

综合卷

清代法律史专论

第一卷

制度、司法与变革

清代宗族法研究

清代民族立法研究

清代婚姻制度研究

清代监察法研究

修订法律馆与清末法制改革

清末变法修律中的习惯调查

——中国法制现代化中的本土化自觉

清代漕运法研究

清代灾荒救济法律制度

主编◎张晋藩
副主编◎顾元

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

综合卷

清代法律史专论

第一卷

制度、司法与变革

主编◎张晋藩 副主编◎顾元

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

制度、司法与变革:清代法律史专论.综合卷 / 张
晋藩主编. —北京:法律出版社,2014.10
ISBN 978-7-5118-6762-9

I. ①制… II. ①张… III. ①法制史—研究—中国—
清代 IV. ①D929.49

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第193875号

制度、司法与变革——清代法律史专论(综合卷)

张晋藩 主编

责任编辑 易明群 李峰云
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 720毫米×960毫米 1/16

版本 2015年1月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 三河市龙大印装有限公司

印张 46.25 字数 930千

印次 2015年1月第1次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-6762-9

定价(全3册):298.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

清代法律史专论

三卷本

张晋藩◎主编

出版说明

清朝是中国封建社会的末代王朝,其法制是相当完备的。清朝又是中国近代社会的开端,其法制具备向近代化转型的形态。清朝的历史地位使得中外法制史学者对其二百六十余年的法制寄寓了极大的关注和热情,中外学术论文层出叠现。中国政法大学终身教授张晋藩先生自1984年招收博士生以来,迄今百余名的博士生中已有四十三人撰写了关于清朝法制史的博士论文,涉及的方面极为广泛,既有法律文化,又有制度建设和法典剖析。为了有助于清朝法制史的研究并为当前的法制建设提供某种历史借鉴,同时也为了奖励后进、开拓学术思路,我们编辑“清代法律史专论”丛书,按不同主题收录若干博士论文,压缩删减,则其精要。全书共分三卷,每卷八十余万字。这些论文中,有的已经出版,但此次出版都经作者修订,重加编辑、校对。丛书立论未必都精当、取材也未必都宏富,但都具有创新的精神且自成一家之言。本书的出版也是对他们治学精神的一种鼓励。

在我们编辑过程中,除收录张晋藩先生指导的有关博士论文外,也收录了朱勇教授指导的相关博士论文。有的论文作者忙于工作,无暇压缩修改,故未能选入;有的论文主题互有重复,只能取其优者。因限于篇幅,不得不如此,请作者见谅。

法律出版社

2015年1月

清代法制史概论(代序)

清朝是中国封建社会的末代王朝,经历了二百六十余年由盛到衰的历史发展过程。在这期间,封建经济取得了超越前代的发展,典章制度也获得了显著的成就。清朝所处的历史地位,决定了其法制历史的价值。

清朝的封建法制辗转传承,相当完备:表现在法律体系上,由刑事、民事、行政、诉讼、经济等各个部门立法组成了完整的法律体系;表现在法律内容上,不仅涉猎广泛,而且更加符合社会的实际和民情;表现在司法制度上,程序严格,审级明确,会审和死刑复核进一步制度化、法律化。特别是为适应统一多民族国家的需要,还在边陲少数民族聚居地区因族因俗制宜制定了一系列民族法律,加强了国家统一的司法管辖和国家的稳定。因此,剖析清朝的法制史,有助于了解整个封建法制历史的一般规律性。

清朝是以满洲贵族为主体的政权,从天命元年(1616年)建立后金政权时起,就表现了满洲族对于法制建设所特有的见地,开始了由习惯法向成文法的过渡,并沿着“参汉酌金”的路线实现着汉满法文化的融合,在后金国制的基础上,出现了三院六部的新体制和“十恶”入律的新的法律内容。顺治元年(1644年)入关以后,全面扩展了“参汉酌金”的路线,完成了有清一代的政治、法律制度的创设。

