

# 无讼、厌讼与抑讼

## ——对中国传统诉讼文化的法社会学分析

郭星华

**摘要** “无讼”是古代国家精英不懈追求的社会理想。为实现这一理想,中国传统社会存在非制度化、制度化和半制度化等三种抑制诉讼的途径。非制度化抑讼途径方面,国家精英在通过多种方式进行道德感化、劝民息讼的同时,也努力营造“为讼有害”的社会舆论,以增加诉讼的道德成本。制度化抑讼途径方面,中国传统社会的诉讼制度通过限制诉讼主体和诉讼时限以增加民众提起诉讼的难度,使诉讼不是人人、时时、事事都可采用的手段。半制度化抑讼途径方面,以乡里调处、宗族调处为代表的民间调处在明清时期已形成系统规范,并被纳入国家司法体系之中,在纠纷解决中扮演重要角色。虽然历史上抑讼力度有大小之差别,但“抑讼”仍然是中国传统诉讼文化的主要特征。

**关键词** 诉讼文化 无讼 厌讼 好讼 抑讼

作者郭星华,中国人民大学社会与人口学院教授(北京 100872)。

中图分类号 C91

文献标识码 A

文章编号 0439-8041(2014)9-0088-08

在汉语中,“诉,告也”,“讼,争也”(《说文解字》)。在中国传统社会,诉讼一定程度上特指为解决民事纠纷而依照法定程序所进行的活动,如《周礼》记载:“争罪曰狱,争财曰讼。”<sup>①</sup> 本文所论述的中国传统诉讼文化,主要讨论的是汉代至清末这一历史时期的民事诉讼文化。<sup>②</sup>

自汉代以降,儒家思想逐渐成为社会主流价值观,肇始于孔子的“无讼”<sup>③</sup>理想也随之成为精英阶层诉讼观念的核心,并随着“礼法合一”的实现而成为中国传统社会法律体系的终极价值取向。如果没有相应的措施,“无讼”理想并不会自动地变成社会现实。笔者认为,这种措施就是“抑讼”,即在实践层面上对诉讼行为采取抑制、贬斥、摈弃的价值取向和具体规则。为了实现“无讼”理想,统治者从多个维度对诉讼加以抑制,根据制度化程度的不同,即规范的系统性、强制性程度以及执行主体的不同,抑制可分为非制度化、制度化和半制度化三种途径。

① 郑玄注曰:“讼谓以财货相告者。”

② 原因在于:随着汉武帝“罢黜百家,独尊儒术”,儒家思想逐渐成为社会主流价值观,法律体系开始了“礼法结合”的过程。到唐代已实现“礼法合一”,后世法律体系皆是在《唐律》基础上加以调整。而清末以后,中国开始大规模地引进西方法律,法律制度也以西方为参照,表现出与传统迥异的特征。

③ 张中秋等学者认为,先秦诸子百家的政治法律思想和理论都以“无讼”为归宿,只是实现的具体途径不同。道家倡导“无为而治”,儒家宣扬“修礼复仁”,法家则提出“以刑去刑”。(张中秋:《中西法律文化比较研究》,南京:南京大学出版社,1999年,第233页)

## 一、道德教化：非制度化的抑讼途径

孔子赋予教化以极高意义：“道之以政，齐之以刑，民免而无耻；道之以德，齐之以礼，有耻且格。”（《论语·为政》）用政令、刑罚来治理百姓，虽然可以令百姓免于罪过，但他们不会有羞耻心。相反，如果用道德礼教来治理百姓，那么百姓不仅有羞耻心还会人心归服。国家精英试图通过思想劝导、榜样示范、社会舆论等多种方式，努力使“无讼”的社会理想内化为民众的道德规范和行为准则。

朱熹在《四书章句集注》中引“范氏曰：听讼者，治其末，塞其流也。正其本，清其源，则无讼矣”，又引“杨氏曰：子路片言可以折狱，而不知以礼逊为国，则未能使民无讼者也。故又记孔子之言，以见圣人不以听讼为难，而以使民无讼为贵”。听讼折狱的好坏，只是解决国家治理“末”和“流”的问题，通过正本清源实现“无讼”才是值得称道的。因而在中国传统社会，官吏的真正职责并不在明断案件，而是“以德化人”，恳切劝谕，通过调处平抑纠纷，努力使当事人主动息讼。正如清代刘礼松所说：“听讼而使民惕然内讼以至于无讼，此守土者之责也。”（《判语录存》）如果治下诉讼迭起，会被视为官吏德化不足的表现，只有讼清狱结，实现“无讼”，才算是真正的政绩。

孔子担任鲁国大司寇期间，劝讼息讼，成为后世官吏的楷模。官吏进行思想劝导的方式是多种多样的：有些官吏通过自我反思来感化当事人，如《后汉书·循吏传》载：“人有蒋均者，兄弟争财，互相言讼。（许）荆对之叹曰：‘吾荷国重任，而教化不行，咎在太守。’乃顾使吏上书陈状，乞诣廷尉。均兄弟感悔，各求受罪。”有些官吏则用道德文章来感化当事人，如“况逵为光泽县尹，有兄弟争田。逵授以《伐木》之章，亲为讽咏解说。于是兄弟皆感泣求解，知争田为深耻”。<sup>①</sup>

