

中国行政法律制度发展综述

鄒 榮*

차 례

- 一、宪法的发布实施和刑事、民事法律制度立法任务的基本完成，为中国的行政法律制度的下了基础
- 二、中国的行政法律制度，已经形成了以行政诉讼为基础的行政救济制度系统
- 三、《行政处罚法》的制定和发布，标志着中国的行政法律制度开始迈入了行政行为法制定的进程

* 华东政法学院

行政法律制度是中國法律制度體系中的重要組成部分。在憲法的統帥之下，行政法律制度與刑事法律制度、民商事法律制度一起，形成了中國法律制度體系的基本框架。¹⁾自上一世紀八十年代末開始，中國的行政法律制度在十幾年的時間里，有了長足的發展。一般認為，行政法律制度由規定行政權行使者組織結構的行政組織法、規範行政行為的行政行為法、對行政機關進行監督的行政監督法以及對違法行政行為後果進行補救的行政救濟法構成。由於行政組織法的主要內容在憲法和政府組織法中已經作了明確的規定，因此，中國行政法律制度的發展，主要表現在行政行為法和行政救濟法方面。

一、憲法的發布實施和刑事、民事法律制度立法任務的基本完成，為中國的行政法律制度的構建打下了基礎

以1979年憲法的頒布實施為起點，中國開始了法律制度體系構建的宏大歷程。²⁾為了貫徹憲法，1979年7月1日第五屆全國人民代表大會第二次會議通過了《中華人民共和國刑法》、《中華人民共和國刑事訴訟法》，從而形成了中國的刑事法律制度體系。³⁾中國的民事法律制度的建設相對複雜，1982年全國人大通過《中華人民共和國民事訴訟法》（試行），規定了民事爭議解決的司法途徑⁴⁾。由於預見到民法典的制定將是一項長期而艱苦的工作，因此，先行頒布了一些重要民事領域的單行民事法律規範，如婚姻法、繼承法、專利法、商標法等，特別是1986年4月12日第六屆全國人民代表大會第四次會議通過《中華人民共和國民法總則》，形成了中國的民事法律制度基礎。⁵⁾這樣，通過法律懲治嚴重侵害他人人身、財產權利、國家財產和安全以及公共秩序的刑事法律制度的

1) 在中國還有經濟法的概念，主要是指國家管理經濟事務以及經濟主體之間進行協作的某些法律規定。由於學者們對經濟法在調整範圍上與民法、行政法的區分上尚難形成統一和一致的意見，也沒有形成經濟法所特有的基本理論範疇和原理，因此，經濟法作為獨立部門法的地位一直備受質疑。最高人民法院已經從2002年起取消了經濟審判庭。

2) 中國現行憲法是1982年12月4日第五屆全國人民代表大會第五次會議通過的。但一般認為，1979年憲法是中國法律制度開始完善化的起點。

3) 這兩部法律已經分別於1997年3月14日、1996年3月17日由全國人大重新進行了修訂。

4) 1991年4月9日《中華人民共和國民事訴訟法》公布生效，取代了《中華人民共和國民事訴訟法（試行）》。

5) 此後，又陸續頒布了著作權法、收養法、擔保法、合同法等。2002年民法典進入人大立法一審，在民法典草案中除了“物權法”一篇系新制定以外，其餘均為已經陸續發布實施的民法規範。

形成、规范公民民事活动的民事法律规范的初步确立，法制建设的目标很快就转移到了对公共管理权行使者行为进行规范的任务上。

二、中国的行政法律制度，已经形成了以行政诉讼为基础的行政救济制度系统

(一) 1989年4月4日第七届全国人民代表大会第二次会议通过了《中华人民共和国行政诉讼法》，开始了中国行政法律制度构建的历程。

这部法律的制定通过，在中国行政法律制度建设史上，甚至在整个中国的法律制度建设史上均具有重要的意义。其意义表现在：

第一，第一次用一般法的形式，概括地规定了“公民、法人或其他组织认为行政机关和行政机关的工作人员的具体行政行为侵犯其合法权益，有权依照本法向人民法院提起诉讼。”⁶⁾标志着中国的行政诉讼制度得以完整的建立起来，从此，中国政府的行政行为，将由于公民、法人或其他组织的起诉，而受到法院的司法审查。中国的行政诉讼制度的实际建立，可以追溯到1980年。1980年9月10日施行的《中华人民共和国中外合资经营企业所得税法》和《中华人民共和国个人所得税法》，在行政诉讼实施前，公民、法人或其他组织不服行政机关的行政行为，能否向法院起诉，通过司法程序维护他认为被侵犯了的合法权益，取决于特别法有无授权。也就是说，行政机关的行政行为，原则上是不可以起诉的，除非法律、法规规定可以起诉。截止到1989年，授予公民、法人或其他组织以行政诉讼权的法律法規計有130余件，这与浩瀚的行政机关的行政行为相比，涉及面仍然十分狭窄。而行政诉讼法的这一概括性的规定，大大扩张了行政诉讼的范围，虽然，该法制定时考虑到某些实际情况，仍然有一些诉讼范围的排除⁷⁾，但在逻辑上已经形成了这样的局面：公民、法人或其他组织对行政机关的行政行为不服，可以向法院提起诉讼，除非法律規定不能起诉的。这与其他各国一般采用概括的方法规定行政诉讼范围的趋势趋向一致。

第二，针对行政案件的特点，制定了适合行政审判需要的审判规则，加强了對

⁶⁾ 《中华人民共和国行政诉讼法》第2條。

⁷⁾ 見《中华人民共和国行政诉讼法》第12條。

行政機關行政行為的監督。前文已經述及，行政訴訟施行前，法院已經開始受理行政案件，而此階段法院審理行政案件的規則却是援用民事訴訟的規則和程序。

1982年的《中華人民共和國民事訴訟法》（試行）第三條第二款規定：“人民法院審理行政案件，適用本法”，即將民事案件的審理程序，准用于行政案件的審理。由于民事訴訟法在制度和程序設計上，不可能包含對行政權實施監督的理念和相關制度，因此，此階段的行政訴訟制度運行中，對監督行政機關依法行使行政權方面的作用是微乎其微的。行政訴訟法針對行政訴訟制度的功能，創建了一些特有制度和程序，大大強化了審判權對行政權的監督。比如，對行政行為合法性審查原則的確立、訴訟中被告（行政機關）舉證責任的規定等，為行政訴訟功能的充分發揮提供了法律依據。

