

# 清代民族法中“苗例”之考释

[作者] 胡兴东

[单位] 云南大学法学院

[摘要] “苗例”是清代法律制度中一个重要组成部分，它既是清代法律制度和民族法制中的一个问题，同时也是清代南方民族史中的一个问题。通过对清代“苗”与“苗疆”这两个概念所指进行研究，得出清代“苗”不是现代民族学中的苗族，其有双重含义：首先是泛指南方各民族群体；其次是南方民族群体中那些在改土归流以前没有形成阶级分化和产生公共权力机构的族群或说是没有纳入土司或国家行政和司法控制下的族群。“苗疆”是清代对南方民族地区进行改土归流后所形成的新民族开发区。在以上基础上，本文得出清代“苗例”是指南方各民族固有的法律或说是习惯法及清中央政府为南方民族特别制定的国家法。

[关键词] 苗，苗疆，苗例，固有法，汉法

“苗例”在清代法律中含义是什么？这不仅是清代民族法律研究中的一个关键，同时也是研究清代南方民族史的重要问题之一。从 20 世纪 80 年代以来就有不同学者对“苗例”进行研究，但这些研究虽然能让学人们知道“苗例”在清代法律史，特别是民族法制史中的重要性，且有不少真知灼见，可是总的来说还是有很多问题没有解决。笔者由于近年关注元明清时期南方民族法律史，所以对此问题也进行了研究和思考，发现这个问题的混乱主要在于以下几个方面：首先对清代“苗例”中的“苗”认识上不清或说是不准确；其次是对清代“苗疆”的范围所指认识上不清或说是混乱；最后才是“苗例”内涵上的混乱。所以要弄清楚清代“苗例”所指，必须先讨论前面两个问题。

## 清代“苗例”中“苗”不等于现代民族学中的苗族

清代“苗例”中的“苗”是不是现在民族学中的苗族呢？不同的人有不同的看法，有人认为是苗族，“据已查到的清代文献记载，‘苗例’主要‘指杀人、伤人赔牛、赔谷’的苗族习惯法”。持这种观点的人不太多。多数人认为不仅指现在的苗族，还包括有其它南方少数民族。可以确定的说清代的“苗”与现代民族学中的“苗族”不是同一内容，也就是说“苗”在清代不仅包括有现在的苗族，而且还有更为广泛的内涵。

第一，“苗”包括现在南方不同的民族群体，而不仅是现代民族学中的苗族。关于此方面，清代很多史料可以证明。《清实录》上就有“僮僮强肆，睚眦逞凶，向照旧例，军、流、徒皆折枷完结。嗣后此等苗，语言服饰与汉人同者，有犯实遣，不许仍安巢穴，则莠除而苗安矣。”这里说明清代“苗”不仅指苗族，因为我们知道清代的“僮僮”是现在彝族的先民之一。康熙五十七年（1718）十二月有“云南撒甸苗人归顺”，撒甸在现在的武定，这里的“苗人”当是现在的彝族。雍正六年（1728）五月“鄂尔泰奏剿办东川逆苗禄天祐、禄世豪，平之”。雍正六年（1728）七月“戊午，鄂尔泰奏遣兵剿平川境米贴逆苗。命以其事属四川提督黄廷桂。”雍正八年（1731）年十月“壬子，鄂尔泰奏恢复乌蒙府城，苗党平”。

“四川乌蒙土知府禄万锺扰云南东川，镇雄土知府陇庆侯及建昌属冕山、凉山诸苗助为乱”。

“乌蒙苗乱，出师会剿，维翰治军需，供糗粮刍茭，凿雪通道，与厮卒同甘苦。论剿抚悉中机宜，事乃定。凉山地震数百里，勘灾散赈，民感之”。我们知道上面所说“苗”现在都是彝族不是苗族，这里就明确称之为“苗”。《赵良栋传》有“康熙元年（1662），擢云南广罗总兵。先后剿平马乃、陇纳、水西诸苗”。我们知道上面三处都是彝族的大本营。雍

正十一年(1733)“五月甲申,高其倬奏普思苗人刁兴国叛,讨平之。”雍正十二年(1734)三月“尹继善奏剿平普思叛苗,招抚投诚人众”。这两地的主体民族都是傣族,且刁兴国是傣族土司,那是不争的事实。下面赵廷臣的奏疏就更能说明了,“疏言:贵州古称鬼方,自城市外,四顾皆苗。其贵阳以东,苗为伙,而铜苗、九股为悍;其次为革老,曰羊黄,曰八番子,曰土人,曰侗人,曰蛮人,曰冉家蛮,皆黔东苗属也。自贵阳以西,罗罗为伙,而黑罗为悍;其次曰仲家,曰米家,曰蔡家,曰龙家,曰白罗,皆黔西苗属也”。这里的“苗”包括有今天的土家族、侗族、彝族、仡佬族等各民族群体。“(陈宏谋)在云南,……立义学七百余所,令苗民得就学,教之书。刻《孝经》、《小学》及所辑《纲鉴》、《大学衍义》,分布各属。其后边人及苗民多能读书取科第,宏谋之教也”。这里的“苗民”决不只是苗族,因为陈宏谋在云南设义学七百多所不可能仅是在现在云南的苗族地区,且从当时云南义学的分布上也可证明。此外在广西地区就有:“乾隆六年(1741),析义宁西北地置,改龙胜理苗通判”;“光绪三十一年(1905),析思恩北境置,以宜山德胜理苗同知移驻五十二峒,改为抚民理苗同知”;“雍正七年(1729),迁思恩府理苗同知驻百色”。这些地区多是壮、瑶、苗等民族群体居住地区。此外在清代中后期罗绕典修的《黔南职方纪略卷九·苗蛮》上认为清代贵州苗种有五十二种之多,其所列中很多族群现在都没有归为苗族,如罗鬼、保罗、黑保罗、白保罗、仡佬、披袍仡佬、锅圈仡佬、打牙仡佬、打铁仡佬、青仡佬、红仡佬、仡当、仡兜、木佬、傜人、水人、僮人、伶人、侗人、佯人、僇人、僇耳子等。从上面的论述可以得出清代“苗”决不是现代民族学中的苗族,它包括有南方很多民族群体。

