



法学文库

何勤华 主编

明清讼学研究

Litigation Knowledge in Ming and Qing Dynasties

龚汝富 著



商務印書館

法学文库 主编 何勤华

明清讼学研究

龚汝富 著

法学文库
MINGQING SONGXUE YANJIU
明清讼学研究
龚汝富 著

商务印书馆
(北京王府井大街36号 邮政编码 100710)
北京王府井大街36号 商务印书馆发行
北京王府井大街36号 商务印书馆发行
ISBN 978-7-100-06284-0

商务印书馆

2008年·北京

图书在版编目(CIP)数据

明清讼学研究/龚汝富著. —北京:商务印书馆,
2008.12
(法学文库)
ISBN 978-7-100-06264-0

I. 明… II. 龚… III. 诉讼—研究—中国—明清时代
IV. D925.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 196225 号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

本书得到江西财经大学科研经费资助

法学文库

MINGQING SONGXUE YANJIU

明清讼学研究

龚汝富 著

商务印书馆出版

(北京王府井大街36号 邮政编码 100710)

商务印书馆发行

北京瑞古冠中印刷厂印刷

ISBN 978-7-100-06264-0

2008年12月第1版

开本 880×1230 1/32

2008年12月北京第1次印刷

印张 10%

定价: 23.00 元

总 序

商务印书馆与法律著作的出版有着非常深的渊源,学界对此尽人皆知。民国时期的法律著作和教材,除少量为上海法学编译社、上海大东书局等出版之外,绝大多数是由商务印书馆出版的。尤其是一些经典法律作品,如《法律进化论》、《英宪精义》、《公法与私法》、《法律发达史》、《宪法学原理》、《欧陆法律发达史》、《民法与社会主义》等,几乎无一例外地皆由商务印书馆出版。

目下,商务印书馆领导高瞻远瞩,加强法律图书出版的力度和规模,期望以更好、更多的法律学术著作,为法学的繁荣和法治的推进做出更大的贡献。其举措之一,就是策划出版一套“法学文库”。

在当前国内已出版多种法学“文库”的情况下,如何体现商务版“法学文库”的特色?我不禁想起程树德在《九朝律考》中所引明末清初大儒顾炎武(1613—1682)的一句名言。顾氏曾将著书之价值界定在:“古人所未及就,后世所不可无者。”并以此为宗旨,终于创作了一代名著《日知录》。

顾氏此言,实际上包含了两层意思:一是研究成果必须具有填补学术空白之价值;二是研究对象必须是后人所无法绕开的社会或学术上之重大问题,即使我们现在不去触碰,后人也必须要去研究。这两层意思总的表达了学术研究的根本追求——原创性,这也是我们编辑这套“法学文库”的立意和目标。

具体落实到选题上,我的理解是:一、本“文库”的各个选题,应是国

内学术界还没有涉及的课题,具有填补法学研究空白的特点;二、各个选题,是国内外法学界都很感兴趣,但还没有比较系统、集中的成果;三、各选题中的子课题,或阶段性成果已在国内外高质量的刊物上发表,在学术界产生了重要的影响;四、具有比较高的文献史料价值,能为学术界的进一步研究提供基础性材料。

法律是人类之心灵的透视,意志的体现,智慧的结晶,行为的准则。在西方,因法治传统的长期浸染,法律,作为调整人们生活的首要规范,其位亦尊,其学亦盛。而在中国,由于两千年法律虚无主义的肆虐,法律之位亦卑,其学亦微。至目前,法律的春天才可以算是刚刚来临。但正因为是春天,所以也是一个播种的季节,希望的季节。

春天的嫩芽,总会结出累累的果实;涓涓之细流,必将汇成浩瀚之大海。希望“法学文库”能够以“原创性”之特色为中国法学领域的学术积累做贡献;也真切地期盼“法学文库”的编辑和出版能够得到各位法学界同仁的参与和关爱,使之成为展示理论法学研究前沿成果的一个窗口。

我们虽然还不够成熟,但我们一直在努力探索……

何勤华

于上海·华东政法大学

法律史研究中心

2004年5月1日

General Preface

It's well known in the academic community that the Commercial Press has a long tradition of publishing books on Legal science. During the period of Republic of China (1912—1949), most of the works and text books on legal science were published by the Commercial Press, only a few of them were published by Shanghai Edition and Translation Agency of Legal Science or Shanghai Dadong Publishing House. Especially the publishing of some classical works, such as *on Evolution of Laws*, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, *Public Laws and Private Laws*, *the History of Laws*, *Theory of Constitution*, *History of the Laws in European Continents*, *Civil Law and Socialism* were all undertaken by the Commercial Press.

Now, the executors of Commercial Press, with great foresight, are seeking to strengthen the publishing of the works on the study of laws, and trying to devote more to the prosperity of legal science and the progress of the career of ruling of law by more and better academic works. One of their measures is to publish a set of books named "Jurisprudential Library".

Actually, several sets of "library" on legal science have been published in our country, what should be unique to this set of "Juris-

prudential Library”? It reminded me of Gu Yanwu’s (1613–1682) famous saying which has been quoted by Cheng Shude (1876–1944) in *Jiu Chao Lv Cao* (*Collection and Complication of the Laws in the Nine Dynasties*). Gu Yanwu was the great scholar of Confucianism in late Ming and early Qing Dynasties. He defined the value of a book like this: “the subject covered by the book has not been studied by our predecessors, and it is necessary to our descendents”. According to this principal, he created the famous work *Ri Zhi Lu* (*Notes on Knowledge Accumulated Day by Day*).

Mr. Gu’s words includes the following two points: the fruit of study must have the value of fulfilling the academic blanks; the object of research must be the significant question that our descendants cannot detour or omit, that means even if we didn’t touch them, the descendants have to face them sooner or later. The two levels of the meaning expressed the fundamental pursuit of academy: originality, and this is the conception and purpose of our compiling this set of “Jurisprudential Library”.

As for the requirement of choosing subjects, my opinion can be articulated like this: I. All the subjects in this library have not been touched in our country, so they have the value of fulfilling the academic blanks; II. The scholars, no matter at home and or abroad are interested in these subjects, but they have not published systematic and concentrated results; III. All the sub-subjects included in the subjects chosen or the initial results have been published in the publication which is of high quality at home or abroad; IV. The subjects chosen should have comparatively high value of historical data, they

can provide basic materials for the further research.

The law is the perspective of human hearts, reflection of their will, crystallization of their wisdom and the norms of their action. In western countries, because of the long tradition of ruling of law, law, the primary standard regulating people's conducts, is in a high position, and the study of law is also prosperous. But, in China, the rampancy of legal nihilism had been lasting for 2000 years, consequently, law is in a low position, and the study of law is also weak. Until now, the spring of legal science has just arrived. However, spring is a sowing season, and a season full of hopes and wishes.

The fresh bud in spring will surely be thickly hung with fruits; the little creeks will coverage into endless sea. I hope "Jurisprudential Library" can make great contribution to the academic accumulation of the area of Chinese legal science by it's originality; I also heartily hope the colleagues in the area of legal study can award their participation and love to the complication and publication of "Jurisprudential Library" and make it a wonderful window showing the theoretical frontier results in the area of legal research.

We are not mature enough

We are keeping on exploring and seeking

He Qinhua

In the Research Center of Legal History

East China University of Politics and Law, Shanghai, P. R. C.

May 1st, 2004

目 录

序	徐永康 1
绪 论	4
一、讼学	4
二、选题	6
第一章 中国古代社会关于诉讼的价值理念	8
第一节 诉讼的内涵与释义	8
一、“讼”之含义	8
二、“讼”之解析	9
第二节 鼠雀之讼与甘棠理念	19
一、鼠有角,雀有牙	19
二、甘棠听讼	21
第三节 健讼、速讼与息讼的现实基础	24
一、珥笔健讼	24
二、讼贵速决	28
三、息讼有道	33
第二章 民间法律知识的形成与传播	41
第一节 民间法律知识形成的主要渠道	41
一、民间法律知识的形成	41
二、官方法律知识的普及与教育	45
第二节 从邓析到哗鬼讼师、恶讼师	60

2 明清讼学研究

一、邓析之徒	60
二、鬼恶讼师	62
第三节 从《邓析子》、《公孙龙子》到《邓思贤》、《公理杂字》	66
一、《邓析子》与《公孙龙子》	66
二、《邓思贤》与《公理杂字》	68
第四节 讼师的寄托空间	71
一、书铺、酒肆与茶馆	71
二、歇家与私塾	73
第三章 明清法律职业与讼师形成之考察	76
第一节 明清士人出路歧异与法律角色	76
一、士人多歧路	76
二、士绅的法律角色	82
第二节 刑名师爷与讼师的职业异同	87
一、刑名师爷	87
二、刑名师爷与讼师的博弈	90
第三节 讼师队伍的层次考察	94
一、讼师之恶	94
二、良恶有别	97
第四节 职业讼师的标准及其流变	99
一、业余讼师	99
二、职业讼师	101
第四章 讼师秘本的制作及其基本内容	105
第一节 讼师秘本的基本特质	105
一、流传诡秘	105
二、取名玄乎	107
三、语言夸张	109
四、内容雷同	110

第二节 讼师秘本制作:经验与素材	112
一、讼师秘本的经验来源	112
二、讼师秘本的素材来源	116
第三节 现存讼师秘本的版本和内容述略	120
一、夫马进等人的研究	120
二、补充若干版本	124
三、讼师秘本的主要内容	128
第五章 讼师秘本与其他法律著作之比较	136
第一节 讼学的主要载体	136
一、构讼之书	136
二、讼师秘本对法律的解读	139
第二节 与律学著作之比较	142
一、立场地位	143
二、价值观念	146
三、解释法律的方法	147
四、设定的读者群体	149
第三节 与刑幕读本之比较	152
一、秘密与公开	154
二、注重程式与意在决胜	155
三、诠释规则与夸大其词	157
四、富有个性与千篇一律	158
第四节 与案例判牍之比较	159
一、判牍中的情理法	159
二、讼师秘本对情理法的利用	163
第五节 与公案传奇之比较	165
一、公案传奇中的法律内容	165
二、与讼师秘本的内容关联	166

第六章 讼师秘本对法律的理解及其技巧	170
第一节 诠释律例的一种灵活方式	170
一、本诸情理	170
二、贴近生活	172
三、别出心裁	175
第二节 理解法律的角度、目标与方法	181
一、致君泽民	181
二、奇正相生	184
三、解律有法	186
第三节 讼师秘本的逻辑	193
一、装点情理	193
二、以轻作重	197
第四节 出奇制胜的诉讼技巧	198
一、讼不轻举	199
二、智烛机先	201
第五节 讼师秘本常用术语	203
一、技巧术语	204
二、写作技巧	206
三、语言技巧	208
第七章 明清时期国家对讼师秘本的厉禁	210
第一节 讼师、讼师秘本、讼学对明清社会的冲击	210
一、坏人心术,诱导险诈	211
二、信口雌黄,破坏团结	213
三、费时荒业,破产倾家	215
四、嚣讼公堂,拖累官府	216
第二节 明清时期国家对讼师与讼师秘本的认定	218
一、讼师的身份认定	219

二、讼师秘本的认定	223
第三节 明清时期国家对讼师秘本与讼师的查处	227
一、天网恢恢,疏而有失	227
二、多管齐下,严厉打击	231
第八章 明清讼学对司法制度的影响	239
第一节 提高了民众的法律知识	239
一、民间法律读本	239
二、诉讼历练	245
第二节 刺激了民众参与诉讼的热情	247
一、诉讼纠纷日增	247
二、从业者相习成风	250
三、家族团体诉讼盛行	252
四、讼案屡拖难结	255
第三节 对封建司法制度的潜在挑战	257
一、积案难清	257
二、多方干预	260
三、学不济用	261
第四节 对官方的司法审判改革形成压力	263
一、砥砺官箴,端正观念	264
二、改进制度,查漏补缺	270
附 录	285
九种讼师秘本目录及部分内容摘录	285
一、《珥笔肯綮》	285
二、《新镌透胆寒》	287
三、《新刻法笔惊天雷》	288
四、《新刻校正音释词家便览萧曹遗笔》	292
五、《新刻法家萧曹雪案鸣冤律两便刀》	293

6 明清讼学研究

六、《警人新书(新刻法笔)》	294
七、《江西万载佚名讼师底本(甲)》	298
八、《江西万载佚名讼师底本(乙)》	304
九、《江西万载佚名讼师底本(丙)》	309
参考文献	316

后 记	331
-----	-----

一、《警人新书(新刻法笔)》	二
二、《江西万载佚名讼师底本(甲)》	第二章
三、《江西万载佚名讼师底本(乙)》	一
四、《江西万载佚名讼师底本(丙)》	二
五、《警人新书(新刻法笔)》	三
六、《江西万载佚名讼师底本(甲)》	四
七、《江西万载佚名讼师底本(乙)》	廿三章
八、《江西万载佚名讼师底本(丙)》	一
九、《警人新书(新刻法笔)》	二
十、《江西万载佚名讼师底本(甲)》	三
十一、《江西万载佚名讼师底本(乙)》	四
十二、《江西万载佚名讼师底本(丙)》	廿三章
十三、《警人新书(新刻法笔)》	一
十四、《江西万载佚名讼师底本(甲)》	二
十五、《江西万载佚名讼师底本(乙)》	三
十六、《江西万载佚名讼师底本(丙)》	廿四章
十七、《警人新书(新刻法笔)》	一
十八、《江西万载佚名讼师底本(甲)》	二
十九、《江西万载佚名讼师底本(乙)》	三
二十、《江西万载佚名讼师底本(丙)》	泉 调
二十一、《警人新书(新刻法笔)》	泉 调
二十二、《江西万载佚名讼师底本(甲)》	一
二十三、《江西万载佚名讼师底本(乙)》	二
二十四、《江西万载佚名讼师底本(丙)》	三
二十五、《警人新书(新刻法笔)》	四
二十六、《江西万载佚名讼师底本(甲)》	正

