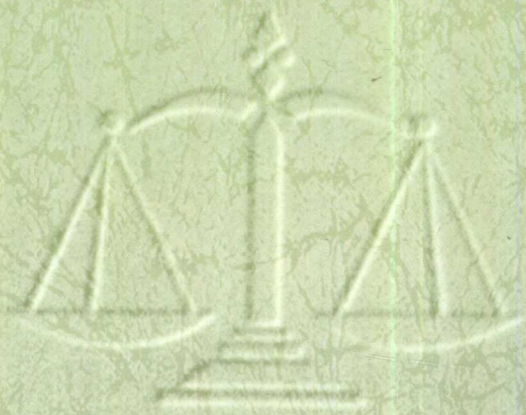




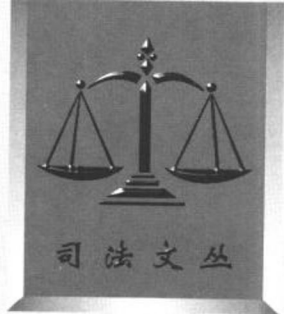
司法文丛

# 明清律典与条例

苏亦工 著



中国政法大学出版社



# 明清律典与条例

苏亦工 著

中国政法大学出版社

## 图书在版编目(CIP)数据

明清律典与条例/苏亦工著. —北京:中国政法大学出版社,1999.8

(司法文丛)

ISBN 7-5620-1903-7

I. 明… II. 苏… III. ①明律 ②清律 N. D929.4

中国版本图书馆CIP数据核字(1999)第33235号

**责任编辑** 宋 军

**出版发行** 中国政法大学出版社

**经 销** 全国各地新华书店

**承 印** 军事科学院印刷厂

---

开本:850×1168 1/32 12.75印张 320千字

2000年1月第1版 2000年1月第1次印刷

ISBN 7-5620-1903-7/D·1863

印数:0001—3000册 定价:23.00元

---

**社址:**北京市海淀区西土城路25号

**邮编:**100088 **电话:**62229803 或 62228801

**声明:**1. 版权所有,侵权必究。

2. 如有缺页、倒装,由本社发行科负责退换。

## 编辑说明与志谢

北京大学法律学系司法研究中心成立于1996年6月，是一个以司法制度为主要研究领域的学术机构。中心倡导对于司法制度进行跨学科、多角度的综合研究。在运作以及成果上强调学术研究与司法实践之间的沟通、对话以及互动，强调成果的多层次和多侧面，强调项目参与者的广泛性和多样性，力求通过中心的研究成果以及学术活动本身既推进司法研究领域的学术进展，又对于中国司法制度的改进有所贡献。

中心的基本活动模式是通过各种课题组开展对司法制度某个特定方面的专题研究，不定期地举办讨论会和报告会，推进相关领域的国际国内学术交流。这套“司法文丛”则是展现中心研究成果以及国内外司法制度研究成果的主要窗口。

“司法文丛”是一个开放的和持续性的园地，举凡国内法律界的研究专著和文集、外国著作的汉译、有关司法改革的调查报告和原始资料等等，只要符合中心的学术旨趣和成果标准，均在采撷收入之列，入选作者并不以参与中心项目者为限。因此，我们欢迎来自海内外学术界与司法界的关注与参与。

我们研究中心的活动与“司法文丛”的出版均得到了福特基金会（Ford Foundation）的宝贵资助，得到了北京大学法律学系的熱情支持，我们谨向上述两机构以及所有给予我们支持与关心的人士

ESIF 107

致以衷心的感谢。同时，我们也向中国政法大学出版社表示感谢，为着该社在学术著作的出版方面表现出的热心与恒心。

编辑者  
1998年9月

## 引 言

中国是世界上少数拥有数千年悠久历史的文明古国之一，我们的祖先曾经创造了光辉灿烂的古代文化，这是我们自己不愿，也是外人所不能否认的事实。不过，一谈到中国的传统法律，国人就感到沮丧和无精打采。在现代人的心目中，中国历来是一个轻视法律的国家，法制简陋而且不受重视，甚或有人断言，中国根本就没有法律。无论我们如何自我感觉良好，我们也不得不承认，法律是中国固有文化中的“弱项”。普遍的看法是，由于帝王专制制度的长期侵蚀和儒家重道德轻法律思想影响的至深且巨，导致了人治主义猖獗，法律成为政治斗争的工具或政治统治的装饰物。因此，中国古代没能发展出一套像西方那样博雅精致的法律制度和法律文化体系。这未尝不是一个不小的遗憾。如果说中国古代文化是一块晶莹剔透的瑰璧，中国固有的法律文化就是横亘于这块宝玉上的瑕点了。随着法律在人类生活中的地位逐日提升，这块瑕点也就愈显硕大和刺眼，乃至令人无法忍受。

