

清代治理苗疆的独特法律——“苗例”

谢 晖

(甘肃政法大学,兰州 730000)

摘要:如何理解作为地域概念和族群概念的苗疆与苗?进而如何理解清代治理苗疆地区的法律——“苗例”?由于系统资料的匮乏,立法授权的过于简洁以及相关司法档案的几乎阙如,因此,学界只能通过一鳞半爪的资料,站在各自的立场上予以研判,故而这仍是尚有争议、未有定论的话题。通过学术辨析,强调不能以当今苗族和苗族生活的区域为标准划定苗疆与苗,而应还原到“改土归流”的历史情境中认识苗疆和苗,进而对“苗例”的认识,不必拘泥于官方的立法授权,更应站在司法的视角,以及与清代治理其他民族之法律的比较视角观察和认识之。

关键词:清代;苗疆;苗例;判例(法)

中图分类号:D929 **文献标志码:**A **文章编号:**1673-1883(2019)03-0001-11

The Unique Law Governing Ethnic Miao Region in Qing Dynasty:the "Miao Sub-statutes"

XIE Hui

(Gansu University of Political Science and Law, Lanzhou, Gansu 730000, China)

Abstract: How to understand the Miao Region and Miao group as regional and ethnic concepts? And how to further understand the law of Qing Dynasty governing the Miao Region — "the Miao Sub-statutes"? Due to lack of systematic information, simplicity of legislative authorization and the scarcity of relevant judicial archives, the academic circle can only study and judge from their respective standpoints through scanty data, so these are still controversial and inconclusive topics. Based on academic analyses, this paper affirms that Miao Region and Miao group can not be defined as Miao nationality and their living area of today, and identification of Miao Region and Miao group should be based upon the historical "bureaucratization of native officials". Further, understanding of "Miao Sub-statutes" need not be restricted to official legislative authorization; it should be examined and understood from the perspective of judiciary and from the comparative perspective of the laws governing other nationalities in the Qing dynasty.

Keywords: Qing dynasty; Miao Region; the Miao sub-statutes; case in law

一、弁言

清代是前现代中国最后一个专制王朝,在西方人,包括美国人心目中,它是一个帝国^①,是中国历史上最后的帝国。这个帝国的疆域及对领土的实际控制范围,在古代中国历朝历代中,大概只有元朝可以相媲美。极盛时期(公元1760年以后)大约1300万平方公里的领土面积,到了清末(1911年之前),也有1100多万平方公里的领土面积,比如今中华人民共和国960万平方公里的领土面积都要大出许多。

这么大的领土面积,必然涉及领土安全的保障

问题。而这一问题之解决,除了强大的军队作保障外,在日常秩序、特别是边疆秩序的维系中,坚决贯彻既定的规则——法律,则是不可或缺的。尤需注意的是,一般所谓边疆地区生活着的是中原王朝“主体民族”之外的“少数民族”,其在民风民俗方面与主体民族大异其趣。清王朝的主体民族——满族,虽然也是发端于边陲之地、与汉族相比较系“少数民族”的族群,但其入主中原后,比较快地俘获了汉人的认同,他们也以宽阔的胸襟接纳了汉文化,因此,其与汉族联手,成为主体民族。而居于四边的少数民族,如扼守北疆的蒙古族,雄踞西北的回族(彼时包括所有信奉伊斯兰教的民族,尤其是居

于边陲的维吾尔族、哈萨克族等,因此,不只是今天的回族),领有大西南的藏、苗等民族,朝廷专门为其颁行了《蒙古律例》《回律》《西宁番夷治罪成例》《西藏禁约十二事》《苗例》等,并专门设立理藩院,钦定了《理藩院则例》。这其中,《苗例》是其重要内容,但由于彼时苗族没有其文字,至今也没有文献能证明官方出面对之做过系统整理,故所留下来的成文法,主要是在苗疆地区所贯彻的国家法。而所谓“苗例”,则主要是经由司法所适用的苗疆习惯法。按照《大清律例》之明令,在苗疆,国家法与习惯法的适用划分如下:

“凡苗夷有犯军、流、徒罪折枷责之案,仍从外结,抄招送部查核其罪应论死者,不准外结,亦不准以牛马银两抵偿,务按律定拟题结。如有不肖之员,或隐匿不报,或捏改情节,在外完结者,事发之日,交部议处。其一切苗人与苗人自相争讼之事,俱照苗例归结,不必绳以官法,致滋扰累。”^②

本文就清朝时期有关苗疆治理的法律规定,主要讨论如下三个问题:清代的苗疆和苗,清代对苗疆的治理规则及其特征,清代苗疆之治理规则与其他边疆治理规则之比较。

二、清代的苗疆和苗

(一)认识清代苗疆和苗的一般标准

我们知道,疆域通常是和一个国家的领土边界相关的地域范围,边界以内,领土归我,边界以外,领土归他。故疆这个词尽管不一定是指疆界,但实际上又与之息息相关。在中国,自古以来界定国家时有三要素,即领土、社稷(政权)和人民^③。这三要素,与近、现代以来国际法上对国家的界定没有大的分别。就笔者的看法而言,在这三个“硬要素”之外,还应当加上把三个“硬要素”黏合在一起的软要素,即规则要素。这样一来,国家就由领土、政权、人民和规则四个要素构成。

所谓苗疆,既是个和族群相关的概念,也是个和地域相关的概念。在学术界,对于作为族群的苗及作为族群活动地域范围的苗疆都有不同的理解。对两者的理解,各有狭义和广义两种。正如有学者专门研究这一问题时所总结的:

“清代‘苗例’中的‘苗’是不是现在民族学中的苗族呢?不同的学者有不同的看法,有学者认为是苗族,持这种观点的学者不太多;多数学者认为不仅有现在的苗族,还包括其他南方少数民族。可以确定的说清代的‘苗’与现代民族学中的‘苗族’不是同一内容,就是说‘苗’在清代不仅包括有现在的苗

族,而且还有更为广泛的内涵。”

“清代‘苗疆’中的‘苗’与‘苗例’中的‘苗’并不是同义词……清代‘苗疆’是指康、雍、乾年间在南方民族地区中通过改土归流纳入国家控制的民族新开发区。”^④

如上结论,并不是唯一的,也有些学者在行文中所描述的苗,大致是指中华人民共和国成立以来,通过民族识别所界定的苗,因此,“苗例”的适用范围,也大体上是现在所谓苗族在清代所居住的范围^⑤。笔者认为,这是对“苗”的一种误解。且不说共和国成立以来在民族认定问题上的苗族,已然是一个大大缩小了的苗族概念^⑥,在此之前,前代的统治者基本没有相关概念可资依凭,作为划分人群的根据。尽管自古以来中国就有中原汉人和四夷少数民族的划分,但与近、现代人类学、民族学意义上的民族概念却大相径庭,同时也与中华人民共和国成立以来所做的更为细微的民族划分明显不同。

中华人民共和国对民族的划分,是根据斯大林在《马克思主义与民族问题》一书中对民族的划分标准所展开的。在斯大林看来,“民族是人们在历史上形成的一个有共同语言、共同地域、共同经济生活以及表现在共同文化上的共同心理素质的稳定的共同体。”^⑦他对于民族的这个判定有一定参考意义,同时也有着西方学术背景和根据^⑧。它实际地指导了不少国家有关民族的划分。但是这样的概念,只是新近才传入中国的,并且过于机械地照抄照搬这些概念的结果是,在民族划分问题上也引起了不少的纷争。如至今仍有部分公民没有民族身份(在中国被称为“未识别民族”),如贵州的穿青人、革家人、广西的六甲人,西藏的僜人、以及“蓝帽回回”(犹太人)等。更有不少族群,如云南的爱尼人、云南和四川的摩梭人等,就不太认可对他们的民族归属。中华人民共和国成立之初,各地自报的民族达500多个,1953年人口普查时政府初步承认的民族也达400多个,仅云南省就有260多个。后来经过艰苦的调查和研究,划分为目前的56个民族。可见,不能把目前这样的民族划分套用到对民族基本无概念,或者即便有这样的理念,也是大而化之的清代统治者那里去。以上情形,决定了我们今天要讨论清代有关苗疆地区的治理及其规范,在对苗疆的理解上理应还原到清代人对苗和苗疆的实际理解和实践事实中。那么,具体说来哪些实践事实更有助于我们认识清代的苗疆和苗?

