

# 论近代中国行政法学的起源

王贵松

**摘要** 基于法制革新的需要，借助于翻译介绍，清末从日本大量引入了大陆法系的行政法知识。在清末民初建立行政诉讼制度时，具有两大法系背景的两派学者展开了一场论争，波及行政法的界定及其功能定位，促进了行政法学的中国化。1920年，钟赓言在朝阳大学法律科的行政法总论讲义印刷刊行。这一体系完整、定位准确、思想先进的行政法学教材，确立了行政法学的法学属性和近代法属性，奠定了中国行政法学的骨架和品格，标志着近代中国行政法学的产生。

**关键词** 行政法学中国化 中国行政法学 大陆法系 钟赓言

作者王贵松，法学博士，中国人民大学法学院副教授。

随着立法的持续推动和学人的不懈努力，中国行政法学在过去三十年里获得了长足的发展，在学科的体系化和专门化、理论的技术性、解释力和回应社会能力等方面不断提升。但面对日益复杂的社会现象和行政任务，行政法的学理也面临着种种挑战。如此，行政法学更有责任认识自己的过去，在历史脉络中寻找自身的合理定位，汲取历史智慧，勾画行政法学的流变过程，在学科的独立性与知识的开放性之间保持适度平衡，吸纳外国行政法学的有益经验，形成“中国特色、中国风格、中国气派”<sup>①</sup>的行政法学。本文拟从历史的角度探究中国行政法学的起源，把握中国行政法学的根基。<sup>②</sup>

<sup>①</sup> 这是罗豪才先生对中国行政法学的期许。参见罗豪才：《坚持科学发展观 推动公法理论创新》，《行政法论丛》第9卷，法律出版社2006年版，卷首语第3页。

<sup>②</sup> 目前对中国早期行政法学史已有一定的专门研究。参见：（1）陈新民：《行政法学的拓荒者——中国早年行政法教科书》，首发于1991年《司法周刊》第516、517期，收录于氏著《公法学札记》，法律出版社2010年版，第209-219页；（2）叶必丰：《二十世纪中国行政法学的回顾与定位》，《法学评论》1998年第4期，第5-7页；（3）沈岷：《1949年以前行政法研究梗概》，北大法律信息网，主要内容载于罗豪才、孙琬钟主编：《与时俱进的中国法学》，中国法制出版社2001年版，第93-100页；（4）陈新民：《中国公法学的启蒙者——论钟赓言的公法学著作》，首发于2004年《清华法学》第4辑，收录于氏著《公法学札记》，第255-274页；（5）何勤华：《中国近代行政法学的诞生与成长》，《政治与法律》2004年第2期，第141-149页；（6）邹容：《勘校前言》，范扬：《行政法总论》，中国方正出版社2005年版，第1-9页；（7）杨成炬：《汉语行政法学核心词汇的流变——外国法移植与本土化的个案分析》，何勤华主编：《外国法与比较法研究》（第1卷），商务印书馆2006年版，第416-453页；（8）何海波：《中国行政法学的外国法渊源》，《比较法研究》2007年第6期，第42-44页；（9）孙兵：《汉语“行政法”语词的由来及其语义之演变》，《现代法学》2010年第1期，第186-193页；（10）许康、周作武、张成伟：《引进行政法（学）的一位先驱者：清光绪朝戊戌科状元夏同和》，《湖湘论坛》2011年第3期，第120-125页；（11）梁光华、张红：《夏同和〈行政法〉简论》，《贵州文史丛刊》2012年第2期，第114-120页。上述研究为本文提供了研究的线索和基础，展示了新中国之前的行政法学宏观图景和某些片段，但在史实的准确性、过程的完整性、评价的客观性等方面尚有一定不足，对中国行政法学产生史缺乏立体式的准确把握。

## 一、何谓“中国行政法学”？

要探究中国行政法学的起源，首先要对行政法、行政法学以及中国行政法学有一个界定。本文的研究仅限于清末和民国时期（1912—1949）的行政法学。那么是否意味着否定中国古代存在行政法和行政法学呢？对此，清末的学人还缺乏清晰的认识，而民国早期的行政法学研究已经在探索答案了。

从行政法的基本原理来看，“依法律行政”原理包含着法律与行政的分离、法律对行政的拘束，以及民主主义和自由主义的理念。行政法的产生，一般以旨在保障人权、确立分权的宪法为前提，以个人的独立和自由为根基，大陆法系更是以行政诉讼制度的建立为标志。舍此便无行政法。中国古代不存在这些前提、根基和标志，这些问题直到清末才提上议事日程。故而，要谈行政法，只有从清末开始。<sup>③</sup>

清末自戊戌变法开始的最后十五年可谓政治变革的十五年，亦可称宪法诉求的十五年。1898年的戊戌变法虽然提出了“立宪法”的口号，但未能付诸行动，也未有立宪主义观念，对行政法的认识更是懵懵懂懂。1906年9月1日，慈禧太后下诏“仿行宪政”，宣示预备立宪。<sup>④</sup>由此，中国的法制才开始步入近代化的轨道。迫于内外压力，清廷于1908年颁布《宪法大纲》，1910年起草宪法（“大清天坛宪法草案”），<sup>⑤</sup>1911年颁布《宪法重大信条十九条》，逐步对皇权施以一定的限制。1912年走入共和时代，《中华民国临时约法》颁布，确认了近代立宪主义的诸多基本理念。宪法一步步走来，国家的分权体制、个人的独立自由成为真实的向往。由此，行政法才有了生成的契机，行政执行、行政诉讼、诉愿等行政法的基本制度才得以逐步建立。

行政法学作为一门研究行政法现象的学科，具有一定的独立性，它可以在行政法之前产生。作为法制后进国家的中国就是如此。行政法学的译介引导着行政法的建设。但说行政法学可以先于行政法而产生，并不是说学术的发展可以无限地超前，凭空想象的行政法学是不可能产生的，遑论“中国行政法学”。正是在清末民初着手建立“行政审判院”、“平政院”之际，才出现了对中国自身行政法问题的探讨，在两大法系关于行政诉讼体制的碰撞中，逐渐诞生了中国的行政法学。

正如有学者指出的那样，“行政法学的产生并不是以第一篇行政法论文或第一部行政法著作的出版为标志的，而是以理论范畴的基本定型、学科体系的基本建立、相应研究和传播方法的运用、

<sup>③</sup> 无论是法史学界还是行政法学界，均不乏承认古代行政法者。忽视行政法存在的前提，将古代的官僚制度冠以行政法之名加以分析，若纯粹为称呼上的便宜并无不可，只是这种做法易忽视行政法的法治国背景和近代法属性。日本学者织田万从近代行政法学的角度对清朝现行制度进行解说，曾明确指出，清朝政权集中于君主一身，其作用并无区分，不存在近代国家行政，也没有行政法。但若将行政法视为关于政权作用之法规的全体，则说清朝有行政法并无不可。参见〔日〕织田万、临时台湾旧惯调查会编：《清国行政法泛论》，金港堂书籍1909年版，第12页。

<sup>④</sup> 参见《宣示预备立宪先行厘定官制谕》，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43页。

<sup>⑤</sup> 参见汪荣宝：《汪荣宝日记》，文海出版社1991年版，第924页以下；曹汝霖：《曹汝霖一生之回忆》，传记文学出版社1970年版，第46页。

社会的基本公认为标志的”。<sup>⑥</sup>而要谈“中国行政法学”，则应该以中国行政法为研究对象，以解决中国自身的行政法问题为研究使命。中国行政法学不能是外国行政法学的照抄照搬，更不是翻译几本外国的著作便可以称之为“中国行政法学”。<sup>⑦</sup>当然，要称得起“中国行政法学”，也不能仅仅是思想的片段或火花，而应当对中国行政法的问题展开系统的研究，形成一定的体系。

