28页。

11) 应松年：“依法行政论纲”，载《中国法学》1997年 第1期。

12) 罗豪才主编：《行政法学》，北京大学出版社，1997年版，第31~35页。

도 규정할 권한이 없다는 말이다. 중국에서 헌법이 원칙상 행정기관을 규정함으로써 권력기관이 생성되지만, 지방조직법의 구체적 규정에 따르면, 지방의 각급 인민정부는 업무의 필요원칙에 따라 필요한 업무 부문을 설립할 수 있다. 따라서 정부의 업무기구 설립은 권력기관의 통제와 감독을 받지 않고, 행정기관 스스로 결정한다. 행정조직의 법정주의는 서양국가에서 이미 행정법치의 원칙이 되었다. 행정조직의 규모와 구조에 따라, 행정기관의 직권 등은 모두 국민의 자유, 권리 및 의무에 중대한 영향을 미치기 때문에, 반드시 법률에 따라 규정하여야 한다. 행정조직 법정주의에서 행정직권 법정주의가 핵심적 지위를 지닌다. 행정기관의 측면에서, 그 직권은 법률의 규정에 근거한다. 법률이 부여하지 않은 직권을 행정기관은 스스로 향유할 수 없다. 행정권의 설정은 일정한 기준에 부합하여야 하는데, 예컨대, 국민 행정권익의 실현 확보와 행정관리규율에 부합해야 한다.¹³⁾ 행정기관은 반드시 법률이 규정한 권한 범위내에서만 활동하여야 하고, 월권행위는 무효이다.

(2) 법률우위

법률우위, 즉 법률우선은 소극적 법치행정이라고 한다. 이 개념은 독일의 행정법학자 오토마이어가 최초로 제기하였다. 오토마이어는 “법률의 형식으로 표현된 국가의 의지는 모든 기타 형식으로 표현된 국가의 의지보다 우선하고, 법률은 오직 법률의 형식으로만 폐지되며, 법률은 법률과 상충하는 모든 의지를 폐지하거나 또는 근본적으로 작용을 할 수 없도록 할 수 있다. 이것이 우리가 말하는 법률우선이다”고 하였다.¹⁴⁾

법치행정의 원칙의 중심적 원칙 중 하나로서, 법률우위가 말하는 것은 모든 행정행위는 법률에 저촉되어서는 안 되고, 행정기관은 법률에 저촉되는 어떠한 조치도 실시할 수 없다. 법률은 어떠한 행정행위와 비교해도 최상위에 있는데, 그 근본적 목적은 위법한 행정행위를 금지하는 것이다. 법률우위는 광의와 협의의 두 가지 측면으로 이해할 수 있다. 넓은 의미로, 법률우위원칙은 행정활동이 반드시 법률의 구속을 받아야 하고, 행정기관은 법률에 저촉되는

13) 应松年 主编：《行政法学新论》，中国方正出版社，1998年版，第127~128页。

14) [德]奥托·迈耶著，刘飞译：《德国行政法》，商务印书馆，2002年版，第70页。

행정조치를 실시할 수 없다는 것을 말한다. 이런 의미에서 법률우위원칙은 행정활동의 모든 측면에 무조건적이고 무제한적으로 적용된다. 행정은 법률에 종속되고, 법률은 상위적 지위를 차지한다. 그러나 오늘날 우리는 협의적 측면에서 법률우위원칙을 이해한다. 주로 법률규범의 효력 측면에서 법률은 기타 어떠한 법률규범보다 상위에 있고, 어떠한 법률규범도 법률에 저촉되어서는 아니 된다.¹⁵⁾ 중국 행정은 20세기 말부터 행정기관의 입법이 증가하고 있고, 행정법률규범은 이미 국가 입법기관의 제정에 국한될 수 없다. 중국에서 행정법률규범은 헌법, 법률, 행정법규, 지방성 법규 및 규장(规章) 등 몇 가지 단계의 규범으로 구성된다. 법률우위가 강조하는 것은 헌법하에서 법률이 제일 중요한 지위를 지닌다는 것이다. 《헌법》과 《입법법》의 규정에 따라, 행정법규와 규장은 헌법과 법률에 저촉될 수 없고, 규장은 행정법규에 저촉될 수 없으며, 지방규장은 지방성 법규에 저촉될 수 없다. 법률규정이 없는 상황에서, 기타 법률규범은 법률에서 규정한 권한 또는 수권 범위내에서 특정 사항을 규정할 수 있지만, 일단 법률이 동일한 사항을 규정할 경우, 행정법규와 규장은 반드시 법률을 따라야 하고, 법률규정을 기준으로 한다.

(3) 법률유보

유래적 측면에서, 법률유보는 19세기의 “간섭행정”에서 유래하는데, 헌정수단으로 발전한 중요한 원칙이다. 그 최초의 의의는 만약 행정기관이 사인의 재정과 자유에 개입할 경우, 반드시 의회가 지정한 법률의 명확한 수권이 있어야 하고, 그렇지 않을 경우 위법을 구성한다는 것이다. 이 시기의 정부는 소극적 정부의 이념을 신봉하여, 법률유보에서의 법률은 단지 협의의 법률, 즉 의회가 제정한 법률을 말한다. 더욱이 정부의 기능은 주로 외부에서 경제적 자유경쟁 질서를 보장하는 것이므로, 행정의 범위는 가능한 최소한으로 시민사회를 침해하는 최소한 범위에 국한되었다.

행정권의 지속적인 확장과 현대 행정의 발전에 따라, 행정통제에 대한 법률유보의 범위와 정도가 변화하였다. 나날이 전문화된 행정기술과 행정효율성의 내재적 요구로 인해, 입법은 더 이상 행정관리의 수요에 적합할 수 없

15) 袁曙宏、杨伟东：“依法行政的原则”，载《中国监察》2002年 第7期。

게 되었다. 법률유보에서의 “법률”은 의회가 제정한 협의상의 법률뿐만 아니라, 행정기관의 행정입법도 포함하는 광의의 법률이다. 법률유보의 적용범위도 행정영역의 침해에만 국한되지 않는다. 법률유보의 적용범위에 대하여서는 이견이 존재하는데, 크게 세 가지로 분류할 수 있다. 첫째, 중요사항설이다. 이는 법률유보의 원칙은 간섭행정에 국한하지 않고, 모든 행정행위는 법률상의 근거가 있어야 하기 때문에, “중요사항”을 법률유보의 범위를 확인하는 기준으로 삼는다. 즉, 국가의 중요사항에 해당하고, 특히 국민의 기본적인 권리의 실현 및 행사와 관련된 사항은 반드시 법률이 규정하여야 한다. 둘째, 전부유보설이다. 이는 모든 국가행위는 국민으로부터 유래하고, 어떠한 행위도 성질 여부에 관계없이(급부행정 포함) 마땅히 법률의 구속을 받아야 한다. 셋째, 침해유보설이다. 이는 법률유보의 적용범위가 간섭행정에 국한되고, 행정권이 국민의 자유권 또는 재산권을 침해할 경우, 반드시 법률의 수권(授權)이 있어야 한다는 것이다. 기타 행정작용, 예컨대, 급부행정의 경우에는 법률적 근거가 필요하지 않다.¹⁶⁾

법률유보가 가리키는 것은 행정사항이 국민과 조직의 중대한 권익과 관련될 경우, 헌법과 법률이 오직 법률로서만 규율할 것을 규정하기 때문에, 반드시 전인대 상무위원회가 제정한 법률 또는 명확한 수권이 있어야 이러한 행정활동을 진행할 수 있다. 법률유보는 규칙의 제정과 행위의 결정이라는 두 가지 측면에 대하여 요건을 제시한다. 규칙의 제정 측면에서, 특정 사항의 설정권은 국가 입법기관이 가지고, 국가 입법기관의 명확한 수권이 있는 경우를 제외하고 행정기관은 이 사항에 대한 규범을 제정할 수 없으며, 그렇지 않을 경우 이는 곧 무효이다. 중국 《입법법》 제9조가 규정하는 관련범죄와 형법은 국민의 정치권리 박탈과 인신자유에 대한 강제조치와 처벌 및 사법제도 등의 사항은 법률유보사항에 해당하고, 법률을 통해서만 규정할 수 있다. 《행정처벌법》 제9조는 “법률은 각종 행정처벌을 설정할 수 있다. 인신의 자유를 제한하는 행정처벌은 법률로서만 설정할 수 있다”고 규정하고 있다. 행위의 결정 측면에서, 법률유보는 특정한 행정사항에 대하여 행정기관이 법률의 수권이 있거나 또는 이러한 권력을 위임할 수 있는 법률이

16) 李建良等：《行政法入门》，元照出版公司，2004年修订版，第78页。

상응하는 수권을 지닌다고 법률에 명확하게 규정된 경우에만, 이 행정행위를 진행할 수 있다. 예컨대, 행정기관이 인신권과 재산권을 침해하는 행정행위, 노동권과 교육을 받을 권리를 침해하는 행정행위 및 사회보장, 세수 및 국민의 정치권리를 침해하는 행정활동을 채택하는 경우, 반드시 법률에 근거하여야 하고, 그렇지 않을 경우 상응하는 법률적 결과를 부담해야 한다.

(4) 법률규정에의 부합

이는 행정기관의 행정권 행사와 관리활동의 실시는 법률에 근거해야 함을 말한다. 여기에서 법률은 일반적으로 행정법률규범을 가리키지만, 국가권력기관이 제정한 법률 뿐만 아니라 행정법규, 지방성법규 및 규장 등도 포함한다. 법률규정에의 부합은 다음과 같은 세 가지 의미가 있다.

1) 형식적 합법

행정기관의 관리활동은 법률에 부합하는 규정이다. 즉, i) 행정기관이 관리를 할 경우, 법정 직권을 초과해서는 아니 된다. 추상적인 규범성 문건을 제정하고, 구체적 행정행위를 실시하거나 또는 기타 관리행위를 할 경우, 엄격하게 법률에 따라 진행해야 한다. ii) 행정기관의 관리활동은 실체법 규정을 준수해야 할 뿐만 아니라 절차법 규정도 준수해야 한다. iii) 행정수권과 행정위임은 모두 법률적 근거가 있어야 하고, 법정조건을 구비해야 한다.

2) 실질적 합법

행정기관의 관리활동은 법률이 규정하는 내재적 정신과 요구에 부합해야 한다. 구체적으로 다음을 포함한다. 즉, i) 행정기관의 활동은 법률의 목적에 부합해야 한다. 어떠한 법률을 제정하든지 모두 특정한 목적이 있고, 행정활동은 법률의 목적에 위배될 수 없다. ii) 행정기관이 구체적인 결정을 내릴 경우, 관련 요소를 고려해야 한다. 법률이 고려할 것을 요구하는 요소는 반드시 고려하여야 하고, 서로 관련이 없는 요소는 고려해서는 아니 된다. iii) 공정법칙에 부합해야 한다. 이는 실질적합법의 가장 일반적인 요건이다. 소위 공정이란 이성에 부합하다는 것을 말한다. 예컨대, 어떠한 사물에 대한 판단과 결정이 통상인의 추리와 행위기준에 부합해야 한다.

3) 위법한 행정행위는 무효이고, 행정기관은 이에 대한 법률적 책임을 부담한다.

위법한 행위는 무효로 인정될 뿐만 아니라 취소되어야 하고, 국민에게 실질적 손실을 입힌 경우에는 마땅히 법률에 따라 배상을 해야 한다.

제 4 절 비례의 원칙

1. 비례의 원칙의 역사적 연혁과 발전

비례의 원칙은 독일의 행정법학에서 창시된 기본적인 행정법원칙이지만, 그 연원은 아테네의 솔론(Solon) 시기로 거슬러 올라갈 수 있다. 아테네의 입법자인 솔론은 오래전 이미 한도(限度)와 과동(過度)의 사상을 중시하였다. 그는 정의를 출발점으로 간주하고, 한도를 사회질서의 한계로 삼아, 후대 입법자들의 모범이 되었다.¹⁷⁾ 아리스토텔레스는 서양 법학에 지대한 영향을 미친 “정의” 법철학 사상을 제시하였다. 그는 정의를 보편적 정의와 특수한 정의로 분류하고, 공평은 비례를 위반하는 가능성의 중심이라고 한다. 법률원칙으로서, 비례의 원칙이 공법 영역에 진정으로 출현한 것은 19세기로서, 주로 경찰법내에 집중된다. 1802년 독일 학자인 베르크가 출판한 《독일경찰법수첩》에서 이미 경찰의 권력은 오직 필요할 경우에만 그것을 실행할 수 있다고 명백하게 언급하였다. 이후에 독일 행정법의 아버지인 오토마이어는 《독일행정법학》에서 “행정권이 추구하는 공익은 당연히 사익을 초과하는 우선성이 있지만, 국민에 대한 행정권력의 침해는 반드시 목적성에 부합해야 하고, 최소침해의 방식을 취해야 하는데,” 이것이 바로 “비례의 원칙”이라고 했다. 비례의 원칙은 행정법학의 영역에서 독특한 지위를 지닌다. 대만의 저명한 법학자인 천신민(陳新民) 교수는 “비례의 원칙은 행정권력의 위법을 구속하는 가장 효과적인 원칙으로서, 행정법학에서의 그 역할은 “신의성실의 원칙”이 민법에서 차지하고

17) Ruprecht Kraus. Der Grundsatz der Berhaeltnismaessigkeit in seiner Bedeutung fuer die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht. Hamburg 1995, p.18. 王名物、冯俊波：“论比例原则”，载《时代法学》2005年 第4期。

있는 제왕적 지위에 비교할 수 있기 때문에, 우리가 비례의 원칙이 행정법의 “제왕조항”이라고 해도 지나친 것이 아니다.”라고 했다.¹⁸⁾

제2차 세계대전 이후 민주와 법치가 발전함에 따라, 비례의 원칙은 독일에서 내용상의 발전과 개선이 이루어졌다. 더욱 중요한 것은 협의의 경찰법 영역에서 탈피하여 헌법원칙의 지위를 얻었다는 것이다. 내용적으로 독일학자는 비례의 원칙을 세 가지 구체적 원칙으로 분류한다. 첫째, 적합성 원칙(适应性原则)이다. 국가가 채택한 조치는 보편적 조치 또는 개별적 조치를 포함하여 모두 법률이 추구하는 법률 규정의 목적에 적합해야 하고, 이탈할 수 없다. 둘째, 필요성 원칙이다. 만약 국민의 자유를 간섭하는 국가의 조치가 공공이익의 실현을 위하여 필수 불가결한 경우, 이러한 간섭은 최소한도 여야 한다. 다시 말해, 국가는 그 직권범위 내에서 더 이상 침해를 최소화 할 수 없는 조치가 없는 경우에, 그 조치를 채택할 수 있다. 셋째, 비례성 원칙이다. 국가가 채택한 조치는 당사자에게 있어 과도한 것이 아니고, 국가의 목표에 있어서도 적당한 것이다. 이러한 관점에서 협의의 비례의 원칙이라고도 한다.

상술한 바와 같이, 독일은 비례의 원칙을 확립한 최초의 국가이지만, 비례의 원칙의 운용상 오히려 다른 국가와 지역이 보다 광범위하고 심도가 있다. 일부 구체적 법률에서 비교적 양호하게 비례의 원칙을 실현되고 있다. 예컨대 《연방행정강제집행법》 제9조는 강제집행방법을 규정하고 있는데, i) 강제집행방법에는 대리이행(제10조), 집행벌(제11조), 직접강제(제12조)가 있고, ii) 강제집행방법은 반드시 그 목적에 적합해야 하고, 당사자와 공중의 손해를 최대한 감소시켜야 한다. 그러나 1976년에 제정된 《연방행정절차법》과 그 이후에 수차례 개정된 법률에서는 비례의 원칙이 행정절차법의 기본원칙임을 명확하게 규정하지 않고, 단지 개별 조항에서 비례의 원칙의 특정 정신을 반영하고 있다. 예컨대, 제36조는 (행정행위) 부속규정은 행정목적에 위배할 수 없다고 규정하고 있고, 제40조는 “행정기관이 수권에 의해 재량행위를 할 경우, 재량활동은 수권목적에 부합하여야 하고, 법에서 규정한 재량의 한계를 준수해야 한다.”고 규정하고 있다. 그러나 독일 행정법에 지대한 영향을

18) 陈新民：“行政法学总论”，载《行政法学研究》1998年 第1期。

받은 포르투갈, 스페인 및 대만은 오히려 비례의 원칙에 비교적 높은 관심을 두고 있다.¹⁹⁾

포르투갈의 1996년 《행정절차법》은 11개의 기본원칙을 규정하였는데, 그 세 번째 원칙이 “평등과 적절성 원칙”이다. 이 법에서 적절성 원칙은 다음과 같이 규정하고 있다. 즉 “행정 당국의 결정과 사인의 권리 또는 법률의 보호를 받는 이익이 충돌할 경우, 달성할 수 있는 목표에 대하여 적당성과 적절성이 있는 경우에만, 이러한 권리나 이익에 손해를 입힐 수 있다.” 비례의 원칙의 목적성과 비례성이 여기에서 뚜렷하게 보인다.

프랑스 행정법에서 비례의 원칙이 비록 명확하게 제시되거나, 전체 행정활동을 조정하는 기본원칙의 하나로 간주되지는 않지만, 경찰법 등 특정한 행정영역에서, 비례의 원칙은 훌륭하게 실현되고 운용되고 있다. 프랑스 법률규정에 따르면, 공공질서를 보호하고 국민의 자유를 제한하기 위하여, 행정기관은 전형적인 경찰활동의 수단이다. 경찰활동은 목적의 요건에 부합해야 할 뿐만 아니라 공공질서를 유지하기 위한 필요한 범위내에서 일정한 한도를 초과해서는 아니 된다. 그렇지 않을 경우, 행정법원은 필요성이 없는 경찰수단과 위해정도를 초과한 경찰수단을 취소할 수 있다.²⁰⁾

주의할 점은 보통법 국가는 역사적으로 합리성 원칙을 행정 자유재량권의 심사기준으로 삼았지만, 최근에는 비례의 원칙에 관심을 가지기 시작했다. 영국 행정법에서 월권무효는 행정법 원칙의 하나이다. 영국의 월권무효원칙은 거의 모든 위법행위를 포괄하고 있기 때문에, 비례의 원칙은 영국 행정법에서 명확한 개념적 정의가 없다. 하지만 영국 행정법에서의 “합리성”, “필요성”, “적당성” 등의 개념은 비례원칙의 관련 내용과 일치한다. 예컨대, 에이크허스트(Akehurst)는 다음과 같이 생각한다. 즉 “만약 영국판사가 지방기관이 제정한 조례가 불합리하다는 이유로 무효를 선고할 경우, 만약 “피관리인의 권리에 대하여 독단적이거나 근거가 없는 침해라고 규정함으로써, 이성적인 사람이 정당성이 없다고 간주하는 경우”…… 판사는 실질적으로 독일 법학가가 비례의 원칙을 적용하는 것과 동일한 결과를 얻는다.”²¹⁾

19) 黄学贤：“行政法中的比例原则研究”，载《法律科学》2001年 第1期。

20) 王名扬：《法国行政法》，中国政法大学出版社，1988年版，第472页。

2. 비례의 원칙의 내용

중국은 서양 각국의 상황과 다르지만, 법치행정을 하기 위해 어떻게 행정 자유재량권을 조정하고 통제할 것인가라는 공통적인 과제에 직면해 있다. 행정법의 의의에서 비례의 원칙은 행정권력이 법률적 근거가 있다는 전제 이외에 행사될 경우, 행정주체는 반드시 상대방에 대한 침해를 최소화하는 방식으로 진행되어야 한다는 것을 말한다. 비례의 원칙은 통상 다음의 세 가지 내용을 포함한다.

1) 특수성

타당성 또는 목적성이라고도 한다. 즉, 행정권력의 행사와 행정조치의 채택은 법률에서 규정한 목적을 달성하기 위함이다. 만약 행정권력의 행사와 조치의 채택이 법률에서 규정한 목적을 달성하기 위함이 아니거나, 또는 법률에서 규정한 목적을 달성할 수 없는 경우에는, 타당성의 요건에 위반되고, 따라서 비례의 원칙을 위반된다. 비례의 원칙의 특수성이 법치행정의 원칙의 기본적 의의를 가장 정확하게 표현하고 있다. 만약 어떠한 행정행위가 이러한 요건에 위반될 경우, 그 합법성이 상실하게 된다. 비례의 원칙에서 특수성이란 “목적 방향”에 따라 행정권력과 그 행사주체가 채택하는 조치간의 비례관계를 규율한다.

2) 필요성

대체불가능성이라고도 한다. 즉, 법률에서 규정한 행정목적은 달성하기 위하여, 이러한 조치는 국민에게 최소한의 침해를 야기하는 조치이다. 다시 말해 국민에게 더욱 작은 침해를 제공할 수 있는 조치가 없다는 것이다. 비례의 원칙의 필요성 요건은 행정권력이 행사될 경우, 반드시 국민의 대한 침해가 최소화되는 조치를 통해 그 목적을 달성해야 한다. 만약 다양한 조치를 선택할 수 있을 경우, 행정 자유재량권의 행사는 반드시 필요성 요건의 구속을 받아야 한다. 그렇지 않을 경우, 필요성 요건을 위반하게 되고, 비례의 원

21) 马怀德：《行政法与行政诉讼法》，中国法制出版社，2000年版，第75~76页。

칙을 위반하게 된다. 따라서 비례의 원칙에서의 필요성은 “법률의 결과”에서 행정권력과 그 채택된 조치간의 비례관계를 규율한다.

3) 비례성

상당성(相称性)이라고도 한다. 즉, 행정권력이 채택하는 조치와 그 달성되는 목적간에는 반드시 비례성 또는 상당성에 부합해야 한다. 구체적으로 행정조치는 행정목적의 달성을 위해 필요한 것이지만, 만약 그러한 실시의 결과가 국민에게 행정목적을 초과하는 가치의 침해를 야기할 경우, 이러한 행정권력의 행사는 비례의 원칙을 위반한 것이다. 다시 말해, 행정주체는 특정 행정권력을 행사하기 전에, 행정목적이 달성하려는 이익과 국민에게 야기된 결과를 비교형량하여, 행정목적이 침해한 국민의 권리보다 중요하다는 것을 증명한 경우에만 채택될 수 있고, 그렇지 않은 경우 채택될 수 없다. 비례성 또는 상당성은 “가치방향”에서 행정권력과 그 채택된 조치간의 비례관계를 규율한다.

비례의 원칙의 세 가지 내용은 “목적의 방향”, “법적 결과”, “가치방향”에서 행정권력과 그 행사간의 비례관계를 규율한다. 이들 3자간의 상호 관계는 필수 불가결하게 전통적 비례의 원칙의 완성과 풍부한 내용을 구성하게 하였다. 비례의 원칙은 두 가지 종류의 관계의 조정을 통하여, 전체적으로 공권력의 행사를 인도하였다. 하나는 국가활동의 목적과 수단의 관계이고, 다른 하나는 국민의 자유권리와 공공이익의 관계이다. 양자의 중점은 상이하지만, 모두 그 가치의 좌표를 뛰어넘지는 않는다. 즉 국가권력과 국민이익의 관계를 정확하게 처리하여 국가권력에 일정한 우월성을 부여함으로써 사회의 공공이익을 실현하고, 국가권력의 사적 영역에 대한 과도한 개입으로 인해 국민권리 간섭하는 것을 방지하며, 국가권력과 국민권리간에 이상적인 결합점을 찾아 현대 법치이념 추구에 부합하려 한다.

제 5 절 신뢰보호의 원칙

1. 신뢰보호의 원칙의 의의

신뢰보호의 원칙이란 국가권력의 지배를 받는 국민이 공권력 조치의 존속

을 신뢰하여 계획하거나 조치를 취한 경우, 그 신뢰이익은 마땅히 보호받아야 한다는 것을 말한다. 현대 복지국가에서 국가와 국민간에는 신뢰관계가 존재해야 하고, 국민은 반드시 행정기관이 내린 결정을 신뢰하여 자신의 생활을 결정한다. 그렇지 않을 경우, 사회질서의 안정성과 사회생활의 예측가능성은 파괴될 수 있다. 국민이 행정행위를 신뢰하고 이러한 신뢰가 보호될 필요가 있을 경우에는, 행정상대방의 신뢰이익을 보호하기 위하여 그러한 행정행위는 지속적인 보호를 받아야 하고, 임의로 폐지되어서는 아니 된다. 예컨대, 공공이익의 긴박한 필요에 의해서 행정행위의 폐지가 필요한 경우, 상대방에게 상응하는 보상을 해야 하는데, 이것이 행정법상 신뢰보호의 원칙의 기본적 의의이다.²²⁾

2. 신뢰보호의 원칙의 이론적 연원과 주요 학설

일반적으로, 행정법상의 신뢰보호의 원칙은 제1차 세계대전 전후의 독일에서 유래되었다고 본다. 당시 독일의 각 연방행정법원이 행정처분사건의 취소와 폐지를 판단할 때, 이러한 원칙의 내용을 인용하기 시작하였다. 제2차 세계대전이 종료된 후, 신뢰보호와 관련된 학설과 논쟁이 부단히 나타나게 되었다. 행정신뢰의 보호는 사람들로부터 행정법의 기본원칙으로 인식되기 시작하여, 행정법제의 실무에서 운용되었다. 1973년 10월 개최된 독일 법학자 대회는 “행정상의 신뢰보호”를 회의의 제2주제로 정하였고, 신뢰보호는 공법원칙 중 하나가 되었다.²³⁾ 1976년 《독일행정절차법》의 공포는 행정신뢰보호가 행정법상 기본원칙의 하나로서 법전에서 공식적으로 확인되었다는 것을 보여주고, 이후 다수의 대륙법계 국가가 이를 모방하였다. 이와 동시에 영미법계 국가에서도 새로운 방식으로 행정법상 이와 유사한 “합법적 기대원칙” 또는 “금반언의 원칙”(不得翻供原则)을 확립하였다.²⁴⁾ 영국법상 행정신뢰보호의 원칙은 “합리적 기대보호의 원칙”으로 대체되었다. “합리적 기대보호의

22) [德]毛雷尔著, 高家伟译: 《行政法学总论》, 法律出版社, 2000年版, 第277~278页。

23) 吴坤城: “公法上信赖保护原则初探”, 载城仲模主编: 《行政法之一般法律原则》(二), 台湾三民书局, 1997年版, 第238、247~248、249页。

24) 余凌云: “论行政法上的合法预期原则”, 载《中国社会科学》2003年 第3期。

원칙”과 “자연적 정의”라는 두 가지 절차적 보호는 상호 관련이 있다. 즉 “적어도 최근까지 이러한 절차적 본원으로 인해, 이것이 영국 행정법의 실질적 개념으로 발전하는 것을 제한하고 있다. 따라서 일반적 원칙으로서 영국에서는 이 원칙의 위반은 일종의 행정청문 권리 또는 일종의 경미한 절차상의 권리에 지나지 않는다.” 하지만 EU의 행정법이 독일 행정법의 지대한 영향을 받았고, “합리적 기대”에 대하여 실질적인 보호가 부여되기 때문에, 이는 필연적으로 EU 회원국인 영국의 행정법 발전에도 영향을 미친다는 것에 주의해야 한다. 미국에서는 “행정기관이 장기간 적용된 정책을 변경할 때, 만약 정책을 진실하게 신뢰한 사람에게 영향을 미칠 경우, 재결을 통과시킬 수 없고, 반드시 법규로 제정해야 한다. 행정기관의 재결을 통해 수립하는 규칙은 선 행정기관의 동의를 받았으며 광범위하게 유행하고 있는 관습을 위반할 수는 없다.”²⁵⁾ 이는 불리한 결과의 보편화를 통해 사회 구성원의 피해를 경감시키는 것이고, 사회 구성원의 합리적인 신뢰를 보호하는 방식 중 하나이다.

행정신뢰보호의 원칙의 이론상 근거와 연원과 관련하여 학계에서는 이견이 존재하는데, 대표적으로 세 가지 학설이 있다.

1) 법률안정설

이 학설은 신뢰보호의 대상은 구 법률의 존속 상태에 국민의 신뢰로서, 사후의 법률소급을 방지함으로써 국민의 처분권을 보호한다는 것이다. “따라서 법적 안정성 원칙(法安定性原則)이 신뢰보호의 원칙의 근거라는 것은 비교적 타당하다.”²⁶⁾

2) 신의성실 유추설

이 학설은 신뢰보호의 원칙은 사법(私法)상의 “신의성실”(诚实信用) 원칙을 공법(公法)상 유추한 것이라는 것이다. 이 학설이 가장 먼저 제기되었고, 광범위하게 유행하고 있다. 신뢰보호의 원칙은 독일법상 가장 많은 지지를 받

25) 王名扬：《美国行政法》，中国法制出版社，1995年版，第378页。

26) [日]盐野宏著，杨建顺译：《行政法》，法律出版社，1999年版，第59页。

는 이유도 이러한 유추와 관련이 있다. 이 학설은 “신의성실의 원칙과 신뢰 보호의 원칙은 사인(私人)간의 적용되는 법원리가 행정법관계의 상황에 적용 된다.”고 본다.²⁷⁾

3) 기본권리설

이 학설은 행정신뢰보호가 실질적으로 헌법상 보호되는 국민의 기본권리라고 간주한다. 즉 신뢰보호의 대상은 여전히 국민이 법률과 행정처분을 신뢰하여 그 행위를 실시할 권리, 즉 헌법상 자유권에 속하기 때문에, 보호의 결과는 국민이 신뢰함으로써 발생한 정당한 이익, 즉 재산권을 보장 또는 보상하는 것이다.

“신의성실”은 원래 사법상의 기본원칙이다. 대만의 법학자 스상寬(史尚寬) 교수는 “모든 법률관계는 그 구체적 상황에 근거하여 정의와 형평 원칙에 따라 조정해야 하기 때문에 구체적인 사회적 공정에 도달하게 된다. 상황의 판단은 형식적이거나 또는 기계적이지 않아야 하기 때문에, 도의적인 형평의 원칙에서 출발해야 하고, 입법자의 측면에서 이러한 관계를 결정하는 것이 신의성실의 원칙의 요건이다.”고 본다.²⁸⁾ 행정법상의 신뢰보호는 선의성실의 원칙을 통하여 이해할 수 있지만, 본질적 차이는 여전히 존재한다. 행정법에서, 신의성실의 원칙은 주로 행정주체가 신의성실의 정신에 따라, 신의성실의 방법으로, 행정행위를 하고, 행정상대방의 정당한 합리적 신뢰이익은 적당한 방식으로 보호받는다라는 것을 말한다. 이 외에 “법률안정”과 “기본적 권리”설은 신뢰보호의 원칙을 단독으로 해석하기 어렵다. 법률적 안정은 결코 절대적 안정과 변하지 않는 것이 아니기 때문에, 국민이 지니는 헌법상 기본적 권리도 무제한적일 수 없다. 이상의 두 가지 학설은 여전히 논증이 필요하다. 실질적으로 정부에 대한 신의성실과, 법률안정의 요건이든지 또는 국민에 대한 기본적 권리의 보호라든지 간에, 모두 현대 사회의 “법치국가”의 헌정원리에 포함되고, 후자의 관리 아래에 있다.²⁹⁾

27) 吳坤城：“公法上信賴保護原則初探”，載城仲模 主編：《行政法之一般法律原則》（二），台灣三民書局，1997年版，第249頁。

28) 史尚寬：《債法總論》，榮春印書館，1978年版，第319~320頁。

29) 莫于川、林鴻潮：“論當代行政法上的信賴保護原則”載《法商研究》2004年 第5期。

3. 행정법상 신뢰보호의 원칙의 적용

행정행위의 다양성으로 인해 신뢰보호원칙은 행정법상의 적용에 있어 다양한 차이가 나게 되었는데,³⁰⁾ 주로 다음의 몇 가지 측면에서 볼 수 있다.

(1) 신의성실한 방법으로 행정행위를 해야 한다

신의성실이 요구하는 행정주체의 행정행위는 반드시 진실하고 성의가 있어야 하고, 의사표시는 성실해야 할 뿐만 아니라 완전해야 한다. 행정행위의 명확성, 연속성 및 안정성을 확보하고, 행정주체와 그 행정행위에 대한 행정상대방의 진정한 신뢰를 수립하고 보호하기 위하여, 행정주체는 반드시 신의성실의 정신을 바탕으로 하여야 하고, 신의성실한 방법으로 행정행위를 한다.

(2) 소급력을 지닌 추상적 행정행위는 금지한다.

행정기관이 행한 추상적 행정행위의 효력은 행위의 시행 전에 이미 종결된 사실에는 적용할 수 없는데, 이것은 법치국가의 법적 안정성의 필연적 요건이다. 안정성 원칙은 국가가 법률상태의 안정성과 불가분성을 보호할 것을 요구하고, 법률규정에 부합하는 조건을 제외하고 소급효가 있는 법률규범을

30) 대만학자들은 신뢰보호의 원칙은 법치국가원칙을 바탕으로 한 법적 안정성에 근거한다고 본다. 이에 따라 법률 불소급원칙, 행정처분의 취소 및 폐지의 제한원칙, 행정기관이 승낙 또는 보증한 효력의 원칙 등이 도출된다. 신뢰보호의 원칙은 다음의 요소들을 고려하여 적용하여야 한다. 즉, i) 신뢰의 기초. 행정기관은 행위 또는 조치를 외부에 표현하여 국민에게 신뢰의 기초를 제공하여야 한다. 예컨대, 행정명령의 공포 또는 행정처분의 완성 등이 있다. ii) 신뢰의 표현. 국민은 신뢰 행정행위로써, 객관적으로 신뢰의 행위를 구체적으로 표현하여야 한다. 예컨대, 생활의 계획 또는 재산의 처분은 단순히 국민의 주관적인 소망 또는 기대에 속하고, 신뢰 발생의 사실을 표현하지 않으며, 표현할 수도 없다. iii) 신뢰보호의 필요성. 국민의 신뢰는 보호되어야 한다. 다시 말해, 만약 국민의 신뢰에 하자가 있거나 보호할 수 없을 경우, 신뢰보호의 원칙을 적용하지 않는다. 예컨대, 사기, 협박 또는 뇌물의 방식을 이용하는 경우, 행정기관이 행정처분자를 돕는 경우, 중요한 사항에 대하여 부정확한 자료 또는 불완전한 진술을 제공하여 행정기관이 이 자료 또는 진술을 바탕으로 행정처분을 하는 경우, 또는 행정처분의 위법을 인지하는 경우, 중대한 과실로 인해 인지하지 못하는 경우가 모두 이러한 상황에 속한다. 李建良等：《行政法入门》，元照出版公司，2004年5月 修订版，第87页。

제정할 수 없다. 행정주체의 추상적 행정행위의 불소급에도 예외적 상황이 있다. 예컨대, 국민이 소급효가 있는 규범과 정책에 대하여 예상할 수 있는 경우 또는 原법률상태가 불명확하고 분명하지 않을 경우, 국민은 보호가치가 있는 신뢰가 결여되기 때문에 소급할 수 있다. 또한 추상적 행정행위 자체가 무효이고, 합법적 기초가 결여되거나, 또는 새로운 추상적 행정행위가 공공복리의 필요에 근거할 경우에는 소급할 수 있다.

(3) 구체적 행정행위의 취소는 반드시 제한을 받는다.

“신뢰보호의 원칙이 다수의 공법적 영역에서 적용될 여지가 있지만, 행정처분의 취소와 가장 직접적 관련이 있다.”³¹⁾ 행정행위는 일단 성립되면 확정력과 존속력을 지니고, 법률이 행정주체가 행정행위에 대한 취소와 폐지를 금지하지 않더라도 이러한 권력은 엄격하게 제한된다. 그렇지 않을 경우 행정행위의 확정력과 확정력이 보장하는 권리의 안정성이 손해를 받을 수 있다. 법치행정의 측면에서 볼 때, 행정기관이 위법한 행정행위를 행한 경우, 권한이 있는 기관은 그 직권에 따라 정당한 절차를 통해 취소하여야 한다. 신뢰보호의 원칙에 근거하여 위법한 행정처분을 취소할 것인지 여부는 행정합법성의 공공이익과 국민이 신뢰한 행정처분의 신뢰이익을 비교하여야 한다. 위법하고 불리한 구체적 행정행위에 대하여, 권한이 있는 기관은 언제든지 법률에 따라 취소할 수 있다. 불리한 구체적 행정행위의 취소는 일반적으로 상대방의 기득권 또는 신뢰이익에 대한 보호 문제를 야기하지 않는다. 신뢰보호의 원칙에 근거하여, 위법하고 불리한 구체적 행정행위에 대한 취소는 원칙이고, 불취소가 예외이다. 여기에서의 예외적 상황은 주로 본 행위를 취소하지 않는 사인의 신뢰이익이 공공이익보다 명백하게 큰 경우이다. 정확한 방법은 만약 原행정허가의 법률상황이 상대방에게 유리하고, 불변경이 명시적으로 공공이익을 손상시키지 않는 경우, 원칙적으로 보호를 존속시키는 방식을 채택하여야 한다. 다만, 본 법률 상태를 변경함으로써 보호되는 공공이익이 상대방의 신뢰이익보다 확연히 큰 경우, “공익우선” 원칙에 따라 原행

31) 叶俊荣：“行政程序与一般法律原则”，台湾经社研究报告 1007，第234页。

정허가의 법률 상태를 변경하여야 하고, 행정상대방의 신뢰이익에 대하여 재산적 보호를 제공해야 한다.

사례 : 2002년 7월, 모 홍콩기업이 2.7억 위안을 투자하여 중국 국내 어느 市 상수도공사와 합작계약을 체결하고, 해당 시의 오수처리를 담당하였다. 규장 제정권을 지닌 해당 시정부는 이를 위하여 《오수처리관리방법》을 제정하였고, 당해 홍콩기업에 대하여 승낙을 하였고, 정부가 오수처리비용의 우선적인 지급과 차액보충 할 의무를 부담하였으며, 이 방법은 합작기한이 만료될 때 폐지된다고 규정하고 있다.

2005년 2월 시정부는 합작 프로젝트가 국가가 공개적으로 금지한 변형 대외용자부채의 “고정수익(固定回报)”항목에 해당하기 때문에, 《국무원판공청의 현행 외자투자를 보장하는 고정수익 프로젝트와 관련된 문제의 적절한 처리에 관한 통지(国务院办公厅关于妥善处理现有保证外方投资固定回报项目有关问题的通知)》의 정신을 위반하였고, 청산, 폐지, 취소의 범위에 속한다는 이유로 “《오수처리관리방법》 폐지 관련 결정(关于废止《污水处理专营管理办法》的决定)”을 내렸지만, 이 결정을 합작회사와 홍콩기업에 고지하지 않았다. 홍콩기업은 시정부의 조치는 다음과 같이 부당하다고 주장하였다. 첫째, 국무원 문건은 각급 정부가 고정수익과 관련된 외상투자항목에 대하여 “충분히 협상”하고, “적절하게 처리” 할 것을 명확하게 요구하고 있는데, 시정부는 사전에 충분히 검토하지 않았고, 사후에도 상대방에게 통지하지 않았기 때문에, 문건의 정신을 위반하였다. 둘째, 1998년 9월 국무원통지에서 새로운 “고정수익” 항목의 승인을 명시적으로 금지하고 있고, 오수처리 합작프로젝트는 2002년 시정부의 동의와 省外经贸厅(省外经贸厅)의 승인 및 原국가 대외무역경제협력부(原国外经贸部)에 등록 후에 성립하고 수속을 완비한 적법한 절차상의 프로젝트이다. (2006년 국가 사법시험 제4권 인용)

제 6 절 적법절차의 원칙

1. 적법절차의 원칙의 의의

적법절차의 원칙(程序正当原则)은 광의와 협의로 구분된다. 광의의 적법절차의 원칙은 전체 행정법의 절차적 기본원칙으로서, 행정공개원칙, 행정공정원칙, 민주참여원칙을 포함한다. 협의의 적법절차의 원칙은 영국 행정법상에서 오래된 “자연적 공정”³²⁾과 미국 행정법의 “정당한 법률절차”³³⁾의 원칙이다.

적법절차의 원칙은 영국의 자연적 공정의 이념에서 시작하여, 미국에 의해 계수되었다. 미국 헌법 제5조와 제14조 수정안은 각 항에서 “정당한 절차”로 명확하게 규정하고 있다. 이후 서양 국가들은 점차 이 원칙을 계수하고 확립하였다. 특히 1940년대 이후에는 각국의 행정절차법의 제정에 따라, 적법절차는 이미 다수 국가의 행정법의 기본원칙이 되었다. 적법절차의 원칙의 기본적 의의는 행정기관이 행정상대방의 권익에 영향을 미치는 행정행위를 시행할 경우, 반드시 정당한 법률 절차를 준수해야 하고, 이유의 고지와 설명 및 공청회 등의 방식을 채택하며, 행정행위를 규율함으로써 상대방의 합법적 권익을 보장하여야 한다는 것이다.³⁴⁾

32) 자연적 정의 원칙은 두 가지 기본원칙을 지닌다. 하나는 누구도 자신의 사건에 대한 법관이 될 수 없다는 것이다. 이 원칙에 따라 행정기관은 행정행위를 실시한다. 만약 이러한 행위에 참여한 공무원이 그 행위와 이해관계가 있거나 또는 선입견과 편견이 있는 경우, 기피해야 하고, 이 행위는 무효이다. 다른 하나는 어떠한 사람이든지 처벌 또는 기타 불리한 처분을 받기 전에 공정하게 그 의견을 청취해야 한다. 이 원칙에 따라 국민은 재산의 수용, 허가증 신청의 거절, 면허취소, 벌금, 면직처분의 처벌 또는 제재 등 불리한 처분을 받기 전에, 행정기관은 반드시 사전에 이 처분의 근거, 이유에 대한 해명서를 통지 및 고지해야 한다. 그렇지 않을 경우, 사법심사기관은 이 처분을 무효로 인정한다. 王名扬：《英国行政法》，中国政法大学出版社，1987年版，低51~169页참고.

33) “정당한 법률 절차”는 미국헌법 제5조와 14조 수정안에서 규정한다. 구체적인 소개는 다음 참고：王名扬：《美国行政法》，中国政法大学出版社，1995年版，第382~414页。

34) 姜明安 主编：《行政法与行政诉讼法》（第二版），北京大学出版社、高等教育出版社，2005年版，第72页。

중국은 역사적으로 “실체를 중시하고, 절차를 경시하는” 전통이 있기 때문에, 선진 법치국가의 절차원칙을 본보기로 삼아, “적법절차”를 행정법의 기본원칙으로 승격시키고, 행정주체의 행정행위, 특히 자유재량행위를 규율해야 한다. 경제발전과 현대 사회생활의 수요로 인하여, 행정주체의 자유재량의 범위는 나날이 광범위해지고, 행정재량은 행정의 자유영역이 된다. 법률영역은 실체적으로 명확하게 규정할 수 없게 되고, 또한 통제력을 잃어서는 안 되기 때문에, 절차의 규범적 작용은 더욱더 필요한 것이다.

2. 적법절차의 원칙의 내용

적법절차의 원칙 중 중요한 것은 각종 절차제도를 구체화 시키는 것이다. 만약 필요하지 않은 제도인 경우, 적법절차는 역시 공론(空論)에 불과하다. 민주, 공개와 참여는 적법절차의 초석으로서, 적법절차라는 기본원칙은 공개원칙, 공정원칙, 민주참여원칙 등의 내용을 포함한다.

(1) 공개의 원칙

각국 민주의 발전, 법치의 진보 및 국민의 권리의식과 참여의식이 증가됨에 따라, 행정공개는 대중의 강력한 요구가 되어 20세기 중엽 이래 신속한 발전과 광범위한 확장이 있었다. 공개원칙의 기본적 의의는 행정주체가 행정권력을 행사하는 과정에서 국가비밀, 개인신상 및 영업비밀을 제외하고는 행정권력 행사의 근거, 과정, 결과 및 이로 인해 발생한 정부의 정보는 주동적으로 또는 신청이 있을 경우에는 개인과 사회대중에게 공개하는 것을 말한다.

행정공개원칙은 행정권력 행사의 전 과정에 적용된다. 행정권의 행사가 행정상대방의 합법적 권익에 영향을 줄 경우, 행정 상대방에게 관련 사항과 정보를 공개해야 한다. 다만, 법률에 상반된 규정이 있는 경우는 제외한다. 행정권력의 행사는 몇몇 단계가 존재한다. 각 단계는 상이한 요건과 내용이 있기 때문에, 상이한 단계에서의 행정공개 내용도 서로 상이할 수 있다. 행정권력 행사의 상이한 단계와 상이한 형식에서 살펴보면, 행정공개원칙의 요건은 주로 다음의 4가지이다.

1) 행정권력 행사의 근거공개

행정권력의 행사는 정당한 근거가 있어야 한다. 이는 법치행정의 기본적인 요건이다. 이러한 근거는 주로 헌법, 법률, 행정법규, 행정규장 및 기타 규범성 문건을 포함한다. 헌법과 법률의 공개도가 비교적 높고, 상대적으로 행정법규와 규장 및 기타 규범성 문건은 존재하는 문제가 비교적 많다. 이러한 규범성 문건은 복잡하고 변화무쌍한 사회현실에 대처하고 있고, 행정상대방의 권리에 중요한 영향을 미치며, 중국의 행정활동에서 중요한 기능을 수행하고 있다.

법률의 공개정도는 일반적으로 비교적 높은 데, 문제는 주로 행정법규, 행정규장 및 기타 규범성 문건에 있다. 이들이 어떻게 신속하게 공개되고, 어떻게 대중들이 정보를 받을 수 있도록 확보할 것인가? 오늘날 행정법규, 규장 및 대중의 권리·의무에 직접적 영향을 미치는 기타 규범성 문건을 제정하기 위해서는, 이를 정부관보, 정부홈페이지 또는 기타 공개 간행물에 일률적으로 강제하여 공포하거나 또는 단행본을 제작하여 대중이 구매할 수 있도록 한다.

2) 행정권력 행사의 과정공개

영국 대법관인 히와트(Hewart)는 “정의는 실현해야 하고, 국민이 볼 수 있는 방식으로 실현해야 한다.”고 언급 하였는데, 이것이 바로 절차적 정의의 요건이다. 행정권력 행사과정에서의 공개는 행정정당성의 중요한 측면이다. 이 과정의 공개는 행정입법과 기타 규범성 문건의 제정과정 공개, 행정집행법 과정의 공개 및 행정사법활동의 공개 등을 포함한다.

① 행정입법과 기타 규범성 문건의 제정과정의 공개

행정기관은 행정법규와 행정규장 및 기타 규범성 문건을 제정하는 과정에서, 행정기관은 먼저 사회 대중에게 입법의 목적을 설명하고, 공청회 등의 방식을 통해, 사회대중의 의견을 수렴한 후, 권한 있는 기관이 입법초안을 제정하고, 사회 대중에게 공포하며, 입법의 진전상황을 대외에 공포한다.

대중은 자신의 권리에 영향을 주는 일련의 규정에 대하여 건의할 권리를 지니고, 행정기관은 이에 대하여 회신해야 한다.

② 행정집행과정의 공개

행정집행과정에서, 행정은 상응하는 정보를 즉시 공개해야 한다. 공개해야 하는 내용은 주로 다음과 같다. 즉, 첫째, 행정집행행위의 기준과 조건의 공개이다. 예컨대, 행정허가, 행정처벌, 행정징수 등의 행위는 이러한 행위가 준수해야 할 기준과 구비해야 하는 조건은 일률적으로 공개하여, 대중들이 알게 해야 한다. 둘째, 행정집행행위의 순서 및 절차의 공개이다. 예컨대, 신청, 심사, 감정 등의 행위는 특정한 형식으로 공포하여 상대방이 알 수 있어야 한다. 이는 행정행위의 원활한 진행에도 유리하다. 셋째, 상대방의 중대한 권익과 관련된 행정집행행위이다. 예컨대, 인신권 또는 중요한 재산권과 관련된 행정처벌은 공개의 형식으로 진행되어야 한다.

③ 행정사법활동의 공개

행정사법활동은 주로 행정재결, 행정심판을 포함한다. 행정기관은 행정재결행위 또는 행정심판행위를 불문하고, 그 재결과 심판의 근거와 기준 및 절차는 공개하여, 당사자가 사전에 알 수 있도록 해야 한다. 재결과 심판의 형식은 법률에 따라 서면으로 진행되고, 필요한 경우 정식으로 공청회를 개최하여, 공청의 방식으로 진행된다.

3) 행정권력 행사의 결과공개

행정권력 행사의 결과는 다양하고 결과도 상이하기 때문에 그 공개의 방식 또한 차이가 있다. 행정입법과 기타 규범성 문건의 제정 활동의 결과는 규범성 문건의 제정으로, 정부기관은 전문적인 출판물 또는 홈페이지를 통해서 이러한 문건을 공개한다. 행정집행결과의 공개란 행정주체가 행정상대방의 합법적 권익에 영향을 주는 행정결정을 내린 이후, 행정결정의 내용을 법률이 규정한 형식에 따라 행정상대방에게 즉시 공개하는 것을 말한다. 행정사법활동 결과의 공개는 행정재결과 행정심판활동 결과의 공개를 말한다. 재결과 심판 결과의 재결서 및 심판결정서에 대하여, 쌍방 당사자에게 즉시 송달하여 당사

자가 그러한 정보를 알 수 있게 해야 한다. 기타 사건과 이해관계가 있는 개인과 조직에 대하여는, 법률에 따른 열람을 허용해야 한다.

4) 정부정보의 공개

정부정보의 공개는 행정공개원칙이 매우 중요한 제도라는 제도의 표현이고, 국민의 알권리 실현의 중요한 보장이다. 정부는 공공사무의 관리자로서, 행정권력을 행사하는 과정에서 대량의 정보를 취득하고, 국민은 정부에 이러한 정보의 공개를 요구할 권리가 있으며, 정부 또한 국민의 알권리를 충족시키기 위하여 이러한 정보를 공개할 의무가 있다. 동시에 정부정보의 공개는 국민이 의정참정권을 실현하기 위한 전제조건이다.

정부정보 공개제도의 추진은 행정기관의 업무처리제도와 절차를 대중에게 고지하여, 정부행위가 광범위한 대중들의 감시 감독을 받게 함으로써, 그 권력행사의 투명성을 높이고, 정부기관과 그 업무자의 법제 관념을 증강시켜, 법률에 따라 업무를 처리하고 행정관리의 수준을 제고시키는데 도움이 된다.

결론적으로, 행정공개는 국민이 국가의 주인으로서 국가관리에 참여하는 권리행사의 기초이고, 정부기관이 법적 책임과 의무를 이행하는 중요한 방식이며, 법치국가를 건설하는 중요한 조치이다. 민주정치의 발전에 대하여, 국민의 헌법상 권리를 보장하고, 국민의 행정기관에 대한 신임도를 증강시키며, 정부기관의 법치행정을 감독하여, 깨끗하고 고효율적이며, 근면한 정부를 건설하는 것에 매우 중요한 의의를 지닌다.

(2) 공정의 원칙

행정공정은 행정기관이 행정권을 행사하는 과정과 결과가 사회의 일반적이고 이성적인 사람의 동의와 수용을 확보하기 위해 준수해야 하는 기본원칙이다.³⁵⁾ 공정원칙은 행정기관이 공정하게 행정권을 행사할 것을 요구한다. 행정기관이 공정하게 행사한 행정권력은 행정기관의 측면에서는 권위를 수립하는 원천이 되고, 상대방의 측면에서는 행정권을 신임하는 기초가 된다.

행정기관과 그 업무인원은 국민의 공복이고, 그 권력은 국민이 부여한다.

35) 张树义 主编：《行政法学》，北京大学出版社，2005年版，第43页。

따라서 이들은 국민을 위한 서비스를 위해 이러한 권력을 사용해야 한다. 이는 공정하고 개인적인 감정에 고려하지 않고, 상이한 신분, 민족, 성별, 상이한 종교 및 신앙의 행정상대방을 평등하게 대우해야 한다. 행정공정은 실체적 공정과 절차적 공정이라는 두 가지 내용을 포함한다. 실체적 공정의 요건은 다음과 같다. 즉, i) 행정기관이 행사하는 행정권력은 사실을 근거로 하고, 법률을 기준으로 하며, 법률에 따라 엄격하게 처리하여, 어느 쪽으로도 치우치지 않는다. ii) 관련 요소를 합리적으로 고려하고, 독단적으로 결정하지 않는다. 소위 “관련 요소”는 법률·법규 규정의 요건, 정책적 요구, 사회공정의 준칙, 상대방의 개인상황 및 행위가 발생시킬 수 있는 긍정적 또는 부정적 효과 등을 포함한다. 절차적 공정의 요건은 다음과 같다. 즉, i) 자신은 자신의 법관이 될 수 없다. 행정기관의 업무인원이 처리하는 행정사무와 이해관계가 존재하는 경우, 절차적 공정의 진행에 영향을 미칠 수 있기 때문에 회피하여야 한다. ii) 일방 당사자와의 접촉을 금지한다. 행정기관이 특정 행정사항이 동시에 2명 또는 2명 이상의 상대방에 대하여 행정결정 또는 행정재결을 내릴 경우, 일방당사자가 없는 상황에서 타방 당사자와 접촉하거나, 그 진술을 듣거나 그 증거를 접수할 수 없다. iii) 상대방의 진술과 항변의견이 사전에 통지되고 청취되지 않는 상황에서 상대방에 대한 불리한 행정행위를 내릴 수 없다.

공정원칙은 주로 행정 자유재량권에 대하여 제기된다. 행정 자유재량권은 본질적으로 일종의 자유적 권력이기 때문에, 행정 자유재량권의 남용을 야기될 수 있다. 이상 실체적 및 절차적 측면의 규범, 특히 행정절차를 통해, 비교적 효과적으로 행정 자유재량권을 규제하고 그 정당한 행사를 확보할 수 있다.

(3) 민주참여원칙

민주참여원칙은 현대 행정절차의 기본원칙 중 하나로서, 행정권력의 운영과정은 국민의 효과적인 참여가 있어야 하고, 국민이 관리에 참여하며, 자신의 사정에 대한 결정에 참여하기 위한 절차적인 보장을 제공하는 것을 말한다. 이 원칙은 행정권력의 운영결과에 영향을 받는 이해관계인이 행정권력의 행사과정에 참여하여 자신의 의견을 표현할 권리가 있고, 행정권력의 운영과에

대한 형성이 효과적인 기능을 한다는 점을 강조한다.

민주참여원칙의 정치적 기초는 국민주권이다. 국가권력은 국민으로 부터 유래하고, 국민은 다양한 형식으로 국가관리에 참여할 권리가 있다. 선거와 파면제도 등은 국가관리에 국민이 참여하는 전통적인 형식이지만, 이러한 방식은 간접민주제의 일종으로 민주에 대한 타협의 결과이다. 합리적인 행정절차의 설치를 통하여 국민이 직접 행정정권의 행사과정에 참여하는 것은 직접민주제의 일종이고, 이러한 방식을 통해 국민의 의지는 행정정책과 행정결정에 영향을 미친다. 동시에 20세기 이래 행정권력의 팽창에 따라, 행정은 점차 의회를 대체하는 국가권력의 중심이 되었고, 정부의 권력은 국민의 “요람에서 무덤까지”의 전 과정을 통제하고 있기 때문에, 국민이 행정과정에 적극적 참여를 법률상 보장하는 것은 국민은 자신의 권리를 보호하고 정부의 법치행정을 감독하는 효과적인 수단이다.

민중의 효과적인 민주적 참여의 진행을 확보하기 위해, 행정기관이 직권을 행사하는 과정에 법률이 규정한 절차를 제외하고 가능한 한 행정상대방에게 행정활동에 참여할 기회를 제공함으로써, 행정상대방은 행정절차적 권리를 실현하고, 동시에 행정활동은 더욱 사회의 공공이익에 부합하게 행사할 수 있다.

오늘날, 세계 많은 국가와 지역의 행정절차법은 참여원칙을 명확하게 규정하고 있다. 포르투갈 《행정절차법》 제8조는 “공공행정당국의 기관은 사인과 관련된 결정을 할 경우, 특히 본법전이 규정하고 있는 관련 공청회를 따르고, 사인과 자신의 이익보호를 핵심으로 하는 단체의 참여를 확보하여야 한다.”고 명확하게 규정하고 있다. 마카오의 행정절차법 제8조에도 “공공행정당국의 기관은 사인과 관련된 결정을 할 경우 사인의 참여가 있어야 하고, 본법전이 규정하는 공청회를 거쳐야 한다.”고 명확하게 규정하고 있다. 중국에서는 비록 통일된 행정절차법전을 제정하지는 않았지만, 몇몇 단행법에서 규정이 있다. 예컨대 《행정처벌법》, 《가격법》, 《행정허가법》 등은 모두 관련 공청회 규정이 있다.

민주참여원칙이 강조하는 것은 국민이 행정권의 행사과정에 참여하는 것이다. 이는 단순히 “출석” 또는 “참석”을 의미하는 것이 아니라 실제로 참여

과정은 실제로 행정주체의 행정권 행사와 상대방의 정책결정형성의 상호과정이다. 이러한 상호과정은 쌍방에게 서로 영향을 미치고, 쌍방의 의지는 소통하고 교류하게 된다. “이러한 반복된 소통과 교류는 행정의지가 상대방의 의지로 융화되게 하고, 상대방의 의사는 행정의지에 흡수하게 되어, 행정법관계는 진정한 쌍방성을 갖추게 되고, 상대방은 진정한 행정법관계의 주체가 된다.”³⁶⁾ 따라서 민주참여원칙의 법률적 가치는 행정상대방이 행정과절차에서 독립적 인격을 지닌 주체가 되게 하고, 행정권의 지배를 받는 객체가 아니라는 데에 있다. 동시에 각 당사자가 절차과정에 참여하면서, 행정주체와 상대방은 이미 일정한 정도의 소통을 하였기 때문에, 쌍방간의 모순과 마찰을 제거하는데 도움을 주어, 최종적으로 상대적 용인성과 공정성을 지니게 되며, 상대방 또한 용이하게 받아들여지게 된다.

민주참여원칙의 내용은 행정법상 행위상대방의 행정절차상 권리를 실현하는데 집중되어 있는데, 공청이 그 핵심이다. 즉 상대방은 공청권(听证权), 즉 “의견이 청취되도록 하는 권리”이다. 이러한 권리는 행정주체가 상대방의 의견을 청취할 의무가 있다는 것을 의미한다. 행정주체가 상대방에게 불리한 결정을 할 경우, 반드시 그 의견을 청취해야 하고, 사실을 단편적으로 인정하거나 상대방 변호의 권리를 박탈해서는 아니 된다. 행정절차에서 상대방의 행정참여권은 다음과 같다. i) 알권리(通知权)의 확보. 통지를 받은 것이 참여의 전제이다. ii) 진술권. 진술권은 행정상대방이 행정활동과 관련된 사항을 행정주체에게 진술하는 권리로서, 행정주체가 행정사건의 구체적 진상을 전면적으로 이해하는 데 유리하고, 상대방의 합법적 권익을 보호하는 데도 유리하다. iii) 항변권. 항변권은 행정상대방이 행정주체에게 불리한 내용에 대한 이의제기(不利指控)로서, 파악한 사실과 법률에 근거하여 행정주체에게 반박의견을 제기하고, 행정주체에게 자신에게 내린 불리한 내용에 대하여 법률상의 제거 또는 감경 요구하는 것을 말한다. iv) 신청권. 신청권(申请权)이란 행정상대방이 행정주체에게 행정절차의 시행을 청구하는 권리이다. 행정상대방이 행사한 신청권의 목적은 행정절차를 통하여 자신의 합법적 권익이 보호되기를 희망하는 것이다.

36) 叶必丰：《行政法的人文精神》，湖北人民出版社，1999年版，第212页。

제 7 절 행정효율성의 원칙

1. 행정효율성의 원칙의 의의

행정효율성의 원칙이란 효율원칙이라고도 하는데, 행정법률제도와 관리행위가 비교적 적은 경제적 비용으로 최대의 사회적 효과를 얻는다는 것을 말한다. 효율성이란 본래 경제학상의 개념으로, 후에 법학에 도입되어, 법률이 추구하는 기본 가치 중 하나가 되었다. 원가와 효율 분석은 경제학의 핵심내용으로, 어떠한 복잡하고 심오한 경제학적 문제도 원가와 효율성 분석을 기초로 귀납된다. 법률은 희소성 자원의 하나로서, 어떻게 가장 적절하게 배치할 것인가라는 문제가 존재한다. 이는 원가 효율성 분석의 기초가 필요하게 되고, 원가 효율성 분석이 법률 연구에 귀납되는 것이 가능하다. 자유와 권리보장원칙 및 법치행정의 원칙과 비교하면, 행정효율성의 원칙은 두 원칙보다 하위의 원칙이지만, 여전히 중요한 의의를 지닌다. 먼저 이 원칙은 시장경제하에서 행정법 발전에 필요하다. 시장경제체제는 사회자원의 하나로서, 고효율, 합리적 배치 모델을 진행하고, 이와 어울리는 법률제도가 일정한 행사의 효율을 유지할 수 있도록 객관적으로 요구함으로써, 사회의 전면적 발전을 촉진시킨다.³⁷⁾ 다음으로 행정관리의 고효율은 국민에 대하여 그 자체가 일종의 이익을 의미하고, 국민에게 더욱 많은 발전 기회를 제공할 있도록 하는데, 이는 행정법의 적과 일치한다.

비록 효율이 행정법의 최종 목표는 아니지만, 효율은 현대 법률이 추구하는 기본가치 중 하나로서, 행정법 또한 예외가 아니다. 행정효율성의 원칙과 자유·권리보장의 원칙 및 법치행정의 원칙은 상호보완적 측면이 있으며, 상호충돌적인 측면도 있다. 충돌이 발생하였을 경우, 먼저 자유·권리보장원칙과 법치행정의 원칙을 고려한 이후에 효율성을 고려할 수 있다. 이는 국민의 자유와 권리 보장 및 법치행정의 완전한 가치가 더욱 높기 때문이다.

37) 章劍生：“论司法审查有限原则”，载《行政法学研究》1998年 第2期。

2. 행정효율성의 원칙의 내용

행정효율성의 원칙의 내용에 대하여, 우리는 다음을 포함한다고 생각한다.

(1) 행정법률제도는 효율성 요구에 부합하여야 한다.

행정법률제도의 수립, 정비 및 개선은 모두 효율성의 요소에 용화되는데, 최소한의 자원 소비로 최대의 사회적 효율성을 얻어야 한다.

1) 행정조직법률제도는 효율성의 정신을 실현하여야 한다.

현대사회는 신속하게 반응하고 고효율적인 정부로 이동할 필요가 있기 때문에, 행정조직을 간소하게 설치하고 합리적으로 구성하며 책임을 분명하게 하는 것을 기초로 해야 한다. 이를 위하여 행정조직법률제도에서 효율성의 요소를 용화시켜야 하고 행정관리의 규율에 부합하여야 한다.

2) 행정절차법은 효율적 요건을 고려해야 한다.

21세기에 들어서 행정절차입법이 강화되고, 행정절차의 법전화는 이미 세계적인 흐름이 되었다. 행정절차법률제도의 수립은 민주·공정 가치관을 도입하고, 효율성 요건에 부합하여야 한다. 단지 공정만을 강조하고 효율성을 희생시킬 경우에는 시대적 요구를 만족시키기 어렵고, 효율성을 추구하고 공정성을 경시하는 경우에는 국민의 자유와 권리 보호에 불리하고, 행정법의 목적에 위배된다. 행정절차에서 효율은 주로 절차의 통일과 간소화 및 긴급한 상황에 적용되는 특별한 절차의 수립에서 실현된다.

3) 구체적 행정법률제도는 원가 효율성을 고려하여야 한다.

여기의 구체적 행정법률제도는 보편적 의미의 행정허가제도, 행정처벌제도, 행정강제제도 등을 포함하고, 전문적 의미를 지니는 교육행정제도, 경제행정제도, 치안행정제도 등도 포함한다. 구체적 행정제도를 만들고 개선할 경우, 필요한 원가효율성분석을 해야 하고, 다양한 방안 중에서 가장 적합한 방안을 선택해야 하며, 사회자원의 효과적이고 합리적인 사용을 보장해야 한다.

4) 행정구제법률제도 효율성 정신에 부합하여야 한다.

행정소송, 행정심판, 국가배상은 물론이고 기타 구제제도 효율성 요구를 경시할 수 없다. 먼저 손해를 입은 상대방에게 적시에 민첩한 구제를 제공함으로써, 당사자들이 신속하게 행정분쟁에서 벗어나게 해야 한다. 다른 한편으로는 신속하게 위법을 제거하여 행정법률질서의 안정과 안녕을 확보하여야 한다.

(2) 행정입법은 원가효율성을 중시하여야 한다.

행정입법이란 행정기관이 법률규정에 따라 행정법규, 규장을 제정하는 활동을 말한다. 이는 의회권력이 분화되고, 행정관리활동이 발전함에 따라 발전하게 되었고, 사회생활 중에서 그 중요한 역할을 담당하게 되었다. 겔혼(Ernest Gellhorn)은 “과거 20년 동안 행정법의 가장 중요한 발전 중 하나는 행정기관이 점차 규칙의 제정에 의지하게 되고, 이를 정책 제정의 수단 중 하나로 삼는다는 것이다.”³⁸⁾ 행정입법은 인적(人力), 물적(物力)인 투입이 필요하기 때문에, 원가효율성문제가 존재하게 된다. 행정입법의 고효율을 확보하기 위해서는, 먼저 행정입법권을 합리적으로 구분해야 한다. 즉 행정입법권을 지니는 국가기관이 각자의 입법권한을 확정함으로써, 행정입법의 교차와 충돌을 피하고, 동시에 중대한 사항을 보장할 경우 법률이 규정한다. 첫째, 행정입법의 절차와 행정입법의 기술적 요건을 명확히 하여, 행정입법의 질을 보장한다. 열악한 행정법률규범은 집행의 곤란 및 관리질서의 혼란을 야기하는데, 이는 자원의 낭비이다. 다음으로 행정입법은 실효성을 고려해야 한다.

(3) 행정관리행위는 효율성요소를 고려하여야 한다.

행정기관은 법률을 적용하고 관리행위를 실시할 경우, 추상적 행정행위, 구체적 행정행위 또는 사실행위를 불문하고, 모두 원가효율성을 분석하여 자원의 낭비를 막아야 한다. 당연히 효율성적 요구만을 고려해서는 안 되지만 자유, 권리, 공정 등의 가치를 희생시켜서도 안 된다.

38) [美] Ernest Gellhorn : 《行政法和行政程序概要》, 中国社会科学出版社, 1996年版, 第188~190页。

제 3 장 행정주체와 행정조직법

본장 개요

본 장은 먼저 행정주체이론에 대하여 평론하고, 다양한 배경 하에서 행정주체의 발전구상을 제시한다. 이러한 기초 상에서 행정주체의 구성요건, 행정주체의 기능 및 행정주체제도의 수립에 대하여 설명한다. 그 이후 이익행정주체와 대리행정주체의 새로운 분류방법을 제시하고, 각종 행정주체를 상세하게 소개한다. 마지막으로 행정조직법의 개념, 기능, 기본원칙, 내용 및 체계를 구체적으로 소개한다.

제 1 절 행정주체이론 평론

행정주체의 개념은 중국에서 발명한 것이 아니라 서양으로부터 도입된 것이기 때문에, 중국 행정주체의 이론을 연구하기 이전에 서양 행정주체의 관련제도와 이론을 먼저 설명할 필요가 있다.

1. 서양국가의 행정주체

(1) 대륙법계의 행정주체 이론

대륙법계 국가에서, 행정주체제도는 행정실체제도의 중요한 구성부분이다. 즉 행정주체제도를 통해 사회이익의 배치를 실현하고, 중앙과 지방의 관계를 확립하며, 지방자치제도와 공무자치제도를 수립한다.

1) 행정주체의 정의와 창설

프랑스에서, 행정주체란 법률이 창설한 주체로서, 행정사무를 실시할 수 있는 권력을 지니고, 행정사무를 실시함으로써 발생한 권리, 의무 및 책임을 부담하는 주체를 말한다. 행정주체는 두 가지 의의를 지닌다. 즉, ① 행정주체는 행정사무를 실시할 수 있는 조직이다. ② 행정주체는 권리, 의무, 책임

을 분담하는 조직이다.¹⁾ 성질상, 행정주체는 법인으로서, 권리를 향유하고 의무를 부담하는 법률상의 사람(人)이다. 나아가 행정주체는 공법인(公法人)과 사법인(私法人)으로 구분된다. 행정주체는 공법을 바탕으로 성립되고, 공공사무를 성립 목적으로 한다. 행정주체는 프랑스에서 중요한 개념 중 하나로서, 행정조직법률이론의 기초이고, 행정활동이 통일성과 연속성을 지니도록 보장하는 일종의 법률기술이다. 현대 행정사무가 매우 다양하고, 다수의 행정기관이 이를 부담하기 때문에, 하나의 기관을 성립하여 행정기관의 행위와 전후 상이한 공무원의 행위를 통일시키고, 행정기관과 그 공무원 행위로 발생한 권리·의무를 부담할 필요가 있다. 이러한 기관이 바로 행정주체이다.

독일에서, 행정주체란 행정법상 권리를 향유하고, 의무를 부담하며, 통치권을 갖추고 기관을 설치할 수 있고, 행정임무를 행사하고 실현하는 조직체이다.²⁾ 독일 행정주체 개념의 핵심은 권리능력에 있다. 행정이 법률의 조정과 구속을 받게 하고, “행정”을 위하여 권리·의무를 설정하는 법률규범을 필요할 뿐만 아니라 좀 더 나아가 이러한 권리·의무를 부담하는 주체를 명확히 할 필요가 있다. 이 점이 법리상 특정 행정조직에 권리능력을 부여하여 행정법의 권리·의무의 귀속주체가 되게 하여 실현한다.³⁾

일본의 행정법학자들은 행정주체를 행정권의 귀속자라고 정의한다.⁴⁾ 행정주체란 일반적으로 행정법률관계상 권리를 지니거나 의무를 부담할 수 있는 자격을 갖춘 법률주체 중 행정을 집행하는 일방이다. 행정주체는 편의적이고 기술적인 개념이다.⁵⁾

2) 행정주체의 유형

일반적으로 대륙법계 국가의 행정주체는 주로 세 가지를 포함한다.⁶⁾ 첫째, 국가이다. 국가는 국민이 구성하고, 국가의 권력은 국민의 위임으로 나온다.

1) 王名扬：《法国行政法》，中国政法大学出版社，1989年版，第38页。

2) 吴庚：《行政法的理论与实用》，三民书局，2000年 修订第六版，第151页。

3) [德]哈特雷特·毛雷尔著，高家伟译：《行政法学总论》，法律出版社，2000年版，第498页。

4) 杨建顺：《日本行政法通论》，中国法制出版社，1998年版，第233页。

5) [日]室井力主编，吴微译：《日本现代行政法》，中国政法大学出版社，1995年版，第271页。

6) 薛刚凌：“行政主体之再思考”，载《中国法学》2001年 第2期。

국가는 행정주체로서 중요한 행정권력을 장악한다. 국가는 조직이 전국범위에 해당하는 공무를 제외하고, 기타 각종 행정주체를 설립하고, 기타 행정주체를 감독하고 통제하는 권력을 지닌다. 예컨대, 입법, 사법(司法) 등의 수단을 통해 기타 행정주체를 통제한다. 둘째, 지방행정단체이다. 이는 일정한 지역과 그 지역에 거주하는 주민을 기초로 하고, 관련 공공서비스의 실시를 목적으로 지역 내에 설치되어, 해당 지역의 주민들에 대한 지배권을 지니는 공공단체이다. 지방행정단체는 보편적으로 일반 지방행정단체와 특별 지방행정단체로 구분된다. 지방행정단체는 국가에 대하여 상대적으로 독립적이고, 자신의 사무를 관리하지만, 국가의 감독을 받는다. 지방행정단체는 통상적으로 법률로써 성립기준을 설정하고, 당사자에게 설립을 신청한다. 셋째, 기타 행정주체로서, 예컨대, 프랑스의 공무법인이 있다.⁷⁾ 이 유형의 행정주체의 공통점은 특정한 업무를 조직하고, 지역을 기반으로 하지 않는다는 것이다. 예컨대, 국립대학, 국립도서관이 있다. 이러한 행정주체는 통상적으로 국가 또는 지방행정단체가 설립한다. 일단 설립되면 그 설치기관과 상대적으로 독립적이고, 법률에 따라 자주적으로 관리할 수 있으며, 법률의 구속을 받고, 법률에 따라 그 설치기관의 통제를 받는다.

3) 행정주체의 법률상 지위

행정주체는 법인의 지위를 지닌다. 이러한 법률적 지위는 통상적으로 법률에 근거하거나 법률에 따라 취득한다. 예컨대, 프랑스의 행정주체는 헌법과 행정조직법이 규정한다. 행정주체는 상당한 독립성을 지니는데, 주로 다음과 같다.

① 행정주체는 개인에 비해 독립적이다.

행정주체는 개인이 구성하지만, 일단 행정주체가 성립하면, 개인의 이익으로부터 독립된다. 개인은 법정절차에 따라 행정주체에 영향력을 미칠 수 있고, 이러한 행위는 자신의 의사와 이익에 부합하지만, 행정주체의 결정은 개인의 이익의 일치 여부와는 관계없이, 개인 모두 반드시 복종하여야 한다. 행정주체에 대한 행위 불복은 법률적 경로를 통해서만 해결할 수 있다.

7) 王扬名：《法国行政法》，中国政法大学出版社，1989年版，第119~125页。

② 행정주체는 기타 행정주체와 상대적으로 독립적이다.

행정주체와 기타행정주체 사이의 관계는 일정한 정도에 있어서 법인과 법인간의 관계와 유사하다. 그들은 각자 독립적이지만, 업무적 필요에 따라서 협력할 수 있고, 이익을 공유하고 공동으로 책임을 분담할 수도 있다. 설명이 필요한 점은 국가는 하나의 특수한 행정주체라는 것이다. 기타 행정주체는 국가에 속하지만, 상대적으로 국가에 독립적이다. 기타 행정주체는 법정 범위 내에서 그 관할사무에 대하여 자주적 결정권을 지닌다. 법률에 따른 복종을 제외하고, 기타 행정주체의 사무는 국가의 지도를 받지 않는다.

행정주체가 상호 독립적이기 때문에, 행정주체간의 행정분쟁은 법률의 경로를 통해서만 해결할 수 있고, 법원의 재판을 통한 해결이 가장 통상적이고 가장 주요한 경로이다.

설명이 필요한 점은 특히 단일제 국가에서 행정주체의 독립권은 단지 행정상의 독립을 말하고, 사법상의 독립을 포함하지 않는다는 것이다. 사법제도는 국가의 의지, 질서, 국민의 안전과 자유 및 생활의 안정과 관련이 있고, 공평과 공정 등의 가치 이념을 지탱하고 있으며, 통일적 기준이 필요하기 때문에, 국가는 통일된 사법제도 수립이 필요하고, 행정주체는 스스로 독립된 사법제도를 설립할 수 없다.

4) 행정주체의 공무

국가마다 행정분권과 자치의 정도가 상이하기 때문에, 각 행정주체가 부담하는 공무의 범위도 상이하다. 일반적으로 국가는 특수한 행정주체로서, 국가가 부담하는 공무는 주로 전국적으로 관련된 사무와 관련이 있거나 또는 지방이 독립적으로 처리하기 어려운 사무이다. 예컨대, 국방, 외교, 화폐, 우편, 지식재산권 등이 있다. 지방행정단체조직의 공무는 주로 지방사무와 관련이 있다. 예컨대, 도로, 공공질서, 환경위생, 도시농촌계획, 공용사업 및 복지서비스 등이다.⁸⁾ 다수의 국가에서 국가와 지방공공단체가 공통으로 이러한 공무를 부담한다. 기타 행정주체에 있어, 그 공무범위는 대부분 단일한데, 예컨대, 국립대학의 공무는 고등교육이다.

8) 王名扬：《英国行政法》，中国政法大学出版社，1987年版，第69~71页。

5) 행정주체의 권력

일반적으로 행정주체는 다음의 4가지의 권력을 지닌다.

① 행정조직설치권

행정주체는 상응하는 행정조직을 설치하고 운영하고, 그 행정이익을 실현한다. 통상 행정주체에 대한 법률의 조직 설치의 원칙을 규정하고 형성한다. 상이한 행정주체는 그 성질이 상이하기 때문에 상이한 조직기구를 지닌다. 국가와 연방제 국가의 주(州)는 하나의 행정적 실체이고 동시에 정치적 실체이기 때문에, 입법기관, 행정기관, 사법기관을 가지지 않는다. 지방행정단체의 기구조직은 2가지인데, 의사(議事)기구와 집행기구가 있다. 기타 행정주체의 기구는 민사주체의 법인기구와 유사하다.

② 공무조직권

행정주체는 법률에 따라 담당하는 공무를 조직하고 관리할 수 있다. 예컨대, 도시계획, 지방공익사업개발 등이 있다.

③ 재정세입세출권

행정주체는 스스로 독립적 재정을 가진다. 행정주체 중에서 가장 중요한 하나가 지방행정단체이고, 그 재정수입의 정도는 자치의 정도를 결정하고, 그 자신과 중앙의 관계도 결정한다. 지방행정단체의 재정수입은 세수(稅收), 국가보조금, 각종 수입과 대출로 구성된다. 통상 법률은 행정주체의 재정수입을 엄격하게 규정하지만, 그 재정지출에 대하여서는 엄격하게 제한하지 않는다.

④ 재산관리권

행정주체는 법정범위 내에서 자유롭게 자신의 재산을 지배하고 그 재산의 관리방식을 결정할 수 있다.

이 외에 국가의 위임에 따라 지방행정주체와 공무행정주체는 국가를 대표하여 일정한 행정권력을 행사할 수 있는데, 이러한 행위의 결과와 책임은 국가에 귀속된다.

(2) 영미법계의 행정주체

영미법계 국가에서, 행정법 교과서상에는 행정주체의 개념이 없고, 행정주체의 체계에 대한 논의도 없지만, 공공행정 중에서 지방분권이나 사회자치가 상당히 발달함에 관계없이 성숙한 실체제도를 지닌다. 예컨대, 영국에서 13세기에 일부 대도시는 이미 大자치시를 형성하고, 영국 국왕이 공포한 특허장이 규정하는 권리를 향유하였다. 각 자치시의 권리가 상이한데, 주로 자주관리권, 재산권, 전국의회에 출석할 대표선출권 및 시법원설립권이 있다.⁹⁾ 1880년대 이후, 영국은 근대 지방정부제도를 수립하였다. 즉, 지방정부를 군(郡)(군구)(郡区)과 구(区)·향구(乡区), 비군시(非郡市)로 나누고, 지방선거의 의회가 관리한다. 지방정부는 독립적인 법률지위를 지닌 독립적 법인이다. 중앙정부와 지방정부는 지배와 피지배의 관계가 아니고, 각 급 지방정부간 역시 지배와 피지배의 관계가 아니다. 이들은 각자 관할범위 내에서 독립적으로 법률이 위임한 직권을 행사한다.¹⁰⁾ 지방자치를 제외하고 사회자치는 영국에서 유구한 역사를 지닌다. 이 외에 영국의 공법인제도도 공무원권의 유형중 하나이다.¹¹⁾ 미국은 영국의 정치와 행정 전통을 계승하였고, 권력중심의 다원화를 강조하였으며, 연방주의, 지방자치 및 사회자치가 모두 상당히 발달하였다. 따라서 영미국가에서는 비록 체계적인 행정주체이론은 없지만, 오히려 행정분권과 자치의 실체제도를 갖추고 있고, 이러한 제도는 이미 상당히 성숙하였다. 행정주체에 대한 체계적 이론이 발달하지 못한 이유는 이러한 제도의 형성이 오랜 역사를 지녔고, 보통법제도의 보장에 의지하기 때문이다. 다시 말해, 이 제도는 자발적으로 형성된 것으로, 이성적 구조의 산물이 아니며, 이론에 대한 다수의 의지도 존재하지 않는다. 행정분권과 자치는 항상 정치학과 행정학에서 항상 논의되고, 법학에서의 지방정부법은 이미 전문화되고 기술화된 독립적 법률부분이 되었기 때문에,¹²⁾ 행정법학에서 중복으로 연구할 필요가 없다.

9) 王名扬：《英国行政法》，中国政法大学出版社，1987年版，第53页。

10) 应松年、薛刚凌：《行政组织法研究》，法律出版社，2002年版，第186~187页。

11) 张越编著：《英国行政法》，中国政法大学出版社，2004年版，第406页。

12) 张越编著：《英国行政法》，中国政法大学出版社，2004年版，第380页。

2. 중국 행정주체이론

(1) 행정주체이론의 형성

중국의 행정주체이론은 외국에서 도입된 것이다. 최초로 행정주체 개념을 사용한 것은 《행정법학원리》¹³⁾와 《중국행정법학》¹⁴⁾이다. 1990년대 이후, 절대 다수의 행정법 교과서는 행정주체개념을 채택하고, 행정주체의 정의, 종류 및 가격요건 등에 대하여 상당부분을 할애하여 설명하였으며, 독특한 행정주체이론을 형성하였다.¹⁵⁾

1980년대 말, 중국에서 나타난 행정주체이론은 주로 다음의 세 가지 원인이 있다.

1) 행정법학계의 행정조직 연구 시각의 변화

1980년대 초 행정법학 연구가 회복된 이래, 다수의 학자가 조직학과 관리학의 시각에서 행정조직을 연구하거나 단지 행정조직법의 규정에 대하여 사실적 묘사를 하였다. 이러한 상황이 점차 불만을 야기하면서, 학자들은 새로운 것을 요구하기 시작하였고, 행정조직 연구의 새로운 시각을 연구하였는데, 행정주체이론은 이러한 요구에 의해 나타났다. 학자들은 행정조직에 대한 연구는 행정주체의 시작에서 출발하여야 한다고 본다. 왜냐하면, 이는 행정조직에 대한 행정법학의 연구는 법률적 측면에서 이루어 하는데, 주로 행정조직의 법률상 지위를 연구하고, 행정조직의 법률상 지위는 그 행위가 행정상의 주체이기 때문이다.¹⁶⁾

2) 외국 행정주체제도와 이론의 도입

1980년대 후반 국외 행정법제도의 이해에 따라, 프랑스, 일본 등의 행정주체제도와 이론이 중국에 소개하고 도입되었다.¹⁷⁾ 학자들은 행정조직 이외 행

13) 张焕光、胡建森：《行政法学原理》，劳动人事出版社，1989年版。

14) 张树义、方彦主编：《中国行政法学》，中国政法大学出版社，1989年版。

15) 罗豪才主编：《行政法学》，中国政法大学出版社，1996年版，第66页。

16) 张尚鸾主编：《走出低谷的中国行政法学》，中国政法大学出版社，1991年版，第700页。

17) 王名扬：《法国行政法》，中国政法大学出版社，1989年版，第38页；[日]南博方 著，杨建顺、周作彩译：《日本行政法》，中国人民大学出版社，1988年版，第13页。

정주체의 신 개념과 접촉하면서, 이러한 신 개념을 중국 행정법학을 도입하고 정리하였다.

3) 행정소송실천의 필요

중국은 1989년 4월 4일 《행정소송법》을 공포하였고, 1990년 10월 1일에 발효하여, 행정소송제도가 전면적으로 수립되었다. 행정소송이 직면한 문제 중 하나가 피고제도의 설정방법이다. 행정소송법에서 이에 대하여 규정하였지만, 이론적 측면에서 논증이 필요하였다. 오래 되지 않아 학자들은 행정주체의 측면에서 행정소송피고제도를 해석하였고 점차 학설계의 동의를 얻었다.

(2) 행정주체이론의 기본 내용

일반적으로 행정주체이론은 다음 네 부분의 내용을 포함한다.

1) 행정주체의 정의

행정주체의 정의에 대하여, 학자들은 서술상 대동소이하고, 기본적으로 일치한다. 어떤 학자들은 행정주체는 행정활동을 실시하는 권력을 향유하고, 자신의 명의로 행정활동에 종사할 수 있고, 행정활동 실시로 발생한 책임을 부담하는 조직이라고 한다.¹⁸⁾ 어떤 학자들은 행정주체를 자신의 명의로 국가 행정권(행정관리활동으로 표현)을 실시할 수 있고, 행정효과에 대한 책임을 부담하는 조직이라고 정의한다.¹⁹⁾ 따라서 학계에서는 일반적으로 행정주체를 법률에 따라 행정권을 가지는 단일 행정기관과 법률법규의 수권을 가진 조직으로 정의한다.

2) 행정주체의 범위

행정주체의 정의에 따라, 행정주체는 행정기관과 법률·법규가 수권한 조직 두 가지로 분류할 수 있고, 구체적으로 다음의 10가지를 포함한다.

18) 张尚鸾 主编, 《走出低谷的中国行政法学》, 中国政法大学出版社, 1991年版, 第80页。

19) 파견기관은 1급 정부가 설립한 파견조직을 말한다. 지방행정기관, 구청, 동사무소가 그 예이다. 파견기구는 정부기능부문이 설립한 파견조직으로 예로는 공안파출소, 상공행정관리소 등이 있다.

- ① 국무원
- ② 국무원의 구성부문
- ③ 국무원 직속기구
- ④ 법률법규의 수권을 받은 국무원 업무처리기구
- ⑤ 국무원산의 구성부분을 관리하는 국가국
- ⑥ 지방각급 인민정부
- ⑦ 지방각급 인민정부의 기능부문
- ⑧ 법률법규의 수권을 받은 파견기관과 파견기구
- ⑨ 법률법규의 수권을 받은 행정기관 내부기구
- ⑩ 법률법규 수권을 받은 기타 조직

행정기관 내부의 기구, 공무원 및 행정기관의 위임을 받아 관리를 실시하는 조직은 모두 행정주체가 아니다.

3) 행정주체의 직권과 직책

행정주체의 직권과 직책과 관련하여, 학자들은 상이한 시각에서 종합한다. 일반적으로 행정주체의 직권은 추상적 권력과 구체적 권력으로 분류할 수 있다. 전자는 규장과 일반 규범성 문건을 제정하는 것이고, 후자는 구체적 인(人) 또는 업무(事)를 처리하는 것이다. 또한 어떠한 학자는 행정주체는 우월적 지위를 가지고 행정우선권(行政优益权)을 향유한다고 강조한다. 이 외에 학자들은 행정주체의 직권과 직책은 통일성을 지닌다고 본다. 행정주체는 합법적이고 공정하게 직권을 행사할 의무가 있다. 그렇지 않을 경우 불리한 법률적 결과를 부담한다.

4) 행정주체의 자격과 확인

일반적으로 행정주체는 일정한 법률적 자격요건과 조직요건을 구비하여야 한다. 법률자격요건은 다음의 세 가지가 있다. 즉 i) 행정주체는 법률에 따라 행정직권을 향유하는 조직이어야 한다. ii) 행정주체는 자신의 명의로 행정활동을 실시할 수 있는 조직이어야 한다. iii) 행정주체는 독립적으로 행정

책임을 부담할 수 있는 조직이어야 한다. 행정주체의 조직요건에 관한 설명은 일치하지 않는데, 정식적인 승인에 따라 설립되어야 한다고 보기도 하고, 행정주체는 반드시 독립적 경비와 사무실 등이 있어야 한다고 보기도 한다.

행정주체자격에 대한 확인은 자격요건에서부터 시작한다. 어떠한 조직이든 행정주체의 자격요건에 부합하면 행정주체이고, 부합하지 않으면 당연히 행정주체가 아니다.

3. 다원화 배경하의 행정주체의 발전구상

전통적 행정주체이론은 다원화 배경하에서²⁰⁾ 이미 학계의 고도의 관심을 야기하였는데, 중국의 현행 행정주체이론의 각종 결함에 대하여 학계에서 세 가지 주장을 제시하였다. 첫째, 현행 행정주체이론을 완전히 부정하고, 행정조직에 대하여 연구로 회귀하자는 것이다. 둘째, 행정주체개념을 유보하고 서양국가의 행정주체제도를 참고하여, 지방자치, 공무분권을 핵심으로 하는 행정주체제도를 수립하자는 것이다.²¹⁾ 셋째, 현행 행정주체이론을 기초로 하여 행정주체이론을 개선하거나 다시 구성하자는 것이다. 일부 학자는 공공행정발전의 시각에서 행정주체이론을 확장하자는 구상을 제시하였다. 사회변천과 공공행정의 발전에 대응하고, 비정부 공공조직이 공권력을 행사함으로써 발생하는 법률문제를 보다 더 잘 해결하기 위해서, 반드시 행정주체에 대한 새로운 내용을 부여하여, 행정주체 이론을 발전시켜야 한다. 여전히 행정주체의 개념은 행정권을 향유하고, 자신의 명의로 행정관리활동을 실시하며, 자신의 행위가 야기한 법률적 책임을 독립적으로 부담할 수 있는 조직이라고 표현한다. 행정권을 국가행정권과 사회공공행정권으로 확장하고, 행정관리활동을 국가행정관리활동과 사회공공행정관리활동으로 확장하는 경우, 비정부 공공조직을 행정주체의 범주에 포함시킬 수 있다고 주장한다.²²⁾ 또 다른 학자는 통치이론의 시각에서 사회행정주체의 개념을 제시하였다. 통치이론은 행정관리가 주체의 측면에서 다원화 경향이 나타나고 있기 때문에, 이

20) 薛刚凌：“行政主体之再思考”，载《中国法学》2001年 第2期。

21) 郎佩娟、陈明：“行政主体理论的现状、缺陷及其重构”载《天津行政法学报》第2006年 第2期。

22) 石佑启：“论公共行政之发展与行政主体多元化”，载《法学评论》第2003年 第4期。

렇게 다원화된 주체(예컨대, 정부와 각 사회공공기구)간에는 권력의 의존과 상호협력관계가 존재한다고 한다. 통치이론의 핵심적 주장은 시민사회의 건설로서, 비정부조직이 행정관리활동에서 권력의 중심이 될 수 있다는 것이다. 통치이론이 행정관리에서의 광범위한 사용, 공공행정이 原국가행정을 대체하는 유형 및 공사법 이원적 경계가 모호하게 되는 현상으로 인해 행정주체의 다원화 추세가 필연적으로 되었다. 사회행정주체는 이러한 배경에서 제기되었다.²³⁾

상술한 첫 번째 주장은 성립하지 않는다. 행정조직과 행정조직법에 대한 연구는 행정주체에 대한 연구를 부정할 필요가 없고, 양자는 모순되지 않는다. 행정조직법의 연구목적은 완전한 행정실체 법률제도를 수립하는 것이고, 행정주체제도는 그 중 하위제도이기 때문이다. 세 번째 주장은 현행 행정주체이론을 수정하고, 행정권의 해석을 확대하며, 행정주체의 유형을 확장할 것을 건의하고 있지만, 현행 행정주체이론이 대응하는 것은 일원화된 이익구조이고, 다원화 사회발전의 수요에 대응할 수 없고, 근본적으로 중국 행정주체제도의 전환에서부터 제도적 지지를 제공하기 어렵다. 두 번째 주장은 서양 행정주체의 본래 내용으로 회귀하여 다원사회에 부합하는 행정주체이론 체계의 수립을 제기하였다. 생각건대 기본적으로 두 번째 주장에 찬성한다. 일부 학자는 중국이 아직 제도개혁과 사회전환의 시점에 있고, 사회구조가 여전히 정형화되지 않았으며, 각종 행정주체 또한 완전히 정형화되지 않았기 때문에, 서양과 동일한 행정주체 모델을 수립하는 것은 시기상조이며, 중국의 현실 국정을 반영할 수 없다고 주장한다.²⁴⁾ 이와는 반대로 전통적 행정주체이론을 개혁하고, 이익의 다원화를 기초로 한 행정주체제도를 구성하는 것이 바로 국정(国情)이 필요로 하는 것이라고 생각한다. 경제의 다원화와 사회의 다원화 발전의 필요조건은 행정의 다원화이고, 일정 정도에서 중국사회의 대량적 충돌의 결과는 일원적 행정체제와 다원화된 경제 및 사회가 어울리지 못함으로서 야기된 것이다. 중국의 현실생활에서 행정은 이미 다원화되어 있고, 지방은 공공행정상 이미 보다 더 많은 자주활동권(自主创新权)을 지니

23) 庞兰强：“治理理论与行政主体的多元化”，载《社会科学辑刊》第2006年 第2期。

24) 周实、陈娟：“我国行政主体多元化的理论基础”，载《社会科学辑刊》第2005年 第5期。

며, 기층촌민(基层村民)자치, 사회자치, 업종자치, 국립대학의 자치 또한 점차 발전하고 있다. 다만, 행정의 다원화는 법률상 승인되지 못하고 있기 때문에, 우리가 다원적 행정이익주체의 법률자격을 확인하지 못하고, 각종 행정주체의 권리·의무를 명확하게 분류하지 않으며, 상응하는 제도를 수립하여 그러한 이익의 실현을 보장하지 못하고 있다. 그 결과 행정이익의 주체가 불명확하고, 이익의 경계가 불분명하며, 경쟁규칙이 부족하고, 관리원가가 높고, 대량의 단기행위를 유발된다. 당연히 다원적 행정이익을 기초로 한 행정주체제도를 수립하여야 하는데, 중국의 전면적 행정분권과 자치를 추진하여야 한다는 것을 의미하는 것은 아니다. 상이한 국가에서 행정다원화 방식은 매우 큰 차이가 있고, 행정분권과 자치의 정도도 동일하지 않다. 따라서 다원적 행정이익을 기초로 한 행정주체제도의 수립은 중국 행정실체제도의 발전 방향에 직접적 영향을 미친다. 따라서 전통적 행정주체이론을 다시 검토하고, 새로운 유형의 행정주체제도의 수립은 중요한 의의를 지닌다.

제 2 절 행정주체의 정의와 기능

다원적 이익의 구조 하에서 시대적 요구에 부합하는 행정주체이론의 수립방법은 행정주체제도의 수립을 지도하는 것으로, 행정법학계의 중요한 임무이다.

1. 행정주체의 정의

행정의 다원적 측면에서, 행정주체는 행정법상 독립적 행정이익을 지니고, 권리(권력)을 향유하고, 의무를 부담하며, 그 행위책임을 부담하는 조직체 또는 그 조직체의 대리주체로 정의할 수 있다. 전통적 정의와 비교하면, 새로운 개념은 행정외부관계에서 착안한 것이 아니라 행정주체제도의 자체구조에 중점이 있고, 행정권력을 핵심으로 하는 것이 아니며, 행정이익을 강조한 것이다.

이 새로운 개념에 대하여, 다음의 측면을 통해 이해할 수 있다. 즉 i) 행정주체는 행정상의 다원적 행정이익주체 또는 대리주체이다. 원래의 의미는, 각 행정주체는 모두 자신의 독립적 행정이익을 지니고, 행정이익은 경제상의 이익과 자주관리권을 포함한다. 후자는 관리모델의 선택권, 상대적으로 독립

된 조직권, 재정권, 대외협력권, 평등경쟁권, 구제권 등을 말한다. 설명이 필요한 점은 이익주체를 제외하고, 대리주체가 있다는 것이다. 대리주체는 행정이익주체의 위임을 받아 관리를 실시하고 권력을 향유하지만 독립적 행정이익을 가지지 않는다. ii) 행정주체는 행정법상의 권리(권력)의무를 지닌다. 여기에서의 권리란 법률화된 행정이익이다. 각 행정주체가 향유하는 행정권리가 동일하지 않고, 시대적 발전에 따라 부단히 풍부해 질 수 있다. 여기에서 의무는 행정주체가 부담해야 하는 직책으로, 예컨대, 관련 서비스를 제공하고, 공공질서를 유지하는 것이다. 주의할 점은 행정권리는 상대성을 지니고, 기타 행정주체와 비교하여 일종의 권리로 표현되지만, 그 내부 구성원의 측면에서 일종의 권력으로 표현된다는 점이다. 예컨대, 사회자치조직이 일종의 독립된 행정주체이다. 자치규칙의 제정을 허용하면, 즉 자치규칙의 제정은 대외적으로는 일종의 권리이고, 대내적으로는 권력을 형성하게 되어, 내부 구성원은 복종할 의무를 지니게 된다. 대리주체의 측면에서, 그 권리·의무는 법률수권 또는 행정이익 주체의 위임에서 결정된다. iii) 행정주체는 그 행위의 실질적 책임을 부담하는데, 경제상의 책임도 포함한다. 당연히 행정대리주체행위의 책임은 최종적으로 대리한 행정이익주체에 귀속한다. 이러한 책임은 전통적 행정주체이론이 강조한 형식적 책임과 명백히 다르다.

민사주체와 서로 유사한 행정주체의 본질적 특징은 행정권리능력을 지니는 데에 있다. 즉, 행정주체는 독립적으로 공무를 조직하고, 행정권리를 향유하며, 행정의무를 진다. 이외에도 행정주체는 행위능력과 책임능력을 지닌다. 행정주체는 의사를 통하여 자치할 수 있고, 그 설립된 조직을 통하여 독립적으로 대내외 활동을 할 수 있으며, 그 행위로 발생한 법률결과에 대하여 책임을 진다. 주체의 의의를 고찰해 보면, 하나의 행정주체가 되기 위해서는 다음의 조건을 구비하여야 한다.

1) 본래 의미상 행정주체는 반드시 2인 이상의 조직체이어야 하고, 자연인 개인이 될 수 없다.

행정주체는 자연인의 연장으로, 그 존재목적은 일반 개인이 단독으로 종사할 수 없는 사업의 실현을 위한 것이다. 행정은 사회대중에게 서비스를 제공

하는 활동으로서, 즉 행정은 사회구성원 공동이익의 추구를 목적으로 하기 때문에, 행정담당자는 특정 개인일 수 없고, 반드시 사회구성원이 조직한 단체이어야 한다.²⁵⁾ 당연히 대리적 성질을 가진 행정주체일 경우, 개인일 수도 있다. 예컨대, 법률의 수권을 받은 선장이 긴급한 상황에서, 보다 큰 손실의 발생을 피하기 위해서는 승객의 재산을 처분할 수 있다.

2) 자신의 이익을 향유한다.

이익은 어떠한 하나의 주체도 결여될 수 없는 구성부분으로서, 민사주체 또는 행정주체를 불문한다. 이익을 결여되면, 주체도 유명무실해진다. 다만, 민사주체가 향유하는 이익과 행정주체가 향유하는 이익은 각각 상이하다. 민사주체가 향유하는 이익은 주로 인신권익과 재산이익이고, 행정주체가 향유하는 이익은 보다 더 광범위한 것으로, 인신권익과 재산이익 이외에 자기조직, 자기관리, 자기발전적 이익이 있다.

3) 독립적인 권리·의무가 존재한다.

독립적 권리·의무란 행정주체의 이익이 야기하는 것으로, 그 이익의 구체화 및 법률화이다. 자연인이 권리·의무의 귀속체가 되는 것은 인간이 인간으로서 지니는 가치와 존엄하게 결정하는 것이다. 법인이 민사권리·의무의 귀속체가 된다는 것은 법률의제(法律擬制)의 결과이다. 다만, 법인제도의 존재로 인해, 자연인의 민사활동 공간이 보다 더 광범위해 졌다. 행정주체가 권리·의무의 귀속체가 되는 것은 법률의제의 결과이다. 행정주체는 자연인으로 구성되고, 법률에 따라 스스로 조직하고 스스로 관리하며, 그 목적은 국민의 행정에 대한 직접참여를 보장하고 행정분권을 실현하는 것이다.

4) 독립적 의사를 지닌다.

여기에서는 주체는 반드시 독립적 의사표시능력이 있어야 하고, 자유롭게 자신의 행위를 결정할 수 있다는 것을 말한다. 독립적 의사는 주체의 내재적 요구로서, 주체는 독립적으로 존재하고, 타인에 의존하지 않고 존재한다. 행

25) 杨建顺：《日本行政法通论》，中国法制出版社，1998年版，第233页。

정주체도 이와 동일하다. 만약 행정주체가 타인에 의존하는 경우, 더 이상 주체라고 할 수 없다. 마땅히 행정주체의 활동 또한 법률의 구속을 받고, 법률이 규정하는 범위내에서 활동해야 한다. 행정주체의 독립적 의지는 기타 주체의 이익을 침해할 수 없다.

5) 독립적으로 책임을 질 수 있다.

모든 주체는 자신의 행위에 대하여 책임을 져야 하는데, 이는 법치사회의 주체에 대한 기본적 요구이다. 인류사회에서, 주체는 고립된 존재가 아니고, 기타 주체와 함께 평화로운 질서를 형성한다. 이러한 질서를 유지하기 위하여, 주체는 반드시 그 행위의 결과를 책임져야 하며, 긍정적 또는 부정적 결과를 불문한다. 행정주체는 민사주체와 동일하게 자신의 행위에 대한 책임을 져야 한다. 현대 국가배상제도의 보편적 수립은 행정주체가 부담하는 책임의 구체적 표현이다.

2. 행정주체이론의 기초

여기에서는 행정주체이론과 제도에 존재하는 정당성과 합리성을 논증해 볼 필요가 있다. 실전적 측면에서 행정주체는 행정주체가 행정상의 이익주체로 정의되는 것은 우선 시장경제 발전의 필요로서, 중국과 같이 국토 면적이 넓고 인구가 많은 국가에서 경제적 다원화는 필연적으로 사회이익의 다원화를 수반한다. 따라서 행정의 다원화가 요구되고, 행정상의 이익 주체를 행정주체로 정의하며, 상대적으로 독립된 법률적 인격을 인정하는 것이 바로 행정다원화에 대한 긍정이다. 둘째, 공공행정개혁의 필요이다. 현대의 공공행정은 나날이 복잡해지고, 행정임무를 전부 국가가 담당하는 것이 어렵기 때문에, 공공행정의 분권화, 사회화, 민주화, 다원화의 개혁을 진행하는 것은 반드시 거쳐야 하는 길이 되었다. 그 결과 행정의 다원적 구조로 형성되고, 다원적 이익을 기초로 하는 행정주체이론이 행정의 다원적 구조의 형성을 야기하였다. 셋째, 직접 민주주의의 필요이다. 전통적으로 상대적으로 집중된 일원적 행정이 분산된 다원적 행정으로 전환되면서, 국민이 공공관리에 직접적으로 참여하는 것이 편리해 질 수 있고, 사회의 지혜, 자원, 기술을 흡수하는데 유리

하며, 국민의 독립적 인격, 관리능력 및 책임의식을 배양하는 데 유리하다.

이론적으로 행정주체를 행정이익의 주체로 정의하는 것은 인간의 주체성 원리, 보조성 원칙 및 구조이성주의의 요구이다. 인간의 주체성은 인간이 인간으로서 자아의식, 개인의 특수성, 독립적 인격 및 의지의 자유를 지니는 것을 말한다.²⁶⁾ 인간의 주체성은 인간이 인간으로서 지니는 궁극적 의미와 자유의지를 강조하고, 개체적 가치를 존중할 것을 요구하며, 개인에 대한 독립적 인격과 자유의지의 인정을 요구하여, 사회의 발전이 인간의 자유공간의 부단한 확장을 목적으로 하도록 요구한다. 다원적 이익을 핵심으로 한 행정주체는 개인의 발전을 위해 보다 더 충분한 공간을 제공한다. 보조성 원칙은 국가와 개인간에 존재하는 경계에서, 경계의 한 측면은 개인영역의 범위내의 사무에 속하고, 국가가 간섭할 수 없으며, 개인이 해결할 수 없는 사무에 대하여서만 국가가 개입할 수 있다고 주장한다. 보조성 원칙은 공공권력의 범주에서 사용되어야 한다는 것은 우선 하급정부가 문제해결의 책임을 부담하고, 해당 하급정부가 상급정부의 지지가 필요한 경우에만 상급정부가 간섭할 수 있다는 것을 의미한다.²⁷⁾ 보조성 원칙에 따라, 행정사무는 보다 많은 분산된 행정이익단체가 분담하여야 하기 때문에 다원행정을 요구한다. 행정주체에 대한 해로운 정의는 다원행정에 대한 인정이다. 구조이성주의는 합리적 제도를 설계를 통해 사회의 진보를 촉진하는 것이다. 중국은 사회전환기에 처해 있고, 다원적 이익을 기초로 하는 행정주체제도를 수립하여 중국 행정실체제도의 전환을 추진한다.

3. 행정주체의 기능

종합적으로, 서양국가의 행정주체제도는 다음의 기능을 지닌다.

(1) 행정분권과 자치의 보장 기능

20세기는 행정분권과 자치발전이 가장 빠르게 진행된 시기이다. 이론상, 행정분권과 자치는 직접 민주주의의 요건이고, 사람들이 자신과 관련된 사무

26) 武步云：《法和主体性原则的理论》，法律出版社，1995年版，第395页。

27) 刘莘、张迎涛：“辅助性原则与中国行政体制改革”，载《行政法学研究》2006年，第4期。

에 참여하고 관리하고자 하는 희망을 만족시킴으로써 사회자원과 기술을 보다 더 유익하게 사용하고 조정할 수 있고, 관리적 창의와 특수한 공무요구의 만족에 유리하며, 관리의 위험성과 원가를 절감시키고, 관리의 효율을 제고하고, 분권을 통해 권력의 규범과 제약을 실현할 수 있다. 이 외에 현대 정보기술의 발전과 지식의 다원성은 분권과 자치를 위해 가능성을 제공하였다. 실제로 행정분권과 자치는 세 가지 방향으로 발전하고 있다. 첫째, 지방자치이다. 영국은 19세기 말에 이미 비교적 완비된 지방자치제도를 수립하였다. 미국 또한 동일한 시기에 지방자치의 개혁을 추진하여, 1995년에 이르러 미국의 48개주가 市자치를 허용하였고, 37개 주는 縣자치를 허용하였다. 특정 주(州)에서는 지방자치를 州헌법에서 수권을 받았고, 또 다른 州는 지방자치를 州법률에 규정하고 있다.²⁸⁾ 독일은 제2차 세계대전이후에 지방자치제도를 제정하기 시작하였고, 프랑스는 1980년대 이후, 일본은 1990년대 이후부터 대규모 지방자치 개혁을 추진하여 현저한 효과를 얻었다. 둘째, 사회자치이다. 20세기 비정부조직의 등장으로 인해, 점점 더 많은 공공사무를 부담하게 되었고, 국가 행정이외의 사회분권을 실현하였다. 셋째, 공공행정의 다원화 개혁이다. 위임행정과 공사협력이 나날이 발전하면서, 공공행정은 더 이상 국가가 독점하지 않고, 보다 더 개방되어 전통적 사무의 분권 이외에도 부분적 분권으로 발전하였다. 즉 정책결정과 감독부분은 국가와 지방자치단체가 부담하고, 정책결정의 자문, 실시 및 공무의 제공 등은 사회가 광범위하게 참여하고 부담한다. 전통적 사무분권과 새롭게 나타난 부분분권에 관계없이 모두 행정주체제도의 지지와 보장에 의존한다. 법률은 각종 행정주체를 확인하는 동시에 그들에게 상응하는 권리, 의무와 책임을 부여하고, 특히 자주관리권을 수여함으로써, 각 행정주체의 자기관리를 보장하여 행정분권과 자치의 발전을 촉진시킨다.

(2) 다원적 행정이익의 확인과 보장 기능

다원화는 이미 시대적 특징이 되었고, 경제의 다원화는 기술의 진보와 경제발전을 촉진시키는 동시에 사회이익의 다원화를 수반한다. 지방이익, 업종

28) David J. Mccarthy, JR.: *Local Government Law in A Nutshell*, Well Publishing Co., 1995, p.19.

이익, 사회이익 등이 나날이 성장하면서, 사회이익의 다원화는 행정이익의 다원화를 필연적으로 요구하게 되었다. 행정이익이란 사회이익 공동체가 공공행정의 측면에서 향유하는 권리와 이익을 말하는데, 일정 범위내에서 자주 관리권을 포함한다. 예들 들어 관리모델의 선택과 혁신, 규칙과 공공정책의 제정, 관할내의 중대사항의 결정, 행정기관의 설정, 편제규모의 확정, 재산과 공무원의 관리, 기타 사회이익단체에 대한 평등경쟁 및 행정구제권 등이 있다. 행정이익이 강조하는 목적은 그 내부적 민주, 이성, 공정, 고효율적 관리와 외부적 평등과 질서가 있는 경쟁질서의 구성을 통하여, 사회이익 공동체의 발전을 모색하고, 사회이익 공동체 구성원의 수요를 만족시키는 것이다.

서양국가에서 행정주체제도의 핵심은 바로 행정이익이다. 행정이익은 사람들의 경제이익, 사회이익과 관련될 뿐만 아니라 사람들의 관리에 대한 참여 권리의 실현과 직접적으로 관련된다. 발달한 행정주체제도는 사람들이 자신의 지혜를 드러낼 수 있고, 개인의 완전한 자유를 발전시키기 위한 보다 많은 기회와 공간을 제공할 수 있다.

행정주체제도는 법률제도를 통하여 다원적 행정이익에 대하여 인가와 보장을 제공한다. 예컨대, 각종 행정이익주체의 독립적인 법률인격을 확인하고, 각 행정주체의 공공행정상 각종 행정권리와 이익을 명확히 하며, 행정주체간의 이성적 교류규칙과 평등경쟁규칙을 확립하며, 행정주체의 행위를 규율하고 통제하며, 헌법과 법률의 범위내 활동을 보장하며, 행정주체간의 분쟁해결제도 등을 수립한다.

행정주체는 실질적으로 독립된 행정이익주체인데, 예들 들어 국가, 지방단체, 공무자치단체, 사회자치단체 등이 있다. 다만, 이 유형의 행정이익 주체 이외에도, 대리 의미에서의 행정주체가 있다. 이러한 유형의 행정주체는 행정 권력을 부여받지만, 독립된 행정이익을 갖지 못하고, 그 권력의 수여목적은 사회이익과 공동체 이익을 위한 것이다. 예컨대, 긴급한 상황에서 선장은 운반하는 재산을 처분할 수 있다. 이 때 선장은 행정주체가 된다. 또한 위임행정의 상황에서, 위임을 받은 행정기관, 사회조직 및 개인은 공공서비스를 제공할 수 있고, 일정한 권력을 행사할 수 있는데, 그 목적은 여전히 사회이익과 공동체 이익을 위한 것이다.

(3) 공공행정질서의 수립과 외부행정의 규율 기능

행정주체제도는 각 행정이익주체의 권리, 의무 및 책임의 규정을 통해 각 행정이익주체의 행위규범을 수립하고, 행정이익주체의 활동을 위해 합리적 기대를 제공하며, 상호간 이성적 교류를 촉진시키고, 관리비용과 거래비용을 감소시켜, 무질서한 경쟁과 단기행위를 방지하고, 이성적 공공행정질서의 형성을 위하여 기초를 다진다. 법치가 발달하고 사회가 질서가 있는 국가에서, 개인의 이익은 경계가 필요하고, 개인행위는 규율이 필요하며, 행위주체의 이익 역시 경계가 필요하고, 행위도 규율이 필요하다.

중국에서, 전통적 행위주체이론의 기능은 주로 외부행정의 책임귀속 문제를 해결하기 위하여 행정주체제도와 함께 행정분권, 자치 및 이익의 다원적인 보편 적용성(普适性)을 강조하는 것과 상당한 거리가 있다. 중국 사회발전의 요구 측면에서 볼 때, 행정주체 이론은 보편 적용성으로 회귀할 필요가 있다. 즉 행정주체의 다원적 행정이익에 대한 보장과 공공 행정질서의 수립 기능을 강조한다.

제 3 절 행정주체의 유형

행정주체가 독립적 이익의 구비 여부에 따라 행정주체를 이익행정주체와 대리행정주체로 나눈다.

1. 이익행정주체

이익행정주체란 독립적 행정이익을 지니는 행정주체로서, 실질적 의미에서의 행정주체이다. 이익행정주체는 원시적 행정주체와 파생적 행정주체로 나누는데, 전자는 국가를 의미하고, 후자는 지방행정주체, 공무행정주체 및 사회행정주체를 포함한다.

(1) 국 가

국가는 주로 국민의 이익과 국가의 발전을 모색하기 위해서, 기타 행정주체를 수립하고 감독하는 직책을 부담하는데, 국가는 당연히 헌법과 법률의

구조아래에서 운영된다. 국가의 기본적 기능은 세 가지이다. 첫째, 안전보장 기능으로서, 대외적 및 대내적 측면을 포함한다. 둘째, 경제관리 기능으로서, 거시적 및 미시적 측면을 포함한다.²⁹⁾ 셋째, 사회관리 기능으로서, 문화예술, 과학기술, 교육, 위생, 취업, 사회보장 및 조기경보와 응급제도 등 각 측면을 포함한다.

국가는 행정주체로서, 그 행정사무는 주로 중앙행정기관과 수직행정기관이 부담하고, 동시에 지방행정기관이 부담하는 부분도 있다. 행정기관의 설치와 관련하여, 대리행정주체부분에서 상세하게 설명하고 있다.

(2) 지방단체

지방단체는 국가와 비교하여 국가로부터 파생되었는데, 주로 토지, 인구, 재산으로 구성된다. 오늘날 중국은 법률상 지방의 독립적 법률지위를 인정하지 않지만, 법률상 일련의 지방분권 규정이 있고, 실제로 지방분권의 표현이 있으며, 강화되고 있는 추세에 있기 때문에 중시할 필요가 있다. 지방분권은 지방권력기관의 존재, 지방관원의 지방선거에 의한 선출, 지방이 지니는 상대적으로 독립된 업무권한, 재산권 및 입법권, 지방이 부담하는 상대적으로 독립된 책임으로 표현된다.³⁰⁾

(3) 공무행정주체

공무행정주체란 국가 또는 지방단체가 특정한 공무를 실시하기 위하여 설치한 공무조직이다. 예컨대, 국립대학, 省 환경검측기관 등이 있다. 공무주체는 다음의 특징을 지닌다. 즉 i) 특정한 공무를 조직하고 실시한다.(예컨대, 교육, 위생, 문화) ii) 공익성을 지닌다. 공무주체는 영리를 목적으로 하지 않는다. iii) 국가 또는 지방단체가 설정한다. 경비는 전부 또는 부분적으로 설치주체가 제공한다. iv) 관리상 상대적으로 독립될 수 있다. 독립적으로 존재하는 이익공간은 혁신과 자아관리를 통해 실현할 수 있다. 국가와 지방단체와는 상이하계, 공무주체는 토지, 인구를 중요 구성부분으로 삼지 않고, 주로 특정한 공무를 내용으로 한다.

29) 应松年、薛刚凌：《行政组织法研究》，法律出版社，2002年版，第145~146页。

30) 예컨대, 《国家赔偿法》은 국가배상의 비용, 각급 재정부담을 명확하고 규정하고 있다.

(4) 사회행정주체

사회행정주체란 법률의 수권 또는 인가를 통해, 특정단체의 이익을 실현하기 위하여 설립된 사회자치조직이다. 사회행정주체는 촌민자치 행정주체, 지역사회(社区)자치 행정주체, 업종자치 행정주체, 기타 사회행정주체 등으로 세분화 할 수 있다. 공무행정주체와는 상이하게, 사회행정주체는 특정 단체의 이익실현을 목적으로 한다. 사회행정주체의 출현은 시민사회발전의 결과이고, 다원화 사회 발전의 필연이다.

2. 대리행정주체

대리행정주체란 법률의 수권 또는 위임을 통해서 이익행정주체를 대표하여 관리하고, 형식적 책임을 부담하는 행정주체로서, 행정기관, 법률법규의 수권조직, 행정기관이 위임한 조직 및 개인을 포함한다. 이익행정주체와는 상이하게, 대리행정주체는 자신의 독립적 행정이익을 가지지 않고, 그 행위의 결과는 전부 대리한 이익행정주체에 귀속된다. 대리행정주체는 국가행정기관, 법률법규의 수권조직, 행정기관이 위임한 조직과 개인으로 분류할 수 있다.

(1) 국가행정기관

《헌법》, 《국무원조직법》 및 《지방각급 인민대표대회 및 지방각급 인민정부조직법》(이하 약칭 《지방조직법》)의 규정에 따라, 국가행정기관은 중앙행정기관과 지방행정기관을 포함한다.

1) 중앙 행정 기관

① 국무원

국무원(国务院)은 협의와 광의로 이해할 수 있다. 협의의 의미에서는, 국무원은 국무원 총리, 부총리, 각부 부장(部长 : 각부 장관을 말함-역자 주), 각 위원회 주임(主任: 위원장을 말함-역자 주), 심계장(审计长: 감사원장을 말함-역자 주), 비서장(秘书长: 비서실장을 말함-역자 주)으로 구성된 조직체를 말한다. 광의적 의미에서는, 국무원은 협의의 국무원 이외에, 국무원 하부기관을

포함한다. 즉 각 부, 각 위원회 및 직속기구, 사무기구 등이 있다. 여기에서 말하는 국무원은 협의의 의미이다.

국무원은 총리책임제를 시행한다. 《헌법》 제89조 규정에 따라, 국무원은 18가지 직권을 지니는데, 다음과 같이 4가지로 나눌 수 있다. 즉, i) 행정법규 제정권, ii) 전국의 각종 행정사무 지도권, iii) 각급 국가행정기과의 지도권, iv) 국가 최고권력기관이 부여한 기타 직권 등이다.

② 국무원 구성부문

국무원 구성부문(国务院组成部门)은 각 부, 각 위원회, 인민은행, 감사원(审计署)을 포함하여 모두 28개 부문이다.³¹⁾ 국무원 구성부문이 비록 국무원의 배정에 따라 행정사무를 담당하고 국무원의 지도와 감독을 받지만, 이들은 법정직권 범위내에서 독립적으로 대외관리 할 수 있다. 그 중 국무원사무실(办公厅)은 보조성 기관으로서, 국무원 지도에 협조하여 국무원의 일상 업무를 처리한다.

국무원의 구성부문은 수장책임제를 실시한다. 세 가지 측면의 직권이 있다. 즉 i) 규장제정권, ii) 당해 부문이 관할하는 사무 관리권, iii) 부문의 기구·인사관리권 등이다.³²⁾

③ 국무원 직속 특설기구

국무원 직속 특설기구(国务院直属特设机构)란 국무원이 설립한 각종 전문적 사무를 주관하는 행정관리부문을 말한다. 2003년 제1회 국무원 제1차 상무회의 심의에서 통과된 국무원 직속 특설기구설치방안에 따라, 국무원은 국유자산 감독관리 위원회를 설립하고, 국가를 대표하여 출자인의 책임을 이행한다.

31) 제10기 전국인민대표대회 제1차 회의에서 심의·승인한 《국가기국개혁방안》에 따라 국무원의 구성부문은 외교부, 국방부, 국가발전 및 개혁 위원회, 교육부, 과학기술부, 국방과학기술공업위원회, 국가민족사무위원회,公安부, 국가안전부, 검찰부, 민정부, 사법부, 재정부, 인사부, 노동 및 사회보장부, 국토자원부, 건설부, 철도부, 교통부, 정부산업부, 수리부(水利部), 농업부, 상무부, 문화부, 위생부, 국가인구 및 계획생육 위원회, 중국인민은행, 심계서 등이다.(검찰부는 중국 공산당 기율검사위원회와 연합하여 업무를 처리하고, 기구는 국무원에 속하며, 중국 공산당 중앙 위원회 직속 기구에 편제된다.)

32) 부분기구와 인사관리권은 중앙기구편제위원회 판공실, 인사부, 중국공산당 중앙 조직부가 담당한다.

④ 국무원 직속기구

국무원 직속기구(国务院直属机构)란 국무원이 설립한 각종 전문적 업무를 처리하는 행정관리부문을 말한다. 2003년 제1회 국무원 제1차 상무회의 심의에서 통과된 국무원 직속기구설치방안에 따라, 국무원은 세관(海关总署) 등 18개 직속기구를 설치하였다. 국무원 구성부문과 비교하여, 직속기구는 다음의 특징을 지닌다. i) 직속기구의 급별이 낮고, 그 책임자는 국무원의 구성원이 아니다. ii) 직속기구는 국무원이 스스로 설치하고, 국가권력기관의 승인이 필요하지 않는다. iii) 직속기관의 주관업무는 단일하고, 종합적이지 않다.

비록 직속기구가 국무원의 구성부문과 다르지만, 직속기구는 법정 직권범위 내에서 대외적으로 독립적인 직권을 행사하고, 《입법법》의 규정에 따라 규장을 제정할 수 있다.

⑤ 국무원 사무기구

국무원 사무기구(国务院办事机构)란 국무원이 설립하고, 총리와 협조하여 전문적 사항을 처리하는 보조성 기구이다. 2003년 제1회 국무원 제1차 상무회의 심의에서 통과된 국무원 사무기구설치방안에 따라, 국무원은 국무원 화교 사무관공실(国务院侨务办公室), 국무원 홍콩·마카오 사무관공실(国务院港澳事务办公室), 국무원 법제관공실(国务院法制办公室)와 국무원 연구실(国务院研究室) 4개의 사무기구를 설치하였다. 국무원의 구성부문과 직속기구와는 달리, 사무기구의 주요 기능은 총리와 협조하여 구체적 사무를 처리하고, 일반적으로 대외관리의 독립적인 권한을 향유하지 않는다.

⑥ 국무원 부·위 관리 국가국

부·위 관리 국가국(部委管理的国家局)이란 국무원이 설치한 주관전문업무로서, 부·위 관리는 상대적으로 독립적인 행정기관이다. 2003년 제1회 국무원 제1차 상무회의 심의에서 통과된 국무원 사무기구설치방안에 따라, 국무원은 국가신방국(国家信访局) 등 10개의 국가국을 설치하였다.³³⁾ 국가국은 국

33) 국무원의 부·위원회를 관리하는 국가국은 다음과 같다. ① 국가신방국(国家信访局)은 국무원 판공청에서 관리한다. ② 국가양식국(国家粮食局)은 국가발전 및 개혁 위원회에서 관리한다. ③ 국가연초전매국(国家烟草专卖局)은 국가발전 및 개혁위원

무원 직속기구와는 상이하고, 부·위원회 내부의 기구(司局)와도 동일하지 않으며, 반 독립적 성질을 지닌다.

⑦ 국무원 의사 협조기구와 임시기구

2003년 제1회 국무원 제1차 상무회의 심의에서 통과된 국무원 사무기구설치방안에 따라, 국무원은 국가 국방동원위원회(国家国防动员委员会) 등 27개의 의사협조기구 및 임시기구(议事协调机构和临时机构)를 설치한다.³⁴⁾

회에서 관리한다. ④ 국가외국전문가국(国家外国专家局)은 인사부에서 관리한다. ⑤ 국가해양국(国家海洋局)은 국토자원부에서 관리한다. ⑥ 국가측회국(国家测绘局)은 국토자원부에서 관리한다. ⑦ 국가우정국(国家邮政局)은 정보산업부에서 관리한다. ⑧ 국가문물국(国家文物局)은 문화부에서 관리한다. ⑨ 국가중의약관리국(国家中医药管理局)은 위생부에서 관리한다. ⑩ 국가외환국(国家外汇局)은 중국인민은행에서 관리한다. 국가기밀국(国家保密局)과 중앙기밀위원회판공실(中央保密委员会办公室)은 한 개의 기구가 두 개의 명칭을 가지고, 중국 공산당 중앙위원회 직속기관 산하에 있는 기구이다. 국방과학기술공업위원회(国防科学技术工业委员会)의 내부기구 중 국가항공국(国家航天局), 국가원자능기구(国家原子能机构)의 명칭으로 설치하는 것을 보류하였다. 교육부는 대외적으로 국가어언대학 업무위원회(国家语言大学工作委员会)의 명칭사용을 보류하였다. 국가 환경보호총국(国家环境保护总局)은 대외적으로 국가핵안전국(国家核安全局)이라는 명칭의 사용을 보류하였다.)

34) 국무원 의사 협조기구 및 임시기구는 다음을 설치한다. ① 국가 국방동원위원회(国家国防动员委员会)는 국가발전 및 개혁위원회(国家发展和改革委员会), 총참모부(总参谋部), 총후근부(总后勤部)에서 구체적 업무를 담당한다. ② 국무원 중앙군위 전문위원회(国务院中央军委专门委员会)는 국방과학기술공업위원회(国防科学技术工业委员会)에서 구체적 업무를 담당한다. ③ 국가변방위원회(国家边防委员会)는 총참모부(总参谋部)에서 구체적 업무를 담당한다. ④ 국무원 중앙군위 공중 교통관제위원회(国务院中央军委空中交通管制委员会)는 총참모부(总参谋部)에서 구체적 업무를 담당한다. ⑤ 전국애국위생운동위원회(全国爱国卫生运动委员会)는 위생부(卫生部)에서 구체적 업무를 담당한다. ⑥ 전국녹화위원회(全国绿化委员会)는 국가임업국(国家林业局)에서 구체적 업무를 담당한다. ⑦ 국무원 학위위원회(国务院学位委员会)는 교육부에서 단독으로 업무기구를 설치한다. ⑧ 국가방신항한총지휘부(国家防汛抗旱总指挥部)는 수리부(水利部)에서 단독으로 업무기구를 설치한다. ⑨ 국무원 부녀아동 업무위원회(国务院妇女儿童工作委员会)는 중화 전국 부녀연합회(中华全国妇女联合会)에서 구체적 업무를 담당한다. ⑩ 전국혁명군인가족우대·정부옹호국민 사랑업무지도그룹(全国拥军优属拥政爱民工作领导小组)는 민정국(民政局), 총정치부(总政治部)에서 구체적 업무를 담당한다. ⑪ 국무원 삼협공정건설위원회(国务院三峡工程建设委员会)는 단독으로 업무기구를 설치한다. ⑫ 국무원 장애인업무협조위원회(国务院残疾人工作协调委员会)는 중국 장애인연합회에서 구체적 업무를 담당한다. ⑬ 국무원 빈농보조개발지도그룹(国务院扶贫开发领导小组)는 단독으로 업무기

⑧ 중앙행정기구의 지방의 분과기관

엄격하게 말해, 지방의 중앙분과기관은 중앙행정기관의 범주에 속한다. 하지만 중앙행정기관과는 상이하게, 이들의 관할은 단지 일정한 행정구역에 미치고, 전국에는 미치지 않는다. 이러한 지방 분과기관은 중앙재정에 의지하여 부담하고, 국가가 지방의 직접대표이다. 현재 지방분과기관의 인사와 업무는 중앙주관부문이 부담하고, 지방정부와는 직접적 관계가 없다. 현재 중국이 지방에서 직접적이고 수직적인 분과기관을 수립하는 국가행정기관은 세관(海关), 국세, 은행, 출입국 심사 등이 있다. 발전적 측면에서, 중앙이 지방에 분과기관을 직접 설치하는 범위는 확대되고 있는 추세이다.

2) 지방행정기관

중앙행정에 상응하는 것이 지방행정기관(地方行政机关)이다. 중국은 단일제 국가이고 엄격한 의미에서의 분권이 존재하지 않기 때문에, 지방행정기관은 실제로 국가행정기관의 지방대표이다. 《지방조직법》의 규정에 따라, 지방행정기관은 주로 지방각급 인민정부와 각급 인민정부의 업무부문 및 파견기관과 파견기구를 포함한다.

구를 설치한다. ⑭ 국무원 관세세칙위원회(国务院关税税则委员会)는 재정부(财政部)에서 구체적 업무를 담당한다. ⑮ 국가자연재해감소위원회(国家减灾委员会)는 민정부(民政部)에서 구체적 업무를 담당한다. 국가과학기술지도그룹(国家科技教育领导小组)의 판공실은 국무원 판공청에 설치한다. 국가《화학무기금지공약》이행업무지도그룹(国家履行《禁止化学武器公约》工作领导小组)은 국가 발전 및 개혁 위원회에서 구체적 업무를 담당한다. 국무원군대전역간부안치업무그룹(国务院军队转业干部安置工作小组)은 인사부에서 구체적 업무를 담당한다. 국가마약금지위원회(国家禁毒委员会)는公安部에서 구체적 업무를 담당한다. 전국노령업무위원회(全国老龄工作委员会)의 판공실은 민정부에 설치한다. 국무원서부지도개발지도그룹(国务院西部地区开发领导小组)은 국가발전 및 개혁 위원회에서 단독으로 업무기구를 설치한다. 국무원지진대처구제지휘부(国务院抗震救灾指挥部)의 판공실은 중국지진국(中国地震局)에 설치한다. 국가하이재킹처리지도그룹(国家处置劫机事件领导小组)의 판공실은 중국민용항공총국(中国民用航空总局)에 설치한다. 전국시장경제질서정돈및규범지도그룹(全国整顿和规范市场经济秩序领导小组)의 판공실은 상무부(商务部)에 설치한다. 국가정보화지도그룹(国家信息化领导小组)은 단독으로 업무기구를 설치한다. 국무원 행정심사승인·제도개혁업무지도그룹(国务院行政审批制度改革工作领导小组)의 판공실은 감찰부에 설치한다. 국무원업종부정풍속시정사무실(国务院纠正行业不正之风办公室)은 명의를 보류하고, 감찰부가 구체적 업무를 담당한다.

① 지방각급 인민정부

《헌법》과 《지방조직법》의 규정에 따라, 중국의 행정구역은 성(省)(자치구, 직할시), 시(市)(부성급 市, 지방급 市), 현(县) (현급 市) 과 향진(乡镇)으로 나뉜다. 이에 상응하게, 지방인민정부는 성급, 시급, 현급, 향급으로 나뉜다. 중국에서 지방각급 인민정부는 이중적 성질을 지닌다. 한편으로 각급 인민정부는 국무원의 통일적인 지도하에 있는 국가행정기관이고, 국무원에 복종한다. 다른 한편으로 지방각급 인민정부는 지방이익의 대표이고, 지방권력기관의 집행기관이며, 지방권력기관에 대한 책임진다.

《지방조직법》 규정에 따라, 중국 지방각급 인민정부는 주로 다음의 직권을 행사한다. i) 규장제정권. 성, 자치구, 직할시와 성, 자치구 인민정부 소재지인 市 및 국무원 승인을 받은 비교적 큰 市의 인민정부는 법률과 국무원의 행정법규에 근거하여 규장을 제정한다. ii) 본 행정구역 내의 행정사무 관리권. iii) 하급 행정기관의 지도권.

국무원과 동일하게, 지방각급 인민정부는 수장책임제(首长负责制)를 시행한다. 각급 인민정부의 수장은 해당 급 인민정부의 전체회의와 상무회의를 소집하고 주관한다.

② 지방각급 인민정부의 업무부문

《지방조직법》 규정에 따라, 현급 이상의 지방인민정부는 업무의 수요와 간결원칙에 따라 몇 가지의 업무부문을 설립할 수 있다. 그 중 성급 인민정부 업무부문의 설치에 해당 급 인민정부가 국무원의 승인을 서면으로 요청하고, 기타 각급지방인민정부의 업무부문은 한편으로는 본 급 인민정부에 대한 책임을 부담하고, 본 급 인민정부의 통일적 지도를 받는다. 다른 한편으로는 상급 인민정부 주관 부문의 지도를 받아야만 한다. 지방각급 인민정부의 업무부문 중에서 절대적 다수를 점유하는 대외관리적 직권은 법정범위 내에서 독립적으로 관리할 수 있다. 지방각급 인민정부의 업무부문의 직권은 주로 주관사무의 결정권이고, 구체적 사항을 처리하는 법률집행의 권력을 말한다. 중국의 법률집행기구에는 대다수 현급과 시급에 집중되어 있다.

③ 파견기관과 파견기구

파견기관이란 1급 인민정부가 일정한 구역내에 설립한 파견조직으로, 1급 정부의 직책을 이행한다. 《지방조직법》규정에 따라, 중국의 파견기관은 세 가지가 있다. 첫째, 행정공서(行政公署)이다. 둘째 구청(区公所)이다. 셋째 주민센터(街道办事处)이다. 실제로 《지방조직법》이외에, 개발구역 관리위원회가 있는데, 이들의 주요한 행사는 경제에 관한 관리권이다.

파견기구는 정부의 업무부문이 필요에 따라 일정한 행정구역에 설치한 파견조직이다. 중국에서 파견기구의 종류는 비교적 다양한데, 예컨대,公安파출소, 세무서, 상공행정관리소 등이 있다. 파견기구는 정부의 업무부문이 설치하고, 그 기능이 상대적으로 단일하다.

상술한 행정기관 이외에, 지방가급 인민정부는 다수의 의사협조기구와 임시기구가 있다.

(2) 법률·법규가 수권한 조직

전통적으로 법률·법규가 수권한 조직은 행정기관을 제외하고, 법률법규의 수권을 통해, 행정사무를 담당하고, 행정직책을 이행하는 조직이다. 전통적인 법률·법규가 수권한 조직은 공무행정주체와 사회행정주체를 포함하는데, 여기의 법률·법규가 수권한 조직은 주로 대리행정주체의 자격을 지닌 조직이다. 구체적으로 두 가지가 있다. 첫째, 단지 행정기능을 지닌 사업단위로서, 이들은 전문성, 기술성이 비교적 강하고, 사업단위가 된다. 예컨대, 증권관리감독위원회(证券监督管理委员会), 보험관리감독위원회(保险监督管理委员会), 은행업관리감독위원회(银行业监督管理委员会), 전력관리감독위원회(电力监督管理委员会) 등이 있다. 둘째, 공공사업을 주로 하는 사업단위로서, 법률법규가 수권하여 행정 기능을 이행하는데, 예컨대, 도로관리소가 있다.

사례 : 창춘아타이축구단(长春亚泰足球俱乐部)의 중국축구협회 처벌부당소송안³⁵⁾
 관련 규정을 따라, 중국축구협회(이하 축구협회로 약함)는 전국의 축구 갑급 A리그(1부 리그-역자주)를 조직하고 관리하는데, 장춘아타이축구단(长春亚泰)은 2001년 전국축구 갑급 B리그(2부리그-역자주)에 참가하였다.

2001년 10월 6일 갑급 B리그의 22번째 경기에서, 长春亚泰는 저장 뤼청(浙江绿城)축구단에 6대 0으로 대승을 거두고, 전체 리그 중 갑급 B리그에서 2위가 되었다. 축구협회가 공포한 《전국축구단 갑급리그 규칙》(全国足球队甲级联赛规则) 제9조의 규정에 따라, 长春亚泰은 甲급 A리그 축구단으로 승격되어야 한다.

하지만, 경기가 종료된 이후, 일부 축구팬과 매체에서 이 경기에 “승부 조작” 혐의를 제기하였다. 중국축구협회는 리그 이후인 10월 16일에 주기서(足纪字) 제14호(2001) “쓰추안 미엔양(四川绵阳)、청두 우뉴(成都五牛)、창춘아타이(长春亚泰)、장수순텐(江苏舜天) 및 浙江绿城的 처리에 관한 결정”(이하 “14호 처리결정”으로 약함)을 제정하고, 长春亚泰의 甲급 A리그의 승격자과 2002년, 2003년 甲급·乙급 리그의 국내선수 자격을 취소하고, 长春亚泰에게 3개월간 내부정비를 명하였으며, 동시에 코치, 선수에게 이적자격 정지하는 처분을 내렸다. 长春亚泰는 축구협회의 14호 처리결정에 불복하고, 10월 9일과 11월 10일, 두 차례에 걸쳐 축구협회에 대하여 소송을 제기하였지만, 축구협회에서는 법정기한내에 회신이 없었다.

이에 따라 长春亚泰는 14호 처리결정에 대하여 2002년 1월 7일, 북경시 제2중급 인민법원에 행정소송을 제기하였다. 长春亚泰는 축구협회의 처벌결정은 사실적 근거가 없고, 법률적 근거도 없다고 주장하였다. 축구협회는 법률이 수권한 행정관리직권을 지닌 조직으로서, 법률이 부여한 행정관리 직권을 행사함에 있어, 사실을 근거로 하고 법률을 기준으로 하는 법치원칙을 심각하게 위반하였다. 长春亚泰 축구단과 그 코치 및 선수에 대한 처벌은 주관적인 추측이고, 월권이며, 직권남용적 행위로서, 법률수권의 원칙과 적법절차를 완전히 위반하였다. 따라서 법원에 법률에 따라 축구협회의 长春亚泰에 대한 처벌의 취소와 경제적 손실 300만 위안의 보상 요구를 청구하였다.

북경시 제2중급 인민법원은 “법률이 규정한 접수조건에 부합하지 않음”을 이유로 2002년 1월 23일 행정재정서(行政裁定书)를 내리고, 재정(裁定)은 접수하지 않았다. 长春亚泰는 1월 28일 북경시 고급인민법원에 항소하고, 북경시 제2중급 인민법원의 재정의 취소와 법률에 따라 본안을 접수할 것을 청구하였다.

2002년 1월 전국인민대표대회 상무위원인 우창수(吴长淑) 등 12인은 전

인대 대표는 전인대 상무위원회에 공동서명을 통해 북경시 고급인민법원에 이 사건의 접수를 요구하였다. 3월 4일 중국축구협회의 기율위원회가 내린 《장수순텐(江苏舜天), 저지양 뤼청(浙江绿城), 쓰추안 미엔양(四川绵阳) 및 관련인원의 처벌감경에 관한 결정》은 처벌기간에 있어 쓰추안 미엔양(四川绵阳), 저지양 뤼청(浙江绿城), 장수순텐(江苏舜天) 등의 축구단은 자신의 문제를 비교적 심각하게 인식하고, 각 항의 조치를 채택하여, 진정하게 개혁하였다고 지적하였다. 관련규정에 따라 처벌을 감경하는 결정을 내렸다. 长春亚泰는 자신에 대한 처벌이 감경되지 않은 것은 축구협회가 자신이 제기한 소송에 대한 보복라고 주장하면서, 이에 대하여 불만을 표시하였다.

2002년 5월 8일, 축구협회는 축구단 및 관련 인원에 대한 처벌을 감경하는 결정을 공포하였고, 창춘아타이(长春亚泰)와 청두우니우(成都五牛) 축구단의 태도가 개선되어, 정비효과 역시 비교적 양호하다고 간주하였다. 《중국축구협회기율처벌방법》 제3조, 제29조 제2항의 규정에 따라, 창춘아타이(长春亚泰)와 청두우니우(成都五牛) 축구단 및 관련 인원에 대한 감경처벌을 결정하였다. 매체에서는 축구협회가 갑자기 창춘아타이(长春亚泰)에 대한 처벌을 감경한 이유는 창춘아타이(长春亚泰)가 이미 강경한 입장을 포기하였고, 다시 소송을 제기하지 않았기 때문이라고 보았다.

3. 행정기관이 위임한 조직과 개인

서양국가에서 1970년대 말 공공행정 개혁이 시작된 이래, 공공행정의 다원화, 사회화, 민영화, 기업화는 이미 개혁의 주요 방향이 되었고, 공사(公私)의 융합, 위임행정이 대량으로 나타나기 시작하였다. 행정기관의 행정임무를 기업, 민간조직 또는 개인이 부담하도록 위임하고, 기업경쟁체제를 도입하고, 국가는 공공행정을 독점하기 못하게 하며, 공공행정은 국가와 사회가 공동으로 부담한다. 여기에서 위임을 받은 조직 또는 개인은 모두 대리행정주체의 지위를 지닌다. 주의해야 할 점은 행정기능의 이행은 공공이익에 미치기 때

35) 이 사례는 다음의 자료를 근거하여 정리하였다. 罗璇、曹斌：“面临尴尬：长春亚泰状告中国足协—访亚泰足球俱乐部代理律师周卫平”，载《中国律师》2002年 第3期；崔丽：“告足协未被受理，长春亚泰提起上诉”，载《中国青年报》2002年1月29日。

문에, 위임을 받은 조직은 상응하는 이행기능의 조건을 구비하여야 하고, 개인이 공공기능을 담당하는 경우에는 보다 더 엄격한 조건적 제한이 있어야 한다. 예컨대, 긴급한 상황에서 개인의 재산을 처리하고 지원업무에 대한 배정을 선장에게 위임할 수 있다.

제 4 절 행정주체제도의 구축

전통적 행정주체이론은 주로 이론적 학설에 머물러 있고, 제도수립에 직접적으로 대응하지 않는다. 그러나 다원적 행정이익을 핵심으로 하는 행정주체이론은 제도 구축을 중시하고 중국 행정실체제도의 전환을 위한 기초를 다진다.

1. 행정주체제도 구축의 내용

행정주체제도의 구축은 많은 문제와 관련이 있는데, 구체적으로 다음의 업무를 한다.

(1) 법률상 행정주체제도의 확인

행정주체제도의 수립은 먼저 법률의 승인이 필요하다. 여기에는 두 가지 방식이 있다. 첫째, 입법을 통해 전체적인 행정주체제도를 수립하는 것이다. 행정주체의 독립적인 법적 인격을 확인하고, 행정주체의 유형을 확인하며, 각종 행정주체의 권리, 의무 및 책임 등을 명확히 한다. 이러한 방식은 간단 명료하고, 체계성이 강하며, 전체적인 행정주체의 전체를 추진하는 데 유리하다. 전환이 빠르지 않으면, 후속 제도가 뒤따르기 어렵다. 둘째, 단행입법을 통해 각각 행정이익주체의 독립적 법률지위를 확인하고, 그 권리·의무와 책임을 명확히 하며, 조건이 성숙되기를 기다린 후, 다시 통일적으로 입법한다. 오늘날 실제 상황에서 볼 때, 행정의 다원화는 점차 형성되고 있기 때문에, 둘째 방식을 채택하여 점진적 행정주체제도의 수립이 수용할 만하다.

(2) 행정주체내부제도의 구축

상이한 유형의 행정주체는 그 기능과 이익이 상이하고, 그 조직기구의 설치, 인사, 재정, 규칙의 제정 및 기타 관리의 권한도 매우 큰 차이가 있기 때

문에, 각각의 완전한 행정주체내부제도를 점진적으로 수립하고, 각 행정주체의 권리, 의무 및 책임을 점차 명확히 하며, 각 행정주체내부의 권력행사규칙을 명확히 할 필요가 있다. 예컨대, 업종자치조직과 관련하여, 어떠한 자치권과 자치수단이 있는지, 내부조직은 어떻게 발생하며, 업종조직과 그 구성원은 어떠한 관계를 가지고, 그 경비는 어떻게 조달하는지, 자치권력의 운영규칙 등을 명확히 하여야 한다. 대리행정주체와 관련하여, 대리의 조건, 대리권한의 범위와 절차, 대리행정의 책임귀속 등을 명확히 하여야 한다. 내부제도의 구축은 대량의 실체제도의 수립과 관련이 있는데, 예컨대, 지방제도, 공무자치제도, 사회자치제도, 행정위임제도 등이 있다.

(3) 행정주체외부제도의 구축

행정주체의 외부제도는 주로 행정주체간의 관계에 관련이 있는데, 상이한 유형의 행정주체간의 관계와 동일한 유형의 행정주체간의 관계를 포함한다. 내용은 각종 유형의 행정주체의 이익배치와 보호, 협력 및 경쟁, 권력통제, 분쟁해결 등 제도를 포함한다. 행정주체간의 관계를 제외하고, 외부제도 중 일부는 행정주체와 상대방간의 관계문제이다.

2. 행정주체의 구축 중 주의해야 할 문제

다원적 이익을 기초로 하는 행정주체제도의 수립은 시대적 요구이지만, 복잡한 체계적 공정으로서, 다양한 어려움에 직면하고 있다. 행정주체제도의 구축과정에서 다음의 문제를 고려할 필요가 있다. i) 전통적 행정주체이론의 장애. 일원적 배경하에서 행정주체이론은 종종 불충분하지만, 지난 20년 동안 전파되었고, 특히 행정소송의 피고와 책임은 상호 관련되어, 이미 다수가 수용하고 있다. 현재 근본적인 개혁을 하는 것은 간단한 일이 아니며, 충분한 연구와 논증을 필요하다. 당연히 전통적 행정주체이론에 대한 합리적 내용을 충분히 받아들여야 한다. ii) 중국의 국가사정. 오늘날 중국의 경제개혁은 큰 성과를 얻었지만, 행정실체제도의 전환은 최근에 시작하였기에, 이러한 전환은 장기간의 과정이 필요하다. 행정주체이론과 제도의 수립은 점진적 성과 적용성을 고려하고, 행정주체의 유형도 점진적으로 수립하여야 한다.

iii) 공공행정개혁의 필요. 공공행정의 다원화 개혁은 필연적으로 행정주체의 다원화를 요구하기 때문에, 개혁의 절차에 따라야 한다. 예컨대, 업종자치의 발전, 위임행정의 확대는 새로운 행정주체 유형을 지속적으로 확인하고, 관련제도를 개선한다. iv) 입법과 관련된 주의사항. 중국은 오늘날 법률상 반드시 다원적 행정이익을 기초로 하는 행정주체제도를 긍정하지 않기 때문에, 만약 진정으로 새로운 행정주체제도를 수립하려면, 법률에서부터 극복하여야 한다. 당연히 입법의 추진은 점진적일 수 있고, 새로운 행정주체제도의 수립은 점진적으로 완성할 필요가 있다.

제 5 절 행정조직법의 개념 및 기능

행정주체는 행정조직법의 중요 내용이지만, 행정주체에 대한 연구는 상당 많은 부분이 행정조직법에 대한 전면적 연구로 대체되었다. 행정주체는 행정조직법의 핵심을 연결하고 있어, 행정조직법을 지탱하는 기능을 한다. 행정조직법은 행정권의 범위와 설정 기준, 중앙과지방의 행정권 분배, 행정기관의 설치기준과 절차, 행정의 수권과 행정위임 등을 포함하고, 행정주체의 법률적 보장이다. 다음에서 우리는 행정조직법의 전체적 연구를 시작한다.

1. 행정조직의 개설

소위 행정조직에 대하여 법률에는 명확한 정의가 없다. 학계에서는 행정조직의 의미에 대하여 상이하게 이해하고 있는데, 다음의 3가지 관점으로 요약할 수 있다. 첫째, 행정조직은 행정기관의 종합체라고 생각한다. 중앙행정기관 또는 지방행정기관에 관계없이, 모두 행정조직의 범주에 속한다. 이 관점은 행정조직에 대하여 비교적 광범위하게 정의한다. 둘째 행정조직은 행정주체³⁶⁾의 조직이고, 행정주체가 설치한 행정기관의 종합체이다. 이 관점은 비교적 외국에서 유행하는데, 프랑스, 독일, 일본 등에서 이 의미를 받아들이고 있다. 중국은 프랑스, 일본과 유사한 행정주체제도가 존재하지 않기 때문에, 이러한 정의는 중국에서 현실적 기초가 결여된다. 셋째 행정조직은 국가가 설

36) 여기의 행정주체는 프랑스, 일본에서 법률로 창설된 주체를 가리킨다.

정하고, 법률에 따라 국가사회 행정사무관리에 종사하는 국가조직으로, 행정기관과 행정기구가 합쳐진 것으로 본다. 이 관점에 따르면, 행정조직은 일반적으로 행정기관과 행정기구를 말한다. 행정조직은 행정기관 또는 행정기구의 다른 표현으로써, 이러한 관점은 행정조직의 정의를 협소하게 만든다.

어원적 측면에서, 행정(공공행정)은 국가행정기관이 법률을 집행하고, 정무를 추진하는 활동을 말한다. 조직이라는 단어는 정태적 의미를 지니는데, 즉 2인 이상의 집합체를 말한다. 또한 동태적 의미를 가지기도 하는데, 즉 유기적 결합을 말한다. 행정과 조직 각자의 의미를 비추어 볼 때, “행정조직”이라 쓰는 것은 행정기관의 유기적 구성체계를 비교적 이상적으로 개괄한다. 중국의 각급 인민정부는 상대적 독립성을 가지기 때문에, 행정조직을 각급 인민정부의 조직으로 정의할 수 있다.

상술한 분석을 기초하여, 우리는 다음과 같이 생각한다. 즉 행정조직이란 행정사무를 담당하고, 행정권을 향유하는 각급 인민정부 및 인민정부가 설치한 행정기관의 종합체이다. 이러한 개념은 다음의 몇 가지 내용을 포함한다.

- 1) 행정조직은 행정기관의 종합체이고, 행정기관이 구성하는 유기적 시스템이다.
- 2) 행정조직은 각급 인민정부의 조직으로서, 각급 인민정부와 그가 설치한 행정기관으로 구성된다. 이에 따라 행정조직은 중앙행정조직과 지방행정조직으로 분류한다. 중앙행정조직이란 국무원과 국무원 산하의 각 부문을 구성하는 체계를 말한다. 지방행정조직이란 각 지방인민정부와 그가 설치한 행정기관을 구성하는 시스템을 말한다.
- 3) 행정조직은 행정사무를 담당하고, 행정권을 행사하는 조직이다. 이러한 속성은 행정조직을 입법조직과 사법조직과 구분하게 한다. 현대 국가의 권력은 입법권, 행정권, 사법권으로 분류할 수 있는데, 입법권은 입법조직이 행사하고, 사법권은 사법조직이 담당하며, 행정권은 행정조직으로 귀속된다.

상이한 각도에서 분석하면, 행정조직은 상이한 구성요소를 지닌다. 기본 구성요소의 측면에서 볼 때, 행정조직은 인적요소(행정인원)와 물적요소(공물)라는 두 가지 부분을 포함한다. 이는 행정조직 수립의 기초가 될 수 있다. 구조적 구성요소의 측면에서 볼 때, 행정조직은 기관, 단계 및 기관의 상호관계

등으로 구성된다. 체계적 기능요소의 측면에서 볼 때, 행정조직은 목표, 기능 및 권력 등을 포함한다.

2. 행정조직법의 개념

행정조직법이란 무엇인가에 대하여 학계에서 동일한 인식이 없다. 일본학자는 행정조직법을 중국, 지방 공공단체와 기타 공공단체 등 행정주체와 관련된 조직과 행정주체를 구성하는 모든 인적 요소(공무원) 및 물적 요소(공물)의 법적 통칭으로 인식한다.³⁷⁾ 중국에는 행정조직법을 행정기관과 행정사무인원에 관한 법률규범의 총칭하고, 관리자를 관리하는 법이라고 보기도 한다.³⁸⁾ 어떠한 관점은 행정조직법을 행정조직관계를 규율하고 조정하는 법률규범의 총화라고 인식한다.³⁹⁾

우리는 행정의 조직법을 규율하고 행정조직을 통제하는 법으로 정의할 수 있다. 이 정의는 몇 가지 측면에서 이해할 수 있다.

(1) 행정조직법은 행정조직과정을 규율하는 법이다.

행정은 국가가 관리하는 불가결한 중요한 구성부분으로서, 어떻게 행정을 조직할 것인가는 행정을 통일적으로 관리할 것인가 아니면 분산할 것인가, 어떠한 업무를 행정관리의 범주에 포함되는가, 어떠한 유형의 행정기관을 설치하여 관리할 것인가 등 모두 행정을 조직하는 과정에서 피할 수 없는 문제이다. 이 외에 행정조직을 입법기관이 통제할 것인지, 아니면 행정기관이 책임을 부담할 것인지, 어떻게 행정조직 과정 중의 민주성, 공정성, 이성을 보장할 것인지, 어떻게 행정개혁을 진행할 것인지 등 이러한 문제는 법률적 해결이 필요하고, 모두 행정조직법의 범주에 속한다.

37) 田中二郎著：《简明行政法》（新版），弘文堂，1983年版，第43页。杨建顺：《日本行政法通论》，中国法制出版社，1998年版，第213页。

38) 张尚鹗主编：《走出低谷的中国行政法学》，中国政法大学出版社，1991年版，第115页；应松年、朱维究：《行政法总论》，工人出版社，1985年版，第115~257页。

39) 张焕光、胡建淼：《行政法学原理》，劳动人事出版社，1989年版，第151页。

(2) 행정조직법은 행정조직을 통제하는 법이다.

이는 행정조직법의 가장 핵심적 내용이다. 행정조직은 일단 기관을 설정할 권한이 있으며, 법률의 엄격한 제한을 받아야 한다. 예컨대, 행정조직의 규모는 임의로 확장할 수 없고, 행정조직의 구조는 임의로 변경할 수 없으며, 행정기관의 기능은 임의로 증감할 수 없다. 행정조직의 규율은 행정조직 과정의 규율과 동일하게 중요한데, 이는 행정조직의 규범에 대하여 정태적 의의를 가지지만, 행정의 조직과정에 대한 규율은 동태성을 드러낸다.

(3) 행정조직법은 행정조직과 행정조직과 관련된 법률규범의 총칭이다.

중국이 행정조직에 규정은 헌법, 법률·법규 등이 있다. 예컨대 《국무원조직법》, 《지방조직법》 등이 있다. 행정조직법은 단일한 법률을 말하는 것이 아니라, 행정조직과 관련된 법률법규의 집합체이다. 행정조직법이 비교적 발전한 국가에는, 모두 완비된 행정조직 법규체계를 가지고 있는데, 예컨대, 미국, 일본 등이 있다. 대만도 행정조직법의 제정과 체계화를 매우 중시한다. 비교적으로, 중국의 행정조직법 체계는 아직 완비되지 않았다.

현재 중국 현행의 행정조직법은 행정권과 행정조직과 관련된 헌법 규정을 제외하고 주로 세 가지로 구성된다.

첫째, 《국무원조직법》⁴⁰⁾과 《지방조직법》⁴¹⁾이다. 이 두 법률은 중국 행정조직법의 주요한 연원이다.

둘째, 단행법률 중 행정권과 행정조직과 관련된 규정이다. 예컨대 《행정처벌법》 제12조는 “국무원 부·위원회가 제정하는 규장은 법률, 행정법규의 범위 내에서 구체적인 규정을 둘 수 있다. 행정상의 질서위반행위에 대하여 법률 및 행정법규가 행정처벌 규정을 두지 않은 경우에 전항에서 정한 국무원의 각부 또는 위원회가 제정하는 규정에 따라 경고 또는 과태료를 설정할 수 없다. 과태료의 한도는 국무원이……규정한다”

40) 이 법은 1982년 12월 10일 제5기 전국 인민대표대회 제5차 회의에서 통과하였다.

41) 《지방각급인민대표대회 및 지방각급 인민정부조직법》은 1979년 7월 1일, 제5기 전국 인민대표대회 제2차 회의에서 통과하였고, 1982년, 1986년, 1995년 3차례에 걸쳐 수정되었다.

셋째, 관련 행정조직의 법률성 및 법규성 문건이다. 예컨대, 제9기 전국인민대표대회 제1차 회의(1998년)에 통과한 《국무원기구개혁방안에 관한 결정》, 국무원을 통과한 《국무원행정기구의 설치 및 편제관리 조례》(1997년), 《의사협조기구와 임시기구설치에 관한 통지》(1998년) 등이 있다.

국무원이 업무를 명확하게 구분하기 위해 제정된, “三定规定”(3정규정)은 그 성질이 명확하지 않다. “三定规定”은 행정법규도 아니고, 규장도 아닌 내부분건의 일종이다.

비록 상이한 국가와 지역에서 행정조직법의 운영체제는 상당한 차이가 있지만, 행정조직법의 내용은 오히려 기본적으로 일치한다. 프랑스와 일본의 행정조직법은 주로 행정주체제도에 대한 긍정과 세 가지 유형의 행정조직(즉, 국가행정조직, 지방공공단체의 행정조직 및 기타 준 행정조직으로, 후자의 예로는 사회중개조직, 공무법인 등이 있다)에 대한 규범 등을 포함한다. 미국의 행정조직법은 각종 유형, 각급 행정기관의 설치 및 권한에 대한 규정을 포함하고, 지방정부법 또한 포함한다.

3. 행정조직법의 기능

행정조직법의 기능이란 행정조직법이 발휘할 수 있는 작용을 말한다. 크게는 행정조직법의 기능은 그 기본내용과 법률의 고유한 규범성, 강제성 등 특징으로 결정된다. 행정조직법은 다음의 기능을 지닌다.

(1) 공공행정 조직을 위한 법률지원 제공

현대 공공행정이 복잡해지고 거대해 지면서, 법률의 기술적 지지가 필요하게 되었다. 행정주체제도, 행정위임제도, 행정분권제도, 공무원제도 등은 모두 법률의 확인, 규범 및 보장과 떨어질 수 없게 되었다. 따라서 행정조직법에서 가장 중요한 기능은 공공행정의 수요에 대하여 서비스하는 것이다. 공공행정은 인(人), 재산(財), 물(物), 조직기구(组织机构) 등 각종 수단으로 확대되어야 하고, 개인과 국가, 정부와 시장, 정부와 사회 간의 합리적 분업이 필요하다. 이는 모두 법률적 수단의 도움으로 실현할 수 있다. 특히 복잡한 제도를 배치하는 것으로, 예컨대, 민간자본참여와 공유공공설비를 유인하여

건설한 BOT제도는 법률규범과는 분리될 수 없다. 인류의 통치가 원시시대에 있어, 행정관리는 주로 군주의 명령으로 결정되고, 법률에 대한 의존도 또한 비교적 낮지만, 사회의 발전에 따라 공공관리는 그 자체로 나날이 정교화되고, 법률제도에 대한 의존도 또한 높아지고 있다.

(2) 행정조직의 민주, 이성, 공정성의 보장

행정의 기본조직형식, 행정권의 범위, 행정조직의 규모 등과 관련된 행정조직의 중대한 문제는 광범위한 민중의 자유, 권리 및 의무와 관련된다. 따라서 행정의 조직과정은 국민의 참여를 필요로 하고, 이성과 공정의 기초하에 수립되어야 한다. 행정조직법은 이 측면에서 중요한 보장기능을 한다.

첫째, 행정조직법은 행정조직과정에 국민의 직접참여를 보장할 수 있다. 예컨대, 행정의 기본조직제도 규정은 입법기관이 확정하고, 지방행정조직은 지방의 대의기관이 설치하며, 국민은 행정기관의 설치와 행정기관의 권한에 대하여 자신의 의견 등을 제시할 권리를 규정하고 있다.

둘째, 행정조직법은 행정조직과정의 이성과 공정을 보장할 수 있다. 행정조직 결과의 합리성은 행정조직과정의 합리성을 기초로 한다. 행정조직과정에서 어떠한 조직과 관리형식을 채택하고, 어떠한 행정권을 설정하며, 어떠한 행정기관을 설치하고, 어느 정도의 행정조직규모로 확정할 것인가 등은 반복적인 조사, 연구, 논증이 필요하고, 절차상 규범화하고 보장하여야 한다. 행정조직법은 행정조직에 대한 합리적 설정을 통하여 행정조직결과의 합리성과 공정성을 확보한다.

셋째, 행정조직법은 행정조직결과의 이성과 공정을 보장할 수 있다. 합리적 행정조직 법률제도는, 예컨대, 행정자치를 핵심으로 하는 행정주체제도, 행정조직의 합리적 구조와 규모, 행정기관의 합리적 설치 및 권한 분배 등은 행정조직법에서 직접 규정함으로써, 그 실질적 운영을 보장할 수 있다.

(3) 행정권의 합리적 설정

여기에서 행정권의 설정은 행정권력의 창설, 분배 및 조정을 포함한다. 행정권의 합리적 설정 기능은 다음과 같이 표현된다.

1) 행정권력의 합리적 창설

행정조직권한의 창설은 사실문제가 아니라 법률문제이다. 행정권을 규정하는 것은 우선 헌법이지만, 헌법의 규정은 비교적 원칙적이고 추상적이어서, 행정조직법이 구체화 할 필요가 있다. 먼저 행정조직법은 행정조직의 권한에 대한 통일적이고 명확한 규정을 할 수 있다. 또한 행정조직법은 사회의 발전에 따라 새로운 행정권력을 창설하거나 헌법규정에 대하여 새로운 해석을 할 수 있다.

2) 행정권력의 합리적 배분

여기에서 권력분배이란 종적인 중앙과 지방 권력의 분배뿐만 아니라 횡적인 행정기관간의 권력분배도 포함한다. 행정조직법은 행정권의 분배에 있어서 특수한 우월성을 지닌다. 먼저, 행정조직의 입법은 어떠한 형식의 결정보다 신중하고, 상세한 논증과 대중들의 광범위한 참여가 필요하기 때문에, 권력분배의 합리성에서 비교적 보장된다. 또한 권력분배와 관련된 조직법은 제정되면, 상대적 안정성을 갖추게 되고, 위인설관(爲人設官)을 방지할 수 있으며, 인위적 요소로부터의 영향을 감소시킬 수 있다.

3) 행정권력의 합리적 조정

행정조직법은 사회발전의 요구에 따라 정부기능을 전환하고, 적절한 시기에 행정조직의 권력도 조정할 수 있다. 여기에는 행정조직에 새로운 권력을 부여하는 것과 原권력의 취소를 포함할 뿐만 아니라, 행정권력을 다시 분배할 수도 있다.

4) 행정조직의 설치의 규율

행정조직법은 이 측면의 기능에서 특히 두드러진다. 구체적으로 다음과 같다.

① 행정조직법은 행정조직의 합리적 구조를 확정할 수 있다.

행정조직은 상이한 성질, 지위 및 계급의 행정기관이 유기적으로 구성하고, 그 구조는 행정관리의 질과 효율성에 직접적인 영향을 주고, 더 나아가

상대방의 이익에도 영향을 미친다. 이러한 측면에서 해외의 많은 성공적 경험을 참고할 수 있고, 많은 관리학적 연구 성과가 있으며, 행정조직법을 통해 인정될 수 있다.

② 행정조직법은 행정기관의 설치기준을 명확하게 할 수 있다.

행정기관의 설치측면에서 따라야 할 많은 규율이 있다. 예컨대, 독임제 기관 또는 합의제 기관의 설치 조건, 행정기관의 보조부문의 수, 행정기관의 순서와 관리 정도 등이 있다. 이 외에, 누가 어떠한 유형의 행정기관을 설정할 수 있는지도 명확히 하여야 한다. 행정기관의 설치기준을 일단 행정조직법에서 규정하면, 행정기관의 설치를 이성적 궤도에 포함시킬 수 있고, 임의적, 비이성적인 설치를 방지할 수 있다.

③ 행정조직법은 행정기관의 설치절차를 명확하게 할 수 있다.

상이한 지위와 성질의 행정기관은 그 설치절차 또한 상이하다. 중요한 행정기관 원칙은 모두 입법절차를 거칠 필요가 있고, 입법기관에 의해 설치된다. 기타 행정기관의 설치와 조정은 행정기관이 결정할 수 있지만, 모두 엄격한 논증절차를 통함으로서, 그 설치의 과학성과 합리성이 보장될 수 있다.

5) 행정조직 규모의 통제

현대사회의 행정사무가 나날이 증가함에 따라, 행정조직도 내재적 자기구속체제가 결여되어 있다. 따라서 전체 규모에서 행정조직은 스스로 팽창하는 추세에 있다. 행정조직 전체규모의 통제불능은 두 가지 폐단을 야기하였다. 첫째, 국가재력을 대량으로 소모하여 국민에게 막중한 부담을 준다. 대규모 행정조직의 운영의 유지는 전적으로 세수에 의존하기 때문이다. 기관과 인원이 많아지면 국민의 부담도 늘어난다. 둘째, 사람이 일보다 많아지기 때문에, 행정효율이 저하된다. 과거 우리는 인원의 감축을 강조하였지만, 예정한 목적을 달성하지 못하였고, 공무원의 전체 수는 오히려 감소하지 않고 증가하였는데, 이것이 바로 행정조직의 전체규모에 대한 통제의 필요성을 설명해 주고 있다. 행정조직법은 실체와 절차의 두 가지 측면에서 행정조직의 규모를 통제할 수 있다.

제 6 절 행정조직법의 기본원칙

행정조직법의 기본원칙은 행정조직법의 기본정신을 개괄하는 것이다. 행정조직법의 기본원칙의 확립은 현대 헌정정신을 반영하고, 행정법의 기본원칙을 준수하며, 행정관리규율에 부합하여야 하며, 이와 동시에 행정조직법의 최고규칙이어야 한다. 학계에서는 일반적으로 행정조직법의 기본원칙을 4가지로 본다. 즉, 행정조직 법률주의, 행정분권원칙, 조직효율성의 원칙, 민주 및 참여 원칙이다.

1. 행정조직 법률주의 원칙

국가의 행정조직 또는 행정조직권의 행사 및 행정조직의 형성은 반드시 법률의 구속을 받아야 하는데, 이것이 바로 행정조직 법률주의 원칙(依法組織原則)의 핵심이다. 행정조직 법률주의는 현대 서양국가 행정조직 활동에서 시행된 가장 기본적인 원칙으로, 국민주권의 요구이고, 법치행정원칙의 요구이며, 국민권익을 보장하기 위해 필요하며, 정부의 책임을 형성하기 위해 필요하다.

(1) 행정조직 법률주의의 구체적 요구

행정조직 법률주의는 풍부한 내용을 지니는데, 구체적으로 다음과 같다.

1) 중요한 행정조직문제는 헌법과 법률이 규율한다.

행정조직 법률주의는 행정조직에 대하여 법률에 따라 진행할 것을 요구한다. 첫째, 행정조직의 설치에서 중요한 문제는 법률유보사항에 속한다. 예컨대, 행정의 기본조직형식 즉 행정주체제도의 선택, 행정권의 설정, 중앙행정기관의 설치와 직권, 지방행정조직의 구조, 기타 공법인의 설치, 공무원제도 등은 모두 헌법 또는 법률이 규정한다. 이러한 사항은 수권행정기관이 결정할 수 없고, 더욱이 행정기관이 독단적으로 할 수 없다. 다만, 법률유보원칙을 어느 정도까지 응용하여야 하고, 행정의 유연성을 방해하지 않을 정도에

서 연구가 필요하다.⁴²⁾ 둘째, 행정조직법규범은 행정입법을 통해 구체화 할 수 있다. 예컨대, 중앙정부는 행정기관설치와 관련된 법의 규정에 따라 행정법규를 통해 내부기구의 직권을 구체적으로 분배할 수 있다. 셋째, 특정 상황아래에서 행정기관에게 일정한 행정기관 설치권을 부여할 필요가 있을 경우, 법률의 특별한 수권이 있고, 이에 상응하는 설치기준을 규정하여야 한다. 넷째, 행정조직과정은 반드시 법률이 규율하여야 한다. 내용상 행정조직법규범은 두 가지가 있다. 먼저 행정의 직접조직으로, 행정기관 설치법 중에서 행정기관의 주관사무, 직권, 행정기관 내부의 일급기구의 설치 등을 규율한다. 둘째는 조직기준을 규정하는 것으로, 구체적인 조직은 여전히 행정기관 또는 사회조직이 협조하여 완성될 필요가 있다. 예컨대, 국가 또는 지방이 설치한 공법인의 유형과 기준을 규정하는데, 공법인의 설치에 여전히 하나의 과정이 필요하다. 이러한 구체적 조직과정은 법률의 규제가 요구된다.

2) 행정조직법은 반드시 공개적이고 명확하며 안정적이어야 한다.

행정조직법의 공개는 모든 행정조직법률 규범을 의미하는 것으로, 행정입법으로 제정한 행정조직규범 포함하여 모두 정식으로 공표되어야 하고, 국민이 인지하여야 한다. 행정조직법은 행정조직법률 조문의 구체화, 의사의 정확성 및 적용성을 갖출 것을 명확하게 요구하고, 진정으로 행정조직에 대하여 규율하고 통제함으로써, 애매모호하거나 파악할 수 없는 것이 아니다. 중국의 현행 행정조직법의 조문은 매우 원칙적이고, 명확성이 결여되어 있다. 행정조직법의 안정성 요구는 행정조직법률을 제정한 이후에도 상대적 안정성을 유지할 필요가 있기 때문에, 자주 변경될 수 없다. 당연히 행정조직은 정치, 경제, 사회의 발전에 근거하여 조정되고, 행정조직법 또한 발전의 요구를 충족시켜야 하는데, 여기에서의 안정성은 상대적인 것이다.

3) 행정조직법은 국민의 자유와 권리를 확실하게 보장하여야 한다.

행정조직 법률주의는 행정조직에 대하여 법률의 규정을 고려하고 준수하는 것을 의미하는 것이 아니기 때문에, 국민의 자유와 권리에 대한 보장을 경시할 수 있다. 행정조직 법률주의의 직접적 취지는 행정조직과 그 형성과

42) 翁岳生 主编：《行政法》，翰芦出版有限公司，1998年版，第303页。

정을 규율하지만, 가장 근본적인 목적은 국민의 자유와 권리를 보장하는 것이다. 따라서 행정조직과정에서 국민의 참여를 확보하고, 행정권과 국민권(公民權)을 합리적으로 정의하여야 한다. 만약 행정권의 범위가 정도를 지나치게 되면, 개인의 자유를 방해할 수 있다.

4) 행정조직법의 위반은 법률적 책임을 요구한다.

행정의 조직은 법률에 따라 진행된다. 행정조직의 과정은 물론이고 행정조직의 결과 모두 법률로서 규정한다. 법률이외의 행정기관의 행정조직행위는 무효이다. 이 외에 행정조직법을 위반한 책임자는 반드시 이에 상응하는 법률적 책임을 져야한다. 당연히 책임자가 정부구성원인 경우, 이에 상응하는 정치적 책임을 져야한다.

(2) 행정조직 법률주의 확립의 의의

서양국가에서 행정조직 법률주의는 이미 법치의 당연한 의무가 되어 실천되고 있다. 서양국가는 다수의 행정조직법규범을 제정하였고, 행정의 조직은 모두 법률의 엄격한 구속을 받는다. 이러한 원칙 확립의 최대 의의는 제도의 형성에 있다. 행정조직 법률주의는 전체 행정조직제도를 법치궤도에 안착시키고, 조직행정측면에서 국가권력기관과 행정기관의 권한을 재분배하는 것을 의미한다. 헌법이 채택한 것은 행정조직권이 행정기관에 귀속한다는 이러한 전통이기 때문에, 행정조직 법률주의의 진정한 확립은 헌법개정을 통해서만 완성될 수 있다.

2. 행정분권원칙

이전의 행정조직법 연구는 행정분권의 개념을 매우 드물게 사용하였다. 이 개념의 도입은 현대 행정조직법률제도에서 중요한 의의를 지닌다.

(1) 행정분권원칙의 의의

행정분권원칙(行政分權原則)이란 분산적 방식으로 행정을 조직하는 것으로, 행정권은 상이한 조직체 또는 상이한 행정기관이 진다는 것을 말한다. 행정

분권은 두 가지가 있다.

첫째, 상이한 주체간의 분권이다. 즉, 행정사무를 다수의 조직체가 담당하는 것으로, 집권식 관리와는 서로 대조적이다. 이 유형의 행정분권 특징은 다음과 같다. i) 국가의 행정사무는 2개 이상의 조직체가 담당한다. 국가와 같은 원시적 행정주체를 제외하고도 기타 행정주체가 존재한다. ii) 각 조직체 간에 일정한 기준에 따라 행정사무를 구분한다. iii) 각 조직체간에 상대적으로 독립적이고, 그 상호관계는 법률로 조정한다.

둘째, 동일한 주체내에서의 분권이다. 즉, 동일한 조직체내에서 설치된 상이한 기관에게 분권을 부여한다. 즉 종적 분권, 예컨대, 중앙통일행정부의 지방자치분권을 포함하고, 횡적분권, 즉 미국의 독립적인 규제기구를 포함한다. 이들은 대통령으로부터 대부분 독립하거나 상대적으로 독립하고, 대통령과 함께 행정권을 향유한다.

(2) 행정분권의 방식

현대 행정에서 행정분권의 방식은 다양하다.

1) 연방제 형식을 채택한 분권

엄격하게 말하자면, 연방제 분권은 행정분권에 국한되지 않고, 연방과 주간의 입법권과 사법권의 분배도 포함한다. 주와 연방은 모두 정치적 실체인데, 주는 단지 주권국가와 같이 독립적인 군사, 외교 등의 권력을 가지지 못한다. 연방제 분권은 미국, 독일 등과 같이 종종 특정한 역사를 원인으로 형성되고, 인위적으로 채택되기 어렵다.

2) 지방자치 형식을 채택한 분권

영국, 프랑스, 일본과 같은 단일제 국가에서는 모두 지방자치의 형식을 채택하여, 국가와 지방간에 행정분권을 실현한다. 연방제인 미국, 독일에서, 주와 지방정부는 행정분권을 실현한다. 지방자치라는 단어는 영국에서 유래하였다. 영국인은 일찍부터 자치사상을 가지고 있었고, 공공사무와 국민을 이해관계로 인식하고, 국가의 전임관료가 지배하는 것이 아니라 국민이 스스로 처리하거나 그 대표자가 출석하여 참여하는데, 이것이 소위 지방자치이다.⁴³⁾

연방제 국가의 주와는 상이한데, 지방자치체는 주의 지위보다 독립적이지 못하고, 이에 상응하는 사법권도 가지지 않는다. 하지만 지방자치체는 법률규정의 범위 내에서 자주적으로 관리할 수 있다.

3) 공무자치 형식을 채택한 분권

특수한 성질의 공무가 독립적으로 나타나면, 공법인을 조직하거나 또는 특종 동업조합에 위임하여 관리하고, 행정기관의 직접적 지휘를 받지 않는다. 공무자치의 형식에는 두 가지가 있다. 먼저 각종 유형의 공법인을 조직하는 것으로, 즉 비영리 성질의 공립대학, 영리적 성질의 정부기업 등이 있다. 다음은 동일한 동업조합에 위임하여 관리하는 것으로, 심지어 사인에게 위임하여 관리할 수 있다. 서양국가의 행정관리의 사유화 추세는 공무분권의 새로운 발전 중 하나이다.

4) 권력이관 형식을 채택한 분권

이는 동일한 조직체 내에서 중심관리기관과 지부를 설치하고, 중심관리기관이 이러한 권력을 지부에게 이관하여 행사하는 것을 말한다. 실제권력의 이관은 주로 행정효율을 제고시키기 위함이다. 중국은 오늘날 주로 권력이관 형식을 채택하여 중앙과 지방간에 분권을 실시한다.

5) 특수기구설치 형식을 채택한 분권

예컨대, 미국 연방정부가 설치한 독립규제기구는 대통령 권력에 대한 제한으로, 일종의 분권형식이다.

(3) 행정분권원칙 확립의 의의

서양국가의 행정조직법률제도 중에서 행정분권은 중요한 지위를 차지한다. 전통적 역사의 영향에 따라, 중국은 오히려 집중적 관리에 익숙해져 있고, 오늘날까지도 이러한 집중적 관념은 여전히 중국의 행위방식과 제도구성에 영향을 주고 있다. 따라서 행정분권원칙의 확립은 중요한 의의를 지닌다. 먼

43) 管歐：《地方自治》，三民书局，1995年版，第2页。

저, 전통적 관념의 변경에 유리하다. 다음으로 행정분권제도의 발전에 유리하다. 다음으로 민주와 법치의 발전 촉진에 유리하다. 행정분권은 민주와 법치의 기초 위에서 성립되고, 그 기본원리는 분권을 통하여 국민이 관리에 참여할 많은 기회를 지니게 되어, 직접 민주주의를 실현한다.

3. 조직효율성의 원칙

행정조직은 효율, 효과 및 효능을 발휘하는 것을 목표로 하기 때문에, 행정조직의 설치, 조정, 개조, 폐지 등은 모두 행정효율성의 원칙에 부합하여야 하며, 그렇지 않을 경우, 행정조직은 반드시 부패하고 경직되어 존재의 필요가 없게 되는데, 이것은 현대 행정조직의 입법추세이다.⁴⁴⁾ 현대 행정조직 법률제도에서 조직효율성의 원칙은 중요한 지위를 지닌다.

(1) 조직효율원칙의 의의

조직효율성의 원칙(组织效率原则)이란 행정조직에 대하여 효율의 향상을 목표로 하여야 한다는 것을 의미한다. 즉, 조직행정은 최소의 투입으로 최대의 효율성을 얻어야 한다. 효율문제는 옛날부터 조직관리와 병존하는데, 정부조직이 존재하는 지방은 효율성의 요구가 있다. 현대사회에서 행정사무가 빈번해짐에 따라 행정조직 시스템이 확대되기 때문에, 효율문제가 나타나게 되었다. 제2차 세계대전 이후, 서양국가와 중국이 수차례 진행한 행정개혁에서, 그 목표 중 하나가 바로 효율성의 향상이다.

효율성원칙은 합리의 기초 위에서 성립된다. 현대 국가의 행정조직제도는 인류사회가 부단히 합리적 조직을 탐색하고 모색한 결과이다. 중국의 고대 행정조직과 관료제의 변천, 서양국가 행정조직제도의 발전은 모두 합리적 조직과 효율성에 대한 요구를 실현한 것이다. 조직효율성의 원칙은 주로 통치의 수요로 인한 것이다. 봉건적 전제통치 또는 현대의 민주정체에 관계없이, 합리적이고 고효율의 행정조직은 모두 그 운영을 유지하는 기초이다.

44) 管欧：《地方自治》，三民书局，1995年版，第48页。

(2) 조직효율성 원칙의 구체적 요건

조직효율성의 원칙은 행정조직법률제도에서 구체화되는데, 요건은 다음과 같다.

1) 행정조직의 간소화

행정조직의 간소화는 고효율성을 전제로 한다. 기구가 비대하여지고, 일에 비해 사람이 많은 경우, 필연적 결과는 효율성의 저하이다. 행정조직의 간소화를 보장하기 위해서는 통상적으로 3가지 방법이 있다. 첫째, 입법을 통해 행정조직의 정원을 명확하게 규정한다. 일본은 일찍이 1960년대에 《총정원법》(总定员法)을 제정하여, 어떠한 사람도어기지 못하도록 하였다. 이렇게 행정조직규모를 통제하는 방법은 비교적 엄격하고, 효과 역시 비교적 이상적이다. 둘째, 행정조직의 예산을 통제하는 방법으로 행정조직의 규모를 제한한다. 예산금액은 일정하고, 인원과 경비는 반비례하므로, 인원이 많을수록 경비는 적게 된다. 미국, 독일 등 서양국가에서 대부분 채택하는 방법이다. 셋째, 대규모의 기구개혁을 통해, 기구와 인원을 감소시켜 행정조직의 규모를 통제한다. 중국이 자주 이러한 방법을 채택한다. 세 가지 통제모델을 비교하면, 앞의 두 가지 유형은 주로 법률로써 통제하지만, 셋째 유형은 주로 인위적 요소가 결정한다. 효율성의 요구를 만족시키기 위해서는 법률적 수단을 사용하여야 하는데, 즉 행정조직법의 규정을 통해 행정조직의 효율성을 확보한다.

2) 행정조직의 체계화

행정조직의 체계적인 방식의 진행이 조직효율성의 원칙이 요구하는 것이다. 체계적인 조직은 다음의 내용을 포함한다. i) 국가행정의 일체성 확보. 일반적으로 행정의 일체성이란 국가행정전체를 일체화하여, 최고행정수장이 지휘하고 감독하며, 전체적으로 유권자와 회의에 대한 책임을 부담하는 것을 말한다.⁴⁵⁾ 이러한 관념은 오늘날 다원화 행정의 협조와 통제문제의 상위개념의 하나로서, 상이한 공공 임무는 그 전문성이 있다고 하더라도(따라서 상이한 부문과 기관에 속하여 완성됨) 여전히 긴밀한 관련성이 존재하고, 최상위 행정

45) 翁岳生：《行政法》，翰芦出版有限公司，1998年版，第311页。

수장을 통해 협조하고 이행한다는 것을 의미한다.⁴⁶⁾ 행정의 일체성과 행정분권은 모순되지 않는다. 행정의 일체성은 국가 이외의 기타 공법인의 존재를 배척하지 않고, 모든 행정조직체는 분담하고 협조한다. ii) 각 조직체(공법인)의 일체성 확보. 국가행정은 전체로서, 일체화의 원칙을 준수하여야 하고, 각 조직체(공법인) 또한 동일한 일체화의 요구를 지닌다. 각 조직체의 기관설치는 합리적인 분담을 강조하고, 업무협조, 상호소통을 고려해야 한다. 즉, 전체로서 기능을 발휘한다. iii) 각 행정기관 자체의 일체성 확보. 행정기관은 행정주체의 구성부분으로서 일체화의 요구가 있다. 특히 해당 행정기관의 규모가 방대하고, 내부기구와 지부가 많은 경우, 그 체계성과 일체성을 강조한다.

3) 행정조직의 합리화

중국은 고대에 비록 행정조직의 구조를 중시하고, 행정조직제도의 경험도 풍부하지만, 봉건적 성질을 바탕으로 결정하고, 행정관리학이 발달하지 못하면서, 그 합리성이 매우 국한되었다. 신 중국 건립이래 중국은 행정조직의 건설을 동일하게 중시하고, 8차례에 걸친 큰 규모의 기구개혁을 진행하였다.⁴⁷⁾ 다만, 행정조직법률제도는 합리적인 과학적 기초 위에서 수립되지 못하였다. 생각건대 행정조직의 합리화는 다음의 요건이 있다. 즉 i) 행정조직 형태의 합리성. 민주, 법치, 효율의 정신을 지닌 가장 발달한 행정조직형태를 채택하여 관리하는 것은 시대적 요구이고, 사회 발전의 필연적 요소이다. 어떠한 행정조직 형태가 가장 합리적인 것인가에 대하여서는 간단히 대답할 수 없으며, 반드시 특정국가의 정치, 경제 및 사회 배경을 분석하고 탐구하여야 한다. ii) 행정조직 기준의 합리성. 행정조직 기준의 합리성은 세 가지 측면의 내용, 즉 조직법규 기준의 합리성, 행정조직 구조의 합리성, 행정기관 구조의 합리성을 포함한다. iii) 행정조직 절차의 합리성. 행정조직 절차는 공법인의 성립 절차, 행정기관의 설치, 변경절차, 행정조직 체계의 전체 조정절

46) 翁岳生：《行政法》，翰芦出版有限公司，1998年版，第312页。

47) 1949~1953년 행정기구개혁, 1954~1959년 행정기구개혁, 1960~1964년 행정기구 개혁, 1982~1983년 행정기구 개혁, 1988년 행정기구 개혁, 1993~1996년 행정기구 개혁, 1998년 행정기구 개혁 및 2003년 행정기구 개혁으로 나눌 수 있다. 薛刚凌 主编：《行政体制改革研究》，北京大学出版社，2006年版，第67~76页。

차 등을 포함한다. 합리적 행정조직 절차는 최소한 두 가지 단계를 포함하는데, 논증의 단계와 민주참여의 단계이다.

(3) 조직효율성 원칙 확립의 의의

조직의 효율원칙에 대하여 이론계와 실무계는 모두 생소하지 않다. 중국 50년 이래로 다수에 걸쳐 기구를 개혁하였고, 그 목표는 조직 효율의 제고를 위함이었다. 아쉬운 점은 조직효율성 원칙의 이해가 비교적 단편적이기 때문에, 간단하기만 하면 효율적이라고 생각하기 때문에, 기구개혁이 종종 기구와 인원의 축소에 중점을 두고 행정조직의 기능, 형태, 구조 측면의 문제 등은 경시하였다. 행정조직법에서 이 원칙의 확립은 우리에게 이에 대한 재검토와 재인식하도록 한다. 특히 효율성과 행정조직의 합리성간의 논리적 관계를 증시하여야 한다. 효율성은 합리의 기초위에 수립된다. 행정조직의 형태, 구조, 규모 등의 합리성은 행정의 고효율을 가져올 수 있지만, 반대로 효율성에 영향을 미칠 수 있다.

4. 민주 및 참여 원칙

민주 및 참여 원칙(民主与参与原则)은 현대 국가의 행정조직법상 필수적인 기본원칙 중 하나이고, 헌정 국가의 필연적 요소이다.

(1) 민주 및 참여 원칙의 구체적 요건

민주는 직접민주와 간접민주를 포함한다. 중국 현행 법률규정에 따르면, 민주와 참여는 여전히 간접민주의 측면에 머물러 있고, 이에 우리는 행정조직에서 직접민주 및 참여를 강화시켜야 한다.

민주 및 참여 원칙은 구체적으로 다음의 요건을 지닌다.

1) 행정조직과정에 대한 전인대의 감독 강화

중국은 인민대표대회제도를 시행하고, 정부는 동급 인민대표대회가 설치하고, 그에 대한 책임을 진다. 중국 현행 법률규정에 따르면, 국무원 구성부문의 변동은 전인대 또는 전인대 상무위원회의 결정에 따르고, 현(县)급 이상의 지

방각급 정부업무부문의 변동은 상급정부에 보고하여 승인을 받으며, 동급 인민대표대회 상무위원회에 보고하여 등록한다.⁴⁸⁾ 여기에서 알 수 있듯이, 인민대표대회 및 그 상무위원회는 주로 절차적 책임을 이행한다. 행정조직의 변동과 대중의 관계는 비교적 큰 관련이 있고, 반드시 이성적 기초위에서 수립되기 때문에, 행정조직 변동에 있어 인민대표대회 및 그 상무위원회의 권력을 강화하여, 행정조직 과정에서 민주성 및 참여성을 충분히 실현하여야 한다.

2) 대중의 적극적 참여 의식의 배양

참여의식의 존재는 적극적 참여의 전제 조건이다. 현재 대중의 참여는 여전히 자신의 이익과 직접적으로 관련된 부분에 한정되고, 행정조직과정 등은 대중과 간접적으로 관련된 중대한 문제이며, 그 참여도 또한 높지 않다. 따라서 정부는 다양한 형식을 통해 대중의 적극적 참여 의식을 배양하고, 행정조직과정에 대한 대중의 참여도를 제고시켜야 한다.

3) 행정조직과정은 반드시 민중의 직접적 참여가 있어야 함

근본적으로 정부의 설치는 보다 나은 민중 서비스를 그 목적으로 한다. 대중의 요구는 행정조직의 설치와 개혁의 출발점이어야 한다. 중국은 건국 이래 모두 8차례의 행정기구 개혁을 진행하였지만, 역대 개혁에서 대중의 소리가 부족하였고, 대중의 역할은 발휘되지 못하였다. 현재 중국은 “개방입법”(开门立法)을 시작하여, 대중의 소리를 존중하면서, 대중의 참여도 또한 매우 높다. 중국은 현재 전환기에 있으며, 행정조직이 빈번히 변화하고, 행정조직 설치의 합리성 여부가 사회 발전에 직접적 영향을 미친다. 따라서 중국 행정조직의 설치와 개혁 등의 단계는 반드시 전문가의 논증을 강조하는 동시에 대중의 의견을 존중하여야 한다.

대중의 참여는 마땅히 전 과정에 있어야 하는데, 사전참여와 사후참여를 포함한다. 행정조직개혁은 목적이 아니고, 개혁의 목적은 사회와 대중의 요구를 행정조직에 보다 더 적용시키기 위함이다. 중국은 마땅히 행정조직개혁 평가제도를 수립하여야 한다. 행정조직개혁 이후, 일정한 시행기간을 거쳐

48) 《국무원조직법》제8조와 《지방조직법》제64조 참조.

대중의 의견을 재청취하고, 개혁효과를 평가하며, 다음 행정개혁을 위한 자료를 축적하여야 한다.

4) 대중의 직접적 참여를 위한 소통통로의 제공

대중의 참여는 반드시 소통의 통로가 요구된다. i) 행정조직의 설치와 개혁 방안을 대중에게 공표해야 하는데, 대중의 인식은 그 참여의 전제조건이다. ii) 다양한 방식으로 대중의 의견을 수렴하여 설치하여야 하는데, 예컨대, 전화, 우편, 전자우편 등의 방식이 있고, 담당자가 책임진다. iii) 대중의 의견을 종합적으로 분석하고, 채택여부 및 비채택의 이유를 설명하여야 한다.

(2) 민주 및 참여 원칙 확립의 의의

민주와 참여는 내용상의 두 가지이다. 참여는 상대적으로 대중의 측면에서 말한 것으로, 대중이 행정조직의 설치, 개혁, 평가 등의 과정에 적극적으로 참여하는 것을 말한다. 민주는 상대적으로 정부의 측면에서 말한 것으로, 정부가 행정조직의 설치, 개혁, 평가 등의 과정에서 대중의 의견을 청취하여야 하고, 대중의 적극적 작용의 발휘를 중시한다. 정부의 민주제도는 대중의 적극적 참여를 위한 가능성을 제공하였다. 일정한 정도에서 민주 및 참여 원칙은 행정조직 법률주의, 행정분권원칙, 조직효율성의 원칙을 실현시킨다. 민주 및 참여 원칙은 생소한 원칙이 아니고, 실제상황을 중심으로 이 원칙의 구체적인 제도를 설계하고, 민주 및 참여 원칙을 보장함으로써 최종적으로 이 원칙을 실현시킨다.

제 7 절 행정조직법의 내용과 체계

1. 행정조직법의 내용

행정조직법은 다음의 내용을 규정한다.

(1) 기본개념

행정조직법과 관련된 술어는 매우 많다. 예컨대, 행정조직, 행정기관, 행정기구, 행정주체, 행정편제, 수권행정, 위임행정 등이 있다. 이 중 몇몇 표현은 입법상 빈번히 나타나지 않지만, 실제 행정관리 및 행정법학 연구에서 자주 사용되지만, 그 기본개념의 의의가 분명하지 않다. 따라서 행정조직법과 관련된 기본개념에 대한 명확한 정의의 필요성이 대두된다.

(2) 행정조직법의 기본원칙

행정조직법의 기본원칙과 관련해서는 바로 앞 절에서 이미 구체적으로 살펴해보았다. 행정조직법 중 기본원칙에 대한 규정은 다음의 고려에서 기인한다. 첫째, 행정조직법의 인식에 대한 해명. 행정조직은 도대체 어떠한 사고방식을 바탕으로 진행할 것인지, 어떠한 기본정신을 관철시켜야 할 것인가에 대하여 하나의 명확한 인식이 필요하다. 둘째, 행정조직입법을 위한 방향제시. 중국 행정조직법의 완성도와 관련하여 이성(理性)적 측면에서 행정조직법의 기본정신에 따라 다시 제정해야 한다. 셋째, 행정조직의 실천을 위한 지도이념 제시.

(3) 행정조직의 형태(행정주체제도)

국가행정은 집중식 관리를 채택하기도 하고, 분산식 관리를 채택하기도 한다. 즉 지방자치와 공무자치의 긍정 여부는 행정조직법에서 명확히 할 필요가 있다. 행정조직법에서 행정의 기본조직제도는 매우 중요한데, 이는 행정조직의 기타 법률제도를 직접 결정한다. 예컨대, 만약 지방공공단체를 독립된 행정주체임을 긍정하는 경우, 지방 공공단체 조직의 설치에 지방공공단체가 법률에 따라 스스로 결정하고, 상급 정부의 승인을 요하지 않는다. 만약 공립대학을 독립된 공법인으로 인정되면, 공립대학은 법률에 따라 자주적으로 관리하고, 자신의 기구설치와 규모 등을 결정할 수 있다. 행정조직 형태의 발전을 증시하는 것은 중국이 해외의 선진 경험을 배우는 데 유리하고, 중국의 실제상황과 결합하여 중국에 적합한 발전된 새로운 행정조직 형태를 창출한다.

(4) 행정권의 내용과 형식

행정권은 원칙적으로 헌법규정으로부터 유래하여야 하지만, 행정권의 구체적 문제는 행정조직법에서 해결하여야 한다. 예컨대, 누가 행정권의 설정과 분배권한을 가지는지, 행정권의 범위, 행정권의 구체적 내용, 행정권의 구체적 표현 형식, 행정권의 설정 기준 등이 있다. 행정조직법은 반드시 행정권에 대한 명확한 규정을 둔다. 그 필요성은 다음과 같다. i) 행정권을 합리적으로 정의하고 통제하는데 유리하다. ii) 국민권익을 보장하는데 유리하다. iii) 행정목표를 실현하고 행정 효율을 제고시키는데 유리하다.

(5) 중앙행정조직법

행정조직법률제도에서 중앙행정조직의 설치는 매우 중요하다. 중앙행정조직은 국가를 대표하여 관리하는 기구이기 때문이다. 국가는 원시적으로 가장 중요한 행정주체로서, 중요한 행정사무를 관리하고, 그 행정조직의 규모는 상대적으로 방대하고, 그 권력의 행사는 전체 국민의 이익에 영향을 미치며, 국가와 사회의 발전에도 영향을 미치기 때문에, 중앙행정조직은 엄격하게 입법으로 설치하여야 한다.

(6) 지방행정조직법

중앙행정조직의 설치와 비교하여, 지방행정조직의 설치는 비교적 복잡하다. 먼저, 지방단체의 법률적 성질을 확정하고, 지방행정조직의 구조, 규모, 설치절차 등을 결정할 수 있다. 지방행정조직의 설치에 각급 지방조직의 구조와 규모, 지방행정기관의 유형과 설치기준, 지방행정기관의 설치절차, 행정기관의 지위와 권한 및 국가가 지방조직을 어떻게 법률적으로 감독하는지 등을 포함한다.

(7) 기타 공무조직법

국가행정기관 이외의 공무조직을 채택하여 관리하는 것은 서양에서는 이미 유구한 역사를 지녔다. 전형적으로 동업조합을 통한 관리로서, 예컨대, 변

호사협회, 의사협회 등이 있는데, 변호사, 의사의 업종 상황에 대한 입법기관의 수권을 통해 감독을 진행하고, 위법하게 직무를 태만히 한 자에 대하여서는 제재한다. 사회공무조직을 이용하여 관리하는 이유는 i) 작은 정부 규모의 유지 및 국가 재원의 절약, ii) 업종 자율의 실행시와 업종의 발전의 촉진, iii) 현대 행정관리의 수요에 대한 적응이다. 일부 행정사무는 전문성이 비교적 강한데, 예들 들어, 세무감사와 재무감사 등이 있다. 행정기관이 매우 큰 부담을 져야 하기 때문에, 사회중개조직의 협조를 통하여 완성할 필요가 있다. 기타 공무조직의 직권은 법률의 수권으로 정해지므로, 어떠한 행정권력이 사회중개조직을 정할 수 있는지에 대하여서는 보다 더 연구 할 필요가 있다.

(8) 행정수권과 행정위임

행정수권과 행정위임은 중국에서는 주로 단행 법률법규이 규정한다. 예를 들어, 《행정처벌법》 제17조, 제18조, 제19조는 행정처벌에서의 수권과 위임문제를 명확하게 규정한다. 다만, 전체적으로 볼 때, 법률의 전면적 규범은 결여되어 있다. 행정조직법은 행정수권과 행정위임에 대한 전면적인 규정을 할 필요가 있다. 먼저 행정수권과 행정위임의 필요성을 규율하여야 하고, 다음으로 행정수권과 행정위임의 법률적 책임의 필요성을 명확히 하며, 마지막으로 행정소송의 필요성을 충족시켜야 한다.

(9) 행정대리와 행정협조

행정조직제도에서 행정대리와 행정협조제도는 중요한 지위를 지닌다. 비록 두 가지 제도가 주로 행정기관의 내부관계에 대한 규범이지만, 동일하게 외부적 의의를 지닌다.

행정대리란 주로 특정한 상황에서 행정공무원의 권한을 기타 공무원이 대신 행사하는 법률제도를 말한다. 대리자의 행위와 피대리자의 행위는 동등한 효력을 지닌다. 대리제도의 설정은 주로 행정의 연속성과 안정성을 확보하기 위함이다. 행정협조는 하나의 기관이 소속한 행정주체의 임무를 집행하는 것 이외에, 다른 행정주체의 임무를 집행하고, 이 범위 내에서 이 행정주체 기

관의 활동을 집행하는 것을 말한다. 행정협조 존재의 정당한 이유는 행정의 효율성과 경제성이다. 행정위임과 행정협조는 현대 행정관리에 있어 불가결한 부분으로서, 행정조직법에서 규정할 필요가 있다.

(10) 행정조직절차제도

행정조직에 있어 절차 문제는 매우 중요한 것이다. 조직절차는 행정조직권의 운영절차이다. 먼저, 조직절차의 합리성 여부는 조직결과의 좋고 나쁨에 따라 직접 결정한다. 이 외에 조직절차 자체가 민주, 공정 등을 지탱하는 가치를 추구하기 때문에, 행정조직법에서 이에 대하여 규정하여야 한다. 중국에서는 조직절차를 중시하지 않았고, 법률도 조직절차 문제를 매우 적게 규정하였기 때문에, 조직과정의 임의성과 비이성적인 결과가 야기되었다. 행정조직절차의 중요성과 실무에서의 행정조직절차의 무질서로 인하여, 행정조직법상의 전면적 규정이 필요하다.

상술한 10가지 내용을 제외하고, 행정기관조직법은 행정기관의 기본 업무제도, 예컨대, 수장책임제 또는 위원회책임제를 실시하여야 하고, 보조 부문을 설치하며, 행정기관 권한충돌 문제의 해결방법 등을 규정하여야 한다.

2. 행정조직법의 체계

행정조직법은 방대한 체계 중 하나로서, 헌법개정을 제외하고, 완전한 행정조직법 체계는 행정조직법의 전체 내용을 포함하여야 한다. 이 체계는 다음의 4가지 단계를 포함해야 한다고 생각한다.

1단계 : 《행정조직기본법》의 제정. 본법은 행정조직법의 기본원칙, 행정조직형태, 행정주체제도, 지방법률분권, 행정조직절차, 행정조직법 위반의 책임 등 기본적 문제를 규정하여야 한다.

2단계 : 이 단계에서는 세 가지 부분의 법률의 제정이 필요하다. 첫째, 《국무원조직법》과 《중앙행정기관설비기준법》의 제정. 전자는 국무원의 지위, 직권, 국무원 총리의 권한 등을 구체적으로 규정하고, 후자는 각 중앙행정기관의 설치 기준, 중앙행정조직의 구조와 규모

등을 규정한다. 둘째, 《지방기본법》을 제정하고, 지방의 기본문제를 규정. 예컨대, 지방의 법률지위, 지방행정편제, 고유사항, 권한, 중앙 및 지방의 관계 등이 있다. 셋째, 《사회중개조직법》의 제정. 사회중개조직과 관련된 공통적인 문제의 원칙규정을 제정한다.

3단계 : 상술한 세 가지 유형의 법률 아래에서 진일보한 입법. 예들 들어, 《중앙행정기관설치기준법》하에서 각 중앙행정기관 설치법을 제정하고, 각 중앙행정기관의 지위, 주관사항, 권한, 내부기구의 구조와 정원 등을 구체적으로 규정한다. 《지방기본법》하에 《성조직법》, 《시조직법》, 《현조직법》, 《향진 조직법》 및 《지방재정법》 등의 법률을 제정하고, 각 유형의 지방행정기관의 지위, 설치기준, 설치 절차, 필수설치기관 및 각 지방행정기관의 재정권한을 분류하여 규정한다. 《사회중개조직법》하에 《업종조직법》, 《사회단체법》 등을 제정하고, 각 유형의 사회중개조직에 대하여 진일보한 규정을 제정한다.

4단계 : 3단계하에서 국무원과 지방의 구체적 상황을 바탕으로 진일보한 규정을 제정한다. 예컨대, 국무원은 각 행정기관설치법을 바탕으로 각 행정기관의 설치법규를 제정하고, 각 행정기관의 내부구성, 각 내부기구의 주관사항, 권한, 정원 등을 구체적으로 규정할 수 있다. 성과 시 등 각급 지방은 법률을 바탕으로 《xx성 조직조례》, 《xx시 조직조례》, 《xx현 조직조례》 등을 제정한다.

제 4 장 행정행위

본장 개요

본장은 먼저 행정행위의 개념과 특징을 소개하고, 행정행위의 종류를 심도 깊게 분석한다. 구체적 행정행위와 추상적 행정행위, 내부적 행정행위와 외부적 행정행위, 작위적 행정행위와 부작위적 행정행위, 요식 행정행위와 비요식 행정행위, 쌍방 행정행위와 일방 행정행위 등을 포함한다. 그 다음 행정행위의 성립, 효력발생, 무효 및 효력 등을 구체적으로 분석한다. 마지막으로 행정사실행위, 행정사법행위 등을 검토한다.

제 1 절 행정행위 개설

1. 행정행위의 개념

행정행위는 행정활동 핵심부분에 대한 행정법학의 이론적 개괄이다. 행정행위이론의 연구는 프랑스 행정법학자가 시작하였는데, 프랑스 학리상 행정행위의 정의와 범위에 대하여서는 세 가지의 상이한 이해가 있다. 첫째, 행정기관을 기준으로 삼아, 행정행위는 행정기관이 실시하는 전체행위로 간주한다. 둘째, 내용을 기준으로 삼아, 행정행위란 보편성 규칙을 구체적 사건에 적용하는 행위를 말한다. 셋째, 행위작용을 기준으로 삼아, 행정행위란 행정기관이 일정한 행정법률효과를 달성하기 위해 사용하는 행위를 말한다. 독일의 행정법학자들은 행정행위의 정의와 범위에 관련된 인식이 비교적 일치한다. 1976년 독일 《연방행정절차법》은 행정행위의 정의에 대하여 다음과 같이 규정하고 있다. 즉, “행정행위란 국가행정기관이 공법영역에서 구체적 사무를 조정하고, 대외에 직접적으로 법률적 효과를 발생시키는 명령, 규정 또는 기타 행정처분을 말한다.”

중국에서, 행정행위의 개념은 행정법학계에서 일치된 관점은 없지만, 대체로 여섯 가지의 관점이 존재한다. 첫째, 행정행위란 행정기관의 일체의 행위로서, 민사행위와 관리행위, 법률행위와 사실행위, 헌법행위와 소송행위를 포함한다. 둘째, 행정행위란 행정기관의 일체의 관리방식 또는 관리행위의 총칭으로, 행정법률행위와 행정사실행위는 포함하지만, 민사행위, 헌법행위, 소송행위는 포함하지 않는다. 셋째, 행정행위란 행정기관의 행정법률행위로서, 내부행위와 외부행위, 구체적 행위와 추상적 행위, 일방행위와 쌍방행위는 포함하지만, 행정사실행위는 포함하지 않는다. 넷째, 행정행위란 행정기관이 직권을 행사하여 일방적으로 결정한 직접 법률효과를 발생시키는 행위로서, 내부행위와 외부행위, 구체적 행위와 추상적 행위를 포함하지만, 행정계약 등 쌍방행위, 행정지도 등의 사실행위를 포함하지 않는다. 다섯째, 행정행위란 행정기관이 특정한 사람 또는 특정한 사항에 대하여 일방으로 결정한, 직접 법률효과를 발생시키는 행위로서, 내부행위와 외부행위, 구체적 행위와 입법을 제외한 기타 추상적 행위는 포함하지만, 행정입법행위, 행정사법행위, 행정계약, 사실행위를 포함하지 않는다. 여섯째, 행정행위란 행정기관이 직권을 행사하여, 구체적 사안에 대하여 일방적으로 내린, 대외적으로 직접 법률적 효과를 발생시키는 행위로서, 사법행위, 추상적 행위, 내부행위, 쌍방행위, 사실행위는 포함하지 않지만, 사항이 특정되거나 상대방이 특정된 일반 명령은 포함한다. 이는 독일, 대만, 일본 행정법학의 최근 통설이다.

생각건대, 행정행위란 행정기관이 직권을 행사하여 내린 직접 법률효과를 발생시키는 행위이다. 이러한 정의에 근거하여, 행정행위는 다음과 같은 구체적 특징을 지닌다.

(1) 행정행위는 행정기관의 행위이다.

이는 행정행위의 주체요소이다. 행정행위의 실시자는 행정기관이고, 개인, 일반 사회조직 및 기타 국가기관의 행위는 모두 행정행위가 아니다.

여기에서 말하는 “행정기관”이란 법률에 따라 행정기관의 자격을 지니는 각종 공무조직으로서, 각급 인민정부와 그에 소속된 기능부문과 법률·법규가 수권한 조직을 포함한다. 행정기관의 내부에 설치되고, 행정주체 자격이

없는 업무기구의 행위는 행정기관에 속하는 행위로 간주되어야 한다. 공무원의 행위는 법률에 따른 직무행위, 즉 그 본인이 소속된 행정기관의 행위로 간주된다. 일부 조직이 행정기관의 위임을 받아 공무를 집행하고, 위임권한 내에서 행하는 행위는 위임한 행정기관의 행위로 간주되어야 한다.

행정행위는 행정기관의 행위이어야 하지만, 행정기관의 모든 행위가 행정행위인 것은 아니다. 행정기관은 민사주체, 정권주체, 행정주체 등 다양한 신분을 갖는다. 민사주체와 정권주체의 지위에서 내린 행위는 민사행위와 국가행위이고, 행정주체의 지위에서 내린 행위는 행정행위이다. 따라서 행정행위의 개개 행위가 행정행위인지의 여부는 다른 기준과 결합하여 정의한다.

(2) 행정행위는 행정기관이 행정직권을 행사하는 행위이다.

이것은 행정행위의 권력요소이다. 행정권력은 강제성, 우월성 등의 속성을 지닌다. 행정권력을 가진 일방은 상대방을 강제하여 자기의지(의사표시)에 복종하게 할 권리능력과 행위능력을 지닌다. 법률 지위의 측면에서 다양한 특권을 향유하고, 명백하게 상대방보다 우월하다. 행정권력은 조직법과 단행의 부처 법률·법규, 규장을 통해 구체화된 이후, 즉 행정기관의 직권과 기능이 형성된 이후, 행정법률관계에서 행정주체의 법률적 지위를 표현한다. 행정기관은 상대방보다 우월한 지위의 행위, 즉 행정직권을 행사하는 행위이다.

(3) 행정행위는 법률효과를 직접 발생시키는 행위이다.

이는 행정행위의 법률요소이다. 법률효과란 행정행위가 상대방 당사자에게 야기하는 영향 또는 권리·의무의 증가와 감소를 말하거나, 법률적 지위와 성질의 긍정 또는 부정 등을 말한다. 이러한 영향은 세금의 정확한 징수와 같이 합법적일 수도 있고, 착오로 인해 운전면허를 취소하는 것과 같이 불법일 수도 있다. 상대방에게 법률적 의무의 득 또는 실을 야기하면, “법률효과”가 발생하였음을 의미한다. 이러한 기준에서, 모든 수신한 등기, 전보전화 또는 회의담화기록, 문서의 초안작성, 개정, 인쇄 등은 비록 모두 불가결한 공무원행위이지만, 어떠한 법률적 효과가 없거나 직접 발생시킬 수 없기 때문에, 모두 행정행위로 인정할 수 없다.

소위 “직접”이란 행정행위가 상대방의 권리·의무에 야기한 영향이 확정성을 가지고, 기타 중간의 단계가 없는 것을 말한다. 행정기관이 내린 행정행위는 하나의 과정이 필요한데, 특정 행정행위를 내리기 위해서 증거의 수집과 조사, 내부회의토론, 담당자가 제안한 처리의견, 주관책임자가 서명한 처리승인의견, 송달 등 일련의 활동을 진행한다. 이러한 활동은 행정행위의 불가결한 준비활동으로 상대방의 권리·의무에 일정한 영향을 미치지만, 이러한 활동이 야기한 영향은 불확정적인 것이어서, 이를 분리한다면, 어떠한 의의도 없고, 직접성을 논할 수도 없다. 실제로 그들은 행정행위의 구성부분에 지나지 않아서, 위법상황이 발생한 경우에는 행위위법으로 간주하여야 한다. 행정행위란 상대방의 권리·의무에 긍정적인 결론을 내리는 행위로서, 예컨대, 행정결정서 등이 있다. 상술한 보조행위(예컨대, 행정조사)는 행정행위의 외관형식을 가지고, 행정행위와 유사하기 때문에, 준행정행위라고 한다.

(4) 행정행위는 행정기관이 행정관리목적을 실현하는 행위이다.

이는 행정행위의 목적요소이다. 법률은 통상적으로 입법 목적을 규정하는데, 입법목적은 행정관리의 일반적 목적을 포함한다. 실제로 행정관리의 목적이 도대체 무엇인가는 라는 것은 사안의 구체적 상황에 따라 판단한다. 공공이익의 실현을 목적으로 하면, 모두 행정관리의 목적을 인정해야 한다. 공공이익은 사회이익, 국가이익, 국민권익을 포함한다는 것을 지적할 필요가 있다. 법률이 확인하고 보호한 국민권익을 위해서, 공공이익의 범주에 속한다. 따라서 국민의 합법적 권익의 침해는 공공이익의 침해이다.

(5) 행정행위는 법정표현형식을 지니는 행위이다.

이는 행정행위의 형식요소이다. 행정행위의 표현형식은 그 내용에 부합하여야 하고, 폭력행위와 같이 법정표현형식에 완전히 부합하지 않는 행위는 행정행위로 인정하지 않는다. 형식기준은 행정행위를 정의하는 참고기준 중 하나이다.

행정행위의 특징은 동시에 그 구성요소이다. 이 다섯 가지 구성요소는 행정행위와 기타 행위와의 개념을 구분시킨다. 예컨대, 주체요소와 목적요소는

행정행위와 정치행위를 구분하고, 법률요소는 행정행위와 행정사실행위를 구분한다. 행정행위와 행정활동의 관계는 종속관계이다. 행정행위는 행정활동의 행위수단과 법률표현형식이고, 가장 중요한 행정활동 중 하나이다. 행정행위는 행정처리와도 구별되는데, 후자는 행정기관이 법률에 따라 특정 대상에 대하여 내리는 구체적이고 일방적이고 직접 법률효과를 발생시키는 결정을 말한다.

행정행위와 행정법률관계는 행정법학 연구의 두 가지 측면으로, 양자는 상호배척하는 것이 아니라 상호보완적인 것이다. 행정행위와 관련이 있으면, 행정법률관계는 그 의미가 드러난다. 행정행위는 즉각적인 조치로서, 그 중 부단히 전개되는 법률관계가 존재한다. 행정행위는 순식간에 내려지기 때문에, 행정법률관계가 오히려 미래를 위해 수립된다. 주체의 측면에서, 행정행위는 행정기관에 착안하였기 때문에 행정법률관계는 행정기관과 국민 쌍방을 착안한다. 내용의 측면에서, 행정법률관계는 국민의 행정관리활동상의 권리주체지위의 전면적인 인식에 유리하고, 행정직책과 국민권리의 대응관계를 제시하는 데 유리하다. 따라서 양자는 상호보완적 관계이다.

사례 1 : 2002년 7월 26일, 제3자의 구인 邱모씨는 운전면허증이 없는 상황에서 이륜 오토바이에 3명을 태우고 시내에서 운전을 하다가, 李모씨가 운전한 미니버스(金杯牌小客车)와 충돌하여 2명이 사망하고, 2명이 상해를 입는 심각한 교통사고를 야기하였다. 8월 25일, 관할구역 교통경찰대는 제20001033호 《도로교통사고 책임인증서》를 만들었고, 인증서에는 邱모씨의 무허가 운전, 3인의 탑승인원 초과, 도로를 점거한 운영을 인정하여, 사고의 주요 책임을 부담한다는 내용이다. 李모씨의 과속, 부주의, 부적절한 위기대응조치는 사고의 2차적 책임을 부담한다. 제3자의 父는 이에 불복하고 재심을 신청하였다. 10월 12일, 피고는 (2000)제 343호 《도로교통사고책임의 재인증결정서》을 만들었고, 인증서에는 邱모씨의 무면허 운전, 탑승인원 초과한 위법한 방해운전, 도로를 점거한 운전은 사고를 야기한 원인 중 하나이므로 동등하게 사고의 책임을 부담하고, 李모씨의 도로를 점거한 운전은 사고를 야기한 원인 중 하나이

므로 동등하게 사고의 책임을 부담한다고 내용이었다. 李모씨는 이에 불복하고, 행정소송을 제기하였다. 1심 법원은 심리후에 피고의 인정행위는 사실적 근거가 부족하고, 착오가 있다고 인정하여, 이 판결에 근거하여 피고의 책임인정행위를 취소하고, 피고에게 책임인정을 다시 내릴 것을 명령하였다. 피고는 1심 판결에 불복하고 상소를 제기하였고, 2심 법원은 심리 후, 상소를 기각하고, 원심을 유지한다.

본 사안의 피고인 룡옌시(龙岩市) 공안국 교통경찰대가 내린 도로교통사고 책임인정행위가 구체적 행정행위인가? 교통사고 책임인정은 학계와 실무에서 모두 논란이 있는 문제이다. 1992년 최고인민법원, 공안부가 공동으로 공포한 《도로교통사고 사건처리에 관한 관련문제의 통지》 제4조는 “당사자가 공안기관이 내린 교통사고의 책임인정과 상해인정에 불복하여 인민법원에 행정소송 또는 민사소송을 제기하는 경우, 인민법원은 접수하지 않는다. 당사자가 내려진 행정처벌에 불복하여 행정소송을 제기한 경우 또는 손해배문제로 민사소송을 제기한 경우, 인민법원이 교통사고의 형사사건을 심리할 때, 인민법원이 심사를 통해 공안기관이 내린 책임인정과 상해 및 장애의 산정이 부당하여 신뢰할 수 없다고 인정할 경우, 인민법원이 심리하여 인정한 사건의 사실은 최종결정의 근거로 삼는다.”고 규정한다. 이 조문이 비록 교통사고의 책임인정의 성질을 명확히 규정하는 것이 아니지만, 그 본래적 측면에서 보면, 실제로 교통사고의 책임인정서를 일종의 증거행위로 간주하고, 구체적 행정행위는 아니다. 구체적으로 공안기관이 교통사고의 책임을 인정할 때, 사고현장의 상황을 객관적으로 반영하고, 사고의 원인을 분석하며, 현장의 증거를 고정하고, 사고발생의 과정, 원인 및 결과를 증명할 뿐이다. 이러한 인정은 객관적이고, 그 중에는 행정기관의 의사표시는 포함하지 않으며, 처리의 내용과 효력은 없기 때문에, 단지 증명의 효력이 있고, 일종의 단순한 증명행위이다.

생각건대, 교통사고의 책임인정여부를 분석하는 것은 행정행위의 핵심이 행정행위의 요소에 있다. 만약 인정서가 행정행위의 요소를 구비하였다면, 이는 행정행위이다. 내용의 측면에서 교통사고의 책임인정은 공안행정기관의

주관적 의사표시를 포함하고, 그 중 특히 사고원인에 대한 분석은 의사표시의 내용을 구비하기 때문에, 책임의 대소에 대한 결정은 처리의 성질을 지니고, 실제로 당사자의 실체법상의 권리·의무에 영향을 미치고 심지어 이를 결정한다. 다시 말해, 교통사고 책임인정이 내려진 이후에는 교통경찰부문이 교통사고에 대하여 내린 진일보한 처리의 근거가 되거나 또는 인민법원이 민사배상사건을 심리할 때 참고 가능한 증거가 된다. 하지만 근거 또는 증거가 되는지에 관계없이, 이 책임의 인정은 이미 상대방에 대한 교통사고책임의 대소를 확인한 것이고, 이후 상대방이 지는 법률책임(처벌의 경중 및 민사배상액의 다소)에 대하여 미리 판단하는 기능을 지닌다. 따라서 교통사고 책임인정은 상대방의 권익에 대하여 어떠한 영향을 발생시키지 않는다고 할 수 없다. 행정행위의 다섯 가지 요소의 측면에서, 교통사고 책임인정은 모두 구비하였기 때문에, 소송가능한 행정행위이다.

2. 행정행위의 의의

행정행위의 개념과 이론은 이론상의 가치를 가질 뿐만 아니라 실제적인 의의도 지닌다.

행정행위의 의의는 다음과 같이 표현된다. 즉 행정법학에서, 행정행위이론은 행정법학 이론체계의 핵심이고 기초이다. 행정법학의 각 구성부분의 연구는 행정행위이론의 주위에서 발전하거나 행정행위이론으로 지도한다. 행정법률제도의 측면에서, 행정행위이론은 각종 행정법률제도가 수립하는 기초가 될 수 있고, 행정심판제도, 행정소송제도, 행정배상제도는 모두 행정행위론의 지도하에서 행정행위의 주위에서 수립된다.

행정행위의 실제로 특수한 기능을 가지고 있는데, 다음과 같이 실현된다.

i) 행정행위는 행정기관이 그 관리기능을 발휘하는 가장 일반적인 법률수단으로, 대량의 복잡한 현대 행정사무 처리에 사용된다. ii) 행정행위는 법률의 구체화이다. 행정행위는 추상적 법률조문을 구체적인 개인과 사건에 적용된다. iii) 행정행위는 법률 안정성의 실현이다. 행정행위는 국민의 권리와 의무를 명확하고, 구체적이며, 안정적으로 변화시키고, 국가와 국민간의 관계를 명확화하고 안정화시키기 때문에, 행정행위는 국민의 권리·의무의 증명서이

다. iv) 행정행위는 행정의 민주화 촉진에 유리하다. 행정행위를 행하는 과정은 동시에 국민, 법인 및 기타 조직의 정치참여과정이고, 자신의 행정절차권을 행사하는 과정이며, 행정기관과 상호협력하는 과정이다. v) 행정행위는 행정의 감독과 구제에 유리하다. 행정행위는 행정기관이 해당사안의 사실에 대한 인정과 법률에 대한 이해를 고정시켜, 각종 법률감독을 위하여, 우수한 기초를 다진다. 행정행위는 행정소송의 범위를 규정하는 기준 중 하나이다.

3. 행정행위의 내용

행정행위의 내용이란 하나의 행정행위가 상대방의 권리·의무에서 발생시키는 구체적 영향이다. 상이한 행정행위는 그 기능이 상이하고, 목적과 대상도 상이하며, 내용도 상이하기 때문에, 행정행위의 내용은 복잡성과 다양성을 지닌다. 행정주체는 상이한 내용의 행정행위를 바탕으로 그 행정기능을 실현한다.

발생한 법률효과가 상이하다는 점에 근거하여, 행정행위의 내용은 다음의 여섯 가지로 분류할 수 있다.

1) 권리 또는 직권의 부여, 의무 또는 책임의 면제

행정행위의 내용표현의 중요한 측면은 바로 일정한 권리의 부여 또는 일정한 의무의 면제이고, 실제로 새로운 법률상 지위를 설정하였고, 행정주체와 상대방간, 상대방과 기타 상대방간의 일종의 행정법률관계를 형성한다. 예컨대, 행정기관이 영업허가의 실시세칙을 제정 및 공포하고, 관련 법률·법규, 규장의 규정을 근거로 조건에 부합하는 신청자에게 영업허가를 발부하는 행위 또는 납세자의 납세의무를 면제하는 행위이다.

2) 권리 또는 직권의 박탈, 의무 또는 책임의 부과

권리 또는 직권의 박탈은 상대방이 원래 가지고 있던 법률상의 권리 또는 기능, 직권의 상실시키는 것으로, 이는 특정의 법률상 지위를 취소하여, 이미 존재하던 법률관계를 해제시킨다. 예컨대, 영업허가의 취소, 행정수권 또는 위임의 회수이다. 의무의 부과란 행정주체가 행정행위의 명령을 통해 상대방에게 일정한 행위를 시키거나 행위를 하지 못하게 하는 것으로, 감사원의 감

독의 받는 것과 같이 단순한 행위상의 의무를 포함하고, 위법행위자에 대한 벌금부과와 같이 재산적 의무도 포함하며, 행정구류와 같이 인신상의 의무 등도 포함한다.

