

# 清代的地方法规

——以清代省例为中心

王志强（复旦大学）

在对中国古代法制的研究中，以皇权为核心的中央立法一直是研究者们关注的焦点。这一方面是因为秦汉以降君主专制主义中央集权政治体制使中央立法成为全国通行的规范，另一方面，作为这一观念的伴生物，传统史料以反映中央制定法状况为主要内容，也使人产生帝制中国中央制定法一统天下的立法一元主义印象。随着法制史研究逐步由立法推展到司法实践领域，地方官府在法制活动中的作用及其与中央立法的关系、乃至中央与地方关系的复杂性，日益为研究者所关注。但地方性法规尚未引起重视。探讨古代政治体制下的地方立法问题，包括其与中央制定法的相互关系及其立法基础，将有助于进一步加深对古代法运行方式和统治集团内各阶层法律观的理解。

地方立法在中国帝制社会中早已出现。历代都在一定程度上存在由地方官府进行的具有立法意义的活动，包括地方官临时告谕和较高层官府制定的地方立法。秦汉时期地方官的告谕和规条，已引起学者们的重视<sup>①</sup>。如在唐代，敦煌出土的伯 3560 号残卷所载内容（学者定名为《沙州敦煌县行用水细则》或《唐沙州敦煌地区灌溉用水章程》）是在民间习惯和前代地方法规基础上颁行的地方性水利规范，也是唐代中央制定法《水部式》在地方的具体执行细则<sup>②</sup>。在宋代，地方性告谕已很盛行。苏轼曾针对淮南西路提刑司的榜文，指出其在灾荒年限制粮食有余的地区运粮到荒欠地区，是与国家恤民赈灾的有关原则和制定法相抵触的；而地方官员奉行此规定，对运粮的杨怀等人进行处罚，“宁违朝廷《编敕》条贯，不敢违监司乖戾指挥”，故上书皇帝，要求对这类现象做进一步规范<sup>③</sup>。这不仅是援引地方政府告示处理案件的实例，而且其间还出现了地方保护性规定与国家统一立法相抵触的现象。宋人判牒中更有援引地方官员制定的“使州约束”作为审判依据的例证<sup>④</sup>。

明清时期的实例更多。徐栋编辑的《保甲书》中有当时明清许多地方官员关于保甲事务的章程、告谕；陆寿名、韩讷编辑《治安文献》中也收有明代应天巡抚胡应台、江西巡抚王守仁等人所作条约、批申、公檄和告谕等。明代吕坤《实政录》中有其制定的多种禁约；海瑞的文集中有其任知县期间颁布的《兴革条例》、申文、告示和地方则例以及任巡抚时制定的禁约、告示。清代地方官员们以告谕等形式颁布的地方法规更为多见，如刘兆麒《总制闽浙文檄》系其任闽浙总督期间发布的告示禁约等地方法规的汇编，陈朝君《莅蒙平政录》中有作者在山东蒙阴知县任上发布的各种告谕，王凤生《宋州从政录》包括其在知府任上所制定的捕蝗、保甲和义仓等地方性规定，戴肇辰《从公录》、《从公续录》和《从公三录》中有作者任职各地的告谕，余治《得一录》中收有各种地方制定的章程、社约，戴杰《敬简堂学治杂录》卷四有《署规》、《堂规》、《差役条约》、《捕役条约》和《保甲章程》等各种地方政

<sup>①</sup> 参见阎晓君：《略论秦汉时期地方性立法》，载《江西师范大学学报》2000年第3期，第126—130页。

<sup>②</sup> 参见宁欣：《唐代敦煌地区农业水利问题初探——从伯三五六〇号文书看唐代敦煌地区的农业水利》（第三辑），北京：北京大学出版社，1986年，第467—541页；唐耕耦（主编）：《中国珍稀法律典籍集成》甲编第三册《敦煌法制文书》，北京：科学出版社，1994年，第638—651页。

<sup>③</sup> 苏轼：《苏东坡全集》（下），北京：中国书店，1986年，《奏议集》卷十《奏淮南闭余状二首》，第530—531页。榜文内容为：“如有细民过渡回运米斛，不满一硕，即勒白日任便渡载外，有一硕以上、满一席者，并仰地分捉拽赴官，依法施行，犯人备赏钱一贯，每一席加赏钱一贯。若或夜间过渡，一硕以下，犯人出赏钱一贯，每一席加一贯。其所捉到米数却勾栏前来，于本县元余处出柴。若系他人捉到，其经历地分勾当人，并勾追勘断”；中央有关编敕则规定：“诸兴贩斛豆，虽遇灾伤，官司不得禁止”。

<sup>④</sup> 参见《名公书判清明集》，北京：中华书局，1987年，卷四《袁明与袁安互诉田产》、《胡楠周春互争黄义方起立周通直田产》，第111、114页。

策法规，庄纶裔《卢乡公牒》卷二有作者在知县任上有关词讼的论文，等等<sup>①</sup>。

与前代和当时的告示、公牒或个人所作的简单汇编等各种形式的地方规范性文件相比，清代的省例具有更为突出的地位和特色。它以地方性事务为规范对象、以地方行政性法规为主体、兼含少量地区性特别法的一种法规汇编，在各地司法、行政过程中具有重要作用。在制定主体上，省例不是出自一般基层官员之手，而基本上是以地方官员中地位最高的省级政府长官为主要制定者；不是个人进行的作品汇编，而是官方主持的重要文件集成；在形式上，不是只鳞片爪的零星罗列，而是具有相当完备、系统化的载体形式；在时间上，不同于人存政举、人亡政息的其它一般告谕，而是具有相对比较稳定持久的效力；在地域上，其影响力相当广泛，在一省范围内具有普遍的法律约束力。最为重要的是，作为补充律例的一种独立制定法形式，省例的地位和效力得到时人的普遍承认（详后文）。因此，省例是基层政府各种规范中最为重要的一种形式，为探讨地方立法问题上提供了不可替代的重要史料。

对省例的基本状况，寺田浩明等学者已有较详细的介绍<sup>②</sup>。从地方立法的角度看，现存的省例包括《治浙成规》、《成规拾遗》、《晋政辑要》<sup>③</sup>、《西江政要》（分别有布政司本和按察司本）、《福建省例》、《广东省例》、《粤东省例》、《粤东省例新纂》、《江苏省例》（包括初编、二编、三编和四编）、《四川通饬章程》、《山东宪规》和《湖南省例成案》等十余种<sup>④</sup>。本文拟在既有研究的基础上，以省例为中心，进一步探讨地方立法的有关问题，包括地方法规与中央制定法的相互关系、各地法规之间的差异及其成因。

## （一）

对清代省例的制定主体，当时存在两种不同见解，须略予澄清。《粤东省例新纂》说：“是书所辑，悉属本省外办章程、及与成例稍有变通者，或经详明两院，或经咨准部覆，俾昭程式”<sup>⑤</sup>；《江苏省例初编》中则强调：“《省例》一书，原为外办事件遵引而设，如已奏咨有案，概归条例，以清界限。”<sup>⑥</sup> 外办事宜，是指由地方官府独立处理或终审的事项。据《江苏省例》，省例仅限于省级地方官府制定；而广东省例的编者则认为还应包括针对地方性事务、由地方官提出建议、经中央批准的法规。在现存省例中，一般都兼含两种立法主体，但除个别外（如后述《福建省例》“续编”和“再续”），地方官府制定的法规都占绝大多数，如《治浙成规》共收入法规 162 件，其中本省提出立法建议、由皇帝或中央各部批准的仅 9 件，另有 4 件直接将它省咨文通饬遵行，其它都是由本省督抚等官员制定或批准；再如《福建省例》共 484 件法规，其中由中央批准、颁行或上报中央的只有 22 件。可见，通常情况

<sup>①</sup> 上述各书，海瑞文集参见海瑞：《海瑞集》，北京：中华书局，1962年；其它均收入《官箴书集成》，合肥：黄山书社，1997年。

<sup>②</sup> 寺田浩明：《清代之省例》（载滋贺秀三（编）：《中国法制史——基本史料の研究》，东京：东京大学出版社，1993年，第657—714页）回顾此前学者对省例的研究和利用状况，立足日本所藏文献，对清代省例的存世概况、基本结构和性质作了较为详尽的研究；谷井陽子：《清代则例省例考》（载《东方学报》第67册，1995年）第二部分“司详と省例”对藩臬两司在地方立法中的作用和省例的刊发有较细致的描述；中国学者也对清代省例有所介绍，如苏亦工：《明清律典与条例》，北京：中国政法大学出版社，2000年，第74—78页；郑秦：《乾隆五年律考——律例定型与运行中的条例》，载郑秦：《清代法律制度研究》，北京：中国政法大学出版社，2000年，第70—73页。此外，郑秦还曾介绍《山东现行通饬章程》的情况，参见郑秦：《清代司法审判制度研究》，长沙：湖南教育出版社，1998年，第134页。

<sup>③</sup> 《晋政辑要》分别有乾隆五十四年刊本和光绪十五年刊本，但性质上都与其它省份的省例有所不同，是对山西一省行政事务的综合性描述，包括大量中央专门为其制定或批准的地区性特别法，甚至有些内容不限于制定法规；尤其乾隆刊本中几乎没有地方法规的内容。

<sup>④</sup> 《西江政要》（布政司本）有日本东京大学东洋文化研究所藏本，但未得亲见；关于其情况可参见寺田浩明：《清代之省例》，第669、690—694页。

<sup>⑤</sup> 《粤东省例新纂》，道光刊本，《凡例》。

<sup>⑥</sup> 《江苏省例初编》，同治八年刊本，《凡例》。

下，大部分省例的规定以地方官府为立法主体。

除已有研究中介绍的省例外，还有数种省例的状况尚未为学界熟悉，需略加说明。

福建的省例，除寺田浩明文中所提及的“东洋文化研究所本”、“戴炎辉本”《福建省例》（已出版排印本，即本篇所依据版本），另有上海图书馆藏本，共六十册。目录卡片上标为《福建省例·续·再续》；经检理，其中确实包含三种书，但均为残本，且已混杂，所标数目与内容次序完全不相吻合。属《福建省例》（原编）者，在版心均有“省例”字样，仅十一册，从内容推断，应系寺田浩明文中所提及的“东洋文化研究所本”。《福建省例·续编》在版心有“续”字，包括捐输等十目。另一种书版心无标记，包括钱粮等十一项内容，应即《福建省例·再续》。但《续编》和《再续》基本上都是中央各部颁行的通行办事规章，由督抚等批饬基层遵照办理，是中央单行法规的汇编而非地方立法。当然也有个别例外，如《再续·采办例·各省委员采办铜铅并运京官物贡使往回起程日期》是闽浙总督接受湖南、安徽地方官共同建议而颁定的办事细则，但这类数量非常有限。本文除特别注明外，《福建省例》均据大通书局印本。