## 二、中国行政法学的孕育

如同法学其他学科一般，行政法学也是舶来品，从其专业术语、基本原理到知识体系均为如此。清末民初是中国行政法学的孕育期，其中日本行政法学的的影响首屈一指。<sup>⑧</sup>

### （一）“行政法”、“行政诉讼”等词汇的传入

众所周知，法国是行政法（droit administratif）的母国。1904年，严复在《社会通论》的译著中曾将droit administratif译为“行政便宜”。<sup>⑨</sup>但这一译法未为学界所接受，社会通用的概念仍是日译的“行政法”一词。<sup>⑩</sup>

有学者认为，中国最早使用“行政法”一词者为梁启超。<sup>⑪</sup>梁氏在其1899年译作《各国宪法异同论》中确已提及：“政府之大臣，合而共执一切之政务，又分而各执各种之政务者也。故有行政法上、刑法上之责任。若有违法之事，必不可不受其罪。故法律敕令，必要政府大臣签名云。”<sup>⑫</sup>但早在1898年春，康有为在《日本书目志》第五卷的“政治门”之“行政学”中已经列出了诸多行政法的书目，如江木衷的《行政法》、《社会行政法论》、《虞氏英国行政法讲义》、加藤治之丞和浅野多作合著的《日本行政法释义》、井坂右三的《日本行政法大意》、大桥素六郎的《增订行政法大意讲义》、三轮一夫的《行政裁判法讲义》等。他还指出，“国虽有律宪，有司行政者，又有学焉，不然，则具文耳”。<sup>⑬</sup>该“行政法”的意涵虽未清楚，但名称已成中文。同时出现的还有“行政裁判法”的概念。当然，这些都只是译语，而未作为概念使用。

行政法学最重要的基本概念多数系从日本输入。“行政诉讼”的概念最早大致出现于1901年。《译书汇编》连载的日本学者樋山广业《现行法制大意》一文在1901年7月30日出版的第7期上，

<sup>⑥</sup> 同注②，叶必丰文，第4页。

<sup>⑦</sup> 何海波从译著的规模即揣测中国行政法学已在清末诞生，这是欠妥的。参见注②，何海波文，第43页。

<sup>⑧</sup> 至于为什么日本的影响如此之大，原因与日本宪法学的影响是一致的。可参见王贵松：《日本宪法学对中国宪法学说的影响》，韩大元主编：《中国宪法学说史研究》，中国人民大学出版社2012年版，第186-188页。

<sup>⑨</sup> “此其名义，出于法国，求之英文，殆无正译。且其所谓行政便宜，何耶？官吏政府，自为科条，用以请比其属之过犯罪罚而已。夫如此而犹称法典，则何怪大陆之民，常受官吏之束缚烦扰无穷乎？”参见[英]甄克思：《社会通论》，严复译，商务印书馆1981年版（1904年初版），第157页。

<sup>⑩</sup> 日本出现“行政法”一词应在明治维新之后。据东京大学、京都大学图书馆馆藏目录查询，最早的行政法著作大致出现于1880年代。1884年，高田早苗出版了上下两编的《英国行政法》；1886年，井坂右三在博文社出版了上下两本《日本行政法大意》；1888年侯野时中在集成社出版了《法兰西行政法》等。

<sup>⑪</sup> 参见孙兵：《汉语“行政法”语词的由来及其语义之演变》，《现代法学》2010年第1期，第188页。

<sup>⑫</sup> 梁启超：《各国宪法异同论》，《饮冰室合集1·文集之四》，中华书局1989年版，第79页。顺便指出，饮冰室合集没有说明该文为译文，但梁启超主持的《清议报全编》（第三集新书译丛，新民社）第二篇第1页明确标明为“新会梁启超译”。

<sup>⑬</sup> 参见康有为：《日本书目志》，《康有为全集》第3集，中国人民大学出版社2007年版，第332-333页。但康有为所列书目未必准确，例如《社会行政法论》、《虞氏英国行政法讲义》其实均为江木衷的德文译著。

不仅出现了“行政诉讼”、“诉愿”、“行政处分”等行政法学的重要术语，还第一次相对详细地介绍了日本“行政诉讼及诉愿”制度。<sup>⑭</sup>而“行政行为”的概念最早大致出现于1902年董鸿祚编译的《日本行政法纲领》。<sup>⑮</sup>

除“行政法”、“行政行为”、“行政处分”、“行政诉讼”等之外，由日本输入的行政法相关概念还包括：政府、机关、干部、职员、警察、服从、勤务、管理、管制、服务、方针、命令、认可、登记、特许、支配、执行、取缔、计划、规则、原则、手续、公开、特权、情报等。<sup>⑯</sup>这些词有一些纯粹是日语词（如命令、服从、执行、手续等），有一些是古代汉语就有的，但日本人赋予了新的含义（如计划、机关等），有一些是日本人用古汉字去“意译”欧美语言的词（如干部、管制、管理等）后输入中国。

## （二）行政法学在清末的翻译和传播

新中国第一本行政法统编教材《行政法概要》曾这样描述道：“旧中国对行政法学的研究，大约从清末戊戌变法开始。”<sup>⑰</sup>这一说法是准确的。1899年，小幡严太郎纂译、王治本校阅的《日本警察新法》在东京善邻译书馆出版，<sup>⑱</sup>这是目前可查的第一本中文行政法（各论）著作。警察行政法在行政法学中的地位相当独特，可谓行政法总论研究的源头和大本营。该书所称“警察”，并非现代的狭义警察，而是传统行政法上的“警察”，即“以保护良善、督察奸盗为务，唯在保持治安、防御祸害耳”。“国家设警察，以整官纪，以厚民生，使各安本分，无罹邪恶。富国强兵，非此不可。天下何国无法？法而不行，是徒法耳。徒法不足以为政，于是有警察法。官民一切之事，法令所定，莫敢或违。”<sup>⑲</sup>全书共11编，第一编为总论，第二至十编为行政警察部分，分别为保安（二编）、靖乱、人事、保护、救灾、营业、卫生，第十一编为司法警察部分。该书首次以简约的文字介绍了日本警察行政法制的主要内容。因其既约束官政、又约束民事，故可称为行政法。但稍有遗憾的是，该书主要是制度性介绍，缺乏原理性研究。

中国第一篇行政法译文当属1900年12月6日《译书汇编》第1期发表的德国学者海留司烈的《社会行政法论》。《译书汇编》被称为“留学界杂志之元祖”，<sup>⑳</sup>梁启超称之“能输入文明思想，为吾国放一大光明，良可珍诵”，<sup>㉑</sup>冯自由谓其对“促进吾国青年之民权思想，厥功

<sup>⑭</sup> 参见[日]樋山广业：《现行法制大意》，《译书汇编》第7期（1901年），第5-8页。该书分为国家、法、公法和私法四编。公法的第二章为行政法，分为“行政机关”、“行政各部”和“行政诉讼及诉愿”三节，较为完整地介绍了日本行政法体系。但仅为行政法制的介绍，理论分析很少，也没有对“行政法”等概念的界定。

<sup>⑮</sup> 参见注②，杨成炬文，第435、441页。该书由译书汇编社出版，1902年底出版。杨文于1901年完成翻译，即处处提1901年董鸿祚翻译的《日本行政法纲领》，并不妥当，应以出版时间为准。杨文还认为“行政处分”是由该书首次介绍，应属不当，最晚也是出现于上述《现代法制大意》一文。