序

在中国古代法制史上,就制度的层面而言,诉讼审判皆为各级官府垄断,其特点是在以专制皇权为核心的大一统体制下,官员据法、据礼或据“理”进行裁断,其方式乃以主审官为中心的纠问式,故既不需要抗辩式审判方式下所必具的律师等相关专业人士,也根本不容民间各色人等置喙。且国家法文化所倡导的“无讼”观念以及由此建立的法律制度,必然排斥讼师的存在,加之缺乏行业自律和职业伦理意识,民众对讼师之类的人物接受程度也很低。如春秋时期邓析那样授徒研习辩论并助人参与诉讼活动的例子则属偶发事件,其遭诛杀的命运也说明这种行为不为官方认可,律学独立后讲律学讼者稍多,类似申韩刑名之术的研习和传播也在不事声张的情况下低调进行,民间熟于词讼事务的讼徒虽未成气候,却也未绝迹。然自有宋以降,随着社会转型而出现的新情况,延续千年的司法传统发生了变化,以帮人写状词打官司为业的讼师潜滋暗长,逐渐形成了一个职业群体,活跃于司法活动的过程中。到明清之际,更是成为不可阻遏的现象,特别是在古代徽州、江西、两湖、福建等地区,由于民间利益之争的加剧,“好讼”观念的转强及“健讼”实践的需求使讼师大行其道,导致其发展的势头也更盛。这一情况对明清地方司法运作过程的影响是相当大的。

有讼师必有讼师秘本,因为讼师并非官府鼓励或倡导的行当,从此业者只能私相传授、归纳总结,并要躲避官府的查毁而秘密刻印研习,讼师秘本便是其有关知识传授的渠道。有讼师秘本就会形成讼学,讼

师秘本是讼学的核心载体,在某种程度上也是中国古代律学的重要组成部分,尽管只是偏门旁说。因此,欲了解明清时期民刑诉讼的具体情况,便不得不探究明清时期的讼师秘本和讼学。由于历代政府的严厉打击和禁止,讼师秘本的流传实属大不易,对其进行系统的研究更是困难事,直到最近数十年赖一批学者艰苦搜寻梳理,古代讼学的演变轨迹才逐渐清晰起来,这些成果,对中国法律史的研究是大有帮助的。

实际上,在官方的话语系统之外,任何时期都可能存在民间的言说话本,即便在公权力控制格外森严的司法领域也是如此。正是这种多渠道多路径的意见表达,在推定着法制的发展。重视对官方档案和文件以外的资料进行研究,无疑是其独特价值的。

龚汝富所著《明清讼学研究》一书是在博士论文基础上进一步研究的成果。就如作者本人所言,对江西地区古代社会的健讼问题及由此形成的讼学所具有的学术兴趣是其研究和写作的动因,而在教学之余广泛搜集的明清以来散存民间的法律文献资料则是其研究的重要基础,在这些资料中,就有数量相当可观的讼师秘本。作者通过阅读大量的法律典籍、讼师秘本、诉讼档案、民间抄案、契约文书、官方判牍批词、公案小说和戏曲、谱牒文献等,为研究明清时期的讼师与讼学打下了相当扎实的基础。

本书的特点也比较明显,作者运用明清诉讼档案文献和有关的讼师秘本,把讼学研究置于诉讼过程的实际应变中,对其进行动态的全方位考察。由民间法律知识的传播渠道和方式、明清法律职业的状况,分析明清职业讼师的活动情况;再进而探讨讼师秘本的性质特点、讼师秘本和其他法律著作的区别、讼师秘本在诉讼活动中的使用情况以及国家对其的态度。作者总结的明清讼学对司法制度四个方面的影响也给人以启发:如同小草在石缝中倔强冒头,发端于乡野、为强权所打压和禁绝的讼学最终还是让民众更加贴近了诉讼,同时让传统司法制度多

多少少有所改变。而讼师秘本所透露出的那种实用、技巧、机变乃至狡黠的特点也未必不是一种草根智慧吧,毫无疑问,它给中国传统法律文化增添了一抹奇异的色彩。在这个意义上,我们也应感谢作者在明清讼师秘本堆里的辛勤梳爬。

徐永康

2008年11月11日于上海