广东的省例，有《广东省例》（清抄本）和《粤东省例》（道光抄本），均为复旦大学图书馆藏抄本。《广东省例》不分门，目录页仍题作“《粤东省例》”，共一册，计四十八条，有关刑狱的内容最多。《粤东省例》为残本，现存两册，包括铁炉等五门七卷。其中制定时间最晚的为道光十二年九月；另在第一册扉页还粘附道光十九年运司通饬章程，可见其抄成时间应略早于常见的道光二十六年编《粤东省例新纂》。将广东三部省例相互对照，可发现其中有些内容重见。同样条目下《广东省例》所载内容最为完整；但由于其条目数量最少，显然其它二书不可能以其为蓝本修定，因此它具有独立性，与另二书都无相互因仍的关系，应系地方官或刑名幕友私编自用之本。《粤东省例》在时间上早于《新纂》，但因内容缺失过多，与《新纂》内容可比者相当有限，二者关系尚难论定。尽管《新纂》中广东巡抚黄恩彤所作《序》说广东“二百年来省例尚阙而未修”，但实际上恐怕主要是指省级的官修本而言。在基层官吏和幕友手中，私编或基层所编的抄本此前应已出现，特别是《粤东省例》的系统完备程度毫不亚于《新纂》。从“新纂”这一名称及其有关条目与《粤东省例》的基本相似程度推断，《新纂》很可能是在已有的《粤东省例》基础上修订而成。

《四川通饬章程》，有光绪二十七年刊本，1977年台北文海出版社有限公司影印，收入“近代中国史料丛刊续编”。全书共两卷、57条。书末另附“成都发审局匾对”、“成都官廨题壁记”和“成都发审局藏书目录”。正文各篇主要为按察使发布的条规，也有少数是由成都知府、四川总督或布、按二司联合颁布。另有一条是由成绵龙茂道（指成都府、绵州、龙安府和茂州等四地）颁行（卷二“查禁私铸毛钱”），显得较为特殊。内容主要是针对当地的各种狱讼事务。

《豫省成例》，清抄本，一册，上海图书馆藏。目录卡题为《豫省成例》，但原书封面无书名题签，书内目录称为“省例目录”，不知是否即所谓《河南省例》<sup>①</sup>。其内容基本上都是由河南巡抚、河藩佛驿道、盐道等地方官颁行的地方性章程，个别为河南官员上奏获准的奏疏。《豫省成例》目录包括驿马、征收、雨雪、灾赈、盐硝、普济堂、集税和集例等八类，共60条。但“河南省供应陕西赴滇马匹安设台站处所事宜”等9条在目录标题页眉处标注“删”字样。核对正文，这些条目均属有目无文，大概该项规定当时已被删除。驿马类“驿站马匹草料并迟误公事章程等事”，集例类“河滩地亩·大户分地·零星小窃·添造社仓各详议”、“仵作与皂快禁卒等役名异实同其子孙亦不准应试部割”等7件，系有其内容而目录未列，特别是集例类有无标题通饬和案例各2件，时间分别在乾隆五十六年和五十八年，很可能是抄者增补的内容。书中目录有题、内容有文者，时间最早者为乾隆十九年（“盐硝·部

<sup>①</sup> 据称可能有《河南省例》，惜未得亲见。参见前揭苏亦工：《明清律典与条例》，第75页。

取硝斤俱煎牙硝运交”），最晚为乾隆五十一年（“集例·灾年内贱卖地亩许业主回赎章程”）。据这些情况推测，在该抄本之前应已另有河南的省例，成书时间亦在乾隆年间。抄者即根据更早版本，选择当时仍行用者抄录、并略事增补而成。

## （二）

对现存以省例为主的清代地方法规，以其与中央通行法的关系为线索，可分为三大类：一种是对中央制定法的简单重申，第二类是以中央制定法为前提制定的具有解释意义的实施细则，另一种则是当中央制定法没有相应规定时地方自定的处理办法。

地方法规中，有些仅仅是对中央制定法的强调和重申，对实质性规范内容基本未作损益。在省级地方法规、即省例中，这类规范相对较少，如《治浙成规》八卷162件法规中，明显属此类的仅有6件。这一现象，恐怕是由于省例主要以省级及其以下基层政府为规范对象，一般情况下，对旧颁中央制定法的字面意义，地方基层官员们应已有所知；而对新颁中央制定法，省级官府只需象《福建省例·续编》和《再续》中将中央规定直接转发即可，不必专门自行转述其意。但在基层官府发布的告谕性地方法规中，由于以普通民众为对象，官员们往往愿意不厌其烦地引述“煌煌律典”以加强其权威性，因此这类简单重申中央制定法、并无实质性新内容的告谕则较为多见。

各种省例的规定中，还有相当一部分是在适用中央通行法过程中对其中概念或其适用方式所作的解释性规定。如雍正七年中央制定条例：“积匪猾贼为害地方，审实，不论曾否刺字，改发云、贵极边烟瘴充军”，处罚远重于一般窃盗，但对适用对象未作进一步明确解释。乾隆三十五年，江西官员指出：“查积匪猾贼，律例内并无一定准绳”，因此在当地执行这一制定法时，明确规定：“嗣后先经犯案、虽经发落，但再犯前后共计四案、三犯前后共止三案者，照积匪例酌减一等拟徒。如再犯前后共计五案，三犯前后共计四案者，照积猾问拟。”<sup>①</sup>《治浙成规》卷七中也有《浙省仿照江南改定办理积匪章程》、《积匪猾贼分别案数定拟亲属相盗及无人看守之物免并计》等类似性质的规定。

当中央立法中没有相关规范可资援引或比照时，地方官可以根据具体需要制定地方办法。这些规定是省例的重要组成部分，主要针对具体行政事宜、民事纠纷处理及风教等问题。

关于具体行政事项的省例主要规范政府官吏的行为和措施，涉及面相当广泛，是各种地方的行政举措乃至办事细则，几乎无所不包。如《西江政要》卷一《申详文案规式》、《福建省例》卷一《公式例·公牒内犯名地名勿用土音俗字》和《江苏省例·案牒文字不准杜撰》等均就公文用字作了具体规定。再如为加快驿递公文的速度，福建仿效广东“公设千里马赍递”的做法，规定增加人员、设施等具体举措<sup>②</sup>。这些规定都以政府行政措施为对象，弥补中央制定法的局限。

还有一批地方性专门法规以民事、风教等事务为规范对象。基层民事纠纷为数众多，需要有相对稳定的规范加以调整。各地省例中对此有一些具体规定。如《治浙成规》、《西江政要》、《广东省例》、《湖南省例成案》中有关于典铺、染铺失火失窃、向船户、脚夫托运或客店住宿中发生失窃等问题的处理办法<sup>③</sup>，《成规拾遗（续）·典当取息》中对典当行业不同当

<sup>①</sup> 《西江政要》，乾隆至同治间江西按察司刊本，卷十《窃盗三犯案犯查明恩赦前后分别办理》。

<sup>②</sup> 参见《福建省例》，台北：大通书局，1987年，卷二十六《邮政例·会议派设千里马名数安置各郡城并近省县分轮流赍送紧要公文》。

<sup>③</sup> 参见《治浙成规》，道光十七年刊本，卷五《行舟被窃责令牙埠船户先行赔偿》、《典铺被失分析议赔》、卷六《染铺被窃酌议赔偿》、《客商专雇之船船户揽搭被窃分别赔赃并令装客停泊各船置梆轮流击柝看守》、《航船被失分别赔赃》、《客商在行被窃货物银钱分别议赔》、卷八《挑夫中途换担窃逃押令牙店及原保夫跟寻逾限不获先著全赔重大货物著牙行添雇夫头跟随》；《福建省例》卷二十八《刑政例·典商收当

本的取息和统一的取赎期限等进行详细规范,《福建省例》十六《当税例·开张典当分别本银行息限期》则规定各地当铺根据本银分为大当、小典,确定不同利率和取赎限期,以防止重利盘剥,补中央制定法之未备。风教与地方官政绩密切相关,也成为省例规范的重要方面。如《江苏省例四编·示禁妇女入馆喝茶》制定于光绪十七年,以六字歌谣形式写成,专门申严男女大防:

“妇女入馆吃茶,迭经严申禁令。日久视为具文,过市招摇尤甚。同坐不避男女,无耻殊堪痛恨。惟有责成茶馆,务将妇女拦摒。无论年岁老少,一概不准留饮。倘于妇女入座,即属故违谕禁。立提店伙重惩,枷号通衢示警。并饬官役稽查,言出法随宜凛。”

另外,为加强地方管理,建立、健全基层保甲和宗族制度是有效的手段之一,几乎所有省例中都包括这方面法规。如《西江政要》中制定于道光二年的《民间选立族正劝化章程》(无卷次)重申乾隆七年前任巡抚选立祠正以约束族众的规定,强调了族正“排难解纷以敦任恤”的职责,即排解、调处宗族内的纠纷,并发给《上谕》、《抚宪告示》和《简明律例》。这些规定主要以义务性规范的形式出现,在不同程度地体现出地方官府作为管理者的特定角色,同时也是对中央立法盲点的有效补充。

从省例的内容上总体来看,地方法规确实以统一于中央制定法框架内为基本前提,但同时又是对中央制定法的补充和发展<sup>①</sup>。

在清代,以地方法规为主体的省例与中央通行立法的关系,按照省例中的表达:“照得律文一定不移,而定例则随时斟酌轻重,以补律文所未及;至于省例则又推广定例之所未备。原系融会贯通,并无彼此矛盾,致有窒碍难行之处也”<sup>②</sup>;“律一成而不易,例随时而变通,省例则尤因地制宜,助部例所不备”<sup>③</sup>;“各直省省例于因时制宜之中,仍应(与)定律并行不悖,方可施行”<sup>④</sup>;“举凡通行部章,因时损益,所以辅律例之简严;通饬省章,因地制宜,所以阐部章之意指”;“大部有通行部章,川中各上宪有通饬省章,皆以达律例之未赅,准情法之特平,求合乎大中至正之归”<sup>⑤</sup>。清人王有孚的说法更为人熟知:“条例是国家令典,天下通行,一律遵办。省例是外省申详事件酌定章程,各就一省而言。”<sup>⑥</sup>据此看来,有清一代,在时人的概念中,省例的作用在于补充律例所未备,宗旨上应与这些中央立法保持一致;在效力上处于辅助性地位。

