

南 華 大 學

社會學研究所

碩士論文

中國傳統法律場域無訟觀之研究--以《名公書判清明集》為例

The Idea of No-Litigation in the Legal Field of Traditional  
China--An Case of 《Minggong shupan qingming ji》



研 究 生：賴坤發

指導教授：鄒川雄 博士

中華民國九十四年六月二十七日

# 南 華 大 學

社會學研究所

碩 士 學 位 論 文

中國傳統法律場域無訟觀之研究--以《名公書判清明集》為例  
A Study of the Perspective of Non-Litigation in Traditional  
Chinese Law Field—An Example of 《Minggong shupan qingming ji》

研究生：乾 坤 發

經考試合格特此證明

口試委員：\_\_\_\_\_

國 平  
力  
鄒 川 雄

指導教授：鄒 川 雄

系主任(所長)：蔡 幸 瑞

口試日期：中華民國 94 年 6 月 27 日

# 謝 辭

謹以此論文獻給我生長於鄉土社會，敦厚、樸實、無爭的父母，他們識字不多，卻懂得做人的道理。

他們是：

賴清木先生（1930--）

黃來好女士（1935--）

愛子心無盡，歸來喜及辰，寒衣針線密，家書墨痕新，見面憐清瘦，呼兒問苦辛，低徊愧人子，不敢歎風塵。

----清 莊士銓《歲暮到家》

七年的時間不算短，卻也倏忽即過。回想七年前因著張李與俊文兄夫婦的因緣，進入南華比較宗教所就讀，初進入校園，即被其教室內深具人文氣息的古樸擺設所深深吸引。在比較宗教所一年，慧開法師的認真與要求、鄭志明老師對道教的豐富學養都令我佩服，謝大寧老師講經論道的神情則至今令人神往，而在蔡源林老師的帶領下，進入了伊斯蘭世界，讓我不再被西方左右的媒體所誤導，與修行師父們同窗，並經常到南華學舍享受佛教飲食的洗禮，也是殊有的機緣，至今難忘。

讀了一年比較宗教學之後，適逢南華社會學研究所成立，素來對社會學頗為景仰的我，出於學位的考量（當時宗教所還沒有正式成立，只屬進修性質，並未頒予學位），我考入了社會所。在社會所前後長達六年，感念最深的是老師與學生們親密的互動以及老師們的專業與親和，齊力老師與楊靜俐老師親切得像家人一般，使我如沐春風，翟本瑞老師與鄒川雄老師思想的敏銳與博學，使我興起有為者亦若是的嚮往，特別是在休學與復學之間，每次翟老師總是諄諄勉勵，期勉再接再厲，蘇峰山老師手持煙斗作哲學式思考的神情，倣若智者進入無垠的思想世界，特別是夜間上課，與同學們共進晚餐的滋味，至今回味無窮。

論文的完成，首先要感謝的是溫文儒雅的指導教授鄒川雄老師，他給我充分的自由與細心指導，從論文題目、架構到細節，每一次的 meeting，都有破解迷惑的喜悅，甚至《名公書判清明集》電子檔的繕打校對，老師也不遺餘力地協助

我，直到口試前夕還傳授密笈，實在感恩。口試時周平老師與齊力老師的指正極為珍貴，雖然學力未逮，也已儘量改正，非常感謝。

回想過去這半年來，如果沒有同學美玲每次在嘉義火車站相約 meeting 與鼓勵，恐怕我已半途而廢。而如果沒有姐姐美雲及稻江學生素月、淑萍在公忙之餘還協助《名公書判清明集》電子檔的繕打工作，以及鄒老師及學生們的校對，本論文不可能在短期間內完成。另外，在工作上，同事們的互助與和諧，使我無後顧之憂，在此也一併致上謝忱，特別是建星，總是以廠為家，這些年來，幫我很多忙，非常謝謝他。還有，這幾年來，進入稻江管理學院擔任兼任講師，使我的人生有更多的體驗，這都要感謝同學良慶的引薦與洪裕原主任給予的機會，心中常存感激。

七年來，我與愛妻曉雲添了一對可愛的寶貝元元與均均，有了他們的陪伴，使我的人生更加豐富有趣，不管再怎麼疲累，只要看到他們可愛的笑容，一切辛苦就有了代價。這兩個小孩都是岳父母帶大的，他們的辛勞，在此也聊表謝意。