“无讼”和思想劝导之所以成为官吏“听讼”实践的指南，与皇帝的价值导向同样密不可分。例如清代《钦颁州县事宜》中有“州县官为民父母，上之宣朝廷之德化以移风易俗……由听讼以驯至无讼”的文字，康熙在圣谕十六条中也提到“和乡党以息争讼”。皇帝希望每一个地方都治理得如舜的历山、雷泽，周公的周邦一样<sup>②</sup>，人们“皆以争讼为耻”，是“无讼”的地方。最高统治者也通过树立榜样来引导官吏的诉讼实践，如隋文帝在褒奖齐州参军王伽等人的诏书中曾说：“若临以至诚，明加劝导，则俗必从化，人皆迁善。往以海内乱离，德教废绝，官人无慈爱之心，兆庶怀奸诈之意，所以狱讼不息，浇薄难理。朕受命上天，安养万姓，思遵圣法，以德化人，朝夕孜孜，意在于此……若使官尽王伽之俦，人皆李参之辈，刑措不用，其何远哉！”（《北史·循吏传》）隋文帝认为，之所以会有诉讼，与当地民众缺乏教化有关，如果官吏都认真地对民众进行道德感化、思想劝导，就有可能实现“无讼”。

可见在诉讼实践中对民众加以道德感化和思想劝导从而实现“无讼”，是国家精英的共识，国家精英不赞同甚至反对通过诉讼来解决纠纷。然而仅靠正面引导，提高民众的道德水平是不够的，营造“抑讼”的社会舆论同样是道德教化的重要内容。

我们常能见到对诉讼持消极评价，宣扬“为讼有害”的文献材料。早在《周易》中就有“讼，有孚窒惕中吉，终凶”的文字，认为诉讼是不吉祥的，应适可而止，即使在诉讼过程中可能会获利，最终是不会有好结果的，健讼者必有凶象。就算通过争讼赢得了利益，也并不让人佩服，“以讼受服，亦不足敬也”。朱熹曾经在其《劝谕榜》中指出：“劝谕士民乡党族姻所宜亲睦，或有小忿，宜启深思，更且委曲调和，未可容易论诉。盖得理亦须伤财废业，况无理不免坐罪遭刑，终必有凶，切当痛戒。”国家精英试图告诫民众，诉讼对个人来说是不体面的，会破财伤身，破坏邻里乡党关系，因而诉讼有害无利，得不偿失，提起诉讼应当慎重。

此外，在社会舆论中，是否进行诉讼被视为判断一个人道德品性优劣的标准，社会舆论对为讼者加以

① 其他相关例子参见：《瞿同祖法学论著集》第六章《儒家思想与法家思想》，北京：中国政法大学出版社，1998年，第318-321页。除了思想劝导外，官吏还采用其他非制度化抑讼手段，如拖延时日，重征讼费等，在此不作展开。

② 《史记·五帝本纪》载：“历山之农者侵畔；河滨之渔者争坻。”舜与他们同吃同居，最后“历山之人皆让畔，雷泽之人皆让居”。《史记·周本纪》中写道：周公辅佐“成康之治”，使“天下安宁，刑措四十余年不用”，“民和睦，颂声兴”。

道德贬斥，增加诉讼的道德成本。孔子说：“君子喻于义，小人喻于利。”（《论语·里仁》）在这种义利观指导下，如果为了争财夺利而提起诉讼，是小人行径，为君子所不齿。忍让为先、以德服人者是规矩本分的良民；睚眦必报、以讼为能者则是惹是生非的刁民。即所谓“良民畏讼，莠民不畏讼；良民以讼为祸，莠民以讼为能”（《皇朝经世文编续编》）。在国家精英看来，民众兴讼是道德败坏的标志，而作为诉讼代理人的讼师更被视为社会稳定的敌人，讼师在中国传统社会长期受到打压和排挤。春秋时期的邓析，作为最早的“讼师”，因承揽诉讼、收取讼费，被批评为“不法先王，不是礼义，而好治怪说”（《荀子·非十二子》），“以非为是，以是为非”（《吕氏春秋·离谓》），最后被当权者“杀而戮之”。中国古代文学作品也习惯用颠倒是非、惯弄刀笔等负面词语来评价他们的行为，对讼师的贬斥可见一斑。

由此可知，道德教化主要包括两个方面，即以道德感化、思想劝导为导向的官吏诉讼实践，以及宣扬“为讼有害”、对为讼者加以道德贬斥的社会舆论。从社会控制的角度来看，二者要想发挥抑讼的效果，依靠的是社会评价、内心反省等非强制性力量，需要人们自觉自愿地遵从，人们即使背离价值理想或社会舆论也不会受到严厉的直接制裁<sup>①</sup>，因而道德教化属于非制度化的抑讼途径。相对而言，以明文规定颁行的诉讼制度为人们提供行为模板、范畴和模式，个人的社会行为受到制度的直接规定和制约，制度化的社会规范对于抑制诉讼来说就显得十分重要。

## 二、诉讼限制：制度化的抑讼途径

这里所说的制度化社会规范，是指比较稳定、形成了书面文字并有明确适应范围的正式的社会规范体系。法律作为由国家制定或认可，并依靠国家强制力推行的社会规范体系，是对社会成员具有最强约束力的控制手段。中国传统社会的统治者通过制定严格的民事诉讼制度来增加民众提起诉讼的难度，从而形成了中国传统社会以“抑讼”为主要特征的诉讼制度，本文主要从对诉讼主体和诉讼时间这两个方面的限制进行分析。

