

# 《大清会典》与清代“典例”法律体系

陈灵海\*

**摘要** 清代史料中保存了大量《大清会典》颁行、查询、解释、修改、增补、恢复休眠条款、对违反行为进行惩处等方面的史料,足证《大清会典》是清代实际行用的根本法,在“典例”法律体系中处于重心和基准的地位,绝非具文。认为《大清会典》是史书、政书、行政法典、行政法与根本法合一、综合性法典汇编的观点,低估了《大清会典》在清代法律体系中的地位。清代在明代的基础上,进一步以“典例”法律体系取代“律令”法律体系,在这一体系中,《会典》是纲,律例是目,前者高于后者,后者从属于前者。康熙、雍正时期,《大清律》成为《会典》的组成部分。嘉庆、光绪时期,《大清律例》成为《会典事例》的组成部分,律下降为《会典》的下位法。“律例”体系只是“典例”体系中的刑法部分,不足以全面概括清代法律体系的特征。

**关键词** 会典 律例 清代法律 法律体系

一百多年前,梁启超先生明确提示了明、清《会典》的学术价值,认为“研究《会典》之性质,实重要中之重要也”。〔1〕然而一个多世纪以来,学者的研究大多聚焦于律、例,关于《会典》的成果仍然很少,即使偶尔提及,也常数笔带过,不免令人遗憾。近十多年来,情况开始趋于好转,明、清《会典》逐渐成为法律史学的热点之一,成果有所增加,认识也正在加深。〔2〕

\* 华东政法大学法学院教授。本文修改过程中,承蒙中国社会科学院杨一凡研究员、美国明尼苏达大学方强教授、清华大学陈新宇教授、西北政法大学陈玺教授、国家图书馆郑小悠女士惠赐意见,谨致谢忱。文责由笔者自负。

〔1〕 梁启超:“论中国成文法编制之沿革得失”,载梁启超:《饮冰室合集(第一册)》,中华书局1988年版,第41页。

〔2〕 笔者寓目所及,吕丽、鞠明库、原瑞琴、李永贞、舒习龙等成果较多。参见吕丽《论〈清会典〉的根本法与行政法的合一性》(1998)、《是官修史书,还是行政法典——〈清会典〉性质论》(1998)、《〈清会典〉辨析》(2001);鞠明库《〈四库全书〉缘何不收万历〈大明会典〉》(2003)、《万历〈会典〉的编纂特色及其存在的问题》(2004)、《〈诸司职掌〉与明代会典的纂修》(2006)、《试论明代会典的纂修》(2007);原瑞琴《〈大明会典〉的社会影响》(2008)、《弘治〈大明会典〉纂修考述》(2009)、《〈大明会典〉性质考论》(2009)、《万历〈大明会典〉纂修成书考析》(2009)、《〈大明会典〉版本考述》(2011)、《〈大明会典〉研究》(中国社会科学出版社2009年版);李永贞《清代则例编纂研究》(上海世界图书出版公司2012年版);舒习龙《〈光绪会典〉纂修研究》(2015)、《〈光绪会典〉纂修新探》(2016)等。

明、清《会典》之成为近一阶段的研究热点,与数字化时代文献环境的改善有关,更深层的原因则在于法律史学不断凸显的问题意识:《会典》究竟是何种性质的文献,有无法律约束力,是现实行用的法典,还是如一些学者所言,只是“营造太平盛世的氛围”“为政权合法性提供依据”“争取官民拥戴”的形象工程?明、清两代的统治者们出于何种考虑,才花费这么大的精力,纂修规模如此宏大、卷帙如此浩繁的《会典》?如果《会典》是现实行用的法典,那么它与《大清律例》的关系如何,与各种事例、则例的关系又如何?这些法律又以何种形式共同构筑起整个清代的法律体系?

本文的研究,建立在前贤时彦的成果基础之上。笔者从这些成果中获益匪浅,但又不完全认同他们的观点。通过对清代五部《会典》及《则例》的重新研读,笔者发现此前学者的不少观点,或只立基于乾隆、嘉庆、光绪《会典》,忽视了康熙、雍正《会典》;或只立基于《会典》正文,忽视了与之一体两面的《事例》《则例》。尤其是在《会典》的性质、《会典》在清代法律体系中的地位、清代法律体系的结构等问题上,有待商榷和厘清之处甚多。笔者学力浅薄,加之文献浩繁,论述中之疏漏不当,恳请师友不吝教正。

## 一、《大清会典》的纂修及其结构

关于清代康熙、雍正、乾隆、嘉庆、光绪五朝《会典》的纂修情况,学者已有不少介绍,此处不赘。<sup>〔3〕</sup>为了讨论的方便,仅将基本信息列表如下:

表一 清代五部《会典》基本信息

	《康熙会典》		《雍正会典》		《乾隆会典》		《嘉庆会典》		《光绪会典》	
始纂	康熙二十三年 (1684)	7	雍正二年 (1732)	9	乾隆十二年 (1747)	15	嘉庆六年 (1801)	19	光绪十二年 (1886)	14
纂成	康熙二十九年 (1690)	年	雍正十年 (1732)	年	乾隆二十六年 (1761)	年	嘉庆二十三年 (1818)	年	光绪二十五年 (1899)	年
总裁	伊桑阿等两人		尹泰等八人		允禩等十一人		托津等两人		昆冈等四人	
参修	72人		122人		174人		191人		223人	

〔3〕 关于《康熙会典》以前是否曾有《崇德会典》,学界曾有较多讨论,由于篇幅与论旨所限,本文不赘,请参见郭成康(1983)、田涛(2002)、祖伟(2003)、张晋藩(2003)、岛田正郎(2003)、神田信夫(2003)的相关研究。

卷数	162卷		250卷		典100卷 例180卷		典80卷, 例920 卷, 图46卷		典100卷, 例1220 卷, 图270卷	
始收	崇德元年 (1636)	51 年	康熙二十六 年 (1687)	41 年	雍正六年 (1728)	31 年	乾隆二十三 (1758)	55 年	嘉庆十八年 (1813)	75 年
截止	康熙二十五 年 (1686)		雍正五年 (1727)		乾隆二十三 (1758)		嘉庆十七年 (1812)		光绪十三 (1887)	
特色	仿《明会典》体例, 有配图		体例无变化, 仍 有配图		典、例分编, 重大革新		典、例、图分编 进一步革新		体例无变革, 典 例、图分编	

从上表可见,清代《会典》之纂修有以下几点尤值注意:

其一,清代君臣高度重视纂修《会典》。先后五次,共编成《会典》与《则例》3328卷。其中《康熙会典》近8000页,《雍正会典》13000余页,《乾隆会典》及《则例》5000余页,《嘉庆会典》及《则例》50000余页,《光绪会典》及《则例》15000余页,合计近10万页,超越了古往今来任何一部法律。即使晚清国势危殆,也未放弃纂修,其重视可见一斑。

其二,《会典》纂修团队精英荟萃。雍正、乾隆《会典》总裁之一张廷玉为三朝名臣,曾任《明史》《清世宗实录》总裁,是清代唯一配享太庙的汉臣。《嘉庆会典》总裁之一董诰曾任《四库全书》副总裁,“直军机先后四十年,熟于朝章故事,有以谘者,无不悉,凡所献纳皆面陈,未尝用奏牍”。〔4〕《光绪会典》总裁徐桐、翁同龢等也都是当时最顶尖的学者。此外,以学术精湛著称的纪昀、钱大昕、潘祖荫、李鸿藻、沈家本等也都曾参与纂修。

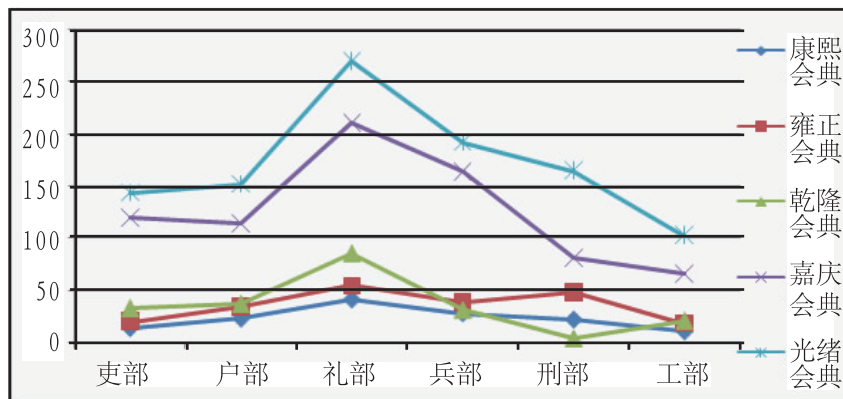
其三,继承中有发展,审慎中有创新。康熙、雍正《会典》继承了《明会典》的结构与纂修方法。从《乾隆会典》开始,创新性地采取《会典》与《则例》分编的方式。《嘉庆会典》又创新性地将《会典》《则例》《图》分编。与《会典》《事例》一样,《会典图》也是清代政治社会事务中必须遵循的规范。相比而言,《乾隆会典》最简洁,《嘉庆会典》最详尽,保存的史料最多,学者认为“最为得体”。〔5〕

其四,五部《会典》均以“以事属官,以官隶事”为原则,按照宗人府、内阁、军机处、六部、理藩院、都察院、通政使司、诸寺的编纂顺序,其中盛京五部、内务府的位置稍有变化。总卷数呈逐步上升之势,尤以《嘉庆会典》扩编最大。六部之中,礼部卷数最多。清代君臣商议政务,往往援引《会典》,其中尤以解决礼制疑难问题的最为频繁。工部职权较轻,涉及卷数最少,也在情理之中。明代以后的任何一部律典,内分吏律、户律、礼律、兵律、刑律、工律,也总是工律最少。

〔4〕《清史稿》卷430《董诰传》,中华书局第1977年,第11091页。

〔5〕黄秉心:《中国刑法史》,上海书店1989年版,第404页;林咏荣:《中国法制史》,台湾大中国图书公司1960年版,第64页。

表二 清代五部《会典》中六部内容的卷数



此外值得注意的是,五朝《会典》中涉及刑部的卷数,呈现不规则的变化。康熙、雍正《会典》中刑部卷数渐次增多,嘉庆、光绪《会典》《则例》中也是如此,但乾隆《会典》《则例》中,刑部卷数一共只有四卷。其缘由较为特殊,因为乾隆帝认为,《大清律例》《督捕则例》《三流道里表》等“皆已刊刻颁行,只备参考,无庸复载於此”。〔6〕嘉庆朝以后将《大清律例》等重新纳入《会典》,则进一步确认了《会典》相对于律、例的上位法地位。

## 二、《大清会典》是清代的根本法

“根本法”是一个现代法学概念,对应概念的是“普通法”。两者的关系是:根本法规定国家最基本的制度,在法律体系中居于最高位阶,制定、修改过程均极为审慎严格;普通法是根本法以外的所有法律的总称,居于根本法之下,不得与之相违背,制定修改也相对简易。由于规定最基本制度和居于最高位阶的特性,根本法的违法主体也不同于普通法,往往是国家机关、政府官员,甚至国家领导人;违反根本法的案件量,也必然少于违反普通法的案件量;对于违法行为的惩处方式和程序,也与违反普通法不同。

不少学者认为“根本法”是现代法学概念,或者与“宪法”概念混为一谈,因而不敢将其用于法律史研究。其实,这两个概念很容易区分:前近代国家没有宪法,不等于没有根本法,古代统治者往往用“国之大事”“王者之制”“大经大法”等词语指称他们的根本法。近代国家制定宪法之后,宪法成为一国的根本法。因此,“根本法”概念可以用于法律史研究。此前学界关于《会典》性质的五种流行观点,大多就是基于“前近代国家没有宪法,因而也没有根本法”这种认识偏差而产生的。

〔6〕《乾隆会典·凡例》,收入《文渊阁四库全书》第619册,第4页。

## (一)关于《会典》性质诸观点的辨正

### 1. 史书说与政书说

这两种观点最为保守,仅将《会典》视为清代官方编纂的史料汇编,而非现实行用的法律,其立论基础是《四库全书》将《会典》归入“史部”。〔7〕诚然,清代政府组织编修过一些“官修史书”,如《清通典》《清通志》《清文献通考》等,但它们与《会典》绝非同类文献,无论是纂修团队还是体系内容,都不可同日而语。〔8〕

“史书说”令人误以为,清代五次纂修《会典》只是出于君主好大喜功,实践中不过具文而已,这绝对是一种错觉。事实上,《会典》是清代君臣经常查阅援引、具有普遍约束力的法律文件,绝非“史书”或“史料汇编”。《康熙会典》中明确声明,其绝非“缘饰虚文,铺张治具”,而是“常作之师”。〔9〕道光时期的一份谕旨也明确警告,勿将《会典》视为具文,应按照规定参奏违反《会典》的官员。〔10〕

