

民初行政诉讼法的外国法背景

王贵松 *

目 次

- 一、民初行政诉讼法的制定
- 二、民初行政诉讼制度模式的两大法系对决
- 三、民初行政诉讼制度设计的大陆法系内部选择
- 四、余论：民初行政诉讼法的影响与命运

摘要 行政诉讼是清末民初立宪道路上始终绕不开的一项重要制度。1914年的《行政诉讼法》是我国第一部行政诉讼法典，构想于清末预备立宪之际，成形于袁记约法之时。经过民初关于平政院的激烈争论后，《行政诉讼法》建立了独立审判机关、专门诉讼程序的大陆法系模式，而舍弃了英美法系的做法。在制度设计上，日本的行政法院及其行政裁判法成为中国行政诉讼制度取法的主要对象。但在具体的设计上也参考德奥等国做法，选取了受案范围的概括主义等当时世界上较为先进的制度；同时考虑中国传统，设计出肃政史、大总统确保裁决执行等独特制度。《行政诉讼法》的制定和实施也成为中国行政法制大陆法系化的重要支点。

关键词 行政诉讼法 平政院 行政诉讼 大陆法系

允许人民状告政府的制度，是立宪国家的必备装置。在大陆法系，行政诉讼制度的确立更是行政法产生的标志。^{〔1〕} 1914年，“中华民国”借鉴外国先进经验，结合自身的传统与国情，制定了中国第一部《行政诉讼法》，这同时也宣告了中国行政法的诞生。认识其制度选择的原

* 中国人民大学法学院副教授，法学博士。

〔1〕 中国清末民初的学者也持这种观点。例如，章士钊认为，“行政法之为名，以入英美、大陆两派学者之论潮，其意义专限于行政裁判一点。苟其国设行政裁判者，谓之采行政法之国”。秋桐（章士钊）：“行政法”，《甲寅杂志》1914年第1卷第3号，第9页。王宠惠亦持相同观点。参见王宠惠：“中华民国宪法刍议·宪法要义”（1913年），载夏新华、胡旭晟等整理：《近代中国宪政历程：史料荟萃》，中国政法大学出版社2004年版，第275页。



因、特别是初创时期的外国法背景，有助于认识中国行政法产生的特性，有助于客观评价当时的行政诉讼法，有助于汲取经验在现阶段进一步发展这一制度。1914年《行政诉讼法》的相关研究是近十年来的一个热点，^[2]但在制定过程、与外国法之间的关系等方面的研究仍显不足。随着研究成果的积累和相关资料的收集，该研究仍有继续的可能。值其百年之际，本文试图以准确的史料为基础，结合当时各项制度的审议记录，从行政法学的专业角度，推进民初行政诉讼法的基础研究。

一、民初行政诉讼法的制定

中国行政诉讼制度构想起始于清末，构建于民国初年，成形于袁记约法之时。这里先结合这一历史脉络，整体上勾勒1914年《行政诉讼法》制度选择的外国法背景。

（一）行政诉讼法的制定背景

在近代，所谓宪政国家，因宪法保障机制付之阙如，其实质主要就是法治国家乃至法治行政，即在宪法的制度框架中，通过依法行政原理、并辅之以行政诉讼的担保机制，实现控制行政权的目标。法国、德国、日本等国在立宪之后不久，均相继建立专门的行政诉讼制度。这一现象亦引起清政府的注意。

1906年8月25日，戴鸿慈等在考察各国政治归来后奏请设立“行政裁判院”，专理官民不公的诉讼及官员惩戒处分，并有弹劾之责。^[3]9月1日，清政府宣布预备立宪。同年11月6日，由载泽等负责编纂、总核大臣奕劻等核定的《行政裁判院官制草案》上奏清廷。^[4]《行政裁判院官制草案》的按语指出：

谨按：唐有知献纳使，所以申天下之冤滞，达万人之情状，与御史台并列。今各国有行政裁判院，凡行政各官之办理违法致民人身受损害者，该院得受其呈控而裁判其曲直。英、美、比等国以司法裁判官兼行政裁判之事，其弊在于隔膜。意、法等国

[2] 除本文引用的文献外，国内的相关研究还有戚渊：“北洋政府时期的行政诉讼”，《法学》1992年第2期，第46~48页；张生：“中国近代行政法院之沿革”，《行政法学研究》2002年第4期，第84~89页；杨绍滨：“北洋政府平政院述论”，《安徽史学》2003年第3期，第49~54页；李秀清：“从平政院到行政法院——民国时期大陆型行政审判制度探究”，载何勤华主编：《法的移植与法的本土化》，法律出版社2001年版，第373~405页；蔡云：“平政院与北洋时期的行政诉讼制度”，《民国档案》2008年第2期，第57~60页；王学辉、赵勇：“民国北京政府立宪进程中关于行政诉讼模式的争论”，《行政法学研究》2011年第4期，第25~34页；宋玲：《清末民初行政诉讼制度研究》，中国政法大学出版社2009年版；宋智敏：《从行政裁判院到行政法院——近代中国行政诉讼制度变迁研究》，法律出版社2012年版；等等。

[3] 参见“出使各国考察政治大臣戴鸿慈等奏请改定全国官制以为立宪预备折”，载故宫博物院明清档案部编：《清末筹备立宪档案史料》（上册），中华书局1979年版，第374页。

[4] 参见“总核大臣奏厘定京内官制折”，载《大清法规大全》，考正出版社1972年版，第940~942页。有学者认为，《行政裁判院官制草案》系修订法律馆根据《宪政编查馆大臣奕劻等拟呈修正宪政逐年筹备事宜折》而草拟。参见李启成：“清末民初关于设立行政裁判所的争议”，《现代法学》2005年第5期，第164页。如此，他得出的该草案拟定时间应为1911年。但是，根据《大清法令大全》，准确的时间应为1906年11月6日（农历9月20日）。该草案已刊《大清光绪新法令》第20册（商务印书馆1909年版，第115~116页）中，故而也不可能为1911年。而且，如果依据该奏折起草的草案也应该叫做“行政审判院官制草案”而非“行政裁判院官制草案”。

则以行政衙门自行裁判，其弊在于专断。惟德、奥、日等国特设行政裁判衙门，既无以司法权侵害行政权之虞，又免行政官独行独断之弊，最为良法美意。今采用德、奥、日本之制，特设此院，明定权限，用以尊国法，防吏蠹，似于国家整饬纪纲勤恤民隐之至意不无裨益。是否有当，仍请钧裁。^[5]（着重号系引者所加，下同）

这一按语先祖其旧制，再比较各国得失，决意效仿德、奥、日本之制。该草案共 21 条，虽然系行政裁判院的组织法，但也有不少行政诉讼的程序规定。该草案在审级、诉讼范围、起诉方式、审查议决方式等众多制度上均与日本行政裁判法有相似之处。^[6] 但直至清朝结束，该草案也未能成为正式立法。在立宪筹备过程中，曾有“行政审判院”及《行政审判院法》的设想，但终未实现。^[7]