然而，如果我们徜徉于明清两代的文物典籍之中，当我们目睹那堪称是卷帙浩繁的律例令典，瞥一眼那几乎是汗牛充栋的律学著述、刀笔文卷、讼师秘本、官箴案牍，我们就会发现一个完全意想不到的新大陆：原来我们的明清先人们曾创造过如此丰富多彩的法律世界。是洋人没有见过这些东西呢，还是我们自己数典忘祖呢？恐怕都不是。真正的原因是，我国古代的法律与西方的法律有着很大的差别，而我们现在所采用的“法律”概念则又完全是套用西方的鉴别标准。于是乎，我国古代，包括明清时期，究竟有无法律就

成了颇费口舌的问题。

一位专门研究大清律的西方人指出，“研究中国传统法律的资料是极其丰富的”。但是，“即使有如此丰富的资料，我们对律典的理解仍然是不够的。甚至连称它为‘法典’或‘法律’都存在着一一些问题”，因为中国传统的法律“不符合我们已认可的任何一种分类体系”。更主要的是，“我们也不能放弃我们的方法转而接受中国人的观点”。如果中西法律的差别仅仅限于分类方法上的不同，那倒非常简单，只要我们转而接受西方人的观点不就行了吗？事实上我们也是这样做的，我们的许多知名学者不是已经承认我们的传统法律是“重刑轻民”，“诸法合体，刑民不分”的吗？然而争议并未至此了结，那位西方人又指出，大清律“不像我们的法典那样直接向公民或臣民宣示：如果你杀了人，你要被处死。律典是对官吏的一种指示：若尔所辖朕之臣民犯有杀人罪，尔当治之以死刑。用美国的术语来表述，律典更像是一种内部行政指示，如下发给三等邮局经理的指示，而不大像法典，甚至连一般的法律都不像”。〔1〕不像的根本所在又是什么呢？另一位极有影响力的西方学者解释说：“中国法纯粹是工具性的和官僚政治的法，因为它从未受到诸如西方教会那样外部权威的挑战和检验”。〔2〕换言之，中国传统的法是官方垄断的工具而不是全社会共享的行为准则。显然，中西方法律的分水岭不在于分类方法的不同，也不在于是否“重刑轻民”；而在于中西方对于法律概念的不同界定和隐含于法典条文背后的价值体系的迥然差别。正如一位西方学者所指出的那样：“法律似乎是西方研究中国的各个学科中最为艰难的一个，因为它深深地植根

〔1〕 分见钟斯：“大清律例研究”，载于高道蕴等编：《美国学者论中国法律传统》，中国政法大学出版社1994年版，第354-355页及第364-365页。

〔2〕 同前注〔1〕引书，第8页，高道蕴：《导言》引昂格尔观点。

于西方的价值观念之中”。〔3〕看来，在这个暂时无法说清的问题上继续纠缠下去，除了可能证明中国古代没有法律以外，并不能给我们的研究带来更多的帮助。〔4〕有鉴于此，本书不拟讨论太多抽象的概念性问题，而是着眼于具体的事实，选择我们最直接的祖先——明清时人——心目中最正宗的“法律”——姑且视其为“法律”的律典和条例加以解剖。

笔者赞同法律多元主义者的观点，以为固有法源确实可以分为官方法（或称国家法）和民间法两类，〔5〕前者以制定法为主体，后者则以非制定法或习惯法为主。本书探讨的核心是前者，亦即明清时代最具代表性的两种官方法源——律典和条例。尽管本书并不直接涉及律例的实体性规范和价值内涵，但这绝不意味着笔者接受了法律实证主义者的观点。为了避免上述的误会并将本书主旨的讨论置于一个特定的文化氛围之中，本书采用了由远及近的叙事方法。绪篇是对本书所使用的一些概念的限定并阐释其必要的背景因素，涉及的内容相当广泛而又繁杂，因此只能点到为止，不加以展开论述，以免喧宾夺主。绪篇的首章是对明清社会的意识形态和社会构造的一个简要的定格，不过，这一章的内容并不限于明清两代，实际上是对我国固有法系存活背景的总体描述。为了使读者能够更清晰地了解明清律典和条例在当时国家法律体系中所处的位置，接下来的两章简要地介绍了明清法律渊源的宏观框架，为了叙