以地方法规为主的省例与中央立法保持一致,是二者关系的主导方面。一方面,制定省例的地方官员由中央任命,权力来源于中央,升迁受制于中央,其切身根本利益也与中央基

---

赃物被窃照例赔偿》、三十四《杂例·染店收染民间布匹被窃赔偿办法》;《西江政要》卷二《典染各铺失火延烧被窃分别赔偿》、卷九《客船无故停泊孤洲失事先将船只变赔漕船封锁仓面庸议》、卷十二《过载夫行不雇诚实之人挑运任雇匪徒致将货物挑逃即令行户先行赔偿》、卷十三《嗣后一尖一宿之处客商在店失窃先令歇店分别赔偿免赔》、《船户包运客货被窃着令先行全赔》、卷十六《租户被窃如曾托房主照管即照客商将银钱货物交给歇店被失全赔之例酌减先行赔偿一半》、卷十八《脚夫挑窃客货已经获贼无着落即于保夫店家行户名下按股追赔》、卷二十五《玉庾等县过山脚夫取具保结认状并制给腰牌改盖行户戳记及酌口(定?)夫价章程》、卷二十八《船户揽载客货被在船水手窃逃无论本客曾在船概令船户赔偿其行窃水手除计赃问拟外仍比照店家船户行窃商民例加枷号两个月》;《广东省例》(不分卷)《渡船客货被窃议令渡主先赔十分之三如止客人亲交寄带并不随行责令全赔》、《当铺被窃被焚议请赔偿》、《当铺失窃比例赔偿》、《当铺被劫议详免赔》;《粤东省例新纂》卷七《当铺染店抢劫分别应否赔偿》;《湖南省例成案》“户律”卷三十二《钱债·费用受寄财产·典当染铺如遇自行失火及被贼行窃量赔一半》,日本东京大学东洋文化研究所藏本。

<sup>①</sup> 已有学者注意到省例作为律例的发展和补充的作用,但未及详述;参见前揭郑秦:《乾隆五年律考——律例定型与运行中的条例》,第70—73页。

<sup>②</sup> 《西江政要》卷十《窃盗三犯案犯查明恩赦前后分别办理》。

<sup>③</sup> 《粤东省例新纂》两广总督耆英《序》。

<sup>④</sup> 《江苏省例续编》,光绪元年刊本,不分卷,《会议办理盐犯》。

<sup>⑤</sup> 《四川通饬章程》,光绪二十七年刊本,臬司《序》、编者钟庆熙《自序》。

<sup>⑥</sup> 徐栋(编):《牧令书》,道光二十八年本,卷十七《刑名上》引王有孚《一得偶谈》。

本一致。在这一体制下，他们不可能公然与中央全面地分庭抗礼。另一方面，省例中所体现的地方立法权并非不限层次地下放。制定地方法规性的省例，决定权掌于地方督抚等地方高级官员。一般情况下，县、府、道和藩臬二司等各级官府仅有逐级申上的建议权。其中藩臬二司的权力较大，很多情况下掌握了立法的起草权，但他们提出的草案要一般都要经督、抚两级批准，对于有些特殊事件，还需督学、盐运等官员签署才能生效<sup>①</sup>。各官员之间的互相牵制，使省例的基本精神不可能与中央立法有重大偏离。另外，诉讼制度上重要案件实行逐级审转复核，由地方督抚监督属下，中央刑部监督各省，不仅限制了地方的司法专断，而且使地方单行立法也很难随意地自逞其是。

在清代，中央政府极力巩固中央集权，千方百计羁縻、限制地方权力。但大量省例的存在表明，这种限制并非绝对的。地方在不同程度上享有立法权，并受到中央的默许。这种默许，客观上基于现实的合理性，即中央制定法的有限性与地方政务的复杂性之间的矛盾。广义上而言，任何制定法适用于具体的对象，都经历了一个解释的过程。中央尽管力图将重大事件、重要案件的处理纳入自己的立法权力下，甚至不惜大量制定地区性特别法，但其这些制定法的具体操作仍要靠地方官员主持，由其面对纷繁复杂的具体情势进行解释和适用。由于立法技术本身所存在问题<sup>②</sup>，以及法律解释的客观必要性，由地方官员在执法过程中制定实施细则性的地方法规以注释、补充中央制定法，成为不可缺少的环节。

同时，中国古代法制中，中央政府的关注点在于以赏和刑为“二柄”的社会管理，民事、程序等方面立法相当薄弱，而这些纠纷和问题又在实践中无可回避地客观存在，只能仰赖于地方官员的处断。如关于典铺、染铺失火失窃、向船户、脚夫托运或客店住宿中发生失窃等问题的处理，省例的规定在当时实践中受到充分重视，官箴书《刑幕要略》中强调这些事件都应按照省例规定进行处理：“行船被窃，如系船户偷窃者，令船埠先行赔赃；如系客商专雇之船，船户图利，误搭匪人，以致失窃者，著船户先行赔赃；航船被窃，如客人将钱物亲交船户寄带，而客不随行者，著船户全赔；若己身同在船者，船户赔偿一半。牙行被窃钱物，交行而客不在者，行家全赔；其粗重货物，虽交行堆贮，而客亦在行者，行家赔偿一半。挑夫行窃，照店家、船户行窃之例，加枷被窃货物，著行头先行赔偿。当铺被窃，照当本赔偿，扣利找赔；年限已满，不准找补。染坊被窃，先赔一半，限一月内照号给还各主收领；各有省例应查。”<sup>③</sup>中央立法在这些领域出现的空白，由地方法规加以规范，自然顺理成章。地方、特别是省级政权的立法权作为政治权力中不可或缺的组成部分，在清代日渐成熟和完善。

### （三）

但是，如果拨开被中央集权和君主专制等意识形态性因素层层压迫和遮蔽的表达性话语、进而进入实质性的规范领域，就不难发现，这些表达和形式上与中央制定法保持一致的地方法规，实际上在不少方面与中央制定法及权威解释之间存在一定的差别。

首先，省例中除直接重申中央制定法的谕示外，其它的两类内容都在不同程度上构成对中央制定法的发展。其中，对中央制定法的解释虽然并不直接动摇中央立法的权威性，但在法律解释的意义上，省例的这部分内容往往在某些程度上构成对中央制定法内容实质性的再创造，这在前述省例规定对中央制定法的解释诸例中得到突出的反映。在现代法律解释学的意义上，制定法文本的本意，往往不能、甚至不可能以纯粹客观的面貌由文本的解读者加以

<sup>①</sup> 如《治浙成规》卷三《兵童应试章程》、卷六《办理盐案章程》等。

<sup>②</sup> 对律、例等清代刑事制定法，当时的律学大家薛允升曾著《唐明律合编》（北京：中国书店，1990）和《读例存疑》（胡星桥、邓又天（主编）：《〈读例存疑〉点注》，北京：中国人民公安大学出版社，1994年），对其立法技术提出全面而深刻的批评。

<sup>③</sup> 《刑幕要略》，光绪刊本，不分卷。

把握和“准确”地复原<sup>①</sup>。因此，地方官员在司法和行政过程中对中央制定法的重新阐释和解说，在相当程度上是一个对实质制定法规范的再创造过程，往往可能偏离原有表达<sup>②</sup>。这种偏离产生的差别，有时程度虽比较有限，也足以在实践领域产生实质性的影响。

例如，乾隆年间，由于对中央制定法的理解不一，江西省在执行中出现了一定混乱：“查为子行窃，致父母羞忿自尽，律无作何治罪之文。是以江西历来办理，未能画一，有照窃盗本律计赃科罪者，有于计赃杖罪之外量加枷号者。……凡律无正条，原可比照科断，或比照加减科断。如子为窃匪，其亲因此自尽，诚未便置之不议。惟是子为窃匪，致亲自尽，其情节之重轻各不相同。有父母本系知情，及至败露，畏罪自尽者；有训诲不悛，屡犯匪窃，致亲羞忿自尽者；有一时见小顺窃田野谷蔬菜之类，致亲愧赧自尽者。揆情既有重轻，则问罪宜有差等”。因此，乾隆二十五年，江西按察司建议针对不同情况分别采取对策：“请嗣后遇有行窃致亲自尽之案，如情节较重者，应比照子贫不能养赡其父、致父自缢例拟流，详情咨结；如情节稍轻者，应比照子贫不能养赡其父、致父自缢例量减一等拟徒；如知情分赃、畏罪自尽，其子止科窃盗本罪。”<sup>③</sup>经江西巡抚批允，成为全省办理这类案件的基本依据。这是对中央制定法适用范围的扩大解释。但这一解释本身就显得含糊不清：何为“情节较重”，何为“情节较轻”，并无明确界定，实际上是将权力一定程度上独揽于地方。

但两年后，西安也上奏中央，要求对类似问题作一明确立法，中央刑部则以法律解释的方式作了回应：“如父母不能禁约其子为匪，甚或纵容指使，狼狈为奸，业有应得之罪，及至事发，而其轻生自尽或因别有迫胁者，则止视其子所犯本条科断，无庸比附他条治罪；如平时并无忤逆实迹，偶以别事犯案，其父母自行轻生者，即比照子孙不能养赡例，杖一百、流三千里；若其平日不遵约束，事发之后犹复触忤其亲，以致忿极自尽者，则悖逆已著，不必奸、盗两项始应从重治罪。凡斗狠、赌博、争夺财产、一切诈伪、杂犯，苟有前项情节皆照威逼致死例拟斩。成例昭然，办案从无歧误。”<sup>④</sup>这一解释被纂入“通行”，成为权威的解釋。“成例昭然，办案从无歧误”之谓最令人寻味。中央刑部相信对有关法律的理解和适用始终非常明确，因此主张“毋庸添设科条，转滋拘碍”；而实际上，与前述江西的地方性解释相比，最高刑一流一死，其间的差别不言而喻。