第三，第一次用法律的形式將行政程序作為行政行為合法的必要條件。中國行政機關歷來存在重實體輕程序的傾向，而《行政訴訟法》明確規定，無論行政行為實體上是否合法，只要程序違法，就可以撤銷被訴的行政行為。⁸⁾這一規定，在當時被認為是超前的，因為中國的行政程序立法極為薄弱，很少有行政程序方面的規定。後來的事實證明，正是由于這種似乎超前的規定，大大提升了行政機關的程序意識，也有力地推動了行政程序方面的立法。

（二）行政復議制度的建立健全，使行政機關內部的監督機制得以建立

1990年12月，國務院發布《行政復議條例》，⁹⁾確立公民、法人或其他組織不服行政機關的行政行為可以向其上級機關或其本級政府申請復議。這樣，在行政機關內部又建立起了自上而下的監督機制，從此，公民、法人或其他組織除行政訴訟外有多了一條維護自己合法權益的途徑。¹⁰⁾

應當說，行政復議制度的建立，對於拓展公民權利的救濟途徑和強化行政機關

⁸⁾ 見《中華人民共和國行政訴訟法》第54條第（二）項。

⁹⁾ 根據中國的憲法，國務院有權制定行政法規和規定行政措施，其根據法定程序制定的行政法規具有法的效力，其效力低於人大的法律。

¹⁰⁾ 無論是行政訴訟法還是行政復議條例都未規定提起行政復議是提起行政訴訟的前置程序，因此，除有特別法的另行規定外，公民、法人或其他組織可以任意選擇行政復議或行政訴訟來維護自己的合法權利，如果對行政復議決定不服，還可以向法院起訴，這被稱為平行的救濟制度。但是，根據司法最終的原則，行政訴訟的裁判一旦作出，則是最終的，不可以再提起行政訴訟。參見《行政訴訟法》第37條的規定。

的内部监督机制，具有重要意义。但是，由于当时对行政复议制度的功能和作用的認識不够充分，在这部行政法规中，有一些不盡合理和公正的規定，制度設計上存在一些漏洞和不完善之處，因此，行政复议制度所發揮的作用較為有限。

認識到《行政复议條例》的种种不足，人大常委会于1999年4月29日發布《中華人民共和國行政復議法》。行政復議法對行政復議的相關制度作了較重大的修改，大大地推進了中國行政法律制度的發展。其中受到广泛重視的是對行政機關的規定的審查制度。根据《行政訴訟法》，行政機關作出的具有普遍約束力的決定、命令等，是不能被起訴的，¹¹⁾而在《行政復議條例》中，這種規定不但不是行政復議中被審查的對象，而且是行政復議機關認定被申請復議的行政行為是否合法的依据。¹²⁾這是《行政復議條例》受質疑最多的地方，同時也是導致早期行政復議制度難以充分發揮作用的重要原因，因為這一規定形成了這樣的局面：行政機關自己制定的規則成為判斷其行為是否合法的根据。針對這種情況，《行政復議法》規定，公民、法人或其他組織在對行政機關根据法律、法規、規章或行政機關具有普遍約束力的決定、命令等做出的某項具體的處理決定不服申請復議時，可以一併對其所依据的決定、命令等申請復議機關審查，這就有條件地將行政機關的規定納入了復議機關的審查範圍，《行政復議法》也就審查的具體程序和處理方法做了較為系統的規定。應當說，這方面的規定，標志着中國的行政救濟制度又向前邁進了一大步。

（三）《中華人民共和國國家賠償法》的頒布實施，標志着中國行政救濟制度的完善

行政訴訟和行政復議制度的相繼建立，為公民提供了維護自己合法權益的途徑。但是，從某種意義上說，這還只是提供了程序上的途徑，如果經過行政復議和行政訴訟，確認公民、法人或其他組織所訴的行政機關的行為確屬違法，而其權利已經遭到行政機關行為的侵害，僅有這兩部法是不能徹底維護其合法權益的。而1994年5月12日第八屆全國人大常委會第七次會議通過的《中華人民共

11) 這在中國行政法理論界被稱為抽象行政行為。行政訴訟法的這一規定仍然沒有改變。近年來，探討賦予法院審查抽象行政行為的權力，是行政法理論研究的熱點問題之一。參見《行政訴訟法》第12條。

12) 見《行政復議條例》第10條、第42條。

和《國家賠償法》，徹底地解決了公民權利受到公共權力侵害的救濟問題。該法第2條規定：“國家機關和國家機關的工作人員違法行使職權侵犯公民、法人或其他組織的合法權益造成損害的，受害人有依照本法取得國家賠償的權利”。

雖然，國家賠償法所涉及的是所有國家機關違法行使職權所造成侵害的賠償問題，但作為國家機關重要組成部分的國家行政機關，其違法侵權所造成的損害，也理所當然地被納入了國家賠償的範圍。¹³⁾國家賠償法對行政賠償的程序、條件和賠償標準做了系統的規定，公民、法人或其他組織既可以在行政復議或行政訴訟終結後，針對違法侵權的行政行為申請國家賠償，也可以在申請復議或提起行政訴訟的同時，一併要求國家賠償。儘管國家賠償法還存在着一些可以進一步完善的空間，¹⁴⁾但就制度創設而言，無疑是一個具有劃時代意義的進步。

行政訴訟法的頒布施行、行政復議制度的建立與發展以及國家賠償法發布實施，意味着中國的行政救濟法律制度体系的构建完成。

三、《行政處罰法》的制定和發布，標志着中國的行政法律制度開始邁入了行政行為法制定的進程

(一) 《行政處罰法》是中國第一部規範行政機關行政行為的一般法

各國行政法制發展的經驗表明，實現行政機關的依法行政，建立對違法行為消極後果的救濟制度固然是重要的，但解決根本問題，還應當對行政機關的行為事先予以規範，為行政機關的行為制定規則。因此，在中國的行政救濟制度形成體系後，行政法制建設的重點很快就轉移到制定行政機關的事先規範上，即開始行政行為法的制定。