第二,清代“苗”有社会发展形态上分类的意思。在对清代南方民族研究中往往会遇到“苗”与“蛮”的名称。在社会生活中有时并称为“苗蛮”,有时称为“苗”,有时称为“蛮”。当然还有“夷”,那么这些称谓在清代有什么别区和联系呢?这可以从以下三段史料来分析:

(一)《清史稿·土司传》有:“西南诸省,水复山重,草木蒙昧,云雾晦冥,人生其间,丛丛虱虱,言语饮食,迥殊华风。曰苗、曰蛮。史册屡纪,顾略有区别。无君长,不相统属之谓苗;各长其部,割据一方之谓蛮。若粤之僮、之黎;黔、楚之瑶;四川之保保、之生番,云南之野人,皆苗之类。若《汉书》:‘南夷君长以十数,夜郎最大。其西,靡莫之属以十数,滇最大。自滇以北,君长以十数,邛都最大。’在宋为羁縻州。在元为宣慰、宣抚、招讨、安抚、长官等土司。湖广之田、彭,四川之谢、向、冉,广西之岑、韦,贵州之安、杨,云南之刀、思,远者自汉、唐,近亦自宋、元,各君其君,各子其子,根柢深固,族姻互结。假我爵禄,宠之名号,乃易为统摄,故奔走惟命,皆蛮之类”。这里把“苗”与“蛮”的基本社会特质都概括出来,并且具体举出相关民族群佐证。

(二)魏源在其著《清代武功记卷七·雍正西南夷改流记上》有:“有观于西南夷者,曰:曷谓苗;曷谓蛮。魏源曰:‘无君长,不相统属之谓苗;各长其部,割据一方谓之蛮。若粤之僮、之黎;黔、楚之瑶;四川之僇、之生番;云南之猺、之野人,皆无君长,不相统属,其苗乎。若《汉书》:‘南夷君长以十数,夜郎最大;其西,靡莫之属以十数,滇最大;自滇以北,君长以十数,邛都最大。’在宋为羁縻州。在元为宣慰、宣抚、招讨、安抚、长官等土司。其受地远自周汉,近自唐宋,而元明赏功授地之土府、土州、县。亦错出其间,其蛮乎。蛮强则群苗亦供其指嗾”。

(三)魏源在《湖南苗防录叙》中也有“惟蛮峒各一酋,懔然冠履臂指之分。苗则绝无统属,有贫富,无贵贱;有强弱,无贵贱;有众寡,无贵贱。曩蛮酋强盛之日,承于则足控制群苗为内地捍蔽。……专苗称者,惟黔五开苗、楚九溪苗,实则滇之猺、之猺,蜀之僇,粤东、西之僮、之瑶、之黎,皆苗类”。

从以上三段史料中可以看出清代“苗”在指南方民族时主要指的是一类社会发展形态相近似的民族群体,其社会形态是“无君长,无统属”,也就是这些民族群体的社会没有出现阶级分化,没有产生公共权力机构。这些民族群体在当时是在行政和司法上即没有受土司也

没受中央政府管辖的族群。在这里“苗”常常与“蛮、夷”相对称，而在实用中“蛮”和“夷”是通用，指那些已经有社会阶级分化的、产生了公共权力机构的民族群体。也就是“蛮”是受到土司或是流官管辖的族群。这就是为什么往往会出现在现在被划为同一民族的群体在清代有的称为“苗”，有的称为“蛮”或“夷”的原因。如同是彝族，有的称为“苗”，有的称为“夷”。也正是由于这种分类，在清代海南岛的黎人（现在黎族）才被称为“苗”，因为海南的黎人社会没有形成固有的土司行政制度。也就是为什么台湾的“番人”往往在法律和制度安排上适用于“苗”人一样的原因。在台湾汉民与番妇结婚的法律上，处罚是按民苗结亲处罚官员、土司、通事。在汉人擅入番地上也是按汉人擅入苗地处罚；在图财谋杀上也“均照苗人图财害命例，拟斩立决枭示。”这是因为台湾番社往往是与苗人一样，没有阶级分化，没有公共权力机构。在鄂尔泰奏折中就说“贵州土司向无钳束群苗之责，苗患甚于土司。”

这与上面所说也是一致的，清代被称为“苗人”的族群是在国家政权介入其社会之前没有纳入土司管理的民族群体。

问题是从上面分析可以看出清代在“苗”的分类上本身就有矛盾之处，按社会发展形态分类中的“苗人”与前面按改土归流后而成为新开发区的“苗人”不统一。在前面所列中水西、镇雄、东川、马乃等地民族群体都是“苗”人，而这些地方是南方民族史上著名的“各长其部，割据一方”的大土司地区。如水西是南方民族中一个主要的土司政权，有着完整的制度和法律，按史料记载开始于蜀汉诸葛亮封火济，其政权的历史当有千年以上。“水西有宣慰之土，有各目之土。宣慰公土，宜还朝廷。各目私土，宜界分守，籍其户口，征其赋税，殊俗内响，等之编氓。”而后面所说“苗”的本质特征是“无君长、无统属”的民族群体。所以说清代的“苗”在当时不同使用者中就有不同含义，在不同情势下有不同的内涵，但有一点可以肯定的是清代的“苗”有多重含义，且主要是指相对于“蛮”来指称南方民族中一类有特殊社会形态的民族群体的含义是基本含义。因为上面两个讨论中前者所指多于后者。

## 苗疆不仅是黔湘楚交界地区

对“苗例”不能准确把握，还有一个主要问题是对清代“苗疆”的认识上。很多人在研究中往往出现要么把其定义界定得过大或过小。“苗疆”在广义上指“西南三省、两湖、两广等省的各少数民族居住的地区”，在狭义上“指贵州东部以古州为中心的苗族聚居区”。

《贵州通史》上认为“苗疆”包括有：一、是湘、黔、川三替交界处以腊尔山脉为中心的红苗区。二、是贵州黔东南以雷公山脉为中心的地区。三、是今都匀以西，贵阳、安顺以南的长顺、广顺、镇宁、关岭、惠水、贞丰、紫云、望谟、罗甸等县境内。以上三类“苗疆”可谓是大、中、小三种定义。那么清代“苗疆”具体范围是什么呢？

