

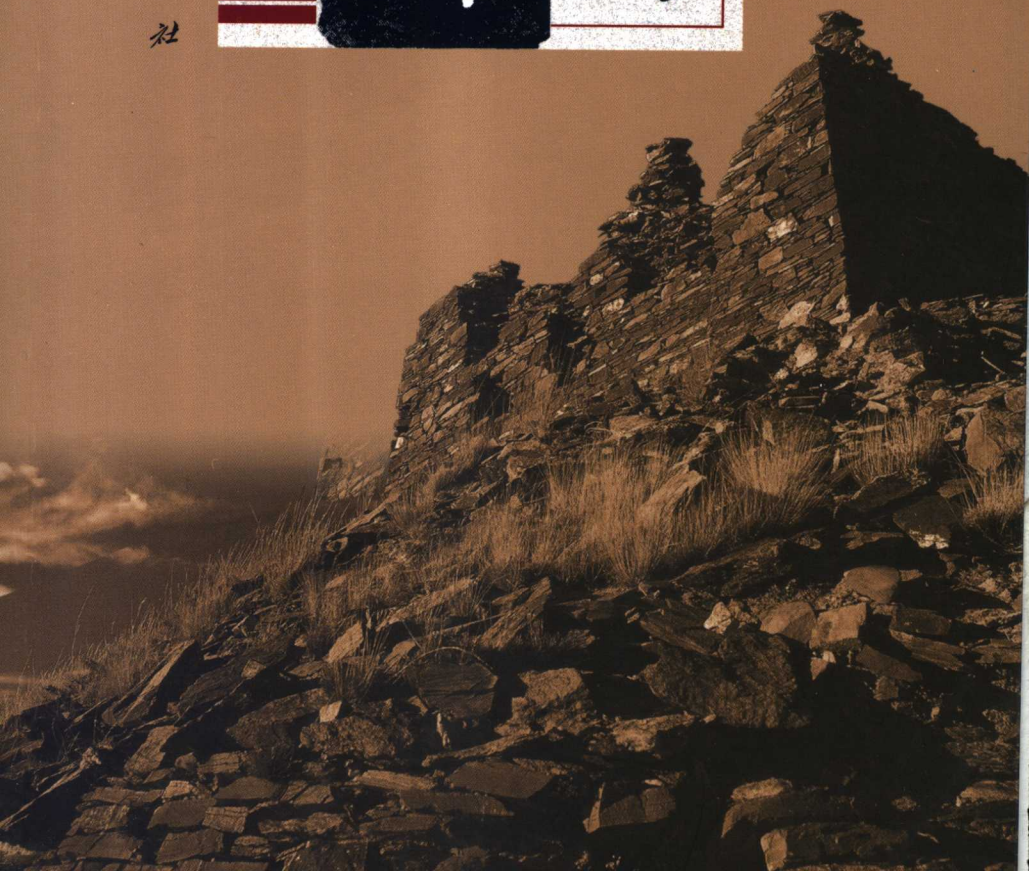
杜文忠著

边疆的

法律

对清代治边法制的历史考察

人民出版社

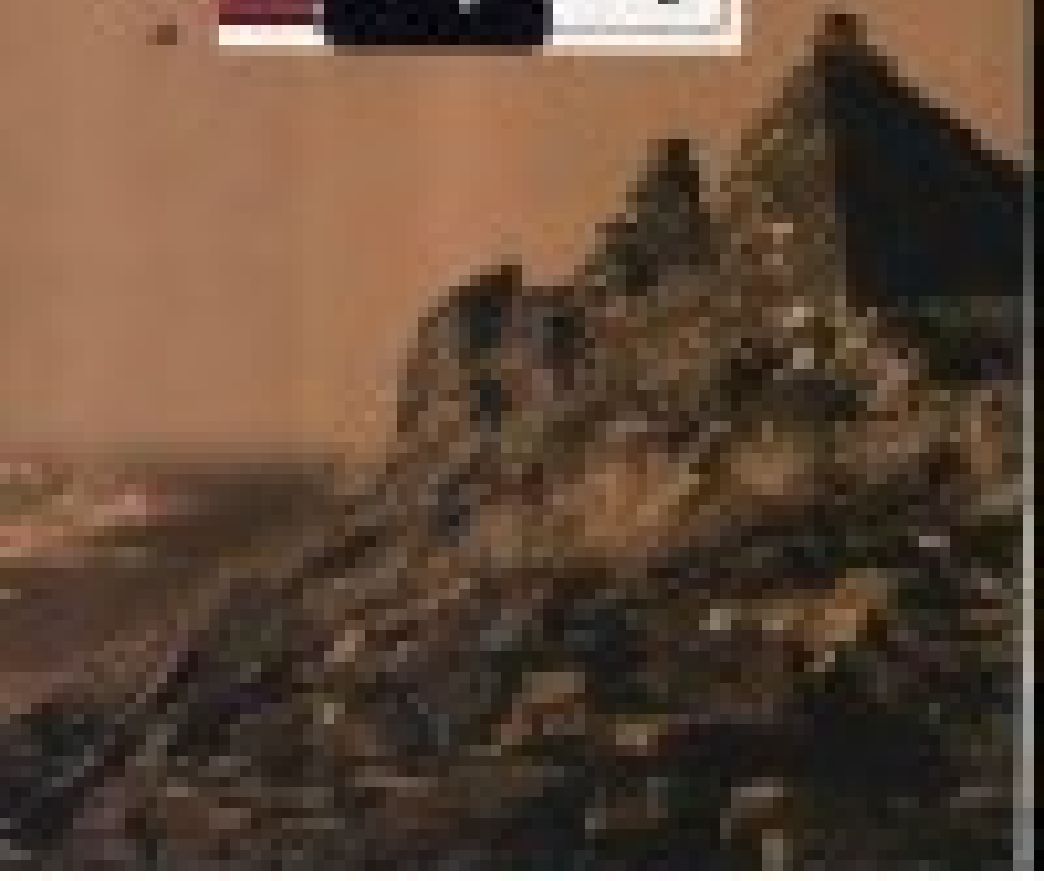




边疆的

法律

中国政法大学出版社





边疆的

法律

对清代治边法制的历史考察

人民出版社



责任编辑:乔还田

装帧设计:徐 晖

版式设计:诸晓军

图书在版编目(CIP)数据

边疆的法律——对清代治边法制的历史考察/杜文忠著.

-北京:人民出版社,2004.11

ISBN 7-01-004603-4

I. 边… II. 杜… III. 边疆地区-法制史-研究-中国-清代

IV. D929.49

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 110999 号

边 疆 的 法 律

BIANJIANG DE FALÜ

——对清代治边法制的历史考察

杜文忠 著

人民出版社 出版发行

(100706 北京朝阳门内大街 166 号)

北京通县电子外文印刷厂印刷 新华书店经销

2004 年 11 月第 1 版 2004 年 11 月北京第 1 次印刷

开本:850 毫米×1168 毫米 1/32 印张:11

字数:250 千字 印数:1-3,000 册

ISBN 7-01-004603-4 定价:20.00 元

邮购地址 100706 北京朝阳门内大街 166 号

人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539

序

杜文忠同志的《边疆的法律——对清代治边法制的历史考察》一书，历经三载，如今终于付梓，我心甚慰。文忠同志原在西南政法大学攻读硕士学位时就用功甚勤，并有了一些学术成果，尔后他不像一些法律专业的研究生那样，追赶时尚，走捷径，而相反的为自己开辟了一个新的学域。在云南大学攻读博士学位期间，坚持致力于民族法学的研究，并努力将民族学与法学结合起来，在此基础上对中国古代的法律进行深入考察，而且已经取得了可喜的成果，这是十分难能可贵的，也是十分艰难的事情。文忠同志不怕困难，勇于探索，表现出一代学术新人的良好气质。我为他在学术上的收获和思想方法上的进步感到由衷的高兴。