中国悠久的法文化传统表现了中华民族的理性思维和伟大的创造力,其中,也蕴藏着少数民族的贡献。中国历史上,多次建立了少数民族的地方政权,还出现了元朝的集中统一的国家管理,但因年代久远,或因统治的时间短暂,遗留下来的法制史料缺乏完整性。只有以满洲族为主体的清朝法制,从关外一隅发展到整个中国,史料详备,脉络清晰,是研究中国法制史和少数民族法制史的圭臬。

道光二十年(1840年)鸦片战争前夜,西方殖民主义国家已经把侵略的触角伸进这个古老的东方大国的疆域。当时除林则

徐痛感睁眼看世界、了解外国情势的紧迫性之外,整个清朝朝野上下依旧沉浸在闭目塞听、因循旧章、歌舞升平的氛围之中。1840年第一次鸦片战争爆发,腐朽昏聩的清朝被英国侵略者打败。此后,西方殖民主义国家一次次发动侵华战争,一次次强迫清政府签订不平等条约。

如果说维持与外界的隔绝状态,是保存清朝固有的经济、政治、文化机构的必要条件,那么在西方殖民主义国家以炮火轰开闭关锁国的国门以后,不仅西方的商品如潮水般涌入这个广大的市场,西方的文化(包括法文化)也同其他商品一样,迅速涌入中国。在这样的历史背景下,因循守旧的局面也随着封闭环境的破坏而遭到冲击。

面对西学东渐的新形势,一部分爱国士大夫与开明官僚,也在思考着庞然大物般的清朝为什么会如此不堪一击?西方国家战胜中国难道仅仅源于船坚炮利?在国家管理体制上究竟出了什么毛病?中国要雪耻图强在思想文化上应该如何准备?经过不断地、痛苦地反思,逐渐把思路集中到采西学以变革图存上。

在中国近代史上,救亡图存是一条主线。就内部而言,矛盾的焦点集中在国家体制上。随着西学东渐的深化,改良派与维新派逐渐懂得了西方国家的强盛之由不仅在船坚炮利、科学技术的先进,更重要的是在民主与法治学说指导下建立的资产阶级民主法律制度的优胜。以儒家学说为基石的传统法律文化,已经不能适应时代的发展和满足人民救亡图存的需要。因此,先进的中国人把希望寄托在采用西方的民主政治上。于是,西方的法学著作和各种法律也进入了人们的视野。以严复为代表的维新派翻译的西方法学著作,不仅成为维新派变法维新的理论武器,也使他们意识到改革中国传统法制的走向。

义和团运动以后,清朝已经不能照旧统治下去了,被迫宣布变法革新,实行预备立宪。在这个背景下,变法修律、改革司法,也提上了议事日程,中国法制的近代化由此开始。中国法制的近代化,有其历史必然性,它所追求的目标是富国强兵、救亡图存。在中国法制近代化的历程中,西方的民主法制思想起了先导的作用,而初步掌握了西方民主法制思想的中国的政治家与思想家则起了鼓动进步的历史潮头的作用。中国法制近代化的路径是外源式的,这在当时也是不二的选择。移植来的西方法律改变了中国固有的法律体系,但有的缺乏与本土国情密切结合,成为与社会生活无关的纸片。

法律的近代化是一个历史的进步的过程,它只有阶段性而没有终结。晚清只是揭开了中国法律近代化的序幕而已。

清朝距今为时不远,它在法制建设上所提供的历史借鉴具有极为现实的意义。而遗留下来的官书档案资料又浩如烟海,对其认真地加以整理总结,对于传承法律文化遗产具有重要价值。

张晋藩

2014年11月3日

作者小传

朱 勇

男,1955年生,现任中国政法大学教授,博士生导师,副校长兼研究生院院长,法律史学研究院院长。享受国务院特殊津贴。曾任全国法律硕士教学指导委员会副主任,中国法律史学会执行会长。主要从事中国法律史、近代法律史研究。1987年中国政法大学法制史专业毕业,获法学博士学位。代表性著作包括《清代宗族法研究》《中国古代法律的自然主义特征》《冲突与统一——中国古代社会中的亲情义务与法律义务》等。主编《中国法制通史》第九卷,获国家图书奖。

