

行政訴訟與司法審查概念之異同

楊 寅

一、行政訴訟的涵義

由於各國法律傳統和具體實踐的不同，人們對“行政訴訟”的理解並不一致，但是，在比較法的意義上，“行政訴訟”是屬於以法國和德國為代表的大陸法系行政法上的制度。中國大陸行政法學者一般將法國的行政訴訟描述為：行政法院（Counsel d' Etat）根據當事人的申請，對於行政活動的合法性進行審查，對違法行為給予救濟的活動。^(註1)其實，以上定義所涉及的只是法國行政法上“行政審判”（la juridiction administrative）的概念。^(註2)在法語中，字面意義上的行政訴訟是指所有因公

立行政機構的行為組織訴訟的活動，^(註3)“行政訴訟”這個用語本身只涉及法院（包括普通法院和行政法院）對行政活動的監督，而不涉及審判權的歸屬問題。在德國，由於其行政法的起源和法院體制同法國行政法存在關聯和一致性，所以，德國（聯邦）的行政訴訟一般是指行政法院（Verwaltungsgericht）解決不屬於憲法範圍內的公法爭議的活動。^(註4)

在中國，“行政訴訟”無論是作為一種術語的引進還是作為一種制度的推行，應該說都是中國傳統法律制度在近、現代化過程中對歐洲大陸法系和日本法相關制度借鑒的結果。^(註5)在中國歷史上，實質意義上的有關行政訴

* 本文最早以《行政法學中“行政訴訟”與“司法審查”的關係》為名發表于《華東政法學院學報》1999年第1期；此後，作者對該問題進行了更多思考與歸納，現對舊文予以整理、擴充而成此文。

註1：董璠興：《外國行政訴訟教程》，中國政法大學出版社1988年版，第12頁。

註2：在法國，行政訴訟和行政審判是兩個不同的概念，後者才是中國行政法學界通常所理解的行政訴訟。這種區別不僅是因為從漢語的字意上理解，行政訴訟活動的主體應比行政審判的主體寬泛；同時，更為重要的是，在法國，行政訴訟並非完全是屬於行政法院的許可權範圍，它有可能是由普通法院來處理的。參見王名揚：《法國行政法》，中國政法大學出版社1989年版，第531頁。

註3：[法]莫里斯·奧裏烏：《行政法與公法精要》，龔覓等譯，遼海/春風文藝出版社1999年版，第1167頁。

註4：于安：《德國行政法》，清華大學出版社1999年版，第172-174頁。

註5：在概念上，日本的行政（案件）訴訟不僅有別于行政過程中的行政爭訟（即行政機關實施的裁判活動）；同時，行政訴訟同行政審判這個概念的區別也同中國行政法學研究中人們的慣常理解不同。在日本，作為一個學術上的用語，行政審判是指從行政機關系統中獨立出來的行政委員會或者與此類似的行政機關通過准司法程式而進行的裁決活動。也就是說，日本行政審判的主體並非是法院，行政審判是特殊的行政爭訟。參見[日]鹽野宏：《行政法》，楊建順譯，法律出版社1999年版，第253頁，第281頁。





訟的立法構想可以追溯至清朝末年。鴉片戰爭之後，清朝政府開始組織了一系列對西方國家與日本行政法制度的翻譯工作。^(註6)宣統2年12月，在憲政編查館大臣奕劻擬呈修正憲政逐年籌備事宜折中，就明確提出了設立行政裁判院的意圖，並擬制了《行政裁判官制草案》，該草案雖未最終頒行，但是，其中的一些內容卻體現了近代西方（歐洲大陸）行政訴訟制度對當時清朝的影響。^(註7)

清朝末年未能實現的頒行“行政審判法”，建立行政裁判院的努力在中華民國時期得以繼續並最終實現。1912年3月12日，中華民國南京政府頒佈了憲法性質的《中華民國臨時約法》。該法第49條規定：“法院依法律審判民事訴訟及刑事訴訟，但關於行政訴訟及其他特別訴訟，另以法律定之”。也就是說，在中國，從詞語表達的起源來看，“行政”和“訴訟”合為一體的正式表述最早可見於1912年3月公佈的《中華民國臨時約法》。此後，行政訴訟一語在中華民國時期一直沿用。

