

北京市法學會中國法律文化研究會

法律與文化網

首页

关于我们

学会活动

会员关注

学界动态

民族法文化

法史春秋

名作佳文

书评纵横

法文化辞典

首页 >> 民族法文化 >> 民族法律史

唐明律“化外人”条辨析——兼论中国古代各民族法律文化的冲突和融合

2010-12-16 访问量: 访问量: 2203

苏 钦

“化外人”条是中国封建法律中一项具有重要意义的规定。据史料记载,有关“化外人”的规定始于唐朝,以后历代沿袭。明朝时该条内容发生了重大变化,并影响至清朝。现在学术界基本上是把“化外人”的含义理解为“外国人”,由此对其法律效力范围和作用作出了一些不符合历史事实的解释。本文试从中国多民族国家形成和发展的角度,对唐明律“化外人”条的有关问题进行探讨和研究。

《唐律疏议·名例》规定:“诸化外人同类自相犯者,各依本俗法;异类相犯者,以法律论。”[1]这里所称的“化外人”指的是什么?这是我们需要搞清楚的第一个问题,它是理解该条的关键。

《唐律疏议》对“化外人”有一个解释:“化外人,谓蕃夷之国,别立君长,各有风俗,制法不同。其有同类自相犯者,须问本国之制,依其俗法断之。异类相犯者,若高丽之与百济相犯之类,皆以国家法律论定刑名”。[2]很多学者据此认为“化外人即外国人”。[3]他们或将“化外人”条称为“外国人在中国犯罪的规定”,[4]或称为“涉外案件的处理原则”,[5]有的甚至指明“化外人”“并不是指国内的少数民族”。[6]这些都是十分不确切的解释。其实,“化外人”一词的出现有其深刻的历史和文化背景,它的含义也是极为广泛的。

顾名思义,“化外人”即指居住在“化外”地区的人。那么,何谓“化外”呢?《辞源》解释说:“旧时统治阶级的偏见,指中国教化达不到的地方”。[7]《辞海》也称“旧时统治者称政令教化所达不到的地方为‘化外’”。[8]这里我们暂且不谈《辞源》中“中国”一词的含义,关键是如何理解“教化”和“政令教化”。据《辞源》,“教化”为“政教风化”和“教育感化”。[9]又据《辞海》,“教化”为“政教风化,”也指“教育感化”。[10]汉代经学家郑玄注:“教谓礼义,政谓刑禁”。根据以上解释,我们可以认为,统治者所倡导的礼义、制定的法令未能贯彻实施的地方就被视之为“化外”,居住在“化外”地方的人即为“化外人”。

那么“化外”一词是如何形成的呢?统治者的礼义和法律为什么不能达于“化外之地”?这是我们要搞清楚的第二个问题。

公元前二十一世纪夏奴隶制国家形成之后,在一千多年的历史进程中,夏、商、周三个部族逐渐在语言文字、地域经济和服饰习俗等方面趋为一体,形成华夏族的雏型。他们活动于黄河流域,主要从事自给自足的农业生产,组成了以宗法血缘为纽带的社会组织,并形成了独具特征的“礼教”文化系统。礼,最初是从人们用饮食供奉鬼神的祭祀习俗发展起来的。孔子说:“殷因于夏礼,而有所损益,周因于殷礼,而有所损益。”[11]可知夏、殷时代已有礼,但由于文献不足,“孔子虽能言之,却不能征之”。西周时,在周公旦的主持下,以周族原有的习惯法为基础,同时吸收夏商礼仪制度中的有用部分,制定了有关国家制度、调整各种社会关系和生活规范的礼典。礼以维护宗法等级制度为核心,重视血缘家族和基本伦常、婚丧和节日礼仪,强调祭天和祀祖。在统治者的极力推崇下,礼不仅是统治者安邦治国的工具,在几千年的历史长河中,它也成为华夏族(汉族)的精神

支柱，成为华夏文明的核心内容。它“已铭刻在中国人的心灵和精神里”，[12]“构成了国家的一般精神”。[13]

在中国古代，礼和法是紧密结合在一起的。“化民之道，礼教为先，礼教所不能化者，则施刑罚以济其穷，此法律所由设也。”[14]制定法律的目的主要是用来对付不堪教化的人。

然而，众所周知，中国自古就是多民族国家。“远古文化遗存，表明中国境内在那遥远的时代，曾经在不同的地区发展着不同系统的文化。”[15]春秋经传就曾记载了除夏族、殷族、周族以外的戎、蛮、狄、夷、濮等民族的史事。他们生活在地域不同，使用不同的语言，形成了自己的风俗习惯、思想观念和宗教信仰，组合在不同的社会组织中，从而在生产方式、生活方式和文明程度上与夏、殷、周三个部族都有不同，特别是形成了“礼差”。

