

转型中的 中央与地方关系

以清末民初云南边疆法律变迁为例

ZHUANXINGZHONG DE
ZHONGYANG YU DIFANG GUANXI

马 雁/著



全国百佳出版社
中央编译出版社
Central Compilation & Translation Press

转型中的 中央与地方关系

以清末民初云南边疆法律变迁为例

马 雁/著



全国百佳出版社
中央编译出版社
Central Compilation & Translation Press

图书在版编目(CIP)数据

转型中的中央与地方关系:以清末民初云南边疆法律变迁为例/马雁著.

—北京:中央编译出版社,2010.6

ISBN 978-7-5117-0437-5

I. ①转…

II. ①马…

III. ①中央和地方的关系—研究—云南省—近代 ②法制史—研究—云南省—近代

IV. ①D69 ②D927.740.02

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第122255号

转型中的中央与地方关系:以清末民初云南边疆法律变迁为例

出版人 和 龔

责任编辑 郑 锦

责任印制 尹 珺

出版发行 中央编译出版社

地 址 北京西单西斜街36号(100032)

电 话 (010)66509360(总编室) (010)66509353(编辑室)

(010)66161011(团购部) (010)66130345(网络销售)

(010)66509364(发行部) (010)66509618(读者服务部)

网 址 www.cctpbook.com

经 销 全国新华书店

印 刷 北京中兴印刷有限公司

开 本 787毫米×960毫米 1/16

字 数 340千字

印 张 24.75

版 次 2010年7月第1版第1次印刷

定 价 49.00元

本社常年法律顾问:北京大成律师事务所首席顾问律师 鲁哈达

凡有印装质量问题,本社负责调换。电话:(010)66509618

Contents

目 录

导 论	1
一 本课题的缘由、理论和现实意义	1
(一) 本课题的缘由	1
(二) 本课题的理论和现实意义	3
二 相关文献综述	5
(一) 地方法治研究的基本情况	5
(二) 近代法治问题的研究	8
(三) 清末民初法律问题相关研究成果	11
(四) 清末民初少数民族法律状况研究及有关直、 间接研究成果	13
(五) 清末民初云南地方法治史料及直、间接研究 成果	15
三 相关概念说明	19
(一) 清末民初的时间限定	19
(二) 云南地域的具体界定	19
(三) 时空、身体的法律文化功能	20
四 本书的特点与创新点、研究方法和力求突破之处	21
(一) 本书的特点与创新点	21

(二) 研究方法	23
(三) 力求突破之处	24
第一章 清末民初云南地方法治运行的条件	26
第一节 社会现实条件——中央倡导的主要因素	27
一 改变领事裁判权对清王朝统治基础的直接威胁	27
二 加强对地方民变活动的控制——以教案的处理 为例	31
(一) 清末民初云南社会基本情况与民变的关系	31
(二) 从教案分析西方传教士与地方治理的关系 与变革	41
三 削弱地方新兴官僚资本势力的勃兴与分权	47
四 “置流存土”下，中央政权、地方政权和边地 民族上层的微妙格局	52
第二节 社会思想条件——社会文化领域的变迁	59
一 西方近代法治文化的传播：以西方传教士的活动 为线索	59
二 清末中央变法修律的影响	66
三 云南地方新知识分子的倡导和呼吁	70
四 云南地方自治思潮的盛兴	76
第三节 社会现实条件与思想文化条件下的云南地方 法治	78
一 作为现实目标的云南地方法治	78
(一) 中央政权建设和权威渗透的途径	81
(二) 地方新兴势力的体制纳入需求与现实之间的 张力	83
(三) 预备立宪下，地方力量的自治要求	86
二 体现民间社会秩序需求的云南地方法治	90

