

# 词讼与案件：清代的诉讼分类及其实践

邓建鹏

**摘 要** 清代立法与司法实践主要受皇帝和官方自我利益因素的驱动，将诉讼事件大致分为词讼（或细事）与案件（或重情）两大类。前者常指户婚、田土等州县官自理型诉讼，后者多为徒刑以上案件，包括人命、强盗等严重的犯罪。这种分类标准既与案情本身性质与构成要素有关，同时也包括事后判决结果及量刑轻重。这两类诉讼的告诉时间规定及裁决依据各有不同：清代法制默许官员对词讼可忽视现有法条，不依法审理，当事人的告诉时间有一定限制；对于案件，则要求官员依法审理，虽然诸如刑部官员可能运用比附等法律适用方法，但依然是以制定法为依据而展开，这对案件判决有决定性影响。词讼与案件的分类以及官府贬低词讼的态度，显示了官僚集团的自利倾向。这种司法环境促使词讼当事人采取一些无可奈何的制度性回应方式。

**关键词** 清代 词讼 命盗 清代诉讼分类

作者邓建鹏，法学博士，中央民族大学法学院教授。

## 引 言

传统中国没有现代那种民事案件与刑事案件以及相对应的民法、刑法以及民事诉讼法和刑事诉讼法的区分。但是，针对不同的诉讼事件，当时依然存在一定的分类。至清代，这种分类更加清晰。诉讼分类很大程度上影响了相关法制及司法实践。近十余年来，清代诉讼与司法实践成为中国法律史研究领域的“显学”。不过，诉讼分类问题长期以来并不受重视，相应的争论或结论甚至存在某种误解。

早前，美国学者艾马克（Mark A. Allee）认为，对清代法庭而言，民事案件只是“细事”，其审理程序与刑事案件区别不大。所有的案件均由一种法律制度予以处理（除了那些涉及官员被控渎职的案件）。“民事”审理程序通常和“刑事”审判没有大的差别，衙门的审理甚为一致。<sup>①</sup> 这种见解，也连同影响了法国学者巩涛（Jérôme Bourgon）。<sup>②</sup> 黄宗智提及，清代州县手册在证明当时理论上

\* 本研究为中央民族大学“985工程”中国民族理论政策与法制研究基地“民族地区多元纠纷解决机制研究”课题研究成果（项目编号：MUC98507-040308）以及中央民族大学“211工程”三期建设项目“民族经济法制史专题研究”的阶段性成果。先后承蒙陈利教授、王亚新教授、李红海教授、陈新宇副教授及杨松涛博士提供一些修订建议，特致谢意，文责作者自负。

① See Mark A. Allee, *Law and Local Society in Late Imperial China: Northern Taiwan in the Nineteenth Century*, Stanford: Stanford University Press, 1994, p.4.

② See Jérôme Bourgon, “Rights, Freedoms, and Customs in the Making of Chinese Civil Law, 1900 – 1936”, in William C. Kirby, ed., *Realms of Freedom in Modern China*, Stanford: Stanford University Press, 2004, p.91.

不存在民事与刑事之明确划分的同时,却又显示在实践上两者是分开的。<sup>③</sup>近年来,张小也提出“词讼”与“案件”在清代“国家与社会层面的适度分离”。“词讼”包括户婚、田土等案件以及一部分轻微刑事案件,“词讼”与“案件”两者之间是一种以刑罚轻重为基础的层级关系。这样的区别,与现代意义的“民刑之分”有着本质上的不同,它并不呈现断裂的特点,反而在一定程度上贯穿着以刑统罪的传统。“词讼”与“案件”之间,没有严格的界限,其分界由地方官员把握。<sup>④</sup>里赞认为,清代诉讼分为“重情”与“细故”。“重情”与“细故”并未形成明文的制度规范。重情与细故的区分,仅在于州县官主观上对案件的轻重把握,故而州县在案件是按“细故”还是“重情”处理的问题上有较大的自主性。二者的法定标准是处罚结果而不是案件本身的构成要素。<sup>⑤</sup>里赞还认为,清代法律以“重情”与“细故”这两个较为模糊的概念来区分案件种类并设计审级。“重情”与“细故”之分,与近现代西方的那种民、刑之分所涵盖的案件范围不可等同。“细故”中有涉伤害和盗窃等案件,它们就民刑划分而言当属刑事而非民事。<sup>⑥</sup>日本学者提出清代“州县自理”审判和“命盗重案”审判的不同概念。“州县自理”审判是指那些经过州、县级行政长官审理并做出判决后,除非当事人不服而上诉,否则就不需要再报送上级官府复审的案件,换句话说,就是州、县级官员可以终审的案件,主要包括民事案件和轻微的刑事案件;而“命盗重案”审判则是指那些经过州、县行政长官审理并做出判决后,无论当事人是否上诉,都必须将案件报送上级官府复审的案件。在“命盗重案”审判中依据的是正式的成文法,而在“州县自理”审判中,裁判者据以裁判的根据却是“情”和“理”。<sup>⑦</sup>但同时,他们又认为,无论是围绕土地边界的矛盾、金钱借贷的争议、家产分割或婚约不履行的纠纷,还是种种斗殴伤害或杀人案件的诉讼,全都先不分种类而直接向行政区划基层的官员即州、县的地方官提诉,然后再根据情况向上级移送。<sup>⑧</sup>胡祥雨的最新研究认为,清代民刑事区分的界线为是否处刑。<sup>⑨</sup>

上述学者虽然对清代诉讼分类有所论及,但迄今尚未有专门的深入研究,且某些见解值得再思考。为此,本文试作以下探讨。

## 一、清代以前的诉讼分类

先秦名学学派中存在“类”的观念,注重对不同事物进行分类。类的观念,影响了后来的法律活动与法学思维。有学者认为,春秋时期人们已能用“类”的范畴察辨事物同异。战国时期,法典体例由“刑名之制”改为“罪名之制”。“罪名之制”是按“罪名”编纂法典,为此,要抓住各罪名本质的内在联系,必须先做到逻辑学上的“审名”、“辨类”。通过分析各“罪名”的涵义,给它下

③ 参见黄宗智:《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》,上海书店出版社2001年版,第206页。

④ 参见张小也:《从“自理”到“宪律”:对清代“民法”与“民事诉讼”的考察——以〈刑案汇览〉中的坟山争讼为中心》,载《学术月刊》2006年第8期。

⑤ 参见里赞:《刑民之分与重情细故:清代法研究中的法及案件分类问题》,载《西南民族大学学报》(人文社科版)2008年第12期。

⑥ 参见里赞:《中国法律史研究的方法、材料和细节》,载《近代法评论》总第2卷,法律出版社2009年版,第184、185页。

⑦ 参见[日]寺田浩明:《日本的清代司法制度研究与对“法”的理解》,王亚新译,载[日]滋贺秀三等:《明清时期的民事审判与民间契约》,法律出版社1998年版,第112页。

⑧ 参见注⑦,第115页。

⑨ See Hu Xiangyu, “Drawing the Line between ‘Civil’ and Criminal Cases: A Study of ‘Civil’ Cases Handled by the Board of Punishment in Qing China”, forthcoming.

一定义来确定它的位置，明确其界限，进而找出各“罪名”的差别，将其归为不同的类。<sup>⑩</sup>这个时期与法律思想相关的分类观念，主要是战国时期李悝等人对罪名的区分，尚未涉及诉讼分类。

之后的文献《周礼·秋官·司寇》称：“以两造禁民讼，入束矢于朝，然后听之。以两剂禁民狱，入钧金，三日乃致于朝，然后听之。”东汉末年经学大师郑玄注谓：“讼，谓以财货相告者”；“狱，谓相告以罪名者”。《周礼·地官·大司徒》还提出：“凡万民之不服教而有狱讼者，与有地治者听而断之。其附于刑者，归于士”。郑玄注云：“争财曰讼，争罪曰狱”。郑玄所谓的“讼”，类似于今日财产纠纷性质的民事案件，“狱”则类似于今日定罪量刑的刑事案件。按照郑玄的说法，《周礼》反映出周朝出现初步区分不同诉讼类型的观念。对此，近年有学者提出不同见解。这种新的看法认为，周时无论民事争讼还是刑案争辩，青铜铭文中都称为“讼”，狱、讼并非区分民、刑程序的标志。在传世文献中，狱、讼在东周以前相通，至少二者不能代表民、刑这两种不同的诉讼程序。西周时，土田、财货之诉也有称为狱的。汉代刑诉程序不见“讼”字，“狱”才代表了刑事程序，当时涉及田债纠纷等的经济类案件以“讼”相称。郑玄正是以汉代狱、讼的不同用法来注解《周礼》。西周的诉讼制度远不如秦汉，当时的民、刑诉讼恐怕并没有区分。在礼仪社会中，“出礼入刑”使依礼断狱成为必然，这使得民刑标准淡漠。<sup>⑪</sup>这说明，在汉代，时人以讼、狱两类诉讼自身性质的不同，来区分涉及财产的诉讼与涉及判定罪名的诉讼。以今日的标准来看，这种诉讼分类显得粗疏，且主要用于司法实践中对不同诉讼的称谓，从传世文献来看，尚未见到当时在立法上对之做出的明确界定，亦不明当时这两种诉讼在司法程序上有何不同。

