



中國古代行政程序

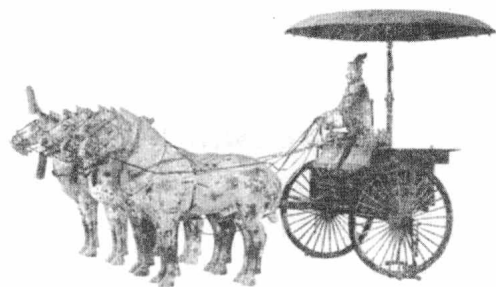
研究

柳正权 著



NLIC2970860661

人民出版社



中國古代行政程序

研究

柳正权 著



NLIC2970860661

人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国古代行政程序研究/柳正权著. —北京:人民出版社,2012

ISBN 978-7-01-011492-7

I. ①中… II. ①柳… III. ①行政程序-研究-中国-古代 IV. ①D691.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 282715 号

中国古代行政程序研究

ZHONGGUO GUDAI XINGZHENG CHENGXU YANJIU

柳正权 著

责任编辑:巴能强

封面设计:阳洪燕

出版发行:人民出版社

地 址:北京朝阳门内大街 166 号

邮 编:100706

邮购电话:(010) 65250042 65258589

印 刷:三河市金泰源印装厂

经 销:新华书店

版 次:2012 年 11 月第 1 版 2012 年 11 月北京第 1 次印刷

开 本:787 毫米×1092 毫米 1/16

印 张:12

字 数:170 千字

书 号:ISBN 978-7-01-011492-7

定 价:28.00 元

著作权所有 侵权必究

凡购买本社图书,如有印制质量问题,我社负责调换。

服务电话:(010) 65250042

前 言

中国古代行政程序，是行政行为应当遵循的方式、步骤、顺序及时限。研究中国古代行政程序，就是分析行政行为在时间、空间上的表现形式，以及其具有法律意义的方式、步骤、顺序及时限。

行政程序这一法律概念是在中国近代化运动中引入的，它建构在形式理性之上，其功能是规范行政主体的行为，限制行政恣肆。中国古代社会虽然有发达的行政法律体系，但重视形式理性，轻视行政程序，尚未形成程序话语体系。在此语境之下研究行政程序，面临的困境就是因中国古代并没有形成行政程序话语体系，从而使古代行政程序很难与现代行政程序话语体系进行有效的知识对接。

尽管有诸多的研究瓶颈，但社会的变化必然会引起法律规则的变化，任何法律变迁都无法割断法律传统，阻止其与现代文化的整合。因此，若要使法律文化更具活力，就要直面传统法律文化，正确认识这种整合。只有正确认识和扬弃传统法律文化，为我国的法治建设服务，才可以避免文化错位现象。古代行政程序作为中国传统法律文化的组成部分，仍深刻影响着我国的行政程序法建设。我国要构建当代行政程序法，面临理性认识法律传统、吸收先进行政程序理念的重构使命。因此，全面认识和客观分析古代行政程序的诸多表现及特征，对于建设我国的现代行政程序法无疑具有重要意义。

由于中国古代的法律话语体系已经渐行渐远，中国现代的法律学科分类及话语体系都是近代化以后引进西学建构的。故而，本书在研究方法的选择上面临两难：若用古代法律话语体系研究中国古代行政程序，有可能更容易还原历史真实，但因人们现在的知识和话语体系都是现代的，会导



致法律界很难理解，无法与现代话语体系及知识对接；若用现代法理论和话语体系研析中国古代行政程序，又不能准确解读古代行政程序，难免牵强附会、机械类比。同时，用历史和发展的视野看，若使用中国古代法律话语体系解读中国古代行政程序，难免有孤芳自赏之嫌，弱化了现实意义。因而全书选择用现代程序法理论和话语体系辩识古代行政程序，并充分考虑到古代行政程序的语境及独特表达方式，尽可能既兼顾到传统和现代的话语对接，又顾及历史的本源。