三 云南地方法治运行的启示	93
第二章 行政法律制度中的法治运行	99
第一节 近代云南行政法律制度的创生及其与地方政治的	
关系	100
一 行政法制建设是维护中央与地方关系的保障	100
二 清末民初云南地方政治格局的基本状况	103
三 宪政改革中凸显的地方行政法律制度构建	108
第二节 清末官制改革与云南的地方行政法律制度	118
一 清末官制改革在云南的动因、步骤和效果	118
二 云南地方官制改革的具体落实状况和原因	
——以新学为例	121
三 国家和地方政权结构下的行政法律制度	127
第三节 云南地方的司法机构与行政法律制度	132
一 云南地方各级审判厅的设置及其组织法原则	132
二 云南地方各级检察厅设置及其运行	139
三 省咨议局的设置及其与地方审检监司法机构的关系	144
四 发审局、监狱、司法公署等司法附属机构的工作	
原则	149
（一）杜文秀京控案件与发审局	149
（二）清末民初监狱改良	153
（三）司法公署与县治的关系	156
第三章 民商事法律制度中的法治运行	161
第一节 地方民族资本结构变化导致的法治要求	163
一 “官督商办”政策下的地方政府与民间资本合作 ...	163
二 “红顶商人”体制纳入要求下的法治贴近	169
三 工商业市场转型中的近代法治要求	177

第二节	地方社会经济文化结构变化导致的法治要求	187
一	人口增长压力下以法治为渠道的地方政权建设	187
二	市镇网络结构中的法治和法律“地方性知识” 的变迁	198
三	权力—权利话语核心的文化衍生结构	211
第三节	民商事法律制度的现实运行——司法裁判为中心 ...	217
一	是否存在一个民间处断与司法权力交融的“第三 领域”？	217
二	民事司法裁判对习惯法的塑造及效果	227
三	女性民事人格权的变化与重塑	236
四	民商事领域的法治变迁：契约与身份并行不悖	245
第四章	刑事法律制度中的法治运行	252
第一节	清末民初云南地方刑事法治及其法哲学意义	254
一	国家主义原则和社会改良背景下的云南地方刑事 法治	254
二	地方政权、地方精英与国家政权场域争夺和分权 策略下的云南地方刑事法治	256
三	民众阶层改变和政治利益话语工具的云南地方刑事 法治	263
第二节	各方力量对比中的云南地方刑事法治	268
一	国家政权力量的下渗：控制刑事司法机构及其官吏 为途径	268
二	地方势力的分权和自治要求：以对刑事案件管辖权 的争夺和对刑事法律的灵活解释为途径	273
三	弱者的武器：普通民众对刑事法律空间的运用和 权利争取	280
（一）	刑事司法和司法行政管理的制度缝隙	280

(二) 刑事司法公力救济与民间私力救济延续 共存	284
(三) 流民阶层和边缘群体的压力型生存	288
第三节 清末民初云南刑事法制的现实运作：以对地方政治资源的控制策略为中心	293
一 省级刑事司法资源的分布和运行——国家和地方军政官员的控制	293
二 县市级刑事司法资源的集中和垄断运行	297
第四节 清末民初云南刑事法治运行格局中的社会生态	302
第五章 诉讼法律制度中的法治运行	306
第一节 诉讼法律制度中的近代化法治因素	307
一 保障司法独立的认识初见端倪	307
二 明令限制刑讯逼供	311
三 律师制度中的身体法权化塑造	315
第二节 诉讼法律制度设置的非均衡状态及其原因	318
一 刑事诉讼两端严格化——整饬吏治、强化国家权威、贯彻国家主义	318
二 民事诉讼的收缩和形式化——有利新兴资本的发育，推进社会改良	324
三 行政诉讼的发育不足和低效推行——以陋规的实际运行为例	330
第三节 法治场域内外的力量博弈和协商共识：诉讼法律制度与司法外裁判途径的关系	336
一 法治实践的社会网络	336
二 纠纷解决中的各方法治力量关系	338
第四节 清末民初司法改革在云南边疆地区推行的“反司法”悖论	344

一 “渐进”与“突变”：立法原则和生存规则的 背离	345
二 “有限”与“无限”：国家司法控制能力的空间及 延伸	350
三 “概念化”与“变通性”：司法官吏运用策略的 传统回归	354
四 生成西方摹本下的中国经验	361
 结 论	 367
 参考文献	 373