“(雍正)十年(1732)六月，奏建昌镇辖竹核，当凉山之中，为苗疆腹心要地，请于附近各险隘增兵设镇，上命大学士鄂尔泰详议”。这说明清代凉山地区是被划为苗疆重地。“时官乌蒙通判者为刘镇宝。……鄂尔泰器其材，奏擢通判。镇宝既莅任，驻大关镇，镇距府三百里，为苗疆新辟地”，这里说云南镇雄府是苗疆。“云南元江、鹤庆、广南、普洱、昭通、镇边等府通判、同知，镇雄、恩乐、恩安、永善、宁洱、宝宁等州、县，贵州古州兵备道，黎平、镇远、都匀、铜仁等府同知，清江、都江、丹江通判，永丰知州，荔波知县，四川马边、越嵩同知，为苗疆缺”。从上面可以知道清代苗疆的范围，除“苗疆缺”地域外，还有湖南、湖北等省在雍、乾时期改土归流的广大地区，在湖南被划为“苗疆”的就有凤凰厅、乾州厅、永绥厅、永顺县、保靖县。而以上这些地区都有一个共同特点，那就是都是清代改土归流的地区。这样可以得出清代的“苗疆”并不是上面提到的广义“苗疆”地区，同时也不是特定狭义的“苗疆”地区，清代的“苗疆”是指两湖、四川、贵州、云南、两广等南方民族地区中在清代被改土归流后特定的新开发地区。所谓“疆”就有新开发的意思。

苗疆的范围大于《清史稿》上列“苗缺”所含的府州县地区。如四川省的宁远府在清代就是苗疆,它是彝族的大本营之一,在乾隆年间宁远府某人的陈条中就有“查宁郡所属半多夷地”,在同一文中还说“况宁郡地居苗疆,番夷杂处”。此外在乾隆八年(1743)《雅州府志》中有“新开苗疆村落无非夷党,商贾居民俱聚于城内,”这里把雅州府称为苗疆,而雅州府多辖藏人、羌人,地理位置在川西北,如巴塘、里塘、打箭炉等地。这说明清代的“苗疆”之广。

所以说清代的“苗疆”中的“苗”与“苗例”中的“苗”并不是同义词,因为“苗疆”中并不包括所有称为“苗人”的地区,如广西、广东被称为“苗人”的地区就划为烟瘴,“广东崖州、感恩、昌化、陵水等县,广西百色、太平、宁明、明江、镇安、泗城、凌云、西隆、西林等府、厅、州、县及忠州、河池等数十杂职,为烟瘴缺。”这里不划为苗疆,但是被划为苗人区。“广西平乐知府,瑶、僮杂居,盗不可诘。克嶷至浹月,以信义服苗酋。”

而广西的思恩府过去就划为苗疆,《清实录》上乾隆四十五年(1781)有“查该府(广西思恩府)事简民淳,所辖瑶、僮,与齐民无异。请删苗疆字样。”综上所述,可以得出清代“苗疆”是指康、雍、乾年间在南方民族地区中通过改土归流纳入国家流官统治的民族地区,这些地区被认为是新开发区,所以也有“新疆”之称。

## “苗例”应从“准据法”与实体法综合体上来理解

现在对于“苗例”在清代指什么有不同的解释,有人认为是苗族的习惯法,有人认为是西南各少数民族的传统习惯法。为了弄清“苗例”的含义,先来讨论下面几个问题。

第一,“苗例”在清朝法律文献中出现的情况。《大清律例》上有:“凡苗夷有犯军、流、徒罪折枷责之案,仍从外结,抄招送部查核。其罪应论死者,不准外结,亦不准以牛马银两抵偿,务按律定拟题结。如有不肖之员,或隐匿不报,或捏改情节,在外完结者,事发之日,交部议处。其一切苗人与苗人自相争讼之事,俱照苗例归结,不必绳以官法,以滋扰累。”

这是清代国家正式法典中规定“苗人”在司法上适用“苗例”的法律条文。但在以往的研究中,没有注意到这条法律的开头定语,在清代常常把南方民族通称为“苗蛮”或“苗夷”,在这里开头用的就是“凡苗夷”,在“俱照苗例归结”前有“其一切”作为前提,这里“其一”按行文应是“其余”。这条法规前面是规定在“苗夷”各族中犯军、流、徒和死罪的必须适用国家法,所以后面的“其一”就是“苗夷”各民族间互犯以上所列刑罚以外其它法律纠纷适用各自民族的固有法。在这里可以看出,这条法律是应适用于南方各民族的。

在清代最先由国家最高立法者--皇帝确定“苗例”是在乾隆元年(1736)七月二十日,当时乾隆帝在对贵州等新改土归流的“苗民”的谕旨中有“苗民风俗与内地百姓迥别,嗣后苗众一切自相争讼之事,俱照苗例完结,不必绳以官法。至有与兵民、熟苗关涉案件,隶文官者;仍听文官办理,隶武官者,仍听武弁办理”。此在《清实录》上也有相同的记载。到乾隆二年(1737)闰九月又在谕旨中强调说“又以苗地风俗与内地百姓迥别,谕令苗众一切自相争讼之事,俱照苗例完结,不治以官法”。所以说清代由最高立法者公开确认南方民族中各民族互犯按各自固有法律处理内部一定范围内的法律纠纷当是乾隆元年。当然在此之前,就有此种法律规定,只是没有由皇帝亲自确定。“康熙四十年(1701),覆准熟苗、生苗若有害人者,熟苗照民例治罪,生苗仍苗人例治罪。”这里“民例”就是“汉法”,也就是中央地区的法律,“苗人例”与后面的“苗例”是一样的。

第二,清代“夷例”与“苗例”的关系。在清代“夷例”与“苗例”的关系是如何呢?我们来看乾隆二十八年(1763年)当时的贵州省按察使赵孙英的奏折,上面有“保保强肆,睚眦逞凶,向照旧例,军流徒皆折枷完结。嗣后此等苗,语言服饰与汉人同者,有犯实遣,不许仍安巢穴,则莠除而苗安矣”。在清代“保保”又称为夷人,因为常常有“猓夷”之