最後要感謝的是我的父母，他們識字不多，卻以身作則，教導我作人作事的道理，這是我一輩子最豐厚的資產，也因為他們與姊姊的時時關心，才提供筆者繼續寫作本論文的決心。

也要感謝自己，在瑣碎的家事與工作隱憂雙重壓力的情況下，我還是撐過來了，不論這個論文寫得好不好，辛苦的過程我已走過，人生重要的除了結果，更是過程，對年過中年萬事休的我而言，或許阿 Q，卻也是另一種人生體悟！

# 摘要

本論文旨在探討中國傳統法律場域中一個特殊的觀念--「無訟觀」,包括「無訟觀」的思想淵源、「無訟觀」對判決所產生的影響、人民對訴訟的基本態度,以及這種態度之所以產生的真正原因,屬於法律社會學的研究範疇。

本研究以一個特定文本宋朝的《名公書判清明集》作為例證,來說明「無訟觀」對判決的影響,並以質性研究分析軟體 WinMax98 針對《名公書判清明集》作了編碼(coding)與統計分析。而為了對比中西法律思維的不同,本論文以現代判決與傳統判決作比較,最後,為了探究「無訟」現象之所以產生的實務上原因,本研究以中國人關於「爭訟」的俗諺加以整理分析。

通過上述的研究方法及文本,本研究獲致以下結論:

- 一、「無訟觀」是淵源於中國人的和諧觀與整體觀,在中國人特有的禮法文化與宗法社會生了根。在一個人與人彼此熟悉的鄉土社會,「爭」被人們所否定,「訟」更是絕對的壞事。
- 二、「無訟觀」對傳統中國法律判決的實質影響有下列四項:
  - (一) 息訟
  - (二) 情、理、法兼顧的整體思維
  - (三) 教化文章
  - (四) 紛爭解決一次性。:
- 三、就質性軟體電腦分析發現,傳統中國(至少是南宋)的紛爭類型可大別「立繼、人倫、財利」類及「官吏不法、奸惡、妄訴」兩大類,這二大類的性質上分別與現代的「民事案件」與「刑事案件」相當(或與古代分類「戶婚田土錢債」與「命盜重案」二類相類似),在判決上,判官的處置也截然不同,前者多考慮「人情」,而後者則絕大部份「依法」判決,另外,約有一半的案件在判決中有引用法條、而「懲治」則還是判官最常用的方法,而強調「和諧、息訟、無訟」的判詞則多集中在「立繼」、「人倫」類。另外,除了「官吏不法」與「妄訴」二類之外,判決充滿教化的意味,是十足的教化文章。
- 四、理想與實際:

「無訟」的理想在於希望透過教化,使人民各安其份,不起爭訟,但人民真正不提起訴訟的原因卻不只是為了和諧,很大的原因在於訴訟制度的限制與官吏的腐敗,於是人們有了紛爭往往先尋求宗族的調解,非不得已,並不願告官。

關鍵字：傳統法律、無訟觀、整體觀、和諧觀、情理法、名公書判清明集、俗諺。

# Abstract

The goal of this dissertation is to explore the idea of no-litigation in the legal field of traditional China. We discussed the origin of the idea, its influence on judgment, the basic attitude of people to instance and the real cause of this attitude. This study belongs to the field of Sociology of Law.

In order to illustrate the influence of no-litigation, I used the text of Minggong Shupan Gingming Ji, as a case. The Minggong Shupan Gingming Ji is a collection of cases in the Sung dynasty. I used the software WinMax 98 for qualitative research to code and do statistical analysis. To illustrate the difference of the litigation thought, the study compares the differences between the cases of modern and traditional China. At last, in order to explore the real practical impact of no-litigation, I analyzed the common saying about issue and case.

This study came to the following conclusion: Firstly, the idea of no-litigation origins from the perspective of harmony and wholeness. It roots from the traditional Chinese country society and culture. In a country society, people familiar with each other think issue and case is an absolute evil thing. Secondly, the practical influence of the idea of no litigation in judgment is to quell the litigation, to ponder the issue depended in human nature, reason and law as a whole. The report is an enlightened article and aims at solving the impact of issue and case.

