



清代省例：地方法对中央法的分权

曾 哲 高 珂

摘 要：清代省例，作为中央法的补充和发展，形而上它是以地方性事务为规范对象、以地方行政性法规为主体、兼含少量地区性特别法的一种法规汇编，在各行省司法、行政执法过程中具有重要的司法指导与规范作用。形而下是对中央法的分权，在立法主体上，省例不是出自中下或基层行政官员之手，而是以地方大员中地位最高的行省长官为主要制定者。在地方性的行政法规中，省例作为对中央法的立法创新及分权，既有地方特色和个案差异，又有其地方为中心立法的法理基础和社会根源。

关键词：清代省例；中央法；地方法；立法分权

在以中国为代表的传统东方法系帝国里，以维护皇权为核心的中央立法早已成为研究者的不二之论。这一方面是因为秦汉以降封建君主专制之中央集权政治体制，使中央立法成为全国通行的权力行使规范；另一方面，作为这一观念的衍生，传统史料以反映中央法制状况为主要内容，也使人产生了帝制中国之中央法一统天下的立法一元主义印象。随着公法史研究逐步由立法拓展到司法实践领域，帝制时代的地方官府在法制中的立法作用及其与中央立法的关系、乃至中央与地方行政关系的复杂性已日益为当下学者所关注。但是，涉及地方立法的研究尚未引起应有的重视。在探讨传统地方立法问题，包括其与中央立法基础关系，将有助于进一步加深对中华帝国法律稳定甚至和谐的法制运行模式及其立法文化心态的理解。

其实，地方行政立法在中华法律帝国中早已出现。这一点从唐代的会典纪要中多有记载，诸如，唐时根据《沙州敦煌县行用水细则》或《唐沙州敦煌地区灌溉用水章程》可知其是在民间习惯和前代地方法规基础上颁行的地方性水利行政规范，也是唐代中央法规《水部式》在地方的具体执行细则^①。在宋人的判牍中更有援引地方官员制定的法规直接作为审判依据的实例。到了明清时期，许多地方官员关于保甲事务的章程、告谕成为地方法或行政规范。如明代吕坤《实政录》中有其制定的多种禁约，海瑞的文集中有其任知县期间颁布的《兴革条例》及任巡抚时制定的禁约、告示。陆寿名、韩讷辑《治安文献》中也收有明代应天巡抚胡应台、江西巡抚王守仁等人所作条约、批文、公檄和告谕等。清代地方官员们以告谕等形式颁布的地方法规更为多见^②。

与其前代和当时的告示、公牒或个人所作的简单汇编等各种形式的地方规范性文件相比，清代的省例具有更为突出的地位和地方立法特色。较为严格地说清代“省例”是以地方性事务为规范对象、以地方行政性法规为主体、兼含少量地区性特别法的一种法规汇

① 唐耕耦：《中国珍稀法律典籍集成》第三册《敦煌法制文书》，科学出版社1994年，第638～651页。

② 刘 东：《中国学术》，商务印书馆2001年第3辑/总第7辑，第242页。

编，在各地行政司法过程中具有重要的规范作用。在制定主体上，省例不是出自中下层行政官员之手，而是以地方大员中地位最高的行省长官为主要制定者，也就是说为官方主持的重要行政性文件集成。在表现形式上，不是只鳞片爪的零星罗列，而是具有相当完备、系统化的载体形式；在时间效力上，不同于一般告谕，而是具有相对比较稳定持久的效力；在地域上，其影响力相当广泛，可在一省范围内具有普遍的法律拘束力。最重要的是，在立法形态上作为大清律例的一种补充的或是独立的立法形式，省例的地位和效力得到时人的普遍遵从和行政许可。因此，省例是满清十八行省基层政权建设中各种行政规范的一种最为重要的法律拘束形式，用今人的话说，省例也是地方政府立法自治最为成功的且具有一定古典民主韵味的地方宪典。

