

清代法律体系辨析

QINGDAI FALÜ TIXI BIANXI

刘广安 沈成宝◎著



中国政法大学出版社

清代法律体系辨析

QINGDAI FALÜ TIXI BIANXI

刘广安 沈成宝◎著



中国政法大学出版社

2017·北京

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题, 由出版社负责退换。

图书在版编目(CIP)数据

清代法律体系辨析/刘广安, 沈成宝著. —北京: 中国政法大学出版社,
2017. 1

ISBN 978-7-5620-7203-4

I. ①清… II. ①刘… ②沈… III. ①法律体系—研究—中国—清代
IV. ①D929. 49

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第008514号

书 名	清代法律体系辨析
出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话	010-58908285(总编室) 58908334(邮购部)
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	880mm×1230mm 1/32
印 张	7.375
字 数	159 千字
版 次	2017 年 1 月第 1 版
印 次	2017 年 1 月第 1 次印刷
定 价	22.00 元

前 言

本书得到教育部人文社会科学重点研究基地中国政法大学法律史学研究院重大项目《中国传统法律体系与社会秩序》(2014~2017)的资助,也是在该项目基础之上调整提纲后的写作成果。

2012年7月,高等教育出版社为我出版了《中国古代法律体系新论》一书。该书中的论文初步论述了中国古代数种法律形式的相互关系与协调适用问题。2016年3月,在指导沈成宝完成博士学位论文《清代则例适用研究》之后,认为该文为法律体系学的研究提供了重要的法史学成果。4月8日给沈君发微信,建议将法律体系学作为长期的研究方向。研究各种法律形式的相互关系与协调适用的法律体系学为我们展现了新的广阔的研究领域。

1985年至今,我发表过的法史学专题论文,主要涉及家族法学、民族法学、立法史学、法史学科发展学、中华法系学,现在归结于法律体系学。一个专题有了领域性的研究意识、成果、价值、目标、前景,方可冠于“学”。此学不是一点一滴之学,也不是一线一面之学,而是立体构成的法律体系之学。法律体系学的研究,需要具有跨越各种专门法学、部门法学的交叉学科的知识学养。本书只是我们从清代法律体系与协调适用

的角度认识法律体系学的初步研究成果，也是为法律体系学的建立和发展所做的添砖铺路的基础性工作。

把研究清代法律体系协调的学术意义归结于法律体系学的建立和发展，也是我们对法史学的当代价值的学术反思。我们认为：法史学的当代价值在学术方面，主要是丰富和深化理论法学的认识。理论法学的研究如果局限于哲学的思辨、概念的分析或逻辑的论证，是缺乏时代活力的，是难于适应社会发展变化实践的需要的。法史学为理论法学提供法史研究的养料，提炼生活实践和法制实践中蕴含的理义，必定会丰富和深化理论法学的认识。

本书的《大清会典》《大清律例》和前言、后记、附录部分，由刘广安撰写编选。清代则例和参考文献部分由沈成宝撰写编选，并经刘广安删改修订。

刘广安

2016年8月27日于京华东斋

目 录

《大清会典》的效力、适用方式与编纂意义	1
《大清律例》的协调适用原则	23
清代则例的协调适用方式	41
清代则例的协调适用原则	83
附 录	205
参考文献	211
后 记	221

《大清会典》的效力、 适用方式与编纂意义

- 一、《大清会典》是清代具有最高效力的法典吗？
- 二、《大清会典》到底是如何适用的？
- 三、《大清会典》编纂的意义究竟是什么？

杨一凡、何勤华、钱大群等法史学专家有关《大清会典》这部巨著的观点，在学界有相当广泛的影响力。本文针对他们有关《大清会典》的效力问题、适用问题和编纂意义问题的观点，提出商榷，并引用新的史料从新的视角进行论证。希望这种商榷和论证有助于深化认识中国古代法律体系的构成问题，特别是深化认识《大清会典》这部历史巨著的性质、效力和编纂意义问题。