“政书说”〔11〕是“史书说”的细化,但不是更准确,而是更“偷懒”,其立论基础是《四库全书》及《清史稿》将《会典》归入了“史部·政书·通制”类。〔12〕要知道,“政书”只是清人对书籍的一种归类,在两《唐书》《宋史》《元史》《明史》的《艺文志》中就没有这种归类。〔13〕也就是说,即使对中国古代学者来说,“政书”也不是一种常用的分类,在当代学术语境中更已沦为死语。更何况,《清史稿·艺文志》中,编者将“政书”分为通制、典礼、铨选科举、邦计、军政、法令、考工七种,划分标准显然是“总则十吏户礼兵刑工分则”。如果将《会典》归为“政书”,那么与之同列的《中枢政考》《八旗则例》《军器则例》《大清律例》《督捕则例》等也只好归为“政书”了,这岂不是越解释越糊涂。

### 2. 行政法典说

“行政法典说”是关于《会典》性质的最流行、最具迷惑性的观点,梁启超、〔14〕浅井虎夫、〔15〕织

〔7〕 如民国学者邓之诚因此将《明会典》归入“明代官修之史”,将《大清会典》归入“清代官修之史”。参见邓之诚:《中华二千年史》卷五下(第二分册),中华书局1983年版,第521、531页。

〔8〕 关于《大清会典》具有一些官修史书的外在形式,学者已有评价,参见吕丽、刘杨:“是官修史书,还是行政法典——《清会典》性质论”,《法制与社会发展》1998年第2期,第40页。

〔9〕 《康熙会典·御撰序》,第4页。

〔10〕 《清宣宗实录》卷302,道光十七年十月壬戌。

〔11〕 参见向斯:“清官五修《大清会典》考述”,《图书馆杂志》2003年第6期,第77页;薛刚:“《清会典》《清会典事例》纠谬八则”,《长春师范学院学报(人文社会科学版)》2010年第3期,第38页。

〔12〕 纪昀等撰:《四库全书总目提要》,河北人民出版社2000年版,第2126页;赵尔巽等撰:《清史稿》,卷146《艺文志二》,中华书局1977年版,第4307页。

〔13〕 《明史》卷97《艺文志二》,中华书局1974年版,第2377页。

〔14〕 梁启超在《论中国成文法编制之沿革得失》一文中说:“我国有二大法典:所谓《律》者,刑法也;所谓《会典》者,行政法也。”见《饮冰室合集》第一册“饮冰室文集之十六”,中华书局1988年版,第41页。

〔15〕 浅井虎夫认为,“清承有明之后,编纂法典亦复不少,举其主要者,则可分之为一一般法典与特殊法典。而一般法典中,行政法典则有《会典》及《会典事例》,刑法典则有《律例》”。参见(日)浅井虎夫:《中国法典编纂沿革史》,陈重民译,中国政法大学出版社2007年版,第235页。

田万、<sup>[16]</sup>林乾、<sup>[17]</sup>鞠明库<sup>[18]</sup>等学者均持此说,法律通史著作和高校法律史教材亦多采此说。<sup>[19]</sup> 其立论基础,是“法律体系=一国+现行+全部+部门法+有机整体”这种近现代大陆法系的法律体系理论。按照这一理论,《会典》只能是宪法、行政法、民法、刑法、诉讼法、国际法中的一种,似乎只有行政法相对适合。这就好比用“弦乐器=钢琴+提琴+竖琴+吉他等”的分类法,硬把二胡归入小提琴、把琵琶归入吉他、把古筝归入钢琴一样,令人啼笑皆非。

此前已有不少学者对“行政法典说”提出批评,如柏桦先生认为,将《明会典》视为行政法典“以现代的眼光来看,未免有些偏颇”。<sup>[20]</sup> 李秀清教授认为,该观点“使人有张冠李戴之感”。<sup>[21]</sup> 在笔者看来,该观点更严重的疏漏,在于忽视了康熙、雍正《会典》收入《大清律》,嘉庆、光绪《会典》规定了刑法基本制度和原则并将《大清律例》收入《事例》这一重要现象。如果《大清会典》是行政法典,那么收入《大清会典事例》的《大清律例》岂不也成了行政法中的行政法?

### 3. 根本法与行政法合一说

该说实为“行政法典说”的变形,意在兼取两长,实则两失,而且陷入了相对主义。<sup>[22]</sup> 诚如吕丽教授所说:“对历史问题应当历史地去分析”,不应过于僵化地“接近现代法的部门分类去衡量中国古代的法典”。因为中国古代的立法者,是不可能站在“法律体系=一国+现行+全部+部门法+有机整体”的理论体系下思考问题的。将现代法律体系概念,生搬硬套到清代法律体系上,难免枘圆凿方、牛头马嘴。

然而很可惜,吕丽教授还是不愿“接近现代法的部门分类衡量中国古代的法典”的分析框架,并为之自圆其说。她一方面以中国传统社会有“人治”“行政权力支配”为由,试图证明《大清会典》可以既有行政法面貌,又产生根本法效果,另一方面又引用《不列颠百科全书》“宪法和行政法之间很难划分界限”的话,试图证明根本法与行政法是可以“合一”的。<sup>[23]</sup> 她忽略了《不列颠百科全书》的说法只能适用于英国(独特的柔性宪法国家),并不适用法国或美国,更不

[16] 织田万在《清国行政法》一书中说:“清国法之各部,进入分化之域,虽有未若文明各国者,然有一《会典》,足以称行政法典。”“中国古来即有二大法典:一为刑法典,一为行政法典。”见该书李秀清、王沛点校本,中国政法大学出版社2003年版,第51页。

[17] 参见林乾:《清会典、则例的性质及其与律例的关系》,载《政治评论》,中国政法大学出版社2001年版;林乾:《〈清会典〉的历次纂修与清朝行政法制》,《西南师范大学学报(人文社会科学版)》2005年第2期。

[18] 鞠明库:“《四库全书》缘何不收万历《大明会典》”,《河南图书馆学刊》2003年第3期,第75页。

[19] 如张晋藩先生主编《中国法制通史》(法律出版社1999年)第八卷《清》之第八章、第十五章、第二十二章(均由李铁撰)及第九卷第五章(张晋藩撰),主要内容即是康熙、雍正、乾隆、嘉庆、光绪五朝《会典》。

[20] 柏桦:“论明代《诸司职掌》”,《西南大学学报(社会科学版)》2014年第4期,第159页。

[21] 李秀清:《清国行政法·点校前言》,中国政法大学出版社2003年版,第11—12页。

[22] 吕丽:“论《清会典》的根本法与行政法的合一性”,《吉林大学社会科学学报》1999年第2期,第28—29页。张杰:“行政法文献巨篇一略谈清代五朝会典”,《行政法学研究》1999年第1期,第40、42页。按,后文先将《大清会典》界定为“行政法典”,又称其“具有根本法的性质”,“是重要的法律支柱和根本保证”。

[23] 吕丽:“《清会典》辨析”,《法制与社会发展》2001年第6期,第59页。

适用于古代中国。至于“人治”或“行政权力支配”，与法律体系的内部结构全无关涉，根本不能推出行政法与根本法合一的结论。

#### 4. 综合汇编式法典说

与上述两说类似，该观点也肯定《会典》是现实行用的法典。其错误在于，将中国古代皇帝的政治权力与法律权力混为一谈了。这是一种很常见的认识。诚然，中国古代的皇帝确实拥有至高无上的政治权力，但不表明这种权力总是会得到法律认可。<sup>[24]</sup> 该观点还认为，《会典》是“营造太平盛世的氛围”，“为政权合法性提供依据”，“争取官民拥戴”的形象工程，又与其“综合汇编式法典说”自相矛盾，此处不再赘论。

综之，行政法典说、根本法行政法合一说、综合汇编法典说都肯定《会典》的法典性质，但都否认其在法律体系中的中心地位，严重低估了其法律效力位阶。

#### (二)《大清会典》是清代的根本法

此前已有学者认可《大清会典》的根本法地位，但未见详论。<sup>[25]</sup> 如《四库全书总目提要》就称《会典》为“以官统事，以事隶官，则实万古之大经，莫能易也。”<sup>[26]</sup> 近代以来，也有学者将《大清会典》视为“宪法”。<sup>[27]</sup> 连行政法学巨擘织田万也承认，《大清会典》“固为经久常行之法”。<sup>[28]</sup>

如岸本美绪教授所言，精确理解当时的“语言”，是研究法律史的关键。<sup>[29]</sup> 古汉语中的“典”字，本就有“根本法”之意。对此，孔颖达有权威的解释：

经之与典，俱训为常，名“典”不名“经”者，以经是总名，包殷周以上，皆可为后代常法，故以

[24] 刘广安：“《清会典》三问”，《华东政法大学学报》2015年第6期，第141—142页。按，刘广安教授引用的几个关于君主“权制”具有最高性的例子，恰恰都是中国古代君主“权制”受到限制的例证。例一中，杜周说“前主所是著为律，后主所是疏为令，当时为是，何古之法？”这句话的语境，是有人批评他不依律令、只依汉武帝特赦办案。杜周用这句话来狡辩，只代表了当时酷吏对法律的另类理解，绝不能视为中国古代“君权—法权”关系的常态。例二《唐律》“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”的规定，也恰恰说明君主“特赦断罪”的效力并非无限，只能用于本案，不能推翻“常法”。例三《钦定王公处分则例》中“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”的规定，更是君主的“特赦断罪”仍须在“常法”范围内产生效力的写照。

[25] 如陈晓枫、柳正权主编《中国法制史》中研究中国古代“基本法”时注意到《会典》，但没有得出正确的结论。他们说：“中国古代的国家基本法主要属于不成文法。古代的国家基本法主要是政治典章性质的规范而非法律性质的规范，尽管其间曾产生过《六典》《会典》等专门性法典，但并没有形成一系列规范构成一个法律文件或法律部门，也没有一部成文的国家基本法的法典，无法划分出一个规定国家基本问题的法律部门。”陈晓枫、柳正权主编：《中国法制史》，武汉大学出版社2012年版，第291页。

[26] 纪昀等撰：《四库全书总目提要》，河北人民出版社2000年版，第2126页。

[27] C. F. Preston, “Constitutional Law of the Chinese Empire”, *The China Review*, vol. II. 转引自(日)织田万：《清国行政法》，李秀清、王沛点校，中国政法大学出版社2003年版，第53页。

[28] (日)织田万：《清国行政法》，李秀清、王沛点校，中国政法大学出版社2003年版，第51页。

[29] (日)岸本美绪：《明清法律运作中的权力与文化·导言》(邱澎生、陈熙远编)，联经出版事业有限公司2009年版，第4页。

“经”为名。典者，经中之别，特指尧舜之德，于常行之内，道最为优，故名“典”不名“经”也。<sup>〔30〕</sup>

也就是说，在中国儒家传统中，夏代以前根本法可为今用者，称为“经”；商周以后根本法可为今用者，称为“典”。清代《会典》的行文中每每模仿《周礼》的语气，以彰显自身的根本法地位，原因即在于对于立法者来说，《会典》正是居于原本由《周礼》占居的位置。<sup>〔31〕</sup>

在纂修过程中，立法者也一再宣谕《会典》的根本法地位，并反复强调“不得摭例以淆典”，以维护其最高效力位阶。如《康熙会典》纂修之前，熊赐履将纂修目的概括为“上有道揆，下有法守”。<sup>〔32〕</sup>《康熙会典·御制序》中，自称“大经大法”“大中之轨”“一代之治法”。<sup>〔33〕</sup>《雍正会典》中，自称“大经大猷”“规型之尽善，仪典之大成”。<sup>〔34〕</sup>《乾隆会典》中，自称“国家大经大法，官司所守，朝野所遵。”<sup>〔35〕</sup>《嘉庆会典》中，自称“大经大法，美不胜收”，等等。<sup>〔36〕</sup>

《会典》的纂修过程，也体现了其根本法地位，其他法律都必须以之为准绳。如《康熙会典》强调“纲维条格，甄录无遗，终始本末，犁然共贯”。<sup>〔37〕</sup>除编入“本朝颁行诸书”，如《品级考》《赋役全书》《学政全书》《中枢政考》《现行则例》外，还要编入皇帝诏敕、谕旨及部院衙门的题准、覆准、议准等，以实现法律的统一和协调，解决“条例事宜多散见于卷牍，百司既艰於考衷，而兆姓亦无由通晓”等问题。<sup>〔38〕</sup>《雍正会典》同样将“各部院衙门礼仪条例，悉行检阅，照衙门分类编辑”，“非徒缘饰虚文，奉行故事”。<sup>〔39〕</sup>