然而，清末的行政诉讼构想并未从此湮灭。1912 年 3 月 11 日，《中华民国临时约法》第 10 条规定，“人民对于官吏违法损害权利之行为，有陈诉于平政院之权”。这就以宪法性文件的形式正式确立了行政诉讼制度。但该规定仅为具文，现实中并未设置平政院、建立行政诉讼制度。但民国元年发生的“民国大学控告工商总长案”，却将案件的行政诉讼性质与审判厅的司法管辖权作为主要争点之一，^[8] 这又使行政诉讼成为现实需要解决的问题。虽然天坛宪草否定了平政院的设置，但 1914 年 5 月 1 日公布的“中华民国约法”（史称“袁记约法”）则又沿袭了临时约法关于行政诉讼制度的规定。

（二）行政诉讼法的制定过程

1914 年 3 月 31 日，袁世凯公布《平政院编制令》，同日任命汪大燮^[9]为平政院院长。^[10] 该法共 29 条，规定平政院直隶于大总统，审理行政官吏的违法不正行为，为行政诉讼制度提供了组织法上的依据。5 月 17 日，袁世凯公布《行政诉讼条例》（第 3 章第 35 条）、《诉愿条例》（第 19 条）；^[11] 6 月 8 日，袁世凯公布《平政院裁决执行条例》（第 5 条）。^[12] 这些规定为行政

[5] 上海商务印书馆编译所编纂：《大清新法令（1901—1911）（点校本）》（第 1 卷），李秀清等点校，商务印书馆 2010 年版，第 701~702 页。对于该草案的介绍，可参见沈大明：“晚清《行政裁判院官制草案》的意义与影响”，《上海交通大学学报（哲学社会科学版）》2006 年第 6 期，第 27~30 页。

[6] 顺便提及，1907 年，《日本行政裁判法》和《诉愿法》也被翻译成中文。两部法律均刊于《东方杂志》1907 年第 3 期，第 136~145 页。

[7] 参见前注 [3]，故宫博物院明清档案部编书，第 91 页。1911 年 8 月，据称《行政审判法》的草案已近完成，但未颁布。参见黄源盛：“民初平政院裁决书整编初探”，载中南财经政法大学法律文化研究院编：《中西法律传统》（第 6 卷），北京大学出版社 2008 年版，第 462 页。

[8] 参见朱新漠：“论民国大学控告工商总长之判决案”，载沈云龙主编：《民国经世文编（法律）》，文海出版社 1966 年版，第 1988~1991 页。亦可参见前注 [4]，李启成文，第 166 页。

[9] 汪大燮（1860~1929），1902 年曾被派遣至日本担任留日学生总监督，1905 年任驻英公使，1907 年回国担任考察宪政大臣，出访英国。1922 年 12 月，再次被任命为平政院院长。

[10] 教令第 39 号，《政府公报》第 682 号，载中国第二历史档案馆整理编辑：《政府公报（影印本）》（第 26 册），上海书店 1988 年版，第 2~5 页。汪大燮的任命令，见该书第 43 页。

[11] 教令第 68 号、第 69 号，《政府公报》第 729 号，载同上，中国第二历史档案馆整理编辑书，第 29 册，第 84~91 页。

[12] 大总统申令，《政府公报》第 751 号，载同上，中国第二历史档案馆整理编辑书，第 30 册，第 353 页。该条例 1919 年 12 月 17 日修改后以教令第 23 号公布。



诉讼制度提供了程序上的依据。

1914年7月3日，在立法院成立之前，由参政院代行立法院职权，其第一次会议即开始讨论《行政诉讼法案》、《诉愿法案》、《纠弹法案》等法案。之后，参议院指定孙毓筠等13人组成审查会，^[13]对三个法案进行并案审查。7月14日，对三个法案二读审查。7月17日，三个法案三读通过。^[14]7月20日，袁世凯公布《行政诉讼法》、《纠弹法》、《诉愿法》。^[15]中国历史上第一部行政诉讼法从此诞生。

1914年7月3日，特派员张名振代表政府就《行政诉讼法案》作出说明：

政府根据《约法》第8条“人民依法律所定有诉愿于行政官署陈诉于平政院之权”，故提出此种行政诉讼法案。大概行政诉讼法除英美之外欧洲大陆诸国均有此种制度。本员将提案大旨略为说明。第一章规定行政诉讼之范围，系专指人民一方面请求平政院行使审理之权。第二章规定行政诉讼之当事人，其中有一特别之点，即肃政史亦可以提起行政诉讼是也。此系根据《约法》第43条以肃政厅为纠弹机关之故。第三章规定行政诉讼之程序，大概采取普国制度兼采日本制度。盖以行政诉讼法，以普国为最发达。至于肃政史提起行政诉讼，与人民提起诉讼稍有不同，盖肃政史提起诉讼是以公文行之者。第四章规定行政诉讼裁决之执行，其中关于权限划分亦甚清楚。提案主旨大致如此。请贵院讨论。^[16]

该法“采取普国制度兼采日本制度”，同时又吸收中国的传统，设立肃政史提起行政诉讼的特别规定。至于该草案说明中频频提及的外国法背景，从下表的中日比较来看，中国行政诉讼法与日本行政裁判法有70%的相同、相似之处，而且在平政院的机构设置和重要的程序制度上多为一致。故而，谓中国行政诉讼法取法日本，以日本法为基础发展而来，亦不为过。^[17]

表1：中日行政诉讼法对照表

中国行政诉讼法（1914）		日本行政裁判法（1890）
相同部分 (约 53%)	第3条（损害赔偿诉讼的排除）	第16条
	第4条（不得请求再审）	第19条
	第8条（利害关系人参加诉讼）	第31条第一款
	第9条（法人）	第24条第二款

[13] 审查会的13人分别为：孙毓筠、联芳、李盛铎、蒋尊簋、王世澄、黎渊、陈国祥、朱文劭、杨度、赵惟熙、王揖唐、程树德、王印川。《参议院代行立法院第一次会议速记录》（第一册），中央研究院近代史研究所档案馆，宗号39-(1)，第12、20页。

[14] 行政诉讼法、诉愿法和纠弹法既有具有相对独立的功能，但又有密切的关联。三法通盘考虑，同步立法，并案审查，保证了行政监督与救济法律之间的协调性。

[15] 法律第3号、第4号、第5号，《政府公报》第793号，载前注〔10〕，中国第二历史档案馆整理编辑书，第35册，第19~28页。

[16] 前注〔13〕，《参议院代行立法院会议速记录》（第一册），第2~3页。

[17] 有学者认为，说继承，法条本身并不是决定性的重要，而毋宁应将重点置于法学层面的影响。参见〔日〕藤田宿靖：《行政法の基礎理論》（上），有斐閣2005年版，第210页。如藉此标准，民初的行政诉讼法无疑是继承于日本。

