



上海政法学院学术文库-行政法学丛书



关保英 主编

行政法史论丛 (二)

XING ZHENG FA SHI LUN CONG

中国政法大学出版社

上海政法学院学术文库——行政法学丛书

行政法史论丛(二)

主 编 关保英

副主编 黄 辉

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

行政法史论丛.2 / 关保英主编. —北京: 中国政法大学出版社, 2008.7

ISBN 978-7-5620-3251-9

I. 行... II. 关... III. 行政法 - 法制史 - 中国 - 文集 IV. D922.102-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第113390号

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 固安华明印刷厂

787×960 16开本 16印张 280千字

2008年7月第1版 2008年7月第1次印刷

ISBN 978-7-5620-3251-9/D·3211

定 价: 28.00元

社 址 北京市海淀区西土城路25号

电 话 (010)58908325 (发行部) 58908285 (总编室) 58908334 (邮购部)

通信地址 北京100088信箱8034分箱 邮政编码 100088

电子信箱 zf5620@263.net

网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)

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

“上海政法学院学术文库”
编 审 委 员 会

主 任：金国华

副主任：闫 立 杨俊一

委 员：(以姓氏笔画为序)

王明华 王 蔚 闫 立 汤啸天

关保英 刘 强 杨俊一 杨 寅

何平立 吴益民 张森年 陈大纲

金国华 倪正茂 章友澍

学术文库·总序

中华民族具有悠久的学术文化传统,两千年前儒家经典《大学》即倡言“大学之道,在明明德,在亲民,在止于至善”,其即蕴涵着彰扬学术、探索真理之意。而《中庸》论道:“博学之,审问之,慎思之,明辨之,笃行之”,此则阐释了学术研究的治学精神以及达到真实无妄境界的必由之路。因此,从对世界历史进程的审视与洞察来看,社会发展、科学昌明、思想进步,从来都离不开学术科研力量与成就的滋养与推动。

大学是国家与社会发展中一个不可或缺的重要力量,而科学研究的水平是一所现代大学的重要标志,直接体现了大学的办学水平和综合实力。因此,一个大学的学术氛围,不仅在很大程度上影响和引导着学校的科研发展,而且渗透和浸润着这个大学追求真理的精神信念。正如英国教育思想家纽曼所言,大学是一切知识和科学、事实和原理、探索与发现、实验与思索的高级力量,它态度自由中立,传授普遍知识,描绘理智疆域,但绝不屈服于任何一方。

大学的使命应是人才培养、科学研究和服务社会;高等教育发展的核心是学术和人才。因此,大学应成为理论创新、知识创新和科技创新的重要基地,在国家创新体系中应具有十分重要的地位和意义。上海政法学院是一所正在迅速兴起的大学,学院注重内涵建设和综合协调发展,现已有法学、政治学、社会学、经济学、管理学、语言学等学科专业。学院以“刻苦、求实、开拓、创新”为校训,这既是学校办学理念集中体现,也是上政学术精神的象征。这一校训,不仅大力倡

导复合型人才培养,注重个性特色的充分发挥与自我价值的实现,提供自由选择的学习机会,努力使学子们于学业感悟中启迪思想、升华精神、与时俱进;而且积极提倡拓展学术创新空间,注重交叉学科、边缘学科的研究,致力于对富有挑战性的哲学社会科学问题的思考与批判,探求科学与人文的交融与整合。“上海政法学院学术文库”正是在这一精神理念引领下出版问世的。

“上海政法学院学术文库”的出版,不仅是《上海政法学院教育事业“十一五”发展规划》的起跑点,而且是上海政法学院的教师们展示学术风采、呈现富有创造性思想成果的科研平台。古代文学大家曾云:“一代文章万古稀,山川赖尔亦增辉”;“惟有文章烂日星,气凌山岳常峥嵘”。我相信“上海政法学院学术文库”的出版,不仅反映了上海政法学院的学术风格和特色,而且将体现上海政法学院教师的学术思想的精粹、气魄和境界。

法国著名史学家、巴黎高等社会科学学院院长雅克·勒戈夫曾言,大学成员和知识分子应该在理性背后有对正义的激情,在科学背后有对真理的渴求,在批判背后有对更美好事物的憧憬。我相信“上海政法学院学术文库”将凝聚上政人的思想与智慧,人们将从这里看到上政人奋发向上的激情和攀登学术高峰的胆识与艰辛,上政人的学术事业将从这里升华!

祝愿“上海政法学院学术文库”精神,薪火传承、代代相继!