清代统治者纂修《会典》的目的，正如康熙帝所言，是希望“群臣勤修职业，每建一事，布一令，务期上弗戾於古，下克誠於民”。<sup>〔40〕</sup>也就是说，制定和执行规则，既要有合法性，又要有可操作性。乾隆朝《钦定大清会典则例·序》也说：“每修成《会典》一卷，即副以《则例》一卷，先发该衙门校勘，实无遗漏讹错，然后进呈，恭谕钦定。要以《会典》为纲，《则例》为目，则详略有体，庶与《周六官》《唐六典》遗意犹为仿佛。”<sup>〔41〕</sup>

〔30〕 [唐]孔颖达：《尚书注疏》，见阮元校刻《十三经注疏》影印本，中华书局1980年版，第118c页。

〔31〕 如康熙《会典》序中的“阜成兆姓，责有攸归”。又如《乾隆会典》编者所说：“昔成周之制，百度分治以六官，六官统汇於《周礼》，圣人经世之枢要，於是乎在。”又说“是书之体裁精密，条理分明，足以方驾《周礼》。”

〔32〕 《清史稿》卷二六二《熊赐履传》，第9891页。

〔33〕 《康熙会典·御制序》，第3页；《皇帝敕谕内阁》，第5页。

〔34〕 《雍正会典·御制序》，第3页。

〔35〕 《乾隆会典·凡例》，《文渊阁四库全书》第619册，第3页。

〔36〕 《嘉庆会典·御制序》，《近代中国史料丛刊》第64辑，台湾文海出版社，第7页。

〔37〕 同上注，第3页。

〔38〕 《康熙会典·皇帝敕谕内阁》，第5页。《雍正会典》所载康熙朝《会典》之凡例，第1—2页。

〔39〕 见前注〔34〕，第3—5页。

〔40〕 《康熙会典·御撰序》，第3页。

〔41〕 乾隆《钦定大清会典则例·序》，《文渊阁四库全书》第620册，第8页。此外如《乾隆会典》纂修者也说：“创业守文，绳之亿万，叶矩矱训，行之久而勿之渝，非《会典》奚由哉！”参见《乾隆会典·序》，《文渊阁四库全书》第619册，第1页。



当然,历史总是处在发展变化之中。清代统治者对于《会典》的态度,也并非绝对一成不变。<sup>[42]</sup>纂修之初,他们确有模仿《周礼》《唐六典》《唐会要》的初衷。<sup>[43]</sup>但是,从正式纂修之后的状况,以及纂修之后的实际运行看,又有了新的发展。<sup>[44]</sup>从康熙朝,到雍正朝,再到乾隆朝,立法者们越来越明确地意识到,《会典》是其整个国家的“大经大法”,用现代法学语言来表述,就是“全面规范国家各项基本制度、经久常行的根本法”。下文将就清代《会典》的现实行用,作进一步的论述。

### 三、《大清会典》的现实行用

一部文献是不是法律,主要看两方面:形式方面,文献制定者是否宣称其为法律;实质方面,文献公布后是否现实行用,并留下行用的证据。举例来说,唐代公布《六典》后,既未宣称它是法律,也未在实践中行用,所以一般认为《六典》并非法律。<sup>[45]</sup>唐亡之后,后梁焚毁唐代法律,不包括《六典》。后唐在定州发现“本朝法书具在”,也不包括《六典》。

《大清会典》与《六典》不同,是一部现实行用的法典,而且地位崇高。<sup>[46]</sup>清代立法者的宣谕中,对其性质和地位有明确的定义。如《康熙会典·凡例》规定,收入与否的标准是“经久可行”和“奉旨特行”,如“事属权宜”则不收,就是说,收入的必是可“行”的。<sup>[47]</sup>《乾隆会典》的纂修者也反复强调,纂修《会典》并非形式主义、面子工程,不是“每朝迭修为故事”,而是整齐“经久常行之制”,让官员们“知宰世取物所由来”,日常公务中尽量少出差错。<sup>[48]</sup>

当然,立法者的自我宣谕,有时有夸大之嫌,属于“有意史料”,证明力相对低一些。与立法

[42] 此前已有学者指出,早在《明会典》的蓝本《诸司职掌》那里,就已初步具备“大经大法”的特征,只是对当时的立法者来说,还没有明确的根本法意识。《明会典·御制序》中,已将《诸司职掌》称为“诚可为亿万年之大法”。林尧俞等编《礼部志稿》的纂修凡例中,也将《诸司职掌》视为明代的“大法”。请分别参见鞠明库:“《诸司职掌》与明代会典的纂修”,《史学史研究》2006年第2期,第53页。[明]申时行等修:《明会典·正德四年御制明会典序》,中华书局1989年版,序第1页。[明]林尧俞等纂修,俞汝楫等编辑:《礼部志稿·纂志凡例》,台湾商务印书馆影印文渊阁四库全书(第597册),台湾商务印书馆1986年版,第1页。

[43] 《康熙会典·御制序》云:“赋政任功之意,《周礼》盖详焉。沿及唐宋,仿为《六典》,辑为《会要》,悉本斯义。”《雍正会典·御制序》云:“《周礼》一书,盖承唐虞……汉唐宋明……犹师虞周之成宪。”又称《会典》“与《虞书》《周礼》并垂不刊。”

[44] 《康熙会典·御制序》中称:“明初撰《诸司职掌》,其后因之,勒成《会典》。”

[45] 唐代《六典》纂成于开元二十六年(738),唐人韦述、吕温均称其“至今在书院,亦不行用”,“未有明诏施行”,“郁而未行”。参见[唐]韦述:《集贤记注》,收入《全唐文》卷302。[唐]吕温:《吕和叔文集》卷5《请删定实行〈六典〉〈开元礼〉》,收入《全唐文》卷627。参见钱大群:“《唐六典》行用考”,载钱大群:《唐律与唐代法制考辨》,社会科学文献出版社2009年版,第419页。

[46] 杨一凡:“清代则例纂修要略”,载杨一凡主编:《中国古代法律形式研究》,社会科学文献出版社2011年版,第520页。

[47] 《康熙会典·凡例》:“《会典》所载,皆经久可行之事。其有良法美政,奉旨特行者,咸备书之。其事属权宜,不垂令甲者,则略而不录。”见《雍正会典》所录《康熙会典·凡例》,第4页。

[48] 《乾隆会典·序》,《文渊阁四库全书》第619册,第2页。

者的宣谕相比,史料中保留下来的与《会典》有关的颁行、查询、援引、解释、增修、删除以及强调应当遵循《会典》、恢复《会典》的休眠条款、对违反行为进行制止惩戒的“无意史料”,能够更有力地证明《会典》是清代现实行用的根本法。<sup>[49]</sup>

### (一) 颁行

顺治时期,已有官员建议将《明会典》改名《清会典》颁行全国。<sup>[50]</sup>康熙九年,根据江南道御史张所志的建议,《康熙会典》在全国颁行。<sup>[51]</sup>康熙四十一年,山西道御史张瑗又提出相同请求,也得到了批准。<sup>[52]</sup>这可能是因为《康熙会典》初刊量较少,中央官员近水楼台,比较容易读到,地方官则只有在省署才能读到,所以康熙时的两次颁行建议,都来自道台一级的官员。

关于《乾隆会典》的颁行情况,史料互有参差。乾隆元年的一份敕谕中说:“本朝《会典》所载,卷帙繁重,民间亦未易购藏。”<sup>[53]</sup>乾隆六年,礼部官员在讨论中又提到:“《会典》所载颁行已久。”<sup>[54]</sup>合而观之,可知《乾隆会典》也颁行于全国,但范围仍比较有限。乾隆中期,一位名叫顾铤的官员,竟然用六百里加急请求朝廷在各省颁发《会典》,乾隆帝斥责其滥用“加急”,但并没有反对其建议。<sup>[55]</sup>将《会典》颁行于全国,应该是当时中央与地方的共识。

道光七年,发生了一起与《会典》颁行有关的事件,颇为有趣:

济宁城守营都司徐万荣,坚执远年未经修改《会典》,内有掌印金书都司‘见各道平行’一语,辄与运河道文移抗不相下。经该署河督查明新修《会典》,发给阅看,并面为开导,犹复盛气相向,藐抗不遵。实属蔑视上官,故违定制。徐万荣著先行撤任,交部严加议处。<sup>[56]</sup>

这位名叫徐万荣的都司,认为依照《会典》,自己应与道台平行,没想到他依据的是旧版的《乾隆会典》,上司向其出示新版的《嘉庆会典》,他并不服气,结果遭到惩处。此案表明:其一,《乾隆会典》颁行更广,已经达到道台、都司一级;其二,地方官非常重视《会典》,将其作为行事准则,绝非具文;其三,《嘉庆会典》卷帙大增,新旧衔接不佳,部分官员未能及时掌握;其四,新《会典》一旦颁行,旧《会典》即归失效,无论是否知情,都须遵循新版。

为了解决《会典》难以普及的问题,清政府有时会颁行一些专条汇编。如乾隆时,礼部“萃集历代礼书并本朝《会典》,将冠婚丧祭一切仪制斟酌损益,汇成一书”。<sup>[57]</sup>道光时,为了抑制婚丧浮奢风气,“依《会典》仪制,刊布规条,宣谕民间。”<sup>[58]</sup>光绪时,又将《会典》中“有关民间吉

[49] 由于数量很多,此处只举一些代表性例证,以概其余。

[50] 《清世祖实录》卷106,顺治十四年正月戊辰。

[51] 《清圣祖实录》卷33,康熙九年四月丙子。

[52] 《清圣祖实录》卷207,康熙四十一年正月癸酉。

[53] 《清高宗实录》卷21,乾隆元年六月丙戌。

[54] 《清高宗实录》卷150,乾隆六年九月甲子。

[55] 《清高宗实录》卷817,乾隆三十三年八月甲申。

[56] 《清宣宗实录》卷114,道光七年二月戊申。

[57] 《清高宗实录》卷21,乾隆元年六月丙戌。

[58] 《清史稿》卷342《富俊传》,第11121页。

凶礼节者,刊布通行”。<sup>[59]</sup>其后,又将“嘉庆十八年以后增定一切典礼,及修改各衙门则例,编辑成书,颁行中外”。<sup>[60]</sup>

清末印刷条件进一步改善,《会典》颁行范围又有扩大。光绪二十七年,《会典》被列为翰林院编修以上官员的必读书。<sup>[61]</sup>次年,分赐各省学堂《会典》一部。之后又加印五百部,分发中央官署及各省衙门。<sup>[62]</sup>清代后期各级官员阅读《会典》,应该是没有问题的。

## (二)查询

由于清代在全国颁行《会典》,后期范围更广,各级官员都能较方便地阅读《会典》。清政府还定期颁行《会典》中某些方面的专条汇编。中央和地方官员在处理军政、民政、刑政事务时,都养成了查询《会典》的习惯。这是《会典》现实行用的基础和保障。

清代官员查阅《会典》的例证,可谓不胜枚举,朝廷议政时,“谨按《会典》”“谨遵《会典》”“《会典》开载”“《会典》并未开载”等,都是惯用之语。如顺治时,官员蒋永修查阅《会典》后,认为州县呈送勇士的标准是“力胜五百觔或四百觔、三百觔”,而他见到武场试录却不及三百觔,“与《会典》之例不符”。<sup>[63]</sup>魏象枢以母老请求终养,也以《会典》为据。<sup>[64]</sup>乾隆二十八年,朝鲜英祖李吟令其孙李祘“以孙承祖”,却称为“世子”,而非“世孙”。乾隆帝听取报告后认为不妥,命令礼部“检查《会典》,该国从前曾否有似此立孙之事”,作为决策参考。<sup>[65]</sup>

地方官办理军政事务时,也会查阅《会典》,一旦发现《会典》没有规定,就会请示朝廷,请求补充规定。一些大臣也会以《会典》为后盾,抵御官场中逢迎谄媚的歪风邪气。乾隆二十八年,一位广西官员奏称,总督巡视时总兵应如何接待“《会典》内并未开载”,请求朝廷确定仪注以便遵照。<sup>[66]</sup>同治四年,曾国藩在给其子曾纪泽的信中提到,他正在核改《水师章程》,需要了解提镇至千把的养廉钱数额,苦于无书可查,要求“翻会典查出寄来”。<sup>[67]</sup>

为了督促官员遵守法纪,连皇帝也会经常查阅《会典》。<sup>[68]</sup>《清实录》中多处提到道光帝“每宵盥筹思,昨阅《会典》,内称……”云云。<sup>[69]</sup>还提到他“详加披阅”《会典》,发现官员在奏折中提出的“严禁僭用服色”,其实《会典》中已有规定,遂否决该项请示。<sup>[70]</sup>清代有不少勤政