一、《大清会典》是清代具有最高效力的法典吗？

杨一凡教授在《中国古代法律形式和法律体系》一文中指出：“在古代文献中，通常把规定国家根本制度、在法律体系中居于最高层次的综合汇编性法典，称为‘大法’或‘大经大法’；把经常施行的规定某一领域或某一特定事务具体制度的法律，称为‘常经之法’或‘常法’；把因事因时临时颁布的具有补充法性质的法律，称为‘权制’或‘权宜’之法。今人法史著作中所说的古代‘补充法’，实质上是对历史上‘权制’之法的现代表述。从法律效力层次意义上讲，也可以说中国古代法律体系是以国家大法、常法和权制之法构成的规范体系。”〔1〕“以国家

〔1〕 杨一凡：“中国古代法律形式和法律体系”，载杨一凡：《重新认识中国法律史》，社会科学文献出版社2013年版，第19~68页。下引该文观点不再一一注明出处。

“大法”“常法”和“权制”之法体现效力层次和法律地位。”“魏晋至宋代的‘律典’和‘令典’，南宋的《庆元条法事例》，西夏的《天盛改旧新定律令》，元代的《大元通制》，明清的《会典》，就分别是各代的国家大法。”“明清两代以《会典》为大经大法，以典为纲，以例为目，律为常经之法列入会典。”“《大清律》作为国家的‘常经’之法，虽然是国家最重要的基本法律之一，但其作为国家大经大法《会典》的组成部分或会典之目，其法律地位处于《会典》之下。”“明清两代以《会典》为国家大法，以律为刑事方面的基本法律，律与表述行政诸方面法律制度的常法并用，形成了以国家大法、各种常法、各类补充法为框架的法律体系，反映了这两代的立法技术更加成熟，法律体系变得更加严密、合理。”

杨一凡教授有关《大清会典》的观点和涉及的问题较复杂。为能全面地认识、理解这些观点和更具有针对性地商榷，上文作了较系统的引证。现将笔者的有关认识和见解综论如下：

第一，帝制时代的中国不存在杨先生总结的效力可以分为三个层次的法律体系。从概念方面看，杨先生选用帝制时代的几个传统法律概念“大经大法”“常法”和“权制”之法去说明中国古代法律体系的效力层次。用传统法律概念去说明传统法律问题，在一定范围内，可以避免用现代法律概念去说明传统法律问题所造成的古今混淆或牵强比附的缺陷。但很多传统法律概念本身也有含意笼统、不够精确的缺陷，用这类传统法律概念去说明传统法律问题，也难免出现词不达意的问题。“大经大法”的概念在古代文献中，并不含有最高效力的含意。在古代文献中，“大经”是指“不变的常规”。“大法”是指“重

要法则，也指重刑”。“大刑”是指“重刑”。“大令”是指“重要的法令”。〔1〕“大”字与“法”“刑”“令”组成一个法律概念时，就是指“重要的法律法令”，没有最高效力的含意。仅从这类概念也不能推论出最高效力的含意。“常法”在古代文献中，是指经常适用的长期有效的正式的法律，其形式多种多样，笼统的“常法”概念也难于显示其效力层次。“权制”之法是君主因事因时临时颁布的法律，杨先生认为“权制”之法“具有补充法性质”，“今人法史著述中所说的‘补充法’，实质上是对历史上‘权制’之法的现代表述”。笔者认为，“权制”之法的现代表述用“补充法”的概念是不够准确也不够全面的。因为“权制”之法既可能是对“大法”“常法”的补充，也可能是在“大法”“常法”形成之前的具有奠基性的开创性的法律，而不是对“大法”“常法”的补充。如汉初刘邦发布的“约法三章”，是因事因时临时颁布的“权制”之法，是汉代《九章律》等“常法”制定之前的具有奠基性的开创性的法律。用“补充法”的概念是不能反映这类“权制”之法的效力和地位的。如果要用现代表述说明“权制”之法，用“暂行法”的概念比“补充法”的概念要更为准确也更为全面。从法源方面看，“权制”之法的效力置于“大法”“常法”之下，更有值得商榷的地方。因为在君权至上的帝制时代，君权是最高法源。君主的“权制”之法，在理论上和在实践中，都具有最高的效力。“大法”“常法”要得到君主的认可之后，才能成为重要的法