(二)从“改土归流”与“新疆六厅”看苗疆与苗

笔者认为,在认识这一问题上,清代相关实践

中从雍正年间开始的“改土归流”和所设置的“新疆六厅”这两桩事实特别值得关注。前者系彼时云贵总督一封奏折的产物,从中可见在对苗疆的认识问题上,不同于今天人们以苗族为准据的想当然的理解^⑥。而后者虽然一般认为指今天黔东南一带,但对此,人们并未形成一致的意见,反之,有些学者从对既有研究材料的理性审视出发,提出了不同的见解^⑦,六厅的范围、功能及其所辖的民众(族群),或许远远超出我们今天不求甚解的理解。

从以上简要论述可见,清代的苗疆,尽管以今天贵州、特别是黔东南一带以“生苗”居住的地方为核心,但一方面,绝不仅仅是指今天所说的苗族民众当年所领有的土地;另一方面,苗疆的范围,也不止是今天贵州、更不仅指今天黔东南一带——即便这一带属于苗疆的核心区域。而清代的“苗蛮”,也不仅仅指今天民族划分中的苗族,而是包含了苗族在内的以今天的行政区划为标准,分布在云贵川等广泛地域范围内的南方山地民族。只有这样理解,才可能将我们的思维带入到我们在这里所要探究的社会事实和社会关系中去。

对作为族群的苗和作为地域的苗疆之上述理解,有助于我们进一步分析清代所谓“苗例”及其适用范围,进而理解“苗例”之治理苗疆的功能。由于对作为族群的苗的上述不同界定和作为地域的苗疆的如上不同理解,所导致的对于“苗例”之功能的不同理解。之所以这样讲,是因为在当下有关边疆法制问题的研究中,人们更倾向于“治国先治边”。而在当今边疆民族的治理中,突出的是以维吾尔族为代表的新疆边疆地区,以藏族为代表的西藏边疆地区和以蒙古族为代表的内蒙古边疆地区。而如果按照当下意义上的苗族及以之为准据的苗疆,则无论按照今天、还是按照清代中国国土的事实,已然属于“内地”、而非“边疆”的范畴了^⑧,最多如有些学者所言,只能称之为“边远地区”^⑨了。因此,对这些地方的治理,在重要程度上与“治国先治边”的要求已经不可同日而语。因之,对相关话题的研究也就似乎只具有历史价值,而现实的参考意义相当有限。

但是,当我们根据上述论证大体厘清了苗疆、“苗蛮”与如今所谓苗族地区、苗族的区别,自然而然地会将这一研究的现实意义扩展开去。了解和研究苗疆和“苗例”,不仅仅是今人想要还原一种历史事实,或者纯粹发思古之幽情,而且是为了通过这种研究,让人们进一步认识彼时的苗疆,仍属于或者接近今天中国的南部边疆地区——它不但不

同于“内地”,而且也不同于“边缘地区”,因此,彼时治理苗疆的“苗例”,对于今天中国治理边疆地区而言,究竟哪些经验是值得借鉴的,哪些教训是值得吸取的,自然具有一定意义。这一点,或许在美国研究历史学的学者中不以为然,因为历史就是历史,不要以今天的需要来看待历史。但我们知道,即便在西方历史学界,克罗齐就提出了著名的具有诠释学意义的主张:“一切历史都是当代史”^[5]。更何况在中国,一直以来,“以史为镜,可以知兴替”^[6]“为往圣继绝学,为万世开太平”^[7]“古为今用”^⑩等理念,一直是历史学学习和研究的基本宗旨。因此,在这里顺便提到这点,并非多余。

三、清代对苗疆的治理规则及其特征

(一)中国古代治理边疆民族地区的基本策略和制度

中国自古以来就是一个疆域广大的国家,尽管在数千年的夷陵变化中,疆域时大时小,但即便是在军阀割据、小国林立的时代,各个小国的疆域都可以用土地广袤来形容,更不要说诸如周秦、汉魏、隋唐、宋元、明清这些中国“天下归一”的主要朝代。如此广袤的领土,如何处理中央与地方的关系,调动中央和地方的“两个积极性”,使其各自能施展应有作用,共同推进国家的发展进步,这一直是历代统治者所关注的问题。从周代的分封制,到秦朝的郡县制,再到汉代以来,针对民族地区专门实施的一系列制度,都在一定程度上不断完善中央对地方的管理和治理。这其中既有中央对以汉族为主要民族的地方的常规治理,也有中央对边疆少数民族地方的“非常治理”。其中后者在基本策略上有多种。有人就此指出:

“从古代中国民族关系的整体历史来看,战争、防御、和亲、册封、互市、朝贡、会盟、盟誓及设置管理机构等都是中原王朝封建帝王处理民族关系的常见方式,都不同程度地取得了一定效果,有的还卓有成效。除此之外,在‘羁縻之道’总原则下,‘以夷治夷’、‘以夷制夷’和‘以夷攻夷’同样是中原王朝处理民族关系的重要方式和重要模式。”^⑩

在机构设置方面,自汉代以来,尽管在名称上也是代有不同,如以中国古代西北和北部地区的管理为例,西汉设有西域都护府,东汉称为西域长史府,北魏仍东汉之旧制,隋代设西戎校尉,唐代设都护府(安西、安北和北庭三都护府),元代设北庭行省、辽阳行省等,明代设奴儿干都司和卫所机构,而清代则在新疆设立伊犁将军,在蒙古建立盟旗制

度。之于西南少数民族地区,秦代在机构设置上与内地并无不同,仍设郡县,这一制度名称一直延续到魏晋南北朝。在唐代,则设立安南都护府,在元明,建立土司制度,清代初年,仍行土司制度,雍乾之后,则“改土归流”与土司制度并举。

上述历朝不同的机构设置及其名称只是其制度的组织形式。在笔者看来,一种制度,必须有五个相互关联的要素才能构成。这五个要素分别是:作为前提的规范要素;作为动力的观念要素;作为保障的主体(包括组织)要素;作为实践的行为要素和作为检修的反馈要素。如果按照这五个要素来衡量,则一种制度,离开规则要素是不可想象的,进言之,没有规则,就没有制度,制度是规则不可或缺的元素,且是前提要素。

清代对苗疆的治理,大体上是“官法”与“苗例”同时适用的。在所谓“熟苗”地区,由于汉化程度较高,属于“汉文化圈”的范畴,故更多适用统一的“官法”,辅之以苗疆习惯;但对于“生苗”地区,“……‘苗疆’乃是一个典型的‘化外之地’……”^[8]。在彼时人看来,“苗性愚蠢,不知官法,不闻教化,故得肆意恣行……”^[9],所以,尽管其仍属于“汉文化圈”,但受汉文化直接影响较少,故更多适用“苗例”。