[59] 《清德宗实录》卷11,光绪元年六月戊辰;卷二一,光绪元年十一月乙未。

[60] 《清德宗实录》卷231,光绪十二年八月丙寅。

[61] 《清德宗实录》卷482,光绪二十七年四月甲寅。

[62] 《清德宗实录》卷497,光绪二十八年三月甲子;卷560,光绪三十二年五月戊戌。

[63] [清]蒋永修:《日怀堂奏疏》,卷二《武闱举行在即,积弊务宜力更,遴真才以收实效疏》,康熙天黎阁刻本。

[64] [清]魏象枢:《寒松堂全集》卷2《奏疏·光禄寺》,康熙时刻本。事在顺治十六年。

[65] 《清高宗实录》卷690,乾隆二十八年七月癸亥。

[66] 《清高宗实录》卷700,乾隆二十八年十二月甲午。

[67] [清]曾国藩:《曾文正公家训》卷下,“同治四年十一月十八日”条,光绪五年传忠书局刻本。按,曾国藩在信中还特别提示其子,“凡经制之现行者查《典》,凡因革之有出者查《事例》”。

[68] 《清世祖实录》卷71,顺治十年正月辛巳;《清仁宗实录》卷177,嘉庆十二年四月丙子。

[69] 《清宣宗实录》卷110,道光六年十一月乙未。

[70] 《清宣宗实录》卷211,道光十二年五月甲寅。

的皇帝,道光帝是其中之一。他甚至将《会典》与其他法律文件对勘,寻找其中的不同或差错,并要求改正。<sup>[71]</sup>

由于礼仪是展现中央(尤其是君主)威权的最好机会,《会典》相关规定极为细密,由其产生的疑难也最多,因此,官员查询《会典》礼制规范尤其频繁。如乾隆五十年,乾隆帝将十女儿固伦和孝公主嫁给和珅的儿子丰绅殷德,为了确定固伦额驸的服色穿戴,军机大臣“查阅《大清会典》”,确认“并未详细开载”,不得不参照乾隆十二年色布腾巴勒珠尔娶固伦和敬公主的做法执行。<sup>[72]</sup>

此外,各省府州县编写地方志时,也往往查询《会典》。一旦遇到其他文献中的时间、地点、人物、数据记载与《会典》不合,往往会舍弃其他文献而采信《会典》。<sup>[73]</sup>

### (三)解释

官员办理军政、民刑、刑政事务时,或在文书中引用《会典》条款时,难免会对《会典》条款产生不同的理解,需要朝廷作出权威的解释。为了维护自己的利益,不同官位和品级的官员,也会对《会典》条款作出有利于自己的解释。乾隆时期有一起非常典型的案件。当时,根据《会典》规定,五品官嫡母在世,生母不得并封,但可捐封;嫡母去世,则生母可以获封。一位名叫张卿云的五品官,嫡母已经去世,生母本来无须捐封,但他错误地理解了《会典》例义,将妻子也开列在了请封的名单中。吏部认为他“冒领封典”,予以参劾。案件进入审理后,刑部却持不同意见,认为张卿云只是不明《会典》例义而已。他们建议允许他另捐一份封典,与生母一并受封,得到乾隆帝的批准。<sup>[74]</sup> 这起案件显示,由于《会典》的现实用性,不同部门和官员会对相关条款产生不同理解,需要上级官署裁定,最终则是由皇帝钦定,以确认何者为最权威的解释。

在雍正四年发生的“王九格案”中,同样涉及对《会典》条款的解释。旗人王九格状告陆灿、陆焕系伊家投充即汉人奴仆,陆氏兄弟呈辨自己并非奴仆,王九格之状告为旗棍讹诈。该案久拖不决,多次会审未果,官员们对《会典》规定有不同的理解。最后,直隶总督李绂会同布政使德明、按察使张廷柱覆审,对《会典》“父兄伯叔住种满洲房地,子弟侄看守故土坟茔,查其输粮在先红册载名者,即断为民”作出有利于陆氏兄弟的解释,判决王九格败诉。<sup>[75]</sup>

### (四)修改

由于《大清会典》袭自《明会典》,一些条款原样照抄,另一些稍作变更,难免出现难详其义、有悖常情、条文乖违、不孚实用之弊。为此,清政府不得不经常修改相关条款。如乾隆十二年,将祭享太庙献爵献帛“例用侍卫及太常寺官”,改为“用宗室人员”。<sup>[76]</sup> 乾隆十四年,修订“相

[71] 《清宣宗实录》卷 283,道光十六年五月辛卯。

[72] 《清高宗实录》卷 1273,乾隆五十二年正月丁亥。

[73] 如同治时刘庠编《徐州府志》(同治十三年刊)卷 6 下《职官表》,光绪时张之洞编《顺天府志》(光绪十二年刊)卷 54《经政志》,清末张伯英编《黑龙江志稿》(民国二十一年刊)卷 26《武备志》等,均有这种情况。

[74] 《清高宗实录》卷 221,乾隆九年七月癸卯。

[75] [清]李绂:《穆堂类稿》初稿卷 39 下《覆审旗民王九格等疏》,道光十一年奉国堂刻本。

[76] 《清高宗实录》卷 300,乾隆十二年十月己未。

沿前明敝典未更”的旧制,规定“斋宫致斋,勿鸣鼓角”。〔77〕这些修订使条款更优化,衔接更合理,保证了《会典》有更好的可操作性。

从留存的例证看,清代对《会典》的修改,大多与加强中央(尤其是君主的)权威有关。乾隆十五年,湖北巡抚奏称,此前旌表守节妇女,率由督抚、学政给扁汇题,有“人臣得操表扬之柄”的嫌疑,建议“敕内阁拟字给扁”。礼部议准,乾隆帝钦定“清标彤管”四字,“载入会典遵行”。〔78〕乾隆三十年,根据军机大臣的建议,将《会典》中规定的亲王冬用全貂坐褥,郡王冬用貂缘坐褥,分别降低一格,以体现皇帝、亲王、郡王的等级差别。〔79〕

当《会典》条款明显不妥时,清代君臣并非一味僵化死守,而是设法予以调整,使之适应实践所需,不至于沦为制度枷锁。如乾隆元年,废止了《会典》中关于“提镇到京,赴部投文,听候引见”的规定。〔80〕乾隆十一年,户部同意四川巡抚的建议,对采炼过于艰苦,难以达到《会典》四六抽课标准的部分四川铜矿,改为二八抽课。〔81〕

更典型的例子,发生在乾隆三十九年。四川酆都知县杨梦槎、县丞倪鹏、吏目罗载堂三人因公殉职,按照《会典》规定,只有知县杨梦槎可以加赠荫恤,倪鹏只是县丞,罗载堂只是吏目,据《会典》并无赠条。朝廷同意四川总督的建议,适当变通规则,对倪、罗二人分别予以加赠荫恤。〔82〕

从上述事件也可看到,只有在必须变通,且无明显危害时,清政府才会予以变通《会典》规则,总体上非常慎重。哪怕只是一字之差,也要详细调查讨论。如乾隆四十二年,军机大臣提出《会典》中“遣奠”一词不详“遣”字之义,经反复商讨,认为是孔颖达解释《仪礼》时“牵合成文”所致,才决定将“遣奠”改为易于理解的“飨奠”。〔83〕

### (五)增补

清承明制,但在官制、礼制、兵制、民族制度等方面,毕竟有很多不同,必须适当调适,必要时创设新制,才能因应发展之需。从康熙朝到光绪朝,《会典》及《事例》从百余卷增至千余卷,从5000余页增至50000余页,足见清代增补《会典》之频密,规模之庞大。

仅乾隆时期,《会典》的修订就不下数十次。如乾隆十三年,兵部议准太仆寺提出的马群孳生、缺额的新核算办法,“载入《会典》遵行”。〔84〕次年,乾隆帝敕谕议政王大臣,根据《会典》中有关“崇德间大兵凯旋,太宗文皇帝率众拜天,大设筵宴,宴毕躬率凯旋王、贝勒、贝子、公、大臣等恭谒堂子,行三跪九叩礼”的旧例,议定“凯旋致祭堂子典礼”,载入会典。〔85〕同年,又新定

〔77〕《清高宗实录》卷340,乾隆十四年五月戊申。

〔78〕《清高宗实录》卷360,乾隆十五年三月丁巳。

〔79〕《清高宗实录》卷746,乾隆三十年十月癸丑。

〔80〕《清高宗实录》卷20,乾隆元年六月戊辰。

〔81〕《清高宗实录》卷259,乾隆十一年二月壬戌。

〔82〕《清高宗实录》卷953,乾隆三十九年二月甲辰。

〔83〕《清高宗实录》卷1303,乾隆四十二年四月甲辰。

〔84〕《清高宗实录》卷329,乾隆十三年十一月丁卯。

〔85〕《清高宗实录》卷339,乾隆十四年四月丙午。

派官致祭先蚕例,载入《会典》。<sup>[86]</sup>又新定上驷院、奉宸院、武备院三衙门卿缺相关制度,载入《会典》。<sup>[87]</sup>

乾隆二十五年,乾隆帝第四女和硕和嘉公主与富察·福隆安结婚,乾隆帝批准礼部的建议,今后固伦公主婚礼筵宴二次,和硕公主筵宴一次,载入《会典》。<sup>[88]</sup>乾隆三十二年,礼器馆奏定文武各官雨衣品级,以与御用的明黄色雨衣雨帽相区分,“以辨等威”,乾隆帝敕准增入《会典》。<sup>[89]</sup>乾隆五十七年,鉴于《会典》中有亲王、郡王府第的规定,缺少府前马桩高下宽窄、距府远近的细则,乾隆帝认为“马桩为规制攸关,《会典》未有明条,难以遵循,亦应明立限制,以示等威”,命宗人府、步军统领衙门补充规定。<sup>[90]</sup>

用今天的眼光看来,清代立法对《会典》的增补,或许是过于琐细的。哪怕极小的增删,也须王大臣商议,皇帝钦定。其实,这正是《会典》作为清代根本法的体现,《大清律例》的修订虽然也很审慎,但终究达不到这种程度。

#### (六)删除

除了修改、增补之外,删除《会典》中某些不合时宜的条款,也是《会典》行用的证据之一。相对于大量的条款增补而言,清代删除《会典》条款的例子要少一些。这些被删除的条款,多半是因为不合时宜。官员一旦发现有这样的条款,就会奏请将其删除。如乾隆二十四年,根据礼部尚书伍龄安的建议,废止了《会典》中“僧道官铸印信”的条款,以免其夸耀乡里,滋生事端。<sup>[91]</sup>假如《会典》真的只是形象工程、面子工程,不具有现实行用性,就没有必要对其进行条款修改、增补和删除了。

#### (七)休眠条款的效力恢复

由于《大清会典》篇幅过于庞大,条文过于繁冗,官员难以全部掌握,有时难免出现一些怠于执行,甚至沦为具文的“休眠条款”。一旦发现这种情况,都会主张恢复这些条款的约束力,以确保《会典》行用的全面性。如雍正初年,礼部侍郎蒋廷锡提出,《会典》中有“顺治九年定乡设社学”的记载,如今却因冒滥而停罢,应当继续在“乡、堡立社学,择生员学优行端者充社师”,得到批准。<sup>[92]</sup>乾隆四年,太常寺官员提出,《会典》对州县文庙的祭品数量、种类、摆放方式等均有明确规定,但却“往往移彼献此,全无诚敬实意”,应“照依《会典》,按图陈设”,得到批准。<sup>[93]</sup>乾隆六年,官员钱陈群奏称:“学宫从祀诸贤,设立神牌,先后位次,《会典》所载颁行已久,而日久渐弛,未能画一。”礼部覆准,要求地方官三天内厘正诸贤神牌位次,并报部备案。<sup>[94]</sup>

[86] 《清高宗实录》卷 334,乾隆十四年二月己卯。

[87] 《清高宗实录》卷 337,乾隆十四年三月壬申。

[88] 《清高宗实录》卷 608,乾隆二十五年三月庚戌。

[89] 《清高宗实录》卷 784,乾隆三十二年五月辛未。

[90] 《清高宗实录》卷 1404,乾隆五十七年五月甲辰。

[91] 《清高宗实录》卷 591,乾隆二十四年闰六月己亥。

[92] 《清史稿》卷 289《蒋廷锡传》,第 10250 页。

[93] 《清高宗实录》卷 89,乾隆四年三月乙丑。

[94] 《清高宗实录》卷 150,乾隆六年九月甲子。

### (八)对违反行为的制止与惩处

由于《会典》规定了清代最基本的制度,因此违法主体也比较特殊,并非普通民众,而是国家机关、政府官员甚至作为国家领导人的君主。这也是《会典》作为清代根本法的标志之一。此外,违反《会典》的案件数量,也比违反律、例的案件少,对于违反行为的惩处方式和程序也不同。<sup>[95]</sup>