20世紀80年代初期，行政法在中國大陸得以復蘇和發展，行政法學在概念和體系上仍

主要沿襲大陸法系行政法，^(註8)“行政訴訟”一語也被繼續使用。至此，中國大陸行政法學界雖然對“行政訴訟”這一概念仍有不同理解，但是大多時候，此概念皆被表述為：人民法院根據當事人的起訴，依法按司法程式處理行政爭議並作出裁判的活動。^(註9)此概念符合中國大陸地區行政法律制度的實際發展狀況，本身無甚非議。問題在於，20世紀90年代以來，在大陸行政法學研究和法律實務中，作為源於歐洲的“行政訴訟”同引自普通法系的“司法審查”這兩個概念時常被人們所混淆、誤用。其原因在於，人們忽視了不同法律文化的實際區別，而“一廂情願”地認為兩者完全可以等同、互換。

二、行政訴訟是否等同於司法審查

普通法（common law）傳統中的“司法審查”（judicial review）就是中國（大陸）現行的行政訴訟制度的說法，在大陸行政法學界對英美行政法研究借鑒的初期曾經存在。今天，由於人們已經瞭解到英美法傳統中司法審查制度還包括了違憲審查在內，而這一點既不是中

註6：可參閱田濤、李祝環：“清末翻譯外國法學書籍評述”，《中外法學》2000年第3期，第366-367頁。

註7：該草案前言指出：“今各國有行政裁判院，凡行政各官之辦理違法，致民人身受損害者，該院得受其呈控，而裁判其曲直，英、美、比等國以司法裁判官兼行政裁判之事，其弊在於隔膜，意、法等國則以行政衙門自行裁判，其弊在於專斷。惟德、奧、日本等國，特設行政裁判衙門，既無司法權侵害行政權之虞，又免行政官獨行獨斷之弊，最為良法美意，今採德、奧、日本之制，特設此院，明定許可權，用以尊國法，防東蠹，似于國家整飭紀綱，勤恤民隱之意不無裨益”。轉引自蔡志芳：《行政救濟與行政法學》（一），臺灣三民書局印行1993年版，第248頁。

註8：這一概括主要是針對20世紀80年代初以《行政法概要》（1983年法律出版社版）為代表的行政法教科書和術語上的特徵而言。王名揚先生參加了《行政法概要》一書的編寫，並對其體系的確定起到了重要影響。他認為，該書在體系上主要是借鑒了法國行政法。摘自筆者的“王名揚先生訪談錄”，1995年3月28日於北京。

註9：對大陸行政訴訟概念的全面討論，可參見楊寅：《行政訴訟概念重解》，《中國法學》2002年第4期。

國也不是大陸法系行政訴訟制度所包涵的內容，^(註10)所以，與過去完全一樣的誤述已不再有。然而，在中國大陸目前的行政法學研究以及有影響力的行政法和行政訴訟法教科書中，依然會經常出現諸如“兩大法系行政訴訟制度比較研究”、“英美法系的行政訴訟制度”、“英美行政訴訟主要強調司法審查，以司法審查為核心”、“行政訴訟是資本主義商品經濟的產物”等類似的表述。

這些表述在邏輯上沒有任何錯誤，因為，對類似社會糾紛的解決在現代不同傳統的法治國家會有制度上的相似性。這種相似性在以司法方法解決行政爭議領域的推論就是一一世界上許多國家都存在著由司法或准司法機構解決行政爭議的“行政訴訟制度”。此種觀點的不妥之處在於，邏輯上有關某一類事物具有某一種屬性和特徵的演繹結論，並不能必然且真實地說明該類事物中每一個個體皆具有該種屬性。實踐中，邏輯真實往往代替不了話語真實。

當把“行政訴訟”這一說法翻譯成“administrative litigation”或“administrative proceeding”給一位普通法國家的憲法或行政法學者聽時，如果該學者原來對中國或者大陸法系行政法的特徵一無所知的話，那麼他或她要麼

會完全不理解上述關於行政訴訟的翻譯為何義，要麼會把所翻譯的英文表達理解為普通法中行政裁判（administrative tribunal）對行政爭議的裁決活動。其實，中國學者所習慣的“administrative litigation”（行政訴訟）或“administrative trial”（行政審判）這樣的英文表達方式在英文法律辭典中很難找到。因為，在英美法系的理念中，“訴訟”是法院的專有活動，法院也只會有一類，^(註11)所以，“行政”不能與“訴訟”連用。^(註12)英人戴雪(Dicey)對法國行政法的“經典”誤解即源於此。從防止行政專橫的角度出發，戴雪認為行政機關不應行使司法審判權，從而貶低法國行政法院乃至法國行政法的作法固然偏頗，但是，強普通法學者之所難，讓其在概念上把自己的司法審查換作行政訴訟去表述同樣也甚是不妥。可以說，意識到英國和美國沒有大陸法系以及中國行政法學者所理解的行政訴訟制度，^(註13)是行政法學界正確使用“行政訴訟”和“司法審查”兩個概念的前提。

