

民商法新视野研究丛书

权利之救济

——清代民事讼程序探微

付春杨 著



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

民商法新视野研究丛书

权利之救济

—— 清代民事诉讼程序探微

付春杨 著



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

权利之救济:清代民事诉讼程序探微/付春杨著. —武汉:武汉大学出版社,2012. 12

民商法新视野研究丛书

ISBN 978-7-307-10328-3

I. 权… II. 付… III. 民事诉讼—诉讼程序—研究—中国—清代
IV. D925. 118

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 289125 号

责任编辑:钱 静 责任校对:黄添生 版式设计:马 佳

出版发行:武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件: cbs22@whu. edu. cn 网址: www. wdp. whu. edu. cn)

印刷:武汉中远印务有限公司

开本: 720 × 1000 1/16 印张: 17. 75 字数: 251 千字 插页: 1

版次: 2012 年 12 月第 1 版 2012 年 12 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-307-10328-3/D · 1190 定价: 38. 00 元

版权所有, 不得翻印; 凡购我社的图书, 如有质量问题, 请与当地图书销售部门联系调换。

序

认识本书的作者是在三年前。2009年春，田涛和我联系，希望我能够接待一位来自中国的访问学者，并将武汉大学法学院的付春杨副教授介绍给我。在我们就她前来北卡罗莱纳州立大学的可能性进行沟通的通信往来中，她表示希望能够利用我历年以来收集的州县司法档案。2009年的秋天，春杨来到北卡，然后立即投入到这些材料的阅读中。她读得如此之快，以至于我把它们带到办公室的速度经常赶不上她的阅读速度。其间，不定期地，我们会一起阅读这些材料和进行讨论。我也建议她阅读一些中国法制史的英文研究者的著作。我想对我们双方这都是非常有益的学习经历，当然尽管我们都无法做到使阅读一种外语的材料的速度和我们的母语一样快。第二年的春天，我已经没有更多的司法档案可以提供给春杨阅读了，她于是开始构思一本关于清代民事诉讼程序的著作，也就是这本书。春杨在我们的讨论中所表达的思考使我有理由期待她会对中国法律史的理解作出重要的贡献，而这本著作显然没有令我失望。

春杨的这本新书使她在时间上回溯到清代并着眼于当时的民事诉讼。她尤为关注的一个问题是：清代的民众如何利用州县衙门去维护他们的权利。可能很多读者会提出反对，认为清代的普通民众从未使用过“权利”一词，也没有权利的概念。但是，春杨正确地指出：缺乏这一术语并不意味着人们不具有拥有权利或追求权利的思想。事实上，正如春杨在本书中所描述的，当一个人侵害了另一个人的利益，例如未能偿还债务或者没有尊重财产界限，受害者一方将会毫不犹豫地寻求救济。我们经常说无救济则无权利。从某种意义上来说，春杨从反向进行了推论，她认为即使我们不能证明

他们对权利这一术语有何自觉，但民众明了被损害的利益可以获得救济本身就足以说明他们的权利意识。

春杨并非天真，她深知清代的司法体系主要的目的乃在于保护国家的利益。同时她也知道对于民众而言，司法不是处理纠纷和寻求补偿的最主要的方式而毋宁说是最后的救济。以维护国家利益为驱动，清代的官员优先鼓励调解而非诉讼处理纠纷。以调解为中心体现了清政府更注重纠纷的解决而不拘泥于以何种形式解决纠纷。地方官们不反对无视当事人的要求或拖延案件，只要能达到需要的结果。而当事人则不得不一再催促法庭，否则州县官们很可能忘记他们。春杨睿智地得出了清代司法是被动的司法的结论。

但是司法的被动性包括诉讼费用都无法吓退当事人。春杨关于诉讼费用的发现具有启发性，极有可能激发后续的讨论。清代的小说和戏剧中高昂的诉讼费用是阻挡人们走上公堂的主要原因。当然在虚构的诉讼费用中除了正常的和常规的费用以外，为谋求胜诉而支付的贿赂也被计算在内。春杨没有专门讨论诉讼中发生的非法费用，但是这无损于她从大量档案材料中得出的两个结论的价值：首先费用并不构成民众提起诉讼的障碍；其次诉讼费用没有高到阻止当事人再次诉呈的程度。或许如果费用更高一些的话，将会促使较多的当事人转向调解。