《尚书·禹贡》有“八百里蛮”的记载，孔颖达疏引王肃云：“蛮、慢也，礼仪简慢”。《春秋》僖公二十九年，“春，介葛卢来”。《公羊传》：“介葛卢者何？夷狄之君也，何以不言朝？不能乎朝也。”何休注：“不能升降揖攘也。”又《春秋》襄公十八年，“春，白狄来”。杜预注：“不言朝，不能行朝礼”，“介葛卢与白狄不能行朝礼，盖因其部落内部君臣之分未严，尚无朝礼之习。”[16]据《孟子·告子下》：“夫貉，五谷不生，惟黍生之。无城廓宫室、宗庙祭祀之礼，无诸侯布帛饔飧，无百官有司，故二十取一而足也。今居中国，去人伦，无君子，如之何其可也？……欲轻之于尧舜之道者，大貉小貉也。”这些居住在四方的夷蛮戎狄虽然也有自己的祭祀、丧葬、婚姻等民俗文化，被华夏族称为“夷人之礼”，但这些“夷礼”不过是一些习俗而已，不能与华夏族的“礼典”相比。正因为有这些不同，才出现了以礼义区分内外、区别华夷的观念，出现了对被礼教浸润的地区称为“化外”这样一个概念。

“化外”一词具有三层含义。首先，它反映了华夏族（后来是汉族）的民族正统观念。“化外”含有轻视夷狄的意味，视夷狄为未开化的野蛮的民族，“不与夷狄之执中国”，[17]即不以平等的态度对待夷狄，包含了对自己的“礼教”文化极为崇拜的民族自豪感和优越感。其次，“化外”中的“化”字有变化、改变之意。

《管子·七法》称：“渐也、顺也、靡也、久也、服也、习也，谓之化……不明于化，而欲变俗易教，犹朝揉轮而夕欲乘车。”这就是说，“化外人”并不是固定不变的，“化外人”可能变为“化内人”，夷狄可能化为华夏，华夏也可能化为夷狄，如果夷狄接受了“礼义教化”就能成为华夏，“不向化者，则（仍）斥之为夷狄”。[18]华夏“生于中州而行戾乎礼义，是形华而心夷也”。[19]再其次，华夏与夷狄虽然可以互相转化，但华夏族的统治者强调的是“用夏变夷”。孟子曰：“吾闻用夏变夷者，未闻变于夷者也……”[20]华夏族的统治者从很早的时候起就形成了以华夏为中心一统天下的思想，所谓“春秋之义，王者无外，所以域四海而安天下也”。[21]《尔雅·释地》：“九夷、八狄、七戎、六蛮，谓之四海。”显然，华夏族的统治者虽然把夷狄看成是“非我族类”而甚轻视之，但仍把他们看成是同生天地间的臣民。他们虽然未沐浴到礼教文明，处于“化外”，但仍要去教育感化他们，使其接受“礼义”，变为“化内”。

因此，中国古代“化外人”一词反映了由于华夏族（汉族）的“礼教文化”与夷狄习俗文化的差异而形成的“内”“外”观念。既承认这种区别的客观存在，又含有要采取教育感化的方式使其逐渐通晓礼义的意向。

那么，《唐律疏议》所称“化外人”为“蕃夷之国”又应作何解释呢？在中国古代典籍中，许多民族都被通称为“蕃夷”，而古代对于“国”的理解与我们今天并不相同。中国古代的“国”是个多义词。西周初，金文中出现的“或”字与“国”相通，仅指天子所居之城邑。中国历史上曾出现过的各对峙的政权皆称国，一些民族建立的地方政权也称国，如唐朝时的突厥汗国、回纥汗国、吐蕃国等。此外还有许多分封的“诸侯国”等，所以不能一提到“国”就与今天的主权国家相提并论。

“中国”一词的含义也比较复杂。周武王、周成王时出现“中国”一词，仅指以洛阳为中心的地区，有中心区域之意。春秋时期，齐、鲁、郑、陈、蔡等中原诸侯自称“中国”，秦、楚等被视为“夷狄”。这种以京师所在的中原地区为“中国”，以周边各民族地区为“四夷”，以朝廷为中，地方与边疆为“外”的用法一直延续至清朝，对此如果稍有不察就可能误解为中国与外国。更为重要的是，中国自古就是多民族国家，很早就形成“中国”与“四夷”共为天下，同居四海的观念。西周时，周景王使詹桓伯对晋国说：“及武王克商，蒲姑、商、奄，吾东土也；巴、濮、楚、邓，吾南土也；肃慎、燕亳，吾北土也”。[22]可知西周时的疆域观念已包括南北各族了。战国时更打破了诸侯国疆界，逐渐形成包括少数民族在内的大一统观念。据《周礼·职方氏》：“职方氏掌天下之图，以掌天下之地，辨其邦国、都鄙、四夷、八蛮、七闽、九貉、五戎、六狄之人民。”又据《礼记·曲礼》：“君天下为天子”。郑玄注曰：“天下，谓外及四海也。今汉于蛮夷称天子，于王侯称皇帝。”到近代，“中国”一词无论作为地域名称，还是国家名称，都包括中国边疆民族在内，成为中

华各民族共有的称谓。

为了统治多民族国家，历代王朝都实行“因俗而治”的政策。例如，西周时的“修其教不易其俗，齐其政不易其宜”，[23]五胡十六国时的“胡汉分治”，唐时的羁縻府州，明清时的土司制度等等，都是由当地的民族首领自主地依原有方式进行统治，朝廷不干预其内部事务，中央王朝不把在中原地区实行的“礼义”和法律强加于这些地区，即所谓“夷狄外臣不须治以中国之法”，[24] 这些地区就被视为“化外”。因此，将在“化外”地方居住的人一概视为“外国人”是不符合中国的历史事实的。

