



法治建设与法学理论研究
部级科研项目成果



清末民初

行政诉讼制度研究

宋玲◎著



中国政法大学出版社



法治建设与法学理论研究
部级科研项目成果



清末民初 行政诉讼制度研究

宋玲◎著



中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

清末民初行政诉讼制度研究 / 宋玲著. — 北京: 中国政法大学出版社, 2009. 7

ISBN 978-7-5620-3520-6

I. 清... II. 宋... III. ①行政诉讼 - 司法制度 - 研究 - 中国 - 清后期
②行政诉讼 - 司法制度 - 研究 - 中国 - 民国 IV. D925. 310. 4

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第112543号

- | | |
|------|---|
| 书 名 | 清末民初行政诉讼制度研究 |
| 出版发行 | 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号)
北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088
zf5620@263.net
http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010) 58908325 (发行部) 58908285 (总编室) 58908334 (邮购部) |
| 承 印 | 固安华明印刷厂 |
| 规 格 | 880 × 1230 32 开本 8.75 印张 175 千字 |
| 版 本 | 2009 年 8 月第 1 版 2009 年 8 月第 1 次印刷 |
| 书 号 | ISBN 978-7-5620-3520-6/D · 3480 |
| 定 价 | 22.00 元 |

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行部负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

序

传统中国，皇权至上。皇帝全权代表国家。至上的皇权，主要体现在两个方面——集中，统一。就集中而言，所有权力集中于皇帝一身，集中于代表皇权、执行皇权的中央政府——朝廷。就统一而言，权力一元，不可分割。按照传统中国的官吏分类，国家权力被简单划分为“文权”与“武权”。庞大的文官系统与武官序列，一统于皇帝的掌控。而实际上，文权之中行政权一家独大，构成文权的主体部分。

从皇权至上的观念，自然衍生出“皇帝无过，朝廷无错”的基本原则。制度的设计、建立，基于被社会所认同的儒家理论，代表着整个社会所推崇的主流价值观与制度理念，尤其是经过雄才大略之开国皇帝的创制，又经过圣明贤达之中兴君主的修订，规范权力运作的制度体系几近完善。儒家学说，皇帝钦定，仅这两项基本支撑，就确定了制度的权威性、不可怀疑性。正是制度体系的这一特性，使得在传统中国政治框架之中，既不需要通过分权机制来制约权力的行使，也不需要设

置专门的诉讼程序来救济制度本身的过失。

“徒法不足以自行”。完善的制度,需要人的执行。而执行过程中,人的品性、智慧、能力,会影响制度的实施效果,可能侵犯、损害当事人的某些权益。但这种侵害,不是制度本身的逻辑产物,更不是作为制度支撑的儒家学说、皇帝意志的必然结果,它只是官吏在执行制度过程中基于自身缺陷而导致的错误。对于这种错误,已有包括纠弹、监察、考课等体制内的措施进行处理,无需再设置专门的法律或程序来规制。

在这种文化背景和制度框架之下,以行政错误、国家救济为宗旨的行政诉讼制度当然缺乏生育、成长的条件。

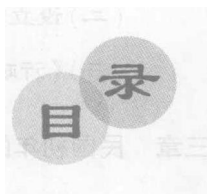
近代中国,西风东渐。通过吸收西方近代法律精神、移植西方近代法律制度的方式,中国法律走上了近代化的道路。行政诉讼制度在法律近代化大潮中也经一波三折,逐步建立。

通过司法程序,解决政府违法行为给当事人带来的侵害,在涉及国民与政府行政行为对应关系中保护公民当事人的合法权益,这是对“皇帝无过,朝廷无错”基本原则的颠覆,也是对国家政策、行政决策总是符合社会主流价值观基本判断的否定。同时,传统政治、行政制度的设计和设立,均是基于社会稳定、行政效率的基本准则。对于行政诉讼制度的设立,不仅缺少观念基础,而且也缺少相应的制度条件与之相呼应。正因如此,在中国法律近代化进程中,行政诉讼制度的建立、实施,尤其突出地表现出曲折性、艰难性。

宋玲博士以中国近代行政诉讼制度为对象,进行了较为系统、深入的梳理和研究,并完成其博士学位论文。宋玲来自徽州,带着茶园竹林特有的质朴与灵秀。这一特质,有助于其在严肃而古板的中国法律史学术领域进行开拓性研究。

朱 勇

2009年7月



绪 论	1
第一章 中国传统社会行政争议的预防与解决	16
一、传统社会行政权力运行的机制 / 17	
二、传统社会中行政权力的制衡与行政争议的预防 / 24	
(一) 传统社会中行政权力的制度制约 / 24	
(二) 传统社会中行政权力的思想制约 / 29	
三、从“民告官”看传统社会行政争议的处理 / 36	
第二章 清末立宪背景下的《行政裁判院官制草案》	47
一、西方宪政、人权的中国解读 / 50	