与前代相比，唐朝对不同诉讼作了较明确的区分。据《唐六典》记载，唐代府设置的户曹与州设置的司户参军掌管“剖断人之诉竞，凡男女婚姻之合，必辨其族姓，以举其违。凡井田利害之宜，必止其争讼，以从其顺”；法曹与司法参军“掌律令格式、鞠狱定刑、督捕盗贼、纠逖奸非之事，以究其情伪，而制其文法，赦从重而罚从轻，使人知所避而迁善远罪”。<sup>⑫</sup>唐代法制尽管没有专门区分民刑事诉讼，案件最后决定权归州府行政长官，但案件具体审理机构已有近似民事（婚姻田土）与刑事（盗贼重罪）的分工。这种做法为后世所延续。此外，《唐律》律条还有“大小事”之分，法条注解认为：“大事，谓潜谋讨袭及收捕谋叛之类”，立法者以谋反、大逆、谋叛等为“大事”，“小事”则为谋反、大逆、谋叛以下罪。<sup>⑬</sup>对“大事”、“小事”的分类，以立法者自身利益及政治安全为标准，这种区分标准及上述实践的惯用做法一同影响了后世。

南宋时，朱熹在其任内为当地民众公布的诉讼规则《约束榜》中提及：“今立限约束，自截日为始，应诸县有人户已诉未获，盗贼限一月，斗殴折伤连保辜通五十日，婚田之类限两月，须管结绝，行下诸县遵从外，如尚有似此民讼，亦照今来日限予决。”<sup>⑭</sup>朱熹将案件分为盗贼、斗殴（折伤）、婚田。前两类大致类似于今日的刑事重案与轻微刑事案件，后一类涉及的范围大体属于民事案件。和这种诉讼分类理念相关，朱熹规定，与盗贼等案件不同，婚田之诉的结案时间长达两个月，由官方给当事人裁决文书（“结绝”）。不过，这种特定官员的规定期限与当时的法令不一样。宋

⑩ 参见高恒：《论中国古代法学与名学的关系》，载《中国法学》1993年第1期。

⑪ 参见南玉泉：《狱讼程序辨析及告制探源》，载霍存福、吕丽主编：《中国法律传统与法律精神》，山东人民出版社2010年版。

⑫ [唐]李林甫等撰：《唐六典》，陈仲夫点校，中华书局1992年版，第749页。

⑬ 参见刘俊文：《唐律疏议笺解》，中华书局1996年版，第1619页。

⑭ [宋]朱熹：《朱文公集》卷一百《约束榜》，载《名公书判清明集》附录六，中华书局1987年版。

代专门规定了民事纠纷结绝期限,比如南宋宁宗嘉定五年(1212)九月,有大臣引用庆元年间的令:“诸受理词诉,限当日结绝。若事须追证者,不得过五日,州郡十日,监司限半月,有故者除之。无故而违限者,听越诉。”<sup>⑮</sup>庆元时期的令要求地方官员对“词诉”当日结案。这种“词诉”显然为简易案件,否则官员不大可能在受理案件的当日就能裁决完毕。

“词诉”(或“词讼”)这个概念,在当时法律中尚未被准确界定范围,比如南宋绍兴十三年(1143)八月,礼部言:“……江西州县百姓好讼,教儿童之书有如《四言杂字》之类,皆词诉语,乞付有司禁止。国子监看详,检准绍兴敕,诸聚集生徒教辞讼文书杖一百,……今《四言杂字》皆系教授词讼之书,有犯,合依上条断罪。”<sup>⑯</sup>此处“词讼”(“词诉”)泛指一切诉讼。元朝至元二十八年(1291)六月中书省奏准《至元新格》规定:“诸论诉婚姻、家财、田宅、债负,若不系违法重事,并听社长以理谕解,免使妨废农务,烦扰官司。”<sup>⑰</sup>元朝法律将“婚姻、家财、田宅、债负”作为与“违法重事”对立的一类诉讼。与唐朝近似,元代官府设置不同机构处理不同案件。县衙门一般设六案(六房),分掌吏、户、礼、兵、刑、工。民事案件主要属户案(房)办理,也与礼案、刑案有一定关系。刑事案件主要属刑案办理,有些与他案(房)有关。<sup>⑱</sup>因此,有学者甚至认为,元朝“民事与刑事诉讼,程序法与实体法已出现了初步分离的趋势。”<sup>⑲</sup>

很明显,在诉讼分类及分类标准方面,明朝初年稳定地继承了元朝的做法。朱元璋发布的《教民榜文》规定:“民间户婚、田土、斗殴相争一切小事,须要经由本里老人、里甲断决。若系奸、盗、诈伪、人命重事,方许赴官陈告。”<sup>⑳</sup>《教民榜文》将“户婚、田土、斗殴相争”与“奸、盗、诈伪、人命”区分为“小事”与“重事”。此分类主要从统治者自身利益角度出发,以是否威胁其统治秩序加以区分。两种诉讼类型导致对应的纠纷处理模式也不同。《教民榜文》将几乎所有涉及“小事”的纠纷——户婚、田土、轻微斗殴、争占、失火、窃盗、骂詈、钱债、赌博、擅食田园瓜果、私宰耕牛、弃毁器物稼穡、畜产咬杀人、卑幼私擅用财、亵渎神明、子孙违犯教令、师巫邪术、六畜践食禾稼及均分水利等在今天看来大都属于民事诉讼(少部分类似现代刑事自诉案件)范围的处理,全部归之于里甲、老人,只有涉及奸、盗及诈伪等重事方才直接由官府受理。《教民榜文》特地分别规定,凡“小事”纠纷不经本管里甲、老人理断,或里甲、老人不能决断,或已经老人、里甲处置停当而辗转告官,或自行越诉者,均给予严惩,以确保这一规定得到实际执行。

据前引元朝《至元新格》,将户婚等细事交给里老、社长等人处理,这是元朝与明初的类似做法。又据《明太祖实录》,洪武二十七年(1394)四月,明太祖“命民间高年老人理其乡之词讼。……命有司择民间耆民公正可任事者,俾使听其乡诉讼,若户婚、田宅、斗殴者,则会里胥决之,事涉重者始白于官,且给《教民榜》使守而行之。”<sup>㉑</sup>由《教民榜文》及《明太祖实录》可知,“乡

<sup>⑮</sup> 《宋会要辑稿·刑法》三之四十至四一。

<sup>⑯</sup> 《宋会要辑稿·刑法》三之二六。

<sup>⑰</sup> 方龄贵校注:《通制条格》,中华书局2001年版,第452页。同样的规定,又见于《元典章》五三“刑部”卷一十五“听讼类”。

<sup>⑱</sup> 参见陈高华:《元朝的审判机构和审判程序》,载陈高华:《元史研究新论》,上海社会科学院出版社2006年版。

<sup>⑲</sup> 钱大群主编:《中国法制史教程》,南京大学出版社1987年版,第291页。有高岩认为:“元代关于诉讼明显地区别民事与刑事,这的确是较唐、宋更为进步的一个事实。”[日]有高岩:《元代诉讼裁判制度研究》,载内蒙古大学历史系蒙古史研究室编:《蒙古史研究参考资料》第18辑(1981年)。