其次，省例中对中央制定法有所未备时进行的补充性规定，直接体现了省例对中央制定法的补充和发展，如浙江等省为维护地方治安，制定土政策，每年逢冬季农闲时，将以前曾犯窃盗者加以羁押，其中明确声称“律例内原无必应逐年羁押之文，乃系外省防杜匪窃，不得已而酌行之法”<sup>⑤</sup>。这对有关当事人的利益产生了直接且相当重大的影响。此类规定虽未明确违背中央制定法，但其间具体内容和实际效果上的差别则是非常明显的。

地方立法的相对独立意义和对中央的离心倾向，更为突出地体现在地方法规对中央制定法的明显变通和公然规避。其中，有些地方法规的变通程度和影响范围相当可观。对典当赃物和贩卖私盐的处理办法，可以作为这种现象的典型例证。

在清代，对于不知情而典买赃物者的法律责任及该物的权利归属，根据乾隆五年本《大清律例》中条例：“若诸色人典当收买盗贼赃物，不知情者勿论，止追原赃，其价于犯人名下追征给主”<sup>⑥</sup>，即典买者无刑事责任，但因上手的权利瑕疵承担返还义务。但实践中，如

<sup>①</sup> 参见苏力：《解释的难题：对几种法律文本解释方法的追问》，载梁治平（编）：《法律解释问题》，北京：法律出版社，1998年，第30—64页。

<sup>②</sup> 当时人对此也已有所洞悉，因此极力限制成案的适用，因为成案本身就是通过对相关制定法文本进行阐释的再创造结果。

<sup>③</sup> 《西江政要》卷一《子为匪窃父母羞忿自尽》。

<sup>④</sup> 《刑案汇览》卷四十九《子累及父母自尽治罪通行》。

<sup>⑤</sup> 《治浙成规》卷七《窃贼三年无犯隆冬免其拘禁》。

<sup>⑥</sup> 《大清律例》，北京：法律出版社，1999年，卷二十三《刑律·贼盗上·强盗》，第380页。

令其无偿返还，典铺的利益往往受到侵害。于是各省纷纷先后自定条规，变通中央制定法。

江苏为始作俑者。乾隆九年，该省按察司拟定：“如强盗及始窃终强、拒捕、满贯、抢夺等项，供出当赃，即时起取给主，于犯属名下追本还典，其余一切外结窃案当赃，着捕传同事主赴典认明画押，待于犯属下追本免利取赎给主。如贼属无力，听事主备本赴典免利取赎。如期不赎，听典变卖作本。”<sup>①</sup>这样，如果贼犯无力赔偿，仍将由失主承担主要损失。这一决定很快在当地基层得到切实的贯彻<sup>②</sup>。乾隆四十九年，按察司明确规定：即使定拟徒罪、应咨报刑部的盗案，因其性质与纯粹的内结（由中央刑部审结）案件不同，也照上述规定办理<sup>③</sup>。江西与江苏同属两江总督辖区，亦步其后尘，于乾隆十六年制定相同性质的规定，并明确规定免利取赎的时限为三十个月<sup>④</sup>。

浙江本是严格奉行中央制定法的省份。虽早在乾隆四年，浙江按察司就曾提出“赃分强、窃，盗案之赃照例查起给主，窃案之赃认明储当，追本免利取赎，并定以三年限期，限满不赎，原赃公同估变，除还当本，余给事主”的建议，但被巡抚否决。当地典商于乾隆十年、十七年、十九年和二十年又屡次呈请，要求仿照江苏的地方法规办理，但司、抚均以“他省或有办理不符之处，终与定例有违，似未便仿照而行”的理由不予接受，仅允许向犯人亲属索赔<sup>⑤</sup>。而且，浙江还于乾隆二十四年条奏严格执行中央制定法的建议，基本上被刑部采纳，并得到皇帝批准。然而，至乾隆五十九年，根据典商呈请，浙江布、按二司于次年作出折衷的地方规定，令失主措备一半本银回赎赃物，经督抚批准，通行本省<sup>⑥</sup>。

这些变通性的地方法规中，为避免公然与中央制定法抵触而遭部驳，其中都明确规定，这种办法仅限于“外结”，即由地方审结的案件。内结者仍依中央通行制定法办理。

在民事纠纷处理上，各省地方法规中存在与中央的立法不尽一致之处，在刑事案件处理中也不例外。贩卖私盐，在明清时期是被严厉禁止的行为。根据《大清律例》规定：“凡犯私盐（律注：凡有确货即是，不必赃之多少）者，杖一百、徒三年。”<sup>⑦</sup>此项立法似乎过于严苛，因此顺治十七年曾规定：“贫民食盐四十斤以下者，免税；四十斤以上者，仍令纳课”<sup>⑧</sup>；乾隆元年又重申这一原则<sup>⑨</sup>，并专门制定条例，允许贫穷的老幼、残疾及妇女孤老者每日赴盐场买盐四十斤挑卖<sup>⑩</sup>，以为变通之计。但在实践中，容许私贩四十斤的额度仍嫌过少，不少省份都各搞一套，并相互效法、欺瞒中央。

雍正年间，安徽凤阳道建议：“私盐四十斤以上、百斤以内者，分别多寡定拟章程，俾得画一遵循”，雍正十三年得到安徽巡抚的首肯，并制定了实施细则，对这类案犯仅分别情况处以枷、杖，而不依照中央制定法规定判以徒刑。两江总督责成苏、皖按察使共同商议，最后参照安徽的做法，于乾隆元年颁行苏、皖等省<sup>11</sup>。浙江亦仿照遵行<sup>⑪</sup>。至乾隆四十年，

<sup>①</sup> 《江苏省例三编》，光绪九年刊本，不分卷，《查吊当赃一案》。

<sup>②</sup> 据《震泽县奉宪禁起窃赃碑》（载王国平、唐力行（主编）：《明清以来苏州社会史碑刻集》，苏州：苏州大学出版社，1998年，第571—572页），乾隆九年三月，江苏震泽县接到苏州府转发的臬司通飭规定，其中明确：“仰县凡获贼供出当赃，遵照宪看事理，赴典认明，据案送结。如果事关题请内结重案，吊起给主。倘一切外结窃案，追本免利取赎。”该县将这一规定刻碑为凭，以期长期施行。

<sup>③</sup> 参见《江苏省例三编·查吊当赃一案》。

<sup>④</sup> 参见《西江政要》卷二《典铺收当贼赃先行追起》。

<sup>⑤</sup> 参见《治浙成规》卷五《典铺窃赃先行查起给主于犯属名下追还当本》。

<sup>⑥</sup> 参见《治浙成规》卷二《贼犯当赃事主措备半本回赎》。

<sup>⑦</sup> 《大清律例》卷十三《户律·课程·盐法》，第250页。

<sup>⑧</sup> 《清会典事例》，北京：中华书局，1991年，卷二三一《户部·盐法·禁例·顺治十七年》。

<sup>⑨</sup> 参见《清实录》，北京：中华书局，1985年，《高宗实录》卷十一“乾隆元年乙卯”条上谕。

<sup>⑩</sup> 参见《清会典事例》卷七六二《刑部·户律·课程·盐法》。

<sup>11</sup> 据《治浙成规》卷七《私盐案件如应题咨内有百斤以下应拟枷责之犯摘出另结》，具体规定为：“请嗣后凡有肩挑背负及车船夹带私盐，如系四十斤以上至六十斤者，枷号二十日，责二十板；过六十斤至七十斤者，枷号二十五日，责二十五板；过七十斤至八十斤者，枷号一个月，责三十板；过八十斤至九十斤者，枷号三十五日，责三十五板；过九十斤至一百斤者，枷号四十日，责四十板”；对协同参与者，也区



中央制定新例，要求各地督抚将徒刑案件逐季上报刑部查核<sup>②</sup>。面对这一变化，江苏按察使建议将省例中规定的这种变通处理的做法向中央刑部说明，遭到两江总督反对：“外省办理私盐案件，数在百斤以内者，因系穷民肩挑背负，觅利糊口，情有可原，是以分别枷责完结，并未奏咨有案。如遇有题咨之件，亦系将牵连枷责之人摘出另结，以其本系偶然凑遇，并非同伙也。今该司议将外省例案咨明内部，必干驳查，将来办理殊费周章”；两浙盐运使也认为，“查奉部以徒犯之案季报，内有盐犯拟徒，有百斤以内分别枷责发落者，因未经咨明定例，恐部中查驳，难于登答。……查省例与部例不符，即分别声明咨部，究多未便。”因此，按察使建议依然仿照以前欺瞒中央的做法，将应上报刑部的案件中应照《省例》分别枷责之犯摘出外结，“以归画一，以免牵制”，得到督抚和浙、淮盐运使的一致同意，并移文浙江，要求浙省参与这一攻守同盟，类似案件也依此办理。这一建议由浙江按察使通饬一体遵行<sup>③</sup>。

江浙等省的做法也推广到福建、江西、广东等省。乾隆十九年，闽浙总督提出应该仿照“江浙现行成例”处理零星私贩案件；由盐法道通饬福建各属<sup>④</sup>。江西于乾隆五十五年制定条规，对贩私盐四十斤至一百斤者，规定了不同于中央通行制定法的处理办法<sup>⑤</sup>。广东省亦起而效仿。嘉庆十七年，广东清远县建议仿效《浙江成规》中对私盐的处理规定。经总督认可，由按察司拟定新章<sup>⑥</sup>。这一规定还编入《粤东省例新纂》，可见至少到编定该书道光二十六年仍然有效。

除初犯作上述变通外，对再犯、三犯私盐而情节较轻者，江苏也至迟在道光四年制定了单行办法，对私贩一百斤以下者，区别情节分别处以枷责。浙江按察使、盐运使等地方官建议仿效而行，获督抚首肯<sup>⑦</sup>。

当然，上述两例中地方所制定的土政策，都先后经过多次反复，终被放弃，转而依照通行法规办理。

在典当赃物问题上，如前所述，由于浙江的不肯合作，乾隆二十五年，江西闻风而动，改按中央规定办理<sup>⑧</sup>。江苏当时的反应虽未形诸明文，但显然至少到乾、嘉之际，在实践中当地已不再遵行有所变通的地方法规，因为在嘉庆六年，江苏典商向其本省官员提出模仿浙江处理办法的要求；但这次江苏地方官不但不采纳典商的请求，而且还由按察司咨文浙江布、按二司，要求浙江撤销成议，与中央立法保持一致。道光四年，江苏明文规定：“典铺误当贼赃，无分内外结，照例查起给主认领，当本于犯属名下追还。获贼搜出当票，承审官即确查有无事主报案，与失单花名件色是否相符。如无事主呈报在先，实系事主被窃之物，应于当票上批明‘窃赃’字样，盖用印信，除隔属仍用移关提外，其当在本处者当堂给主，令其自行赴典提起，勿许该商仰勒支吾。”次年，对当票转卖、毁弃和遗失等情况的处理办法进一步制定与中央立法精神一致的补充性细则。尽管经典商要求，同治八年旧事重提，按察司