唐代已有“外国人”一词。据记载：“开成元年六月，京兆府奏：……准令式，中国人不合私与外国人交通、买卖、婚娶、来往。又举取蕃客钱，以产业奴婢为质者，重请禁之。”[25] 这说明唐朝时已有“外国人”一词，但何以唐律以“化外人”而不是“外国人”来规定这个律条呢？答案就是，在唐朝，“化外人”条主要的不是规定国与国之间法律效力范围，而是着眼于调整与“礼教”法律文化有差异和冲突的民族的法律适用问题。《唐律疏议》所称“同类”、“异类”一般也指族类而言。“化外人”虽然包括“外国人”，但两者绝不属于同一概念。显然，用“化外人”一词更符合唐朝的客观状况，也更为准确地表达了唐朝的立法意图。后人称“化外人”即为“外国人”不是曲解其意了吗？

在中国古代，说四夷“无有礼义”、“殊失礼义”、“不知礼义”的记载充斥于历史文献之中，被称为“化外”地方也常见于史籍之中，但“化外人”一词则只在法典中出现。这个情况很值得注意，它至少说明：第一，“化外人”只被作为一种法律用语。由于“化外人”并不执行国家颁布的法律，而其“本俗法”受本民族经济文化的影响和制约，反映了其特定发展时期的风俗习惯和价值取向，必然与国家的法律存在明显的差异和冲突，这就使国家的法典必须作出调整这些冲突的法律规定。第二，将众多民族泛称为“化外人”作为适用该法律条文的主体，表现了唐朝立法技术的高超，既具有高度的概括性，也便于法律的运用。

查阅唐代文献，目前还未找到明确指出哪些民族属于“化外人”的记载，很明显，它是一个泛称。明代“化外人”的含义与唐朝相同，但对“化外人”的内涵，则出现了进一步指明的趋势。明朝官方对“化外人”未作明确统一的解释，而明代的学者有许多不同的说法。《大明律例附解》称：“化外人即四夷人。”[26]《大明律集解附例》则称“化外人”“谓外夷来降之人及收捕夷寇散处天下者。”[27]明正德时，胡琼在《大明律集解》中称：“凡土官、土吏、化外夷人有犯，与中国一例拟断，”[28]把土官、土吏也包括在“化外人”之中。《大明律疏附例》则称“化外人”是“蒙古人、色目人及土夷散处中国者，若四方来庭远人，犯边蕃寇”。[29]崇祯年间，彭应弼撰写的《鼎镌大明律例法司增补刑书据会》更明确地指出：“来降四夷及收捕亡夷寇散处安插者，俱是化外人。”从上述记载来看，明代学者对“化外人”的解释特点有二：首先，他们都试图指明“化外人”所包括的具体成分，而不像唐朝那样只是泛称“蕃夷之国”；其次，他们都力图把“化外人”与明朝政权联系起来，所谓“土官土吏”、“蒙古人、色目人、土夷散处中国者”、“外夷来降之人及收捕夷寇散处天下者”，这些“化外人”都与明朝发生各种联系。显然，这时的“化外人”更不能一概说成“外国人”了。

总之，“化外人”一词产生于中国古代特定的历史条件下，有自己特定的意义，不能将其与当代国际法上的主权国家的概念混为一谈。“化外人”固然涉及到民族和国家，但更准确地说是一种民族文化特别是民族法律文化的区分。对中国古代所谓“国”的概念，也应作历史的分析。

二

据梁启超《中国成文法编制之沿革》一文称，“化外人”的规定，“为唐律所特有，还是因袭前代成文，今不可考”。目前尚未查到唐代以前的律典是否有“化外人”的规定。那么，何以唐律出现这样的规定呢？

有学者认为，“当时唐帝国是亚洲乃至世界政治、经济、文化活动的中心，有许多外国人来中国学习文化和进行贸易，唐朝与外国的交往是十分频繁的”。[30]意指这些到唐朝的外国人与唐朝人以及这些外国人之间在交往中会发生各种纠纷，需要有相应的法律规范予以调整。我认为，这是基本原因，但也还有更深刻的原因：

第一，它反映了唐代各民族法律文化的冲突和融合。

法律文化是民族文化的一个方面，它反映了一个民族的风俗习惯、群体价值取向等文化因素。民族文化的多样性导致法律文化的差异性，唐律“化外人”条的制定，反映了唐代各民族法律文化存在的差异性，是为解

决冲突并采取的调整措施。汉族（汉代以前为华夏族）的法律文化，建立在以自给自足的农业自然经济和以宗法血缘为纽带的社会基础之上，形成了以礼法合一为基本特征的法律文化，这是中国古代占主导地位的法律文化。与此同时，生活在边疆地区的各民族也形成了自己特有的法律文化。例如，“东夷夫徐国……用刑严急。杀人者死，没其家人为奴婢；窃盗一责十二；男女淫、妇人魮皆杀人；尤憎魮，已杀，尸之国南山上，至腐烂，女家欲得，输牛马乃与之。兄死妻嫂，与匈奴同俗”。[31]乌桓国，“……其约法，违大名言者罪至死。若相贼杀者，令部落自相报，不止，诣大人告之，听出马牛羊以赎死，其自杀父兄则无罪。若亡畔，为大人所捕者，邑落不得受之，皆徙逐于雍狂之地……”。[32]突厥，“其刑法，反叛、杀人及杀人之妇，盗马绊者皆死。奸人女者，重责财物，即以其女妻之。斗伤人者随轻重输物。盗马及财物者各十余倍徵之……”。[33]这些“俗法”、“各有风俗，制法不同”，皆植根于这些民族赖以生存的自然地理环境，反映其特定历史发展时期的价值观念和生活习俗，具有维护这些民族内部社会秩序和调整各种社会关系的作用。