在过去的十余年间，研究清代司法体系的历史学者们聚焦于一些共同的问题：传统中国是否存在明确的民事法律，我们是否能够截然区分刑法和非刑法？州县官们的活动主要是裁判、调解还是在于第三领域？当他们作出判决时，他们主要依据律令和条例构成的法律体系还是依据情理？对于这些问题，春杨的看法是：确立一个明确的民刑分界是困难的；相比滋贺秀三的依情理调处，黄宗智的观点，即州县官们是依法审判更有说服力。州县官在作出判决时会衡量情理，但是情理不是判决的主要依据，州县官们也不会因为情理而违背法律。不过这些问题不是这本书的核心内容。春杨更愿意把注意力转向下述的问题：如果普通民众的利益受到损害，他们是否会选择诉诸法律？如果案件被受理，他们是否能得到公正的判决？如果答案是肯定的，判决是否会被执行？

在提出这些问题之后，作者开始带领读者一步一步探寻清代民事诉讼的全过程：案件的提起、是否准理、证据审核、庭讯、调解、反诉、执行与上诉。春杨的考察是如此全面，假设这本书在清代出版，官方也许会视其为一本诉讼指南，是讼师秘本的某种补充而禁止它。事实上，我怀疑如果清代的当事人对当时的司法体系有这么清晰的了解的话，他们将会有更高的胜诉概率。

是为序。

欧中坦

2012年5月

于北卡罗莱纳州立大学

目 录

导 论	1
第一章 诉讼选择	16
第一节 法源	16
第二节 司法资源	27
第三节 诉讼费用	40
第四节 受理率	47
第五节 审理期限	63
第六节 其他纠纷解决方式	71
第二章 案件受理	75
第一节 诉权限制	75
第二节 受理时间	84
第三节 管辖	92
第四节 代理	100
第五节 准理	104
第三章 审前程序	121
第一节 传讯	121
第二节 勘验调查	142
第三节 答辩和反诉	151
第四节 诉的合并、分立与变更	154

第四章 诉讼保障	161
第一节 回避.....	161
第二节 保全.....	163
第三节 强制措施.....	165
第五章 庭讯	169
第一节 证据.....	169
第二节 讯问.....	182
第三节 判决.....	188
第六章 调解与和解	201
第一节 官府对调解与和解的态度.....	201
第二节 调处方式.....	203
第三节 调处时机及调处结果.....	206
第四节 息结手续.....	215
第五节 调处的效力及调处责任.....	218
第七章 案件终结	220
第一节 撤诉.....	220
第二节 诉讼终结.....	224
第三节 判决结案.....	229
第八章 判决执行	234
第一节 一般执行措施.....	234
第二节 特殊执行方式.....	241
第三节 执行程序.....	244
第九章 不服判决	248
第一节 再控.....	248
第二节 上控.....	250

第十章 民事特别程序·····	265
第一节 契据灭失存案·····	265
第二节 公证性质的存案·····	267
结 论·····	269
后 记·····	273

导 论

一、大致图景

乾隆年间，“舟车海内”近20年，宦游冀、鲁、苏、浙、赣、湘、鄂、川、黔诸省，曾任贵州省思南府印江县知县的李海观，在《歧路灯》中描述过一个很普通的民事案件，基于作者的地方官任职经历，或许我们可以相信这一段描述多多少少反映了那个时代的真实情景。

程公批阅呈词，只见内中有告谭绍闻赖债一词，便叫礼房将宗师考案送阅。礼房送进宅门，程公正是看谭绍闻名次先后，谁知出了孙山，心下有几分着怒，问了礼房方知误考。又将贾姓禀词复看，便提笔批了“准讯”二字。将此词发出，着该房速速传票，批了行字。催了眷细传票进来，过了朱笔，发于宅门。又阅了些文卷，事完就寝。所以谭绍闻早起，便有差役票唤。谭绍闻少不得唤王中计议，方说出张宅醉后被人哄了五百两的话头。王中也没主意。谭绍闻方欲回内边去，差人不依，兼且谭绍闻身无功名，一遇词讼早没有护身符儿。那差人也不言语，把一条铁链子早放在桌子上，王中心内着慌，袖内急塞上贿银，还承许下事后补情的话，差人方把铁绳收讫。谭绍闻只得陪差人吃饭，呷了几口汤儿，看那差人狼吞虎咽吃个饱，饭完时要带他主仆同行。正是：“人犯王法身无主，黑字红点会催人。”