当然，展开对东方法系帝国的研究，不仅仅是哈佛费正清教授的钜献，在某种意义上说对以清代省例为立法中心的研究，应该说是日本学者的钜献。虽然哈佛费正清对中华晚清帝国地方政权和法制状况的研究成果甚丰，但基于对研究视角不同，还似乎未曾从地方立法的角度以观“省例”的兴废，包括对《治浙成规》、《成规拾遗》、《晋政辑要》、《西江政要》、《福建省例》、《广东省例》、《粤东省例》、《粤东省例新纂》、《江苏省例》、《四川通饬章程》和《湖南省例成案》等十余种文本^①染指。不过，有一点他们的体认是共同的，那就是清代地方立法的繁富和当时的行政司法影响力在中国封建帝制历史上确为罕见。一个封建王朝的繁荣与最后政制的彻底崩坏，最好的解释就是法律与司法行政原因。故而，本人拟在前人研究成果的基础上，以清代省例的地方法为中心，进一步探讨其地方法对中央法的分权成因及其关系。

一、清代省例：一种作为中央法补充的分权模式

建基于以帝制为专制核心内容发展而来的省例立法分权模式，伴随着满清王朝的集权张力而逐渐式微，表见于这种地方省例与中央皇权通行法的疏密关系大致可分为三层：其一是地方对中央法的简单重申和传声，其二是以中央法规作为最上位法或者以之为前提制定的具有“司法解释”意义的实施细则，其三是当中央法律过疏未能作相应规范时，地方自行立定的法规起补充作用。从现有的研究成果或结论来看，清代省例法规中有些仅仅是对中央法的简单强调和重申，对实质性规范内容基本上未作损益。这一现象，恐怕是由于省例主要以省级及其下阶政府为行政执法的对象。但是，在县级官府发布的告谕性法规中，由于以普通民众为对象，官员们往往愿意不厌其烦地引述中央“煌煌律典”以加强其权威性和对百姓司法的威慑力。因此，这类简单地重申中央法、并无实质性新内容的告谕在成文的省例中较为多见。当然，还有相当一部分是在适用中央通行法过程中对其中概念或其适用方式所作的规范性解释（相当于最高人民法院的司法解释）。诸如《治浙成规》中也有《浙省仿照江南改定办理积匪章程》、《积匪猾贼分别案数定拟亲属相盗及无人看守之物免并计》等类似性质的规定。这是对中央法律适用范围的扩大解释，也是对中央法的目的解释和在内容上的拓展、补充与创新。一叶知秋，可见中国不仅仅是一个传统的依法文本判决的国家，却有时也存在着比照判例的现象。由此看来在司法实践中，中西方法系之成文法与判例法并非是没有汇通，不可交融。

值得指出的是，清时的立法无论做何种努力，总不能穷尽世间各种法律行为和现象，每当地方司法裁判不期而遇致中央法中没有相关法律条款可资援引或搬用时，地方则可以根据具体需要制定相应的规则和裁决办法。而这些规定和办法便是“省例”的重原初的组成部分——主要针对具体行政事宜、民事纠纷处理及风受教化等问题。这些规定都以政府行政措施为对象，弥补中央法律的立法不足与局限预设。另外，还有一批大量地方性专门法规以民事、宗教、道德教化等事务为规范对象，主要调整底层社会民事之纠纷，维护地方稳定之规定。如《治浙成规》、《西江政要》、《广东省例》、《湖南省例成案》中有关于典铺、染铺失火失窃、向船户、脚夫托运或客店住宿中发生失窃、镖行保镖被损等问题的处理办法，以防止乱生盘剥敲诈，以补中央法之未备。犹如我们在《民法通则》原则下衍生出诸多部门法律及其规范。一个社会良好的

