

中国法律史学会 中国社会科学院法学研究所 主办

法史學刊

【2019年卷·总第14卷】

CHINESE JOURNAL OF LEGAL HISTORY NO.14, 2019

柴荣 潘遥遥

《名公书判清明集》中南宋的土地诉讼活动

王帅一

明清时代的缔约行为：家族文书中的体现

张宁

清代苗疆控制中的「官法」与「苗例」关系

以整饬跨省人口交易为例

聂鑫

民国监察院：从独立监察机关到「半个议院」

王立

中国古代法官职业道德探源与启示



集人文社科之思 刊专业学术之声

刊 名：法史学刊
主办单位：中国法律史学会
中国社会科学院法学研究所
主 编：张 生
执行主编：王帅一

CHINESE JOURNAL OF LEGAL HISTORY N0.14, 2019

编辑委员会（以姓名拼音为序）

高 恒 高汉成 高旭晨 刘海年 马小红 齐 钧 苏亦工 孙家红 吴玉章
徐立志 杨一凡 尤韶华 俞鹿年 张冠梓 张 生 张少瑜

主 编：张 生
执行主编：王帅一
编 务：田纯才

2019年卷 · 总第14卷

集刊序列号：PIJ-2018-241
中国集刊网：<http://www.jikan.com.cn/>
集刊投约稿平台：<http://iedol.ssap.com.cn/>

中国法律史学会 中国社会科学院法学研究所 主办

法史學刊

【2019年卷·总第14卷】

CHINESE JOURNAL OF
LEGAL HISTORY NO.14, 2019

主 编 张 生
执行主编 王帅一

编者寄语

《法史学刊》是由中国法律史学会与中国社会科学院法学研究所主办，中国法律史学会秘书处与中国社会科学院法学研究所法制史研究室组织编辑的专业性学术集刊。集刊内容涵盖中外法制史、中外法律思想史、法律文化等法律史学科的各个分支，间或旁及法理学、部门法学、哲学、历史学、人类学、社会学、民族学等法律史学得以滋养的学科领域。

《法史学刊》原名《法律史论集》，已出版6卷。推始其前身，则可追溯至20世纪80年代出版过的《法律史论丛》第1~3辑。故《法史学刊》第一卷、第二卷作为学会会刊，应为“总第10卷”、“总第11卷”。2016~2017年中国法律史学会又相继编辑出版了《中国法律史研究》两卷为学会会刊。《法史学刊》2019年卷承继学脉、接续传统，则应为“总第14卷”。

《法史学刊》虽然几易其名，但始终秉承百花齐放、百家争鸣的宗旨，以遵守学术规范、维护学术道德、增进学术交流、追求学术创新为原则，力争办成海内外法史学人沟通信息、抒发心得、切磋学问、阐扬良知的学术园地。

《法史学刊》拟分设固定栏目和互动栏目。固定栏目初设“法史前沿”、“法律文化”、“评论译介”和“史料文献”四门，旨在反映法史学科的最新探索，展现法律文化研究的多彩景观，评析学术作品，介绍新见史料，解读文献，传扬知识。

互动栏目则视稿源状况并依同仁提议设立，我们鼓励读者、作者、编者间的交流互动。学界同仁可以围绕某一专题展开深入的研讨，也可着重展示某一特定地域的制度和文化，还可以追忆难忘旧案，推介优秀学人，畅谈学术思想、治学方法，抑或聊聊自己读书、游学的心得偶见，趣闻逸事等。

《法史学刊》固然离不开编辑人员辛勤的双手，但更主要的还是要倚

法史学刊（2019年卷·总第14卷）

重学界同仁的热心、慷慨与宽容。我们坚信，没有读者、作者、编者的心灵沟通、戮力同心，这个尚显稚嫩的学术园地便不可能枝繁叶茂，绿树成荫，四季常青。

“文化是民族的血脉，是人民的精神家园。文化自信是更基本、更深层、更持久的力量。中华文化独一无二的理念、智慧、气度、神韵，增添了中国人民和中华民族内心深处的自信和自豪。”新时代的《法史学刊》不设夷夏之防，没有歧视与偏见，不分读者、作者、编者之畛域，没有老中青学者间之代沟，不忘学术之初心，以期传承中华优秀传统文化。

