



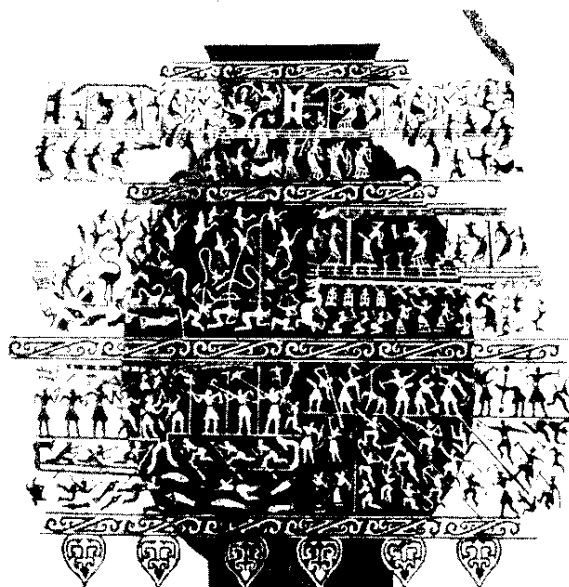
张晋藩 / 主编
巴蜀书社

中国民事诉讼制度史



中国民事诉讼制度史

张晋藩 / 主编



1999.4

巴蜀书社

责任编辑:冯 杰
封面设计:李 南

中国民事诉讼制度史

张晋藩 主编

巴蜀书社出版发行 (成都盐道街三号) 邮编:(610012)
总编室电话(028)6656816 发行科电话(028)6662019
新华书店经销 成都福利东方彩印厂印刷
成都神仙树南郊村工业小区(028)5183822

开本 850×1168 1/32 印张 9.375 字数 200 千
1999 年 5 月第一版 1999 年 5 月第一次印刷
印数:1-1000 册

ISBN7-80523-851-0/D·1 定价:16.00 元

本书如有印装质量问题请与工厂调换

导 言

一

中国古代有无民事诉讼制度？其发展状况如何？有何特点与经验？这些问题同中国古代有无民事法律一样，是法制史学长期困惑的问题之一。十年来，经过学者们的披荆斩棘，殷勤探索，兼以地下文物的新发现，对于中国古代有无民法的问题已经得出了肯定明确的回答，并陆续出版了中国民法史之类的著作。但是迄今为止对于中国古代民事诉讼的研究，仍处于拓荒阶段。现有的中国法制史教材中，有的虽涉及民事诉讼制度，但言之寥寥。甚至在名为《中国司法制度史》的著作中，也竟然完全略去古代民事诉讼制度而不述，使人对中国古代司法制度产生了跛足之感。也还有人囿于前人关于中国古代没有民法的陈旧观点，断言中国古代没有形成民事诉讼制度，而只有刑事诉讼制度。由此可见，认真研究中国古代民事诉讼制度，撰写出符合历史实际的著作，不仅是中国法制史亟待填补的空白，更是研究诉讼制度史不能再付阙如的重要课题。

在法制文明发达很早的中国，就诉讼而言，从西周起便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历史事实。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相一致的。

二

中国古代民事诉讼制度，经历了漫长的发展过程，大致上可以划分为如下几个时期。

（一）民诉与刑诉初步划分时期——两周

两周是中国奴隶制法制由兴盛转向封建法制过渡的时期，从某些方面说来，两周为中国古代法制的发展奠下了始基，其历史地位和深远影响是不容忽视的。诉讼制度也是如此。

早在西周时期的司法实践中已经初步划分了刑事诉讼与民事诉讼的区别。按《周礼·秋官·司寇》：“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。”因此对刑事案件的审理称为“断狱”，对民事案件的审理称为“弊讼”。在民事诉讼中原告与被告均需缴纳类似于诉讼费的“束矢”，否则是“自服不直也”。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》、《琯生簋》、《鬲攸从鼎》、《倮匜》都在铭文中记录了基本上属于民事案件的审理全过程，包括起诉、受理、调解、代理、民事判决的执行，誓审等等。尽管极不完备，但确实是民事

诉讼的原型，证明了中华法文化的起源早，价值高，具有东方的典型意义。

由于两周时期以奴隶制的宗法等级特权为特征，因此在不同等级之间发生的民事诉讼，实行不平等的诉讼原则，法律维护不平等主体之间的不平等权益。

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民事责任，败诉的一方要受到惩罚。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。