续表

中国行政诉讼法（1914）		日本行政裁判法（1890）
相同部分 (约 53%)	第 11 条（起诉期限）	第 22 条
	第 14 条（诉讼不停止执行）	第 23 条
	第 15 条（诉状）	第 25 条第一款
	第 17 条（诉状副本）	第 26 条
	第 19 条第一、二款（驳回起诉、诉状的补正）	第 27 条
	第 20 条（答辩）	第 28 条
	第 22 条第 1 句（书面二次辩驳）	第 29 条
	第 23 条第一款第 1 句（开庭审查）	第 33 条第一款
	第 24 条（书状的补正和新证据）	第 34 条第三款
	第 25 条（证人证言及鉴定）	第 38 条第一款
	第 26 条（过半数裁决）	第 9 条
	第 27 条（评事的回避）	第 10、11 条
	第 28 条（委托取证）	第 38 条第三款
	第 29 条（缺席审理）	第 41 条第一款
相似部分 (约 17%)	第 30 条第 1 句（公开审理）	第 36 条第一款
	第 31 条（民事先决问题）	第 39 条
	第 32 条（裁判书）	第 42 条
	第 6 条（诉讼的委任代理）	第 32 条第一款（被告的代理）
	第 7 条（诉讼代理人的委任书）	第 32 条第二款（被告的委任状）
	第 13 条（期限的耽误）	第 22 条第二款（适用民诉法）
不同部分 (约 30%)	第 23 条第一款第 2 句（书面审查的情形）	第 33 条第二款（当事人不愿口头审问）
	第 30 条第 2 句（不公开的情形）	第 36 条第二款（不公开的情形）
	第 34 条（裁决的拘束力）	第 18 条（拘束行政厅）
		第 31 条第二款（拘束第三人）
	第 1 条（受案范围的概括主义）	第 15 条（受案范围的列举主义）
	第 2 条	无
	第 10 条	
	第 11 条	
	第 16 条	
	第 18 条第 2 句	
	第 19 条第三款	
	第 21 条	
	第 22 条第 2 句	
	第 23 条第二款	
	第 5 条（委托审理和派出合议庭）	无
	第 18 条第 1 句（不得撤诉）	第 41 条第二款（缺席判决）
	第 33 条（撤销或变更判决的执行）	第 21 条（判决的执行）
	第 35 条（本法公布生效）	第 40 条（本法择日生效）



二、民初行政诉讼制度模式的两大法系对决

行政诉讼制度在清末民初的中国属于全新的事物。对于究竟采取大陆法系的二元制还是英美法系的一元制，存在着激烈的争论。这也是中国行政法学的第一次论争，亦可谓行政法学中国化的开端。

（一）二元制与一元制的论争

《行政诉讼法》系根据“中华民国约法”的规定而制定，这实际上就已经确立了一个大前提，那就是选择了有别于普通诉讼的行政诉讼模式。袁记约法及《行政诉讼法》的立法过程中，对此均无讨论。在行政诉讼的模式上，袁记约法继承的是临时约法的规定。如此，有关行政诉讼法的制度模式争论可以追溯至临时约法、鄂州约法乃至更早的清末行政审判院。至于天坛宪草中起草人员对是否设置平政院的两派意见，因国会解散、立法机关另起炉灶，也沦为民间的论争之一。下文主要以临时约法制定前后的争议为主，来介绍各种主张的理据。

1. 大陆法系的二元制主张

在这一派主张中，均认为有必要设立不同于普通法院的行政审判机关。具体而言，又有设置参事院的法国模式和设置行政法院的德国模式两种主张，后者既为日本所效仿、也为中国《行政诉讼法》实际采纳。

在天坛宪草的宪法起草委员会第三次会议上，黄云鹏所阐明的应设法国式平政院^[18]的三点理由颇具代表性：

（一）分权上之必要。三权分立为立宪政治一大原则无待赘述。人民对于行政官厅之违法处分损害权利提起诉讼，盖对于违反行政法规而言，非普通民商法也。官吏是否确守行政法规，行政部自应监督，勿待司法之阑入以束缚其自由裁量。故法国纯由行政官厅审判者，即本此意。（二）技术上之必要。行政管辖事务性质复杂……如以此等事件概付诸普通裁判，则裁判官既无各项专门知识，必不能审慎周详处理尽善也。若强为行之，技术不精，保无有拘文牵义、昧于事实之武断？征诸法国关于私权之审判，平政院往往优于普通裁判所者，其例不可枚举也。（三）控诉自由之必要。考法国人民控诉于平政院，由下级以至最上级，事实疑问、法律疑问皆可再审，殆无限制……至于讼费之减轻，手续之简便，皆所以增广控诉之自由，保障人民之权利。故较诸普通裁判所，其自由范围绰乎远矣。攻击者或又以为平政院审判官由行政部进退，恐受行政部之迫压为虑，则以保障法官者保障之，必能自由裁判，无所顾忌。故平政院之应设置，于事实、于理论均无不合。^[19]

[18] 虽然黄云鹏将法国最高行政法院（Conseil d'Etat）称作“平政院”，但似仅为便于理解而用。民国初年多数译为“参政院”（〔法〕斐德埒弥：《法国行政法》（上编），项方、张其棫、姜汉澄译，商务印书馆1912年版，第87页）或“国务参事院”（张东荪：“论著通裁判制度与行政裁判制度”，载《庸言》1913年第1卷第15号，第5页），1931年之后才有不少译为“平政院”者（驻巴黎总领馆：“法国之平政院”，载《外交部公报》1931年第3卷第12期，第191~193页）。故而，中国“平政院”的叫法未必是法国最高行政法院的对称。

[19] 参见“宪法起草委员会第十六次会议录”，载李贵连主编：《民国北京政府制宪史料》（第一册），线装书局2007年版，第462~463页。

虽然天坛宪草否定了平政院的设置，但民间版本的宪法草案则有较多的平政院支持者，例如，梁启超、李庆芳、汪荣宝、何振彝、席聘臣、王登父、吴贯因、姜廷荣等。^[20]

时任袁世凯政府法律顾问的日本学者有贺长雄也反对天坛宪草否定平政院的做法，主张德日模式的行政诉讼。他认为，行政官享有“察时势之所宜，考地方之情况，用适当之方法，便宜行事，以达法律之目的”的“自由裁量权”。该权力不可受到法院的掣肘。但自由裁量权也不能违背法律、侵害人民依据法律所享有的权利，故而应在法院之外另置“平政院”。^[21] 他还认为，虽然英美主义并非不可采用，但民国各事既已采用日、德、奥制度，唯独在行政诉讼上采用英美的做法，深恐枘凿不容，弊多利少。^[22]

2. 英美法系的一元制主张

这一派以英国的法治观为基础，主张由普通法院审理行政案件，其代表者有章士钊（爱丁堡大学）、王宠惠（耶鲁大学法学博士）。在辛亥革命前夕，章士钊发表了《吾国设立行政审判院在宪法上当作何意味乎——行政审判论》一文，根据英国戴雪（A. V. Dicey）对法国行政法的认识，反对采用行政法院，而主张一元制。其理由在于，采用行政法的国家，司法权受到侵蚀，司法不能独立。设行政审判院，适用行政法审理行政案件，这是“英美法家之所不解，英为宪政母国，美与其他操英语国承其流风，皆不赖行政法而治臻上理。在欧陆诸国采用行政法者，其行政、司法两部之间每有葛藤，其结果乃至司法不能独立，致宪法失其作用”。而且，采用行政法也不能与夙称平等的中国历史习惯相容。^[23] 章士钊的上述主张在天坛宪草中也得到了有力的支持。

王宠惠认为，大陆法系设行政法院存在四种弊端：其一，需另设权限争议法院，给国家增添无益的负担，给人民造成诉讼程序上的烦难；其二，行政法院为行政便利而设，其审判自然会有偏袒行政之虞；其三，容易造成人民轻视普通法院，对行政法院又怀有疑惧之念，如此无法令人尊重并信仰法院；其四，行政法院与行政关系密切，国民权利有被蹂躏之虞，即便公平判断，也难以满意。故而，实行民权之国，其人民与官吏在法律上平等，就应受同一法律的