首先,《会典》作为根本法的权威不容质疑,任何企图改动其内容的行为都会遭到严惩。乾隆时期,发生了一起影响很大的案件:孔子的第六十八世孙孔继汾编写了一本《孔氏家仪》,不料遭到族人孔继戍告发,经刑部严加审讯,被定为“增减《会典》服制”之罪,被判充军。其子孔广森(著名经学家)到处借贷才将其父赎出。父子历尽艰险,次年先后病逝。<sup>[96]</sup>

其次,无论违反行为是否严重,都会被制止或惩处。如乾隆七年,御史彭启丰批评一些学政与督抚相见时,违反《会典》仪注平行的规定,谄拜门生,风气很坏,必须纠正。他的意见很快就得到批准。<sup>[97]</sup>乾隆二十四年,江南提督王进泰奏请将正在修理的战船,先赶修一半以应付秋操,明年再修其余的一半。军机大臣议称:“此事既有康熙年间议准定例,载在《会典》,各省自应遵照办理。”乾隆帝责令立即查处和严惩王进泰等,“以为不遵定例者戒”。<sup>[98]</sup>嘉庆时,出现了市井凡人僱用皇帝红绒帽顶,八、九品官僱用七品素金帽顶等情况,违反《会典》所载冠服仪章之制。嘉庆帝闻奏,命步军统领衙门、五城御史、各省督抚等一体彻查,严行禁止,对于违者,立即参奏示惩。<sup>[99]</sup>光绪十三年,光绪帝大婚,慈禧太后下达懿旨:“一切应办事宜,著派总管内务府大臣,遵照《会典》敬谨办理。”<sup>[100]</sup>一些官员不够认真,办理典礼时“不遵奉前旨查照《会典》办理”,被抓住了把柄。慈禧太后严令,将他们严加议处,从尚书、侍郎到郎中、员外郎,分别遭到降四级、降五级的处分。<sup>[101]</sup>

第三,由于《会典》的规定极为细致,即使琐细轻微的差错,也会被及时制止。如乾隆十八年,陕西布政使张若震奏称:“各省举行乡饮酒礼,事不画一。应请嗣后每岁于十月中举行一次,绅士内举一为大宾,耆庶内举一为介宾、一为耆宾。”礼部仔细审核后指出,《会典》乡饮酒图中只有大宾和介宾,并没有“耆宾”,遂否决了“举一为耆宾”的建议。<sup>[102]</sup>

[95] 按,《明会典》颁行于明代中后期,其根本法地位也已明确,明代史料中已有不少(尽管少于清代)因违反《会典》而被制止或惩处的例子。如嘉靖时,夏言建议六科都给事中参与太庙祭祀,结果被礼部否决,理由“与《会典》未合”(徐学谟《世庙识余录》卷7);张永明批评王府擅自差人下府州县催征禄米“新则与《会典》有违”(见张永明《张庄僖文集》卷3《乞停额外加征疏》);张汉任总督,请令大将得专杀偏裨,总督得斩大将,被兵部以“专杀大将与《会典》未合”否决(《明史》卷294《张汉传》)。又如万历时,御史陈燧奏言“吏部大选掣签,与《会典》选法背戾”(陈建《皇明通纪集要》卷38)。

[96] 《清高宗实录》卷1226,乾隆五十年三月己未。

[97] 《清高宗实录》卷160,乾隆七年二月丁酉。

[98] 《清高宗实录》卷587,乾隆二十四年五月丁酉。

[99] 《清仁宗会典》卷66,嘉庆五年闰四月壬申。

[100] 《清德宗实录》卷242,光绪十三年闰四月辛丑。

[101] 《清德宗实录》卷360,光绪十四年十月庚辰。

[102] 《清高宗实录》卷438,乾隆十八年五月丙辰。

第四,即使宗室成员或朝廷显贵,违反《会典》的行为也会遭到制止或惩处。如雍正六年,宗室敬恒在上陵行礼时,僭越《会典》的规定,滥用了赞礼郎,遭到宗人府参奏,被革去辅国公爵位。<sup>[103]</sup> 乾隆初,军机大臣讷亲巡视江南,地方官纷纷“鞞袴跪迎”,按察副使庄亨阳不但长揖不拜,而且声言“非敢惜此膝於公,其如《会典》所无何?”讷亲虽是朝廷显贵,对庄亨阳的言行也无可奈何。<sup>[104]</sup> 嘉庆时,宗室宜兴任山东巡抚,临行前嘉庆帝叮嘱,务必“谨慎谦和,属员进见,须恪遵《会典》仪注,不可稍涉傲慢”。可他偏偏不听,到任后“南面正坐,道府皆令侍立,并令各属称之为爷”,嘉庆帝闻知后大怒,立即将其革职。<sup>[105]</sup> 道光九年,龚自珍向大学士曹振鏞上书,主张侍读之权不宜太重,理由就是“侍读以上官自处,中书以下属自处,明悖《会典》”。<sup>[106]</sup>

第五,即使在基层社会,违反《会典》的行为也会遭到指责和纠正。如乾隆五年,江苏震泽知县制作了祭祀时演奏《中和韶乐》的乐器,乡绅们却认为他“未遑详考,所制器与数与《会典》尚有不合”,希望能再加损益。<sup>[107]</sup>

极端的情况下,皇帝也会因违反《会典》而遭指责。这种例子清代也出现过,而且非常著名。乾隆十五年,皇贵妃纳喇氏被册为皇后,但乾隆帝与她关系不好。三十年,纳喇皇后陪乾隆帝南巡,途中被送回京师,次年去世,乾隆帝闻讯,以其“性忽改常,于皇太后前不能恪尽孝道。比至杭州,则举动尤乖正理,迹类疯迷”为由,谕令葬礼不得与孝贤皇后同等规格,“止可照皇贵妃例行”。朝野震惊,却无人敢言,只有御史李玉鸣上奏,认为纳喇皇后并未被废,葬仪仍应按照《会典》规定的皇后规格办理。乾隆帝大为震怒,怒斥李玉鸣“巧为援引《会典》……隐跃其辞,妄行渎扰,居心诈悖”,将其革职锁拏发往伊犁。<sup>[108]</sup> 尽管李玉鸣的抗争以失败告终,但其死后被称为“忠臣御史”,仍然反映了当时人们普遍认为即使皇帝也应当遵循《会典》。

综之,《会典》一直是清代现实行用的法律。当然,与文献中保存的例证相比,《会典》在清代行用的实际频率,应该还要高得多。只不过,如同人们习惯于走路因而不会记录“走路”一样,清代官民遵循《会典》也是习以为常之事,不是每次“遵循”都必须记载下来。只有当援引《会典》是为了证成其观点时,“援引”行为才会被记录下来,成为今人看到的史料。我们不妨再来看看,雍正帝的十三弟怡亲王胤祥是如何遵循《会典》的。他临死前,“将身后之事一一指示,特画亲王坟茔图一幅”,嘱咐王妃和儿子,身后茔地之制必须“悉照《会典》所载亲王之礼行,毋得稍有踰越”。雍正帝予以高度褒奖,要求内阁议定葬仪。大学士们心领神会,议定仍按《会典》安排,他们当然知道雍正帝并非出于感动,而是出于对胤祥遵守《会典》的认可。<sup>[109]</sup>

[103] 《清世宗实录》卷71,雍正六年七月癸丑。

[104] 《清史稿》卷480《庄亨阳传》,第13140页。

[105] 《清仁宗实录》卷48,嘉庆四年七月丁卯。

[106] [清]龚自珍:《定庵全集》,文集补编卷2《上大学士书》,光绪二十三年万本书堂刻本。

[107] [清]陈和志等编:《(乾隆)震泽县志》卷7《营建三》,光绪时重刊本。

[108] 《清高宗实录》卷765,乾隆三十一年七月壬辰。

[109] 《清世宗实录》卷94,雍正八年五月丙戌。按,胤祥与雍正帝关系非常亲密。雍正帝在位时封其为铁帽子王,世袭罔替。为纪念其功,雍正特下旨将其名“允祥”的“允”字改回“胤”字,是清代臣子中唯一得以不避帝讳者。



直到清代晚期,《会典》作为行用于全国的法典,仍然没有明显改变。如冯桂芬主张用《会典》所定六尺弓丈量旧田,用部颁五尺弓丈量新田。<sup>〔110〕</sup>又如光绪八年议定《中国朝鲜商民水陆贸易章程》,规定“朝鲜商民在中国各口财产罪犯等案,悉由地方官审断,仍遵《会典》旧制。”<sup>〔111〕</sup>直到宣统时,《会典》仍然是行之有效的法典,绝非虚设具文,更不是“营造太平盛世的氛围”,“为政权合法性提供依据”,“争取官民拥戴”的形象工程。

#### 四、清代“典例”法律体系

研究清代法律体系,须先摆脱两种成见:一是认为清代自始至终,都保持了同一结构、同一形态的法律体系,没有任何变化,或者只有微小的变化;二是认为无论君主还是官僚,中央还是地方,都对其法律体系持完全相同的态度,要么都肯定,要么都否定。这两种看法,不但对于清代,而且对于历史上任何一个时期都是不切实际的。任何法律体系都是处于变化发展中的,其中的参与者与旁观者的观点,也总是处在变化发展之中。<sup>〔112〕</sup>要想对清代的法律体系“一言以概之”,难免此缺彼漏,难以绝对周全。

对任何法律体系的考察,也总会随着视野的调整,产生越来越深入的认识。晚清时期,梁启超先生得出了这样的观点:“明、清两代之《会典》,实并《律》之所规定者,而悉收容於其间,故《会典》之与《律例》实为全部法与一部法之关系。”<sup>〔113〕</sup>他的观点,是就《会典》与《律例》的形式而言的。今天,我们可以在其基础之上,进一步深入研究清代《会典》《大清律例》《事例》及《则例》的结构与关系。

在清代法律体系中,《会典》当然不是“全部法”,而是“上位法”,是根本法,是重心和基准。与之相对应,《事例》和《则例》是下位法。至于《大清律例》的地位已下降至与例持平,无法与《唐律》在唐代法律体系中的地位相提并论。

##### (一)《会典》:清代法律体系的重心和基准

《会典》作为清代的根本法,突出地表现在《会典》成为确认一切制度的重心和基准。除前文已举例证外,还可举出不少。如清代前期,并无内阁大学士员额的规定,只说“出自简在”,语焉不详。<sup>〔114〕</sup>乾隆十三年确定大学士员额,形成“三殿三阁”定制,载入《会典》,成为清代最紧

〔110〕 《清史稿》卷486《冯桂芬传》,第13439页。

〔111〕 《德宗会典》卷151,光绪八年九月甲申。

〔112〕 如乾隆二十四年,乾隆帝认为《浙江省秋审招册》中“童汝德案”的办理属于情罪未协。他说:“此案比拟失伦,乃用律者之过,非律之自有疑义也。律文云:凡诈假官,假与人官者斩等语,其义可谓槩括明切。乃自律注日增,而律意转晦,司谏者因注语而误会本律,又辗转而引用他例,遂至强生支节,轻重悬殊。”可见此时,乾隆帝对于例的增加仍颇有微辞,仍希望维持律与例之间的平衡关系。参见《清高宗实录》卷597,乾隆二十四年九月乙丑。

〔113〕 梁启超,见前注〔1〕,第41页。

〔114〕 《雍正会典》卷2《内阁》,台湾文海出版社1994年版,第46页。

要的政治制度之一。<sup>〔115〕</sup> 乾隆三十三年,鉴于明代称文庙正殿为“先师庙”,二门为“庙门”,不符《会典》定制,遂依《会典》改为“大成殿”和“大成门”,乾隆帝亲制碑记,以示郑重。<sup>〔116〕</sup> 还有不少制度,也都是由《会典》确认的。<sup>〔117〕</sup>

作为根本法的《会典》,与作为普通法的《大清律例》《漕运全书》《赋役全书》是什么关系?康熙时官员徐旭旦说的很清楚:

今各衙门事宜,屡经奉旨集成书而延至数年报就者,惟《赋役全书》一册。其他政典攸关刻不容缓者,一一为皇上陈之:如《会典》为一代礼乐刑政之总……吏部《品级考》为进退人材之大纲……户部《漕运议单》为国家财赋之统纪……都察院《台规》为振肃风宪之要……刑曹引《律》为生民之命所关……当与《会典》诸书同为考定也。<sup>〔118〕</sup>