^①据研究者已经查明，日本藏有《山东交代章程》，具有与省例相似的性质。《湖南省例成案》和《西江政要》（布政司本）有日本东京大学东洋文化研究所藏本。

风俗与道德教化是同地方官政绩密切相关的,也是中央裁量考核地方官员“德、勤、能、绩”最主要的指标,当然也是省例作为治民理政最重要依据。如《江苏省例四编·示禁妇女入馆喝茶》制定于光绪十七年,以六字歌谣形式写成,专门申严男女大防。这些规定主要以义务性规范的形式出现,在不同程度地体现出地方官府作为管理者的特定司法角色,同时也是对中央立法盲点的有效补充和维护和谐稳定的增益。从现有发现的各省例的内容上总体考察,几乎所涉地方法规均以中央法为上位法,密切规制在中央法定框架之内,但同时又注意“法与世变,律随境迁”发展观,客观地说确实是对中央法起到了很好的扬弃、补充作用。在当时没有宪章的背景下,地方官员作为地方立法者能够对中央法如此尊崇和守护已经是难能可贵的了。

清以降,以地方法规为主体的省例与中央通行立法的关系,按照省例中的表达为“照得律文一定不移,而定例则随时斟酌轻重,以补律文所未及;至于省例则又推广定例之所未备。原系融会贯通,并无彼此矛盾,致有窒碍难行之处也”^①;“律一成而不易,例随时而变通,省例则尤因地制宜,助部例所不备”;清人王有孚的说法更为人熟知:“条例是国家令典,天下通行,一律遵办。省例是外省申详事件酌定章程,各就一省而言。”这里就将省例的立定特征与治民功能说得清清楚楚了。沈家本在修缮清律时向清总理衙门上书说得更为通透:律当与时移,例堪与景迁。据此看来,在清人的概念中,无论是中央律法,还是地方省例的立法主旨除了帝制皇权上应与这些中央立法高度一致外,还须在实际司法绩效上能够做到与时俱进。

以地方法规为主的省例与中央立法当保持一致是清代立法的主旋律。一方面,制定省例的地方官员由中央任命,权力来源于中央,重大人事任免升迁完全受制于中央吏部,在这一体制下,他们不可能有完全的独立自为的意识,在所立法益上敢于与中央分庭抗礼。另一方面,中央也在立法制度上对地方立法权加以制约。省例中所体现的地方立法权并非不受限制地下放。制定地方法规性的省例,决定权执掌于地方督抚等地方高级官员。一般情况下,各官员之间的互相牵制,使省例的基本精神不可能与中央立法有多少偏离。另外,诉讼制度上重要案件实行逐级审转复核,在地方督抚监督下,中央刑部监督各省,不仅限制了地方行政长官的司法专断,而且使地方单行立法也难以随意枉法,自逞其能。清代若干冤案的形成,无不与地方行政官员的权位多元复合有关,一方面县令既是最高行政长官,另一方面则又是最高司法长官,之于百姓,掌握生杀予夺之权,而缺少制约和监督的权力必然会产生腐败,可以说凡是制造冤案的公权,必定与司法非廉洁公正有关联。即腐败的公权之执,是产生冤假错案的温床。

其实,大量省例的存在表明了地方在不同程度上享有一定的立法权并受到中央的默许。这种默许,中央尽管力图将重大事件、重要案件的处理纳入自己的立法和处置权之下,甚至不惜大量制定地区性特别法,但这些法律的具体操作仍要靠地方官员主持,由他们来面对纷繁复杂民刑情势进行解释和施用。由于立法技术本身所存在问题以及法律解释的客观必要性,由地方官员在执法过程中制定实施细则性的地方法规以注释、补充中央法律,成为不可或缺的环节。同时,中国传统治民统驭之术,清代随着封建集权专制主义顶峰的攀越,传统的治民手段也似乎走到了尽头。中央与地方官员在乎以赏和刑为“二柄”型的社会管理模式中,在民事纠纷解决程序方面的法治,只能仰赖于地方官员的依个人能力和道德修养来裁决处断。省例中除直接重申中央法的谕示外,其它的两类内容都在不同程度上构成对中央法的创新发展。其中,对中央法的解释虽然并不直接动摇中央立法的权威性,但在法律解释的意义和目的上,省例的这部分内容往往在某些程度上构成对中央法内容实质性的再创造和再发展,这在前述省例规定对中央法的解释诸例中得到重点关照。在现代法律解释学的意义上,属于典型的解释与限制解释的统一体。因此,地方官员在司法和行政过程中对中央法的重新阐释,在某种程度上是一个对实质法律规范的再创造过程,往往可能偏离原有表达。省例中对中央法规有所未备时进行的补充性规定,则直接体现了省例对中央法的再补充和发展度原则,这一部分内容的缺失甚至将足以威胁法律体系的完整性和当时政治体制的有效运作。至于对中央法的变通或规避,更足以体现地方立法的相对独立的意义和对中央的离心倾向和分权模式。当一种专制集权通向巅峰时,下坡路显现也就是自然的了。从秦汉而至大清帝国的王权专制之路,莫不为是。

