

民国行政诉讼 制度研究

MINGUO XINGZHENG SUSONG
ZHIDU YANJIU

宋 玲 / 著



中国政法大学出版社

民国行政诉讼 制度研究

MINGUO XINGZHENG SUSONG
ZHIDU YANJIU

宋 玲 / 著



中国政法大学出版社

2015 · 北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

民国行政诉讼制度研究/宋玲著. —北京:中国政法大学出版社, 2015. 12
ISBN 978-7-5620-6536-4

I. ①民… II. ①宋… III. ①行政诉讼—司法制度—研究—中国—民国
IV. ①D925.310.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第294189号

出 版 者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路25号
邮寄地址 北京100088信箱8034分箱 邮编100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话 010-58908285(总编室) 58908334(邮购部)
承 印 固安华明印业有限公司
开 本 880mm×1230mm 1/32
印 张 10
字 数 200千字
版 次 2015年12月第1版
印 次 2015年12月第1次印刷
定 价 30.00元

自序

民国时期是中国法制史上一个至关重要的时期，这个时期既有对前一个阶段（晚清）修律成果的继承，又有针对国内实际情势而作的立法的修正，更有对当时国外先进法律制度的创造性吸收。同时，因为处于剧烈的时代转型过程中，民国时期的法制建设带有强烈的过渡性色彩，当时立法者面临的局面，仍旧是“三千年未有之变局”，究竟该如何推动法制建设？向左走抑或向右走？都无法找到现成的答案。一切也只能摸着石头过河，边借鉴历史上及国外的成功经验，边在中华大地上进行法制“试验”，边针对出现的问题进行改革，就在“借鉴”、“试验”、“改革”的过程中，最终铸就出了影响深远的“六法体系”。当时的法律人面对的许多问题，今天依然存在。譬如如何沟通法意与人情、传统与现代、礼教与法制等，始终是立法绕不过去的结。诚如陈新宇先生所感叹的那样：“礼教也好，孔教也罢，宗教也好，教育也罢，最终都是指向宪法的文化之基，同时也是法律如何被信仰这一宏大根本之

问题。在《天坛宪草》（按：指1913年由国民党人为主体的，在北京天坛祈年殿起草的一部宪法）百年之际，这是一个老问题，也是一个新问题。”^{〔1〕}

这些问题如此重要，当代法律人自然不应对之回避。不惟不应回避，且当积极面对。为此，笔者自2004年攻读法律史学博士学位起，迄今十年有余，一直在思考这些问题，笔者的学术兴趣，也主要集中在清末和民国这段时间的法制建设上。2007年，笔者题为《清末民初的行政诉讼制度研究》的博士论文通过了答辩，两年后正式出版。在博士论文中，笔者主要探讨了传统中国“治官”之法是如何转变为近代“民告官”的行政诉讼体制，以及清末民初行政诉讼制度是如何制定和适用的。虽然对于主要线索和大体制度的叙述自信无误，但是还是留下了一些遗憾：

第一，在时间选择上，只见“承前”而不注重“启后”。博士论文选择的是“清末民初”，截至北洋政府统治时期。而清末，限于时间关系，行政诉讼制度并未实行，仅仅留下了一份《行政裁判院官制草案》，而根据这个草案，实际上当时构想的行政裁判，实行的还是在行政系统内解决行政纠纷的机制。行政裁判院乃一行政机构，与我们通常理解的行政法院具有本质的差别。不过考虑到在漫

〔1〕 陈新宇“从礼法论争到孔教入宪——法理健将汪荣宝的民初转折”，载陈新宇：《寻找法律史上的失踪者》，广西师范大学出版社2015年版，第79页。

长的帝制传统中，针对行政违法和行政不当，仅有自上而下的处罚，而无自下而上的诉讼，筹设行政裁判院已经是一创举。当然，古代也有“民告官”的事例，但大多为在民、刑事纠纷之余，带出的行政纷争，且当事人选择上告或“京控”，虽能够得到受理，但带有很大的偶然性。而如果行政裁判院得以设立，则裁判院属行政序列，当事人也有一个固定的地方去控诉行政违法。这个愿望在清末没能得到实现，但在民国，却成为现实。北洋时期设立的“平政院”，就已经具备了行政法院的职能。不过，北洋时期，属于新旧交接的时代：一方面，“西法”已经在相当大的范围内得以流行；另一方面，传统思维仍然顽固地占据着大多数国民的头脑。所以行政诉讼机关名为“平政院”，只要从这个名字，我们就能发现立制的倾向性是自上而下的，国家为了解决行政纠纷，处罚行政违法的行为，设有“平政院”专司行政诉讼，其主体是政治体而非国民。这其中最为明显的表现，就是在北洋袁世凯时代，“平政院”内还设“肃政厅”，由肃政使进行行政公诉，而其他的则由公民提出行政诉讼。这一“双轨制”的出现，背后其实反映出国家并不相信单靠公民起诉就能完全解决行政纠纷，所以还得配备类似于古代“刺史”或者“御史”性质的肃政使来帮同“平政”。虽然袁世凯死后，肃政厅即告终止，但是这种自上而下的思维，恐怕是一时半会儿消解不了的。考察整个北洋时期行政诉讼的历史，都可发现这个问题。直到随着大革命的兴起，掀起了波澜