■ 导 论

一 本课题的缘由、理论和现实意义

（一）本课题的缘由

从国家治理秩序和社会自生秩序关系的角度看，地方法治的发展和运作状况具有其特定的学术研究价值。地方法治^①的研究，需要在一定的历史语境和时空背景下，做史料的系统归纳和学理上的分析、阐释与总结。这种建立在“地方性知识”和地方性经验与认识基础上的研究，对于全面客观地认识中国法律发展史这一宏大命题，具有本体论和方法论方面的价值。

从本体性的角度看，中国历史上的地方立法及其运作，是伴随着社会的进步和法制变革的进程不断发展并逐渐体系化的。特定历史时期地方法规的内容和编纂水平，包括地方立法在内的地方法制建设的状况，可以反映当时国家法制及其实行的社会效果。这不仅是就地方法治在国家法律体系中的地位和作用而言，也基于其功能的特殊性。历史上的地方法治系统的建立，一方面是为了推动国家法律的实施，

^① 说明：这里的“法治”（rule by law）是从系统、静态与动态的角度看待法的存在与运作状态，与“法制”（rule of law）侧重静态的制度性表述有所区别。因此，本书的法治概念及其体系一定程度上也借用了西方现代法律的语境作为分析工具，但不必然拘囿于当代法律话语中关于“法制”与“法治”的严格区分。

从制度层面对地方执法中存在的社会问题进行调整。加强对这类文献研究，能够深入了解影响地方法治运行状况的社会、政治、经济因素及其互动关系，将国家法制与地方法制的研究相结合，有助于加强对中国法律史的客观全面的认识。同时，地方法规以规范地方行政、民间事务为主要内容，开拓这一领域的研究，有助于深化对于民事管理法律制度方面研究的不足与滞后状态，在一定程度上，有益于厘清相关研究中存在的理论争议或者丰富相关的理论解释。此外，通过对地方法律文献中所记载的地方法制建设的经验、地方基层政权建设的法律措施、以自治为特色的民间规约的功能等的整理与分析，可以加强对于少数民族聚居地区的管理经验的总结。^① 进一步彰显法律史作为基础学科的属性与功能。

从方法论的角度看，已经有学者对传统法律史研究中的制度史研究和思想史研究分离为“两张皮”的状况提出批评。^② 认为这种人为割裂、互不相通、分工过细、过于机械的做法，使得多方位、多层次的法律史研究无法系统化和立体化，并造成只谈静态，不谈动态，只谈论点，不谈实践的局限状态。应当看到，如果针对中国法律史进行全景式的研究，因为研究对象的庞杂化与复杂性，将“两张皮”有效整合确实有着技术路线上的难度，而对于区域性的地方法制史研究，因为涉及的社会关系与思想争论的格局远不及全国领域的状况复杂，可以将二者做有效的整合，并能够借鉴社会史研究的方法，将法律制度的实际运作做相对深入的阐释。此外，从传统法学研究秉持的权利义务本位论和法条主义观来看，其关注的对象局限于法律规范本身，而近几年在国内掀起持续热潮的本土资源论和法律文化论，因其更多地关注国家法外部的因素对于法律规范形成的影响，而富于解释的深度和广度。对于特定时段的地方法制史研究来说，因其所处的场域、

① 此部分参考了杨一凡研究员在《中国古代地方法律文献》前言中的一部分观点，北京：社会科学文献出版社2006年版，第3页。

② 张国华：《中国法律思想史新编》，北京：北京大学出版社1991年版，第2页。

关系和事件的稳定性与关联性,使得对于历史上“活法”的在场式观察与同情性理解更为可行。由此联结“描述性法史学”和“解释性法史学”^①的研究旨趣,沟通并超越二者的研究立场与进路。

就本书而言,力图将地方法治的研究限定在云南,并集中于清末民初特定时间段,除了上述两个方面的综合因素外,也考虑到云南地方法律史资料搜集整理的相对便利,同时,清末民初云南地方法治状况的研究,也立足于在目前先导性研究成果的基础上,将当时的法治运行状态做一个系统梳理和学理分析的努力。此外,这个时间段的选择,也是为了强调在近代化背景下,国家话语和政治结构下的边疆民族地区的地方法治运行的特点、方式、功能和效果,法律移植与本土旧有规则在思想意识、地方治理和权利救济等领域对立又相互联系的复杂关系,以及国家、社会和个人之间的博弈格局。