Thirdly, in my qualitative research I found that we can categorize the case into two parts: "adoption, ethics, interest" and "mandarin's malfeasance, misdeed, litigation of base". The former is similar to a civil case where the judge would mainly base his decision on human nature or the situation of the case and the latter is similar to a criminal case where the judge would mainly base his decision on the law. Punishment is still the main method to solve the issue and the no-litigation aspect always comes in to play in "adoption" and "ethics" cases. In addition to this, the report is full of enlightened words except for in the case of "mandarin's malfeasance" and "litigation of base". Lastly, the customary hope of the idea of no-litigation is to reduce the issue and case by enlightened people but practically we found that the real cause for the appearance of the idea of no-litigation is not only for harmony, but also for the corruption of mandarin and the strained litigation system. Therefore people will only litigate when they have no choice; otherwise, they usually arbitrate quarrels in their clan.

Key words : traditional law, the idea of no-litigation, the perspective of harmony, the perspective of wholeness, "human nature, reason and law", 《Minggong shupan qingming ji》, common sayings

# 目 錄

<b>第一章 緒論</b>	<b>1</b>
第一節 問題的重要性	1
第二節 研究範圍與分析架構	2
第三節 研究方法	10
第四節 章節安排（論述架構）	11
<b>第二章 無訟觀的思想背景與判決思維</b>	<b>13</b>
第一節 思想淵源--整體觀與和諧觀	13
第二節 社會關係的既有秩序：宗法社會與差序格局	20
第三節 無訟的判決思	27
第四節 現代法律判決的對照	30
<b>第三章 無訟觀主導下的判決--《清明集》的例證</b>	<b>41</b>
第一節 既有社會秩序（禮的社會）的維持	41
第二節 情、理、法的整體思維	51
第三節 教化文章--傳統中國法律書判的表現形式	60
第四節 紛爭解決一次性	65
<b>第四章 《清明集》個別案例分析--無訟觀對判決的影響</b>	<b>70</b>
第一節 案情說明與法律規定	70
第二節 紛爭的原因與判決目的	73

第三節 判官邏輯與文章舖陳	74
<b>第五章 《名公書判清明集》的電腦初步分析</b>	<b>80</b>
第一節 案例的抽樣與變數	80
第二節 統計分析	83
<b>第六章 理想與實際：爭訟的俗諺分析</b>	<b>97</b>
第一節 研究資料來源與分析理路	98
第二節 有關避免爭訟的俗諺	99
第三節 有關宗族調解的俗諺	104
第四節 有關官府訴訟實務的俗諺	107
<b>研究結論</b>	<b>115</b>
<b>參考書目</b>	<b>122</b>
<b>附錄一：臺灣士林地方法院九十三年度士簡字第八四八號刑事簡易判決</b>	
<b>附錄二：臺灣士林地方法院九十三年度刑事判決訴字第二七九號</b>	<b>128</b>
<b>附錄三：《清明集》【雙立母命之子與同宗之子】案書判全文</b>	<b>130</b>
<b>附錄四：名公書判清明集門、類編號表</b>	<b>133</b>
<b>附錄五：WinMax98 對《清明集》概念編碼（coding）舉例</b>	<b>137</b>
<b>附錄六：與爭訟有關的俗諺</b>	<b>141</b>



# 中國傳統法律場域無訟觀之研究

## --以名公書判清明集為例

### 第一章 緒論

#### 第一節 問題的重要性

法律的目的是和平，而達到和平的手段則為鬥爭。…被害人提起訴訟，往往不是因為實際上的利益，而是基於權利感情 (feeling of right) …簡單言之，訴訟對你，不是單單利益問題，而是名譽問題，即人格問題。…

法律之所以能夠存在，係依靠人們對不法肯作反抗，若因畏懼而至逃避，這是世上最卑鄙的行為，…此種反抗乃是每個人的義務。…

故凡勸告被害人忍受侵害，無異於勸告被害人破壞法律。…是則法律的毀滅，責任不在於侵犯法律的人，而在於被害人缺乏勇氣。我敢大膽主張：「勿為不法」(Do no injustice) 固然可嘉，「勿寬容不法」(Suffer no injustice) 尤為可貴。… (Rudolf von Jhering, 薩孟武譯，轉引自王澤鑑，1993:I-X)