柳正权

2012年11月于武昌珞珈山

目 录

引 论	1
一、问题及研究方法	1
二、定义及识别	4
三、研究架构	13
第一章 古代行政程序的理论渊源和价值	15
第一节 理论渊源	15
一、实践特质的传统文化	15
二、和合思想	18
三、天人合一的“象”思维	20
第二节 古代行政程序的价值	21
一、神化皇（王）权价值	23
二、专制效率价值	25
三、权力制约价值	28
第二章 古代行政程序的起源	40
第一节 法四时五行的行为模式沉淀	40
第二节 大禹治水的历史折射	43
第三节 祭祀规则的延伸	51
第三章 古代行政决策程序	56
第一节 决策机构及程序	56
第二节 特殊形态的行政决策程序	71
第三节 决策程序的设置原则	73



第四章 古代行政任命程序	77
第一节 选举制度和程序	77
一、世官制度	77
二、征辟制度	79
三、任子制	80
四、科举制	82
五、其他选官制度	89
第二节 官员任命程序	92
一、讨论任命法	92
二、特别任命法	93
三、体制任命法	94
第五章 古代行政公文传递程序	97
第一节 公文类别及沿革	97
一、根据形成主体分类	97
二、根据公文是否定型分类	101
第二节 未定型公文传递机构及程序	102
第三节 公文传递机构及中段传递程序	108
第六章 古代行政处罚程序	117
第一节 行政处罚概述	117
第二节 行政违法行为的确认	119
第三节 行政处罚的种类及程序	124
第七章 古代行政救济程序	131
第一节 行政救济的独特式样	131
第二节 可选择性救济及程序	135
一、申请、呈请、呈控、请议、奏请等申诉类	135
第三节 不可选择性救济及程序	139
一、法定开复程序	139
二、例外开复程序	141
三、鸣冤救济程序	142



第八章 其他古代行政程序	148
第一节 皇家礼仪	149
一、登基礼	149
二、拜相礼	152
三、朝见礼	155
第二节 谒见礼	157
第九章 古代行政程序的特征	163
第一节 隐性特征	163
第二节 单向特征	166
结 语	171
参考文献	176

引 论

一、问题及研究方法

古代行政程序是为行政权力运行预先设立的方式、方法和步骤，它能够在一定程度上限制行政主体的主观随意性，规范行政权力的运行，防止行政权的滥用。

在古代汉语中，“程序”语义表达为“规程”和“法式”，颜师古注为“程，法式也”，是指法定的标准及相关形式要求，主要的内涵是法律规定的行为的先后顺序。在现代汉语的语义中，程序是指“按时间先后安排的工作步骤”^①，它泛指事件的展开过程、规程等。但在法律意义上，程序有特定的内涵，指按照一定的方式、步骤、时间和顺序作出法律决定的过程，是行政行为生效的前提条件。现代法律语义学上的“程序”有三种含义：其一是作为现代法律中的专门术语，其内涵更多的是由西方法律文化所赋予的。其二是与实体对应存在的、自成体系的部门法。其三是作为法律决定机制的程序不存在某种预设的真，它表现为一种形式意义，但对于行政行为的合法性评价，具有最后决定的可能性。作为法律决定机制的程序，其法律意义在于，前一程序是后一程序的前置要件及生效条件，只有具有法律意义上的行政行为顺序和工作步骤，才可以称为行政程序。

古代行政程序有广义、狭义之分。广义上的古代行政程序，是与立法程序和司法程序相对应的，是行政机关应当遵循的所有程序，包括行政立法、行政执法等程序。从狭义上讲，古代行政程序特指行政机关在行政行

^① 《现代汉语词典》。



为时所应遵循的次序、步骤，即行政行为生效的事前程序。本书采用的是狭义的古代理政程序概念。

自秦汉以降，奴隶社会的“礼”逐渐渗透到法律制度之中，诸多规定行政行为方式、方法和步骤的内容，则演变为古代行政程序，并在历史传承中不断完善。当“礼”在特定的生活环境中成长，形成了人们共同的行为准则，其内容大都是人们生活习俗的提炼，是人们认同的共遵规则。但“礼”被阶级化之后，原本中性的行政程序规定，转化为以专制控制为核心，以行政权的无限扩张和恣肆为目的，以提高专制效率为依归；另有皇权制约官僚集团，规范行政的目的。据此，中国古代行政程序的主要功能表现为强化皇权，制约官僚权力以及提高行政效率，并有一定限度地保障正确行政的作用。因此，古代行政程序在国家权力运作机理上，表现为行政行为的时间顺序性和工作步骤。