在中国历史上，一方面，国家法律和少数民族的“俗法”一直存在着不容否认的差异性，另一方面，随着各民族之间频繁的交往和交流，各民族的法律文化也相互影响和渗透。唐代是我国历史上民族交往最为频繁、各民族的联系非常紧密的时期，因此，唐律出现“化外人”的规定是很自然的。

第二，它是初唐统治者推行开明的民族政策在法律上的体现。

唐太宗李世民曾说：“夷狄亦人耳，……盖德泽洽，则四夷可使如一家；猜忌多，则骨肉不免为仇敌。”[34]他又说：“自古皆贵中华，贱夷狄，朕独爱之如一，故其种落依朕如父母。”[35]在政治上，他充分认识到边疆民族地区的客观环境条件，采取了有别于“中土之制”的治理措施。据《新唐书·地理志》：“自太宗平突厥，西北诸蕃及蛮夷稍稍内属，即其部落列置州县，其大者为都督府，以其首领为都督、刺史，皆得世袭。呈贡赋版籍，多不上户部。然声教所暨，皆边州都督、都护所领，著于令式。”这种羁縻府州制既保留少数民族传统的行政制度，又将少数民族地区纳入国家统一的行政建置之中。在法律上，唐朝将秦汉以来“以汉法治汉人，胡法治胡人”的传统政策规范化、法律化，即把承认这些民族原有的“俗法”对其内部纠纷具有有效性作为法律适用的一项基本原则编入国家法典之中，这不能不说是中国法律发展史上的一个重大发展。这也是合乎情理的选择，因为“法律与风俗是互为消息的”。正如孟德斯鸠所说，改变这些“俗法”，“不应当用法律，否则显得过于横暴。……用法律去改变应由习惯改变的东西，是极糟的策略，是苛政。”[36]

第三，它体现了儒家思想对唐律的影响。

儒家政治法律思想的特色是主张实行“礼治”和“德治”。汉朝时，儒家思想开始影响封建法律。唐初定律，更是“一准乎礼”，“于礼以为出入”。在统治方法上，儒家特别重视教化的作用，主张“有教无类”，即教化不分种族。唐代各君主都深受这种思想的影响。例如，开元三年，唐玄宗在“令蕃客国子监观礼教敕”中令，“自今以后，蕃客入朝，并引向国子监，令观礼教”。[37]元和十四年，唐宪宗在“放吐蕃使归国敕”中也称，“……朕深惟德化之未被，岂虑殊俗之不宾……”。[38]唐朝规定“化外人”异类相犯的，以集中体现礼教的唐律处理，不仅是由于“化外人”的“本俗法”各异，适用困难，而且还反映了唐朝统治者向“化外人”宣传大唐法律的立法意图，通过在“化外人”中实施唐律，逐渐使“化外人”树立新的法律观念，并进而使其通晓礼义，信奉礼教，最终实现“用夏变夷”的目的。

明律沿袭唐律，也有“化外人”条，但其内容却发生了重大变化。据《大明律集解附例》，“凡化外人犯罪者，并依律拟断”，即“化外人”犯罪，不分同类异类相犯，概依明朝的法律处理。对这一变化，明人有两种解释：其一，据《明律集解》：“言此等人，原非我族类，归附即王民，如犯轻重罪名，询问明白，并依常律拟断，示王者无外也。”[39]其二，据《律解辨疑》：“化外人犯罪，谓胡俗之种，外番夷狄之人。若东夷、西戎之两相犯罪，两种之人习俗各异，夷狄之法各有不同，不可以其胡种之法断罪，还以中华之政决之。如蒙古人、色目人本类自相嫁娶，依中原之律科之。故云，并依律拟断。”[40]前者强调“归附即为王民”，说明“化外人”一经归附明朝，就是明朝的臣民，应该依明律拟断。这个解释有一定的道理，但未归附之“化外人”也“并依律拟断”不好解释，此说有缺欠。后者称不同种类的“化外人”之间犯罪，不能依“胡种之法”拟断，因为“夷狄之法各有不同”。这个关于“异类相犯”的解释与唐朝是一致的，但对明律“化外人”同类相犯何以也“并依律拟断”的原因则未讲明。

徐道邻在《中国法制史略论》一书中注意到了明律“化外人”条的变化，解释说这是“明朝人喜欢自作聪明，在因袭唐律时，往往故为异同，因而率意更张，常常不免弄巧成拙”。[41]把明律“化外人”条的变化仅归结为“自作聪明”和“故为异同”未免失之简单化。台湾学者巨焕武在《明代律例有关化外人的犯罪规定》一文中，从明代与唐代所处的时代和环境已有很大的不同这一点出发来说明明律变化的原因。他说：“明代