3) 특정 법률자격의 부여 또는 취소

현대사회의 각종 업종과 각종 활동의 기술성과 전문성이 나날이 강화되면서, 전문가격이 있는 경우 그 행위 또는 활동에 종사할 수 있는 자격과 권리를 취득할 수 있다. 이러한 자격조건과 권리는 일반적으로 행정기관 또는 사회중개조직이 심사하고 부여한다. 우선 자격을 취득한 경우, 이 행위에 종사할 수 있는 권리를 신청할 수 있다. 행정기관은 상대방의 신청을 근거로 서면상의 자격증 또는 기타 방식으로 상대방이 이 행위에 종사할 수 있도록 허락하고, 이 권리를 확인하며, 이러한 자격과 능력을 부여한다. 예컨대, 특정 활동 또는 행위에 종사할 능력을 구비하고, 법정 조건에 부합하는 상대방에게 변호사자격, 의사자격, 운전면허증 등을 발급한다. 이것은 실제로 행정허가의 일종이다. 다만, 이러한 법률자격은 영구적인 것은 아니고, 상대방이 관련 법률규정 또는 허가증 규정의 내용을 위반하거나, 상대방이 그 활동능력 또는 조건을 상실한 경우에는 법률자격의 박탈 또는 취소를 야기할 수 있다. 주의할 점은 이러한 법률자격을 부여하고 취소하는 권력은 외국에서는 대부분 사회중개조직이 행사하고 있다는 것인데, 중국도 이러한 방식을 배워야 한다. 이는 행정기관의 부담을 대폭 감경시키고, 자격허가의 전문성과 공정성을 강화시킬 수 있다.

4) 특정 법률사실과 법률지위의 확인

법률사실의 확인이란 행정주체가 행정행위를 통해 어떠한 법률관계에 대하여 중대한 영향을 미치는 사실의 존재여부를 법률에 따라 확인하는 것이다. 법률지위의 확인이란 행정주체가 행정행위를 통해 어떠한 법률관계의 존재여부와 존재범위의 인정을 말한다.

법률사실의 확인과 법률지위의 확인은 관련성이 있지만, 차이점도 존재한다. 법률사실의 확인은 법률관계의 확인에 필연적으로 영향을 미치지만, 법률사실의 확인이 법률관계의 확인과 동일한 것이 아니고, 당사자간에 특정한

법률관계가 존재하는지는 사실적 인정에 있어 완전히 확인할 수 없다. 예컨대, 교통사고의 부상자에 대한 장애등급에 대한 확인이 책임관계 여부를 확인할 수 없다. 법률관계의 확인은 법률사실의 확인이 전제이고, 이러한 법률관계의 확인에서 토지권한 확정행위와 같이 법률사실에 대한 확인을 포함한다.

5) 특정 물체에 대한 법률적 성질의 부여 또는 취소

예컨대, 특정 구역을 풍경구역, 사냥금지구역, 문화재 보호구역으로 명명하는 경우, 특정정 건축물을 위험 건축물로 확정하는 경우 등이 있다.

6) 작위 또는 부작위 조건, 방식, 범위, 시간 등의 기준확정

행정행위의 확정 이후, 즉시 행정법적 효과가 발생할 수 있고, 민법적 효과가 발생할 수도 있다. 따라서 반드시 절차상 행위의 실행방식, 조건 및 범위 등을 규율해야 한다.

주의할 점은 이러한 행정행위에 대하여 상술한 각 내용이 상호배척되지 않는 경우, 벌금행위가 재산권리를 박탈하는 동시에 재산의무를 부과하는 것과 같이 다양한 효과를 동시에 발생시킬 수 있다.

제 2 절 행정행위의 분류

행정행위는 상이한 기준을 근거로 상이하게 분류할 수 있다. 행정행위에 대한 분류연구의 진행은 먼저 우리가 행정행위의 특징, 내용 및 법률결과를 깊이 있게 정확하게 이해하고 파악할 수 있게 하고, 각종 행정행위의 특수하고 유효한 구성요건을 분석할 수 있도록 함으로서, 상이한 기준이 행정행위의 합법적 효력을 인정하고, 그 합법성에 대하여 조사와 감독을 진행하고, 상이한 구제경로와 방식을 확정한다.

1. 추상적 행정행위와 구체적 행정행위

행정행위의 방식을 분류 기준으로 하는 경우, 행정행위를 추상적 행정행위와 구체적 행정행위로 분류할 수 있는데, 이는 행정행위에서 가장 중요한 분류 중 하나이다.

추상적 행정행위란 행정기관이 법률에 따라 직권을 행사하는 과정에서 불특정 대상에 대하여 제정하는 반복적으로 적용가능한 법규규장 및 기타 보편적 구속력을 지니는 규범성 문건의 행위를 말한다. 추상적 행정행위는 다음의 특징을 지닌다. i) 권한이 있는 행정기관이 제정하여야 한다. 입법기관이 제정한 법률 또는 지방성 법규, 자치조례, 단행조례는 추상적 행정행위라 칭하지 않는다. 법규규장, 보편성을 지니는 행정조치, 결정, 명령을 제정할 수 있는 국가기관은 모두 추상적 행정행위의 제정권을 지닌다. ii) 이 행위의 대상은 반드시 특정인이 아닌 불특정 주체이어야 한다. iii) 이 행위는 규범적, 안정적 및 반복적으로 적용 가능한 법규규장 및 기타 보편적 구속력을 지니는 결정, 명령, 문건이다. 추상적 행정행위의 표현형식은 주로 규범성 문건으로서, 예컨대, 국무원이 제정한 행정법규, 각 부·위원회가 제정한 부문규장, 성급 정부, 성 소재지 시정부 및 국무원이 승인한 비교적 큰 규모의 시정부가 제정한 정부규장 등의 행정입법과 일반 시, 현 인민정부와 같은 행정기관 및 그 업무부문이 공포한 기타 보편적 구속력을 지니는 결정, 명령 기타 규범성 문건도 포함한다. 추상적 행정행위는 비규범성 문건으로도 표현될 수 있는데, 예컨대, 행정주체가 공포한 불특정인 또는 불특정 업무에 대한 일회성 적용 결정, 결의 또는 통지 등이 있다.

구체적 행정행위란 행정기관과 업무인원, 법률법규가 수권한 조직, 행정기관이 위임한 조직 또는 개인이 행정관리과정에서 법률에 따라 특정인에게 직권을 행사하고 특정사항을 실시하여 상대방의 권리·의무에 영향을 미치는 일회성 법률행위를 말한다. 구체적 행정행위는 다음의 특징을 지닌다. i) 구체적 행정행위는 행정주체의 행위이고, 비행정주체의 행위는 구체적 행정행위라 할 수 없다. ii) 구체적 행정행위는 반드시 법률행위이고, 그 내용은 법률법규를 근거로 실시된 것으로, 이에 상응하는 법률적 효력을 가지며, 법률적 결과를 발생시킬 수 있다. 법률효과를 직접 발생시키지 않는 사실행위는 구체적 행정행위가 아니다. iii) 구체적 행정행위는 행정주체가 특정인 또는 특정한 업무에 대하여 실시한 행위로서, 반복적으로 적용할 수 없고, 보편적 구속력을 가지지 않는다. 구체적 행정행위의 표현형식은 행정허가행위, 행정확인행위, 행정장려행위, 행정징수행위, 행정급부행위, 행정처벌행위, 행

정강제행위, 행정재결행위 등을 포함한다. 이는 주로 행정처벌결정서, 행정허가증, 행정강제집행서 등과 같이 서면형식의 행정결정으로 실현되고, 구두경고, 긴급조치 등과 같이 비서면형식의 행정결정으로도 실현된다.

추상적 행정행위와 구체적 행정행위는 다음과 같이 구별된다.

1) 상대방의 명확성 정도의 상이

추상적 행정행위의 상대방의 범위가 불명확하고, 불특정 다수인 또는 업무이지만, 구체적 행정행위의 상대방의 범위는 명확하고, 특정인 또는 업무이다.

2) 법률효력의 상이

추상적 행정행위는 일반적으로 장래에 발생 가능한 사항에 대하여 반복적으로 적용할 수 있고, 회수 제한이 없지만, 구체적 행정행위는 이전에 효력이 발생한 사항에 대하여 반복적으로 적용할 수 없다.

3) 행정주체의 등급에 대한 요건의 상이

추상적 행정행위의 주체는 비교적 엄격한 제한이 있고, 대부분 상위단계의 주체로서, 특히 행정입법의 주체는 반드시 법정 유권주체이지만, 구체적 행정행위의 주체는 특별한 제한이 없고, 자격이 있는 행정주체라면 누구든 구체적 행정행위를 할 수 있고, 일반적으로 비교적 하위 단계의 주체이다.

4) 표현형식의 상이

추상적 행정행위의 전형적 표현형식은 행정법규와 규장 등 규범성 문건과 결정, 결의, 통지 등의 비규범성 문건이지만, 구체적 행정행위의 표현형식은 행정처벌결정서, 행정허가증 등과 같은 행정처리 결정서이다.

5) 절차의 상이

추상적 행정행위는 주로 행정입법기관의 주재하고 관련 부문이 참여하는 회의형 절차를 적용하는데, 입법법을 통한 계획, 초안작성, 의견청취, 협상, 심사와 심의, 공포 등 정식적이고 엄격한 절차를 거친다. 구체적 행정행위는

처리형의 절차가 적용되는데, 예컨대, 행정처벌은 입안의 조사, 청문, 심사결정을 거친 이후, 최후에 위법한 상대방에 대하여 일회적으로 적용할 처벌결정을 내린다.

행정행위를 추상적 행정행위와 구체적 행정행위로 분류하는 것은 실제 행정법제에서 특히 행정소송에서 중요한 의의를 지닌다. 《행정소송법》의 사건접수 범위 확정시에 추상적 행정행위와 구체적 행정행위의 분류를 채택하는데, 중국 행정소송은 구체적 행정행위에 대하여서만 제소가 가능하고, 추상적 행정행위는 소송할 수 없다. 1991년 5월 29일 최고인민법원에서 통과된 《《중화인민공화국 행정소송법》의 철저한 집행에 관한 약간의 문제에 대한 의견(임시시행)》 제1조에서는 “구체적 행정행위란 국가행정기관과 공무원, 법률법규가 수권한 조직 또는 개인이 행정관리 활동에서 직권을 행사하여, 특정한 국민, 법인 또는 기타 조직에게, 특정한 구체적 사항에 대하여, 이와 관련된 국민, 법인 또는 기타 조직의 권리·의무를 결정하는 일방적 행위를 말한다.”고 규정하고 있다. 2000년 3월 10일 최고인민법원이 시행한 《《중화인민공화국 행정소송법》의 집행에 관한 약간 문제의 해석》은 구체적 행정행위의 정의와 관련한 조항을 취소하였지만, 추상적 행정행위의 정의조항을 유보하였다. 이 해석 제3조는 “행정소송법 제12조 제2항이 규정한 “보편적 구속력을 지니는 결정·명령”이란 행정기관이 불특정한 대상에게 공포한 반복적으로 적용 가능한 행정규범성 문건을 말한다.”고 규정하고 있다.

추상적 행정행위와 구체적 행정행위의 분류는 절대적인 것이 아니고, 비록 일정한 과학성은 가지지만, 필요한 엄밀성이 결여되었다. 《행정소송법》이 사건접수 범위를 확정할 때 이러한 분류형식을 채택하였는데, 추상적 행정행위는 사법심사에서 배제되고, 특히 최고인민법원이 사법해석에서 구체적 행정행위를 일방적 행위로 정의하였는데, 이는 학계의 광범위한 논쟁을 야기하였지만, 구체적 행정행위와 추상적 행정행위를 명확하게 정확하게 구분하여 사법심사의 실질적 의의를 가지게 되었고, 행정소송의 접수범위를 확정하는 기준이 된다.

일반적 상황에서, 추상적 행정행위와 구체적 행정행위는 경계가 분명하다.

예컨대, 국무원이 제정한 행정법규, 성정부가 제정한 행정규장의 행위는 추상적 행정행위이고, 행정기관이 행정처벌을 진행하고, 행정강제조치를 채택하는 행위는 구체적 행정행위이다. 다만, 이러한 상황에서 사람들이 추상적 행정행위와 구체적 행정행위를 구분하는 것은 여전히 어려움이 있는데, 주요 문제는 대상의 특정과 불특정을 어떻게 구분할 것인가이다. 예컨대, 행정기관이 특정 주민거주지역의 주민에게 이전을 지정하는 통지를 공포한 경우, 외재적 형식 상 통지대상은 불특정 개인이 아니지만, 실제로 이 주민 거주지역에는 다섯 가구가 있기 때문에, 실제로는 이 통지의 구속을 받는 대상은 구체적이고 특정된 국민이다. 이 행위가 추상적 행정행위인가 아니면 구체적 행정행위인가를 판단하기에는 비교적 어렵다. 따라서 특정과 불특정간에는 절대적 기준이 존재하지 않고, 구체적 사안을 판단하면서 상황에 따라 구체적 분석을 진행하고, 구별할 경우 주의해야 할 문제는 다음과 같다. i) 행정기관이 특정사항과 특정인에 대하여 내린 행정행위는 전형적인 구체적 행정행위로서, 이 행위는 “구체적-개별적” 행정행위라 칭할 수 있다. ii) 상대방은 명확하고, 사건이 불특정된 행정행위는 구체적 행정행위에 속하는데, 이 행위는 “추상적-개별적” 행정행위라 칭할 수 있다. iii) 상대방은 불명확하고, 사건이 특정한 행정행위는 구체적 행정행위에 속하는데, 이 행위는 “구체적-일반적” 행정행위라 칭할 수 있다. iv) 상대방이 불명확하고 사건 또한 불명확한 행정행위는 전형적인 추상적 행정행위에 속하는데, 이 행위는 “추상적-일반적” 행정행위라 칭할 수 있다. v) 사건의 특정 여부 또는 상대방의 명확성 여부는 범위의 명확성 여부가 기준이 되어야 하고, 수량의 다소와는 관련이 없다. vi) 행정기관이 구체적 행정행위의 형식으로 추상적 행정행위를 하거나 추상적 행정행위의 형식으로 구체적 행정행위를 하는 경우, 모두 구체적 행정행위로 인정하여야 하고, 당사자의 소권에 영향을 미치지 않는다.

종합하면, 개별적 사건에서 구체적 행정행위와 추상적 행정행위를 구분할 때, 광범위한 국민, 법인 또는 기타 조직의 합법적 권익에 대한 보호를 진행하기가 유리하고, 국가와 사회의 공공이익에 유리하여야 한다. 따라서 구체적 행정행위와 추상적 행정행위의 구분은 행정행위의 제소가능성(可訴性)의 기준이 아니다. 제소가능성이 있는 행정행위의 가장 중요한 특징은 실질적

손해 또는 영향으로서, 행정행위가 상대방의 합법적 권익에 실질적으로 손해를 야기하거나 또는 영향을 미치는 경우, 제소가능성을 가지게 된다. 1999년 4월 29일 공포한 《행정심판법》(行政复议法)은 추상적 행위가 심판범위에 포함될 수 없다는 한계를 극복하였다. 국무원 부문의 규정, 현급 이상의 지방 각급 인민정부와 그 업무부문의 규정 및 향전 인민정부의 규정에 대하여, 상대방이 합법적이지 않다고 생각하고, 구체적 행정행위에 대하여 행정심판을 신청한 경우, 행정심판기관에 대하여 이 규정에 대한 심사를 신청할 수 있다. 이는 추상적 행정행위가 실제로는 이미 행정소송의 접수범위 내에 포함되었음을 의미한다.

사례 2 : 2000년 12월 21일, 철도부는 《국가통계국의 부분적인 여객열차가격에 대한 정부지도가격의 시행과 관련한 문제의 승인》(国家计委关于部分旅客列车票价实行政府指导价有关问题的批复)에 따라 《2001년 설 연후 기간 부분적인 여객열차에 대하여 가격인상의 실시 통지》(关于2001年春运期间部分旅客列车实行票价上浮的通知) (이하 《통지》로 약칭함)를 공포하고, 관련 철도국은 이 통지를 근거로 여객열차표의 가격을 인상하였다. 허베성의 모 로펌의 변호사 치아오 쩌샹(乔占祥)은 설 연휴 특별운송기간에 스지아좡(石家庄)에서 츠시엔(磁县)으로, 石家庄에서 한단(邯郸)으로 가는 기차표를 두 장을 구매하고, 표가격으로 37위안을 지급하였는데, 이는 가격이 상승하기 이전과 비교하면 각각 5위안, 4위안이 많은 것이다. 이에 대하여 쩌샹은 철도부가 표가격을 인상은 자신의 합법적 권익을 침해한 것이라 생각하고, 2001년 1월 18일 철도부에 심판을 신청하고, 기차표 가격을 인상한 구체적 행정행위의 취소를 요구하였다. 3월 19일, 철도부는 유지하는 심판결정을 내렸다. 쩌샹은 불복하고, 북경시 제1중급 인민법원에 행정소송을 제기하고, 법원에 철도부의 심판결정과 《통지》의 철회를 청구하였다. 1심법원이 심리 후에, 판결로서 쩌샹의 소송청구를 기각하는 것으로 판결하였다. 쩌샹은 1심법원의 판결에 불복하고, 북경시 고급인민법원에 상소를 제기하였다. 2심 법원은 심리이후, 상소를 기각하고, 원심을 유지하도록 판결하였다.

본안에서 철도부가 공포한 《통지》는 추상적 행정행위인가 아니면 구체적 행정행위인가? 여기에서 핵심은 구체적 행정행위와 추상적 행정행위의 구분 기준이다. 이를 위해 최고인민법원은 이미 사법해석의 형식으로 구체적 행정행위를 정의하였다. 최고인민법원은 《〈중화인민공화국 행정소송법〉의 철저한 집행에 관한 약간의 문제에 대한 의견(임시시행)》 제1조에서 구체적 행정행위란 국가행정기관과 공무원, 법률법규가 수권한 조직 또는 개인이 행정관리 활동에서 직권을 행사하여, 특정한 국민, 법인 또는 기타 조직에게, 특정한 구체적 사항에 대하여, 이와 관련된 국민, 법인 또는 기타 조직의 권리·의무를 결정하는 일방적 행위를 말한다고 규정하고 있다. 이 조문의 해석을 바탕으로 기타 조건의 상황을 배제하고, 어떠한 집행행위가 구체적 행정행위에 속한다는 것을 확정하기 위해서는 두 가지 “특정”, 즉 “특정한 상대방”과 “특정한 사항”을 구비하여야 한다. 행정기관이 실시한 관리행위는 두 가지 “특정”의 요구를 충족할 경우, 소송이 가능한 구체적 행정행위에 속한다. 따라서 행정기관이 불특정 사항을 특정한 상대방에게 실시한 행위와 특정사항을 불특정 상대방에게 실시한 행위는 모두 구체적 행정행위에 속하지 않는다. 이러한 기준에 따라 철도부의 통지는 추상적 행정행위에 속한다. 다만, 학리상 구체적 행정행위와 추상적 행정행위간에는 절대적 경계가 존재하지 않으며, 양자간에는 회색지대가 존재한다. 본안의 통지는 사항은 특정되었지만 대상이 불특정한 행정행위에 속하기 때문에, 국민의 합법적 권익 보호의 측면에서, 구체적 행정행위로 보아야 한다.

2. 내부적 행정행위와 외부적 행정행위

행정행위의 적용대상과 효력작용대상의 범위를 기준으로, 행정행위를 내부적 행정행위와 외부적 행정행위로 구분할 수 있다.

내부적 행정행위란 행정주체가 내부행정조직의 관리과정에서 행한 행위로서, 행정조직 내부에만 법률적 효력이 발생하고, 국민의 권리·의무에는 영향을 미치지 않는 자기관리행위를 말한다. 예컨대, 행정처분, 상급행정기관이 하급행정기관에 명령, 지시를 하달하거나 승인·보고하는 것이다. 외부적 행정행위란 행정기관이 국민의 권리·의무에 직접적 영향을 미치는 사회관리

행위로서, 공공행정행위라고도 하는데, 예컨대, 행정허가, 행정처벌 등이 있다. 행정법의 연구는 주로 외부적 행정행위이다.

내부적 행정행위와 외부적 행정행위의 구별은 다음과 같다.

1) 상대방의 상이

일반적인 상황에서, 외부적 행정행위의 상대방은 일반적 국민, 법인 또는 기타 조직이고, 내부적 행정행위의 상대방은 하급행정기관, 행정기구 또는 공무원이다.

2) 내용의 상이

외부적 행정행위의 내용은 국민의 권리·의무와 직접적인 관련이 있지만, 내부적 행정행위는 행정기관의 내부 직권과 직무와 직접적인 관련이 있다.

3) 법률적 근거의 상이

외부적 행정행위의 법률근거는 일반적으로 단행의 부처 법률법규이고, 내부적 행정행위의 법률근거는 행정조직법이다.

4) 구제방법의 상이

외부적 행정행위는 원칙적으로 제소가능성을 지니고, 내부적 행정행위는 일반적으로 제소불가능성을 지닌다.

다만, 내부적 행정행위와 외부적 행정행위의 구분은 절대적인 것이 아닌데, 예컨대, 공무원의 상벌, 임면과 같이 내부와 외부의 두 가지 속성을 모두 지닌다. 공무원이 행정 공무에 종사한다는 측면에서는 내부적 행정행위이지만, 공무원이 국민의 신분이라는 측면에서, 이러한 처리결정이 공무원의 생존권, 노동권, 업무권 등 국민의 기본적 권리에 영향을 미칠 경우, 이는 실제로 외부적 행정행위이다. 따라서 행정소송법의 접수범위에서 배제된 상벌과 임면결정은 공무원의 권리·의무와 관련하여 영향을 미치지만, 국민의 권리·의무에는 영향을 주지 않는 행정기관이 내린 결정이다.

내부적 행정행위와 외부적 행정행위의 정확한 구분은 다음과 같은 중요한 의의를 지닌다.

1) 시장경제의 개선과 법치행정관념의 수립에 유리하다.

시장경제조건하에서, 기업은 독립적인 시장주체이지만, 행정기관이 계획경제에 영향을 받아, 국민이 도급계약에 따라 담당하는 공장장과 경영 직무를 면제하는 것은 내부적 행정행위라고 생각하는데, 실제로 이는 기업의 경영자 주권을 간섭하는 외부적 행정행위이기 때문에, 시장경제조건하에서 행정주체의 직권범위를 확정하고, 그 내부적 행정행위라는 이름으로 직권을 초과하거나 남용하여 시장주체를 간섭하는 사실을 방지하여야 한다. 동시에 행정주체의 내부적 행정행위는 내부행정규범을 적용하는데, 법정의 내부수단과 절차만을 적용할 수 있지만, 외부적 행정행위는 상응하는 외부행정 법률규범이 규정하는 수단과 방식 및 절차를 적용할 수 있으며, 양자는 교차적용할 수 없다. 따라서 법치행정은 교차무효의 원칙(交错无效原则)을 엄격하게 준수하여야 한다.

2) 외부적 행정행위의 관리수준과 효율의 개선·제고에 유리하다.

내부적 행정행위와 외부적 행정행위의 구분은 최근 수십 년의 일이다. 근대 행정법이 출현하였을 당시, 행정법학자와 행정법률규범은 모두 내부행정 영역을 중시하지 않았지만, 20세기에 이르러 정부의 기능이 확대됨에 따라, 내부적 행정행위에 대하여 통제할 수 없다는 것을 알게 되었는데, 이는 상대방의 권익에 손해를 입힐 수 있을 뿐만 아니라 외부적 행정행위의 발전을 저해할 수도 있었다. 예컨대, 상급기관의 승인을 필요한 행위는 내부승인절차가 완성되기 전에는 외부행위가 효력이 발생할 수 없다. 그러나 내부행정행위가 행정기관과 관련이 있기 때문에, 기구편제인원의 관리, 관리수준과 효율성은 항상 외부행위의 수준과 효율성 영향을 준다. 내부적 행정행위는 실질적으로 모든 국가행정기관의 그 자신에 대한 관리이고, 보다 좋은 자기 관리도 없는 경우 보다 좋은 외부관리도 없다. 따라서 이러한 의의에서 외부적 행정행위는 전체국가행정행위의 핵심이다.

3) 상이한 구제경로의 정확한 적용에 유리하다.

내부적 행정행위는 일반적으로 행정심판과 행정소송의 접수범위에서 제외된다. 그러나 외부적 행정행위가 법정조건에 부합하는 경우, 행정심판절차와 행정소송절차를 적용할 수 있다.

3. 구속적 행정행위와 재량적 행정행위

법률규범의 구속정도를 기준으로, 행정행위는 구속적 행정행위와 재량적 행정행위로 분류할 수 있다.

구속적 행정행위란 법률법규가 행정행위에 대한 범위, 조건, 형식, 정도, 방법 등은 상세하고, 명확하며 구체적으로 규정하고, 행정주체는 단지 법률법규의 규정에만 따라야 하고, 스스로 재량을 선택하여 행할 수 없는 행정행위를 말한다. 행정주체가 구속적 행정행위를 할 경우, 반드시 법률법규의 규정에 따라 엄격하게 진행하여야 하고, 자신의 의지를 그 내부로 참여할 수 없는, 즉 자신이 고려하거나 선택하거나 또는 판단할 수 없다. 예컨대, 세무기관의 징세는 반드시세법이 규정하는 세종, 세목 및 세율에 따라 엄격하게 세액을 계산해야 하고, 스스로 변동하거나 과다징수하거나 또는 과소징수 할 수 없다. 행정행위가 구속규정을 위반하면, 위법행위를 구성하게 되고, 위법의 책임을 져야한다. 구속적 행정행위는 법률언어상 “해야한다”(應), “반드시”(必須), “해서는 아니 된다”(不得) 등의 형식으로 표현된다.

재량적 행정행위란 법률법규가 행정행위의 범위, 조건, 형식, 절차 및 방법 등을 상세하고, 명확하며, 구체적으로 규정하지 않고, 행정주체는 법률법규가 규정한 정도 또는 범위 내에서 또는 입법목적원칙에 부합한다는 전제하에서 구체적 상황에 따라 스스로 선택하여 재량을 발휘할 수 있는 행정행위를 말한다. 예컨대, 《중화인민공화국환경보호법》 제39조 제1항은 “기한부로 퇴치하기로 되어 있는 기업·사업단위가 규정기간에 퇴치임무를 완수하지 못했을 경우에는 국가의 규정에 따라 오염물질 배출허용기준 초과비를 추가납부하게 하는 외에 야기된 피해효과에 따라 벌금을 과하거나 조업중지, 폐쇄를

명할 수 있다”고 규정하고 있다. 이 조문은 행정주체에 비교적 많은 자유재량권을 부여하고 있는데, 이는 위해결과의 대소와 처벌의 여부를 판단할 수 있다. 즉 벌금을 부과할 것인지 또는 영업정지·폐쇄할 것인지를 결정할 수 있고, 만약 벌금을 결정할 경우, 벌금액의 대소를 확정할 수 있다. 자유재량행위는 “~수 있다”(可), “~할 수 있다”(可以), “~하여야 한다”(得) 등의 형식으로 표현된다.

구속적 행정행위와 재량적 행정행위의 구분은 행정법이 발전하는 과정과 관련이 있다. 행정행위를 통제하는 행정법의 발생 이전에는, 행정행위는 어떠한 구속도 받지 않게 되고, 행정행위 전체가 자유재량행위이기 때문에, 절대적 권력은 절대적 부패를 야기하고, 재량권의 남용은 이에 대한 행정법의 통제와 구속이 필요하게 되고, 행정법의 생성과 발전에 따라 법률의 구속을 받는 행정행위의 범위와 정도가 부단히 확대되고 심하게 되어, 대부분의 행정법학자로부터 “법률이 없이는 행정도 없다”라고 생각하게 되었다. 재량행위는 “법치국가”의 파괴이기 때문에, 자유재량행위를 배척하고 부인하게 되었다. 하지만 20세기 이래로 복지국가, 급부행정의 출현과 발전 및 행정활동 자체가 지니는 특성은 객관적으로 행정기관이 재량권을 가질 것을 요구하게 되었다. 따라서 재량권은 필요한 것이고, 중요한 것은 어떻게 합법적, 합리적으로 재량권을 행사하는가이다.

행정기관의 재량권 행사는 다음의 두 가지 원칙에 특별히 주의하여야 한다.

1) 월권무효의 원칙

이는 자유재량행위의 외부에서부터 그 권한범위를 설정하는 것으로, 합법성의 요건이다. 행정주체는 법률법규가 규정한 범위, 방식, 정도내에서 자유롭게 결정된 권력을 향유하지만, 법률법규가 규정한 자유재량의 권한범위로 한정된다. 이러한 권한을 초과한 자유재량은 직권을 초월한 것이 되고, 무효의 행정행위가 된다. 간단히 말하면, 자유재량은 합법을 전제로 한다.

2) 비례의 원칙

이는 자유재량행위의 내부에서부터 그 권한범위를 설정하는 것으로, 합리

성 요건이다. 소위 비례의 원칙이란 행정주체가 행정행위를 실시하여 채택한 수단과 방식과 달성해야 할 행정목적 간에는 일정한 비례관계가 있어야 하고, 행정목적의 실현을 위하여 필수적이어 한다는 것을 말한다. 구체적으로 세 가지 의의를 포함한다. 첫째, 타당성으로, 행정행위의 실시는 실제로 법정 행정 목적을 달성가능한지 여부이다. 둘째, 필요성으로, 행정권은 필요한 한도내에서만 행사할 수 있고, 상대방의 권익을 최소로 침해하여야 한다. 셋째, 비례성으로, 행정목적이 실현하려 하는 공공이익이 상대방 개인의 이익보다 중요한 경우에만, 행정기관은 개인의 권익을 침해하는 행위를 실시할 수 있다. 예컨대, 전쟁상황에서 행정징용이 있다. 수권법의 목적과 비례의 원칙이 요구한 필요한도를 위반한 재량행위는 부당하거나 매우 부당한 행정행위이다.

구속적 행정행위와 재량적 행정행위는 다음과 같이 구별된다.

1) 구속적 행정행위는 위법성 여부의 문제만 발생하고, 적당성 여부의 문제는 발생하지 않지만, 재량적 행정행위는 재량권한의 범위내에서 일반적으로 합리성 여부 문제가 발생한다.

2) 구속적 행정행위는 행정합법성원칙의 구속을 받지만, 재량적 행정행위는 주로 행정합리성원칙의 구속을 받는다.

3) 법률구제의 측면에서, 구속적 행정행위는 행정심사와 사법심사를 받고, 범위에서는 기본적으로 제한을 받지 않지만, 자유재량적 행정행위는 행정감독과 사법심사를 받고, 범위에서 비교적 큰 제한을 받으며, 명백하게 공정성을 잃은 자유재량행위만이 사법심사를 받는다.

주목해야 할 점은 행정행위에 대하여 내린 구속행위와 자유재량행위의 구별은 절대적인 것이 아니라는 것이다. 구속행위는 통상적으로 일정한 자유재량요소가 존재하고, 법률법규는 행정행위의 모든 상황에서의 모든 처리방법을 상세하고 구체적이며 명확하게 규정할 수 없으며, 행정주체가 실시하는 자유재량도 무제한적인 재량이 아니며, 재량행위에도 일정한 구속적 요소가 존재한다. 법률이 수권한 행정주체가 실시한 특정 행위는 비록 이를 위하여 규정된 여하한 구체적 방식, 절차, 한도가 없지만, 법률의 수권시에 명확한 수권목적의 있고, 통상적으로 이것을 재량의 범위로 규정하며, 행정주체가 자유재량

행위를 실시할 경우에는 수권법의 목적을 위반하거나 법률이 규정한 재량범위를 초과할 수 없다. 다만, 자유재량권을 행사할 때, 만약 표현형식상 위법이 아니지만, 동기목적이 오히려 사적 이익을 위한 것이라면, 이는 재량권의 남용에 해당하여 위법행위에 속한다.

구속적 행정행위와 재량적 행정행위의 분류는 다음과 같이 법률상 의의를 지닌다.

1) 행정활동 특장의 이해에 유리

행정활동이 공공이익과 개인의 기본적 권리와 관련될 경우, 법률의 엄격한 구속과 규율을 받기 때문에, 권력을 남용하여 국가이익과 개인이익에 손해를 입히는 것을 방지하는데, 이것이 바로 구속적 행정행위이다. 행정활동이 구체적 관리사무와 관련될 경우, 일정한 재량권을 구비해야 함으로서, 실제적 필요에 적응하고, 복잡한 행정사무를 원활하게 처리할 수 있는데, 이것이 바로 자유재량적 행정행위이다. 행정주체가 구속적 행정행위를 할 경우에는 엄격하게 법률에 따라 진행하여야 하지만, 자유재량행위를 실시할 경우에는 법률의 목적을 위반하지 않고, 법정 범위를 초과하지 않는다는 전제하에서, 스스로 행정행위의 내용, 절차 및 방법을 결정할 수 있다.

2) 행정소송 이행을 위한 필요

먼저, 이러한 분류는 법원이 행정행위를 심사하는 범위와 정도를 결정하였다. 법원이 심리하는 행정사건은 구체적 행정행위의 합법성에 대한 심리를 진행하는 것이고, 행정행위가 적당성 원칙에 해당하는지 여부에 대하여서는 심리하지 않는다. 구속행위에 대하여, 상대방이 불복하는 경우, 법원에 소송을 제기할 수 있지만, 재량행위의 경우, 만약 명백하게 공정성을 상실하지 않은 한, 행정심판 등 기타 경로를 통해 서면 해결한다. 이외에도 이러한 분류는 사법심사의 상이한 기준을 확정하였다. 구속적 행정행위에 대하여, 법원은 법률의 규정에 따라 엄격하게 심사하고 판단하여야 하는데, 예컨대, 주로 증거부족, 적용 법률·법규의 착오, 법정 절차를 위반 등의 행정행위에 대하여서는 취소판결을 해야 한다. 자유재량행위에 대하여, 법원은 법률의 목적, 의도, 정신, 즉 법의 일반원칙에 따라, 심사하고 판단해야 한다.

4. 직권에 따른 행정행위와 신청에 따른 행정행위

행정기관이 능동적으로 행정행위를 할 수 있는지 여부를 기준으로, 행정행위는 직권에 따른 행정행위와 신청에 따른 행정행위로 분류할 수 있다.

직권에 따른 행정행위란 행정기관이 법률이 부여한 직권에 근거하여 상대방의 청구없이 능동적으로 실시한 행정행위를 말한다. 이러한 행위는 능동적 행정행위 또는 적극적 행정행위라고도 한다. 예컨대,公安기관이 법률에 따라 행정위법 행위자에 대하여 치안처벌을 하는 경우, 세무기관이 법률에 따라 납세의무자에게 세금을 징수하는 경우, 물가관련 부처가 법률에 따라 경영부문에 대하여 물가조사를 진행하는 경우 등이 있다. 신청에 따른 행정행위란 행정기관이 상대방의 신청이 있는 경우에만 실시할 수 있는 행정행위를 말한다. 이 경우, 상대방의 신청은 행정행위개시의 선행절차이고 필요조건이며, 상대방의 청구를 통하지 않는 경우에는 행정기관은 능동적으로 행정행위를 할 수 없다. 이러한 행위는 피동적 행정행위 또는 소극적 행정행위라고도 한다. 예컨대, 공상기관이 발급한 영업허가증, 환경부처가 발급한 오물배출허가증 등은 모두 행정상대방의 신청을 전제조건으로 하며, 행정상대방의 신청은 행정행위 개시의 선행절차이다. 물론 행정상대방의 신청이 이 행위성립의 유일한 조건은 아니다. 만약 그 신청이 법정요건에 부합하지 않는 경우, 행정주체는 접수하지 않을 수 있고, 접수한 이후에 법정조건을 구비하지 않은 행정상대방에게 거절답변을 할 수 있다.

직권에 따른 행정행위와 신청에 따른 행정행위의 분류는 법률법규의 사전규정을 근거로 한다. 일반적으로 직권에 따른 행정행위는 통상적으로 행정주체가 국가이익과 공공이익을 보호하기 위하여 그리고 행정상대방을 위하여 특정의무를 설정하는 행위이다. 신청에 따른 행정행위는 통상적으로 수익행위를 위해 행정주체가 승인 또는 허가를 통해 행정상대방이 특정 행위를 실시하거나 의무를 면제하고, 행정상대방의 어떠한 특정 권익을 부여하거나 보호한다.

직권에 따른 행정행위와 신청에 따른 행정행위를 구분하는 것은 다음과 같은 의의를 지닌다.

1) 상이한 종류의 행정행위의 행위규칙과 법률효력의 명확화

직권에 따른 행정행위는 법정사실이 발생할 경우에, 행정주체가 그 행위를 할 수 있거나 반드시 하여야 하고, 그렇지 않을 경우에는 직무상의 과실에 따른 위법에 해당하고, 행정행위의 실시이후에 확정력이 발생한다. 신청에 따른 행정행위는 반드시 행정상대방의 신청을 개시절차이어야 하고, 행정주체가 능동적으로 실시한 행위는 법률효력이 발생하지 않고, 상대방이 신청을 한 경우에만, 행정기관이 심사의무를 지고, 조건에 부합하는 경우에는 처리하고, 조건에 부합하지 않는 경우에는 상대방에게 즉시 통지하거나 상대방에게 신청자료를 보충할 것을 요구한다. 그렇지 않을 경우, 소극적 부작위에 해당하여 위법이다.

2) 상이한 사법심사기준의 확정

직권에 따른 행정행위에 대하여, 행정기관이 이미 행한 행위에 대한 것이기 때문에, 상대방이 제기하는 것은 반드시 위법취소의 소이다. 법원이 심사판단하는 기준은 이 행위의 위법성 여부, 증거의 확실성 여부, 절차의 합법성 여부 등이고, 최종적인 판결은 합법한 행정행위에 대하여서는 유지판결을 하고, 위법한 행정행위에 대하여서는 취소판결을 한다. 신청에 따른 행정행위에 대하여, 행정기관의 부작위 행위에 대한 것이기 때문에, 상대방이 제기하는 것은 작위청구의 소이고, 법원이 심사판단하는 기준은 상대방이 합법하게 신청하였는지 여부, 신청이 법정조건에 부합하는지 여부, 행정기관이 법정책임을 부담하는지 여부, 상대방의 청구에 대하여 행정기관이 어떻게 처리해야지 하는지 등이고, 최종적인 판결은 행정기관이 행위를 해야하는지 여부와 이행 책임이 있는지 여부를 알려줘야 한다.

5. 작위적 행정행위와 부작위적 행정행위

행정행위의 존재방식을 기준으로, 행정행위는 작위적 행정행위와 부작위적 행정행위로 분류할 수 있다.

작위적 행정행위란 행정기관이 적극적이고 능동적으로 실시하는 행위로서, 행정기관의 직권행사행위와 책임이행행위를 포함하는데, 명령의 공포, 규범

의 제정, 행정처벌의 실시, 행정의 장려 등이 있다. 행정행위의 절대 다수는 작위적 행정행위이다.

부작위적 행정행위란 소극적 부작위방식으로 표현되는 행정행위를 말한다. 예컨대, “법정 조건에 부합하여 행정기관에 허가증과 영업허가증의 발급을 신청과 관련하여 행정기관이 발행을 거절하거나 답변을 하지 않는 경우, 상대방이 행정기관에게 인신권과 재산권을 보호할 법정 책임의 이행 신청과 관련하여 행정기관이 이행을 거절하거나 답변을 하지 않는 경우 등이다. 행정기관이 법에 따라 위로금을 지급하지 않는 행위”는 모두 제소가능성을 지니는 소극적 부작위 행위로서, 행정주체가 법정기한 또는 합리적 기한을 초과하여 일정한 행위를 실시하지 않는 행위는 행정주체의 위법적인 직무태만 행위의 표현이며, 부작위 방식으로서의 부작위행위의 또 다른 표현형식인 묵시적 동의 또는 허가는 합법적 행위이다. 예컨대, 《집회여행시위법》 제9조 제1항은 “주관기관은 집회, 여행, 시위 신청서를 접수한 후에 신청한 시행일의 이틀 전에는 허가 또는 불허가의 결정을 서면으로 그 책임자에게 통지하여야 한다. 불허가의 경우, 이유를 설명하여야 한다. 기한을 넘어 통지하지 않은 경우 허가한 것으로 본다.”고 규정하고 있다. 여기에서 “기한을 넘어 통지하지 않은 경우 허가한 것으로 본다.”는 것은 부작위 방식의 행정허가행위이다.

작위방식과 부작위방식의 행정행위 구분의 의의는 다음과 같다.

1) 행정직책의 이행에 유리

부작위 역시 행정행위의 존재방식 중 하나로서, 행정기관이 특정의 방식을 이용하여 직책을 이용하는 것은 법률의 규정에 따라야 하고, 해당 법률이 행정기관의 부작위의무를 규정한 경우 행정기관은 반드시 준수하여야 하고, 적극적 작위를 할 수 없다. 만약 그렇지 않을 경우에는 월권에 해당한다. 해당 법률이 행정기관의 작위의무를 규정할 경우, 행정기관의 소극적 부작위 행위는 위법한 행정행위로서, 상응하는 법률적 책임을 져야 한다.

2) 상대방의 권익보호에 유리

일반적 상황에서, 행정행위는 일종의 행정결정활동으로, 작위방식으로 표현되고, 상대방의 권익에 영향을 미치지만, 부작위적 행정행위는 특정 법정

조건하에서 상대방의 권익에 직접 영향을 미치거나 손해를 주고, 실제로 행정기관의 소극적 부작위가 상대방의 권익을 침해하는 현상이 발생하기 때문에, 부작위적 행정행위도 법률의 조정과 규율을 받아야 하고, 제소 가능성을 진다. 이것이 상대방의 합법적 권익에 대한 치밀한 보호이다.

6. 행정입법행위, 행정사법행위 및 행정집행행위

행정권 작용의 표현방식과 실시한 행정행위가 형성한 법률관계를 기준으로, 행정행위는 행정입법행위, 행정집행행위, 행정사법행위로 분류할 수 있다. 행정입법행위란 행정주체가 법정 직권과 절차에 따라 보편적 구속력을 지니는 규범성 문건을 제정하는 행위로서, 이렇게 형성된 법률관계는 행정기관을 일방당사자이고, 불확정된 행정상대방이 타방 일방당사자인 종적인 일방적인 대응관계이며, 부채형을 이용하여 이러한 행정법률관계를 표시할 수 있다. 주의할 점은 행정입법행위의 불완전성은 추상적 행정행위와 동등한데, 이는 협의의 추상적 행정행위로서, 법률이 규정한 등급에 부합하고, 상응하는 입법권한을 지니는 행정기관이 행정법규, 부문규장 및 지방정부규장을 제정하는 행정행위이다. 이러한 행정기관은 국무원에 소속된 부처, 성, 자치구, 직할시 인민정부, 성, 자치구 인민정부 소재시의 인민정부 및 국무원이 승인한 비교적 큰 규모 시의 인민정부이다. 비교적 큰 시 이하의 인민정부가 제정하는 보편적 구속력을 지니는 규범성 문건은 행정입법행위가 아니라 일반적인 추상적 행정행위이다.

행정집행행위란 행정주체가 법률에 따라 실시한 상대방 권리·의무에 직접 영향을 미치는 행위 또는 개인과 조직의 권리·의미와 그 이행상황에 대하여 검사·감독을 진행하는 행위를 말한다. 이렇게 형성된 법률관계는 행정주체가 일방당사자이고, 특정한 행정상대방이 타방 일방당사자인 단일한 대응 관계로서, 직선을 이용하여 이러한 행정법률관계를 표시할 수 있는데, 직선의 양 끝에는 행정주체와 상대방으로 나뉘어진다. 행정집행행위는 통상적으로 협의의 행정행위로서, 가장 많이 존재하고, 사회생활과 국민간의 관계에서 가장 밀접한 행정행위인데, 구체적으로 행정허가, 행정처벌, 행정감독·조사, 행정재결, 행정강제집행, 행정계약 등이 포함된다.

행정사법행위란 행정기관이 분쟁 밖의 제3자가 되어, 법률·법규 또는 규장의 규정에 따라, 그 직권의 범위내에서 사법화 절차에 따라, 특정한 행정분쟁 또는 민사분쟁에 대하여서 일정한 법률적 효력을 지니는 재결을 내리는 행정행위이다. 행정사법행위는 행정권 확장이 필연적 결과이다. 행정사법행위가 형성한 것은 행정기관이 일방당사자이고, 발생한 분쟁의 쌍방당사자가 각각 일방인 3자간의 법률관계이고, 삼형을 이용하여 이러한 행정법률관계를 표시할 수 있다. 정점은 행정기관이고, 아래의 두 점은 분쟁의 쌍방당사자로 구분한다. 행정사법행위는 주로 행정재결과 행정심판 등을 포함한다.

행정행위를 행정입법행위, 행정집행행위, 행정사법행위 구분하는 것은 다음과 같은 의의를 지닌다.

1) 현대 행정관리의 발전추세를 반영하고, 행정기관의 세 가지 기능과 업무를 명확히 한다.

입법권과 사법권은 원래 입법기관과 사법기관에 속하고, 행정기관은 행정집행권만을 가지지만, 현대사회의 발전에 따라 행정이 점차 전문화, 복잡화 되면서, 행정기관은 그 전문적 기술의 우월성과 신속한 행정효율성 및 풍부한 행정경험에 근거하여, 부단히 그 기능 범위를 확장시키고, 개별적 행정입법권과 행정사법권을 점차 취득하게 되었다. 행정기관이 향유하는 세 가지 기능은 현대 행정관리의 추세이지만, 이러한 권력은 모두 종속적이기 때문에, 법률이 수권한 경우에만 향유할 수 있다는 점에 유의할 필요가 있다.

2) 행정법학이 행정행위체계 구조를 연구하도록 기본적인 사고의 방향을 제공한다.

법률관계의 측면에서 행정행위의 연구는 상이한 종류의 행정행위를 명확하게 정의하고, 그 특징을 정확하게 파악할 수 있기 때문에, 중국의 대부분 행정법학 교과서는 이러한 측면에서 행정법의 학과체계를 확립한다.

7. 요식적 행정행위와 불요식적 행정행위

행정행위가 일정한 법정형식을 구비하여야 하는지 여부를 기준으로, 행정행위는 요식적 행정행위와 비요식적 행정행위로 구분한다.

요식적 행정행위란 반드시 일정한 법정 형식을 구비하거나 법정 절차를 준수한 경우에 효력이 발생할 수 있는 행정행위이다. 예컨대, 행정처벌은 반드시 서면의 형식으로 관인이 날인된 경우에 효력이 발생할 수 있다. 《행정심판법》 제17조는 행정심판신청의 비접수에 대하여서는 서면으로 신청인에게 고지하여야 한다고 규정하고 있다.

비요식적 행정행위란 일정한 방식과 절차를 요구하지 않고 어떠한 형식의 채택에 관계없이 모두 성립할 수 있는 행정행위를 말한다. 예컨대, 공간기관이 취객을 강제로 구속하는 행위, 소방기관이 화재 진압을 위해 화재장소와 인접한 건축물에 부분적으로 철거하는 행위 등이 있다. 행정행위의 절대 다수는 요식적 행정행위이다.

요식적 행정행위와 비요식적 행정행위의 구분은 다음과 같은 의의를 지닌다.

1) 행정행위 효력의 형식적 요건의 실현

요식적 행정행위는 그 형식의 측면에서 구속성 요건으로, 상응하는 형식이 구비되지 않으면, 형식적 위법을 이유로 무효가 선고될 수 있다. 비요식 행정행위는 그 형식적 측면에서 자유재량적 규정이기 때문에, 어떠한 방식과 형식을 채택하는지는 행정주체가 선택여지를 지니고, 형식으로 인한 위법 문제는 원칙적으로 발생하지 않지만, 동일하게 불공정 또는 불합리의 문제는 발생할 수 있다.

2) 행정절차의 중요성의 실현

행정행위의 형식적 요건은 실질적으로 그에 대한 절차적 요건이고, 절차는 행정공개공정의 기본적 보장사항이다. 행정행위는 내용의 적법을 요구하고, 합법적인 형식으로 행할 것을 요구하기 때문에, “형식상의 하자”는 법원심사의 범위에 포함되어, 취소의 이유가 될 수 있다. 따라서 비요식 행정행위를 채택하는 것은 엄격한 통제를 받아야 하고, 일반적으로 상황이 긴급하거나 또는 상대방의 권리에 영향을 미치지 않는 상황에서만 채택할 수 있다.

8. 행정행위의 기타 분류

1) 합법적 행정행위, 위법적 행정행위, 부당한 행정행위

이는 행정행위의 법률효과를 기준으로 행한 분류이다. 합법적 행정행위란 행정행위의 효력발생 요건에 부합하기 때문에 행정행위의 효력을 가지는 행정법이 승인한 행정행위이다. 위법적 행정행위란 행정행위가 실질적으로 법률규정을 위반하거나 절차상 법정절차의 요건에 부합하지 않아, 상대방의 권익에 이미 심각한 영향을 미친 행정행위를 말한다. 부당한 행정행위는 두 종류로 이해한다. 첫째, 부당한 행정행위란 행정주체가 부정당하게 재량권을 행사하여 법률법규에 부합하는 규정을 내리지만, 행정의 기본목적, 원칙과 공정한 이성적 요건에 부합하지 않는 행정행위를 말한다. 둘째, 합법과 위법의 중간상황에 처한 행정행위가 부당한 행정행위에 속한다. 예컨대, 경찰이 도주범을 추격하면서 사격하면서 경고할 때, 잘못하여 지나가던 행인에게 상해를 입은 경우 이는 합법한 행정행위는 아니지만, 무기를 위법하게 사용하여 국민의 신체적 상해를 입힌 사실행위도 아니다. 단지 부당한 행정행위로 볼 수 있는데, 이러한 부당한 행정행위가 국가배상법의 적용할 수 있는지는 연구할 가치가 있는 문제이다.

2) 부관 행정행위와 부관이 없는 행정행위

행위의 효력발생에 제한조건이 있는지 여부를 기준으로, 행정행위는 부관 행정행위와 부관이 없는 행정행위로 분류할 수 있다. 부관 행정행위란 효력 발생 조건을 부가하는 행정행위를 말한다. 예들 들어 행정기관이 영업허가증을 발급하는 허가행위에서, 행정기관이 그 경영신청을 승인하는 동시에 경영 범위, 경영방식, 경영시간 등의 측면에서 모두 일정한 제한을 부가하였고, 상대방은 이 범위내에서 활동하는데, 그 영업허가는 법정 효력을 가질 수 있다. 통상적으로 이러한 제한적인 조건은 시간적 조건(개시와 종료기한의 조건을 포함), 기한조건, 작위 또는 부작위조건 등을 포함한다. 부관이 없는 행정행위란 어떠한 제한적 조건도 부가하지 않고 즉시 효력이 발생하는 행정

행위를 말한다. 예컨대, 행정처벌은 부관이 없는 행정행위로서, 법정 기준요건에 부합하면 효력이 발생하고, 기타 조건으로 제한할 수 없다.

3) 일방적 행정행위와 쌍방적 행정행위

이는 행정행위를 결정할 때 의사표시에 참여한 당사자의 수를 기준으로 한 분류이다. 일방적 행정행위란 행정기관이 일방적 의사표시를 결정하고, 상대방의 동의가 필요하지 않는 행정행위로서, 구체적 행정행위의 대다수가 이 유형의 행위에 속한다. 예컨대, 행정처벌, 행정징수, 행정허가 등이 있다. 쌍방적 행정행위란 행정기관과 상대방이 상호협조하고, 의사표시의 일치 가능성이 있을 경우에 성립할 수 있는 행정행위로서, 행정계약이 있다. 이러한 분류의 의의는 다음과 같다. i) 상이한 행위의 성립요건이 상이하다. 일방적 행정행위는 행정주체의 일방적 의사표시가 있으면 성립하지만, 쌍방적 행정행위는 합의행위에 속하기 때문에 반드시 상대방의 동의가 있어야 성립할 수 있다. ii) 행정심판의 피신청인과 행정소송의 피고의 확인에 유리하고, 행정법률책임의 인정과 규명에 유리하다. 둘 이상의 행정주체가 연합하여 행정행위를 행할 경우, 여전히 일방적 행정행위이지만, 행정주체의 일방이 둘 이상일 경우에는 그들이 공동 피신청인 또는 공동피고가 되어, 공동으로 책임을 부담한다. 행정계약행위에서 비록 쌍방의 의사표시가 일치하여 성립하지만, 행정계약행위의 특징으로 인해 그 피고는 행정주체의 일방일 수밖에 없다.

4) 직권행정행위, 수권행정행위, 위임행정행위

이는 행정행위 권력의 유래를 기준으로 행정행위에 대하여 내린 분류이다. 직권행정행위란 국가행정기관이 직접 헌법과 조직법 규정한 직권에 따라 실시하는 행정행위이다. 수권행정행위란 법률법규의 수권에 따라 실시한 행정행위를 말한다. 양자의 차이는 수권행정행위는 권력기관이 법률법규의 특별한 규정을 통해 그 직권을 특정 행정기관 또는 조직에 수여하여 행사하지만, 직권행정행위는 권력기관이 헌법과 행정기관 조직법을 통해 사회관리활동에서 특정 직권을 그 행정기관에 고정적으로 수여하는데, 이러한 직권은 이미 그 자체 고유한 권력이 되어, 별도로 수여할 필요가 없다. 위임행정행위란

행정기관이 위임한 비행정기관, 조직 또는 국민 개인이 행정관리활동에 종사하고 실시하는 행정행위를 말한다. 여기에서 행정기관과 비행정기관, 조직 또는 개인간에는 위임대리관계이고, 비행정기관, 조직 또는 국민 개인은 위임한 행정기관의 명의로 행위를 실시하며, 이러한 행위의 책임은 위임한 행정기관이 부담한다. 위임행정행위는 구체적 행정행위에서만 존재하고, 추상적 행정행위는 위임할 수 없다. 실제로 행정위임과 행정수권을 어떻게 구별하고, 어떻게 절차적 및 권력의 유래적 측면에서 무분별한 위임, 남용적 위임 및 행정위임의 책임부담 문제 등을 어떻게 통제할 것인지에 대하여서 심도있게 연구할 필요가 있다.

(5) 제소가능한 행정행위와 제소불가능한 행정행위

이는 행정행위와 행정소송간의 관계를 기준으로 행정행위에 대하여 내린 분류이다. 제소가능한 행정행위란 행정상대방이 행정행위에 대하여 불복하는 경우, 법률에 따라 행정소송을 제기할 수 있는 행정행위를 말한다. 제소불가능한 행정행위란 행정소송의 접수범위 밖에 있는 행정행위를 말한다. 중국 행정소송법 제11조에서 열거한 8가지 유형의 행정행위와 제2항에서 개괄한 행정행위는 제소가능한 행정행위에 속한다. 제12조에서 규정한 추상적 행정행위와 외부적 행정행위, 중국적 행정행위는 제소불가능한 행정행위에 속한다. 법률의 규정에서 보면, 양자의 경계는 명확하지만, 실제에서 구체적 행정행위와 추상적 행정행위의 구분, 행정사실행위의 배제, 행정행위의 성숙성의 논쟁에 이르면, 제소가능한 행정행위의 정의기준에 대하여서는 아직 일치된 견해가 없다. 생각건대, 제소가능한 행정행위는 다음의 요건을 구비한다. 즉, i) 행정관리직권을 가지는 조직이 실시한 행위, ii) 행정관리직권의 행사와 관련이 있는 행위, iii) 상대방의 권리·의무에 실질적 영향을 발생시키는 행위, iv) 현실상황에서 사법심사 가능성이 있는 행위, v) 사법심사의 필요성을 지니는 행위 등이 있다.

이러한 분류는 행정소송법과 최고인민법원 사법해석의 공포로 실시되어 나날이 중요해지고 있으며, 행정소송의 실무에서 매우 중요한 현실적 의의를 지니고, 범위를 규정하는 기준의 하나가 된다.

제 3 절 행정행위의 효력

1. 성립요건과 합법요건

행정행위의 효력 측면에서, “성립”과 “합법”은 상이한 개념이다. “성립”의 착안점은 행정행위의 외재적 형식이고, “합법”의 착안점은 행정행위의 내재적 실질이다. 행정기관의 행위는 법률이 정한 외관 표현 형식을 구비하면, 즉 행정행위가 “성립”하였다는 의미하고, 강제집행의 근거, 당사자의 제소 및 법원 심사의 대상이 될 수 있다. 성립은 합법을 의미하는 것은 아니고, 성립의 행정행위는 심판 또는 소송절차상 위법을 원인으로 취소된다.

(1) 행정행위의 성립요건

행정행위의 성립이란 행정행위가 이미 그 행해진 과정을 완성하고, 행정행위의 형성조건을 구비하였으며, 이미 확정된 법률행위가 되었다는 것을 말한다.

행정행위의 성립요건은 즉, 행정행위의 존재 또는 부존재의 요건이고, 행정행위의 사실존재의 요소이다. 행정행위는 하나의 과정으로, 조사, 검증, 토론, 결정, 인가신청, 서명, 고지, 수령 등 일련의 단계를 거쳐야 하고, 어느 단계에서 행정행위는 이미 성립하면, 행정상대방이 권리를 향유하고 의무를 부담하게 되고, 소송시효의 계산과 기타 많은 사항과 관련이 있다. 그리고 행정행위 효력의 시작과 행정행위의 유효는 그 성립을 전제로 하며, 행정행위는 성립하면, 효력이 발생할 수 있고, 비로소 행정행위의 유효여부 관련이 된다. 행정행위의 성립요건은 추상적 행정행위와 구체적 행정행위에 따라 다르다.

1) 추상적 행정행위의 성립요건

현행 법률법규의 규정과 실제에 비추어, 추상적 행정행위의 성립 조건은 다음과 같다.

① 행정기관의 회의와 토론을 통한 결정

추상적 행정행위를 입법절차에 준용하거나 적용하는 경우, 행정기관은 추

상적 행위를 공포하기 이전에 본 기관의 회의를 열어 심의를 진행하여야 한다. 예컨대, 《국무원조직법》 제4조는 “……국무원 업무의 중대한 문제는 반드시 국무원 상무회의 또는 국무원 전체회의를 통해 토론하여 결정하여야 한다.”고 규정하고 있다. 따라서 국무원이 제정한 행정법규는 반드시 국무원 상무회의 또는 전체회의를 통해 토론하여야 한다. 국무원 상무회의 또는 전체회의의 토론결정을 거치지 않은 행정법규는 성립요건을 구비하지 못한 것으로 간주되고, 정식으로 대외에 법률적 효력이 발생할 수 없다. 국무원의 부·위원회의 규장에 대하여, 현재 법률법규에는 아직 규정이 없다. 향후 제정될 행정절차법 또는 입법법에서는 반드시 행정법규, 부·위원회 규장 및 지방규장에 상응하는 회의토론 심의절차를 통일적으로 규정하여야 한다. 행정입법은 입법성을 가지기 때문에, 민주를 보장하기 위하여 법률 규정이 이에 상응하는 회의토론과 심의를 거치는 것이 반드시 필요하지만, 행정입법은 행정성을 동시에 가지기 때문에, 행정수장책임 원칙의 실현을 보장하기 위하여 법률은 행정입법이 실시하는 표결통과절차를 규정하는 것은 적절하지 않다. 행정기관의 회의는 단지 행정입법에 대한 토론을 진행하고, 회의의 구성원은 이에 대한 의견을 충분히 발표할 수 있지만, 표결을 진행하지는 않는다. 행정수장이 상응하는 행정입법이 적절하고, 실행 가능성이 있다고 판단하는 경우, 즉, 서명하여 공포한다. 하지만 부적절하거나 실행 가능성이 없다고 판단한 경우, 즉 보류된다. 그 서명과 공포는 완전히 행정수장 자신의 평가와 재량을 근거로 삼는다(이러한 형량과 재량에도 불구하고 필연적으로 회의 구성원의 각종 의견에 영향을 받는다). 그러나 회의구성원의 찬성의견과 반대 의견의 수를 근거로 하지는 않는다.

행정기관이 제정하는 행정법규, 규장 이외의 기타 규범성 문건의 경우, 반드시 상응하는 정부의 상무회의 또는 전체회의의 정식토론, 심의를 거치는 것은 아니다. 일반적으로 관련 행정기관의 업무회의에서 토론하면 된다.

② 주관행정수장의 서명

《국무원조직법》 제5조와 《행정법규 공포업무의 개선에 관한 국무원의 통지》 제1조 규정에 따르면, 국무원이 공포한 행정법규는 국무원 총리가 공포

령에 서명한다. 동일하게 국무원의 부·위원회 규장과 지방 인민정부 규장은 상응하는 행정수장의 서명을 통해서만 대외적으로 법률효과가 발생할 수 있다. 예컨대, 《사법행정 법률법규의 입안과 규장제정에 관한 사법부의 규정》 제16조는 “사법부가 제정한 행정규장은 중화인민공화국 사법부령으로 공포한다. 공포령은 장관이 서명한다.”고 규정하고 있다. 《북경시인민정부업무규칙》 제1조 제3항은 시정부가 규장을 공포하고, 시장이 서명한다고 규정하고 있다. 행정수장의 서명은 행정기관의 의사표시가 이미 확정되었음을 표명한다. 행정수장의 서명은 행정입법과 기타 추상적 행정행위 성립의 중요한 요건이다. 행정수장의 서명이 없는 경우, 추상적 행정행위는 대외적 법률 효과가 발생할 수 없다.

③ 공개적 공포

추상적 행정행위는 구체적 행정행위의 법률근거이고, 반드시 공포하여야 한다. 《행정법규 공포업무의 개선에 관한 국무원의 통지》 제3조는 “국무원 총리가 서명하고, 공개적으로 공포한 행정법규는 신화사(新华社)에 원고를 발송하여, 《국무원공보》, 《인민일보》는 전문을 게재해야 한다.”고 규정하고 있다. 법률법규는 아직 국무원 부·위원회 규장과 지방인민정부 규장의 공포규칙 및 운영체계에 대하여서는 통일적 규정이 없다. 실무상, 부·위원회 규장은 대부분 상응하는 부·위원회에 공보 및 공포하고, 이와 동시에 《국무원공보》에 게재한다. 지방인민정부의 규정은 상응하는 지방정부의 정식문건으로 공포하고, 그 중 중요한 것은 지방의 주요 간행물에 게재한다. 종합해 보면, 추상적 행정행위는 어떠한 형식을 취하든지 공개적으로 공포하고, 추상적 행정행위의 구속을 받는 모든 사람이 알 수 있도록 하여야 한다. 그렇지 않을 경우, 이러한 추상적 행정행위는 여전히 성립하지 못하고, 대외적으로 법률효력이 발생할 수 없다.

2) 구체적 행정행위의 성립요건

구체적 행정행위의 성립요건은 다음을 포함한다.

① 행정주체가 행정결정을 한다.

실제로 구체적 행정행위의 형식은 다양하다. 예컨대, 행정허가증 또는 면허증, 행정처벌결정서, 행정재결서 등이 있는데, 주요 표현형식은 행정처리결정이다. 어떠한 형식을 채택하는지에 관계없이 모두 행정상대방에게 정식으로 법률효과가 발생하는 의사표시의 일종이다. 행정주체의 이러한 정식의사표시는 구체적 행정행위 성립의 필요조건이다. 당연히 이러한 의사표시의 형성은 하나의 과정이다. 행정기관은 행정처리결정을 위해 자료를 준비하고, 조사, 감정, 관련 회의를 개최하여 연구하며, 의견을 수렴하는 등 의사표시는 형성과정에 있고, 아직 성립하지 않았다. 행정기관이 상응하는 구체적 행정행위의 각종 준비 업무를 이미 완전하게 준비하고, 관련 사실자료와 증거가 구비하고, 상응하는 자료와 증거에 대하여 진지하게 연구를 진행하여, 관련 법률·법규, 규장 및 기타 행정규범성 문건을 조사하며, 확정 의견을 형성되어, 주관 상급자의 승인 또는 서명을 제출한 경우에, 행정기관의 내부에서 이 구체적 행정행위가 비로소 확정된다.

행정기관이 어떠한 정식적인 행정처리결정을 취하지 않고 채택한 조치가 결과적으로 상대방의 합법적 권익의 손해를 야기하는 경우가 있는데, 구체적 행정행위가 이미 성립하였다고 보아야 한다. 이런 상황은 위법한 구체적 행정행위 성립의 인정에 적용된다. 구체적 행정행위가 행정상대방 권익에 실제 손해를 야기하는 경우, 필요한 조치 또는 절차를 거쳤는지에 관계없이 성립한 것으로 보아야 한다.

② 구체적 행정행위는 이미 행정상대방에게 송달된다.

구체적 행정행위의 성립은 행정주체에게 정식적 행정결정을 요구할 뿐만 아니라 행정주체가 법정기한내에 행정결정문서를 행정상대방에게 송달할 것을 요구한다. 송달의 목적은 상대방이 구체적 행정행위를 수령하게 하고, 행정기관의 의사표시가 대외적으로 형성되었음을 나타내는 것이며, 효력발생과 집행을 위하여 법률을 준수한다. 행정상대방의 수령을 확인하는 규칙은 다음과 같다. 송달된 행정결정문서를 피송달인이 서명을 하면 수령한 것으로 본다. 유치송달(留置送達)은 송달인이 행정결정문서를 피송달인의 주소에 두고,

수령증상에 피송달인의 수령 거절 이유, 일자를 기재하는 경우 상대방이 수령한 것으로 본다. 우편송달은 수령증상 기재된 수령일자를 상대방이 수령한 일자로 간주한다. 공고송달의 경우, 확정된 일정기한이 만료 일자를 공고함으로써, 상대방이 수령한 일자로 간주한다.

일부 위법한 구체적 행정행위는 상술한 요건을 부분적으로 구비하거나 완전히 구비하지 않은 것이다. 예컨대, 행정처리결정이 없거나 행정처리결정은 하였지만 법률에 따라 송달하지 않은 경우이다. 이런 상황에서는 이 행위가 실제로 상대방의 권익에 손해를 야기하면 이미 성립한 것으로 본다. 상대방이 이에 대하여 불복할 경우, 행정심판을 신청하거나 행정소송을 제기할 수 있다.

(2) 행정행위의 합법요건

행정행위의 합법요건은 행정행위의 성립요건과는 다르다. 이미 정식으로 성립한 행정행위가 반드시 합법적인 것은 아니며, 위법한 행정행위는 일정한 법정절차를 거쳐 성립요건을 구비한 이후에 비로소 대외적으로 법률적 효력이 발생한다. 따라서 행정행위가 이미 내려지면, 확정력, 집행력 및 구속력을 지닌다. 행정상대방은 단지 관련 국가기관에 행정심판, 행정소송 등 법정 경로를 통하여 관련국가기관이 당해 위법행위가 무효 또는 철회할 수 있는 법률행위임을 확인할 것을 청구하는데, 그 이전에 위법이 매우 분명하거나 중대한 경우를 제외하고 행정상대방은 여전히 그러한 행위의 구속을 받아야 한다. 이는 행정행위의 합법성에 대한 법률의 가설이다. 즉 행정행위가 일단 발생하면, 상응하는 성립요건을 구비하고, 이미 합법을 가정하여, 상대방은 반드시 이를 준수하고 복종하여야 한다. 하지만 위법한 행정행위는 매우 많이 존재한다. 예컨대, 행정행위의 합법성을 어떻게 판단할 것인가와 위법한 행정행위의 효력을 부정할 것인가는 법률에서 일련의 기준을 확정하고 관련 국가기관으로 하여금 집행하도록 하여야 한다. 각종 구체적 행정행위의 합법요건에서 귀납적, 추상적으로 내려진 통일적 기준은 행정행위의 일반적 합법요건이다. 각종 행정행위가 지니는 특유의 합법요건은 행정행위의 특별 합법요건이라고 하는데, 다음의 분석은 일반적인 합법요건이다.

1) 행위주체의 합법

행정행위의 합법은 먼저 주체의 합법을 요구한다. 즉 법률에 따라 설립되고, 상응하는 행정직권을 지닌다. 구체적으로 다음을 포함한다.

① 기관의 합법

기관의 합법이란 행정행위를 실행하는 행정기관은 반드시 법률에 의해 성립하여야 하고, 행정주체의 자격을 지닌다는 것을 말한다. 행정기관이 법률에 따라 성립하지 않은 경우, 또는 합법적으로 성립하였지만 행정주체자격을 가지지 않는 경우, 이러한 행위는 무효이다. 예컨대, 행정기관의 내부기구, 파견기구, 감시기구, 협조기구는 자신의 명의로 독립적으로 행정행위를 실행하는 것은 무효이다. 그리고 기타 행정주체 자격을 구비하지 않은 사회조직, 단체, 공기업 또한 행정행위를 할 수 없다. 이러한 조직은 법률의 명확한 수권을 받아 행정주체가 된 이후에 행정행위를 할 수 있다. 행정기관의 법정수권 조직은 또한 기타 기관, 사회조직, 개인에게 위임권한 범위내의 권력을 행사하여, 행정행위를 실시하는데, 위임행정은 합법적이고 위임규칙에 부합할 경우에만 피위임 조직은 위임기관의 명의로 행정행위를 실행할 수 있다. 위임규칙은 다음을 포함한다. i) 위임한 행정기관은 합법적인 위임권한을 가져야 한다. ii) 피위임자는 행정활동에 종사할 수 있는 능력을 구비하여야 한다. iii) 피위임자는 위임권한의 범위내에서 행정행위를 실행하여야 한다. 법률은 행정기관의 활동에 대한 요구사항을 피위임자에게도 동일하게 적용하며, 월권무효는 행정의 기본원칙이다. 따라서 피위임자가 실시한 행정행위도 위임권한을 초과할 수 없다.

② 인원의 합법

행정행위는 모두 행정주체의 업무인원을 통해 구체적으로 실시하는데, 여기의 인원은 일정한 조건을 구비하고, 실시된 행정행위만이 유효한 것이 된다. 인원의 합법은 주로 행정기관, 법정 수권조직을 대표하고, 행정행위를 실시하는 위임조직의 공무원인원은 합법적인 신분을 갖추어야 하고, 법정 직권을 구비하며, 쌍방이 직무위임관계를 형성할 경우에 대외적으로 행정권력을 행사할 수 있다.

③ 권한의 합법

행위주체는 합법적으로 성립하여야 한다는 요건을 제외하고, 행정주체의 합법은 행정주체의 행위가 반드시 그 권한의 범위내에서 존재할 것을 요구한다. 행정주체가 자신의 권한범위를 초과하여 실시한 행위는 월권행위에 속하여 무효이고, 법률은 상이한 행정주체에 대하여 상이한 기능에 따라 상응하는 직책과 직권을 확정하였고, 동시에 행정주체가 초월할 수 없는 한계를 설정하였는데, 종합해 보면 다음과 같다. i) 사항관할권의 제한. 행정기관은 단지 그 관할범위내의 행정사항에 대하여 행정권력을 행사할 수 있다. 월권한 행정행위는 헌법과 조직법이 규정한 사항관할권을 위반하고, 기타 행정기관의 행정직권을 침해한 것으로 무효이다. ii) 지역관할권의 제한. 행정직권의 행사는 모두 지역의 제한이 있다. 각 행정기관은 일정한 지역범위내의 행정사무에 대하여 관할할 수 있고, 법정지역의 제한을 초월하여 실시한 행정행위는 무효이다. iii) 수단상의 제한. 법률은 행정기관에게 행정권력을 부여하는 동시에 행정권을 사용하는 일정한 수단을 규정한다. 예컨대, 압류, 압수, 동결 등 행정 강제 조치 등이 있다. 행사수단이 부당한 경우, 행정침해행위가 야기될 수 있기 때문에, 행정기관은 스스로 기타 수단을 창설해서는 안 되며, 그렇지 않을 경우 수단상의 월권을 구성한다. iv) 시간적 관할권의 제한. 행정기관은 자신이 합법적으로 존재하는 시간내에서만 행정권력을 행사할 수 있다. 행정기관이 철회, 합병, 분립되는 경우, 원 행정직권도 상응하는 변화가 발생하는데, 이전에 구비된 사항관할권 또는 지역관할권은 그에 따라 변경될 수 있기 때문에, 행정기관이 실시한 행정행위는 반드시 시간적 관할권의 제한을 받아야 한다. v) 시효의 제한. 행정행위는 법률이 규정한 시효기간에 실시해야 하고, 그렇지 않을 경우 무효이다. 예컨대, 《치안관리처벌조례》는 치안관리를 위반한 행위는 6개월 내에公安기관이 발견하지 못하면, 다시 처벌하지 않는다고 규정하고 있다. 따라서 이러한 유형의 위법행위의 행정처벌시효는 6개월이고, 행정기관이 법원에 강제집행을 신청하는 시효기한은 3개월이며, 이 기한을 초과한 경우, 행정기관은 강제집행을 신청할 권한이 없고, 스스로 집행을 강제할 권한은 더욱 없다.

2) 내용의 합법

이는 행정행위의 내용 요건이다. 행정행위 내용의 합법이란 행정행위가 관련된 권리, 의무 및 이러한 권리, 의무에 대한 영향 또는 처리는 모두 법률·법규의 규정 및 사회 공공이익에 부합하여야 한다는 것을 말한다. 만약 행정행위의 내용이 법률의 규정과 요건을 위반하거나 행정행위가 명확히 법률의 목적 또는 공공이익을 위반한 경우, 모두 무효인 행정행위에 속한다. 구체적으로 다음을 포함한다.

① 행위는 사실근거가 있고, 증거가 확실하다.

행정행위와 사법행위는 동일하게 사실을 근거로 하고 법률을 기준으로 한다. 행정행위 내용의 합법은 반드시 사실근거의 존재를 전제로 한다. 예컨대, 행정주체가 행정처벌행위를 실시하는 경우, 행정상대방이 위법한 행위를 실시하였다는 사실이 있어야 하고, 행정주체가 행정상대방에게 개인소득세를 징수하는 경우, 반드시 상대방이 이미 특정 개인이 수입을 취득한 사실이 있어야 하며, 행정주체가 허가증을 신청한 상대방에게 허가증 발급을 거절한 경우, 반드시 상대방은 상응하는 허가증에 부합하는 법정 조건을 취득하지 못하였다는 사실이 있어야 한다는 것 등이 있다. 행정주체가 실시한 행정행위는 사실적 근거의 존재를 요할 뿐만 아니라, 이러한 사실에 증거가 확실하여야 하고, 전언이나 상상에 의한 추리를 근거로 할 수 없다. 그렇지 않을 경우, 이 행정행위는 신뢰할 수 없는 증거를 기초로 하여 행정상대방의 통제를 받을 수 있고, 종국에는 유권기관에 의해 철회될 수 있다.

② 법률·법규, 규장, 행정규범성 문건을 정확하게 적용한다.

사실적 근거와 법률적 근거는 행정행위의 내용적 합법의 양대 기둥이다. 법률을 정확하게 적용한다는 것은 다음의 몇 가지 의의를 포함한다. i) 법률저촉 적용규칙의 준수. 효력이 높은 단계의 법률 규범을 우선 적용하고, 효력이 낮은 단계의 법률 규범을 후에 적용한다. 양자가 충돌할 때, 효력이 높은 단계의 법률 규범을 우선 적용한다. ii) 특별적용원칙의 준수. 방대한 법률규범에서, 상응하는 행정행위에 서로 적합한 현행의 유효한 법률규범을

정확하게 선택하여야 하고, 관련이 없거나 과거의 법률규범을 선택해서는 아니 된다. 법률이 규정하는 특별한 상황이 있는 경우, 특별규정을 적용하여야 한다. 예컨대, 현재 임신기간 또는 수유기간 중에 있는 부녀는 구류할 수 없고, 재산이 없는 미성년자에게 과태료를 부과할 수 없다는 것 등이 있다. iii) 전면적 적용원칙은 특정 행정행위에 대하여 다수의 법률규범이 동시에 조정하는 경우, 행정기관은 모든 관련 규범을 동시에 적용해야 한다. 그렇지 않을 경우, 법률을 정확하게 적용한 것이 아니다.

③ 행정행위의 목적은 법정 목적에 부합한다.

이는 행정행위의 내용적 합법의 주관성 요건으로, 행위실시자의 주관적 동기, 목적에 대한 요건이다. 그러나 앞의 2가지 요건은 행정행위의 내용적 합법의 객관성 요건이다. 행정주체가 실시한 행정행위는 상응하는 입법 목적을 실현하고, 공공이익을 수호하며, 권리자 권익의 보호를 위한 것이어야 하며, 권리를 이용해서 사적 이익을 도모하거나, 공적인 명의를 이용하여 사적 이익을 구제하거나, 공무로서 사적 원한을 해결하지 않아야 한다는 것이다. 행정주체가 실시한 행정행위가 만약 특정, 입법적 목적을 실현하지 않고, 특정 개인의 동기에 기인한 경우, 그 행위는 직권 남용이다. 직권 남용은 비록 형식적 합법성은 구비하지만, 실제 내용상 위법행위이다. 행정기관은 법률 목적의 주관적 고의로 위반하였고, 객관적으로 그 직책범위에 부합하는 권력을 행사하였기 때문에, 직권남용에 해당한다. 그 본질적 특징은 주관적 위법으로, 부당하게 권력을 행사한 것이다. 표현 형식으로는 관련없는 고려, 불일치한 해석과 가변성, 고의적 지연 및 부작위 등이 있다.

3) 절차의 합법

행정행위의 절차와 행정행위의 실체는 밀접한 관계가 있다. 행정절차의 합법은 행위실체의 합법성에 대한 보장이고, 행위실체의 합리성과 공정성에 대한 보장이자. 행정행위의 실체적 합법, 합리, 공정은 행위절차의 합법에서 완전하게 결정하는 것은 아니지만, 행위절차의 합법성 여부는 행위실체의 합법, 합리, 공정에 대하여 확실히 중요한 영향을 미친다.

현대 행정법은 절차를 매우 중시하지만, 법정 행정절차가 행정권의 남용을 통제하고, 행정전제를 방지하며, 행정의 민주를 보장하며, 행정상대방의 합법적 권익을 보호하는 것은 위법한 행정권에 의해 침해되지 않는 방패이다. 행정절차규범은 현재 이미 행정법의 중요한 내용이 되었고, 행정실체규범과 더불어 행정주체가 행정직권을 행사하는 법률규범체계를 조정하는 구성부분이 된다. 따라서 현대 행정행위의 합법적 요건은 실체적 요건을 포함할 뿐만 아니라 절차적 요건을 포함한다. 소위 행정절차란 행정기관이 행정행위를 실시하는 과정과 이를 구성하는 일련의 과정, 절차, 순서, 시간 및 방식을 말한다. 따라서 절차합법의 요건은 주로 다음과 같다.

① 행정행위는 법정 절차, 순서에 부합해야 한다.

행위절차란 행정행위가 거쳐야 하는 과정, 단계 및 수속을 말한다. 예컨대, 영업정지의 책임을 부과하는 행정처벌에는 입안의 심사, 증거조사, 공청회 시행, 결정의 도출, 송달 및 수령의 절차가 있다. 만약 행정기관이 증거를 수집하지 않거나 법률에 근거하지 않은 의견 청취를 진행하는 것은 모두 절차가 위법한 행정처벌행위이며, 상대방은 이에 대하여 소송을 제기할 수 있다. 행위순서란 행정행위의 각 절차에 대한 선후 순서를 말하는데, 예들 들어 먼저 증거를 조사하고, 그 이후에 재결해야 한다는 것이다. 법률이 행정행위의 절차에 대하여 엄격한 순서를 요구할 경우, 행정주체는 반드시 엄격하게 준수하여야 하며, 그렇지 않을 경우, 절차의 위법에 해당한다.

② 행정행위는 법정 기한에 부합해야 한다.

행정행위의 전 과정 또는 그 각 단계는 모두 법정 시간의 제한을 받아야 한다. 이는 행정기관의 행정효율을 제고시킬 수 있을 뿐만 아니라 행정기관이 시간 연장과 같은 방식으로 상대방의 합법적 권익을 침해하는 것을 방지할 수 있다. 예컨대, 행정심판법 규정의 처리 심사기한은 5일이다. 행정심판기관은 5일 이내에 심판결정을 접수하지 않고, 서면으로 신청인에게 통지하지 않으면, 접수한 것으로 간주하고 심판기한을 계산한다. 따라서 행정기관은 반드시 법정기한내에 적극적으로 그 직무 책임을 이행하여야 하고, 소극적인 부작위 행위는 행정 책임을 부담하거나 행정행위의 무효를 야기한다.

③ 행정행위는 법정 방식에 부합해야 한다.

행정행위의 법정 방식은 공개적 기능의 분리 등과 같이 법률법규가 모든 행정행위로 하여금 공통으로 준수할 것을 요구하는 방법, 형식을 포함하고, 요식적 행정행위의 서면 형식, 법률행정계약의 입찰방식 등과 같이 특정행정행위에 대한 법률법규의 특별한 방식의 요구를 포함한다. 행정행위가 법정 방식을 아직 채택하지 않은 경우, 즉 합법적 방식이 결여된 경우, 위법한 행정행위에 속한다.

주의할 점은 행정행위의 합법적 요건이 행정행위의 유효요건과는 다르다는 것이다. 합법적 행정행위는 반드시 즉시 효력이 발생하는 것은 아니고, 유효한 행정행위 역시 반드시 합법인 것은 아니다. 행정행위의 유효요건은 다음을 포함한다. i) 법률에 따른 행정행위의 성립. 즉 추상적 행정행위와 구체적 행정행위는 각각 자신의 성립요건에 부합해야 한다. ii) 법률에 따른 송달. 송달을 거치지 않은 행정행위는 법률적 효력이 발생하지 않는다. 상대방 전체에게 송달되어야 하고, 행정기관이 단지 상대방 일부에게 송달한 경우, 행정행위는 단지 송달된 상대방에게만 법률적 효력이 발생한다. iii) 명확한 위법, 중대한 위법, 지연된 효력발생, 중지, 취소 또는 폐지 상황의 부존재. 명확한 위법 또는 중대한 위법이 있는 행정행위는 절대 무효이고, 성립시기로부터 법률적 효력이 발생하지 않는다. iv) 효력발생이 지연된 행정행위. 예컨대, 부관이 있는 행정행위는 부관이 성립한 때부터 효력이 발생한다.

2. 행정행위의 효력

행정행위의 효력이란 행정행위가 법률에 따라 야기하는 효과를 말하는데, 구체적으로 확정력, 구속력, 집행력을 포함한다. 행정행위의 효력은 합법과 위법, 유효와 무효의 관계와 관련된다. 하지만 이 두 가지 개념 사이에는 안정적인 대응관계가 존재하지 않는다. 즉 합법적 행정행위는 반드시 유효하지 않고, 유효한 행정행위는 반드시 합법적이지 않다. 행정행위는 원칙상 송달일로부터 성립하고, 효력이 발생한다. 절대적 무효의 행정행위는 영원히 효력이 발생하지 않고, 부관이 있는 행정행위는 송달일에 성립하고, 조건이 성

취되면 비로소 효력이 발생한다. 행정행위의 효력은 구체적 행정행위와 추상적 행정행위로 인해 상이하다.

(1) 행정행위 효력의 근거

행정행위가 확정력, 구속력, 집행력을 구비하는 이유는 바로 행정행위 자체의 특성이 결정하기 때문인데, 구체적 원인은 다음을 포함한다.

1) 행정행위는 행정기관이 국가를 대표하여 하는 의사표시로서, 국가강제력을 배경으로 삼고, 권위성을 지닌다.

국가의 이러한 권위성에 기인하여, 행정행위는 이에 상응하는 권위, 즉 법률효력을 지니고, 국가의 의지와 목적의 실현을 보장한다.

2) 행정행위의 효력은 법적 안정성의 객관적 요구이다.

행정행위는 법률에 따라 형성된 법률관계와 법률질서를 확인하는 행위이고, 법률관계와 법률질서는 안정적이고 지속적인 사회관계의 일종이며, 행정활동 또한 지속성과 안정성을 지니는데, 이는 모두 객관적으로 행정행위에 확정적인 법률 효력을 부여할 것을 요구한다.

3) 행정행위의 효력은 법률 규범적 효력의 실현이다.

행정행위는 법률을 적용하고, 법률을 집행하는 행위로서, 법률 자체는 구속력과 집행력을 가지는데, 이러한 효력은 행정행위의 효력을 간접적으로 결정한다. 즉 행정행위의 효력은 실제로 법률효력의 연장이다. 하지만 이러한 연장의 전제는 행정행위 자체가 합법적이고 정확하다는 것이다.

4) 행정행위의 효력은 일종의 유효의 추정, 합법성의 추정이다.

행정행위의 목적은 행정관리의 목표를 실현하고, 사회공공이익의 요구를 만족시키는 것이다. 공공이익을 유지하기 위하여, 법률은 행정행위가 일단 내려지면 성립요건을 구비하고, 합법적이고 유효한 법률효력을 지닌다고 가정한다. 비록 위법하더라도, 행정상대방은 스스로 그 효력을 부정할 수 없고, 국가기관이 법률에 따라 법정절차를 통해 이러한 추정적 법률효력을 부정하여야 한다.

(2) 행정행위 효력의 내용

1) 확정력

확정력이란 행정행위가 법정 구제기한을 경과한 후에, 당사자는 다시 이를 제기할 수 없다는 것을 말한다. 이는 실제로 행정행위 내용의 안정성으로서, 행정기관은 행정행위가 성립한 이후에는 법정 사유가 없고, 법정 절차를 거치지 않으면, 변경, 취소 또는 철회해서는 아니 된다. 이는 형식상의 확정과 실질상의 확정을 포함한다.

형식적 확정력이란 행정행위는 일단 내려지면, 상대방은 행정행위를 독단적으로 변경하거나 임의로 변경을 청구할 수 없다는 것을 말하는데, “불가쟁력”(不可争力)이라고도 한다. 행정행위는 행정주체가 국가를 대표하여 실시하는 것으로, 국가의지의 실현이다. 행정주체의 행정행위는 일반적으로 국가와 사회의 공공이익에 관련되는데, 일단 내려지면, 일정한 권위성과 법정 효력을 구비한다. 상대방은 이미 내려진 행정행위에 대하여 복종할 의무가 있고, 상대방이 행정행위에 불복하는 경우, 그 의사표시는 이 행정행위의 효력을 직접 부정하는 것은 아니다. 상대방은 단지 행정행위가 성립한 일정한 기한내에, 법률에 따라 상급행정기관에 행정심판을 신청하거나 인민법원에 행정소송을 제기하여, 이 행정행위의 조사와 취소를 청구할 수 있지만, 심판과 소송기한내에 여전히 행정행위의 집행을 정지시키지는 않는다.

실질적 확정력이란 행정행위가 일단 내려지면, 행정주체는 법정절차를 거치지 않고는 임의로 변경하거나 취소할 수 없다는 것을 말한다. 행정행위는 행위주체가 국가의지를 대표하여 사회에 대하여 관리를 실시하는 행위이다. 임의로 실시할 수 없기 때문에, 실시 이후에도 임의로 변경하거나 취소할 수 없으며, 행정관리의 연속성과 안정성을 유지하여야 한다. 행정행위 확정력의 목적은 행정주체가 가변적이고, 이미 내려진 행정행위를 임의로 변경하여 상대방의 권익에 손해를 야기하는 것을 방지하는 데 있다. 당연히 행정주체 또는 그 상급 기관이 행정행위의 위법하거나 또는 부당함을 발견한 경우, 법정 절차에 따라 행정행위를 변경, 취소하는 결정을 할 수 있다. 행정행위가 지니는 확정력은 일종의 상대적 확정력으로서, 이는 행정행위의 절대적 불가변

성을 의미하는 것이 아니라, 행정행위가 내려진 이후에는 임의로 변경하거나 취소할 수 없음을 의미한다. 법정사유에 기인하여, 법정절차에 따라, 행정행위는 법률에 따라 (행정심판, 행정소송 등을 통하여) 변경될 수 있다.

2) 구속력

구속력이란 사안의 사실과 법률관계에 대한 행정행위의 확인을 말하는데, 구속력을 가지게 되면, 행정기관, 당사자 또는 법원의 존중을 받아야 한다. 또한 행정기관이 시행한 행정행위 또는 법원 재판의 근거가 될 있다. 따라서 이러한 효력은 “구성요건효력”이라고도 한다. 행정행위의 구속력은 다음과 같이 두 가지 측면에서 구체적으로 표현된다.

① 상대방에 대한 구속력

행정행위는 행정관리 상대방에 대하여 실시하는 것이다. 그 구속력은 먼저 상대방에게 미친다. 효력이 발생한 행정행위에 대하여, 상대방은 엄격하게 준수하고 복종하며 집행하여야 하고, 행정행위의 내용 또는 설정된 의무를 완전하게 이행해야 하고, 위반하거나 거절할 수 없다. 그렇지 않을 경우, 이에 상응하는 법률적 책임을 져야 한다. 동시에 이러한 구속력은 행정행위의 직접적 대상은 아니지만, 이와 이해관계가 있는 개인, 법인 또는 조직인 간접적 상대방에게 미친다. 예컨대, 등록상표를 양도하는 경우, 양도인은 관련 행정행위의 구속을 받고, 양수인도 이 행정행위의 구속을 받는다. 즉 양수인은 등록상표를 사용하는 상품의 품질을 보장하여야 한다. 또 다른 예를 들면, 행정주체가 법률에 따라 그 회사의 예금과 계좌를 동결하는 경우, 관련 금융기관은 즉시 지지하고 협조하여, 이 회사가 상응하는 금액을 다시 출금할 수 없도록 해야 한다. 이는 제3자 효력과 관련된 행정행위이다.

② 행정기관에 대한 구속력

행정행위의 구속력은 상대방에 대한 것으로, 행정기관 자신도 동등하게 구속을 받는다. 행정행위가 효력이 발생한 이후에는, 행정기관은 동등하게 구속을 받는다. 그러한 행정행위를 내린 행정기관과 기타 행정기관을 포함한다.

3) 집행력

집행력이란 행정행위가 법률에 따라 효력이 발생한 이후에는, 행정기관이 법률에 따라 강제조치를 채택하여 집행하거나 또는 인민법원에 강제조치를 채택하도록 신청함으로써, 그 이행을 강요할 수 있는 법정 의무를 말한다. 행정행위의 집행력은 그 구속력과 긴밀한 관계가 있다. 먼저 구속력은 집행력의 전제로서, 구속력이 없는 행위는 강제할 수 없고, 행정행위는 상대방에 대하여 구속력을 가지기 때문에, 상대방은 반드시 이행하여야 한다. 상대방이 이행을 거절하거나 법정 원인없이 이행을 지체하는 경우, 행정주체는 행정조치를 채택하여 상대방이 이행하도록 촉구함으로써, 행정행위의 목적을 실현한다. 다음으로, 집행력은 구속력의 보장이므로, 집행력의 보장이 없는 경우, 행정행위는 그 구속력을 실현하기 어렵다. 행정행위의 집행은 원칙상 중지할 수 없고, 다만, 행정행위가 법정절차를 통해 무효를 확인받거나 취소되는 경우는 제외한다. 행정행위는 행정심판 또는 행정소송기간에는 일반적으로 집행을 정지하지 않고, 법률법규가 규정한 특정한 상황에서만 일시적으로 집행을 정지할 수 있다.

행정행위의 집행력을 이해하기 위해서는 다음의 몇 가지에 주의할 필요가 있다. i) 행정행위는 집행의 효력을 가지지만, 모든 행정행위가 반드시 집행되어야 하는 것은 아니고, 일부 행정행위는 강제집행의 문제와 관련되지 않는다. 예를 들면, 행정처벌의 경고와 행정허가행위는 강제집행과 관련이 없다. ii) 행정행위는 집행효력을 가지지만, 행정행위가 여하한 상황에서 모두 강제집행을 해야 하는 것을 의미하지 않는다. 일반적으로, 상대방이 이행의무를 거절한 상황에서만, 행정행위는 강제집행을 하게 된다. iii) 행정행위는 집행력을 가지지만, 행정기관 모두가 강제집행권을 가지는 것은 아니다. 강제집행과 관련하여, 중국은 인민법원에 강제집행을 신청하는 것이 원칙이지만, 행정기관 스스로 집행하는 것은 예외로 한다. 실제로 행정강제집행에는 많은 문제가 존재하는데, 규범으로서 강제집행의 주제, 권한, 절차 및 구제조치 등을 시급하게 입법할 필요가 있다.

(3) 효력의 변동

행정행위의 효력은 고정불변의 것이 아니고, 다음의 네 가지 상황에서 변동이 발생할 수 있다.

1) 행정행위의 효력발생

행정행위의 효력이 발생을 시작하는 것이다. 추상적 행정행위는 합법적으로 성립한 이후 효력이 발생하거나 또는 그가 규정한 효력발생 시기에 효력이 발생한다. 구체적 행정행위의 효력발생 시기는 행정기관과 상대방에 따라 상이하다. 행정기관의 측면에서, 행정행위의 성립과 행정행위 효력의 개시 시기는 일치하고, 행정행위가 일단 합법적으로 성립하면 즉시 효력이 발생한다. 행정기관이 결정을 내린 시기로부터 준수의 의무가 있다. 상대방의 측면에서, 행정행위는 실시하지 않아도 효력이 발생하고, 행정행위가 상대방에 의해 인지되면, 그 효력이 시작될 수 있다. 상대방에 의해 인지한 행정행위는 행정행위의 대상, 환경 및 법률규정 등 요소가 상이하기 때문에, 시간상 차이가 존재한다.

구체적 행정행위의 효력발생 시간상의 차이는 주로 다음의 몇 가지 상황이 있다.

① 즉시 효력발생

행정행위가 일단 상대방에 대하여 내려지면, 즉시 효력이 발생하는 것을 말한다. 예컨대, 경찰이 술에 취한 사람에게 인신 구속 조치, 즉시성의 행정 강제조치는 모두 즉시 효력이 발생하지만, 이는 긴급한 상황에서만 적용하고, 사회질서와 공공이익의 보호를 위하여 실시하는 행위이다.

② 송달수령시 효력발생

행정결정이 상대방에게 송달되고, 상대방이 수령한 이후에 법률효력이 발생하는 것을 말한다. 특정인에 대한 행정행위의 송달방식에는 구두방식과 서면방식이 있는데, 여하한 방식에 관계없이, 행정행위는 상대방에게 정식으로 통지하여야 한다. 상대방이 이해하고 숙지한 이후에만 비로소 효력이 발생할

수 있다. 통지는 행정절차 종결의 표시이고, 행정행위가 법률상 성립하는 기점이 된다.

③ 공고시 효력발생

구체적인 상대방이 있지만, 주소지가 불명확한 경우, 공고형식을 취할 수 있고, 공고기한이 만료된 이후에 효력이 발생한다.

④ 조건이 붙은 경우의 효력발생

행정행위의 효력발생에 조건이 부가되어 있는 경우, 조건이 완성된 때로부터 효력이 발생한다. 예컨대, 토지확정권의 재결행위는 30일 이내에 그리고 상대방에게 30일 이내에 소송을 제기한 이후 법원이 재판하기 이전의 시간 내에는 잠시 효력이 발생할 수 없다.

⑤ 승인시 효력발생

상급행정기관의 승인통과가 필요한 경우, 승인을 한때로부터 효력이 발생한다.

2) 행정행위의 취소

행정행위의 취소란 취소 가능한 상황을 구비한 상황에서, 국가의 권한있는 기관이 취소 결정을 내린 이후에, 행정행위의 법률효력을 상실하게 하는 것을 말한다.

여기에서 취소가능하다는 것은 행정소송에서의 취소판결과는 다르고, 행정행위의 무효와도 다르다. 취소판결의 대상인 행정행위는 실제로 무효인 위법행위이고, 당연히 처음부터 무효이지만, 사법기관이 사법심사 이후에 그 무효를 선고하고 인정하는 경우, 행정행위 무효의 효력은 행정행위를 내린 시기로 소급한다. 따라서 행정행위의 무효는 행정행위가 성립요건 또는 합법요건을 구비하지 않았기 때문에, 시종일관 무효임을 말한다. 우리는 후자의 2개의 행위를 광의의 행정행위의 무효로 귀납시키는데, 즉, 법원판결의 취소가 요구되는 경우는 상대적 무효이고, 시종일관 효력을 발생하지 않는 것은 절대적 무효이다.

행정행위는 결론을 정확하게 처리하지만, 절차적 측면에서 부족함이 있는데, 행정행위의 취소는 행정의 연속성과 안정성을 파괴하고, 행정기관에 대한 대중의 신임에 손상시킬 수 있다. 이러한 사고에 기인하여, 일부 결함이 있는 행정행위에 대하여 취소하지 않고 그 효력을 확인한다. 이러한 상황은 다음에 적용된다. i) 회피해야 할 공무원이 회피하지 않을 경우. 다만, 본인이 당사자인 경우는 제외한다. ii) 행정행위에 참가해야 할 행정기관이 참가하지 않은 경우. iii) 회의의 토론을 통해 결정할 행정행위가 출석인원이 법정인원수에 미달한 경우. iv) 행정행위가 지역관할권의 규정을 위반한 경우. v) 서명 등의 수속이 결여되거나 누락되었지만, 사후에 보완할 수 있는 경우 등이 있다. 상술한 상황이 있는 행정행위는 추인하거나 취소할 수 있다.

행정행위는 확정력을 가지고, 행정기관이 임의로 변경하거나 취소할 수 없다. 행정기관은 취소결정을 내리기 전에, 먼저 행정의 안정성과 연속성을 고려하여 행정관리질서와 사회공공이익을 보호하고, 그 다음에 법률에 따라 행정을 하여, 행정기관 상대방의 합법적 권익을 보호하고, 이미 내려진 행정행위에 대하여 위법무효가 발견된 경우, 법률에 따라 취소해야 한다. 따라서 행정행위의 취소는 일정한 원칙에 부합하여야 한다.

① 합법적 행정행위와 위법한 행정행위의 구분

행정기관과 기타 유권기관은 위법한 행정행위에 대하여서만 취소할 수 있고, 그 행정행위는 시작부터 효력이 발생하지 않고, 상대방의 합법적 권익을 회복하게 한다. 합법적 행정행위에 대하여, 행정행위가 새로운 상황을 다시 적용하지 않는 경우, 행정기관은 공공이익의 요건에 근거하여 폐지할 수 있고, 행정행위는 효력이 다시 발생하지 않는다. 합법적 행정행위와 위법한 행정행위의 결과도 상이한데, 행정기관은 엄격하게 구분하고 구분하여 대응해야 한다.

② 행정행위가 행정상대방 또는 제3자에 대하여 권리를 창설하였는지 여부의 구분

행정행위는 법률적 효과가 발생시키는 행위로서, 행정행위의 취소는 행정상대방, 제3자 및 사회 공공질서에 영향을 발생시킬 수 있다. 행정상대방과

제3자에 대하여 권리를 창설하지 않는 행정행위는, 행정기관이 임의로 그 행정행위의 효력을 소멸시키고, 그 무효를 선포하고 취소할 수 있다. 예컨대, 권리의 부여, 허가, 보조금 지급 등과 같이 행정행위가 상대방과 제3자에게 유리하고, 이미 효력이 발생한 경우, 행정기관은 신뢰보호원칙에 기인하여 임의로 취소할 수 없고, 취소가 보호하는 공공이익과 이해관계인이 행정기관의 신뢰에 기인하여 얻을 수 있는 이익간의 관계를 형량하여 취소여부를 다시 결정하고, 취소 후에는 상대방 또는 제3자에게 상응하는 보상을 제공해야 한다. 다만, 상대방 또는 제3자에게 유리한 행정행위는 다음의 사항이 존재한 경우 취소할 수 있다. i) 행정행위가 뇌물 또는 기타 부정한 수단으로 시행된 경우. ii) 수익인은 당연히 행정행위가 위법하다는 것을 인지할 수 있는 경우. iii) 예컨대, 사기, 진술 하자 등과 같이, 수익인 자신의 과실이 있는 경우 등이 있다.

3) 행정행위의 폐지

행정행위의 폐지란 상황변화의 필요에 따라, 행정기관이 합법적인 행정행위의 일부 또는 전부의 효력을 폐지하는 것을 말한다.

행정행위 폐지의 상황은 다음을 포함한다. i) 법률법규에 폐지 규정이 있거나 행정행위가 폐지권을 보유하고 있는 경우. 예들 들어 새로 공포된 행정법규가 이와 서로 저촉되는 관련 법규, 규장의 폐지를 명문으로 규정하는 경우이다. ii) 실제 상황에 중대한 변화가 발생하여, 이 행정행위가 지속적인 효력발생이 사회발전에 방해되거나 국가 이익과 사회공공이익에 손해를 미치는 경우이다. iii) 법률규정이 수정되거나 폐지되어, 행정행위가 아직 집행되지 않았지만 그 집행이 공공이익에 손해를 입히는 경우 등이 있다.

행정행위 폐지의 법률적 효과는 다음과 같다. i) 폐지된 행정행위는 폐지된 날로부터 실효되지만, 폐지되기 이전의 행위와 결과는 여전히 유효하다. 행정주체가 이 행정행위의 폐지전에 이 행정행위를 통해 상대방에게 부여한 권리는 회수될 수 없고, 상대방이 이미 완성한 의무도 보상을 요구할 권리가 없다. ii) 행정행위가 그 법률 또는 정책근거의 변화에 기인하여 폐지가 야기되는 경우, 예컨대, 이러한 폐지가 상대방에게 비교적 큰 손실을 가져오는 경우, 행정주체는 적절한 보상을 하여야 한다.

4) 행정행위의 무효

행정행위의 무효는 취소무효(상대적 무효)와 원시무효(절대적 무효)로 분류한다. 절대적 무효의 행정행위란 중대한 위법 또는 명시적인 위법으로 인해 성립된 날로부터 법률적 효력이 발생하지 않는 행위를 말한다. 상대적 무효의 행정행위란 행정기관, 행정심판기관, 인민법원 또는 기타 국가기관이 법률에 따라 취소한 날로부터 시작에서부터 법률적 효력을 실효하게 되는 행위를 말한다.

행정행위 무효의 상황은 취소무효와 원시무효에서 상이하게 나타난다.

① 취소의 무효는 주로 《행정소송법》 제54조에서 규정한 5가지 유형을 가리킨다. i) 사실의 불명확, 증거부족. 이는 행정기관이 사실을 인정할 때 주로 증거부족으로 발생하는 착오이다. ii) 법률·법규규정의 적용착오. 예컨대, 행정기관이 특정 법을 적용해야 하지만 다른 법을 적용한 경우, 특정 조항을 적용해야 하지만 다른 조항을 적용한 경우 등이 있다. iii) 직권 초월. 행정기관이 사항관할권, 지역관할권 등을 초월하여 내린 행정행위. iv) 직권 남용. 행정기관이 관련고려에 근거하지 않고 내린 형식적으로는 합법이지만, 실질적으로는 법률의 목적과 취지를 위반한 행위. v) 법정절차 위반. 행정기관이 법정절차, 순서, 방식, 시간을 준수하지 않고 내린 행정행위. 행정행위는 이상의 위법 상황 중 하나만 존재하여도, 행정상대방은 법정기한내에 행정심판 또는 행정소송을 제기할 수 있고, 행정행위의 무효선고를 청구할 수 있다.

② 원시무효의 상황은 다음을 포함한다. i) 행정주체가 불명확하거나 행정주체가 심각한 직권을 초월하거나 협박을 받아 행한 행정행위. 예컨대, 서면상 처리결정에서 행정기관의 명칭을 명시하지 않는 경우, 관인을 찍지 않은 경우, 공상기관이 행정구류결정을 한 경우 등. ii) 행정행위에 중대하고 분명한 위법 상황이 있는 경우. 예컨대, 공안국이 비교적 큰 금액의 과태료를 부과하고 과태료 통지서에는 당사자가 그 결정을 불복하는 경우 소송만을 제기할 수 있고, 행정심판을 신청할 수 없다고 규정하여, 《행정처벌법》과 《행정심판법》의 관련 규정을 명백히 위반한 경우. iii) 행정행위에 범죄

상황이 있거나 상대방이 범죄를 야기한 경우. 예컨대, 특정 현(縣)정부가 경작지의 선진화를 목적으로 촌민으로 하여금 다량의 각종 진귀하고 귀중한 수목을 벌채하여 산림을 계단식 밭으로 만든 경우, 이는 자연자원을 훼손하는 범죄행위로서, 무효의 행정행위이고, 행정상대방은 집행을 거절할 권리가 있다. iv) 내용이 이치에 부합하지 않는 경우. 사실상 어떠한 사람도 이행할 수 없도록 만드는 원시불능의 행정행위. 예컨대, 행정이 상대방에서 6개월의 업무량을 1개월 내로 완성하는 계약을 요구하는 경우. v) 선량한 풍속과 관습에 해를 가하는 행위. 예컨대, 이슬람 집성촌에 음식금지에 위반되는 식물의 판매를 강제로 추진하는 경우. vi) 반드시 서면의 형식으로 내려진 행위가 필요하지만, 서면의 결정문서가 없는 경우.

행정행위 무효의 효과는 다음과 같다. i) 절대무효인 행정행위에 대하여, 행정상대방은 그 구속을 받지 않을 수 있고, 이 행위가 설정한 의무의 이행을 거절할 수 있으며, 법률적 책임을 부담하지 않는다. 행정상대방은 행정행위를 내린 이후의 여하한 시간에, 유권기관이 심사하고 그 무효를 선고할 것을 요구할 수 있고, 유권기관도 주도적으로 심사하여 상응하는 행정행위의 무효를 공포하며, 시효의 제한을 받지 않는다. ii) 상대적 무효의 행정행위에 대하여, 무효를 공포하기 이전에, 행정상대방은 반드시 그 구속을 받으며 상응하는 의무를 이행하여야 한다. 법률·법규가 규정하는 취소청구제기 시효기간내에, 상대방은 유권기관에 취소청구를 제기하여야 하고, 이 행위의 무효 및 취소가 확인된 이후에는, 원시적으로 법률적 효력이 발생하지 않고, 이 행정행위에 의해 변경된 상황은 가능한 한 원상회복해야 하며, 행정주체는 벌금, 몰수한 재산 또는 기타 모든 이익을 반환하여야 하고, 이로 인해 상대방에게 야기한 손실을 배상하여야 한다.

제 4 절 기타 행정활동

1. 행정사실행위

행정사실행위란 행정주체가 직권행사의 직접적 필요에 따라 내리고, 법률효과의 발생을 목적으로 하지 않고, 객관적, 사실적 효과를 발생시키는 행위

를 말한다. 행정사실행위는 행정법률행위와 비교하면 일종의 행정활동으로서, 그 역할은 행정법률관계의 발생, 변경 또는 소멸이 아니지만, 객관적 사실효과가 발생시킬 수 있다. 행정사실행위는 법률적 효과가 직접 발생하지 않기 때문에, 오랫동안 행정법학계에서 부정되어 왔다. 하지만 현실생활에서는 오히려 다량의 상이한 사실행위가 존재하고 있고, 서비스행정, 급부행정의 발전, 국가배상법, 행정처벌법의 공포 및 실시에 따라, 행정사실행위는 반드시 연구가 강화되어야 하는 과제가 되었다.

(1) 행정사실행위의 특징

행정사실행위는 다음과 같은 특징을 지닌다.

1) 행정사실행위의 주체는 행정기관 또는 법률법규가 수권한 조직, 국민, 법인 또는 기타 조직은 행정사실행위의 주체가 될 수 없고, 다만, 공무원이 공무집행과정중 상대방에게 폭력, 구타 등을 행사하여 인신권을 침해하는 위법사실행위에 대하여, 직무관련성 원칙과 국가배상법의 규정에 따라, 공무원은 행정사실행위의 특수주체가 될 수 있다. 이러한 권리침해행위에 대하여, 행정기관은 우선 대외적으로 배상책임을 부담하고, 그 다음 위법행위자에게 대하여 구상한다.

2) 행정사실행위는 법률효과를 목적으로 하지 않는 의사표시로서, 대부분 “기성행위(既成行为)” 또는 객관적 존재의 사실이라고 표현되며, 구체적 행정법률행위의 실시주체는 명확한 행정관리목적과 주관적인 의사표시를 구비한다.

3) 행정사실행위는 법률효과가 직접 발생하지 않고, 사실적 효과가 직접 발생하지만, 일정한 조건하에서는 법률적 효과가 발생할 수 있다. 예컨대, 위법한 사실행위는 국가배상의 행정책임을 발생시킨다.

(2) 행정사실행위와 행정법률행위의 관계와 구별

양자는 모두 행정활동의 표현형식이다. 하지만 행정사실행위와 행정법률행위는 본질적으로 구분되고, 다음과 같이 나타난다.

1) 법률효과 발생여부가 상이

행정사실행위는 법률효과를 직접 발생시키지 않지만, 행정법률행위는 권리·의무의 득실변경 발생을 목적으로 하기 때문에 필연적으로 상대방의 권리·의무에 영향을 미치거나 간섭할 수 있다.

2) 법률조정 중점이 상이

행정법률행위는 의사표시가 기본구성요소인 행위로서, 법률조정은 의사표시 자체에 중점을 두지만, 행정사실행위는 행정주체의 객관적 활동으로 직접 표현되기 때문에 그 법률조정의 의의는 단지 행위 자체 또는 그 결과에만 있다.

3) 재판방식과 성질이 상이

행정법률행위에서 문제가 되는 것은 효력의 존재여부이고, 사법심사의 목적은 그 유효성에 대한 판단과 이에 상응하는 결론을 내리는데 있지만, 행정사실행위는 그 효력에 대하여 판단할 필요가 없고, 단지 이 활동이 합법한지에 대한 판단만 존재한다.

행정사실행위는 행정법률행위와 일정한 관련성이 있고, 특히 행정법률행위의 행정처리에 있어 다음과 같이 밀접한 관련이 있다.

1) 집행적 사실행위 등의 일부 사실행위는 행정처리의 파생적 행위로서, 그 자체는 법률적 효력을 갖지 않고, 효력이 있는 행정처리의 집행을 위해 내려지지만, 집행과정에서 위법적 사실행위를 발생시킬 수도 있다. 예컨대, 공무원이 공무를 집행하는 과정에서 임시적 필요 또는 직권남용에 근거하여 내려진 사실행위 등이 있다. 후자의 전형적 사례는 공안기관이 행정관리 상대방을 조사하거나 심문할 때 위법하게 실시한 폭력·구타행위이다.

2) 일부 행정사실행위는 행정처리결정을 내리기 위한 전제와 준비이다. 예컨대, 행정조사와 행정점검 등과 같이, 이러한 행위는 법률효과를 직접 발생시키지는 않지만, 곧 내려질 행정행위에 대하여 영향을 발생시키거나 또는 필요한 준비를 하게 한다. 예컨대, 행정조사는 특정한 행정목적 실현하기 위하여 자료와 정보를 수집하는 활동이다.

주의할 점은 비록 행정사실행위가 특정한 법률효과의 발생을 최종 목표로 하지는 않지만, 이것이 법률의 규율을 절대 받지 않는다는 것을 의미하는 것이 아니고, 이에 대한 구제방법이 없다는 것을 의미하는 것 또한 아니다. 위법한 행정조사, 위법한 즉시 강제조치, 위법한 집행적 사실행위에 대하여, 그러한 영향이 상대방의 합법적 권익을 침해했을 경우, 제소가능성을 구비한다. 다시 말해, 제소 가능성의 기준은 행정법률행위와 행정사실행위의 구분이 아니라, 상대방의 합법적 권익에 대한 실질적 영향 또는 침해의 발생 여부이어야 한다.

(3) 행정사실행위의 표현형식

1) 행정조사

광의의 행정조사는 행정기관이 행정목적의 실현을 위하여 직권의 범위 내에서 국민, 법인 또는 기타 조직에 진행한 각종 조사, 이해 등의 정보수집 활동을 말하는데, 인구조사, 물가 통계, 범죄수치통계, 환경 오염지수측정, 식품위생 표본조사, 수출입물품 검역 등이 포함된다.

2) 행정지도

행정지도란 국민, 법인 또는 기타 조직이 행정기관에 대하여 스스로 이해하거나 협력하여 행정관리목표를 실현하는 행정사실행위이다.

3) 집행적 행정사실행위

이 행위는 진일보한 행정처리결정을 내리기 위해 채택하는 행정조치 또는 각종 특수한 긴급상황에 대처하기 위해 채택한 강제집행조치를 포함하는데, 전자의 예로는 불합격한 표본 식품의 봉인후 보관, 소각이 있고, 후자의 예로는 조사후 봉인, 압류, 국외추방 등이 있다.

4) 행정정보와 통고

행정기관은 행정관리과정 중 대량의 정보를 파악하여 처리하고, 상대방은 일정한 범위내에서 알권리를 지니기 때문에, 행정기관은 상응하는 정보를 제

공할 의무가 있다. 예컨대, 품질검사기구가 샘플에 대한 불합격한 표본 상품 공고, 환경보호부문의 공기 오염등급의 공고, 기상청의 기상예보 공고 등이 있다.

5) 공공시설의 설치와 보호

행정기관은 공공이익을 위하여 상대방에게 서비스를 제공하고, 도로를 정비하고, 교량을 수리하며, 공공사업을 건설해야 한다.

(4) 행정사실행위의 합법적 요건과 법률구제

행정사실행위는 법률효과를 직접 발생시키지는 않지만, 법률에 따라 그 직권범위 내에서 내려져야 하며, 그렇지 않을 경우 상대방의 인신권과 재산권을 침해할 수 있다. 행정합법성원칙은 행정사실행위에도 적용되는데, 구체적으로는 행정사실행위의 합법성요건은 다음 네 가지를 포함한다.

1) 행정기관의 상응하는 행정관할권 구비

행정기관이 행정활동을 진행할 경우, 사항관할권을 구비하여야 하고, 그렇지 않을 경우 직권초월 또는 직권남용의 위법에 해당한다. 특히 강제적 행정조사의 진행이 상대방의 자유와 권익을 간섭할 경우에는 반드시 법률의 수권이 있어야 한다.

2) 절차의 합법

법률은 일부 사실적 절차에 대하여 상응하는 규정이 있을 경우, 반드시 준수하여야 한다. 예컨대, 세무조사는 세무조사증을 제시하고, 신분 등을 밝혀야 한다.

3) 행정법의 일반원칙, 특히 비례원칙의 준수

행정기관이 특정한 행정목적 달성을 위하여 실시하는 사실행위, 특히 상대방의 인신권과 재산권에 영향을 미치는 즉각적 강제조치는 비례원칙의 요건에 부합하여 하고, 필요한 한도를 초과할 수 없다. 예컨대, 인신자유를 구속할 수 있다.

4) 헌법과 기타 관련 법률규정의 준수

위법한 폭력과 구타로 손상을 사람이 손상을 받은 사실행위에 대하여, 국가배상법에 따라 직접 국가배상을 청구할 수 있다. 위법의 구금과 같이 상황이 지속중인 위법사실행위에 대하여, 독일의 부작위의 소는 참고할 가치가 있는데, 중국은 행정소송만을 제기하여 먼저 그 위법성을 확인하고, 후에 행정배상을 요구한다.

5) 행정사실행위의 연구의 의의

행정관리가 서비스행정, 복지행정 방향으로 전환되면서, 행정활동이 더욱 다양해짐에 따라, 그 중 행정사실행위는 그 유효성과 적용성으로 인해 점차 중요한 역할을 발휘하게 되었다. 행정법학상의 의의는 다음과 같다.

- 1) 명확하게 상이한 행정활동의 법률적 속성은 행정행위 이론의 종적인 발전을 촉진한다.
- 2) 장래 행정소송법의 수정을 위해 판결형식의 확인이 증가하는 것은 우수한 이론의 바탕이 된다.
- 3) 행정사실행위를 규율하는 것은 행정상대방에 대한 법률적 보호를 개선한다. 예컨대, 행정조사권의 수여 및 행정조사가 준수해야 하는 절차를 규정하는 것은 행정기관이 행정조사권을 남용하여 상대방의 인신권 및 재산권을 침해하는 것을 방지한다.

2. 행정사법활동

행정사법활동(行政私法活動)이란 행정기관 또는 특별히 위임을 받은 기타 조직이 공공이익을 실현하고 특정한 행정목적 달성을 위해 사법적 수단을 이용하거나 또는 사법적 방식을 선택하여 실시하는 공공관리활동을 말한다.

19세기말 이래로 과학기술의 발전, 인구의 증가, 생활방식의 도시화에 따라, 인류는 단지 자신에게만 의지하여 생활의 필요를 실현할 수 없게 되었

다. 개인은 이미 자신의 생존공간과 생활자원을 완전히 장악할 수 없고, 점점 더 많이 사회와 국가에 의지하게 되었다. 따라서 국가는 점점 더 많이 경제활동에 개입하여야 하고, 국민을 위하여 광범위한 서비스와 행정관리를 제공하여 국민의 요구에 응답하여야 하며, 나날이 증가하는 대중의 물질적 정신적 요구를 만족시켜야 한다. 행정활동의 수단과 방식은 또한 보다 복잡하고 다양해지면서, 행정사법활동이 나타나게 되었다.

(1) 행정사법활동의 특징

행정사법활동은 다음의 특징을 지닌다.

1) 쌍방성

행정사법활동의 이러한 특징은 행정구조와 구분되는데, 후자는 국민 일방이 무상으로 받지만, 행정사법활동은 일정한 대가관계가 있다. 예컨대, 물, 전기, 가스 등 공공설비를 저가로 유상 사용하는 것이다.

2) 의존성

개인본위사상의 쇠락, 사회본위의식의 발전 및 사회발전의 객관적 필요에 따라, 국민은 국가에 점점 더 광범위한 서비스 제공을 요구하며, 교육, 위생, 교통, 오락에서 사회보장, 사회구제에 이르기까지 포함되지 않는 것이 없다. 이러한 서비스는 일반적으로 행정기관이 제공하고, 행정기관의 의무가 되기 때문에, 국민과 행정기관 사이의 관계는 점차 긴밀해 지고, 국민은 행정기관에 대하여 더욱 강한 의존성을 지닌다.

3) 수단의 다양성

행정활동이 사법형식 또는 방식을 채택하는 조건은 다음과 같다. 즉 공법규정이 없을 경우, 행정활동은 조정할 상응하는 규정이 없다. 이러한 상황에서는 사법(私法)규정만을 적용할 수 있고, 행정사법활동은 실제로 사법방식을 차용하여 행정목적은 달성하는 행위이다.

(2) 행정사법활동의 표현형식

현대법치국가는 모두 복지행정국가 또는 서비스행정국가이지만, 법체계와 법률전통이 상이하어, 행정사법활동의 표현형식 또한 상이하게 나타나는데, 구체적으로 다음과 같다.

1) 공무의 특수위임

물, 전기, 가스, 전화설비 또는 대중운수수단의 운영 등에 대하여, 국가는 조건에 부합하는 조직과 계약을 체결하고, 그에게 행정주체의 감독하에 자신의 자금과 명의로 이러한 공무를 관리하도록 특별히 위임하여, 사회와 대중의 일상생활의 수요를 만족시키지만, 관리활동의 비용과 보수는 모두 사용인이 지급한 비용에서 충당하고, 손익은 허가를 받은 자가 부담한다.

2) 행정상 경영관리행위

영국에서는 공법인이라 하고, 프랑스에서는 공유상업회사 및 공사업 공무법인이라 하며, 대만에서는 공기업이라 한다. 이러한 활동의 목적은 재정수익의 증가와 국민에게 경제적 서비스를 제공하기 위해서이다. 예컨대, 국유은행과 행정기관이 투자설립한 국유독자기업이다.

3) 공공재산 또는 공공시설의 건설, 유지 및 관리

행정기관은 국민의 의료위생, 문화오락 등의 수요를 만족시키기 위하여 병원, 요양원, 학교, 유치원 등 공공시설을 건립하고, 국민은 이용의 권리가 있고, 손해를 이유로 배상을 청구할 수 있다. 국민의 측면에서는 공공시설에 대한 이용관계이고, 행정기관의 측면에서는 서비스의 관리 및 제공의 관계이기 때문에, 관리부주의로 인해 국민에게 손해를 야기시키는 경우, 국가는 배상책임을 부담하여야 한다. 다만, 중국의 《국가배상법》은 공공시설이 야기한 국가배상책임을 규정하고 있지 않다.

(3) 행정사법활동 연구의 의의

행정사법활동은 중국에서 여전히 학계의 관심을 받지 못하고 있지만, 영국, 일본, 독일, 대만에서는 모두 비교적 심도있는 연구가 이루어 졌다. 예컨대, 영국의 공법인에 대한 유형화 연구, 일본의 경제행정에서의 공공기업, 독일과 대만의 행정사법에 대한 특별한 관심 등이 있다. 독일과 대만은 행정사법을 다음의 세 가지, 즉 사법활동을 보조하는 행정을 보조하는 행위, 영리 행정행위, 사법방식으로 행정임무를 달성하는 행위로서, 대만에서는 여전히 공공영조물, 공기업, 공공시설의 성립, 관리 이용관계 등에 대한 광범위한 연구를 진행하였다. 중국은 이러한 연구성과를 참고하여 실제문제를 해결할 수 있다. 예컨대, 중국에서 대출을 받아 건설한 특정 도로 교량에 만약 국민과 수납자간에 비용과 관련한 분쟁이 발생한 경우, 수납자의 비용은 수납허가증을 바탕으로 하기 때문에 국민과 수납자간의 분쟁은 민사소송으로 해결할 수 없다. 왜냐하면 이는 행정허가와 관련되고 민사계약과도 관련되기 때문에, 공법과 사법이 혼합된 현상이며, 행정소송 또는 민사소송 단독으로는 해결할 수 없다. 따라서 공공서비스행정활동의 특수한 규칙한 대한 연구가 강화될 필요가 있으며, 특히 공공시설이용관계의 특수성을 주의하여야 한다.

제 5 장 행정절차법

본장 개요

본장은 절차, 법률절차, 정당한 법률절차 세 가지의 관계에서부터 시작하여, 현대 행정절차의 두 가지 의미, 행정절차와 소송절차의 공통점과 차이점을 분석하고, 행정절차법, 특히 행정권력을 규율하는 기본법적인 지위와 기능 및 행정절차법의 기본 원칙을 상세히 서술한다. 또한 행정절차의 중요제도, 예컨대, 조사와 증거 제도, 정부정보 공개제도, 의견수렴제도 및 정식공청제도 등을 소개한다.

제 1 절 행정절차

1. 절차, 법률절차, 정당한 법률절차

행정절차는 법률절차의 일종이고, 법률절차는 현대사회에서 절차 자체가 가지고 있는 기술적인 의미 이외에 권력의 정당한 행사를 규율하고 인권을 보호한다는 의의가 부여되는데, 실제로는 일종의 정당한 법률절차이다. 행정절차의 의미를 정확하게 설명하기 위해서는 우선 우리가 절차법을 공부하거나 연구할 때, 자주 사용하게 되는 절차, 법률절차, 정당한 법률절차 등의 용어간의 관계를 명확하게 해야 한다. 요컨대, 이러한 용어간에는 점층관계가 존재하고, 수식어의 증가에 따라 함축적 의미는 점차 축소된다.

(1) 절 차

일반적으로, 절차(程序)는 완성해야 할 사정(事情)과 비교하여, “사건 진행의 선후 순서” 또는 “시간의 선후에 또는 순서대로 배정된 업무절차”¹⁾를 말한다. 컴퓨터 언어에서, 절차는 컴퓨터가 한 가지 또는 여러 가지의 작업을

1) 现代汉语词典》，《辞海》，《现代汉语规范词典》“절차”.

수행하게 하기 위하여, 순서에 따라 설계된 컴퓨터명령의 집합을 말한다.²⁾ 한 가지 일을 완성하기 위해, 사람들은 항상 일정한 절차의 도움을 빌린다. 사람들은 지식, 생활경험, 업무습관 등 각각의 차이로 인해 상이한 절차를 선택하여 동일한 일을 완성한다. 마찬가지로, 사람들은 동일한 절차를 이용하여, 상이한 일을 완성할 수도 있다. 따라서 절차와 완성해야 할 사정간에는 항상 유일한 대응관계가 존재하는 것은 아니고, 동일한 일도 상이한 절차를 통하여 완성될 수도 한다. 이와 동일하게, 동일한 절차는 상이한 사정을 완성하는데 이용될 수도 있다.

(2) 법률절차

사람들이 직장이나 일상생활 중에서 완성해야 할 사정의 종류는 매우 다양한데, 소위 가사(家事), 국사(國事), 천하사(天下事)는 모두 관심이 필요하다. 만약 일상생활에서 면을 끓일 때 먼저 물을 끓인 후에 면을 넣거나 면을 넣은 후에 물을 끓이면, 생산된 결과는 단지 면을 먹는 사람의 입맛에 영향을 줄 뿐이다. 그러나 어떠한 사정이 어떠한 절차를 채택하여 완성하는가 하는 것은 특정인의 이익 심지어 생명에 직접적인 영향을 주기도 한다. 예컨대, 범죄자에게 내리는 사형판결이 있다. 후자의 사정에서, 만약 결정자로 하여금 임의로 자신의 기호에 따라 상이한 절차를 선택하여 결정을 내린다면, 아마도 무고한 사람을 살해하게 되는 결과를 야기할 수도 있다. 따라서 어떠한 사정의 완성절차는 국가가 강제로 규정하고, 결정자의 자의(恣意)를 제한한다. 결정자는 반드시 특정한 절차를 따라 특정 사정을 완성해야 하고, 자기의 뜻대로 스스로 규칙을 설정할 수 없다. 절차규칙을 법률로써 규정하도록 하는 것이 결정자의 법적 의무가 될 경우, 그러한 절차는 법률절차라고 한다. 법률절차중의 주체는 각자의 절차적 권리를 향유하고, 상응하는 절차적 의무를 이행한다. 만약 의무자는 법적 절차 의무를 이행하지 않을 경우, 일정한 법률적 책임을 져야 한다.

법률절차의 이용이 완료된 이후에는 항상 하나의 법률실체결과가 형성되기 때문에, 법률학적으로, “절차”라는 단어는 항상 “실체”와 비교하여 불리는

2) 《现代规范汉语词典》“절차”

데, 일정한 방식, 절차, 시간 및 순서에 따라 법률결정을 내리는 과정을 말한다. 절차가 관심을 가지는 것은 결정을 형성하는 과정이고, 실체가 관심을 가지는 것은 결정의 내용이다. 사법(私法)영역의 활동은 의사자치원칙에 따라 실행되기 때문에, 민사주체 쌍방간에는 지배와 피지배의 관계가 존재하지 않고, 법률은 일반적으로 그 활동절차에 대하여 강제적 규정을 만들지 않는다. 또한 공권력 영역에서, 공권력이 강제성을 지니기 때문에 만약 남용되면 아주 쉽게 국민의 권리를 침해할 수 있다. 따라서 법률은 권력행사의 절차에 대하여 명확하게 규정함으로써 권력행사의 이성과 공정성을 확보한다. 법률 절차의 규율대상은 주로 공권력이다. 현대 국가권력이 입법권, 행정권 및 사법권으로 분립되어 있는 것과 비교하여, 현대 법률절차는 주요하게 입법절차, 행정절차 및 소송절차를 가진다.

(3) 정당한 법률절차

컴퓨터 프로세스 절차, 식물의 성장절차, 기타 절차와 비교하여, 법률절차는 형식상 법률결정이 경험하는 방식, 시간 및 질서 등을 형성하는 것으로 구현되지만, 법률절차가 인간과 인간간의 관계에 미치고, 인간과 기계, 물건과의 관계에는 미치지 않기 때문에, 법률절차가 특수한 가치추구를 하게 되고, 정확한 실체결정을 형성하고, 법률절차의 유일한 목표는 아니다. 법률절차는 반드시 사람이 실체결정을 형성하는 과정중의 존엄과 권리를 보장해야 한다. 따라서 법률학자는 법률절차에 대한 형식적 특징의 묘사에 항상 불만족하기 때문에 이를 일종의 사회관계로 생각한다. 예컨대, 지웨이동(季卫东) 교수는, “절차를 교섭과정의 제도화”³⁾ 라고 본다. 관 바오잉(关保英)교수는 “절차는 법률제도 중 하나의 현상이기 때문에 반영되는 것은 참가주체의 관계정립과 권익교환과정에서 각 주체간의 이용규칙이다.”⁴⁾라고 본다. 미국연방최고법원의 윌리엄 오빌 더글라스(William O. Douglas) 판사는 “권리규정의 대다수 조항은 절차적 조항으로써, 이 사실은 무의미하다. 절차는 법치(法治)와 인치(人治)간의 기본 구별을 결정한다.”⁵⁾라고 본다. 앞서 설명한 바와 같

3) 季卫东：“法律程序的意义”载《中国社会科学》1993年 第1期。

4) 关保英：《行政法的价值定位》，中国政法大学出版社，1997年版，第182页。

5) 季卫东：“程序比较论”载《比较法研究》1993年 第1期。

이, 법률과정 중에서 절차주체의 지위는 학자들이 관심을 갖는 핵심이다. 지웨이동 교수는 중국에서 광범위하게 영향을 지니고 있는 《절차비교론》에서, 법률절차의 보편적 형태를 다음과 같이 제시했다. 즉 어떠한 기준과 조건에 근거하여 논쟁을 정리하고, 공평하게 당사자의 의견을 청취하며, 당사자로 하여금 이해하거나 인정할 수 있는 상황에서 결정을 내리는 것이다.⁶⁾ 절차에 대하여 지웨이동 교수가 내린 이러한 설명에는 절차의 기술적 의의에 대한 묘사가 있다. 이는 즉 결정자는 특정 기준과 조건에 따라 논쟁을 정리하고 결정을 내리는 것이다. 또한 권력의 공정한 이용을 규율하는 절차의 함축적 가치추구가 있는데, 이는 결정자는 “공평하게 의견을 듣고, 당사자로 하여금 상황을 이해하고 허가하여” 결정을 내리는 것이다. 따라서 지웨이동 교수가 묘사한 법률절차는 실제로 일종의 정당한 법률절차로서, 법률절차는 형식상 법률이 규정하는 것이 뿐만 아니라, 실제로 공정하고 공평한 요구를 만족해야 하기 때문에, 정당한 법률절차를 구성한다.

영국은 1215년의 《자유대헌장》과 1355년 에드워드 3세가 공포한 율령(자유율이라고 불리고 함)은 정당한 법률절차의 최초 연원으로 간주된다.⁷⁾ 그러나 상술한 법률문건 중 확정하는 정당한 절차원칙의 적용대상은 주로 귀족이고, 귀족이 국왕으로부터 쟁취한 권리이기 때문에 보편성을 지니진 않는다. 정당한 법률절차의 실질은 현대 법률절차의 요구이고, 그 핵심요소는 요구에 있을 뿐만 아니라 최종적 실제결과는 반드시 공정해야 하기 때문에, 발생하는 실제결과의 과정 역시 동일하게 공정해야 한다. 과정의 공정성은 집중적으로 피결정자가 그 과정에 참여하는 지의 여부에서 표현되는데, 피결정자가 권력이용과정에서 독립적인 주체로서 존재하는지 아니면 권력지배객체로서 존재하는지 이다. 따라서 현대사회에서 개인주체성의 확립은 정당한 법률절차가 하나의 법률원칙으로 간주되어 보편적 확립의 기초가 될 수 있다.

6) 季卫东：“程序比较论”载《比较法研究》1993年第1期。

7) 1215년의 《자유대헌장》 제39조는 다음과 같이 규정한다. 즉 “귀족 법관의 합법재판 또는 당해지역의 법률을 거치지 아니하고는, 어떠한 자유민에 대하여 감금, 재산박탈, 유배 및 기타 형식의 징벌을 받지 않으며, 또한 공격과 축출도 받지 않는다.” 1355년 에드워드 3세가 공포한 이런 율령은 다음과 같이 명확하게 규정하고 있다. 즉 “어떠한 사람도 그 신분, 지위상태의 여하에 관계없이, 정당한 법률절차를 거치지 않으면, 체포, 감금, 재산 몰수.....또는 사형을 받을 수 없다.”

미국에서 정당한 법률절차는 헌법이 규정하는 하나의 원칙으로, 연방헌법 수정안 제5조와 제14조는 연방과 주는 정당한 법률절차를 거치지 않고, 인간의 생명과 자유 및 재산을 박탈해서는 안 된다고 특별히 규정하고 있다. 정당한 법률절차의 요구는 영국 보통법상의 자연적 정의원칙에서 구현되고 있다. 자연적 정의원칙(自然公正原則)은 다음의 두 가지 기본규칙을 포함한다. 즉 i) 누구도 자신의 사건에 대한 법관이 될 수 없다. ii) 상대방의 의견을 청취한다.

정당한 법률절차가 하나의 법률원칙으로 적용되는 영역은 영국과 미국 등 국가에서는 사법영역, 특히 형사심판 영역이었고, 행정권의 확장에 따라 행정권력으로 점차 확장되어, 행정절차는 반드시 준수해야 하는 가장 기본적인 원칙이 되었다. 독일, 일본 등 전통적으로 실체가 중시되고 절차를 경시되는 국가에서는, 2차 세계대전 후 신헌법의 공포에 따라, 국민과 행정기관 간의 관계에서 근본적인 변화가 발생하여, 행정기관을 포함한 모든 국가기관은 국민이 인간의 존엄을 가지도록 존중할 의무가 있다. 국민은 행정의 객체에서 독립된 주체로 변화되었고, 행정권의 운용에 직접 참여할 수 있는 권리를 지니며, 행정절차가 시대의 요구에 의해 생겨났으며, 정당한 법률절차는 행정기관이 행정권을 행사할 경우 반드시 준수해야 하는 기본원칙이 되었다.

2. 행정절차의 정의

법률절차의 구분에 대하여, 절차가 규율하는 권력을 기준으로 삼는 것이 비교적 적합하다. 행정절차는 법률절차의 일종으로서, 행정권력 운영의 절차이고, 구체적으로 행정기관이 행정권력을 행사하여, 행정행위를 내리기 위해 준수하는 방식, 절차, 시간 및 순서의 총괄을 말한다.

1) 행정절차는 행정권력의 운영절차이다.

삼권분립이론에 근거하여, 행정권은 입법권과 사법권에 대하여 상대적이다. 입법기관이 입법권을 행사하여 법률규범을 제정하는 절차는 입법절차이고, 사법기관이 사법권을 행사하여 분쟁을 해결하기 위해 판결을 내리는 절차는 소송절차이며, 행정절차는 행정기관이 행정권력 행사할 경우에 준수하는 절차로서, 행정행위의 사전절차이다.

행정권력의 운영은 상·하급 행정기관과 상이한 지역이나 상이한 부처의 동급행정기관에 미치고, 행정기관과 상대방에도 미친다. 이와 비교하여, 전자는 내부행정절차를 형성하고, 후자는 외부행정절차를 형성한다. 따라서 행정절차는 행정권력 운영절차의 총칭으로서, 내부행정절차와 외부행정절차를 포함한다.

행정절차는 행정권력 운영의 절차이지만, 행정절차가 행정기관에서 독립하여 일을 완성한다는 것을 의미하는 것은 아니고, 상대방 일방(상대방과 내부절차에서 지정하는 행정기관 포함)이 아무 성과도 낼 수 없는 상태에 처하게 되면, 특히 외부절차에서 상대방이 의견을 진술하는 등의 방식을 통해 행정절차의 운영에 참여하고, 행정기관과 함께 행정절차를 추진하여, 최종적으로 행정결정을 형성한다.

2) 행정절차는 행정행위를 위한 행정기관의 절차이다.

행정기관의 모든 행위절차가 행정절차는 아니다. 행정기관이 민사주체의 신분으로 민사행위를 진행할 경우에 준수해야 하는 절차는 행정절차가 아니다. 행정기관이 피고인의 신분으로 행정소송에서 나타날 경우, 그 행위절차 또한 행정절차가 아니다. 따라서 행정절차의 실질은 행정권력을 행사하는 주체가 준수하는 절차이다.

3) 행정절차의 구성요소는 방식, 절차, 시간 및 순서를 포함한다.

방식(方式)은 특정 행위를 실시하고 완성하는 방법과 행위결과의 표현방식을 말한다. 비밀의 방식 또는 공개의 방식을 채택하여 결정을 내리는 것과 같이, 행정결정은 서면의 방식 또는 구두 방식으로 만들어진다. 과학기술의 발전에 따라, 전자기술이 행정절차도 사용되는데, 예컨대, 스페인 《행정절차법》 제45조는 공개행정기관이 활동전개와 그 기능을 행사하기 위해 헌법과 법률이 규정하는 범위내에서 기술과 전자, 컴퓨터 또는 통신매체의 사용과 운용을 추진한다고 규정하고 있다. 또한 한국 《행정절차법》 제14조는 행정기관이 신속하게 송달할 필요가 있다고 생각할 경우, 전신, 팩스 또는 전화 등의 방식을 취할 수 있다. 절차(步驟)는 특정 행위를 완성하기 위하여 경과되는 단계를 말한다. 행정절차는 일반적으로 절차의 시작, 진행 및 종결의 세

단계로 구성되고, 많은 국가들이 바로 행정절차의 상이한 단계를 입법단서로 삼아, 행정절차법의 절차규정을 구축한다. 시간(时间)은 특정 행위를 완성하는 기한을 의미한다. 시간은 하나의 중요한 절차제도로서, 행정기관이 특정 행위를 완성하는 기한을 규정하여, 행정기관이 적극적으로 권력을 행사하는 것을 촉진시키고, 상대방의 권리·의무관계를 신속히 확정할 수 있으며, 행정기관이 상대방의 이익요구를 이유없이 지연시키는 것을 피하는데 유리하다. 이 밖에, 시간의 규정은 행정효율을 제고하는데 도움이 된다. 즉 순서(顺序)는 특정 행위를 완성하기 위하여 반드시 거쳐야 하는 절차의 전후차레이다. 예컨대, 행정기관이 행정결정을 내릴 경우, 반드시 “선 증거수집, 후 판결” 하고, 먼저 결정을 하고 후에 증거를 수집할 수 없는데, 그렇지 않으면, 이는 사람의 인식 규율을 위배하는 것이며, 쉽게 잘못된 결정을 형성한다.

4) 행정절차의 운영결과는 행정법규, 규장 및 기타 규범성 문건을 제정하거나 또는 행정결정을 내리는 것이다.

법률절차의 운영은 일정한 결과를 생산하는데,⁸⁾ 입법기관이 법정입법절차를 통하여 생산하는 결과는 법률문건을 제정하는 것이고, 사법기관은 소송절차를 통하여 민사, 행정분쟁 및 형사피고인이 범죄구성요건에 해당하는지에 대하여 판결을 내리는 것이다. 행정절차의 운영결과는 행정법규, 규장 및 기타 규범성 문건을 제정하거나 또는 구체적인 사항에 대하여 행정결정을 내리는 것으로 표현된다.

5) 행정절차는 일종의 법률절차이다.

행정절차는 행정기관이 국가를 대표하여 사회사무를 관리하기 위해 준수하는 절차로서, 행정권력운영의 절차규칙이다. 행정권력의 순서에 따른 운영을 보장하기 위하여, 많은 중요한 행정절차가 법률에 의해 규율된다. 행정절차가 법률절차이라는 말은 행정절차가 일단 법률에 의해 규율되면, 행정기관과 상대방이 법률상의 절차상 권리·의무가 되어, 규범성과 강제성을 지니게

8) 소송절차 중, 법원의 심판절차 일단 시작하면, 반드시 판결을 내려야 한다. 재판의 획득은 당사자 소권의 중요구성 부분 중 하나이다.

된다. 행정기관은 반드시 행정절차법이 규정하는 절차의무를 이행해야 하고, 그렇지 않을 경우 그에 상응한 법률책임을 부담한다.

3. 현대사회에서 행정절차의 두 가지 의의

(1) 기술측면의 행정절차

행정절차는 절차의 일종이고, 기계조작규칙과 컴퓨터의 조작절차와 동일하다. 일반적으로 절차의 특징을 가지고, 행정기관이 규칙을 제정하거나 행정결정을 내리기 위해 준수하는 방식, 절차, 시간 및 순서의 총괄이다. 과학적, 합리적 절차의 설계를 통해, 행정기관은 예정된 행정목표를 효과적으로 실현할 수 있다. 이러한 측면에서, 행정절차는 행정목표를 실현하는 수단과 도구로서, 행정절차의 기술성과 도구성의 특징을 구현한다. 기술측면의 행정절차는 모든 사회형태의 행정절차가 보편적으로 지니는 의의이기 때문에, 어떠한 사회에서든지 행정목표는 일정한 행정절차를 통하여 실현된다.

(2) 권력제약 측면의 행정절차

행정절차는 행정관리목표를 실현하는 도구와 수단이지만, 또한 행정관리목표를 실현하는 도구와 수단이 아니기도 하다. 기계는 제품을 생산하고, 컴퓨터절차의 운영이 구현하는 것은 사람과 자연의 관계이며, 물(物)에 대한 인간의 통제이다. 여기에서는 어떻게 생산량을 높이고, 컴퓨터의 기능을 개선하는 것인가가 인간이 절차를 설계하여 추구하는 유일한 목표이다. 행정절차에서, 절차가 생산한 법률결정은 국민의 권리·의무에 대하여 영향을 미치는 것은 사람에 대한 결정이고, 구현하는 것은 국가권력과 국민간의 관계이다. 따라서 행정절차는 단지 행정기관이 사실을 인정하여 결정을 내리는 인식과정일 뿐만 아니라 동시에 가치선택과정이다. 즉 국민이 행정권력 운영에서 행정객체로서 행정기관이 내리는 권리·의무에 영향을 미치는 결정에 수동적으로 영향을 받을 것인지, 아니면 독립된 인격을 지닌 주체로서 주동적으로 행정결정의 형성에 참여할 것인가이다. 전제사회에서는, 국민은 행정의 객체로 간주되어, 행정과정에 참여할 권리가 없고, 행정결정은 특정 종류의 방식에 의해 내려지고 공무원이 자의적으로 결정하여 지대한 임의성을 가지

고 있다. 다만, 현대사회에서는 국민의 기본적 권리가 헌법에서 확정됨에 따라, 국민은 비로소 독립인격을 가진 주체로서 행정권력의 운영에 참여하고, 행정권력 운영과정에 국민의 권리를 보장함으로써, 실체적 목표이외의 행정절차가 추구하는 또 다른 목표를 실현하게 되었다. 국민에 대하여 말하자면, 행정기관이 자신의 권리와 의무에 영향을 미치는 결정을 내리는 과정에, 행정기관에게 의견을 진술하고, 증거를 제출하며, 항변권을 행사함으로써 효과적으로 행정절차에 참여하고, 자신의 사무에 대하여 일정한 정도까지 자결권을 행사하여, 인간이 스스로 자신의 운명을 주재하는 주체적인 지위로서 존중을 받는다. 행정절차는 이러한 측면에서, 행정과정의 공정성을 보장하고 행정권력의 남용을 제약하는 중요한 보장장치가 된다.

권력제약측면에서 행정절차는 현대사회 행정절차의 독자적인 의의이고, 전제사회의 행정절차는 기술적인 측면의 의의만 지닌다. 이는 왜 행정절차가 행정권의 생산에서부터 존재하지만, 행정절차의 제도화, 법률화가 현대 이후에 비로소 늦게 출현하게 되었는지에 대한 원인이다. 현대사회에서 행정권력의 확장과 행정 자유재량사무의 확대에 따라, 확실히 행정절차가 권력을 제약한다는 측면의 의의는 행정권력을 제약하는 정당한 운영과 국민권리의 보호에 대하여 매우 중요한 현실적인 의미를 가지고 있다.

4. 행정절차와 소송절차

(1) 행정절차와 소송절차의 공통점

1) 행정절차와 소송절차는 모두 절차범주에 속하고, 실체와는 대조된다.

행정절차와 소송절차는 절차범주에 속하고, 그 임무 중 하나는 실체법을 시행하고 실체법률 결정을 내리는 것이다. 행정절차에서는 행정주체가 행정실체법을 적용하여 행정결정을 내리고, 소송절차에서는 법관이 형사, 민사 및 행정사건에서 각각 구분하여 형법, 민법 및 행정법을 적용하여 실체판결을 내린다. 행정법상의 합법성 원칙이 실체적 합법성과 절차적 합법성 두 가지를 포함하기 때문에, 법원은 행정소송에서 행정실체법을 적용하기도 하고, 행정절차법을 적용하기도 한다.

행정실체법의 시행과 형사실체법·민사실체법의 시행은 단지 형사소송법과 민사소송법을 통하여 상이할 수 있고, 행정실체법의 시행은 행정소송법을 통할 수 있고, 행정절차법을 통할 수도 있다. 따라서 행정절차와 행정소송절차가 대상으로 하는 실체사무는 동일하고, 모두 행정실체법을 적용하여 적용한 절차이다. 따라서 양자는 모두 행정권력을 규율하는 기능을 가지고 있지만, 상이한 점은 행정절차는 행정권력 운영과정에 대한 통제로서, 행정행위의 사전절차에 속한다는 점이다. 행정소송절차는 행정권력 운영에 대한 사후감독으로서, 행정행위의 사후구제절차에 속한다.

2) 실체법률결정을 형성하는 과정으로서, 행정절차와 소송절차는 모두 몇몇의 연결고리로 구성된다.

행정결정이 내려지든 또는 사법판결이 형성되든지에 관계없이, 모두 몇몇의 연결고리로 구성되며, 일반적으로 절차의 시작, 진행 및 종결 세 가지의 단계를 포함한다.

3) 행정절차와 소송절차는 동일한 절차제도를 지닌다.

양자는 많은 공통점을 갖는 제도로서, 절차의 공정성을 보장하기 위하여, 소송절차는 법관의 회피제도를 규정하고, 행정절차법은 역시 공무원의 회피제도를 규정한다. 예컨대, 《연방행정절차법》은 제2장 “행정절차의 일반규정”에서 행정절차의 당사자, 대리, 회피, 증거, 당사자의 진술청취, 문건열람, 기간, 기일 등의 제도를 규정하고 있다. 이러한 제도는 역시 소송절차를 위해서도 구비되어 있다. 동일한 제도규칙은 당연히 구별될 수 있다.

(2) 행정절차와 소송절차의 차이점

1) 절차의 주체의 상이

행정절차의 주체는 주로 행정기관과 상대방이다. 소송절차의 주체는 주로 법원, 원고 및 피고가 당사자가 된다. 행정기관은 행정절차에서 조사자와 결정자의 지위에 있고, 소송절차에서의 당사자의 지위에 있다.

2) 절차개시 방식의 상이

행정권은 공공의지를 집행하는 권력으로서, 행정절차의 개시는 일반적으로 직권진행주의를 관철하기 때문에, 행정기관이 주동적으로 개시하고, 상대방 의사표시의 구속을 받지 않는다. 일반적인 상황에서, 행정절차의 개시여부, 행정절차의 개시시기 및 행정절차의 개시방법은 행정기관의 자유재량범위에 속하기 때문에, 행정기관이 직권으로 확정한다. 만약 법률이 직권 또는 신청에 근거하여 행정절차를 개시할 의무를 규정하거나 또는 상대방의 신청으로 행정절차가 개시될 수 있다고 규정하면, 행정기관은 자유재량권이 없다. 독일 《연방행정절차법》 제22조는 다음과 같이 규정하고 있다. 즉 “당국은 의무에 적합한 재량에 따라 행정절차를 할 것인지 여부와 그 시기를 결정한다. 다만, 당국은 법규의 규정에 근거하여 다음의 상황이 있는 경우 적용하지 않는다. i) 직권 또는 신청에 따라 절차를 처리할 경우, ii) 단지 신청에 의해서 절차를 처리해야 하지만, 신청이 없는 경우”

사법권은 분쟁을 해결하거나 또는 범죄를 징벌의 권력으로, 현대 삼권분립 체제하의 사법기관의 직책은 주로 공정하고 독립적으로 법률을 시행하고, 분쟁을 해결한다. 법관은 더 이상 주동적으로 사회질서를 보호하는 역할을 담당하지 않고, 분쟁에 대하여 독립적인 것 이외에, 원고의 청구에 따라 분쟁에 대하여 판결을 내리는 것이다. 따라서 소송절차의 개시는 피동성을 지니고, “불고불리”의 원칙을 실행한다. 분쟁이 발생된 후, 당사자는 법원에 분쟁을 제소하고, 검찰이 법원에 사건을 이송할 때, 비로소 법원은 소송절차를 개시할지를 결정할 수 있다.

3) 절차구조의 상이

절차구조는 절차에서 절차 각 주체의 지위와 상호관계를 말하는 데, 광의로 형사소송구조는 수사과 기소, 심판간의 관계를 포함한다.⁹⁾ 소송구조는 일반적으로 3자 주체와 연관된다. 즉 원고와 피고 쌍방은 평등한 대항력을 지니고, 법원은 중간 제3자로서 재판한다. 행정절차의 구조는 행정재결 등 행

9) 李心鉴: 刑事訴訟構造論"載《程序法論》, 中國政法大學法律系刑事訴訟教研室, 1993年編印, 第326頁。

정사법절차를 제외하고 쌍방 주체에만 영향을 미치고, 절차는 행정기관과 상대방 쌍방이 구성한다. 행정기관이 관리자 지위에 있을 경우, 상대방은 피관리자의 지위에 처하게 된다. 행정기관은 조사자이자 결정자이다. 행정사법절차에서, 행정재결과 상급기관이 심판기관을 담당하는 행정심판에 대하여, 절차의 구조와 소송절차는 동일하고,¹⁰⁾ 3자 주체에 영향을 미치며, 행정기관 중간에서 민사분쟁과 행정분쟁에 대하여 재결을 내린다.

4) 절차결과의 상이

행정절차는 행정행위의 사전적 절차 및 사건중의 절차이고, 절차운영의 결과는 행정법규, 규장 및 기타 규범성 문건을 제정하거나, 또는 특정상대방에 대한 행정결정을 내리는 것이다. 소송절차가 종료된 후, 법원은 다음과 같은 판결을 내린다. 즉 형사소송에서는 형사피고인에 대하여 범죄형량을 정하고, 유죄 또는 무죄판결을 내리고, 민사소송에서는 당사자의 민사분쟁에 대하여 판결을 내리고 원고와 피고가 각각 부담해야 할 민사책임을 확정하며, 행정소송에서는 구체적인 행정행위에 대하여 합법성에 대한 판단을 내린다.

(3) 행정절차와 행정소송절차의 연결

행정절차는 행정행위의 사전절차이고, 행정소송절차는 행정행위의 사후구제절차이기 때문에, 양자간에는 전후 연결관계가 존재한다. 행정절차의 위법행위에 대하여, 절차위법과 실체행정 결정위법을 포함하고, 상대방은 법원에 제소할 수 있으며, 법원에 심사철회를 청구할 수 있다. 이 경우, 행정절차는 행정소송절차의 심사를 받아야 하고, 법원은 행정소송절차를 통해 행정절차와 행정절차가 생산하는 실체결정이 합법인지에 대한 심사를 진행하여 판결을 내린다. 행정절차와 행정소송절차의 이러한 전후 연결관계는, 법률절차의 행정권력에 대한 통제가 행정행위의 사전과 사후에 일관되게 진행되게 하고, 행정절차가 행정효율을 제고시키며, 소송절차중 공정성을 보장하는 제도에 대하여 완전히 모방하는 것이 아니라, 행정적 특징과 결합하여 개조할 수 있다.

10) 행정심판은 상이한 상황을 구분하고 있다. 만약 심판기관이 원 행위기관일 경우, 절차는 두 가지로 구성된다. 만약 심판기관이 원 행위기관의 상급기관일 경우, 행정소송절차와 동일하다.

5. 행정절차의 종류

(1) 외부행정절차와 내부행정절차

외부행정절차와 내부행정절차는 상대방이 행정절차의 일방주체인지 여부를 기준으로 하여 행정절차에 대하여 내린 일종의 분류이다. 소위 외부행정절차는 행정기관과 국민, 법인 또는 기타 조직 간에 적용되는 절차로서, 예컨대, 의견청취절차는 행정기관이 상대방의 의견을 듣는 것이고, 이유설명은 행정기관이 당사자에게 이유를 설명하는 것이다. 외부행정절차는 현대 행정절차법의 핵심내용으로, 행정절차법학연구의 핵심이다. 미국 등의 일부 국가는 그 행정절차법 중에서 외부행정절차만을 규정한다.

내부행정절차는 행정기관내부와 행정기관간에 적용되는 절차이다. 예컨대, 행정기관간의 행정협조, 상급행정기관의 하급행정기관에 대한 지시 등이 있다. 내부행정절차는 직접적으로 상대방에게 미치지 않지만, 내부행정절차가 규율하지 않더라도 상대방에게 간접적인 영향을 미치기 때문에, 포르투갈과 같은 일부 국가의 행정절차법은 내부행정절차를 규정하고 있다.

(2) 추상적 행정행위 절차와 구체적 행정행위 절차¹¹⁾

이는 행정행위의 유형에 따른 행정절차의 분류이다. 행정행위는 복잡하고, 성질의 차이가 비교적 크며, 상이한 종류의 행정행위절차 규칙과 차이가 매우 크기 때문에, 행정절차제도가 강력한 유형화 상태를 나타내게 한다. 따라서 반드시 추상적 행정행위와 구체적 행정행위를 구분하여 각자 준수해야 할 절차를 연구해야 한다.

추상적 행정행위 절차는 행정기관이 행정입법과 기타 규범성 문건을 제정하는 절차이다. 추상적 행정행위는 구체적 행정행위의 근거이고, 불특정 대중의 이익에 영향을 미치기 때문에, 효과적인 대중참여제도는 추상적 행정행

11) 비록 학계와 입법 모두 점차 추상행정행위와 구체적 행정행위의 구분기준을 방치하지만, 《행정소송법》이 아직 수정되지 않았기 때문에, 여전히 이러한 구분기준을 사용하여, 행정행위를 묘사한다.

위절차의 핵심내용이고, 절차의 과학과 민주를 통하여 규칙의 과학과 공정을 확보하여, 규칙이 순조롭게 집행되게 한다.

구체적 행정행위 절차는 행정기관이 구체적 행정행위를 내릴 경우의 절차이다. 구체적 행정행위는 구체적인 당사자에 대하여 내리는 것으로, 사실을 인정하고, 법률을 적용하는 과정으로, 사실인정의 정확성을 보장하고 특정 당사자의 이익을 보호하는 것은 구체적 행정행위절차가 부담하는 임무이다. 증거제도와 의견청취제도는 구체적 행정행위 절차의 핵심내용로서, 절차의 이성과 공정을 통해 행정결정의 정확성을 보장하고, 상대방의 이익을 보호한다. 이 외에 구체적 행정행위의 수량이 많아짐에 따라, 행정관리의 효율과 직접 관련이 되고, 행정효율을 제고하는 방법이 역시 구체적 행정행위 절차가 해결해야 할 문제이다.

제 2 절 행정절차법

세계범위에서 보면, 행정절차법은 20세기, 특히 2차 대전이후 현대사회에서 행정권력의 확장과 복리국가의 도래에 따라 발전하게 된 새로운 법률현상이다. 중국에서는 역사적 원인으로 인해 행정절차법이 20세기에 이르러서야 비로소 학자와 입법부문의 관심을 끌게 되었다.

1. 행정절차법의 개념

행정절차법의 이해는 광의와 협의로 나뉜다.¹²⁾ 광의의 행정절차법은 행정절차의 법률규범에 관한 총칭으로, 행정절차법전과 기타 단행법에 분산된 행정절차 법률규범을 포함한다.¹³⁾ 협의의 행정절차법은 단지 행정절차법전만을 말하는데, 미국, 독일, 일본 등의 국가는 이미 행정절차법전을 제정하였다.

12) 대만에서의 이에 대응하는 개념은 형식적 의미의 행정절차법과 실질적 의미의 행정절차법이다. 형식적 의미의 행정절차법은 행정절차법의 법전을 의미하고, 실질적 의미의 행정절차법은 행정절차를 규정하는 각종 법규를 말한다.

13) 일부 학자들은 광의적으로 행정절차법을 이해하는데, 예들 들어, 대만의 학자 린지동(林纪东)은 행정소송법과 소원법의 내용은 행정절차법 중에서 규정된다고 주장한다. 林纪东：“行政程序法在民主国家的功能”载(台)“行政院”研发会 编印《各国行政程序法比较研究》1979年版, 第23 - 24页.

그 내용에 대하여 말하자면, 행정절차법은 절차법의 일종으로, 행정절차중의 행정기관과 상대방의 권리와 의무를 규율하는 법률규범의 총칭이다. 행정절차법은 하나의 독립된 법률부문이 아니라, 행정법의 유기적 구성부분으로, 행정권력의 운영이 규율대상이다.

1) 행정절차법은 행정권을 규율대상으로 한다.

행정절차법은 행정기관과 상대방이 행정권을 운영하는 과정에서 각자의 절차적 권리와 의무를 규정하였고, 행정기관이 절차적 의무를 부담하도록 요구함으로써, 행정권의 이성적, 민주적 행사를 보장하고, 행정관리에서 열악한 지위의 상대방을 보호한다. 이에 근거하여 행정절차는 법률조정하에 일종의 행정기관과 상대방간의 역할배치체계로 간주되고, 행정기관과 상대방은 각자 행정권력 운영과정중의 지위를 확립한다.

2) 행정절차법은 행정권력 운영에 관한 절차규정이다.

행정절차법은 행정기관이 행정권을 행사하고 행정행위를 내릴 경우, 반드시 준수해야 하는 절차규칙을 규정하였고, 행정권력 운영의 방식, 절차, 시간 및 순서 등의 절차규칙에 관한 규정이다.

학리적으로 말하면, 행정절차법은 행정권력운영에 관한 절차규정이지만, 점점 더 많은 대륙법계 국가의 행정절차법은 이미 이러한 이해를 넘어, 행정절차법에서 행정행위 등의 실체적 측면의 내용을 규정하고 있다. 예컨대, 독일 《연방행정절차법》 제3장은 행정행위의 효력, 무효, 철회, 폐지 등의 실체적 내용을 상세하게 규정하였고, 행정절차법에 많은 실체규정이 수용되었다.

3) 행정절차법은 주로 외부행정절차에 관한 규정이다.

전통적 행정절차규범과 달리, 현대 행정절차법은 외부행정절차가 주이고, 주로 행정절차에서 행정기관과 상대방의 권리·의무 관계를 규율하고, 행정과정중 행정기관과 상대방의 상호관계에 관한 규정이다. 독일 《연방행정절차법》 제8조는 다음과 같이 규정한다. 즉 “행정절차는 당국이 행정요건을 심사하는 활동이다. 행정처분을 준비하거나 또는 행정처분을 작성하고 공법계약을 체결함으로써 대외적으로 효력을 발생시키는 행위이다.”

많은 국가의 행정절차법은 현재 내부행정절차에 대하여 상당히 많은 규정을 제정하였다. 예컨대, 스페인 《행정절차법》 제1편, 제2편의 총28개조는 공공행정기관과 그 상호관계 등의 내용을 규정하고 있다. 각국의 행정절차법의 규정으로 볼 때, 내부행정절차에 관한 규정은 주로 행정기관과의 상호관계에 관한 것으로, 상·하급 기관간의 관계를 포함하고,¹⁴⁾ 대등한 행정기관 상호관계의 규정을 지니고 있다.¹⁵⁾ 행정절차법에서 내부행정절차의 비중증가의 중요한 원인은 바로 내부행정절차가 외부행정절차와 구별되는 상대성이다. 행정절차법에서 행정기관간의 관계에 대하여 규율하는 것은 상대방의 이익 보호에 유리하기 때문에 긍정적이다.

2. 행정절차법의 성질과 사회생활에 대한 영향

행정법과 헌법은 밀접한 관계가 있는 두 가지 법으로, “헌법은 동태적인 행정법이고, 행정법은 동태적인 헌법이다.” 라고 할 수 있다. 행정절차법은 행정법의 중요한 구성부분으로, 헌법에서 행정권의 정당행사에 관한 요구를 직접적으로 구현하였고, 행정권의 정당한 행사를 규율하는 기본법이며,¹⁶⁾ 헌법이념의 중요한 사명을 직접적으로 실현할 책임을 갖고 있다. 예컨대, 미국 《연방행정절차법》은 정식적인 공청회 제도가 핵심으로, 법규와 행정재결을 제정하는 절차를 규정하였는데, 즉 정당한 법률절차규정에 관한 헌법수정안

-
- 14) 《스페인행정절차법》 제21조는 상급기관이 하급기관에 대한 명령 지휘권을 규정한다.
- 15) 예컨대, 포르투갈은 행정수권을 규정하고 있고, 스페인과 대만은 행정위임, 위임처리를 규정하고 있으며, 대만과 독일, 스페인, 한국은 행정협조를 규정하고 있고, 스페인, 포르투갈과 마카오는 대리 등 제도를 규정하고 있다. 应松年主编：《比较行政程序法》，中国法制出版社，1998年 참고.
- 16) 대만학자 예권룽(叶俊荣)은 행정절차법의 법적 성질을 “준헌법”으로 정의하고, “준헌법”을 다음과 같은 해석으로 표현하였다. 즉 헌법은 그 “최고”와 “기본”의 특성에 기초하여, 정부구조와 인권보장에 대하여 내린 강령적인 규정과, 많은 구체적 사항은 모두 반드시 입법기관이 통과시킨 법률에 따라 실현되어야 한다. 따라서 동일한 법률이지만, 특정 법률이 규정한 내용과 헌법이념·제도의 실현은 직접적 관련이 있고, 이러한 법률은 곧 헌법이론상 소위 “준헌법”인 법률이다. 준헌법이지만, 그 자체가 헌법은 아니고, 내용적으로는 헌법의 기본제도·이념과 직접적으로 연결 관계가 있어, 실제로는 헌법의 구체화이다. 叶俊荣：“转型社会的程序立法”载《当代公法理论》：翁岳生教授六秩诞辰祝寿论文集，月旦出版社 1993年版 참고.

제5조와 제14조의 확장이고, 정당한 법률절차 조항에 대한 구체화이며, 헌법이 규정하는 정당한 절차를 통한 국민권리를 보장하는 이념을 직접 구현하였다.

행정절차법은 행정권력의 정당한 행사를 규율하는 기본법의 성질을 가지고, 사회생활에 대하여 생산하는 광범위하고 심오한 영향을 결정하였다.

1) 국가기관 간에 대한 영향

행정기관이 행정권력을 행사할 경우 실제법률 규정에 부합하는 것 이외에, 행정절차법에도 반드시 부합해야 한다는 점으로 보아, 행정권의 행사는 행정절차법의 제정과 실시로 인해 견제를 받게 된다. 입법기관은 행정절차법의 제정을 통하여, 행정기관이 반드시 준수해야 하는 절차를 규정하고, 행정권의 행사를 제약한다. 법원은 행정행위가 법정절차에 부합하는지 여부에 대한 심사를 통해, 행정기관을 제약할 수 있다.

2) 행정권의 운영에 대한 영향

i) 권력운영방식에 대한 영향. 현대 행정절차법은 행정공개, 상대방 의견청취 등 기본제도를 규정하고, 행정을 공개적이고 투명하며 민주적인 과정으로 만든다. ii) 행정효율에 대한 영향. 과학적, 합리적인 행정절차의 설계는 행정효율을 제고하는데 도움을 준다. 이 외에, 행정절차법이 규정하는 행정공개와 상대방의 참여 등 제도는 국민과 행정기관의 협조를 강화하고, 양자간의 마찰을 감소시키며, 행정효율을 제고하는데 도움을 준다. iii) 행정비용에 대한 영향. 행정비용에 대한 행정절차법의 영향은 다음 두 가지 측면에서 구현되는데, 즉 직접비용의 증가와 착오비용의 감소이다. 행정절차법이 규정하는 정보공개와 상대방의 의견청취 등 제도는 행정기관으로 하여금 인원설치와 절차운영에서 직접 비용을 증가하게 한다. 다만, 상대방의 참여로 인해 행정기관이 결정을 내리는 사실기초는 대부분 상대방이 제공한 것으로, 행정기관은 이에 근거하여 조사비용을 절약하고 비용을 절감할 수 있다. 이 외에, 행정공개, 증언청취 등 제도는 행정기관이 정확하게 사실을 인정하는데 도움을 줌으로서, 착오비용을 절감시키고, 당사자가 사후에 행정소송과 사법심사를 제기할 가능성을 감소시켜, 상대방이 사후구제를 제기함으로 인해 증

가되는 비용들을 절감시킨다. iv) 공무원의 집행 관념에 대한 영향. 행정절차법의 제정은 공무원의 절차의식 제고와 정당한 절차를 따른 행정권의 행사에 도움을 준다.

3) 국민권리 보장방식에 대한 영향

이러한 종류의 영향은 두 가지 측면에서 구현된다. 첫째, 사후구제의 사전참여로 확대이다. 행정절차법의 제정은 국민이 행정결정의 형성에 참여하게 하고, 행정기관이 그에 대하여 불리한 결정을 내릴 경우, 행정결정의 내용을 이해하고, 행정기관에 증거를 제시하고, 자신의 의견을 진술하기 때문에, 국민권리에 대한 보장은 사전참여로 확대할 수 있다. 둘째, 실체법의 행정법으로 확대. 행정절차법은 주로 행정권 운영의 절차규칙을 규정하고, 행정기관의 절차의무가 주요내용이기 때문에, 국민권리에 대한 보호는 절차제도로 확대시킬 수 있다.

3. 행정절차법의 연원

(1) 헌 법

헌법에서 행정권 운영절차에 관한 규정은 행정절차법의 가장 기본적인 연원으로, 행정권력에 대한 최저한의 절차에 대한 요구이다. 헌법은 행정절차의 규정에 대하여, 내용상 일반적으로 고도의 개괄성을 지니고, 하위단계의 행정절차법을 통해 구체화적으로 규율해야 한다. 예컨대, 미국 연방헌법에서 규정한 “정당한 법률절차”(Due Process)¹⁷⁾는 1946년 《연방행정절차법》을 통하여 구체화되었다. 연방최고 법원의 해석에 근거하여, “정당한 법률절차”는 두 가지 의의를 포함하고 있다. 즉 i) 정당한 법률절차는 실체법규칙으로, 실질적 정당한 법률절차라고 한다. 이러한 의미의 정당한 법률절차는 국회가

17) 미국 “정당한 법률절차조항”은 헌법수정안 제5조, 제14조를 가리킨다. 헌법수정안 제5조는 연방기구는 “정당한 법률절차를 거치지 않고서는 어떠한 사람의 생명, 자유 또는 재산을 박탈할 수 없다.”고 규정하고, 제14조 수정안은 주행정기관에 대하여 동일한 제안을 두었다. 정당한 법률절차 조항은 최초로 형사절차에 적용하였고, 후에 점차적으로 행정절차로 확대되었다.

제정하는 법률은 반드시 공평과 정의에 부합할 것을 요구한다. ii) 정당한 법률절차는 절차법규칙으로, 절차적인 정당한 법률절차라고 한다. 이러한 의미의 정당한 법률절차는 모든 권력의 행사가 개인의 생명, 자유 또는 재산이 박탈할 경우, 반드시 당사자의 의견을 청취하고, 당사자는 공청회를 요구할 권리를 갖도록 요구한다.¹⁸⁾ 정당한 법률절차 원칙은 행정절차에 대한 최저 요구이고, 제정법에 행정절차에 관한 구체적 규정이 없을 경우, 행정기관은 헌법상의 정당한 법률절차의 요구를 위반할 수 없다.

영국은 성문헌법이 없기 때문에, 행정법상 미국 헌법의 “정당한 법률 절차 원칙”의 지위에 상응하는 것은 “자연적 정의원칙” (Natural Justice)이다. 자연적 정의원칙은 보통법에서 확립한 행정기관활동을 지배하는 절차규칙으로, 실체법 규칙은 아닌데, 이는 미국의 정당한 법률절차 원칙과는 조금 상이하다. 자연적 정의원칙은 최소한의 정의원칙으로, 행정기관을 구속하는 가장 기본적인 규칙이다. 만약 의회가 수권법에 권력을 행사하는 절차를 규정하지 않을 경우, 행정기관은 이로 인해 자신이 어떠한 절차적 제한을 받지 않는다고 생각할 수 없고, 그 권력의 행사는 반드시 자연적 정의원칙의 요구에 부합해야 한다.¹⁹⁾ 영국의 자연적 정의원칙은 주로 다음의 두 가지 내용을 포함한다. 즉 상대방 의견청취와 누구도 자신의 사건에 대한 법관이 될 수 없다.

중국 헌법에는 “정당한 법률절차”와 “자연적 정의”와 유사한 표현법이 없고, “정당한 법률절차”와 “자연적 정의” 요건을 구현하는 명확한 규정도 없다. 학자들은 이미 행정절차법의 헌법적 기초를 찾기 위해 노력한다.²⁰⁾ 예컨대, 헌법 제27조 “모든 국가기관과 국가공무원을 반드시 국민의 지지에 의지하여 항상 국민과의 밀접한 관계를 유지하여야 하고, 국민의 의견과 건의를 경청하여 국민의 감독을 받고 국민을 위해 복무하도록 노력하여야 한다.”는 공청회제도를 규정한다고 간주한다. 이러한 시도는 일정한 의의를 갖는다고 말할 수 있지만, 이러한 규정으로 인하여 다음과 같은 특징이 있다. 즉 i)

18) 王名扬：《美国行政法》，中国法制出版社，1995年版，383~384页。

19) 王名扬：《美国行政法》，中国法制出版社，1995年版，151~152页。

20) 江必新，周卫平编著：《行政程序法概论》，北京师范大学出版社，1991年版，45页。杨建顺：“市场经济与行政程序法”载《行政法学研究》1994年第1期，章剑生：《行政程序法学原理》，中国政法大学出版社，1994年版，91页。

지나치게 추상적이고, 행정절차원칙에 대하여 직접적 설명이 아니다. ii) 국민전체를 규율대상으로 간주하여 매우 강한 정치적 색채를 가지며, 국가기관의 업무방법에 대한 일종의 규정이지만, 국민개인의 권리에 대한 직접적인 보호는 아니다. iii) 헌법은 중국에서 법원판결의 직접적인 근거가 될 수 없고, 행정기관에 대하여 실제적인 구속작용을 발휘하지 못하기 때문에, “공청제도”가 법률적 개념으로 국민을 위해 이해하든지 또는 법률제도로서 간주하는지에 관계없이, 행정집행을 실천하게 된 것은 모두 《행정처벌법》 공포 후의 사실로서, 이미 충분히 증명된다. 따라서 헌법의 이러한 규정은 행정기관에 대한 법정절차 요건은 아니고, 이를 행정절차법의 법률연원으로 직접 간주할 수는 없다.

(2) 행정절차법전

협의의 행정절차법은 행정절차법전을 말하는데, 행정절차법전은 행정절차의 가장 직접적인 법률연원으로, 행정절차법전을 이미 제정한 국가에서는 가장 중요한 연원이다. 현재 자료에 근거하면, 스페인이 1889년 세계 최초의 행정절차법전을 제정하였다.²¹⁾ 현재까지 미국, 독일, 일본, 이탈리아 등 국가가 이미 행정절차법전을 제정하였다.

상술한 국가의 행정절차법전 중에서, 미국의 《연방행정절차법》과 독일의 《연방독일행정절차법》의 영향이 가장 크다. 미국 《연방행정절차법》은 다음의 두 가지 현저한 특징이 있다. 첫째, 기본적으로 절차에 관한 규정으로, 실체문제와는 관련이 매우 적고, 공청제도가 법전을 구성하는 핵심내용이다. 둘째, 행정행위에 대한 법원의 사법심사절차(소송절차)가 규정되는데, 이는 미국의 독특한 방법으로서, 기타 국가는 일반적으로 모두 전문적인 행정소송법을 제정하여 법원이 행정행위를 심사하는 절차를 규율한다. 이 외에, 입법기술로 보아, 미국연방행정절차법은 다음과 같은 특징을 가지고 있다. i) 행정기관의 행위를 법규제정과 행정재결 두 가지로 나누고, 상응하는 절차를 구분하여 제정한다. ii) 법규제정과 행정재결의 절차는 정식절차와 비 정식

21) 외국행정절차법전의 내용에 관하여 应松年主编 : 《外国行政程序法汇编》, 中国法制出版社, 2004年版 참조. 이 책은 15개 국가와 지역의 행정절차법전을 수록하였다.

절차 두 종류로 나눈다. iii) 행정공개와 투명성을 구현하는 《정보자유법》, 《프라이버시권》(隐私权法), 《회의공개법》(阳光下的政府法, Government under the Sunshine Act)을 동일한 법전에 수록한다. 미국 《연방행정절차법》은 공정, 민주 및 효율을 입법원칙으로 간주하고, 2차대전 후의 미국의 국제지위에 부가하여 제정함으로써 세계적으로 중대한 영향이 미쳤기에 기타 국가도 모방하고 있다.

독일의 《연방독일행정절차법》은 미국의 입법모델과는 완전히 상이하기 때문에, 대륙법계 국가의 행정절차법에 중대한 영향을 끼쳤다. 미국이 단지 절차적 사항에 대하여 규정하는 것과는 달리, 독일은 그 행정절차법에서 행정법의 기본원칙, 행정처분의 효력 및 공법계약 등 실제적 내용에 대하여 규정한다. 행정절차법은 특정 의미에서 행정법의 법전화를 부분적으로 실현하였다. 독일의 입법은 스페인, 포르투갈 등 대륙법계 국가가 모방하였다. 대만의 “행정절차법”은 상당히 많은 부분을 독일의 입법에서 참고하였다. 현재 중국학자들이 초안을 작성한 행정절차법의 전문가 의견안 또한 대부분 독일의 입법을 참고하였다.

현재 중국은 아직까지 통일된 행정절차법전을 제정하지 못하였고, 행정절차에 관한 법률규정은 각 단행법에 산재되어 있다. 2003년, 전국인민대표대회 상임위원회는 행정절차법전을 제10기 전국인민대표대회 상임위원회 2종 입법(二类立法) 규칙(2종 입법은 법규의 초안작업은 완성하였지만, 조건이 성숙되면 당해 연도에 심의를 제기할 수 있는 입법을 말하는데, 이에 반해, 1종 입법(一类立法)은 당해 연도에 반드시 상무위원회의 심의를 받아야 하는 입법을 말한다-역자 주)에 포함하였다.

(3) 단행 행정절차법률

단행 행정절차법률은 특정 행정행위에 대한 절차 또는 특정 행정절차제도에 대한 전문입법을 말한다. 예컨대, 전자는 국무원이 제정한 《행정법규제정 절차조례》, 《규칙제정절차조례》는 행정입법절차에 관한 전문적인 규정이고, 후자는 프랑스가 1979년에 제정한 《행정행위이유의 설명 및 행정기관과 대중관계 개선법》은 이유와 제도의 설명에 관한 전문적인 규정이다.

(4) 실체와 절차 규범이 병존하는 단행법률 문건

이러한 종류의 법률문건의 수량은 매우 많다. 행정행위는 복잡하고, 성질의 차이가 비교적 크기 때문에, 행정절차법전은 일반적으로 행정절차의 공통사항에 대하여 일반적으로 규정한다. 가령 특정종류의 행정행위의 절차에 대하여서 규정을 할 경우, 중요한 행정행위에 국한될 수 있다. 게다가 행정절차법전의 제정은 각국에서 모두 비교적 늦기 때문에, 대량의 행정절차법률규범은 상응한 실체규범과 동일한 법률문건에 병존한다. 입법자는 행정실체사항을 규율하는 동시에, 항상 상응한 행위절차를 제정한다. 예컨대, 중국의 《행정처벌법》은 행정처벌권의 설정과 행정처벌의 종류 등 실체적 문제를 규정하는 동시에 행정처벌절차를 규정한다.

4. 행정절차법의 기능

행정절차법은 행정기관의 절차적 의무를 주요 내용으로 하고, 다음의 기능을 갖는다.

1) 행정권의 과학적, 이성적 행사를 보장하고, 행정실체법의 정확한 실시를 확보한다.

행정절차법은 사람들이 규율을 인식하는 절차에 부합하는 설계를 통하여, 행정기관이 정확하게 사실을 인식하고 이성적으로 권력을 행사하도록 보장한다. 예컨대, 현대 행정절차법 기본제도 중 하나인 의견청취제도는 행정기관이 상대방에게 불리한 결정을 내릴 경우, 반드시 상대방의 의견을 청취할 것을 요구하는데, 이는 행정기관이 상이한 의견을 청취하고, 상황을 전면적으로 이해하여, 정확한 결정을 내리는 데 도움이 된다. 예컨대, 로스킬(Lord Roskill) 법관이 말한 것처럼, “자연적 정의는 개인적 공정과는 완전히 다른 일면이 있음을 반드시 기억해야 한다. 만약 그러한 일련의 가장 희망적인, 정책에 항의하는 사람들의 의견을 청취한다면, 이는 행정관원이 더욱 좋은 결정을 내리는데 도움을 준다.”²²⁾

22) [英]韦德(Wade)著, 徐炳等译 : 《行政法》, 中国大百科全书出版社, 1997年版. 204

2) 행정권력을 제약하고, 행정권력의 남용을 방지하며, 국민, 법인 또는 기타 조직의 권리를 보호한다.

행정실체법률관계에서, 행정기관은 강력한 행정권력을 지니고, 상대방은 약자의 지위에 놓인다. 행정권력이 유효한 제약을 확보하지 못한다면, 매우 쉽게 국민의 권리를 침해할 수 있다. 행정절차법은 규정을 통하여 행정기관이 마땅히 이행해야 하는 절차적 의무로서, 행정권이 공정하고 공개적이며 이성적인 방식으로 행사될 것을 확보하고, 행정권을 유효하게 제약하며, 행정권이 남용되는 것을 방지한다. 상대방에 대하여서는, 행정절차법은 절차적인 권리를 부여하여 행정기관의 실체권력에 대항함으로써, 상대방이 참여하고 의견을 진술하는 등 절차적 권리를 통하여, 행정결정의 형성에 효과적으로 영향을 미치고, 자신의 이익이 행정권의 침해를 받지 않도록 보호한다.

3) 자원의 합리적인 배치를 실현하여, 행정효율을 제고한다.

행정절차법이 형성한 정당한 행정절차제도는 전체적으로 보면, 행정효율을 제고하는데 도움이 되는데, 이유는 다음과 같다. i) 행정절차의 통일화와 표준화는 행정효율을 제고하는데 도움이 된다. ii) 행정절차법은 사람들이 규율을 인식하는 과학적, 합리적인 행정절차의 법률화와 제도화에 부합하게 함으로서, 직접비용을 줄이고, 행정효율을 제고한다. iii) 행정절차법이 규정한 참여제도는 한편으로는 행정기관이 사실을 정확히 인정하고, 행정절차중의 착오비용을 감소시키는 데 도움을 주며, 또 다른 한편으로는 절차공정이 구현하는 행정의 민주와 공정성은 행정기관에 대한 상대방의 신뢰를 강화하고, 행정과정중의 장애와 사후에 제기되는 행정소송의 가능성을 감소시킴으로서, 행정효율을 제고한다. iv) 행정절차법이 규정한 기한 제도는 실체법의 고효율적인 시행을 보장한다. 소위 “늦게 온 정의는 정의가 아니다”라고 말하듯이, 상대방에 대하여서는, 항상 행정기관이 일찍 결정을 하여, 그 행정법상 권리·의무를 조속히 확정하길 바란다. 국가에 대하여서는, 신속하게 행정결

정을 내리면, 행정효율을 제고되고, 고효율의 정부를 형성함으로써, 그 기능을 더욱 잘 이행할 수 있다.

제 3 절 행정절차법의 기본원칙

1. 행정절차법의 기본원칙의 개념

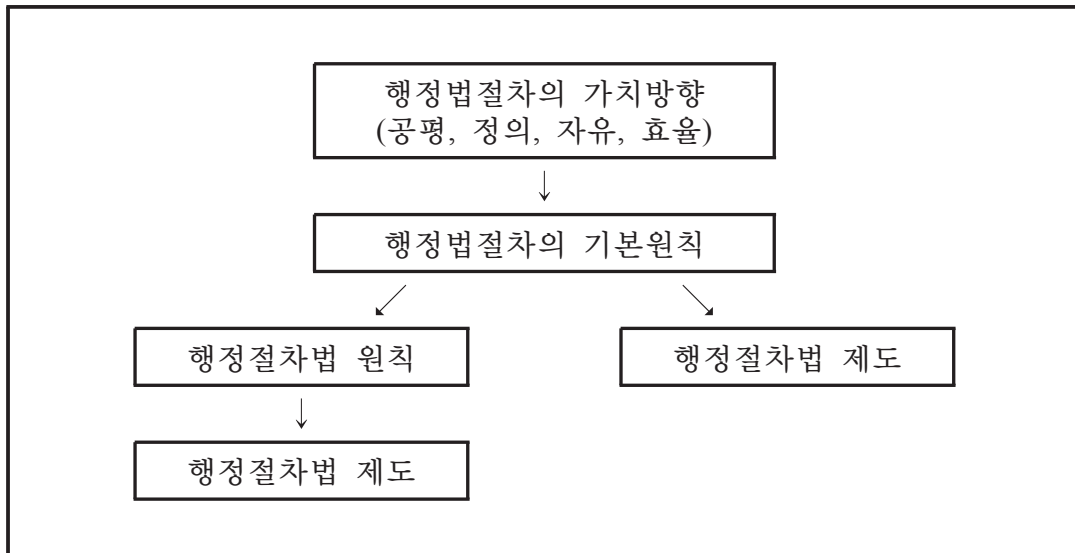
행정절차법의 기본원칙은 행정절차법 규정을 말하는데, 행정권력 운영과정에 처음부터 끝까지 관철되고, 행정기관이 반드시 따라야 할 기본행위 준칙이다. 행정기관은 행정권력의 행사자로 우세한 지위에 있기 때문에, 기본원칙의 구속대상은 행정기관이고, 상대방과 기타 절차 참여자가 아니다.

1) 행정절차법의 기본원칙의 내용은 근본성을 지니고, 행정절차법의 가치추구를 직접 구현하며, 행정권력의 공정한 운영에 대한 최저한의 요건이다. 절차 공정원칙, 절차 공개원칙, 참여원칙, 신속절차원칙 등 원칙은 내용상 고도의 개괄성을 지니고, 행정기관에 일련의 기본적 의무를 설정하고, 행정권력의 공정하고 효과적인 운영에 대한 현대 법치국가의 최저이자 가장 기본적인 요건을 구현하며, 행정절차법의 각종 가치목표를 직접 지탱하는 것은 각종 가치목표가 행정절차 중 실현될 수 있는 중요한 보장을 확보하는 것이다.

2) 행정절차법의 기본원칙은 행정활동의 진행에 대하여 보편적 지도와 규범작용을 지니고, 특정 단계 또는 특정 영역에 적용되는 원칙과 다르다. 효력의 보편성은 기본원칙의 특성중의 하나로서, 행정절차법의 기본원칙이고, 반드시 행정활동의 진행에 대하여 보편적인 지도와 규범작용을 지녀야 하며, 절차의 특정 단계 또는 연결에 국한되어서는 안 된다.

3) 행정절차법의 기본원칙은 규칙을 통해 구체화한다. 규칙은 특정사항의 법률에 관하여 규정한 진술로서, 통상적으로 학설 또는 원칙과 비교하여 더욱 상세하고 구체적이며, 기본원칙의 요건을 구현하고, 기본원칙이 구체화되게 하며, 법률관계주체를 조정하는 행위이다. 예컨대, 신속절차원칙(程序及时原则)은 기한제도, 묵시적 승인제도, 묵시적 거절제도를 통하여 구체화된다.

행정절차법의 기본원칙을 이해할 경우, 고립적으로 기본원칙을 기본원칙으로만 논할 수는 없고, 반드시 상이한 단계의 법률규범이 구성하는 시스템 중에 포함하여, 기타 단계의 법률규범과 비교하여야 비로소 기본원칙의 의의를 정확히 확정할 수 있다. 즉 한편으로, 기본원칙의 단계를 높일 수 없어, 가치범주에 속하는 내용을 기본원칙이 되고, 다른 한편으로는, 기본원칙의 단계를 낮출 수 없어, 구체적 원칙과 제도에 속하는 내용이 기본원칙이 된다. 행정절차법의 기본원칙은 다음과 같은 단계로 나누어질 수 있다.



2. 행정절차법의 기본원칙 체계

행정절차법의 기본원칙의 규정방식은 두 가지이다. 첫째, 헌법과 행정절차법에서 규정하는 것이다. 예컨대, 미국 연방헌법이 규정한 “정당한 법률절차” 조항이 있고, 포르투갈 《행정절차법》은 합법성 원칙, 참여 원칙 등 11개 원칙을 규정하고 있다. 둘째, 판례의 확립을 통하는 것이다. 예컨대, 프랑스 행정법원이 판례를 통하여 방위권 원칙과 공개원칙 등 행정활동의 기본적인 절차원칙을 확립하였다.²³⁾ 직접 규정하는 방식의 채택은 이론적인 불일치를 회피할 수 있고, 기본원칙의 범위와 의의를 명확하게 한다.

23) 王名扬：《法国行政法》，中国政法大学出版社，1989年版，152～154页。

독일 등의 일부 국가에서, 행정절차법전은 행정법 법전화의 의무를 부분적으로 분담하고 있기 때문에, 국외에서 규정하고 있는 기본원칙은 내용상 두가지의 현저한 특징을 나타낸다.

1) 행정절차법의 기본원칙은 절차적 원칙으로 국한되지 않고, 실체적 원칙을 포함하며, 행정절차법의 기본원칙과 행정법의 기본원칙은 합쳐서 하나가 된다. 절차법에서 규정하고 있는 공개원칙, 참여원칙 및 신속원칙 등의 순수한 절차 원칙 이외에, 포르투갈, 독일, 한국과 대만 등 행정절차법에는 절차적 및 실체적 내용을 겸하는 공정원칙, 합법원칙, 평등원칙 등의 기본원칙 및 완전하게 실체법원칙인 비례 원칙, 신의성실원칙을 규정한다.

2) 행정절차법의 기본원칙은 공법원칙으로 국한되지 않고, 사법원칙을 포함한다. 예컨대, 한국과 대만의 행정절차법이 규정하는 신의성실원칙(誠實信用原則)은 본래 사법(私法)원칙으로, 행정절차법을 도입되어, 행정권력을 규율하는 기본원칙이 되었다. 독일에서는 행정법원은 판례를 통하여 신의성실원칙을 확립하여 공법영역에 적용하고 있다.

중국은 아직 통일된 행정절차법전을 제정하지 않았고, 행정절차법의 기본원칙에 대한 규정도 다수의 단행법에 산재되어 있다. 일부 단행법은 예시적으로 기본원칙의 명칭만을 규정하고, 그 함의와 기본요건에 대하여 명확하게 정의하지 않는다. 예컨대 《행정심판법》 제4조는 “행정심판기관의 행정심판직무의 수행은 합법·공정·적시·민원편의의 원칙에 따르고, 착오가 있으면 반드시 교정하며, 법률·법규의 정확한 시행을 보장하여야 한다.”고 규정하고 있다. 일부 단행법칙은 기본원칙을 규정하는 동시에, 그 원칙의 기본요건을 규정한다. 예컨대 《행정처벌법》 제4조 제1항은 “행정처벌은 공정·공개원칙을 준수한다.”고 규정하는데, 공정원칙의 기본 요건은 “행정처벌의 설정과 실시는 반드시 사실에 근거하고, 위법행위의 사실, 성질, 상황 및 사회위해 정도에 상당하여야 한다”. 공개원칙의 요건은 “위법행위에 대하여 행정처벌을 부여하는 규정은 반드시 공포해야 한다. 공포되지 않을 경우 행정처벌의 근거로 삼을 수 없다.”

중국 학자들은 행정절차법의 기본원칙이 어떠한 사항을 포함하는지에 대한 결론이 일치하지 않는다. 일부 학자는 행정절차법의 기본원칙을 공정원칙, 공개원칙, 공청원칙, 순서원칙과 효율원칙이라고 보고,²⁴⁾ 일부 학자들은 행정절차법의 기본원칙을 반드시 공개원칙, 공정원칙, 참여원칙, 재심원칙, 순서원칙과 효율원칙이라고 본다.²⁵⁾ 일부 학자들은 사람들은 행정절차의 기본원칙은 공개원칙, 공정·공평원칙, 참여원칙과 효율원칙을 포함한다고 본다.²⁶⁾ 잉송니엔(应松年) 교수가 초안한 《중화인민공화국 행정절차법 전문가의 견(초안)》에서는 다음의 몇 가지 기본원칙이 규정되었다. 즉 적법절차원칙, 상황, 절차공개원칙, 참여원칙, 공정원칙, 정당원칙, 효율원칙, 비례원칙, 신의 성실원칙 등이 있다.

행정절차법전이 행정법의 법전화를 부분적으로 실현하도록 정립하였다면, 법전에서 기본원칙과 관련된 규정은 실제로 행정법의 기본원칙인데, 잉송니엔(应松年) 교수의 전문가의견(초안)은 가장 좋은 예이다. 행정절차법전이 권력에 대한 절차적 규제를 실현하기 위해 정립되었다면, 거기서 규정된 기본원칙은 당연히 절차적 원칙이다. 본서 제2장은 행정법의 기본원칙을 소개하고 있기 때문에, 여기서는 부분적으로 절차적 원칙을 소개한다.

3. 행정절차법 기본원칙의 내용

(1) 참여원칙²⁷⁾

참여원칙은 행정권력 운영결과의 영향을 받는 주체가 행정권력의 운영에 참여하는 권리로서, 행정결정의 형성에 대하여 효과적인 작용을 발휘한다. “참여”(参与)는 “참가”(参加) 또는 “참석”(到场)과는 다른데, 이는 행위주체의 자주, 자원(自愿)과 목적성을 포함하며, 일종의 자주, 자원이며, 목적이 있는

24) 罗豪才主编、应松年副主编：《行政法学》，中国政法大学出版社，1996年版，293～296页。

25) 应松年主编：《行政法学新论》，中国方正出版社，1998年版，511～516页。

26) 姜明安主编：《行政法与行政诉讼法》（第二版），北京大学出版社、高等教育出版社，2005年版，370～376页。

27) 행정중의 참여와 문제에 관하여 王锡钰：《公众参与和行政过程》，中国民主法制出版社，2007年版 참고.

참가이다. 참여자는 자기의 행위를 통해, 특정 결과의 형성에 영향을 주고, 소극적인 객체로서 특정 결과를 피동적으로 받아들이는 것은 아니다.

각국의 행정절차법전은 모두 참여원칙과 그 제도를 규정하는데, 참여는 현대 행정의 보편적 요건이다. 행정중의 참여, 특히 공공정책 결정영역의 대중참여의 발전은 행정권 합법화를 모색하는 새로운 체계와 동반한다. 미국 리처드 B. 스투어트 교수는 《미국행정법의 개혁》(The Reformation of American Administrative Law)에서 행정권 정당화 제도의 전통적 모델을 제시하였다. 즉 입법명령을 엄격하게 준수하는 컨베이어모델과 전문가 이성애 근거한 관료 전문가모델은 행정국가의 부흥에 따라 자유재량권이 광범위하게 존재하기 때문에, 이미 행정적 합법화를 위해 충분한 지지를 제공할 수 없다.²⁸⁾ 이익 대표모델, 즉 광범위한 이익주체는 행정에 참여하는 과정으로, 새로운 행정 합법화 제도가 된다. 국민참여 행정은 공공행정의 운영방식, 특히 공공정책 결정영역을 변화시켰다. 행정의 결과는 행정기관이 독자적으로 운영하여 얻을 수 있는 것이 아니고, 행정기관과 상대방 및 대중의 상호작용 결과이다.

행정참여의 발전역사는 오래되지 않았지만, 세계적인 추세가 형성된 것은 1960-70년대로, 일반적으로 참여민주 발전의 배경은 다음 몇 가지가 있다.

i) 세계화가 야기한 정부의 대응압력. 정부가 전체사회의 역량을 조정하여 대응하자는 요구와 민주적 협상으로 인한 발전의 개시. ii) 민주참여이론의 발전. 직접민주-대의제 민주-참여민주. iii) 행정권의 확장, 행정사무의 증가, 행정운영에 직접 영향을 미치는 모델. iv) 정보화는 광범위하고 심오한 대중 참여로서 기술적 지지의 제공.

참여원칙제도의 수립은 상이한 유형의 행정행위를 구분하여 전개할 필요가 있다.

1) 행정결정절차에 대한 상대방의 참여

행정기관이 행정결정을 내리는 과정에서, 참여주체는 특정되고, 행정결정의 당사자에 국한된다. 행정결정에 대한 당사자의 참여는 주로 행정기관에

28) [美]理查德·B·斯图尔特(Richard B Stewart)著, 沈启译:《美国行政法的重构》, 商务印书馆, 2002年版, 5~28页。

대하여 자신의 의견을 진술하는 것으로 표현되는데, 《행정처벌법》과 《행정허가법》에서 규정하는 당사자 의견청취제도가 그 예이다.

2) 공공정책결정에 대한 대중의 참여, 즉 대중참여

공공정책결정과정에서, 참여주체는 불특정되는데, 《입법법》, 《가격법》 등에서 규정한 증거청취제도가 그 예이다. 중국의 대중참여에 대한 전문입법으로 《환경영향평가 대중참여 임시규칙》(环境影响评价公众参与暂行办法上), 《광주시 규장제정 대중참여방법》(广州市规章制定公众参与办法) 등이 있다. 대중참여 공공정책결정은 정책결정의 과학적, 민주적 요건이다. 대중참여를 통해 정책결정 정보의 근원을 확대하고, 정책결정을 더욱 이성적으로 만든다. 동시에 정책결정의 영향을 받는 이익주체에게 소통의 장을 제공하고, 각자의 의견의 발표를 통해, 최종 정책결정에 영향을 미쳐, 정책결정이 당사자 이익주체를 최대한 보호하도록 한다. 대중참여제도의 수립은 참여의 주체, 참여주체의 권리·의무, 참여의 범위, 참여의 정도, 참여의 절차, 참여의 효력 등의 내용을 포함한다. 대중참여의 전제 조건은 충분한 정보의 파악이기 때문에, 대중참여제도는 확대하여 보면, 완전한 정부정보공개제도까지 포함한다.

대중참여의 효과적인 운영은 다음과 같은 조건을 구비해야 한다. i) 참여주체의 조직화 정도. 산재되어 있는 개인은 개인능력의 한계, 무임승차, 전문지식의 결여 등의 요인으로, 진정한 정책결정의 참여는 매우 드물다. 그러나 조직은 전문적인 인원이 있어, 효과적인 참여를 보장할 수 있다. ii) 정보의 공개 정도. 행정기관과 대중간에 정보의 대칭을 실현할 수 있는지 여부는 참여의 효과에 직접적으로 영향을 준다. 정부정보공개는 대중참여의 효과에 직접적으로 영향을 준다. iii) 최종정책결정에 대한 참여의 영향정도. 최종 정책결정에 대한 참여가 도대체 어느 정도에서 작용을 할 수 있는지는 참여에 대한 대중의 지속적인 열정과 정책결정의 신뢰정도가 영향을 준다. 대중 신뢰가 결여된 정책결정은 더욱 큰 집행저항에 직면한다는 것은 의심할 여지가 없다.

참여원칙과 이에 기초하여 수립된 행정제도는 다음과 같은 새로운 문제를 야기할 수 있다. i) 약세 집단의 이익이 어떻게 보호되는가? ii) 대중참여하

에 내려진 행정정책결정이 야기하는 법률책임은 누가 부담하는가? iii) 정책결정이 올바른 방향을 이탈할 수 있는가? 대중은 전문지식, 정보가 결여되지만, 민심에 위배되는 결정은 행정기관에 더욱 큰 압력을 야기할 수 있다. iv) 행정의 비용을 증가시켜야 하는가? 이러한 문제는 더욱 깊이 연구되어야 한다.

(2) 행정공개원칙

행정공개는 중국에서도 행정투명성의 강화라고도 하는데, 행정기관이 주동적으로 또는 신청에 의해 행정권력 운영의 근거, 과정 및 결과를 대중과 상대방에게 공개하고, 대중과 상대방으로 하여금 인지하도록 하는 것이다.

행정공개는 행정기관의 의무로서, 국민의 알 권리에 대응한다. 알 권리는 일부 국가에서는 정보자유권이라고 하는데, 국정부가 점유하고 있는 정보를 획득할 수 있는 국민이 향유하는 권리로서, 전문적인 정부정보공개법을 통해 제도화된다. 정부정보공개법을 제정하고, 행정공개제도를 수립하는 것은 2차 대전이후에 행정 신발전의 추세로서, 그 목적은 정부정보의 이용률을 최대한 제고하고, 동시에 행정의 투명성을 증가시켜, 행정에 대한 대중의 감독을 강화하는 데 있다.

행정공개원칙의 확립은 다음과 같은 의의를 갖는다.

1) 국민의 알 권리를 실현하고, 정보에 대한 국민의 수요를 만족시킨다.

먼저, 현대 정치는 민의정치, 개방정치로서, 민주사회에 국민이 주권자로서 정부의 활동을 이해할 권리를 갖는다. 둘째, 현대사회는 정보사회로서, 국민의 일상생활과 기업의 경영활동에서 정보의 기능은 점점 커지고 있고, 객관적으로 정부에게 국민과 기업을 위해 정부문서자료를 제공할 것을 요구하여, 대중의 정보수요를 만족시킨다. 정부문건자료의 이해를 통하여, 언론계, 정치가 및 국민은 정부의 활동을 감독할 수 있다. 학자들은 학술연구를 진행할 수 있고, 기업은 이를 경제적이고 편리하게 정부정보자료를 수집하는 방식으로 기업생산을 배정할 수 있으며, 소송중의 당사자 또는 변호사는 이를 증거로 사용할 수 있다.²⁹⁾

29) 王名扬: 《美国行政法》, 中国法制出版社, 1995年版, 960~961页。

2) 행정에 대한 국민참여를 촉진하고, 행정기관에 대한 국민의 신뢰를 증가시킨다.

알 권리는 국민이 기타 정치적 권리와 의정참여를 실현하는 전제 조건이다. 클라크 미국 법무부장은 1967년에 《정보자유법》을 실시하기 위한 성명의 서두에서, “만약 정부가 진정하게 국민의, 국민에 의한, 국민을 위한 정부(民有民治民享的政府)가 되려면, 국민은 반드시 정부의 활동을 상세히 알아야 한다. 어떠한 비밀보다 민주를 손상시키지 않기 때문에, 대중이 상황을 이해하지 못하면, 소위 자치, 소위 국가사무에 대한 국민의 최대한 참여는 단지 공론에 불과하다. 만약 우리가 어떻게 관리되는지를 모르면, 우리가 어떻게 스스로를 관리할 수 있는가? 대중시대의 사회에서, 정부가 다양한 측면에서 개인에게 영향을 주는 시기에, 국민이 정부활동을 이해할 권리를 보장하는 것은 다른 어떠한 시대에 비해 중요하다.”³⁰⁾

3) 행정기관에 대한 감독을 강화하고, 행정부패를 방지한다.

행정기관을 감독하는 방법은 매우 많은데, 행정공개는 틀림없이 가장 중요한 방법 중에 하나이다. 소위 태양은 가장 훌륭한 소독제이다. 만약 법규규장, 행정계획, 정책결정을 대중에게 공개적으로 설명하여, 대중들이 이에 대한 의견을 개진한다면, 유효하게 독단과 부패를 방지하는 데 효과적이다. 구체적인 행정절차에서, 당사자는 행정기관의 문서를 열람할 권리가 있고, 그 권리·의무에 영향을 미칠 결정을 내림으로서 행정기관이 인정한 사실과 적용한 법률을 이해함으로써, 당사자가 효과적으로 자신의 주장을 제기하도록 하여, 행정기관의 권력 남용에 대하여 행정구제 및 사법 구제를 제기할 수 있다.

행정공개제도의 수립은 다음 두 가지 측면으로 나뉜다.

첫째, 대중에 대한 정부정보의 공개. 이는 대공개(大公开)라고 한다. 구체적인 제도는 정부정보공개입법에서 규정한다. 중국은 2007년 4월 24일 《정부정보공개조례》를 정식으로 대외에 공포하였고, 행정법규측면에서 정부정보공개제도는 규정하고 있다. 이 조례는 2008년 5월 1일부터 시행되었다.

30) 王名扬：《美国行政法》，中国法制出版社，1995年版，959～960页。

둘째, 특정 당사자에 대한 정부정보의 공개. 이는 소공개(小公开)라고 한다. 구체적인 제도는 문서열람과 이유설명을 포함하고, 일반적으로 행정절차법에서 규정한다.

(3) 신속절차원칙

신속절차원칙은 행정절차운영의 시간측면에 관한 요건으로, 행정기관이 합리적 기간내에 결정을 내려, 당사자의 권리·의무를 신속하게 확정하여, 효율성에 대한 추구를 구현한다. 신속(及时)은 매우 빠르다와 매우 느린 사이의 중간 상태이다. 행정절차가 만약 매우 빠르면, 당사자는 효과적으로 행정절차에 참여할 수 없고, 행정기관 또한 충분하고 냉정하게 고려하여 결정을 내릴 수 없어, 절차의 이성원칙에 부합하지 않아 매우 용이하게 행정기관이 잘못된 결정을 내리게 된다. 또한 행정절차가 매우 느리면, 절차적 정의를 손상시킨다. 영국에 오래된 속담 중에 “늦게 온 정의는 정의가 아니다.” 라는 말이 있는데, 당사자는 행정기관이 최대한 빨리 결정을 내려서 그 권리·의무를 빠른 시일내에 확정되길 원한다. 따라서 행정결정은 신속하게 결정을 내려야 하지만, 단지 빠르기만 하고 경솔하게 결정을 내려서는 안 되고, 이유없이 연장하거나 회답하지 않아서는 아니 된다.

신속절차원칙은 주로 다음과 같은 제도를 통해 구현된다.

1) 기한제도

법률에서 행정기관이 결정을 내릴 수 있는 기한은 “신속하게(즉시)”(及时)와 같이 모호한 성질을 지닌 용어를 명확하게 하도록 규정한다. 중국은 상당한 많은 법률이 모두 행정기관이 결정을 내릴 기간을 명확하게 규정하고 있다. 예컨대 《행정허가법》 제42조 제1항은 “당장 행정허가를 결정할 수 있는 경우를 제외하고, 행정기관은 당연히 행정허가신청 접수일로부터 20일 이내에 행정허가결정을 내려야 한다. 20일내에 결정할 수 없을 경우, 본 행정기관 책임자의 허가를 받아 10일간 연장할 수 있고, 기한연장이유를 신청인에게 고지해야 한다. 다만, 법률법규에 별도의 규정이 있는 경우는 그 규정에 준한다.”고 규정하고 있다

2) 신속하게 내리지 않은 결정이 지는 법률책임

법정기간은 행정기관이 행정절차에서 반드시 이행해야 할 절차의무로서, 이행하지 않으면, 법률책임을 진다. 법정기간내에 행정기관의 침묵은 일종의 의사표시로 간주되고, 일정한 법률효과를 생산한다. 스페인, 포르투갈, 마카오의 행정절차법은 묵시적 승인과 묵시적 거절제도를 규정하고 있다. 묵시적 승인은 행정기관이 법정기간내에 신청인의 신청에 대한 회답을 하지 않을 경우, 그 신청을 승인한 것으로 본다. 묵시적 거절은 행정기관이 그 법정기간내에 신청인의 신청에 대하여 결정을 내리지 않을 때, 그 신청을 거절한 것으로 본다. 신청인은 항고제기의 여부를 결정할 수 있고, 구제를 모색할 수 있다.

중국은 결정을 내리는 법정기간을 규정하는 법률문건에서, 대다수는 결정을 내리는 기간만을 규정하고, 행정기관이 법정기간에 결정을 내리지 못할 경우 저야할 법률책임을 규정하지 않는다. 다만, 소수의 일부 법률은 이에 대하여 규정을 하고 있다. 예컨대, 《행정허가법》 제50조 제2항은 “행정기관은 당연히 피허가인의 신청에 근거하여 행정허가 유효기간 만료일 전에 연장여부에 관한 결정을 해야 한다. 기간을 경과하여 결정하지 않은 경우에는 연장을 허가한 것으로 간주한다.”고 규정한다. 또한 《집회여행시위법》 제9조는 “주관기관은 집회, 여행, 시위 신청서를 접수한 후, 반드시 신청 거행일 2일 전에, 허가 또는 불허가 결정서를 책임자에게 통지해야 한다. 만약 불허가의 경우에는, 반드시 이유를 설명해야 한다. 기간이 넘어도 통지하지 않은 경우, 허가로 간주한다.”고 규정한다.

제 4 절 행정절차제도

행정절차제도는 행정절차법규정을 말하는 것으로, 행정절차법의 기본원칙이 요구하는 구체적 절차규칙을 구현한다. 중국 행정절차법은 주로 다음의 절차제도를 구현한다.

1. 회피제도

회피란 행정사무와 함께 존재하는 법적상황으로, 행정사무의 공정한 처리

에 영향을 미칠 수 있는 행정인원은 당해 행정사무 처리에 참여할 수 없는 제도를 말한다.

회피제도는 영국에서 누구도 자신의 사건에 대한 법관이 될 수 없다는 규칙으로, 자연적 정의원칙의 요건 중 하나이다. 중국 각 단계의 입법은 모두 회피제도를 규정하고 있고, 일부 입법은 비교적 완전하게 회피의 법적 상황과 회피결정의 절차를 규정하고 있다. 예컨대 《가격행정처벌절차규정》은 회피의 법적상황을 다음과 같은 내용을 포함한다고 규정하고 있다. 즉 i) 당사자와 친척인 경우, ii) 사안과 직접적인 이해관계에 있는 경우, iii) 당사자와 기타 관계가 있어 사안의 공정한 심리에 영향을 줄 수 있는 경우 등이다. 당사자는 구두 또는 서면 방식으로 회피를 신청할 권리가 있다. 회피결정은 가격주관부문의 책임자가 내린다.

2. 위임제도

위임이란 행정기관이 행정사무를 기타 주체에게 위임하여 실시하고 완성하는 제도를 말한다. 행정위임사무는 행정권의 행사와 관련이 있어, 반드시 규범으로서 상대방의 권리침해를 방지하고 공공이익에 대한 손실을 피해야 한다. 행정기관이 기타 행정주체에게 위임하여 공무를 시행하도록 다수의 입법이 수권하는 경우, 행정기관이 준수해야 할 위임규칙도 규정한다.

중국 현행입법의 위임규칙에 관한 규정은 이미 비교적 개선되어 있는데, 이러한 규칙은 아래와 같은 내용을 포함한다. 즉 i) 위임은 반드시 법률·법규, 규장의 규정이 있어야 한다. ii) 위임을 받는 주체의 범위는 엄격한 제안이 있고, 단지 행정기관과 조직이어야 하며, 점점 더 많은 입법은 위임을 받은 조직의 범위를 “법에 의해 성립된 공공 사무를 관리하는 사업조직”으로 제한한다.³¹⁾ iii) 위임은 반드시 위임 협의서를 체결해야 하고, 위임 협의서에서 반드시 위임사항, 권한 및 기한을 명확하게 해야 한다. iv) 행정기관은 반드시 위임을 받은 기관과 위임사항을 공개하고, 대중에게 공지한다. v) 행정기관은

31) 《후루다오시 법치행정규정》(葫芦岛市葫芦岛市依法行政规定), 《이춘시 행정집법임시시행방법》(宜春市行政执法暂行办法), 《난창시 행정집법방법》(南昌市行政执法办法)은 모두 이러한 규정을 만들었다.

위임을 받은 주체의 업무에 대하여 지도, 감독의 의무를 지고, 위임을 받은 주체가 위임행위를 실시함으로써 야기하는 법적 결과에 대하여 책임진다. vi) 재위임의 금지. 위임인이 위임을 받을 자를 선택할 경우, 일정한 요소에 기초하여 고려하고, 위임을 받은 주체는 반드시 위임을 받은 행위를 스스로 완성해야 하며, 기타 조직 또는 개인에게 재위임하여 행정행위를 실시할 수 없다.

3. 관할제도

관할이란 상이한 부처의 행정기관, 상이한 등급의 행정기관 및 상이한 지역의 행정기관 간의 행정관리직권에 관한 권한분담을 말하며, 각각 기능관할, 심급관할(級別管割), 지역관할이라고 부른다. 현행 입법의 관할에 관한 규정은 주로 다음과 같은 내용과 관련이 있다.

(1) 기능관할

기능관할이란 행정관리직권이 상이한 부처 행정기관간의 권한분담을 말한다. 기능관할은 일반적으로 업종별 행정관리 법률이 명확하게 규정한다. 예컨대, 《약품관리법》 제88조는 “본법 제73조부터 제87조까지 규정한 행정처별은 현급 이상의 약품감독관리 부문이 국무원 약품감독관리 부문이 규정한 직책분담결정에 따른다. 《약품생산허가증》, 《약품경영허가증》, 《의료기구제조허가증》, 의료기구 영업허가증서 또는 약품승인 증명문서의 취소는 원 발급·승인부문이 결정한다.”

(2) 심급관할

심급관할이란 행정관리직권이 동일 부문의 상·하급 행정기관간의 권한분담을 말한다. 중국 행정권력의 수직적 권한구분은 일반적으로 행정구역범위에 근거하여, 행정사무의 대소를 결합하여 확정한다.³²⁾

32) 예컨대, 《닝샤회족자치구 환경위법행위 조사처리 절차규정》(《宁夏回族自治区查处环境违法行为程序规定》) 제4조에서 제6조까지는 다음과 같이 규정하고 있다. 즉 현급 환경보호부문은 본지역내에서 법에 따라 조사처리한 환경위법행위를 관할한다. 당국, 시급 환경보호부문이 본 지역내에서 중점 오염원이 야기하는 것, 현(시, 구)을 초과하는 것 및 법에 따라 조사처리한 환경위법행위를 관할한다. 자치구환경

상급행정기관과 하급행정기관간의 관계는 관할규정의 중요한 내용이다. 하급행정기관은 상급행정기관이 관할하는 행정사무를 처리할 수 없지만, 하급행정기관이 관할하는 사무를 상급행정기관이 직접 처리할 수 있는지 여부는, 규정이 상이하어, 다음 두 가지 상황으로 구분한다. 첫째 상황은 상급행정기관이 하급행정기관 관할의 업무를 처리할 수 있지만, “필요시” 또는 “업무상 필요에 따라”라는 제한이 부가되고, 어떠한 상황이 “필요시” 또는 “업무상 필요”에 해당하는지는 상급행정기관에서 자유재량으로 결정한다.³³⁾ 둘째 상황은 어떤 상황이 어떠한 조건도 부가되는 것이 아니고, 상급행정기관은 하급행정기관이 관할하는 사무를 직접 처리할 수 있다.³⁴⁾

(3) 지역관할

지역관할이란 행정관리직권이 상이한 지역의 동급 행정기관간의 권한분담을 말한다. 지역관할의 범위와 당해 행정기관의 소재 행정구역범위가 서로 일치한다. 행정사무에 대한 처리는 일반적으로 행정사무발생지의 행정기관이 관할한다.³⁵⁾ 부동산과 관련하여 부동산 소재지의 행정기관이 관할한다. 예컨대 《토지위법사건조사처리방법》은 토지위법사건은 토지소재지의 토지관리 부문이 관할한다고 규정하고 있다.

자연인의 신분관계와 관련하여, 일반적으로 그 호구(戶口) 소재지의 행정기관에서 관할한다.³⁶⁾ 법인 또는 기타 조직주체자격 등의 사무와 관련하여, 일

보호은 전 자치구내에서 중대한 영향이 있는 것과 당국, 시를 초과하는 것 및 법에 따라 조사처리한 환경위법행위를 관할한다.

33) 예컨대 《공안기관처리행정사건절차규정》, 《출판관리행정처벌실시방법》, 《임업행정처벌절차규정》, 《도로정책관리규정》, 《토지위법사건조사처리방법》, 《안후이성 토지감찰조례》는 “필요시” 규정을 부가한다. 《허난성 가격감찰조례》는 “업무상 필요에 따라”라는 규정을 부가한다.

34) 예컨대, 《행정감찰법》, 《통신행정처벌절차규정》, 《상품품질제소처리방법》, 《베이징시 부정경쟁방지조례》, 《허난성통계관리조례》, 《푸지엔성 행정집행절차규정》 등.

35) 예를 들면, 《행정처벌법》은 “행정처벌은 위법행위 발생지의 현급이상 지방인민정부의 행정처벌권을 갖는 행정기관이 관할한다. 법률, 행정법규가 이와 달리 규정한 경우는 제외한다.”

36) 예컨대, 《혼인등록조례》는 내지(內地 : 중국-역자 주)거주민 혼인할 경우, 남녀 쌍방은 반드시 공동으로 일방당사자가 상주하는 호구소재지의 혼인등록기관에서

반적으로 그 주된 사무처리기구 소재지의 행정기관이 관할한다.

(4) 이송관할

상대방의 신청을 접수한 행정기관은 접수한 사항이 당해기관의 관할에 속하지 않는다는 것을 발견한 경우, 반드시 관할권이 있는 행정기관으로 이송해야 한다. 이송은 일반적으로 한번으로 제한하고, 이송을 받은 기관이 자신도 관할권이 없다고 간주하더라도, 재차 이송을 할 수 없으며, 상급행정기관이 관할을 지정할 것을 서면으로 요청해야 한다.

(5) 관할권분쟁의 해결

행정기관간에 관할권으로 인해 분쟁이 발생할 경우, 먼저 반드시 협의로 해결한다. 만약 협의에 이르지 못할 경우, 일반적으로 분쟁이 발생한 기관은 공동으로 상급행정기관이 관할을 지정할 것을 서면으로 요청한다.

4. 조사와 증거제도

행정결정을 내리는 것은 법원판결을 내리는 것과 동일한데, 모두 사실을 인정하고 법률을 적용하는 과정이다. 신청에 의한 행위 이외에, 행정기관은 많은 상황에서 직권에 의해 주동적으로 행정절차를 개시한다. 행정증거의 획득은 주로 행정기관의 조사활동을 통해 취득하고, 당사자가 제공하기도 한다. 따라서 행정절차법에서, 증거는 일반적으로 행정기관의 조사활동에서 규정된다.

(1) 조사제도

중국 현행입법은 조사제도에 관하여 주로 다음의 내용을 규정한다. i) 조사는 반드시 합법적, 전면적, 객관적, 공정 및 신속의 원칙을 준수해야 하는

등록을 해야 한다. 중국 국민과 외국인이 중국내지에서 혼인할 경우, 내지거주민이 홍콩거주민, 마카오거주민, 대만거주민, 화교가 중국내에서 결혼할 경우, 남녀 쌍방은 반드시 공동으로 내지거주민이 상주하는 호구소재지의 혼인등록기관에서 등록을 해야 한다.

데, 특히 단지 당사자에게 불리한 증거만을 수집할 수 없다. ii) 당사자는 행정기관의 조사에 협조하고 협력할 의무를 진다. iii) 각종 조사의 조치. 조사조치는 조사제도의 핵심내용이다. 현행입법에서 조사조치와 관련된 규정중 가장 완비된 것은 《공안기관의 행정사건처리 절차규정》이라고 생각한다. 이 규장은 심문(讯问)과 질문(询问), 현장검증(勘验)과 조사(检查), 감정(鉴定)과 검측(检测), 현장증거수집(抽样取证), 증거보존과 증거압류의 선행등기는 준수되어야 할 절차규칙에 대하여 매우 상세하게 규정하고 있다.

(2) 행정증거

중국은 행정증거의 법률규정에 관하여 크게 두 가지로 나눈다. 첫째는 다수의 단행행정관리법규이고, 둘째는 최고인민법원이 제정한 《최고인민법원의 행정소송증거에 관한 몇 가지 문제의 규정》이다. 행정소송에서 피고 행정기관이 구체적 행정행위의 합법성에 관해 입증책임을 지고, 행정기관이 행정소송에서 법원에 제출한 증거는 일반적인 상황에서 반드시 행정절차에서 행정결정을 내리기 전에 수집한 증거이어야 한다. 따라서 최고인민법원의 사법해석은 사실상 간접적으로 행정절차중의 증거제도를 규율하고 있다.

행정증거제도는 주로 다음의 내용을 포함한다.

1) 증거의 종류

예컨대, 《중국민용항공행정처벌실시방법》은 증거의 종류를 다음과 같이 규정한다. 즉 물증과 서증(书证), 시청각자료, 증인과 증언, 당사자 진술, 조사기록과 현장기록, 감정결론과 조사결론 등이 있다. 대다수 입법이 규정하는 증거 종류는 이와 동일하다.

2) 행정기관의 증거수집은 반드시 준수해야 하는 절차

예컨대, 《공안기관의 행정사건처리 절차규정》 제37조는 사건처리인원이 조사할 경우, 사건처리 인원은 2인 이하이어서는 안 되고, 피조사인에게 집행신분을 표명하여야 한다.

3) 증거가 충족해야 하는 형식적 요건

예컨대, 《약품감독행정처벌절차규정》에는 조사기록의 개시부분은 반드시 집행 인원(執法人員)의 신분, 증거자료 명칭, 증거자료 번호 및 조사목적을 상세히 명시하여야 한다고 규정한다. 집행인은 반드시 조사기록 마지막에 서명을 한다. 조사기록은 확인 후에 오류가 없을 경우, 피조사인은 기록 상단부에 서명 또는 지장날인하고, 기록 마지막에 기록의 진실성에 대한 의견을 명시해야 한다. 기록을 수정한 곳은 피조사인이 서명 또는 지장 날인하여야 한다. 조사인이 서명 또는 지장날인을 거절할 경우, 반드시 2인 이상의 법집행 인원이 기록에 서명을 하고, 정황을 명시하여야 한다.

4) 증거보전제도

예컨대, 《행정처벌법》 제37조는 증거가 멸실 또는 추후에 취득하기 어려운 상황하에, 행정기관 책임자의 승인을 통해, 미리 보존등기를 하고, 7일 이내에 신속하게 처리결정을 내리며, 이 기간 동안에는 당사자 또는 관련인원이 증거를 훼손하거나 변경하지 못하게 한다.

중국의 행정증거제도는 아직 상당히 불완전하다. 완전한 증거제도는 반드시 증거의 종류, 증거의 증거능력규칙, 증거의 증명력규칙, 증거 수집 규칙, 입증규칙, 대질규칙, 증명기준 등의 내용을 포함해야 한다.

5. 행정공개제도

행정공개라 함은 행정기관이 행정행위의 근거, 과정과 결과 및 행정관리 과정에서 획득한 정보를 대중과 당사자에게 공개하는 제도를 말한다.