壮阔的民众运动之后，觉醒后的民众才会真正认为行政诉讼是自己的权利而非官府的恩赐，才有可能主动用行政诉讼的武器，对抗公权力的侵犯。所以如果不对民国后一段——南京国民政府时期的行政诉讼制度展开进一步的研究，就难以体察行政诉讼在近代法制的地位，也难以揭示民国时期法制发展的某种规律，而只能看到清末民初对传统社会的进步，以及民国初期继承了清末以来的哪些成果。这固然具备了史实的意义，但是对义理方面的深化，似乎尚有不足。光有“承前”而无“启后”，自然很难说摸清了行政诉讼制度在近代的来龙去脉。当然，选择清末民初，当时笔者也有自己的苦衷：一是读博时间毕竟短暂，想要面面俱到，不惟自身学力上力有不逮，客观上时间也不允许做长程研究。二是笔者当时考虑的重点是近代行政诉讼的兴起，注重从无到有的过程，那么研究清末民初的行政诉讼，已经能够解决这一问题，至于说制度如何被继承和完善，则要追溯南京国民政府时期，且留待日后加以续展。整个近代行政诉讼制度是一个整体，但分步进行研究，这也是不得不为之事。

第二，在资料收集上，还不够全面。在写博士论文之时，笔者关注的主要是法律文献的收集，而对其他重要的历史文献的收集，是远远不够的。这源于两个方面的原因：其一，笔者自上大学之后，一直就读于法学院，硕士期间，笔者的专业是民商法专业，研究的兴趣是传统的典权及其如何与现代民法相衔接的问题。在研究过程中，逐

渐对法律史学发生了浓厚的兴趣。笔者认为，法律史学研究的虽然是以前的法律，但是关注的是现实，“典权”在民国时期的《民法典》中就有明确的表现，这种将不动产出质，并且可以找贴、回赎的做法，在西方的任何一部《民法典》中都找不到，用纯粹的担保物权理论也难以解释清楚。而民国时期编订《民法典》的时候，专门设章规定此权，就是基于法律史而作的法制创新。所以笔者以为，民国时期的法制，很能代表法律人对传统法制进行“创造性转化”的成就，于是开始将兴趣转向民国。尽管有此认识，但是限于自身学术背景，不太注重吸收历史学界的成果，所以很多重要的历史文献，都未能顾及，而主要是从相关的法典材料及法制文献中，寻求立论的依据。这就造成了论文中规范分析多，实证研究少的弊端。其二，笔者以为，法律史学除了叙述清楚法制历史之外，更重要的是阐发法律原理，为现代法治提供历史的借鉴经验。所以笔者所用的另一部分大量资料，是法律理论著作，包括行政法学原理与诉讼法原理等。这样做的好处是论文符合“法学论文”的规范，但是也伴随着遗憾——瞿同祖先生半个世纪前就指出的问题：“研究法律自离不开条文的分析，这是研究的根据。但仅仅研究条文是不够的，我们也应注意法律的实效问题。条文的规定是一回事，法律的实施又是另一回事。某一法律不一定能执行，成为具文。社会现实与法律条文之间，往往存在着一定的差距。如果只注重条文，而不注意实施情况，只能说是条

文的、形式的、表面的研究，而不是活动的、功能的研究。”^{〔1〕}结果，虽然论文中也针对活动、功能进行一定的叙述，但是比重相对较小，这和材料的选择是有关系的。

此外，在义理的阐发和结论的升华方面，博士学位论文尚有种种缺憾，在此不再一一赘述。孟子云：“学问之道无他，求其放心而已矣”（《孟子·告子上》）。毕业之后，走上教学研究岗位，重新审视论文，觉得大有补充完善的必要，不然“不放心”。于是笔者继续将这个话题与教学研究、课题申报相结合，试图对此问题有一个更大的推进与突破。经过了五年多的读书与思考，笔者又有了新的心得体会，对这方面的成果汇总，就是呈现在读者面前的这本《民国行政诉讼制度研究》小册子。

