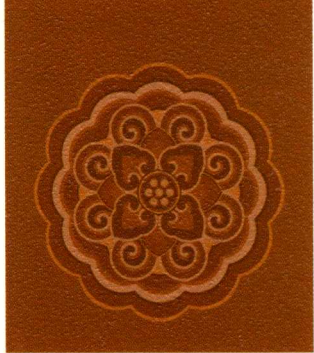




时空镜像下的

民族法制史

胡兴东 / 主编



人民出版社

时空镜像下的

民族法制史

胡兴东 / 主编



人民出版社

责任编辑:李春林

装帧设计:汪 阳

责任校对:马 婕

图书在版编目(CIP)数据

时空镜像下的民族法制史/胡兴东 主编. —北京:人民出版社,2017.11

ISBN 978-7-01-018123-3

I. ①时… II. ①胡… III. ①少数民族-法制史-中国-古代

IV. ①D929.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 213475 号

时空镜像下的民族法制史

SHIKONG JINGXIANG XIA DE MINZU FAZHI SHI

胡兴东 主编

人民出版社 出版发行

(100706 北京市东城区隆福寺街 99 号)

北京新华印刷有限公司印刷 新华书店经销

2017 年 11 月第 1 版 2017 年 11 月北京第 1 次印刷

开本:710 毫米×1000 毫米 1/16 印张:31

字数:310 千字

ISBN 978-7-01-018123-3 定价:70.00 元

邮购地址 100706 北京市东城区隆福寺街 99 号

人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539

版权所有·侵权必究

凡购买本社图书,如有印制质量问题,我社负责调换。

服务电话:(010)65250042

前 言

中国少数民族法制史是中国法律史研究中出现较晚的学科(或领域),形成于20世纪90年代。中国少数民族法制史的出现与20世纪80年代以来民族法学的形成和发展有关。中国少数民族法制史在学科性质上具有法律史学和民族法学的双重性,这也让它具有历史功能和适用价值。虽然20世纪80年代国内就有学者针对中国历史上少数民族法律问题展开研究,但多是研究领域拓展下的产物。在国内,最早以中国少数民族法制史为业的学者,当是云南大学的方慧教授和中央民族大学的苏钦教授。两位先生在研究中形成了以中国少数民族法制史为研究领域的学术取向。此外,西南政法大学的陈金全教授、曾代伟教授在中国少数民族法制史研究中作用突出,影响深远。进入20世纪90年代后期,专职研究少数民族法制史的学者开始增多,其中徐晓光教授、李鸣教授、张冠梓教授等成为重要学者,对中国少数民族法制史研究作出了重要贡献。他们共同构成了中国少数民族法制史研究中的第一代学者。21世纪前10年毕业的参与中国少数民族法制史研究的博士生构成了中国少数民族法制史研究中的第二代学者。

对中国少数民族法制史研究领域问题,学术界一直存在争议,但经过方慧教授、苏钦教授的长期探索,现在基本认为中国少数民族法制史研究领域主要有历代中央政府对统治下的少数民族治理中的法律设置成果和当前中华大地历史上各少数民族创建的法律制度两个部分。中国少数民族法制史研究除了以特定民族为对象外,还受到区域法制史研究的影响,

如西南民族地区、广西民族地区等。当前国内法制史研究中,最热的是区域法制史。区域法制史与少数民族法制史的交叉重叠是当今少数民族法制史研究中的基本特征。中国少数民族法制史具有区域法制史的特征,让中国少数民族法制史研究成为地方法制建设中的重要组成部分,为中国少数民族地区法制建设提供重要的智识经验。当然,两者也是存在区别的,因为区域法制史研究对象更广,只有区域法制史研究针对民族地区时两者才重合。