中国传统诉讼制度从社会关系和生理状态两个维度对诉讼主体加以限制。中国传统社会十分重视伦理纲常，法律体系也对伦理关系和阶级关系加以维护，强调血缘关系及社会关系的差别，民众不得对血缘关系中处在尊长的一方，或是对社会关系中自己所从属的一方提出诉讼，几乎历朝历代的法律都严禁子孙控告父母、祖父母，奴婢、部曲控告主人。

据《国语·周语》记载，西周时已严禁儿子对父亲提起诉讼，所谓“父子将狱，是无上下也”。在湖北云梦出土的秦简《法律答问》中，将诉讼分为“公室告”“非公室告”两类，有“子告父母，臣妾告主，非公室告，勿听”，“主擅杀、刑、髡其子、臣妾，是谓‘非公室告’，勿听。而行告，告者罪”的记载，可作为佐证。唐代实行“同居相为隐”制度，规定同居者犯罪可互相隐瞒，不可相互控告；如果控告的，要追究其刑事责任，而且按尊卑亲疏用刑。卑告尊的，越是亲近用刑越重；相反，尊告卑的，越是亲近用刑越轻。《唐律疏议·斗讼》“告祖父母、父母”“告期亲以下缌麻以上尊长”“告缌麻以上卑幼”和“部曲奴婢告主”条对此有详细规定。宋代延续了唐律的法条，《宋刑统·斗讼》规定：“诸告周亲尊长、外祖父母、夫、夫之祖父母，虽得实，徒二年；其告事重者，减所告罪一等。”对尊长提起诉讼，即使属实，也要受到惩罚。从元代开始，实行“干名犯义”制度，进一步将亲属诉讼、主仆诉讼与道德伦理相联系。<sup>②</sup>明代律令在“干名犯义”制度的基础上，继承了唐律依尊卑亲疏用刑的差异性规定，根据不同的社会关系和具体情况量刑，更加细致、全面、明确。<sup>③</sup>

① 官吏在诉讼实践中所进行的道德教化与社会舆论所发挥的作用有所不同，如果为讼者不服官吏的教化和调处一意孤行要提起诉讼，仍需由官吏加以审判，那大多是不会有好结果的。

② 《元史·刑法志》记载：“诸子证其父、奴讐其主，及妻妾弟侄不相容隐，凡干名犯义为风化之玷者，并禁止之。”

③ “凡子孙告祖父母、父母，妻、妾告夫及夫之祖父母、父母者，杖一百，徒三年。但诬告者，绞。若告期亲尊长、外祖父母，虽得实，杖一百；大功，杖九十；小功，杖八十；缌麻，杖七十……若奴婢告家长及家长缌麻以上亲者，与子孙卑幼罪同。若雇工人告家长及家长之亲者，各减奴婢罪一等。”

生理状态上的限制则可概括为“老、妇、笃疾者，不得告”，法律对诉讼主体年龄、性别、健康状况加以规定，限制有特殊生理条件的人提起控告。至今可知的最早的相关法律条文是《唐律疏议·斗讼》“见禁囚不得告举他事”条：“年八十以上、十岁以下及笃疾者，听告谋反、逆、叛、子孙不孝及同居之内为人侵犯者，余并不得告。官司受而为理者，各减所理罪三等。”这一规定为后世所沿用。宋元时期延续了从生理状态上限制诉讼主体的制度，将年龄限制调整至七十，允许一定条件下亲属代为诉讼。<sup>①</sup>明代将年龄限制恢复为八十岁<sup>②</sup>，并且与唐律一样，不仅受限制的诉讼主体不能提起诉讼，而且官府也不能受理相关诉讼主体的案件，受理者同样会受到惩罚，“官司受而为理者笞五十”（《大明律·刑律》）。因而在中国传统社会，并非人人都可以作为诉讼主体提起诉讼，违反律令将受到处罚。

此外，中国传统诉讼制度对诉讼时间也有严格限制，最迟自唐代开始，就有明确的制度对民众提起诉讼的时间加以限制。《唐令拾遗·杂令》“诉田宅婚姻债负”条记载：“诸诉田宅、婚姻、债负，起十月一日，至三月三十日检校，以外不合。”官府只有在十月一日至三月三十日间可以受理相关民事案件。《宋刑统·户律》特设“婚田入务”门，对唐代法条加以继承，十月一日至三月三十日的受理、审理期为“务开”或“务停”，其余时间不得提起诉讼，称之为“入务”。<sup>③</sup>明代法律取消了“婚田入务”的制度，原则上当事人可以随时提起各类诉讼，然而除了重大案件外，各地官府都自行规定“放告日”，只有在“放告日”才能够提起诉讼。清代康熙年间制定“农忙停讼”条例，地方官府经常在四月一日起就在衙门两侧树立“农忙”“止讼”木牌，除了受理重大案件外，不受理民间细事，在“农忙停讼”期间受理民事案件被视为官员的一项政务劣迹。<sup>④</sup>在其余的八个月里也并非每天受理诉讼，而是沿袭明代的惯例，要在“放告日”才允许提起诉讼。<sup>⑤</sup>在年末“封印”停止办公的一个月里也禁止诉讼，民众能起诉的日子十分有限。