<sup>⑳</sup> 杨一凡、曲英杰、宋国范点校:《中国珍稀法律典籍集成》乙编第一册《洪武法律典籍》,科学出版社1994年版,第639页。

<sup>㉑</sup> 《明太祖实录》卷二百三十二。

间词讼”的诉讼起点为乡村高年老人，涉及户婚、田宅、斗殴等案件，由老人会同里胥共同处理；“事涉重者”诉讼起点为县衙，涉及奸、盗及诈伪等案件，由知县审理。

对不同诉讼类型，明朝后期出版的官箴书告诫官员审案时要有“大小事”之分，其程序、方式及受理时间各有不同。如嘉靖时期官员蒋廷璧提出，审理不同类型的案件时，“小事即时发落赶出，大事从容细审，不可一概将人收监。”<sup>②</sup>“人命强盗大事付房差人提，户婚斗殴小事即时审了。”<sup>③</sup>对于户婚等“小事”，官员可以即时审结，涉及命盗等“大事”的案件，则要细心研审。蒋廷璧还指出，“词状不可付房，吏就要告人钱，亦不可付佐贰，佐贰亦要人钱。不如将小事批里长户首。地方又知下情，不敢多取钱。”<sup>④</sup>“词讼小事批仰里老拘审回报，大事准行亲提，或批送各衙问理，差人酌量地方远近，定立限期，拘勾犯人到官，先要研审所犯情节明白，方可拟罪。问完词讼卷宗并里老呈报批呈事件，查簿填销前件，发房收架备照。若有干系地方人命、强盗、假印重情，先行申达，合干上司。凡申上公文，著各房承行吏先查原发、原行、做稿、呈看，停当方许誊写施行。”<sup>⑤</sup>针对婚户等诉讼，不如责令当地里长、户首负责传唤当事人，一是为了避免衙役等人因“小事”而向当事人索要钱财；二是因为里长、户首对地方纠纷更为了解，有助于调查案情。这种观点为明朝时曾任河南道监察御史的吴遵所响应：“凡准词讼，勾摄不用公差，止批仰本图里长拘唤。”<sup>⑥</sup>但是对于命盗大案，疑犯有一定危险性，适合由衙役等公人拘传。吴遵认为，“除人命强盗奸骗外，其户婚田土愿和者，听。”与命盗要案审理方式不同，对于户婚等“小事”，官员可听凭当事人自行和息结案，<sup>⑦</sup>命盗要案则必须审结后申送上司。可以说，至明朝，传统的诉讼分类观念及其不同司法实践基本固定下来，并在清朝得到延续。同时在语义上，“词讼”一词逐渐指户婚等民事案件，“案件”（或“大事”）则日趋指称命盗等刑事案件。

## 二、清代的诉讼分类

清代诉讼大致分为“词讼”与“案件”两类，不过，这在不同法律文献中的表述略有差异。

《大清律例》“越诉”律规定：“凡军民词讼，皆须自下而上陈告。若越本管官司辄赴上司称诉者，笞五十。注云：须本管官司不受理或受理而枉枉者，方赴上司陈告。”<sup>⑧</sup>此处的“词讼”一词，据其上下文语境，当泛指所有诉讼。这和明初《教民榜文》的“两浙、江西等处，人民好词讼者多，虽细微事务，不能含忍，径直赴京告状”<sup>⑨</sup>中的用法较接近。《教民榜文》中的“词讼”内涵，从前后文意思推论，既包括民事案件（“虽细微事务”，即案涉细微的诉讼），也包括刑事案件。

不过，《大清律例》另规定：“外省民人凡有赴京控诉案件，如州县判断不公，曾赴该管上司暨督抚衙门控诉仍不准理或批断失当，及虽未经在督抚处控告有案而所控案情重大事属有据者，刑部都察院等衙门核其情节，奏闻请旨查办。”此处的“案件”显然系针对命盗等刑事案件而言，因为

② [明] 蒋廷璧：《璞山蒋公政训》，明崇祯金陵书坊唐氏刻官常政要本，载《官箴书集成》第二册，黄山书社 1997 年版。

③ 同注②。

④ 同注②。

⑤ 同注②。

⑥ [明] 吴遵：《初仕录》，明崇祯金陵书坊唐氏刻官常政要本，载《官箴书集成》第二册，黄山书社 1997 年版。

⑦ 参见注⑤。

⑧ 《大清律例》，田涛、郑秦点校，法律出版社 1998 年版，第 473 页。

⑨ 同注⑧，第 639 页。

接下来法条又说：“其仅止户婚、田土细事，则将原呈发还，听其在地方官衙门告理，仍治以越诉之罪。”<sup>⑩</sup>当事人若因“细事”赴京控诉，将被治以越诉罪，故被排除在“案件”之外。“细事”与“案件”的诉讼程序不同。循制度而言，只有“案件”当事人方可上控至京城，刑部都察院才有可能受理、奏请皇帝查办，涉及“细事”的诉讼则只能由地方官审理，京控者则要受到惩治。命盗等重情案件可随时呈告，词讼（婚户田土等诉讼）则必须遵循三、八放告日投交诉状的惯例。如嘉庆二十二年（1817）浙江省按察司发布法令：“除命盗重情随时呈告外，其余词讼事件只许按照告期投呈。”<sup>⑪</sup>否则就如光绪九年（1883）台北府淡水县衙所称的那样，“不遵俟放告日期报递者”，状纸不予受理。<sup>⑫</sup>《大清律例》未统一规定放告日，放告时间多由地方官员设定。因此，各地放告日各有不同。有三八放告，也有三、六、九放告，甚至有的主张每天都放告的。如《钦定训饬州县规条》（雍正八年〔1730〕河东总督田文镜撰、雍正批准颁发各州县通行）规定“州县放告，不可拘三六九日期”。<sup>⑬</sup>《福建省例》则规定对“不候放告日期”者要进行惩治。<sup>⑭</sup>

在清代诸多官方行文中，“词讼”主要涉及田土户婚等纠纷。如雍正五年（1727）四川巡抚宪德奏称：“川省词讼，为田土者十居七八，亦非勘丈无以判其曲直。”<sup>⑮</sup>汪辉祖（乾隆年间著名幕友、曾于湖南任知县）认为：“词讼之应审者，什无四五。其里邻口角，骨肉参商细故，不过一时竞气，冒昧启讼。”<sup>⑯</sup>这些表述反映，诉讼分类在清代当时国家法律与地方法规中均有制度性区别。

清代诉讼分类不仅有法定区分与界定，涉及的惩罚与处理程序也各有差异。时人对此二者的内涵作了较准确的阐明：“窃照外省公事，自斥革衣项、问拟杖徒以上，例须通详招解报部，及奉上司批审呈词，须详覆本批发衙门者，名为案件；其自理民词，枷杖以下，一切户婚、田土钱债、斗殴细故，名为词讼。”<sup>⑰</sup>“案件”所处刑罚为杖徒以上，处理程序通常为上报至刑部，或奉上级衙门之命审理，且必须向该衙门详细回覆；“词讼”则由州县官自行审理，被告所处惩罚为枷杖以下，涉及案情包括户婚、田土钱债、斗殴细故。

“词讼”的涉及范围，在清代影响甚广的地方性诉讼规则《状式条例》中亦有体现。如清代浙江黄岩县《状式条例》规定：“词讼如为婚姻，只应直写为婚姻事，倘如田土、钱债、店帐，及命盗、为奸拐等事皆仿此。”<sup>⑱</sup>此处的“词讼”主要指户婚田土钱债等案件，“命盗、为奸拐等事皆仿此”是与“词讼”并列的另一案件类型。再比如，嘉庆二十一年（1816）浙江巡抚依据《大清律例》，重申“照得例载词状止许一告一诉……以后除人命奸盗重情外，其余户婚田土钱债斗殴，一切寻常词讼，止许一告一诉。”<sup>⑲</sup>从语词用法上分析，此处将“人命奸盗重情”与“户婚田土钱债斗殴”等寻常“词讼”作为并列的两类诉讼。晚清时期的《樊山政书》收录了作者对陕西各地知县

⑩ 《大清律例》卷三十《刑律·诉讼》“越诉”条乾隆三十四年三月都察院条奏定例。清人吴坛在该例后以“谨按”形式加以说明：“以外省州县小民敢以户婚、田土细事来京控诉，必非安分之人，仅将原呈发还，无以示儆，拟于‘听其在地方官衙门告理’下，添入‘仍治以越诉之罪’一句”。[清]吴坛：《大清律例通考校注》，马建石、杨育棠主编，中国政法大学出版社1992年版，第873页。

⑪ 不著撰者：《治浙成规》卷八《严禁书差门丁传词坐承坐差等弊》，清道光十七年（1837）刊本。

⑫ 参见淡新档案，档案号22609-32，美国哥伦比亚大学东亚图书馆馆藏缩微胶卷。

⑬ [清]田文镜：《钦定训饬州县规条·放告》，清光绪元年（1875）仲夏月湖南省荷花池书局刊行本。

⑭ 参见《福建省例》，台湾大通书局有限公司1997版，第971页。

⑮ 《清史稿》卷二九四《宪德传》。

⑯ [清]汪辉祖：《佐治药言·息讼》，清同治十年（1871）慎间堂刻汪龙庄先生遗书本。

⑰ [清]包世臣：《齐民四术》，潘竟翰点校，中华书局2001年版，第251-252页。

⑱ 参见田涛、许传玺、王宏治主编：《黄岩诉讼档案及调查报告》上册，法律出版社2004年版，第41页。

⑲ 同注⑩，卷八《词状被告干证金发差票、细心核删不许牵连妇女多人》。

上报的“自理词讼月报清册”的批复，其中词讼泛指户婚田土钱债等纠纷。<sup>④</sup>

不过，国家法律未对这两类诉讼类型明确命名，因此在不同场合其表述时有差异。比如清中期时人提及律例和“处分则例”开载：“州县自理户婚、田土等项案件，定限二十日完结，仍设立号簿，开明已、未完结缘由。”<sup>⑤</sup> 此处的“案件”一词当指民事案件，其范畴在彼时实为“词讼”。似乎为了与刑事案件作区别，例条在“案件”之前加上修饰词“自理”。可见“案件”一词有时也包括刑、民事案件在内，并无特指，比如“向来问刑衙门承讯案件，完结各有定限。……凡有自理暨承审上控、京控案件，均须随到随讯”，<sup>⑥</sup> 即为其例。《大清律例》涉及“词讼”一词的条款，主要分别是“教唆词讼”律（规定惩处讼师教唆当事人好讼的为害行为）、“军民约会词讼”律（规定涉及人命、奸盗及户婚等案件的军人，由其主管机构约同民政机构一同会审）和“官吏词讼家人诉”律（规定官员涉及婚姻、钱债、田土等事时由其家人告官对理）。<sup>⑦</sup> 除“官吏词讼家人诉”律中的“词讼”涉及的诉讼大致类似于民事案件外，其它两律中的“词讼”一词均是泛称。