面對形態各異的行政行為，建立完整的行政行為法體系絕不是一蹴而就的。因此，應當選擇行政機關運用最為廣泛、最急待規範的行為入手，這就是1996年《中華人民共和國行政處罰法》發布實施的背景。¹⁵⁾《行政處罰法》是中國第

13) 中國學者一般認為，根據《國家賠償法》，行使國家刑事偵察權、刑事審判權、監所管理權的機關被列為國家刑事賠償範圍；行使國家司法強制權的機關被列為國家司法賠償的範圍；行使國家行政權的機關被列為國家行政賠償的範圍。但行使國家立法權的機關以及國家軍事指揮權的機關未被列入國家賠償的範圍。

14) 理論界指出現行國家賠償法規定的賠償範圍過窄、程序過於嚴格、缺乏操作性以及國家賠償的標準過低等問題，修改國家賠償法的呼聲日隆。

一部规范各類行政機關的各類行政處罰行爲的一般法，¹⁶⁾對於將行政機關對違反行政法律规范的違法行爲進行處罰的行爲納入规范化的軌道具有重要意義，同時，這部法律的頒布，標志着中國的行政法制建設已經從事后救濟立法轉向事前规范立法，在中國行政法制建設史上具有標志性的意義。

《行政處罰法》全面規定了行政處罰的一系列制度，包括行政處罰的原則、行政處罰的種類和設定、行政處罰的程序以及具體實施等。其中，最引人注目、對後續行政法制建設影響最爲深遠的，當屬第一次用法律形式創立了行政听証制度。行政听証制度是法治國家广泛運用的一項制度，由于最爲集中地体现了現代行政程序所追求的公開、公正和參與的原則，行政听証制度被認爲是現代行政程序中的核心制度。但長期以來，行政听証制度尙未在中國的法律中有所体现，《行政處罰法》第一次將行政听証制度引入中國，無疑一個歷史性的貢獻。當然，考慮到行政效率等因素，《行政處罰法》借鑒了美國的正式听証程序和非正式听証程序制度，規定對一些較爲嚴厲的行政處罰适用听証會的形式听証，而其他處罰則未規定听証的具體方式，只要求行政處罰機關告知處罰的理由和根据，听取當事人的陳述与辯解。¹⁷⁾

《行政處罰法》對听証制度的創立，在此後的立法中，產生了連鎖反映，隨後頒布的《中華人民共和國價格法》¹⁸⁾、《中華人民共和國立法法》中也都出現了听証的規定¹⁹⁾，在《中華人民共和國行政强制法》（草案）、《中華人民共和國行政許可法》（草案）中也都出現了听証的規定。

（二）《立法法》解決了統一和规范行政立法的行爲問題

¹⁵⁾ 後來的事實表明，當時中國人大對於行政處罰在行政機關行政行爲中的定位是不够准确的，中國行政機關中運用最爲广泛和最爲混亂的行爲不是行政處罰行爲，而是行政許可行爲，也就是所謂的行政審批行爲。例如，上海市政府法制辦公室的調查表明，在所有行政機關的具體行政行爲中，行政許可一項占到73%。

¹⁶⁾ 此前中國也有一些规范某些特別領域行政行爲的法律，如《中華人民共和國治安管理處罰條例》。

¹⁷⁾ 見《中華人民共和國行政處罰法》第31、32、42條。

¹⁸⁾ 《中華人民共和國價格法》第23條：“制訂關係群衆切身利益的公用事業價格、公益性服務價格、自然壟斷經營價格的商品價格、政府定價，應當建立听証會制度，由政府價格主管部門主持，征求消費者、經營者和有關方面的意見，論証其必要性、可行性”。

¹⁹⁾ 《中華人民共和國立法法》第58條：“行政法規在起草過程中，應當广泛听取有關機關、組織和公民的意見。听取意見可以采取座談會、論証會、听証會等多種形式”。

中國是成文法國家，一切法律行為效力的來源都應當有成文法的根據，因此，制定法律是中國法制建設中的首要問題。根據憲法，在中國享有立法權的機關較多，從全國人大及其常委會到國務院批准的較大的市的人大及其常委會、從國務院及其部委、直屬機構到國務院批准的較大的市的政府都有權制定有法的效力的規範²⁰⁾。其中，後者被稱為行政立法。要實現法治，就必須對制定法律的行為，包括行政立法行為進行規範。中國的法律制度在一定程度上存在着不統一、不協調的情況，很重要的原因就是因為各類、各級立法在立法權限上沒有劃清，立法程序上不夠統一嚴密。2000年3月15日頒布的《中華人民共和國立法法》正是為了解決這一問題而制定的。

從《立法法》的適用範圍看，是為了規範所有立法活動，但其中關於行政立法規定，無疑是對行政機關行使立法權的監督和控制，對行政法制產生着重要的影響。這些影響表現在：第一，明確規定了行政立法與人大立法的權限劃分；第二，統一了行政立法程序；第三，明確了對行政立法的監督途徑和程序。特別是對於第三點，應當引起足夠的重視，因為，在既往的制度中，缺乏對行政機關的包括行政立法在內的頒布規則的行為進行監督、審查的規定，使得行政立法很難得到控制，針對這種情況，《立法法》分別明確規定了對行政法規、行政規章有權審查和撤銷的機關、撤銷的條件以及撤銷的程序，²¹⁾。通過這些規定，將對行政機關制訂規則的行為進行監督的問題制度化了，由於行政訴訟和行政復議制度中已經將行政機關執行法律、法規和規章的行為納入審查範圍，《立法法》又將行政機關的立法行為納入可操作的監督範圍，從而使監督行政機關的行為的制度更加全面，顯示着中國行政法制的又一重大進步。²²⁾

(三) 目前已經或即將納入立法程序的行政行為法

首先，《中華人民共和國行政許可法（草案）》已經進入人大審查階段，全國人大常委會已經對該草案進行了一審，正在就審議中提出的一些意見進行修改。

20) 全國人大及其常委會法律文件被稱為法律，地方人大及其常委會的法律文件被稱為地方性法規，國務院的法律文件被稱為行政法規，而國務院部委和直屬機構的法律文件被稱為部門規章，地方政府的法律文件被稱為地方性規章。

21) 見《中華人民共和國立法法》第86、87、88條。

22) 當然，問題的解決，遠未到徹底的程度，早有學者指出，建立起完整的憲法保障機制，賦予司法機關以違憲審查權，應當是中國法制建設努力的方向。就此而言，中國尚有很長的路要走。