上海政法学院院长 金国华

2006年9月10日于求实楼

学术文库·行政法学丛书·总序

“行政法学丛书”作为“上海市重点学科(行政法学)”的部分成果,是我们多年来对行政法学哲理、实务等问题所作思考的系统总结。2006年9月,承蒙上海市教委的正确指导和资助,上海政法学院的行政法学学科被批准为“上海市重点学科”。该学科立项后,上海政法学院的领导给予了高度重视,在组织机构、人员配置等方面进行了部署。学科组对该学科的发展进行了整体建设的规划,并得到了院领导的认可和市教委的批准。该学科以行政法理论与实践为总的建设方略,设有行政法基础理论与实务、公共政策与比较公法、科技文化与卫生行政法治等方向。学术著作的撰写和编著是学科建设的重要组成部分,本学科拟在建设期间出版学术专著和规范化的教科书30余部。基于我国行政法基础理论相对薄弱的现实,我们在学术著作的选材上以行政法基本原理、行政法史、比较行政法为主,并兼顾部门行政法中备受社会关注的热点问题,通过系列学术著作和规范化教科书的出版及数年建设使本学科形成自己的特色。希望学术界同仁和广大读者给我们的批评建议,帮助我们在这套丛书出好。

关保英

2006年12月

前言

《行政法史论丛》是“上海市重点学科(行政法)”的阶段性理论成果,也是重点学科所凝练的学科方向的具体落实。行政法史是研究行政法制度和思想等相关范畴发生和发展规律的学科,其既是行政法学的重要组成部分,也是历史学的一个分支。行政法史研究不是一般历史材料和事实地简单堆砌,而是试图通过历史研究的方法得出合乎逻辑的结论和以资借鉴的学术论点。著名法学家萨维尼在其《论立法与法学的当代使命》中指出,“法学家必当具备两种不可或缺之素养,此即历史素养,以确凿把握每一时代与每一法律形式的特征;系统眼光,在与事物整体的紧密联系与合作中,即是说,仅在其而自然的关系中,省察每一概念和规则。”而在我国行政法学界,从历史的角度对行政法学学科进行系统研究相对比较薄弱,这主要表现在:其一,行政法史学科研究范畴相对模糊;其二,行政法史学科研究方法相对落后;其三,行政法史学科研究体系尚未确立;其四,行政法学与历史学学术融合尚未起步。

行政法学重点学科的成员和一批青年理论研究者,坚持用马克思主义唯物史观为指导,具体问题具体分析,在行政法史研究中将历史和逻辑有效地统一起来,他们已初步形成了较为统一的行政法史研究的思路 and 理论旨趣,并有望依托重点学科且以此为内核形成当代中国的行政法史学派。其研究特点可概括为如下两个方面:其一,“温故而知新”,他们以动态与发展的视角,重新整理行政法史演进的历史资料,坚持史实与史观相互印证,挖掘制度产生的底土和文化背

景。其二,“知新而温故”,在现代和后现代交相辉映及多元思潮相互融合的历史背景下,他们所作的行政法史研究更多的是以理性的反思扬弃历史中的逆科学和反民主的元素。然而传统社会的专制思维和思维专制在现代社会还有诸多延伸,从某种意义上讲,不是后现代回归了所谓的“前现代”,而是现代从未真正走出所谓的“前现代”。行政法史研究方向的确立和该论丛的推出,希望能对行政法史的发展有长足的推进作用,也希望《行政法史论丛》能得到学界同仁更多的关注和支持。

编者

2008年3月

| 目 录 |

学术文库·总序	I
学术文库·行政法学丛书·总序	III
前 言	IV

论刑律与行律的分离

——从《唐六典》的制定看中国行政法的独立/罗亚海 黄 辉	1
论《唐六典》的性质及其行用/范瑞生	12
论《唐六典》的行政法价值/付中强	25
从《唐六典》的研究看现代中国行政法的发展/周 黎	38
论《唐六典》职官建制与现代公务员分类管理制度之比较/孔立娜	45
《唐六典》行政机构的设置及其价值/刘 江	57
论《唐六典》官吏选任与考核制度之价值/邹建辉 聂火云 简春林	73
论《唐六典》“礼制为本,法制为用”原则的行政法价值/迟庆娟	90
从“诸书仪杂礼”传统看《唐六典》的产生/刘洪光 李增强	105
论《唐六典》的以法行政精神/史华振 刘 辉	120
《唐六典》官员选任制度与西方“恩赐制”比较/张 弦	133
唐朝的政务活动原则	