---

〔3〕 拉伯曼语，载于 Jerome Alan Cohen ed. , *Contemporary Chinese Law , Research Problems And Perspectives* , Cambridge , Harv. Univ. Pr. , 1970, p. 260。有关西方人研究中国传统法律的状况可参见拙文：“当代美国的中国法研究”，载《中外法学》1996年第5期。但请注意该文刊印时因作了较大删节且未经笔者校对，存在许多错误。

〔4〕 拉伯曼也认为，“顽固地套用西方模式对中国法品头论足必将一无所获”，同前注〔3〕。原文见 Stanley Lubman: "Studying Contemporary Chinese Law: Limits, Possibilities and Strategy", 39 *Am. J. Comp. L.* 301 (1991)。

〔5〕 参见苏力：“法律规避和法律多元”，收入《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社1996年版，第51页。



述方便起见，仍不得不借用西方式的法律分类方法，将明清法律渊源笼统地分为制定法和非制定法。关于制定法，着重介绍行政法和刑法两大类；非制定法则以民事规范和习惯法为切入点。接下来的11章，紧扣本书的主题作相对比较具体的介绍和分析。上篇的第三章是关于律典的一些具体史实问题，围绕明清律的修定背景、制定过程和相关的版本展开论述并加以必要的考证。中篇第七章至第十章分别探讨律例各自的性质、作用及律例之间的相互关系。如果说律典集中反映了2000年来中国官方社会最基本的价值观念，条例则凸显出现时统治者的近期利益走向；如果说律典累积了历代帝王的整体意志，条例则汇集了现时政策执行者的最新意志；如果说律典带有保守和教条化的色彩，条例则表露出变通和灵活性的特征；如果说律典象征着家天下的持久和稳定，条例则昭示了一姓江山的短暂和动荡；如果说律例的矛盾代表了先王和后主在政策和策略上的分歧和冲突，律例的统一又彰显出二者在利益和目标上的调和与互补。下篇的两章沿着中篇的思路，选择八议和婚姻家庭关系两个律例运行的实例加以展开和更深入的分析。余篇的两章透过清末的思想启蒙和制度变迁祭奠了历经2000年发展的律典传统的最后崩解。行文中笔者力求做到通俗易懂，以便吸引更多的读者，但由于本书的主题本身就比较抽象，加之明清律例又涉及到许多为当时人所普遍接受的专门术语，这就使得本书的内容和行文仍显得有些枯燥。当然，最主要的问题还是作者的能力有限，不胜任驾驭抽象的主题所致。至于书中存在的缺点和错误，更是难以避免了。只有请耐心的读者，在勉为其难之余，不吝赐教。

# 司法文丛

编辑者

北京大学司法研究中心

主持人

贺卫方 张志铭 朱苏力

# 目 录

引言	(1)
----	-----

## 绪篇 概念和体系

<b>第一章 固有法律及其相关概念</b>	(1)
第一节 传统意义上的“法”概念	(1)
第二节 法律儒家化问题	(10)
第三节 国家的暴力色彩	(18)
第四节 政府的私家化	(22)
第五节 社会结构的二元格局	(28)
<b>第二章 明清法律渊源体系(上)</b>	(39)
第一节 明清法律渊源的名称	(40)
一、法之名称的意义及历史沿革	(40)
二、“例”名辨析	(42)
第二节 民事法源与习惯法	(46)
第三节 刑事法源	(53)
一、明代的刑事法源	(53)
二、清代的成案	(55)
三、明清律学与刑事法源	(57)
<b>第三章 明清法律渊源体系(下)</b>	(63)
第一节 行政法源	(63)
一、会典	(63)

二、则例 .....	(70)
三、省例 .....	(74)
第二节 民族地方法规 .....	(78)
一、《蒙古例》与《蒙古律书》及《理藩院则例》 则例的关系 .....	(79)
二、回例(律) .....	(85)
三、苗例 .....	(87)

