

# 中国古代法律文献研究

第六辑

中国政法大学法律古籍整理研究所 编



社会科学文献出版社  
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

# 中国古代法律文献研究

## 第六辑

中国政法大学法律古籍整理研究所 编

徐世虹 主 编

赵 晶 执行编辑



社会科学文献出版社  
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

## 图书在版编目(CIP)数据

中国古代法律文献研究. 第6辑/徐世虹主编; 中国政法大学法律古籍整理研究所编. —北京: 社会科学文献出版社, 2012. 12 (2013. 1重印)

ISBN 978 - 7 - 5097 - 4055 - 2

I. ①中… II. ①徐… ②中… III. ①法律 - 古籍 - 研究 - 中国 - 文集 IV. ①D929 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 296850 号

## 中国古代法律文献研究【第六辑】

主 编 / 徐世虹

出 版 人 / 谢寿光

出 版 者 / 社会科学文献出版社

地 址 / 北京市西城区北三环中路甲 29 号院 3 号楼华龙大厦

邮 政 编 码 / 100029

责任部门 / 近代史编辑室 (010) 59367256

电子信箱 / jxd@ssap.cn

项目统筹 / 徐思彦

经 销 / 社会科学文献出版社营销中心 (010) 59367081 59367089

读者服务 / 读者服务中心 (010) 59367028

责任编辑 / 宋 超

责任校对 / 李秀军

责任印制 / 岳 阳

印 装 / 北京季蜂印刷有限公司

开 本 / 787mm × 1092mm 1/16

版 次 / 2012 年 12 月第 1 版

印 次 / 2013 年 1 月第 2 次印刷

书 号 / ISBN 978 - 7 - 5097 - 4055 - 2

定 价 / 89.00 元

印 张 / 29.75

字 数 / 565 千字

本书如有破损、缺页、装订错误, 请与本社读者服务中心联系更换

▲ 版权所有 翻印必究

# 目 录

- 中国诉讼社会史概论 …………… [日] 夫马进 著 范 愉 译 / 001
- 秦汉法律研究百年 (二)
- 1920~1970 年代中期: 律令体系研究的发展时期 …………… 徐世虹 / 075
- 秦汉法律研究百年 (三)
- 1970 年代中期至今: 研究的繁荣期 …………… 徐世虹 支 强 / 095
- 睡虎地秦简法律文书集释 (一): 《语书》(上)
- …………… 中国政法大学中国法制史基础史料研读会 / 171
- 秦汉式的种类与性质 …………… 南玉泉 / 194
- “鬼薪白粢”地位再认识 …………… 丁义娟 / 210
- 汉魏无“亲亲相隐”之制论 …………… 韩树峰 / 221
- 再论铨选中的功状 …………… 史 睿 / 238
- 羽 53 《吴安君分家契》
- 围绕家产继承的一个事例 …… [日] 山口正晃 著 顾奇莎 译 / 251
- 宋令演变考 (下) …………… [日] 川村康 著 赵 晶 译 / 269
- 唐宋令篇目研究 …………… 赵 晶 / 314
- 《天圣令·赋役令》译注稿
- …………… 中国社会科学院历史研究所《天圣令》读书班 / 333
- 元代劓刑小考 …………… 刘 晓 / 369

《明成化年间徽州府祁门县〈强占山土印阻木植等事〉

《文卷抄白》探析·····	阿    风 / 374
明代私家律学的法律解释·····	李守良 / 400
从《好逮传》看明代人的诉讼程序意识·····	孙    旭 / 427
《汉律辑存》稿本跋·····	张忠炜 / 437
中国法律史研究之材料思考·····	朱    潇 / 458
《中国古代法律文献研究》稿约·····	/ 466
《中国古代法律文献研究》撰稿凡例·····	/ 469

# 中国诉讼社会史概论\*

〔日〕夫马进 著 范愉 译\*\*

## 序

现在日语中的“诉讼社会”一词，是从英语 Litigious Society 一语翻译而来。Litigious 一词有“好讼”之意，因此，如果翻译成中文，译为“好讼社会”更为适当。

通常，人们总是把现代美国作为“好讼社会”最典型的代表。<sup>①</sup>而说到“诉讼社会”，通常会列举出这样的事例，这就是某一市民会为了某种通常不会发展成为诉讼的细微问题而兴讼。此外，在多数情况下，诉讼案件数量之多可以作为诉讼社会的证据，有时律师人数之多也可以视为诉讼社会的一种标志。这是因为，人们通常认为，律师与普通民众关系越密切，民众就会更方便地接近或利用诉讼和审判。这正是“法治”社会的特征，即人们拥有“获得救济的权利”，并可以主张依法保障这些权利的实现。人们在律师的帮助下，以法律为根据而提起诉讼。