——以《唐六典》为切入视域/李晓冉	147
-------------------------	-----

浅议唐初行政监察制度

——基于对《唐六典》的历史考察/姜孟升 徐 阳	161
-------------------------------	-----

论《唐六典》的尚书省机构设置及其特色/张业森 曾金玲	177
《唐六典》在宋代行政立法的适用/韩思阳	195
唐朝行政组织立法研究/宋广奇	208
《唐六典》的法史地位/曹 杰	219
探析《唐六典》和现代行政法/瞿仁倩	233

论刑律与行律的分离

——从《唐六典》的制定看中国行政法的独立

罗亚海 黄辉*

一、《唐六典》与传统礼刑关系的契合

(一) “诸法合体”立法传统的质疑

“诸法合体，民刑不分”一直被看做是中华法系的基本特征，从1982年出版的高等学校法学试用教材《中国法制史》到1998年出版的高等政法院校规划教材《中国法制史》^{〔1〕}的论述，都印证了这个观点：“从战国时李悝著《法经》起，直到封建末世的《大清律》，历代具有代表性的法典基本上都是刑法典，同时也包含着民法、行政法、诉讼法等各方面的内容，这种混合编纂的结构形式，就是通常所说‘民刑不分，诸法合体’。”

虽然法制史的研究信奉“信则传信，疑则传疑”的观点，但是认为行政法也是包含在具有刑法内容的典章中的观点是有失公允的。较早对“诸法合

* 罗亚海，山东农业大学文法学院教师；黄辉，华东师范大学2006级博士研究生。

〔1〕 怀效锋主编：《中国法制史》，中国政法大学出版社1998年版，第9页。

体,民刑不分”是中华法系特征这一观点提出质疑和修正的是张晋藩先生。张先生在其《再论中华法系的若干问题》^[1]一文中把“民刑有分,诸法并用”概括为中华法系的重要特征,并对此进行了论证:“‘民刑不分,诸法合体’就主要法典的编纂形式而言,是一个特点,也有它的客观根据”;“但就封建法律体系而言,却是由刑法、民法、诉讼法、行政法、经济法等各种法律部门所构成的,是诸法并用,民刑有分的”。在其《中国法律的传统与近代转型》一书中,张晋藩先生又进一步阐述了这一观点,指出“法典的体例与法律体系是完全不同的概念,二者不能混淆,也不容混淆,否则便会产生以此代彼、以此为彼的误解。那种从中国古代代表性的法典的体例与结构出发,断言中国古代只有刑法,没有民法,无疑是混淆了法律体系与法典体例两个不同概念所致”。^[2]

随着法制史研究的深化和认识的进一步成熟,在对待封建法制体系的认知上,当前学界形成三种比较有代表性的观点:第一种观点认为“诸法合体,民刑不分”是中华法系的基本特征。如《社会公共安全研究》2000年第2期刊载的《关于中华法系之刑法文化移植的探索》一文的“内容提要”中说:“中华法系,从源流上考察,它是‘诸法合体,以刑为主’的法文化体系。”第二种观点认为“诸法合体,民刑不分”只是律典的特征,而不是中华法系的特征。同时,该类观点把中华法系的特征表述为“诸法并用,民刑有分”,认为“诸法合体,民刑不分”只是中国古代法典的编纂体例特征,“中国古代从战国时期李悝作《法经》到清代颁《大清律例》,保持诸法合体的法典体例长达二千三百多年,直到20世纪初沈家本修律,仿照大陆法系分别制定了刑律、民律、商律、民刑事诉讼法和法院编制法等部门法,才最终打破了传统的法典编纂体例”。第三种观点认为中华法系是道德律与制定法共同组成的立体性体系。“诸法合体,民刑不分”是从“立体性体系”的角度论证了中华法系的特征,其要点是“中华法系乃中华文化的制度化,由于兼容并蓄我国的学术思想,所以闳中肆外,包罗万有。礼成为法律的内容,成为人们具

[1] 张晋藩:《法史鉴略》,群众出版社1988年版,第45~62页。

[2] 张晋藩:《中国法律的传统与近代转型》,法律出版社1997年版,第311页。

体实践的实际部分，二者融合于我国的固有法律制度中，组成道、德、仁、义、礼、乐、政、教、法、令、刑、罚等于一体的法律制度体系，一种伦理化的法律制度。”这其中包含行政法独立的因素。

