

传统中国政府治理法制及其清末调适^{*}

吴 欢

摘 要 | 传统中国不存在现代行政法与法治政府，但绵延数千年的政府治理实践，足以造就独具特色的行政法律文化。“为民父母行政”是传统行政法制的基本精神，也是传统政府治理的核心理念，具有法律文化价值主体性与治理秩序建构自觉性。此种治理者自觉内生于传统中国治国理政的宪制结构，进而发展出“明主治吏不治民”的治理术提炼及其相应制度安排与运行实践。以《大清会典》为首要渊源的“清国行政法”，尤其凸显了传统政府治理首重治吏的基本面貌，是传统行政法制的典型制度载体，表征着传统政府治理的成熟法制形态。帝制黄昏时代的晚清政府治理法制，一方面延续着“为民父母行政”的核心理念，以“清国行政法”为基本运行框架，在牧民与治吏、治国与治王问题上自有章法；另一方面，为了因应内外压力与冲击，又不得不在话语体系、组织机构和制度建设等方面朝着近代化方向艰难转型。这一时期开启的治理变革，译介的法治知识，储备的法治人才，建构的制度体系，乃至引发的变法争议，遭遇的法治挫折，未竟的法理难题，都将为时至今日政府治理法治化中国探索提供重要镜鉴。

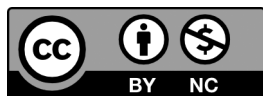
关键词 | 行政法律文化；为民父母行政；明主治吏不治民；清国行政法

作者简介 | 吴欢，南京师范大学法学院副教授，中国法治现代化研究院研究员，江苏高校区域法治发展协同创新中心研究人员。

Copyright © 2022 by author (s) and SciScan Publishing Limited

This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



一、引言

公元 1500 年前后的“地理大发现”，不仅极大地开拓了人类思考和探索的广阔空间视野，还连同这一时期涌动生成的近代工业化大潮一起，有力地

推动着世界历史的形成与发展，马克思、恩格斯据此作出了“历史向世界历史转变”的重要论断。^[1]世界历史的一体化，开启了法律历史的全球化。资本主义生产方式的全球拓展，带来了相应法权关系与法律形式的世界流行。对中国而言，这一转变虽

^{*} 本文系作者主持的国家社科基金一般项目“民国初期平政院裁决实践中的行政法理研究”（19BFX022）的阶段性成果。

[1] 公丕祥：《马克思的法律发展思想及其当代意义》，载《中国社会科学》2017 年第 10 期，第 112-135 页。

然在明朝中后期即借助利玛窦等传教士渐次导入,^[1]但“明亡清兴”和“康乾盛世”又让传统法权秩序获得更大规模的延续与发展,以至于形成了“清帝国治下的和平”。^[2]但历史的发展终究不以人的意志为转移。以1820年的“嘉道之交”为引子,传统中国的帝制统治在盛世余晖中逐渐走向黄昏,更加直面世界。彼时不仅西北陆防与东南海防时有烽烟,就连东北龙兴之地与西南归流之所,也在强邻觊觎与内部躁动中酝酿危机。^[3]自此以降,传统中国小农经济下的“明君—清官—良民”法权秩序理想图景日益支离破碎,域外传来的坚船利炮和立宪政治开始进入近代中国治理场域,乾嘉学术已然走向没落,有识之士逐渐“开眼看世界”,边疆危机助长央地失衡,民智渐开刷新种族认同。凡此种种,都预示着传统治理亟待转型,现代国家亟待建构,“走向共和”已然势不可挡。^[4]彼时的政府治理,一方面延续着渊源自先秦的“为民父母行政”核心价值理念,并成就了以清国行政法为代表的成熟制度形态,另一方面也主动或被动地因应着时代冲击,在知识、机构与制度等层面发生着不以人的意志为转移的调适。

二、传统政府治理的核心价值理念

传统中国不存在现代行政法与法治政府,但绵延数千年的传统政府治理实践足以造就独具特色的行政法律文化。^[5]“为民父母行政”是传统行政法制的基本精神,也是传统政府治理的核

心理念,具有显著的法律文化价值主体性与治理秩序建构自觉性。此种治理者自觉内生于传统中国治国理政的宪制结构,进而发展出“明主治吏不治民”的治理术提炼及其相应制度安排与运行实践。

(一) 为民父母行政

在传统中国治国理政话语体系及其实践中,“民为邦本、敬天保民”是重要的宪制性理念。^[6]这一理念主要回应的是华夏文化政治共同体成立以后,共同体成员与共同体本身及其治理者之间的关系问题,放在传统政府治理领域就是“民”“官”“王”三者的结构关系及其互动问题,对此问题的解答决定了共同体的治理者在治理活动中的基本准则与行为模式。在此宪制性理念指引下,传统中国政府治理秩序暨行政法律文化形成了“为民父母行政”的核心旨趣。

从政治哲学角度来看,不同于“君权神授”思想在西方古代政治哲学中长期占据统治地位,中国古代政治哲学较早地摆脱了神权政治的困扰,在先秦时期就敏锐地发现了“人”的重要性,进而高扬“民”的主体性。^[7]“民为邦本”语出《尚书·五子之歌》。^[8]诗歌作者以“太康失国”的惨痛教训,深刻地揭示了“民为邦本”的道理,其基本立场是,即使成立了共同体,获得了治理权,治理者对于百姓的利益与呼声,仍然要时刻保持怵惕之心,保持共同体的安宁和治理权的稳固,不得侵害民众利益,不得违背民众意愿,否则就会导致治理权丧

[1] 吴强华:《从利玛窦的天主教儒学化理论看中西文化交流》,载《学术月刊》2003年第5期,第72-77页。

[2] 杨昂:《中华太平盛世:清帝国治下的和平(1683—1799)》,载《政治与法律评论》2011年第1期,第43-72页。

[3] 李晶:《全球化视角下的晚清边疆危机》,载《齐齐哈尔大学学报(社会科学版)》2017年第12期,第122-126页。

[4] 参见金冲及等:《中国是怎样走向共和的?》,载《党史文汇》2003年第10期,第2-3页。

[5] 参见范忠信主编:《官与民:中国传统行政法制文化研究》,中国人民大学出版社2012年版。

[6] 关于传统中国国宪的系统研究,参见吴欢:《安身立命:传统中国国宪的形态与运行——宪法学视角的阐释》,中国政法大学出版社2013年版,第91-99页。

[7] 参见叶金宝:《先秦儒家主体性的高扬与失落》,载《学术研究》2001年第8期,第53-57页。

[8] 《五子之歌》第一首援引了大禹的政治训条:“皇祖有训,民可近,不可下,民惟邦本,本固邦宁。予视天下愚夫愚妇一能胜予,一人三失,怨岂在明,不见是图。予临兆民,懍乎若朽索之驭六马,为人上者,奈何不敬?”第二首是大禹的具体训诫:“训有之,内作色荒,外作禽荒。甘酒嗜音,峻宇雕墙。有一于此,未或不亡。”第三首是追忆尧舜的治理之道:“惟彼陶唐,有此冀方。今失厥道,乱其纪纲,乃底灭亡。”第四首是责备太康违背祖训以致失国:“明明我祖,万邦之君。有典有则,贻厥子孙。关石和钧,王府则有。荒坠厥绪,覆宗绝祀!”第五首再次告诫治理者应当时刻保持治理的德行:“呜呼曷归?予怀之悲。万姓仇予,予将畴依?郁陶乎予心,颜厚有怍。弗慎厥德,虽悔可追?”

失、共同体离散的危险结果。^[1]当然,“民为邦本”的宪制理念并不独见于《五子之歌》。苗君“杀戮无辜”,自乱邦本,终被帝尧诛灭,这是反面典型。帝尧有“平章百姓”之德,帝舜有“四凶”之诛以顺民心,这是正面榜样。《五子之歌》后,先秦治理者反复强调民生与民心的重要意义。^[2]西周治理者更是将“民为邦本”的理念进一步发挥,提出了“敬天保民”的主张,从而带来重要的思想革命。在尧舜时代的“天道”信仰中,“天命”虽然是终极的正当性与合法性来源和最高的政治权威,但是在彼时治理者关于“天”的感知中,“畏”的成分可能更大于“敬”——畏天之威,畏天之命,不敢不敬。大禹及其子孙又走向另一个极端,“天道”信仰极其淡薄,相比天道更重君道,从而导致治理的衰败。“汤武革命”之后,治理者不仅从理论上恢复了“天道”信仰和“天命”观念,而且更深入地意识到,相对于虚无缥缈、不可捉摸的“天命”,“人心”更加值得关注。所以西周的治理者仍然“敬天”,但是他们“敬天”是为了“保民”,即保护治理权和治理秩序的长期稳固。^[3]至此,“民”在治理活动中的特殊地位与重要意义被发现,华夏文化政治共同体的治国理政思想进入了“以民为本”的时代。^[4]概而言之,在先秦治理者眼中,君主治国理政正当性与合法性的终极来源固然是“天”,但“天”毕竟渺不可知,可触可及的唯有“民”。《尚书》等先秦典籍中一咏三叹的是“以民为本、本固邦宁”“天视自我民视,天听自我民听”“民之所欲,天必从之”。这些不是抽象的政治教条,而是

被汤武革命反复印证的血淋淋的治国镜鉴,更是被秦汉以降历代帝王、大臣、士人、君子薪传不息的宪制根本。需要说明的是,作为中国传统政治哲学奠基时代确立的宪制理念,“民为邦本、敬天保民”实际上是诸子百家共同分享的政治哲学底色。只不过在“道术为天下裂”的思想争鸣时代,诸子百家站在光谱的不同位置,进而各有方案。^[5]

“以民为本、敬天保民”的宪制理念落实到政府治理领域,就是“为民父母行政”的治理者自觉。案,古今中外的“行政”语词,既有其时空差异,又并非不可通约。中文语境中的“行政”具有施行行政令、执掌政治、治国理政等丰富含义,其中的执行、执掌、治理等要素,同西文语境中的对应词不乏暗合,故近代学者以“行政”对译“administration”,选词释义堪称考究。^[6]检阅典籍,《大戴礼记·小辨》载“制礼以行政”,《史记·周本纪》载周公“摄行政当国”,《韩昌黎文集·原道》载“君者,出令者也;臣者,行君之令而致之于民者也;民者,出粟米麻丝,作器皿,通货财,以事其上者也”,堪称古汉语“行政”的几种典型用例。这种君出令、臣行令、民事上的秩序结构,进一步升华就是明君一青天一良民的理想图景。但论述“行政”精义最为深刻者,当属孟子。《孟子·梁惠王上》云:“庖有肥肉,厩有肥马,民有饥色,野有饿莩,此率兽而食人也。兽相食,且人恶之。为民父母,行政不免于率兽而食人。恶在其为民父母也?”这段语录堪称传统中国“行政”本质的经典表述,讲的就是治理者(君主和官吏)要以为民父母的心态治国理

[1] 参见张晋藩:《民为邦本,本固邦宁》,载《人民法治》2016年第1期,第75页。

[2] 例如,成汤傅相仲虺解释夏灭商兴的原因在于夏桀残暴而成汤安民:“有夏昏德,民坠涂炭,天乃锡王勇智,表正万邦,纘禹旧服。”(《尚书·仲虺之诰》)伊尹亦就此指出:“惟我商王,布昭圣武,代虐以宽,兆民允怀。”(《尚书·伊训》)盘庚以利民作为迁都理由:“古我前后,罔不惟民之承保。后胥感鲜,以不浮于天时。殷降大虐,先王不怀厥攸作,视民利用迁。”(《尚书·盘庚》)传说以为民解释先王建天子诸侯之意:“明王奉若天道,建邦设都,树后王君公,承以大夫师长,不惟逸豫,惟以乱民。”(《尚书·说命》)祖己认为,上天赐予治理者寿命长短的依据是治民的成绩,因而训示高宗曰:“降年有永有不永,非天夭民,民中绝命。民有不若德,不听罪。”(《尚书·高宗彤日》)

[3] 参见赵威、李宝轩:《中国古代权力伦理的系统建构及其与天道信仰的关系》,载《社会科学研究》2019年第1期,第133-139页。

[4] 参见李秋华:《先秦儒家民本思想探微》,载《人文杂志》2004年第6期,第152-155页。

[5] 参见张晋藩:《论中国古代的德法共治》,载《中国法学》2018年第2期,第89-107页。

[6] 参见冯晓川、张雨:《明治维新与清末新政中“行法”“行政”的概念嬗变——以中日学者对译“administration”词汇为中心》,载《中西法律传统》2021年第2期,第35-44页。

政、执掌政治和施行政令,如果只顾自己锦衣玉食,享尽人间极乐,却令子民陷入“率兽而食人”的凶险境地,治理者就不配为民父母,甚至连禽兽也不如(虎毒不食子),也就丧失了行政与治理的正当性与合法性。^[1]“为民父母行政”的治理者自觉强调,君主以降的治理者集团要以父母教育子女之心哺育百姓、施行政令、教化万民;他们具有父母、君主和导师三重身份,即“作之亲”“作之君”“作之师”,又以“作之亲”为起点和纽带。^[2]

“为民父母行政”并不只是孟子的政治告诫,而是内生于传统中国政府治理的观念体系与制度建构,堪称“中国传统政治和行政制度的最基本立足点和出发点,是中国传统政治和行政制度的灵魂”。^[3]我们姑且以现代行政法的体系框架粗略言之。在行政主体上,君主(天子)以“万民父母”自居,是政府治理的最高决策者和总负责人,既有“金口玉言,言出法随”的政治权威,也有“万方有罪,罪在朕躬”的伦常责任;君主以下的宰执群臣均有牧民、治民职责,州县长官则是父母官、亲民官,是“行君之令而致之于民者也”,既是治民的责任主体,又是治吏的锋芒所向。在行政组织上,“天子无私”而“王者无外”,尽管事实上会有宫中内廷和外朝政府的差别,有些朝代如宋朝还比较注意区分二者,但在根本逻辑上,宫中府中俱为一体,外朝内廷不应异同,内政、外交、国防等朝廷政事都是帝王家事的延伸,三公九卿与三省六部都是君父家臣的拓展。在行政事项上,无论是常态化的授田限田、蕃民编户、劝课农桑、征商管工、制民防奸等,还是非常态的备荒赈灾、官营禁榷、军征武备等,都循着“德为善政,政在养民”的理念展开。君主和群臣要时刻把百姓疾苦、安危、冷暖放在心上,“当官不为民做主,不如回家卖红薯”。在行政程序上,君主亲耕籍田、凶岁蠲免赈济、依时征发力役等,都体现了为民表率、救民疾苦、恤民生计的精神。即便是较为纯粹的捐税征缴和治安管控等政务事项,也要遵循爱民、养民的逻辑进行程序设计。在官民冲突化解上,当民众权益受到官僚集团侵害时,为其提供鸣冤叫屈、哭诉陈情、请愿表意的场所、途径和方式,如逐级申控、御史监察、诣阙叩阍等,并至少在表面上保障这些权益救济机制的运转,自然是“为民做主”的应有之义。

(二)明主治吏不治民

遵循“为民父母行政”的治理者自觉,“明主治吏不治民”的治理术提炼得以凸显。“明主治吏不治

民”语出《韩非子·外储说右下》:“人主者,守法责成以立功者也。闻有吏虽乱而有独善之民,不闻有乱民而有独治之吏,故明主治吏不治民。说在摇木之本与引网之纲。故失火之啬夫,不可不论也。救火者,吏操壶走火,则一人之用也;操鞭使人,则役万夫。”韩非子在此通过官吏救火的例子说明,君主是依靠严守法令制定目标、督责臣下完成任务来建立功业的人;只听说过官吏胡作非为时民众仍然自行守法,没听说民众违法作乱时官吏仍然依法办事;所以英明的君主应致力于管理好官吏,而不是去直接管理民众。

《韩非子》这段语录,意在劝说君王把治国理政的焦点和重心放在“治吏”上面,运用法、术、势三柄控制官僚集团,维护自身权力;对于吏,君主既要“驱使之”又要“防备之”,时刻防止大权旁落、君臣失序;对于民,则不妨“以法为教,以吏为师”,使整个国家治理秩序井然。^[4]细绎“明主治吏不治民”的治理主张,其中内含着“君—臣—民”三元秩序结构、作为治理术的治吏与牧民,以及“严以治吏”的施政建议,这与马基雅维利的《君主论》颇有共鸣。^[5]这一治理主张在《韩非子》乃至整个法家学派是一以贯之的,《韩非子·外储说右上》亦云:“吏者,民之本纲者也,故圣人治吏不治民。”其利弊得失诚如论者所指出的“吏的职责乃临民治民,直接治吏即等于间接治民。君主独居高位、大位,势不能直接治民,只有抓重点来治吏,达到纲举目张之效。韩非的‘治吏’说,长处在实效,故在随后的帝制时期,多被历代君主实际上奉为圭臬;其短亦在只讲实效而流于极端功利,且将民众完全视为被治理对象,故注定它最多能收

[1] 参见刘丰:《“为民父母”与先秦儒家的政治哲学》,载《现代哲学》2019年第1期,第112-122页。

[2] 参见范忠信主编:《官与民:中国传统行政法制文化研究》,中国人民大学出版社2012年版,导论。

[3] 范忠信:《作君、作亲、作师:中国传统行政的性质与特色》,载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》总第2卷,中国政法大学出版社1999年版。

[4] 刘小刚:《法、术、势:韩非子政治哲学的实践路径》,载《云南行政学院学报》2008年第6期,第30-32页。

[5] 参见周志武、高剑平:《马基雅维利与韩非子政治思想之比较》,载《广西民族学院学报(哲学社会科学版)》2003年第2期,第152-155页。值得注意的是,儒家政治哲学也将君、臣、民作为治理秩序三元素。

效于一时，而非长久之计。”^[1]信哉斯言！随后的历史将很快见证，以韩非子为代表的法家学派，根据“明主治吏不治民”的治理逻辑，高扬“不别亲疏，不殊贵贱，一断于法”的旗帜，通过持续变法推动秦国“奋六世之余烈”，终于成就古代中国第一个大一统王朝。秦法家所提出的“法者，编著之图籍，设之于官府，而布之于百姓者也”“法莫如显”“明主之国，无书简之文，以法为教；无先王之教，以吏为师”等法律观点，所推行的“燔《诗》《书》而明法令”“为置法官，置主法之吏，以为天下师”“若欲有学法令者，以吏为师”等变法主张，所取得的“妇人婴儿皆言商君之法”“吏明知民知法令也，故不敢以非法遇民，民不敢犯法以干法官”“法大用，秦人治”等治理效果，集中呈现了先秦“吏治”思想深度和实践力度，为后世“治吏”之法奠定了文化基因。^[2]

秦汉以降的传统政府治理制度设计与运行实践，基本上贯彻了“明主治吏不治民”的治理技艺。有论者就此概括指出：“汉以后的帝国机制，规范包括宫中府中（或者说内廷、外廷）、后妃宦官、宗室藩王、中央地方、文官武将等的制度规则，逐步建立、逐步完备，这就是韩非‘明主治吏不治民’的思想理论制度化规范化。”^[3]我们仍以现代行政法的框架粗略言之。在行政主体上，宰执群臣以下都是替君主牧民的“鹰犬爪牙”，各级官吏只是分工不同，而没有本质区别，其选任、品级、考课、奖掖、迁转、黜置，莫不有定法，从而构成蔚为大观的官吏管理法制。^[4]在行政组织上，从先秦理想主义的周礼六官制，到秦汉开府建牙的三公九卿制，再到隋唐以降日趋成熟的三省六部制，堪称线索明晰。以《唐六典》为代表的官制官规体系，进一步将内廷与外朝、三省与六部、执政与台谏、中央与地方等官僚机器间的分工制衡设计得精妙严密。^[5]

在行政事项上，君主一方面任命各级长官统揽辖区内政府治理大小事务，这既是高度的权力，也是巨大的责任；另一方面又通过制度设计避免地方长官大权独揽，从而形成整合性政府治理结构中的有限分工。以宋代地方治理为例，安抚使司、转运使司、提点刑狱司、提举常平司职权不可侵越，事务互不统属。^[6]在行政程序上，公文管理和公事程限制度细致琐碎，除了载之图籍，更多见于公文碑刻，“碑石上的‘行政授权’‘行政许可’以及‘反向行政’”等内容。揭示了中国古代行政权在制度建构、秩序维护和社会运行中的关键机制。^[7]在官民冲突化解上，不仅“民告官”的制度供给常有，君主还会以“青天”自居受理人民的直诉京控。^[8]凡此种种，堪堪与“为民父母行政”的治理者自觉互鉴互明；更进一步，正是由于二者的合流并用，才使得传统中国的政府治理保持“超稳定”的长期结构。

“为民父母行政”的治理者自觉和“明主治吏不治民”的治理术提炼，在传统中国漫长的政府治理实践中结合孕育出了“为民治吏”的“中道”。今人或或许认为，二者一儒一法难以调和，即便并存也不过是君主专制的遮羞布，但这可能是一种“致命的自负”。一方面，二者之间的张力并没有令人想象的那么大。

“执两用中”是中国古典哲学的精妙表达，也是传统政府治理的可行之道。从历史语境来看，政府治理问题上的儒家方案与法家方案，其实都是对理想的政府治理与行政秩序应当如何是好的回答，都是传统治理经验智慧光谱中的不同色调。秦汉以降的传统政府治理话语体系及其实践中，临下以简、驭民以宽和从严治官、从严治吏总是相伴相随。另一方面，“为民父母行政”内含着对君主的政治约束与伦理要求。君主权力看似无边无际，但不得肆意作威作福，而是要以人民福祉为宗旨皈依。“明主治吏不治民”以“明主”作为法术势的运用前提，如果昏君不顾百姓疾苦或专

[1] 参见李启成：《治吏：中国历代法律的“宗旨”——读〈法治是什么：从贵族法治到民主法治〉》，载《政法论坛》2017年第6期，第165页。

[2] 参见臧知非：《秦“以吏为师、以法为教”的渊源与流变》，载《江苏行政学院学报》2008年第4期，第124-130页。

[3] 参见李贵连：《法治是什么：从贵族法治到民主法治》，广西师范大学出版社2013年版，第64页。

[4] 参见张晋藩：《考课与监察——综论中国古代职官管理》，载《中国法律评论》2015年第1期，第86-95页。

[5] 参见燕京：《古代官制的演变》，载《百姓生活》2007年第9期，第55-56页。

[6] 参见屈超立：《宋代地方政府权力制衡机制研究》，载《政法论坛》2016年第2期，第128-136页。

[7] 参见李雪梅：《公文碑与古代行政程序探析》，载《政法论坛》2020年第1期，第120-131页。

[8] 吴欢：《清末民初行政诉讼法制中的“民告官”传统遗存》，载《北方法学》2014年第2期，第152-160页。

任奸臣弄权,就会遭到天意的惩罚,即便人民不起来革命,权臣也会令其不得其所。^[1]这诚如论者所指出的:“在儒、法两家学说共同推进下,经多代先辈的努力,完成了从分封制到郡县制、贵族宗法世袭制到官僚委任制的第一次社会大转型;近似地,通过法家和儒家的次第登台和影响,以外儒内法为思想内核的帝制法制得以建立并顺畅运作,‘治吏’成为帝制法治的‘宗旨’。”^[2]王夫之对此也有过十分精辟的概括,即“严以治吏,宽以养民”,“治吏以严是原则,但不能一味僵化株守,在某些特殊情况下,为了不将‘吏’逼得铤而走险,有必要在施行时暂予从宽。这样,船山先生一方面将‘治吏’原则上升到历代治道核心内容的高度,另一方面,可能还更重要,是将法家的‘治吏’说内化到儒家的‘养民’说中,赋予了‘治吏’说崇高的目标和价值追求”。^[3]就此而言,儒法结合的“为民治吏”,或曰牧民与治吏相结合,王治与治王相统一,堪称传统政府治理的应有之义与理性选择。^[4]从治民、治官、治王的法治政府三维构造来看,传统中国政府治理在治民层面收效甚巨,政治秩序与国家形态也因此收获“本固邦宁”之长效;在治王层面虽然常被诟病,但也不乏“民贵君轻”的宪制性安排;至于治官层面,则尤其注重以制度建树确保“严以治吏”。正是在三者此消彼长的动态耦合中,传统中国政府治理得以“安身立命”。

三、传统政府治理的成熟法制形态

从先秦时代至清朝中期,以“为民父母行政”

为核心价值理念的传统政府治理进入完备阶段,在制度与实践上因革损益,蔚为大观。以《大清会典》为首要渊源的“清国行政法”,尤其凸显了传统政府治理首重治吏的基本面貌,是传统行政法制的典型制度载体,表征着传统政府治理的成熟法制形态。不宁唯是,“清国行政法”还为“清帝国治下的和平”提供了基础性制度框架。

(一) 清国行政法的渊源

当我们使用“清国行政法”表达,意味着我们不拟进行“中国古代有无行政法”的无谓之争,不拟“行政法”概念作现代语境中的狭义理解,而是以其指称中国传统行政法律文化的制度形态。^[5]这里的“清国行政法”既是清朝行政法体系及其政府治理要素、对象与机制的总称,也指向近代日本学者织田万的名著《清国行政法》。该书“依据近代行政法理论,将庞杂无章的清朝行政法律事务进行分类、梳理,纳入织田万已自成特色的行政法体系之中进行阐述。之所以采用这种方法,并不是因为清代的中國存在近代意义的行政法,而是织田万以行政法为总括关于行政权作用的所有法规的宽泛概念为前提,效仿德国学者古那伊斯特著《英国行政法》使英人始知自己国家有行政法的做法的结果”,如此虽然不免“张冠李戴”,但却是我们考察有清一代行政法体系的重要助力。^[6]

参考织田万的《清国行政法》,在法律渊源上,清国行政法大体可分为成文法与不成文法两类。中

[1] 黄启昌:《明主治吏不治民:汉唐盛世吏治的实践与理论》,载《求索》2005年第12期,第216-218页。

[2] 参见李启成:《治吏:中国历代法律的“宗旨”——读〈法治是什么:从贵族法治到民主法治〉》,载《政法论坛》2017年第6期,第167页。

[3] 同上注第165页。

[4] 参见张晋藩:《论中国古代的良法、贤吏与善治的统一性》,载《国家行政学院学报》2018年第6期,第4-11页。

[5] 近代日本学者使用“清国行政法”之类的提法,带有傲慢色彩,甚至不乏殖民野心,我们借用这个提法,并不代表认同他们的原意。有关传统行政法律文化及中国行政法史的辨析与定位,参见吴欢:《迈向行政法理:中国行政法史研究与教学基本问题刍议》,载《东南法学》2019年秋季卷,第153-177页。

[6] 参见[日]织田万:《清国行政法》,李秀清、王沛点校,中国政法大学出版社2003年版,前言。对时人而言,《清国行政法》也是意义重大的,因为织田万“将人们本已了解的清国行政事务纳入近代的行政法体系中进行阐述,这种全新的编述方法自然会引起此时正试图以实行宪政作为使国家走上富强之路的有识之士的关注,该书所包含的行政法理论和行政法体系对于刚刚从事传播和介绍外国宪政制度的中国理论界人士来说也更加感性,更容易接受和理解。因此,从这种意义上说,《清国行政法》对二十世纪初期的中国行政法学界具有重要的启蒙意义。”需要指出的是,论者多认为夏同龢著《行政法》对于中国行政法制转型具有开创性贡献,但对于转型之前的传统中国政府治理法制而言,织田万著《清国行政法》仍具有不可磨灭的集成式贡献。关于夏同龢其人其书,参见何勤华、龚宇婷:《中国近代行政法制的转型——以夏同龢〈行政法〉的开创性贡献为中心》,载《贵州大学学报(社会科学版)》2016年第1期,第130-136页。

国古代成文法编纂始于春秋时期的《法经》，自秦汉以降渐成律令体系，如晋律并有晋令，《唐律》并有《唐六典》，《大明律》并有《明会典》。^[1]此种律典与令典并行的二元结构，虽不可径称为刑法典与行政法典并列，但传统政府治理的制度规范多本于令典体系当无疑义。织田万将传统中国“规定施政之大则”的典章制度视为“行政法典”，并认为中国“西汉以来，有律，有令，有格，有式，皆书记载施政之准则。而其能具法典之体裁，为后世模范者，莫若于《唐六典》矣”，“后世明清两朝，编纂会典，亦仿此例”。^[2]织田万指出“在中国，则法之各部，未全分化，故行政法之意义，徒见其泛博耳”，“法典以外各种成文法，则亦可视为行政法之渊源”。^[3]此语堪称确论。

清国行政法的首要成文法源是历经康熙乾隆嘉光五朝编纂而成的《大清会典》。所谓“会典者，会要典章之义也。凡行政之准则，明定纲领，永远遵循，朝廷百官之编制与其处务之规程，总括靡遗”。^[4]《大清会典》“以官统事，以事类官”，按宗人府、内阁、六部等官厅分目，依次开列其机构建制、官品职数、执掌权限，并考述沿革，附载历年则例或事例。乾隆钦定《大清会典》“凡例”有云：“嗣后如间有因时损益之处，其畸零节目，止于则例内增改；即有关大体者，亦止刊补一二条，无烦全书更动，庶一劳永逸，以便遵循。”立法者用意甚好，但行政随时变化，作为应对与调和，会典所附则例与事例被分析而出，甚至出现类似“重例轻律”“以例代律”“因例修律”的“则例反重于会典”的现象。^[5]织田万即谓：“行政上实例，纂修既成者，名曰则例。自形式上言之，则例即会典施行之际所生之事例也。”^[6]先是乾隆朝编纂 180 卷《会典则例》，

后有嘉庆朝编纂 1220 卷《会典事例》。各部院亦有则例。有针对部院一般行政事务的综合则例，如《钦定吏部则例》；有针对部院特定行政事务的单项则例，如《兵部督捕则例》；还有针对各部院内部行政管理的专门则例，如《吏部处分则例》。会典及其附属则例、事例系统之外，《大清律例》也是清国行政法的重要成文法渊源。织田万云：“按查《大清律》及其条例，固属刑法，然亦往往登载行政法上应规定之事项。而至彼法章之分类，未分化也。”^[7]中央会典系统与律例系统之外，又有成文之省例作为补充，即“各省所定之实例也，而其性质则同则例”“同一事件之于则例，其效力遍于全国。同一事件之于省例，其效力不逾一省”“盖清国之版图广矣，民众众矣，风俗习惯各地相异，故难遵依同一法规统率全国也”。^[8]其他成文法渊源还有与行政相关的皇帝诏敕与官厅告示等，自不待言。

至于清国行政法的不成文法渊源，据织田万总结，有成案、惯习、学说与条理四端。成案谓“各部及各省之判决例，当永续惯行者”“更变为成文法，或为条例，或为则例”“成案固籍文书而存焉，唯其为文书之时，未至于有拘束力。其见考证之时，始有拘束力。故称曰不文法。今查成案考证方式，对条奏之上谕文中，有钦遵在案、钦遵通行在案等文字”“成案之为通行案者，在其实质，则与条例则例同，准许引用。其未通行案，则徒为判决例，不准引用。虽然苟为成案，其于成文法，相为表里，则足以发挥其真义。故应互相参照，以期法之解释适用，无或误焉”。惯习乃与行政相关之“前例旧惯”，“凡百事遵行从前惯习，其余官厅事务，亦察视其实地，依据惯习而施为者，盖甚多矣”。学

[1] 参见范忠信：《律令关系、礼刑关系与律令制法律体系演进——中华法系特征的法律渊源角度考察》，载《法律科学》2014年第4期，第31-39页。范忠信教授在此文中将令典体系放在律令法治体系之内讨论。

[2] [日] 织田万：《清国行政法》，李秀清、王沛点校，中国政法大学出版社2003年版，第46-47页。

[3] 同上注第47页。

[4] 同上注第47-53页。

[5] 参见苏亦工：《论清代律例的地位及其相互关系（上/下）》，载《中国法学》1988年第5/6期，第102-109页/第111-119页。

[6] [日] 织田万：《清国行政法》，李秀清、王沛点校，中国政法大学出版社2003年版，第62页。

[7] 同上注第47页。

[8] 同上注第64-65页。清代“省例”具有地方特色，今日中国之地方法规规章，也许渊源于此。参见曾哲、高珂：《清代省例：地方对中央法的分权》，载《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2011年第3期，第22-28页。

说如辑注律例会典之律学家言,“律学家之解释疏注,有最为明刑弼教之助者,司直之官,引用以资断法,是此事实自明白矣。虽有异于罗马古代学说之直接附予法力者,然一家学说,即为官厅执务之准则,亦可以见焉”。条理如“比附援引,虽明文之无可据者,然推其情理,以合律意”“若夫皇朝通典、皇朝通志、皇朝通考以及其余钦定各法政书,并系学者私撰者,皆尽明示条理,而使法吏彼此参照准据。然则条理亦为行政法之渊源,其于清国,亦实属显著事迹矣”。^[1]

(二) 清国行政法的内容

在行政组织上,清国行政法关涉皇室、中央官厅、地方官厅、藩部和地方自治数端。在“以民为本”宪制原则和“为民父母”价值理念作用下,大清国的君主专制政体不同于西欧,而是“基于一种(拟制的)族长主义”,“其名为君主专制,而其实则被限制者甚大”,由此造就了清国行政组织“无国家与宫廷之界分”“采用(央地)分权国家之制度”“设为满汉钳制之法”等特质。^[2]就皇室而言,皇帝“总揽统治权”,享有敬称、御名敬避、抬写诸权,以及御用徽章、设置太監、国礼、颁历、恩赦、刑法上特别保护、授予荣典等特权;皇位继承人、皇后、太上皇、皇太后、训政及摄政者、皇族等亦各有成文与不成文特权;皇室还有宗人府、内务府、钦天監、太醫院等隶属官厅及皇室财产权益。^[3]就中央官厅而言,主要是内阁、军机处、通政使司、六部、都察院、翰林院、大理院、国子監、詹事府及外务部等新设部。^[4]就地方官厅而言,有总督、巡抚、布政使、按察使、道员、知府、知县、知州、

同知及通判等普通官厅,以及顺天府、土官及土司和东三省特别官厅。依会典、则例、事例等,央地官厅各有沿革来历、组织职权、人员编制等。^[5]就藩部而言,有内外蒙古、回部、西藏等,大清国以《理藩院则例》《回疆则例》《西藏通制》等“因俗而治”,以实现国族整合。就地方自治而言,大清国也沿袭了乡约、乡老、保甲等制度体系。

在官吏法上,清国行政法可从文官制度、武官制度、官吏身份、官吏权利、官吏义务、官吏责任等维度考察。大清国马上得天下,但注重以文官治天下。文官举凡出身、品级、任用、补缺等莫不有定规。仅以任官形式而言,就有特简、开列、铨选、奏荐、提调等类别。武官制度类似文官制度,但大为精简,盖因崇文抑武也。就官吏身份而言,有黜陟、回避、守制、休致等制度。官吏享有终养、给假、勋爵等礼遇,亦享受俸给、恩给、恤金和刑法上特别保护,同时负有职务和身份上的相应义务,违反者需承担惩戒责任乃至刑事责任。