這是德國法學權威耶林 (Rudolf von Jhering) 在其名著《法律的鬥爭》一書中對西方法律所提出的洞見，可以代表西方人對法律乃至於訴訟採取的態度--主張權利不只是對自身權利的維護，更是對法律秩序的存在應抱有的一種義務。在此法律的存在成爲一種目的，欲達到此目的，消極的作法是「勿爲不法」，但更積極的作爲則是「勿寬容不法」，就此，不但勸人忍受侵害是一種破壞法律的作法，被害人缺乏勇氣，更會造成法律的毀滅。

相對西方而言，傳統中國對訴訟的態度又是如何呢？宋儒朱熹的《勸諭榜》中有這樣一條：

勸諭士民鄉黨族姻所宜親睦，或有小忿，宜啟深思，更且委曲調和，未可容易論訴。蓋得理亦須傷財廢業，況無理不免坐罪遭刑，終必有凶，切當痛戒。

明王守仁創十家牌法，其中一項重要內容即是「每日各家照牌互相勸諭，務

令講信修睦，息訟罷爭，日漸開導，如此則小民益知爭鬥之非，而詞訟亦可簡矣」。  
(轉載自梁治平 1997：205)

兩大思想家均在「勸諭」人們「親睦」、「勿爭」，就算「有理」亦宜「息訟罷爭」，否則，「終必有凶」。

中西訴訟觀何等不同！

現代社會雖然全盤西化，但是傳統思想觀念仍然影響著中國人。對於法律遲遲無法現代化，法學家邱聯恭認為，我國傳統社會「以和為貴」、「訟則終凶」的觀念及康熙要求忠臣良民遇事應以和解解決，率爾興訟者，即以頑劣尋釁之徒看待的歷史背景，壓抑了人民權利意識的健全發展，挫折了人民提起訴訟主張權利的鬥志(邱聯恭 1993：3)。姑且不論傳統中國法律本無權利觀念而無從受到「挫折」，但「無訟觀」確實是中國法律場域一個鮮明的特色，對於「無訟觀」的分析，無疑將有助於現代中國人法律行為的了解。

本研究即在於通過宋朝書判《名公書判清明集》來研究無訟觀的思想背景及其對傳統中國法律場域的影響，並透過現代訴訟的對比，希望能對中國人的法律行為多一些了解，也對社會學本土化盡一點棉薄之力。

## 第二節 研究範圍與分析架構

無訟觀是傳統中國重要的法律觀念，在許多討論中國法律文化的書籍、論文都會提到，梁治平在《尋求自然秩序中的和諧--中國傳統法律文化研究》一書中就認為，無訟是道家、儒家，甚至法家所共同追求的目的，雖然各家所用的方法不同，影響最大的是儒家的思想，他先從建築、城市去說明自然和諧對中國的影響，而這個自然和諧觀在社會關係的領域，演變成一個具體的原則，那就是「無訟」，他認為，法律的適用變成了教化加與儆戒，無訟的理想則化為息訟的努力，古代中國人把「和諧」奉為社會中絕對的目標，把法律看成是實現這一道德目標的手段，甚至法律因此只具有否定的價值，爭訟乃是絕對的壞事。(梁治平，1997：188-205)

就像梁治平所說的，無訟與一個社會強烈要求和諧(至少是表面和諧)有關，中國人關於和諧的觀念在黃麗莉看來是以「天人合一的思想」、「倫理本位的禮治思想」以及「國家意識型態化的儒學」等意識型態為基礎。(黃麗莉，1999：29)在一個認同和諧，否定「爭」的社會，無訟成為理想也是很自然的事。

費孝通則從人們對傳統規則服膺的情形說明無訟理想的必然性，他認為鄉土社會的人們從小熟悉的傳統規則已經內化為自身的一部份，因此維持禮俗的力量不在身外的權力，而是在身內的良心，於是一個人如果為了自私的動機，越出了規矩，這個人必是敗類，因此，一個負責地方秩序的父母官，維持禮治秩序的理想手段是教化，而不是折獄，無訟的想法就是在這樣的社會土壤生了根。(費孝

通，1993：56-57)

馬小紅則認為無訟觀係根植於古代宗法社會中濃厚的「人情」，與西方相比，在中國，息訟、無訟成為人們的理想，在現實中，它甚至成為考核官吏的標準，追求「無訟」，必然會提倡忍讓與自律（馬小紅，2004：229）。