（二）“礼法合一”的趋势使得《唐六典》的诞生成为必然

“礼法合一”的思想对封建立法起到了指引的作用，成为整个中华法系的核心思想。儒家法律思想以春秋时期孔子提出的“礼治”形态为发端，以《法经》、秦律的“法治”形态为定型，最后以董仲舒的“罢黜百家，独尊儒术”至唐律的制定达到“礼法合治”形态体系的完备。“礼”最初是原始社会的习惯，起源于原始人的祭祀，所以“礼治”就成为中国古代最早出现的法律文化思想，“礼，经国家，定社稷，序民人，利后嗣者也”，“夫礼者，所以定亲疏，决嫌疑，别同异，明是非也”，这样的礼，实质上是法。儒家的“礼治”思想逐渐和法家的“法治”思想相糅合，趋近于统一，即宗法制与官僚制的结合，家族伦理原则与君主专制原则的结合，道德教化与法律强制的结合，贤人政治与刑法治国的结合。唐律是礼法结合过程的最终产物。它将礼与法有机地结合在一起，相辅相成，“德礼为政教之本，刑罚为政教之用，犹昏晓阳秋相须而成者也”。^{〔1〕}礼治和法治，一个台前，一个幕后，虽然彼此对立，但又相互沟通，具有同一性：“礼治”维护宗法等级，而“法治”维护官僚等级；“礼治”强调“身正令行”，而“法治”强调“君臣上下贵贱从法”；“礼治”提倡君臣“名分”，而“法治”提倡君主“独制”；“礼治”主张“一准乎礼”，而“法治”主张“一断于法”……对于中央集权的封建统治来说，离开了“礼治”便无法调整宗法伦理关系，从而失去统治的支柱；离开了“法治”则无法对付民众的反抗和内部对抗性矛盾。因此，“法治”与“礼治”二者相互结合，不可分割。在封建社会里，法律作为一种客观事物，虽然维护着整个社会的秩序与稳定，但是这种“礼法合一”的礼法模式，不能很好地对行政管理权进行界定，不能很好地促进法律功能的完善，在“礼法合一”的封建法制形成后，行政法从刑法体系中分离成为必然。

〔1〕 张晋藩：《中国法律的传统与近代转型》，法律出版社1997年版，第311页。

(三) 繁荣的唐法律文化奠定《唐六典》的立法能力

立法能力的提高得益于文化的繁荣,可以说,唐朝文化的繁荣是《唐六典》立法能力的前提。唐朝法律文化的繁荣,是多种文化因素整合的结果。贞观初期,天下初安,太宗励精图治。他深知“致安之本,惟在得人”,而人才又必须以德行、学识为准。他采纳魏征“偃武修文”的建议,锐意经籍,大兴文治,“解戎衣而开学校,饰赆帛而礼儒生”,努力发展文化教育事业。同时,他还遴选三品以上官员子孙入弘文馆学习。在唐太宗的大力提倡下,唐朝从中央到地方建立了完善的官学制,在中央设有国子学、太学、四门学、律学、算学,在州县则设有州学、县学。唐太宗尤其关心最高学府国子学的建设,贞观二年以后,他下令立孔子庙于国子学,尊孔子为先圣,颜回为先师,每年定时“释奠”;扩充学校规模,增置房舍一千二百间;广收天下儒生,且资助盘缠,派车护送进京;规定在校学生能精通一大经(如御注《老子》、《孝经》,须三年学成)以上者即授以官职。对此,高宗、武后、玄宗也都代代相传,使学校教育制度不断发展完善,成为唐王朝兴旺发达的有力保证。

唐朝文学繁荣的原因,首先在于它植根于盛唐这片沃土之中。国家的统一与强大,社会的安定与和谐,新兴中小地主势力的崛起与经济的全面发展,使唐朝的文人、学子充满自信、理想与追求,为他们抒发情怀、表达思想创造了条件、提供了空间。其次,这与唐朝皇帝的爱好与倡导有很大关系。唐太宗不仅擅长政治,而且喜好文学。处理国事之暇,他常与大臣赋诗唱和,清人编辑的《全唐诗》、《全唐文》里收有他的许多诗赋。继太宗之后,唐高宗、武则天、唐玄宗也都大力倡导文学。特别是到后来,唐朝规定在科举考试中加试诗赋,此举刺激并影响了文学创作,更加推动了文化的普及。最后,东西方文化的交流渗透到唐朝社会的方方面面,对立法产生了巨大影响。唐王朝积极吸纳外来文化的精华,不断丰富自身涵养,将胡风夷俗,融聚为中华文明,创造出绚丽多彩的盛唐文化,从而促进唐立法能力的提高,催生了《唐六典》。