谭绍闻少不得与王中跟上衙门来，交与头役。急催唤贾李逵、白兴到案。那差人只得飞也似去了。谭绍闻主仆在班房连

尿泡也不甚便宜。少顷只听得喝堂之声，知道程公坐了大堂，也不晓得料理的甚事。远远的只听得喝声忽作忽止，又迟了一会那差人将贾李逵、白兴也叫到班房。贾李逵见了谭绍闻便骂道：“没良心的撒白贼，借人家银子想着撒赖，到来生变牛马填还人么？”谭绍闻吞声难答。差人把贾李逵喝了几句，贾李逵方住口。只见一个役到门口道：“头役说犯证到全，该领上去听审。”这差人呼道：“请呀咱上去罢。”一齐领着过了二层门，到了仪门，差人吩咐原告干证跪在东角门，被告跪在西甬门。将朱票提着飞跑到堂上跪下，将票呈上，大声禀道：“贾李逵一词原被到案听审。”门役将票儿放在公案，程公看了说道：“该房呈原案。”该房将贾李逵禀词放到案上，程公缘昨夜事忙，略为注目批准讯，今日要审此案须得将原词细阅一番。上面写着：

具禀人贾礼葵住城东南隅，保正王勤地方，禀为赖债不偿反肆毒殴事。缘谭绍闻借到小人银五百两，白兴作保，现有花押文券可证。小人向伊索讨原银，不意谭绍闻勒指不偿，且喝令恶仆王中手持马鞭肆行毒殴。似此以强欺弱，小人难以存活，为此具禀。青天老爷案下恩准拘追施行。

原：李逵，被：谭绍闻、王中，证：白兴，并花押文券。

程公看完便叫贾李逵上堂。皂隶一声传唤，贾李逵上来跪到案前，说道：“贾李逵磕头，求老爷作主。”程公打量一番，问道：“你就是那个贾李逵么？”贾李逵道：“小的是。”程公道：“谭绍闻借你五百银子做甚么使用呢？”贾李逵道：“小的不知道。”程公道：“你不知他紧急，就借与他么？我且问你，你怎的有这五百银子呢？”贾李逵笑道：“小的零星积的。”程公道：“你与谭绍闻是亲戚，可是朋友哩？”贾李逵道：“俱不是。”程公道：“五百银子也不算少了，为甚不系亲戚不系朋友，就白白借与他使用？”贾李逵道：“他是祥符有名主户，料着借与不妨，不料他倚势不还，还令仆人打小的。”程公道：“你既知他是好主户，为甚么给他五百银子不图个利息呢？”贾李逵迟了一会，应道：“小的不好图利息。”程公道：