<sup>⑯</sup> 参见高名凯、刘正埏：《现代汉语外来词研究》，文字改革出版社1958年版，第82-98页。

<sup>⑰</sup> 王珉灿主编：《行政法概要》，法律出版社1983年版，第25页。

<sup>⑱</sup> 善邻译书馆共出版了四本汉译著作，其中吾妻兵治转译的布伦奇里（今译伯伦知理，Bluntschli）《国家学》对梁启超还产生过重要影响。关于日本人组成的善邻译书馆为什么会译成中文，可参见[日]狭间直树：《日本的亚细亚主义与善邻译书馆》，《近代中国与世界》（第2卷·2000年），第1-13页。

<sup>⑲</sup> [日]小幡严太郎纂译：《日本警察新法》，善邻译书馆1899年版，第1-2页。

<sup>⑳</sup> 冯自由：《励志会与译书汇编》，《革命逸史》（初集），中华书局1981年版，第99页。《译书汇编》专以编译欧美法政名著为宗旨，如卢梭的《民约论》、孟德斯鸠的《万法精理》、约翰·穆勒的《自由原论》、斯宾塞的《代议政体》、伯伦知理的《国法泛论》、耶林的《权利竞争论》等皆逐期登载。据称“译笔流利典雅，风行一时”。

<sup>㉑</sup> 梁启超：《清议报一百册祝辞并论报馆之责任及本馆之经历》（1901年），《饮冰室合集·文集之六》，中华书局1989年版，第53页。

甚伟”。<sup>②</sup>《社会行政法论》想必也是影响不小的名篇。该文译者无可考证，其翻译要归功于清末留日学生组织励志会。该文应从日文转译而来，其作者海留司烈（Karl Friedrich Hermann Roesler，今译作赫尔曼·勒斯勒尔）系日本明治宪法起草的法律顾问之一，日译者为江木衷。该文认为，“一国之内必有诸种机关，整理人民文化之活动力，此诸种机关之发达作用，又必同轨共辙，具一定法制。所以规定此法制，是所谓行政法”。作者将行政法的内容分成三块，即设立行政机关及其作用、行政机关作用的种类方法及其组织权限、实行政治作用的方法。并将行政法分为实体行政法和形体行政法，形体行政法专论国家行政的制度及其组织各种机关的方法，又分为社会行政法和政治行政法。所谓社会行政法是指规定人类文化各种事件的法律及社会发达进化的作用，而政治行政法则是人类发达进化中国家与社会有许多相关的政治，国家执行该政治的要法。<sup>③</sup>值得注意的是，该文对行政法的界定及分类似侧重于文化方面，而且仅翻译了全书绪论第一章的“行政法之本义”与“社会之本性”头两节，不易理解。另外，在《译书汇编》第1期封面的“本编要目”中写着“行政学”一种，亦即《社会行政法论》。这也表明当时的行政法科学与行政学尚未明确分离。

1902年，冠以“行政法”之名的图书被译介为中文。如前所述，董鸿祯辑译的《日本行政法纲领》在当年由译书汇编社出版。白作霖将日本浮田和民翻译的美国古德诺（F. J. Goodnow，当时译作葛德奈）《比较行政法》转译为中文，也在译书汇编社出版。该书比较英美两国与德法两国行政上的异同、行政法的形式及规定等，包括分权论、中央行政论、地方行政论、官吏之法律、行政部之作用、行政部之监督等6编。该书1913年由民友社再版，1931年南昌普益书局出版了谢晓石的译本《美法英德比较行政法》。

清末出版的行政法总论、各论著作全部来源于日本。其中，多数是日文的译著，少部分是由中国的留学生编译而成，个别的属于从日文转译而来的德国、美国著作。当时的翻译与日本的出版时间非常接近。例如，古德诺的《比较行政法》英文版出版于1893年，浮田和民的日文译本系1900年由东京专门学校出版部翻译出版，1902年被译成了中文。小林魁郎的《行政裁判法论》1902年在东京的博文馆出版，1903年就由范迪吉等翻译为中文在上海的会文学社出版。这表明，当时中国行政法科学知识的引进几乎与世界行政法学的发展同步。

### （三）行政法教育在中国的起步

行政法学的产生离不开行政法教育。1902年8月15日，《京师大学堂章程》第二章第七节规定，仕学馆第一年就要学习“行政法”。<sup>④</sup>1904年1月12日，《大学堂章程（附通儒院章程）》在政法科的政治门、法律门中均将“各国行政机关系”（注解：“日本名为行政法学，可暂采用，仍应自行编纂”）列为主课，政治学在第三年和第四年每星期各1个钟点，法律学则在第一年每星期

<sup>②</sup> 冯自由：《开国前革命书报一览》，《革命逸史》（第3集），中华书局1981年版，第144页。亦可见张静庐辑注：《中国近代出版史料（二编）》，群联出版社1954年版，第283页。

<sup>③</sup> 参见[德]海留司烈：《社会行政法论》，《译书汇编》第1期（1900年），第1-2页；坂崎斌编：《译书汇编》影印本，台湾学生书局1966年版，第29-30页（该影印本仅有第1、2、7、8期）。其行政法的定义按照日译本原文直译就是，“行政法是指就机关整理国内人民文化活动的共同发达作用所规定的法则”。[德]赫尔曼·勒斯勒尔：《社会行政法论》，江木衷译，警视厅1885年版，第1页。顺便提及，孙兵误将“海留司烈”写作“海留斯烈”，误将其标题写成“社会行政法”。参见注②，孙兵文，第189页。

<sup>④</sup> 参见北京大学、中国第一历史档案馆选编：《京师大学堂档案选编》，北京大学出版社2001年版，第156页。

1 个钟点。<sup>⑤</sup> 这是我国行政法教育的开端。

1906 年, 京师法律学堂开学, 招收清政府各部属员, 学制三年, 毕业后派往各省, 为佐理新政府分治地方之用。其第二年和第三年均须学习行政法。除京师法律学堂之外, 清末最重要的法校当属京师法政学堂。其 1910 年改定后的学堂章程, 由清政府明令各省法政学堂仿效。四年学制中, 第一年要学习比较行政法, 第二年要学习行政法。<sup>⑥</sup>

当时所用的教材主要取自日本学者的讲义, 也有一些学堂直接聘请了一定数量的日本教习来华讲授。在京师大学堂讲授公法的教习有岩谷孙藏 (1902 - 1906, 法学博士, 后为京都大学教授)、杉荣三郎 (1902 - 1906, 法学士, 后为日本皇室博物馆馆长)、冈田朝太郎 (1910 - 1915, 法学士, 后为东京法科大学教授, 法学博士)、织田万 (1910, 法学士, 后为法学博士, 京都大学教授)。<sup>⑦</sup> 清末的行政法教育不仅在国内的诸多学堂实施, 还有诸多留学生在日本学习, 并有留学生将讲义翻译成中文广泛传播。当时的多数译著都是这类讲义。

民国期间, 1912 年 10 月 24 日, 教育部颁布《大学令》, 将大学分文、理、法、商、医、农、工七科。<sup>⑧</sup> 1913 年 1 月 2 日, 《大学规程》将法科分为法律学、政治学、经济学三门, 将行政法列为法律学门学生的十五门必修课程之一、政治学门的十六门必修课程之一、经济学门的选修课程之一。<sup>⑨</sup> 1912 年 11 月 2 日, 教育部公布《法政专门学校规程》, 规定本科设法律科、政治科和经济科, 行政法为三科必修课程之一。<sup>⑩</sup> 1912 年 12 月 13 日, 内政部颁布《警察学校教务令》, 将“行政法”列为必修科目之一。<sup>⑪</sup> 举例而言, 北京大学将“行政法”列为大学法科科目之一, 为法律学门、政治学门、经济学门所学习。经济学门还需学习“经济行政法”。商科的领事学门和交通学门均需学习“商事行政法”。<sup>⑫</sup>