《法史学刊》编委共识

2006年仲秋初笔

2008年谷雨改笔

2018年大雪三笔

目 录

法史前沿

- 《名公书判清明集》中南宋的土地诉讼活动 柴 荣 潘遥遥 / 3
- 明清时代的缔约行为：家族文书中的体现 王帅一 / 18
- 清代苗疆控制中的“官法”与“苗例”关系
——以整饬跨省人口交易为例 张 宁 / 52
- 民国监察院：从独立监察机关到“半个议院” 聂 鑫 / 81

法律文化

- 中国古代法官职业道德探源与启示 王 立 / 105
- 西夏刑事侦查制度考略 姜 歆 / 119
- 天下无私：清律中的自然资源“所有权” 谢 晶 / 133

评论译介

- 外国法制史课程现状及其教学改革刍议 崔林林 / 155

法史学刊（2019 年卷·总第 14 卷）

也谈“读书万卷不读律”

——兼及中国古代士大夫的法律观 张 群 / 167

2017 年日本的中国法制史研究概况 ... 赤城美惠子 撰 赵 晶 译 / 183

法史学人

千淘万漉细耕耘 双鬓向人无再青

——高恒先生学术道路和治学风格 王肃羽 / 189

注释体例 / 205

约稿函 / 208

法史前沿

《名公书判清明集》中南宋的土地诉讼活动

柴 荣 潘遥遥*

摘 要：南宋的土地诉讼主要是农地、林地、墓地以及寺田等因交易、分家析产以及界至混乱等引发。以《名公书判清明集》为样本，可以看出，南宋司法官员在司法实践中大多根据律令，运用证据确定事实的方式审慎、有效地处理土地纠纷。《名公书判清明集》中大多运用判决、调解、不受理三种方式解决土地诉案。在关涉亲属的土地纠纷案件中，审判官员会充分考虑情、理、法的关系。透过《名公书判清明集》中的土地诉案可以看出，南宋民众的义利观发生转变、宗族观淡化，朝廷对律令的运用非常重视，而且审判官法律素养有所提高。

关键词：南宋 土地诉讼 情理 法律

法律是一个社会的重要面相，是社会关系的反映，要了解一个社会的司法运行状况离不开法律所依附的社会背景。宋代“不立田制”、“不抑兼并”的土地政策推动了土地私人权属的深入以及土地交易的频繁，商品经济的发展使传统的宗族观念及义利观念发生变化；纠纷一旦发生，解决纠纷是当事人的首要诉求，而寻求纠纷解决途径的背后折射出的是解纷机制的社会成效以及当事人的价值诉求。南宋时期，随着商品经济的发展，民众财产意识日益增强，立足于“以和为贵”、“息事宁人”的调解已不能完全满足民众对解纷实际效果的追求以及自身利益的诉求。

* 柴荣，北京师范大学法学院教授、博士生导师；潘遥遥，北京师范大学法学院硕士研究生。

一 兴讼语境与社会实践：《名公书判清明集》中土地诉讼的背景与类型

南宋是整个封建社会变革与转型的重要时期，传统的小农经济向商品经济转型，并对小农经济的形态产生影响。土地在商品经济中的基础性地位及自由流转使民众对于田地有强烈的需求以及占有的欲望，从而形成“人户交易田土，投买契书，交争诉界至，无日无之”^①的现象，因土地纠纷而产生的诉讼成为南宋诉讼活动中重要的构成部分。

（一）南宋土地诉讼兴盛的时代背景

“法律的规定和实施、法律的存在与发展，离不开最庞大的社会客体——中下层民众，离不开日新月异的社会生活，离不开发展变化的社会结构。”^②南宋时期土地允许买卖，土地流转速度空前加快，“千年田换八百主”、“有钱则买，无钱则卖”是当时社会的典型现象，再加上人多地少的矛盾，频繁流转造成土地所有权的混乱，产生纠纷。

同时，从土地在南宋社会生活中的重要意义来看，“土地是农业国家最重要的社会资源，最基本的生产资料”。^③土地纠纷虽被官府认为是民间“细故”，但与普通民众的日常生活密切相关，不仅关系着民众的衣食住行，也决定了在主要依靠土地积累财富的古代社会中他们的社会地位。