“你这五百银何处交付？”贾李逵道：“张宅。”程公道：“哪个张宅？”贾李逵道：“监生张绳祖家。”程公点点头儿，手拿着一条纸儿问道：“这就是你们借银的文契么？”贾李逵道：“那是谭相公亲手画的押。”程公道：“为甚的文契上是这个贾李逵，状子上又是这个贾礼葵呢？”贾李逵道：“小的是不识字愚民，只求老爷作主罢。”程公道：“你且下去。”贾李逵下堂而去。程公心内暗道，分明是个真李逵，何曾假来？地方上人命重案都是这样人闹出来的，可恨可恼。又唤白兴上堂，白兴跪下，问了姓名说道：“保债不是易事，他两家借贷银两，你是何所图而作保？”白兴道：“天上无云不下雨，地无人事不成。”程公道：“可厌的话，打嘴！”皂隶打了十个耳刮子，程公道：“此银何处交付？”白兴道：“小人酒馆内。”程公道：“可是酒馆内？你记得清白么？”白兴道：“谭相公在小人酒馆曾借过银子，不止这一次，上年就借过一遭了。”白兴下堂。唤谭绍闻上来，谭绍闻跪在案前。程公道：“你借贾李逵银子不曾？”谭绍闻道：“借过。”程公道：“作何使用？”谭绍闻道：“还债。”程公道：“还是还的是债，借的不是债么？”谭绍闻见程公颜色改变，不敢答应。程公又问道：“你为何误了考试呢？”绍闻无言可答，迟了一会说道：“母亲病重想童生的母舅，童生奉母命上亳州寻母舅，不料宗师案临，因此误了。”程公大怒，拍着醒堂木儿，高声道：“你与这一起光棍厮热，也学会这种不遮丑的白话。你要寻你母舅，你没有家人你也有雇工，没有雇工难说一个省会地方觅不出一个人来下亳州，定要亲去！况且母亲既然病重，你还可离的寸步么？”程公也不再问，叫王中上堂，程公问道：“你是谭绍闻家人么？”王中道：“小的是家人。”程公道：“本县只问你马鞭子这话。”王中道：“小人从河北回来，从后门进家只听得前门吵嚷，手中马鞭子不曾丢下便往外跑。那贾李逵已把小人家主捞着往东走，小人抱住不放。他把小人打了一耳刮，打的小人满口流血是实。”程公道：“此事本县前后已明，叫贾李逵白兴一齐上堂。”四个并跪到公案前也。程公看了一着，说道：“你们是

一起赌博，强索赌债，彼此争执，还敢胆大瞒天来告谎状？”贾李逵道：“不是赌博是借债，只求老爷追比罢。”程公道：“若是借债，这五百银子也算民间一宗大交易，也该有个文契，写的有头有尾，成色秤头俱要注明。为甚么撕一条纸儿没头没脑写几个字儿就过了这一注大财。”“贾李逵你说实情。”贾李逵道：“委实是借债，不是赌博。”程公道：“既然是借债，为甚的一个说是张家交付，一个说酒馆交付呢？”贾李逵也自觉口供互异渐渐露出马脚，心生一计，回说道：“若果然是赌博，小的情愿与谭绍闻一替一板子挨，有甚的不敢承招？只是真正借债，求老爷替小的严加追比罢。”这一句话不过是料程公念谭绍闻是个童生，受刑之后难以应考，少不得往借债上问的意思，又岂知一句触的程公大怒。道：“好一个刁头恶棍，本县因你们这宗账明是赌欠，本意是图就事结案，不想着分外株连干系他人的前程。你们口供张监生家交付，分明在监生家赌博了。看夹棍来，先夹你个原告干证一个张家交银一个酒馆交银口供互异的情由。”门役喝了一声：“皂隶来人！”皂隶房一声喊，堂上来了七八个虬髯大汉，把那个三木刑儿早竖在大堂上，一声喝道：“大刑到！”满堂应呼。白兴着急，连声说道：“是张家说合，酒馆交银。”程公说个掌嘴，早有一个皂隶从背后又抱住白兴头打了二十个嘴刮子，打的两腮发肿，满口流血。程公叫把贾李逵夹起来，几个皂隶按住把袜子撕去，光腿放在三木之内，夹棍一束，那贾李逵早喊道：“小人说实话就是赌博呀。”……再进程公见贾李逵招了赌博，已知哄诱书愚遂致谭绍闻误了考试，耽搁功名因此怒上加怒，便要细细推问原由。贾李逵在夹棍眼内疼痛难当，只得把地藏庵范姑怎的送信，张绳祖怎的邀酒，谭绍闻怎的吃醉，黄昏怎的哄赌，明时怎的写要画押来了个和盘托出。程公见说出尼姑来，怕扯的事情多了，头绪难以收拾，便道：“再要胡说，定要束夹放起来。”便拔火签，传唤张绳祖、王紫泥二人到案。贾李逵道：“张绳祖、王紫泥他二人现在二门外听审这官司哩。老爷只叫这二人到案便一一清白。”程公收了火签，叫衙