^① 见《西江政要》卷十《窃盗三犯案犯查明恩赦前后分别办理》。

二、省例：地方法对中央法的立法创新模式

省例,不仅仅是民事纠纷处理上的地方规范,同时也是地方行政、民商事、海事与刑事诉讼的法律规范,在具体的涉诉案件判决中,各省地方法规当然地会与中央法不尽一致的地方。诸如在乾隆四十年,中央制定新例,要求各地督抚将重大刑事案件一定要逐季上报刑部查核以防地方省例弄权自肥,行辩诉交易之便。面对这一新变化,江苏按察使建议将省例中规定的类似变通处理的做法向中央刑部注明,但遭到两江总督的反对,他举例反驳道:“外省办理私盐案件,数在百斤以内者,因系穷民肩挑背负,觅利糊口,情有可原,是以分别枷责完结,并未奏咨有案。如遇有题咨之件,亦系将牵连枷责之人摘出另结,以其本系偶然凑遇,并非同伙也。今该司议将外省例案咨明内部,必干驳查,将来办理殊费周章”;两浙盐运使同意这种观点,认为,“查奉部以徒犯之案季报,内有盐犯拟徒,有百斤以内分别枷责发落者,因未经咨明定例,恐部中查驳,难于登答。”因此,按察使建议依然仿照以前欺瞒中央的做法,将应上报刑部的案件中应照《省例》分别枷责之犯摘出外结,“以归画一,以免牵制”。这一作法得到督抚和浙、淮盐运使的一致同意,并要求浙省参与这一攻守同盟,类似案件也依此办理。这一建议经浙江按察使同意,并通飭属下,一体遵行。清时贩盐犹如当下烟草私贩,属于特种行业许可,若有违禁,必施重刑。中央法典解释显然是为了中央财政税收,而地方上省例解释多多少少还有点地方民生的关怀!在具体的处罚上带有痛惜民生之艰的味道。当然这种关怀民生疾苦的官员远不止少数,两江的做法也惠及到福建、江西、广东等省。到乾隆十九年,闽浙总督提出应该仿照“江浙现行成例”来处理零星私贩案件;由盐法道通飭福建各属。规定了不同于中央通行法律的处理办法。随之在全国被效仿拟定新章,直至道光。这种利益不断博弈的变通模式,实际上就是地方立法对中央法的民生保护法益的创新。

地方省例除对刑事初犯作上述变通外,还对累犯者也有相应变更,如江浙还专门对走私私盐者制定了地方性处罚办法:对私贩一百斤以下者,区别情节分别处以枷责。后来有人评价说是官府与地方帮会之间的利益妥协,也就是太湖盐帮与漕帮势力的增长或可能成为江浙地区在关涉民生禁止性贩运率先解禁以维持地方稳态的一种出路与策略。无疑,清政府在处理重大民生问题上绝不是人们想象的那般无能,其时,地方官员早已根据地方治理所需制定了不少土政策并与通行的上位法规一同使用。仅以江苏为例,南京、扬州、苏州的资本主义萌芽早在明末清初已经开始兴起,为了融资上便利,江浙督抚大员的即以咨文形式维护地方(当)商利益、允许半价回赎当庄的地方性法规,该法规出台六年以后,即嘉庆六年,邻省江苏的典商向本省官员提出模仿浙江处理办法的要求。但这次江苏地方官不但不采纳典商的请求,而且还由按察司咨文浙江布、按二司,要求克减地方官员的“立法权”,要与中央立法保持一致。省例在嘉庆以后便开始走下坡路,日见式微。