[20] 参见前注〔1〕，夏新华、胡旭晟等整理书，第262、339、343、348、353、361、372、382页。

[21] 参见〔日〕有贺长雄：“共和宪法持久策”，载前注〔8〕，沈云龙主编书，第1678页。

[22] 参见〔日〕有贺长雄：“论宪法草案之误点”，载同上，沈云龙主编书，第1357页。

[23] 参见章士钊：“吾国设立行政审判院在宪法上当作何意味乎——行政审判论”（1911年9月30日、10月2、3日），载《章士钊全集》（第1卷），文汇出版社2000年版，第611~613页。此后章士钊还发表了大量批判平政院的文章：“论行政裁判所之不当设”（1912年2月22日），载《章士钊全集》（第2卷），第29~31页；“临时约法与人民自由权”（1912年3月18日），载《章士钊全集》（第2卷），第86~87页；“论特设平政院与自由原理之不相容”（1912年3月18日），载《章士钊全集》（第2卷），第104~106页；“复汪君叔贤书”（1912年3月21日），载《章士钊全集》（第2卷），第110~114页；“驳《神州日报》论保障人民自由权不宜效英国制废行政裁判所”（1912年4月7日），载《章士钊全集》（第2卷），第195~197页；“再妄贡已见于《神州日报》记者——论行政裁判制度答昨日《神州日报》”（1912年4月19日），载《章士钊全集》（第2卷），第205~207页；“进论行政裁判制度”（1912年4月22日），载《章士钊全集》（第2卷），第213~215页；“论行政裁判”（1912年5月4日），载《章士钊全集》（第2卷），第263~265页；章士钊：“论平政院——答储君亚心”（1914年8月10日），载《章士钊全集》（第3卷），第231~235页；“八厘公债案”（1914年8月10日），载《章士钊全集》（第3卷），第210~212页；“行政法”（1914年8月10日），载《章士钊全集》（第3卷），第213~222页；“论行政裁判”（1917年4月6日），载《章士钊全集》（第4卷），第61~65页。如此执着、不遗余力者，无出其右。



支配。^[24]

3. 考察中国现实的折衷式

考虑到中国行政与司法的关系，主张单独制定行政诉讼法，由普通法院行使行政审判权，其代表者为张东荪、汪叔贤。他们与二元制的主张一样，均首先肯定行政法的存在价值。但考虑到中国实情，设置一两个行政裁判所必不够用，遍地设立却又耗费巨大；由普通法院兼理行政裁判有利于节约经费。更重要的是，行政官署进行裁判，要么与自身被告身份不符，要么与被告声气相投。而法官本为独立，不畏行政威权。故而，不必特设平政院，而主张编制行政裁判法、行政诉讼法，由普通法院审理行政诉讼。^[25]

（二）平政院的制度模式

应当说，临时约法虽然有平政院、行政诉讼的规定，但究竟如何定位，则不得而知。正如有学者所指出：“今日之问题，不在平政院之宜设与否，而乃在设之之道若何、其权限若何、其地位若何、其性质若何耳。”^[26] 在有了《平政院编制令》、《行政诉讼法》之后，这一切方才尘埃落定。

“平政院”一词首次出现在 1912 年 1 月 27 日南京临时政府公布的《中华民国临时政府组织法（草案）》第 14 条，即“人民得诉讼于法司，求其审判。其对于行政官署违法损害权利之行为，则诉讼于平政院”。该草案由宋教仁负责起草。这一规定为“中华民国临时约法”第 10 条所继受。这是首次以国家立法确定了“平政院”。^[27]

1914 年，平政院依袁世凯大总统的《平政院编制令》组建成立。在参议院审议行政诉讼法时曾对平政院的组织立法权限产生争议。有委员认为，平政院的组织法应该由参议院立法；而议长及政府方面则认为此系大总统依据约法而享有的制定官制官规之权。^[28] 参议院最终未就平政院的组织另行立法。

在性质和功能上，依《平政院编制令》第 1 条规定：“平政院直隶于大总统，察理行政官吏的违法不正行为，但以法令属特别机关管辖者，不在此限。平政院审理纠弹事件，不妨及司法

[24] 参见前注〔1〕，王宠惠文，第 276 ~ 277 页。

[25] 参见张东荪：“行政裁判论”，《庸言》1913 年第 1 卷第 23 号，第 12 ~ 13 页；汪叔贤：“论平政院”，载《庸言》1914 年第 2 卷第 4 号，第 2 ~ 10 页。章士钊对此评价道，“张君口宗大陆，而迹蹈英美，妙则有之，新则未也”。前注〔1〕，秋桐（章士钊）文，第 9 页。张东荪、汪叔贤的主张与日本 1962 年《行政案件诉讼法》的做法是相同的，与我国现行 1989 年《行政诉讼法》也基本相同。

[26] 张东荪：“论普通裁判制度与行政裁判制度”，载《庸言》1913 年第 1 卷第 15 号，第 2 页。

[27] 张知本认为，平政院是孙中山先生在南京临时政府所命名的。参见前注〔7〕，黄源盛文，第 464 页脚注〔18〕。但按照孙中山先生自己的说法，“在南京所订民国约法，内中只有‘中华民国主权属于国民全体’一条是兄弟所主张的，其馀都不是兄弟的意思，兄弟不负这个责任”。孙中山：“在广东省教育会的演说”，载《孙中山全集》（第 5 卷），中华书局 1985 年版，第 497 页。“平政院”不是孙中山命名的可能性也较大。

康有为反对“平政院”的叫法。他赞成行政判官与司法判官分职，设置专门的行政裁判所，但在名称上不必从日本“行政裁判”之名，更不必创立“平政”之目，而应恢复原名为“都察院”，以令人“知旧制之美，增怀旧之情”。他在其“拟中华民国宪法草案”第 74 条中主张设立“都察院”审理行政诉讼案件（参见康有为：“拟中华民国宪法草案”，载《康有为全集》（第 10 集），中国人民大学出版社 2007 年版，第 77 ~ 78 页）。但这一建议自然不能为革命的政府所接受。但那种仅因“都察院”之名而将康有为归为顽固的保守派的观点，也不能予以认可。

[28] 参见前注〔13〕，《参议院代行立法院会议速记录》（第一册），第 17 ~ 18 页。

官署的行使职权”。故此时平政院为隶属于行政权下的特设机关，实行行政裁判制度，平政院审理行政诉讼案件。

在组织上，根据《平政院编制令》规定，平政院设院长一人，由大总统任命，指挥监督全院事务。平政院评事定额为 15 人，由年满 30 岁、且具有任荐任以上行政职三年以上或任司法职二年以上卓有成绩者担任，由平政院院长、各部总长、大理院院长及高等咨询机关密荐，由大总统从中选任。^[29] 评事在职时不得为政治结社及政谈集会的社员或会员，不得为国会及地方议会议员、律师、商业的执事人。平政院设三庭，每庭以平政院评事一人为主庭长，指挥监督该庭事务。平政院审理权以评事 5 人组织之庭行使。评事非受刑法的宣告及惩戒的处分，不得强令退职、转职及减俸。但评事若因精神衰弱及其他不治的障碍导致不能执行职务时，可由平政院院长呈请大总统予以退职。评事虽因受惩戒调查或刑事追诉被命解任尚未判决者，仍给以半额俸给。如此，评事行使职权享有身份保障权，为其独立行使职权提供了条件。