中国古代虽有近似于现代行政程序的规定，但还没有形成系统的行政程序制度。同时，在程序的性质上，民事程序、行政程序、刑事程序不分，行政程序与司法程序混同，更没有行政程序法典。尽管如此，中国古代社会却有着发达的行政法以及精密的专制机器，政权组织形式是高度的行政集权体制，行政法律则是维系该体制的主要制度依托。高度发达的行政法也使古代行政程序获得了一定的功能性价值，凸显出一定的地位，有些行政行为的次序、步骤和时限，是下一行政程序生效的前置性条件，具有法律上的意义，具备了现代行政程序形式上的要素。不过，中国古代行政程序与现代法治语境下的行政程序有着本质区别。二者在形式理性、限权设计上存在本质的不同，只是在行政行为的顺序性及工作步骤的外在表现上，具有一定程度的形似。

西法东渐后，由于受传统法律文化的影响，在引入西法体系中的行政程序话语时对其进行了概念重组及整合，吸取了外来行政程序的表象成份，继承了中国古代行政程序的核心价值，从而形成了现有的中国行政程序概念和制度。中国现代行政程序是传统法律文化整合的结果，其既异于西法中的行政程序，亦不完全同于中国古代的行政程序，在话语体系上西方化了，但在基本功能以及核心价值上，却向传统回归，导致行政程序并未起



到应有的作用，甚至于违背立法初衷，显示出文化错位现象。当前，在建设社会主义法治国家的过程中，我们要建设现代行政程序，规范行政权的运行，就必须立足传统，直面中国古代行政程序，正确认识其文化影响，并充分利用人类优秀的政治文明，使中西文化充分交融，兼收并蓄，合理地继承与发展。

在行政法领域，要使行政相对人的权利得到保障，防止行政权的滥用，保障行政决策及行为的科学性，就必须建构有中国特色的行政程序制度。但古代行政程序的文化沉淀，却仍然深刻地影响着我们，使中国现代行政程序不能充分发挥程序正义的功能。因此，充分认识古代行政程序，对于当代法治建设极具意义。

中国历来不重程序，程序蕴涵在实体之中，再加上行政的工作次序和顺序缺乏形式理性，用现代行政程序法建构的学理基础去衡量古代行政的程序性规定，就会认为中国古代社会无行政程序，导致目前学界对古代行政程序的研究未予重视。经笔者全面检索和查阅资料，目前还没有系统地研究中国古代行政程序的论文和专著。有鉴于此，对此进行研究，以期拾遗补阙。

本书从梳理中国古代行政程序着手，全面研究行政程序，解析其设置原理和在国家权力传递过程中的意义，以及对国家权力架构的影响，进而研究我国古代行政程序的演变及近代化过程，分析传统行政法律文化积淀，为宪政建设服务。

本书采取的研究方法如下：

一是后现代主义方法，采取泛文本主义，从经、史、子、集史籍诸文本中全面研究中国古代行政程序。

二是符号学、语义学方法，探索古代行政程序在我国的原始语境及语义。

三是结构主义方法，将中国古代社会作为组合结构解析，并研究古代行政程序的内在本质，探讨其历时性和共时性。

四是文化学的方法，用文化突变及整合理论，研究古代行政程序的文化整合。



五是历史学方法，通过考据，穷源竟委，探讨古代行政程序之流变。

二、定义及识别

行政 (administration) 来自拉丁词 administrate, 是由两个词根 “ad (加强)” 和 “ministrare (服务)” 组合而成。就其法律意义而言, 它主要有两个意思, 一是指行政机关, 管理部门构成政府行政机构者 (Those who constitute the executive branch of a government); 二是指行政国家在行使其权力或义务过程中的活动 (The activity of a sovereign state in the exercise of its powers or duties)。行政的典型特征是: 一是行政是社会活动; 二是行政的出发点是公共利益; 三是行政是积极的、针对将来的塑造活动; 四是行政是为处理事件而采取具体措施或者执行特定计划的行为。^① 行政与政治是既有联系又有区别的概念, 政治系指决策, 行政主要指执行权, “在选择为达到某种政策目的手段方面, 在通常的行政分析方面, 纯行政性的技巧居然有如此的发展”^②。