可见早在康熙时期,《会典》已上升为“一代礼乐刑政之总”的地位,而《律》的地位已降至与《赋役全书》《漕运全书》《品级考》《都察院台规》等相当的普通法地位。

乾隆二十四年《大清通礼》御制序,则把《会典》与《大清通礼》的关系阐述得很清楚:“经礼三百,曲礼三千。《会典》盖经礼之遗矩,而《通礼》亦曲礼之滥觞。”也就是说,《会典》是经,是指导方针和基本纲要,《通礼》是目,是具体规范的展开,两者是“表里”的关系,《会典》是内在宗旨,《通礼》是外在规范。<sup>〔119〕</sup>

《会典》作为清代法律体系中的重心,还表现在它成为纂修律、例的基准。作为下位法的律、例,不得与作为上位法的《会典》有哪怕细微的出入。道光元年,吏部发现《会典》中的服制图规定,子为慈母斩衰三年,但并未载入则例,遂根据《会典》将该项规定增入《则例》。<sup>〔120〕</sup> 道光十六年,军机大臣将《大清会典》与《中枢政考》的相关章节进呈御览,细心的道光帝发现两书同节有“手疾”“手拐”之别,立即要求“兵部即遵照《会典》改正,以归画一”。<sup>〔121〕</sup> 律、例的修订,均以《会典》为准绳。清末沈家本主持核订现行律,将“官员袭荫”条的两条附例并为一条,也以《会典》规定为依据。<sup>〔122〕</sup>

〔115〕 《清高宗实录》卷 330,乾隆十三年十二月甲申。《乾隆会典》卷 2《内阁》规定:“内阁大学士满汉各二人,均由特简,赞理机务,表率百僚。”《文渊阁四库全书》第 619 册,第 36 页。

〔116〕 《清高宗实录》卷 822,乾隆三十三年十一月己亥;卷 823,乾隆三十三年十一月己酉;卷 828,乾隆三十四年二月甲寅。

〔117〕 如乾隆五十一年,礼部、内务府奏称:“查《会典》载:固伦公主冠服仪卫,视亲王福晋;和硕公主,视亲王世子福晋。再恭查《钦定皇朝礼器图式》所载公主朝冠金约等制甚详,谨缮单进呈,请嗣后照《礼器图》制办。公主仪卫:《会典》载银顶轿、朱轮车诸制与亲王同,亦缮单进呈,请嗣后照《会典》制造。”可见,《会典》是贵族仪制的基准,《礼器图》则是依照《会典》的基本规定而绘制的具体图式。参见《清高宗实录》卷 1261,乾隆五十一年闰七月癸巳。

〔118〕 [清]徐旭旦:《世经堂初集》卷 26《典宪颂守》,康熙时刻本。

〔119〕 最好引大清通礼序。目前引清官修《国朝官史》卷 26《书籍五》,文渊阁四库全书本。

〔120〕 《清宣宗实录》卷 20,道光元年六月辛丑。

〔121〕 《清宣宗实录》卷 283,道光十六年五月辛卯。

〔122〕 沈氏所述理由是:世职袭爵次数不同,且有世袭罔替者,两例仅推及祖父之子孙,与《会典》不符,应查照更正。又失机退怯即《会典》之军机获罪,惟《会典》尚有十恶暨枉法赃、侵盗钱粮、以财行求等项,亦应查照增入并纂补。参见[清]沈家本:《大清现行新律例》核订现行刑律职制,宣统元年排印本。

《会典》作为清代法律体系的重心与基准,还表现在它成为皇室贵胄、王公子弟的主要教学用书。同治帝年幼时在弘德殿读书,担任授读的祁俊藻、翁心存等人,就以《会典图》为教材,为他讲授地理、风土、农桑等知识。<sup>[123]</sup> 光绪二十七年的一份谕旨要求,将《会典》作为翰林院编修以上官员的必备读物,规定“编检以上各官应专课政治之学,以《大清会典》《六部则例》为宗”。<sup>[124]</sup> 可见至少在清代中后期,《会典》已成为高级官员必知的基本法则,更为基层官员普遍遵循。

《会典》作为清代法律体系的重心和基准,还表现在其普遍应用于外交事务。如康熙初年,安南国、暹罗国先后因为“进贡方物与《会典》不符”,被责令补贡,且嗣后必须按《会典》入贡,只有在贡品产自他国的情况下,才可用《会典》规定以外的特产代贡。<sup>[125]</sup> 康熙七年,安南国王黎维禧又提出,由于中途遥远,希望将“三年一贡”改为“六年两贡并进”,礼部查询《会典》之后认为,改为六年不影响“礼意恭敬”,议准其请。<sup>[126]</sup> 康熙十一年,广东巡抚发现“暹罗国贡使所进方物,仍与《会典》不符”,上疏请示处理方案。<sup>[127]</sup> 在处理与周边国家的外交关系时,《会典》是记载外交准则的最权威的法律文件。只有《会典》对某类事务没有记载时,才可便宜行事。<sup>[128]</sup>

## (二)例:清代法律体系的主体

例始见于唐代,但直到宋元时期,仍只是法律的实施细则,算不上主要法律形式。从明代起,例广泛运用于军政、民政、刑政等领域。到了清代,例已经成为主要的法律形式,从顺治朝开始,其适用范围已经拓展到经济立法以外的领域。<sup>[129]</sup> 《清史稿·刑法志》载:

例文自康熙初年仅存三百二十一条,末年增一百一十五条。雍正三年,分别订定,曰《原例》:累朝旧例三百二十一条;曰《增例》:康熙间现行例凡二百九十条;曰《钦定例》,上谕及臣工条奏凡二百有四条,总计八百十有五条。……乾隆一朝纂修八、九次,删《原例》《增例》诸名目,而改变旧例及因案增设者为独多。嘉庆以降,按期开馆,沿道光、咸丰以迄同治,而条例乃增至一千八百九十二条。<sup>[130]</sup>

关于例与《会典》的关系,乾隆朝官员庆桂曾有很好的总结:“则例与会典互为经纬……内外奉行政经,具备顾其间。”他还提到,乾隆帝对各部院曹司的则例也非常重视,要求臣工因时损益,踵事修辑,并且“万几之暇,推详指正,一禀睿裁”。<sup>[131]</sup>

[123] 《清史稿》卷 385《祁俊藻传》,第 11677 页。

[124] 《清德宗实录》卷 482,光绪二十七年四月甲寅。

[125] 此条亦见《清文献通考》卷 296《四裔考》,文渊阁四库全书本。《清圣祖实录》卷 11,康熙三年正月戊寅;卷 27,康熙七年九月己亥。按,清代《会典》不仅应用于内政,也应用于外交事务,包括对外缔结条约。康熙时期,虽然《康熙会典》尚未颁行,但清廷仍将《明会典》改名为《大清会典》后,用于实践中指导军政事务。

[126] 《清圣祖实录》卷 26,康熙七年五月甲子。

[127] 《清圣祖实录》卷 38,康熙十一年正月戊申。

[128] 如《清圣祖实录》卷 10 康熙二年九月甲子:“礼部议覆陕西总督白如梅疏报,当哈尔佛僧进贡,查《会典》并无当哈尔佛僧进贡之例,但倾心向化,应准其进贡。从之。”《清德宗实录》卷 217 光绪十一年十月丁卯:与越南勘定边界,须“以《会典》及《通志》所载图说为主,仍须履勘地势,详加斟酌”,不得轻信法人、越人地图。

[129] 杨一凡,见前注[46],第 302—305 页。

[130] 《清史稿》卷 143《刑法志一》,第 4185 页。

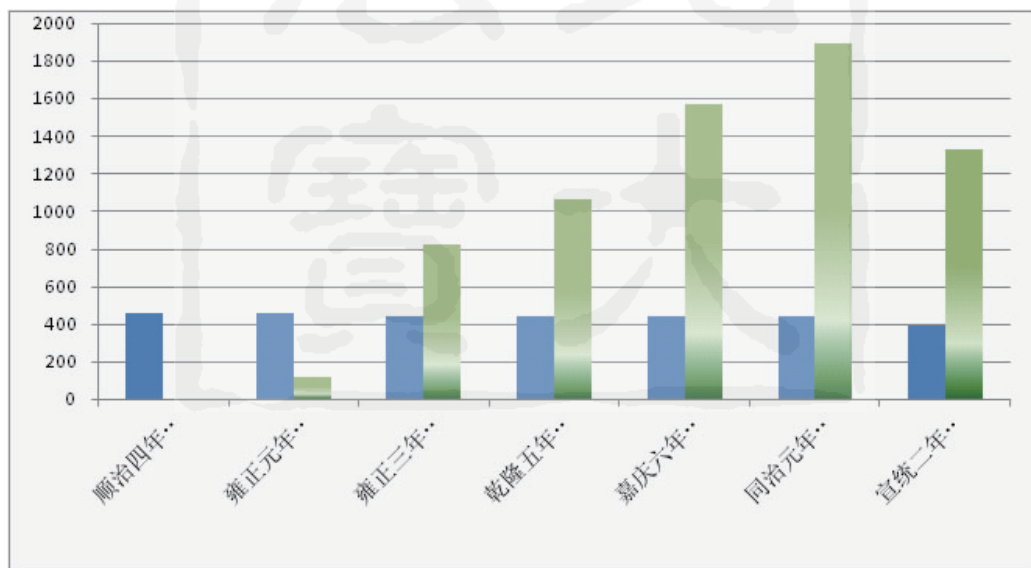
[131] [清]庆桂编:《国朝官史续编》卷 86,嘉庆十一年内府钞本。

值得注意的是,清代不少官员,包括《清史稿·刑法志》的编者,以及民国时期的一些学者,都对清代的例颇多微辞。如康熙时期,官员陆陇其抱怨说:“本朝大弊只三字,曰:例、吏、利。”<sup>[132]</sup>乾隆时期,官员遇到新类型案件,首先想到的就是请示朝廷,建议颁行新例,乾隆帝表示不太妥当,“立一名,从而定一例,例可胜定乎”。<sup>[133]</sup>民国学者邓之诚所说的“清以例治天下”,更是经常为学者所引及。这些论述,往往给读者留下清代的例是非常糟糕的印象。

实际上,在大部分时间里,清代对例的修订还是非常规范的。雍正三年,将累朝《旧例》321条,康熙朝《增例》290条,雍正朝《钦定例》204条,总计815条。<sup>[134]</sup>此时,刑例的数量已经大大超过刑律,“名例律”46条,例100条,两者之比为1:2.2;“吏律”28条,例68条,比例达1:2.4;“刑律”170条,例392条,比例达1:2.3。<sup>[135]</sup>

乾隆五年《大清律例》颁行后,规定“定限三年一次编辑,附《律例》之后,颁行直省”。经乾隆八年、乾隆十一年两次修订之后,改为“嗣后定以五年编辑一次”。从乾隆十六年、嘉庆十五年、嘉庆十九年、道光十年、咸丰二年,共编修二十二次,同治九年为最后一次修订。<sup>[136]</sup>乾隆二十六年前的五次,均称《续纂条例》,乾隆三十二年后,则称《纂修条例》,总体上还是非常规范的。这些纂修的过程,被记载光绪朝《大清会典事例》中,展现了清代修例的整体风貌。为便于阅读和比较,笔者将该书记载的数据列为下表:

表三 清代律例条文数的变化



[132] 徐珂编辑:《清稗类钞》,胥役类“例吏利”条,中华书局1984年版,第5250页。

[133] 《清高宗实录》卷318,乾隆十三年七月戊子。

[134] 《清史稿》卷143《刑法志一》。

[135] 据《四库未收书丛刊》第1辑第26册《大清律集解附例》第18—19页统计。

[136] 参见郑秦:《清代法律制度研究》,中国政法大学出版社2000年版,第56—58页。

由上表可见,仅《大清律例》中的刑事例,呈稳步上升的态势,至清末达到近一千九百条。<sup>[137]</sup>

清代除刑例以外,官制、礼仪、户政、财政、军政、工程建设等方面的例的数量更为庞大。1940年代,王钟翰先生曾访得不同版本的清代则例文献524种,编成《清代各部署则例经眼录》。<sup>[138]</sup>近年,杨一凡先生在国内外41家图书馆调查,发现现存清代则例文献至少有851种之多。<sup>[139]</sup>可以说,“以例治天下”确实是清代国家治理中的常态,也是清代法律体系的真实特点。<sup>[140]</sup>