刘广安

男,1957年生。现任中国政法大学法律史学研究院教授,博士生导师,北京大学法学院兼职教授,华东政法大学法律史研究中心客座教授。1989年中国政法大学法制史专业毕业,获法学博士学位。主要研究领域为中国法制史、中国法律思想史。代表性著作包括《清代民族立法研究》《中华法系的再认识》和《中国法律思想简史》等。在《中国社会科学》《中国法学》《中外法学》等刊物发表学术论文二十余篇。

张晓蓓

女。现任重庆大学法学院教授、博士生导师,法学博士。中国法学会会员,中国法律史学会会员。曾任中国法学会董必武法学思想研究会理事,四川省法学会法理学分会理事。曾兼任四川电视台法制栏目、经济栏目制片人,责任编辑。新华社《每日电讯》西部特刊专题部主任等职。主要研究方向:法律史、民族法、法律文化。代表性专著为《清代婚姻制度研究》《冕宁清代司法档案研究》,参加过多项国家重点社科项目和一般项目,主持过国家重点项目分项目及各种其他项目。

焦 利

女,现任国家行政学院科研部副主任,国家行政学院妇女工作委员会副主任,《国家行政学院学报》编审,中国政法大学法学博士。曾任国家行政学院法学部副主任。从事中国法律文化史和监察法制史的研究,曾参与《清史·法律志》和教育部重点研究项目《中国古代监察法史》的研究。现主持联合国开发计划署委托课题《妇女参政能力研究》并取得阶段性成果。历年来在核心期刊发表文章二十多篇,出版著作7部。

陈 煜

男,1978年生,江苏张家港人。现任中国政法大学法律史学研究院副教授。南京大学法学院法学学士(2001年)、法学硕士(2004年)、中国政法大学法学博士(2007年)。2007—2009年任教于首都医科大学法学系,2010年至今任教于现单位。出版专著《皇帝如何断案》《清末新政中的修订法律馆——中国法律近代化的一段往事》,译著《传统中国法的精神》,合著《辉煌的中华法制文明》等,并在各类期刊发表专业学术论文十余篇。

江兆涛

男,1981年生,山东沂水人,现任教宁夏大学。2003年毕业于西北政法学院,获法学学士学位;2004年至2007年在西北政法大学攻读法律史硕士研究生,获法学硕士学位;2007年至2010年在中国政法大学攻读法律史博士研究生,获法学博士学位。主要研究领域为清朝法律史。现主持国家社科基金项目“清代州县司法过程中民间规则运用研究”与教育部人文社会科学项目“多元与一统:清代地方诉讼制度研究”。

李 群

女,湖南郴州人,中国政法大学法学博士,现任北京首都国际机场股份有限公司法律事务部总经理。在从事机场法律实务工作的同时,兼顾从事法律史、航空法、侵权责任法等领域的法学研究工作。

杨 明

男,云南剑川人,白族,法学博士。1979年出生于云南昆明。2001年毕业于中国政法大学,获学士学位,同年进入昆明理工大学法学院任教。2009年入中国政法大学攻读法律史专业博士,2012年获博士学位。现为昆明理工大学法学院理论法学研究中心讲师。研究方向为中国法制史、中国法律思想史、法理学。