方慧教授作为中国少数民族法制史研究的重要开创者之一,是法史学界最早专职研究中国少数民族法制史的代表人物。她自2001年开始在云南大学民族学博士点下招收专门研究中国少数民族法制史的博士研究生开始,开创了国内专门以此为研究方向的博士培养工作。16年来,她共培养了21名博士研究生,成为国内研究中国少数民族法制史的重要人才来源。中国少数民族法制史在21世纪前10年中,不少高校陆续设立中国少数民族法制史博士培养方向,如中央民族大学等。此外,一些传统中国法律史博士点也有博士研究生以少数民族法制史为研究方向,此方面最有成就的是中国政法大学张晋藩教授和西南政法大学陈金全教授、曾代伟教授等。他们招收的博士生中有不少学生以中国少数民族法制史为研究方向,培养了不少这方面的人才。现在,国内专职研究中国少数民族法制史的人数不少,主要来自法制史、民族史、历史学等学科中的博士研究生,但国内最早以中国少数民族法制史作为方向专门培养博士的当属方慧教授,现在她培养的学术团队人数也是最多。

16年前,方慧先生不嫌我的愚钝,招我作她的第一批博士研究生,让我入门下学习中国少数民族法制史,从此走上学术之路。师恩难报,时间如梭,现在先生已经到七十寿。但先生仍日勤于学,诲人不倦,指导博士研究生。现在,先生弟子遍布于云南、贵州、四川、重庆、安徽、台湾等省区市,成为中国少数民族法制史研究上的重要群体,对中国少数民族法制史,特别是西南地区少数民族法制史、区域法制史研究作出重要贡献。在

先生七十寿来临之际,学生们以先生为旗帜,把先生指导过的博士研究生的相关代表性成果集于一册,以飨学界,知先生之业,促进中国少数民族法制史研究事业的进步。

本书是一个专门性论文集,共收文章 24 篇,其中方慧教授 3 篇,每位博士 1 篇。整个论文集反映了中国少数民族法制史研究的不同领域、研究特点。论文集收录的文章以代表研究者心得为准,有些已经在不同期刊上发表过,但在此次收录时都做过不同程度的修订,有些由于发表时字数受限,多有删改,此次得以全面发表,反映研究者的学术全貌。

学术成长中最重要的就是要有很好的继承和发展。本书的一个重要目的是让以方慧教授为开创者的云南省中国少数民族法制史研究团队得到更好的传承和发展。此书是对这个团队 16 年来研究上的一个总结和展望。

谨以此书祝先生七十寿辰。

胡兴东

2017 年 4 月 28 日于东陆园

目 录

民族地区的立法与法律适用

治权的实现与秩序的获得:北宋西北边疆地区民族法制的

运作 谢 波 3

历史法学视野下的法制重构:元明清时期傣族传统法律

文化对当代傣族地区法治建设的价值 吴 云 24

吏治下的国家法制:元明清时期西南少数民族土司荫袭

法律问题研究 蔡 燕 39

多元权力社会中的秩序生成:元明清时期西南少数民族

纠纷解决机制的成因研究 佘 澎 65

民族司法的一般与特殊:清代非直省民族地区的司法制度

研究 马青连 81

国家民族立法的一个样式:清朝苗例立法特点研究 胡兴东 96

文化特质下的法系生成:民族法学视觉下的世界法系形成

研究 洪宜婷 135

民族习惯当代适用途径：“赔命价”的历史及与现行法的 调适	杜文忠 149
---------------------------------------	---------

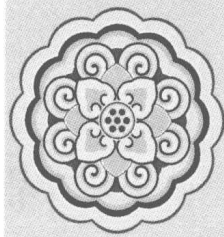
民族地区土地法制变迁

一个地权的形成史：元明时期云南白族地区所有权的 变化	方 慧 167
土地功能与财富的关系：元明清时期西南少数民族地区 土地所有权制度的变迁	朱艳英 180
“国”的法律与“家”的财产：清代云南民间土地权利的观念与 实践	杨志芳 197
从生存资料到财富：清代贵州民田所有权变更制度研究	曹务坤 222