---

分情况提出了处理的办法。

<sup>①</sup> 参见《治浙成规》卷六《办理盐案章程》。

<sup>②</sup> 参见前揭胡星桥、邓又天（主编）：《〈读例存疑〉点注》，第858页。

<sup>③</sup> 参见《治浙成规》卷七《私盐案件如应题咨内有百斤以下应拟枷责之犯摘出另结》。

<sup>④</sup> 参见《福建省例》卷二十《盐政例·贫难小民零斤私贩分别枷责发落》。

<sup>⑤</sup> 参见《西江政要》卷二十九《嗣后拿获大伙泉贩罪应徒流以上之案应即先行通报，候批再行审解外，如系四十斤以上、百斤以下，讯系初犯，察非积累，该州县即行审拟详报，听候批示发落。其四十斤以下之案，审明如无别情，即随时自行完结，仍于月底造报查考》的规定。

<sup>⑥</sup> 《广东省例·详定拿获私贩人犯数在百斤以内分别枷杖百斤以外即照律满徒》：“贩私人犯，如讯系无业贫民，偶尔贩卖糊口者，五十斤以下量予笞责发落，五十斤以上枷号二十日，杖六十；六十斤以上，枷号三十日，杖七十；七十斤以上，枷号四十日，杖八十；八十斤以上，枷号五十日，杖九十；递加至九十斤以上，枷号两个月，杖一百；其百斤以上者即照律拟徒，不得宽纵。”该条即《粤东省例新纂》中《兴贩私盐外办治罪章程》之原议，后者较为简略，没有叙述立法理由和过程。

<sup>⑦</sup> 参见《治浙成规》卷八《零星贩私再犯三犯分别治罪》。

<sup>⑧</sup> 参见《西江政要》卷二《典铺收当贼赃先行追起》。

仍立足中央制定法全面评价此前历次地方法规，坚持按照中央条例处理，得到督抚批准，并于光绪二年三月札发并编入《省例》。这段意见是对该问题的一个总结，颇具代表性：

“是当票果真，定例即时查起，若令事主自赎，则与《处分则例》大相径庭。结案虽有内外之分，追赃总无二例。且如积匪量减，以及初犯、再犯拟徒之案，虽系外结，仍必汇咨。乃吊赃、饬赎，办理两歧，年终碍难声说。内结之案失主类多富豪，赃物多属贵重，尚得照例吊起，而外结之案失主既多贫乏，赃物又属轻微，转须备本自赎，两者相较，不特力有未逮，且觉情有未平。……窃尝揆于情、度于理、准于法，殊觉该商所禀之非也。盖事主被窃报官，贼匪早经逃匿，虽认真缉捕，其即时被获者几何？幸而破获，而银钱难辨之赃大率化为乌有，其所余之衣服、器饰可以质钱者又几何？且或迳售于人，或倩人代质，转移隔手，即本犯亦不复识原赃之安在，其身自质当可指明而寻索者又几何？以无几之遗赃，更使之备本取赎，是事主受亏逾重也。此揆于情而见其不可者也。地方招集典商，原藉以济民缓急。然按期计息，实有利存。即令误当窃赃，而案有破有不破，原其利害，犹在参半之间，非若事主之有害无利也。且失窃之家资财已损，若令备本取赎，必将有窘于设措、无可奈何，空数限期而付之愁叹者。名为获赃，与不获等。此度于理而亦未见其可也。查苏省迭次改章，唯道光年间林前司、庆前司所拟详者平恕赅通，于定例不相违阂。……况遵例与遵章自有重轻区别，使典商凭旧章以请，而事主据成例以争，地方有司然是典商而非事主乎？此又准于法而不敢以为可者也。”<sup>①</sup>

正因为江苏在嘉庆六年的这一纸咨文，使浙江允许半价回赎当赃的地方法规自乾隆五十九年起施行未久即告破产。当时浙江制定及批允原法规的藩、臬二司、督抚等都已离任，继任者逐项批驳原议的立法理由，并于嘉庆九年撤销原议，统一按中央制定法办理<sup>②</sup>。此后，嘉庆二十二年的浙江地方法规中，备述此前规定的变化沿革，再次重申应按照中央统一立法办理<sup>③</sup>。

私盐政策的命运也不例外，只是在各地通行时间更长一些，到清后期才渐被废止。在省例的记载中，江苏的情况较为典型。同治十三年八月，因吴江县援引省例处理私贩案件，江苏巡抚指出，省例与国家通行制定法存在抵触，显属“故出人罪”；而且，“在乾隆年间江苏省定此章程，或因彼时私贩无多，贫民生计维艰，一时量为变通，以示矜恤之意。特自嘉庆六年以后，因私贩之案结伙持械、拒捕杀伤者有之，船户夹带私盐、闯闹闯关者有之，巡盐兵捕夹带私盐、通同运贩者又有之，以故条例续纂增修至七次之多，办理无不加严。是国家定制尚应体察人情，审度时势，随时续改，岂一省通饬可以永远遵行乎？况现在私枭横行，拒捕戕杀之案层见迭出，江北拿获私贩，均属按例问拟，若江南再牵引远年省例办理，不但一省之中轻重两歧，有违定例，且恐地方更为集匪渊藪也。”一个月后，经江苏按察司、两浙运司合议，由督抚及浙江盐运使批准，正式宣布废止旧例，统一按律例办理，并将此决定载入《省例》<sup>④</sup>。

掩耳盗铃的权宜之计终被废止，地方政务实践重新与通行制定法的要求归于一致。从根本上说，在中央集权的政治体制下，以皇权为核心的中央政府将立法大权假手于地方是有限度的。这种变通性的地方法规与维护中央集权的精神相抵触，虽然一度可以掩人耳目，暂时将中央制定法置于一旁，但除非经中央正式认可<sup>⑤</sup>，否则其效力就始终处于不稳定状态。一旦时过境迁，或中央制定法的合理性、可执行性得到论证，甚至仅仅是地方官的调转，都可

<sup>①</sup> 《江苏省例三编·查吊当赃一案》。

<sup>②</sup> 参见《治浙成规》卷三《外结贼赃毋庸半价回赎》。

<sup>③</sup> 参见《治浙成规》卷八《盗贼当赃不许典铺措留拖累事主》。

<sup>④</sup> 参见《江苏省例续编·会议办理盐犯》。

<sup>⑤</sup> 《治浙成规》卷四《新沙民灶分管章程》中对中央立法作出变通，经申请咨明户部，获得地区性特别法的地位，得以长期稳定通行。

能使这种地方规定在中央制定法的权威和整合下，失去了生存的空间。

从上述两例中还可看出，地方督抚并非中央的传声筒，而是执掌一方大权的封疆大吏。由于地方的现实情况和利益，地方法规也完全可能背离中央立法。如果执行中央制定法可能出现地方官认为不合理的现象，或给他们带来不便，他们将适度调整，酌定自己的对策。如乾隆六十年浙江藩臬二司在呈请中指出，令失主自备半本取赎的办法虽与定例不符，但由于地方官常常不着力查追，差役又百般侵扣，徒有追还之名，并无追还之实；即使起赃到案，层层勒索，取领维艰，反不如权变之计效果理想<sup>①</sup>；嘉庆十七年，对私贩案件的处理，广东按察司引述律例，认为其打击重点在于大伙私贩，零星贩卖情有可原，应有所区别<sup>②</sup>。对于典当赃物的处理办法，是应典商的要求而平衡各方利益的结果；在私盐案件处理中，律典的规定过于严厉，地方官们所藉口的恤刑固然是一方面的原因，但更重要的恐怕是对普遍存在的贩私依律例处理的成本太高。前述广东清远县的建议中即明确指出，《治浙成规》中对私盐的处理规定使地方官得以随时惩戒罪犯，并迅速结案<sup>③</sup>。如果都要逐一“报明验实注册”，或作为徒刑甚至更严重的案件严格法办，必然给各级官府带来很大的负担，因为当时徒刑案件由省级终审，后来还要按季报中央备案，流刑以上案件则由中央终审，地方权力受到的限制很大，而且逐级核转，程序上也更为复杂。若改为枷杖，则县级官府就可作为自理词讼终审、执行，不用叨烦上司，更可免除因处理不当遭到中央批驳的风险。因此，地方法规客观上存在偏离中央制定法的动因。

当然，必须明确，虽然法制领域的实际情况并非通常理解的那种中央制定法一统天下的状态，但这也绝不意味着在清代已经普遍出现了地方公然对抗中央的格局，绝不意味着地方享有完全独立的立法权甚至存在自治的倾向。在法制领域，由于各种中央集权机制的共同作用，省例尚不足以构成对中央立法权的挑战，不足以动摇中央立法至上的基本格局。这里强调的是，以省例为中心的地方法规体现出的中央对地方的控制关系，不是静止凝固的命令和被命令状态，而是处于此消彼长的动感状态，呈现出一种“动态平衡”的格局。

#### （四）

省例作为中央制定法的实施细则和补充规范，总体上与通行法保持一致。但各省例在不悖于中央基本精神的前提下，仍可能存在不少差异。差异的存在，当然首先表现为对当地特有事项的规定，如沿海省份有关于海船的管理、沿海滩涂天涨地的归属等等，这些现象在内陆省份不可能出现。有些省内少数民族众多，有关政策在其它地区则无用武之地。但这些规定既由各省特有的状况产生，它省并无相对应的内容可资比较，故暂可不论。下文的关注点主要在于对各省普遍存在的一般性事务上各省例规定之间的异同。

对于各种地方性事务，各地省例的规定存在一定的差异。为简明起见，兹以基层官员审理词讼功过、邮驿递送公文责任、各级地方官员回籍路费支给、锢留婢女处罚办法等涉及省份较多、可比性较强的事项为例，列表叙明各地规定的相互差异（参见附表七至十）。

同时，各省例之间又存在不胜枚举的相同之例。前述对私盐的处理办法即是一例。再如对嫁卖妻子，按律典规定，违法嫁娶不仅应处刑责，且应离异。江苏在处理溧阳蒋连方因贫嫁卖其妻一案中，曾援引前明律学著作《据会》<sup>④</sup>，判所卖之妻归后夫完聚、免其离异，邻