此外，至少在理论上，民主社会被认为是任何人都可以提起诉讼的社会。在欧洲传统社会，习惯曾经重于法律，在纠纷发生时常常借助民间调解作为解决手段；而这种共同体的规制力也成为人们诉诸法庭的障碍。然而，随着这种曾经存在的父权性强制力或共同体的规制力逐步消解，其结果是当人们发生争执时，如果认为自己的权利受到了侵害，往往会立即直接提起诉讼。也就是说现代的美国社会，正是由于传统的共同体彻底解体、人们的权

---

\* 本文译自夫马进编《中国訴訟社会史の研究》第1章，京都大学学术出版会，2011。

\*\* 夫马进，日本京都大学大学院文学研究科教授；范愉，中国人民大学法学院教授。

① Jethro K. Lieberman. *The Litigious Society*. New York. Basic Book, 1981. 日文版《诉讼社会》，长谷川俊明译，保险毎日新闻社，1993；平野晋：《超诉讼社会：异化的权利主张与恐怖连锁》，商业社，2008。

利意识不断高涨而形成的法制化社会，在这种社会中人们偏好诉讼，由此导致社会诉讼多发。

人们通常认为，传统中国社会与现代美国诉讼社会相比，正好成为根本对立的典型。例如，一位专门研究欧洲法制史的美国学者曾经指出：中国在帝政时期不存在为解决民事纠纷而设立的法庭。<sup>①</sup> 迄今为止，欧美的多数研究者可能都认为，在传统中国，作为维持社会运行的机制，相对于法或权利而言，更为优先的是服从于以儒家伦理为基础的礼制或谦让。或者说，一般认为，人们在将纠纷诉诸法院之前，通常可以通过亲属关系的纽带或村落共同体在内部加以解决。这种情况是所谓专制统治体制所特有的，与民主社会相反的现象。为了实行专制统治，统治者希望民众服从于儒家伦理，尽可能少提起诉讼，为了追求这一目标，可能会竭力阻止民众将纠纷提上法庭。或者说，在中国只有与专制统治密切相关的刑事法庭受到高度重视，但与此相反，民事法庭则很不发达。

然而，这种想法其实完全是一种误解，不过只看到了传统中国社会的一个方面。本文将通过以下事实证明这一点。

首先，“健讼”或“好讼”这些用语，在中国上千年以来的文献中随处可见。“健讼”的“健”是强健的健，也就是顽强地进行诉讼或诉讼兴盛之意，“好讼”则是指热衷于诉讼，正是 *Letigious* 之意。而从宋代，即十世纪、十一世纪前后开始，这些用语在史料中的出现的频率越来越多。

其次，有关权利意识的问题。在前近代的中国，确实不存在权利意识这一用语或概念，但却存在着一种可与权利意识相互替代的“情理意识”。所谓“情理意识”，是一种人情与道理相结合的社会意识，或者说是基于人情的道理意识。在美国，权利意识是指人们在主张自己的正当性时，通常会以法律为依据；与此相对，中国的情理意识既有与法律相一致的情况，也不乏与法律相背离的场合。至少，在本文所探讨的汉代以后，根据这种情理意识主张自己的正当性而提起诉讼，完全是理所当然之举。史料表明，针对这种情况，统治者并非总是极力通过专制统治和国家权力加以遏制；而且，根据情理意识引起的纠纷，有时并不能在亲属间或村落等小范围内得到妥善解决。

第三，我认为诉讼在中国曾经是更严重的社会问题。这是因为，诉讼并

---

① Fredric L. Cheyette: 《各予应得之分——11~13世纪法国南部的法与纠纷解决》，服部良久编译《纠纷中的欧洲中世纪》，京都大学学术出版社，2006，第7页。本论文曾发表为“Giving Each His Due”，*French Historical Studies*, 6, 1970; B. H. Rosenwein and L. K. Little eds., *Debating the Middle Ages: Issues and Readings*, Malden. Mass, and Oxford, 1998.

不都是基于情理意识之类的冠冕堂皇的理由而提起的。至少在宋代以后，不仅毫无疑问，民众可以根据法律以及众所周知的“道理”提起诉讼，而且有时明明知道对方当事人并没有什么过错，也可以凭空捏造口实提起诉讼。这种行为通常被称之为“图赖”，是希图赖骗、图骗抵赖等词的缩略语，指找借口欺诈对方、攫取钱财之意。在以诉讼为手段的情况下，可称之为“架词诬控”，即“欺诈诉讼”。总之，从现代称之为民事诉讼的金钱借贷或土地纷争，到杀人、偷盗等刑事案件，都会不时出现这种捏造事端、向他人嫁祸责任的诉讼。一旦原告这样做，被告往往也会以其人之道还治其人之身。尽管在现代社会，无论是美国还是日本，也都存在这种“架词诬控”或“欺诈诉讼”，然而在古代中国，这种诉讼无论是数量，还是性质上，所显示的问题都更为深刻。