从对诉讼主体和诉讼时间的限制我们可以看出，并非人人、时时都可提起诉讼，中国传统诉讼制度具有明显的“抑讼”特征。

### 三、民间调处：半制度化的抑讼途径

人作为社会性动物，在朝夕相处的社会生活中难免产生摩擦、矛盾和冲突。“无讼”理想追求的是民众的纠纷不经由国家强制力而得以解决，并非民众没有利益诉求、没有纠纷。纠纷的解决十分重要，若不能妥善解决，会导致民怨，危害社会稳定。根据费尔斯丁勒（W. Felstiner）和萨拉特（A. Sarat）所提出的纠纷金字塔理论<sup>⑥</sup>，人们对生活中的纠纷所可能采取的解决方式包括双方协商、找第三方仲裁、提出诉讼等高低不同层次，如果大量的纠纷通过民间调处的方式得到解决，就会大大降低诉讼规模。对官府来说，田土户婚之类的民事纠纷与那些受到国家关注的重情要案相比，只是无关紧要的“细事”<sup>⑦</sup>，因而官府将民事纠纷交由民间组织调处，并对民间调处的结果加以认可，甚至将民间调处纳入到国家司法体系之中。根据仲裁者身份的不同，民间调处包括乡里调处、宗族调处等具体类型。

乡里调处是指乡老、里正等基层小吏调处辖区内的民事纠纷和轻微刑事案件。早在秦汉时期乡里就设

① 宋太平兴国二年（977年）规定：“自今应论讼人有笃疾及年七十以上，所讼事不实，当坐其罪而不任者，则移于家人之次长。”（《宋会要辑稿·刑法》）元代规定：“凡陈词，年七十已上，十五已下，笃废疾，法内不合加刑，令以次少壮人陈告。若实无替代，诉身自告”，“诸妇人辄代男子告辨讼者，禁之。若果寡居，及虽有子男，为他故所妨，事须争讼者，不在禁例”（《元史·刑法志》）。

② 《大明律·刑律》“见禁囚不得告举他事”条规定“其年八十以上、十岁以下及笃疾者若妇人，除谋反、逆、叛、子孙不孝或己身及同居之内为人盗、诈、侵夺财产及杀伤之类听告，余并不得告”。

③ 郭建、姚荣涛、王志强：《中国法制史》，上海：上海人民出版社，2000年，第452页。

④ 《大清律例》“告状不受理”条规定“每年自四月初一日至七月三十日，时正农忙，一切民词，除谋反、叛逆、盗贼、人命及贪赃坏法等重情，并奸牙铺户骗劫客货查有确据者，俱照常受理外，其一应户婚、田土等细事，一概不准受理。自八月初一日以后，方许听断。若农忙期内受理细事者，该督抚指名题参”。

⑤ 清初一般是每月逢三、逢六、逢九为放告日，清末则大多为逢三、逢八，称之为“三六九放告”或“三八放告”。那思陆：《清代州县衙门审判制度》，北京：中国政法大学出版社，2006年，第105页。

⑥ 参见陆益龙：《纠纷解决的法社会学研究：问题及范式》，《湖南社会科学》2009年第1期。

⑦ 《大清律例》“告状不受理”条将“谋反、叛逆、盗贼、人命及贪赃坏法等”名之为“重情”，而以“细事”来指称“户婚、田土等”。

有嗇夫，“职听讼，收赋税”（《汉书·百官公卿表》），负有调解职责。北宋时期设有“耆长”，“主盗贼、词讼”（《宋会要·职官》）。元代司法机关鉴于“民诉之繁，婚田为甚”（《元史·刑法志》），开始将里老纳入国家纠纷解决体系中，处理“婚姻、家财、田宅、债负”四类纠纷，“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”（《元史·刑法志》）。明代设立“申明亭”，宣教礼义道德，进一步规定户婚、田土、斗殴等纠纷须先由民间的里老进行调处，调处不成方可提交官府，“民间户婚、田土、斗殴、相争一切小事，不许辄便告官，务要经由本管里甲老人理断……若不经由者，不问虚实，先将告人杖断六十，仍发回里甲、老人理断”（《钦定户部教民榜文》），“若不由里老处分而径诉县官，此之谓越诉也”（《明会要·民政》）。可见，里老调处已成为法律意义上纠纷解决的必经阶段，如果不先由里老调处就直接向官府提起诉讼，视为“越诉”，要受到惩罚。

所谓宗族调处，是指宗族内部发生纠纷时，族长依照家法族规进行调解、处置。宋代以后随着宗族势力的扩大和族权的加强，宗族调处成为民间调处十分重要的环节，形成了独特的“宗族法诉讼模式”。

宗族法历史悠久，东汉郑玄的《诫子书》、三国诸葛亮的《诫子书》、嵇康的《家诫》、颜之推的《颜氏家训》被视为中国早期宗族法的典范。宋代家法族规逐渐进入成文法阶段，如司马光的《家范》《家仪》，陆游的《放翁家训》，朱熹的《朱子家礼》等，但仍以伦理说教为主，缺少具体规定。明代以后家法族规中惩戒条文不断增多，系统性也不断完善，宗族调处不仅仅是调解纠纷，还有裁决、处置不法行为的职能，家法族规成为国家法律的重要补充。<sup>①</sup>