区域法制史

地方性和民族性中的法制：滇国法制初窥	方 慧 273
法律生成中的国家力量：南诏国家要素的成长	罗家云 291
治权中的有效与无效：先秦至魏晋南北朝时期贵州法制 状况初探	韩敏霞 306
国家治理中的地方因素：清代国家对贵州民族地区的法律 调控	杨 军 322
利益与主权交织博弈：近代云南海关法律制度建立过程及 效应研究	陈诤伊 342
传统与现代的张力：清末民初云南刑事法治转型的特点	马 雁 358

压制与权力的规训:日据时期台湾警察制度特点及社会 影响	林共宜 370
宪制下的国族构建:1920 年至 1926 年省宪运动中地方 宪法视野的观察	王训田 389
变革努力中的地方自治:联省自治时期云南省县议参两会 运作问题研究	张志强 413
 国家对民族地区的治理	
边郡县制:秦汉时期国家边疆民族地区治策问题研究	陈庆云 443
羁縻之道:诸葛亮在民族地区治理中的用人之道	孙健飞 457
权力重构下的土司制度:明代云南广邑州设置的考察	方 慧 472
后 记	483



民族地区的立法与 法律适用

治权的实现与秩序的获得： 北宋西北边疆地区民族法制的运作

谢 波

北宋西北边疆地区是一个多民族聚居地，其中尤以党项羌势力为大。元昊于 1038 年称帝建夏后，西夏遂成为北宋西北边疆最大威胁，而西夏叛服不常又使宋夏关系总处于战和交织的嬗变状态中。除西夏外，在北宋西北的秦凤、泾原、环庆、鄜延、熙河等沿边地区，还分布有大量“族种分散”^①的吐蕃、党项等族帐，这亦是一股不容小觑的力量，其向背对西北民族关系具有重要影响。特殊的地缘环境、复杂的民族关系，促使北宋针对西北边疆地区逐渐形成以诏敕为形式、以招抚为主要内容的民族法制，史载：“蕃部族帐益多，而抚御团结之制益密”。^② 既有研究对此已有关关注，但却少有对民族法制运作实践加以考察的。^③ 本文试图以嬗变的民族关系为支点，以特定时空、典型人物和案例切入分析，实践历史般地展

① (元)脱脱等：《宋史》卷 492《外国传八·吐蕃》，中华书局 1985 年版，第 14151 页。

② (元)脱脱等：《宋史》卷 191《兵志五·乡兵二》，中华书局 1985 年版，第 4752 页。

③ 代表性成果有：安国楼：《宋代蕃法与蕃汉关系法》，载《中南民族学院学报（哲社版）》1997 年第 3 期；安国楼：《论宋朝对西北边区民族的统治体制》，载《民族研究》1996 年第 1 期；刘建丽、陈武强：《略论北宋对西北边区蕃民的法律保护》，载《内蒙古社会科学（汉文版）》2006 年第 2 期；陈武强：《北宋西北边区的民族法律政策》，西北师范大学 2007 年硕士学位论文；格桑卓玛：《论宋代“汉法治蕃”的民族统治思想》，载《黑龙江史志》2008 年第 8 期；高君智：《以法律为主导的宋代民族社会控制研究》，载《西北民族大学学报（哲社版）》2011 年第 6 期；高君智：《试论北宋经略河湟的“汉法”政策》，载《青海民族大学学报（社科版）》2012 年第 3 期；刘建丽：《宋代西北吐蕃研究》，甘肃文化出版社 1998 年版。

示北宋西北边疆地区民族法制之运作面向。

一、嬗变中的博弈：民族关系变化对民族法制运作之影响

北宋北方边疆地区，宋辽澶渊和盟后百余年间基本维系着“千里封疆蓁、霁间，时平忘战马牛闲”^①的安定局面，与之形成对照，西北民族关系则战和不定。宋人秦观云：“方今夷狄之患，未有甚于西边者。……北边岁赂七十余万，而兵寝士休，累世无犬吠之警。……而羌虏数人，逆执事如雁行，将吏被甲胄而卧。”^②所言清晰反映出不同地域范围民族关系的差异。西夏之叛乱倡自李继迁，此后便叛服无常，这种状况几与北宋相始终，亦对民族法制运作产生深刻影响。鉴于宋神宗至徽宗朝，北宋对西北边疆地区采积极开拓之策，并大肆招抚西北少数民族，故在此以神宗熙宁年以前为考察时段。^③为清晰展示其间的宋夏战和不定关系，以表大致划分如下：