中國市場經濟格局的初步形成，中國加入WTO，對中國政府的職能和管理方法形成了嚴峻的考驗，傳統的行政審批為主要管理手段的管理模式，已經越來越不能適應形勢的需要。²³⁾將行政許可制度法律化，是一件刻不容緩的任務。²⁴⁾行政許可法將對行政許可的設立、許可的具體實施、對許可行為的監督等制度作出全面的規定。

其次，《中華人民共和國行政強制法》的制定工作，也早就提上議事日程，其草案也基本擬就，即將進入人大審議程序。草案中對行政機關實施強制措施的行為的方法、條件、程序及其監督控制等做了全面的設計，其核心在於加強行政強制措施的规范化，嚴防行政強制措施對公民合法權利的侵害。

這裡不能不提及行政程序法的問題。無論是立法機關還是理論界，都認識到程序法典化是各國行政法發展的總體趨勢，特別在中國這樣一個傳統上重實體、輕程序的國度，要規範行政行為、控制行政權、防止行政權的濫用，制定行政程序法乃是必由之路。但是，對行政程序法的立法模式，各界存在一定的爭議。有人主張仿效美國的統一行政程序法模式，制定行政程序法典，也有人主張仿效德國，分別規定各種行政行為的程序，對這種爭議，全國人大從來沒有表明自己的態度，而這種爭議在某種程度上影響了行政程序的立法進程。近來的態勢表明，第一種意見得到採納的可能性較大。²⁵⁾

中國行政法制建設的歷程表明，中國已經形成了行政法律制度建設的總體思路，並且經過十多年的努力，頒布了一些重要的法律，創建了一些具有重要意義的行政法律制度，其成就值得充分肯定的。總體而言，對行政機關執行法律的具体行為已經建立起較為完整的司法審查制度和行政機關內部的監督制度，對行政機關制定規範的行為初步建立了審查機制，對公民權利受到行政權侵害的賠償制度也已經付諸實施，對行政行為預先予以規範的制度有了良好的起步。但是，筆者認為，在今後中國行政法制建設的進程中，制度的創建和已建制度的完善應當並舉。在某種程度上，有重視制度創建而忽視對已建制度的完善化的傾向。比

²³⁾ 近兩年，在中國各級政府中進行的行政審批制度改革，正是在這種背景下展開的。

²⁴⁾ 事實上，根據全國人大常委會原定的立法規劃，行政許可法的制定是排在行政強制法之後進行，形勢已經迫使人大改變了規劃，將行政許可法的制定和審議工作提前到了行政強制法之前。

²⁵⁾ 2002年8月，中國行政法研究會在內蒙古呼倫貝爾盟召開了中國行政程序法立法框架研討會，2003年3月，中國行政法研究會在北京召開行政程序法（試擬稿）研討會。全國人大常委會均派人參加。

如，對於現行行政訴訟制度和國家賠償制度，缺乏深刻、全面的實施效果研究，對其中由于歷史局限帶來的不足缺乏足够的認識。因此，在進一步推進行政行為立法進程的同時，完善行政訴訟制度和國家賠償制度是一个不可忽視的工作。

中國 行政法制發展에 관한 概要

發表：鄒 榮*

翻譯：崔 吉 子**

차 례

1. 헌법 및 형·민사제도의 발전과 행정법의 중시
2. 행정소송을 기초로 하는 행정구제시스템의 형성
3. 《행정처벌법》의 제정

* 中國 華東政法大學 副教授, 法學博士

** 中國 華東政法大學 助教授, 法學博士

행정법은 중국 법체계 중 중요한 지위에서 형사법·민상사법과 마찬가지로 헌법을 기본법으로 하는 중국 법체계의 기본골격을 이루고 있다.¹⁾ 1980년대 말부터 지금까지 10여 년간 중국 행정법은 주목할 만한 발전이 있었다. 일반적으로 행정법은 행정권 행사자의 조직구조를 규정하는 행정조직법·행정행위를 규율하는 행정행위법·행정기관에 대한 감독을 실시하는 행정감독법 및 위법행정행위의 효과에 대한 행정구제법으로 그 구성을 이룬다고 인식되고 있다. 그런데 행정조직법의 주요내용은 헌법과 정부조직법에서 명확히 규정을 하고 있기 때문에 중국 행정법제의 발전은 주로 행정행위법과 행정구제법에서 구현된다.

1. 헌법 및 형·민사제도의 발전과 행정법의 중시

1979년에 반포된 헌법을 기점으로 중국에서는 법률제도체계를 구성하는 방대한 작업이 시작되었다.²⁾ 헌법의 규정에 의하여 1979. 7. 1. 전국인민대표 제5차 회의는 《중화인민공화국형법》·《중화인민공화국형사소송법》을 통과하였고 이로부터 중국의 형사법체계가 구성되었다.³⁾ 이와 반대로 중국의 민사법체계는 비교적 굴곡적인 발전과정을 거치게 되었는데 1982년 전국인민대표대회에서 《중화인민공화국민사소송법》(시행)이 통과되었고⁴⁾ 민사법은 중요한 분야의 민사 단행법을 먼저 제정하는 입법방침에 의해 선후로 《혼인법》·《상속법》·《특허법》·《상표법》이 제정되었고 1986년 제6기 제4차 전국인민대표대회에서 《민법통칙》을 통과하면서 민사법체계의 기본골격이 이루어졌다.⁵⁾ 이와 같이 형사법체계와 민사법체계가 초보적으로

1) 중국에 있어서의 경제법은 주로 국가의 경제사무에 대한 관리 및 경제주체사이의 협력 관계를 규율하는 법을 말한다. 경제법의 규율대상에 관하여 민법·행정법의 규율대상과 어떻게 구분되는가에 관해 학계의 논쟁이 심하고 아직은 일치한 견해가 이루지지 않고 있으며 경제법 특유의 기본이론과 원리도 정립되어 있지 않다. 이로 인해 경제법의 독자적인 지위에 대하여는 아직까지는 질의가 있다. 최고인민법원은 2002년부터 經濟審判廳을 취소하였다.