承元代种族歧视的政策之后，华夷之防的观念和措施已甚强烈，……自然不能和唐时天可汗制度之下，而视华夷如一家种族观念相提并论，也和唐时外族入居中国者，其数在百万以上，许多大都市皆‘脆服殊音，所在充斥’的情形，极不类似。因此，时代背景不同，环境需要不同，明代实在没有因袭唐律同条律文的理由和必要。”[42]这个解释不能不说很有见地。但我以为对明律“化外人”条变化的原因，从明代的政治和民族关系的特点来看，仍有进一步分析和说明的必要。

首先，明律“化外人”条的变化是适应明代民族关系的新变化而作的法律调整。

明朝时，在中国境内的众多民族族称和居住地已大致固定下来。辽、金、元之后，散处各地的契丹人、女真人和蒙古人等都程度不同地汉化。例如，数十万蒙古人在元亡之后散居在明朝内地和西南地区，他们包括元朝的蒙古官员和驻守军、明初被迁入塞内的“沙漠移民”，以及被明朝安置于内地的蒙古战俘，也有从蒙古地区主动来归附的蒙古上层及其部族。这些人虽然仍被视为“化外人”，但已很难依唐朝时的“化外人”的身份适用其本俗法了。对这些已处于明朝直接管辖下的“化外人”，用“归附即是王民”的理由，在他们犯罪时概依明律拟断，正是适应了这种客观情况的变化。

其次，明律“化外人”条的变化体现了明朝对边疆地区统治的强化。

明朝与唐朝的一个不同之处就是明朝对国家和疆域的观念日渐强化。明朝虽然仍受历代传统观念的影响，把自己视为“天朝上国”，要周围邻国都来向其朝贡，但这时世界形势毕竟发生了变化。朱元璋曾对他的大臣们说：“海外蕃夷之国，有为患于中国者，不可不讨；不为中国患者，不可辄自兴兵。”[43]他还进一步将朝鲜、日本、安南、真腊、暹罗、占城、苏门答腊、爪哇、白花、三佛齐、渤泥等国列为不征国。[44]从这些不征国名的列举，我们看到了明朝对海外国家的认识进一步深入。与此同时，明朝统治边疆民族地区的经验更加丰富。除了建立有效的行政管理制度以外，明朝也加强了对边疆民族地区的司法管理。例如，明朝承袭元制，在西南、西北地区实行土司制度，承认各族首领的统治区，但中央政府通过制定土司和土官世袭、品级、考核和缴纳贡赋的法律规范牢牢控制了土司，对不服从中央政令或犯有贪污、害民、劫夺、仇杀等罪的土司都依法予以惩治。显然，在明朝的法典中明确规定“化外人”有犯均依明律拟断正反映了国家对管辖地域范围的司法审判权的强化，加强了国家法制的统一。

再其次，明律“化外人”条的变化也是明初革除“胡俗”的措施之一，体现了朱元璋“明刑弼教”的思想。

元朝以蒙古贵族入主中原，虽然根据统治需要，在立法上承袭了唐宋法律的基本内容，但由于受本民族历史传统、风俗习惯等因素的影响，在许多重要制度上与唐宋不同，其中之一就是对触犯封建礼教的行为量刑减轻，有些被唐宋法律严加禁止的行为甚至被确认为合法。例如，在蒙古人和色目人中不实行“丧服制”，承认“良贱通婚”和“同姓为婚”等，甚至还保留了被汉族士大夫认为是“无君无父、悖离人伦和纲常”的“胡俗”。如《元史》乌古孙良楨传云：“又以国俗父死则妻其从母、兄死弟则收其妻，父母死无忧制，遂言纲常皆出于天，而不可变，议法之吏乃言国人不拘此例，诸国人各从本俗，是汉人南人当守纲常，国人诸国人不别守纲常也。”[45]又据《元史》顺帝本纪云：“至正十五年正月，大斡耳朵儒学教授郑言，蒙古乃国家本族，宜教之以礼，而犹循本俗，不行三年之丧，又收继庶母叔婶兄嫂，恐貽笑后世，必宜改革，绳以礼法。不报。”[46]明朝初建，朱元璋便严令禁止“胡俗”。“洪武元年，诏禁胡俗，悉服中国之旧。元世祖起自沙漠，以有天下，悉以胡俗变易中国之制，……无复中国衣冠之旧，甚者易其姓氏为胡语，俗化既久，恬不知安，上心厌久之，乃诏衣冠悉服唐制，……其辮发胡髻胡服胡语一切禁止，于是百有馀年胡俗，悉服中国之旧。”[47]《罪惟录》朱善传亦称，“洪武八年……时方革胡俗，严婚禁，民多犯法”。明律不再承认“化外人”的“本俗法”，正是其革除“胡俗”的法律措施之一。

明初实行重典治世，强调要“明刑弼教”，即运用法律的强制手段贯彻礼教纲常。朱元璋认为，“移风善俗，礼之本，敷训导民，教为在先；故礼教明于朝廷而后风化达于四海”。[48]他又说，“边夷土官，皆世袭其职，鲜知礼义，治之则激，纵之则顽，不预教之，何由能化？其云南、四川边夷土官，皆设儒学，遣其子孙弟侄之俊秀者以教之，使知君臣、父子之义，而无悖礼争斗之事，亦安边之道也”。[49]由于教化能够起到改变“胡俗”，使“化外人”成为明朝忠顺臣民的作用，因而得到统治者的重视。