这本小册子较之我此前的研究，其进步表现在以下几个方面：

第一，续上了南京国民政府时期的行政诉讼制度，将整个“民国”视为一个整体，更能体现该制度及其演进过程中内涵的法理。现代我国台湾地区的学者，在研究或讲授行政法院问题时，一般会追溯南京国民政府时期的行政法院。在所谓的“法统”上，这样做自然没有问题，因为他们视台湾地区制度为南京政权的继续。但是在纯粹学术研究方面，这样做似乎割裂了历史。事后上，南京国民政府行政法院与此前的平政院有很深的联系，至于《行政诉

〔1〕 瞿同祖：《中国法律与中国社会》，中华书局2012年版，第2页。

讼法》，则更是与前期有着千丝万缕的联系。我们所要真切识别的是，哪些内容是“因袭”的，哪些内容是“变革”的。所以笔者在新增加的部分中着力探讨了哪些是继续了北洋政府时期的优秀传统，哪些又是对北洋政府时期的修正，在行政诉讼制度的开展中，南京国民政府时期取得了哪些实效，运行中又存在哪些问题，是什么缘故导致了这些问题的产生，诸如此类。一般而言，因袭的地方是为了适合“中国”这特定地域实际的需要，表达的是一个共性的问题，着重于“地”；而革新的地方，则是为了适用南京国民政府时期这一特定“时期”的需要，着重于“时”。因为不管是北洋政府还是南京国民政府，都是中国舶来的西方法制，都面临着外来法律与固有习惯如何相适应的问题，这个问题至今仍旧困扰着我们。如按照美国法律史家 J. M. 赞恩的说法：“事实上那些代代相传的原始心智和体态特征，在今天仍以一种潜意识本能的方式控制着人”（《法律简史》）。无论怎么改，一个国家移植另外一个国家的法律，都不可能十全十美，因为人种有异。中国这片土壤，其本身已经过了数千年礼乐法制的浸润，怎么可能完全不受传统影响而欢欣雀跃地拥抱舶来法制呢？何况无论是北洋政府还是南京国民政府，都去传统不远，可想而知，当时要实行行政诉讼，该有多大困难！所以如果单纯从北洋平政院角度去看，就缺乏一个比较的维度，会以为这是北洋乱世所独有的问题，那么就容易让人产生把问题归罪于这干当国的武夫身上，而如果看到南京

国民政府，虽然很多卓越的留学西洋人士参与法制建设，设立行政诉讼制度，其中许多还亲历诉讼审判实践，依然存在这样的问题，那么我们也许就能够跳出“政权—阶级”的思维模式，而转到法理的探索上来。故而这新增的南京国民政府一段，不仅仅只是充实文章，增大篇幅，还提供了—个比较的视角，促使我们研究法律移植过程中的共性。

按照以上赞恩所论，一切似乎都是注定好的，移植做不到十全十美，那么还要继续往深处学习吗？情形岂不是令人沮丧？实则不然，—上的问题只是“地域”这一共性使然，我们还要注意“时间”这一维度。匹兹堡大学的史学教授许倬云先生谈得很好：“可知时间的进展可以使事物与制度的正面功能老化而成为负性功能，也可使社会关系由特定的畏威与功利的形态转变为稳定的名分关系。各种事物与制度的老化速度不属同步，各种不同的社会关系也未必同时转变。变化步调的参差遂可以造成大体系中原本已经适调的各个部分之间发生抗拒或推移，以求获得新的均衡与适应。”^{〔1〕}事物都是在发展变化当中的，最终会在外来规则和固有习惯中达到一个平衡，这个平衡是动态的。如何构建这个平衡呢，就取决于当时的人们对制度移植和改良这一问题的回应。我们可以说北洋政府和南京国