仔细阅读该书，我认为有三个方面值得我们注意：

首先，是作者视野开阔。作者写清代而又不像现有的论著那样局限于清代，而是从历代对边疆的认识，对边疆治理的高度出发，从宏观上把握清代边疆法制，以清代中央政府对边疆民族地区的立法、司法为中心，从宏观和微观两个层面，对清朝后期边疆民族立法、司法对民族关系的影响，进行历史的、立体的综合考察，这需要有相当的认识能力和对整个中国边疆法律史的驾驭能力。在该书中，作者注重从整个中国治边史的角度出发，将清代的边疆法制和民族关系的研究置于一个大的历史背景之下；注重将整个清

代全局性的治边思想、治边政策与局部、区域的法律治理结合起来;注重从南北边疆地区文化类型的角度出发,对清朝在南方和北方的法律调整模式进行比较研究;注重从法理学的角度出发,结合中西方制度史上的差异以及现代民族政治理论,进行综合性的研究。除对清朝的边疆法制进行立法层面的研究之外,作者还更加注重对清代边疆法制进行司法层面的研究,关于清朝的司法制度,虽然一些学者做过相关研究,但是更多的是对汉文化地区的研究,结合清代边疆民族地区的社会生活状况,对边疆民族地区的司法进行研究却甚为少见,作者写作的着力之处也恰好弥补了相关研究的不足。

其次,作者努力在学科交叉上下功夫。关于中国古代法律史的研究的方法问题,据我所知,近年来中国法律史学会的几次年会都着重讨论过法律史学的研究方法问题,对于方法论上的创新,往往众说纷纭、莫衷一是,这说明关于法律史研究的方法问题,目前为中国法律史学界所关注。言及方法创新,无论怎样,学科之间的交叉始终是必要的,从根本上讲,法律史学本身就具有很强的学科交叉性质,作为一门法学学科,它与民族学、历史学、社会学都存在着密切的联系。尽管中国古代法律极为发达,在形式上往往已经高度法典化,即使如此,我们仍然应当把它作为一种“活的法律”,而不应当就其制度而言制度。该书以清代治边法律为研究对象,联系到中国历代治边法制,注重史料与史论的结合运用、历史叙述与文化解释相结合;注重对史料的收集、整理、解释以及在弄清历史原貌的情况下,寻找它的规律和经验、教训;注重采用比较与综合相结合的方法,这包括宏观与微观两个层面相结合,从整个封建社会后期的边疆民族法制出发,对清代的边疆民族关系的法律调整进行比较研究,弄清它在

整个封建社会后期的特点地位和作用，以及它在这一较长历史时期的发展变化以及内部联系；注重对清代前期和后期的边疆法制变化情况进行比较研究；注重整体与局部的关系，对整个清代在这一问题上的不同地区的情况进行比较研究；注重将法理学的概念和思考方法与历史学的研究方法结合起来进行研究。在研究径路上力图充分运用上述方法，把对清朝边疆法制的研究置于对民族关系研究的背景之下，把对清代的民族关系研究置于对清代法制研究的视角之下，体现出学科的交叉性质，从而得出较为合理的结论。

再次，该书除在方法上表现出作者的新思路之外，我认为还有许多富有新意之处，在此列举一二：第一，通过对中国古代民族关系和边疆法制两个方面的综合研究，提出了有助于加深对二者关系认识的“文化边疆”概念。第二，作者对清代边疆法制的有关论述也有一定创新。作者把注意力集中到清代边疆的法制对于由于清代人口激增而引发的大量人口向边疆地区流动这一基本事实，引起的整个国家出现的“制度供给不足”的现象对边疆地区法律制度、民族关系的影响给予了关注。认为清代边疆人口激增，不仅促使清政府加强了对边疆的国家法律控制，而且还突现了习惯法在清代边疆社会经济生活中的地位和作用，同时也在客观上加强了边疆与内地的一体化进程，为边疆法制的近代化奠定了深厚的历史基础。该书通过这一研究进一步突出了清代边疆法制在我国民族政治史和法制史上的重大意义。