(1) 정부정보공개제도

1) 정부정보공개

정부정보는 정부기관이 정부기능을 행사하는 과정에서 수집하거나 또는 생산한 정보로서, 이러한 정보는 문서, 사진, 음향, 컴퓨터 등 각종 매체내에

존재한다. 정부정보공개는 행정기관 및 기타 행정직권을 행사하는 조직이 법정절차를 따라 주동적으로 또는 신청에 의해 정부 정보를 공개하는 제도이다. 정부정보를 대중에게 공개하는 것은 국민의 알 권리의 요구이고, 정부정보자원의 사회적 공유를 실현하기 위해서이다.

현재까지 수집된 외국 정보공개입법의 법전 명칭을 보면,³⁷⁾ 대다수 국가는 “정부”라는 용어를 부가하지 않고, 직접 정보자유법, 정보공개법 등으로 표현하는데, 아르헨티나, 호주, 보스니아, 캐나다, 영국, 미국, 폴란드 등이 그러하다. 일부 국가들은 “정부”라는 용어를 사용하는데, 핀란드, 네덜란드, 태국 등이 그러하다. 또한 일부 국가는 “정부”라는 용어는 사용하지 않고, “공공기관”라는 용어를 사용하는데, 불가리아, 한국 등이 그러하다. 다만, 법전명칭이 “정부”라는 용어를 사용하는지 여부에 관계없이, 그것이 지칭하는 정보의 내용에 대하여서는, 공개하는 정보의 범위는 모두 공공사무의 관리주체가 직책수행과정 중에 획득 및 생산하는 정보이다. 당연히, 상이한 국가의 공개관리 중에 획득하는 정보의 범위는 차이가 매우 크기 때문에, 공개된 공공정보의 범위 역시 차이가 매우 크게 된다. 정보공개입법의 조정범위는 다음과 같은 상황으로 구분된다. 즉 i) 행정기관에만 적용되는데, 미국, 일본 등이 있다. ii) 입법, 행정, 사법 등 모든 국가기관에 적용되는데, 유럽연합이 있다. iii) 국가기관에 적용되는 것 이외에, 공공권력을 행사하는 기타 조직에 적용되는데, 뉴질랜드가 있다.³⁸⁾ iv) 국가기관과 기타 공권력을 행사하는 조직 이외에, 기업 또는 사법(私法)단체에 적용되는데, 남아프리카가 있다. 비록 상이한 국가의 정보공개의무를 지는 주체의 범위는 다르지만, 행정기관이 가장 거대한 정보소지자이기 때문에, 정보공개법이 조정하는 대상은 모든 국가에서 모두 행정기관이 소지한 정보를 위주로 한다.

중국은 현재 법률측면의 정부정보 공개법이 제정되지 않았고, 국무원이 2007년 4월 24일 《중화인민공화국정부정보공개조례》(이하 정부정보공개조례)로 약함³⁹⁾을 정식으로 공포하였다. 2006년 11월 15일에, 모두 34개 지방

37) 외국정부정보공개 법전의 명칭에 관하여 周汉华 主编：《外国政府信息公开制度比较》，中国法制出版社，2003年版，10～12页。

38) 뉴질랜드 《정부정보공개법》은 대학 이사회 등 기구가 지니는 정보도 정부정보의 범주에 속한다고 규정하고 있다.

의 성, 시에서 정부정보공개법규 또는 규장을 제정하였는데,⁴⁰⁾ 광둥, 장수, 푸지엔, 광조우, 베이징, 상하이 등이 포함된다. 상무부, 교통부 등은 정무공개부문규장을 제정하였다. 외국입법과 비교하여, 중국입법은 명칭상 “정부정보공개”라는 용어가 다수 사용되고, “정무공개”는 일부에서만 사용되는데, 이는 국민정보자유권의 시각에서부터가 아니라 정부정보공개로부터 제도를 수립하려는 사고를 구현하는 것이다. 중국입법은 정부의 범위를 행정기관과 기타 행정권력을 행사하는 조직으로 엄격하게 제한하고 있다.

2) 정부정보공개제도 개황⁴¹⁾

《정부정보공개조례》는 5장으로 나뉜다. 즉 총칙, 공개의 범위, 공개의 방식과 절차, 감독과 보장, 부칙 등 모두 38개 조문으로서, 정부정보공개업무기구, 정부정보공개업무의 원칙, 공개의 범위, 공개방식과 절차, 분쟁의 구제 등을 규정한다. 정부정보공개는 주동적 공개와 신청에 의한 공개의 2종류로 나뉜다.

① 주동적 공개

주동적 공개란 행정기관이 주동적으로 특정 종류의 정보를 대중에게 공개하는 제도를 말한다. 주동적 공개의 정보는 다음의 4종류를 포함한다. 즉 i) 국민, 법인 또는 기타 조직의 밀접한 이익과 관련되는 것, ii) 사회대중의 광범위한 이해와 참여가 요구되는 것, iii) 당해 행정기구설치, 기능, 업무처리 절차 등의 상황을 반영하는 것, iv) 기타 법률·법규 및 국가유관규정에 따라 주동적으로 공개해야 하는 것 등이 있다. 조례는 현급 이상 각급 인민정부과 그 부문·지역에 설치된 市급 인민정부, 현급 인민정부와 그 부문·향(진) 인민정부는 각자 중요하게 주동적으로 공개해야 할 정보를 각각 구분하여 규정하고 있다.

주동적 공개방식은 정부공보, 정부홈페이지, 기자회견(新闻发布会) 및 간행물, 라디오, TV 등 대중이 이해하기 편리한 경로를 포함한다. 주동적 공개법

39) 《중화인민공화국 정부정보공개조례》 2008년 5월 1일에 정식 시행되었다.

40) 丁康吉 : 《地方政府信息公开立法与实践研究》 中国社会科学院法学研究所宪法与行政法硕士论文, 6页。

41) 지면상의 제한으로, 본 서는 정부정보공개제도에 대하여 상세하게 소개하지 않는다.

위에 속하는 정보는 당해 정부정보가 형성 또는 변경된 날로부터 20일의 업무일 이내에 공개하여야 한다.

② 신청에 의한 공개

신청에 의한 공개란 행정기관이 대중의 신청에 근거하여 관련이 있는 정보를 신청인에게 공개하는 제도를 말한다. 단지 즉 행정기관이 주동적으로 공개해야 하는 정보를 포함하여 공개할 수 없는 정보의 범위에 속하지 않을 경우, 국민, 법인 또는 기타 조직은 모두 행정기관에 공개를 신청할 수 있다.

신청인은 국민, 법인 또는 기타 조직이다. 신청은 반드시 서면형식(전자문서 형식 포함)을 채택해야하고, 서면형식의 채택이 확실히 곤란한 경우, 신청인은 구두로 제출할 수 있고, 당해 신청을 접수한 행정기관이 대신해서 정부정보공개신청을 한다. 행정기관은 신청을 받은 이후, 현장에서 답변할 수 있는 경우에는 현장에서 답변을 한다. 현장에서 답변이 불가능 할 경우, 신청을 받은 날로부터 15일 업무일 이내에 상황을 구분하여 답변한다.⁴²⁾

첫째, 공개범위에 해당하는 경우, 신청인에게 당해 정부정보를 획득할 방식과 경로를 고지해야 한다.

둘째, 공개할 수 없는 범위에 해당할 경우, 신청인에게 고지하고 그 이유를 설명해야 한다.

셋째, 법에 따라 당해 기관이 공개할 수 없거나 또는 정부정보가 존재하지 않을 경우, 신청인에게 고지하고, 당해 정부정보를 확정할 수 있는 공개기관에 대하여, 신청인에게 그 행정기관의 명칭, 연락방법을 고지해야 한다.

넷째, 신청내용이 불명확할 경우, 신청인에게 변경과 보충할 것을 고지해야 한다.

행정기관은 신청에 의해 정부정보를 공개하는데, 검색, 복제, 우편 등의 원가비용을 받는 것을 제외하고, 기타 비용을 받을 수 없다. 행정기관은 기타 조직, 개인을 통해 유상서비스 방식으로 정부정보를 제공할 수 없다.

42) 예컨대, 만약 답변기한이 연장할 필요가 있는 경우, 반드시 정부공개기구 책임자의 동의를 거쳐, 신청인에게 고지하고, 답변연장의 기한은 최대 15일의 업무일을 초과해서는 아니 된다.

(2) 특정행정절차에서 당사자에 대한 공개

특정 행정절차에서 행정결정과 관련된 정보를 당사자에게 공개하는 것은 사법절차중의 “무기평등원칙”이 행정절차 중에 구현되는 것으로, 자신에게 불리한 사실문제와 법률문제에 대하여 반박의견을 제출하여 자신의 이익을 보호하는 것이 당사자에게 유리하다. 이러한 종류의 공개는 주로 두 가지 제도를 통해 구현된다.

1) 공문서 열람

행정기관의 공문서(卷宗)를 열람하는 것은 당사자가 행정절차에 효과적 참여를 구현할 수 있는 주요한 보장이다.

한국, 일본, 독일 등의 국가의 행정절차법은 모두 당사자가 행정기관의 공문서를 열람할 권리를 지닌다고 규정하고 있다. 그러나 중국 현행 입법이 공문서열람제도는 규정하는 경우는 매우 드문데, 《세관의 당사자 행정처벌사건 자료열람에 대한 잠정적 규정》은 세관이 세관행정처벌고지서를 송달하고 세관이 행정처벌결정을 내리기 전에, 당사자가 고지사항에 이의에 있을 경우, 스스로 또는 변호사에게 위임하여 세관에 사건자료의 열람을 신청할 권리가 있다.

2) 이유 설명

행정결정이 반드시 이유를 설명해야 하는 것은 현대 법치국가의 공인된 규칙이다. 영국의 저명한 행정법학자 웨이드(Wade) 교수는 결정을 내리는 이유는 정상인의 정의감이 요구하는 것으로, 타인에게 권력을 행사하는 자에 대한 일종의 건전한 규칙이라고 본다.⁴³⁾ 중국의 각 계층의 입법은 모두 이유설명제도를 규정하고 있는데, 행정기관이 내리는 행정결정에 대하여 이유를 설명할 것을 요구하지만, 이유설명 요건에 대하여서는 보편적으로 구체적인 규정이 없다.

43) [英] 韦德著, 徐炳等译: 《行政法》, 中国大百科全书出版社, 1997年版, 193页。

6. 의견청취제도

(1) 의견청취개요

1) 의견청취의 의의

의견청취(听取意見)는 행정기관이 행정행위를 내리기 전에, 일정한 방식을 통해 행정행위의 영향을 받을 자와 기타 주체의 의견을 청취하는 제도를 말한다. 의견청취는 영국에서 보통법상 오래된 자연적 정의원칙의 기본요건이고, 미국의 연방헌법의 “정당한 법률절차” 조항의 요건이다. 독일, 스위스, 오스트리아, 네덜란드, 포르투갈, 이탈리아, 스페인, 노르웨이, 스웨덴 등 국가의 행정절차법전은 모두 의견청취제도가 규정하고 있다.

행정의 공정, 공개, 민주 제도를 구현하기 위해, 의견청취제도는 현대 행정절차의 핵심제도라고 할 수 있는데, 행정기관이 보편적으로 준수해야 할 절차적 의무이다. 1996년 《행정처벌법》이 당사자의 진술권과 해명권을 규정한 이래, 점점 더 많은 단행법들은 행정기관이 당사자의 의견을 청취할 것을 요구하고 있다. 인민법원이 행정사건을 심리할 경우, 이를 행정행위 합법성 심사의 내용 중 하나로 간주한다. 예컨대, 티엔용(田永)이 북경과학기술대학의 졸업증서와 학위증서 수여 거절에 대하여 제소한 사건에서, 1심 법원은 피고인 북경과기대학이 당사자의 해명권리를 경시하였고, 그러한 행정관리행위는 합법성을 지니지 않는다고 인정하였다.

사례 1 : 1994년 9월, 원고 티엔용(田永)은 피고 북경과학기술대학 응용과학학원 물리화학과에 입학하여 학부생 학적을 취득하였다. 1996년 2월 29일, 田永은 전자학과정 보충시험 과정에 참가하여, 전자학 공식이 쓰여진 종이조각을 휴대하고, 중간에 화장실을 갈 때 종이조각이 떨어져, 감독교수에 의해 발견되었다. 감독교수는 비록 田永이 종이조각을 훑쳐보는 행위를 발견하지는 못했으나, 고사장 규율에 따라, 곧 田永의 시험을 중지시켰다. 북경과기대학은 같은 해 3월 5일 “068호 통지” 제3조 제5항 “몸에 휴대한 자, 손 등에 부정행위를 포함한 자”의 규정에 따

라 田永의 행위는 시험 부정행위로 간주하고, 동 통지 제1조 “시험 부정행위자는 일률적으로 퇴학처리한다.”는 규정에 따라, 田永에 대하여 퇴학처리결정을 하고, 4월 10일 학적변동을 통지하였다. 그러나 북경과기대학은 田永에게 직접처분결정을 선포하고 학적변경통지를 송달하지 않았으며, 田永의 퇴학수속을 처리하지 않았다. 田永은 계속 학교 재학생의 신분으로서 정상적으로 학습과 학교 조직활동에 참가하였다.

1996년 3월, 원고 田永은 학생증을 분실하여, 1995~1996학년도 제2학기에 등록을 하지 못했다. 같은 해 9월, 피고 북경과기대학은 田永에게 학생증을 재발급하였다. 그 후, 북경과기대학은 매 학년도 田永이 납부한 교육비를 수납하였고, 田永에게 등록을 진행하고, 대학생 보조금을 지급하였으며, 田永이 대학생 졸업실습계획에 참가하도록 배정하였고, 논문 지도교수는 학교에서 지급하는 졸업설계 지도결과 비용을 수령하였다. 田永은 해당 학교 학생의 명의로 시험에 참가하여, 대학 영어 4급, 컴퓨터 활용능력 테스트 BASIC 언어성적 합격증서 등을 취득하였다. 田永은 해당학교에서 학습한 4년 간, 성적이 모두 합격이었고, 졸업실습, 설계 및 졸업논문을 통과하여, 우수졸업논문에 선정되고 졸업성적은 전교 9등을 하였다. 북경과기대학은 이상과 같은 사실에는 이의가 없다.

1998년 6월, 피고 북경과기대학의 유관 부문은 원고 田永이 학적을 구비하지 않았다는 이유로, 그에게 졸업증서 발급을 거절하고, 교육 행정 부문에 졸업파견자격증을 보고하지 않았다. 田永이 소속된 응용학원과 물리화학과는 田永이 대학졸업과 학사학위 수여조건에 부합한다고 여기고, 학원측은 대학교와 田永의 학적문제에 대하여 협의를 한 후, 학교측에 田永의 소속 학의 학사학위 수표를 발송할 때 증, 임시로 田永의 서명을 받지 않고, 田永의 학적 문제가 해결 된 후에 서명을 하려고 준비하였으며, 학교는 이에 따라 田永을 학사학위수여 자격명단내에 포함하지 않았고, 학교의 학위평정위원회의 심사에 제출하지 않았다.

베이징市 하이디엔 구(海淀区) 인민법원은 1999년 2월 14일에 다음과 같이 판결하였다.

1. 피고 북경과기대학은 본 판결 효력발생일로부터 30일 이내에 원고 田永에게 대학 학사 졸업증서를 수여한다.
2. 피고 북경과기대학은 본 판결 효력발생일로부터 60일 이내에 본교의

학위평정위원회를 소집하여 원고 田永의 학사학위자격 심의를 진행한다.

3. 피고 북경과기대학은 본 판결 효력발생일로부터 30일 이내에 해당 지역의 교육행정부문에 田永의 졸업파견에 관련한 수속을 보고할 책직책을 이행한다.
4. 원고 田永의 기타 소송 청구는 기각한다.

본 사안에서 법원 판결의 이유 중 하나는, 퇴학처리에 따라 피 처리자의 교육을 받을 권리가 관련이 있는데, 당사자 권익을 충분히 보장하는 원칙에서 출발하여, 처리결정을 내리는 부문을 마땅히 그 처리결정을 직접 피처리자에게 공포하고 송달하여 피처리자 본인이 변론의견을 제출하도록 허용해야 한다. 북경과기대학은 이런 원칙에 따라 처리하지 않고, 당사자의 변론권리를 무시했으며, 이러한 행정관리 행위는 합법성을 구비하지 못한다. 본 사안에서 법원은 피고가 두 가지 절차 의무를 이행하지 않았다고 간주한다. 즉 첫째, 처리결정을 피처리자 본인에게 공포하고 송달하지 않았고, 둘째, 원고의 의견을 청취하지 않았다는 것이다. 이로 인해 원고는 충분히 자신의 의견을 진술하여, 자신의 변호를 진행하지 못하게 되었다. 또한, 원고는 자신의 권리에 영향을 주는 결정에 대하여 알지 못하였고, 원고의 이익은 이로 인해 막대한 영향을 받았다. 의견청취는 당사자 본인에 대하여 공개를 결정하는 것으로, 행정절차법의 기본제도이고, 행정기관이 반드시 이행해야 하며, 그렇지 않을 경우, 그 내려진 결정은 절차위법으로 인하여 합법성을 구비하지 못한다.

2) 의견청취의 명칭과 형식

결정을 내리기 전에 상대방의 의견을 청취하는 것은 이미 현대 행정절차법의 기본제도 중 하나가 되었지만, 상이한 국가에서 상이한 명칭을 사용하여 이 규칙을 설명하고 있는데, 어떠한 경우에는 명칭은 일치하지만 내용이 상이하기도 하다. 따라서 일국의 의견청취제도를 분석할 경우, 반드시 먼저

사용하는 명칭의 구체적 의미를 명확히 해야 한다. 예컨대, 청문(听证)은 중국에서 공청회(听证会)의 방식으로 상대방의 의견을 청취하는 제도를 전문적으로 지칭하는데, 미국에서는, “이해관계인의 의견을 청취하는 절차”라고 통칭하고, 행정기관은 심판형 증거청취부터 비정식의 회담 등 20여종의 증언 청취 형식을 채택할 수 있다.⁴⁴⁾ 한국은 행정기관이 당사인의 의견을 청취하는 형식으로서 “청문”(听证), “공청회”(公听会) 및 “의견제출”(提出意见)의 3가지 형식으로 나눈다. 일본은 “증언청취”, “공청회”, “변명”(辨明)의 3가지 형식으로 나눈다.

중국입법이 규정하고 있는 의견청취의 형식은 종류가 많은데, 우편, 팩스, 전화, 전자우편, 좌담회, 논증회, 공청회 등을 있다. 공청회가 가장 정식적인 것이다. 사법화 정도가 가장 높고, 항상 이에 대한 연구를 단독으로 진행되는데, 이를 정식 청문(正式听证)이라고 하고, 기타 의견청취의 형식은 비정식 청문(非正式听证)이라고 총칭한다.

(2) 정식청문

1) 정식청문의 의의

정식청문(正式听证)란 행정기관이 공청회의 방식을 채택하여 대중과 당사자의 의견을 청취하는 제도를 말한다. 청문은 심판절차의 원고피고 쌍방간의 대항, 판사가 참여하는 재판의 절차구조를 상당부분 참조한다. 그 절차구조는 공무원과 상대방 양측의 대항을 조사하고, 주재인이 참여하는 재판을 청취하며, 가장 강한 사법적 색채를 나타내는데, 사법화 정도가 가장 강한 행정절차제도라고 할 수 있다.

정식청문을 설치하는 목적은 사법절차 구조의 이용항 결정자가 사실을 정확하게 인정하고, 결정의 정확한 기능을 보장하며, 행정기관이 정확한 사실인정을 확보하여, 정확한 결정을 내리게 하는데 도움을 준다. 정식청문은 사법화 정도가 너무 높기 때문에, 그 적용 상황은 각국에서 극히 엄격한 제한을 받는다. 일반적으로 상대방의 권리에 중대한 영향이 미치는 행정정책결

44) 王名扬: 《美国行政法》, 中国法制出版社, 1995年版, 450页。

정, 결정을 내리는 경우에만 적용된다. 정식청문의 적용 사항은 항상 상대방의 중대한 이익과 관련이 있기 때문에, 이러한 제도는 고도의 사법화 절차 운용으로서 행정적 공정성에 집중적으로 구현한다. 정식청문은 현대 행정절차법 연구의 중요한 사항이고, 각국 행정절차법전의 핵심 내용이며, 대다수 국가가 전문적인 장 또는 절을 두어 정식청문의 구체적인 제도를 규정한다.

2) 중국 행정청문제도의 개황

1996년 《행정처벌법》이 처음으로 정식청문제도를 규정한 이후에, 정식청문의 적용영역이 확대되는 추세가 나타났는데, 다음의 두 가지로 분류할 수 있다.

첫째, 정책결정 유형. 공청회의 결과는 불특정인의 권리·의무에 영향을 미치는 것으로, 행정입법, 정부가격정책결정, 도시계획, 환경영향평가 등이 포함된다.

둘째, 결정유형. 공청회의 결과는 특정인의 권리·의무에 영향을 미치는 것으로, 행정처벌, 행정허가, 도시주택철거 행정재결, 산업피해조사, 세이프가드조치 조사, 반덤핑과 상계보조금 조사, 회계감사, 의료사고 기술감정 등이 포함된다.

행정처벌, 행정허가, 정부가격정책결정, 행정입법영역의 정식청문제도의 규정은 비교 전 체계적이며, 비록 여전히 적지 않은 문제가 개선되어야 하지만, 정식청문제도는 이러한 영역에서 이미 기본적으로 수립되었다.

3) 행정정책결정 정식청문제도의 내용⁴⁵⁾

행정정책결정(行政決策)과 행정결정(行政決定)은 사실적 요건에서 상이한데, 전자는 일반적 사실의 조사와 연구에 착안하고, 후자는 구체적 사실인정의 정확성을 요구한다. 이외에도, 행정정책결정과 관련이 있는 주체는 다원적이고, 행정결정과 관련이 있는 주체는 단일하다. 따라서 행정정책결정과 행정결정이 적용하는 정식청문제도 규칙은 상이하다. 다음의 정부가격 정책결정 청문제도를 예로 들어, 행정정책결정 정 간단히 소개한다.

45) 행정처벌과 행정허가 정식청문규칙에 관하여 본서 제7장 “행정처벌”과 제6장 “행정허가” 부분 참고.

① 주체

공청회의 조직자, 사회자, 청문신청인,⁴⁶⁾ 공청회대표(청문 참가인)을 포함한다.

② 개시

가격정책결정 청문의 개시는 두 가지 방식으로 나뉘는데, 즉 신청에 의한 개시와 정책결정기관의 주동적인 개시이다. 신청에 의한 개시는 다시 두 가지 상황으로 나뉘는데, 《정부가격정책결정청문방법》 제3조 규정범위내의 항목의 가격을 제정할 것을 신청한 경영자 또는 그 주관 부문이 청문신청을 제기한 경우⁴⁷⁾와 소비자 또는 사회단체 위임한 소비자 조직이 정부 가격주관부문에 청문신청을 제기한 경우이다.

③ 공고와 통지

공청회는 공개적으로 개최되고, 정부가격 주관 부문은 공청회 개최시간, 장소 및 주요 내용을 사전에 공고한다. 적어도 공청회 개최 10일 전에는 초청장과 청문자료를 공청회 대표에게 송달하여, 공청회에 참가할 수 있는 대표자 수를 확정한다.

④ 공청회의 진행

공청회의 진행은 공개가 원칙이고, 비공개가 예외이다. 공청회는 기본적으로 다음의 몇 단계로 진행된다.

제1단계 : 사회자는 청문사항과 공청회 규율의 선언 및 공청회 대표의 소개

제2단계 : 경영자 발언

제3단계 : 소비자와 기타 권리가 영향을 받는 주체의 의견 진술

제4단계 : 쌍방 변론 전개

46) 행정입법 공청회는 초안작성 부문 또는 정부 법제 부문이 자발적으로 개시하고, 청문 신청인은 존재하지 않는다. 가격정책결정은 주로 경영자의 신청에 의해 개시되고, 공청회의 개시 신청을 제기한 주체는 청문 신청인이라고 한다.

47) 《정부가격정책결정청문방법》(政府价格决策听证办法) 제3조는 “정부가격정책결정 청문을 시행하는 항목은 중앙 및 지방 가격결정목록에서 관련 대중의 이익의 공용사업가격, 공익성 서비스 가격 및 자연적 독점 경영의 상품가격이다.”라고 규정하고 있다.

제5단계 : 사회자의 청문 종료 선언

⑤ 공청회 기록과 그 효력

공청회 기록은 공청회 현장에서 제작한, 공청회 진행 상황을 기재한 서면 문건으로, 공청회 현장에 대한 현장 기록이다.

공청회 종료 후에, 최종 정책결정은 어떻게 도출되는가? 최종 정책결정은 단지 공청회상의 발언과 제출된 증거에 의해서만 도출되는가? 최종 정책결정에 대한 공청회의 영향정도는 이 제도가 진정으로 기능을 발휘할 수 있는가? 가 관건이라고 말할 수 있다. 《정부가격정책결정청문방법》은 가격정책 결정부서가 가격을 결정할 경우, 공청회에 제출한 의견을 충분히 고려해야 한다고 규정하고 있다. 공청회대표 다수가 가격결정방안에 동의하지 않거나, 또는 가격결정방안에 대한 의견이 비교적 분분할 경우, 가격정책결정 부문은 마땅히 신청인과 협조하여 방안을 조정하고, 필요한 경우 정부가격주관부서가 재차 청문을 조직한다. 당해 인민정부 또는 상급 가격정책결정부문에 제청하여 승인이 필요한 최종 가격결정방안은 공청회의 논증을 거쳐 상부에 보고할 경우, 동시에 청문요약문과 공청회 기록 및 관련된 자료를 제출해야 한다. 실제로, 일부 최종정책결정은 공청회대표의 의견을 수용하는데, 예컨대, 2002년 허난성 설연휴 운송기간 객차운임공청회 후에, 가격이 10% 올랐으나, 신청 상승폭보다 60%나 떨어졌고, 동시에 학생표는 가격을 인상하지 않기로 결정하였다.

(3) 비정식청문

비 정식청문(非正式听证)은 공청회 이외의 방식으로 의견을 청취하는 제도의 총칭이다. 비 정식청문은 비록 절차가 간단하지만, 그 적용 범위가 정식 청문보다 훨씬 넓어서, 완전한 비 정식청문제도의 수립이 국민권리의 보호와 관련하여 매우 중요한 의미를 지닌다.

1) 행정정책결정 비정식청문

비정식청문의 절차규칙은 정식청문과 비교하면, 간단하고, 시행하기가 용이하지만 규칙은 아니다. 미국 《연방행정절차법》 규정한 행정입법 비정식절

차는 “통고와 평론” 절차라고도 불리는데, 행정기관이 법규를 제정할 경우, 반드시 연방에 등록하고, 관영 홈페이지 등에 공포하여, 제정된 법률초안 또는 주요내용에 대하여 건의하고, 대중적 평론을 제공하며 대중의 의견을 청취하도록 요구한다. 대중은 서면의견을 제출하거나, 구두로 의견을 진술할 수도 있다. 행정기관은 종종 비정식협의, 회의, 자문 및 기타 대중이 의견을 표시할 수 있는 방법을 채택하여 대중의 의견을 청취한다. 과학기술의 발전에 따라, 현재 대중은 주로 전자우편의 방식을 통해 행정입법에 참여하고 의견을 발표한다. 행정기관은 대중의 의견을 수렴한 이후에, 의견을 분류정리를 하고, 매 의견마다 답변을 한다. 대중의 의견과 행정기관의 답변은 반드시 행정기관의 홈페이지에 공포하여, 대중들이 타인의 의견을 쉽게 이해하도록 한다. 최종적으로 공포된 규장 중에, 행정기관은 규장의 본문 앞에, 규장 제정과정에서 수렴한 대중의견과 행정기관의 대중의견에 대한 답변에 대하여 설명을 해야 하고, 특정의견의 채택 또는 불채택의 이유를 설명해야 한다.

중국 《행정법규제정절차조례》에 규정된 방식은 좌담회(座谈会), 논증회(论证会)가 있고, 《규장제정절차조례》에 규정된 방식은 서면 의견수렴(征求意见), 좌담회, 논증회 등 여러 형식이 있으며, 《환경영향평가법》에서 규정한 방식은 논증회이다. 인터넷 기술이 발전함에 따라, 점점 더 많은 행정기관이 저명 홈페이지, 관영 홈페이지를 통해 행정입법, 도시계획, 교통관리 등의 사항에 대하여 대중에게 의견을 구한다. 그러나 상술한 입법은 비정식청문의 규정에 관하여 원칙에서 벗어나고, 제도화되지 않았으며, 단지 행정기관만이 스스로 행하는 것이다. 2007년 1월 1일부터 시행한 《광조우市대중참여규장제정방법》은 중국에서 처음으로 대중참여를 규율하여 규장으로 제정한 지방성 입법이다. 당해 규장은 미국의 통고와 평론 절차를 참고하여, 보다 시스템화하고 완전하게 광주시 정부규장제정중의 비정식청문제도를 규정하고 있다.

충분한 정보공개와 의견 답변체제는 행정정책결정 정식청문제도의 두 가지 핵심요소로서, 청문제도가 긍정적 발전할 수 있는 핵심이다. 전자는 대중이 충분히 정책결정과 관련된 정보를 인지하도록 보장하고, 정책결정자와 정보의 대칭을 갖게 하고, 정책결정에 효과적으로 참여하게 한다. 후자는 행정기관이 상대방이 제출한 의견을 신중히 고려하여 대중의 지속적인 참여열정을 유지한다.

2) 행정결정 비정식청문

《행정처벌법》, 《행정허가법》은 모두 행정기관이 반드시 상대방의 의견을 청취하도록 규정하고 있지만,⁴⁸⁾ 구체적인 규칙을 규정하지는 않고 있다. 한국, 일본 및 대만 등의 행정절차법은 모두 행정결정의 비정식청문절차 규칙에 대하여 구체적인 규정하고 있는데, 주요한 내용은 다음과 같다.

① 행정기관은 통지의무를 진다.

대만의 “행정절차법” 제104조는, 행정기관이 당사자에게 의견진술의 기회를 제공할 경우, 반드시 다음의 사항을 서면기재하여 상대방에게 통지해야 한다. 즉 i) 상대방 및 그 주소, 사무소 또는 영업소, ii) 자유 또는 권리를 박탈하거나 제한하기 위한 행정처분의 원인사실과 법규근거, iii) 진술서가 반드시 설명해야 할 사항, iv) 진술서의 제출 기한과 진술서 비제출의 결과, v) 기타 필요한 사항 등이 있다.

② 상대방이 의견을 제출하는 방식은 서면과 구두이다.

예컨대, 한국 《행정절차법》 제27조는, “당사자등은 행정처분 전에 그 처분의 관할 행정청에 서면이나 구두로 또는 정보통신망을 이용하여 의견제출을 할 수 있다.”고 규정하고 있다. 그리스 《행정절차법》 제6조는, “특정 개인의 권리 또는 이익에 불리한 행위를 내리거나 또는 특정 개인에게 불리한 조치를 채택하기 전에, 행정기관은 이해관계인에게 관련사항을 서면 또는 구두 방식으로 의견발표를 요청할 의무가 있다.”고 규정하고 있다. 다만, 일본 《행정절차법》은 당사자가 변명의견을 제출할 경우, 행정기관이 구두로서 이를 상용하는 것을 제외하고, 서면방식으로 제출하도록 규정하고 있다.

48) 《행정처벌법》 제32조는 다음과 같이 규정하고 있다. 즉 당사자는 진술권과 변명권을 가진다. 행정기관은 당사자의 의견을 충분히 청취하고, 당사자가 제출한 사실, 이유 및 근거에 대하여 재심사를 진행하여야 한다. 당사자가 제출한 사실, 이유 또는 근거가 성립하는 경우, 행정기관은 이를 채택해야 한다. 《행정허가법》 제36조에서 동일하게 규정하고 있는데, 즉 행정기관이 허가신청을 심사할 경우, 신청인과 이해관계인의 의견을 청취해야 한다.

- ③ 당사자 의견진술의 내용은 사실 문제, 법률문제, 내리려고 하는 결정 자체를 포함한다.

당사자는 행정기관이 인정한 사실에 대하여 이의를 제출하고, 증거를 제출하여 증명할 권리를 가진다. 당사자는 행정기관이 적용한 법률근거와 결정자체에 대하여 이의를 제출할 권리를 가진다.

중국 현행 입법은 비정식청문의 정립에 대하여 불합리하고, 정식정문에 대하여 지나치게 관심을 두고 있으며, 비정식청문의 제도화에 대하여 소홀히 하고 있기 때문에, 행정절차법전을 제정할 경우, 비정식청문 규칙을 상세화하여야 한다.

7. 기간제도

기간제도는 절차법의 중요한 제도로서, 일종의 심오한 법률기술이다. 행위주체가 특정 행위를 시행해야 할 기간의 규정을 통하여, 법률은 특정 법률결과를 강제적으로 실현하여, 행위주체의 적극적인 행위를 촉진함으로써, 행위의 효율을 제고하고, 법률관계를 조속히 확정한다. 완전한 기간제도는 마땅히 시간의 기한, 기한의 기산점과 만료점, 기한을 넘어 발생하는 법률효과를 포함해야 한다.

중국의 점점 더 많은 법률이 기간제도를 규정하고 있다. 예컨대, 《행정허가법》은 행정허가결정을 내리는 일반적인 기한에 대하여 행정허가신청을 접수한 날로부터 20일 이내로 규정한다. 다수의 입법은 시간기한을 규정하고 있지만, 행정기관이 기한을 넘어 행정결정을 내리지 않는 경우에 어떠한 법률결과도 발생시키는지에 대하여서는 규정이 없다. 단지 소수의 입법, 예컨대 《집회여행시위법》, 《지린省지도편제출판관리방법》, 《항조우市수도관리조례》는 행정기관이 기한을 넘어 결정을 내리지 않을 경우, 발생하는 직접적인 법률효과를 규정하고 있다. 상술한 세 입법은 모두 행정기관이 기한을 넘어 결정을 내리지 않을 경우, 동의하는 것으로 간주하는데, 즉 행정기관의 침묵은 묵시적 승인의 효과를 발생시킨다. 이처럼 많은 상황하에서, 행정기관은 기한을 넘어 결정을 내리지 못하는 경우, 법률효과가 직접 발생하는 것

이 아니고, 상대방이 행정심판 또는 행정소송의 제기를 통하여, 심의기관 또는 인민법원이 행정기관에 대하여 일정기간 내에 결정을 내리도록 책임을 부과하는데, 그 결정내용은 신청의 승인 또는 신청의 거절일 수도 있다. 만약 상대방이 신청거절에 대하여 불복할 경우, 다시 행정심판 또는 행정소송을 제기할 수 있다.

8. 송달제도

송달이란 행정기관이 내린 행정결정을 상대방에게 보내는 제도를 말한다. 송달은 행정결정의 발효 기점에 직접 영향을 주고, 행정심판과 행정소송의 기간산정에도 영향을 준다. 송달문제의 이론적인 부분은 강하지 않지만, 실제로 매우 중요한 문제이다.

중국 현행법률 규정에서 보면, 부처별 규장은 송달제도의 규정에 대하여 가장 구체적이다. 행정결정의 송달방식은 다음의 몇 가지가 있다.

(1) 직접송달

직접송달은 행정기관이 우선적으로 채택하는 송달방식이다. 직접송달은 행정문서를 송달 받을 자에게 직접 전달하는 것으로, 송달 받을 자가 송달문서에 서명하는 송달방식이다.

(2) 유치송달

송달받을 자가 행정문서의 수령을 거절 할 경우, 송달인은 송달문서에 이유와 날짜를 기재하고, 송달인과 증인이 서명하여, 문서를 송달 받을 자의 장소에 둬으로써, 이를 송달로 간주하는 송달방식이다.

(3) 위임송달과 우편송달

직접송달이 곤란한 경우, 기타기관 또는 기관(单位)에 위임하는 방식을 채택하여 송달할 수 있고, 우편방식을 채택하여 송달할 수 있다.

(4) 공시송달

공시송달(公告送達)은 일종의 추정문서를 당사자에게 송달하는 송달방식으로서, 송달받는 자의 이익을 보호하기 위하여, 그 적용에는 엄격한 조건의 제한이 있다. 일반적으로 송달 받을 자가 행방불명이거나 또는 기타 송달방식을 채택하여 송달을 할 수 없을 경우, 또는 당사자의 수가 너무 많을 경우에 채택할 수 있다.

컴퓨터기술의 발전과 컴퓨터의 보급에 따라, 중국의 일부 규장중의 규정은 인터넷 송달 방식을 점차 채택하도록 하고 있다. 예컨대, 《국가임업국행정허가업무관리방법》은 관리사무실은 국가임업국 정부홈페이지에 행정허가사항의 관련 정보를 공개하고, 행정허가신청의 접수와 행정허가결정의 송달을 점차 인터넷으로 추진할 것을 규정하고 있다.

상술한 몇 가지 송달방식 중에, 직접송달은 우선적으로 채택해야 하는 방식이다. 직접송달방식을 채택이 곤란할 경우에는, 위임송달과 우편송달을 채택할 수 있다. 위임송달과 우편송달방식의 채택이 여전히 곤란할 경우, 공고송달을 채택할 수 있다.⁴⁹⁾

49) 《민정부문실시행정허가방법》은 민정부문이 행정허가결정 및 기타 행정허가 문서를 송달하고, 일반적으로 송달을 받을 자는 민정부문 사무국에 직접 가서 수령한다. 송달 받을 자가 행정허가결정 및 기타 행정허가 문서를 직접 수령할 경우, 일반적으로 송달문서에 수령날짜를 명확히 기재하고, 서명 또는 날인한다. 송달 받을 자가 행정허가결정 또는 기타 행정허가 문서를 직접 수령하지 않을 경우, 직접송달 등의 방식을 채택한다.

제 6 장 행정입법과 행정규범성 문건

본장 개요

행정입법은 행정행위의 중요한 구성 부분으로서, 행정기관이 관리권능을 행사하는 중요한 표현방식이다. 본 장은 행정입법의 기본원리를 주로 학습하고 파악하며, 행정입법의 개념, 성질과 분류, 행정입법의 권한구분과 행정법률규범의 효력 등급, 행정입법절차와 행정입법에 대한 감독방식 등을 포함한다. 본 장은 행정입법 이외의 기타 행정규범성 문건의 의의와 행정입법과의 구별에 대하여 소개한다. 본 장 학습의 중점적인 내용은 《입법법》과 관련 규정이다.

제 1 절 행정입법 기본원리

1. 행정입법의 개념

보편적인 구속력을 가진 행위규범을 제정하는 것은 행정기관이 사회관리를 진행하는 중요한 방법 중 하나이다. 행정기관의 입법활동으로서, 행정입법은 자본주의제도 건립초기에 이미 존재하였지만, 초기의 표현방식은 행정기관 고유의 권한이 아니라 일종의 “위임입법”이었다. 전통적 “삼권분립”의 원칙에 따라, 입법권은 의회에 속하고, 행정기관은 의회의 위임에 따라 일부 행정관리법규를 제정한다. 위임입법은 의회 또는 법원의 감독을 받는다.¹⁾ 사회의 발전에 따라, 행정 기능은 확장하고 심화되고, 전통적 권력분립이론은 수정되어, 행정입법권은 현대의미상 행정권의 중요한 구성부분이 되었으며, 행정입법 역시 신속하게 발전하였다. 20세기 이후, 행정입법은 행정사무 측면에서 이미 의회 등 대의기관의 입법을 넘어섰다.

1) “입법위임”에 관한 소개는 姜明安 主编：《外国行政法教程》，法律出版社，1993年版，第101页，刘莘 主编：《行政立法研究》，法律出版社，2003年版，第4-5页 참고.

행정입법은 학리적 개념으로, 법률적 개념이 아니다. 행정입법이라는 용어가 생성 초기에, 이론계는 행정입법의 개념에 대한 많은 이해가 존재했다. 전체적으로 말하면, 행정입법의 개념에 대하여 4가지 단계에서부터 정의할 수 있다. 제1단계는 가장 광범위한 의의로 정의를 내리면, “행정을 세우는 법”(立行政之法)으로서,²⁾ 국가기관(국가권력기관과 행정기관 포함)이 행정관리 방면과 관련된 법률규범을 제정하는 행위인데, 이를 행정입법이라고 한다. 제2단계의 정의는, 입법주체를 국가권력기관에 한정된 것으로, 즉 전국인민대표대회와 지방인민대표대회가 행정관리와 관련된 법률규범을 제정하는 활동이다. 제3단계의 정의는, 입법주체를 행정기관에 한정된 것으로, 행정기관이 행정규범성 문건을 제정하는 활동을 말하는데, 이러한 종류의 정의는 행정입법을 추상적 행정행위와 동등하게 본다. 여기에는 모든 행정기관이 행정관리와 관련하여 규범성 문건을 제정하는 활동을 포함한다. 제4단계의 정의는, 행정법학연구범위 내에서 사용한 것으로, 입법주체를 특정 행정기관에 한정하고 입법범위도 행정법규와 행정규장에 한정된 것으로, 즉 행정법규 또는 규장을 제정할 권력을 지닌 행정주체가 법정 직권과 법정절차에 의해 규범성 문건을 제정하는 활동을 말한다. 이 개념은 행정기관이 규범성 문건을 제정하는 추상적 행정행위를 두 종류로 나눈다. 첫째는 행정법규와 규장제정권을 지니는 행정기관이 행정법규와 규장을 제정하는 활동, 즉 행정입법 활동이고, 둘째는 행정기관이 행정법규와 규장 이외의 기타 행정규범성 문건을 제정하는 활동으로, 이러한 추상적 행위는 행정입법에 속하지 않는다.³⁾

행정입법의 개념에 대한 이론계의 4가지 정의를 종합적으로 상술하였는데, 우리는 행정입법에서 행정관리활동이 조정대상이라는 점에서, 인간의 인식과 이해가 기본적으로 동일하고, 입법주체가 어떠한 기관을 포함하는지 및 범위

2) 杨海坤 主编：《行政法与行政诉讼法》，法律出版社，1992年版，第53页。

3) 행정입법의 상이한 개념에 관하여 应松年 主编：《行政行为法》，人民出版社，1993年版，第40页，应松年 主编：《行政法学新论》，中国方正出版社，1998年版，199页。 ，朱维究、王成栋 主编：《一般行政法原理》，高等教育出版社，2005年版，第357页。 ，张树义：《行政法与行政诉讼法》，高等教育出版社，2002年版，82页。 ，刘莘 主编：《行政立法研究》，法律出版社，2003年版，第6页。 ，王学辉 主编：《行政法学历论要览》，法律出版社，2001年版，第200-203页。 참고.

에서 어떠한 규범성 문건이 포함되는지에 대하여 의견이 나뉘지고 있음을 발견할 수 있다. 법의 본질과 중국 《입법법》과 관련 규정에 따라 분석하면, 제4단계의 정의를 채택하는 것이 비교적 적합하다고 생각하는데, 이것은 현재 중국 행정법학계의 통설로서, 다음의 두가지 의의를 지닌다. i) 행정입법의 주체는 일부 행정기관과 관리기능을 지닌 기관이고, 모든 행정기관은 아니다. 행정기관의 입법권은 반드시 헌법과 법률의 규정에 따르거나 또는 국가권력기관의 수권을 받아야 한다. ii) 행정입법은 규범성 문건의 제정이 그 활동의 특징이다. 행정입법은 현대 행정관리의 수요에 적응하여 발생한 일종의 준 입법활동이다.

2. 행정입법의 성질

행정입법의 성질에 대하여, 이론계에는 다양한 관점이 존재하는데, 그 중 대표적인 관점은 세 가지이다. 첫 번째 관점은 입법권과 행정권을 절차상 및 내용상 모두 명확한 차이가 있기 때문에, 행정입법은 행정행위라고 본다.⁴⁾ 두 번째 관점은 정부입법권은 헌법승인을 받은 권력으로, 완전한 입법권이기 때문에, 행정입법은 입법행위라고 본다.⁵⁾ 세 번째 관점은 행정입법은 특정행정기관이 행정법률규범을 제정하는 행위로서, 그 행위는 권력기관의 입법과는 구별되고, 행정기관의 기타 행위와도 구별되어, 행정과 입법의 이중적 속성을 가지기 때문에, 행정성 행위와 입법성 행위의 종합이다.⁶⁾

(1) 행정입법의 “입법” 성질

1) 행정입법은 국가의 명의로 사회규범을 제정하는 행위이다. 행정기관이 행정법규와 규장을 제정하고, 국가의지를 실현하며, 사회를 위하여 행위규칙을 설정한다.

4) 王磊 “对行政立法权的宪法学思考”载《中外法学》1998年 第5期。

5) 杨涛 “论我国政府立法的属性”载《兰州大学学报(社会科学版)》2000年 第3期。

6) 대다수 행정법 교재는 동일한 관점을 인정한다. 应松年 主编：《行政法与行政诉讼法学》，法律出版社，2005年版，128页，姜明安 主编：《行政法与行政诉讼法》.北京大学出版社，高等教育出版社，1999年版，第163页。

2) 행정입법이 제정한 행정법규와 규장은 법의 범주에 속하고, 법의 보편성, 규범성, 강제성 등의 기본 특징을 지닌다.

3) 행정입법절차는 엄격하고, 입법의 형식특성을 지니며, 반드시 초안작성, 의견수렴, 회의의 심의와 통과, 서명, 공포 등 행정입법절차를 거쳐야 한다.

주의할 점은 행정입법이 비록 “입법”의 성질을 지니고 있지만, 여전히 종속적 입법에 속하기 때문에, 권력기관과의 입법과는 상이한데, 주로 다음과 같은 내용으로 구현된다.

1) 입법주체의 상이

권력기관입법의 주체는 국민선거가 선출한 대표기관이다. 행정입법주체는 권력기관의 집행기관이다.

2) 입법권 근거의 상이

권력기관의 입법권은 직접 국민의 수권에 근거하고, 헌법이 규정한다. 행정입법권력은 일부는 헌법의 수권에 근거하고, 일부는 법률 또는 권력기관의 수권에서 근거한다.

3) 입법의 내용이 상이

권력기관의 입법내용은 통상적으로 국가전체 또는 정치, 경제, 문화 등 영역의 기본제도와 중대한 문제이다. 행정입법의 내용은 주로 헌법과 법률을 집행하고, 행정관리사무를 규율하는 것으로 표현된다.

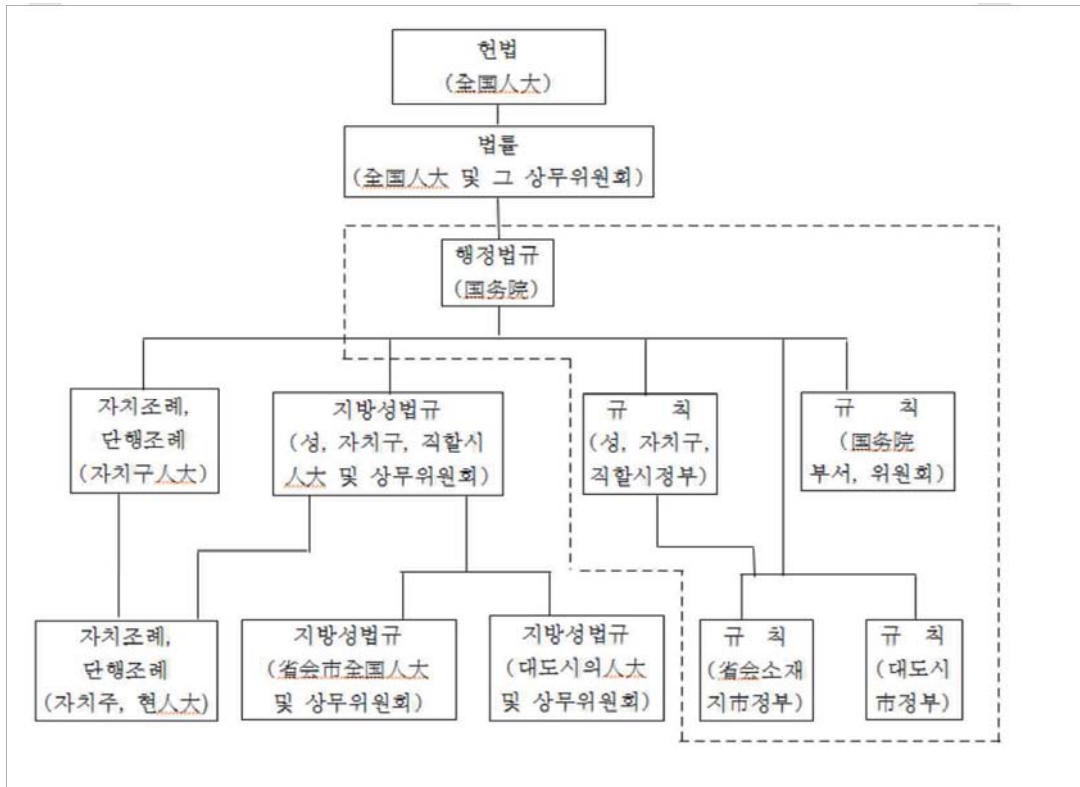
4) 입법효력 등급의 상이

국가권력기관이 설립하는 법은 법률이고, 헌법과 버금가는 효력을 지닌다. 행정입법이 설립하는 법은 행정법규와 규칙이고, 그 효력은 법률에 미치지 못하고 법률과 서로 충돌 될 수 없고, 지방정부규장은 같은 지방성 법규와 충돌하며, 만약 그렇지 않을 경우 효력이 없다.

5) 사법적용원칙의 상이

중국 《행정소송법》 제52조와 제53조 및 《입법법》의 관련 규정에 따르면, 사법기관은 권력기관이 제정한 법률에 대하여서는 반드시 집행해야 한다. 사법기관은 행정입법에 대하여서는 선택적 적용을 한다. 행정법규는 오직 헌법과 법률과 상충되지 않는 상황에서만 적용될 수 있고, 사법기관은 규장에 대하여서는 참고한다.

다음의 표는 국가전체 법률체계에서 행정입법의 지위를 표시하였다.(점선으로 된 부분은 행정입법에 속한다)



(2) 행정입법의 “행정” 성질

1) 행정입법의 주체는 행정기관이다.

행정기관은 행정법규와 규장을 제정하는 권력으로, 헌법과 법률의 수권에 의하여 획득되지만, 이러한 수권은 그 행정기관의 성질을 변경시킬 수 없고,

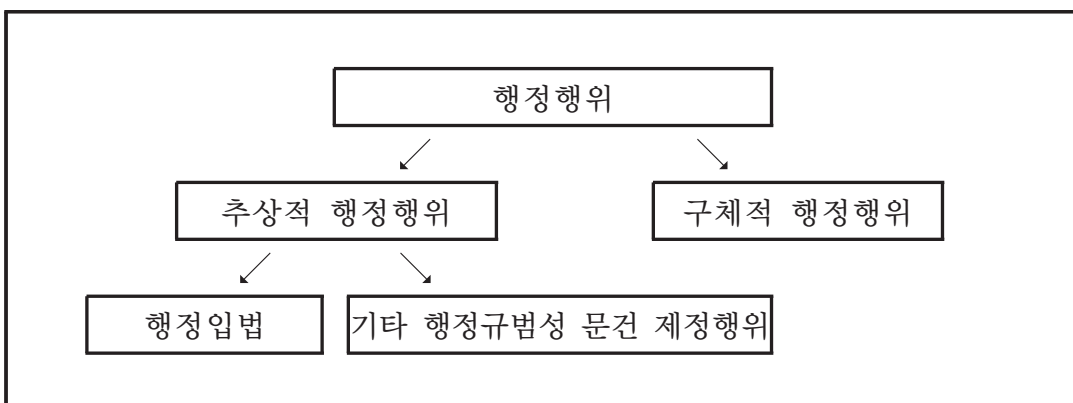
국민선거로 선출된 권력기관과 동등할 수 없다.

2) 행정입법의 조정대상은 행정사무이다.

행정입법은 행정기관의 일종의 활동으로, 행정관리의 수요에 따라 형성되고, 행정관리운영을 다루고 있다. 행정입법의 목적은 행정관리의 기능을 이행하기 위해, 행정입법이 조정하는 대상은 행정관리와 관련이 있는 사무이다. 행정입법의 본질적으로 일종의 집행적 입법이다.

행정행위 적용대상의 상이함에 근거하여, 행정행위는 추상적 행정행위와 구체적 행정행위로 나누고, 행정입법은 추상적 행정행위에 속하기 때문에, 추상적 행정행위와 구체적 행정행위의 구분 역시 행정입법행위와 구체적 행정행위의 구분에 동일하게 적용된다. 양자의 구별은 주로 다음과 같이 표현된다. i) 주체범위의 상이. 행정입법의 주체는 행정입법권을 지니는 특정 행정기관으로 한정되고, 모든 행정기관과 법률·법규가 수권한 조직은 일정한 구체적 행정행위를 시행할 권력을 지닌다. ii) 대상의 상이. 행정입법의 대상은 보편적이고 불특정인과 사무를 대상으로 하고, 구체적 행정행위의 대상은 개별적이고, 특정인과 사무를 대상으로 한다. iii) 효력의 상이. 행정입법은 통상적으로 반복하여 적용할 수 있고, 구체적 행정행위는 단지 한 번만 적용할 수 있다. iv) 절차의 상이. 행정입법이 준수하는 것은 입법절차이고, 구체적 행정행위가 준수하는 것은 집행절차이다.

다음의 표는 행정행위체계에서 행정입법의 지위를 표시한다.



3. 행정입법의 분류

상이한 기준에 따라, 행정입법행위는 상이한 유형으로 분류될 수 있는데, 본 서에서는 주로 다음과 같이 분류한다.

(1) 직권입법과 수권입법

행정입법권 근거의 상이함에 근거하여, 행정입법은 직권입법과 수권입법으로 구분된다. 직권입법(职权立法)은 행정기관이 헌법과 조직법이 부여한 입법권에 따라, 법정 범위 내에서 진행하는 입법 활동이다. 직권입법의 권력은 헌법과 조직법의 직접 부여에 근거하고, 행정기관의 형성에 따라 발생하는데, 행정기관의 고유한 권력에 속한다. 중국에서, 헌법과 관련 조직법의 규정에 근거하여, 국무원 및 그 주관부문, 성·자치구·직할시의 인민정부, 비교적 큰 규모인 시의 인민정부는 직권입법을 진행할 수 있다.⁷⁾ 직권입법의 효력은 권력기관입법의 하위에 있고, 법률법규의 규정을 변경할 수 없으며, 이에 저촉될 경우 직권입법은 무효이다.

수권입법(授权立法)은 행정기관이 헌법과 조직법 이외에 단행법률·법규 또는 전문적 수권결의의 수권에 근거하여 진행되는 행정입법활동을 말한다. 수권입법권을 취득한 행정기관은 수권법률·법규 또는 수권결의의 엄격한 제약을 받고, 반드시 수권범위 내에서 수권의 기준, 내용, 원칙을 따라 행정입법권을 행사하고, 수권범위를 초과하는 입법행위는 무효이다. 수권입법 근거의 상이함에 근거하여, 수권입법은 일반수권입법과 특별수권입법으로 나눌 수 있다. 일반수권입법은 특정 단행법률 또는 법규의 수권에 근거하여 진행하는 입법이다. 일반수권입법은 현실에서 자주 보이는데, 예를 들면 《행정처벌법》 제63조는 “본법 제 46조에서 정한 과태료의 결정과 과태료의 징수를 분리하는 규정은 국무원이 구체적인 실시방법을 정한다.”고 규정하고 있다. 특별수권입법은 최고권력기관의 전문적인 수권결의에 근거하여 진행하는 입법을 말하는 것으로, 실제로 행정관리의 수요에 적응하기 위하여 국가 최고

7) 《헌법》 제89조, 《국무원조직법》 제10조, 《지방각급 인민대표대회와 지방각급 인민정부 조직법》 제60조.

권력기관은 본래 자신의 권한범위에 속하는 입법권을 행정기관에게 수여하여 행사한다. 예컨대, 《입법법》 제9조는 “이 법 제8조가 규정하는 사항 중 아직 법률로 정하지 아니한 사항은, 전국인민대표대회 및 그 상무위원회가, 결정으로 국무원에게, 실제 수요에 따라 그 중의 일부 사항에 대하여 미리 행정법규를 정할 권한을 수여할 권한이 있다. 그러나 관련 범죄와 형벌, 국민에 대한 정치권리의 박탈, 인신의 자유를 제한하는 강제조치와 처벌, 사법제도 등의 사항은 그러하지 아니하다.”고 규정하고 있다.

(2) 집행적 입법과 창설적 입법

행정입법기능의 상이함에 근거하여, 행정입법은 집행적 입법과 창설적 입법으로 나눌 수 있다. 집행적 입법(執行性立法)이란 행정기관이 법률 또는 법규를 집행하기 위하여 진행되는 입법을 말한다. 집행적 입법은 새로운 법률상의 권리와 의무를 창설할 수 없고, 집행하려는 법률 또는 법규의 내용을 임의로 추가하거나 삭제할 수 없다. 국무원은 법률집행을 위해 행정법규를 제정하고, 국무원 부문은 법률과 행정법규를 집행하기 위해 부문규장을 제정하며, 특정 지방정부는 법률, 행정법규 또는 지방성 법규를 집행하기 위하여 지방정부규장을 제정한다. 이러한 것은 모두 집행적 입법이다. 집행적 입법이 제정한 행정법규와 규장은 일반적으로 “실시조례”(實施條例), “실시세칙”(實施細則) 또는 “실시방법”(實施辦法)이라고 한다.

창설적 입법(創造性立法)이란 행정기관이 법률·법규의 공백을 보충하거나 또는 법률법규의 개별적인 규정을 보충하기 위하여, 행정기능을 실시함으로써 진행되는 입법을 말한다. 창설적 입법은 다시 두 가지로 나눌 수 있다. 첫째는 자주적 입법(自主性立法)으로, 상응하는 법률법규가 존재하지 않는 조건하에서, 법률법규의 공백을 보충하기 위하여, 행정기관은 헌법과 조직법이 수여한 입법권을 운용하여 새로운 권리·의무를 창설하는 활동이다. 둘째는 상응하는 법률·법규 규정이 이미 존재하는 전제하에서, 법률법규의 개별적인 규정을 보충하기 위하여 진행되는 입법으로, 보충적 입법(補充性立法)이라고 한다.⁸⁾

8) 일부 학자들은 행정입법 자체 특징의 상이함에 근거하여, 집행적 입법, 보충적 입법, 자주적 입법과 시범적 입법(試驗性立法)으로 구분하는데, 朱新力、金偉峰、唐明

(3) 중앙행정입법과 지방행정입법

행정입법주체의 상이함에 근거하여, 행정입법은 중앙행정입법과 지방행정입법으로 나뉜다. 중앙행정입법(中央行政立法)이라 함은 국무원, 국무원의 각 부, 위원회, 중국인민은행, 감사원 및 행정관리 기능을 갖는 직속기관을 포함한, 중앙국가기관이 법에 따라 행정법규와 부문규장을 제정하고 공포하는 활동을 말한다. 효력범위에서, 중앙행정입법이 제정한 규범성 문건의 효력은 전국 범위에 미친다.

지방행정입법(地方行政立法)이란 성, 자치구, 직할시와 비교적 큰 규모의 시의 인민정부를 포함한, 지방행정기관, 법률·법규에 따라 지방정부규장을 제정하는 행위를 말한다. 지방행정입법이 제정한 규장은 당해 행정구역 내에서만 법률적 효력이 발생한다. 중국 《입법법》이 규정한 “비교적 큰 시”(較大的市)는 다음의 세 종류를 포함하는데, 즉 성(省)·자치구 정부 소재지의 시(市), 국무원의 승인을 받은 비교적 큰 시(市)⁹⁾와 경제특구 소재지의 시(市) 등이 있다.

(4) 법규성 입법과 규칙성 입법

행정입법 최종결과의 상이함에 근거하여, 행정입법은 법규성 입법과 규정성 입법으로 나뉜다. 법규성 입법(法規性立法)이란 국무원이 행정법규를 제정하고 공포하는 활동을 말한다. 국무원은 최고행정기관으로, 전국 각종 행정사무를 관리한다. 법규성 입법의 내용은 전국성의 정치, 경제, 문화, 교육 및 외교 사무 등 각 방면을 포함한다. 규정성 입법(規章性立法)이란 국무원 부문과 지방정부가 행정규장을 제정하고 공포하는 활동을 말하는데, 부분규장과 지방정부 규장을 포함한다.

良 : 《行政法学》, 清华大学出版社, 2005年版, 第191页 참고.

9) 齐齐哈爾市, 吉林市, 抚順市, 鞍山市, 大连市, 唐山市, 邯鄲市, 大同市, 包头市, 青島市, 淄博市, 淮南市, 无锡市, 宁波市 등을 포함.

4. 행정입법의 원칙

(1) 입법법률주의 원칙

입법법률주의(依法立法)은 행정입법의 가장 중요한 원칙이다. 중국 《입법법》 제4조는 “입법은 법에 정한 권한과 절차에 따라 국가 전체의 이익으로부터 출발하여 사회주의 법제의 통일과 존엄을 유지하여야 한다.” 고 규정하고 있다. 입법법률주의 원칙은 구체적으로 다음 네 가지 요건으로 표현된다. i) 행정입법의 주체의 합법. 오직 헌법, 법률 또는 특별 수권의 행정기관과 조직만이 행정입법권을 가진다. ii) 행정입법의 권한의 합법. 현대법치의 이념은 행정입법의 주체가 반드시 헌법, 법률 또는 특별 수권법이 규정한 권한의 범위내에서 법에 따라 입법권을 행사할 것을 요구하고, 법정 권한범위를 초과할 수 없다. iii) 행정입법의 내용의 합법. 행정입법은 종속적 입법이고, 행정입법의 내용은 헌법, 법률·법규에 저촉될 수 없다. iv) 행정입법의 절차의 합법. 행정입법주체는 반드시 법률이 규정한 절차에 따라 엄격하게 입법을 진행하여, 행정입법의 공정성과 과학성 및 효율성을 보장하여야 한다.

(2) 법제통일의 원칙

중국은 단일제 국가이고, 법제의 통일은 사회안정을 유지하고, 제도의 효과적 운영을 보장하며, 사회적 효율을 충분히 발휘하게 하는 필연적 요건이다. 행정입법의 영역에서, 행정입법주체의 다원화와 권한 구분의 다층화로 인해, 법제조화와 통일 원칙의 관철이 요구된다. 중국 《헌법》과 《입법법》은 모두 하위법의 제정은 반드시 상위법을 근거로 할 것을 명확하게 규정하고 있다. 《헌법》 제89조는 국무원은 헌법과 법률에 따라, 행정조치를 규정하고, 행정법규를 제정하며, 결정과 명령을 공포한다고 규정하고 있고, 제90조 제2항은 “각 부·각 위원회는 법률과 국무원의 행정법규, 결정, 명령에 따라 당해 부문의 권한내에서 명령, 지시, 규장을 공포한다.”고 규정하며, 《지방각급인민대표대회와지방각급인민정부조직법》 제60조는 “성, 자치구, 직할시의 인민정부는 법률과 행정법규에 근거하여 본 성, 자치구, 직할시의 지방성법

규와 규정제도를 제정하고, 국무원과 해당 인민대표대회 상무위원회에 보고한다. 성, 자치구의 인민정부 소재지 시와 국무원의 승인을 받은 비교적 큰 규모의 시 인민정부는 법률과 행정법규, 본 성, 자치구의 지방성 법규에 따라 규장을 제정한 후 성, 자치구의 인민대표대회 상무위원회와 인민정부 및 동급 인민대표대회 상무위원회에 보고한다.”고 규정하고 있으며, 《입법법》 제56조와 제71조도 유사한 규정을 두고 있다.

(3) 민주입법의 원칙

민주입법은 법률이 공정성과 정의성을 구비하도록 보장하는 기본조건이다. 중국 《입법법》 제5조는 “입법은 국민의 의지를 구현하고, 사회주의민주를 발양하고, 국민이 각종 경로를 통하여 입법활동에 참여하도록 보장하여야 한다.”고 규정하고 있다. “민주입법원칙은 행정입법주체가 행정입법권을 행사하는 과정에서 반드시 국민의 의견을 광범위하게 청취하고, 국민의 입법참여를 보장하며, 내용상 대중의 의견을 구현하며, 국민의 감독을 받을 것을 요구한다. 행정입법의 제정주체는 행정법규와 규장을 제정하는 과정에서 국가기밀과 관련이 있거나 또는 법률이 별도로 규정한 특수한 상황을 제외하고, 반드시 입법초안을 공포하기 전에, 국민이 입법사항에 대하여 의견을 발표할 충분한 시간을 갖게 해야 한다. 동시에, 반드시 국민에게 입법의견에 대한 행정입법주체의 처리결과를 공포해야 한다.

(4) 과학입법의 원칙

중국 《입법법》 제6조는 “입법은 실제로부터 출발하여 국민, 법인 및 기타 조직의 권리 및 의무, 국가기관의 권력과 책임을 과학적·합리적으로 규정하여야 한다.”고 규정하고 있다. 행정입법의 주요 목적은 법률·법규의 규정을 집행하고, 법률·법규의 공백과 약점을 보충하며, 법률·법규의 원칙 규정과 입법 의도를 해석하여, 법률·법규의 집행이 당해 지방 또는 부문의 실제적인 상황에 부합하게 하는 것이다. 따라서 행정입법이 만드는 법이 행정입법의 활용성과 행정관리의 유효성에 과학적, 합리적으로 직접 영향을 주는가의 여부이다. 과학입법의 원칙은 다음과 같이 구체적으로 표현한다. 즉 i) 합리적 규

법은 각종사회와 관련이 있는데, 여기에는 과학적, 합리적 국민, 법인 및 기타 조직과 국가기관의 권력과 책임을 규정하는 것을 포함한다. 행정입법은 다음 두 가지의 착오 경향을 피해야 한다. 첫째, 국민, 법인 및 기타 조직의 의무만을 강조하고, 국민, 법인 및 기타 조직의 권리의 보호를 경시하는 것이다. 둘째는, 국가기관의 권력만을 강조하고, 그 책임과 관련된 규정은 경시하는 것이다. ii) 법률규범은 반드시 내용이 명확하고 구체적이며, 실행가능하고, 언어가 확실하고 분명해야 한다. 행정입법은 반드시 객관적 사실과 객관적 규율을 존중하고, 명확하게 실제 문제를 해결해야 한다. 동시에, 행정입법은 규범화된 법률 언어를 사용해야 하고, 모호하거나 불확실한 개념의 사용을 피해야 하며, 그 언어는 간단명료해야 하고, 논리정연해야 한다.

제 2 절 행정입법의 권한과 효력등급

1. 행정입법권한의 구분

행정입법의 권한은 행정입법권력을 향유하는 행정주체가 행정법규와 규장을 제정하는 권력의 한계, 즉 상이한 입법주체가 제정하는 행정법률이 규율하는 내용상 및 형식상의 분담과 한계를 말한다. 행정입법권한의 구분은 다음의 두 형식으로 표현된다. 첫째, 행정입법주체와 권력기관간에 입법권한상의 분담과 한계이다. 둘째, 행정체계내부의 상이한 행정입법주체간에 입법권한상의 분담과 한계이다. 구체적으로 다음 세 가지 방면의 문제를 포함하는데, 즉 첫째, 누가 행정입법의 주체인가, 둘째, 어떤 형식의 법을 제정할 수 있는가, 셋째, 어떠한 사항을 입법할 수 있는가 이다.

(1) 국무원과 전국인민대표대회 및 그 상무위원회간의 입법권한 구분

전국인민대표대회(全國人大) 및 그 상무위원회(常委會)에서 입법권을 행사하는 사항의 범위는 다음을 포함한다. 즉 형사·민사·국가기구의 기본법률과 기타 기본법률, 국가주권에 관한 사항, 관련 각급 인민대표대회·인민정부·인민법원·인민감찰원 등의 설립, 조직과 직권, 민족자치구역 자치제도·특별 행정구제도·기층인민자치제도, 범죄와 형벌, 국민정치권리의 박

탈·인신의 자유를 제한하는 강제조치와 처벌, 비국유재산에 대한 징수, 기본적 민사제도, 기본적 경제제도 및 재정·세수·세관·금융·해외무역의 기본제도, 소송과 중재제도 및 전국인민대표대회에서 법률을 제정하는 기타 사항 등이 있다.¹⁰⁾

국무원은 다음 사항의 입법권한을 갖는다.¹¹⁾

1) 구체적 법률규정을 집행할 사항

주로 행정관리에서 법률의 구체적 적용으로, 상세한 규정을 제정한다. 이러한 유형의 행정법규는 통상적으로 실제로 특정 법률의 “실시조례”(实施条例), “실시세칙”(实施细则) 또는 “실시방법”(实施办法) 등으로 표현된다.

2) 《헌법》 제89조가 규정한 공무원 행정관리 직권의 사항

《헌법》 제89조의 공무원의 직권에 대한 규정은 교육, 과학, 문화위생, 체육, 도농(城乡)건설, 국방공안, 사법행정 등 사회생활의 각종 영역에 미친다. 국무원은 이러한 영역에서 행정관리 방면의 중대한 사무에 대하여 입법을 진행할 수 있다.

3) 전국인민대표대회 및 그 상무위원회를 거친 특별 수권, 일부 중대 사항의 입법

반드시 전국인민대표대회 및 그 상무위원회가 법률을 제정하는 일정 사항은 실제로 사회생활의 복잡다양성 또는 입법 시기의 불성숙 등의 원인으로 인해 아직 법률제정의 조건을 구비하지 않아서, 실제 근거할 법을 보장하기 위해, 전국인민대표대회 및 그 상무위원회는 결정을 내릴 권한이 있고, 수권을 받은 국무원은 실제 수요에 따라, 그 중의 부분사항에 대하여 먼저 행정법규를 제정한다. 법률은 이러한 수권에 대하여 다음과 같이 엄격하게 제한한다. 즉 i) 수권범위는 제한적이고, 모든 법률의 보류사항이 수권되는 것은 아니며, 범죄와 형벌, 국민 정치권리의 박탈과 인신자유를 제한하는 강제조치와 처벌, 사법제도 등과 관련된 사항은 수권될 수 없다. ii) 수권결정은 반

10) 《헌법》 제62조, 제67조 및 《입법법》 제7조 제2항과 제3항, 제8조.

11) 《헌법》 제89조, 《입법법》 제56조.

드시 수권의 목적과 범위를 명확히 해야 한다. iii) 국무원은 수권의 목적과 범위에 따라 수여된 권력을 엄격하게 행사하고, 당해 권력을 기타 기관에 양도할 수 없으며, 수권에 따라 제정된 법규는 반드시 수권결정이 규정하는 기관에 보고해야 한다. iv) 실제검증을 통해, 법률을 제정할 조건이 성숙된 경우, 국무원은 반드시 즉시 전국인민대표대회 및 그 상무위원회에 법률 제정을 제청한다. 수권사항이 법률을 제정한 후에, 상응하는 수권은 즉시 종료된다.

(2) 국무원과 국무원부문간의 입법권한의 구분

국무원 각 부문(部门)은 국무원의 기능기구로서, 그 기능의 지위에서 보면, 국무원 각 부문은 일반적으로 특정 분야의 업무를 주관한다. 《입법법》 제71조의 규정에 따라, 국무원 각 부, 위원회, 중국인민은행, 감사원(审计署) 및 행정관리기능을 가진 직속기구는 법률과 국무원의 행정법규, 결정, 명령에 따라 당해 부문의 권한범위내에서 규장을 제정한다. 구체적으로, 국무원 부문은 다음의 세 가지로 나눌 수 있다. i) 국무원 구성부문, 즉 각 부, 위원회, 중국인민은행, 감사원, ii) 행정관리기능을 가진 직속기구로서, 예컨대, 국가공상행정관리 총국, 세관(海关)총서, 국가세무총국, 신문출판서(新闻出版署) 등이 있다. iii) 단행법의 수권에 따라, 행정관리기능을 가진 국무원 직속사업 기관(单位)로서, 중국 증권감독관리위원회, 중국 전력감독위원회 등이 있다.

국무원 부문의 입법권한 행사는 두 가지 기본원칙에 기초한다. 즉 i) 부분규장이 규정하는 사항은 반드시 법률 또는 국무원의 행정법규, 결정, 명령의 집행사항에 속한다. ii) 2개 이상의 국무원 부문 직권범위와 관련이 있는 사항은 반드시 국무원이 행정법규를 제정하거나 또는 국무원의 유관부문이 공동으로 규장을 제정하도록 제청해야 한다.¹²⁾

(3) 국무원과 지방인민정부 간의 입법권한의 구분

지방정부의 입법권한은 주로 다음 두 가지가 있다. 즉 i) 법류, 행정법규, 지방성 법규의 규정을 집행하기 위하여, 지방의 실제상황에 따라, 법률·법규를 구체화하고, 법률법규의 실시세칙을 확정하여, 집행성 규범을 제정한다.

12) 《입법법》 제71조와 제72조.

ii) 지방발전의 특징과 특수 수요에 맞추어, 지방행정관리사항에 대하여 조정을 진행한다. 지방정부규장과 비교하여, 국무원의 행정법규 조정의 영역은 일반적으로 전국적 또는 일부 지역의 공동행정관리사항과 관련이 있다. 행정법규는 전국적으로 효력이 있고, 지방정부규장은 단지 당해 관할행정구역에서만 적용된다. 법률효력상, 지방정부규장은 행정법규와 지방성 법규에 저촉될 수 없다.

(4) 지방정부와 국무원 부문 간의 입법권한의 구분

부문규장이 규정하는 사항은 반드시 법률 또는 국무원의 행정법규, 결정, 명령을 집행하는 사항에 속한다. 부문규장은 당해 부문의 구체적 직권에 대한 관심에 주안점으로 두고, 조정의 대상은 주로 각 부문이 주관영역의 구체적 행정사무이다. 지방정부규장은 당해 지역의 실제상황에 주안점을 두고, 법률법규를 당해 지역의 집행시에 규정한다.

2. 행정법규와 규장의 효력 등급

《입법법》은 각 단계의 법률규범의 효력등급과 법률적용규칙을 명확히 규정하였는데, 즉 상위법은 하위법에 우선하고, 동등한 단계의 법률규범은 동등한 효력을 지니고 제정기관이 각자 권한 범위내에서 시행하며, 특별규정은 일반규정에 우선하고, 신법은 구법에 우선하며, 법률은 과거에 소급되지 않는다.¹³⁾ 행정법체계에서, 법률규범이 효력 등급은 이에 따라 헌법, 법률, 행정법규, 지방성법규, 자치조례와 단행조례, 규장 순이다. 구체적으로 말하면, 헌법의 지위가 가장 높고, 최고법률효력을 지니며, 어떠한 법률·법규의 규정도 헌법에 저촉되어서는 아니 된다. 법률의 효력은 행정법규와 규장보다 높다. 행정법규의 효력은 지방성법규와 규장보다 높고, 지방성 법규의 효력은 당해 지방정부규장과 하급지방성 법규보다 높다. 성(省), 자치구의 인민정부가 제정한 규장의 효력은 당해 행정구역내의 비교적 큰 시(市)의 인민정부가 제정한 규장보다 높다. 부문규장간, 및 부분규장과 지방정부규장 간에는 동등한 효력을 가지고, 각자의 권한 범위 내에서 시행한다.

13) 《입법법》 제82조, 83조.

행정법규간에 동일사항에 대하여 새로운 일반규정과 과거의 특별규정이 일치하지 않아, 어떻게 적용할지를 확정할 수 없을 경우에는 국무원이 결정한다. 지방성 법규와 규장간에 일치하지 않을 경우, 권한있는 기관은 다음에서 규정된 권한에 따라 결정을 한다. 즉 i) 지방성 법규와 부문규장 간에 동일사항에 대한 규정이 일치하지 않고, 어떻게 적용할지를 확정할 수 없을 경우에는, 국무원이 의견을 제출하고, 국무원은 지방성 법규를 적용해야 하는 것으로 간주할 경우에는 당해 지방에서는 지방성 법규를 적용하도록 결정하며, 부분규장을 적용해야 하는 것으로 간주할 경우, 전국인민대표대회 상무위원회에 제청하여 결정한다. ii) 부분규장간, 부분규장과 지방정부규장간에 동일사항에 대한 규정이 일치하지 않을 경우, 국무원이 결정한다.¹⁴⁾

제 3 절 행정입법의 절차와 감독

행정입법절차란 행정입법주체가 행정법규와 행정규장을 제정하고, 개정하며, 폐지하는 순서, 방식 및 시한 등의 규칙의 총칭을 말한다. 《입법법》, 《행정법규제정절차조례》, 《규장제정절차조례》의 규정에 따라, 행정입법의 일반적인 절차는 입안, 초안작성, 심사, 결정, 공포, 등록, 개정, 폐지 등이 있다.

1. 행정입법의 절차

(1) 항목입안

행정법규의 항목입안(立項)이란 국무원이 행정법규를 제정할 사항에 대하여 전체적인 설계를 진행하는 것으로, 향후 일정한 시간 행정법규의 제정에 대하여 진행하는 배정(安排)과 배치(部署)를 말한다. 입안은 국무원이 특정행정관리사무에 대하여 행정법규를 제정할지 여부의 문제를 해결하는데, 이는 행정법규 제정절차의 첫 단계이다.

항목입안은 국무원이 직권으로 결정하는데, 절차상 연도별 입법계획(年度立法工作计划)의 편제와 조정으로 표현된다. 국무원이 매년 연초에 당해년도

14) 《입법법》 제85조, 86조.

입법업무계획을 편성하는데, 집행중에 실제상황에 따라 조정될 수 있다. 국무원의 연도별 입법업무계획에 산입된 행정법규항목은 다음의 요건에 부합해야 한다. 즉 i) 개혁적, 발전적, 안정적 수용에의 부합. ii) 관련 개혁실천 경험의 기본적 성숙. iii) 해결이 필요한 문제는 국무원 직권범위에 속하고, 국무원이 행정법규를 제정할 필요가 있는 사항. 국무원의 유관부문이 행정법규를 제정할 필요가 있다고 간주하는 경우, 매년 연초에 국무원 연도별 입법업무계획의 편성 전에, 국무원에 항목입안을 서면으로 요청한다. 국무원 유관부문은 보고된 행정법규 항목입안신청은 입법항목이 해결해야 할 주요문제와 근거의 방침과 정책 및 확립할 주요제도를 설명해야한다. 국무원 법제기구(법제기구는 국가전체 업무배치에 따라 부문에 보고된 행정법규 항목입안신청에 대하여 종합적으로 연구하고, 중점을 부각시키며, 통합적으로 계획하여, 국무원 연도별 입법업무계획을 초안하여, 국무원에 보고하여 승인을 받아야 한다.

부문규장의 항목입안 결정은 부문규장 제정권을 지니는 국무원 부문이 결정한다. 국무원 부문내에 설치된 기구 또는 기타 기구가 부문규장을 제정할 필요가 있다고 간주하는 경우, 당해 부문에게 항목입안을 신청한다. 항목입안을 신청하여 지방정부규장을 제정하는 것이 가능한 부문은 성·자치구·직할시 인민정부, 성·자치구·직할시 인민정부 소재지의 시·경제특구 시 및 국무원이 승인한 비교적 규모가 큰 시의 인민정부 소속 업무부문 또는 하급 인민정부이다.

(2) 초안작성

초안작성(起草)란 행정법규 초기방안과 초고를 제출하는 절차를 말하는 것으로, 이는 심사와 결정절차의 기초이다. 행정법규는 국무원조직이 초안작성을 하는데, 국무원의 하나 또는 여러 부문이 초안작성 업무의 구체적 책임을 지더라도, 국무원 법제기구가 초안을 작성하거나 또는 조직이 초안을 작성할 수 있다. 초안작성이 완성된 후, 초안작성 부문은 국무원에 행정법규 심사안(送审稿)(심사안이란 인민대표대회 또는 기타 기관이 심의한 초안을 말하는 것으로, 이와 구별되는 용어로는 부서장(领导) 또는 사무국장이 작성한 안을 의미하는 초안(初稿), 고급 또는 전문가가 토론한 토론안(讨论稿), 일반 국민

이 의견을 제시하는 의견수렴안(征求意见稿), 이상의 절차를 거친 최종안(定稿)이 있다-역자주)을 보고하는데, 일반적으로, 심사안은 초안작성 부문의 주요 책임자 또는 여러 부문의 주요 책임자가 공동으로 서명해야 한다. 행정법규의 초안작성을 담당하는 부문은 깊이 있게 조사 연구하고, 실제 경험을 종합하여, 권한 있는 기관, 조직 및 국민의 의견을 광범위하게 청취해야 한다. 동시에, 작성된 초안에서 언급된 기타 부문의 직책 또는 그 기타 부문과 관계가 밀접한 규정에 대하여, 초안작성 부문은 유관부문과의 협의를 통하여 일치시켜야 한다. 만약 유관부문간에 충분한 협의를 통하여 일치된 의견을 얻을 없는 경우, 초안작성 부문은 행정법규초안 심사안을 보고할 경우, 이러한 상황을 설명해야 한다.

부문규장은 국무원 부문조직이 초안을 작성하고, 국무원 부문이 규장을 확정할 수 있는데, 그중 하나 또는 여러 부문내에 설치된 기구 또는 기타 기구가 초안작성 업무의 구체적 책임을 지지만, 그 법제기구가 초안을 작성하거나 또는 조직이 초안을 작성하도록 확정할 수 있다. 조직이 초안을 작성한 지방정부규장을 제정하는 것이 가능한 부문은 성·자치구·직할시 인민정부, 성·자치구·직할시 인민정부 소재지의 시·경제특구 시 및 국무원이 승인한 비교적 규모가 큰 시의 인민정부 소속 업무부문 또는 하급 인민정부이다. 초안이 작성된 규장은 국민, 법인 또는 기타 조직의 자신의 이익에 직접 관련이 되고, 권한 있는 기관, 조직 또는 국민이 이에 대한 중대한 의견 불일치가 있는 경우, 사회에 공포하여 사회각계의 의견을 수렴하고, 초안작성 기관(单位)은 공청회를 개최하여 의견을 구할 수도 있다. 초안이 작성된 부문규장이 국무원 기타 부문의 직책과 관련이 있거나 또는 국무원 기타 부문과 관계가 밀접한 경우, 초안작성 기관은 국무원 기타 부문의 의견을 충분히 수렴해야 한다.

(3) 심 사

국무원법제기구는 행정법규 심사안의 심사(审查)를 담당하는데, 주로 당해 심사안이 헌법, 법률의 규정과 국가의 방침과 정책에 부합하는지 여부, 초안작성 요건에 부합하는지 여부, 관련 행정법규와 조화되고, 연결되는지 여부, 유관기구·조직과 국민의 심사안의 주요문제에 대한 의견 및 기타 심사가

필요한 내용이 정확히 처리되었는지 여부에 대한 심사를 담당한다. 만약 행정법규를 제정한 기본조건이 아직 성숙하지 않거나 또는 유관부문이 심사안이 규정하는 주요제도에 대하여 비교적 큰 논쟁이 존재하고, 초안작성 부문이 아직 유관부문과 협의를 하지 않거나 또는 심사안이 관련규정에 부합하지 않을 경우, 국무원법제기구는 처리를 연장하거나, 초안작성 부문으로 반송할 수 있다. 국무원법제기구는 각 방면의 의견을 진지하게 연구하고, 초안작성 부문과 협의한 후, 행정법규 심사안에 대하여 수정을 진행하여, 행정법규초안과 초안에 대한 설명을 작성하여, 국무원 상무위원회에 제청하여 심의를 진행한다. 즉 조정범위가 단일하고, 각 방면의 의견이 일치하거나 또는 법률에 따라 제정한 종합적 행정법규초안(配套行政法规草案)에 대하여, 순환승인(传批)방식을 채택하여 국무원법제기구는 직접 국무원에 승인을 제청할 수 있다.

국무원부문 법제기구 또는 지방정부 법제기구는 규장심사안이 규장제정의 원칙에 부합하는지 여부, 관련 규장과 조화되고 연결되는지 여부, 권한 있는 기관·조직과 국민의 규장심사안의 주요문제에 대한 의견이 정확히 처리되는지 여부, 입법기술요건 및 기타 심사가 필요한 내용에 부합하는지 여부에 대한 심사를 담당한다. 법제기구는 규장심사안 또는 규장심사안이 언급하는 주요문제를 권한 있는 기관, 조직 및 전문가에게 발송하여 의견을 수렴하고, 현장조사연구를 진행하여, 기층의 권한 있는 기관, 조직 및 국민의 의견을 청취하며, 초안작성 기관과 협의한 후에, 규장심사안에 대하여 수정을 진행하고, 규장심사안과 초안에 대한 설명을 작성하여, 당해 부문 또는 당해급 인민정부 유관회의에 심의를 제청한다.

(4) 결정과 공포

행정법규초안은 국무원 상무회의가 심의하거나 또는 국무원이 승인한다. 국무원법제기구는 행정법규초안에 대한 국무원의 의견에 따라 행정법규초안에 대한 수정을 진행하며, 초안수정안을 작성한 후 총리가 국무원령에 서명하고 공포 시행하도록 요청한다.

부문규장은 반드시 각 부문회의(부문회의(部务会议)란 장관, 차관, 각 과장으로 구성되는 회의를 말한다-역자주) 또는 위원회 회의를 통해 결정된다. 규장초안을 심의할 경우, 법제기구가 설명을 하거나, 초안작성 기관이 설명을 할 수 있다. 법제기구는 반드시 유관회의의 심의의견에 따라 규장초안에 대하여 수정을 진행하고, 초안수정안을 작성한 후, 당해부문 수장 또는 성장, 자치구 주석, 시장이 명령에 서명하고 공포하도록 요청한다. 지방정부규장은 반드시 정부의 상무회의 또는 전체회의를 통해 결정된다. 법제기구는 유관회의의 심의의견에 따라 규장초안에 대하여 수정을 진행하며, 초안수정안을 작성한 후, 당해 부문 행정수장 또는 성장, 자치구 주석, 시장이 명령에 서명하고 공포하도록 요청한다.

행정법규와 규장의 서명공포 후에, 즉시 국무원공보, 부문공보, 지방정부공보 및 전국 범위내에 발행하는 신문에 게재한다. 행정법규와 규장은 공포된 날로부터 30일 후에 시행한다. 다만, 국가안보, 외환환율, 화폐정책의 확정 및 공포 후 즉시 시행하지 않으면 행정법규 및 규장의 시행에 영향을 미치게 될 경우 공포한 날로부터 시행할 수 있다.

(5) 등록과 해석

행정법규와 규장은 반드시 공포일로부터 30일 이내에, 《입법법》과 《법규규장등록조례》의 규정에 따라 권한 있는 기관에 등록(备案)한다.

국무원 각 부문과 성, 자치구, 직할시 인민정부는 국무원에 행정법규해석 요청서를 제출할 수 있다. 행정법규 조문 그 자체는 진일보 명확한 정의가 필요하거나 또는 보충규정을 작성할 필요가 있을 경우, 국무원이 해석한다. 국무원법제기구는 행정법규해석초안을 연구하여 작성하고, 국무원의 동의를 얻은 후, 국무원이 공포하거나 또는 국무원의 수권을 받은 국무원 유관부문이 공포한다. 행정법규의 해석은 행정법규와 동등한 효력을 지닌다. 행정업무에서 행정법규를 구체적으로 적용하는 문제에 대하여 성, 자치구, 직할시 인민정부 법제기구 및 국무원 관계부문의 법제기구가 국무원 법제기구에 해석을 요청하는 경우, 국무원 법제기구는 연구하여 회답할 수 있다. 그중 중대한 문제와 관련되는 것은 국무원 법제기구가 의견을 제출하고 국무원의

동의를 거친 후 회답한다. 규장의 규정이 진일보 명확한 구체적 의의를 요구하거나 또는 규장이 제정된 후 새로운 상황의 출현으로 규장의 명확한 적용 근거가 필요한 경우, 규장은 제정기관이 해석을 한다. 규장해석은 규장제장 기구의 법제기구가 규칙심사안 심사절차를 참조하여 의견을 제출하고, 제정기관의 승인을 받은 후에 공포하도록 요청한다. 규장의 해석은 규장과 동등한 효력을 가진다.

(6) 수정과 폐지

행정법규와 규장이 일정시간 동안 시행된 후, 사회환경의 변화, 주관부문의 변경 및 상위법의 변경 등 원인으로 인하여, 신속하게 행정법규와 규장을 수정하거나 또는 폐지한다. 행정법규와 규장의 수정과 폐지는 제정과 동일한데, 반드시 행정입법주체가 행정입법권한에 따라 진행해야 한다.

사례 1 : 2004년 11월 21일 빠오토투(包头: 内蒙古 자치구에 있는 시-역자주) 항공사고에서 탑승한 47명의 승객, 6명의 승무원이 조난을 당했다. 중국 항공사고배상의 유일한 기준은 개정된 1993년 국무원 132호령 《국내항공운수승객 신체손해배상 잠정규정》의 운송업자는 “각 승객의 최고배상금액을 인민폐 7만 위안으로 한다.”는 규정에 근거한다. 包头항공사고 일주일 후, 동방항공공사는 배상방법을 공포하고, 우선적으로 7만 위안의 기준 금액을 강조하여, 각 조난자의 배상금액을 21.1만 위안으로 최종확정하였다. 일부 조난승객 가족은 이러한 방안에 이의를 제기하고, 당해 배상방안을 받아들일 수 없다고 밝혔다. 동방항공공사는 현행 법률이 규정한 배상한도 금액을 초과할 권력이 없고, 배상지급기준은 국무원이 제정하는 것이기 때문에, 만약 만족하지 않는다면, 기타 경로를 통해 해결할 수 있다고 밝혔다. 천수양(陈苏阳)이 조난을 당할 때 유명한 회사의 부이사장 겸 최고경영자였다. 陈苏阳은 항공상해보험에 가입하지 않았는데, 이는 단지 21.1만 위안의 배상만 받을 수 있는 것을 의미한다. 이 금액은 단지 그의 생전 몇 개월간의 급여에 불과한 것이다. 그의 부인은 구이야닝(桂亚宁)은 21만위안을 남편생명에 대한 “염가보상”으로 간주하여 받아들일 수 없었다. 2005년 3월 4일, 그녀는 북경시

제2중급인민법원에 민항총국의 행정입법 부작위를 제소하였다. 2005년 5월 16일, 북경시 제2중급인민법원은 행정재결서를 하달하여, 다음과 같이 인정하였다. 즉 “桂亚宁은 중국민용항공총국이 입법의무를 이행하도록 명령할 것을 요청하였는데, 입법행위는 추상적 행정행위의 속하므로, 桂亚宁의 제소는 행정소송의 사건접수범위에 속하지 않기 때문에 수리할 수 없다.”¹⁵⁾

본 사안의 핵심적 문제는 국무원이 1993년에 제정한 《국내항공운수승객신체손해배상잠정규정》이 합리적인가 여부의 문제이다. 당시 입법상황에서, 개인당 7만 위안의 배상한도는 기타 영역의 사상자 배상과 비교하면 가장 높은 금액이다. 다만, 만약 지금까지 1993년의 기준을 여전히 적용한다면, 그것은 결코 합리적이지 않고, 인권보호의 세계적인 추세에도 부합하지 않는다. 이 사건으로부터, 행정입법에 대한 신속한 수정을 진행해야 할 중요성을 알 수 있다.

2. 행정입법의 감독

중국 법치화정도의 향상과 입법진행과정의 가속화에 따라, 중국 행정입법의 수가 대폭 증가하였다.

일부 통계에 따르면, 2006년 12월 31일까지, 중국 현행 유효행정법규는 655건, 지방정부규장이 9664건, 국무원 부문규장 3033건이다.¹⁶⁾ 개혁개방 초기 “근거할 법이 없던” 상황은 이미 완전히 변화하였다. 현재 주요한 문제는 입법의 질과 시행의 강화이다. 비록 1949년 이래 중국은 행정법규와 규장에 대하여 몇 차례의 전면 및 일부 정비작업을 진행하였지만, 각종 원인으로 인하여 법률규범간의 상호충돌과 갈등현상이 여전히 광범위하게 존재한다. 현재 중국에 존재하는 법률규범 충돌은 대체로 네 가지 유형이다. 즉 첫째, 수직적 충돌로서, 즉 하위법이 상위법과 서로 충돌하는데, 여기에는 법률과 현

15) 黎伟华 "民航局被诉立法不作为"载《民主与法制》2005年 第9期。

16) <http://www.nmg.xinhuanet.com/wxylibrary/2004zt/if> 최종 방문 시간 2007년 5월 18일 16시.

법의 충돌, 행정법규와 법률의 충돌, 지방성법규와 법률·행정법규의 충돌 및 규장과 법률·법규의 충돌 등이 있다. 둘째, 수평적 충돌로서, 즉 동일 등급의 법률규범간에 상호모순되는 것으로, 일반법률과 기본법률의 충돌, 법률 상호간의 충돌, 행정법규 상호간의 충돌, 부문규장 상호간의 충돌, 지방성법규 상호간의 충돌, 지방정부규장 상호간의 충돌 및 동일 법률·법규·규장의 법조항의 충돌 등이 있다. 셋째, 지방과 부문 법률규범간의 충돌로서, 국무원 부문규장과 지방성 법규 간의 충돌, 지방정부규장과 부문규장 간의 충돌 등이 있다. 넷째, 입법절차 상 야기된 충돌로서, 주로 법률제정, 개정 및 폐지 등으로 인하여 야기된 법률충돌이다. 따라서 행정입법에 대한 감독과 심사의 강화, 행정입법중의 부당과 위법의 방지 및 부당한 행정법규와 규장의 신속한 철회는 매우 필요하다. 중국 현행 법률체계에서, 행정입법에 대한 감독주체범위는 매우 광범위한데, 다음의 두 측면을 포함한다. 즉 첫째, 국가권력체계의 감독으로, 국가권력기관, 국가사법기관, 국가행정기관의 감독을 포함한다. 둘째, 국가권력체계와의 감독으로, 국민, 사회조직, 신문매체 등의 행정입법에 대한 감독을 포함한다. 본 서는 국가권력체계의 감독을 주로 하고, 권력기관의 감독, 행정기관의 감독 및 사법기관의 감독으로 세 가지 측면에서 논의한다.

(1) 권력기관의 감독

행정입법에 대한 권력기관의 감독은 주로 네 가지 방식으로 진행된다.

1) 심사

국무원, 중앙군사위원회, 최고인민법원, 최고인민검찰원 및 각 성, 자치구, 직할시의 인민대표대회 상무위원회는 행정법규가 헌법 또는 법률에 상호 저촉된다고 간주할 경우, 전국인민대표대회 상무위원회에 서면으로 심사진행 요청서를 제출할 수 있고, 상무위원회 업무기구는 각 유관 전문위원회에 발송하여 심사를 진행하고 의견을 제출하게 한다. 기타 국가기관과 사회단체, 기업사업조직 및 국민이 행정법규가 헌법 또는 법률에 상호 저촉된다고 간주할 경우, 전국인민대표대회 상무위원회에 서면으로 심사진행의 건의를 제

출할 수 있고, 상무위원회 업무기구는 연구를 진행하고, 필요한 경우 각 유관 전문위원회에 발송하여 심사를 진행하고 의견을 제출하게 한다.¹⁷⁾

전국인민대표대회 전문위원회는 심사중에 행정법규가 헌법 또는 법률에 상호 저촉된다고 간주할 경우, 제정기관에 서면심사의견을 제출할 수 있고, 법률위원회와 유관 전문위원회는 연합심사회의를 개최하고, 제정기관에게 회의에 참석하여 상황을 설명할 것을 요청하여, 다시 제정기관에게 서면심사의견을 제출할 수 있다. 제정기관은 2개월 내에 수정여부의 의견을 연구·제기하여 전국인민대표대회법률 위원회 및 관련 전문위원회에 반송하여야 한다.¹⁸⁾ 전국인민대표대회 법률위원회 및 관련 전문위원회의 심사가 행정법규가 헌법 또는 법률에 상호 저촉된다고 간주하지만 제정기관이 수정하지 아니하는 경우에는, 위원장회의에 서면심사의견 및 철회요청의 의안을 제출할 수 있으며, 위원장회의는 상무위원회의가 심의결정하도록 제청하는 여부를 결정한다.¹⁹⁾

이와 동일하게, 지방인민대표대회 상무위원회는 당해 인민정부가 제정한 부당한 규장의 변경 또는 철회할 권리를 갖는다.²⁰⁾

2) 집행감사

각급 인민대표대회 상무위원회는 매년 개혁발전의 안정적인 국면과 대중이익과 사회보편적인 관심과 관련된 중대한 문제를 선정하고, 관련 법률·법규의 시행현황과 관련이 있는 조직에 대하여 계획적으로 집행감사(執法檢查)를 시행한다. 법집행감사가 종료된 이후에, 법집행감사 조직은 신속하게 법집행감사를 보고하고, 위원장 회의 또는 주임회의가 결정하여 상무위원회 심의를 제청한다. 집행 감사에서, 각급 인민대표대회 상무위원회는 법규개선이 필요하다고 판단한 경우, 집행 감사보고서에 의견을 제출할 수 있다.²¹⁾

17) 《입법법》 제90조.

18) 《입법법》 제91조 제1항.

19) 《입법법》 제91조 제2항.

20) 《입법법》 제88조.

21) 《각급인민대표대회상무위원회감독법》 제22조, 제26조.

3) 등록

행정법규는 공포 후 30일이 내에 국무원 판공청(办公厅)은 전국인민대표대회 상무위원회에 등록(备案)을 한다. 지방정부규장은 당해 인민대표대회 상무위원회에 등록을 하고, 비교적 규모가 큰 시의 인민정부가 제정한 규장은 성, 자치구 인민대표대회 상무위원회와 인민정부에 등록을 한다.

4) 질의

전국과 지방인민대표대회 및 그 상무위원회는 행정법규 및 행정규장의 내용과 집행상황에 대하여 행정기관에 질의(质询)할 수 있다.

전국인민대표대회 상무위원회 회의 기간에, 10인 이상의 상무위원회 구성인원은 상무위원회에 서면으로 국무원, 국무원 각 부, 각 위원회에 대하여 질의안을 제출할 수 있고, 위원장 회의는 질의기관 서면답변서의 제출을 결정하거나, 또는 질의를 받은 기관의 장이 상무위원회 회의 또는 유관전문위원회 회의에서 구두로 답변할 수 있다. 전문위원회 회의에서 답변할 경우, 질의안을 제출한 상무위원회 구성인원은 회의에 출석하여 의견을 발표할 수 있다.²²⁾ 지방 각급 인민대표대회는 회의를 개최할 경우, 10인 이상의 대표는 당해 인민정부와 그 소속된 각 업무부문 및 인민법원, 인민감찰원에 대한 질의안을 공동서명하여 제출할 수 있다. 질의안은 질의대상, 질의할 문제와 내용이 명확하게 기재되어 있어야 한다. 질의안은 의장단이 제출을 결정하고, 질의를 받은 기관은 의장단 회의, 대회전체회의 또는 유관전문위원회 회의에서 구두로 답변하거나 또는 질의받은 기관이 서면으로 답변한다. 의장단 회의 또는 전문위원회 회의에서 답변할 경우, 질의안을 제출한 대표는 회의에 참석하여, 의견을 발표할 권리가 있다. 의장단이 필요하다고 인정할 경우, 질의안의 답변상황보고서를 인쇄하여 회의에 배포할 수 있다. 질의안에 대하여 구두로 답변할 경우, 질의를 받은 기관의 책임자는 회의에 참석하여 답변한다. 질의안에 대하여, 서면으로 답변이 이루어 질 경우, 질의를 받은 기관의

22) 《전국인민대표대회조직법》 제33조.

책임자는 서명을 하고, 의장단이 인쇄하여 회의에 배포하거나 또는 질의안을 제출한 대표에게 배포한다.²³⁾

(2) 행정기관의 감독

행정입법에 대한 행정기관의 감독은 주로 세 가지 방식으로 진행된다.

1) 행정입법계획 승인절차

행정입법계획은 행정기관이 일정 시간내에 행정법규와 규장에 대하여 내리는 설계구상과 배치이다. 입법계획의 승인절차에서, 승인기관은 입법의 지도사상, 입법중점과 장기목표 등의 내용에 대하여 종합적으로 고려하고, 입법주체의 합법성, 내용의 합법성 및 집행가능성을 고찰할 수 있다. 행정입법계획의 승인기관은 이러한 절차를 통해 행정입법에 대하여 “초기”(入口) 감독을 실현한다.

2) 법규·규장 정리제도

법규·규장의 정리는 국가 권한있는 기관이 일정한 시기와 내용의 규범성 법률문건에 대한 집중적 정리심사를 말하는 것으로, 그 법률효력에 대한 재찬 확인활동이다. 이는 일종의 법률창설적 활동으로, 일종의 법률감독형식이다. 현재 중국 법규·규장 정리제도는 주로 두 가지 종류가 있다. 즉 법률규범에 대한 모든 내용에 대하여 진행되는 전면정리와 법률규범의 일부내용에 대하여 진행되는 전문분야정리이다. 정리의 업무방식은 일반적으로 두 종류가 있다. 첫째, 신속한 개별적 정리로서, 신법 제정전에 관련 내용에 대한 구법을 정리하는 것이고, 둘째, 일정한 시간의 간격을 두고 집중적으로 정리하는 방식으로, 일정한 간격의 시간은 법률규범의 제정기관이 현행 법률규범에 대하여 진행되는 집중적 정리이다.²⁴⁾

23) 《지방각급인민대표대회와 지방각급인민정부조직법》 제28조.

24) 崔卓兰、于立深：《行政法规研究》，吉林人民出版社，第238～239页。

3) 규장등록심사제도

국무원 법제기관이 국무원에 보고하여 등록한 규장에 대하여, 다음 사항을 심사한다. 즉 권한의 초과여부, 하위법의 상위법규정 위반여부, 지방성 법규와 부문규장간 또는 상이한 규장간 동일사항에 대하여 규정이 일치하지 않을 경우, 일방 또는 쌍방규정의 변경 또는 철회여부, 규장 규정의 적당성 여부, 법정절차 위반여부 등이 있다.²⁵⁾

국무원은 규장심사와 관련하여, 직권으로 직접 진행할 수 있고, 신청에 의하여 진행할 수도 있다. 국가기관, 사회단체, 기업사업조직 및 국민이 규장이 법률, 행정법규와 저촉된다고 간주할 경우, 국무원에 서면으로 심사건의를 제출할 수 있고, 국무원 법제기관은 고려하여 처리한다.

다음의 몇 가지 상황이 발생할 경우, 국무원은 부분규장을 변경 또는 철회할 권리를 갖는다. 즉 권한초과, 하위법의 상위법규정 위반, 규장간 동일사항의 규정이 불일치할 경우, 재결을 거쳐 일방규정의 변경 또는 철회, 규장의 규정이 부당하다고 간주될 경우, 변경 또는 철회, 법정절차위반.²⁶⁾ 성, 자치구, 직할시 인민정부는 하급정부가 제정한 지방정부규장에 대한 감독권을 행사하는데, 구체적인 감독절차는 각 성, 자치구, 직할시의 인민정부가 스스로 제정한다.

(3) 사법기관의 감독

행정입법에 대한 중국 사법기관의 감독은 주로 인민법원의 심판감독으로 표현된다.²⁷⁾ 현재 중국 법원이 선례구속성과 완전한 사법심판권이 없기 때문에, 행정법규와 규장에 대한 법원의 감독은 오직 간접적인 방식을 통해서 진

25) 《법규규장준비조례》 제10조.

26) 《입법법》 제87조, 88조.

27) 《행정소송법》 제52조는 “인민법원이 행정사건을 심리할 경우, 법률, 행정법규, 지방성법규를 근거로 한다.”라고 규정하고 있고, 제53조는 “인민법원이 행정사건을 심리할 경우, 국무원 부·위원회를 참조하여, 법률과 국무원의 행정법규, 결정, 명령제정, 공포된 규장 및 성, 자치구, 직할시와 성, 자치구의 인민정부소재지의 시와 국무원 승인을 거친 비교적 큰 시의 인민정부가 근거로 하는 법률과 국무원의 행정법규 제정, 공포된 규장을 근거로 한다.”고 규정한다.

행할 수 있다. 법원이 심판과정에서, 신법우선의 원칙과 법률효력의 등급원칙에 근거하여, 행정법규의 헌법·법률에의 일치여부, 규장의 헌법·법률·행정법규에의 일치여부를 인정하여 상위법에 일치하게 적용하거나 또는 유효한 행정법규와 규장을 적용한다. 행정입법에 대한 법원의 감독은 행정법규와 규장의 합법여부에 대하여 유효하고 선택적으로 적용하며, 철회, 변경 및 폐지를 직접 부여하지 않는다. 사건심리에서, 인민법원은 지방인민정부가 제정·공포한 규장과 국무원 부·위원회가 제정·공포한 규장간에 일치하지 않거나 국무원 부·위원회가 제정하고 공포한 규장상호간에 일치하지 않는다고 인정할 경우, 최고인민법원은 국무원에 해석 또는 재결을 내리도록 보고할 수 있다.

사례 2 : 류수화(刘淑华)는 개인운수업자로, 도로유지보수비용(养路费)을 납부하지 않아서, 1992년 8월 4일, 랴오닝성 푸순시(辽宁省 抚顺市) 교통요금징수소의 검사시 발견되어, 관련 비용의 납부를 요청받았으나, 刘淑华는 납부를 거절하였다. 교통요금징수 당국은 즉시 그 차량을 압류하고, 8월 19일 관련비용의 추징을 결정하고, 해당 당국은 체납금과 벌금의 처벌결정을 부과하였다. 刘淑华는 이에 대하여 불복하고, 抚顺市 교통요금징수 당국에 재심을 신청하였고, 재심기관은 원처벌결정을 변경하였다. 刘淑华는 재심 결정에 여전히 불복하여, 1992년 10월 30일 푸순시 루티엔구(抚顺市 露天区) 인민법원에 제소하였다. 루티엔구인민법원은 법원심리 후에 刘淑华가 도로유지보수비용 납부를 거절하여, 행정기관이 차를 압류하고 행정처벌을 내린 것을 정당하다고 간주하여, 행정기관의 구체적 행정행위를 지지하는 판결을 내렸다. 刘淑华는 이에 불복하여, 푸순市 중급인민법원에 항소하였다. 市중급인민법원의 심리시에 두 가지 의견이 있었다. 하나는, 원심판결은 정당하고, 이를 유지한다는 것이고, 다른 하나는 《중화인민공화국 도로관리조례》 및 《중화인민공화국 도로관리조례 실시세칙》에는 “차량압류”의 규정이 없기 때문에, 랴오닝성 인민정부가 1988년 10월에 공포한 《도로유지보수비용 징수조사업무의 통고》 제6조는 교통요금징수원은 도로유지보수비용과 차

량구매부가세 대한 탈루, 체납, 일부납부자는 운전면허증, 운영증 및 차량을 압류할 권한이 있다고 규정하고 있다. 랴오닝성 정부규장은 국가의 법률 및 행정법규와 상충되었다. 이에 랴오닝성 고급인민법원은 최고인민법원에 의견을 요청하였고, 최고인민법원은 국무원이 발표한 《중화인민공화국 도로관리조례》에는 도로행정관리당국이 도로수수료의 연체와 납부를 기피하는 단위와 개인에 대하여 운전면허증, 운행증, 차량 등을 압류할 수 있는 강제조치규정이 없다고 회신하였다. 랴오닝성 인민정부가 공포한 《도로유지보수비용 징수업무강화에 대한 통지》 제6조 “운전면허증, 운행증, 차량 등을 압류할 강제조치를 채택할 수 있다.”는 규정은, 법률·법규의 근거가 없어, 인민법원은 구체적 사건의 심리시에, 국무원에서 공포 《중화인민공화국 도로관리조례》의 관련규정을 적용해야한다.²⁸⁾

제 4 절 행정규범성 문건²⁹⁾

1. 행정규범성 문건의 개념

지금까지 행정법학계는 행정법규, 규장 이외의 보편적 구속력을 지닌 행정규범성 문건에 대하여 상이한 명칭을 부여했다. 즉 “행정법규, 규장 이외의 기타 규범성 문건”, “규장 이하 행정규범성 문건”, “행정입법 이외의 추상적 행정행위”, 및 “행정규정”이라고 칭했다. 중국 헌법과 법률에는 “행정규범성 문건”의 명칭은 아직까지 통일된 규정은 제정하지 않았다. 《헌법》에서는

28) 冀小明 主编：《最高人民法院最新行政诉讼司法解释汇编》，人民法院出版社，2006年版，第480页。

29) 행정기관이 기타 규범성 문건을 제정하는 행위는 《입법법》이 규정한 행정입법행위에 속하지 않아, 일부 교재는 이러한 부분을 논의하지 않는다. 예컨대, 张树义 著：《行政法与行政诉讼法学》，高等教育出版社，2002年版。중국 국가행정기관 중에 행정법규, 규장을 제정할 수 있는 권리는 소수이기 때문에, 거의 모든 행정기관이 행정규범성 문건을 공포할 권리를 갖고, 동시에 행정규범성 문건은 또한 대량 행정행위의 직접 근거이기에, 본 서에서는 그 중 연관된 주요 문제를 지속적으로 논의한다.

“행정조치의 규정, 행정법규의 제정, 결정과 명령의 공포”라고 사용하고,³⁰⁾ 《행정심판법》에서는 “규정”이란 용어를 행정법규, 규장 이외의 기타 행정규범성 문건이라고 말하며,³¹⁾ 《행정처벌법》과 《행정허가법》에서는 모두 “기타 규범성 문건”을 사용하여,³²⁾ 《행정소송법》에서는 “보편적 구속력을 지닌 규정, 명령”이라고 한다. 2000년 공포한 《〈중화인민공화국행정소송법〉집행에 관한 최고인민법원의 약간 문제의 해석》 제3조는 이에 대한 해석을 다음과 같이 하고 있다. 즉 소위 보편적인 구속력을 지닌 결정, 명령이란 행정기관이 불특정 대상에 대하여 공포한 반복 적용이 가능한 행정규범성 문건³³⁾을 말한다. 본 서는 《행정소송법》과 최고인민법원의 《행정소송법》의 사법해석에 근거하여, “행정규범성 문건”의 명칭을 채택한다. 법률 용어의 기본적인 요건은 그 주요 특징을 명확하게 구현하는 것으로, “행정규범성 문건”이라는 용어는, “행정” “규범” “문건” 등의 중요 핵심어를 포함하는데, 즉 이러한 행위의 기본특징을 포함할 수도 있고, 행정법규와 규장과 비교하여 동시에 기타 명칭 또는 의미가 불명확하다는 결함을 회피할 수 있다.

행정규범성 문건은 명칭만 제각기인 것이 아니라, 그 개념의 범위 또한 다양한 관점이 있다. 그 중 대표적인 관점으로 세 가지가 있다. 첫째, 최광의적 해석은 국가기관이 제정한 법률·법규, 규장을 제외한 보편적 구속력을 지닌 규정, 명령과 행정조치를 말한다. 둘째 광의적 해석은 각종 국가행정기관이 법률을 실행하고, 정책을 집행하기 위하여, 법정권한 범위내에서 제정한 법규, 규장을 제외한 보편적 구속력을 지닌 규정, 명령과 행정조치를 말한다. 셋째, 협의적 해석은 행정법규와 규장제정권이 없는 국가행정기관이 법률·법규와 규장을 실행하기 위하여 제정한 보편적 구속력을 지닌 규정, 명령 및 행정조치³⁴⁾를 말한다. 본 서는 광의적 해석에 동의하여, 행정규범성 문건의 정의를 행정기관이 법률·법규 및 규장을 집행하고, 행정목적 실현하기 위

30) 《헌법》 제 89조 참고.

31) 《행정심판법》 제7조.

32) 《행정처벌법》 제14조. 《행정허가법》 제17조.

33) 《행정소송법》 제12조.

34) 应松年 主编：《行政行为法》，人民出版社，1993年版，第307页，罗豪才 主编：《行政法学》，中国政法大学出版社，1996年版，177页，马怀德 主编：《行政法与行政诉讼法》，中国法制出版社，2000年版，第208页。

하여 제정·공포한, 행정법규와 규장을 제외한, 보편적 구속력을 지닌 규정, 명령과 행정조치를 말한다.

국무원이 2000년 8월 24일 공포한 《국가행정기관 공문처리방법》의 관련 규정에 따라, 현재 행정기관이 제정한 행정규범성 문건은 통상적으로 다음과 같은 명칭을 채택한다.

1) **명령(命令)**

중대한 강제적 행정조치의 시행을 채택 또는 공포하는 경우에 적용한다.

2) **결정(命令)**

중요사항 또는 중대한 결정의 배치, 관련인원의 임명·상벌, 하급 기관의 부당한 결정사항의 변경 또는 철회에 대하여 적용한다.

3) **공고(公告)**

국내외에 중요사항 또는 법정사항의 공포시에 적용한다.

4) **통고(通告)**

사회가 보편적으로 준수해야 하거나 또는 주지의 사항을 공포할 경우에 적용한다.

5) **회답(批復)**

하급기관의 요청사항에 대한 답변할 경우에 적용한다.

6) **의견(意見)**

중요한 문제에 대하여 견해나 처리방법을 제시할 경우에 적용한다.

7) **서한(函)**

서로 예측되지 않는 기관간에 상담협의, 질의, 또는 문제에 대한 답변, 승인청구와 심사사항의 답변에 적용한다.

2. 행정규범성 문건과 행정입법의 구별

행정규범성 문건과 행정입법의 제정은 본질적으로 추상적 행정행위에 속하지만, 양자는 제정주체, 법률효력, 규범내용 및 창설적 효력 등의 측면에서 명확하게 구별된다.

1) 제정주체의 상이

행정규범성 문건의 제정주체는 매우 광범위한데, 거의 모든 행정기관은 행정규범성 문건의 제정주체³⁵⁾가 될 수 있다. 그러나 행정입법의 주체는 단지 《헌법》, 조직법, 《입법법》이 행정입법권을 향유하도록 명확하게 규정한 행정기관에 국한되는데, 전자의 주체범위는 후자에 비해 비교적 광범위하다.

2) 효력정도의 상이

일반적으로, 행정법규와 규장의 효력은 행정규범성 문건에 우선하는데, 후자는 전자를 근거로 하고, 전자에 저촉할 수 없다. 다만, 법률·법규에 특별한 규정이 있는 경우에는 그 규정을 따른다. 예컨대, 《행정법규제정절차조례》 제31조는 “행정법규의 해석과 행정법규는 동등한 효력을 갖는다”라고 규정하고 있고, 《규장제정절차조례》 제33조는 “규장의 해석은 규장과 동등한 효력을 갖는다”고 규정하고 있다. 이와 동일하게 《입법법》, 《행정법규제정절차조례》, 《규장제정절차조례》가 발효되기 전에, 행정기관은 《전국인민대표대회 상무위원회의 법률해석업무강화에 관한 결의》 및 단행법률·법규, 규장의 규정에 따라, 법률·법규, 규장에 대하여 해석을 진행하고 형성한 법정 해석성 문건은 동등한 법률효력을 지닌다.

3) 규범의 내용상이

행정입법과 행정규범성 문건은 행정주체와 행정상대방의 권리·의무의 규정에 대하여 상이하다. 행정입법은 법정권한범위 내에서 행정주체와 행정상

35) 《헌법》 제89조. 《지방각급인민대표대회와 지방각급인민정부조직법》 제59조와 제 61조 참고.

대방의 특정한 권리·의무를 창설할 수 있지만, 행정규범성 문건은 오직 행정법규와 규장규정의 내용에 대하여서만 구체화하고 명확히 한다.

4) 제정절차의 상이

행정입법의 절차는 상대적으로 엄격하여, 반드시 《입법법》이 확정된 정식적인 행정입법절차를 준수해야 한다. 행정규범성 문건의 제정절차는 상대적으로 간단하고, 융통성이 있으며 효율을 중시한다.

5) 감독방식의 상이

행정입법에 대한 감독과 행정규범성 문건에 대한 감독 방식간에 차이점이 존재하는 부분은 권력기관의 감독,³⁶⁾ 행정기관의 감독³⁷⁾ 및 사법기관의 감독을 포함한다. 그 중 권력기관과 사법기관의 감독방식은 기본적으로 동일하다. 주목해야 하는 것은, 행정규범성 문건에 대하여, 《행정심판법》이 부수적 심사(附帶審査)를 규정하고 있다. 즉 동법 제7조는 “국민, 법인 또는 기타 조직이 행정기관의 구체적인 행정처분의 근거가 되는 다음의 규정이 합법적이지 않다고 간주하여, 구체적인 행정처분에 대한 행정심판을 신청할 경우, 행정심판기관에 그 규정에 대한 심사신청을 함께 제기할 수 있다. 즉 i) 국무원 부분의 규정, ii) 현급 이상 지방 각급 인민정부 및 그 업무부분의 규정, iii) 향·진 인민정부의 규정. 이 규정은 먼저 행정규범성 문건을 행정심판의 심사범위에 포함시키고, 행정권에 대한 행정심판의 감독기능을 강화시키고, 중국 행정감독 구제제도의 강화와 개선에 대하여 중요한 의의를 지닌다. 다만, 《행정심판법》이 행정규범성 문건을 행정심판의 심사범위에 포함하는 동시에, 많은 제한적 규정을 제정함으로써, 현행의 행정규범성 문건의 행정내부감독제도가 일종의 간접적 부가심사제도이고, 비교적 큰 국한성을 지니게 하며, 개선을 기대하게 한다.³⁸⁾

36) 《각급 인민대표대회 상무위원회 감독법》 제30조.

37) 국무원 《법치행정의 전면적 추진 실시개요》가 심사준비작업에 대하여 제출된 요건을 실행하기 위하여, 많은 지방에서는 “4급 정부, 3급 등록”의 규범성 문건 등록체제를 수립하여 규범성 문건 등록 등기제도, 등록상황 통보제도, 규범성 문건 심사제도를 개선하며, 비교적 완비된 준비관리 작업과정을 형성하였다.

38) 叶必丰、周佑勇：《行政规范研究》，法律出版社，2002年版，第225页。

제 7 장 행정허가

본장개요

본 장에서는 먼저 행정허가의 개념과 특징, 행정허가와 행정확인 간의 관계, 행정허가의 종류를 심도있게 분석하고, 행정허가의 의미와 외연을 설명한다. 그 후에, 《행정허가법》의 규정과 더불어, 행정허가의 범위와 설정권을 소개한다. 마지막으로 행정허가의 실시기관, 시행절차와 감독 검사를 소개한다.

제 1 절 행정허가 개설

1. 행정허가의 개념과 특징

행정허가는 행정기관이 행정상대방의 신청에 대하여 심사 후에 법률의 보편적 금지 제거여부를 결정하고, 특정 행위에 종사하는 권리 또는 자격을 허용하는 행정행위를 말한다. 여기에서 주의할 점은 《행정허가법》 제2조가 규정한 행정허가에 관련된 법률적 정의이다. 즉 본법에서 지칭하는 행정허가는 행정기관이 국민, 법인 또는 기타 조직의 신청에 근거하여 법에 의한 심사허가를 통해 특정 활동의 종사를 허가하는 행위를 말한다. 이러한 법률적 정의는 “본법 규정”에 착안한 것으로, 법률적 정의의 시각에서 본법의 적용범위를 한정하는데 의미가 있고, 그 요지와 학리적으로 지칭하는 행정허가는 기본적으로 일치한다.

(1) 행정허가 존재의 전제는 법률이 설정한 보편적 금지이다.

행정허가는 행정기관이 법정조건과 절차에 따라 법률의 보편적인 금지를 해지하는 것이다. 법률이 행정허가를 설정한다는 말은 상응하는 금지를 설정한다는 것을 말한다.

행정상대방의 많은 활동, 특히 경영활동은 타인, 사회 또는 국가의 이익에 영향을 미칠 수 있다. 예컨대, 행정상대방이 식품 또는 약품의 생산경영에 종사할 경우, 타인의 건강, 공공안전에 손해를 야기하고, 환경을 오염시키고, 국가경제의 질서정연한 발전을 파괴할 수 있다. 법을 준수하는 경영자와 품질의 안전을 신뢰할 수 있는 상품이 시장에 진출할 수 있도록 보장하기 위한 효과적인 방법은 이러한 업종활동에 대하여 사전에 보편적 금지를 부여하고, 일련의 조건과 절차를 설정하며, 이러한 행위활동에 종사하는 행정상대방에 대하여 심사를 진행하고, 상응하는 활동에 종사할 자격, 능력 또는 조건을 구비하였는지 여부를 확인하며, 이러한 기초에서 그러한 업종활동에의 종사에 대한 승인여부를 결정하는 것이다. 이는 사회안전, 산업구조의 합리화 및 자원배치의 과학화를 보장하는 효과적인 조치이다.

주의할 점은, 행정허가 존재의 전제인 보편적 법률금지는 상대적이고 해제할 수 있는 발전형 금지(發展型禁止)로서, 위법한 범죄행위에 대하여 절대적이고 해제할 수 없는 법률의 억제형 금지(抑制型禁止)와는 상이하다. 구체적으로 다음과 같이 표현된다. 첫째, 대상이 상이하다. 발전형 금지의 대상이 되는 대다수는 경영행위로서, 법률규제의 범위내에서 사회에 유리하고, 그 자체도 비도덕적·반사회적 성질이 없지만, 억제형 금지의 대상은 위법한 범죄행위, 비도덕적·반사회적 성질을 지닌다. 둘째, 목적이 상이하다. 발전형 금지의 목적은 행정상대방의 특정 행위 또는 상품을 제거하는 것이 아니라, 위법적인 행정상대방과 품질을 신뢰할 수 없는 상품이 시장에 진입하는 것을 방지하기 위한 것이고, 행정상대방의 경영활동이 공공이익에 손해를 입히는 것을 방지하는 것이며, 안전한 상품이나 공공이익에 손해를 미치지 않는 경영활동에 대하여 국가는 금지를 해제한다. 이와는 달리, 억제형 금지의 목표는 위법한 범죄행위의 제거이다. 셋째, 해제할 수 있는지 여부가 상이하다. 발전형 금지는 법정조건 하에서 해제할 수 있지만, 억제형 금지는 제거할 수 없다. 즉 행정처벌 또는 형사처벌로서 해제하지 못한다. 넷째, 작용이 상이하다. 발전형 금지의 주요작용은 경제·사회 및 문화의 건전한 발전을 보장하는 것으로, 행정허가는 급부행정의 범주에 속한다. 억제형 금지의 주요작용은 사회질서 유지로서, 억제형 금지는 행정처벌, 행정 강제, 행정감사 등과 같은 기초적인 행정행위이고, 질서행정의 범주에 속한다.

(2) 행정허가는 이익 수여 성질을 지닌 행정행위이다.

행정허가는 행정상대방에게 특정 행정행위에 종사하는 법률자격 또는 권리를 부여하는 행정행위이다.

여기서 핵심문제는 “이익 수여”(授益)의 법률적 성질이다. 이에 대하여, 학리적으로 논쟁이 존재하는데, 대표적 관점으로 다음 몇 가지가 있다. 첫째, 이익수여 행정행위의 성질은 “권리 부여”(賦權)에 속한다. 그 이유는 행정허가 전에는 행정상대방이 특정 행위에 종사할 권리 또는 자격이 없다는 것이다. 둘째, 이익수여 행정행위의 성질은 권리회복에 속한다. 금지해제, 행정상대방이 본래 향유하였던 법정권리의 회복이다. 그 이유는 행정허가 설립전에 행정상대방이 특정 행위에 직접 종사할 수 있었지만, 행정허가의 설립이후에는 허가를 얻는 경우에만 특정 행위에 종사할 수 있다. 행정허가는 실제로 행정상대방이 본래 향유하였던 권리의 제한이다. 셋째, 행정허가는 혜택(恩賜)으로, 행정기관이 행정상대방에게 부여한 혜택이다.³⁹⁾

생각건대, 행정허가에서 이익수여 성질에 대한 인정은 구체적 상황을 구별해야 한다. 헌법에서 규정하는 국민의 기본적 권리에 대하여, 법률은 행정허가제도의 설정을 통하여 제한하는데, 이러한 허가 수여는 《집회여행시위법》 제7조⁴⁰⁾에서 규정한 행정허가와 같이 권리의 회복에 속한다. 법률이 규정한 일반권리에 대하여 허가제도를 통해 제한할 수 있는데, 이러한 허가 수여는 1980년 《칭하이성 야생동물자원보호조례》 제5조⁴¹⁾가 규정한 포획허가와 같

39) 이 세 관점에 대하여, 应松年 主编 : 《行政法学新论》, 方正出版社, 1999年版 第 248~249页 참고.

40) 본조 규정 : “집회, 시위행진, 시위의 거행은 반드시 본법의 규정으로 주관기관에 허가 획득의 신청을 제출해야한다. 다음의 활동은 신청이 불필요하다. i) 국가거행 또는 국가가 거행을 결정한 축하, 기념 등의 활동. ii) 국가기관, 정당, 사회단체, 기업 사업 조직이 법률, 조직규정에 근거하여 거행하는 집회.”

41) 본조 규정 : “省 구역 내의 야생낙타, 야생야크, 나귀, 백 순록, 티벳 영양, 큰빨양, 큰 영양, 적록, 수록, 원숭이, 설 표범, 사향노루, 수달, 스라소니, 돌단비, 얼룩머리 기러기, 검은 목 두루미, 백조, 백마계, 흑두루미, 푸른귀 꿩, 히말라야 눈 꿩, 꿩, 매, 독수리 등 모두 중점 보호 동물로, 어떠한 단위나 개인 등 省의 수력주관부문의 포획 승인을 받지 못한 경우, 사냥할 수 없다. 省인민정부에서 확정한 사냥금지 구역과 자연보호 구역 내에서는 야생동물 자원의 모든 활동의 방해를 엄금하고,

이 권리부여에 속한다. 그 이유는 헌법이 규정하고 있는 국민의 기본적 권리는 국민이 자연법상 태어나면서 저절로 누리는 권리에 속하고, 헌법은 국민이 국가를 성립하는 공법적 계약으로, 국민에 대한 자연법 권리의 확인과 선언이기 때문에, 행정허가는 국민의 기본적 권리의 회복에 불과하다. 이와 달리, 국민의 일반적 권리는 국가가 정치, 경제 및 문화의 발전수준에 따라 점진적으로 설정한다. 이는 시간, 지역, 민족 및 국민 개인의 구체적 조건이 상이하기 때문에 태어나면서부터 저절로 누리는 것이 아니라, 반대로 허가를 얻은 경우에만 행정상대방은 비로소 이러한 권리를 향유하고 행사할 수 있다.

권리의 회복이든지 권리의 부여이든지에 관계없이, 행정허가는 모두 행정상대방이 법에 따라 취득하는 수여된 권익으로, 부여된 이익의 내용, 범위, 기준, 절차 등은 모두 법률로서 규정하고, 법정조건 하에서 행정기관은 반드시 허가 또는 불허가 결정을 내려야 한다. 이러한 법률 구속에서 보건데, 행정허가는 법치구속하의 이익 수여와 급부에 속하고, 인치(人治) 범주에 해당하는 혜택 개념과는 일치하지 않는다.

(3) 행정허가는 신청에 상응하는 행정행위이다.

원칙상 행정상대방이 신청을 제출한 상황에서, 행정기관은 비로소 허가의 부여 여부를 결정할 수 있는데, 여기에 핵심은 다음 세가지 이다.

1) 신청이 행정허가 결정의 성립요건 여부

이에 대하여, 첫 번째 관점은, 신청은 행정허가의 전제 조건으로, 신청이 없으면 행정허가도 없다고 본다.⁴²⁾ 두 번째 관점은, 신청은 행정허가 결정의 합법적 요건으로, 성립요건은 아니라고 본다. 행정상대방이 신청을 제출하지 않은 상황에서 행정기관이 허가결정을 내릴 경우, 절차하자에 해당하여 행정허가의 효력은 불확정한 상태에 놓이게 되지만, 이는 행정허가의 성립에는

특히 사냥금지구역과 자연보호구역에서 어떠한 동물을 사냥해야 할 경우 반드시 사전에 해당 지역 수렵주관부문의 승인을 받아야한다.

42) 马怀德 主编：《中国行政法》，中国政法大学出版社，2005年版，96页，姜明安 主编：《行政法与行政诉讼法》，北京大学出版社、高等教育出版社，1999年版，第304页。

영향을 미치지 않는다. 행정허가의 실체적 내용이 합법적인 상황에서는, 행정상대방에게 신청 수속을 보완하도록 명령할 수 있다.⁴³⁾

생각건대, 기본적으로 두 번째 관점에 동의한다. 하지만, 행정상대방이 신청을 제출하지 않은 행정허가에 대하여, 반드시 행정상대방에게 유리한 원칙에 착안하여 상황을 구별해 대응해야 한다. 행정허가의 실체적인 합법과 신청수속 보완명령이 행정상대방에게 유리한 상황에서, 행정허가의 취소는 필요하지 않고, 행정상대방에게 신청수속의 보완을 판결하거나 명령할 수 있다. 만약 신청수속의 보완이 행정상대방에게 불리하거나 또는 행정상대방이 받아들이지 않을 경우, 행정허가를 취소해야 한다.

2) 신청의 효력

이는 행정상대방이 신청한 의사표시가 행정기관에 구속력을 갖는지 여부이다. 이에 대하여, 통상적인 관점에서는 행정허가의 일방행위의 성질을 고려하여, 행정상대방의 의사표시는 행정기관에 대하여 구속력이 없고, 행정기관이 허가여부를 결정함에 있어 행정상대방 신청의 제한을 받지 않는다.⁴⁴⁾

생각건대, 허가신청은 행정상대방 행위⁴⁵⁾의 일종으로, 법정 형식요건의 부합하는 상황에서 행정기관에 대하여 구속력을 지니는데, 다음과 같이 구체적으로 표현된다.

① 행정상대방이 합법적으로 제출한 신청은 행정기관이 수리해야 할 의무가 있다. 행정기관은 반드시 합법적인 신청을 수리하고, 법정기간 내에 결정을 해야 한다. 신청 수리시에 반드시 등기수속을 해야 하고, 행정상대방에게 접수증명을 발급해야 한다. 형식요건에 부합하는 신청에 대하여서는 행정기관은 각종 이유 또는 방식으로 거절할 수 없다.

② 행정상대방은 합법적으로 제출한 신청은 행정허가 결정의 범위를 결정한다. 행정기관은 원칙상 반드시 신청한 사항에 대하여 결정을 내리고, 신청

43) 吴庚 : 《行政法之理论与实用》, 1996年版, 第304页。

44) 姜明安 主编 : 《行政法与行政诉讼法》, 北京大学出版社、高等教育出版社, 1999年版, 第143页。

45) 方世荣 : 《论行政相对人》, 中国政法大学出版社, 2000年版, 第131~151页。

사항에 대한 결정을 누락할 수 없으며, 신청 이외의 사항에 대하여서도 결정할 수 없다.

③ 합법적 신청이 제출된 법률근거, 사실근거, 이유 및 증거에 대하여, 행정기관이 반드시 행정허가 결정에서 인정을 해야 하고, 그렇지 않은 상황에서는 반드시 그 이유를 설명해야 한다. 법치행정원칙, 행정절차의 직권원칙 및 행정행위의 일방적 원리에 근거하여, 행정허가 결정을 내린 법률근거, 사실근거 및 증거에 대하여, 행정기관은 전면적으로 조사하여 인정해야 하며, 그 범위는 행정상대방 신청의 제한을 받지 않는다. 다만, 이는 행정상대방이 신청에서 제출한 관점에 대하여, 행정기관은 가부를 말하지 않을 수 있다는 것을 의미하지는 않는다. 이는 행정상대방과 행정기관이 모두 행정법률관계와 행정절차의 주체이고, 행정상대방은 각종 형식을 통해서 참여하고 행정허가 결정과정에 영향을 미칠 수 있기 때문에, 행정상대방이 신청의 형식을 통해 제출한 요구와 주장은 타방 주체인 행정기관이 반드시 응답해야 한다. 그렇지 않을 경우, 행정상대방 주체의 지위는 구현할 수 없다.

④ 신청의 효력은 행정허가의 일방성에 영향을 미치지만 변경하지는 않는다. 합법적 신청은 행정허가결정의 과정과 내용에 영향을 미치고, 행정상대방 주체의 지위를 구현하지만, 행정기관의 의사표시와 대등하거나 또는 동일한 작용을 하지는 않는다. 행정허가결정은 행정행위로서, 행정기관의 일방적인 의사표시이지만, 행정상대방과의 협의와 의사표시에 일치하지는 않는다. 이는 행정허가와 행정계약의 근본적인 구분이다.⁴⁶⁾

46) 행정계약은 행정행위를 대체할 수 있는 원리에 근거하여, 행정허가는 행정행위의 형식을 채택할 수 있고, 행정계약의 형식을 채택할 수도 있다. 부가조건의 행정허가는 더욱 그러하다. 예컨대, 건축물의 양식, 기능과 부대설치 허가를 제한하기 위해, 행정기관은 행정행위 규제에 따라, 유보된 행정허가를 부담하거나 폐지하는 결정을 내릴 수 있고, 행정허가가 행정계약의 객체가 될 수도 있으며, 행정상대방과 건축물의 양식, 기능과 부대설치 등의 사항을 협의할 수 있다. 행정허가가 어떠한 형식을 채택하는지는 행정기관이 법률규정, 행정상대방의 요구, 사안의 구체적인 상황에 따라 재량으로 결정한다.

(4) 행정허가는 요식성 행정행위이다.

행정허가는 반드시 법정 형식을 구비해야하고, 격식, 문장(行文), 보안, 색, 용지 등의 방면의 기술적 요건에 부합해야한다.

행정허가의 표현 형식은 다양한데, 전형적으로 다음과 같다.

1) 허가증(许可证)

이것은 행정허가의 가장 상용적인 형식이다. 예컨대, 《광고관리조례》 제6 조는 광고업무를 병행하는 단위(单位) 또는 개인사업자는 반드시 공상행정관리기관에 광고영업 허가증을 신청해야 한다.

2) 영업허가(执照)

예컨대, 《기업법인등기관리조례》 제16조는 “기업법인 개업등기를 신청한 단위는 등기주관기관의 등기등록심사인가를 통해 《기업법인영업인가증》 취득한 후에 기업으로 즉시 성립된다. 기업법인은 《기업법인영업인가증》에 따라서 인감을 제작하고 은행계좌를 개설하며 계약서에 서명하고 경영활동을 수행할 수 있다.

3) 승인문건(批准文件)

4) 비자(签证)

예컨대, 《외국인출입국관리법실시세칙》 제1조는 “외국인의 입국은 반드시 중국 외교부 대표기관, 영사기관 또는 외교부가 권한을 부여한 기타 외국 주재 기관에 비자발급을 신청한다.”고 규정하고 있다.

5) 자격증(资格证)과 자질증(资质证)

예컨대, 《행정허가법》 제39조 제1항과 제2항은 이러한 형식을 규정하고 있다.

6) 서명날인(签章)

주로 어떠한 기술성 검사, 검측 또는 검역 결론에 근거하여 허가여부를 결

정하는 상황에 적용되는데, 상표 또는 인장을 날인하는 것은 허가를 의미한다. 이에 대하여, 《행정허가법》 제39조 제2항이 규정을 하고 있다.

여기서 주의할 문제는 다음과 같다.

1) 행정허가의 기준이 내재적인 특징이고, 그 명칭이 아님을 인정한다.

행정허가는 공안, 위생, 토지, 건축, 용수취득, 채광 등 각종 업종과 관련이 있는데, 입법이 분산되어 있고 용어도 통일되어 있지 않다. 예컨대,登記(登記), 승인(批准), 동의(同意) 영업허가(執照), 허가(許可), 검험(檢驗), 허락(准許), 특허(特許), 등록(注冊), 등록(備案), 심사(審核), 감정(鑑定) 등이 있다. 이로 인하여, 행정기관의 행위가 행정허가로 인정될 경우, 명칭이 아니라 반드시 다음과 같은 내용과 내재적 특징을 고려하여야 한다. 즉 법률적 보편금지의 존재여부, 행정상대방의 신청의 경유여부, 권리회복 또는 권리수여 효과의 구비여부 및 법정 행정허가절차의 적용여부 등이 있다. 여기에서 제출이 필요한 것은 다음과 같다.

① 인가

인가는 행정기관이 행정상대방에 대하여 이미 구비하고 있는 지위, 신분, 조건, 능력 또는 수준에 대한 인정으로, 행정확인(行政確認)의 범주에 속한다. 엄격하게 말하자면, 인가는 각종 사회영역에서 보편적으로 존재하지만, 독립적인 법률개념을 형성하지는 못했다.

② 등록(注冊),登記(登記)

등록과登記는 행정기관이 행정상대방에게 그와 관련된 상황에 대하여 행정기관에 서면으로 보고를 요구하는 것으로, 서면기록으로 검토한다. 등록과登記는 비록 제약적 기능을 지니고 행정행위에 속하지만, 권리부여 또는 회복의 효과는 야기하지 않는다.

③ 증명

증명은 행정기관이 특정 사실 또는 법률관계의 진실성 또는 합법성에 대한 인정 또는 부정으로, 행정확인(行政確認)의 범주에 속한다.

④ 승인(批准)

승인의 성질은 반드시 구체적 상황에 근거하여 인정한다. 행정기관 내부의 상·하급간의 승인은 내부행정의 범주에 속하고, 행정행위가 아니다. 행정상 대방이 신청한 승인에 대하여 행정허가의 일종 상황에 속한다. 만약 다수의 행정기관이 승인하여야 비로소 행정허가를 결정·공포할 수 있다면, 이러한 종류의 승인은 행정기관 내부의 절차 또는 외부의 행정허가일 수 있다.⁴⁷⁾

이상과 같은 구분은 일률적으로 논할 수는 없지만, 문제의 핵심은 여전히 행정허가의 내재적 특징이고, 형식은 아니다.

2) 형식적 하자가 있는 행정허가의 효력

만약 행정기관이 발부한 증명 또는 허가(证照)가 법률규정의 형식에 부합하지 않고 형식적 하자가 있을 경우, 행정허가는 효력을 가질 수 있는가? 이에 대하여, 학리적으로 명확한 관점은 없다. 생각건대, 이를 하자의 중대한 정도와 증명 또는 허가의 종류에 따라 구별해야한다. 형식적 요건이 엄격한 행정허가증, 예컨대, 여권, 졸업증서, 학위증서 등에 대하여서는 형식적 하자는 즉시 형식적 위법을 구성하기 때문에, 상응하는 행정허가결정은 무효이다. 예컨대, 여권과 결혼증명서(结婚证)의 사진이 선명하지 않고, 의심스러운 경우가 그러하다. 형식적 요건이 엄격하지 않은 행정허가증에 대하여서는, 중대한 형식적 하자가 있는 경우에 비로소 형식적 위법을 구성하기 때문에, 행정허가증은 무효이다. 예컨대, 필적이 모호하고, 판독이 어려운 상황의 경우이다. 만약 숫자 기입의 오류 등과 같은 일반적 형식적 하자인 경우는 법정 절차를 따라 수정할 수 있고, 행정허가결정의 합법성과 효력에는 영향을 미치지 않는다.

2. 행정허가와 행정확인과의 관계

이론 또는 실제와 관계없이, 행정허가와 행정확인의 관계는 비교적 복잡한 문제인데, 여기서는 개별적으로 설명한다.

47) 马怀德 主编：《行政法与行政诉讼法》，中国法制出版社，2000年版，第224～226页。

행정확인(行政確認)은 행정기관이 집권 또는 신청에 의해, 법률상의 사실, 성질, 권리, 자격 또는 관계에 대하여 선별하여 인정하는 것으로, 법정방식으로 선고하는 행정행위를 말한다.

행정허가(行政許可)와 행정확인(行政確認)의 관계는 다음과 같다.

1) 양자는 모두 요식성의 구체적 행정행위로서, 법률이 규정하는 절차와 형식에 따라 내려진다.

2) 행정확인은 행정허가의 전제 및 하나의 단계이고, 행정허가는 행정확인의 효과를 지닌다. 행정기관이 행정허가결정을 내리기 전에, 우선적으로 행정상대방이 법정조건에 부합하는지를 확인하여야 한다. 행정허가의 결정은 행정상대방이 법정 조건 또는 특정 방면의 능력, 자격 또는 권리의 구비를 증명하는 것이다.

3) 효력의 동일. 행정허가와 행정확인은 모두 집행할 필요는 없고, 집행할 수 있는 내용이 없다.

행정허가와 행정확인의 구별은 다음과 같다.

1) 객체의 상이

행정확인의 객체는 법률상의 사실, 성질, 권리, 자격 또는 관계 등이 있다. 법률사실은 법률적 의의를 지니는 객관적이고 진실한 상황을 말한다. 예컨대, 《입양법》 제21조 제2항⁴⁸⁾에 규정된 공관의 확인이 필요한 외국수양인(收養人)의 관련 상황 등이 있다. 법률성질은 특정 사물이 지니는 법률 속성 또는 특징을 말하는 데, 1985년 《삼림법》 제24조에서 규정된⁴⁹⁾ “자연보호구역

48) 본조 규정 : “외국인이 중화인민공화국에서 자녀를 입양할 경우에는 응당 해당 국가 법률에 따라 그 소재국 주관기관의 조사 동의를 거쳐야 한다. 입양인은 그 소재지의 권한있는 기관이 제출하도록 한 입양인의 연령, 혼인, 직업, 재산, 건강, 형사처벌 경력유무 등의 상황과 관련있는 증명자료를 제공하여야 한다. 그 증명자료는 그 소재국 외교부문 또는 외교부문으로부터 수권한 기구가 인증하여야 한다. 또한 중화인민공화국 주재 해당국 양사관의 인증을 거쳐야 한다. 그 입양인은 송양인과 서면협의를 체결하여야 하고, 직접 성급 인민민정기관에登記하여야 한다.”

49) 본조 규정: “국무원 임업 주관 부문과 성, 자치구, 직할시 인민정부는 상이한 자연지대의 전형적인 삼림생태지구, 희귀동물 및 식물생장번식의 산림구역, 천연열대

확정”등이 있다. 법률권리는 당사자가 향유하는 자신의 일정한 행위 또는 일정하지 않는 행위, 또는 타인에게 일정한 또는 일정하지 않는 행위의 자격이나 권능을 요구하는 것을 말하는데, 토지 등 자연자원 소유권 또는 사용권에 대한 확인은 법률권리와 관련된 행정확인에 속한다. 법률자격은 당사자가 법에 따라 향유하는 전문기술능력을 말하는데, 변호사자격, 회계사자격 등이 있는데, 사법행정기관 또는 재정부문이 발부한 변호사 자격증서 또는 회계사 자격증서는 법률자격에 대한 행정확인에 속한다. 법률관계확인의 예로는 《입양법》 제15조⁵⁰⁾에서 규정된 입양관계확인이 있다. 행정확인과는 달리, 행정허가의 대상은 법률적 보편 금지행위로서, 약품의 생산 또는 판매행위, 포획 행위 등이 있다.

2) 효과의 상이

행정확인은 현행 법률사실, 행위, 권리, 성질, 자격 또는 관계에 대한 증명, 인정 또는 부정으로, 그 자체는 새로운 권리나 의무를 직접 발생시키거나 또는 새로운 법률관계를 창설하지 않는다. 이와 달리, 행정허가는 행정확인의 기초에서 행정상대방의 권리를 회복하거나 또는 부여하고, 직접 당사자에게 권리 또는 의무를 설정한다.

3) 형식의 상이

행정확인의 표현형식은 감정, 인증 및 증명이다. 감정(鑑定)은 행정기관이 전문성이 있는 기술문제에 대하여 내리는 인정으로, 교통사고 책임감정, 의료사고감정, 장애등급검정 등이 있다. 인증(认证)은 행정기관이 상품이 국가가 규정한 품질 또는 안전기준에 부합한지 여부에 대한 증명으로, 《표준화법》 제 15조⁵¹⁾에서 규정된 상품품질인증이 있다. 증명(证明)은 행정기관이 법률행위

우림 등 특수한 보호가치가 있는 삼림구역은 자연보호구역으로 지정하여 보호관리를 강화해야한다.”

50) 본조 규정 : “생부모를 찾을 수 없는 버려진 영아와 아동을 입양하는 경우, 등기를 처리하는 민정부문을 등기 전에 공고하여야 한다.”

51) 본조 규정 : “기업은 국가표준 또는 업종표준의 상품에 대하여서 국무원 표준화 행정주관부문 또는 국무원 표준화 행정주관부문이 수권한 부문에게 상품품질인증을 신청할 수 있다. 인증에 합격하여 인증부분이 인증서를 부여되고, 상품 또는 포

또는 법률사실의 진실성 또는 합법성에 대하여 확인을 부여하는 행위로서, 《체포구류조례》 제8조⁵²⁾에서 규정된 “석방증명”이 있다.

위에 서술한 것과 같이, 행정허가의 전형적인 표현 형식은 허가증, 인가증, 승인, 비자 등이 있다.

4) 전제의 상이

행정허가의 전제는 특정 행위에 대한 법률의 보편적 금지이고, 행정확인은 이러한 제한이 없다.

5) 신청여부의 상이

행정허가는 신청에 응하는 행정행위로서, 행정상대방이 신청을 제출한 상황에서만 시행되지만, 행정확인은 신청에 응하여 제출할 수도 있고, 직권에 의해 제출할 수도 있다. 자연자원권에 속하는 행정확인과 관련하여 행정기관이 직권으로 결정하고, 법률관계, 자격 또는 사실의 확인과 관련하여서는 행정기관이 신청에 응하여 결정한다.

6) 효력의 상이

행정허가는 행정을 종료시키는 효력은 없지만, 이러한 효력을 지닌 일부의 행정확인에 대하여서는 행정상대방은 인민법원에 제소할 수 없다. 예컨대, 《행정심판법》 제30조 제2항은 “국무원 또는 성·자치구·직할시 인민정부가 행정구획에 대한 감정·조정 또는 토지징용 판정에 근거하여, 성·자치구·직할시 인민정부의 토지·광산·하천·삼림·산치·초원·황무지·간석지·해역 등 자연자원의 소유권 또는 사용권을 확인하는 행정심판결정

장에 규정된 인증마크를 사용한다. 이미 인증증서를 취득한 상품이 국가표준이나 업종표준에 부합되지 않는 경우 또는 상품이 인증을 거치지 않거나 또는 인증에 불합격한 경우 인증마크를 사용하여 출하, 판매하여서는 아니 된다.”

52) 본조 규정 : “공안기관이 구류한 범인을 체포해야 할 경우, 반드시 구류 후 3일 이내, 피구류인의 범죄사실과 증거자료를 당해 인민검찰원에 통지한다. 특수한 상황에서, 구류시간은 다시 4일을 연장할 수 있다. 인민검찰원은 반드시 통지를 받은 날로부터 3일 이내에, 체포를 승인하거나 또는 승인하지 않는다. 인민검찰원이 체포를 승인하지 않을 경우, 공안기관은 통지를 받을 즉시 석방하고, 석방증명도 발급해야 한다.”

은 최종재결로 한다.” 본 조에서 규정한 “행정심판결정”은 중국성의 행정확인에 속한다.

3. 행정허가의 종류

행정허가의 종류에 대하여 학리적 분류와 법정 분류의 두 가지 측면이 있다.

(1) 학리적 분류

학리적으로, 상이한 기준을 따라 행정허가와 관련된 다수의 분류가 있는데, 그 중 중요한 의의의 가지는 것은 다음과 같다.

1) 배타적 허가와 비배타적 허가

이는 범위를 기준으로 한 분류이다. 배타적 허가(排他性許可)는 특허라고도 하는데, 수량제한(數額限制)이 있고, 특정 행정상대방이 허가를 취득한 후에는 기타 국민 또는 조직은 다시 신청할 수 없는 허가를 말한다. 예컨대, 특허허가, 상표허가, 연초전매허가, 택시 경영허가 등이 있다.

비배타성 허가(非排他性許可)는 보통허가(普通許可)라고 하는데, 수량제한이 없고, 행정상대방이 법정 조건을 구비하면 신청을 할 수 있는 허가를 말한다. 예컨대, 운전면허증, 사업자등록증 등이 있다.

배타성 허가의 조건은 비교적 엄격하고, 수량제한과 특허성질을 갖지만, 비배타적 허가의 조건은 상대적으로 비교적 관대하고 수량제한이 없다.

이러한 분류는 《행정허가법》이 채택하는 기본적 분류로서, 본법 제57조는 배타적 허가에 대하여 특수한 규정을 하고 있다. 즉 2인 또는 2인 이상의 신청인이 모두 법정 조건, 기준에 부합할 경우, 행정기관은 신청의 선후 순서에 따라 행정허가를 결정해야 한다. 다만, 법률·행정법규에 별도의 규정이 있는 경우에는 예외로 한다.”

사례 1 : 1998년 8월 26일, 이(易) 모씨는 난장현(南漳縣) 수리국 소속 우안진(武安鎮) 지부에 신청서를 제출하고, 녹화협정 범위내의 모래톱에서 모래채취를 요청하였다. 우안鎮 지부는 1998년 9월 1일 난장縣 수리

국의 명의로 易모씨에게 南水政字[1998] 제001호 모래채취허가증을 발부하였고, 모래톱 녹화협정 범위내의 강바닥 모래사장에서 모래를 채취하는 것을 허락하였다. 모래채취기간은 1998년 9월 1일부터 1999년 9월 30일까지이고, 모래채취 평면도는 제작하지 않았다. 易모씨는 모래채취허가증을 취득한 후에, 강바닥 모래사장에서 사건발생일까지 모래를 채취하였다. 1998년 10월 17일, 난장군 수리국은 崔모씨에게 南水政字[1998] 제018호 모래채취허가증을 발부하였고, 가오징村오조(高井村五組) 모래사장, 즉 시관교(西关桥)의 서쪽 20m에서부터 시관桥 서쪽 140m까지, 高井村五組 책임전(责任田-촌집체소유경작지 : 역자주) 변 마을길 북쪽 50m에서부터 본 촌 북쪽 110m까지 모래채취를 허락하였고, 모래채취평면도를 제작하였고, 모래채취기간은 1998년 10월 17일부터 1999년 10월 17일까지이다. 두 증서가 승인하는 작업방식은 모두 기계채취로서, 모래채취범위는 중첩된다. 그 후, 易모씨와 崔모씨는 모래채취범위로 인한 다수의 분쟁이 발생하였다. 易모씨는 1998년 10월 20일 법원에 소송을 제기하였다. 소송과정에서, 崔모씨도 법원에 소송을 제기하여, 南水政字[1998] 제001호 모래채취허가증의 철회를 청구하였다. 법원은 병합하여 심리하였다.

본 사건에서 토론이 필요한 문제는 현(縣) 수리국이 동일한 강 구간에 두개의 모래채취허가증을 발급할 수 있는가 여부이다. 모래채취허가증은 전형적인 배타적 허가로서, 유상성, 유한성, 배타성 등의 특징을 지닌다. 본 사안의 핵심은 모래채취허가증이 일종의 특허로서 구비하는 배타효력을 지닌다. 다시 말해서 동일한 자연자원권은 하나의 허가만을 설정할 수 있고, 2개 이상의 허가를 설정할 수 없기 때문에, 배척하지 못하는 2개 이상의 허가의 상대방이 공동신청, 공동 획득 및 공동 사용하는 하나의 특허이다. 본 사건의 수리국은 동일한 모래채취구간에 두개의 모래채취허가증을 설정하여, 필연적으로 당사자간의 소유권분쟁을 야기하였고, 그 위법한 부분은 모래채취허가의 배타적 효력을 위반하고 있다.

2) 독립적 허가과 부가문건의 허가

이것은 문서구성을 기준으로 한 분류이다. 독립적 행정허가(独立的行政許可)는 허가란 허가증은 기타 부가문서가 필요 없이 독립적으로 존재하고 효력을 발생시키는 것으로서, 운전면허증, 사업자등록증, 수출입허가증 등이 있다. 부가문서의 허가(附文件的許可)는 허가증이 관련 설명 자료를 부가한 경우에만 효력이 발생하는 행정허가로서, 건축허가증, 용지허가증 등이 있다. 만약 부가된 검사자료가 증명하지 못하면, 건축물의 상황을 확정하고 토지의 지점과 면적을 분할할 방법이 없다.

3) 증서식 행정허가와 비증서식 행정허가

이는 행정허가의 격식 요건을 기준으로 한 분류이다. 증서식 행정허가(证照型行政許可)는 허가증 또는 영업허가 형식으로 발부된 행정허가로서, 허가증, 영업허가, 등기증, 자격증 등이 있다.

비증서식 행정허가(非证照型行政許可)는 특정한 증서양식을 채택하지 않고 인장날인의 방식을 채택하여 발부하는 행정허가이다.

《행정허가법》 제39조는 이러한 분류를 채택하고 있는데, 이를 필요한 경우 증서를 발부하는 허가과 필요하지 않는 경우 증서를 발부하는 허가과 구분한다. 동조 제1항은 필요한 경우 증서를 발부하는 허가과는 신청인에게 당해 행정기관의 인장을 날인한 허가증서, 자격증, 자질증, 승인문건 또는 기타 증명문건을 발부한다고 규정하고, 제2항은 행정기관이 검사, 검측, 검역을 실시할 경우, 검사, 검측, 검역에 합격한 설비, 시설, 상품, 물품에 마크 또는 검사, 검측, 검역의 인장을 날인할 수 있다고 규정하고 있다.

4) 단독 행정허가와 부관이 있는 행정허가

단독 행정허가란 부가조건의 제한이 없는 행정허가를 말하고, 부관이 있는 행정허가란 기한, 부담 또는 폐지유보가 부가된 행정허가를 말한다. 기한은 행정허가의 실시가 개시되는 기한일 뿐만 아니라, 행정허가가 종료되는 기한일 수도 있고, 행정허가 실시의 기간일 수도 있다. 있다. 부담은 행정상대방

이 행정허가의 취득과 동시에 반드시 저야하는 의무이다. 예컨대, 건설허가를 취득하는 동시에, 반드시 보조시설을 건축할 자금을 부담해야 한다. 폐지유보는 행정기관이 특정 조건하에 행정허가를 폐지하고 보상할 필요가 없는 것으로, 공공이익의 유지를 위하여 필요한 경우, 건설허가를 폐지할 수 있다고 규정한다.

5) 인신권 허가, 재산권 허가, 정치권 허가 및 사회권허가

이는 행정허가가 대상으로 하는 국민권리를 기준으로 한 분류이다. 인신권 허가란 국민의 신분 또는 개인의 자유에 대한 허가를 말하는데, 입출국비자, 출생허가증(准生证 : 生育服务证라고도 하는데, 부부가 아기를 낳기 전에 취해야 하는 수속으로, 부부쌍방의 신분증, 남편의 기업(단위)에서 발급하는 혼인증명(무직자의 경우 주민위원회의 증명)을 소지하고 아내의 호구소재지 반사처 또는 회사 인사부분에서 출생허가증을 신청함-역자 주), 임시거주증, 혼인등록증 등이 있다. 재산권허가란 환경자원 또는 경영권에 대한 행정허가를 말하는데, 사업자등록증, 토지사용권양도허가, 채광채사허가증, 취수용수허가증(取水用水许可), 특허허가, 상표허가 등이 있다. 정치권 허가란 국민에 대한 의정에 참여할 권리의 허가를 말하는데, 집회허가, 여행허가, 시위허가, 출판허가 등이 있다. 사회권 허가는 국민이 향유하는 사회보장 방면에 대한 허가이다.

상술한 5가지 분류 이외에, 행정허가는 업종기준에 따라 치안행정허가, 자원행정허가, 농업행정허가, 위생행정허가, 문화행정허가, 교통행정허가, 환경행정허가 등으로 나뉘고, 기한에 따라, 장기 행정허가, 임시 행정허가로 나뉘며, 내용에 따라 행위허가와 자격허가 등으로 나뉜다.

(2) 법률규정상의 종류

상이한 종류의 행정허가는 범위, 기준 및 절차방면에서 다수의 상이한 점을 지니고 있는데, 《행정허가법》은 학계가 제시한 각종 분류방법을 수용하여, 행정허가 법률집행의 실무에 있어 일정한 절충과 조정을 통하여, 다음과 같은 5가지의 허가를 확정하고 있다.

1) 보통유형

이는 통상적으로 말하는 보통허가(普通許可)로서, 특별히 엄격한 조건 또는 수량제한이 없고, 조건에 부합하는 국민, 법인 또는 기타 조직 모두가 신청하여 취득할 수 있는 허가를 말한다. 실제로 《행정허가법》 제12조 제2항에서 규정된 자원특허를 제외하면, 제12조 제1항, 제3항~제5항에서 규정하고 있는 허가설정이 가능한 사항은 모두 보통허가의 범주에 포함될 수 있다. 다만, 절차상 등록유형, 자질유형, 인증유형의 허가는 일정한 특수한 점이 있기 때문에, 《행정허가법》은 전문적으로 “특별규정”을 추가하였다. 이러한 3가지 유형의 허가에 관한 특수절차를 규정하였기 때문에, 이러한 허가는 독립되어 있고, 하나의 행정허가로 형성되었다.

2) 특허유형

이는 유한한 자연자원의 개발, 공공자원 배치 및 공공 이익과 직접 관련이 있는 특정 영업의 시장진출 등과 관련이 있는 것으로, 특별히 엄격한 진입조건의 제한이 있고, 자연독점의 객관적 원인을 고려하여 객관적으로 범위와 수량의 제한이 존재하며, 행정기관이 특정한 상대방에게만 발부할 수 있는 특별경영허가(特別經營許可)를 말한다. 이러한 전형적인 예는 석유, 석탄, 금속 등 광산자원개발허가, 토지사용권양도허가, 전자통신업종경영허가, 수도·전기 등 대형 기초설비 건설과 관련된 경영허가 등이 있다.

특허유형 허가의 절차적인 특징은 공개입찰 또는 경매의 방식을 채택하는 것인데, 이에 대하여 《행정허가법》 제53조는 다음과 같이 규정하고 있다. 즉 행정기관이 입찰, 경매 등의 방식으로 행정허가를 결정할 경우, 그 구체적인 절차는 법률, 행정법규의 규정에 따른다. 행정기관은 입찰, 경매절차에 따라 낙찰자를 확정된 후 행정허가를 결정하고 아울러 낙찰자에게 행정허가 증명을 발급해야 한다. 행정기관이 본 조 규정을 위반, 입찰 경매방식을 취하지 않았거나 또는 입찰, 경매절차를 위반하여 신청인의 합법적인 권익에 손해를 미친 경우, 신청인은 법에 의해 행정심판 또는 행정소송을 신청할 수 있다.

사례 2 : A시는 정수장을 건설하고자 건설자금의 절약을 위해, 시 인민정부는 입찰방식을 채택하여 정수장의 도급업자를 확정하였다. 이에 입찰 설명서를 공개적으로 발표하고, 입찰을 원하는 자는 5월 30일까지 관련자료를 시정부 사무실에 제출할 것을 요구하였다. 갑, 을, 병의 세 회사는 모두 합법적으로 설립된 건축기업으로, 법정기간내에 관련자료를 제출하였다. 시 인민정부는 각 방면 상황을 종합적으로 고려한 후에, 을 기업에게 정수장 하도급권을 부여하였다. 시 인민정부는 6월 30일 각각 갑, 을, 병 세 기업에 통지하였다. 이에 대하여 갑 기업은 불복을 표시하여, 자신이 제출한 조건이 을 기업보다 우수하기 때문에, 정수장 도급권을 자신에 부여해야하며, 시정부의 결정이 자신의 공평한 경쟁권을 침해했다고 간주하여, 법원에 행정소송을 제기하였다.

본 사건은 시정부가 입찰절차를 통해 내린 건설공정 도급결정의 성질을 어떻게 이해하는가이다. 건설공정 도급결정은 일종의 전형적인 특허행위로서, 유한성, 유상성, 경쟁성, 배타성 등 특허의 특징에 부합하고, 그 절차에도 특징이 있다. 시정부는 도급결정을 내린 후에, 해당 업체와 도급계약을 체결하였는데, 그 계약은 전형적인 특허계약이고, 계약방식으로 내려진 특허행위이다. 따라서 전체과정에서 살펴보면, 우선 입찰은 일종의 중개성 준비행위로서, 행정사실행위이다. 둘째 시정부는 입찰의결과에 따라 도급결정을 내렸고, 행정처리결정의 방식으로 입찰결과를 최종 확정하여, 상대방을 선택하였다. 셋째, 계약체결인데, 계약의 방식으로 공공건설 공정도급권을 발부하였다. 따라서 이는 일종의 전형적 다단계 행정행위이다.

3) 자질유형

이는 특정 직업 또는 업종이 대중에게 서비스를 제공하고, 공공이익에 직접 관계가 있는 것으로, 특수한 신용, 조건 또는 기능을 구비해야 할 필요가 있기 때문에, 국가는 통일적으로 내리는 자질 또는 자격인증을 말한다. 예컨대, 통일된 직업고시제도를 수립하여, 영업허가를 수여하는 경우이다. 이러한 측면의 전형적인 예는 변호사 자격증서, 교사자격증, 기술사자격증 등이 있다.

자질유형 허가의 철저적인 특징은 시험을 거치고, 시험의 결과에 근거하여 허가여부를 결정하는 것이다. 이에 대하여 《행정허가법》 제54조는 다음과 같이 규정하고 있다. 즉 행정허가가 국민에게 특정자격을 부여하고, 법에 따라 마땅히 국가고시를 개최해야 한다. 행정기관은 고시성적과 기타의 법정조건에 따라 행정허가를 결정해야 한다. 법인 또는 기타의 조직에 특정 자격, 자질을 부여할 경우, 행정기관은 신청인의 전문인원의 구성, 기술조건, 경영실적 및 관리수준 등의 심사결과에 따라 행정허가를 결정한다. 다만, 법률, 행정법규에 별도의 규정이 있는 경우는 그 규정에 따른다. 국민에게 특정자격을 주는 고시는 법에 따라 행정기관 또는 업종조직에서 실시하고 공개적으로 개최한다. 행정기관 또는 업종조직은 사전에 응시자격조건, 시험방법, 시험과목 및 시험개요를 공고해야 하고, 강제적이 있는 자격시험 사전교육반을 조직하거나 교재 또는 기타 보조 자료를 지정해서는 아니 된다.

4) 인증유형

이는 공공안전, 인신건강 및 생명·재산의 안전과 직접 관계가 있는 중요한 설비, 시설, 상품과 관련이 있는 것으로, 특수한 기술기준과 기술규범에 따라 검사, 검측 및 검역 등의 방식을 통하여 발부된 허가를 말한다. 따라서 이러한 유형의 허가는 사물에 대한 상품품질 허가로서, 대체로 서명날인, 상표 또는 날인의 방식으로 공식적인 허가과 증명을 표시하는데, 인증유형 허가라고 한다. 이러한 유형 허가의 진행은 전문적 기술인원과 기술설비를 필요로 하기 때문에, 《행정허가법》 제28조는 이러한 허가는 점차적으로 반드시 법정조건에 부합하는 전문기술조직이 실시해야한다고 규정하고 있다.

인증유형 허가의 철저적 특징은 현장에서 허가결정을 내리고, 결정은 인장날인 또는 상표를 부가하는 방식으로 결정할 수 있다는 것이다. 이에 대하여 《행정허가법》 제55조는 다음과 같이 규정하고 있다. 즉, 행정기관은 기술표준, 기술 규범에 근거하여, 법에 따라 검사, 검측, 검역을 진행하고, 검사, 검측, 검역결과에 따라 행정허가를 결정한다. 행정기관은 검사, 검측, 검역을 실시할 경우, 신청접수일로부터 5일 이내에 2인 이상의 업무인원을 지정하여 기술표준, 기술규범에 따라 검사, 검측, 검역을 실시해야 한다. 검사, 검측, 검역

결과에 대한 추가 기술 분석이 필요하지 않고, 설비, 시설, 상품, 물품이 기술 표준, 기술규범에 부합하는지 여부를 즉시 판단할 수 있는 경우, 행정기관은 현장에서 행정허가결정을 해야 한다. 행정기관은 검사, 검측, 검역결과에 근거하여 행정허가결정을 부여하지 않을 경우, 서면으로 불허가 근거로 사용된 기술표준, 기술규범을 설명해야 한다.

5) 등기유형

이는 기업 또는 기타 조직의 설립 등에 관련된 것으로, 주체 자격의 사항을 확정하고 증명해야 하고, 행정기관이 법에 의하여 심사하여 결정하고, 등기증서를 발부하는 행위이다. 이에 대하여 《행정허가법》 제56조는 다음과 같이 규정하고 있다. 즉, 신청인이 신청 자료를 구비하고, 법정 형식에 맞게 제출한다면, 행정기관은 반드시 현장에서 등기해야 한다. 신청 자료의 실질내용에 대하여 조사를 진행하는 경우, 행정기관은 본법 제34조 제3항의 규정에 의해 처리한다.

여기서 주의할 점은 《행정허가법》에서 말하는 등기는, 혼인과 민사권리 측면의 등기는 포함하지 않고, 시장주체자격과 관련된 사항에 국한된다는 것이다. 현행 분류규정으로 보건데, 등기 이용의 범위는 매우 광범위하다. 《행정허가법》이 규정하고 있는 시장주체자격등기 이외에, 부동산권에 해당하는 등기, 특정행위증명과 관련된 등기 등을 포함한다. 일부 등기는 단지 단순한 심사 및 증명으로, 행정기관은 등기상에 새로운 의사표시를 하지 않는다. 그리고 일부 등기는 오히려 행정기관의 독립적 의사표시를 포함하여, 새로운 법률관계의 형성의 효를 지닌다. 등기의 복잡·다양함에 비추어, 전문적이고 통일적인 《행정등기법》의 제정을 필요하다.

4. 행정허가의 의의

행정허가는 다음과 같은 의의를 지닌다.

(1) 정치, 경제, 문화 질서의 보호

행정허가는 사회를 통제하는 국가의 효과적인 수단이다.

1) 국가의 정치질서 유지

국민이 집회, 여행, 시위, 출판, 언론 등 각 분야의 정치권리를 행사하기 위해서는 반드시 법률이 규정한 범위와 방식에 부합해야하고, 공공안전과 사회질서를 위해해서는 아니 된다. 행정허가를 통하여, 국가는 관련 상황을 파악할 수 있고, 국민이 정치권리를 행사하는 범위와 방식을 규율하며, 효과적으로 사전 통제한다.

2) 국가의 경제질서 유지

행정허가를 통하여, 행정기관은 국민이 경영활동에 종사하는 상황을 파악하고, 타인의 합법적인 권익 또는 사회안전의 경영자, 경영행위 또는 상품에 대한 위해가능성을 방지하고, 경영자의 소질을 제고하며, 업종규모와 경영자의 수를 통제하고, 산업구조를 최적화하며, 각종 탈세 현상을 방지하여, 국민경제의 건전한 발전을 확보한다.

3) 국가의 문화질서 유지

행정허가를 통하여, 국가는 불건전한 문화상품의 시장진입을 방지하고, 건전한 문화산업을 촉진하며, 국가의 문화산업이 훼손되거나 또는 유실되는 것을 방지하여, 문화산업의 건전한 발전을 촉진시킨다.

(2) 제도화된 계획 및 사회제도화 추진, 국가신용자본, 환경 자본, 인재 자본 및 제도자본 역량의 제고

이는 전통적 행정법학이 인식하지 못했던 점이다. 현대 행정이 전통행정과 구별되는 근본적인 점은 행정의 주요임무가 질서유지에 있음을 전제로 하여, 사회에 각종 적극적인 급부를 제공하고, 제도화된 계획을 통하여 사전에 적극적인 적당한 간섭, 지도 및 제도화를 진행하고, 국가와 국민간의 행위와 권리·의무관계의 규율을 통하여, 행정기관과 국민간의 신뢰를 제고하고, 환경을 보호하며, 인재가 그 특기를 발휘할 수 있도록 평등의 기회와 조건을 제공함으로써, 국민에게 신용, 인재, 환경 및 제도적 측면의 급부를 제공한

다. 이러한 측면에서, 행정허가는 급부행정과 질서행정간의 전형적인 교차점에서 특수한 작용을 한다. 구체적으로 다음과 같다.

1) 국가의 신용자본 제고

행정기관과 국민의 관계를 보면, 행정허가는 국민의 활동범위와 방식에 대한 규제이고, 행정기관의 활동범위와 방식에 대한 규제이다. 행정허가를 통하여, 성실하고 신용있는 경영자와 경영행위가 허가와 격려를 받게 되고, 행정기관과 그 업무인원의 부적절한 행위는 제제를 받을 수 있다.

2) 국가의 환경자본 제고

주로 환경행정허가를 통해, 환경보호에 유리한 경영행위와 상품을 격려하고, 환경파괴 또는 자연자원의 낭비행위를 방지한다.

3) 국가의 인재자원 제고

주로 부적합한 경영자 또는 상품의 시장진입에 대한 통제를 통하여, 인재가 공평한 경쟁을 할 수 있도록, 적합한 조건을 제공한다.

4) 국가의 제도자본 제고

주로 행정허가의 범위, 종류, 절차의 설계를 통하여, 국가의 사회 통제수단을 개선한다. 행정허가의 실시를 통하여, 사회발전에 유리한 제도와 사회풍토의 형성을 촉진시킨다.

제 2 절 행정허가의 범위와 설정

1. 행정허가의 범위

행정허가의 범위란 법률규범이 설정한 행정허가사항의 범위를 말한다. 국민에 있어서, 법률이 행정허가를 설정하는 것은 특정 행위에 대한 금지를 설정하고, 행정기관이 행하는 간섭의 확장을 의미한다. 따라서 입법기관의 시각에서 보면, “설정”(設定)이란 어떠한 사항에 대하여서는 행정허가를 창설할

필요가 있고, 어떠한 사항에 대하여서는 행정허가 창설할 수 없다는 것을 말한다. 행정상대방의 시각에서 보면, “설정”은 행정상대방의 어떠한 행위가 행정허가를 통하여 보호할 필요가 있고, 어떠한 행위는 행정허가의 수단을 채택할 필요가 없거나 채택할 수 없다는 것을 말한다. 생각건대, 행정허가범위의 실질은 국가의 간섭권과 국민의 자유권간의 한계의 구분이다. 이에 대하여 《행정허가법》 제11조는 총체적인 원칙을 규정하고 있다. 즉 “행정허가의 설정은 경제와 사회발전 법칙을 준수하고, 국민, 법인 또는 기타 조직의 적극성과 주동성의 발휘에 유리해야 하며, 공공이익과 사회질서 수호, 경제사회와 생태환경의 조화로운 발전을 촉진해야 한다.” 제11조와 제12조는 정반대의 두 가지 시각에서 구체적 규정을 하고 있다.

(1) 행정허가를 설정할 수 있는 사항

《행정허가법》 제12조는 포지티브 방식의 시각에서 행정허가를 설정할 수 있는 사항에 대하여 비교적 상세한 예를 들고 있다. 본 조 규정의 요지를 보면, 행정허가를 설정할 수 있는 일반적인 기준을 다음과 같다.

1) 공공이익

공공이익이란 대중 또는 공동체가 보편적으로 향유하는 이익 또는 권리를 말하는 것으로, 대중은 보편적으로 향유할 수 있다. 공공이익은 반드시 보편성을 지녀야 하고, 대중은 공유할 수 있어야 하는 것으로, 대중이 보편적으로 필요로 하는 물질의 표현이다. 공공이익의 주체는 국가가 아니고, 행정기관은 더욱 아니며, 바로 대중이다.

① 공공안전과 사회 질서

국민의 활동은 불특정 다수 국민의 합법적 권익 또는 사회안정, 국가안전에 손해를 입힐 수 있는 경우, 행정허가를 설정할 수 있다. 예컨대, 약품허가, 식품허가, 위험화학물질 생산, 판매 또는 운송의 허가, 의사면허허가, 총기소지 허가, 운전면허증, 홈페이지개설 허가 등이 있다.

② 공공재산

공공재산은 공공기금, 세수, 국유자연자원, 공공시설, 역사적 문물 등의 유형의 실물자산과 환경, 신용, 인재, 제도, 기술 등 무형의 자산을 포함한다. 공공재산의 양도는 반드시 행정허가를 설립해야 한다. 예컨대, 국유토지사용권 양도허가, 채광허가, 취수(取水)허가 등이 있다. 환경오염, 인재상실 등과 같이 외부비경제(外部不経済 : 다른 사람에게 의도하지 않은 손해를 입히고도 이에 대한 비용을 지급하지 않는 것-역자 주)의 발생, 즉 공공재산의 경영활동에 대한 손해의 야기는 반드시 오염배출허가, 기술양도허가 등과 같은 허가를 설정해야 한다.

③ 산업구조의 최적화, 취업과 공평경쟁의 촉진

국가의 경제질서에 손해를 야기하는 경영활동은 반드시 허가를 설정해야 한다. 예컨대, 사업자등록증, 경영허가증, 수출입할당 등이 있다.

④ 선진문화

이는 방송영화TV, 서적 또는 음향제품의 출판 또는 판매, 대중오락사업 등과 같이, 대다수 국민의 정신발전이익과 직접 관련이 있는 사무는 반드시 허가를 설정해야 한다는 것을 의미한다.

⑤ 국제관계

국제관계에 손실을 입힐 수 있는 활동은 반드시 허가를 설립하여야 한다. 예컨대, 출입국 비자, 무역수출입허가증 등이 있다.

공공이익의 예는 무한할 수 있고, 종류의 구분 역시 상대적이다. 행정상대방의 활동은 다방면의 공공이익과 관련이 있다. 예컨대, 홈페이지 개설허가는 공공안전과 사회질서에 영향을 미칠 수 있고, 선진문화측면, 공평경쟁 측면의 공공이익과 관련될 수도 있다. 따라서 하나의 행정허가와 관련이 있는 공공이익을 살펴볼 때에는, 반드시 다양한 측면으로부터 종합적으로 인증해야 한다.

2) 원가수익분석

원가수익분석(成本收益原則)은 “예정된 공공지출 또는 관리행위에 대하여 체계적 계량화를 진행하여 비교·평가하는 방법”이고, “관리정책을 확보한 제정자가 각종 관리방법의 원가수익과 관련된 최적정보를 이해하여 더욱 적합한 정책을 수립하며, 대중, 의회와 법원으로 하여금 행정결정의 근거를 보다 효과적으로 이해하도록 하는 한다.” “응용경제학과 정책결정이론이 제출한 분석방법과 시각은 각종 방안에 대하여 진행한 체계적 분석과 평가이며, 유관정보의 구조와 절차를 개편하는 것이지만,” “정책결정자가 결정 또는 우선선택의 규칙 또는 공식을 사용하는 것은 아니다.”⁵³⁾ 요컨대, 원가수익분석은 응용경제학과 정책결정학 이론이 각종 행정법제도의 이해득실을 비교분석 방법으로 행정법에 대한 경제적 분석이다.

원가수익분석에서의 수익은 주로 상술한 공공이익을 말하고, 원가는 위험과 지출을 말한다. 위험은 가능한 실수를 말하고, 지출은 자연자원, 자금 등 유형재산의 지출과 생태환경, 신용, 지식 등의 무형재산의 지출을 말한다.

행정허가범위의 측면에서, 원가수익분석 기준의 의의는 특정 행정허가를 설정하는 이익과 가능성을 분석한다는 것이다. 직접적으로 공공이익과 관련이 있는 행정허가가 원가수익분석에 부합하지 않을 경우, 반드시 기타 대체할 수 있는 국가관리 수단을 고려해야 한다.

3) 비례의 원칙

행정허가의 설정은 실제로 국민자유와 활동범위에 대한 제한이다. 비례의 원칙에 따라, 입법기관이 행정허가와 행정처벌, 행정검사 등 관리방법 및 다양한 행정허가의 유형을 선택할 경우, 설정된 행정허가는 반드시 국민에 대하여 손실을 최소화하고, 행정허가와 그 도달하는 목적간에는 반드시 조화로워야 한다.

이상 제기된 일반기준 이외에, 입법기관은 행정허가를 설정할 경우, 반드시 다음과 같은 요소에 주의하여야 한다.

53) Heinz Kallmann, “Project: The Impact of Cost - benefit Analysis on Federal Administrative Law”, *Administrative Law Review*, 42(1990), pp. 547~551.

① 법에 따른 설정

행정허가는 단지 법률, 행정법규, 지방성법규에 의해 설정되고, 법률법규가 수권하지 않는 경우에는 어떠한 기타 기관도 행정허가를 설정할 권한이 없다. 이는 법치행정원칙이 행정허가법에 구현된 것이다.

② 체계적 설정

이를 위해 중앙과 지방의 조화, 전체와 부문의 조화, 행정허가와 기타 관리방법의 조화 및 상이한 행정허가 유형간의 조화에 주의해야 한다. 그 중에서 각 측면 관계가 특히 조화로워야 하고, 행정허가의 중복설정 또는 행정허가의 교차설정 및 업종 독점과 지방할거를 방지해야 한다.

③ 엄격한 설정

이를 위하여 반드시 국민의 자유를 보장하고, 행정허가의 범위를 엄격히 제한해야 하고, 단지 일반 설정기준에 부합하는 상황에서만 비로소 행정허가를 설정할 수 있다.

④ 행정효율의 제고

주로 행정허가의 변질과 개인화를 방지하고, 행정허가가 행정기관의 업무 인원이 사적인 이익을 도모하는 수단으로 변질되는 것을 방지하기 위한 것으로, 행정허가기준과 절차의 투명성 및 행정허가의 효율을 제고한다.⁵⁴⁾

⑤ 입법기술의 제고, 술어와 개념사용의 규율

⑥ 행정허가의 질서행정과 급부행정의 이중적 작용을 충분한 발휘하고, 그 중 어떠한 측면도 강조하거나 경시해서는 아니 된다.

(2) 행정허가를 설립하지 않아도 되는 사항

《행정절차법》 제13조는 행정허가를 설정하지 않아도 되는 4가지 상황을 규정하고 있다.

54) 위의 4가지 고려해야 할 요소와 관련하여, 应松年 主编：《行政法学新论》，方正出版社，1999年版，第260～262页 참고.

1) 국민, 법인 또는 기타 조직이 자주적으로 결정할 수 있는 경우

여기에서의 핵심은 “자주적으로 결정을 할 수 있다는 것이 무엇인가”하는 것이다. 자주결정의 범위, 조건과 기준은 무엇인가? 생각건대, 핵심은 국민자유의 경계이다. 행정허가의 시각에서 보면, 국민의 자유는 절대와 상대로 구분된다. 예컨대, 개인의 신체, 생명, 사상, 의지, 생활방식, 개성특징 등의 사항에 대하여서는, 절대적으로 국민개인의 생존공간에 속하고, 국민 개인이 최고의 주재자이며 어떠한 국가 공권력도 간섭할 수 없기 때문에, 행정허가를 설립할 수 없다. 다만, 국민의 활동이 공공사회생활과 관련이 있을 경우에는 그의 자유는 바로 상대적이고, 사회공공생활의 기본규범을 반드시 준수해야 한다. 이는 사회가 하나의 공동체의 존재로서 필연적으로 그 존재의 질서, 제도와 조건을 보호하기 때문이다. 국민이 상대적 자유의 범위를 향유하게 되면, 국가는 행정허가를 설립할 수 있다.

2) 시장경쟁체제가 효과적으로 조절할 수 있는 경우

만약 국민이 상대적 자유의 범위를 향유하더라도, 행정허가의 설립은 결코 절대적으로 필요한 것은 아니다. 사회 자체는 하나의 공동체로서 자연적인 자가조절 능력을 가지고 있다. 이는 마치 모든 사람이 일정한 조절, 회복 및 면역 능력을 지니고 있어, 체내에 감염이 발생하더라도 일정한 정도의 손상은 입게 되지만, 자신의 면역능력과 회복능력이 충분히 질병을 해결할 수 있다면, 굳이 병원에 갈 필요가 없는 것과 같다. 만약 시장경쟁규율 자체가 시장에서 출현한 문제를 효과적으로 해결할 수 있다면, 이러한 상황에서는 시장의 “보이지 않는 손”(看不见得手) 정부의 “보이는 손”(看的见的手)과 비교하여 효율성이 있기 때문에, 정부의 간섭은 필요하지 않다.

3) 업종자치조직 또는 중개기구가 자율 관리할 수 있는 경우

국가의 통일적인 간섭을 비교하여, 업종자치조직 또는 중개조직의 자율관리가 더욱 민첩하고, 다양하며, 지방주민 또는 업종종사자들의 실제상황에 근접하다. 따라서, 국가통일관리와 비교하여 자치관리는 자연적인 우월성을 지닌

다. 국가의 통일관리는 단지 보조적이고, 보충적이며, 기타 간섭수단이 효과가 없는 상황 하에서만 사용할 필요가 있다.

4) 행정기관이 사후 감독 등의 기타 행정관리방식을 통해 해결할 수 있는 경우

만약 국가의 간섭이 필요한 경우, 국가가 채택할 수 있는 간섭의 수단은 다양하기 때문에 허가에 국한될 수 없다. 간섭정도의 대소에서 보면, 행정검사, 행정지도, 행정계약, 행정보조, 행정장려 등은 모두 행정허가 보다 약하고, 더욱 신속하다. 만약 이러한 방식을 채택하여 문제를 충분히 해결할 수 있다면, 행정허가를 설정할 필요가 없다.

2. 행정허가의 설정근거

근거란 행정허가를 설정할 수 있는 입법기관과 규범성 문건의 표현형식을 말한다. 행정허가의 설정은 입법문제에 속하고, 반드시 《입법법》의 유관 법률, 행정법규, 지방성법규, 행정규장의 입법권한에 일치해야 한다. 이에 대하여 《행정허가법》 제14조에서 제17조까지 구체적으로 규정하고 있다.

본법 제14조는 다음과 같이 규정하고 있다. 즉 “본법 제12조에 열거된 사항은 법률이 행정허가를 설정할 수 있다. 법률이 규정하지 않은 경우, 행정법규가 행정허가를 설정할 수 있다. 필요시, 국무원은 결정을 공고하는 방식으로 행정허가를 설정할 수 있다. 실시 후, 임시적인 행정허가 사항 이외에 국무원은 신속하게 전국인민대표대회 및 그 상무위원회에 법률의 제정을 요청하거나 또는 자체로 행정법규를 제정해야 한다.

본법 제15조는 다음과 같이 규정하고 있다. 즉 본법 제12조에 열거된 사항이 법률, 행정법규를 제정하지 않은 경우, 지방성 법규가 행정허가를 설정할 수 있다. 법률, 행정법규와 지방성 법규가 제정하지 않은 경우, 행정관리의 필요에 따라 행정허가가 확실히 시급한 경우, 성, 자치구, 직할시 인민정부 규정이 임시적인 행정허가를 설정할 수 있다. 임시적인 행정허가는 실시 만1년 이후 계속적인 실시가 필요한 경우, 당해 인민대표대회 및 그 상무위원회에서 지방성 법규를 제정해야 한다. 지방성법규와 성, 자치구, 직할시 인민정부 규정은 정부에서 통일적으로 확정해야하는 국민, 법인 또는 기타 조

직의 자격, 자질에 관한 행정허가를 설정할 수 없고, 기업 또는 기타 조직의 설립 등기 및 전치(前置)성의 행정허가를 설정할 수 없다. 설정한 행정허가는 기타 지역의 개인 또는 기업은 본 지역내에서 생산경영과 서비스제공을 제한할 수 없고, 기타 지역 상품의 본 지역 진입을 제한할 수 없다.

본법 제16조는 다음과 같이 규정하고 있다. 즉 행정법규는 법률이 설정한 행정허가사항 범위내에서 행정허가 실시에 필요한 구체적인 규정을 제정할 수 있다. 지방성법규는 법률, 행정법규가 설정한 행정허가사항 범위내에서 행정허가 실시에 필요한 구체적인 규정을 제정할 수 있다. 규장은 상위법이 설정한 행정허가사항 범위내에서 행정허가실시에 필요한 구체적인 규정을 제정할 수 있다. 법규, 규장은 상위법이 설정한 구체적인 행정허가 실시에 있어서 행정허가를 증설할 수 없다. 행정허가 조건에 대한 구체적인 규정은 상위법을 위반한 기타 조건을 증설할 수 없다.

본법 제17조는 다음과 같이 규정하고 있다. 즉 본법 제14조, 제15조 규정 이외의 기타 규범성 문건은 일률로 행정허가를 설정할 수 없다.

행정허가의 설정에 관하여, 상술한 입법근거의 요건이외에, 《행정허가법》은 일부 특수한 입법기술 요건을 제시하고 있는데, 다음과 같다.

1) 명확성 요건

행정허가의 설정은 반드시 행정허가의 실시기관, 조건, 절차, 기한을 명확하게 규정해야한다.

2) 민주성 요건

국민, 법인 또는 기타 조직은 행정허가의 설정기관과 실시기관에게 행정허가의 설정과 실시에 관하여 의견과 건의를 제출할 수 있다. 관련 입법기관이 법률초안, 법규초안과 성, 자치구, 직할시 인민정부 규장 초안을 작성하여, 행정허가를 설정하고자 할 경우, 초안작성 단체는 청문회, 논증회 등의 형식을 통해 의견을 청취하고, 제정기관에 행정허가 설정의 필요성, 경제와 사회에 미치게 될 영향 및 의견 청취와 채택 상황을 설명해야 한다.

3) 책임성 요건

입법기관은 허가를 설정한 후, 입법의 실시 상황을 추적하고, 행정허가 존재의 필요성을 조사·연구하여, 문제가 발견된 경우 즉시 입법을 개정해야 한다. 이를 “일몰조항”(夕阳条款)이라고 한다. 이에 대하여, 《행정허가법》 제20조는 다음과 같이 규정하고 있다. 즉 행정허가의 설정기관은 설정한 행정허가에 대한 평가를 정기적으로 실시해야 한다. 이미 설정한 행정허가가 본법 제13조에 열거한 방식에 의해 해결될 수 있다고 인정할 경우, 당해 행정허가 설정에 관한 규정을 신속하게 시정 또는 폐지해야 한다. 행정허가 실시기관은 이미 설정한 행정허가의 실시상황 및 존재의 필요성에 대한 신속한 평가를 실시하고, 당해 행정허가 설정기관에 의견을 보고해야 한다. 국민, 법인 또는 기타 조직은 행정허가의 설정기관과 실시기관에 행정허가 설정, 실시 관련 의견과 건의를 제출할 수 있다. 제21조는 다음과 같이 규정하고 있다. 즉 성, 자치구, 직할시인민정부가 행정법규에 관해 설정한 경제사무 관련 행정허가가 당해 행정구역의 경제, 사회발전 상황에 근거하여 본법 제13조 방식에 의해 해결될 수 있다고 인정하는 경우에는, 국무원의 허가를 받아 당해 행정구역내에서 당해 행정허가의 실시를 정지할 수 있다.

제 3 절 행정허가의 실시

1. 행정허가의 실시기관

실시기관이라 함은 구체적 사건에서 행정상대방의 신청을 수리하고 행정허가 결정을 내리는 행정기관과 수권조직을 말한다.

여기에서 문제는 두 가지이다. 첫째, 행정허가를 실시하는 주체의 자격을 지니는 행정기관과 수권조직의 종류와 범위이고, 둘째 행정허가의 실시관할권이다.

(1) 행정허가 실시기관의 종류와 범위

행정주체원리에 따라, 행정주체자격을 지닌 국가행정기관과 수권조직은 행정허가의 실시기관이 될 수 있는데, 구체적으로 다음과 같다.

1) 국가행정기관

이는 중앙 및 지방각급 인민정부 또는 그 산하 외부행정관리기능을 지니는 업무 부문으로, 지방인민정부는 법에 따라 설립된 파견행정기관 및 종합적 법률 집행기관을 말한다.

2) 수권받은 사회조직

이는 법률, 행정법규 및 지방성법규의 수권에 따라, 특정 분야의 행정관리 기능의 이행을 담당하는 각종 사회조직을 말한다. 이에 대하여, 《행정허가법》 제23조는 법률·법규 수권의 공공사무관리 기능이 있는 조직은 법정 수권 범위내에서 자신의 명의로 행정허가를 실시한다고 규정하고 있다.

3) 행정기관의 위임을 받은 공무조직

법률이 규정한 범위와 절차에 따라, 국가행정기관은 부분적인 행정허가사항을 상응하는 인원, 기술과 조직조건을 구비한 사회조직에 위임하여 처리할 수 있다. 행정위임의 일반적인 규칙에 따라, 위임을 받은 공무조직은 반드시 위임한 국가행정기관의 명의로 진행해야하고, 그 결과는 위임한 행정기관이 책임을 지며, 위임기관은 반드시 피위임 공무조직에 대하여 감독과 관리를 진행할 책임을 진다. 행정기관은 반드시 위임관련 사항에 대한 공고를 공포해야 한다. 이에 대하여, 《행정허가법》 제24조가 규정하고 있다.

4) 행정허가 실시권한의 집중

다음 2가지 상황으로 나뉜다. 첫째, 실제권한의 집중으로, 국무원의 승인을 거쳐, 성급 인민정부는 간소화, 통일화, 효율화의 원칙에 근거하여 하나의 행정기관이 행정기관과 관련된 행정허가권을 행사하도록 결정할 수 있다. 둘째, 절차권한의 집중으로, 행정허가가 동일한 인민정부의 다수 부문 또는 동일한 행정기관의 내부의 다수 기관과 관련이 있을 경우, 하나의 기관이 지정하여 통일적으로 신청을 수리하고, 허가결정을 송달하거나 또는 인민정부의 협조하에서, 상이한 부문이 연합처리 및 집중처리할 수 있다. 이에 대하여, 《행정허가법》 제28조가 규정하고 있다.

(2) 행정허가의 실시관할권

행정관할권의 일반규칙에 따라, 행정허가 실시주체 자격을 지닌 기관은 반드시 법정관할권 범위내에서 행정허가를 실시해야 한다. 이에 대하여, 《행정허가법》은 구체적인 규정인 규정이 없지만, 일반적으로 다음과 같다.

1) 기능관할

행정허가는 상응한 직업관리기능을 가진 행정기관 또는 수권조직이 실시한다. 통상적으로 업무주관부문이고, 예외적인 상황에서 인민정부가 될 수 있다. 기능관할의 구체적 행정기관은 단행의 부문법률법규와 행정조직법의 일반규정과 결합하여 확정한다.

2) 심급관할

행정허가 실시기관의 등급은 단행의 부문법률법규와 행정조직법의 일반규정과 결합하여 확정한다.

3) 지역관할

지역관할의 일반규칙에 따라, 국민신분과 관련한 행정허가는 반드시 호적소재지의 행정기관이 관할하고, 행위와 관련된 행정허가는 반드시 행위 실시지의 행정기관이 관할하며, 자연자원과 관련된 행정허가는 자연자원 소재지의 행정기관이 관할한다.

4) 공동관할

2개 이상의 행정기관이 모두 관할권을 가지고 있을 경우, 최초 수리한 행정기관이 관할하고, 최초 수리한 행정기관이 확정할 수 없을 경우 행정상대방이 선택한다.

5) 신청자료의 이송

관할권이 없는 행정기관이 신청 자료를 수리한 경우, 반드시 관할권이 있는 행정기관으로 이송하고, 행정상대방에게 고지해야 한다.

2. 행정허가의 실시절차

행정허가절차이라 함은 행정기관 또는 수권조직이 구체적인 사건 중에 행정허가를 실시하는 과정이다. 《행정허가법》의 규정으로 볼 때, 행정허가의 결정절차는 일반절차, 증거청취절차 및 특별절차로 나눌 수 있다. 특별절차에 관하여는 행정허가의 종류에서 설명한다. 여기서는 일반절차와 증거청취절차를 소개한다.

(1) 행정허가의 일반절차

1) 허가신청의 수리

행정허가는 신청에 대한 행정행위로서, 신청의 수리는 행정허가를 실시하는 가장 중요한 단계이다. 이에 대하여 《행정허가법》은 비교적 상세한 규정을 두고 있다.

수리단계의 임무는 신청의 형식적 조건을 심사하고, 신청인의 신분과 이해관계인의 범위를 확인하며, 신청인이 제출한 자료의 진실성을 최초 심사한다. 행정상대방이 제출한 신청에 대하여, 법정 형식적 요건에 부합하는지 여부에 관계없이, 행정기관은 반드시 접수한다. 행정상대방이 제출한 요구에 따라, 행정기관은 반드시 수취증명서 또는 수령증을 발급한다. 이에 대하여, 《행정허가법》 제32조 제2항은 행정기관은 행정허가 신청을 수리하거나 또는 수리하지 않을 경우, 당해 행정기관의 인장을 날인하고 일자를 기록한 서면증명을 제공해야 한다고 규정하고 있다.

법정 형식에 부합하지 않는 신청에 대하여, 행정기관은 수정할 내용과 요건을 전면적으로 일괄 고지해야 한다. 당사자가 제출한 문건이 법정 형식요건에 부합하지 않는 경우, 현장에서 또는 5일내에 신청인에게 보충해야할 전부의 내용을 일괄 고지하고, 기간을 경과하여 고지하지 않은 경우 신청서류 접수일로부터 수리한 것으로 간주한다. 현장에서 또는 5일 이내에 신청인에게 전 내용의 보정을 고지해야하고, 기간이 지나도 고지하지 않은 경우에는 신청 자료를 받은 날로 수리한다.

수리되지 않는 결정에 대하여, 행정상대방은 《행정심판법》과 《행정소송법》의 규정에 따라 행정심판 또는 행정소송을 제기할 수 있다.

2) 허가신청의 심사

주요 문제는 다음과 같다

① 실질적 검사

신청인은 신청자료의 진실성에 대하여 책임을 진다. 다만, 행정기관이 자료의 내용에 대하여 실질적 심사가 필요하다고 간주할 경우, 2인 이상의 업무인원을 지정·파견하여 검사한다.

② 하급기관의 최초심사

이에 대하여, 《행정허가법》 제35조, 법에 따라 하급 행정기관의 심사를 거친 후 상급 행정기관에 보고하여 결정하는 행정허가의 경우, 하급 행정기관은 법정 기한내에 최초 심사의견과 신청서류 전부를 직접 상급 행정기관에 송부해야 한다. 상급 행정기관은 신청인에게 신청서류의 중복 제출을 요구해서는 아니 된다. 하급행정기관의 최초심사기한은 20일이다.

③ 당사자와 이해관계인의 의견청취

행정기관은 행정허가신청에 대한 심사를 진행할 경우, 행정허가사항이 타인의 중대한 이익과 직접 관계가 있다는 것을 발견할 경우, 반드시 당해 이해관계인에게 고지해야한다. 신청인과 이해관계인은 진술 및 항변할 권리를 갖는다. 행정기관은 반드시 신청인과 이해관계인의 의견을 청취해야한다.

3) 허가결정의 시효

구체적으로 다음과 같다.

① 행정기관이 신청을 수리하였거나 또는 수리한 것으로 간주된 이후, 반드시 20일 이내에, 허가여부를 결정하여야 한다. 다만, 법률법규가 별도로 규정하는 경우에는 예외로 한다. 불가항력으로 지체된 기간은 산입하지 않는다.

② 사건이 복잡하여 20일 이내에 결정을 내리지 못할 경우, 당해 급 행정기관 책임자의 승인을 거쳐 최장 10일을 연장할 수 있고, 당사자에게 고지해야 한다.

③ 연합처리·집중처리 허가의 기간은 45일을 초과할 수 없고, 45일 이내에 종결할 수 없는 경우, 당해 인민정부 책임자의 승인을 거쳐 최장 15일을 연장할 수 있고, 기한연장의 이유를 당사자에게 고지해야 한다.

④ 상급기관의 승인이 필요한 허가의 경우, 하급기관은 반드시 신청일로부터 20일 이내에 심사를 완성해야 하고, 최초 심사의견을 제출해야 한다.

⑤ 행정허가 결정 시, 전문가에게 위임하여 감정하거나 입찰·경매를 할 경우, 이로 인하여 소요되는 시간은 산입하지 않는다.

(2) 청문절차

이에 대하여, 《행정허가법》 제46조부터 제48조는 비교적 상세한 규정을 두고 있다. 여기서 강조할 점은 다음과 같다.

1) 범위

주로 다음의 3가지 사항이 있다. 첫째, 법률·법규 및 규장이 청문회를 개최해야 한다고 명확하게 규정하고 있는 사항, 둘째, 공공이익과 관련된 중대한 사항, 셋째, 행정허가가 관계인간의 중대한 이익관계와 관련이 있어 당사자가 청문의 개최를 요구할 경우, 행정기관은 청문신청 접수일로부터 20일 이내에 청문을 개최해야 한다.

2) 절차

이에 대하여, 《행정허가법》 제48조는 다음과 같이 기본요건을 규정하고 있다.

① 행정기관은 반드시 청문회 개최 7일전에 청문회 시간, 장소를 신청인, 이해관계인에게 통지하고, 필요시 공고해야 한다.

② 청문회는 반드시 공개적으로 진행해야 한다.

③ 행정기관은 반드시 당해 행정허가신청을 심사할 업무인원 이외의 인원을

청문회 사회자로 지정하고, 신청인, 이해관계인은 사회자가 당해 행정허가사항과 직접적인 이해관계가 있다고 간주할 경우, 회피를 신청할 권리가 있다.

④ 청문회 개최시, 당해 행정허가 신청을 심사할 업무인원은 반드시 심사의견의 증거와 이유를 제시해야 하고, 신청인, 이해관계인은 증거를 제출하고 해명과 질의를 제출할 수 있다.

⑤ 청문은 반드시 기록부를 제작하고, 청문기록은 청문회 참석자에게 제출한 후 확인하여 오류가 없는 경우 서명 또는 날인한다. 행정기관은 반드시 청문기록에 근거하여 행정허가 결정을 내린다.

3. 행정허가의 감독·검사

행정기관은 허가증서의 발부한 후에, 반드시 건전한 감독검사제도를 수립하고, 피허가인이 허가증을 준수하는 상황을 검사한다. 여하한 방치, 임대, 임차, 양도, 위조 등 상황의 출현을 금지하고, 검사기록과 서류를 제작한다. 이를 위하여, 품질인증과 관련된 상품에 대한 샘플검사를 진행할 수 있다. 이미 발견한 위법상황에 대하여, 교정을 명령할 수 있고, 공공안전, 국민생명 건강과 관련이 있는 시설 또는 설비의 경우, 당사자가 자체검사제도를 수립할 것을 요구할 수 있다. 필요한 경우, 다음의 2가지 조치를 채택한다.

(1) 취소

취소란 행정기관이 감독·검사 과정에서 행정허가의 발부자체가 위법임을 발견하였을 경우 또는 발부는 합법이지만 당사자가 허가의 권한을 남용하여 행정허가규정을 위반한 위법행위를 실시하였을 경우, 행정기관은 이미 발부된 행정허가를 취소한다. 행정허가의 취소와 관하여, 《행정허가법》 제69조는 비교적 상세한 규정을 두고 있는데, 그 중 주의할 점은 다음과 같다.

1) 신뢰배상

허가취소를 야기한 위법사유가 행정기관의 과실에 기인하는 경우, 행정기관은 반드시 허가취소로 인하여 당사자에게 야기된 합법적 권익의 손실을

배상해야한다. 허가취소를 야기한 위법사유가 당사자 자신의 과실에 기인하는 경우, 당사자는 허가로 인하여 취득한 이익을 보호받지 못하는데, 즉 배상받지 못한다.

2) 사정변경

행정허가가 위법발부이지만, 취소허가가 공공이익에 중대한 손실을 야기할 수 있는 경우, 이익형량의 고려에 기초하여 취소하지 않는다. 다만, 《행정허가법》은 행정기관이 기타 상응하는 구제성 조치의 채택을 금지하지 않는다.

사례 3 : 1999년 8월 천(陈)모 씨는 모 현(县) 토지관리국에 주택건축을 신청하고, 현(县) 토지관리국의 승인을 거쳐, 청관진(城关镇) 향양로(向阳路)변 (县 계획구에 속함)에 위치한 45.32평방미터의 택지 사용권을 획득하였다. 이 후, 다시 진(镇) 인민정부 건설사무국에서 발부한 건축시행허가증을 취득하였다. 8월 20일 陈모씨는 주택건축을 착공하였다. 현(县) 도시농촌건설위원회(城乡建设委员会)가 陈모씨의 주택건축 발견한 이후, 당해 주택이 자신의 승인을 거치지 않은 위법건축이라고 간주하였다. 이에, 10월 24일, 陈모씨에게 서면통지를 발부하여, 즉각 공사를 중지할 것을 명령했다. 陈모씨는 자신의 주택건축이 현(县) 토지국의 승인을 거쳤고, 또한 진(镇) 인민정부에서 발부한 건축허가증이 있기 때문에, 합법적이고 정당한 행위라고 간주하고, 통지된 내용을 이행하지 않고, 계속 공사하였다. 1999년 12월 5일, 현(县)도시농촌건축위원회는 현(县) 토지국과 진(镇) 인민정부에게 각각 발부했던 증서의 취소를 서면으로 통지하였고, 동시에 陈모씨에 대하여 직접 “위법주택건축 철거통지서”를 발부하였다. 陈모씨는 여전히 관련하지 않고, 계속 공사하였다. 1999년 12월 21일, 현(县)도시농촌건설위원회는 “통지”에서 지정한 기한만료 이후에, 해당지역 법원을 통하여 陈모씨가 건축중인 주택에 대한 강제철거를 진행하였다. 陈모씨는 이에 불복하고, 현(县) 인민법원에 소송을 제기하여, 피고인 현(县)도시농촌건설위원회의 행정결정을 취소할 것을 청구하였고, 동시에 그 경제적 손실액 57846.60 위안의 배상을 청구하였다.

본 사안의 배상문제를 어떻게 생각할 것인가? 본 사안은 비교적 전형적인 행정허가에서의 신뢰배상 사건으로, 주요한 법률근거는 《행정허가법》 제69조이다. 본 조항은 다음과 같이 규정하고 있다. 즉 "다음의 상황이 있는 경우, 행정허가를 결정한 행정기관 또는 상급 행정기관은 이해관계인의 신청 또는 직권에 의해 행정허가를 취소할 수 있다. i) 행정기관 업무인원의 직권남용, 직무태만으로 행정허가를 결정한 경우, ii) 법정직권을 초월하여 행정허가를 결정한 경우, iii) 법정 절차를 위반하여 행정허가를 결정한 경우, iv) 신청자격 또는 법정 조건에 부합하지 않는 신청인에게 행정허가를 부여한 경우, v) 법에 의해 행정허가를 취소할 수 있는 기타의 상황. 피허가인이 사기, 뇌물수수 등 부당한 수단으로 행정허가를 취득한 경우, 반드시 취소한다. 상기 조항에 따라 행정허가를 취소할 경우, 공공이익에 중대한 손해가 야기될 경우 취소하지 않는다. 본 조 제1항의 규정에 따른 행정허가의 취소로 인해 피허가인의 합법적인 권익이 손해를 받은 경우, 행정기관은 반드시 법에 따라 배상해야 한다. 본 조 제2항의 규정에 따라 행정허가를 취소하는 경우, 피허가인이 행정허가로 인해 취득한 이익은 보호되지 않는다."

본 조의 규정을 결합하여, 본사안의 핵심은 토지국이 발부한 용지허가증 또는 진(鎭) 정부에서 발부한 건축허가증이 위법한지 여부라고 생각한다. 만약 위법일 경우, 피해자 陈모씨는 이러한 위법행위의 발생에 대하여 과실이 있는지 여부이다. 구체적으로 말하면, 다음과 같은 상황이 있다. i) 만약 토지국에서 발부한 용지허가증 또는 진(鎭) 정부에서 발부한 건축허가증이 합법일 경우, 현(县)도시농촌건설위원회의 "규장위반 건축철거통지서"는 위법이고, 현(县)도시농촌건설위원회는 반드시 손해에 대하여 배상책임을 진다. ii) 토지국이 발부한 용지허가증 또는 진(鎭)정부가 발부한 건축허가증이 위법이고, 陈모씨가 위법행위의 발생에 대하여 과실이 있는 경우, 예컨대, 사기, 협박 또는 뇌물수수의 수단으로 행정기관의 업무인원으로 하여금 착오의 의사 표시를 내리게 하여, 용지허가증과 건축허가증을 위법으로 발부하였다면, 陈모씨가 취득한 이익은 불법이고, 불법적 이익은 법률의 보호를 받지 못한다. 다시 말해, 합법적 권익의 손해가 아닐 경우, 국가는 배상하지 않는다.

(2) 말 소

말소(注銷)는 법정사유의 출현으로 인해 합법적이고 유효한 행정허가가 효력을 상실하여, 지속적인 존재의 의미가 없기 때문에, 행정기관이 법에 따라 처리하는 폐지수속을 말한다. 《행정허가법》 제70조의 규정을 살펴보면, 말소는 행정허가 이전의 효력을 취소하지 않고, 단지 그 이후의 효력만을 취소한다. 말소의 사유는 법률사건과 법률행위의 두 종류로 나눌 수 있는데, 전자는 불가항력과 같이 행정허가 사항을 실시할 수 없는 것이고, 후자는 행정허가의 유효기간이 만료와 같다.

제 8 장 행정처벌

본장 개요

본 장은 개념비교를 통하여, 행정처벌이 의의와 특징을 분석하고, 행정처벌의 설정과 실시시에 준수해야 하는 원칙, 행정처벌 설정권의 구분, 행정처벌 실시조직 및 당사자가 행정처벌시에 향유하는 절차적 권리를 설명한다. 행정처벌절차를 소개하고, 행정처벌 청문제도를 중점적으로 서술한다.

제 1 절 행정처벌의 개요

1. 행정처벌의 개념과 특징

행정처벌이란 행정주체가 법정절차에 따라 국민, 법인 또는 기타 조직이 행정관리질서를 위반하였지만, 아직 범죄를 구성하지 않는 행위에 대하여 제재를 가하는 활동을 말한다.

대만에서 행정처벌에 상응하는 개념이 협의의 행정질서벌이다. 협의의 행정질서벌이라 함은 행정기관이 행정질서를 유지할 목적으로, 행정의무를 위반한 자에 대하여 형벌 이외의 처벌을 실시하여 자격을 제재하는 것이다.⁵⁵⁾

일본과 대만 “행정법”에는 행정형벌의 개념이 여전히 존재한다. 대만의 행정처벌은 행정법규가 규정하고 있는 행정의무를 위반한 자에 대하여 형법에서 규정하고 있는 형벌을 가할 수 있는 처벌을 말하는 것으로, 유기징역, 구류(拘役 : 1월 - 6월 이하의 단기 구류를 말하는데, 이는 한국의 1일 이상 30일 미만의 자유박탈형 징벌인 구류와는 기간의 차이가 있음-역자 주) 또는 과태료 등이 있다. 행정형벌은 본질상 형벌에 속하는 특별형법의 일종으로, 처벌주체가 법원과 비행정기관이다.⁵⁶⁾ 일본의 행정처벌이란 행정상의 의무를

55) 翁岳生 编：《行政法》(下)，中国法制出版社，2002年版，第824页。

위반한 직무태만에 형법전상의 형벌을 상용하여 제재를 가하는 처벌을 말하는데, 행정벌의 일종이다.⁵⁷⁾

중국 《행정처벌법》이 규정하고 있는 행정처벌은 다음과 같은 특징이 있다.

① 행정처벌은 행정주체가 내린다. 행정처벌권은 오직 행정주체가 행사할 수 있고, 여러 기타기관, 조직 및 개인은 행정처벌권을 행사할 수 없다. 행정주체는 반드시 법정권한 범위내에서 행정처벌권을 행사하고, 법률법규가 규정한 처벌종류, 법정처벌 정도에 따라 법정절차를 준수하여 구체적인 행정처벌결정을 내린다.

② 행정처벌은 행정관리질서를 위반하였지만, 아직 범죄에 구성하지 않은 행위에 적용된다. 이러한 점이 형벌과 상이하다. 즉 형벌은 형법을 위반하여 범죄를 구성하는 행위에 대하여 내려진다.

③ 행정처벌의 적용대상은 국민, 법인 또는 기타 조직이다. 행정처벌은 외부적 행정행위에 속하고, 적용대상은 행정상대방이다.

④ 행정처벌의 내용은 제재성을 지닌다. 행정처벌은 성질상 불리한 행정행위에 속하고, 행정의무위반자(行政违法人)의 인신권, 재산권, 자격 등에 대한 제한이나 박탈 또는 그에 대한 새로운 의무의 증설을 통해, 행정의무 위반자에 대하여 제재를 가하고, 의무위반행위(违法行为: 행정처벌이 위법하지 않다는 특성을 반영하여 의무위반행위로 번역함-역자 주)의 지속적 발생을 방지하여, 손해를 받은 행정관리질서의 목적을 회복하며, 피해자의 이익을 보호한다.

⑤ 행정처벌의 근본목적은 행정관리질서의 유지로서, 행정의무위반자의 제재는 이러한 목적을 실현하기 위한 필요수단이다. 따라서 제재는 결코 행정처벌의 근본목적이 아니고, 이벌대관(以罚代管: 벌금으로 노무관리를 대신한다), 형벌로서 대체 관리하는 것을 방지한다. 2005년 북경에서 발생한 두바오량(杜宝良) 사건으로 인해 행정기관이 행정처벌을 시행한 목적에 대하여 고찰하게 되었다.

56) 翁岳生编：《行政法》（下），中国法制出版社，2002年版，第829页。

57) [日]盐野宏著，杨建顺译：《行政法》，法律出版社，1999年版，第177页。

사례 1 : 두바오량(杜宝良)은 베이징에서 채소를 파는 안후이(安徽)성 농민이다. 2005년 5월 23일, 그는 우연히 조사중에 2004년 7월 20일부터 2005년 5월 23일까지 매일 통과해야 하는 베이징 시청구(西城区) 전우묘(真武庙) 서쪽 입구에서 단속카메라에 105회 촬영되었는데, 동일한 장소에서 105회 교통법규 위반으로 베이징시公安교통관리국 시청교통지부 시단(西单)대가 10500위안의 과태료를 부과받았다. 2005년 6월 1일, 杜宝良은 과태료를 납부하였다. 교통부문은 매체를 통해서 이 사건을 발표하여, 많은 운전자가 스스로 교통법규의 준수하도록 교육하려 하였다. 이는 교통부문의 법률집행에 대한 열렬한 토론을 야기하였다. 다수의 신문 매체기사는 교통부문의 이별대관과 과태료가 목적이며, 법률집행이 집행에서 인성의 배려가 부족하다고 지적하였다. 2005년 6월 13일, 杜宝良은 베이징시西城区 인민법원에 행정소송을 제기하여, 베이징시公安교통관리국 시청교통지부 시단대가 내린 행정처벌결정의 취소를 신청을 하였다. 제소이유는 다음의 3가지이다. 첫째, 통행금지표지판은 무효인 표지판이다. 둘째, 교통대 법률집행절차가 위법한데, 최소 81회의 위법기록 결정서를 누락하였다. 셋째, 원고에게 즉시 고지하지 않는 것은 위법행위로서, 법률집행원칙과 목적에 모순이 있다. 6월 18일,西城区 인민법원은 본 사건을 접수하였다. 6월 30일, 베이징시公安교통관리국 시청교통지부대 시단대는 증거보충을 신청하였고, 법원은 법에 따라 증거기간을 연장하는 결정을 하였다. 2005년 7월 27일, 베이징 교통관리부문은 《인민경찰법》 및 《공안기관내부법률집행감독규정》에 근거하여, 내부법률집행감독의 방식으로서 시단대의 법률집행행위에 대하여 수정을 한 후에, 杜宝良은 소송을 취하였다.

“杜宝良 사건”에서 杜宝良의 교통법규위반은 사실이고, 당연히 행정처벌을 받아야 한다. 다만, 한 사람이 동일한 지점에서 105회 교통법규를 위반하였고, 교통부문은 의무위반행위를 교정하도록 고지하지 않았기 때문에, 단지 교통위반 1회, 기록 1회, 처벌 1회가 된다. 처벌결정의 내용은 과태료이고, 대중은 교통경찰의 법률집행의 동기에 대하여 의구심을 표시하기 어렵다. 만약 杜宝良 본인이 우연히 자신의 교통법규 위반이 처벌을 받는다는 것을 알지 못했다면, 그러한 교통법규 위반행위는 계속 진행되었을 것이다. 객관적으로, 본 사건에서 처벌을 통하여 운전기사가

교통규칙을 준수하도록 교육할 목적은 달성하지 못했기 때문에, 행정처벌의 근본 목적을 위반하였다. 행정관리질서의 유지는 행정처벌의 근본 목적이고, 위반자에 대한 제재는 단지 수단이다. 따라서 행정처벌이 내려진 이후, 행정기관은 법에 따라 실제로 존재하는 찾기 어려운 당사자의 곤란을 극복하고, 처벌결정서가 피처벌인에 송달하여 그 자신이 스스로의 행위가 이미 위법이기 때문에 처벌을 받는다는 사실을 숙지하게 하고, 의무위반행위를 중단하고 법률을 준수하게 하여야 한다. 《〈중화인민공화국 도로교통안전법〉의 베이징시 시행방법》 제107조 제2항은 다음과 같이 규정하고 있다. 즉 “공안기관 교통관리부문과 교통경찰은 자동차가 처리되지 않는 의무위반행위 기록을 발견한 경우, 반드시 서면으로 자동차 소유자 또는 운전자에게 고지해야 하고, 자동차 소유자 또는 운전자는 고지시간, 지점에 따라 처리를 받아들여야 한다.” 본 사안에서 교통부문은 杜宝良에게 위법 사실을 즉시 고지하지 않았기 때문에 법정절차를 위반하였고, 교통법규 위반행위의 발생을 방임하였으며, 교통관리의 목적을 실현하지 못하였다. 본 사안 발생 후, 2005년 7월 13일, 베이징시 교통관리부문은 교통관리국이 법률집행행위를 규율하는 8가지 구체적 사항을 공포하였는데, 앞선 집행 고지제도, 교통표지판설치, 고정 단속장비의 설치 및 이동 단속장비의 사용 등에 대한 개선조치를 포함하고 있다.

2. 행정처벌과 유사개념의 비교

(1) 행정처벌과 행정처분

행정처분은 중국 특정 행정기관이 공무원의 기율위반행위에 대하여 내리는 행정재결로서, 내부적 행정행위에 속한다.

1) 성질과 적용대상의 상이

행정처벌은 외부적 행정행위로서, 적용대상은 국민, 법인 또는 기타 조직이고, 행정처분은 내부적 행정행위로서, 적용대상은 공무원이며, 공무원과 처분기관간에 인적 예속관계가 존재한다.

2) 제재조치의 상이

행정처벌의 종류는 경고(警告), 과태료(罰款: 중국은 벌금이라는 용어를 사용하지만, 구분의 필요를 위하여 과태료라고 번역함-역자 주), 위법소득 몰수(沒收違法所得), 불법재물 몰수(沒收非法財物), 생산정지·영업정지 명령(責令停產停業), 허가증의 일시적 압류 또는 취소(暫扣或者吊銷許可證), 행정구류(行政拘留) 등이 있고, 행정처분의 종류는 경고(警告 : 기간은 공무원의 경우 6개월 임-역자 주), 기과(記過 : 기율위반행위가 비교적 경미한 인원에 적용하는 것으로, 공무원의 기간은 12개월임-역자주), 대기과(記大過 : 기율위반행위가 비교적 중대한 인원에 적용하는 것으로, 공무원의 기간은 18개월임-역자주), 강등(降級-기간은 공무원의 경우 24개월 임-역자 주), 직위해제(撤職기간은 공무원의 경우 24개월 임-역자 주), 면직(開除) 등이 있다.(자세한 내용은 본장 제2절 1을 참조-역자 주)

3) 구제경로의 상이

상대방이 행정처벌이 자신의 합법적 권익에 침해했다고 간주할 경우, 행정심판을 신청하거나 또는 행정소송을 제기하여 구제를 받을 수 있다. 공무원이 행정처분에 불복할 경우, 단지 인사중재를 신청하거나 또는 소를 제출할 수 있고, 행정심판을 신청하거나 행정소송을 제기할 수 없다.

(2) 행정처벌과 집행벌

행정벌은 행정기관이 기한을 초과하여도 의무를 이행하지 않을 경우, 새로운 금전급부의무를 부과하는 방식으로, 그 이행의무를 재촉하는 강제집행방식을 촉진한다.

1) 목적의 상이

행정처벌의 목적은 행정의무위반행위의 제재와 행정관리질서의 회복이고, 집행벌의 목적은 행정결정의 의무자를 재촉하여 조기에 의무를 이행하게 하는 것으로, 의무위반행위의 제재가 아니다.

2) 성질의 상이

행정처벌은 제재라는 내용적 속성을 지니지만, 집행벌은 제재의 속성을 지니지 않은 독촉성 조치이다.

3) 운영방법의 상이

행정처벌은 일회적인데, 집행벌은 일정에 따라 집행하고 의무자가 의무를 이행할 때까지이다.

4) 집행벌은 행정처벌 내용을 실행하는 일종의 조치

《행정처벌법》 제15조 제1항은 처벌을 받을 자가 기한을 초과하여도 과태료를 납부하지 않은 경우, 매 1일당 과태료 금액의 100분의 3의 비율로써 과태료를 가산하여 징수한다.

3. 행정처벌의 원칙

(1) 처벌법정주의 원칙⁵⁸⁾

행정처벌은 처벌을 받을 자에게 불리한 영향을 야기하는데, 그러한 설정과 실시는 합법적인 원칙을 엄격하게 준수해야 한다. 처벌법정주의 원칙(处罚法定原则)은 구체적으로 다음과 같다.

1) 처벌설정권의 법정주의

매 단계별 법률 문건의 처벌설정권은 《행정처벌법》이 명확하게 규정하고 있다. 행정처벌의 설정은 《행정처벌법》의 행정처벌 설정권에 관한 규정에 반드시 부합하여야 한다. 예컨대, 인신의 자유와 관련이 있는 행정처벌은 오직 법률이 규정할 수 있고, 기타 여하한 법률문건도 설정할 권한이 없다.

2) 실시주체의 법정주의

어느 행정기관이 행정처벌을 실시하는가는 법률·법규, 규장이 규정하는

58) 《행정처벌법》 제3조.

데, 인신의 자유를 제한하는 행정처벌권은 오직 공안기관만이 행사할 수 있다. 법률, 법률가 수권한 공공사무를 관리할 기능을 가진 조직은 법정수권 범위내에서 행정처벌을 실시할 수 있다.

3) 피처벌행위의 법정주의

어떠한 행위가 행정처벌을 받는다 하는 것은 법률·법규, 규장이 명확하게 규정한다. 행정상대방에 대하여, 법률이 명문으로 처벌받지 않는다고 규정하지 않고, 법률이 명문으로 행위가 행정처벌을 받는다고 규정하지 않을 경우, 행정기관은 행정처벌을 내릴 수 없다. 법정 근거 없이 내려진 행정처벌은 무효이다.