〔1〕 许倬云：“传统中国社会经济史的若干特征”，载许倬云：《求古编》，新星出版社2006年版，第4页。

民政府都对此作出过回应，但回应只有深浅的不同，而无优劣的差别。我们应该承认这样一种判断，即当时的人也想把事情做好。至于真正的效果如何，时也，命也，里面确实存在多种原因。所以“同情的理解”，需要我们最大限度地还原历史，设身处地，发挥历史的想象力，合情合理地寻找原因。“毋庸置疑，后人在理解古人或前人及其历史与思想时，都不可避免地具有自己的‘先入之见’。但我们依然相信，只要大方向是合理的，正确的，我们就有信心通过不断地探索、体验、理解，直接‘升堂入室’，进入前人的思想世界。”^{〔1〕}虽然都是在中国，但行政诉讼在北洋政府和南京国民政府时期的情形，个中的得失，主要还在于特定时代的关系。比如在北洋政府时期，行政诉讼可能在法律原理上非常先进，可是在你方唱罢我登台的政权更迭中，难以落到实处。而在南京政府时期，行政诉讼“党化司法”的问题比较突出，不可避免地影响了行政诉讼效果的发挥，这些对于法律移植这一大问题而言，虽然都属于细节，但是却实实在在影响了移植而来的法律在中国的进一步发展。这个比较提醒我们，一定要注意时代的主题，所谓“时宜则备变”，移植只是第一步，消化吸收，也许是一个更为长期的过程。各时代有各时代的特点，还得具体问题具体分析。

〔1〕 陈煜：“在当时和他们一起思考”——‘同情法’在法律史解释中的运用”，载《扬州大学学报（人文社会科学版）》2013年第3期。

第二，这本小册子较之于笔者此前的研究，更加注重原因的揭示和历史的启迪。此前，由于受学力和时间的限制之故，着力于对“事”的叙述，而在“理”的揭示和升华方面有所不足。清人王夫之在《续春秋左氏传议》中提到“有即事以穷理，无立理以限事”。事理应该是不二的，理在事中。如果只见其事，不见其理，那么历史不过是一块没有光泽的白板，我们研习法律史的价值就大大削弱。让历史说出道理，并能启迪未来，这才是研究的上乘境界。在关注了长时段的民国行政诉讼制度之后，也算略有心得。整体而言，民国时期的行政诉讼制度并没有发挥出它应该有的价值，其原因是多方面的。笔者将之概括为制度内的原因和制度外的原因。制度内的原因有很多，比如程序繁琐、制度之间存在脱节等。其中有一点似乎值得加以说明，就是全国只有一所行政法院的问题。这实际上就是移植带来的水土不适问题。我们知道，行政法院制度的鼻祖当属法国。法国在普通法院之外专设行政法院，最初一省一个，但是省有大小，事有多寡，后来发现一省一个行政法院，实无必要。于是到了1926年，法国开始对省级行政法院进行改革，变一省一个行政法院为数省一个行政法院。而中国在北洋军阀时代，设立平政院是试行性质的，且他们在形式上都未能统一全国，这样各省普设平政院也实无此必要。而到了南京国民政府时期，国民党至少在形式上已经统一了全国，控制面积大大增加，尽管仍存在着武装割据势力，但至少抗战之前，政令庶几是畅通

的，按理说应该仿效法国改革后的实践，数省设立一个行政法院，但他们仍拘泥于北洋传统，全国只设一所，导致了相应问题的发生。至于制度外的原因，则更多了，比如时局动荡、军人干政、党化司法、小团体关系网、传统文化的制约等。这些内容笔者此前没有特别关注，此次将之作为研究的重点，原因在于“事”已经随着历史的更迭成为一种陈迹，而其中蕴含的“理”却能穿越时空。到今天，我们面对着民国时期行政诉讼实效不彰的理由，就可以反思，哪些我们已经克服了，哪些依旧存在，哪些又是今天出现而民国尚未触及的。这些都有裨于我们今天的司法改革。古人云“通经致用”，我们的研究，也得有问题意识，立足于历史的研究，但是必须具备现实的眼光。至于启迪，当我们知道了病症之后，就可以对症下药，这个药方，也许就是对现代的启迪。比如加大行政诉讼人员素质的培养，探索更加便民的行政诉讼机制，巩固安定团结的政治局面和社会局面，为行政诉讼的有序开展创造一个良好的外部环境，等等，都是由历史中得到的“史识”，因为有了北洋政府时期和南京国民政府时期的实践，使得这样的启迪并非空头口号，而是建基于历史上的“深切著名”的原理。这应该是笔者思考有所深入的地方。

第三，这本小册子在所用资料上，较之笔者以前的研究更具层次感和说服力。笔者当年作博士论文时，侧重复原清末民初的行政诉讼制度，所以所用材料多为法典以及其他法规，而对于其他的材料使用相应欠缺。这既源于时