不断地尝试、创新是学术的灵魂，法学研究亦是如此。当前我国民族法学、民族法律史学的研究正方兴未艾，许多问题仍有待深入调查、探讨，文忠的这部著作在这方面已经跨出了一步，相信如

果在该领域继续不懈努力,定会有更丰硕的成果。

谨序

方 铁

2004年5月30日于云南大学

目 录

序	(1)
第一章 绪论	(1)
第二章 中国传统的边疆观与边疆的法律统治	(15)
第一节 “历史上的中国”与边疆的民族	(15)
一、“历史上的中国”	(15)
(一)“国”与“四方”	(15)
(二)王朝与“四方”	(19)
二、“历史上的中国”与边疆的民族	(22)
(一)边疆与民族	(22)
(二)“礼”与“族”	(26)
第二节 中国古代的边疆与边疆的法律	(31)
一、中国古代边疆变化的基本形式	(31)
(一)战争与“逐”	(32)
(二)“礼”与“化外”	(34)
二、边疆的概念与边疆的法律	(37)
(一)边疆概念的演变	(37)
(二)作为“文化边疆”观的治边法律	(39)
第三节 清代以前治边思想的历史演变及其特点	(46)
一、清代以前治边思想的历史演变	(46)

二、清代以前治边思想的特点	(59)
第四节 中国古代边疆法制的传统特征	(61)
一、边疆少数民族法制的二元景观	(61)
二、历代在边疆推行国家法制的基本态度	(66)
三、中国古代边疆法制的基本特点	(72)
第三章 清代前期治边法制思想与边疆固有的制度文化 ..	(79)
第一节 清代前期的民族观及治边法制思想	(79)
一、清代前期的民族观	(79)
二、清代前期治边法制思想的变化	(89)
第二节 清代前期的边疆与边疆固有的制度文化	(106)
一、作为文化类型的法律分类	(106)
二、我国边疆少数民族的两种典型法律文化类型	(109)
(一)清前期的苗疆与苗疆习惯法	(109)
(二)清前期的回疆与回疆习惯法	(119)
第四章 清代前期边疆法制及对民族地方的调整	(132)
第一节 清代前期在北部边疆地区法律统治的重点	(132)
第二节 清代前期对回疆民族地方的法律治理	(136)
一、清前期回疆立法对民族关系的调整	(136)
二、清前期回疆司法对民族关系的调整	(146)
(一)回疆国家司法的重点及法律制度的调适	(146)
(二)国家司法管辖权在回疆的实施	(165)
第三节 清代前期在南部边疆地区法律统治的重点	(174)
第四节 清代前期对苗疆民族地方的法律治理	(183)
一、清前期苗疆立法对民族关系的调整	(183)
二、清前期苗疆司法对民族关系的调整	(203)
(一)苗疆国家司法管辖的特点	(203)

(二)苗疆国家司法活动的变化与深入	(206)
第五章 清代前期边疆法制的历史意义及存在的问题	(218)
第一节 清代前期回疆法制对民族关系的影响	(218)
一、清代前期回疆法制及其在“西域”民族关系史上的意义	(218)
二、清代前期回疆法制中存在的问题及其调整	(222)
第二节 清代前期苗疆法制对民族关系的影响	(231)
一、清代前期苗疆法制的历史意义	(231)
二、清代前期苗疆法制与潜藏着的南方民族危机	(238)
第六章 清代后期的治边法制及对民族地方的调整	(245)
第一节 清代中后期所面临的制度上的问题	(245)
第二节 清代后期边疆法制的国家化	(262)
一、清后期回疆立法的法典化和司法的一体化	(264)
(一)清后期回疆立法的法典化	(264)
(二)清后期回疆法律适用及司法的一体化	(276)
(三)清后期回疆行政改制及民族关系的变化	(285)
二、清后期苗疆法制的内地化及对民族关系的调整	(291)
第七章 结束语:边疆法制的近代化与近代民族政治	(302)
主要参考文献	(318)
一、史料类	(318)
二、著作类	(321)
附录:自治与共治——对西方古典民族政治理论的宪政 反思	(325)
后记	(341)