在我国古代语境中, “行” 指行者、行走、步趋。《论语·述而》说, “三人行, 必有我师焉”。“政” 者, 政治、政文。《论语·学而》: “夫子至于是邦也, 必闻其政, 求之与? 抑与之与?” “政” 还指政权, 《论语·季氏》曰, “天下有道, 则政不在大夫。” 其含义是指治理国家所施行的一切权力和措施, 与 “政治” 同义。《周礼·地官·遂人》有 “掌其政治、禁令”, 即是在这一意义上使用的。“行”、“政” 二字的合用, 首见于《史记·周本纪第四》“召公、周公二相行政, 号曰共和”, 即指二相共同行使治理国家的一切权力。《孟子·梁惠王上》: “为民父母, 行政, 不免于率兽而食人, 恶在其为民父母也?” 《史记·周本纪第四》曰, “周公行政七年, 成王长, 周公反政成王”。《春秋本义·卷一》: “王乾修德行政, 用贤去奸。” 从这些史料看, “行政” 泛指国家的施政活动。其含义与 “政治” 相

① 参见 [德] 哈特穆特·毛雷尔著, 高家伟译: 《行政法学总论》, 法律出版社 2000 年版, 第 7 页。

② [英] 戴维·朱勒·韦农·波格丹诺编, 邓正来等译: 《布莱克维尔政治学百科全书》, 中国政法大学出版社 1992 年版, 第 7 页。



同。由此可见，中国古代社会是将行政定义为国家所有的施政活动、国家的政权机构以及职责，体现出决策与行政不分，没有抽象出执行意义的行政权。

在这种语境下，行政与政治混同。因此，若研究中国古代行政程序，就应当准确界定古代行政，析出其中的要素，而后以行政的要素衡量行政过程中的次序、步骤与时限，其中为下一行政程序的前置性次序、步骤及时限的，即是具有法律意义的、符合行政程序的要素，这构成本书的研究对象。同时，因古代行政的决策与执行混同，所以首先要将国家的施政活动划分为决策与执行，将行政限定在执行上。沃尔夫·巴霍夫说：“实质意义上的行政，是指按照特定条件或者出于特定目的，部分计划地、自主地、创造性地执行共同体事务的活动，以及作为共同体管理人员予以任命的成员。”^①即将行政定位在决策的执行上。

那么，中国古代行政程序包含了哪些要素呢？要抽出其要素，首先要对古代“行政”进行界定。

对古代行政的识别点进行探究，应该先分清形式上的“行政”与实质上的“行政”，以此为切入点，析出古代行政的要素。

第一，形式意义上的“行政”是基于国家分权学说而界定的，其判别标准是将决策与执行分开，即“政治”指决策，而“行政”指执行。以此为基点，将古代“行政”定义为执行决策的行为。从此原点出发，若要界定古代“行政”，针对中国古代行政权与司法权不分的政治形态，还需解析中国古代的司法权问题，从行政权与司法权的关系上定义古代“行政”。在权力归诸于一元的文化传统下，皇帝集行政、立法、司法于一身，立法、行政和司法的界线不清，很多国家机关的性质就很难按现行的属性类别分类。比如说地方行政官员兼理司法，行政机关具有司法权，行政机构内设司法机构，专职司法机构的行政化问题等，对此行政权与司法权混同的特点，本书将以国家机关的主要功能来进行类型化。根据国家机关的分工，如果某一机关的主要职能是司法的话，尽管它兼有一定的行政职能，还是将其界定在司法的范畴；或者主要职责是行政，只是兼理司法，那么就将

^① 转引自 [德] 哈特穆特·毛雷尔著，高家伟译：《行政法学总论》，法律出版社 2000 年版，第 5 页。



其定位为行政机关。以此为标准,司法机关兼理的其他行政行为,将不纳入古代行政程序的研究范围;即使是具有一定司法权的行政机关的行为,若是符合行政行为的要素,则属于本书的研究对象。

第二,从实质意义的“行政”来看,“行政”“主要是积极的,针对将来的塑造活动”。^①这一要素是指行政机关将抽象的、针对一般人的规范,落实到具体的人或事件中,它是将决策具体化的实施行为。这些具体化的实施行为,需要行政机关一系列的积极行为,有时还需制定实施细则等。行政行为的积极性特征,有别于司法机关处理案件的被动性。同时,行政行为的职能及目的,引起行政法律关系发生、变更和消灭。行政行为主要是针对将来,这有别于司法权对已经发生的事实进行被动裁量。因此,“行政”的第二个要素就是针对将来的、创造性的、决策具体化的实施行为。