此外，必须进一步考虑的问题还有专制统治与诉讼之间的关系。表面上看起来，实行专制统治需要减少诉讼，在这个意义上，中国以往的专制统治确实是国家限制诉讼的要因；然而另一方面，专制体制恰恰也成为诱发民间纠纷多发的要因，并且也是导致纠纷较多地诉诸法庭的要因。

本文的目的，首先是揭示中国历史上毫无疑问确曾出现过名副其实的“诉讼社会”，并进而考察导致中国社会成为这种“诉讼近在身边的社会”的要因是什么。同时，将会围绕专制统治与诉讼之间的关联为主轴展开观点的论证。

其次，本文的第二个目的是根据现有的档案资料，推算出清代的一个县，当事人每年向官府提出的诉讼文书的件数。因为在论证一个社会是否诉讼社会时，必不可少地需要举出一定的数据作为佐证。与此相关，本文还将揭示，官府为了遏制诉讼的过度增长，在债权回收案件等被所谓琐细诉讼中对当事人提出的诉状多不予受理，因此，这些文书在档案中也没有保存下来。

如果说前一个目的旨在揭示古代中国诉讼的数量，本文的第三个目的则是揭示其实质。通过这一研究试图说明，不同朝代的中国人在当时既有的制度下，通过诉讼和审判所追求的具体诉求是什么。其中，通过介绍清代《巴县档案》这一地方文献中的若干案例，说明当时的巴县的诉讼实践，已经不仅仅是“诉讼社会”一语所能让人联想到的一般形象，甚至已经达到“诉讼战”的激烈程度。

## 一 无讼的理念与费孝通的无讼论

### ——《太湖厅档案》与《巴县档案》

如前所述，直到近年为止，一些欧洲法制史研究者仍认为古代中国不存



在解决民事纠纷的法庭。中国法制史研究者当然很少有这种极端的看法，不过即使在中国的法制史学界，也只是近十几年才认识到前近代中国社会也曾出现过诉讼多发的情况。<sup>①</sup> 每当提到有关中国古代社会诉讼很少的论断，人们通常必然会举出以下两个根据。一个是孔子有关诉讼的名言，一个则是著名社会学家和文化人类学家费孝通根据亲身体会而作的调查报告。在论及中国诉讼社会史之际，让我们首先从检验这一理念和议论的可信度开始。

孔子的这段名言是：听讼吾犹人也，必也使无讼乎（《论语·颜渊》）。孔子所言之意是，如果在法庭上审理诉讼，自己与别人相似，但本人的理想是必定使诉讼不再发生。孔子及其信奉者认为，为了让诉讼从社会中消除，为政者和被统治者之间应该建立相互谦让、为对方着想的气氛或情绪，通过教化使礼之精神内化为每个人的行为，才能真正实现这一理想。这种统治理念被称之为德治主义或礼治主义。汉代以后，儒教被奉为国家的统治理念，这种“无讼”理念或孔子的“必也使无讼乎”的名言不仅大量出现在文献中，而且有关一些官员通过身体力行使这一理念得以实现的记载也屡见不鲜。<sup>②</sup> 例如，后汉的王堂在山东省某地任职时，“至数年无辞讼”。<sup>③</sup> 再有，北齐天保年间（550～560），宋世良任地方官时，据说“狱内穰生，桃树、蓬蒿亦满。每日衙门虚寂，无复诉讼者”。<sup>④</sup> 此外，隋开皇年间（581～600），刘旷做地方官时，人们受其德行教化，“争讼绝息，囹圄尽皆生草，庭可张罗”。<sup>⑤</sup>

两千年以来，这种无讼的理念及其实践记录一直传承不绝，《清史稿》循吏传中也记载了不少此类传说。例如，杨荣绪在同治年间（1862～1874）任湖州知府，因审判公正令众人叹服，以致“讼以日稀，刑具朽敝。隶役坐府门，卖瓜果自活”。<sup>⑥</sup> 这类实现无讼的传说不仅出自正史，而且载于地方志或文集的历代地方官传记，其数量之多可谓不可计数。

有关“无讼”的另一个证据，是将费孝通在《乡土中国》的一章“无讼”中所称的“乡土社会”加以概念化的结果。费孝通先生是这样描述民国时期的农村社会的：与都市中律师活跃、重视法律的状态截然不同，在乡间