〔1〕 参见《古汉语大词典》，上海辞书出版社2000年版，第727、726、722、721页的相关引证和解释。

律。唐明清的律典，对君主的“权制”之法的效力有所限制，唐律规定：“诸制敕断罪，临时处分，不为永格者，不得引为后比。若辄引，致罪有出入者，以故失论。”〔1〕明清律都规定：“其特旨断罪，临时处治不为定律者，不得引比为律。若辄引比，致罪有出入者，以故失论。”〔2〕尽管律典有这方面的规定限制君主“权制”之法的效力范围，但律典对君主“制敕断罪”或“特旨断罪”的最高效力是没有否定也不可能否定的，对君主“权制”之法在理论上和实践中的最高效力是肯定的。在清代则例中，有奉特旨处罚的专门规定：“所奉谕旨犹有严议、议处、察议之分。议处者，照例议处；严议者，加等议处；察议者，减等议处。其应如何加減之处，须查严议、减议之条，照例加減，不得凭空酌拟。——其特旨交议之件，亦应辨其罪在公私，照例核议，具奏请旨，不得因系特旨，遂于折尾声明。”〔3〕这一规定非常明确地肯定了皇帝“特旨”在处理具体事件中的最高效力和适用方式，虽有“照例核议”的约束，但改变不了“具奏请旨”的最终决定权。从体系方面看，在汉唐至明清的法律体系中，没有三个效力层次的专门理论或专门规定，但有后法优于先法的理论和专门规定。汉代最高司法长官认为：“前主所是著为律，后主所是疏为令，当时为是，何古之法乎。”〔4〕明清律典有“断罪依新颁律”的专门规定：“凡律自颁降日为始。若犯

〔1〕《唐律疏议·断狱律》“辄引制敕断罪”条。

〔2〕《大明律》《大清律例》“断罪引律令”条。

〔3〕《钦定王公处分则例》卷首《查例章程》，载杨一凡、田涛主编：《中国珍稀法律典籍续编》（第六册），黑龙江人民出版社2002年版，第310页。

〔4〕《汉书·杜周传》。

在已前者，并依新律拟断。”^{〔1〕}帝制时代所具有的后法优于先法的理论和专门规定，都是对君权是最高法源的确认和维护，并没有表明法律体系中存在几个效力层次。并且，后法优于先法也只是一般的原则，而不是最高的不可变更的原则。确认哪些后法优于先法，选择何种成例优于后法，都要根据君主特旨最后确定。在君主“制敕”或“特旨”的最高效力之下，各种法律形式的效力关系是互相交错的，既有相对稳定的后法优于先法的原则，又有君主根据具体需要选择的不确定性。总之，在清代法律体系中，存在旧法与新法的区别，即原有定例与现行定例的区别；存在稳定的法律与暂行的法律的区别，即“常法”与“权制”之法的区别；存在以行政规范为主要内容的法典与以刑事规范为主要内容的法典的区别，即各部院则例与《大清律例》的区别；存在汇编式的综合法典与分编式的单行法典的区别，即《大清会典》与《大清律例》和各部院则例的区别。这些区别不能体现上述各种法律在效力上的高低之分，不存在杨先生所说的三个效力层次的法律体系。

第二，《大清会典》不具有最高效力层次的法律地位。首先，《大清会典》虽被清朝立法者称为“大经大法”，但所载只是“经久常行之制”，^{〔2〕}“大”字并无最高效力的含意，如上文所辨析。其次，《大清会典》是在皇帝谕旨、各部院则例和《大清律例》等多种法律形式的基础之上选编而成的，没有统一全