称,当然也称为“苗人”。这里说“僮僮”在法律适用上按“苗例”规定适用法律。其实仔细推敲就会发现,这里的“苗例”是指按“苗人”互犯适用“苗例”的法规。两者虽都是“苗例”,但内含大不同。在乾隆十四年(1749)六月二十六日云贵总督张允随回议乾隆帝寄来的湖南巡抚开泰提出新立法动议时,张允随就说“查臣所属滇黔两省,……至于各土司所辖及古州等处新辟苗疆,虽经向化,野性未驯,言语多不相通,嗜好亦复各别,向交该管土司头目等稽查约束,遇有犯案,轻者夷例完结,重者按律究治,地方官随时斟酌办理”。在这里,张允随说古州等地苗疆,就是现在有人认为“苗疆”的地区,这个地区就是苗族大本营,也是清代“苗”人主要所在地。但张允随在这里说是适用“夷例”。所以说在清代“苗例”与“夷例”没有什么区别,是通用的。在清代,皇帝本人也常常是不分南方各民族,而把其当成一个整体,如乾隆帝在这个奏折中就说“各省苗民番蛮均属化外,当因其俗,以不治治之。”这里苗、番、蛮都是清代对南方民族的称呼。称“番”的在清代南方民族中主要是台湾土著民族和四川凉山地区一部分现在的彝藏族。乾隆元年(1736)三月“丁未,免四川凉山等处番民额赋。”

在清代,“苗例”与“苗俗”、“夷俗”在指各民族的固有法律上是一样的,如上面所引的,乾隆帝在这里就认为苗、番、蛮都应因其俗而治,所以说在清代“俗”与“例”在指各民族固有法上并没有什么本质区别。魏源在《清代武功记》中就用“其苗讼仍从苗俗处分,不拘律例”来转述乾隆帝在乾隆元年的谕旨。此外在清代属于苗疆的宁远府下的冕宁县在乾隆十三年(1748)就有“夷民别暑甘结状”上说:“今有伙头并亲族人等,念系同支,不忍参商,照夷俗之例。……此系愿和,于中并无逼迫等情。恐后无凭,故立甘结是实”。这里是当地彝族别暑向官府做出的甘结状,说明此处适用的“夷俗”是得到“官法”的承认的。上面我们也讨论过这一地区的夷人在当时是被划归为苗人之属。当然,“俗”与“例”也是有一定区别的,“俗”往往是对其它民族群体固有法律的一种贬称,“例”是对其它民族群体固有法律的一种认可。这在乾隆八年(1743)修的《雅州府志》中就有“夷律”一卷,对当时当地民族群体的固有法律进行记载,在序言中就有“雅属羌戎另行私律,为纪大略,用表夷情。”这里作者就把本地民族群体固有法律认可成“律”,也就是承认了这些民族地区固有法律与中原汉法是相同的。

第三,清代对南方民族的立法原则和思想。要全面理解清代“苗例”,还必须对清朝对南方民族的立法原则和思想有所了解。清代在没有完全统一南方各民族之前就确立了在南方各民族法律适用上的原则:有限承认南方各民族固有法律;积极移植中原汉法。

1、有限承认南方各民族固有法律具体表现就是有条件的进行“因俗而治”。这是清朝对南方各族的主要立法思想,具体表现为在政治上承认各土司、土官对其土民统治上的合法性,在法律上承认各民族用各自的习惯法或者说是适用固有法维持和处理自己内部社会秩序的合法性。这在清代还没有完成对南方地区统一时就确立了,在顺治二年(1645年)闰六月二十九日,招抚云贵右侍郎丁之龙在条陈滇、黔事宜就提出:“给土司敕印”,这一政策在后来多被采用。这就提出对南方民族地区的土官土司制度给予承认,其实质就是承认土官土司对土民统治的合法性,在法律上就是认可了土司适用本民族固有法律的权力。顺治十年(1653)六月,云南人、当时任户部侍郎的王弘祚向中央提出对云南治理的策略,其中就有:“滇、黔土司宜暂从其俗,俟平定后,绳以新制也。”顺治十六年(1659)平定云南后,他又上《滇南十议疏》再次提出:“除汉人士庶衣帽、剃发遵照本朝制度处,其土司暂令各从其旧俗。”这说明在清王朝没有统一南方时,中央大部分官员对怎样治理南方各民族就确立了“依其俗治”的方针。康熙四年(1665)七月十一日当时贵州总督杨茂勋上疏:

贵州一省在万山之中,苗蛮穴处,言语不通,不知礼义,以睚眦为喜怒,以仇杀为寻常,治之之道,不得不与中土异。凡有啸聚劫杀侵犯地方者,自当发兵剿除;其余苗蛮在山箐之中自相仇杀,未尝侵犯地方,止须照旧例令该管头目讲明曲直,或愿抵命,或愿赔偿牛羊、