同治九年之后,清廷再未续纂《大清律例》之条例。光绪三十一年,刑部尚书薛允升以“半生心血尽耗于此(例)”,完成《读例存疑》,“以备大修之用”,希望作为下一次修例的参考。遗憾的是,清廷灭亡已近在眼前,“大修”再也不会出现。<sup>[141]</sup>沈家本则这样评价律、例的关系:“既有例,即不用律;而例所未及,则同一事而仍不能不用律。”他的意思是:不是例成了律的补充,而是律反而成了例的补充。<sup>[142]</sup>

### (三)律:条文依旧但地位下降

清代律的地位下降,延续的是唐代后期、宋、元、明以来的一贯趋势,只是更为明显而已。<sup>[143]</sup>另一方面,应当将律的地位下降视为一个长期的趋势,而不是一蹴而就的事,不能将

[137] 苏亦工先生指出,《大清律例》附例数量有“逐年减弱”的现象,乾隆五年前年均增14.9条,嘉庆六年前年均增8.5条,同治九年前年均增4.4条,“排除其他原因不论,应当认为是清政府限制增修条例的措施发挥了作用”。这一观点值得商榷。基于改朝换代的因素,每个朝代的立法数量都会在早期达到高峰,其后基于边际效应递减原理,每年逐步减少。咸丰、同治时期修例减少,更不能忽视其战乱的因素。应该说,清政府增修条例确实是比较审慎的,但并非有意“限制增修”。例的年均增长递减,更不能成为“清朝律例关系的主旨是以律为主导,例为补充、辅助和变通”的证据。参见苏亦工:《论清代律例的地位及其相互关系(下)》,《中国法学》1988年第6期,第116—119页。

[138] 王钟翰:“清代则例及其与政法关系之研究”附录“清代各部署则例经眼录”,载王钟翰:《王钟翰清史论集》(第3册),中华书局2004年版,第1877页。

[139] 杨一凡,见前注[46],第298页。

[140] 邓之诚:《中华二千年史》卷5下(第二分册),中华书局1983年版,第531页。

[141] 黄静嘉:“清季法学大家长安薛允升”,载[清]薛允升:《读例存疑》(第一册),黄静嘉编校本,台湾中央研究院1970年版,第28页。

[142] 沈家本《读例存疑序》云:“第其始病律之疏也,而增一例;继则病例之仍疏也,而又增一例。因例生例,孳乳无穷。例固密矣,究之世情万变,非例所可赅。往往因一事而定一例,不能概之事事。因一人而定一例,不能概之人人。且此例改而彼例亦因之以改,轻重既未得其平,此例改而彼例不改,轻重尤虞其偏倚。既有例,即不用律;而例所未及,则同一事而仍不能不用律。”[清]沈家本:《寄簪文存》卷6《序》,民国沈寄簪先生遗书本。

[143] 按,晚唐、五代《律》的地位已有下降迹象,参见《旧五代史》关于后晋天福时相州地区不以律令而用“河朔旧例”对盗贼皆籍没其财产的记载,以及清人俞樾的相关评价。见《旧五代史》卷八九《桑维翰传》,北京:中华书局,1976年,第1163页。[清]俞正燮:《癸巳类稿》卷12“除乐户丐户籍及女乐考附古事”条,涂小马等校点,辽宁教育出版社2001年版,第431页。

其绝对化,对此我们必须保持充分的警惕。<sup>[144]</sup>如《清史稿·刑法志》中说,“盖清代定例,一如宋时之编敕,有例不用律,律既多成虚文”,主要代表了清末民初学者的认识。<sup>[145]</sup>邓之诚所说的“清以例治天下”,代表的也是民国学者对清例的总体认识,实际上抚平了具体史实的复杂性和曲折性。

清初,君臣仍将律放在很高的位置。如顺治十七年,刑部议准都察院左都御史魏裔介条奏,第一款就是“问刑以律为主,律者朝廷大法,凡承问各官不得失出入,违者依律拟罪”。<sup>[146]</sup>康熙九年,刑科右给事中张惟赤也主张“务使以律为主,以例左之”。<sup>[147]</sup>但康熙时期,例的地位已明显上升,大致与律相当。如康熙帝曾表示:“律与例不容偏废;律有正条,自应从律;若无正条,非比例,何以定罪?”两者之间孰为轻重,他竟也无从抉择,只好得出“总之用《律》用《例》,俱在得人”这一折衷结论。<sup>[148]</sup>

根据薛允升《读例存疑》的记载,《大清律例》附例的年均增修量,从清初至清末分别为:顺治朝 3.89 条,康熙朝 4.21 条,雍正朝 28.46 条,乾隆朝 20.30 条,嘉庆朝 20.21 条,道光朝 8.77 条,咸丰朝 6.82 条,同治朝 4.43 条。可以清楚地看到,增修高潮在雍、乾、嘉三朝。乾隆帝也多次明确肯定例的地位。乾隆二年,福建巡抚卢焯在一份有关热审的条陈中提到,“凡应杖责者,有八折之例”。刑部官员查询律文后认为,“八折”只是地方官的自作主张,容易混淆轻重,《律》中并无这种规定。<sup>[149]</sup>他们认为,嗣后热审应“画一遵照定例,不必复行八折”。令人意外的是,乾隆帝却认为“八折之例”虽不见于《律》,却“由来已久”,不可“轻为改易”。刑部不得不重议,并确定了热审应杖责之犯照“八折”发落的新规,并将其纳入《大清律例》。<sup>[150]</sup>

乾隆五年《大清律例》颁布之后,律文数量自此稳定为 436 条,其地位也继续缓坡式下降。乾隆九年以前,每月吏部补选各官,都要考试律文,此年之后,“考试律文”之制度废止,理由是这项制度“率多敷衍凑泊”,且“律文浩博,律意精微”,那些通过考试的官员,也

[144] 苏亦工先生曾正确地指出,“某些学者并不全面考察律例关系的各个方面,往往从某些材料中摘取一两条成句,即轻易得出一般性的结论来。这种结论既不可能把握律例关系的实质也不可能真正理解清廷运用法律的基本精神”。参见苏亦工,见前注[137],第 116 页。

[145] 《清史稿》卷 143《刑法志》,第 4186 页。

[146] 《清世祖实录》,卷 138,顺治十七年七月壬戌。

[147] [清]张惟赤:《入告编》下编,收入《丛书集成续编》第 58 册,台湾新文丰出版公司 1988 年版,第 319 页。

[148] 《清圣祖实录》卷 89,康熙十九年三月戊辰。

[149] 当时刑部满汉尚书分别为那苏图、孙家淦。参见钱实甫编:《清代职官年表》,中华书局 1980 年版,第 213 页。

[150] 《清高宗实录》卷 48,乾隆二年八月庚申。《大清律例》卷四《名例律上》“五刑”条例九:“每逢热审之期,一应杖责之犯,无论题达重案,以及其余事件,统于减等之中,递行八折发落。”田涛、郑秦点校本,法律出版社 1999 年版,第 82 页。

不见得通晓律意。乾隆帝公开宣称,律文考试不过“虚文塞责”而已,“于吏治无所裨益”。<sup>[151]</sup>

与此同时,《大清律例》附例的增修达到了高潮,乾隆八年、三十二年的修例分别达75条、72条,居有清一代之冠。正是从此时开始,官员发出了“条例太多”的呼声。<sup>[152]</sup>但是,由于律的下降、例的上升是历史性趋势,尽管此时清廷也要求官员不要动辄建议修例,但多半只是象征性的。皇帝一而再、再而三贬低律的地位,官员自然有样学样,尤其是那些领会意旨较快的封疆大吏们。当时,不少地方发生了“讪谤朝廷,迹类疯颠”的案件,督抚们为了避免事态扩大,“往往以迹类疯颠,奏请杖毙完结”,不按律例的要求,对案犯和证人进行详细盘问,结果“徒使律文虚设”。乾隆帝提醒他们,如果这些“迹类疯颠”的案犯中,确有大逆不道者,仍应依律定拟,不能仅予杖毙,大事化无。<sup>[153]</sup>但却并没有对他们的违律行为进行追究。

在律的地位下降的总趋势中,皇帝有时是有意、有时是无意的推动者。乾隆三十六年的“纳逊特古斯谋毒吹扎布案”、<sup>[154]</sup>乾隆四十八年的“张朝元殴伤亲母案”<sup>[155]</sup>是两个很好的例证。在这两起案件中,乾隆帝的意思都很明确,律“设”在那里是供参考的,但并不总是必须“拘泥”。乾隆四十四年,大理寺少卿江兰提出,《大清律例》卷末“比引律条”中规定奴婢放火拟绞,本律则规定斩监候,两者不符,建议删除。刑部认为,奴婢放火放主房屋,雍正七年早有定例重罚,皆从重拟斩立决。“盖律轻例重,既有定例,则用例不用律,此内外问刑衙门所其通晓,历来并无舛错。”刑部甚至认为兰江的建议相当愚蠢,哪怕本律中的斩监候都已经不用了,更不要说

[151] 《清高宗实录》卷229,乾隆九年十一月壬寅。

[152] 乾隆十五年熊学鹏《请慎改律令疏》,收入[清]佚名:《皇清奏议》,卷四六,民国景印本。

[153] 《清高宗实录》卷511,乾隆二十一年四月壬戌。

[154] 乾隆二十四年,乾隆帝的堂妹之一(封和硕格格)下嫁给蒙古土默特部的纳逊特古斯,两人关系不好。三十五年,发生了侍女被毒死的事件,和硕格格告其夫谋毒。乾隆帝派员查按,却缺乏定罪依据。正当案件陷入困境,乾隆帝得知,纳逊特古斯此前曾谋毒其兄吹扎布,后者中毒后,遇救未死。按照《大清律例》,谋杀期亲尊长,已行者斩,已杀者凌迟处死。乾隆帝却认为,纳逊特古斯“谋毒亲兄,忍心害理,实为罪大恶极”,要求主审官“将纳逊特古斯照凌迟律定拟”。那么,如何解释被害人未死,却又要定谋害人凌迟呢?乾隆帝明确宣布,“《律》设大法,而缘情定罪,贵有权衡”,“正不得拘泥《律》文,曲为轻贷”。参见《清高宗实录》卷880,乾隆三十六年三月癸丑。参见乌兰其木格:“清代满蒙联姻大潮中的暗流——土默特和硕额驸纳逊特古斯谋害格格案分析”,《内蒙古师范大学学报(哲学社会科学版)》2011年第3期,第97—102页。

[155] 在乾隆四十八年的“张朝元殴伤亲母案”中,乾隆帝责备刑部对该案犯“蔑伦逆犯,行同泉獍”的行为,仍怀有“妇寺之仁”。他指出,刑部不应该说出“令伊母养伤平复,随提该犯严加审讯”之类的话,因为这会让民众误以为,这种不孝犯法的行为“未必即死”。与前述“纳逊特古斯谋毒吹扎布案”一样,刑部的错误,正在于“拘泥《律》文”。他要求“嗣后遇有子殴父母案件,无论伤之轻重,该部于审明后,即行奏请斩决。设或其亲因伤身死,自应将该犯锉尸示众,亦与凌迟等耳”。参见《清高宗实录》卷1175,乾隆四十八年二月庚辰。之后,这项新规也被写进《大清律例》,参见[清]沈家本《大清现行新律例》大清现行刑律案语《斗殴下》:删除“凡子孙殴祖父母、父母案件,审无别情,无论伤之轻重,即行奏请斩决;如其祖父母、父母因伤身死,将该犯剖尸示众”。清宣统元年排印本。

“比引律条”中的拟绞了。<sup>[156]</sup>

嘉庆朝以后,律的地位的下降更为明显,中央政府甚至明确拒绝一些官员提出的“刊示律条”,以便百姓遵守《律》条的建议。<sup>[157]</sup>在嘉庆十年的秋审中,刑部改实为缓三件,改缓为实则达八十三件。嘉庆帝大为恼火,他逐一详阅,认为部改各案“多系按律改正,均属平允,并非刑部堂官有意吹求”。问题出在各省督抚“狃于救生不救死之说”,办理案件时“并不援照科断,转引他条,迁就定拟”,是典型的“有心轻减”!即使如此,由于这种轻视律文的倾向已成为普遍现象,嘉庆帝也无法对督抚进行严惩,只好下令“姑从宽免其交议”,并要求不能因为此交严行申飭,又转而有意过严,有失持平之意。<sup>[158]</sup>