① 范愉：《诉讼的价值、运行机制与社会效应——读奥尔森〈诉讼爆炸〉》，《北大法律评论》1998年第1卷第1辑。

② 瞿同祖：《中国法律与中国社会》第6章“儒家思想与法家思想”，中华书局，1981，第291～292页。

③ 《后汉书》列传第二一《王堂传》（中华书局标点本，下同），第1105页。

④ 《北齐书》卷四六《循吏传·宋世良传》，第639页。

⑤ 《隋书》卷七三《循吏传·刘旷传》，第1685页。

⑥ 《清史稿》卷四七九《循吏传·杨荣绪传》，第13085页。据《同治湖州府志》卷五，杨荣绪同治三年至九年、十年至十三年在任。

人们总是尽可能回避纠纷和诉讼的发生，民众间一旦发生纠纷，主要是通过地方长老进行调解（即调停仲裁）解决。作为费孝通在农村的亲身体验，他曾经多次参加这种调解纠纷的集会。<sup>①</sup> 费孝通的报告是基于其田野调查而成，充满了现场感，令人感到颇具可信度。他的观察，即在农村主要通过地方长老的调解解决纠纷，民众通常不会陷入诉讼的情况，与历代文献的记载，即从汉至清代的文献中不胜枚举的记录亦相吻合。历代统治者不断向人们反复宣传陷入诉讼给人们带来的无穷危害，同时，在纠纷发生后，竭力避免由政府的基层派出机关，即县府受理，而是尽可能依靠居住在乡间的“长老”，即被称之为里长、耆老、老人、社长、乡约、约保、保长的人来解决。即使提起诉讼、进入裁判程序之后，统治者仍然努力通过长老调停解决。可以说，无讼的理念与乡村自治具有亲和性。费孝通有关无讼的论述也正是历代统治者所主张的理念。例如，康熙钦定的《圣谕十六条》之一即：“和乡党以息争讼”。可以说至少在表面上，二者之间所具有的亲和性显而易见。

然而，这种看法存在两个重要的问题。一个是费孝通在论证无讼论时究竟是以哪里的农村为样本的？另一个是他据以为样本的农村，在中国广阔的地域和漫长的历史中处于什么位置？根据费孝通自传以及《乡土中国》后记的记载，他在成书之前，也就是1936年赴英国留学之前，曾在江苏省吴江县的开弦弓村进行了为期两个月的农村调查。1938年回国后，曾到昆明的农村进行过第二次调查。而《乡土中国》中描述的农村，作为中国典型的事例和形象，显然不可能是处在边疆地区的昆明。也就是说，其样本只能是他的故乡——吴江县近郊的农村，即非开弦弓村莫属。显而易见，在《乡土中国》一书中得以概念化的乡土中国的形象，与费孝通的成名作《中国农民的生活》的调查对象开弦弓村极其相似。<sup>②</sup> 在这部详细描述农村中农民生活的著作中，费孝通一次也未提曾及有关诉讼之事，这与他在《乡土中国》中所描述的自己亲身参加调解集会的体验形成呼应。可以认为，作为费孝通无讼论之基础的材料，主要是他1936年亲自在江苏省吴江县的开弦弓村搜集的。

如果确实如此，非常幸运的是，恰好有一批产生于大约50年之前、与开弦弓村近在咫尺的同一地域的诉讼文书。同时，还有一批处于同一时期，但完全是另一地域的诉讼文书。这样，我们虽然没有与费孝通的体验完全相同

① 费孝通：《乡土中国》，观察社，1948，第58～63页。

② 费孝通：《学历简述》，《中国当代社会科学家》第3辑，书目文献出版社，1983，第227～228页；*Peasant Life In China: A Field Study of Country Life In the Yangtze Valley*, Routledge, London, 1939，其中文版《江村经济：中国农民的生活》，江苏人民出版社，1986。日文版《中国的农民生活——扬子江流域田园生活的实态调查》，仙波泰雄、盐谷安夫译，生活社，1939。

的材料，但一方面有同一地域农村的若干涉讼事例，另一方面有与此同期的其他诉讼文书；将这两批材料一起对照阅读，可以印证费孝通体验的真实性。

所谓与开弦弓村相当近的农村地域是指太湖厅。两地之间只隔着太湖的一道狭窄的湖湾，距离不过 10 公里而已。日本国会图书馆现存有《太湖厅档案》，即江苏省苏州府太湖厅的一批文书，其中涉及诉讼的档案共计 21 件。时间跨度为清末同治八年（1869）到光绪二年（1876）。<sup>①</sup>

同时，中国四川省档案馆存有《巴县档案》。巴县的县府设在四川省重庆府城内，管辖范围包括府城内外的城市和近郊农村。《巴县档案》中同治年间（1862~1874）的部分大约有一万七千件，其中大多数为诉讼档案。

《太湖厅档案》与《巴县档案》同为清末同治年间的诉讼档案，但只要阅读二者并进行比较，任何人都会发现，生活在这两个地方的民众所进行的诉讼以及官府的审判方式迥然不同。关于这两种类型的详细比较研究不得不留待以后，这里为了立论之便，暂且先简单地概括一下对二者的印象。太湖厅的民众尽管实际上也会发生纠纷，但他们与同时期的巴县人比较而言，温和稳重得多，对作出判决的地方官可以说相当顺从（No. 27、31）。给人的感觉是，尽管当时在一些相当于现在刑事案件的处理中确实会判处枷刑，但实际上多数案件连最轻的处罚：掌责几乎也很少使用。的确，这里也有不少金钱纠纷、打架斗殴，乃至偷盗事件和继承纠纷，而且这些案件也进入了审判，但是，这类案件的原告和被告提出的诉状都很少，几乎都只有一两份左右。多数案件就是根据这些诉状进行审判，由地方官即法官作出堂谕（判决），之后原告与被告共同结状，即签署服从判决的誓约书而终结诉讼。或者在判决作出之前达成调解，而且其中一部分确实如费孝通先生所见，在诉讼中由“长老”出面达成调解，从而当事人申请撤诉（No. 14、16、18、26）。