越是腐败的政权,其立法越是无科学民主可言。关乎民生的私盐政策以及粮食、棉花、矿产品地方等法规的命运也不例外,在满清十八行省中有所区别的不过是在各地通行时间长短不同罢了,晚清时即全面地渐被废止。从江苏省例的记载中,江苏的情况最为典型:省例与国家通行法律存在抵触,显属“故出人罪”。在乾隆年间江苏省定此章程,“或因彼时私贩无多,贫民生计维艰,一时量为变通,以示矜恤之意。况现在私枭横行,拒捕戕杀之案层见迭出,江北拿获私贩,均属按例问拟,若江南再牵引远年省例办理,不但一省之中轻重两歧,有违定例,且恐地方更为集匪渊藪也。”一个月后,经江苏按察司、两浙运司合议,由督抚及浙江盐运使批准,正式宣布废止旧例,统一按律例办理,并将此决定载入《省例》^①。从这点上说,以省例为中心的地方司法审判逐渐又回归依托中央法为中心,过去那种近似变通的权宜之计终被废止而转至地方政务实践重新厘定和廓清。

与今日之中央地方关系相较,地方督抚并非中央的传声筒和复印机,而是执掌一方甚至生死予夺之大权者。基于所辖地方和个人仕途的考量其所制定的地方法规也完全有可能背离中央立法。特别是中央法律可能出现地方官认为不合理的现象,或给他们追求目标带来不便时,这些大权在握者定然会适度

^① 见《江苏省例续编·会议办理盐犯》。

调整,酌定对策。鉴于日益上涨的民事与刑事案发率,作为民刑行案不分的地方官员审案,必然会给各级官府带来很大的精神负担和增加腐败寻租的风险,鉴于当时司法审判的习惯和分工程序:“徒刑案件由省级终审,后来还要按季报中央备案;流刑以上案件则由中央终审”。可见地方官员的司法行政权受到了很大限制,已经不是一个小小县令大笔一挥便可判“斩立决”的时代了。当然,必须明确,清时的法制虽然不是人们通常理解的那种中央法一统天下的状态,也不可能是现代语境下的宪法总揽下母法与部门子法的关系,但这也绝不意味着在清时已经普遍出现了地方“省例”公然对抗“中央法”的格局、更不意味着地方享有完全独立的立法权甚至存在自治的倾向。在司法领域,中央法皇权主体始终占据着不可动摇的主导地位,地方省例尚不足以构成对中央立法权的真正威胁,更不足以动摇中央立法至上、至贵、至威的法理基础和法制格局。值得强调的是,我们所论的省例,在经过一个时期的发展之后,由于清时代的总体政治经济文化走向,必将决定和影响着重地方法规的创新和终极出路。而地方省例的出路实际最终体现在中央对地方权力及法律层面的控制关系的驰紧疏密。动态地看,省例与中央法决非一般的地方立法与中央立法是否协调一致的关系,而是地方自治思想和主张在帝制中国长期集权高压下不服与反抗的思潮表现,而这种表现却以另类的帝国法律中心或状态所掩藏,外在的服从遵从与内在革命创新此消彼长,由前清的超强稳固转至晚清江河日下,法治状态面目全非,最后呈现出一种以省例为中心向省宪为中心“动态平衡”格局的转变。