### 三、行政法学中国化的开端

经过清末的法制近代化改革, 行政法的制度建设渐次展开, 而制度的取舍难免会产生论争。中国行政法学的第一次论争发生于清末民初, 系因行政诉讼制度而产生, 围绕着是采取大陆法系的二元制还是英美法系的一元制而展开, 波及行政法的诸多本质问题。<sup>⑬</sup> 这一场论争亦可谓行政法学中

<sup>⑤</sup> 参见北京大学校史研究室编:《北京大学史料》(第一卷, 1898~1911), 北京大学出版社 1993 年版, 第 102-103 页。

<sup>⑥</sup> 参见李贵连:《二十世纪初期的中国法学(续)》,《中外法学》1997 年第 5 期, 第 14-15 页。

<sup>⑦</sup> 参见汪向荣:《日本教习》, 中国青年出版社 2000 年版, 第 74-75、118 页。其中冈田朝太郎还在京师法律学堂任总教习, 后来在朝阳大学讲授行政法。

<sup>⑧</sup> 参见《大学令》第 2 条,《政府公报》第 178 号, 中国第二历史档案馆整理编辑:《政府公报(影印本)》第 6 册, 上海书店 1988 年版, 第 729 页。

<sup>⑨</sup> 参见《大学规程》第 9 条,《政府公报》第 251 号, 同注<sup>⑧</sup>, 第 9 册, 第 346 页。

<sup>⑩</sup> 参见《法政专门学校规程》第 5 条,《政府公报》第 187 号, 同注<sup>⑧</sup>, 第 7 册, 第 77-78 页。

<sup>⑪</sup> 参见《警察学校教务令》第 4-5 条,《政府公报》第 243 号, 同注<sup>⑧</sup>, 第 9 册, 第 86 页。

<sup>⑫</sup> 参见《民国元年所订之大学制及其学科》, 王学珍、郭建荣主编:《北京大学史料》(第二卷, 1912~1937), 北京大学出版社 2000 年版, 第 72、75 页。

<sup>⑬</sup> 清末就行政裁判院与都察院之间的关系也发生了一场论争, 但论争的主要内容在于吏治机关的设置问题〔参见孙兵:《论清末行政裁判院筹设之争》,《重庆师范大学学报(哲学社会科学版)》2010 年第 2 期, 第 73-76 页〕, 对于行政法学的意义不甚明显。在这一论争的尾声, 宋教仁、章士钊等人加入其中。宋教仁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》, 陈旭麓主编:《宋教仁集》(上), 中华书局 2011 年第 2 版, 第 280-284 页。章士钊则反对设立行政审判院。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》,《章士钊全集》第 1 卷, 文汇出版社 2000 年版, 第 610-614 页。随着行政诉讼制度在民国政府的确立, 论争的性质发生改变, 围绕着平政院和行政诉讼制度重新展开。

国化的开端。本来以日本行政法学为主导的局面，由此大为改变，不仅输入了英美法系的法治观念，还出现了认真的批评者。

有关行政审判院、平政院和行政诉讼的论争，由留学英美的人士发起。他们崇尚的是英国宪法学家戴雪（A. V. Dicey）的法治观念，将法律平等（“凡人皆受治于普通法律，而普通法律复执行于普通法院”）奉为圭臬。<sup>④</sup>这一场论争也恰好改变了中国学习行政法的“偏食”现象，丰富了对两大法系关于行政法的认识，在近代中国重现了当年戴雪批判法国行政法的场景。论争涉及的问题较多，这里将其归纳整理为以下四个问题，均可谓中国行政法学的基础命题。

### 1. 何为行政法？

在清末行政法学传入之际，亦有对行政法的界定，但认识模糊。举例而言，梁启超曾指出，“近世学者解释行政法之定义，谓行政法者，总括关于政权作用之法规的全体也。此定义若当，则今传之唐六典足以当之矣。我国自汉以来，诸种法典中，虽偏重刑法，而关于行政作用之规定者，固已不少”。“所谓会典者，即行政法也。”又说，“公法之中，有规定国家之根本的组织者，是名宪法；有规定行政机关及其活动之规律者，是为行政法。”<sup>⑤</sup>

直到民初的这一场论争，“行政法”的界定才真正成为问题。在论争中，对于英美有没有行政法的问题，产生了截然对立的观点。为此必须澄清“何为行政法”的问题。

章士钊（秋桐，留学于英国爱丁堡大学）指出：“愚学于英，见其苏格兰大学即设有行政法一科，专以说明全英行政组织为务。世论谓英无行政法者，本是瞽说，惟彼中无行政裁判耳。由是观之，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。不设者，谓之不采行政法之国。至于广义之行政法，无论何国皆有之。”<sup>⑥</sup>

王宠惠（美国耶鲁大学法学博士）亦持相同观点。从广义上来说，凡法律中涉及行政事项者，均可称为行政法。英美也并非没有，但均夹杂在普通法律中。从狭义上来说，凡对于官吏以官吏资格所作的行为，不绳之以普通法律，而绳之以特种法律，且不受普通法院的管辖，而以特别法院管辖。该特种法律，就是欧洲大陆的所谓行政法。广义的行政法无论哪一国都有，但狭义的行政法则因法系的不同而不同。<sup>⑦</sup>

对于行政法调整对象的特点，也有分歧。林万里等人认为，在英国也有海法院、军事法院、商事法院等，故而不可谓平权法制国家。<sup>⑧</sup>章士钊（行严）则反驳道，这些法院及其所适用的法律仅限于一类，而与普通人无关。行政法绝不是仅适用于官吏一类，凡人民的权利皆可因其而受损伤，不可相提并论。<sup>⑨</sup>

### 2. 行政法的功能何在？

在崇尚英美法的学者看来，行政法是维护特权的工具。章士钊认为，“行政法之所由立，乃在

<sup>④</sup> 参见[英]戴雪：《英宪精义》，雷宾南译，中国法制出版社2001年版，第237页。

<sup>⑤</sup> 梁启超：《论中国成文法编制之沿革得失》（1904），《饮冰室合集2·文集之十六》，第25-26、41、51页。

<sup>⑥</sup> 参见秋桐：《行政法》，《甲寅杂志》1914年第1卷第3号，第9页。

<sup>⑦</sup> 参见王宠惠：《中华民国宪法刍议·宪法要义》（1913年），夏新华等整理：《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。

<sup>⑧</sup> 参见林万里：《行政裁判所果不当设耶？》，载《民立报》1912年4月5日第529号，第2页；4月7日第531号，第2页。

<sup>⑨</sup> 参见行严：《进论行政裁判制度》，《章士钊全集》第2卷，第214-215页。

假定官吏享有一种特别权利为人民所不能享者”。这种特权须由特别机关加以保护，普通法院不得干涉。<sup>④①</sup> 他根据甄克思的平等法制之国（Common law states）与特权法制之国（Prerogative states）的分类，<sup>④②</sup> 将实行行政法的国家归入后者。他说：<sup>④③</sup>

行政法之原则基于国家代表之应有特权，凡此种代表以其公人资格有所行动，其行动非寻常法庭所能问。私人与有交涉，其地位与私人相互交涉时所立者迥然不同，官吏所受之处分与私人所受者又截然有异。若而国者，官吏、齐民之间有一鸿沟，官吏所享之特权非齐民所能有，而齐民原有宪法上之权利一与官吏之特权遇，而即动摇，识者称为特权法制之国。此种法制在英美法家之所不解，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。