另外，时人也有把案件分为“简凡”和“繁剧”两类的。如在1756年，身为幕友的汪辉祖因病滞留于无锡府，当地官员的幕友就一起棘手案件，向汪辉祖咨询应当将之作为“简凡”（普通非法私通案件）来裁断，还是以“繁剧”（服制下的亲属间乱伦关系）来处理。<sup>⑧</sup> 但与“词讼”与“案件”的诉讼分类命名相比，这两种称谓并不常见。

清代州县效仿中央六部的职能划分，在衙门设置吏、户、礼、兵、刑等房，视衙门事务繁简，不同州县房的名目设置略有不同。衙门各房处理与其职能相对应的纠纷。比如黄宗智发现，晚清台湾新竹县“凡借贷、田土、婚姻等案即（由门房）移送钱谷幕友；窃盗、殴打、赌博等即移送刑名幕友审阅”；与此相应的行政划分便是衙门内的户房与刑房。<sup>⑨</sup> 在清代巴县，“礼房承办祠堂庙宇，家庭债帐婚姻，杂货药材；刑房承办命、盗、抢、奸、娼、匪、飞、走、凶、伤；户房承办田房买卖、粮税、租佃与逐搬、酒税等案。”<sup>⑩</sup> 可知清代通常由户房（有时包括礼房）承办词讼，刑房承办案件。当然，“六房”差役承办案件常有交叉，并致使差役相互争夺案源以获得讼费而生争执。<sup>⑪</sup>

不仅如此，作为雇主私人的“法律助理”，代理州县官员裁决案件的幕友亦有不同分工。幕友的种类有多种，重要的分别为刑名幕友和钱谷幕友。前者主要分管刑事治安案件、纲常名教重事等，后者主要分管民事争讼。<sup>⑫</sup> 不过，不同案件之间存在交叉现象，对此，王又槐（乾隆时期著名法律专家、曾辑注《重刊补注洗冤录集证》）指出，如果争讼标的仅为田地、房屋、债务、买卖产业、纳税验契等类纠纷，则交由钱谷幕友办理，如果争讼标的涉及斗殴、奸情、诈骗、争夺坟山、

④ 参见[清]樊增祥：《樊山政书》卷十一，针对陕西城固县、洛南县及山阳县等县令自理词讼月报清册的批复，清宣统二年（1910年）金陵刊本。

⑤ 同注⑦，第252-253页。

⑥ 《大清法规大全·法律部》卷首，台北考正出版社1972年版，第1659-1660页。

⑦ 参见注③，第490-493页。

⑧ 参见[法]孔涛：《失礼的对话：清代的法律和习惯并未融汇成民法》，邓建鹏译，载《北大法律评论》第10卷第1辑，北京大学出版社2009年版。清代偶有官员将叛逆案、人命案、盗劫案、乱伦案称为“繁剧”，将田债、房产、婚姻等民事案件称为“简凡”，这大致是从案件审理的难度及社会危害性两个标准划分，但此不常见。

⑨ 参见注③，第206-207页、第206页注释①。

⑩ 四川省档案馆编：《清代巴县档案汇编（乾隆卷）》，档案出版社1991年版，“绪论”第2-3页。

⑪ 比如，乾隆二十七年至三十年（1762-1765），巴县皂班、壮班争办差务引起争执，参见注⑥，第227页。具体研究，参见邓建鹏：《从陋规现象到法定收费：清代讼费转型研究》，载《中国政法大学学报》2010年第4期。

⑫ 参见高浣月：《清代刑名幕友研究》，中国政法大学出版社2000年版，第36-40页。

婚姻以及有关伦常纲纪、名分礼教以及命盗等案件，则由刑名幕友处理。<sup>⑨</sup>

词讼与案件由衙门内部不同机构（房）承办或执行，不同类型诉讼的处理方式也多有不同，与刑事重案相比，当事人启动词讼多有限制。除限定放告日外，各地诉讼规则对词讼当事人提交状纸的数量亦作了限制。这种对审前诉讼行为的种种规制与防范，均主要针对词讼而言，<sup>⑩</sup>至于案件，则甚少此类限制。

### 三、诉讼分类的实践

瞿同祖指出，除维持治安外，清代州县官员最重要的职责就是征税与司法，<sup>⑪</sup>且司法与维持治安关系密切。因此司法审判成为对官员业绩考核的重要指标。上级机关对词讼与案件的考核与重视程度不同，<sup>⑫</sup>因此州县官对词讼与案件所花的时间与精力有异，以致深刻影响他们对待不同诉讼的审理方式与态度。张五纬（嘉庆年间历任江西各州县地方官）的个人经验是：“命盗事贵慎密，每在内堂或于别室问之。除经承原差外，虽本衙门之书役，亦不令其傍观看。盖是非曲直，民间不能即知。若词讼须示期听断，兼有早午晚堂之约。”<sup>⑬</sup>包世臣（清后期著名学者、曾于江西任县令）的观察与分析则更有普遍性和深刻性：

查外省问刑各衙门，皆有幕友佐理。幕友专以保全、居停、考成为职，故止悉心办理案件，以词讼系本衙门自理之件，漫不经心。……臣查虽关系罪名出入，然一州县每年不过数起，即或未归平允，害民犹隘；至於词讼，三八放告，繁剧之邑常有一期收呈词至百数十纸者。又有拦舆喊禀及击鼓讼冤者，重来沓至，较案件不啻百倍。若草率断决，或一味宕延，则拖累之害，几於遍及编户。是故地方官勤於词讼者，民心爱戴；明於案件者，上司倚重。然州县莫不以获上为心，常有上司指为能员，而民人言之切齿者。此皆是词讼为无关考成，玩视民瘼；或以既得於上，反恣意朘削其民之故也。……近年封疆大吏皆知听讼为恤民之首务，积案为病民之大端，飞檄交驰，飭属清理，……印官奉檄若具文，委员安坐郡城，略不事事。<sup>⑭</sup>

清代案件需要经过一系列审转覆核机制，层层上报至巡抚、总督甚至皇帝，在这个过程中，地方官的司法审判将受到上司监控，相关评价与考核为决定其仕途升降的因素。因此，作为地方官员的私人法律助理，幕友协助审理此类诉讼时更有可能全力以赴。词讼由地方官自理，不必层层审转覆核，就算每月要向上级申报自理词讼清册，亦有诸多机会瞒报、少报甚至不报词讼。比如樊增祥在陕西按察使任上批评下属州县：“各属月报册大抵三两案居多。本司是过来人，岂不知某州某县每月当有若干报者？……更有庸猾州县，……不但少报，而且直头不报。”<sup>⑮</sup>虽然高层官员以爱民的口号指令地方官悉心对待词讼，但是，精审词讼并非决定仕途升降的根本因素。因此，高层官员赏识的那些勤于处理案件的官员，因疏于审理词讼，正可能是民众切齿痛恨的对象。

⑨ 参见〔清〕王又槐：《办案要略·论批呈词》，清光绪十八年（1892）浙江书局刊本。

⑩ 这方面的详细研究，参见邓建鹏：《清朝〈状式条例〉研究》，载《清史研究》2010年第3期。

⑪ 参见瞿同祖：《清代地方政府》，范忠信等译，法律出版社2003年版，第31页。

⑫ 关于州县官员错判导致的惩罚，参见注⑩，第211页。

⑬ 〔清〕张五纬：《未能信录》，载《历代判例判牍》第九册，中国社会科学出版社2005年版，第504页。

⑭ 同注⑬，第252页。

⑮ 同注⑩，卷十二《批石泉县词讼册》。类似批评，见该书同卷《批宁羌州赵牧自理词讼月报清册》。



与此相关，当时流行着主要面向刑名幕友的幕学读物。比如《刑幕要略》一书详于办案、盗贼、人命、斗殴等方面的论述，对于户役、田宅、婚姻及市廛等方面则几乎一笔略过。《招解说》亦是地方官吏与刑名幕友针对审理刑事重案的经验心得。诸如《琴堂必读》、《办案要略》、《幕学举要》等幕友读物，均亦详于命盗等重案的处理，而对民间细故案件的论述极简。其中，《琴堂必读》的内容文字及各篇名实与《办案要略》大同小异，异者在于《琴堂必读》增加了“断狱总要”、“验伤”、“办案疑要”、“揭参”、“论抚恤难番”、“论习幕”等篇。<sup>⑤</sup>对刑事重案的处理事关官员考成，故在相关幕友读本中多见，而专门以如何审理词讼为主题的幕友读物则几近稀缺。