简 目

清代宗族法研究 / 朱勇 001

清代民族立法研究 / 刘广安 121

清代婚姻制度研究 / 张晓蓓 203

清代监察法研究 / 焦利 299

修订法律馆与清末法制改革 / 陈煜 381

清末变法修律中的习惯调查

——中国法制现代化中的本土化自觉 / 江兆涛 459

清代漕运法研究 / 李群 569

清代灾荒救济法律制度 / 杨明 649

详 目

清代宗族法研究 / 朱勇 / 001

绪 言 / 003

第一章 清代宗族法的基本内容 / 008

第二章 清代宗族法的制定与执行 / 0041

第三章 宗族法的法理学反思 / 058

第四章 清代宗族法与国家法律的关系 / 077

第五章 清代宗族法的社会作用 / 100

清代民族立法研究 / 刘广安 / 121

前 言 / 123

第一章 清代民族立法的发展进程 / 125

第二章 清代民族立法的代表作《理藩院则例》 / 131

第三章 清代对西藏制定的六部重要章程 / 143

第四章 适用于维吾尔族的专门法规 / 156

第五章 适用于青海地区少数民族的三部特别法规 / 171

第六章 适用于苗疆地区的诸种法规 / 177

第七章 清代民族立法的法学意义 / 194

结 语 / 200

清代婚姻制度研究 / 张晓蓓 / 203

第一章 清代婚姻制度的基本原则和特点 / 207

第二章 清代婚姻制度源流与观念变化 / 212

第三章 清代婚姻的类型 / 241

第四章 婚姻的缔结与忌禁 / 259

第五章 婚姻的终结 / 279

第六章 清代离婚法律规范的评析 / 296

清代监察法研究 / 焦利 / 299

第一章 清代监察法律体系考察 / 301

第二章 监察体制的法律化 / 326

第三章 清代监察运行机制的法律化 / 340

第四章 监察官职责及监察范围的法律化 / 354

第五章 对监察官管理的法律化 / 361

第六章 清代监察法的价值分析 / 376

修订法律馆与清末法制改革 / 陈煜 / 381

第一章 清末新政中的修律准备 / 384

第二章 修订法律馆的设立——从刑部律例馆到修订法律馆 / 397

第三章 修订法律馆的组织结构 / 404

第四章 修订法律馆的修律宗旨 / 408

第五章 修订法律馆的修律方法 / 416

第六章 修订法律馆的修律成就 / 438

清末变法修律中的习惯调查——中国法制现代化中的本土化自觉 / 江兆涛 / 459

前 言 / 461

第一章 晚清社会转型与中国法制现代化的启动 / 469

第二章 国际化与本土化:清末法制现代化的双重追求 / 486

第三章 修订法律馆之习惯调查 / 496

第四章 宪政编查馆之习惯调查 / 515

第五章 清末习惯调查对中国法制现代化之影响 / 546

结 语:中国法制现代化之本土化的历史检讨与展望 / 565

清代漕运法研究 / 李群 / 569

第一章 清代漕运法的立法背景 / 571

第二章 清代漕运机构 / 575

第三章 清代漕运法的法律形式 / 585

第四章 清代漕运法的基本内容 / 598

结 语 / 646

清代灾荒救济法律制度 / 杨明 / 649

第一章 清代灾荒救济法律制度的历史渊源 / 653

第二章 清代灾荒救济的程序性法律规定 / 661

第三章 清代灾荒救济中的惩罚性法律规定 / 679

第四章 闹赈及官府的应对 / 697

第五章 清代灾荒时期的恤刑 / 718

结 语 / 726

清代宗族法研究

朱 勇

绪 言

第一章 清代宗族法的基本内容

第二章 清代宗族法的制定与执行

第三章 宗族法的法理学反思

第四章 清代宗族法与国家法律的关系

第五章 清代宗族法的社会作用

绪 言

翻开历史,我们会惊异地发现,古老的中华社会存在着各种令人费解的奇特现象。

——政治生活中,国家官吏与编户齐民的统治和被统治关系披着一件父母与子女的血缘关系外衣,官吏称国民为“子姓”,国民则称代表国家、对国民直接行使统治权的州县行政长官为“父母官”。“爱民如子”成为整个社会,包括统治阶级和被统治阶级所称道的一种优秀的统治方式。

——经济关系中,交换主体的资格被严格限制。家庭同居共财,只有家长才享有对家庭财产的处分权;家庭其他成员无论年岁长幼,皆不得成为财产所有权人,无权直接参与经济交往。在土地、房屋等不动产买卖中,买卖双方当事人的协议及过割纳税并不构成买卖关系成立的充分条件,卖主的族属宗亲作为该买卖关系的局外人,却有权对买卖行为加以干预,形成对平等的买卖关系具有否定意义的“亲族先买权”。