二、清末“官制改革”中的《行政裁判院官制草案》 / 61

(一) 清末的“官制改革” / 61

(二) 设立行政裁判院的争议 / 66

(三) 《行政裁判院官制草案》 / 70

第三章 民国初年的平政院 80

一、南京临时政府时期的行政诉讼立法 / 81

二、北京政府时期的平政院 / 91

(一) 行政诉讼模式的选择 / 92

(二) 平政院的设置 / 97

(三) 平政院的职权 / 100

(四) 平政院的成员 / 107

(五) 平政院的历史价值 / 113

第四章 民国北京政府时期的行政诉讼法 119

一、行政诉讼的当事人 / 126

(一) 原告 / 127

(二) 被告 / 130

(三) 第三人 / 131

二、行政诉讼的受案范围 / 132	
三、起诉 / 139	
四、举证责任 / 143	
五、裁决 / 145	
六、执行 / 148	
 第五章 从《平政院裁决录》看民初《行政诉讼法》实施 状况	 151
一、《行政诉讼法》与人权保护 / 152	
二、《行政诉讼法》与行政权力限制 / 162	
三、《行政诉讼法》与三权分立 / 181	
 结 语	 196
 附 录	 202
近十年中国学界对平政院研究之述评 / 202	
探索与尝试——清末行政裁判制度的设计 / 229	
清末民初行政诉讼制度中的本土因素 / 245	
 参考书目	 263

绪 论

行政诉讼是通过诉讼程序解决行政争议的制度,^{〔1〕} 为行政相对人提供了一条纠正行政机关违法行为、保护自身合法权益的方法。我国于 1989 年颁布的《行政诉讼法》标志着新中国行政诉讼制度的正式建立。在此之前,1982 年制定的《民事诉讼法(试行)》第 3 条中就明确规定了有关行政诉讼的内容:“人民法院受理法律规定可以起诉的行政案件。”十余年来,中国行政诉讼的理论研究和实践都取得了一些积极的成果,但中国现行的行政诉讼立法和司法实践都

〔1〕 马怀德主编:《行政诉讼原理》,法律出版社 2003 年版,第 1 页。

存在着一些问题，需要我们加以反思。以古为鉴，可知兴替，回顾近代中国行政制度的发展历程，我们会发现，今天存在的那些问题都似曾相识。

行政诉讼制度是近代社会的产物。可以说，宪政是培植现代行政诉讼制度的政治土壤，商品经济法治化是现代行政诉讼制度成长的经济环境。^{〔1〕}在我国，行政诉讼制度无论是作为学术术语还是一种制度的实践，都是中国传统法制在近代转型过程中对于西方法律移植的结果。在西方，最先创立行政诉讼制度的是法国。“行政诉讼”在各国的表述也略有不同，大陆法系国家的代表法国、德国和日本，行政诉讼被称为行政裁判；英美法系国家的代表美国 and 英国，行政诉讼则被称为司法审查。简单来说，行政裁判是指由独立于一般司法机关的特殊机构，对行政行为进行裁决的行为；司法审查是指司法机关通过司法程序对行政行为进行裁决的活动。各国行政诉讼制度设计的差异体现了不同的政治背景和法律传统。我们在理解近代行政诉讼制度时，有必要简单回顾一下各国行政诉讼制度确立的经过。

法国是近代行政诉讼法的主要发源地，对其他国家行政诉讼模式的确立产生了很大的影响，其制度的出现可以追溯到法国旧王政时代。大革命以前，法国的一般行政诉讼由普通法院管辖，而另有一些专门的行政法庭受理诸如审计、森林、租税等行政案件，同时，国王派往地方的总督也受理行政诉讼。大

〔1〕 胡肖华：《行政诉讼基本理论问题研究》，湖南人民出版社1999年版，第15～26页。

革命以后，资产阶级三权分立思想在法国突出强调的是行政权相对于司法权的独立，其行政诉讼制度的基本理念是司法权与行政权划分的原则，即宣称：“司法权应永与行政权维持分离，法官不得干涉行政机关之工作，亦不得究问与职务有关之行为，如有违反应受撤职之处分。”^{〔1〕}从1790年到1889年，法国的行政诉讼制度经历了一个漫长的历史发展过程，从最初的行政官员受理行政案件，发展成为由行政法官受理行政案件；行政审判机关也从行政机关的附属地位，发展成为具有独立审判地位的行政法院组织。^{〔2〕}在司法体制上，法国是最典型的二元制国家，行政法院和普通法院是两个完全独立的系统，分别管辖行政案件和普通案件，行政法院审理案件适用不同于普通法院诉讼程序的行政诉讼程序。法国历史上形成的行政法院系统实质上隶属于行政权力体系，但它除了与普通司法系统相对是另一套独立法院系统外，与行政机关之间也是秋毫无犯的，是法国法律制度中不可或缺的一部分。^{〔3〕}法国行政诉讼的主要法律依据是大革命时期所订立的两个法律，第一个就是上文所提到的关于司法权与行政权相互独立的规定，另一个是永远禁止普通法院受理行政诉讼的规定，这两个法律直到今天依然有效。在这两个法律基础上建立的法国行政诉讼组织形式，经历了一