(二) 民事诉讼制度的定型时期——秦汉至唐

由秦汉至隋唐是中国封建法制趋于成熟和定型时期，诉讼制度也同样达到了相应的程度。但是过去只注重研究秦、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、木牍以及文书中可以发现这一时期民事诉讼无论是程序还是制度，都已臻于法律化，不久前出现的《侯粟君责寇恩事》简册，足以说明这一点。

由于中国封建时代的法制，基本上以刑法作为调整人身关系和财产关系的手段，因此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的方式加以保护。这在《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；以及民事案件注重调查程序等等。

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，对于民事案件的终审权、起诉、期间、越诉、官司应受理而不受理的责任等，也都作出了规定。出土的吐鲁蕃唐文书中，也保留了唐代民事诉讼制度方面的珍贵史料，如民事诉讼的判决不限于原告当事人的请求，而是综合了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等。

（三）民事诉讼的发展时期——宋至清

由宋迄清是中国封建经济的发展时期，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，显示了中国古代民事诉讼制度发展至最后阶段的状态。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，堪称是一部颇具体系与规模的封建民事诉讼法典。

两宋在中国历史上虽然国势不振，但由于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取得了前所未有的进步与充实。两宋时期针对民事诉讼的复杂性而划分了级别管辖、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，以防止刁顽之徒，无端构讼，从中渔利。但允许老幼、残疾人以及妇人可以遣令家人代为诉讼。

由于宋朝奉行不抑兼并的政策，使土地的流转加快，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）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，如分产不公可以控告尊亲属，这在宋以前和以后都是少见的。它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，明文规定县审当日结案，如须追证，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。然而在宋朝强调效率的同时，却也带来了司法官争取于限期内结案往往草率从事的消极后果。

宋代对民事案件的审理，十分重视证据的作用。证据分为书证、物证、证人、证言等等。其中书证更具证明价值，凡“交易有争，官司定夺，止凭契约，考察虚实，则凭文书。”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。

宋代在司法上采取“鞠谳分司”的原则，审与判各有专司，互相制约，以保证审公断准，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，它们所创造的新制度、新原则、新经验对于元明清各朝都有直接渊源意义。

元朝继承宋制，在法制建设上既有特色，又有一定的贡献。譬如在法典中专列“诉讼”一篇，无疑是具有开创性的，它反映了实体法与程序法的开始分野，因而是法制史上的重大发展。

由于元代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。如在司法机关上专设剖决蒙古王公贵族案件的大宗正府。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人之间的民事案件，致使机构重叠，司法权分散，效率低下。

作为提起民事诉讼条件之一的书状，元时要求较宋时具体，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。

元代民事诉讼制度值得提出的，一是采取民事诉讼原告就被告的原则，而不论民族与地位，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。其它老幼、残疾、笃疾及妇女的代理规定，均已定型；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。

元朝统一全国以后，为了适应统治全国的需要，并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，恢复经济，建立秩序，因而立法的态度积极，充实了民事法律与

民事诉讼制度。但终元之世，肆行军事封建主义统治，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，行政管理体制发生了重大变化，因而影响到了民事审判机构的变化。例如，里长于申明亭剖决民事案件；通政司受理民事案件后转达刑部听理；军卫受理军户的民事案件；巡按御史和巡抚也执掌一定的民事审判权。在管辖方面，由于分设南北二京，两京刑部各自执掌所辖京师的民事审判，这是与前代异制的。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。特别是只能接受上诉的审判机关，不能受理起诉。

在起诉的形式上，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，赦宥以前的民事案件，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集权的利益，严禁豪强势要之人，侵夺小民的民事权利，以致此类案件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。也正是从维护专制主义出发，赋予监察机关系统以广泛的民事诉讼受理权与上诉权。

在民事审判过程中，明朝司法机关经常运用“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，表明明朝对于民事诉讼程序的要求日趋于规范。至于判决，无论是给付之判、确认之判，还是变更之判，一般都附带刑罚。但也注意区分诉讼标的是动产不动

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，被称为“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。

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。

清代进一步规范了官吏违反民事诉讼程序的法律责任。无故不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原由，以便上级司法机关和监察机关的检察与监督。

清代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，由州县官亲自审理的案件所占比重较小，显示了调处与责惩相结合。调处是在官府的制约下进行的，贯穿了官府的意志。调处息讼是官吏考绩的内容之一。