唐律“化外人”条的规定，使唐朝对涉及不同民族和国家的案件的审理有了明确的法律依据，表明中国封建社会鼎盛时期法律的完备。明朝从维护国家法制的统一，推行明刑弼教政策的需要出发，对唐律“化外人”条作了重大修改，则反映了客观形势的变化，从一个侧面说明中国封建社会后期法律的进一步完善。

从立法精神看，唐律“化外人”条的核心是承认“化外人”同类相犯时，其“本俗法”所具有的法律效力，这是唐朝充分考虑“化外人”“本俗法”客观存在的影响和作用而相应作出的主动的、自愿的法律选择。唐朝统治者显然认为，承认“化外人”的“本俗法”的有效性，并不会损害“天朝”的尊严和权威，相反，此举由于尊重了“化外人”固有的法律习俗和传统观念，还会使“远人归心”，得到他们衷心的拥戴和信任。同时，通过规定“化外人”异类相犯时依唐律处理，也向“化外人”宣扬了国威，为在“化外”逐渐实行唐朝的法律，使“四海咸服”提供了合法依据。明朝将唐律“化外人相犯”条改为“化外人有犯”条，并规定不分同类异类并依明律拟断，其立法精神旨在强调明朝在国家管辖地域内，对任何违反法律的行为有处罚权，即使“化外人”也不例外。这既表明明朝统治的加强，也反映了在历史进程中，国家管辖地域观念和司法主权观念的逐渐强化。

从立法技术看，唐律“化外人”的规定还比较简单和笼统，既没有区别民事和刑事问题，也没有说明在哪些具体问题上可以适用“本俗法”。从字面意义来理解，只要属于同类的“化外人”间的纠纷，不论刑事或民事，也不论什么具体问题，都依其“本俗法”。而“化外人”的“本俗法”是一个很宽泛的概念，它既可以是当时其它国家的法律，也可以是唐朝境内其他民族的习惯法，甚至也可能只是某些习俗。对这些“本俗法”，不论唐朝的各级官员是否了解或了解多少，都不大可能据此对“化外人”予以审理，结果只能是听之任之，由其本部酋长自理。从实际情况看，这些案件必定是指发生在唐朝直接管辖的境域之内，而放弃对这类案件的管辖权，对于唐朝社会秩序的安定显然不利，实践中也必然会出现许多混乱。明朝规定“化外人”有犯依律拟断，使明朝的法律在全国范围内具有普遍的约束力，这是正确的明智的作法，我们应该肯定。

然而，“化外人”毕竟与“化内人”有区别，我们且不谈“化外人”中包括的“外国人”，只就明朝是个地域辽阔、民族众多的大国而言，也确实存在因地理交通、割据状态、风俗语言等因素造成的在民族地区中央政权的法律不能全面实施的情况。为解决这个矛盾，明朝在强调全面实行国家统一法律的前提下，采取了“例”的形式，作出某些变通规定，以解决“化外人”存在的特殊性与明律中某些规定不相适应的矛盾。例如，《弘治问刑条例》规定，“各处大小土官，犯该笞、杖罪名，不必奏提，有俸者，照律罚俸，无俸者，罚米。其徒、流以上情重者，仍旧奏提。”[50]该条所称笞、杖、徒、流等皆为明律规定的刑罚，由此可知土官犯罪是“并依律拟断”的。但土官毕竟与流官不同，是世袭的，有食俸与不食俸之分，因此处理上需作出特别的规定。唐律只在“名例”中有“化外人相犯”的原则性规定，在唐律的其它篇章以及唐代其它法律形式中均未见对该条的任何具体化的规定。相较之下，明朝的作法显然更科学，具有可操作性。

然而，我们需要指出，明朝的上述作法仍存在许多不足。清朝建立后，在继承明朝的作法的同时又有发展。《大清律例》中有十余条变通性条例，此外，还专门制定了适用于民族地区的单行法规。清人沈家本称“化外人有犯”条，“此条本《唐律》，唯唐有同类、异类之分，明删之，则同类相犯亦以法律论矣。今蒙古人自相犯，有专用蒙古例者，颇合《唐律》各依本俗法之意。”[51]沈家本的说法有一定道理，但两者的作法并不相同。当然，这超出了本文的范围，在此不叙。

以上我们从立法上对唐明律“化外人”条的规定作了初步的探讨，从司法实践来看，由于“化外人”案件涉及到民族群体及国家间的关系，处理好坏与否直接关系到边疆的稳定和国家的安全，因此，唐明两朝对这类案件的处理并没有拘泥于律例的规定，往往根据形势的需要采取灵活的办法。根据目前能收集到的有关资料，我们可以看到这种灵活处置及统治者的一些考虑：