從比較法的角度而言，儘管“行政訴訟”在話語上得以在中國大陸普遍使用，但在本質上，大陸的行政訴訟制度並非法國—德國模式的行政訴訟制度，其根本理由在於前者並不存在獨立的行政法院體系。^(註14)換句話說，大陸

註 10：在以法國和德國為代表的歐洲國家，違憲審查的權利通常是由專門的憲法法院來行使。

註 11：英國歷史上所存在的星法院（Star Chamber），地方存在的治安法院（Magistrate Court）以及作為最高司法上訴機構的上議院（House of Lords）上訴委員會（Appeal Committee）不在此處的論述範圍。

註 12：中國學者往往難以理解的另一概念是美國行政法上的“行政法法官”。行政法法官（administrative law judge）指的是依據《聯邦行政程式法》而存在的、在行政程式階段主持聽證的官員，所以其又稱為 hearing officer 或 hearing examiner。行政法法官既非美國法院的法官，更非法德行政法傳統中的行政法院的法官。

註 13：羅豪才、應松年：《行政訴訟法學》，中國政法大學出版社 1990 年版，第 6 頁。

註 14：比較而言，中國大陸行政訴訟制度與以法國、德國為代表的大陸法系行政訴訟制度存在著系列區別，主要在於：（1）對行政與司法關係的理解以及法院體系不同，中國大陸無獨立的行政法院系統和行政法官；（2）大陸人民法院對行政案件的裁決不適用判例；（3）大陸行政訴訟的受案範圍以列舉為限，在本質上為特定主管，因此，其範圍窄於法國和德國；（4）法國和德國





的行政訴訟制度在概念的表達上貼近於大陸法系，而在由一元法院制度解決行政爭議這一點上，中國大陸的制度又同英美的司法審查制度相同。正因為這樣，中國大陸的行政法學者更容易混淆或者模糊“行政訴訟”與“司法審查”兩個概念的界限。

三、中國大陸的司法審查是否等同於普通法傳統的司法審查

英美法國家對英國傳統法律制度的繼承程度不盡一致，^(註15)但是，在單一的普通法院可以對行政行為（包括行政決定行為和制定規則行為，即 decision-making 和 rule-making）的合法性與合憲性進行審查這一點上卻是共同的。^(註16)根據英美法的一般解釋，司法審查是指一種從行政機構上訴(appeal)於法院，並由法院對行政決定的事實問題 (the findings of fact) 或法律問題(the finds of law)，或者同時對這兩類問題加以審查的制度形式。^(註17)司法審查制度源於普通法並被制定法 (statute) 加以完

善。例如，在英聯邦國家的澳大利亞，法院對行政活動加以事後審查的傳統根據是普通法中的越權原則 (ultra vires) 和自然公正原則，而該國於 1977 年制定的《行政決定司法審查法》(The Administrative Decision ‘Judicial Review’ Act) 則標誌著澳大利亞司法審查制度的系統化和新發展。

按照現在通行的解釋，中國大陸的司法審查制度是通過行政訴訟活動來實施的。^(註18)換而言之，中國大陸的司法審查制度就是依據其《行政訴訟法》而建立的行政訴訟制度。比較之下，普通法傳統的司法審查制度與中國大陸的司法審查制度有以下不同。

1. 審查的依據和範圍不同。中國大陸的司法審查只能根據法律、法規和地方性法規，針對具體行政行為的合法性進行審查。^(註19)具體來說，大陸司法審查在受案範圍上採用了概括和列舉相結合再加排除條款的作法。^(註20)究其實質，在目前，中國大陸法院只能對行政行為行使較為有限的審查權。而英美法中的司法審查不僅可以依據制定法，還可以依