役传这张王两人上堂。张绳祖、王紫泥在二门以外伸头而望，也听不见说甚么，正在沉吟之际，猛然间两个衙役走到面前道：“张王二相公，老爷有请哩。”这一惊直是满月小儿听霹靂骨头儿也会碎了的，少不得随着衙役像那软脚鸭子一般上得堂来跪下。程公道：“二位原系绅士，无故在衙署内探头伸脑看些什么？”王紫泥道：“原是会课回来，见父母坐堂，略站一站儿看看王法，不敢犯父母的堂规。”程公道：“既做绅士，且系旧家，不干你们正事，专一在衙门探望，不是希图夤缘，就想把持官长。况二位无事不来。”叫招房把贾李逵口供念与他二人，直是发昏。念完时，程公道：“你们不行正务，专一哄人家幼年后生作此不法之事，若不详革衣顶按律治罪何以惩众？”押在班房，准备详革再加重刑。公座一移早已退堂。

……

却说程公原是个严中寓慈法外有恩的心肠，若是这宗诱赌之案，尽法究诘起，范姑子就该追去度牒饬令还俗，张绳祖、王紫泥就该褫革巾带，谭绍闻也该追比赌博悬赃入库，还要加刑。争乃程公是个慈祥为怀的，口中只说详革，开场诱赌传稿转申，却留下空儿叫张绳祖、王紫泥自行生法求免。这二人果然遍央满城缙绅感恩免详，自己又递了改过自新甘结。程公批了，“姑准从宽，似前不悛定行倍惩”字样。次日早堂，把贾李逵责三十大板，白兴二十板，仍取其与谭绍闻永无葛藤的遵依，发落去讫。单留下谭绍闻、王中二人跪在案前……一场话把一个王中说的也忘了程公是官，也忘了自己跪的是公堂，竟是眼中噙泪磕头，谭绍闻触动良心双泪俱倾，程公看见主仆光景，亦甚惻然，吩咐回家好好读书。主仆下得堂来，程公又各自料理别的词讼，不必赘述。^①

这一段描述涉及呈词、批准、票传、庭讯、判决、执行、结案诸环节，大体上包括了清代州县自理词讼的大致流程。这一图景究

^① 李海观：《歧路灯》卷七，清钞本。

竟有几分真实，几分虚构，后文的讨论或许会在一定程度上与之印证。

二、前人的研究

清代民事诉讼是近年来法律史学界研究的热点，但目前成果大多集中于实体法的论述，民事程序的专论并不多见。

我国台湾学者那思陆《清代州县衙门审判制度》是一部清代州县衙门审判制度的专论，其中对民事诉讼并未深论，仅述及其与刑事诉讼相异之处如下：

(1) 代告：除适用刑事审判之代告原则外，民事案件如牵涉官吏，官吏应令家人代告。《大清律例》第342条规定：“凡官吏有争论婚姻、钱债、田土等事，听令家人告官对理，不许公文行移，违者笞四十。”

(2) 管辖：民事案件由事犯地方衙门管辖。《大清律例》第332条附例规定：“户婚、田土、钱债、斗殴、赌博等细事，即于事犯地方告理，不得于原告所住之州县呈告。原籍之官，亦不得滥准行关；彼处之官，亦不得据关拘发，违者分别议处。”同条另一附例亦规定：“直省客商，在于各处买卖生理，若有负欠钱债等项事情，止许于所在官司陈告，提问发落。”

(3) 证据：民事审判特重书证。《大清律例》第96条附例规定：民人争告坟山，以印契为凭。

(4) 放告：农忙期间，州县衙门不得受理户婚、田土案件。所谓农忙期间系指每年四月初一日至七月三十日。

(5) 强制处分：清代视户婚、田土案件为轻微案件，故审理案件时，甚少拘提、逮捕被告，通常仅传唤被告而已。此外，亦甚少监禁被告，顶多予以看押。

(6) 勘丈：勘丈者查勘或丈量田地、房屋、坟墓、山场也。

(7) 通禀或通详：民事案件因系轻微案件，故无须通禀或通详上司衙门。

(8) 堂断：民事案件，州县官堂断权限甚大，律例未规定时，州县官得斟酌道德、情理、风俗断案。

(9) 结案：民事案件，州县官堂断之后，即可结案。^①

那思陆的主要观点是民事诉讼一般可准用刑事诉讼程序，因此对民事诉讼程序未作细论。

郑秦所著的《清代司法审判制度研究》(湖南教育出版社 1988 年出版)兼及清代司法和诉讼制度，不过该书对民事诉讼也未予以重视，全书六章，仅最后一章“清代的民事审判与调处息讼制度”有所涉及。