道光时期的一些案件中,律的地位已明显不如例。道光元年的“王的小铕伤何荣华身死案”中,江西巡抚引《例》不引《律》,刑部删《例》引《律》,结果,道光帝明确支持江西巡抚的做法,声称“向来办理案件,有例即不用律”。<sup>[159]</sup>道光七年的“七得即成一兇扎伤步军校保奎案”中,也明确声称“有例不用律”。<sup>[160]</sup>道光十一年的一份“说帖”中,刑部官员认为“律法大设,而例本人情。居丧嫁娶,虽律有明禁,而乡曲小民昧于礼法,违律而婚者往往而有”。意思是说,与《律》相比,《例》的规定更为合理,既曲顺人情,又维持礼法。这份说帖的末尾干脆明目张胆地宣称,“凡承办此种案件,原可不拘律文”,“听各衙门临时斟酌”。<sup>[161]</sup>清末,刑部尚书薛允升针对“奸兄弟妻”类案件说,由于律条太严,官员一遇到这类案件,就想方设法委曲调停,“照律办理者,百无一二”。<sup>[162]</sup>

[156] [清]祝庆祺等编:《刑案汇览》卷54“奴婢放火烧房屋与比例不同”条引《乾隆四十四年奏准通行》:臣等查:“放火故烧官民房屋”本律皆斩监候,注云“奴婢雇工人犯者以凡人论”。又雍正七年定例:放火故烧房屋之犯,讯明曾否图财,有无杀伤人命,及已未延烧,各案首从,分别斩绞立决监候军流等罪定拟。检查臣部办过雇工放火之案,俱从重照例核拟。盖律轻例重,既有定例,则用例不用律,此内外问刑衙门所共通晓,历来并无舛错。至于比引律条,另为一卷,列于总类之末,批注云:“比附各条,革久不用,今亦存留备考,或有万无可引者,然后引用。”盖其所载各条,皆系未有定例未纂律注以前之旧文,因系存留备考,是以屡次纂修,未便将此卷删去。且现在办理奴婢放火案件,皆从重照例问拟,情重之案,并有照凡人拟以立决者,律与例原两不相妨。今该少卿奏称比引律内“奴婢放火拟绞”之文与本律不符,殊不知自有定例以来,即斩监候之本律亦不引用,惟律为一定之成法,未便遽行更改。所有比引各条,亦系原旧律文,似可毋庸议删。杨一凡、尤韶华等点校:《刑案汇览全编》,法律出版社2007年版,第2810—2811页。

[157] 《清仁宗实录》卷308,嘉庆二十年七月癸巳:“又谕:御史蔡炯奏请令州县刊示律条晓谕编氓一摺,所奏不可行。……刑书之铸,自昔所讥,惟在地方官实心化导,使民迁善远恶,则犯法者少。若欲将法律科条,责令家喻户晓,则民可使由,不可使知,岂非徒劳罔益乎?该御史所奏著毋庸议。”

[158] 《清仁宗实录》卷150,嘉庆十年九月庚戌。

[159] [清]祝庆祺等编:《刑案汇览》卷6,杨一凡、尤韶华等点校:《刑案汇览全编》卷六“放枪打牲误毙母舅犯时不知”条,法律出版社2007年版,第399页。

[160] [清]祝庆祺等编:《刑案汇览》卷38,杨一凡、尤韶华等点校:《刑案汇览全编》卷三八“吏卒伤害本官分别情节科断”条,法律出版社2007年版,第1971页。

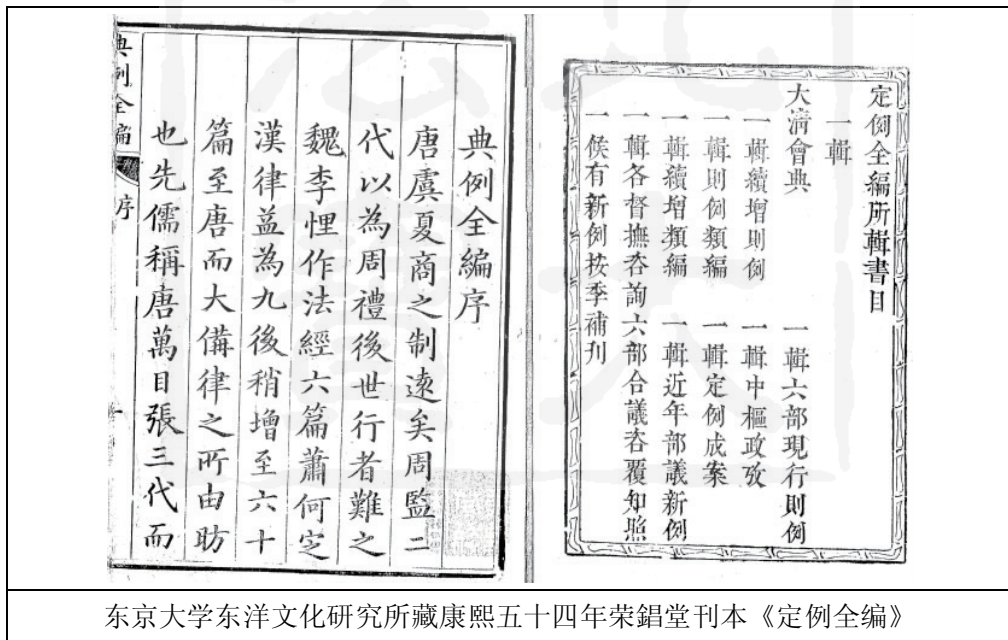
[161] 《刑案汇览》卷7《户律·婚姻·居丧嫁娶》“周四居丧娶周氏案”。

[162] 薛允升《读例存疑》卷11“娶亲属妻妾”条例之二:“乾隆四十九年,刑部议驳奉天府尹鄂题高九听从伊父高志礼主婚,与弟妇杨氏婚配,将高九、杨氏绞决一案,钦奉谕,恭纂为例,嘉庆十七年改定”条按语。



从个案来看,这种不拘泥于律的做法,最初确实是皇帝提出,可以将其归因于皇权作用于司法。但是,一旦我们将视界放宽,就可发现这已是一种趋势。随着时间的推移,刑部的堂官、司官和中下级官员,督抚、藩臬等官员也认识到了这一点,并依样画葫芦。总之,从法律体系的角度看,清代律的地位毋庸置疑地下降了。

总的来说,清代的法律体系已明显不同于汉魏、隋唐,律已经不是法律体系的重心,取而代之的是《会典》。律是《会典》的下位法,其权威性和适用范围均远不如《会典》。例也是《会典》的下位法,适用范围比律更宽。<sup>[163]</sup>那么,这种“典例”法律体系从何时正式确立呢?康熙五十四年的一部重要法律文献《例案全编》给出了答案,编者李绂在序言中写道:“国朝龙兴,颇监前代,有《会典》,有《律》,有《例》……《律》系于《会典》,而《例》生于《律》,本末源流,相为首尾。……《律》《例》特《会典》之一端,专为处分臬决之用,而《会典》所载兵农、礼乐、齐治、均平之大经大法,部院寺监之职守咸在,非《律》《例》所得而及也。”<sup>[164]</sup>有意思的是,这部名叫《定例全编》的书,内容正是以《会典》为纲,以例为目,连李绂撰写的自序也署为“典例全编序”。



东京大学东洋文化研究所藏康熙五十四年荣鋁堂刊本《定例全编》

[163] 刘笃才先生认为中国传统“律令”法律体系被“律例”法律体系取代,在律令体系衰落这一点是正确的,但却忽视了《会典》才是明清法律体系的最高位阶。参见刘笃才:“律令法体系向律例法体系的转换”,《法学研究》2012年第6期,第178页。

[164] [清]李绂:《定例全编·序》,东京大学东洋文化研究所藏康熙五十四年刊本。

## 五、代结语：重新理解清代法律体系

历史研究须持“同情”的态度，不作隔阂之论，才能理解其机理，探明其得失。不能用曲解古人的方式，把当代人熟悉的概念术语体系，生搬硬套到古代制度之上。对于重新理解清代法制来说，应当特别重视对五部《会典》的研究。将《会典》仅仅视为史书、政书、行政法典、综合性法律汇编的看法，都不同程度地扭曲了清代法律体系的结构原貌。

在笔者看来，相对于其他四部《会典》的《御制序》或《谕敕内阁》，乾隆朝《会典》的《御制序》最集中、最清楚地表达出了清代立法者对于其法律体系的核心认知，可以视为清代立法体制的纲领性文献。这篇《御制序》虽读来拗口，核心意思还是非常明确：

皇祖圣祖仁皇帝康熙二十三年，始敕厘定《会典》，则以时当大业甫成，实永肩我太祖、太宗、世祖三朝之统绪，不可以无述，而述固兼作矣。皇考世宗宪皇帝雍正五年，申谕阁臣，敬奉成编，考衷条系，则以累洽重熙，更兼皇祖景祚延洪，化成久道，不可以无述，而述且未遑言作矣。……向者发凡排纂，率用原议旧仪，连篇并载，是典与例无辨也。夫例可通，典不可变。今将缘典而傅例，后或摭例以淆典，其可乎？于是区《会典》《则例》各为两部，而辅以行。诸臣皆谓若网在纲，咸正无缺，而朕弗敢专也！盖此日所辑之《会典》，犹是我皇祖皇考所辑之《会典》，而俛焉从事于兹者，岂直义取述而不作云尔哉！良以抱不得不述之深衷，更推明不容轻述之指。稽典者，当了然知宰世馭物所由来，无自疑每朝迭修为故事耳！

其要义可概括为三点：

其一，《会典》是清代的根本法，是创业守文、怀远柔荒、绳之万叶、行之久而勿之渝的最基本法则，是拥有至高无上的经典地位，是原则上不可以更改的“一成不易之书”，是“法祖宗之法，心祖宗之心，发册披图，罔或徇逾尺寸”的典策，不可视之为普普通通的“阅世递辑之书”。

其二，《会典》的基本精神是述而不作，承继清太祖、清太宗、清世祖等祖先肇兴以来的全部典章礼乐。“述”祖宗之法，敬奉成编，是历代继承者肩负的使命。但是，又不能仅从表面意思理解“述而不作”。在“未遑言作”时，先忠实地“述”；在“述”的时候，应当“述固兼作”，“纘承祖宗欲竟之志事”，将其发扬光大。

其三，继承者应当把握祖宗之法的精义，而非其形式，须补正其中的不足：“连篇并载”，“典与例无辨”。典与例的根本区别在于：“例可通，典不可变。”将典和例混编在一起，即“缘典而傅例”，后世可能“摭例以淆典”，是对《会典》权威性的严重威胁。因此必须“区《会典》《则例》各为两部，而辅以行”。

今人有时难以理解，为什么《会典》中会收录大量明代或满洲的旧制。实际上，那正是当时统治者禀承的“不愆不忘，率由旧章”要义。与近现代国家的宪法制定者不断强调其民众同意，以证成其合法性一样，清代统治者是通过强调“永肩我太祖、太宗、世祖三朝之统绪”，“法祖宗之法，心祖宗之心”等精神，来证成其《会典》的合法性和权威性的。他们认为按照祖宗传下来

的“经”“典”办事,才能避免错误,而“例可通,而典不可变”正是贯彻这些要义的具体方式:典是纲,传述祖宗之法,有不可动摇的权威性;例是目,使典得以落实,任何“摭例以淆典”的行为都会被制止。这是理解清代法律体系的关键所在。

---

**Abstract:** The Qing dynasty's legal system takes after the Ming's as it is featured with “Lv—Ling” replacement of “Dian—li”. In such a system, the Author argues, that *Hui Dian* is the fundamental law, taking a pivotal status as yard of measurement. Among historical archives, it has been discovered that plenty of them are concerned with *Hui Dan*'s promulgation, queries, explanation, revision, addition, reversion of dormant clauses, together with records involving punitive actions against deeds of its violation. It proves that *Hui Dian* is not a compilation of lawful regulations, but a fundamental law of Qing Dynasty in practice. The notions that categorize *Hui Dian* as a record book of history, a guideline of politics, a code of administration, a combination of administrative law plus fundamental law, or a comprehensive compilation of laws all underestimate significance of *Hui Dian* in its legal system. Actually, in such a system, *Hui Dian* plays the role of “head rope” while the decrees are the “meshes” (as when the head rope of a fishing net is pulled up, all its meshes open). This means the latter is subordinate to the former, and is in no way to oppose the former. In Kangxi and Yongzheng dynasties, *Da Qing Lv* was annexed to *Hu Dian* and in Jiaqing and Guangxu dynasties, *Da Qing Lv Li* was also enlisted in the *Hui Dian Shi Li* as a part of *Hu Dian*. These facts show that in Qing Dynasty, the status of “Lv” had experienced a dramatic decline. As the Paper reveals, “Lv—Li” only constitutes the criminal law part in “Dian—Li”, hence it cannot reflect characteristics of Qing's legal system in full scale.

**Key Words:** Hui Dian; Lv—Li; Law of Qing Dynasty; Legal System

---

(责任编辑:徐爱国)