不同类型的诉讼实践差异表明，在清代中国层层官僚由上级任命、层层向上级负责的中央专制集权政治体系下，官员考核标准首先基于王朝的统治稳定。《大清律例》“告状不受理”律文规定，官员未及时受理谋反、叛逆类案件，处刑杖一百、徒三年，未受理恶逆类案件，处刑杖一百，未受理杀人及强盗类案件，处刑杖八十，但官员未受理斗殴、婚姻、田宅等案件的，各减犯人罪两等，最高刑仅为杖八十。<sup>⑥</sup>与词讼相比，命盗、谋反、叛逆及凶杀等案件严重威胁统治秩序，地方官对其的审理业绩成为朝廷考核重点，也是考查官吏绩效的重要指标。律例对官员违规处理不同诉讼的惩罚存在显著差异。律例另规定州县官必须全权负责处理纠纷与诉讼事务，不得委之于他人，官员如“词讼细事批委乡地处理完结，罚俸一年；若命盗案内紧要情节及重大事件滥批乡地查覆，降三级调用。”<sup>⑦</sup>在向上负责的官僚体系下，官员倾向于对待词讼草草了事。<sup>⑧</sup>虽然《大清律例》“告状不受理”雍正三年定例声称，“如该地方官自理词讼，有任意拖延使民朝夕听候，以致废时失业，牵连无辜，小事累及妇女，甚至卖妻鬻子者，该管上司即行题参”，<sup>⑨</sup>但在实践中，地方官员对词讼含糊了事的态度向来无法避免，仅因未按时及审理词讼而被上司问责或处罚的地方官较罕见。

近年来，有海外学者重新反思马克斯·韦伯关于传统中国法律的论述，认为中国官员司法判决中的恣意所受的制约远比韦伯声称的要严格，判决恣意受限并非主要是因为“神圣传统”，而是因为成文法典中关于司法审判义务的规定，事实上存在比韦伯认识到的更多的法律技能，当事人也并不仅仅只是专横制度被动的受害者。<sup>⑩</sup>这种见解主要基于传统中国成文法典的相关表述，比如《大清律例》确有许多约束司法官员恣意的限定。<sup>⑪</sup>但在司法实践中，官员审讯与判决中表现出的恣意绝非罕见。比如，清代道光、咸丰年间，张集馨（曾在数省任知府至布政使等多种职位）发现，在山西，他的前任们从来不支持审判，积案如山；在四川，词讼相关证人亦被关押于卡房，不胜苦痛；川省官员对罪犯行刑往往由喜怒任情决定，有的县令对民间词讼“一概高阁”。<sup>⑫</sup>基于张集馨在山西、陕西、福建、四川和贵州等多省丰富的仕宦经验，我们有理由认为张集馨的发现在当时具

⑤ 参见不著撰者：《刑幕要略》，清光绪十八年（1892）浙江书局刊本；《招解说》，收录于郭成伟、田涛点校整理：《明清公牍秘本五种》，中国政法大学出版社1999年版；[清]白云峰：《琴堂必读》，清道光二十年（1840）嘉平月镌、芸香馆藏板；[清]万维翰：《幕学举要》，清光绪十八年（1892）浙江书局刊本；[清]王又槐：《办案要略》，清光绪十八年（1892）浙江书局刊本。

⑥ 参见注②，第478页。

⑦ [清]姚雨蓀原纂、胡仰山增辑：《大清律例会通新纂》，台北文海出版社有限公司1987年影印版，第2945页。

⑧ 相关例证，参见邓建鹏：《清代州县讼案的裁判方式研究》，载《江苏社会科学》2007年第3期。有学者从财政制约（官府客观能力有限）的角度分析了地方官员以健讼话语谴责、约束词讼当事人，对当时诉讼实况给予“同情之理解”，参见尤陈俊：《清代简约型司法体制下的“健讼”问题研究——从财政制约的角度切入》，载《法商研究》2012年第2期。

⑨ 同注②，第479页。

⑩ See Robert M. Marsh, “Weber’s Misunderstanding of Traditional Chinese Law”, *American Journal of Sociology*, Vol.106, No.2 (September 2000), p.298.

⑪ 参见注②，第579-602页。

⑫ 参见[清]张集馨：《道咸宦海见闻录》，杜春和等点校，中华书局1981年版，第45、95-97、101、104、112页。

有某种普遍性。

在司法实践中，“词讼”与“案件”的审理方式及其是否依法判决有重大差异。据《大清律例》“断罪引律令”例文，“督抚审拟案件，务须详核情罪，画一具题，不许轻重两引。承问各官徇私枉法、颠倒是非、故出入情弊显然，及将死罪人犯错拟军流、军流人犯错拟死罪者，仍行指名参处。至于拟罪稍轻，引律稍有未协、遗错、过失等项，察明果非徇私及军流以下等罪错拟者，免其参究，即行改正。”<sup>⑤</sup>就制度上而言，只要案件进行审转复核，通常就意味着正式进入了受上级（府道、督抚、刑部、大理院、都察院以及皇帝）审核、督查的渠道。州县官员以至督抚审理案件时，必须严格依法判决，以免使自己承担法律责任。

不过，近十余年来围绕传统中国的依法审判问题，国内外知名学者如滋贺秀三、黄宗智、王志强等多有争论。尤其是在2006年，张伟仁、贺卫方及高鸿钧等学者针对传统司法判决是否具有确定性的争论更是引起众人的关注。<sup>⑥</sup>如果忽略“传统中国”这种超越具体时空的宏大叙事而以清代为具体例证，则上述学者或未充分考虑“词讼”与“案件”的不同司法实践。而不作区别地探讨依法审判问题，其争论结果恐失之偏颇。

关于司法是否依法而判的问题，缘当时人的看法与实践而思考，当比今人自行推导更为可靠。对于“词讼”，方大湜（光绪年间曾任直隶按察使、山西布政使）提出：“自理词讼原不必事事照例，但本案情节应用何律何例，必须考究明白，再就本地风俗准情酌理而变通之，庶不与律例十分相背。否则上控之后，奉批录案无词可措矣。”<sup>⑦</sup>其言下之意是，“自理词讼原不必事事照例”为普遍性原则，但为防止当事人因不满裁判结果而上诉，以致受到上司讯问而无词可对，则知县不妨弄明白具体案件应适用何项律例，其裁判在依据当地风俗的基础上准情酌理加以变通。考虑到《大清律例》事实上没有面面俱到的民商事条文，“自理词讼事事照例”客观上也并不可能。方大湜的观点并非罕见，类似的想法大致贯穿于明清时期。比如，明末（崇祯时期）讼师秘本《珥笔肯綮》提出：“凡告家财，不在干名犯义之例，但情词畅顺即是，不必原求律法。”<sup>⑧</sup>该秘本的作者认识到，当官员裁决此类案件时，直接依据民间通常认可的事理和原则，国家法律并不是其判决依据。

对于词讼，官方并不完全致力于厘清双方具体权利归属，保护当事人应得利益，而是想方设法如何平息纠纷，多数情况下律例只是其参考依据之一，并无必然的法律拘束力。只要能解决当事人间的纠纷与冲突，官员突破律例做出裁判并无不可。作为清康熙年间的名吏和备受朝廷推崇的“本朝理学儒臣第一”，陆陇其的听讼方式在当时官员中具有一定的正统性与典范意义。陆陇其自称：

每传原被告到案，曲为开导曰：‘尔原被非亲即故，非故即邻，平日皆情之至密者，今不过为户婚、田土、钱债细事，一时拂意，不能忍耐，致启讼端。殊不知一讼之兴，未见曲直，而更有纸张之费，……且守候公门，费时失业，一经官断，须有输赢，从此乡党变为讼仇，薄产化为乌有……’即如此案，……即检律例指示之，曰：‘罪应笞杖，但国法不加有礼之人。某合与某叩首服理，……倘彼此豁然，来投结可也。’往往……和好如初。<sup>⑨</sup>