的行政訴訟制度有著精緻的訴訟分類，制度的有效性和針對性強，而中國大陸尚沒有建立嚴格的行政訴訟類型制度。

註 15：例如，自然公正原則 (the rule of natural justice) 是普通法中進行司法審查的主要根據，但該原則在美國並沒有被完全繼承下來，而制定法卻成為該國司法審查的重要依據。參見 W. Gellhorn & C. Byse, *Administrative Law - Case and Comments*, 6th ed, (1974), Chapt. 8, Mineola, New York: Foundation Press。

註 16：在美國，更廣意義上的司法審查還可以包括法院對國會制定法律的合憲性加以審查。參見王名揚：《美國行政法》，“司法審查的意義”，中國法制出版社 1995 年版，第 565-566 頁。

註 17：參見 *Black Law Dictionary*, (1979), West Publishing Co., p762.

註 18：參見羅豪才：《中國司法審查制度》，北京大學出版社 1993 年版，第 160 頁。該書提出，1989 年 4 月由全國人大代表大會通過的《中華人民共和國行政訴訟法》建立了中國（大陸）系統、完整的司法審查制度。

註 19：大陸人民法院在審理行政案件時對各種行政規章的“參照”和判別，可以視為對較低層次抽象行政行為的一種間接審查。同時，在裁決行政處罰案件時，對行政處罰決定的合理性，法院也可以進行審查。這兩點可以被視為例外。參見《行政訴訟法》第 53 條、54 條。

註 20：參見《行政訴訟法》第 11 條、第 12 條。

據普通法；^(註21)不僅能對具體行政行為，還能對制定規則的行政行為；不僅可以對行政行為的合法性和合憲性，還可以針對某一行為的合理性以及作出該行為所依據的事實進行審查。^(註22)所以，除非有制定法的明文排除，^(註23)在原則上，所有行政行為在普通法國家都可以由法院加以審查，這種審查的權力無須制定法的明確規定，此即“司法最終原則”。^(註24)另外，從法院進行司法審查的傳統技術手段上說，普通法國家的法院還可以通過行使各種特權令(prerogative writs)來約束和制止違法、專橫行政活動的實施。^(註25)

2. 法院的判決效力不同。在普通法國家，一所法院對某一行政案件的審理過程及判決會被詳細記錄，並且作為法律檔予以公佈，判決中所確立的標準和原則，不僅可以成為該法院及其下級法院對它案進行司法審查的法律

依據；同時，這些原則和標準還必須在以後該法院及其下級法院對類似案件的審查活動中得到遵守，即具有法律約束力。此即普通法上“遵循先例”原則(stare decisis)。這一規則不僅保證著法官在道義和法律上對司法審查權力行使的責任，同時，也保障了社會公平的穩定實現。^(註26)在中國大陸，由於奉行的是成文法傳統，所以，人民法院對行政案件的判決僅對該案件有效。非經司法解釋程式的認同，法院的判決對其自身及其下級法院在以後類似案件的司法審查活動中，不具有明確、直接的法律約束力，也不能夠作為本法院及其下級法院裁決行政案件的法律依據。

3. 法官和法院的威望不同。在普通法國家，儘管正規的司法程式通常費時、費錢，但是，法院完全獨立於行政機關，代表著保障個人權利的重要力量。上級法院或者最高法院的

註 21：例如，英國和美國的司法審查依據的都是普通法。在美國，其憲法並沒有明確規定法院對行政行為直接進行司法審查的權力，司法審查的依據是聯邦最高法院在 1803 年對 *Marbury v. Madison* 案件中所形成的判例，參見 5 U.S. (1Cranch) 137 (1803)。

註 22：從普通法的原則上說，法院只對行政行為的合法性進行審查 (law review)，各類行政裁判所 (administrative tribunals) 對行政行為的合理性進行審查 (merits review)。但是，法律和事實、合法性與合理性的區分並非絕對。法院完全可以根據自然公正原則或者相關判例對行政行為的合理性進行審查、裁決。參見 *The Commonwealth Administrative Committee Report, (Kerr Report), August, 1971, Australian Parliamentary Paper No. 144, p2*。

註 23：例如，美國《憲法》第 11 修正案所規定的“州豁免原則” (state immunity) 對聯邦法院針對州政府行為的司法審查權作出了限制。

註 24：美國法的特殊性在於，除制定法之外，還有一項通過判例法而形成的核心原則對司法審查權力加以限制，稱為“可司法性原則” (justiciability doctrines)。該原則包括禁止建議 (prohibition against advisory opinions)、原告資格 (standing)、成熟度 (ripeness)、爭議真實 (mootness) 和政治問題 (political question)。參見 *Erwin Chemerinsky, Constitutional Law - Principles and Policies, (2002), 2nd ed, Aspen Law & Business, pp49-52*。