(二) 本课题的理论和现实意义

任何一部学术研究著作,从产生到定稿,其理论意义和现实意义更宜作为一条“问题意识”的基本线索贯彻于整本书的始终,因为这是一个不言自明的问题。虽然对其进行罗列的项目可以是不一而足的,但对本选题两方面意义的说明,笔者必须保证其针对性和严谨性。因此,理论价值方面的说明,是通过与选题相关要素的文献梳理来体现的,只有阅读并整理在前人研究成果的基础上,本书所要补充和发展的研究领域才能客观、有效地凸现,所以本部分的说明,不打算依靠臆测或者动辄“填补空白”之类的高调话语来强化,理论意义的总结与表达,在选题缘由和文献回顾部分有充分说明,该部分仅做提要式列举。同时,对于选题所彰显的现实意义,也并非建立在空洞单调的语态上,而是在对研究方法、学科际交叉、整合和相互补充说明的基

^① 二者的分野和差异及其对其超越的论述,参见胡旭晟:《解释性的法史学——以中国传统法律文化的研究为侧重点》,北京:中国政法大学出版社2005年版,第18页。

础上，做论文力所能及的直接说明。

从理论意义看，本书力图对地方法治的研究做一个细化和深入的阐释性描述。地方法律的研究是当前法律史研究相对薄弱的领域。要全面而科学地认识中国历史上的法律体系、法律功能、法律文化与思想、法治资源以及法制发展的基本线索和规律等内容，并保证理论归纳的客观性和严谨性，需要在尊重历史事实和发展规律的前提下，不忽视地方法治体系的历史存在，以获得对中国法律史的无偏颇认识。

此外，借鉴当前社会史研究的进路，力图对清末民初云南地方法治状况做一种全景观察，包括制度建设层面和法律的运作层面，并做出对历史现象产生、发展以及变化的合理性解释。从社会场域的角度进行观察，是不揣浅陋对中国近代史研究中“政治史内容占了极大的比重，而关于社会生活、经济生活和文化的叙述分量很小，不能得到适当的地位”^① 状况反思基础上的研究线路的拓展。

从对学术史梳理的现实意义看，能够避免用英美法系的学术逻辑分析近代中国法学理论和法治实践的“水土不服”的乏力状况。清末民初的地方法律改革，被看做是中国法律近代化开端的重要构成部分。而当时的现实是，一方面面对国际化标准的压力，使未来中国的法文化能够与世界先进的法律文化保持一致，在同一个平台上与其他国家进行法律的交流与对话；另一方面，社会领域又在极力维护和保留本土的法文化，使未来的法文化格局打上民族性或本土化的烙印。^② 两种力量的较量与抗衡始终存在，并处于博弈变动的状态。地方治理过程也是最能明确反映这种力量对比关系的现实渠道。要准确理解其时社会领域里中西法律文化的冲突与融合，有必要借助法律文化的分析工具，将与法律有关的历史、传统、习惯、制度、学理等文化背景等纳入到一个立体的时空框架内分析。这种方法论意义上的努力，就整体

① 参见张海鹏：《中国近代史研究的回顾》，载刘大年：《追求集：中国近代历史进程的探索》，北京：社会科学文献出版社1998年版，第88页。

② 曹全来：《国际化与本土化：中国近代法律体系的形成》，北京：北京大学出版社2005年版，第39页。

而言,也许能够有助于突破近代以来,法学研究“便是对西方学问照单全收,在今日的大学学科格局中,中国法律史就成了外国法律史,而外国法律史却实实在在变成了与当下中国法律相衔接的法律史的状态”^①。具有启发价值的是,对于少数民族法律史研究,也存在一个避免将其完全脱离儒家法文化背景和影响作孤立、封闭的分析,又避免对本土文化传统中法治资源功能分析不足的现实困境。