人口，处置输服，申报存案。盖苗蛮重视货物，轻视性命，只此分断，已足创惩，而渐摩日久，曲直分明，苗蛮亦必悔悟年新，不复争杀，此兵不劳而坐安边境之道也，下部议。

全文引出是因为这里提出了清代对南方民族法律适用和建设上的一个重要法律原则和制度。为什么这样说呢？因为在康熙二十二年（1757）贵州巡抚杨雍建在审理张大统与张国权互相仇杀案时就按这里的法律来判断。“独是大统与继远有叔侄之分，似应照杀期亲尊长律拟罪，但大统与继远均系苗人，查定例内载：苗党自相戕杀人命，责令土官、土目亲问被杀之家，或欲偿命，即行斩抵；不欲偿命，责令赔人等语。……合照苗人仇杀例，除自相抵斩外，责令赔人，仍断牛马羊只为烧埋之资。”这里的法律与上面一样，所以说杨茂勋的奏疏是被采纳为法律。笔者所能见到的清代对南方民族相互仇杀以偿命或赔偿命金处理的具体案例的最早记载是杨茂勋的奏疏。上面两个事例都是贵州的，那么这一法律原则和制度是否适用其它南方民族地区呢？对此，答案是肯定的。乾隆九年（1744）九月二十八日，张允随审理关于孟连河东、河西夷目相互仇杀案的就有明确证据。“本司等会讯之下，各供认前情不讳，并哀恳愿照夷例赔偿尸骨钱等情。查例载：土苗仇杀，不欲偿命，即令赔人，仍断给烧埋等语。……臣查该夷目等所犯，与土苗因事仇杀之例相符，可否仰请圣恩俯准，照例完结，以为远夷畏法归命者劝”，对此乾隆帝朱批：“照所请完结可也”。这说明了当时这一法律在南方民族地区是通用的。提出对少数民族间的案件按他们的习惯法处理，虽然这里提到的都是重案，但很有说明力，因为在中国古代，一般国家仅对重案实行国家管辖，对一般刑事案件和民事纠纷国家往往授予地方官员自己处理，在清代民事纠纷和轻微刑事案件被归入州县自理案件。在自理案件处理上多由当地官员依据相关法律和地方习惯判处，这就更不用说是民族地区了。从清代宁远府冕宁县的档案中可以发现有很多案件是按本地彝族固有法律解决的。康熙四十四年（1779），“覆准苗民犯犯罪者，听土官自行发落外，若杀杀人命、强盗、掳掠及捉孳人口索银勒赎等情，被害之苗赴道厅衙门控告，责令土官将犯苗孳解，照律例从重治罪，藏匿不送者，将土官照例严加议处”。这是清代官方在法律中正式确立了对南方民族地区的法律适用原则。到乾隆元年和乾隆二年，当时清政府完成对湘黔“苗疆”地区的改流时正式确立了清代对南方民族法律适用上的基本原则：“苗众一切自相争讼之事，俱照苗例完结，不治以官法”。到乾隆十四年（1749）六月二十六日乾隆帝寄给张允随的关于湖南巡抚开泰《陈苗疆事宜折》的批谕，乾隆在批谕中认为治理苗疆最好的办法是“各省苗民蛮番均属化外，当因其俗，以不治治之”，为此张允随回奏认为乾隆帝的这种思想是“示驭夷之准则，与古帝王因俗而治之旨，实为后光符契”，并用自己在云南贵州的司法实践说明。“查臣所属滇黔两省，惟久经改流之地，设立义学，听民就便读书，每科岁考间有取进苗生，其人业与编氓无异。至于各土司所辖及古州等处新辟苗疆，虽经向化，野性未驯，言语多不相通，嗜好亦复各别，向交该管土司头目等稽查约束，遇有犯案，轻者夷例完结，重者按律究治”。在这里，可以看出清朝前期从皇帝到地方大员在对待南方民族的法律上的态度。同时这个奏折十分重要的是，当时乾隆帝把湖南巡抚开泰关于湖南的民族事务当成事个南方民族事务，因为在乾隆的批谕中用“各省苗民蛮番”，同时要求“著一并传谕湖广、川陕、两广、云贵、福建各督抚共知之。”这几个地区是清代南方民族地区。所以说，在清代，中央对南方民族地区在立法和司法上的原则之一就是：因俗而治。

在清代这一原则是得到遵行的，康熙二十五年（1686年）当时康熙帝知悉南方一些地方官员有把南方各民族全部纳入汉法的倾向后，他在谕兵部和吏部时就有“近见云南、贵州、广西、四川、湖广等处督、抚、提、镇各官，不惟不善加抚绥。……朕思土司苗蛮，授官输赋，悉归王化，有何机隍，互相格斗，无有宁居，嗣后作何立法，务令该地方督、抚、提、镇等官，洗心易虑，痛改前辙，推示诚信，化导安辑，各循土俗，乐业遂生。亦令苗民恪遵约束，不致侵扰内地居民，以副朕抚驭遐方意”。这个谕旨其实是针对当时南方各民族地区的官员好大喜功，纷纷要求把南方民族纳入“汉法”管辖下，为此康熙提出对南方各民族

必须是“各循土俗”，不能过于跃进的行政和司法原则。在乾隆三十一年（1756）贵州按察使高积请禁苗人佩刀跳月，当时军机处回答是“查佩刀本苗人之夙好，而跳月亦自仍其土风，原无碍于政教。……生、熟各苗既皆隶之土司，自可随其旧俗。若如该按察使所奏，欲使苗民习俗一时尽遵礼教，并责成该管官定以年限考核，无论势所难行，徒滋扰累，且地方官畏顾考成，转自讳饰。所奏应毋庸议”。这实质上是中央政府不同意他提出的完全取消适用南方各民族固有法律的立法建议。从以上可以看到清朝对南方各民族在法律上的原则，那是要对其固有法律进行一定程度上的承认，以达法律的有效性。

2、积极移植汉律或说汉法。在中国古代，自汉以来就有把中原的法律与周边民族的法律对称为“汉法”的习惯。当然在使用中，汉法最初有双重意思，有时是指汉代的法律制度，但汉朝以后就多是把汉人法律与其它民族群体固有法律相对称。元以来，由于南方民族地区已经在行政上纳入了中央控制下的官僚体制中，所以在官方法律上有把中原的法律对称为汉法，以区别于南方各民族固有法。在《明史》上就有：“初，思恩土官岑浚既诛，改设流官，以其酋二人韦贵、徐五为土巡检，分掌其兵各万余。夷民不乐汉法，凡数叛”，“大猷言于必进曰：‘黎亦人也，率数年一反一征，岂上天生人意？宜建城设市，用汉法杂治之。’必进纳其言。大猷乃单骑入峒，与黎定要约，海南遂安”，“水西……今臣分水西地，授之酋长及有功汉人，咸俾世守。虐政苛敛，一切蠲除，参用汉法，可为长久计”。这里“汉法”就是与各民族固有法相对称的中原传统法律。其中第一处是指相对于壮族固有法律；第二处是指相对于黎族固有法律；第三处是相对于水西彝族固有法律。所以说在中国古代社会中自古内部就已经开始承认其它民族的法律与汉法是一样的现实。