<sup>①</sup> 参见《治浙成规》卷二《贼犯当赃事主措备半本回赎》。

<sup>②</sup> 参见《广东省例》（不分卷）《详定拿获私贩人犯数在百斤以内分别枷杖百斤以外即照律满徒》。

<sup>③</sup> 参见同上注所引书、篇。

<sup>④</sup> 《据会》，即彭应弼《明律刑书据会》，又名《大明律例法司增补刑书据会》、《增补刑书据会律例大全》，明代律学著作，北京图书馆有藏；参见张伟仁：《中国法制史书目》，台北：“中央研究院”历史语言所，1976年，第22页；罗昶：《明代律学研究》，北京：北京大学法律系博士学位论文，1997年，第77页。

近各省从风而靡。乾隆十三年，浙江会稽毛文魁卖妻案中，浙江巡抚同意仿照江苏成案办理，并通飭所属遵行；八年后，浙江寿昌陈叶氏因贫居丧改嫁，臬司再度要求仿此而行，免其离异，得到督抚批准<sup>①</sup>。乾隆二十五年，江西上饶县发生类似卖妻案件，本县判其离异，但巡抚认为：“查贫病卖妻，照《据会》拟以不应，免追财礼，妇人仍归后夫，江浙等省有现行成案”，并备引乾隆十三年、二十一年浙江按察使公牍；江西按察使元某奉命重议，免其离异，经督抚批准通飭各属：“嗣后遇有因贫卖妻及因贫居丧嫁娶之案，均按情罪仿照成案妥协拟议”<sup>②</sup>。次年，福建归化县建议仿照浙江处理毛文魁案的方式办理因贫卖妻的案件，经两司拟议获准，并通飭所属遵行<sup>③</sup>。又如对于典铺失窃而产生的典商赔偿责任，乾隆十一年浙江规定以“贯五扣利找赔”，即“将各项货物照当本一两再找一两、扣利找赔”<sup>④</sup>，江苏在此前后也提出这一办法，湖南于乾隆二十四年、福建于乾隆四十六年、广东于乾隆四十九年也纷纷效仿<sup>⑤</sup>。至道光二十四年，这一原则被中央立法采纳，正式修入条例<sup>⑥</sup>。除省例之外，其它类别的地方性法规也来类似的现象，如河南归德府知府王凤生在《宋州从政录》中所提出的义仓法，也是仿效邻省安徽巡抚陶澍的做法而拟定的<sup>⑦</sup>。

可以看出，清代的各地方法规之间呈现着异同并存的格局。在其差异性和趋同性的背后，隐含着地方立法的出发点和基本依据。

根据常识性的推测，地方法规应当是地方社会风习的反映。《粤东省例新纂》中广东巡抚黄恩彤《序》称：“各省吏治民风不免互异，官是土者不得不乘势利导，束以科条，于是有省例之设，以佐部例之所不及。”清代名吏陆陇其也曾以“民情土俗，万有不齐；立法更制，随方便宜，随时润泽可矣”为理由，反对各种统一性规范，为地方立法权张目<sup>⑧</sup>。

然而，前述各地方法规的趋同与差异形成强烈的反差，因为因贫卖妻、典铺失窃，并不比基层官员审理词讼功过、邮驿递送公文责任（参见附表九、十）之类的事件更缺乏地域特色、更应该适用相同的制定法来处理。例如，江西官员明知当地素有卖妻之风，但也只不过强调必须确系贫困、两相愿离，方准援引成案承认后项婚姻关系，并未否认其效力<sup>⑨</sup>；浙江也有典妻之俗<sup>⑩</sup>，而官员们则未予理会。而面对同样普遍存在的积案问题<sup>11</sup>，在同治时期，山西对一案迟延两月者就予以记大过，而在江西则为一年以上；福建每季二十件以上全结即予奖励，山西则需每月二十案件以上全结才记功，江西只需审结过半即可，全结者可记功两次；福建基层官员因此记过三次即撤任，而江西则需记大过八次以上；差异之大令人咋舌。

<sup>①</sup> 参见《治浙成规》卷六《因贫居丧嫁娶援照因贫卖妻成例量减科罪免其离异》。

<sup>②</sup> 《西江政要》卷四《因贫卖妻及因贫居丧嫁娶》。

<sup>③</sup> 参见《福建省例》卷二十七《刑政上·因贫卖妻分别治罪别有他故依律问拟》。另，因贫卖妻及居丧改嫁之案，律有明文禁止，而当时地方官员以前明的律学著作作为依据，以地方法规形式变通中央通行制定法，并称“洵足补律文之未备”（《治浙成规》卷六《因贫居丧嫁娶援照因贫卖妻成例量减科罪免其离异》），事实上是公然违背中央立法。

<sup>④</sup> 《治浙成规》卷五《典铺被失分析议赔》。

<sup>⑤</sup> 乾隆二十四年，湖南省对典当、染铺因失火、被窃的责任，规定仿照“江浙两省现行省例”，由店铺按照这一原则赔偿（《湖南省例成案》“户律·钱债·费用受寄财产”《典当染铺如遇自行失火及被贼行窃量赔一半》；寺田浩明：《清代之省例》，注释19），可见这一做法在江苏也通行。又参见《西江政要》卷二《典染各铺失火延烧被窃分别赔偿》、《福建省例》卷二十八《刑政例·典商收当赃物被窃照例赔偿》、《广东省例·当铺失窃比例赔偿》。

<sup>⑥</sup> 参见《清会典事例》卷七六四《刑部·户律·钱债·费用受寄财产》。

<sup>⑦</sup> 参见王凤生：《宋州从政录》，道光六年刊本，《劄记各州县劝捐义仓檄》、《劝捐义仓告示》。

<sup>⑧</sup> 陆陇其：《莅政摘要》，光绪八年刊本，卷下《治人治法》。

<sup>⑨</sup> 参见《西江政要》卷六《因贫卖妻与买休卖休分析援引科断》。

<sup>⑩</sup> 参见朱海滨：《浙江历史文化地理研究》，上海：复旦大学中国历史地理研究所博士学位论文，1998年，第89页。

<sup>11</sup> 参见赵晓华：《晚清狱讼制度的社会考察》，北京：中国人民大学出版社，2001年，第82—109页。

虽然当时南北方民风的好讼程度有较大差别<sup>①</sup>，对地方官员来说，也许江西的讼案较山西更难解决，以至于江西的官员在形式上好像更容易获得嘉奖，但是互为邻省的福建和江西之间仍相差轩轻，则似乎不能由此得到解释。

再如，对一田两主的民间习惯，乾隆二十八年浙江地方法规中重申承认这一“土俗相沿，到处皆有”的习惯<sup>②</sup>；在江西，雍正末、乾隆初，地方官曾认可该省田皮出卖的行为，认为田皮、田骨之习相沿已久而难以移改<sup>③</sup>，但到乾隆十六年又宣布通饬禁绝<sup>④</sup>；在福建，雍正八年藩司针对汀州府、乾隆二十七年针对福州府的一田两主现象，通饬各属严行禁止；乾隆二十九年再次通令各地勒石永禁<sup>⑤</sup>。一准一禁，其间的差别显然也并不在于这一习惯在三省的流行程度不同<sup>⑥</sup>。

显然，从前述各例的比较来看，在很大程度上，各地法规之间的异同并不直接反映“民情土俗”的异同。换言之，地方法规的根本立足点恐怕并不完全在于当地的民间社会风习。

在当时的政治理念和立法机制下，官员们并不非常重视当地民间社会状况、特别是其中民间习惯的意义。在他们看来，所谓习惯不过是一种融汇在“情理”之中的东西；“体问风俗”或“就俗尚之所宜”并不意味着对当地流行的习惯都无条件地加以肯定和接受，在表达上，地方官常常从正统立场出发对一定地域的风习作出评价<sup>⑦</sup>。面对各种民间习俗，官员们往往以移风易俗工作的主持者身份出现。根除地方恶习，使民间惯行规范化，是其立法中的主要责任。《福建省例》、《江苏省例》中有“严禁闹丧”、“速葬棺柩”、“严禁掷石卜兆”、“严禁闯神并装扮鬼脸奇形异状”、“禁迎神赛会”等各种禁饬民间“陋俗”的告谕。除省例外，其它形式的地方法规中也有不少这类事例，如刘兆麒《总制浙闽文檄》中有禁止交易不动产找贴的规定<sup>⑧</sup>，戴肇辰《从公续录·禁止骨罐示》是禁革广东合浦地区殡葬旧俗的谕示，《从公三录》又有“严禁演唱土戏示”等禁谕。

不仅如此，对现有形式上较“合理”的民间惯行，官府往往也抱持不信任的态度。乾隆二十七年十二月，江西地方官在对玉山县客店失窃一案的处理及由此制定的地方法规中指出：“此案议令店主聂胜有先行赔偿之处，该县虽称并不以为常例，但玉山夫行客店既向有公议赔偿之事（据县禀称），则可知行主先赔贼赃已为该处行户通行公议，遇事必行矣。然若听其私赔，其中洵难免抑客报窃、以多还少、并或有阴串匪徒肆窃、和同勒索少赔情弊；况是案既经店主赔偿，将来设再有失窃之案，亦未便办理稍岐，致客有向隅，政不画一。应

<sup>①</sup> 清人谓：“南方健讼，虽山僻州邑，必有讼师。每运斧斤于空中，而投诉者之多，如大川腾沸，无有止息。办讼案者不能使清，犹挹川流者不能使竭也。若北方则不然。讼牒既简，来讼者皆据事直书数行可了。即稍有遮饰，旋即吐露。此南北民风之不同。欲为循良之吏者，惟在北方为较易。若南方，则全以精神为运量。精神不足，虽明治理，弗能及也”（徐栋（编）：《牧令书》，道光二十八年刊本，卷十七）；“北省民情朴鲁，即要狡诈，亦易窥破；南省刁黠最多，无情之辞，每出意想之外，据事陈告者不过十之二三”（万维翰：《幕学举要》，浙江书局光绪十八年刊本，不分卷，第3上）。档案史料也显示，在十九世纪京城附近的宝坻和十八、九世纪的四川巴县，民事案件的处理往往能够通过一次开庭迅速结案，而在相对更高度商业化的台湾淡水—新竹地区，在十九世纪晚期，反复庭讯和缠讼不决已司空见惯，官府甚至不堪重负；参见黄宗智：《民事审判与民间调解：清代的表达与实践》，北京：中国社会科学出版社，1998年，第19页。