表 1 宋夏战和关系时段划分^④

阶段	时间(公元)	宋夏战和关系
一	982 年以前	和平

① (宋)苏颂：《苏魏公文集》卷 13《前使辽诗·和仲巽奚山部落》，中华书局 1988 年版，第 163 页。

② (宋)秦观：《淮海集笺注》卷 18《进策·边防上》，上海古籍出版社 1994 年版，第 655 页。

③ 对于神宗朝以来的西北开拓之举，宋臣胡舜陟言：“国家自熙宁间王韶建开边之说，王安石主其议，遣将用兵，无岁无之。……至崇宁以来尤甚，西开青唐以及夏国。”清人顾祖禹说：“宋关中戍守不越秦、凤，熙宁以后始务远略，图复河、湟以制西夏。”参见(宋)胡舜陟：《胡少师总集》卷 3《奏议·论反正六事疏》，宋集珍本丛刊本(清道光十九年刻本)，第 728 页；(清)顾祖禹：《读史方舆记要》卷 64《陕西十三·西宁镇》，中华书局 2005 年版，第 3006 页。

④ 本表编制以李华瑞《宋夏关系史》(中国人民大学出版社 2010 年版)相关论述为据，其中战和关系划分并不绝对，宋夏间时有矛盾冲突，在此仅是出于论述之便所作的一种大致意义上的划分。

续表

阶段	时间(公元)	宋夏战和关系
二	982—1004 年	982 年,李继捧入朝献地,族弟李继迁不满,始叛宋
		战争
三	1005—1033 年	1004 年,李继迁死,李德明嗣位;1005 年,宋夏达成“景德和约”
		和平
四	1034—1044 年	1032 年,李德明卒,元昊嗣位;1038 年,元昊称帝建夏
		战争
五	1045 年以后	1044 年,宋夏达成“庆历和议”
		和平

北宋立国之初,对西北少数民族的态度颇为消极,宋太宗有言:“蕃戎言语不通,衣服异制,朕常以禽兽畜之。……但念其种族蕃炽,各安其土,徕尽驱之,必恣杀戮,所以置于度外,存而勿论也。”^①受此“存而勿论”思想之影响,北宋初并未积极招抚西北少数民族。据学者杨蕤统计,982 年李继迁叛宋前(阶段一),有关党项族内附的史料仅两处。^②李继迁叛乱后(阶段二),宋廷对西北少数民族的态度发生变化,多有招抚之举,来看三件诏敕即一目了然:

(太平兴国八年十二月)壬午朔,令绥、银、夏等州官吏,招诱没蕃民令归业,仍给复三年。^③

(咸平四年十二月)乙酉,延州言继迁蕃部明叶示、扑咻讹猪等首领率属归附。诏择善地处之,常切存抚。^④

① (宋)钱若水修,范学辉校注:《宋太宗皇帝实录校注》卷 26,太平兴国八年九月庚午条,中华书局 2012 年版,第 54 页。

② 杨蕤:《北宋初期党项内附初探》,载《民族研究》2005 年第 4 期。

③ (宋)李焘:《续资治通鉴长编》(以下简称《长编》)卷 24,太平兴国八年十二月壬午条,中华书局 2004 年版,第 560 页。

④ (宋)李焘:《长编》卷 50,咸平四年十二月乙酉条,第 1101 页。

(景德元年四月)乙卯,(曹)玮言康奴族睹移等率其属来归,且言继迁残忍,人不聊生,始闻诏书招抚,争求观之,无不泣下。^①

以上诏敕反映了北宋招抚西北少数民族的情形,而宋廷的极尽招抚无疑是李继迁叛宋后的应对之策。咸平六年(1003年)五月,环州白马族同李继迁拒斗,“族帐屡徙,乏食”,对此宋真宗诏赐禾粟。^②这件诏敕再现了北宋以招抚应对李继迁叛乱之态度,以及招抚同军事因素间的密切关联。1032年元昊嗣位后(阶段四),宋夏逐渐步入战争,此后元昊称帝更使宋夏关系完全破裂,这一阶段北宋仍旧采行大肆招抚之策。宋仁宗宝元、康定年的两件诏敕即是明证。^③又有,庆历元年(1041年)五月,仁宗诏令诸路设置招抚蕃落司,“以知州、通判或主兵官兼领之”。^④对于招抚蕃落司,边臣田况奏疏云:“今新置招抚蕃落司,……非饮食不足以得其欢,非赏赂不足以回其意,非术数不足以鼓其动,非刑诛不足以制其骄”,后得到仁宗赞许。^⑤奏中的“四不足”可谓招抚蕃落司职责所在,亦反衬出宋夏战争期间北宋积极招抚西北少数民族的态度,当然这也同北宋军事利益紧密联系。宝元二年(1039年)十月,环州啰埋被诏补为右班殿直,起因就是啰埋曾受元昊防御使,后率族投宋。^⑥此前宝元元年(1038年)九月,“山遇归宋被拒”一案颇为典型,该案的案情是:

初,赵元昊悉会诸族酋豪,刺臂血和酒,置觴中,共饮之,约先寇鄜延,欲自德靖、塞门、赤城路三道并入。酋豪有谏者,辄杀之。山遇

① (宋)李焘:《长编》卷56,景德元年四月乙卯条,第1233页。

② (宋)李焘:《长编》卷54,咸平六年五月丙午条,第1193页。

③ 宋仁宗宝元二年(1039年)六月诏:“削赵元昊官爵,除属籍,揭榜于边。募人擒元昊,若斩首献,即以定为难节度使。元昊界蕃汉职员能帅族归顺者,等第推恩。”康定元年(1040年)十月诏:“陕西经略司遣人谕元昊界蕃汉职员、首领,能率部族及以本系汉州郡来归者,并不次迁擢之。”参见(宋)李焘:《长编》卷123,宝元二年六月壬午条,第2913页;《长编》卷129,康定元年十月丁未条,第3054页。

④ (宋)李焘:《长编》卷132,庆历元年五月己酉条,第3122页。

⑤ (宋)赵汝愚编:《宋朝诸臣奏议》卷132《边防门·辽夏四·上仁宗兵策十四事》,上海古籍出版社1999年版,第1469页。

⑥ (宋)李焘:《长编》卷124,宝元二年十月辛酉条,第2934页。

者，元昊从父也，数止元昊，不听。……是月庚子，至保安军，知保安军朱若吉以告知延州郭劝，劝与钤辖李渭狐疑不敢受。……劝、渭亦以为，自德明纳贡四十年，有内附者未尝留，共议遣还，仍约束缘边勿受降者。……劝、渭寻遣山遇还，山遇不可，即命监押韩周执山遇等送元昊。至摄移坡，元昊集骑射兵射而杀之。^①

本案中，边臣郭劝、李渭以景德和约后北宋不再接纳西北少数民族为由，遣返山遇致使其被元昊所杀。那么郭、李二人的遣返理由是否成立呢？宋夏于景德二年（1005年）订立景德和约后，宋真宗即诏：“应两地逃民，缘边杂掠，不令停舍，皆俾交还。”^②此后，宋仁宗天圣三年（1025年）七月，“仍戒边吏自今毋妄纳降者”；天圣四年（1026年）八月，又诏：“沿边蕃官毋纳降户”。^③可见，景德和约达成后，宋夏修好，此时北宋不再招纳西北少数民族。这种表达在庆历四年（1044年），宋夏订立庆历和议后（阶段五）亦是如此。例如，当年七月，宋仁宗诏：“陕西四路依近降夏国誓诏，毋得招纳西界番户”；庆历六年（1046年）正月，仁宗《赐夏国主诏》云：“已敕边臣，自今如有逃过汉界，虽系旧边户，亦不为容纳。”^④至此，郭、李二人之理由似能成立，这里确有不少禁止招抚的诏敕为证。