<sup>⑤</sup> 同注②，第596页。

<sup>⑥</sup> 对上述学者争论的简要概括，参见注⑤邓建鹏的研究。在该文中，笔者以黄岩诉讼档案为例探讨了州县官是否依法而判的问题。

<sup>⑦</sup> [清]方大湜：《平平言》卷二《本案用何律例须考究明白》，清光绪十八年（1892）资州官廨刊本。

<sup>⑧</sup> [明]觉非山人：《珥笔肯綮》，邱澎生点校，载《明代研究》第13期（2009年）。

<sup>⑨</sup> [清]吴炽昌：《续客窗闲话》卷三，载周红兴主编：《中国历代法制作品选读》下册，文化艺术出版社1988年版。

陆陇其劝解当事人处理户婚等诉讼的思路为通过令双方当事人对比肇讼与息诉的利害得失，使纠纷得到解决。在清代《纸上经纶》收录的28件以民事案件为主的审理记录（谳语）中，有13件（占总数的近一半）提及，本应（依律例）严治，姑念当事人年老、年幼或为妇女或因家穷而宽免，或者声称若当事人再行不法，定行重治，或当事人若再次抗延，连带前罪一同并治。<sup>⑥</sup>在此，律例的主要作用均是指引甚至“胁迫”当事人平息纠纷的工具，而非遵照裁决的依据。

因此，所谓“依法判决”，对涉及词讼的处理显非制度与实践的必要。此种做法除与王朝利益倾向有关外，还与作为亲民的州县官身份有关。如戴兆佳（康熙年间曾为浙江天台县令）所述：“令之职，与民最亲。一邑之利弊，休戚惟令是问。”<sup>⑦</sup>州县官员的行政事务涉及方方面面，他们并非专业化的司法官员。如前所述，州县官的职务重点为听讼与维持治安。官员从行政事务的角度处理词讼，重点是解决纠纷、平息争执，稳定秩序，刚性地诉诸法律反而可能于事无补。从现实角度看，如坚持诉讼及严格依法裁判，黑白分明，可能激化当事人成为“讼仇”，倾家荡产，本属“细事”的词讼或为恶化当事人关系以致冲击社会秩序的源头，与官员行政治理的目标背道而驰。故对词讼而言，纠纷解决，而非法律形式主义倾向的规则之治，乃州县官实用进路下的选择。

受此影响，清代大量州县官汇编的判牍文集或各种地方志表明，过继或婚姻类案件事涉伦常纪，在《大清律例》中本有相应规定（甚至以重刑相待），州县官员裁决时也可能征引律例，大部分情况下，就算知县明知律例规定，甚至在判决前向当事人宣示律例内容，最后往往也背离律例作出裁决。<sup>⑧</sup>如果诉讼与此无关（如财产类案诉讼），则官员更趋于直接依据通常事理、公平正义精神加以裁决，极少征引律例。樊增祥（光绪年间曾任陕西省州县官多年）尤善于根据具体案件，灵活选择适用甚至变通律例，最终解决纠纷。<sup>⑨</sup>在他看来，案情各有不同，无法执一而解——“天下断无一定之法而可以概通省之吏与民者”。<sup>⑩</sup>他还多次言及司法裁判不能拘于死例——“大凡通行之公牍，上司行之各属，酌之彼此情形不同。断无以死法制生人之理。”<sup>⑪</sup>他提出必须权衡案情的具体情况做出裁判，这是重纠纷解决的务实态度在裁决词讼时的表现。

这种务实精神，与高层官员对待同一案件时的态度存在显著区别。比如，在康熙年间，浙江省天台县县民许善潢控告许善德兄亡收嫂。道台数度责成知县戴兆佳将相关人犯押解至道台衙门亲审。但戴兆佳多次拒绝押解人犯，其理由是：天台县“秋收歉薄，荷蒙宪台加意抚绥哀鸿。……今许善潢、许敬五等原系一本周亲，且案内牵累多人，老幼仳离，鸠形鹄面，”尤其是当事人许以集老病龙钟，年逾八十，卢氏有孕，上述人等“一经批解，长途跋涉，情实堪悯。且是案犯证众多，值此隆冬岁暮，谋衣谋食，实所不遑。”经调查，知县认为所控兄亡收嫂实为子虚乌有之事，且双

<sup>⑥</sup> 参见《纸上经纶》卷四，载郭成伟、田涛点校整理：《明清公牍秘本五种》，中国政法大学出版社1999年版，第197-215页。

<sup>⑦</sup> [清]戴兆佳：《天台治略》，清康熙六十年（1721）作者“自序”，活版重刷本。

<sup>⑧</sup> 参见[日]岸本美绪：《妻可卖否？——明清时代的卖妻、典妻习俗》，李季桦译，载陈秋坤、洪丽完主编：《契约文书与社会生活（1600-1900）》，“中央研究院”台湾史研究所筹备处2001年版；[美]苏成捷：《清代县衙的卖妻案件审判》，林文凯译，载邱澎生等编：《明清法律运作中的权力与文化》，台北联经出版公司2009年版；王志强：《清代的丧娶、收继及其法律实践》，载氏著：《法律多元视角下的清代国家法》，北京大学出版社2003年版。

<sup>⑨</sup> 当然，这种民事裁判方式并非在所有案件中得到贯彻。如前文所述，对许多纯粹的私人间钱财利益纷争案件而言，与其他官员一样，樊增祥有浓厚的抑讼趋势。同时，《樊山政书》记录的州县官员的一般裁判状况反映，“区分当事人的是非曲直以配置相应权利或义务”的情形并不常见。

<sup>⑩</sup> 樊增祥司法经验及其裁判心得的集中体现，参见注④卷八《批临潼县李令禀》。

<sup>⑪</sup> 同注④卷九《批邠州唐牧沛霖禀》。

方当事人均愿意和解结案。<sup>⑥</sup>而据《大清律例》规定,兄亡收嫂者处绞刑。<sup>⑦</sup>此案若属实,则许善德应处绞刑;若如戴兆佳所称为虚,据《大清律例》,则原告许善潢诬告死罪未决者,杖一百、流三千里,加徒役三年。<sup>⑧</sup>据当时法制,此案当属重大刑事案件。可是,作为知县的戴兆佳与上司的出发点(依法审理)大不一样,其主要从息事宁人、避免该案牵涉拖累多人、人犯老迈或怀孕实属可怜等角度考虑,试图平息控争,大事化无。戴兆佳亦自称其“任地方,‘抚’字为怀。……无时无刻不以息事宁民为念。”这种认识,正与其作为负有地方治理重任的行政官员角色关系密切,与非亲民官的高层官员(尤其是刑部官员)的司法理念大相径庭。<sup>⑨</sup>

基于务实态度,地方官员只要方式上有利于解决冲突,就无必要严格照规则办事。这种情况在现代中国基层司法中仍然存在。比如苏力20世纪末对中国基层司法进行调查后认为,基层法院法官在处理司法问题时的一个主要关注就是如何解决好纠纷,而不只是如何恪守职责和执行已有的法律规则。法官以实用主义为导向,在当地各种条件的制约或支持下,权衡各种可能的救济,然后做出一种法官认为对诉讼人最好、基本能为诉讼人所接受并获得当地民众认可的选择。诉讼根据、法律规定的法官职责、有关法律的程序规定和实体规定都不那么重要,重要的是要把纠纷处理好,“保一方平安”。<sup>⑩</sup>基层司法官关注的是解决具体问题,关心的是这一结果与当地社区的天然人情以及与正式法律权力结构体系相兼容的正当性。他们具有很强的实用理性的倾向。他们是结果导向的,而不是原则导向的;是个案导向的,而不是规则导向的,他们运用的知识是非规则性的知识。<sup>⑪</sup>基层法官面临的不仅是如何决定更为公正、更符合规则的问题,而且还要考虑决定之后如何才能得到贯彻落实的问题。他不得不尽可能地以某种并不一定符合法律规则和法官的制度角色但能够“化解纠纷”的方式解决。<sup>⑫</sup>一如清代的州县官员,深嵌于基层社会的初级法院法官,无时无刻不受当地经济发展、社会治理或当事人情感等各种因素的影响甚至支配,无法如上级法院的同侪一样,因与基层社会较为疏远,往往更倾向于就法论事、缘法而判。

因此,清代州县官与现代中国基层法官都存在苏力所谓的“纠纷解决”思路,对他们而言,严格遵循规则不一定那么重要。作为亲民官的清代州县官(以及作为其私人法律助理的幕友)的自身行政经验,使其体验和分享了乡土情感和知识。例如清朝名幕汪辉祖认为,“幕之为学,读律尚己。其运用之妙,尤在善体人情。盖各处风俗,往往不同,必须虚心体问,就其俗尚所宜,随时调剂,然后傅以律例。”<sup>⑬</sup>幕友除了掌握国家法律,还应对一地的风土人情具有相当了解,以使案件裁决与当地舆情契合,不致滋生非议。