〔1〕 吴庚：《行政法院裁判权之比较研究》，台湾嘉新水泥公司文化基金会1967年版，第3页。

〔2〕 王名扬：《法国行政法》，中国政法大学出版社1988年版，第553页。

〔3〕 凡夫：“外国主要国家行政诉讼体制介绍”，载《行政执法与行政审判》2003年第2辑。

个长期发展的过程。法国行政审判制度的发展，是从最初的行政官员受理行政诉讼，发展成为由和行政官员独立的行政法官受理行政诉讼；从行政审判机关依附于行政机关，发展成为行政审判机关具有独立地位的行政法院组织。^{〔1〕}

德国由封建割据走向统一民族国家的道路也就是其确立近代资本主义的过程。在此期间，德国的行政诉讼制度深受法国的影响，从无到有，最终建立了完整的行政法院体系。在德国统一之前，各封建国均以法国为模范，强调司法权与行政权的相互独立，当时的司法裁判所的权能仅限于民事、刑事案件的审理，无权管辖行政案件，行政诉讼处于一种空白的状态。十九世纪中叶以来，对于不法行政的救济，成为德意志诸国重要的问题，当时学界对此研究讨论颇多，德国学者一度为是否设立单独的行政法院而展开了长达半个世纪之久的争论。十九世纪后半叶起，德国开始在各地设置一些专门的行政裁判所，但仍未能有一个全国统一的行政法院，而且这些行政裁判所与行政官署未能完全分离，这种状况一直维持到第二次世界大战以后，才有重大改变。^{〔2〕} 1949年《联邦德国基本法》明确规定在联邦和州设立行政法院，1960年《联邦行政法院法》对联邦德国行政诉讼制度作出了进一步的改进，1976年颁布的《联邦行政诉讼法》全面具体地规定了德国的行政诉讼程序。德国与

〔1〕 王名扬：《法国行政法》，中国政法大学出版社1988年版，第553页。

〔2〕 吴庚：《行政法院裁判权之比较研究》，台湾嘉新水泥公司文化基金会1967年版，第8页。

法国同属大陆法系传统国家，虽然德国也设有行政法院，但德法两国行政法院系统的性质是完全不同的，德国行政法院作为国家审判权的一部分，隶属于司法系统，和普通法院一样与行政权相互独立。德国所创立的行政法院的模式被很多国家移植，在世界上影响深远。

传统英国法深受戴雪学说^[1]的影响，其把行政法和行政诉讼法等同起来，并出于对英国普通法的尊重，反对法国设置行政法院系统的做法。资产阶级革命以后，英国形成了由普通法院统一受理包括行政诉讼在内的一切诉讼的传统，建立了由普通法院按照普通法原则和程序审理行政案件的行政诉讼制度。自1947年颁布《王权诉讼法》以来，英国确立了以司法审查制度为核心的行政诉讼救济制度。^[2]英国的司法审查制度一向被认为是英国普通法院对行政机关活动进行司法监督的通常办法。普通法院对下级法院及行政机关的活动行使监督权，使其行为不致侵越权利范围，破坏法律秩序。^[3]司法审查是英国普通法上的制度，不需要立法的授权，司法审查的依据是英国普通法上的越权原则。与法国、德国等大陆法系国家相比，英国的行政诉讼与刑事、民事诉讼并无区别，均由相同的法院——普通法院受理，遵循相同的普通法规则。进入二十世纪以后，

[1] 戴雪（Albert Venn Dicey）（1835年～1922年）是英国最著名的宪法学家，他否认英国行政诉讼法的存在，认为那是大陆法系国家的制度，是保护官吏特权的法律，与英国的法治原则不相符。

[2] 刘恒：《行政救济制度研究》，法律出版社1998年版，第25页。

[3] 王名扬：《英国行政法》，中国政法大学出版社1987年版，第149页。

在加强普通法院司法审查权的同时，英国还设立了各种专门性质的行政裁判所。行政裁判所的性质比较特殊，它是按议会旨意设立的审判机关，不是行政机构的一部分；同时，行政裁判所又不能等同于法院。