在这些方面，巴县的诉讼和审判则截然相反，其实际情况将在下文中分析，此处暂不赘述。任何人在读了同治年间的《巴县档案》后，恐怕都会感到用“诉讼社会”一词来形容当时的情况实在是过于温和了。在这里，诉讼给人的感觉就像是被卷入到巨大的黑色漩涡中一样。尽管同样处于清末同治时期，《巴县档案》为我们展现了一个“诉讼社会”，或者一个远超“诉讼社会”的社会；而相比较而言，《太湖厅档案》所显示的，则可以说是一个与“诉讼社会”完全无缘的社会。

<sup>①</sup> 拙稿《国会图书馆藏太湖厅档案所见诉讼与裁判的实态——其初步的认识》，永田英正编《中国出土文字资料的基础研究》，京都大学文学部，1993。

由此可见，在日本国会图书馆藏的《太湖厅档案》与作为费孝通“无讼论”之样本的农村一脉相通，生活在这种社会中的民众所参与诉讼的过程和审判方式都传达出很多非常重要的信息。与日本国会图书馆藏《太湖厅档案》同样珍贵并同名的文献，是南京博物院所藏《太湖厅档案》，二者结合起来，可以对当地跨越太平天国时期的诉讼审判方式进行比较研究。南京博物院所藏《太湖厅档案》是从嘉庆八年（1803）开始至咸丰二年（1852）的诉讼档案，共40余件。<sup>①</sup>与其相比较而言，《巴县档案》则是包括了从乾隆、嘉庆时期，跨越同治期，直到宣统时期的连续的诉讼材料。我们可以借此了解江苏省太湖厅与四川省巴县这两个地方的诉讼和审判，比较其截至太平天国时期的各种变化以及两地之间的差异。

首先，根据南京博物院所藏《太湖厅档案》的材料可以看到，该时期即从嘉庆八年（1803）开始至咸丰二年（1852）的半个世纪中，诉讼与审判的方式与前述同治时期并没有很大的差别。当时生活在那里的民众与太平天国以后的档案中所见的形象大致相同，与巴县民众比较而言，温和而稳重，这与同治时期也并无二致。当时当地的民众普遍尊重地方官的权威，态度颇为顺从，与同治时期一样，经常由亲属或近邻作为中介，促使当事人达成和解而申请撤诉（No. 2102、2116）。各种案件多数都是通过原被告结状而终结，这一点同样与同治时期相似。也就是说，我们所见到的清末同治时期太湖厅的诉讼和审判所具有的各种特征，至少在清中期的嘉庆年间既已形成，各时期并无显著差异。换言之，费孝通的“无讼论”，如果以太湖厅的情况而言，至少上溯50年至清中期，大致都是吻合的。

因此，相对太平天国之前的巴县，诉讼与审判的方式则与同治时期存在显著差异。笔者选择了从乾隆二十三年（1758）到六十年（1795）的《巴县档案（乾隆朝）》（地权，No. 645~663）、（借贷，No. 1006~1024）和从嘉庆元年（1796）到十六年（1811）的《巴县档案（嘉庆朝）》（地权，No. 1396~1415、1888~1917）共90件作为样本，对乾隆、嘉庆期与同治期进行了实质性的比较研究。确实，生活在乾隆、嘉庆时期的巴县人，与生活在嘉庆至同治时期的太湖厅的人相比有欠文雅。每一桩诉讼所提出的诉状的数量远比太湖厅更多，也就是说同治时期盛行的“好讼”“健讼”之风在嘉庆时期已初见端倪。但是，乾隆、嘉庆时期的巴县与同治时期巴县的审判方式完全不同。在乾隆、嘉庆时期，地方官仍然牢固地维持着其权威，原被告多数

<sup>①</sup> 范金民：《太湖厅档案所见洞庭湖商人的活动 附：南京博物院所藏太湖厅档案目录》，夫马进编《中国明清地方档案研究》，京都大学大学院文学研究科东洋史研究室，2000，第137~140页。