二 相关文献综述

(一) 地方法治研究的基本情况

从目前了解到的史料和研究状况看,历史上的地方法治状况,局限于制度层面的研究,并且很大一部分又集中在地方立法领域。地方立法经历了长期的发展过程。^② 由地方长官发布政令的做法,至迟在战国时期就已存在。^③ 汉代时,地方法律形式有教令与科令等。唐代时,地方立法水平有了较大的提高。^④ 宋元时期,发布榜文和禁约是地方官施政中常用的一种法律形式。明代地方立法的形式趋于多样,立法数量也大幅度增长。除了省、府、州、县各级官员颁布实施的各种政令以外,被派往各地的巡按官员也针对地方时弊,以告示、禁约、条例、

① 贺卫方:《历史与社会交错中的当代法学学术史》,《云梦学刊》2005年第4期,第5页。

② 需要说明的是,该部分文献综述中对于清中期之前的地方立法状况,参考了杨一凡研究员在《中国古代地方法律文献》前言中的一部分内容,第3—5页。

③ 《睡虎地秦墓竹简》中的《语书》,是南郡太守腾给县道啬夫的告谕文书,具有地方法令的性质。参见杨一凡、刘笃才主编:《中国古代地方法律文献》,北京:世界图书出版公司,2006—2009年版。下同。

④ 敦煌出土的《沙州敦煌县行用水细则》(《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形成的地方性水利规范,是唐代中央法规《水部式》在敦煌地区的实施细则。

则例等形式，颁布地方性法规。^① 这类文献多由地方官员或文人编写，初衷是将其掌握的地方政务资料和制定的法规，提供给后人参阅。当时地方的政务管理已经明显地制度化，地方法规的编纂也更加规范，并且内容广泛，涉及社会生活、行政和经济管理及民间事务管理的很多方面。

清代地方立法在延续前代制度化和广泛性的基础上，出现了一些新的内容。在清代地方立法成果中，除了编纂政书之外，出现了“省例”的编纂，省例也被称为“宪规”或者“成规”，适用于当时省级所管辖的地域，具有鲜明的地方法律特色，也是地方立法趋于成熟发展的标志。“省例”的内容和编纂形式已趋于完备，在本省范围内具有相对稳定的普遍约束力。

地方立法在清末民初达到相当规模。面对西方列强的侵入，社会动荡和国家政局的变化，各地从救亡图强、维护基层政权和社会治安的需要出发，积极推进法制变革，制定了一系列的专门性的单行地方法规^②。清末民初的地方立法与清前期、中期比较，具有立法数量多、专门性法规多、内容更加近代化等特点。

与云南地方法治主题最为直接相关的研究成果是《云南法制史》（方慧主编：中国社会科学出版社 2005 年）。此外，区域史研究领域的《西南通史》（方铁主编，中州古籍出版社 2003 年）、《云南近代史》（谢本书主编，云南人民出版社 1993 年），区域政治、地方军阀方面的研究论著《云南辛亥革命史》（云南省历史学会等编，云南大学出版社 1991 年）、《云南鸦片问题与禁烟运动》（秦和平著，四川民族出版社 1998 年）、《西南军阀史》（顾大全等主编，贵州人民出版社 1991 年）

① 如海瑞颁布的《兴革条例》、《禁约》、《量田则例》、《督抚条约》等地方法规。吕坤在山西任提刑按察使及巡抚时颁布的《余谷条约》、《放赈十禁》、《存恤十条》、《乡甲事宜》、《提刑事宜》等地方法规，以及《全陕政要》、《宝坻政书》、《惠安政书》等专门的地方政书的编纂。

② 如旨在加强地方政权和本区域行政管理的“通饬章程”，旨在加强实业、财政、商业、税务管理的实业章程、裁减公费章程、百货行商厘金章程和各种税则度。

等，台湾学者也有关于近代中国区域研究的成果，如《咸同云南回民事变》（王树槐著，近代史研究所 1968 年）。这些论著体现了法国年鉴学派长时段、宏观研究的旨趣。当然也主要是从传统史学研究方法和路径出发，对云南近代法律做制度层面上的以描述性为主的研究。