第一章 绪 论

中国自古就是一个统一的多民族国家,在漫长的历史发展过程中,各族先民很早就在这块辽阔的土地上共居,并通过各种形式交往结成了种种政治、经济、文化关系,形成了中华民族多元一体的政治文化格局。各民族之间这种种关系的历史,是我国历史的一个非常重要的侧面。在我国历史上,民族关系一个方面通常表现为中原王朝对周边民族地区的治理,因此,研究历代治边法制措施,是中国古代法律史研究的一个重要内容。从对边疆的治理来看,从秦汉至清,我国的边疆治理经历了一个由初步形成到发展、完善、成熟的历史过程。在这一漫长的历史过程中,历代中原王朝都十分重视对边疆的治理,在内容上丰富且复杂。从总体上讲,形成了“守在四夷”的治边思想,以及征伐与怀柔、镇压与笼络“文武之道”交替使用的边疆治策。即使是在少数民族入主中原,建立全国统治之后仍然是如此。但另一方面,对边疆的治理,在不同的历史时期,也不断进行调整,有着不同的做法。在同一历史时期,对边疆不同民族和不同地区的治理也有着很大的差异。表现出整体、宏观上的历史承继性和不同历史阶段、对不同地区治策上的差异性相结合的特点,而这一历史过程中,清代就是一个比较特殊的时期。

与前代相比,首先,清前期边疆法制较之以前的整个封建社会更加系统、更加规范、也更加深入。在边疆地区积极适用国家法

律,通过法制手段调整边疆的民族关系,对边疆地区的风俗习惯也因时制宜,给予政策上的变通,实行了相对宽松的政策,这有利于边疆民族关系的稳定。由于清代前期统治者一方面“清承明制”,继承了历代“守在四夷”的治边思想;另一方面积极“开疆拓土”,同时也由于清代边疆社会经济的显著发展,在对边疆的认识上注入了更多的经济、制度方面的考虑。因此,十分注重对边疆的巩固和管理。这对于边疆经济的发展起到了积极的作用,也对边疆政治的稳定起到了积极的作用。众所周知,清代是我国历史上疆域最终形成时期,而且较前代更加稳定。疆域的最终形成和稳定,对清朝统治者的治边政策有着重大的影响,注重边疆治理与法制建设也对边疆的稳定有着积极的影响。清代的治边法制基本上继承了明代的许多做法,但同时又发展和丰富了中国历史上治边思想和法制传统,尤其是其前期和后期在边疆法制上的成就,对民族关系的影响具有划时代的意义。清代是我国封建社会各种法制最成熟的时期,特别是清代十分重视边疆民族地区的法制建设,清代各朝皇帝都对边疆民族立法倾注心力。这首先表现为,清政府的全国性法典《大清律例》中包含着一些针对民族地区的具体法律制度和一般性的法律原则。不仅如此,清代对全国几乎所有边疆民族地区都制定了专门的民族法规,如:针对维护满人特权的法律《投充法》、《圈地令》;针对蒙古地区的《蒙古律例》;针对东北少数民族的《布特哈打牲处分章程》;针对“苗疆”的《苗犯处分例》;针对“回疆”的《回疆则例》;针对西藏的《钦定西藏章程》,等等。再次,从内容上看,其内容不同于历代之零星,而是有着系统、全面的特点,涉及宗教、行政、刑事、民事、“钱粮细故”、风俗习惯等等。不仅如此,这些针对边疆地区的民族法律、法规不断地发展、变化,特别是鸦片战争以后,边疆民族危机加深,清政府对边疆地区的法律亦不断进