4) 처벌권한의 법정주의

처벌의 종류와 처벌의 정도는 법률이 명확하게 규정하고, 처벌기관은 반드시 법정 권한내에서 처벌권을 행사한다. 처벌기관이 법정 권한내에서 자유재량권을 행사할 경우, 당연히 법정 목적에 부합해야 하고, 정당하게 행사해야 한다.

5) 처벌절차의 법정주의

행정처벌을 실시할 경우, 반드시 법정절차에 따라 진행해야 한다. 행정처벌이 법정절차를 위반할 경우에는 무효이다.

(2) 처벌의 공정 및 공개 원칙⁵⁹⁾

1) 처벌의 공정원칙

처벌공정원칙의 기본요건은 행정처벌의 설정과 실시는 반드시 사실에 근거하고, 의무위반행위의 사실, 성질, 사정 및 사회위험도에 상당하여야 하는데, 구체적으로 다음과 같다.

① 입법기관이 행정처벌을 설정할 경우, 제재의 경중 정도는 의무위반행위의 성질, 사정 및 사회위험 정도에 상당하여야 한다.

59) 《행정처벌법》 제4조.

- ② 업무인원이 행정위법사건과 이해관계가 있을 경우, 회피하여야 한다.
- ③ 행정기관이 행정처벌을 내릴 경우, 행정상대방을 평등하게 대우하여야 하고, 성별, 민족, 종교, 사회지위 등 비법정 요소로 인하여 차별해서는 아니 된다.
- ④ 행정처벌의 자유재량권 행사는 반드시 법률목적에 부합하여야 하고, 채택된 조치와 수단이 필요하고 적당해야 한다.

2) 처벌의 공개원칙

공개는 처벌근거, 처벌과정 및 처벌결과의 공개를 포함한다.

- ① 처벌근거의 공개는 행정처벌근거의 법률규정은 반드시 법정절차에 따라 공포되고, 공포되지 않은 경우 행정처벌의 근거가 되어서는 아니 된다.
- ② 처벌과정의 공개는 처벌결정을 내리기 전에, 처벌기관은 처벌을 받을 자에게 처벌결정의 사실, 근거, 이유를 고지하여야 한다.
- ③ 처벌결정은 처벌을 받을 자에게 행정처벌의 이유를 공개하고 설명한다. 처벌결정은 처벌을 받을 자에게 송달되어야 하고, 처벌기관은 행정처벌결정 중에서 결정이 인정한 사실, 증거 및 적용 법률을 설명해야 한다.

(3) 처벌과 교육의 상호결합 원칙⁶⁰⁾

《행정처벌법》 제5조는 다음과 같이 규정하고 있다. 즉 “행정처벌을 실시하고 의무위반행위를 시정하기 위하여 처벌과 교육을 상호결합하고, 국민, 법인 또는 기타 조직이 스스로 법을 지키도록 교육하여야 한다.” 이 규정은 행정기관이 의무위반자에 대한 제재를 명확하게 규정하는 동시에 그에 대한 교육을 진행하고, 국민, 법인 또는 기타 조직이 스스로 법을 지키도록 교육해야 한다는 것을 분명히 하였다. 처벌과 교육의 상호결합은 처벌과 교육 어느 한쪽에 소홀이 할 수 없다는 것으로, 교육으로서 처벌을 대신할 수도 없으며, 일을 처벌할 할 수만도 없다.

60) 《행정처벌법》 제5조.

(4) 당사자권리 보장 원칙⁶¹⁾

인권보장은 행정처벌 입법과 적용 모두가 엄격하게 준수해야 하는 하나의 기본원칙이다. 당사자가 행정관리질서를 위반하고 있다는 혐의로 인해 그 권리의 보호를 경시할 수 없고, 행정관리질서의 보호를 위하여 당사자 권리의 보호를 경시할 수도 없다.

《행정처벌법》 제6조는 국민, 법인 또는 기타 조직이 행정처벌중에 향유하는 기본권, 즉 진술권 및 변명권(申辯權), 행정심판 신청권리, 행정소송 제소권리, 국가배상 획득권리를 규정하고 있다. 진술권과 변명권은 상대방이 행정처벌 과정에서 향유하는 자기변명의 권리로서, 사전적 절차권리에 속한다. 기타 세 가지 권리는 상대방이 향유하는 행정처벌결정에 대한 구제를 제기할 수 있는 권리로서 사후적 구제권리에 속하고, 행정처벌권에 대하여 사전적·사후적 전 과정을 실현하는 규범이다.

제 2 절 행정처벌의 종류와 설정

1. 행정처벌의 종류

(1) 법정종류

《행정처벌법》 제정 전에, 각 단계별 법률문건이 행정처벌과 행정처벌의 종류를 다양하게 설정하고 있는 현상에 대하여, 《행정처벌법》에서는 6가지 행정처벌을 규정하였다. 이는 행정처벌의 종류를 상대적으로 통일한 것이다.⁶²⁾

1) 경고(警告)

경고(警告)는 위무위반자에게 견책(譴責)과 훈계(告誡)를 부과하는 형식으로, 위법한 사정이 비교적 경미한 상황에 일반적으로 적용된다. 《도로교통안

61) 《행정처벌법》 제6조.

62) 《행정처벌법》은 행정처벌의 종류에 대하여 상대적으로 통일적으로 규정하고 있다. 이는 동법 제8조 제7항이 법률 또는 행정법규는 기타 종류의 행정처벌을 설정할 수 있다고 규정하고 있기 때문이다.

전법》 제93조 제1항은 “도로교통 안전에 관한 법률·법규의 주정차에 관한 규정을 위반 경우, 위법행위를 지적하고 구두 경고할 수 있다. 위반 차량은 즉시 현장을 떠나야 한다.”고 규정하고 있다.

2) 벌 금

과태료(罰款)는 의무위반 행위자에게 일정기간내에 일정금액을 금전으로 납부하는 처벌방식이다. 처벌금액은 법률로서 규정한다. 일반적으로 최고액과 최저액을 규정하고, 처벌기관이 구체적 상황에 따라 법적 한도내에서 구체적인 금액을 확정한다. 예컨대 《주민신분증법》 제17조는 “타인의 주민신분증을 도용하거나 또는 주민신분증을 기망하여 사용할 경우, 공안기관은……200위안 이상 1000위안 이하의 과태료에 처한다.”고 규정하고 있다. 벌금은 반드시 전부 국고에 상납한다.

3) 위법소득 몰수와 불법재물 몰수

위법소득 몰수(沒收違法所得)와 불법재물 몰수(沒收非法財物)는 처벌기관이 의무위반 행위자의 위법소득 또는 불법재물을 국가소유로 회수하는 처벌형식을 말한다. 위법소득이란 행위자가 의무위반행위에 종사하여 획득한 수익을 말하고, 불법재물이란 위법활동에 종사하는 도구, 물품 및 사건에 연루된 재물 등을 말한다. 예컨대 《초원법》 제66조는 “승인을 거치지 않았거나 규정된 시간, 지역 및 채집방식으로 초원에서 토양, 모래 및 돌을 채굴할 경우, 현급 인민정부 초원행정 주관부문은 법률로 명령하여 의무위반행위를 정지시키고 기한내에 식생을 회복하게 하며, 불법재물과 불법소득을 몰수하는 동시에…….”고 규정하고 있다.

4) 생산정지·영업정지 명령

생산정지·영업정지 명령(責令停產停業)이란 경제조직으로 하여금 생산정지·영업정지를 명령하는 처벌형식을 말한다. 이러한 종류의 처벌은 피처벌자의 재산권을 직접 박탈하는 것이 아니라, 잠정적으로 경영활동을 정지시키는 것이다. 만약 처벌을 받는 자가 일정기간내에 의무위반행위를 교정할 경우, 계속하여 생산활동을 할 수 있으며, 허가증을 다시 신청할 필요도 없다. 《오

염물배출요금 징수사용 관리조례》제21조는 “오염물 배출자가 규정에 따라 오염물 배출비를 납부하지 않을 경우, 현금 이상 지방인민정부 환경보호 행정주관부문은 직권으로 기한내에 납부를 명령한다. 기한을 초과하여도 납부를 거절할 경우, …… 생산정지·영업정지를 명령한다.”고 규정하고 있다.

5) 허가증의 일시적 압류 또는 취소

허가증의 일시적 압류 또는 취소(暫扣或者吊銷许可证)란 의무위반 행위자가 특정 활동에 종사하는 권리 또는 자격을 제한하거나 또는 박탈하는 처벌 형식을 말한다. 일시적 압류(暫扣)는 임시성을 지니는데, 처벌을 받는 자가 특정 활동에 종사할 자격을 일시적으로 정지하는 것이다. 취소(吊銷)란 처벌을 받는 자가 특정 활동에 종사할 자격을 정지하는 것을 말한다. 허가증 또는 자격증을 취소할 경우, 반드시 행정허가 취소수속을 해야 한다.⁶³⁾ 예컨대, 《출판관리조례》제62조는 “승인 없이, 국외출판물의 전람을 할 경우, … 사정이 중대한 경우, 기한을 한정하여 정지를 명령하거나 또는 원 증서발행기관이 허가증을 취소한다.”고 규정하고 있다.

6) 행정구류

행정구류(行政拘留)란 치안구류라고도 하는데, 의무위반행위자의 인신자유를 단기간 제한하는 처벌형식을 말한다. 행정구류의 기한은 일반적으로 15일 이하이다. 행정구류결정은 오직 현금 이상 공안기관이 내리고, 기타 행정기관은 권한이 없다. 예컨대 《인민은행법》제43조는 “인민폐를 위조, 변조하거나 또는 위조, 변조한 인민폐임을 알면서도 소지하여…… 범죄를 구성하지 않은 경우, 공안기관은 15일 이하의 구류, 10000 위안 이하의 벌금을 부과한다.”고 규정하고 있다.

상기 6가지 행정처벌 종류 이외, 《행정처벌법》제8조 제7항은 법률, 행정법규는 기타종류의 행정처벌을 규정할 수 있다고 규정하고 있다. 예컨대, 《외국인입출국관리법》제30조가 규정하고 있는 기한을 정한 출국 및 강제출국이 있다.

63) 《행정허가법》제70조 제4항.

(2) 학리적 분류

《행정처벌법》은 처벌을 적용하는 시각에서 6가지 처벌을 규정하고 있다. 학리적 분류는 처벌을 받는 자(被处罚人)와 관련된 권리의 시각에서 다음과 같이 4가지로 분류한다.

1) 인신벌

인신벌(人身罰)은 피처벌인의 인신자유를 제한하거나 또는 박탈하는 처벌의 종류로서, 행정구류, 노동교양(劳动教养) 등이 있다.⁶⁴⁾ 인신벌은 국민의 가장 기본적 권리로서, 그 설정은 법률유보사항에 속한다. 법률은 인신벌의 적용조건과 절차에 대하여 일반적으로 매우 엄격하게 규정을 하고 있는데, 그 목적은 국민의 권리보호이다. 인신 자유벌의 실시기관은 오직 공안기관이다.

2) 재산벌

재산벌(财产罰)은 피처벌인의 재산권을 제한하거나 또는 박탈하는 처벌의 종류로서, 과태료, 위법소득 몰수, 불법재물 몰수 등이 있다. 법에 따라 폐기(鎖毀)해야 할 물품을 제외하고, 법에 따라 몰수된 불법재산은 관련규정에 따라 공개경매하거나 처리하여야 한다. 과태료, 몰수한 위법소득 또는 불법재산을 경매한 금액은 모두 국고에 납부하여야 한다. 어떠한 행정기관 또는 개인도 그 형태의 여하를 불문하고 이를 유보(截留)하거나 사적으로 분할하거나(私分), 또는 다른 명목으로 변형하여 분배(變相私分)해서는 아니 된다. 재정부문은 행정처벌결정을 내린 행정기관에 어떠한 형식으로도 과태료, 몰수한 위법소득 또는 불법재산을 몰수하여 경매한 금액을 반환해서는 아니 된다.⁶⁵⁾

3) 행위벌

행위벌(行为罰)은 능력벌이라고도 하는데, 피처벌인이 특정 활동에 종사할 수 있는 자격 또는 행위능력을 제한하거나 또는 박탈하는 처벌을 말한다. 이

64) 노동교양의 성질과 관련하여 행정강제조치로서 행정처벌이 아니라고 보는 관점도 있다.

65) 《행정처벌법》 제53조.

에는 생산정지·영업정지 명령, 허가증 및 자격증의 일시적 압류 또는 정지가 있다.

4) 훈계벌

훈계벌(申誡罰)은 정신벌 또는 명성과 영예에 영향을 미치는 벌(影響聲譽罰)로서, 피처벌인에 대한 정신적인 징계처벌이다. 훈계벌은 피처벌인의 명성, 명예, 신망 등에 불이익 영향을 주는데, 경고, 통보비평(通報批評) 등이 있다.

2. 행정처벌의 설정

하급 법률문건이 행정처벌을 남용하는 현상에 대하여, 《행정처벌법》은 각 하급 법률문건의 처벌설정권에 대하여 명확하게 규정함으로써 처벌의 과다 및 남용을 방지한다. 행정처벌 설정권의 구분은 권력기관의 입법과 행정기관의 입법, 중앙 입법과 지방 입법의 구분과 관련이 있다. 행정처벌 설정은 권리기관의 입법이 핵심이고, 행정기관의 입법은 보조적이다. 중앙 입법이 핵심이고, 지방 입법이 보조적이다. 이런 원칙하에 입법은 행정처벌의 종류와 결합하여, 각 하급 법률문건의 처벌설정권을 규정하고 있다.

(1) 법률의 설정권

법률은 전국인민대표대회 및 그 상무위원회가 제정한 법률문건을 말한다. 법률은 각종 행정처벌을 설정할 수 있는데, 《행정처벌법》이 규정한 6가지 처벌 이외에, 기타 종류의 행정처벌을 설정할 수 있다. 예컨대, 《외국인출입국관리법》 제30조가 규정하는 기한을 정한 출국과 강제출국 등이 있다.

인신의 자유를 제한하는 행정처벌은 오직 법률로써 설정할 수 있고, 기타 여하한 등급의 법률문건도 인신의 자유를 제한하는 행정처벌을 설정할 수 없다. 인신의 자유는 국민의 가장 기본적인 권리로서, 인신의 자유를 제한하는 설정은 법률유보사항에 속한다. 이러한 입법정신은 추후의 《입법법》에서 재차 명확하게 되었다. 《입법법》 제8조 제5항은 국민의 정치권리 박탈, 인신의 자유를 제한하는 강제조치 및 처벌에 대하여, 법률을 제정할 수 있다고

규정하고 있다. 《행정처벌법》 및 《입법법》의 규정은 국민의 권리보호에 대하여 중대한 의의를 가진다.

(2) 행정법규의 설정권

행정법규는 국무원이 제정한다. 비록 국무원은 행정기관이지만 최고의 국가행정기관이기 때문에, 행정법규는 인신의 자유를 제한하는 것 이외의 행정처벌을 설정할 수 있다.

법률이 의무위반행위에 대하여 행정처벌을 내릴 것을 규정하고, 행정법규가 구체적 규정이 필요한 경우, 반드시 법률에서 규정하는 행정처벌의 부과행위, 종류 및 정도의 범위내에서 정하여야 한다.

(3) 지방성법규의 설정권

지방성법규는 인신자유와 기업의 영업자격취소 이외의 행정처벌을 설정할 수 있다.

법률, 행정법규는 의무위반행위에 대하여 행정처벌을 내릴 것을 규정하고, 행정법규가 구체적 규정이 필요할 경우, 반드시 법률에서 규정하는 행정처벌의 부과행위, 종류 및 정도의 범위 내에서 정하여야 한다.

(4) 부분규장의 설정권

국무원 부·위원회가 제정한 주요 부분규장은 집행성 입법이다. 부분규장은 법률에서 규정하는 행정처벌의 부과행위, 종류 및 정도의 범위 내에서 정하여야 한다.

아직 법률, 행정법규가 제정되지 않은 경우, 부분규장은 행정관리질서의 위반행위에 대하여 경고 또는 일정금액의 행정처벌을 설정할 수 있다. 벌금의 한도액은 국무원이 규정한다.

(5) 지방정부규장의 설정권

지방정부규장은 성, 자치구, 직할시 인민정부 및 성, 자치구 인민정부 소재지의 시 인민정부 및 국무원의 승인을 받은 비교적 큰 도시 인민정부가 제

정한다. 주요 지방정부규장은 집행성 입법으로, 법률에서 규정하는 행정처벌의 부과행위, 종류 및 정도의 범위 내에서 정하여야 한다.

아직 법률·법규를 제정되지 않은 경우, 지방정부규장은 행정관리질서의 위법행위에 대하여 경고 또는 일정금액의 행정처벌을 설정할 수 있다. 벌금의 한도액은 국무원이 규정한다. 벌금의 한도액은 성, 자치구, 직할시 인민대표대회 상무위원회가 규정한다.

(6) 기타 규범성 문건에 행정처벌 설정할 수 없는 경우

기타 규범성 문건은 붉은 표제문건(红头文件)이라고도 하는데, 국가가 입법한 형식은 아니다. 따라서 그 발표기관이 1급 행정기관인지 여부에 관계없이, 기타 규범성 문건에 대하여 행정처벌 설정을 할 수 없다.

제 3 절 행정처벌의 실시기관, 관할 및 적용

1. 실시기관

행정처벌의 실행기관이란 행정처벌결정을 내리는 기관으로, 행정처벌권이 있는 주체와, 행정처벌권은 없지만 행정처벌권을 위임받아 행사하는 주체가 있다. 《행정처벌법》 제3장의 규정에 따라 행정처벌의 실시기관은, 행정기관, 법률·법규가 수권한 기관, 행정기관의 위임을 받아 행정처벌을 실시하는 조직 등이 있다.

(1) 행정기관

《행정처벌법》 제15조는 행정처벌권을 지니고 있는 행정기관은 법정 직권의 범위내에서 행정처벌을 실시한다고 규정하고 있다. 이에 근거하면 다음과 같다.

1) 행정처벌권은 오직 행정기관이 행사할 수 있고, 기타 국가기관은 행사할 권한이 없다. 각급 인민대표대회, 검찰기관, 인민법원은 행정처벌을 실시할 수 없다.

2) 행정처벌권을 지닌 행정기관이 실시한다. 모든 행정기관이 행정처벌을 실시할 수 있는 것은 아니고, 오직 법률에서 행정처벌권이 있다고 규정한 행정기관만이 행정처벌을 실시할 수 있다.

3) 행정처벌의 실시기관은 반드시 법정 직권 범위내에서 행정처벌을 실시해야 한다. 첫째, 행정기관은 오직 당해 기관의 주관 영역내에서 행정처벌을 실시할 수 있다. 예컨대, 세무기관은 공상관리 법률규범을 위반한 행위에 대하여 처벌할 수 없다. 둘째, 반드시 법정처벌 종류와 정도내에서 행정처벌을 실시해야 한다.

(2) 행정기관의 행정처벌권 상대적 집중제도

《행정처벌법》 제16조는 “국무원 또는 국무원의 수권을 받은 성(省), 자치구 및 직할시의 인민정부는 하나의 행정기관이 관련 행정기관의 행정처벌권을 행사하도록 결정할 수 있다. 다만, 인신의 자유를 제한하는 행정처벌권은 오직公安기관만이 행사할 수 있다.”고 규정하고 있다. 동조는 행정처벌권의 상대적 집중제도를 규정한다. 즉 다수의 행정기관이 행사하는 행정처벌권을 하나의 행정기관이 행사하도록 집중하고, 기타 행정기관은 행정처벌권을 행사할 수 없다. 예컨대, 《창사(长沙)市도시관리종합 법률집행 시행방법》 제5조는 “행정처벌권의 상대적 집중 이후에, 행정법률 집행부문은 이미 종합법률집행기관이 집중적으로 행사한 행정처벌권을 다시 행사할 수 없다. 계속 행사할 경우, 내려진 행정처벌결정은 모두 무효이다. 시, 구의 관련 행정부문은 종합법률집행기관의 법에 따라 직책을 이행한 활동은 반드시 부합하여야 한다.”

인신의 자유를 제한하는 행정처벌권은 오직公安기관만이 행사할 수 있고, 기타 행정기관이 행사하도록 집중할 수 없다.

상대적 집중 행정처벌권제도 설정의 목적은 다양한 법률집행의 문제를 해결하기 위한 것으로, 《행정처벌법》 공포 이후 일부 도시는 도시종합법률집행 지역에서 상대적 집중 행정처벌권제도의 시범지역을 시작하였다. 예컨대, 《광저우市도시관리법률집행세칙》 제3조는 “도시종합법률집행 부대는 시, 구 인민정부가 행정처벌권을 집중적으로 행사하는 부대로서, 종합적 행정법률집행기관이며, 본 세칙에서 확정된 분업분담에 따라 의무위반행위 조사처리하

고, 내려진 구체적 행정행위에 대하여 법률책임을 진다.”고 규정하고 있다.

(3) 법률·법규가 수권한 조직⁶⁶⁾

법률·법규가 수권한 조직은 중국 행정법상의 행정주체의 일종에 속한다. 《행정처벌법》 제17조는 “법률 또는 법규가 수권한 공공사무 관리기능을 가지는 조직은 법정수권의 범위내에서 행정처벌을 실시할 수 있다.”고 규정하고 있다.

1) 반드시 법률·법규가 수권해야 한다. 수권조직이 행정처벌권을 행사할 경우, 반드시 법률, 행정법규, 지방성법규의 수권에서 시작하고, 규장, 기타 규범성 문건의 수권은 무효이다.

2) 수권조직은 공공사무 관리기능을 가진 조직이어야 한다.

3) 수권기관은 자신의 명의로 행정처벌결정을 내리고, 대외에 법률 책임을 지며, 자신의 명의로 행정심판과 행정소송에 참가한다.

4) 수권기관의 행정처벌권 행사는 오직 특정 수권범위 내에서만 할 수 있다.

(4) 위임을 받은 조직

《행정처벌법》 제18조는 “행정기관은 법률·법규 또는 규장의 규정에 따라, 그 법정권한 내에서 동법 제19조에 정한 요건을 갖춘 조직에 위임하여 행정처벌을 실시할 수 있다. 행정기관은 기타 조직 또는 개인에 위임하여 행정처벌을 실시해서는 아니 된다.”고 규정하고 있다.

1) 위임은 반드시 법률·법규, 규장에 근거한다.

행정기관이 기타 기관에게 위임하여 행정처벌을 실시할 경우, 행정기관이 기타 기관에 위임하여 행정처벌을 실시할 수 있다고 법률, 행정법규, 지방성법규, 부분규장 및 지방정부규장이 규정한다. 예컨대, 《통신공정품질관리규정》 제29조는 “탐사설계회사가 통신공정건설관련 의무표준에 따라 설계하지 않았을 경우, 정보산업부(信息产业部) 또는 성, 자치구, 직할시 통신관리국 또는 그 위임을 받은 통신공정품질관리기구는 그 수정을 명령하고, 《건설공

66) 법률·법규가 수권한 조직과 관련하여서는 본 서 제3장 “행정주체” 참조.

정품질관리조례》 제63조의 규정에 따라 처벌한다.”고 규정하고 있다. 법률·법규, 규장의 위임할 수 있는 규정이 없을 경우에는 위임할 수 없다.

2) 위임을 받은 기관은 반드시 법정 조건에 부합해야 한다.

i) 법에 따라 설립된 공공사무를 관리하는 사업조직, ii) 관련 법률·법규, 규장 및 업무를 속지한 업무입원의 구비, iii) 의무위반행위에 대하여 기술검사 또는 기술검정을 할 경우, 상응하는 기술검사 또는 기술검정을 진행할 조건을 구비하여야 한다.

3) 위임을 받은 기관은 위임범위 내에서 위임한 행정기관의 명의로 행정처벌을 실시한다.

위임을 한 행정기관은 위임을 받은 조직이 행정처벌을 실시하는 행위에 대하여 반드시 감독책임을 지고, 그 행위의 결과에 대하여 법률적 책임을 진다.

4) 위임을 받은 기관은 기타 어떠한 조직 또는 개인에게 재위임하여 행정처벌을 실시할 수 없다.

2. 관 할

행정처벌관할이란 행정처벌기관간 행정처벌권한을 구분하는 것을 말하는 것으로, 기능관할, 심급관할 및 지역관할의 3가지로 구분된다.

(1) 기능관할

기능관할이란 행정처벌권이 상이한 기능의 행정기관간에 권한을 구분하는 것을 말한다. 기능관할은 일반적으로 업무성 행정관할 법률이 명확하게 규정한다. 예컨대, 《약품관리법》 제54조는 “약품관리처벌은 현급 이상 위생행정부분이 결정한다.”고 규정하고 있고, 《식품위생법》 제49조는 “본법이 규정한 행정처벌은 현급 이상의 정부위생행정부분이 결정한다. 본법이 규정한 식품위생감독권을 행사하는 기타기관은 규정된 직무범위 내에서 본법의 규정에 따라 행정처벌 결정을 내린다.”

(2) 심급관할

심급관할이란 행정처벌권이 상·하급 행정기관간의 권한을 구분하는 것을 말한다. 《행정처벌법》 제20조는 “행정처벌은 의무위반행위발생지의 현급 이상 지방인민정부의 행정처벌권을 지닌 행정기관이 관할한다. 다만, 법률 또는 행정법규가 달리 규정하는 경우에는 예외로 한다.” 본 규정은 행정처벌권의 최저급별 행사기관과, 현급이상 지방인민정부의 행정처벌권을 지닌 행정기관이 관할한다는 사실을 명확히 하였다. 현급 지방인민정부 및 기능부문 이상의 행정기관간의 행정처벌권의 구분에 대하여, 《행정처벌법》에는 규정이 없고, 일부 단행법에 구체적으로 규정되어 있다.

심급관할의 확정은 일반적으로 행정관리질서행위를 위반한 경중 정도에 따라 확정된다. 행정의무위반행위가 중대할 경우, 처벌기관의 급별도 높아지고, 이와 반대일 경우에는 또한 낮아진다.⁶⁷⁾ 예컨대, 《위생행정처벌절차》 제6조 제3항은 “위생부는 중대 복잡한 사안을 조사·처리한다.”고 규정하고 있다.

(3) 지역관할

지역관할이란 행정처벌권이 동일한 급별, 상이한 행정기관간의 권한을 구분하는 것을 말한다. 《행정처벌법》 제20조는 행정처벌은 의무위반행위발생지 행정기관이 관할한다고 규정하고 있다.

(4) 이송관할

이송관할이란 행정처벌권이 없는 행정기관이 사안을 행정처벌권이 있는 행정기관으로 이송하는 제도를 말한다. 예들 들어, 《위생행정처벌절차》 제9

67) 일부 학자는 심급관할의 기준은 다음 3가지라고 생각한다. 즉 첫째, 행위의 위법 정도이다. 엄중한 경우, 비교적 고급 처벌기관이 관할하고, 비교적 중대한 경우 상급처벌기관이 관할한다. 둘째, 처벌의 경중정도이다. 비교적 경미한 처벌은 하급처벌기관이 관할하고, 매우 중대한 경우, 상급처벌기관이 관할한다. 셋째, 위법조직의 법적 지위이다. 위법조직의 급별이 비교적 낮은 경우, 하급처벌기관이 관할하고, 급별이 높은 경우 상급처벌기관이 관할한다. 袁曙宏：《行政处罚的创设、实施和救济》，中国法制出版社，1997年版，第59-60页。

조 제1항은, “위생행정기관이 조사하여 발견한 사안이 자신의 관할에 속하지 않을 경우, 즉시 관할권이 있는 위생행정기관에 서면 이송한다.”고 규정한다. 이송을 받은 관할행정기관도 자신이 관할권이 없다고 생각할 경우, 다시 이송할 수 없으며, 공동의 상급행정기관에게 보고하여 관할을 지정해야 한다.

(5) 지정관할

지정관할이란 2개 이상의 행정기관에서 행정처벌관할권의 분쟁이 발생할 경우, 권한이 있는 기관이 특정 기관이 관할하도록 지정하는 제도이다, 《행정처벌법》 제21조는 “관할에 대하여 분쟁이 발생할 경우, 공동의 상급행정기관에 보고하여 관할을 지정하게 한다.”고 규정하고 있고, 《위생행정처벌절차》 제10조는 상급위생행정기관이 관할분쟁의 지시를 접수한 후, 10일 이내 관할을 결정해야 한다고 규정하고 있다.

3. 적 용

(1) 행정처벌의 비부과

행정처벌의 비부과(不予行政处罚)는 다음의 2가지 상황으로 나눈다.

1) 행정처벌 책임능력이 없는 경우, 행정처벌의 비부과

행정처벌 책임능력이 없는 자는 2가지이다. 첫째, 행정의무위반행위의 실시시 만14세 이하인 경우이다. 둘째, 정신장애자가 자기의 행위시 의무위반행위가 있음을 판별할 수 없거나 또는 통제할 수 없는 경우이다. 이 2가지 유형의 사람이 행정관리질서 위반행위를 실시하였을 경우, 행정처벌을 부과할 수 없고, 감호인에게 통제관리를 명령한다. 정신장애자에 대하여는 그 감호인이 엄격한 관리하고 치료하도록 명령하여야 한다.

중국 《행정처벌법》의 규정은 독일, 오스트리아 등 국가의 규정과 일치한다. 독일 《질서위반법》 제12조는 행위를 실시할 경우, 만14세 이하의 자는 그 행위에 책임을 지지 않는다고 규정하고 있다. 청소년은 《청소년법원법》 제3조 제1단의 전제하에 행동시 책임을 진다. 행위의 실시시, 병리성 정신착란으로 인하여, 심각한 정신혼란 또는 지능장애 또는 기타 중대한 정신이상

으로 인하여 인식능력이 없어 허락하지 행위 또는 무능력에 해당하는데, 이에 따라 행위한 자는 그 행위에 대하여 책임지지 않는다. 오스트리아 《행정처벌법》은 독일의 규정의 동일하다.⁶⁸⁾

간헐성 정신장애인은 정신이 정상적일 때 의무위반행위를 한 경우, 행정처벌 책임능력을 가지고 있어, 행정처벌을 부과한다.

2) 의무위반행위의 비교적 경미하고, 즉시 시정하며, 위험결과를 야기하지 않았을 경우, 행정처벌의 비부과

(2) 총경, 감경 처벌의 상황

다음의 상황을 구비하면 총경(从轻 : 총경이란 처벌의 범위내에서 최저한의 처벌을 하는 것을 말함-역자 주), 감경(减轻) 처벌을 한다.

1) 피처벌자 제한적 행정처벌 책임능력자인 경우

만14세 이상 만18세 미만인 자는 제한적 행정처벌 능력자로서, 의무위반행위를 실시할 경우, 행정처벌을 총경 또는 감경해야 한다.

2) 다음의 법정 상황의 하나에 해당할 경우, 법에 따라 행정처벌을 총경 또는 감경해야 한다.

즉, i) 의무위반행위의 위해결과를 적극적으로(主動) 제거하거나 또는 감경한 경우, ii) 타인의 협박을 받아 의무위반행위를 한 경우, iii) 행정기관에 협력(配合)하여 의무위반행위를 함으로서 수사하는 과정에서 기여(立功)한 경우, iv) 기타 법에 의하여 행정처벌을 총경하거나 감경할 사유가 있는 경우 이다.

(3) 일사부재벌 원칙

《행정처벌법》 제24조는 “당사자의 동일한 의무위반행위에 대하여서는 2회 이상 과태료의 행정처벌을 부과해서는 아니 된다.”고 규정하고 있다. 본 규정

68) 오스트리아 《행정처벌법》 제3조는 “행위시 지각발생장애 또는 정신작용이 병리상 장애로 인한 발생, 또는 심신쇄약으로 인하여 금지행위에 대하여 판별할 수 없거나 또는 적절한 처리가 불가능한 경우, 그 행위는 처벌하지 아니한다.”고 규정하고 있고, “본법 제4조는 “행위시 만14세 미만인 자는 처벌하지 않는다.”고 규정하고 있다.

은 일사부재벌 원칙(一事不再罰原則)이라고 한다. 일사부재벌원칙의 성질과 관련하여, 행정처벌에 적용하는 원칙이라는 사실에는 이의가 없다. 일부 교재에서는 일사부재벌 원칙을 행정처벌의 기본원칙 범주에 포함하고,⁶⁹⁾ 일부 학자는 입법원칙이라고 본다.⁷⁰⁾

《행정처벌법》의 규정을 살펴보면, 이를 일사부재벌 원칙이라고 부르는 것은 타당하지 않고, 단지 제한적 일사부재벌 원칙(有限的一事不再罰原則)이라고 부를 수 있다. 본법은 단지 2회 이상의 과태료를 부과할 수 없을 뿐, 결코 동일한 위법행위에 대하여 2개 이상의 행정기관이 행정처벌하는 것을 금지하지 않기 때문에, 단지 2회 이상의 과태료를 부과하지 않으면, 법률규정의 위반이 없고, 영업허가증 취소, 생산정지·영업정지 명령, 및 몰수 등을 할 수 있다. 이는 엄격한 의미의 일사부재벌 원칙과 거리가 있다. 일사부재벌 원칙이란 하나의 행정기관이 위법행위에 대하여 행정처벌을 한 이후, 기타 행정기관은 다시 행정처벌을 부과해서는 아니 된다는 것을 말한다. 따라서 본 조규정은 과태료의 남용을 통제할 수 있지만, 과도한 법률집행을 규율할 수는 없다.

(4) 소추시효(追訴時效)

《행정처벌법》 제29조는 다음과 같이 규정하고 있다. 즉 의무위반행위가 2년 이내에 발견되지 않은 경우에는 행정처벌을 부과하지 않는다. 다만, 법률에 별도로 규정하는 경우에는 예외로 한다. 예컨대, 《조세징수관리법》 제86조는 “세수법률과 행정법규의 위반은 행정처벌을 부과하는 행위로서, 5년 이내 발견하지 못할 경우, 행정처벌을 부과하지 않는다.”

기한은 위반행위 발생일로부터 기산한다. 의무위반행위가 연속적 또는 지속적 상태에 있을 경우, 행위의 종료일로부터 기산한다.

69) 姜明安主编：《行政法与行政诉讼法》，北京大学出版社、高等教育出版社，2005年版，第314页；关保英：《行政处罚》，载应松年主编《当代中国行政法》（上卷），中国方正出版社，2005年版，第842页。

70) 일부 학자는 “일사부재벌 원칙이 입법을 지도해야 한다……각 행정기관 모두 자신의 “법”에 근거하여 처벌하기 때문에, 반드시 동일한 위법행위에 중복처벌, 과잉처벌의 현상을 야기하기 때문에, 시작부터 문제를 해결해야 하며, 입법은 일사부재벌 원칙을 준수해야 한다”고 본다. 应松年 马怀德主编：《〈中华人民共和国行政处罚法〉学习辅导》，人民出版社，1996年，134-135页。

제 4 절 행정처벌결정절차

《행정처벌법》은 제5장 3개절에서 간이절차, 일반절차 및 청문절차로 나누어서 규정하고 있는데, 일부 교재에서도 간이절차, 일반절차, 청문절차로 나누고 있다.⁷¹⁾ 그러나 엄격하게 말하자면 청문절차는 간이절차, 일반절차와 병렬적인 독립된 절차유형이 아니라, 단지 행정기관이 일반절차의 적용시 의견을 청취하는 정식적 형식이고, 기타 규칙은 여전히 일반절차를 적용하기 때문에, 《행정처벌법》은 사상 간이절차와 일반절차 두 가지의 절차적 유형을 규정하고 있다. 행정사무의 복잡함에 근거하여, 상이하게 적용하는 절차는 행정효율 제고에 유리하다.

1. 간이절차

간이절차는 현장처벌절차(当场处罚程序)라고도 하는데, 처벌기관이 법정상황에 부합하는 처벌사항에 대하여 현장에서 행정처벌결정을 내리는 절차를 말한다. 간이절차는 경미한 위법행위를 신속하고, 즉각적으로 처리할 수 있는데, 행정효율 제고에 유리하다.

(1) 적용조건

간이절차의 적용은 반드시 다음의 조건을 동시에 구비해야 한다. 즉 i) 위법사실의 명확, ii) 법정근거의 존재, iii) 경고 및 소액벌금을 내리는 행정처벌 등이 있다. 소액의 구체적 액수는 국민은 50위안 이하, 법인 또는 기타 조직은 1000위안 이하의 벌금을 말한다.

(2) 실시규칙

간이절차는 간단·신속의 절차로써, 행정사무를 신속하게 처리하고, 반드시 일정한 규칙을 준수함으로써, 절차의 공정함을 보장해야 하는데, 구체적으로는 다음과 같다.

71) 姜明安主编：《行政法与行政诉讼法》，北京大学出版社、高等教育出版社，2005年版，第314-320页。

1) 신분표명

현장에서 행정처벌 결정을 내릴 경우, 법집행 인원은 반드시 상대방에게 행정법 집행증명서를 제시해야 한다. 예컨대, 《국가저작권행정처벌실시방법》 제17조는 “사무인원은 법집행 과정에서 당사자 또는 관계인원에게 국가판권국 또는 지방인민정부가 발급한 행정법 집행증명서를 제시해야 한다.”고 규정하고 있고, 《광시장족자치구행정집행법절차》 제13조는 “투명한 법집행제도를 실시한다. 행정법 집행인원이 공무집행시에, 반드시 복장이 단정해야 하고, 행정법 집행증명서를 제시하며, 신분을 분명히 밝혀야 한다. 국무원은 통일된 복장을 승인할 경우, 복장규정을 준수해야 한다.”고 규정하고 있다.

법집행 인원이 행정법 집행증명서를 제시하지 못할 경우, 피처별인은 그 집행을 거절할 권리가 있다.

2) 당사자에게 행정처벌결정의 사실, 이유 및 근거와 당사자가 법적으로 향유하는 권리의 구두상 고지

3) 피처별인의 진술과 변론 청취

당사자는 진술권과 변론권을 가진다. 행정기관은 충분히 당사자의 의견을 청취해야 하고, 당사자가 제출하는 사실, 이유 및 증거에 대하여 반드시 검토해야 하며, 당사자가 제출한 사실, 이유 또는 증거가 성립할 경우, 행정기관은 이를 채택해야 한다.

4) 현장에서 양식, 편성번호, 처벌기관의 인장이 날인된 행정처벌 결정서에 기입하여야 한다.

행정처벌결정서는 반드시 당사자의 위법행위, 행정처벌 근거, 벌금금액, 시간, 장소 및 행정기관명칭을 명확히 기입하고, 법집행인의 서명 또는 날인한다. 예컨대 《약품감독행정처벌절차》 제46조는 현장 행정처벌결정서는 당사자의 위법행위, 행정처벌 근거(적용법률·법규, 규장의 명칭 및 조, 항, 호, 목), 구체적 처벌내용, 시간, 장소, 행정처벌결정에 불복할 경우 행정심판을 신청하고 행정소송을 제기하는 방법, 약품감독 관리부문의 명칭을 명확히 기입해

야 한다고 규정하고 있다. 동 규장 제47조는 행정처벌은 간이절차를 적용하여 행정처벌을 내릴 경우, 현장 행정처벌결정서에 당사자 또는 기한의 변경이 위법행위임을 서면으로 고지해야 한다.

5) 행정처벌결정서는 반드시 현장에서 당사자에게 교부해야 한다.

만약 당사자가 처벌결정서의 수령을 거절할 경우, 법집행 인원은 반드시 상황을 명기한다.

6) 행정처벌결정서 등록

법집행인이 현장에서 내린 행정처벌결정은 반드시 소속된 행정기관에 등록하여야 한다. 《약품감독행정처벌절차》 제48조는 법집행 인원은 7일 업무일 이내 소속 약품감독 관리부문에 등록하여야 한다고 규정하고 있고, 《광시장족자치구행정집행절차》 제40조 제5호는 행정법 집행인은 3일 업무일 이내 현장에서 작성된 행정처벌결정서를 소속 행정법 집행기관에 등록하여야 한다고 규정하고 있다.

당사자는 현장 행정처벌 결정서에 불복할 경우, 법적근거에 따라 행정심판 또는 행정소송을 제기 할 수 있다.

2. 일반절차

일반절차는 행정처벌의 기본절차로서, 입안, 조사, 이유설명과 권리고지, 의견청취, 결정 등의 단계로 나뉜다.

(1) 입 안

《행정처벌법》은 입안(立案)의 조건에 관한 규정이 없는데, 일부 부문부분 규장과 지방성 입법에는 입안조건에 대하여 명확하게 규정하고 있다.⁷²⁾ 행정

72) 예컨대, 《약품감독행정처벌절차규정》 제14조는 다음과 같이 규정한다. 즉 약품감독 관리부문은 위법행위자가 다음의 요건에 부합함을 발견할 경우, 반드시 7일 업무일 이내 입안한다. i) 명확한 위법 혐의자이 있을 경우, ii) 객관적 위법사실이 있을 경우, iii) 약품감독 관리행정처벌의 범위에 속할 경우, iv) 본 부문의 관할에 속할 경우. 입안을 결정할 경우, 《입안신청표》를 기입하고, 주관부문 책임자에 보

처벌의 입안조건은 일반적으로 다음을 포함한다. 즉 i) 국민, 법인 또는 기타 조직이 행정위법행위를 하였다는 증거가 있을 경우,⁷³⁾ ii) 행위가 행정처벌 대상이어야 한다. iii) 본 행정기관 관할에 속하여야 한다. iv) 간이절차적용에 속하지 않는 사건이어야 한다.

입안을 결정할 경우, 행정처벌 입안승인서 또는 행정처벌 입안보고서를 작성하고, 행정책임자에게 보고하여 승인을 받으며, 전문 담당자를 파견한다.

(2) 조사와 증거수집

1) 전면적, 객관적, 공정한 조사의 원칙

행정기관이 국민, 법인 또는 기타 조직이 법에 따라 행정처벌을 부과하는 행위가 있음을 발견할 경우, 전면적, 객관적, 공정하게 조사를 하여 관련 증거를 수집해야 한다.⁷⁴⁾ 처벌기관이 증거를 수집할 경우, 전면적이어야 하고, 단지 피처벌자에게 불리한 증거만을 수집하거나, 피처벌자에게 유리한 증거만을 수집할 수 없다.

2) 신분 표명

행정기관이 조사 또는 검사를 진행할 경우, 법집행 인원은 2인 이하는 안 되고, 당사자 또는 관련인원에게 증명서를 제시하여 신분을 표명해야 한다.

3) 행정상대방의 조사협조 의무

조사권은 사건의 사실을 조사하기 위하여 법률이 처벌기관에게 부여한 권리로서, 당사자 또는 관련인원은 사실대로 행정기관의 질의에 대답하여야 하고, 조사 또는 검사에 협조해야 하며, 이를 방해하여서는 아니 된다.⁷⁵⁾

고하며, 입안을 승인할 경우, 2인 이상의 약품감독 법집행 인원이 사건담당자로 확정하여야 한다.

73) 행정기관이 처벌단서를 발견하는 경로는 다음과 같다. i) 행정집행조사 중 발견, ii) 검사기구, 감정기구의 발견, iii) 국민, 법인 또는 기타 조직의 고발, iv) 기타행정기관이 이송하는 경우, v) 신문보도와 같은 기타 경로를 통한 발견.

74) 《행정처벌법》 제36조.

75) 예컨대, 《토지관리법》 제69조는 “현금 이상 인민정부 토지행정 주관부문이 토지 위법행위에 대한 감독검사를 실시할 경우, 관련 업체와 개인은 지지 및 협조하고,

조사조치는 상대방의 인신권, 재산권 등 기본권리와 관련되기 때문에, 법률로서 행정상대방의 조사협조의무를 규정하는 동시에, 조사조치 실시절차에 대하여 엄격하게 규정함으로써, 상대방의 권리침해를 방지한다. 예컨대, 《공안기관행정사건처리절차》 제66조는 “범죄피의자에 대한 검사를 진행할 경우, 반드시 피조사자의 인격을 존중해야 하고, 인격존중을 손상하는 방식으로 조사를 진행하여서는 아니 된다. 범죄피의자에 대한 조사는 반드시 2명의 피조사자와 동일한 성별의 인민경찰이 진행해야 한다. 법에 따라 성매매자의 성병조사는 반드시 의사가 진행한다.”고 규정하고 있다.

4) 조사사항

처벌기관의 조사사항은 다음과 같다. 즉 i) 범죄피의자의 기본정황, ii) 위법행위의 존재여부, iii) 범죄피의자가 위법행위를 시행하였는지 여부, iv) 위법행위의 시행시간, 장소, 수단, 결과 및 기타 정황, v) 범죄피의자에게 법정 중증, 중경, 감경 및 불처리 등 사정의 존재여부, vi) 사건과 관련된 기타 사실.

5) 조사조치

조사조치의 규정은 두 가지 요소를 조화롭게 해야 한다. 즉 첫째, 행정기관에게 대한 필요한 조사수단을 부여하고, 처벌기관이 충분하게 증거를 수집할 수 있도록 보장해야 한다. 둘째, 조사는 국민, 법인 또는 기타 조직의 권리를 침해할 수 없고, 반드시 정당절차를 준수해야 한다.

《행정처벌법》은 샘플증거수집과 증거보전 두 가지 제도를 규정하고 있다. 동 법 제37조 제2항은 행정기관은 증거를 수집함에 있어 샘플을 추출하기 위한 증거수집 방법을 채택할 수 있다. 증거가 멸실될 수 있거나 또는 향후 취득하기 어려운 상황에서는 행정기관 책임자의 승인을 받은 후 우선 등

업무에 편의를 제공해야 하며, 토지관리 감독검사인원의 법에 의한 직무수행을 거절하고 방해해서는 아니 된다.”고 규정하고 있고, 《지적재산권세관보호조례》 제22조는 “세관은 압류된 권리침해 혐의가 있는 화물 및 관련 상황에 대하여 조사를 실시할 경우, 지적재산권 권리인과 수하인 또는 송하인은 협력해야 한다.”고 규정하고 있다.

기하여 보존할 수 있으며, 7일 이내에 신속하게 처리결정 하여야 한다. 이 기간 내에는 당사자 또는 관계자가 증거를 은닉·훼손하거나 이전하여서는 아니 된다고 규정하고 있다.

일부 입법결합 부분의 행정관리특징은 구체적인 조사조치를 규정하고 있다. 예컨대, 《공안기관행정사건처리절차》는 공안기관 행정사건을 처리할 경우 채택해야 하는 조사조치를 다음과 같이 규정하고 있다. 즉 조회와 심문, 검증과 검사, 감정, 검측, 샘플증거수집, 선등기 증거보존과 증거압류, 각종 조사조치가 준수해야할 절차규칙에 대한 규정 제정을 규정하고 있다. 또한 《조세징수관리법》 제58조는 세무기관이 세무위법사건을 조사시, 사건과 관련된 상황과 서류에 대하여 기록, 녹음, 촬영, 복제할 수 있다고 규정하고 있다.

(3) 이유설명과 권리고지

행정기관이 행정처벌 결정을 내리기 전에, 반드시 당사자에게 행정처벌결정의 사실, 이유 및 법적 근거를 고지하고, 당사자에게 법에 따라 향유하는 권리를 고지해야 한다. 이유설명제도는 무기평등원칙의 요구로서, 피처벌자는 오직 처벌결정의 사실, 이유 및 근거를 숙지한 이후에 비로소 대응하는 반박의견을 제기할 수 있다. 행정기관과 그 법집행 인원은 행정처벌결정을 내리기 전에 고지의무를 이행하지 않으면, 행정처벌결정은 성립하지 않는다.

당사자 권리의 고지는 회피신청권, 의견진술권, 변론권, 증거제출권, 권리구제 획득 등의 고지를 포함한다.

(4) 청 문

1) 의견청취 개설

《행정처벌법》 제32조는 “당사자는 진술권 및 변명권(申辯權)을 가진다. 행정기관은 당사자의 의견을 충분히 청취하여야 하고, 당사자가 제출한 사실, 이유 및 증거에 대하여 재심사를 하여야 한다. 당사자가 제출한 사실, 이유 또는 증거가 성립하는 경우에 행정기관은 이를 채택하여야 한다.”고 규정하고 있다. 이 규정은 행정기관이 행정처벌을 내릴 경우 의견청취의 절차적 의무를 지고, 이와 상응하게 피처벌자가 의견진술의 절차적 권리를 향유한다는

것을 명확히 하고 있다. 만약 행정기관이 당사자의 진술, 변론의 청취를 거절할 경우, 행정처벌결정은 성립할 수 없으며, 당사자가 진술 또는 변론권리를 포기하는 경우는 예외로 한다.

의견청취제도는 현대 행정절차법의 핵심제도로써, 영국의 자연적 정의원칙의 요건 중 하나는 상대방의 의견을 청취하는 것이고, 미국 연방헌법의 정당한 법률절차 원칙의 핵심요건 역시 당사자의 의견을 청취하는 것이다. 《행정처벌법》의 이러한 규정은 정당한 절차이론의 규정, 행정권의 정당한 행사의 규율과 관련하여 중요한 의의를 지니고 있다.

의견청취의 형식은 다양하다. 예컨대, 미국에서는 행정기관이 심판형 청문에서부터 비정식 회담 등 20여 가지 의견청취의 형식을 채택할 수 있다.⁷⁶⁾ 한국에서는 행정기관이 당사자 의견을 청취하는 방식은 “청문”, “공청회”, 및 “의견제출” 등의 3가지가 있다. 중국 《행정처벌법》은 처벌기관의 의견청취 의무를 규정하고 있는데, 이 중에서 청문절차에 대하여 규정하고 있지만, 청문 이외의 방식의 의견청취에 대한 규칙은 《행정처벌법》에서 규정하지 않고 있다.

소위 행정처벌 청문은 행정기관이 행정처벌결정을 내리기 전에, 법정심판과 비슷한 정식절차로서 당사자 및 관련 인원의 의견을 청취하는 제도로써,⁷⁷⁾ 그 절차구조는 조사인원과 상대방의 양당사자의 대치와 청문 사회자의 중립적 주관으로서 강력한 사법적 색채를 나타낸다.⁷⁸⁾ 《행정처벌법》은 중국에서 처음으로 청문제도를 규정하였는데, 중국 행정절차의 입법역사상 획기적 의의를 가진다.

2) 청문의 적용범위

행정처벌의 청문은 생산정지·영업정지의 명령, 허가증·영업허가증(執照)의 취소 또는 비교적 큰 금액의 과태료 등 3가지 행정처벌결정에만 적용된

76) 王名扬：《美国行政法》，中国法制出版社，1995年版，第450页。

77) 청문의 기본이론에 관해서는 본서 제11장 “행정절차법” 참조.

78) 미국의 청문개념은 의견청취제도의 통칭으로, 최종적 규장과 결정이 반드시 청문 기록에 근거하여 내려지는지 여부에 따라, 청문을 정식청문과 비정식청문으로 나눈다. 중국 《행정처벌법》이 규정하는 청문절차는 미국의 정식청문에 상응한다. 정식청문은 미국에서 “심판형 청문”, “준사법적 청문”, “증거에 기초한 청문”, “완전한 청문”, “대조형 청문” 등으로 불린다.

다. 지방성법규, 지방정부규장 및 부분규장은 비교적 큰 금액의 과태료에 대하여 구체적인 규정을 두고 있다. 예컨대, 《후난성행정처벌절차규정》에서 규정하고 있는 큰 금액은 국민 처벌금 1,000위안 이상 (1,000위안 포함), 법인 또는 기타 조직에 대한 처벌금은 20,000위안 이상(20,000위안 포함)이다. 《통신행정처벌절차규정》에서 규정한 비교적 큰 금액은 국민처벌금은 1만위안 이상, 법인 또는 기타 조직처벌금은 10만 위안 이상이다. 《측량행정기관절차규정》에서 규정하고 있는 비교적 큰 규모의 금액은 국민에 대하여 1000위안 이상의 벌금, 법인에 대하여 10,000위안 이상의 벌금을 말한다.

3) 청문의 신청과 결정

청문절차의 개시여부는 당사자가 선택하여 결정한다. 청문범위에 해당하는 상황에 대하여, 행정기관은 반드시 당사자가 청문의 개최를 요구할 권리가 있음을 고지해야 한다. 당사자가 청문을 요구할 경우, 행정기관은 청문을 조직해야 한다. 만약 당사자가 청문신청을 제출하지 않은 경우, 행정기관은 청문을 개최할 필요가 없다.

당사자가 청문을 요구할 경우, 행정기관은 고지 후 3일 이내 제출하여야 한다.

4) 당사자 통지

행정기관은 반드시 청문 7일 전에 당사자에게 청문개최의 시간과 장소를 통지해야 한다. 통지서가 기재해야 하는 사항은 하위 법률규범에서 확장 및 구체화되는데, 예컨대 《상하이시 행정처벌청문절차 시행규정》에서 청문통지서는 반드시 다음의 사항을 기재한다고 규정하고 있다. 즉 i) 당사자 성명 또는 명칭, ii) 청문개최의 시간, 장소 및 방식, iii) 청문인원의 성명, iv) 당사자의 회피신청권의 고지, v) 당사자의 증거준비, 증인통지 등 사항의 고지.

통지서의 작용은 당사자에게 청문의 상황을 고지하는 것으로, 당사자가 충분한 준비를 하고, 행정기관과 효과적인 대항력을 형성시키기 위함이다. 따라서 행정기관은 반드시 청문과 관련된 사실문제와 법률문제를 당사자에게 통지해야 한다. 미국 《연방행정절차법》은 행정기관이 당사자에게 청문출석만을 통지하고, 청문과 관련된 사실문제와 법률문제를 통지하지 않아 당사자

가 방어를 준비하지 못하였을 경우, 행정기관이 내린 재결은 법률규정과 정당한 법률절차를 위반하여 무효가 된다. 유감스럽게도 중국은 통지서에 법정 사항이 흠결되었을 경우 야기되는 법률결과에 대한 규정은 없다.

5) 청문의 진행

청문사회자는 행정기관 내부에서 본안과 관련 없는 조사가 담당하는데, 일반적으로 당해 기관의 법제기구 인원 또는 법제업무에 종사하는 인원이 담당함으로써 사회자의 공정성을 최대한 보장할 수 있다.

청문은 공개와 구두변론원칙에 따라 시행한다. 공개원칙이란 국가비밀, 상업비밀 또는 개인의 프라이버시를 제외하고, 청문은 공개적으로 진행한다는 것을 말한다. 구두변론원칙(言词原则)이란 청문 개최시에 조사자가 제출한 당사자의 위법사실, 증거 및 행정처벌 건의에 대하여 당사자가 변론 및 대질을 할 수 있는 권리를 말한다.

청문은 다음의 몇 가지 단계로 나눈다.

- ① 사회자의 청문회 개최 선언
- ② 행정조사인원의 진술

행정조사인원은 당사자의 위법사실을 진술하고, 그 주장을 지지할 증거를 제시하며, 내리려고 하는 행정처벌결정 및 적용법률 근거를 제출한다. 《광동성 행정처벌 청문절차 실시방법》은 행정조사원의 입증책임에 대하여 명확하게 규정하고 있다. 즉 행정조사인원이 청문회에 물증을 제시하고, 서면증거를 낭독하여, 당사자가 변론 및 대질을 하게 한다. 청문회에 도착하지 못한 증인의 증언, 감정결과, 현지조사기록 및 기타 증거의 문서에 대하여서도 반드시 낭독한다. 행정조사인원은 새로운 증인신청, 새로운 증거 수집, 새로운 감정 또는 현지조사를 신청할 권리가 있다.

- ③ 당사자 변론과 증거 제출

당사자는 조사원이 제출한 자신의 위법사실, 증거 및 행정처벌 건의에 변론과 대질을 진행할 수 있다. 《광동성 행정처벌 청문절차 실시방법》은 당사

자 및 그 대리인은 새로운 증인신청, 새로운 증거수집, 재검정 또는 현지조사의 신청할 권리가 있다.

④ 청문사회자의 당사자 또는 그 대리인, 사건조사인원, 증인 및 기타 관련인원에 대한 질의

⑤ 행정조사원과 당사자간의 변론전개

변론은 다음의 주제로 전개된다. 즉 당사자의 특정 위법사실의 존재여부, 증거의 증명능력과 증명력, 적용되어야 할 법률근거, 감정 처벌의 상황의 구비여부, 최종결정의 내용 등이 있다.

⑥ 당사자의 최후 진술

⑦ 청문사회자의 청문회 종료 선언

6) 청문 중지, 종료 및 연장

소송법 규정을 참고하여, 저장성, 광동성, 상하이시, 광조우시 등의 지방성 법규와 규장에는 청문중지, 종료 및 연장제도를 규정하고 있다.

① 청문중지⁷⁹⁾

청문중지란 법정상황의 출현으로 인해 일시적으로 청문을 중지하는 것을 말한다. 청문중지의 상황이 해소된 후, 청문사회자는 청문을 재개한다.

② 청문종료⁸⁰⁾

청문종료란 법정상황의 출현으로 인해 청문을 종료하는 것을 말한다. 청문이 종료된 이후에는 청문을 재개할 수 없다.

79) 청문중지의 상황은 다음과 같다. i) 행정상대방의 사망 또는 해산으로, 권리·의무의 승계인을 기다릴 필요가 있는 경우, ii) 새로운 증인이 청문회에 도착할 필요가 있거나 또는 관련 증거에 대한 조사, 감정 또는 현지조사가 필요한 경우, iii) 행정상대방 또는 사건조사인원이 불가항력 사유로 인해 청문에 계속 참여할 수 없는 경우, iv) 기타 청문을 중지할 필요가 있는 상황.

80) 청문종료의 상황은 다음과 같다. i) 당사자사망 또는 해산 이후 일정한 기한이 만료된 이후에도, 권리·의무의 승계인이 확정되지 않은 경우, ii) 당사자가 정당한 이유가 없이 청문에 참여하지 않은 경우, iii) 기타 청문을 종결할 필요가 있는 상황.

③ 청문연장⁸¹⁾

청문연장이란 법정상황의 출현으로 인해 청문일자를 별도로 확정하는 것을 말한다.

7) 청문기록과 그 효력

청문의 전 과정은 반드시 기록하여야 한다. 행정처벌 청문기록은 다음의 사항을 기재한다. i) 사건이유, ii) 청문참가자의 성명 또는 명칭과 주소, iii) 청문사회자, 청문인원, 서기인원의 성명, iv) 청문개최시간과 장소, v) 행정조사인원이 제출한 사실, 증거 및 청문절차를 적용한 행정처벌건의, vi) 행정상대방의 진술, 변론 및 대질의 내용, vii) 기타 관련 청문내용.

청문이 종료된 후, 행정기관은 오직 청문기록에 근거하여 행정처벌결정을 하는가? 행정기관은 청문회 이외의 증거를 그 결정의 근거로 사용할 수 없는가? 미국의 정식청문은 문건 배타성의 원칙(案卷排他性原则: Principle of Files Exclusivity)을 적용하여, 행정기관은 반드시 청문기록에 근거하여 최종 결정을 내려야 한다. 중국 《행정처벌법》은 청문기록의 효력에 대한 규정이 없고, 제도적 차원에서 문건 배타성의 원칙이 확립되지 않았다. 청문기록의 효력에 대하여 이론적 차원에서 내포하는 “유일한 이론”, “중의 하나의 이론”, “중점론” 등 다양한 관점이 있다.⁸²⁾ 입법적 차원에서는 일부 부문규장과 지방정부 규장 중에 청문기록과 최종행정처벌결정 간의 관계에 대하여 명확하게 규정하여, 문건 배타성의 원칙을 채택하였다. 예컨대, 노동부가 제정한 《노동행정처벌절차규정》 제16조는 “모든 사건의 주요사실 인정과 관련된 증거는 반드시 청문에서 제시되어야 하고, 대질과 변론을 통해 인정된다. 노동부분은 청문인정을 통과하지 않은 증거를 행정처벌의 근거로 삼을 수 없다.”고 규정하고 있다. 《상하이시 행정처벌 청문절차 시행규장》 제23조 제2항은 “모든 사건의 주요사실 인정과 관련된 증거는 반드시 청문에서 제시되어야

81) 청문연장의 상황은 다음과 같다. i) 행정상대방, 본안 조사인원이 정당한 이유로 해당 장소에 참석할 수 없을 경우, ii) 행정상대방, 본안 조사인원이 일시적 회피 신청을 제출한 경우, iii) 기타 연장을 해야 할 상황이 있는 경우.

82) 杨惠基: 《(听证程序概论)》, 上海大学出版社, 1998年版, 第240 -242页。

하고, 대질과 변론을 통해 인정된다.”⁸³⁾고 규정하고, 제26조 “청문기록의 효력”은 “청문기록은 행정기관이 내린 행정처벌결정의 근거로 삼아야 한다.”고 규정하고 있다.

청문기록의 효력은 행정결정 청문제도의 핵심문제로서, 청문제도의 설계는 원래 실제결정에 대하여 공정의 추구를 효율성에 우선하도록 배치하였기 때문이다. 만약 청문의 기록이 행정기관의 결정에 대하여 어떠한 구속력이 없으면, 당사자의 주장은 결정에 반영할 수 없기 때문에 청문의 진행은 아무런 의의가 없고, 인력과 물자를 낭비하게 되며, 행정효율이 낮아지고, 당사자의 심리에 심각한 손상을 야기하며, 행정결정을 수용할 위화감이 증가하게 된다. 원가가 매우 높은 제도로서, 청문보장은 최종결정에 대한 작용의 발휘는 본 제도의 생명력의 존재요건이다.

(5) 결 정

조사종결 후, 행정기관책임자는 조사결과에 대한 심사를 진행하고, 상이한 상황에 근거하여 다음과 같이 분류하여 결정한다.

1) 행정처벌의 결정

이는 행정처벌을 받아야 할 위법행위의 상황이 존재할 경우에 적용된다. 처벌기관은 사정의 경중과 구체적 상황에 근거하여 행정처벌을 결정한다.

사정의 복잡 또는 중대한 위법행위에 대하여 비교적 중한 행정처벌을 내릴 경우, 행정기관의 책임자는 단체토론으로 결정한다.

2) 행정불처벌

위법행위가 경미하고, 법에 따라 행정처벌을 하지 않을 수 있는 상황에 적용된다.

83) 그러나 朱芒교수의 연구결과에 따르면, 상하이의 이 규정은 실시 중에서 관철시키지 못하였다. 朱芒“行政处罚听证程序制度的功能——以上海行政处罚听证制度的实施现状为分析对象”载《法学研究》2003年 第5期。

3) 당사자에 대하여 행정처벌을 해서는 안 되는 경우

위법사실이 성립하지 않은 경우에 적용된다.

4) 사법기관으로 이송

위법행위가 이미 범죄를 형성하였을 경우에 적용된다.

만약 행정처벌 결정을 할 경우, 행정처벌결정서로 작성해야 한다. 행정처벌결정서는 다음의 사항을 기재한다. i) 당사자의 성명 또는 명칭과 주소, ii) 법률·법규 또는 규장을 위반한 사실과 증거, iii) 행정처벌의 종류와 근거, iv) 행정처벌의 이행방식과 기한, v) 행정처벌결정에 불복할 경우, 행정심판의 신청과 행정소송 제기의 과정 및 기한, vi) 행정처벌결정을 내리는 행정기관 명칭과 결정기한.

행정처벌결정서는 반드시 행정처벌결정을 내린 행정기관의 날인의 있어야 하고, 날인이 없을 경우 행정처벌결정은 성립하지 않는다.

행정처벌결정서는 선언 후에는 현장에서 당사자에게 교부한다. 당사자가 현장에 없을 경우, 행정기관은 7일 이내 민사소송법의 관련 규정에 근거하여 행정처벌결정서를 당사자에 송달한다.

제 5 절 행정처벌의 집행

각종 행정처벌 중에서 과태료는 당사자가 의무를 이행하여 처벌경정의 내용을 실현할 것으로, 《행정처벌법》 제정이전에는 불공정한 과태료 문제가 상당히 중대하였기 때문에, 《행정처벌법》은 중점적으로 과태료의 집행과 관련하여 구체적인 규정은 두고 있다.

1. 과태료의 처벌결정권과 집행권의 상호 분리제도 시행

《행정처벌법》의 입법시, 실무적으로 존재하는 불공정 과태료 문제를 해결하기 위하여, 《행정처벌법》은 과태료 결정의 집행에 대하여 결정기관과 집행

기관이 상호 분리하는 제도를 규정하고 있다. 동법 제46조는 다음과 같이 규정하고 있다. 즉 과태료를 결정하는 행정기관과 과태료를 징수하는 기구는 분리하여야 한다. 현장에서 징수한 과태료를 제외하고, 행정처벌결정을 내린 행정기관 및 그 집행인원은 자신이 직접 과태료를 징수해서는 아니 된다. 당사자는 행정처벌결정서를 수령한 날부터 15일 이내에 지정된 은행에 과태료를 납부하여야 한다. 은행은 과태료를 징수하여 직접 국고에 납부하여야 한다.

은행은 과태료 수납 후 과태료를 바로 국고에 납입한다. 어떠한 행정기관 또는 개인도 여하한 형식으로 보유하거나, 사적으로 나누거나 또는 사적으로 변형해서는 아니 된다. 재정부문은 어떠한 형식으로도 행정처벌결정을 내린 행정기관에 과태료를 반환할 수 없다.

2. 벌 집행분리의 예외상황과 절차

(1) 벌 집행분리의 예외상황

처벌기관이 현장에서 과태료를 징수하는 상황은 다음의 2가지가 있다.

1) 간이절차로 처벌결정을 내리는 경우에 적용되는데, 다음의 2가지 상황이 출현할 경우, 법집행 인원은 현장에서 과태료를 수납할 수 있다. 즉 i) 법에 따라 20 위안 이하의 과태료를 부과하는 경우, ii) 현장에서 집행하지 않으면 사후에 집행이 곤란한 경우이다.

2) 변두리지역(邊遠), 수상지역(水上) 또는 교통이 불편한 지역에서 당사자가 지정된 은행에 과태료를 납입하기 곤란한 것이 명백한 경우에는 당사자의 요청에 따라 행정기관 및 그 법집행 인원이 현장에서 과태료를 징수할 수 있다. 이러한 상황은 간이절차와 일반절차 모두 적용된다.

(2) 현장에서의 과태료 징수절차

행정기관 및 그 법집행 인원이 현장에서 과태료를 징수할 경우, 당사자에게 성, 자치구 또는 직할시의 재정부문이 통일적으로 작성·발행한 과태료영수증(罰款收據)을 교부하여야 한다. 재정부문이 통일적으로 작성·발행한 과

태료 영수증을 교부하지 않은 경우, 당사자는 과태료의 납부를 거절할 권리를 가진다.

법집행 인원이 현장에서 징수한 과태료는 이를 징수한 날부터 2일 이내에 행정기관에 납입하여야 한다. 수상지역에서 현장 징수한 과태료는 항구에 도착한 날부터 2일 이내에 행정기관에 납입하여야 한다. 행정기관은 2일 이내에 과태료를 지정된 은행에 납부하여야 한다.

3. 강제집행

만약 피처벌자가 기한을 초과하여 행정처벌결정을 이행하지 않은 경우, 강제집행의 문제가 발생한다.

(1) 강제집행기관⁸⁴⁾

강제집행기관은 행정기관과 인민법원이다. 법률법규는 행정기관이 강제집행을 하도록 규정한 경우, 행정기관은 스스로 강제집행을 한다.

행정기관이 강제집행권이 가지지 않는 경우, 인민법원에 강제집행 신청을 하고, 인민법원의 심사 후 강제집행 여부를 확정한다.

(2) 강제집행 조치

《행정처벌법》 제51조는 다음과 같이 규정하고 있다. 즉 당사자가 기한을 초과하여 행정처벌결정을 이행하지 않은 경우에, 행정처벌결정을 한 행정기관은 다음에 열거한 조치를 채택할 수 있다.

- 1) 기한이 도래하여도 과태료를 납부하지 않을 경우, 매 1일당 과태료 금액의 100분의 3의 비율로써 과태료를 가산하여 징수한다.
- 2) 법률의 규정에 근거하여 봉인(查封) 또는 압류된 재물을 경매하거나 동결시킨 예금을 대체하여 과태료에 충당한다.

기타 법률에서도 강제집행 조치를 규정하고 있는데, 예컨대 《치안관리처벌법》에서 규정한 강제구류가 있다. 인민법원의 강제집행 조치는 《민사소송

84) 강제집행에 관한 상세한 설명은 본서 제9장 “강제집행” 참조.

법》의 규정을 참고한다.

(3) 강제집행의 예외

당사자에게 경제적 곤란이 있음이 명백하고, 과태료의 납부를 연기 또는 분할 납부할 필요가 있는 경우, 당사자의 신청과 행정기관의 승인을 통하여, 납부를 일시적으로 유예(暫緩)하거나 분기별로 나누어 납부할 수 있다.

제 9 장 행정강제

본장 개요

본 장은 행정강제의 특징을 소개하고, 행정강제의 수단과 운용을 줄이는 방법을 독자에게 안내하며, 행정관리의 목적을 실현하는 방법에 대하여 소개한다. 행정강제의 종류구분, 행정강제조치의 시행과 행정강제의 집행관계, 행정강제의 집행체계, 행정강제조치의 특징을 분석한다. 행정강제의 방식과 행정강제 집행절차를 설명한다.

제 1 절 행정강제 개설

1. 행정강제의 개념과 특징

행정강제(行政強制)란 행정기관이 행정관리의 목적을 실현하기 위하여 행정상대방의 인신과 재산에 강제조치를 실시하는 활동을 말한다.

1) 행정강제는 행정강제집행과 행정강제조치로 구성되는 조합적 개념(組合性概念)이다. 이들 두 제도에는 큰 차이점이 있다. 행정강제집행은 행정기관에 의한 강제집행과 인민법원에 의한 강제집행으로 나눈다.

2) 행정강제는 강제적 수단으로 행정관리의 목적을 실현하는 활동이다. 행정강제는 전형적인 행정행위에 의한 이익침해활동에 해당되고, 상대방의 승인 및 동의와 관계없이 강제기관이 일정한 제한적 조치를 채택하여 강제로 행정관리 목적을 실현하는 것을 말한다.

3) 행정강제는 상대방의 인신과 재산에 대하여 행하는 조치로서, 그 적용은 엄격한 법을 근거로 이행되어야 한다. 동시에 모든 수단을 완료한 후에 적용된다는 점에서, 행정강제는 최후에 사용되는 수단이다.

중국은 아직까지 《행정강제법》이 제정되지 않았는데, 행정강제에 관한 법률·법규는 각 단행법에 분산되어 있다. 행정강제실시에 대한 존재는 “혼란”(乱), “남용”(滥), “유연”(软) 등의 3개 방면의 문제와 관련된다.¹⁾ 전국인민대표대회 상무위원회 법제업무위원회(法制工作委员会)는 1999년 3월에 통일적 《행정강제법》 초안의 작성을 시작하였고, 2002년 4월 《행정강제법》(의견수렴안) 초안을 작성한 후에, 2005년 12월 24일 처음으로 《행정강제법초안》을 제10차 전인대 상무위원회 심의에 제출하였다.(《중화인민공화국 행정강제법》이 2011년 6월 30일의 중화인민공화국 제11기 전국인민대표대회 상무위원회 제21차 회의에서 통과되어 2012년 1월 1일부터 시행되었다. 제정된 행정처벌법은 본 서 부록의 관련 법률을 참고하기 바람-역자 주)

4) 행정강제의 실행주체는 행정기관에 한정되지 않고, 인민법원을 포함한다. 이는 행정강제의 집행이라는 점에 근거한다. 중국 《행정소송법》과 관련된 단행법 규정에 의하면, 구체적 행정행위의 강제집행권은 원칙적으로 인민법원이 행사하고, 행정기관은 오직 법률·법규의 명확한 수권이 있는 경우에만 스스로 강제집행을 할 수 있다.

2. 행정강제의 종류

행정강제가 하나의 조합성 개념이라는 점에 대하여는 학계에서 논쟁이 없다. 그러나 행정강제에 대한 개념에서 행정강제집행 이외에 어떠한 구성부분을 포함하는 지에 대하여는 이견이 존재한다. 즉 행정강제조치와 즉시강제조치 등의 개념에 대한 외연을 얼마나 포함하여야 하는지에 대한 의견대립이다.

첫 번째 관점은 행정강제를 행정강제집행과 행정조사중의 강제, 즉시강제 등의 3종류로 나눈다.²⁾ 행정강제집행은 의무주체의 행정상대방이 시행의무를

1) “혼란”은 행정강제의 난립으로 표현하는데, 통계에 의하면 약 200 여종이 있다. “남용”은 행정강제 남용을 표현하는데, 예컨대, 범위를 초월하는 차압과 봉인을 들 수 있다. “유연”이란 강제수단 부족 또는 집행법의 무력상태로 표현되는데, 불집행 또는 신속하지 않은 집행으로 표현되기도 한다.

2) 姜明安 主编：《行政法与行政诉讼法》，北京大学出版社、高等教育出版社，2005年版，第322页。

이행하지 않을 경우, 행정기관 또는 인민법원이 법에 따라 행정강제조치를 채택하고, 강제로 그 이행의무 또는 의무이행과 동일한 상태로 하게 한다. 행정조사중의 강제란 행정목적 실현하기 위하여, 행정주체가 직권에 따라 일정한 범위내에서 행정상대방에게 진행하는 것으로, 상대방의 권익에 영향을 주는 조사와 이해 등을 위한 정보수집활동 등을 말한다. 즉시강제란 행정주체가 당장 직면한 긴급상황에 대하여 즉각적인 명령을 공포하거나 또는 비록 명령공포의 여유는 있지만 공포명령이 오히려 예기된 행정목적 달성이 어렵게 할 경우, 행정상 필요한 상태를 야기하기 위하여 행정기관이 상대방의 의무불이행을 전제하지 않으면서도 상대방의 인신, 자유 및 재산에 대하여 강제하는 활동 또는 제도를 말한다.

두 번째 관점은 행정강제를 행정강제집행과 행정강제조치로 나눈다. 행정강제집행에 대한 의미는 상술한 첫 번째 관점과 동일하다.³⁾ 행정강제조치 또는 즉시강제는 국가행정기관 또는 법률법규에 의해 수권을 받은 조직이 현재 발생중인 또는 발생 가능한 위법행위, 위험상태 및 유익하지 않은 결과를 예방하거나 방지하기 위하여 또는 증거보전과 사건조사업무의 순조로운 진행을 확보하기 위하여, 상대방의 인신의 자유와 재산 등에 대하여 강제적 제한을 행하는 구체적 행정행위를 말한다.

세 번째 관점은 가장 광의적 개념으로 행정강제조치를 사용하는데, 이 관점에 따르면 행정강제조치와 非행정강제조치는 상대적으로 행정주체가 행정법률 집행과정에서 채택하는 각종 강제적 수단과 방법을 말한다. 이러한 강제성 수단과 방법은 의무내용을 강제적으로 실현하는 행정강제집행(직권에 따른 행정기관의 강제집행)에서 사용될 수 있거나 또는 일상적 행정관리과정에서 위법행위와 위해한 사건을 통제, 조사, 억제하기 위해 사용될 수 있다.⁴⁾

학계에서는 다른 의미의 행정강제, 행정강제조치, 즉시강제 등 개념을 사용하고 있다. 따라서 《행정강제법초안》의 행정강제유형에 대하여 명확하게 규정을 하였다. 동 초안 제2조의 규정에 따르면, 행정강제조치와 행정강제집행이라는 두 가지 유형을 포함한다. 즉, i) 행정강제조치란 행정기관이 행정

3) 方世荣 主编：《行政法与行政诉讼法学》，中国政法大学出版社，2002年版，第183页。

4) 傅士成：《行政强制研究机》，法律出版社，2001年版，第266页。

관리 실행과정에서 법에 따라 국민의 인신자유를 일시적으로 제한하거나 또는 국민, 법인 또는 기타 조직의 재산을 일시적으로 제한하는 조치이다. ii) 행정강제집행이란 행정기관 또는 행정기관이 신청한 인민법원이 법률효력이 발생한 행정결정을 이행하지 않은 국민, 법인 또는 기타 조직에 대하여 법에 따라 이행의무를 강제하는 행위이다.

입법적 사고와 통일될 수 있도록, 본 서에서는 《행정강제법초안》의 분류를 수용하고 있다.

제 2 절 행정강제집행

1. 행정강제집행의 개념과 특징

행정강제집행이란 행정기관 또는 행정기관이 신청한 인민법원이 기한을 초과하여도 법적 효력이 발생한 행정결정을 이행하지 않은 국민, 법인 또는 기타 조직에 대하여 법에 따라 강제조치 또는 그 이행의무를 강제하거나 또는 의무이행에 상응하는 상태를 이행하도록 하는 행위를 말한다.

1) 행정강제집행은 국민, 법인 또는 기타 조직이 기한을 초과하여도 법적 효력이 발생한 행정결정을 이행하지 않는 것을 전제조건으로 한다. 이 특징을 이해하려면 다음과 같은 점을 파악해야 한다. 즉, i) 행정강제집행의 근거는 효력있는 행정결정이다. 효력있는 행정결정의 존재는 행정강제집행 발생의 전제조건이다. 따라서 독일행정법에서 집행근거가 되는 행정결정은 기초적 행정행위로 칭해지고, 행정강제집행은 집행적 행위로 칭해지기도 한다. 행정강제집행은 직접적으로 근거법률 규범에 따라 내려질 수 없다. ii) 당사자가 기한내에 의무를 불이행하여야 한다. 만약 행정결정을 기한내에 이행한 경우에는 강제집행을 할 수 없다. iii) 상대방은 의무를 이행할 능력과 조건을 구비하여야 한다.

2) 행정강제집행의 주체는 인민법원과 행정기관을 포함한다. 행정기관은 오직 법률·법규에 의해 행정강제 집행권이 부여된 경우에만 강제집행이 가능하고, 그렇지 않으면 인민법원에 강제집행을 신청하여야 한다.

3) 행정강제집행은 상대방에게 새로운 의무를 설정하지 않고, 목적은 당사자의 이행의무 또는 이행한 것과 동일한 상태를 달성하도록 함으로써 행정관리의 목적을 실현하는데 있다. 따라서 일부 학자는 이를 “이차행위”(二次行为)로 이해하고 있다.⁵⁾

행정강제집행은 인력과 물자의 낭비를 야기하고, 행정강제집행이 빈번할수록 행정비용은 상승하게 된다. 따라서 행정강제집행을 규율하는 동시에 행정강제집행의 발생을 어떻게 감소시킬 것인가가 역시 관심의 대상이다.

4) 행정강제집행은 행정기관의 의무이다. 행정결정 이후에, 서면으로 당사자의 의무를 확정하고 당사자가 의무를 이행하게 되면 행정관리의 목적은 실현하게 된다. 만약 당사자가 의무를 불이행한 경우, 행정기관은 반드시 강제집행권에 근거한 강제집행 또는 인민법원에 강제집행을 신청할 수 있다.

2. 행정강제 집행체계

행정강제 집행체계란 행정강제집행권의 주체 배치를 말한다. 어떤 국가는 행정강제집행권을 행정기관에 부여하여 행정집행체계를 형성하고 있고, 어떤 국가는 행정강제집행권을 주요 법원에 부여하여 사법집행체계를 형성하기도 한다.

(1) 외국의 행정강제 집행체계

학계 일반에서 외국의 행정강제 집행체계는 사법집행형 모델과 행정집행형 모델이라는 두 종류로 나눈다.

1) 사법집행형 모델

사법집행형 모델이란 법원이 강제집행권을 행사하여 형성하는 강제집행체계를 말한다. 이 모델은 결정권 주체와 집행권 주체가 분리된다. 강제집행은 보통 당사자의 인신권과 재산권에 관련되는데, 사법집행형 모델은 당사자의 권익보호에 중요한 의의를 가진다. 사법집행형 모델의 구분은 상대적인데,

5) (台)涂怀莹：《行政法原理》，五南图书出版公司，1986年版，第573页。

이러한 유형에 해당되는 국가라고 해도 모든 행정결정을 법원이 강제집행하지는 않는다. 행정기관은 특정 상황에서 여전히 강제집행권을 가지고 있지만, 적용사례가 매우 제한적일 뿐이다. 따라서 이러한 모델을 채택하고 있는 국가가 전부 행정결정은 아니고, 법원이 강제집행을 하며, 행정기관은 특정 상황에서 여전히 강제집행권 있다. 다만, 적용상황은 매우 한계가 있다.

미국도 이러한 모델에 속한다. 미국은 권력분립이론에 기초하고 있다. 원칙적으로는 법원이 강제집행을 하는데, 이는 사법권에 의해 행정권을 제약함으로써 행정권의 남용을 방지하고 있다. 구체적으로 행정기관이 법원에 소송을 제기하고, 법원은 집행소송절차에 따라 행정결정의 강제집행 여부를 결정한다. 당사자가 만약 법원의 판결을 이행하지 않을 경우, 법원은 법정모독죄(藐視法庭罪)로 벌금 또는 감금에 처한다. 어떤 법률은 행정기관에 행정벌을 부과할 수 있는 권리를 부여하여, 행정기관이 불이행의무의 당사자에게 행정벌을 부과하여 이행의무를 촉구하기도 한다. 만약 당사자가 의무를 이행하지 않을 경우, 행정기관은 법원에 소송을 제기할 수 있다. 만약 다음 4가지의 상황이 발생할 경우, 행정기관은 스스로 강제집행을 할 수 있다.⁶⁾ 즉 i) 국세납입의무가 있는 재산에 대한 차압, ii) 외국인의 국외추방, iii) 위생행위 방해에 대한 배척, iv) 안전질서양해에 대한 배척 등.

2) 행정집행형 모델

행정집행형 모델이란 사법의 역량을 빌리지 않고, 행정기관이 강제집행권을 행사하여 형성된 강제집행체계를 말한다. 이 모델은 결정권 주체와 집행권 주체가 모두 행정기관이라는 특징이 있지만, 결코 동일한 행정기관이라는 것은 아니다. 행정집행형 모델의 기초이론은 행정강제집행권이 행정결정권의 자연적 확장이라는 데 근거하기 때문에, 행정권은 집행권을 포함한다. 이때 강제집행은 반드시 행정기관에서 실행한다. 이러한 모델은 행정효율을 제고하고, 신속하게 행정목적 실현하지만, 당사자의 권리를 쉽게 침해할 수 있다. 독일과 일본 모두 이런 모델에 속한다.

독일이 1953년 제정한 《연방행정집행법》은 연방행정기관이 집행을 강제

6) 姬亚平：“行政强制模式研究及选择”载《理论导刊》，2004年 第9期。

하는 기본법이다. 동 법은 총 4장 22개조로 구성되어 있는데, 강제집행의 주체, 집행조건, 집행내용 및 방법, 집행절차, 구제제도 등의 내용을 규정하고 있다. 이후 독일은 1963년 《연방관리의 공법권력 행사에 관한 간접강제법》을 제정하였다. 《연방행정집행법》에 근거하여, 행위, 용인 또는 부작위 행정에 대하여는 구체적 행정행위를 한 기관이 집행하게 된다. 화폐채권의 집행기관에는 두 종류가 있다. 하나는 관련 부문의 최고 연방행정기관이 연방 내 무부장관의 동의를 얻어 지정하는 행정기관, 다른 하나는 연방재정 및 세무관리부문의 집행기관이다.

일본은 일찍이 1900년 《행정집행법》을 제정하여, 행정기관의 강제집행권을 넓게 부여하였다. 상대방이 행정결정으로 설정된 의무를 이행하지 않을 경우, 행정기관은 스스로 강제집행을 할 수 있다. 강제집행의 종류는 대집행, 집행법, 직접강제와 행정상의 강제징수 등으로 구분된다.⁷⁾ 그러나 《행정집행법》의 시행과정에서, 국민의 권리와 자유에 대한 침해형태가 비교적 많이 발생하였는데,⁸⁾ 이는 2차 대전이후의 《일본헌법》이 확립한 기본인권의 존중과 법치국가원리와는 상호배치되는 부분이었다. 1948년 일본은 《행정집행법》을 폐지하고, 행정강제집행에 관한 문제는 단행법을 통해 규정하고 있다. 대체 가능한 의무와 관련하여, 일본은 1948년 《행정대집행법》을 제정하여 규율하고 있다.

(2) 중국의 행정강제 집행체계

중국의 행정강제 집행체계는 《행정소송법》과 단행법률·법규를 통해 규정되고 있다. 《행정소송법》 제66조는 “국민, 법인 또는 기타 조직이 구체적 행정행위에 대하여 법정기한내에 소송제기를 하지 않거나 이행하지 않으면, 행정기관은 인민법원에 강제집행을 신청 할 수 있고, 법에 따라 강제집행 할 수 있다.”고 규정하고 있다. 이 규정은 이전에 단행 행정관리법률에 있던 행정강제권에 대한 규정을 수용하고 있는데, 《행정소송법》이후의 단행법 상의 행정강제권에 대한 규정과도 상호일치하고 있다.⁹⁾ 현행 법률규정에 근거하

7) [日]盐野宏著, 杨建顺译: 《行政法》, 法律出版社, 1999年版, 第161页。

8) [日]盐野宏著, 杨建顺译: 《行政法》, 法律出版社, 1999年版, 第159页。

여, 중국의 행정강제집행의 실시는 인민법원과 행정기관으로 이원화되어 있다. 행정기관에게 행정강제 집행권을 부여한 법률·법규가 많지 않기 때문에, 인민법원에 강제집행을 신청하는 것을 중심으로 형성되어 있다. 따라서 중국의 행정강제 집행체제는 “인민법원에 강제절차신청을 원칙으로 하고, 예외적으로 행정기관 스스로 강제집행을 한다.”고 설명할 수 있다.

다양한 상황에서 행정결정의 결정기관과 집행기관은 서로 분리되어 있는데, 인민법원에 강제집행권을 부여하는 것은 다음과 같은 장점이 있다. i) 행정기관의 행정직권 남용 방지에 유리하다. ii) 국민, 법인 또는 기타 조직의 권익 보호에 유리하다. iii) 인민법원은 전문적인 집행기구와 집행인원이 있어 행정결정의 집행에 유리하다. 따라서 전문적이고 기술적 성격이 강한 특정상황에서는 행정기관에 강제집행권을 부여하는 것이 적절하고, 이 경우 인민법원이 강제집행을 하는 것은 적절하지 않을 수 있다.

3. 행정강제집행의 종류

(1) 직접 강제집행과 간접 강제집행

강제집행의 조치가 행정결정의 내용을 직접 실현할 수 있는가를 기준으로 행정강제집행은 직접 강제집행과 간접 강제집행으로 구분할 수 있다. 이는 행정강제에 대한 가장 중요한 분류이기도 하다.

1) 직접 강제집행

직접 강제집행이란 집행기관이 피집행자의 인신과 재산에 직접 강제조치를 실행하고, 피집행자로 하여금 의무를 이행하게 하거나 또는 의무를 이행

9) 《조세징수관리법》 제88조 제3항은 “당사자가 세무기관의 처벌결정에 대하여 기한이 지나도록 행정심판을 신청하지 않고 인민법원에 제소하지도 않으면서 처벌결정을 이행하지 않을 경우, 처벌결정을 내린 세무기관은 본법 제40조에 정한 강제집행 조치를 취하거나 인민법원에 강제집행을 신청할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 《식품위생법》 제50조는 “당사자가 기한내에 행정심판의 신청 또는 인민법원에 제소하지 않고 또한 행정처벌결정을 이행하지 않을 경우, 처벌결정기관은 인민법원에 강제집행을 신청할 수 있다.”고 규정하고 있다.

한 것과 동일한 상태에 이르게 하는 것을 말한다. 예컨대, 《조세징수관리법》의 통지에 의해 계좌개설은행은 납세자에게 예금계좌에서 세금을 공제할 것을 통지할 수 있도록 하고 있다.¹⁰⁾

직접 강제집행은 행정관리의 목적을 신속하게 실현하는데 도움을 준다. 그러나 피집행자의 인신권과 재산권을 집행대상으로 삼는다는 점에서, 부당한 사용이 있을 경우 상대방의 권리는 매우 심각하게 침해받을 수 있다. 따라서 법률은 일반적으로 직접강제집행에 대한 적용조건과 절차에 대하여 매우 엄격한 규정을 두고 있다. 일반적으로 대집행과 집행벌을 채택할 수 없을 경우, 또는 대집행이나 집행벌을 채택하였으나 집행목적은 달성할 수 없을 경우에만 직접강제집행을 적용하도록 하고 있다.

2) 간접 강제집행

간접 강제집행이란 간접적인 강제수단을 통해 상대방으로 하여금 의무의 이행을 촉구하거나 또는 이행한 것과 동일한 상태에 이르게 하는 것을 말한다. 간접 강제집행은 대집행과 집행벌을 포함한 2종의 방식이 있다.

간접 강제집행의 강제역량은 직접 강제집행보다 약하고, 당사자 권리에 대한 영향 정도 또한 직접 강제집행보다 낮다는 점에서, 강제집행 발생할 경우 우선 간접 강제집행을 선택한다.

(2) 행정기관 강제집행과 인민법원에 신청한 강제집행

강제집행의 주체로 기준으로 할 때, 행정강제집행은 행정기관 강제집행과 인민법원에 신청하는 강제집행으로 나눌 수 있다. 양자는 각각 서로 다른 강제집행 절차를 따른다.

10) 《조세징수관리법》 제40조는 다음과 같이 규정하고 있다. 즉 “생산경영에 종사하는 납세자와 원천징수의무자가 납기내에 세금을 납부 또는 결산납부하지 않거나, 납세보증인이 규정한 기한내에 보증한 세금을 납부하지 않아 세무기관에서 기한내에 납부토록 명령했으나 기한을 초과하여 납부하지 않을 경우, 세무기관은 현금 이상 세무국(분국) 국장의 승인을 거쳐 다음과 같은 강제집행조치를 취할 수 있다. i) 서면으로 계좌개설은행 또는 기타 금융기구에 통지하여 예금중 세금을 공제하도록 한다. ii) 납부할 세금에 상당하는 가치의 상품, 화물, 또는 기타 재산을 압류 봉인하여 공매 또는 매각한 후, 그 매각대금으로 세금에 충당한다.

1) 행정기관 강제집행

법률·법규가 행정기관에 강제집행권을 부여한 경우, 행정기관은 스스로 강제집행을 할 수 있다. 현재 《행정강제법》이 아직 제정되어 있지 않기 때문에, 행정기관 강제집행의 절차규정은 단행법률을 통해 규정한다. 《행정강제법 초안》 제4장은 별도로 행정기관의 강제집행절차에 대하여 규정하고 있다.

2) 인민법원에 신청한 강제집행

법률·법규가 행정기관에게 강제집행권을 부여하지 않은 경우, 행정기관은 인민법원에 강제집행을 신청할 수 있다. 《최고인민법원의 〈행정소송법〉 집행에 관한 몇 가지 문제에 대한 해석》은 행정기관이 인민법원에 신청하는 강제집행절차에 대하여 구체적 규정을 두고 있다. 《행정강제법초안》 제5장은 특히 인민법원에 신청하는 강제집행의 절차에 대하여 규정하고 있다.

(3) 금전지급의무의 강제집행과 행위의무의 강제집행

집행근거가 되는 행정결정이 확정된 의무내용을 기준으로 행정강제집행은 금전지급의무에 대한 강제집행과 행위의무에 대한 강제집행으로 구분된다.

1) 금전지급의무의 강제집행

행정결정이 상대방의 금전지급의무를 확정하고, 상대방이 지급시한을 초과하여 지급하지 않은 경우, 집행기관은 그 지급을 강제하게 된다. 예컨대, 당사자가 기한을 초과하여도 벌금을 납부하지 않은 경우, 납세자가 기한내에 납세의무를 이행하지 않은 경우 등은 모두 금전지급의무에 대한 강제집행이 발생한다. 금전지급의무의 강제집행은 통상적으로 집행벌을 적용하게 된다. 즉 당사자에 대하여는 일수에 따른 벌금가중 방식으로 당사자의 금전납부를 촉구한다.

2) 행위의무의 강제집행

행정결정이 상대방에게 일정행위를 명령하거나 또는 일정행위를 금지하는 경우, 상대방이 작위 또는 부작위 의무를 이행하지 않으면 집행기관은 그 이

행을 강제하게 된다. 작위의무를 이행하지 않은 경우라 함은 행정기관이 법에 따라 방해배제, 원상회복 등의 의무를 행하도록 행정결정을 하였으나 당사자가 기한내에 이행하지 않은 경우, 행정기관은 이해관계가 없는 기타 조직에 그 이행을 대행하게 하도록 위임하는 상황 등을 말한다. 부작위 의무 불이행이라 함은, 행정기관이 법률과 행정법규의 규정에 따라 위법행위 또는 위법조직에 대하여 적발하는 행정결정을 행한 것으로, 이를 공고하고 그 활동의 중지를 명령하였으나 위법행위자가 그 활동의 중지를 거부한 경우, 법에 따라 강제집행을 하는 경우를 말한다.

4. 행정강제집행의 방식

(1) 간접 강제집행의 방식

1) 대집행

대집행(代執行)은 대이행(代履行)이라고도 한다. 의무자가 행정결정이 확정된 의무를 이행하지 않을 경우, 타인을 통해 의무를 이행하게 하는 제도로써, 행정기관은 스스로 이행하거나 제3자를 통해 이행하게 할 수 있고, 의무자가 해당 이행비용을 부담하여야 하는 강제집행 방식이다. 대집행은 다음과 같은 특징이 있다. 즉, i) 의무는 피집행인 이외의 타인을 통해 대체이행을 할 수 있다. 불법건축철거의 경우를 예로 들 수 있다. 강제구류나 벌금납입 등과 같이 대체가 불가능한 의무이행에는 대집행이 적용되지 않는다. 이 외에도, 대집행은 작위의무에만 적용되고, 생산정지·영업정지와 같은 부작위 의무에는 적용되지 않는다. ii) 타인이 이행을 대리하는 “타인”은 행정기관일 수 있고, 제3자일 수 있다. iii) 대집행으로 발생하는 비용은 의무자가 지급한다.

《행정강제법초안》에서 대집행은 다음과 같은 절차에 따라 진행되도록 규정하고 있다. i) 대집행의 대상, 방식, 일자, 장소 및 대리 이행인을 송달하고 공고한다. ii) 대집행 3일 전에 당사자에게 이행을 재촉하고, 당사자가 이행할 경우 대집행을 정지한다. iii) 대집행의 경우, 이를 결정한 행정기관은 현장에 사람을 파견하여 감독한다. iv) 대집행을 완료한 경우, 행정기관과 대집행인, 당사자 또는 증인은 반드시 집행서에 서명한다. 대집행비용은 당사

자가 부담한다. 다만, 법에서 달리 규정하고 있는 경우는 예외로 한다.

2) 집행벌

집행벌(執行罰)은 강제금(強制金)이라고도 하는데, 의무자가 기한내에 행정결정의무를 이행하지 않을 경우, 일자에 따라 벌금이나 체납금을 일정하게 추가하고,¹¹⁾ 의무자 스스로 신속히 의무를 이행하도록 재촉하는 강제집행 방식이다. 집행벌의 목적은 의무자에 대한 제재를 위해서가 아니라, 새로운 금전지급의무를 통하여 신속하게 행정결정을 이행하는데 있다. 이는 집행벌과 행정처벌의 가장 근본적인 차이점이다.¹²⁾ 집행벌의 특징은 다음과 같다. 즉 i) 집행벌은 보통 금전지급의무의 불이행에 적용된다. 벌금을 납부하지 않은 경우, 매일 벌금액의 3%를 가산하게 된다. 기한내에 관세, 세수, 사회보험료, 산업재해보험료, 무선주파수 점용비, 도시생활쓰레기 처리비 등을 납부하지 않은 경우 등은 모두 일정하게 비례하는 체납금을 납입해야 한다.¹³⁾ ii) 집행벌의 기준은 반드시 법률을 통해 명확하게 규정하여야 한다. 집행벌은 피집행인에게 새로운 금전지급의무를 설정한다는 점에서, 명확한 집행벌의 기준을 확정하여야 하고, 일반적으로 피집행인이 납부하여야 하는 금전의 일정 비율을 근거로 책정한다. 예컨대 《행정처벌법》은 기한내에 벌금을 납부하지 않은 경우, 매일 벌금액의 3%를 벌금에 가산하도록 규정하고 있다. 《조세징수관리법》 제32조는 납세자가 규정에 근거한 기간내에 세금을 납입하지 않았을 경우, 원천징수 의무자가 규정한 기한내에 세금납입을 해결하지 않을

11) 《행정처벌법》 제51조는 다음과 같이 규정하고 있다. 즉 당사자가 기한의 도과에도 불구하고 행정처벌결정을 이행하지 않은 경우에 행정처벌결정을 한 행정기관은 다음 각 호에 열거한 조치를 강구할 수 있다. i) 기한이 도과하여도 과태료를 납부하지 않은 때는 매 1일당 과태료 금액의 100분의 3의 비율로써 과태료를 가산하여 징수한다. 《장수성 도시미화 및 환경 위생관리 조례》 제53조는, “도시생활쓰레기 처리비 미납은 매 1일당 1000분의 3의 비율로써 과태료를 가산하여 징수한다. 납부를 거부할 경우, 법에 따라 인민법원에 집행을 신청한다.”

12) 집행벌과 행정처벌 차이점은 본서 제7장 “행정처벌” 부분 참조.

13) 《수출입관세조례》 제37조는 “납세의무인은 반드시 스스로 세관이 납세서를 발급한 날로 15일 이내에 지정은행에 세금을 납입해야 한다. 납세의무자가 기한내에 납입하지 않을 경우, 체납된 날로부터 매 1일당 체납금의 5/10000의 체납금을 부가한다.”고 규정하고 있다.

경우, 세무기관은 납부 기한을 명령한 경우를 제외하고, 세금을 체납한 날로부터 매일 체납금의 5/10000를 추가한다. iii) 집행벌은 일자로 계산하고, 피집행인이 이행의무를 종료할 때까지 한다. 이는 집행벌이 행정처벌과 다른 점이다.

《행정강제법초안》은 집행벌 시행후 30일을 초과하고도 당사자가 여전히 의무를 이행하지 않거나 집행벌을 채택할 수 없을 경우, 행정강제 집행권이 있는 행정기관은 행정결정을 이행하지 않은 당사자에 대하여 은행계좌로 부터의 집행, 재물의 경매압류나 차압 등의 직접 강제집행방식을 시행할 수 있다.

(2) 직접 강제집행의 방식

직접 강제집행은 일반적으로 단행 업종관리 입법을 통해 규정되고 있는데, 구체적인 방법은 해당 영역의 관리 특징을 고려하여 규정하고 있다.

일부 강제집행방식은 피집행인 인신이나 재산에 대하여 행해지는데, 인신에 대하여는 《치안관리처벌법》상의 강제구류, 《병역법》이 규정하는 강제병역복무 등을 들 수 있다.

또한 피집행인의 재산에 대하여 행하기도 하는데, 예컨대 《조세징수관리법》이 규정하는 피집행인의 예금에서 세금을 징수하는 방식, 《세관법》상의 과세할 화물의 매각 등을 통한 납입세금을 환급 등의 방식을 들 수 있다.

(3) 《행정강제법초안》 규정의 강제집행방식

현재 행정강제 방식은 단행법으로 규정되어 있는데, 종류 또한 다양하다. 《행정강제법초안》 제11조는 4종류의 집행방식을 규정하고 있다. 즉, i) 방해요소 배제와 원상회복 등 의무의 대집행, ii) 추가 벌금 또는 체납금에 대한 집행벌, iii) 예금으로부터 징수, 이체, 유가증권의 태환, iv) 차압 또는 압류재물의 경매나 법에 따른 처리 등이 있다. 해당 조항은 전술한 4가지 유형의 방식 외에 법이 규정하는 기타의 강제집행 방식을 모두 포함하고 있다.

상술한 4가지 유형의 방식에서, 전자의 두 유형은 간접 강제집행의 범위에 속하며, 후자의 두 유형은 직접 강제집행 방식에 속한다. 《행정처벌법》의 처벌종류에 관한 수권법률, 행정법규가 처벌유형을 달리 규정하는 것과 달

리, 《행정강제법초안》은 법률이 집행방식을 달리 규정할 권한이 있다고만 규정하고 있다. 이러한 법률은 전인대와 전인대 상무위원회가 제정하는 법률에만 나타난다.

5. 행정강제집행의 절차

(1) 행정기관 강제집행의 절차

정당절차는 행정권의 정당한 행사를 규율하고, 상대방의 권리를 보호하는 중요한 체계이며, 행정기관의 강대한 행정권력 집행권은 오직 정당한 절차를 준수하면서 행사될 수 있고, 상대방의 권리침해를 효과적으로 방지할 수 있게 된다. 중국의 현행 법률은 행정강제 집행절차에 대한 규범이 부족하고, 절차성 규정 또한 매우 빈약하다. 피집행인의 집행과정에서의 절차권리에 대한 규정은 더욱 적다. 예컨대 《조세징수관리법》은 세무기관의 강제집행에 대한 구체적 조치를 규정하고 있지만, 세무기관이 어떻게 이러한 조치를 시행하여야 하는지에 대하여는 규정을 두고 있지 않다. 《행정강제법초안》의 가장 중요한 내용은 행정강제집행의 절차를 규율하는 것인데, 제4장은 전문적으로 행정기관의 강제집행절차를 규정하고, 제5장은 인민법원에 신청하는 강제집행절차를 규정하고 있다. 《행정강제법초안》이 규정하는 행정기관의 강제집행절차에는 다음과 같은 절차를 포함하고 있다.

1) 행정강제집행 결정전에 당사자에 대한 최고의 독촉

최고(催告) 독촉은 경고(告誡)하고 한다. 행정기관은 강제집행조치 실행 전에 당사자 스스로 이행의무를 하도록 요구한다. 만약 최고의 독촉을 통하여 당사자가 의무를 이행하였을 경우, 강제집행을 시행하지 않는다.

최고는 서면의 형식으로 다음의 내용을 명확하게 기록하여야 한다. 즉 i) 당사자가 스스로 의무를 이행하여야 할 명확하고 합리적 기한, ii) 강제집행 방식, iii) 금전납부가 필요한 경우, 정확한 금액과 납부방식, iv) 당사자가 법에 근거하여 향유하는 권리 등이 있다.

2) 피집행인의 의견청취

당사자는 최고서를 받은 후에 진술 및 항변을 진행할 권리가 있다. 행정기관은 반드시 충분히 당사자의 의견을 청취하고, 제시한 사실, 이유 및 증거를 기록하고 대조한다. 피집행인이 제출한 사실, 이유 또는 증거가 성립할 경우, 행정기관이 반드시 채택해야 한다.

3) 행정강제 집행결정

최고를 통하여 당사자가 기한내에 여전히 행정기관의 결정을 이행하지 않을 경우, 행정기관은 행정강제 집행결정을 할 수 있다. 행정기관의 행정강제 집행결정은 반드시 서면형식으로, 다음의 사항을 명시해야 한다. 즉 i) 당사자 성명 또는 명칭, 주소, ii) 행정강제집행의 사실과 근거, iii) 행정강제집행의 방식과 기한, iv) 행정심판 또는 행정소송의 제기 경로와 기한, v) 행정기관의 명칭, 인장 및 일자 등이 있다.

4) 행정강제 집행결정서의 송달과 강제집행 실시

행정강제 집행결정서는 집행시에 현장에서 당사자에게 교부한다. 당사자가 현장에 없을 경우, 민사소송법의 관련 규정에 따라 집행 5일 이내에 송달한다.

행정기관이 강제집행을 시행할 경우, 구체적 시행규칙은 관련 강제집행조치에 따라 확정한다. 《행정강제법초안》은 금전지급의무, 작위와 부작위의무의 집행에 대하여 각각 규정하고 있다.¹⁴⁾

14) 상세한 규정은 《행정강제법초안》 제4장제2절 및 제3절을 참고. 초안에는 두 가지 조항에 주의할 만하다. 첫째는 제43조로서, “행정강제집행은 야간 및 법정공휴일에 실시 할 수 없다. 다만, 긴급 상황 또는 당사자가 동의할 경우 예외로 한다.” 둘째는 제44조로서, 행정기관은 급수, 전기공급, 난방, 가스제공 등을 중지하는 방식으로 당사자에게 관련 행정결정을 이행하도록 강요하지 못한다. 이 두 조문 규정은 실제로 존재하고 있는 집행현상에 대한 규정이다. 이 두 조항 규정하는 내용은 반드시 법치정부의 필수요건이고, 법치행정의 필연적인 정의이며, 입법에서 이와 같이 통속적으로 추가할 필요가 없다. 다만, 실제로 이런 종류의 현상이 적지 않아, 입법은 이와 같이 규정하고 있다.

(2) 인민법원에 대한 강제집행의 신청

인민법원에 강제집행을 신청하는 절차는 《최고인민법원의 〈중국 행정소송법〉 집행에 관한 몇 가지 문제에 관한 해석》에서 규정하고 있다. 《행정강제법초안》 제5장은 인민법원에 강제집행을 신청하는 절차를 특별히 규정하고 있다. 이들 양자의 규정에는 다른 점이 있는데, 만약 《행정강제법초안》이 통과된다면, 《행정강제법》의 규정이 적용될 것이다. 다만, 현재는 여전히 《최고인민법원의 〈중국 행정소송법〉 집행에 관한 몇 가지 문제에 관한 해석》이 적용된다.

1) 인민법원에 대한 강제집행신청의 사항

당사자가 기한내에 행정심판을 신청하지 않거나 또는 행정소송을 제기하지 않았음에도 불구하고 행정결정을 이행하지 않은 경우, 다음의 상황에 대하여는 인민법원에 강제집행을 신청한다. 즉, i) 법률·법규가 행정기관에 강제집행권을 부여하지 않은 경우, ii) 법률·법규가 행정기관에게 법에 따른 강제집행을 할 수 있도록 규정하면서도, 인민법원에 강제집행을 신청할 수 있도록 한 경우 등이 있다. 행정기관이 인민법원에 강제집행을 신청하는 경우, 인민법원은 법에 따라 수리할 수 있다.

《행정강제법초안》은 행정기관이 인민법원에 강제집행을 신청하기 전에 서면의 최고절차를 추가하고 있는데, 행정기관이 인민법원에 강제집행을 신청하기 전에는 당사자에게 서면으로 최고를 송달함으로써 당사자에게 의무를 이행하도록 최고하여야 한다. 최고 발부 10일후에, 당사자가 여전히 의무를 이행하지 않은 경우, 행정기관은 인민법원에 강제집행을 신청할 수 있다.

2) 신청자료

행정기관은 반드시 신청집행서, 집행근거의 행정법률문서, 구체적 행정행위의 합법적 증명자료, 피신청인 재산상태 및 기타자료를 반드시 제출한다.

3) 법원신청수리의 조건

최고인민법원의 《〈중국행정소송법〉 집행에 관한 몇 가지 문제에 관한 해석》 제86조는 행정기관의 신청이 다음과 같은 조건에 부합하는 경우, 인민법원은 수리하여야 한다고 규정하고 있다. 즉 i) 구체적 행정행위가 법에 따라 인민법원이 집행할 수 있을 것, ii) 구체적 행정행위가 이미 발생하였고, 집행가능한 내용일 것, iii) 신청인이 해당 구체적 행정행위를 내린 행정기관이거나 법률·법규, 규칙이 수권한 조직일 것, iv) 피신청인은 구체적 행정행위가 확정된 의무자일 것, v) 피신청인이 구체적 행정행위가 확정된 기한내 또는 행정기관이 달리 정한 기한내에 의무를 이행하지 않았을 것, vi) 신청인이 법정 기한내에 신청을 하였을 것 등이 있다. 행정기관은 반드시 피집행인의 법정제소 기한만료일로부터 180일 이내에 신청하여야 한다. 신청기한이 지난 경우 정당한 이유가 있는 경우를 제외하고, 인민법원은 수리하지 않는다. vii) 집행이 신청된 행정 사안이 집행신청이 수리된 인민법원의 관할에 속할 것 등이 있다.

4) 관할법원

신청인 소재지의 기층 인민법원에서 수리한다. 집행대상이 부동산인 경우, 부동산 소재지의 기층 인민법원이 수리한다. 기층 인민법원이 집행이 곤란하다고 판단할 경우, 상급 인민법원에 집행을 신청할 수 있다. 상급 인민법원은 그 집행을 결정할 수 있고, 또한 하급 인민법원으로 하여금 집행하도록 할 수 있다.

5) 인민법원의 심사와 판결

인민법원은 신청수리 후 30일 이내 행정심판정에 합의부를 구성하고, 구체적 행정행위에 대한 합법성을 심의하고, 동시에 강제집행을 행할지 판결하여야 한다.

강제집행에서 합법성 심의는 인민법원이 소송과정에서 구체적 행정행위에 대하여 행하는 합법성 심의와 상이하고, 그 기준 또한 상이하다. 강제집행에

서의 심의는 “명확한 위법”이라는 기준을 적용한다. 다음과 같은 상황이 발생할 경우, 인민법원판결은 집행할 수 없다. 즉 i) 명확한 사실근거의 부족, ii) 명확한 법률근거의 부족, iii) 기타 명확하게 위법하고 피집행인의 합법적 권익을 훼손하는 경우 등이 있다. 위의 3가지 상황이 아닌 경우, 인민법원은 강제집행을 판결한다.

《행정강제법초안》은 인민법원 심의과정에서 피집행인의 의견을 청취하도록 규정을 추가하고 있다. 인민법원은 다음과 같은 명확한 위법사항이 나타날 경우, 피집행인의 의견을 청취할 수 있고, 행정결정을 행한 사실, 이유, 근거 등에 대한 조사를 진행할 수 있다. 즉, i) 사실근거의 부족, ii) 법률근거의 부족, iii) 기타 명확하게 위법하고 피집행인의 합법적 권익의 손해 등.

《행정강제법초안》은 또한 행정기관이 집행판결을 행하지 않는 것에 대한 이의제도를 신설하였다. 인민법원의 심의는 30일 이내에 집행판결을 하여야 한다. 집행하지 않는다는 판결이 있는 경우, 5일 내에 불집행판결을 행정기관에 송달하여야 하고, 그 이유를 행정기관에 고지하여야 한다. 행정기관이 인민법원의 불집행판결에 대하여 이의가 있는 경우, 15일 이내에 상급 인민법원에 상소할 수 있고, 상급 인민법원은 30일 이내에 집행여부의 판결을 하여야 한다.

6) 강제집행실시

강제집행은 인민법원이 강제집행의 책임을 지고, 행정행위에 관련이 없는 기구가 실시한다. 구체적 강제집행 조치는 《민사소송법》 규정을 적용한다.

제 3 절 행정강제조치

1. 행정강제조치의 개념과 특징

행정강제조치의 의의와 외연에 대한 학계의 견해는 통일되어 있지 않는데,¹⁵⁾ 본 서에서는 《행정강제법초안》을 수용하여 행정강제조치에 대한 범위

15) 구체적 참조는 본 장 제1절 중“행정강제의 종류”부분.

를 정하였다. 즉, 행정강제조치란 행정기관이 행정관리를 실시하는 과정에서 법에 근거하여 국민의 인신자유에 대하여 잠정을 제한하거나, 국민, 법인 또는 기타 조직의 재산에 대하여 잠정적으로 통제조치를 행하는 것을 말한다.

행정강제조치는 다음과 같은 특징이 있다.

1) 행정강제조치의 직접적 근거법률은 행정관리과정에서 행해지고, 행정결정의 존재를 전제조건으로 하지는 않는다.

이는 행정강제조치와 행정강제집행의 가장 큰 차이점이기도 하다. 행정강제조치의 시행은 행정관리의 과정에서 증거인멸 또는 사후수집이 어려워지거나 현재 발생하고 있는 위험행위를 억제할 필요가 있는 등의 특별한 상황이 발생할 경우, 국민의 인신에 대하여 제한하거나 또는 재산에 대하여 임시 제한 조치를 취할 필요가 있을 경우 실시된다. 따라서 행정강제조치의 실시는 행정결정의 존재를 전제로 하지 않으며, 직접적인 법률 규정에 따라 시행된다. 행정강제조치 또한 국민, 법인 또는 기타 조직의 권리를 쉽게 침해할 수 있으며, 이에 대한 엄격한 절차통제가 필요한 것 역시 이러한 이유 때문이다.

2) 행정강제조치는 일시적 통제조치이다.

행정강제조치는 위법행위 억제, 증거훼손 방지, 위해발생 방지, 위험확대 제어 등의 상황에서 시행되고, 만약 위의 상황이 이미 제거된 경우 강제조치도 해제되어야 한다.

3) 행정강제조치는 당사자 인신자유와 재산에 대한 통제로 표현된다.

예컨대, 행정강제조치의 방법 중 당사자의 인신자유에 대한 일시적 통제에는 강제격리가 있고, 당사자의 재산에 대한 통제는 은행예금 동결조치가 있다. 인신권과 재산권은 당사자의 가장 기본적 권리이기 때문에, 행정강제조치의 실시는 엄격하게 규율되어야 하고, 특히 당사자에게 필요한 절차적 권리를 부여함으로써 스스로의 이익을 보호할 수 있도록 하여야 한다.

4) 행정강제조치는 권리의 제한으로, 제재적 성질은 구비하지 않는다.

행정강제조치는 특정상황에 대응하기 위해 취해지는 임시적인 통제조치로서, 다수의 상황하에서는 행정결정의 집행과 달성을 보장하기 위해 이루어진다. 예컨대, 당사자 예금동결을 통한 행정결정 집행의 편의를 도모하는 할 수 있다. 따라서 행정강제조치는 성질상 권리제한에 해당되고, 당사자를 제재하는 것이 아니라는 점에서 제재적 성질을 갖지 않는다.

2. 행정강제조치와 관련개념의 비교

(1) 행정강제조치와 행정강제집행

1) 시행주체의 상이

행정강제조치는 오직 행정기관만이 시행하고, 행정강제집행은 인민법원이 주로 시행하고 행정기관이 보조한다.

2) 집행근거의 상이

행정강제조치의 집행근거는 법률법규의 규정이고, 행정강제집행의 집행근거는 행정결정이다. 이는 양자의 가장 큰 차이점인데, 《행정강제법초안》이 행정강제에 대하여 하고 있는 분류기준이기도 하다. 행정강제집행은 행정결정의 존재를 전제조건으로 하고, 행정강제조치는 행정결정의 존재를 전제로 하지 않는다.

3) 시행목적의 상이

행정강제조치의 목적은 위법행위를 억제하고 증거훼손을 방지하며, 위해발생을 방지하고, 위협의 확대를 통제하는데 있다. 행정강제집행의 목적은 행정결정으로 당사자에게 설정된 의무를 실현하는데 있다.

(2) 행정강제조치와 행정소송방해에 대한 강제조치

행정소송방해에 대한 강제조치라 함은 인민법원이 행정소송중에 행정소송행위를 방해하는 주체에 대하여 시행하는 제재적 조치를 말한다.

1) 성질의 상이

행정강제조치는 행정관리과정에서 시행하는 행위로서, 제재적 성질을 갖지 않는다. 그러나 행정소송방해에 대한 강제조치는 사법절차 중에 시행하는 행위로서, 제재적 성질을 갖게 되고, 행정소송을 방해하는 당사자에게는 제재를 가할 수 있다.¹⁶⁾

2) 시행주체의 상이

행정강제조치의 시행주체는 행정기관이고, 행정소송방해에 대한 강제조치의 시행주체는 인민법원이다.

3) 적용되는 법률근거의 상이

행정강제조치의 법률근거는 행정법률 규범이고, 행정소송방해에 대한 강제조치의 법적 근거는 《행정소송법》과 《민사소송법》이다.

3. 행정강제조치의 종류

(1) 예방적 행정강제조치, 재제적 행정강제조치 및 보장적 행정강제조치

이는 행정강제조치의 적용 목적에 따라 분류이다.

예방적 행정강제조치는 위해발생의 예방을 목적으로 한다. 그 특징으로는 강제조치가 위해발생 전에 실시되는데, 그 목적은 위해한 결과의 발생을 방지하는 데 있다. 예컨대 《치안관리처벌법》 제15조 제2항은 “술에 취한 자가 술 취한 상태에서 본인이 위협하거나 또는 타인의 인신, 재산 또는 공공안전을 위협할 경우, 그에 대하여 술이 깰 때까지 보호성 조치를 취할 수 있다.”고 규정하고 있다.

제재적 행정강제조치는 현재 발생하는 위법행위를 억제하거나 또는 현재 진행중인 긴급사태를 통제하고, 사안의 확대를 방지할 목적으로 시행된다.

16) 《행정소송법》 제49조는 소송참여자 또는 기타인이 증거위조, 은닉, 훼손할 경우, 인민법원은 사건경위의 경중에 따라 훈계, 회개서약 제출을 하거나 또는 1000 위안 이하의 벌금에 처한다고 규정한다.

예컨대, 《전염병방지법》 제25조는 전염병이 발병하거나 유행할 경우, 소재지 정부는 전염병 병원체에 의해 오염된 공공식수 수원을 봉쇄할 수 있다고 규정하고 있다.

보장적 행정강제조치는 이후의 행정관리가 순조롭게 진행될 수 있도록 하는 것을 목적으로 하거나 또는 행정결정의 달성을 보장하기 위한 것으로, 증거의 훼손이나 취득이 어려운 상황에서 증거보존 조치를 취하는 것을 들 수 있다. 예컨대, 《가격법》 제34조 제4항은 “증거가 멸실될 가능성이 있거나 또는 향후 취득이 어려운 상황에서, 법에 따라 먼저 등록하고 보존할 수 있고, 당사자 또는 관련 인원은 이를 이전, 은닉, 훼손할 수 없다.”고 규정하고 있다. 또는 행정결정의 집행을 보장하기 위해 당사자의 재산에 대하여 일시적 제재조치를 취할 수도 있는데, 예컨대 《조세징수관리법》 제38조가 규정하고 있는 조세보전조치가 있다.¹⁷⁾

(2) 인신의 자유를 제한하는 강제조치와 재산권을 제한하는 강제조치

이는 행정강제조치의 내용에 따른 분류이다.¹⁸⁾

인신자유를 제한하는 강제조치의 주요 내용에는, 인신에 대한 강제구속, 강제소환(《치안관리처벌법》), 강제구인, 인신수색, 신체검사(《세관법》), 활동범위제한, 강제출국(《외국인입출국관리법》), 강제격리, 즉시 강제출국(《에이즈검사관리방법》), 및 인신구류, 당사자 거주지 강제진입 등이 있다.

재산권을 제한하는 강제조치의 주요 내용에는, 봉쇄, 재산압류, 예금동결, 체납금징수, 강제공제, 강제철거, 강제징수, 강제경매, 물건배상 등이 있다.

17) 《조세징수관리법》 제38조 제1항은 “생산경영에 종사하는 납세자가 납세의무를 회피할 것으로 인정되는 근거가 있을 경우, 납부기한 전에 기한을 정하여 납부할 세액을 납부하도록 명령할 수 있다. 납기전 징수기한내에 납세자가 그 과세상품, 화물 그리고 기타 재산 또는 과세 소득을 양도 또는 은닉할 것으로 판단되는 경우, 세무기관은 납세자에게 납세담보를 제공하도록 명령할 수 있다. 만약 납세자가 납세담보를 제공하지 않을 경우, 현금 이상 세무국(분국) 국장의 승인을 거쳐 다음과 같은 조세보전조치를 취할 수 있다. i) 서면으로 납세자 구좌 개설은행 또는 기타 금융기구에 통지하여 납부할 세금에 상당하는 예금을 동결한다. ii) 납부할 세액에 상당한 가치의 상품, 화물 또는 기타 재산을 압류 봉인한다.”고 규정한다.

18) 여기서 열거하고 있는 강제조치에 대하여는 다음을 참조. 李援 : 《中國行政強制法律制度的構想》, 2000년 북경에서 개최된 행정강제 이론과 실무 국제학술대회 자료.

이러한 분류는 중국 단행법의 행정강제조치 관련 규정에 따른 분류이다. 현재 행정강제조치에 대한 구체적 방식은 단행법이 각 부문의 행정관리특징을 결합하여 단행법상에 규정하고 있는데, 그 종류는 매우 다양하다. 다만, 다수의 단행법에서¹⁹⁾ 이러한 행정강제조치라는 개념을 사용하는 것이 아니다. 《행정소송법》은 제소 가능한 행정행위를 열거하고 있는 것을 보면, 관련 조치는 단행법에 매우 다양한 명칭과 형태로 분산되어 규정되었다. 이들 각종 강제수단을 통칭하여 행정강제조치로 칭하고 있다. 각종 강제규정이 통합된 행정강제조치라는 이러한 행위개념하에서, 《국가배상법》과 《행정심판법》, 《입법법》은 모두 《행정소송법》의 규정방식을 수용하고 있는데, 이는 당사자가 이러한 행위에 대한 사후구제를 제기하는데 유리하다.

(3) 《행정강제법초안》이 규정하는 행정강제의 종류

형태가 각기 다른 강제수단의 존재는 입법과 적용의 임의성을 증가시키게 되었고, 또한 제도 간의 통일되지 않은 상황도 야기되었다. 행정강제조치의 규범화와 당사자의 권리보호를 위해 《행정강제법안》은 행정강제조치의 유형에 대하여 통일된 규정을 하고 있다. 여기에는 다음과 같이 대별될 수 있다. i) 국민의 인신자유에 대한 잠정적 제한, ii) 장소, 시설 또는 재물에 대한 차압봉쇄, iii) 재물의 압류, iv) 예금과 송금, 증권 등의 동결, v) 주택 강제 진입, vi) 법률이 규정하는 기타 행정강제조치.

상술한 6가지의 항목에서 vi)는 부칙에 해당된다. i)은 인신자유에 대한 포괄적 규정이고, 구체적 형태를 규정하고 있지도 않다는 점에서 구체적 형태는 단행법을 통해 확정된다. ii)에서 v)는 모두 재산권을 제한하는 강제조치에 해당하며, 구체적 형태를 규정하고 있다.

19) 학자의 연구에 의하면, 행정강제조치를 규정하는 지방성법규와 지방정부 규장은 통계화된 지방성법규와 지방정부 규장에서 점유하고 있는 비율에서, 행정강제조치를 규정하고 있는 법률, 행정법규, 부문규장이 모든 법률, 행정법규와 부문규장에서 점유하고 있는 비중보다 매우 높다. 이를 다른 측면에서 설명하면, 행정법률 집행 실무 활동에 근접할수록, 행정법률 집행실무에 대하여 더욱 심오하게 감지하는 법규와 규장제정자는 더욱 용이하게 행정강제조치를 제정할 수 있다. 이와 반대로, 중앙급의 국가기관 행정강제조치는 상대적으로 비교적 세밀해진다. 傅士成 : 《行政强制》, 载应松年主编 : 《当代中国行政法》, 中国方正出版社, 2005年版, 第908~909页。

4. 행정강제조치의 실시

(1) 행정강제조치의 실시주체

행정강제조치를 실시할 권한이 있는 주체는 법률·법규를 통해 규정하는데, 여기에는 행정기관과 법률법규가 수권한 조직의 두 종류가 있다. 행정기관과 법률법규가 수권한 조직은 법정 직권범위 내에서 행정강제조치를 실시한다.

《행정강제법초안》은 수권을 받은 조직이 다음과 같은 조건을 부합하도록 규정하고 있다. 즉 i) 법에 따라 설립된 공공사무를 관리할 수 있는 기능을 가진 조직, ii) 법률·법규, 규장 및 업무에 익숙한 업무인원을 구비할 것, iii) 수권을 이용하여 경영활동이나 대가있는 서비스에 종사하지 않을 것 등이 있다.

(2) 행정강제조치의 적용조건

행정강제조치는 법정 상황을 구비할 경우에만 적용될 수 있다. 적용조건은 일반적으로 단행법에 규정되어 있다. 예컨대 《공안기관행정사건처리절차규정》 제85조는 “사건조사에서 사건의 사실관계를 증명할 수 있는 물품 및 서류를 발견하는 경우로서, 등기보관으로 당사자의 증거훼손이나 이전을 막을 수 없을 경우, 공안기관의 사건처리 부문 이상의 책임자 승인을 통해 압류할 수 있다.”

《행정강제법초안》은 행정강제조치의 사용상황에 대하여 개괄적 규정만을 하고 있는데, 행정기관은 행정관리직책을 이행하는 과정에서 위법행위 억제, 증거인멸 방지, 위해발생 방지, 위험확대의 제어 등의 행위가 나타날 경우 행정강제조치를 취할 수 있다. 이러한 상황에 해당되지 않을 경우, 행정기관은 행정강제조치를 취할 수 없다.

(3) 행정강제조치의 실시절차

행정강제조치는 행정결정의 존재를 전제조건으로 하지 않고, 직접 법률적용을 통해 시행한다. 다만, 권리남용으로 인해 국민, 법인 또는 기타 조직의 인

신권과 재산권에 쉽게 손해를 야기할 수 있다는 점에서, 행정강제조치의 시행 절차에 대하여는 엄격하게 규율하여야 한다. 현재 다수의 단행입법은 행정강제조치의 시행절차에 대한 구체적 규정을 하고 있지 않고, 현행 규정도 다수가 내부절차 규정을 중심으로 형성되어 있다는 점에서, 당사자가 행정강제조치 실시과정에서 어떠한 절차권리를 통해 자신의 이익을 보호할 것인가에 대하여는 공백 상태에 있다. 따라서 행정강제조치의 실시절차가 《행정강제법안》의 중요 내용으로 수록된 것은 의미가 있다.

1) 행정강제조치 실시절차의 일반규정

행정강제조치에 적용되는 일반규정은 각종 행정강제조치를 시행하기 위해 준수하여야 할 필요한 기본절차규칙으로, 다음 사항을 포함한다.

① 행정기관 책임자의 승인

행정강제조치를 채택하기 전에 행정기관 책임자에 대한 서면 또는 구두보고를 통해 승인을 받아야 한다. 현장에서 채택하는 행정강제조치는 반드시 사후에 보고하여야 한다.

행정기관 책임자의 승인을 받은 것은 중국 현행 입법의 일반적 요건에 해당하는데, 예컨대 《조세징수관리법》 제38조, 《세관법》 제6조는 이러한 규정을 두고 있다.²⁰⁾

20) 《세관법》 제6조 제4항은 다음과 같이 규정하고 있다. 즉 세관관리감독 구역과 세관부근 연해지역 및 변경의 규정된 지역에서 밀수혐의가 있는 운수도구와 밀수화물과 물품을 은닉한 혐의가 있는 장소를 검사하고, 밀수혐의자의 신변검사를 한다. 밀수혐의가 있는 운수기관과 화물과 물품 및 밀수범죄혐의자는 직속 세관장 또는 그 권한을 위임받은 산하 세관장의 승인을 거쳐서 구류할 수 있다. 밀수범죄혐의자에 대한 구류기간은 24시간을 초과할 수 없고, 특수한 경우에 한해 48시간으로 연장할 수 있다. 세관감독구역과 세관부근 연해 변경 규정지역 이외에서 세관이 밀수사건을 조사할 경우, 관련 당사자의 입회하에 밀수혐의 운수기관과 혐의자의 거주지 이외의 밀수화물과 물품을 은닉한 장소에 대하여 직속 세관장 또는 그 권한을 부여받은 산하 세관장의 승인을 거쳐서 검사를 할 수 있다. 관련당사자가 현장에 있지 않을 경우, 현장 증인이 있는 상황에서 검사할 수 있다. 그 중 밀수혐의를 증명할 수 있는 증거가 있는 운수기관, 화물, 물품은 압류할 수 있다. 세관부근 연해 변경 규정구역의 범위는 해관총서와 국무원 공안부문이 유관 성급 인민정부와 협의하여 결정한다.

② 2명이상 행정집행관의 실시

③ 집행신분증의 제시

이는 신분표시 규칙의 요건으로, 만약 집행관이 신분증을 제시하지 않으면, 당사자는 집행을 거부할 수 있다.

④ 현장에서 당사자에게 행정강제조치의 이유, 근거, 구제경로 및 당사자가 법에 따라 향유하는 권리의 고지

⑤ 당사자의 진술 및 변론 청취

⑥ 현장기록

현장기록은 당사자, 참관인 및 행정집행관의 서명 또는 날인하여야 하고, 당사자가 현장에 없을 경우 또는 당사자, 참관인이 서명이나 날인을 거절할 경우에는 이를 상세하게 기록하여야 한다. 《최고인민법원의 행정소송증거에 관한 약간의 문제에 대한 규정》 제15조는 현장기록은 반드시 시간, 장소 및 사건 등의 내용을 기록하도록 규정하고 있다.

⑦ 차압이나 압수를 실시하는 경우, 차압과 압수목록을 만들고, 차압, 압수목록을 2부 작성하여, 당사자와 행정기관이 각각 보관한다. 당사자, 참관인 및 행정집행관은 목록에 서명 또는 날인하여야 하고, 당사자가 현장에 없을 경우 또는 당사자, 참관인이 서명이나 날인을 거절할 경우에는 이를 상세하게 기록하여야 한다.

⑧ 법률·법규가 규정하는 기타 절차

행정입법과 비교하여, 《행정강제법초안》은 행정강제조치 실시과정에서 당사자의 절차적 권리보호 사항을 추가하고 있다. 현장고지제도는 당사자에게 행정강제조치의 이유, 근거, 구제방법과 당사자가 법에 의해 보호받을 권리 등을 숙지하도록 하고 있다. 의견청취제도는 당사자가 스스로를 변호하고 해명할 수 있도록 보장하는 제도라는 점에서, 이들 제도는 당사자의 권익을 보호하는데 유리하다.

2) 현장에서 행정강제조치를 실시하기 위한 특별요건

현장에서 행정강제조치를 실시하는 경우, 행정집행인원은 24시간 이내에 관련 수속을 완료하여야 한다. 지역적으로 변두리, 수상 또는 교통불편 지역에서 행정강제조치를 실시하는 경우, 행정집행관은 행정기관에 복귀한 후 2일 내에 관련 수속을 완료하여야 한다.

3) 인신의 자유를 제한하는 행정강제조치의 시행을 위한 특별요건

인신의 자유를 제한하는 행정강제조치의 시행은 일반적 규정을 준수하는 것 이외에, 다음과 같은 특별한 절차규칙을 준수하여야 한다. 즉 i) 국민주택에 진입하여 행정강제조치를 취하는 경우, 현금 이상 행정기관의 행정결정서의 제시, ii) 당사자 가족에게 행정강제조치를 시행하는 행정기관과 주소를 현장에서 또는 사후에 즉시 통지, iii) 긴급상황에서 현장 행정강제조치를 시행하는 경우, 행정기관 복귀 후 6시간 이내에 관련 사후 수속의 완료, iv) 《행정강제법》 이외의 법률이 규정하는 기타 절차의 준수 등이 있다.

4) 차압과 압류를 위한 강제조치에 대한 특별절차규칙

차압과 압류는 행정기관이 자주 사용하는 행정강제조치의 하나로서, 《행정강제법초안》은 차압과 압류에 대하여 규정하고 있다. 해당 규정은 일반적 규정을 적용하는 것 이외에 다음과 같은 특별한 규칙을 준수하도록 요구하고 있다.

① 적용조건

다음 상황의 하나에 해당되는 경우, 국민과 법인 또는 기타 조직의 재물에 대하여 차압과 압류의 행정강제조치를 할 수 있다. 즉 i) 금지물품의 발견, ii) 증거인멸 방지, iii) 당사자의 재물이전에 의한 법정 의무이행 회피의 방지, iv) 법률이 규정하는 기타 상황.

행정강제조치권을 가진 행정기관이 생산경영장소를 검사할 경우, 위법행위의 혐의 또는 금지물품을 발견한 경우에는 행정강제조치를 채택할 수 있다. 행정강제조치 권한이 없는 행정기관이 행정강제 조치상황을 발견하였을 경우, 행정처벌법의 규정에 따라 보전등기조치를 취하여야 하고, 재물에 대한

차압과 압류 등의 행정강제조치는 취할 수 없다.

재물에 대한 압류와 차압을 하는 행정강제조치는 국민주택에 진입하여 개인재산을 저당하는 방법으로 행정비용을 충당할 수 없다. 법에 위반되는 금지물품을 제외하고, 도시관리감독의 행정기관은 경영자가 경영하는 상품을 압류할 수 없다.

② 행정기관 책임자의 승인

행정기관이 법률·법규에 따라 국민, 법인 또는 기타 조직의 재물을 차압, 압류할 필요가 있는 경우, 반드시 행정기관 책임자의 승인을 받아야 한다. 중대한 사건 또는 큰 금액의 재물에 대하여 차압, 압류가 필요할 경우, 반드시 행정기관책임자 전체회의를 통해 수행하여야 한다.

③ 차압, 압류결정서의 현장교부

차압, 압류결정서는 반드시 다음과 같은 사항을 명기한다. 즉 i) 당사자 성명 또는 명칭, 주소, ii) 차압, 압류의 이유와 근거, iii) 차압, 압류 물품의 명칭, 수량 및 기한, iv) 행정심판의 신청 또는 행정소송 제기의 경로와 기한, v) 행정기관의 명칭, 날인 및 일자.

④ 차압, 압류의 기한

차압, 압류의 기한은 30일을 초과 할 수 없다. 상황이 복잡할 경우, 행정기관 책임자의 승인을 통해 30일을 연장할 수 있다. 법률과 행정법규가 기한에 대하여 별도의 규정이 있는 경우에는 예외로 한다.

물품에 대한 검측, 검사, 검역 또는 기술검증이 필요한 경우, 차압과 압류 기한에는 검측, 검사, 검역 또는 기술검증 기한을 포함하지 않는다. 검측, 검사, 검역 또는 기술검정의 기한은 반드시 명확해야 하고, 동시에 당사자에게 고지해야 한다. 검측, 검사, 검역 또는 기술검정의 비용은 행정기관이 부담하나, 당사자에게 위법행위가 있을 경우 당사자가 비용을 부담한다.

⑤ 차압, 압류 재물의 보관

행정기관은 차압, 압류된 재물을 양호하게 보관하여야 하고, 사용 또는 훼손하여서는 안 된다. 손실이 야기된 경우에는 배상책임을 진다. 차압된 재물

에 대하여 행정기관은 당사자를 지정하여 보관할 수 있고, 제3자에게 위임하여 보관토록 할 수 있는데, 당사자 또는 제3자는 이를 훼손하거나 이전할 수 없다. 당사자로 인해 야기된 손실에 대하여는 당사자가 부담하고, 제3자로 인해 야기된 손실은 위임자와 제3자가 연대배상책임을 진다. 차압, 압류된 재물의 보관비용은 행정기관이 부담한다.

⑥ 중복차압 방지

행정기관이 당사자의 재물을 이미 기타 국가기관이 법에 따라 차압한 것을 발견했을 경우, 중복 차압을 할 수 없다.

⑦ 차압, 압류 후 처리

행정기관이 차압과 압류 등의 행정강제조치를 실시한 후에는 반드시 사실을 철저히 조사하고, 법정기한내에 처리결정을 하여야 한다. 위법사실이 명확할 경우, 법에 근거하여 반드시 불법재물을 몰수해야 할 경우, 차압 및 압류된 재물을 몰수하여야 한다. 법률과 행정법규가 반드시 소각하도록 규정한 경우에는 법에 따라 소각하여야 한다.

위법행위가 없거나 또는 차압, 압류조치가 필요 없는 경우, 반드시 처리결정 후 즉시 차압해지 또는 차압, 압류의 재물을 반환해야 한다. 살아있는 물품 또는 기타 보관이 어려워 이미 경매 또는 매각한 경우, 경매 또는 매각대금을 반환한다. 매각 가격이 시장가격보다 현저히 낮은 경우, 당사자는 손해를 입은 만큼 보상을 요구할 수 있다.

행정기관이 기한내에 결정하지 못할 경우, 차압된 물품은 차압이 해지된 것으로 본다. 당사자가 압류된 물품의 반환을 요구할 경우, 행정기관은 즉시 반환해야 한다.

위법행위에 범죄혐의가 있는 경우, 사법기관에 이송하여야 하고, 행정기관은 반드시 차압 및 압류된 증거도 같이 이송하여야 한다.

5. 예금동결의 특별절차요건

예금동결조치는 일반규정을 준수하는 것 이외에, 다음의 절차규칙을 준수해야 한다.

(1) 위임금지규칙

예금동결은 반드시 법률이 규정하는 행정기관이 결정을 내려야 한다. 행정기관은 기타 행정기관 또는 조직에게 예금동결을 하도록 하는 결정을 내릴 수 없다. 기타 모든 행정기관 또는 조직은 동결예금에 대한 행정강제조치를 취할 수 없다. 예금동결된 액수는 행정결정을 이행하는 금액 또는 위법행위의 상황에 상응하여야 한다.

(2) 중복동결 불가

국가기관이 법에 따라 동결한 예금에 대하여는 중복동결 할 수 없다.

(3) 금융기관에 대한 서면통지

예금동결은 반드시 금융기관에 서면통지하여야 한다. 금융기관은 행정기관이 법에 따라 행한 예금동결 결정을 접수한 후, 즉시 예금을 동결하여야 하고, 시간을 지체하거나 예금동결 전에 당사자에게 통지하여서는 안 된다.

(4) 당사자에게 대한 예금동결 결정서 송달

예금동결 결정을 행한 행정기관은 반드시 3일 이내 당사자에게 예금동결 결정서를 송부하여야 한다. 예금동결 결정서에는 다음의 사항이 명기되어야 한다. 즉 i) 당사자 성명 또는 명칭, 주소, ii) 예금동결의 이유와 근거, iii) 동결 계좌번호와 예금금액, iv) 행정심판의 신청 또는 소송제기 경로와 기간, v) 행정기관의 명칭 및 날인.

(5) 예금동결에 대한 즉시 해지

당사자에 대한 예금동결 조치의 필요성이 없어지게 되었을 경우, 행정기관은 즉시 예금동결을 해지하는 결정을 하여야 한다. 인민법원의 법적 판결을 제외하고, 예금동결을 해지하는 결정은 반드시 예금동결을 결정한 행정기관이 하여야 한다. 행정기관이 예금동결을 해지하는 결정을 하는 경우에는 즉시 이를 금융기관에 통지하여야 한다.

(6) 예금동결 후 처리

행정기관은 예금동결로부터 30일 이내에 처리결정 또는 예금동결 해지를 결정하여야 한다. 상황이 복잡한 경우로, 행정기관 책임자의 승인이 있는 경우에는 30일 연장할 수 있으며, 법률에 달리 규정하고 있는 경우에는 예외로 한다.

예금동결을 연장하는 결정은 반드시 당사자에게 고지하여야 한다. 행정기관이 기한내에 처리결정 또는 예금동결 해지결정을 하지 않을 경우, 금융기관은 예금동결을 해지하여야 한다.

제10장 행정재결

본장 개요

행정재결이란 행정주체가 당사자 간에 발생한 행정관리와 밀접하게 관련된 민사분쟁을 해결하는 행정행위를 말한다. 본 장에서는 행정재결의 개념과 특징, 기본원칙과 행정재결의 유형, 관할, 절차, 구제 등에 대하여 소개한다. 본 장은 행정재결의 종류와 부동 유형의 행정재결에 대한 구제경로를 파악하는 것을 목적으로 한다.

제 1 절 행정재결 개념

1. 행정재결의 개념과 특징

행정재결(行政裁決)이란 행정주체가 법률의 수권에 따라 평등한 주체간에 발생하고 행정관리사항과 밀접하게 관련된 특정한 민사분쟁을 심사하고 판단을 내리는 구체적 행정행위를 말한다. 행정재결제도는 행정기관의 효율성과 전문성을 발휘할 수 있고, 법원의 소송 부담을 경감시킬 수 있다는 장점이 있다. 행정재결제도는 중국 건국 초기부터 존재하였으며, 1970년대 이후 법률·법규를 통해 이 분야에 대한 규정을 명확하게 하고 있다.¹⁾

1) 1978년 10월 26일, 교통부가 공포한 《항만사고처리 관련규정》(시행) 제5조는 다음과 같이 규정하고 있다. 즉 “배상사건에 대하여, 쌍방은 실사구시(实事求是), 공평·합리 및 우호협상의 정신으로 적절하게 해결해야 한다. 만약 쌍방의 의견에 분쟁이 있을 경우, 현지 항만사무국 감독기관에……재결을 신청할 수 있다.” 이후 《초원법》, 《토지관리법》, 《산림법》, 《약품관리법》, 《우정법》 등에 유사한 규정을 두고 있다. 또한 일부 학자는 실무에서는 신청에 근거한 행정재결, 직원에 근거한 행정재결이 모두 포함되어 있다 본다. 법률에서는 민사분쟁의 당사자가 행정재결을 신청할 수 있다고 규정하고 있다. 행정소송 제기한 상황에서 행정기관이 선택적 재결권을 갖는데, 이러한 종류의 재결은 신청에 근거한 재결이다. 현행 법률에는 행정재결이 민사분쟁재결의 전치절차일 경우, 행정기관은 강제적 재결권을 가지고, 이러한 유형의 재결은 직권에 따른 행정재결에 속한다. 朱新力、金伟峰、唐明

행정재결 다음과 같은 몇 가지 특징을 가지고 있다.

1) 행정재결의 주체는 반드시 법률이 행정재결권을 부여한 행정주체이다. 원칙상 민사분쟁에 대한 재결은 국가사법권의 범위에 해당하고, 특정 상황에서 행정주체가 민사분쟁에 재결을 할 필요가 있는 경우에 행정권과 사법권의 권력분립문제가 발생하기 때문에, 법률법규가 행정재결권을 명확하게 부여한 주체만이 진행할 수 있다.

2) 행정재결의 대상은 평등한 주체간에 발생하고, 행정관리와 밀접하게 관련된 특정한 민사분쟁이다. 행정재결은 일반적 의미의 민사분쟁은 아니고, 행정관리행위와 밀접한 관련이 있는 민사분쟁만에 대하여서만 행정기관이 재결을 진행할 수 있고, 기타의 민사분쟁은 행정재결 범위에 해당되지 않는다.

3) 행정재결은 신청에 따른 행정행위이다. 민사분쟁의 당사자는 분쟁발생 후 법률법규의 규정에 따라 법정기간 내에 법정 재결기관에 재결을 신청할 수 있다. 당사자 신청이 없을 경우, 행정기관이 주동적으로 재결할 필요는 없다.

4) 행정재결의 적용절차는 행정절차에 속하지만, 형식상 준사법적 성격을 갖는다. 한편, 행정재결이 제3자의 법률관계와 관련이 있는 경우, 민사법률관계도 존재하고 행정법률관계도 존재한다. 행정재결권을 향유하는 행정기관은 중립적인 제3자의 신분으로 재결을 한다는 점에서, 일반적인 행정관리행위 중 행정주체와 행정상대방 간에 형성된 쌍방법률관계와는 상이하다. 행정재결에서, 행정주체는 민사분쟁을 재결하는 경우 주로 사실을 조사하고 객관적으로 증거를 심사하여야 하며, 사실과 증거를 기초로 법률을 적용, 재결을 하여야 하는데, 이는 법원심판(法院審判)과 유사하다.

5) 행정재결은 법률적 효력을 갖는다. 행정재결의 결과는 직접적으로 당사자 권리에 영향을 미친다. 당사자가 행정재결에 불복하는 경우, 법에 따라 행정심판을 신청하거나 법원에 소송을 제기 할 수 있다.

良 : 《行政法學》, 清华大学出版社, 2005年版, 第247页。

2. 행정재결과 기타 법률개념의 비교

(1) 행정재결과 행정조정

행정조정(行政調解)이란 행정기관이 법률에 근거하여 자신의 의사에 따라 조정(調停)과 알선(斡旋) 등의 방법을 통해 당사자가 우호적 협상을 촉진하여 합의를 도출하는 방법으로, 쌍방간 민사분쟁을 해결하는 활동을 말한다. 양자는 다음과 같이 차이가 있다.

1) 권력근거의 상이

행정조정은 행정기관의 일상적 업무방법의 하나로서, 민사분쟁이 그 행정관리 직권범위 내에서 발생할 경우, 법률법규에 명확하게 금지하는 규정이 없으면 행정기관이 민사분쟁에 대하여 조정을 진행할 수 있다. 행정재결은 법률법규의 엄격히 제한을 받고, 법률법규가 특별히 수권한 행정주체만이 행정재결권을 향유한다.

2) 분쟁해결범위의 상이

행정조정의 범위는 비교적 광범위 하지만, 행정재결사건은 특정 민사분쟁에 국한된다.

3) 법적 효력의 상이

행정조정은 당사자 의사를 원칙으로 한다. 이는 조정을 통해 분쟁을 해결할 것인지 여부, 적용규칙은 무엇을 할 것인지, 합의를 이룰 것인지 여부, 조정결과를 수용한 것인지 여부를 결정하는 것이다. 조정서는 법적 강제력을 가지지 않는다. 조정을 주관하는 행정주체의 역할은 당사자의 조정을 원만하게 유도하고, 의견을 교환하게 하는 등 쌍방의 분쟁을 해결한다. 행정재결은 행정주체가 행정권에 근거하여 내린 구체적 법적 구속력이 있는 결정으로, 국가강제력을 갖고 있다. 당사자가 법정 절차를 통하여 재결내용을 변경하지 않을 경우, 집행해야 한다.

4) 구체경로의 상이

행정조정이 이루어지지 않을 경우, 민사분쟁의 당사자는 법에 따라 인민법원에 민사소송을 제기 할 수 있다. 만약 당사자가 행정재결에 불복할 경우, 행정심판 또는 행정소송을 제기할 수 있다.

(2) 행정재결과 행정중재

행정재결과 행정중재(行政仲裁)와의 관계에 대하여는 현재 상이한 의견이 있다. 일부 학자는 행정중재는 행정재결의 특수한 형식으로, 양자는 모두 행정주체가 제3자의 신분으로 결정을 하고, 처리대상은 모두 민사분쟁이라고 본다.²⁾ 일부 학자들은 행정중재는 행정기관이 설립한 전문적 중재기관이 제3자의 입장에서 특정한 평등주체간의 분쟁을 조정하고 재결하는 것으로, 법에 따라 공정하게 판단하는 제도라는 본다. 행정재결과 행정중재의 성질은 상이하다. 노동쟁의 중재위원회는 중간자의 신분에서 행하고, 행정주체의 신분으로 직권을 행사하지 않는데, 이러한 행위는 행정성질을 갖지 않는다. 행정재결은 특수한 구체적 행정행위에 해당되고, 행정성을 갖는다.³⁾ 본 서에서는 이 두 가지 관점을 종합하여, 인사분쟁중재(人事争议仲裁)는 행정재결의 형식에 해당하고, 노동쟁의중재의 성질에 대하여는 의문의 여지가 없기 때문에, 본 서에서는 논의하지 않는다.

(3) 행정재결과 행정심판

행정심판(行政复议)은 행정상대방이 행정주체의 구체적 행정행위에 불복하여 법정 기관에 재심의를 요청하고, 이에 결정을 내리는 행위를 말한다. 행정재결과 행정심판은 모두 행정주체가 분쟁에 대하여 행하는 재결로서, 준사

2) 张国庆 主编：《行政管理学概论》，北京大学出版社，1990年版，第444页，何兵 主编：《和谐社会与纠纷解决机制》，北京大学出版社，2007年版，第214页，张树义 主编：《纠纷的行政解决机制研究以行政裁决为中心》，中国政法大学出版社，2006年版，第271页，林莉红 主编：《中国行政救济理论与实务》，武汉大学出版社，2000年版，第274页。

3) 罗豪才 主编：《行政法学》，中国政法大学出版社，1999年版，第230页，徐静琳 主编：《行政法与行政诉讼法学》，上海大学出版社，2005年版，第157页。

법적 절차에 따라 분쟁을 판단하는 구체적 행정행위이다. 양자간에는 다음과 같은 차이가 있다.

1) 판정분쟁 성질의 상이

행정재결의 대상은 행정관리와 관련된 평등주체간의 특정한 민사분쟁에 국한되지만, 행정심판은 행정주체와 행정상대방 간의 행정분쟁을 판단한다.

2) 법률관계의 상이

행정재결에서 행정주체는 판정을 하는 위치에 있고, 민사분쟁의 쌍방 당사자는 평등한 법적 위치에 있다. 다만, 행정심판에서 심판기관과 피신청인이 되는 행정주체간에는 감독과 피감독 관계이다. 행정분쟁에서 행정주체와 행정상대방 간의 법적 지위는 완전한 평등관계는 아니다.

3) 적용절차의 상이

행정재결에서 적용하는 절차는 단행 법률·법규에 분산되어 있지만, 행정심판에 적용되는 절차는 《행정심판법》과 관련 규정에 통일되고 집중되어 규정되어 있다.

3. 행정재결의 기본원칙

행정재결의 원칙이란 행정재결의 기본특징과 일반 규율을 반영하는 것으로, 행정재결 전체의 과정을 통해 구현되고, 행정재결 활동을 보편적으로 지도하는 기본행위 준칙이다. 행정재결은 일종의 준사법적 재판활동으로, 다음과 같은 원칙을 준수해야 한다.

(1) 공정·평등 원칙

공정·평등한 원칙이라 함은 행정주체가 재결권을 행사할 경우, 민사분쟁 당사자를 평등하게 대우하여야 하고, 법률과 사실에만 복종하여야 하며, 사건과 무관한 기타의 요소를 고려할 수 없다는 것을 말한다. 행정재결기구는 행정재결에서 민사분쟁 당사자로부터 탈피하여, 중립적 지위를 유지하여야

하고, 다음과 같은 몇 가지 요구를 충족시켜야 한다. 즉 i) 행정재결기관은 반드시 독립적이어야 한다. 이는 중립적 재결권 행사를 보장하기 위한 기본 조건이다. 오직 독립된 행정재결 기구만이 외부간섭을 받지 않고 독립적으로 자기재결이 가능하며, 재결의 공정성을 보장할 수 있다. ii) 재결을 주관하는 자는 사건 또는 사건 당사자와 이해관계가 없어야 하는데, 그렇지 않을 경우 반드시 회피해야 한다. iii) 재판자의 자질 또한 행정재결의 중립을 보장하는 중요한 요인이다. 행정재판의 주체는 반드시 전문성과 풍부한 전문지식을 갖추어야 하고, 동시에 훌륭한 도덕적 품격과 사회적 정의감을 갖추어야 한다.⁴⁾

(2) 공개재판원칙

“공개하지 않으면 정의도 있을 수 없다.”(没有公开就无所谓正义)⁵⁾ 공개재판 원칙이란 행정재결기관이 당사자간의 분쟁을 재결하는 데 있어서 준수해야 할 기본 원칙을 말한다. 법에서 특별히 규정하고 있는 경우를 제외하고, 모두 공개적으로 진행하여야 하는데, 이는 당사자에 대한 공개, 사회에 대한 공개, 재결규정의 공개 및 재결결과의 공개를 포함한다. 공개재판원칙은 행정재결을 행하는데 있어서 중요한 절차에 관한 원칙이다.

(3) 간단·신속 원칙

행정주체의 행정재결권 행사는 절차상 효율성을 제고하고, 행정자본과 비용을 절감하며, 당사자간 분쟁을 즉각적이고 효과적으로 해결함으로써 행정 기능을 실현할 수 있다는 장점이 있다. 행정재결기관은 공정하게 분쟁을 해결한다는 것을 전제하에, 간소하고 신속하며, 원활한 재결절차를 채택하여 당사자의 편의를 도모하고, 당사자가 불필요한 지출을 하지 않도록 하며, 재결기간을 단축함으로써 당사의 지출비용을 절약하는데 노력해야 한다.

4) 张树义 主编：《纠纷的行政解决机制研究以行政裁决为中心》，中国政法大学出版社，2006年版，第45页。

5) [美]伯尔曼著，梁治平译：《法律与宗教》，兰联书店1991年版，第48页。

(4) 객관·정확 원칙

행정재결과 관련이 있는 문제는 비교적 강한 전문성과 기술성을 가지기 때문에, 재결기구는 전체적인 사실을 이해하고 객관적으로 조사하여야 하고, 필요한 경우 조직적인 검증과 감정을 함으로써 객관성과 과학성을 확보하여야 한다.

제 2 절 행정재결의 종류

행정재결은 상이한 기준에 따라 몇 가지 유형으로 분류될 수 있다. 일부 학자는 민사분쟁의 해결과 행정기관의 전속적 직권행사와의 관련정도에 따라, 행정재결을 직권적 행정재결(职权性行政裁决)과 동일권원적 행정재결(同源性行政裁决) 및 선택적 행정재결(选择性行政裁决)로 구분한다.⁶⁾ 일부 학자는 행정재결의 주체를 기준으로, 행정재결 행위를 전문행정기관의 재결과 일반행정기관의 재결로 구분한다.⁷⁾ 본 서에서는 재결의 분쟁적 성질과 법률관계의 차이를 기준으로 행정재결을 구분하는데, 다음과 같다.

1. 소유권분쟁 확인의 재결

소유권분쟁(权属纠纷)이란 당사자가 특정 재산의 소유권 또는 사용권의 귀속에 대하여 발생한 분쟁을 말한다. 초원과 토지, 물, 간석지 및 광산 등을 포함한 자연자원의 소유권 분쟁과 기타 비자연자원의 재산권분쟁을 포함하고, 법에 따라 관련 행정기관에 소유권을 판단해 줄 것을 요청할 수 있다. 행정주체가 재결하는 소유권 분쟁은 다음 세 가지로 나눌 수 있다.

1) 자연자원 소유권 분쟁

자연자원은 토지, 산림, 초원, 광물, 수자원과 해변 간석지 등을 포함한다. 중국 헌법과 관련 법률의 규정에 따라, 자연자원은 국가 또는 집체소유(集体

6) 肖泽晨“行政裁决及法律救济”载《行政法学研究》1998年 第3期。

7) 应松年主编:《行政法学新论》, 中国方正出版社, 1998年版, 第472页。

所有)로 되어 있고, 승인없이 어떠한 조직이나 개인도 점유 및 사용 권한이 없다. 국민, 법인 또는 기타 조직간에 자연자원의 소유권 또는 사용권으로 인하여 발생한 분쟁이 합의를 통해 해결할 수 없을 경우, 행정주체는 법적인 근거에 따라 재결을 진행 하여 소유권 관계를 확정할 수 있다.

중국의 다수 법률은 자연자원의 소유권 분쟁에 대한 행정재결을 규정하고 있다. 예컨대 《토지관리법》 제16조는 “토지소유권과 사용권 분쟁은 당사자가 협상하여 해결한다. 협상이 안될 경우 인민정부에서 처리한다. 단위(单位)간의 분쟁은 현급 이상 인민정부에서 처리한다. 개인간, 개인과 단위간의 분쟁은 향급 인민정부 또는 현급 이상 인민정부에서 처리한다. 당사자가 관련 인민정부의 처리결정에 불복할 경우, 처리결정통지서 접수일로부터 30일내 인민법원에 기소할 수 있다.”고 규정하고 있다. 《초원법》 제16조는 “초원소유권과 사용권의 분쟁은 당사자간에 협상해서 해결하고, 해결이 안 될 경우, 관련 인민정부에서 처리한다. 단위간 분쟁은 현급 이상 인민정부에서 처리하고, 개인간·개인과 기관간 분쟁은 향(진) 인민정부 또는 현급 이상 인민정부에서 처리한다. 당사자가 관련 인민정부 처리에 만족하지 않을 경우, 법에 따라 인민법원에 제소할 수 있다.”고 규정하고 있다. 《산림법》 제17조는 “단위간에 임목(林木)、임지(林地)의 소유권 및 사용권에 분쟁이 발생한 경우, 현급 이상 인민정부가 처리한다. 개인간, 개인과 단위간에 임목소유권과 임지사용권에 분쟁이 있는 경우, 해당 지역 현급 또는 향급 인민정부가 법에 따라 처리한다고 규정하고 있다. 《광산자원법》 제49조는 “광산기업 사이의 광산구역범위 분쟁은 당사자가 협상하여 해결하고, 협상 타결시 현급 이상 지방인민정부에서 법적으로 구분한 광산구역범위에 따라 처리한다. 성, 자치구, 직할시간의 광산구역범위 분쟁은 해당 성, 자치구, 직할시 인민정부에서 협상하여 해결하고, 협상타결시 국무원에서 처리한다고 규정하고 있다. 《수법》 제56조는 ”상이한 행정구역간에 발생한 물분쟁은 협상하여 처리한다. 합의에 도달하지 못한 경우, 상급 인민정부에서 재결하고, 관련 당사자는 반드시 그대로 집행해야 한다고 규정하고 있다.

2) 지적재산권의 소유권 분쟁

지적재산권은 하나의 광범위한 개념으로, 이론적으로는 판권, 인접권, 상표권, 원산지표시권, 공업품외관설계권, 특허권, 회로배치설계권, 공개되지 않은 정보권 등 7가지 유형을 포함한다. 지적재산권의 유형별 차이에 따라 지적재산권분야의 행정재결은 특허분야 행정재결, 상표분야 행정재결, 저작권분야 행정재결, 식물신품종분야 행정재결권 등으로 나눌 수 있다.⁸⁾ 현행법에 근거한 지적재산권 분야의 권리 확정을 위한 행정재결은 다음과 같이 분류할 수 있다.

① 특허권의 무효선고

《특허법》 제45조는 “국무원 특허행정부에서 특허권 수여를 공고한 날로부터 어떠한 단위나 개인이 당해 특허권 수여가 본법의 관련규정에 부합되지 않는다.”고 인정할 경우 특허재심위원회에 당해 특허권의 무효선고를 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 제46조는 “특허재심위원회는 특허권 무효선고 청구에 대하여 즉시 심사하고 결정을 지어야 하는 동시에 청구인과 특허권자에게 통지하여야 한다. 특허권 무효선고 결정은 국무원 특허행정부에서 등록, 공고한다. 특허재심위원회의 발명특허권 무효 또는 유지에 대한 선고에 불복할 경우 통지를 받은 날로부터 3개월 내에 인민법원에 제소할 수 있다. 인민법원은 무효선고 청구절차의 상대측 당사자에게 제3자로 소송에 참여하도록 통지해야 한다.”고 규정하고 있다.

② 상표등록초심의 이의 재결

《상표법》 제30조는 초보심사를 한 상표에 대하여 공고한 날로부터 3개월 이내에 어떤 사람도 이의를 제기할 수 있다. 공고기간이 만료되어도 이의가 없을 경우 등록을 허가하고 상표등록증서를 발급하는 동시에 이를 공고한다고 규정하고 있다. 제33조는 초보심사를 하여 공고한 상표에 대하여 이의가 있을 경우, 상표국은 이의 신청인과 출원인의 사실과 이유 진술을 청취하고 조사하여 사실을 확인해야 한다. 출원인이 불복할 경우, 통지를 접수한 날로

8) 张树义 主编：《纠纷的行政解决机制研究——以行政裁决为中心》，中国政法大学出版社，2006年版，第191页。

부터 15일내에 상표심의위원회에 재심을 신청하고, 상표심의위원회는 재결을 내리는 동시에 서면으로 이의 신청인과 출원인에게 통지한다. 출원인이 상표심의위원회의 결정에 불복할 경우에는 통지를 접수한 날로부터 30일 이내에 인민법원에 제소할 수 있다. 인민법원은 이의 신청인에게 제3자로 소송에 참여할 것을 통지하여야 한다고 규정하고 있다.

③ 등록상표분쟁의 재결

《상표법》 제41조는 “이미 등록한 상표가 본법 제10조, 제11조, 제12조 규정을 위반하였거나 또는 사기성 수단으로, 기타 부당한 수단으로 등록허가를 취득한 경우, 상표국은 당해 등록상표가 무효임을 선고한다. 기타 단위 또는 개인은 상표심의위원회에 당해 등록상표의 무효선고를 신청할 수 있다. 이미 등록한 상표가 본법 제13조 제2항 및 제3항, 제15조, 제16조 제1항, 제30조, 제31조, 제32조 규정을 위반한 경우, 상표가 등록된 날로부터 5년 이내 선행 권리자 또는 이해관계자는 상표심의위원회에 당해 등록상표의 무효선고를 청구할 수 있다. 악의적으로 등록한 경우, 유명상표 소유자는 5년의 시간제한을 받지 않는다. 전술한 두 항이 규정하는 상황 이외에, 이미 등록된 상표에 분쟁이 있는 경우, 상표가 등록된 날로부터 5년 내에 상표심의위원회에 심의를 신청할 수 있다. 상표심의위원회는 심의 신청을 받은 후, 관련 당사자에게 통지하고, 기한내에 답변서를 제출하도록 하여야 한다.”고 규정하고 있다. 제43조는 “상표평가심의위원회는 등록상표의 유지 또는 취소를 심의한 후 관계 당사자에게 서면으로 통지해야 한다. 당사자가 상표심의위원회의 결정에 불복할 경우에는 통지를 접수한 날로부터 30일 내에 인민법원에 제소할 수 있다. 인민법원은 상표재정절차의 상대방에게 제3자로 소송에 참여할 것을 통지하여야 한다고 규정하고 있다.

④ 식물신품종 개명과 무효재결

《식물신품종보호조례》 제37조는 심사기관이 품종권 수여를 공고한 날로부터, 식물신품종심의위원회는 직권 또는 모든 단위나 개인의 서면청구에 근거하여 본 조례 제14조, 15조, 16조와 제17조 규정에 부합하지 않은 품종권을 무효로 선언하고, 본법 제18조 규정에 부합하지 않으면 개명을 해야 한

다. 품종권 무효 또는 개명의 결정은 심사기관에서 등록하고 공고하여야 하고, 동시에 당사자에게 통지한다. 식물신품종 심의위원회의 결정에 불복할 경우, 통지 접수일로부터 3개월 이내에 인민법원에 소송을 제기할 수 있다.

3) 기타소유권분쟁 재결

상술한 소유권 분쟁 외에, 실제로 국유재산 재산권 분쟁이 자주 발생하는데, 이는 재산소유권과 경영권, 사용권 등의 재산권이 명확하지 않아서 발생하는 분쟁이다. 《국유재산 재산권의 한계와 재산권 분쟁처리 잠정방법》 제29조는 국유소유 단위간에 국유재산의 경영권, 사용권 등에 분쟁이 발생할 경우, 국유재산권을 유지한다는 전제하에 당사자간 합의를 통해 해결하고, 합의를 도출하지 못할 경우 동급 또는 상급의 국유자산 관리부문에 조정과 결정을 신청하여야 한다. 필요한 경우, 관할권을 가진 인민정부에 보고하고, 국무원은 최종적 결정권을 갖는다. 기업명칭에 대한 분쟁 해결은 《기업명칭 등기관리 규정》 제24조에서 “2개 이상의 기업이 동일한 등기주관기관에 동일하게 규정에 부합되는 기업명칭을 신청한 경우, 등기주관기관은 신청의 선순위 원칙에 의하여 허가를 한다. 동일한 날에 신청한 경우에는 기업들이 서로 협의하여 해결하여야 하고 협의가 이루어지지 않은 경우에는 등기주관기관이 재결한다. 2개 이상의 기업이 서로 다른 등기주관기관에 같은 기업명칭을 신청한 경우에는 등기주관기관은 선순위 수리 원칙에 따라 허가한다. 동일한 날에 수리한 경우에는 기업들이 협의하여 해결하여야 하고 협의가 이루어지지 않은 경우에는 각 등기주관기관이 공통의 상급 등기주관기관에 보고하여 재결을 내리도록 한다”고 규정하고 있다.

사례 1 : 형성(恒升)상표는 안후이 웨이추양(安徽伟创)전자 유한회사가 베이징 형성위엔둥(恒升远东) 전자 컴퓨터회사에 이전하여 등록한 상표이다. 베이징 형성(恒生) 과학발전회사는 1997년 상표국에 “형성”(恒生)상표를 등록 신청하였고, 상표국은 2001년 7월에 재결서를 발행했으며, 재결의 “恒生” 대한 상표를 승인하였다. 이전에 伟创회사와 恒升전자 모두 “恒生” 상표에 대하여 이의를 제기하였는데, 이는 “恒升”과 “恒生”의

발음이 완전히 동일하고, 또한 동일한 상품에 사용되고 있어 소비자와 언론, 제조업자 등의 오인을 야기하기 때문이다. 恒升전자는 상표국에 이의서 등의 자료를 직접 전달하였으나, 상표국은 문서 중에 이미 伟创 회사의 이의서의 문서를 가지고 있어 거절하였다. 이에, 恒升전자는 다시 등기우편방식으로 상표국에 상기 문건을 발송하였다. 恒升전자는 상표국에 제출한 이의재정신청에 대한 거절은 부당한 것으로 생각하여, 인민법원에 제소하여, 재정서를 철회하고, 상표국이 자신들에게 이의재정을 명령하도록 요청하였다.

법원은 상표국의 행위는 법정 직책의 불이행에 해당되고, 당사자의 합법적 권익을 침해하였기에, 恒升전자에 대하여 상표이의재정을 신속히 결정하도록 판결하였다. 상표국의 재정서는 법원의 심사범위에 속하지 않기 때문에, 법원은 恒升전자의 재정서 취소요구 소송청구에 대하여 동의하지 않았다.

본 사건에서, 국가상표국은 법에 의한 행정재결직책을 이행하지 않았기 때문에, 恒升전자가 이의제기권을 행사할 수 없었고, 심의절차를 통해 스스로의 합법적 권익도 보호할 수 없었다. 행정재결권은 국가 행정권중 하나로서, 일반 행정권의 일방적 의지에 의존하는 특성을 가진다. 즉 민사분쟁 당사자가 동의 또는 승인하였는지 여부는 행정재결의 성립과 그 법적 효력에 영향을 주지 않는다. 행정주체가 행사하는 재결권은 반드시 직권과 직책의 통일 원칙을 견지하여야 한다. 따라서 국가상표국은 상대방의 이의를 수리하여야 한다. 상표분쟁재결은 상표국의 전문영역에 속하고, 기술성이 강하기 때문에, 법원은 행정기관의 직책을 이행을 대신할 수 없고, 본 사건에서 법원은 오직 상표국이 직책을 이행할 것을 판결하고, 당사자간의 상표분쟁은 직접 해결할 수 없다.

2. 권리침해 분쟁의 재결

권리침해분쟁(侵权纠纷)은 일방 당사자의 합법적 권익이 타방의 권리침해로 인해 발생한 분쟁을 말한다. 권리침해분쟁이 발생할 경우, 당사자는 행정주체에게 재결을 요청할 수 있고, 행정주체가 권리침해분쟁에 진행하는 재결

은 권리침해행위를 억제하는데 도움이 되어야 하고, 당사자의 합법적 권익을 보장하여야 한다. 소유권분쟁, 권리침해분쟁 및 그 재결간에는 상호관련성을 존재하고, 소유권관계의 확정도 권리침해사실을 명확하게 하는 기초이며, 권리침해사실의 확정도 또한 손해배상을 위한 근거를 제공하게 된다. 다만, 각각 분쟁의 목적은 상이한데, 행정재결의 목적은 또한 완전히 동일하지 않기 때문에, 이는 두 가지 상이한 성질에 속하는 재결이다. 권리침해분쟁재결은 주로 다음을 포함한다.

1) 지적재산권 영역의 권리침해분쟁 재결

《특허법》 제57조는 “특허권자의 허가를 받지 않고 그 특허권을 실시한 경우, 즉 특허권을 침해하여 분쟁을 야기하였을 경우, 당사자간의 협상으로 해결한다. 협상을 원하지 않거나 협상이 이루어지지 않을 경우, 특허권자 또는 이해관계인은 인민법원에 제소하거나 특허업무 관리부에서 처리할 것을 요구할 수 있다. 특허업무 관리부에서 처리할 때 권리침해행위가 성립된다고 인정할 경우, 권리침해자에게 권리침해행위를 즉시 중지하도록 명할 수 있고, 당사자가 불복할 경우에는 통지서를 접수한 후 15일내에 《중화인민공화국 행정소송법》에 따라 인민법원에 제소할 수 있다.”고 규정하고 있다. 《상표권》 제53조는 “등록상표 전용권을 침해하여 분쟁을 야기할 경우, 당사자들은 협상으로 해결하도록 요구하고 있다. 다만, 협상을 원하지 않거나 협상으로 해결할 수 없을 경우, 상표등록권자 또는 이해관계자는 공상행정 관리부문에 고발 또는 신고할 수 있다.” 규정하고 있다. 《상표법》 제52조는 “등록상표 전용권 침해행위로 분쟁이 발생한 경우, 당사자들은 협상으로 해결하고, 협상을 원하지 않거나 협상으로 해결할 수 없을 경우, 상표등록권자 또는 이해관계자는 인민법원에 소송을 제기할 수 있고, 공상행정 관리부문에 처리를 요구할 수 있다. 공상행정 관리부문이 권리침해행위가 인정된다고 판단할 경우, 즉시 침해행위를 중지하도록 명령하고, 권리를 침해한 상품 및 권리를 침해한 상품의 제조를 위해 사용된 도구를 몰수 및 폐기 처분하고 벌금을 부과할 수 있다. 당사자가 처리결정에 불복할 경우, 처리통지 접수일로부터 15일 이내에 《행정소송법》에 따라 인민법원에 소송을 제기할 수 있

다. 권리침해자가 기간을 초과하여도 소송을 제기하지 않고 이행도 하지 않을 경우, 공상행정 관리부문을 인민법원에 강제집행을 청구할 수 있다.”고 규정하고 있다.⁹⁾

2) 기타 권리침해로 인한 손해배상분쟁의 재결

권리침해분쟁은 약품관리, 교육관리, 식품위생, 환경보호, 제품품질, 사회복지 등에 광범위하게 존재한다. 권리침해 손해분쟁이 발생할 경우, 합법적 권익에 손해를 받은 일방은 법에 따라 행정기관에 재결을 요청할 수 있다. 피해자는 배상책임의 확정, 배상금액의 재결을 통해 침해받은 합법적 권익이 즉시 회복되거나 배상받을 수 있게 된다. 《수질오염방지법》 제55조는 수질오염위험을 야기한 기관은 위해를 배제할 책임이 있고, 동시에 직접 손실을 받는 기관 또는 개인에게 손해배상을 해야 한다고 규정하고 있다. 배상책임과 배상금액에 대한 분쟁은 당사자의 청구에 근거하고, 환경보호부문 또는 교통부문의 항만관리 행정기관이 처리한다. 당사자가 처리결정에 불복할 경우, 인민법원에 소송할 수 있고, 당사자는 또한 직접 인민법원에 소송할 수 있다.

3. 보상분쟁의 재결

보상분쟁의 재결이란 평등한 주체간 발생한 것으로, 승인된 수용, 강제허가 등 행정행위와 밀접한 관련이 있는 보상의 수량과 범위 등에 분쟁이 있을 경우, 행정기관이 재결을 한다. 보상분쟁의 재결은 주로 다음의 사항을 포함한다.

1) 자연자원의 수용보상에 관한 분쟁의 재결

《토지관리법 실시조례》 제25조는 “토지수용방안이 법에 따라 승인된 후 수용대상 토지소재지의 시, 현급 인민정부에서 실시하고 토지수용 승인기관, 승인서 번호, 수용토지의 용도, 범위, 면적 및 토지수용 보상기준, 농업인원 안치방법과 토지수용보상 처리기한 등을 수용대상 토지소재지의 향(진), 촌에 공시해야 한다. 보상기준에 대한 분쟁은 현급 이상의 지방정부가 협의하고,

9) 《상표법》 제52조 참조.

합의가 이루어지지 않은 경우, 토지수용을 승인한 인민정부가 재결한다고 규정하고 있다.

2) 주택철거보상분쟁의 재결

《도시주택철거관리조례》 제16조는 “철거자와 피철거자간 또는 철거자, 피철거자, 건물임대자간에 철거보상 및 배치협약서 체결에 관하여 합의를 하지 못한 경우, 당사자 신청에 따라 건물철거 관리기관이 재결한다. 건물철거 관리기관이 피철거자인 경우, 동급 인민법원이 재결한다. 재결은 반드시 신청 접수 30일 이내에 해야 한다. 당사자가 재결에 불복할 경우, 재결서 접수 후 3월 이내에 인민정부에 제소할 수 있다. 철거자가 본 조례 규정에 따라 이미 피철거자에게 화폐보상을 하였거나 철거배치용 건물 또는 회전용 건물을 제공하였을 경우, 제소기간 동안 철거를 정지하지 않는다.”고 규정하고 있다.

3) 강제허가 보상분쟁의 재결

《특허법》 제54조는 “실시 강제허가를 취득한 단위 또는 개인은 반드시 특허권자에게 합리적인 사용료를 지급해야 하고, 그 액수는 쌍방이 협상하여 결정한다. 쌍방이 합의에 이르지 못할 경우에는 국무원 특허행정부에서 재결한다.”고 규정하고 있다. 제55조는 “특허권자가 국무원 특허행정부문의 실시 강제허가 결정에 불복할 경우, 특허권자와 실시 강제허가를 취득한 단위나 개인이 실시 강제허가 사용료에 대한 국무원 특허행정부문의 재결에 불복할 경우에는 통지를 입수한 후 3월 이내에 인민법원에 제소할 수 있다.”고 규정하고 있다. 《식물신품종보호조례》 제11조는 “국가이익 또는 공공이익을 위하여 승인기관은 식물신품종 강제허가의 결정을 내리고, 등기와 공고를 할 수 있다. 강제허가의 시행을 취득한 단위와 개인은 품종권자에게 합리적인 사용료를 지급해야 한다. 그 액수는 쌍방이 합의하여 결정한다. 쌍방이 합의하지 못하면 승인기관이 결정한다.”고 규정하고 있다.

4. 경제계약분쟁의 재결

경제계약분쟁의 재결은 주로 중국의 계획경제시대에 존재하였는데, 당시 정부의 광범위한 개입상황에 부합하여, 행정기관이 당사자 간의 경제계약으

로 인하여 발생한 분쟁에 대하여 재결하였다. 다만, 시장경제의 발전에 따라 정부의 경제계약분쟁에 대한 개입은 축소되었고, 현재에도 계약분쟁에 대한 재결은 여전히 개입이 제한적이다. 예컨대, 임대경영계약분쟁의 재결과 관련하여, 《전국민 소유제 소형공업기업 임대경영 잠정조례》 제22조는 “임대경영 계약 쌍방간에 분쟁이 발생하는 경우 협의를 통해 해결하고, 합의를 도출하지 못할 경우 계약규정에 따라 공상행정 관리기관에 조정 또는 중재를 신청할 수 있다.”고 규정하고 있다. 임대경영계약의 일방이 중재기관의 중재결정에 불복할 경우, 중재결정서를 받은 날로부터 10일 이내에 상급 중재기관에 중재결정에 대한 심의를 요청할 수 있다. 상급 중재기관의 결정은 종심 결정에 해당된다. 기간을 경과하여 심의를 신청하지 않을 경우, 중재결정은 법적 효력을 발효하게 되고, 이는 종심에 해당된다. 임대경영 계약이 분쟁처리 방법을 규정하지 않았지만, 당사자가 계약체결 후 또는 분쟁시 공상행정 관리기관에 신청하도록 서면합의를 도출한 경우, 공상행정 관리기관은 법에 따라 중재사안을 수리하여야 한다.¹⁰⁾

5. 인사분쟁중재

인사분쟁중재(人事争议仲裁)란 국가가 설립한 인사분쟁 중재위원회가 합법·공정·신속처리 원칙에 근거하여 인재의 이동과 기타 인사분쟁을 처리하는 것을 말한다. 중국 현행제도하에서 인사분쟁중재를 통해 해결할 수 있는 인사분쟁은 다음과 같다. 즉 i) 국가행정기관과 종사간의 채용, 이동, 초빙계약에서 발생하는 분쟁, ii) 사업부문과 종사자간의 사직, 퇴직, 초빙계약 또는 구인계약으로 발생하는 분쟁, iii) 기업과 관리인, 전문기술자 간에 초빙계약 또는 구인계약으로 발생하는 분쟁, iv) 법률·법규, 규장의 규정에 따라 중재가 가능한 인재이동과 기타 인사에 관한 분쟁 등이 있다. 당사자는 인사분쟁을 법원심리전에 중재기관에 제출하여 재결을 받아야 하고, 당사자가 재결에 불복할 경우, 법정기한내에 제소할 수 있으며, 중재를 거치지 않고 직접 제소할 수 없다.¹¹⁾

10) 《중재법》 효력발생 후, 당사자 모두가 공상행정 관리기관의 중재에 합의하는 경우를 제외하고, 공상행정 관리기관이 경제계약 분쟁재결에 개입하는 것은 상당히 제한적이다.

11) 《인사분쟁처리잠정규정》 제2조.

제 3 절 행정재결의 관할, 절차 및 구제

1. 행정재결의 관할

행정재결의 관할이란 행정주체가 행정재결사건을 수리하는 일종의 권한분할을 의미한다. 중국의 관련 법률·법규에 따라, 행정재결의 주체는 다음의 3가지이다.

첫째, 인민정부 또는 주관부문으로서, 구체적으로는 다음 2가지 상황이 있다.

1) 분쟁당사자의 법적 지위의 차이에 따라 상이한 관할이 확정된다. 예컨대, 자연자원 소유권 분쟁의 재결에 대한 관할규칙은 다음과 같다. 즉 i) 전국민 소유제 단위간, 집체소유제 단위간, 사영기업 상호간 및 그들 상호간에 자연자원 소유권과 사용권에 관한 분쟁이 발생할 경우, 자연자원 소재지의 현급 이상 인민정부나 주관부문이 재결한다. ii) 개인간, 개인과 단위간에 자연자원 사용권에 관한 분쟁이 발생할 경우, 토지소유자의 향급 인민정부 또는 현급 인민정부 또는 주관부문이 재결한다. iii) 자연자원의 소유권과 사용권에 관한 분쟁이 발생하여 소유권 또는 사용권을 재확인할 필요가 있는 경우, 현급 이상 인민정부가 확인하고, 소유권과 사용권 증서를 발급한다.

2) 승인결정을 한 기관은 동시에 재결기관이 된다. 주택철거 보상분쟁은 철거를 승인한 주택주관부문이 재결한다. 토지수용 보상분쟁은 토지수용을 승인한 인민정부가 재결한다. 특허의 강제허가 분쟁은 국무원 특허행정부문이 재결한다. 식물신품종 강제허가 실시분쟁은 강제허가 결정기관이 재결한다.

둘째, 법률·법규가 수권한 전문조직이다. 예컨대 《특허법》에서는 특허분쟁은 특허청 특허심의 위원회가 재결한다고 규정하고 있다. 《상표법》에서는 상표분쟁은 상표국 상표심의위원회가 재결한다고 규정하고 있으며, 《식물신품종보호조례》는 식물신품종 명칭변경과 무효분쟁은 식물신품종 심의위원회가 재결한다고 규정하고 있다.

셋째, 전문적으로 설립한 중재위원회다. 예컨대, 인사부가 제정한 《인사분쟁처리 잠정규정》에서는 인사부가 설립한 인사중재 공증청(人事仲裁公证厅)은 관할범위 내의 인사분쟁을 처리한다고 규정하고 있다. 성(자치구, 직할시), 副성급의 시, 지(시), 현(시, 구)가 설립한 인사분쟁 중재위원회는 각각 관할범위내의 인사분쟁을 처리한다. 국무원 각부와 위원회, 국무원 직속사업기관 및 각 부와 위원회 직속의 베이징주재 사업단위의 인사분쟁, 성(자치구, 직할시)을 초월하는 인사분쟁은 인사부 인사중재 공정청이 책임지고 처리한다. 성(자치구, 직할시), 부성급시, 지구(시), 현(시, 구) 중재위원회의 관할범위는 성(자치구, 직할시)에서 결정한다. 중재위원회 위원장(主任)은 동급 인민정부 인사업무의 책임자 또는 정부 인사행정부문의 주요 책임자가 분할하여 담당한다. 중재위원회 사무국은 동급 인민정부 인사행정부문에 설치한다.

2. 행정재결의 절차

행정재결은 특정 민사분쟁을 해결하는 한 가지 방식으로, 당사자간의 민사분쟁을 신속하고 유효하게 해결하고, 당사자의 합법적 권익을 보호하며, 현대행정과 사회경제발전의 수요에 부응한다. 다만, 인사분쟁중재를 제외하고, 중국의 현행 행정재결제도는 상대적으로 통일된 법정 절차가 존재하지 않는다. 상이한 행정재결의 적용절차는 단행 법률·법규, 규장에 분산되어 규정되어 있다. 이는 다수의 행정재결이 실제로 일정한 규칙을 준수하는 것을 어렵게 한다. 주로 행정재결기구의 취사선택에 의지하기 때문에 임의성이 비교적 크기 때문에, 행정재결제도의 건전한 발전에 도움이 되지 않는다. 본서는 중국 행정법률·법규의 규정과 행정재결의 실무를 종합하여, 행정재결절차를 다음의 단계로 소개한다.

1) 신청

민사분쟁 당사자는 우선 권한이 있는 행정재결 주체에게 재결을 신청하고, 행정주체에게 이미 발생한 분쟁에 대한 행정재결을 내릴 것을 요구함으로써 자신의 합법적 권익을 보호한다. 당사자 신청이 부합해야 하는 요건은 다음과 같다. 즉, 신청자는 반드시 민사권익 분쟁의 당사자 또는 이해관계자이어

야 한다. 관할권이 있는 행정주체에게 신청하여야 한다. 신청은 법정 기한내에 제출하여야 한다. 신청은 법정 형식에 부합해야 한다. 일반적으로 서면신청서를 제출하는데, 여기에는 쌍방 당사자의 기본사항과 분쟁사항, 구체적 요구 및 근거와 이유 등을 기재하여야 한다.

2) 수리

행정재결주체가 당사자의 신청을 받은 후에는 신청내용에 대하여 예비심사(初步審査)를 진행하여야 한다. 만약 신청조건이 부합하면, 이를 수리하고, 신청조건에 부합하지 않으면 행정주체는 즉시 이를 신청인에게 통지하고 그 이유를 설명하여야 한다.

3) 심사

행정재결주체는 당사자의 신청서를 수리한 후, 당사자의 분쟁에 대하여 심사를 진행하는데, 이에선 관련사실과 증거를 확인하고, 당사자를 소집하여 조사, 질의, 변론, 질의응답을 진행하여, 관련 증인에 대한 상황을 이해하고, 필요한 경우 검사와 감정을 한다. 만약 증거가 부족하면, 행정재결주체는 당사자에게 증거제시를 명할 수 있고, 법에 따라 스스로 조사하고 증거를 수집할 수 있다. 행정법 이론의 일반적 요건에 따라, 국민의 권익에 영향을 미칠 수 있는 모든 재결을 행하기 전에 심리와 청문회를 진행함으로써 재결의 공정성을 확보한다. 중국 《상표법》 제33조는 예비심사와 공고를 한 상표에 이의를 제기할 경우, 상표국은 이의제기자 및 상표신청인의 진술을 청취하고, 관련 사실을 조사한 후에 재결한다고 규정하고 있다.

4) 재결

행정재결주체는 심사를 통해 사실을 분명히 하고, 증거가 충분한 경우에는 즉시 행정재결을 하여야 한다. 재결서는 쌍방 당사자의 기본사항과 분쟁의 내용, 재결기관이 인정하는 사실, 재결의 근거와 이유 등을 명기하고, 당사자에게는 재결에 불복할 경우 구제경로, 즉 행정심판과 행정소송을 신청할 수 있는지 여부, 행정심판 또는 행정소송의 관할기관 등을 고지하여야 한다. 만

약 중심 재결에 해당하는 경우, 당사자에게 재결이행의 기한 등을 통지하여야 한다.

5) 송달

행정재결 후 행정재결주체는 즉시 재결서를 쌍방 당사자에게 송달한다. 재결결과가 당사자에게 도달하는 경우에 재결의 효력은 발생한다.

3. 행정재결의 구제

행정재결은 구체적 행정행위로서, 국민, 법인 또는 기타 조직의 합법적 권익에 실질적 영향을 미친다. 이미 성립한 행정재결을 번복할 경우, 유효하고 정당한 법률 경로를 통해 진행할 수 있다. 당사자가 행정재결에 불복할 경우, 자신의 권리를 구제할 경로가 필요하다. 따라서 행정재결 구제제도의 구축과 개선은 매우 필요하다. 현재 중국 법률규정에 따르면, 행정재결구제는 다음과 같은 3가지 형태로 분류된다.¹²⁾

(1) 행정심판

현행 법률규정과 학계의 통설은 매우 작은 범위에서만 행정재결에 대하여 행정심판을 요청할 수 있는데, 이중 일부 행정재결에 대한 행정심판은 중국적이다. 이런 상황을 야기하는 주요 원인은 《행정심판법》 제8조 제2항의 규정이다. 즉 “행정기관이 민사분쟁에 관하여 하는 조정 또는 기타 처리에 불복하는 경우, 법에 따라 중재를 신청하거나, 또는 인민법원에 소송을 제기한다.” 여기서 “기타 처리”의 의미는 법률 조문에서 명확하게 정의되지 않았는데, 이에 대하여 학계의 다양한 논쟁이 있다. 일부 학자는 “기타 처리”는 주로 행정재결의 처리를 말한다고 본다.¹³⁾ 따라서, 법률·법규에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고, 행정심판을 신청할 수 없다. 현행 법률에서 명확한 규정을 통해 행정재결에 대하여 행정심판을 신청할 수 있다고 하는 상황은 비교적 드물다. 예컨대, 자연자원의 소유권 분쟁에 대한 재결에 대하여, 《행정심

12) 应松年主编:《行政法和行政诉讼法学》, 法律出版社, 2005年版, 第276页。

13) 袁曙宏主编:《社会变革中的行政法治》, 法律出版社, 2001年版, 第278页。

판법》 제6조는 “토지·광산·하천·삼림·산지·초원·황무지·간석지·해역 등 자연자원의 소유권 또는 사용권 확인과 관련된 결정에 대해 불복할 경우 행정심판을 신청할 수 있다.”고 규정하고 있다. 또한 《국유재산 재산권 범위와 재산권 분쟁처리 잠정방법》 제30조는 “국유조직이 국유재산 관리부문의 재정에 불복할 경우, 재정서를 받은 날로부터 15일 이내에 상급 국유자산 관리부문에 행정심판을 신청하여야 하고, 상급 국유자산관리부문은 행정심판신청을 받은 날로부터 60일 내에 행정심판결정을 하여야 한다.”고 규정하고 있다.

주목할 것은, 자연자원 소유권 분쟁에 대한 행정재결에서, 한 가지 유형에 대하여만 행정심판만을 제기할 수 있는데, 행정심판결정은 종국적이고, 행정심판결정에 불복할 경우 다시 행정소송을 제기할 수 없다. 《행정심판법》 제30조 제2항은 “국무원 또는 성·자치구·직할시 인민정부가 행정구획에 대한 감정·조정 또는 토지수용 결정에 근거하여 성·자치구·직할시 인민정부의 토지·광산·하천·삼림·산지·초원·황무지·간석지·해역 등 자연자원의 소유권 또는 사용권을 확인하는 행정심판결정은 최종재결로 한다.”고 규정하고 있다.

사례 2 : 2001년 4월, 모 省 갑县 A촌과 을县 B촌은 하나의 자연적 수원(水源)에 대한 취수권에 대하여 분쟁이 발생하였다. A촌은 본 수원의 발원지가 갑县 관할내에 있고, 역사적으로 A촌 촌민이 균등하게 취수하였고, 또한 이 수원은 A촌의 사람과 가축의 식수 및 관개용수로 이용되었기 때문에, A촌이 수원의 취수권을 가진다고 주장하였다. B촌은 이 수원은 을县的 관할을 통과하고, B촌의 인구가 A촌보다 많으며, A촌은 기타 수원에서 취수할 수 있기 때문에, 이에 대한 취수권은 B촌에 속한다고 주장하였다. 쌍방은 서로 양보하지 않아 충돌이 발생하였다. 갑县과 을县을 관리하는 市인민정부는 조사를 통해 다음과 같이 결정하였다. 즉 쌍방이 당해 수원에 대하여 균등하게 취수권을 가진다. A촌과 B촌은 이러한 결정에 불복하여, 성 인민정부에 행정심판을 신청하였다. 행정심판기관은 조사를 통해 쌍방 분쟁의 수원은 자연하류이고, 갑县과 을县에 대한 省 정부의 행정구역 경계에 대한 조사에 따라, 해당 수원은 두 县의 경계하천이고, 수법과 기타 관련 규정에 따라 쌍방 모두가 취수권이 있다고 확인하였다. 따라서 피신청인이 제기한 물 분쟁 처리결정절차는

합법적이고, 적용근거도 정확하며, 내용도 정당하기 때문에, 법에 따라 유지하는 행정심판결정을 내렸다.

본 사례에서 갑县 A촌과 을县 B촌은 자연수원의 사용권분쟁에 대하여 市 정부가 내린 처리결정에 불복하여, 법에 따라 省 정부에 행정심판을 신청하였기 때문에, 본 사건은 자연자원에 대한 권리확정 행위에 불복하여 제기한 행정심판이다. 《행정심판법》 제30조 제2항에 근거하여, 본 사안에서 심판기관은 행정구획에 대한 省정부의 조사에 근거하여 수원사용권을 확인하는 결정을 내렸기 때문에, 해당 결정은 최종재결이고, 당사자는 다시 행정소송을 제기할 수 없다.

(2) 행정소송

이론적 또는 사법적 실무과정에서, 다수의 행정재결은 모두 행정소송을 통하여 구제될 수 있다. 1991년 《행정소송법》에 대한 최고인민법원의 해석은 직접적으로 소유권 분쟁, 배상분쟁과 보상분쟁에 대한 행정재결에 대하여 행정소송을 통해 구제받을 수 있다고 규정하고 있다. 2000년 《행정소송법》에 대한 최고인민법원의 사법해석도 행정재결에 대한 행정소송 가능성을 배제하지 않고 있다. 심판의 실무에서 소유권분쟁, 배상분쟁과 보상분쟁에 대한 행정재결에 불복하여 소송을 제기하는 경우, 법원은 행정사건으로 수리하고 있다. 최고인민법원 행정심판청은 《인사분쟁에 대한 중재위원회 행위가 제소 가능한지 여부에 대한 답변》(2003년 12월 1일)에서 “당사자가 인사분쟁 중재위원회가 내린 인사분쟁중재가 자신의 인신권과 재산권을 침해하였다고 인정하는 경우, 법에 따라 행정소송을 제기할 수 있다. 다만, 국가행정기관과 그 업무인원 간에 발생한 인사분쟁과 사업단위와 업무인원간에 사직, 퇴직, 고용계약으로 발생한 분쟁은 여기서 제외된다.”고 규정하고 있다.

행정재결은 당사자간의 민사분쟁을 기초로 하기 때문에, 만약 당사자가 행정소송에서 민사분쟁을 해결하기 위해 제기하는 경우, 법원은 민사사건을 병합된 행정사건을 처리할 수 있다. 《최고인민법원의 《행정소송법》 집행에 관한 몇 가지 문제에 관한 해석》(2000년) 제61조는 “피고가 평등주체간의 민

사분쟁에 대하여 내린 재결이 위법일 경우, 민사분쟁의 당사자는 인민법원에 관련 민사분쟁을 함께 처리하도록 요청할 수 있고, 인민법원은 이를 함께 심리할 수 있다.”고 규정하고 있다.

사례 3 : 2001년 12월 10일, 모省 모市 도시개발계획국은 모省 모市 도시개발회사에게 주택철거 허가증을 발급하였고, 부동산 개발회사는 천장(陈江) 등 21명이 소유하고 있는 상점건물철거를 진행하도록 허가를 받았다. 그러나 陈江 등 17명과 부동산 개발업자는 보상문제에 대해 합의를 이루지 못했다. 2002년 8월 30일, 도시계획개발국은 부동산개발회사의 신청에 따라 신청자와 陈江을 포함한 17명의 피신청인에게 《주택철거 행정재결서》를 발행하였다. 陈江 등 17명은 행정재결에 불복하여, 모省 모市 중급인민법원에 행정소송을 제기하여, 피고가 내린 주택철거 행정재결을 취소할 것을 법원에 청구하였다.

모省 모市 중급인민법원은 원고 陈江 등 17명의 소송청구를 기각하였다. 陈江 등 17명은 이에 불복하여, 모省 모市 고급인민법원에 상소를 제기하고, 원심을 취소해 줄 것을 청구하였고, 피상소인이 행한 행정재결을 취소하여 줄 것을 요청하였다. 모省 고급인민법원은 모市 중급인민법원의 행정재결을 취소하고, 모省 모市 도시개발계획국의 《주택철거 행정재결서》를 취소하는 판결을 내렸으며, 모省 모市 도시개발계획국에 다시 재결하라고 판결하였다.

본 사례에서 주택철거 행정재결은 당사자간의 권리·의무를 직접 확정하는데, 만약 재결이 부당할 경우 당사자의 합법적 권익을 침해하게 된다. 당사자가 행정재결 결정에 불복하는 경우, 행정소송을 통해 행정재결행위의 합법성을 심사할 수 있다. 다만, 행정재결은 비교적 강력한 전문성을 가지고 있기 때문에, 법원은 도시개발계획기관이 내린 재결결정을 직접 대체할 수 없고, 행정기관에게 다시 재결하도록 명령할 수 있다.

(3) 당사자의 제소이유와 소송청구에 따른 사건성질의 확정

행정재결사건은 두 가지 성질의 법률관계와 관련이 있기 때문에, 실제로 상이한 성질의 분쟁에 대한 상이한 구제방법을 채택하는 경우가 존재한다.

《최고인민법원의 식물신품종 분쟁사건에 관한 약간의 문제에 대한 해석》(2001년 2월 14일 시행) 제5조는 “식물신품종권을 부여하여야 하는지 여부에 대한 분쟁사건, 부여된 식물신품종권의 무효 또는 식물신품종권의 유지를 선고하는 분쟁사건 및 부여된 품종권의 식물신품종의 개명에 관한 분쟁사건은 행정주관부문 식물 신품종 심의위원회를 피고로 하여야 한다. 또한 강제허가를 시행한 분쟁사건과 관련하여 식물신품종심의회관을 피고로 하고, 강제허가 시행에 관한 분쟁사건은 식물신품종 심시기관이 피고가 되며, 강제허가 사용비용에 관한 분쟁은 원고가 청구한 사항과 제소된 당사자를 근거하여 피고를 확정한다.”고 규정하고 있다.

(4) 행정기관이 가지는 종심재결권

행정소송제도의 개선에 따라, 점진적으로 행정소송 범위가 확대되는 추세에 있지만, 여전히 행정기관이 종국재결권을 가지고 있기 때문에, 당사자가 사법구제를 모색할 수 없는 상황이다. 예컨대, 국가정책변화로 야기된 부동산 분쟁과 같이, 최고법원의 사법해석은 이러한 유형의 분쟁을 행정소송의 범위에서 제외하고 있다. 최고인민법원이 발표한 《부동산 사건 수리문제에 관한 통지》(1992년 11월 25일) 제3항은 “민사소송법, 행정소송법의 제소조건에 부합하지 않은, 역사적으로 남아있는 낙후된 정책성질의 부동산 분쟁, 행정지령과 기구의 통폐합 등에 따라 야기되는 부동산 분쟁은 인민법원 관할에 속하지 않으며, 당사자가 이를 이유로 제기하는 소송은 인민법원은 법에 따라 수리하지 않거나 기소를 기각하여야 하고, 관련 부문을 찾아 해결을 신청할 것을 고지할 수 있다.”고 규정하고 있다. 최고인민법원이 제정한 《체제변동으로 야기된 부동산분쟁 사건의 법원불수리에 관한 회신》(1992년 4월 9일)은 사건 당사자 쌍방의 주택·토지분쟁은 “체제변화가 야기한 것으로, 관련 부문이 해결하여야 하고, 인민법원은 민사사건으로 수리해서는 아니 된다.”고 규정하고 있다. 상술한 회신의 정신으로 볼 때, 관련 부문의 해결 이후에 당사자 일방이 불복할 경우, 소송을 제기하더라도 인민법원은 이를 수리하지 않는다.

4. 중국행정재결제도의 개선

(1) 중국 현행 행정재결제도의 문제점

행정재결의 개념과 법적 구제경로와 관련하여, 중국 현행 법률은 통일적·구체적·명확한 규정이 결여되어 있다. 더욱이 일부 규정은 상호 불일치하고, 상호 모순되는 경우도 존재하기 때문에, 행정 및 사법실천에 커다란 혼란을 야기하고 있다. 행정재결제도의 문제점은 다음과 같다.

1) 명칭혼란·성질의 통일성 결여¹⁴⁾

행정기관이 특정한 민사·경제분쟁을 재결할 권한이 있다고 규정하고 있는 중국 현행의 법률과 행정법규중에서, 사용되는 행정재결의 명칭은 상이하 다. 예컨대, “재결”(裁决), “처리”(处理), “조정”(调外), “해결”(解决), “중재”(仲裁) 등이 있다. 각종 재결은 성질상 큰 차이가 있다. 일부 재결은 행정심판기관이 구체적 행정행위에 대하여 행하는 행정심판행위이고,¹⁵⁾ 일부는 행정기관이 민사분쟁에 대하여 행하는 재결이기도 하다.¹⁶⁾ 동시에, 현재 행정재결을 규정하는 제도 또한 매우 혼란하여, 행정법규와 규칙, 심지어 규장 이하의 규범성 문건에서도 행정재결을 규정하고 있다.

2) 독립적 행정재결기구의 부재

현재 행정기관 중 행정재결 기능을 이행하는 기구는 다양한 상황이 있는데, 대부분의 행정기관은 단독으로 상대적으로 설치된 상대적으로 독립된 재결기관이 없고, 업무 부문에서 행정재결 기능을 병행하고 있다. 일부에서는 행정기관의 법제부문에서 행정재결기능을 병행하고 있거나 또는 행정기관내

14) 张树义主编:《纠纷的行政解决机制研究——以行政裁决为中心》, 中国政法大学出版社, 2006年版, 第 116页。

15) 《행정심판법》 제30조 제2항은 “국무원 또는 성·자치구·직할시 인민정부가 행정구획에 대한 감정·조정 또는 토지수용결정에 근거하여 성·자치구·직할시 인민정부의 토지·광산·하천·삼림·산지·초원·황무지·간석지·해역 등 자연자원의 소유권 또는 사용권을 확인하는 행정심판결정은 최종재결로 한다.”고 규정하고 있다.

16) 《산림법》 등 관련 법률규정.

부의 업무주관부문이 재결을 책임지고 있다. 재결기구가 독립적이지 않은 상황은 재결의 객관성과 공정성에 불리하다.

3) 통일된 행정재결절차의 결여

정당한 절차는 행정행위의 합법성과 공정성, 객관성과 합리성의 전제조건이다. 중국은 현재 통일되고 명확한 행정재결절차가 없고, 시행중인 행정재결기관은 구체적 행정관리업무의 특징에 따라 각각의 방식으로 관리하고 있기 때문에, 기본적으로 질서가 없는 혼란 상태에 있다. 일부에서는 일반적 행정절차에 따라 재결을 진행하고 있고, 일부는 스스로 제정한 행정재결절차를 통해 이행하고 있으며, 일부는 기타 행정행위절차를 원용하여 활용하기도 하고, 일부는 사법절차를 원용하여 재결을 진행하기도 한다. 이러한 혼란은 행정재결의 효력에 직접적으로 영향을 미치고, 또한 행정재결제도가 분쟁을 해결하는데 충분한 기능으로 작용하지 못하는 원인이 된다.

4) 행정재결효력의 불명확성과 구제경로의 불확실

행정재결의 법적 강제력 구비여부는 법률의 규정에 따라 상이하다. 행정재결에 불복할 경우, 일부 법률은 행정심판을 제기할 수 있다고 규정하고, 일부 규정은 직접 행정소송을 제기할 수 있다고 규정하고 있으며, 일부는 직접 원래의 민사분쟁에 대한 민사소송을 제기할 수 있다고 규정하고 있다. 일부 법률규정은 매우 모호하게 규정하고 있는데, 예컨대 《수토보호법》 제39조 제2항은 “배상책임과 배상금액의 분쟁은 당사자의 청구에 근거하여, 수자원 행정주관부문이 처리한다. 당사자가 처리결정에 불복할 경우, 인민법원에 소송을 제기할 수 있다.”고 규정하고 있다. 여기서 제소는 원래의 민사분쟁에 대한 민사소송인지 또는 행정재결에 대한 행정소송인지에 대하여 법률은 모호하게 규정하고 있다.

(2) 중국 행정재결제도 개선의 방법

세계의 행정재결제도의 발전과정을 종합하여 보면, 행정재결은 현대국가의 중요한 정부기능이고, 행정재결의 발달은 행정권의 부단한 확장결과이며, 사

회발전과 국가관리에 필요한 것이라는 것을 알 수 있다. 행정영역에서 민사 분쟁을 해결하는 것은 합법적 근거를 가지고 있을 뿐 아니라, 동시에 사회적 발전의 수요에 기인한 것이다. 현대 행정은 나날이 전문화되는 추세에 있고, 행정재결의 전문성 역시 사회 현실적 수요와 결합하여 요구된다. 이외에 행정재결제도는 효과적으로 법원의 소송부담을 경감시키고, 행정권의 주동적 특징을 충분히 발휘할 수 있도록 하며, 민사분쟁이 철저하고 신속하게 해결될 수 있도록 하는데 유리하다. 행정재결제도가 합리성을 실현한다는 것과 중국 행정재결제도의 취약성을 고려할 때, 중국은 여전히 어떻게 행정재결제도를 개선할 것인가에 대한 심도있는 연구가 필요하다고 생각한다.

1) 통일적인 행정재결의 명칭과 범위

행정재결이 입법과정에서 사용하는 혼란한 상황은 입법, 법률집행, 사법, 법제관념 등의 다양한 영역에 부정적 효과를 미치고 있다. 따라서, 행정재결에 대한 의의와 외적 범위에 대하여 명확한 정의를 할 필요가 있고, 이를 통해 이론상의 혼란을 피해야 한다. 동시에 현재 과도하게 설립된 행정재결상황을 개선하고, 행정재결을 규정하는 것을 엄격하게 제한하여야 하며, 행정재결에 대하여 통일된 범위와 척도를 규정하여야 한다.

2) 강력한 행정재결기구의 독립성

중국 행정재결기구의 설치는 규범적이지 않고, 상표와 특허분쟁 등과 같은 전문적 재결기구를 제외하면, 다수의 행정재결기관은 독립적 행정재결기구를 두고 있지 않다. 시장경제의 부단한 발전에 따라, 행정관리와 관련된 민사·경제분쟁의 부단한 증가가 이루어지도 있다는 점에서 독립적인 행정재결기구를 설립하는 것은, 당사자간의 민사·경제분쟁을 효과적으로 해결하는데 유리하다는 것은 분명하다.

3) 통일된 행정재결절차의 확립

행정재결제도를 보다 효과적으로 규율하기 위하여, 본서는 소송법과 행정재결의 구체적 부문업무의 관련 규정을 결합하여 통일된 행정재결절차를 확

립할 수 있고, 상대적으로 독립된 행정재결 증거규칙과 재결방식을 수립할 수 있다고 생각한다.

4) 명확한 행정재결 구제경로

행정재결에 불복하여 제기하는 민사소송은 《행정소송법》 공포 이전에 행하였던 일반적 방법이었으나, 행정소송법 공포 이후에도 이러한 방법은 금지되거나 취소되지 않았다. 이론적으로 볼 때, 이러한 방법은 행정법의 기본원칙에 위배된다. 만약 법률이 행정기관에게 행정재결을 행하도록 규정하면서, 동시에 행정재결 처리결정에 불복할 경우, 직접 민사소송을 제기할 수 있다고 규정하고 있다면, 이는 행정행위 공정력에 대한 일종의 부정이다. 동시에 실무과정에서 쉽게 출현하는 행정판결, 행정재결, 민사판결 간에는 상호 모순된 현상이 발생함으로써, 각기 다른 행위의 법률 효력간에 충돌을 야기하게 되고, 나아가 당사자의 모순을 심화시키는 계기로 작용한다. 따라서 본서에서는 법률·법규를 통해 행정재결에 불복하는 경우, 행정소송을 제기할 수 있다고 명확하게 규정할 것을 제언한다.¹⁷⁾

17) 周佑勇、尹建国：“我国行政裁决制度的改革和完善”载《法治论丛》，2006年 第5期。

제11장 행정응급

본장 개요

본 장은 돌발적 공공 사안과 국가긴급권의 정의와 특징, 중국 행정응급(行政应急 : 예기치 않는 돌발적인 상황이 발행할 경우에 이에 대한 정부가 취하는 비상행정체제를 말하는 것으로, 본서에는 원어에 충실하게 “행정응급”이라고 하고, 그와 관련 상황은 “응급” 또는 “응급상황”이라고 번역함-역사 주) 법제의 발전현황을 분석하고, 이에 기초하여 행정응급 관리체계와 돌발사건의 예방과 준비, 모니터링, 예보와 경보, 사후복구와 재건, 행정응급행위의 개념과 특징, 기본원칙, 행정응급조치의 종류 등을 분석하였다. 본 장은 행정응급행위의 기본원칙과 행정응급행위의 원칙, 행정응급조치의 유형을 살펴보는 것을 목적으로 한다.

제 1 절 행정응급 개설

1. 돌발적 공공사건의 정의

(1) 돌발적 공공사건의 긴급성 개념과 범위

“하늘에는 예측 불가한 바람과 구름이 있고, 사람에게는 예측할 수 없는 행운과 재난이 있다”(天有不测风云, 人有旦夕祸福)라는 말과 같이, 예로부터 인류사회에는 예측할 수 없는 비상사안이 끊임없이 발생하고 있는데, 이러한 일들을 통상 “돌발적 공공사건”(突发公共事件)이라 칭한다. 돌발적 공공사건은 일반적으로 예기치 않은 상황에서 발생하고, 심각한 사회 피해를 야기하거나 조성할 수 있다는 점에서, 긴급한 조치를 통해 자연재해, 사고재난, 공공위생안전 및 사회 안전사건 등에 대응할 필요가 있다.

돌발적 공공사건의 범위와 유형에 대하여는 학계에서도 일부 논쟁이 있다. 일부 학자는 돌발적 공공사건의 발생과정과 성질 및 요소에 따라 자연재해

(自然災害), 사고재난(事故灾难), 돌발적 공공위생사건(突发公共卫生事件), 돌발적 사회 안전사건(突发社会安全事件), 경제위기 (经济危机) 등의 다섯 가지 유형으로 구분한다.¹⁾ 일부 학자는 공공사건의 기인과 자연성, 방식 및 범위 등의 분류기준으로 돌발적 사건을 자생적인 것과 계승적인 것, 자연적인 것과 사회적인 것, 유형적인 것과 무형적인 것, 완전형인 것과 국부적인 돌발사건으로 구분하기도 한다.²⁾ 또한 공공관리의 측면에서 위기성 사건을 정치성 위기사건과 거시경제적 위기사건, 사회성 경제사건, 생산성 위기사건, 자연성 위기사건 등으로 구분하는 학자들도 있다.³⁾ 2007년 11월 1일 시행된 《돌발사건대응법》은 돌발적 공공사건을 네 가지 유형으로 구분하고 있다. 즉 i) 자연재해(주로 홍수와 가뭄재해, 기상재해, 지진재해, 지질재해, 해양재해, 생물재해 및 삼림초원 화재 등을 포함), ii) 사고재난(주로 공업, 광산, 상업무역 등 기업들의 각종 안전사고, 교통운수사고, 공공시설과 설비사고, 환경오염 및 생태파괴 사고 등을 포함), iii) 공공위생사건(주로 오염질병, 원인불명의 집단 질병, 식품안전과 직업위해, 동물질병, 기타 심각하게 공공 건강과 생명안전에 영향을 주는 사건, iv) 사회안전사건(주로 테러 위협사건, 경제안전사건, 돌발에 관련된 사건 등을 포함) 등이 있다.

통일된 지도와 종합적 조정, 분류에 기반한 관리, 단계(分級)별 책임부여, 속지관리를 중심으로 하는 비상관리체제의 요구에 따라, “단계별 책임”과 “단계별 대응”의 실현을 위하여 돌발적 공공사건에 대하여는 과학적인 분급, 즉 단계화가 요구된다. 각종 유형의 돌발적 사건은 모두 특수성을 띠고 있다는 점에서 그 발전체계는 상호 다르게 나타난다. 따라서 돌발적 공공행정 사안을 단계화 시킬 경우에도 다른 업종의 특수성과 전문성, 융통성을 존중할 필요가 있다. 중국의 관련 법률과 행정법규, 기타 규범성 문건의 돌발적 공공행정의 단계화에 대한 태도는 완전하게 일치되지 못하고 있다. 다수의 법률과 행정법규, 기타 규범성 문건은 돌발적 공공행정 사안을 4급으로 나눈

1) 薛澜、钟开斌：“突发公共事件分类、分级与分期:应急体制的管理基础”载《中国行政管理》2005年 第2期，第103页。

2) 宋功德：“突发公共事件应急处理法律制度及其完善” 载应松年 主编：《突发公共事件应急处理法律 制度研究》，国家行政学院出版社，2004年版，第19 -28页。

3) 杨冠琼：“危机性事件的特征、类别与政府危机管理”载《新视野》2003年 第6期，第44页。

다. 예컨대 《돌발사건대응법》은 돌발적 공공사건의 사회적 위해정도, 영향 범위, 돌발사건의 성질, 업종특징 등의 요소에 따라, 자연재해, 사고재난, 공공위생 사건을 초대형(特別重大), 대형(重大), 비교적 대형(較大), 일반형(一般) 등 4가지로 단계화하고 있다. 일부 업종은 자체 특징에 따라 분류하기도 하는데, 예컨대 《국가 배전망 전면적 정전사고처리 응급방안》, 《국가도시지하철사고조치응급방안》, 《국가안전 생산사고와 재난 긴급대응안》은 돌발적 공공사건을 2단계로 구분하고 있고, 《전국 고도의 질병유인성 금수류 감염예방안》은 돌발적 공공사건을 3급으로 구분하고 있으며, 《황하수량조절 돌발사건 긴급처리규정》은 돌발적 공공사건을 5급으로 나누어 접근하고 있다⁴⁾.

(2) 돌발적 공공사건의 특징

돌발적 공공사건의 발생은 종종 국민의 인신, 재산에 심각한 위협을 주거나, 사회질서를 심각하게 훼손하는 원인이 되기도 한다. 이때, 정상적 행정관리 수단은 이미 질서를 유지할 수 없게 되고, 특별한 긴급조치를 취하지 않고는 정상적 상태로 회복하기가 불가능한 상태에 이르게 된다. 정부는 위기에 긴급 대응하기 위하여 행정권력의 정상적 운영절차를 개선하고, 특별한 수단을 통해 관리를 수행할 필요가 있으며, 특히 국민의 정상적 권리를 제한하거나 감소시키는 경우도 발생하게 된다. 돌발적 공공사건의 특징은 주로 다음과 같은 몇 가지 사안으로 대별할 수 있다.

1) 돌발성

돌발적 공공사건의 돌발성(突发性)은 사람들이 예측하기 어렵고, 돌발적 공공사건이 언제, 어디에서, 어떤 형태로 폭발할지 그리고 폭발의 정도는 어떠한지 등에 대한 파악이 불가능한 것을 말한다. 돌발적 공공사건은 양적 변화에서 질적 변화로 가는 과정에서 특수성을 갖는데, 이러한 특수성은 폭발적으로 비약하는 과정에서 집중적으로 나타나는 돌발성, 즉 돌발사건의 계기는 우연한 것으로 예측하기 어려운 사안을 말한다.⁵⁾

4) 李飞主 编：《中华人民共和国突发事件应对法释义》，法律出版社，2007年版，第8页。

5) 孙崇勇、秦启文：“突发事件的两个基本理论问题探讨”载《西南师范大学学报》(人文

2) 공공성

돌발적 공공사건의 공공성(公共性)은 구체적으로 두 가지 측면에서 나타난다. 즉 i) 돌발적 공공사건은 공공이익과 연계되고, 공공의 재산과 공공안전, 공공질서에 부정적 영향을 야기하며, ii) 돌발적 공공사건을 처리할 때에는 반드시 공권력의 개입을 통하여야 하고, 돌발적 사건을 처리하고 대응할 때에는 종종 사회의 전체 구성원의 인적, 물적, 정보 등의 공공자원과 역량을 총합하고 조정할 필요가 있다. 이는 행정체계 내부의 다른 부문간의 조정과 안배뿐만 아니라 정부와 사회조직, 대중 간의 충분한 교감과 협력이 필요하다는 것을 의미한다.

3) 위해의 심각성

돌발적 공공사건은 필연적으로 정치, 경제, 문화 등의 영역에 손실과 훼손을 야기하고, 국민에게는 생명, 재산 또는 정신상의 손실과 손해를 야기한다. 이러한 손해는 인력의 상해와 재산의 손실, 환경적 훼손을 야기할 뿐 아니라 사회와 일반 대중 개개인의 심리에 심각한 충격을 야기하고 사회생활 전반에 영향을 미치게 된다.

4) 불확정성

돌발적 공공사건의 발생, 발전 추세, 사건의 영향의 정도와 범위 등은 모두 불확정성을 갖는다.

5) 처리의 긴박성

돌발적 공공사건이 반영하는 문제는 매우 중요하고, 사회와 조직 또는 개인의 안위에 관계되기 때문에, 반드시 특별한 조치를 취하여야 하고, 필요한 시기에 효과적 처리가 이루어질 수 있도록 하여야 한다. 돌발적 공공사건에 대한 반응이 신속하고 정책결정이 정확할수록, 돌발적 공공사건이 야기하는 손실은 감소하게 된다.

社科版) 2005年 第2期。

2. 국가긴급권의 개념과 특징

국가긴급권과 돌발적 공공사건은 밀접하게 관련되어 있다. 국가긴급권(國家緊急權)은 일종의 특수한 성격에 속하는 국가권력으로, 국가는 특정 돌발적 공공사건이 야기할 수 있는 사회적 위기에 법질서를 정상적으로 이행함으로써 이에 대응하고, 헌법과 법률이 규정하는 법적 절차에 따라 긴급상태의 진입을 선포하거나 또는 긴급대응조치를 취할 수 있는 권한을 갖는다. 국가긴급권의 실질은 정상상태의 국가권력 운영시스템을 변경하는 것으로, 국가권력의 집중과 확대를 통해 긴급조치가 효과적이고 집중적으로 시행할 수 있도록 하고, 정상적인 사회질서와 법적 질서를 신속하게 회복시킴으로서 국가안전과 공공이익, 국민의 기본권익을 지키는데 있다. 국가 긴급권은 다음과 같은 특징을 갖는다.

(1) 국가긴급권은 헌법상의 근거가 있어야 한다.

헌법은 국가의 근본법으로, 모든 국가권력은 모두 헌법상의 근거와 헌법에 의해 구속된다. 현대적 의미에서 국가긴급권은 헌법의 규제하에 있는 국가의 특수권력을 말한다. 헌법은 국가긴급권이라는 권력이 나오는 원천으로서, 국가긴급권의 운용은 헌법에 위배될 수 없다.

(2) 국가긴급권의 행사는 법적 제한을 받는다.

국가 또는 특정 지역에서 국가안전, 공공이익 또는 국민권익을 위해할 수 있는 돌발적 공공사건이 발생하고, 국가와 사회질서가 훼손되는 상태에 처하게 될 경우, 특히 정상적 법질서로는 위기에 대응할 수 없을 때에는, 국가는 긴급권을 동원하게 된다. 현대 법치국가의 기본이념에서 보면, 어떠한 제약도 받지 않는 권력은 존재하지 않는다. 따라서 국가긴급권의 남용, 특히 이 권력이 전제(專制)로 전향되는 것을 방지하고, 국가긴급권을 활용하여 보편적 민주와 법치의 기본가치를 훼손하는 것을 방지하기 위하여, 현대 국가는 예외없이 헌법과 법률에 국가긴급권의 행사주체, 운용조건, 행위절차, 법적 효과를 규정하고 있다.

(3) 국가긴급권은 임시성·일시성을 지닌다.

국가긴급권은 상시적으로 운용되지 않고, 그 목적은 위기에 대한 대응에 있다. 일단 위기가 극복되었을 경우, 사회는 정상적으로 회복하게 되고, 정상적 법률 운용상태로 회복된다.

(4) 국가긴급권은 권력의 집중성과 강제성을 지닌다.

국가긴급권은 국가권력의 집중행사와 보다 높은 권위성으로 표현된다. 긴급상황에서 국가권력의 행사는 상시적 질서상태의 국가권력이 각 주체에 대하여 행하는 간섭의 한계를 초과하게 되고, 국민의 권리는 보다 높은 정도로 제한되고 손상된다.

중국의 현행 헌법에서 국가긴급권에 관한 규정은 두 개의 조항이 있다. 먼저, 최고권력기관의 임기연장에 대하여, 헌법 제60조가 규정하고 있는데, 이에 의하면 “선거를 진행할 수 없는 긴급상황이 발생하는 경우, 전국인민대표대회 상무위원회는 전체 구성원의 2/3 이상의 다수결로 선거를 연기하고, 해당 회기 전국인민대표대회의 임기를 연기할 수 있다”고 규정하고 있다. 이는 중국 헌법의 긴급상태 하에서 최고권력기관의 임기 연장에 대한 규정이다. 둘째는 긴급상태진입의 선포와 관련한 것으로, 헌법 제67조에서는 전국인민대표대회 상무위원회는 전국 또는 개별 성, 자치구, 직할시에 긴급상태를 결정할 권한이 있다고 규정하고 있다. 헌법 제80조에 따라 중국 주석은 전국인민대표대회와 전국인민대표대회 상무위원회의 결정에 따라 긴급상태로의 진입을 선포하게 된다. 헌법 제89조는 국무원이 법률 규정에 따라 성, 자치구, 직할시 범위 내에서 부분 지역에 대한 긴급상태를 결정할 수 있도록 규정하고 있다. 이 중, 국무원의 긴급상태선포권(紧急状态宣布权)은 행정긴급권의 구체적 발현에 해당한다. 중국은 헌법 형식을 통해 긴급상태에 관한 법제도를 규정하고 있고, 긴급상태의 결정기관과 선포기관, 각각의 권한을 명확하게 규정하고 있다. 행정응급 법률제도는 중국 헌정제도의 일부이고, 이는 정부가 각종 돌발적 사건에서 행정긴급권을 행사하는 헌법적 근거를 제공하고 있다.

3. 행정응급 법률체계

개혁개방 이래, 중국의 법치국가 건설이 가속화되면서, 행정응급 법률제도 역시 상당한 주목과 발전을 이루었다. 헌법에서 응급상태에 대한 제도에 대한 원칙적 규정을 한 것 외에, 중국의 현행법과 법규에는 다수의 행정응급 법률 규범을 담고 있다. 이는 중국 행정응급 법률체계가 초보적 기초의 토대는 달성하였다고 해석할 수 있다. 이러한 법률·법규는 정부가 돌발적 공공사건에 대응하고 법에 근거하여 효과적인 행정응급조치를 취하는데 있어서 법적 보장 장치를 제공한다. 중국의 행정응급에 관한 현행 법률규범은 주로 다음과 같다.