<sup>②</sup> 参见《成规拾遗》，乾隆刊本，不分卷，《佃户出银顶种契载不明以三十年内外分别找赎》。

<sup>③</sup> 参见卞利：《清代江西赣南地区的退契研究》，载《中国史研究》1999年第2期，第156页。

<sup>④</sup> 参见布政司本《西江政要》卷一《严禁典契虚写淤涨霸占并一田两主等弊》，转引自仁井田陞：《明清时代的一田两主习惯及其成立》，姚荣涛译，载《日本学者研究中国史论著选译》（八），北京：中华书局，1992年，注34，第452—453页。

<sup>⑤</sup> 参见《福建省例》卷十四《田宅例·禁革田皮田根不许私相买卖佃户若不欠租不许田主额外加增》。

<sup>⑥</sup> 在中国南方各地，一田两主的现象都相当盛行，参见前揭仁井田陞：《明清时代的一田两主习惯及其成立》，第409—460页。

<sup>⑦</sup> 滋贺秀三：《清代诉讼制度之民事法源的考察——作为法源的习惯》，王亚新译，载滋贺秀三等：《明清时期的民事审判与民间契约》，北京：法律出版社，1998年，第71—72页。

<sup>⑧</sup> 参见刘兆麒：《总制浙闽文檄》，康熙十一年刊本，卷四《禁加贴产价》、卷六《申饬推收禁止加贴》。

请嗣后客商在玉邑行家被失，勘明失窃情形果实，均照此案，先行赔还客商失物，俟获贼追抵还店。”<sup>①</sup>显然，政府认为，由其介入和立法能减少“私赔”的弊端，更好地解决纠纷，胜于“该处行户通行公议。”

由于当时信息传播条件的限制，为防止臣下结党营私和自立一方、维护中央集权体制所进行的官员调转制度，某种程度上也对他们了解地方风俗民情产生一定的局限。从清康熙时始计，作为地方法规主要立法建议者的布政使，江苏等省平均2年就要更换一位；另一主要立法建议者按察使，从清初始计，平均任期都在1.6年左右<sup>②</sup>。巡抚和总督的平均任期相对略长，苏、浙、赣、闽、粤各省巡抚的任期平均在2.2—2.4年，闽浙总督、两江总督和两广总督的任期平均在2.8—3.2年<sup>③</sup>。当然，仍有些地方官任期较长，远远超过平均值，而且有些情况下，藩、臬官员是在本省内迁转，但在当时的交通、通讯等条件下，作为一省甚至多省长官，本来在主观上对民间习惯就不抱有积极探知并加以利用的热情，而是采取高高在上的轻视态度，客观上在相对短暂的任期内又不可能因耳濡目染而感知有关信息，自然很难苛求他们制定的地方法规建立在民间社会的基础上。

从省例的立法机制和过程来看，各地方法规之间的异同与其说是当地社会的客观反映和需要，不如说更多地体现了各地官员们的利益和经验，反映着他们各自在管理中的主观差别。

在规范内容上，省例以行政性法规为主，绝大部分规范中，政府始终作为法律关系的一方、作为主导性的管理者活动于其间。因此，省例的规范带有浓厚的行政色彩。在制定及修改的程序上，除极个别由民间议请外，绝大多数是针对政府的管理、审判中的弊病、疑难，或应中央的要求，由各级官员提出制定或修改的建议。在这种政府立法的机制中，作为立法主体的各级官员，必然从有利于官府管理的角度出发。因此，即使少数情况下对客观地理因素有所顾及，也更多是出于便利政府管理的主观需要。如《福建省例》二十八《刑政例（下）·捕役获贼计赃加三奖赏》中强调当地加强治安管理、制定单行地方法的理由：“闽省为山海岩疆，台湾一府尤属孤悬海外，弭盗安民，更为急务。”再如附表九中，《粤东省例新纂》对崖、陵、昌、感四州县的官员病故不论年限发给较多周恤银的规定，显然是作为对官员任职该地的鼓励措施。而来自民间、反映地方客观状况的立法建议，如果与官府的利益相抵触或影响其管理的便利，要取得官府首肯也颇有难度。乾隆十六年<sup>④</sup>，当时规定广东渔民出海以五日为限。经归善、海丰二县渔民请求，按察司依据当地渔汛的特点要求予以适当延长，被巡抚

<sup>①</sup> 《西江政要》卷六《玉庾二邑客商在行失窃先令行户赔偿》。另，其中又称：“但江西尚有南安府属之庾领设有客行，窃匪事发，似亦应一体照办，以免歧异。至于其余州县零星客店，不过一尖一宿，非玉山、庾领二处雇用夫船过塘者可比，不得均照此例，致滋扰累”，似乎立法上仍充分关注当地的特殊状况、体现因地制宜的原则；但由于这种“因地制宜”缺乏合理性，至乾隆三十九年江西省规定仍将前项措施推广于各地，参见《西江政要》卷十三《嗣后一尖一宿之处客商在店失窃先令歇店分别赔偿免赔》。通观前后立法，毋宁说更体现出地方立法中官员的主观随意性。

<sup>②</sup> 康熙六年（1667）至宣统三年（1911），江苏（南）历任布政使133位，浙江124位，江西117位，福建119位，广东116位；从顺治二年（1645）至宣统三年（1911），江苏（南）按察使共175位，浙江167位，江西155位；福建省从设置按察使的顺治四年（1647）至宣统三年（1911）共有170位；广东从顺治六年（1647）始设臬司，任职者共有161人；据钱实甫：《清代职官年表》（第三册）（北京：中华书局，1980年）中《布政使年表》、《按察使年表》统计。其中江苏又一度称为江南；前后两次出任同一省者计为一位，不重复累计；未到任者不计。另外，康熙六年（1667）以前，各省均设左、右布政使各一人；此后，改设各省布政使一人。为计算方便，故布政使的统计从康熙六年始。

<sup>③</sup> 据前揭钱实甫：《清代职官年表》，第二册《巡抚年表》、《总督年表》，江苏、浙江、江西三省自顺治二年至宣统三年巡抚的平均任期分别为2.36、2.21和2.38年；福建省光绪十一年裁撤巡抚，故从设福建巡抚的顺治四年之光绪十一年，巡抚平均任期2.37；广东巡抚的设置从顺治六年至光绪三十一年，平均任期2.45年。闽浙总督从顺治二年至宣统三年，平均任期2.81年；两江总督和两广总督的设置从顺治五年始，平均任期分别为3.14和3.22年。

<sup>④</sup> 该篇中曾引“乾隆三十年”两江总督纳某题奏之事，但据薛允升《读例存疑》，乾隆三年曾因两江总督那苏图奏定制定有关条例，参见前揭胡星桥、邓又天（主编）：《〈读例存疑〉点注》，第364页；故“三十年”为“三年”之讹。

驳回；经臬司再度据理力争，认为这一期限与有违民情，使渔民生活受到极大影响，因此很难切实执行，要求将期限改为半月，才暂时获得批准<sup>①</sup>。但在《粤东省例》乾隆三十一年<sup>②</sup>的规定和道光年间编定的《粤东省例新纂》中，又改以船只大小为标准确定出海期限，最多仍不过十日<sup>③</sup>。前述对一田两主现象各地政府的态度差别，也是由于浙江官员看到顺其自然、相安无事给官府带来的便利而姑且承认现状，江西、福建地方官们则因其导致的“强佃藉有田皮、小业，霸佃抗租，田主每受其害”、“佃民再藉田皮、田根等项各色私相顶售逋租，或田主额粮勒加，生端召佃，到官控争”等事端扰烦官司而感到深恶痛绝。

在地方法规的制定中，除非当民间风习与官员们的切身利益出现紧密联系时，他们才会将其作为立法时参考的要素。如根据当时制定法，盗墓为重罪，掘至棺椁即处杖一百、流三千里，见尸者处死刑<sup>④</sup>；当地官员也不能脱干系，如属内发生掘墓之案，分别情节照命案等处理办法限期侦破，否则将有参革之虞。但如盗窃未殓未埋的棺椁且未见尸，仅处杖一百、徒三年，官员的责任也相当轻。浙江有停棺的风俗，似葬非葬；出现盗窃这类浮屠的案件，对承办官员处理方式并不统一，有的地方官被题参缉捕不力、受到处分，有的则被开脱幸免。因此，在嘉庆九年，基层官员提出，这类案件应与盗挖已葬的墓冢有所区别，按照未葬之棺对待，并以直隶和本省的成案为据，要求免除其可能被查参的责任。经反复讨论，最后经督抚批准的处理办法是：“浙西杭嘉等处每有用砖瓦砌成低屋，将棺木暂蔽风雨，名曰‘砖圻’，并有砖瓦砌成高屋安储棺木，名曰‘享亭’，又曰‘殡屋’。此俱因尚未安葬、暂时停厝，皆谓之‘浮屠’，俱系将来仍须改葬、尚未成冢，俱谓之‘未葬’，应请一概免参；又如卑府所属（指绍兴府）有用石板周围砌郭、将棺纳入、上面盖土，名曰‘石郭葬’；并各处有未用砖石而将棺埋入土中成冢，名曰‘土葬’。此石郭葬与土葬，并有用砖砌穴、将棺纳入、外面淋土，此皆成坟墓，毋庸再行改葬，俱谓之已葬。如有盗掘，应照发冢开参。”<sup>⑤</sup>充分重视当地复杂的实际情形，是与官员们的切身利益密切相连的。

在从其利益和角度出发制定地方法规的过程中，官员们依据的往往是其个体或作为地方官僚集团的集体经验。一般而言，个体化的经验判断及其随意性是各地官员们对同一情势下相同的规范对象作出不同立法规定的原因。但同时，由于当时地方官迁转体制作用，使某地、某官员提出的行之有效的规定能够不断推广。从《清代职官年表》中可以发现，各地方官员除少部分免职、亡故或升迁本省及中央外，大部分都迁转它省，继续担任地方要职。有不少地方法规的制定是通过官员调转推广到它省的，如乾隆四十六年噶尔弼善由浙江杭州知府迁任福建后，呈请将在杭州采用的奖励捕役缉盗的措施推行于闽省，得到巡抚首肯<sup>⑥</sup>。再如乾隆四十一（或“二”）年，德保由广东巡抚迁任福建巡抚，经其批飭，由臬司参照其原在广东处理窃盗案件的办法，拟定了福建的地方法规<sup>⑦</sup>。官员的个体经验借助于特定体制又取得