若说“因俗而治”是清代在南方民族地区法律上的重要原则那是对的。但清代这一法律原则仅是吸收了或说是中国历代民族法律政策的沿袭，并不能体现出清代在南方民族地区法律上的根本不同。清代对南方民族地区法律适用上的本质特征是：积极移植中原法律到民族地区。首先，清代往往把南方各民族群体分为生、熟，如生苗、熟苗；生番、熟番；生夷、熟夷等，不同类别适用不同法律。在康熙四十年（1701）有“覆准熟苗、生苗若有伤害人者，熟苗照民例治罪；生苗仍照苗人例治罪。”这一法律原则实用一切南方各民族。其次，把很多重刑案件，主要是命盗案的审理权和判决权收归国家管辖且适用汉律。上面提到康熙四十四年（1705）的法律中就有把命盗重案由国家管辖且适用汉法的规定。雍正四年（1727）十二月二十一日对南方民族地区的命盗重案管辖进行划分，“流官固宜重其职守，土司尤宜严其处分，应分为三途：盗由苗寨，专责土司；盗起内地，责在文员；盗自外来，责在武职。……嗣后除命盗案件照例分外，如有故纵苗、保扰害土民者，该督、抚即将该土司奏请革职，……并行令云南、贵州、四川、广西、湖南五省一并遵行。从之”。这里不仅把命盗重案收归国家管辖，同时土司还为此负责。乾隆十年（1749）四月十五日，湖南按察使徐德裕的《奏陈苗疆应行应禁事宜四条折》中就提出：“应请嗣后乾州、凤皇、永绥三厅所辖苗人，有犯命盗杀人等案，果系报仇泄忿，并非至亲，应同凡论者，仍照乾隆二年（1737）前抚臣高其倬奏准之例，酌量完结。其有罪干恶逆重情不应原宥者，毋论果否报仇，年月远近，有无见证，及因财怀忿起衅，悉照律例治罪，不许复照苗例完结。”这里说是命盗案，其中又对其进行区分，对一些相互仇杀的，没有亲缘关系的可以照乾隆二年（1737）高其倬的奏例，按“苗例”结案，但若有亲缘关系的，就要按“汉律”处理。这是一种对当时情势的妥协，但其目的是要把这三厅的命盗重案纳入国家法管辖的范围。在上面提到乾隆十四年张允随回奏中他也说遇有犯案，轻者按夷例完结，重者按律究治。至嘉庆二十四年（1819）正月乙卯，嘉庆帝在批谕伯麟《筹办临安江外善后事宜条款》中有：“一遇有命、盗案件，该土司、土舍一面报明临安府，一面即就近呈报该管州、县，前往查办，俾免稽迟”。所以说清代对南方民族地区是有步骤、有计划的把国家法向民族地区推行，进而把各民族在司法上纳入中原汉法中去。

第四，中国古代民族立法传统。此外要全面理解“苗例”还得对中国古代在民族立法上的传统进行考察。在人类法律史中，同一政权或说主权（现代语）下往往会存在有不同法律的民族群体，如欧洲中世纪在蛮族人入侵后就长期存在蛮族人自己的固有法律；罗马人原有的罗马法。而这两类人则“生活在同一政权下，这就产生具有不同法律的族群间个体产生法律纠纷时应如何适用法律的问题”。这种同一政权下的不同民族群体在交往中会出现两类法律适用上的冲突形式：区际冲突和人际冲突。所谓区际冲突就是同一主权下，不同地区有不同的法律制度，如现在中国大陆和两个特别行政区，美国不同的州也存在着区际上的法律冲突，因为不同州在同一法律问题上有不同的法律规范，如在死刑、离婚等方面。人际冲突是指同一个主权下的群体，在进入同一政权前有自己的法律，后在交往中产生了不同人有不同法律，这就出现当产生法律纠纷时应适用何种人的法律的冲突。在中国历史上多是人际冲突，最明显的是元朝与清朝，因为这两个王朝是中国边地民族入主中原，其本身具有固有法律，在进入中原后遇到比它们人口多、法律更为复杂、完善的汉民族法律。于是存在如何处理此时不同民族在法律适用上的冲突问题。这就是国际私法中准据法问题，在准据法选择上最基本有两种方式：属地法主义与属人法主义。属地法就是以地区为标准，当你进入某一地区后，就得适用该地区的法律；属人法就是以人的属性为依据，只要你是其中某一民族或群体，不管在那里，在法律上都适用该群体的法律。在中国古代历史中，由于自古就有“溥天之下，莫非王土，率土之滨，莫非王臣”的思想。这种思想决定国家对具有不同固有法的民族群体在交往中产生的法律适用上对于其解决就采用：首先是绝对的属地主义，就是说任何人在进入中国都得适用汉法，因为任何人都是国家的臣民，不管你来自何地。在这个前提下，才会承认各民族本身的固有法律。这在《唐律疏议》卷第六《名例》中“化外人相犯”下有：诸化外人，同类自相犯者，各依本俗法；异类相犯者，以法律论。在【疏】上就有：化外人，谓蕃夷之国，别立群长者。各有风俗，制法不同。其同类自相犯者，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。这个规定，其实可以看出，当时唐朝的国家法在法律适用上是有绝对优先权，各民族的固有法只能在特定条件下适用。当然在这里，可以看出唐王朝开始承认他民族有自己的法律制度的现实。这里的“本俗法”从后面“疏议”上看就是它民族的固有法律（用现在术语）。这样中国古代在法律冲突中就仅有相对属人法了，因为属地是绝对的，属人才是特殊的。以致清代有：苗人与汉人互犯，适用汉法；仅在同一类人互犯时才能适用本身固有的法律。所以清代“苗例”更多是指准据法。又因为在清代南方民族中，不同民族都有不同的固有法律。在土司统治地区有土司制定的和本族群体在历史发展中形成的法律。如在广西安平土州的土司就有一套自己的法律制度，其州在嘉庆十二年（1807年）有一个法律碑，上有“案查五处各村民等置买田产、鱼塘、（盗）地基、及与承继入赘等项，均经当堂纳谢，永为尔等世代子孙恒产，……遵照古例。”下面列了十一项，其中有：“一项、婚礼照例每名田办纳七色银一两；二项、丧礼照例每名田白布二丈；三项、民等置买田业，已经纳谢，永归民田，不许卖主复行补价；四项、凡田已经当堂挂号，铃盖印信，永为民业，俱免插牌覆夺；五项、城田一召，当堂谢纳，上下免番夫役，备银一十三两正；六项、有女无男，仍准其婿照古例谢案，备银三两二钱五分正；七项、民等凡有同堂伯叔死绝，系在族内子孙承祀，不许谢案银两。”