二、《唐六典》的制定与“行刑、刑礼”的界分

(一)《唐六典》的编纂目的体现了“行、刑”界分

在《唐六典》的编纂目的方面是有争议的,一些学者认为《唐六典》的撰修是为了粉饰太平。如刘逖先生认为,《唐六典》“有浓厚的装点盛世气象的特点”;钱大群先生认为,《唐六典》的编写并不考虑贯彻执行的要求,而主要追求对有唐一代官员编制体系至善至美的记载,所以《唐六典》的撰修目的就是要显示有唐一代特别是开元朝制度的盛况,并表明其承周的正统;玄宗的主要目的是为了要编成一部类似《周礼》的圣贤书。^[1]但主流的观点却认为,玄宗编撰《唐六典》是当时健全封建体制,巩固唐王朝统治的需要。韩长耕先生认为,从《唐六典》的撰修源起看,它是为了总结唐初到开元一百二十多年间的典章制度以及和这些制度相关的诸事务;王超先生认为,玄宗以《周礼》体制修《唐六典》有两个动机:一是要以《周礼》精神作为治国经邦之规则,二是要以周公制礼作乐为榜样,创立一代新制,想把《周礼》的礼制理想变成唐代的现时法制;^[2]宁志新先生则认为,撰修《唐六典》有两个目的:一是为了粉饰太平,充分显示有唐一代的繁荣昌盛;二是为了在行政管理上便于征引,以提高各级政府机关的办事效率,其根本目的还是,意欲通过下诏颁行,使其成为一部在行政管理上便于征引的正式法典。^[3]虽然上述观点存在争议,但是这种争议却没有忽略这样一个事实,即:唐立法者有意识或者无意识地将行政法进行分离并独立立法这样的一层目的。这在诸位学者的争论中均有所彰显。

(二)《唐六典》的制定背景需要“行、刑”界分

在开元、天宝之际我国封建社会正处于政治和经济激烈动荡的漩流之中,这是一个不平常的时代,而《唐六典》的撰修恰好就发生在这个激烈变化的

[1] 钱大群:“《唐六典》不是行政法典——答宁志新先生”,载《中国社会科学》1996年第6期。

[2] 韩长耕:“关于《大唐六典》行用问题”,载《中国史研究》1983年第1期。

[3] 王超:“我国古代的行政法典——《大唐六典》”,载《中国社会科学》1984年第1期。

交叉点。《唐六典》的撰修是建立在历史现实的基础上的,当时的社会经济关系及由此产生的观念形态是《唐六典》撰修的物质基础。^[1]《唐六典》的撰修同开元年间社会经济的繁荣相适应,经济繁荣、社会安定、学者辈出为该时期封建法制的建设提供了必要的社会条件;同时,坚固的封建经济基础要求有更加详尽完备的法律来维护它,因此在开元时期,《唐六典》的撰修不仅有了必要,而且有了可能。^[2]应该说,《唐六典》的撰修有深刻的社会历史背景及其法律渊源。《唐六典》的撰修是随着封建国家行政权力的扩大、中央集权的强化和封建立法的加强而出现的,我国封建社会前期行政立法发展的历史表明,以令、格、式为主要内容的《唐六典》的撰修实在是历史发展的必然。^[3]

(三)《唐六典》的立法内容体现“行、刑”界分

《唐六典》的撰修结构及内容具有以一部专门立法来规制行政管理的特点:

1. 《唐六典》完整的体系和内容说明它是一部“典型的封建专制主义中央集权制国家的行政法典”。《唐六典》的体系主要包括两个方面:一是封建国家行政组织法,它规定了唐朝政府各部门的机构设置、官员编制、职掌权限,以及政府各部门之间的关系;二是封建国家官吏任用制度,它规定了政府各级官吏的选拔、任用、考核、奖惩、俸禄和退休制度。《唐六典》的内容分为三部分:一是关于政府各部门的机构设置;二是关于政府各部门的官员编制、品秩;三是关于职责权限与行政监察体制的形成。同时,《唐六典》以令、格、式为主要内容形式,而令、格、式等都是规定行政法规、规章和皇帝命令为主要内容的封建法形式,这种形式的糅杂就是对行政法所要规制内容的进一步梳理,据此《唐六典》不能摆脱行政法之本质要件。

2. 《唐六典》正文的撰修。《唐六典》的正文三十卷除涉及皇帝外以从中央到地方各级机构的设置为其纲目;在三十卷之纲下又以各级机构设编之

[1] 韩长耕:“关于《大唐六典》行用问题”,载《中国史研究》1983年第1期。

[2] 张弓:“《唐六典》的编撰刊行和其他”,载《史学月刊》1983年第3期。

[3] 王超:“我国古代的行政法典——《大唐六典》”,载《中国社会科学》1984年第1期。