但这里的问题是:究竟什么是“苗例”?在这一问题项下,又派生出如下几个相关的问题:第一,它究竟是指苗疆习惯,还是指经官方认可的苗疆习惯?对此,公认的是后者;第二,如果是官方认可的苗疆习惯,那是否意味着官方对苗疆习惯可否适用于司法等官方行为做过类型化的调研和处理?对此,目前没有充足的资料证实之,唯一可凭藉的,是《大清律例》的相关授权和大臣们与皇帝之间的奏折与御批所呈现的零星规则(如鄂尔泰的奏折和雍正的御批);那么,第三,“苗例”究竟是如何呈现的?在我看来,不妨将此划分为“应然的苗例”和“实然的苗例”两个方面。前者是指清王朝的法律对之的授权规定以及具有法律效力的针对大臣有关苗疆治理之奏折的皇帝御批^①;后者指在纠纷的个案处理中,判官们因实际适用苗疆习惯所形成的司法判例。这也是笔者想在此着力论述的话题,因此,如下的论述,更多指的是“实然的苗例”。

(二)“苗例”与苗疆习惯

前文之所以强调规则之于制度的不可或缺,是要进一步说明,只要一个国家或时代因为民族地方的管理而设置了相关的组织,则必然会涉及相关的规则。这里不就历代中国民族地方管理的规则做鸟瞰式论述,也不想就清代治理边疆民族地区的所

有规范做全景式描述,而仅就清代管理苗疆的规则做一切片式描述。

“苗例”是一个独特的概念,在中国古代法律的名称中,“律例”并称并不罕见,但多是民间对“律例”的“合成”处理。官方把例直接运用于法律之名称,形成“律例”之名,典型的是清代。清代全国性的法律,就称《大清律例》^②。但即使如此,古代中国直接以例来作为法律之名称也甚为罕见,纵使在中原王朝管理“四方”少数民族的法律中也并不多见。顾名思义,“苗例”这一概念与苗疆地区规范人们交往行为的既有习惯相关联,换言之,“苗例”理应是苗疆地方习惯的国家认可。所以,“苗例”之“例”与《大清律例》之“例”,是两个并不相同的概念。前者是指苗疆的习惯,当然也包括处理纠纷的“判例”;后者则主要指大臣奏折和皇帝御批中论及的地方习惯,以及司法机关处理纠纷的“判例”^③。因此,“苗例”乃是大清王朝对苗疆所采取的“因俗而治”的措施。“苗例”之应用,是古代中国“以夷治夷”的典型写照。但究竟什么是“苗例”?能否在成文法视角给其以确切的说明?

可以认为,所谓“苗例”,只是国家对苗疆地区地方长官处理纠纷时适用当地习惯的一种授权。《大清律例》明令:“一切苗人与苗人自相争讼之事,俱照苗例归结,不必绳以官法,致滋扰累。”这一规定显然是《大清律例》对治理苗疆的授权规定,是对全国统一的法律所做的一种“变通性规定”^[10],故也是一种例外规定。所谓例外,就在于立法者注重苗疆不同于内地的实情。其实,类似的规定,自唐代以来,就已在中国法律中出现,如“诸化外人同类自相犯者,各依本俗法。”^[11]在这个意义上,清代法律对苗疆因俗而治的特别授权,不过是唐代类似规定的历史沿革以及在苗疆的特殊应用而已。

但对“苗例”的这种理解也可能存在一些問題。因为《大清律例》在做出这一例外的授权的同时,还强调了另一面:“凡苗夷有犯军、流、徒罪折枷责之案,仍从外结,抄招送部,查核其罪。应论死者,不准外结,亦不准以牛马银两抵偿,务按律定拟题结。如有不肖之员,或隐匿不报,或捏改情节,在外完结者,事发之日交部议处。”这同《唐律》所规定的“异类相犯者,以法律论”如出一辙。问题在于这样的规定属不属于“苗例”的范畴?如果它也属于“苗例”的范畴,则意味着“苗例”除了苗疆本俗法之外,还包括中原王朝的法律在苗疆的贯彻落实,这就大大地扩展了“苗例”的范围。笔者认为,中原王朝法律在苗疆的贯彻落实,虽然也规定在国家统一法律

对苗疆事务的专门规定条款中,但这样的规定,之于全国各地都有类似性,故事实上不具有对苗疆的专门性。因此,笔者认为相关规定可以认为是中原王朝对苗疆事务按照法律统一规定的安排,而不应作为“苗例”的组成部分。这样看来,“苗例”就是指官方认可的“苗俗”,或苗疆习惯——之于这种习惯是如何被官方认可的,笔者将在后文予以论述。这种情形,正如有学者所言:

“‘苗例’虽然也属于苗彝条例的一部分,但它只是一种‘准据法’,其具体内容并未明文规定出来。未明文规定出来的原因,一方面固然是由于这种习惯法是口耳相传、不成文的,难以用准确的立法语言表述,而更为重要的是,‘苗例’的内容不是清朝统治者自己规定的,不是‘官法’,而是苗族自发形成的、行之已久的风俗习惯。”^[10]

“苗例”之不成文的缘由,主要是在苗疆所生活的各民族,除个别之外,彼时尚没有自己的文字,特别是所谓“生苗”地区,不但没有自己的文字,而且其他民族,特别是汉文字的应用也极为罕见。没有文字,就意味着其传统习俗只能或以口耳相传的方式因循沿革,或以行为模仿的方式陈陈相因。这样,人们如今对“苗例”的观察和了解,只有或者在苗疆至今仍活着的传统中去采访、观察和研究,或者通过彼时的一些判例化的记载而窥斑见豹。对此,笔者将在下一问题的发掘中再加论述——从中发现作为判例形式存在的“苗例”究竟是以什么样的面貌呈现的。

(三)“苗例”与苗疆习惯的适用及排除

法律与习惯的关系,自来为深入研究法律的学者所关注,几乎各流派的法学家都在相关问题上留有浓墨重彩——尽管每种法学流派站在法律视角对习惯所持的态度不同^⑨。而在古代中国的制度上,法律与习惯的关系,尤为自古而今的人们所关注。对此,黄源盛曾写道:

“有清一代,官吏断案,仍注重制定法与习惯的糅合并用。一般而言,传统中国的习惯与国家制定法的关系,法律就是情理被实定化的部分,法律也是情理发挥作用的一种媒介,不仅法律本身的解释依据情理,而且法律也可因情理而被变通。换种说法,法律与情理本质上是相互亲和的。而揆诸实际,习惯与情理并非个别之物,显而易见地,习惯与法律也应同样具有相互的亲性和。”^[12]

清代之所以通过法律授权在苗疆适用“苗例”,目的是为了更为妥帖地、更能被人们容易接受地处理苗疆地区苗人内部的纠纷。所以,乾隆曾于1736

年下旨:“苗众一切自相争讼之事,俱照苗例归结,不必绳以官法。”^[13]但是,是不是说所有的苗疆习惯都可以作为处理该地区人们纠纷的准据?如果是,则等于说国家全面地、不加分别地认可了苗疆习惯,如果不是,那么,苗疆习惯中哪些能被作为司法裁判的准据?哪些又不能作为司法裁判的准据?如果在立法层面能做出这样的判断,需要官方展开大规模的对苗疆习惯的调研、整理和类型化活动,但据目前我们能够掌握的史料,当时既没有、也不可能展开如此大规模的立法调研活动。因此,可以在逻辑上推断,一种苗疆习惯,是否能够成为“苗例”,得到官方的认可,并不是主要由应然的国家法律(包括皇帝御批)直接规定的,而是地方官员在裁判中自己掌握的,因此,官方通过法律的授权,只是给判官们一种自由裁量权而已。