能够服从其判决，并常常据此具结息讼（乾隆朝 No. 1007、1018、1019、1021）；而且，乡约和近邻在审判中也发挥着重要作用，他们往往顺从地奉知县之命，进行事实调查，并在调解中也起到重要作用（乾隆朝 No. 1013、1015，嘉庆朝 No. 1888、1889、1891）。此外，当案件进行到最后阶段时，与同治时期相比，地方官直接作出黑白分明、一方胜诉、一方败诉的判决较多（乾隆朝 No. 1005、1007、1018，嘉庆朝 No. 1880、1891、1892）。简单地说，值得注意的是，乾隆、嘉庆时期在审判中，地方官的控制十分有效，乡约和邻人能够服从地方官的权威，协助其进行事实调查，原被告也服从地方官的权威而具结，审判中一方胜诉的判决多数也能被接受和服从。这些方面与此后同治时期的审判方式截然不同。如前所述，同在同治时期，太湖厅与巴县的诉讼与审判方式完全不同，如果仅就审判方式而言，则可以说，在嘉庆时期，巴县与太湖厅比较接近。

黄宗智曾经讨论过中国地方官在审判中究竟是作为调停人，还是作为法官发挥作用的问题，并以巴县、宝坻县、淡新等三种档案为样本进行了实证研究。其结论是，在这三种档案中的 221 个案件中，有 170 件即占 76.9% 的案件，明确作出一方胜诉的判决。其中，《巴县档案》中，知县作出明确判决的包括原告胜诉的 47 件，被告胜诉的 22 件。<sup>①</sup> 也就是说，在《巴县档案》的 98 件诉讼档案中，有 69 件，即 70% 明确作出原告或被告胜诉的判决。然而，黄宗智从《巴县档案》中抽取的样本均为 1850 年代以前的，即咸丰年间以前的档案，而且其中约 58% 是乾隆年间到嘉庆初年（1799）的。<sup>②</sup> 虽然究竟从何时开始档案中出现了明显的差异，仍需要进一步的检讨，但显而易见，乾隆、嘉庆时期，巴县的诉讼和审判方式与同治时期存在着非常明显的差异。进一步说，同治年间所下的判决中，在很多情况下很难分清原告或被告何方胜诉，即使能够分清，在很多案件中其意义有时也令人非常费解。这一点从下面论及的若干实例中可以得到证实。如果黄宗智在选择样本时，与《淡新档案》和《宝坻档案》一样，在《巴县档案》中主要选取同治、光绪时期的样本，那么或许就会得出完全不同的统计结果和结论。

① 黄宗智：《成文法典与州县审判》，白凯、黄宗智编《清代与中华人民共和国的民法》，斯坦福大学出版社，1994，第 144、185 页（Philip C. C. Huang, “Codified Law and Magisterial Adjudication in the Qing”, Kathryn Bernhardt and Philip C. C. Huang. eds., *Civil Law In Qing and Republication China*. Stanford, Stanford University Press. 1994, p. 144, p. 185.）；黄宗智：《民事审判与民间调解：清代的表达与实践》，中国社会科学出版社，1998，第 78、231 页。

② 黄宗智：《成文法典与州县审判》，第 181 页；黄宗智：《民事审判与民间调解：清代的表达与实践》，第 227 页。

同样处在清末同治年间，巴县与太湖厅的诉讼和审判方式为何如此不同？对此，可以归结出若干要因。第一要因是两地的人口问题不同。众所周知，清代的四川省人口激增，而最大的问题是从1851年开始持续数十年之久的太平天国之战，对太湖厅与巴县两地的人口变动造成了不同的影响。据推算，巴县所在的四川省重庆府在太平天国之前的咸丰元年（1851）有455万人，太平天国失败后的光绪六年（1880）则增加到559.4万人，人口增加20%以上。另一方面，太湖厅所在的江苏省苏州府，1851年人口为654.3万，至1880年则骤减为236.7万人。这30年间该地区人口实际减少60%以上。<sup>①</sup>太平天国军从苏州城撤退是同治二年（1863）。虽然说这一人口数据是整个苏州府的，现在尚无法找到能够证明太湖厅人口变化程度的具体数据，但毫无疑问，1880年前后太湖厅不存在在巴县所面临的人口压力。

导致两地明显差异的第二个要因，是社会形态的差别。当时的太湖厅属于苏州，却是与苏州城并不一样的乡村社会；而巴县则位踞该地最大都市重庆的具有重要地位的中心地区。施坚雅（Skinner）曾指出，在长江上游地区，1843年前后的重庆是已与成都并列的特大都市（Metropolitan City）。<sup>②</sup>同治时期的巴县一年间究竟有多少诉讼，将在下文再予论证，然而从《巴县档案》中确实能够感受到，其诉讼数量之多、社会的痛苦与活力之大，无疑都与当时人口的压力，以及作为都市社会及其近郊所特有的因素有关。