而在主张大陆法系的学者看来，行政法的功能恰恰在于更为有效地约束行政权。汪叔贤（留学于东京法政大学）认为：<sup>④④</sup>

大陆法派视公法与私法之界别最严。公法系国家与人民之交涉，私法系私人间对等之交涉。国家人民之交涉必生命令服从之关系，私人对等之交涉必生权利义务之关系。行政法者，公法也。故凡关于处分之争执（即行政诉讼）必赖行政法为之救济。民法者，私法也。故凡关于权义之争执（即民事诉讼）必藉民法为之保障。行政法与民法两者之性质各异，而作用复不同。有民法而私权之保护益固；有行政法，行政权乃受法力之束服，而不流于专肆。用意深微，可称大陆法派之特色。至英美，则视公法与私法并无区别，官吏之行使政权等于私人之主张权利，处分上之争执即视为权义间之诉讼。以广义言之，直谓国家由于民法的权利义务之关系而成立，亦无不可。此在大陆派学者视之，鲜不交口以肆非难之声矣。顾英行之而不觉其弊者，盖英之立国僻处三岛，不亟外竞，又民德纯美，颇尚自治，习惯法力之强，竟为成文宪法国所不及。故民刑两法罗列万象，亦无人讥其品质之杂糅。若大陆诸国强欲效颦，吾恐行政上之系统必将紊乱不可收拾。

### 3. 行政诉讼的目的何在？

对于行政诉讼的目的（性质），汪叔贤认为，学说上有权利说和法规说两种。“权利说者依行政诉讼为对于行政处分毁损权利之救济手段也。法规说者以行政诉讼对于行政处分违反法规之纠正手段也。盖权利必经法规所定，而法规之所定不仅关乎权利。故就法规说而言，则行政诉讼不问其毁损权利与否，在于处分适法与不适法而已。若民事诉讼，则纯为私人间权利义务之关系，提起诉讼之理由专以拥护权利为目的。行政诉讼反是，其目的在使法规适用之正确，拥护权利不过为其结

<sup>④①</sup> 参见章士钊：《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》，《章士钊全集》第2卷，第196-197页；《论特设平政院与自由原理之不相容》，《章士钊全集》第2卷，第105页。

<sup>④②</sup> 参见[英]甄克思：《社会通论》，严复译，商务印书馆1981年版，第156-157页。与章士钊不同，严复将Prerogative states译为“议贵法制之国”。

<sup>④③</sup> 同注<sup>④②</sup>，章士钊文，第613页。

<sup>④④</sup> 汪叔贤：《论平政院》，《庸言》1914年第2卷第4号，第3-4页。



果耳。”<sup>④</sup>章士钊则认为，英美学者攻击行政法，系攻击其权利说。官吏以行政处分毁损人民权利，应当以普通裁判所作为救济手段，而不应诉诸特别裁判所。如果主张法规说，则要问适用法规说的范围能否不及于人民。涉及人民，则与主张权利说有同样的结果。若不涉及人民，则法规的效力仅及于官吏。如果是这种行政法，则遍于欧美两陆数十年的法理论争悉可避免。<sup>⑤</sup>

进而，对于行政诉讼的构造，汪叔贤认为，行政诉讼的当事人是国家与人民之间的关系，被告是行政官厅，而非官厅的某种官吏。行政官厅有单纯的违法处分（即处分违背行政的法规而不问人民权利有毁损与否），对此所提起诉讼的目的在决定处分的适法与否，故不必像处理人民间权利关系的民事诉讼那样，原被告必须为有人格者。<sup>⑥</sup>而章士钊反驳道，“通国家学者，当解国家行为无不善之原理。然则代表国家，又安能作恶，是知作恶者，必非官吏之公人，而为官吏之私人也”。<sup>⑦</sup>也就是说，英美将官吏与人民间的交涉事件视作官吏个人的行为。判决先去掉官吏的公人资格，不承认其享有特别权利，而使其以个人负责。

#### 4. 中国是否需要行政诉讼法？

对于有无必要施行行政诉讼制度，储亚心认为，“夫行政裁判所之设立，所以谋行政上之救济，而以澄清吏治为宗旨也。不以国体而异，要视其国民程度之如何耳。在大陆法系如法兰西者，共和国也。以其国民程度尚未足语于平等也，故取特权制度，特设行政裁判所审理行政上之诉讼；在英美法系，如英吉利者，君主国也，以其人民程度已高至极点，故取平等制度，而以行政诉讼归之审判厅，此自程度上之问题，而非国体上之问题。吾国人民程度较之法兰西尚有逊色，其不足与英人比肩，故不待智者而后知也。法既毅然行之于前，无所妨害，吾今仿之于后，庸何伤乎？”<sup>⑧</sup>而章士钊又批驳道，“夫所贵乎国民程度者，乃在民力自动之时，而非在民权被控之际，乃为人民参政而言，非为国家执法而语也。国家执法以施之民应以何种形式出之，此法制优劣问题，而非民智高下问题”。中国古代向以“民可使由之，不可使知之”来对待民智，但在法律上则对官民向无歧视，官至极品，无论为公为私，均一律定罪量刑，并无行政事项另当别论之举。法国大革命之神即为平等。行政裁判制度与民智高下无关，在法国也是历史的偶然。<sup>⑨</sup>

在1913年宪法起草委员会起草天坛宪草的会议上，伍朝枢反对设置平政院，提出了三点理由：第一，保护人民的自由。平政院法官必定来自于原来的行政官，其感情偏向于行政一方。行政法又最难编成法典，故而极有操纵自由的余地。一旦遇到国民与行政官涉讼之处，人民一方的保障特别薄弱，其权利也无从享受。第二，保障司法。要实现法治国的目的，必须司法独立；而要行司法独立，则要从维持法官的信用和尊严开始。若与行政官关系的案件均不得向普通法院管辖提起，行政官受特别保障，法院必为人民所蔑视，对法院的尊严大有损害。第三，分清权限。考察各国历史，

<sup>④</sup> 汪叔贤：《论行政裁判》，载《民立报》1912年5月3日第557号，第2页。张东荪亦持类似观点，参见张东荪：《论普通裁判制度与行政裁判制度》，《庸言》1913年第1卷第15号，第9-13页。

<sup>⑤</sup> 参见行严：《论行政裁判》（1912年5月4日），《章士钊全集》第2卷，第263页。

<sup>⑥</sup> 参见注④，汪叔贤文，第2页。

<sup>⑦</sup> 同注④，第264页。

<sup>⑧</sup> 储亚心：《平政院》，《甲寅》第1卷第3号，通讯第1页。原文作者被写成“何亚心”，但据甲寅杂志主编章士钊的《论平政院——答储君亚心》（1914年8月10日）（《甲寅杂志存稿》（下），商务印书馆1928年第5版，第21-27页）的表述，应更正为“储亚心”。

<sup>⑨</sup> 参见章士钊：《论平政院——答储君亚心》，《甲寅杂志存稿》（下），商务印书馆1928年第5版，第22-23页。

平政院往往因发生事件而与普通法院发生冲突，于是在两种法院最高机关之上，不得不另设解释权限的机关。机关既多，而诉讼愈烦。<sup>⑤</sup>

而黄云鹏逐一反驳，认为平政院系保障人民自由而设；平政院与法院管辖事项不同，不存在干预司法的问题；大陆各国多采取管辖权的列举规定，未规定者归属于司法裁判，也不产生管辖权紊乱问题。他接着阐明了应设平政院的三点理由，颇具代表性：<sup>⑥</sup>

（一）分权上之必要。三权分立为立宪政治一大原则无待赘述……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。