实然的“苗例”理应是国家通过法律授权之后,经由判官在司法中具体地、自由裁量地适用苗疆习惯而产生的。在此意义上说“苗例”的适用是“因俗与易俗”^{[14]335-345},则明显不妥。在笔者看来,“苗例”只是判官“因俗”的结果。如果是“易俗”,就意味着判官选择适用的不是苗疆习惯,而是《大清律例》。相关的苗疆习惯反而被判官所抛弃,或者以《大清律例》而易之。如下两则经常被学者所引用的案例,就能说明问题。前者可谓“苗例”,后者则是《大清律例》在苗疆个案处理过程中的具体应用——这两例案件皆发生在“苗民”之间。

第一例是“石把沙伤人夺命判陪银案”,这大体上是根据“苗例”(苗疆习惯)进行裁判的一例较为典型案例:

“1737年(乾隆二年)五月,湖南永绥厅补毫寨苗民杨四十,欠石老毕牛价未清偿,老毕带领侄孙石把沙等前往牵牛抵偿,彼此角斗,老毕逃跑,杨老明与杨四十尾随追赶。石把沙持杆戳伤杨老明右肋,致其殒命。附近汛防千总将石老毕诱获至营,石把沙救祖情急,误将汛营墙推倒,背石老毕而去。后经审明,照依苗例,倒追骨价银两给尸亲收领。因有推墙抢犯情事,各拟枷号两个月,责四十板。详经前任督抚批准完结。”^{[14]336}

第二例是“韦老三因谋夺田土将苗民杨潮德殴毙弃尸案”,该案则完全根据《大清律例》裁判,从而是一例以《大清律例》“易俗”的裁判:

“贵州郎岱厅苗民韦老三因谋夺田土,将苗民杨潮德殴毙并弃尸。杨潮德之堂兄杨潮臣故绝,遗有地名田一圪,归杨潮德耕管。韦老三因杨潮德懦弱可欺,于嘉庆二十二年(1817年)七月二十九日,

伪造卖契,控说杨潮臣生前把田卖与自己,并争占杨潮德管理的这片田地。杨潮德不依且辱骂。八月初四日,韦老三邀请兄弟韦老五、堂弟韦老大,各带木棒,在路上拦截杨潮德,并共殴之。杨潮德出言威胁要告官,韦老三拔取杨潮德所携小刀,狠割杨潮德咽喉,致其当时气绝身亡,并把其尸体丢弃岩石之中。归案后,经中央三法司和皇帝核准,韦老三被依照《大清律例》之故杀者斩监候律,拟斩监候,秋后处决。”^⑤

这两例案件及其处理说明,在清代,针对苗疆内苗民相犯的罪行并不是统一适用苗疆习惯,司法中对相关问题的处理,一方面,严格按照《大清律例》的授权范围;另一方面,如果在裁判中适用苗疆习惯,在程序上还需要两造之同意。两造不同意,则判官不能强行适用^[10]。就前者而言,相关授权的规定尽管我在前文中已经引用,但为了在此更加深入地理解相关规定,我将再次引证该规定的部分内容以说明:“凡苗夷有犯军、流、徒罪折枷责之案,仍从外结^⑥,抄招送部,查核其罪。应论死者,不准外结,亦不准以牛马银两抵偿,务按律定拟题结……其一切苗人与苗人自相争讼之事,俱照苗例归结,不必绳以官法,致滋扰累。”

上述规定,从严谨的逻辑视角看,显然存在着一定的缺陷。首先,有“苗人与苗人自相争讼”时法律适用之规定,但并未对应地规定“苗人与客民”争讼时法律适用之规定;其次,苗夷犯军、流、徒罪折枷责之案,以及“应论死案”,未必一定发生在苗民与客民之间,也可能发生在苗民与苗民之间,这样一来,与前文的规定相比,后文所规定的“一切苗人与苗人自相争讼之事,俱照苗例归结,不必绳以官法”,就明显地存在逻辑冲突和不周延现象。从而在适用苗疆习惯方面,也必然会存在明显的问题。试以案例二来说明:

如果按照“应论死者,不准外结,亦不准以牛马银两抵偿,务按律定拟题结”之规定,对韦老三按照《大清律例》处以死刑,理所当然,从而成为法律授权的“一切苗人与苗人自相争讼之事,俱照苗例归结,不必绳以官法”的例外情形。但是,倘若按照“一切苗人与苗人自相争讼之事,俱照苗例归结,不必绳以官法”这种明显具有全称肯定判断(命令)性的规定,则它应覆盖前文规定的情形,而不能成为例外。因之,发生在苗民之间的韦老三故杀杨潮德的案件,不应适用《大清律例》而判决监斩。正是这一规定在逻辑上本身存在的问题,所以,判官们面对实际案情,在适用苗疆习惯时,就有了更大的自

由裁量权,从而被判官所选择适用的苗疆习惯,更有理由经过裁判变成“苗例”,而那些并未被判官在裁判中所适用的习惯,即便在苗疆再流行,也不能成为“苗例”。

在以上意义上,大体可以说苗疆习惯之于司法而言,乃是一种法律渊源,它可能被判官所适用,也可能未被判官所适用。故一例苗疆习惯,能否成为“苗例”,除了前述法律的原则、且严格的授权和两造的统一之外,自判官处理案件的实情和心理视角出发,可以推测的原因大体有如下两点:

其一,看判官是否遇到和相关习惯契合的案子,恰好一例习惯符合苗疆处理该案的要求,那么,判官选择适用之,并使其成为“苗例”,而那些虽然在苗疆很有价值的规范,如果并没有遇到相关合适的案件,则自然不能被司法适用而成为“苗例”。

其二,苗疆习惯也罢,其他习惯也罢,都不可避免地存在着是否符合“公序良俗”要求的问题。尽管“公序良俗”是个近、现代法上的概念,但在古代中国,不但在事实上强调“公序良俗”,而且这一原则透过对道德和“德治”的强调,成为法律的核心问题。在理论上,“道之以政,齐之以刑,民免而无耻;道之以德,齐之以礼,有耻且格。”^[15]在制度上,“德主刑辅”“明刑弼教”乃是中国历代立法的基本指导思想;而“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”^[16],则把德礼与刑罚之于政教的关系,很辩证地予以阐释。法律规定如此,对于判官具体裁判案件而言,就更是如此。因为在古代中国的法制结构中,如果说法律具有明显的法家化特征的话,那么,法(判)官则具有明显的儒家化特征^⑦,这更决定了法官在选择适用苗疆的习惯时,对习惯必要的道德考量是不可或缺的。

如果一种习惯与公认的道德价值观相契(良俗),或者至少与判官个人的价值观相合,其被引入作为案件裁判的可能性就高,从而作为“苗例”的几率也高;反之,如果一种习惯违反公认的道德价值观,或者与判官个人的道德情操相抵触,则自然不可能被作为案件裁判的准据,因之,也难以“升华”为“苗例”。正是在这层意义上,才产生了判官面对苗疆的习惯时,不仅可以选择适用之而使其升华为“苗例”,也可以选择排除其适用,从而难以使其上升为“苗例”,只能使其停留为苗疆习惯。判官在个案裁判中对之适用与否的重要标准,就是其对习惯的道德考量。

自以上的论述中不难发现,一方面,所谓“苗例”,并不是指未经权力加工的“原生态”的苗疆习

惯,而是经过了司法加工——判官在裁判案件中作为准据或“裁判规范”被运用于个案的裁判中。因此,苗疆习惯法的范围远大于“苗例”的范围。另一方面,在属性上,“苗例”既不是纯粹的苗疆习惯法,也不是纯粹的我们所熟知的判例法,而是有关苗疆习惯的判例法,或者说是判官适用苗疆习惯所产生的判例法。

如上为笔者对清代治理苗疆之独特法律——“苗例”的基本观点。接下来将继续探讨清代苗疆的治理规则——“苗例”和清代对其它边疆民族地区治理的规则相比较,究竟有什么区别,从而有什么特色?