2) 중국의 현행 헌법은 1982. 12. 4. 제5기 전국인민대표대회 제5차 회의에서 통과되었다. 그러나 통설은 1979년의 헌법을 기점으로 중국법제의 완비화가 개시되었다고 한다.

3) 위 두 법은 1997. 3. 14. 및 1996. 3. 17. 각각 개정되었다.

4) 1991. 4. 9. 《중화인민공화국민사소송법》이 공포되면서 중화인민공화국민사소송법(試行)을 대체하였다.

5) 《민법통칙》의 제정된 후, 저작권법·입양법·담보법·계약법 등이 선후로 공포되었다.

형성되면서 중국 법제발전의 목표는 공공관리행사자의 행위에 대한 규범으로 전환되었다.

2. 행정소송을 기초로 하는 행정구제시스템의 형성

(1) 《중화인민공화국행정소송법》의 제정

1989. 4. 4. 제7기 전국인민대표대회 제2차 회의에서 《중화인민공화국행정소송법》이 통과되었다. 동 법의 제정과 통과는 중국행정법사에 있어서 다음과 같은 중요한 의의를 가진다.

1) 처음으로 일반법의 형식으로 “공민·법인 또는 기타 조직은 행정기관과 행정기관 공무원의 구체적인 행정행위로 인하여 합법적 권익이 침해될 경우 동 법에 의하여 인민법원에 소를 제기할 수 있다”는 포괄적인 규정을 두었다.⁶⁾ 이로부터 중국정부의 행위는 공민 및 법인의 제소에 의한 사법심사를 받게 되었다. 중국행정소송은 실제로 1980년에 이미 시작되었다. 1980. 9. 10. 《中華人民共和國中外合資經營企業所得稅法》과 《中華人民共和國個人所得稅法》의 시행은 그 근거로 된다. 행정소송이 시행되기 전, 공민·법인 또는 기타 단체에서 행정기관의 행정행위에 불복하게 되는 경우 법원에 소송 제기 가능여부 및 사법절차를 통한 합법적 권익의 보호여부에 관하여 특별법으로 규정되어 있었다. 즉 행정기관의 행위에 대하여 원칙적으로는 법률로 특별히 규정되어 있는 경우를 제외하고 소를 제기할 수 없게 되어 있었다. 1989년 전까지, 공민·법인 및 기타 단체에 행정소송권리를 수여 한 법규는 총 131건으로서 방대한 행정행위와 비교할 때 그 범위가 여전히 좁다고 할 수 있다. 하지만 행정소송법의 이에 관한 일반조항은 행정소송의 범위를 대폭 확대시켰다. 물론 아직도 소송제기 가능여부에 관하여 여전히 배제되는 범위가 있지만,⁷⁾ 공민·법인 또는 기타 조직의 행정기관에 대한 불복에 관하여 법률로 금지되어 있는 것 외에 인민법원에 소를 제기할 수 있게 되었다. 이는 각국의 규정에 접근하고 있다고 할 수 있다.

2002. 12. 23, 민법전(초안)이 전국 인민대표대회에 제안되었고 동 초안은 물권법편을 제외하고 나머지는 현행 단행법들로 묶어졌다.

6) 《중화인민공화국행정소송법》 제2조.

7) 《중화인민공화국행정소송법》 제12조, 참조.

2) 행정사건의 특징에 비추어 행정심판수요에 적응하는 행정심판규칙을 제정하고 행정기관의 행정행위에 대한 감독을 강화하게 되었다. 앞에서 언급한 바와 같이 행정소송이 시행되기 전에도 법원은 이미 행정사건을 수리하고 있었다. 하지만 이 단계에서 법원의 행정사건에 대한 심리는 행정소송절차에 의한 것이 아니고 민사소송의 절차와 규칙을 원용하고 있었다. 1982년의 《중화인민공화국민사소송법》 제3조 제2항은 “인민법원의 행정사건 심리는 본 법을 적용한다”고 명문으로 규정하고 있어 민사사건의 심리절차를 행정사건의 심리에 준용하고 있었다. 그런데 민사소송법의 제도와 절차에는 행정권에 대한 감독이념과 관련제도가 포함될 수가 없었기에 이 시기의 행정소송운영은 행정행위에 대한 감독 면에서 상응한 역할을 발휘하지 못하고 있었다. 행정소송법은 행정소송제도의 기능에 근거하여 특유의 제도와 절차를 규정함으로써 행정권에 대한 심판권의 감독을 강화하였다. 예를 들면 행정행위의 합법성에 대한 심사원칙의 확립, 소송에 있어서 피고(행정기관)의 입증책임에 대한 규정 등은 행정소송의 기능발휘에 법적 근거를 제공하여 주었다.

3) 처음으로 행정절차는 행정행위의 합법성에 관한 필요요건임을 법적으로 규정하였다. 중국의 행정기관은 역대로부터 실체법을 중시하고 절차법을 경시하는 경향이 있었지만 《행정소송법》은 실체법에 적합한 행정행위라 하더라도 그 절차상 위법한 경우 취소된 그 행정행위를 취소할 수 있다고 규정하였다.⁸⁾ 동 규정은 그 당시에는 중국의 행정절차에 관한 입법이 미비한 상황에 비추어 초현실적인 규정이라는 비난이 있었지만 그 후의 사실로부터 입증되었듯이 이러한 초현실적인 규정이 바로 행정기관의 행정절차 의식을 대폭 강화하게 되었고 행정절차입법을 추진하게 되었다.

(2) 行政再議[復議]制度的 확립과 행정기관내부의 감독기구의 건립

1990년 12월, 국무원의 《行政再議條例》⁹⁾는 공민·법인 또는 기타 단체는 행정기관의 행정적 행위에 불복하는 경우 그 상급 기관 또는 그 동급 정부에

8) 《중화인민공화국행정소송법》 제54조 제2항, 참조.

9) 중국헌법에 의하여 국무원은 행정법규를 제정할 수 있는 권한과 행정조치를 규정할 수 있는 권한을 가진다. 국무원이 법정절차에 의해 제정된 행정법규는 법적 효력을 가지며 그 효력순서는 인민대표대회에서 제정되는 법률 다음으로 간다.