根据《平政院编制令》规定，平政院设肃政厅（第 6 条），肃政厅对于平政院独立行使其职权（第 13 条）。根据“中华民国约法”第 43 条规定，“国务卿、各部总长有违法行为时，受肃政厅之纠弹及平政院之审理”^[30] 肃政史对于人民未提起行政诉讼的案件可向平政院提起。另依据《纠弹法》第 1 条规定，对于有违宪违法、行贿受贿、营私舞弊及溺职殃民事件的官吏，肃政史均可依职权迳呈大总统纠弹。

平政院虽无行政法院之名，但与德、日的行政法院十分相似，^[31] 而与法国的国家参事院殆无相同之处。平政院不存在法国行政法院的咨询职能。全国只有一所平政院，而法国当时除了最高行政法院外，还有各省行政法院。法国的司法部长（后为总理）是最高行政法院的法定院长，且有较多高级行政官员充任参政员职务，^[32] 而平政院院长则是大总统另行任命的人，评事亦为专职人员。两者除了率属于行政系统外，在属性、机构、人员、职权等方面相去甚远。

对此平政院的制度模式，吴庚曾有评述，颇为精到：

我国行政争讼制度自始即受欧陆法制度之影响，民国三年袁世凯主持下之北京政府，设置平政院，其成员称评事而非判事（法官），从此类名称亦可得知有仿法国 *Conseil d'Etat*（即咨政院亦有译为中央行政法院）之意。但就平政院之结构加以分析，则系中西合璧、古今混杂之设计，平政院掌理“百姓告官”，其下又设有肃政厅，负责整肃官箴，有明清都察院或御史台之遗迹存在，肃政史之于平政院，颇似日后我国检察官与其配属法院间之关系。^[33]

[29] 平政院院长和评事阵容强大，多为一时之选，甚至有一人曾获得德国法学博士（马德润，1907 年柏林大学法学博士）。参见前注 [7]，黄源盛文，第 480 ~ 487 页。历任院长为汪大燮、周树模、钱能训、钱能训、周树模、熊希龄、夏寿康、张国淦、汪大燮、邵章、胡惟德。

[30] 从该条的成立过程亦可看出平政院与肃政厅相对独立的关系。参见《约法会议记录》，文海出版社 1968 年版，第 311 ~ 312 页。

[31] 日本行政法院的机构情况，可参见〔日〕美浓部达吉：《行政裁判法》，邓定人译，中国政法大学出版社 2005 年版，第 24 ~ 28 页。

[32] 参见前注 [18]，〔法〕裴德培弥书，第 90 ~ 91 页。

[33] 吴庚：《行政争讼法论》（第 3 版），自刊行 2005 年版，第 11 页。



三、民初行政诉讼制度设计的大陆法系内部选择

《行政诉讼法》共 35 条，分为行政诉讼之范围、行政诉讼之当事人、行政诉讼之程序、行政诉讼裁决之执行 4 章。在行政诉讼的制度设计上，既有大陆法系的一般做法，也博采众长，不拘一格。

（一）大陆法系共通的制度设计

《行政诉讼法》规定了不少诉讼的一般制度，例如，起诉期限（第 11 条）^[34]、诉讼代理人（第 6~7 条）、诉状的内容（第 15 条）、被告的答辩（第 21 条）、评审的回避（第 27 条）、裁决的既判力（第 4 条）、拘束力（第 24 条）等。此外，《行政诉讼法》还规定了一些大陆法系行政诉讼的共通制度，主要包括以下几项内容。

1. 合法性审查

在传统行政法中，行政诉讼与行政复议存在功能上的明显差异，行政复议可以进行合理性审查，而行政诉讼则只能进行合法性审查。奥地利 1875 年行政法院法第 3 条规定，行政机关自由裁量行使权限时，排除行政法院的审查权，^[35] 开创了裁量不予审查的立法先河。我国行政诉讼法虽然没有明确规定不审查行政行为的合理性，但其第 1 条规定的受案范围明确指明的只有“违法处分”。而《诉愿法》第 4 条规定，人民对于中央或地方官署的不当处分提起诉愿时，以中央或地方最高级行政官署的决定为最终的决定。结合《诉愿法》第 3 条规定，只有对于违法处分及其诉愿决定不服的，方可向平政院提起行政诉讼。^[36]

2. 损害赔偿诉讼的排除

在行政诉讼中，排除损害赔偿的审理是大陆法系的多数做法，只有法国在 1873 年的布朗戈案件中确立了国家赔偿责任，并由行政法院加以审理。^[37] 《日本行政裁判法》第 16 条规定：“行政裁判所不受理损害赔偿的诉讼。”我国《行政诉讼法》第 3 条亦规定：“平政院不得受理要求损害赔偿之诉讼。”其理由在于，损害赔偿属于私法性质。虽然决定赔偿的原因行为是否违法属于公法问题，但有无求偿权及其范围如何，则是民事案件。明确规定有助于排除疑义。^[38] 只要损害赔偿的民事诉讼途径畅通，这种做法就无可厚非。即便是今天的德国、日本，在程序上，其国家赔偿诉讼仍遵循民事诉讼程序，在实体上，国家赔偿法是民法的特别法。

[34] 《行政诉讼法》第 11 条规定，“行政诉讼，自中央或地方最高级行政官署之违法处分书或最高级行政官署决定书达到之次日起，除行程日不算入外，于六十日内提起之”。在该期限内遇有事变或故障导致逾期的，应向平政院声明理由，由平政院许可（第 13 条）。这与《日本行政裁判法》第 22 条关于起诉期限及其中止的规定是基本一致的。

[35] 参见〔日〕田村悦一：《自由裁量とその限界》，有斐阁 1967 年版，第 6 页。

[36] 平政院在审判中也是如此处理的。例如，在刘裕源不服盐务署维持长芦盐运使撤销南苑子店决定案中，平政院指出：“此种惯例并无法律根据，主管官署有随时自由裁量之权，非该商所得藉口，亦非本院所能过问也。”黄源盛纂辑：《平政院裁决录存》，自刊行 2007 年版，第 431 页。

[37] 参见王名扬：《法国行政法》，中国政法大学出版社 1989 年版，第 574~575 页。中国在 1932 年《行政诉讼法》、1989 年《行政诉讼法》中将损害赔偿诉讼纳入行政诉讼的范畴。

[38] 参见钟廉言：《行政法总论》，朝阳大学法律科讲义 1927 年版，第 267 页。

3. 诉讼不停止执行

诉讼不停止执行是德国首创的做法，这是确保行政效率的需要。《日本行政裁判法》第 23 条效仿德国规定：“除法律敕令有特别规定外，行政诉讼不停止行政厅之处分及裁决的执行。但行政厅及行政裁判所依职权或依原告的申请，认为必要者，可停止其处分或裁判的执行。”我国《行政诉讼法》第 14 条的规定基本雷同：“行政诉讼未经裁决以前，除法令有特别规定外，行政官署之处分或决定，不失其效力。但平政院或行政官署认为必要或依原告之请求，得停止其执行。”

4. 职权主义

在行政诉讼中，大陆法系常采用职权主义，在民事诉讼中则常用当事人主义。行政法院可以依职权审理，而依据职权调查证据，以查明真相监督行政。《日本行政裁判法》第 41 条规定，当事人不出庭，行政裁判所不中止审判，可以迳行判决。第 38 条规定，行政裁判所可以就其认为必要的证据对证人、鉴定人进行传唤审问；可以委任评定官、嘱托普通法院或者行政机关进行调查。与此相似，我国《行政诉讼法》第 18 条规定，“诉讼当事人已提起之诉讼，未经平政院许可后，不得请求撤销”。如此，诉讼程序的进行不由当事人主导。第 25 条规定，“原告被告或参加人所提出之证据外，庭长认为必要时，得传证人或鉴定人证明或鉴定之”。第 28 条也规定，“平政院得派遣评事或嘱托司法官署、行政官署调查证据”。如此，证据的调查也不以当事人所举证据为限。^[39]

5. 先决问题的处理

《行政诉讼法》第 31 条规定：“行政诉讼中诉讼当事人同时在司法官署提起民事诉讼时，经庭长认为必要时，俟民事诉讼判决确定后，行其审理。”这与《日本行政裁判法》第 39 条是相同的。^[40] 在法案审议时，有委员指出：“此系尊重司法权，用意亦属甚善。但行政诉讼是因行政官署之违法处分而提起，原不能让归司法官署先行审判。本条如此规定，当系一种先决问题。”^[41] 这就清楚地说明了该条所适用的情形。待先决问题中的私权确定后，再行行政诉讼的审判。如此明确地列于《行政诉讼法》之中，有助于理顺两种诉讼之间的关系。

（二）其他制度的中国选择和创造

在共通的行政诉讼制度之外，因行政诉讼涉及行政权与司法权的关系，各国往往要基于自身的国情而作出特别规定，甚至会创立某些独特的制度，1914 年的《行政诉讼法》就是如此。

1. 受案范围的概括主义

普鲁士和日本等国均采用列举主义。^[42] 《日本行政裁判法》第 15 条第一款规定：“行政裁

^[39] 有学者认为，审理方式的职权主义系效仿德国的巴伐利亚等邦。普鲁士实行的是不干涉主义或当事人陈述主义。参见武乾：“论北洋政府的行政诉讼制度”，《中国法学》1999 年第 5 期，第 125 页。因其并无出处说明，似难以采信。

^[40] 该条规定：“行政裁判所在审问案件过程中，相关的民事诉讼被提起，行政裁判所认为有必要等待普通裁判的确定时，可以中止其审判。”

^[41] 前注〔13〕，《参议院代行立法院会议速记录》（第一册），第 8 页。

^[42] 普鲁士采取列举主义，其背景之一在于当时的德国盛行理性主义。立法已经预测了现实可能出现的所有情形，司法者仅需适用，而无需解释乃至造法。参见〔德〕卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（上），王晓晔等译，法律出版社 2004 年版，第 32~33 页。



判所审判法律敕令允许向行政裁判所起诉的案件。”唯有法律、敕令列举者，方可起诉。《关于行政厅违法处分的行政裁判案件》（1890年法律）则规定，除法律敕令另有规定外，只有其列举的五种案件因行政厅的违法处分毁损权利的，可向行政法院起诉。^[43]这一规定也为清末的《行政裁判院官制草案》第9条所采纳。但《行政诉讼法》则没有采取这种列举主义，其第1条规定：“人民对于左列各款之事件，除法令别有规定外，得提起行政诉讼于平政院：（一）中央或地方最高级行政官署之违法处分，致损害人民权利者。（二）中央或地方行政官署之违法处分，致损害人民权利，经人民依诉愿法之规定，诉愿至最高级行政官署不服其决定者。”显然，该法采用了概括主义，此系效仿奥地利的做法，显示出其时代的进步性。

之所以采用了概括主义，政府特派员在参议院审议时作出了说明：

行政诉讼之范围，有采列举者，有采概括者，亦有兼采者。自共和成立三年以来，行政官署之违法处分指不胜屈，故本法采概括主义之规定，系为保障人民权利之意。^[44]

1917年1月10日，北京政府以训令的形式发布《限制平政院受理诉讼范围令》规定，“据国务总理呈请关于平政院受理诉讼之范围，应依照行政诉讼法以各官署违法处分之令为限，其已经各官署呈奉令准之案，平政院即可毋庸受理等语，应准如所拟，即由该院遵照办理。”^[45]但要满足无可依的行政法和大总统批准这两个条件并非易事，故而行政干预并不多见。

2. 诉愿前置主义兼采直接起诉

在与诉愿的关系上，《行政诉讼法》兼采直接诉讼主义与诉愿前置主义。按照《行政诉讼法》第1条规定，行政诉讼的提起原则上须先诉愿，到最高级官署的决定仍不服时，方能提起行政诉讼。对于中央或地方上级官署的处分不必经诉愿程序，可直接起诉至平政院。法国、德国等的法律上，行政诉讼案件中有直接可依行政诉讼程序请求国家裁夺的，有不得直接提起诉讼，而须依行政上其他救济方法，对于其决定仍不服时方能提起诉讼两种。前者被称为原始的诉讼案件，后者被称为复审的诉讼案件。^[46]我国行政诉讼法的这一规定沿袭了日本的做法，即以诉愿前置为原则，直接起诉为例外。《日本行政裁判法》第17条规定，“除法律敕令有特别规定外，非经向地方上级行政厅提起诉愿获得其裁决，不得提起行政诉讼”；“对各省大臣的处分，内阁直辖官厅或者地方上级行政厅的处分，可以直接提起行政诉讼”；“向各省或者内阁提起诉愿的，不得提起行政诉讼”。

3. 审级上的一审终审主义

在审级制度上，采用了一审终审主义。该法第4条规定：“行政诉讼经平政院裁定后，不得

[43] 具体而言：①除关税外，课予租税及手续费的案件；②关于滞纳租税的处分案件；③关于营业许可的拒绝、撤销案件；④关于水利土木的案件；⑤关于查定土地属于官有、民有的区分案件。

[44] 参见前注〔13〕，《参议院代行立法院会议速记录》（第一册），第11页。

[45] “限制平政院受理诉讼范围令”，《司法公报》第73期（1917年），第46页。

[46] 参见前注〔38〕，钟赓言书，第267页。

请求再审。”^[47]这一规定基本上沿用了奥地利、日本的做法。奥地利之所以实行一审制，其理由在于，行政裁判的目的在于确保行政事件的合法与公平，要从行政裁判的本体上确保这一目的的实现。而且奥地利实行诉愿前置主义。^[48]《日本行政裁判法》第17条规定，“除法律敕令有特别规定外，非经向地方上级行政厅提起诉愿获得其裁决，不得提起行政诉讼”；“对各省大臣的处分，内阁直辖官厅或者地方上级行政厅的处分，可以直接提起行政诉讼”；“向各省或者内阁提起诉愿的，不得提起行政诉讼”。第19条规定，“对行政裁判所的裁判不得请求再审”。而当时的法国在中央设国家参事院，在地方则设各省参事院，^[49]德国各邦采取的却是多级审判制。^[50]