——“孝”的观念被无限扩大。在性质上,它不仅作为道德标准通过社会舆论、传统习惯及人们的内心信念约束人们的行为,而且由礼入法,具有法律规范的强制性。“不孝”作为不赦之大罪,为历朝法律所严刑禁止。从内容上,对“孝”的要求超出子女对直系尊亲属的赡养侍奉而涉及社会生活各个方面。子孙杀人、伤害、窃盗赌博等普通犯罪及毁败家产、游荡非礼等一般愆过行为皆被视作“不孝”;祖宗不仅以其血缘之尊而成为孝的对象,而且也作为行为方式和道德操行上的模范而为后世子孙们所仿效。

中华民族是一个古老的民族,在其漫长的历史发展过程中,逐渐形成具有独特风格的文化类型——宗法文化。强调伦常秩序,注重血缘身份,并使这种宗法因素渗透于政治、经济和思想文化各种社会关系中,进而从总体上影响民族意识、民族性格、民族

习惯的形成,这就是宗法文化的最主要特征。

宗法文化对于社会的存在与发展的影响,集中表现在宗法性社会秩序的确立上;而促成这种宗法性社会秩序得以巩固和发展,其首功当推宗法文化的制度性体现——宗法制度。

宗法制度,在我国源远流长。奴隶制国家建立之初,即吸取原始社会末期父系氏族的血缘性组织原则。西周统治者使宗法血缘关系与国家政治关系高度结合,形成严密而完备的宗法制度。在这种制度下,家国一体,国是家的扩大,家亦即国的缩微。周天子在政治上是天下共主,在血缘上是天下大宗。小宗拱卫大宗,诸侯效忠君主,整个社会以血缘、政治二重原则相联结,构成典型的宗法国家。春秋战国,诸侯力征,地主阶级登上历史舞台。秦始皇统一六国,建立起专制主义中央集权国家。宗法因素进一步与封建制度相结合,封建皇帝继续实行家天下统治,皇位世袭,品官荫亲,血缘上的亲疏嫡庶关系在国家政治生活中具有重要意义。

文景之治,轻徭薄赋,受惠者首先是各地大地主。经济实力迅速增长的地主乡绅利用宗法关系,建立自我中心的共同体组织,到西汉中、后期,发展成为对国家政权发生重要影响的宗法性豪强势力。汉武帝加强对地方的控制,派出刺史,监察各级官吏及地方豪强。武帝首订“六条”,列出六种监察和打击的对象,其第一种为“强宗豪右,田宅逾制,以强凌弱,以众暴寡”;第六种为“二千石违公下比,阿附豪强,通行货赂,割损正令”。^{〔1〕}但宗法性豪强势力即屡裁不消。昭宣时期,涿郡“大姓西高氏、东高氏,自郡吏以下皆畏避之,莫敢与牾,咸曰:‘宁负二千石,无负豪大家’”。^{〔2〕}王莽改制,受到社会各界的抵制,而豪富大姓更是反对力量的中坚。南阳大豪强刘秀脱颖而出,利用宗法性豪强的武装力量,建立东汉政权。魏晋南北朝,宗法性豪强势力继续扩张。西晋实行占田制,为增强豪强地主的经济实力,提供了条件。各地豪强还通过荫户庇亲,联络同姓族人,收容异姓流民。南梁沈众,以宗法联族,口数逾万。侯景乱时,“(沈)众率宗族、义附五千余人,入援京邑”。^{〔3〕}九品中正制的实行,推波助澜,促成一大批门阀世家的形成。北朝统治下,十六国混战,一些汉族大地主聚族而居,扩田庄,筑坞壁。北魏统治者因势而治,承认宗法性坞壁统治的合法性,确立“宗主督护制”。隋唐两代,封建社会进入鼎盛时期,在政治、经济制度上有诸多变革。隋废九品中正制,开科取仕,堵绝了产生门阀世家的一条主要道路。隋唐继续实行北魏开始的均田制,使中央政府直接控制了全国大多数农户,保证了朝廷的财政赋税收入,从经济上削弱了豪强地主的力量。唐中后期,中央政府注意压抑、打击宗法性豪强势力,破坞壁,散田庄。唐末农民起义,藩镇割据及五代时小国征战,整个社会再次陷入极

〔1〕《汉书·百官公卿表》注,引《汉官典职仪》。

〔2〕《汉书·酷吏严延年传》。

〔3〕《陈书·沈众传》。