从宗族法与国家法的关系来看，族规、族约要求族内纠纷一般先由族长调处，不得轻易向官府提起诉讼，自觉承担起调处纠纷的职能。<sup>②</sup> 国家也肯定了宗族在解决内部事务方面的职权，并对家法族规中的惩罚措施加以认可，明确承认宗族法的效力。<sup>③</sup> 如明代徽州祁门《奇峰郑氏本宗谱》中就记载了向地方官府申请制定族规的批文，该批文说：“参照所告营复宗祠以奉祀显祖、定立堂规、以联属族人等事，皆有裨于民风，且无背于国法，诚可嘉尚，拟合准行。”清代更是以法令形式将宗族调处纳入到国家司法体系之中，《皇朝经世文编》记载：“凡劝道风化，以及户婚田土争竞之事，其长（族长）与副先听之，而事之大者，方许之官。”并赋予宗族缉拿不法的职权，“凡遇族姓大小事件，均听族长绅士判断。（族中）如有不法匪徒，许该姓族长绅士捆送州县审办”（《大清历朝实录·宣宗朝》）。

从上文的分析中我们可以看出，民间调处尤其是宗族调处在宋代以后形成了系统的纠纷解决规范，有能力解决民事纠纷和一些轻微的刑事案件。国家也希望大量民事纠纷能在宗族、乡里内部得到解决，减轻官府的诉讼压力。于是国家在一定程度上赋予里老调处纠纷的职权，使民间调处具有强制性，纳入到国家司法体系之中，成为纠纷解决的必经阶段。虽然民间调处有很强的系统性和强制性，但与国家正式制度相比具有民间自治的特征，故而我们称民间调处为“半制度化”的抑讼途径。

#### 四、抑讼力度的变化：对“厌讼”与“好讼”矛盾的一种解释

基于以上分析，中国传统社会从非制度化、制度化和半制度化三种途径对诉讼加以抑制，试图实现“无讼”理想。一些学者根据上文所引用的皇帝、地方官吏、儒学家的相关言论，以及文献中“无讼”、少讼的记载<sup>④</sup>，用“厌讼”这一概念来概括中国传统诉讼文化的特点，认为中国传统社会存在回避诉讼的现象，“人

① 相关研究可参看费成康：《论家法中的惩罚办法》，《政治与法律》1992年第5期；赵华富：《徽州宗族研究》，合肥：安徽大学出版社，2004年，第404页；刘广安：《论明清的家法族规》，《中国法学》1988年第1期。

② 如安徽桐城《祝氏宗谱》规定：“族众有争竞者，必先鸣户尊、房长理处，不得速兴讼端，倘有倚分逼挟欺弱及遇事挑唆者，除户长察首外，家规惩治。”江西南昌《魏氏宗谱》也规定：“族中有口角小愤及田土差役账目等项，必须先径投族众剖决是非，不得径往府县诬告滋蔓。”

③ 虽然如此，但宗族法仍服从于国家法，族长的特权受到限制。例如族长原则上不能“私刑”处死或间接处死子孙，《唐律疏议·斗讼》规定，“若子孙违犯教令，而祖父母、父母殴杀者，徒一年半；以刃杀者，徒二年；故杀者，各加一等”；《大明律·刑律》规定，“凡祖父母、父母，故杀子孙及家长故杀奴婢图赖人者，杖七十，徒一年半”。虽有如此规定，但在司法实践中往往是免议或从宽议罪。

④ 例如，后汉的王堂在山东任职时，“至数年无辞讼”（《后汉书·王堂传》）。北齐天保年间宋世良任地方官时，“狱内糴生，桃树、蓬蒿亦满。每日衙门虚寂，无复诉讼者”（《北齐书·循吏传》）。隋代开皇年间的刘旷也是一位典型，“在职七年，风教大洽，狱中无系囚，争讼绝息，囹圄尽皆生草，庭可张罗”（《隋书·刘旷传》）。

们不愿意或不积极主动地用司法审判的方式来解决自己与他人之间的纠纷”。<sup>①</sup> 在这些学者们看来，“厌讼”不仅是情感倾向，也是实践特征，并将“厌讼”的原因归结为传统社会的人们法律意识滞后。<sup>②</sup> 然而史料中不仅有“无讼”、少讼的记载，也有“健讼”“好讼”的文字，官府为“讼案山积”所困扰的现象并不鲜见。<sup>③</sup> 明清诉讼档案为学者们基于实证资料来研究中国传统诉讼实践提供了条件，夫马进提出：“中国历史上毫无疑问确曾出现过名副其实的‘诉讼社会’。”<sup>④</sup> 滋贺秀三<sup>⑤</sup>、寺田浩明<sup>⑥</sup>、黄宗智<sup>⑦</sup>等学者的研究在一定程度上佐证了这一观点。