三、省例:地方法规的个案差异

省例作为中央法律的实施细则和补充规范,总体上与中央通行法保持一致。但各省例在不悖于中央基本精神的前提下,仍可能存在不少差异。差异的存在,当然首先表现为对当地特有事项的规定,如沿海省份有关于海船的管理、渔业鱼汛及沿海滩涂地的所辖归属利益划分等等,这些现象在内地省份不可能出现,而在沿海省份省例中却难以避免。再则,有些省内少数民族众多,有些民族居住则比较单一,因此,省例的立法关注点就主要表现在于对各省普遍存在的一般性事务上各省例规定之间的差异上。

毋庸讳言,对于各种地方性事务,各地省例的立法规范是存在一定差异性。为简明起见,兹以基层官员审理涉诉个案讼词的地方差异为例:其一为各省例对基层官员审理词讼功过的不同时期规定。清后期,讼风仍炽,纠结日升,道光已经严词不准记功,但记过三次撤任或记功六次,现任者调剂,署事者另署;每过罚银五十两,每大过罚一百两(后分别减为二十、四十两)。以银代罚在各地省例中已经从地下滋长到制度层面,于是在清朝“议罪银”已经成为司法的一道官本腐败的风景线,由于省例的地方性特点,使得“议罪银”成为满清司法腐败一块荡涤难净的沃土——许许多多刑事犯罪者在“议罪银”规则下进行潜规则交易,使得晚清的公法权威如无物。省例中一些过于灵活的个案性处罚,也招致时人更多的诟病和讽刺。

其二,为各省例对邮驿递送公文责任的规定。从这些关乎民生事项的邮政信函、公文投递、行政管束所限定的时日上看,清代地方省例还是值得肯认的,也就是说统治者还是力图将地方大小事务管理好建设好的,不管最终的结果是否如愿,至少在当时的地方行政权中,他们还是付诸了诸多的立法和司法上的实践努力

从地方法规的个案差异中可以看出,满清的立法格局还是始终保持着中央法为最高上位法的权威性,其他各地方法规之间虽然异同并存。但在其差异性和利益趋同性的背后,隐含着地方立法的出发点和基本依据——维护皇权与帝制的利益统治,真正意义上的人权保障无论过去还是当时,还是无法谈起的,过高或是过低评价省例的法治观念和自治功能都是不足取的。

四、省例:地方法规的立法基础及评价

据《粤东省例新纂》称:“各省吏治民风不免互异,官者不得不乘势利导,束以科条,于是有省例之设,以佐部例之所不及。”清代名吏陆陇其也曾以“民情土俗,万有不齐;立法更制,随方便宜,随时润泽可

矣”^①。这或许就是满清当时出现省例以满足官吏对百姓统驭的初衷。这一初衷的萌生和最终的长成，当然地离不开清代初期满人承袭汉人传统的帝国法律文化和政治制度的全盘接受与改造。应该说乾康盛世是一个法制多元的时代，因为各地方法规早已出现了令人担忧的差异性：如因贫卖妻、典铺失窃，基层官员审理词讼功过、邮驿递送公文责任之类的事件更缺乏地域特色、更应该适用统一的法律来处理。又例如，历史以来的夫妻关系中的妻权的人为“灭失”问题，江西官员明知当地素有卖妻之风，但也只不过强调必须确系贫困、两相愿离方准婚姻关系消灭；浙江也有典妻之俗，而官员们则未在省例中予以理会。而面对同样普遍存在的积案审判期限问题，在同治时期，山西对一案迟延两月者就予以记大过，而在江西则为一年以上；差异之大令人惊疑是否为同一天朝。除了上述涉民生问题的妻权婚姻、典当、盗窃、邮差投送、司审期限等存有诸多的地方差异性，还对乡村社会“一田两主”的民间习惯兴废问题作出规范，承认这一“土俗相沿，到处皆有”的习惯；而没有几年又宣布通饬禁绝“一田两主”物权习惯。这一准一禁的差别显然不在于这一土地交易习惯在余省的流行程度不同，而恰恰说明地方省例的对中央法理解乃至执行的差异，或者说清时中央法的出台和规制也是政出多门，缺少真正意义上的至贵至威至信的上位法或曰“根本大法”。