第三个要因是巴县正处在开发过程中，并且是移民聚集的中心地；相比之下，太湖厅则是已臻于成熟的社会。巴县是一批又一批追赶时代潮流的新移民植根之地。美国之所以会成为诉讼社会，其中要因之一就是那里是数百年来一批又一批的新移民不断植入而构成的社会。清代同治年间的巴县也确是如此。同治时期的《巴县档案》中充满了这种极端危险的活力。例如，重庆城面临长江和嘉陵江，常常发生翻船事故，死者众多，并因此成讼。其原因多数是船夫经验不足，或者超载搭客和装载货物所致（水运，No. 14395、14405）。恐怕当时社会秩序的建构完善远远赶不上人口与物质激增的速度，因此，生活在这里的人们比较粗野，而社会则处在尚未成熟的状态。

① 曹树基：《中国人口史》第5卷《清时期》，复旦大学出版社，2001，第691~696页。

② G. William Skinner, "Regional Urbanization in Nineteenth-Century China", in G. William Skinner ed., *The City in Late Imperial China*, Stanford, Stanford University Press, 1977, p. 215. 《中国王朝末期的都市——都市与地方组织的阶层构造》，今井清一译，晃洋书房，1989，第6页。

态。与之相比，嘉庆时期开始至同治时期的《太湖厅档案》中，则显示出当地居民比较稳重和保守。19世纪的太湖厅民众似乎有意识地避免诉讼，而且不使诉讼长期不决。我们可以看出，他们接受了无讼的理念，认为极力避免兴讼可以为自身带来利益，只要地方官的判决不是完全不合情理，他们就遵从该判决。这是只有在安定和成熟的社会中才能看到的情形。

通过《太湖厅档案》和《巴县档案》的比较可以看出，即使是在同一个时期，即清末同治时期，太湖厅与巴县的诉讼和审判方式也截然不同。费孝通在开弦弓村进行社会调查是在1936年，据一份人口统计，1933年苏州府的人口为243.5万，<sup>①</sup>假定这个数据基本准确的话，与《太湖厅档案》形成的光绪六年（1880）前后的人口数236.7万相比，几乎没有发生什么变化。可以说，费孝通所描述的“无讼”的“乡土社会”，正是在《太湖厅档案》中所见的类型。

如果是这样，与费孝通“无讼论”相契合的社会形态无疑是存在的。但是，这种基于体验并加以概念化的中国农村社会的典型形象，并不能意味着是普遍存在的；相反，恰恰是建立在一些偶然性极强的因素之上。如果费孝通曾访问巴县的农村，是否也会抽象出同样的“乡土中国”的概念呢，这显然是值得怀疑的。再者，“无讼论”肯定不适用于生活在城市中的大众。通过以上对费孝通“无讼论”的检讨，必须承认，中国在同一历史时期曾经出现过诉讼社会与非诉讼社会并存的局面。因此，本文首先需要对论述的重点加以明确界定，即主要围绕中国历史上诉讼社会这一侧面展开研究。

## 二 无冤的理念与现实

以上分析了费孝通的“无讼论”中存在的问题。但是，无讼的理念及其实践还有一些其他问题需要关注。其中之一是，无讼的理念必须与无冤的理念并论，才能作为一种重要的要因对中国社会诉讼数量的增减变化发生直接的作用。

所谓无冤的理念是指：孔子确实提出了无讼的理念，并成为为官者延续两千年重要的政治指针。但是，实现这一理念的困难不言自明，因为人与人之间的不平或不满一旦积聚爆发，诉讼的发生不可能完全避免。因此，孔子只不过是陈述自己“一定要实现无讼世界”愿望而已。而事实上，历史上不时有人指出：“舜亦难使无讼”“使民无讼，古帝尤难之”“无讼圣人所难”，

<sup>①</sup> 曹树基：《中国人口史》第5卷《清时期》，第459页。

等等。其二，被寄予厚望的农村的调解，其作用并不足以被依赖。因为，担任调解人的“长老”有时本身就是当地的豪强，或者是横行乡里、无恶不作、破坏秩序的罪魁祸首。<sup>①</sup>他们常常就是威胁民众生活的元凶，当然不可能进行公正的调解。不仅如此，“长老”往往是作为承担国家徭役而被指派去进行调解的，而绝非因其擅长调解，或受到当事人欢迎而值得信赖。徭役是谁都不愿意承担而避之不及的，但只有有钱有势的人才能免除，所以往往是那些既无才能又无势力的穷人被派去调解。这些人缺少调解所必需的权威，诉讼当事人也不会对其作出的裁断心悦诚服。这种情况，在费孝通的调查被告中所描述的他亲身经历的调解现场中亦有所体现。他写道：“最有意思的是保长从不发言，因为他在乡里并没有社会地位，他只是个干事。”正是由于保长是不得不干的苦差事，所以他们理所当然地希望从中获利，即谋求贿赂，自然也就无法指望他们能做出公正的调解和裁断。