這樣的法律文化在韋伯的眼中成了一種「卡迪審判」，韋伯認為西方法律是一種形式的--理性的法律，是完全依法審判，它的法律講求形式邏輯，理想的法律體系是完全沒有漏洞的，法官只要依法判決就可以，也因此，西方的判決具有可預計性；相對而言，傳統中國法律則是一種實質的--不理性的法律，是充滿自由裁量的、不可預計性的「卡迪審判」，法律也不重視形式邏輯，重視的是實質的公道，倫理教化的色彩很濃，法律處處漏洞，法規範不夠完備<sup>1</sup>。

滋賀秀三則認為，相對於歐洲的訴訟類型是屬於「競技型訴訟」，中國傳統法律訴訟是一種「父母官訴訟」，也就是如同父母申斥子女不良行為一般，調停兄弟姊妹間的爭執，這樣的訴訟是產生不了「正義」(jus)、「權利」(recht)之類的概念的，法官聽訟的目的不在於發現什麼「法」，而是以爭訟的平息為目的。（滋賀秀三，【中國法文化的考察】載於《明清時期的民事審判與民間契約》頁15-16）

這樣的「父母官訴訟」在判決時要考慮的不單單是「法」，更重要的毋寧是「人情」，而最後的目的則在於平息紛爭，甚至「無訟」，誠如馬小紅所說的，古代宗法社會的「人情」是無訟觀的溫床。相對西方判決以發現「法」為目的，判決考慮「情、理」正是中國傳統法律的特色。「法」是建立在以規範的嚴格形式，而「情、理」則是給予每個當事人各自面臨的具體情況以細致入微的考慮及可能的照顧，也就是說，審判本身的性質不是根據確立的規則來判斷權利的有無，而是試圖全面調整人與人之間關係的整體。（滋賀秀三，【清代訴訟制度之民事法源的概括性考察】載於《明清時期的民事審判與民間契約》頁35）

林端則認為，跟西方司法審判比較起來，中國法官的判決被韋伯看成是「卡迪審判」，滋賀秀三也把縣官看成是「調解的父母官」，但是，林端問道，難道中國人的「情理」與「習慣」，裡面就不包含確定性、普遍性或可預計性嗎？他認為，州縣官依情理所作的判決或調解，在一定程度內會落在自己、協助他的師爺與社會大眾所大致公認的合情合理的範圍之下，這難道不是中國式的普遍性、確定性與可預計性嗎？他進一步認為，中國傳統法律不是如韋伯所說的是一種單一而二元對立的，相對地，中國傳統法律呈現的是一種多值邏輯，他認為這樣的多值邏輯至少有以下數種：(一)以「例」補「律」(二)情、理、法綜合考量(三)「官方審判」與「民間調解」並行(四)「官方審判」、「民間調解」與「神判」的互補(五)「國家法律」與「民間習慣」。以這樣的多值邏輯來看中國傳統法律文化可以避免西方「禮此即彼」的二值邏輯。（林端，2003：39-152）

<sup>1</sup> 上面有關韋伯的論點是由林端在其著作《韋伯論中國傳統法律--韋伯比較社會學的批判》頁六至頁七表列整理所摘要。

以上雖然已有許多文獻針對無訟觀作出許多討論，但大多屬於觀念層次的闡明，較少探討無訟觀在實作層次的真實作用，本論文立基於前人豐碩的研究成果之上，試圖通過《名公書判清明集》與代表人民實作的俗諺來探討無訟觀在法律場域中實作層次的影響。以下先將就研究範圍、分析架構及研究限制分別說明。

### 一、研究範圍

研究傳統中國的任何議題，常有上下古今五千年毫無範圍之感，也因此常有令人感到空泛的感覺。的確，在中國這樣一個年代悠久，而又有歷史記載傳統的國家，任何議題，尤其涉及思想問題，必得將數千年的歷史作一番爬梳整理。本論文所談的無訟觀在中國的影響可謂縱貫古今，作者不會也無能力作思想史的研究，但面對這一個影響中國人深遠的觀念，還是不能免俗地追根究源，在第二章粗淺地討論它的思想起源。

爲了彌補這種空泛之感，本論文在第三章以後集中地以宋朝所存的判決文書集《名公書判清明集》爲例，用來印證無訟觀在中國傳統法律場域的影響，並以現代判決書背後的判決理路作爲對比，以凸顯傳統中國判決者心智運用方向的不同。