(1) 헌법과 헌법성 법률

중국의 헌법성 법률에 해당되는 《홍콩특별행정구기본법》과 《마카오특별행정구기본법》은 중앙정부의 행정응급권 행사에 대한 규정을 두고 있다. 《홍콩특별행정구기본법》 제18조 제4항은 전국인민대표대회 상무위원회가 전쟁상태 또는 홍콩특별행정구 내에서 발생한 홍콩특별행정구 정부가 통제할 수 없는 위기, 국가통일 또는 안전에 대한 난동이 발생하는 경우, 홍콩특별행정구에 대한 긴급상태의 선포를 결정할 수 있도록 규정하고 있고, 중앙인민정부 또한 전국적 법률이 홍콩특별행정구에 실시하도록 명령을 공포할 수 있다고 규정하고 있다. 《마카오특별행정구기본법》 제18조 제4항은 전국인민대표대회 상무위원회가 전쟁상태 또는 마카오 특별행정구정부가 통제할 수 없는 국가통일 또는 안전에 대한 위기를 야기하는 난동에 대하여, 긴급상태를 결정할 수 있도록 하고, 중앙정부는 전국적 법률이 마카오에 시행될 수 있도록 규정하고 있다.

(2) 돌발사건대응법

《돌발사건대응법》은 중국이 제정한 돌발적 공공사건에 대응하는 종합적 법률이다. 동법은 총칙과 예방, 응급준비, 모니터링, 예보와 경보, 긴급조치와 구조, 사후회복과 재건 등의 내용을 포함하고 있는데, 모두 7개장에 70개 조항으로 구성되어 있다.

(3) 단행법률

중국은 지진, 홍수, 화재, 안전생산사고 등의 각종 돌발적 공공사건에 대한 전문 법률을 통해 행정 응급제도에 대한 구체적 규정을 두고 있다. 예컨대, 《전염병방지법》 제42조는 전염병의 발발과 유행시에는 현급 이상의 지방인민정부가 상급 인민정부의 동의를 통해 집회활동의 정지나 제한, 작업정지, 영업정지, 수업정지, 봉쇄 또는 전염병 병원체에 감염된 공공 수자원과 식품, 관련 물품의 봉쇄, 전염을 유발하거나 확산시킬 수 있는 장소 등에 대한 긴급조치를 취하고 공고할 수 있도록 규정하고 있다. 《지진재해예방 및 저감법》(防震减灾法) 제29는 파괴적인 지진대비 예보를 발포한 후, 관련 성, 자치구, 직할시 인민정부는 예보되는 구역내에서 지진대응 준비기간을 선포할 수 있다. 《홍수에방법》(防洪法) 제41조는 강과 하천, 저수지의 수위가 안전수량 또는 보장할 수 있는 수위에 다다른 경우, 댐의 수문 수위가 홍수가 가능한 설계 수위에 이른 경우, 또는 홍수 방지 시설에 중대한 상황이 발생한 경우, 관련 현급 이상 인민정부의 홍수방지 지휘기관이 긴급 홍수방지 기간을 선포할 수 있다. 《안전생산법》(安全生产法) 제68조는 현급 이상 각급 인민정부는 해당 행정구역 내에서 중대한 생산안전사고에 긴급 대응할 수 있는 응급구조체계를 구축하도록 규정하고 있다. 이러한 법률은 돌발적 공공사건에 대한 정부의 대응방안에 해당하고, 행정긴급 조치를 통해 법적 근거를 제공하며, 중국 행정응급 법률제도를 구성하는 핵심 부분에 속한다.

(4) 법규, 규장 및 기타 규범성 문건

행정긴급권의 효율적 행사와 돌발적 공공사건에 대응하기 위하여, 중국의 다수 법규와 규장, 기타 규범성 문건에서는 구체적 행정응급조치를 규정하고 있는데, 구체적으로는 돌발적 공공위생사안에 대한 긴급제도, 돌발적 테러와 군중성 치안 사안, 민족종교로 인한 인위적 사건에 대한 긴급조치, 도시 홍수와 천연가스, 교통안전, 핵사고 등 영역에서의 긴급제도 등을 포함하고 있다. 예컨대, 2006년 1월 8일 국무원이 공포한 《국가 돌발적 공공사건의 총체적 긴급대응안》은 전국적 규모로 발생한 돌발적 공공사건에 대하여 긴급대

응급체계, 긴급조직체계, 긴급체계의 운용과 보장 등에 대한 상세한 규정을 하고, 중국의 행정응급제도에 대한 전반적 규정을 제시하고 있다. 국무원이 공포한 《돌발적 공공 위생사안에 대한 긴급조례》는 공공위생 사건에 대한 주의와 경고, 긴급조치, 정보공개 등에 대한 비교적 완전한 규정을 담고 있다. 유사 법규로는 《핵발전소 핵사고 긴급관리조례》, 《핵사고 방사능의 국경을 넘는 영향에 대한 긴급 관리규정》, 《핵사고 의학 긴급관리규정》, 《돌발 공공위생사안 교통 긴급규정》, 《보험업의 중대 돌발적 사건 긴급처리규정》, 《국경 지역 돌발적 공공위생사건에 따른 출입국 검사검역 긴급처리규정》, 《돌발사건 생활필수품 긴급관리 임시방법》, 《국가전력공사 중요 생산안전 사고 예방과 긴급처리 임시방법》, 《화학사고 긴급구조 관리방법》, 《철도 긴급통신체계운용 관리 임시방법》, 《화학공업의 급성중독 구조를 위한 긴급 조치규정》 등이 있다. 이 외에, 다수 정부 부문과 각 지방정부가 규범성 문건 형식으로 부문별, 지역별 긴급대응 조치방안을 규정하고 있는데, 예컨대 《고 병원성 조류 감역성 출입국 검사검역 긴급조치(시행)》, 《건설부의 파괴성 지진 긴급대응방안》, 《위생부 핵사고 의학긴급대응방안》, 《전력체계 훼손성 지진 긴급대응방안》 등이 여기에 해당된다.

제 2 절 행정응급체계

1. 행정응급 관리체계

지휘체계의 통일, 급별 책임, 종합적 조정력을 갖춘 행정관리체계는 긴급대응 능력을 제고하고, 각종 자원의 효율적 조합과 시의적이고 효율성 있는 긴급구조업무에 중요한 역할을 한다. 《돌발적 공공사건대응법》 제4조는 “국가는 통일된 지도 체계의 구축과 총합적인 협조, 분류에 따른 관리, 단계별 책임, 속지관리를 중심으로 하는 긴급관리체계를 구축하여야 한다.”고 규정하고 있다.

(1) 통일적 지도

돌발적 공공사건의 대응처리업무에서 각급 인민정부는 통일된 지도체계를 위하여 긴급지휘기구를 구축하고, 업무에 대한 통일적인 지휘(统一领导)를 수

행한다. 각급 관련 부문은 긴급기구의 지도아래 각종 긴급관리업무를 수행하여야 한다. 수직적 측면에서는 중앙에서 지방까지 수직적 지휘체계를 시행하고, 수평적 측면에서는 돌발사건 발생지의 인민정부와 각급 관련부문이 지휘체계에서 상호협력하고 공동으로 복종하는 관계를 형성하게 된다. 《돌발적 공공사건대응법》 제1장 총칙에서는 행정응급 관리체계에 대하여 상세한 규정을 하고, 국무원과 현급 이상 지방 각급 정부의 돌발적 사건에 대한 업무행정 지휘체계를 명확하게 규정하고 있다. 국무원은 총리지도하에 특별히 중대한 돌발적 사건의 대응조치를 연구, 결정, 처리하는 조치를 취하고, 필요한 경우 국무원은 관련 조직을 파견하여 관련 업무를 지휘토록 할 수 있다. 현급 이상 각급 지방인민정부는 해당 인민정부의 주요 책임자와 관련부문 책임자, 해당지역 중국 인민해방군과 인민무장경찰부대의 관련 책임자로 구성된 돌발사건 긴급지휘기구가 해당 인민정부의 관련 부문과 하급 인민정부에서의 돌발사건에 대한 긴급대응업무를 통일적으로 지휘하고 조정하도록 규정하고 있다. 실제 필요에 따라서, 관련 유형별 돌발사건 긴급지휘기구를 설치하여, 돌발사건에 대한 긴급대응업무를 조직, 조정, 지휘할 수 있다. 상급 인민정부 주관부문은 각자의 책임범위 내에서 하급 인민정부와 관련 부문의 돌발적 사건대응업무를 잘 이행될 수 있도록 지휘하고 협조하여야 한다.

(2) 종합적 협조

돌발적 공공사건의 긴급대응과정에 참여하는 주체는 정부와 관련 기능부문 이외에, 사회단체, 기업, 기층 자치조직, 국민 개인 나아가 국제원조기구 등 다양한 주체들이 관련되는데, 긴급대응업무를 체계적 적용과 민첩한 반응을 보장하기 위해서는 통일된 지휘 아래에서 종합적인 협조(综合协调)를 강화할 필요가 있다. 먼저, 각급 정부와 관련 부문의 직무를 명확하게 하고, 돌발적 공공사건을 담당하는 각급 지휘부문과 조직, 기타 관련부문과 조직에게 필요한 지원과 협조를 유지하여야 한다. 둘째, 각 부문의 협력을 유도하고 사회조직의 긴급대응 체계에 대한 참여를 위해서는 긴급사안에 관한 통일된 정보체계의 구축과 긴급지휘체계의 통일, 지원인력의 통일화된 체계, 물자저장체계의 통일화 작업 등이 필요하다.

(3) 유형별 분류관리

공공위기는 각각의 특징을 가진 유형들로 구성되는데, 각 유형의 발생원인, 표현방식, 관련범위 등은 모두 다르게 나타난다. 따라서 집중적이고 통일된 지휘체계 하에서 분류화된 관리체계가 도입될 필요가 있다. 유형별 돌발적 사건은 상이한 유형의 전문화된 부문이 책임을 담당하여야 하고, 기타 부문은 이에 협력하여야 한다.

(4) 분급 책임, 속지관리 중심

각종 공공위기의 성질과 관련범위, 야기되는 위기의 정도는 각각 사례에 따라 다르게 나타난다. 각각의 단계별 돌발적 공공사건은 동원되는 인력, 물자 등에서도 그 수요가 다르게 나타난다. 국무원은 특별히 중대한 돌발적 공공사건에 대한 통일된 지도와 종합적 조정을 필요로 하는 사안에 대하여, 그 대응을 결정하고 처리하여야 할 책임이 있다. 현급 이상 인민정부는 해당 행정구역 내에서 발생한 돌발사건에 대한 긴급대응업무의 책임이 있다. 2개 이상의 행정구역과 관계되는 경우, 관련 행정구역은 공동으로 한 단계 상급 인민정부 또는 각급 행정구역의 상급 인민정부가 그 지휘와 처리의 책임을 담당한다. 속지관리(屬地管理)의 강조는 위기처리대응의 민첩성을 보장하기 위하여, 위기가 발생한 지역의 정부가 신속하게 대응하고 긴급대응시기를 놓치지 않기 위함이다.

2. 예방과 응급준비

예방과 응급준비는 돌발적 공공사건의 기초적 업무에 해당하는데, 주로 다음과 같은 네 가지 방면으로 설명할 수 있다.

(1) 응급대응방안 제정

국가는 돌발적 사건의 응급대응체계를 구축하여야 한다. 응급대응체계는 이 법과 기타 관련 법률·법규에 따라 규정하고, 돌발사건의 성질과 특징, 야기될 수 있는 사회위해 등에 대하여 응급관리업무의 조직지휘체계와 책임,

돌발적 사건의 예방과 경계체계, 처리절차, 응급보장조치, 사후회복과 재건조치 등의 내용에 대하여 구체적으로 규정하게 된다. 국무원은 국가적 돌발적 사건의 총체적 응급대응방안을 제정하고, 국가의 돌발적 사건에 관한 전문화된 대응방안을 편제 및 제정하게 된다. 지방 각급 인민정부와 현급 이상 지방 각급 인민정부의 관련부문은 관련 법률·법규, 규장, 상급 인민정부와 관련 부문의 응급대응방안, 해당 지역의 실제상황을 근거로 상응하는 돌발사건 응급대응조치를 제정한다.

(2) 안전관리제도 구축

모든 조직은 안전관리제도를 구축하고, 각 조직의 안전예방 조치의 실시상황에 대하여 정기적으로 검사하여야 하며, 사고에 관한 우환을 즉시 제거하여야 한다. 해당 조직에서 사회 안전사고를 야기할 수 있는 문제를 즉시 처리할 능력을 확보하고, 사건의 확대와 모순의 격렬화를 방지하여야 하며, 해당 조직에서 발생할 수 있는 돌발사건과 안전예방조치의 채택상황에 대하여 관련 규정에 따라 해당 인민정부 또는 인민정부의 관련 부문에 즉시 보고하여야 한다. 광산, 건축 시공조직과 인화 및 폭발성 물품, 위험 화학물, 방사성 물품 등 위험물질의 생산과 경영, 저장, 사용조직은 구체적인 긴급 대응방안을 제정하고, 또한 생산 사업장, 위험물품의 건축물, 구조물, 주변 환경에 대하여 전수 조사함으로써 돌발적 사건의 발생을 방지하여야 한다. 현급 인민정부는 해당 행정구역에서 야기될 수 있는 자연재해, 사고재난, 공공위생사건 등의 위험근원과 위험구역에 대하여 조사, 등기, 위험평가, 정기적인 검사와 모니터링 등을 실시하여야 하며, 또한 관련 조직의 안전예방조치를 명령할 책임이 있다. 省급 및 区(區)를 설치하고 있는 시(市)급 인민정부는 해당 행정구역에서 특별히 중대한, 또는 중대한 돌발사건을 야기할 수 있는 위험원과 위험구역에 대하여 조사하고, 이에 대한 등기 및 위험도 평가를 실시하여야 하며, 검사와 모니터링을 조직적으로 진행하여야 하고, 관련 조직에게 안전예방조치를 취하도록 명하여야 한다.

(3) 긴급대응에 관한 인력배양 훈련

현급 이상 인민정부는 돌발적 사건의 긴급관리에 대한 대응제도를 구축하고, 인민정부와 관련 부문은 돌발적 사건의 책임있는 업무인력을 정기적으로 훈련, 양성하여야 한다. 현급 인민정부와 관련 부문, 향급 인민정부, 가도사무처(街道办事处 : 우리나라의 주민센터에 해당-역자 주)는 긴급 대응에 관한 지식의 홍보급과 활동, 필요한 긴급대응 훈련을 하여야 한다. 거주민위원회(居民委员会), 촌민위원회(村民委员会), 기업조직 등은 소재지 인민정부의 요구에 따라 각자 실제상황에 맞춰 돌발적 사건에 대한 긴급대응 소양과 훈련의 보급 및 활동, 필요한 긴급훈련을 실시하여야 한다. 신문매체는 돌발적 사건에 대한 예방과 긴급대응, 자력구조 및 상호구조에 대한 지식의 공익 홍보를 무상으로 전개하여야 한다. 각종 유형의 학교는 긴급 대응지식의 교육을 교육내용에 포함시키고, 학생에 대하여 긴급대응 교육을 실시하며, 학생의 안전의식과 자력구조 및 상호구조 능력을 배양시켜야 한다.

현급 이상 인민정부는 긴급자원을 종합하여, 종합적인 긴급구조대를 구축 및 확정하여야 한다. 인민정부의 관련 부문은 실세 수요에 따라 전문적인 긴급구조대를 편성하여야 한다. 현급 이상 인민정부와 관련 부문은 성년 이상의 지원자로 구성된 긴급구조대를 설립할 수 있다. 각 조직은 해당 조직의 구성원으로 조직된 전문 또는 겸직의 긴급구조대를 설립하여야 한다. 현급 이상 인민정부는 전문 긴급구조대와 비전문 긴급구조대의 협력 및 연합훈련으로 긴급 사건에 대한 협력 대응능력을 제고하여야 한다.

(4) 긴급보장체계의 구축

국무원과 현급 이상 지방각급 인민정부는 재정관련 조치를 취함으로써 돌발적 사건의 긴급대응업무에 필요한 경비를 보장하여야 한다. 국가는 긴급물자비축 보장제도를 구축하고, 중요한 긴급물자에 대한 감독관리, 생산, 비축, 조달과 긴급배송체계를 갖추도록 하여야 한다. 구(區)를 설립하고 있는 시(市)급 이상의 인민정부와 돌발적 사건 발생이 용이하고 다발적인 지역의 현급 이상 인민정부는 긴급 구조물자, 생활필수품, 긴급처리장비의 비축제도를

수립하여야 한다. 현급 이상 지방 각급인민정부는 해당 지역의 실제상황에 따라, 관련 기업과 협정서 체결을 통해 긴급 구호물자와 생활필수품, 긴급처리장비의 생산과 공급을 확보하여야 한다. 국가는 긴급통신 보장체계를 구축하고 공용통신망, 유선과 무선의 상호결합, 기초전신망과 기동 통신망 체계를 결합한 긴급 통신체계를 구축함으로써, 돌발적 사건에 대응하기 위한 통신체계를 원활하게 확보하여야 한다.

3. 모니터링과 예보경보

(1) 돌발적 사건의 모니터링 제도

돌발적 공공사건의 조기 발견, 조기 예보와 경보는 돌발적 사건에 대한 즉각적인 긴급대응준비와 돌발적 사건의 효과적 처리, 인명손실 및 재산손실의 최소화를 위한 전제가 된다. 돌발적 사건의 대응 업무는 예방을 중심으로 하고, 예방과 긴급조치의 상호결합을 원칙으로 한다. 국가는 중대한 돌발적 사건의 위험평가체계를 수립함으로써 발생할 수 있는 긴급성 사안에 대한 종합적 평가를 시행하고, 중대 돌발적 사건 발생의 감소 및 중대 돌발적 사건의 영향을 최대한도까지 경감시키도록 하여야 한다. 현급 이상 인민정부와 관련 부문은 자연재해, 사고재난, 공공위생 사건의 종류와 특징에 따라 기초정보 DB와 모니터링 망을 구축하고, 모니터링 구역의 획정, 모니터링 지점의 확정, 모니터링 항목의 명확화를 통해 필요한 설비, 시설을 제공하고, 전문 또는 겸직 인력을 배치함으로써 발생 가능한 돌발적 사건에 대한 모니터링(监测)을 실시하여야 한다.

(2) 돌발적 사건의 예보경보제도

국가는 돌발적 사건의 경보와 예보제도(预警制度)를 시행하고, 돌발적 사건을 야기할 수 있는 징조를 이미 발견하였으나 아직 발생하지는 않았을 경우 관련 정보를 즉시 사회 대중에게 공포하고, 대중이 돌발적 공공사건에 대한 준비를 하도록 하여야 한다. 예보와 경보가 가능한 자연재해, 사고재난, 공공위생 사건의 예보경보에 대한 단계(级别)는 돌발적 사건의 긴급 정도와 발전

추세, 야기 가능한 위해정도에 따라 1급, 2급, 3급, 4급으로 구분하고, 각각 홍색, 주황색, 황색, 남색으로 표시하며, 1급을 최고 단계로 한다. 예보경보를 할 수 있는 자연재해, 사고재난 또는 공공위생 사건의 발생이 임박했거나 발생할 가능성이 큰 경우, 현급 이상 지방 각급인민정부는 관련 법률과 행정법규, 국무원 규정에 의한 권한과 절차에 따라 상응하는 단계별 경보를 반포하고, 관련 지역에서 예보경보 시기를 결정, 선언하며, 동시에 상급 인민정부에 보고하고, 필요한 경우 상급 인민정부를 넘어 차상위 기관에 보고할 수 있으며, 해당 지역에 주둔하는 군과 위해가 미칠 수 있는 인접 또는 관련 지역 인민정부에도 통보하여야 한다.

4. 긴급처치와 구조

돌발적 사건의 발생 후에는 돌발적 사건을 통일·지휘하고 처리 할 책임이 있는 인민정부가 관련 사안의 성질, 특징, 위해정도에 따라 관련 부문을 구성하고, 긴급 구호대와 사회적 지원세력을 조정하여 긴급조치를 취하여야 한다. 돌발적 사건이 발생한 지역의 거주민위원회, 촌민위원회 및 기타 조직은 해당 지역 인민정부의 결정과 명령에 따라 인력을 동원하고, 일반대중의 구호 및 원조를 통하여 사회질서의 유지에 협력하여야 한다. 자연재해에 의한 위해나 사고재난, 공공위생 사건으로부터 피해를 받은 조직은 해당조직 응급구호대와 업무인력을 통해 피해자의 구호, 인력분산, 대피, 처리를 하고, 위험원을 통제하며, 위험지역을 표기하여야 하고, 위험장소는 봉쇄시킴으로 피해가 확대되는 것을 방지하는 조치를 취함과 동시에, 소재지 현급 인민정부에 보고한다. 당해 조직의 문제로 인해 야기되거나 해당조직이 사회안전사고의 주체인 경우, 관련 조직은 규정에 따라 상황을 보고하고 신속하게 책임자를 현장에 파견하여 상황을 조정하고, 원활한 사고의 대응처리에 주력하여야 한다. 돌발적 사건이 발생한 지역의 국민은 인민정부, 거주민위원회, 촌민위원회 또는 소속 조직의 지휘와 처리에 따라야 하고, 인민정부가 취한 응급조치에 협력하여야 하며, 적극적으로 구조업무에 참여함으로써 사회질서의 유지에 조력하여야 한다.

5. 사후회복과 재건

돌발적 사건의 위협과 위해가 통제 또는 해소된 후에는 돌발적 사건의 통제와 처리책임을 수행하였던 지방인민정부가 관련 법규정에 따라 취하였던 긴급조치의 집행을 정지하여야 하며, 동시에 자연재해와 사고재난, 공공위생 사건에서 파생된 안전사고의 재발을 방지하고, 또한 필요한 경우 취한 조치를 지속하도록 하여야 한다. 돌발적 사건의 영향을 받은 지역의 인민정부는 즉시 공간, 교통, 철로, 민항, 우편, 건설 등의 관련 부문과 사회 치안질서의 회복과 훼손된 교통, 통신, 홍수, 배수, 전기공급, 가스공급, 난방공급 등의 공공시설의 빠른 복구를 위해 협력하여야 한다. 돌발적 사건으로 영향을 받은 지역의 인민정부는 해당 지역의 손실 정황에 따라 구조, 보상, 위로, 구휼, 안치 등의 사후조치계획을 수립하고 시행하여야 하고, 돌발적 사건 처리 문제로 인한 대립과 갈등을 원만하게 처리하여야 한다. 돌발사건의 영향을 받은 지역의 인민정부의 복구업무는 상급 인민정부의 지원이 요구되고, 해당 정부는 관련 사항을 상급 인민정부에 보고하여 지원을 요청할 수 있다. 상급 인민정부는 영향을 받은 지역의 손실과 실제 상황에 기초하여 예산과 물자 지원, 기술지도를 지원하여야 하고, 기타 지역에서 자금, 물자, 인력을 지원하도록 하여야 한다. 국무원은 돌발적 사건으로 인해 영향을 받은 지역의 손실상황을 근거로 해당 지역의 업종별 우대정책을 제정하여 시행함으로써 해당 지역을 지원한다.

제 3 절 행정응급행위

1. 행정응급행위의 개념과 특징

행정응급권(行政應急權)은 국가 행정권력의 주요한 구성부분으로서, 일종의 국가긴급권의 표현형식이다. 즉 돌발적 공공사건이 발생할 경우의 국가행정권 행사방식이고, 행정권력의 정상운영에 대한 예외이다. 행정응급행위는 행정응급권의 운반체에 해당하고, 전국 또는 일정 지역에서 곧 직면하거나 현재 중대한 자연재해 또는 중대 사고에 직면하였을 경우 및 기타 심각하게

국가나 사회 또는 국민 이익에 영향을 줄 수 있는 긴급상황이 발생하는 경우, 그 위해와 위협을 해소하고 정상적인 정치, 경제, 사회질서를 회복하기 위하여 행정주체가 응급하게 취하는 행위를 말한다. 정상적인 상황에서의 행정행위와 비교할 때, 행정응급행위의 실시는 통상적으로 행정주체가 다중의 권력을 종합적으로 운용하고, 다양한 강제수단을 채택하여, 응급사건을 질서 있게 처리하는 과정으로 이해될 수 있다. 돌발적 공공사건에 대한 행정응급행위는 일반 행정행위와 달리 다음과 같은 특징을 가지고 있다:

(1) 행정응급행위의 전제는 긴급상태의 존재

행정응급행위는 행정기관이 긴급상황에서 취하는 비상행위로서, 일단 실시 되면 사회질서와 국민의 권익에 중대한 영향을 미친다. 따라서 행정주체는 임의로 그 조치를 취할 수 없고, 긴급상황의 존재나 발생이라는 필연성을 근거로 할 경우에만 행정응급권을 행사하는 전제가 될 수 있다.

(2) 행정응급행위는 법률적 약속이라는 원칙

현대 법치사회에서 어떠한 국가권력의 운용도 모두 법치원칙에 부합하여야 하고, 행정응급행위 또한 법치의 궤도에서 벗어날 수 없다. 긴급상태의 특수성으로 인해 실행과정에서는 구체적 행위방식과 행위기준을 확정할 수는 없기 때문에, 법률의 행정응급행위에 대한 구속력은 단지 원칙적 내용에 제한된다는 특징이 있다.

(3) 행정응급행위의 고도의 자유재량권

행정주체가 긴급조치를 취할 때에는 매우 큰 재량권을 행사하는데, 각각의 다른 위험상황에 따라 취하는 조치는 법에서 정한 것 중 선택적으로 진행될 수 있고, 실제상황에 따라 행위의 범위와 강도, 정도는 달라질 수 있다.

(4) 행정응급행위의 높은 강제성

행정응급행위의 목적은 긴급상태 또는 긴급위험을 해소하고 정상적인 사회공공질서를 빠르게 회복시키는 데, 근본적으로 공공이익과 행정상대방의

합법적 권익을 보호하는데 있다. 따라서 행정응급행위의 운용은 주로 행정상 대방의 자발적 이행에 의존하지 않고 공공권력의 강제 역량에 의존하게 된다. 예컨대, 행정주체는 조직 또는 개인의 재물을 임시적으로 징수하거나 징용할 수 있으며, 국민에 대하여 강제격리 또는 강제 치료, 또는 직접적으로 경찰, 군대에 동원할 수 있게 된다.

(5) 행정긴급권 절차의 고효율성

돌발적 공공사건의 의외성, 긴급성, 절박성에 따라 정상적 행정절차는 그 절차의 복잡성으로 인해 시간의 지연을 야기할 수 있고, 복잡하고 다양한 상황변화를 내포하고 있는 긴급사태에 대응할 수 없다. 따라서 행정주체는 필요시 구체적 긴급상황에 따라 정상적 행정절차를 변경한 행정행위를 취하여야 하고, 이때의 행정행위는 신속하고 효율적인 조치를 보장하여야 한다.

(6) 행정응급행위의 효력 우선성

돌발적 공공사건에 대응하기 위하여 행정주체는 행정응급권력을 종합적으로 운용하고, 일련의 행정강제, 행정지휘 등의 행정행위와 사실행위를 취하여야 한다. 정상적 상황에서의 행정행위와 비교할 때, 행정응급행위는 우선성이 보장되어야 하고, 헌법 또는 법률이 규정하는 국민의 권리 행사를 제한하거나 일시 정지할 수 있으며, 국민은 이러한 조치에 협력하고 용인할 의무가 있다. 《돌발적 사건의 대응에 관한 법》 제11조 제2항은 “국민, 법인 및 기타 조직은 돌발적 사건의 대응 업무에 참여할 의무가 있다”고 규정하고 있다.

사례 1 : 안시 정하오(安溪正浩) 인쇄유한책임회사가 안시현인민정부 등을 상대로 댐의 홍수관리 책임의 불이행에 대한 행정배상청구 사건⁶⁾
2003년 8월 3일, 안시현(安溪縣) 인민정부는 기상부의 통보에 따라 열대성 폭풍방지에 대비 업무를 처리하였다. 2003년 8월 4일 해당 지역의 폭우로 인하여 안시현 청동(城東)댐은 14시 27분, 15시, 15시 45분, 16시 10분 등 4차례에 걸쳐 단계별로 댐의 물을 방수하였고, 수위는 38미터에서 38.5미터가 유지되도록 하였다. 당일 오후 13시 30분 즈음, 안시정하

오(安溪正浩)인쇄유한회사는 댐의 수위가 해당 공장을 위협할 정도에 이르자, 현의 책임자 및 관련 부문에 댐의 물을 방수할 것을 요청하는 전화를 하였으나, 이러한 관련 조치는 취해지지 않았다. 안시 정하오의 공장과 원료, 물자 등이 약 3시간 동안 침수되면서 약 75만 위원에 달하는 직접적인 경제손실을 입었다. 이에 안시 정하오(安溪正浩) 유한회사는 관련 부문에 지속적으로 댐의 방수 정도를 높여 줄 것을 요청하였고, 16시 정도에 이르러 청동(城東)댐의 방수정도는 높아지기 시작하자, 10여분 이후 침수물은 사라졌다. 안시정하오(安溪正浩) 유한회사는 현 정부와 현 수리국이 홍수방지를 위한 업무의 부작위 책임이 있다는 것을 이유로 법원에 기소하였고, 안시현 인민정부와 수리국이 경제적 손실을 보상할 것을 요청하였다. 1심과 2심 법원은 모두 안시현 인민정부와 현의 수리국이 법적 직무를 이행하였다고 보았으며, 안시정하오(安溪正浩) 유한회사의 소송을 기각하였다.

본 사안은 응급상황에서 행정기관은 매우 광범위한 자유재량권을 향유하고, 정상적 조건하에서의 행정부작위 기준을 통해 응급상황의 행정행위를衡量할 수 없다는 것을 보여주고 있다. 열대 폭풍이 야기하는 자연재해는 돌발적과 예측불가능성이 있고, 재해상황에 대한 예보와 정보로는 완벽한 홍수방지조치를 제정하는 불가능하다. 《홍수방지법》은 어떠한 위기상황에서 취해야 하는 홍수방지조치에 대한 명확한 규정을 하고 있지 않고, 구체적 조치는 반드시 행정기관이 재해상황변화에 따라 결정하도록 하고 있다. 이 사례에서 현정부는 재해상황을 종합적으로 판단하여 물의 방수를 결정하였고, 상류의 수량과 하류의 수량축척, 해당市 댐의 용량 등은 모두 정부가 결정할 때 고려하여야 하는 요인이며, 이는 정부의 자유재량권의 범주에 있다고 보았다. 법원의 판결은 응급상황에서 행정기관의 자유재량권에 대한 존중을 구현한 것으로 사료된다.

6) 출처 : 《人民法院案例选》2005年 第2辑, 人民法院出版社, 2005年版, 第459页。

2. 행정응급행위의 원칙

긴급상황에서, 정부는 위기대응을 위하여 보다 많은 조치와 자유재량권을 향유하고, 또한 국민의 권리에 대하여 제한 또는 박탈하는 권력을 향유한다. 이는 정부가 사안에 대하여 신속하게 응급반응하고 위기를 해결하는데 유리하다. 다만, 만약 정부의 행위에 대하여 필요한 조정과 제한을 행하지 않으면, 국민의 권리에 손해를 야기하게 되고, 국민은 또 다른 위험한 처지에 이르게 된다. 행정주체는 행정응급행위를 취할 경우에 동일하게 행정법 기본원칙에 의하여 구속되는데, 이는 행정기관이 법에 따라 행정을 하도록 보장하기 위한 필연적 요구이기도 하다. “행정기관은 그 목적의 정당성으로 그 수단의 정당성을 증명할 수 없고, 그 긴급상태에서 취하는 조치는 동일하게 법치원칙의 일반적인 제한을 받아야 한다.”⁷⁾ 이러한 원칙은 대체로 다음 몇 가지 사항으로 정리될 수 있다.

(1) 법치행정원칙

법치행정원칙은 행정법치의 기본원칙으로, 모든 행정권력의 운영이 준수하여야 할 가장 기본원칙인데, 행정응급행위 또한 예외는 아니다. 법치행정원칙은 직권법정주의(职权法定)과 법률유보(法律保留)로 나누어진다. i) 직권법정주의는 행정응급행위는 반드시 법정 행위응급권의 행정주체가 행하여야 하고, 모든 주체 또는 기관이 응급행위를 행할 수 있지 않다는 것이다. ii) 법률유보는 행정응급권은 국가긴급권의 일종으로, 그 행사는 국민의 권리에 보다 많은 제한 또는 침해할 수 있다는 것을 의미한다. 행정응급행위는 법률유보 사항에 해당되고, 행정응급행위의 법정 주체, 행정긴급권의 범위와 원칙, 행정응급행위의 실시조건과 절차, 행정상대방의 구제 등에 대한 사항은 반드시 법에 의해 규정되어야 함을 의미한다. 따라서 정부는 행정응급법률의 범위내에 또는 법률이 명확하게 수권한 범위 내에서 응급입법 또는 돌발법률에 의한 긴급조치를 취할 수 있게 된다.⁸⁾

7) 马怀德 主编：《应急反应的法学思考》，中国政法大学出版社，2004年版，第161页。

8) 马怀德 主编：《应急反应的法学思考》，中国政法大学出版社，2004年版，第112-113页。

(2) 비례원칙

행정응급행위의 실시는 공공의 이익과 행정상대방의 권익이라는 두 가지 측면을 모두 종합적으로 고려한다. 행정주체가 응급행위를 실시하는 과정에서, 행정상대방의 권익에 불리한 영향을 주는 것을 피할 수 없을 경우, 행정주체는 이러한 불리한 영향의 범위를 최소화하여야 하고, 행정상대방의 권익이 불필요한 손해를 받지 않도록 방지하여야 한다. 《돌발적 사건의 대응에 관한 법》 제11조 제1항은 “인민정부와 그 기능 부문은 돌발적 사건에 대한 조치를 취할 경우, 돌발적 사건이 야기할 수 있는 사회적 위해의 성질과 정도, 범위에 비례하도록 하여야 한다. 다양한 선택이 가능할 경우, 최대한 국민, 법인, 기타 조직의 권익을 보호할 수 있는 조치를 취하여야 한다.”고 규정하고 있다.

(3) 긴급 효율성의 원칙

돌발적 공공사건의 돌발성과 긴급성, 파괴성 등의 기본 특징은 행정주체의 적극적 작위와 신속한 행동을 요구하는데, 적극적인 고효율적 조치의 채택과 신속한 위협의 배제가 실패할 경우, 긴급위험에 대응하려는 목적을 달성하기 어렵게 된다.

(4) 긴급공개원칙

행정응급행위 과정에서 행정기관은 많은 자유재량권과 집중화된 권력을 가지게 되기 때문에, 국민의 알권리를 보장하기 위한 사항을 공개하여야 한다. 행정응급권이 법에 따라 행사되는지를 감독함으로써 행정기관의 권력 남용을 방지하고, 보다 중요한 기능을 하도록 조력한다. 행정주체는 행정응급행위를 진행할 때, 국가기밀과 개인 정보, 상업적 기밀 외에는 공개를 원칙으로 하여야 하고, 이러한 범위에는 법적 근거, 행정결정, 행정절차, 돌발적 공공사건의 정보 등을 포함한다. 《돌발적 사건의 대응에 관한 법》 제10조는 “인민정부와 그 부문이 행하는 돌발적 사건에 대한 결정, 명령은 즉시 공포되어야 한다.”고 규정하고 있다.

3. 행정응급조치의 분류

행정응급조치는 행정주체가 돌발적 공공사건을 통제하고 사회적 위해성을 제거하기 위하여 취하는 대응조치의 총칭이다. 행정응급조치의 종류는 다양하지만, 그 성질과 학설, 기준에 따라 다음과 같이 행정응급조치를 분류하고 있다.

(1) 행정긴급조치의 국민권익에 대한 영향에 따라 수익성 긴급조치와 부담성 긴급조치, 제한적 긴급조치로 구분된다. 수익성 긴급조치(授益性应急措施)는 대중의 직접적 이익을 주는 것을 말하는데, 여기에는 긴급구조, 배치, 보호, 보장 등의 행위가 포함된다. 부담성 긴급조치(负担性应急措施)는 대중의 부담을 증가시키는 조치를 말하는데, 징용과 징발 등의 행위가 여기에 해당된다. 제한성 긴급조치(限制性应急措施)는 신분권과 재산권 등 국민의 기본권리를 제한하거나 박탈하는 조치 등을 포함한다.

(2) 돌발적 공공사건을 분류기초로 하는 방법에는 다음과 같은 세 종류로 구분된다.

1) 돌발적 공공사건의 유형으로 볼 때, 상이한 유형의 돌발적 공공사건이 야기하는 위급한 상황과 사회위기는 각각 다르게 나타나고, 긴급조치의 수요 또한 다르다. 예컨대, 전염병 발발시 전염병자에 대하여 긴급하게 취하는 통제형 격리조치(控制性隔离措施)는 국민의 자유로운 왕래와 유동을 통제하는 제한적 조치이며, 동시에 응급처치와 보호성 조치를 병행하는 조치이기도 하다. 자연재해 긴급조치는 구조성과 보호성 등의 조치가 주를 이루는데, 기본 사회질서 유지에 필요한 제한적 조치가 보조적으로 이루어진다. 사회안전에 영향을 미치는 돌발적 공공사건이 난동 등의 긴급상황으로 발생할 경우에는 제한적 조치가 주를 이루고, 사안이 심각할 때에는 계엄, 군사통제 등의 조치가 시행될 수 있다.

2) 돌발적 공공사건의 위험정도와 단계에 따라 행정응급조치 또한 그 강도와 상하의 차이가 있다. 심각한 정도의 돌발적 공공사건에 대하여는 다른 행정응급조치가 시행되는 것은 당연하다.

3) 돌발적 공공사건의 예보와 경보단계, 사건 확산시기 및 완화시기 등의 단계별로 행정긴급조치는 사전예보조치(事前预警措施), 긴급조치(事中紧急措施), 사후복구조치(事后恢复措施) 등으로 구분된다.⁹⁾

(3) 행정응급조치의 실시주체를 기준으로 법정의무주체가 시행하는 행정응급조치와 非법정의무 주체가 시행하는 행정응급조치로 구분된다. 법정의무주체가 시행하는 행정응급조치는 법정 직무에 따라 책임을 지는 것으로, 특정 행정주체가 법에 따라 행정응급조치를 취하게 된다. 법정의무 주체에는 다음을 포함한다.

1) 행정기관

행정기관은 행정긴급조치의 주요 시행자가 중국의 다수 “긴급”과 관련된 부문으로서 법적으로 명확하게 행정기관의 권력과 책임을 규정하고 있는 경우를 말한다. 예컨대, 중국 《전염병방지법》 제42조는 “전염병 발발, 유행시, 縣급 이상의 지방인민정부는 즉시 관련 역량을 조직하고, 예방·통제를 통해 방지작업을 진행하여, 전염병의 전염경로를 차단하여야 하고, 필요한 경우 상급 인민정부에 보고하여 다음과 같은 긴급조치를 취하도록……결정·공고하여야 한다.”고 규정하고 있고, 《소방법》 제32조 제4항은 “소방대는 화재정보를 접수받은 후, 즉시 화재현장으로 출동하여 위급한 인원을 구조하여야 하고, 위협한 상황을 해소하고 화재를 소멸시켜야 한다.”고 규정하고 있다.

2) 행정기관 이외의 특정 사회조직이나 개인

법률이 명확하게 규정하는 경우에는 특정 조직과 개인 또한 행정응급조치의 시행자가 될 수 있다. 중국 《전염병방지법》 제39조는 의료기관이 전염병을 발견한 경우에는 즉시 관련 조치를 취하도록 규정하고 있다. 《소방법》 제32조는 “공공장소에서 화재가 발생한 경우 해당 공공장소의 현장 인력은 즉시 대중을 분산시킬 의무가 있다. 화재가 발생한 조직은 즉시 화재 구호를 위한 인력을 조직하고 인근 조직에 지원을 요청하여야 한다.”고 규정하고 있고, 《해상교통안전법》 제36조는 “사고현장부근의 선박, 시설은 구호신호를

9) 于安, “行政機關緊急權力和緊急措置的立法設計”, 載《中国司法》2004年 第7期 참조.

받거나 생명의 위난에 처한 사람을 발견한 경우, 자신의 안전이 위해하지 않는 한 즉시 인명을 구조하는데 노력하여야 하고, 관련 주관부문에 현장상황과 본 선박, 시설의 명칭, 신호와 위치를 보고하여야 한다.”고 규정하고 있다.

非법정 의무주체가 시행하는 행정응급조치는 각종 민간조직이나 자원자 지원, 주동적으로 긴급 조치에 참여하여 조치를 취하는 등 응급조치의 법정책임을 지지 않는 사회조직이나 개인이 시행하는 조치를 말하는데, 이러한 조치는 주로 구조성·보호성 조치에 해당된다.

(4) 행정응급조치의 시행과 결정 전후에 따라 정식응급조치와 선행응급조치로 구분된다. 정식응급조치(正式应急措施)는 응급상황에서 법정주체의 확인을 받아 해당주체가 내린 응급조치결정 또는 명령 이후에 가동 또는 시행하는 것을 말한다. 응급결정 또는 명령 전에 취하는 필요한 조치는 선행긴급조치에 해당되는데, 관련 조직이나 개인이 위험 또는 긴급상황 발견시 구체적 상황에 따라 필요한 조치를 취함으로써 즉각적인 위험요소의 저지 또는 위험확대의 방지를 도모하는데 있고, 동시에 관련 상황은 즉시 관련부문에 통보 또는 보고하여야 한다. 관련 응급법률·법규 및 응급사안은 일반적으로 선행응급조치에 대한 수권규정을 두고 있다. 선행조치를 취한 후에는 관련부문 또는 주체의 사후승인 또는 추인을 받아야 하고, 그렇지 않을 경우 위법한 조치가 된다.

(5) 행정응급조치의 구체적 행위방식에 따라, 긴급조치는 주로 행정강제(行政强制), 행정구조(行政救助), 행정징용(行政征用), 행정지도(行政指导), 행정협조(行政协助), 행정장려(行政奖励), 행정처벌(行政处罚) 등의 행정행위로 구분된다.

그 외에 행정응급조치의 기능과 목적에 따라 방법성 긴급조치(防范性紧急措施), 통제성 긴급조치(控制性紧急措施), 회복성 긴급조치(恢复性紧急措施) 등으로 구분될 수 있고, 행정응급 조치의 작용대상에 따라 대인적 조치(对人的措施), 대물적 조치(对物的措施)로 구분하며, 행정응급조치 적용대상의 특성에 따라 특정 주체에 대한 긴급조치와 불특정 주체에 대한 긴급조치로 구분된다.¹⁰⁾

10) 赵颖：“突发事件应对法治研究”载《中国政法大学博士学位论文》2005年，第70 -75页。

4. 행정응급조치의 구체적 표현형식

본서에서는 행정응급조치의 국민 권익에 대한 영향에 따라 행정응급조치를 수익성 행정응급조치(授益性行政应急措施)와 부담성 행정응급조치(负担性行政应急措施), 제한성 행정응급조치(限制性行政应急措) 등 세 종류로 구분하고, 이를 기초로 행정응급조치의 구체적 표현 형식을 다음과 같이 분석하고자 한다.

(1) 수익성 응급조치

돌발적 공공사건의 발생 후에 이러한 사고로 인해 손해를 받은 국민과 조직은 구조 또는 보호를 받을 필요가 있다. 수익성 응급조치는 바로 행정주체가 돌발적 공공사건으로 인해 손해를 입은 국민과 조직에게 도움과 보호를 제공하는 응급조치를 말한다.

1) 국민인신에 대한 구조

강조할 것은, 국민에 대하여 시행하는 인신구조는 긴급상태에서 시행하는 가장 중요한 구원조치에 해당하는 것으로, 재산에 대한 보호보다 우선하여 시행된다. 돌발적 공공사건에서 국민의 인신안전은 그 정도는 다르지만, 위협과 영향을 받는다는 것은 분명하다. 행정주체는 각각 다른 구조조치를 채택하여 국민의 인신이 최악에 이르지 않도록 노력하여야 한다. 시행과정에서 일반적으로 채택되는 구체적 조치에는 다음이 있다.

① 사람의 긴급 이전과 분산

돌발적 공공사건은 일종의 긴급상태에 해당하는 것으로, 국민의 인신안전에 위해를 끼칠 수 있다는 점에서, 행정주체는 즉각 홍수, 화재, 전염구역, 방사능구역, 지진지역 등의 지역에서 국민을 이전시키고 분산시켜야 한다. 《파괴성 지진응급조례》 제19조는 “관련부문과 지방인민정부는 상황이 응급할 경우 조직적으로 지진지역에서 피난시켜야 한다”고 규정하고 있다. 《인민방공법》 제5조는 “피난에 대한 전문 장을 별도로 규정하고 있는데, 이중 국

민방공피난은 현급 이상 인민정부가 통일적으로 조직하고, 인민방공 피난은 반드시 국가가 공포한 명령에 따라 시행하여야 하며, 모든 조직은 임의로 행동하지 않아야 한다. 도시 국민의 방공 피난계획은 현급 이상 인민정부가 필요에 따라 관련부문을 조직하여 제정한다. 예정된 피난지역은 해당 행정구역 내에서 해당 인민정부가 확정한다. 해당 구역을 초과하는 지역에 대하여는 상급 인민정부가 확정한다. 현급 이상 인민정부는 관련 부문과 조직을 설치하고 도시민의 피난 인구를 적절히 배치하고 물자저장, 물자제공 등의 준비를 하여야 한다. 농촌 인구에 대하여 피난이 필요한 경우 해당 지역 인민정부가 근거리 원칙에 따라 이를 시행한다.”고 규정하고 있다.

② 긴급치료

생명건강이 위협한 재해민은 즉시 치료를 받아야 한다. 재난민이 화재로 적절한 치료비용을 지급할 수 없을 경우, 행정주체는 필요한 경비를 제공하고 선치료 조치를 취하여야 한다. 예컨대, “사스”(非典, SARS)시기에 강제치료를 진행한 것은 유행성 감염이 있는 전염병환자에게 의료 등의 조치를 취하기 위한 것이었다. 위생부가 발표한 《농촌전염성 SARS형 폐염방지업무에 관한 지도의견》에서는 각 지역은 국가가 농민(농민공 포함) 중 SARS형 폐염에 걸린 환자에게 무료로 치료를 제공하는 정책을 실시토록 하고 있다.

③ 수색

긴급상황에서 행정주체는 전문인력을 조직하여 일종인원을 수색(搜救)하여야 한다. 《해상교통안전법》 제38조는 주관기관은 구조보고를 받은 후 즉시 구조를 행하여야 하고, 관련 부문과 사고현장 부근에 있는 선박과 시설은 주관부문의 통일된 지휘를 받아야 한다고 규정하고 있다. 지진 후에 구조업무를 강화하기 위하여 2004년 10월 중국지진재해 긴급구조대를 기반으로 중국지진응급수색센터(中国地震应急搜救中心)를 설치하였는데, 이들의 주 기능은 중국 전역에서의 지진 긴급수색업무의 주도, 기술지도 등의 업무를 수행하고, 동시에 지진 현장업무 인력을 양성하고 지진수색기술을 연구개발하는 업무의 관리를 담당하고 있다.

④ 구조인원의 인신보호

행정주체 조직의 전문인력과 대중의 구조업무 진행에서는 반드시 구조인력의 생명안전을 전제로 진행되어야 하는데, 여기에는 구조인력에 상응하는 방호설비를 제공하고 반드시 방호조치를 취하는 것을 포함한다. 《돌발적 공공위생사고 응급조례》 제9조는 “縣級 이상 인민정부와 해당 위생행정 주관 부문은 돌발적 사건에 참여하는 응급처리 위생인력에 대하여 적절한 보조금과 보건 지원금을 지급하여야 한다. 돌발적 사건의 응급처리에 공헌한 자에 대하여는 표창과 장려를 하여야 한다. 응급처리업무에 참여하는 과정에서 질병, 사망, 장애에 이른 자에 대하여는 국가의 관련규정에 따라 상응하는 보조금과 구울조치를 취하여야 한다.

2) 국민재산에 대한 보호와 물자보조

긴급상황에서, 행정주체는 법에 따라 공공재산과 국민의 합법적 재산을 보호할 책임이 있다. 조건이 허락할 경우, 행정주체는 신속하게 재산의 손실을 감소시키기 위한 응급조치를 취하여야 한다. 동시에, 행정주체는 재해민에게 필요한 물자지원을 하여야 하고, 응급상황에서 국민의 기본생활조건을 보장하여야 한다. 구체적인 조치는 다음과 같다.

① 물자지원

재난대응과 국민구조에는 상당한 물자가 필요하다. 긴급상황이 발생한 지역에서는 가용할 수 있는 재난대응물자가 필요한 데, 각급 행정기관은 재해구제를 위한 물자저장 관리제도를 구축하고, 수해를 입을 경우 물자의 제공과 조정이 가능하도록 하여야 한다. 또 다른 한편에서는 국가는 긴급상황에 대응하기 위한 물자구조체계를 구축하도록 요구되는데, 이는 자력 구조가 불가능한 재난지역에 즉각적인 물자지원을 가능하도록 하기 위해서이다. 《지진방지와 재해예방법》(防震減災法) 제35조는 지진 재난지역의 현급 이상 인민정부는 민정, 기타 관련 부문과 단위를 조직하여 신속하게 피난장소와 구조물자 공급거점을 설치하고, 구제물자를 제공하여야 하며, 재해민의 생활을 적절하게 처리함으로써, 재해민의 이전과 배치업무가 차질없이 진행되도록 하여야 한다.

② 재해대응인력의 보조

재해대응과 구조를 진행하는 과정에서는 다량의 인력과 물자가 필요한데, 특히 인력자원은 행정기관의 인력에 의존하는 것으로는 부족하고 많은 대중의 참여가 필요하다. 긴급상황에서 행정기관은 재난 대응과 구조를 위해 인력을 징발하여 일정한 위험이 있는 재난구조 활동에 종사케 할 수 있는 권한을 보유하고 있는데, 이때 행정기관은 일정한 보조금을 지급하여야 한다. 《전염병방지법》 제64조는 “전염병예방, 치료, 과학연구, 교육, 현장에서 병역상황을 처리하는 인력, 생산 및 업무과정에서 전염병 병원체에 접촉하는 기타 인력에 대하여, 국가규정에 따라 효과적인 위생보호조치와 의료보건조치를 취하고, 적당한 보조금을 지급하여야 한다.

수익성 응급조치에 대하여, 법에서는 엄격하게 행정주체 행정부작위를 금지하고 있는데, 부당하게 지체하거나 불공평하게 차별하는 행위를 금한다. 예컨대, 2003년 공포된 《돌발적 공공위생사건 긴급조례》는 행정주체가 법정 직책을 이행하지 않는 행정부작위의 법률책임에 대하여 비교적 전반적이고 명확한 규정을 하고 있다.

(2) 부담성 응급조치

부담성 행정응급조치는 행정주체가 긴급자원 부족상태를 극복하기 위해 국민에게 인력과 물자, 재력 등의 지원을 하도록 요청하는 행정응급조치이다. 예컨대, 돌발적 공공위생사건에서 사적 영역의 의료조직, 공공장소, 개인 부동산, 운송시설, 통신설비 등의 동산과 부동산을 수용하거나 전문기술인력을 차출하는 것을 들 수 있다. 부담성 응급조치 중 가장 많이 볼 수 있는 것은 재산과 인력의 수용이다.

1) 재산의 수용과 수매

재산의 수용과 수매는 부담성 응급조치에서 가장 일반적으로 활용되는 조치이다. 긴급상황에서 공공이익의 필요에 따라, 행정기관은 법정 절차에 따라 국민, 법인, 기타 조직의 재산(부동산, 토지, 공장설비 등)을 강제 징수하거나 수매할 수 있다. 중국 《파괴성 지진긴급조례》 제25조는 “교통, 철도, 민항 등

영역에서 피해도로, 철로, 어항, 공항 및 관련 시설의 신속한 복구에 노력하여야 하고, 구조인력, 물자 운송, 재해민의 피난을 우선 보장하여야 한다. 기타 부문에 교통운송 관련기구가 있는 경우에는 무조건적으로 지진구난지휘부의 징용 또는 사용되도록 복종하여야 한다.”고 규정하고 있다.

2) 인력의 징용

긴급상황에서 행정주체는 긴급사안에 대응하기 위하여 종종 전문기술인력을 활용할 필요가 있다. 역병이 발생한 기간 동안에는 의료인을 차출하여 활용할 수 있고, 모든 국민은 관련 부문의 업무에 협력하고 상응하는 의무를 이행하여야 한다. 《전염병방지법》 제45조는 “전염병 발발, 유행시 전염병의 상황통제를 위해서 국무원은 전국 범위 또는 성, 자치구, 직할시 범위를 넘는 지역에 대하여, 縣級 이상은 해당 행정구역 내에서 긴급하게 인력 또는 저장물자, 부동산과 교통수단, 관련 시설과 설비 등을 임시로 수용하고 조달할 권리를 향유한다. 긴급소집된 인력은 규정에 따라 합리적 보수를 받아야 한다. 임시로 수용되는 부동산, 교통수단, 관련 시설과 설비에 대하여는 법에 따라 보상하고, 반환할 수 있을 경우 즉시 반환하여야 한다.”고 규정하고 있다.

부담성 행정응급조치에 대하여는 법에 명확한 규정을 하거나 수권하도록 요구되고 있고, 엄격하게 법이 규정하는 수용조건에 따라야 하고 또한 보상을 진행하여야 한다. 다만, 위험한 현장을 제거하는 현장 행정기관인원 또는 법의 수권을 받은 기타인은 법에 따라 직접 징용을 결정할 수 있고, 사후에 권한을 가진 기관이 이를 추인할 수 있다. 특히 긴급한 상황에서는 즉시 강제징용할 수 있고, 사후에 행정권한에 따라 관련 수속의 승인절차를 이행할 수 있다.

(3) 제한성 응급조치

제한성 행정응급조치는 행정주체가 헌법과 법률이 규정한 국민의 권리를 제한하거나 상당부분 삭감시키는 응급조치를 말한다. 긴급상황이 발생하는 경우, 국민의 권리는 정상적 상황에서 보다 심각한 제한을 받게 된다. 예컨대, 강제치료, 강제격리 등은 인신 자유에 대한 제한이고, 집회를 정지하고

해산시키는 것은 국민의 집회권에 대한 제한에 해당되는데, 여기에는 다음과 같이 구분할 수 있다:

1) 인신자유의 제한

돌발적 공공사건이 발생할 경우, 행정주체는 필요한 조치를 통해 국민이 위험지역에서 벗어나도록 하여야 한다. 국민자신이 전염원일 경우, 행정주체는 해당 국민을 일정 지역내에 구속할 수 있는 조치를 취함으로써, 전염병이 타인에게 전염되는 것을 방지하여야 한다. 이러한 조치는 주로 통제, 격리, 구류 등이 있다.

① 통제

통제(管制)는 현장통제와 교통통제 등의 두 가지로 분류된다. 현장통제는 긴급상황이 발생한 장소에 대하여 행하는 특수한 관리로서, 현장의 안전보호와 현장질서유지를 위해 시행된다. 교통통제는 특수한 필요에 따라 행정기관이 통제지역의 교통상황에 대하여 엄격한 제한을 가하는 것으로, 여기에는 교통시설과 물품 등에 대한 특별한 관리를 통해 위험정도의 확대를 피하는 것을 포함한다. 《인민경찰법》 제17조는 “縣級 이상의 인민정부 공안기관은 상급 공안기관과 동급 인민정부 승인을 통해 사회치안질서를 위해하는 돌발사건에 대하여 상황에 따라 현장통제를 실시할 수 있다”고 규정하고 있다. 《계엄법》 제31조는 각각의 현, 시의 국부적 범위에서 돌발적 교란 상황이 발생하여 국가안전, 사회공공안전, 인민의 생명과 재산안전을 위해할 경우로서, 국가가 계엄결정을 하지 않을 경우, 해당 지역 성급 인민정부가 국무원에 보고하여 승인을 받아 결정하고, 인민경찰, 인민무장경찰을 조직하여 교통통제와 현장통제, 인원의 통제구역 출입 제한을 할 수 있으며, 통제구역을 출입하는 인원에 대한 증서, 차량, 물품 검사를 진행할 수 있고, 교란자에 대하여 강제격리, 현장으로부터 강제격리, 수사할 수 있으며, 불복종자에 대하여는 구류할 수 있다.

② 격리

격리(隔離)는 전염병 병원자, 병원 보균자, 전염병 감염 의심자, 물품 등 위험을 확대할 수 있는 사람이나 물품을 격리하는 것으로, 위험의 전파를 차단

하기 위함에 있다. 《전염병방지법》 제39조는 “의료기관이 갑류 전염병(甲類傳染病)을 발견할 경우, 즉시 다음과 같은 조치를 취하여야 한다. 즉 i) 병자, 병균 보균자에 대하여는 격리치료하고, 격리기간은 의학 검사 결과에 따라 확정한다. ii) 병원 감염 의심자는 확진 전에 지정장소에서 단독으로 치료 격리한다. iii) 의료기관 내에서 환자와 병원체 보균자, 전염병 감염의심자의 긴밀한 접촉을 한 경우, 지정장소에서 의료관찰과 기타 필요한 예방조치를 취하여야 한다. 격리치료 또는 격리기간이 만료되지 않은 때에 임의로 격리치료 장소를 이탈하는 경우,公安기관이 의료기관에 협력하여 강제격리 치료조치를 취하여야 한다.”고 규정하고 있다. 주의할 것은, 격리기간 내에 격리조치를 실시하는 인민정부는 격리된 자에게 필요한 생활보장을 하여야 한다는 것과 피격리자가 직장이 있는 경우 해당 직장은 격리기간 동안의 업무 관련 보수의 지급을 정지할 수 없다는 점이다.

③ 구류

긴급상황 하에서 사회안전을 위해하는 자에 대하여는 구류(拘留)를 실시할 수 있는데, 이를 통해 사회위해의 지속을 차단하여야 한다. 구류는 국민의 인신자유에 대한 제한조치기 때문에, 행정주체가 구류를 시행하기 위해서는 기타 강제수단으로 사회위해행위를 저지할 수 없을 경우로 제한된다. 기타 수단을 사용하여 위협의 확대를 방지할 수 있을 경우에는 구류조치를 취할 수 없다. 《인민경찰법》 제17조는公安기관의 인민경찰은 필요한 강제해산조치를 취할 수 있고, 복종하지 않은 자에 대하여는 강제로 현장에서 격리하거나 또는 구류할 수 있다고 규정하고 있다.

2) 재산권 제한

사회공공이익의 보장을 위해, 긴급상황에서 행정주체는 국민의 재산권을 제한하는 조치를 취할 수 있는데, 여기에는 아래와 같은 국민의 재산권에 대한 제한과 소각 등을 포함한다.

① 재산사용의 제한

이 조치는 주로 행정주체의 차압, 압류, 동결 등의 조치를 통하여 긴급상황을 야기하는 재산의 지속적 유통과 사용을 제한함으로써 이들 재산으로

인한 위험 가능성을 제거하기 위함에 있다. 《전염병방지법》 제55조는 “현급 이상 인민정부 위생부문은 감독검사 직무를 수행하는 과정에서 전염병 병원체에 의해 전염된 공공 식용수원, 식품, 관련 물품에 대하여 즉각적인 통제 조치를 취하지 않으면 전염병 전파와 유행을 야기할 가능성이 있는 경우, 공공음용수원을 폐쇄하고, 식품과 관련 물품유통을 봉쇄하거나 잠정 판매중지하는 등의 임시 통제조치를 취할 수 있고, 소독이나 검사를 하여야 한다. 검사 결과 전염식품에 해당하는 경우 이를 소각하여야 한다. 전염되지 않은 식품이나 소독 후 사용이 가능한 물품은 통제조치를 해제하여야 한다.”고 규정하고 있다.

② 재산소각

행정주체는 필요한 경우 위험물품을 소각하는 방법으로 위험상태를 통제할 수 있다. 소각행위는 간단히 포기 또는 파기로 간주되어서는 아니 된다. 위험물품의 특성은 매우 다르기 때문에 행정주체는 특성별로 적당한 조치를 취하여 처리하여야 한다. 이러한 조치는 동식물 방역과 검역, 식품위생 등의 영역에서 광범위하게 활용되고 있다. 《출입국 식물검역법》 제17조는 “수입식물, 동물과 기타 검역물의 검역과정에서 식물위험성 병, 벌레, 잡초를 발견한 경우에는 해안 동식물 검역기관이 “검역처리통지서”를 서명·발행하고, 화주 또는 그 대리인에게 통지하여 소각처리 또는 유해성 제거, 반송 등의 조치를 취하도록 하여야 한다. 유해성 제거처리에 합격하는 경우 입국을 허가한다.”고 규정하고 있다.

3) 행위제한 권리

① 경영활동의 제한

행정주체는 특정 생산활동이 위험상태를 야기하는 경우 또는 위험상태를 야기하고 있는 경우, 해당 활동에 대한 필요한 통제를 취할 수 있다. 생산활동의 장소를 조사하여 그 상품의 질량 등의 문제를 검사하여 상황이 심각할 경우에는 생산활동의 정지를 명할 수 있다.

② 종사제한

국민이 공공안전의 위협을 받을 수 있는 요인이 있을 경우, 행정주체는 국민이 특종업종에 종사하는 것을 제한할 수 있다. 《전염병방지법》 제16조는 “전염병자, 병원체 보유자, 전염병 의심자는 치유전 또는 전염병 혐의가 배제되기 전에 법률, 행정법규, 국무원 위생부문이 전염병 확산이 가능할 것으로 규정하여 종사를 금지한 업종에 종사할 수 없다.”고 규정하고 있다.

제한성 행정응급조치에 대하여는 법에 의한 명확한 규정 또는 수권을 요하는데, 행정주체는 제한성 행정긴급 조치를 취할 때 비례 원칙을 중시하여야 하고, 자유재량권을 남용하지 않아야 한다.

사례 2. 랑(朗)씨 등의 야커(牙克)시 동물방역 감독소 동물방역 행정처벌 결정에 대한 소송의 건

2003년 6월 13일, 랑(朗)씨, 왕(王)씨는 헤이룽장(黑龍江)성 룡장(龍江)현에서 6마리의 소를 따옌(大雁)진으로 운송하였으나, 시가 이를 도살한 사안이다. 牙克市 방역 사무처는 법에 따른 검사를 진행하였고, 6마리의 소가 모두 5호 병역지역에서 이동되었다는 것과, 《縣의 경계밖으로 이동하는 동물검역합격증명》(出縣境動物檢疫合格證明)을 처리하지 않았다는 사실을 발견하였다. 검역 담당자는 즉시 2인에게 입정을 저지하는 이유와 관련 법률규정을 설명하였고, 2인에게 해당 소를 원산지로 반환시킬 것을 요구하였다. 2인은 이에 불복하였다. 역병 상황의 긴급성으로 인해, 《내몽고자치구동물방역조례》(內蒙古自治區動物防疫條例)의 규정에 따라 牙克石시 동물방역감독소는 행정처벌결정을 내렸고, 이들 2인의 소를 긴급 도살하고 2000위안의 벌금을 부과하고 행정처벌 결정서를 당일 송달하였다. 2인은 이에 불복하고 牙克石시 인민법원에 행정소송을 제기하였는데, 1심 법원은 시동물검역감독소의 원고 6두에 대한 긴급도살행위가 합법적이라고 결정하고, 벌금결정은 법정절차위반이라는 점에서 취소를 명하였다. 2심은 원심을 유지하였다.

본안은 행정응급조치의 합법성과 합리성에 관한 것이다. 행정응급행위는 절차적 특수성과 응급상태에서 행정기관이 행하는 행정행위가 정상적 행정

절차의 구속을 받지 않을 수 있다는 것을 의미한다. 본안에서 당시 병역상황에 대한 방제의 구체적 상황에 따라 6두의 소가 해당 市로 유입되었을 경우 역병의 확대위험이 존재하고 있음을 알 수 있다. 원고가 전염병 지역으로 반송을 거절한 상황에서 피고가 긴급 도살한 결정과 당일 6두의 소에 대한 도살을 완료한 것은 성질상 응급상황 하에서의 일종의 행정응급조치에 해당되어 합법적인 것이다. 중국 《행정처벌법》 규정에 따르면, 행정기관이 비교적 큰 액수의 행정처벌 결정을 할 경우에는 결정하기 전에 당사자에게 공청회를 요구할 권리가 있음을 고지하여야 한다. 본안에서, 피고는 당일 원고에게 벌금 2000위안을 결정하고, 《행정처벌결정서》를 송달하였다는 점에서 사실상 원고의 공청권리를 박탈하였다. 해당 처벌결정은 행정응급행위에 해당하지 않기 때문에, 법정 절차를 위반한 것으로 법원의 취소결정은 타당하다.

제12장 행정계약¹⁾

본장 개요

본 장은 행정계약 발전에 대한 연혁적 정리를 토대로 행정계약의 범위를 재정의하고, 행정계약의 주요 유형과 내용을 상세하게 소개하고자 한다. 또한 행정계약의 각 부분에 대하여는 별도의 설명을 하고 있는데, 여기에는 행정계약의 체결과 이행, 변경, 해제 및 종료를 포함한다. 마지막으로 중국의 현재 행정계약제도 중에 내재된 주요 문제점을 제기하고, 중국 행정계약의 발전추세에 대하여 분석하는 것을 목적으로 한다.

제 1 절 행정계약의 발전 연혁

전통적 의미에서 계약은 주로 민사 분야에서 운용되고 있는데, 중국 《계약법》(合同法)에서 규정하는 “계약”(合同)은 민사분야에서의 계약을 의미한다.²⁾ 계약은 민사적 분야에서 행정법 범위로 유입되는 과정에서 전통적 핵심 요소는 유지하는 범위에서 새로운 가치가 도입되었다. 이러한 변화와 전환은 서양에서부터 시작되었다.

1. 대륙법계 행정계약의 발전

대륙법 국가의 법률은 공법과 사법으로 구분되고, 공사법 구분과 연계되어 법원체계 또한 구분되어 있다. 전통적 의미에서의 계약은 사법 영역에 해당되

1) 이 장의 작성에는 중국정법대학 법학원의 헌법 및 행정법 석사과정에 있는 高會彬의 도움을 받았으며, 이 지면을 통해 감사의 마음을 전한다.

2) 현재 중국 《계약법》은 1999년 3월 15일 제9기 인민대표대회 2차 회의에서 통과되었으며, 1999년 10월 1일부터 시행되었다. 계약법 제2조 제1항은 “이 법에서 계약이라 함은 평등한 주체인 자연인, 법인, 기타 조직 간에 민사 권리와 의무관계를 설립, 변경, 종료하는 합의를 말한다.”고 규정하고 있다.

는데, 계약으로 인해 야기되는 분쟁은 보통법원의 관할에 해당되며, 행정법은 공법범주에 해당되어 행정행위로 인해 야기되는 분쟁은 행정법원이 관할하게 된다. 따라서 대륙법 국가에서 계약이 사법영역에서 공법영역으로의 유입·발전하게 되면 필연적으로 법률구조와 법적 관념의 속박을 파괴하게 된다.

대륙법 국가에서는 기본적으로 행정계약이 부정적 측면에서 긍정적 방향을 전향되었는데, 그 전향의 원인 역시 기본적으로 동일하다. 다음은 독일의 예를 통해 관련 사안을 소개하도록 한다.

독일에서는 논리적으로 “행정계약”이라는 개념이 존재하는가에 대하여 오랫동안 논쟁이 있어 왔다. 정부기능이 단지 국방수호와 국민의 안정에 있었던 “야경국가”(夜警国家) 시기에는 정부기관의 수가 적었을 뿐 아니라 정부가 행사하는 직권의 방식 또한 매우 단일한, 즉 일방적이고 행정적이며 명령적 전통 관리방식에 제한적이었다. 행정법률관계 또한 명령과 복종이 기본특징을 형성하였다. 또한 이 단계에서의 행정법 기본원칙은 엄격하게 말해서 “법치행정원칙”, 즉 행정주체의 행정행위는 반드시 법에 명확한 규정이 있어야 한다는 것이 강조되었고, 법이 없으면 행정도 없었다. 전통적 계약이론의 근본이념은 자유, 즉 “법적 금지가 없으면 자유다”는 것을 기본으로 한다. 이러한 상황에서 행정계약이라는 이러한 쌍방향적, 협상적, 선택적 관리방식은 분명히 전통적 행정법 이념과는 배치되는 것이었다. 전통적 행정법 이념에 근거하여, 행정법의 아버지로 칭해지는 독일 행정법학자 오토 마이어(Otto Mayer)는 “국가와 국민간의 공법 계약에 반대하고, 공법 분야에서 국가와 국민의 계약체결은 불가능하다. 이는 법적 주체의 평등을 전제로 하기 때문이며, 공법은 국가의 우월한 지위를 바탕으로 확정되는 것이기 때문이다”는 태도를 견지하였다.³⁾ 이러한 의미에서는 “행정”과 “계약”은 근본적으로 합성어가 될 수 없는데, 즉 “행정계약” 자체는 논리적으로 상호 모순되는 개념이 된다.⁴⁾ 독일에서 비록 일부 학자들에 의해 행정계약의 존재가 주장되었으나,

3) [德]哈特穆特·毛雷尔着, 高家伟译:《行政法学总论》, 法律出版社, 2000年版, 第360页。

4) 스위스 공법학자인 자코메티(Z.Giacometti)는 1960년 출판된 저서를 통해 행정계약과 법치국가의 요구는 상호 융화될 수 없으며, 또한 “행정계약”은 스스로 모순된 개념이라고 기술하고 있다. 吳庚 :《行政法之理论与实用》中国人民大学出版社, 2005年版, 第264页 재인용.

행정계약의 성립을 반대하는 주장은 오랫동안 독일 행정법 학계의 주류를 형성하여 왔다.

독일 행정법학계에서는 1945년 이후 행정계약의 존재에 대한 논의와 함께 학계의 주류를 형성하기 시작하였고, “거의 모든 행정법에 관한 교과서에서 행정계약이 일종의 행정활동 방식”이라는 것을 공개적으로 발표하였다.⁵⁾ 1958년 출판된 3권의 저작, 즉 임보든(Imboden)의 《행정법계약》, 잘츠베델(Salzwedel)의 《공법계약의 적법성 한계》, 슈테른(Stern)의 《공법계약의 이론적 기초》는 행정계약이 최종적으로 행정법 학계에 의해 인정되었다는 것을 의미한다.

이론적 지실현상과는 달리, 실무 과정에서는 오랫동안 행정계약이라는 새로운 정부관리 방식이 운영되어 왔다. 이론적 측면에서의 긍정적 평가를 받지 못하였음에도 불구하고 실제적 수요를 만족시키기 위해, 행정주체들은 행정계약을 이미 운용하여 왔던 것이다. 사법계의 행정계약에 관한 중요한 판결은 1966년 건설비용에 관한 연방행정법원의 판결을 들 수 있다. 해당 판결에서 연방행정법원은 마우러(Hartmut Maurer)를 중심으로 한 전통적 주류 이론을 폐기하고, “다양성의 현대 행정활동은 국가 기능을 완성하는 데 있어서 일방적 규범제정과 행정행위 방식으로 규범을 집행하는데 제한되지 않기 때문에, 협의적 법률행위를 지속적으로 거절할 수 없다”는 포르스토프(Ernst Forsthoff)의 주장을 채택하였다. 행정계약의 운용은 “전통적 행정방식을 요동치게 하였으며,” 원칙적으로 공법계약의 행정방식으로서의 합법성을 승인한 것이면서, 현대 법치국가가 우월한 지위에 있다는 것에 대한 근본적 변화를 의미하는 것으로서 국민이 이전에는 단지 행정객체였던 법적 지위를 근본적으로 변화시킨 사례에 해당한다.⁶⁾ 1976년의 독일 《연방행정절차법》은 전문 행정계약의 장을 신설하고 있는데, 이 법의 공포로 인해 행정계약은 최종적으로 법적으로 수용되었다. 이후 학계의 주된 논쟁은 행정계약의 존재문제에서 관련 법률의 해석과 적용에 관한 문제로 전환되었다.

5) [德] 哈特穆特·毛雷尔 著, 高家伟 译: 《行政法学总论》, 法律出版社, 2000年版, 第360页。

6) [德] 《联邦行政法院判例集》, 第23卷, 第212页. 安编 著: 《德国行政法》, 清华大学出版社, 1999年1版, 第135页 재인용.

2. 영미법계의 행정계약 발전

대륙법계국가에서 계약의 개념은 민사적 영역에서 행정영역으로 유입된 것으로 이는 전통적 계약관념의 속박으로 부터의 탈피를 의미한다. 대륙법계 국가와 달리 영미법계 국가에서 행정계약의 출현은 비교적 자연스런 것이었는데, “이념적으로 상술한 문제에 대하여도 기본적으로 의문은 없었고, 근본적으로 이러한 문제를 제기하지도 않았다.”⁷⁾

먼저 영미법계 국가는 공법과 사법의 구분이 없고, 모든 행위는 동일한 법원칙이 적용된다. 계약이 민사영역에서 행정영역으로 유입된 것 역시 단지 적용범위의 확장에 불과하기 때문에, 법적 구조와 법적 관념의 장애는 존재하지 않는다. 계약이 생산초기에는 서명 주체가 반드시 민사주체이어야 한다는 제한은 없었고, 행정주체는 공공의 이익을 위해 그 권한 범위내에서 행정 상대방과 계약을 체결할 수 있는데, 이는 계약 원래의 의미에 부합한다. 특히 “보통법 또는 제정법에서도 원래는 정부가 계약체결의 권한을 향유하는 것을 허락하고 있는데, 예컨대, 영국은 역사 이래로 국왕이 계약을 체결할 수 있는 권리는 개인과 마찬가지로 직접 보통법에서 기인하는 고유의 것으로 간주되었으며, 입법에 의한 수권적 권리를 요구하지는 않았다.”⁸⁾ 행정주체가 참여하는 계약과 행정주체가 참여하지 않는 계약은 계약의 체결과 이행, 변경과 해제 등의 방면에서 큰 차이가 없다.⁹⁾

다음으로 법적 구제의 경과절차 역사 동일하다. 공법과 사법의 구분과 대응되는 것이 법원체계의 구조이다. 영미법계 국가에서 계약으로 인하여 야기된 분쟁은 서명주체가 행정주체를 포함하는가 여부에 관계없이 모두 보통법원의 관할에 해당된다. 법원이 행정주체를 일방 당사자로 하는 계약분쟁을 처리할 때에도 평등한 민사주체간의 계약분쟁에 적용되는 규칙과 기본적으로 동일하게 처리한다.

7) 余凌云：《行政契約論》中国人民大学出版社，2000年版，第5页。

8) 余凌云：《行政契約論》中国人民大学出版社，2000年版，第7页。

9) 정부계약은 원칙적으로 일반 계약관련 법률규칙을 적용하나, 일방 당사자가 정부이기 때문에 모든 일반계약의 규칙에 대하여 일정한 수정을 하고, 특수한 법적 규칙을 제정하고 있다.

영미법계 국가는 “행정계약”의 이론이 존재하지는 않지만, 형식적 측면에서 계약에 대하여는 구분을 하고, 정부를 일방 당사자로 하는 계약을 통칭하여 “정부계약”(政府合同 : government contract) 또는 “조달계약”(采购合同 : procurement contract)이라고 한다. 영미법계 국가는 이론상 “행정계약”이 없으나 실제 운용 과정에서는 “행정계약”의 그림자가 남아 있다. 예컨대, 법적 구제 측면에서 모든 정부계약에 대하여 사법심사를 진행하지는 않는다. 영미법계 국가에서 정부계약에 대하여 사법심사를 진행할 것인가의 여부는 “정부를 일방 당사자”로 하는 특징적 형식을 제외하고, 반드시 계약이 공공이익의 공법 요소(public law element)를 갖추고 있는가”하는 것을 고려하여야 한다.¹⁰⁾

행정계약의 출현이 자연적 과정인가 또는 사상적 관념을 타파하는 과정인가에 관계없이 현대 국가는 모두 행정계약이 정부의 중요한 행정운영수단이라는 것을 긍정하고 있다. 이러한 전환은 사실 기본적으로 경제발전이라는 배경 하에서 완성된 것으로 사료된다.

자본주의 경제는 발전초기에 전통적 자유경제였는데, 이 단계에서의 이론적 기초는 “경제인”(经济人)이라는 가설을 기반으로 한다. 먼저 “경제인”이라는 사상에 대한 체계적 논술은 경제학의 시조인 아담 스미스(Adam Smith)였는데, 그는 그의 《국가의 부의 본질과 원천에 대한 탐구(국부론)》를 통해 “경제인”의 본성은 “이기적”이라고 정의하고, 경제활동에 종사하는 동기는 자기를 위한 것이며, “우리가 매일 필요로 하는 식음료는 도살자, 양조장 또는 요리사의 은혜에서 나오는 것이 아니라 그들 스스로의 이익에서 출발한다. 우리가 그들의 이타심을 환기하는 것이 아니라 그들의 이기심을 환기하는 것이다”고 지적하고 있다¹¹⁾. 아담 스미스는 또한 “보이지 않는 손”의 이론을 통해, 시장 경제에서 “보이지 않는 손”의 존재는 사회 전체가 자신의 최대 이익을 추가하는 것을 통해 최종적으로 사회이익을 실현하는 것을 지도하고 있다고 하면서, “보이지 않는 손의 지도에 따라 그 스스로가 달성하고자 하는 것이 아닌 목적을 달성하기 위해 노력하게 된다.”고 적시하고 있

10) 余凌云 : 《行政契約論》中国人民大学出版社, 2000年版, 第29页。

11) [英]亚当·斯密著, 郭大力、王亚南译 : 《国民财富的性质和原因的研究》(上卷), 商务印书馆, 1976年版, 第14页。

다¹²⁾. 경제학 이론은 정부의 기능과 기구설치를 결정하고, 이러한 이론적 토대 하에서 정부의 신분은 관리자가 되며, “최소의 정부가 최선의 정부”가 되며, 정부의 기능은 국경방어와 국민 안전에 제한되어야 한다는 점에서, 정부의 기구는 군대, 경찰국 등에 제한되게 된다. 이 단계에서의 행정주체와 행정상대방의 관계, 권력적 특징은 행정주체가 행사하는 권력의 방식이 일방적이고 명령적이며 강제성을 강조하게 되는 특징으로 드러나게 된다.

19세기 말에서 20세기 초, 서양자본주의 국가의 경제는 자유경쟁 단계에서 독점단계로 발전하였다. 이 단계에서 국민의 수요 또한 점차 증가하게 되었고, 사회적 모순 또한 갈수록 부각되었는데, 특히 경제위기의 누적으로 인해 전체사회는 혼란상태에 빠지게 되었으며, 이들은 모두 정부가 관련 사항을 처리하여야 하는 수요에 직면하였다. 정부 또한 불간섭주의 정책에서 적극적 개입 정책으로 전환하는 계기가 되었는데, 1930년대 미국의 “루즈벨트의 뉴딜정책”과 “케인즈 주의”의 성행이 바로 이러한 전환의 전형적 반영이었다. 70년대 경제의 스태그플레이션 출현이후 경제학이 신자유주의를 주장하고 전 세계의 사유주의 풍조로 확대되었으나¹³⁾, 이 시기 정부의 신분은 이미 관리자와 복무자, 정부기능은 사회관리와 공공서비스로 전환되었고, 이는 논란의 여지가 없는 사실이었다. 사회관리 기능의 실현은 여전히 전통적인 행정수단의 실현을 따라 수행할 수 있지만, 대량으로 출현하는 공공서비스 기능에 대하여는 정부가 이를 고려할 여지가 없었으며, 또 다른 측면에서는 정부가 스스로의 역량으로 한다는 것 역시 경제적이지 않았다. 이에 따라 비권력행정이 출현하기 시작하였고, 행정계약은 점차 실천의 문제로 인정되기 시작하였다. 이 외에, 행정사무의 복잡성이 갈수록 증대되면서 행정계약의 형식 또한 갈수록 증가되었다. 예컨대, 각 지방정부가 직면하는 중요한 행정사무들은 상호 동일성 또는 연관성을 가지고 있었고, 그 처리는 다수의 지방정부가 협력하여 처리하여야 하는 상황이 발생하였으며, 정부간에도 해당 행정사무의 처리를 위해 협력협정, 즉 행정협정을 체결할 수 있게 되었다.

12) [英]亚当·斯密著, 郭大力、王亚南译:《国民财富的性质和原因的研究》(上卷), 商务印书馆, 1976年版, 第27页。

13) [美]丹尼尔·耶金、约瑟夫·斯坦尼斯罗著, 段宏、邢玉春、赵青海译:《制高点: 重建现代世界的政府和市场之争》, 外文出版社, 2000年版。

3. 중국 행정계약의 발전

행정계약이 중국에서도 수용되었으나, 그 발전경과는 서양 주요국가의 행정계약 발전과는 전혀 다른 것이었다. 중국 행정계약의 발전은 개혁개방에서 시작되었다. 개혁개방의 본질은 경제체제의 개혁을 내포하고 있었고, 경제체제의 개혁은 또한 정부기능의 전환을 의미하는 것이었다. 즉, 중국 경제체제 개혁은 하나의 정부가 “전능적 정부”(全能型政府)에서 “유한적 정부”(有限型政府)로 전환하는 과정이었는데, 시장경제제도, 정부와 기업의 분리, 정부와 사업단위의 분리, 정부와 사회조직의 분리 등의 조치를 통해 고도의 집중적이고 계획경제를 “거시적 조정, 시장 감독관리, 사회관리, 공공서비스” 등의 정부 기능으로 전환하는 것을 의미하였다. 정부기능의 전환은 또한 정부관리 방식의 전환을 결정하는 것이었고, 행정계약의 운용은 이러한 전환의 수요에 적응하기 위한 것이었다.

중국의 개혁개방은 농촌의 가정공동생산 도급책임제(家庭聯產承包責任制)에서 기인한다. 개혁 전, 농민은 자기결정권이 없었기 때문에 농업생산은 상급의 행정명령을 집행하는 것으로 일종의 명령과 복종의 구도에서 수행되었다. 경제체제개혁의 핵심은 바로 경제적 영역에서 국민에게 자주권을 부여하는 것이었다. 중국의 토지소유제에 근거하여, 농촌토지는 집체소유(集體所有)에 귀속되고, 농민경제분야에서의 자주권 실현을 위해 먼저 행정계약 성질을 갖는 농촌토지 도급계약을 통해 토지사용권을 농민에게 임대하게 된다. 그러나 “국가에게 충분히 맡기고, 집체에게 필요한 만큼 보류하고 나머지는 모두 자기 것”이라는 정책기조는 농민의 적극성이 수동적으로 변화하는 효과를 야기하였다. 개혁개방의 가속화를 위해, 중국 공산당 중앙 및 국무원은 1985년 1월 1일 《농촌경제의 약진에 관한 10개 정책》을 통해 “식량, 면화의 일괄구매의 취소와 계약에 의한 정량구매로 개선”을 결정하였다. 농촌토지 도급계약, 식량의 정량 구매계약 등의 행정계약 운영으로 인해, 농업분야는 고도의 집중화된 계획경제가 시장경제로 전환하게 되었다.

중국의 전체 개혁개방 과정에서 실제 “도급제”(承包制)는 농촌에서 도시로의 개척을 이루는 하나의 과정이었다. 기업의 자주성을 제고하기 위하여 정

부와 국유기업의 관리를 직접 행정명령방식에서 간접적 관리감독 관리방식으로 전환하였다. 1987년 당의 13대 회의에서 제기한 “어떤 경영책임제를 실시하든 모두 법적 수단에 의해야 하고, 계약 형식을 통해 국가와 기업, 기업 소유자와 기업경영자간의 책임권리관계를 확정한다”는 방침에 따라, 1988년 국무원은 연속하여 《전민소유제 공업기업 도급경영 책임제에 관한 잠정조례》와 《전민소유제 소형공업 임대경영 잠정조례》를 공포하고, 국유기업의 책임임대계약을 규율하였다. 이후, 행정계약의 적용범위는 점차 국유토지 사용권 유상임대, 공공공정책임, 정부구매, BOT 특허경영, 과학연구와 행정협정, 행정위임 등의 영역까지 확대되었다. 이중, 1990년 국무원이 공포한 《성진 국유토지 사용권 유상임대 및 무상임대 잠정조례》를 통해 계약내용에서 행정주체의 제재권, 해제권 등 행정계약에 특유한 규칙을 명확하게 규정하였는데, 해당 규정은 당시 “가장 행정계약에 부합하거나 근접한” 것 이었다.¹⁴⁾ 행정협정과 행정위임 등 행정주체간의 행정계약은 현대 사회행정사무의 복잡한 상황에서 정부가 협력을 통해 공공사무를 처리하는 과정에서 출현한 행정계약의 새로운 형식에 해당한다.

4. 행정계약의 적극적 가치

행정계약의 출현과 광범위한 운영은 다양한 공동작용의 결과로서, 여기에는 사회발전이 가져온 정부기능의 확대, 행정계약자체가 가지는 장점 및 민주관념 등의 사상관념의 영향에 기인한다. 이는 또한 행정계약의 운용 또한 많은 적극적 가치를 갖는다는 것을 의미하기도 한다.

(1) 행정상대방의 주체적 지위 제고

전통적으로 정부의 관리모델은 행정주체와 행정상대방 간의 명령과 복종관계로서, 양자간의 법적 지위는 불평등 관계이다. 행정주체는 사회관리자로서 주도적 위치에 있고, 지휘와 명령의 절대권력을 향유하며, 행정상대방은 피동적 지위에 처한다는 점에서 선택의 자유가 부여되지 않은 단순한 복종의 의

14) 张树义：《行政合同》，中国政法大学出版社，1994年版，第5页。

무이다. 행정계약이라는 현대적인 정부관리 방식은 쌍방의 지위가 평등하다는 것을 기초로 하고, 행정상대방의 의지를 존중하여야 하고, 행정대상자와의 협상과 합의를 통해서만 집행이 가능하다는 점에서 행정상대방은 계약체결여부를 선택할 수 있는 권리를 향유한다. 예컨대, 행정소송중에 행정주체와 행정상대방은 법 앞에 평등하다는 것이 쌍방이 대등한 권리·의무를 갖는다는 것을 의미하지 않는 것과 마찬가지로, 행정계약중의 행정주체와 행정상대방의 법적 평등 또한 양자의 권리·의무가 완전히 대등하다는 것을 의미하지는 않는다. 공공이익의 순조로운 실현을 보장하기 위하여, 행정계약은 행정주체에 게 모종의 특권을 부여하고 있는데, 감독지휘권, 일방적 변경권, 일방적 해제권, 제재권 등이 여기에 해당한다. 물론 행정주체의 특권남용과 행정상대방의 합법적 권익보호를 위해, 행정상대방은 특권행위로 인해 야기된 손실에 대하여 보상을 받을 권리가 보장된다.

(2) 민주적 정신의 실현

현대국가에서 민주는 정치제도를 형성하는 기초로서, 국민이 선거를 통해 구성하는 대의기관이 국가 중대사항을 결정하는 것을 말하고, 국민의 동의가 없으면 어떠한 국가권력의 행사도 불법이 된다. 소위 “민주”라는 것의 의미는 변하지 않는 것이 아니라 사회의 발전에 따라 민주의 작용범위는 입법과 정치사무의 정책결정과정에서 제한되지 않고, 행정영역까지 확대된다. 따라서 행정내부에서 행정 결정의 과정은 민주적이어야 하고, 행정외부에서 행정주체의 사회적 업무에 대한 관리 역시 민주적이어야 한다. 행정주체와 행정상대방의 평등한 협상을 요구하는 행정계약은 바로 이러한 행정과정에서의 외부적 민주를 실현하여야 한다는 것을 의미한다. 전통적 정부 운영방식에서는 행정상대방은 자신의 이익에 부합하는지에 관계없이 반드시 집행하여야 한다. 행정계약중에 행정주체는 명령권이 없고, 단지 행정상대방의 동의를 통해 집행될 뿐이다. 이는 한편으로는 행정상대방의 이익을 표출할 수 있는 방안을 제공하고, 다른 한편으로는 행정주체가 정책을 결정할 때보다 행정상대방의 이익을 보다 많이 고려하여야 한다는 것을 의미하며, 이를 통해 쌍방의 합의에 의한 최종합의를 도출하여야 한다는 것을 의미한다. 따라서 “행정계

약의 체결과정은 일종의 민주적 과정이고, 피관리자의 이익과 요구가 행정계약에서 충분히 실현될 수 있다.”고 말할 수 있다.¹⁵⁾

(3) 행정기능의 순조로운 실현에 유익

행정명령을 강조하는 강제집행의 전통적 행정관리 수단과 달리, 행정계약은 행정주체와 행정상대방간의 일치된 동의표시를 기반으로 형성된다. 행정계약의 서명과정은 하나의 토론과 협상의 과정이고, 행정상대방의 의견이 비교적 충분히 전달될 수 있으며, 합의도출을 위해서는 행정주체 또한 행정상대방의 의견을 충분히 고려하게 된다. 행정계약은 사회 각 방면의 이익을 모두 고려한다는 장점이 있고, 행정상대방의 소극적 태도를 변화시킴으로써 행정상대방의 적극성과 주동성, 창조성을 자극함으로써 행정기능의 순조로운 실현에 유리하다. 이 외에도, 사회의 발전에 따라 환경보전, 전염병 방지, 지역을 넘는 자원개발과 이용 등 행정기능의 실현은 이미 하나의 행정주체에 의해 수용될 수 있는 범위를 초과하였고, 결국 관련 행정주체 간의 협력을 통해 행정계약 방식으로 각종 권리와 의무를 규정하는 것이 공동의 행정사무를 순조롭게 실현하는데 유익하다.

(4) 행정법 연구 범위의 확대

전통적 행정법은 행정처벌, 행정강제, 행정허가 등의 권력성 행정행위를 연구대상으로 하였다. 공공서비스가 정부기능의 중요한 구성부분으로 성장하고, 현대 행정사무가 복잡해지면서 전통적 행정행위는 이미 현실적 수요를 만족시킬 수 없게 되면서, 행정계약과 행정지도 등의 비권력형 행정이 출현하기 시작하였고, 광범위하게 운용될수 밖에 없는 환경이 조성되었다. 이에 따라 행정법의 연구시야 또한 권력형 행정행위에서 비권력형 행정행위로 확대되었다. 이와 함께 행정법의 이론 또한 “공공권력설”에서 “공공사무설”로 전환하게 되었다.

15) 张树义:《行政合同》, 中国政法大学出版社, 1994年版, 第14-15页。

제 2 절 행정계약의 정의

상술한 내용으로 보건대, 대륙법계 국가와 영미법계 국가의 행정계약에 대한 정의는 확연하게 구분된다. 즉 대륙법계에 속하는 국가는 그 문화적 배경의 차이와 경제환경, 법학적 이론연구의 수준 등으로 인해 행정계약의 개념과 이해 또한 “어진 사람은 그것을 어질게 보고, 지혜로운 사람은 그것을 지혜로운 것으로 본다.”(仁者見仁, 智者見智)고 할 정도로 다양하게 나타난다. 본 절은 주로 중국 행정계약이론은 논의하고, 외국의 행정계약이론에 대하여도 일부 논하기로 한다.

1. 행정계약의 범위

중국 행정계약의 발전역사는 짧지만, 행정계약의 범위에 대한 논쟁은 적지 않았다. 이중 가장 논쟁이 된 사항은 행정계약의 범위문제였다.

전반적으로 보건대, 중국 학자들의 행정계약의 정의는 다수가 “주체와 목적설”을 채택하고 있다. 범위의 크기에 따라 행정계약을 협의의 행정계약과 광의의 행정계약으로 구분할 수 있다. 협의론자들은 행정주체와 행정상대방의 서명에 의한 계약만이 행정계약이라는 입장으로, 예컨대, 행정계약은 “행정기관이 행정관리를 목적으로 관리대상자인 국민, 법인 또는 기타 조직의 의사표시와 일치하게 서명한 합의”로 해석하고 있다.¹⁶⁾ 소위 행정계약은 행정주체가 공무 집행을 목적으로 상대방과 확정된 권리·의무관계에 관한 합의로서, 이는 일반계약과는 달리 일종의 특수한 규칙에 적용된다.¹⁷⁾ 광의론자들은 행정주체는 기타 행정주체, 행정상대방과도 행정계약을 체결할 수 있다고 보고 있는데, 예컨대, “행정계약은 행정주체를 일방 당사자로 하여 발생·변경·소멸하는 행정법률관계의 합의”를 말한다고 해석하고 있다.¹⁸⁾

16) 应松年 主编：《行政法学新论》，中国方正出版社，2004年版，第241页。

17) 张树义：《行政合同》，中国政法大学出版社，1994年版，第87页。

18) 余凌云：《行政契约论》，中国人民大学出版社，2000年版，第40页。

행정주체와 행정상대방간에 행정계약을 체결할 수 있다는 것은 학계에서 인정된 사항이다. 아래는 “행정주체간” 체결한 계약을 어떻게 정립할 것인가를 중심으로 논하고자 한다.

협의론자들은 행정주체간에 체결된 계약과 행정주체와 행정상대방 간에 체결된 계약에는 중요한 차이가 있다고 판단하여, 행정계약의 범위에서 배제하여야 한다는 입장이다. 또한 “행정합의라고 칭해지는 것은 행정계약의 이론과 원칙을 적용하지 않아야 한다.”고 간주하는데, 이에 대한 이유는 “매우 간단하다. 즉 이러한 계약은 행정 수익권 원칙을 적용할 수 없고, 상대방의 순수한 행정사무 내용에 영향을 미치는 계약이 아니며, 인민법원이 주관할 수 없다”는 입장이다.¹⁹⁾ 광의론자들은 행정계약은 행정주체간의 계약을 배제하지 않는다고 주장하고, “행정효율성이라는 것은 단지 행정목적 실현하기 위한 행정수단이 파생하는 내용이며, 이를 행정계약을 식별하는 기준으로 삼을 수는 없다”는 입장이다. 또 다른 면에서, “행정기관간에 체결한 계약은 행정내부에 속하는 것으로, 법원의 사법적 심사에서 배제된다는 개념은 시대적 변화를 반영하지 못하는 것”이라고 하고, 더욱이 “현행 행정심판제도를 통해 행정계약의 범주에 대한 사고를 제한할 수는 없다”는 입장이다.²⁰⁾

협의론자와 광의론자들을 비교해 보면, 광의론자들의 관점이 비교적 합리적이라고 판단된다. 행정계약은 행정목적 실현하고 행정기능을 이행하는 일종의 새로운 방식으로, 그 본질적 특징은 쌍방이 행정사무의 집행에 대하여 합의를 도출하는데 있다. 이때 “합의”(合意)는 계약의 근본적 특징을 이루고, “행정사무”는 행정계약이 민사계약과 구별되는 근본적 원인의 소재로 해석된다. 중국에서 행정계약은 행정주체와 행정상대방간의 행정사무에 대한 계약을 체결하는데서 시작했다는 것은 부정할 수 없는 사실이다. 다만, 변화하는 환경을 고려할 때, 행정계약을 정의하는데 있어서는 행정계약의 주체가 단지 행정주체와 행정상대방으로 제한될 수는 없다. 국제적 측면에서 행정주체간의 행정계약이 존재한다는 것은 이미 행정법이론 및 실무에서 긍정되고 있다. 예컨대, “독일행정법 이론상, 행정기관간에는 대등한 행정계약을 체결

19) 刘莘：“行政合同鱼议”载《中国法学》，1995年 第5期。

20) 余凌云：《行政契约论》，中国人民大学出版社，2000年版，第32页。

할 수 있고, 일본 공공단체간에도 행정계약 방식으로 행정목적을 달성한 사례는 이미 상당히 누적되어 있다.”²¹⁾

이 외에, 행정계약의 개념에 관하여는 동태적 및 정태적 측면에서 구별할 수 있다. 중국 행정법학계에서 행정계약의 개념에는 거의 대부분이 최종적으로는 “협약”, “합의”, “계약” 등의 정태적 관념이 자리하고 있다.²²⁾ 예컨대, “행정계약(行政合同)은 행정계약(行政契約)으로 불리는데, 행정주체가 행정관리 목표를 실현하기 위하여 상대방과 협의를 통해 달성한 합의”를 의미한다.”²³⁾ 실제 행정계약은 행정주체가 행사하는 직권의 구체적 행정행위로서, 행정주체와 상대방간의 일련의 행위의 집합으로, 이러한 행위는 계약체결 전 단계의 협상, 서명, 이행, 변경, 해지, 종료 등을 포함한다.

결국, 두 가지 측면, 즉 정태적 의미와 동태적 의미에서 행정계약의 개념을 살펴보면, 정태적 의미의 행정계약은 하나의 문헌이고, 동태적 의미에서의 행정계약은 행정행위라고 할 수 있다. 따라서 각계의 관점을 기초로 보면, 문헌적 측면에서 행정계약은 행정주체가 공무를 집행하기 위하여 다른 당사자(행정상대방 또는 행정주체)와 협상을 통해 체결한 권리·의무에 관한 합의가 된다. 본질적으로 행정계약은 행정주체가 공무를 집행하기 위해, 다른 당사자와 협상을 통한 합의를 기초로 행정법률관계를 발생, 변경, 소멸시키는 구체적 행정행위를 말한다.

2. 행정계약의 특징

상술한 행정계약의 정의에 근거하여, 행정계약은 구체적으로 다음과 같은 특징을 갖고 있다는 것을 알 수 있다.

(1) 행정계약의 일방 당사자는 반드시 행정주체이다.

여기에는 세 가지 측면에서 주의할 점이 있는데, 첫째, 행정기관 신분이 다원화되는 현대사회에서, 행정허가와 행정강제, 행정처벌 등의 행위는 모두

21) 余凌云 : 《行政契约论》, 中国人民大学出版社, 2000年版, 第32页。

22) 张树义 : 《行政法与行政诉讼法学》, 高等教育出版社, 2002年版, 第122页。

23) 姜明安 主编 : 《行政法与行政诉讼法》(第二版), 北京大学出版社、高等教育出版社, 2005年版, 第347页。

“행정”이라는 것을 함유하고 있고, 본질적으로 “행정기관”과 관련되어 있다는 것은 아니며, “행정주체”, “공공이익”과 관련된다는 것을 의미한다. 따라서 행정기관이 참여하는 계약이 모두 행정계약이라는 것은 아니고, 행정기관이 “행정주체”의 신분으로 참여하는 계약이 행정계약이라는 것을 의미한다. 이 외에, 전술한 바와 같이 행정주체는 행정법상의 독립적 행정이익을 가지고, 권리(권력)과 의무를 부담하며, 그 행위에 대한 책임을 지는 조직체이거나 또는 해당 조직의 대리주체로 정의하기도 하고, 행정주체가 독립적 이익을 갖는가의 여부에 따라 이익행정주체(利益行政主體)와 대리행정주체(代理行政主體)로 구분한다.²⁴⁾ 여기서의 행정주체는 이익행정주체와 대리행정주체를 포괄하는 것으로, 실무적용과정에서 존재하는 행정계약 중의 행정주체는 기본적으로 대리행정주체이다. 타방당사자가 행정상대방일 경우, 행정상대방은 보통의 국민, 법인 또는 기타 조직을 포함하게 되고, 대리행정주체 중 비록 국가직권을 향유하지만 특정 상황에서 대외적으로 행정관리권을 시행하는 주체이다. 다만, 행정계약 법률관계에서는 피관리대상이 되는 행정기관과 기타 조직을 포함한다. 예컨대, 공안국이 건설국에 사무소 건설을 신청하는 법률관계 등이 있다.

(2) 행정주체가 체결한 계약의 목적은 공무를 집행하기 위한 것이다.

공무는 공공이익의 수요로서, 그 의의는 불변하는 것은 아니다. 예컨대, 고도의 집중적 계획경제가 필요하였던 조건하에서 농민의 농업생산활동 역시 공무로 칭해질 수 있었으나, 시장경제 조건하에서 이를 공무의 범주로 칭하기에는 한계가 있다. “공무집행은 광범위한 의의를 가지고 있다. 일부 계약은 직접 공무를 집행하는 것이고, 일부 계약은 공무집행을 조력하는 역할을 담당한다는 점에서, 모든 공무집행에 관한 계약이 행정계약으로 정의 될 수는 없다.”²⁵⁾ 행정계약중의 공무집행은 직접 공무를 집행하여 야기되는 계약을 말한다. 이에 대하여는 프랑스 행정법의 이론을 그 기준으로 삼을 만하다. 프랑스법에는 행정계약기준을 식별할 만한 명확한 규정은 없는데, 그 이

24) 본서 제1장 “행정주체와 행정조직법” 내용 참조.

25) 张树义：《行政合同》，中国政法大学出版社，1994年版，第82页。

론적 기준은 행정법원의 판례를 통해 형성된다. “직접 공무를 집행하는 계약은 두 가지 상황에서 발생한다. 즉 계약당사자가 직접 공무의 집행에 참여하거나 또는 계약 자체가 공무를 집행하는 일종의 방식”일 경우이다.²⁶⁾ 예컨대, 국유림 관리기관과 행정상대방이 계약을 체결하여 삼림의 육성을 위임하거나, 국립고교의 교사초빙의 경우는 행정상대방이 직접 공무에 참여하는 경우에 해당한다. 반면 국유삼림 관리기관이 당사자에게 수목을 구매하거나 국립고교에서 근로노동자를 고용하는 경우는 상대방이 직접 공무에 참여하는 상황은 아니다. 계약 자체가 공무집행을 구성하는 방식에 관하여, 일부 계약은 그 내용이 당사자의 공무집행의무를 규정하고 있는지의 여부와 관계없이, 체결한 계약 자체가 직접 공무를 집행하는 경우가 있다. 베이징시 정부가 도시환경개선과 수자원 부족을 해결하기 위하여 웨이강(水鋼)과 이전계약을 체결한 것은 이러한 예에 속한다.

(3) 행정계약은 쌍방의사표시 일치의 기초상에서 수립된다.

행정주체와 행정상대방이 체결한 행정계약에서, 행정주체가 체결한 계약의 목적은 공무이익을 위한 것이기 때문에, 행정상대방의 계약체결 목적은 문제가 되지 않는다. 다만, 대부분의 상황에서 행정상대방의 목적은 자신의 경제적 이익을 추구하는데 있고, 공공이익을 목적으로 하지는 않는다. 각자의 이익을 추구하는 민사주체 쌍방이 합의를 도출하는 것과 마찬가지로 공공이익을 추구하는 행정주체와 사적 이익을 추구하는 행정상대방이 동일한 방법으로 의사의 합의를 도출하게 된다. 여기서 “의사의 합의”는 상대방을 자유롭게 선택하였고, 계약조항에 대하여 상호 합의하였다는 것을 의미한다. 계약조항은 두 가지 측면, 즉 계약이 명시하는 조항과 계약이 함축하고 있는 조항(행정주체의 “행정우선권”)으로 구분할 수 있다. 행정계약이 함축하고 있는 조항에 대하여 어떻게 합의를 도출할 것인가에 대하여는 국가마다 처리 방식이 다른데, 일부 국가는 집행계약의 명시적 조항만을 규정하기도 하고, 일부 국가는 계약에 필요 없는 명확한 규정을 하기도 한다. 물론 이 과정에서 행정기관은 행정우선권을 향유한다. 그러나 이러한 상반된 이익추구에도

26) 王名扬：《法国行政法》，中国政法大学出版社，1988年版，第187页。

불구하고, 행정계약이 추구하는 공공이익의 실현에는 영향을 주지 않는데, 이는 행정주체의 “행정우선권”은 행정상대방이 공공이익에 부합한다는 전제 하에 사적 이익을 추구하고 있다는 것을 이미 보장하고 있기 때문이다. 행정주체간에 체결된 행정계약에서 쌍방은 일반적으로 관리와 피관리의 관계가 없고, 이들의 행정계약은 의사표시의 일치를 기초로 체결된 공동의 행정사무를 함께 추구한다는 데 목적이 있다.

(4) 행정계약은 민사계약과는 다른 영역에 적용되는 특수 규칙이다.

행정주체와 행정상대방이 체결한 행정계약에서, 행정기관은 공공이익의 실현을 보장하기 위하여 행정계약의 집행과정에서 감독지휘권, 일방적 변경권, 일방적 해제권, 제재권 등 일련의 특권을 향유하게 된다. 행정주체 특권의 남용방지와 행정상대방의 합법적 권익보장을 위하여, 행정상대방 역시 특권 행위에 대한 보충을 받을 권리를 향유하는 것은 당연하다. 이에 대한 내용은 제4절의 행정계약 내용을 통해 상세하게 다루기로 한다. 행정주체간의 행정계약은 실천과정에서 발전된 새로운 유형의 행정계약에 해당하고, 이 분야에 대한 중국 현행 법률의 규정 역시 매우 미미하다. 다만, 행정계약이 이론적으로 민사계약과 다른 특수규칙이라는 점은 분명하기 때문에, 쌍방이 분쟁이 발생하였을 경우, 우선 상급 주관부문이 조정하여 해결하여야 한다.

(5) 행정계약은 행정주체 일방이 먼저 개시한다.

행정계약은 행정주체가 공무집행을 위해 행사하는 직권 중의 하나이다. 행정주체는 법률 규정에 따라 그 범위내에서 행정사무의 성질을 근거로 행정계약이라는 방식을 운용하여 행정관리를 행하게 된다. 행정상대방은 단지 행정주체가 제기한 행정계약의 의사표시 이후에 행정계약 과정에 참여하게 된다. 즉, 행정주체는 행정계약의 선행 제안자가 된다.

제 3 절 행정계약의 주요유형

행정계약의 종류와 행정계약의 분류는 다르다. 행정계약의 분류는 행정계약을 일정한 기준에 따라 유형화한 연구를 말한다. 예컨대, 행정기관의 범위

가 다르다는 것을 근거로 행정계약을 내부계약과 외부계약으로 나누는 것을 들 수 있다. 행정계약의 종류는 실제 상황에서 출발하여, 행정계약의 내용과 그에 상응하는 명칭에 따라 구분한 것인데, 예컨대, 기업도급책임계약(企業承包租賃合同)은 기업책임임대를 내용과 명칭으로 하는 계약이다. 행정계약의 응용범위는 매우 광범위한데, 토지사용권 임대, 기업책임, 공공공정건설, 정부조달, 과학연구, 인사채용, 출산계획, 환경보호, 관리, 행정협정, 행정위임 등의 영역을 포함한다.

1. 외국 행정계약의 주요 유형

상술한 바와 같이, 대륙법계 국가에서는 행정계약의 개념이 존재하고, 행정계약의 유형화에 대한 연구 또한 발달하여 있다. 반면 영미법계 국가에는 엄격한 의미에서의 행정계약이 존재하지 않고, 행정계약의 유형화에 대한 연구 또한 없다.

독일 《연방행정절차법》 제54조 제1항에 따르면, 행정계약은 공법상의 법률관계를 설립, 변경, 종료하는 계약을 말하고, 그 기준에 따라 상이한 유형으로 구분할 수 있다. 계약을 체결한 당사자간의 관계를 기준으로 할 때, 행정계약은 대등한 권한을 가진 계약(대등계약)과 주종권 계약(主從權合同)으로 구분할 수 있다. 대등계약은 원칙적으로 지위가 동일한 계약 당사자간을 말하는데, 특히 권리능력을 가진 행정주체간에 체결한 계약을 말한다. 두 향진(鄉鎭) 간의 경계하천 보전에 관한 합의와 같이, 그 행정행위를 통해서는 처리할 수 없는 법률관계를 대상으로 하는 것이 이러한 예에 해당된다. 주종권 계약은 명령과 복종관계의 당사자간에 체결된 것으로 행정기관을 일방 당사자로 하고, 국민 또는 기타 행정기관 보다 하위의 법인을 타방으로 하여 체결된 계약을 말한다.

처리객체를 기준으로 할 때, 행정계약은 의무계약과 처치계약(處置合同)으로 구분된다. 의무계약은 확정된 일방 또는 쌍방당사자의 급부 의무를 말하고, 타방당사자는 상응하는 급부 의무를 이행하도록 청구할 수 있는 계약을 말한다. 처치계약은 계약의무, 법정 의무, 또는 기타 근거가 있는 의무를 이행할 때 직접 권리변경을 야기하는 계약을 말한다.

《연방행정절차법》은 화해계약(和解合同)과 쌍무계약(雙務合同)이라는 두 가지의 특수한 계약유형을 규정하고 있다. 화해계약은 상호 양보를 통해 합리적 판단 또는 법률문제의 불확정한 상태를 해소하는 계약을 말한다. 쌍무계약은 대등한 의무를 설정하는 계약을 말하는데, 그 적용은 i) 특정한 목적에 부합할 것, ii) 공공의 임무를 집행하기 위함일 것, iii) 적당할 것, iv) 계약중의 급부와 객관적 연관성을 갖출 것 등을 조건으로 한다.²⁷⁾

일본에서 행정계약의 정의는 발전과정에 있다. 1970년대에는 통상적으로 행정계약은 공법상의 효과발생을 목적으로 하고, 복수의 대등한 당사자 간에 상반된 의사가 일치되어 성립하는 공법행위로 정의되었다. 최근에는 행정목적 실현하기 위한 수단으로 체결된 계약을 통틀어 행정계약이라 칭한다. 일본학계는 전통적으로 행정계약을 행정주체 상호간의 계약, 행정주체와 사인간의 계약, 사인간의 계약이라는 세 유형으로 보았다. 이러한 분류방법은 논리적 흠결로 인해 상당한 비판을 받아왔다. 새로운 분류방법은 행정주체 상호간의 계약, 행정주체와 행정상대방과의 계약이라는 두 유형으로 구분한다. 전자의 가장 전형적인 예는 사무의 위임이며, 후자는 행정서비스를 제공하는 계약, 정부계약, 공무원 고용계약 등의 행정수단에 관한 계약, 재산관리계약 등을 포함한 행정수단의 규제에 관한 계약 등을 말한다.²⁸⁾

2. 중국 행정계약의 유형

다음에서는 중국의 국유토지사용권 유상임대, 농촌토지 도급계약(承包合同), 전민소유제 공업기업도급계약, 전민소유제 소형공업기업 임대차경영계약(租賃經營合同), 양식구매계약, 과학연구계약, 공공기초시설 특허경영계약, 행정협정에 대하여 소개하고자 한다.

(1) 국유토지사용권 유상임대계약

《성진(城鎮) 국유토지사용권 유상임대와 토지사용권이전 임시조례》 제8조는 국유토지사용권 유상임대(出讓)은 “국가가 토지소유자 신분으로 토지사용

27) [德]哈特穆特·毛雷尔 著, 高家伟 译: 《行政法学总论》, 法律出版社, 2000年版, 第348-357页

28) 杨建顺: 《日本行政法通论》, 中国法制出版社, 1998年版, 第508-511页。

권을 일정기간동안 토지사용자에게 양여하는 것으로, 토지사용자는 국가에게 토지사용권 임대료를 지급하는 행위”를 말하는데, 이때 해당 행위의 이행을 위해 체결한 계약은 국유토지사용권 임대계약이 된다. 국유토지사용권 임대 계약은 시(市), 현(縣) 인민정부 토지관리부문이 국가를 대표하여 행정상대방과 체결하게 된다.

중국 건국이래, 중국의 토지관리는 무상(元償), 무기한(无期限), 무유동성(无流动)이라는 토지관리제도를 겪었는데, 이는 유상, 기한, 유동가능성 등의 토지관리제도로 변화되었다. 고도로 집중된 계획경제 체제하에서 토지는 국가가 무상으로 토지를 사용하고자 하는 단위(單位)에게 공급하다. 개혁개방과 경제체제 개혁심화에 따라, 중요한 생산 재료인 토지의 사용권이 유통하지 않는 것은 시장경제 주체간의 평등한 경쟁을 저해하였고, 국유토지 관리제도 역시 시장경제 건립에 영향을 미치는 중요한 요소로 작용하였다. 이러한 문제점을 인식하여, 중국은 경직화되었던 국유토지 관리제도에 대하여 일련의 개혁을 단행하게 된다. 1979년 공포된 《중외합자경영기업법》과 1980년 국무원이 공포한 《중외합영기업건설용지에 관한 임시규정》은 중외합자기업의 건설용지에 대한 유상사용을 명확하게 규정하고 있다. 국유토지 유상사용은 선전(深圳)에서부터 시행되었다. 1988년 1월 3일, 광둥성 인민대표대회 상무위원회가 공포한 《선전경제특구토지관리조례》 제2조 제1항은 “특구 국유토지는 유상사용(出讓)과 유상 토지사용권 이전(轉讓)제도를 시행”한다고 규정하고 있다. 동년 3월 22일, 상하이市에서는 처음으로 국제입찰방식을 통해 토지사용권의 유상이전을 시행하였다. 1988년 4월 2일, 제7기 전인대 1차 회의에서 개정된 헌법 수정안에는 “토지의 사용권은 법률규정에 따라 이전될 수 있다”고 규정하고 있는데, 이로서 국유토지 사용권의 유상임대행위는 헌법상의 근거를 갖추게 되었다. 이후, 국무원은 1990년 5월 19일 《성진국유토지사용권 유상임대와 유상이전에 관한 임시조례》 제2조는 “국가는 소유권과 사용권의 분리 원칙에 따라 성진(城鎮) 국유토지 사용권의 유상임대, 유상이전 제도를 시행”한다고 규정하고 있고, 제8조 제2항은 유상임대 형식에 대하여 “토지사용권의 유상임대는 유상임대 계약체결을 통해 시행하여야 한다”고 규정하고 있다. 1994년 7월 5일 통과되고 1995년 1월 1일 시행된 《도시부동산

관리법》은 유상, 기한을 정한 국유토지사용권 유상임대제도를 다시 천명하고, 토지사용권의 임대계약 문제에 관한 규정을 추가하고 있다. 이로써 중국은 국유토지사용권 유상임대영역에 대한 비교적 성숙된 규정을 갖추게 되었다.

국유토지 사용권 유상임대계약은 전형적 행정계약으로, 행정계약의 각 특징은 국유토지사용권 유상임대계약 중에 매우 명확하게 실현된다. 《성진국유토지사용권 유상임대와 유상이전에 관한 임시조례》 제10조는 “토지사용권 유상임대계약은 평등하고 자발적이어야 하고, 유상의 원칙에 따라 市와 縣인 민정부 토지 관리부문과 토지사용자간에 체결되어야 한다.”고 규정하여 계약의 일방당사자는 행정주체라는 점을 표명하고 있다. 동 조례 제1조는 “城鎮 국유토지사용제도의 개혁과 토지의 합리적 이용, 경영, 개발, 토지관리의 강화, 도시건설과 경제의 발전을 촉진하기 위하여 이 조례를 제정”한다고 규정함으로써, 계약의 목적이 국유토지관리 방면에서의 공무집행을 위한 것임을 명확하게 밝히고 있다. 감독지휘권에 대한 제6조의 규정, 행정주체의 해제권에 관한 제42조 규정, 제재권에 대한 제17조 규정 등은 모두 행정계약이 민사계약과는 다른 규칙이라는 것을 구현하고 있다.

《성진국유토지사용권 유상임대와 유상이전에 관한 임시조례》 제13조에 의하면, 국유토지 유상임대계약의 체결방식은 협의와 입찰, 경매의 세 가지 유형으로 진행되고, 성급(省級) 인민정부가 제정한 토지사용권 유상임대에 관한 구체적 절차와 단계를 통해 진행된다.

(2) 농촌토지도급계약

농촌토지도급계약(農村土地承包合同)은 중국 행정계약의 형식이다. 중국 농촌토지도급계약에 관한 법 규정은 비교적 늦게 입법화되었는데, 2003년 이전에는 주로 정책을 통해 관리를 진행하여 왔다. 예컨대, 국무원의 1992년 제 52호 문건은 국무원이 농업부의 “농업도급계약 관리에 관한 의견”을 승인하고 농업도급계약의 입법업무를 강화하도록 요구하고 있다. 1993년 중공중앙, 국무원은 《현재 농업과 농촌경제 발전에 관한 약간의 정책조치》를 공포하고, 시기가 도래하는 토지도급계약의 토지도급 시기를 다시 30년 연장하는 정책을 시행하고 있다. 1995년 국무원 제7호 문건은 농업부의 토지도급관계

의 안정화와 발전에 관한 의견을 제시하고 농촌토지 도급계약의 관리업무에 만전을 기하도록 적시하고 있다. 1988년 제2차 수정된 《토지관리법》 제4조는 “농민집체소유의 토지는 해당 집체경제조직의 구성원이 책임 경영하고, 농업, 임업, 목축업, 어업생산에 종사하여야 한다. 발주자와 도급자 간에는 도급계약을 체결하여야 하고, 쌍방의 권리와 의무를 약정하여야 한다.”고 규정하고 있다. 제15조는 “농민 집체소유의 토지는 해당 집체경제 조직 이외의 단위 또는 개인에게 도급경영을 부여함으로써 농업, 임업, 목축업, 어업에 종사하도록 할 수 있다. 발주자와 도급자는 도급계약을 체결하고, 쌍방의 권리와 의무를 약정하여야 한다.”고 규정하고 있다. 다만, 해당 법은 농촌 토지도급제를 언급하면서도 그에 대한 상세한 규정은 하고 있지 않다. 2002년 8월 29일 통과되고 2003년 3월 1일 시행된 《농촌토지도급법》은 농촌토지 도급계약 등의 문제에 대하여 비교적 상세한 규정으로 하고 있는데, 이를 계기로 중국 농촌토지도급계약에 관한 영역이 비교적 성숙된 법적 규정을 갖추었다는 평가이다.

《농촌토지도급법》과 농촌토지도급계약의 기타규정에 의하면, 농촌토지도급계약은 다음과 같은 특징을 지닌다. 먼저, 계약의 일방당사자는 향진 인민정부 또는 향진 인민정부를 대신하는 기층 자치조직이라는 점이다. 이때, 타방 당사자는 농민이다. 둘째, 농민의 적극성을 유도하고 토지의 충분한 이용을 통해 식량생산을 증가시키고 최종적으로는 중국 식량공급의 안정화를 꾀할 수 있다는 점이다. 셋째, 변화이전에 통과된 행정명령으로 농업생산을 관리하던 방식이 계약으로 쌍방 당사자간의 권리·의무 관계를 확정하게 되었다는 점이다.

중국 《농촌토지도급법》의 농촌토지도급계약에 관한 규정은 일정 정도에서 행정계약의 성질을 실현하고 있는데, 예컨대, 동법 제13조는 “발주자는 다음과 같은 권리를 향유한다. i) 해당 집체 소유 또는 국가소유의 토지를 법에 따라 해당 집체가 사용하는 농촌토지의 사용권 양도, ii) 도급자가 도급계약 약정에 따라 토지를 합리적으로 이용하고 보호하는지에 대한 감독, iii) 도급자가 도급지 및 농업자원을 훼손하는 행위의 제지, iv) 법률, 행정법규가 규정하는 기타 권리” 등 감독관, 지휘권에 관한 규정을 두고 있다. 다만, 일방적 해제권이나 제재권 등에 대한 규정이 없다는 점에서, 전체적인 측면에서 현행 규정 등은 행정계약을 명료하게 실현하고 있다고 평가되지는 않는다.

《농촌토지도급법》 제44조는 특수한 상황에서 농촌토지도급권은 임찰, 경매, 공개협상 등의 방식을 통해 취득할 수 있도록 규정하고 있지만, 어떠한 방식을 채용하든 모두 농촌토지도급계약을 체결하도록 하고 있다.

(3) 전민소유제 공업기업 도급경영책임제도

전민소유제 공업기업 도급경영책임계약은 인민정부가 지정한 관련 부문을 행정주체로 하고, 도급경영을 시행하는 기업을 행정상대방으로 하는 것으로, 쌍방의 합의를 기초로 전문소유제 공업기업의 경영관리에 관한 권리·의무를 확정하는 합의를 말한다. 전문소유제 공업기업 도급경영책임에 관한 문제 규범을 위하여, 국무원은 1988년 2월 27일 《전민소유제 공업기업 도급경영책임제에 관한 잠행조례》를 공포하고, 동년 3월 1일 정식 시행하였다.²⁹⁾

전민소유제 공업기업 도급경영 책임계약 역시 전형적 행정계약에 해당하며, 《전민소유제 공업기업 도급경영 책임제에 관한 잠행조례》의 규정은 행정계약의 다양한 특징을 반영하고 있다. 먼저, 계약의 일방 당사자는 행정주체가 되는데, 동 조례 제14조는 “도급경영 책임제의 시행은 반드시 기업경영자가 도급측을 대표하고 발주자와 체결하는 도급경영계약이다. 발주자는 인민정부가 지정한 관련 부문으로서, 도급자는 도급경영을 시행하는 기업이다.”고 규정하고 있다. 두 번째는 계약의 목적이 공공이익을 위해서 추진된다는 점이다. 동 조례 제3조는 “도급경영책임제의 시행은 국가와 기업, 경영자와 생산자의 이익을 고려하여야 하고, 기업경영자와 생산자의 적극성을 유발하며, 기업 내부의 잠재력을 유도함으로써 국가이윤을 제고하고 기업의 자주적 발전능력을 제고하며, 직원의 생활을 점진적으로 개선하여야 한다.”고 규정하고 있다. 세 번째는 행정주체가 계약 중에 다양한 특권을 향유하는데, 동 조례 제22조 제1항의 감독지휘권에 관한 규정과 제25조의 제재조치에 관한 규정 등이 이에 해당한다. 네 번째는 기타 민사계약과는 다른 내용을 규정하고 있는데, 조례 제22조 제2항이 규정하는 “발주자는 도급경영계약의 규정에 따라 도급자 및 기업경영자의 합법적 권익을 보전하여야 하고, 직책범

29) 1990년 2월 24일, 국무원이 공포한 제49호령은 《전민 소유제공업 도급경영 책임제에 관한 잠행조례》의 제21조를 수정하였다.

위 내에서 도급자의 생산경영 중에 발생하는 문제점을 해결하도록 협조하여야 한다.”고 규정하고 있다.

(4) 전민소유제 소형공업기업 임대경영계약

전민소유제 소형공업기업의 임대경영계약은 전민소유제 소형공업기업을 국가의 수권에 따라 임대인(出租方)으로 하고, 기업의 전문소유제 성질을 변경하지 않는 조건하에서 일정 기한내의 경영권을 타방에 임대하는 것을 말한다. 임차인은 임대인에게 임대료를 지급하고, 규정에 따라 기업에 대하여 자주적인 경영을 시행한다. 전민소유제 소형공업기업 임차경영중의 문제를 규율하기 위해, 국무원은 1988년 6월 5일 《전민소유제 소형공업기업 임대경영 잠행조례》를 공포하였는데, 이 조례는 1988년 7월 1일부터 시행되었다.

전민소유제 소형공업기업의 임대경영계약 또한 전형적 행정계약에 속한다. 《전민소유제 소형공업기업 임대경영 잠행조례》중의 규정 또한 행정계약의 다양한 특징을 실현하고 있다. 먼저, 계약의 일방당사자는 행정주체가 된다는 점인데, 이에 대하여는 제6조가 “국가가 기업 소재지 인민정부에 수권하여 위임한 관련 부문은 임대인이 되어 국가를 대표하여 기업임대권을 행사한다.”고 규정하고 있다. 두 번째는 계약의 목적이 공공이익의 실현에 있다는 것이다. 해당 조례 제1조는 “기업의 임대차 경영과 기업의 활성화를 제고하고, 경제적 효율을 제고하기 위하여 본 조례를 제정한다.”고 규정하고 있다. 세 번째는 민사계약과 다른 특수한 규칙이라는 점인데, 이에 대하여는 조례 제23조가 행정주체의 감독지휘권을 규정하고 있다는 데서 알 수 있다. 즉 “임대인의 권리는 i) 임차인이 국가정책과 법률법규를 준수하고, 국가가 하달한 계획을 완수하는가에 대한 감독, ii) 임대 기업의 재산에 손해가 가지 않도록 감독, iii) 임차인이 계약 규정에 따라 지급하는 임대료의 수취” 등을 규정하고 있다.

(5) 양식구매계약

양식구매계약(粮食订购合同)은 각급 인민정부와 그 주관부문이 국민경제의 양식 수요를 확보하기 위하여 농민과 체결한 양식 재배와 구매에 관한 계약

을 말한다. 양식구매계약의 순조로운 이행을 위해, 행정주체는 양식 재배자에게 생산자료와 구매보증 등의 우대조치를 행하고, 행정상대방은 행정주체에 대하여 생산된 양식을 제공하고, 이에 상응한 보수를 취득하는 것을 말한다.

양식구매계약은 농촌토지 도급계약 이후 농업생산영역에 출현한 또 하나의 행정계약 유형이다. 양식구매계약은 이전에 농업생산 영역의 명령방식을 변화시켰는데, 계약이라는 형식을 통해 쌍방의 권리·의무 관계를 확정함으로써 농민의 농업에 대한 적극성을 유도하고, 중국 국민경제의 발전을 보장하는데 기여하고 있다. 다만, 양식구매 계약은 실제 운용과정에서, i) 행정주체가 제공하는 농업생산 자료가 완전하게 실현되지 않는다는 것, ii) 행정상대방의 보수가 완벽하게 보장되지 않고, 일부 지방에서는 지급 능력의 부족으로 “차용증”이 발급되는 현상도 발생한다.

(6) 과학연구계약

과학연구계약(科研合同)은 행정계약이 과학기술영역에서 행정주체와 과학기술기관간에 달성되어 운용되는 것으로, 과학기술기관은 일정한 요구에 따라 기술개발 프로젝트를 완료하고, 행정주체는 과학연구에 필요한 경비를 제공하는 합의를 말한다. 과학연구계약과 민법상의 기술개발 계약, 기술서비스 계약에는 약간의 차이가 있다. 과학연구계약은, 미국정부가 선두하고 있는 우주전쟁계획 등과 같이, 행정주체가 공공이익의 필요를 위하여 일정한 과학연구계획을 제출하고, 입찰이나 직접협상을 통해 행정상대방과 과학연구개발 계약을 체결하게 된다. 중국 또한 대량의 과학연구계약이 진행되고 있는데, 중국 국무원에서는 과학기술경비의 거시적 관리 강화와 경비의 합리적이고 효과적인 사용, 과학기술을 통한 경제건설 제고, 과학연구의 심층적 안배, 국가과학기술계획 실시의 보증을 추진하기 위하여 1986년 1월 23일 《과학기술 경비관리에 관한 임시규정》을 공포하였다. 해당 규정에 의하면, 국가는 중대과학기술 프로젝트에 대하여 일반적으로 계약제를 실시하고, 프로젝트를 주재하는 부문 또는 성, 자치구, 직할시는 국가관련 부처와 함께 전국적으로 입찰하도록 하고 있다.

(7) BOT 등 공공 기초시설 특허경영계약

1997년 세계은행의 발전보고서에서는 공공인프라 건설을 각 정부의 가장 중요한 5대 항목 중 하나로 열거하고 있다.³⁰⁾ 경제의 발전과 사회의 진보에 따라 인류의 공공인프라에 대한 수요는 점차 증대하고 있다. 중국의 공공인프라 건설은 비교적 더딘 발전 속도를 보여 왔는데, 최근 들어 많은 진전이 있었음에도 불구하고 여전히 경제적 및 사회적 발전 수요를 충족하고 있지 않다. 정부가 공공인프라 시설에 대한 제공하는 재정적 지원은 그 수요에 비해서는 여전히 부족하고, 공공인프라 시설문제의 해결을 위해 투입되는 막대한 자금의 수요는 이미 도시건설과정에서 직면한 가장 중요한 문제로 대두되고 있다.

전통적으로 기초설비 건설은 국가가 독점하였고, 기초인프라 투자비용에 대한 민영화 개혁은 서양국가에서는 이미 1970년대 이후 시작되었다. 국가독점에 의한 공공인프라 구축이라는 전통적 모델은 재정지출의 제한, 투자수단의 경직화, 경쟁체제의 결여와 같은 다양한 폐단을 야기하였고, 특히 사회자원과 기술을 충분히 활용할 수 없게 되는 문제가 있었다. 이러한 폐단은 정부가 공공인프라 건설에 제공하는 방식을 적극적으로 조정하여야 하는 필요에 직면하게 하였다. 그 결과 서양국가에게는 의미가 큰 공공행정개혁을 이끌었고, 그 개혁의 기본 방향은 공공행정의 기업화와 시장화를 의미하는 것이었다. 특히 이러한 사조는 공공인프라 건설에서 구체적으로 시설 투자방식의 민영화, 즉 공사(公私) 합작의 특허경영제도를 구축하는 것으로 이어졌다. 공공인프라시설 특허경영제도는 전통적 공공인프라 시설건설과 관리에 경영사상과 방식을 수용하는 것으로, 원래 정부가 건설하던 공공인프라 시설을 시장의 투자와 경영을 통해 수행하는 것을 말한다. 즉 시장주체가 정부를 대신하여 공공서비스를 제공하고, 경영자는 일정기간 그리고 범위내에서 영리를 추구할 수 있도록 허가된 제도를 말한다.

30) 기타 4가지의 기능으로는 합리적 재산권제도의 구축, 공정하고 질서있는 사회, 약자의 구조와 환경생태의 보호 등이 있다.

공공인프라시설 특허경영제도의 핵심은 특허경영계약이다. 행정주체와 행정상대방은 특허경영계약을 통해 쌍방의 권리·의무, 기한, 분쟁해결방식 등에 대한 조항을 상세하게 규정하게 된다. 정부는 특허경영계약을 통해 자기가 제공하던 공공인프라시설을 기업투자와 경영에 위임함으로써 한편으로는 정부가 제공하는 공공인프라 시설에 대한 재정적 압박을 해결하고, 다른 한편으로는 민간자본과 기술을 충분히 수용함으로써 공공행정의 기능을 제고하는 효과를 거둘 수 있다.

공공인프라시설 특허경영제도는 다양한 형식이 있는데, 가장 전형적인 방식으로는 BOT 방식이다. BOT의 영문 명칭은 Build- Operate-Transfer(건설-경영-이전)의 약칭으로, 공공인프라 건설투자와 용자방식이다. BOT 모델의 구체적인 운영과정은 프로젝트 소재지 정부가 한 기업 또는 몇 개의 사인 기업으로 구성된 프로젝트 기업에 일정기간의 특허경영권을 부여하고, 프로젝트 회사는 기초인프라 프로젝트에 대하여 자본을 유치하여 건설하게 된다. 약정된 기한내에 경영관리를 하고, 프로젝트 경영을 통해 자본금을 회수하고 투자에 대한 일정 수익을 보장받게 된다. 약정 만료 후, 프로젝트 시설은 무상으로 프로젝트 소재지 정부에 이전된다. BOT 방식은 프로젝트 추진을 위한 용자 조달을 위한 중요한 방식 중의 하나이다. BOT 방식은 세계 많은 국가에서 구체적인 운용을 통해 성공을 거둔 바 있다. 유럽과 영국은 선구적으로 BOT 방식을 채택하였고, 관련 프로젝트는 고속도로, 교량, 경전철 등의 사업에 미치고 있으며, 세계적인 주목을 받았던 영국과 프랑스의 도버해협 해저터널 역시 BOT 방식을 통해 구축되었다. 현재는 이미 해협 양안의 50% 이상의 화물운송을 책임지고 있는데, 그 전망은 보다 밝은 것으로 평가되고 있다³¹⁾. 공공인프라 건설의 유형과 프로젝트 재산권 형태, 용자자본의 회수방식 등은 매우 다양한데, 실제 운영과정에서 BOT는 다양한 변형모델로 운영되고 있음을 알 수 있다. 예컨대, POT(Purchase-Operate- Transfer), 즉 정부가 이미 건축되거나 기본적으로 완성된 인프라시설을 판매함으로써 이에 대한 특허경영권을 부여하는 것으로, 투자자는 인프라시설 프로젝트의 주식과 특허경영권을 구매하고, 일정 기간 동안 경영관리를 허가 받게 되는데, 약정기

31) 刘省平：《BOT项目融资理论与实务》，西安交通大学出版社，2002年版，第7-13页。

한 만료 후에는 다시 정부에 이전하게 된다. 이 외에, BTO(Build-Transfer-Operate) 방식이 있는데, 이는 건설, 이전, 경영을 말한다. BOO (Build-Own-Operate) 방식은 건설, 소유, 경영을 의미하고, ROT (Renovate-Operate-Transfer) 방식은 재건, 경영, 이전의 형태로 운영되는 것을 말한다.

사례: 광시(广西) 라이빈(來賓) 발전소 BOT 프로젝트³²⁾

광시 來賓 발전소는 중국 제1의 BOT 시행프로젝트이며 광시 장족자치구의 중부에 위치하고 있고, 발전소는 2기의 건설단계로 추진되었다. 제1기 공정은 1990년에 이미 건설투자되었으며, 제2기 공정은 B공장으로 공장건설은 그 규모가 약 2×25만키로와트에 해당하는 석탄설비세트에 해당한다. 1988년 외국자본으로 프로젝트를 출범시켰으나, 건설자금의 부족으로 1993년 중국과 외국의 합자프로젝트로 추진할 것을 확정하여, 1995년 초기에 주관기관의 승인을 통해 중국에서는 처음으로 BOT 추진 프로젝트를 시작하였다. 해당 프로젝트의 투자비용은 6.16억 US달러, 총 투자의 약 25%인 1.54억 US 달러는 주주가 투자하고, 2개의 발기인이 60:40의 비율로 프로젝트 회사에 출자 하였는데, 프랑스 EDF(Electricite De France)가 60%를 부담하고, General Electric Company · Alstom LTD)가 40%를 부담하였다. 출자액은 프로젝트 회사의 등기자본금으로 하였고, 기타의 70%는 대출을 통해 조달하였다. 대출은행은 프랑스 Banque de l'Indochine, 영국의 HSBC, 영국 Barclays Bank으로 구성된 그룹에서 부담하였다. 대출금의 약 3.12억 US 달러는 프랑스 수출신용대출기관(프랑스 대외무역보험회사가 제공하는 수출신용대출보험)이 부담하였다. 프로젝트의 특허기간은 18년이고, 이중 건설기간은 2년 9개월, 운용기간은 15년 3개월이었다. 특허기간이 만료되면 프로젝트 공사는 발전소를 무상으로 광시 서장족자치구 정부에 이전하게 되는 조건이었다. 건설기간과 운영기간 내에 프로젝트 회사는 자치구정부에 각각 이행보증금 3000만 US 달러를 납부하고, 이 외에 특허기간이 만료된 발전소를 자치구 정부에 이전한 후에도 12개월 동안 발전소의 질적 보증을 하여야 하는 의무를 부담하는 것이 조건으로 추가되었다. 광시전력회사는 매년 프로젝트 회사로부터 35억 킬로와트의 최저 수출전량을 구매하여야 하고, 이를 광시 전력망에 송출하도록 할 책임이 있었다. 동시에, 광시 석탄건설유한회사

는 프로젝트 회사에 발전소에 필요한 석탄을 공급하고, 석탄은 주로 귀주성 판장(盤江) 광구에서 조달되는 것으로 하였다.

(8) 행정협정

행정협정은 구역경제의 일체화라는 조건하에서 발전된 일종의 새로운 행정계약 형식으로, 공동으로 직면한 행정사무 또는 관련 행정사무의 해결을 위해 관련 행정기관 간에 평등한 협상을 기초로 체결한 협력 합의를 말한다. 공동으로 직면한 행정사무라는 것은 기초인프라 건설, 환경보호, 수자원개발, 치안업무협력 등의 영역을 포함하고, 관련 행정사무에는 자원공급, 산업이전 등을 포함하는 개념이다. 서명주체의 차이에 따라 행정협정은 세 가지 유형으로 구분된다. 먼저, 정부협정은 다른 급별 또는 다른 지역의 정부간에 체결한 행정협정으로, 2004년 6월 《泛珠삼각지역 합작체계에 관한 합의》는 푸진엔, 장시, 후난, 광둥, 광시, 하이난, 귀조우, 윈난 등 9개의 성구(省, 區)정부와 홍콩, 마카오 등 2개의 특별행정구정부가 공동으로 체결한 바 있다. 두 번째는 기능부문의 행정협정으로, 장수, 저장, 상하이 두 개의 성과 市 27개 지식재산권 부문이 공동으로 체결한 《장강 삼각지역 지적재산권 관련 부문(局)의 체계적 특허에 관한 행정 및 법집행 협력》이 이러한 예에 속한다. 세 번째는 정부와 기능부문간 체결한 행정협정으로, 교육부와 산둥성 인민정부가 공동으로 체결한 산둥대학 건설에 관한 협의가 이러한 예에 속한다.

상술한 세 가지 유형의 행정협정 중, 가장 빠른 발전을 보이는 것은 정부협정이다. 정부협정의 출현은 지방의 이익이 일정정도에서 긍정적이어야 한다는 것을 전제로 한다. 개혁개방은 계획경제체제를 변화시켰고, 지방이익이 완전히 국가이익에 속하는 상황 또한 변화시켰다. 지방의 이익은 일정범위에서 인정하기 시작하였는데, 이는 해당 지역 또는 해당 지역내의 경제발전을

32) 본 사례는 이하 자료를 정리하였다 : 高吉星、张坚、刘耀轩 : “融资经典 : 广西来宾电厂2x36万2期工程” 载《会计之友》1999年 第2期 , 刘省平 : 《BOT项目融资理论与实务》, 西安交通大学出版社, 2002年版, 第213-219页。

주요 목적으로 하는 정부협정이 대량으로 출현하게 된 계기로 작용하였다. 따라서 행정협정은 일반적으로 지리적 위치상 인접 또는 가까운 지역간에 발생하게 되는 특징이 있다. 정부가 체결하는 개괄적이고 원칙적인 구조를 기반으로, 기능부문 간에도 특정 영역에 대한 구체적이고 전문적 행정협정을 체결할 수 있는데, 예컨대, 상술한 《泛珠 삼각지역 합작 체계에 관한 합의》를 바탕으로 《泛珠 삼각지역(9개 성과 구) 기술의 질적 감독에 관한 협력체계 합의》를 체결한 것이 이에 속한다. 행정협정의 발전에 따라 그 적용범위 또한 경제합작에서 점차 환경오염 방지와 위법한 범죄의 공동퇴치 등의 영역으로 확대되고 있다.

행정협정은 새로운 환경하에서 발전된 행정계약 형식으로, 현재 자발적 생성단계에 있을 뿐 법적 궤도에 이르지 않는다고 있다. 체결주체와 체결절차, 주요조항, 합의의 효력, 이행방법, 분쟁해결, 조직제도, 법적 보장 등의 영역에서는 여전히 해결되어야 할 문제가 많다.³³⁾

(9) 행정위임계약

행정위임은 중국에 특유한 의의가 있는데, 행정주체가 법에 따라 일부 행정권을 기타 조직이나 개인에게 위임하여 행사토록 하는 제도를 말한다. 행정위임은 행정주체와 기타 조직 또는 개인간에 체결된 계약이라는 점에서 행정위임계약으로 불리운다. 다만, 이때의 행정위임과 행정수권은 다르다. 즉 행정수권의 법적 근거는 법률·법규의 수권 조항에 의하지만, 행정위임은 비록 법적 근거를 통해 이행되지만 그 직접적인 근거는 행정위임계약이 된다. 행정위임의 출현은 관리의 수요에서 기인한다. 행정위임계약은 행정주체 간에 체결될 수도 있고 행정주체와 비행정주체 간에 체결될 수도 있다. 전자에는 위임조사계약, 후자에는 국가감정, 국가자격고사 등의 행정사무 등을 예로 들 수 있는데, 국가가 지정하는 민법상의 공익법인이 진행하게 된다. 행정위임에서 위임을 수임하는 측은 위임자의 명의를 통해 활동을 진행할 수 있을 뿐이며, 위임자는 위임권한 범위 내에서 수탁자의 행위로 야기된 책임을 부담하게 된다.

33) 叶必丰：“我国区域经济一体化背景下的行政协议”，《法學研究》2006，第2期。

제 4 절 행정계약의 주요내용

행정계약은 행정계약 법률관계 주체의 권리·의무, 행정계약의 조항, 격식 등의 내용을 포함하고 있다. 행정계약 쌍방간에는 일정한 행정법률관계가 존재하는데, “법률관계의 내용은 곧 법률관계 주체간의 법적 권리와 법적 의무”이다.³⁴⁾ 따라서, 행정계약 법률관계의 내용은 곧 행정계약 쌍방 각자의 권리와 의무가 된다는 것을 알 수 있다.

1. 행정계약 법률관계 주체의 권리와 의무

행정계약은 계약주체의 차이에 따라 행정주체간의 행정계약과 행정주체와 행정상대방과의 행정계약으로 구별된다. 전자는 새롭게 출현한 행정계약의 형식으로, 행정주체간에는 일반적으로 예속관계가 없고 일반이 타방을 통제하는 형태를 거의 발생하지 않는다. 이러한 계약형식은 행정주체가 행정상대방과 체결한 행정계약과 비교할 때 권리와 의무에서 중요한 차이가 나타난다.

후자는 가장 먼저 출현한 형식인데, 실무과정에서 가장 많이 이루어지는 행정합의의 방식이다. 여기서는 주로 후자의 법률관계주체의 권리·의무관계를 논하고자 한다.

행정계약의 내용은 행정주체의 권리와 의무, 행정상대방의 권리와 의무라는 두 가지 측면을 포함하고 있다. 행정계약 법률관계에서 행정법률관계 주체 쌍방의 권리와 의무는 대응성을 가지고 있다. 즉 행정주체의 권리는 행정상대방의 의무에 대응하게 되고, 행정상대방의 권리는 행정주체의 의무에 대응하게 된다. 따라서 여기에서는 행정주체의 권리와 행정상대방의 권리를 중심으로 살펴보고, 행정주체의 의무와 행정상대방의 의무는 권리의 상반개념으로 추리 가능할 것으로 판단된다.

행정계약의 유형은 매우 다양하게 나타나지만, 쌍방당사자는 일반적으로 다음과 같은 권리를 갖는다.

34) 刘金国、舒国洼 主编：《法理学教科书》，中国政法大学出版社，1999年版，第120页。

(1) 행정주체의 권리

행정계약은 계약의 일종으로, 권리·의무의 처리측면에서 계약에 공통적인 규칙을 준수하고, 동시에 행정계약은 민사계약과 구별되는 계약형식이라는 점에서 특유한 규칙을 내포하고 있다. 여기에서는 행정계약의 권리·의무 측면에서 특유한 규칙을 중심으로 논술하도록 한다.

행정기능의 순조로운 실현을 위해, 행정기관은 행정계약의 집행과정에서 다음 사항을 포함한 특권을 향유하게 된다.

1) 계약집행에 대한 감독지휘권

일반적 민사계약(노무계약 제외)에서, 계약의 일방당사자는 타방 당사자의 계약이행상황에 대한 감독지휘권을 향유할 수 없고, 민사계약은 오직 계약집행의 최종결과를 통해 계약의 이행여부를 확인하게 된다. 행정계약은 공공이익의 실현에 관계된다는 점에서, 계약 집행의 최종결과가 공공이익에 부합하는 것을 보장할 필요가 있고, 동시에 행정주체가 결국 공공이익의 최종판단자라는 점에서 사전에 계약의 집행에 개입하여 계약집행에 대한 감독과 지휘를 할 필요가 있다. 행정주체의 감독지휘권에는 검사권, 결정권, 명령권 등의 세 가지 측면을 포함한다. 검사권은 행정주체가 행정집행상황에 대한 일상적 검사를 통해 행정계약 이행상황을 확인하는 것을 말한다. 결정권은 행정주체가 공공이익에 부합하는 이행방식을 결정할 수 있는 권리를 말하고, 명령권은 행정주체가 행정상대방의 부당한 계약 이행상황을 금지시키고 특정활동을 채택하여 시행하도록 명령하는 것으로 정의된다. 예컨대, “행정계약에 가장 부합하거나 근접한” 《성진국유토지사용권 유상임대와 유상이전에 관한 임시조례》(城鎮國有土地使用權出讓和轉讓暫行條例)제4조는 “縣級 이상 인민정부 토지관리 부문은 법에 근거하여 토지사용권의 유상임대, 이전, 임대, 저당, 종료에 대한 감독검사를 진행할 수 있다”고 규정하고 있다.

2) 일방적 변경권

변경이라 함은 계약과정에서 행정주체와 행정상대방의 권리·의무를 조정하는 것을 말한다. 민사계약에서, 계약의 변경은 쌍방의 조정 일치를 통해

변경이 가능하다. 행정계약의 집행은 공공이익의 수요를 위한 것으로, 공공이익은 특정상황에서 변화된 상황이 발생할 수 있다. 공공이익에 발생한 변화된 상황은 원래 체결된 행정계약의 지속적 이행이 장래 공공이익에 부합하지 않거나, 심지어는 공공이익에 위배되는 상황이 발생할 수도 있게 된다. 따라서 공공이익의 최종적 판단자인 행정주체에게는 계약을 일방적으로 변경시킬 권한이 부여될 필요가 발생하게 된다. 물론 이때의 일방적 변경권 행사는 일정한 제한을 받는데, 예컨대, 공공이익의 필요를 위해서만 행사되어야 한다거나 공공이익에 필요한 범위내에서 변경되어야 한다는 점, 행정상대방에게 합리적 보상이 보장되어야 한다는 점, 권리·의무의 근본적 변경을 할 수 없다는 점 등이 이러한 제한에 해당된다. “일방적 변경이 한계를 넘어서 전혀 새로운 의무에 가까울 경우, 행정주체는 계약 상대방과 다른 계약을 체결하여야 한다.”³⁵⁾

3) 일방적 해제권

일방적 해제권은 계약 체결 후에 아직 이행 또는 이행이 완료되지 않은 상황에서 행정상대방이 공공이익의 요구조건에 부합하지 않거나 또는 공공이익에 변화가 발생한 경우, 계약의 이행 또는 지속적 이행이 공공이익에 부합하지 않거나 심지어 공공이익과 배치될 수 있는 경우, 행정주체가 일방적으로 계약 효력의 해제를 결정하는 것을 말한다. 민사계약에서 계약의 해제는 반드시 쌍방의 합의를 기초로 진행될 수 있다. 행정주체가 일방적으로 해제권을 향유하는 것 역시 공공이익을 실현하기 위한 수요에 근거한다. 일방적 변경권 행사와 마찬가지로, 일방적 해제권의 행사 역시 동일한 제한을 받게 되는데, 예컨대, 공공이익의 수요를 위해 행사되어야 한다는 점, 반드시 행정상대방에게 합리적 보상을 보장하여야 한다는 점이 여기에 해당된다. 중국 《성진국유토지사용권 유상임대와 유상이전에 관한 임시조례》 제42조는 “국가는 토지사용자가 법에 근거하여 취득한 토지사용권을 기한 만료전에 회수할 수 없다. 특별한 상황에서는, 사회공공이익의 필요에 근거하여 국가는 법적 절차에 따라 만료 전에 회수할 수 있으며, 토지사용자의 사용연도와

35) 张树义：《行政合同》，中国政法大学出版社，1994年版，第82页。

개발, 토지 이용의 실제 상황을 고려하여 상응하는 보상을 하여야 한다.”고 규정하고 있다.

4) 제재권

민사계약에서 일방 당사자가 계약 약정을 위반할 경우 타방당사자는 배상 청구권만을 향유하게 될 뿐이며 제재권은 부여되지 않는다. 민사계약의 직접적 목적은 당사자의 사적 이익이라는 점에서 민사계약은 수단이고, 사적 이익은 목적이 된다. 따라서 당사자의 경제적 이익만 실현된다면 계약이 이행되었는지의 여부는 크게 의미가 없다. 행정계약에서 행정주체에게 제재권을 부여하는 것은 공공이익의 실현을 위함인데, 이때의 행정계약은 수단이고, 공공의 이익은 목적이 된다. 민사계약과 다른 점은 공공이익의 실현은 행정계약을 통해 실제 이행됨으로서 실현될 수 있다는 점과 또한 공공이익은 금전적 이익을 통해 계산될 수 없다는 점이다. 따라서 행정주체의 제재권은 행정계약의 실제 이행을 보장하는데 있는데, 행정계약 역시 실제 이행되는 것을 원칙으로 한다. 행정주체의 제재권은 금전적 제재, 계약해제, 강제이행 등의 세 가지 유형으로 표현된다. 금전적 제재는 행정상대방의 일반적 위약행위에 적용되는데, 이러한 행위는 행정계약의 이행불능에 이르지 않는다. 계약해제는 행정상대방의 심각한 위약행위에 대하여 적용되는데, 이러한 행위는 행정계약의 이행이 실현 불가능한 경우를 말한다. 강제이행은 행정상대방이 이행을 원하지 않은 상황에 적용된다. 강제이행은 행정상대방이 스스로 이행하는 것과 대집행으로 이루어지는 경우가 있다. 대집행(代執行)은 행정상대방이 이행할 수 있지만 행정계약을 이행하지 않을 때, 행정주체 또는 제3자가 행정상대방의 계약의무를 대신 이행하고 행정상대방은 비용을 부담토록 하는 제재조치를 말한다. 강제이행은 먼저 행정상대방의 강제이행을 적용하고, 이러한 요구가 이행되지 않을 경우에만 대집행을 선택할 수 있다. 예컨대, 중국의 《성진국유토지사용권 유상임대와 유상이전에 관한 임시조례》 제17조는 “토지사용자는 토지사용권 유상임대계약의 규정과 도시 규범의 요구에 따라 토지를 개발, 이용, 경영하여야 한다. 계약이 규정한 기한과 조건에 따라 토지를 개발, 이용하지 않는 경우, 市와 縣 인민정부 토지관리부문

은 이의 수정을 요구하고, 사정에 따라 경고, 벌금 또는 직접 토지사용권을 무상회수하는 조치를 취할 수 있다”고 규정하고 있다. 주의할 만한 것은, 제재조치로서의 계약해제와 행정주체의 일방적 해제권은 전혀 다른 것이라는 점이다. 예컨대, 일방적 해제권은 징벌적 성질을 갖지 않지만, 일방적 해제권 행사 후에는 행정상대방에게 합리적 보상을 하여야 한다. 반면, 제재조치로서의 계약해제는 행정상대방에게 보상을 할 필요가 없다.

행정주체의 제재권은 행정주체가 향유하는 특권 중에 행정상대방에 대한 영향이 가장 크고, 행정상대방 보호를 위해 행정주체의 제재권 행사과정에서는 다음과 같은 제한을 받게 된다. 첫째, 긴급상황 또는 계약에 달리 규정한 경우를 제외하고는 행정주체는 오직 행정상대방에게 “무효”를 최고(催告) 한 후에야 제재권을 행사할 수 있다. 둘째, 행정상대방이 행정주체의 제재권에 대하여 불복할 경우, 행정심판, 행정소송 등을 통해 구제를 진행할 수 있는 권리가 부여되어야 한다는 점이다.

(2) 행정상대방의 권리

행정계약의 행정상대방은 계약에 공통된 권리의 향유와 의무를 부담하는 것 외에 공공이익의 실현을 위해 다양한 의무를 부담하여야 한다. 법적 형평과 행정주체 특권 남용 방지, 행정상대방의 합법적 권익 보장을 위하여, 행정상대방 역시 특권행위로 인한 보상권을 향유한다. 따라서 행정상대방의 권리는 공통된 권리와 특권행위에 의한 보상권으로 구분된다. 이중, 공통의 권리에는 보수취득권, 손해배상청구권, 예측 불가능 곤란한 사안에 따른 보상권, 불가예측 상황의 발생으로 인한 보상권, 역외 비용 보상청구권 등을 포함한다.

1) 보수취득권

행정상대방은 행정주체의 감독지휘 하에서 노무와 서비스를 제공하고 보수를 취득할 권리를 갖는다. 행정주체가 추구하는 공공이익과 달리 행정상대방은 일반적으로 경제적 이익 추구를 목적으로 한다. 따라서 종사하는 활동의 직접적인 목적 역시 보수의 취득에 있다. 보수의 형식은 금전적 이익이 주를 이룬다. 다만, 금전에 제한되지 않고 정부대출, 세금감면 등의 기타 형

식에 의한 경제적 이익을 포함한다. 행정계약중의 보수조항은 직접 공공이익에 미치지 않는다고, “보수조항과 기타 업무의 조직과 집행에 관한 조항은 다르며, 행정주체가 일방적으로 변경할 수 없다.”³⁶⁾

2) 손해배상청구권

행정계약에서 행정상대방이 약정을 위반하였을 경우 행정주체는 제재권을 향유하나, 행정주체가 약정을 위반할 경우 행정상대방은 제재권이 아닌 손해배상청구권을 향유한다. 중국 《성진국유토지사용권 유상임대와 유상이전에 관한 임시조례》 제15조는 “임대인은 계약규정에 따라 유상임대의 토지사용권을 제공하여야 하고, 계약 규정에 따라 토지사용권을 제공하지 않은 경우 토지사용자는 계약을 해제할 수 있는 권리를 향유하며, 또한 위약에 대한 배상을 청구할 수 있다.”고 규정하고 있다.

3) 예측 불가능 곤란한 상황에 따른 보상권

행정계약 체결전에 행정상대방에게 계약체결과정에서 발생하는 곤란한 상황을 예견하고, 계약체결과정에서 이러한 사항이 고려되도록 요구할 수 없다. 행정계약의 집행과정에서 거대한 물질적 문제가 발생한 경우, 행정상대방은 자신에게 가중된 의무에 대하여 행정주체에게 합리적인 보상을 하도록 요구할 수 있다.

4) 예측 불가능 상황에 대한 보상권

행정계약은 일반적으로 비교적 장기간의 계약으로 이루어지는데, 계약이행 과정에서는 경제위기발발 등과 같은 중요한 경제적 변화가 발생할 수 있다. 이러한 예측불가능한 중대한 사안은 비록 행정계약의 이행은 가능할지라도 이행을 하여야 하는 행정상대방에 대하여는 재난에 가까운 손실을 야기할 수 있고, 그 결과가 행정상대방이 행정계약을 통해 추구하는 경제적 이익을 발생시키지 않을 수도 있게 된다. 이러한 상황에서, 행정주체는 행정상대방에게 적당한 보상을 하여야 한다. 물론 예측 불가능 상황에서의 보상권의 적용

36) 熊文钊：《现代行政法原理》，法律出版社，2000年版，第472页。

은 매우 엄격하여야 한다. 즉 i) 예측 불가능한 상황이 행정계약 체결시에 근본적으로 예측할 수 없었을 것, ii) 예측 불가능한 상황의 출현이 행정주체와 행정상대방의 행위와 관련이 없을 것, iii) 행정계약의 이행이 행정상대방에게 재난에 가까운 손실을 야기할 것 등의 조건을 충족할 필요가 있다.

5) 역외비용 보상청구권

계약약정에는 일정한 한계가 있다. 계약집행과정에서 행정상대방이 계약의 이행을 통해 공공이익을 보다 잘 실현하도록 행정계약에서 규정하지는 않았으나 효과적인 노무 또는 서비스를 제공하였다면, 행정상대방은 이러한 예외적으로 발생한 비용에 대하여 행정주체가 보상하도록 청구할 권리를 갖는다.

6) 특권행위 보상권

행정계약 중의 행정상대방은 민사계약과는 다른 많은 의무를 부담하여야 한다는 점에서, 행정주체가 이에 대하여 보상하도록 요구할 수 있는 권리를 향유하는데, 이를 통칭하여 특권행위 보상권이라 한다. 주의할 만한 것은 보상과 배상의 구별인데, 이러한 차이는 양자의 발생원인과 범위의 차이에서 찾아 볼 수 있다. 특권행위 보상권은 행정주체와 행정상대방에 귀책될 수 없는 행위로 인해 야기된 반면, 배상은 귀책사유가 행정주체의 착오로 야기된 것을 말한다. 이 외에, 행정상대방 자신의 과오로 발생한 손실은 행정상대방이 보상 또는 배상청구권을 가질 수 없다. 행정계약에서 행정주체의 특권행위에는 감독지휘권, 일방적 변경권, 일방적 해제권과 제재권을 포함하여, 특권행위 보상권을 요구할 수 있는 행정주체의 행위는 오직 감독지휘권, 일방적 변경권, 일방적 해제권으로, 제재권을 포함하지 않는다. 두 번째는 범위의 차이에 있다. “보상과 배상은 실제 효과에서 구별되는데, 보상의 범위는 일반적으로 실제 손실액의 전부에 제한되고, 기대이익을 요구할 수 없다. 배상의 범위는 보상 보다 광범위 하고, 상대방의 손실 전부 외에 기대 이익을 포함할 수 있으며, 정신적 상해에 대한 배상도 포함된다.”³⁷⁾ 중국의 관련 법령 또한 특권행위 보상권에 대한 규정을 하고 있는데, 《성진국유토지사용권 유

37) 张树义：《行政合同》，中国政法大学出版社，1994年版，第82页。

상임대와 유상이전에 관한 임시조례》제42조가 “국가는 토지사용자가 법에 근거하여 취득한 토지사용권을 기한 만료 전에 회수할 수 없다. 특별한 상황에서는, 사회공공이익의 필요에 근거하여 국가는 법적 절차에 따라 만료 전에 회수할 수 있고, 토지사용자의 사용연도와 개발, 토지 이용의 실제 상황을 고려하여 상응하는 보상을 하여야 한다.”고 규정하고 있다.

(3) 행정주체 특권행위의 통제

“권력을 가진 모든 자는 권력을 남용하는 경향이 있는데, 이는 만고불리의 경험이다. 권력을 가진자의 권력 행사는 경계가 있는 지방에 이르러 종료된다.”³⁸⁾ 몽테스키외의 명언은 행정계약의 영역에도 적용되는데, 행정주체 특권의 향유는 공공이익의 순조로운 실현을 위해 필요하지만, 이 역시 여전히 남용가능성이 있다는 점에서 필요한 통제를 가하여야 한다. 아래에서는 행정주체의 특권행위에 대한 여러 가지 통제적 수단에 대하여 살펴보고자 한다.

1) 행정상대방 선택의 통제

행정계약에서 행정주체는 민사계약 주체와 같이 자유롭게 계약상대방을 선택할 수 없다. 중국의 관련법은 행정계약의 체결방식에 대한 규정을 하고 있는데, 실무과정에서 이루어지는 주요 체결방식은 입찰(招标), 경쟁협상(竞争性谈判), 직접 협상(直接磋商), 가격요청(邀请发价) 등이 있다. 이러한 방식은 모두 행정상대방의 선택에 대한 일종의 제한이기도 하다. 이중 입찰은 가장 광범위한 체결방식으로, 행정상대방을 통제할 수 있는 가장 엄격한 체결방식이기도 하다. 행정주체는 최고가격 또는 최저가를 입찰한 자와 행정계약을 체결하여야 하고³⁹⁾, 행정계약 체결과정에서 행정주체가 사사로운 이익을 도모하거나 예산을 낭비하는 현상을 방지할 수 있는 예방장치로서의 효과가 있다.

38) [法]孟德斯鸠 著, 张雁深 译 : 《论法的精神》(上册), 商务印书馆, 1961年版, 第156页。

39) 행정주체가 구매 당사자가 될 경우에는 최저가를 입찰한 상대방을 선택하게 되고, 행정주체가 판매측이 되는 경우 최고가를 입찰한 상대방을 선택하게 된다.

2) 행정계약 방식의 통제

행정계약은 공공이익에 영향을 미치기 때문에 행정계약의 안정성이 강조되어야 하기 때문에, 원칙적으로 서면형식을 통해 이루어지게 된다. 예컨대, 중국 《농촌토지도급법》(農村土地承包法) 제21조는 “임대측은 도급자와 서면으로 도급계약을 체결하여야 한다.”고 규정하고 있다.

3) 행정계약 조항의 통제

일부 국가는 행정주체의 특권이 반드시 행정계약에 명확하게 규정되어야 행사 가능하도록 하고 있다.

4) 계약권한의 통제

행정주체는 그 권한 범위내에서 행정계약을 체결할 수 있고, 직권을 초과하여 체결할 수 없다. 계약권한의 통제에 대한 상세한 내용은 본 장 행정계약의 체결에 관한 절에서 논하는 법치행정원칙을 참조하기 바란다.

2. 행정계약 조항

행정계약은 조항의 성질에 따라 일반조항(一般條款)과 특수조항(特有条款)으로 구분되는데, 일반조항은 행정계약과 민사계약에 공통적인 조항을 말하고, 특수조항은 보통의 민사계약과 구분되는 행정계약에 특유한 조항을 말한다.

(1) 일반조항

1999년 《계약법(合同法)》 제12조는 계약(민사계약)의 일반조항을 규정하고 있는데, 여기에는 당사자의 명칭 또는 성명, 주소, 수량, 목적, 질량, 가격, 보수, 이행기간, 지점, 방식, 위약에 대한 책임, 분쟁해결 등의 방법 등을 포함하고 있다.⁴⁰⁾ 이들 조항은 역시 행정계약에도 반드시 포함되는 조항이다.

40) 1999년 3월 15일 통과되고 1999년 10월 1일부터 시행된 《계약법》 제12조는 “계약의 내용은 당사자가 약정하는데, 일반적으로 (1) 당사자 명칭 또는 성명, 주소, (2) 목적, (3) 수량, (4) 질량, (5) 가격 또는 보수, (6) 이행기한, 지점 및 방식, (7) 위약책임, (8) 분쟁해결 방식.”을 규정하고 있다. 당사자는 각종 계약 기준양식에

(2) 특수조항

특수조항의 존재는 행정계약이 민사계약과 다르다는 것을 의미한다. 이들 조항은 행정주체가 향유하는 특권, 행정상대방의 특권행위에 대한 보상권, 행정계약의 목적이 공공이익을 실현하기 위함이라는 등을 포함한다. 이 외에, 행정계약의 특수조항에는 행정계약 성질의 차이에 따라 규정하는 기타의 내용을 포함한다. 예컨대, “건설공정 조사 설계계약에서는 위임자가 관련 자료를 제공하는 내용, 기술요구, 도급자의 탐사비용 등에 대한 근거, 기준과 지급 방식 등을 규정한다.”⁴¹⁾

3. 행정계약의 양식

계약의 양식은 일반적으로 구두방식과 서면방식으로 구분되는데, 행정계약은 공공이익의 실현에 영향을 미친다는 점에서, 일반적 행정계약의 형식은 서면형식을 취하고 있다. 서면 행정계약의 양식은 일반적으로 표지, 본문, 결어 등 세 부분으로 구성된다.

표지는 일반적으로 행정계약의 명칭과 편제번호를 말한다. 본문 부분은 행정계약의 핵심으로, 그 내용은 주로 행정계약 목적, 수량과 질량, 쌍방의 권리와 의무, 이행기한, 지점, 방법, 위약책임, 분쟁해결 방법 등의 내용을 포함한다. 결어 부분은 행정계약 쌍방 대표자의 서명, 조직의 인장 및 서명일 등이 기재된다.

제 5 절 행정계약의 체결

행정계약의 체결은 공공이익의 실현을 위한 가장 중요한 단계에 해당되고, 행정계약의 전체 과정에서 중요한 지위를 차지한다. 본 절에서는 행정계약 체결의 원칙과 방식에 대하여 논하도록 한다.

따라 계약을 체결할 수 있다.

41) 熊文钊 : 《现代行政法原理》. 法律出版社, 2000年版, 第469页。

1. 행정계약체결의 원칙

행정계약을 체결하는 것은 행정행위의 일종으로 행정계약 운영과정에서 행정행위의 기본원칙과 부합하여야 하는 동시에, 고유의 특유한 원칙에도 부합하여야 한다.

(1) 법정정립원칙

법치행정은 행정법의 기본원칙이다. 법치행정원칙이 행정계약의 체결단계에 구체화된 것이 바로 법정정립원칙(依法訂立原則)이다. 법치행정원칙은 협의적 의미와 광의적 의미에서 살펴볼 수 있다. 협의론자들은 행정주체는 반드시 엄격하게 법에 따라야 하고, 법에 명확한 수권이 있을 경우에만 행정을 할 수 있으며, “법 없이 행정 없다”는 입장을 견지하고 있다. 광의론자들은 행정주체의 행위는 법에 명확한 규정이 있는가에 관계없이, 그 직권 범위내에 있다면 그것이 바로 법치행정이요, “행정법치”의 실현이라는 입장이다. 양자의 논리를 절대적 옳고 그름으로 판단할 수는 없으며, 단지 양자의 적용 범위가 다르다는 것은 분명하다. 협의적 측면에서 법치행정은 행정주체의 권력성 행정행위를 대상으로 하고, 광의적 측면에서의 법치행정은 행정주체가 사회관리자로서의 일방적 역할에서 사회관리자이자 서비스 행위자라는 이중적 신분으로 전환된 후 협의의 법치행정원칙을 확장한 것이라고 해석된다. 정부기능의 변환에 따라 행정지도와 행정계약 등의 비권력적 행정행위는 점차 증가하게 되었다. 비권력적 행정행위를 어떻게 규제할 것인가는 행정법학계가 직면한 새로운 도전으로 다가왔고, 만약 이러한 상황을 엄격한 의미에서 법치행정원칙을 적용하게 된다면 비권력성 행정행위의 발휘기능은 상당히 제한될 수밖에 없게 되었다. 더욱이 비권력성 행정행위가 행정상대방을 침해할 가능성은 권력성 행정행위 보다 상당히 제한적이다. 따라서 행정계약 영역에서는 광의의 법치행정원칙을 적용할 필요가 있다고 판단된다. 세계 각국의 법을 보건대, 대륙법계이든지 영미법계 국가이든지 모두 광의의 법치행정원칙을 따르고 있다. 포르투갈의 경우, 행정절차법 제179조를 통해 “행정기관이 그 소속의 법인 직무를 수행할 때, 행정계약을 체결할 수 있다. 다만,

법에 반대 규정이 있거나 구축하고자 하는 관계의 성질에 따라서는 달리 할 수 있다.”고 규정하고 있다.

법정정립원칙은 다음과 같은 의미를 함유하고 있다.

먼저, 법이 행정계약 형식으로 직권을 행사하도록 명확하게 규정을 하고 있는 경우, 행정주체는 엄격하게 법이 규정하는 바에 따라 행정관리를 시행하여야 한다.

두 번째, 법에 명확한 규정이 없을 경우에는 행정주체가 행정사무의 성질에 따라 그 행정직권의 범위 내에서 행정계약 방식으로 직권을 행사할 수 있다.

셋째, 행정주체는 반드시 엄격하게 법이 규정하는 절차에 따라 행정계약을 체결하여야 한다. 이중, 법에 명확한 규정이 없을 경우 행정주체가 체결하는 행정계약은 다음 세 가지의 제한을 받는다. 즉 첫째, 행정주체는 반드시 관할권 범위 내에서 행정계약을 체결하여야 하고, 이때의 관할권에는 사무관할권, 지역관할권, 등급관할권을 포함한다. 둘째, 현행 법률의 명확한 규정을 위배하지 않아야 한다. 셋째, 행정계약의 실시가 제3자에 직접적인 손해를 야기할 경우 제3자의 동의가 있을 때에만 체결가능하다.

(2) 저촉무효의 원칙

저촉무효의 원칙(抵触无效原则)은 행정계약이 행정주체의 특권을 구속하지 않는다는 것으로, 영국법상 “계약은 행정기관의 자유재량권을 구속하지 않는다”는 원칙이다.⁴²⁾ 행정계약은 행정주체가 행정직권을 행사하는 방식으로 비권력성을 강조하고, 쌍방 당사자의 합의에 의한 집행이어야 한다. 그러나 공공이익의 순조로운 실현을 위해서는 행정주체가 행정계약의 집행과정에서 다양한 특권을 향유하게 되고, 이러한 특권은 반드시 행정계약 체결시에 계약의 내용에 반영되어야 한다. 행정주체가 행정계약에서 특권을 향유한다는 것은 행정계약의 전형적 특징으로, 행정주체는 스스로 행정계약 집행과정에서 특권을 제한하는 계약을 체결할 권리가 없다. 이러한 태도는 행정계약이 공공이익 실현의 수요에 기인하고, 그렇지 않으면 행정계약 자체의 존재 가치를 상실하게 된다.

42) 王名扬：《英国行政法》，中国政法大学出版社，1987年版，第238页。

(3) 평등원칙

평등원칙은 세계 모든 법치국가에 공통적인 기본원칙으로, 헌법적 보장을 받는 원칙이기도 하다. 공법(公法) 시각에서, 행정계약 영역에서의 평등은 행정주체간의 평등, 행정상대방과 행정주체간의 평등, 행정상대방간의 평등을 의미한다. 평등원칙은 행정계약 자질에 부합하는 주체는 모두 평등하게 참여할 권리를 가질 것을 요구하고, 참가주체는 모두 평등한 경쟁권을 갖는다는 것을 말한다. 평등원칙에 대한 규정은 다수 국가와 지역 행정계약 입법내용 또는 행정절차법 중에 통일된 규정이기도 하다. 포르투갈의 1996년 《행정절차법》 제5조는 “개인과 관계를 형성할 경우, 공공행정당국은 평등원칙을 준수하여야 하고, 피관리자의 혈통, 성별, 종족, 언어 거주지, 종교, 정치신앙, 의식형태 신앙, 교육, 경제상황, 사회지위에 따라 특권, 우대, 손실, 또는 기타 어떠한 권리의 박탈이나 의무의 면제를 할 수 없다”고 규정하고 있다.⁴³⁾ 이는 평등원칙이 행정절차과정에 일반적으로 적용되는 것으로, 자연스럽게 행정계약 영역에서도 적용된다는 것을 의미한다.

(4) 공정·공개원칙

공정원칙(公正原則)이 조정하는 것은 정부와 상대방의 관계이다. 행정계약의 영역에서 정부에 대하여는 중립을 요구하게 되는데, 행정계약의 확립과 행정상대방의 선택, 행정계약 이행 등의 과정에서 행정권의 행사는 모두 공정한 법칙에 부합하여야 한다. 따라서 행정권에 의한 결정은 이성적으로 행해져야 하고, 상대방에게 불리한 결정을 하기 전에는 반드시 상대방의 의견을 청취하여야 하며, 결정 후에는 반드시 그 이유를 설명하여야 한다.

공개는 공정에 대한 요구로서, 상대적으로 독립성을 갖는다. 행정주체와 행정상대방이 체결한 행정계약중에 공개원칙에는 행정계약 프로젝트의 공개, 행정상대방에 대한 요구의 공개, 행정상대방 경쟁과정의 공개, 행정계약 체결결과의 공개 등 다양한 방면의 내용을 포함한다. 행정주체간에 체결된 행정계약에서 역시 공개의 원칙은 유지되어야 한다. 국외에서 “행정협의를 비

43) 应松年 主编：《比较行政程序法》，中国法制出版社，1999年版，第60页。

록 행정기관간의 체결이지만, 그 규범내용은 체결주체인 행정기관을 구속할 뿐 아니라 대중을 구속하며, 대중의 권익과 의무에 대한 일반적 규칙이기도 하다.”⁴⁴⁾ 사실 이러한 특징은 중국에서도 적용된다. 따라서 행정주체간의 행정계약 또한 그 제정동기와 제정과정을 공개하여야 하고, 대중의 의견을 수렴하여야 하며, 일반인의 참여기회를 보장하고, 최종적인 행정계약 내용을 공개하여야 한다.

(5) 경쟁에 의한 채택 원칙

행정주체는 직권의 보다 나은 이행을 위해 행정사무의 성질에 따라 행정계약이라는 방식을 채용하게 된다. 행정계약의 실현은 행정주체와 행정상대방의 공동합작으로 완성된다. 공무집행의 효율성을 위하여, 행정주체는 반드시 적절한 행정상대방을 선택하여야 하는데, 이때 경쟁은 행정상대방을 선택하는 가장 좋은 방법으로 간주된다. 경쟁을 통한 선택이라는 원칙하에서는 전문가 자문과 과학적 논증을 충분히 수렴함으로써 가장 적합한 상대방을 선택하여야 한다. 예컨대, 중국 《정부조달법》이 규정하는 정부조달형식은 공개입찰, 입찰요청, 경쟁협상, 단일공급조달, 가격조회, 국무원 정부조달 감독관리 부문이 인정하는 기타 조달방식 등이 있다. 경쟁을 통한 선택 원칙에 따라 공개입찰이 정부조달의 가장 우선적인 형식이 될 필요가 있다.

2. 행정계약 체결의 방식

중국의 현행법에서 행정계약의 체결방식에 대한 규정이 있는데, 예컨대, 《성진국유토지사용권 유상임대와 유상이전에 관한 임시조례》 제13조는 “토지 사용권 유상임대는 다음 방식을 택할 수 있다. i) 협의, ii) 입찰, iii) 경매. 전항의 규정에 따라 유상임대하는 토지사용권의 구체적 절차와 단계에 대하여는 성, 자치구, 직할시 인민정부가 규정한다.”고 규정하고 있다. 또한 《정부조달법》 제26조는 “정부조달은 다음 방식을 취한다. i) 공개입찰공고, ii) 입찰요청, iii) 경쟁협상, iv) 단일공급 조달, v) 가격조회, vi) 국무원 정부조달 감독관리부문이 인정한 기타 조달방식. 공개입찰을 정부조달의 주요

44) 叶必丰：“我国区域经济一体化背景下的行政协议”载《法学研究》2006年 第2期。

조달방식으로 한다.”고 규정하고 있다. 다음에서는 입찰, 경쟁협상, 직접협상, 입찰요청 등의 방식에 대한 간략한 소개를 기술하도록 한다.

(1) 입찰

입찰(招标)은 광범위하게 활용되는 행정계약 체결방식으로, 행정주체가 행정공무의 수요에 따라 행정계약의 최저입찰가와 주요 조항을 확정하는 것을 말한다. 입찰에 참여하는 자는 행정계약에 따라 승낙하고, 행정주체는 가격 평가와 입찰자의 신용 및 입찰문건의 평가를 통해 최저입찰 참가자 중에서 행정계약을 체결할 최적의 대상자를 선택하게 된다. 이중 입찰을 행하는 행정주체는 입찰주체가 되고, 입찰에 참가하는 자는 입찰자가 되며, 행정주체와 행정계약 체결에 참여하는 자는 낙찰자, 즉 행정상대방이 된다. 입찰은 공개입찰과 초청입찰로 구분되는데, 공개입찰을 주로 하고, 초청입찰은 특수한 상황에서 예외적으로 사용하게 된다. 중국 《정부조달법》 제29조는 “다음 상황에 부합하는 화물 또는 서비스는 이 법에 따라 초청입찰 방식으로 조달할 수 있다. i) 특수성이 있어, 제한된 범위의 공급상으로부터 조달할 수밖에 없는 경우, ii) 공개입찰 공고비용이 정부조달 항목 총 가치에서 차지하는 비중이 과대한 경우”고 규정하고 있다. 이 외에도 긴급상황 또는 비용이 정부가 조달하고자 하는 총 가치보다 월등하게 높은 경우에는 이러한 입찰방식을 적용하는 것이 적합하지 않은 경우도 발생한다. 입찰은 특히 공개입찰로 이루어지는데, 경쟁과 공개성 때문에 일정 범위에서는 사적 이익도모와 예산의 낭비를 방지할 수 있게 된다. 입찰자는 낙찰자와 행정계약을 체결하게 되는데, 이는 입찰 자체가 가지는 특징에 의해 결정되는 것이다. 물론 낙찰자가 공무를 집행하는데 분명 부적격일 경우에는 행정주체가 일정한 권리를 가지고 다시 입찰을 진행할 수는 있지만, 이러한 권리의 행사는 엄격하게 제한된다.

(2) 경쟁협상

입찰은 행정계약 체결의 가장 중요한 방식이면서도 행정계약의 모든 영역을 포괄하지는 못하지만, 경쟁협상(竞争性谈判)은 이러한 한계를 보완하는 중요 형식으로 평가된다. 소위 경쟁협상은 행정주체가 입찰방식에 의한 체결을

채택할 수 없을 경우, 다수의 상대방과 개별협상을 진행하고, 이중 가장 적합한 상대방을 선택하는 방식이다.⁴⁵⁾ 예들 들어, 중국 《정부조달법》 제30조는 경쟁협상에 적용되는 조건에 대하여 “다음 상황 중 하나에 해당되는 물품 또는 서비스는 이 법의 경쟁협상 방식으로 조달할 수 있다. i) 입찰공고 후 공급상이 응찰하지 않거나 합격된 응찰자가 없을 경우, 또는 2차 입찰이 성립되지 않을 경우, ii) 기술이 복잡하거나 성질이 특수하여, 상세한 규격 또는 구체적 요구를 확정할 수 없을 경우, iii) 입찰공고를 채택하면 시간상 고객의 긴급한 수요를 만족시킬 수 없을 경우, iv) 사전에 가격총액을 계산할 수 없을 경우”로 규정하여, 비교적 엄격한 태도를 요구하고 있다.

이러한 방식은 입찰과 비교할 때, 경쟁협상 중의 행정주체가 비교적 많은 선택권을 향유하게 되고, 계약의 원시적 의미에 부합한다고 평가할 수 있다. 행정계약중의 행정주체 특권을 보장하는 것을 전제로, 행정주체는 상대방과 보다 좋은 협상을 진행할 수 있고, 자신의 의도를 충분히 표현함으로써 최적의 상대방을 선택할 수 있게 된다.

(3) 직접협상

직접협상(直接磋商)은 특수한 상황에서 행정주체가 상대방과 일정한 의향을 가지고 협상을 진행한 후에 체결하는 행정계약이다. 중국 《정부조달법》 중의 단일공급 조달이 바로 직접협상이 정부조달 영역에서 표현되는 형식으로, 동법 제31조는 단일공급 조달에 대한 조건을 다음과 같이 규정하고 있다. 즉 다음 상황 중 하나에 해당되는 물품 또는 서비스는 이 법의 단일공급 방식으로 조달할 수 있다. i) 유일한 공급상으로 부터 조달할 경우, ii) 예견 불가능한 긴급 상황의 발생으로, 기타 공급상으로 부터 조달할 수 없을 경우, iii) 기존 조달항목과의 일치성 또는 서비스 요구를 보장하여야 하고, 원 공급상으로 부터 보충 조달시, 또는 보충조달 총액이 원 계약 조달금액의 10% 이하일 경우. 직접협상과정에서 행정주체의 자유선택권은 보다 확대되지만, 특수한 상황에서만 이러한 유형의 행정계약을 체결할 수 있다는 한계가 있다.

45) 应松年 主编：《当代中国行政法》(下卷)，中国方正出版社，2005年版，第1022页。

(4) 가격요청

소위 가격요청(邀请发价)은 행정주체가 특정 공무의 실현을 위하여 일정 조건에 근거하여 상대방에게 가격을 요청하는 것으로, 이후 행정주체는 각각의 요인을 종합한 후 최적의 상대방을 선택하여 계약을 체결하게 된다.⁴⁶⁾ 입찰과 비교할 때, 가격요청에서 행정주체는 단지 행정공무의 달성이라는 기준을 확정하고, 가격의 최저가는 확정할 수 없게 된다. 이 외에 가격요청에서는 낙찰자가 없고, 행정주체는 각 사항을 고려하여 적당한 상대방을 확정하게 되며, 반드시 최저가 또는 최고가 상대방을 선택하지는 않는다는 점에서는 보다 큰 선택권이 확보될 수 있다. 다만, 가격요청에서 행정주체의 자유재량권에 대한 효과적인 감독이 이루어지지 않을 경우에는 행정주체가 행정상대방을 선택하는 과정에서 권리남용이 이루어질 수 있기 때문에 적절한 범위로 제한되어야 하고, 행정주체에 대한 감독 역시 강화될 필요가 있다.

제 6 절 행정계약의 이행

행정계약의 체결은 목적이 아니고, 행정계약의 정확한 이행이 행정주체가 추구하는 공공이익을 실현할 수 있다는 점에서 행정계약의 이행은 행정계약에서 가장 중요한 단계에 해당된다.

1. 행정계약 이행의 특징

행정계약과 민사계약의 다른 점은 행정계약의 이행에서 집중적으로 반영된다. “행정주체의 특권과 행정상대방의 경제적 이익의 평형은 행정계약 이행시 두 가지 중요한 특징이라고 할 수 있다.”⁴⁷⁾

(1) 쌍방 권리(권력) 불균형

행정주체와 행정상대방이 체결하는 행정계약에서 쌍방의 권리(권력) 불균형은 주로 행정주체가 행정계약 중에 향유하는 특권과 관련된다. 행정계약은

46) 张树义：《行政合同》，中国政法大学出版社，1994年版，第114页。

47) 王名扬：《法国行政法》，中国政法大学出版社，1988年版，第195页。

현대사회에서 행정주체가 공무를 집행하는 일종의 형식으로, 이는 공공이익의 실현이라는 책임을 담당하고 있다. 행정주체는 행정계약의 시행자이고, 공공이익의 최종적이 평가자라는 점에서 반드시 행정주체가 사전에 행정계약에 가입할 수 있어야 하며, 이는 또한 행정계약의 이행 전 과정에서 용인되어야 한다. 행정주체의 특권에는 주로 계약집행에 대한 감독지휘권, 일방적 변경권, 일방적 해제권, 제재권을 포함하여, 그 구체적 내용에 대하여는 본 장의 행정계약 주요 내용을 통해 설명하였다.

(2) 경제적 이익의 형평원칙

행정계약중의 행정상대방은 기타 민사계약에 공통적인 권리의 향유와 의무행을 제외하고, 공공이익을 위해 다양한 의무를 부담하여야 한다. 이러한 행정상대방에게는 민사계약중에 당사자에게 부여되지 않은 일련의 권리가 부여된다.

행정계약의 이행과정에서 행정상대방 또는 행정주체에 귀속되지 않는 원인으로 행정상대방의 이익이 손실을 입었을 때, 행정상대방은 행정주체로부터 보상을 구함으로써 양자의 경제적 형평을 회복시킬 수 있다. 이는 한편으로는 공공이익의 실현이 행정상대방의 이익을 희생시킴으로서 실현되는 것이 아니라, 행정상대방의 이익을 보장함으로써 행정상대방이 보다 적극적으로 행정계약을 이행하여, 결국에는 공공이익의 순조로운 실현에 유리하기 때문이다.

2. 행정계약 이행의 원칙

(1) 실제이행의 원칙

민사계약서 계약당사자의 목적은 민사계약을 통한 스스로의 경제적 이익 추구에 있기 때문에, 이때의 민사계약은 수단이 되고 경제적 이익은 목적이 된다. 민사계약에 실제이행이 없을 경우, 약정을 준수한 측에서는 약정을 위반한 당사자에게 위약금 또는 손해배상금 등의 형식을 통해 자신의 경제적 이익을 실현할 수 있게 된다는 점에서 민사계약의 이행 여부는 중요하지 않게 된다. 민사계약과 달리, 행정주체가 체결한 행정계약은 공무의 집행과정에서의 방식을 의미하고, 그 목적은 공공이익의 실현에 있다. 행정주체가 추

구하는 공공이익과 사인이 추구하는 경제적 이익은 다음과 같은 측면에서 다르다. 첫째, 공공이익은 계약이행을 통해 실현된다. 둘째, 공공이익은 금전을 통해 그 형평을 논하기가 어렵다. 따라서 행정계약은 현실적 이행을 원칙으로 한다. 행정주체는 행정계약의 이행 과정에서 다양한 특권을 향유하게 되는데, 이 중의 하나가 제재권이다. 제재권의 중요 기능은 행정계약의 실제 이행을 확보하는데 있다.

물론 실제이행은 행정계약의 성질로 보건대, 모든 상황에서 행정계약이 모두 실제이행을 도출하지는 않고, 불이행의 상황 역시 야기된다. 이러한 불이행에는 공공이익에 근본적 변화가 발생하는 경우에 계약이행을 지속하는 것이 필요가 없을 경우 또는 행정상대방 스스로의 조건에 변화가 발생하여 행정계약의 이행이 근본적으로 불가능한 경우 또는 행정계약 목적물이 이미 소멸하거나 이행의 대상이 없을 경우 등이 포함된다.

(2) 직접이행원칙

민사계약은 스스로의 경제적 이익을 추구한다는 점에서 경제적 이익만 실현하면 계약의 실제 이행에 대한 엄격한 제한은 없다. 민사계약과 달리 행정주체는 공무집행을 위해 행정계약을 체결한다. 계약의 체결방식은 입찰, 경쟁협상, 직접협상, 가격요청 등을 포함하고, 이중 경쟁협상과 직접협상, 가격요청 등의 방식은 모두 행정상대방의 능력문제, 이행조건, 관련경험 등 행정계약 상대방 자체에 대한 조건을 강조하고 있다. 상대방 자체의 조건을 강조하는 것은 행정계약이 민사계약과 다른 중요한 특징 중 하나로서, 이는 또한 실제 이행원칙하에서 행정상대방이 스스로 행정계약을 이행할 것을 강조하고 원칙적으로 타인에게 그 이행을 위임하거나 대리할 수 없도록 하는 조치이기도 하다. 물론, 직접이행원칙(亲自履行原则)은 대신 이행할 상황이 존재하는 경우에는 예외로 하는데, 이러한 경우에는 반드시 행정주체의 동의를 요한다.

제 7 절 행정계약의 변경, 해제 및 종료

행정계약의 이행과정에서는 실제 수요 또는 특수한 상황의 출현으로 임시 변경 또는 해제나 종료를 제기할 상황이 발생하기도 한다.

1. 행정계약의 변경

행정계약의 변경은 행정주체가 공공이익의 필요에 따라 행정계약의 근본적 성질을 변경하지 않는 범위 내에서 행정계약의 주체, 객체, 내용의 조항에 대한 필요한 수정이나 보충 또는 제한을 가하는 것을 말한다.

행정주체는 행정계약에 대한 일방적 변경권을 향유하는데, 변경 원인은 주로 공공이익에 변화가 발생한 경우이다. 행정주체의 변경행위가 행정상대방에게 손해를 야기할 경우, 해당 손실에 대한 합리적인 보상을 하여야 한다.

2. 행정계약의 해제

행정계약의 해제는 행정계약이 체결 후에 아직 미이행 또는 완전한 이행이 이루어 지지 않은 상황에서 행정계약 쌍방의 권리와 의무관계를 종료시키는 것을 말한다. 계약해제의 원인에 따라 행정계약은 일방적 해제와 쌍방합의해제의 두 가지로 구분된다. 일방적 해제는 행정계약 체결 후 미이행 또는 완전한 이행이 이루어 지지 않은 상황에서 행정상대방이 공공이익이 요구하는 조건에 부합하지 않을 경우, 공공이익에 변화가 발생하는 경우, 또는 계약의 이행이나 지속이 공공이익에 부합하지 않거나 나아가 공공이익에 배치되는 경우, 행정주체가 행정계약의 종료 전에 일방적으로 당사자간의 권리와 의무관계를 종료하는 것을 말한다. 협의해제는 행정계약 체결 후 미이행 또는 완전한 이행이 이루어지지 않은 상황에서 행정상대방이 실제 수요에 따라 계약 해제의 의사를 제기한 경우, 행정주체의 동의 후에 행정계약 쌍방의 권리·의무관계를 종료하는 것을 말한다. 행정주체의 일방적 해제상황에서는 행정주체가 그 행위로 인해 상대방에게 야기한 손실을 합리적으로 보상하여야 한다.

3. 행정계약의 종료

행정계약의 종료는 특정 사실의 출현으로 행정계약 쌍방 당사자간 권리·의무 관계를 종료하는 것을 말한다. 행정계약의 종료는 종료의 원인에 따라

정상종료와 비정상 종료로 구분된다. 정상종료의 주요 원인으로는 계약이 정상적으로 완료된 경우, 기한이 만료된 경우를 들 수 있다. 비정상 종료는 행정계약이 최종 의도하는 결과를 도출하지 못하여 쌍방 당사자간 권리와 의무관계를 사전에 종료하는 경우를 말한다. 주요 원인으로는 행정주체가 공공이익의 필요에 따라 일방적으로 해제하거나 행정주체가 행정상대방을 제재하기 위하여 일방적으로 해제하는 경우, 쌍방이 합의로 해제하는 경우, 법원이 해제를 판결한 경우, 불가항력적 사실의 출현으로 계약이행이 불필요한 경우 등을 들 수 있다.

제 8 절 행정계약의 발전전망

중국 개혁개방 초기 행정계약이 출현한 이후 약 30년이 경과하였다. 행정계약의 시행은 국민과 기업의 적극성을 유발하고 경제발전을 촉진하였고, 민간자본을 통해 정부자금부족을 해결하였을 뿐 아니라, 각 지방정부간 협력을 강화하고 새로운 행정사무에 대하여 행정기능의 순조로운 실현을 보장하는 등 중국의 사회경제적 발전에 중요한 기능을 발휘하였다. 다만, 이러한 긍정적 평가와 함께 중국의 행정계약에는 여전히 다음과 같은 문제를 내재하고 있다.

1. 중국 행정계약의 문제

(1) 이론적 연구 과정의 문제

세계적 측면에서 볼 때, 영미법계 국가에는 행정계약과 민사계약의 구분이 없고, 대륙법계 국가는 공법과 사법의 분립을 기초로 민사계약에 대립되는 행정계약이 존재한다. 대륙법계 국가에 속하면서도 영미법계 영향을 받은 국가와 지역에서는 행정계약의 존재에 대한 의심이 일정 부분 존재하는 것 역시 사실이다.

중국에서 행정계약은 일종의 새로운 정부관리 수단으로, 행정법 학계의 일반적 긍정을 받고 있다. 다만, 행정법 속성이 결코 민법학계로부터 긍정까지

를 이끌어내고 있지는 않다. 《계약법》 제정과정에서, 행정법학계는 행정계약이 계약의 특수한 형식으로 계약법 중에 전문적인 장으로 규정되어야 한다고 주장하였으나, 민법학계에서는 이에 대한 반대의사를 표명하였고, 최종통과된 《계약법》은 행정법학계의 입장을 채용하지 않았다.

일정한 의미에서, 행정계약의 출현은 권력행정이 서비스행정으로 전환되는 필연적 과정이기도 하다. 중국의 행정계약 법률규정 또한 점진적으로 수용하는 형태로 진행되었다. 현재 행정법 학계가 직면하고 있는 문제는 행정계약과 민사계약의 본질적 구분, 이로써 야기되는 법 적용상의 차이를 규명하는데 있는데, 이는 행정계약의 입법과 사법구제 등의 문제해결을 위해 가장 중요한 이론적 기초이기도 하다.

행정협정, 행정위임 등의 새로운 형태의 행정계약은 실무이행과정에서 점진적으로 발전되어 왔고, 현재는 자발적 형성단계에 있다고 보여진다. 이 방면에 대한 행정법 학계의 이론연구는 여전히 부족하고, 체결주체와 체결절차, 협의의 효력, 이행방식, 분쟁해결, 조직제도, 법률보장 등의 다양한 방면의 문제가 여전히 해결되지 않은 상태에 있다. 이는 행정계약의 건전한 발전과 효과적 기능발휘를 저해하는 요소로 작용한다.

(2) 법률제도중의 문제

중국은 성문법 국가로서, 행정계약의 건전하고 빠른 발전을 도모하기 위해서는 입법을 통해 수용되는 것이 가장 중요한 요소이다. 독일에서는 1976년 《연방행정절차법》을 통해 전문적인 장을 두고 행정계약을 규정하고 있는데, 그 내용은 행정계약의 의의와 종류, 행정계약 체결의 조건, 행정계약의 이행과 위약책임 등의 문제를 다루고 있다. 프랑스에서는 행정계약의 의미에 대한 법적 규정을 하고 있지는 않지만, 행정법원 판례를 통해 일련의 행정계약 표준을 제공하고 있다. 그러나 중국에서는 행정계약이 여전히 법률개념도 아닐 뿐 아니라, 일부 학자들에 의해 계약의 유형으로 분류되고 있을 뿐이다.

현재 중국 행정계약에 관한 입법이라는 측면에서는 네 가지 문제가 내재되어 있다고 판단된다. 먼저, 행정계약의 전문입법이 없다는 점이다. 1999년 통과된 《계약법》은 행정계약을 하나의 장으로 수용하는 제안을 수용하지

않았다. 둘째, 행정계약에 관한 기타 법률규정에서, 행정계약의 특징이 완전하게 긍정되고 있지 않다. 중국의 행정계약에 관한 현행법에는 성진국유토지 사용권 유상임대와 유상이전에 관한 임시조례, 《전민소유제 공업기업 도급 경영 책임제에 관한 잠행조례》, 《전민소유제 소형공업기업 임대경영 잠행조례》, 《농촌토지도급법》 등이 있지만, 이러한 전형적 행정계약의 법률규정에서는 행정계약의 특징이 명확하게 수용되고 있지 않고 있다. 세 번째는 중국이 아직 행정주체간의 행정계약에 대한 법률규정이 없다는 점이다. 이는 그 발전이 법률과 유리되어 있다는 것을 의미하기 때문에, 이에 대한 제도적 강화는 향후 중국 행정협정의 건전한 발전을 위해 조기에 해결되어야 할 문제라는 것을 의미한다. 네 번째는 사법구조에서의 문제다. 1989년 《행정소송법》 제11조에 의하면 “인민법원은 국민, 법원, 기타 조직이 다음과 같은 구체적인 행정행위에 불복하는 소송을 수리한다, …… iii) 행정기관이 법률이 규정하는 경영자주권을 침해할 경우”로 규정하고 있고, 2000년 《최고인민법원의 〈행정소송법〉 적용에 관한 약간의 문제에 대한 해석》 제1조 제1항은 “국민, 법인 또는 기타 조직이 국가행정직권을 가진 기관과 조직, 그 업무수행자의 행정행위에 불복하여 법에 따라 소송을 제기하는 경우, 이는 인민법원 행정소송의 범위에 해당된다.”고 규정하고 있다. 비록 행정계약의 제소가능성에 대한 명확한 긍정을 하고 있지는 않지만, 행정계약 또한 행정소송의 수리범위에서 배제되지 않고 있다. 그러나 실제 운용과정에서 행정계약의 조건은 법원에 의해 행정소송으로 수리되지 않고, 민사계약으로 간주되어 처리되고 있다. 이는 분쟁의 순조로운 해결과 행정상대방의 권리보호에는 유리할 수 있지만, 행정계약에 대한 행정법적 성질에 대한 의문을 반영하고 있다는 점에서 행정계약 제도의 발전을 저해하는 요소로 작용한다.

(3) 실천과정에서의 문제

중국이 행정계약에 관한 전문적인 법규정을 두고 있지 않다는 점에서 단행법률 중 행정계약에 대한 규정은 적지 않은 문제를 내재하고 있고, 실천과정에서도 다양한 문제를 야기하게 된다. 가장 중요한 것은 행정주체가 행정

계약과 민사계약을 구분하지 않고 행정계약을 일반적 민사계약으로 취급함으로써 행정기능이 순조롭게 이행되지 않고 공공이익에도 손실을 미친다는 점이다. 행정협정에서는 규정이 없기 때문에 보다 다양한 문제가 야기되는데, 지방정부의 합작을 예로 보면, 사상과 관념, 합작의 실효성, 제도적 건설 등의 영역에서 특히 문제가 야기되고 있다.⁴⁸⁾

2. 중국 행정계약의 전망

중국 행정계약이 내재하고 있는 다양한 문제에도 불구하고, 중국의 국내적 상황과 그 발전과정에서의 경험 및 기타 국가와 지역에서의 경험을 기초로 할 때, 중국 행정계약의 발전전망은 여전히 긍정적이다. 중국 행정계약의 발전을 분석하면 다음과 같은 추세에 있다.

(1) 행정계약 유형의 점진적 증가

행정법학은 실천성이 대단히 강한 과학으로, 현실적인 실천과정에서 존재하는 법률 현상에 대한 귀납과 총괄을 통해 법적 과학을 찾아낸다. 현실의 실천적 발전은 행정법학이 발전하는 생명력의 원천이다. 중국에서는 개혁개방 초기에 농촌 도급경영계약이 출현한 이후, 식량구매계약, 국유토지사용권 유상임대계약, 전민소유제 공업기업 도급계약, 전민소유제 소형공업기업 임대경영계약 등 행정계약 형식이 연속하여 출현하였으며, 최근의 행정계약 역시 과학연구와 공공 인프라 건설 등의 영역에서 적용되고 있다. 행정계약은 이러한 계약방식으로 행정기능을 실현하는 법률 현상의 총칭이다. 행정계약은 개방적 개념으로, 행정계약의 핵심을 파악하여 계약방식을 통해 정부의 기능을 실현할 필요가 있고, 이러한 핵심내용에 부합하는 모든 것은 행정계약에 해당된다. 이러한 측면에서 보면, 저자는 행정협정 등을 포함한 행정계약이 행정주체간의 계약유형 역시 이러한 범주에 포함된다는 데 찬성하는 입장이다. 실천적 발전에 따라 행정계약의 적용영역은 확대될 것이고, 이에 따라 상응하는 새로운 유형의 행정계약 형식이 출현할 것은 분명하다.

48) 薛刚凌 主编：《行政体制改革研究》，北京大学出版社，2006年版，第211-212页。

(2) 행정계약 법률제도의 점진적 발전

전술한 바와 같이, 중국의 행정계약에 관한 입법은 아직 인원하다. 중국 공사법의 구분이라는 사실에 기초할 때, 민법학계가 《계약법》중에 행정계약에 관련된 내용을 반대하는 것은 일정 부분 일리가 있다. 행정계약의 입법상, 중국은 독일 등의 대륙법계 국가가 행정절차법 중 전문적 장을 설정하고 행정계약을 규정한 입법례를 참조할 필요가 있다. 주목할 만한 것은, 중국에서 현재 《행정절차법》의 입안 과정에 있다는 점이다. 입법과정에서 요구되는 의견수렴과정에서 대부분은 행정계약 또는 행정계약 체결을 위한 절차규정을 예정하고 있다.⁴⁹⁾ 따라서 행정절차법을 통해 행정계약의 전문적 입법문제가 해결될 가능성은 매우 농후하다. 행정협의 등의 새로운 유형의 행정계약이 가지는 중요성에도 불구하고 법적 규정이 부재한 현상에 대하여, 일부 학자는 행정협의를 “중앙과 지방의 관계, 정부와 대중의 관계, 공권력과 사적 권리의 관계”에 미친다는 점을 기초로 매우 중요한 지위를 가지고 있고, 《행정협력법》(行政協作法) 제정을 제안하고 있으며, 행정협의를 적용범위, 입법 모델 등에 대한 분석을 하고 있다.⁵⁰⁾ 행정협의, 행정수권 현상의 보편적 존재와 행정법학계의 연구 심화에 따라 《행정협력법》, 《행정수권법》(行政授權法) 등의 법률 제정 역시 하나의 추세로 대두될 것임은 분명하다.

(3) 기능과 효과의 중요성 증대

중국정부는 정부기능을 “경제적 조정, 시장감독관리, 사회관리, 공공서비스” 중심으로 전환하였고, 공공서비스는 정부의 중요한 기능이자 동시에 정부 스스로가 이미 관리자에서 서비스 제공자로 전환되었다는 것을 의미한다. 공공서비스 기능은 행정상대방을 중시하여야 한다는 요구이기도 하고, 평등·협상과 참여 등을 중심으로 하는 행정계약은 정부가 공공서비스 기능을 이행하기 위한 중요한 방식으로 자리 잡고 있다는 것을 증명하는 것이다. 행정계약은 “융통성 있고 특수한 상황에 적용하는 행정을 가능하게 하고, 현대

49) 王万华 : 《中国行政程序法立法研究》, 中国法制出版社, 2005年版, 第272-279页。

50) 叶必丰 : “我国区域经济一体化背景下的行政协议”载《法学研究》2006年 第2期。

적 법치인 민주행정이라는 사고에 부합한다. 국민은 단순한 복종관계가 아니라 독립적 법률 주체이자 행정의 동반자로 대우하여야 하고, 행정기관과 행정책임을 함께 부담하고”, “이미 필요하고 합법적 관리수단이다.”⁵¹⁾ 이 외에, 시장경제를 기초로 건립된 중국은 특히 경제발전이 비교적 빠른 주강(珠江) 삼각주 지역, 장강(長江) 삼각주 지역, 베이징·톈진·허베이성 지역의 협력 요구가 갈수록 증가되고 있다는 점에서 행정협정은 경제구역의 일체화와 행정기관간의 협력 등의 방면에서 갈수록 중요한 기능을 할 것으로 예상된다.

51) [德]哈特穆特·毛雷尔 著, 高家伟译 : 《行政法学总论》, 法律出版社, 2000年版, 第361-362页。

제13장 행정심판

본장 개요

본장은 행정심판의 개념과 성질을 분석하고, 행정심판의 사건수리범위, 심판참가인, 심판기관과 관할 및 심판절차 등을 소개한다. 본 장은 행정심판의 범위, 행정심판과 행정소송의 관계, 행정심판의 관할, 행정심판의 결정을 파악하는 것을 목적으로 한다. 행정심판의 범위 및 심판신청인, 피신청인, 제3자의 자격을 확정하는 데 어려운 점이 있다.

제 1 절 행정심판 개요

1. 행정심판의 개념과 특징

(1) 행정심판의 개념

행정심판(行政復議)은 행정상대방이 행정주체의 구체적 행정행위가 그 합법적 권익을 침해한다고 판단할 경우 법에 따라 행정심판기관에 그 구체적 행정행위의 재조사를 신청하고, 행정심판기관은 그 신청된 구체적 행정행위에 대하여 법에 따라 합법성과 적합성의 심사를 진행하여 행정심판결정을 내리는 일종의 법률제도를 의미한다. 행정심판의 목적은 위법이나 부적절한 구체적 행정행위를 바로잡고, 국민, 법인 또는 기타 조직의 합법적 권익을 보호하며, 행정주체가 법에 따라 직권을 행사하는 것을 보장하고 감독하기 위함이다. 행정심판은 현대 법치사회에서 행정분쟁을 해결하는 방법의 하나로서, 행정소송 및 국가배상과 같은 행정구제에 해당한다.

행정심판은 근대 민주정치 의 산물로서, 행정기관내부를 감독하는 중요한 방식으로 국제적으로 광범위하게 채택되는 제도이다. 독일의 이의심사제도, 일본의 행정불복 심사제도, 프랑스의 행정구제제도, 영국의 행정재판소제도, 미국의 행정법관제도, 대만의 소원제도 등이 모두 중국의 행정심판 제도와

유사한 제도에 해당된다.¹⁾ 일부 학자들은 중국 행정심판제도가 건국 초기에 이미 발생하였던 제도라고 주장한다.²⁾ 1990년 12월을 기준으로 중국의 약 백여 개의 법률과 행정법규 등이 행정심판을 규정하고 있지만,³⁾ 통일규범으로서의 행정심판은 1991년 1월 1일 국무원이 선포한 《행정심판조례》에 의해 확립되었고, 1999년 10월 1일 시행된 《행정심판법》에 의해 행정심판제도는 그 규범적 측면에서 한층 제도화되었다고 평가할 수 있다. 이후 국무원은 행정심판제도의 활용성을 더욱 제고하기 위해 《행정심판법실시조례》를 제정하고 2007년 8월 1일부터 시행하고 있다.

(2) 행정심판의 성질

행정심판의 성질과 관련하여 현재 학계에서는 다음과 같은 측면에서 해석하고 있다. 첫째, 행정심판은 국가행정기관이 행정직권 또는 행정체계 중의 상하감독관계에 따라 직접 또는 일방적으로 행사하는 행정권력행위로서, 일종의 순수 행정활동이며, 행정관련 법집행에 속한다는 입장이다. 둘째, 행정심판은 행정상대방의 합법적 권익을 구제하고 보장하는 일종의 행정구제라는 입장이다. 셋째, 행정심판의 적용은 행정절차와 소송절차간의 절차에 해당된다는 점에서 일종의 행정사법활동으로 보는 입장이다.⁴⁾ 대다수의 학자들은 행정심판은 행정과 사법의 부분적 특징을 내포하고 있다는 점에서, 이중 행정을 구현하는 행정심판기관은 행정기관이고, 행정심판을 행하는 행위는

1) 이에 대하여 胡建森 着 : 《比较行政法 - 20 国行政法评述》, 法律出版社, 1998年版, 第94、158、225、296、351页 참고.

2) 일부 학자는 중국행정심판제도는 1950년대에 가장 일찍이 건립되었다고 주장하였다. 1950년 11월 15일, 政务院(중국 건국 초기(1949년~1954년)의 최고행정기관, 이후 국무원으로 개칭)이 승인하고, 政务院이 공포한 《재정부의 재정감독기구 설립공포》 제6조는 “검사를 받은 부문이 검사기구의 조치에 대하여 부당하다고 여길 시, 이유가 있어야 하고, 그 상급 검사기구에 재심리처리를 신청한다.”고 규정하고 있는데, 여기서 “재심처리”(复核处理)가 바로 행정심판이다. 罗豪才 主编 : 《行政法学》, 北京大学出版社, 2000年版, 第311-312页.

3) 罗豪才 主编 : 《行政法学》, 北京大学出版社, 2000年版, 第312页.

4) 행정심판의 성질에 대하여, 다음을 참고. : 应松年 主编 : 《行政行为法》, 人民出版社, 1993年版, 第687页. 王成栋 : “行政复议性质研究”载 《政法评论》(2000年卷), 中国政法大学出版社, 2000年版.

행정행위에 해당한다는 태도를 취하고 있다. 사법성이 구체화되는 행정심판은 일반적 행정행위와는 다른데, 이때의 행정심판기관은 재판자의 입장에서 사법심판행위와 유사한 절차를 통해 행정분쟁을 판정한다.⁵⁾ 일부 학자들이 진술한 바와 같이 “행정심판은 행정적 성질뿐만 아니라 사법행위의 특징을 가지고 있다. 행정심판 절차의 성질과 특징은 순수한 행정과는 다르고, 사법소송과 같은 순수한 사법제도와도 다른 이중적인 색채를 지닌 행위와 절차이다.”⁶⁾ 본 서에서는 행정심판의 성질을 다음의 몇 가지로 개괄하고자 한다.

1) 행정심판은 행정기관의 행정행위이다.

행정심판은 상급행정기관 또는 법정심판기관이 하급행정기관에 대하여 감독권을 행사하는 형식의 일종으로, 그 본질은 행정기관이 행정직권을 행사하는 행정행위이다.

2) 행정심판은 신청에 의한 행정행위이다.

행정심판은 구체적 행정행위가 행정상대방의 합법적 권익을 침해했다고 여길 때, 행정심판기관에 신청을 제출함으로써 발생한다. 즉, 행정상대방이 심판신청을 하지 않을 경우, 행정기관은 자동적으로 행정심판절차를 진행할 수 없게 된다. 따라서 행정심판은 피동적 신청에 의해 발생하는 행위이고, 직권으로 진행될 수 없다.

3) 행정심판은 행정분쟁이 처리의 대상이고, 민사분쟁과 기타 분쟁을 해결하지 않는다.

4) 행정심판은 일종의 행정사법행위이다.

행정심판제도의 목표는 행정분쟁을 해결하고, 행정심판의 공정성을 보장하기 위해서 엄격한 절차가 요구된다. 즉, 심판신청서의 수리와 심리, 심판결정 등의 제반 절차는 모두 사법절차와 유사하게 진행되어야 한다는 점에서 일반적인 행정행위와는 분명한 차이가 있다.

5) 杨海坤 主编：《跨入21世纪的中国行政法学》，中国人事出版社，2000年版，第53页。

6) 杨小军：《我国行政复议制度研究》，法律出版社，2002年版，第3页。

2. 행정심판의 기본원칙

행정심판의 기본원칙은 입법목적에 따라 행정심판 기본규율을 준수하고, 행정심판과정에서 행정주체와 행정상대방의 행위를 규율하며, 행정심판행위에 대하여 보편적이고 기본적인 행위준칙으로 작용한다. 즉 이들 원칙은 위로는 입법목적을 준수하고 아래로는 행정심판 기본제도와 기본규범을 형성하는 근간이 된다. 《행정심판법》과 《행정심판법실시조례》의 규정에 의하면 행정심판은 주로 합법, 공정, 공개, 신속, 대중의 편리, 불이익 변경금지 원칙, 전면심사원칙, 조정원칙 등의 기본원칙을 포함하고 있다.

(1) 합법원칙

행정심판과정 중에서 신청인, 피신청인 및 행정심판기관은 모두 현행 유효한 법률·법규와 규장에 근거하여 활동한다. 합법원칙은 주로 세 방면의 내용을 포함한다. 즉 i) 행정심판활동 주체의 합법으로, 행정심판신청인과 피신청인 및 행정심판기관은 모두 법정 자격을 갖춰야 한다. 주체의 합법성은 행정심판이 합법적이기 위한 기본전제이며 기초이다. ii) 행정심판활동 근거의 합법으로, 여기서의 “근거”는 헌법, 법률·법규와 규장 및 상급행정기관이 법에 따라 제정한 기타 규범성 문건을 포함한다. iii) 행정심판 절차의 합법으로, 행정심판기관 또는 행정심판의 신청인 또는 피신청인과 관계없이, 행정심판은 일종의 절차적 행위라는 점에서, 행정심판의 순조로운 진행을 보장하기 위하여 행정행위주체는 반드시 법정절차를 준수해야 한다.

(2) 공정원칙

행정심판기관은 행정분쟁의 쌍방 당사자를 평등하게 대하고 평등하게 법률을 적용해야 하고, 해당 부문 또는 하급기관에 편파적이어서는 안 되며, 당사자에 대하여 누구나 차별 없이 대하여야 한다. 행정심판기관은 신청된 구체적인 행정행위에 대하여 그 합법성과 합리성을 심사하여야 하고, 행정심판기관은 합법성과 합리성이라는 두 측면에서 신청된 구체적 행정행위를 심사해야 한다. 행정심판기관은 정당하고 합리적으로 심판 자유재량권을 행

사해야 한다. 행정심판기관이 행정심판을 진행할 때 일관성 없이 반복하는 것을 금지하고, 사안의 경위가 기본적으로 동일한 사건에 대하여는 완전히 다른 심판결정을 내릴 수 없다. 행정심판의 결정은 일단 내려지면 그 안정성을 유지하여야 하고, 임의로 변경할 수 없다. 행정심판기관이 사건을 심사하고 심판결정을 내릴 때에는 관련된 요소를 충분히 고려해야 하고, 불합리하고 부당한 요소를 고려하는 것을 금지한다.

(3) 공개원칙

행정심판기관은 행정심판과정 중 국가의 비밀, 상업적 비밀 또는 개인 프라이버시를 제외한 모든 과정을 신청인과 사회에 공개하여야 한다. 공개되어야 하는 내용은 다음을 포함한다. i) 행정심판행위의 근거와 심판신청된 행정행위의 근거를 포함한 행정행위 근거, ii) 행정심판 조직기관, 장소와 업무제도, iii) 행정행위 심사과정, iv) 행정심판결정 및 집행상황.

공개형식은 다음과 같은 정보의 공포, 열람, 고지, 공개심리, 이유 설명 등을 포함한다. i) 정보공포. 행정심판기관은 게재, 보도, 무료자료배포 등의 방식을 통해 주동적으로 사회에 행정심판기관의 기본상황, 행정심판 법률 규범 등을 공포해야 한다. ii) 열람. 《행정심판법》 제23조 제2항 규정에 따라 신청인과 제3자는 피신청인의 서면답변, 근거 증거와 기타 유관자료를 열람할 수 있다. 행정심판기관은 당사자 또는 사회대중이 사건자료나 행정심판자료를 열람할 수 있도록 하기 위해 장소와 기타 편의를 제공해야 한다. 열람 범위는 이미 공개된 내용뿐만 아니라, 공개되지 않은 내용이지만 국가 비밀, 상업 비밀과 개인 프라이버시와 관련되지 않고 열람인과 밀접하게 관련된 부분에 대하여는 행정심판기관이 그 열람을 거절할 수 없다. 주의해야 할 것은, 여기 “열람”은 당연히 복제, 발췌문, 녹화 영상, 사진 등의 형식을 포함한다. iii) 고지. 행정심판기관이 사건을 심리할 때 당사자에게 심판 공무원의 신분을 제시하여야 하고, 증거 채취 시에도 신분증명서류를 제시해야 한다. 심리과정중의 수리, 중지, 연장, 심사 회복 등의 단계에서 반드시 당사자에게 서면으로 고지해야 한다. 수리결정이나 행정심판결정을 하지 않을 경우에는 당사자에게 제소권과 제소기한을 고지해야 하고, 이를 각 당사자에게 송달해

야 한다. iv) 공개심리. 서면심리 형식 외에, 《행정심판법》 제22조의 규정에 따라 신청인의 요구 또는 행정심판기관이 필요하다고 인정하는 경우, 유관 조직과 공무원은 상황조사와 신청인, 피신청인과 제3자의 의견을 청취할 수 있다. v) 이유설명. 행정심판기관은 행정심판결정을 내리거나 기타 결정, 예컨대, 수리, 폐지, 중지, 연기 등의 결정을 내리는 것에 관계없이, 당사자에게 결정에 대한 구체적 이유를 설명해야 한다.

(4) 신속원칙

행정심판기관은 법률규정의 기한내에 가능한 한 신속하게 사건심사를 완료해야 하고, 상응한 심판결정을 내려야 한다. 신속원칙은 행정심판기관에 대한 효율성 요구이며, 행정심판기관은 심판신청 수리 여부에 대한 결정을 신속하게 내리는 것이다. 사건심사는 행정의 효율을 추구하여 신속하게 심판결정을 내린다. 심판당사자가 수행하는 상황을 반드시 신속하게 이해하고, 불이행하는 것에 대하여서는 신속하게 조치를 채택하여 행정심판결정의 집행과정에서 발생하는 문제를 처리해야 한다.

(5) 대중편의의 원칙

행정심판활동은 당사자의 시간과 노력, 비용의 지출을 최대한 절약해야 하고, 특히 신청인의 편의를 위한 조건을 제공해야 한다. 《행정심판법》과 《행정심판법실시조례》는 서면신청, 구두신청, 또는 서면의 경우 현장에서 직접 교부, 우편, 팩스 등의 방식을 채택할 수 있도록 하는 등 행정심판신청형식을 다양화 하는 등의 대중 편의원칙을 구현하고 있다. 일부 조건을 갖춘 행정심판기관은 전자 우편(E-mail) 형식으로 제출한 행정심판신청을 받기도 한다. 행정심판은 비용을 부담시키지 않는다. 당사자가 행정심판 관할기관의 상황에 대하여 정확히 알 수 있는 방법이 없는 것에 대하여, 신청인은 해당 지역의 현급 정부에 신청을 제출할 수 있고, 현급 정부는 그 신청을 법에 근거하여 수리할 권한이 있는 행정기관에 전달한다. 현급 이상의 정부부문의 구체적 행정행위에 대하여 불복하는 경우, 신청인은 해당 지방정부 또는 상급 주관부문에 심판신청 등을 선택할 수 있다.

(6) 불이익 변경금지의 원칙

불이익 변경금지 원칙(不利變更禁止原則)은 형사소송법 중의 “상소한 사건은 원심판결의 평보다 중한 형을 선고할 수 없다는 원칙”에 근거하는데, 이는 국민, 법인 또는 기타 조직이 행정심판의 방법을 통해 법에 따라 행정분쟁을 해결하고, 신청인이 “감히 알리지 못하는” 사고의 부담을 해결하고자 하는데 목적을 두고 있다. 이에 대하여는 대만과 일본이 명확한 규정을 내리고 있다.⁷⁾ 중국 《행정심판조례》와 《행정심판법》은 모두 명확한 규정을 갖지 않고 있고, 실무에서 행정심판기관은 공정하지 못한 행정처벌에 직면하는 경우도 있다. 행정상대방의 합법적 권익과 행정심판의 순조로운 진행을 보장하기 위하여, 《행정심판법실시조례》 제51조는 행정심판기관이 신청인의 행정심판 청구범위 내에서 신청인을 더욱 불리하게 하는 행정심판결정을 내릴 수 없다고 규정한다.

(7) 전면심사원칙

행정심판제도는 행정체계 내부의 행정분쟁을 해결하는 법률제도이다. 특히 행정체계가 가지고 있는 단계(계층)별 통제의 특징으로 인해 행정심판기관은 구체적 행정행위의 합법성과 적절성을 전면적으로 심사하고 비합법적인 구체적 행정행위를 취소하거나 적절하지 않은 행정행위는 변경할 수 있게 된다.

7) 일본 《行政不服審査法》 제40조 제5항은 “이전의 두 항의 상황에서, 만약 심사청이 처분청의 상급행정청일 때, 심사는 해당 처분 또는 명령 변경을 판정하고, 처분청은 그 사실행위를 변경할 수 있고, 판정을 선고한다. 그러나 심사청구인이 불리한 처분에 대하여 변경 또는 사실행위 변경을 명령할 수 없다.”고 규정하고, 제47조 제3항 “처분(사실행위 제외)에 대한 이의신청의 이유가 있을 때, 처분청은 처분을 전부 또는 부분적으로 취소하거나 변경하도록 결정한다. 그러나 이의 신청인에게 불리한 처분 변경은 할 수 없다.”고 규정하고 있다. 대만의 “소원법” 제81조는 “소원은 이유자가 있고, 소원수리기관은 반드시 원래의 행정처분의 전부 또는 일부의 철회 결정을 해야 하고, 사건의 경위를 보아야 하며, 그 방법으로는 변경의 결정 또는 원 행정처분 기관으로 이송하여, 별개의 처분을 내린다. 그러나 소원인이 불복을 표시하는 범위안에서, 더욱 불리한 변경 또는 처분은 하지 않는다.” 杨小军 : 《我国行政复议制度研究》, 法律出版社, 2002年版, 第293页。

(8) 유한조정원칙

행정심판의 조정(調解) 활용 여부는 지속적으로 논쟁의 대상이 되어 왔다. 1991년 시행한 《행정심판조례》는 일찍이 행정심판은 조정을 활용할 수 없다고 명확히 규정하고 있다. 이는 행정기관이 내린 행정행위는 국가를 대표하여 행사한 행정권의 표현이고, 행정권력은 국가가 법을 통해 부여한 것으로, 행정기관은 행정권력을 행사하는 과정에서 관리인과의 분쟁 발생 여부에 관계없이 수중의 권력을 자신의 의지에 따라 임의로 처분할 수 있는 권한이 없으며, 오직 국가의 의지인 법에 따라 행사할 수 있기 때문이다. 일부 학자들은 행정심판 중에 반드시 조정제도를 운용하여야 한다고 주장하는데, 조정원칙이 법에 근거한 행정원칙에 위반되지 않기 때문이다. 《행정심판법》은 조정문제에 대하여 명확한 규정을 하고 있지 않으며, 이는 《행정심판법실시조례》의 법적 흠결로 남아 있다. 《행정심판법실시조례》는 행정심판이 제한적 조건하에 조정을 실시할 수 있다고 규정하고 있는데, 조례 제50조에는 국민, 법인 또는 기타 조직이 행정기관이 법률·법규 규정의 자유재량권을 행사하여 발생한 구체적 행정행위에 불복하여 행정심판을 신청할 경우, 또는 당사자 간의 행정배상 또는 행정보상분쟁에 대하여 행정심판기관이 자발적, 합법적 원칙에 따라 조정을 진행할 수 있다고 규정하고 있다. 당사자가 조정을 거쳐 합의에 달성한 경우, 행정심판기관은 반드시 행정심판 조정서를 작성하여야 한다. 조정서는 반드시 행정심판 청구, 사실, 이유와 조정결과를 명확하게 기록해야 하고, 행정심판기관의 직인을 날인하여야 한다. 행정심판 조정서는 쌍방 당사자의 서명으로 법적 효력을 가진다. 조정이 합의를 도출하지 못하거나 조정서 효력발생 전에 일방이 번복하는 경우, 행정심판기관은 신속하게 행정심판결정을 내려야 한다.