第三,“行政”的表现形式是管理国家事务和公共事务,其目的就是实现对国家事务及公共事务的管理。

第四,行政活动的方法和手段是管理、组织和调控。

综上所述,“行政”是管理国家及公共事务,针对将来的、创造性活动,是决策具体化的组织、管理和调控。

析出“行政”要素之后,再分析“程序”。在我国传统语境中,“程”与“序”本是两个独立的词。“程,品也。十发为程,十程为分,十分为寸。从禾,呈声”。^②段玉裁注:“品者,众庶也。因众庶而立之法,则斯谓之程品。”^③程品指为众多事物确立的等级,有数量之意。如“军行三十里为程。”^④系数量单位。同时“程”亦指法式、规章、标准,通“科”。科者,“程也,从禾从斗。斗者,量也”。^⑤徐灏《段注笺》:“科谓诸率取数于禾者,从而区分,别其差等,故从禾从斗……斗以量而区分之也,因之凡诸程品皆曰之科。”“程”的本义即是指数量,延伸有区分差等之意义,而区分差等的标准,则是通过量的大小而确定的,即依据的是形式差异。

① [德] 哈特穆特·毛雷尔著,高家伟译:《行政法学总论》,法律出版社2000年版,第7页。

② (东汉)许慎:《说文解字》。

③ 段玉裁:《说文解字注》。

④ 《后汉书卷一百十六·南蛮西南夷传第七十六》。

⑤ (东汉)许慎:《说文解字》。



“程”亦有效法、法式、规章、标准的意思。“哀哉为犹，匪先民是程，匪大犹是经。”^①《后汉书》：“铃下，侍阁、门阑、部署、街里走卒，皆有程品，多少随所典领。”^②这里的“程”系指标准。《韩非子·难一》：“全曰：中程者赏，弗中程者诛。”其中的程又指的是法式、规章。至于“秦始皇，兼并战国，遂毁先王之法，灭礼谊之官，专任刑罚，躬操文墨，昼断狱，夜理书，自程决事”中的“程”，也是在这一意义上使用的。《汉书》载“立经陈纪，轻重同德，后可以为万世法程”^③亦是在规章意义上使用的。

从以上可知，“程”通“科”，本是数量单位，以数量的多寡区分等级，后延伸有标准、法式、规章等含义，只是这些标准、法式、规章等，主要根据数量的差异，因此，“标准、法式、规章”并没有形而上理性，不是以事物的内在本质特征区别事物。

关于“序”，许慎说：“东西墙也，从广，予声。”^④朱骏声《通训定声》说“序”：“谓堂之东西墙。”本意指墙，引伸为次第。《周易曰艮卦第五十二》：“言有序。”就是在次第意义上用的。庄子说：“夫天地至神，而有尊卑先后之序，而况人道乎？”^⑤这里的“序”是指事物的排序。韩非子曰：“古之所谓圣君明王者，非长幼弱也，及以次序也。”^⑥“序”在此也表示一种先后过程。《史记》载：伯阳甫曰“周将亡矣。夫天地之气，不失其序，若过其序，民乱之也。”^⑦其中的“序”不仅有事物先后顺序之意，还蕴涵着天地法则、规律之意。

1895年之后，中国译刊了法、德、意、日、俄等国家的34部法典和单行法规。^⑧1902年，沈家本受命参酌各国法律，修订清律。在其主持下，翻译了《德意志刑法》、《德意志裁判法》、《俄罗斯刑法》、《日本现行刑法》、