近年来的研究成果也有一些。春杨所著的《晚清乡土社会民事纠纷调解制度研究》(北京大学出版社 2009 年出版)以晚清乡土社会民事调解为主要研究内容，对半官方性质调解和州县官调解所述甚详，颇有启发意义。李艳君所著的《从冕宁县档案看清代民事诉讼制度》(云南大学出版社 2009 年出版)是另一部清代民事诉讼之专论，该书以冕宁县档案为主要研究对象，试图展现清代诉讼制度之全貌。该书涉及民事诉讼中的起诉与受理、堂讯堂断与执行、上控，但对清代民事诉讼部分问题则并未述及，业已涉及的一些问题也还有待细化。

海外学者的研究有黄宗智所著的《清代的法律、社会与文化：民法的表达与实践》(上海书店 2007 年出版)，阿里以淡新档案为主要研究对象的《晚清的法律和社会》(Mark A. Allee, *Law and Local Society in Late Imperial China*, Stanford University Press, 1994)。两本著作对民事诉讼程序都有所涉及但不是主体部分。

如上，学界对于清代民事诉讼程序已有一定的研究成果，这些也是笔者进一步探讨的基础。不过由于清代是传统司法中留存史料记载最为丰富的一个时代，对清代民事诉讼的研究或是我们了解传统司法的一个至为有利的切入点，故笔者以为仍有条分缕析，作进一步研究之必要。

^① 参见那思陆：《清代州县衙门审判制度》，台湾文史哲出版社 1982 年版，第 247 ~ 249 页。

三、争议问题

在正式展开论述之前，有一些一直以来在学界众说纷纭的观点仍然值得在此作一些回顾与梳理。

第一个比较有趣的话题：传统社会究竟是“息讼”还是“健讼”？

孔子说：“听讼吾犹人也，必也使无讼乎？”儒家文化从性善论出发，讲究“温良恭俭让”，主张息事宁人，锱铢必较的争讼行为显然不是其颂扬的正面价值。负责受理词讼的地方官员们绝大多数均自幼接受儒家文化熏陶，他们饱读经典并通过科举考试取得功名、获得为官资格。因此从主流文化和官方的角度，息讼无疑是一种主要的价值取向。从皇帝的谕旨到官吏们据以为教科书的官箴书，到官方发布的谕民告示，以至于官员们的笔记中都有这一类的记载。

《后汉书·刘矩传》曰：“民有争讼，矩常引之于前，提耳训告，以为忿恚可忍，县官不可入，使归更寻思。”民众欲诉之官府，官员却教以忍让息讼。光绪年间曾任地方官的柳堂“作劝民息讼俚歌三章，一告以讼师之刁诈，二告以差役之恶劣，三告以青天在上，讼亦不如不讼”^①。

《守禾日记》“一件劝民息讼以保身家事”记载：“其余户婚田土斗殴钱债口角小嫌，可忍，则勉自忍耐；不可忍，则听亲友乡里调处和平。此非为让人，乃自为身家计也。”^② 地方官劝诫百姓忍让为先，并且指出忍让也是为自家计。

《槐卿政迹》“水灾谕息讼告示”（道光二十九年五月）记载：“嗣后除命窃重案，仍随时据实首告外，其余口角、户婚、田土一切细故，务宜情恕理遣凭公处息，各安生业，毋得逞一时之忿，听

^① 柳堂：《辛惠纪略》卷一，载《续修四库全书》，上海古籍出版社影印本第884册，第854页。

^② 卢崇兴：《守禾日记》，载杨一凡、徐立志主编：《历代判例判牍》第九册，中国社会科学出版社2005年版，第338页。