

中国古代 民事诉讼制度

张晋藩 / 著



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

中国古代 民事 诉讼制度

张晋藩 / 著



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

中国古代民事诉讼制度 / 张晋藩著. —北京: 中

国法制出版社, 2018. 6

ISBN 978-7-5093-9234-8

I. ①中… II. ①张… III. ①民事诉讼—司法制度—
研究—中国—古代 IV. ①D929.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 022345 号

策划编辑 舒丹 马颖

责任编辑 靳晓婷

封面设计 杨泽江

中国古代民事诉讼制度

ZHONGGUO GUDAI MINSHI SUSONG ZHIDU

著者 / 张晋藩

经销 / 新华书店

印刷 / 三河市紫恒印装有限公司

开本 / 640 毫米 × 960 毫米 16 开

印张 / 29.25

字数 / 351 千

版次: 2018 年 6 月第 1 版 / 2018 年 6 月第 1 次印刷

书号: ISBN 978-7-5093-9234-8

定价: 86.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码: 100031

传真: 010-66031119

网址: <http://www.zgfs.com>

编辑部电话: 010-66034242

市场营销部电话: 010-66033393

邮购部电话: 010-66033288

(如有印装质量问题, 请与本社印务部联系调换。电话: 010-66032926)

(一)

中国进入二十世纪以后，清政府为了维持风雨飘摇的局面，宣布预备立宪，制定了一系列仿西方的法律，传统的律学也为近代的法学所代替。但是自民国时起，在半个多世纪的时间里竟然没有一本中国民法史的著作，由此也影响到对于民事诉讼制度史的研究，出版的著作屈指可数，而且语焉不详。这不是偶然的，西方法学者关于中国古代只有刑法，而无民法，民事诉讼依附于刑事诉讼的观点，在一段时间内起着主导的作用，在其影响下，中国学者也缺乏认真的、实事求是的研究，以致二十世纪八十年代初期出版的《中国司法制度史》中竟然完全略去古代民事诉讼制度而不述，使人们对中国古代司法制度产生了跛足之感。

从二十世纪中叶开始，我陆续发表了关于中国古代民法的论著，同时也将研究的视野移向中国古代民事诉讼制度。1996年发表了《中国古代民事诉讼制度通论》。1999年我在《清代民法综论》一书中专列一

章，论述清代民事诉讼制度的状况与特点。同年还出版了我与两位博士生合写的《中国民事诉讼制度史》。本书就是以《中国民事诉讼制度史》为基础，综合历年研究成果和新资料撰写成的。

(二)

在法制文明发达很早的中国，从西周起便形成了礼乐政刑综合治国的政治制度和明德慎罚的法制建设原则，并且在司法实践中开始了民事诉讼与刑事诉讼的初步分野，这是为史书和地下文物的新发现所证实了的。因此，中国古代民事诉讼制度不仅具有悠久的历史，而且内容丰富，特色鲜明，它的发展轨迹是和社会经济的发展，尤其是和民事法律关系的发展密切联系在一起的。

《周礼·秋官·大司寇》提出“争罪曰狱”，“争财曰讼”。郑氏注曰：“讼，谓以财货相告者；狱，谓相告以罪名者。”^①因此，刑事案件审理称为“断狱”，民事案件的审理称为“弊讼”。作为所有权关系转移凭证的“傅别”“约剂”，成为司法官审判民事案件的根据。如果说古文献记载尚不足证，那么地下文物的发现则提供了确切的物证。著名的《召鼎》《珣生簠》《鬲攸从鼎》《儻匜》都在铭文中记录了属于民事案件审理的全过程，包括起诉、受理、调解、代理、判决与执行、誓审等。尽管尚不完备，但确实是民事诉讼的原型，证明了中华法文化不仅起源早，且具有东方文明古国的典型意义。

由于两周时期刑事诉讼与民事诉讼还没有严格意义上的区分，侵

^①（清）阮元校刻：《十三经注疏·周礼注疏》卷三十四《秋官·大司寇》，中华书局1980年版，第870页。

权与犯罪也没有明确的界定，因此民事诉讼中的民事责任是一种惩罚性的，败诉的一方如不履行则与背誓同罪，处以刑罚。

随着社会经济的发展与土地由“王有”向私有过渡，涉及田土所有权与债权的民事争讼一天天增多，从而推动了民事诉讼制度的进步。可以说，两周时期民事诉讼与刑事诉讼已经从混沌中见泾渭，汇合中显支流。

(三)