再議를 신청할 수 있다고 규정하고 있다. 이로써 행정기관내부에 감독기구가 구축되었고 이로써 공민·법인 또는 기타 단체에는 행정소송 외에 합법적 권익을 보호할 수 있는 또 하나의 경로가 생기게 되었다.¹⁰⁾

그런데 行政再議制度의 건립은 공민의 권리구제의 길을 넓혀주었고 행정기관 내부의 감독기구를 강화하게 되었다. 그러나 그 당시 行政再議制度의 기능과 역할에 대한 충분한 인식이 없었기에 동 행정법규에는 비합리적이고 공정하지 아니한 조항과 제도의 설정에 있어서 완비하지 못한 점이 있어 그 기능의 발휘에는 일정한 한계가 있게 되었다.

동 법규의 미비한 점을 극복하기 위하여 1999. 4. 29. 인민대표대회 상무위원회는 《中華人民共和國行政再議法》을 반포하였다. 동 법은 行政再議에 관한 관련제도에 대하여 폭 넓은 개정을 함으로서 중국 행정법의 발전을 추진하게 되었다. 그 중 주목되고 있는 것은 행정기관에 대한 심사제도의 규정이다. 《행정소송법》에 의하여 행정기관의 일반구속력을 가지는 결정·명령 등에 대하여는 제소가 불가능한 것이다.¹¹⁾ 그러나 《行政再議條例》에 의하면 이는 심사의 대상이 될 뿐 만 아니라 再議에 제기된 행정행위의 합법성여부를 판단하는 근거로도 될 수 있었다.¹²⁾ 이 점은 학계의 치열한 논쟁을 불러일으켰고 동시에 行政再議制度가 제정당시 상응한 기능을 발휘할 수 없었던 중요한 원인으로 되어 있었다. 왜냐하면 이는 행정기관 스스로가 자기의 행위의 합법성여부를 판단하는 근거로 되었기 때문이다. 이에 비추어 《行政再議法》은 공민·법인 또는 기타 단체에서 행정기관의 법률·법규·조리 또는 행정기관의 일반적 구속력을 가지는 결정·명령에 의한 구체적인 처리결정에 관하여 불복하여 再議를 제기하는 경우 당해 행정기관에 대한 심사도 제의할 수 있다고 규정함으로써 행정기관의 규정을 再議 기관의 심사범위에 포괄시키게 되었다.

10) 행정소송법이나 行政再議條例는 行政再議 절차에 대하여 이는 행정소송을 제기하기 전 사전에 거치게 되는 절차라고 규정되어 있지 않다. 따라서 특별법에 규정이 있는 경우를 제외하고 공민·법인 또는 기타 조직은 行政再議 또는 행정소송 중 선택이 가능하며 行政再議 결정에 불복하는 경우 법원에 제소할 수 있으며 이를 平行救濟制度라고 지칭한다. 그러나 사법종결원칙에 의하여 행정재판에 관한 판결이 나온 경우 이는 최종판결이 되며 행정소송의 재 제소는 불가능하게 된다. 《행정소송법》 제37조 참조.

11) 이에 대하여 중국 행정법학계는 추상행정행위라고 지칭하고 있다. 행정소송법의 동 규정은 여전히 변화가 없다. 근래에 와서 법원에 추상행정행위에 대한 심사권한을 부여할 데 관하여 치열한 논쟁이 벌어지고 있다. 《행정소송법》 제12조, 참조.

12) 《行政復議條例》, 제10조·제42조, 참조.

동 법의 심사의 구체적인 절차와 처리 방법에 대한 규정은 중국 행정구제제도의 진일보의 발전을 상징한다.

(3) 《중화인민공화국국가배상법》의 제정

동 법의 반포와 실시로 중국행정구제제도는 더 한층 완비되었다. 행정소송제도와 行政再議制度的 설립은 중국 국민에게 자기의 합법적 권익을 보호할 수 있는 경로를 제공하여 주었다. 그러나 이는 다만 절차상의 경로를 제공하였을 뿐이다. 만약 行政再議와 행정소송을 통해 국민·법인 또는 기타 단체로부터 제기 된 행정기관의 행위의 위법성이 인정되고 국민·법인 또는 기타 단체의 합법적 권익의 침해가 인정되는 경우, 위 두 법만으로는 그에 대한 충분한 보호를 실시할 수 없었다. 1994. 5. 12. 제8기 전국인민대표대회 제7차 회의에서 《중화인민공화국국가배상법》을 통과됨으로서 공공권력의 침해로 인한 공민권리의 구제에 관한 문제점이 해결될 수 있게 되었다. 동 법 제2조는 “국가기관과 국가기관공무원의 위법한 직권행사로 인해 공민·법인 기타 단체의 합법적 권익이 침해를 당한 경우 피해자는 본 법에 의해 국가로부터 배상받을 수 있는 권리를 취득할 수 있다”고 명문 규정하고 있다.

국가배상법은 모든 국가기관의 위법행위에 관한 배상문제를 다루고 있지만 국가행정기관은 국가기관의 중요한 구성부문으로서 그 위법행위로 인한 손해는 당연히 국가배상법의 적용범위에 속하게 되었다.¹³⁾ 국가배상법은 행정배상에 관한 절차·조건과 배상기준에 대하여 일련의 규정을 두었다. 공민·법인 및 기타 조직은 行政再議 또는 행정소송 종결 후, 행정불법행위에 대한 국가배상을 신청할 수도 있고 또는 再議申請 또는 행정소송과 동시에 국가배상을 신청할 수도 있다. 국가배상법은 아직 미비한 점이 있지만¹⁴⁾ 중국에 있어서의 이 제도의 창설은 획기적인 의의를 가지고 있다.

13) 중국 행정법학계의 통설은 《국가배상법》에 근거하여 國家刑事偵察權·刑事裁判權·監所管理權의 기관을 국가형사배상범위에, 국가사법강제권을 행사하는 기관은 국가사법배상범위에, 국가행정권을 행사하는 기관을 국가행정배상범위에 각각 포함된다고 한다. 그러나 국가 입법권 및 국가 군사지휘권의 행사기관은 국가배상법의 적용범위에서 제외된다고 한다.

14) 학계는 현행 국가배상법에서 규정되고 있는 배상범위는 너무 좁고 그 절차는 너무 엄격하며 실제 집행가능성이 결여되어 있고 국가 배상의 기준도 너무 낮다는 등 문제를 지적하고 국가배상법을 개정하여야 한다고 강력히 주장하고 있다.