这是当时安平州土司颁布关于各种财产流转的所有权认证的法律。在清代国家法中是没有这类法律内容的。上面所引法规中规定土民交了特定的费用后就取得所有权，这在当时是必须的，且在安平土司的辖区内是有效的。这可以从清代安平土州留下的法律档案中得到证明。在安平州档案中有十几份关于当时田产买卖、继承、入赘等方式而产生所有权转移后的认证执照，证明了上面法规在现实中的有效性。兹录几例证之：

例一：赵廷西田产执照

安平州正堂李为发给执照，以垂永久事。本年六月二十日，据五处农村赵廷西、男赵恩光、弟赵世贤等呈称：民自祖原有旧下城田二召，给有印呈，未有执照，年中上番。兹蒙令查，民田尚在，下城未有印照饬民备办，加纳上城免番。民遵照备办纹银一十三两正，缴堂请给印照，俾民世代子孙管耕。等情据此，除批准外，合给执照赵廷西，嗣后凡有上番夫役，及跟随邻封一切，概行准免。如遇戈攘，仍类众供役，以后稽查有凭，仍作上城免番二召，永远为民基业。今将田名开列于后，须至执照者。

计开：略。合作上下免番田二召，递年纳普丝银一两四正，其银粮盐饷，婚礼丧礼，类众办纳毋违。

右照给西城赵廷西、男恩光。

弟世贤收执。

嘉庆七年（1802）七月廿一日。

州给遵照。

这份田产执照上与上面法规中的第一、二、四条相应的，也就是法律依据是这三条。

## 例二、谢纳照文

具呈：民黄鸾男、黄笃、黄周，系中化叫 村住。为恳恩俯准谢纳，以垂永久事。窃民于乾隆三十四年（1769年）内，永买得李俯大爷膳田一子，价纹银一十二两五钱，照管耕无异。迨四十九年（1784）内，奉清理田土，插收其田归公。年中禾稻补给，该化知洞管收。今该知洞宴以田亩，旱涝不愿管收，凭民呈恳谢纳。兹民照例备办，谢名谢田纳，上下城免番并印色共纹银八两正，缴堂请给印照，减作城田一丢，永为民世代恒业。伏叩台前，垂怜批给，赖永远遵守有据。万感洪恩于不既矣。为此具呈，并开田名于后，投赴州主太爷台前。伏乞作主施行。

准谢纳。计开（略）。

嘉庆三年（1798年）九月初五日呈。

这里与上法规中第四、五两条相应。

此外还有在道光二十六年（1846年）有安平州五处农二因无子仅有女儿，于是招陇气村的农三为赘男，为了农三在继承农二财产中有法律上的效力和保证，农二和农三“当即遵例备办，谢纳印色铜钱四千文正，纳堂请给印照。其田业畜地树木一切，准民赘男农三永为世代子孙管耕恒业。理合叩乞台前，垂怜俯谢纳赏给印照，俾民赘男农三，日后管耕稽查有据。等情据此，除批准外合给执照，为引焰给农三遵照事理”，这里与第六条相合。 这些例子说明当地土司法律在本辖区内的有效性。

此外在水西地区彝文《水西制度》上可以看到当时水西的政权结构和财税方面的法律制度，西双版纳的《西双版纳傣族封建法规和礼仪规程》，孟连的《孟连宣抚司法规》等法律规范，清人顾彩在《容美记游》中记载了当时湖广容美土司下的法律“其刑法重者，径斩，当斩者列五旗于公座后，君先告天，反背以手掣之，掣得他色者，皆可解救。惟黑色则无救。次宫刑，次断一指，次割耳。盖奸者宫；盗者斩；慢客及失期会者，割耳；窃物者，断指。皆亲决。余罪则发管事人棍责，亦有死杖下者”。可以说在中国南方民族中各个土司地区都形成了各自的法律制度。这些南方民族中土司的固有法律是当时“苗例”的构成部份。此外，在清代南方民族中有很多族群在清代以前在司法上即不受国家法也不受土司的法律管辖，这就是清代所指的“无君长、无统属”的“苗”类。这些民族群体很多，特别是在清代称为苗疆的地区。这些民族往往用本身固有法律来调整自己的社会秩序和纠纷，这些族群的法律现在还可以看到的主要有瑶族的石碑律、侗族的侗款、苗族的议榔、景颇族的山官制、彝族中没有土司控制的家支下的各种法律、羌族的话评制等。这些南方民族群体本身固有的法律或说习惯法构成了“苗例”的很大部分。

第五，清代“苗例”包括中央政府为南方民族地区特别制定的法规。在清代“苗例”中

是否包括清中央政府为了南方民族特别制定的法规呢？对此回答是可以肯定的。在清代汉人买卖田产是要立契约，上契税，“凡典买田宅不税契者，笞五十”。但在各民族间相互买卖田产是不立契约，不上税，同时也禁止汉苗间相互买卖田产。这可以从清嘉庆年间在湖南永州府下永明县当时出现一位姓顾的县令要求瑶民交纳田契税，为此当时湖南巡抚下令按“旧例”办。“嗣后瑶买瑶产，无论年月远近，优免投税。如瑶买民业，照例投税，以安瑶民，而示区别，须至照者遵”。在清代不准汉民与苗瑶民买卖田产是在乾隆十二年，当时湖广总督塞楞额奏议中提出：“臣请嗣后苗疆田地，只许本处土苗互相买卖，”并建议这一法律对“其余湖南之镇筴、永绥、城步等各府州县所属苗疆，均请照此一例办理”。此后该法律成为通行于南方民族地区关于调整各民族与汉民田产买卖中的法规，这从道光十一年（1831）云南永昌府腾越厅同知周澍的一个案件处理中可以得以证明，当时盖西地方土司与汉民产生田产纠纷，在处理时周澍提到“卑职查汉民典买土司田亩本属违例，原应照例断还”，后而他接着说“迨经卑职晓经汉夷典买承种土司田亩本应照例治罪”，这里“汉夷典卖”应是汉族与各民族互相典买田产，而不仅仅是土司与汉民。此外还可以从清代台湾法律上得以证明，乾隆二年（1737年）就有：台湾汉民与番妇结亲，汉民照民苗结亲例，杖一百离异；土官、通事照民苗结亲媒人减一等例，各杖九十；地方官照失察民苗结亲例，降一级调用。