在裁判制度上,清国行政法体系中的裁判制度与刑事法体系中的裁判制度一体同构,没有独立的行政诉讼。织田万云:“清国不为裁判事务设特别之机关,使行政官厅兼掌之,且在地方官厅,督抚以下至于府州县诸衙门,殆无不兼任行政、司法二权之执行也”。^[6]除了自县经州逐级上控至大理寺刑部,乃至朝审秋审九卿会审等通常裁判所,还有皇族裁判所宗人府,宫廷裁判所慎刑司,旗人裁判所都统衙门,以及京城、盛京、蒙古等地的特别裁判所。

完整的清国行政法,还包括内务行政、军务行政、司法行政、财务行政等分论,在此毋庸赘述,但我们可以总结指出,清国行政法在牧民与治官,

[1] 本段引文参见[日]织田万:《清国行政法》,李秀清、王沛点校,中国政法大学出版社2003年版,第二编“清国行政法之渊源”,第46-76页。此种成文法源与不成文法源,近似于传统律令系统与礼俗系统。

[2] 参见[日]织田万:《清国行政法》,李秀清、王沛点校,中国政法大学出版社2003年版,第三编“行政组织”之第一章“总论”,第77-83页。织田万此处概括可谓鞭辟入里,抓住清帝国政体之关键。

[3] 参见[日]织田万:《清国行政法》,李秀清、王沛点校,中国政法大学出版社2003年版,第三编“行政组织”之第二章“皇室”,第84-144页。由此观之,织田万系以日本近代行政法学家美浓部达吉之“国家法人说”与“天皇机关说”为参照,阐述清国行政法上之皇室制度体系。关于“天皇机关说”,参见董璠:《日本明治时期的国体与天皇机关说事件》,载《比较法研究》2011年第1期,第138-144页。

[4] 参见[日]织田万:《清国行政法》,李秀清、王沛点校,中国政法大学出版社2003年版,第三编“行政组织”之第四章“中央官厅”,第157-220页。

[5] 同上注第221-278页。

[6] 同上注第431页。

王治与治王方面的制度建树确实自成体系，进而形成了颇具特色的运行机制。少数民族入主中原的清王朝，在很大程度上正是凭借（但不限于）此番蔚为大观的清国行政法，将传统中国帝制体系推向极致，同时将传统政府治理体系推向前所未有的广土众民，使牧民之法与治官之法相得益彰，较为有效地建构了前现代帝制国家，以至于被论者称为“中华太平盛世”与“清帝国治下的和平”。^[1]

四、传统政府治理法制的清末调适

1840年爆发的中英鸦片战争是中国近代史的起点，也是传统中国“明君—清官—良民”治理秩序图景瓦解和国家建构危机凸显的标志性节点。1840—1911年间，从洋务运动到戊戌维新再到变法修律，晚清政府治理总体上以“清国行政法”为基本制度形态与运行框架，同时在内外部压力冲击下进行着若干主动或被动的自我调适，皆以因应前所未有的近现代治理转型任务与国家建构难题。

（一）近代行政法学的输入

近代行政法知识与观念，在清末得以持续输入。以限制政府作恶为宗旨的近代法治知识，早在中国近代史的开端，即被“开眼看世界”的晚清士大夫所译介接引。^[2]第二次鸦片战争后，清政府一面聘请传教士丁韪良等翻译《万国公法》等国际法著作，一面选派容闳等幼童留学欧美研习法科，更有伍廷芳等自费留学东洋西洋，为中国法制近代化储备了宝贵人才与智识资源。^[3]1898年春，酝酿变法的康有为在《日本书目志》中，首次以汉语“行政法”翻译其日文对应物；1899年春，流亡日本的梁启超在《各国宪法异同论》中，第一次实质性使用“行政法”提法。^[4]此后的变法修律与预备立宪期间，近代行政法知识与观念继续被大量输入和广泛使用。著作和教材方面，从1902年东京译书

社出版第一本行政法译著，到1911年清廷覆亡，中文出版的行政法著作共计39部，今日行政法体系的主要内容均有涵盖；论文和译文方面，《清议报》《译书汇编》《新民丛报》等先后刊登了20多篇行政法相关译文和论文，行政法专题研究的先河得以开启；法学教育方面，近代中国行政法课程于1903年在京师大学堂发端，但更多开设于京师法律学堂之类的法政专门学校，其授课老师亦为冈田朝太郎等日本专家。在清廷治国理政话语与政府治理实践中，近代行政法知识与观念也频繁被上谕奏章援引。^[5]这一时期最重要的行政法论著，当属前已述及的1906年上海广智书局编译的织田万著《清国行政法》。^[6]该书虽系日本学者以近世法理分类梳理清国制度，但对传播近代行政法律知识，启发国人行政法理自觉颇有助益。

（二）政府组织机构的革新

近代化的政府组织机构在清末得以建立运行。1840年以降的内外压力，迫使清国行政法体系中的政府组织机构暨权力运行机制发生变革。第二次鸦片战争后，清廷成立总税务署统辖全国海关，又任命英人赫德为总税务司，近代海关制度由此建立。基于不平等条约的租界制度与治外法权，在不同程度上更新了区域政府治理机构。在列强要求下，取代传统理藩院专门负责“洋务”的总理各国事务衙门于1861年设立，最初仅主持外交与通商事务，后扩张至凡与“洋”有关且不属六部的事务，成为洋务运动的总枢纽。办理洋务需要新式人才，故总理衙门和部分督抚开始设立新式学校，以学习西文西艺，其代表者如1862年设立的京师同文馆和1866年创办的福州船政学堂，由此引发了教育制度变革，并在传统科举选官制之外，形成了新的官吏选拔机制。戊戌变法期间，康梁维新派在短期内新设了京师大学堂等一系列机构，但终究功败垂成。1900年