清代对民事诉讼的审理制度，如限期结案、回避制度、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。当然这并不排斥州县官作出正式的判决。

(四) 民事诉讼制度转型时期——晚清

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法制，也都相应地发生了重大变化，突出地表现为由封建的法制转型为资本主义的法制。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、内涵、制度、原则，都别开生面。从诉讼的制定过程来看，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。

三

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

(一) 民事诉讼与刑事诉讼，分中有合，合中有分。

根据法律文献和地下文物的发现，证明了从西周起民事诉讼与刑事诉讼已有了初步的划分。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。民事诉讼在大多数情况下是依附于刑事诉讼的，二者分中又有合，其表现是同一个法庭，同一个法官，基本上按照同一种程序，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，无需对民事诉讼作专门起诉，因为在对被告进行刑事制裁的同时，也判决了应当承担的民事责任。

(二) 民事诉讼的标的被视为“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，但在重视公共权益的专制主义国家统治者看来，却是与国家统治的根本利益并无多大影响，因而看作是“细故”，其重视程度远不如涉及国家、社会稳定的刑事诉讼。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，明清时期尤其是如此。

(三) 强调依礼解决民事争端。

在中国古代社会，宗族组织是国家基层行政组织的骈支，宗法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，礼的规范被赋予保证实施的某种强制力，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，礼具有超越法律之上的特殊功能，成为国家处理民事纠纷的重要依据，以至反映礼的规范的家法族规，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，那么在民事诉讼上表现得尤为突出。依礼审判结

案的比重超过了依法结案的比重。

（四）调解发挥特殊作用。

运用调解来解决民事法律纠纷，在中国古代由来已久，两周铜器铭文中便记录了不少的案例，发展至明清时期，已成为常用的基本手段。调解的方式多种多样，如官府调解、宗族调解、邻里调解等等。调解的依据有法也有礼。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，也是和中国古代的国情分不开的。聚族而居的血缘关系，多年毗邻的地缘关系，加上以讼为耻，以和为贵的社会意识，特别是繁重的讼累，使得广大群众乐于接受调解，尽管专制国家的民事调解不可避免地具有违背当事人意志的弊病。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。

（五）等级特权原则。

不同的等级在民事诉讼中享有不同的权利。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：“古者取囚要辞者，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，不得坐，当使其属或子弟代坐也”。中国古代是一个等级森严的社会，因此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，一般司法机关无权审理，而需奏闻取旨。至于名列贱籍的奴婢等人，既不是权利主体，也不可能平等地参与诉讼。等级特权原则是中国古代民事诉讼最基本的原则。

本书导言、第四章、第六章由张晋藩撰稿。第一章、第二

章、第七章由汪世荣撰稿。第三章由屈超立撰稿。第五章由季怀银撰稿。全书由张晋藩统编定稿。

目 录

导 言	1
第一章 奴隶制民事诉讼制度	1
第一节 奴隶制民事诉讼制度的范围	1
第二节 文献记载中有关的奴隶制民事诉讼制度	5
一、审判主体与受理的条件	5
二、审判方式与原则	6
三、复核制度	8
第三节 铜器铭文所反映的奴隶制民事诉讼制度	10
第四节 奴隶制民事诉讼制度的主要特点	18
第二章 汉、唐的民事诉讼制度	23
第一节 汉、唐的司法机关与民事诉讼制度的确立	23
一、司法机关	23
二、民事诉讼制度的确立	24
第二节 汉、唐民事诉讼制度的主要内容	27
一、管辖与受理制度	27
二、告诉与受理制度	29

三、回避与司法官责任制度	32
四、审讯与证据制度	33
五、法律适用制度	34
第三节 汉、唐民事诉讼制度的主要特点	42
一、教化为主，以求无讼的特点	42
二、德礼为本，缘情以断的特点	44
三、重实体而轻程序的特点	46
第三章 两宋的民事诉讼制度	49
第一节 司法机关	49
一、地方审判机关	49
二、京师和中央审判机关	54
第二节 起诉与受理	58
一、民事诉讼管辖	58
二、起诉的有关规定	60
三、受理民事诉讼的有关规定	65
第三节 民事审判制度	70
一、法官回避制度	70
二、民事审理期限	71
三、民事审理中的强制措施	71
四、对事实的审理过程	73
第四节 调处与判决	79
一、调处	79
二、民事判决	82
第五节 民事上诉制度	86
一、上诉的程序及方式	86