行调整,内容上更加丰富,性质上开始发生变化。这在中国历史上具有特殊的意义,对近代民族法制也有着重大而深刻的影响。

其次,清朝边疆法制不同于前代之处还在于,清政府因地制宜、因时制宜,不同时期在边疆不同地区采取了不同的法制政策。总体上讲南方较为直接,北方较为宽松,如:清前期,清政府对东北地区少数民族在边疆治策上较其他地区民族较为照顾,并通过立法的形式把这种政策制度化,如:在一些边疆地方修筑“边墙”、削减贡赋;在蒙古西北地区实行盟旗制度;对青藏高原地区、回疆地区则重点防范,尤其是针对西北回疆地区长期以来形成了政教合一的伊斯兰文化传统,在推行国家法制的同时,十分注重法律文化上的调适,其法制具有相当强的自治性和宗教色彩,在法律适用、司法机构等方面形成了国家法与回疆宗教二元并存的局面,并逐渐通过积累“例”的形式,促使回疆国家立法向法典化的方向发展,最后于嘉庆年间颁行针对回疆的综合性法规《钦定回疆则例》。而在西南地区,由于没有西藏、回疆那种成熟的宗教文化,且西南地区山区分割、民族分散,加上既要解决三藩之乱后的善后问题,又面临着对原有土司制度的调整,因此对西南边疆的控制也较西北回疆地区更为直接。在这一过程中由于内地大量激增的人口向西南流动,西南苗疆的土地问题成为影响汉族与苗族及当地其他少数民族关系的一个重要因素,清政府在苗疆的国家法制也往往围绕着土司、土地而展开。此外,清政府在边疆地区因时制宜,其边疆法制在前期和后期存在着一些差异,由于清代是少数民族建立的王朝,也体现出少数民族政权本身的特点,为在文化上确立自己的正统地位,在民族观念上较前代也疏于传统的“华夷之防”。从其认识上来看,由于疏于传统的“华夷之防”,在诸如中国、民族、边疆等问题的认识上开始超出了“历史上的中国”的概

念,因此,在法制上也表现出它鲜明的特色,清代前期对边疆民族的系统立法以及在司法上的积极、深入态度与此不无关系,从这一点看,清前期的边疆法制是清代民族观的具体体现。但是,另一方面,应当看到清前期边疆法制的完善和发展,仍然是在传统法文化的框架下进行的,作为对民族文化差异的明确的认识,“夷”仍然支配着人们的头脑,因此在治边思想上并没有真正突破“华夷之防”,前期边疆法制仍在一定程度上体现了传统“华夷有别”、“守在四夷”治边观,一如传统,中国为大,遥相羁縻,镇压与笼络交替使用。受传统的“文化边疆”意识的影响,清朝从其入关始,到康、雍、乾至道光时期,在治边思想上比较重视和强调政治上的统一,在政治上更多的只是要求边疆民族地区对中央政府的承认、臣服,注重王朝对边疆的辐射影响,对边疆在经济、文化上的开发则置于较次要的地位,在经济索取方面对边疆地区没有更高的要求。与此相适应,这一时期在对边疆民族地区的立法和司法上,尽管相关立法很多,也在积极地加强司法控制,但从其立法的内容和司法的具体情况来看,实有赋予其较大的司法自治权力、因地制宜、遥相羁縻的性质。

由于清前期已疏于“华夷之防”,清后期随着外国资本主义势力对边疆地区的渗透,国家安全受到威胁。清政府较前更加重视边疆地区的经济和文化方面的开发,边疆的重要性开始表现出来,其治边思想发生了很大的变化,对边疆的法律统治开始重在国防,进一步加强了对边疆地区的直接司法控制,边疆与内地在制度上的一体化进程加速。清中叶以后,边疆人口大量增加、经济贸易迅速发展,尤其是南部苗疆围绕土地和贸易问题所引发的社会矛盾日益尖锐,起义、叛乱,这一系列的事件影响着清后期边疆社会、经济、政治的变化,也促使其在法律上不断加强对边疆的控制。清末