3. 행정심판과 행정소송의 관계

행정심판과 행정소송은 모두 법률구제제도로서, 양자는 모두 행정분쟁을 해결하고 행정행위를 감독하며, 행정상대방의 합법적 권익 보장을 목적으로 한다.

(1) 행정심판과 행정소송의 공통점

1) 행정심판과 행정소송은 모두 행정분쟁을 처리대상으로 하고, 모두 행정상대방이 행정행위에 불복하여 야기된 것이다.

2) 행정심판과 행정소송은 모두 위법 또는 부당한 구체적 행정행위를 교정하기 위한 것이고, 행정상대방의 합법적 권익을 보호하며, 행정주체의 법치행정을 보장하고 감독하기 위한 것이다.

3) 행정심판과 행정소송은 모두 일종의 신청에 의한 행위이고, 양자 절차의 개시 또한 모두 불고불리의 원칙(공소의 제기가 없으면 법원은 판단할 수 없다는 원칙-역자 주)을 활용한다.

4) 행정심판과 행정소송은 적용하는 원칙, 절차상에 일부 유사한 점이 있다. 원칙적으로 행정심판과 행정소송은 모두 구체적 행정행위의 집행을 정지할 수 없다.

(2) 행정심판과 행정소송의 주요 차이

1) 행위성질의 상이

행정심판은 본질상으로 말하자면 여전히 일종의 행정행위이고, 행정소송은 전적으로 사법행위이다.

2) 사건수리범위의 불일치

《행정심판법》이 규정한 사건수리범위는 《행정소송법》이 규정한 수리범위보다 훨씬 광범위하다.

3) 심사범위의 상이

행정심판의 감독은 전면적이고, 구체적 행정행위에 대한 합법성 심사 이외에도 구체적 행정행위에 대한 합리성 심사를 포함한다. 구체적 행정행위에 대한 심사를 포함하는 것뿐만 아니라, 행정행위 심사와 동시에, 구체적 행정행위의 근거가 된 규칙 이하의 행정규범성 문건을 심사할 수 있다. 행정소송은 법원이

운용하는 사법권으로 행정행위를 심사하고, 일반적으로 구체적 행정행위의 합법성만을 심사한다. 행정기관이 행사하는 자유재량권의 합리성은 심사범위(행정처벌이 명확하게 공정함을 잃은 상황은 제외)에 속하지 않는다.

4) 적용절차의 상이

행정심판과 행정소송이 제기된 시간과 심리의 기한은 모두 일치하지는 않는다. 행정심판은 반드시 그 구체적 행정행위를 안 날로부터 60일 이내에 신청을 제출해야 한다. 행정기관은 법률규정에 의해 심판기한이 60일 보다 적은 경우를 제외하고는 심판기한은 신청서를 수리한 날로부터 60일 이내에 행정심판을 하여야 한다. 상황이 복잡할 경우에는 법에 따라 승인을 통해 적당히 연장할 수 있지만, 이때 연장기한은 최대 30일을 넘을 수 없다. 행정소송의 제기는 상황에 따라 상이한 요건이 있는데, 행정심판을 할 수 없거나 심판기관이 기한을 넘어 결정을 내리지 않은 경우 심판 만료일로부터 15일 이내에 인민법원에 소송을 제기해야 한다. 행정소송을 적용한 절차로는 제1심 보통절차, 약식절차, 제2심 절차, 재심절차와 특별절차가 있다.

5) 심리방식의 상이

행정심판은 원칙적으로 서면심사의 방법을 채택하지만, 신청인이 요구하거나, 행정심판기관의 법무 관련 기관이 필요하다고 인정하는 경우, 유관 조직과 공무원이 상황을 조사하고, 신청인, 피신청인과 제3자의 의견을 청취할 수 있다. 행정소송은 재판을 실행하는 심리제도이다.

6) 법률효력의 상이

행정심판결정은 일반적으로 최종적인 법적 효력을 갖지 않지만, 행정상대방이 심판결정에 불복하는 경우에는 행정소송을 제기할 수 있다. 심판판결이 최종적 판결이라는 법적 규정이 있을 경우에는 심판결정이 최종적인 법률효력을 갖는다. 반면 행정소송은 최종적인 법적 효력을 가지고, 행정심판을 거쳤는지의 여부에 관계없이 행정소송, 즉 중심소송의 재판결정은 최종적인 법적효력을 가지며, 당사자는 다시 행정심판을 신청할 수 없다.

7) 사건수리비용의 수취여부 상이

행정심판기관은 행정심판신청을 수리하고, 신청인에게 어떠한 비용도 수취할 수 없다. 행정심판활동에 필요한 경비는 반드시 행정경비로 분류하여 국가재정으로 보장해준다. 인민법원이 행정사건을 심리할 경우에는 반드시 소송비용을 수취한다. 소송비용은 패소한 측이 부담하고, 쌍방은 모두 쌍방부담의 책임이 있다.

(3) 행정심판과 행정소송의 연계성

행정심판과 행정소송은 모두 행정분쟁을 처리하는 방식으로 양자는 다음과 같은 네 가지 측면에서 절차상의 연계성이 있다.

첫째, 자유 선택형이라는 점이다. 행정상대방은 행정기관의 구체적 행정행위에 불복하는 경우 자유롭게 구제방법을 선택할 수 있다. 이때, 신청인은 행정기관에 행정심판신청을 선택하거나 인민법원에 행정소송을 제기하는 방법을 선택할 수도 있다. 중국의 절대 다수의 법률·법규는 모두 이렇게 규정하고 있다.

둘째, 심판 전치형이라는 점이다. 구체적 행정행위에 대하여 불복하면, 행정관리 상대방은 먼저 행정심판기관에 심판을 신청해야 한다. 신청인이 심판결정에 대하여 불복하면 다시 인민법원에 행정소송을 제기하고, 법정 행정심판 기한내에는 인민법원에 행정소송을 할 수 없다. 이러한 심판 전치형은 법률·법규에 명확한 규정이 있는 경우로 제한된다. 중국 현행의 일부 법률·법규는 심판전치를 명확히 규정하고 있는데, 예컨대 《행정심판법》 제30조 제1항은 구체적 행정행위가 이미 법에 따라 취득한 자연자원 소유권 또는 사용권을 침해할 경우, 상대방은 먼저 행정심판을 신청하고, 행정심판결정에 대하여 불복하면 행정소송을 제기할 수 있도록 규정하고 있다. 《관세법》 제46조는 납세 의무인과 세관 사이에 납세 분쟁이 발생할 경우, 반드시 먼저 심판을 신청해야 하고, 심판결정에 불복하면 행정소송을 제기할 수 있다고 규정하고 있다. 《국가안전법》 제31조는 당사자가 구류결정에 불복한다면 반드시 먼저 심판을 신청해야 하고, 심판결정에 불복한다면 행정소송을 제기할 수 있다고 규정하고 있다. 《집회여행시위법》 제31조 또한 당사자가 공안기관

이 부여한 구류 처벌의 결정에 대하여 불복할 경우, 처벌결정 통지를 받은 날로부터 5일 내에 상급 공안기관에 상소할 수 있고, 해당 공안기관은 반드시 상소 받은 날로부터 5일 내에 판결을 내려야 한다고 규정하고 있다. 상대방이 상급 공안기관의 판결에 불복할 경우, 판결통지를 받은 날로부터 5일 내에 인민법원에 소송을 제기할 수 있다고 규정하고 있다. 《조세징수관리법》 제88조 제1항은 납세인, 원천징수 의무자, 납세 보증인이 세무기관과 납세분쟁이 발생할 경우, 먼저 세무기관의 납세규정에 따라 세금 및 체납금을 납부하거나 그에 상응한 담보를 제공해야 하고, 그 후에 법에 따라 행정심판을 신청할 수 있으며, 만약 행정심판결정에 불복할 경우 법에 따라 인민법원에 기소할 수 있다고 규정하고 있다. 《관세법》 제64조는 납세의무자가 세관과 납세 관련 분쟁이 발생할 경우, 반드시 세금을 납부하고 법에 의해 행정심판을 신청할 수 있도록 하고, 심판결정에 불복할 경우에는 법에 따라 인민법원에 소송을 제기할 수 있도록 규정하고 있다.

셋째, 선택적 중국형이다. 국민, 법인 또는 기타 조직은 행정심판 또는 행정소송을 자유롭게 선택할 수 있지만, 만약 행정심판을 선택하면 행정소송을 다시 제기할 수 없게 된다. 예컨대, 《행정심판법》 제14조에서는 국무원 부문 또는 성급 정부의 구체적 행정행위에 불복하고, 그 행위를 행한 국무원 부문 또는 성급 정부가 심판결정을 한 경우로 신청인이 여전히 불복하는 경우에는 국무원이 최종판결을 내릴 수 있다고 규정하고 있다. 《중화인민공화국 국민출입국 관리법》 제15조는 공안기관의 구류처벌을 받은 국민이 처벌에 대하여 불복할 경우, 상급 공안기관에 심판을 신청하고, 상급 공안기관이 최종판결을 내리도록 규정하고 있다. 《외국인 출입국 관리법》 제29조는 본법 규정을 위반하여 불법 출입국한 경우, 중국 국내에서 불법 거주 또는 체류할 경우, 여행증서를 소지하지 않고 외국인에게 개방되지 않는 지역을 여행할 경우, 입출국 증명서를 위조, 수정, 도용, 양도하는 경우, 현금 이상의 공안기관은 경고, 벌금 부과 또는 10년 이하의 구류 처벌을 할 수 있고, 상황이 심각하여 범죄를 구성하는 경우에는 법에 따라 형사책임을 부과할 수 있도록 규정하고 있다. 공안기관의 벌금 또는 구류 처벌을 받은 외국인이 처벌에 불복할 경우, 통지를 받은 날로부터 15일 내에, 상급 공안기관에 상소할 수 있고, 상

급 공안기관은 최종판결을 내려야 하며, 또한 해당 인민법원에 직접 소송을 제기할 수도 있다.

넷째, 심판 종국형이다. 《행정심판법》 제30조 제2항은 “국무원 또는 성, 자치구, 직할시 인민정부의 행정구획에 대한 조사, 조정 또는 토지의 수용결정에 근거하여 성, 자치구, 직할시 인민정부가 확인한 토지, 지하자원, 수자원, 삼림, 산맥, 초원, 황무지, 간석지, 해역 등 자연자원의 소유권이나 사용권의 행정심판결정은 종국적 결정이다.”고 규정하고 있다. 이 외에, 일부 단행 법률이 비록 명확하게 규정하진 않았지만, 사실상 심판종국의 상황이 형성되는 경우도 있다. 예컨대, 《집회시위법》 제13조는 집회, 시위행진, 시위의 책임자가 주관기관의 불허가에 불복할 경우, 동급 정부에 심판을 신청 할 수 있도록 하고 있다. 법에서는 심판결정에 불복할 경우 행정소송을 제기할 수 있다는 규정을 명확하게 하고 있지 않으나, 집회와 시위행진, 시위의 권리가 국민의 정치권 범주에 속하고 《행정소송법》이 규정한 신체권, 재산권에 속하지 않는다는 점에서 행정소송을 제기할 방법이 없으며, 이는 결국 심판기관의 결정이 사실상 최종심이 되는 결과를 형성하고 있다.

제 2 절 행정심판의 범위

1. 행정심판 범위

행정심판의 범위는 행정주체가 행한 행정행위가 그 합법적 권익을 침해하였다고 판단하여, 행정상대방이 법에 근거하여 행정심판기관에 다시 심사해 줄 것을 청구하는 행정행위의 범위를 말한다. 행정심판의 범위는 어떤 행정행위가 행정심판의 대상이 되는지를 결정한다는 점에서 행정심판의 깊이와 넓이에 관련된다. 행정심판의 범위는 《행정심판법》에 따라 다음 두 방향의 내용을 포함한다.

(1) 구체적 행정행위

《행정심판법》 제6조는 행정심판의 범위를 상세하게 열거하고 있는데, 다음의 하나에 해당하는 경우, 국민이나 법인 또는 기타 조직은 법에 따라 심판신청을 할 수 있다.

1) 행정처벌

이에는 《행정처벌법》이 규정하는 경고, 벌금, 불법소득몰수, 불법재산몰수, 생산정지·영업정지명령, 허가증 임시 압류 또는 취소, 면허 임시 압류 또는 취소, 행정구류 등과, 기타 법률과 행정법규가 명문으로 규정하고 있는 통보비판, 국외추방 등이 있다.

2) 행정강제조치

이에는 강제 마약 금지, 강제소환, 전염병 감염자에 대한 강제격리, 공공장소 취객에 대한 강제단속, 소란을 피운 자에 대한 현장으로부터의 강행분리 등과 같은 인신자유의 제한과 재산에 대한 차압, 압류, 동결 등 재산의 유통 제한 등이 있다.

3) 행정허가의 변경, 중지, 취소 행위

행정기관이 행한 허가증, 면허증, 자질증, 자격증 등 증서의 변경, 중지, 취소의 결정에 불복할 경우, 행정상대방은 행정심판을 신청할 수 있다.

4) 권리확정에 관한 행정행위

행정주체가 행한 토지, 지하자원, 수자원, 삼림, 산림, 초원, 황무지, 간석지, 해역 등과 관련된 자연자원의 소유권 또는 사용권의 확정에 관한 결정에 불복하는 경우 행정심판을 제기할 수 있다.

5) 경영자주권의 침해행위

경영자주권은 국민, 법인과 기타 조직이 법에 따라 인적, 물적, 재력 등 경영활동에 대하여 자주적으로 사용하는 권리를 말한다. 행정기관이 경영자주권을 침해하는 것은 행정기관이 위법한 행정수단을 사용하여, 국민과 법인 또는 기타 조직이 법에 따라 향유하는 경영자주권을 제한하거나 박탈하는 행위로서, 행정기관이 강제로 기업의 법정 대표자를 대체하거나 강제적으로 기업을 합병하는 행위, 기업의 경영범위를 제한하는 행위, 기업과 지식재산권의 강제적 양도 등이 해당된다.

6) 농업 도급계약행위의 변경 또는 폐지

농업 도급계약은 농촌집체 경제조직과 농민이 집체토지, 생산 수단 또는 기타 재산을 책임경영을 하도록 도출한 상호 권리·의무에 관한 합의를 말하는데, 계약 당사자가 합의를 통해 일치된 견해를 도출하거나 법정 사유가 발생한 경우를 제외하고, 행정주체는 농업 도급 계약을 임의로 변경하거나 폐지할 권리가 없다. 만약 행정주체가 농업 도급계약의 수립과 이행에 비합법적인 간섭을 할 경우, 행정상대방은 행정심판을 신청할 수 있다.

7) 행정상대방에게 이행의무를 요구하는 행위

내용상으로 볼 때, 위법적으로 이행의무를 요구하는 것에는 행정주체의 불법 자금모금, 재산징수, 비용분담 또는 위법적인 기타 의무이행을 요구하는 것을 포함한다. 행정주체가 위법적으로 의무이행을 요구하는 상황은 주로 아래와 같다. 즉 i) 법률·법규 이외에, 행정주체가 스스로 규범성 문건이나 구두로서 행정상대방의 의무를 설정하거나, 어떠한 근거없이 상대방에게 의무이행을 요구하는 경우, ii) 행정주체가 법률·법규 규정의 종류, 정도와 방식을 초과하여 행정상대방의 의무이행을 요구할 경우, iii) 행정상대방의 의무이행을 중복하여 요구할 경우, iv) 법정 절차를 위반하여 의무이행을 요구할 경우 등이 있다.

8) 법에 근거하지 않고 행정허가를 처리하는 행위

행정상대방은 법정 조건에 부합한다고 생각하여 행정기관에게 허가증, 면허증, 자질증, 자격증 등 증서를 신청하거나 또는 행정심사 승인이나 등기관련 사항을 신청하는 경우로서, 행정기관이 법에 따라 처리하지 않는 행위를 말한다. 여기에는 행정기관이 처리를 거절한 경우, 답변을 받지 못한 경우, 처리를 지연하는 등의 행위를 포함한다.

9) 법정 직책을 이행하지 않는 행위

행정상대방은 행정기관이 인신권, 재산권, 교육을 받을 권리 등과 같은 법정 책무를 이행하도록 신청하고, 행정기관이 법에 따른 이행을 하지 않은 경

우를 말한다. 주로 행정기관이 이행을 하지 않거나 거절한 경우로 구체화되며, 다음과 같은 요건을 포함하고 있다. 즉 i) 행정주체가 보호하여야 할 법적 책임이 있는 경우, ii) 행정상대방이 요구하는 보호가 신체권, 재산권, 교육받을 권리인 경우, iii) 행정상대방이 요구한 경우, iv) 행정주체가 직책이행을 거절할 정당한 이유가 없는 경우 등이 있다.

10) 행정교부행위

행정상대방은 행정기관에 법에 따라 구휼금, 사회보험금 또는 최저생계비를 신청하지만, 행정기관이 법에 따라 지급하는 않는 것을 말한다. 여기서 주의해야 할 것은 법률·법규가 행정기관에게 지급하도록 요구한 것을 말하고, 기업이나 사업단위가 지급하는 부분은 포함하지 않는다는 점이다. “법에 의해 지급하지 않는”이라는 의미는 아직 지급하지 않았거나 또는 지급 지연, 지급금 부족이나 착오 등의 상황을 포함한다.

11) 기타 구체적 행정행위가 합법적 권익을 침해한 경우

행정기관의 구체적 행정행위가 단지 행정상대방의 합법적 권익을 침해하면 행정심판신청을 할 수 있다. 합법적 권익은 신체권, 재산권과 교육받을 권리를 포함하고, 기타 법정권리는 집회, 집회행진, 시위, 결사, 언론, 출판, 종교 신앙 등과 같은 정치 권리와 자유 및 노동권, 휴식권, 환경권 등의 권리를 포함한다. 따라서 행정심판의 범위는 행정소송이 수리하는 사건의 범위보다 광범위하다고 볼 수 있다.

(2) 추상적 행정행위

《행정심판법》 제7조에는 행정상대방이 구체적 행정행위에 대하여 행정심판을 신청할 경우, 그 구체적 행정행위가 근거하는 관련 규정의 심사신청을 함께 제기할 수 있다고 규정한다.

주의해야 할 점은 다음과 같다. 즉 i) 이들 규정에 대하여 심사신청을 하는 경우에는 반드시 구체적 행정행위에 대한 심판신청시 함께 제출하여야 하고, 단독으로 규정에 대하여만 행정심판을 제기할 수는 없다. ii) 결코 모든 추상적 행정행위에 대하여 심사를 신청할 수 있는 것은 아니고, 공무원

부문의 규정, 현급 이상의 지방 각급 인민정부 및 그 업무부문의 규정과 향, 진 인민정부의 규정에 대하여만 제기 가능하다. 즉, 행정법규와 행정규칙 및 국무원의 규정, 당의 기관의 규정은 이 범위에 포함되지 않는다. 여기서 주의해야 할 것은 행정상대방이 비록 구체적 행정행위가 근거하는 행정법규와 규장에 대하여 심사청구를 제기할 수 없지만, 《행정심판법》 제27조에 근거하여 행정심판기관은 주동적으로 처리를 진행하거나 권한이 있는 기관이 처리하도록 전달할 수 있다. iii) 행정심판법은 행정상대방에게 심판을 신청할 때 추상적 행정행위의 감독체제에 대한 계도권을 부여할 뿐이며, 추상적 행정행위의 처리기관, 처리권한과 절차는 여전히 현행 등록 심사제도에 따라 집행한다. iv) 상대방이 요구한 심사진행은 단지 추상적 행정행위의 합법성이고, 적절성은 포함하지 않는다.

2. 행정심판의 제외사항

(1) 행정기관의 인사처리결정

《행정심판법》 제8조 제1항은 행정기관이 내린 행정처분 또는 기타 인사처리결정에 대하여 불복할 경우, 심판신청을 할 수 없다. 다만, 인사와 행정감찰 부문과 관련 부문에만 상소할 수 있다. 행정처분은 행정주체가 그 소속 공무원이 내린 내부행위에 대한 것이고, 경고, 기과, 대기과(제10장 행정처벌 제1절 2. 행정처벌과 유사개념의 비교내용 참조-역자 주), 강등, 직위해제, 면직 등 6가지 형식을 포함한다. 기타 인사처리결정은 주로 공무원의 임면, 승진, 해고, 전근, 사직, 인사고과 등의 사항에 대하여 처리결정을 내리는 것을 의미한다. 《행정감찰법》 제37조는 국가 공무원과 국가행정기관이 임명한 기타 인원이 주관 행정기관이 행한 행정처분 결정에 불복하는 경우, 행정처분 결정을 받은 날로부터 30일 내에 감찰기관에 상소할 수 있고, 감찰기관은 상소 받는 날로부터 30일 내에 심사하고 결정하여야 한다. 재심결정에 대하여 여전히 불복하는 경우, 재심결정을 받은 날로부터 30일 내에 상급 감찰기관에 재검토를 신청할 수 있고, 상급 감찰기관은 재검토 신청을 받은 날로부터 60일 이내에 재검토하여 결정하여야 한다.

사례 1 : 모퉁 하에 속하는 사업 단위 직원인 인(殷)모씨는 1995년 9월에 첫 아이를 출산했고, 부부 쌍방이 모두 독자이므로, 殷모씨는 1998년에 《둘째 출산계획증》(再生一胎计划生育证)을 수령하여 같은 해 10월 둘째 아이를 출산하였다. 2000년 殷모씨는 또 임신을 하여 2000년 10월 셋째 아이를 출산하였다. 해당 縣인민정부는 《모퉁 산아계획조례》(某省计划生育条例)의 규정에 근거하여, 殷모씨에게 직장 해고와 벌금 1200위안의 처리결정을 내렸다. 殷모씨는 불복하여, 제한의 규정이 모호하고 처벌이 과중하다는 이유로 본 지역 행정관서에 심판신청을 신청하였고, 모퉁 인민정부의 처리결정의 철회를 요구하였다.⁸⁾

본안에서, 논의의 대상은 殷모씨의 행정심판 신청수리가 정당한가이다. 縣인민정부는 《모퉁 산아계획조례》의 규정에 따라, 殷모씨에게 1200위안의 벌금을 결정하였는데, 이는 《행정심판법》 제6조 제1항에서 규정한 행정기관이 내린 벌금형 행정처벌에 속한다. 해당 행정처벌 불복에 대하여, 국민, 법인 또는 기타 조직이 행정심판을 신청할 수 있고, 행정심판 수리범위에 해당하기 때문에, 해당 지역 행정관서에서 마땅히 수리해야 한다. 모퉁 인민정부는 殷모씨에게 내린 직장해고의 처리는 행정처분에 속한다. 전통적 행정법이론에 근거하여, 행정처벌 또는 기타 인사 처리는 모두 행정기관 내부의 공무원에게 해당하는 것으로, 외부의 국민과 법인 또는 기타 조직의 합법적 권익에는 관계되지 않는다는 점에서 행정심판 범위에 포함되지 않는다. 이에 근거하여, 殷모씨는 직장해고의 행정처분에 대하여 불복하여, 원래의 처리기관인 모퉁 인민정부에 행정심판을 신청할 수 있고, 縣 인사국에 상소할 수 있으며, 縣 검찰국에도 상소할 수 있지만, 행정심판은 제기 할 수 없다. 상술한 분석에 근거하여, 殷모씨에 대한 1200위안의 벌금처벌은 심판신청 대상이 될 수 있고, 직장 해고의 행정처분은 법에 따라 심판신청이 불가능하다.

8) 사례는 吴鹏主 编 : 《行政救济法典型案例》, 中国人民大学出版社, 2003年版, 第38页 참고.

(2) 민사분쟁에 대한 행사주체의 처리

《행정심판법》 제8조 제2항은 행정기관이 민사분쟁에 대하여 조정 또는 기타 처리결정을 내린 것에 불복할 경우, 행정심판을 신청할 수 없고, 법에 따라 중재 또는 인민법원에 민사소송을 신청할 수 있다고 규정하고 있다. 행정기관의 민사분쟁에 대한 조정, 예컨대, 공안 교통경찰이 교통사고 중의 배상문제를 처리하는 것, 향, 진 정부와 도시 가도사무처(街道办事处 : 우리나라의 주민센터에 해당함-역자 주)의 보좌관, 민사분쟁을 주관하는 민정보좌관이 민사분쟁과 관련 조정을 주관하는 등은 모두 민사 법률과 규범이 규정하는 권리·의무와 법률관계에 따라 진행된 것으로, 행정기관은 단지 화해와 인도 작용만을 발생시킬 뿐, 일방적으로 당사자간의 권리와 의무를 강제로 변경할 수는 없다. 만약 조정이 합의에 이른 경우, 이는 당사자 쌍방이 자신의 민사권리를 법에 따라 처분한 결과이다. 만약 합의를 도출하지 못할 경우, 조정행위는 종결되고 당사자 일방에 의해 법에 따른 민사소송이 제기될 수 있다. 행정주체의 민사분쟁에 대한 조정행위 자체는 당사자의 권익에 영향을 주지 않으며, 이에 대하여는 행정심판을 신청할 수 없다.

제 3 절 행정심판 참가자와 행정심판기관

1. 행정심판 신청인

신청인은 행정주체가 내린 구체적 행정행위에 대하여 불복하고, 법률·법규의 규정에 따라 자신의 명의로 행정심판기관에 행정심판신청을 하는 국민, 법인 또는 기타 조직을 의미한다. 신청인의 범위는 매우 광범위하고, 국민, 법인과 기타 조직 및 외국인, 무국적자 등을 포함한다. 국가기관이 행정관리 대상이 되는 경우에는 기관법인이 행정심판의 신청인이 될 수 있다. 국민, 법인 또는 기타 조직이 신청인의 자격을 갖는지에 대한 여부는 두 가지 조건을 고려하여 확정한다.

1) 반드시 자신의 권익에 침해를 입어야 한다. 즉 타인의 권리가 구체적 행정행위에 의해 침해된 경우, 국민과 법인 또는 기타 조직은 자신의 명의로

심판신청을 제기할 수 없다. 신청인은 반드시 자신의 명의로 심판을 신청해야 하고, 타인의 명의로 심판신청을 할 수 없다.

2) 반드시 구체적 행정행위와 법률상의 이해관계가 있어야 한다. 즉 그 합법적 권익이 구체적 행정행위에 의해 영향을 받는 것을 말한다. 이에 대하여는 학계에서 서로 다른 학설이 존재한다. 일부 학자는 《행정심판법》 제2조의 “국민, 법인 또는 기타 조직은 구체적 행정행위가 그 합법적 권익을 침해하였다고 판단할 경우, 행정기관에 행정심판을 신청하고, 행정기관은 행정심판신청을 수리하고, 행정심판결정을 내릴 경우에는 본법을 적용한다.”고 규정하고 있다. 이때 “판단할 경우”는 신청인의 일종의 주관적인 인식이고, 구체적 행정행위가 확실히 그 합법적 권익을 침해했는지 여부는 행정심판기관의 심사 후에 확정될 수 있다. 즉, 신청인이 행정주체의 구체적 행정행위가 그 합법적 권익을 침해한다고 판단할 경우에는 행정심판을 제기할 수 있다.⁹⁾ 본서에서는 《행정심판법》이 사용한 “판단할 경우”라는 어휘가 주관적인 기준이지만, 어떤 자가 단지 주관적 판단으로 구체적 행정행위가 합법적 권익을 침해하였으면 바로 행정심판신청의 적격자가 된다는 결론을 도출할 수는 없다고 생각된다. 그러나 실무에서는 행정심판기관이 행정심판신청을 수리할 것인가를 결정할 때, 심판을 신청한 국민과 법인, 기타 조직이 신청된 구체적 행정행위와 모종의 이해관계가 존재하는지를 심사하게 되고, 만약 관련이 없을 경우에는 신청인(국민, 법인, 기타 조직)이 주관적으로 자기의 합법적 권익이 침해되었다고 주장할 지라도 해당 신청은 수리될 수 없으며, 법적 신청인 자격을 구비할 수도 없게 된다.

일반적으로 구체적 행정행위가 침해한 당사자는 행정심판의 신청인이 된다. 특정한 조건하에서 신청인의 자격은 변할 수 있다. 《행정심판법》 제10조는 행정심판을 신청할 수 있는 권한이 있는 국민이 사망할 경우, 가까운 친족이 행정심판을 신청할 수 있는데, 가까운 친족에는 그 배우자, 부모, 자녀, 형제자매, 조부모, 외조부모, 손주, 외손주 등을 포함한다고 규정하고 있다. 행정심판을 신청할 수 있는 권한이 있는 법인 또는 그 기타 조직이 해산되

9) 姜明安 主编：《行政法与行政诉讼法》，北京大学出版社·高等教育出版社，1999年版，第291页。

있을 경우, 그 권리를 계승한 법인 또는 기타 조직이 행정심판을 신청할 수 있다.

당사자가 용이하게 행정심판을 신청하도록, 《행정심판법실시조례》는 심판 신청인의 대표제도를 규정하고 있다. 여기에는 다음과 같은 경우를 포함한다. 즉 동업기업이 행정심판을 신청한 경우, 심사승인을 통하여 등록된 기업이 신청인이 되고, 공동으로 업무를 실행하는 동업인은 그 기업의 대표로 행정심판에 참여한다. 법인자격을 갖추지 않는 기타 조직이 행정심판을 신청할 경우, 그 조직의 주요 책임자가 그 조직을 대표하여 행정심판에 참여한다. 주요 책임자가 없는 경우에는, 공동으로 추천하여 선출된 기타 구성원이 그 조직을 대표하여 행정심판에 참여한다. 주식회사의 주주총회, 주주대표 총회, 이사회가 행정기관이 내린 구체적 행정행위가 기업의 합법적 권익을 침해했다고 여기는 경우, 기업의 명의로 행정심판을 신청할 수 있다. 동일한 행정심판 사건 신청인이 5인을 초과할 경우, 1~5명의 대표를 선출하여 행정심판에 참여한다.

2. 행정심판 피신청인

행정심판의 피신청인은 국민, 법인 또는 그 기타 조직이 구체적 행정행위에 불복하여 심판신청을 한 것에 대하여, 행정심판기관이 행정심판에 참여하도록 통지한 행정주체를 말한다. 《행정심판법》과 《행정심판법실시조례》의 규정에 따라, 행정기관과 법률·법규가 권한을 부여한 조직은 행정심판 피신청인의 신분을 갖는다. 그러나 행정기관과 법률의 법규가 권한을 부여한 조직이 어떠한 조건에서 자격있는 피신청인이 될 수 있는지에 대하여 이론적으로는 세 주체인 행정주체, 행위주체와 책임주체의 합치가 요구된다. 즉 행정기관 또는 법률·법규가 권한을 부여한 조직이 행정직권을 가지고, 행정주체자격을 가지고 구체적 행정행위를 시행하며, 법률규정에 따라 해당 행위가 야기한 법적 효과와 책임을 부담할 경우, 해당 행정기관이나 법률법규가 권한을 부여한 조직은 피신청인의 자격을 갖는다. 행정심판 피신청인은 다음과 같은 특징을 갖는다. 먼저, 피신청인은 당연히 행정주체이어야 하고, 피신청인은 반드시 상응하는 행정행위의 행정주체여야 한다. 또한 피신청인은 상응하는

행정행위가 신청인에 의해 고발되어야 하고, 행정심판기관으로 하여금 행정심판에 참가하도록 통지를 받은 행정주체이어야 한다.

《행정심판법》과 《행정심판법실시조례》에 근거하여, 피신청인은 주로 다음과 같은 상황에 해당된다.

1) 구체적 행정행위를 행하는 행정기관은 피신청인이다. 이는 행정심판의 피신청인을 확인하는 일반적 원칙으로, 일반적인 상황에서 구체적 행정행위를 하는 행정주체는 단일한 행정기관이다.

2) 2 또는 2 이상의 행정기관이 공동명의로 동일한 구체적 행정행위를 하는 경우, 행정기관은 공동의 피신청인이 된다. 행정기관과 법률·법규가 권한을 부여한 조직이 공동명의로 구체적 행정행위를 하는 경우, 행정기관과 법률·법규가 권한을 부여한 조직은 공동의 피신청인이 된다. 행정기관과 기타 조직이 공동명의로 구체적 행정행위를 할 경우, 행정기관은 피신청인이 된다.

3) 법률·법규가 권한을 부여한 조직의 구체적 행정행위가 행정심판을 야기하는 경우 그 조직은 피신청인이 된다. 법률·법규가 권한을 부여한 조직의 종류가 다양하고, 피신청인이 확정 될 때, 법률·법규와 규장의 규정과 실제 상황에 근거하여 구체적인 판단을 해야 한다.

4) 하급 행정기관이 법률·법규, 규장의 규정에 따라 상급 행정기관의 승인을 거쳐 구체적 행정행위를 할 경우, 승인기관이 피신청인이 된다.

5) 행정기관이 설립한 파출기관, 내부설치기관 또는 기타 조직이 법률·법규의 수권을 받지 않고 대외적으로 자신의 명의로 구체적 행정행위를 할 경우, 그 행정기관은 피신청인이 된다.

6) 행정기관이 위임한 조직의 구체적 행정행위로 인해 야기된 행정심판은 위임기관이 피신청인이다. 행정위임관계는 대리 관계와 유사하고, 피대리인의 위임기관이 법률결과를 책임진다.

7) 구체적 행정행위를 하는 행정기관이 없어질 경우, 계속적으로 그 직권을 행사하는 행정기관이 피신청인이 된다. 행정기관 주체자격의 상실은 비록 그 권리·의무의 종료를 야기하지만, 행정주체가 본래 실행하던 행정행위는

여전히 효력이 있고, 그 행위의 효력은 그 직권을 계속적으로 행사하는 행정주체가 계승한다. 실천 과정에서는 주로 다음 세 가지 상황이 발생하기도 한다. 즉, i) 구체적 행정행위를 하는 행정기관이 합병될 경우, 피신청인은 합병 후의 행정기관이다. ii) 구체적 행정행위를 하는 행정기관이 해산될 경우, 피신청인은 해산 후, 직권을 계승한 행정기관이다. iii) 구체적 행정행위를 하는 행정기관이 해산하여 그 직권이 소실된 경우, 피신청인은 해산을 결정한 행정기관 또는 해산된 행정기관의 상급 행정기관 또는 지정된 기타 행정기관이다.

사례 2 : 우(吳)모씨는 모市의 개인 사업자로, 해당 市의 용파(永发)시장 동문밖 88호 가옥을 임대하여 양말생산업자에게 양말포장을 해주고 주거를 겸용하는 용도로 사용하였다. 2006년 해당 市의 인민정부가 2006년에 발표한 《2006년 공업·상업, 세수, 물가 대조자의 전개에 관한 통지》(关于开展2006年工商、税收、物价大检查的通知)에 근거하여, 해당 市의 공상국, 세무국, 물가국은 공상세무물가 검사사무실(이하 “三查办”이라 약칭)을 설치하였다. 2006년 4월 9일 오후, “三查办” 사무직원은 永发시장을 검사하였고, 吳모씨가 있는 곳까지 검사를 하여 사업자 등록증없이 불법경영을 하고 있는 것을 발견하였다. 이에 吳모씨에 대하여 800위안의 벌금 처벌을 결정하였고, 吳모씨에게 사업자등록증 신청하여 세금을 납부하도록 명령하였다.

본 사건에서 만약 吳모씨가 “三查办”반의 처벌결정에 불복하여 심판신청을 한 경우, 누가 피신청이 되는가? 《행정처벌법》 제16조에서는 “국무원 또는 국무원으로부터 권한을 부여받은 省, 자치구, 직할시의 인민정부는 행정기관이 관련 행정기관의 행정처벌권을 행사하도록 결정할 수 있다. 다만, 신체자유를 제한하는 행정처벌권은 단지 공안기관만이 행사할 수 있도록 하였다.”고 규정하고 있다. 본 사건에서의 “三查办”은 비록 국무원 결정이나 국무원으로부터 권한을 부여받은 省급 인민정부결정으로 설립된 기관은 아니지만, 정부위임을 받은 행정기구로 간주할 수 있다. 상술한 행정심판 피신청인의 이론에 근거할 경우, 행정기관이 위임한 조직이 내린 구체적 행정행위가 행정심판을 야기할 경우, 위임기관이 피신청인이 된다. 본 사안에서는 市인민

정부가 위임기관이고, 만약 吳모씨가 "三查办"의 처벌결정에 불복한다면 本市의 인민정부를 해당 사안의 피신청인으로 하여 심판을 신청하게 된다.

3. 행정심판의 제3자

행정심판중의 제3자는 행정심판의 대상이 구체적 행정행위와 이해관계가 있는 경우로서, 참가를 신청하거나 또는 행정심판기관이 그 심판과정에 참가하도록 통지한 국민, 법인 또는 기타 조직을 말한다.

(1) 행정심판 제3자의 기본특징

1) 제3자가 구체적 행정행위와 이해관계가 있는 경우, 이러한 이해관계는 행정심판의 대상이 된 행정행위와도 이해관계가 있을 수 있고, 심판결과도 이해관계를 가질 수 있다.

2) 제3자는 반드시 행정심판과정에서 타인의 행정심판에 참여하고, 행정심판이 이미 시작되었어도 종료하기 전에 심판에 참여해야 한다. 만약 행정심판이 이미 개시 되거나 이미 종결되었을 경우에는 제3자의 심판참여 문제가 존재하지 않는다.

3) 제3자는 법률상 독립적인 심판지위를 갖는다. 제3자는 신청인 또는 피신청인과 같이 자신의 합법적 권익을 보호하기 위해 심판에 참여한다. 행정심판에서, 제3자는 독립적인 심판지위를 갖는다. 신청인과 비교할 때, 제3자는 심판을 제기할 수 있는 권리가 없다는 것 외에는 기타의 심판의 권리를 모두 향유하고, 자신의 청구를 제출할 수 있으며, 변론에 참가할 수도 있고, 심판에 대하여 불복하는 경우 소송을 제기할 수 있는 권리도 갖는다.

4) 제3자는 반드시 심판기관의 승인을 거쳐 행정심판에 참가한다. 《행정심판법》 제10조 제3항에 의하면 제3자는 행정심판에 참가 “할 수 있다”는 것이지, 반드시 행정심판에 참가해야 하는 것은 아니다. 국민, 법인 또는 기타 조직을 제3자로 하는 행정심판은 다음 두 가지 상황이 있다. 그 중 하나는 스스로 참가를 신청하는 경우이다. 행정심판 기간에 신청인 이외의 국민, 법인 또는 기타 조직은 대상이 되는 구체적 행정행위가 자기와 이해관계가 있다

고 여길 경우, 행정심판기관에 제3자로서 행정심판에 참가할 것을 신청할 수 있다. 또 다른 방법은 심판기관이 참여를 통지한 경우이다. 행정심판 기간에 행정심판기관이 신청인 이외의 국민, 법인 또는 기타 조직이 대상이 되는 구체적 행정행위와 이해관계가 있다고 여길 경우, 제3자에게 행정심판에 참여하도록 통지할 수 있다. 어떠한 방법에 의하든지 제3자의 심판참여 여부에 대하여는 심판기관이 결정권을 갖는다. 일반적인 상황에서는 제3자가 심판참여를 신청하는 경우, 행정심판기관은 반드시 허락해야 한다. 제3자가 주동적으로 신청을 제출하지 않았으나 행정심판기관이 참여가 필요하다고 판단하는 경우, 그 참여를 통지할 수 있고, 제3자가 참여를 거절하거나 소극적으로 회피를 하더라도 심판사건의 심리에는 전혀 영향을 주지 않는다.

(2) 제3자의 유형

법률·법규의 규정 및 행정심판의 실무사례로 볼 때, 행정심판의 제3자는 주로 다음의 유형을 포함하는 것으로 분류된다.

1) 행정처벌 분쟁의 사건에서, 피처벌인이 심판을 신청하면, 피해자는 제3자가 될 수 있다. 만약 피해자가 심판을 신청하면, 피처벌인이 제3자가 될 수 있다.

2) 행정행위를 통한 권리확정사건에서에 권한이 확인된 민사분쟁의 일방이 행정심판을 신청하는 경우, 타방은 제3자가 될 수 있다.

3) 토지수용이나 주택철거이주 사건에서 토지수용 또는 주택철거 이주 등의 구체적 행정행위로 인해 분쟁이 야기되어 행정심판이 신청된 구체적 행정행위와 기타 이해관계가 있는 경우로서, 당사자가 불복하여 행정심판을 신청하는 경우, 관련 건설단위는 제3자로서 심판에 참여할 수 있다. 또한 특정 상점에서 불량식품을 판매하여 이에 대하여 식품위생감독검사소가 처벌을 진행할 경우로서, 상점이 이에 불복하여 행정심판을 신청하고, 판매된 식품이 모두 특정 생산 공장으로부터 구입한 것일 경우, 그 생산 공장은 제3자로 행정행위에 참여할 수 있다.

4) 2 이상의 행정기관이 상호 모순되는 구체적 행정행위를 하는 경우로서, 이 중 하나의 행정기관이 피심판대상이 된 경우, 다른 하나의 피심판대상이 되지 않은 행정기관은 제3자가 된다.

5) 행정기관이 공동으로 서명하여 처리를 결정한 非행정기관 조직이 제3자가 된다. 해당 조직은 행정기관이 아니고, 법률·법규가 권한을 부여한 조직도 아니지만, 행정주체와 공동으로 서명함으로써 행정행위를 하는 경우이다. 이 경우 해당 조직이 행정주체가 아니기 때문에 당연히 행정심판의 피신청인이 될 수 없다. 다만, 행정심판이 배상과 관련된 사항일 경우, 해당 조직은 제3자로 심판에 참여하여, 상응한 법률적 책임을 부담하여야 한다.

6) 피신청인으로 추가해야 하지만, 신청인이 추가에 동의하지 않는 경우, 반드시 제3자로서 심판에 참여할 수 있도록 통지해야 한다.

7) 하나의 행정처리결정은 동시에 다수 또는 일부가 하는 행정심판의 신청에 영향을 미치기 때문에, 행정심판을 신청하지 않은 자는 제3자가 될 수 있다.

4. 행정심판 대리인

행정심판 대리인은 법률·법규가 규정하거나 또는 행정심판기관이 지정하거나 심판참여자가 위임하여 피대리인의 명의로 행정심판활동에 참여하는 사람을 말한다. 행정심판 대리인은 법정대리인, 지정대리인, 위임대리인으로 나뉜다. 《행정심판법》 제10조는 행정심판을 신청할 수 있는 국민은 금치산자 또는 한정치산자를 대신하여 그 법정대리인으로 행정심판을 신청할 수 있다고 규정하고 있다. 행정심판의 지정대리 문제에 관하여, 법에서는 명확한 규정을 하고 있지 않고, 실무에서도 지정대리인 문제는 여전히 상존하고 있다. 만약 법정대리인이 대리책임을 전가한다면 행정심판기관은 대리인을 지정할 수 있다. 위임대리 문제에 관하여, 《행정심판법실시조례》 제10조는 신청인, 제3자는 1~2명의 대리인에게 행정심판참여를 위임할 수 있다고 규정하고 있다. 신청인과 제3자가 대리인에게 위임할 경우, 행정심판기관에 반드시 수권에 관한 위임서를 제출해야 한다.

수권위임서에는 위임사항, 권한과 기한을 명확하게 기재해야 한다. 국민이 특수한 상황에서 서면위임을 할 수 없을 경우에는 구두위임이 가능하다. 구두위임의 경우, 행정심판기관은 반드시 확인하여 문서에 기록해야 한다. 신청인과 제3자가 위임을 청산하거나 변경할 경우에는 반드시 행정심판기관에 서면으로 보고해야 한다. 피신청인이 대리인에게 위임하여 심판에 참여할 수 있는지의 문제에 대하여는 법에 명확한 규정이 없지만, 학계에서는 두 가지 측면의 의견이 있다. 먼저 피신청인인 행정기관이 대리인을 위임하여 심판에 참여할 수 있는가의 여부, 다른 하나는 실무 진행과정에서 행정기관 공무원이 행정책임자를 대표하여 심판에 참여하는 것이 대리위임인가에 대한 여부이다.¹⁰⁾ 본서는 《행정심판법》이 피신청인이 위임대리인으로 심판에 참여할 수 있는지에 대한 여부가 명확하게 규정되어 있지 않다는 것은, 피신청인이 이를 이유로 책임을 회피하는 것을 우려하기 때문이라는 입장이다. 그러나 피신청인이 스스로 심판에 참여하든지 또는 대리인에게 위임하여 심판에 참여하는지에 관계없이 심판결정은 모두 피신청인에 대하여 이루어지는 것이기 때문에, 피신청인이 법적 책임을 부담하여야 한다. 따라서 피신청인이 대리인에게 위임하여 심판에 참여토록 하는 권리는 인정되어야 하고, 실제 실무에서 광범위하게 이루어지는 행정기관 업무담당자의 심판참여는 사실상 일종의 위임대리관계라고 볼 수 있다.

5. 행정심판기관과 관할

행정심판기관은 법률 규정에 따라 행정심판의 신청을 수리할 권한이 있고, 법에 따라 신청된 행정행위에 대하여 합법성과 적절성을 심사하여 결정하는 행정기관이다. 행정기관 내부에 설립되어 구체적 심판사건을 처리하는 책임을 지닌 기관이 행정심판기관이다. 행정심판기관에 대하여는 아래와 같이 몇 가지 측면에서 이해할 필요가 있다. 즉 i) 행정심판기관은 행정기관으로, 법률·법규가 권한을 부여한 조직은 행정심판기관이 될 수는 없다. ii) 행정심판기관은 행정심판권을 가진 행정기관으로, 모든 행정기관이 행정심판권을 갖는

10) 应松年 主编：《行政法与行政诉讼法学》，法律出版社，2005年版，第433页。

것은 아니다. 예컨대, 향(鄉)·진(鎭) 인민정부는 행정심판기관이 아니다. iii) 행정심판기관은 신청된 행정행위에 대하여 심판관할권을 가진 행정기관이다.

행정심판 관할은 행정심판기관이 심판신청을 수리하는 권한이자 업무기능을 의미한다. 중국 《행정심판법》은 행정심판 관할의 확립에 대하여 중국 행정체계의 각종 관리체계의 구체적 상황을 다양하게 고려하였는데, 구체적으로는 다음과 같은 유형으로 분류된다.

(1) 일반관할

통상적인 상황에서 행정심판 사건은 피신청인의 상급 행정기관이 관할하는데, 구체적으로는 다음과 같은 특징이 있다.

1) 신청인의 관할선택

현급 이상의 지방각급 인민정부 업무부문의 구체적 행정행위에 불복할 경우, 신청인은 행정심판기관을 선택할 수 있다. 즉 해당 부문이 소속된 인민정부에 행정심판을 신청할 수 있거나, 해당 인민정부의 상급 행정주관 부문에 행정심판을 신청할 수 있다.

2) 지방정부 관할

지방 각급 인민정부가 내린 구체적 행정행위에 대하여 불복한 경우, 상급 인민정부가 관할권을 행사한다. 그 중 성(省) 정부가 법에 근거하여 설립한 파출기관(분소), 예컨대, 행정공서(行政公署, 시(市)로 편제되기 전 단계의 지역 행정 기관)는 현급 지방정부의 구체적 행정행위를 대상으로 신청된 심판 사건을 관할할 수 있다.

3) 수직적 지도기관 관할

세관, 금융, 국세, 외국환관리 등의 행정기관과 국가안전기관 등과 같이 수직적 지도체계를 가진 국가행정기관의 구체적 행정행위에 불복하는 경우, 상급 주관부문에 행정심판을 신청할 수 있다. 지방세무, 공상, 약품감독, 품질기술감독, 국토자원 등의 부문과 같이 성급(省級) 이하의 수직적 지도체계를

갖춘 행정기관이 행정심판의 수직적 관할을 실행하는지에 대하여, 《행정심판법》은 명확하게 규정하고 있지 않다. 《행정심판법실시조례》 제24조는 신청인이 국무원의 승인을 거쳐 실행한 성급 이하의 수직적 지도부문의 구체적인 행정행위에 불복할 경우, 해당 부문이 소속된 인민정부 또는 상급 주관부문을 선택하여 행정심판을 신청할 수 있다고 규정하고 있다. 성(省), 자치구(自治區), 직할시(直轄市)가 별도의 규정을 하고 있는 경우에는 성, 자치구, 직할시의 규정에 따라 처리한다.

(2) 특수관할

1) 기관의 자체관할

국무원 부문 또는 성, 자치구, 직할시 인민정부의 구체적인 행정행위에 대하여 불복할 경우에는, 해당 구체적인 행정행위를 행한 국무원 부문 또는 성, 자치구, 직할시 인민정부에 심판을 신청하여야 하고, 국무원에 직접 신청할 수는 없다. 신청인이 2 이상의 국무원 부문이 공동으로 행한 구체적인 행정행위에 불복할 경우, 그 중 임의의 국무원 부문을 선택하여 행정심판신청을 제출할 수 있고, 구체적인 행정행위를 행한 국무원 부문이 공동으로 행정심판결정을 내릴 수 있다. 이러한 유형의 규정은 구체적인 사무를 대상으로 하기보다는 주로 국무원의 지위와 업무의 성질을 고려하여 거시적 측면에서 조정하고 처리해야 한다. 국무원 부문 또는 성, 자치구, 직할시 정부가 내린 심판결정에 대하여 불복할 경우, 법원에 행정소송을 제기하거나 국무원에 최종판정을 신청할 수 있다.

2) 복수 기관의 상급 행정기관 관할

2 또는 2 이상의 행정기관이 공동명의로 행한 구체적인 행정행위에 불복할 경우, 그 공동의 상급 행정기관에 행정심판을 신청할 수 있다. 실무 과정에서는 다음과 같은 네 종류의 상황으로 유형화되어 나타날 수 있다. 즉 i) 동일한 정부에 속하는 2 또는 2 이상의 업무부문이 공동명의로 구체적인 행정행위를 행할 경우 등이 있다. 예컨대, 市공상국, 물가국과 세무국이 공동으로 행정행위를 행하고, 이에 대하여 불복하여 신청한 심판은 그 소속 정부가 관

할한다. ii) 동일하지 않는 급의 정부 소속의 2 또는 2 이상의 업무부문이 공동명의로 구체적 행정행위를 행하고, 이에 불복하여 신청한 심판은 이들 급을 지도하는 위치에 있는 정부에서 관할한다. iii) 2 또는 2 이상의 지방인민정부가 공동으로 행한 구체적 행정행위에 불복하여 신청한 행정심판은, 공동으로 구체적 행정행위를 행한 정부의 상급 정부가 관할한다. iv) 행정기관과 법률·법규의 수권을 받은 조직, 또는 2 또는 2 이상의 법률·법규의 수권을 받은 조직이 공동명의로 행한 구체적 행정행위에 대하여는 이들 조직을 공동으로 지도 또는 주관하는 위치에 있는 행정기관이 관할한다.

3) 파출기관 및 파출기구의 관할

현급 이상의 지방인민정부가 법에 따라 설립한 파출기관(지역 행정관서(行政公署), 주민센터(街道辦事處), 구公所(區公所)를 포함)의 구체적 행정행위에 불복할 경우, 해당 파출기관을 설립한 인민정부에 심판을 신청하고, 정부 업무부문이 법에 근거하여 설립한 파출기구가 법률·법규 또는 규장의 규정에 따라 자신의 명의로 행한 구체적 행정행위에 불복하는 경우, 해당 파출기구를 설립한 부문 또는 해당 부문이 소속된 지방인민정부에 행정심판을 신청한다.

4) 법률·법규로부터 권한을 부여받은 조직의 관할

법률·법규로부터 권한을 부여받은 조직이 행한 구체적 행정행위에 불복할 경우, 해당 조직을 직접 관리하는 지방인민정부, 지방인민정부의 부문 또는 국무원 부문에 각각 행정심판을 신청한다.

5) 폐쇄된 행정기관의 관할

폐쇄된 행정기관이 취소전에 행한 구체적 행정행위에 불복할 경우, 해당 직권을 행사하는 행정기관의 상급 행정기관에 행정심판을 신청한다.

(3) 현급 정부 이송 관할

특수한 상황 하의 심판 관할에 대하여, 신청인은 《행정심판법》 제15조 제2항에 따라 구체적 행정행위가 발생한 지역의 현급 지방인민정부에 행정심판

신청을 제출할 수 있다. 해당 현급 지방 정부는 심판신청을 받은 날로부터 7 일 이내에 해당 신청을 관련 행정심판기관으로 이송해야 한다고 규정하고 있는 데, 이는 행정심판의 국민 편리 원칙을 충분히 구현하고 있다고 평가된다.

(4) 심판의 이송 관할

심판기관이 이미 수리한 심판 사건이 심사를 통해 스스로 해당 사건에 대한 관할권이 없다는 것을 발견할 경우, 해당 사건은 관할권을 갖는 심판기관에 이송하여 관할한다.

(5) 지정관할

관할권에 분쟁이 발생하는 경우, 관할권을 서로 전가하거나 서로 행사하고자 하는 현상을 방지하기 위하여 관련 기관이 심판 관할기관을 지정하여 행사하도록 해야 한다. 《행정심판법》은 행정기관이 심판관할로 인해 분쟁이 발생하면, 분쟁 쌍방이 협의를 통해 해결하도록 규정하고 있다. 합의를 도출하지 못할 경우에는 공동의 상급 행정기관이 관할을 지정한다.

심판의 피신청인과 심판기관의 대응관계는 아래의 표와 같이 정리할 수 있다.

심판 피신청인	심판기관
현급 이상 지방정부 기능부문	본 급 정부 또는 상급 주관 부문(성, 자치구, 직할시가 따로 규정한 경우, 규정에 따라 처리)
성급 이하 수직적 지도를 실행하는 기관(지방세, 품질기술 감독, 국토자원, 상공, 약품 감독)	
지방의 국가안전기관	상급 주관 부문
전국 범위 내에 수직적 지도를 실행하는 기관(세관, 금융, 국세, 외환)	
향, 진, 현, 시 인민정부	상급 정부
성의 部급 기관 또는 조직	본 기관 또는 조직
파출기관(行政公署, 街道辦事處, 區公所)	해당 파출기관을 설립한 정부

심판 피신청인		심판기관
파출 기구	정부 사업부문의 파출 기구	해당 부문 또는 해당 부문의 본급 정부
	非지방정부 사업부문의 파출기구	해당 기구를 직접 관리하는 기관
법률·법규로부터 권한을 받은 조직		해당 조직을 직접 관리하는 기관
공통의 행정행위를 행하는 복수의 기관		공통의 상급 기관
原행정기관으로부터 폐쇄된 후, 계속적으로 직권을 행사하는 행정기관		상급 기관

사례 3 : 1997년, 왕(王)모씨는 개인 자동차정비 서비스센터를 개업하기 위해 지역 세무기관에 세무등기업무를 처리하였다. 1999년, 모區의 세무파출기구 제2세무서 검사인원은 王모씨가 사용한 영수증을 검사하였고, 영수증 사본이 없고, 사본이 폐기된 상황을 발견하였다. 이에 따라 市 정부 제13호로 王모씨에게 벌금 1000위안을 부과하였다. 王모씨는 이에 불복하여, 전체 벌금을 납부한 후, 시 세무국에 행정심판을 신청하였는데, 市 세무국은 해당 지역의 세무파출기구로 하여금 본안의 행정심판을 책임지도록 결정하였다.¹¹⁾

본 사건에서 주목할 사항은 시 세무국의 결정이 정확한가에 대한 것이다. 행정주체에 관한 이론적 분석을 통해 보건대, 파출기관은 정부의 업무부문이 필요에 의해 일정 행정구역내에 설치한 파출조직으로 이해된다. 파출기관은 일반적으로 행정주체의 자격을 갖지 않고, 법률·법규의 명확한 규정이 있을 경우 또는 수권이 있을 경우에만 직접 스스로의 명의로 행정관리행위를 할 수 있으며, 수권적 행정주체의 자격을 향유할 수 있게 된다. 본 사안에서 모區의 세무분국 제2세무서는 모區세무분국의 파출기구이고, 《세수관리법》은 세무서에게 조세징수 관리의 직권을 행사할 수 있도록 명확히 권한을 부여하고 있다는 점에서 세무서는 독립적인 법적 지위를 향유하고 있다.

11) 사례는 다음 참조: 王贞琼、任文东 主编 : 《行政复议法新释与例解》. 同心出版社, 2000年版, 第228页。

《행정심판법》은 정부 업무부문이 법에 근거하여 설립한 파출기구가 법률·법규 또는 규장의 규정에 따라 자신의 명의로 행한 구체적 행정행위에 불복할 경우, 파출기구를 설립한 부문 또는 해당 부문의 지방인민정부에 행정심판을 신청할 수 있도록 규정하고 있다. 본 사건의 상황으로 보건대, 세무서의 행정처벌결정에 대한 불복은 모區 세무파출기구를 대상으로 심판을 제기할 수 있고, 모區 인민정부를 상대로 심판을 제기할 수 있다. 다만, 市세무국을 대상으로는 행정심판을 제기할 수 없다. 따라서 본안에서 市 세무국이 모區 세무파출기구에 이 사안을 책임지고 심판하도록 한 것은 정확한 결정이다.

제 4 절 행정심판의 신청과 수리

1. 신 청

행정심판은 신청에 의한 행위이므로, 행정상대방의 신청이 전제조건이 된다. 만약 행정상대방이 신청을 제출하지 않으면 행정심판기관은 주동적으로 관할할 수 없다. 《행정심판법》과 《행정심판법실시조례》의 규정에 근거하여 행정심판신청은 반드시 아래의 조건에 부합해야 한다.

1) 신청인 자격에 부합

신청인은 구체적 행정행위가 그 합법적 권익을 침해했다고 간주되는 국민, 법인 또는 기타 조직이다.

2) 명확한 피신청인

행정심판 신청인은 반드시 신청서에 피신청인을 명확하게 밝혀야 한다. 피신청인의 확정은 반드시 《행정심판법》과 《행정심판법실시조례》의 규정에 근거해야 한다.

3) 구체적인 행정심판 요구 및 사실근거

일반적으로 신청인의 행정심판 요청은 통상적으로 5가지 유형이 있다.

- ① 심판기관에 위법적인 구체적 행정행위의 철폐를 청구하는 경우
- ② 심판기관에 명확하게 부당한 구체적 행정행위의 변경을 청구하는 경우
- ③ 심판기관에 피신청인이 법률·법규, 규장이 규정하는 직책의 이행명령을 청구하는 경우
- ④ 심판기관에 구체적 행정행위의 위법을 확인해 줄 것을 청구하는 경우
- ⑤ 심판기관에 피신청인의 손실배상명령을 청구하는 경우

4) 행정심판 범위

신청인이 심판을 신청한 사항은 반드시 《행정심판법》 규정의 범위에 부합해야 한다.

5) 행정심판신청을 접수받은 행정심판기관의 직책범위

행정심판신청은 반드시 관할권이 있는 행정심판기관에 신청해야 하고, 행정심판기관은 자신의 관할에 속하지 않는 행정심판 사건을 수리할 권한이 없다.

6) 절차조건에 부합

① 법정기한내에 행정심판을 신청한다. 신청인이 구체적 행정행위가 그 합법적 권익을 침해했다고 판단할 경우, 그 구체적 행정행위를 인지한 날로부터 60일 이내에 행정심판신청을 제출해야 한다. 다만, 법률에서 60일을 초과하는 신청기한을 규정하는 경우에는 해당 법률규정을 기준으로 한다. 예컨대 《특허법》 제41조는 “신청인이 국무원 특허 행정부문이 신청을 기각한 결정에 대하여 불복할 경우, 통지를 받은 날로부터 3개월 이내에 특허 재심사위원회에 재심사를 청구할 수 있다”고 규정하고 있다.

법률에 규정된 신청기한이 60일 이하일 경우에는 《행정심판법》의 규정을 기준으로 한다. 즉, 행정심판의 신청기한은 60일 이상이거나 같아야 하고, 60일 이하일 수는 없다. 이는 국민편의를 도모하고자 하는 행정심판원칙의 실현이기도 하다.

“구체적 행정행위를 인지한 날”을 어떻게 확정할 것인가에 대하여는 《행정심판법실시조례》가 비교적 상세한 규정을 하고 있다. 현장에서 구체적 행정행위를 행한 경우에는 구체적 행정행위가 발생한 날로부터 계산한다. 구체적 행정행위를 명확하게 기록한 법률문서를 직접 송달할 경우에는 송달인이 수령확인 서명을 받은 날로부터 계산한다. 구체적 행정행위를 명확하게 기록한 법률 문서를 우편송달할 경우에는 송달인이 우편 수취증 상에 수령 확인 서명을 받은 날로부터 계산한다. 우편 수취증이 없을 경우, 송달인이 우편배달 확인증 상에 서명을 받은 날로부터 계산한다. 행정기관이 구체적 행정행위를 행할 때 국민과 법인 또는 기타 조직에게 고지하지 않고 사후에 보충하여 고지한 경우, 해당 국민과 법인 또는 기타 조직은 행정기관이 보충하여 고지한 통지를 받은 날로부터 행정행위를 인지한 날로 계산한다. 피신청인이 국민, 법인 또는 기타 조직이 구체적 행정행위를 인지하였다는 것을 증명할 수 있는 경우, 증거자료가 증명하는 구체적 행정행위를 인지한 날로부터 계산한다. 행정기관이 구체적 행정행위를 행하고, 법에 따라 관련 국민과 법인 또는 기타 조직에게 법률 문서를 송달하거나 아직 송달하지 않은 경우, 해당 국민, 법인 또는 기타 조직은 해당 구체적 행정행위를 인지하지 못했다고 간주된다.¹²⁾

② 동일한 행정심판 신청이 행정심판기관에 의해 수리되지 않을 경우, 인민법원 역시 동일한 주체가 동일한 사실에 대하여 제기한 행정소송을 수리하지 않는다.

③ 신청방식이 법률규정에 부합하여야 한다. 행정심판은 《행정심판법》 제 11조에 따라 다음과 같은 서면신청과 구두신청으로 진행된다. 즉 i) 서면신청은 신청인이 행정심판기관에 서면으로 신청서를 제출하는 방식이다. 제출 방식에는 직접신청, 우편, 위임, 팩시밀리, 전자우편 등을 통해 할 수 있고, 신청서는 일반적으로 신청인 기본사항, 피신청인 명칭, 행정심판 청구, 사실과 이유, 발송한 행정심판기관과 행정심판신청을 제출한 일자 등의 내용을 포함해야 한다. ii) 구두 신청은 신청인 또는 그 위임대리인이 직접 행정심

12) 《行政复议法实施条例》 제15조.

판기관을 방문하여 제출해야 한다. 행정심판기관은 신청인의 기본상황, 행정심판 청구, 행정심판신청의 주요사실, 이유와 시간을 기록하여야 하고, 사무인원이 정확히 기록한 후에 신청인에게 이를 검토하게 하거나 신청인에게 낭독하게 하며, 이를 신청인의 서명으로 확인하여야 한다.

7) 법률·법규규정의 기타 조건

2. 수 리

(1) 수리의 원칙과 불수리 예외

행정심판은 행정기관이 법에 따라 행정분쟁을 해결하고 사회 모순을 해소함으로써 정부와 국민 대중의 관계를 밀접하게 하는 중요한 수단이 된다. 행정심판을 통해, 행정기관은 적극적으로 위법적이거나 부당한 구체적 행정행위를 교정하고, 행정분쟁을 초기 단계에서 행정체계 내부적으로 해소함으로써 법원소송의 부담을 경감시킨다. 따라서 국민과 법인 또는 기타 조직에서 제출한 행정심판신청에 대하여 행정기관은 심판절차를 활용하고 적극적으로 수리하여야 한다. 《행정심판법실시조례》 제27조는 “국민과 법인 또는 기타 조직이 행정기관의 구체적 행정행위가 그 합법적 권익을 침해했다고 판단하여 행정심판을 신청하는 경우, 행정심판법과 조례가 규정하는 신청 조건에 부합하지 않는 경우를 제외하고, 행정심판기관은 반드시 수리해야 한다.”고 규정하고 있다. 《행정심판법실시조례》 제31조는 또한 “행정심판법 제20조의 규정에 따라, 상급 행정기관이 행정심판기관의 행정심판신청 불수리 이유가 타당하지 않다고 판단하는 경우에는 먼저 그 수리를 독촉할 수 있고, 독촉에도 불구하고 여전히 수리하지 않을 경우에는 기한을 정하여 수리하도록 명할 수 있으며, 필요한 경우에는 직접 수리할 수 있다. 행정심판신청이 법적 수리 조건에 부합하지 않는 경우에는 신청인에게 고지하여야 한다.”고 규정하고 있다.

(2) 수리기관의 확정

신청인이 동일한 사항에 대하여 2 또는 2 이상의 수리권한을 가진 행정기관에게 행정심판을 신청한 경우, 가장 먼저 행정심판신청을 받은 행정기관이

수리한다. 동시에 행정심판신청을 받은 경우, 행정심판신청을 받은 행정기관은 10일 이내에 협상을 통해 확정하여야 한다. 합의를 도출하지 못한 경우에는 신청을 받은 기관 공동의 상급 행정기관이 10일 내에 수리기관을 지정하여야 한다. 합의를 통해 수리기관을 확정하거나 수리기관을 지정하는 데 소요된 시간은 행정심판 심리 기한에 포함하지 않는다.

3. 행정심판신청에 대한 심사와 처리

(1) 심 사

행정심판기관이 행정심판신청을 받은 후, 일반적으로 다음 사항에 대하여 심사를 진행하여야 한다. 즉 i) 신청인이 법정 자격을 갖추었는지에 대한 여부. 즉, 본인의 권익이 침해될 받는지에 대한 여부와 침해된 권익이 합법적 권익인지 여부, 신청인과 구체적 행정행위 간에 법적 이해관계가 존재하는지 여부. ii) 피신청인이 명확하게 확정되었는지 여부. iii) 구체적인 행정심판 청구와 사실에 근거하는지에 대한 여부. iv) 행정심판 범위에 속하는지에 대한 여부. v) 법정 신청 기한내에 신청을 제출했는지에 대한 여부와 법정 신청 기한을 초과하였을 경우 정당한 이유가 있는지의 여부. vi) 기타 수리 권한이 있는 행정기관에 이미 심판신청을 제출하였는지, 또는 인민법원에 이미 행정소송을 제기 하고 인민법원이 이를 수리하였는지의 여부. 이는 행정상대방이 행정심판을 중복하여 신청할 수 없기 때문에 행정상대방이 인민법원에 행정소송을 제기하고, 인민법원이 이미 법에 따라 수리한 경우에는 다시 행정심판을 신청할 수 없기 때문이다. vii) 반드시 본 기관이 수리 또는 관할해야 하는지에 대한 여부.

(2) 처 리

행정심판기관은 심판신청에 대하여 심사를 진행한 후, 반드시 5일 이내에 다음과 같은 처리를 하여야 한다.

1) 수 리

행정심판신청이 법정 조건에 부합하는 경우, 반드시 수리해야 하고, 행정

심판 수리 통지서를 작성하여 신청인에게 고지하여 심판절차에 진입한다.

2) 불수리

행정심판신청이 법정 조건에 부합하지 않는 경우에는 불수리 결정을 하고, 불수리 결정서를 작성하여 신청인에게 송달해야 한다. 이때 불수리의 이유를 고지하고, 소송권리와 제소기한을 고지해야 한다. 만약 신청인이 불수리 결정에 불복하면, 두 가지 종류의 구제방법이 있다. 즉 첫째 《행정심판법》 제 20조에 근거하여, 심판기관의 상급기관에 보고하고, 만약 상급기관이 행정심판기관이 내린 불수리의 이유가 부당하다고 여길 경우, 상급 행정기관이 심판신청의 수리를 명령하며, 필요한 경우에는 상급 행정기관이 직접 수리할 수 있다. 둘째, 법에 근거하여 행정소송을 제기할 수 있다. 행정심판기관이 불수리 결정을 하거나, 수리 후 행정심판기한을 초과하여 회신하지 않을 경우, 국민과 법인 또는 기타 조직은 법에 근거하여 불수리 결정서를 받은 날 또는 행정심판 만기일로부터 15일 내에 인민법원에 행정소송을 제기할 수 있다.

3) 고지

행정심판신청이 법정조건에는 부합하지만 본 기관의 수리범위에 속하지 않는 경우에는, 서면으로 신청인에게 관련 행정심판기관에 제출하도록 고지해야 한다.

4) 신청자료 보완

행정심판신청 자료가 미비하거나 또는 기재가 명료하지 않을 경우, 행정심판기관은 그 행정심판신청을 받은 날로부터 5일 이내에 서면으로 신청인에게 보완하도록 통지한다. 통지는 보완이 필요로 한 사항과 합리적인 보완기한을 명료하게 기재해야 한다. 정당한 이유없이, 기한을 넘겨 보완하지 않는 경우에는 신청인이 행정심판신청을 포기한 것으로 간주한다. 신청자료 보완에 이용된 시간은 행정심판 심리기한 계산에 포함하지 않는다.

제 5 절 행정심판의 심리, 결정과 집행

1. 심판심리

행정심판기관이 심판신청을 수리한 후, 구체적 행정행위가 근거로 하는 사실과 규범성 문건을 전면적으로 심사하고, 최종적 심판결정을 하여야 한다. 행정심판의 심리는 주로 다음과 같은 절차를 포함한다.

(1) 신청전의 준비

《행정심판법》과 《행정심판법실시조례》 및 행정심판 사례로 보건대, 심리 전에는 다음과 같은 업무를 완전하게 종료하여야 한다.

1) 피신청인에게 신청서의 복사본을 송달

심판기관은 수리한 날로부터 7일 이내에 심판신청서 사본을 피신청인에게 발송해야 한다.

2) 당사자 변경 또는 추가

행정심판기관이 피신청인이 부적절하다고 판단하는 경우, 신청인에게 변경을 요구할 수 있다.

3) 피신청인은 심판신청서 복사본을 받은 날로부터 10일 이내에 행정심판기관에 구체적 행정행위에 관련된 자료나 증거를 제출해야 하고, 답변서를 제출하여야 한다.

(2) 심리 방식

《행정심판법》 제22조의 규정에 근거하여, 행정심판은 원칙적으로 서면심사 방식에 의한다. 서면심사를 원칙으로 하고, 구두심사를 예외로 한다. 이는 주로 행정적 효율을 보장하기 위한 것으로, 행정심판이 행정소송과 구별되는 중요한 요소 중의 하나이다. 그러나 행정심판의 공정성을 보장하기 위해, 《행

정심판법》은 신청인의 요구 또는 심판기관의 필요에 따라 관련 조직과 개인에 대하여 상황을 조사하고 신청인과 피신청인, 제3자의 의견을 청취할 수 있다.

《행정심판법》은 행정심판기관이 어떠한 방식을 통해 의견을 청취하는지에 대한 명확한 규정이 없지만, 행정심판의 준 사법성 더욱 강화하기 위해 《행정심판법실시조례》는 증거청취 방식을 규정하고 있다. 동 조례 제33조는 행정심판기관이 필요하다고 판단하는 경우 증거확인을 위한 현지조사를 할 수 있다고 규정하고 있다. 신청인의 요구 또는 행정기관이 필요하다고 판단하는 경우, 중대하고 복잡한 사안에 대하여는 증거청취 방식을 채택하여 심리할 수 있다. 서면심사는 국민의 편의와 효율성 제고에는 유리한 반면, 비공개와 감독의 결여라는 측면에서는 부정적 측면으로 작용한다. 실제 사례에서는 사안이 복잡하고 분쟁이 비교적 크고, 관련 증거의 불일치가 심각하거나 사회에 비교적 큰 영향을 주는 사안에 대하여는 반드시 최대한 증거청취의 방식을 채택함으로써 심판결정의 객관성과 공정성을 보장해야 한다.¹³⁾

(3) 심사 내용

행정심판기관은 행정분쟁 사건을 심사할 때, 구체적 행정행위가 합법적이고 적당한지 여부 뿐만 아니라, 구체적 행정행위가 근거하는 사실과 규범성 문건에 대하여도 전면적으로 심사하게 된다. 이때 행정심판 신청범위의 제한을 받지 않는 것은 행정심판이 행정소송과 구별되는 분명한 특징 중의 하나이다.

구체적 행정행위의 합법성에 대하여, 해당 구체적 행정행위의 주체와 절차, 권한과 내용이 법률규정에 부합하는가를 주로 심사한다. 구체적 행정행

13) 《행정심판법실시조례》 공포 전, 지방과 국가기관이 행한 다수의 행정심판 사례에서 증거청취 방식을 통해 증거를 채취하여 조사하여 왔다. 예컨대, 관세청이 1999년에 반포한 《〈행정심판법〉에 시행에 관한 방법》은 상세한 규정을 제정하였다. 즉 제26조는 “심판기구(이하 ‘심판기구’라 함)는 유관조직과 인원의 상황을 조사하고, 신청인, 피신청인, 제3자의 의견을 청취한다. 심판인원은 2명을 넘지 않고, 반드시 유관인원은 법집행의 증거를 제시해야 한다. 심판기구는 상황을 조사하고, 의견을 청취하여 반드시 기록으로 남겨야 하고, 피조사인원과 심판인원이 공동으로 서명하여 확인한다. 필요한 경우, 심판기구는 상황을 조사하고, 증거청취방식을 채택하여 의견을 청취한다. 증거청취는 세관 행정심판 기관소재지에서 거행할 수 있고, 피신청인 또는 신청인 소재지에서 거행할 수도 있다.”고 규정하고 있다.

위의 적합성 또는 합리성과 관련하여, 주로 법적 목적 부합성, 동기의 정당성, 정당한 고려를 하고 있는가, 평등과 비례원칙에 부합하는가 등을 주로 심사한다.

(4) 증거규칙

1) 피신청인의 책임

《행정심판법》은 신청인이 입증책임을 져야 한다는 명확한 규정을 하고 있지 않지만, 《행정심판법》의 기타 조항과 행정심판의 사례 분석을 통해 보건대, 다음과 같은 결론을 도출할 수 있다. 즉, 행정심판과정에서 피신청인은 모든 구체적 행정행위가 합법적이고 합리적이었다는 것을 증명할 책임이 있다. 예컨대, 본법 제23조는 피신청인은 반드시 행정심판기관이 발송한 신청서 사본 또는 신청 기록 사본을 받은 날로부터 10일 내에 당시 구체적 행정행위를 행한 증거와 근거, 기타 관련 자료를 제출하여야 한다고 규정하고 있다. 이는 행정심판 절차에서 피신청인이 주로 입증책임을 부담한다는 것을 의미한다. 만약 피신청인이 기간내에 관련 증거를 제출하지 않은 경우, 그가 행한 구체적 행정행위는 증거없음으로 간주되고, 행정심판기관은 직접 구체적 행정행위를 취소할 수 있다.

《행정심판법》제24조는 행정심판과정에서 피신청인은 스스로 신청인 및 기타 관련 조직 또는 개인으로부터 증거를 수집할 수 없다. 이는 구체적 행정행위가 반드시 “선 증거수집, 후 판정”하여야 하는 원칙을 구현해야 하기 때문이다. 그러나 피신청인이 구체적 행정행위를 행할 때 이미 수집하였으나 불가항력 등의 사유로 인해 제공할 수 없었거나, 또는 신청인이나 제3자가 행정심판과정에서 피신청인의 구체적 행정행위 과정에서 제출하지 않았던 반박 사유 또는 증거를 제출하는 경우에는, 행정심판기관의 승인을 통해 피신청인 또한 관련 증거를 보완할 수 있다.

2) 신청인의 책임

신청인은 행정심판과정에서 때로 일정한 증명의 의무를 부담하는데, 다음과 같은 사항을 포함한다. 즉 i) 피신청인이 법정직책을 이행하지 않았다고

판단하는 경우, 피신청인에게 법정 직무를 이행하도록 요구하고 피신청인이 이행하지 않았다는 증명자료의 제공, ii) 행정심판을 신청할 때 행정배상 청구를 함께 제출한 경우에는 구체적 행정행위에 의해 침해되고 야기된 손해의 증명자료 제공, iii) 법률·법규가 신청인에게 제공하도록 요구하는 기타 정황에 관한 증거자료의 제공.

3) 행정심판기관의 증거 수집

관련 기관과 직원에 대한 조사와 증거수집, 문건과 자료열람은 《행정심판법》이 규정하는 행정심판기관의 법정 직책이자 직권이다. 《행정심판법》 제22조는 “행정심판은 원칙적으로 서면심사 방법을 채택하지만, 신청인이 요구하거나 행정심판기관의 법제 업무부문이 필요하다고 판단하는 경우, 관련 조직과 개인에 대하여 상황을 조사하고 신청인, 피신청인, 제3자의 의견을 청취할 수 있다.”고 규정하고 있다. 여기서 규정하는 “상황조사”의 심사방식은 행정기관에게 증거수집의 요구를 포함한다. 행정심판기관이 증거를 수집하는 목적은 사건을 철저히 조사하는데 있고, 피신청인의 구체적 행정행위가 합법적이고 적절하였다는 증거를 찾는 데 있는 것은 아니다. 행정심판기관이 수집, 보충한 증거는 구체적 행정행위의 증거로써 보전되지는 않지만, 원래의 구체적 행정행위를 철회하거나 변경, 또는 구체적 행정행위가 위법, 부당 또는 무효라는 증거를 확인하는 데는 사용될 수 있으며, 이는 행정심판기관이 피신청인에게 편파적일 수 있는 태도를 회피할 수 있다는 점에서 유용하다. 이 외에 행정심판기관의 채증 조사는 일반적으로 2인 이상이어야 한다.

(5) 행정심판신청의 철회

행정심판을 신청하는 것은 심판신청인의 권리이고, 신청인은 심판과정일지라도 심판결정이 내려지기 전에는 심판신청을 철회하거나 심판절차를 중지시킬 수 있는 권리가 있다. 《행정심판법》 제25조는 “행정심판결정이 내려지기 전, 신청인이 행정심판신청 철회를 요구하는 경우, 그 이유를 설명한 후 철회할 수 있다. 행정심판신청을 철회할 경우, 행정심판은 중지된다.”고 규정하고 있다. 《행정심판법실시조례》 제38조는 “신청인이 행정심판결정이 내

러지기 전에, 자진하여 행정심판신청을 철회할 경우, 행정심판기관의 동의를 거쳐 철회할 수 있다. 신청인이 행정심판신청을 철회할 경우, 동일한 사실과 이유로 행정심판신청을 다시 제출할 수 없다. 그러나 신청인이 행정심판신청의 철회가 진정한 의사표시에 위배되었다는 것을 증명할 수 있는 경우는 제외한다." 고 규정한다.

상술한 규정으로 보건대, 철회신청은 아래의 조건에 부합해야 한다. 즉 i) 철회인은 반드시 신청인 또는 그 대리인이어야 한다. ii) 철회는 반드시 자발적이어야 하고, 협박을 받거나 신청인의 진정한 의의에 위배되어서는 안 된다. iii) 사건수리 후, 심판결정이 내려지기 전에 제출해야 한다. iv) 심판철회신청은 반드시 이유를 설명해야 한다. v) 철회신청은 반드시 행정시의 기관의 동의를 거쳐야 한다. vi) 신청인이 행정심판신청을 철회할 경우에는, 신청인이 행정심판철회의 신청이 자신의 진정한 의사에 위배된다는 것을 증명할 수 있는 경우를 제외하고는, 동일한 사실과 이유에 대하여 다시 행정심판을 신청할 수 없다. 실무과정에서, 신청인이 철회를 요구하는 것은 다양한 원인에 근거하는데, 예컨대, 원래의 구체적 행정행위가 합법적이었다고 인정하여 철회하는 경우, 또는 피신청인과 화해를 통해 철회하는 경우, 또는 외부 압력과 기망에 의해 철회하는 경우, 또는 법을 회피할 목적으로 철회하는 경우 등이 이러한 원인에 해당한다. 이중 많은 경우 법을 회피할 목적이거나 타인의 이익 또는 공공이익을 훼손할 상황에 해당된다는 점에서, 법은 행정심판기관으로 하여금 반드시 신청인이 신청한 철회이유에 대한 조사와 심사를 진행하도록 규정하고 있다. 행정심판기관의 심사를 통해 신청인의 철회신청이 타인의 협박이나 기망, 불법적인 개입, 철회신청이 제3자의 합법적 권익이나 공공이익을 침해하는 경우, 또는 행정주체의 착오행위를 은폐하는 경우에는 철회신청을 허락하지 않아야 한다.

행정심판기관이 신청인의 철회신청을 인정할 경우, 행정심판은 종료된다. 행정심판기관은 반드시 서면결정을 작성하여 신청인과 피신청인, 제3자에게 발송하여야 한다. 철회신청 후, 만약 여전히 행정소송 기한을 초과하지 않으면, 신청인이 원래의 구체적 행정행위에 대하여 법원에 행정소송을 제기할

수 있다. 《최고인민법원의 중국행정소송법 집행에 관한 약간 문제에 관한 해석》 제35조는 “법률·법규가 행정심판이 행정소송 제기하기 위한 필수적 절차라고 규정하고 있지 않고, 국민과 법인 또는 그 기타 조직은 심판기관에 행정심판을 신청한 후, 심판기관의 동의를 통해 심판신청을 철회한 경우에는 법정 제소기한내에 원래의 구체적 행정행위에 대하여 소송을 제기한 경우 인민법원은 반드시 법에 따라 수리해야 한다.” 고 규정하고 있다. 이는 법률·법규 규정이 심판을 선행하여야 하는 조건으로 규정하는 경우 신청인은 신청을 철회 한 후, 법정 제소기한 이내인 경우에도 행정소송을 다시 제기할 수 없다는 것을 의미한다.

(6) 행정심판 중지

행정심판의 진행기간에 다음과 같은 상황이 발생하여 행정심판 사건의 심리에 영향을 줄 경우 행정심판을 중지한다. 즉 i) 신청인인 자연인이 사망하고, 그 근친속이 행정심판참여 여부를 아직 확정하지 못한 경우, ii) 신청인인 자연인이 행정심판참여 능력을 상실하고, 행정심판에 참여할 법정대리인을 아직 확정하지 못한 경우, iii) 신청인의 법인 또는 기타 조직이 해산되고, 권리·의무 계승인을 아직 확정하지 못한 경우, iv) 신청인인 자연인이 행방불명이거나 실종 선고된 경우, v) 신청인, 피신청인이 불가항력으로 인해 행정심판에 참여하지 못한 경우, vi) 사건이 법률적용 문제와 관계되는 경우로 관련기관의 해석 또는 확인이 필요한 경우, vii) 사건 심리가 기타 사건의 심리 결과에 근거해야 하는 경우로, 기타 사건이 아직 심리 결과를 도출하지 못한 경우, viii) 기타 행정심판의 중지가 필요한 경우 등이 있다.

행정심판 중지의 원인이 해소된 후, 행정심판기관은 반드시 신속하게 행정심판 사건의 심리를 회복해야 한다. 행정심판기관이 행정심판 사건의 심리를 중지 또는 회복하는 경우 반드시 관련 당사자에게 고지해야 한다.

(7) 행정심판 종료

행정심판 기간에 특정한 상황의 발생으로 인해 행정심판을 계속 진행할 의미가 없는 경우, 행정심판은 종료된다. 즉 i) 신청인이 행정심판신청의 철

회를 요구하여, 행정심판기관이 철회를 허가한 경우, ii) 신청인인 자연인이 사망하고, 근친속이 없거나 그 근친속이 행정심판의 권리를 방치한 경우, iii) 신청인의 법인 또는 기타 조직이 해산되고, 그 권리·의무의 계승인이 행정심판 권리를 방치한 경우, iv) 신청인과 피신청인이 행정심판기관의 허가를 통해 화해를 달성한 경우, v) 신청인이 행정구류 또는 신체의 자유를 제한하는 행정강제조치에 대하여 불복하여 행정심판을 신청한 후, 신청인의 동일한 위법 행위가 범죄의 혐의가 있는 경우로서 해당 행정 구류 또는 신체 자유를 제한한 행정강제조치가 형사구류로 변경된 경우 등이 있다.

이외에 다음의 원인으로 행정심판이 중지되고, 60일 이내 여전히 행정심판 중지원인이 해소되지 않은 경우, 행정심판은 종료된다. 즉 i) 신청인인 자연인이 사망하고, 그 근친속이 행정심판의 참가여부를 아직 확정하지 못한 경우, ii) 신청인인 자연인이 행정심판참여 능력을 상실하고, 행정심판에 참여할 법정대리인을 아직 확정하지 못한 경우, iii) 신청인의 법인 또는 기타 조직이 해산되고, 아직 그 권리·의무 승계인을 확정하지 못한 경우 등이 있다.

(8) 심판기간 중 구체적 행정행위의 효력

《행정심판법》 제21조는 행정심판기간 중 구체적 행정행위의 집행이 정지되지 않는다고 규정하고 있다. 그러나 다음 상황에 해당하는 경우에는 집행을 정지할 수 있다. 즉 i) 피신청인이 집행정지가 필요하다고 판단하는 경우, ii) 행정심판기관이 집행정지가 필요하다고 판단하는 경우, iii) 신청인이 집행정지를 신청하고, 행정심판기관이 이러한 요구가 합리적이라고 판단하여 집행정지를 결정할 경우, iv) 법이 집행정지를 규정한 경우. 이때의 법률은 전국인민대표대회 및 그 상무위원회에서 통과된 법률에 한한다.

결국, 행정심판 기간에도 《행정심판법》이 규정한 상황에 부합하는 경우를 제외하고는, 심판이 신청된 구체적 행정행위가 일률적으로 그 집행이 정지되지 않는다는 것을 알 수 있다.

2. 행정심판결정

(1) 결정 기한

행정심판기관은 심판신청을 수리한 날로부터 60일 이내에 심판결정을 하여야 하는데, 이는 《행정심판법》이 규정하는 일반적 기한이다. 만약 기타 법률이 규정하는 행정심판 심사기한이 60일 이하일 경우, 반드시 기타 법률 규정의 기한에 따라 처리하여야 한다. 만약, 집회 행진시위를 승인하지 않는다는 결정의 심판사건에 불복할 경우, 행정심판 심사기한은 3일이다.¹⁴⁾

(2) 행정심판결정의 종류와 적용조건

행정심판기관은 사건에 대하여 심사를 진행한 후 의견을 제출하고, 행정심판기관 책임자에게 보고하여 동의하는 경우 또는 행정심판기관의 전체회의를 통해 행정심판결정을 한다. 행정심판기관이 구체적 행정행위를 심사할 때에는 구체적 행정행위의 법적 근거에 대하여도 함께 심사하게 되는데, 이러한 이유로 행정심판기관이 내린 심판결정은 또한 두 종류의 상황으로 나뉜다.

구체적 행정행위에 대하여 행한 심판결정은 결정유지, 직책결정의 이행명령, 결정철회, 변경결정, 위법확인결정, 행정심판신청 철회결정, 행정배상결정, 행정심판조정결정 등을 포함한다. 구체적 행정행위의 근거에 대하여 행한 심판결정에 대하여 《행정심판법》은 두 가지 유형의 상황을 구분하여 규정하고 있는데, 이중 심판기관이 처리 권한이 있는 경우에는 법에 따라 처리 결정을 내리고, 심판기관이 처리할 권한이 없는 경우에는 법에 따라 관련 기관에 이송하여 처리하도록 규정하고 있다.

1) 유지 결정

행정심판기관의 심사를 통해, 구체적 행정행위의 사실관계가 분명하고 증거가 확실하고, 적용 근거가 정확하고 절차가 합법적이며, 내용이 적절하다고 인정할 경우에는 구체적 행정행위의 효력을 긍정하는 결정을 내려야 한다.

14) 《중화인민공화국 집회여행시위법》 제31조 참고.

2) 이행 결정

행정심판기관의 심사를 통해, 피신청인이 법률이나 법규가 규정하는 직무를 이행하지 않았거나 또는 법적 직무의 이행을 지연하고 있다고 판단하는 경우, 일정한 기한내에 이를 이행하도록 명령하는 결정을 하여야 한다. 이러한 결정은 주로 행정주체의 당연한 작위의 범위이면서도 직무를 유기한 사안에 적용된다.

3) 취소 결정

구체적 행정행위가 인정한 주요 사실이 명확하지 않고 증거가 부족할 경우, 법률이 잘못 적용된 경우, 법적 절차를 위반한 경우, 직권을 초월하거나 직권을 남용한 경우, 구체적 행정행위가 명확하게 부당한 경우 등과 같은 상황이 있을 경우, 행정심판기관은 반드시 구체적 행정행위에 대한 취소 결정을 내려야 한다.

피신청인이 법정 10일의 답변기간 내에 답변을 제출하지 않고, 당시 구체적 행정행위를 행한 증거, 근거 및 기타 유관 자료를 제출한 경우, 신청된 심판의 구체적 행정행위는 증거와 근거가 없는 것으로 간주되고, 행정심판기관은 구체적 행정행위를 취소하는 결정을 할 수 있으며, 법에 근거하여 신청인의 법적 책임을 추궁할 수도 있다.

행정심판기관이 원래의 구체적 행정행위를 취소하는 경우에는 피신청인에게 구체적 행정행위를 다시 행하도록 명령할 수 있고, 피신청인은 법률·법규, 규장이 규정하는 기한내에 구체적 행정행위를 다시 행하여야 한다. 법률·법규, 규장에 기한 규정이 없는 경우, 다시 구체적 행정행위를 행하는 기한은 60일로 한다. 피신청인은 동일한 사실과 이유로 원래 행한 구체적 행정행위와 같거나 또는 기본적으로 동일한 행정행위를 행할 수 없다. 국민과 법인 또는 기타 조직이 피신청인이 다시 행한 구체적 행정행위에 불복하는 경우, 법에 근거하여 행정심판을 신청하거나 행정 소송을 제기할 수 있다.

4) 확인 결정

구체적 행정행위가 반드시 취소해야 하는 상기 법적 조건에 부합하지만, 취소 결정을 하는 것이 적절하지 않은 경우에는 위법을 확인하는 결정을 할 수 있다. 위법에 대한 확인 결정은 신청인이 행정배상의 조건을 획득한 것으로, 신청인은 행정 배상절차를 개시할 수 있다. 확인 결정은 주로 다음의 상황에 적용한다.

- ① 구체적 행정행위가 위법할지라도, 현실적으로 취소 가능성을 갖추지 않은 경우
- ② 피신청인이 법에 따른 법적 직무를 이행하지 않았지만, 시간의 경과와 상황변화에 따라 그 이행명령이 실질적으로 의미가 없는 경우
- ③ 구체적 행정행위가 이미 집행을 완료하고, 취소할 수 있는 구체적 행정행위가 존재하지 않는 경우

5) 변경 결정

행정심판기관이 심사를 통해 구체적 행정행위가 위법하거나 부당하다고 판단하는 경우, 직접 원래의 구체적 행정행위를 변경하는 결정을 할 수 있다. 변경 결정은 일반적으로 다음 상황에 적용된다.

- ① 구체적 행정행위의 사실이 분명하고 증거가 확실하며, 절차가 합법적이지만 적용근거가 잘못된 경우
- ② 직권을 초과하였거나 직권을 남용한 경우
- ③ 구체적 행정행위가 명확하게 부당한 경우
- ④ 구체적 행정행위의 사실이 분명하지 않고, 증거가 부족하며, 행정심판기관이 심리를 통해 이미 사실을 조사하여 판명한 경우

6) 행정심판신청 기각결정

아래의 상황 중 하나에 해당하는 경우 행정심판기관은 행정심판신청을 기각해야 한다.

① 신청인이 행정기관이 법적 직무를 수행하지 않는다고 판단하여 행정심판을 신청하고, 행정심판기관이 심판신청을 수리 후, 해당 행정기관에 상응한 법적 직무가 없거나 수리 전에 이미 법적 직무를 수행한 것을 발견한 경우.

② 행정심판신청 수리후, 해당 행정심판신청이 《행정심판법》과 《행정심판법실시조례》이 규정한 수리 조건에 부합하지 않는다는 것을 발견한 경우.

상급 행정기관은 행정심판기관이 기각한 행정심판신청의 이유가 성립되지 않는다고 판단하는 경우, 반드시 심리의 회복을 명령해야 한다.

7) 행정배상 결정

《행정심판법》 제29조는 신청인이 행정심판신청을 할 때, 동시에 행정배상을 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 행정심판기관은 《국가배상법》의 관련 규정에 부합하여 반드시 배상을 하여야 한다고 하는 경우로서, 구체적 행정행위의 결정 취소, 변경 또는 구체적 행정행위의 위법을 확인 할 때에는 동시에 법에 따라 피신청인에게 배상하여 줄 것을 결정해야 한다. 신청인이 심판을 신청할 때 행정배상을 청구하지 않은 경우로서, 행정심판기관이 법에 따라 처벌을 취소하거나 벌금의 변경, 불법 자금 취소, 재산 몰수, 재산 징수, 비용 할당, 재산에 대한 차압, 압수, 동결 등 구체적 행정행위를 결정할 때에는 동시에, 피신청인에게 재산 반환을 명령하고, 재산에 대한 차압, 압수, 동결 조치, 또는 상응한 대금을 배상하도록 결정하여야 한다. 행정심판기관이 신청인에 대한 배상이 필요하다고 인정하는 경우, 심판결정 중에 배상에 관한 사항을 결정해야 한다.

행정심판기관이 배상문제를 처리할 때는 조정을 적용할 수 있다. 행정배상의 해결은 신청인의 민사권익에 대한 손해를 어떻게 구제할 것인가의 문제로서, 신청인은 이에 대한 자유처분권을 향유하고, 쌍방은 합의를 통해 배상액을 해결할 수 있다.

8) 행정심판 조정결정

당사자가 조정을 통해 합의에 이른 경우, 행정심판기관은 반드시 행정심판조정서를 작성하여야 한다. 조정서에는 행정심판의 청구, 사실, 이유와 조정 결

과를 명확하게 기재해야 하고, 또한 행정심판기관의 직인을 날인하여야 한다. 행정심판 조정서는 쌍방 당사자의 서명으로 법적 효력을 갖는다. 조정이 합의를 도출하지 못하거나 조정서의 효력이 발생하기 전에 일방의 합의내용에 대한 번복이 있는 경우, 행정심판기관은 신속하게 행정심판결정을 내려야 한다.

9) 구체적 행정행위의 법적 근거에 대한 처리결정

행정심판과정에서 심판기관은 구체적 행정행위에 대하여 심사하는 것과 함께 구체적 행정행위가 근거하는 법률규범에 대하여 심사를 진행한다. 《행정심판법》은 제26조와 제27조를 통해 이러한 두 가지 유형을 구분하여 규정하고 있다. 첫 번째 유형으로는 신청인이 구체적 행정행위 심사를 신청하면서, 그 행정행위의 근거가 된 행정규범성 문건에 대한 신청을 함께 제출하는 경우이다. 이때 행정심판기관은 해당 행정규범성 문건의 합법성 여부에 대한 심사를 진행하여야 하고, 만약 규범성 문건이 합법적이지 않을 경우에는 해당 규정에 대하여 처리할 권한이 있는 경우에는 30일 내에 법에 따라 처리하여야 한다. 행정심판기관에 처리권한이 없는 경우에는 7일 이내에 법적 절차에 따라 처리권한이 있는 행정기관에 이송하여 법에 따라 처리토록 하여야 하고, 이송을 받은 처리 권한 있는 행정기관은 60일 내에 법에 따라 처리하여야 한다.

두 번째 유형으로는 신청인이 추상적 행정행위에 대한 심사신청을 하지 않았으나, 행정심판기관이 피신청인이 행한 구체적 행정행위에 대하여 심사를 진행하는 과정에서 그 근거가 합법적이지 않다는 것을 발견하는 경우이다. 이때 행정심판기관이 이를 처리할 수 있는 권한이 있는 경우에는 30일 내에 법에 따라 처리해야 하고, 처리권한이 없는 경우에는 7일 내에 법적 절차에 따라 처리 권한을 갖는 국가기관에 이송하여 법에 따라 처리하도록 하여야 한다. 주의할 것은, 첫 번째 유형에서 행정심판기관이 심사한 추상적 행정행위의 범위가 단지 행정규범성 문건을 포함하고, 두 번째 유형에서 행정심판기관이 심사한 범위는 모든 구체적 행정행위의 근거를 포함한다. 따라서 두 번째 유형의 범위는 행정규범성 문건에 제한적인 첫 번째 유형보다 훨씬 광범위 하며 여기에는 법률과 행정법규, 규장 등을 포함한다.

행정심판기관이 구체적 행정행위의 법적 근거에 대하여 심사하는 것은 구체적 행정행위의 처리결과에 영향을 미친다는 점에서, 심판기관은 구체적 행정행위의 법적 근거를 심사하는 동안 구체적 행정행위에 대한 심사를 중지하여야 한다. 권한 있는 기관이 처리결정을 한 후, 심판기관은 심판 절차를 재개하여야 하고, 신청인과 제3자에게 근거에 대한 처리결정을 서면으로 고지하여야 하며, 구체적 행정행위에 대한 심사를 지속하여 법에 따라 심판결정을 하여야 한다.

《행정심판법》은 행정심판기관이 자신의 권한 범위 내에 있는 추상적 행정행위의 처리방법에 대하여는 명확히 규정하고 있지 않다. 다만, 본서에서는 이러한 처리 방식으로 다음과 같은 유형을 통해 진행할 수 있다고 판단한다.

① 취소

추상적 행정행위의 전부취소 또는 일부취소에 관계없이, 취소권은 전적으로 심판기관의 행정감독권으로의 표현 방식으로, 행정심판기관은 취소라는 방식을 통해 추상적 행정행위의 위법을 인정할 수 있다.

② 수정

수정은 추상적 행정행위의 내용을 부분적으로 변경하는 것을 말한다. 이에 대하여서는 학계에 서로 다른 견해가 있다. 일부 학자는 행정심판기관이 직권으로 변경 또는 추상적 행정행위의 취소결정을 할 수 있다는 입장이다.¹⁵⁾ 반면 일부 학자들은 법적 효력으로 볼 때, 자신의 결정은 스스로 수정 가능하고, 상급기관을 포함한 기타 기관은 이를 대신하여 규정을 다시 제정할 수 없다고 주장하고 있다.¹⁶⁾

본서는 《행정심판법》이 규정하는 법에 근거한 처리(依法處理)는 실질적으로 법과 법규, 규장의 기준에 따라 그 직권범위내에서의 처리를 규정하는 것으로 해석하는 입장이다. 즉, 이러한 처리의 구체적 형식은 법과 법규, 규장이 규정하는 행정심판기관이 추상적 행정행위에 대하여 행사하는 감독권의

15) 张树义 著：《行政法与行政诉讼法学》，高等教育出版社，2002年版，第163页。

16) 杨小君 著：《我国行政复议制度研究》，法律出版社 2002년 판，제332页。

유형 및 형식으로 이해되어야 한다.¹⁷⁾ 《헌법》 제108조는 현급 이상 지방 각급 인민정부는 소속 업무부문과 하급 인민정부의 업무를 지도하여야 하고, 소속부문 및 하급 인민정부의 부적절한 결정을 취소하거나 변경할 권한이 있다고 규정하고 있다.

③ 추상행정 행위의 유효성 인정

행정심판기관이 심사를 통해 추상적 행정행위의 합법성을 인정할 경우에는 신청인에게 피심사대상이 된 추상적 행정행위가 합법적 효력이 있고 위법적 요소가 없다는 것을 명확하게 고지하여야 한다.

사례 4 : B市の 요우이(友谊)회사는 금 장신구 경영권을 갖고 있다. 2004년 2월, A省 공상국은 友谊회사가 무직자 디(翟)씨 부녀에게 비밀리에 금 장식품을 매매한 것을 파악하고, 12만 위안의 벌금을 부과하였다. 공상국의 결정은 증거부족을 이유로 모区 인민법원에 의해 철회되었다. 같은 해 5월, A省 공상국은 동일한 사실과 이유로 다시 友谊회사에게 인민폐 15만 위안의 벌금을 부과하였지만, 友谊회사는 불복하여, 국가 공상행정관리국에 행정심판을 신청하였다.¹⁸⁾

그렇다면 본 사례에서 국가 공상행정관리국은 어떠한 심판결정을 내릴 수 있을 것인가? 먼저, 본 사례에서 A省 공상국이 友谊회사에게 내린 12만 위안의 행정처벌 결정이 취소된 후, 새로운 증거를 취득하지 못하였음에도 다시 벌금을 부과하는 결정을 하였다. 해당 처벌은 증거부족으로 국가 공상행정관리국이 해당 처벌결정을 취소할 수 있다. 다만, 友谊회사와 개인의 황금매매는 위법행위에 해당된다는 점에서 행정처벌을 받아야 하고, 따라서 국가 공상행정관리국은 취소 결정과 동시에, A省 공상국에게 구체적 행정행위를 행하도록 명할 수 있다. 또한 A省 공상국은 友谊회사가 거래한 황금 장신구의

17) 이 부분의 내용과 관련하여, 이 책의 제3장 “행정입법” 제4절 “행정법규성문건”의 상관 서술을 참고할 수 있다.

18) 판례 각색: 刘勉义, 杨伟东 편저: 《行政复议法释解与案例评析》, 法律出版社 2000년 판, 제152页。

품종, 수량과 금액 등에 어떠한 변화도 없는 상황에서 또 다시 가중된 벌금 15만 위안을 결정하였다. 이는 그 처벌이 공정성을 결여되어 있다는 것을 의미하기 때문에, 국가 공상행정관리국은 이에 대하여 행정심판 변경결정을 할 수 있다. 마지막으로 《행정심판법》은 신청인이 심판을 신청할 때 행정배상 청구를 제출하지 않은 경우에도, 행정심판기관은 법에 따라 처벌의 취소 또는 변경을 결정할 때 동시에, 피신청인에게 재산반환 또는 상응하는 금전적 배상을 명하여야 한다고 규정하고 있다. 따라서 국가 공상행정관리국이 취소 결정을 하거나 또는 벌금결정의 변경을 할 경우, 友谊公司에 대한 배상을 진행할 필요가 있다고 판단하는 경우에는 배상 결정을 내릴 수 있다.

3. 행정심판결정의 집행

(1) 행정심판결정의 효력발생

행정심판기관은 심판사건에 대하여 반드시 서면 심판결정서를 작성하여야 한다. 심판결정서 작성을 완료하고 직인을 날인 한 후, 당사자에게 송달함으로써 법적 효력이 발생한다. 《행정심판법》 제40조는 행정심판결정의 송달에 대하여 《민사소송법》의 송달에 관한 방식으로 집행하도록 규정하고 있다. 《민사소송법》의 송달 관련 규정에 따라, 행정심판기관이 심판결정서를 송달하면 반드시 송달증명원이 구비되어야 하고, 수취인은 송달증명원에 수령 일자와 서명 또는 인장을 날인하여야 한다. 수취인이 송달증명원에 수령 서명한 일자는 이를 송달일자로 본다. 소송문서의 송달은 직접 수취인에게 전달되어야 한다. 수취인이 국민인 경우 본인이 부재시에는 그와 함께 거주하는 성인 가족을 통해 수취하도록 할 수 있고, 수취인이 법인 또는 기타 조직일 경우에는 법인의 법정 대표자, 기타 조직의 주요 책임자, 또는 해당 법인, 조직의 수취 책임자가 그 수령하였음을 서명하여야 한다. 수취인에게 심판 대리인이 있는 경우에는 그 대리인이 수령하고 서명할 수 있고, 수취인이 이미 행정심판기관에 수취인을 지정한 경우에는 대리인의 수령 서명을 받아야 한다. 수취인과 함께 거주하는 성년 가족, 법인 또는 기타 조직의 수취 책임자, 심의 대리인 또는 수취인이 수령증명원에 서명한 일자는 이를 송달일자

로 본다. 수취인 또는 그와 동거하는 성년 가족이 소송문서의 수령을 거절하는 경우, 송달인은 관련 기층조직 또는 소재 단위의 대표를 현장에 오도록 요청하여 상황을 설명토록 하여야 한다. 이때 송달증명원에는 거절사유와 일자를 명기하고, 송달인과 증인이 서명 또는 날인한 후 소송문건을 수취인의 주소지에 남기는 것으로 이를 송달로 간주한다. 우편으로 송달하는 경우, 수령확인증서에 명기된 수취일자는 이를 송달일자로 본다. 수취인이 군인인 경우에는 그 소속부대 이상 단위의 정치기관을 통해 이를 전달하여야 한다. 수취인이 수감상태인 경우 소재 수감소 또는 노동개조 조직을 통해 전달하여야 한다. 수취인이 노동교화 중인 경우, 해당 소재의 노동교화 조직을 통해 전달하여야 한다. 수취인의 거취가 불명확한 경우, 공고를 통해 송달할 수 있고, 공고 한 날로부터 60일을 경과하면 이를 송달된 것으로 본다.¹⁹⁾

(2) 행정심판결정의 이행

행정심판의 권위와 효율적 이행을 보장하기 위하여, 《행정심판법》과 《행정심판법실시조례》는 책임추궁과 강제집행제도를 규정하고 있다.

1) 법적책임 추궁제도

피신청인은 행정심판결정을 이행하여야 한다. 피신청인이 행정심판결정을 이행하지 않거나 정당한 이유없이 행정심판결정의 이행을 지연하는 경우, 행정심판기관 또는 관련 상급 행정기관은 기한을 정하여 이행하도록 명령하여야 한다. 피신청인이 행정심판결정을 수행하지 않거나 정당한 이유없이 이행을 지연하는 경우, 또는 피신청인이 규정된 기한내에 행정심판결정에 따른 구체적 행정행위를 행하지 않는 경우 또는 규정을 위반하는 구체적 행정행위를 다시 행한 경우에는 직접 책임이 있는 자 및 기타 직접 책임자에 대하여 법에 따른 경고, 기과, 대기과의 행정처분을 하여야 한다. 이행명령에도 불구하고 이행하지 않는 경우에는 법에 따라 강등, 파면, 해고와 같은 행정처분을 하여야 한다. 이러한 행정처분은 행정심판기관이 관련 행정기관에게 처리를 건의하고, 관련 행정기관이 법에 따라 처리한다. 행정기관 또는 행정

19) 《中华人民共和国民事诉讼法》 제7장 제2절 참고.

심판기관이 《행정심판법》과 《행정심판법실시조례》이 규정하는 행정심판 직무를 이행하지 않고, 감독권한이 있는 행정기관의 독촉에도 불구하고 이를 개정하지 않은 경우에는 직접 주관한 자 및 기타 직접책임자에 대하여 법에 따른 경고, 기과, 대기과 처분을 하여야 하고, 심각한 결과를 초래한 경우에는 법에 따라 강등, 파면, 해고와 같은 처분을 하여야 한다. 행정기관과 그 업무자가 《행정심판법》과 《행정심판법실시조례》의 규정을 위반한 경우, 행정심판기관은 인사, 검찰부문에 관련 책임자의 처분건의를 할 수 있으며, 또한 관련 자의 위법한 사실 자료를 직접 인사, 검찰부문에 전달하여 처리토록 할 수 있다. 이송 받은 인사, 검찰부문은 법에 따라 처리하여야 하고, 처리결과에 대하여는 행정심판기구에 통보하여야 한다.

2) 행정심판결정의 강제집행제도

신청인이 기한을 넘어서도 제소하지 않거나 행정심판결정을 이행하지 않는 경우, 또는 최종판결이 내려진 행정심판결정을 이행하지 않는 경우로서 구체적 행정행위의 행정심판결정이 유지된다면, 구체적 행정행위의 행정기관은 법에 따라 강제집행을 하거나 인민법원에 강제집행을 신청할 수 있다. 만약 구체적 행정행위의 행정심판결정을 변경하는 경우에는 행정심판기관이 법에 따라 강제집행을 하거나 인민법원에 강제집행을 신청할 수 있다.

제14장 국가배상법

본장 개요

본 장은 국가배상책임의 개념과 특징을 소개하고, 국가배상을 행정배상, 국가보상, 민사배상 등의 유사 개념과 비교한다. 국가배상법 및 그 작용을 소개하고, 국가배상책임의 구성요건을 중점적으로 분석하는데, 여기에는 주체의 조건과 행위요건, 손해결과와 법률조건을 포함하고 있다.

제 1 절 국가배상책임

1. 국가배상책임의 개념

국가배상은 국가기관 및 그 공무원이 위법으로 직권을 행사하는 경우 국가가 그로 인해 야기된 손해를 배상하는 책임제도를 말한다. 국가배상의 개념에 대하여는 다음과 같이 해석될 수 있다.

첫째, 국가배상은 국가가 부담하는 법률책임이다. 비록 권리침해행위가 다른 국가기관 또는 기관의 공무원에 의해 실시되는 경우에도, 그 책임은 이러한 기관이나 공무원이 아닌 국가가 부담하게 된다. 이때 국가가 피해자에게 부담하는 배상비용은 국고로부터 나온다.

둘째, 국가배상은 국가기관 및 공무원의 행위에 대하여 부담하는 책임이다. 이때의 국가기관은 헌법과 조직법에 따라 설치된 행정기관, 심판기관과 검찰기관을 포함한다. 국가기관 공무원은 상술한 기관 중 직무를 이행하는 공무원을 말한다. 이외에, 법률·법규에 의해 권한 있는 조직이나 행정기관이 위임한 조직과 인원이 직권을 행사하여 야기된 손해도 국가가 반드시 법에 따라 배상해주어야 한다.

셋째, 국가배상은 전술한 기관 및 그 공무원이 행사한 직권행위에 대하여 부담하는 책임을 말한다. 직권을 행사하는 행위는 국가기관의 민사행위와 다르고, 국가기관 공무원의 개인 행위와도 다르다. 국가기관 및 그 공무원의

민사와 개인행위에 대하여, 국가가 배상책임을 지지 않는다.

넷째, 국가배상은 위법행위에 대하여 배상책임을 진다. 소위 “위법”이라 함은 단지 법률이나 법규를 위반하는 것만이 아니라, 법적 효력을 갖는 각종 규범성 문건과 법의 기본원칙, 법의 정신에 대한 위반을 포함한다. 국가기관 및 그 공무원의 합법적 행위가 야기한 손실에 대하여, 국가는 배상책임을 지지 않는다.

2. 국가배상책임의 특징

국가배상은 국가가 국가기관 및 그 공무원이 위법하게 직권을 행사하여 야기된 손해를 부담하는 책임이고, 기타 형식의 배상책임과 비교할 때 다음과 같은 특징을 가지고 있다.

1) 국가가 책임을 부담하고 기관이 배상의무를 이행한다.

국가배상의 하나의 뚜렷한 특징은 바로 국가가 법률책임을 부담하고 최종적으로 배상비용을 지급하며, 법률이 규정하는 배상의무기관이 구체적인 배상의무를 이행하고, 권리침해행위를 한 공무원은 손해를 입은 사람에 대하여 직접적인 책임을 부담하지 않고, 배상의무를 이행할 뿐이다. 이러한 점은 “권리를 침해한 자가 배상한다.”는 민사배상과 비교할 때 전혀 다른 점이기도 하다. 외국의 국가배상제도의 발전과정을 보건대, 초기에는 국가가 공무원이 행한 권리침해행위에 대하여 어떠한 책임도 부담하지 않았고, 이후 오랫동안 공무원 개인이 관련 책임을 부담하였다. 20세기에 들어서야 각국의 법률은 국가 스스로 책임을 부담하는 것에 대하여 인정하게 되었다. 그러나 국가는 추상적 책임주체이며, 구체적 배상의무를 이행할 수 없고, 일반적으로는 구체적 국가기관이 배상의무를 부담하게 된다는 점에서 “국가책임, 기관배상”이라는 특수한 형식을 형성하게 되었다.

2) 배상범위가 한정적이다.

국가배상은 국가기관 및 그 공무원이 직권을 위법적으로 행사하여 야기된 손해를 보상해 주는 것으로, 일종의 국가책임에 속한다. 배상범위로 볼 때,

“권리침해가 있으면 반드시 배상한다는 민사배상의 원칙과 다르고, 국가는 단지 국가기관 및 공무원의 일부 위법한 침해행위에 대하여 배상할 책임을 질뿐이다. 따라서 국가배상의 범위는 민사배상보다 협소하고, 유한 배상책임에 속한다. 예컨대, 국가의 입법기관, 군사기관, 사법기관의 부분적 행위가 손해를 야기할 경우, 국가는 배상책임을 지지 않는다. 《중화인민공화국 국가배상법》(이하 “국가배상법”이라 함)》 제2장과 제3장은 각각 행정배상과 형사배상의 범위를 규정하고, 국가가 배상책임을 지지 않는 각종 형태를 명확하게 하고 있다. 이 외에도 배상법정의 원칙에 따라, 국가소유의 공공시설 훼손, 법원의 민사, 경제, 행정에 대한 오판, 행정기관의 추상적 행정행위로 인해 야기된 손해는 모두 국가배상의 범위에 해당되지 않는다.

3) 배상방식과 기준 법정화

국가배상의 방식과 기준은 법으로 규정한다. 중국 《국가배상법》 제4조는 구체적 배상방식과 기준을 규정하고 있다. 국가배상은 배상금 지급을 주된 방식으로 하고, 재산반환과 원상회복을 보조적인 방식으로 규정하고 있다. 권리침해로 인한 손해의 대상과 정도가 다르기 때문에 또한 각기 다른 배상기준이 있고, 배상액수 또한 상한 제한을 두고 있다. 다수의 손해에 대하여, 국가는 피해자의 요구와 실제손해에 따라 배상하지 않고, 법이 규정한 방식과 기준에 따라 피해자 생활과 생존을 위한 수요에 기초하여 적절한 보상을 하는 것을 원칙으로 하고 있다. 예컨대, 국민의 신체자유가 손해를 입은 경우, 국가는 전년도 직원의 평균임금에 근거하여 금전적 보상을 하고, 피해자의 실제 임금수준과 이로 인해 입은 기타 실제적인 손실은 고려하지 않는다. 생산경영자의 영업손실 배상에 대하여 국가는 단지 이미 실제로 발생한 꼭 필요한 일상적인 지출비용에 대하여서만 배상하고, 생산경영자의 실제이익과 이윤손실에 대하여는 배상하지 않는다. 벌금손실에 대한 배상 또한 벌금을 반환하는 것으로 제한하고, 이자 손실에 대하여는 배상하지 않는다.

4) 배상절차의 다원화

국가배상의 또 다른 특징 중 하나는 배상절차의 다원화이다. 피해자는 다양한 종류의 방법을 통하여 국가배상을 취할 수 있다. 중국 《국가배상법》은

행정배상과 사법배상 취득의 다양한 절차를 규정하고 있다. 피해자가 행정배상을 요구하면, 직접 배상의무기관에 제출할 수 있고, 행정심판 또는 행정소송절차와 함께 제기할 수도 있으며, 단독으로 행정배상소송을 제기할 수도 있다. 피해자가 사법배상청구를 제기하면, 반드시 사법배상의무 기관에 제출하고, 그 다음에 그 상급기관에 심의를 신청한 후, 마지막으로 인민법원 배상위원회에 제출할 수 있지만, 소송 절차를 통해서 해결 할 수는 없다.

3. 국가배상과 유사한 개념

(1) 국가배상과 행정배상

입법내용상으로 볼 때, 국가배상은 행정배상과 사법배상의 두 부분을 포함하고, 행정배상은 국가배상이라는 형식 중 하나이다. 국가배상과 행정배상은 종속관계이다. 본질적으로, 행정배상 또는 사법배상은 모두 국가가 최종적으로 배상의 책임을 부담하며, 배상비용 역시 모두 국가가 지급한다.

(2) 국가배상과 국가보상

국가배상은 국가가 국가기관 및 공무원이 직권을 위법하게 행사하여 야기한 손해에 대하여 배상책임을 지는 것이다. 그러나 국가보상은 국가가 국가기관 및 공무원의 합법행위로 야기된 손실에 대하여 보상을 하는 것이다. 즉, 국가배상은 위법행위가 야기하지만, 국가보상은 합법적인 행위(예컨대, 토지와 부동산 징수 및 징용 등)를 야기한다는 점에서 양자의 발생원인에는 차이가 있다. 양자의 성질 또한 다르다. 국가배상은 보통의 위법행위로 야기된 법률책임이지만, 국가보상은 예외적인 특정한 법률책임이라는 점에서 국가 직권행위에 대한 논란은 없다. 이외에, 국가배상과 국가보상은 적용범위, 기준, 방식 등의 방면에서도 차이가 있다.

사례 1 : 두 형사는 어떤 범죄 혐의자를 추격하는 과정에서 택시 한 대를 빌렸다. 택시는 불행히도 범죄 혐의자에 의해 폭파되었고, 기사는 상해를 입었으며, 범죄 혐의자는 형사에 의해 사살되었다. 어떤 방법으로 기사를 확실하게 구제할 수 있는가?

형사는 직무수행을 위해 택시를 임대하면 그 택시는 공무용 차량의 성질을 지니고, 운전기사는 사실상 국가가 고용한 공무원이 된다. 추격과정 중에 택시가 폭파되어 운전기사가 부상당하였다는 점에서, 이는 직무집행 중의 부상에 속하여 이에 대하여 국가는 반드시 책임을 져야 한다. 형사가 택시를 임대하여 범죄행위를 추격하는 것은 합법행위이고, 추격과정에서 운전기사의 신체와 재산에 손해를 입은 것은 직무집행을 위해 야기된 손해이므로, 이에 따른 국가보상책임이 발생하지만 국가배상책임은 아니다.

(3) 국가배상과 민사배상

국가배상은 국가기관 및 공무원이 직권을 위법하게 행사하여 그 행위로 야기된 국가책임이고, 민사배상은 평등한 민사법률주체 간의 침해행위로 인해 발생한 민사책임을 말한다. 양자는 책임주체, 책임성질 등 모든 것이 다르고, 적용하는 배상원칙, 기준과 절차 또한 다르다. 물론 국가기관과 공무원의 모든 행위로 야기된 배상책임이 모두 국가배상책임인 것은 아니다. 국가기관 및 공무원이 민사주체 신분으로 실시한 권리침해행위는 여전히 민사적 권리침해에 해당하며, 국가기관이 이에 대하여 부담하는 책임 역시 민사배상책임이다. 예컨대, 국가기관이 타인의 용지를 점령하고 건축을 하는 것은 민사권리 침해행위이고, 국가기관은 반드시 기타 민사주체와 동일하게 민사배상책임을 져야 한다.

(4) 국가배상과 국가소유 공공시설 손해배상

국가소유의 공공시설이 야기하는 손해배상은 국가소유의 공공시설의 설치, 관리, 사용에 결함이 있거나 하자가 있어서, 국민생명과 건강, 재산에 손해를 야기한 것에 대하여 국가가 배상을 부담하는 제도이다. 일부 국가에서는 이러한 종류의 배상을 광의의 국가배상범위에 속하는 것으로 보아 국가배상법상의 규범을 받도록 하고 있다. 예컨대, 교량을 오랫동안 수리하지 않고 방치함으로써 자전거를 타던 사람이 물에 빠져 낙상하는 경우, 공공 건축물의 설계가 적절하지 않아 붕괴된 건물에 의해 사람이 다친 경우 등은 모두 국가가 배상한다. 국가배상과 국가소유의 공공시설 손해배상의 가장 큰 차이는

전자는 국가권력을 행사하여 야기된 국가책임이고, 후자는 비 권력행위로 야기된 국가책임이다. 이들 두 종류의 배상 귀책 원칙 또한 다르게 나타나는데, 중국의 국가배상법은 국가소유 공공시설의 손해배상을 포함하지 않는다. 따라서 국가소유 공공시설로 인한 손해가 발생할 경우, 그 시설의 경영관리 단체 또는 보험을 통해 배상한다. 예컨대, 우편행정손해는 우편행정기업이 배상하고 철로, 항공의 손해는 철로, 항공회사가 배상하며, 도로, 교량으로 인한 피해는 관리를 책임지는 단체가 배상한다.

제 2 절 국가배상법

1. 국가배상법의 개념

국가배상법의 개념은 광의와 협의로 나뉜다. 광의의 국가배상법은 국가배상과 관련 모든 법률규범의 총칭이다. 헌법, 민법, 소송법, 행정법과 특별법 중 국가배상의 각종 법률규범에 관한 것을 포함한다. 협의의 국가배상법은 전문적으로 국가배상을 규정하고 있는 법전을 말한다. 예컨대, 1994년 5월 12일 제8회 전국인민대표대회 상무위원회 제7차 회의를 통과한 《국가배상법》이 여기에 해당한다. 본서에서는 특별하게 명시를 한 경우를 제외하고, 모두 광의적 의미에서의 국가배상법 개념으로 본다.

국가배상법의 개념에 대하여는 다음과 같이 이해할 수 있다.

1) 국가배상법은 국가배상에 관한 법률규범이다.

국가배상은 국가기관 및 그 직원이 위법하게 직권을 행사하여 야기된 손해에 대하여 배상을 하는 활동이고, 상술한 활동을 조정하는 법률규범은 국가배상법이다. 중국 《국가배상법》 제정 전, 국가배상활동을 조절하는 법률규범은 주로 《중화인민공화국 민법통칙》(이하 《민법통칙》이라 약칭), 《중화인민공화국 행정소송법》(이하 《행정소송법》이라 약칭) 및 유관 법률·법규, 규장과 사법해석을 통해 이루어졌다. 《국가배상법》의 제정과 실시로 중국의 국가배상에 관한 법률규범은 비교적 완성된 형태를 갖추고 있다고 평가된다.

2) 국가배상법은 일정범위 내의 법률규범의 총합이다.

국가배상은 위법한 직권행위 행사에 대한 손해배상이라는 점에서, 이러한 종류의 활동을 조정하는 법률규범을 국가배상법이라고 칭한다. 국가소유의 공공시설로 인해 야기된 손해배상을 규범하고 조정하는 법률, 국가를 민사주체로 하여 부담하는 배상책임에 관한 법률 및 국가보상책임을 규정하는 법률은 모두가 국가배상법의 범위에 해당되지 않는다.

3) 국가배상법은 실체규범과 절차규범을 하나로 모은 법률이다.

국가배상법 중 국가와 피해자 간의 권리·의무관계의 실체를 조정하는 규범이 있고, 또한 상술한 권리·의무 관계의 절차를 어떻게 실현하는 지에 대한 규범이 있다. 실체규범은 국가가 배상책임을 지는가의 여부, 배상은 얼마나 할 것인가의 문제를 해결하는데 적용된다. 예컨대, 중국 《국가배상법》의 배상의 귀책원칙, 배상범위, 배상방식과 배상의 계산기준에 대한 규정은 모두 실체규범에 속하고, 배상의 청구단계와 기한, 절차와 방법에 관한 규정은 절차규범에 속한다.

2. 국가배상법의 작용

국가배상법 제정은 국가배상제도가 정식으로 확립되었다는 것을 의미한다. 중국에서 구축된 국가배상제도는 헌법이 규정하는 원칙의 이행으로, 국민, 법인과 기타 조직의 합법적 권익에 대한 보장을 의미하고, 국가기관 및 그 공무원이 법에 의해 권력을 행사하고 직책의 중요한 조치를 이행하는 지를 감독한다는 점에서 중요한 의미를 갖는다. 국가배상법은 주로 다음과 같이 구체화되어 실현된다.

1) 국가배상법 제정은 헌법적 요구에 대한 이행이다.

중국의 1954년 《헌법》은, “중화인민공화국 국민은 모든 위법적 직무 과실을 저지른 국가기관 공무원에 대하여 국가기관에 서면 또는 구두로 제소할 권리가 있다. 국가기관 공무원이 국민권리를 침해하여 손해를 입힌 경우, 피

해자는 배상의 권리를 취득한다.” 라고 규정하고, 1982년 《헌법》은 이러한 원칙을 재차 표명하는 동시에 구체적 입법조치를 요구하고 있다. “국가기관과 국가기관 공무원이 국민 권리를 침해하여 손해를 야기한 경우, 피해자는 법에 따라 배상의 권리를 취득한다.” 고 규정하고 있다.

비록 헌법이 국가배상에 대하여 원칙적 규정을 제시하고 있지만, 일부 구체적으로 시행 가능한 법률의 부족으로 인해 헌법의 이러한 원칙을 실현시키기 한계가 있었다. 국가기관이 위법적으로 직권을 행사하여 국민, 법인 또는 기타 조직의 합법적 권익을 침해한 사건이 발생할 시, 피해자는 법적 근거 부족으로 헌법이 부여하는 국가배상청구권을 행사하기 어렵고, 국가기관 또한 법적 근거의 부족으로 배상책임을 부담하기에는 한계가 있었다. 이후 1986년에 제정된 《민법통칙》과 1989년 제정된 《행정소송법》은 국가배상책임을 다시 규정함으로써 헌법이 규정하는 원칙을 더욱 구체화 시켰다. 그러나 배상의 구체적 범위, 기준, 절차 등의 문제를 해결하기 위해서는 여전히 보다 전면적이고 구체적인 법률규정이 요구되었다. 이후, 1994년 5월 12일 제8회 전국인민대표대회 상무위원회 제7차 회의에서 통과된 《국가배상법》은 이러한 문제해결을 위한 국가배상제도를 확립하였고, 이로서 국가배상의 구체적 근거 부존재 상태는 종결되었고, 헌법이 규정하는 국가배상의 원칙이 구체적으로 현실화되었다.

2) 국가배상법 제정은 국민, 법인과 기타 조직의 합법적 권익을 보장하는 데 유리하다.

국가기관 및 그 공무원이 공무를 집행하고 직권을 행사하는 과정에서 국민, 법인 또는 기타 조직의 합법적 권익을 침해하는 현상이 발생하는 것을 면할 수 없다. 이러한 권리침해 현상을 방지, 감소시킬 수 있는지 여부, 야기된 손해를 입은 국민과 법인에게 배상하는 문제는 국가의 인권보장에 관련된다는 점에서 중요하다. 중국의 국가기관 및 그 공무원이 직권을 행사하는 경우, 위법한 권리침해가 발생한다는 사실은 오래전부터 발생하여 왔다. 다만, 불완전한 법제로 인해 매우 오랫동안 피해자가 억울함을 호소할 방법이나 근거가 없었고, 효과적으로 배상을 받기 어려웠다. 국가배상제도의 수립이 지체

되는 현상 또한 중국의 국가체제와도 부합하지 않는 것이었다. 따라서 국가배상법의 제정은 단지 국민, 법인과 기타 조직이 이미 손해를 입은 권리의 회복과 구제를 보장하도록 도움을 주는데 제한되지 않고, 권리침해현상을 방지하고 감소시키는 데에도 도움이 될 수 있으며, 근본적으로 인권을 보호하고 발전시키는데 조력할 수 있게 되었다.

3) 국가배상법 제정은 국가기관의 법에 의한 권리행사를 효과적으로 감독하고 촉진시킬 수 있다.

국가배상제도의 수립은 국가가 국가기관 및 그 공무원이 직권을 위법하게 행사하여 국민과 법인, 기타 조직에게 야기한 손해에 대하여 배상책임을 지는 것을 의미한다. 국가가 배상책임을 진후에, 고의적이거나 중대한 과실이 있는 공무원에게 상환을 요구할 권리가 있다. 이와 같이, 국가배상제도는 국가기관 및 공무원에 대한 감독 작용을 함으로써 직권을 위법적으로 행사하는 현상을 방지하고 감소시킬 수 있고, 국가기관 및 그 공무원의 업무 태도를 개선함으로써 국가기관의 권리행사가 법에 따라 이행될 수 있도록 촉구하는 기능을 갖는다.

제 3 절 국가배상책임의 구성요건

국가배상책임의 구성요건이라 함은 국가가 배상책임을 부담하기 위해 요구되는 조건을 의미한다. 바꾸어 말하면, 국가는 특정상황에서만 피해를 입은 사람에게 배상하여야 하고, 신청인은 특정 조건에 부합해야만 국가배상을 취득할 수 있으며, 사법기관 역시 특정 요구조건에 근거하여 국가가 피해자에게 배상을 부담하도록 하여야 한다. 국가배상책임의 구성요건은 국가배상제도의 핵심내용이고, 통상적으로 권리침해 주체의 요건, 권리침해행위의 유형요건, 권리침해행위의 성질요건, 손해결과요건 및 권리침해행위와 결과간의 인과관계요건 등을 포함한다. 상술한 다섯 가지의 요건을 모두 완벽하게 구비한 상황에서만 국가는 배상책임을 지고, 어떠한 한 가지의 조건이 부합하지 않을 경우 국가는 배상책임을 지지 않고 피해자 역시 배상을 받을 수 없다. 따라서 국가배상책임의 구성요건은 배상책임이 성립되는지를 판단하는 중요한 기준

이고, 국가배상 분쟁사건을 심리하는 주요 근거가 된다는 것을 알 수 있다.

1. 주체요건

(1) 주체요건의 개념과 특징

국가배상은 민사배상과 달리 특정 주체의 행위가 야기한 권리침해에 대한 책임이다. 국가배상책임의 주체요건은 국가가 배상책임을 부담하기 위해 반드시 구비해야 하는 주체조건인데, 즉 국가가 어떠한 조직과 개인의 권리를 침해한 행위에 대하여 배상책임을 부담하는 것을 말한다. 국가배상책임의 주체요건은 다음과 같은 특징을 갖는다. 즉, i) 여기에서의 주체요건은 권리침해행위의 주체를 말하는 것이고, 책임을 부담하는 주체가 아니다. 국가배상책임은 국가가 부담하는 일종의 법률책임이고, 국가의 의지는 반드시 국가기관과 공무원의 행위를 통해 전달하고 실현해야 한다. 따라서 권리침해행위를 실시하는 주체는 구체적이다. 중국에서 권리침해행위의 주체는 국가기관, 국가기관 공무원, 법률·법규로부터 권한을 부여받은 조직과 국가기관이 위임한 조직 및 개인을 포함한다. 상술한 인원이 실시한 직무상의 권리침해행위에 대하여 국가는 반드시 배상책임을 부담하여야 하고, 권리침해행위를 실시한 주체가 국가 자신이 아니라는 것을 이유로 그 책임에서 면제되지 않는다. ii) 권리침해행위 주체 요건은 점차 약화되는 추세에 있다. 많은 국가의 배상제도로 볼 때, 배상제도 수립초기에는 권리침해의 주체 범위를 엄격하게 제한하고, 국가가 일정한 범위내의 공무원의 권리침해행위에 대하여서만 책임을 진다고 강조하였다. 이러한 태도는 배상제도의 발전에 따라 점차 배상범위도 확대되었는데, 일부 국가에서는 권리침해의 행위주체 요건에 대하여 느슨한 태도를 보이기 시작하였고, 주체요건의 해석을 확대하는 경향이 나타나기 시작하면서 국가기관과 공무원, 외관상 공무집행 신분을 구비한 기타 주체 역시 모두 권리침해행위의 주체범위에 속하게 되었다.

(2) 권리침해 주체의 종류

중국 《국가배상법》의 규정에 의하면, 원칙적으로 권리침해행위의 주체는

국가기관과 국가기관 공무원이라는 두 가지 유형을 포함하고 있다. 물론 특수한 상황에서 법률·법규로부터 권한을 부여받은 조직과 행정기관이 위임한 조직과 개인 역시 이 범주에 포함된다.

1) 국가기관

국가기관은 헌법과 조직법의 규정에 따라 설치되었고 국가권력을 행사하고 국가기능을 실현하는 기관을 말한다. 중국에서 기능에 따라 국가기관을 입법기관, 행정기관, 검찰기관, 심판기관과 군사기관 등으로 나눌 수 있다. 국가기관이 권력을 행사하는 과정에서, 국민과 법인, 기타 조직의 합법적 권익을 침해할 수 있다는 점에서 이론상으로는 모든 국가기관은 권리침해행위의 주체가 된다. 중국 《헌법》과 《민법통칙》 역시 이러한 점을 반영하고 있다. 《헌법》 제41조는 “국가기관 또는 국가기관 공무원이 국민의 권리를 침해하는 경우, 피해자는 법률규정에 따라 배상의 권리를 취득한다.”고 규정한다. 《민법통칙》 제121조는 “국가기관 또는 국가기관 공무원이 직무집행중에 국민과 법인의 합법적 권익을 침해하여 손해를 야기한 경우, 반드시 민사적 책임을 져야 한다.”라고 규정하고 있다. 그러나 실제로는 이러한 규정과 달리 모든 국가기관이 권리침해행위의 주체는 아니고, 각국 법률은 이에 대하여 제한을 두고 있다. 특정한 범위의 국가기관만이 권리침해행위 주체가 된다는 점에서 이는 국가배상 범위와 하나의 문제이면서 두 가지 측면을 보이고 있다. 중국은 권리침해 주체가 되는 국가기관을 다음과 같이 분류하고 있다.

① 국가행정기관

국가행정기관은 헌법과 행정조직법의 규정에 따라 설치된 국가행정기능을 실현하는 국가기관을 말한다. 즉, i) 행정기관은 특히 국가를 대표하여 국가기능을 행사한다는 점에서 정당, 사회단체 및 사회조직과는 엄격히 차이가 있다. ii) 행정기관은 행정기능을 행사하고, 법률을 집행하며, 국가의 내정과 외교 사무를 관리한다는 점에서 입법기능을 행사하는 입법기관, 사법기능을 행사하는 사법기관과는 엄격히 차이가 있다. iii) 행정기관은 헌법과 조직법의 규정에 따라 설치된 국가기관이라는 점에서는 법률·법규로부터 권한을 부여받아 행정기능을 행사하는 조직과는 엄격히 차이가 있다. 범위로 말하자

면, 행정기관은 위로는 중앙인민정부 국무원까지, 아래로는 기층 인민정부인 향(鄉), 진(鎭)정부의 각급, 각 부류의 행정조직까지 포함한다. 다만, 각급 정부 및 그 소속부문과 기구에 그치지 않고, 비 상설기구와 임시기구까지도 포함한다. 행정기관이 법률을 집행하거나 내정 또는 외교 사무를 관리하는 과정에서는 국민과 법인, 또는 기타 조직과 각종 관계가 발생하는데, 이로 인해 국가는 권리침해의 주체가 될 가능성이 매우 높다. 이때 국가행정기관이 실시하는 권리침해행위에 대하여, 국가는 반드시 배상책임을 져야 한다.

② 국가사법기관

국가사법기관은 국가를 대표하여 수사, 검사, 재판과 감옥관리 직권을 행사하는 기관이다. 중국 《헌법》과 관련 조직법의 규정에 근거하여, 사법기관에는 형사수사권을 행사하는 각급 공안기관과 안전기관을 포함하고, 행정수사권과 검찰권을 행사하는 각급 인민검찰원과 전문검찰원을 포함하며, 심판권을 행사하는 각급 인민법원과 전문 인민법원, 그리고 감옥 관리직권을 행사하는 감옥 관리기관을 포함한다. 주의할 것은, 공안기관과 안전기관은 비록 국가의 행정기관을 구성하는 부분이지만, 법률에 따라 일부 수사권을 행사한다는 점에서 이중의 기능을 갖는 국가기관에 해당된다. 전문 인민법원 중의 군사법원, 전문 인민검찰원 중의 군사검찰원 역시 비록 군사 기관의 일부이지만 이들이 행사하는 권력은 사법권력이라는 점에서 이중적인 신분을 갖는 사법기관에 해당된다. 이외에, 감옥 관리 기관은 행정기관에 해당되지만 이는 형벌집행의 권력을 행사한다는 점에서는 역시 이중적 신분을 갖는 사법기관에 해당한다. 사법기관이 장악하고 행사하는 권력과 국민·법인의 신체와 재산권은 매우 밀접한 관계가 있다는 점에서 사법기관은 국가에 의한 권리침해 주체가 될 수 있고, 국가는 사법기관의 권리침해행위로 야기된 손해에 대하여 반드시 배상책임을 져야 한다.

2) 국가기관 공무원

국가기관 공무원이라 함은 국가의 법정 방식과 절차에 따라 임용되고 각 국가기관에서 업무를 수행하며 국가권력을 행사하고 공무를 집행하는 인원

을 말한다. 여기에는 행정기관의 공무원, 사법기관의 수사인원, 검찰인원, 심판인원과 감옥 교도관 등을 포함하나, 국가기관의 근로자는 포함하지 않는다. 왜냐하면 근로자는 국가권력을 행사하지 않고, 또한 공무를 집행하지 않기 때문이다. 근로자가 타인의 합법적 권익을 침해하여 손해를 야기할 경우, 만약 그 기관 운전사가 타인을 접촉하여 상해를 입한 경우, 기관은 국가배상 책임을 지지 않고 반드시 운전사 소재 기관이 민법의 규정에 따라 자신의 재산으로 배상을 하고, 국가배상의 원칙을 적용하지 않는다.

중국 《국가배상법》규정의 국가기관 공무원은 행정기관의 공무원과 사법기관의 조사, 검찰, 심판과 감옥 관리기능을 행사하는 인원을 의미하고, 동시에 법률·법규로부터 권한을 부여받은 조직의 인원과 행정기관이 위임하여 국가 권력을 행사하는 인원을 포함한다. 이외에, 국가 공무 집행에 자원하여 보조하는 보통 국민 또한 포함한다. 당연히, 상술한 인원의 권리침해행위로 야기된 손해에 대하여 국가는 배상책임을 지는지에 대한 여부는 여전히 기타 배상책임의 구성 요건에 부합하는 지를 보아야 한다. 예컨대, 공안기관의 업무인원이 휴가기간 동안 공무집행에 인하지 않은, 타인을 구타한 행위는 개인행위이고, 국가가 배상책임을 지지 않는다. 그 시간의 공안 인원은 바로 국가 권리침해행위의 주체가 아니다.

3) 법률·법규로부터 권한을 부여받은 조직

법률·법규로부터 권한을 부여받은 조직은 법률·법규로부터 부여받은 권한에 근거하여 특정 행정기능을 행사하는 非국가기관 조직이다. 즉 i) 이들은 국가기관의 지위를 갖지 않고, 단지 법률이나 법규로부터 권한을 부여받을 때 국가권력을 갖게 되고, 이에 대한 행정법률책임을 진다. ii) 법률이나 법규로부터 권한을 부여받은 조직이 자신의 명의로 직권을 행사하고 책임을 지는 경우, 행정기관이 위임한 조직은 행정기관의 명의로 직권을 행사하고, 행정기관은 차등적인 책임을 부담한다. iii) 법률·법규로부터 권한을 부여받은 조직이 행사하는 특정한 직권이 헌법과 행정조직법에 의한 것이 아닌 법률이나 법규로부터 부여받은 경우, 그 권한은 통상적으로 특정한 구체적 영

역과 사항으로 제한된다. iv) 구체적 법률이나 법규가 상응한 조직으로부터 부여받은 권한에 기한이 있는 경우, 일단 행정사무가 완성되면 부여받은 권한은 바로 종료된다.

법률이나 법규로부터 권한을 부여받은 조직의 범위는 통상적으로 매우 넓고, 사회조직, 단체, 비영리 조직과 기초 대중성 자치조직을 포함한다. 법률이나 법규로부터 권한을 부여받은 조직이 행정직권을 행사할 경우, 국민·법인의 합법적인 권익에 필연적으로 영향을 주기 때문에, 이러한 행위 역시 국가에 의한 권리침해 주체의 하나가 된다는 점에서 국가는 반드시 그 행위에 대하여 책임을 져야 한다. 법률·법규로부터 권한을 부여받은 조직의 인원은 법률·법규에 근거하여 권력을 행사하게 되며, 직무를 수행하는 행위는 반드시 국가기관 공무원의 행위로 간주된다는 점에서, 국가는 이에 대하여 책임을 져야 한다.

4) 행정기관이 위임한 조직과 개인

행정기관이 위임한 조직과 개인이라 함은 행정기관이 위임한 일정한 행정직권을 행사하는 非국가기관의 조직 및 국가공무원이 아닌 개인을 말한다. 즉, i) 위임받은 조직은 국가기관이 아니고, 위임받은 개인은 국가 공무원이 아니며, 이들의 일상 업무 또한 국가공무집행이 아니다. ii) 위임받은 조직과 개인은 단지 위임에 근거하여 일정한 행정직권을 행사하고, 위임받지 않은 것에 대하여는 국가직권을 행사할 수 없다. iii) 위임받은 조직과 개인은 위임조직의 명의로 권력을 행사하고, 그 행위로 발생하는 법률결과는 위임한 행정기관이 책임진다. iv) 위임받은 조직과 개인이 행사하는 직권은 위임기관의 위임에 근거하는 것으로, 법률·법규로부터 부여받은 권한은 아니다. 위임받은 조직과 개인이 직권행사행위로 타인에게 손해를 야기한 경우, 비록 권리침해 주체는 위임받은 조직과 개인이지만, 책임은 반드시 위임한 행정기관에 귀속된다. 따라서 행정기관은 반드시 국가배상책임을 져야 한다. 그러나 위임기관이 위임을 받은 기관과 개인의 모든 행위에 대하여 책임을 지는 것은 아니고, 위임을 받은 자가 자신의 의지로 직무와 아무 관련이 없는 행위를 함으로써 야기한 손해에 대하여는 국가는 배상책임을 지지 않는다.

2. 행위요건

(1) 집행직무행위의 개념과 특징

국가배상책임 중의 행위요건이라 함은 국가가 권리침해 주체가 실시한 어떤 종류의 행위에 대하여 배상책임을 지는 것을 의미한다. 중국에서 이러한 구성요소는 다음과 같다. 즉, 국가는 권리침해 주체가 실시한 직무집행의 행위에 대하여서만 책임을 지고, 손해를 입히는 행위는 반드시 직무집행과 관련이 있는 행위여야 한다. 소위 직무집행은 국가기관 또는 국가기관 공무원이 그 직책과 의무를 이행하거나 또는 이행하지 않는 행위를 말한다. “직무집행”이란 권력 행사행위와 非권력행사 행위, 법률행위와 사실행위를 포함하는 매우 다양한 의미를 내포하는 개념이며, 또한 작위와 부작위 행위도 포함한다.

(2) 직무집행행위 범위확정의 기준

직무집행행위는 국가배상책임을 확정하는 필요조건이라는 점에서 어떤 행위가 직무집행행위에 속하는지를 판단하는 데 있어서 중요한 의미를 갖는다. 그렇다면 직무집행과 非직무집행은 어떻게 구별하는가? 그리고 구별의 기준은 무엇인가? 이에 대하여는 이론상 두 가지 기준이 있다.

1) 실제내용이론

주관적 기준이라고도 칭한다. 그 이론은 주관적인 기준, 즉 행위자의 주관적인 의사표시가 행위의 성질을 판단한다고 주장한다는 입장이다. 이 이론에 의하면 어떤 사람의 의사표시를 기준으로 할 것인가를 기준으로 다시 두 가지 관점으로 구분된다. 첫째, 어떠한 행위가 직무행위인지를 판단하기 위해서는 반드시 국가기관(고용인)의 의사표시를 기준으로 하여야 하고, 행위자(고용인)는 반드시 국가기관의 명령이 위임한 사항을 집행하여야 한다. 위임된 범위를 초월하는 행위는 모두 직무행위의 범위에 해당되지 않게 된다. 다만, 국가기관이 업무 중에 또는 업무 후에 이를 추인하는 경우에는 직무를 집행한 행위로 인정될 수 있다.

둘째, 직무집행의 행위는 반드시 국가기관 공무원의 의사표시를 기준해야 하고, 행위 실시의 목적이 오직 국가기관의 이익을 위해 시행되었다면 그 행위는 직무집행의 행위에 속한다. 반면, 행위자가 스스로의 이익을 위해 실시한 행위는 직무집행행위에 속하지 않게 된다.

이러한 주관적 기준은 국가배상 영역에서 두 가지 결점을 갖는다. 즉, i) 국가기관의 의사표시로 특정 행위의 성질을 판단하는 것은 국가기관이 위임 명령을 하지 않았다는 것을 이유로 쉽게 책임을 회피할 수 있는데, 이는 피해자의 권리를 보호하는데 불리하게 된다. ii) 행위자의 의사표시를 기준으로 하는 것은 공사이익이 모호한 영역에서는 행위의 성질을 명확하게 할 수 없다는 점에서 국가배상책임의 범위를 확대시킬 수 있다는 점에서 한계로 작용한다.

2) 외관형식이론

객관적 기준이라고도 칭한다. 이 이론은 직무집행의 범위는 반드시 사회관념을 기준으로 객관적 및 외형적인 사회 관념에서 칭하는 “직무 범위”이거나 또는 피해자가 공무원의 직무집행이라는 것을 믿을 만한 이유를 가지거나, 또는 객관적으로 직무집행과 관련이 있다고 여기는 경우에는 행위자의 의사표시가 어떻든 그 행위는 모두 직무집행행위라고 인정할 수 있다는 주장이다. 일본, 스위스, 프랑스의 국가배상 실행은 모두 이러한 종류의 외관형식이론을 채택하였다. 객관기준이 비교적 추상적이고 모호하더라도 상대방의 합법적 권익을 보호하는 데 유리하다는 점에서 중국의 《국가배상법》 또한 유사한 기준을 채택하고 있다.

중국 《국가배상법》이 “직무집행행위”와 “非직무집행행위”의 한계를 설정할 때, “외관형식이론”과 “직권행사와의 유관론” (“유관론”이라 약칭) 등을 채택하였다. 소위 “유관론”(有关论)이라 함은 직무집행이나 직권행사와 관련된 행위는 단지 기타 배상책임의 구성요건에 부합하기만 하면, 국가가 해당 행위에 의해 야기된 손해에 대하여 배상책임을 부담하여야 한다는 것을 말한다. 《국가배상법》 제3조는 “행정기관 및 그 공무원이 행정직권을 행사할 때, 다음과 같은 신체 권리를 침해하는 상황일 경우, 피해자는 배상의 권리

를 얻는다.”고 규정하고 있다. 제5조는 “국가는 다음 상황에 대하여 배상책임을 지지 않는다. i) 행정기관 공무원이 직권과 무관한 개인행위를 할 경우”라고 규정한다. 이외에 《국가배상법》 제14조, 제15조, 제16조의 형사배상에 관한 규정 또한 동일한 내용을 규정하고 있다.

물론, “유관론”과 “외관형식이론”은 여전히 지나치게 추상적이고, 매우 큰 임의성을 지닌다. 어떠한 행위가 직무집행행위에 속하는지를 정확히 판단하기 위해 반드시 상술한 이론을 결합한 구체적 기준을 근거로 진행해야 한다. 이러한 구체적 기준은 다음의 몇 가지 측면을 포함한다.

① 직권기준

국가기관과 국가기관 공무원이 법률이 부여한 직책권한에 근거하여 실행한 행위는 그 행위의 합법 여부를 불문하고 모두 직무집행행위에 해당된다. 만약 직권을 초월한 행위이거나 직권을 남용한 행위일지라도 모두 국가기관 또는 국가기관 공무원이 향유하는 직권의 기초에서 수행된 행위이고, 일반사람은 실시할 수 없다. 따라서 행위인의 직권 향유 여부가 행위성질을 판단하는 중요한 기준이다.

② 시간과 공간기준

국가기관 또는 국가기관 공무원이 직권을 행사할 때, 직책이행의 시간, 공간범위내의 행위는 통상적으로 직무집행행위이다. 국가기관의 직권은 명확한 경계와 범위의 법정 직권이고, 매우 강한 시공성(時空性)을 지니기 때문에 시공범위를 초월한 행위는 일반적으로 직무집행의 행위가 아니다. 예컨대, 상하이의 공상관리 인원이 베이징 농업무역시장에서 관리비를 받거나 또는 처벌을 받는 행위는 직권기준에 의할 경우에는 직권행위에 해당되지만, 그 행위는 이미 시간과 공간적 범위를 벗어났다는 점에서 직무집행행위로 간주될 수 없다. 경찰이 휴가기간에 이웃과 분쟁이 발생하여 이웃을 구타하여 상해를 입힌 행위 또한 직무집행행위라고 할 수 없다. 시간과 공간기준에 근거하여 국가기관 공무원이 업무시간과 업무장소에서 실시한 행위는 대부분 직무집행행위이고, 업무시간과 장소 이외의 행위는 통상적으로 개인행위이다. 그러나 시간과 공간 조건은 직무집행행위를 구성하는 충분한 요구조건이 아니

고, 특수한 주체에 대하여 경찰과 같이 퇴근 후 非업무장소에서 행한 특정행위는 여전히 직무행위에 해당된다.

③ 명의기준

통상적인 상황에서, 국가기관 및 그 공무원의 신분과 명의로 실시한 행위는 모두 직무집행행위이다. 예컨대, 공무원이 복장을 갖추고 배지를 달고, 경찰신분증을 제시하며, 대표적 기관을 언급하는 상황에서 실시한 행위는 일반적으로 모두 직무집행행위이다. 공무원이 개인명의로 신분으로 행한 행위는 개인행위이고, 직무집행의 행위가 아니다. 물론 특수 공무원(사복경찰, 안전기관 공무원)은 별도로 다룬다.

④ 목적기준

직무집행의 행위는 통상적으로 법률 직책과 의무를 실현하기 위한 행위이고, 그 목적은 공공이익을 보호하는 것이며, 공무원 개인의 이익을 말하는 것은 아니다. 따라서 상술한 세 가지의 기준의 행위가 반드시 모두 직무집행행위에 부합하는 것은 아니다. 예컨대, 향(響)과 진(鎭) 정부의 공무원이 업무시간에 국가공무원의 신분과 명의로 농민가정의 산아제한업무를 조사할 때, 농민의 손목시계를 임의대로 자신의 신체에 착용하는 행위는 비록 직권기준, 시공기준과 명의기준에 부합하지만, 그 행위의 목적이 공공이익과 전혀 관계가 없다. 즉, 해당행위는 행정기관이 의도하는 결과가 아니고, 행정목적 달성에 필요하거나 또는 피할 수 없는 것이 아니며, 완전히 공무원 개인의 목적을 달성하기 위한 것으로 직무집행의 행위가 아니다. 물론, 직무집행행위와 非직무집행행위를 구분하는 기준이 단일하게 분리되어 있는 것이 아니고 종합적인 것이다. 어떤 행위가 직무행위인지의 판단은 반드시 상술한 기준을 종합하여 판단해야 한다.

(3) 직무집행행위의 분류

국가기관과 국가기관 업무 인원의 직무집행행위는 다양한 의미를 내포하고 있고 다양한 유형이 있다. 직무집행행위의 특징을 이해하기 위해서는 그 분류에 대하여 연구를 진행할 필요가 있다.

직무집행행위가 강제명령의 속성을 갖는가의 여부에 따라서 이를 권력행위와 非권력행위의 두 가지 유형으로 구분할 수 있다. 권력행위는 국가기관이 실시한 강제력으로 보장되고, 명령과 금지방식을 통해 상대방의 복종을 요구하는 행위이다. 非권력행위는 국가기관이 실시한 강제력을 갖지 않는 非명령 금지행위이다. 국가기관이 제공한 자문 서비스 행위, 공공재산 관리행위, 민사계약 체결 등의 행위 등은 모두 非권력행위에 해당된다. 따라서 직무집행의 권력행위에 의해 야기된 손해배상은 《국가배상법》을 통해 조정되며, 非권력행위에 의해 야기된 손해배상은 민사법률 규범을 통해 조정될 수 있다. 예컨대, 중국 《민법통칙》은 국가가 그 침해행위에 대하여 민사책임을 부담하는 보편성에 관한 규칙이다. 따라서 국가기관과 국가기관 공무원의 직무집행행위를 조정하고, 특히 非권력행위가가 야기한 민사책임에 대한 주요 규범으로 작용한다.

직무집행행위가 직접적으로 법률결과를 발생시키는지 여부에 따라, 사실행위와 법률행위로 구분할 수 있다. 사실행위는 국가기관과 국가기관 공무원이 실시한 것으로 법률결과를 발생하지 않고, 법률결과가 발생하더라도 결과의 발생이 외부의 어떠한 사실 상태로 인한 행위인 경우를 말한다. 예컨대, 국가기관 공무원이 고문하여 자백을 받아내는 행위, 구타와 욕설을 하는 행위, 경찰직무 수행시 사용하는 기구를 무기로 사용하는 행위 등은 모두 사실행위이다. 법률행위는 국가기관과 국가공무원이 실시한 것으로 국민, 법인 또는 기타 기관이 권리·의무를 발생, 변경, 소멸 시키는 등의 법률결과를 야기하는 행위이다. 예컨대, 행정기관의 행정허가 행위, 행정처벌행위, 사법기관의 체포 승인 행위, 재산 압류 행위 등은 모두 법률행위에 속한다. 사실행위와 법률 행위를 불문하고, 모두 국가기관과 그 공무원이 이행하는 직책이고, 권력을 행사하는 행위이며, 이로 인해 야기된 손해배상책임은 모두 국가의 배상책임이다.

이외에도, 직무집행행위가 합법적인가에 근거하여 이를 합법행위와 위법행위로 구분할 수 있다. 직무집행의 대상이 특정되는가, 적용효력이 중복될 수 있는가에 따라 추상적 직무집행행위와 구체적 직무집행행위로 나뉜다. 직무집행이 적극적이고 주동적인 방식을 채택하였는가에 따라 작위행위와 부작위행위로 구분한다.

3. 손해결과요건

국가가 권리침해 책임을 부담하는가는 그 행위가 특정인의 손해를 야기하였는가를 보아야 한다. 손해결과가 없거나 손해를 입지 않은 보편적인 대상은 국가가 배상책임을 지지 않아도 된다. 따라서 손해는 국가배상책임을 구성하는 필요조건 중에 하나이다. 소위 손해라는 것은 재산과 신체에 대하여 야기된 불리(不利)를 말한다.

(1) 손해의 범위

국가배상요건으로서의 손해와 민법상의 손해는 큰 차이가 없다. 따라서 각국 법률은 손해의 범위와 이해에 대하여 모두 자국 민법을 적용한다. 손해는 신체손해와 재산손해를 포함하는데, 전자는 신체의 자유를 제한하고, 생명을 박탈하고, 사람에게 손상을 입히거나, 명예와 영예를 손상시키는 등을 포함한다. 후자는 주로 재산의 멸실, 훼손과 감소 등의 손해를 가리킨다. 물질적인 손해는 또한 적극적인 손해와 소극적인 손해(직접손해와 간접손해로도 칭함)를 포함하는데, 대다수의 국가가 직접 손해만을 배상하고, 간접손해는 배상하지 않는 것을 원칙으로 하고 있다. 권리침해행위에서 고의적으로 이루어졌거나 또는 배상하지 않은 간접손해가 사회공동생활 원칙에 위배되는 상황이 있을 경우, 법원이 국가기관의 간접손해배상을 판결한다. 동시에, 대다수 국가는 원고의 재산과 신체의 손해만을 배상하고, 명예, 영예에 대하여 야기된 손해는 배상하지 않는다. 인격권에 받은 침해는 특별한 상황이 있을 경우에만 배상을 받을 가능성이 있다. 중국 《국가배상법》 제2장 제1절 중 권리침해 손해의 범위는 두 종류로 요약된다. 첫째는 신체권이고, 둘째는 재산권이다. 신체권은 주로 신체자유권, 인격존엄권, 혼인자유권, 명예권, 영예권, 명칭권, 생명권, 초상권, 친척관계 중의 권리이다. 재산권은 주로 상속권, 물권, 경영자유권, 채권, 지식재산권 등을 포함한다. 이상의 권리가 국가기관 및 그 공무원으로부터 손해를 입는 경우, 국가기관은 반드시 배상을 해야 한다. 《국가배상법》의 규정에 따라, 신체권 중의 명예권, 영예권이 손해를 입는 것은 정신손해에 속하고, 이것은 금전적 계산이 불가하고 국가가 배상하지

않지만, 피해자는 배상의무기관에게 권리침해행위가 영향을 준 범위 내에서 피해자에 대한 영향을 해소하고, 명예회복, 예를 갖추고 사과하는 등의 요구를 할 수 있다.

(2) 손해의 대상

소위 손해는 국가기관이 국민이나 법인에게 부담하는 의무를 위반하여 오히려 그에게 불이익을 받도록 한 결과를 말한다. 따라서 국가가 이러한 손해를 배상할 수 있는가는 우선적으로 피해자의 이익이 법률의 보호를 받았는가, 국가가 피해자에 대한 특정한 의무를 부담하였는가를 명확하게 하여야 한다. 손해를 입은 대상이 법률에 의해 특별히 보호되어야 하는 경우, 국가는 이러한 손해에 대하여 책임져야 한다. 국가가 제정한 법률, 행정기관이 제정한 법규와 규장에 의해 야기된 손해가 보편적일 경우, 법이 특별한 보호를 규정하고 있지 않은 경우에는 국가는 배상책임을 지지 않는다. 한 사람이 손해배상의 대상이 될 수 있는가 여부는 행정기관이 책임지는 직책이 직접적으로 그의 이익을 보호하기 위한 것인가 관건이다. 예컨대, 절도범이 절도를 하고 있을 때, 경찰이 수수방관하는 것은 경찰이 재산 소유인에 대하여 직책을 위반한 것이다. 경찰이 위반 행위를 조사하는 권력은 단지 일반 대중의 이익을 위해 부여되었을 뿐만 아니라, 구체적 개인의 이익을 위해서도 부여된 것이기 때문이다. 물론 국가기관이 피해자에 대하여 부담하는 특별한 의무와 공중에 대하여 부담하는 보편적 의무는 구분되어야 한다.

(3) 손해행위와 손해결과 간의 인과관계

국가배상 중의 인과관계는 복잡하고 매우 많은 간접적 관계가 있는 손해배상문제가 존재한다. 예컨대, 어떠한 회사 최고경영자가 잘못을 저질러 구류되었고, 구류기간에 이미 약속된 한 번의 계약서명의 기회를 놓쳐버림으로써 기업에 중대한 경제적 손실을 야기하였다면 국가는 이러한 종류의 손해에 대하여 배상하는가? 어떤 사람이 합법적인 수단으로 허가증을 취득하여 건물을 세웠고, 후에 행정기관이 불법건축이라고 확인하여 철거하였다면, 허가증 발부기관은 배상책임이 있는가? 어떠한 국민의 재산이 절도 당하였는

데, 공안기관에 치안 유지가 부족하다고 간구하고 배상청구를 할 수 있는가? 이러한 문제의 해답은 반드시 국가기관 및 공무원의 행위와 손해의 결과 간에 인과관계가 존재하는지 또한 인과관계에 밀접한 정도가 어떠한지를 분석해야 한다.

민법이론상 인과관계는 객관적인 사물 사이의 전후 인과의 관련성이다. 어떤 현상의 출현은 다른 현상의 존재가 필연적으로 야기하는 것으로 이들 두 가지 현상간에는 인과관계가 성립된다. 물론, 행위 간소화와 손해결과간에 인과관계가 있을 경우, 결과를 야기한 모든 조건을 원인으로 간주할 수 있고, 결과의 발생과 행위간에 논리적 연계가 있다는 사실은 이를 인과관계로 볼 수 있다. 이러한 학설을 조건설이라 한다. 이 밖에도 인과관계설에 상당한 것으로 적당 조건설이 있는데, 이는 특정 원인이 특정 상황에서 발생하여 일정한 결과를 야기한 경우를 예상할 수 있다. 이때 이를 양자간의 인과관계를 판단할 수 없을 경우가 있는데, 일반적 상황에서는 당시 해당 지역의 사회관념에 따라 보편적으로 동양의 결과가 발생 가능한 경우, 이를 인과관계가 있다고 판단할 수 있다. 손해의 측면에서 행위를 보아 해당 행위가 손해를 야기한 것으로 확신할 수 있을 때, 이때의 해당 행위는 상당한 원인이 된다. 만약 경찰이 사람을 구타하여 상해를 입혔는데, 구치소 내에 수감되어 있어, 외부치료를 할 수 없거나 치료방법 또한 없어 죽음에 이르렀다. 이때, 구타행위와 사망결과간에 인과관계가 있다. 즉, 행위 후에 기타 원인이 더해졌다는 점에서 기타 행위가 객관적으로 결합되어 나타날 수 있다는 것을 예상할 수 있지만, 그럼에도 불구하고 구타행위는 손해에 대하여 상당한 원인이 된다. 동일하게 행위 전에 이미 기타 원인이 있고, 다른 행위가 추가되었다면 객관적으로 손해를 충분히 야기할 수 있다는 점에서 그 행위 또한 상당 원인에 속한다. 즉, 현재 이론으로 볼 때, 상당인과 관계설은 보다 설득력을 갖추었다고 볼 수 있다.

국가배상중의 인과관계를 민사배상 중의 인과관계를 비교해보면, 어떤 부분은 매우 엄격하고, 또 다른 부분은 상당히 관대하다는 것을 알 수 있다. 민법에서 인과관계이론으로 국가배상책임의 구성을 분석하면 만족스러운 결과를 얻기 매우 힘들다. 예컨대, 공안기관이 모 기업의 경영자의 자유를 위

법적으로 제한하여, 기업이 영업을 할 수 없어 손실을 야기한 경우, 민법 원리에 따라 국가가 기업의 손실을 배상해야 하는 것은 공안기관의 행위가 기업 손실을 야기 시킨 주요 원인이기 때문이다. 그러나 다수 국가의 국가배상법 이론은 이렇게 이해하지 않고, 국민 자유의 제한과 기업의 손실 사이에 인과관계를 부정하고, 오직 신체자유 배상금만을 규정하고 있을 뿐이다.

국가배상책임은 반드시 두 가지 조건에 부합하는지를 확인해야 한다. 첫째, 원인과 결과간의 논리적 연계성이 갖추어져 있어야 한다. 둘째, 원인과 결과간에 직접적인 관련성, 즉, 정상인의 경험과 이해를 기준으로 할 때 행위와 결과 사이에 관련성이 있어야 한다. 국가 권리침해행위와 일반적인 민사 권리침해행위는 일정한 차이가 있다. 국가 권리침해행위는 불법적이고, 재량권과 강제성을 초월하거나 남용하는 특징을 가지고 있으며, 특정인에게 부담하여야 하는 법적의무를 위배하는 경우 모두 권리침해행위로 간주된다. 따라서 국가배상에서의 인과관계는 실질적으로 국가기관과 피해자 사이의 권리·의무관계이다. 다만, 국가기관이 권리자에게 부담하여야 하는 특정한 의무를 위반하여 야기한 손해, 또한 권리자가 기타의 경로를 통해 배상을 받을 수 없게 된 경우, 일반적으로 국가배상책임중의 인과관계가 있다고 판단한다. 예컨대, 경찰이 어떤 사람이 타인을 구타하는 것을 발견하였으나 제지하지 않는 것은 그가 부담하여야 하는 특정 의무를 위배한 경우로서, 피해자가 가해자에게 배상청구를 할 방법이 없을 때(예컨대, 이미 도주하였거나, 지급능력이 없을 경우) 국가기관에 배상을 청구하면, 반드시 지급해야 한다. 경찰과 피해자 사이에는 일정한 권리·의무의 관계가 있기 때문에, 법정 의무를 위배한 것(원인)이 피해자의 손실을 야기(결과)시킨 경우에, 양자는 비록 필연적인 연계성은 없지만 간접적인 관련이 있게 된다. 또 다른 사례로, 국민이 각종 자료와 증거를 모두 준비하고 규정절차에 따라 건축 및 영업허가를 신청했지만, 담당자가 아무런 이유없이 장기간 처리해주지 않아 손해가 발생한 경우, 행정기관은 반드시 배상책임을 져야 한다. 피해자의 손실은 국가기관 공무원이 마땅히 이행해야 할 의무를 위배하여 야기된 것으로, 이미 인과관계가 구성되어 반드시 배상해야 한다.

이상의 사례는 모두 부작위로 야기된 것이고, 국가기관이 그러한 의무를 위배하여 야기된 것이다. 이런 직무상의 의무는 곧 법률·법규에서 규정한 것이고, 또한 상급 명령일 수 있다. 비록 문서로 규정하지 않고 일반적인 통념에 따라 마땅히 이행해야 하는 것에 속하는 것 또한 직무상의 의무이다. 국가기관이 반드시 행하여야 하나 행하지 않은 직무태만 행위는 부작위의 위법행위라는 점에서 이로 인해 야기된 손해는 국가가 반드시 배상책임을 져야 한다.

국가배상책임 중의 인과관계는 국가기관 및 공무원의 공직의무를 기초로 하고, 법률보호를 받는 피해인의 권익을 근거로 하는 공직의무와 권익에 위배하여 야기된 손해간의 관계를 내용으로 한다는 점에서 객관적이고, 타당하며, 정상적인 사회경험에 부합하는 방식으로 균형있게 확정하여야 하는 논리관계이다. 이러한 인과관계는 객관적이고 타당하여야 하고, 이성에 부합하여야 한다는 점에서 기계적이거나 임의적이어서는 안 된다. 원인이 되는 현상은 순서상 반드시 결과로 나타나는 현상보다 앞서 나타날 뿐만 아니라, 또한 반드시 결과를 야기하고 결정을 하는 작용을 한다. 다만, 손해결과와 직접적으로 관련된 원인이어야만 배상책임의 인과관계중의 원인이 된다. 물론, 직접적인 원인은 곧 손해에 가장 밀접한 원인일 수는 없으나, 손해발생의 주요 원인과 결정적 원인이 된다.

(4) 인과관계 사실의 결핍

국가는 단지 직접적으로 손해를 야기한 원인사실에 대하여만 배상책임을 진다. 일부 특수한 손해야기의 원인과 손해결과 사이에는 인과 관계가 없는 경우가 있는데, 이에 대하여 국가는 배상책임을 지지 않는다. 이러한 특수한 손해 유발 원인으로는 다음과 같은 유형을 언급할 수 있다.

1) 피해자의 과실

피해자의 행위로 인해 피해의 발생을 피할 수 없었거나 가중시켰을 경우, 국가는 완전히 배상책임을 지지 않거나 부분적으로 배상책임을 면한다. 예컨대, 프랑스 판례 중 어린이가 공원에서 놀 때 나뭇가지에 의해 상해를 입어 그 부모는 국가에 배상을 요구하였으나, 행정기관은 어린이가 부상당한 것은

부모의 관리소홀로 여겼다. 행정법원은 공원에 어린이의 상해위험성이 존재한다고 여기고 채택된 조치가 부족하다고 설명하고 일정한 과실의 책임이 존재하지만, 결코 손해결과를 야기한 유일한 원인이 아니기 때문에 피해자 또한 과실이 있다고 판단하였다. 이런 과실행위와 손해에도 인과관계가 있으므로, 이러한 상황에서는 국가의 배상책임을 면제하거나 부분적으로 감면할 수 있다. 만약 손해가 완전히 피해자의 과실로 인한 것이라면, 국가는 배상책임을 지지 않는다.

2) 불가항력

불가항력(예컨대, 전쟁, 천재지변 등)으로 인한 손해는 국가가 배상책임이 없다. 불가항력은 예견하거나 저항할 수 없는 것으로, 당사자 의지 이외의 역량에 속한다. 따라서 이로 인하여 야기된 손해와 국가기관의 행위간에 어떠한 인과관계가 없다면, 국가는 이에 대하여 책임을 지지 않는다. 불가항력과 원인이 분명하지 않은 사건은 서로 다른데, 여기서 후자(예컨대, 기계 고장, 화재 등)는 국가의 과실책임을 면할 수 있지만, 국가의 위험책임은 배제할 수 없다. 예컨대, 어떤 댐의 누수로 인해 야기된 인근 주민의 손해에 대하여 누수의 원인이 불명확하다면 국가의 과실배상책임은 배제할 수 있지만, 위험책임은 배제할 수 없다.

3) 제3자 개입

국가기관의 행위가 제3자의 개입을 통해 손해가 발생될 때, 이런 손해는 간접손해로 국가는 배상책임을 지지 않는다. 예컨대, 어떠한 사람이 운전하는 자동차가 교통경찰에 의해 위법적으로 압류되어, 도보로 귀가시 자동차에 치어 상해를 입었다. 비록 교통경찰이 위법적인 권리침해행위를 하였지만, 손해를 야기한 직접적인 원인이 아니므로 국가는 배상의 책임이 없다. 만약 손해가 국가기관과 제3자의 공동행위로 야기된 경우, 국가기관은 그 행위에 부분적으로 책임을 진다.

4. 법률요건

국가배상책임을 구성하려면 반드시 “법률규정”이라는 조건을 만족하여야 한다. 만약 법률이 국가배상책임을 규정하지 않을 경우에는, 국민이 국가기관에 위법침해를 받는 경우에도 국가는 배상책임을 지지 않을 수 있다. 이것은 국가배상책임을 하나의 중요한 특징이다. 소위 “법률규정”이라 함은 현실에 존재하는 국가배상책임을 법률법규와 판례 등의 모든 규정을 말한다. 국가배상은 민사배상과 달리, 지난 세기말에 발생하였고, 대다수의 국가는 단계적으로 관련 입법을 통해 이 제도를 정착시키고 있다. 따라서 국가배상의 범위, 절차 등의 내용은 입법과 사법판례가 확정한다. 현재까지 어떠한 국가의 법률도 정부가 모든 권리침해행위에 배상책임을 진다고 규정하지 않는다.

국가배상의 실행 가능성 측면에서는 어떠한 제한도 없지만, 피해자가 국가의 모든 행위에 대하여 배상소송의 제기를 허가하는 것은 비현실적이다. 따라서 국가가 어떤 종류의 행위에 대하여 배상을 책임지고, 어떤 배상방식과 절차를 적용하는지에 대하여는 모두 법률을 통해 명확하게 규정할 필요가 있다. 결국, 법률규정에 당연히 배상하여야 한다는 규정이 없는 경우에는 손실이 있는 경우에도 배상하지 않는다. 즉, 국가가 배상을 책임을 지기 위해서는 반드시 법적 규정이 있어야 한다는 것이 요건 중의 하나이다. 이러한 법률 규정은 통일된 국가배상법일 수 있고, 특별법 또는 판례법일 수도 있다. 중국에서 국가 행정배상책임을 지는 법률은 《국가배상법》, 《행정소송법》, 《민법통칙》, 《치안관리처벌법》 및 많은 최고법원의 사법해석, 국무원 및 각부 위원회가 제정한 행정법규와 규장 등을 근거로 한다. 피해자가 이상의 규정에 따라 배상청구권을 획득하는 것은 중국과 대다수 국가가 비슷하게 갖는 특징이고, 국가배상책임을 반드시 구비해야 하는 요건 중에 하나이다.

사례 2 : 모퉁의 병원은 제반 기능을 두루 갖추었고, 응급실 또한 기준에 맞는 2급 1등 종합병원으로 응급센터를 설치할 조건을 갖추어, 상급문건의 규정과 주관 부문의 승인을 근거로 톈의 우편 전신국에 “120” 응

급 전화 개통을 신청하였다. 縣의 우편전신국도 縣 병원에 “120” 응급전화를 설치하였으나, 해당 전화는 계속 개통되지 않았다. 縣 병원은 수차례 서면을 통하여 “120” 응급전화의 개통을 우편 전신국에 청구하였으나, 縣 우편전신국은 여전히 거절하여 개통시키지 않았다. 縣 우편전신국이 개통을 거절하여, 縣 병원이 구비한 응급차량과 기타설비를 지속적으로 정상 운영할 수 없으므로 손실을 야기하였다. 縣 병원은 縣 우편전신국을 피고로 하여 縣 법원에 소송을 제기하고, 縣 우편전신국이 즉각 “120”응급전화의 개통의 직무를 명령하고, 아울러 縣 병원의 경제적 손실의 보상을 판결하여 명령하도록 청구하였다.

본 사례에서 縣 병원의 배상청구는 수용될 수 없다. 《국가배상법》 제2조에 서 “국가기관과 국가기관 공무원이 불법으로 직권을 행사하여 국민, 법인과 기타 조직의 합법적 권익을 침해하여 야기된 손해의 경우, 피해자는 본법에 따라 국가배상권리를 취득한다.”고 규정하고 있다. 국가가 縣 우체국이 “120” 전화설치를 거절한 행위에 책임배상을 져야 하는지 여부는 국가배상책임의 구성요건에 부합하는가 여부를 보아야 한다. 본 사례에서 “120” 전화 설치의 목적은 일종의 공공이익을 실현하는 것이고, 병원의 재산권을 설정하기 위함은 아니다. 우체국이 “120” 전화를 설치의무를 통해 대응하는 것은 결코 병원의 재산권에 대한 것이 아니기 때문에, 병원은 우체국이 이 법정 의무에 위배하였다는 것을 이유로 배상 청구를 할 수 없다.

제15장 행정배상

본장 개요

본 장에서는 행정배상의 개념에 대하여 분석하였다. 행정배상과 행정보상, 민사배상, 사법배상간의 연계와 구별에 대한 분석을 통해 행정배상의 특징을 보여주고, 행정배상의 위법귀책원칙의 의의를 설명한다. 중국 《국가배상법》 규정과 결부하여 행정배상의 범위, 행정배상 청구인과 행정배상 의무기관, 행정배상절차, 행정구상(追償) 등 제도에 대하여 중점적으로 소개한다.

제 1 절 행정배상의 의의

1. 행정배상의 개념

행정배상이란 행정기관 및 그 업무인원이 직권을 행사하는 과정에 국민, 법인 또는 기타 조직의 합법적 권익을 침해하여 손해를 야기하였을 경우, 국가가 그 배상책임을 부담하는 것을 말한다.

1) 행정배상은 국가의 배상책임이고, 행정배상의 책임주체는 국가이며, 행정기관 및 그 업무인원이 아니다. 실무과정에서 권리침해행위는 행정기관 및 그 업무인원이 행한 것이다. 다만, 그 배상책임을 부담하는 주체는 행정기관도 아니고 행정기관의 업무 관계자도 아닌 국가가 된다. 이는 국가와 행정기관 및 그 업무인원 간의 법률관계에 의해 결정된다. 행정기관 및 그 업무인원과 국가사이에는 위임대리관계가 존재한다. 비록 행정기관이 행정관리활동을 실시할 때 당해 기관의 명의로 진행하고, 행정기관의 업무인원도 소속 행정기관의 명의로 진행하지만, 법률적으로는 모두 국가를 대표하여 실시하는 것이고 합법적이든 위법적이든 그 법률효과는 모두 국가가 부담한다. 국가가 배상주체인 주요 표현은 배상비용을 국고에서 지출하는 데 있다.

2) 행정배상은 국가가 행정권리 침해행위에 대하여 부담하는 배상책임을 말한다. 국가는 하나의 법률주체로서 부담 가능한 배상책임이 다양하다. 민사배상책임, 국제법상 배상책임, 사법배상책임, 입법배상책임, 군사배상책임, 공공시설 설치 및 관리중의 배상책임 등이 이에 포함된다. 특정한 배상책임은 특정한 권리침해행위와 상호 대응되지만, 행정배상은 단지 국가가 행정관리과정에 발생하는 권리침해행위에 대하여 부담하는 배상책임이다. 이 특성은 행정배상이 기타 배상, 즉 사법배상, 민사배상 등과 구별되도록 한다. 행정관리과정에 발생하는 권리침해행위의 형식은 매우 많다. 위법하게 직권을 행사함으로써 실시되는 권리침해행위(예컨대, 구체적 행정행위)일 수도 있고, 직무집행 기회를 이용하여 실시하는 권리침해행위(예컨대, 타인의 물건을 절도하는 행위)일 수도 있으며, 표면상으로는 행정직무와 관련되나 실제로는 관련 없는 권리침해행위(예컨대, 진탕 먹고 마시는 행위)일 수도 있다. 이러한 권리침해행위는 모두 배상책임을 발생시키나 모두 국가배상책임을 발생시키는 건 아니다. 행정직권과 밀접하게 관련되는 권리침해행위일 경우에만 행정권리 침해행위에 해당되며 국가의 배상책임을 발생시킬 수 있다.

3) 국가배상은 국가가 행정기관 및 그 업무인원의 권리침해행위에 대하여 부담하는 배상책임을 말한다. 행정기관 및 그 업무인원에 대하여서는 광의적으로 해석해야 한다. 행정기관은 중앙 및 지방 각 급 인민정부와 그 소속 업무부문, 즉 국가행정기관을 포함할 뿐만 아니라 법률·법규에서 권한을 부여한 조직, 위임한 행정기관, 권리침해행위를 공동 실시한 행정기관도 포함한다. 업무인원은 공무원 신분을 구비한 업무인원을 포함할 뿐만 아니라, 행정기관의 위임을 받고 공무를 집행하는 일반 국민도 포함하며, 행정기관의 지시를 받고 위법행위를 실시하는 국민도 포함한다. “업무인원”에 대하여 판단할 시, 중요한 점은 공무원 신분이 아니라 권리침해행위를 실시하는 국민과 이와 관련된 행정기관 사이에 실제적인 공무관계가 존재하는지 여부이다. 국가행정기관 업무인원과 국가사이에 직무위임관계가 존재함으로 인하여 행정기관 및 그 업무인원이 직권을 행사하는 과정에 권리침해행위를 행할 경우, 또는 직무집행 명의로 권리침해행위를 행할 경우에는, 이를 국가권리침해행

위로 간주해야 한다. 《국가배상법》에서는 권리침해행위를 행한 행정기관 또는 그 업무인원 소재의 행정기관을 배상의무기관으로 확정하고 증거 수집, 법원에서의 응소, 피해자와의 화해 및 배상금지급 등 구체적인 배상사무를 처리하도록 규정하고 있다. 이러한 규정은 행정기관 및 그 업무인원이 법정 직책을 착실하게 이행토록 독촉하는데 유리하고, 피해자가 배상청구권을 행사하는 데에도 편리하다.

4) 행정배상은 국가가 합법적 권익이 행정권리 침해행위로 인해 손해를 본 국민, 법인 또는 기타 조직에 대하여 부담하는 배상책임을 말한다. 국민, 법인과 기타 조직은 구체적 행정행위가 상대하는 대상에만 국한되지 않고, 합법적 권익이 행정기관 및 그 업무인원의 행위로 인해 침해를 받은 대상은 모두 행정배상 청구권자가 될 수 있다. 국가배상에서 일컫는 손해는 국민, 법인 또는 기타 조직의 합법적 권익에 대한 침해를 말한다. 합법적 권익은 국민, 법인 또는 기타 조직이 법에 따라 소유하는 재산권과 인신권을 말하고, 합법적 권익이 침해를 받은 경우에 한해서만 국가가 배상책임을 부담한다. 위법적 권익(예컨대, 도박 수입, 절도한 재산 등)은 법률적 보호를 받지 못하고, 국민, 법인 또는 기타 조직은 당해 권익의 침해에 관해 배상을 요구할 수 없다.

2. 행정배상의 특징

행정배상은 다음과 같은 세 가지 측면에서 특징을 살펴볼 수 있다.

(1) 행정배상과 행정보상의 연계와 구별

행정보상은 국가가 행정기관 및 그 업무인원이 직권행사과정에 합법적 행위를 행함으로써 하여 국민, 법인 또는 기타 조직의 합법적 권익에 손해를 준 데 대하여 취하는 구제조치를 말한다. 행정배상과 행정보상은 모두 국가가 행정기관 및 그 업무인원이 직권행사 과정에 국민, 법인 또는 기타 조직의 합법적 권익에 대하여 야기한 손해에 대하여 취하는 구제조치이고, 위험책임 영역에서 행정보상과 행정배상 간에는 명확한 계선이 없다. 다만, 양자간에는 여전이 매우 많은 구별점이 존재하며, 다음과 같이 표현된다.

1) 원인의 상이

양자 모두 국가가 행정기관 및 그 업무인원이 행정관리과정에 국민, 법인 또는 기타 조직의 합법적 권익에 손해를 준 경우에 취하는 구제조치이나, 행정배상에서 상대하는 손해는 행정기관 및 그 업무인원의 위법행위이고, 행정보상에서 상대하는 손해는 합법행위이다.

2) 범위의 상이

행정배상의 범위는 행정보상의 범위보다 작다. 행정배상은 국가배상법의 제한을 받고, 국가는 모든 행정권리 침해행위에 대하여 배상책임을 부담하지 않는다. 예컨대, 국방외교 등 국가행위는 일반적으로 국가면책특권을 실행하고 국가가 국민, 법인 또는 기타 조직에 대하여 야기한 손해에 대하여서는 배상책임을 부담하지 않는다. 행정보상의 원인은 합법성이라는 제한 외에 기타 제한은 없다.

3) 정도의 상이

행정배상이 국민, 법인 또는 기타 조직의 합법적 권익에 대한 구제정도는 행정보상보다 충분하지 않다. 《국가배상법》에서 언급하는 손해는 인신권과 재산권 손해에 한하고 국가가 모두 배상하는 건 아니고, 최저한도 내에서의 직접적 손실에 한한다. 《국가배상법》에서 “계산표준”을 규정한 목적이 바로 배상금액에 대하여 제한하기 위해서이다. 행정보상은 실제 손실을 보상하는 원칙을 취한다. 행정기관 및 그 업무인원의 합법적 행위가 국민, 법인 또는 기타 조직의 합법적 권익에 손해를 준만큼 국가가 이에 대하여 보상한다. 물론 행정보상에서 언급하는 손해는 반드시 특정 국민, 법인 또는 기타 조직이 입은 특별한 손해를 가리키고, 기타 보편적인 손해는 이에 해당하지 않는다. 손해라는 점에 있어서 행정배상은 배상의 최고금액에 착안하나, 행정보상은 손해의 특정성에 착안하고 금액에 대한 제한은 없다.

4) 절차의 상이

행정보상은 손해발생 전에 행정기관과 국민이 협상하여 해결하는 경우도

있고, 손해발생 후에 행정기관과 국민이 협상하여 해결할 수도 있다. 행정배상은 권리침해행위가 발생한 후에 행정기관과 국민이 협상하여 해결한다. 행정정보상과 행정배상은 모두 행정조정을 적용할 수 있다. 다만, 국민이 행정기관과 행정정보상에 관해 협의를 달성하지 못함으로 인해 제소한 경우에는 일반적인 행정소송절차를 적용하고, 행정배상 의무기관과 행정배상에 관해 협의를 달성하지 못함으로 인해 기소한 경우에는 행정권리 침해배상 소송절차를 적용한다.

5) 성질의 상이

행정배상은 국가가 행정기관 및 그 업무인원이 위법하게 직권을 행사한 행위에 대하여 부담하는 일종 법률책임이고 부정과 질책의 의의를 갖고 있다. 행정정보상은 국가가 행정기관 및 그 업무인원의 합법적 행위가 야기한 손해에 대하여 취하는 구제조치로서 구체적 행정행위에 속한다.

6) 근거의 상이

행정정보상의 법률근거는 관련 단행 부문의 법률·법규이고, 행정배상의 법률근거는 《행정소송법》과 《국가배상법》이다.

(2) 행정배상과 민사배상의 연계와 구별

민사배상은 한 당사자가 그의 권리침해행위로 인해 손해를 입은 다른 한 당사자에게 부담하는 배상책임을 말한다. 세계 각국 민사배상제도의 초기 단계에서는 모두 민사배상이론(예컨대, 귀책원칙, 구성요건)을 참조하여 민사배상절차를 적용하였다. 《민법통칙》 제121조에서도 국가기관 및 그 업무인원의 직무집행과정의 권리침해행위를 한 가지 특수한 민사권리침해행위로 규정하고 국가의 민사배상책임에 대하여 확립하였다. 《국가배상법》 실시 전에 국가배상은 모두 민사배상의 표준과 절차에 따라 처리되었으므로, 민사배상과 행정배상 간에는 밀접한 연계가 존재한다. 다만, 양자 간에는 일부 구별점도 존재하는데 다음과 같은 면에서 표현된다.

1) 주체의 상이

행정배상은 국가가 국민 개인에게 부담하는 배상책임으로 국가와 국민간의 법률관계를 형성하나, 민사배상책임은 개인이 개인에게 부담하는 배상책임으로 개인간의 법률관계를 형성한다.

2) 원인의 상이

행정배상의 원인은 행정권리 침해행위이고, 민사배상의 원인은 민사권리침해행위이다. 행정권리 침해행위는 행정기관 및 그 업무인원이 직권행사 과정에 실시한 국민의 합법적 권익을 침해하는 행위를 말한다. 이는 국가권력의 작용이나, 민사권리침해행위는 “행정기관 및 그 업무인원”이라는 주체면의 제한이 없을 뿐만 아니라, “직권행사 과정”이라는 제한도 없다.

3) 범위의 상이

《국가배상법》에서는 행정배상의 원인, 손해의 범위에 대하여 제한하였고, 국가는 모든 권리침해행위에 대한 배상책임을 부담하지 않을 뿐만 아니라 행정권리 침해행위가 야기한 모든 손해에 대하여 배상하지도 않으며, 행정권리 침해행위가 인신권 및 재산권에 대하여 야기한 최저한도의 직접적 손해에 대하여서만 배상한다. 이와 달리 민사배상의 범위는 행정배상의 범위보다 크다. 민사권리침해행위는 각 종 권리침해행위에 대하여 책임을 져야 될 뿐만 아니라 피해자의 각종 손실(예컨대, 가득이익의 손실)에 대하여서도 전액 배상해야 한다.

4) 귀책원칙의 상이

민사배상책임의 귀책원칙은 과실책임원칙을 위주로 하고 위험책임원칙을 보충으로 하나, 행정배상책임의 귀책원칙은 다양하여 어떤 나라에서는 과실책임원칙을 실행하고, 어떤 나라에서는 공무과실책임원칙을 실행하며, 또 어떤 나라에서는 위법원칙을 실행한다.

5) 정도의 상이

민사배상분쟁 해결절차는 중재, 민사소송이나 행정배상분쟁 절차는 행정처리절차, 행정심판절차 및 행정소송절차이다.

6) 근거의 상이

행정배상은 공법상의 법률책임이고 그 법률근거는 《행정소송법》, 《국가배상법》 등 공법 법률규범이지만, 민사배상은 사법상의 법률책임이고 그 근거는 《민법통칙》 등 사법 법률규범이다.

(3) 행정배상과 사법배상의 연계와 구별

사법배상은 사법기관 및 그 업무인원이 직권행사 과정에 국민, 법인 또는 기타 조직의 합법적 권익을 침해하여 야기한 손해이고 국가에서 배상책임을 부담한다. 행정배상과 사법배상은 모두 국가배상에 속하고 여러 면(예컨대, 손해범위, 계산표준, 배상주체 등)에서 일치하다. 다만, 양자간에도 많은 구별점이 존재하며 다음과 같은 면에서 표현된다.

1) 권리침해행위를 실시하는 주체의 상이

행정배상에서 권리침해행위를 실시하는 주체는 국가행정기관 및 그 업무인원이고 법률·법규에서 권한을 부여한 조직 및 그 업무인원, 위임을 받은 조직 및 그 공무원인과 사실 상의 공무원을 포함한다. 사법배상에서 권리침해행위를 실시하는 주체는 사법기능을 이행하는 국가기관 및 그 업무인원이고, 이는 공안기관, 국가안전기관 및 군대보안부문, 국가검찰기관, 국가심판기관, 감옥관리기관 및 상기 기관의 업무인원을 포함한다.

2) 권리침해행위를 실시하는 시간의 상이

행정권리 침해행위는 행정관리과정에 발생하고 행정기관 및 그 업무인원의 직권행사 과정에 실시한 것이나, 사법권리 침해행위는 사법활동 과정에 발생하고 사법기관 및 그 업무인원이 형사소송 중에서 수사권, 검찰권, 심판권, 감옥관리권을 위법하게 행사하거나 민사, 행정심판 중에서 인민법원이

강제조치, 보전조치 및 집행조치를 취하는 것을 취하는 것을 구성요건으로 한다.

3) 구상조건의 상이

행정배상이나 사법배상이나 모두 구상제도를 실행하고, 배상의무기관은 배상의무를 이행한 후 관련 책임자에게 일부 또는 전부 배상비용을 부담하도록 명할 수 있다. 다만, 《국가배상법》은 양자의 구상조건에 대하여 각자 다른 규정을 정하였다. 행정구상의 조건은 행정기관 및 그 업무인원이 직권행사 과정에 고의 또는 중대과실을 범한 경우이고, 당해 표준은 뚜렷한 주관성을 갖고 있다. 사법구상의 조건은 사법기관 업무관계자가 고문으로 진술을 강요하거나 구타 및 기타 폭력적인 방식으로 국민에게 상해를 입힌 경우, 무기와 경찰장비를 불법 사용하여 타인에게 상해를 입힌 경우, 사건심리 과정에 횡령·수뢰 또는 사리를 도모(徇私舞弊)하거나 위법 재판행위를 한 경우이다. 이와 비하면 사법구상의 범위는 행정구상의 범위보다 좁다. 《국가배상법》에서 이렇게 구별하는 원인은 주요하게 사법기관 및 그 업무인원이 면하는 상황이 비교적 복잡하고 법률에서 비교적 큰 재량권을 규정한 관계로 사법업무 인원한테 주관적으로 고의, 또는 중대과실이 존재하는지 여부를 판단하는 점이 비교적 어렵기 때문이다. 또한 구상범위도 너무 넓어서는 아니 된다. 그렇지 않을 경우 사법인원의 업무 적극성에 손상을 주기 쉽다.

4) 절차의 상이

행정배상절차와 사법배상절차는 아주 명료한 차이를 보이고 있다. 행정배상절차는 배상청구를 단독적으로 제기하는 절차와 동시에 제기하는 절차로 나뉜다. 배상청구를 단독적으로 제기하는 절차는 행정처리 전치원칙(行政處理前置原則)을 실행하고, 행정배상분쟁이 행정절차에서 해결을 보지 못할 경우에는 최종적으로 행정소송절차를 통해 해결할 수 있다.

3. 행정배상의 귀책원칙

국가배상법상의 귀책원칙은 국가가 배상책임을 부담하는 근거와 표준, 즉

국가가 어떠한 행위에 대하여 왜 배상책임을 부담해야 하는지를 말한다. 손해발생 후 권리침해행위자의 행위가 위법하거나 행위자가 어떠한 행위를 실시할 때 주관적으로 과실이 존재하거나 또는 기타 원인이 존재한 경우에 한해서만 국가가 배상책임을 진다. 중국 《국가배상법》 중의 행정배상은 위법귀책원칙을 적용한다. 《국가배상법》 제2조에서는 “국가기관과 국가기관의 업무인원이 위법하게 직권을 행사하여 국민, 법인 및 기타 조직의 합법적 권익을 침해하여 손해를 입힌 경우에 피해자는 동 법에 따라 국가배상을 받을 권리가 있다.”고 규정하고 있다. 다시 말하면, 국가는 위법하게 직권을 행사한 행위에 대하여서만 배상책임을 부담하고 합법하게 행사한 행위에 대하여서는 배상책임을 부담하지 않는다. 《국가배상법》에서 위법귀책원칙을 적용한 원인은 위법원칙이 기타 원칙에 비해 많은 우위를 갖고 있고, 법치주의, 법에 근거한 행정원칙 및 《행정소송법》의 규정과 일치하여 작업하기 편리할 뿐만 아니라 피해자가 국가배상을 받는 것을 보호하는데 편리하고 국가배상의 특징에 비교적 부합되기 때문이다.

위법귀책원칙은 국가배상책임을 확정하는 기본준칙이고 국가배상의무주체와 배상청구인에게 있어서 무엇이 위법이고 어떠한 행위가 위법행위를 구성하며 국가배상책임을 야기하는가 하는 등의 문제는 매우 중요한 사안이므로 《국가배상법》에서 적용하는 위법귀책원칙을 정확하게 이해하고 적용하는 것은 매우 중요한 의미가 있다.

첫째, 위법귀책원칙에서 일컫는 “법”은 광의의 법으로서 실체법뿐만 아니라 절차법도 포함하고 법률·법규 및 기타 보편적인 구속력을 구비한 규범적 문서를 포함할 뿐만 아니라 법의 기본원칙과 정신도 포함한다. 위법원칙에 대하여 광의적으로 이해하는 원인은 국가기관 및 그 업무인원의 직권이 매우 광범위하고 여러 측면과 여러 각도의 법률 규범의 구속을 받으므로 임의의 측면의 규범을 위반하든 간에 모두 위법으로 간주해야 하기 때문이다. 국가기관 및 그 업무인원의 관리활동 중에는 각 유형의 법률행위 외에도 대량의 사실행위가 존재한다. 사실행위에 대하여 법률은 세부적이고 통일된 행위표준을 규정할 수 없지만, 어떠한 표준에 부합되지 않는 사실행위가 타인에게 손해를 입힌 경우에 국가는 당해 행위가 법률을 위반하지 않았다는 이

유로 배상책임을 거부할 수 없다. 그 외, 국가관리의 많은 영역에서 권력행사의 근거로 명확하게 규정된 법률 규범은 존재하지 않고, 법률정신과 기본 원칙이 직권행위를 판단하는 주요 표준이다. 구체적인 법률 규범을 근거나 표준으로 간주할 경우에는 많은 실제 피해자가 국가배상을 받지 못하는 결과를 야기하게 되는데, 이는 당연히 불공평한 것이다. 또한 외국에서도 국가배상법 중의 위법개념에 대하여 협의적으로 해석하는 국가는 없고, 이와 반대로 모두 상이한 정도에서 확장적인 해석을 하였다. 전통적인 의미에서의 위법귀책원칙은 엄격한 의미의 법률규범을 위반한 경우만 가리키는데, 이러한 이해는 너무 협소함이 분명하다. 국가권리 침해사례 중의 피해자의 합법적 권익을 보다 효과적으로 보호하고, 국가기관 또는 국가기관 업무인원의 법률을 피하는 행위, 직권남용행위를 방지하기 위해서는 위법귀책원칙 중의 위법에 대하여 광의적으로 이해해야 한다. 위법이란 엄격한 의미의 법규를 위반하는 경우를 포함할 뿐만 아니라, 신의성실원칙, 공서양속원칙, 인권존중원칙, 권력남용금지원칙, 합리적 주의의무원칙 등을 위반하는 경우도 포함한다. 이러한 이해는 공무원이 당사자를 욕하고 때리는 등 권리침해행위로 인해 야기한 손해를 배상하는 문제를 해결하는 데 있어서 유리하다. 공무원의 행위가 비록 법률에서 사전에 규정한 금지행위에 속하진 않지만 인권존중원칙을 위반하였기 때문에 국가는 유사행위가 야기한 손해에 대하여 반드시 배상해야 한다.

둘째, 위법은 적극적인 작위 위법을 포함할 뿐만 아니라 소극적인 부작위 위법도 포함한다. 작위 위법은 권리침해주체가 적극적인 작위방식으로 나타난 위법상황을 말하는데, 사법기관의 재판착오, 체포착오, 구금착오행위, 행정기관의 위법처벌, 위법하게 강제조치를 취하는 등 행위는 모두 작위성 위법에 속한다. 부작위 위법은 권리침해주체가 부담해야 할 직책과 의무를 이행 거부하거나 지연하여 이행하는 위법 상황을 말한다. 반드시 주의할 점은 부작위 위법을 판단할 경우 법에서 규정하였거나 직책에서 확정된 의무의 존재를 전제로 해야 된다는 것이다. 다시 말하면, 국가기관 또는 그 업무인원이 법에서 규정하였거나 본 직책에서 확정된 의무를 이행하지 않은 경우에 그 부작위 행위가 피해자의 손해를 야기하였으므로, 국가는 이에 대하여

반드시 배상책임을 부담해야 한다. 예컨대, 수박장사를 하는 한 농민이 시내로 들어와 수박을 팔다가 건달들에게 강탈당해 현지 공안기관에 도움을 요청하였으나, 당해 기관이 이를 처리하지 않아 수박을 모두 손실 입은 경우, 공안기관은 이에 대하여 반드시 배상책임을 부담해야 한다. 공안기관은 국민의 인신권과 재산권을 보호할 법정 직책을 갖고 있으므로, 그 법정 직책의 이행을 거부할 경우에는 반드시 배상책임을 부담해야 한다. 물론 법률에서 국가기관 또는 국가기관 업무인원에게 특정상황 하에서 작위 또는 부작위 행위를 행할 자유재량권을 부여한 경우, 국가기관 또는 그 업무인원의 부작위 행위가 정상적인 사람이 용납하지 못할 정도인 상황을 제외하고는, 국가가 이에 대하여 배상책임을 부담하지 않는다. 부작위는 부당지연, 즉 소홀하거나 나태하거나 무고한 지연상황도 포함한다. 법률에서 작위기한 또는 시한에 대하여 명확하게 규정한 경우에는, 당해 시간내에 작위 행위를 하지 않으면 위법한 부작위에 속한다. 다만, 법률에서 작위시한에 대하여 규정하지 않은 경우에는, 반드시 이를 위해 하나의 합리적인 기한을 설정하는 것을 고려해야 한다. 일반적으로 공무활동의 난이도, 유사 공무를 처리하는데 보통 소요되는 시간, 당시의 객관적 환경 및 불가항력 등 요소의 교란, 방해 등 상황의 존재여부를 감안해야 한다.

셋째, 위법귀책원칙은 법률행위 위법상황을 포함할 뿐만 아니라, 사실행위 위법상황도 포함한다. 사실행위 위법이란 국가기관 및 그 업무인원이 위법하게 실시한 법률효과를 직접적으로 발생시키지 않는 행위를 말한다. 예컨대, 정부기관이 자문을 제공하거나 지도하거나 정보를 반포하는 등 행위는 모두 사실행위에 속한다. 정부가 지도를 잘못하거나 잘못된 정보를 제공함으로써 손해가 발생한 경우, 비록 정부의 행위가 법률행위가 아닌 한 가지 사실행위이지만 반드시 이에 대하여 국가배상책임을 부담해야 한다.

상술한 내용을 종합하면 위법의 구체적 상황은 다음과 같다. 즉 i) 권리침해주체의 행위가 법률·법규, 규장과 기타 보편적인 구속력을 구비한 규범적 문서를 위반한 경우, ii) 권리침해주체의 행위가 상기 문서의 명확한 규정을 위반하지 않았으나 법의 기본원칙과 정신을 위반한 경우, iii) 권리침해주체가 특정인에 대한 직책의무를 이행하지 않았거나 특정인에 대한 직책 및 의

무를 위반한 경우, iv) 권리침해주체가 자유재량권을 실시할 때 직권을 남용하였거나 합리적인 주의의무를 이행하지 않은 경우 등이 있다.

제 2 절 행정배상범위

1. 행정배상범위 개요

행정배상범위란 국가가 행정기관 및 그 업무인원이 행정직권을 위법하게 행사함으로써 인하여, 국민, 법인 및 기타 조직의 합법적 권익에 손해를 야기한 어느 행위에 대하여 배상책임을 부담하느냐 하는 것을 가리킨다.

행정배상범위는 일반적으로 두 가지 의미에서 사용되고 있다. 하나는 행정배상책임의 원인행위의 범위, 즉 국가가 어떠한 사항에 대하여 배상책임을 부담하고 어떠한 사항에 대하여서는 배상책임을 부담하지 않는가 하는 점이다. 다른 하나는 배상손해의 범위, 즉 국가가 어떠한 손해에 대하여 배상하고 어떠한 손해에 대하여 배상하지 않는가 하는 점이다. 서양의 국가는 일반적으로 두 번째 의미의 행정배상범위의 개념을 사용하나, 중국 《국가배상법》에서는 첫 번째 의미의 행정배상범위의 개념을 사용하므로, 여기에서는 첫 번째 의미의 행정배상범위의 개념을 채용하기로 한다.

행정배상범위는 행정배상의 첫 일환이고, 그 의미는 다음과 같다.

1) 행정배상범위는 피해자의 행정배상 청구권의 범위를 확정한다. 법률에서 행정배상범위에 대하여 규정한 의미는 피해자가 행정배상 청구권을 소유, 행사하는 경계에 대하여 확정하는 데 있다. 법률에서 국가가 행정기관 및 그 업무인원의 권리침해행위에 대하여 배상책임을 부담해야 한다고 규정한 경우에만, 피해자가 이에 상응한 청구권을 소유할 수 있다.

2) 행정배상범위는 행정배상 의무기관이 배상의무를 이행하는 범위에 대하여 확정한다. 법률에서 배상범위에 대하여 규정하는 의미는 배상의무기관이 행정배상의무를 이행하는 경계에 대하여 판단하는 데 있다. 법률에서 규정한 국가가 배상책임을 부담해야 하는 행정권리 침해행위에 대하여 행정배상 의

무기관은 반드시 피해자에 대하여 행정배상의무를 이행해야 하고, 이를 거부하거나 책임을 전가해서는 아니 된다.

3) 행정배상범위는 인민법원이 행정배상사건에 관해 심판권을 행사하는 범위에 대하여 제한한다. 인민법원은 법률이 규정한 배상범위 내에서만 피해자의 기소를 수리할 수 있고, 법률이 규정한 배상범위 내에서만 배상의무기관이 배상책임을 부담하도록 판결할 수 있다. 행정배상범위가 클수록 인민법원이 수리 가능한 배상사건이 많고 행정기관에 대하여 사법감독을 진행할 기회도 더욱 많다. 행정배상범위는 행정기관이 인민법원의 사법감독을 받는 정도에 대하여 확정하였다.

2. 인신권 침해행위

(1) 인신권의 개념과 범위

인신권은 우선 헌법상의 개념이다. 중국 《헌법》에서 규정한 인신권은 인신자유가 침해받지 않을 권리, 인격존엄이 침해받지 않을 권리 및 인신자유와 관련되는 주택이 침해받지 않을 권리, 통신자유와 통신비밀이 법률의 보호를 받는 권리 등을 포함한다. 《헌법》에서 확인한 상기 권리로부터 보면, 인신권이란 국민의 생존에 불가피한 국민의 신체 및 명예와 불가분적인 권리를 말한다, 이러한 권리는 법률상으로는 국민의 기본권리이고 객관적으로는 국민이 생존하는 기본조건으로서, 이러한 권리를 소유했기 때문에 국민은 독립적인 법률 인격체로 될 수 있다. 인신권의 개념은 민법학 영역에서 충분한 발전을 가져왔다. 민법학 이론에서 인신권이란 일반적으로 권리주체 자체와 불가분의 권리, 재산 내용이 없는 권리를 말하는데, 인격권과 신분권이 이에 포함된다. 인격권은 생명건강권, 자유권, 명예권, 성명권, 초상권 등으로 나뉜다. 신분권은 친권, 후견권 등으로 나뉜다. 행정법상의 인신권의 범위는 비교적 광범위하여 《헌법》에서 규정한 인신권과 민법에서 규정한 인신권 외에도 행정법률·법규에서 규정한 특수한 인신권(예컨대, 공무원의 신분보장권)도 이에 포함된다.

《국가배상법》에서 규정한 인신권의 범위는 비교적 협소하고, 생명건강권, 인신자유권, 명예권과 영예권에 한정되어 있다. 이 점은 동법 제3조, 제4조, 제15조, 제16조, 제30조에서 표현된다.

(2) 인신자유권 침해행위

《국가배상법》 제3조 규정에 의하면 인신자유권 침해행위는 다음과 같다.

1) 행정구류

행정구류는 공안기관이 법에 따라 행정관리절차를 위반하는 국민에 대하여 취하는 인신자유를 제한하는 징벌조치이다. 《행정처벌법》 제8조에서는 행정구류를 한 가지 처벌형식으로 확인하였다. 《치안관리처벌법》 제10조에서는 “치안관리처벌의 종류를 다음과 같이 분류한다. i) 경고, ii) 벌금, iii) 행정구류, iv) 공안기관에서 발급한 허가증을 취소 등. 치안관리를 위반하는 외국인에 대하여서는 기한내에 출국 또는 추방하는 조치를 부가하여 적용할 수 있다.”고 규정하고 있다.

행정구류의 합법적 요건은 다음과 같다.

① 처벌기관의 적법

《치안관리처벌법》과 《행정처벌법》의 규정에 근거하여 행정구류 결정은 현금 이상 인민정부 공안기관만이 내릴 수 있다.

② 피처벌인의 구류처벌이 가능한 위법행위의 행사

《치안관리처벌법》 관련 규정에 근거하여 피처벌인은 반드시 권리능력과 행위능력을 구비해야 한다. 구류처벌을 받은 자는 반드시 주관적 위법 고의 또는 과실이 있어야 하고 확실히 위법행위를 이미 실시한 경우여야 한다.

③ 법정기한의 부합

행정구류 기한은 반드시 1일 이상 15일 이하이다. 《치안관리처벌법》 제16조에서는 행정구류처벌을 동시에 집행할 경우 최장 기한이 20일을 초과해서는 아니 된다고 규정하고 있다.

④ 법정절차의 부합

행정구류절차에 관해 《치안관리처벌법》 제4장에서는 치안관리를 위반한 자에 대하여 다음과 같은 절차를 적용한다고 명확하게 규정하고 있다. i) 소환(传唤). 치안관리를 위반한 행위자를 소환하여 조사를 진행할 필요가 있을 경우, 공안기관 사건처리부문의 담당자 승인을 거쳐 소환증을 사용하여 소환해야 한다. 현장에서 치안관리 위반 행위자를 발견한 경우, 인민경찰이 업무증을 제출한 뒤 구두로 소환할 수 있지만 반드시 문의기록에 명기하여야 한다. 공안기관은 반드시 소환원인과 근거를 피소환자에게 고지하여야 한다. 정당한 이유가 없이 소환을 거절하거나 도피할 경우에는 강제적으로 소환할 수 있다. ii) 문의(询问). 공안기관은 치안관리를 위반한 행위자를 소환한 후 반드시 제때에 문의 조사해야 한다. 문의기록은 반드시 피문의자의 확인을 받아야 한다. 피문의자가 독해능력이 없을 경우에는 반드시 낭독해야 한다. 기록이 누락되었거나 오류가 있을 경우 피문의자는 보충 또는 시정을 요구할 수 있다. 피 문의자는 기록에 오류가 없음을 확인한 후 사인 또는 날 인해야 하고, 문의한 인민경찰도 기록에 서명해야 한다. iii) 증거 취득(取证). 공안기관이 증거재료를 수집할 경우 관련 단위와 국민은 반드시 적극적으로 지지하고 협조해야 한다. 인민경찰은 피침해인 또는 기타 증인에 대하여 문의할 경우 그 소재 단위 또는 거처에서 진행할 수 있다. 필요한 경우 공안기관에 와서 증언을 제공하도록 요구할 수도 있다. 공안기관은 치안관리 위반 행위와 관련된 장소, 물품, 인신에 대하여 검사를 진행할 수 있다. 검사시 인민경찰은 적어도 2명 이상 있어야 하고 업무증과 현금 이상 인민정부 공안기관에서 발급한 검사증명서류를 제출해야 한다. 공안기관에서 치안사건을 처리할 경우 사건과 관련된 증거로 삼을 필요가 있는 물품에 대하여 압류할 수 있고, 피침해자 또는 선의의 제3자가 합법적으로 점유하고 있는 재산에 대하여서는 압류할 수 없으며, 반드시 등기해야 한다. 사건의 경위를 밝히기 위해 사건처리에서 분쟁이 있는 전문적인 문제를 해결해야 할 경우에는 전문지식이 있는 인원을 지명 또는 초빙하여 검증해야 한다. 검증인은 검증 후 반드시 검증의견을 제시하고 서명해야 한다. iv) 결정(決定). 문의, 증거조사

를 거친 후 치안관리 위반사실이 명백하고 증거가 확실하여 공안기관에서 치안관리 처벌결정을 내릴 경우, 반드시 치안관리처벌결정서를 작성해야 한다. 공안기관은 피처벌자에게 치안관리처벌결정서를 선포하고 즉석에서 피처벌자에게 교부해야 한다. 즉석 낭독이 불가할 경우에는 반드시 2일 내에 피처벌자에게 송달해야 한다. 행정구류처벌을 결정한 경우에는 반드시 제때에 피처벌자의 가족에게 통지해야 한다.

2) 인신자유를 제한하는 행정강제조치

행정강제조치란 행정기관이 법정 직책에 따라 강제수단을 취하여 특정 국민의 권리를 제한하거나 강제적으로 이무를 이행토록 하는 조치를 말한다. 행정강제조치는 재산에 대하여 실시할 수도 있고, 인신에 대하여 실시할 수도 있다. 중국 법률·법규에서 규정한 인신자유를 제한하는 강제조치는 다음과 같다.

① 강제치료 및 강제마약금지

이는 매음인원과 마약흡입인원에 대하여 실시하는 치료와 교육조치로서 공안기관에서 실시한다.

② 노동교양

행정기관에서 위법하게 노동교양조치를 취한 경우에는 반드시 배상책임을 부담해야 한다. 국무원의 《노동교양과 수용심사에 관한 두 가지 조치를 노동교양에 통일시키는 것에 관한 통지》에 근거하면 노동교양의 대상은 상습적으로 법을 위반하고 수차례 교육을 거친 후에도 개정하지 않거나 경미한 범죄행위를 범하여 형사처벌을 내릴 정도는 아니고, 또한 노동능력을 구비한 자를 말한다. 이 의미에는 노동교양을 실시하는 대상의 조건이 포함되어 있다. 즉 i) 상습적으로 위법행위를 실시하고 수차례 교육을 거친 후에도 개선하지 않은 자, ii) 경미한 범죄행위를 실시하였으나 형사처벌 요건에 달하지 않은 자, iii) 노동능력이 있는 자. 상기 조건에 부합되는 자에 대하여 노동교양을 실시해야만 적법하다. 상기 조건을 위반하여 노동교양을 실시한 경우에는 위법하게 인신자유를 제한하는 행위에 해당하는데, 이로 인해 손해를 야기할 경우에 국가는 반드시 배상책임을 부담해야 한다.

③ 강제소환

이는 공간기관이 법에 따라 2차례 적법하게 소환한 후에도 여전히 공간기관에 와서 문의를 받지 않은 국민에 대하여 취하는 강제적 조치이다.

④ 행정구류

이는 세관에서 법에 따라 밀수혐의가 있는 재산 또는 물품을 유치하거나 밀수혐의 피의자의 인신자유에 대하여 제한하는 강제조치를 말한다. 이에 대하여 《세관법》 제4조에서는 세관은 “세관감독구역과 세관근처의 연해, 변경 규정 지역에서 밀수혐의가 있는 운송공구 및 밀수화물, 물품을 은닉할 혐의가 있는 장소에 대하여 검사하고 밀수 피의자의 신체에 대하여 검사할 수 있다. 밀수죄 피의자는 세관장의 승인을 거쳐 구류한 뒤 사법기관에 이송할 수 있고, 구류시간은 24 시간을 초과해서는 안 되며, 특수상황 하에서는 48 시간까지 연장할 수 있다.”고 규정하고 있다.

⑤ 기타 인신자유를 제한하는 강제조치

예컨대, 전염병 환자에 대한 강제격리조치, 서로 싸우고 구타하는 인원에게 대하여 강제적으로 현장에서 이송시키는 조치 등이 있다.

3) 불법구금 또는 기타 방법으로 국민 인신자유를 불법 박탈하는 경우

이는 행정구류와 행정강제조치 이외에 인신자유를 불법으로 박탈하는 행위를 말한다. 이는 두 가지 상황을 포함한다.

① 무권한의 경우

이는 국민의 인신자유를 제한할 권한이 없는 행정기관이 국민의 인신자유를 박탈한 행위를 말한다. 예컨대, 공상행정기관이 행정구류 또는 인신자유를 제한하는 강제조치를 취하면 불법구금에 해당된다.

② 법정기한 또는 조건을 초과하여 구금한 경우

이는 인신자유를 제한할 권한이 있는 행정기관이 법률에서 규정한 구류 또는 인신자유제한 기한과 조건을 위반하여 국민의 인신자유를 박탈한 경우

를 말한다. 예컨대, 바퀴 굴리듯이 연속 소환하거나 연속 심문을 진행한 경우 등 공안기관에서 변상적으로 구금조치를 취한 경우가 있다.

(3) 생명건강권을 침해 행위

《국가배상법》 제3조 규정에 근거하면 국민의 생명건강권을 침해한 행위는 다음과 같다.

1) 폭력행위

구타 등 폭력수단, 또는 타인을 교사하여 구타 등 폭력수단으로 국민의 신체상해 또는 사망을 야기한 경우, 국민 인신권을 엄중하게 침해한 위법행위로서 일반적으로 제멋대로 나쁜 행위를 했다(胡作非为)고 일컫는다. 행정기관이 취하는 폭력형식은 다양하다. 공무원이 취할 수도 있고, 타인을 교사하여 취할 수도 있으며, 구타를 실시할 수도 있으며, 목조르기, “비행기 타기는 자세하기”(坐飞机), 거리를 돌려 군중들에게 보이게 등 기타 형식을 취할 수도 있다. 행정기관 및 그 업무인원에게 직책이행 권한이 있는지 여부 또는 주관적으로 어떠한 목적에 의해 이러한 폭력행위를 했는지에 관계없이, 국민의 신체상해 또는 사망을 초해한 경우에 피해자는 모두 배상청구를 진행할 권리를 갖고 있다.

2) 무기와 경찰장비를 위법하게 사용한 경우

무기와 경찰장비는 총, 경찰곤봉, 경찰포승, 수갑 등을 말한다. 무기와 경찰장비를 사용할 권한이 있는 행정기관 업무인원은 주로 인민경찰, 무장부대 인원 등이 있다. 무기와 경찰장비의 사용은 반드시 일정한 조건을 구비해야 한다. 관련 규정에 근거하면 인민경찰은 체포, 구류, 인원 압송 및 당직 근무, 순찰, 치안사건처리 등 공무를 집행할 때에 무기나 경찰장비를 사용할 수 있지만, 반드시 그 사용조건에 부합되게 사용해야 하고, 사용시간, 종류 및 사용방법은 피관리대상의 행위정도에 서로 부합되어야 하며, 무기와 경찰장비의 사용이 일정한 승인절차를 거칠 필요가 있을 경우에는 반드시 그 절차를 이행해야 한다.

무기와 경찰장비를 위법하게 사용하는 데에는 여러 가지 표현형식이 있다. 예컨대, 무기와 경찰장비를 사용하지 말아야 할 경우에 사용한 경우, 사용정도가 피관리자의 행위와 서로 부합되지 않을 경우, 사용종류를 선택할 때 착오가 있을 경우, 그 사용이 법정 승인절차를 위반한 경우 등이 있다. 행정기관 업무인원이 공무집행과정에서 무기와 경찰장비를 위법하게 사용하여 국민의 신체상해 또는 사망을 야기한 경우, 국가가 반드시 배상책임을 부담해야 한다.

3) 기타 국민 신체상해 또는 사망을 야기한 위법행위

이는 《국가배상법》의 개괄적 규정으로서, 동법 제3조에서 열거한 상황 외에, 행정기관 및 그 업무인원이 실시한 국민의 생명건강권에 손해를 입힌 행위(예컨대, 행정기관 업무인원이 공무집행과정에서 교통규칙을 위반하여 행인을 친 경우)를 말한다.

사례 3 : 2005년 10월 11일 밤, 왕(王)모씨는 술 마신 뒤 모 음식점에서 술에 취해 난동을 부려 가게유리 몇 개를 파손하였다. 왕모는 사과한 뒤 배상하겠다는 의사를 표시하였다. 이때 마침 모구역 공안국의 당직 근무자 이(李)모씨가 가게로 와서 왕모를 밀고 구타한 뒤 파출소로 끌고 가서 처리하려고 하였다. 밀치는 과정에 왕모가 넘어졌고 머리가 콘크리트 바닥에 부딪쳐 뇌출혈로 사망하였다, 2006년 12월 20일, 왕모의 부친이 모 구역 공안국에 행정권리 침해배상청구를 제출하였다.

본 사건에서 모 구역 공안국 이모씨는 근무 중 가게로 와서 王모씨를 밀고 때린 뒤 파출소로 데려가 사안을 처리하고자 하려는 중, 王모씨가 넘어지면서 머리가 콘크리트 바닥에 부딪혀 뇌출혈로 사망하였다. 이는 행정기관 업무인원이 국민 인신권을 침해한 행위에 속하며 국가는 이모씨의 행위에 대하여 배상책임을 부담해야 한다.

3. 재산권 침해행위

(1) 재산권의 개념과 범위

재산권은 광의와 협의의 구분이 있다. 광의의 재산권은 모든 경제내용을 구비한 권리를 말한다. 이 관점에 근거하면 물권, 채권, 지적재산권, 상속권,

경영자주권, 물질 조력권(物质帮助权 : 이는 국민이 특정원인으로 인하여 기타 정당한 경로를 통하여 필요한 생활물질수단을 확보하지 못할 경우, 국가와 사회가 생활보장을 하여 사회복지리를 향유할 수 있는 권리를 말함-역자주) 외에 노동권, 교육권, 휴식권 등 재산권과 밀접하게 연관되고, 일정한 경제내용을 구비한 권리도 재산권의 범주에 속한다. 협의의 재산권은 직접적인 경제내용을 구비한 권리, 즉 물권, 채권, 지적재산권, 상속권, 경영권과 물질조력권을 포함한다. 본서에서는 광의의 관점을 지지한다.

합법적 권익을 보호하는 것은 행정기관의 법정직책이다. 따라서 법정 재산권은 모두 행정법상의 재산권의 범주에 속하는데, 공법상의 재산권을 포함할 뿐만 아니라 사법상의 재산권도 포함하며, 국민, 법인 또는 기타 조직의 재산권을 포함할 뿐만 아니라 국가의 재산권과 국가기관 업무인원이 그의 특수 신분에 기초하여 소유하고 있는 재산권도 포함한다.

상기 분류방법을 출발점으로 하여 《국가배상법》에서 규정한 재산권은 국민, 법인 또는 기타 조직의 재산권에 한정되는데, 구체적으로는 물권, 채권, 지적재산권, 경영권 및 물질조력권을 포함한다고 본다. 이는 《국가배상법》 제4조 규정에서도 볼 수 있다. 동조에서는 “행정기관 및 그 업무인원이 다음과 같은 재산권 침해상황 중의 한 가지를 행할 경우에 피해자는 배상을 얻을 권리가 있다. i) 벌금, 허가증 및 사업자등록증 취소, 생산정지·영업정지명령, 재물몰수 등 행정처벌을 위법하게 실시한 경우, ii) 재산에 대한 위법한 차압, 압류, 동결 등 행정강제조치를 취한 경우” 라고 규정하고 있다.