间和收集材料的经验限制，同时又是笔者对法律史学的固有看法所致。我们知道，法律史学分描述性法律史和分析性法律史，描述性法律史学意在描绘完整的法律史学途径，而分析性法律史学则重在解释，但无论是描述还是分析，都应该以规范为准。近年来，受西方社会史学思潮以及历史文献学的影响，法律史学掀起了一股“法律社会史”的潮流，大家侧重于讨论“地方性知识”，对于地方司法档案和相关契约文书津津乐道，若在文中广泛使用了档案材料，仿佛“蓬荜生辉”，结论似乎也达到了“信而有征”的程度。而如果只是中规中矩地使用常用史料和经典材料，可能马上就受到“老生常谈”之讥。其实笔者认为这种倾向同样是片面的，乃矫枉过正之举。的确，以往的研究中，存在着大量摘录引用法律法规的情形，虽然面对的是新的问题，但是写作的方法还是和古典“十通”差不多，似乎只是将典章制度中的文言文翻译为白话文而已，所以提倡“立体”的法律史，倡导使用“新材料、新方法”，得出新观点，本身并没有错误。然而，一味求新，忽略了法律史学最基本的材料，只会造成所作研究和法律史渐行渐远。如近时比较流行的民间法、宗族法方面的研究，如果只是关注家法族规、乡规民约等所谓“小传统”的材料，而完全弃国家法于一边，那么即便积累了再多的民间法、家族法素材，也难以得出公允且具有建设性、全局性的结论。又如研究某个地区的司法活动，如果仅仅凭借新整理的地方档案，最多只能得出该地方司法样态，如

果凭借此去推翻《刑案汇览》以及《大清律例》中所涉及的司法制度，那显然是大错特错。我们需知，任何地方、任何时期，法律的实践和国家法规范总是会存在着这样那样的差异，纸面的法和生活中的法如果完全吻合，那只能是史家的溢美之辞，而差异才是真正的常态。如果某时某地政治清明、法律公正，那么差异就小一点，反之，则偏差大一点。那么这个差异是怎么得出的呢？原因就在于国家正式的法律法规的存在，只有先把这个法律法规找出来，才谈得上生活中的法。所以不管是研究法律史学的哪个分支，包括法律制度史和法律社会史，都离不开规范的分析。否则说再多，也无法触及真正的核心。我们试想，如果要了解清代的法律知识，是相信《大清律例》好呢，还是相信讼师秘本好？即便讼师秘本里面透露出更多的神秘的知识，但是如果不建立在《大清律例》之上，这些秘本是没有存在的基础的。之所以如此强调，目的只有一个，就是即便能找到更多的材料，笔者首先关注的还是正式的法律制度。所以在这本小册子中，笔者所用的最多的材料，依然是有关民国行政诉讼的法律法规，这是根本的材料。

除此之外，笔者有意加大了其他材料的收集力度。因为如果要总结民国行政诉讼制度的成就与不足，光凭法律法规材料是说不清楚的。从纸面上的法到生活中的法，其媒介就是人对于法律的应用，那么在国家机构方面而言，就是司法；而在当事人而言，就是守法及违法。能够支持

这些方面论证的材料，首推司法记录。司法记录从哪里得到呢？最典型的就是判例材料和档案材料。因此，这本小册子中，笔者主要利用了当年行政法院自己编定的判决书汇编。行政法院编定这个判决书汇编，目的在于指导行政法院日后的司法实践，所以选择的案例都是典型案例，尽量照顾到各种行政违法的类型。笔者在书中也进行了分类探讨。至于司法档案，笔者主要利用了第二历史档案馆有关行政法院的档案，从中可以了解行政法院的收案和结案情形，便于笔者进行定量分析。此外，为了了解行政诉讼在国民心目中的地位，以及行政诉讼究竟发挥了什么样的作用，笔者还参阅了相关的报刊材料和当事人的回忆录。只是这方面材料相对较少，因为行政诉讼带有比较强的专业性，且案件本身没有多少曲折，缺乏传奇色彩，不像命盗等刑事案件，本身就有很强的故事性，很多作家利用刑事案件，往往会编成生动的小说或者戏剧。不过，即便所能找到的关于行政诉讼的报道寥寥无几，但笔者还是尽可能地找到这方面的材料，以便使得研究具有更大的立体色彩。这样，因为现有的研究在材料上的层次感更强，更为充分，结论的可靠性应该更强。也许这本小册子使用的材料在专治民国史的专家那里，不过尔尔，但在笔者的研究道路上，却已经迈上层楼。

以上就是这本小册子超越笔者以往研究的地方，笔者思考这些问题经年有加。也许这些进步在许多研究者看来微不足道，但是对于笔者，的确是真诚思考的结果。笔者