#### 四、中国行政法学教科书的诞生

经过上述论争之后，国人对行政法的认识进一步加深。伴随着行政法的教育和法制建设的发展，以中国问题为对象的中国行政法学呼之欲出。较为成熟的中国行政法学书终于出现在 1920 年代，标志着中国行政法学的诞生。

##### （一）中国行政法学产生前的行政法制

行政法学是一门应用法学，非实践不可成。民国初期，作为共和法制的重要内容之一，行政法制的建设，无论是行政法的立法，还是行政诉讼的实践，均取得了较大进展，既为行政法学知识提供了实践机会，也为中国行政法学的产生提供了现实基础。

民国初期，行政法上若干重要法律便初具规模。在行政作用法方面，1913 年 4 月 1 日，《行政执行法》（法律第 3 号）公布施行。制定行政执行法，旨在“一面制限人民，使受法律上之拘束；一面仍制限各官厅，不使为法律外之干涉”。<sup>⑦</sup> 该法共 12 条，规定“该管行政官署，因维持公共之安宁秩序，保障人民之自由幸福，及执行法令或本于法令之处分，认为必要时，得行间接或直接强制处分”（第 1 条）。该法一直沿用至 1932 年 12 月 28 日新的《行政执行法》公布施行。

<sup>⑤</sup> 参见《宪法起草委员会第十六次会议录》，李贵连主编：《民国北京政府制宪史料》，线装书局 2007 年版，第一册，第 459-461、479-481 页。

<sup>⑥</sup> 同注<sup>⑤</sup>，第 462-463 页。

<sup>⑦</sup> 《行政执行法草案理由书》，陈瑞芳、王会娟编辑：《北洋军阀史料 袁世凯卷》（二），天津古籍出版社 1996 年版，第 532 页。

在行政组织法方面，民国元年的参议院就制定了《国务院官制》、《各部官制通则》以及内政、外交、财政、农林、工商、教育、交通、司法、陆军、海军等十部官制，为国务院及其各部的主管事务、职权、组织、人事等提供了法律依据，还制定了《中央行政官官等法》、《官俸法》等官吏管理的法律。另外，还先后颁布了《文官任免执行令》、《文官考试令》、《文职任用令》等文官管理的程序性规定。

在行政救济法方面，1914年公布了《行政诉讼法》、《纠弹法》、《诉愿法》。<sup>⑤③</sup>自平政院1914年成立，中国有了行政诉讼制度，至1928年底平政院退出历史舞台，虽然其审理的案件数量有限，但案件类型多样化，也涉及行政法原理的方方面面，撤销原决定、变更原处分的判决在半成以上。<sup>⑤④</sup>

面对行政法制的如此形势，建立适应中国行政法制的行政法学体系、普及行政法学知识，也成为时代的需要。而这一使命的完成，朝阳大学当仁不让。

## （二）钟赓言的行政法总论讲义

成立于民国元年的朝阳大学，享有“北朝阳，南东吴”、“法学楷模”、“无朝（阳）不成（法）院”的盛誉。自1917年开始，朝阳大学陆续将其讲义印刷刊行，一时间洛阳纸贵，全国各省区法政学校大抵采用为法学教材。<sup>⑤⑤</sup>朝阳大学法律科讲义林林总总，法学各科一应俱全，其中有三种为行政法讲义，其撰写者均为钟赓言教授。<sup>⑤⑥</sup>

### 1. 行政法讲义的体系

钟赓言，字子颺，浙江海宁人，1903年底由京师大学堂公派留学至日本，<sup>⑤⑦</sup>1906年由东京第一高等学校一部英语、法科毕业，升入东京帝国大学法科大学政治科，1911年毕业，法学士，<sup>⑤⑧</sup>归国后被授予法政科进士，<sup>⑤⑨</sup>1912年曾在宋教仁的农林部担任办事员、编纂，<sup>⑥⑩</sup>后来曾担任北京法制局参事，在北京大学、朝阳大学担任宪法和行政法学教授，著有《宪法讲义大纲》、《行政法总论》、《行政法各论》、《现行地方自治法令讲义》、《经济原论》等。

1920年，钟赓言撰写讲义《行政法总论》，260页，由和记印刷局印刷，传播广，影响大，体系完整，在以美浓部达吉为代表的日本行政法学的基础上有所发展。钟赓言的著作并不多，但正是这一部讲义，奠定了他在中国行政法学史上的基石地位。

该讲义多次修订再版。1922年修订后增为284页，改由京师游民习艺所印刷；1923年再次修订，增为316页。<sup>⑥⑪</sup>和记印字馆1927年印刷的《行政法总论》共334页，同样分为“总绪”及第一

<sup>⑤③</sup> 参见注②，《政府公报》第793号，第35册，第19-28页。

<sup>⑤④</sup> 参见黄源盛：《民初平政院裁决书整编初探》，《中西法律传统》第6卷，北京大学出版社2008年版，第474-535页；蔡志方：《我国第一个行政诉讼审判机关——平政院》，氏著《行政救济与行政法学》（一），三民书局1993年版，第277-295页。

<sup>⑤⑤</sup> 参见薛君度、熊先觉、徐葵主编：《法学摇篮 朝阳大学》，东方出版社2001年增订版，第60页。

<sup>⑤⑥</sup> 顺便提及，叶必丰、何勤华、何海波等均将其误写为“钟庚言”。参见注②，叶必丰文，第5页；何勤华文，第144页；何海波文，第43页。

<sup>⑤⑦</sup> 参见注②，第441页。

<sup>⑤⑧</sup> 按时间推算，钟赓言在东京大学的宪法、行政法教师应当为美浓部达吉。美浓部达吉于1908年开始兼任行政法第一讲座，1911年担任行政法第一讲座。从其著作来看，确实也受到了美浓部达吉不少影响。

<sup>⑤⑨</sup> 参见《大清宣统政纪卷之六十二》，《大清宣统政纪实录》，华文书局1968年再版，第1108-1109页。

<sup>⑥⑩</sup> 参见注②，《政府公报》第9号，第1册，第111页等。

<sup>⑥⑪</sup> 对该书1923年版的详细介绍，可参见陈新民：《公法学札记》，法律出版社2010年版，第255页以下。该文从民国后来的行政法学及行政法制状况、德国行政法学的源流方面，给予了钟赓言非常高的评价。但该文忽视了钟赓言之前清末民初行政法学的状况以及钟赓言的日本行政法背景，故而某些“第一个”、“第一次”的评价有失偏颇。本文以下权且以1920年版本为对象，来展示其风貌。

编“总论”两大部分，内容渐趋丰满、体系日臻完善：

“总绪”分为六章：第一章“国家”；第二章“国家之作用”；第三章“公法之性质”；第四章“行政法之公法上地位”；第五章“行政法与他之诸学科之关系”及第六章“行政法之渊源”。

第一编“总论”分成：第一章“行政作用”；第二章“公法上之法律关系”；第三章“行政组织”；第四章“对于不法行政之救济”；第五章“权限争议”；第六章“官吏之法”。

钟赓言的《行政法各论》讲义分为两册。第一册是作为行政法讲义的第二编“各论”，1923年版有278页、1925年版554页、1927年版558页。1923年版的体系分为九章，分别为：行政事务、警察行政、卫生行政、土木行政、教育行政、经济行政、交通行政、财务行政、其他之行政事务。后两版之间差别不大，但与1923年版在体系上有质的飞跃。1927年版的体系如下：

绪言；第一部“警察行政”：甲编“警察泛论”、乙编“警察各论”；第二部“公企业法及公物法”：甲编“公企业法”、乙编“公物法”、丙编“公企业法及公物法各论”；第三部“公用征收法”；第四部“军政法”；结论。