四、清代的“苗例”和其他边疆治理规则之比较

前面笔者已经提到,苗疆地处中国西南一带,而清代对边疆少数民族的治理,自然不仅涉及苗疆,由于土地广袤、疆域广大,清代中国的边疆少数民族治理,内容庞杂且繁多。但最主要的,集中于对北方边疆及其蒙古族的治理;西北边疆及回民(广义上的)的治理以及西南边疆及藏族的治理。例如,对北方边疆及蒙古族的治理有《蒙古律例》,对西北边疆及穆斯林民族的治理有《回疆则例》,对西南边疆及藏族的治理有《西藏通制》《钦定西藏章程》《西藏善后章程》^⑧等。从中可见,如果说清代对苗疆之治理,主要是通过“苗例”的话^⑨,那么,对其他边疆地区的治理,却主要是通过比较系统的成文法——尽管清代对这些地方的治理,都奉行“从俗从宜”的基本策略。因此,《苗例》和这些成文法相比较明显不同。具体说来,这种不同表现为如下三点。

(一)不成文法与成文法

无论以古代中国法律表达之形式看,还是以近、现代法律表达之形式看,总体说来,“苗例”是不成文的法律。除了前述国家在法律上对苗疆处理纠纷时适用规范的原则性规定和授权以及大臣奏议和皇帝御批之外,再就很难找到有关“苗例”的成文的规定。如果有,也只是司法在纠纷处理中适用苗疆习惯的裁判结果。这样的成文裁判,据有心者依据“嘉庆朝刑科题本”统计,在嘉庆年间,记载于该“题本”中的发生在贵州的案件及裁判共有81例。其中既有发生在苗民相互之间的案件,也有发生在苗民与客民之间的案件^⑩。这些裁判结果,虽然以文字方式记载下来,但并不表明它就是成文的法律。相反,正如判例法国家的情形一样,按照当今法学上有关法律之分类,属于不成文法的范畴。

当然,或许有人要问,这种有关苗疆裁判的记录,究竟在古代中国的法律体系中,属不属于法律?它能否被归结为中国古代的法律形式?能否与如今判例法世界的不成文法相提并论?对这些问题,笔者一时并没有确切的答案,不过将在下面的论述中会初步表达笔者的看法。

但是,适用于彼时蒙古地区、西域地区和西藏地区,用以治理这些地方及人民的法律却不同,一方面,彼时专门为这些地方制定了成文的、单行的、有相当系统性的法律,无论《蒙古律例》《回疆则例》还是《西藏通制》,都是如此。以下分别予以说明:

《蒙古律例》共分为官衔(24条)、户口差徭(23条)、朝贡(9条)、会盟行军(13条)、边境卡哨(17条)、盗贼(35条)、人命(10条)、首告(5条)、捕亡(20条)、杂犯(18条)、喇嘛例(6条)、断狱(29条)等12卷,共计209条^⑪。这样的立法规模,即便是放在现代,亦可谓规模庞大、体系严谨了。其中既包括现代宪法、行政法的内容,也包括现代刑法和刑事诉讼法的内容,同时,也对蒙古地区特殊的信仰——喇嘛教信仰在立法上予以特别关注。

相对而言,《钦定回疆则例》的规定要稍微简略一些,但也有134条,其中原例26条、修改65条、续纂38条、增纂5条。其内容之丰富,正如有学者所言:“清代《回疆则例》不仅包括‘回疆地区维吾尔和哈萨克的民族职官制度、每年轮流朝觐的年班制度、确立了以度量、货币、赋役、对外贸易等的经济管理制度以及驻军制度和回疆地区的刑事管辖制度’,而且还规定了回疆地区宗教事务的管理、回疆地区少数民族和汉人的关系等,是一部内涵丰富、统摄多种法律制度的综合性法律。”^⑫可见这部法律和《蒙古律例》同样的成文法特征。

而《西藏通制》则是“清朝的国家定制”,有学者精辟地总结了内容:

“《西藏通制》分上、下两卷。嘉庆年间最早刊行的《西藏通制》,上卷为14条,下卷为11条,共25条。这25条‘通制’,一直沿用到清朝末年。光绪三十四年(1908)排印本《西藏通制》上、下两卷及条目、内容,同最早的嘉庆刊本基本相同,只在上卷增加了‘后藏扎什伦布增设业尔仓巴等官’一条,并对上卷‘噶布伦以下各官给与顶戴’一条,以及‘唐古忒属额设噶布伦以下各官’、‘补放噶布伦以下各缺’等条文的内容上有所修改和增删。”^⑬

当然,这不是说清代在治理这些地方时,就用不着和治理苗疆一样,关注当地的既有习惯或规定,古已有之的“从俗从宜”的传统治理策略,已

然决定了立法者不可能不关注之^③,不过这种关注,一方面,已经表达在这些系统的法典性的规范中;另一方面,因为这些民族都有自己的文字,且都曾经有过自己的政权组织,因此,其在统治一方、甚至统治“天下”(如蒙古族建立的元朝)时,就有大量汲取了其习俗的成文的法典或规定。清代统治相关地区的法典,自然也对其既有的规定有所吸收和保留。

(二) 习俗—判例法与习俗—制定法

前面笔者已经谈及“苗例”具有明显的习俗—判例法的特点。这可以分别讨论:从法律渊源视角讲,所谓“苗例”,都因为判官适用苗疆习惯而形成,因此,如果没有作为法律渊源的苗疆习惯,就没有“苗例”。但是,仅有苗疆习惯,并不必然成为“苗例”,即便它们经常被作为村寨处理纠纷的基本依据,也不能称之为“苗例”,因为“苗例”的形成,正如笔者在前面所讲,从司法视角看,还必须被判官在处理个案时适用了相关苗疆习惯。这两个方面的有机结合,才呈现着“苗例”的完整含义。正因如此,司法视角所谓的“苗例”,就是“苗疆习惯+司法判例”。因此,在所有“苗例”中,所奉行的都是以“从俗从宜”为主的治边理念,这也导致苗疆习惯在治理该地时能够起到更为重要的作用。

“苗例”的如上情形,也显然不同于清代治理其他边疆地区及其民众的法律规定。在前面的论述中不难发现,无论《蒙古律例》《回疆则例》还是《西藏通制》,尽管也贯彻着“从俗从宜”的基本思想,但这些思想,已然体现在清王朝给这些地方所制定的比较完备的单行法中,亦即这些地方的习惯已然被国家统一的法律所具体涵摄。其中缘由,也如前述,既在于这些地方的主要民族都有自己的文字,因此,其习俗能以更为稳定的方式传承开来;也在于这里的主要民族如蒙古族、藏族、维吾尔族、哈萨克族等都曾有过自己的政权组织,都曾将其习俗升华为成文法。以上两点原因,显然为国家立法尽量“从俗从宜”地系统规定相关地方的治理规则提供了方便。这导致国家治理这些地方或处理相关纠纷时,在形式上主要不是适用尚未上升为成文法的地方习惯,相反,是适用于已升华为国家成文法的地方习惯,并经由地方习惯形成系统的法律和法制体系。对此,有学者在论述《钦定西藏章程》时指出:

“《钦定西藏章程》颁行后,一贯的原则是‘卫藏风俗,原与内地不同,从前所定旧章,相沿既久,自不必轻易更张。’并要求驻藏大臣申明旧例,令喇嘛

番族等敬谨遵循,以便相安无事。在嘉庆十六年,清政府编撰的《理藩院则例》,吸收了《钦定西藏章程》的内容,进一步肯定了该章程的法律地位。其中‘金瓶掣签’、政教合一法律制度,到民国时还良好地运行,足以证明和检验该章程所定内容的合理性和实用性,也表明清王朝对西藏施政趋于系统化、法制化……”^[20]

这不但表明,“苗例”主要是经由司法活动运用苗疆习惯而形成的规则,因此,它在实际层面是在个案处理中适用习惯的结果,在理想和理论层面,它理应有在司法中具有判例法的作用,有进一步被作为“准据”所适用的价值。但是《蒙古律例》《回疆则例》《西藏通制》《钦定西藏章程》《西宁番子条例》等,不仅可以在司法处理个案中被适用,而且全面地作用于相关地方的政治、行政、经济、文化及人民日常交往事务中。“苗例”与其他边疆治理规则的这一不同,导生了它们之间的如下第三点区别。

(三) 裁判规范和行为规范

裁判规范和行为规范,是饮誉世界的法社会学家埃利希提出的规范类型划分,其大意是:

“从法官的观点出发,法是法官据以必须对呈现在他面前的法律争议进行裁决的规则。而根据目前特别是在德国法学中流行的定义,法似乎是人类行为的规则。人类行为的规则和法官据以裁决法律争议的规则可能是大不相同的两回事,因为人类确实并不总是依照适用于其纠纷裁决的规则来行为的。”^[21]

由此可见,所谓裁判规范,乃是用来规范司法活动,在个案处理中法官用来构造裁判规范的依据;而所谓行为规范,乃是用来规范所有主体日常交往行为,并用来评判其行为是非的规范依据。因此,前者的适用范围狭,而后的适用范围广。按照埃利希的这种划分,我们大体上可说清代经由司法活动生成的“苗例”,属于裁判规范的范畴,而其边疆治理的规则,则属于行为规范的范畴。何以见得?

先来看“苗例”。由于“苗例”是在司法活动中判官根据法律授权即皇帝谕批、在处理个案时适用苗疆习惯而产生的,所以,“苗例”的效力,首先体现在对两造权利义务司法确定上,其次,也理应涉及“苗例”在判官裁判类似案件时具有效力的问题——因为一种裁判规则,不能对法官在裁决类似案件时发挥规范效力,则名不副实。这就涉及前文已提出的问题:这些“苗例”,在彼时的司法实践中真能发挥判例或裁判规范的作用吗?对此,在相关裁

判的史料中,我们尚未发现,但前述“刑科题本”之所以把这些判例记载下来,绝不仅仅是为了存档,而是为了使这些裁判智慧能够产生更大的规范作用。

这样的假设有据可循:其一,中国自古以来在法律中并不忽视判例,反而常常律、例并存。到清代,律、例并称情形更多。其二,如前所述,判官之所以适用苗疆习惯进行裁判,乃是接受了法律的授权。只要这种裁判结果被两造、苗疆民众所接受,且能够得到官方的认可,则意味着类似案件类似裁判也是顺理成章的。其三,古代中国是一个奉行“实用理性”^②的国家,国家糜财耗资的一切行为,都在一定意义上牵涉其“实用理性”的初衷。因此,即便“苗例”从实然视角尚找不到作为判例适用的事实,但在应然视角,它理应有这种功能。

但是,和“苗例”相比较,清代治理其他边疆地区的法律,因为是成文的、单行的,因此,其针对性更强,适用范围更广。不仅仅适用于司法裁判,而且也适用于人们的日常交往行为。例如在《钦定西藏章程》《西藏通制》《蒙古律例》《回疆则例》等法律文献中,不但可见对这些地方官员设置、僧众管理、人民赋税等的规定,而且对人民的日常交往、纠纷的日常处置等都做了较为系统的规定。显然,它不仅可以作为判官裁判个案的准据(裁判规范),而且也是普通民众、行政机关等日常交往和管理的主要的行为准据。

如上三端之别,也决定了清代治理苗疆与治理“回疆”、蒙古和西藏时在规则上之不同。此种不同,一言以蔽之,乃是对苗疆的治理更依赖于苗疆习俗与司法治理,而对其他边疆地区的治理更依赖于国家出面、吸收当地习俗与传统的立法治理。

五、结语

在一个大国,即便其实行类似于秦始皇的自上而下的中央专权,但在对各个地方的治理方式上,很难做到铁板一块。一视同仁、无所区别的制度构造和地方调控,看似一种“公平”的制度举措,但对各个地方的“地情”千差万别的一个大国而言,不顾“地情”,一刀切地强制实施的结果,反倒是实质上的不公平。对此,自秦始皇以来历朝历代的中国专制统治者们都心知肚明,这才有了我们一开始就谈及的中国历代王朝针对各个不同地方、特别是边疆地方的专门布政措施。尽管这种情形和近代一些国家通过联邦制模式来因应、处理一个大国的“地情”相比,仍有可以进步的空间,但设身处地地想

想,在彼时能做到这样的区别对待和特殊处理,正是一个大国情非得已的治国举措。不如此,维系一个多元而又统一的大国就难乎其难。而有清一代,既是中国少数民族建立的全国性政权,同时又不乏具有雄才大略的帝王,如康熙、雍正、乾隆等,大体能以博大胸怀待天下之事。这正是清代能够在全国范围内,特别在边疆少数民族地区对不同民族根据其俗其宜,区别对待,分别施治的缘由。

用来治理苗疆的“苗例”,就是这种思维下的产物。但究竟什么是“苗例”,仍有可商讨之处。苏钦在论述这一问题时,既把“苗例”和《大清律例》中有关苗彝的其他条例区分开来,强调“‘苗例’的内容不是清朝统治者自己规定的,不是‘官法’,而是苗族自发形成的、行之有效的风俗习惯”;与此同时,她又区分了苗族习惯法和“苗例”:

“苗族习惯法也不能说就是‘苗例’。‘苗例’仅仅是苗族习惯法的内容之一。苗族习惯法往往泛称为‘苗俗’,而一旦冠之以‘例’,就与其他苗族习惯法相区别,而属于国家法律的一部分。在清代,‘苗例’最初是得到封建统治者的默认,继之得到明文认可,这就使‘苗例’的适用纳入国家司法管辖之下,由各级官府监督执行,这是其他苗族习惯法所不能相比的。”^[10]

乍看之下,这一结论给人的印象似乎是清朝政府曾专门组织并分门别类地对苗疆习惯以系统整理,把有些苗疆习惯上升为“苗例”,而另一些苗疆习惯则被排除在“苗例”之外。但事实却并非如此。被官方肯定的苗疆习惯,除了前述《大清律例》的一般授权,则通常是地方大臣通过奏折奏请皇帝,皇帝又通过御批予以同意的那些习惯。这种情形,说它是立法未尝不可,但明显有“言出法随”的性质。即便它是“立法”,但事实上,它既非对苗疆习惯的系统整理,自然也不是在苗疆习惯中分别出作为“苗例”的苗疆习惯,并排除不能作为“苗例”的苗疆习惯。一言以蔽之,所谓“苗例”,大体上并非国家立法所系统认可的,而只是在立法上做了一条原则性的授权,所以,笔者同意作者有关“使‘苗例’的适用纳入国家司法管辖之下”的判断。故作为司法适用准据的“苗例”,并非通过立法事先明确赋予的,而是司法者根据案情、法律授权的范围和两造的“规范选择”——在两造同意的前提下有所选择地适用的。在这个意义上,大体上可以得出如下几点结论:

第一、清代的“苗例”主要是“大清律例”授权的结果。这一授权,可以认为是“苗例”得以产生的前

提。与这一授权相关,在清代地方官员和皇帝之间通过奏折和御批的互动中,也涉及对具体的一些苗疆习惯的肯定,这在“一言九鼎”的古代中国,也具有一定的立法意义,有时甚至超过了一般立法的价值。不过这种御批,只具有权宜性,不具有持久性。这种事实导致了相关立法授权,并不直接生成“苗例”。

第二、清代的“苗例”,来自既有的苗疆习惯。苗疆所在,山大沟深、地域因自然因素而分割,习俗因族群因素而多元。接近中原地区,受汉文化影响较深的地方,风俗习惯,也大多汉化(所谓“熟苗”),因此,其纠纷解决,基本贯彻“大清律例”的规定。但不少地方,林深草茂、山隔水阻,传统习俗深厚顽固,与中原地区迥然有别(所谓“生苗”)。这样的苗疆习惯,成为司法裁判案件的重要法律渊源。

第三、清代的“苗例”,并非苗疆习惯的同义词,

一种苗疆习惯,能否成为“苗例”,除了地方大臣和皇帝之间通过奏折和御批所确定的那些习惯外,更多的时候,取决于判官对苗疆习惯的具体适用。被适用于司法个案中的苗疆习惯,才是真正的“苗例”。在此视角上,“苗例”不仅是立法授权的结果,更是司法适用的结果。恰恰是通过一例的司法适用,才使“苗例”成为具体的、清晰的、可辨的。

第四、清代的“苗例”,在一定意义上,是透过司法适用习惯而形成的“判例法”,我们可以径直将其称之为“习惯一判例法”。作为“习惯一判例法”,它应有判例法的一般效果——即它能被后来的判官们作为“裁判规范”所适用。虽然笔者目前尚没有找到足以证成其产生过判例法实际效应的事实根据,但从一般学理、彼时法律规定及古代中国经验出发考量,这一判断是有一定根据的——尽管它还是有待继续证明的。

注释:

- ① 如美国学者布迪、莫里斯的名著,就起名为《中华帝国的法律》(当然,这个“中华帝国”,在时间上不仅指清代)。参见D·布迪、C·莫里斯著:《中华帝国的法律》,朱勇译,商务印书馆2016年版。
- ② 参见《大清律例·断狱下·断罪不当之条例1》。遗憾的是,在沈之奇所撰的影响甚大的《大清律辑注》中,对这一“条例”未予解释。参见(清)沈之其著:《大清律辑注》,怀效锋、李俊点校,法律出版社2000年版。
- ③ 孟子曰:“民为贵,社稷次之,君为轻。”(《孟子·尽心下》)。
- ④ 例如苏钦。参见苏钦:《“苗例”考析》,载《民族研究》,1993年第6期。该文尽管没专门考证“苗”是什么,但在其字里行间所说的“苗”,就是指按照如今民族分类所讲的苗族。尽管在该文中,谈及苗彝条例时,作者也将苗彝连用。
- ⑤ 在这个意义上,诚如有学者所言,民族和民族主义乃是一个“想象的共同体”。(参见本尼迪克特·安德森著:《想象的共同体:民族主义的起源与散布》,吴叻人译,上海人民出版社2005年版。)尽管“想象”本身不仅是人们纯粹的奇思妙想,而且还需要参照诸如语言、服饰、生理表征、宗教信仰、日常生活方式等许多因素。
- ⑥ 其时云贵总督鄂尔泰向雍正皇帝上奏疏,也有人称之为《改土归流疏》,其中有“滇黔大患,莫甚于苗獯;苗獯大患,实由于土司……将所有地方先改土归流”(《朱批谕旨·卷一二五之二》)的著名主张,并被皇帝所采纳。其中所谓“苗獯”,绝不只是今天的苗族,也包括诸如今天的彝族、侗族、瑶族、壮族等民族。因为在这份奏折中,鄂尔泰明言其所议地域范围,涉及整个云贵。而“改土归流”则涉及云贵、湖广、四川等南方大多数省份和近20各民族(当今民族划分意义上的)。据有人统计归纳,改土归流的“第一阶段是从雍正四年到九年(1731)……改流重点在云贵,大批土司在这期间被废除。第二阶段是雍正九年以后……改流重点集中在四川、湖广、广西,并且进行了大量的善后工作。这次改土归流规模极大,共废除土司约一百五十三个,其中雍正四年至九年大规模用兵时期革除一百一十个;改流之地所设流官一百二十一个,所涉及地区,以府计算,共四十四个府(包括直隶厅州),所涉及的民族(以现在的民族而论)有苗、侗、布衣、水、彝、纳西、壮、瑶、土家等,共计十九个。”(参见:雍正四年——中国历史纪事年鉴查询,网址://<https://history.supfree.net/sima.asp?id=2653>,2019年3月15日访问。)
- ⑦ 通常认为,所谓“新疆六厅”包含古州、清江、台拱、丹江、八寨、都江。六厅内居住着如今的苗、瑶、侗、壮、水等不同族群。但对当时是否有这明确的六厅,学术界存在争议。参见卢树鑫:《清代“新疆六厅”建制考》,载《贵州民族研究》,2015年第6期。
- ⑧ 当然,疆并不仅指边疆,还有疆域之义。但古今当权者对民族地区之治理,更紧迫和更重要的使命,在于保持边疆安定,以便守土保疆。而苗疆之疆,更有边的意思,所以,清代名臣、大学者蓝鼎元才有《论边省苗蛮事宜书》(参见蓝鼎元:《鹿洲初集·卷一》,载《鹿洲全集》(上),蒋炳钊等点校,厦门大学出版社1995年版,第38-39页。)当然,边疆概念中除了领土边疆之外,还有政治边疆、军事边疆、经济边疆、文化边疆等含义,(参见马大正著:《中国边疆经略史·总序》,中州古籍出版社2000年版,第3页。)但无论如何,领土边疆是基本的。
- ⑨ “古为今用,洋为中用”,是毛泽东所首肯的文化艺术方针(参见毛泽东:《致陆定一》)。这一方针直到目前,仍然被中国文学艺术界及学术思想界所普遍认同。