那么，应当如何理解文献中“厌讼”与“好讼”的矛盾呢？针对健讼之风，古代国家精英普遍归因于民众道德水平的下降<sup>⑧</sup>，并归咎于讼师教唆。近年来学者们则更多地讨论“诉讼社会”的社会经济基础<sup>⑨</sup>，认为商品经济的发展与人口规模的激增使纠纷类型日渐多样化、复杂化，诉讼压力也随之增大。也有学者对民众的诉讼观念加以分析，认为民众的诉讼观念与精英的诉讼观念存在分离，民众基于现实利益考量和社会关系而形成具体的诉讼偏好。<sup>⑩</sup> 限于篇幅，在此不作展开。笔者认为，作为诉讼的制度基础和实践环境，抑讼力度对诉讼规模同样会产生影响，抑讼力度大则诉讼规模得到控制，民众诉讼偏好弱；抑讼力度小则造成诉讼规模膨胀，民众诉讼偏好强。

非制度化抑讼途径方面，明清一些官吏、儒生对孔子的“无讼”思想有新的理解，在他们看来，“无讼”不是无所为，而是有所为，主张通过公正严明的审判使民众的冤屈得到伸张，由“无冤”而至“无讼”。这一理念与上文所论述的通过道德感化和思想劝导调处纠纷的非制度化抑讼途径是截然不同的，虽然追求的都是无讼，对诉讼均持否定态度，但前者重判决，后者重调处。<sup>⑪</sup> 在“无冤”理念影响下，一些官吏认为片面追求对诉讼规模的控制会使一些冤抑得不到处理，于是在诉讼实践中放松了对诉讼的限制，如海瑞任应天巡抚期间宣称：“若先亿其诬捏，十状九诬，弃九人之诬，而一人之实亦与其中矣。况十人中或不止一人之实，十人中一人为冤，千万人积之，冤以百以十计矣。不能执我严法，使诬者惧之不来，乃并实者弃之，使含冤之人不得伸雪，可以为民父母哉！”（《示府县状不受理》）通过消除冤屈而减少诉讼，从理论上来说是说得通的，但在现实生活中，一旦民众提交的词状得以顺利转化为诉讼，不仅可能使冤屈得以伸张，也可能刺激民众的诉讼偏好，从而造成“诉讼爆炸”。当海瑞的指令下达后，民众争相提起诉讼，使松江府上海县等地诉讼激增，甚至导致书写诉状的用纸价格飞涨，一个店铺光卖状纸一天的营业额就高达30两银子之多。<sup>⑫</sup> 海瑞的听讼努力不仅没有实现“无讼”，反而扰乱了当地的社会秩序。<sup>⑬</sup>

① 邓林俊昌：《法治及其制度性条件——对厌讼思想的另一种法理学思考》，《研究生法学》1999年第3期。

② 这一分析思路源于日本学者川岛武宣，他开启了运用“厌讼”文化解释诉讼行为的“文化解释进路”。在《日本人的法意识》一书中，川岛武宣写道：“传统社会中的厌讼倾向是由人们的法意识决定的，而这种法意识的特点在于缺乏权利的觉悟或者说是缺乏对权利与义务的关系的正确理解。”（[日]川岛武宣：《日本人的法意识》，王志安主编：《现代化与法》，北京，中国政法大学出版社，1994年）

③ 关于官员眼中的词状纷繁景象，参看尤陈俊：《“厌讼”幻想之下的“健讼”实相？——重思明清中国的诉讼与社会》，《中外法学》2012年第4期。

④⑤ [日]夫马进：《中国诉讼社会史概论》，《中国古代法律文献研究》第六辑，范愉译，北京：社会科学文献出版社，2012年。

⑥ [日]滋贺秀三：《中国法文化的考察——以诉讼的形态为素材》，《比较法研究》1988年第3期。

⑦ [日]寺田浩明：《中国清代的民事诉讼与“法之构筑”——以〈淡新档案〉的一个事例作为素材》，易继明主编：《私法》第3辑第2卷，北京：北京大学出版社，2004年。

⑧ 黄宗智：《民事审判与民间调解：清代的表达与实践》，北京：中国社会科学出版社，1998年，第171页。

⑨ 海瑞曾言：“淳安县词讼繁多，大抵皆因风俗日薄，人心不古，惟己是私，见利则竞，以行诈得利者为英雄，而不知欺心之害；以健讼得胜者为壮士，而不顾终讼之凶。”（《兴革条例》）裕谦也提出：“人既好讼，则居心刻薄，非仁也。”（《饬发戒讼说檄》）

⑩ 相关研究可参见邓建鹏：《健讼与息讼——中国传统诉讼文化的矛盾解析》，《清华法学》2004年第1期；陈宝良：《从“无讼”到“好讼”：明清时期的法律观念及其司法实践》，《安徽史学》2011年第4期；范愉：《诉讼社会与无讼社会的辨析和启示——纠纷解决机制中的国家与社会》，《法学家》2013年第1期。

⑪ 相关研究可参见霍存福：《法谚：法律生活道理与经验的民间形态——汉语谚语的法文化分析》，《吉林大学社会科学学报》2007年第2期；胡旭晟主编：《狱与讼：中国传统诉讼文化研究》，北京：中国人民大学出版社，2012年。

⑫ 如清代袁枚在《答门生王礼圻问作令书》一文中所指出的：“今之人不能听讼，先求无讼，不过严状式，诛讼师，诉之而不知，号之而不理，曰：‘吾以息讼云尔。’比如防川，怨气不伸，讼必愈多。不知使无讼之道，即在听讼之中。当机立决，大畏民志，民何讼耶？”