在台湾汉人偷越番地，也按民人偷越苗地例处罚相关官员及偷越者。在台湾盗劫案中，也均照黔、楚两省苗例处罚。这也可以从清代对蒙古人的法律适用中来看，在清代蒙古人法律适用上《大清律例·名例》中“化外人有犯”条下有“凡化外（来降）人犯罪者，并依律拟断；隶理藩院者，仍照原定蒙古例。”在此律文后有说明，后二句是雍正三年（1725年）奉御批增加进来的，就是说关于蒙古人的法律适用是在雍正三年修订入《大清律例》的。而现在《理藩院则例》及相关法律文本中所看到的清代关于蒙古人的《蒙古例》，其内容不仅有蒙古人本身固有法律的内容，还有清代对蒙古族地区国家特别立法的内容。也就是说清代《蒙古例》不仅是蒙古人的固有法，还有清中央政府为蒙古族地区制定的特别法，如在《钦定理藩院则例·审断》下有“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”。这就是蒙古人与汉人在不同地区的法律适用中准据法上规定。当遇到此类问题时，说按《蒙古例》适用时，其实是指国家对此类问题的特别制定法，而不是蒙古人的固有法律。在《回疆则例》、《西宁番子则例》上也是此等类规范。

清代民族法上的各种则例，如《苗例》、《回疆则例》与《蒙古例》等，在立法上都是有准据法前提下使用的情况。但在现实中由于受传统中国“溥天之下，莫非王土；率土之滨，莫非王臣”思想的影响，而这种思想首先是“天下”都是“我朝”的，“万民”都是“我朝”的子民，于是在法律上“我”有绝对的立法权及“我”的法律有绝对的优先权，也就是说在法律适用及司法管辖上“我”有优先权，其次才是“我”对“你”的固有法律的承认。所以在这些法律概念下不仅有所指民族群体的固有法律，而且还有中央对不同民族制定的特别法。因为在中国古代，国家对各民族是当“你”“华化”后，“你”在法律适用上就应是“汉法”。也就是说适用“汉法”才是中国古代中央王朝对各民族法律建设上的目的。如清代虽然对蒙古人的固有法律认可最多，且多成文化，但是在立法中就有明确的规定，“蒙古案件，有送部审理者，即移会理藩院衙门……除内地八旗蒙古应依律定拟者，……其隶在理藩院，应照《蒙古例》科断者”。这说明清代对蒙古人是有条件的适用《蒙古例》。所以说在清代法律中的《蒙古例》、《回疆则例》、《苗例》等在法律上多是指一种法律适用中的准据法，而不是一种具体的法典。法律文本不是清代民族法律的核心，其核心是前者。这样我们就可以理解为什么在《大清会典事例》上乾隆帝在二十五年（1760）就明确有着谕办理回部事务大臣等，“嗣后回人盗本处及内地人马匹，及内地人盗回人马匹，俱照《回疆则例》办理”，而现在所见到的《回疆则例》则“都是关于官制、职掌等行政管理以及贸易、税收、卡哨甚至度量衡等方面的规定，部分条款涉及到司法管辖和禁令，如《回疆则例》卷6列有‘禁止

换防绿营弁兵及发遣为奴人犯擅娶回妇’；‘阿奇木伯克不得私交外藩’；‘阿奇木伯克不得私理刑讯重案等条款’，但并无刑事实体法的内容”的原因。因为这仅是清代回疆法律适用中的一部分，其本民族的固有法律在当时看来是明确的、没有必要特别规定的，且这些内容就是当时了清代《回疆则例》的一个重要组成部分。

## 结论

通过以上分析，可以得出以下结论：

首先，清代“苗”不是现代民族学中的苗族，它有多重含义，其中两个含义是基本：首先是指在清朝前期，那些没有在土司和国家行政和司法管理下的族群，其社会本质是“无君长，互不统属”；其次是清代对其改土归流地区的族群的称呼，如东川、水西、镇雄、马乃、容美等土司地区民族群体的称呼。且由于清代南方民族群体中对地方干扰最大的是那些没有土司约束的族群，这些族群在当时多以“苗”称之，所以在当时具有其它称呼的族群都多用“苗”称之，如“瑶”，也多用“苗”或“苗瑶”称之。于是这个概念成为清代对南方民族的一种通称。

其次，清代“苗疆”不是上面所指的“苗”存在的地区，是当国家通过改土归流或建立小土司让其进入国家行政和司法控制下的南方民族地区。为什么说清代苗疆有改土归流的地区，同时也有建立小土官土司的地区呢？这是因为清代对南方民族的政策中一个最大的目标是把各民族纳入国家行政与司法的控制之下，在那些“无君长”和“无统属”的民族群体中，国家建立起了县一级以上的行政和司法体制，但国家无法将其完全纳入汉人地区的乡里控制之下。所以在改土归流的同时，为了国家管理与控制上的方便，国家也把这些民族群体的乡村一级控制权让予各民族自己控制，建立一些土弁等小土官进行基层管理，具体有土乡总、土寨长、土总目、土寨目、土目、土里目、土苗总、土黎总、土山甲、土哨管、土徭总、土徭目、土徭长、土官人、土头人、土总头人、土抚徭管、土总管等。所以清代在改土归流时，却在明代留下的土司数上增设了七百零一家土司。如清代贵州罗斛州所辖地被划为九甲半，分为六十一亭，三屯、四村，各亭有亭目、各屯有屯目、各村有村目，这一地区在乾隆年间设了土千总八名，土外委二名，到嘉庆二年（1797）增加土守备一名，土千总五名，土把总四名，这样本是以亭、村为单位的、不相统属的地区，国家通过此建立起了各类小土官，让其社会出现新的组织形式。所以说清代苗疆不是南方各省所有的民族地区，也不仅是黔湘楚交界地区。

最后，清代“苗例”是指南方各民族固有的法律或者说是习惯法及清中央政府为南方民族特别制定的国家法。同时要说明的是清代“苗例”在国家立法中更多是一个在“准据法”上使用的概念，而不是实体法上使用的概念。此外清代“苗例”适用范围比苗疆大，是南方所有不适用“汉法”的有自己固有法律的民族地区。其实“苗例”在立法上的出现是国家对南方民族地区行政和司法，特别是司法管辖加强的表现，国家通过这一法律，把南方民族固有法律纳入了国家法律之内。

<http://www.law-culture.com/shownews.asp?id=10159>