由秦汉至隋唐是中国古代法制趋于成熟和定型的时期，司法制度也同样达到了相应的发展程度。但是过去的研究者只注重研究秦、汉、唐的刑事诉讼制度，而忽略了这一时期民事诉讼制度的发展。从现有的律、典、竹简、木牍以及敦煌文书中可以发现，这一时期，民事诉讼无论是程序还是审判制度，都已达到某种规范化的程度，出土的汉代简册和敦煌唐文书就证明了这一点。

由于中国古代重公权轻私权，国家的基本大法是刑法，民事诉讼经常是依附于刑事诉讼，民事权利也主要是通过刑事附带民事诉讼的方式加以保护。这在汉简《侯粟君所责寇恩事》的案例中得到确切的证明。不仅如此，《侯粟君所责寇恩事》还显示了民事案件由被告居住地司法机关受理，其审理权由县廷行使，被告须针对原告起诉的事项进行答辩，以及民事案件中重调查程序等。

标志着封建法制成熟与定型的《唐律疏议》对于民事诉讼的管辖与受理已有了专门的规定。此外，对于民事案件的起诉、期间、越诉、终审、官司应受理而不受理的责任等，也都作出了明确规定。出土的吐鲁番唐文书中，保留了唐代民事诉讼制度方面的珍贵史料，如

—中国古代民事诉讼制度

民事诉讼的判决不限于原告当事人的请求，而是综合与本案有关的事实与法律关系，有的也涉及终判的法律效力等。

（四）

由宋迄清是中国古代经济的发展时期，也是民事法律以及与之相联系的民事诉讼制度的发展时期。现存的大量案例档案说明，这一时期民事诉讼的对象更为复杂，程序更为详细，原则更为明确，反映了中国古代民事诉讼制度发展至相当完备的阶段。如果将这一时期有关民事诉讼的法令、法规、条例、诏旨等加以汇编，堪称一部颇具体系与规模的民事訴訟法典。

两宋在中国历史上虽然国势不振，但土地私有权的广泛确立，推动了商品经济与货币关系的发展，商业城市迅速兴起，海外贸易也达到了空前繁荣的水准。与此相联系的民事法律与民事诉讼制度都得到了前所未有的充实。两宋时期针对民事诉讼的复杂性划分了级别管辖、地区管辖和移送管辖。同时，限定原告必须是直接利害关系人方得起诉。凡“讼不甘己事者”处以杖刑或决配，^①以防止刁顽之徒，无端构讼，从中渔利。但允许老幼、残疾人以及妇女遣令家人代为诉讼。

由于宋朝奉行不抑兼并的政策，土地的流转加快，权势者通过巧取豪夺，侵犯下户——自耕农的土地所有权，威胁到专制制度的基础，为此法律允许“下户”在“务限”期内（即农忙季节停讼期内）

①【日】寺田浩明：《日本的清代司法制度研究对“法”的理解》，载《明清时期的民事审判与民间契约》，法律出版社1998年版，第113页。

提起诉讼，甚至可以越诉，以示对“下户”利益的保护。地方官如应受理而不受理者，治罪，但不得受理证佐不明、超过法定时效的诉讼。特别值得提出的是，宋朝允许卑属在财产问题上，如分产不公，控告尊亲属，这在宋以前和以后都是少见的，反映了两宋商品经济的发展和私有权观念的深化对于传统的“重义轻利”伦理意识的冲击。

为了避免民事诉讼拖沓不决，影响当事人的生产与生计，宋朝时明文规定县审当日结案，如须提供新证，不得超过五日；州审十日结案，监司审半月结案，无故违限，准许越诉陈告。然而在强调效率的同时，却也带来了司法官争取于限期内结案而往往草率从事的消极后果。

宋朝对民事案件的审理，十分重视证据的作用。证据分为书证、物证、证人、证言等。其中书证更具有证明价值，凡“交易有争，官司定夺，止凭契约”^①，“考察虚实，则凭文书”^②。为了辨别书证的真伪，常委托代写状词的书铺辨验；如对当事人争议的标的物或物证有疑，官府还要进行现场勘测，搜取证据。

宋朝在司法上采取“鞠谳分司”的制度，审与判各有专司，互相制约，以保证审公断准，有法为据。这是宋朝在司法制度上的新创造。这项制度也适用于民事诉讼。对于判决不服者，允许逐级上诉，“人户讼诉，在法：先经所属，次本州，次转使，次提点刑狱，次尚书本部，次御史台，次尚书省”，直到诣登闻鼓院，进御状。宋朝不定民事审级限制，以使当事人有更多的机会上诉申理，澄清事实，减