① 《诗经·小雅·小旻》。

② 《后汉书·志第三十·舆服上》。

③ 《汉书卷四十八·贾谊第十八》。

④ （东汉）许慎：《说文解字》。

⑤ 《庄子·天道二》。

⑥ 《韩非子·说疑》。

⑦ 《史记卷四·周本纪第四》。

⑧ 参见张晋藩总主编、朱勇本卷主编：《中国法制通史》（第九卷），法律出版社1999年版，第267页。



《日本改正刑法》、《日本陆军刑法》、《日本海军刑法》、《日本监狱法》以及《日本刑事诉讼法》等^①，特别是对《日本刑事诉讼法》的翻译，使国人初有了“程序法”的意识。1904年，中国建立了第一所法律教育学校——直隶政法学堂，以西方法律话语体系和学科分类方法教学。随着西学的传入以及现代法学教育的兴起，“程序”一词逐渐普及起来，国人在思想和理论上有了实体法与程序法的分类。1906年，沈家本上奏刑事、民事诉讼法草案，正是西学学科和法律部门分类被国人接受的反映。在此过程中，随着大量西方的法学著作和法典翻译和传播，将“程”、“序”合成一个词，对译现代法的“程序”（procedure）。此种文化引入也影响到文学界。例如曾朴在其小说《孽海花》第三十四回写道，“胜佛说：从世界革命的演进史讲，政治进化都有一定程序，先立宪而后民主，已成为普遍的公例……至于政治进行的程序，本来没有一定”，即使用了“程序”一词。《孽海花》前二十四回发表于1905—1906年^②，最后一回发表于1930年。该小说的三十四回之前的章节，并未使用过“程序”，说明学界在1910年之前对“程序”概念还比较陌生。1914—1927年间编成的《清史稿》载：“综计诉讼所历自始审迄终结，其程序各有定规。”^③ 1908年编纂，1915年成稿的《辞海》并无“程序”条目，但有“程序法”条目，亦称“助法”、“纵法”、“手续法”、“形式法”，将“程序法”解读成规定实体法运行之法律。^④ 用此“程序”对译西法“程序”时，进行了文化整合，出现了与传统“程”、“序”既有区别，也有继承关系的新词，但内在含义并没有本质变化。

在“程”和“序”的整合过程中，其语义域逐渐变化。“程”本身蕴涵有规范、标准之义，只是这种标准、规范不是依据的价值判别，仅是量的增减。“序”系指事物发生的先后次序和过程，但却含有法则和规律的实质性内容。但将“程”、“序”合用，对译“程序”概念时，由于中国人思维的二分法特征，当“程序”与“实体”对应时，即将“程序法”仅仅理解

① 参见张晋藩总主编、朱勇本卷主编：《中国法制通史》（第九卷），法律出版社1999年版，第165页。

② 毛巧珍：《曾朴、曾圆和〈孽海花〉》，《档案与建设》，2001年9月刊。

③ 《清史稿·卷一百四十四·志一百十九·刑法三》。

④ 参见《辞海》，中华书局1981年版，第2145页。



为“助法”、“手续法”、“形式法”，从而摒弃了“程”、“序”中本来蕴涵的实质性内容，特别是“序”本身的天地之规则、内在规律等内容，使得“程序”仅存形式上的意义，特指行政行为发生、发展的形式过程。

从这些材料可推断，20世纪初，国人将传统的“程”和“序”合成“程序”一词，对译西法中的“程序”时，先为了对译“实体法”而使用“程序法”概念，后才有“程序”概念。在认识论的角度，将“程序”看成“助法”，是“实体”的从属，这符合传统法律文化价值，正因为此，迅速被社会广泛接受。因而，在法律文化的转型中，虽然中华法系消亡，将法律体系按西方部门法理论进行了分类，引进了一些现代法律话语体系，将程序法内容从实体法中分离出来，但是这种转变仅限于形式，中国在接受新的话语体系的同时，进行了充分的文化重构，仍顽强地保留了传统的法律价值。

程序法文化整合的结果是：中国古代程序意识仍然顽强地存留下来，只是变换了表达形式。其特征为：其一，程序的规制意义低于实体法的规定，将程序法理解为从法、助法，没有以行政程序制约行政恣肆的理念，而将行政程序理解为手续法、形式法之类；其二，中国古代社会的行政程序，使用“程式”、“法式”、“公式”、“序”等概念，在晚清之际用“程序”对译西法“程序”时，其语义域逐渐变化。古代“程”、“序”形式上的次序和过程被继承，摒弃了“程”、“序”二字中原有的天地之规则、内在规律等内容，使得“程序”仅存一个空壳，特指行政行为发生、发展的形式表现过程。

西方文化背景下的“程序”（procedure）词源自古法语 procure，有“进行、完成”之意，在英语词典中“程序”通常有三种意思：一是进程，影响方式；进行或完成某事的途径（A manner of proceeding; a way of performing or effecting something）；二是步骤，为执行或完成某事采取的一系列步骤（A series of steps taken to accomplish an end）；三是一套处理商业事务、立法事务或法庭团体的既定模式或方式（A set of established forms or methods for conducting the affairs of a business, legislative body, or court of law）。