客观地说，省例作为地方法规的根本立足点恐怕并不在于当地的民间社会风习，而重点在于治民。在当时的司法理念和立法机制下，官员们并不是以民为本，为民请命的好官清官为己任。但对当地民间社会状况了解对民间习惯遵从的意义也是在于治权者政绩工程上考虑。在他们看来，诚如黄恩彤所言“体问风俗”或“就俗尚之所宜”并不意味着就会对当地流行的习惯都无条件地加以肯定和接受，在官方立场上，官员们常常当会以正统主义和维护中央王权帝威为志职对该地方的社会风习与法律规范作出取舍和评价。面对各种民间呼啸而来各种改革呼声或地方自治，官员们往往首鼠两端，一方面觉得根除地方恶习，使民间风习规范化，社会思潮正当化是为官者不二选择，另一方面，作为地方立法端的必然操行与担纲者，其立法中的主要责任想必然是清楚的，当然，在地方上立怎样的法，制定怎样的准则或行为规范，除了源自于地方主要官员不同的内心追求外，还可能反映着他们管理社会治理国民的主观差别与认知水平及在层层监督之下自行决定和处理本地公共事务的一种善良的制度期许。

笔者以为最初雏形的“省例”是以行政法规为主的，绝大部分规范中政府始终作为法律关系的一方、作为主导性的管理者活动于其间。因此，省例的规范带有浓厚的行政官员个人主义色彩。在制定及修改的程序上，除极个别由民间议请外，绝大多数是因政府在处理本地公共事务及审判中的现实弊病疑难，或应帝王要求，由各级官员提出制定或修改的建议。在这种政府立法的机制中，作为立法主体的各级行政官员，必然从有利于地方治理的视角出发，以治民为己任，因此，即使少数情况下对客观地理和民族风习等因素有所考量，但更多仍然是出于便利官治和民众管理的需要。如《福建省例》中强调当地治安、督抚制定单行地方法的理由：“闽省为山海岩疆，台湾一府尤属孤悬海外，弭盗安民，更为急务”。可见，在清代台海边防问题就已经引为闽省省例之要务，漫长的西海岸线素来为海盗及倭寇猖獗扰民之所，故而，闽省省例除地方治民之策外，还兼有治理海患之特色。

省例作为一种对中央法的创新与发展模式，在其制定法规的过程中，有一种现象也许在今天仍然存在的现象——国家公权执掌的官员们依据的往往是其个体或作为官僚集团的集体的经验。一般而言，个体化的经验判断及其随意性是各地官员们对同一情势下相同的规范对象作出不同立法规定的原因。另一方面，由于当时地方官升迁转任体制作用，使某地、某官员提出的行之有效的规定能够不断推广。诸如林则徐在广东的禁烟举措，对粤省对外贸易之禁令开启，龚自珍、魏源的“师夷长技以制夷”主张；张之洞、李鸿章、左宗棠等等肇启的新型洋务运动，还有海防塞防之争的背后，多多少少都带有鲜明的官员自身对国际形势的认识和个人从官的历史经验。从《清代职官年表》中不难发现对省例创识有所贡献的各地地方官员很少被免职、除亡故或升迁本省及中央外，大部分都迁转它省，继续担任地方要职。正是基于这条路径有不少地方法规的制定是通过官员调转推广到其它省的。如林则徐由广东而至新疆也不一定就是被贬，从积极意义上说，也是清中央对新疆地方治理问题的高度重视。官员的个体经验借助于特

^① 陆陇其《莅政摘要》卷下《治人治法》，光绪八年本。

定体制又取得了使地方法规趋同的显著效果。从上述可以看出,清代省例的立法特点之一,很大程度上对外来省份地方法规的模仿、移植和借鉴,当然也有适时地改造和内容上的创新。