作为职业化的司法高官,刑部官员端坐京城,与基层社会保持相当距离,他们审理案件较少受诸如维持一地治安或社会秩序的行政治理目标的束缚,也更少受地方文化经济背景或当事人情感的影响。例如《刑案汇览》表明,在皇帝监控下,他们审理案件通常尽可能落实《大清律例》的规定,断罪引律令,按规则办事。在法无明文或情罪不相允协时,依据成案、通行或以比附等方式弥

<sup>⑥</sup> 参见注⑦,卷二《一件逆禁主灭等事》。

<sup>⑦</sup> 参见注⑧,第209-210页。

<sup>⑧</sup> 参见注⑨,第481页。

<sup>⑨</sup> 比如,与州县官员不同,同样是审理丧娶与收继婚案件,清代刑部尽可能事事依法而判。参见注⑦,王志强文。

<sup>⑩</sup> 参见苏力:《送法下乡:中国基层司法制度研究》,中国政法大学出版社2000年版,第181页。

<sup>⑪</sup> 参见注⑦,第186页。

<sup>⑫</sup> 参见注⑦,第189页。

<sup>⑬</sup> 同注⑧,《体俗问情》。

补法条的漏洞。王志强以《刑案汇览》为例，认为清代刑部官员明确引用、详细说明制定法条文，或在制定法框架内进行一定程度的灵活裁量，论证其判罚的合理性，亦即强调法律推理中相当程度的形式主义以及法律适用中体系的完整和谐性。<sup>⑤</sup> 国法是其司法的主要依据并深受其制约。就清王朝的制度而言，他们成为并且应是法律的守护者。由于直接面对皇帝的监控，这些相对专业的司法官员有更多动力或压力在司法中倾向于诉诸律例，而非如州县官员一般频频罔顾国法解决纠纷。

与词讼不同，案件涉及身份伦理或命盗等，法律作为判决依据的地位就突显出来。循制度而言，司法官员“断罪引律令”，错判将招致官员“官司出入人罪”。官员审案时通常严格依法判决。比如《珥笔肯綮》的作者提出：“律云：继嗣，先尽其亲，次及大功、小功；如无，缌麻亦可。要伦序相应。相应者，侄继叔伯是也；如以侄孙继伯叔祖，则非矣。律云无者，叔伯绝，无侄是也。”<sup>⑥</sup> 继嗣案件涉及纲常伦理，此为传统社会与国家法律的根基。因此，官民对待此类案件须以国法为依归，在命盗、强奸重案中则更是如此。这与前引《珥笔肯綮》作者提出的对不涉及干名犯义的家财诉讼不必原求律法的说法适成对比。正如钟体志（同治至光绪年间曾在江西数县任知县）云：“事关伦纪及命盗重案，必论如律以惩奸顽。其户婚田土雀角鼠牙，亦例有应得之咎。或尽情剖释，或量予责惩。但剂其平，初不尽绳以法。匪待宽宥愚蒙，抑所以曲全邻谊也。”<sup>⑦</sup>

《大清律例》“断罪无正条”律规定：“若断罪无正条，援引他律比附”，并应通过主管上司向皇帝奏闻。相对应的例文还规定：“其律例无可引用援引别条比附者，刑部会同三法司公同议定罪名……恭候谕旨遵行。”<sup>⑧</sup> 显然，该律例中的“断罪”涉及当时徒刑以上重罪，方可能由三法司审理或者有必要向皇帝奏闻。《大清律例》“断狱下”篇涉及针对司法官员违法断罪的诸多规定。<sup>⑨</sup> 其中，“官司出入人罪”律主要针对司法官员违法判决徒刑及以上罪时的惩治，仅有两条涉及因为判决笞杖刑违法受惩；“断罪引律令”例针对督抚审拟案件引用律例时做出限定，据清代审理程序，督抚审理的案件多为徒刑或以上罪行。综合“断狱下”全篇，其关于司法官员违法断罪的法条所针对的，主要都是官员审理徒刑及以上罪行时出现违法行为而应受惩治的情形。也就是说，虽然《大清律例》并未明文表白，但裁决时必须引用律文、违法判罪将招致被追究法律责任，针对的基本都是徒刑及以上违法行为。对属于笞杖刑范围内的词讼，官员是否应明确具引律例，国法态度其实甚为模糊，在实践中，州县官员审理有很大的自由裁量权。因此，王志强认为，在中央和地方官府，由于刑部的职业化官员、部分法律素养较高的基层官员及专职幕友的存在，各级以官员名义作出的判决意见都是建立在混合式实用主义法律推理的基础之上，并且往往在官方内部相互之间的表达上呈现于法有据的面貌。中央刑部严格引据律例，但其推理过程中的浓厚实用主义色彩与基层的差异并非绝对。因为即使地方听讼的裁判过程也是在职业直觉和制定法二者之间的精致权衡。<sup>⑩</sup> 这种见解将刑部官员与州县官员的司法实践一定程度地等同起来，恐不合于当时制度与实践上的真实状况。

陈利研究乾隆年间中英因休斯女士号引发的法律冲突时，注意到广东地方官起先试图建议将英

⑤ 参见注①，王志强文。刑部官员的这种裁判过程与州县官员有显著差异。

⑥ 同注①，第259页。

⑦ [清]钟体志：《柴桑慵录》“例言”，清光绪十六年（1890）仲夏刊本，澡雪堂藏板。

⑧ 同注②，第127页。

⑨ 参见注②，第579-602页。

⑩ 参见注③，第95-96页。

国罪犯遣送回国,以安抚在广州的外国人,尽早平息本地冲突,而乾隆帝则坚持执行中国法律,惩罚英国罪犯,理由是“尤尚法在必惩,示以严肃。”<sup>⑨</sup>虽然这份研究针对的是中英法律冲突,但它一般性地说明,受制于直接面对维护地方秩序的治理压力,地方官倾向解决纠纷,而非如高层官员(刑部官员乃至皇帝)那样偏向于规则之治。胡祥雨的研究亦说明:刑部受理京师的案件时,明确区分民事与刑事(包括轻微的)案件,并且仅对刑事案件严格依法审判,不管多么微小的刑事案件,都适用清律处刑。民事案件尽可能由当事人自行解决或寻求社区调解。<sup>⑩</sup>在地方官的司法实践中,受平息纠纷、解决问题的政务目标影响,对许多轻微刑事案件(甚至命盗案件),州县官都有可能以处理民事案件的方式解决。

地方官员倾向于纠纷解决模式,刑部(包括受刑部监督的按察司)多选择规则之治。这种情况与现今英美高级法院倾向于规则之治、基层法院一般以解决纠纷(把事情搞定)为导向类似。综上,忽略“词讼”与“案件”的制度与实践差异,讨论传统中国是否依法审判,容易流于空泛。毕竟,法律并非处理诸种诉讼的唯一依据,其在庙堂之高(中央关注的案件)和江湖之远(州县自理的词讼)所起的功能与地位各显千秋。

清代词讼通常在州县一级结案。在一些商业发达或宗族势力庞大的区域,争议标的巨大的词讼则有可能突破州县的审结。比如,邱澎生认为,在诸如重庆等商业发达的城镇中,商业讼案(包括航运纠纷)更有机会超越“州县自理”层级,进而上升为府级以上官员承审的重大案件;所谓“钱债”案件一般多属“州县自理”的说法,并不适用于这些经济发达城镇中商业讼案的实际审理情形。因此,将重庆这类经常发生商业诉讼的城镇法庭,等同于其他工商业较不发达的县级法庭司法审判的方式,其实是不合时宜的。<sup>⑪</sup>这表明,一方面,在清代以至传统法制与实践中,“词讼”与“案件”分类主要针对农业地区纠纷简单的环境,这种诉讼分类制度并不顾及到时代变化、区域差异及适应商业发展等变数;另一方面,影响较大的诉讼(比如商业纠纷、坟山争讼)也可能被上控甚至在京控时被中央司法部门所接纳。<sup>⑫</sup>这从侧面说明了清代(尤其是清代中后期)诉讼当事人在努力突破王朝对词讼与案件的简单二分,尽管这种努力仅获得上级的有限认可,且通常都是一些特殊词讼,而并非常见“细事”。在晚清法律改革之前,传统的诉讼二分并未改变。

受西法东渐的影响,晚清时期关于诉讼分类的理念与制度方进一步明确化。在1907年,《各级审判厅试办章程》首次以法律的形式确立了民事案件与刑事案件的区分:凡审判案件,分刑事、民事二项,其区别如下:一、刑事案件:凡因诉讼而审定罪之有无者属刑事案件。二、民事案件:凡因诉讼而审定理之曲直者属民事案件。<sup>⑬</sup>这种区分终结了“词讼”与“案件”的分类基础与理念。

## 结 论

综上所述,无论是《大清律例》的表述,还是各级官员的论说,都显示对词讼与案件的分野有

<sup>⑨</sup> 参见陈利:《法律、帝国与近代中西关系的历史学:1784年“休斯女士号”冲突的个案研究》,邓建鹏、宋思妮译,载《北大法律评论》第12卷第2辑,北京大学出版社2011年版。