再者，商品经济发展强烈地冲击了民众传统的义利观念。传统社会所强调的“义”重于“利”的观念随着土地经济价值的提升而开始发生变化。对于家庭内部的土地纠纷，理学家程颐一针见血地指出：“后世骨肉之间，多至仇怨忿争，其实为争财。”^④同时，寻求诉讼解纷的另一个重要原因还在于民众对公平正义的需求，并借助法律来实现自己对土地的正当

① 徐松点校《宋会要辑稿·食货三之一八》，中华书局，1957年影印本，第4844页。

② 张仁善：《中国法律社会史的理论视野》，《南京大学法律评论》2001年春季号，第96页。

③ 郑定、柴荣：《两宋土地交易中的若干法律问题》，《江海学刊》2002年第6期，第114页。

④ 程颐、程颢：《二程集·河南程氏遗书》卷十七，王孝鱼点校，中华书局，1981，第177页。

诉求。这就促使关于土地纠纷的解决途径由宗族调解转向诉讼领域。

（二）土地诉讼的类型

所谓“土地纠纷”主要是指农地、山地、林地、墓地以及寺田等因交易、分家析产以及界至混乱等造成的纠纷。根据对《名公书判清明集》（以下简称《清明集》）中判词的统计，涉及土地诉讼的案件共有 111 件，占《清明集》总数的 1/5 强。笔者根据诉讼当事人双方之间的关系，将其分为四类，分别为普通民事主体之间的土地纠纷、亲属之间的土地纠纷、邻里之间的土地纠纷以及僧凡之间的土地纠纷。

表 1 《清明集》中土地诉讼类型一览

类型	普通民事主体之间	亲属之间	邻里之间	僧凡之间
件数（件）	56	44	7	4
占比（%）	50.45	39.64	6.31	3.6

从表 1 中可以看出，除普通民事主体之间的土地纠纷之外，亲属之间的土地纠纷成为南宋土地纠纷的重要组成部分。

普通民事主体之间土地纠纷争议的焦点主要在于，契约不明以及买卖后不离业所造成的典卖与抵当的纠纷。南宋时期，土地交易必须经官府的输税印契才具有法律上的效力。官府印契也称为“红契”，没有经过官府加盖官印的则称“白契”。白契之所以存在主要是因为经官府加盖官印的红契需要缴纳相关的税费：“始收民印契钱，令民典卖田宅，输钱印契，税契限两月。”^①除此之外，地方官府可能会巧立名目，从而使民众宁愿选择没有保障的“白契”也不愿意承受过重的赋税压力。

典卖是南宋土地交易的合法形式，与典卖相对应的抵当却不被官府承认。典卖与抵当的主要区别在于是否离业以及割税，“不过税，不过业，其为抵当，本非正条”。^②对于卖主而言，采用抵当的方式可以不失去对土

① 马端临：《文献通考》卷十九《征榷考六》，上海师范大学古籍研究所、华东师范大学古籍研究所点校，中华书局，2011，第 545 页。

② 《名公书判清明集》卷六《抵当不交业》，中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校，中华书局，1987，第 167 页。

地的占有权,又可以进行短期融资,但会造成土地权属以及国家赋税的混乱。“已卖而不离业”、“抵当不交业”、“以卖为抵当而取赎”等案件均为违法抵当造成的,审判者需“官司理断交易,且当以赤契为主,所谓抵当,必须明辨其是非”。^①

亲属之间的土地纠纷主要围绕家产盗卖、出继子及寡妇的土地权利展开。随着经济利益对民众血缘亲情观念的冲击,以及朝廷对“别籍异财”的放宽,家产盗卖屡见不鲜。对于立继,很大程度上是以过继为名行夺财之实,从而引发叔侄、叔嫂、兄弟之间的争讼。《清明集》中关于过继土地之争的案件就有“侄与出继叔争业”、“嫂讼其叔用意立继夺业”、“欺凌孤幼”等。寡妇的土地权利,除了对丈夫财产的继承权之外还有其本身所有的奁产权利。“继母将养老田遗嘱与亲生女”、“禁步内如非己业只不得再安坟墓起造垦种听从其便”以及“诉奁产”等案件均肯定了妇女对夫家财产的遗嘱处分权和奁产所有权。