首先，对案件的处理，一般要考虑中央王朝与其所属的民族间的关系。例如，唐大历十年（775）秋，有回鹘人在横道杀人，京兆尹把他拘捕，唐代宗诏令宽恕之。[52]同年九月，又有回鹘人白昼刺伤市民腹部，竟至大肠流出，官吏拘系之于监狱。回鹘酋长赤心冲入狱中，砍伤狱吏，劫囚而去，唐代宗亦不令追究。[53]两案显系“化外人”与唐人间的刑事案件，应依据唐律“化外人异类相犯者，以法律论”的规定，以“伤人”和“劫囚”罪论处，而唐代宗却未令追究。其时正值安史之乱平定后不久，唐朝需要稳定国内局势，而且唐朝与回鹘关系密切，回鹘两次参加平乱立有大功，唐代宗自然不会因这类案件得罪回鹘。唐代宗亲自下诏法外宽免，可能与此考虑有关。

其次，要考虑犯罪者的特殊身分。例如，明成化四年（1468），日本“遣使贡马谢恩。礼之如朝。十一

月，使臣清启来贡，伤人于市。有司请治其罪，诏付。清启奏言，犯法者当用本国之刑，容还国如法论治。帝赦之。自是使者益无忌”。[54]又如，明英宗时，“瓦剌使臣卯夫刺等庆成宴毕，出长安门左门与女真使臣喧呼忿争，夺卫士兵械殴伤之。事闻，上曰：‘夷狄素无礼义，不可以醉饱之故责之，宜谕虜王自治。通事部指挥昌英等不能导之以礼，令戴平巾供事’”。[55]再如明太宗时，“中兵马指挥司言，和宁王所遣朝贡之使横恣无赖，于都市强夺，今禽至一人，请赬以法。上命械送和宁王自治”。[56]上述三案的犯罪主体皆为使臣，身份特殊，从维护明朝与这些国家和民族政权的关系出发，明朝均未依照明律“化外人有犯”条处理，而采取了让其本国或本族首领自己处理的方式。

再次，对土司之间相犯，一般听其自理。例如，明正德六年（1441），“时，富州土官沈政与郎举互讦，纠众侵地，帝命昂等勘处。七年，昂奏二人叛逆无实迹，因有隙相妄奏。兵部请治政等罪。帝以蛮人宥之”。[57]天顺七年（1463年），安顺土知州张承祖与所属宁古寨顾钟争地仇杀，“下巡抚究治，命各贡马赎罪”。[58]正统十年（1445），八月，“敕諭董卜韩胡宣慰使司都指挥同知 克罗俄监察等曰：‘近得四川土司、巡按御史奏，送尔克罗俄监察文书到京。各称别思寨安抚司 安抚饶蛤父兀惹朵儿只监，系尔父喃葛分与地方管属。后饶蛤代父管事，奏请朝廷开设安抚司，给以印信。近年伪造安慰司印，诈称安慰使，纠合杂谷瓦等处大姓，野蛮谋害尔父子，抢占尔驮窝地方。尔拘饶蛤，追出伪印。依番例，剜去双目。然饶蛤造意，法所难容，尔宜奏闻朝廷，庶见尔忠敬之心。今尔擅拘彼剜目，于理未录，但念尔平日忠事朝廷，又尝捕贼有功，姑宥不问。今特遣人赍敕晓諭’”。[59]此三案皆系土司间案件。明沿袭元制，在一些民族地区实行土司制度。土司主要是按“土俗”治理辖区内的各项事务。考虑到这种因素，明朝对土司之间的案件，只要未影响中央的统治，就或宽免、或承认其依习惯法处理的有效性，并不一味强调依律拟断。

从上述几件案例看，唐明两朝特别是明朝对“化外人”案件的处理是很灵活的，但我们不能由此断言“化外人”条实际上没有实行。上述例举之案件皆是作为特例记载下来的，在通常情况下，案件要依照该法处理。例如，明宣宗时，“斩虜寇脱乡卜乐等十三人于市。脱乡卜乐等寇边为官军所获，法官坐以谋反，当凌迟处死。审录者言，夷狄与中国所犯不同，诏斩之”。[60]宣德六年（1431）六月，“镇守河州都督同知刘昭奏，‘罗恩囊族西番千户阿失吉为亲弟土噶所杀。而拘其弟，按问已引服，当斩’。上曰：‘杀兄非常罪，斩之，梟其首以徇，使远人知有法。’”[61]正统十三年（1448）二月，“四川长河番人及琉球国番伴柏殴会同馆门外，有重伤者。事闻，上命殴至死者抵死”。[62]景泰三年（1451），“礼部奏，‘散毛宣抚司副使黄缙蠹谋杀亲兄，律应斩，其妻谭氏遣子忠等贡马赎罪。然缙蠹罪重，法不可宥，宜给钞以酬马直’。从之。”[63]景泰五年（1454），“礼部奏：‘施州木册长官司土舍谭文寿凶暴，并造不法诽谤之言，罪当刑。今其母向氏进马以赎，恐不可从。’帝命给钞百锭以慰其母，其子仍禁錮之。”[64]这些案件，从犯罪主体看，皆属“化外人”，所犯罪行轻重不一，但都是依照律的有关规定处理的。这些案件在处理时，最后都呈报皇帝批准才执行，表现了明朝对这类案件重视和慎重的态度。