<sup>①</sup> 参见《粤东省例》卷二十《海防·归海等县渔船出海宽限半月归港如违照例按日治罪其食米盐斤按日酌增》。

<sup>②</sup> 参见《粤东省例》卷二十《海防·稽查出海船只条款并携带盐斤定数》、《粤东省例新纂》卷六《渔船分别带盐》。

<sup>③</sup> 参见《大清律例》卷二十五《刑律·贼盗下·发冢》，第408—409页。

<sup>④</sup> 《治浙成规》卷八《厝棺被窃仅止撬缝凿孔及烧煨成洞抽取衣饰并未显露尸身一并免参》。

<sup>⑤</sup> 参见《福建省例》卷二十八《刑政例（下）·捕役获贼计赃加三奖赏》。原文仅称“本署司噶”、“巡抚部院富”，又称曾“会同藩司”云云，由此推断此署司为臬司；据《清代职官年表》，乾隆四十六年闽抚为富纲，而臬司有四人历任，均非噶姓者。按其自称曾任杭州知府，考民国《杭州府志》卷一百一《职官三》，有满人噶尔弼善曾于乾隆三十九年任知府，其时浙抚为三宝，与原文所叙相符，故可考定该臬司为噶尔弼善，《年表》恐有遗漏。

<sup>⑥</sup> 参见《福建省例》卷二十七《刑政例（上）·地方拿获轻贼窃匪体照粤省成例严行究治》。据刻本和台湾大通书局本，原文均为“乾隆四十年十一月初二日”，但据《清代职官年表》，当时抚闽者为余文仪，浙江诸暨人；据光绪三十四年《诸暨县志》卷三十一《列传》“余文仪”条，余某未曾出任粤职。而乾隆四十一年十月起至四十三年九月止，由粤抚德保迁任福建巡抚。《福建省例》在每门中按年代次序排列，该

了使地方法规趋同的效果。

同时，各地官员对有关事项采取模仿它省通例、或共同议定方案的做法，这种地方官僚集体经验在地方立法中的作用使省例的部分内容进一步体现出趋同性。总督体制给这种移植的立法方式带来很大便利。如某总督兼辖两、三省，则其中一省经总督批准制定的法规，在它省只须经同一总督再度首肯便可施行。有时该总督会主动要求属下仿照邻省法规办理，如前述福建私盐案件的处理办法，就是应闽浙总督的要求、按邻省成例制定的。除与中央制定法相抵触或其它个别特例外<sup>①</sup>，一般抵制移植的情况是很少的。对有关多省的事项，有的省份将本省拟就的法规直接以咨文形式发往相关各省，建议其协作办理。如《四川通饬章程》卷一《递解军流人犯分五名一起》是直接将湖北巡抚的咨文通饬遵行，《治浙成规》中直接将这类咨文编入的有4件，《福建省例》中有3件。另外还有不少根据邻省咨文制定的本省规则，如《治浙成规》卷六《办案规则》即根据闽省咨文制定。再如乾隆五十三年，广东巡抚就递解罪犯、备置木笼的事项咨文邻省；江西于嘉庆十五年重申该事项，要求对上站不置备木笼解送者予以查参，并咨明粤、闽、浙、湘、鄂等省一体遵行<sup>②</sup>。这种做法，对各省规范的整合、统一起了直接的积极作用。还有些地方法规本来就是数省会议的结果，如嘉庆二十二年赣、鄂议定的合作巡查章程等<sup>③</sup>，自然是在相关省份都具有同样通行效力的地方法规。

在中央集权的体制下，省例规范的对象并非重要的原则性问题，而更多的属于具体的操作层面，中央也默许督抚大员们在这一层面的权力。一方面是以政府利益为核心的立法机制、频繁迁转的任官体制以及各省、各官员之间的相互制约，另一方面是各省官员具有的在一定限度内各行其是的权力，因此，与重视和利用当地的客观条件、或考察行之有效的民间惯行这一途径相比，地方官员们更多地是凭借个体或集团的经验，出于地方政府及其本人的切身利益。各地方法规之间出现异同并存的状态——因主观随意导致的差别和由于特定机制和集体经验的趋同，正是这种特定体制下的产物。

## （五）

地方立法的广泛存在，足以使我们从法制的角度对传统表述中的“中央集权”这一概念作更深入、全面的理解。在形式上，立法权被严格收归中央，清帝国的中央政府是制定成文法的最基本、最主要的机构；在制定法体系中，中央立法通行全国的效力和一元独尊的地位；各种事务的处理，都应该遵循中央制定法的规定。

然而，这种严格的一元主义理想并非现实政治生活中的实态。在具体司法过程中，如已有研究所揭示，在一些民事案件的司法审判、即“听讼”的过程中，地方官员得依据“情理”定夺，享有较大的自由裁量权<sup>④</sup>；甚至对于一些性质较为严重的案件，地方官也具有与中央机构不同的处理方式和观念，呈现出明显的纵向层次性差别<sup>⑤</sup>。同时，地方政府与中央权力

---

规定之前项定于乾隆四十年二月，后项定于四十三年二月，因此原文年代“四十”下当遗漏“一”或“二”。

<sup>①</sup> 个别情况下，制定法移植的建议会遭到当地反对。如嘉庆十五年，江西巡抚就杀奸的取证问题提出，应模仿晋、蜀等省的做法，“将大缸盛河水、井水各半，用棍搅成旋窝，急将男女头颅入水，如果真奸杀死，两面相对”，并认为“虽《洗冤录》所不载，而他省办理杀奸之案，均系如此试验”，但遭到按察司反对，认为“至于搅缸水，《洗冤录》所未载，作作亦所未谙，窃恐搅验未能如法，转致案情淆混”，并未接受巡抚推荐的办法；参见《西江政要》卷四十七《嗣后本夫捕奸杀死奸夫奸妇之案务经研鞠登时与非登时验明尸身有无余精等项形迹于详内逐一声注》。

<sup>②</sup> 参见《西江政要》卷四十七《递解斩绞及外遣重犯装送木笼雇夫抬送》。

<sup>③</sup> 参见《西江政要》卷十三《会议江省与楚省毗连之州县分派员役轮替巡查匪类章程》。

<sup>④</sup> 参见滋贺秀三：《清代诉讼制度之民事法源的考察——作为法源的习惯》，王亚新译，载滋贺秀三等：《明清时期的民事审判与民间契约》，北京：法律出版社，1998年，第54—96页。

<sup>⑤</sup> 参见王志强：《清代的丧娶、收继及其法律实践》，载《中国社会科学》2000年第6期，第105—117页。



的这种微妙关系进一步在立法上以更固定化的形式展现出来。中央集权体制下的中央制定法并非无所不包，而是认同地方官府在一定层次上、一定范围内制定中央制定法框架下的实施细则或自主规范，从而形成各地驳杂多样的、对同一制定法的不同解释和对同类事件的不同处理方式。这种多样性借助地方立法的形式而显得更加明确和巩固。在某些情况下，地方政府甚至在立法上公然偏出了中央制定法的限制范围。当然，这种自主或偏离都时常受到来自中央的干预。中央集权下全国范围内的法制统一性因此呈现出不断调整的动态平衡和相对统一的特色，而非稳定静止和绝对统一。现存省例并非集中出现于国势日衰的清代中后期，而是存在于帝国的各个阶段，表明中央、地方关系中的这一特点是有清一代的普遍状态。

在清代，地方政府在名义上、表达上不敢越雷池一步，谨守“与中央保持一致”的谦卑地位，但实际上在执行中央立法、处理地方事务的过程中竭力发挥和伸张地方的相对自主性。总体而言，这一驱动力主要来自官员们自身的权力和利益的要求，而非如其所表达的那样是完全出于“因地制宜”的需要。在立法过程中，尽管对民间既有惯行的轻视并不等于完全漠视，但地方官员们并未能使其制定的制定法与民间风习在基层充分结合。二者之间少数的联结点，如情理的价值取向、官员的个人认知，甚至个别来自民间的明确要求，只能使制定法与社会维持着朴素而简单的联系。由于现实利益的驱动，省例的制定如果不是完全、至少也是更多地体现着地方官员们作为特定利益集团的主观选择，为其管理的便利服务。在当时的政治体制下，地方官员们将其个体和集体的经验作为地方法规的立法基础，并视之为除中央制定法以外基本自足的源泉，主要依靠官员所具有的权力取得合理性，在个体判断中产生并通过传播、效法而不断推广，维持着异同并现的状况和相当程度上人存政举的性质。

对省例的探讨和暂时的论断无疑将带来更进一步的思考。从以省例为中心的清代地方法规来看，清代的地方官员们具有区别于中央和民间的利益和权力要求。这一要求的存在，使地方权力在法制上出现了对中央政府和民间社会的偏离倾向。由于特定的政治体制的制约，地方对中央的离心倾向被压制在相当有限的程度内；而对民间社会的要求，地方长官们在当时的体制下则显得相对比较漠视。这使当时政府与民间的对立显得更为清晰，在某种意义上对国家—社会二元对立的二分式理论分析模式<sup>①</sup>是有力的支持。但同样立足于这一事实，我们有理由进一步对该理论提出质疑。至少，权力的多层性及其间的差别使“国家”的面目显得渐趋模糊——尤其是在许多个案情况下——究竟孰为国家的代表：中央的成文法制定者？地方的法规制定者？抑或地方各级的法制执行者？本文所揭示的不同层次的国家权力主体之间存在的差异和某种程度上的紧张，同时也将挑战既有理论范式。

同时，由于地方法规中体现的中央与地方政府之间的动态平衡关系，使我们有理由进一步推断，在诸多学者已论及的司法领域，在同样的政治机制下，应该同样存在着这种二者之间甚至多重的动态平衡关系，而并非简单的相互分离或一元统摄。

（原载《中国学术》第2卷第3辑，北京：商务印书馆，2001年；收入王志强《法律多元视角下的清代国家法》，北京大学出版社2003年，第19—49页；有部分增改）

<sup>①</sup> 对这一模式的讨论、应用和质疑，参见梁治平：《清代习惯法：社会与国家》，北京：中国政法大学出版社，1996年；黄宗智：《民事审判与民间调解：清代的表达与实践》，尤其第108—132页。