这里的问题是，社会在推崇“无讼理念”的同时，又产生出另外一种理念，即希望尽可能由县以上的官府来受理诉讼、作出公正审判，并将其作为为官者的责任。民间各种各样的争议，包括围绕土地交易、家产继承或者徭役负担等出现的各种纠纷，常常积累而最终引发诉讼，而当事人基于前述“情理意识”以某种形式提出主张的事件也屡见不鲜。即使是在“欺诈诉讼”的情况下，当事人也会振振有词地举出自己的道理和人情依据。这种情况与“冤抑”的感觉形成一种相反相成的关系。所谓“冤抑”，是指自己感到受到对方不讲情理的不当对待，或者诉讼当事人提出一种主张而时常使用的用语。<sup>②</sup>“冤抑”的“冤”通“怨”，诉讼当事人的怨气首先是针对自己施以不当行为的对方当事人。其次，怨气也是针对审判的控诉，即在感到判决不公时，对地方官所表达的冤情和怨气。所谓“无冤理念”是要求为官者必须尽力通过公正的判决而消除民间的“冤”即“怨气”，同时自身也需要防患于未然，避免因诉讼造成冤情，引发或扩大民众对自己的怨气。

自汉代将儒教奉为统治理念之日起，“无冤的理念”就已经产生，一直延续到清末，始终是统治者努力实现的目标。《汉书》就已经将“天下无冤民”作为应予褒奖的政绩。<sup>③</sup>《后汉书》曾记载了以下故事：陈寔任太丘县县长时，司官（监察官）将到其属地视察。陈寔的属下官吏担心县民向司官投诉，试图加以禁止。但陈寔则认为“讼以求直，禁之理将何申，其勿有所

① 中岛乐章：《明代乡村的纷争与秩序——以徽州文书为史料》，汲古书院，2002，第331～334页。该书用私受词状和武断乡里之语举出了若干事例。

② 寺田浩明：《权利与冤抑——清代听讼世界的全体像》，《法学》第61卷第3号，1997。

③ 《汉书》卷七一《于定国传》，第3043页。



拘”。司官闻之而叹息曰：“陈君所言若是，岂有怨于人乎”。结果“亦竟无讼者”。<sup>①</sup>

这一事例说明，从后汉时代起，无冤的理念曾被一些为官者所切实实践。无冤的理念与无讼的理念相辅相成，共同存在并相互补充，这一点颇具意趣。但是，值得回味的是，如果没有陈寔那样独特的地方官，其治下的民众恐怕会将司官的到来视为倾诉冤情和怨气的最佳时机，而地方官则会千方百计地试图遏制或消灭这种陈情的行为。之所以这样说，因为这一佳话与后述王符的《爱日篇》有关，因为陈寔与王符大致是同时代的人。《陈寔传》所提到的司官（监察官），据说是州从事，或郡督邮，<sup>②</sup>无论是哪一种职务，当时到太丘县来的都带有监察使命。

无冤的理念后来作为诉讼制度，发展为中国特有的两个制度。一个是上诉（上控）制度，另一个是禁止告状不受理的制度。

其中明确规定上诉制度的法令，至少在隋代已经出现，如规定在诉讼中当事人如果有冤抑不满，而县府无法处理时，当事人可以向上一级的郡府投诉，在郡仍无法处理时，则可以到州，直至中央的省提起上诉，如果仍得不到处理，可以向宫廷（阙）提起申诉；此后如仍有不满，则可以直接通过登闻鼓进行申诉。<sup>③</sup>宋代也规定了县（知县）—州（知州）—路（监司）—中央省部（尚书、刑部）的上诉途径。<sup>④</sup>实际上，这类上诉盛行的情况在此后的《清明集》中可以看到。清代嘉庆五年（1800）规定：“军民人等遇有冤抑之事，应先赴州县衙门具控。如审断不公，再赴该管上司呈明。若再有屈抑，方准来京呈诉。”<sup>⑤</sup>根据以后的《巴县档案》所见，当时的上诉称之为上控，常常采用从县（知县）—府（知府）—道（道员）—省（布政司）的途径；而称之为京控的到北京上诉的情况非常盛行，这也是《中国诉讼社会史研究》第8章的作者阿风的论文所探讨的情况。<sup>⑥</sup>

另一方面，根据当时的法令规定，民众在提起诉讼中即使诬告，官府也

① 《后汉书》列传第五二《陈寔传》，第2066页。标点根据吉川忠夫训注《后汉书》第7册，岩波书店，2004，第500页。

② 一说为《后汉书集解》卷六三所引沈钦韩之说。有关州从事见严耕望《中国地方行政制度史》上编卷上《秦汉地方行政制度》，中研院历史语言研究所，1974，第305页以下。郡督邮见同书第138页以下。

③ 《隋书》卷二五《刑法志》，第712页。

④ 《宋会要辑稿·刑法三》，中华书局，1957，第6582~6591页。

⑤ 胡星桥、邓又天主编《读例存疑点注》，中国人民公安大学出版社，1994，第679页。

⑥ 阿风：《清代的京控：以嘉庆朝为中心》，夫马进编《中国诉讼社会史研究》第8章，第332页。