〔1〕《大明律》《大清律例》“断罪依新颁律”条。

〔2〕乾隆《大清会典·凡例》：“会典以典章会要为义，所载必经久常行之制。兹编于国家大经大法，官司所守，朝野所遵，皆总括纲领勒为完书。”《大清五朝会典》第十册《乾隆会典·凡例》，线装书局2006年版。

典适用原则的类似律典前的《名例律》的总则编，也没有表明效力层次的专门条款。《大清会典》的效力问题非常复杂，将在下文中从会典适用的角度、编纂意义的角度进一步论证说明。

二、《大清会典》到底是如何适用的？

何勤华教授在《清代法律渊源考》一文中认为：“《大清会典》的适用，在清代的判例法文献中也极少出现，故本文不予讨论。”^{〔1〕}并引用滋贺秀三的观点作为支持：“清朝虽拥有从《大清会典》《会典事例》，到各部院则例等很多法制编纂物，但它们在判语中被引用之处却几近于无。”^{〔2〕}

判断《大清会典》的适用问题，不能仅仅根据刑事案例和少量民事案例。因为刑、民案例是适用《大清律例》的记录，不是适用《大清会典》的记录。《大清会典》的适用情况与《大清律例》的适用情况有很大的不同。据笔者的初步考察，《大清会典》的适用具有以下特点：

第一，朝廷统一编纂《会典》，各衙门分别适用则例。《大清会典》有统一的编纂原则：“以典为纲，以则为目”。^{〔3〕}纪昀认为：会典“具政令之大纲”，则例（事例）“备沿革之细目”。^{〔4〕}

〔1〕 何勤华：“清代法律渊源考”，载《中国社会科学》2001年第2期。收入何勤华：《法律文化史谭》，商务印书馆2004年版，第42页，脚注。

〔2〕〔日〕滋贺秀三：“清代诉讼制度之民事法源的概括性考察”，载滋贺秀三等著，王亚新、梁治平编译：《明清时期的民事审判与民间契约》，法律出版社1998年版。

〔3〕《乾隆会典》卷首“凡例”。

〔4〕《四库全书总目》卷八十一《史部·政书·大清会典则例》，中华书局1965年版，第698页。

尽管《会典》有统一的编纂原则，但没有《律典》中“名例篇”那样的统一的适用原则。所以，关于《会典》的适用情况，学界一直没有统一的认识。从学界的相关研究成果看，《会典》既没有《律典》那样统一适用的原则规定，也没有统一适用的刑事或民事案例可供论证。但有《会典》的各个组成部分分别适用的史料和论述。收入《会典》“刑部”职掌之下的《律例》是单独适用的，已不必再作说明。收入《会典》“理藩院”职掌之下的“则例”，也是由《理藩院则例》单独适用的。笔者曾经作过相关的归纳说明：“则例规定了三种情况：其一是蒙古例无专条引用刑例。凡办理蒙古案件，如蒙古例所未备者，准照刑例办理。其二是蒙古处分例无专条准咨取吏、兵、刑等部则例比照引用。内外札萨克、王、公、台吉、塔布囊如遇各项应议处分，凡蒙古例所未备者，准咨取吏、兵、刑三部则例比照引用，体察蒙古情形定拟，毋庸会办。如有奉旨交议案件，内有事隶各该衙门的由各该衙门会办。其三是蒙古民人各按犯事地方治罪。蒙古等在内地犯事照依刑例定拟，民人在蒙古地方犯事照依蒙古例定拟。”^{〔1〕}其他学者也有相关论证。^{〔2〕}与理藩院同级的清朝中央行政机构职掌之下的“则例（事例）”的适用情况，与理藩院之下的“则例”的适用情况有相近之处。如吏部职掌之下的“则例（事例）”的适用，是由《吏部·处分例》单独适用的。“凡议处官员，例无正条，必须旁引比照者，如比照则例，可以引用全条，务将全条载入；如不便引用，务