在各部分中不仅有以往各具体部门的各论，更对各类型的各论展开了总论性研究，在行政法总论与具体各论之间形成了中观层次。例如，警察行政法的各论分为保安警察、卫生警察、风俗警察、交通警检、产业警察，而警察行政法的总论则包括警察权的观念、分类、警察权的界限、警察法规、警察处分、警察强制和警察权的组织等七章，具有较强的原理性。公企业法、公物法等部门均为如此。

各论的第二册是作为行政法讲义第三编的“自治行政论”。其前后版本差别甚微，以1927年版（共318页）为例，其体系为自治之主体、重要各国自治制度之大要、我国自治制度之沿革之大要、十二年宪法宣布前之自治制度、十二年宪法上之地方制度等五章。

## 2. 1920年版《行政法总论》的业绩

单就钟赓言1920年的《行政法总论》而言，其成就斐然。除了体系的完整性之外，在原理上，他明确指出了行政法的近代法属性，明确将行政权置于宪法和法律之下。他认为，行政法是关于行政的公法，是规范国家行政权的组织及其作用的法则。“行政权之组织，自古以来，不问何国，繁简容有不同，要莫不有一定之法则。至关于行政权之作用，设有严密之法则者，则虽在文明之邦，亦属最近时代之事实。其在专制政治之下，行政范围内之国家行动，类皆出于政府之专断，政府之内部，对于官吏之指挥训令，容或有之。至设定对于人民之关系之法则，则固缺焉不备耳。以行政权之作用与司法权之作用相同，均须受法之规律者，盖在立宪制度之传播，法治国之思想发达之后矣。”<sup>②</sup>

钟赓言意识到行政法学相对于行政学的独立性。早期的行政法学常常寄身于“行政学”。钟赓言认为，两者不能混为一谈，行政法的目的在于分析说明现行行政法规范在法律上的现象，而行政学的目的则在于研究行政法规范及行政作用的利害得失。行政法的研究对象是实定的国家现行法则，行政学则不问现行法是否存在、如何规定，而仅在论究什么适合于国家及社会的利益。前者为法律问题，属于法学范围；后者为政策问题，具有政治学的性质。当然，行政法在解释适用时也不

<sup>②</sup> 钟赓言：《行政法总论》，朝阳大学法律科讲义1920年版，绪论第12页。

能离开社会的利益。行政法为理想的研究，行政学为应用的研究，两者应相辅而行。<sup>③</sup>

在行政立法方面，钟赓言将行政立法区别于行政司法和本来的行政作用，形式上又将其区分为命令和条约，行政法上仅研究命令而已。<sup>④</sup>与大陆法系一样，钟赓言将命令分为法规命令和行政法规两种。命令有积极的界限和消极的界限。在积极的界限上，一切法规原则上非以法律定之不可（亦即“法律的法规创造力”原则），但有两个例外，即直接依据宪法的授权和依法律的授权。在消极界限上，一方面，命令不得与法律相抵触，钟赓言沿袭我国早期对美浓部达吉著作的译法称为“法律之最强力”（亦即“法律优位”原则），另一方面，宪法上特别保留给立法权的事项不得以命令规定，这在美浓部达吉的理论中称为“法律之留保”，但钟赓言称为“立法权之留保”。<sup>⑤</sup>虽然他没有更为妥当地确立依法律行政原理在行政法学体系中的地位，但其著作却处处运用这一基本原理在分析问题。

在行政处分方面，钟赓言继承了美浓部达吉的诸多学说，并有所发展。例如，在行政处分的界限上，行政处分除了不得与法规抵触外，在侵害人民自由、剥夺其权利、增加其义务时还应当具有法规的授权。这些均与美浓部达吉的理论相同。但在赋予人民利益时，未必不需有法规的根据。这里他特别指出，赋予利益的处分使第三人负有消极的义务（相当于具有第三人效力的行政处分），也必须以法规为根据；即便对第三人毫无影响，对本人又作出有利的处分（相当于复效性行政处分），亦不得违反法规而在法规容许的范围外自由决定。所谓自由裁量，并非任意处分之谓，而为因时制宜之意，是在法规的范围内寻求符合公益的决定。<sup>⑥</sup>其思考已相当缜密，在美浓部达吉的基础上又迈出了一步。

在官吏法部分，对于职务命令在内容与法规相抵触之际有无拘束官吏的效力问题，钟赓言列举了德国的三种学说，即官吏无服从义务说、绝对无审查权说和违反法律显而易见者则不负服从义务说。德国当时的多数说为第二说，民国当时的《官吏服务令》采用第一说，但钟赓言认为，上级官吏的意思拘束下级官吏的意思，目的在于统一法律的解释与适用。如果下级官吏可以决定上级的职务命令合法与否而拒绝执行，行政上的统一就无以维持。但上级官吏的解释权之所以可以拘束下级官吏，要以法令有解释的余地为限。若依法令的正文业已明确、不容再有歧异的解释，即便上级官吏也不得以职务命令予以变更。职务命令的违法显而易见，虽依普通的思想亦无异议的余地，则职务命令根本上为无效的行为，官吏自无服从的义务。故而第三种学说最为妥当。<sup>⑦</sup>我国法制直至2005年的《公务员法》第54条，才采纳了这一观点。

诸如此类的真知灼见，可以举出很多。此后的行政法学无论在体系还是原理上都很大程度上受到了钟赓言的影响，很多书均将钟赓言的著作列为参考书目之一。相形之下，白鹏飞1928年的《行政法总论》虽亦享有盛名，但难谓其独立作品。白鹏飞系美浓部达吉的弟子，其《行政法总

<sup>③</sup> 参见注②，绪论第16页。

<sup>④</sup> 参见注②，总论第1页。

<sup>⑤</sup> 参见注②，总论第6-11页。

<sup>⑥</sup> 参见注②，总论第32页。

<sup>⑦</sup> 参见注②，总论第238-239页。美浓部达吉虽然有关于职务命令无效的说法，但也没有如此清晰的阐释。参见[日]美浓部达吉：《行政法总论》，熊范舆译述，丙午社1907年版，第95-99页；《行政法总论》，杨开甲译，民智书局1933年版，第141-144页。

论》与美浓部达吉的《行政法撮要》无论在体系上还是观点表述上，近乎雷同。白鹏飞坦承：“法学贵在发见，不贵在创设。世之所谓创设者，非妄即伪耳……倘是编能以抄胥之劳，为海内同治斯学者所谅，而助后进者以一苇之航，则区区之幸矣……是编出自吾师美浓部博士多年之指导……特志一言于此，以表谢意。”<sup>⑧</sup>该书在具体制度部分才分析了中国的行政法制。但即便在中国法部分，也有不少内容源自钟赓言的著作。有人将白氏拔高至“首创中国行政法学”，<sup>⑨</sup>恐有不妥，其无论在时间上还是学术上都难与钟赓言相媲美。

综上，清末的康有为、梁启超虽然传入了行政法的概念，董鸿祎、范迪吉、熊范舆等人虽然或编或译了行政法的著作，但均称不上有行政法研究。民国初年的章士钊、汪叔贤等人对于行政法学的中国化贡献良多，但毕竟还没有完整的体系，称不上“学”字。唯有钟赓言，不仅具有行政法的基本理念，建立了完整的行政法学体系，还在诸多问题上富有真知灼见，堪当中国行政法学第一人，可尊为“中国行政法学之父”。

## 五、早期中国行政法学的特色与影响

经过二十年的学习和积淀，中国行政法学终于形成。它以德日为代表的大陆法系行政法学为基础，逐步实现了中国化，形成了自身的概念体系、基本原理和学科架构。中国行政法学甫一形成，便基本定型，值得国人自豪。从学术史上说，早期的中国行政法学具有以下几个方面的特色：