然而，康定元年（1040年）三月，郭劝和李渭皆被朝廷降官，原因是“元昊侵边不已，军中扰攘，言者迫咎劝、渭不当拒绝山遇”。^⑤山遇者何许人也——“山遇名惟亮，与弟惟永分掌左右厢兵，其从弟惟序亦亲近用事。山遇有勇略，国人向之。”^⑥显然，山遇乃执掌西夏军权的实力派人物。但郭、

①（宋）司马光：《涑水记闻》附录二《温公日记·山遇来降被拒》，中华书局1989年版，第358页。

②（宋）李焘：《长编》卷88，大中祥符九年十月丙子条，第2022页。

③（宋）李焘：《长编》卷103，天圣三年七月辛丑条，第2385页；《长编》卷104，天圣四年八月己亥条，第2421页。

④（清）徐松辑：《宋会要辑稿·兵》27之34，中华书局1957年版，第7263页；佚名：《宋大诏令集》卷234《政事八十七·四裔七·西夏二·赐夏国主诏》，中华书局1962年版，第910页。

⑤（宋）李焘：《长编》卷126，康定元年三月庚申条，第2982页。

⑥（宋）司马光：《涑水记闻》附录二《温公日记·山遇来降被拒》，第358页。

李二人却不识时务,在不当的时间(战时)遣返了不当的人(谕西夏军政信息之人),这就难免遭降官厄运。通过本案不难看出,与宋夏和平时期禁止招诱相反,出于军事利益考虑,北宋在战时持招抚西北少数民族的态度。

在此需进一步明晰的问题是,宋夏平时时期,北宋是否如前述诏敕所表达的那样——绝对禁止招诱西北少数民族。景德和约后就有不少北宋招抚西北少数民族的记载,例如:景德三年(1006年)四月,德明妙娥等族投归镇戎军,知军曹玮予以接纳;天禧二年(1018年)二月,樊家族九门都首领客厮铎携族附宋,诏补其为都军主。^① 据臣僚吕海奏疏言,宋仁宗宝元用兵西夏以前,陕西“四路所管熟户不下数十万人”。^② 由此,北宋在和平时期招抚之众可见一斑。那么北宋为何会违背诏敕表达,招抚西北少数民族呢?来看庆历和议后的“黄移都投宋”一案:

(庆历五年十二月)鄜延经略司言,西界先掠过黄族军主黄移都等四十九人,今投本族住坐。诏经略司却遣过界,其元受接人仍劾罪以闻。已而经略司言:“黄移都等畏诛,与其族人各勒集兵马,愿同死汉境。况其投来在朝廷未降约束之前,恐不当遣去,以快西贼之欲。”从之。^③

本案中,先是宋仁宗诏令遣还黄移都,并要对擅自接纳的边臣治罪,而这与宋夏平时时期诏敕表达是一致的。在鄜延路经略司上奏说明利害关系后,仁宗又改变前诏,同意不再遣返,这与和平时期诏敕的表达发生背离。至于发生背离的原因,鄜延路经略司所言“愿同死汉境”、“恐不当遣去,以快西贼之欲”颇可说明问题,这实为一种军事利益的考量。此后,知庆州杜杞在面对“孟香归宋”一案时,亦出现了实践与表达的背离,大致案情是:“蕃酋孟香率千余众内附,夏人以兵索香,……有诏责杞还

① (清)吴广成撰,龚世俊、胡玉冰等校证:《西夏书事校证》卷8,景德三年四月条,甘肃文化出版社1995年版,第99页; (宋)李焘:《长编》卷91,天禧二年二月丙戌条,第2102页。

② (宋)赵汝愚编:《宋朝诸臣奏议》卷125《兵门·蕃兵·上英宗请重造蕃部兵帐》,上海古籍出版社1999年版,第1379页。

③ (宋)李焘:《长编》卷157,庆历五年十二月甲戌条,第3813页。