① 中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校：《名公书判清明集》卷五《户婚门·争业下》“物业垂尽卖人故作交加”，中华书局1987年版，第153页。

② 中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校：《名公书判清明集》卷九《户婚门·库本钱》“质库利息与私债不同”，中华书局1987年版，第336页。

少冤抑。为了使民事判决的执行迅速落实，官府可依法采取强制措施，并组成专门的执行机构。

综上所述，宋朝的民事审判制度建树颇多，是中国古代民事诉讼制度史上的重要发展阶段，它所创造的新制度、新原则、新经验对于元明清各朝都有直接渊源意义。

元朝虽然是一个不尚法制的时代，但其司法制度却有特色，又有一定的贡献。譬如在法典中专列“诉讼”门，反映了实体法与程序法的进一步分野，因而是法制史上的一大发展。

由于元朝是以蒙古贵族为领导的政权，无论制度建设，还是政策措施，都表现出了民族统治的时代特色，如专设剖决蒙古王公贵族案件的司法机关大宗正府。此外，不同的民族和等级各有专属管辖，并辅以“约会”制度，以联合审判不同户籍诉讼人之间的刑民事案件，致使机构重叠，司法权分散，效率低下。

对于提起民事诉讼条件之一的书状，元朝时强调诉讼请求必须明确并提出证据，否则不予受理。对于代写诉状的书状人也提出了严格的责任要求，不得刁难拖沓，敲诈勒索，否则治罪。

此外，民事诉讼制度值得提出的，一是采取原告就被告的原则，而不论民族与身份，起了开先例、启后世的作用；二是扩大了民事代理的范围，致仕官与现任官均许令同居、亲属、家人代诉，其他老幼、残疾、笃疾及妇女的代理规定，基本定型；三是凡调解结案之诉，当事人不得重新提起诉讼，以示调解结案所具有的法律效力；四是涉及伤风败俗，淆乱伦常，营私损公之类的民事案件，均附以刑罚。

元朝为了适应统治全国的需要，在汉民族先进法律文化的影响下，开始注意运用法律手段调整社会关系，建立秩序。但终元之世，

军事封建主义统治肆行，政治腐朽，吏治败坏，司法黑暗，狱讼淹滞，许多规定具文而已。

明朝是专制主义强化的朝代，在管理体制上发生了重大变化，也影响到了民事审判机构的变化。例如，里长于申明亭可以剖决民事案件，巡按御史和巡抚也执掌一定的民事审判权。由于明朝实行卫所制，因此军户间的民事案件归军卫审理，军户与民户间的争讼，采取元时的约会制度，由军卫与有司联合审理。

在起诉的形式上，明朝允许“口告”，即口头陈诉，但审判机关需记录清楚。至于词状，可以自己书写，也可请人代写，以便于诉讼当事人及时起诉。为了维护当事人的利益，赦免以前的民事案件，需要改正者，仍可追究，这是与刑事诉讼不同的。

明初为了维护专制主义中央集权的体制，严禁豪强势要之人侵夺小民的财产，以致此类案犯常由皇帝派遣锦衣卫擒拿归案，可以说是明代特别民事强制措施。此外，从维护专制主义出发，监察机关系统被赋予广泛的民事诉讼受理权与司法监察权。

在民事审判过程中，司法机关经常运用“立案不行”的民事裁定手段，驳回程序不合的起诉或上诉。负责接受京师地区民事起诉与全国各地民事上诉的通政使司，便是一个有权作出民事裁定的机构。民事裁定的运用，表明对于民事诉讼程序的要求日趋规范。至于判决，无论是给付之判、确认之判，还是变更之判，经常附带刑罚。但也注意区分诉讼标的是动产或不动产，官物或私物，以及主观上的故意或过失。

对于涉及王公、贵族、中官的民事诉讼案件，称为“事重”之案，要“赍状奏闻”皇帝，司法机关不得擅断，以示与一般“常事”之案的区别。

—中国古代民事诉讼制度

民事判决的执行，采取从速的原则，但不得私自动用败诉一方的财物，而只能请求官府执行，尤其不准没身折酬。对于刑事附带民事案件的执行，较之一般民事案件严厉，并不许适用减免原则。

清朝是中国的末代封建王朝，法制以完备著称，虽仍无单一的刑事或民事诉讼法，但随着民事案件的增多，民事诉讼逐渐从民事依附于刑事的状态走向独立，在审判程序和法律适用方面，都形成了自己的特色。

清朝进一步规范了官吏违反民事诉讼程序的法律责任，无故不予受理之罚最高可至杖八十。如受财，则计赃以枉法从重论。审理民事案件的州县衙门，必须置立“循环簿”，填写当月已结、未结案件及其缘由，以便上级司法机关和监察机关检察与监督。

清朝的民事案件实行州县自理原则，称为州县自理案件，而且严定于事犯地方告理，不得在原告所住州县呈告。这一点与刑事诉讼要求于被告所在地，或犯罪所在地呈告的多种管辖不同。州县受理案件以后，根据案情可批令亲族、绅耆、邻佑调处。调处是在官府的制约下进行的，也是官吏考绩的内容之一。

清朝对民事诉讼实行的限期结案、回避与代理制度，基本如宋制，但也有不同，如卑属不得控告尊属，否则以干名犯义论处。民事审判一般不另作判决书，而是在当事人具结的“甘结”上批“准结”，即为了结。但这并不排斥州县官作出正式的判决。

1840年鸦片战争以后至1911年辛亥革命发生之前，是晚清时期。这一时期中国的海禁大开，社会经济结构、阶级结构、文化意识以至上层建筑组成部分的政制法制，也都相应地发生了重大变化。经过晚清的政治改革与修律，固有的中华法系解体了，西方资产阶级的法律文化广泛输入，并逐步取得了决定中国法制改革方向的主导地位。在

大陆法系的影响下，新修订的法律无论体系、内容、制度、原则，都别开生面。主持修律的沈家本非常重视程序法的作用，他认为诉讼法不完备，实体法也无以观其成。在他的主持下，破天荒地分别起草了民事诉讼律与刑事诉讼律草案，这不仅标志着整个诉讼法律的现代化，也揭开了民事诉讼制度史的新篇章。

(五)

中国古代的民事诉讼制度，受特定国情的影响与整个法制发展状况的制约，形成了以下特点。

其一，民事诉讼与刑事诉讼，分中有合，合中有分。

根据法律文献、档案资料和地下文物的发现，可以证实从西周起民事诉讼便与刑事诉讼有了初步的划分。但在三千多年的发展过程中，刑事诉讼与民事诉讼一直缺乏明确的概念划分。民事诉讼在某些具体情况下是依附于刑事诉讼的，二者分中又有合，同一个法庭，同一个法官，既审理刑事案件，也审理民事案件。诉讼当事人在刑事附带民事诉讼中，无须对民事诉讼专门起诉，因为在对被告进行刑事制裁的同时，也判决了其应当承担的民事责任。除此之外，在民事诉讼中，涉及道德，特别是侵犯亲权的民事案件，往往在判决时也加以刑责以示惩戒，但刑责多少由法官自由裁量，并无具体规定。此类案件多系侵犯伦常关系或家族中的尊长。由于伦常关系是最重要的社会关系，因此侵害伦常关系不仅违反了法律，也为道德所不容。由于家族是一个血缘共同体，侵犯家族中的尊长等于侵犯了以族为代表的血缘共同体，因此除民事制裁外还要施以刑责。直到晚清修律才从法理上分清了刑事诉讼与民事诉讼的区别，并且分别制定了刑事诉讼律和民

事诉讼律草案。

其二，民事纠纷被视为“细故”。

由于民事诉讼涉及的案件大都是民间的田土、债务、婚姻、继承等纠纷，尽管这类案件是大量的，并且与百姓的切身利益密切相关，但在重公权的专制主义国家，此类案件之于国家统治的根本利益并无大碍，因而被看作“细故”“细事”，其受重视程度远不如涉及国家、社会稳定以及人身伤害的刑事诉讼。譬如虽然规定了上诉的程序，但在实际执行中常常是一审终审。不过统治者深知细事不决也会酿成大事，因此在司法实践中仍然及时审理，认真对待，并非法庭遗忘的角落。宋以后，特别是清朝，民事诉讼在各地都超过刑事诉讼的数量，不断发现的清朝司法档案证实了这一点。

其三，伦常礼俗是解决民事争端的重要手段。

在中国古代社会，宗族、家族组织是国家基层行政组织的骈枝，宗法伦常观念是广泛渗透于社会的、具有强大约束力的精神信条。而在儒家思想被奉为统治思想以后，伦理秩序又成为国家极力维护的一种重要的社会秩序。为此，礼的作用被强调，礼的规范获得了法律的强制保证，礼和法共同作用于维护国家的统治。在悠久的血缘地缘关系的作用下，礼俗成为一种习惯，具有超越法律之上的特殊功能，是国家处理民事纠纷的重要依据，以至反映礼俗的家法族规也被用来解决家族内部的民事纷争，族长和家长俨然是代表国家行使族内审判权的法官。如果说礼法结合并用是中国古代法律的特点之一，那么这一点在民事诉讼上表现得尤为突出，依礼俗审判结案的案例占有相当的比重。

其四，调解结案体现了民事诉讼的特殊性。

运用调解解决民事法律纠纷，在中国古代由来已久，两周铜器铭

文中便记录了不少调解结案的案例。发展至汉以后，调解逐渐成为常用的手段。调解的方式多种多样，如官府调解、宗族调解、邻里调解等。调解的依据有法也有礼俗。调解的效力相当于判决，有些案件只有当调解无效时才按程序起诉。在民事诉讼中调解之所以盛行不衰，是和中国古代的国情分不开的。聚族而居的血缘关系，多年毗邻而居的地缘关系，加上以讼为耻、以和为贵的社会意识，以及繁重的讼累，使得广大群众能够接受调解。至于官府，则乐于通过调解达到息讼的目的，既减轻了司法机关的承受力，又是可以夸耀的政绩。但在专制主义的政权和封建主义的族权、父权的影响下，调解也常有某种强制性，违背了当事人的意志，因此只是在不得已的情况下，人们才甘冒“健讼”之名起诉或上诉。

其五，贯穿等级特权原则。

中国古代是以等级特权为特征的社会，这在民事诉讼制度中也有明显的反映。早在《周礼》中便规定：“凡命夫命妇不躬坐狱讼。”按郑氏注：“命夫者，其男子之为大夫者；命妇者，其妇人之为大夫之妻者。”另据贾公彦疏：“古者取囚要辞，皆对坐，治狱之吏皆有严威，恐狱吏褻尊，故不使命夫命妇亲坐。若取辞之时，不得不坐，当使其属或子弟代坐也。”^①在等级森严的中国古代社会，贵贱尊卑以其身份不同，在民事诉讼中的权利地位也不同。例如，王公贵族们的诉讼，一般司法机关无权擅自审理，而需奏闻取旨，获准后方可审理。但是，随着社会经济的发展，以及被压迫等级的斗争，民事权利主体不断扩大。例如，清朝中期以后，原有的“雇工人”除所谓“恩

①（清）阮元校刻：《十三经注疏·周礼注疏》卷三十五《秋官·小司寇》，中华书局1980年版，第873页。

养已久”者外，均为身份自由的雇工。雍正、乾隆时期，奴婢人身依附关系也逐步松弛，有条件地取得了凡人的社会地位。清末宣统元年（1909年）颁行的新刑律，对此专门规定如下：“凡从前旗下家奴，不论系赏给、投充及红契、白契所买，是否数辈出力，概听赎身，放出为民。”^①特别是自雍正朝起迭颁上谕，废除了由来已久、数量众多的贱民的“贱籍”，把他们列入四民，在法律上承认他们与一般平民具有同等的地位。清中叶以后，民事诉讼数量的急速上升，民事权利主体的不断扩大，是和社会群体中身份地位的变化分不开的。

^①《钦定大清现行刑律》卷五《户役》。

第一章 先秦的民事诉讼制度

- 004 第一节 司法机关
- 007 第二节 私有财产权的确立与民事法律的发展
- 010 第三节 初具规模的民事诉讼制度
- 016 第四节 司法官的责任
- 020 第五节 先秦民事诉讼制度的基本特点

第二章 秦汉的民事诉讼制度

- 026 第一节 司法机关
- 030 第二节 管辖与起诉
- 036 第三节 受理与审讯
- 048 第四节 民事责任的追究
- 055 第五节 民事调解

- 057 第六节 判决与执行
- 064 第七节 司法官的责任
- 068 第八节 秦汉民事诉讼制度的基本特点

第三章 唐朝的民事诉讼制度

- 075 第一节 司法机关
- 085 第二节 告诉与受理
- 095 第三节 民事案件的审理
- 110 第四节 民事诉讼的调解、判决与执行
- 117 第五节 司法官的责任
- 125 第六节 唐朝民事诉讼制度的基本特点

第四章 宋朝的民事诉讼制度

- 134 第一节 司法机关
- 143 第二节 起诉与受理
- 156 第三节 民事审判的各种规定
- 161 第四节 证据的认定、辨析与勘查
- 175 第五节 调解与判决
- 182 第六节 民事上诉制度
- 188 第七节 民事执行制度
- 192 第八节 宋朝民事诉讼制度的基本特点