[1] 杨昂：《中华太平盛世：清帝国治下的和平（1683—1799）》，载《政治与法律评论》2011年第1期，第43—72页。

[2] 域外法治知识的传入最早从语词转换开始。林则徐1840年组织翻译《各国律例》，魏源1842年激愤写就《海国图志》，其中当然包含对东西列强政治体制与法律制度的介绍。参见俞江：《近代中国法学语词的形成与发展》，载范忠信、陈景良主编：《中西法律传统》总第1卷，北京大学出版社2001年版。

[3] 参见郝铁川：《中国近代法学留学生与法制近代化》，载《法学研究》1997年第6期，第3—33页。

[4] 参见王贵松：《论近代中国行政法学的起源》，载《法学家》2014年第4期，第150—165页。

[5] 孙兵：《汉语“行政法”语词的由来及其语义之演变》，载《现代法学》2010年第1期，第186—193页。

[6] [日] 织田万：《清国行政法》，李秀清、王沛点校，中国政法大学出版社2003年版，前言。

的庚子国变,促使清廷痛定思痛发布变法上谕,设立督办政务处,由此开始了大规模的行政组织变革。^[1]在中央层面,新内阁、外务部(总理衙门改设)、农工商部、理藩部、民政部、学部、邮传部、度支部、陆军部、海军部、法部、巡警部,以及修订法律馆、考察政治馆、中央银行、进士馆,乃至大理院、资政院等均得以设立或筹设,分别肩负新式职能,与传统六部分庭抗礼。在地方层面,压缩行政层级与分立行政司法的改革得以启动,城镇乡乃至府厅州县地方自治开始试行,咨议局、商会、劝业所等,也为晚清地方政府治理体系注入新的民治元素。

(三) 行政法律制度的初建

近代化的行政法律规范在清末得以陆续制定。1843年《中英五口通商章程》所附《海关则例》确立了所谓“协定关税”的征收体制,此举无疑具有屈辱性,但也是近代税收征管制度的起点。^[2]《通筹夷务全局酌拟章程六条》等洋务章程,为洋务运动提供了依据和保障;《京师大学堂章程》作为戊戌变法仅存的制度成果,开启了近代高等教育法制变革;兼具殖民性与近代性的区域行政法制,也在列强治下的租界萌生。变法修律时期,近代化的行政法律规范体系初具规模。就行政组织法而言,1906年官制改革中,清廷公布了以《内阁官制草案》为统领的16件官制草案,适应从传统到近代政府职能分化和转变需要的,广涉农工商学民法等新设部职权、机构、编制的中央行政组织法体系得以草创。《咨议局章程》《各省官制通则》《城镇乡地方自治章程》《府厅州县地方自治章程》等,也促进了地方政府职能分化与权威转移。就官吏管理法而言,从洋务运动期间的学堂章程冲击固有文官法制,到1905年废除科举,再到1911年《文官考试任用章程》草案,近代化的公务员立法得以起步。就行政裁判法而言,1906年《行政裁判院官制草案》以21个条文初步规定了行政裁判院的职责权限、组织

构成、受案范围、审判程序、审判组织、审判方式等,并为之定下了建置时间表,成为近代中国行政诉讼法制百年变迁的滥觞。^[3]在部门行政法领域,这一时期也有一定制度建树。从1908年《清查户口章程》到1911年《户籍法》;从1906年《印刷物专律》到1911年《钦定报律》;从1906年《违警罪章程》到1908年《违警律》,近代化的户籍、新闻、治安等行政管理法制得以陆续建立。这一时期制定的《商会简明章程》《公司律》《试办全国预算暂行章程》《试办银行章程》《统一国库章程》《大清银行则例》《银行同行则例》《币制则例》等,也为工商经济领域的政府治理确立了基本的规则与秩序。^[4]

五、结语

习近平总书记指出:“自戊戌变法和清末修律起,中国人一直在呼吁法制,但在当时的历史条件和政治条件下,仅仅靠法制是不能改变旧中国社会性质和中国人民悲惨命运的。”^[5]作为法治政府建设的中国历程的开端,帝制黄昏时代的清国行政法一方面延续着传统政府治理“为民父母行政”的核心价值理念,在牧民与治吏、治国与治王问题上自有章法,另一方面因应着时代冲击与内外压力,而在话语体系、组织机构和制度建设等方面朝着近代化方向迈进。尽管晚清时代的政府治理法治化转型在古今中西矛盾交错中步履蹒跚,乃至因昧于时势而终究无力回天,但这一时期开启的治理变革,译介的法治知识,储备的法治人才,建构的制度体系,乃至引发的变法争议,遭遇的法治挫折,未竟的法理难题,^[6]都将为直至今日的政府治理法治化中国探索提供重要经验与启示。申言之,只有深刻反思近代中国行政法制发展的历史进程,深入总结和运用党领导人民实行行政法治的重要经验,继承和弘扬中华优秀传统文化法律文化,才能不断丰富和拓展行政法治现代化的中国式新道路,创造和升华人类行政法治文明新形态。

[1] 参见范忠信、陈景良主编:《中国法制史》,北京大学出版社2007年版,第445-449页。

[2] 侯强:《晚清外交和约与近代中国法制现代化的启蒙》,《云南社会科学》2005年第3期,第107-111页。

[3] 参见胡建森、吴欢:《中国行政诉讼法制百年变迁》,载《法制与社会发展》2014年第1期,第28-45页。

[4] 参见武乾:《清末经济立法与近代经济制度在中国的奠基》,载范忠信、陈景良主编:《中西法律传统》总第2卷,北京大学出版社2002年版。此处不区分经济法与行政法,二者当时均系初创,实难强分。

[5] 习近平:《加强党对全面依法治国的领导》,载《求是》2019年第4期,第1页。

[6] 其典型者莫过于“礼法之争”,其实争的不仅是法条法理,还有治理模式。参见梁治平:《世纪礼法之争:晚清遗产谁人继承?》,载《法律史的视界:梁治平自选集》,广西师范大学出版社2013年版。