从案例来看,邻里之间土地纠纷产生的原因主要为未遵守先问亲邻制度。先问亲邻制度设计的目的在于:一是维护宗族内部土地的稳定性,二是避免相邻土地间因界至以及灌溉等产生相邻权纠纷。^②同时南宋法律应势多变,民众对先问亲邻制度的适用有所偏差,如胡石壁在“亲邻之法”一案的判词中对先问亲邻制度做了详细的阐述,指出“亲邻”意为“本宗有服纪亲之有邻至者,如有亲而无邻,与有邻而无亲,皆不在问限”。^③

僧凡之间的土地纠纷,由于当事人之间的身份差异,一旦发生纠纷很难依靠调解解决,从而只能寻求官府诉讼解决。有些寺僧依仗自己身份的特殊性频起纠纷,如由寺僧提起的诉讼有“寺僧争田之妄”、“白莲寺僧如琰论陂田”以及“崇真观女道士论掘坟”。在该类案件中,南宋审判官并没有因为寺僧的特殊地位而给予优待,甚至对其不断嚣讼的行为极其

① 《名公书判清明集》卷六《以卖为抵当而取赎》,中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校,中华书局,1987,第169页。

② 参见郑定、柴荣《两宋土地交易中的若干法律问题》,《江海学刊》2002年第6期,第116页。

③ 《名公书判清明集》卷九《亲邻之法》,中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校,中华书局,1987,第308页。

反感。

（三）《名公书判清明集》中的法律适用分析

“社会现实和法律条文之间，往往存在着一定的差距，如果只注重条文而不注重实施状况，只能说是条文的、形式的、表面的研究，而不是活动的、功能的研究。”^①南宋审判官的判词体现的是立法以及司法实践两方面的结合，审判官对法律适用的直接方式就是，通过对法条的援引抑或对法意的阐释从而做到在审判中“揆之以法”。

审判文书中的法律援引。宋代在土地方面的法律规定较为详备，并且会根据社会情况对土地规定进行及时调整。就法律援引而言，通过对《清明集》中111件土地诉讼案件的梳理，发现有51件直接援引了法条，占土地诉讼的45.95%。

南宋审判官员在司法实践中大多能够根据法律规定作出公正的判决。部分未按法律规定进行判决的，主要存在以下两种情况。一是按照法律规定不应受理的案件，但为了达到息讼的目的，审判官还是根据查证的事实或经过逻辑推理对案件作出判决。如“游成讼游洪父抵当田产”一案，根据法律规定，土地交易三年后，官府对于交易纠纷不再受理，但当初游成和游洪的父亲在土地交易时就是违法抵当，因而为了维护交易秩序以及解决纠纷，审判官还是作出了“今岁收禾，且随宜均分，当厅就勒游成退佃，仰游洪父照契为业，别召人耕作”的判决，^②以绝争讼。二是基于维护宗族情感以及保护贫弱，即使原非法意，但是“官司从厚”，作出合理的判决，同时在判决中明确法律的最后保障功能，从而达到解决纠纷的目的。如“熊邦兄弟与阿甘互争财产”一案，按律应作户绝处理，但是审判官基于兄弟之间的情感维护作出将熊资的田产一分为三，熊邦两兄弟及阿甘各一份的判决，同时为杜绝纷争，附有“照条施行”的警示。^③

证据定讞事实原则的适用。证据定讞事实是南宋土地司法审判主要的

① 瞿同祖：《瞿同祖法学论著集》，中国政法大学出版社，1998，第5页。

② 《名公书判清明集》卷四《游成讼游洪父抵当田产》，中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校，中华书局，1987，第105页。

③ 《名公书判清明集》卷四《熊邦兄弟与阿甘互争财产》，中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校，中华书局，1987，第110页。

原则,南宋“积累了一套成熟的辨析和运用言词证据与实物证据的方法、策略与技术”,^①很好地践行了“据众证定罪”的原则。南宋土地诉讼中涉及的证据种类主要有四种。(1)书证,主要指“干照”、“契书”等能够证明双方之间土地交易事实的文书。“大凡田婚之讼,惟以干照为主”,^②“官府理断典卖田地之讼,法当以契书为主”。^③审判官通过“索到干照”^④、“执出砧基”^⑤,并从契约中的土地基本情况、买卖时间、字迹浓淡及签字画押等方面来判断土地交易的真伪及合法性。(2)言词证据,主要指当事人及证人的陈述。言词证据具有主观性和随意变动性,但南宋审判官员也意识到,正是由于这种局限性从而能够在各方的陈述中找到矛盾点,探析案件真相。(3)鉴定意见,即以“书辅”为鉴定机构对“干照”、“契书”等书证的真伪性作出判断的意见。但书辅只能对书面文件进行鉴定,是一种静态的验证方式。(4)勘验笔录,现场勘验则是审判官亲自或委派其他衙吏现场去查证争议土地的实际情况,是动态的、直接的、客观的验证方式。南宋审判官相信“旁求证左,或有伪也;直取证验,斯为实也”。^⑥