註 25：特權令通常包括宣告令 (declaration)、禁止令 (injunction)、訓令 (mandamus)、調卷令 (certiorari)、人身保護狀 (habeas corpus) 等。由於各種特權令的使用在技術上很繁瑣，彼此之間的區分又過於精細，因此，它們的使用在今天的普通法國家已趨向簡明。在有的英美國家，其種類也因受到制定法的修訂而減少。例如，目前，在美國聯邦和大部分州，上述後三種令狀已經被相關的民事訴訟規則所廢除。

註 26：參見 L. Goldsteined, *Precedent in Law, "Introduction"*, (1987), Oxford: Clarendon Press。值得一



法官一般是從下級或高等法院的法官中委任產生。(註27)而且，在許多英聯邦國家，律師階層同法官階層之間還存在著單向的流轉關係，大律師 (barrister) 可以成為法官。以上兩個方面不僅保證了法官的專業性和職業上的嚴肅性，同時，也可以避免法官和律師之間的職業抵觸，促進司法體制的合理運轉。

在中國，由於歷史上司法權力對行政權力的依附和獨立法官階層的缺失（行政官即法官），加之公正司法程式的式微等原因，導致了公眾對司法的不信任，其表現就是通常所言的輕訟、厭訟和無訟。(註28)中國大陸的司法審查制度正是在這樣的傳統條件下推行的。經歷了最近 20 年的推動和發展，司法審查制度在大陸取得了較大發展，司法體制的合理性與司法審查能力以及公眾對法院的信賴皆有了實質進步。

四、從“行政訴訟”到“司法審查”：大陸行政法學的一種變化

如前文所述，源于普通法傳統的“司法審查”這一概念在中國大陸行政法學界已經得到了相當程度的運用，但在制度層面，兩者卻依然存有諸多差別。將中國大陸的行政訴訟制度用司法審查來概括或替換，客觀上反映了 20 世紀 90 年代以來，中國大陸行政法學始受英美法之影響。從行政法學科的構造來說，這當屬一種更新。當然，不能把從“行政訴訟”到

“司法審查”的轉變僅僅理解為一種法學術語的簡單更換。更具意義的是，實踐中，“司法審查”這一提法比“行政訴訟”更能夠體現人民法院在監督行政活動方面的主動性和權威性。

值得注意的是，在比較行政法研究中，要避免因學術視野偏狹而對“行政訴訟”和“司法審查”兩個用語隨意替換，不能以中國的行政訴訟制度去揣測普通法傳統下的司法審查制度；更不能在實踐層面把中國的司法審查制度只解釋成或限定為依據 1989 年《行政訴訟法》而存在的行政訴訟制度。否則，《行政訴訟法》實際上就變成了界定中國大陸法院司法審查權力範圍與行使方式的一部法律。在目前憲法和法律尚未對司法審查這一概念作明確規定的情況下，上述解釋可能會使中國的司法審查制度在推行過程中出現外延偏窄的現象。因為，在行政訴訟制度的框架下，人民法院既不能審查憲法性問題，也不能審查行政立法行為和其他抽象行政行為。所以，學術界應當從法治發展的方向和實際需求出發，全面思考當代法治國家（主要是普通法系國家）司法審查的演變過程和規律，為中國大陸司法審查制度的進一步發展留有足夠的空間。有鑒於此，行政法學者更有理由將中國大陸的行政訴訟制度視為正在推行並有待于發展和完善的中國司法審查制度的一個部分而非全部。✱

（本文作者現為上海政法學院法律與公共行政研究中心主任、教授，澳大利亞墨爾本大學法學博士）

提的是，“遵循先例”在英格蘭是一個法律問題，而在蘇格蘭只是一種實踐活動。參見 A. Blackshield, “Practical Reason and Conventional Wisdom: the House of Lords and Precedent”, in *Precedent in Law*, 同上, pp115-118。

註 27：在美國聯邦最高法院的法官由總統任命，而在州和地方，法官可以由選舉產生。

註 28：參見范忠信等：《情理法與中國人——中國傳統法律文化探微》，中國人民大學出版 1992 年版，第 180-182 頁。