⑬ 从非制度化抑讼途径的另一个方面社会舆论来看，在一些地方，不仅没有形成“抑讼”的社会舆论，反而形成“健讼”的社会风气。欧阳修曾在文章中认为江南东路的歙州（今徽州）难治：“民习律令，性喜讼，家家自为簿书，凡闻人之阴私毫发、坐起语言，日时皆记之，有讼则取以证。其视入狴牢、就桎梏，犹冠带偃蹇，恬如也。”该记载表明一些地区的民众熟悉法律条令，喜欢诉讼，乐于窥探并记录他人的生活隐私，以作为今后诉讼的证据。民众对涉足诉讼并不感到羞耻，即使受到刑罚也不以为意，丝毫没有“厌讼”的影子。

制度化抑讼途径方面,虽然中国传统社会对民众提起诉讼加以制度性限制,但制度限制只是塑造了一个框架,满足条件的民众可以自由地提起诉讼,对诉讼的实际抑制作用有限。<sup>①</sup>此外,中国传统社会的统治者对诉讼制度也不断加以调整,在此我们主要结合明代对“越诉”限制程度的宽严变化讨论制度层面抑讼力度的调整。据《明史·刑法志》记载,洪武元年(1368),“置登闻鼓于午门外,日令监察御史一人监之……或府州县省官及按察司不为伸理,及有冤抑重事不能自达者,许击登闻鼓,监察御史随即引奏,敢沮告者死”(《明太祖实录》)。洪武十五年(1382)对越诉严加禁止,“凡军民诉户婚、田土、作奸、犯科诸事,悉由本属自下而上陈告,毋得越诉……违者罪之”(明《续文献通考·刑考二》)。洪武末年下令凡越诉者发配边远充军,“乃用重法,戍之边”(《明史·刑法志》)。宣德八年规定“越诉得实者免罪,不实仍戍边”(《明宣宗实录》),如果所诉为实情,就不追究越讼之罪,无疑又放松了对越诉的限制。到了景泰中期又重归严苛,规定“不问虚实,皆发口外充军”(《明史·刑法志》)。回顾历史,历朝历代普遍要求上诉人必须向司法机关逐级上诉<sup>②</sup>,在具体历史时期关于“越诉”的制度规定包括全面禁止越诉和有条件地允许越诉<sup>③</sup>两类,并不存在完全放开越诉的时期,对“越诉”仍以抑制为主要特征。对“越诉”限制的宽严变化与越诉案件的规模有直接关系,一旦放宽限制就可能引起越诉案件激增,洪武初年就存在“州县小民,多因小忿,辄兴狱讼,越诉于京。及逮问,多不实”(顾炎武:《日知录》)的情况,严重影响了正常的司法秩序。

半制度化抑讼途径方面,民间调处的效果与关系网络的强弱相联系,如果关系网络较弱,那么民间调处的效果就受到限制。<sup>④</sup>仲裁者的个人权威以及民间组织的力量同样会对民间调处的效果产生影响,个人威望越高、组织力量越强,民间调处的效果越好。伴随着商品经济的发展和人地矛盾的日益尖锐,地缘、血缘等关系网络受到冲击,里老若不能对纠纷作出合理、有效的调处,那么民间组织对群体成员的约束力将减弱,民众可能不再将民间调处作为首选,而是直接诉诸官府。学者们对诉讼档案的研究发现,在一些地区因家产分割、宗祧继承、借贷关系引起的诉讼十分常见,正说明民间组织的纠纷化解功能处于弱化乃至失灵状态。正如顾炎武在《日知录》里写道:“宣德七年正月乙酉,陕西按察僉事林时言:洪武中,天下邑里皆置申明、旌善二亭,民有善恶则书之,以示劝惩……今亭宇多废,善恶不书,小事不由里老,辄赴上司,狱讼之繁,皆由于此。”即使民间调处被纳入国家司法体系之中成为法律意义上纠纷解决的必经阶段,也不能起到抑制诉讼的作用。

概而言之,“厌讼”与“好讼”的矛盾与抑讼力度有关,任何一个维度上抑讼力度的减弱都可能导致诉讼社会的出现。抑讼力度的变化既可能源于官府的主动变革,如官吏听讼实践中观念的变化以及国家对诉讼制度的调整,也可能源于社会经济变迁所导致的客观变化,如商品经济发展和人地矛盾日益尖锐对民间调处效力的冲击。因而,将抑讼力度纳入到分析框架中,可以促进我们对“厌讼”和“好讼”矛盾的理解,我们需要在具体历史情境下分析影响诉讼规模的抑讼途径及相关关系。

## 五、结语

金耀基在《从传统到现代》中写道:“社会文化是一‘全体系’,它的复杂的性格有一‘多变项的因果关系’,因此决不能执一以概全。”<sup>⑤</sup>伯尔曼认为法律文化具有三重本质,既是一种现实的法律规范和制度,又是一种价值追求和道德准则,还是一种因袭而成的社会行为模式。<sup>⑥</sup>诉讼文化作为法律文化的特定范畴,