总而言之，中国古代所称的“化外人”不能认为是外国人，而是由于民族文化的不同而形成的概念。在一国领域中，可能存在数种不同民族成份的国民，形成多民族国家。中国封建法律中出现“化外人”的规定正是反映了在中国统一的多民族国家的形成过程中，对不同民族间的利益、不同民族的法律文化的冲突而作出的必要的合理的法律调整。它在各王朝法典中的发展变化反映了中国多民族国家日益巩固、各民族不断融合的过程。“化外人”的规定充分体现了中国古代法律发展的水平，说它是中国古代法律中“最优美的条文”是很有道理的。[65]

[1] 《唐律疏议》卷 6，中华书局 1983 年版。

[2] 《唐律疏议》卷 6，中华书局 1983 年版。

[3] 张晋藩主编：《中国法制史》，群众出版社 1982 年版，第 215 页。

[4] 肖永清主编：《中国法制史简编》，山西人民出版社 1981 年版，第 315 页。

[5] 叶孝信主编：《中国法制史》，北京大学出版社 1989 年版，第 157 页。

[6] 乔伟：《唐律研究》，山东人民出版社 1985 年版，第 148 页。

- [7] 《辞海》，商务印书馆 1980 年修订版，第 388 页。
- [8] 《辞海》，上海辞书出版社1979年版，第477页。
- [9] 《辞源》，商务印书馆 1980 年修订版，第 1343 页。
- [10] 《辞海》，上海辞书出版社1979年版，第3362页。
- [11] 《论语·为政》
- [12] 〔法〕孟德斯鸠：《论法的精神》上册，张雁深译，商务印书馆 1982 年版，第 313 页。
- [13] 〔法〕孟德斯鸠：《论法的精神》上册，张雁深译，商务印书馆 1982 年版，第 315 页。
- [14] 《浙江巡抚增韞奏折》，载《清末筹备立宪档案史料》，中华书局 1979 年版，第 856 页。
- [15] 白寿彝主编：《中国通史》第 1 卷，上海人民出版社 1987 年版，第 1 页。
- [16] 陈戌国：《先秦礼制研究》，湖南教育出版社 1991 年版，第 54 页。
- [17] 《左传》定公十年。
- [18] 雍正：《大义觉迷录》，载《清史资料》第 4 集。
- [19] 陈黯：《华心》，载《全唐文》卷 767。
- [20] 《孟子·滕文公上》
- [21] 《册府元龟》卷 999，外臣部。
- [22] 《左传》昭公九年。
- [23] 《礼记·王制》
- [24] 《明宣宗实录》卷八。
- [25] 《册府元龟》卷 999，外臣部。
- [26] 《大明律例附解》卷 28，王藻辑刻，万历年间刊本。
- [27] 《大明律集解附例》卷 1，明万历年间浙江巡抚高举发辑刻。
- [28] 胡琼：《大明律集解》卷 1，明正德十六年刻本。
- [29] 《大明律疏附例》卷 1，（著者不详）。转引自巨焕武：《明代律例有关化外人的犯罪规定》，《思与言》第 14 卷，第 2 期。
- [30] 张晋藩：《中国法制史》，群众出版社 1982 年版，第 215 页。
- [31] 《册府元龟》卷 959，外臣部。
- [32] 《册府元龟》卷 959，外臣部。
- [33] 《册府元龟》卷 959，外臣部。
- [34] 《资治通鉴》卷 197，卷 198，中华书局 1956 年版。
- [35] 《资治通鉴》卷 197，卷 198，中华书局 1956 年版。
- [36] 〔法〕孟德斯鸠：《论法的精神》，张雁深译，商务印书馆 1982 年版，第 310 页。
- [37] 《唐大诏令集》卷 128。
- [38] 《唐大诏令集》卷 128。
- [39] 杨简：《明律集解》，万历年间浙江官刊本。
- [40] 何广：《律解辨疑》，明洪武丙寅刻本。
- [41] 见该书第 95 页。
- [42] 载《思与言》第 14 卷，第 2 期。
- [43] 《明太祖实录》卷 68。
- [44] 《皇明祖训·箴戒篇》
- [45] 《元史》卷 187，乌古孙良楨传。
- [46] 《元史》卷 44，顺帝本纪。
- [47] 陈建：《皇明资治通纪》卷 2。
- [48] 《明太祖实录》卷 202。
- [49] 《明太祖实录》卷 239。
- [50] 《明代律例汇编》（稿本）。
- [51] 沈家本：《历代刑法考》，中华书局 1985 年版，第 1806 页。
- [52] 《资治通鉴》卷 222。

- [53] 《资治通鉴》卷 222。
- [54] 《明会要》卷 77, 外藩 1。
- [55] 《明英宗实录》卷 100。
- [56] 《明太宗实录》卷 115。
- [57] 《明史》卷 313, 云南土司列传。
- [58] 《明史》卷 316, 贵州土司列传。
- [59] 《明英宗实录》卷 132。
- [60] 《明宪宗实录》卷 104。
- [61] 《明宣宗实录》卷 80。
- [62] 《明英宗实录》卷 162。
- [63] 《明史》卷 301, 湖广土司。
- [64] 《明史》卷 301, 湖广土司。
- [65] 徐道邻:《唐律通论》, 第 45 页。

版权所有 © 北京市法学会中国法律文化研究会 京ICP备10048862号

技术支持: 北大英华科技有限公司

Email: Tel: