

论清代条例中的地区性特别法

王志强

(复旦大学 历史地理研究所,上海 200433)

【关键词】 清代 条例 地区性特别法

【摘要】 地区性特别法,是指由中央根据某地区状况制定的、仅适用于该区域的特别法。清代地区性特别法主要针对重大犯罪,集中分布于京畿和边疆地区,是以中央集权政治体制为核心的因事生例机制的伴生物。这些条例对因地制宜、协调中央与地方关系、保障安全发挥了积极作用,但由于立法体制和技术的缺陷,始终痼疾丛生。

【中图分类号】 D929 【文献标识码】 A 【文章编号】 0257-0289(2000)02-0109-08

On Regional Special Sub-statutes in the Qing Dynasty

Wang Zhi-qiang

(Institute of Chinese Historical Geography, Fudan University, Shanghai 200433)

Key Words: Qing Dynasty, sub-statute, regional special sub-statute

Regional special laws are enacted by the central government but enforced in some particular regions. Based on the statistics of their quantity and distribution, the article studies the regional special laws in the sub-statutes in the Qing Dynasty, their emergence, contents, effect and political system concerned. The regional special sub-statutes, which focused on the felonies occurring near the capital and the frontier regions, were the results of the centralized monarchy and specified legislation system. Those sub-statutes that suited local conditions were effective in coordinating the central and local governments and maintaining public order, but were always disadvantageous due to some legislative problems.

中国传统法律中,有数量不少的地区性特别法。它由中央政府以皇帝的名义制定,对特定地区内的某些特定法律关系作出有别于其它区域的专门规定。这类法规虽然广泛存在于国家性的通行法典之中,但实际上仅适用于特定的地域,是具有鲜明地域属性的特别法。

本文以相关史料保存较完整的清代条例为研究对象^①,对其中地区性特别法的数量、所涉及区域及

其分布状况进行统计,从产生、内容和分布等方面,着重论述其与中央集权政治体制的密切关系,并对其意义作一初步评析。

(一)

地区性特别法,是指由中央制定的、对一般主体的非特定地域行为,根据某地区状况制定的仅适用于该区域的特别法。

【收稿日期】 1999-9-

【作者简介】 王志强(1971—),男,江西南昌人,复旦大学历史地理研究所博士后。

一般主体,相对于特定地区主体而言,普遍存在于全国范围内。地区性特别法不包括被规范的行为主体为个别地区所特有者。如《大清律例·刑律·犯奸》(以下只称篇名及所属门)乾隆二十三年条例:“川省咽喉有凡轮奸之案,……其同行未成奸者,仍依轮奸本例,拟绞候。”薛允升《读例存疑》按语(以下简称“薛氏按语”):“轮奸本例,首斩决,次绞候,未奸者遣。此同行未奸亦拟绞罪,因系咽喉,是以从严办理。”咽喉,指四川秘密会社咽喉子(或称咽喉党)。这一行为主体就属于四川地区所特有。

非特定地域行为,指可能普遍发生于全国范围内的行为,相对于特定地域行为而言。否则,有关法规也非地区性特别法。如《兵律》中涉及有关侵犯太庙、皇帝宫殿等行为,只可能发生在京城等地区;又如《工律·冒破物料》雍正十三年条例:“浙省修筑塘工,估需银两,……”薛氏按语:“此专指浙江省海塘工程而言”。这些行为的对象、场所或性质都有很强的专属地域性,不可能发生在其它地区。另外,所指地域不直接、明确者,如泛称“外省”、“外

任”、“地方”、“内地”、“腹地”等,亦不属本文研究范畴。

清代条例都以皇帝的名义制定,其中有相当数量的条文只适用于特定地区,与其它通行全国的规定有所不同,是典型的地区性特别法,或称为地区性特别条例。它不是现代法学意义上的“地方性法规”(地方法规),因为后者的立法主体是地方立法机关。

在这一意义上,清代条例中的地区性特别法共217条,占例文总数(1904条)的十分之一强。其在各篇中的分布情况见附表一。在这些条例中,有6条涉及全国绝大多数省,5条涉及“苗境”等少数民族聚居地,针对黄、运两河的3条,泛称“口外”等东北地区的2条,涉及沿江滨海、深山等杂类的6条。其余涉及明确省(地)的197条;这些条例中,一条涉及两省(地)的21条,涉及三省(地)的12条,涉及四、五省(地)的各3条,涉及六省(地)的4条,共283省次。另外,涉及明确省(地)条例中,同时涉及前类内容深山滨海、黄运两河的各1条。涉及每省(地)的条例数量统计见附表二。

表一

	名例	吏	户	礼	兵	刑	工	总计
例文总数	223	75	289	52	152	1087	26	1904

表二

	京城	奉天	广东	福建	云南	直隶	贵州	新疆	广西	蒙古	四川
地区性特别条例数	54	26	19	17	16	15	14	14	12	11	11
在各省(地)中位序	1	2	3	4	5	5	7	7	9	10	10

表三

	安徽	湖南	山东	河南	湖北	江苏	甘肃	吉林	江西	黑龙江	陕西	青海	山西	浙江
地区性特别条例数	10	10	9	8	6	6	5	5	4	3	3	2	2	1
在各省(地)中位序	12	12	14	15	16	16	18	18	20	21	21	23	23	25

注:京城包括宛平、大兴两附京县,福建包括台湾,蒙古包括内、外蒙古;全国总数以涉及明确省(地)的条例数197条计。

①《大清律例》历朝版本众多。其中的条例,号称“五年一小修,十年一大修”,代有变化。但同治九年后直至清末修律,未再系统修定。至光绪末,前朝定例加上散颁各例,数量庞大,是清代历史上条例最多的时代。清季律学家薛允升《读例存疑》即成书于此时,对当时现行例收录相当完备,并详考其兴革演变。因其重要价值,已有点校排印本行世(黄静嘉编校本,台湾成文出版社1970年版;胡星桥、邓又天主编点注本,中国人民公安大学出版社1994年版),较为普及。本文所涉清代条例即以此书所录为限。

有清一代,律文内容基本继承《明律》,始终较为稳定,条例则随时增删,并定期修纂,以适应不断变化的情势。地区性特别条例大多数是应各地督抚的要求分别纂定,但有关提议必须得到最高统治者首肯,才能以立法形式确立。因此,清代地区性特别法从法制的角度体现出最高统治集团与地方政府的关系及对各地治安、司法状况的不同重视程度,是统治策略中某种政治地理思想、法制思想的表现。

(二)

清王朝统治下的中国,就其长期有效控制区域的幅员而言,历史上除元朝外罕有其匹。在这样幅员辽阔、民族众多的大国内,各地自然和人文地理状况各异,统一的全国性立法往往不能有针对性地切实解决各地方具体问题。地区性的立法、司法势所必然。但在中国传统法律观念中,“法自君出”这一立法集权思想根深蒂固,君主是名义上代表中央的唯一立法者。“生法者君也”、“礼乐征伐自天子出”、天子“一同天下之义”、“赏罚下共则威分”^[1],先秦诸家言犹在耳,历代相沿,即使痛诋集权、力主分治者如清初启蒙思想大家黄宗羲,在其《明夷待访录·方镇》中也仅提出地方上“统帅专一、独任其咎”、“一方之财自供一方”、“一方之兵自供一方”等地方自治思想,而未触及立法大权。从宋代开始“事为之防、曲为之制”的中央集权思想和配套政治机制,至清代已臻极致。当时三级政区与五级地方政府相配套的政策,旨在便于中央控制,使地方官相互牵制,以巩固内重外轻的政治局面。^[2]“职权太尊,则有尾大之惧”,地方官的行政事权尚需削夺,立法权更不可能随意假手于人。一方面客观上有地区性立法的需要,另一方面地方政府权力、特别是立法权又相当有限,只能由中央以地区性特别法的形式来进行。这一现代政治体制下并不多见的法律类型在当时数量庞大、作用突出,正是中央高度集权政治体制下特有的现象。

必须指出,中央针对特定地域和事项制定地区性特别法,并非清人首创。条例中对京城的特别保护,《唐律》已然,但数量极少。地区性特别法的大量出现始于宋代。据统计,宋朝专门适用于京城的《敕令格式》先后修纂有四部,诸路、州、县编敕七

部,其它紧要地区特别法规四部。^[3-031]《宋史·刑法志》载,仁宗时期一路、一州、一县敕就多达近三千三百条。著名的“盗贼重法”(即“重法地”制度)应该也在其中。当时以编敕形式制定的大批地区性特别法在性质上与清代的地区性特别条例完全相同。宋代是中央集权极度强化、内重外轻指导思想根本确立的时代,因此,这种相似并非偶然,一定程度上后者正是源自宋代以来中央高度集权的政治体制和立法传统。

同时,在中央集权的立法体制下,条例成为地区性特别法的重要形式。《清律》自乾隆以后即未再作修改。由于律的基本法地位及其稳定性的要求,律典中根据各地时有变化的状况作出专属性特别规定并不多见。在清律中,具有地区性特别法性质的条文仅8条^①,不到律文总数(436条)的1/50。这8条律文涉及的特定地区也主要限于京城^②。相形之下,地区性特别条例则颇为可观。根据情势需要,刑事法律的相应调整在明清时以纂修条例的方式进行。新例名义上由皇帝颁定,但大部分是应中央刑部以及各地督抚的上奏而定,内容都是根据皇帝批准的奏请再略事增损。其中自然不乏封疆大吏们根据当地情况要求制定的、专门适用于该地区的内容。地区性特别条例中,至少有121条是由地方督抚、布按二使、办事大臣、顺天府尹、盛京各部等地方长官建议而制定,而明确由刑部、理藩院、都察院等中央机构官员提出的仅35条。地区性特别法是各地奏请、因事生例立法体制的必然产物。

明代条例数量有限,存世的弘治《问刑条例》仅279条,嘉靖《问刑条例》也不过385条。特别法的绝对数量也较少。其中的地区性特别条例如:“凡京操,军一班不到者,送管罚班半年。军两班、官一班不到者,发附近居庸、密云、山海等关,罚班半年。官两班,军三班不到者,发大同、宣府等边府,罚班一年。官三班不到者,边卫罚班半年。”而其它地区,“务边备御官失班不来者,……军一班不到者,在原备边处罚班五个月;军两班、官一班不到者,改拨本处沿边城堡罚班八个月;军三班、官两班以上不到者,极边城堡罚班半年。”又如“河南地方盗决及故决堤防、毁害人家、漂失财物、淹没田禾、犯该徒罪以上,为首者,若系旗舍余丁、民人,俱发附近

① 其中《名例律》2条,《兵律》4条,《刑律》2条。

② 参《兵律》之“门禁锁钥”、“从征守御官军逃”、“夜禁”、“递送逃军妻女出城”、《刑律》之“盗城门钥”各条。

充军;系军,调发边卫。”^[4]后一规定,清代沿用并有所增改^①。清代条例急剧增多,清末已有近二千条,内容周详,常因时、因地变通律文,成为法律渊源乃至地区性特别法的基本形式。

(三)

根据清代条例中地区性特别法的内容,可以大略将其分为实体性和程序性两大类。实体性条例主要规定具体犯罪及相应刑罚等实体内容,程序性条例则主要针对缉查、审判直至执行过程中发生的各种程序性问题。地区性特别条例所针对的内容,实体类规定中主要是重大恶性犯罪,程序类中,也是与重大犯罪相关的程序性问题。在量刑上,普遍特征是加重处罚。

集中发生的重大恶性犯罪,直接威胁社会安定和王朝统治秩序,是历代统治者严厉打击的对象。“王者之政,莫急于盗贼”,“盗贼是恶性犯罪的代表。占条例篇幅最大的《刑律》篇中,《贼盗》又是重中之重。该门中地区性特别条例在所有各门中为数也最多,共计63条,占《刑律》中实体类地区性特别条例总数(91条)的70%。

同时,在实体类地区性特别条例中,有47条有对应的一般法可资比较。这些一般法的法定量刑已涉及徒刑及以上的有38条;涉及流刑及以上的34条,其中死刑占半数。这说明有关犯罪行为的性质绝大多数都较为严重,处罚本已不轻,特别法在此基础上又更为加重。如对两广地区捉幼童勒索、捉三人以上并勒索三次以上者,本应徒者,改为发极边足四千里充军;本应发遣、充军者,改处绞监候;本应绞、斩监候的,处立决^②。又如据《刑律·斗殴及故杀人》律及嘉庆十四年改定条例,主谋聚众械斗,致人死亡者杖一百、流三千里,但对两广、闽、赣、湘、浙等地的犯者,根据不同情节分别处以极边足四千里充军直至斩立决加枭示的严厉刑罚^③。再如对台湾无籍游民犯徒、流、充军等罪,改处极边足四千里充军或发新疆为奴,如犯死罪,无论本犯绞、斩,监候、立决,均处斩立决^④。

值得一提的是,通过对前述47组可比性较强的地区性特别法与一般法的比较,只有1条量刑较

轻,4条中某些款项或一部分内容的量刑较轻,1条换用与一般法基本相等的刑罚,另有5条中的部分内容虽未准用一般法、但与之量刑相等。除此以外,其余均比通行于全国范围内的一般法量刑更重。由于实体类条例以重大犯罪为打击重点,从宋代“重法地”制度开始,历代统治者都是决不讳言不教而诛的。日诵“刑罚世轻世重”、“刑乱国用重典”的古训,地区性特别法在量刑上自然普遍重于一般法。清末律学大家薛允升在《唐明律合编》中逐条对比《唐律》与《明律》,指出后者的特色为“重其所重,轻其所轻”,“大抵事关典礼及风俗教化等事,《唐律》均较《明律》为重;贼盗及有关帑项、钱粮等事,《明律》则又较《唐律》为重。”^⑤清代袭用《明律》,薛氏此作此论,实对《清律》而发。清代对重大犯罪之严刑峻法,由此可以推知。

程序类的地区性特别法,主要针对京城等地命盗等重大案件的立案、侦察及各地徒流军遣人犯的审转、执行等程序性问题。清代的州县官只能对“自理词讼”即轻微刑事案件和无罪名可拟的民事类案件进行判决,并执行笞、杖刑罚。对涉及徒刑及徒刑以上刑罚的案件,州县官应初审并提出处理意见、解往省城等待终审判决。徒刑案件由督抚咨文刑部,由刑部批准定案。如果是死刑案件,都要奏报中央;对监候人犯,籍属京城者经过朝审、地方籍贯者经过秋审定案,最后由皇帝勾决。针对各地的不同情况,清代法律对重大案件的处理过程也作有因地而异的专门性规定。如《刑律·有司决囚等第》乾隆四十三年初定、道光三十年改定条例:“距省鸾远之府州所属秋审人犯,均免其解省”;道光六年初定、咸丰二年改定条例:“距省鸾远府厅州所属之各厅州县,寻常遣、军、流、徒人犯,及命案拟徒人犯,均毋庸解省”。两条例文中均详细列举有关州县及代行相关权力的道属,如前例称:“广西省泗城、镇安、太平三府所属之凌云、西林、西隆、小镇、安天、保归、顺奉、议崇善、龙州、宁明、永康、左州、养利等各厅州县人犯,责成左江道;思恩府属之武缘、百色人犯,责成右江道”;后例中将“责成”改为“解赴”,余大略相同。

再如《刑律·有司决囚等第》乾隆十三年条例:

① 参《大清律例·工律·河防》嘉庆九年修并、二十五年改定条例。

② 参《刑律·恐吓取财》咸丰三年改定条例。

③ 参《刑律·斗殴及故杀人》道光二年条例。

④ 《刑·恐吓取财》乾隆五十三年条例。

⑤ 薛允升《唐明律合编》卷九《职制上·祭祀·祭享》按语。

“云南省处决重囚，部文到日，如州县无同城佐贰，印官公出，除公出报府有案、并县在附郭者，仍照定例由府委员监决外，其非附郭首县，如有卒奉调遣、不及报府者，部文到日，即准令该吏目、典史会同营员代为监决。仍将印官因何公出、及代为监决缘由，具报上司查核，毋庸申请本府另行委员。”此例之出，据薛氏按语，是因云南之县绝大多数都未设县丞，若照一般法，正官外出，由佐贰监决；还者亦出、或本未设置，审慎起见，须申知府派员监决。但在当地普遍未设县丞的情况下，则颇为不便，故略加变通。

地区性特别条例的内容主要针对重大犯罪，这与中央集权体制下的诉讼制度和权力分配方式密不可分。

在清代，徒刑以上案件逐级审转的诉讼制度，体现了以中央政权为核心的上级政府对下级地方司法权的羁縻控制。基层地方官对笞、杖及纯粹民事案件具有相当大的自由裁量权，因此这类案件的判决往往可以根据情理裁断，并不完全具有法律所规定的确定性，不象徒刑以上案件严格地依据法律、参照先例^[5]。清人说，“然州县断拟庶狱，自城旦以上，例由郡守审转，以达于臬司。外有督抚考其成，内有三法司执法以议其后。其人苟非甚不肖，断无敢轻心以从事者。独至自理词讼，则并无文法之相绳，惟有利欲之是诱。且也，精详者无由登上考，踳驳者无由列弹章。是以琴堂讼牒，大半尘封。”^[6]所谓“自理词讼”，即指笞杖刑以下的轻微案件。而且官员们迫于能力所限，往往将这类案件视为非讼的对象，避之唯恐不及，中央也就干脆将其放手让地方官自行处理。

同时，中央不可能对地方事务不分巨细地进行干预，事实上也不可能完全剥夺地方政府的立法权。传统体制下，清代的地方长官仍然能够在其权力范围内以为政之名，行立法之实，对中央立法进行解释乃至变通。告示禁约是历代官员袭用的制定“土政策”的重要形式。这在有过仕宦或幕友经历的清人文集中俯拾皆是。如清代幕友吴宏《纸上经纶》中收有一批为官员所作的告示，如《词讼条约》、《禁捉秋虫》、《教民节俭》等等，不少是补律例所未备，有些还对律例规定有所变通。如告示中规定：“词内不许混引远年及赦前旧事搪拾人罪；违者，不准。”^[7]据《名例律·常赦所不原》内沿用前明的条例，告赦前事，应以所告罪反坐；如有关钱粮的，仍须究问明白。这与告示的内容显然不一致。

但告示禁约这种形式具有很强的个体性，所谓“其人存则政举，其人亡则政息”，没有长久的约束力。另一种形式是省例。至今常见的清代省例有五、六种^[8]。以《治浙成规》为例，其中主要由地方布、按二使拟呈督抚首肯后制定，大部分是对行政性事务的规约。但也有不少具有立法的性质，其中有些内容是对中央条例的具体施行，如卷八《定海县悬海村庄团练乡民防御洋盗酌给鸟枪、沿海各邑情势相同者听该守令议禀》，可与《兵律·私藏应禁军器》初定于康熙年间、允许滨海地区留用鸟枪的条例相参看。有些是根据当地情况、斟酌情理所作的特别规定，如卷二《贼犯当赃事犯到官、令事主指备一半本银赴典认明回贖》，是对罪犯将赃物典当又无力回贖酌酌的处理办法。还有些是对中央立法的变通，如卷六《因贫居丧嫁娶、援照因贫卖妻成例量减科罪、免其离异》，比照地方性的现有成例，对有关丧娶应追究责任并离异的律典规定酌加变通。这些规定都具有通行浙江全省的稳定效力，是典型的地方性立法。

但是无论情理听讼、禁约告谕，还是制定省例，只能适用于轻微案件；重大案件则不同，尤其是流刑以上。身为封疆重臣、二品大员的地方督抚必须向平级的中央刑部咨文，由后者决定流刑的执行，显然出于中央对地方司法权的制约。地方官员希望根据当地情况加重对某类多发犯罪的打击力度，或因因地制宜地调整在程序上的监控方式，但不同程度受到通行律例的制约，不能自逞其是，更不能自定规矩。大量地区性特别法是应地方督抚奏请而制定，已如前述。对这类情况，在特定理由下请求变通，需要皇帝以中央立法形式加以确认授权。在这个意义上，主要针对重大犯罪及其处理方式的地区性特别法，正是一大批这类特定授权的产物。

(四)

在高度集权的制度下，当然并非所有的地方要求都会得到满足。在哪些地区实行特别法，同样是从中央集权的统治角度出发。从条例中地区性特别法在各行政区的分布状况，可以发现其呈现不均匀但有规律的格局。表二的统计显示，京城是这类条例涉及的首要重点。其次，清统治者的“龙兴之地”、陪都盛京所在的奉天也是条例所关照的重心。涉及这两地的条例占地区性特别条例总数的2/5以上。虽然这两地的专用条例数之间有较大差距，但都明显多于其它地区，体现了这两个地区的显著

优越地位。

有 10 条以上地区性特别条例涉及、排名在三至十位的九个省(地)可以被作为第二层次(其中蒙古与四川并列第十位)。除直隶以外,这些地区恰好涵盖整个南北边疆,往往是少数民族聚居地,远离全国政治中心。其余十四个省(地),有关地区性特别条例都各在 10 条或 10 条以下,相互差距很小,成为第三层次。

京城是地区性特别法的分布重心,有关条例对发生在京城的恶性案件重惩有加。强盗是传统法制打击的重点,《唐律·贼盗律·强盗》规定,强盗徒手而不得财者,徒二年;伤人者绞;持械者,不得财,亦流三千里;伤人者斩。明清律大幅度加重重量刑,《刑律·强盗》:不论徒手、持械,强盗已行而不得财者,不分首从,杖一百、流三千里;殴人至折伤以上,绞。明代《问刑条例》进一步加重:如未得财、伤人,首犯发新疆为奴,从犯仍杖一百、流三千里。这一条例为清代沿用。但如事发京城,据咸丰二年条例,“除徒手行强、当被拿获,既未得财、由未伤人者,仍照旧例办理外,如有持火执械、入室威吓、掷物打人重情,虽未得财、伤人,凶恶情形业经昭著,即将为首之犯拟绞监候,为从发云贵、两广极边、烟瘴充军。”对该地区一部分未得财、伤人的强盗案件施以更重的刑罚。同年制定的另一条例规定,对京城地区的盗劫罪犯,除依通例处斩外,再特别加以枭首示众。另外,对盗贼的缉捕,法有时限,但处罚并不重。《刑律·盗贼捕限》:一月内不能捕获强盗者,笞二十;两月笞三十,三月笞四十;捕盗官罚俸两月。捕杀人犯与捕强盗同。不能捕获窃盗,各减一等。因此至多不过笞罪、罚俸。而在京城地区,根据乾隆二十九年条例:缉捕凶犯,“如一月不获,照例责比。三月至五月不获者,即将该捕役从重责革,枷号两个月示惩。”这加重了捕役的责任,从另一方面体现了对京城地区恶性案件的重视。

对陪都盛京所在的奉天地区发生的恶性犯罪,地区性特别条例也作出严厉的规定。《刑律·白昼抢夺》律文规定,白昼抢夺财物,杖一百、徒三年;按窃盗加二等计赃,如重于徒刑,从重者论;但罪止杖一百、流三千里;从犯各减一等。乾隆二十八年首定、同治九年改定的条例加重处罚:如两人结伙、持械威吓,不论是否得财,首犯发云贵、两广极边、烟瘴充军,从犯杖一百、流三千里。道光二十三年首定、咸丰三年改定条例对奉天地区的这类行为,不分首从俱发极边、烟瘴充军。在奉天等地开设赌

场、酿生事端的,根据《刑律·赌博》同治九年改定条例,应比照棍徒扰害例(即《刑律·恐吓取财》道光五年改定条例),发极边足四千里充军。而在其它地区的通例,根据《赌博》乾隆五年删定条例,初犯仅杖一百、徒三年;再犯不过满流。

由于京畿等地区的特殊地位,在刑罚执行中也采取不同的措施。如《名例律·徒流迁徙地方》嘉庆六年改定条例:“民人在京犯该徒罪者,顺天府尹务于离京五百里州县定地充配。”又如《名例律·充军地方》乾隆年间条例:“奉天、直隶不便安插军、流罪犯,嗣后各省军、论均按照五军道里表及三流道里表,分别等次,改发别省。其应发奉天、直隶府州等处永行停止”,显然是从保障这两省的治安秩序考虑。

专门适用于边疆地区的特别法数量相当可观。这一地区中,有相当大的区域属于少数民族聚居地。这是特别法针对的重要对象。根据少数民族的不同风俗习惯,清代对蒙古、新疆、青海和西藏等地曾制定单行的《蒙古律例》(后称《理藩院则例》)、《回疆则例》、《西宁番子治罪条例》和《钦定西藏章程》等具有属地性质的特别法。在条例中,也有相当数量针对这些地区。如《名例律·化外人有犯》嘉庆二十三年条例:“蒙古地方抢劫案件,如俱系蒙古人,专用《蒙古律》;俱系民人,专用《刑律》。如蒙古与民人伙同抢劫,核其罪名,《蒙古例》重于《刑律》者,蒙古与民人俱照《蒙古律》问拟;《刑律》重于《蒙古律》,蒙古与民人俱照《刑律》问拟。”这一规定对蒙古人和其它人共同犯罪确立从重处罚的原则。又如《刑律·恐吓取财》乾隆十四年条例规定,擅入苗境欺凌骚扰、情节严重的,按一般法应处死刑监候者,均改为就地正法。这些条例,都是出于维护当地治安和稳定。同时,边疆地区又往往是个别犯罪、甚至大规模民变的多发地。如地区性特别条例中有 4 条针对广东境内捉人勒索犯罪,可见当地此风甚炽。《东莞县志》中对此有所记载:“擄人而勒索之赎,名所擄者‘参’,言价贵如人参也。若不赎,则致之死;死而赎则还其尸。其不愿出巨贖及赎缓者,则陵虐所擄,备诸楚毒,多有赎回不久而遂死者。凡粤之盗,非逼饥寒,得则耗之于嫖饮,循环无穷”,并指出,豪赌、行盗,“此风广州皆然,不独为吾邑也。”^[9]这一记载足资参证。这些集中发生于边疆地区的犯罪,正是特别法打击的重点。

另外,边疆以外的其它犯罪多发地是地区性特别法的另一分布区。如河南归德府附近地区,曾任

归德知府的王凤生在所著官箴中描述当地情形：“查核各属疆域，多与安徽之凤、颍、江南之徐州、山东之曹、单等府县毗连，强悍成风，好勇斗狠，每以一朝之忿，致罹拼首之诛。并有事不干己、从风而靡、舍命殉人、甘蹈白刃者，甚至结会邀盟、抢奸妇女嫁卖、窃盗拒捕、杀伤，巨案层见叠出。”^[10]这一地区，在地区性特别法中多次出现：《刑律·白昼抢夺》乾隆初定、咸丰改定的两条例文中，对山东曹州、江苏徐州等地发生的持械在闹市、野外的抢劫分别情况作中加重处罚的规定；《刑律·恐吓取财》同治九年改定条例对上述等地持械逞凶的行为加重处罚方式；《刑律·斗殴》道光二十五年改定条例是对河南归德府、安徽颍州、凤阳及邻近地区受械斗加重量刑的特别法。

地区性特别法的空间分布，反映了立法者维护以首都为中心、以边疆为屏障的统一集权国家安全、稳定的指导思想。京城作为君主集权的政治中心，其安全得到格外重视，历代皆然。在清代，盛京地区作为满族统治者的发祥地和后方大本营，也具有与京城类似的特殊重要地位。在高度中央集权而又幅员广阔的大国，远离政治中心的边疆地带往往是统治的薄弱环节。这一区域中，存在大量少数民族，某些地区经济、文化相对落后。其中如南方的两广、云贵和西北的新疆分别被作为极边、烟瘴充军和发遣刑的执行地，显然是由于这些地区被视为落后的蛮夷之地。边远地区的民风习俗，特别是少数民族聚居地的不少习惯，的确与中央王朝推行的正统之道截然不同。如乾隆元年六月初一日贵州布政司冯光裕奏折《敬陈苗疆善后事宜六条》：“苗人前此不知礼义法度，其苗例，杀人、伤人赔牛十余条、数条而止；弱肉强食，得谷十余石、数石而止。在出牛、谷者，出此牛、谷已无余事，殊觉相安，从无相验审讯。……且一切命盗等案，始而不能不查，既而不能不缉。查缉既得，邻佑干证，俱须审讯。苗民不胜其烦苦，以为归化之后，反不如当日之自在任意也。”^[11-160-161]康熙末年曾参加镇压台湾朱一贵起义的蓝鼎元认为：“台海辽阔已极，台民不驯特甚，皆内地作奸犯科，逋逃萃止，豺心野性，随处鸱张。迨者北路盗劫频闻，涓涓之势，渐不可长。”^[12]除内地个别地区外，许多犯罪多发地正是集中在这些边陲之地。有清一代多次出现的少数民族起义，以及台湾、西南和西北等地区存在的离心势力，使这些地区的情况更为复杂，令统治者深怀戒惧。因此，除江浙等地经济、文化发达、统治秩

序较安定外，加强对其余边疆地区的有效控制，维护统一帝国和政权稳固，成为事关全局的政治主题。在这种政治方略指导下，兼之以封疆大吏们的不断陈请，除了制定单行少数民族法外，以推行重法、调整监控方式为主要内容的地区性特别法主要集中在京畿和南北边疆的分布格局，自属题中应有之义。

综上，清代地区性特别法的产生、内容特点和分布格局，都是以中央高度集权的政治体制为核心基础的。在这一体制下，为协调中央、地方关系，适度分配权力，保障京畿安全和巩固中央对边远地区的有效统治，地区性特别法在清代法制中占有了一席之地不可忽视的地位。

(五)

孟德斯鸠指出，法律应该和国家的自然状态、气候、土地、人民生活方式、政治自由程度、乃至宗教、财富、人口、贸易、风俗习惯相适应^[13-17]。尽管传统中国社会实行对立法、司法等政治事务的统一中央集权，但影响立法的各地差异客观存在，不可能简单地强制划一，地方性的立法实际上势在必行。在清代，条例中的地区性特别法是这种地方性立法的重要表现形式。它调和地区差异与中央集权的矛盾，因地制宜，并平衡中央与地方权力分配，对保卫皇权、打击重大犯罪、维护民族关系稳定和巩固边疆地区的统治发挥了积极作用。另外，个别地区性特别法还是维护刑罚体系的公平、有效的必要规范。如流刑，自北齐、北周时正式确立为五刑之一，承用迄清，始终为主刑之一。各省因地理位置差异，流刑罪犯服刑地各有不同。为进一步保证刑罚体系运作的公平合理，《名例律·徒流迁徙地方》乾隆三十七年改定条例：“凡由新疆条款改发云贵、两广烟瘴地方人犯，无论在四千里内外，均编发有烟瘴省分安置。其籍隶烟瘴之云南、贵州、广东、广西四省应发烟瘴人犯，应于隔远烟瘴省分调发：广东省与云南省互调，广西省与贵州省互调。至不足四千里、邻近烟瘴之湖南、福建、四川三省应发烟瘴人犯，湖南省发往云南，福建省发往贵州，四川省发往广东。”这一规定根据各地的地理位置，使流刑的执行更为公平。

但随着条例的增多，由于集权立法体制和立法技术的缺陷，地区性特别法的弱点日益暴露。大量的特别法由地方督抚奏请，经皇帝钦准后即生效，因此有些特别法缺乏全局性眼光，只顾地方利益，

打击对象过于偏颇,以致畸轻畸重,有失公平。如《刑律·恐吓取财》规定:“至广东省匪徒偷入广西省,勾结土匪,有犯拜会、抢劫、讹诈等案,罪在军流以下者,亦照此例加等办理(指于本罪上加一等)。”此例因广西巡抚奏定,显然专为该省治安。但正如薛氏按语所言:“广东省拜会结盟、抢劫讹诈,并无专条。……而偷入广西犯案者,独有专条,殊嫌参差。”又如《兵律·越城》嘉庆十六年条例:“京城该班兵丁,如取用什物,不由马道行走,乘便由城上缒取者,照违制律,杖一百,加枷号一个月。”薛氏按语:“此专指京城而言,外省有犯,应否勿论,记核。什物不应由城上缒取,中外皆然,钦奉谕旨虽专指京城,惟既纂为定例,似应添入‘各省’,以免参差。”有时各地并无重大差异,但都自搞一套,各省各例,明显缺乏单一制国家法制的整齐、划一。如对窃盗犯罪加处锁带杆墩之刑,两湖、闽、粤、滇、鲁、皖、直、川、陕、甘各省都有专例,所针对的犯罪具体性质、情节都不相同,薛氏按语批评:“虽一省有一省情形,第系均严惩窃匪之意,未便一省一例,致涉分歧,似应参酌通例,修改画一。”^[14]另外,特别法相对于一般法而存在,但由于提出立法建议的渠道不同,有些通行的一般法已新作改定,而地区性特别法却未作出相应调整。如《刑律·窃盗》道光六年条例、《盗马牛畜产》嘉庆十九年改定例均属此类。

针对这些弊病,统治者也作出相应努力以图矫正。全面整理旧例以实现立法划一,是主要方式。很多地区性特别法都在大规模修例时经过增删改并。在条件成熟时,还将某些特别法改为一般法。如《兵律·私出外境及违禁下海》道光十四年条例:“台湾奸民私煎硝黄,无论已、未兴贩,如数在十斤以下者,杖一百,刺字,逐令过水;十斤以上,杖六十,徒一年;每十斤加一等。多至百斤以上及合成火药在十斤以下者,发近边充军;多至三百谨以上及合成火药至十斤以上者,照私铸红衣等大小炮位例处斩,妻子缘坐,财产入官。如将硝黄与生番交易货物及偷漏出海者,均以通贼论。总董牌甲、邻保、挑夫、船户知情不举者,连坐。”这条例文是基于台湾北部大屯火山群系重要硫磺产地这一背景,对台湾地区作出上述专门规定。对其它地区的处罚略轻,最高刑为“百斤以上,发近边充军”,相关人员的处罚亦轻:“邻保知情不首,杖一百;不知情,杖八十。挑夫、船户知情不首,减本犯罪二等。”^①至同治

元年,随着太平天国运动的发展、国内统治局势不断恶化,修改旧例,并于九年在《兵律·私藏应禁军器》内正式续纂新例:“内地奸民在产硝黄地方私行煎挖,无论已、未兴贩,照台湾之例科断”,将地区性特别法推广为通行性法规,除因“逐令过水”是适用于台湾的特定处罚方式外,例文主要内容基本照录,仅将“如将与生番交易货物及偷漏出海者”改为“将硝黄济匪”,总董牌甲、邻保、挑夫、船户知情不举者,连坐”改为“知情故纵及隐匿不首,并与犯同罪,至死减一等”。

从根本上而言,地区性特别法的弊端来自中央与地方权力分配的矛盾,一旦旧例已定、新例再生,特别是内忧外患接踵而至、中央无暇系统修例时,地区性特别法与一般法之间、特别法相互之间的矛盾便层出不穷,不可能根本得到解决。

在清代,由中央制定的条例中地区性特别法普遍存在,地方的立法权长期未得到正式认可。直至清末预备立宪,地方自治成为重要议题。光绪末制定《各省諮议局章程》中首次规定各省享有地方立法权。民国二年,参议院制定《省议会暂行法》,规定各省议会有议决本省单行条例的权力^[15-1608]。民初,孙中山提出中央与地方均权、地方自治理论,主张由各县人民选举议员制定一县之法,并在《非常大总统就职宣言》中提出各省自定“省宪法”的设想。这是关于地方立法的早期思想^[16-1321-1322]。至1923年,《中华民国宪法》第五章“国权”中第二十四至二十八条规定各省有权在不与国家法律相抵触的前提下单独立法,成为中国第一部系统授权地方立法的宪法。虽然这些法规在当时并未真正有效地付诸实施,但随着中央高度集权的政治体制发生根本性变化,地方享有立法权日益成为普遍共识,由中央为特定地区专门制定特别法的现象大幅度减少,在立法目的上与清代也有根本性的差异。当然,在立法权、包括刑事立法上进一步理顺中央、地方关系,以便根据地区状况更有效、更公平地打击犯罪和解决各种民事纠纷,至今仍然值得深长思之。

[参 考 文 献]

- [1] 管子·任法、论语·季氏、墨子·尚同、韩非子·八经。
- [2] 周振鹤. 中华文化通志·地方行政制度志, 第八章. [M]上海:上海人民出版社 1998.

(下转第 140 页)

① 《兵律·私藏应禁军器》咸丰元年改定条例。该例原仅适用于窝匪、兴贩,改定时增入“煎挖”。

欧阳修文章的学习和研究。可以说,朝鲜王朝中期以后,伴随着欧阳修作品一步步地刊行流布,读者的层面不断地得到推广,在这一过程中,不仅反映出朝鲜王朝士大夫对欧阳修文章的重视(例如官员的上疏文中不时有对欧阳修文章的引用),更有一批全面学习、研究欧阳修文章的文人成长起来,他们关于欧阳修文章的精辟、系统、全面的评论和研究不断出现,其论点对今天的研究者也有着深刻的启发,对此,笔者将在以后的文章中加以进一步地介绍。

[参 考 文 献]

- [1] 欧阳修. 欧阳修文忠公集. 卷一三四[M]. 四部丛刊本.
- [2] 王水照. 半肖居笔记[M]. 上海: 东方出版中心, 1998: 62—68.
- [3] 宣祖实录. 卷一百八十七宣祖三十八年(乙巳)五月二十七日(庚子). 朝鲜王朝实录[M]. SEOUL: 国史编纂委员会, 1958.
- [4] 宣祖实录. 卷一百九十三宣祖三十八年(乙巳)十一月三日(癸酉). 朝鲜王朝实录[M]. SEOUL: 国史编纂委员会, 1958.
- [5] 许均. 欧苏文略跋. 惺所覆瓿卷十三[M]. SEOUL: 民族文化推进会.
- [6] 正祖. 春邸录. 卷四. 弘斋全书[M]. SEOUL: 文化财管理局藏书阁事务所, 1978.
- [7] 茅坤. 茅坤先生文集. 卷三十一[M]. 明刊本.
- [8] 正祖. 弘斋全书. 卷一百六十五[M]. SEOUL: 文化财管理局藏书阁事务所, 1978.
- [9] 正祖实录. 卷二十九正祖十四年三月六日(丙戌). 朝鲜王朝实录[M]. SEOUL: 国史编纂委员会, 1958.
- [10] 金台俊. 朝鲜汉文学史[M]. SEOUL: 朝鲜语文学学会, 1931: 62—63.
- [11] 金泽荣. 杂言. 韶薇堂文集卷八[M]. SEOUL: 亚细亚文化社, 1980.
- [12] 世宗实录. 卷六十八世宗十七年(乙卯)六月 26 日(丙寅). 朝鲜王朝实录[M]. SEOUL: 国史编纂委员会, 1958.
- [13] 张维. 简易堂集序. 鸡谷集. 卷六[M]. SEOUL: 景仁文化社, 1972.
- [14] 肃宗实录. 卷四十六肃宗三十四年(戊子)四月十一日(丁巳). 朝鲜王朝实录[M]. SEOUL: 国史编纂委员会, 1958.
- [15] 宪宗实录. 卷七宪宗六年(庚子)十二月三十日(丙戌). 朝鲜王朝实录[M]. SEOUL: 国史编纂委员会, 1958.
- [16] 金允植. 金允植全集. 卷十四[M]. SEOUL: 亚细亚文化社, 1980.

[责任编辑 张 兵]

(上接第 116 页)

- [3] 郭东旭. 宋代法制研究. [M]. 保定: 河北大学出版社, 1997.
- [4] 中国珍稀法律典籍集成. 乙编第二册《明代条例》[M]. 北京: 科学出版社, 1994.
- [5] 滋贺秀三. 清代诉讼制度之民事法源的概括性考察[M]. 北京: 法律出版社 1998.
- [6] 邱煌. 府判录存·朱为弼序.
- [7] 吴宏. 纸上经纶·卷五[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1999.
- [8] 寺田浩明. 清代の省例, 载滋贺秀三主编. 中国法制史·基本资料の研究, 东京大学出版会, 1993.
- [9] 东莞县志. 卷九. 輿地略·风俗, 民国十年刻本.
- [10] 王凤生. 宋州从政录(不分卷). 札各州县查办保甲檄, 道光六年刻本.
- [11] 中国人民大学、中国第一历史档案馆合编. 清代农民战争史资料选编(第三册)[C]. 北京: 中国人民大学出版社 1991.
- [12] 蓝鼎元. 台湾保甲责成乡长书, 载. 清经世文编. 卷八十四.
- [13] 孟德斯鸠. 论法的精神(上册). [M]. 北京: 商务印书馆 1961.
- [14] 薛允升. 读例存疑. 卷二十八. 刑律·贼盗·窃盗. 按语.
- [15] 谢振民. 中华民国立法史. [M]. 上海: 正中书局, 1948.
- [16] 潘念之、华友根、倪正茂. 中国近代法律思想史(上册). [M]. 上海: 上海社会科学出版社, 1992.

[责任编辑 樊 平]

(本专题研究由中国博士后基金和
复旦大学法律系资助)