随着对西方法律的认识以至于后来的移植,在与西方世界交往的过程中,传统中华法系逐渐崩溃,对边疆法制开始引入了西方法律概念,尤其是国际法的观念和现代司法观念,从而促进了边疆民族关系向近代的转化。近代以主权为中心的边疆的概念开始形成,与此同时,“夷”的概念发生了根本性的变化,并在法律中有所反映,对这一发展变化过程的研究无疑具有深刻的历史和现实意义。

总之,清代是我国边疆史上的一个重要而特殊的历史时期,对清代边疆法制的研究,不仅有助于加深对古代边疆法制的理解,而且还有助于进一步揭示近代以来我国多民族国家及其政治、法律制度形成的过程。此外,研究清朝边疆法制,还有助于我们进一步深入了解我国清代乃至古代边疆治理政策和边疆法制建设,对于我们今天来说,有很大的学术价值和现实借鉴意义。

首先,研究清朝边疆法制,有助于深入了解清代的民族关系。清代是我国统一的多民族国家成熟时期,这一时期我国统一多民族国家的疆域基本形成且稳定,中央政府对广大边疆的治理程度较前更加深入、广泛。对在这一过程中中央政府制定的数量众多的民族法律、法规及其在民族地区的实施情况进行研究,同时比照汉族地区的国家法和民间法之间的关系对之进行研究,有助于我们从司法的角度了解当时民族地区的社会生活和政治生活。这对于我们把握清代民族和民族政治关系具有深刻的理论和现实意义。

其次,研究清朝边疆法制,有助于我们进一步深入了解清代的治边思想,进而加强对中华法系的深入理解。从古迄今,人类世界自跨入法制文明的门槛以来,由于文明起源和发展历程之不同形成了众多的、性质不同的法系,创造了绚丽多彩的法制文明。以世

界“五大法系”^①之一而著称的中华法系,由于其产生和发展过程中独特的大陆自然地理环境和以农耕、游牧为基础的多民族交错杂居的独特人文环境,进而形成了有别于世界上许多国家和民族的治边思想和法律文化。在其整个变迁史上,法律的体例、风格从战国时期魏国李悝的《法经》开始到《大清律例》没有性质上的变化。与前相比,清代是这一法律变迁史上最具有突破性的朝代。这突出表现在两个方面:一是清代是我国统一的多民族国家完善时期,这一时期的边疆法制已趋于成熟和完善,清朝针对边疆地区所制定的大量的民族法律是历代所不能比拟的,尤其是它在边疆民族地区的司法实践中所积累的丰富历史经验是历代所不具备的;二是清代末期“效西法”而进行的法律改革,通过这一次改革开启了近、现代全面移植西方法律的历史运动。前一次使得我们可以对它从两千年封建法律变迁的意义上来进行考察,从同一国度内不同文化的法律调适的角度进行研究;后一次则可以让我们从比较法的角度,在一个大的国际背景下,对完全不同文化品格的法律之间(即法系之间)的移植进行研究。也就是说在清代 267 年的历史中,呈现我们经常讨论的,人类法律史上两种最典型的法律变化形式,即法律涵化与法律移植。所谓法律涵化,是指发生在一个统一的多民族国家里,自上而下的,依靠国家政治力量,使国家法律在不同文化背景的民族间的不断推行,并相互间彼此调适、吸收的过程,比如中国历史上,少数民族法律文化与儒家法文化之间不断相互影响、相互吸收的过程,清代在苗疆的法律实践可以理解成

① 在比较法学中对法系有各种划分,这里所指的是 1884 年日本东京大学法学教授穗积陈重在东京大学的《法学协会杂志》第 1 卷第 5 期发表文章,将世界各国法律划分为“中国法系、伊斯兰法系、印度法系、英国法系和罗马法系”。