值得指出的是,在清代高度集权的中央帝权体制下,各省例规范的对象并非重要的原则性或根本大法性问题,更多的只是属于具体的技术操作层面和对地方法规小修小补,当然,法理上讲究细节之变的决定作用,清中央实际上很清楚地方官员与国民的心态,因此采取睁一只眼闭一只眼,默许督抚大员们在这一层面的大权在握。一方面是以政府利益为核心的立法机制、频繁迁转的任官体制以及各省、各地官员之间的相互制约;另一方面是各省官员具有的在一定限度内各行其是的权力,立法官员们更多的是凭借个体或集团的经验、出于地方政府及其本人的切身利益,而并未充分重视和利用当地的客观条件或考察行之有效的民间惯例。各地方法规之间出现异同并存的状态——因主观随意导致的差别和由于特定机制和集体经验的趋同,正是这种特定体制下的产物。^① 地方立法的广泛存在,其最高目的是为了治民而不是民治,也非完全自治意识上的地方自治。因为近代意义上的地方自治,脱胎于西方近世的民主宪政运动。^② 地方自治的实行,奠定了民主政治的基石,也成就了早期宪政制度的确立。我们虽然不敢过高评价省例立法的民主意义,但针对高度集权之清王朝中央,能够下权到地方大员手中的丝丝缕缕的立法权,从某种程度上言无疑是满清绵延恒久的一缕清风,一扫地方政府司法上的沉闷豫章之气。

不过,在清代地方政府在名义上或表达上是不敢越雷池一步的,恪守“与中央保持一致”的谦卑地位,但实际上在执行中央立法、处理地方事务的过程中竭力发挥和张扬地方的相对自主性。一般而言,立法权被严格收归中央,清帝国的中央政府是制定法律的最基本和最主要的机构,在法律体系中,中央立法享有通行全国的效力和一元独尊的地位;然而,这种严格的一元主义并非现实政治生活中的法治实态。在具体司法过程中,在一些民事案件的司法审判、即“听讼”的过程中,地方官员得依据“情理”定夺,享有相当大的自由裁量权;甚至对于一些性质较为严重的案件,地方官也具有与中央机构不同的处理方式和司法理念,呈现出明显的纵向层次性差别。在某些情况下,地方政府甚至在立法上公然偏出了中央法的限制范围。当然,这种自主或偏离都时常受到来自中央的干预。中央帝权下全国范围内的法制统一性因此呈现出不断调整的动态平衡和相对统一的特色,而非稳定静止和绝对统一。现存省例并非集中出现于国势日衰的清代中后期,而是存在于满清帝国的各个阶段。

综上所述,对省例的探讨和暂时的论断无疑将带来更进一步的学理思考:从以省例为中心的清代地方法规来看,清代的地方官员们具有区别于中央和民间的利益和权力的要求。这一要求的存在,使地方权力在法制上出现了对中央政府和民间社会的偏离倾向。由于特定的政治体制的制约,地方对中央的离心倾向被压制在相当有限的程度内,即地方对中央法的分权只能是在极为有限的范围内,丝毫不能超越中央法许可的边界;而对民间社会的草根要求,地方长令们却在当时的体制下则显得相当漠视。这使当时政府与民间的对立显得更为清晰,在某种意义上对国家——社会“二元对立”的两分式理论分析模式是有力的支持;本文所揭示的不同层次的国家权力与国民权利主体之间存在的差异和某种程度上的立法紧张和分权期许,有待于在理论范式的意义上作出进一步解释,同时需要我们从司法机制和司法解释的视角进行更多实证性的探讨与研究,清代作为一个高度集中的帝权体系,为何又能够宽容地许可地方立法对中央法的分权。

■作者简介:曾 哲,西南政法大学行政法学院教授;湖北 武汉 401120。

高 珂,武汉大学法学院博士生,最高人民法院立案庭审判长。

■基金项目:中央与地方法制共建项目(08XNB1030)

■责任编辑:车 英

①刘 东:《中国学术》,商务印书馆2001年第3辑/总第7辑,第245页。

②汪太贤:《从治民到民治》,法律出版社2009年,第8页。