(2) 재산권을 침해하는 행정처벌

국민, 법인 또는 기타 조직의 재산권을 침해하는 행정처벌은 다음과 같은 경우를 포함한다.

1) 벌금

벌금은 행정기관이 법에 따라 위법 행위자에게 재산적 부담을 명하는 처벌형식을 말한다. 《행정처벌법》 제8조에서는 벌금을 한 가지 종류로 규정하였는데, 그 정도는 부문의 법률·법규에서 규정한다고 규정하고 있다. 벌금

을 판단할 경우 주의할 점은 행정강제 집행조치로서의 벌금 즉 집행벌(執行罰)과 행정처벌로서의 벌금의 구별을 구분하는 점이다.

2) 몰수

몰수란 행정기관이 법에 따라 국민, 법인 또는 기타 조직의 불법소득과 불법재물을 강제적으로 국가에 무상소유로 귀속시키는 처벌형식이다. 예컨대, 공상행정관리기관에서 기업의 부당경쟁에서 생긴 불법소득을 몰수하거나 공안기관에서 법에 따라 음란도서 또는 녹화제품을 몰수한 뒤 소멸시키는 등이 있다. 《행정처벌법》은 불법재산몰수 및 불법소득 몰수를 독립적인 징벌형식으로 규정하고 있다.

3) 허가증 및 사업자등록증 취소

허가증과 사업자등록증은 행정기관이 법에 따라 국민, 법인 또는 기타 조직의 신청에 근거하여 법에 따라 금지를 해제하고 신청자에게 어떠한 행위에 종사할 수 있는 권리와 자격을 부여하는 서면증서를 말한다. 허가증과 사업자등록증은 국가행정기관에서 발급하는 즉시 법률적 효력을 갖게 되고, 법정절차에 근거하지 않은 한 취소하거나 폐지할 수 없다. 여기서 허가증과 사업자등록증에 대하여서는 광의적으로 이해해야 한다. 행정기관에서 발급한 허가의 성질을 가진 문서는 모두 허가증 또는 사업자등록증으로 간주해야 한다. 《국가배상법》에서 규정한 허가증과 사업자등록증은 행정허가의 범위가 동등하다. 실제로 행정허가의 표현형식은 다양하다. 주로 허가증, 사업자등록증, 승인서류 또는 문서, 등기신청, 비자 등이 있다. 허가증과 사업자등록증을 취소할 경우에는 우선 당사자가 어떠한 행위에 종사하는 자격과 신분을 침해하게 되고, 인신권과 유사한 성질을 구비한다. 다만, 허가증과 사업자등록증은 경영권리와 관련되어 직접적인 경제내용을 갖고 있기 때문에, 이를 취소할 경우 당사자가 재산이익을 얻을 기회와 능력을 박탈당하여 상대방의 경제적 이익에 손해를 입히는 상황을 직접적으로 야기할 수 있다.

4) 생산정지·영업정지 명령

이는 행정기관이 법에 따라 기업에게 일정한 기한내에 경영을 정지할 것을 명하는 처벌형식이다. 기업에게 있어서 이는 비교적 엄중한 처벌에 해당한다. 행정기관은 기한부 또는 조건부의 방식을 통해 생산정지·영업정지 명령을 내려 처벌을 실시할 수 있다. 기한부란 행정주관기관이 처벌을 받는 행정조직으로 하여금 일정한 기한내에 정비·정돈하도록 명하고, 법정 경영조건과 표준에 이르면 기한만료 후 경영을 회복하는 것을 말한다. 조건부란 행정기관이 기업에 생산정지·영업정지 명령을 내리나 기한을 명시하지 않고, 행정기관이 정비·정돈 상황에 따라 생산회복·영업회복 결정을 다시 내리거나, 여러 차례 독촉한 뒤 여전히 무효한 상황에서 기타 조치를 취하는 것을 말한다.

5) 재산권을 침해하는 기타 행정조치

이는 《국가배상법》에서 명확하게 열거하지 않은 처벌형식을 말한다. 예컨대, 허가증 또는 사업자등록증을 잠시 압류하거나 법률 및 행정법규에서 《행정처벌법》에서 규정한 처벌형식 외의 기타 행정처벌형식을 창설하는 경우가 있다.

(3) 재산권을 침해하는 행정강제조치

재산권을 침해하는 강제조치로는 주로 차압(查封), 압류(扣押), 동결(冻结), 보전(保全), 경매(拍賣) 등이 있다. 차압은 행정기관이 특정 동산 또는 부동산을 그 현장에서 즉석 봉쇄하여 사용 또는 처분하는 것을 금지하는 강제조치를 말한다. 압류란 행정기관이 동산을 자신의 통제하에 두어 당사자가 이전 또는 은닉하는 것을 방지하는 강제조치를 말한다. 동결은 행정기관이 은행에게 당사자의 예금을 사용하는 것을 잠시 거절하도록 요구하는 강제조치를 말한다. 보전은 행정기관이 사건처리 과정에 관련 물품의 멸실을 방지하기 위해 취하는 고정조치를 말한다. 보전조치는 형식적으로 기타 강제조치와 같다. 행정기관이 취할 수 있는 관리방법 중에서 행정강제조치의

강제성이 가장 크기 때문에, 법률은 행정기관이 이러한 조치를 취할 때 구비해야 할 규칙, 조건, 수속에 대하여 비교적 엄격하게 규정한다. 위법한 재산강제조치는 다음과 같다.

1) 직권 초월

이는 행정기관이 차압, 압류, 동결의 행정직권이 없이, 이러한 조치를 취한 경우를 말한다.

2) 법정절차 위반

이는 행정기관이 법률에서 규정한 절차에 따르지 않고 강제조치를 취한 경우를 말한다. 예컨대, 차압 시 등기확인을 하지 않고, 봉인용지를 붙이지 않으며, 봉인용지에 당사자의 서명도 받지 않은 경우와 같다.

3) 법률규정에 따라 압류된 재산을 타당하게 보관하지 않은 경우

압류재산에 대하여 행정기관은 반드시 타당하게 보관하거나 관련 단위 또는 개인에게 위임하여 보관하도록 해야 한다. 부패, 변질하기 쉬운 장기적 보관이 곤란한 물품에 대하여서는 반드시 매각하여 그 소득을 보존해야 한다. 보관을 소홀히 하여 재산이 변질되거나 멸실될 경우에는 배상책임이 발생될 수 있다.

4) 대상착오

이는 행정기관이 사건의외의 재산에 대하여 강제조치를 취한 경우를 말한다. 예컨대, 행정기관이 차압, 압류한 재산이 위법자의 재산이 아니거나, 위법자의 재산은 해당하지만 위법활동에 사용한 재산이 아닌 경우에 강제조치의 대상착오에 해당하다.

5) 법정기한을 준수하지 않은 경우

일부 법률·법규에서는 차압, 압류, 동결 기한에 대하여 규정하고 있는데, 행정기관이 이러한 법정 기한을 초과하여 강제조치를 취해 재산상 손실과 손해를 야기한 경우에는 국가가 반드시 배상책임을 부담해야 한다.

(4) 위법한 재물 징수, 비용분담

징수란 행정기관이 공공이익의 수요에 따라, 공평한 보상을 제공하는 상황하에, 국민, 법인 또는 기타 조직으로부터 재물을 징수하는 행위를 말한다. 법률에서 규정한 정상적인 징수 이외에는, 국민, 법인 및 기타 조직은 아무런 납부의무를 부담하지 않는다. 실제로 위법한 재물의 징수 또는 비용의 분담은 임의적 징수(亂收費), 임의적 후원강제(亂攤派)이 있는데, 구체적으로 다음과 같다.

- ① 법률에서 규정한 항목과 금액에 따라 징수비용과 노무를 시행하지 않는 경우
- ② 법률규정이 없는 항목을 자체로 규정하여 재물 및 비용을 징수하는 경우
- ③ 징수목적이 관련 법률에서 규정한 목적에 위배되는 경우

(5) 기타 재산권을 침해하는 위법행위

재산손해를 야기한 기타 위법행위란 《국가배상법》 제4조에서 열거하지 않은 국민, 법인 또는 기타 조직의 재산권을 침해하는 행위(예컨대, 위법한 부작위)를 말한다. 재산권과 관련된 손해는 피해를 입은 국민, 법인 또는 기타 조직이 모두 《국가배상법》 규정에 따라 행정배상을 청구할 수 있다.

사례 4 : 2002년 4월 2일, 모 은행과 모 회사에서는 대출계약을 체결하여 은행에서 회사에 대출해주고 회사가 토지사용권을 저당하기로 약정하였다. 2002년 6월 1일, 회사는 토지사용권 저당등기수속을 진행하고 토지관리국에서 발급한 저당증서를 취득하였다. 그 후에 회사가 약정대로 대출금을 갚지 못하자 모 은행에서 소송을 제기하였다. 2003년 2월 4일, 법원에서는 토지관리국이 저당증서 관련 업무를 진행할 당시에 모 회사에서 토지사용권을 취득하지 않았기 때문에 당해 저당은 무효라고 결정하고, 은행이 토지사용권을 주장할 수 없다고 판정하였다. 저당등기를 진행한 토지관리국은 은행의 손실에 대하여 배상책임을 부담해야 하는가?

저당이 무효이기 때문에, 저당등기도 위법등기에 속한다. 따라서 은행이 토지 사용권을 주장할 수 없고, 손실은 저당등기를 진행한 토지관리국에서 부담해야 한다. 당해 토지관리국은 반드시 은행에 대하여 배상책임을 부담해야 한다.

4. 국가가 배상책임을 부담하지 않는 상황

(1) 개 요

국가가 배상책임을 부담하지 않는 상황이란 국가가 행정관리과정에 발생한 일부 손해에 대하여 배상책임을 부담하지 않는 사항을 말한다. 《국가배상법》의 규정과 학리적 연구로부터 볼 때, 국가가 배상책임을 부담하지 않는 근본 원인은 국가배상의 구성요건에 부합되지만, 그 구체적인 표현형식은 다양하다. 손해의 발생은 행정관리와 법률적인 연계가 존재하지 않기도 하고, 손해의 발생이 국가배상의 성질을 구비하지 않기도 한다. 예컨대, 행정기관의 민사배상책임, 공공시설의 설립과 관리상의 배상책임 등이 있다. 손해의 발생이 피해자 본인의 과실이 야기한 것도 있다. 또한 손해가 정치적인 요소에서 기인하여, 손해의 발생이 행정관리와 밀접하게 관련되고 국가배상의 일반 구성요건에 부합하지만, 법률이 국가의 배상책임을 면제하거나 보상형식으로 구제조치를 제공하도록 규정하기도 한다. 지적할 바는 국가가 배상책임을 부담하지 않는 상황을 “면책”으로 간주할 수 없다는 점이다. 면책이란 국가배상의 일반적 구성요건을 구비하였지만, 법률에서는 국가가 배상책임을 부담하지 않는다고 규정하는 것을 말한다. 이와 달리, “국가가 배상책임을 부담하지 않는다.”는 것은 구성요건을 구비하지 않기 때문에 국가배상책임이 원래 존재하지 않거나 성립되지 않는 경우를 말한다. 국가가 배상책임을 부담하지 않는 상황에 관해 《국가배상법》 제5조에서는 “다음 중 하나의 상황이 발생할 경우, 국가는 배상책임을 부담하지 않는다. i) 행정기관 업무인원의 직권행사와 무관한 개인행위, ii) 국민, 법인 및 기타 조직 자체의 행위로 인해 손해가 발생할 경우, iii) 법률에서 규정한 기타 상황”이라고 규정하고 있다.

(2) 행정기관 업무인원이 실시한 직권 행사와 무관한 개인행위

행정기관 업무인원이 행정직권 행사와 무관한 행위를 실시할 경우, 당해 행위의 법률상의 주체는 행정기관이 아니고 국가는 더욱 아니며 공무원 본인이다. 행정기관 업무인원은 이중 신분을 갖고 있는데, 한편으로는 공무원이고 다른 한편으로는 국민이기도 하다. 행정기관 업무인원이 상이한 신분으로 종사하는 활동은 법률상의 성질도 상이하고, 그 법률의 귀속상황도 상이하다. 행정기관이 법에 따라 행정직권을 취득한 후에는 행정기관내부에서 행정직권을 산하 행정기구에 구체적으로 분배하고, 최종적으로 행정직무를 배분하며 특정 공무원에게 부여하여 공무원의 직책이 되기 때문에, 공무원 신분과 행정직권 사이는 표리(表里)관계이다. 행정기관 업무인원이 공무원 신분으로 실시한 행위는 행정직권과 항상 밀접한 연계를 가지기 때문에 직무행위로 간주해야 하고, 소속 행정기관의 행위는 최종적으로 국가행위에 속하며, 모든 법률효과는 국가에 귀속된다. 행정기관 업무인원이 일반 국민 신분으로 활동에 종사할 경우에 행사하는 것은 그의 민사권리 또는 기타 국민권리이지 행정직권이 아니고, 그 목적은 개인이익을 위한 것이지 국가이익을 위한 것이 아니며, 그 의사표시는 자유롭고 행정법 규칙의 구속을 받지 않을 뿐만 아니라 법률에서 규정한 표현형식을 구비하지도 않는다. 따라서 공무원이 국민 신분으로 실시한 행위는 개인행위로 간주되어야 하고, 이로 인해 야기된 손해에 대하여서는 개인이 배상책임을 부담해야 한다.

(3) 피해자 자신의 행위로 인해 손해가 발생한 경우

피해자 자신의 행위로 인해 손해가 발생하거나 확장된 경우에 이는 자신에 대한 권리침해이고 본인에게 과실이 있으며, 그 결과는 당연히 본인이 부담해야 한다. 어떤 사람은 《국가배상법》이 이렇게 규정한 근거는 “과실상계”(过失相抵)원칙이라고 보기도 한다. “과실”(过失)이란 실수(过错)를 말하는데, 고의와 과실을 포함한다. “상쇄”(相抵)란 피해자 과실과 국가행정배상책임이 서로 상쇄되는 것으로, 손실을 배상할 때 국가행정배상책임을 경감하거나 면제한다. 여기에서는 과실상계의 문제가 존재하지 않을 뿐만 아니라 면

책문제도 존재하지 않는다고 본다. 왜냐하면 피해자 본인이 야기한 손해에 있어서 권리침해행위의 주체는 국가가 아닌 그 본인이고, 국가배상의 구성요건을 구비하지 않기 때문에, 국가배상책임은 원래 존재하지 않는다.

(4) 국가가 배상책임을 부담하지 않는 기타 상황

국가가 배상책임을 부담하지 않는 상황에 대하여, 학리적으로 민법 관련 규정과 이론을 많이 참고하고 있다. 그 중, 주의해야 할 문제는 다음과 같다.

1) 불가항력

불가항력에 대하여 《민법통칙》 제153조에서는 “동법에서 말하는 “불가항력”이란 예견할 수 없고 피할 수 없으며 극복할 수 없는 객관적 상황을 말한다.”고 규정하고 있다. 행정법에서 불가항력은 당사자의 면책사유이고, 주요한 법정기한 연장문제이다. 예컨대, 《행정소송법》 제40조에서는 “국민, 법인 또는 기타 조직이 불가항력 또는 기타 특수 상황으로 인해 법정기한을 어긴 경우에, 장애제거 후 10일 이내에 기한연장 신청을 제기할 수 있고, 인민법원이 결정을 한다.”고 규정하고 있다. 상기 민법과 행정법의 관련 규정으로부터 볼 때, 불가항력은 모두 당사자의 면책사유로 간주되고, 국가배상과는 실질적인 연계가 없다. 《국가배상법》 제2조에서 규정한 위법귀책원칙에 근거하면, 국가가 배상책임을 부담하는지 여부를 확정하는 최종원인은 행정기관 및 그 업무인원이 직권을 행사하는 과정에 실시한 행위의 위법여부이고, 불가항력은 아니다. 불가항력은 행정기관 및 그 업무인원이 위법행위를 실시하는 정당한 이유가 아니다.

2) 제3자 과실

제3자의 과실로 손해가 발생한 경우, 법률상의 권리침해행위의 주체는 제3자이고, 행정기관 및 그 업무인원이 아니며, 국가는 더욱 아니다. 생각건대, 제3자의 과실이 손해가 발생한 직접 원인 또는 주요 원인인 상황하에 국가배상책임 구성요건을 구비하지 않을 경우, 국가배상문제가 발생하지 않는다. 손해의 발생이 제3자의 과실도 있고, 행정기관 및 그 업무인원의 과실 - 위법

행위 - 도 있는 경우, 위법행위가 손해발생에서 야기한 작용의 대소에 근거하여 국가의 배상책임을 확정한다.

3) 피해자가 기타 경로를 통해 보상을 받을 경우

국가배상은 일종의 구제성 법률책임이고, 그 목적은 피해자가 입은 손해를 보충하고, 피해자가 침해를 받기전의 권리·의무 상태로 회복시키는 데 있으며, 피해자의 수익을 증가하려는 것이 아니다. 따라서 피해자가 이미 기타 경로를 통해 보상을 얻은 경우, 국가의 배상책임을 면제될 수 있는데, 그 이유는 다음과 같다. 즉 i) “손익상계”원칙(损益相抵原则). “손익상계”란 피해자가 손해를 받고 이익을 얻은 경우, 가해자의 책임을 면제하거나 배상금액에서 소득 이익을 공제하는 것을 말한다. ii) 부당이득(不当得利). 중복배상은 부당이득을 구성하고, 권리자는 이미 지급한 배상금액을 반환하도록 청구할 수 있다.

피해자가 기타 경로를 통해 배상받는 구체적 상황은 다음과 같은 두 가지가 있다.

① 보험

국가행정기관이 보험사고의 발생에 대하여 과실이 있을 경우, 피해자는 국가로부터 배상받을 수 있을 뿐만 아니라 보험회사로부터 배상받을 수도 있다. 피해자가 이미 보험회사로부터 배상받은 경우에는 국가에 배상청구를 할 권리가 없고, 이로써 국가의 행정배상책임을 면제된다. 다만, 보험자가 피해자에게 배상한 뒤 국가에 이로 인해 입은 손실에 대하여 배상할 것을 청구할 수 있다.

② 국비의료

국비의료(公费医疗)란 국가가 공직 인원에 대하여 무상치료를 실행하는 제도를 말한다. 공직인원이 병에 걸리거나 상해를 입어 치료를 받을 경우, 국가는 이에 관한 비용을 부담한다. 따라서 국비의료 서비스를 받는 인원이 행정권리 침해손해를 받을 경우, 필요한 의료비용은 모두 국가에서 지급하고, 피해자는 당해 비용에 관해 국가를 상대로 행정배상청구를 제기할 수 없다. 다

만, 피해자는 행정권리 침해행위로 인해 입은 기타 손실에 관해서는 여전히 국가를 상대로 배상청구를 제기할 권리가 있다.

생각건대, i) 피해자가 기타 경로를 통해 배상을 받은 경우, 국가의 배상 책임이 면제된 것이 아니라 피해자의 배상청구권이 이전된 것이다. 피해자에게 배상을 제공한 단위 또는 조직은 피해자의 손해를 지급한 후에 법에 따라 대위 배상청구권을 취득한다. ii) 피해자가 기타 경로를 통해 배상받는 것은 피해자가 국가배상을 받는데 방해되지 않는다. 이는 《국가배상법》에서 기타 경로를 통해 배상받을 경우에 국가배상청구권을 행사하지 못한다고 명확하게 규정하지 않았기 때문이다. 뿐만 아니라 기타 배상경로는 그 성질이 국가배상과 다르다. 기타 배상경로의 성질은 민사채권채무관계이지만, 국가배상의 성질은 공법상의 법률책임과 청구권에 속하고, 양자는 서로 대치 또는 대체할 수 없다.

제 3 절 행정배상 청구인과 배상의무기관

1. 행정배상 청구인

(1) 행정배상 청구인의 개념과 특징

행정배상 청구인이란 법에 따라 국가배상을 취득할 권리를 갖고 있고 배상의무기관에 국가배상책임을 확인하고 이행하도록 청구하는 국민, 법인 또는 기타 조직을 말하는데, 다음과 같은 특징을 갖고 있다.

1) 행정배상 청구인은 국민, 법인 및 기타 조직이다.

이는 행정배상 청구인의 법률신분 측면의 특징이다. 행정관리과정에서 국민, 법인 또는 기타 조직은 행정관리 상대방이고 행정배상절차에서 국민, 법인 또는 기타 조직은 배상청구인이다. 행정배상 청구인은 행정관리 상대방으로부터 변천되었고, 국민이 사망하거나 법인 또는 기타 조직이 종료되는 경우가 발생하지 않는 상황하에서는 행정관리의 상대방은 바로 행정배상 청구인이다. 배상청구권을 구비한 국민이 사망할 경우, 그 상속인 및 기타 부양

관계를 갖고 있는 친족이 행정배상 청구인이 될 수 있다. 배상청구권을 갖고 있는 법인 또는 비법인조직이 해산될 경우에 그 권리를 승계할 법인 또는 기타 조직은 배상청구인이 될 수 있다.

《국가배상법》의 규정으로부터 볼 때, 일반적인 국민, 법인 또는 기타 조직이 행정배상 청구인으로 되는 경우 외에, 행정기관 및 기타 국가기관도 행정배상 청구인으로 될 수 있다. 행정기관과 기타 국가기관은 직권을 행사할 경우, 공권력 주체로서 행정배상 청구인이 될 수 없다. 행정기관간, 행정기관과 기타 국가기관간에 직권을 행사하는 과정에 상대방의 직권과 재산을 침해하는 경우, 기관분쟁에 속하고, 헌법과 조직법의 관련 규정에 근거하여 해결해야 하며, 국가배상의 범주에 속하지 않는다. 다만, 행정기관과 기타 국가기관이 동시에 기관 법인의 신분을 구비할 경우에는 행정관리의 상대방으로 될 수 있고, 이런 상황 하에서는 행정기관 또는 기타 국가기관이 행정기관 및 그 업무인원이 직권을 행사하는 과정에 실시한 위법행위로 인해 손해를 입은 경우에 배상청구인으로 될 수 있다.

2) 행정배상 청구인은 법에 따라 국가배상권리를 취득한 국민, 법인 또는 기타 조직이다.

이는 행정배상 청구인의 실체법 측면의 특징이다. 법에 따라 배상청구권을 향유하는 것은 국민, 법인 또는 기타 조직이 행정배상 청구인으로 되는 실질적 요건이다. 《국가배상법》 규정에서 보면, 그 합법적 권익이 행정기관 및 그 업무인원의 위법행위의 침해를 받은 국민, 법인 또는 기타 조직은 모두 행정배상 청구인으로 될 수 있다. 국민, 법인 또는 기타 조직이 국가배상을 취득하는 권리에 대한 확인은 다음과 같은 두 가지 면에서 진행할 수 있다. 첫 번째 시각은 행정법률관계이다. 행정배상은 행정관리과정에서 발생한 배상책임으로서, 행정배상 청구인은 행정관리 상대방으로부터 변천되었고, 행정배상 의무기관은 행정주체로부터 변천되었다. 따라서 행정배상 의무기관과 배상청구인간에는 행정배상 법률관계가 발생하기 이전에, 양자 간에 이미 행정법률관계가 성립되었다. 이에 근거하여 행정법률관계 상대방은 모두 배상청구권을 갖고 있고 행정배상 청구인이 될 수 있다고 볼 수 있다. 행정법률관계의 행정주체는 한편으로는 배상 의무기관이기도 하다. 또 다른 시각은 손

해이다. 합법적 권익이 행정기관 및 그 업무인원의 직권행사 과정의 위법행위로 인해 침해를 받은 국민, 법인 또는 기타 조직은 모두 배상청구권을 갖고 있고 행정배상 청구인이 될 수 있으며, 권리침해행위를 구체적으로 실시한 행정기관 또는 업무인원 소재의 행정기관이 바로 배상의무기관으로 된다.

여기서 주의할 바는 문제의 형식이 아닌 실질에 착안해야 한다는 점이다. 행정기관 및 그 업무인원이 직권을 행사하는 행위중에서 국민, 법인 또는 기타 조직을 행정상대방이라고 명시한 경우, 그 합법적 권익이 손해를 입은 상황하에서는 배상청구인으로 될 수 있고, 이는 당연히 문제되지 않는다. 다만, 그 합법적 권익이 객관적으로 침해를 받은 국민, 법인 또는 기타 조직이 묵시적인 행정상대방인 경우에도 행정배상 청구인으로 될 수 있다.

3) 행정배상 청구인은 법에 따라 자신의 명의로 배상의무기관에 대하여 국가배상책임을 이행할 것을 청구하는 국민, 법인 또는 기타 조직이다.

이는 행정배상 청구인의 절차법상의 특징이다. 행정배상 청구인은 행정배상 청구권의 주체일 뿐만 아니라 행정배상절차의 주체이기도 하다. 타인을 대표하거나 타인의 명의로 국가배상을 청구할 경우에는 대리인에 해당하고 행정배상 청구인은 아니다. 행정기관에 민사배상책임을 이행할 것을 청구하는 국민, 법인 또는 기타 조직은 민사배상절차의 당사자에 해당하고 행정배상절차의 청구인은 아니다. 국가배상을 받을 권리가 있지만, 법에 따라 배상청구를 제기하지 않았거나 배상청구권을 상실한 국민, 법인 또는 기타 조직도 배상청구인이 아니다.

4) 행정배상 청구인은 법에 따라 확인된 국민, 법인 또는 기타 조직이다.

이 또한 행정배상 청구인의 절차법상의 특징이다. 행정배상 청구인이 행정배상절차에 참여하려면 우선 그 자격이 반드시 확인되어야 한다. 행정배상 청구인의 자격확인기관은 행정배상 의무기관 또는 행정심판기관일 수도 있고, 인민법원일 수도 있다. 국민, 법인 또는 기타 조직이 배상청구를 단독으로 제기할 경우, 그 자격은 배상의무기관에서 확인하고, 배상청구를 동시에 제기할 경우, 행정심판기관 또는 인민법원에서 확인한다.

(2) 행정배상 청구인의 자격

행정배상 청구인의 자격이란 특정 국민, 법인 또는 기타 조직이 행정배상 청구인으로 됨에 있어서 반드시 구비해야 할 실체법 조건을 말하는데, 국민, 법인 또는 기타 조직이 배상의무기관에 배상책임을 이행하도록 청구하는 법정 조건 중의 하나이다. 행정배상 청구인의 자격과 관련한 주요 문제는 어떤 국민, 법인 또는 기타 조직이 행정배상청구권을 갖고 있고, 법정 기한과 방식대로 배상의무기관을 상대로 배상의무를 확인하고 이행할 것을 요구할 수 있는가 하는 것이다. 《국가배상법》의 규정에서 보면, 그 합법적 권익이 행정기관 및 그 업무인원의 위법한 직권행사행위로 인해 침해 받은 국민, 법인 또는 기타 조직은 국가배상청구권을 소유할 수 있고 행정배상 청구인이 될 수 있다.

여기서 주의할 점은 행정배상 청구인의 자격과 배상청구를 제기하는 요건의 차이점이다. 배상청구를 제기하는 요건이란 국민, 법인 또는 기타 조직이 법에 따라 배상청구를 제기하는 데 있어서 반드시 구비해야 할 모든 요건, 즉 실체법 조건과 절차법 요건을 모두 포함한다. 그 중, 실체법 요건이란 행정배상 청구인의 자격, 즉 국민, 법인 또는 기타 조직이 국가배상을 받을 권리를 소유하는지 여부를 말하고, 절차법 요건이란 국가배상청구권을 소유한 국민, 법인 또는 기타 조직이 언제, 어떠한 방식으로 그 배상청구권을 청구하는가, 즉 배상청구의 기한과 방식을 말한다. 일부는 행정배상청구권자의 자격이 실체법상의 자격과 절차법상의 자격 두 가지 유형을 포함한다고 본다. 실체법상의 자격은 청구인으로서 특정 주관적 이익을 구비하는가 하는 것을 말하고, 절차법상의 자격은 청구인이 청구권을 행사하는데 있어서 어떤 행위능력을 구비하는가 하는 것을 말한다. 이러한 관점에서 말하는 “절차법상의 자격”은 여전히 실체법의 범주에 속한다. 왜냐하면 행위능력은 우선 실체법상의 문제이지 절차법상의 문제가 아니기 때문이다.

행정배상 청구인의 자격설정은 다음과 같은 세 가지 면에서 의미가 있다. 즉, i) 배상의무기관, 행정심판기관 및 인민법원에서 행정배상 청구인을 확인하는데 유리하다. 행정배상 청구인의 자격은 행정배상청구의 구체화이다.

행정배상청구권은 추상적인 개념이지만, 행정배상 청구인의 자격은 배상청구인을 확인하는 구체적이고 실행 가능한 표준이다. 이에 있어서 행정배상 청구인의 자격과 행정배상청구권간의 관계는 국가배상의 귀책원칙과 국가배상의 구성요건간의 관계와 유사하다. ii) 관련 주체의 분쟁을 배제함으로써 피해자가 적시에 배상받을 수 있도록 하는데 유리하다. 실제로 주체는 각 종 절차에서 복잡하지만, 회피 불가한 관문으로서, 일방 당사자가 다른 한 당사자를 공격하게 되기 때문에, 의무를 회피하는 무기가 된다. 일단 배상청구인이 확인을 받으면, 그 다음의 문제는 배상방식과 금액을 어떻게 해결하느냐 하는 것으로, 행정배상 의무기관은 이에 대한 책임을 피할 구실이 없다. iii) 국민, 법인 또는 기타 조직이 청구권을 남용하여 행사하는 것을 방지하는데 유리하고 사법 비용의 낭비를 방지하고 행정절차의 온정을 보장하는데 유리하다. 행정배상 청구인의 자격은 정당한 배상청구인을 확인하는데 유리하다,

《국가배상법》 제2조에서는 “국가기관과 국가기관 업무인원이 위법하게 직권을 행사함으로써 국민, 법인 또는 기타 조직의 합법적 권익에 손해를 입히고 피해자가 동법에 따라 국가배상 권리를 가지는 것을 말한다.”고 규정하고 있다. 이는 국가배상청구인의 자격에 대한 일반적 규정이고, 제3조와 제4조는 행정배상 청구인의 자격에 대한 구체적 규정이다. 제3조에서는 “행정기관 및 그 업무인원이 직권을 행사하는 과정에 다음과 같은 인신권을 침해하는 경우, 피해자는 배상받을 권리가 있다”고 규정하고 있다. 제4조에서는 “행정기관 및 그 업무인원이 행정직권을 행사할 때 다음과 같은 재산권을 침해하는 상황이 발생할 경우, 피해자는 배상받을 권리가 있다”고 규정하고 있다. 행정배상 청구인의 구체적 내용은 다음과 같다.

① 행정배상 청구인은 반드시 국민, 법인 또는 기타 조직이어야 한다.

② 행정배상 청구인은 반드시 합법적 권익이 손해를 입은 국민, 법인 또는 기타 조직이어야 한다. 여기서 말하는 손해는 반드시 현실적인 특정한 직접적 손해이어야 한다. 손해가 이미 발생하여 객관적으로 존재해야 하고, 추측한 가능한 손해나 가상 손해의 부담자는 모두 청구인의 자격을 구비하지 않는다. 손해는 특정 국민, 법인 또는 기타 조직에 대한 손해이다. 행정배상 청

구인은 반드시 행정권리 침해행위의 손해를 직접적으로 받은 자라야 하고, 행정권리 침해행위의 간접적 손해 또는 불리한 영향을 받은 자는 청구인의 자격을 구비하지 않는다.

③ 행정배상 청구인이 입은 손해와 행정위법행위 간에는 인과관계가 존재해야 한다. 행정위법행위의 발생범위가 비교적 광범위하기 때문에, 위법한 구체적 행정행위를 포함할 뿐만 아니라 위법한 공직면제 결정, 위법한 사실행위 등의 위법한 내부관리행위도 포함한다. 여기에서 말하는 “인과관계”란 단지 초보적이고 표면적인 것을 말하고, 피해자의 손해가 행정기관 및 그 업무인원의 행정권리 침해행위에 의해 야기된 것이면 제기할 수 있고, 실제로 인과관계가 존재하는지 여부는 행정배상 의무기관, 행정심판기관 또는 인민법원이 판단해야 한다.

(3) 행정배상 청구인의 범위

행정배상 청구인의 범위에 관해 《국가배상법》 제6조에서는 “손해를 입은 국민, 법인 또는 기타 조직은 배상을 요구할 권리가 있다. 손해 입은 국민이 사망할 경우에 그 상속자 및 기타 부양관계를 갖고 있는 친족은 배상을 요구할 권리가 있다. 손해를 입은 법인 또는 기타 조직이 해산될 경우에 그 권리를 승계받은 법인 또는 기타 조직이 배상을 요구할 권리가 있다”고 규정하고 있다. 동조에서 규정한 “손해를 입은”이라는 것은 합법적 권익이 행정기관 및 그 업무인원이 위법하게 직권을 행사하는 행위로 인해 직접적인 침해를 받는 것을 말하는데, 다음과 같은 두 가지 상황이 있다. 첫째 명시적인 상대방이 손해를 받는 경우, 즉 예컨대, 모 국민이 불법으로 인해 법률을 받는 경우이다. 둘째, 묵시적인 상대방, 즉 제3자가 손해를 받은 경우이다. 예컨대, 즉 모县 공상국이 모 개인사업자(个体工商户)의 불법재산을 몰수할 때, 타인이 당해 개인사업자에게 대리 판매한 합법적 재산도 몰수하는데, 이런 상황에서 타인은 묵시적인 상대방 또는 제3자로서, 행정소송의 원고가 될 수 있고, 배상을 청구할 권리가 있다. 동조의 규정에 근거하여, 행정배상 청구인은 국민, 법인 또는 기타 조직이다.

1) 국민

국민(公民)이란 특정 국가의 국적을 구비한 것으로, 중국 국민과 외국 국민을 포함한다. 행정권리 침해행위의 손해를 받은 모든 국민은 실질적으로 모두 행정배상 청구인의 자격을 갖고 있다. 다만, 외국 국민에 대하여, 중국은 평등원칙과 대등원칙을 적용한다. 평등원칙에 근거하여, 외국 국민이 중국에서 국가배상청구권을 행사할 경우 중국 국민과 동등한 권리·의무를 지니고, 중국 영역내에서 중국 행정기관 및 그 업무인원의 직권행위의 침해로 인해 손해를 받은 경우에도 국가배상을 청구할 수 있다. 대등원칙에 따라, 외국인의 소속국은 중국 국민의 행정배상권에 대하여 제한하거나 보호를 주지 않을 경우, 중국에서는 동일한 대우를 한다. 《국가배상법》 규정에 따라, 국민은 다음 세 가지 상황에서 행정배상 청구인이 된다.

① 손해를 입은 국민 자신. 손해를 입은 국민 자신은 행정권리 침해행위의 침해대상으로, 당연히 행정배상 청구인으로 될 수 있는데, 이는 세계 각국의 통례이다.

② 손해를 입은 국민이 사망한 경우, 그 상속인과 기타 부양관계가 있는 친족이 배상청구인으로 될 수 있다. 손해를 입은 국민이 사망한 경우, 배상 청구자격은 그 상속인 및 기타 부양관계가 있는 친족에게 이전된다. 상속인은 지정 상속인과 법정 상속인을 포함하는데, 법정 상속인이 행정배상 청구권을 행사할 상속순서의 제한을 받는다. 선순위 상속인이 청구권을 행사하지 않을 경우, 후순위 상속인은 청구권을 초과하여 행사할 수 없다. 상속 순위에 관해 중국 《상속법》은 1순위는 배우자, 자녀, 부모이고, 2순위는 형제자매, 조부모, 외조부모로 정하고 있다. 상속이 개신된 후, 1순위 상속인이 상속하고, 2순위 상속인은 상속하지 않는다. 1순위 상속인이 상속하지 못할 경우, 2순위 상속인이 상속한다. 상속인의 자녀는 혼인중 자녀, 혼인외 자녀, 양자, 부양관계가 있는 상속자를 포함하고, 부모는 친부모, 양부모와 부양관계가 있는 계부모를 포함하는데, 동법에서 말하는 형제자매란 부모가 같은 형제자매, 동부이모 또는 동모이부의 형제자매, 양자 형제자매, 부양관계가 있는 의붓 형제자매가 포함된다. 피상속인의 자녀가 피상속인보다 먼저 사망

할 경우, 피상속인의 자녀의 직계혈족이 대위 상속한다. 대위상속은 일반적으로 그의 부 또는 모가 상속받을 권리가 있는 유산 부분만 상속할 수 있다. 배우자가 사망한 자가 배우자의 부모에 대하여 부양의무를 이행한 경우, 제1순위 상속인이 된다. 청구인이 비교적 많은 경우에는 그 중의 한 명 또는 여러 명을 대표자로 위임하여 배상청구인으로 할 수 있다.

기타 부양관계가 있는 친족이란 상기 상속인 외에 사망한 국민과 부양 또는 피부양 관계가 있는 친족을 말한다. 《상속법》의 규정에서 보면, 여기에서 말하는 “친족”이란 자연적 혈족을 포함할 뿐만 아니라 인척도 포함하고 재결합 친족도 포함한다.

《상속법》 제7조에서는 “상속인에게 다음의 상황에 해당하는 경우, 상속권을 상실한다. i) 피상속인을 고의로 살해한 경우, ii) 유산을 취득하기 위해 기타 상속인을 살해한 경우, iii) 피상속인을 유기하거나 피상속인을 확대한 상황이 엄중한 경우, iv) 유서를 위조하거나 임의로 변경 또는 소각하고, 그 상황이 엄중한 경우”라고 규정하고 있다. 상속인이 피상속인을 확대한 상황이 엄중한지 여부는 확대행위를 실시한 시간, 수단, 효과 및 사회영향 등으로부터 판단할 수 있다. 피상속인을 확대한 상황이 엄중할 경우, 형사책임 추궁여부를 불문하고, 모든 상속권을 상실한다. 상속인이 피상속인을 고의로 살해할 경우, 기수·미수 여부에 관계없이 모두 상속권을 상실한다. 《국가배상법》에서 규정한 행정배상 청구인의 자격 이전은 상속권을 전제조건으로 하고, 상속인이 상속권을 상실한 경우에는 당연히 행정배상 청구인으로서의 자격을 상실하게 된다.

③ 손해를 입은 국민이 제한능력자(限制行為能力) 또는 무능력자(無能力者)인 경우, 그 법정대리인이 행정배상청구권을 대위 행사할 수 있다. 제한능력자와 무능력자는 미성년자와 정신병자를 포함한다. 《민법통칙》의 관련 규정에 따라, 제한능력자와 무능력자의 후견인은 그의 법정대리인이다. 만 10세 이상의 미성년자는 민사 제한능력자로서, 그의 연령, 지력에 상응한 민사활동을 진행할 수 있고, 기타 민사활동은 그의 법정대리인이 대리하거나 그의 법정대리인의 동의를 거쳐 진행할 수 있다. 10세 미만의 미성년자는 민사 무능력자로서, 그의 법정대리인이 민사활동을 대리한다. 본인의 행위를 분별하

지 못하는 정신병자는, 민사 무능력자로서, 그의 법정대리인이 민사활동을 대리한다. 본인의 행위를 완전하게 분별하지 못하는 정신병자는 민사 제한능력자이고, 그의 정신건강 상황에 상응한 민사활동을 진행할 수 있고, 기타 민사활동을 그의 법정대리인이 대리하거나 법정대리인의 동의를 거쳐 진행할 수 있다. 미성년자의 부모는 미성년자의 후견인이다. 미성년자의 부모가 이미 사망했거나 후견능력이 없을 경우에는 후견능력이 있는 조부모, 외조부모, 형제자매, 또는 관계가 밀접한 기타 친족, 친구가 후견책임을 부담한다. 다만, 미성년자의 부모 소재의 단위 또는 미성년자 주소지의 주민위원회, 촌민위원회의 동의를 거쳐야 한다. 후견인이 없을 경우, 미성년자의 부모 소재 단위 또는 미성년자 주소지의 주민위원회, 촌민위원회 또는 민정부문에서 후견인을 담당한다. 민사 무능력자 또는 민사 제한능력자인 정신병자는 다음의 인원이 후견인을 담당한다. 즉 i) 배우자, ii) 부모, iii) 성년 자녀, iv) 기타 근친, v) 관계가 밀접한 기타 친족, 친구가 후견책임을 부담하는 것을 원할 경우에 정신병자 소재 단위 또는 주소지의 주민위원회, 촌민위원회의 동의를 거쳐 후견인을 맡을 수 있다. 상기 후견인이 없을 경우, 정신병자 소재 단위 또는 주소지의 주민위원회, 촌민위원회 또는 민정부문에서 후견인을 담당한다.

사례 5 : 장(張)모는 현 공안국 간부로서, 공상국에서 마케팅 대검사를 진행하기 위하여, 공안국으로부터 장모를 전임시켜 인력을 보완하였다. 이(李)모는 이에 불복하여 공상인원인 양(楊)모를 모욕하고 구타하였다. 장모는 이모가 법에 따라 검사받지 않고 오히려 검사인원을 모욕하자, 양모와 함께 이모를 구타한 결과, 이모는 비장이 파열되어 사망하였다. 이모 가족 중에는 부인, 부 및 생전에 부양하던 노동능력이 없는 친구 왕모가 있다. 이 중 누가 행정배상 청구인이 될 수 있는가?

피해를 입은 국민이 사망한 경우, 그 상속인과 기타 부양관계가 있는 친족 및 사망자가 생전에 부양하던 노동능력을 상실한 자가 배상청구인이다. 본 사례에서 이모 가족 중의 부인, 부친 및 생전에 부양하던 노동능력을 상실한 친구 왕모는 모두 배상청구인이 될 수 있다.

2) 법인

일반적인 의미에서 말하면 법인은 법률상 의제된 자(擬制人)로서, 자연인 이외에 법률주체자격을 소유한 조직인데, 일반적인 법인을 포함할 뿐만 아니라 기타 일반적인 조직도 포함한다. 《국가배상법》에서 규정한 법인은 특정 의미와 범위를 갖고 있다. 이에 대하여 중국 《민법통칙》 제36조에서는 “법인은 민사권리능력과 민사행위능력을 구비하고 있고, 법에 따라 민사권리를 독립적으로 소유하고 민사의무를 부담하는 조직이다. 법인의 민사권리능력과 민사행위능력은 법인 성립시에 발생되고, 법인 해산시에 소멸된다.”고 규정하고 있다. 제37조에서는 “법인은 다음의 요건을 구비해야 한다. i) 법에 따라 설립, ii) 필요한 재산 또는 경비 구비, iii) 자체 명칭, 기구와 장소의 구비, iv) 독립적인 민사책임의 부담”으로 규정하고 있다.

《국가배상법》규정에 근거하여 법인이 행정배상 청구인이 되는 경우는 다음의 두 가지 상황을 포함한다.

① 피해를 입은 법인

그 합법적 권익이 행정권리 침해행위의 직접적 침해를 받은 법인이다. 《민법통칙》규정에 따라, 중국의 법인은 네 가지 종류로 나뉜다.

첫째, 기업법인(企业法人). 기업법인이란 경영을 목적으로 하고, 국가규정에 부합되는 자금을 가지고 있으며, 조직의 정관과 기구 및 장소를 가지고 있어 독립적으로 민사책임을 부담할 수 있고, 주관 기관의 승인, 등기를 거쳐 법인 자격을 구비한 경제조직을 말한다. 구체적으로는 법에 따라 공상행정관리기관의 승인을 거쳐 등기한 전민소유제기업, 집체소유제기업, 중외합자경영기업, 중외합작경영기업과 외자기업, 법인조건을 구비한 합영기업 등이 포함된다.

둘째, 기관법인(机关法人). 기관법인이란 독립적인 경비와 편제를 가지고 있어, 자신의 명의로 대외에 공문을 보낼 수 있는 국가기관을 말한다.

셋째, 사업법인(事业法人). 사업법인이란 사회이익의 실현을 목적으로 법에 따라 설립된, 자체적인 관리와 운영을 실시하는 사회조직으로, 학교, 연구소, 박물관, 극장, 공원 등이 있다.

넷째, 사회단체법인(社会团体法人). 사회단체법인이란 2인 이상의 국민이 공동목적을 실현하기 위하여 스스로 연합하여, 민정부문의 등기심사를 거쳐 설립된 사회조직으로, 노동조합(工会), 부녀자연합, 각종 협회와 연합회 등이 있다.

② 피해를 받은 법인이 해산될 경우 그 권리를 승계하는 법인 또는 기타 조직이 배상청구인이다.

종류가 상이하기 때문에, 법인이 해산되는 구체적 상황도 상이하다. 《민법 통칙》 제45조에서 규정한 기업법인의 해산원인은 법에 따라 취소·해산되거나, 법에 따라 파산되는 경우 및 기타 원인 등이 있다. 기관법인은 권력기관 또는 그 상급기관의 결의 또는 결정으로 인해 취소되고, 사업법인과 사회단체법인은 법에 따라 해산 또는 취소됨으로 하여 종료된다.

3) 기타 조직

기타 조직이란 법인자격을 취득하지 않은 사회조직을 말한다. 기타 조직의 범위와 종류에 관해서는 최고인민법의 2개의 사법해석을 참고할 수 있다.

① 《〈중화인민공화국 민사소송법〉의 적용에 관한 최고인민법원의 약간의 문제에 대한 의견》 제40조에서는 “기타 조직이란 합법적으로 설립되고 일정한 조직기구와 재산을 갖고 있지만 법인자격을 구비하지 않은 조직으로, 다음을 포함한다. i) 법에 따라 등기하고 사업자등록증을 수령한 민영독자기업(私營獨資企業), 합명조직(合夥組織), ii) 법에 따라 등기하고 사업자등록증을 수령한 연합경영기업(聯營企業), iii) 법에 따라 등기하고 중국 사업자등록증을 수령한 중외합작경영기업과 외자기업, iv) 민정부문의 등기심사를 거쳐 사회단체등기증을 수령한 사회단체, v) 법에 따라 설립하고 사업자등록증을 수령한 법인의 지점(分支機構), vi) 중국인민은행, 각 전문은행이 각 지역에 설립한 지점, vii) 중국인민보험회사가 각 지역에 설립한 지점, viii) 등기심사를 거쳐 사업자등록증을 수령한 향진(鄉鎮), 가도(街道), 촌(村)에서 설립한 기업, ix) 본 조항에서 규정한 조건에 부합되는 기타 조직”이라고 규정하고 있다.

② 최고인민법원에서 1999년 11월에 공포한 《약간의 문제에 대한 해석》. 동 해석 제14조에서는 “합명기업이 인민법원에 소송을 제기할 경우 반드시

등기 심사한 상호를 원고로 하고, 합작기업사무를 집행하는 합작인(合伙人)을 소송대표인으로 하며, 기타 합작조직에서 소송을 제기할 경우에는 합작인을 공동원고로 한다. 법인자격을 구비하지 않는 기타 조직이 인민법원에 소송을 제기할 경우, 당해 조직의 주요 담당자가 소송대표인이다. 주요 담당자가 없을 경우에는 선출된 담당자가 소송대표인으로 될 수 있다. 동일한 사건의 원고가 5인 이상일 경우, 1-5인의 소송대표인을 선정해서 소송에 참가하게 해야 하고, 지정기한내에 선정하지 않은 경우 인민법원에서 직권으로 선정한다.”고 규정하고 있다. 제15조에서는 “연합경영기업, 중외합자 또는 합작기업의 연합경영, 합자, 합작의 각 당사자는 연합경영, 합자, 합작기업의 권익 또는 본인의 합법적 권익이 구체적 행정행위로 인해 침해를 받았다고 생각할 경우, 모두 자신의 명의로 소송을 제기할 수 있다.”고 규정하고 있다.

상기 사법해석에 따라, “기타 조직”은 다음을 포함한다.

① 법에 따라 등기하고 사업자등록증을 수령한 민영독자기업, 합작조직, 합작형 연합경영기업. 여기에서 합작기업이 배상을 신청한 경우, 반드시 등기심사한 상호가 신청인이 된다.

② 법에 따라 중국 사업자등록증을 수령한 중외합작경영기업, 외자기업.

③ 민정부문의 등기심사를 거쳐 사회단체등기증을 수령한 사회단체.

④ 법에 따라 설립하고 사업자등록증을 수령한 법인의 지점, 중국인민은행, 각 전문은행이 각 지역에 설립한 지점, 중국인민보험회사가 각 지역에 설립한 지점.

⑤ 등기심사 거쳐 사업자등록증을 수령한 향진(鄉鎮), 가도(街道), 촌(村)에서 설립한 기업.

기타 조직이 해산된 경우, 그 권리를 승계한 법인 또는 기타 조직은 행정배상 청구인이 될 수 있다.

2. 행정배상 의무기관

(1) 행정배상 의무기관 개요

행정배상 의무기관이란 국가를 대표하여 배상청구를 처리하고, 배상비용을 지급하며, 배상소송에 참가하는 행정기관이다. 행정배상의 주체는 국가이지만, 국가는 하나의 방대하고 구조가 복잡한 정치적 실체로서, 설립된 기구와 기관이 매우 많기 때문에, 피해자 스스로 배상의무를 확인할 수 없다. 배상 책임을 부담한다는 것은 비난의 의미를 갖고 있으므로, 국가기관이 주동적으로 배상 책임을 부담하려 하지 않고, 책임을 전가할 가능성이 있다. 피해자가 배상청구를 제기하는 데 유리하고 행정기관간의 책임전가를 방지하기 위하여, 《국가배상법》에서는 배상의무기관을 전문적으로 설립하였다.

행정배상 의무기관과 행정권리 침해행위자는 두 개의 상이한 개념이다. 행정배상 의무기관은 구체적으로 배상사무처리를 담당하고 배상 책임을 이행하는 기관이고, 행정권리 침해행위자는 행정권리 침해행위를 구체적으로 실시하는 행정기관 또는 행정기관 업무인원이다. 양자의 범위는 일치하는 것이 아니다. 중국에서 행정권리 침해행위자는 국가행정기관 및 그 업무인원을 포함하고, 배상의무기관은 오로지 행정기관만 포함한다. 이 제도의 설계이유는 다음과 같다.

① 행정기관의 법치행정감독 유리

피해를 야기한 행정기관이 행정배상 의무기관일 경우, 배상분쟁의 순조로운 해결에 유리하고, 법원에서 조사, 증거 취득, 판결을 내리는 데에도 편리하며, 행정기관의 자체구속력을 강화시키고 행정기관으로 하여금 법에 따라 사무를 처리하도록 촉구하는 데에도 유리하다.

② 피해자의 배상청구권행사 편리

행정배상 의무기관을 설정하는 중국적인 목적은 피해자의 배상청구권의 실현을 보장하는 것이다. 가해자인 행정기관이 의무기관일 경우, 피해자가 배상을 받는데 도움이 된다. 예컨대, 피해자의 손해를 2개 이상의 행정기관에서 공동으로 야기한 경우, 피해자는 공동배상 의무기관중의 임의의 1개의

배상의무기관에 배상을 요구할 수 있고, 당해 배상의무기관은 반드시 이를 배상해야 한다.

③ 기구간소화에 유리

전문적인 기구를 설립하여 배상사무를 처리하는 것은 기구간소화에 불리하기 때문에, 가해행위를 한 행정기관을 배상의무기관으로 하면 기구증설을 면할 수 있다.

배상사무를 처리하고 배상책임을 이행하는 과정에서 배상의무기관은 다음과 같은 의무를 부담한다.

① 배상청구의 신속한 수리·처리

행정배상 청구인의 신청에 대하여, 배상의무기관은 반드시 법정기간 내에 처리해야 하고, 우선 가해행위의 위법성을 확인한 뒤 배상청구인과 배상사항에 대하여 협상하고, 의견이 일치하면 협의서를 작성하고 일치하지 않을 경우에는 행정배상 처리결정을 내려야 한다.

② 행정심판과 행정배상소송의 참가

피해자가 행정심판에서 배상청구를 동시에 제기한 경우, 배상의무기관은 피신청자의 명의로 참가하고, 피해자가 행정소송에서 배상청구를 동시에 제기한 경우, 배상의무기관은 행정소송 피고의 신분으로 출석하여 상응한 권리를 행사하고 상응한 의무를 이행해야 한다.

③ 신속하고 충분한 배상의무 이행

배상의무는 행정심판기관 또는 인민법원의 결정 또는 판결을 거쳐 확인을 받은 후에, 배상의무기관이 신속하게 이행해야 하고, 배상비용 교부사항, 재산반환 및 원상복구 등에 대하여 처리해야 한다.

④ 법에 따른 구상사무 처리

피해자의 손실을 배상한 후에, 배상의무기관은 고의나 중대과실이 있는 공무원인 및 그의 위임을 받은 조직 또는 개인을 상대로 구상권을 행사할 권리와 의무가 있다.

(2) 행정배상 의무기관의 확인

행정배상 의무기관의 확인에 관해서는 《국가배상법》 제7조와 제8조에서 명확하게 규정하고 있다. 동조에 따라 행정배상 의무기관을 확인하는 구체적인 상황은 다음과 같다.

1) 단독 배상의무기관

행정기관 및 그 업무인원이 행정직권을 위법하게 행사하여 국민, 법인과 기타 조직의 합법적 권익에 피해를 야기한 경우, 동 행정기관이 배상의무기관으로, 이는 행정배상 의무기관을 확인하는 일반적 상황이다. 행정기관이 자신의 명의로 명령을 공포하고 업무인원이 그 집행을 담당할 경우에는 행정기관이 실시한 행위로 간주하고, 행정기관이 명확한 명령을 내리지 않고 업무인원이 법집행과정에 구체적인 상황에 근거하여 스스로 권리침해행위를 실시하기로 결정한 경우에는 당해 업무인원 소재의 행정기관이 실시한 행위로 간주한다.

업무인원이 권리침해행위를 실시한 배상의무기관의 인정과 관련하여, 업무인원 소재의 기관이란 침해를 실시한 당시 그 직권 소속 행정기관을 말하는 데, 이는 반드시 당해 업무인원 소속의 행정기관이 아닐 수도 있다는 견해가 있다. 여기에 피해를 야기하는 자가 배상의무기관이라는 원칙의 구체적 실현이다. 생각건대, 업무인원이 실시한 공무권리침해행위는 일률적으로 그 소재의 행정기관의 행위로 간주해야 한다. 여기서 말하는 “소재”란 공무원이 소속된 행정기관을 말하는 것이 아니고, 공무원과 직무 위임관계가 있는 행정기관을 말한다.

2) 공동 배상의무기관

2개 이상의 행정기관이 공동으로 행정직권을 행사할 때, 국민과 법인, 기타 조직의 합법적 권익에 손해를 야기한 경우, 동 행정기관은 공동배상 의무기관이 된다. 여기서 주의할 문제는 다음과 같다.

① 배상의무기관이 되는 2개 이상의 행정기관은 반드시 모두 독립적인 주체자격을 구비한 행정기관이어야 한다. 동일한 행정기관 내부에 2개 이상의 부문 또는 동일한 행정기관 내부에 종속관계가 존재하는 2개 이상의 행정기구와 조직이 있을 경우, 모두 배상의무기관은 아니다. 독립적인 주체자격이 없는 행정기구가 실시하는 권리침해행위는 반드시 당해 행정기구를 설립한 행정기관이 담당해야 한다.

② 2개 이상의 업무인원이 상이한 행정기관에 속하고, 당해 행정기관이 직권을 동시에 행사할 때, 국민, 법인 및 기타 조직의 합법적 권익에 손해를 야기한 경우, 반드시 당해 업무인원 소재의 행정기관을 공동배상 의무기관으로 해야 한다.

③ 2개 이상의 행정기관이 연합하여 법을 집행할 경우, 이에 참여한 행정기관을 공동배상 의무기관으로 해야 한다. 그 과정에 발생한 권리침해행위는 1개 행정기관 또는 1개 행정기관의 업무인원이 구체적으로 실시한 것이지만, 피해자가 배상청구권을 행사하는데 편리하고 행정기관내부의 상호제약, 감독의 시각에서 볼 때, 이에 참여한 모든 행정기관을 모두 공동배상 의무기관으로 하는 것이 비교적 적합한 선택이다.

④ 공동배상 의무기관간에는 연대책임을 부담하고, 피해자는 공동배상 의무기관에서 임의의 하나의 배상의무기관에 배상을 요구할 수 있으며, 당해 배상의무기관은 반드시 먼저 배상한 후에 기타 행정기관에 일부 배상을 부담하도록 요구할 수 있다.

행정배상소송이 제기된 경우, 공동배상 의무기관은 공동피고가 된다. 공동배상 의무기관은 각자 권리침해 손해중에서 야기한 작용에 따라 책임을 부담한다.

3) 법률·법규의 수권조직

법률·법규의 수권조직이 행정직권을 행사할 때, 국민, 법인과 기타 조직의 합법적 권익에 손해를 야기한 경우, 당해 조직은 배상의무기관이다. 법률·법규의 수권조직은 단행 부문의 법률·법규에서 구체적으로 권리를 부여하여 특정 행정관리기능을 이행하는 행정기구 또는 사회조직으로서, 국가

행정기관 외의 또 한 가지 부류의 법률 집행기구이다. 국가기관의 조직편성에 제한이 있어 국가행정기관의 인력과 물력으로는 관리 수요를 만족시킬 수 없기 때문에, 국가는 법률·법규를 통해 행정기관 이외의 일부 조직에게 특정의 행정권을 부여한다. 그 조직은 자신의 명의로 직권을 행사하고 그 행위의 효과를 부담한다. 배상문제가 발생할 경우, 이러한 권한을 부여받은 조직이 바로 배상의무기관이다. 주의할 점은 여기서 말하는 법률·법규의 수권은 반드시 법률·법규, 규장에서 명문으로 규정한 수권으로, 규장 이하의 규범적 문서의 수권은 위임으로 간주되고, 배상문제가 발생할 경우, 위임한 행정기관이 배상의무기관이 된다.

4) 위임한 행정기관

행정기관의 위임을 받은 조직 또는 개인이 위임받은 직권을 위법하게 행사할 때, 국민, 법인과 기타 조직의 합법적 권익에 손해를 야기한 경우에는 위임한 행정기관이 배상의무기관이다. 위임행정에서 위임받은 조직 및 업무인원은 위임행정기관의 명의로 대외활동을 진행하고, 그 행위의 효과는 위임행정기관이 부담하며, 위임받은 조직이 직무권리 침해행위를 할 경우, 위임한 행정기관이 배상의무기관으로 된다. 다만, 손실을 배상한 후, 배상의무기관은 고의 또는 중대과실이 있는 위임을 한 조직 또는 개인이 배상비용의 일부 또는 전부를 부담하도록 명할 권리가 있다.

주의할 점은 위임을 받은 조직 또는 개인이 실시한 손해를 야기한 행위가 위임한 직권과 무관할 경우, 국가는 당해 행위에 대하여 배상책임을 부담할 수 없고, 피해자는 위임을 받은 조직 또는 개인의 민사권리 침해책임을 추궁할 수밖에 없다. “무관”하다는 것은 위임을 받은 조직 또는 개인의 행위와 위임을 받은 직권 또는 공무간에 아무런 실질적인 연계가 존재하지 않는다는 것을 말한다. 위임을 받은 조직 또는 개인이 위임을 받은 직권을 행사하거나 위임을 받은 공무를 집행할 목적으로 실시한 행위 및 위임을 받은 직권을 유용한 조건으로 실시한 행위는 모두 반드시 위임한 행정기관에서 책임져야 한다. 이는 위임한 행정기관이 위임을 받은 조직 또는 개인에 대하여 감독관리 책임을 지기 때문에, 위임을 받은 조직 또는 개인이 위임을 받은

직권으로 위법한 경우에는 위임한 행정기관이 감독관리 책임을 제대로 하지 못한 것으로, 반드시 이로 인해 발생한 국가배상책임을 져야 한다,

사례 6 : 춘풍(春風) 향(響)정부 연방대(联防队)는 공안국의 위임을 받고 본 향의 치안업무를 담당하고 있었다. 어느 날, 연방대는 화시아(华家)촌장(张)모씨 집에서 도박판이 벌어졌다는 제보를 받고 도박장을 단속하여 장(张)모, 원(文)모, 왕(王)모, 주(朱)모, 후(胡)모씨 등 다섯 명을 체포하였다. 연방대는 이들을 향정부로 데리고 가서 질문한 후 처벌하였다. 연방대원 쑨(孙)모씨 등 세 명과 붙잡힌 장모씨 등 5명(두 손이 모두 수갑에 채워진 채)은 모두 한대의 지프차내에 비좁게 앉았다. 사람이 많아서 손모씨는 지프차 후문을 닫지 않았고, 도중에 리우(刘)모씨가 쑨모씨가 주의하지 않는 틈을 나서 지프차에서 뛰어내리다가 왼쪽 다리가 골절되었다. 리우모씨는 이에 대하여 국가배상을 요구하였다. 어느 기관이 행정배상 의무기관이어야 하는가?

연방대는 향정부에서 조직한 임시적인 기구로서, 독립적인 주체자격을 구비하지 않았기 때문에 행정배상 의무기관이 될 수 없다. 春風 향정부 자체는 사회치안을 유지할 권력이 없고, 연방대는 당해 정부에서 조직하였지만 행사하는 권력은 공안국에서 위임한 권력이므로 향정부와 무관하다. 연방대의 행위는 그에게 권력행사를 위임한 현공안국에서 책임져야 하기 때문에, 현공안국이 배상 의무기관이어야 한다.

5) 행정기관 취소시의 배상 의무기관

배상 의무기관이 취소된 경우, 직권을 계속 행사하는 행정기관이 배상 의무기관이다. 직권을 계속 행사할 행정기관이 없을 경우, 당해 배상 의무기관을 취소한 행정기관이 배상 의무기관이다. 현재 중국은 경제체제와 정치체제 개혁 단계에 있고, 행정기관의 기능, 기구설치가 아직 완전하게 정착되지 않았기 때문에, 행정기관의 설립, 합병 및 취소가 비교적 많다. 피해자 배상 청구권의 실현을 보장하기 위하여 법률에서는 피해를 야기한 기관이 취소되는 두 가지 상황에 대하여 명확하게 규정하고 있다. 첫째 직권을 계속하여 행사하는 기관이 있는 경우, 후자가 배상 의무기관이고, 둘째 직권을 계속 행사할 기관이 없

는 경우, 당해 배상의무기관을 취소한 기관이 배상의무기관이다.

6) 행정심판을 경유한 배상의무기관

행정심판 기관의 심판을 거쳐, 최초로 권리침해행위를 야기한 행정기관이 배상의무기관이 된다. 다만, 심판기관의 심판결정이 손해를 가중시킨 경우, 심판기관은 가중시킨 부분에 대하여 배상의무를 이행한다.

국민, 법인과 기타 조직이 입은 손해는 행정심판절차를 거친 이후 다음의 세 가지 상황이 나타날 수 있다. 첫째, 손해의 가중으로, 비교적 경미한 처벌이 중한 처벌로 변경되는 경우이다. 둘째, 손해의 경감으로, 원처벌결정을 부분적으로 취소하는 경우이다. 셋째, 원상유지로, 원처리결정을 유지하는 것이다. 행정심판에서 손해를 경감하는 경우, 원행정기관이 배상의무기관인데, 이 점은 입법과정에서 쟁점이 없다. 다만, 심판결정이 구체적 행정행위를 유지하거나 손해를 가중시킨 경우, 피해를 야기한 행정기관이 배상의무기관인지 또는 심의기관이 배상의무기관인지에 대하여서는 입법시 이견이 존재하였다. 행정심판기관이 구체적 행정행위를 유지한 경우, 원행정기관과 같은 의사표시를 한 것으로 간주하고 원행정기관과 함께 연대책임을 부담하며, 공동배상의무기관이 되어야 한다는 견해가 있다. 행정심판결정에서 손해를 가중시킨 경우, 행정심판기관이 자신의 의사표시로 새로운 구체적 행정행위를 한 것으로 간주되고, 심판기관이 배상의무기관이 되어야 한다. 《국가배상법》에서는 최초로 권리침해를 한 행정기관을 배상의무기관으로 최종적으로 규정하고, 심판기관이 손해를 가중시킨 경우에는 심판기관이 가중시킨 부분에 대하여서만 배상의무를 이행하도록 규정하고 있다.

여기서 주의할 점은 심판기관과 원권리침해기관이 공동배상 의무기관이 아닌 경우, 연대책임을 부담하지 않고 각자의 권리침해행위가 야기한 손해에 대하여서 각자 스스로 책임을 부담한다는 것이다.

7) 파출기관이 배상의무기관인 경우

파출기관(派出机关)이란 행정기관이 특수 지역에 대하여 행정관리를 진행할 필요에 의해 법정 절차대로 설립되어 행정임무를 독립적으로 집행하는

행정기관을 말한다. 파출기관이 집행하는 행정관리임무는 법률·법규 및 규장의 수권 또는 설립기관에서 위임에서 도출된다. 행정직권의 근거가 상이하 고, 파출기관이 권리침해행위 시에 법률적 지위가 상이하기 때문에, 배상의 무기관을 확인할 경우에는 반드시 구별하여야 한다. 파출기관이 법률·법규, 규장의 수권범위내에서 직권을 행사할 때, 국민, 법인 또는 기타 조직의 합 법적 권익에 손해를 야기한 경우, 파출기관 자신의 권리침해행위로 간주되 고, 그 자신이 배상의무기관으로 된다. 파출기관이 그의 설립기관에서 부여 한 임무를 집행할 때, 국민, 법인 또는 기타 조직의 합법적 권익을 침해한 경우, 위임을 받고 실시한 권리침해행위로 간주되고, 설립기관, 즉 위임한 행 정기관이 배상의무기관이 된다.

제 4 절 행정배상절차

1. 행정배상절차 개요

(1) 행정배상절차의 개념과 의미

행정배상절차란 피해자가 법에 따라 국가배상을 받고, 행정기관 또는 인민 법원이 법에 따라 행정배상사무를 처리함에 있어 반드시 준수해야 할 방식, 절차, 순서, 시한 등 수속의 총칭을 말한다.

행정배상절차의 의미는 다음과 같이 표현된다.

1) 피해자가 법에 따라 행정배상청구권의 취득과 행사의 보장

행정배상절차를 통해 피해자는 배상의무기관과의 소통방법, 시기, 방식, 배 상청구를 제기해야 하는 대상기관, 관련 국가기관이 그 청구를 수리 후 자신 의 국가배상권리가 실현되는 방법과 방식에 대하여 명확히 알게 된다.

2) 국가기관의 배상청구 수리 및 처리의 절차와 배상책임의 신속한 확인과 이행에 대한 규율

《행정소송법》중의 행정배상절차 관련 규정은 매우 간단하고, 단지 조정

및 행정기관 우선처리원칙에 대하여서만 명확히 규정하고 있다. 즉 행정기관이 배상책임을 확인하고 이행할 때, 주관적 임의성이 비교적 강해서, 얼마동안 어떤 방식으로 배상청구를 수리하고 처리할 지는 완전히 재량인데, 이는 행정기관이 배상책임을 확인과 이행을 지연 또는 거절함에 용이한 조건을 제공하고 있다. 《국가배상법》은 《행정소송법》을 기초로 하여 비교적 세부적인 규정을 하였는데, 이는 한편으로 관련 국가기관에 대한 규범이자 제약이기도 하고, 다른 한편으로 당해 국가기관의 배상사무 처리를 위해 실행 가능한 규정을 제공함으로써, 분쟁을 방지하고, 업무효율을 제고하며, 행정기관과 피해자간 모순의 제거에 유리하다. 최고인민법원은 1997년 4월 29일에 공포한 《행정배상사건의 심리에 관한 약간 문제의 규정》은 행정배상절차에 대하여 개선된 규정을 두고 있다.

2. 단독으로 배상청구를 제기하는 절차

(1) 단독으로 배상청구를 제기하는 절차의 의의

결과적으로, 국민, 법인 또는 기타 조직에 대하여 실질적 의미가 있는 행정구제는 다음과 같은 두 가지이다. 첫째, 행정직권을 위법하게 행사하는 행위를 확인하여 취소함으로써, 이런 행위가 야기할 수 있는 불리한 영향을 제거한다. 둘째, 위법행위가 이미 야기한 손해를 제거하거나 보충한다. 첫 번째 구제방식은 초보적인 것이고, 두 번째 구제방식은 철저한 것이다. 행정기관 및 그 업무인원이 직권행위를 행사한 위법성이 이미 확인된 상황하에서, 피해자는 후속 정구는 배상이다. 《행정소송법》과 《국가배상법》의 규정에 따라, 피해자가 배상청구를 단독으로 제기할 경우, 피해자는 우선 배상의무기관에 제기해야 하고, 배상의무기관이 배상청구를 거절하고 법정기한 내에 결정을 내리지 않거나 협의를 달성하지 못할 경우, 행정소송을 제기할 수 있다. 배상청구를 동시에 제기하는 절차와 비교하면, 단독으로 배상청구를 제기하는 절차의 특징은 배상의무기관의 우선처리절차에 있는데, 본 절에서 중점적으로 소개한다. 우선처리절차(先行处理程序)란 배상청구인이 손해배상을 청구할 경우, 관련 배상의무기관에 우선적으로 배상청구를 제기하고, 쌍방은

배상범위, 방식, 금액 등 사항에 관해 자발적으로 협상하거나 또는 배상의무 기관이 결정한 이후에 배상분쟁을 해결하는 것을 말한다. 그 의미는 다음과 같다.

1) 배상의무기관에게 스스로 착오를 수정할 기회를 제공하는 것은 그에 대한 존중을 표현한 것으로, 동시에 행정기관의 내부감독 강화에 유리하다.

2) 배상분쟁의 신속한 해결과 피해자의 소송부담 감소에는 유리하다. 행정기관은 행정권리 침해행위를 실시한 기관인 동시에, 배상의무를 부담하는 기관으로, 일반적으로 배상분쟁에 대하여 비교적 잘 이해하고 있다. 다른 한편으로, 우선처리절차는 그 수속이 간편하고 신속하기 때문에, 배상의무기관과 피해자의 지출을 감소하는 데 근본적으로 유리하다.

(2) 행정배상 의무기관의 우선처리절차

행정배상 의무기관은 피해자가 단독적으로 제기한 배상청구를 수리하고 처리할 경우, 다음과 같은 절차를 진행한다.

1) 가해행위의 직권성과 위법성 확인

《국가배상법》 규정과 실천경험으로부터 볼 때, 피해자가 단독으로 배상청구를 제기한 경우에는 반드시 가해행위의 직권성과 위법성의 확인을 전제로 해야 한다. 가해행위의 직권성의 대상은 민사행위와 행정행위, 공무원 개인 행위 및 직무행위의 구분 등 문제로서, 전자는 배상분쟁이 민사분쟁인지 또는 행정분쟁인지를 결정하고, 후자는 배상담당자가 국가인지 또는 공무원인지를 결정하는 것이다. 가해행위 위법성의 대상은 행정배상과 행정정보상의 구별 문제이다.

가해행위의 직권성과 위법성의 확인 경로는 다음과 같다.

① 배상의무기관 자신의 확인

권리침해행위를 실시한 행정기관이 서면으로 그 행위의 위법성과 직권성에 대하여 승인한다. 예컨대, 폭력적으로 구타하거나 무기를 위법하게 사용

한 행위 등의 승인이다.

② 행정심판을 통한 확인

행정심판기관의 취소결정, 법정 직책의 이행결정은 가해행위의 위법성을 확인하는 직접적인 근거이다.

③ 행정소송을 통한 확인

인민법원의 취소판결, 이행판결 및 확인판결은 모두 가해행위의 위법성과 직권성을 확인하는 근거이다.

2) 피해자의 배상청구 청구

피해자가 배상청구를 청구할 경우, 반드시 신청서를 제출해야 한다. 신청서에는 다음 사항을 명기해야 한다.

① 피해자의 성명, 성별, 연령, 업무단위 및 주소

청구인이 법인 또는 기타 조직인 경우, 반드시 법인 또는 기타 조직의 명칭, 주소 및 법정대표자 또는 주요 담당자의 성명, 직무를 명기해야 한다. 대리인이 있을 경우, 대리인의 성명, 성별, 연령, 직업, 주소 또는 거주지를 명기해야 한다.

② 구체적인 요구, 사실근거와 이유

배상청구는 배상청구 금액 또는 원상복구 내용 등 배상범위, 방식 등은 반드시 명확하고 구체적이어야 한다. 사실근거란 피해자가 손해를 입은 시간, 장소, 객체, 범위 등을 말한다. 이유란 관련 행정기관 및 그 업무인원의 위법행위와 손해결과와의 인과관계 등 손해가 형성된 원인을 말한다.

③ 신청일자

④ 관련 첨부문건

행정심판기관의 재심결정서, 법원의 판결서 등 서류, 의료증명, 증인, 사진 등 관련 증거자료 또는 증거선색을 포함한다.

배상청구인이 신청서 작성이 확실하게 곤란한 경우, 타인에게 위임하여 대리 작성하거나 구두로 신청할 수 있고, 배상의무기관은 이를 기록해야 한다. 배상청구 신청서는 청구인과 대리인이 서명 또는 날인한 후 배상의무기관에 제출해야 한다. 공동배상 의무기관에 대하여, 피해자는 임의의 하나의 배상 의무기관에 제출할 수 있고, 청구를 받은 배상의무기관은 반드시 우선적으로 이에 대하여 배상해야 한다. 공동배상 의무기관에서 우선 배상한다는 것은 당해 배상의무기관이 전부 배상책임을 지고, 기타 배상의무기관의 배상책임을 면제시킨다는 것이 아니다. 공동배상 의무기관은 반드시 행정권리 침해행위가 야기한 손해에 대하여 공동으로 부담해야 한다. 어느 한 배상의무기관이 우선 배상한 후, 기타 배상의무기관에게 배상책임을 부담하도록 요구할 수 있다. 피해자는 하나 또는 다수의 배상청구를 동시에 제출할 수 있다. 다수의 배상청구간에는 반드시 일정한 연계가 있어야 하는데, 이는 동일한 권리침해행위로 인해 발생한 여러 손해일 수도 있고, 다수의 권리침해행위가 하나의 상대방에게 야기한 여러 손해일 수도 있으며, 동시에 제출하고 병합하여 해결함으로써, 각종 요소를 종합적으로 고려하여 배상분쟁을 합리적으로 해결할 수 있다. 피해자도 구체적인 배상금액을 제출할 수 있다.

3) 배상의무기관의 배상청구 수리 및 행정배상 결정서 작성

배상의무기관은 배상청구신청을 받은 후, 반드시 사건사실에 대하여 조사해야 한다. 조사사항은 다음과 같다. 즉 i) 국민, 법인 또는 기타 조직이 실제로 손해를 입었는지 여부, ii) 국민, 법인 또는 기타 조직이 입은 손해와 이미 확인한 위법행위간에 인과관계가 존재하는지 여부, iii) 피해자 자체의 과실이 있는지 여부, iv) 제3자 과실이 존재하는지 여부. 배상의무기관은 반드시 증거자료를 전면적으로 심사·확인해야 하고, 배상청구인에게 관련 증거자료를 보충하도록 명할 수 있다. 상기 사실을 조사·확인한 후에, 배상의무기관은 반드시 국민, 법인 또는 기타 조직에 대하여 배상하는 구체방식 및 표준에 대하여 결정해야 한다.

배상의무기관이 배상사건에 대하여 처리하는 법정 기한은 2월, 즉 배상의무기관은 배상청구인의 배상신청서를 받은 날로부터 2월 이내에 반드시 배

상여부에 관한 결정을 내려야 한다. 배상거부결정을 내리거나 기한이 지날 때까지 결정을 내리지 않을 경우, 청구인은 인민법원에 소송을 제기할 수 있다.

(3) 행정사실행위에 대하여 배상청구를 단독적으로 제기하는 절차문제

《행정소송법》과 《행정심판법》의 규정에 따라, 구체적 행정행위의 위법성에 대한 확인은 행정심판 및 행정소송절차를 거쳐 진행할 수 있고, 사실행위의 직권성과 위법성에 대한 확인에 대하여, 법률에서 명확한 규정이 없는 경우, 행정심판과 행정소송절차를 거쳐 진행할 수 없다. 예컨대, 구타 등 폭력행위는 단독적으로 행정심판 또는 행정소송의 형식을 통해 확인할 수 없다. 최고인민법원의 《행정배상사건 심리의 약간의 문제에 관한 규정》 제3조에서는 배상청구인이 행정기관 및 그 업무인원이 《국가배상법》 제3조 제3항, 제4항, 제5항 및 제4조 제3항에서 규정한 비구체적 행정행위의 실시로 인해 그의 인신권과 재산권에 손실을 야기하였고, 배상의무기관이 손해를 입힌 행위가 위법하다고 확인하는 것을 거부할 경우, 배상청구인은 인민법원에 직접 행정배상소송을 제기할 수 있다고 규정하고 있다.

3. 배상청구를 동시에 제출하는 절차

(1) 행정심판절차

배상청구를 동시에 제출하는 절차는 행정심판절차와 행정배상소송절차로 나뉜다. 여기서 우선 행정심판절차에 대하여서 소개한다. 《국가배상법》 제9조에서는 “배상청구인의 배상요구는 우선 배상의무기관에 제출하거나, 행정심판 및 행정소송을 제기할 때 동시에 제출할 수도 있다”고 규정하고 있다. 이에 대하여 《행정심판법》 제29조에서는 “신청인이 행정심판을 신청할 때에 행정배상청구를 함께 제출할 수 있고, 행정심판기관은 신청인의 배상청구가 국가배상법의 관련규정에 부합하여 배상하여야 하는 경우와 행정처분을 취소·변경하는 결정을 하거나 행정처분 위법을 확인하는 결정을 할 때에 피신청인이 법에 따라 배상할 것을 동시에 결정하여야 한다. 신청인이 행정심판을 신청할 때에 행정배상청구를 제출하지 않는 경우, 행정심판기관이 벌금

의 취소·변경·불법자금모집·재물의 몰수·재물의 징수·비용의 분배 및 재산에 대한 봉인·압류동결 등 행정처분을 취소할 경우에는 피신청인이 재산의 반환, 재산에 대한 봉인·압류·동결조치를 해제하거나 또는 동등한 금액을 배상할 것을 명령하여야 한다.” 고 규정하고 있다. 이는 피해자가 배상청구를 동시에 제기하는 법률적 근거이다.

행정심판 신청자는 피해자로서, 반드시 합법적 권익이 구체적 행정행위의 위법한 침해를 입은 국민, 법인 또는 기타 조직이어야 한다. 신청인은 행정심판 신청시 반드시 신청서를 제출해야 하고, 행정심판 신청이유 및 요구와 함께 배상청구를 제출해야 하며, 위법한 행위와 손해결과간의 인과관계, 손해정도, 구체적 배상요구 등을 명기해야 한다. 행정심판의 피신청인은 배상 의무기관이다.

행정심판에서 동시에 제출한 배상청구의 수리와 심리는 행정심판절차를 적용한다. 《행정심판법》에서 규정한 행정심판절차에 따라, 행정심판기관은 위법한 구체적 행정행위에 대하여 심사하고 재결(裁決)해야 한다. 배상처리과정에서 행정심판기관은 조정을 적용할 수 있고, 조정서의 형식으로 배상분쟁을 해결할 수도 있으며, 배상재결을 내릴 수도 있다.

행정심판기관은 피소된 구체적 행정행위를 취소함과 동시에 배상결정을 내려야 한다. 심판기관은 심판신청서를 받은 날로부터 60일 내에 반드시 심판결정을 내려야 하고, 신청인은 심판기관이 내린 배상재결을 포함한 심판결정에 불복할 경우, 결정서를 수령한 날로부터 15일 내에 인민법원에 행정소송을 제기할 수 있다. 지적할 점은 《행정소송법》 제29조 따라, 피신청인이 법에 따라 배상책임을 부담해야 할 경우, 신청인이 신청을 제기하지 않더라도 행정심판기관은 반드시 배상결정을 내려야 한다. 《행정심판법》 제19조에 따라, 행정심판기관이 신청수리를 거부하거나 기한이 지나도록 심판하지 않을 경우에 신청인은 인민법원에 직접 소송을 제기할 수 있다.

(2) 행정배상 소송절차 개요

행정배상 소송절차란 인민법원이 행정배상청구를 수리하는 절차를 말하는데, 이는 특수한 행정소송에 해당한다. 피해자는 행정소송을 제기할 때 배상

요구, 즉 행정배상소송을 동시에 제기할 수 있고, 행정심판기관이 결정을 내리거나 배상의무기관에서 결정을 내린 후에 법원에 행정배상소송을 제기할 수도 있다. 《행정소송법》과 《국가배상법》 규정에 따라, 중국 행정배상소송은 행정소송절차를 적용하는데, 이는 행정소송중의 특수한 유형에 속한다. 이러한 선택을 한 이유는 다음과 같다.

1) 행정배상소송의 특수성에 부합

행정배상소송은 행정기관 및 그 업무인원이 행정직권을 위법하게 행사하여 국민, 법인 또는 기타 조직의 합법적 권익에 손해를 야기하여 발생한 것으로, 국가 공권력의 행사 및 운영과 불가분의 관계가 있다. 이 점은 행정소송절차와 일치하지만, 민사소송과는 전혀 다르다. 구체적으로 사건수리범위, 소송대리인, 심별관할, 심판조직, 집행 등에서 표현된다.

2) 《행정소송법》의 명확한 규정

《행정소송법》 제67조에서는 “국민, 법인 또는 기타 조직의 합법적 권익이 행정기관 또는 행정기관 업무인원이 행한 구체적 행정행위의 침해를 받아 손해를 입은 경우 배상청구를 할 권리가 있다. 국민, 법인 또는 기타 조직이 손해배상에 대하여 단독적으로 청구할 경우, 반드시 행정기관에서 우선 해결해야 한다. 행정기관의 처리에 대하여 불복할 경우, 인민법원에 소송을 제기할 수 있다” 고 규정하고 있다. 이와 상응하게 《국가배상법》 제9조에서는 “배상청구인이 배상을 요구할 경우 반드시 우선 배상의무기관에 제기해야 하고, 행정심판과 행정소송을 제기할 경우 동시에 제기할 수 있다” 고 명확하게 규정하고 있다. 행정배상청구는 단독으로 제기하든지 동시에 제기하든지 간에 모두 행정소송절차를 적용한다. 행정배상에서 행정소송절차를 적용할 경우, 민사소송규범에 대한 적용을 배제하지 아니한다. 이에 대하여 최고인민법원의 《약간의 문제에 대한 해석》 제95조에서는 인민법원에서 행정사건을 심리할 경우, 《행정소송법》 규정에 근거하는 이외에 《민사소송법》 관련 규정도 참고할 수 있다고 규정하고 있다.

(3) 행정배상소송절차의 내용

행정배상소송은 일반적인 소송으로서 《행정소송법》의 일반적 규정을 적용하지만, 특수한 소송으로서 특수한 점들을 구비하고 있다.

1) 사건수리범위

① 단독적으로 배상청구를 제출할 경우 사건수리범위

배상청구인은 행정기관이 구체적 행정행위가 위법함을 확인하였으나 배상 거부결정을 내린 경우, 확정된 배상금액에 이의가 있어 행정배상소송을 제기한 경우, 배상청구인이 이미 확인된 위법행위가 야기한 손해에 관해 배상의무기관에 배상청구를 하였지만 배상의무기관이 기한이 지나도록 배상하지 않는 경우, 배상청구기관에서 확정된 배상금액에 대하여 이의가 있어서 행정배상소송을 제기한 경우, 행정기관 및 그 업무인원이 폭력구타행위, 무기와 경찰장비를 위법하게 사용한 행위 또는 기타 인신권과 재산권을 침해하는 비구체적 행정행위를 시행하여 손실을 야기하였지만 배상의무기관이 가해행위가 위법하다고 확인하는 것을 거부할 경우, 배상청구인은 법원에 직접 행정배상소송을 제기할 수 있다. 법률에서 행정기관이 최종재결하도록 규정한 구체적 행정행위에 관해 최종재결을 내린 행정기관이 위법하다고 확인한 경우, 배상의무인은 배상의무기관으로 반드시 배상해야 하지만, 배상하지 않거나 기한이 지나도록 배상하지 않거나 배상금액에 대하여 이의가 있을 경우에는 행정배상소송을 제기한다.

② 배상청구를 동시에 제기할 경우 사건수리범위는 구체적 행정행위의 제소가능성에 의해 결정

배상청구는 국방, 외교 등 국가행위 또는 행정기관이 작성하고 공포한 행정법규, 규장 또는 보편적인 구속력을 구비한 결정, 명령 등이 그의 합법적 권익에 손해를 야기한 경우에는 사건수리범위에 속하지 않는다.

2) 관할

① 동시에 제기할 경우, 대상이 구체적 행정행위의 관할법원에서 관할한다. 행정배상소송 청구가 부동산과 관련이 있는 경우, 부동산 소재지 법원에서 관할한다.

② 단독으로 제기할 경우 심급관할과 보통행정소송의 관할확정규칙은 기본적으로 동일하다. 지역관할 측면에서 피고 소재지의 기층(基層)법원에서 관할한다.

③ 배상청구인이 동일 사실로 인해 2개 이상의 행정기관에 행정배상소송을 제기할 경우, 임의의 한 개의 행정기관 주소지 법원에 제기할 수 있다. 배상청구인이 두 개의 관할권이 있는 법원에 동시에 행정배상소송을 제기할 경우, 먼저 소장을 받은 법원이 관할한다.

④ 국민이 인신자유를 제한하는 행정강제조치에 불복할 경우, 또는 행정기관이 동일사실로 인해 동일 당사자에게 인신자유를 제한하거나 재산에 대하여 강제조치를 취한 구체적 행정행위에 관해 배상소송을 단독적으로 제기할 경우, 피고 소재지, 원고 소재지 또는 부동산 소재지의 법원에서 관할한다.

3) 소송 당사자

① 피해를 입은 국민이 사망할 경우, 그의 상속인, 기타 부양관계가 있는 친족 및 사망자가 생전에 부양한 노동능력을 상실한 자는 행정배상소송을 제기할 권리가 있다. 기업법인 또는 기타 조직이 행정기관에 의해 취소, 변경, 합병, 말소된 경우, 원 기업법인이나 기타 조직 또는 이에 대하여 권리를 소유하고 있는 기업법인이나 기타 조직이 원고자격을 가진다.

② 2개 이상의 행정기관이 공동으로 권리침해한 경우, 배상청구인은 그 중 한 개 또는 다수의 행정기관을 상대로 소송을 제기할 수 있고, 소송청구가 불가분 소송일 경우 법원은 법에 따라 기타 권리침해기관을 공동피고로 추가할 수 있다.

③ 심판기관의 심판결정이 손해를 가중시킨 경우, 배상청구인은 원 결정을 내린 행정기관에 대하여서만 배상소송을 제기한 경우 당해 기관이 피고이고, 심판기관에 대하여서만 배상소송을 제기한 경우 심의기관이 피고이다.

④ 행정배상사건 처리결과와 법률상의 이해관계가 있는 국민, 법인 및 기타 조직은 제3자로서 소송에 참가할 수 있다.

4) 제소와 수리

① 배상청구인이 행정배상소송을 단독으로 제기할 경우, 배상의무기관의 우선처리를 전제로 하고, 반드시 배상의무기관에 배상신청을 제기한 후의 2월 만료일로부터 3월 이내에 제출해야 한다.

② 배상청구를 동시에 제기한 경우, 제소기한은 행정소송의 제소기한대로 집행한다. 행정사건의 원고는 제소후부터 법원의 1심 심리가 끝나기 전에 행정배상청구를 제기할 수 있다.

③ 당사자가 선후로 인신자유를 제한하는 행정강제조치와 형사구류 등 조치를 당하고, 강제조치가 위법으로 확인되어 배상청구할 경우, 법원은 그 행위성질에 근거하여 행정배상절차와 형사배상절차를 각각 적용하여 처리한다.

5) 심리와 판결

법원에서 행정배상사건을 심리할 경우, 당사자 간의 행정배상분쟁에 대하여 심리하고 판결한다.

① 행정배상소송의 심판조직은 《행정소송법》의 규정을 적용하여 합의제를 실행한다. 행정배상사건은 행정기관이 국가직권을 행사하는 행위와 관련되고, 공공이익과 개인이익의 권력균형과 관련되며, 다수의 행정배상사건은 모두 상이한 급별의 행정기관에서 처리하는데, 예컨대, 배상의무기관에서 우선 처리하거나 행정심판 등 절차를 거치는데, 비교적 복잡하므로 합의제를 실행하는 것은 신중한 표현이다.

② 행정배상소송에서 원고는 제소된 구체적 행정행위가 손해를 야기한 사실에 대하여 증거를 제공한다. 행정배상소송에서 피고는 구체적 행정행위의

합법적 여부에 관해 그에게 유리한 증거를 수집해서는 안 되고, 손해 및 그 원인, 제3자 과실과 피해자 자체의 과실에 관한 증거는 수집할 수 있다.

③ 법원이 행정사건을 심리할 경우, 배상범위, 방식과 금액에 대하여 조정할 수 있다. 이는 행정배상소송과 기타 행정소송의 심리방식 측면의 구별이다. 조정이 성립될 경우, 행정배상 조정서를 작성한다. 행정배상 조정서에는 반드시 배상청구, 사건사실과 조정결과를 명기하고, 심판인원, 서기원이 서명한 뒤 인민법원에서 날인하여 쌍방 당사자에게 송달해야 하며, 조정서는 양 당사자가 서명 수령한 뒤 즉시 법률적 효력을 갖는다. 피고는 1심 판결 전에 동 원고와 배상협의를 달성하여 원고가 소송을 취하한 경우, 법원은 법에 따라 허가여부를 심사 및 재결(裁定)한다.

④ 원고의 배상청구가 법에 따라 성립될 경우, 반드시 피고가 배상책임을 부담하도록 판결해야 한다. 피고의 구체적 행정행위가 위법하지만 원고의 합법적 권익에 손해를 야기하지 않은 경우, 또는 원고의 청구가 사실적 근거 또는 법률적 근거가 없는 경우, 반드시 원고의 소송청구를 기각하도록 판결해야 한다. 배상청구인이 확인절차를 거치지 않고 직접 행정배상소송을 제기한 사건은 판결시 반드시 배상의무기관의 피해야기 행위의 위법여부에 대하여 확인해야 한다.

⑤ 단독으로 수리한 제1심 행정배상사건의 심리기한은 3개월이고, 제2심은 2개월이다. 동시에 수리한 행정배상청구사건의 심리기한과 당해 행정사건의 심리기한은 동일하다.

6) 행정배상소송 중의 우선집행

우선집행(先予執行)이란 특정한 지급사건 중에서 인민법원이 판결을 내리기 전에 원고의 생활고로 인해 의무자가 일정한 금액 또는 특정물을 우선 지급하도록 재결하고 즉각 교부하여 집행하는 조치를 말한다. 행정배상소송 중에서 행정기관의 위법한 권리침해행위로 인해 손해를 야기하여 피해자가 생활을 유지할 수 없는 상황에서 우선 집행을 적용하면 당사자의 합법적 권익을 적시에 보장할 수 있다.

7) 행정배상소송판결의 집행

행정배상소송의 집행대상은 국가행정기관으로, 그의 특수지위를 고려하면 차압, 압류, 동결 등 일반 당사자를 상대로 하는 집행조치를 취하는 것은 적합하지 않다. 중국 행정배상소송의 집행은 《행정소송법》 제65조의 규정에 따라 배상의무기관에 대하여 특수한 집행조치를 취하는데, 이에선 이체, 벌금, 사법권의 및 형사책임 추궁을 포함한다.

4. 행정구상절차

행정구상절차란 국가가 행정배상 청구인에게 배상비용을 지급한 후 법에 따라 고의 또는 중대과실이 있는 업무인원, 위임받은 조직 또는 개인에게 일부 또는 전부의 배상비용을 부담하도록 명하는 법률제도를 말한다. 배상의무기관은 국가를 대표하여 행정기관 업무인원이 행정구상권을 행사하는 경우 일정한 조건을 구비하도록 해야 한다. 이에 대하여 《행정소송법》 제68조 제2항에서는 “행정기관이 손실을 배상한 후 반드시 고의 또는 중대과실이 있는 행정기관 업무인원이 일부 또는 전부의 배상비용을 부담하도록 명해야 한다.” 고 규정하고 있다. 《국가배상법》 제14조에서는 “배상의무기관이 손실을 배상한 후, 반드시 고의 또는 중대과실이 있는 업무인원 또는 위임받은 조직 또는 개인이 일부 또는 모든 배상비용을 부담하도록 명해야 한다.” 고 규정하고 있다. 상기 규정에 따라 배상의무기관이 행정구상권을 행사할 경우 반드시 다음의 조건을 구비해야 한다.

(1) 행정배상 의무기관이 이미 배상책임을 이행한 경우

행정구상은 국가가 배상책임을 부담한 것을 전제로 하는데, 이는 국가가 행정구상권을 행사하는 필요조건이다. 국가가 그의 배상책임을 이행여부는 공무원을 상대로 구상하는 직접적 원인이 아니다. 다만, 배상의무기관이 피해자에게 배상하기 전에 국가 자신의 배상책임은 최종적으로 실현되지 않았고, 공무원을 상대로 구상하는 것은 법률상의 정당성이 결여된다. 이는 법률에서 국가가 배상책임을 이행하는 것을 필요조건으로 규정한 원인이기도 하다.

국가가 배상책임을 이행하는 것은 배상책임이 법에 따라 확인된 것을 전제로 한다. 국가배상책임을 확인하는 방식은 다양하다. 배상의무기관이 작성한 행정배상결정서, 피해자와 달성한 배상협약, 행정심판기관의 행정배상결정서일 수도 있고, 인민법원이 작성한 행정배상판결서일 수도 있다. 다른 한편으로, 배상책임을 확인하는 것만으로는 구상이유가 되기에 부족하고, 배상의무기관은 반드시 배상책임을 충분하게 이행해야 하는데, 이는 배상의무기관이 행정구상권을 행사하는 객관적 요건이다.

(2) 행정기관 업무인원이 고의 또는 중대과실이 있는 경우

행정기관 업무인원이 권리침해행위의 발생에 대하여 고의 또는 중대과실이 있을 경우, 이는 국가가 행정구상권을 행사하는 주관요건이다. 고의란 업무인원이 권리침해행위를 시행할 때 주관적으로 행위자체가 위법하고 국민의 합법적 권익에 손해를 야기할 가능성이 있다는 점을 인식하였고, 그 침해결과의 발생을 희망하거나 방임하는 심리상태를 말한다. 중대과실이란 행정기관 업무인원이 그 직무상의 일반적 요건에 도달하지 못하고 일반 상황하에 예견 또는 회피 가능한 침해효과를 예견 또는 회면하지 못한 상황, 즉 공무원의 일반적 업무요건에 도달하지 못한 것을 말한다.

행정구상을 고의 또는 중대과실의 범위 내에 한정하는 주요 원인은 업무인원의 주관적 능동성 발휘의 격려와 위법행정의 억제하간의 균형문제에 있다. 따라서 《국가배상법》은 업무인원이 일정한 한도내에서 착오를 범할 경우에는 책임을 지지 않도록 허용하고 있다. 한편으로 이는 행정기관 업무인원의 적극성과 창조성을 보호하는 데 유리하고, 다른 한편으로는 직권을 임의로 또는 책임감 없는 직원 행사의 억제에도 유리하다. 행정기관 업무인원의 과실 여부 또는 과실 대소에 관계없이, 일률적으로 구상할 경우, 행정기관 업무인원이 직무를 집행하는 적극성과 주동성에 손상을 주고, 중국적으로는 공공이익에 손해를 주게 된다.

행정기관 업무인원이 상급명령을 집행할 때, 위법하게 국민의 합법적 권익을 침해한 경우, 업무인원의 과실을 어떻게 인정해야 하는가? 중국 《행정소송법》과 《국가배상법》에서는 이에 대하여 명확히 규정하지 않고 있다. 상

급명령 집행시 국가배상책임이 발생할 경우, 상급과 하급간에 공동과실이 존재하고, 동일한 판단표준을 취하여 동시에 구상한다고 본다. 상급 또는 하급에 관계없이 명령이 위법하다는 것을 명확히 알고 있음에도 불구하고 여전히 공포 또는 집행한 경우에는 고의가 존재한다고 보고, 명령이 위법하다는 것을 알아야 함에도 불구하고 여전히 공포 또는 집행한 경우에는 중대 과실이 존재한다고 판단해야 한다. 상·하급간에 고의 또는 과실이 모두 존재하는 것은 일반적인 상황이지만, 이는 상급에서 명령을 공포할 때 중대과실이 있거나 하급에서 명령을 집행할 때 고의가 있는 상황 또는 그 반대의 상황을 배제하지 않는다. 오직 동시에 구상할 경우, 각종 가능한 구실을 철저히 차단하고 상·하급간에 서로 감독하며 법치행정을 실시할 수 있다.

지적할 점은 상기 두가지 조건을 구비할 경우, 국가는 반드시 구상권을 행사해야 한다는 점이다. 구상권행사와 관련하여 《국가배상권》에서는 “반드시”란 단어를 사용하였는데, 이는 상기 조건이 구비된 상황하에 배상의무기관은 반드시 구상권을 행사해야 하고, 포기해서는 아니 된다는 것을 말한다. 이러한 경우에 행정구상이 형식에만 그치는 것을 방지하고, 행정기관 업무인원에 대한 교육 작용을 진정으로 발휘할 수 있다. 다만, 배상의무기관이 구체적인 구상금액을 확정할 때, 행정기관 업무인원의 경제상황을 고려할 수 있다. 업무인원이 경제적으로 어려운 경우, 그의 구상책임을 감소하거나 면제할 수 있다. 예컨대, 오스트리아 《국가배상법》 제2조에서는 공무원이 중대과실로 인해 법률을 위배한 경우, 법원에서 공평, 합리적인 이유로 구상을 경감할 수 있다고 규정하고 있다.

(2) 행정구상절차

행정구상절차는 배상의무기관이 구상사무를 처리하고 구상결정을 내리는 절차를 말한다. 행정구상절차에 대하여 《국가배상법》은 규정하지 않고 있다.

1) 행정구상의 주체

행정구상의 주체는 행정구상 법률관계의 당사자로서, 국가를 대표하여 구상인으로서 구상권을 행사하는 배상의무기관과 피구상건자인 업무인원을 포함한다.

① 구상인

배상의무기관은 국가를 대표하여 구상권을 행사하는 구상인이다. 구상사무 처리과정에 배상의무는 피구상인, 관련 단위와 개인을 상대로 증거를 조사, 수집하거나 구상금액의 크기에 대하여 형량하고 일방적으로 구상결정을 내릴 수 있다. 다른 한편으로, 배상의무기관은 구상사무 처리과정에 반드시 구상목적에 충분히 고려하고 업무인원의 과실을 정확하게 인정하며, 구상금액을 합리적으로 확정해야 한다.

《국가배상법》규정에 따라 구상인으로서의 배상의무기관은 구체적으로 다음과 같다. 즉, i) 행정기관 업무인원이 직권을 위법하게 행사하여 국민, 법인 또는 기타 조직의 합법적 권익을 침해하여 손해를 야기함으로써 행정배상을 일으킨 경우, 당해 업무인원 소재의 행정기관은 구상인이다. ii) 법률·법규에서 권한을 부여한 조직의 업무인원이 행정직권을 위법하게 행사하여 행정배상이 발생한 경우, 당해 조직은 구상인이다. iii) 행정기관의 위임을 받은 조직 또는 개인이 위임받은 행정직권을 위법하게 행사하여 행정배상이 발생한 경우, 위임한 행정기관은 구상인이다. iv) 배상의무기관은 그에 소속된 업무인원을 상대로 구상권을 행사할 수 있다. 배상의무기관이 공동배상 의무기관인 경우, 반드시 그가 부담한 배상금액에 근거하여 그 소속 업무인원을 상대로 각기 구상해야 한다.

② 피구상인

피구상인이란 권리침해행위 실시과정에 고의 또는 중대 과실이 있는 행정기관 업무인원 또는 법률·법규에서 권한을 부여한 조직의 업무인원 또는 행정기관의 위임을 받은 조직과 개인을 말한다. 구체적으로는 다음과 같은 대상을 포함한다. 즉, i) 직무집행과정에 고의 또는 중대 과실이 있는 행정인원. ii) 직권 행사시 고의 또는 중대과실이 있는 위임을 받은 조직 또는 개인. iii) 동일 행정기관의 2인 이상의 업무인원이 공동으로 권리침해행위를 실시한 경우에는 공동피구상인으로서 연대책임을 부담해야 한다. 다만, 배상의무기관이 구상결정을 내릴 경우, 반드시 각자의 과실의 크기에 따라 구체적인 구상금액을 확정해야 한다. iv) 상이한 행정기관의 2인 이상의 업무인

원이 권리침해행위를 공동으로 실시한 경우, 공동 구상대상이 될 수 없고, 배상의무기관은 반드시 각자 분담해야 할 배상금액에 근거하여 각기 자체 소속 업무인원에게 구상해야 한다. v) 합의한 행위를 통해 배상책임이 발생한 경우, 동의한 업무인원은 모두 피구상인이고, 반대한 업무인원은 피구상인이 아니다.

③ 행정구상의 절차

행정구상 처리 및 구상결정의 객관적 수요에서 볼 때, 배상의무기관이 구상권을 처리할 경우, 반드시 다음과 같은 절차를 거쳐야 한다. 즉 피구상인의 과실을 조사·확정하고, 피구상인의 의견과 해명을 청취한 후, 구상금액을 결정하고, 구상결정을 집행한다. 피구상인이 구상결정에 불복할 경우, 법에 따라 상급 행정기관 또는 감찰·인사 행정기관에 제소할 수 있고, 《행정심판법》과 《행정소송법》의 규정에 따라, 행정심판을 신청하거나 행정소송을 제기할 수 있다.

제16장 사법배상

본장 개요

본 장에서는 사법배상의 개념 및 특징에 대하여 분석하고, 사법배상의 위법성 귀책원칙의 의의에 대하여 분석한다. 중국 《국가배상법》 규정과 결부하여 사법배상의 범위, 사법배상 청구인과 사법배상의무기관, 사법배상절차, 사법구상 등 제도에 대하여 중점적으로 소개한다.

제 1 절 사법배상 개요

1. 사법배상의 개념과 특징

(1) 사법배상의 개념

사법배상이란 사법기관 및 그 업무인원이 수사권, 검찰권, 심판권 및 감옥관리 직권을 행사할 때, 위법하게 무고한 국민, 법인 또는 기타 조직의 생명, 건강, 자유와 재산에 손해를 야기한 경우, 국가에서 반드시 배상책임을 부담하는 것을 말한다. 이 개념에 대하여서는 다음과 같이 해석할 수 있다.

1) 사법배상은 일종의 국가배상책임으로, 일반적인 민사배상이 아니다. 사법기관 및 그 업무인원의 위법한 권리침해행위가 국민, 법인 또는 기타 조직의 손해를 야기하지만, 사법기관 또는 그 업무인원이 이에 대하여 책임을 부담하지 않고 국가에서 배상책임을 부담한다. 국가가 사법기관 및 그 업무인원의 행위에 대하여 책임을 부담하는 것은 현대 민주법치국가의 중요한 특징이다. 사법기관은 국가기관의 일종으로서, 사법기관이 실시하는 사법행위가 국민, 법인 또는 기타 조직에 야기하지 말아야 할 손실을 야기한 경우, 국가는 반드시 이에 대하여 책임을 부담해야 한다. 다만, 이러한 책임은 법인간의 일반적인 민사책임과는 구별되고, 특수한 국가책임에 속한다는 점에서 민사책임과는 여러 가지 측면에서 질적 차이가 있다.

2) 사법배상은 국가가 사법기관 및 그 업무인원의 행위에 대하여 부담하는 배상책임으로서, 기타 국가기관 및 그 업무인원에 대하여 부담하는 배상책임이 아니다. 중국에서 사법기관이란 형사 수사권, 검찰권, 민사, 행정, 형사 심판권 및 감옥관리 직권을 행사하는 각급 공안기관, 검찰기관, 심판기관 및 감옥 등 기관을 말한다. 사법기관이 행사하는 것은 사법권으로서, 입법권과 행정권과 구별된다. 사법기관 및 그 업무인원이 사법권을 행사할 경우, 국민, 법인 또는 기타 조직에 손해를 입힌 경우에 국가가 사법배상책임을 부담한다.

3) 사법배상은 국가가 사법기관 및 그 업무인원이 직권을 행사하는 행위에 대하여 부담하는 책임으로서, 사법기관 또는 사법업무인원이 실시한 비직무 행위 또는 개인행위가 야기한 손해에 대하여 국가는 사법배상책임을 부담하지 않는다. 사법기관 및 사법업무인원은 모두 이중신분을 갖고 있고, 그가 공권력 주체의 신분으로 어떠한 행위를 실시하여 무고한 국민, 법인 또는 기타 조직에게 야기하지 말아야 할 손실을 야기한 경우, 국가는 반드시 이에 대하여 배상해야 하고, 일반 사법주체, 즉 민사주체의 신분으로 어떠한 행위를 실시하여 기타 국민, 법인 또는 기타 조직에게 손해를 야기할 경우에는 사법배상책임이 발생되지 않고, 국가도 이러한 배상책임을 부담하지 않는다.

4) 사법배상은 국가가 사법기관 및 그 업무인원이 위법하게 직권을 행사하는 행위로 인해 부담하는 책임으로서, 사법기관 또는 사법인원이 법에 따라 직권을 행사하는 행위가 국민, 법인 또는 기타 조직에게 손해를 야기한 경우에는 국가가 사법배상책임을 부담하지 않는다. 예컨대, 인민법원의 사법경찰이 법에 따라 민사소송절차를 엄중하게 방해하는 국민에 대하여 사법구류를 실시한 행위는 비록 당해 국민의 인신자유를 제한하였지만 국가는 그가 적법하게 직무를 집행하는 행위로서 사법배상책임을 부담하지 않는다. 사법기관 및 그 업무인원이 위법하게 직무를 집행하고 또한 이로 인해 국민, 법인 또는 기타 조직의 합법적 권익에 손해를 야기한 행위에만 사법배상책임을 발생한다.

지적할 점은 “사법배상”이란 개념은 법학용어로서, 《국가배상법》상의 법률용어가 아니다. 중국 《국가배상법》 제2장, 제3장 및 제5장 제31조에서는

행정배상, 형사배상 및 민사소송, 행정소송 중의 국가배상에 대하여 각기 규정하였고 “사법배상”이란 용어는 명확하게 사용하지 않고 있다. “사법배상”은 학자들이 형사배상, 민사소송, 행정소송 중의 국가배상의 이론에 대한 개괄이다.

(2) 사법배상의 특징

사법배상은 국가사법권의 위법한 행사로 인하여 야기된 국가배상책임이다. 즉, 사법배상은 사법활동이라는 특정 과정에서 발생한다. 사법활동과정에는 불확정 요소가 매우 많고, 사법활동 자체에도 일정한 위험이 존재하기 때문에, 사법권이 야기한 손해는 사법권 자체에 책임을 묻기 어려운 경우가 많다. 이외에도 사법활동과정에서 권익이 침해를 받는 주체는 비교적 복잡하다. 형사배상이라는 측면에서 볼 때, 손해를 입은 자는 확실하게 무고한 국민을 포함할 뿐만 아니라 범죄를 범한 범죄자도 포함할 수 있다. 국가는 이에 대하여 구분하여 취급하고, 다른 배상표준을 취하기도 한다. 마지막으로, 중국 사법체제 중에서 인민법원은 심판기관이고, 인민검찰원은 법률감독기관이며, 인민검찰원은 법에 따라 인민법원에 대하여 심판 감독을 진행할 수 있다 다만, 인민법원은 인민검찰원의 위법행위를 심판대상으로 삼을 수 없는데, 이런 사법체제는 사법배상절차의 비소송성을 결정한다. 사법배상의 특징을 다음과 같다.

1) 사법배상의 권리침해행위 주체는 사법기관 및 그 업무인원이다. 사법배상은 본질적으로 사법권을 위법하게 행사하여 야기한 손해에 대한 배상이고, 사법권은 사법기관 및 그 업무인원이 행사한 것이므로, 권리침해주체는 사법기관 및 그 업무인원이다. 《국가배상법》 관련 규정에 따라, 사법기관 및 그 업무인원은 주로 다음과 같다. 즉, i) 형사수사권을 행사하는公安기관, 국가안관, 군대 보위부문 및 그 업무인원, ii) 검찰권(형사검찰권에 한함)을 행사하는 인민검찰원 및 그 업무인원, iii) 심판권(전문 인민법원, 예컨대, 군사법원 포함)을 행사하는 인민법원 및 그 업무인원, iv) 감옥관리 직권을 행사하는 기관 및 그 업무인원. 이는 사법배상의 형식적인 특징이다.

2) 사법배상의 원인은 사법기관 및 그 업무인원이 사법활동과정에 사법권을 위법하게 행사하여 국민, 법인 또는 기타 조직의 합법적 권익을 침해하는 데 있다. 동일한 사회주체는 상이한 법률관계 속에서 신분 또는 법률적 지위가 상이하다. 상기 사법기관 및 그 업무인원은 사법활동 중에서 사법권을 행사하는 주체로서 그 위법행위는 사법배상책임을 발생시킨다. 민사활동과정에서 그 위법행위는 민사배상책임을 발생시킨다. 특히 지적할 필요가 있는 점은 중국에서 공안기관은 치안행정관리 및 형사수사의 두 가지 기능을 갖고 있고, 각기 행정권을 행사하는 주체와 사법권을 행사하는 주체로 나뉜다. 치안관리 이행과정에 타인의 합법적 권익을 위법하게 침해하는 경우에는 행정배상책임을 발생시키고, 형사수사 기능을 이행할 때 타인의 합법적 권익을 위법하게 침해할 경우에는 사법배상책임을 발생시킨다는 점이다.

3) 사법배상은 유한배상원칙을 시행하는데, 범위가 매우 협소하다. 형사배상 과정에서는 무죄이지만 구금된 자 및 착오로 사형판결을 받고 이미 집행된 자에 대하여서만 배상하고, 경한 범죄를 중하게 재판했거나 유죄지만 그 기한을 초과하여 구금한 경우에 대하여서는 배상하지 않는다. 민사소송, 행정소송 과정에서, 국가는 인민법원이 소송을 방해하는 강제조치, 보전조치 및 집행조치 등을 위법하게 실시하여 야기한 손해에 대하여 배상하고, 착오판결로 인해 야기한 손해 및 기타 소송행위가 야기한 손해에 대하여서는 배상하지 않는다. 다만, 행정배상에서는 위법행정행위가 국민의 인신권과 재산권에 손해를 입히거나 법인 및 기타 조직의 재산권에 손해를 입힌 경우에 대하여 국가가 모두 배상한다. 《국가배상법》 제2조에서는 “국가기관 및 그 업무인원이 위법하게 직권을 행사하여 국민, 법인 및 기타 조직의 합법적 권익에 손해를 입힌 경우, 피해자는 동법에 따라 국가배상의 권리를 취득한다.”고 규정하고 있다. 다만, 위법성 귀책원칙은 사법배상에서 일괄적으로 규정하지 않고 있고, 명확하게 열거된 자에 한해서 실시된다. 이는 사법배상이 배상범위 측면에서 갖는 특징이다.

4) 사법배상은 독특한 비소송절차에 따라 진행된다. 사법배상의 권리침해 주체는 공안기관(국가안전기관, 군대보위부문 포함), 인민법원, 인민검찰원 및

감옥관리기관 및 그 업무인원이다. 이러한 기관의 성질은 모두 상이하고, 중국 사법체제 내에서의 관계도 미묘하다. 따라서 인민법원이 소송절차대로 배상분쟁을 해결하는 데 두 가지 법률적 장애가 존재한다. 즉 i) 사법권리 침해행위의 주체가 인민법원 및 업무법원인 경우, 원 심판기관이 배상사건을 처리하면 공정원칙에 위배되기 때문에, 누구도 자신의 사건에 법관이 될 수 없다. ii) 사법권리 침해행위의 주체가 인민검찰원 및 그 업무인원인 경우, 인민법원에서 배상사건을 배상하면 심판권과 법률감독권의 긴장과 충돌을 야기할 수 있는데, 현재 헌정체제하에서는 근거가 부족하다. 상기 문제점들을 고려하여, 《국가배상법》은 사법배상절차를 비소송절차로 규정하고 있다.

2. 사법배상의 귀책원칙

사법배상의 귀책원칙에서 주의해야 할 점은 어떠한 표준과 근거에 근거하여 국가가 권리침해행위에 대하여 부담하는 행정행위를 확정할 것인가 하는 것이다. 사법활동과정에는 불확정적인 요소가 매우 많다. 예컨대, 증거를 통한 사건사실의 인정은 반복적인 현상이다. 동시에 사법활동은 또한 매우 큰 위험을 갖고 있는데, 특히 형사사법 활동과정에서公安기관에 특정상황하에서 행사하기 용이한 권력을 부여하고 있어 매우 복잡하다. 이는 사법활동과정에서 발생하는 손해가 여러 요소로 인해 야기될 가능성이 있고, 사법권이 위법하게 행사되는 것은 유일한 요소가 아니며, 손해의 발생이 심지어 사법권의 정당하고 적법한 행사로도 야기된다는 것을 의미한다.

피해자 권익보호 측면에서 볼 때, 특정 피해자가 자신에게 귀속되는 원인이 아닌 다른 원인으로 손해를 입은 경우, 반드시 구제를 받아야 한다. 당해 손해가 사법권의 적법하고 정당한 행사로 인해 야기된 경우라 하더라도, 분배정의의 시각에서 보면, 당해 손해는 그 자신이 독자적으로 부담할 수 없다. 더욱이 형사사법활동은 범죄소탕을 목적으로 하는 공익활동으로, 무고한 피해자 개인이 받은 손실은 공익 보호를 위해 특별하게 희생되기 때문에, 평등한 공공부담의 국가책임원리에 근거하여 당해 손해는 그 자신이 독자적으로 부담해서는 아니 된다. 다만, 권리배치의 시각에서 보면, 어느 한 권리가 손해를 입어 법률에서 구제할 지 여부는 입법자의 정책이 선택한 결과로서,

이는 한 국가의 법의 가치 및 법이념의 표현이기도 하다. 따라서 사법활동과정에서 야기된 손해를 국가가 어떠한 표준과 근거에 따라 배상책임을 부담할지는 각국의 상이한 법률 가치관과 정책의 선택에 따라 다르고, 이는 사법배상의 귀책원칙, 즉 귀책원칙의 다양성으로 표현된다.

각 국가 또는 지역의 사법배상 관련 귀책원칙의 규정으로부터 다음과 같은 결론을 얻을 수 있다. 즉, i) 대다수 국가는 사법배상에 대하여 무과실책임을 부담한다. ii) 법관의 행위로 인해 사법배상책임을 야기한 경우 과실책임원칙을 귀책표준으로 한다. 《국가배상법》 제2조에 따라, 위법성 귀책원칙은 중국 《국가배상법》의 유일한 귀책원칙으로서, 사법배상도 당연히 예외가 아니다.

1) 무과실책임을 그 성질상의 한계로 인해 국가권리침해배상의 귀책원칙으로서 적합하지 않기 때문에, 사법배상의 귀책원칙이 아니다. 무과실책임을 기원에서 보면, 이는 근대 공업손해 문제가 낱알이 침투화된 배경하에서, 전통적인 권리침해 행위법이 손해배상 관련 귀책표준을 객관화한 방식 중의 하나이다(다른 하나는 과실추정임). 무과실 책임원칙에 따르면, 피해자는 가해자의 과실을 증명할 필요가 없고, 가해자도 그가 주관적 과실이 없음을 증명할 수 있는 경우에도 책임이 면제될 수 없다. 법률에서 특별히 규정한 어떠한 면책사유가 있는 경우는 예외인데, 그 목적은 피해자에 대한 보호를 강화하기 위해서이다. 당해 귀책방식을 사법영역에서 권리침해배상의 보조적인 귀책원칙으로 적용함에는 상당한 합리성이 존재하지만, 이를 공법영역 중의 국가권리침해배상제도도 도입하게 될 경우, 합리성에 대하여 검토해봐야 할 여지가 크다.

국가활동은 본질적으로 공법영역에 속하고, 국가의 각종 권력의 운영 - 각종 성질의 국가기관의 활동으로 표현 - 은 자신의 의지에 따른 것이 아니라 반드시 법률 궤도내에서 진행되어야 한다. 즉 국가기관의 활동근거는 법률규범이고, 이는 법치국가의 기본요구이다. 따라서 국가배상책임을 귀책표준은 반드시 국가기관의 행위근거를 출발점으로 해야 한다. 즉 위법성을 국가배상의 귀책표준으로 해야 한다. 무과실책임을 손해로 야기한 원인을 불문하고, 손해가 발생하면 배상하는 것으로, 표면상으로는 위법귀책과 동일한 결과를 가져올 수 있다. 다만, 국가의 위법행위로 인해 배상책임을 부담하는 경우

와 적법행위로 인해 국가보상책임을 부담하는 경우를 구분할 수 없다. 국가가 배상책임을 부담하는 근거를 과학적으로 설명할 수 없기 때문에, 국가권리 침해배상의 귀책원칙으로 간주하기에는 적합하지 않다.

2) “착오체포”(錯誤逮捕)와 관련하여 어떻게 이해해야 하는가 하는 문제가 확실하게 존재한다. 《형사소송법》 제60조에서는 “범죄사실이 있음을 증명할 수 있는 증거가 있고, 징역 이상의 형벌을 판결을 받을 가능성이 있는 범죄피의자와 피고인에 대하여 보석(取保候審 : 공안기관, 인민검찰원, 인민법원 등의 사법기관이 체포되지 않거나 또는 체포 후 강제조치의 변경이 필요한 범죄피의자 및 피고인이 조사, 기소 또는 심판의 회피를 방지하기 위하여, 보증인을 세우거나 또는 보증금을 납부하도록 하는 강제조치-역자 주), 주거감시 등 방법을 취하여도 사회위험성이 발생하는 것을 방지하는 데 부족하고 체포할 필요가 있을 경우에는 반드시 법에 따라 체포해야 한다.” 고 규정하고 있다. 수정 후의 《형사소송법》은 체포의 사실적 요건을 확실하게 낮추었고, 인민법원에서 무죄판결을 내릴 경우, 특히 “증거부족으로 공소된 범죄가 성립하지 않을 경우”의 무죄판결인 경우, 체포행위가 위법체포로 설명되는 것이 아닌데, 이때 위법귀책원칙을 적용하는 데에는 확실히 어려움이 존재한다. 다만, 국가가 배상책임을 부담하지 않을 경우, 피체포자의 합법적 권익보호에 명백히 불리하다.

《국가배상법》입법 당시의 원래 의도에서 본다면, 이는 위법원칙을 유일한 귀책원칙으로 하였고, 당시의 “착오체포” 규정을 보면 이를 국가배상의 범위에 포함시키려는 데 있다. 수정 후의 《행정소송법》은 체포요건을 확장함으로써 상기 논쟁이 출현하게 되었지만, 이를 국가가 체포에 관해 배상하는 판단표준을 변경한 것으로 간주해서는 아니 된다. 이에 관해 최고인민법원은 관련 사법답변 중에서 검찰기관이 체포승인을 할 경우 부분적으로 유죄임을 증명하는 증거가 있을지라도, 이러한 증거가 피고인의 유죄를 확정하기에는 부족할 경우 《형사소송법》 규정대로 법률적으로는 유죄라고 인정할 수 없기 때문에, 무죄로 처리를 하고 이에 대하여 배상해야 한다. 따라서 위법원칙은 사법배상의 유일한 귀책원칙이다.

제 2 절 사법배상의 범위

1. 사법배상범위 개요

(1) 사법배상범위의 의미

사법배상의 범위란 사법기관 및 그 업무인원이 직권을 행사하는 과정에서 국민, 법인 및 기타 조직의 합법적 권익에 손해를 야기하여, 국가가 배상책임을 부담하는 범위를 말한다.

사법배상범위의 대상에 관한 문제는 국가가 어떠한 사법권리 침해행위가 야기한 어떠한 손해에 대하여 배상책임을 지는가 하는 것으로, 이는 권리침해행위의 범위와 손해의 범위 두 가지 측면을 포함한다. 법률규정으로 살펴보면, 사법배상범위는 적극적인 사항과 소극적인 사항을 포함한다. 적극적인 사항이란 국가가 법에 따라 반드시 사법배상책임을 부담해야 하는 사항이고, 소극적인 사항이란 국가가 법에 따라 배상책임을 부담하지 않아도 되는 사항이다.

사법배상범위는 피해자, 배상의무기관 및 인민법원에 있어서 모두 중요한 의미를 갖고 있다. 피해자에게 있어, 사법배상의 범위는 자신이 배상청구권을 향유하는 범위로서, 법정 배상범위 내에서만 배상을 청구하여 배상을 받을 수 있다. 배상의무기관에게 있어, 사법배상의 범위는 국가가 배상의무를 부담하는 범위를 확정하는 것으로, 법정 배상범위 이외의 손해에 대하여 국가는 배상책임을 부담하지 않고, 배상의무기관도 배상의무를 이행하는 문제가 존재하지 않는다. 인민법원에 있어, 사법배상의 범위는 인민법원이 사법배상분쟁을 해결하는 권한의 범위를 명확히 하는 것으로, 인민법원이 어떠한 사법배상분쟁을 처리할 수 있는지를 결정하는데, 사법배상범위를 명확하게 한다.

(2) 사법배상범위의 확정표준

사법배상범위의 확정표준이란 사법배상의 범위를 확정하는 구체적인 척도를 말한다. 귀책원칙과 구성요건도 사법배상범위를 확정하는 데 실제적인 작용을 발휘한다. 다만, 귀책원칙은 비교적 추상적인 것으로, 그 주요 기능은

국가가 사법배상에 대한 가치 관념을 표현하는 것이고, 구성요건은 사법배상 책임의 성립여부에 관한 조건으로 그 내용이 다방하고 종합적이다. 사법배상 범위를 확정하는 표준은 구체적이고 단일한 척도이다. 내용으로부터 볼 때, 확정표준은 귀책원칙에 대한 구체화이고, 구성요건에 대한 내용이기도 하다.

권리침해행위의 범위에 관해, 《국가배상법》은 행정배상과 사법배상을 별도로 규정하고 있고, 양자의 확정표준 역시 다르다. 손해의 범위에 있어서 사법배상과 행정배상은 일치하고 있는데, 모두 인신권과 재산권의 손해에 대하여 배상을 하도록 하고 있다. 이하에서는 사법배상의 행위범위에 대하여 설명하기로 한다.

《국가배상법》의 규정으로부터 볼 때, 사법배상범위의 확정표준은 다음과 같다.

1) 형사배상의 무죄구속 배상원칙 채택

무죄구속 배상원칙이란 피해자가 범죄를 범하지 않은 상황에서 사법기관이 그에 대하여 구류(拘留), 체포 및 구역(拘役), 징역 등 구금행위를 하는 것은 잘못된 것으로, 국가는 배상책임을 부담해야 한다. 피해자가 범죄행위를 실시한 경우에는 구류, 체포 및 형벌 판결에 위법상황, 즉 법정기한을 초과하여 구금한 경우 등이 존재하더라도, 국가는 이에 대하여 배상책임을 부담하지 않는다. 중국 《국가배상법》은 “무죄”를 강조하고, 피해자가 범죄사실이 존재하여 구류 또는 체포되거나, 경한 범죄를 중하게 판결했거나 또는 다른 범죄로 판결된 상황은 《국가배상법》상의 “착오구류”(错误拘留), “착오체포”(错误逮捕), “착오판결”(错误判决)의 범위에 속하지 않는다.

피해자가 범죄행위를 시행하였지만, 법에 따라 사형을 판결해서는 안 되지만 사형판결을 내리고 이미 집행한 경우, 즉 사형집행을 잘못된 경우, 국가가 배상책임을 부담해야 하는가? 이에 대하여 중국 《국가배상법》에서는 명확하게 규정하고 있지 않고 있지만, 사실상 배상범위에 속한다. 이는 무죄구속 배상원칙의 한 가지 예외상황이다. 생명건강권은 국민의 기본권리로서, 사형판결을 내려서는 안 되지만, 사형판결을 내려서 이미 집행한 경우에는 피해자의 생명건강권에 대한 불법적인 박탈로서, 국가는 배상책임을 부담해야 한다.

2) 민사소송, 행정소송 중의 사법배상의 제한원칙 채택

제한이란 민사소송, 행정소송 중의 배상은 특정사항만을 대상으로 한다는 것을 말한다. 이는 위법하게 소송을 방해하는 강제조치와 보전조치를 취하거나, 효력을 발생한 법률문서의 집행에 착오가 있는 것을 포함한다.

중국 《국가배상법》 제31조에서는 “인민법원이 민사소송, 행정소송과정에서 위법하게 소송을 방해하는 강제조치와 보전조치를 취하거나 판결, 재정 및 기타 효력이 발생한 법률문서의 집행착오로 인해 손해를 야기한 경우, 배상 청구인이 배상을 요구하는 절차는 동법 형사배상절차의 규정을 적용한다.”고 규정하고 있다. 당해 규정에 따라 민사소송, 행정소송 중에서 위법하게 소송을 방해하는 강제조치와 보전조치를 취하거나 집행 착오가 있을 경우, 국가는 배상책임을 부담한다. 민사소송, 행정소송 중에서 인민법원의 판결착오로 인해 국민, 법인 또는 기타 조직의 합법적 권익을 침해한 경우, 국가가 배상책임을 부담하는가? 현재 중국 《국가배상법》에서는 민사재판착오에 대하여 배상책임을 부담해야 한다고 규정하지 않고 있다. 해석 가능한 이유로는 민사소송의 증거제도는 착오재판을 내린 담당자가 심판인원이 아닌 당사자 본인이라는 데 있다. 동시에 민사소송의 집행회전제도(執行回轉 : 재집행이라고도 하는데, 사건 중에 또는 사건이 종료된 이후에, 집행법률문서에 근거하여 법원 또는 기타 권한 있는 기관에 의해 철회·변경되는 경우, 집행기관이 기 집행된 재산에 대하여 새로운 강제조치를 채택하여 집행절차의 개시 상황으로 회복하는 구제제도를 말함. 이하 재집행으로 번역함-역자 주)는 착오재판에 대하여 별도의 구제절차를 이용하도록 하고 있다. 이와 마찬가지로 행정소송 중의 착오재판에 대하여서도, 국가는 배상책임을 부담하지 않는다. 다만, 재집행을 통해 보충할 수 없는 손해에 대하여, 국가는 배상책임을 부담해야 하는가? 최고인민법원의 《민사·행정소송 사법배상의 약간의 문제에 관한 해석》(2000년 9월 14일 시행) 제3항, 제4항에서는 “위법하게 소송이 외의 자(案外人)의 재산을 집행하고 재집행을 진행할 수 없는 경우”, “신청금액과 범위를 명백하게 초과하여 집행하고 재집행을 진행할 수 없는 경우”에 대하여 규정하였고, 이는 인민법원의 판결, 재정 및 기타 효력이 발생한 법률문서에 대한 집행착오에 속하고 사법배상범위에 속한다.

2. 형사사법배상의 범위

(1) 인신권 침해의 형사배상

인신권은 광범위한 개념으로, 그 내용은 주로 헌법과 민법에 규정되어 있다. 《헌법》에서 규정한 인신권은 국민의 기본권리로서, 주로 인신의 자유, 통신의 자유, 인격의 존중 등을 포함한다. 민법에서 규정한 인신권은 《헌법》에서 규정한 인신권에 비해 구체화되어 있는데, 주로 생명건강권, 명예권, 영예권 등을 포함한다. 이는 《헌법》의 규정에서 도출되었지만, 《헌법》규정에 한정되지는 않는다.

중국 《국가배상법》 제15조에서는 “수사, 검찰, 심판, 감옥관리의 직권을 행사하는 기관 및 업무요원의 직권행사를 할 때에 다음의 상황의 하나로 인신권을 침해한 경우, 피해자는 배상을 받을 권리가 있다. i) 범죄사실이 없거나 또는 범죄사실 증명이 없는 혐의자에 대하여 부적당한 구류 처분, ii) 범죄의 사실이 없는 사람을 착오로 체포한 경우, iii) 재판의 감독절차에 따라서 재심하여 판결을 무죄로 변경한 것을 원판의 형벌로 이미 집행한 경우, iv) 고문으로 자백을 강요하거나 또는 구타 폭력행위 또는 타인을 교사하여 국민신체에 상해 또는 사망을 야기한 경우, v) 위법으로 무기 또는 경찰의 병기를 사용하여 국민신체에 상해 또는 사망을 야기한 경우”라고 규정하고 있다. 당해 규정에 근거하면 중국 형사배상범위 중의 인신권 침해배상은 국민의 인신자유권과 생명건강권에 한하고, 구체적으로 다음과 같은 상황을 포함하다.

1) 착오구류

착오구류(错误拘留)는 《형사소송법》과 《국가배상법》에서 상이한 의미를 갖고 있다. 《형사소송법》에서 착오구류란 사법기관이 《형사소송법》에서 규정한 조건을 구비하지 않은 상황에서 실시하는 형사구류를 말한다. 《국가배상법》에서 착오구류란 사법기관이 범죄사실이 없거나 범죄를 행한 중대한 혐의를 증명하는 사실이 없는 국민에 대하여 형사강제조치를 취한 것을 말한다.

형사구류는 형사소송 강제조치의 하나로서, 수사권을 행사하는 기관이 수사과정에서 긴급 상황에 직면했을 경우, 현행범 또는 중대범죄피의자에 대하여 임시적으로 인신자유를 제한하는 강제방법이다. 즉, i) 형사구류권은公安기관과 인민검찰원이 행사할 수 있고, 기타 임의의 기관과 조직은 모두 이를 향유하지 않는다. 《형사소송법》 제61조에서는 公安기관의 형사구류권에 대하여 규정하고 있고, 제132조에서는 인민검찰원의 형사구류권에 대하여 규정하고 있다. 《형사소송법》 제132조 규정에 따라, 인민검찰원이 직접 수리한 사건이 동법 제61조 제4항과 제5항에서 규정한 상황에 부합하여 범죄피의자를 구류할 필요가 있을 경우, 인민검찰원에서 결정을 내리고 公安기관이 집행한다. ii) 형사구류는 사법기관이 긴급 상황에서 취하는 강제조치이다. 긴급 상황이 없을 경우, 사법기관은 기타 조치를 취하고 형사구류조치를 취할 필요가 없다. iii) 형사구류는 사법기관이 현행범 및 중대범죄피의자에 대하여 취하는 임시적인 강제조치이다.

행정구류는 반드시 법정 조건과 절차대로 해야 한다. 公安기관은 구류집행시 반드시 현금 이상 公安기관 담당자가 발급한 《구류증》을 소지하고, 《구류증》을 피구류자에게 출시한 후 그에게 구류를 실행한다고 언급해야 한다. 피구류자는 반드시 《구류증》에 서명·날인해야 한다. 서명과 날인을 거부할 경우, 구류집행인원은 반드시 이에 대하여 명기해야 한다. 구류조치를 취한 후 수사에 방해되거나 통지 불가능한 상황 외에는 公安기관은 반드시 24시간 내에 구류원인과 구금된 장소를 피구류자의 가족 또는 그의 소재단위에 통지해야 한다. 公安기관은 법에 따라 피구류자를 구류한 후, 반드시 구류 후 24시간 내에 피구류자에 대하여 심문해야 한다. 구류하지 말아야 할 상황을 발견할 시, 반드시 즉각 석방해야 한다.

이처럼, 형사소송과정에서 사법기관이 위법하게 취하는 형사구류형식은 다양한데, 여기에는 구류의 대상착오, 법정구류기한의 초과 등을 포함한다. 《국가배상법》 제15조 제1항의 규정에 따라, 국가에 배상청구를 제기할 수 있는 착오구류는 범죄사실이 없는 자에 대한 구류조치를 취하는 경우뿐만 아니라 범죄를 행한 중대 혐의를 증명하는 사실이 없는 자에 대하여 실행하는 구류도 포함한다. “범죄사실이 없다”란 범죄사실의 존재를 증명하는 증거가 없거

나, 증거가 불충분한 경우를 말한다. “범죄를 행한 중대 혐의를 증명하는 사실이 없다”란 당사자가 범죄행위를 실시한 가능성을 증명하는 믿을 만한 증거가 없거나 증거가 불충분한 경우를 말한다. 따라서 피구류자가 유죄임을 증명할 수 없을 경우에는 반드시 무죄처리를 해야 하고, 종전의 구류는 착오구류가 된다. 다만, 구류시 범죄사실 또는 범죄를 행한 중대 혐의가 없었으나, 구류 후에 이러한 상황이 있음이 발견된 경우에는 착오구류로 간주하지 않는다.

2) 착오체포

체포란 사법기관이 범죄피의자와 피고인에 대하여 시행하는 구금, 감금, 인신자유를 잠시 제한하는 강제조치를 말한다. 이에 대하여 《헌법》 제37조에서는 “여하한 국민도 인민검찰원에서 승인 또는 결정하거나 인민법원에서 결정하고 공안기관에서 집행한 경우를 제외하고는 체포되지 않는다.” 고 규정하고 있다. 《형사소송법》 제59조에서는 “범죄피의자와 피고인은 반드시 인민검찰원 또는 인민법원의 결정을 거쳐 체포되고 공안기관에서 집행한다.” 고 규정하고 있다. 상기 규정에 따라, 범죄피의자와 피고인을 체포하는 결정권은 인민검찰원과 인민법원에 속하고, 집행권은 공안기관에게 속한다. 체포조건에 관해 《형사소송법》 제60조에서는 “범죄사실이 있다는 것을 증명할 증거가 있고, 유기징역 이상의 형을 선고받을 가능성이 있는 범죄혐의자, 피고인에 대하여 보석(取保候審), 주거감시 등의 방법으로는 사회적 위험성의 발생을 방지하기에 부족하여 구속할 필요가 있는 경우에는 즉시 법에 의하여 구속하여야 한다. 구속하여야 할 범죄혐의자, 피고인이 중한 질병이 있거나 임신 중이거나 자신의 영아에게 수유 중인 부녀인 경우에는 보석(取保候審) 또는 주거감시의 방법을 취할 수 있다.” 고 규정하고 있다.

《형사소송법》 제72조에서는 인민법원과 인민검찰원은 각자가 체포하도록 결정한 자에 대하여, 공안기관은 인민검찰원의 승인을 거쳐 체포한 자에 대하여 법에 따라 체포한 뒤 반드시 24시간 내에 피체포자에 대하여 심문해야 한다. 체포하지 말아야 할 상황이 발견된 경우 반드시 즉각 석방해야 한다. “체포하지 말아야 할 상황”이란, i) 범죄행위가 발생하지 않았거나, 피체포

자의 행위가 범죄로 구성되지 않을 경우, ii) 범죄행위가 있지만, 죄행이 경미하고 유기징역 이상의 형벌판결에 미달할 경우, iii) 범죄행위가 있고 징역 이상의 형벌로 판결될 수 있지만, 법률·법규에서 형사책임을 추궁하지 않는다고 별도로 규정한 경우, iv) 피체포자가 범죄행위를 행하였으나, 자살, 도주, 공모 허위 진술, 증거인멸 또는 범죄를 계속 행할 가능성이 없고, 보석, 주거감시 등 기타 강제조치를 취해도 사회위험성의 발생을 방지하기에 충분한 경우에는 그에 대하여 체포를 시행하지 않는다. 상기 상황이 발생할 경우에는 반드시 즉각 피체포자를 석방하고 석방증명을 발급해야 한다.

《형사소송법》상의 착오체포의 표현형식은 다양하다. 여기에는 체포하지 않아야 하지만 체포한 경우, 법정절차를 위반하여 체포한 경우 등을 포함한다. 《국가배상법》상의 체포란 범죄사실이 없이 실시한 체포를 말하는데, 양자간에는 일정한 차이가 존재한다. 사법기관이 체포를 시행할 경우, 법정조건과 절차에 부합되었으나 사후에 피체포자의 무죄가 증명된 경우, 여전히 착오체포에 해당하고, 국가는 반드시 배상책임을 부담해야 한다. 착오체포 판단기관은 인민검찰원과 인민법원이다. 인민검찰원이 체포된 자가 무죄로 인하여 사건취소결정을 내리거나 불기소결정을 내린 경우, 인민법원이 1심, 2심 절차에서 내린 종심판결에서 피고가 무죄라고 선고한 경우, 피고에 대한 체포는 반드시 착오체포로 판단해야 한다. 다만, 체포 당시 범죄사실을 조사·확인하지 못하였지만, 체포 후에 이를 조사·확인한 경우에는 착오체포에 속하지 않는다.

사례 1 : 최(崔)모는 공금을 유용하여 시공안국에 의해 형사구류된 뒤 체포되었다. 구(區) 검찰원은 공금유용죄로 법원에 공소를 제기하였다. 법원은 최모가 보험회사 자금운영부문의 정상적인 대출절차를 위반하고, 단위 내부의 대출금액권한 관련규정을 초월하여, 제3자 명의를 도용하여 타인에게 대출을 제공한 경우, 재정경제규율을 위반한 행위로서 공금유용죄를 구성하지 않는다고 보고 무죄를 선언한다는 형사판결을 내린다. 최모가 상소하지 않고 검찰원에서도 항소하지 않았다. 판결이 효력을 발생한 후 최모는 배상신청을 제출할 수 있다.

본 사건에서 법원이 최(崔)모씨가 무죄라고 선언한 것은 구(區)검찰원이 착오 체포를 하였음을 말하고, 국가는 반드시 이에 대하여 배상책임을 부담해야 한다.

3) 무죄 착오재판, 원심판결의 형벌이 이미 집행된 경우

구체적으로, 국가가 배상책임을 부담하는 무죄 착오재판(無罪錯判)은 반드시 다음과 같은 세 가지 요건을 동시에 구비해야 한다.

① 인민법원이 무죄인 국민에 대하여 형벌을 내린 경우

무죄란 국민이 범죄행위를 시행하지 않았거나 국민이 범죄행위를 시행하였음을 증명할 수 있는 충분하고 확실한 증거가 없는 두 가지 상황을 포함한다. 국민이 범죄행위를 확실히 시행하지 않은 경우, 인민법원의 유죄판결은 당연히 착오재판에 해당한다. 국민이 범죄행위를 실시한 중대혐의가 있지만, 국민이 범죄행위를 실시하였음을 증명할 수 있는 충분하고 확실한 증거가 없을 경우 무죄추정의 원칙에 따라 무죄라고 간주해야 하고, 인민법원의 유죄판결은 여전히 착오재판에 해당한다. 여기서 형벌이란 국민의 인신자유와 생명을 박탈하는 형벌로서, 구역, 유기징역, 무기징역, 사형을 포함한다.

상기 분석에 근거하여, 피고인의 행위가 이미 범죄를 구성하였고 인민법원이 양형(量刑) 정도내에서 부적절한 판결을 하였거나 법정형 정도를 초과하여, 원심을 파기하고 재심을 거쳐 비교적 경한 형벌을 내린 경우에는 《국가배상법》상의 착오재판에 해당하지 않는다. 형사처벌을 면한 유죄판결이 재심을 거쳐 파기되고 국민이 무죄로 선고된 경우에도 국가배상법상의 착오재판에 해당하지 않는다. 전자는 무죄구금 배상원칙(無罪羈押賠償原則)에 부합되지 않고, 후자는 인민법원이 유죄선고만 하고 피고인에 대하여 형벌을 내리지 않아서 인신자유가 박탈당한 손해사실이 발생하지 않았기 때문에, 사법배상의 구성요건을 구비하지 않는다.

② 원심판결에서 내린 형벌이 이미 집행된 경우

“형벌이 이미 집행되었다”는 것은 형벌이 이미 전부 집행되었거나 부분적으로 집행된 두 가지 상황을 포함한다. 무죄 착오재판을 받은 자가 판결된 형벌이 이미 전부 집행 완료된 경우, 국가는 반드시 착오재판된 형벌에 대

하여 배상책임을 부담해야 하고, 집행과정에 심판감독절차를 거쳐 재심에서 무죄로 선고되고 석방된 경우, 국가는 반드시 이미 집행된 부분의 착오재판된 형벌에 대하여 배상책임을 부담해야 한다. 자유형 집행기간에 피고인이 법에 따라 감형되거나 가석방된 경우, 감형되거나 가석방된 부분의 착오재판에 대하여, 국가는 배상책임을 부담하지 않는다. 형벌집행과정에 보석되어 치료를 받은 경우, 인신자유가 제한을 받았으나 실제로는 구금되지 않았기 때문에, 국가는 그 기간에 대하여 배상책임을 부담하지 않는다.¹⁾ 집행유예판결(缓刑判決)이 재심절차를 거쳐 파기되고 국민이 무죄로 선고된 경우에도 국가배상책임을 발생하지 않는다. 이런 상황에서는 법원이 피고인의 형벌을 판결하였으나 집행유예는 형벌의 집행이 아니고 조건부의 불집행이며 국가배상법에서 요구하는 인신자유권 또는 생명건강권에 손해를 입히는 사실이 발생하지 않는다. 최고인민법원의 《인민법원이 〈중화인민공화국 국가배상법〉의 약간의 문제를 집행에 관한 해석》 제3조 따라 인민법원이 판결한 관제(管制 : 우리나라의 “보호관찰”과 유사한데, 기간은 3월 이상 2년 이하임·역자 주), 유기징역 집행유예, 정치권리 박탈 등 형벌이 법에 의해 재심을 거쳐 무죄로 판결된 경우, 국가는 배상책임을 부담하지 않는다. 다만, 배상청구인이 판결이 효력이 발생하기 전에 구금된 경우에 법에 따라 배상받을 권리가 있다.

③ 원심판결이 심판감독절차를 거쳐 파기되고 피고인이 무죄로 선고된 경우

심판감독절차는 인민법원이 이미 법률적 효력을 발생한 판결, 재정에 대하여 사실판단 또는 법률적용 면에서 확실하게 착오가 존재함을 발견하고 법에 따라 다시 심리하는 특수한 소송절차이다. “심판감독절차에 따라 재심에서 무죄로 판결을 번복한다.”는 것은 재심을 거쳐 피고인이 위법행위를 하지 않았거나 위법행위가 범죄에 해당되지 않기 때문에 원 유죄판결을 파기하는 것을 말한다. 다시 말하면, 판결번복은 반드시 심판감독절차에 따라 진행된 것이어야 하고, 반드시 무죄로 판결이 번복되어야 한다.

1) 최고인민법원의 《형법집행 중 보석되어 치료받는 기간은 국가배상범위에 속하는지 여부에 관한 답변》(1998년 3월 11일).

여기서 주의해야 할 문제는 다음과 같다.

첫째, 피고인의 행위가 범죄에 해당되지 않지만 민사위법행위 또는 행정위법행위에 해당할 경우, 인민법원의 유죄판결이 착오판결에 해당하는가? 국가가 배상책임을 부담해야 하는가? 이에 대하여, 피고인이 위법행위를 실시하였기 때문에 과실이 존재하고, 국가는 이에 대하여 배상책임을 부담하지 않고, 유죄판결은 파기되지만 여전히 착오판결에 속하지 않는다고 보는 견해가 있다. 또 다른 견해는, 《국가배상법》에서 규정한 “범죄사실이 없다”는 것은 국민이 범죄행위를 실시하지 않은 경우에 국한되고, 민사위법행위와 행정위법행위는 포함하지 않는다고 본다. 국민은 비록 과실이 있지만, 이러한 과실은 민법상의 과실과 행정상의 과실로서 형법상의 과실은 아니며, 이를 혼동해서는 아니 된다. 또한 범죄행위를 실시하지 않은 국민에 대한 유죄판결의 선고는 국민의 과실이 아니라 국가의 과실이기 때문에, 국가는 반드시 배상책임을 부담해야 한다. 본서에서는 후자에 동의한다.

둘째, 법원은 효력이 발생한 1심 판결에서 피고인이 무죄로 선고되고, 판결전의 구금에 대하여 착오구류와 착오체포가 존재한다. 이 두 가지 상황은 모두 국민의 인신권을 무단 침해하는 행위로서, 국가는 반드시 배상책임을 부담해야 한다. 1심에서 피고인이 유죄라고 판결되고 2심에서 원심판결을 파기하고 무죄판결을 내려진 경우, 형벌이 아직 집행되지 않았기 때문에, 형벌집행으로 야기된 손해가 존재하지 않는다. 다만, 1심의 유죄판결이 피고인의 구금시간을 연장시킨 경우, 국가는 당해 손해에 대하여서도 반드시 배상책임을 부담해야 한다.

셋째, 심판감독절차에 따라 재심을 거쳐 형벌감경으로 재판을 번복한 경우, 피고인은 국가배상을 청구할 권리가 있는가? 경한 범죄의 중한 범죄로의 판결에 관한 국가의 배상책임 부담여부는 각국에서 상이하게 규정하고 있다. 중국 《국가배상법》에서는 이런 상황을 국가배상의 범위에 포함시키지 않지만, 이론적으로는 견해가 상이하다. 첫 번째 견해는 다음과 같다. 즉 경한 범죄를 중한 범죄로 판결하는 것과 무죄를 유죄로 판결하는 것은 본질적인 구별이 있는데, 전자는 피고인의 유죄를 전제로 하고 후자는 완전 무고한 경우이다. 경한 범죄를 중한 범죄로 판결하는 것은 인민법원의 양형과정에서

연구할 문제로서, 상황이 복잡하여 사법기관이 당해 권리침해에 대하여 파악하기 어렵고, 현재 국가배상의 범위에 포함되지 않는다. 국민이 유죄인 상황에서, 원심판결이 법정 최고형을 초과하여 심판감독절차를 거쳐 수정된 경우, 국가는 배상하지 않는다. 두 번째 견해로는 경한 범죄를 중한 범죄로 판결하는 것은 억울한 징역의 일종으로, 재판번복 뒤 형기집행기한이 재심판결에서 정한 형기를 초과하지 않은 경우에는 당연히 배상문제가 존재하지 않는다고 본다. 다만, 이미 집행된 복역기한이 재심후의 형기를 초과한 경우에는 무죄구금, 기한을 초과한 구금과 마찬가지로 피고인에게 중대한 인신·재산손해를 입히게 되고, 이러한 손해가 상당히 엄중한 경우도 있다. 따라서 피해자구제라는 측면에서 보면, 경한 범죄를 중한 범죄로 판결한 것에 대한 배상이 필요하다. 세 번째 견해는 국민의 합법적 권익 보호, 사법공정 수호 및 사법기관 법집행 수준의 제로라는 요구에서부터 시작하여, 이미 집행한 형기가 재심후의 형기를 초과한 경한 범죄를 중한 범죄로 판결한 것에 대하여, 국가가 배상하는 것은 필요하다고 본다. 이는 《국가배상법》의 개정을 기다려야 한다.

4) 형사고문과 구타 등 폭력행위

형사고문과 구타는 모두 폭력적인 권리침해(暴力侵权行为) 범주에 속한다. 사법기관 및 그 업무인원이 직무집행과정에서 범죄피의자 또는 피고인에 대하여 형사고문 또는 기타 폭력적 침해행위를 가한 경우, 업무인원 본인의 형사책임을 발생시킬 수 있지만, 이는 국가가 배상책임을 부담하는 것을 방해하지 않는다. 업무인원의 형사책임을 업무인원이 그의 범죄행위로 인해 국가에 대하여 부담하는 징벌성 법률책임이고, 형사배상은 국가가 그의 권리침해행위로 인해 국민에 대하여 부담하는 구제성 법률책임으로서, 양자간에는 주체와 성질이 상이하여, 저촉관계가 발생할 수 없다.

폭력적 권리침해행위 확인 시에, 반드시 다음과 같은 문제에 주의해야 한다.

① 이러한 폭력적 권리침해행위의 주체는 사법기관 업무인원에 한하지 않는다. 사법기관 및 그 업무인원의 교사를 받은 인원이 당해 폭력행위를 실시한 경우에 대하여서도 국가는 배상책임을 부담해야 한다.

② 이러한 폭력적 권리침해행위는 반드시 직무집행활동 과정에 발생해야 하고, 직권행사와 밀접한 연계가 있어야 한다. 형사고문 및 기타 폭력행위는 직권행사행위가 아니기 때문에, 법률이 사법기관에 이러한 권력을 부여하지 않는다. 다만, 이러한 행위가 국가사법업무인원이 직권을 행사하는 과정에 발생하였고, 직권행사와 관련되거나 공무목적 또는 직권행사의 편리한 조건을 이용하기 때문에, 여전히 공무행위에 해당한다. 《국가배상법》은 국가가 당해 침해행위에 대한 배상책임을 부담한다고 규정하고 있다. 폭력적 침해행위가 사법인원의 직무집행과정 이외에 발생한 경우에는 개인행위로 간주하고 국가가 배상책임을 부담하지 않는다.

③ 이러한 폭력행위는 일반적으로 형사고문 또는 구타 등 방식으로 표현되는데, 반드시 국민의 신체상해 또는 사망의 효과를 야기해야 한다. 형사고문이란 사법인원이 형사사건 처리과정에서 범죄피의자나 피고인의 신체에 대하여 체형(肉刑 : 신체에 손상을 가하는 형벌-역자 주)을 가하거나 변형적인 체형을 가하여 자백을 얻어내는 행위를 말한다. 체형이란 주로 신체를 묶거나 달아매거나 구타하거나 또는 각종 형구로 육체적인 손상을 가하는 것을 말하고, 변형적인 체형이란 신체에 직접적으로 손상을 주는 상기 체형 이외에 인체를 고통스럽게 하는 기타 방법, 예컨대, 장시간의 추위와 굶주림, 기립 또는 수면불허용, “비행기 타는 자세하기”(坐飞机), 목조르기 등을 하는 행위를 말한다. 구타란 손발, 경찰곤봉, 무기 등으로 인체에 타격을 주는 행위를 말한다. 《국가배상법》규정에 따라, 국민의 신체 상해 또는 사망을 야기한 상황 하에서만, 국가는 배상책임을 부담한다.

《사법행정기관의 행정배상·형사배상에 관한 방법》(1995년 9월 8일 사법부 제40호령 반포) 제5조의 관련 규정에 따라, 구체적으로 다음과 같은 행위로 인정된다. 즉, 수형자에 대한 형사고문 또는 체벌·학대하여 신체상해 또는 사망을 야기한 경우, 수형자를 구타하거나 타인이 구타하도록 교사·방임하여 중대한 효과를 야기한 경우, 수형자를 모욕하여 중대한 효과를 야기한 경우, 기타 위법행위로 수형자의 신체상해 또는 사망을 야기한 경우 등이 있다. 기타 사법기관 업무인원이 상기 행위를 행하여 범죄피의자 또는 피고인의 신체상해 또는 사망을 야기한 경우에 국가는 반드시 배상책임을 부담해야 한다.

④ “야기”의 의미에 대하여 정확하게 이해해야 한다. 최고인민법원의 《황 차이화(黃彩華)가 국가배상을 신청한 사건에 대한 답변》(1999년 8월 25일)에서는 “국가배상법 제15조 제4항 및 제27조의 규정에서 사용하는 표현은 신체상해 또는 사망을 “야기”(造成)인데, 이는 인체상해 또는 사망에 다다른(致)과는 구별된다. “야기”(造成)는 법률에서 규정한 위법한 권리침해행위를 실시하면, “상해 또는 사망” 효과가 발생하고, 따라서 국가배상법 제15조 제4항 규정을 적용된다고 이해해야 한다.”고 이해해야 한다.

5) 무기와 경찰장비의 위법사용

사법기관 및 그 업무인원이 위법하게 무기와 경찰장비를 사용하여 국민의 신체상해 또는 사망을 야기한 경우, 피해자는 배상받을 권리가 있다.

사법기관 업무인원이 직무집행과정에 정당방위로 무기와 경찰장비를 사용하여 타인의 신체 상해 또는 사망을 야기한 경우, 국가는 이에 대하여 배상하지 않는다. 정당방위가 필요한 한도를 명백하게 초과하여 야기한 중대한 손해에 대하여, 국가는 반드시 배상해야 한다.

(2) 재산권 침해의 형사배상

중국 《국가배상법》 제16조에서는 “수사, 검찰, 심판, 감옥관리 직권을 행사하는 기관 및 그 업무인원이 직권행사 시 다음과 같은 재산권 침해 상황이 있을 경우, 피해자는 배상받을 권리를 가진다. 즉, i) 재산에 대하여 위법하게 차압, 압류, 동결, 추징 등 조치를 취한 경우, ii) 심판감독절차에 따라 재심을 거쳐 원심을 파기하고 무죄로 판결하였고, 원심에서 판결한 벌금과 재산 몰수가 이미 집행된 경우” 라고 규정하고 있다. 동조 규정에 따라 국가가 형사배상책임을 부담하는 상황은 다음과 같은 두 가지가 있다.

1) 재산에 대하여 위법하게 차압, 압류, 동결, 추징 등 조치를 취하는 경우

① 차압

형사소송 중에서 차압(查封)이란 사법기관이 증거로 사용하거나 사건과 관련하여 압류(提取)하기 불편한 재물에 대하여 현지에서 그대로 봉인·보관하

는 조치이다. 《형사소송법》 제77조 제3항은 “인민법원은 필요한 경우 피고인의 재산을 차압 또는 압류할 수 있다”고 규정하고 있다.

② 압류

《형사소송법》 관련 규정에 따라, 압류대상은 물증과 서증이다. 물증과 서증의 압류(扣押)란 사법기관 및 그 업무인원이 범죄피의자가 유죄 또는 무죄임을 증명할 수 있는 물품과 문서에 대하여 법에 따라 강제적으로 압류하는 형사적 강제조치이다.

물증, 서증의 압류는 국민의 합법적 권익과 직접 관련되기 때문에, 반드시 엄격하게 법정 절차대로 진행해야 한다. 수사단계에서 물증, 서증을 압류하는 것은 2인 이상의 수사인원이 진행하고, 기타 여하한 자도 이러한 권한을 행사할 수 없다. 물증, 서증의 압류는 검증(勘驗)과 수사와 동시에 진행된다. 이러한 수사행위를 실시할 때, 사건과 관련된 물품과 문서 등을 압류할 필요가 있음을 발견할 경우, 검증증, 수사증에 근거하면 즉시 압류 가능하다. 단독적으로 압류를 실행할 경우, 반드시 현 이상 공안기관, 국가안전기관, 인민검찰원 담당자의 승인을 거쳐야 한다. 수사인원이 압류를 진행할 시, 반드시 당해 기관의 소개서와 본인의 업무증을 소지하고 물증, 서증을 압류당한 자에게 출시 또는 낭독해야 한다. 《형사소송법》 제114조 규정에 따라, 압류의 범위는 범죄피의자의 유죄 또는 무죄를 증명할 수 있는 각종 물품과 문서이다. 다시 말하면, 범죄피의자의 유죄, 중죄를 증명할 수 있는 물품과 문서뿐만 아니라, 무죄와 경죄를 증명할 수 있는 물품과 문서도 반드시 압류해야 한다. 다만, 사건과 무관함이 분명한 물품과 문서는 압류해서는 아니 된다. 이미 압류한 경우, 반드시 신속히 반환해야 한다. 사건과의 관련여부가 불분명하거나 또는 압류를 해도 되고 안 해도 되는 물품과 문서는 반드시 먼저 압류하고 조사·확인 후 다시 처리해야 한다. 금지된 물품을 발견할 경우, 비록 본 사건과 관련되지 않더라도 반드시 압류하고 관련 부문에 제출하여 처리해야 한다. 압류한 물품과 문서는 반드시 명확하게 확인하고, 현장에서 목록 2부를 작성하고, 물품의 명칭, 상표, 규격, 수량, 중량, 특징 및 유래 등을 명기하고, 수사인원, 증인 및 소지인이 서명 또는 날인한 후, 1부는 소지

인에게 교부하고 1부는 보관한다. 이미 압류한 물품과 문서는 등기한 후 적절하게 보관해야 한다.

③ 동결

동결(冻结)이란 사법기관이 사건의 수사와 심리과정에 피고인의 예금과 송금이 사건과 직접적인 관계가 있음을 발견할 경우, 관련 단위에게 그 해당 예금과 송금에 대하여 지급 또는 이전의 정지를요구하는 조치를 말한다. 범죄피의자의 재산에 대하여, 사법기관은 조사 및 동결조치를 취할 수 있다. 이에 대하여 《형사소송법》 제117조에서는 “인민검찰원과 공안기관은 범죄수사의 필요에 따라 규정대로 범죄피의자의 예금과 송금에 대하여 조사 및 동결할 수 있다. 범죄피의자의 예금과 송금이 이미 동결된 경우에는 중복하여 동결할 수 없다.” 고 규정하고 있다. 《형사소송법》에서 규정한 “범죄피의자의 예금”이란 범죄피의자가 그의 실명 또는 가명으로 예금한 금액을 말하는데, 이는 범죄피의자가 범죄소득을 친족의 명의로 또는 친한 친구의 명의로 예금한 금액까지 포함한다. 만약 일시적으로 범죄피의자의 예금에 해당하는지 여부가 불분명하지만, 수사시 조회와 동결을 할 필요가 있을 경우에는, 우선 조회와 동결을 하고, 추후 상황에 따라 처리해야 한다. “범죄피의자의 송금”은 범죄피의자가 송금한 금액도 포함하고, 타인이 범죄피의자에게 송금한 금액도 포함한다.

범죄피의자의 예금과 송금은 반드시 현금 이상 인민검찰원 검사장(檢察長) 또는 공안기관 담당자의 승인을 거쳐 개인저축예금 조회 통지서, 개인저축예금 지급정지 통지서 또는 송금조회 통지서, 개인송금 지급정지 통지서 등 문서에 기입해야 한다. 이미 동결된 예금과 송금은 조사를 거쳐 사건과 무관함이 명백할 경우, 반드시 3일 내에 압류와 동결을 해제하고, 원 소유자 또는 원 금융기관에 반환해야 한다.

④ 추징

추징(追繳)과 관련하여, 《형사소송법》에는 규정이 없다. 《형법》은 “양형”(量刑)의 절(節)에서 추징에 대하여 규정하고 있다. 동 법 제64조는 “범죄자가 위법하게 얻은 일체의 재물은 추징하거나 반환배상을 명하여야 한다.” 고

규정하고 있다. 법률 규정과 관련 사법해석으로부터 볼 때, 추징이란 범죄자의 불법자금과 장물을 강제적으로 징수하여 원 소유자에게 반환하거나 국고로 귀속하는 강제조치를 말한다. 다만, 당해 조치의 법률 성질, 적용범위 및 적용절차는 모두 명확하지 않다.

사법기관이 상기 조치를 취할 때에는, 반드시 법에 따라 관련 직권을 소유하고 있어야 한다. 직권범위를 초월하거나 권한이 없거나 법률에서 규정한 조건을 위반하여 상기 조치를 취함으로써 국민, 법인 또는 기타 조직의 합법적 권익에 손해를 줄 경우, 국가는 반드시 배상해야 한다.

2) 재심에서 무죄판결을 내렸지만, 이미 원심의 벌금과 재산몰수 판결이 이미 집행된 경우.

벌금(罰金)이란 인민법원에서 범죄자로 하여금 국가에 일정한 금액의 금전을 납부하도록 판결하는 형벌을 말하고, 재산몰수(沒收財産)란 범죄자의 일부 또는 모든 개인소유 재산을 강제적·무상으로 국가소유로 귀속시키는 형벌을 말한다.

벌금과 재산몰수가 국가배상책임을 발생시키는 요건은 다음과 같다.

① 벌금 또는 재산몰수 판결은 반드시 발효 및 집행이 완료된 경우. 판결이 효력을 발생하지 않은 경우, 피해자는 상소를 거쳐 변경을 신청을 할 수 있다. 판결이 효력을 발생하였으나 집행되지 않은 경우, 《국가배상법》에서 규정한 재산손해 사실이 발생하지 않았기에 국가배상책임을 발생하지 않는다.

② 효력이 발생한 판결이 심판감독절차를 거쳐 취소되고, 피해자가 무죄로 선고된 경우. 형사배상은 국민이 무죄임을 전제로 한다. 심판감독절차에 따라 재심을 거쳐 피고인이 무죄로 재판이 변경된 경우, 원심에서 판결한 벌금과 재산몰수에 착오가 있음을 설명하고, 이미 집행된 경우에는 국가가 당연히 반환해야 하며, 벌금 또는 재산몰수 판결로 인해 피해자의 재산손실을 야기한 경우에는, 국가가 반드시 배상책임을 부담해야 한다. 심판감독절차를 거쳐 국민이 여전히 유죄로 확인된 경우, 원심판결이 변경되었다 할지라도 국가는 여전히 배상책임을 부담하지 않는다.

3. 민사 및 행정 사법배상의 범위

《국가배상법》 제31조에 따라, 인민법원은 민사소송과 행정소송에서 소송을 방해하는 강제조치 및 보전조치의 위법한 채택, 또는 판결, 재정 및 기타 효력이 발생한 법률문서의 집행착오로 인해 손해를 야기한 경우, 국가는 반드시 배상해야 한다.

(1) 위법하게 채택한 소송방해를 배제하는 강제조치에 대한 사법배상

소송방해를 배제하는 강제조치란 인민법원이 사건의 심리과정에 심판과 집행의 순조로운 진행을 보장하기 위하여, 법에 따라 취하는 소송질서를 방해하는 행위를 배제하는 강제조치를 말한다.

《국가배상법》 제31조에서는 인민법원이 민사소송과 행정소송에서 위법하게 소송을 방해하는 강제조치의 채택으로 인하여 손해를 야기한 경우, 국가는 반드시 배상책임을 부담해야 한다. 소송을 방해하는 행위는 법정질서 위반과 소란, 심판과 집행의 방해 또는 협조의무 이행거부 등 상황을 포함한다. 인민법원이 민사소송에서 취할 수 있는 소송방해를 배제하는 강제조치는 구인(拘传), 훈계(训诫), 법정퇴출명령(责令退出法庭), 벌금(罚款) 및 구류(拘留)가 있고, 행정소송에서 소송방해를 배제하는 강제조치는 훈계, 과오반성명령(责令具结悔过) 벌금 및 구류를 포함한다. 《민사소송법》과 《행정소송법》은 상기 강제조치를 규정함과 동시에 상기 조치의 적용범위와 절차에 대하여서도 규정하였다. 인민법원이 강제조치를 위법하게 채택하여 손해를 야기한 경우, 피해자 모두 국가배상을 받은 권리를 향유하는가? 이에 대하여 최고인민법원 《인민법원에서 〈중화인민공화국 국가배상법〉의 집행에 관한 약간의 문제에 대한 해석》 제2조에서는 인민법원이 사법구류와 벌금을 착오 실시한 경우, 국가가 배상책임을 부담한다고 규정하고 있다. 기타 위법하게 강제조치를 취하는 경우, 즉 훈계, 법정퇴출명령 및 과오반성명령 등에 대한 배상여부는 규정되어 있지 않다.

주의할 것은, 《형사소송법》에서도 소송방해를 배제하는 강제조치에 대하여 규정하고 있다. 동법 제161조에 따라, 형사소송 방해행위에 대하여 인민

법원은 경고, 강제퇴정, 벌금 및 구류 등 4가지 조치를 취할 수 있다. 다만, 《국가배상법》 제31조에서는 형사소송법에서 위법하게 소송방해를 배제하는 강제조치에 대한 배상책임문제를 규정하지 않았다. 사실상, 이러한 소송방해를 배제하는 강제조치는 《국가배상법》에서 규정한 인신권과 재산권을 훼손하는 상황을 야기할 수도 있고, 민사소송과 행정소송에서 소송방해를 배제하는 강제조치와 실질적인 차이는 없다. 따라서 본서에서는 인민법원이 형사소송에 위법하게 상기 3가지 강제조치를 취하여 국민, 법인 또는 기타 조직의 합법적 권익을 침해한 경우, 반드시 《국가배상법》중의 민사소송, 행정소송 및 사법배상에 관한 일반 규정을 참조 적용하여 국가가 반드시 배상책임을 부담해야 한다고 생각한다.

1) 위법벌금

벌금은 소송을 방해한 행위자로 하여금 규정된 기한내에 일정한 금액의 금전을 납부하도록 강제함으로써 소송방해를 배제하는 징벌조치이다. 벌금조치를 취할 경우, 반드시 결정서를 작성하고 법원장의 승인을 받아야 한다. 피처별인이 처별결정에 불복할 경우, 상급 법원에 심판을 1회 제기할 수 있고, 심판기간동안 결정 집행은 정지되지 않는다. 민사소송에서 개인에 대한 벌금액은 1000위안 이하이고, 단위(单位)에 대한 벌금액은 1000위안 이상 3만 위안 이하이고, 행정소송에서 벌금금액은 1000위안 이하이며, 형사소송에서 벌금금액은 1000위안 이하이다. 인민법원이 채택하지 않아야 할 벌금조치를 채택하였거나 법정 범위를 초과하여 벌금을 부과한 경우, 위법벌금에 해당되고, 국가는 반드시 배상책임을 부담해야 한다.

2) 위법구류

구류란 인민법원이 소송을 방해하는 위법행위자에 대하여 일정 기한내에 그의 인신자유를 제한하는 강제조치이다. 구류는 소송방해를 배제하는 가장 엄격한 조치로서, 소송방해 상황이 엄중한 위법행위자를 상대로 적용한다. 《민사소송법》 제101조와 제102조, 《행정소송법》 제49조에서는 모두 구류조치를 취할 수 있는 각종 행위에 대하여 규정하고 있다. 구류는 반드시 원장

의 승인을 받고 결정서를 작성해야 하며, 구류기한은 최장 15일이다. 피처벌인이 구류결정에 불복할 경우, 상급 법원에 재심신청을 1회 제기할 수 있고, 재심기간 내에 결정집행은 정지하지 않는다. 인민법원이 채택하지 않아야 할 상황에 조치를 채택했거나 법정기한을 초과하여 채택한 경우, 위법구류에 해당되고, 국가는 반드시 배상해야 한다.

최고인민법원 《민사·행정소송 중 사법배상의 약간의 문제에 관한 해석》(2000년 9월 14일 최고인민법원 심판위원회 제1130차 회의 통과, 2000년 9월 21일부터 시행) 제2조에서는 “소송을 방해하기 위한 위법하게 채택된 강제조치는 다음과 같다. i) 소송방해행위를 하지 않은 자 또는 소송방해행위를 실시했음을 증명할 증거가 없는 자에 대하여 사법구류, 벌금조치를 취한 경우, ii) 법률에서 규정된 기한을 초과하여 사법구류를 실시한 경우, iii) 동일한 소송방해행위에 대하여 중복하여 벌금, 사법구류조치를 실시한 경우, iv) 법률규정금액을 초과하여 벌금을 실시한 경우, v) 법률규정을 위반한 기타 상황” 이라고 규정하고 있다. 동조의 규정은 위법구류와 벌금을 구체적으로 판단하는 근거로 적용할 수 있다.

사례 2 : A시 법제보(法制報) 기자 평(彭)모씨는 머리가 예민하고 문필이 예리하여 법정심리기록(庭審紀實)에 관한 일부 문장을 자주 발표하였는데, 그 중 모 법원 법정심리절차의 위법한 사실에 대한 보도로 인해, 모 법원은 매우 불만을 가지고 있었다. 2000년 3월 어느 날, 평모씨는 당해 법원 민사심판정으로 가서 채무사건심리를 참관하고 있었는데, 심판원이 평모씨를 인지하고 나서 그를 법정심판질서를 방해했다는 이유로 원장의 승인을 받은 후 10일간의 구류조치를 취했다. 평모씨는 국가배상을 신청하려고 한다.

본 사안에서, 인민법원은 민사소송과정에서 평모씨에 대하여 소송방해를 배제하는 강제조치를 위법하게 취하여 《국가배상법》 제31조 규정을 위반한 행위에 속하므로, 반드시 형사배상절차를 적용하여 배상해야 한다.

(2) 보전조치의 위법한 채택에 따른 사법배상

소송중의 보전조치는 증거보전조치와 재산보전조치 두 가지로 나뉜다.

1) 증거보전조치를 위법하게 채택하는 경우

증거보전(证据保全)이란 증거가 멸실되거나 취득하기 어려운 가능성이 있을 경우, 인민법원이 당사자 신청 또는 직권에 의하여 일정한 조치를 취해 명확히하는 조사 또는 증거취득조치이다. 《민사소송법》 제74조에서는 “증거가 멸실되거나 향후 취득하기 어려울 가능성이 있을 경우, 소송참가자는 인민법원에 증거보전을 신청할 수도 있고, 인민법원이 주동적으로 보전조치를 취할 수도 있다.” 고 규정하고 있다. 《행정소송법》 제36조에서는 “증거가 멸실되거나 향후 취득하기 어려울 가능성이 있을 경우, 소송참가자는 인민법원에 증거보전을 신청할 수도 있고, 인민법원이 주동적으로 보전조치를 취할 수도 있다” 고 규정하고 있다.

구체적으로 말하면, 증거보전을 취하려면 반드시 다음과 같은 조건 중의 하나를 구비해야 한다. 즉, i) 증거의 멸실 가능성. 이는 증거가 멸실될 객관적인 가능성을 말한다. 예컨대, 사건상황을 알고 있는 자가 연로하거나 질병으로 사망할 가능성이 있어 적시에 심문하지 않으면 증언을 취득하지 못할 경우, 증명력이 있는 물품이 곧 변질, 부패 또는 소실될 가능성이 있는 경우 등이 있다. ii) 증거의 취득이 곤란한 상황. 이는 즉시 입수하지 않으면 향후 상응하는 증거를 조사 또는 수집할 수 없거나 취득하기 어려운 상황을 말한다. 예컨대, 사건상황을 알고 있는 자가 곧 출국하거나 사건상황을 증명할 수 있는 물품이 양도되어 향후 취득하기 어려운 상황 등이 있다.

인민법원은 직권 또는 신청에 따라 증거보전조치를 취할 수 있다. 법정조건에 부합될 경우, 인민법원은 직권에 따라 증거보전조치를 취할 수 있다. 당사자는 증거보전조치를 취할 필요가 있다고 인정할 경우, 인민법원에 신청을 제기할 수 있지만, 증거보전조치의 채택 여부는 인민법원에서 결정한다. 증거보전조치의 위법성은 주로 다음과 같은 상황에서 표현된다. 즉 i) 법정조건과 범위에 부합되지 않게 보전조치를 취한 경우, ii) 보전조치를 취한

절차가 위법한 경우. 상기 두 가지 위법행위로 인해 국민, 법인 또는 기타 조직의 합법적 권익이 침해를 입은 경우, 국가는 반드시 배상책임을 부담해야 한다. 증거보전조치의 채택은 인민법원의 직권으로서, 이는 일방적인 성질을 구비하고, 당사자의 신청은 인민법원에 대하여 구속력이 없기 때문에, 위법한 증거보전조치의 채택으로 인하여 야기한 손해에 대하여 직권에 의한 것이든 또는 신청에 따라 채택한 것이든지에 관계없이, 국가는 모두 반드시 배상책임을 부담해야 한다.

2) 위법하게 재산보전조치를 취한 경우

재산보전(財産保全)이란 인민법원이 이해관계인의 신청 또는 직권에 의하여 당해 사건과 관련된 재물에 대하여 취하는 강제조치이다. 재산보전은 소송전 재산보전과 소송 재산보전 두 가지로 나뉜다. 《민사소송법》 제92조에서는 “인민법원은 당사자 일방의 행위 또는 기타 원인으로 인해 판결집행이 불가능하거나 또는 집행의 곤란한 사건에 대하여, 상대방 당사자의 신청에 의해 재산보전 재정(裁定: 행정 또는 사법심판기관이 심판 또는 판결집행과정에서, 소송절차문제와 실체문제에 대하여 내리는 처리결정을 말함-역자 주) 할 수 있다. 당사자가 신청을 제기하지 않은 경우, 인민법원은 필요에 따라 재산보전조치를 취하도록 재정할 수 있다. 인민법원은 신청을 접수한 후 상황이 긴급한 경우, 반드시 48시간 이내에 재정할 수 있다. 보전조치를 취하도록 재정한 경우, 반드시 즉시 집행을 개시해야 한다.”고 규정하고 있다. 제 93조에서는 “이해관계인이 상황이 긴급하여 재산보전을 즉각 신청하지 않으면 그의 합법적 권익이 보전될 수 없는 손해를 입게 될 경우, 제소 전에 인민법원에 재산보전조치를 신청할 수 있다. 신청인은 반드시 담보를 제공해야 하고, 담보를 제공하지 않을 경우에는 신청을 기각한다. 인민법원은 신청을 접수한 후 반드시 48시간 내에 재정해야 한다. 재산보전조치를 취하도록 재정한 경우, 반드시 즉시 집행을 개시해야 한다. 인민법원이 보전조치를 취한 후 15일 이내에 신청인이 제소하지 않을 경우, 인민법원은 반드시 재산보전을 해제해야 한다.”고 규정하고 있다. 제94조에서는 “재산보전은 청구범위 또는 본 사건과 관련된 재물에 한한다. 재산보전조치는 차압, 압류, 동결 또

는 법률에서 규정한 기타 방법에 한한다.”고 규정하고 있다.

인민법원이 신청에 따라 재산보전조치를 취한 경우, 당사자에게 담보를 제공하도록 명할 수 있다. 따라서 당사자 신청에 의해 보전조치를 취하여 야기된 손해에 대하여 반드시 구체적인 상황을 구별하여 처리해야 한다. 《민사소송법》 제96조 “당사자 신청에 착오가 있을 경우, 신청인은 반드시 피신청인이 재산보전으로 인해 입은 손실을 배상해야 한다.”고 규정하고 있다. 인민법원이 재산보전조치를 취할 경우, 신청인에게 담보를 제공하도록 명할 수 있다. 신청인이 담보를 제공하지 않을 경우, 신청을 기각한다. 당사자 신청에는 착오가 없지만, 법원이 보전조치를 집행하는 과정이 위법하거나, 또는 인민법원이 직권에 의해 주동적으로 보전조치를 취한 경우, 반드시 국가가 배상책임을 부담해야 한다.

상기 《해석》 제3조에서 규정한 보전조치의 위법한 채택이란 인민법원이 직권에 따라 취하는 다음의 행위를 말한다. 즉 i) 법에 따라 보전조치를 취할 상황이 아니지만 보전조치를 취한 경우, 또는 법에 따라 보전조치를 해제할 상황이 아니지만 보전조치를 해제한 경우. ii) 소송 이외의 자의 재산을 보전한 경우. 단 소송 이외의 자가 사건 당사자에게 만기 채무를 진 상황은 제외한다. iii) 신청인이 신청한 보전금액 또는 보전범위를 명백하게 초과한 경우. iv) 차압, 압류한 재물에 대하여 감독·관리 책임을 이행하지 않고 엄중하게 무책임하여 훼손·멸실을 야기한 경우. 다만, 법에 따라 관련 단위, 개인에게 교부하여 보관을 책임지도록 한 상황은 제외한다. v) 재산매각 시 합법적인 평가기구의 가격평가를 받지 않았거나 반드시 경매해야 할 재물을 법에 따라 경매하지 않고 강제로 타인에게 매각한 경우. vi) 법률규정을 위반한 기타 상황. 상기 규정은 위법한 보전조치를 구체적으로 판단하는 근거로 간주할 수 있다.

(3) 판결, 재정 및 기타 효력이 발생한 법률문서의 착오집행에 따른 사법배상

판결, 재정 및 기타 효력이 발생한 법률문서의 이행을 거부하는 의무자에 대하여, 인민법원은 법에 따라 강제집행조치를 취할 권리가 있다. 《민사소송

법》과 《행정소송법》의 관련 규정에 따라 인민법원이 취할 수 있는 강제집행조치는 피집행자 예금의 조회·동결·이체(划拨), 피집행자의 수입과 예금의 압류·인출, 피집행자의 재산의 차압·압류·동결·경매·매각, 피집행자의 재산의 수사, 피집행자의 강제 주택이전·토지매각 등이 있다. 인민법원이 강제집행조치를 위법하게 취하고 또한 피집행자에게 손해를 야기한 경우, 국가는 반드시 배상책임을 부담해야 한다.

“위법집행”이란 상기 법률문서에 대한 집행조치의 위법으로 인하여 국민, 법인 및 기타 조직의 인신권과 재산권을 침해하는 경우를 말하는 것으로, 착오판결, 재정 및 기타 효력이 발생한 법률문서의 집행은 아니다.

“판결, 재정 및 기타 효력이 발생한 법률문서”란 상기 《해석》제4조 규정에 의하면 이미 효력이 발생한 판결, 재정, 민사재정결정, 조정, 지급명령, 중재재결, 강제집행효력이 있는 공증채권문서 및 행정처벌, 처리결정 등을 말한다.

집행착오는 다음과 같은 행위를 포함한다. 즉 i) 법률효력이 발생하지 않은 판결, 재정, 민사제재결정 등의 법률문서를 집행하는 경우, ii) 법률규정을 위반하여 우선 집행한 경우, iii) 소송이외의 자의 재산을 위법하게 집행하고 또한 재집행(執行回轉)이 불가능한 경우, iv) 신청금액과 범위를 명백하게 초과하였고, 재집행이 불가능한 경우, v) 집행과정에 차압·압류한 재산에 대하여 감독·관리 직책을 이행하지 않고 엄중하게 무책임하여 재물의 훼손·멸실을 야기한 경우, vi) 집행과정에 재물을 매각하고 합법적인 평가기구의 가격평가를 받지 않았거나, 반드시 경매해야 되지만 법에 따라 경매하지 않고 재물을 타인에게 강제적으로 매각한 경우, vii) 법률규정을 위반한 기타 상황 등이 있다.

(4) 민사·행정소송 중 사법업무인원의 권리침해 대한 배상

최고인민법원의 《인민법원의 〈중화인민공화국 국가배상법〉의 집행에 관한 약간의 문제에 대한 해석》제2조에서는 인민법원이 민사소송, 행정소송 과정에 《국가배상법》제15조 제4항, 제5항에서 규정한 행위를 실시할 경우, 형사배상절차를 적용하여 배상한다고 규정하고 있다. 따라서 여기서 말하는

기타 사법배상이란 다음의 상황을 포함한다. 즉 i) 인민법원 업무인원이 구타 등 폭력행위를 행하거나 타인을 교사하여 구타 등 폭력행위를 행함으로써 국민의 신체상해 또는 사망을 야기한 경우, ii) 인민법원 업무인원이 무기와 경찰장비를 위법하게 사용하여 국민의 신체상해 또는 사망을 야기한 경우 등이 있다. 사법 업무인원의 상기 위법행위에 대하여 국가는 반드시 배상책임을 부담해야 한다.

배상관련 손해범위는 상기 《해석》 제6조 규정에 따라 직접손실의 배상책임만 부담한다. 다수의 원인으로 야기된 손해에 대하여, 위법한 권리침해행위가 야기한 직접손실에 대하여서만 배상한다.

(5) 《국가배상법》의 배상범위와 《민법통칙》 제121조의 관계

《민법통칙》 제121조는 “국가기관 또는 국가기관 업무인원이 직무집행과정에서 국민, 법인의 합법적 권익을 침해하여 야기한 손해에 대하여 반드시 민사책임을 부담해야 한다.” 고 규정하고 있다. 동조가 《국가배상법》에서 규정한 배상범위의 제한을 받지 않는지 여부, 적용시 양자의 관계를 어떻게 처리하는지에 대하여, 《국가배상법》에서는 규정하지 않았다. 《민법통칙》 제121조에서는 국가배상제도의 구축에 실제적인 경험을 제공하였을 뿐만 아니라 《국가배상법》의 제정을 촉진하였으며, 현재 《국가배상법》에서 규정한 배상범위가 제한되어있는 상황에서 동조는 여전히 《국가배상법》의 시행에 대하여 보충적 역할을 하고, 국가배상범위의 확대를 위해 보다 넓은 실제적인 기초를 제공하고 있기 때문에, 이를 피해자가 국가배상을 받는 권리의 근거로 간주할 수 있다. 주의할 점은 동조의 적용범위는 국가배상법에서 배상범위에서 열거되지는 않았지만 배상책임을 부담하지 않는다고 명확하게 규정하지 않은 사항에 속한다는 점이다. 예컨대, 인민법원이 소송조직 과정에 소환장을 잘못 발송하여 타인의 사망을 야기한 경우, 《민법통칙》 제121조 규정을 적용하여 국가가 배상책임을 부담하도록 청구할 수 있다.

4. 국가가 배상책임을 부담하지 않는 상황

(1) 국가가 배상책임을 부담하지 않는 상황의 의의

세계 각국의 입법에서는 모두 사법배상책임의 범위를 제한하고 있지만, 그 제한은 대동소이하다. 중국 《국가배상법》 제17조에서는 국가가 형사배상책임을 부담하지 않는 6가지 유형의 사항을 구체적으로 규정하고 있고, 민사소송과 행정소송 중 국가가 배상책임을 부담하지 않는 상황에 대하여서는 규정하지 않았다. 동조는 “다음의 상황 중의 하나에 속할 경우, 국가는 배상책임을 부담하지 않는다. i) 국민 스스로 고의로 허위진술을 하거나 기타 유죄 증거를 위조함으로써 하여 구금되거나 형벌을 판결받은 경우, ii) 《형법》 제14조, 제15조 규정에 따라 형사책임을 부담하지 않는 자가 구금된 경우, iii) 《형사소송법》 제11조 규정에 따라 형사책임을 추궁받지 않는 자가 구금된 경우, iv) 국가의 수사, 검찰, 심판, 감옥관리 직권을 행사하는 기관의 업무인원의 직권행사와 무관한 개인행위, v) 국민의 자상(自伤), 자해(自殘) 등 고의행위로 인해 손해가 발생한 경우, vi) 법률에서 규정한 기타 상황” 이라고 규정하고 있다.²⁾

상기 6가지 상황에서, 국가가 배상책임을 부담하지 않는 성질은 일정한 차이가 있다. 그 중, 개인행위와 국민이 자상·자해 행위는 모두 국가배상의 구성요건에 부합되지 않고, 국가배상책임이 성립되지 않는 상황에 속한다. vi)의 상황은 개괄적인 규정으로, 실제로 국가가 배상책임을 부담하지 않는 상황의 확대에 유용한 조건을 제공하고 있다. 국민, 법인 또는 기타 조직의 합법적 권익의 보호에서부터 사법기관의 법 집행 수준의 향상에 이르기 까지, 법률에서 배상책임을 부담하지 않는다고 명확하게 규정하지 않은 경우에는, 국가는 반드시 배상책임을 부담해야 한다고 보고, 이러한 개괄적인 규정은 두어서는 아니 된다.

2) 《중화인민공화국 형법》 제14조는 이미 제17조로, 제15조는 제18조로 개정되었다. 1997년 3월 14일 전국인민대표대회에서 통과한 《중화인민공화국형법》 참조. 《중화인민공화국 형사소송법》 제11조는 이미 제15조로 수정되었다. 1996년 3월 17일 전국인민대표대회에서 통과한 《중화인민공화국 형사소송법》 참조.

(2) 국민의 고의적 허위진술 또는 기타 유죄증거의 위조로 인하여
구금·형벌 판결을 받은 경우

중국 《국가배상법》에서는 국민이 스스로 고의의 허위진술을 하거나 기타 유죄증거를 위조하여 구금되거나 형벌 판결을 받은 경우에 국가는 배상책임을 부담하지 않는다고 규정하고 있다. 《국가배상법》의 당해 규정의 이해를 위해서는 다음의 문제에 유의해야 한다.

1) 반드시 피해자 본인이 고의로 허위진술을 하거나 유죄증거를 위조한 경우여야 한다. 사법기관이 특정 국민의 위증으로 인해 착오로 구금하였거나 다른 한 국민을 착오로 판결한 경우, 국가의 형사배상책임은 면제할 수 없다.

2) 반드시 국민이 스스로 허위진술을 하거나 증거를 위조한 경우여야 한다. 피해자는 허위진술 시 또는 증거위조 시에 부정당한 목적을 지니고 있어야 한다. 사법기관 업무인원의 위협, 유인으로 이러한 행위를 한 경우, 국가의 위법행위에 해당되고 국가는 반드시 배상책임을 부담해야 한다.

3) 국민 자체의 과실로 인해 사법기관에 의해 구금된 경우, 국가는 배상책임을 면제할 수 없다. 국민이 무의식 간에 사법기관 및 그 업무인원을 오도하여 그가 유죄행위가 있다고 판단하게 하였고 고의가 아닌 경우, 《국가배상법》에서 규정하고 있는 배상책임을 부담하지 않는 조건에 부합하지 않는다.

4) 손해의 일부분은 피해자의 고의행위로 야기되고 일부분은 국가의 위법으로 야기된 경우, 국가는 일부 배상책임을 부담한다.

(3) 법률에서 형사책임을 부담하지 않도록 규정한 자가 구금된 경우

《국가배상법》 제17조 제2항, 《형법》 제17조, 제18조에 따라, 형사책임을 부담하지 않는 자가 구금된 경우, 국가는 배상책임을 부담하지 않는다. 《형법》 제17조에서는 “만16세인 자는 형사책임을 부담한다. 만14세 이상, 만16세 미만인 자가 고의로 살인하거나 고의로 상해를 가하여 사람을 중상 또는 사망에 이르게 한 경우, 강간, 강도, 마약판매, 방화, 폭발, 마약투입 등 죄를

범한 경우에는 반드시 형사책임을 부담해야 한다. 만14세 이상, 만18세 미만인 자가 죄를 범한 경우에는 반드시 경하게 처벌하거나 처벌을 경감하여야 한다. 만16 미만이어서 형사처벌을 내리지 않을 경우에는 그의 가장 또는 후견인에게 관리·교육을 명하고, 필요할 경우 정부가 교양할 수 있다.” 고 규정하고 있다. 제18조에서는 “정신병자가 자기 행위를 분별하지 못하거나 통제하지 못하여 야기한 위해결과에 대하여 법정 절차를 거쳐 감정·확인한 경우에 형사책임을 부담하지 않는다. 다만, 그의 가족 또는 후견인에게 엄격히 감시하고 치료하도록 명해야 한다. 필요한 경우 정부가 강제로 치료한다. 간헐적 정신병자가 정상인 상태에서 범죄를 행한 경우에는 반드시 형사책임을 부담해야 한다. 자기 행위를 분별·통제하는 능력을 완전히 상실하지 않은 정신병자가 범죄를 행한 경우에는 반드시 형사책임을 부담해야 한다. 다만, 경하게 처벌하거나 처벌을 경감할 수 있다. 술에 취한 자가 범죄를 행한 경우에는 반드시 형사책임을 부담해야 한다.” 고 규정하고 있다.

상기 규정에 따라 범죄행위를 실시하였으나 형사책임을 부담하지 않는 자는 다음과 같다. 즉 i) 범죄 시 만14세 미만인 자, ii) 만14세 이상, 만16세 미만인 자가 고의로 살인하거나 고의로 상해를 가하여 사람을 중상 또는 사망에 이르게 한 범죄, 강간, 강도, 마약판매, 방화, 폭발, 마약투입 범죄를 제외한 기타 죄를 범한 경우, iii) 자기 행위를 분별하지 못하거나 통제하지 못하는 정신병자가 자기 행위를 분별하지 못하거나 통제하지 못하는 상황에서 범죄를 행한 경우 등이 있다.

상기 3가지 부류의 행위자는 형사책임을 부담하지 않고 사법기관에 의해 형사책임을 추궁받고 또한 구금된 경우에 국가는 배상하지 않는다. 주의할 점은 최고인민법원의 《인민법원의 〈중화인민공화국 국가배상법〉 집행에 관한 약간의 문제에 대한 해석》 제1조에 따라, 범죄사실이 있지만 형사책임을 부담하지 않는 자가 구금된 경우 국가는 배상책임을 부담하지 않는다고 규정하였다는 점이다. 다만, 기소 후 인민법원에서 구역, 유기징역 및 사형 판결이 내려지고 또한 집행 완료된 상기 인원은 법에 따라 배상을 받을 권리가 있다. 판결확정 전에 구금된 기일에 대하여서는 법에 따라 배상하지 않는다. 다시 말하면, 범죄사실이 있지만 형사책임을 부담하지 않는 미성년자, 정

신병자에 대하여 판결확정 전에 구금된 경우에 국가는 배상책임을 부담하지 않는다. 다만, 기소 후 인민법원에서 구역, 유기징역, 사형 판결을 내리고 또한 집행이 완료된 경우에 국가는 여전히 법에 따라 배상해야 한다. 예컨대, 왕모씨가 절도로 체포되고 기소 뒤 법원에서 3년 유기징역 판결을 받았고, 심판감독절차를 거쳐 그가 범죄 시 만14세 미만이라고 판단된 경우에는 형사책임을 부담하지 않는다. 국가는 왕모씨가 판결로 인해 입은 손해에 대하여 법에 따라 배상해야 하고 판결확정 전에 구금된 기일에 대하여서는 법에 따라 배상하지 않는다.

(4) 《형사소송법》 제15조에 따라 형사책임을 추궁받지 않는 자가 구금된 경우

《국가배상법》 제17조 제1항 3호에서는 “형사소송법 제11조에 따라 형사책임을 추궁받지 않는 자가 구금된 경우”에 대하여 국가는 배상책임을 부담하지 않는다고 규정하고 있다. 형사소송법이 개정됨에 따라 당해 내용은 새로운 《형사소송법》 제15조에 규정되었다.

《형사소송법》 제15조에서는 “다음의 상황 중의 하나가 있을 경우 형사책임을 추궁하지 않고, 이미 추궁한 경우 반드시 사건의 취소, 불기소 또는 심리의 종결이나 무죄를 선고한다. 즉 i) 상황이 현저하게 경미하여 위해가 크지 않고 범죄로 인정되지 않을 경우, ii) 범죄가 이미 공소시효를 초과한 경우, iii) 특별사면(特赦令)을 거쳐 형벌이 면제된 경우, iv) 형법에 따라 고소(告訴)해야만 처리하는 범죄에 대하여 고소하지 않았거나 고소가 철회된 경우, v) 범죄피의자, 피고자가 사망한 경우, vi) 기타 법률에서 규정한 형사책임 추구를 면하는 경우”라고 규정하고 있다.

상기 6가지 상황 중에서 ii)와 iv) 및 vi)는 피해자가 범죄사실을 구비한 상황에 속하고 무죄구금배상원칙에 부합하지 않기 때문에, 국가는 배상책임을 부담하지 않는다. 다만, i)과 v)에 대하여 반드시 명확히 해야 한다. 죄형법정주의 원칙(罪刑法定原則)에 근거하여 상황이 경미하거나 위해가 크지 않아 범죄로 인정하지 않을 경우에는 《형법》규정에 따라 범죄에 해당하지 않고, 사법기관이 주관적으로 범죄에 해당하지 않는다고 인정하는 것은 아니

라고 이해해야 한다. 이에 대하여 최고인민법원은 사법답변 중에서 “상황이 현저하게 경미하고 위해가 크지 않아 범죄로 인정하지 않는다” 행위란 이러한 행위 자체가 이미 형법에 저촉되었고 범죄구성요건을 구비하였으나 그 “상황이 현저하게 경미하고 위해가 크지 않아” “범죄로 인정하지 않는다”를 말한다 고 수차례 지적하였다. 이러한 행위와 “범죄를 구성하지 않는다” 행위의 주요 구별은 전자는 형법 조정범위에 속하지만, 후자는 범죄구성요건을 구비하지 않기 때문에 일반적으로 위법행위에 속하고, 행정법규에서 조정한다는 것이다. 따라서 “상황이 현저하게 경미하고 위해가 크지 않다.”는 것과 “범죄를 구성하지 않는다.”는 것은 두 개의 상이한 개념으로서 혼동하여서는 아니 된다. 다만, 실제로 일부 사법기관은 상기 조항에 따라 법률을 피하고 원범죄가 구성되지 않아 형사책임을 추궁하지 말아야 할 자를 구금한 후 “상황이 현저하게 경미하고 위해가 크지 않다”는 이유로 형사책임을 추궁하지 않는다는 불기소결정을 내림으로써 무고한 사람이 구금된 후 신고할 절차가 없고 국가배상을 받을 수 없는 상황이 존재한다. 이에 대하여 입법기관은 반드시 관심을 가지고 당해 조항의 의미를 명확히 함으로써 사법배상의무기관이 이를 이유로 배상의무를 피하는 것을 방지해야 한다.

v)의 경우, 국가가 배상책임을 부담해야 하는지 여부는 반드시 상황을 구별하여 판단해야 한다. 피해자가 자상·자해행위 또는 본인의 체질 등 자연적인 원인으로 사망한 경우, 이는 사법기관이 위법행위를 행하지 않았음을 의미하기 때문에, 국가배상책임을 발생하지 않는다. 다만, 피해자가 사법기관이 형사고문, 폭력모욕, 위법하게 무기 또는 경찰장비를 사용하는 등 위법행위로 인해 사망한 경우에는 국가배상의 구성요건에 부합되므로 국가는 반드시 배상책임을 부담해야 한다.

(5) 사법기관 업무인원이 실시한 직권행사와 무관한 개인행위

국가의 수사, 검찰, 심판, 감옥관리 직권을 행사하는 기관의 업무인원이 실시한 직권과 무관한 개인행위가 국민, 법인의 손해를 야기한 경우, 국가는 배상책임을 부담하지 않고, 개인권리 침해행위를 실시한 사법인원 본인이 부담한다. 개인행위란 직무행위와 상대적인 개념으로서 보통 사법인원이 기관

업무인원 신분이 아닌 개인 명의로 실시한 행위를 말한다. 예컨대, 형사경찰 대대 대장이 이웃과 분쟁이 생겨 구타로 상해를 입힌 행위는 직권의 행사시 실시한 것이 아니기 때문에, 국가는 배상책임을 부담하지 않는다. 그 외, 개인행위는 직권을 이용하여 사리를 도모하는 행위, 직권범위와 직무행사 시간 외에 개인목적에 달하기 위하여 행하는 행위도 포함한다. 이러한 행위와 직권행사는 관련이 없으므로 모두 개인행위로 간주하고, 국가는 배상책임을 부담하지 않는다. 직권행위와 개인행위를 구분하는 표준은 다중적인데, 주로 행위인의 명의 또는 신분, 행위 시간, 지점, 개인이익 및 감정요소와의 연계 등을 포함한다.

(6) 국민의 자상·자해 등 고의행위로 인해 손해가 발생한 경우

《국가배상법》은 국민의 자상·자해 등 고의행위로 인해 손해가 발생한 경우, 국가는 배상책임을 부담하지 않는다고 규정하고 있다. 국민 자상·자해행위란 국민이 고의로 본인 신체에 대하여 실시한 상해행위를 말한다. 일부 국민은 형사소송의 수사, 검찰, 심판 및 복역기간에 구금 해제, 노동 회피 및 기타 개인원인으로 본인 신체를 고의로 상해하는데, 이러한 자상·자해행위로 인해 신체가 상해를 입거나 사망한 경우, 개인의 고의행위가 야기한 것이고 국가 사법기관 업무인원의 위법행위가 야기한 것이 아니기 때문에, 국가는 배상책임을 부담하지 않는다.

다만, 국민의 자상·자해가 사법인원의 형사고문 또는 구타, 위협, 괴롭힘 등 행위로 국민이 인내하기 어려워 자살로 사망하거나 자살미수로 신체가 상해를 입은 경우, 이러한 결과는 국민이 고의로 자상·자해한 경우에 속하지 않으므로 국가는 반드시 그 손해에 대하여 배상책임을 부담해야 한다.

(7) 법률에서 규정한 국가가 배상책임을 부담하지 않는 경우

이는 《국가배상법》 외의 기타 법률규정에 따라 국가가 배상책임을 부담하지 않는 상황이다. 여기서 말하는 법률이란 전국인민대표대회 및 그 상무위원회에서 제정한 규범성 문서를 가리킨다. 《국가배상법》이 이렇게 규정한 목적은 향후 국가형사배상책임의 면책범위의 확장을 위해 여지를 두기 위해

서이다. 현재 상황에서 《민법통칙》 등 법률 규정으로부터 볼 때, 불가항력, 정당방위, 긴급피난, 제3자 과실 등이 손해를 야기한 경우에는 국가배상책임을 면제할 수 있다.

제 3 절 사법배상청구인과 사법배상의무기관

1. 사법배상청구인

(1) 사법배상청구인의 개념과 특징

사법배상 청구인이란 인신권과 재산권이 위법한 사법행위로 인해 침해를 받은 경우, 법에 따라 국가배상 청구권을 향유하는 자를 말하는데, 국민, 법인 및 기타 조직이 포함된다. 이 개념은 주로 두 가지 측면의 의미를 포함하고 있다.

1) 사법배상 청구인은 인신권과 재산권이 위법한 사법행위로 인해 침해를 받은 국민, 법인 및 기타 조직이다. 여기에서 위법한 사법행위란 《국가배상법》 제15조, 제16조 및 제31조에서 규정한 사법기관 및 그 업무인원이 직권을 행사하는 과정에 실시한 위법행위를 가리킨다. 예컨대, 형사소송에서의 구류착오, 체포착오, 판결착오, 민사소송과 행정소송에서 위법하게 채택된 소송방해를 배제하는 강제조치, 보전조치, 집행조치 등이 있다. 인신권과 재산권이 받은 손해란 인신 상해 또는 사망, 재산 훼손 또는 멸실을 야기하는 경우를 말하는데, 예컨대, 구류착오, 체포착오로 인해 인신의 자유가 불법하게 박탈된 경우, 형사고문과 폭력·구타행위로 인해 생명건강권이 손해를 받은 경우, 위법한 판결로 인한 벌금, 재산몰수에 의해 재산소유권이 박탈된 경우가 있다.

2) 사법배상 청구인은 법에 따라 사법배상 청구권을 향유하고 있는 국민, 법인 또는 기타 조직을 말한다. 법에 따라 배상청구권을 향유한다는 것은 국민이 반드시 법정 조건을 구비할 경우 국가를 상대로 배상을 청구할 권리가 있다는 것을 말한다. 《국가배상법》의 관련 규정에 따라, 사법배상 청구인은

원시적 청구인과 승계적 청구인으로 나뉜다. 전자는 피해를 입은 국민, 법인 또는 기타 조직이고, “피해”란 사법배상 청구권을 향유하는 조건을 말한다. 후자는 전자의 주체자격이 소멸된 후, 전자의 배상청구권을 승계한 국민, 법인 또는 기타 조직으로, 원시적 청구인과 승계·부양 법률관계가 있거나 원시적 청구인의 권리승계가 사법배상 청구권 획득의 조건인 경우이다.

행정배상 청구인에 비교하면, 사법배상 청구인의 특징은 다음과 같다.

1) 사법배상 청구인과 행정배상 청구인은 상이한 성질의 국가권력이 각자 운영하는 특정 범위내에서 발생된다. 사법배상 청구인은 위법한 사법행위로 인해 인신권과 재산권이 침해를 받아 법에 따라 국가배상 청구권을 소유하고 있는 국민, 법인 또는 기타 조직을 말하고, 행정배상 청구인은 위법한 행정행위로 인해 인신권과 재산권이 침해를 받아 법에 따라 국가배상 청구권을 소유하고 있는 국민, 법인 또는 기타 조직을 말한다.

2) 행정배상 청구인은 구제신청한 상이한 절차에 따라 상이한 명칭을 가지고 있는데, 사법배상 청구인의 명칭은 시종 동일하다. 행정배상분쟁이 행정소송절차(행정배상소송 포함)와 행정심판절차를 통해 모두 해결될 수 있기 때문에, 행정배상 청구인은 상이한 배상절차에 따라 “행정소송의 원고” 또는 “행정심판의 신청인”이 될 수 있는데, 이는 행정배상 청구인의 상이한 절차 중의 상이한 법률지위와 이에 상응하는 권리에서 완벽한 구제수단이 있음을 보여준다. 사법배상은 비소송적인 재심절차와 결정절차가 적용되기 때문에, 시종 한 가지 명칭만 갖게 되는데, 이는 사법배상의 배상청구인이 충분한 구제수단이 없음을 말해준다.

(2) 사법배상 청구인의 확인

사법배상 청구인의 확인에 관해, 《국가배상법》 제18조에서는 “배상청구인의 확정은 동 법 제6조 규정에 근거한다.” 고 규정하고 있다. 《국가배상법》의 배상청구인의 확정에 관한 일반 표준에 근거하여 민사·행정소송 중의 국가배상청구인도 《국가배상법》의 행정배상 청구인 관련 규정에 따라 확정

할 수 있다. 즉 “피해를 입은 국민, 법인 또는 기타 조직은 배상을 요구할 권리가 있다. 피해를 입은 국민이 사망한 경우, 그 승계인과 기타 부양관계가 있는 친족은 배상을 요구할 권리가 있다. 피해를 입은 법인 또는 기타 조직이 종료된 경우, 그 권리를 승계받은 법인 또는 기타 조직은 배상을 요구할 권리가 있다.”

2. 사법배상 의무기관

(1) 사법배상 의무기관의 개념과 특징

사법배상 의무기관이란 국가배상에서 국가를 대표하여 배상청구를 접수하고 구체적으로 배상의무를 부담하며 배상비용을 지급하는 국가기관을 말한다.

배상의무기관의 특징은 주로 다음과 같은 두 가지 면에서 표현된다. 즉 i) 사법배상 의무기관은 국가를 대표하여 사법배상의무를 이행한다. 사법배상은 본질적으로 국가 자체의 책임이지만, 국가는 추상적인 정치적 실체로서, 피해자가 당해 추상적인 실체에 구체적인 배상책임을 이행할 것을 직접 청구할 수 없기 때문에, 반드시 국가를 구성한 각 구체적인 기관에 배상의무를 부담할 것을 청구해야 한다. 배상의무를 부담하는 기관이 곧 사법배상 의무기관이다. 어느 기관에서 구체적인 사법배상의무를 부담하는지에 대하여서는 후술한다. ii) 사법배상 의무기관의 확인이 복잡한 점은 주로 형사배상 영역에서 표현된다. 민사·행정소송에서 인민법원이 유일하게 사법권을 행사하는 주체로서, 사법배상 의무기관을 확정하기 쉽다. 형사소송에서 공안기관은 형사사건에 대한 수사, 구류, 체포집행, 예비심문을 담당하고, 인민검찰원은 검찰, 체포승인, 검찰기관이 직접 수리한 사건에 대한 수사 및 공소 제기를 담당하며, 인민법원은 심판을 책임진다. 이러한 각자의 담당업무와 동시에 상호 협력과 통제라는 제도적 설계로 인해, 특정 손해가 형성되는 것은 여러 요소가 동시에 작용한 것으로서 어느 한 기관만의 위법행위가 야기한 것이 아니다. 따라서 《국가배상법》 제19조 및 최고인민법원의 관련 사법해석은 상이한 상황을 구분하여 배상의무기관의 확인에 대하여 자세하게 규정하고 있다.

(2) 사법배상 의무기관의 확인

《국가배상법》 제19조 제1항에서는 “국가의 수사, 검찰, 심판, 감옥관리 직권을 행사하는 기관 및 그 업무인원이 국민, 법인 또는 기타 조직의 합법적 권익에 손해를 야기한 경우, 당해 기관이 배상의무기관이다” 라고 규정하고 있다. 이는 형사배상 의무기관에 대한 일반적 규정이다. 즉 사법기관이 권리를 침해할 경우 당해 기관이 배상의무기관이 되고, 사법업무인원이 권리를 침해할 경우 당해 업무인원 소재의 사법기관이 배상의무기관이 된다. 따라서 형사배상에서 배상의무기관은公安기관, 검찰기관, 심판기관 및 감옥관리기관등이 있는데, 구체적으로는公安국, 검찰원, 법원, 감옥 등으로 표현된다.

《국가배상법》 제31조에서는 인민법원이 민사·행정소송에서 위법하게 소송을 방해하는 강제조치와 보전조치를 위하여 또는 판결, 재정 및 기타 효력이 발생한 법률문서를 착오집행하여 야기한 손해에 대하여 국가배상책임을 규정하였지만, 배상의무기관을 어떻게 확정할 지에 대해서는 명확하게 규정하지 않았다. 《국가배상법》 제7조 제1항 및 제19조 제1항 중의 배상의무기관 확정에 관한 일반적 원칙과 결합하여, 권리를 침해한 인민법원과 권리를 침해한 법원의 업무인원 소재의 인민법원이 배상의무기관이다. 이하 《국가배상법》 제10조 규정, 최고인민법원에서 반포한 사법해석 중의 규정 및 답변 중에서 명시된 법률견해와 결합하여, 사법배상의무기관의 구체적인 인정에 대하여 설명하기로 한다.

1) 범죄사실이 없거나 범죄의 중대한 혐의를 증명할 수 있는 사실이 없는 자를 착오로 구류한 경우, 구류결정을 내린 기관이 배상의무기관이다. 중국 《형사소송법》 제3조, 제152조 및 제225조 규정에 따라, 형사소송에서 수사권을 행사하는 기관은公安기관, 국가안전기관, 군대보위부문(军队保卫部门) 및 검찰기관이 있고, 상기 기관은 범죄수사과정에서 모두 구류결정을 내릴 수 있다. 따라서 상기 임의의 기관중 하나가 형사소송에서 잘못된 구류결정을 내려 피해자의 합법적 권익을 침해한 경우, 배상의무기관이 된다. “범죄사실이 없거나 범죄의 중대한 혐의가 있음을 증명하는 사실이 없다”는 것은

범죄사실 또는 범죄의 중대한 혐의를 증명하는 증거가 없다는 것을 말하고, 일정한 증거가 없지만 범죄사실 또는 범죄의 중대한 혐의를 증명하기에는 불충분한 상황을 말한다.

이 외에도, 검찰기관이 자체 수사한 사건에 대하여, 수사과정에 구류결정을 내리지 않고 공안기관이 행정강제조치로서 피해자의 인신자유를 제한하도록 요청한 경우, 당해 공안기관이 배상의무기관이 되는 것이 아니라 검찰기관의 요청에 따라 채택한 행정강제조치는 검찰기관이 내린 착오구류결정으로 간주되어, 검찰기관이 배상의무기관이 된다.

2) 범죄사실이 없는 자를 착오로 체포한 경우, 체포결정을 내린 기관이 배상의무기관이다. 《형사소송법》 제59조에서는 “범죄피의자, 피고인을 체포할 경우, 반드시 인민검찰원의 승인 또는 인민법원의 결정을 거쳐 공안기관이 집행해야 한다.”고 규정하고 있다. 동시에 《형사소송법》 제132조에서는 “인민법원이 직접 수리한 사건이 체포조건에 부합되어 범죄피의자를 체포할 필요가 있을 경우, 인민검찰원이 결정을 내리고 공안기관이 집행한다.”고 규정하고 있다. 따라서 형사소송에서 인민검찰원과 인민법원만이 체포결정을 내릴 수 있다. 상기 규정에 따라, 인민법원이 범죄사실이 없는 자에 대하여 착오로 체포결정을 내린 경우, 친고사건에서의 인민법원이 배상의무기관이다. 검찰기관이 착오로 체포승인을 내리거나 자체 수사사건에서 착오로 체포결정을 내린 경우, 검찰기관이 배상의무기관이다. 상황이 어떠한지와 관계없이, 체포를 집행하는 공안기관은 모두 배상의무기관이 아니다. 또한 검찰기관이 착오로 체포를 승인한 사건에서 최종적으로 피해자를 침해한 결정을 검찰기관이 내린 경우, 배상의무기관의 사후확정원칙에 따라, 공안기관은 그 전에 착오구류로 인해 야기한 침해에 대하여 배상의무를 부담하지 않는다. 이외에, “범죄사실이 없다”는 것은 피고인의 유죄를 증명하는 충분한 증거가 없다는 것을 말한다. 특정 국민에게 범죄의 중대한 혐의를 증명하는 일정한 증거가 있지만 유죄가 요구하는 증거표준에 도달하지 못한 경우에도 “범죄사실이 없다”는 경우에 해당한다.

3) 재심에서 원심판결을 파기하고 무죄판결을 내린 경우, 효력이 발생한 원심판결을 내린 인민법원이 배상의무기관이다. 최고인민법원의 《〈중국국가배상법〉의 집행에 관한 몇 가지 문제의 해석》(1995년 5월 6일) 제5조에서는 “1심 인민법원이 판결을 내린 후 피고인이 상소하지 않고 인민검찰원이 항소하지 않아 판결이 법률효력을 발생한 경우, 1심 인민법원이 배상의무기관이고, 피고인이 상소하거나 인민검찰원이 항소하고 2심 인민법원이 1심 판결을 유지하거나 1심 인민법원의 판결에 대하여 변경(改判)한 경우, 2심 인민법원이 배상의무기관이다.” 라고 규정하고 있다.

4) 2심에서 무죄로 변경한 경우, 1심 인민법원과 체포결정을 내린 기관이 공동배상 의무기관이다. 사법기관이 이미 체포결정을 내렸고 1심 인민법원에서 유죄판결을 내린 경우, 피고인은 상소할 권리가 있다. 2심에서 무죄로 변경한 것은 1심 판결에 착오가 있음을 설명하고 비록 아직 효력을 발생하지 않았기에 형벌의 집행착오로 야기된 손해는 존재하지 않지만 국민의 구금시간 연장을 야기한다. 당해 손해는 공소를 제기한 검찰원과는 무관하고, 1심 법원에서 이에 대하여 반드시 책임져야 한다. 동시에 구금착오는 검찰기관의 착오체포결정에서 야기되고, 1심 판결 전에 피해자가 구금착오로 인해 인신권이 손해를 받은 것은 법원과 무관하기 때문에 검찰기관이 반드시 배상해야 한다. 이러한 상황에서 체포결정을 내린 기관과 유죄판결을 내린 법원은 손해에 대하여 모두 책임을 부담한다. 따라서 《국가배상법》은 이러한 상황에서 체포결정을 내린 기관과 1심 인민법원을 공동배상 의무기관으로 규정하였고, 배상청구인은 그 중 임의의 기관을 배상의무기관으로 선택하여 배상청구를 제기할 수 있다.

최고인민법원, 최고인민검찰원의 《인민법원, 인민검찰원의 공동배상사건의 처리에 관한 약간 문제의 해석》(1997년 6월 17일) 제1조에서는 체포의 승인과 공소를 제기한 검찰원이 인민검찰원이 아닌 경우, 공동배상 의무기관은 공소를 제기한 인민검찰원이라고 규정하고 있다. 최고인민법원의 《형사소송 피고인이 1심에서 유죄로 판결되고 2심에서 원심판결을 파기하여 1심으로 환송한 후 무죄판결이 내려진 경우, 배상의무기관의 확정방법에 관한 답변》

(1998년 9월 2일)에서 명시한 법률적 견해에 따라, 1심에서 무죄로 판결하고 2심에서 원심판결을 파기하고 1심에 환송한 후 또 무죄판결이 내려진 경우, 새로 내려진 1심 판결은 2심 절차에서 내려진 것으로 간주하여 1심 판결을 내린 인민법원과 공소를 제기한 인민검찰원이 공동배상 의무기관이다. 이외에, 최고인민법원의 《1심에서 유죄로 판결하고 2심에서 원심판결을 파기하고 1심에 환송한 후 공안기관이 다시 보충수사를 하여 공안기관에 의해 불기소 결정을 내려진 경우, 배상의무기관의 확정방법에 관한 문제에 대한 답변》(1999년 8월 27일)에서는 상기 상황 하에서도 1심 판결을 내린 법원과 공소를 제기한 인민검찰원이 공동배상 의무기관이 되어야 한다고 규정하고 있다.

1심에서 무죄판결이 내려지든지 또는 2심에서 무죄로 변경되든지에 관계 없이, 착오체포의 결정을 내린 기관이 모두 배상의무기관이다. 다만, 그 전에 구류결정을 내린 기관은 모두 배상의무기관이 아니다. 중요한 점은 구류조건과 체포 및 판결 조건의 차이가 매우 커서, 기소 및 심판단계의 표준으로 수사기관을 요구할 수 없기 때문에, 이런 상황에서 구류결정을 내린 기관은 배상의무기관이 아니라는 것이다.

사례 3 : A현 인민법원은 뇌물수수죄로 천(陈) 모씨에게 유기징역 7년의 판결을 내렸는데, 천 모씨는 이에 불복하여 상소를 제기하였다. 市중급 인민법원은 심리를 거쳐 원심판결의 사실이 불분명하고 증거가 부족하다고 간주하여 원심법원에 환송하여 다시 판결하도록 하였다. 원심법원은 심리를 거쳐 현 인민검찰원에 환송하여 보충수사를 요청하였다. 현 인민검찰원은 보충수사를 통해 천 모씨의 범죄구성증거가 부족하다고 간주하여 불기소결정을 내렸다. 천 모씨가 국가배상청구를 제기하였는데, 본 사건의 배상의무기관은 어느 기관이 되어야 하는가?

무죄로 판결이 변경되거나 불기소결정이 내려지는 등 무죄의 사법결정이 2심 절차에서 내려진 경우, “2심에서 무죄로 변경”되는 경우에 부합된다. “2심”에서 강조하는 것은 2심 절차에서 진행되었다는 점이고, 2심 법원이 내린 무죄판결만 말하는 것이 아니다. 2심법원이 무죄로 판결하든, 원심판결을 파기하고 환송하여 다시 심리하든지 또는 1심법원에서 무죄판결을 내렸거나

검찰기관에서 불기소결정을 내린 경우에 관계없이, 모두 2심 절차에서 무죄로 변경되었다는 것을 의미한다. 배상의무기관은 반드시 1심 판결을 내린 법원과 체포결정을 내린 검찰기관이 되어야 한다.

5) 인민법원이 민사·행정소송에서 위법하게 소송을 방해하기 위한 강제조치와 보전조치를 취하였거나, 판결, 재정 및 기타 효력이 발생한 법률문서를 착오로 집행하여 손해를 야기한 경우에, 당해 행위를 한 인민법원은 배상의무기관이다. 민사소송과 행정소송에서 인민법원은 사법권을 행사하는 유일한 주체이고, 인민법원이 위법하게 소송을 방해하기 위한 강제조치, 보전조치를 취하거나 착오집행으로 손해를 야기한 경우, 당해 인민법원은 유일한 사법배상의무기관이다. 위임집행의 상황에서 위임받은 인민법원이 판결, 재정 또는 기타 효력이 발생한 법률문서를 집행하면서 야기한 손해에 대하여 어떻게 배상의무기관을 확정해야 하는가? 《국가배상법》과 최고인민법원의 관련 사법해석에서는 이에 대하여 규정하지 않고 있다. 본 서에서는 이 상황에 대하여 반드시 구체적으로 분석해야 한다고 본다. 집행위임을 받은 인민법원이 엄격하게 위임받은 판결, 재정 및 기타 법률문서에 따라 집행하면서 손해가 발생할 경우, 집행을 위임한 인민법원이 배상의무기관이다. 집행위임을 받은 인민법원이 취한 집행조치가 위법하게 손해를 야기한 경우, 집행위임을 받은 인민법원은 배상의무기관이다.

6) 사법업무인원이 위법하게 직권을 행사하여 국민, 법인 또는 기타 조직의 인신권, 재산권에 손해를 야기한 경우, 당해 업무인원 소재의 기관이 배상의무기관이다.

《국가배상법》 제15조, 제16조 관련 규정에 따라 형사배상에서 사법기관 업무인원이 형사고문 또는 구타 등 폭력행위거나 타인을 교사하여 구타 등 폭력행위를 하게 함으로써 국민의 신체상해 또는 사망을 야기한 경우, 무기와 경찰장비를 위법하게 사용하여 국민의 신체상해 또는 사망을 야기한 경우, 위법하게 재산에 대하여 차압, 압류, 동결, 추징 등 조치를 취한 경우, 당해 사법업무인원 소재의 기관이 배상의무기관이다. 이외에, 최고인민법원의 《인민법원의 〈중화인민공화국 국가배상법〉의 집행에 관한 몇 가지 문제의

해석》(1996년 5월 6일) 제2조 규정에 따라, 인민법원의 사법업무인원은 민사소송, 행정소송에서 구타 등 폭력행위 또는 타인을 교사하여 구타 등 폭력행위를 하게 함으로써 국민의 신체상해 또는 사망을 야기한 경우, 무기와 경찰장비를 위법하게 사용하여 국민의 신체상해 또는 사망을 야기한 경우, 당해 사법 업무인원 소재의 인민법원이 배상의무기관이라고 규정하고 있다.

제 4 절 사법배상절차

1. 사법배상절차 개요

사법배상절차란 국민, 법인 또는 기타 조직이 사법배상청구권을 행사하여 관련 국가수사, 검찰, 심판, 감옥관리기관의 사법배상책임을 확인 및 이행하도록 요구하는 절차를 말한다. 사법배상절차는 국가사법배상제도의 중요한 구성부분으로서, 피해자가 사법배상청구권을 실현하는 유리한 보장이다. 사법배상절차는 일반적으로 피해를 입은 국민, 법인 또는 기타 조직에서 청구를 제기하는 것으로 개시된다. 배상청구는 반드시 배상의무를 부담하고 있는 관련 국가기관에서 제기한다. 사법배상절차는 관련 국가기관에서 사법배상책임을 확인 및 이행하는 절차이다. 사법배상절차규정은 관련 국가기관이 사법배상책임을 확인하는 행위 및 배상의무기관이 배상책임을 이행하는 행위규범을 명확히 하였고, 피해자가 신속하게 배상을 받도록 절차적인 보장을 제공하였을 뿐만 아니라, 관련 국가기관이 신속하게 사건을 해결하고 권리·의무관계를 가급적으로 신속하게 확정하도록 보장하였다.

2. 사법배상확인절차

행정배상절차에서 단독적으로 또는 동시에 배상청구를 청구하는 두 가지 경우로 나뉘는 것과 달리, 《국가배상법》에서 규정한 사법배상절차는 단독적으로 배상청구를 제기하는 한 가지 경우에 한한다. 따라서 권리침해행위의 확인절차는 사법배상절차의 최초 절차이다.

사법배상청구인이 사법배상청구를 제기할 경우, 반드시 법정 사법손해사실, 즉 사법기관이 법에 따라 구류착오, 체포착오, 판결착오 및 기타 위법한

직권의 행사로 인한 손해사실이 발생하였음을 확인하는 것이 전제조건이다. 사법권리 침해행위를 확인하는 경로는 주로 다음과 같다.

① 구류착오.公安기관, 안전기관(安全机关) 등 수사권을 행사하는 기관에서 석방증명의 방식으로 자체 인정하거나 인민검찰원이 체포불승인 결정으로 확인한 경우, 석방증명과 체포불승인 결정 자체가 바로 구류착오의 증명이다.

② 체포착오. 인민검찰원이 스스로 인정하거나 인민법원이 내린 무죄판결로 확인한다.

③ 판결착오. 인민법원이 심판감독절차를 거쳐 무죄판결로 확인한다.