在与法律研究领域有一定相关程度的政治史和社会史的研究成果方面，有钱端升等的《民国政制史》（商务印书馆 1946 年）、黄绶的《中国地方行政史》（作者自刊 1927 年）、程幸超的《中国地方行政史略》（中华书局 1948 年）等。王亚南的《中国官僚政治研究》（时代文化出版社 1948 年），把中国的官僚政治当作一个特定的形态或体制加以论述，通过比较研究，从“技术”和“社会”两个方面，揭示了中国官僚政治产生的基础、特点、演化及官僚主义的作风与流弊，以政治学的研究规范，提纲挈领地对中国这种古旧又现实的社会政治形态进行了剖析，如在近代政治制度史研究的内容上，体现了较强的理论色彩，对地方官僚机构在法治运作过程中的政治原因分析，具有启示意义。严耕望的《中国地方行政制度史》（甲部、乙部）（台湾中央研究院历史语言研究所 1963 年版），关注了行政区划与地方政府方面的研究，系统阐述了两千多年来中国历史上地方行政制度变迁的全过程，从不同视角概括了地方行政制度的变迁特点，界定了许多前人未曾涉及的概念，分析了影响变迁的各方面因素，总结了行政区划幅员的伸缩规律、行政区域划界的两大原则及地方行政制度变迁中政治因素和文化因素的作用，从这种整体性的对地方行政制度的变迁规律分析的认识中，能够获得对地方法治运行中文化和体制方面观察的启示。

瞿同祖先生的《清代地方政府》（*Local Government in China Under the Ch'ing*，哈佛大学出版社 1962 年）指出，清代的州县官不谙吏治，职责繁重，主要依赖以“佐治”为职业的刑名、税收、公文及行政事务的幕友执行各项任务；并以政治社会学的观点指出，应研究绅士在地方行政上的作用。从官僚政治及行政学观察的角度描述、分析并解释清代州县地方政府的结构和功能，阐释特定社会背景下政治制度的运行和深层次原因。瞿先生的另一部著作《中国法律与中国社会》（修

订本，中华书局1981年），则彰显了鲜明的法律社会史研究旨趣，不仅阐明了法律在中国传统社会结构中的作用，并且对社会结构性质作出了解释，深入分析了法律与社会之间的密切关系，将法律分为“书本上的法律”和“行动中的法律”。认为不能像分析学派那样把法律视为一种孤立的存在；法律是社会的产物，是社会制度之一，是社会规范之一；法律与风俗、习惯、制度、伦理道德和意识形态等的关系极为密切；任何社会的法律都是为了维护并巩固其社会制度和社会秩序而制定的；只有充分了解产生某一种法律的社会背景，才能了解这些法律的意义和作用。并指出，由于社会现实与法律条文之间往往存在着一定的差距，因此要知道法律在社会上的实施情况是否有效，推行程度如何，必须采取功能的研究，即不仅要分析法律条文，还应注意法律的实效问题。^①在兼跨社会学、历史学、法学这三个学科领域之间，开创了把法律史与社会史结合起来的研究，由此而形成了一种新的被称为“法律社会史”学术研究体系。这对本书研究进路的选择有着深刻的启示。

（二）近代法治问题的研究

“法治”一词，一般认为是伴随着西方近代法律的发展而出现的。一个制度表达，也是一套与民主政治制度相关的理论分析框架。法治的概念和作为一个分析工具使用，与民主、平等、正义等其他重要的政治概念一样，始终是备受争议的。但从最基本的问题来说，法治是由相关原则并围绕原则建立的一系列制度以及与此适应的特定社会秩序模式。因此，法治的语境化生长及其实效和功能，不应该被研究者所忽略。然而，因为概念来源和分析手段的西方化，对中国近代法治问题的研究一直存在以西方法作为前提设置和分析依据的倾向，因此对一些基本问题与实践问题的分析就存在内外部视角上的解释

^① 瞿同祖：《中国法律与中国社会》导论，北京：中华书局1981年版，第4页。