## 上篇 律 典

第四章 明律的制定及其体例创新 .....	(93)
第一节 明律制定的过程 .....	(93)
第二节 明律的体例创新 .....	(98)
第五章 清律的颁布和实施 .....	(110)
第一节 顺治律的颁行时间 .....	(110)
第二节 顺治修律的背景 .....	(115)
第三节 顺治律的施行 .....	(119)
第四节 雍、乾律的制定 .....	(123)
第六章 顺治律的版本 .....	(127)
第一节 顺治律的搜觅 .....	(127)
第二节 “沈跋本”的发现 .....	(129)
第三节 诸种“顺治律”刻本的比较 .....	(134)
第四节 顺康间的修补律例 .....	(146)
第五节 逃人法入律的时间 .....	(154)
第六节 顺治律原刻本的存疑 .....	(162)

## 中篇 律 例

<b>第七章 律典的地位和优越性第</b> ·····	(167)
<b>第一节 律典的继承性和稳定性</b> ·····	(167)
<b>第二节 律典的概括性</b> ·····	(173)
一、学理基础·····	(177)
二、体例上的制约·····	(178)
三、律是条例制定和修改的宗旨·····	(183)
四、律是条例实施的指导·····	(186)
<b>第八章 明清两代的修例</b> ·····	(190)
<b>第一节 明代的修例</b> ·····	(190)
一、概说·····	(190)
二、《问刑条例》的初修·····	(191)
三、《问刑条例》的重修·····	(194)
<b>第二节 清代的修例</b> ·····	(197)
一、第一阶段，清初——雍正末年·····	(197)
二、第二阶段，乾隆——同治九年·····	(200)
<b>第九章 条例的性质和作用</b> ·····	(205)
<b>第一节 条例、判例与判例法</b> ·····	(205)
<b>第二节 条例的具体和针对性</b> ·····	(217)
一、创造性补充·····	(218)
二、一般性补充·····	(223)
<b>第三节 条例的灵活性和变通精神</b> ·····	(228)
<b>第十章 律例关系辨析</b> ·····	(232)
<b>第一节 争议的由来</b> ·····	(232)
<b>第二节 律例关系的两种表现</b> ·····	(237)
一、重复调整·····	(237)
二、各自调整·····	(243)

## 下篇 律例实用举隅

<b>第十一章</b>	<b>从八议制度的沿革看明清律典的变化</b> ·····	(249)
<b>第一节</b>	<b>八议制度的历史沿革背景</b> ·····	(249)
一、	八议的沿革趋势·····	(249)
二、	八议制度的三种类型·····	(253)
<b>第二节</b>	<b>明清八议制度的存废</b> ·····	(260)
一、	明代八议制度的存废·····	(260)
二、	清代八议制度的存废·····	(262)
三、	雍正六年上谕的背景·····	(270)
四、	明清八议之律的特点·····	(275)
五、	八议存而不废的原因·····	(269)
<b>第十二章</b>	<b>从婚姻家庭关系看条例对律典的变通</b> ·····	(284)
<b>第一节</b>	<b>律典对传统礼教的捍卫</b> ·····	(284)
<b>第二节</b>	<b>条例的顺应民情</b> ·····	(287)

## 余篇 律典传统的崩解

<b>第十三章</b>	<b>律典价值基础的动摇与“仁”的再发现</b> ·····	(303)
<b>第一节</b>	<b>作为批判武器的“仁”</b> ·····	(303)
<b>第二节</b>	<b>谭嗣同及其“仁学”</b> ·····	(306)
<b>第三节</b>	<b>“仁”的再发现</b> ·····	(314)
<b>第十四章</b>	<b>沈家本与中国律典传统的终结</b> ·····	(336)
<b>第一节</b>	<b>清末法律改革评价中的悖论</b> ·····	(336)
<b>第二节</b>	<b>清末修律的后果</b> ·····	(340)
<b>第三节</b>	<b>清末修律的主持人</b> ·····	(346)
<b>第四节</b>	<b>清末修律的指导思想</b> ·····	(358)

---

第五节 结论.....	(368)
主要参考文献.....	(404)
后记.....	(432)

# 绪篇 概念和体系