1. 行政法学的产生和发展与国家的命运息息相关。积贫积弱的大清帝国被动以法制革新推动国家富强昌盛，戊戌变法和清末新政成为清末输入行政法的时代背景。虽然行政裁判院、行政审判院等诸多制度尚处于构想之中，但也成为输入行政法知识的最大动力。民国初年的行政诉讼制度更是推动了行政法学的知识视野，促进了行政法学的中国化。而留学于日本的钟赓言竟然能在某些方面超过其日本老师，一定程度上也与两国的制度背景相关。中国在1912年成为亚洲第一个共和制国家，而日本仍然处于君主制之下，虽然经历了大正（1912-1926）民主运动，但进入昭和年代不久就走向了法西斯统治。美浓部达吉无法克服时代局限，其行政法学中的自由主义是有限的。

2. 早期中国的行政法学源于译介，外国行政法学先于中国行政法学而产生。这也是中国法学产生的普遍现象。翻译为中国行政法学的产生奠定了基础，为中国行政法学的发展不断提供供给。清末以译著为主，民国期间翻译逐渐减少，从1912年至1949年大约仅有12本新的行政法译著。<sup>⑩</sup>译著以影响力而论，日本学者清水澄和美浓部达吉的著作先后独占鳌头。从行政法学的第一次论争到中国行政法学教科书，或直接引用外国法，或以外国法为背景，都充分展现了外国行政法学的知识素养。也正是通过译介，早期的中国行政法学才能较为娴熟地运用外国法知识，甚至接近于世界

<sup>⑧</sup> 白鹏飞：《行政法总论》，商务印书馆1927年版，导言。

<sup>⑨</sup> 参见潘茨宣：《首创中国行政法学的白鹏飞》，载《广西日报》，2008年4月22日。

<sup>⑩</sup> 分别是裴德姆弥的《法国行政法》（1912）、山田准次郎的《卫生行政法论》（1918）、樋口佑造的《日本土地收用法释义》（1919）、美浓部达吉的《日本公用征用法释义》（1919）、《日本警察法释义》（1919）、《日本行政法撮要》（有3个版本，1933-1934）、《行政裁判法》（1934）、蠟山政道的《行政法总论》（1930）、高楼雄豺的《日本警察法总论》（1933）、铃木义男的《行政法学方法论之变迁》（1937）。

水准。

3. 早期中国行政法学明确了自身的法学属性和近代法属性。在输入行政法知识的早期,行政法学与行政学之间并无明显的区分,行政法学委身于行政学之下。后来才逐渐明确了两者在研究目的、研究对象等方面的差异,将自身的研究限定于法规范的层面,进而确立了行政法学的法学属性。随着行政法学中国化的发展,行政法学也开始对行政法的界定展开探讨,理解了大陆法系与英美法系行政法的差异。行政法学以依法律行政为基本原理,明确地将行政法置于法治国和立宪主义之下,力图让行政权服从于议会法律的统治,才最终完成了自身近代法属性的合理定位。

4. 早期中国行政法学以大陆法系为基础。早期中国行政法学的术语、原理和体系主要来源于日本。即便是诸如德国行政法的知识,也是经由日本转介而来,早期赴日的中国留学生对此功不可没。除了在论文方面有英美的法治观念介绍外,当时主要的行政法知识均为德国、法国、日本等大陆法系行政法。清末民初的行政法学第一次论争虽然传入了戴雪式的英美法治观、行政法观,但只是丰富了国人对行政法的认识。随着行政诉讼制度的展开,1917年后章士钊亦停止了笔战,大陆法系行政法知识获得了一统的地位。另外,在法学教育上,清末施行的是日式的大陆法系行政法学教育。1912年后,虽然在北京大学、东吴大学等也有英美法的教育,但未形成气候,也没有刊行相应的讲义和著作。借助于行政诉讼制度的确立和朝阳大学的盛名,大陆法系的行政法讲义获得了成功。中国行政法学的大陆法系根基和脉络从此形成。1920-1949年间涌现出一批行政法学者基本上都是大陆法系背景。例如,除钟赓言(东京大学法学士)外,第一代的白鹏飞(东京大学法学硕士)、朱章宝(东京大学法学博士)、赵琛(明治大学法学硕士,主攻刑法学)、范扬(东京大学法学士)、陶天南(法国波尔多大学法学博士)、张映南(日本法政大学、早稻田大学),第二代的林纪东(朝阳大学法学士,明治大学研究院研究)、管欧(朝阳大学法学士)等均为大陆法系背景。直到1940年代,英美行政法研究才有了一定起色,出现了留学英国并撰写《英国行政法论》的陈体强(牛津大学法学博士,主攻国际法学)、留学美国并撰写《中国行政法总论》的马君硕(纽约大学法学博士)。

5. 行政法研究以自由主义和民主主义为底色,以控制行政权为目标。从早期行政法学的译介和编撰的人士来看,他们均有留学背景,不仅具有革新观念,甚至具有革命思想。更为重要的是,其行政法学体系和观念是以自由主义和民主主义为基础的,突出表现之一就是坚持“依法律行政”原理,既尊重议会民主,又力图保护人民的自由。德日主流的行政法学三段式体系行政组织法、行政作用法(行政行为法)和行政救济法(行政争讼法),也是在这一时期引进并确立起来的。首先是从组织法上确定行政机关的权限;再从行政权运行的角度看如何规范行政权;最后如果是行政权侵犯了私人的权益,如何施以行政救济。这在本质上是一种控权论的路径,体现的是古典自由主义的脉络。不信任行政权,防止行政权不当干涉私人的领域,这是行政法学诸多原理的出发点。虽然今天的行政法面临着更为复杂的社会环境和任务,但行政法学的体系仍在继续,行政法学的这一底色始终没有改变。

6. 行政法总论和各论研究齐头并进。早期行政法的传入是从警察法开始的。之后,又有社会行政法、教育行政法、卫生行政法等译介。行政法各论的著作常常与行政法总论相继问世。这成为中国行政法学起源时的一大特色。在早期的译著中,同时有清水澄的《行政法泛论》和《行政法各

论》、美浓部达吉的《行政法总论》和《行政法各论》；在后来的自主撰写的著作中，钟赓言、白鹏飞、赵琛等均同时有《行政法总论》和《行政法各论》的著作，范扬除著有《行政法总论》外还出版过《警察行政法》。警察法研究在早期行政法各论研究中最成功。行政法总论的研究指导着各论的展开，各论又提高了行政法解决问题的能力，两者相得益彰，共同推动中国行政法学的发展。

早期中国行政法学奠定了此后中国行政法学的格局，其传播的原理影响深远。中国行政法史看似因新中国的建立而断裂，但却存在着千丝万缕的联系，改革开放后又逐步回归到旧中国的传统路数上重新起航。如何汲取中国行政法学诞生时期的经验，顺应社会的变迁、民主需求和世界潮流，有效地革新当代中国行政法学，仍是我辈无可推卸的责任。

#### 【主要参考文献】

1. 钟赓言：《行政法总论》，朝阳大学法律科讲义 1920 年版。
2. 《章士钊全集》第 1 卷、第 2 卷，文汇出版社 2000 年版。
3. 何海波：《中国行政法学的外国法渊源》，《比较法研究》2007 年第 6 期。
4. 孙兵：《汉语“行政法”语词的由来及其语义之演变》，《现代法学》2010 年第 1 期。
5. 陈新民：《公法学札记》，法律出版社 2010 年版。

(责任编辑：尤陈俊)