美国的行政诉讼制度基本上沿袭了英国的司法审查制度，其实质意义上的行政诉讼被称为司法审查。^{〔1〕} 美国的司法审查是指法院审查国会制定的法律是否符合宪法，以及行政机关的行为是否符合宪法及法律的活动。^{〔2〕} 美国的司法审查制度最早在宪法中并未规定，它是通过 1803 年“马伯里诉麦迪逊”一案确立的。当然，这一制度的出现并不完全是美国大法官马歇尔的贡献，而是受到十七世纪英国大法官柯克所倡导的“普通法优越”原则的启发，只是由于特殊的历史原因，英国所开出的司法审查之花却在美国结出了丰硕之果。^{〔3〕} 美国的司法审查制度虽然承袭了英国的法治原则，但在具体制度的设计和实践方面所取得的成就却远远超过了英国。英国法律的传统构成美国殖民地时期及独立后早期各州司法审查的基础，然而在十九世纪后期及二十世纪初期，英国的传统在美国逐渐为一些成文法规定的司法审查所代替或补充。^{〔4〕} 1947 年美国国会通过的《联邦行政程序法》对行政诉讼程序作出了基本规定，其中第

〔1〕 刘恒：《行政救济制度研究》，法律出版社 1998 年版，第 25 页。

〔2〕 王名扬：《美国行政法》，中国法制出版社 1995 年版，第 565 页。

〔3〕 杨联华主编：《外国法制史》，四川大学出版社 1998 年版，第 162 页。

〔4〕 王名扬：《美国行政法》，中国法制出版社 1995 年版，第 568 页。

七百零二条规定：“因行政行为而致其法定权利受到不法侵害的人，或受到有关法律规定之行政行为的不利影响或损害的人，均有权诉诸司法审查。”1946年的美国《联邦行政程序法》是美国行政诉讼制度的直接法律依据。近年来，美国司法审查具有形式逐渐简化，受案范围不断扩大的趋势。

早在明治维新初期，日本就开始有了关于行政诉讼方面的规定，1889年日本宪法确立了行政诉讼审判权独立于普通法院司法权的原则，随后在1890年颁布的《行政审判法》中具体规定了在普通法院之外设立行政法院，隶属行政机关。近代日本的行政诉讼制度开始主要是移植了大陆法系国家的体系，参照了法国、德国、奥地利的行政法院制度，行政案件应依法由行政法院受理，司法法院无权管辖。由于当时日本的国家政治制度具有比较浓厚的封建因素，从而导致了日本近代的行政诉讼制度在设置初期具有相当的保守性。第二次世界大战后，日本的法律体系由向大陆法系学习而转为向英美法系靠拢，尤其是日本宪法的制定深受美国的影响。现行的日本宪法规定，司法权属于最高法院及下级法院，不得设立特别法院，行政机关不得作出终审判决。由此日本确立了由司法法院来审理行政案件的制度，^{〔1〕}从而收回了行政法院对于行政诉讼的管辖权，取缔了行政法院系统。至此，和英美国家一样，日本一切行政诉讼皆由普通法院受理。

〔1〕 张正钊、韩大元主编：《比较行政法》，中国人民大学出版社1998年版，第788页。

从行政诉讼的历史发展情况来看,各国接受和确立行政诉讼的理念和制度都经历了一段较为漫长的时间。行政诉讼制度作为国家对行政权力的一种限制方式,在很长的历史时期内是被忽略和否定的。这一方面是由于对国家权力的强调,比如英国早期普通法中的“国王不得为非”原则,强调国家主权和国家无过失,这种思想根深蒂固,人们还没有意识到个人权利在受到行政活动的侵犯时,应当受到救济;另一方面也是由于当时国家权力还未深入到社会生活的方方面面,给行政相对方提供救济的需求还不是那么迫切,即使出现严重的政府侵权,也只是由国家工作人员向受害人承担责任。随着社会的发展,国家权力对于社会生活的干预越来越多,伴随而来的是国家在行使行政权力的同时,侵权的可能大大增加,近代民主国家的建立和人权思想的深入人心,使行政诉讼制度得到了确立,行政侵权的责任也逐渐由国家而不是国家工作人员来承担。

行政诉讼制度是在资产阶级革命胜利以后建立,堪称民主政治标志的一种法律制度,“三权分立”理论和“法治”理论为行政诉讼制度的形成奠定了理论基础。^{〔1〕}简单来说,“三权分立”就是通过立法、行政和司法权力的相互独立和相互监督,实现对于国家权力的控制和平衡,防止权力的滥用。早在古希腊时期,亚里士多德就对政府职能和权力作出了抽象和分类,其著名的政体三要素论(议事、行政、审判)成为近代“三权

〔1〕 张正钊、韩大元主编:《比较行政法》,中国人民大学出版社1998年版,第785页。