① 故而夫马进认为,产生“好讼之风”“健讼之风”的根本原因在于明清时代的诉讼制度本身是一种向千百万民众开放的制度,尽管当时的社会从价值取向和国家的政策措施上对诉讼持否定态度,但由于诉讼制度本身的开放性,无论诉讼费用如何之高,只要有够打官司的资财,任何人都可以提起诉讼。〔日〕夫马进:《明清时代的讼师与诉讼制度》,王亚新、梁治平主编:《明清时期的民事审判与民间契约》,北京:法律出版社,1998年,第392-393页)

② 相关规定参见胡旭晟主编:《狱与讼:中国传统诉讼文化研究》,北京:中国人民大学出版社,2012年。

③ 之所以在一些历史时期放宽对越诉的限制,多是出于平反冤抑的考虑,要求有重大冤情且所告属实。宋真宗曾说:“军民诉事,有琐细非切害者,朕常寝而不行。若明谕有司,则下情壅塞,人有冤滞矣。”(《宋会要·刑法》)

④ 刘正强:《缘“分”的时代:异变中的初级关系与民间纠纷》,《社会学评论》2013年第2期。

⑤ 金耀基:《从传统到现代》,《自序》,北京:中国人民大学出版社,1999年。

⑥ 〔美〕H.G.伯尔曼:《法律与革命》,贺卫方、高鸿钧、张志铭、夏勇译,北京:中国大百科全书出版社,1993年,第683-684页。

同样具有不同的维度。中国传统诉讼文化不是单一的、凝固不变的，而是不断变化与发展的，需要从不同的维度，不同的时期加以分析。

在儒家看来，诉讼违背自然秩序，破坏社会秩序，并对伦理秩序形成挑战，因而“无讼”成为古代国家精英的社会理想。为了实现“无讼”理想，中国传统社会通过三种途径来抑制诉讼。非制度化抑讼途径方面，国家精英通过思想劝导、榜样示范、社会舆论等多种方式进行道德教化，不仅试图借助道德感化提高民众的道德水准，劝民息讼，也努力营造“为讼有害”的社会舆论，增加诉讼的道德成本。制度化抑讼途径方面，中国传统社会的统治者通过制定严格的诉讼制度来增加民众提起诉讼的难度，我们结合对诉讼主体和诉讼时间的限制对此展开论述，以说明中国传统诉讼制度的抑讼特征，诉讼不是人人、时时都可采用的手段。半制度化抑讼途径方面，在中国传统社会，民间调处在纠纷解决中扮演重要角色，明清时期被纳入到国家司法体系之中，成为纠纷解决的必经阶段。宋代以后，宗族调处成为民间调处的重要组成部分，家法族规提供了纠纷解决的依据，国家也肯定了宗族在解决内部纠纷方面的职权，对家法族规中的惩罚措施予以认可。

在国家精英的努力下，历史上确实有一些地方实现了“无讼”或少讼，然而宋代以后“好讼”的记载同样常见。针对这一矛盾，笔者借助“抑讼”框架加以分析。非制度化抑讼途径方面，明清时期出现了通过明断案件来实现“无讼”的思潮，一些官吏在诉讼实践中放宽了对诉讼的限制，导致诉讼规模的急剧膨胀，海瑞的听讼实践颇具典型性。制度化抑讼途径方面，本文以“越诉”为例分析诉讼制度的宽严变化，在一些历史时期有条件地允许民众越诉，然而一旦放宽对越诉的限制，就会造成越诉规模激增，扰乱正常的司法秩序。半制度化抑讼途径方面，商品经济的发展和人地矛盾的日益尖锐使民间调处所依靠的关系网络受到冲击，如果民间组织不能有效应对冲击，将使民间调处对民众的约束力弱化，民众可能越过民间组织而直接向官府提起诉讼。概而言之，虽然历史上抑讼力度不断调整，存在强弱变化，但国家精英自始至终对诉讼持负面评价，制度设计和诉讼实践也是以抑讼为主流，因而笔者认为中国传统诉讼文化以“抑讼”为主要特征。

今天，在中国着力推进现代法治建设的同时，“诉讼爆炸”“恶意诉讼”也正日益成为影响社会秩序的重大问题，我们能否批判性地借鉴中国传统诉讼文化中的有益成分，以促进“和谐社会”的建设，值得学者们深思。

[ 本文为 2011 年教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“传统文化与现代法治”(11JJD840005) 的阶段性成果 ]

(责任编辑:王胜强)

## No-Litigation, Anti-Litigation and Inhibition of Litigation

— An Analysis of Chinese Traditional Litigation Culture from Approach of Sociology of Law

Guo Xinghua

**Abstract:** In traditional Chinese society, “no-litigation” ideal is the ultimate value of Chinese ancient legal system. In order to realize this ideal, the country's elite try to restrain litigation by non-institutionalized means, institutionalized means and semi-institutionalized means. Officials try their best to prevent litigation in practice, they also publicize “litigation is harmful” to increase the moral cost. What's more, the Chinese traditional society installs restrictions on the subject and time making litigation not an “always-available” method. During Ming and Qing Dynasties, civil mediation has become inevitable stage of dispute settlement. Even though the strength changed in history, we still believe “inhibition of litigation” is the main features of Chinese traditional culture of litigation.

**Key word:** culture of litigation, no-litigation, anti-litigation, litigiousness, inhibition of litigation