행정소송법의 반포와 시행, 行政再議制度的 확립과 발전 및 국가배상법의 반포와 실시는 중국의 행정구제법 체계의 형성을 상징하고 있다.

3. 《행정처벌법》의 제정

(1) 행정기관의 행정행위를 규율하는 일반법으로서의 행정처벌법

각국의 행정법제의 발전경험으로부터 알 수 있듯이 행정기관의 합법행정의 실현과 그 위법행위에 관한 구제제도의 확립은 물론 중요한 문제이지만 문제의 근본을 해결하기 위해서는 행정행위에 대한 사전 규율과 행정행위를 위한 규칙을 제정하여야 한다. 때문에 중국은 행정구제체계가 확립된 후 행정법제의 발전중심을 행정행위에 대한 사전 규율로 전환하였고 행정행위법의 제정단계로 들어갔다.

여러 형태의 행정행위에 관한 완비한 행정행위법체계의 구축은 결코 쉬운 작업은 아니었다. 1996년 《중화인민공화국행정처벌법》은 행정기관의 운영범위가 제일 넓고 그에 대한 규범이 시급한 행위를 선택하고 이에 관한 규정을 두었다.¹⁵⁾ 《행정처벌법》은 각 유형의 행정기관과 각 유형의 행정처벌행위를 규율하는 일반법으로 중국에서 처음이다.¹⁶⁾ 이는 행정기관의 위법행위에 대한 처벌을 규범화한데 그 의의가 있다. 동시에 동 법의 반포는 중국의 행정법제의 사후구제로부터 사전 규범으로 전환한 상징적인 의의를 가진다.

《행정처벌법》은 행정처벌에 관하여 행정처벌의 원칙, 행정처벌의 종류와 설정, 행정처벌의 절차 및 구체적인 실시 등 전면적인 규정을 두었다. 그 중 주목되는 바는 行政聽政制度이다. 이는 처음으로 법적 형식으로 창설된 聽政制度로서 그 후의 행정법제에 커다란 영향을 미치고 있다. 청정제도는 법제국가에서 널리 운영되는 제도로서 공개의 원칙, 공정의 원칙과 참여의 원칙 등

15) 그 후의 사실에서 입증되듯이 당시 행정처벌을 행정기관의 행정행위로 정한 것은 잘못된 입법인 것이다. 중국의 행정기관에 있어서 그 운영범위가 가장 넓고 가장 혼란한 행위는 행정처벌행위가 아니라 행정허가 행위 즉 이른바 행정심사비준행위[審批行爲] 것이다. 上海市 政府 법제기관의 조사에 따르면 행정기관의 모든 행정행위 중 행정허가는 73%를 차지한다고 한다는 것이 그 예이다.

16) 동 법의 공포 전, 《中華人民共和國治安管理處理條例》등 특별분야의 행정행위를 규율하는 특별법도 있었다.

이 집중적으로 구현되는 현대행정절차의 핵심제도이지만 오랫동안 중국법제에 자리를 잡지 못하고 있었다. 행정처벌법은 처음으로 청정제도를 중국에 도입한 것으로서 획기적인 공헌이라 할 수 있다. 물론, 행정적 효율 등을 고려하여 중국의 《행정처벌법》은 미국의 공식청문절차와 비공식청문절차제도를 참조하여 비교적 엄격한 행정처벌에는 聽政會의 형식을 채택하고 기타 처벌에는 청정에 관한 구체적인 형식을 규정하지 않았고 다만 행정처벌기관에 처벌의 이유와 근거에 관한 고지의무와 당사자의 진술과 변론답변을 청취할 의무를 규정할 뿐이다.¹⁷⁾

《행정처벌법》에서의 청정제도 도입을 이어 그 후에 반포된 《中華人民共和國價格法》¹⁸⁾ · 《中華人民共和國立法法》 · 《中華人民共和國行政強制法(草案)》¹⁹⁾ · 《中華人民共和國行政許可法(草案)》에서도 청정제도를 규정하게 되었다.

(2) 《立法法》의 제정

중국은 성문법국가에 속한다. 따라서 일체 법적 효력은 성문법에 의하고 법률제정은 중국법제건설에 있어서 가장 중요한 임무이다. 중국 헌법에서 입법권한을 수여한 기관은 전국인민대표대회 및 그 상무위원회와 국무원에서 비준하는 비교적 큰 도시의 인민대표대회 및 그 상무위원회, 국무원 및 그 部委 · 직속기구로부터 국무원에서 비준한 비교적 큰 도시의 정부로서 해당 기관은 법적 구속력이 있는 규범을 제정할 권한을 향유한다.²⁰⁾ 그 중 후자를 행정입법이라 지칭한다. 法治의 실현을 위하여 행정입법행위를 포함한 입법행위에

17) 《중화인민공화국행정처벌법》 제31~32조, 제42조.

18) 동 법 제23조는 “인민대중의 이익과 밀접한 관련이 있는 공공사업의 가격·공익성서비스의 가격·자연독점경영의 상품가격·정부의 경찰가격에 대하여는 聽政會制度를 설립하여 정부의 가격주관부문의 주도하에 소비자와 경영자 및 유관부문의 의견을 청취하여 그 필요성과 가능성에 대하여 논증하여야 한다.”고 규정하고 있다.

19) 《중화인민공화국입법법》 제58조는 “행정법규를 기초함에 있어서 반드시 유관기관·조직과 국민의 의견을 청취하여야 한다. 의견 청취의 방식은 座談會·論證會·聽證會 등 방식을 취할 수 있다.”고 규정하고 있다.

20) 전국인민대표대회 및 그 상무위원회의에서 제정되는 법은 “法律”이라 지칭되고, 지방인민대표대회 및 그 상무위원회의에서 제정되는 법은 “地方性法規”라 지칭되며, 국무원에서 제정하는 법은 “行政法規”로 지칭된다. 그러나 국무원 산하의 部委와 직속기구에서 제정되는 법은 “部門規章”이라 지칭하고 지방 정부에서 제정하는 법은 “地方性規章”이라 지칭한다.

대하여 일정한 규제가 있어야 한다. 중국은 각급 입법기관의 권한에 대한 명확한 구분이 없었고 입법절차가 통일되지 아니하여 제정법사이 부조화와 충돌이 생기게 되었는데 2000년 3월 15일 반포된 《중화인민공화국입법법》은 이러한 문제의 해결을 위하여 제정되었다.