<sup>⑩</sup> 参见注⑨。

<sup>⑪</sup> 参见邱澎生:《国法与帮规:清代前期重庆城的船运纠纷解决机制》,载邱澎生、陈熙远编:《明清法律运作中的权力与文化》,台北联经出版公司2009年版。

<sup>⑫</sup> 比如在张小也研究的清代坟山争讼中,当事人之所以京控并且案件得到皇帝重视,一是因为诉讼当事人之一在刑部门前自刎身亡,词讼转化为人命案件;二是因为争讼标的为一片面积很大的山。参见注④。

<sup>⑬</sup> 参见注⑫,第1857页。

着较为清晰的界定。划分词讼与案件的法定标准，既包括处罚结果（基本以徒刑为界线），也包括案件本身的性质或构成要素（户婚、田土等案件与命盗等案件相对立）。法律对诉讼分类有较明确的界定，至少循制度而言，州县官员对诉讼按词讼还是案件来处理的自主性并不大，尽管在司法实践中未必如此。清代州县官员的手册，对民刑事案件的区分有着较明确的认识。诉讼分类也并非都贯穿着以刑统罪的传统。在清代州县司法实践中，对于词讼一般甚少处以刑罚。有学者认为，“清律中关于户婚田土的法律规范，绝大部分应属民事法律规范，但统治者不分刑、民，这些条文，除了规定用经济手段制裁外，几乎全部附带有严苛的刑罚手段，最轻也要笞一十。在全部民事法律规范中，仅有两三条不受刑。”<sup>④</sup>但仔细考察清代司法档案可以发现，州县衙门对单纯民事纠纷的处理，甚少采取笞杖等刑事惩罚。尤其是当这些民事纠纷当事人间不存在殴打辱骂、以下犯上、赌博、诬告或欺诈等严重违背正统道德或伦理纲常的行为时，知县并不对当事人进行责惩。黄宗智在研究清代州县审判时指出，当时在实践中认定细事争端的处理鲜用刑罚。<sup>⑤</sup>试举一例，道光六年（1826），卢楚传欠王恒茂银 266 两，且卢楚传多次违背知县限定还钱的时间，但均未受到刑事责惩。<sup>⑥</sup>因此，此类民事纠纷的审理，并不像《大清律例》留给我们的那种印象：绝大多数民事纠纷都将伴随着刑事责惩。

总体而言，词讼与案件分类，既与案情本身的性质与构成要素有关，同时也和事后判决结果及量刑的轻重相连，词讼为枷杖以下，案件为徒罪及以上。这两类诉讼裁决时的依据各有不同，词讼的裁决主要以官员对情理、习俗和对公平正义的理解与把握为依据；案件的裁决则主要以律例为依据（“断罪引律例”）。不过，公平正义和情理习俗等因素与当时的法律规范未必截然两分或对立。毕竟，《大清律例》涉及民商事纠纷的条文虽常以刑罚相威慑，但其要旨一定程度上亦本源于当时的公平正义和情理（reason）观念（比如“欠债还钱”、“父债子还”），这同英美的民事侵权法（“Torts”）或合同法或者相关判例法有近似之处。不过，地方官员对情理、习惯或公正的理解及对其具体内涵的把握，往往视词讼的具体案情临时而定，这与作为可先行预测并引以为案件裁判依据的律例有本质差异。诉讼分类理念影响司法制度与实践，从而在同一诉讼法制体系之下，官员对案件与词讼的审理存在差异。词讼与案件的界线在州县官员于具体个案的审理中得到进一步清晰化。因此，诉讼分类依赖法制（文本）与审理（行动）的结合。其区分带有州县官员判断的主观性，但受法制及审理权限的制约，其界线与区别客观存在。

涉及户婚田土等的诉讼称为“词讼”（或“自理案件”、“细事”），而涉及谋反、命盗等的诉讼称为“案件”（或“重情”）。这种分类主要受皇帝和官方自我利益因素的驱动——民事争讼主要涉及私人间的田土钱债纠纷，与官府没有直接利益关系，官方对民众参与词讼一般持否定态度。一旦诉讼与统治利益有关，如对于严重影响社会秩序的命盗重案，统治者的态度则截然相反。有学者认为，每当事关统治者的根本利益时，法律非但不限制诉讼，反而加（百姓）以控告和（官府）受理之强制性义务，从而显示出统治秩序高于一切的价值取向；而其间有关诉讼时限的规定更是强化了这种价值取向。<sup>⑦</sup>受此影响的诉讼分类方式，在清代偶被一些有识之士批评。张五纬认为：“人每

④ 曹培：《清代州县民事诉讼初探》，载《中国法学》1984 第 2 期。

⑤ 参见注②，第 147、208 页。

⑥ 参见巴县档案，档案号 6-3-6164，四川省档案馆馆藏。

⑦ 参见胡旭晟：《中国传统诉讼文化的价值取向》，载《中西法律传统》第二卷，中国政法大学出版社 2002 年版。

重视命盗，轻视词讼，不知命盗为地方间有之狱，民词为贤愚常有之事。”<sup>⑧</sup> 方大湜的看法与此近似：“户婚田土钱债偷窃等案，自衙门内视之，皆细故也。自百姓视之，则利害切己，故并不细。即是细故，而一州一县之中重案少，细故多。必待命盗重案而始经心，一年能有几起命盗耶？”<sup>⑨</sup> 所谓“细事”是从官府角度而言，因为此类单纯的民间利益纷争与官府关系甚小，但从当事人角度而言，却事关重大。因此，词讼与案件的分类以及官府贬低词讼的态度，实为官僚集团自私倾向的表现之一。尽管张五纬等人的批评有现实依据，但始终难以动摇上述划分。

官方自身功利考虑直接影响了其对词讼与案件的不同态度。如同苏亦工所认为的，中国传统法制不是服务于社会公共利益的管理体系，而是操纵于皇帝手中、通过官僚机器落实的单向控制体系。<sup>⑩</sup> 清代立法与司法者以自身利益为坐标，来区别词讼与案件，官员审理时的态度与方式各不相同，而这迫使词讼当事人采取某些应对方式。明代即有人称：“词状不准小事，人气不过，寻大事来告，或又去上司告理。又人多以小事诈作大事，欲官府听当，仔细审之。”<sup>⑪</sup> 在这种诉讼分类下，民众私人间的利益纠纷为国家法律与司法机制所漠视。但是，对自身利益的维护源自人的本能，词讼当事人夸大其辞，甚至将单纯的民事纠纷作刑事化叙述，以引起主审官员的注意。<sup>⑫</sup> 或当事人以“泣求讯追”、“求提讯追”、“乞恩提究”、“叩求提究”、“迫求拘办”、“哀求严办”、“垂怜作主追究”等表述，以低三下四的姿态向官员呈上诉状。<sup>⑬</sup> 此种状况，明清以来基本一以贯之。当时盛行的讼师业务与讼师秘本，指导词讼当事人以夸大其辞的方式撰写诉状，<sup>⑭</sup> 亦与此种司法环境相关，实为当事人面对官府消极处理词讼时而无奈做出的制度性回应。

#### 【主要参考文献】

1. [清] 张集馨：《道咸宦海见闻录》，杜春和等点校，中华书局 1981 年版。
2. 《大清律例》，田涛、郑秦点校，法律出版社 1998 年版。
3. [清] 包世臣：《齐民四术》，潘竟翰点校，中华书局 2001 年版。
4. [美] 黄宗智：《清代的法律、社会与文化：民法的表达与实践》，上海书店出版社 2001 年版。
5. 田涛、许传玺、王宏治主编：《黄岩诉讼档案及调查报告》，法律出版社 2004 年版。
6. [清] 张五纬：《未能信录》，载《历代判例判牍》第九册，中国社会科学出版社 2005 年版。
7. [清] 方大湜：《平平言》，清光绪十八年资州官廨刊本。

(责任编辑：尤陈俊)

⑧ 同注⑤。

⑨ 同注⑥，卷三《勿忽细故》，清光绪十八年（1892）资州官廨刊本。

⑩ 参见苏亦工：《中法西用——中国传统法律及习惯在香港》，社会科学文献出版社 2002 年版，第 46 页。

⑪ 同注②。

⑫ 参见邓建鹏：《清代民事起诉的方式》，载中国法律史学会编：《中国文化与法治》，社会科学文献出版社 2007 年版。

⑬ 上述类似表述，参见如下书籍所收录的状纸：同注⑧；王昭武收集、韦顺莉整理：《万承诉状》，广西人民出版社 2008 年版。

⑭ 参见邓建鹏：《讼师秘本与清代诉状的风格》，载《浙江社会科学》2005 年第 4 期。