在参议院审议草案时，曾引起激烈的争论。有委员指出：日本之所以采用一审制度，系因地方偏小、事甚简单、交通又甚便利，故而一审制度尚属可行。中国若效仿日本，则会导致平政院事务太繁，大有应接不暇之势，而且会增重人民的困苦。故而建议中国行政诉讼法最好取二审制度。日本的一审制度是效仿奥地利。但奥地利也有外省行政诉讼，以为补助，而非纯粹的一审制度。若德国审理参事会之类，专为审理各省的行政诉讼案件。对此，政府特派员张名振作出解释：

关于行政诉讼中央设立裁判机关，欧洲大陆各国大率如此。中国所以取法日本者，亦因与欧洲各国国情不同。政府去年亦有设立平政院分院之提议，因经费过巨，此议未能见诸实行。尚有一层，政府已提出诉愿法案，如《诉愿法案》第1条第一款人民对于中央或地方下级行政官署之违法处分致损害人民权利者，得提起诉愿。此即于行政诉讼法外另规定一种诉愿机关，兼理行政诉讼事件。又因审理各地方人民提起诉讼便利起见，所以有第一章第四条之规定，即是采取分院之意。^[51]

[47] 行政诉讼法草案的规定与日本行政裁判法的写法完全一致，即“对于平政院（行政裁判所）的裁决不得请求再审”，但审查会将其修改为现在的表述，理由是“文字较为明了”。参见《参议院代行立法院会议速记录》（第四册），中央研究院近代史研究所档案馆（台湾地区），宗号39-（4），第2页。

[48] 参见前注〔38〕，钟赓言书，第257、260页。奥地利直到2014年才将一审终审制改为二级二审制。根据2012年奥地利宪法修正案，自2014年1月1日起，九个州各设立一个州行政法院，联邦设立一个联邦行政法院（Bundesverwaltungsgericht）和一个联邦财政法院（Bundesfinanzgericht）。这11个法院均为一审法院，而最高行政法院（Verwaltungsgerichtshof）从此只作为二审法院，受理对一审行政法院判决的上诉。联邦行政法院负责审查联邦直接行政，其组织等由联邦法律规定；州行政法院负责审查属于州的行政事务、联邦间接行政以及其他所有不属于联邦直接行政的事务（例如自治行政团体等），其组织等由州法规定。感谢慕尼黑大学博士生田伟提供的信息。

[49] 国家参事院（最高行政法院）是享有一般管辖权的初审法院，省参事院管辖法定的特定事项。法国直到1953年才将省际参事院（1926年由省参事院合并而来）改为地方行政法庭，由特定权限的法院变成了行政诉讼的初审法院，1987年增设上诉行政法院，由此才演变为二审制原则。参见前注〔37〕，王名扬书，第627~628、619页。

[50] 参见前注〔38〕，钟赓言书，第255页。

[51] 参见前注〔13〕，《参议院代行立法院会议速记录》（第一册），第4页。



为了弥补平政院单一设置的缺陷,《行政诉讼法》采取了两个补救的办法:第一是限定行政诉讼的范围,除了中央或地方最高级行政官署的违法处分之外,中央或地方行政官署的违法处分须经诉愿方可提起行政诉讼。这是效仿奥地利的做法,它实际上是将诉愿当成了下级行政诉讼。根据《诉愿法》第 2 条规定,诉愿之后不服其决定者还可以向直接上级行政官署再提起诉愿。充分发挥诉愿的功能,有助于纠纷的迅速解决。第二是临时合议庭的组织。《行政诉讼法》第 5 条规定,“平政院因审理之便利或必要时,除地方最高级行政官署为被告之行政诉讼外,得由平政院长属托被告官署所在地之最高级司法官署司法官并派遣平政院评事组织五人之合议庭审理之。其庭长由平政院长指定”。有学者指出,这种临时合议庭虽无平政分院之名,却有平政分院之实。由司法官临时充当平政院评事,本属一时权宜之计,虽稍有不能贯彻之处,但也不足以深咎。其好处在于,加入被告官署所在地的司法官,有利于获得事实的真相,也可以免去人民长途跋涉之苦。^[52] 这种权宜之策是奥地利、日本所没有的。

4. 肃政史的特别主体资格

除人民可提起行政诉讼外,《行政诉讼法》还设计了一套特别制度,那就是肃政史兼有补充的诉权。其宗旨在于在救济人民权利之外澄清吏治,延续中国已有的传统经验。^[53] 根据该法第 12 条的规定,人民经过起诉期限而未起诉、或者经过诉愿期限而未提起诉愿的,肃政史在起诉、诉愿期限经过后 60 日内提起诉讼。

《行政诉讼法》草案第 18 条曾规定,“诉讼当事人已提起之诉讼不得请求撤销,但肃政史所提起之诉讼不在此限”。这与普通诉讼法完全相反,何以人民不能撤销诉讼,肃政史可以撤销诉讼呢?特派员张名振指出:

此条本系采用普国制度规定,理由亦以行政诉讼与普通诉讼不同。因恐人民业经提起诉讼,其被告多为官署。若官署以威嚇或运动使人民畏怯而自请撤销,则行政诉讼之威信不免丧失。故人民提起之诉讼不得撤销。肃政史为国家机关,其提起诉讼,如一经审查,并非违法,或其自己发见有并非违法之证据,则可准其撤销。

第 19 条第 (一) 项之规定系对于人民以为得附理由驳回之,至对于肃政史所提起者不适用此规定而加以例外者,乃系尊重国家设立肃政史之精神。但经提出即应一律加以审理,不独对于肃政史提出者为然。即对于人民原则上亦应受理。此亦保障人民权利之意。^[54]

这种不得撤销诉讼的做法是日本行政裁判法等所没有的,因其具有“保障人民权利之意”而为《行政诉讼法》所采纳。对于肃政史可以撤销的规定,在审议中被认为甚为不妥,肃政史与人民事同,应一律对于已经提起的诉讼不得撤销。^[55] 最后第 18 条被修改为:“诉讼当事人已

[52] 参见前注〔38〕,钟赓言书,第 261~262 页。

[53] 宋教仁就曾主张与行政审判院平行设立官吏的惩戒裁判所。参见宋教仁:“论都察院宜改为惩戒裁判所”(1911 年 8 月 2 日、3 日),载陈旭麓主编:《宋教仁集》(上),中华书局 2011 年第 2 版,第 282~284 页。这与《行政诉讼法》(特别是肃政史的设置)之间具有思想上的渊源关系。

[54] 参见前注〔13〕,《参议院代行立法院会议速记录》(第一册),第 6、9 页。

[55] 参见前注〔47〕,《参议院代行立法院会议速记录》(第四册),第 3 页。

提起之诉讼，非经平政院许可后，不得请求撤销。肃政史所提起之诉讼亦同。”