《입법법》은 모든 입법활동을 규율하지만 그 중 행정입법에 관한 규정은 행정기관의 입법권 행사를 감독하고 통제하는 것으로서 행정법제 중대한 영향을 주고 있다. 주로 다음과 같은 영향이 있다. 첫째, 행정입법과 인민대표대의회의 입법권한에 대한 명확한 구분, 둘째, 행정입법절차에 대한 통일, 셋째, 행정입법에 대한 감독경로와 절차에 대한 명문규정 등이다. 그 중 셋째는 주목되는 바이다. 왜냐하면 기존의 제도는 행정입법기관을 포함한 행정기관의 입법에 대하여 감독·심사하는 규정이 결여되어 행정입법을 통제할 수가 없었다. 여기에 비추어 《立法法》은 행정법규·행정규장제도에 대한 심사권과 취소권을 행사할 수 있는 기관과 취소의 요건 및 취소절차에 관하여 명확히 규정하였다.²¹⁾ 이러한 규정을 통하여 행정기관의 입법행위에 대한 감독문제를 제도화하게 되었다. 행정소송과 行政再議制度는 행정기관의 법 집행행위에 관하여 그리고 입법법은 행정기관의 입법행위에 관하여 각각 규제내용을 두면서 행정기관의 행위에 대한 감독제도는 더 한층 완비되면서 중국행정법제의 발전을 상징하고 있다.²²⁾

(3) 제정 중에 있는 《행정행위법》

1) 《中華人民共和國行政許可法(초안)》

동 초안은 이미 인민대표대의회의 제1차 심의를 마치고 지금은 심의내용에 따른 수정작업에 들어갔다. 중국의 시장경제의 초보적인 확립과 WTO에로의 가입으로 인해 중국정부의 직능과 관리방법은 새로운 문제점에 부딪치게 되었다. 전통적인 행정심사 위주 관리수단과 관리방식은 이미 시대의 발전에 부응할 수 없었고²³⁾ 행정허가제도에 관한 법률화가 시급히 해결되어야 할 문제

21) 《중화인민공화국입법법》 제86~87조, 참조.

22) 현존문제는 아직 해결되지 못하고 있다. 일찍 학자들은 완비한 헌법보장제도를 건립하고 사법기관에 위헌심사권을 부여하는 방향으로 노력하여야 한다고 주장하고 있었다.

23) 최근 2년, 중국 각급 정부의 행정심사비준제도에 관한 개혁은 바로 이러한 상황을 배경으로 일어나고 있는 것이다.

로 되었다.²⁴⁾ 《행정허가법》은 행정허가의 설립·허가의 구체적인 절차·허가행위에 대한 감독 등 제도에 대하여 일련의 규정을 두었다.

2) 《中華人民共和國行政强制法》

동 초안은 곧 인민대표대회에 심의 제안된다. 동 초안은 행정기관의 강제조치를 실시하는 행위의 방식·요건·절차 및 그 감독 등에 대하여 비교적 전면적으로 규정하고 있는데 그 중 행정강제조치의 규범화에 관한 강화내용과 행정강제조치로 인한 국민의 합법적 권익의 침해에 관한 방지내용이 그 핵심을 이루고 있다.

여기서 행정절차법에 관한 문제는 주목할 바이다. 입법기관 또는 학계를 막론하고 절차법의 법전화는 각국 행정법발전의 추세라고 인식하고 있다. 더욱이 중국과 같이 예로부터 실체법을 중시하고 절차법을 경시하는 전통을 가지고 있는 나라에서 행정행위에 대한 규제와 행정권에 대한 통제 및 행정권의 남용억제에 관한 행정절차법을 제정하여야 하는 것은 불가피한 것으로 되었다. 그러나 행정절차법에 관하여 어떠한 입법형식을 채택할 것인가에 대하여 논쟁이 있었다. 미국의 통일행정절차법을 참조할 것이냐 아니면 독일의 단독절차법을 참조할 것이냐에 관한 논의가 있었지만 여기에 대하여 입법기관은 침묵을 지키고 있지만 이러한 논의가 행정절차의 입법과정에 영향을 미치고 있음은 부인할 수 없는 바라 하겠다. 최근의 동향을 살펴보면 미국통일절차법 설이 채택 될 가능성이 높은 것으로 예측된다.²⁵⁾

중국 행정법의 발전과정을 통하여 알 수 있듯이 중국은 이미 행정법체체계 구축에 대한 전반 구상이 이루어졌다. 10여년 동안 중요한 입법과 법제도 창설은 충분히 긍정 할 바이다. 총체적으로 행정기관의 법 집행의 구체행위에 관한 비교적 완비한 사법심사제도와 행정기관 내부의 감독제도가 이루어졌고 행정기관의 입법행위에 관한 심사제도도 대체로 기본골격을 이루고 있으며 국민의 권익침해에 대한 배상제도의 실시와 행정행위에 대한 사전규제제도는 양

24) 실제에 있어서는 전국인민대표대회의 원 입법방안은 먼저 행정강제법을 제정하고 나중에 행정허가법을 제정하기로 되어 있었는데 상황의 변화에 의해 행정허가법의 제정과 심의 공작을 앞당기게 되었다.

25) 2002년 8월, 중국행정법학회는 중국행정절차법구조에 관한 연구회를, 2003년 3월에는 행정절차법(시행초안)에 관한 연구회를 개최하였다. 전국인민대표대회 상무위원회는 대표를 파견하여 동참하였다.

호한 발전을 가져왔다. 하지만 중국의 앞으로의 행정법제 건설에 있어서는 현행법에 대한 정비과정은 동시에 진행되어야 한다고 생각한다. 제도의 창설과 입법에만 치우치고 그에 대한 정비에는 별로 관심이 없는 경향은 극복되어야 한다. 현행 행정소송제도와 국가배상제도의 기능에 대한 심각하고 전면적인 연구가 아직은 부족하고 그 중 역사적으로 남아온 미비점에 대한 인식 역시 결여되어 있다. 때문에 행정행위법에 관한 입법을 추진하는 동시에 행정소송제도와 국가배상제도에 대한 정비작업도 중시하지 않으면 안 될 것이다.