④ 형사고문 등 폭력행위 또는 무기와 경찰장비를 위법하게 사용하여 상해 또는 사망효과를 야기한 경우, 그 손해사실은 상기 위법행위를 실시한 업무인원 소재의 기관 또는 그 상급 기관에서 확인할 수 있다. 피해자가 제시한 상황에서는 인민법원자체도 확인할 수 있다. 배상의무기관이 확인을 거부한 경우, 실제로 배상거부를 의미하고, 피해자는 재심을 신청할 수 있다.

⑤ 사법기관이 위법하게 재산을 압류, 동결, 차압, 추징하거나 위법하게 소송을 방해하기 위한 강제조치, 보전조치를 취하거나 또는 효력이 발생한 법률문서를 착오로 집행하여 손해를 야기한 경우, 당해 행위를 한 기관 또는 그 상급기관이 확인한다.

(1) 인민검찰원의 사법배상확인절차

《인민검찰원 형사배상업무 잠정규정》(1997년 11월 18일 공포, 시행)의 규정에 근거하여 인민검찰원이 형사배상사건을 처리하는 과정에 위법을 확인하는 절차규칙은 다음과 같다.

1) 위법확인의 간주하는 경우

이러한 상황에서, 피해자는 단독으로 확인신청을 제기할 필요가 없고, 확인절차도 단독으로 진행될 필요가 없다.

다음의 법률문서 또는 증명 서류가 있을 경우, 반드시 배상이 청구된 권리 침해사항이 이미 법에 따라 확인된 것으로 간주된다.

① 인민검찰원의 구류취소결정서, 체포취소결정서, 사건취소결정서, 불기소결정서, 재수사수정결정서 등 법률문서 또는 공안기관의 사건취소 석방증명서, 인민법원이 무죄선고하고 이미 법률효력이 발생한 판결, 재정서 등 법률문서.

② 검찰기관 업무인원이 직권행사과정에 형사고문 또는 구타 등 폭력행위를 행하거나 타인을 교사하여 구타 등 폭력행위를 하도록 하는 경우 및 무기와 경찰장비를 위법하게 사용하여 국민의 신체상해·사망을 야기한 경우 처리결정을 내린 문서.

③ 재산 차입, 압류, 동결, 추징 등 조치가 위법함을 인정하는 문서.

2) 확인신청의 수리

인민검찰원은 내부 업무분장에 따라 관련 업무부문에서 확인신청을 접수하고, 권리침해사실 존재여부에 대한 의견을 제기하여, 형사배상업무사무실로 이송한다. 형사배상업무사무실은 심사를 거쳐 검찰위원회에 보고하여 결정된 후, 《형사확인서》를 작성하여 배상청구인에게 송달한다.

3) 제소

배상청구인은 인민검찰원이 요청된 사항에 대하여 확인하지 않을 경우, 상급 인민검찰원에 제소할 수 있다. 확인되지 않은 제소에 대하여, 상급 인민검찰원은 자체 재조사를 할 수도 있고, 하급 인민검찰원에서 재조사하도록 명할 수도 있다. 확인되지 않는 제소에 대하여 재조사를 통해 침해사실이 존재를 인정한 경우, 확인을 부여한다. 만약 그렇지 않은 경우에는 제소를 기각한다.

배상이 청구된 권리침해사항이 법에 따라 확인된 후, 배상의무를 부담하는 인민검찰원은 반드시 《국가배상법》 및 관련 규정에 따라 적절하게 처리해야 한다.

(2) 인민법원의 사법배상확인절차

《최고인민법원의 인민법원의 국가배상확인사건 심리에 관한 약간의 문제에 대한 규정(시행)》(2004년 8월 10일 공포, 2004년 10월 1일 시행)에 근거하여,

인민법원이 권리침해행위의 실시를 확인절차에서 주요 문제는 다음과 같다.

1) 관할

확인신청은 사법행위를 행한 인민법원이 수리한다. 다만, 기층인민법원의 사법행위가 위법함을 확인하는 사건의 신청은 중급인민법원에서 수리한다.

2) 입안

인민법원이 확인신청을 수리하는 일반적인 조건은 다음과 같다. 즉 i) 확인신청인은 반드시 《국가배상법》 제18조에서 규정한 국가배상청구인 자격을 구비해야 한다. ii) 구체적인 확인청구와 손해사실 및 이유가 있어야 한다. iii) 확인신청인의 확인신청은 반드시 사법행위가 발생한 날 또는 사법행위의 발생을 알게 된 날 또는 알 수 있는 날로부터 2년 이내에 제기해야 한다. iv) 확인신청을 수리한 인민법원의 관할범위에 속해야 한다.

다음의 상황 중의 하나에 해당하는 확인신청에 대하여는 수리하지 않는다. 즉, i) 법에 따라 반드시 심판감독절차를 통해 제소하거나 재심을 신청한 경우, ii) 신청사항이 사법기관에서 이미 입안(立案)되어 조사처리 중인 경우, iii) 인민법원의 업무인원의 행위가 직권행사와 무관한 경우, iv) 《민사소송법》 제214조에서 규정한 상황에 속하지 않는 경우, v) 법에 따라 확인범위에 속하지 않는 기타 상황 등이 있다.

인민법원은 반드시 확인신청을 받은 날로부터 7일 이내에 입안 여부에 대하여 결정해야 한다. 입안심사 시, 관련 증거의 부족을 발견할 경우, 확인신청인에게 7일 이내에 보충하도록 통지할 수 있다.

확인신청인이 수리불가 결정에 불복할 경우, 수리불가결정서를 받은 날로부터 15일 이내에 상급 인민법원에 재심신청을 할 수 있다. 직속 상급 인민법원은 반드시 재심신청을 받은 날로부터 30일 이내에 수리여부에 대한 결정을 해야 한다.

3) 심리

주요 규칙은 다음과 같다. i) 합의부(合議庭). 인민법원은 확인사건 심리 시 반드시 합의부를 구성해야 한다. ii) 심리방식. 합의부는 서면심리를 진행

하거나 청문을 진행하여 결정한다. 상급 인민법원이 확인사건 심리 시 청문을 진행할 경우, 하급 인민법원은 반드시 청문에 참가해야 한다. 신청인이 정당한 사유없이 청문에 참가하지 않을 경우, 확인신청을 철회한 것으로 간주된다. 사법행위를 한 原원민법원은 그의 행위의 적법성에 대하여 설명할 의무가 있다. iii) 기한. 인민법원이 확인사건 심리 시 반드시 수리통지서 송달일로부터 6개 이내에 재정을 해야 한다. 기한을 연장할 필요가 있을 경우, 본 원 원장의 승인을 거쳐 3개월 연기할 수 있다.

4) 재정

인민법원은 직권의 위법행사에 대하여 확인 또는 확인하지 않을 경우, 반드시 재정서(裁定书)를 작성해야 한다. 위법을 확인할 경우, 반드시 동시에 원 위법재결도 취소해야 한다. 인민법원이 본원 사법행위가 위법한지 여부에 대하여 내린 재정서에는 원장이 서명을 하고, 상급 인민법원이 하급 인민법원의 사법행위가 위법한지 여부에 대하여 내린 재정서에는 합의부가 서명해야 한다.

5) 제소

인민법원이 확인신청을 수리한 후 심리기한이 지나도록 재결하지 않은 경우, 신청인은 기한 만료 후 30일 이내에 상급 인민법원에 서면으로 제소할 수 있다. 상급 인민법원은 반드시 확인 제소장을 받은 날로부터 3개월 이내에 하급 인민법원에 제한기간 내에 재정을 하거나 자체 심리를 하도록 명할 수 있다. 자체 심리를 연기할 필요가 있을 경우, 본원 원장의 승인을 거쳐 3개월 연기할 수 있다.

최고인민법원이 각급 인민법원, 상급 인민법원이 하급 인민법원에서 내린 확인재정에 확실하게 착오가 있다고 인정할 경우, 직접 확인할 수도 있고, 하급 인민법원 또는 기타 동급 인민법원에 다시 확인하도록 명할 수도 있다.

3. 사법배상처리절차

(1) 사법배상처리절차의 의미

사법배상처리절차란 사법배상의무기관이 피해자의 배상청구를 수리·처리하는 절차를 말한다. 중국 《국가배상법》에서는 배상청구인이 배상을 요구할 경우 우선 배상의무기관에 제기하여 배상의무기관에서 우선 처리하고, 배상의무기관의 재결에 불복하거나 배상의무기관이 기한이 지나도록 배상하지 않을 경우, 재심신청을 할 수 있다고 규정하고 있다. 배상의무기관에서 우선 처리하면 위법행위를 실시한 배상의무기관에게 자체 착오를 수정할 기회를 한번 제공할 수 있다. 동시에 배상의무기관이 사건 상황을 더욱 잘 이해하기 때문에 우선적으로 처리하면 보다 편리하고 신속하게 청구자에게 편의를 제공할 뿐만 아니라 배상도 신속하게 해결함으로써 당사자의 합법적 권익이 효과적으로 보호를 받을 수 있다.

1) 사법배상확인절차

《국가배상법》 제20조에서는 “배상의무기관이 법에 따라 동법 제15조, 제16조에서 규정한 상황 중의 하나에 해당함을 확인할 경우 반드시 배상해야 한다. 배상청구인이 배상을 요구하면 반드시 우선 배상의무기관에 제기해야 한다.”고 규정하고 있다. 따라서 청구인이 사법배상청구를 제기하면, 반드시 법정 사법손해사실, 즉 사법기관이 법에 따라 구류착오, 체포착오, 판결 착오 및 기타 위법하게 직권을 행사한 손해사실의 확인을 전제로 한다.

사법배상에서 사법권리 침해행위의 위법확인 은 반드시 상이한 상황에 근거하여 각기 진행해야 한다. 사법기관이 형사소송에서 권리침해행위에 대하여 확인하는 것은 다음과 같은 상황을 포함한다.

① 구류착오

국민이 구류된 후 범죄사실이 없거나 또는 사실이 불분명하고 증거부족으로 인하여公安기관, 안전기관 등 수사권 행사기관이 구류하지 말아야 함을 발견하고 석방증명을 발급하거나 인민검찰원에서 체포불승인 결정을 내려진 후 석

방할 경우, 석방증명과 체포불승인 결정이 바로 구류착오에 대한 확인이다.

② 체포착오

범죄피의자가 범죄사실이 없거나 또는 사실이 불분명하고 증거부족으로 인하여 인민검찰원에서 체포취소, 사건취소 결정을 내려진 경우, 기소과정에서 내린 불기소결정은 체포착오에 대한 확인이고, 인민법원이 내린 체포취소 결정 및 무죄판결은 체포착오에 대한 확인이다.

③ 착오판결

인민법원의 이미 효력이 발생한 판결에 대하여 피해자가 심판감독절차대로 제소하거나 재심신청을 하여 재심에서 무죄로 변경된 경우, 당해 무죄판결은 착오판결에 대한 확인이다.

④ 형사고문 등 폭력행위 또는 무기와 경찰장비를 위법하게 사용하여

상해 또는 사망효과를 야기한 행위에 대하여 확인할 경우.

이런 상황에서는 일반적으로 우선 국가 업무인원의 형사고문 등 행위가 범죄를 구성하는지 여부에 대하여 확정한다. 형사소송을 거쳐 그 행위가 범죄를 구성함을 확정한 경우, 인민법원의 형사판결서는 당연히 당해 행위가 위법함을 확인하는 것이다. 형사고문 등 행위가 범죄를 구성하지 않을 경우, 그 손해사실은 상기 위법행위를 실시한 업무인원 소재의 기관 또는 그 상급기관에서 내린 처리결정서에서 확인할 수 있다. 피해자가 제소한 상황에서는 인민법원 자체가 확인할 수도 있다. 여기서 주의할 점은 “신체 상해 또는 사망을 야기”에서의 “야기”란 법률에서 규정한 위법한 권리침해행위를 시행하고 “상해 또는 사망” 효과가 발생하면 반드시 《국가배상법》 제15조 제4항 규정을 적용해야 하고, 직접적인 인관관계가 있어야 한다고 강조하지 않는다는 점이다.

⑤ 사법기관의 재산권 침해에 대한 확인

원심판결의 형벌이 벌금, 재산몰수이고 이미 집행된 경우, 심판감독절차대로 무죄로 변경될 경우, 당해 무죄판결이 바로 이러한 재산권 침해행위에 대한 확인이다.

사법기관이 위법하게 재산을 압류, 동결, 차압, 추징하거나 인민법원이 민사소송, 행정소송에서 소송을 방해하기 위한 강제조치, 보전조치를 취하거나 효력이 발생한 법률문서를 착오적으로 집행하여 야기한 손해에 대하여 확인할 경우, 당해 행위를 한 기관 또는 그 상급기관이 확인한다. 관련 법률 및 최고인민법원의 관련 사법해석에 따라 당사자가 벌금, 구류 등 강제조치에 불복할 경우, 상급 인민법원에 재심신청을 제기할 수 있다. 재산보전 또는 우선집행 재정에 불복할 경우, 재심신청을 제기할 수 있고, 재심결정을 취소하거나 원 재정 또는 결정을 변경할 경우, 원 재정 또는 결정의 위법이 확인된다.

제소절차를 통해 청구인이 배상의무기관에게 자신의 행위가 위법함을 확인할 것을 요청할 경우, 배상의무기관은 반드시 확인하여야 하고, 확인해주지 않을 경우에 배상청구인은 관련 국가기관에 제소할 권리가 있다. 배상의무기관이 확인하지 않는 상황은 두 가지 경우가 있다. 즉 i) 배상의무기관이 사건에 대한 조사를 거쳐 위법권리침해행위에 속하지 않는다고 보고 확인하지 않는 경우, ii) 배상의무기관이 당사자의 합법적 청구에 대하여 법정기한 내에 처리하지 않은 경우. 어느 상황에서든지 청구인은 모두 국가기관에 제소할 수 있고, 재조사를 거쳐 권리침해사실이 존재한다고 인정할 경우에는 반드시 확인해야 한다.

(2) 사법배상청구의 제기

배상청구인은 사법배상청구를 제기할 경우, 반드시 다음의 3가지 요건을 구비해야 한다.

1) 배상청구인은 법률에서 규정한 주체자격을 구비해야 한다. 배상청구인은 반드시 합법적 권익이 사법기관 및 그 업무인원의 위법한 직권행사행위로 야기된 침해를 입은 국민, 법인 또는 기타 조직이어야 한다.

2) 배상의무기관은 반드시 적격해야 한다. 배상의무기관은 위법한 권리침해행위를 실시한 수사, 검찰, 심판, 감옥관리 기관이어야 한다.

3) 반드시 신청서를 제출해야 한다. 피해자가 사법배상청구를 제출할 경우,

반드시 배상의무기관에 신청서를 제출해야 한다. 사법배상신청서에는 반드시 서면으로 다음의 사항을 기입해야 한다. 즉 i) 배상청구인의 성명, 성별, 연령, 업무단위 및 주소. 배상청구인이 법인 또는 기타 조직인 경우, 반드시 법인 또는 기타 조직의 명칭, 주소, 법정대표 또는 주요 담당자의 성명, 직무를 명기해야 한다. 대리인이 있을 경우, 반드시 대리인의 성명, 성별, 연령, 직업, 주소를 명기해야 한다. ii) 구체적인 배상청구요구, 배상청구항목, 금액. 예컨대, 배상요구금액 또는 원상복구의 내용을 요구할 수도 있고, 동시에 재산반환요구도 제기할 수 있다. iii) 배상청구사실과 이유. 신청서에는 반드시 손해를 입은 사실 및 사법기관 및 그 업무인원이 위법하게 직권을 행사한 행위와 신청인이 피해를 입은 사실간에 인과관계가 존재하는지 여부에 대하여 설명해야 한다. iv) 피신청 배상의무기관. v) 신청일자. vi) 배상청구인과 대리인의 서명 또는 날인.

신청인은 반드시 관련 첨부서류를 제공해야 한다. 이는 사법기관의 직권행사 행위가 위법함을 확인하는 문서, 예컨대, 법원판결서, 손해증명자료 등을 포함한다.

신청인은 그가 입은 상이한 손해에 근거하여 동시에 여러 개의 배상청구를 제기할 수 있다. 피해자는 동시에 상이한 손해를 받을 수 있다. 예컨대, 유기징역 판결을 받은 동시에 재산몰수 판결을 받을 경우, 무죄로 판결이 변경되었지만 유기징역과 재산몰수가 이미 집행된 경우, 피해자의 인신권과 재산권이 모두 침해될 수 있다. 이런 상황에서 피해자는 여러 배상청구를 동시에 제기할 수 있다.

신청인이 문화수준 또는 건강 등 원인으로 신청서 작성이 어려울 경우, 타인에게 대리하여 작성할 수 있지만, 청구인과 대리 작성인이 반드시 서명해야 한다. 이외에, 배상청구인은 배상의무기관에 구두로 신청할 수 있고, 배상의무기관은 기록에 기입해야 한다. 배상의무기관은 반드시 배상청구인의 구두신청을 접수해야 하고, 기록 기입을 담당해야 한다.

4) 청구는 반드시 법률에서 규정한 시효 내에 제기해야 한다. 청구인이 법정기간 내에 배상청구를 제기하지 않으면 배상청구권을 상실한다. 중국 《국

가배상법》에서 규정한 청구기간은 2년이고, 손해행위의 위법성 확인일로부터 계산한다.

(3) 사법배상청구의 수리

배상의무기관은 배상청구인의 배상신청서를 받은 후 반드시 신속하게 심사하고 수리여부를 결정해야 한다. 심사내용은 다음과 같다.

1) 신청인의 적격 여부. 신청인이 위법한 사법행위의 피해자 또는 그 법정 대리인, 승계인인지 여부 등 또는 피해를 입은 법인, 기타 조직 또는 그 권리·의무를 승계한 법인 또는 기타 조직인지 여부 등이 있다.

2) 배상청구 사실과 이유가 확실한지, 충분한지 여부. 주로 관련 증거자료가 충분한지 여부를 말하는데, 손해사실자료, 인과관계자료, 권리침해행위 존재 자료 등을 포함한다.

3) 배상청구가 법정 사법배상범위에 속하는지 여부, 국가가 책임을 부담하지 않는 상황에 부합되는지 여부.

4) 피청구기관이 적격한 배상의무기관인지 여부.

5) 배상청구가 법정 시효 기간 내에 제기되었는지 여부. 배상청구인은 반드시 그의 합법적 권익이 침해를 받았음을 알게 된 날 또는 알 수 있는 날로부터 2년 이내에 배상의무기관에 제기해야 한다. 청구시효가 이미 2년을 초과한 경우, 시효중지 또는 중단상황이 있는지에 대하여 심사해야 한다. 법정 시효를 초과한 경우, 사법배상청구인이 배상청구권을 상실했다고 인정한다.

(4) 배상의무기관의 예비심사

배상의무기관은 배상청구를 접수한 후 반드시 배상청구가 법정 조건에 부합되는지에 대하여 예비심사를 진행하고, 심사 후 상이한 상황에 대하여 구분하여 처리해야 한다.

1) 사법배상범위에 속하지 않는 청구에 대하여 반드시 서면결정으로 신청인에게 통지하고 그 이유를 고지해야 한다.

2) 청구권이 없는 청구인에 대하여 반드시 서면으로 수리하지 않는 이유에 대하여 설명해야 한다.

3) 본 기관의 배상사항범위에 속하지 않는 신청에 대하여 반드시 배상청구인에게 배상 의무가 있는 기관에 신청하도록 고지해야 한다.

4) 신청서 기재사항이 법률규정에 부합하지 않거나 또는 누락이 있을 경우에 반드시 그로 하여금 규정된 기한내에 보충·수정하도록 하여야 한다.

5) 배상청구가 배상시효를 이미 초과한 경우 반드시 청구인에게 통지하고 수리하지 말아야 한다.

6) 배상조건에 부합될 경우 반드시 수리결정을 신청인에게 송달해야 한다.

배상 의무기관이 배상청구를 수리하기로 결정한 후, 피해자는 배상청구를 철회할 수 있다. 피해자가 배상청구를 철회한 경우, 사법배상청구를 다시 제기할 수 있는가? 이에 대하여 《국가배상법》에서는 명확히 규정하지 않고 있다. 국가배상의 취득은 《헌법》 제41조에서 규정한 기본권리로서, 그 포기는 반드시 비교적 엄격한 수속을 거쳐야 한다고 본다. 피해자가 배상청구를 철회할 경우, 반드시 서면으로 신청해야 하고, 배상 의무기관의 심사를 거친 후, 피해자와 배상청구권을 포기하는 서면협의를 달성해야 한다. 그렇지 아니할 경우, 피해자는 배상청구를 철회한 후, 다시 배상청구를 제기할 수 있고, 배상 의무기관은 반드시 수리해야 한다.

(5) 사법배상청구의 처리

사법배상 의무기관은 피해자의 배상청구를 수리한 후, 반드시 신속하게 전면적으로 사건자료를 심사하고, 신청서 수령일로부터 2개월 이내에 《국가배상법》의 “배상방식과 계산표준” 관련 규정에 근거하여 처리해야 한다. 사건

의 심리과정에서 배상의무기관은 자료가 부족하거나 배상관련 사실을 증명할 수 없을 경우, 배상청구인 또는 관련 부문에 증명자료를 보충할 것을 요구하거나 스스로 조사할 수 있다. 사건사실을 조사·확인한 기초에서 청구인과 협상하고, 협상에 실패할 경우에는 반드시 신속하게 배상결정을 내리고 배상결정서를 작성해야 한다.

권리침해행위의 시행에 참여한 업무인원 및 기타 본 사건과 이해관계가 있는 인원은 반드시 기피되어야 하고 사법배상청구의 처리에 참가하지 말아야 한다. 신청인도 배상의무기관에 신청을 제기하여 이해관계가 있는 인원으로 하여금 기피하도록 할 수 있다. 다만, 배상의무기관은 처리과정에서 권리침해행위를 실시한 업무인원에게 심문하고 의견을 진술하도록 요구할 수 있다.

배상의무기관이 배상사건을 우선 처리하는 방식은 《국가배상법》에서 명확하게 규정하지 않고 있다. 일반적으로 배상의무기관은 사건의 구체적 상황에 근거하여 협의 또는 결정의 방식을 취할 수 있다. 사실을 명확하게 조사한 기초에서 사법배상의무기관은 배상방식과 금액에 관해 신청인과 협상을 진행하고 배상협의를 체결할 수 있다. 협상에 실패할 경우, 배상의무기관은 일방적으로 결정을 내린다.

4. 사법배상 재심절차

(1) 사법배상 재심절차의 의미

사법배상 재심절차(司法賠償復議程序)는 사법배상청구인이 배상의무기관의 재결에 불복하거나 그와의 협의에 실패한 경우, 배상의무기관의 상급기관에 재심신청을 제기할 수 있고 심의기관에서 심사한 후 사법배상분쟁에 대하여 결정을 내리는 절차를 말한다.

사법배상 재심절차는 공안기관, 안전기관, 검찰기관, 감옥관리기관 등이 배상의무기관인 경우에만 적용된다. 인민법원이 배상의무기관인 경우, 우선처리 절차를 거친 후, 피해자는 반드시 직접 상급 인민법원의 배상위원회에 신청하고 배상위원회에서 결정을 내려야 한다.

사법배상재심은 피해자가 배상의무기관에서 내린 배상결정의 전부 또는

일부에 불복할 경우 제공하는 구제이다. 외국의 구제방식은 주로 두 가지로 나뉜다. 하나는 소송제도(訴訟制)이고, 다른 하나는 재심제(復議制)이다. 중국에 있어서 배상의무기관은 비교적 분산되어 있는데, 그들 간의 미묘한 관계는 소송제도가 용이하게 운영하기 어렵게 결정되었기 때문에, 재심방식을 채용하였다.

사법배상의 재심과 행정심판은 매우 큰 차이가 있다. 즉 i) 양자의 성질이 다르다. 행정심판은 행정행위에 속하고, 사법배상재심은 사법행위에 속한다. ii) 양자의 대상이 다르다. 행정심판에서 처리하는 대상은 구체적 행정행위의 적법성 여부에 대한 분쟁이고, 사법배상재심의 대상은 배상의무기관의 배상처리가 정확한지 여부에 관한 문제이다. iii) 양자의 구제방법이 다르다. 행정심판결정에 불복할 경우 당사자는 행정소송을 제기할 수 있지만, 사법배상재심결정에 불복할 경우 인민법원 배상위원회에 배상청구만 제기할 수 있고 소송은 제기할 수 없다.

(2) 사법배상 재심절차의 순서

1) 재심신청의 제기와 수리

청구인이 배상청구를 제기한 후, 배상의무기관이 배상청구수리를 거절하여 배상하지 않는다고 결정하거나 기한이 지나도록 배상하지 않거나, 또는 배상청구인이 배상금액, 배상방식 등에 대하여 이의가 있을 경우, 배상청구인은 법에 따라 배상의무기관의 상급기관에 재심신청을 제기하고 재심절차를 통해 사법배상분쟁을 해결하도록 요구할 권리가 있다.

배상청구인이 재심신청을 제기할 경우, 반드시 심의기관에도 신청서를 제출해야 한다. 재심신청서에 반드시 명기할 사항은 배상청구신청서의 관련 규정과 요구를 참고할 수 있고, 배상의무기관의 서면결정을 동시에 첨부해야 한다.

배상의무기관은 관련 서면결정을 내리고 배상청구인에게 송달할 경우, 배상청구인은 반드시 서면결정을 받은 날로부터 30일 이내에 재심을 제기해야 한다. 배상의무기관이 배상청구에 대하여 배상하지 않거나 그가 내린 배상결정의 이행을 거절할 경우, 배상청구인은 2개월 만료일로부터 30일 이내에 재심신청을 하는데, 2개월 기간은 배상의무기관이 신청서를 받은 날로부터 계

산한다. 기한만료 최종일이 명절 또는 법정 휴일인 경우, 그 날 이후의 첫 번째 날을 기한만료일로 한다. 기간은 도중에서의 시간은 포함하지 않고, 재심신청서가 기한만료전에 우체국에 제출된 경우, 기한이 지난 것으로 보지 않는다. 당사자가 불가항력 또는 기타 정당한 사유로 연기한 경우, 장애가 소멸된 이후 기한연기를 신청할 수 있다.

심의기관은 재심신청서를 받은 뒤, 반드시 신속하게 배상청구인의 신청에 대하여 심사하고, 상이한 상황을 구분하여 처리를 해야 한다. 즉 i) 배상청구인이 배상의무기관의 처리를 거치기 전에 직접 재심신청을 제기한 경우, 심의기관은 반드시 배상청구인에게 배상의무기관에 배상청구를 제기하도록 고지해야 한다. ii) 재심신청을 받은 기관이 배상의무기관의 상급기관인 경우, 반드시 배상청구인에게 정확한 심의기관에 신청을 제기하도록 고지해야 한다. iii) 법정기한을 초과하여 재심신청을 제기한 경우, 반드시 기각결정을 내려야 한다. 청구인이 기각결정에 불복할 경우, 배상위원회에서 결정할 수 있다. iv) 배상청구인의 재심신청이 수리조건에 부합될 경우, 반드시 수리해야 한다.

2) 재심신청에 대한 심리와 결정

심의기관은 재심신청을 수리한 후 반드시 본 사건과 이해관계가 존재하지 않는 업무인원을 지정하여 처리하도록 한다. 업무인원은 반드시 증거를 조사·수집하고, 사건사실을 명확하게 조사하며, 동시에 배상청구인의 의견을 충분히 청취하고 청구인과 배상금액, 배상방식 및 기한에 대하여 협상해야 한다. 심의기관은 반드시 배상의무기관의 의견을 청취해야 한다. 심의기관은 서면방식으로 심리할 수 있고, 필요하다고 인정될 경우에는 기타 방식으로도 심리할 수 있다.

심의기관은 반드시 신청접수일로부터 2개월 이내에 결정을 내려야 한다. 배상의무기관의 사실인정이 분명하고 법률적용이 정확하며 적절하게 결정되었다고 판단할 경우, 해당 결정을 유지하여야 한다. 사실에 착오가 있었거나 법률적용의 착오 또는 확정된 배상방식과 액수에 불합리한 결정이 있다고 인정되는 경우, 이를 철회하여야 한다. 반드시 배상해야 한다고 인정할 경우, 심의

기관은 반드시 다시 결정하거나 배상의무기관의 결정을 변경해야 한다.

심의기관이 내린 결정은 그의 하급기관인 배상의무기관에 대하여 구속력이 있다. 재심결정이 일단 효력을 발생하면 배상의무기관은 반드시 집행해야 한다. 배상심의기관이 2개월 이내에 결정을 내리지 않을 경우, 청구인은 심의기관 소재지의 동급 인민법원 배상위원회에 배상결정을 내리도록 신청할 수 있다. 청구인이 심의기관에서 내린 결정에 불복할 경우, 재심결정서를 받은 날로부터 30일 이내에 심의기관 소재지의 동급 인민법원 배상위원회에 배상결정 신청을 할 수 있다.

5. 사법배상 결정절차

(1) 사법배상 결정절차의 의미

사법배상 결정절차란 배상위원회가 사법배상청구를 수리하고 결정을 내리는 절차를 말한다. 이는 중국 《국가배상법》에서 규정한 사법배상문제를 최종적으로 해결하고 확정하는 절차이다. 《국가배상법》규정에 따라 중급이상 인민법원은 배상위원회를 설립하고 관련 사법배상사건 처리를 담당한다.

《국가배상법》규정에 따라 배상위원회는 인민법원의 3인 내지 7인의 심판원으로 구성되고, 주임 1명을 두어 배상위원회의 회의소집, 배상위원회 업무지도를 담당하도록 한다. 최고인민법원에서 1994년 12월 23일에 공포한 《〈중화인민공화국 국가배상법〉의 집행에 관한 배상위원회의 설립에 대한 통지》의 정신에 따라, 중급인민법원의 배상위원회는 3인 또는 5인의 위원으로, 고급인민법원 배상위원회는 5인 또는 7인의 위원으로 구성되었다. 배상위원회의 주임위원은 부원장이 겸임하고, 전문직 주임을 설치하여 업무를 지도하며, 산하에 사무실을 두고 2인 내지 5인의 업무인원을 배치한다.

최고인민법원의 《형사배상과 非형사사법배상 사건의 입안업무에 관한 임시규정(시행)》(2000년 1월 11일) 제8조는 인민법원 배상위원회가 수리하는 배상사건의 입안범위에 대하여 다음과 같이 상세하게 규정하고 있다. 인민법원 배상위원회가 수리하는 배상사건의 입안범위는 다음과 같다.

- 1) 범죄피의자가 범죄사실이 없거나 사실이 불분명하고 증거가 부족하여

수사기관이 범죄피의자에 대한 형사구류를 해제하거나 검찰기관이 체포를 승인하지 않거나, 수사기관이 사건을 취소하여 석방하기로 결정한 경우.

2) 범죄피의자가 범죄사실이 없거나 사실이 불분명하고 증거가 부족하여 검찰기관이 구류취소결정, 체포불승인결정, 체포취소결정, 사건취소결정, 불기소결정을 내린 경우.

3) 범죄피의자가 범죄사실이 없거나 사실이 불분명하고 증거가 부족하여 인민법원이 체포결정을 취소한 경우.

4) 인민법원이 1심에서 무죄로 판결하고 이미 법률효력을 발생하였고, 2심에서 무죄로 판결하고 심판감독절차에 따라 재심에서 무죄로 변경되어 이미 법률효력을 발생한 경우.

5) 수사, 검찰, 심판, 감옥관리 기관 및 그 업무인원이 《국가배상법》 제15조 제4항, 제5항에서 규정한 행위를 실시하여 담당인원이 법에 따라 형사책임을 추궁받거나 기타 처분을 받은 경우.

6) 《국가배상법》 제16조에서 규정한 행위를 실시하여 법에 따라 시정한 경우.

7) 인민법원이 원 착오 사법구류, 벌금결정을 취소한 경우.

8) 인민법원이 원 착오 강제소환을 취소한 경우.

9) 인민법원이 원 착오 재산보전 재정을 취소한 경우.

10) 인민법원이 판결, 재정 및 기타 효력이 발생한 법류문서를 착오로 집행하고 수정이 불가능한 경우.

11) 상급 인민법원이 재심을 거쳐 하급 인민법원의 원 착오강제조치, 보전조치, 집행재정, 결정을 취소한 경우.

12) 수사, 검찰, 심판, 감옥관리 기관이 법에 따라 위법권리침해행위에 대하여 수정하는 기타 상황.

《국가배상법》에서 배상의무기관이 인민법원이라고 규정한 경우, 그 상급 인민법원에서 관할하고, 배상의무기관이 기타 사법기관인 경우, 심의기관 소재지의 동급 인민법원에서 관할한다.

(2) 사법배상결정절차의 순서

1) 신청

심의기관이 기한이 지나도록 재심결정을 내리지 않거나 피해자가 재심결정에 불복할 경우, 반드시 심의기관과 동급인 인민법원에 신청을 제기해야 한다. 다만, 반드시 일정한 조건에 부합되어야 한다.

배상청구인이 법에 따라 배상위원회에 배상결정 신청을 한 경우, 반드시 배상신청서 4부를 제출해야 한다. 배상청구인이 신청서를 작성하는데 확실히 어려움이 있을 경우, 구두신청도 가능하다. 구두로 신청할 경우, 반드시 기록을 작성하고 《구두배상신청등기표》 4부를 기입하고, 배상청구인이 서명, 날인해야 한다.

배상청구인이 배상위원회에 배상결정을 내리도록 신청하는 권리침해사항은 반드시 우선 법에 따라 확인해야 한다. 《국가배상법》 제20조 제2항 규정에 따라 확인을 요구받은 기관이 확인하지 않을 경우, 배상청구인은 제소할 권리가 있다. 배상위원회는 확인을 요구하는 제소사건을 수리하지 않는다.

배상청구인이 배상신청을 제기할 경우, 반드시 관련 증명자료를 제공해야 하는데, 이는 다음과 같은 내용을 포함한다.

① 법에 따라 《국가배상법》 제15조, 제16조에서 규정한 상황이 존재함이 확인된 법률문서. 이는 인민법원이 1심에서 무죄로 선고하고 이미 법률효력을 발생한 형사판결서, 인민법원이 2심에서 무죄로 선고한 형사판결서, 인민법원이 심판감독절차에 따라 재심을 거쳐 무죄로 선고한 형사판결서, 인민검찰원의 불기소결정서 또는 공안기관의 석방증명서를 포함한다.

② 법에 따라 《국가배상법》 제31조에서 규정한 상황이 있음이 확인된 법률문서.

③ 배상의무기관이 내린 배상 또는 불배상에 관한 결정서. 배상의무기관이 기한이 지나도록 결정을 내리지 않은 경우, 반드시 관련 증명자료를 제공해야 한다. 배상의무기관이 수사, 검찰 또는 감옥관리기관인 경우 반드시 상급기관에서 내린 재심결정서를 제공해야 한다. 재심기관이 기한이 지나도록 재심결정을 내리지 않은 경우, 반드시 관련 증명자료를 제공해야 한다.

- ④ 기타 관련 법률문서, 증명자료.

2) 입안

배상위원회는 배상신청을 받은 후, 반드시 7일 이내에 입안여부에 대하여 결정하고 신속하게 배상청구인에게 통지해야 한다. 입안심사 시, 관련 증명자료가 부족할 경우, 반드시 배상청구인에게 통지하여 보충하도록 해야 한다. 배상신청을 받은 시간은 반드시 자료보충이 완성된 후부터 계산해야 한다. 배상위원회는 심사를 거쳐 배상청구인의 배상신청이 법에 따라 배상위원회의 수리범위에 속하지 않는다고 인정할 경우, 반드시 배상청구인에게 관련 기관에 배상신청을 제기하거나 관련 부문에 이전하여 처리하도록 고지하고 배상청구인에게 통지해야 한다. 배상위원회는 심사를 거쳐 다음의 조건에 부합된다고 인정할 경우 반드시 입안해야 한다.

- ① 인민법원 배상위원회의 입안범위에 해당할 경우.
- ② 배상청구인이 법정 주체자격을 구비한 경우.
- ③ 배상의무기관이 수사, 검찰, 심판, 감옥관리 직권을 행사하는 기관인 경우.
- ④ 구체적인 배상청구사항과 사실근거를 갖고 있는 경우.
- ⑤ 법정 청구기간에 부합되고 불가항력 또는 기타 장애로 인해 법정기간 내에 청구권을 행사하지 못하거나, 또는 인민법원 배상위원회에서 기간 연장을 결정한 경우는 제외함.
- ⑥ 배상의무기관이 수사, 검찰, 감옥관리 기관으로, 배상결정을 내린 후 또는 기한이 지나도록 배상결정을 내리지 않을 경우, 배상청구인이 재심신청을 하여 재심을 거쳐 여전히 불복하거나 심의기관이 기한이 지나도록 재심결정을 내리지 않은 경우, 배상의무기관이 인민법원으로, 배상결정을 내린 후 배상청구인이 불복할 경우 또는 인민법원이 기한이 지나도록 배상결정을 내리지 않은 경우.
- ⑦ 국가배상법 및 관련 사법해석의 국가배상법 소급력 규정에 부합될 경우. 배상위원회에서 입안을 결정할 경우, 반드시 입안번호를 편성하고 입안등

기표에 기입하며, 배상청구인에게 사건수리통지서를 발송해야 한다. 동시에 심의기관은 배상의무기관에게 사건수리통지서를 발송하고, 15일 이내에 배상신청서 부분을 송달해야 한다. 심사를 거쳐 입안조건에 부합되지 않을 경우에는 반드시 사건수리불가통지서를 작성하고 배상청구인에게 송달해야 한다.

3) 심리

배상위원회에서 입안심리하기로 결정한 배상사건은 반드시 전문적인 업무인원을 지정하여 처리하도록 해야 한다. 배상위원회는 사건 심리시 일반적으로 서면심리를 하고 공개적으로 진행하지 않는다. 사건심리의 필요성에 근거하여 배상청구인, 배상의무기관 및 심의기관의 관련 인원 또는 관련 증인에게 관련 상황, 사건자료, 증명자료를 제공하거나 인민법원으로 출석하여 조사받도록 통지할 수 있다. 배상청구인과 청구를 받은 배상의무기관과 심의기관에 대하여 조사하고 증거를 취득하는 경우, 반드시 구분하여 진행해야 한다.

배상위원회는 심사를 거쳐 배상사건사실이 분명하고 증거가 확실, 충분할 경우, 반드시 배상사건 심사보고를 작성하고 관련 사건자료와 증명자료를 첨부하고 배상위원회 주임에게 보고하여 배상위원회에 상정하여 심리하도록 해야 한다. 배상사건 심사보고는 반드시 다음의 내용을 포함한다. 즉 i) 사건 유래, ii) 배상청구인의 기본상황, 배상의무기관, 심의기관의 명칭 및 그 법정 대표인, iii) 배상청구인의 신청사항 및 이유, iv) 신청한 배상사건의 확인 상황, 배상의무기관의 결정상황 및 심의기관의 재심상황, v) 업무처리인이 심사 인정한 사실 및 근거, vi 처리의견 및 이유.

배상위원회는 사건검토 시, 다수결원칙에 따라 배상위원회 과반수 위원의 의견은 배상위원회의 결정의견이 된다. 배상위원회가 중대하고 복잡한 사건이라고 인정하면, 필요한 경우 배상위원회 주임이 원장에게 보고하여 심판위원회에 상정하여 검토·결정하도록 한다. 심판위원회의 결정에 대하여 배상위원회는 반드시 집행해야 한다.

4) 결정

배상위원회가 심리한 사건은 반드시 상황을 구분하여 법에 따라 다음과 같이 결정해야 한다.

① 유지결정

배상의무기관의 결정 또는 심의기관의 재심결정이 법률적용이 정확하고 배상방식, 배상금액이 적정한 경우 유지하도록 결정해야 한다.

② 취소결정

배상의무기관의 결정, 심의기관의 재심결정이 법률적용이 타당하지 않다고 인정할 경우, 반드시 원 결정을 취소하고 법에 따라 결정해야 한다.

③ 변경결정

배상의무기관의 결정, 심의기관의 재심결정 중 배상방식, 배상금액이 타당하지 않다고 인정될 경우, 반드시 변경결정을 내려야 한다.

④ 배상결정

법에 따라 《국가배상법》 제15조, 제16조, 제31조에서 규정한 상황 중의 하나가 있다고 확인되고 배상의무기관 또는 심의기관이 기한이 지나도록 결정을 내리지 않을 경우, 반드시 배상 또는 배상불가결정을 내려야 한다.

⑤ 배상불가결정

배상청구인이 신청한 배상사항이 《국가배상법》 제17조에서 규정한 국가가 배상책임을 부담하지 않는 상황 또는 법정시효를 이미 초과한 상황에 해당할 경우, 반드시 배상불가결정을 내려야 한다.

배상위원회가 사건 심리 후 내린 결정은 반드시 인민법원 배상위원회 결정서를 작성해야 한다. 결정서에는 반드시 다음의 사항을 명기해야 한다. 즉, i) 배상청구인의 기본상황, 배상의무기관, 심의기관의 명칭 및 그 법정대표, ii) 배상청구인의 신청사항, 배상의무기관의 결정, 심의기관의 재심결정상황, iii) 배상위원회가 인정한 사실 및 근거, iv) 결정 이유 및 법률근거, v) 결정내용. 결정서는 배상위원회 주임이 심사확인하고 발급하며 인민법원이 날인한다.

배상사건은 반드시 3개월 이내에 배상여부에 대한 결정을 내려야 한다. 사건상황이 복잡하여 3개월 이내에 결정을 내리지 못할 경우, 본원 원장의 승

인을 받고 1개월 연장할 수 있고, 여전히 결정을 내리지 못하고 심리기한을 또 연장할 필요가 있을 경우, 반드시 상급 인민법원의 승인을 거쳐야 하며, 재연장 최장기간은 3개월을 초과하지 못한다.

5) 집행

배상위원회에서 결정을 내린 후 즉시 법률효력을 발생하고, 반드시 집행해야 한다. 배상청구인은 결정서에 근거하여 배상의무기관이 배상의무를 이행하도록 요구할 수 있고, 인민법원에 집행하도록 요구할 수도 있다. 배상위원회에서 결정한 집행절차와 방식에 관해 《국가배상법》에서는 규정하지 않았다. 학리적으로 배상위원회의 결정은 효력이 발생한 법률문서에 속하고, 인민법원의 강제집행 근거로 간주할 수 있다고 본다. 배상의무기관에서 내린 배상결정, 배상협의 및 심의기관에서 내린 재심결정, 청구인과 맺은 배상협의를 모두 효력이 발생한 법률문서로서 강제집행근거로 간주할 수 있다. 다만, 사법배상의무기관이 국가기관이기 때문에, 《민사소송법》에서 규정한 집행조치를 적용할 수 없다. 이에 대하여 학리적으로 사법배상의무기관의 강제집행에 대하여 《행정소송법》의 피고의 강제집행조치에 관한 규정을 참조하여 적용할 수 있다고 본다. 따라서 인민배상위원회는 결정을 내린 후 반드시 결정사항에 근거하여 결정서를 각각 배상청구인, 배상의무기관과 심의기관에게 송달하고 배상의무기관에게 배상의무를 이행하도록 통지해야 한다. 배상의무기관이 배상의무의 이행을 거부할 경우, 《행정소송법》 제65조의 “당사자는 반드시 인민법원의 효력을 발생한 판결, 재정을 이행해야 한다. 행정기관이 판결, 재정의 이행을 거부할 경우, 1심 인민법원은 다음 조치를 취할 수 있다. 즉 i) 반드시 반환해야 할 벌금 또는 지급해야 할 배상금에 대하여 은행에 통지하여 당해 행정기관의 계좌로부터 이체하도록 한다. ii) 규정 기한내에 집행하지 않을 경우, 만기일로부터 당해 행정기관에 일당 50 위안 내지 100 위안에 상당한 벌금을 내릴 수 있다. iii) 당해 행정기관이 상급 행정기관 또는 감찰, 인사기관에게 사법건의(司法建议)를 제기할 수 있다. 사법건의를 접수한 기관은 관련 규정대로 처리하고 처리상황을 인민법원에 고지해야 한다. iv) 판결, 재정을 이행거부하고 상황이 엄중하여 범죄가 구성된 경

우, 법에 따라 주요 담당인원 및 직접적인 담당인원의 형사책임을 추궁한다.”는 규정에 근거하여 강제집행조치를 취할 수 있다.

배상위원회의 규정은 종국적인 재결로서, 청구인은 배상위원회의 결정에 불복할 경우 제소할 수 없다. 이외에, 배상위원회가 원 인정 사실 또는 법률 적용에 착오가 있음을 발견하여 반드시 원 결정을 변경할 경우, 본원 원장의 결정 또는 상급 인민법원의 명령을 거친 후 배상위원회에서 반드시 다시 심리한 뒤 법에 따라 결정을 내려야 한다.

사례 2 : 어느날 저녁, 촌민 李甲의 아들 李乙이 귀가할 때 손에 한 사람의 귀를 들고 李甲에게 “아버지, 재미있는 물건을 하나 드릴게요” 라고 말했고, 李甲은 황급히 무슨 사연이 있었는지에 대하여 물었다. 李乙은 길에서 한 여자애를 보고 곤봉으로 그를 때려눕힌 후 한쪽 귀를 잘라냈다고 말했다. 李모씨는 아들 한명 밖에 없었고 그를 보호하기 위해 스스로 파출소로 가서 “자수”하였고, 어떤 여자애와 말다툼이 있었는데 일시적으로 화가 나서 그의 귀를 잘라냈다고 말했다. 현 공안국에서는 李甲을 구류하였다. 심문시, 李甲은 그가 귀를 잘라냈다고 말하였고 그 후 현 검찰원 승인을 거쳐 李甲은 체포되었다. 그러나 수사를 통하여, 李乙이 진정한 범인이라는 점이 발견되었고, 李乙이 법에 따라 체포함과 동시에 李甲을 석방하였다. 李乙에 대하여 심문할 때, 그의 언행이 이상하다는 점이 발견되었고, 수사인원은 그가 고의로 미친척 하거나 기만한다고 인정하여 일부 폭력수단을 사용하여 李乙의 신체에 일정한 상해를 야기하였다. 그 후 계속되는 조사를 거쳐 李乙이 정신병을 앓고 있음을 알게 되었다. 사법감정을 거쳐 李乙이 사건을 범하기 전후의 일정한 시간내에 정신병 발작이 가장 맹렬하였다. 李乙은 어떻게 국가배상을 받아야 하는가?

李乙은 법에 따라 형사책임을 부담하지 않는 자로서, 판결확정 전의 구금에 대하여, 국가는 배상책임을 부담하지 않고 수사인원의 폭력적인 권리침해 행위가 야기한 손해에 대하여서는 국가배상을 받을 권리가 있다. 李乙은 행위무능력자로서, 반드시 그의 법정대리인이 현 공안국에 폭력행위로 인해 그

의 인신권이 침해를 받은 위법사실이 있음을 확인받아야 한다. 현 공안국이 확인하지 않을 경우, 李乙은 제소할 권리가 있다. 폭력적 권리침해행위의 위법성이 확인받은 후, 李乙은 우선 현 공안국에 배상청구를 하여야 한다. 현 공안국은 신청을 받은 날로부터 2개월 이내에 법에 따라 배상해야 하고, 기한이 지나도록 배상하지 않거나 李乙이 배상금액에 대하여 이의가 있을 경우, 李乙은 만기일로부터 30일 내에 상급기관에 재심신청을 제기할 수 있다. 심의기관은 반드시 신청을 받은 날로부터 2개월 이내에 결정을 내려야 한다. 李乙이 재심결정에 불복할 경우, 반드시 재심결정을 받은 날로부터 30일 이내에 심의기관 소재지의 동급 법원배상위원회에 배상결정을 신청할 수 있다. 심의기관이 기한이 지나도록 결정을 내리지 않을 경우에 만기일로부터 30일 이내에 심의기관 소재지의 동급 법원 배상위원회에 배상결정을 내리도록 신청할 수 있다. 법원 배상위원회에서 내린 결정은 종국적인 결정이다. 李乙이 국가배상을 청구하는 시효는 2년이고 수사인원의 행위가 위법으로 확인된 날로부터 계산된다.

6. 사법구상절차

사법구상(司法追償)이란 사법배상의무기관이 배상책임을 이행한 후 법에 따라 책임이 있는 업무인원에게 일부 또는 전부 배상비용을 부담하도록 명하는 제도를 말한다. 《국가배상법》에서 규정한 조건에 부합되는 업무인원에 대하여 사법배상의무기관은 배상책임을 이행한 후 즉각 구상 권력을 소유하게 되고 반드시 업무인원에게 일부 또는 전부 배상비용을 부담하도록 명해야 한다.

(1) 사법구상범위

사법구상범위란 국가가 어떠한 업무인원에 대하여 사법구상을 진행하는가를 말한다. 이에 대하여 《국가배상법》 제24조에서는 “배상의무기관의 손실을 배상한 후 반드시 다음 상황 중의 하나에 해당하는 업무인원에게 일부 또는 전부 배상비용을 구상해야 한다. 즉 i) 동법 제15조 제4항, 제5항에서 규정한 상황, ii) 사건처리 시 횡령·수뢰하거나 사리를 도모하거나 위법재판행

위를 한 경우. 상기 i)과 ii)에서 규정한 상황이 있는 책임인원에 대하여 관련기관은 반드시 법에 따라 행정처분을 내려야 한다. 범죄를 구성할 경우에는 반드시 법에 따라 형사책임을 추궁해야 한다.” 고 규정하고 있다. 당해 조항에 따라, 중국 사법구상의 범위는 다음과 같은 내용을 포함한다.

1) 폭력적 권리침해행위를 실시한 업무인원. 수사, 검찰, 심판, 감옥관리 직권을 행사하는 업무인원이 직권행사 시 형사고문 또는 구타 등 폭력행위 또는 타인을 교사하여 구타 등 폭력행위를 행하여 국민의 신체상해 또는 사망을 야기한 경우, 사법배상기관은 배상책임을 부담한 후 반드시 당해 인원이 전부 또는 일부 배상비용을 부담하도록 명해야 한다.

2) 무기 또는 경찰장비를 위법하게 사용하여 국민의 상해 또는 사망을 야기한 업무인원. 수사, 검찰, 심판, 감옥관리 직권을 행사하는 업무인원이 무기와 경찰장비를 위법하게 사용하여 국민의 신체상해 또는 사망을 야기한 경우, 국가는 당해 업무인원에 대하여 구상할 권리가 있다. 배상책임을 부담한 후, 반드시 당해 인원에게 전부 또는 일부 배상비용을 부담하도록 명해야 한다.

3) 직무집행과정에 횡령·수뢰하거나 사리를 도모(徇私舞弊)하거나 위법재판행위를 한 업무인원.

상기 3가지 상황에서 보건데, 중국 《국가배상법》은 사법배상범위에 대하여 엄격히 제한을 하고 있고, 행정구상범위에 비해 현저하게 작다. 행정구상에서 고의 또는 중대과실이 있는 업무인원은 모두 구상대상이고, 행정기관의 위임을 받은 조직 또는 개인이 고의 또는 중대과실이 있는 경우에도 구상범위에 열거된다. 사법구상에서 구상의 범위는 상기 3가지 인원에 한정된다. 국가가 이러한 업무인원에 대하여 구상하는 원인은 그들이 위법행위를 실시하는 고의가 있고 그 주관적 귀책성이 매우 커서, 구상하지 않을 경우 동일한 유형의 위법행위를 충분히 제지할 수 없기 때문이다. 다른 한편으로 사법활동은 비교적 복잡하기에 국가에서는公安사법기관 업무인원이 비교적 큰 독립성을 구비하고 그의 주관적 능동성을 충분히 발휘시켜야 할 필요성이 있기 때문에,

일반적 과실이 있는 업무인원에 대하여서는 구상하지 아니한다.

(2) 사법구상절차

사법구상절차란 사법배상의무기관이 구상권을 행사하고 구상결정을 내리는 과정, 순서, 시간 및 방식을 말한다. 사법배상절차는 배상위무기관에 대한 규범과 제약으로, 이는 구상권을 정확하고 신속하게 행사하는데 유리하다. 동시에 사법배상절차는 피구상인에 대한 보호이기도 하다. 사법구상과정에서 피구상인은 반드시 알권리, 변호권, 입증권, 제소권 등 절차권리를 향유하고, 사법구상절차는 피구상인이 이러한 권리를 행사하는 것을 확보해주는 경로이다.

사법구상절차에 대하여, 중국 《국가배상법》에서는 구체적으로 명확하게 규정하지 않고 있다. 절차법의 일반원리로부터 보건데, 사법구상절차는 다음과 같은 사항과 관련된다.

1) 사법구상기관

《국가배상법》 제24조 규정에 따라, 사법구상의 기관은 배상의무기관이다. 배상의무기관은 자체 소속 업무인원에 대하여서만 구상권을 행사할 수 있다.

2) 사법구상요건

《국가배상법》 제24조 규정에 따라, 사법구상의 요건은 다음과 같은 내용을 포함한다.

① 사법배상의무기관의 배상책임의 이행

② 사법권리 침해행위를 실시한 업무인원의 사법구상범위에 부합

③ 구상금액은 배상의무기관에서 지급한 배상금. 즉 국가배상비용에 한정되고 배상의무기관이 배상청구를 처리함으로써 지출한 비용은 이에 포함되지 않는다. 구상금액에 관련하여 최고금액의 한계가 있다. 예컨대, 구소련과 루마니아에서 규정한 구상최고금액은 피구상인의 3개월 상당의 임금의 합계 금액이다.

④ 법정절차와 기한의 준수. 배상의무기관이 구상권을 행사하는 기한에 대하여 《국가배상법》에서는 명확하게 규정하지 않고 있다. 생각건대, 임의의 권력과 권리는 모두 반드시 기한제한이 있다. 《민법통칙》의 특수한 권리침해행위의 시효에 관한 규정과 결합하여 사법배상의무기관이 구상권을 행사하는 기한을 1년으로 보고, 배상책임을 이행완료한 날로부터 계산한다.

상기 조건에 부합되는 업무인원에 대하여, 배상의무기관은 반드시 구상권을 행사해야 하고, 그로 하여금 전부 또는 일부 배상비용을 부담하도록 명해야 한다.

3) 사법구상보조

사법배상의무기관이 구상권을 행사할 경우, 반드시 다음과 같은 과정을 거쳐야 한다.

① 입안

사법배상의무인원은 배상책임을 이행한 후 구상범위에 부합되는 업무인원에 대하여 반드시 입안수속을 진행해야 한다. 입안여부를 결정할 시 배상의무기관은 반드시 구상조건에 대하여 예비심사를 하고, 사법구상 범위와 조건에 부합된다고 인정할 경우에는 반드시 사법배상의무기관의 내부업무제도에 따라 주요담당 책임자의 승인을 거쳐 입안수속을 진행함과 동시에 업무처리인원을 확정해야 한다.

② 조사

사법배상의무기관은 반드시 사법배상 구상범위와 조건에 관한 사실에 대하여 조사하고 필요한 증거를 수집해야 한다. 이를 위해 사법배상의무기관은 증인을 심문하고 피구상인을 심문하며 관련 단위와 개인을 상대로 증거자료를 조사·취득해야 한다. 사법배상의무기관은 피구상인에게 유리한지 여부를 떠나서 반드시 전면적으로 증거를 조사·수집해야 한다. 피구상인은 어떠한 증거에 대하여 조사할 필요가 있다고 인정할 경우에 배상의무기관에게 신청을 제기할 수 있다. 다만, 배상의무기관은 그 신청의 구속을 받지 않는다.

③ 예비결정

사건처리인원은 조사·수집한 증거에 근거하여 예비처리의견을 작성한다.

④ 피구상인의 의견 청취

피구상인은 배상의무기관이 파악한 증거자료와 예비처리의견을 이해할 권리가 있고, 증거를 제공할 권리가 있으며, 개인이 구상에 대한 의견과 요구, 특히 구상금액과 이행기한에 대한 의견과 요구를 표명할 권리가 있다. 관련 증인에 대하여 피구상인은 질의할 권리가 있다.

⑤ 결정

사건처리인원은 피구상인의 의견을 청취한 후 반드시 처리의견을 수정하거나 새로이 작성한 뒤 주요담당 책임자에게 보고하여 승인을 받아야 한다. 결정을 내릴 경우, 반드시 구상의 법률근거와 사실근거, 즉 구상의 이유를 설명하여 피구상인의 제소와 상급기관의 감독에 편리하도록 한다.

⑥ 통지

결정을 내릴 경우, 반드시 피구상인에게 통지해야 한다.

⑦ 상소

피구상인이 결정에 불복할 경우, 사법배상의무기관의 상급기관에 상소할 수 있다. 다만, 상소기간에 제소결정에 대한 집행을 정지하지 않는다.

⑧ 집행

피구상인이 정당한 사유가 없이 결정에서 규정한 기한과 방식대로 구상의무를 이행하지 않을 경우, 사법배상의무기관은 집행조치를 취할 수 있다. 피구상인이 공안기관 업무인원이고 공안사법기관의 직권이 일치하지 않기 때문에, 사법배상의무기관이 직접 피구상인에 대하여 강제집행조치를 취할 수 있는지 여부에 대하여서는 검토할 필요가 있다. 공안기관, 인민검찰원 및 감옥관리기관 등 강제적 조치를 취하는 권력은 특정한 적용범위와 조건이 있기 때문에, 결정을 내리는 집행에 적용할 수 없다고 본다. 피구상인이 정당한 사유가 없이 결정의 이행을 거부할 경우에는 반드시 인민법원에 집행신청

청을 제기해야 한다. 인민법원이 결정을 내린 경우에는 스스로 법에 따라 강제집행을 진행할 수 있다.

제17장 국가배상 방식과 기준 및 비용

본장 개요

본 장은 금전배상, 재산반환, 원상회복 등 국가배상방식을 상세하게 소개하고, 인신권 손해 및 재산권 손해에 대한 배상기준을 소개하며, 중국 국가배상비용 출처와 지급 및 관리제도를 소개한다.

제 1 절 국가배상 방식

1. 국가배상 방식의 의의

국가배상 방식은 국가가 자신의 불법행위에 대하여 배상책임을 부담하는 각종 형식을 말한다. 배상은 불법행위가 야기한 손해에 대한 구제(補救)이다. 손해의 성질, 경위, 정도가 다르기 때문에 배상방식도 다르다. 국가배상이 어떤 방식을 취하는가는 국가와 손해를 입은 주체의 합법적 권익에 직접적인 영향을 미치므로 법률로써 명확히 규정할 필요가 있다. 중국 《국가배상법》 제25조는 “국가배상은 배상금지급을 주요한 방식으로 한다. 재산반환 또는 원상회복을 할 수 있는 경우 재산반환 또는 원상회복 한다” 라고 규정하고 있다. 이 규정에 따라, 중국의 국가배상은 금전배상을 주요 방식으로 하고, 재산반환, 원상회복을 보조 방식으로 한다. 즉 특별한 경우를 제외하고 절대 대수의 배상은 화폐지급 방식을 통해 배상하고, 재산반환 및 원상회복이 적당한 경우에만 재산반환 및 원상회복 방식을 선택할 수 있다. 중국 국가배상법은 금전배상, 재산반환, 원상회복 세 가지 방식 외에도 명예회복(恢復名譽), 사과(賠禮道歉), 영향제거(消除影響) 등 방식을 규정하고 있다. 중국 국가배상법이 이러한 방식을 취하게 된 것은 주로 다음의 목적에서 나타난다.

1) 국가가 배상제도를 확립한 목적은 국민 및 법인, 기타 조직의 합법적인 권익을 더욱 효율적으로 보호하고, 국가기관의 침해를 받은 후에 상응하는

구제를 받을 수 있도록 하는 데 있다. 따라서 원칙적으로 “동등 손해, 동등 배상” 하여야 한다. 금전배상을 주로 하고, 재산반환 및 원상회복을 보조로 하는 방식은 피해자가 받은 손해에 상당하는 충분한 배상을 받을 수 있도록 보장할 수 있고, 단일한 방식으로 인한 한계를 회피하여 피해자가 수량, 품질, 정도, 유형상으로 진정한 구제를 받도록 할 수 있다.

2) 금전배상을 주로 하고, 기타 방식을 보조로 하는 배상방식은 효율성을 충분히 고려한 것이다. 국가기관은 국가 운영의 여러 가지 기능을 부담하고 있고, 공무의 정상 수행을 보장하기 위해 국가기관이 복잡한 분쟁에 휘말려 공무를 그르치는 일이 없도록 빠르고 편리하며 행하기 쉬운 배상방식을 모색한다.

특별히 지적할 점은 국가배상과 민사배상은 모두 배상이지만, 양자간에는 큰 차이가 있다. 즉 i) 양자의 성질이 완전히 다르다. 전자는 공법관계로 인한 배상이고, 후자는 사법관계로 인한 배상이다. ii) 배상방식에서도 국가배상과 민사배상은 많은 차이가 있다. 중국 『민법통칙』 제134조는 민사책임을 부담하는 10가지 구체적인 방식을 나열하고 있는데, 침해정지, 방해배제, 위험제거, 재산반환, 원상회복, 수리, 재제작, 교환, 손실배상, 위약금 지급, 영향제거, 명예회복, 사과를 포함한다. 손실배상은 여러 방식 중 하나에 불과하다. 그러나 국가배상에서 배상금 지급은 주요한 배상방식이다. iii) 국가배상 및 민사배상은 배상방식의 적용에 있어서도 서로 다르다. 민법은 불법행위가 야기한 손해에 대한 책임에 대하여 원상회복을 원칙으로 하고 손실배상을 보조로 한다. 그러나 국가배상은 통상적으로 금전배상을 원칙으로 하고, 원상회복을 예외로 한다.

2. 금전배상

금전배상, 즉 피해자가 여러 손실을 금액으로 환산하여 이 금액으로 피해자의 손실을 변상하는 것이다. 재산손해, 정신손해, 인신손해에 대한 배상에 관계없이, 모두 금전배상을 적용할 수 있다. 국가배상법은 금전배상을 주요 원칙으로 규정하였으며, 이는 그 자체적 특징에 의해 결정된 것이다. 즉 i) 금전배상의 적용범위는 아주 광범위하고, 거의 모든 손해에 대한 배상에 적

용할 수 있으며, 물질손해 또는 정신손해, 인신권 또는 재산권에 대한 손해에 관계없이 금전배상은 모두 기타 책임형식으로 대체할 수 없는 장점을 가지고 있다. ii) 금전배상은 집행하기 편리하다. 일반적으로 금전배상은 고정된 기준이 있으므로 실시하기 편하고, 쌍방의 기준이 달라 공통된 인식을 형성하지 못하여 실시가 어려운 상황을 피할 수 있다. 그렇기 때문에 금전배상은 국가배상방식에서 상당히 중요한 위치를 차지한다.

(1) 인신손해에 대한 금전배상

일반적으로 인신에 대한 손해는 금전으로 직접적으로 배상하기가 어렵다. 왜냐하면 인신권은 금전으로 측정할 수 없는 것이기 때문이다. 그러나 손해가 이미 발생한 경우, 계속되는 손해에 대한 침해를 정지하는 것을 제외하고는 금전배상 보다 더 적합한 배상방식은 없다. 이는 일단 인신손해가 발생하면, 특히 일부 또는 모든 노동능력을 상실하는 경우, 원래 받을 수 있었던 수입이 줄거나 없을 수 있고, 법정부양의무를 이행할 수 없으며, 동시에 병이나 통증을 없애기 위해서 또는 건강회복을 위해서 또는 장례를 치르기 위해 비용을 지급하여야 하는 등 상황이 발생할 수 있기 때문이다. 피해자가 입은 이러한 재산손실은 국가가 배상책임을 부담하여 상응하는 배상금액을 지급함으로써 피해자가 불법침해에로 인하여 받은 물질적 손실을 보충할 수 밖에 없다. 그 밖에 인신은 물질적 이익의 저장장치이자 정신, 감정 등 정신생활의 저장장치이며, 금전배상은 피해자에게 정신적으로 위로가 된다. 이러한 의미에서 볼 때, 인신손해는 금전배상 방식이 가장 적합하다.

(2) 재산손해에 대한 금전배상

모든 재산은 사용가치와 교환가치를 가지고 있으므로 모두 일정한 금액으로 환산한 후에 상응하는 배상을 할 수 있다. 예컨대, 행정기관이 위법하게 모 기업의 수입원자재를 차압하여 봉인하고, 이 기간 동안 원자재가 변질되면, 손실계산 시 국가가 규정한 가치에 따라 금액으로 환산하여 국가가 배상한다. 목적물의 멸실, 이익의 상실 등 재산손실의 몇몇 형식은 모두 금전으로 배상할 수 있다. 그러나 기타 방식을 채택하는 것이 더욱 빠르고 편리하다면 기타 배상방식을 적용한다.

(3) 정신손해에 대한 금전배상

일부 국가에서는 정신손해를 금전배상 방식으로 구제한다. 통상적으로는 위로금 형식으로 간접적으로 구제한다. 그러나 중국 《국가배상법》에서 규정한 금전배상은 신체손해로 야기된 재산손실에 국한되고, 정신손해에 대한 배상은 명확한 규정이 없다. 현재 중국의 재력이 유한하고 이 방면의 사법실천 경험이 누적되고 있기 때문에, 중국 《국가배상법》의 정신손해에 대한 배상은 기타 방식으로 진행된다.

중국 《국가배상법》규정에 따라 금전배상의 적용은 재산반환 또는 원상회복을 할 수 없는 경우를 전제로 하여야 한다. 재산반환 또는 원상회복을 할 수 없는 경우는 주로 이하 몇 가지 상황을 말한다. 즉 i) 국민의 인신자유 및 생명건강권을 침해한 경우, ii) 국민, 조직의 재산을 침해하여 침해당한 재산이 이미 멸실, 경매 등이 되어 원상회복이 사실상 불가능한 경우, iii) 국민, 조직의 재산을 침해하여 침해당한 재산이 이미 손상되어 원상회복을 할 수 없거나 또는 회복에 중대한 어려움이 있는 경우, iv) 재산반환 또는 원상회복이 법률규범과 서로 저촉되는 경우 등이 있다.

금전배상 방식을 적용할 때에는 사건의 구체적인 정황에 근거하여 다음의 원칙을 구분하여 적용하여야 한다. 즉 i) 국가는 피해자 또는 제3자의 과실에 의해 발생한 손해에 대하여서는 배상하지 않거나 총 배상금을 줄인다. ii) 피해자가 동일한 배상원인으로 취득한 이익은 배상금에서 공제하여야 한다. iii) 법정배상금액이 있는 경우 법률이 규정한 금액을 적용하고, 실제 계산에 다른 금액으로는 배상하지 않는다.

3. 재산반환

재산반환은 국가기관이 위법하게 취득한 재산을 피해자에게 반환하는 배상방식이다. 재산반환은 물질적 손해에 대하여서만 적용할 수 있는데, 특히 물품을 통제하지 못하는 경우에 그러하다. 재산반환은 일반적으로 원물(原物)을 말한다. 만약 원물이 특정화된 종류물이면, 동일 종류의 물품으로 배상할 수 있는데, 당사자가 동의하지 않으면 금전으로 배상할 수밖에 없다. 재산반

환 시, 만약 재산에 대한 통제를 잃은 기간 동안 과실(孽息物)이 발생하였다면, 함께 반환하여야 한다. 재산반환은 주로 이하의 경우에 적용된다.

1) 행정기관이 위법하게 과징금, 재산몰수 등 행정처벌을 한 경우. 행정처벌은 행정상대방에 대한 권리를 박탈하는 일종의 제재조치로서, 처벌행위가 위법으로 판단되는 즉시 피해자의 재산을 반환하여야 한다.

2) 행정기관이 국가규정을 위반하여 재물징수, 비용할당을 한 경우. 행정기관의 재물징수와 비용할당은 행정기관이 행정상대방에게 의무를 부과하는 행위로서, 이러한 행위에 법률근거가 없는 경우 당사자 재산권에 대한 침해 구성하고, 행정기관은 징수한 재물 및 할당한 비용을 반환하여야 한다.

3) 사법기관 또는 행정기관이 위법하게 벌금, 몰수, 추징 등 재산을 박탈하는 조치를 취한 경우. 만약 인민법원이 범죄사실이 없는 자에 대하여 벌금, 재산몰수 등 형사적 제재조치를 취하고, 상급 인민법원에서 재판감독절차에 따라 무죄판결을 한 경우, 원심의 벌금, 몰수한 재산은 반환하여야 한다.

4) 국가기관이 위법하게 재산에 대한 차압, 압류, 동결 조치를 취한 경우. 만약 침해 받은 재산이 아직 멸실되지 않았다면 반환하여야 하고, 손해를 야기한 경우 상응하는 배상금을 추가 지급하여야 한다.

주의할 점은 재산반환이라는 배상방식은 다음의 몇 가지 조건을 갖춰야 한다는 것이다.

1) 원 재산이 존재할 것. 만약 원래 재산이 이미 훼손 또는 멸실 되었다면, 재산반환을 논할 필요도 없다. 만약 원물이 텔레비전 등과 같이 특정화된 종류물로서 이미 파손된 경우, 피해자의 동의를 얻어 가치가 상당한 다른 텔레비전으로 배상할 수 있다. 만약 피해자가 동의하지 않으면 금전배상만 할 수 있다.

2) 재산반환이 금전배상보다 더 빠르고 편리할 것. 재산반환은 국가배상방식의 예외로서, 금전배상보다 더 빠르고 편리할 때에만 적용한다. 원래 재산이 존재하지만 다른 곳으로 운반되었거나 행방이 불명하여 찾아야 할 경우

에는 재산반환이 금전배상보다 빠르고 편리하지 않다.

3) 재산반환은 공무수행에 영향을 주지 않을 것. 만약 원래 재산이 이미 공무활동에 사용되고 있다면, 재산반환은 공무수행에 영향을 주게 되므로, 재산반환이 아닌 금전배상을 하여야 한다.

사례 1 : 2002년 7월 3일, 장모씨는 도급 금광에서 생산한 황금 30kg을 가지고 A시에 판매하러 가는 도중에 A시 공안국에 몰수당했다. 공안국은 『금은관리조례』 위반 및 국가가 매매를 제한하는 물품을 경영한 혐의로 장모씨를 형사구류조치하고 사건 관련 황금을 압류하였다. 이어서 검찰은 장모씨에 대한 체포를 승인하였다. 2003년 2월, 국무원은 결정을 발표하여 황금생산판매 관련 허가증을 취소하였고, 검찰은 범죄를 인정하는 법률법규에 변화가 발생했음을 이유로 불기소 결정을 하였지만, 압류한 황금을 반환하지 않았다. 장모씨는 이에 불복하여 국가배상을 청구하였다.

본 건에서 장모씨가 압류 당한 황금은 이미 매매가 제한되는 물품이 아니므로 반환하여야 한다.

4. 원상회복

원상회복은 국가기관의 위법한 행위로 인하여 피해를 받은 행정상대방에게 재산 또는 권리를 손해받기 전의 형태, 성능 또는 상태로 회복시켜 배상하는 방식이다.

국가배상의 원상회복과 민사배상의 원상회복은 서로 연관되지만 차이도 있다. 포함된 내용으로 볼 때, 국가배상에서 원상회복 범위는 넓은 편이고, 민법에서 원상회복 범위는 좁은 편이다. 민법에서 원상회복은 행위자가 타인의 재산을 침해하여 타인의 재산에 손해를 야기한 경우 손해를 받은 재산을 원상복구하여 손해전의 형태 또는 성능으로 회복시켜야 함을 말하는데, 국가배상에서 원상회복은 손해를 받은 재산의 원상회복, 피해자가 향유하는 급여대우, 직급회복 등과 같이 기타 손해를 받은 권리의 원상회복도 포함한다.

원상회복은 배상방식의 하나로서, 국가배상에서 매우 엄격하게 적용 제한한다. 원상회복은 국가공무인력의 과다한 시간, 정력과 연관되어 행정효율에 영향을 줄 수 있기 때문이다. 금전배상보다 더욱 편리한 경우에만 이 방식을 적용한다. 일반적으로, 통상 다음의 몇 가지 경우에 적용된다. 즉 i) 반환하여야 하는 재산이 훼손되었지만 원상회복할 수 있는 경우, 원상회복하여야 한다. ii) 재산을 차압, 압류, 동결한 경우, 차압, 압류, 동결을 해제하여야 한다. iii) 원상회복할 가능성이 있고, 기타 법률 규정을 위반하지 않아야 한다.

원상회복은 반드시 다음의 몇 가지 조건을 갖춰야 한다.

1) 손해를 받은 재산은 원상회복할 수 있을 것. 만약 재산에 대한 손해가 물건의 기능 상실 또는 약화되어 회복할 수 없는 경우, 원상회복을 배상방식으로 적용할 수 없다.

2) 원상회복이 금전배상보다 편리할 것. 원상회복은 금전배상에 대한 보조적 방식으로 금전배상보다 더 간편한 경우에만 적용한다. 만약 손해를 금전으로 계산할 수 있고, 원상회복보다 더 간편할 경우, 금전배상을 적용하여야 한다.

3) 기타 배상방식의 적용을 배제할 것. 원상회복은 아주 융통성 있는 개념이고, 그 적용범위도 넓은 편이어서, 방해제거, 위험제거, 수리, 재제작, 교환 등은 모두 원상회복의 내용이다. 금전배상을 적용할 수 없거나 또는 원상회복이 가장 편리한 경우에만 원상회복을 적용한다.

5. 국가배상의 기타방식

《국가배상법》은 상술한 3가지 배상방식 이외에 기타 배상방식을 명확히 규정하고 있다. 《국가배상법》 제30조는 배상 의무기관은 법에 의하여 확인된 본법 제3조 제1항, 제2항, 제15조 제1항, 제2항, 제3항에서 규정한 경우 중 하나이고, 피해자의 명예권 및 영예권에 손해를 야기한 것에 대하여 불법행위의 영향범위 내에서 피해자를 위해 영향을 제거하고 명예를 회복시키며 사과하여야 한다고 규정하고 있다.

이 조항의 규정에 따라, 모든 명예권 및 영예권을 침해하는 행위에 대하여

영향제거, 명예회복, 사과와 같은 배상방식을 적용하는 것이 아니고, 다음의 불법행위에만 적용된다.

1) 행정기관이 위법하게 구류하거나 또는 위법하게 국민의 인신자유를 제한하는 행정강제조치를 취하여 피해자의 명예권과 영예권을 침해한 경우.

2) 행정기관이 불법구금 또는 기타방식으로 국민의 인신자유를 불법하게 박탈하여 피해자의 명예권과 영예권을 침해한 경우.

3) 수사권, 검찰권, 재판권을 행사하는 국가기관이 범죄사실이 없는 사람을 착오체포하여 피해자의 명예권과 영예권을 침해한 경우.

4) 재판감독절차에 따라 재심을 통해 무죄가 선고되었지만, 원심 판결에 따른 형벌을 이미 집행이 완료되어 피해자의 명예권과 영예권에 손해를 야기한 경우.

상술한 경우는 모두 국가기관이 불법하게 직권을 행사하여 국민의 인신자유를 제한 또는 박탈하고 국민의 인신권리를 침해한 경우로서, 동시에 일정 범위내에서 국민의 명예권과 영예권에 손해를 야기한 경우이다. 국가기관은 위법행위를 교정할 때 불법행위의 영향이 있는 범위내에서 피해자를 위해 영향을 제거하고 명예를 회복시키며 사과하여야 한다.

(1) 영향제거

《국가배상법》에서 영향제거(消除影响)란 국가기관이 부담하는 특정범위 내에서 명예권 및 영예권을 침해하여 발생한 각종 부당한 영향을 제거하는 피해자의 명예와 영예에 대한 배상방식이다. 이 배상방식을 활용할 때에는 다음의 몇 가지 문제에 주의하여야 한다.

1) 피해자의 명예권과 영예권이 이미 손해를 받아야 한다. 이것은 영향제거를 적용하는 전제이다. 만약 불법행위가 공개되지 않아 대중이 알게 된 것이 아니거나, 국민의 명예권과 영예권이 손해의 위협만 받고 부당한 영향을 야기하지 않았다면 이러한 배상방식을 채택할 필요가 없다.

2) 영향제거는 반드시 손해를 받은 특정한 범위내에서 하여야 한다. 불법행위가 어느 정도 범위내에서 피해자의 명예권과 영예권을 침해하였고, 어느 정도 범위내에서 피해자에게 부당한 영향을 야기하였으며, 반드시 어느 정도 범위내에서 영향을 제거함으로써 대중에 대한 피해자의 명예와 영예를 회복하여야 한다. 예컨대, 모 공안기관이 모씨의 도박행위를 인정하여 그를 구류하고 공장전체에 법제교육의 모델로서 선전하였는데, 후에 이 구류가 위법으로 확인된 경우, 공안기관은 공장전체 범위내에서 피해자에게 부당한 영향을 제거하여야 한다.

2) 영향제거방식은 단독으로 적용할 수도 있고, 기타 배상방식과 함께 적용할 수도 있다. 만약 국가기관이 인신자유를 제한한 시간이 비교적 짧고, 손해정도도 경미한 경우 영향제거를 단독으로 적용하면 된다. 그렇지 않을 경우, 피해자를 위한 영향제거 외에 기타 방식의 배상도 적용하여야 한다.

(2) 명예회복

명예회복(恢复名誉)은 중국 민법에서 자주 영향제거와 함께 적용된다. 양자는 여러 면에서 비슷한 점이 있는데, 모두 피해자의 명예권과 영예권을 침해하여 부담하는 민사책임의 형식이고, 모두 정신손해에 대한 구제 및 배상이다. 중국 《국가배상법》이 채택한 명예회복은 주로 국가기관의 불법행위가 국민의 명예권 및 영예권에 야기한 손해에 적용된다.

(3) 사과

국가기관의 불법행위가 피해자의 명예권 또는 영예에 손해를 야기하였기 때문에, 불법행위자가 피해자에게 잘못을 인정하고 미안한 마음을 표시하는 것을 사과(赔礼道歉)라고 한다.

《국가배상법》이 사과를 하나의 배상방식으로 한 것은 독특하고 참신하다. 각국 입법에서 볼 때, 사과를 국가배상의 방식으로 하는 것은 거의 선례가 없다. 입법과정에서 논쟁이 있었는데, 국가기관이 피해자에게 사과하는 것은 격화소양(隔靴搔痒 : 신발 위로 가려운 곳을 긁다는 뜻으로 정곡을 찌

르지 못한다는 의미-역자 주)과 다르지 않고, 국민의 손해를 받은 권리에 대하여 구제작용을 하지 못한다는 관점이 있었다. 또 이와는 반대로 국가기관이 피해자에게 사과하는 것은 피해자의 정신에 대한 위안으로, 모순을 해결하는데 유리하고 화해를 성립하여 국가의 관리기능을 실현하는데 유리하다는 관점도 있었다. 사과는 국가배상방식 중의 보충방식으로 그 존재는 합리성이 있다. 《국가배상법》은 어떤 형식으로 사과하여야 하는지에 대하여서 명문으로 규정하지 않고 있다. 『민법통칙』에 규정된 사과는 구두로 할 수도 있고, 서면으로 할 수도 있다. 또는 행정기관이 면전에서 구두로 피해자에게 미안한 마음을 표시할 수도 있지만, 사과의 엄숙함을 보장하기 위해 구두사과의 내용을 문서로 기록하여야 한다고 본다. 만약 서면 사과방식을 적용한다면 더 적합하거나 피해자가 서면사과를 더 선호하는 경우, 배상기관은 사과내용을 서면으로 피해자에게 전달하여야 할 것이다. 본서에서는 국가배상의 특수성을 고려하여 사과는 원칙적으로 서면방식으로 하여야 하고, 동시에 구두, 신문 또는 텔레비전 광고 방식으로 보충할 수 있다고 본다.

제 2 절 국가배상 계산기준

1. 인신권 손해의 계산기준

인신권에 대한 손해는 국민 자유의 침해와 국민 생명건강권의 침해 두 가지가 있는데, 구체적으로 인신자유에 대한 제한과 박탈, 인격권에 대한 손해, 건강에 대한 손해로 상해, 장애, 사망 야기를 포함한다. 각각의 손해배상 계산기준은 다음과 같다.

(1) 인신자유권 손해배상의 계산기준

국가기관이 국민의 인신자유를 침해하는 행위로는 대략적으로 징역(徒刑), 구역(拘役), 관제(官制), 형사구류(刑事拘留), 사법구류(司法拘留), 행정구류(行政拘留), 노동교양(劳动教养), 체포(逮捕) 및 기타 형사수사 중 인신자유를 제한하는 구금행위(羈押行为)를 포함한다. 인신자유를 제한·박탈한 것에 대한 배상은 일반적으로 피해자가 구금당한 시간에 일일 배상금액을 곱하여

계산하지만, 국가 및 지역마다 일일 배상금액이 다르다. 중국 《국가배상법》 제26조는 “국민의 인신자유를 침해한 경우, 1일당 배상금을 국가 상반기 직원 일평균임금에 따라 계산한다.”라고 규정하고 있다. 즉 일수에 따라 배상금을 지급하고, 일 배상금은 국가 상반기 직원 일평균임금에 따라 계산한다. 《최고인민법원의 〈중화인민공화국 국가배상법〉의 철저한 집행에 관한 약간의 문제의 해석》 제6조 규정에 따라, 여기서 규정한 “상반기”는 배상의무기관, 심의기관 또는 인민법원 배상위원회가 원래 배상결정을 유지하는 경우, 원래 배상결정을 한 상반기에 집행된 것을 말한다. 국가 상반기 직원 일평균임금의 액수는 직원 연평균 임금을 전년도 법정 근무일수로 나누는 방법으로 계산하여야 한다. 연평균임금은 국가통계국에서 공포한 숫자를 기준으로 한다.

중국 《국가배상법》은 국민의 인신자유권 침해에 대한 배상에 대하여 임의 기준을 채택하고 있고, 최고배상 한도액 또는 고정된 기준을 두고 있지 않다. 이러한 기준의 장점은 경제발전 상황에 맞출 수 있고, 중국의 국정에 부합하며, 조작이 용이하고 비교적 융통성이 있어 전국 범위에서 통일적으로 실시할 수 있기 때문에, 국민, 법인과 기타 조직의 합법적인 권익이 침해를 받았을 때 국가의 합리적인 배상을 받을 수 있다는 것이다.

(2) 국민 생명건강권 손해배상의 계산기준

생명건강권 손해는 상해, 장애, 사망 3가지 상황을 포함한다. 국가가 위법하게 국민의 신체건강 또는 생명을 침해하고, 병환을 앓게 하거나, 노동능력을 상실 또는 감소하게 하였거나, 사망한 경우, 배상책임을 져야 한다. 각국의 인신상해에 관한 배상은 일반적으로 의료비, 의료기간 동안의 휴업손실비용과 신체장애가 있을 때의 보상비 또는 생활비를 포함한다. 중국 《국가배상법》 제27조는 국민 생명건강권 침해에 대한 배상을 다음 기준에 따라 계산한다.

1) 신체에 손해를 야기한 경우, 의료비를 지급하고 휴업으로 인하여 감소한 수입을 배상하여야 한다. 감소한 수입에 대한 일 배상금은 국가의 상반기 직원 일평균임금에 따라 계산하고, 최고액은 국가의 상반기 직원 연평균임금

의 5배로 한다.

일반적으로 신체상해는 장애를 야기하지 않은 상해이다. 의료비는 피해자가 신체손해를 입은 후 건강을 회복하기까지 진행되는 치료에 지출되는 비용을 말한다. 여기에는 의료비, 입원비, 검사비 등을 포함한다. 의료비는 실제 사용 비용에 따라 배상하고, 피해자 진료병원에서 작성한 진단증명과 의료비 관련 영수증을 증빙으로 하여야 하며, 침해와 무관한 질병 치료 또는 침해와 무관한 약품을 마음대로 구매하거나 의무부문의 승인 없이 별도로 병원을 찾아 치료하고 쓴 비용은 배상하여서는 아니 된다.

휴업으로 감소한 수입은 피해자가 상해를 입은 뒤 일을 할 수 없어서 손실된 수입을 말한다. 휴업으로 감소한 손실기준에 관하여 각국은 서로 다른 규정을 하고 있는데, 어떤 국가에서는 실제 손실에 따라 배상하고, 어떤 국가에서는 매일 또는 매월 배상금액을 확정하여 어떤 상황에서든 하나의 기준을 적용하며, 어떤 국가에서는 실제손실의 절반을 배상한다. 중국 《국가배상법》은 감소된 수입은 국가 상반기 직원 연평균임금에 따라 계산하고, 최고액은 국가 상반기 직원 연평균임금의 5배로 한다고 규정하고 있다. 휴업일자 확정 기준은 병원에서 작성한 휴가기간에 근거하고, 휴가증명 없이 자체적으로 휴가를 보낸 경우 휴업일로 계산하지 않는다.

배상금액에 대한 최고한도액 규정은 중국에서 시작된 것이 아니고, 기타 국가에서도 유사한 방법이 있다. 이는 주로 국가의 재무상황에 대한 고려에서 나타난다.

2) 부분 또는 전체 능력상실을 야기한 경우, 의료비 및 장애배상금을 지급하여야 한다. 장애배상금은 노동능력의 상실정도에 근거하여 확정하고, 노동능력 부분상실에 대한 최고한도는 국가 상반기 직원 연평균임금의 10배, 노동능력 전부 상실에 대한 최고한도는 국가 상반기 직원 연평균임금의 20배로 하고, 노동능력 전부 상실을 야기한 경우 그가 부양하는 노동능력이 없는 자에 대하여 생활비를 지급하여야 한다.

장애배상금은 국가기관 및 그 업무인원이 위법하게 직권을 행사하여 국민의 생명건강권을 침해함으로써 국민의 노동능력의 부분 또는 전부 상실을

야기한 후에 국가가 피해자에게 지급하는 배상금이다. 배상액은 피해자의 장애 정도에 따라 확정한다. 피해자의 장애 정도의 확정은 국가의 유관 규정에 근거하여야 한다. 《국가배상법》 및 유관 사법해석에 명확한 해석이 없기 때문에, 1990년 최고인민법원에서 공포한 《인체경상감정표준(시행)》 및 《인체중상감정표준》을 참조할 수 있다. 이 두 사법해석은 《중국인민공화국 형법》에 근거하여 제정된 것으로, 형법이 규정한 타인의 건강을 상하게 하는 상황에 대한 기준이지만, 국가배상의 장애 정도의 확정에도 참조할 수 있다.

생활비는 국가기관 업무인원이 위법하게 직권을 행사하여 국민의 생명건강권을 침해함으로써 국민이 노동능력을 전부 상실한 경우, 국가가 그 국민이 부양(扶養)(또는 무양(扶养 : 부모, 조부모 등이 자녀, 손녀 등을 부양·교육하는 것을 말함-역자 주))하는 노동능력이 없는 자에 대하여 지급하는 생활유지비용이다. 중국 《혼인법》, 《상속법》 등 법률규정에 따라, 국민이 부양(또는 무양)하여야 하는 자에는 직계친속, 즉 조부모, 외조부모, 부모, 배우자, 만18세 미만 자녀 및 국민이 이미 무양(扶养)관계를 형성한 자를 포함한다. 생활비는 피부양자가 미성년인 경우 만18세까지 지급하고, 기타 노동능력이 없는 자에 대하여서는 사망시까지 지급한다. 지급기준은 현지 민정부문의 생활구제 유관규정을 참조할 수 있다.

노동능력을 부분 상실한 경우, 배상금 최고액은 국가 상반기 평균임금의 10배로 하고, 노동능력을 전부 상실한 경우 장애배상금은 일률적으로 상반기 직원 평균임금의 10배로 한다고 규정한 원인은 인신이 손해를 입지 않은 정상적인 상황에서 국민이 노동을 통하여 일정한 수입을 얻을 수 있고 법정 부양의무를 이행할 수 있기 때문이다. 그러나 인신손해가 발생하여 노동능력을 부분 또는 전부 상실하게 되면, 피해자가 원래 얻을 수 있는 수입이 감소하고 심지어 상실될 수도 있다. 노동능력을 부분 상실한 피해자는 정도의 경중에 따라 구별이 있으므로, 장애의 경중에 근거하여 나누어 대우하고 장애 배상 액수를 결정하여야 한다. 노동능력을 전부 상실한 경우, 정도의 경중 구별은 의미가 없으므로, 《국가배상법》상 노동능력 전부 상실에 대한 배상과 사망배상금은 모두 상반기 국가 직원 연평균임금의 20배로 동일하다.

3) 국민의 사망을 야기한 경우, 사망배상금, 장례비를 지급하여야 하고, 총액은 국가 상반기 직원 연평균임금의 20배로 한다. 사망자가 생전 부양하던 노동능력이 없는 자에게는 생활비를 지급하여야 한다.

중국 배상법은 외국의 입법경험을 참고로 하여, 중국의 실제 상황에 근거하여 사망에 대한 배상에 대하여 최고한도액 일회성 급부 규정을 하고 있다. 주의할 점은 사망배상금과 장례비는 고정액, 즉 국가 상반기 직원 연평균임금의 20배로 고정되어 있다. 생활비 규정은 생활능력을 전부 상실한 경우와 같다.

사망배상금과 장애배상금의 차이는 사망배상금은 피해자 친족에 급부하는 것이고 장애배상금은 피해자에게 급부한다는 것이다. 사망배상금의 수령은 주로 피해자의 상속인 및 피해자와 부양관계가 있는 친족이다. 따라서 사망배상금의 내용은 사망배상금 및 장례비, 생활비를 포함하며, 국가가 일회성으로 사망자 가족에게 장례비를 포함한 사망배상금을 지급한다.

사례 2 : 1996년 10월 11일 저녁, 정모씨는 음주 후 모 음식점에서 난동을 부리고 점포내 유리 여러 개를 산산조각 냈다. 사람들이 권유하여 정모씨는 잘못을 인정하고 배상을 원한다고 표시했다. 그 때 마침 A구公安국 소속 임모씨, 조모씨가 근무 중 점포에 도착했고, 임모씨는 정모씨를 밀고 때려서 정모씨를 파출소로 데려가 처리하고자 했다. 밀치는 과정에서 정모씨가 넘어지면서 머리가 시멘트 바닥에 부딪혀 뇌출혈로 사망하였다. 1997년 12월 20일, 정모씨의 부친이 A구公安국에 행정권리침해배상을 제출하였다. 본 사건의 배상의무기관은 어떤 배상방식으로 배상하여야 하는가?

《국가배상법》 제27조 제1항 제3항 규정에 따라 사망을 야기한 경우, 사망배상금, 장례비를 지급하여야 하고, 총액은 국가 상반기 직원 연평균임금의 20배로 한다. 사망자가 생전 부양하던 노동능력이 없는 자에 대하여서는 생활비를 지급하여야 한다.

2. 재산권 손해의 계산기준

《국가배상법》 제28조 규정에 따라 재산손실배상의 계산기준은 다음과 같다.

1) 과태료, 벌금, 추징, 재산몰수 또는 국가 규정을 위반하여 징수한 재물, 할당비용에 대한 배상

과징금, 벌금, 추징, 재산 몰수로 국민 및 법인, 기타 조직의 재산권을 침해한 경우, 또는 국가규정을 위반하여 재물, 할당비용을 징수한 행위는 물건에 대한 통제를 잃은 행위로서, 그와 상응하는 가장 좋은 배상은 재산반환이다. 여기서 재산반환은 금전 및 기타 재물을 포함한다.

2) 재산의 차압, 압류, 동결로 인한 배상

재산을 차압, 압류, 동결한 경우, 재산에 대한 차압, 압류, 동결을 해제하여야 한다. 반환하여야 하는 재산이 훼손된 경우, 원상을 회복할 수 있는 것은 원상회복하고, 원상을 회복할 수 없는 것은 국가가 배상책임을 지고 손해 정도에 따라 그에 상응하는 배상금을 급부한다. 반환하여야 하는 재산이 멸실된 경우 상응하는 배상금을 급부한다. 멸실은 손해 입은 재산이 더 이상 존재하지 않음을 말한다. 소위 상응하는 배상은 배상액수가 물건의 가치로써 계산되어야 하고, 실제손실 범위내에서 엄격하게 결정하며, 피해자가 해당 재산을 잃었을 때를 가격추정일자로 한다.

3) 이미 경매된 재산에 대한 배상

경매는 재산을 공개적으로 처분하는 방식으로 전문경매기구, 임시로 경매 활동에 종사하는 기업 또는 인민법원은 공평경쟁방식을 통해 최고가를 제시한 사람에게 재산을 매각한다. 국가기관 및 업무인원이 재산에 대하여 위법하게 강제조치를 취한 후 경매를 진행하였다면, 원물이 이미 존재하지 않거나 타인의 소유가 되어 원상회복이 불가능하므로 금전배상을 하여야 한다. 이미 경매한 재산의 배상에 대하여 《국가배상법》은 경매소득가액을 급부하는 것으로 규정하고 있다.

4) 허가증과 면허(執照) 말소, 생산정지·영업정지 명령으로 인한 손해배상

허가와 영업허가의 말소, 생산정지·영업정지 명령은 국가기관 및 업무인원이 국민 및 법인, 기타 조직의 재산권을 침해할 수 있는 또 다른 형식이

다. 이러한 침해는 재산을 목적으로 하는 것이 아니라 피해자의 권리 박탈 및 제한을 목적으로 하기 때문에, 그 결과로 기업의 생산정지 또는 법인의 소멸을 야기할 수 있다. 이에 대하여 《국가배상법》은 허가증과 영업허가의 말소, 생산정지·영업정지 명령으로 손해를 야기한 경우, 생산업무 정지 기간 동안 필요한 경상비용 지출을 배상하여야 한다. 필요한 경상비용 지출은 기업, 상점, 국민 등이 생산업무 정지기간 동안 생존유지를 위해 사용하는 기본 지출, 예컨대, 수도전기세, 건물임대료, 직원기본임금 등이 있다. 그 중, 직원기본임금은 국가가 통일 규정한 노동보호임금의 평균으로 계산한다. 그러나 법인 또는 조직이 정상적인 상황에서 반드시 얻을 수 있는 이익은 배상하지 않고, 생산업무정지기간의 모든 지출에 대하여서도 배상하지 않으며, 단지 필요한 경상비용만 배상하고, 손실의 전부가 아닌 일부분을 배상한다.

5) 재산권 기타 손해에 대한 배상

《국가배상법》은 재산권에 손해를 야기한 경우 직접 손실에 따라 배상한다고 규정하고 있다. 소위 “직접 손실”이란 불법 침해를 받음으로써 기존재산이 필연적으로 감소 또는 소멸하는 것을 말한다. 직접 손실 배상원칙을 규정한 이유는 다음과 같다. 즉 i) 중국의 국력과 재력이 아직 풍부하지 못하여 국가배상은 위로의 성격을 가지고, 상징적으로 일정한 배상만 하는 것이며, 그렇지 않을 경우 국가와 국민의 부담을 가중시킬 것이다. ii) 직접 손실 이외에 예상가능이익을 제외하고, 간접손실은 행정상대방이 실제로 취득한 이익은 아니며, 의외의 상황이 발생하여 실제로 취득할 수 없을 가능성도 배제할 수 없다.

사례 3 : A구 공안지국은 장물 몰수를 위해 A공장의 기계설비를 제품, 공구 등 물품과 함께 압류하였고, 그 감정가치는 10만 위안이었다. A공장은 인력을 고용하여 압류된 설비 등 물품을 관리하는 데 총 900위안을 사용하였다. 후에 시공안국은 재심결정을 통해 공안지국의 압류결정을 취소하고 A구 공안지국은 압류물품 전부를 A공장에 반환하였다. A공장은 돌려받은 물품을 공장내로 운반, 설치하기 위해 운수하역비로 800위안을 사용하였다. 설비 압류기간 동안, A공장은 2억 위안의 기업이윤 손

실을 입었다. A공장이 국가배상청구를 제출하였다. 《국가배상법》 규정에 따라 어떤 손실을 배상하여야 하는가?

본 사건에서 국가는 800위안의 운수하역비와 관리비 900위안을 배상하여야 한다. 설비 압류기간의 기업이윤손실 2만 위안은 배상받을 수 없다.

제 3 절 국가배상비용

1. 국가배상비용의 출처

국가배상비용은 국가기관이 피해자의 손실을 배상하는 데 필요한 비용을 말하는데, 국가배상은 금전배상을 주로 하고, 기타 방식을 보조로 하기 때문에 상당한 비용이 필요하다. 대다수 국가에서는 입법을 통해 국가배상 경비의 출처를 규정하고 있다. 일반적으로 배상경비는 국가에서 지급하지만 구체적인 방법에 있어 국가마다 차이가 있다. 1989년에 공포된 《행정소송법》 제 69조는 “배상비용은 각급 재정에서 지급한다. 각급 인민정부는 유책 행정기관에게 부분 또는 전부 배상비용을 지급하도록 명령할 수 있다”라고 규정하고 있다. 이후, 《국가배상법》 제29조도 국가배상경비의 출처에 대하여 “배상비용은 각급 재정예산에 편성하고, 구체적인 방법은 국무원이 규정한다.”라고 명확하게 규정하고 있다. 정부는 매년도 국가예산에 배상비용항목을 편성한다. 중국 재정이 중앙 및 지방분리체계를 실행하고 있음을 고려하여, 《국가배상법》 실시 후에는 중앙재정에서 이체하는 경비는 중앙재정 예산으로 하고, 지방정부, 인민법원, 인민검찰원의 배상비는 각급 재정예산에 편성한다. 구체적인 계상방법은 국무원에서 구체적인 실시세칙을 정한다.

2. 국가배상비용의 지급 및 관리

국가배상비용은 각급 정부재정에서 지급하고, 각급 재정부문에서 이체하여, 배상의무기간이 청구권자에게 지급한다. 그 절차는 우선 청구권자가 배상협의서 또는 화해서, 판결문을 가지고 배상의무기관에 배상금지급을 청구

하고, 배상의무기관은 어떤 이유로도 지급을 거절하거나 지연하면 아니 된다. 그렇지 않으면, 청구권자는 법원에 강제집행을 신청할 수 있다. 다음으로, 배상의무기관이 법률문서에서 규정한 금액에 근거하여 배상금을 지급한다. 만약 각급 정부가 배상의무부담기관이라면 직접 배상금을 준비금 계좌에서 인출하여 청구인에게 지급하거나, 또는 은행에 통지하여 배상금을 청구권자 계좌로 바로 이체하도록 하여야 하며, 만약 배상의무기관이 각급 정부의 소속부문이거나 기타 국가기관이라면, 배상의무기관은 상술한 절차에 따라 배상금을 지급하는 것 외에 청구권자의 청구지급서 및 관련 법률문서를 정부에 보내 등록하여야 한다. 마지막으로, 청구권자는 배상금을 수령할 때에 영수증 또는 기타 증명문건을 준비하여야 하고, 배상의무기관은 영수증 또는 기타 증빙의 부분을 동급 재정기관에 제출하여야 한다.

국가배상비용의 지급에서 배상금 예산과 배상금의 사용결과가 서로 맞지 않아 연말에 경비가 남거나 부족한 경우가 종종 발생한다. 국가배상금은 특별계정을 두고 전용하는 것이므로, 각각의 항목은 구체적인 사용규범이 있고, 결산잔액을 기타 행정비 결산잔액과 같이 처리할 수 없으며, 전부 결제잔액을 차기 년도에 이월하여 계속 특별 계정으로 사용한다. 경비 부족에 대하여서는 두 가지 방법으로 보완할 수 있다. 즉 i) 예비비 사용. 각급 재정은 임시 긴급수요 및 사전에 예상하기 어려운 지출에 대응하기 위하여 예비비를 두고 있고, 국가배상비용에서 부족한 부분은 일정 수속을 통해 예비비를 사용함으로써 피해자에 대한 보상을 보장할 수 있다. ii) 예산 추가. 이미 결정된 배상총액 이외의 액수를 증가시켜 배상금의 부족을 보충하는 것이다. 예산 추가는 재정부문이 상급 재정부문에 보고를 제출하고, 상급 재정부문이 심사 결정 후 국무원 또는 동급 인민정부에 승인을 요청한다.

중국 국가배상경비의 관리에 대한 주요 규정으로는 1995년 1월 25일 국무원이 발표한 《국가배상비용관리방법》이 있다.

1) 국가배상비용은 각급 재정예산에 편성되고, 각급 재정은 재정관리체제에 따라 급별로 부담한다. 국가배상비용은 각급 재정기관이 관리를 담당한다. 당해 연도에 실제 지급한 국가배상비용이 연도 예산을 초과한 부분은 해당 급 예산의 예비비에서 해결한다.

2) 국가배상비용은 배상의무기관이 해당 단위의 예산경비와 본 단위에서 사용하도록 유보된 자금에서 지급하고, 지급 후에는 동급 재정기관에 자금 지급결정을 신청한다. 국가배상비용 이체 또는 반환을 신청하여 이미 재정에 상납된 재산은 구체적인 정황에 근거하여 상응하는 문건 및 문건의 부분을 제공하여야 한다.

3) 재정기관에서 행정배상하는 배상의무기관의 신청을 심사 결정할 때, 해당 배상의무기관이 고의 또는 중대한 과실로 국가배상을 야기하였거나 《국가배상법》이 규정한 범위와 표준을 초과하여 배상한 것을 발견한 경우, 해당 급 정부에 해당 배상의무기관이 자체적으로 부분 또는 전부 국가배상비용을 부담하도록 제청할 수 있다.

4) 각급 재정기관은 국가배상비용의 감독관리를 강화하여 건전한 국가배상비용 관리 및 이체제도를 건립하여야 한다.

그 밖에 《국가배상법》은 배상청구인이 국가배상을 요청한 경우, 배상의무기관 및 심의기관, 인민법원은 배상청구인에게 어떠한 비용도 수취할 수 없다고 규정하고 있다. 최종 처리 결과에 불문하고 모두 사건수리비, 검사료, 감정료 등 일체 지출 및 비용을 수취할 수 없다. 이상 모든 비용은 배상의무기관 및 심의기관, 인민법원이 자체 부담한다. 배상청구인이 취득한 배상에 대하여서는 징세하지 않는다. 즉 배상청구인이 획득한 배상금은 어떠한 세금도 납부할 필요가 없다.

부록

중화인민공화국 행정소송법

1989년 4월 4일 제7기 전국인민대표대회 제2차 회의 통과(주석령 제15호)
2014년 11월 1일 제12기 전국인민대표대회 제11차 회의에서 수정 결정

제1장 총칙	제1절 일반규정
제2장 소송대상	제2절 제1심 보통절차
제3장 관할	제3절 간이절차
제4장 소송참가자	제4절 제2심절차
제5장 증거	제5절 심판감독절차
제6장 기소와 수리	제8장 집행
제7장 심리와 판결	제9장 섭외행정소송
	제10장 부칙

제 1 장 총 칙

제1조 인민법원의 공정하고 신속한 행정안건 심리와 행정분쟁 해결을 보증함으로써, 국민(국민)과 법인, 기타 조직의 합법적 권익을 보호하고, 행정기관이 법에 따라 직권을 행사도록 감독하기 위하여 헌법에 근거하여 본법을 제정한다.

제2조 국민과 법인 또는 기타 조직은 행정기관과 행정기관 공무원(工作人員)의 행정행위가 그 합법적 권익을 침해하였다고 판단할 경우, 본법에 따라 인민법원에 소송을 제기할 권리가 있다.

전항에서 행정행위라 함은 법률, 법규, 규칙의 수권을 받은 조직의 행정행위를 포함한다.

제3조 인민법원은 국민과 법인, 기타 조직의 제소권리를 보장하여야 하고, 수리한 행정안건은 법에 따라 수리하여야 한다.

행정기관과 그 업무인원은 인민법원의 행정안건 수리를 방해하거나 개입할 수 없다.

피소된 행정기관 책임자는 법원에 출석하여 응소하여야 한다. 법원에 출석할 수 없을 경우, 행정기관의 적절한 공무원으로 하여 법원에 출석하도록 위탁하여야 한다.

제4조 인민법원은 행정안건에 대하여 독립적인 심판권을 행사하고, 행정기관, 사회단체 및 개인의 간섭을 받지 아니한다. 인민법원은 행정심판정(行政審判庭)을 설치하여 행정안건을 심리한다.

제5조 인민법원의 행정안건 심리는 사실에 근거하고 법률을 근거로 하여야 한다.

제6조 인민법원의 행정안건 심리는 행정행위가 합법적으로 진행되었는지를 심사한다.

제7조 인민법원의 행정안건 심의는 법에 따라 합의, 회피, 공개심판, 2심 중심으로 실행한다.

제8조 행정소송 과정에서 당사자의 법적 지위는 평등하다.

제9조 각 민족의 국민은 모두 해당 민족의 언어, 문자로 행정소송을 받을 권리를 갖는다. 소수민족 거주지 또는 다민족 공동거주 지역에서, 인민법원은 해당지역 민족이 통용하는 언어와 문자로 심리를 진행하고, 법률 문서를 공포하여야 한다.

인민법원은 그 지역 민족이 통용하는 언어와 문자를 이해하지 못하는 소송 참여자를 위해 통역을 제공하여야 한다.

제10조 행정소송 중에 당사자는 변론을 진행할 권리가 있다.

제11조 인민검찰원은 행정소송에 대하여 법률 감독을 진행할 권리가 있다.

제 2 장 소송수리 범위

제12조 인민법원은 국민, 법인 또는 기타 조직이 다음 사항에 대하여 제기한 소송을 수리한다.

- (1) 행정구류, 허가증이나 자격증의 정지나 취소, 조업이나 영업중단 명령, 위법소득의 몰수, 불법 재물의 몰수, 벌금, 경고 등의 행정처벌에 불복하는 경우
- (2) 신체의 자유를 제한하거나 재산을 차압, 봉인, 동결 하는 등의 행정강제조치와 행정강제집행에 불복하는 경우

- (3) 행정허가를 신청하였으나 행정기관이 거절하거나 또는 법정 기한내에 회신을 하지 않은 경우, 또는 행정기관이 행한 행정허가에 관한 기타 결정에 불복하는 경우
- (4) 행정기관이 행한 토지, 광상, 수류, 삼림, 산령, 초원, 황무지, 간석지, 해역 등의 자연자원의 소유권이나 사용권을 확인하는 결정에 불복하는 경우
- (5) 징수, 징용 결정 및 그 보상결정에 불복하는 경우
- (6) 행정기관에게 인신권, 재산권 등 합법적 권익 보호 이행에 관하여 신청하였으나, 행정기관이 이행을 거절하거나 회답하지 않은 경우
- (7) 경영 자주권이나 농촌토지 도급경영권, 농촌토지경영권을 행정기관이 침해하였다고 판단하는 경우
- (8) 행정기관이 행정권력을 남용하여 경쟁을 배제하거나 제한하였다고 판단하는 경우
- (9) 행정기관이 위법하게 자금을 모집하거나 비용을 할당 또는 기타 의무를 이행하도록 위법적으로 요구하였다고 판단하는 경우
- (10) 법에 따른 보조금, 최저생활보장대우 또는 사회보험 대우를 지급하지 않았다고 판단하는 경우
- (11) 행정기관이 법에 따른 이행을 하지 않고, 약정에 따라 이행하지 않으며, 또는 위법적으로 정부특허경영협약, 토지부동산 수용 보상협약 등의 합의를 변경하거나 해제하였다고 판단하는 경우
- (12) 행정기관이 기타 인신권, 재산권 등의 합법적 권익을 침해하였다고 판단하는 경우

전항의 규정 외에, 인민법원은 법률과 법규가 소송을 제기할 수 있다고 규정하는 기타 행정안건을 수리한다.

제13조 인민법원은 국민, 법인 또는 기타 조직이 다음 사항에 대하여 제기한 소송을 수리하지 않는다.

- (1) 국방, 외교 등의 국가행위
- (2) 행정법규, 규칙 또는 행정기관이 제정하고 공포한 일반적 구속력을 갖는 결정과 명령
- (3) 행정기관의 행정기관 공무원에 대한 상벌, 임면 등에 대한 결정
- (4) 법이 행정기관이 최종 재결하도록 규정한 행정행위

제 3 장 관 할

제14조 기층인민법원은 제1심 행정안건을 관할한다.

제15조 중급인민법원은 다음과 같은 제1심 행정안건을 관할한다.

- (1) 국무원 부서 또는 현급 이상 지방인민정부가 행한 행정행위에 대하여 소송을 제기한 안건
- (2) 세관이 처리한 안건
- (3) 관할구역 내의 중대, 복잡한 안건
- (4) 기타 법률이 중급 인민법원이 관할하도록 규정한 안건

제16조 고급인민법원은 해당 구역 내의 중대, 복잡한 제1심 행정안건을 관할한다.

제17조 최고인민법원은 전국 범위의 중대, 복잡한 제1심 행정안건을 관할한다.

제18조 행정안건은 최초 행정행위를 한 행정기관 소재지 인민법원이 관할한다. 심의된 안건 또한 심의기관 소재지의 인민법원이 관할한다.

최고인민법원의 기준을 거친 경우, 고급인민법원은 심판업무의 실제 상황에 근거하여 약간의 인민법원에게 행정구역 범위를 초월하는 행정안건에 대한 관할을 확정할 수 있다.

제19조 신체의 자유를 제한하는 행정강제조치에 불복하여 제기한 소송은 피고 소재지 또는 원고소재지 인민법원이 관할한다.

제20조 부동산으로 인해 제기된 행정소송은 부동산 소재지의 인민법원이 관할한다.

제21조 두 개 이상의 인민법원이 모두 관할권을 행사하는 안건은 원고가 이중 하나의 인민법원을 선택하여 소송을 제기할 수 있다. 원고가 둘 이상의 관할권을 가진 인민법원에 소송을 제기한 경우, 사안을 먼저 수리한 인민법원이 관할한다.

제22조 인민법원이 수리한 안건이 본원 관할에 해당되지 않는다는 것을 발견할 경우, 관할권을 가진 인민법원에게 이송하여야 하며, 안건을 이송받은 인민법원은 이를 수리하여야 한다. 이송된 사안을 수리한 인민법원이 이송된 안건이 규정에 근거할 때 본원 관할에 해당되지 않는다고 판단할 경우, 상급 인민법원에 관할을 지정하도록 요청할 수 있으며, 이를 다시 이송할 수 없다.

제23조 관할권이 있는 인민법원이 특수한 원인으로 관할권을 행사할 수 없을 경우, 상급 인민법원이 관할을 지정한다.

인민법원의 관할권에 분쟁이 발생한 경우, 분쟁 쌍방이 협상하여 해결한다. 합의에 이르지 못할 경우, 이들의 공동 상급 인민법원에 보고하여 관할을 지정하도록 한다.

제24조 상급 인민법원은 하급 인민법원 관할한 제1심 행정안건을 심리할 권한이 있다.

하급 인민법원은 그가 관할한 제1심 행정안건에 대하여, 상급 인민법원의 심리 또는 관할 지정이 필요하다고 판단하는 경우, 이를 상급 인민법원이 결정하도록 요청할 수 있다.

제 4 장 소송참가인

제25조 행정행위의 상대자와 기타 행정행위와 이해관계가 있는 국민, 법인 또는 기타 조직은 소송을 제기할 권리가 있다.

소송을 제기할 권리가 있는 국민이 사망한 경우, 근친속이 소송을 제기할 수 있다.

소송을 제기할 권리가 있는 법인 또는 기타 조직이 해산된 경우, 그 권리를 승계한 법인이나 기타 조직이 소송을 제기할 수 있다.

제26조 국민과 법인, 기타 조직이 직접 인민법원에 소송을 제기하는 경우, 행정행위를 행한 행정기관은 피고가 된다.

심의를 받은 사안으로 심의기관이 원래의 행정행위를 유지하는 결정을 한 경우, 원래 행정행위를 행한 행정기관과 심의기관은 공동 피고가 된다. 심의기관이 원래의 행정행위를 변경한 경우, 심의기관이 피고가 된다.

심의기관이 법정 기한 내에 심의결정을 하지 않은 경우로서, 국민과 법인 또는 기타 조직이 원래의 행정행위에 소송을 제기한 경우, 원래의 행정행위를 한 행정기관은 피고가 된다. 심의기관의 부작위를 제소한 경우, 심의기관이 피고가 된다.

두 개 이상의 행정기관이 동일한 행정행위를 한 경우, 공동으로 행정행위를 한 행정기관은 공동피고가 된다.

행정기관이 위탁한 조직이 행한 행정행위는 위탁한 행정기관이 피고가 된다.
행정기관이 취소되거나 직권 변경된 경우, 그 직권을 계속 행사하는 행정기관이 피고가 된다.

제27조 당사자 일방 또는 쌍방이 2인 이상으로 동일한 행정행위로 인해 발생한 행정안건, 또는 유사한 행정행위로 인해 발생한 행정안건으로 인민법원이 합병 심리할 수 있다고 판단하고 당사자가 동의하는 경우에는 이를 공동 소송으로 한다.

제28조 당사자 일방이 다수인 공동소송의 경우, 당사자는 대표자를 선정하여 소송을 진행할 수 있다. 대표자의 소송행위가 그가 대표하는 당사자에 대하여 효력을 발생한다. 다만, 대표자가 소송청구를 변경·포기하거나 또는 상대방 당사자에 대한 소송청구를 승인할 경우, 대표되는 당사자의 동의를 얻어야 한다.

제29조 국민, 법인 또는 기타조직과 피소된 행정행위와 이해관계가 있으나 소송을 제기하지 않은 경우, 또는 안건 처리 결과와 이해관계가 있는 경우에는 제3자로서 소송 참가를 신청할 수 있으며, 또는 인민법원이 소송참가를 통지한다.

인민법원이 제3자에게 의무를 부담하도록 하거나 제3자의 권익을 감소시키는 판결을 하는 경우, 제3자는 법에 따라 상소할 권리가 있다.

제30조 소송능력이 없는 국민은 법정 대리인이 소송을 대리할 수 있다. 법정 대리인이 서로 대리책임을 미루는 경우, 인민법원이 이중 한명을 소송대리인으로 지정한다.

제31조 당사자, 법정대리인은 1인에서 2인까지 소송대리인으로 위탁할 수 있다. 다음에 열거된 자는 소송 대리인으로 위탁될 수 있다.

- (1) 변호사, 기층법률 서비스 종사자
- (2) 당사자의 근친속 또는 업무인원
- (3) 당사자 소재지 지역, 조직 및 관련 사회단체의 추천을 받은 국민.

제32조 대리소송의 변호사는 규정에 따라 사안에 관한 자료를 열람하거나 복사할 수 있으며, 관련 조직과 국민에 대한 조사를 진행하고, 안건에 관련된 증거를 수집할 권리가 있다. 국가기밀이나 상업적 기밀, 개인의 사생활에 관련된 자료는 법률 규정에 따라 비밀을 준수하여야 한다.

당사자와 기타 소송대리인은 규정에 따라 본안에 관한 법정 심리자료를 열람하거나 복사할 수 있다. 단, 국가기밀, 상업적 기밀, 개인의 사생활에 관련된 내용은 제외한다.

제 5 장 증 거

제33조 증거는 다음 사항을 포함한다.

- (1) 서면 증거
- (2) 물증
- (3) 자료 시청
- (4) 전자 데이터
- (5) 시청각 자료
- (6) 당사자의 진술
- (7) 감정의견
- (8) 현장조사 기록

이상 증거는 법정 심사를 통해 사실로 판단될 경우에만 사안 사실을 확정하는 근거로 삼을 수 있다.

제34조 피고는 자신이 행한 행정행위에 대하여 거증 책임을 지며, 해당 행정행위를 행한 증거와 근거에 대한 규범성 문건을 제출하여야 한다.

피고가 증거를 제공하지 않거나 정당한 이유없이 증거 제공 기한을 넘기는 경우에는 상응하는 증거가 없는 것으로 간주한다. 다만, 피소 행정행위가 제3자의 합법적 권익에 관련되는 경우로서, 제3자가 증거를 제공하는 것은 그렇지 아니한다.

제35조 피고와 그 소송대리인은 소송 과정에서 자의적으로 원고, 제3자, 증인으로부터 증거를 수집할 수 없다.

제36조 피고가 행정행위를 행한 때에 이미 증거를 수집하였으나, 불가항력 등의 사유로 제공할 수 없을 경우, 인민법원의 비준을 통해 제공 기한을 연장할 수 있다.

원고나 제3자가 행정 처리 과정에서 제출하지 않은 이유나 증거를 제출한 경우, 피고는 인민법원의 허가를 통해 증거를 보충할 수 있다.

제37조 원고는 행정행위가 위법이라는 것을 증명할 수 있는 증거를 제출할 수 있다. 원고가 제출한 증거가 성립되지 않을 경우에도, 피고의 거증 책임은 면책되지 않는다.

제38조 법적 직무를 이행하지 않은 피고를 기소한 안건에서, 원고는 피고를 대상으로 제기한 신청의 증거를 제출하여야 한다. 단, 다음 사항에 해당되는 경우에는 해당되지 않는다.

- (1) 피고가 직권에 의해 주동적으로 법적 직무를 이행한 경우
- (2) 원고가 정당한 이유로 증거를 제공할 수 없는 경우

행정배상, 보상 사안에서, 원고는 행정행위가 야기한 손해에 대하여 증거를 제공하여야 한다. 원고가 증거를 제공할 수 없는 원인이 피고에게 있는 경우, 피고는 입증책임을 부담한다.

제39조 인민법원은 당사자에게 증거의 제공이나 보충을 요구할 권한이 있다.

제40조 인민법원은 행정기관과 그 조직, 국민에 대하여 증거를 조회할 권한이 있다. 단, 행정행위의 합법성을 위해 피고가 행정행위 시 수집하지 못하였던 증거를 조회할 수 없다.

제41조 본안과 관련된 다음 증거로서, 원고 또는 제3자가 스스로 수집하지 못할 경우 인민법원에 조회를 신청할 수 있다.

- (1) 국가기관이 보존하고 있으며, 인민법원이 조회하여야 하는 증거
- (2) 국가기밀이나 상업적 기밀, 개인의 사생활에 관련된 증거
- (3) 객관적 원인으로 스스로 기타 증거를 수집할 수 없을 경우.

제42조 증거 훼손 또는 이후에는 증거 취득이 어려운 상황인 경우, 소송 참가자는 인민법원에 증거 보전을 신청할 수 있으며, 인민법원 또한 주동적으로 증거보전 조취를 취할 수 있다.

제43조 증거는 법정에서 제출하여야 하며, 또한 당사자가 서로 검증하여야 한다. 국가기밀, 상업적 비밀, 개인의 사생활에 관계되는 증거는 공개적인 법정에서 제출할 수 없다.

인민법원은 법정 절차에 따라 전면적이고 객관적으로 증거에 대한 사실확인을 심사하여야 하고, 채택되지 않은 증거는 재판문서에서 그 이유를 설명하여야 한다.

불법적으로 취득한 증거는 안건 사실의 증거로 인정될 수 없다.

제 6 장 기소와 수리

제44조 인민법원의 수리 범위에 속하는 행정안건에 대하여, 국민과 법인 또는 기타 조직은 먼저 행정기관에게 심의를 신청할 수 있으며, 심의 결정에 불복하는 경우 인민법원에 다시 소송을 제기할 수 있다 또는 직접 인민법원에 소송을 제기할 수 있다.

법률, 법규가 행정기관에게 먼저 심의를 신청하도록 규정하고, 심의결정에 불복하여 인민법원에 소송을 제기하는 경우에 대하여는 법률과 법규가 이를 규정한다.

제45조 국민, 법인 또는 기타 조직이 심의 결정에 불복하는 경우에는 심의 결정서를 받은 날로부터 15일 내에 인민법원에 소송을 제기할 수 있다. 심의 기관이 기한을 넘어서도 결정을 하지 않은 경우, 신청인은 심의기간 만료일로부터 15일 내에 인민법원에 소송을 제기할 수 있다. 법률이 달리 규정하는 경우에는 그러하지 아니하다.

제46조 국민, 법인 또는 기타 조직이 직접 인민법원에 소송을 제기하는 경우에는 행정행위를 하였다는 것을 안날로부터 또는 알 수 있었던 날로부터 6개월 내에 제출하여야 한다. 법률이 달리 규정하는 경우에는 그러하지 아니하다.

부동산으로 인해 제기된 소송의 안건은 행정행위를 행한 날로부터 20년, 기타 안건은 행정행위를 행한 날로부터 5년을 초과하여 소송을 제기하는 경우, 인민법원은 이를 수리하지 않는다.

제47조 국민, 법인 또는 기타 조직이 행정기관에게 그 인신권, 재산권 등 합법적 권익 보호에 대한 법적 직무를 이행하도록 신청하는 경우로서, 행정기관이 신청을 받은 날로부터 2개월 내에 이를 이행하지 않은 경우, 국민과 법인 또는 기타조직은 인민법원에 소송을 제기할 수 있다. 법률, 법규가 행정기관의 직책 이행에 대한 기한을 달리 규정하는 경우에는 그 규정에 따른다.

국민, 법인 또는 기타조직이 전항이 규정한 이외의 기타 특수한 사항으로 인해 기소 기한을 넘긴 경우, 해당 장애가 해소된 후 10일 내에 기한 연장을 신청할 수 있으며, 이를 허가할 지는 인민법원이 결정한다.

제48조 국민, 법인 또는 기타 조직이 불가항력 또는 자신이 아닌 기타의 원인에 의해 기한을 지체한 경우, 지체된 시간은 기소 기한 내에 산입하지 않는다.

국민, 법인 또는 기타 조직이 전항이 규정한 이외의 기타 특수한 상황에 의해 기소 기한이 지연된 경우에는, 장애가 해소된 이후 10일 내에 기한 연장을 신청할 수 있으며, 이에 대한 가부는 인민법원이 결정한다.

제49조 소송제기는 다음 사항에 부합하여야 한다.

- (1) 원고가 본법 제25조가 규정하는 국민, 법인 또는 기타 조직에 부합함
- (2) 명확한 피고가 있음
- (3) 구체적 소송청구와 사실근거가 있음
- (4) 인민법원이 수리한 범위와 인민법원의 관할에 해당됨

제50조 기소는 인민법원에 기소장을 교부하여야 하며, 또한 피고인의 수에 따라 사본을 제출하여야 한다.

서면 기소장이 곤란한 경우에는 구두 기소를 할 수 있으며, 인민법원은 이를 기록하고, 일시를 명기한 서면 증서를 발급하여 하며, 이를 상대방에게 고지하여야 한다.

제51조 인민법원이 기소장을 받은 경우, 이 법이 규정하는 기소 안건에 부합하는 경우에는 이를 사건으로 등기하여야 한다.

이 법이 규정하는 기소 조건에 부합한지를 즉시 결정할 수 없을 경우에는 기소장을 접수하고 접수 일자를 명기한 서면증서를 발급하여야 하며, 또한 7일 내에 사건 성립여부를 결정하여야 한다. 기소조건에 부합하지 않은 경우, 사건이 성립하지 않는다는 재정을 하여야 한다. 재정서는 사건 불성립 이유를 명기하여야 한다. 원고가 재정에 불복하는 경우 상소할 수 있다.

기소장 내용에 결함이 있거나 기타 착오가 있는 경우, 지도와 설명을 하여야 하며, 또한 일차로 당사자에게 수정이 필요한 내용을 고지하여야 한다. 지도와 설명 없이 제기한 기소가 조건에 부합하지 않은 경우에는 기소장을 접수하지 않는다.

기소장을 접수하지 않거나 기소장을 접수한 후 서면 증서를 발급하지 않은 경우, 당사자에게 기소장 내용에 대한 보충이 필요하다고 일차적 고지를 하지 않은 경우, 당사자는 상급 인민법원에 신고할 수 있으며, 상급인민법원

은 이의 개정을 명하여야 하며, 또한 직접 책임있는 주관자와 기타 직접 책임 있는 자를 법에 따라 처분하여야 한다.

제52조 인민법원이 사건을 등기하지 않고 등기에 관한 재정을 하지 않은 경우, 당사자는 상급 인민법원에 기소할 수 있다. 상급 인민법원이 기소조건에 부합한다고 판단할 경우, 사건을 등기하고, 심리하여야 하며, 또한 기타 하급 인민법원을 지정하여 사건을 등기하고 심리하도록 할 수 있다.

제53조 국민, 법인 또는 기타 조직이 행정행위의 근거가 된 국무원의 부서와 지방인민정부, 그 부서가 제정한 규범성 문건이 합법적이지 않다고 판단한 행정행위에 대하여 소송을 제기하는 경우, 해당 규범성 문건을 함께 심사하도록 청구할 수 있다.

전항이 규정하는 규범성 문건은 규칙을 포함하지 않는다.

제 7 장 심리와 판결

제 1 절 일반규정

제54조 인민법원은 행정안건을 공개적으로 심리하여야 하나, 국가기밀이나 개인 사생활, 법률이 달리 정하는 것은 그러하지 않다.

상업적 기밀에 관련된 안건은 당사자가 비공개 심리를 신청할 수 있으며, 심리를 공개하지 않을 수 있다.

제55조 당사자가 재판관 및 본안과 관련있는 이해관계자 또는 기타 관계로 인해 공정한 심판에 영향을 준다고 판단하는 경우, 재판관의 회피를 신청할 수 있다.

재판관은 자신이 사안과 이해관계가 있거나 또는 기타 관계가 있다고 판단하는 경우, 회피를 신청하여야 한다.

전항의 규정은 서기, 번역자, 감정인, 검증인에도 적용한다.

법원장이 재판장을 담당할 경우의 회피는 심판위원회에서 결정한다. 재판관의 회피는 법원장이 결정한다. 기타 인원의 회피는 재판장이 결정한다. 당사자가 결정에 불복하는 경우, 심의를 1차 신청할 수 있다.

제56조 소송기간에는 행정행위의 집행을 정지하지 않는다. 단 다음 사항의 하나에 해당하는 경우, 집행 정지를 재정한다.

- (1) 피고인이 집행을 정지할 필요가 있다고 판단한 경우
- (2) 원고나 이해관계자가 집행 정지를 신청하고, 인민법원이 해당 행정행위의 집행이 손실을 보충하기가 어렵다고 판단할 경우, 또한 집행정지가 국가이익, 사회공공이익을 훼손하지 않는다고 판단할 경우
- (3) 인민법원이 해당행위의 집행이 국가이익, 사회공공이익에 중대한 손해를 야기한다고 인정하는 경우
- (4) 법률과 법규가 집행 정지를 규정하는 경우.

당사자가 집행정지 또는 집행의 불정지 판정에 대하여 불복할 경우, 심의를 1차 신청할 수 있다.

제57조 인민법원은 법에 따른 보조금, 최저생활보장비, 산업재해, 의료사회보장비 등을 지급하지 않아서 행정기관을 기소한 사안에 대하여, 권리·의무관계를 명확히 하고, 원고의 생활을 심각하게 영향을 주지 않도록 집행하지 않아야 하며, 원고의 신청에 따라 먼저 집행을 하도록 재정할 수 있다.

당사자가 집행 결정에 불복하는 경우 심의를 1차례 신청할 수 있다. 심의 기간에도 결정된 집행은 정지되지 않는다.

제58조 인민법원의 소환장을 통해 소환하는 경우, 원고는 정당한 이유없이 출정을 거부할 수 없으며, 또는 법정의 허가 없이 중도에 퇴정할 경우, 소송 취하로 처리할 수 있다 피고가 정당한 이유없이 출석하지 않거나 법정의 허가없이 중도에 퇴정하는 경우, 결석판결을 할 수 있다.

제59조 소송참가자나 기타인이 다음 행위 중 하나에 해당하는 경우 인민법원은 사정의 경중에 따라 훈계, 회개 서약서 제출 명령 또는 1만 위안 이하의 벌금, 15일 이하의 구류에 처할 수 있다 범죄를 구성하는 경우 법에 따라 형사책임을 할 수 있다.

- (1) 조사와 집행에 협력하여야 하는 의무가 있는 자가, 인민법원의 조사 협조 및 집행 협조 통지서에 대하여 아무런 이유없이 지연하거나 조사와 집행을 거절 또는 방해하는 경우
- (2) 증거를 위조, 은닉, 훼손하거나 허위의 증명자료를 제공하여 인민법원의 안전심리를 방해하는 경우
- (3) 타인에게 위증하도록 교수, 매수, 협박하거나 증인의 증언을 위협, 방해

하는 경우

- (4) 이미 차압, 압류, 동결된 재산을 은닉, 이전, 허위매매, 훼손하는 경우
- (5) 기만, 협박 등의 불법적 수단으로 원고에게 소송 철회를 하게 한 경우
- (6) 폭력, 위협 또는 기타의 방법으로 인민법원의 업무자의 직무 집행을 방해하는 경우, 또는 법정을 소란하게 하거나 충격 등의 방법으로 인민법원의 업무질서를 교란하는 경우
- (7) 인민법원의 재판원 또는 기타 업무인원, 소송참여자, 조사 및 집행 인력 협력자를 협박, 모욕, 비방, 모함, 구타, 공격하거나 보복하는 행위

인민법원은 전항에서 규정하는 행위를 한 단위에 대하여 그 주요 책임자 또는 직접 책임자를 전항의 규정에 따라 벌금, 구류에 처할 수 있다. 범죄에 해당되는 경우, 법에 따라 형사책임을 추궁한다.

벌금, 구류는 반드시 인민법원장의 비준을 받아야 한다. 당사자가 불복하는 경우, 상급 인민법원에 1차 심의를 신청할 수 있다. 심의기간에 집행은 정지되지 않는다.

제60조 인민법원이 심리하는 행정안건은 조정제도를 적용하지 않는다. 단, 행정배상, 보상 및 법률과 법규 규정에 따라 행정기관이 자유재량권을 행사하는 안건은 조정을 할 수 있다.

제61조 행정허가, 등기, 징수, 징용 및 행정기관이 민사사건에 대하여 행한 재결에 관련된 행정소송 중, 당사자가 관련 민사분쟁을 함께 해결하도록 신청한 경우, 인민법원은 함께 심리할 수 있다.

행정소송 중, 인민법원이 행정안건의 심리가 민사분쟁에 대한 재판을 근거로 할 필요가 있다고 판단할 경우, 행정소송을 중지하도록 재정할 수 있다.

제62조 인민법원의 행정안건에 대한 판결이나 재정을 선고하기 전에 원고가 소의 철회를 신청한 경우, 또는 피고가 그가 행한 행정행위를 변경한 경우로서, 원고가 이에 동의하고 소송 철회를 신청한 경우, 이에 대한 허락 여부는 인민법원이 판단한다.

제63조 인민법원의 행정안건 심리는 법률과 행정법규, 지방성 법규를 근거로 한다. 지방성 법규는 해당 행정구역 내에서 발생한 행정안건에 적용한다.

인민법원이 민족자치지방의 행정안건을 심리하는 경우, 해당 민족자치지방의

자치조례와 단행조례를 근거로 한다.

인민법원의 행정안건 심리는 규칙을 참조한다.

제64조 인민법원이 행정안건을 심리하는 데 있어서, 심사결과 본법 제53조가 규정하는 규범성 문건이 합법적이지 않다고 판단되는 경우, 행정행위의 합법성을 판단하는 근거로 삼지 않으며, 또한 제정기관에게 처리하도록 건의한다.

제65조 인민법원은 법률 효력을 갖는 판결문과 재결서를 공개적으로 발행하여야 하며, 이를 대중이 열람할 수 있도록 제공하여야 한다. 단, 국가기밀이나 상업적 비밀, 개인의 사생활에 관련된 내용은 제외한다.

제66조 인민법원이 행정안건을 심리하는 중에 행정기관의 담당자, 직접책임자가 기율을 위반하였다고 판단되는 경우, 관련 자료를 감찰기관, 해당 행정기관 또는 그 상급 행정기관에게 이송하여야 한다. 해당 행위가 범죄에 해당하는 경우, 관련 자료를 공안, 검찰기관에 이송하여야 한다.

피고가 소환장에 따라 소환을 받고도 정당한 이유없이 출정을 거절하거나, 법정의 허가없이 중도에 퇴정한 경우, 인민법원은 피고가 출정을 거부하거나 퇴정한 상황을 공고하고, 또한 감찰기관이나 피고의 상급 행정기관에게 법에 따라 그 주요 책임자 또는 직접책임자를 처분하도록 하는 사법건의를 할 수 있다.

제 2 절 제1심 보통절차

제67조 인민법원은 사건을 등기한 날로부터 5일 이내에 기소장 사본을 피고에게 발송하여야 한다. 피고는 기소장 사본을 받은 날로부터 15일 내에 인민법원에 행정행위의 증거와 근거에 관한 규범성 문건을 제출하여야 하고, 또한 답변서를 제출하여야 한다. 인민법원은 답변서를 받은 날로부터 5일 내에 답변서 사본을 원고에게 발송하여야 한다.

피고가 답변서를 제출하지 않은 경우에도 인민법원의 심리에는 영향을 주지 않는다.

제68조 인민법원이 행정안건을 심리할 경우, 재판관은 합의부로 구성하고, 또는 재판관, 배심원으로 합의부를 구성한다. 합의부의 구성원은 3인 이상의 홀수로 한다.

제69조 행정행위의 증거가 확실한 근거가 있고, 법률과 법규가 정확하며,

법정 절차에 부합하는 경우, 또는 원고가 신청한 피고의 법정 직무이행이나 급부 의무의 이유가 성립되지 않는 경우, 인민법원은 원고의 소송청구를 기각한다.

제70조 행정행위가 다음 상황에 해당하는 경우, 인민법원은 철회 또는 부분 철회를 판결하고, 또한 피고에 대한 행정행위를 다시 판결할 수 있다.

- (1) 주요 증거가 부족한 경우
- (2) 법률, 법규 적용에 착오가 있는 경우
- (3) 법정 절차에 위반된 경우
- (4) 직권을 초과한 경우
- (5) 직권을 남용한 경우
- (6) 명백하게 부당한 경우

제71조 인민법원이 피고에게 새로운 행정행위를 판결한 경우, 피고는 동일한 사실과 이유를 근거로 원 행정행위와 기본적으로 동일한 행정행위를 할 수 없다.

제72조 인민법원은 심리를 통해 피고가 법정 직무를 이행하지 않았다는 것을 명백하게 확인한 경우, 피고에게 일정 기한 내에 이행하도록 판결하여야 한다.

제73조 인민법원은 심리를 통해 피고가 법에 따라 급부 의무가 있다고 확인한 경우, 피고에게 급부 의무를 이행하도록 판결한다.

제74조 행정행위가 다음 상황의 하나에 해당하는 경우, 인민법원은 그 위법을 확인 판결하여야 하나, 행정행위를 취소하지는 않는다.

- (1) 행정행위가 법에 따라 철회되어야 하나, 철회가 국가이익, 사회공공이익에 중대한 손해를 야기하는 경우
- (2) 행정행위 절차가 경미하게 위법에 해당하나, 원고 권리에 대하여 실제 영향을 주지 않는 경우

행정행위가 다음 상황의 하나에 해당하는 경우로서 판결이행이나 철회가 필요없는 경우, 인민법원은 그 위법을 판결한다.

- (1) 행정행위가 위법이나 철회할 만한 내용이 없는 경우
- (2) 피고가 원래의 위법한 행정행위를 변경한 경우로서, 원고가 여전히 원 행정행위의 위법성 확인을 요구하는 경우

(3) 피고가 법정 직무를 이행하지 않거나 이행을 지체한 경우로서, 판결이행이 의미가 없는 경우

제75조 행정행위의 실시 주체가 행정주체 자격을 갖추지 않거나 근거가 없는 등 심각하게 위법상황이 있는 경우, 원고는 행정행위의 무효 확인을 신청하고, 인민법원은 그 무효를 확인하는 판결을 한다.

제76조 인민법원이 위법 또는 무효를 확인 판결한 경우, 동시에 피고에게 구조 조치 명령을 할 수 있으며 원고에게 야기한 손실에 대하여는 법에 따라 배상책임을 부담하도록 판결한다.

제77조 행정처벌이 명백하게 부당한 경우, 또는 기타 행정행위가 벌금의 확정과 관련된 경우, 명백하게 착오가 있는 경우, 인민법원은 그 변경을 판결할 수 있다.

인민법원이 변경을 판결하는 경우, 원고의 의무를 가중하거나 또는 원고의 권익을 침해할 수 없다. 단, 이해관계인이 동시에 원고이면서 상반된 소송청구를 하는 경우는 예외로 한다.

제78조 피고가 이 법 제12조 제1항 제11호가 규정하는 합의를 법에 따라 이행하지 않고, 약정에 따른 이행을 하지 않거나 위법적으로 변경, 해제하는 경우, 인민법원은 피고에게 지속적 이행, 구제조치의 채택 또는 손실 배상 등의 책임을 부담하도록 판결한다.

피고가 이 법 제12조 제1항 제11호가 규정하는 합의의 합법성을 변경하거나 해제하고, 법에 따른 보상을 하지 않은 경우, 인민법원은 그 보상을 판결한다.

제79조 심의기관과 원래 행정행위를 행한 행정기관이 공동 피고가 된 사안에서, 인민법원은 심의결과와 원 행정행위에 대하여 함께 판결을 내릴 수 있다.

제80조 인민법원은 공개 심리 및 비공개 심리 안건에 대하여 일률적으로 공개하여 판결한다.

재판정에서 판결하는 경우, 10일 내에 판결문을 발송하여야 하며 기일을 정하여 판결하는 경우, 판결 후 즉시 판결문을 발송하여야 한다.

판결을 선고할 때에는 상소, 상소기한, 상소 인민법원 등에 대한 사항을 당사자에게 고지하여야 한다.

제81조 인민법원은 사건 등기일로부터 6개월 이내에 제1심 판결을 하여야

한다. 특수한 상황으로 연장할 필요가 있을 경우, 고급 인민법원의 비준을 받아야 하며, 고급인민법원의 제1심 안건이 연장이 필요한 경우에는 최고인민법원의 비준을 받아야 한다.

제 3 절 간이절차

제82조 인민법원이 다음과 같은 제1심 안건을 심리하는데 있어서 사실관계가 분명하고 권리·의무 관계가 명확하며, 분쟁이 크지 않은 경우에는 간이 절차를 적용할 수 있다.

- (1) 피소된 행정행위가 법에 따라 현장에서 행해진 경우
- (2) 안건이 벌금 2000원 이하인 경우
- (3) 정부의 정보공개에 해당되는 사안인 경우

전항에서 규정하는 것을 제외한 제1심 행정안건은 당사자 각방이 간이절차 적용에 동의할 경우, 간이절차를 적용할 수 있다.

과기환송, 심판감독절차에 따라 재심된 안건에는 간이절차를 적용하지 않는다.

제83조 간이절차를 적용하여 심리하는 행정안건은 재판관 1인의 단독심리로 하고, 사건을 등기한 날로부터 45일 이내에 심사를 종결하여야 한다.

제84조 심리과정에서 인민법원이 사안에 대하여 간이절차를 적용하는 것이 적절하지 않다고 판단하는 경우, 이를 보통절차로 전환하여 재정을 하여야 한다.

제 4 절 제2심 절차

제85조 당사자가 인민법원 제1심 판결(법원이 실체적 문제에 행한 처리결과-역자주)에 불복하는 경우, 판결문 송달일로부터 15일 이내에 상급 인민법원에 상소할 권리가 있다. 당사자가 인민법원 제1심 재정(법원이 절차적 문제에 대하여 행한 처리결과-역자 주)에 불복하는 경우, 재정서 송달일로부터 10일 내에 상급 인민법원에 상소할 권리가 있다. 기한을 넘겨서 상소하지 않은 경우, 인민법원의 제1심 판결 또는 재정은 법적 효력이 있다.

제86조 인민법원은 상소안건에 대하여 합의부를 구성하여 심리를 하여야 한다. 당사자에 대한 평가, 조사 및 질의를 통해 새로운 사실과 증거 또는 이유를 제기하지 못하여, 합의부가 개정 심리가 불필요하다고 판단하는 경우에는 심리 재판을 하지 않을 수 있다.

제87조 인민법원이 상소안건을 심리할 경우에는 원심 인민법원의 판결, 재정, 피소된 행정행위에 대한 전면적 심사를 진행하여야 한다.

제88조 인민법원이 상소안건을 심리할 경우, 상소장을 받은 날로부터 3개월 내에 종심판결을 하여야 한다. 특수한 상황으로 인해 연장할 필요가 있는 경우, 고급인민법원이 비준하고, 고급인민법원이 상소안건에 대한 심리의 연장이 필요한 경우에는 최고인민법원이 이를 비준하여야 한다.

제89조 인민법원이 상소안건을 심리할 경우, 다음 상황에 따라 각각 처리한다.

- (1) 원 판결이나 재정이 사실이 명료하고, 법률과 법규 적용이 정확하다고 판단한 경우, 상소를 기각하도록 판결하거나 재정하고, 원판결과 재정을 유지한다.
- (2) 원 판결이나 재정이 사실 착오가 있거나 적용한 법률이나 법규에 착오가 있다고 판단하는 경우, 법에 따라 판결을 번복, 철회 또는 변경한다
- (3) 원 판결이 기본 사실이 불명확하고 증거가 부족하다고 인정한 경우, 원래 인민법원으로 환송하여 재심토록 하고, 또는 사실을 명확하게 밝힌 후에 판결을 번복한다.
- (4) 원 판결이 당사자를 누락하거나 또는 위법적인 결석 판결 등 심각하게 법적 절차를 위반한 경우, 원래의 판결을 철회하는 재정을 하고, 원래의 인민법원으로 환송하여 재심토록 한다.

원심 인민법원이 환송된 재심 안건에 대하여 판결을 행한 후, 당사자가 상소할 경우, 제2심 인민법원은 이를 재차 재심하도록 환송시킬 수 없다.

인민법원이 상소안건을 심리하여 원심의 판결을 변경할 필요가 있을 경우에는 동시에 피소된 행정행위에 대한 판결도 함께 행하여야 한다.

제 5 절 심판 감독 절차

제90조 당사자가 이미 법적 효력이 발생한 판결이나 재정에 대하여 착오가 있다고 판단할 경우, 상급 인민법원에 재심을 신청할 수 있다. 다만, 판결이나 재정에 불구하고 집행을 정지하지는 않는다.

제91조 당사자의 신청이 다음 상황의 하나에 부합하는 경우, 인민법원은

재심하여야 한다.

- (1) 사건 등기하지 않거나 확실하게 착오가 있는 기소를 기각하는 경우
- (2) 새로운 증거가 충분히 원 판결이나 재정을 번복할 수 있는 경우
- (3) 원 판결이나 재정에 사실관계에 대한 주요 증거의 부족, 검증을 하지 않거나 위조되었다고 판단되는 경우
- (4) 원 판결이나 재정에서 법률과 법규 적용에 분명한 착오가 있는 경우
- (5) 법률이 규정하는 소송절차를 위반하여, 공정한 심판에 영향을 줄 수 있는 경우
- (6) 원 판결이나 재정이 소송청구를 누락한 경우
- (7) 원판결이나 재정을 행한 법률 문서가 철회 또는 변경된 경우
- (8) 재판관이 해당 사건을 심리하는 데 있어서 뇌물 수수, 시리사육에 의한 부정행위, 법을 왜곡하여 재판행위를 한 경우.

제92조 각급 인민법원 원장은 해당 원에서 이미 법적 효력을 발휘한 판결이나 재정에 대하여 본법 제91조가 규정하는 상황에 해당하는 사실을 발견한 경우, 또는 조정이 자발성의 원칙(自願原則)을 위반하거나 조정서 내용이 위법한 경우로서, 재심이 필요하다고 판단한 경우, 이를 심판위원회에서 토론하여 결정하도록 제출하여야 한다.

최고인민법원은 지방 각급 인민법원이 이미 법적 효력을 발생시킨 판결이나 재정에 대하여, 상급인민법원은 하급 인민법원이 이미 법적 효력을 발생시킨 판결이나 재정에 대하여 이법 제91조가 규정하는 상황의 하나에 해당한다는 것을 발견한 경우, 또는 조정이 자원원칙 또는 조정서 내용이 위법적이라는 것을 발견한 경우, 심사를 제기하거나 또는 하급 인민법원에게 재심하도록 명령할 수 있다.

제93조 최고인민감찰원은 각급 인민법원이 이미 법적 효력을 발생시킨 판결이나 재정에 대하여, 상급인민감찰원은 하급 인민법원이 이미 법적 효력을 발생시킨 판결이나 재정에 대하여 이 법 제91조가 규정하는 상황의 하나에 해당한다는 것을 발견한 경우, 또는 조정서가 국가이익이나 사회공공이익을 훼손한다는 것을 발견한 경우 항소하여야 한다.

지방 각급인민감찰원은 동급 인민법원이 법적 효력을 발생시킨 판결이나 재정이 이 법 제91조가 규정하는 상황의 하나에 해당한다는 사실을 발견한

경우, 또는 조정서가 국가이익이나 사회공공이익을 훼손한다는 것을 발견한 경우, 동급 인민법원에 검찰의 건의를 제출할 수 있으며, 또한 상급 인민검찰원에 보고하여 등록할 수 있다 또한 상급 인민검찰원에게 동급 인민법원에 항소를 제출하도록 요청할 수 있다.

각급 인민검찰원은 감독절차를 심판하는 것 이외의 기타 심판절차 중의 재판관의 위법행위에 대하여 동급 인민법원에 검찰 건의를 제출할 수 있다.

제 8 장 집 행

제94조 당사자는 법적 효력을 갖는 인민법원의 판결이나 재정, 조정서를 이행하여야 한다.

제95조 국민이나 법인 또는 기타 조직이 판결서나 재정, 조정서의 이행을 거절하는 경우, 행정기관이나 제3자는 제1심 인민법원에 강제집행을 청구하거나 행정기관에게 법에 따라 강제집행을 하도록 신청할 수 있다.

제96조 행정기관이 판결이나 재정, 조정서의 이행을 거절하는 경우, 제1심 법원은 다음과 같은 조치를 취할 수 있다.

- (1) 반환해야 하는 벌금 또는 지급해야 하는 금액을 은행에 통지하여 행정기관의 계좌로부터 대체
- (2) 규정된 기한 내에 이행하지 않은 경우, 기간 만료일로부터 해당 행정기관의 책임자에게 일수에 따라 50원에서 100원의 벌금
- (3) 행정기관이 이행을 거절한 상황에 대하여 공고
- (4) 검찰기관이나 해당 행정기관의 상급 행정기관에게 사법건의를 제출. 사법건의를 받은 기관은 관련 규정에 따라 처리하고, 또한 상황에 따라 인민법원에게 고지
- (5) 판결이나 재정, 조정서 이행을 거절하여 사회에 악의적 영향을 미치는 경우, 해당 행정기관의 직접적인 책임 주관자와 기타 직접 책임이 있는 자를 구류조치하고 사정이 심각한 경우로서 범죄에 해당되는 경우 법에 따라 형사책임을 추궁한다.

제97조 국민이나 법인 또는 기타 조직이 행정행위에 대하여 법정 기한 내에 소송을 제기하지 않고 이행하지도 않은 경우, 행정기관은 인민법원에게

강제집행을 신청할 수 있으며, 또는 법에 따라 강제집행한다.

제 9 장 섭외 행정소송

제98조 외국인, 무국적자, 외국조직이 중국에서 행정소송을 진행할 경우, 이 법을 적용한다. 법률에서 달리 정하는 경우에는 그러하지 아니하다.

제99조 외국인, 무국적자, 외국조직이 중국에서 행정소송을 진행하는 경우, 중국 국민이나 조직과 동등한 소송권리와 의무를 갖는다.

외국법원이 중국 국민, 조직의 행정소송권리에 대하여 제한을 가하는 경우, 인민법원은 해당 국가의 국민, 조직의 행정소송 권리에 대하여 대등한 원칙을 적용한다.

제100조 외국인, 무국적자, 외국조직이 중국에서 행정소송을 진행하는 경우로서, 변호사에게 위탁하여 소송을 대리하게 하는 경우, 중국 변호사 기관의 변호사에게 위탁하여야 한다.

제10장 부칙

제101조 인민법원이 행정안건을 심리하는데 있어서, 기간이나 송달, 재산 보전, 개정심리, 조정, 소송중지, 소송종결, 간이절차, 집행 등, 그리고 인민검찰원의 행정 안건 수리와 심리, 재정, 집행의 감독에 관하여는 이 법에 규정이 없는 경우 《중국 민사소송법》의 관련 규정을 적용한다.

제102조 인민법원이 행정안건을 심리하는 경우 소송비용을 수취하여야 한다. 소송비용은 패소자가 부담하고 쌍방 모두에게 책임이 있는 경우에는 쌍방이 분담한다. 소송비용의 수취에 관한 구체적인 방법은 별도로 규정한다.

제103조 본법은 1990년 10월 1일부터 시행한다.

중화인민공화국 국가배상법

1994년 5월 12일 제8기 전국인민대표대회 상무위원회 제7차 회의통과(주석령 제68호)

2010년 4월 29일 제11기 전국인민대표대회 상무위원회 제14차 회의 수정통과

2012년 10월 26일 제11기 전국인민대표대회 상무위원회 제29차 회의 수정통과

제1장 총 칙	제1절 배상범위
제2장 행정배상	제2절 배상청구인과 배상의무기관
제1절 배상범위	제3절 배상절차
제2절 배상청구인과 배상의무기관	제4장 배상방식과 계산기준
제3절 배상절차	제5장 기타규정
제3장 형사배상	제6장 부칙

제 1 장 총칙

제1조 국민, 법인 및 기타 조직이 법에 따라 국가배상을 취득할 수 있는 권리를 보장하고, 국가기관이 법에 따라 직권을 행사하도록 촉진하기 위하여 헌법에 근거하여 이 법을 제정한다.

제2조 국가기관과 국가기관 업무인원이 직권을 행사하여 이 법에서 규정하는 국민, 법인 및 기타 조직의 합법적 권익을 침해하여 손해를 야기하는 경우, 피해자는 이 법에 따라 국가배상을 취득할 권리가 있다.

이 법이 규정하는 배상의무 기관은 이 법에 따라 즉시 배상의무를 이행하여야 한다.

제 2 장 행정배상

제 1 절 배상범위

제3조 행정기관과 업무인원이 직권을 행사하는 데 있어서 아래와 같은 인신권을 침해하는 경우, 피해자는 배상을 취득할 권리가 있다.

- (1) 법을 위반하여 국민의 인신자유를 구류하거나 제한하는 등의 행정강제 조치를 취하는 경우
- (2) 국민의 인신자유를 불법적으로 구금하거나 기타 방법으로 박탈하는 경우
- (3) 구타, 학대 등의 행위 또는 타인의 구타를 교사하거나 방종하는 등의 행위로 국민의 신체가 상해를 받거나 사망에 이른 경우
- (4) 무기나 경찰 병기 등의 위법적 사용으로 국민의 신체에 상해를 가하거나 사망에 이르게 한 경우
- (5) 국민의 신체를 상해하거나 사망에 이르게 하는 기타 위법행위

제4조 행정기관과 그 업무인원이 행정직권을 행사하는데 있어서 아래와 같은 재산권을 침해하는 경우, 피해자는 배상을 취득할 권리가 있다.

- (1) 벌금의 징수, 허가증과 면허증 취소, 생산영업의 정지, 재물몰수 등의 행정처벌을 위법적으로 하는 경우
- (2) 재산에 대한 차압, 압류, 동결 등 행정강제조치를 위법적으로 하는 경우
- (3) 위법적으로 재산을 징수하거나 징용하는 경우
- (4) 재산을 훼손하는 기타 위법행위

제5조 다음 사항의 하나에 해당하는 경우, 국가는 배상책임을 부담하지 않는다.

- (1) 행정직권과는 무관한 행정기관 업무인원 개인적 행위
- (2) 국민, 법인 및 기타 조직의 스스로의 행위에 의해 손해가 야기된 경우
- (3) 법률이 규정하는 기타 상황

제 2 절 배상청구인과 배상의무기관

제6조 피해를 받은 국민, 법인 및 기타 조직은 배상을 요구할 권리가 있다. 피해를 받은 국민이 사망한 경우, 그 승계인과 기타 부양관계를 갖는 친속은 배상을 요구할 권리가 있다.

피해를 받은 법인이나 기타 조직이 해산된 경우, 그 권리의 승계자는 배상을 요구할 권리가 있다.

제7조 행정기관과 그 업무인원이 행정직권을 행사하여 국민, 법인 및 기타 조직의 합법적 권익에 손해를 야기한 경우, 해당 행정기관은 배상의무 기관이 된다. 두 개 이상의 행정기관이 공동으로 행정직권을 행사하여 국민, 법인 및 기

타조직의 합법적 권익에 손해를 야기한 경우, 공동으로 행정직권을 행사한 행정기관은 공동배상 의무기관이 된다.

법률, 법규가 수권한 조직이 수권된 행정권력을 행사하여 국민, 법인 및 기타조직의 합법적 권익에 손해를 야기한 경우, 수권을 받은 조직은 배상의무 기관이 된다.

행정기관의 위탁을 받은 조직이나 개인이 위탁을 받은 행정권력을 행사하여 국민, 법인 및 기타조직의 합법적 권익을 침해한 경우, 위탁한 행정기관은 배상의무 기관이 된다.

배상의무기관이 취소된 경우, 그 직권 행사를 승계한 행정기관은 배상의무 기관이 된다. 그 직권행사를 계승한 행정기관이 없는 경우, 배상의무 기관을 취소한 행정기관이 배상의무 기관이 된다.

제8조 심의기관의 심의를 받은 경우, 최초 권리침해를 야기한 행정기관이 배상의무 기관이 된다. 단, 심의기관의 심의결정이 손해를 가중한 경우, 심의기관은 가중된 부분에 대하여만 배상의무를 이행한다.

제 3 절 배상절차

제9조 배상의무기관은 이 법 제3조, 제4조가 규정하는 어느 하나의 상황에 해당하는 경우 배상을 하여야 한다.

배상청구인이 배상을 요구하는 경우 먼저 배상의무기관에 제출하여야 하며, 또한 행정심의 또는 행정소송을 신청할 때 병행하여 제출할 수 있다.

제10조 배상청구인은 공동배상의무기관 중의 어느 한 배상의무기관에게 배상을 요구할 수 있으며, 해당 배상의무기관은 먼저 배상하여야 한다.

제11조 배상청구인은 피해를 받은 부동의 손해에 근거하여 동시에 복수의 배상요구를 청구할 수 있다.

제12조 배상의 요구는 신청서를 제출하여야 하며, 신청서에는 다음 사항을 기재하여야 한다.

- (1) 피해자의 성명, 성별, 연령, 재직단위(조직)과 주소, 법인 또는 기타 조직의 명칭, 주소 및 법정대표자 또는 주요 책임자의 성명과 직무
- (2) 구체적 요구, 사실 근거와 이유
- (3) 신청 연, 월, 일.

배상청구인이 신청서를 정확하게 기재하는 것이 곤란한 경우 타인에게 위탁하여 대리 작성토록 할 수 있으며, 또한 구두로 신청할 수 있으며, 이는 배상의무기관이 기록한다.

배상청구인이 피해자 본인이 아닌 경우, 피해자와의 관계를 설명하여야 하며, 관련 증명을 제공하여야 한다.

배상청구인이 신청서를 직접 제출하는 경우, 배상의무기관은 현장에서 해당 행정기관의 전용인장을 날인하고, 수령일자를 기재한 서면 증서를 제공하여야 한다. 신청자료가 완전히 갖추어지지 않은 경우, 배상의무기관은 현장에서 또는 5일 이내에 배상 청구인에게 보완이 필요한 전체 내용을 1차 고지하여야 한다.

제13조 배상의무기관은 신청을 받은 날로부터 2개월 내에 배상 여부를 결정하여야 한다. 배상의무기관이 배상 결정을 하기 위해서는 배상청구인의 의견을 충분히 청취하여야 하며, 또한 배상청구인과 배상방법, 배상항목, 배상액 등에 대하여 이 법 제4장의 규정에 따라 협의를 진행하여야 한다.

배상의무기관의 배상을 결정하면 배상결정서를 작성하고, 또한 결정일로부터 10일 내에 배상청구인에게 송달하여야 한다.

배상의무기관이 배상을 하지 않기로 결정한 경우, 결정일로부터 10일 내에 배상청구인에게 서명통지하고, 또한 배상을 하지 않는 이유를 설명하여야 한다.

제14조 배상의무기관이 규정된 기한 내에 배상여부를 결정하지 못할 경우, 배상청구인은 기한 만료일로부터 3개월 내에 인민법원에 소송을 제기할 수 있다.

배상청구인이 배상의 방식, 항목, 액수 등에 대하여 이의가 있는 경우, 또는 배상의무기관이 배상을 하지 않는다는 결정을 하는 경우, 배상청구인은 배상의무기관이 배상 또는 배상을 하지 않겠다는 결정을 한 날로부터 3개월 이내에 인민법원에 소송을 제기할 수 있다.

제15조 인민법원이 행정배상안건을 심리하는 경우, 배상청구인과 배상의무기관은 스스로 제출한 주장에 대하여 증거를 제공하여야 한다.

배상의무기관이 행정구류 또는 인신의 자유를 제한하는 조치를 취한 기간에, 인신의 자유를 제한 받은 자가 사망 또는 행위 능력을 상실한 경우, 배상의무기관의 행위와 인신의 자유를 제한받은 자의 사망 또는 행위능력 상

실이 인과관계가 존재하는가에 대하여 배상의무기관은 증거를 제공하여야 한다.

제16조 배상의무기관이 손실을 배상한 후, 고의 또는 중대한 과실이 있는 업무인원 또는 위탁을 받은 조직 또는 개인에게 배상비용의 일부 또는 전부를 부담하도록 명하여야 한다.

고의 또는 중대한 과실 책임이 있는 자에 대하여, 관련 기관은 법에 따라 처분하여야 한다. 범죄에 해당하는 경우, 법에 따라 형사책임을 추궁하여야 한다.

제 3 장 배 상

제 1 절 배상범위

제17조 배상의무 조사, 검찰, 심판 직권을 행사하는 기관과 감호소, 형무소 관리기관 및 그 업무인원이 직권을 행사하는 데 있어서 아래와 같은 인권 침해 사항이 있을 경우, 피해자는 배상을 받은 권리가 있다.

(1) 규정을 위반하여 국민에게 구류조치를 한 경우, 또는 규정된 조건과 절차에 따라 국민에게 구류조치를 취하였으나, 구류시간이 규정된 시한을 초과하고, 그 후 안건의 철회, 불기소를 결정한 경우, 또는 무죄 판결로 형사책임 추구를 종료한 경우;

(2) 국민을 체포 한 후, 안건 철회나 불기소를 결정한 경우 또는 무죄판결로 형사책임 추구를 종료한 경우

(3) 심판감독절차에 따라 심사를 재개하여 무죄판결을 받았으나, 원 판결에 따라 형벌이 이미 집행된 경우

(4) 자백강요나 구타, 학대 등의 행위 또는 타인의 구타와 학대 등의 행위를 사주하거나 방종하여 국민의 신체 상해 또는 사망을 야기한 경우

(5) 법을 위반한 무기, 경찰경비의 사용으로 국민 신체를 상해하거나 사망에 이르게 한 경우

제18조 조사, 검찰, 심판 직권을 행사하는 기관과 감호소, 형무소 관리기관과 그 업무인원이 직권을 행사하는 데 있어서 다음과 같이 재산권을 침해한 경우, 피해자는 배상을 취득할 권리가 있다.

- (1) 법을 위반하여 재산권을 차압, 압류, 동결, 추징 하는 조치를 한 경우
- (2) 심판감독 절차에 따라 재심을 통해 무죄를 받았으나, 원래의 벌금, 재산몰수 등의 집행이 이미 이루어진 경우

제19조 다음 사항에 해당하는 경우, 국가는 배상책임을 부담하지 않는다.

- (1) 국민 스스로 고의로 허위 진술을 하거나 또는 기타 유죄의 증거를 위조하여 압류 또는 형벌에 처해진 경우
- (2) 형법 제17조, 제18조 규정에 따라 형사책임을 지지 않는 자가 구금된 경우
- (3) 형사소송법 제15조, 제173조 제2항, 제273조 제2항, 제279조의 규정에 따라 형사책임을 추궁당하지 않을 자가 구금된 경우
- (4) 조사, 검찰, 심판직권을 행사하는 기관과 구치소, 감옥 관리기관의 업무인원이 직권과 무관한 개인적 행위를 행사한 경우
- (5) 국민 스스로의 상해, 자해 등 고의 행위로 손해가 발생한 경우
- (6) 법률이 규정하는 기타 상황

제 2 절 배상청구인과 배상의무기관

제20조 배상청구인의 확정은 이 법 제6조의 규정에 따른다.

제21조 조사, 검찰, 심판직권을 행사하는 기관과 구치소, 감옥 관리기관과 그 업무인원이 직권을 행사하는 과정에서 국민, 법인 및 기타조직의 합법적 권익을 침범하여 손해를 야기하는 경우, 해당 기관은 배상의무기관이 된다.

국민에 대한 구류조치에 대하여 이 법의 규정에 따라 국가배상을 하는 경우, 구류결정을 한 기관은 배상의무기관이 된다.

국민에 대한 체포 조치를 한 후에 안건 취소나 불기소 결정 또는 무죄판결을 받은 경우, 체포결정을 한 기관은 배상의무기관이 된다.

재심을 통해 무죄판결을 받은 경우, 원래의 판결을 행한 인민법원은 배상의무기관이 된다. 2심을 통해 무죄판결을 받은 경우 또는 2심으로 다시 재판하도록 환송 후 무죄처리 된 경우, 1심으로 유죄판결을 한 인민법원은 배상의무기관이 된다.

제3절 배상절차

제22조 배상의무기관은 이 법 제17조, 제18조가 규정하는 상황의 하나에 해당하는 경우, 배상을 하여야 한다.

배상청구인이 배상을 요구하는 경우, 먼저 배상의무기관에게 제출하여야 한다.

배상청구인이 배상청구를 하는 경우, 이 법 제11조, 제12조의 규정을 적용한다.

제23조 배상의무기관은 신청을 받은 날로부터 2개월 내에 배상 여부를 결정하여야 한다. 배상의무기관이 배상결정을 하는데 있어서 배상청구인의 의견을 충분히 청취하여야 하며, 또한 배상청구인과 배상방식, 배상항목 및 배상액수에 대하여 이 법 제4장의 규정에 따라 협의하여야 한다.

배상의무기관이 배상결정을 한 경우에는 배상결정서를 작성하고, 또한 결정을 한 날로부터 10일 내에 배상청구인에게 송부하여야 한다.

배상의무기관이 배상을 하지 않기로 결정한 경우, 결정을 한 날로부터 10일 이내에 배상청구인에게 서면통지 하여야 하며, 또한 배상을 하지 않는 이유를 설명하여야 한다.

제24조 배상의무기관이 규정된 기한 내에 배상여부를 결정하지 않은 경우, 배상청구인은 기한 만료일로부터 30일 내에 배상의무기관의 상급 기관에 심의를 신청할 수 있다.

배상청구인이 배상방식, 항목, 액수에 대하여 이의가 있는 경우, 또는 배상의무기관이 배상을 하지 않기로 결정한 경우, 배상청구인은 배상의무기관이 배상 또는 배상을 하지 않기로 결정한 날로부터 30일 내에 배상의무기관의 상급 기관에 심의를 신청할 수 있다.

배상의무기관이 인민법원인 경우, 배상청구인은 이 법의 규정에 따라 해당 인민법원의 상급 인민법원 배상위원회에 배상결정을 신청할 수 있다.

제25조 심의기관은 신청을 받은 날로부터 2개월 이내에 결정하여야 한다. 배상청구인이 심의 결정에 불복하는 경우, 심의결정을 받은 날로부터 30일 내에 심의기관이 소재하는 동급 인민법원 배상위원회에 배상결정을 신청할 수 있다. 심의기관이 결정 기한을 넘어서도 결정을 하지 않은 경우, 배상청구인은 기한 만료일로부터 30일 내에 심의기관 소재지의 동급 인민법원 배상위원회에 배상결정을 하도록 신청할 수 있다.

제26조 인민법원 배상위원회가 배상청구를 처리할 경우 배상청구인과 배상의무기관은 자신이 제출한 주장에 대하여 증거를 제공하여야 한다.

구금된 자가 구금된 기간에 사망 또는 행위 능력을 상실한 경우, 배상의무 기관의 행위와 구금된 자의 사망 또는 행위능력 상실 간에 인과관계가 존재하는지에 대하여 배상의무기관은 관련 증거를 제공하여야 한다.

제27조 인민법원 배상위원회가 배상청구를 처리할 경우 서면심사 방법을 사용한다. 필요한 경우, 관련 단위와 개인을 대상으로 상황을 조사하고 증거를 수집할 수 있다. 손해 사실과 인과관계에 대하여 배상청구인과 배상의무기관 사이에 분쟁이 있는 경우, 배상위원회는 배상청구인과 배상의무기관의 진술과 해명을 청취하고, 대질을 진행할 수 있다.

제28조 인민법원 배상위원회는 배상신청일로부터 3개월 이내에 결정을 하여야 한다. 해결이 어렵고 복잡한 경우, 중대한 사안인 경우에는 해당 법원의 법원장 비준을 통해 3개월 연장할 수 있다.

제29조 중급 이상의 인민법원은 배상위원회를 설치하고, 인민법원 3명 이상의 판사로 구성하며, 구성인원의 수는 홀수로 한다.

제30조 배상청구인 또는 배상의무기관이 배상위원회가 행한 결정에 대하여 착오가 있다고 판단하는 경우, 상급 인민법원 배상위원회에 불복신청을 할 수 있다.

배상위원회가 행한 배상결정이 발효한 후에 배상결정이 이 법의 규정에 위반되었다는 것을 발견한 경우, 해당 법원 원장의 결정 또는 상급 인민법원의 지령에 따라 배상위원회는 2개월 내에 다시 심사하고 또한 법에 따라 결정을 하여야 하며, 상급 인민법원 배상위원회 또한 직접 심사하고 결정할 수 있다.

제31조 배상의무기관의 배상 후, 다음과 같은 상황에 해당하는 업무인원에게 배상비용의 일부 또는 전부를 회수를 추상할 수 있다.

- (1) 이 법 제17조 제4항, 제5항이 규정하는 상황에 해당하는 경우
- (2) 안전을 처리하는데 있어서 횡령, 부정행위, 사리사욕, 법을 왜곡하는 행위가 있는 경우.

전항이 규정하는 상황에 해당하는 책임자, 관련 기관은 법에 따라 처분하여야 하며, 범죄에 해당하는 경우, 법에 따라 형사책임을 추궁하여야 한다.

제 4 장 배상방식과 계산 기준

제32조 국가배상은 배상금 지급을 주요 방식으로 한다.

재산이나 원상을 회복할 수 있을 경우, 재산의 반환 또는 원상을 회복하여야 한다.

제33조 중국민의 인신자유를 침해한 경우, 매일 배상금은 국가의 전년도 노동자 일일 평균 월급에 따라 계산한다.

제34조 국민의 생명 건강권을 침해한 경우, 배상금은 다음 규정에 따라 계산한다.

(1) 신체를 상해한 경우, 의료비와 간호비를 지급하여야 하며, 노동력 감소로 인한 수입을 배상하여야 한다. 감소된 수입의 일일 배상금은 국가의 전년도 근로자 평균 임금을 기준으로 계산하되, 최고액은 전년도 근로자 연평균 임금의 5배로 한다.

(2) 노동력의 일부 또는 전부를 상실한 경우, 의료비와 간병비, 장애생활보조비, 회복에 필요한 비용 등 질병으로 인해 증가된 필요한 지출과 치료의 계속에 필요한 비용, 장애와 질병에 대한 보상금을 지급하여야 한다. 장애질병배상금은 노동력의 상실 정도에 따라 국가가 규정하는 상해질병 등의 급을 기준으로 확정하나, 국가의 작년도 근로자 연평균 임금의 20배를 넘을 수 없다. 노동능력이 전부 상실된 경우 그가 부양하는 노동능력이 없는 자에 대하여도 생활비를 지급하여야 한다.

(3) 사망에 이른 경우, 사망배상금, 장례비를 지급하여야 하며, 국가의 전년도 근로자 평균 임금의 20배를 넘을 수 없다. 사망자가 전에 부양하던 노동 무능력자에 대하여도 생활비를 지급하여야 한다.

전항 제2호, 제3호가 규정하는 생활비의 지급기준은 해당 지역 최저생활보장 기준을 참조하여 집행한다. 피부양자가 미성년자인 경우, 생활비 지급은 18세까지로 하고, 기타 노동 무능력자에 대한 생활비 지급은 사망시까지로 한다.

제35조 이 법 제3조 또는 제17조가 규정하는 상황의 하나에 해당하는 경우로서 정신적 손해를 야기한 경우, 권리침해가 영향을 주는 범위 내에서 피해자에 대한 영향을 해소하여야 하며, 명예회복과 공식적인 사과를 하여야 하며, 결과가 심각한 경우 상응하는 정신적 손해 위로금을 지급하여야 한다.

제36조 국민, 법인 및 기타조직의 재산권에 손해를 야기한 경우, 다음 과정에 따라 처리한다.

- (1) 과태료, 벌금에 처하고, 불법적 수익을 추징하며, 재산의 몰수와 위법적으로 징수, 징용된 재산이 있는 경우 재산의 환원
- (2) 재산의 차압, 압류, 동결의 경우, 재산에 대한 차압, 압류, 동결을 해제하고, 재산에 야기된 손상이나 멸실에 대하여는 동조 제3항과 제4항의 규정에 따라 배상한다.
- (3) 환원시켜야 할 재산이 훼손된 경우, 원래의 상태를 회복할 수 있으면 원상을 회복하고, 회복할 수 없을 경우 손해 정도에 따라 상응하는 배상금을 지급하여야 한다.
- (4) 환원하여야 할 재산이 멸실된 경우, 상응하는 배상금을 지급하여야 한다.
- (5) 재산이 경매 또는 매각된 경우, 경매나 매각으로 소득한 가치를 지급하여야 하며, 매각의 가치가 재산 가치에 비해 현저하게 낮은 경우에는 상응하는 배상금을 지급하여야 한다.
- (6) 허가증과 자격증을 취소하거나 영업생산 정지 명령을 내린 경우, 영업정지 기간에 필요한 정상일반 지출성 비용을 지급하여야 한다.
- (7) 재산권에 대하여 기타 손해를 야기한 경우, 직접적 손실에 따라 배상한다.

제37조 배상비용은 각급 재정예산에 포함한다.

배상청구인은 효력이 있는 판결문, 심의결정서, 배상결정서 또는 조정서를 근거로 배상의무기관에 배상금 지급을 신청한다.

배상의무기관은 배상금 지급 신청을 받은 날로부터 7일 이내에 예산관리 권한을 근거로 관련 재정부서에 지급신청을 하여야 한다. 재정부서는 지급신청을 받은 날로부터 15일 이내에 배상금을 지급하여야 한다.

배상비용 예산과 지급관리의 구체적 조치(辦法)는 국무원이 규정한다.

제 5 장 기타 규정

제38조 인민법원은 민사소송, 행정소송 과정에서 위법적으로 소송의 강제 조치, 보전조치 또는 판결, 재정의 집행을 방해하거나, 기타 법적 효력이 있는

문서의 집행의 착오로 손해를 야기한 경우, 배상청구인의 배상을 요구하는 절차는 이 법이 규정하는 형사배상절차를 적용한다.

제39조 배상청구인이 국가배상을 청구하는 시효는 2년으로 하며, 국가기관과 그 업무인원이 직권을 행사하는 데 있어서의 행위가 그 인신권, 재산권을 침해하였다는 것을 안 날로부터 또는 알 수 있는 날로부터 계산한다. 단, 구금 등의 인신자유 제한 기간에는 이를 기간 계산에 포함하지 않는다. 행정심의 신청 또는 행정소송 제기 시에 함께 배상청구를 한 경우, 행정심판법, 행정소송법의 시효에 관한 조항을 적용한다.

배상청구인이 배상 청구시효의 최후 6개월 내에 불가항력 또는 기타 장애 요소로 인해 청구권을 행사하지 못할 경우 시효는 중지된다. 시효 중지의 원인이 해소된 날로부터 배상청구 시효기간은 다시 계산된다.

제40조 외국인, 외국기업과 조직이 중국 영역 내에서 중국의 국가배상을 요구하는 경우, 이 법을 적용한다.

외국인, 외국기업과 조직의 소속 국가가 중국 국민, 법인 및 기타 조직에 대하여 해당 국가에 대한 국가배상을 요구하는 권리를 보호하지 않거나 제한하는 경우, 중국과 해당 외국인, 외국기업 및 조직의 소속국가에 대하여 동일한 조치를 시행하는 것을 원칙으로 한다.

제 6 장 부 칙

제41조 배상청구인이 국가배상을 요구하는 경우, 배상의무기관 및 심의기관, 인민법원은 배상청구인에게 어떠한 비용도 청구할 수 없다.

배상청구인이 취득한 배상금에 대하여는 세금을 징수할 수 없다.

제42조 이 법은 1995년 1월 1일부터 시행한다.

중화인민공화국 행정강제법

2011년 6월 30일 제11기 전국인민대표대회 상무위원회 제21차 회의 통과(주석령 제49호)

2012년 1월 1일부터 시행

제1장 총 칙	제1절 일반규제
제2장 행정강제의 유형과 설정	제2절 금전지급의무의 집행
제3장 행정강제조치 실시 절차	제3절 대위 행위
제1절 일반규정	제4장 인민법원 강제집행 신청
제2절 봉인과 압류	제5장 법률책임
제3절 동결	제6장 부칙
제4장 행정기관의 강제집행정절차	

제 1 장 총 칙

제1조 행정강제의 설정과 시행을 규범화하고 행정기관의 법에 의거한 직책의 이행을 보장하고 감독하며, 공공이익 및 사회질서를 유지함으로써 국민과 법인, 기타조직의 합법적 권익을 보호하기 위하여 헌법에 근거하여 이 법을 제정한다.

제2조 이 법에서 행정강제라 함은 행정강제조치와 행정강제집행을 포함한다.
행정강제조치라 함은 행정기관이 행정관리 과정에서 위법적 행위를 제지하고, 증거훼손을 방지하며, 위험발생을 피하고, 위험이 확대되는 상황을 통제하기 위하여 법에 근거하여 국민의 인신자유에 대하여 임시 제한 조치를 취하거나 국민, 법인 또는 기타조직의 재물을 임시로 통제하는 행위를 말한다.

행정강제집행이라 함은 행정기관 또는 행정기관이 인민법원에 신청하여 행정결정을 이행하지 않는 국민, 법인 또는 기타조직에 대하여 법에 따라 의무를 이행하도록 강제하는 행위를 말한다.

제3조 행정강제의 설정과 실시는 이 법을 준용한다.

발생 또는 즉시 발생 가능한 자연재해, 사고재난, 공공위생사건 또는 사회 안전사고 등의 돌발사건에 대하여 행정기관은 응급조치 또는 임시조치를 취하여야 하며, 관련 법률과 행정법규의 규정에 따라 집행한다.

행정기관이 금융업에 대한 건전성 감독조치와 수출입 화물에 대한 강제성 기술감독조치를 취할 경우, 법률과 행정법규의 규정에 따라 집행하여야 한다.

제4조 행정강제의 설정과 실시는 법정 권한과 범위, 조건 및 절차에 따라야 한다.

제5조 행정강제의 설정과 실시는 적당하여야 한다. 비강제수단을 채용하여 행정관리 목적을 달성할 수 있을 경우에는 행정강제를 설정하고 시행하지 않아야 한다.

제6조 행정강제의 시행은 교육과 강제를 상호 결합하는 원칙을 견지하여야 한다.

제7조 행정기관과 그 업무인원은 행정강제권을 이용하여 단위 또는 개인의 사익을 도모하여서는 아니된다.

제8조 국민, 법인 또는 기타조직은 행정기관이 시행하는 행정강제에 대하여 진술권과 변호권을 향유하며, 법에 따라 행정심의를 신청하거나 또는 행정소송을 제기할 수 있다. 행정기관의 위법적으로 행정강제를 시행함으로써 손해를 받은 경우, 법에 따라 배상을 요구할 권리가 있다.

국민, 법인 또는 기타조직이 인민법원의 강제집행을 하는 중에 위법행위 또는 강제집행의 범위를 확대하여 손해를 받은 경우, 법에 따라 배상을 요구할 권리가 있다.

제 2 장 행정강제의 종류와 설정

제9조 행정강제 조치의 종류는 다음과 같다.

- (1) 국민의 인신자유의 제한
- (2) 장소, 시설 또는 재물의 봉인
- (3) 재물의 압류
- (4) 예금 및 송금을 동결
- (5) 기타의 행정강제조치

제10조 행정강제조치는 법률이 설정한다.

아직 법률이 제정되지 않고, 국무원 행정관리 직권에 해당하는 사항인 경우, 행정법규는 이 법 제9조 제1항, 제4항 및 법이 규정하여야 하는 행정강제조치 이외의 기타 행정강제조치를 설정할 수 있다.

아직 법률, 행정법규를 제정하지 않은 경우에 해당하고, 지방성 사무에 속하는 경우, 지방성 법규는 이 법 제9조 제2항, 제3항이 규정하는 행정강제조치를 설정할 수 있다.

법률과 법규 이외의 기타 규범성 문건은 행정강제조치를 설정할 수 없다.

제11조 법률이 행정강제조치의 대상, 조건, 종류에 대하여 규정한 경우, 행정법규와 지방성 법규는 확대 규정을 할 수 없다.

법률에서 행정강제조치를 설정하지 않은 경우, 행정법규와 지방성법규는 행정강제조치를 설정할 수 없다. 단, 법률이 특정사항을 행정법규가 구체적 관리 조치를 규정하도록 한 경우, 행정법규는 이 법 제9조 제1항, 제4항과 법률이 규정하여야 하는 행정강제조치 이외의 기타 행정강제조치를 설정할 수 있다.

제12조 행정강제조치 집행 방식은 다음과 같다.

- (1) 벌금이나 체납금의 부과
- (2) 예금, 송금 이체
- (3) 경매 또는 법에 따라 봉인되거나 압류된 장소, 시설 또는 재물의 처리
- (4) 장애의 배제, 원상회복
- (5) 대위 이행
- (6) 기타 강제집행 방식

제13조 행정강제집행은 법률에 의해 설정된다.

법률이 행정기관의 강제집행을 규정하지 아니한 경우, 행정결정을 행한 행정기관은 인민법원에 강제집행을 신청하여야 한다.

제14조 법률초안과 법규초안의 작성에서 행정강제를 설정하고자 하는 경우, 초안 작성 단위는 공청회와 논증회 등의 형식을 통해 의견을 청취하여야 하며, 또한 제정기관에게 해당 행정강제 설정의 필요성, 야기 가능한 영향을 설명하고, 관련 의견 및 수리된 의견에 대한 상황을 설명하여야 한다.

제15조 행정강제 설정기관은 정기적으로 그가 설정한 행정강제에 대한 평가를 실시하고, 부적당한 행정강제에 대하여는 즉시 수정하거나 폐지하여야 한다.

행정강제 실시기관은 이미 설정된 행정강제의 실시상황과 존재 필요성에 대해 시의적절한 평가를 진행하고, 관련의견을 해당 행정강제의 설정기관에게 보고하여야 한다.

국민, 법인 또는 기타 조직은 행정강제 설정기관과 실시기관에게 행정강제의 설정 및 시행에 대한 의견과 건의를 제기할 수 있다. 관련 기관은 해당 사항을 연구하고 논증작업을 진행하여야 하며, 적절한 방식으로 회신하여야 한다.

제 3 장 행정 강제조치의 실시절차

제 1 절 일반 규정

제16조 행정기관이 행정관리 직무를 수행하는 경우에는 법률과 법규의 규정에 따라 행정강제조치를 시행하여야 한다.

위법행위 상황이 경미하게 또는 명료하게 사회를 위해하지 않은 경우, 행정강제조치를 취하지 않을 수 있다.

제17조 행정강제조치는 법률과 법규가 규정하는 행정기관이 법정 직권범위 내에서 실시한다. 행정강제조치권은 위임할 수 없다.

《중국 행정처벌법》의 규정에 따라 상대적으로 집중적인 행정처벌권을 행사하는 행정기관은 법률과 법규가 규정하는 행정처벌권과 관련된 행정강제조치를 실시할 수 있다.

행정강제조치는 행정기관의 자격을 갖춘 행정법집행 인원이 실시하여야 하며, 기타 인원은 실시하지 못한다.

제18조 행정기관이 행정강제조치를 실시하는 경우 다음 사항을 준수하여야 한다.

- (1) 실시전, 행정기관 책임자에게 보고하고 승인을 받아야 한다.
- (2) 2명 이상의 행정 법 집행인원이 실시한다.
- (3) 법집행 신분증서를 제시하여야 한다.
- (4) 당사자에게 현장에 출두하도록 통지하여야 한다.
- (5) 현장에서 당사자에게 행정강제조치를 취하는 이유, 근거, 그리고 당사자가 법에 따라 향유하는 권리와 구제경로를 직접 고지하여야 한다.

- (6) 당사자의 진술과 변호를 들어야 한다.
- (7) 현장기록을 작성하여야 한다.
- (8) 현장기록은 당사자와 행정법 집행인원의 서명이나 날인을 받아야 하며, 당사자가 거부하는 경우에는 기록에 관련 상황을 기재하여야 한다.
- (9) 당사자가 현장에 출두하지 아니한 경우, 증인을 현장에 요청하고 증인과 행정법집행 인원이 현장에서 기록에 서명하거나 날인하여야 한다.
- (10) 법률과 법규가 규정하는 기타 절차.

제19조 상황이 긴급하고 현장에서 행정강제조치를 취할 필요가 있는 경우, 행정법집행인력은 24시간 내에 행정기관 책임자에게 보고하고 승인에 필요한 보조 조치를 취하여야 한다. 행정기관 책임자가 행정강제조치를 취하지 않았어야 한다고 판단하는 경우, 즉시 조치를 해제하여야 한다.

제20조 법률 규정에 따라 국민의 인신자유를 제한하는 행정강제조치를 취하는 경우, 이 법 제18조가 규정하는 절차에 따라 이행하는 것을 제외하고는 다음 규정을 준수하여야 한다.

(1) 현장에서 고지하거나 행정강제조치를 실시한 후 즉시 당사자 가족에게 행정강제조치를 시행하는 기관, 지점, 기한을 통지한다.

(2) 긴급상황하에 현장에서 행정강제조치를 시행하는 경우, 행정기관으로 복귀 후에 즉시 행정기관 책임자에게 보고하고 승인에 관련된 추가 수속을 하여야 한다.

(3) 법률이 규정하는 기타 절차

인신자유를 제한하는 행정강제조치는 법정 기한을 넘을 수 없다. 행정강제 조치를 실시하는 목적이 이미 달성되었거나 또는 조건이 이미 소멸된 경우 지체없이 해제하여야 한다.

제21조 위법행위가 범죄에 연계된 혐의가 있을 경우 사법기관에 이송하여야 하며, 행정기관은 봉인, 압류, 동결한 재산을 함께 이송하여야 하며, 서면으로 당사자에게 고지하여야 한다.

제 2 절 봉인과 압류

제22조 봉인, 압류는 법률과 법규에서 규정한 행정기관이 실시하여야 하며, 기타 어떠한 행정기관이나 조직에서 실시할 수 없다.

제23조 봉인과 압류는 사건에 관련된 장소, 시설 또는 재물에 국한되며 위법행위와 무관한 장소와 시설 또는 재물을 봉인, 압류하지 못하며, 국민개인 및 그 부양가족의 생활필수품을 봉인하거나 압류할 수 없다.

당사자의 장소, 시설 또는 재물을 기타 국가기관이 이미 법에 근거하여 봉인한 경우, 이를 중복하여 봉인할 수 없다.

제24조 행정기관이 봉인, 압류를 실시하기로 결정한 경우, 이 법 제18조에서 규정된 절차에 따라 이행하고, 현장에서 봉인과 압류 결정서 및 리스트를 작성하여 교부하여야 한다.

봉인이나 압류 결정서에는 다음의 사항을 기재하여야 한다.

- (1) 당사자의 성명이나 명칭, 주소
- (2) 봉인 및 압류 이유와 근거, 기한
- (3) 봉인 및 압류 장소, 시설 또는 재물의 명칭, 수량 등
- (4) 행정심의를 신청하거나 행정소송을 제기하는 경로와 기한
- (5) 행정기관의 명칭, 직인 및 일자.

봉인과 압류 리스트는 1식 2부로 작성하고, 당사자와 행정기관이 각기 보존한다.

제25조 봉인과 압류기한은 30일을 초과하지 못한다. 사정이 복잡한 경우, 행정기관 책임자의 승인을 얻어 기한을 연장할 수 있으나, 이때의 연장기한은 30일을 초과할 수 없다. 법률과 행정법규가 별도로 규정하는 경우에는 여기에 해당하지 않는다.

봉인과 압류의 연장 결정은 즉시 서면으로 당사자에게 고지하고, 또한 이유를 설명하여야 한다.

물품에 대한 검사와 감정, 검역 또는 기술감정을 진행하는 경우, 검사와 감정, 검역 또는 기술감정 기간은 봉인이나 압류된 기간에 포함되지 않는다. 검사와 감정, 검역 또는 기술감정 기간은 명확하여야 하며, 또한 서면으로 당사자에게 고지하여야 한다. 검사와 감정, 검역 또는 기술감정에 소요되는 비용은 행정기관에서 부담한다.

제26조 행정기관은 봉인이나 압류한 장소, 시설 또는 재물을 적절하게 보관하여야 하며, 사용하거나 훼손시켜서는 아니된다. 손실이 있는 경우 배상 책임을 부담하여야 한다.

행정기관은 봉인한 장소나 시설 또는 재물을 제3자에게 보관하도록 위임할 수 있으며, 제3자는 이를 훼손하거나 임의로 이동하거나 처분할 수 없다. 제3자로 인해 야기된 손실인 경우, 행정기관은 먼저 배상하고, 제3자에게 이후 청구할 권리가 있다.

봉인이나 압류로 발생하는 보관비용은 행정기관에서 부담한다.

제27조 행정기관은 봉인이나 압류조치를 한 후, 즉시 사실관계를 조사하고, 이 법 제25조가 규정하는 기한 내에 처리 결정을 하여야 한다. 위법사실이 분명한 경우, 법에 따라 몰수하여야 하는 불법 재물은 몰수하고, 법률과 행정법규에서 소각하도록 규정한 것은 법에 따라 소각하여야 하며, 봉인이나 압류를 해제하여야 하는 것은 봉인이나 압류를 해제하는 결정을 하여야 한다.

제28조 다음 상황의 하나에 해당하는 경우, 행정기관은 즉시 봉인이나 압류를 해제하는 결정을 하여야 한다.

- (1) 당사자가 위법행위를 하지 않은 경우
- (2) 봉인이나 압류한 장소, 시설 또는 재물이 위법행위와 무관한 경우
- (3) 행정기관이 위법행위에 대하여 이미 처리 결정을 한 경우로서 봉인이나 압류가 필요없는 경우
- (4) 봉인이나 압류기한이 만료된 경우
- (5) 봉인이나 압류조치가 필요 없는 기타의 상황.

봉인이나 압류를 해제하면 즉시 재물을 반환하여야 한다. 신선한 물품이나 기타 보관이 용이하지 않은 재물로서 이미 경매 또는 매각한 경우, 경매나 매각으로 인한 소득금액을 반환하여야 한다. 매각 가격이 명백하게 시장 가격에 미치지 못하는 경우, 당사자에게 야기된 손실을 보상하여야 한다.

제 3 절 동 결

제29조 예금과 송금의 동결은 법률이 규정한 행정기관이 실시하여야 하며, 기타 행정기관이나 조직에 위임할 수 없다. 기타 임의의 행정기관이나 조직은 예금과 송금을 동결할 수 없다.

동결하는 예금이나 송금액은 위법행위와 연계된 금액에 상당하여야 하며, 기타 국기가관에 의해 법에 따라 동결된 경우, 중복하여 동결할 수 없다.

제30조 행정기관이 법률 규정에 따라 예금이나 송금을 동결하기로 결정한 경우, 이 법 제18조 제1호, 제2호, 제3호, 제7호에서 규정한 절차에 따라야 하며, 또한 금융기관에 동결 통지서를 교부하여야 한다.

금융기관이 행정기관의 법에 근거한 동결통지서를 받은 후에는 지체 없이 동결을 실시하여야 하며 지체해서는 아니되며, 동결 전에 당사자에게 관련 정보를 누설하여서는 아니 된다.

법률이 규정 그 밖의 행정기관이나 조직이 당사자의 예금이나 송금을 동결할 것을 요구하는 경우, 금융기관은 이를 거절하여야 한다.

제31조 법률 규정에 따라 예금이나 송금을 동결하는 경우, 결정을 행한 행정기관은 3일 내에 당사자에게 동결결정서를 교부하여야 한다. 동결결정서는 다음 사항을 기재하여야 한다.

- (1) 당사자의 성명 또는 명칭, 주소
- (2) 동결 이유, 근거 및 기간
- (3) 동결 계좌와 금액
- (4) 행정심의를 신청하거나 행정소송을 제기하는 절차와 기한
- (5) 행정기관의 명칭, 직인 및 일자.

제32조 행정기관은 예금이나 송금을 동결한 날로부터 30일 이내에 동결 처리결정을 내리거나 동결 해제 결정을 내려야 한다. 사정이 복잡한 경우에는 행정기관 책임자의 승인을 통해 연장할 수 있지만, 연장기한은 30일을 초과할 수 없다. 단, 법률이 달리 규정하는 경우에는 그러하지 아니한다.

동결을 연장하는 결정은 지체 없이 서면으로 당사자에게 고지하고, 그 이유를 설명하여야 한다.

제33조 다음 상황의 어느 하나에 해당되는 경우, 행정기관은 즉시 동결결정을 하여야 한다.

- (1) 당사자가 위법행위를 행하지 아니한 경우
- (2) 동결한 예금이나 송금이 위법행위와 무관한 경우
- (3) 행정기관이 불법행위에 대해 이미 처리결정을 해서, 동결이 불필요한 경우
- (4) 동결기한이 이미 만료된 경우
- (5) 동결조치가 필요 없는 기타의 상황

행정기관이 동결 해제결정을 내리는 경우, 이를 지체없이 금융기관과 당사자에게 통지하여야 한다. 금융기관은 통지를 받은 후, 즉시 동결을 해제하여야 한다.

행정기관이 기한이 지나도 처리 결정 또는 동결해제 결정을 하지 않은 경우, 금융기관은 동결기한 만료일로부터 동결을 해제하여야 한다.

제 4 장 행정기관의 강제 집행절차

제 1 절 일반 규정

제34조 행정기관이 법에 따라 행정결정을 한 후, 당사자가 행정기관이 결정한 기한 내에 의무를 이행하지 않은 경우, 행정강제 집행권을 가진 행정기관은 이 장의 규정에 따라 강제집행을 한다.

제35조 행정기관은 강제 집행결정을 내리기 전에 당사자에게 의무의 이행을 최고하여야 한다. 최고는 서면으로 하고, 다음 사항을 명기하여야 한다.

- (1) 의무이행기한
- (2) 의무이행방식
- (3) 금전지급과 관련되는 경우에는 명확한 금액과 지급방식 기재
- (4) 당사자가 법에 따라 향유하는 진술권과 변호권.

제36조 당사자는 최고서를 받은 후 진술과 변호를 할 권리가 있다. 행정기관은 당사자의 의견을 충분히 청취하고, 당사자가 제출한 사실과 이유, 증거에 대해 기록, 심사 대조를 실시하여야 한다. 당사자가 제출한 사실과 이유 또는 증거가 성립되는 경우, 행정기관은 이를 채택하여야 한다.

제37조 최고에도 불구하고 당사자가 정당한 이유없이 행정결정을 여전히 이행하지 않은 경우, 행정기관은 강제집행 결정을 할 수 있다.

강제집행 결정은 서면으로 하여야 하며, 다음 사항을 기재하여야 한다.

- (1) 당사자의 성명이나 명칭, 주소
- (2) 강제집행의 이유와 근거
- (3) 강제집행의 방식과 일시
- (4) 행정심판을 신청하거나 행정소송을 제기하는 절차와 기한
- (5) 행정기관의 명칭과 직인 및 일자.

최고 기간에 재물을 이전하거나 은닉한 징후를 증명할 증거가 있는 경우, 행정기관은 즉시 강제집행 결정을 할 수 있다.

제38조 최고서, 행정강제집행 결정서는 직접 당사자에게 송달하여야 한다. 당사자가 접수를 거부하거나 또는 당사자에게 직접 송달하기가 어려운 경우, 《중국 민사소송법》의 관련 규정에 따라 송달하여야 한다.

제39조 다음 상황의 하나에 해당하는 경우, 집행을 중지하여야 한다.

- (1) 당사자가 행정결정을 이행하는 것이 어렵거나 잠시 이행능력이 없는 경우
- (2) 제3자가 집행 대상에 대하여 권리를 주장하고, 확실한 이유가 있는 경우
- (3) 집행이 만회할 수 없는 손실을 야기할 수 있고, 또한 집행 중지가 공공 이익을 손상하지 아니하는 경우
- (4) 행정기관이 집행을 중지해야 한다고 인정하는 기타 상황이 있는 경우.

집행 중지 상황이 소멸된 후, 행정기관은 집행을 회복하여야 한다. 현저한 사회적 위해가 없거나 당사자가 이행능력이 없을 경우로서 만 3년간 집행을 중지하고 다시 회복하지 아니한 경우, 행정기관은 더 이상 집행하지 아니한다.

제40조 다음 상황의 하나에 해당되는 경우에는 집행을 종결한다.

- (1) 국민이 사망하고, 집행할 자산이 없으며, 의무 승계자도 없는 경우
- (2) 법인 또는 기타 조직이 해산된 경우로, 집행할 재산이 없고, 의무 승계자도 없는 경우
- (3) 집행 표적이 멸실된 경우
- (4) 집행의 근거가 된 행정결정이 취소된 경우
- (5) 행정기관이 집행을 종결하여야 한다고 인정하는 기타 상황

제41조 집행 중 또는 집행을 완료한 후, 집행의 근거가 된 행정결정이 취소, 변경 또는 집행 오류인 경우에는 원상을 회복하거나 재물을 반환하여야 한다. 원상을 회복할 수 또는 재물 반환이 불가능한 경우에는 법에 따라 배상을 하여야 한다.

제42조 행정강제집행을 실시할 때, 행정기관은 공공이익과 타인의 합법적 권익을 침해하지 아니하는 상황에서 당사자와 집행 합의를 할 수 있다. 집행 합의는 단계별로 이행하도록 약정할 수 있으며, 당사자가 구제 보완 조치를 취하는 경우에는 추가 벌금이나 체납금 부과를 감면할 수 있다.

집행 합의는 이행되어야 한다. 당사자가 집행합의를 이행하지 아니하는 경우, 행정기관은 강제집행을 회복하여야 한다.

제43조 행정기관은 야간이나 법정 휴일에 행정강제집행을 실시할 수 없다. 단, 긴급한 상황에서는 예외로 한다.

행정기관은 거주민 생활에 대한 물, 전기, 난방, 가스 제공 등을 중지하는 방식으로 당사자에게 관련 행정결정을 이행하도록 강요할 수 없다.

제44조 위법의 건축물, 구조물, 시설 등에 대한 강제 철거가 필요한 경우, 행정기관은 공고하여야 하며, 당사자가 스스로 철거하도록 기한을 주어야 한다. 당사자가 법정 기한 내에 행정심의 신청이나 행정소송을 제기하지 않고, 철거를 하지 않은 경우, 행정기관은 법에 따라 강제 철거할 수 있다.

제 2 절 금전 지급의무의 집행

제45조 행정기관이 법에 따라 금전 지급 의무에 대한 행정결정을 한 후, 당사자가 기한 내에 이행하지 않은 경우, 행정기관은 법에 따라 벌금 또는 체납금을 가중시킬 수 있다. 가중된 벌금이나 체납금의 기준은 당사자에게 고지하여야 한다.

벌금이나 체납금 지급 액수는 금전 지급 의무 액수를 초과하지 못한다.

제46조 행정기관이 이 법 제45조의 규정에 따라 가중 벌금이나 체납금 지급을 실시한 후 30일이 지나고, 당사자에게 최고를 행한 후에도 여전히 이행하지 않은 경우, 행정강제집행 권리가 있는 행정기관은 강제집행을 할 수 있다.

행정기관이 강제집행을 실시하기 전에 봉인이나 압류, 동결 조치를 취할 필요가 있는 경우, 이 법 제3장의 규정에 따라 처리한다.

행정강제집행권이 없는 행정기관은 인민법원에 강제집행을 신청하여야 한다. 단, 당사자가 법정 기한 내에 행정심의를 신청하지 않거나 또는 행정소송을 제기하지 않은 경우로서, 최고를 통해서도 여전히 이행을 하지 않은 경우, 행정관리 과정에서 이미 봉인이나 압류를 시행한 행정기관은 봉인이나 압류한 재물을 법에 따라 경매하여 벌금에 충당할 수 있다.

제47조 예금이나 송금의 이체는 법률이 규정한 행정기관이 결정하고, 또한 서면으로 금융기관에 통지하여야 한다. 금융기관은 행정기관이 법에 따라 행

한 예금이나 송금의 이체 결정을 받은 경우, 이를 즉시 이체하여야 한다.

법률이 규정한 그 밖의 행정기관이나 조직이 당사자의 예금, 송금 이체를 요구하는 경우 금융기관은 마땅히 거부하여야 한다.

제48조 법에 따라 재물을 경매하는 경우, 행정기관은 경매기구에 위임하여 《중국 경매법》의 규정에 따라 처리한다.

제49조 이체한 예금이나 송금, 경매나 법에 따라 처리한 소득은 국고에 귀속되거나 재정계좌에 이체된다. 어떠한 행정기관이나 개인도 임의 형식으로 금전을 차단하거나 착복 또는 악의적 용도로 변용하지 않아야 한다.

제 3 절 대위 이행

제50조 행정기관이 법에 따라 당사자에게 장애를 제거하거나, 원상을 회복하도록 의무이행에 관한 행정결정을 하는 경우로서, 당사자가 기한을 넘겨서도 이행하지 않고, 최고를 통해서도 여전히 이행하지 않은 경우, 그 결과가 이미 또는 장래에 교통안전이나 환경오염, 자연자원 훼손을 야기할 수 있는 경우, 행정기관은 대위 이행을 할 수 있고, 또는 이해관계가 없는 제3자에게 대위이행을 위탁할 수 있다.

제51조 대위 이행은 다음과 같은 규정을 준수하여야 한다.

- (1) 대위 이행을 하기 전에 결정서를 송달하여야 하며, 대위 이행결정서는 당사자의 성명이나 명칭, 주소, 대위 이행의 이유와 근거, 방식과 시간, 표적, 비용예산 및 대위 이행인을 적시하여야 한다.
- (2) 대위 이행 3일 전에 당사자에게 이행을 최고하고, 당사자가 이행한 경우에는 대위 이행을 정지한다.
- (3) 대위 이행 시 결정을 행한 행정기관은 인원을 현장에 파견하여 감독하여야 한다.
- (4) 대위이행이 완료된 후, 행정기관이 파견하여 현장을 감독한 업무인원과 대위 이행인 및 당사자 또는 증인은 집행문서에 서명하거나 날인하여야 한다. 대위 이행의 비용은 원가에 따라 합리적으로 확정하고, 당사자가 부담하여야 한다. 단, 법률이 달리 규정하는 경우에는 그러하지 않다.

대위 이행은 폭력, 협박, 또는 기타의 불법적 방법을 사용하지 않아야 한다.

제52조 도로, 하수도, 항로 또는 공공장소의 잔류물, 장애물 또는 오염물을 즉시 제거할 필요가 있으나, 당사자가 제거할 수 없는 경우, 행정기관은 즉시 대위 이행을 실시할 수 있다. 당사자가 현장에 없는 경우, 행정기관은 사후에 즉시 당사자에게 통지하고, 또한 법에 따라 처리하여야 한다.

제 5 장 인민법원의 강제집행 신청

제53조 당사자가 법정 기한내에 행정심의를 신청하지 않거나 행정소송을 제기하지 않고, 또한 행정결정을 이행하지 않은 경우, 행정강제집행권이 없는 행정기관은 기한 만료일로부터 3개월 내에 본 장이 규정에 따라 인민법원에 강제집행을 신청할 수 있다.

제54조 행정기관은 인민법원에 강제집행을 신청하기 전에 당사자에게 의무 이행을 최고하여야 한다. 최고서를 송달한 10일 후에도 당사자가 여전히 의무를 이행하지 아니한 경우, 행정기관은 소재지의 관할권이 있는 인민법원에 강제집행을 신청할 수 있다. 집행대상이 부동산인 경우, 부동산 소재지의 관할권이 있는 인민법원에 강제집행을 신청한다.

제55조 행정기관이 인민법원에 강제집행을 신청하는 경우, 다음 자료를 제공하여야 한다.

- (1) 강제집행 신청서
- (2) 행정결정서 및 결정을 행한 사실, 이유 및 근거
- (3) 당사자의 의견 및 행정기관의 최고 상황
- (4) 강제집행을 신청한 표적의 상황
- (5) 법률과 행정법규가 규정한 기타 자료

강제집행 신청서에는 행정기관 책임자가 서명하고, 행정기관의 직인을 날인한 후, 일자를 기재하여야 한다.

제56조 인민법원은 행정기관의 강제집행 신청을 받은 후 5일 이내에 수리하여야 한다.

인민법원이 수리하지 않은 재정에 대하여 행정기관이 이의가 있는 경우, 15일 이내에 상급 인민법원에 재심을 신청할 수 있으며, 상급 인민법원은 재심 신청을 접수한 후 15일 이내에 수리 여부를 재정하여야 한다.

제57조 인민법원은 행정기관의 강제집행 신청에 대한 서면 심사를 하고, 이 법 제55조의 규정에 부합하고, 또한 행정결정이 법정 집행효력을 갖춘 경우, 인민법원은 이 법 제58조가 규정하는 경우를 제외하고, 수리한 날로부터 7일 이내에 집행을 재정하여야 한다.

제58조 인민법원이 다음 상황의 하나에 해당하는 것을 발견한 경우, 재정 전에 피집행인가 행정기관의 의견을 청취할 수 있다.

- (1) 사실 근거가 명확하게 부족한 경우
- (2) 명확한 법적 및 법규 근거가 부족한 경우
- (3) 기타 명백하게 위법적이고 또한 피집행인의 합법적 권익을 훼손하는 경우

인민법원은 수리한 날로부터 30일 이내에 집행여부를 재정하여야 한다. 집행하지 않기로 재정한 경우, 그 이유를 설명하고 5일 이내에 집행을 하지 않기로 한 재정을 행정기관에 송부하여야 한다.

인민법원의 집행하지 않겠다는 재정 결정에 대하여 행정기관이 이의가 있는 경우, 재정 결정을 받은 날로부터 15일 이내에 상급 인민법원에 재심을 신청할 수 있으며, 상급 인민법원은 재심 신청을 접수한 날로부터 30일 이내에 집행여부를 재정하여야 한다.

제59조 상황의 긴급성과 공공안전을 보장하기 위하여, 행정기관은 바로 인민법원에 집행을 신청할 수 있다. 인민법원 원장의 비준이 있으면, 인민법원은 집행재정을 행한 날로부터 5일 이내에 집행하여야 한다.

제60조 행정기관이 인민법원에 강제집행을 신청 한 경우, 신청비는 납부하지 않는다. 강제집행의 비용은 피집행인이 부담한다.

인민법원이 이체, 경매 방식으로 강제집행을 하는 경우, 이체나 경매 후 강제집행 된 비용은 공제할 수 있다.

인민법원이 법에 따라 재물을 경매하는 경우, 경매기구에 의뢰하여 《중국 경매법》의 규정에 따라 처리한다.

이체한 예금이나 송금, 경매 또는 법에 따라 처분한 소득은 국고에 귀속하거나 재정계좌에 이체하여야 하며, 임의로 차단하거나 착복, 악의적 용도로 변용하지 않아야 한다

제 6 장 법률적 책임

제61조 행정기관이 행정강제를 실시하는 과정에서 다음 상황에 해당하는 경우, 상급 행정기관 또는 관련 부서는 시정 명령을 내리고, 직접책임이 있는 주관자 및 기타 직접책임자에 대하여는 법에 따라 처분하여야 한다.

- (1) 법률과 법규에 근거가 없는 경우
- (2) 행정강제 대상이나 조건, 방식을 변경한 경우
- (3) 법정절차를 위반하여 행정강제를 실시한 경우
- (4) 이 법의 규정을 위반하여 야간 또는 법정휴일에 행정강제 집행을 실시한 경우
- (5) 거주민 생활에 대한 물, 전기, 난방, 가스 공급 등을 중지하는 방식으로 당사자가 관련 행정결정을 이행하도록 강요한 경우
- (6) 기타 법을 위반하여 행정강제를 실시한 정황이 있는 경우.

제62조 행정기관이 이 법의 규정을 위반하여 다음 사항의 하나에 해당되는 경우, 상급 행정기관 또는 관련 부서는 시정 명령하고, 법에 따라 직접 책임이 있는 주관자와 기타 직접 책임이 있는 자를 법에 따라 처분한다.

- (1) 봉인이나 압류, 동결범위를 확대시킨 경우
- (2) 봉인이나 압류 장소, 시설 또는 재물을 사용하거나 훼손시킨 경우
- (3) 봉인이나 압류의 법정기간 내에 처리 결정을 하지 않은 경우, 또는 법에 따라 즉시 봉인이나 압류를 해제하지 않은 경우
- (4) 예금이나 송금을 동결하는 기간에 처리결정을 내리지 않거나, 또는 법에 따라 동결을 지체 없이 해제하지 않은 경우

제63조 행정기관이 봉인하거나 압류한 재물, 또는 이체한 예금이나 송금, 경매하거나 법에 따라 처분한 소득을 임의로 차단하거나 착복, 악의적 용도로 변용한 경우, 재정부서나 관련부서에서 추징하며, 법에 따라 직접 책임이 있는 주관자와 기타 직접 책임이 있는 자에게 중대과실에 대한 기록, 좌천, 면직 또는 제명 처분을 하여야 한다.

행정기관의 업무직원이 직무상의 편의를 이용하여 봉인이나 압류된 장소, 시설 또는 재물을 자신의 것으로 점유한 경우, 상급 행정기관 또는 관련 부

서는 시정명령하고 법에 따라 중대과실을 기록, 좌천, 면직 또는 제명 처분 하여야 한다.

제64조 행정기관 및 그 업무직원이 행정강제권을 이용하여 단체 또는 개인의 이익을 도모한 경우, 상급 행정기관 또는 유관부서는 시정명령하고 법에 따라 직접 책임이 있는 주관자와 기타 직접 책임이 있는 자를 처분하여야 한다.

제65조 금융기관이 이 법을 위반하여 다음의 하나에 해당하는 경우, 금융업감독 관리기관은 시정을 명하고, 법에 따라 직접 책임이 있는 주관자와 기타 직접 책임이 있는 자를 법에 따라 처분하여야 한다.

- (1) 동결 전에 당사자에게 관련 정보를 누설한 경우
- (2) 즉시 동결하거나 이체해야 하는 예금과 송금을 동결하지 않거나 이체하지 않아, 예금이나 송금을 이전토록 야기한 경우
- (3) 동결이나 이체가 불필요한 예금과 송금을 동결하거나 이체한 경우
- (4) 동결한 예금이나 송금을 지체 없이 해제하지 아니한 경우.

제66조 금융기관이 이 법을 위반하여 금액을 국고에 귀속시키거나 재정부서의 계좌 이외의 기타 계좌에 이체한 경우, 금융업 감독관리 기관은 시정명령을 하여야 하며, 불법으로 이체한 금액의 2배를 벌금으로 부과하여야 하며, 직접 책임을 부담하는 주관자와 기타 직접 책임자에 대하여 법에 따라 처분한다.

이 법을 위반하여, 행정기관이나 인민법원이 금융기관에 명령하여 금액을 국고 또는 재정 계좌 외의 계좌에 이체하도록 명령한 경우, 법에 따라 직접 책임이 있는 주관자와 기타 직접 책임인원을 처분한다.

제67조 인민법원과 그 업무인원이 강제집행 과정에서 위법행위 또는 강제집행 범위를 확대한 경우, 직접 책임이 있는 주관자와 기타 직접 책임자에 대하여는 법에 따라 처분하여야 한다.

제68조 이 법을 위반하여 국민, 법인, 기타 조직에게 손실을 야기한 경우, 법에 따라 배상하여야 한다.

이 법을 위반하여 범죄를 구성한 경우, 법에 따라 형사상 책임을 추궁한다.

제 7 장 부 칙

제69조 이 법에서 10일 이내의 기한에 관한 규정은 근무일을 의미하며, 법정 휴일을 포함하지 않는다.

제70조 법률과 행정법규가 수권한 공공사무 관리 기능을 가진 조직이 법정 수권범위에서 자신의 이름으로 행한 행정강제는 이 법의 행정기관에 관한 규정을 적용한다.

제71조 이 법은 2012년 1월 1일부터 시행한다.

참고 문헌

제1장 참고 문헌

1. 际新民：《法治国公法学原理与实践》，中国政法大学出版社，2007年版。
2. 宋归德：《行政法哲学》，法律出版社，2000年版。
3. 叶必丰：《行政法的人文精神》，北京大学出版社，2005年版。
4. 余凌云：《行政自由裁量论》，中国人民公安大学出版社，2005年版。
5. [英]约翰·密尔著，许宝骤译：《论自由》，商务印书馆，1959年版。
6. [英]运克著，瞿菊夜，叶启芳译：《政府论》，商务印书馆，1964年版。
7. [英]霍布豪斯著，朱曾译：《自由主义》，商务印书馆，1996年版。
8. [英]边沁著，沈叔平译：《政府片论》，商务印书馆，1995年版。

제2장 참고 문헌

1. 翁岳生 编：《行政法 2000》(上册)，中国法制出版社，2002年版。
2. 陈新民：《中国行政法学原理》，中国政法大学出版社，2002年版。
3. 叶必丰：《行政法注人文精神》，湖北人民出版社，1999年版。
4. 周信勇：《行政法基本原则研究》，武汉大学出版社，2005年版。

제3장 참고 문헌

1. 王名扬：《法国行政法》，中国政法大学出版社，1988年版。
2. 应松年 主编：《当代中国行政法》，中国方正出版社，2005年版。
3. 应松年·薛刚凌：《行政组织法研究》，法律出版社，2002年版。
4. 翁岳生 编：《行政法2000》(上册)，中国法制出版社，2002年版。

제4장 참고 문헌

1. 叶必丰：《行政行为的效力研究》，中国人民大学出版社，2002年版。
2. 郝明金：《行政行为的可诉性研究》，中国人民公安大学出版社，2005年版。
3. 杨伟东：《行政行为的司法审查强度研究》，中国人民大学出版社，2003年版。
4. 罗杰 主编：《行政行为法典型案例》，中国人民大学出版社，2003年版。

제5장 참고 문헌

1. 王万华：《行政程序法研究》，中国法制出版社，2000年版。
2. 王万华：《中国行政程序法立法研究》，中国法制出版社，2005年版。
3. 章剑生：《行政程序法基本理论》，法律出版社，2003年版。
4. 陈瑞华：《刑事审判原理》，北京大学出版社，1997年版。
5. 王锡梓：《公众参与和行政过程》，中国民主法制出版社，2007年版。
6. (台)罗传贤：《面对行政程序法转型台湾的程!事建制》，元照出版公司，2002年版。
7. [美]迈克尔 D.贝勒斯著，邓海平译：《程序正义—向个人的分配》，高等教育出版社，2005年版。

제6장 참고 문헌

1. 刘增祺、李江：《行政规章分析》，中国政法大学出版社，1994年版。
2. 周旺生 主编：《立法学》，法律出版社，1998年版。
3. 乔晓阳 主编：《立法学讲话》，中国政法大学出版社，2000年版。
4. 叶必丰，周佑：《行政规范研究》，法律出版社，2002年版。
5. 刘莘 主编：《行政立法研究》，法律出版社，2003年版。
6. 刘莘 主编：《法治政府与行政决策·行政立法》，北京大学出版社，2006年版。

제7장 참고 문헌

1. 祝铭山 编著：《行政许可类行政诉讼》，中国法制出版社，2004年版。
2. 余凌云 主编：《警察许可与行政许可法》，中国人民公安大学出版社，2003年版。
3. 博思明 编著：《行政审批制度改革与法制化》，中共中央党校出版社，2003年版。
4. 王勇 编著：《行政许可程序理论与适用》，法律出版社，2004年版。
5. 张兴祥 编著：《行政法合法预期保护原则研究》，北京大学出版社，2006年版。

제8장 참고 문헌

1. 袁曙宏 : 《行政处罚的创设, 实施和救济》, 中国法制出版社, 1997年版。
2. 应松年·马怀德主编: 《〈中华人民共和国行政处罚法〉学习辅导》, 人民出版社, 1996年版。
3. 周佑勇, 刘艳红: “论行政处罚与刑罚适用衔接”, 载《法律科学》, 1997年 第2期。
4. 杨解君: “行政违法与行政犯罪的相异和衔接关系分析”, 载《中国法学》, 1999年 第1期。
5. 朱新力: “论一事不再罚原则”, 载《法学》, 2001年 第11期。
6. 阎锐: “行政处罚罚款设定普遍化研究”, 载《行政法学研究》, 2005年 第2期。
7. 徐向华, 郭清梅: “行政处罚申罚款数额的设定方式”, 载《法学研究》, 2006年 第6期。
8. 朱芒: “行政处罚听证制度的功能”, 载《法学研究》, 2003年 第5期。

제9장 참고 문헌

1. 博士成: 《行政强制研究》, 法律出版社, 2001年版。
2. 崔卓兰: “契约、服务与诚信—非强制行政之精神理念”, 载《社会科学战线》, 2005年 第4期。
3. 博士成: “行政强制措施研究”载《南开学报》(哲学社会科学版), 2004年版 第5期。
4. 博士成: “我国非诉讼行政执行制度的几个问题” 载《中国法学》, 2002年 第3期。
5. 姬亚平: “行政强制模式研究及选择”, 载《理论导刊》, 2004年 第9期。
6. 朱芒: “SARS与人身自由—游走在合法性与正当性之间的抗SARS措施”, 载《中国法学》2003年 第5期。
7. 胡建森: “论中国行政强制措施”概念的演变及定位”, 载《中国法学》2002年 第6期。

제10장 참고 문헌

1. 何兵主 编: 《和谐社会与纠纷解决机制》, 北京大学出版社, 2007年版。
2. 张树义 主编: 《纠纷的行政解决机制研究以行政裁决为中心》, 中国政法大学出版社, 2006年版。
3. 汤捷主 编: 《行政裁决诉讼研究》, 中国政法大学出版社, 2006年版。
4. 范愉主 编: 《多元化纠纷解决机制》, 厦门大学出版社, 2005年版。
5. 沈恒斌 主编: 《多元化纠纷解决机制原理与实务》, 厦门大学出版社, 2005年版。
6. 吴平主 编: 《行政裁决制度研究》, 中国民主法制出版社, 1997年版。
7. 张伟国: 《论行政裁决》, 中国政法大学出版社, 1994年版。
8. [日]棚田孝挂 著, 王亚新 译: 《纠纷的解决与审判制度》, 中国政法大学出版社, 1994年版。

제11장 참고 문헌

1. 马怀德 主编：《应急反应的法学思考》，中国政法大学出版社，2001年版。
2. 郭济：《政府英及管理实务》中共中央党校出版社，2004年版。
3. 韩大元·莫于川：《应急法制论》，法律出版社，2005年版。
4. 莫济宏·徐高：《紧急状态法》，中国人民公安大学出版社，1998年版。
5. 郭济 主编：《中央和大城市政府应急机制建设》，中国人民大学出版社，2005年版。
6. 许文惠·张成福：《危机状态下的政府管理》，中国人民大学出版社，2001年版。
7. (台)黄俊杰：《法治国家之国摘紧急权》，元照出版有限公司，2001年版。

제12장 참고 문헌

1. 王名扬：《法国行政法》，中国政法大学出版社，1988年版。
2. 应松年 主编：《当代中国行政法》，中国方正出版社，2005年版。
3. 張樹義：《行政合同》，中国政法大学出版社，1994年版。
4. 余凌云：《行政契約論》，中國人民大學出版社，2000年版。

제13장 참고 문헌

1. 杨小君：《我国行政复议制度研究》，法律出版社，2002年版。
2. 王贞琼·任文东 主编：《行政复议活新释与例解》，同心出版社，2002年版。
3. 江心新·李江 编著：《行政复议法释评》，中國人民公安大学出版社，1999年版。
4. 宋雅芳 主编：《行政复议法通论》，法律出版社，1999年版。

제14장 참고 문헌

1. 应松年 编著：《国家赔偿法研究》，法律出版社 1995年版。
2. 肖峒：《中华人民共和国国家赔偿法的理论与使用指南》，中国民主法制出版社，1994年版。
3. 马怀德：《国家赔偿法的理论与使用实务》，中国法制出版社，1994年版。
4. 高家伟：《国家赔偿法》，商务印书馆，2004年版。
5. 曾世雄：《损害赔偿法原理》，中国政法大学出版社，2001年版。
6. 董保城：《国家责任法》，神州图书出版有限公司，2002年版。
7. 马怀德 编著：《国家赔偿问题研究》，法律出版社，2006年版。

제15장 참고 문헌

1. 廖义男：《国家赔偿法》，三民书局，1997年版。
2. 楊臨萍 主編：《行政损害赔偿》，法院出版社，1999年版。
3. 杨小军：“论国家赔偿的规责原则与归责标准”载《法学研究》，2004年 第6期。
4. 章志遠：“我国行政赔偿制度之改革”载《修宪之后的中国行政法》，中国政法大学出版社，2005年版
5. 毕可志：“论行政赔偿范围的拓展”，载《修宪之后的中国行政法》，中国政法大学出版社，2005年版

제16장 참고 문헌

1. 刘清波：《冤狱赔偿法》，商务印书馆，1973年版。
2. 陈春龙：《中国司法赔偿：实务操作与理论探讨》，法律出版社，2002年版。
3. 張紅：《司法赔偿研究》，北京大学出版社，2007年版。
4. 柯葛壯：《刑事赔偿理论与实务》，上海社会科学院出版社，2001年版。
5. 陈瑞华：“司法权的性质——以刑事司法为范例的分析”载《法学研究》，2000年 第5期。
6. 樊崇義·胡常龍：“走向理性的国家赔偿制度——以刑事司法赔偿为视角”载《政法论坛》，2002年 第4期

제17장 참고 문헌

1. 應松年：“国家赔偿法修班甲的几个问题”，载《国家行政学院学报》，2006年 第4期。
2. 马怀德·张红：“论国家侵权精神损害赔偿”，载《天津行政学院学报》，2005年 第1期。
3. 张瑾：“关于侵犯公民人身权利的国家赔偿标准的研究”载《法制与社会》，2007年 第2期。