- ⑩ 参见崔明德:《中国古代中原王朝处理民族关系的方式》,载《中国边疆史地研究》,2014年第4期。还有学者总结中国古代治边的观念有“夷夏之防观”“以华变夷观”“因时、因地、因人而治观”三种(参见马大正著:《中国边疆经略史·总序》,中州古籍出版社2000年版,第443-452页。)
- ⑪ 应当说,在“奏折—御批关系”中,无论大臣,抑或皇帝,都拥有司法权。因之,他们对案件处理的“建议—批示”,即可视为司法行为。以之定讞的案件,自可谓之“判例”,如有示范性,亦可谓之“判例法”。
- ⑫ 但是,《大清律例》中的“例”,是大清律正文下针对特殊事宜专门所附的“条例”,大体和成文法具有同一性质,唯一区别是,律权可称为一般法,而条例权可称为特别法。显然,“条例”既非司法判例,也非不成文法。
- ⑬ 总体而言,古代中国是一个成文法国家,尽管至少自秦代以来,就有“决事比”一类的判例法。也有些学者的研究结论认为,古代中国的法律,经过了从判例法、成文法到混合法的发展过程,除了“成文法时代”以外,无论“判例法时代”,还是“混合法时代”,都有相当发达的判例法。参见武树臣等著:《中国传统法律文化》,北京大学出版社1994年版。
- ⑭ 参见武曦《法律与习惯:一部西方法律思想简史》,未刊稿。
- ⑮ 详细案情及裁判参见:南开大学历史学院暨中国社会史研究中心、中国第一历史档案馆编:《清嘉庆朝刑科题本社会史料辑刊(下册)》,天津古籍出版社2008年版,第1585-1586页。
- ⑯ 清代司法中有所谓内结和外结。这两个概念,徐忠民曾引用日本滋贺秀三的观点做了如下说明:“所谓内结,与必要覆审程序基本重叠,审理那些属于刑部和皇帝掌控的人命案件和死刑案件,即‘咨结’和‘题结’的案件;所谓外结,乃是在省级内可以完结的案件,那些归于督抚‘批结’的案件,与审转程序处理的案件范围有着部分的交集”。参见徐忠民:《内结与外结:清代司法场域的权力游戏》,载《政法论坛》,2014年第1期。
- ⑰ 郝铁川认为,中国古代法律的重要特点之一是“法典的法家化”、“法官的儒家化”和“民众法律意识的鬼神化”。参见郝铁川:《中国儒家化法官审案的特点与方法》,载《南京大学法律评论》,1997年第2期。
- ⑱ 清代有关西藏治理的法律可谓相当健全。在中国大陆出版的《清代治藏行政法规》(五洲传播出版社1999年版)一书中,就收录了《二十九条〈钦定西藏章程〉》《钦定理藩部则例卷五十六——喇嘛事例一》《钦定理藩部则例卷六十一——喇嘛事例五》《钦定理藩部则例卷六十一——西藏通制上》《钦定理藩部则例卷六十二——西藏通制下》等系统的行政法律文献。
- ⑲ 当然,这并不是说清代对苗疆的治理,就没有成文法,而是没有系统的、单行的成文法。“清政府在苗疆的立法不同于回疆,在法律形式上,清代没有专门针对苗疆的单行立法,而是散见于《大清律例》、‘则例’、‘章程’、‘禁约’等处。”可参见杜文忠:《边疆的法律:对清代治边法制的历史考察》,人民出版社2004年版,第190页。
- ⑳ 参见吴才茂:《清代中期贵州乡村社会蠹测——以嘉庆朝〈刑科题本〉为例》,载《西华师范大学学报》,2015年第6期。也可详见南开大学历史学院暨中国社会史研究中心、中国第一历史档案馆编:《清嘉庆朝刑科题本社会史料辑刊(上、中、下册)》,天津古籍出版社2008年版。
- ㉑ 翻阅绝大多数相关领域的研究文献,“从俗从宜”“因俗建制”、遵从“习惯法”等,似乎都是清廷治理这些地方不可或缺的论述内容。例如史彦荣《清代蒙古自治法制度研究》,2017年南京师范大学硕士学位论文;白京兰:《清代新疆法律的多元形态与边疆治理——以伊斯兰教法为中心》,载《学术月刊》,2014年第10期;田澍、邢蕾:《清代回疆司法控制研究综述》,载《西域研究》,2012年第2期;孙镇平:《清代西藏法制研究》2000年中国政法大学博士学位论文;马青连:《多元视域下清代西藏地区法律制度的动态考察》,载《郑州大学学报》,2018年第1期;马青连、方慧:《清代西藏地区的法律适用考察》,载《思想战线》,2012年第3期;焦利:《清代对西藏地方行政管理的法律成果考察》,载《国家行政学院学报》,2008年第5期等。
- ㉒ “实用理性”是李泽厚所提出的分析中国古代思想和文化的一个概念。参见李泽厚:《中国古代思想史论》,人民出版社1986年版,第303页。

参考文献:

- [1] 胡兴东.清代民族法中“苗例”之考释[J].思想战线,2004(6):33-38,45.
- [2] 斯大林.斯大林选集:上[M].中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局编译.北京:人民出版社,1979:64.
- [3] 郝时远.重读斯大林民族定义——读书笔记之一:斯大林民族定义及其理论来源[J].民族世界,2003(4):1-8.
- [4] 马大正.中国边疆经略史·总序[M].郑州:中州古籍出版社,2000:2.
- [5] 贝奈戴托·克罗齐.历史学的理论与实际[M].傅任敢,译.北京:商务印书馆,2005:1.
- [6] 刘煦.旧唐书·魏征传[M].北京:中华书局,1975.
- [7] 张载.张子语录:中[M].北京:国家图书出版社,2003.
- [8] 杜文忠.边疆的法律:对清代治边法制的历史考察[M].北京:人民出版社,2004:111.
- [9] 鄂尔泰.朱批谕旨:卷一二五之二[M].北京:北京图书馆出版社,2008.
- [10] 苏钦.“苗例”考析[J].民族研究,1993(6):97-103.
- [11] 西南政法学院法制史教研室.永徽律·名例律[M].西南政法学院法制史教研室编印,1976.
- [12] 黄源盛.中国法史导论[M].桂林:广西师范大学出版社,2014:59.

国精神的核心聚力早已初显于“亚洲命运共同体”“海洋命运共同体”和“人类命运共同体”的具体实践中。已有的实践证明,中国精神的公共性生成不仅有利于中国与世界经济往来与经济繁荣,亦将推动中华文明与外国文明的交流互鉴,影响着世界的和平与发展,恰如习近平总书记所言:“文明因交流而多彩,文明因互鉴而丰富。文明交流互鉴,是推动人类文明进步和世界和平发展的重要动

力。”^[6]不过,这一切的良性发展和过程展开都有赖于公共价值认同、有赖于多元价值整合、有赖于公共社会利益的彰显,三者之间是有机的统一体,公共价值认同是前提,多元价值整合是基础,社会公共利益彰显是归宿,因此需大力培育中国精神公共性生成的诸环节,讲好中国特色社会主义、讲好中国精神,以期更好的为实现中华民族伟大复兴的中国梦提供源源不断的精神动力。

参考文献:

- [1] 辜鸿铭.中国人的精神[M].北京:北京理工大学出版社,2016:28.
- [2] 常雪梅,程宏毅.习近平在十二届全国人大一次会议闭幕会上发表重要讲话[EB/OL].[2013-03-17].<http://cpc.people.com.cn/n/2013/0317/c64094-20816352.html>
- [3] 马克思,恩格斯.马克思恩格斯全集:第42卷[M].北京:人民出版社,1998:95.
- [4] 李忠军.论社会主义核心价值观、中国精神与社会主义意识形态[J].北京:社会科学战线,2014:33.
- [5] 习近平.习近平谈治国理政[M].北京:外文出版社,2014:258.
- [6] 吴海江,徐伟轩.文明因交流而多彩,文明因互鉴而丰富[EB/OL].<http://www.chinanews.com/cul/2019/05-15/8837112.shtml>.

(上接第11页)

- [13] 中华书局.清实录:卷三三[M].北京:中华书局,2012.
- [14] 程泽时.因俗与易俗:清代苗例、苗俗之理论适用[J]//谢晖,蒋传光,陈金钊.民间法:第十六卷.厦门:厦门大学出版社,2015.
- [15] 佚名.论语·为政第二[M].北京:中华书局,2016.
- [16] 长孙无忌.唐律疏议·名例[O].刘俊文,点校.北京:中华书局,1983:3.
- [17] 蒙古律例[O].台北:成文出版社,1968(中华民国57年).
- [18] 韩伟.略论清代《回疆则例》立法特色及现实意义[J].新疆社科论坛,2010(2):71-74.
- [19] 史筠.清王朝治理西藏的基本法律——《西藏通制》[J].民族研究,1992(2):78-85.
- [20] 牛绿花.略论《钦定西藏章程》及其历史意义[J].青海民族研究,2009(1):86-90.
- [21] 欧根·埃利希.法社会学原理[M].舒国瀛,译.北京:中国大百科全书出版社,2009:9.