综上,南宋在土地诉讼审判时,审判官员非常注重根据证据来查证诉讼请求案件的事实,展现了他们对土地诉讼的审慎态度以及公正、有效解决纠纷的理念。

(四)《名公书判清明集》中的土地诉讼处理方式

判决、调解以及不予受理是南宋民事诉讼的三种处理方式。《清明集》涉及的 111 件案例中,大部分案件审判官员都以判决的方式来解决纠纷,

① 张本顺:《宋代家产争讼及解纷》,商务印书馆,2013,第9页。

② 《名公书判清明集》卷六《争田业》,中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校,中华书局,1987,第179页。

③ 《名公书判清明集》卷九《孤女赎父田》,中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校,中华书局,1987,第315页。

④ 《名公书判清明集》卷四《吕文定诉吕宾占据田产》,中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校,中华书局,1987,第106页。

⑤ 《名公书判清明集》卷四《寺僧争田之妄》,中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校,中华书局,1987,第127页。

⑥ 转引自朱文慧《南宋社会民间纠纷及其解决途径研究》,上海古籍出版社,2014,第126页。

仅有6件涉及调解，4件被裁定不予受理。

诉讼—判决方式。《清明集》展现了南宋审判官员在土地诉讼中最常见的处理方式：查证事实—逻辑推理—寻找法律依据及权衡各方面的因素—作出判决。而司法审判中的权衡主要体现在亲属之间的土地纠纷中，审判官员基于两造之间的亲情维系适当地在判决中作出变通。在“妻财置业不系分”一案中，审判官翁浩堂判决由陈圭赎回儿媳蔡氏之田虽有违“随嫁田”的规定，但实质上仅是对交易对象的变通，从而维护了纠纷三方各自的利益。^①同时相对于现代民事审判的被动裁判而言，南宋审判官员在审判中更具有主观能动性，其裁判范围并不局限于当事人的诉求，同时也对诉讼中其他不合法理的地方一并作出判决。在“罗械乞将妻前夫田产没官”一案中，审判官就对阿王与罗械违法成婚的情况作出合离的判决。^②

总之，南宋在司法审判中已经形成了一套完善的判决处理方式，依法审断是审判官处理土地争讼案件的主要方式。同时针对亲属之间的纠纷以及诉讼中不合情法的地方，审判官也会表现出较大的主动性与能动性，在判决中作出变通以绝往后的词讼。

诉讼—调解方式。调解是古代社会解决民间纠纷的主要方式。在传统乡村社会中，受“熟人”的社会环境、根深蒂固的民间习俗以及庞大的宗族力量等因素的影响，调解成为解决纠纷的首选方式具有天然的正当性。这种正当性在关涉身份关系的纠纷时尤其明显，但在土地纠纷中，当事人之间情感上的需求远低于对利益的追求。《清明集》以调解解决土地纠纷的只有6件，仅占土地诉讼的5%，并且对象主要是亲属之间，如“罗琦诉罗琛盗去契字卖田”、“典卖园屋既无契据难以取赎”以及“张运属兄弟互诉墓田”是兄弟之间的纠纷，“争田业”是祖孙之间的纠纷。然而就土地纠纷中调解的效果来看，真正实现以调解方式结案的只有“张运属兄弟互诉墓田”一案。“典卖园屋既无契据难以取赎”、“争山各执是非当参旁证”以及“伪批诬赖”这三件案例都是审判官努力想以调解方式结案，但

① 《名公书判清明集》卷五《妻财置业不系分》，中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校，中华书局，1987，第140页。

② 《名公书判清明集》卷四《罗械乞将妻前夫田产没官》，中国社会科学院历史研究所宋辽金元史研究室点校，中华书局，1987，第107页。