〔1〕 刘广安：《清代民族立法研究》，中国政法大学出版社1993年版，第33页。

〔2〕 张荣铮：“关于《理藩部则例》”，载张荣铮等：《钦定理藩部则例》，天津古籍出版社1998年版，第1~25页。

将所引则例，或一段，或数语，引用定义。——如律例并无正条，又无可旁引比照之案，令该司官将案情详细察核，酌定处分。该堂官等再斟酌定义，于疏内声明，请旨著为定例，以备引用。”^{〔1〕}总的来说，《会典》中各个行政机构职掌之下的“则例（事例）”是分别适用的。具体适用情况是，该衙门有行政处罚则规定的“则例”，直接适用该衙门的“则例”。没有行政处罚则规定的“则例”，比照适用相关衙门的“则例”。除行政违法行为适用各该衙门的则例之外，有的犯罪行为在“则例（事例）”中有规定的，也适用则例。则例没有规定的犯罪行为，则适用《大清律例》的有关规定。对各部院“则例（事例）”和《大清律例》都没有规定的违法犯罪行为，必须上奏皇帝，确定如何处罚。这在《钦定宫中现行则例》中特别规定了五条必须奏明皇帝的“处分”制度，例如，“凡宫殿监等处太监等，有在内犯法，情罪较重，宫殿监不敢擅专者，具牌奏明，即行送出，交总管内务府治罪”。“凡宫殿监等处太监等，有奉上谕议罚、议责者，皆按《宫殿监处分则例》《各处首领太监等处分则例》引用，其有《则例》内所不能该者，许宫殿监引例比拟，仍将引例比拟之处奏明。”^{〔2〕}

第二，《会典》所定礼制大纲，皇帝根据需要直接适用。如上文所论，《会典》中各行政机构职掌之下的“则例（事例）”是由各该衙门分别适用的。但有关朝廷的礼仪典制，皇帝会根据需要直接适用有关规定，这在《清实录》中有多处记载。现

〔1〕《嘉庆会典事例》卷六十七《吏部·处分例·引用律例》。

〔2〕《钦定宫中现行则例》，载杨一凡、田涛主编：《中国珍稀法律典籍续编》（第六册），黑龙江人民出版社2002年版，第278～279页。

选三例以资说明：

《清实录·世祖章皇帝》卷六十二：“礼部奏：各省人民叠遭盗贼饥荒暴骨遍野，请照《会典》所载，令天下各有司官收埋枯骨，以广皇仁。从之。”〔1〕

《清实录·世祖章皇帝》卷九十四：“礼部会同宗人府内院议奏，撰修玉牒应照《会典》开载，论世次各派所出子孙递书于各派之下。”〔2〕

《清实录·高宗纯皇帝》卷七：“谕总理事务王大臣，今日大学士等恭拟尊加皇太祖妃封号字样具奏，举行之时朕依照《会典》亲诣行礼，展崇敬之意，封皇考妃时仍照雍正二年例行。”〔3〕

从上引三例来看，《会典》中“礼部”职掌之下的“典”和“例”，皇帝会根据需要或直接引证适用，或指定适用先皇的某项成例。皇室重要的礼仪制度，特别载入《会典》：“凡恭上皇太后尊号，并册封皇后、皇贵妃、贵妃、妃、嫔等名位，其礼仪皆由礼部奏准，载入《会典》，宫殿监不载。”“每遇恭上皇太后册宝，有奏书并恭进册宝之礼，系礼部职掌，俱载《会典》。”“每遇册封皇后，进册宝之礼，系礼部职掌，俱载《会典》。”“每遇册封

〔1〕《清实录》第三册《世祖章皇帝实录》卷六十二，中华书局1985年版，第486页。

〔2〕《清实录》第三册《世祖章皇帝实录》卷九十四，中华书局1985年版，第742页。

〔3〕《清实录》第九册《高宗纯皇帝实录》卷七，中华书局1985年版，第276页。