在袁记约法失效后，1916年6月29日，黎元洪大总统裁撤肃政厅，^[56] 行政诉讼法的这一特别规定亦无从适用。至此，平政院的功能变得单一化。

5. 判决和执行方式

奥地利的行政裁判法规定行政法院只有撤销的权限，不得在撤销之外作其他裁决。我国行政诉讼法则与法国、^[57] 日本相同，^[58] 平政院的裁决除维持原处分外，不仅可对原处分或原决定作出撤销裁决，也可以作出变更裁决。变更的方式有两种：第一，由平政院在裁决中直接决定其法律关系；第二，平政院只是裁决原处分或原决定应行变更，至于如何变更，则仍由行政官署以处分进行。^[59] 平政院十四年间审理的案件虽然不多，但撤销、变更被诉行为者分别占24%、22%。^[60]

在行政诉讼裁判的执行方式上，中国亦有其特别之处。《日本行政裁判法》第21条规定：“行政裁判所判决的执行可以嘱托于普通法院。”而中国行政诉讼裁决的执行则依赖于大总统的批令。《行政诉讼法》第33条规定：“行政诉讼裁决后，对于主管官署违法处分应取消或变更者由平政院长呈请大总统批令主管官署行之。”一旦有大总统批令，裁决在行政系统的执行就会变得较为简单。《平政院裁决执行条例》第3条甚至还规定，“主管官署对于行政诉讼事件，不按照平政院裁决执行者，肃政史得提起纠弹，请付惩戒”。只是在肃政史制度被废除后，该特别规定也相应失效。

四、余论：民初行政诉讼法的影响与命运

自清末立宪修律以后，其法制整体上迈入了大陆法系的轨道。自民国伊始，虽然在宪法层

[56] 参见《政府公报》第175号（1916年6月30日），载前注〔10〕，中国第二历史档案馆整理编辑书，（第88册），第567页。之所以裁撤肃政厅而保留平政院，可能是因为肃政厅是袁记约法创设的制度，而平政院则是临时约法本来就有的制度。

[57] 王名扬称，在完全管辖权之诉（损害赔偿诉讼、行政合同诉讼是狭义的完全管辖权之诉）中，法官行使全部审判权力，可以变更行政机关的决定。参见前注〔37〕，王名扬书，第665页。张莉也同样指出法国行政法院具有这一权力。参见张莉：《当代法国公法——制度、学说与判例》，中国政法大学出版社2013年版，第311~312页。但狄骥曾指出：法国行政法院“修正了行政机关的那些不合规范的裁定，但它并没有用自己的裁决来取代它们”。〔法〕狄骥：《公法的变迁》，郑戈译，商务印书馆2013年版，第175页。不过，狄骥似仅就越权之诉而言。

[58] 参见前注〔31〕，〔日〕美浓部达吉书，第173~174页。

[59] 参见前注〔38〕，钟赓言书，第284~285页。

[60] 该数据系黄源盛从其收集到的187件裁判中计算得出，参见黄源盛：“自序——民初平政院裁决书整编与初探”，载前注〔36〕，黄源盛纂辑书，序言，第89~90页以下。对于变更判决，由于平政院属于行政系统，故而也不存在违反分权原则的问题。查阅该书所载的裁决，在39份变更判决中，又以法律关系较为明晰的产权类案件（11份）居多。据赵勇的统计，平政院共审理275件案件，其中144件维持裁决、61件变更裁决、69件取消裁决、1件不详。参见赵勇：“民国北京政府行政诉讼制度研究”，西南政法大学2012年博士学位论文，第188页。两者比例大致相同。



面上走上了模仿法美成规、采用三权分立的道路，但在行政法制上，仍在效法大陆法系、特别是日本法。1913年《行政执行法》模仿日本《行政执行法》而制定，更是推动了行政法制大陆化的进程。1914年《行政诉讼法》舍弃了任何人都接受普通法院依据同一法律作出裁判的戴雪式英国法治观，而采用了用特别机构依据特别法就行政争议作出裁判的大陆法系模式。基于行政诉讼制度在行政法中的特别功能，《行政诉讼法》的制定和实施，可谓最终形成了中国行政法制大陆法系化的重要支点。

民初的《行政诉讼法》是一种组合，既有大陆法系的一般经验，也有本土化的思考（诸如肃政厅、大总统批令的保障裁决执行、平政院的委托审判和派出法庭等），但它没有过分强调国情，更没有表现出对国外行政诉讼经验的抵触心理。虽然立法者也会根据本国的实情在各种外国做法之间进行取舍，但在选择时往往选择了当时最先进的制度。这使得中国第一部行政诉讼法从一开始就具备了世界的眼光，使得法律文本具有了先进而较为完备的形式。这或许也显示出立法者秉承立宪主义，尊重国外行政诉讼的一般经验，期望平政院式行政诉讼制度能在抑制行政权滥用方面发挥其应有的作用。

平政院式的行政诉讼制度虽然在之后的多次宪法草案审议再生争议，^[61]在制度运作时也有些许变化，但行政诉讼法的总体设计一直处于实施的状态。《行政诉讼法》的这种制度组合，从其已知的裁判文书来看，也应当给予一定的积极评价。^[62]1928年底，北洋政府时期结束，其行政诉讼法也退出了历史舞台，1932年代之以新的《行政诉讼法》。

[61] 在清末尚无宪法之前，就有了《行政裁判院官制草案》；在预备立宪中，设想的行政审判院及行政审判院法也先于宪法而制定。1912年临时约法虽然规定了平政院，但在随后的两年多时间里并未设置。虽然1913年“天坛宪草”否定了平政院的设置，1914年的袁记约法却确认了临时约法的规定。1916年重启天坛宪草再度否定平政院的设置，1919年“中华民国”“宪法”草案第74条却又肯定了平政院的设置，而1923年“中华民国”“宪法”第99条再次否定了平政院，改由普通法院受理行政诉讼。但现实中，平政院行使职权直至1928年底才结束。这一反反复复的历程可以说明：一方面，“没有宪法，就没有行政法”（行政诉讼法），在法制后进国家的现实中未必成立。无论是形式意义上的宪法还是实质意义上的宪法，从清末民初的历史来看，均可以给出上述否定的结论。从总体上规范国家权力的立法（宪法）与规范行政权的立法（行政法），可以毕其功于一役，甚至后者可以先于前者发生。另一方面，行政诉讼制度是必不可少的客观现实需求。对于官民纠纷，必须建立专门制度去解决，必须由具有独立性的专门机构去裁断。

[62] 关于其总体情况的介绍，可参见前注〔36〕，黄源盛文，第37页以下；蔡志方：“我国第一个行政诉讼审判机关——平政院”，载氏著：《行政救济与行政法学》（一），三民书局1993年版，第277~295页。对于其实施状态，因相关信息不足，尚无法作出适当评价。黄源盛及其弟子共收集187件裁决文书，辑成《平政院裁决录存》（黄源盛纂辑，自刊行2007年版），但这并非平政院的全部文书。有人依据《政府公报》的公布统计，平政院共审理275件案件。参见前注〔60〕，赵勇文，第188页。这也不是全部。有人查阅中国第二历史档案馆平政院档案发现，仅1915年1~6月，平政院就审理240件案件。周颖：“北洋政府时期的‘民告官’略论——以平政院为中心的考察（1914~1928）”，《宿州学院学报》2007年第1期，第34页。但周颖之文并未详述统计的依据和方式，疑其将裁定驳回起诉的情形也计算在内。平政院究竟审理过多少案件，未有定论。