本論文所要分析的文本《名公書判清明集》（以下簡稱《清明集》）是宋朝時代的判決文書及官府公文的彙編。「書判」在宋以前指的是一種文體，現在還爲人所知的書判，例如唐代張鷟的《龍筋鳳髓判》，白居易《白氏長慶集》內的【甲乙判】。特別在《文苑英華》中收錄了大量唐人的判詞，這一類的書判一般是提出一個假設性的案件來加以判決，其優劣是依詞章來判斷。這是古代以文章爲重，吏事爲輕的結果，所謂「文章千古事」，就是這種思維的反映。這一類的書判是虛構的，不是真實的。樣的情況到了宋朝有了轉變，由於一代宗師歐陽修認爲「文學止於潤身，政事可以及物」，鼓勵注意政事及許多士大夫不肖一顧的刑獄之事，於是一些士大夫將前代明敏斷案的記載匯集成書，有些士大夫將自己的判詞收集保存起來，甚至編入自己的文集，《清明集》就是在這樣的歷史背景下編纂出來的。這些判詞與前朝的判詞最大的不同就在於這些判案是真實發生的，收錄的標準也不是詞章的優劣，而在於對案件的判決是否「清明」。因此《清明集》可以說是中國古代真實判案的最早集成之一，以之爲研究對象自然別有意義。

《清明集》書中提供的每一書判都反映了當時真實的社會生活，這一反映是由紛爭當事人的訴詞與判官的判詞及官府的反應（如何查證與適用法條及准情酌法）所組成，很多判決也都援引法條，是研究南宋法制史極珍貴的史料。

《清明集》的內容絕大部份是判決文書，一小部份的官府公文也多與獄訟有關，其內容包括有官吏門、賦役門、文事門、戶婚門、人倫門、人品門、懲惡門等七門，申儆類…等九七類（若干重覆者只算一類），每類各有若干篇，總計有457篇（附錄另有勉齋先生黃文肅公文集、後村先生大全集、文文山集、黃氏日抄、朱文公文集等判語）。它同時也是宋代民間生活、社會、法律、經濟、政治各方面的豐富史料，已爲宋代研究者的高度重視。

早期研究《清明集》的是日本學者用力最多，不但經常引用，還寫過專書，例如，仁井田陞的《清明集戶婚門研究》<sup>2</sup>，著名中國傳統法律的專家滋賀秀三的名著《中國家族法原理》，也大量引用《清明集》中的案例去討論有關遺產、立繼、婦女地位以及不正規的家族成員（例如接腳夫、隨母再嫁之子）等等問題。西方還有以《清明集》寫過博士論文的<sup>3</sup>，大陸的研究例如邢鐵的《宋代家庭研究》與王雲海主編的《宋代司法制度》分別引用《清明集》中的判案作為家庭研究及司法制度的例證，台灣台灣大學更以「宋代官箴研讀計畫」對《清明集》進行研讀報告，報告集結成冊由東大圖書公司出版《宋代社會與法律--《名公書判清明集》討論》一書，係以《清明集》為中心，分別討論宋代的家庭倫理、立繼、士人犯罪、婚姻生活、經濟犯罪、田宅典賣…等等問題。

總之，本論文所要分析的文本《清明集》是一部真實反映南宋時代社會實際生活面貌的著作，已廣獲學術界的重視與研究，對本論文而言，《清明集》的判決充分顯露傳統中國判官對訟案的態度與處理方法，而這正是本論文所要研究的主題。

## 二、分析架構

本論文的分析架構圖如次頁，茲說明如下：

本研究認為「無訟觀」乃源於中國特有的「整體觀」、「和諧觀」與「天人合一觀」，這樣的整體和諧觀不但認為宇宙自然是一種整體的、和諧的、自然天成的，並以此認為人也應效法大自然，追求整體和諧感，這樣的觀念對傳統中國以血緣為主的宗法社會秩序起到了維持與修補的作用。無訟觀就是立足於宗法社會對這種天地自然整體和諧的效仿所產生的觀念。

宗法社會是一個人與人相互熟悉，行為規範已經內化了的社會，甚至整個村子裡大多數還是自己的親戚，在這樣的社會中，一個人逾越了自己的本份，作出超出行為規範的行為，本就必須受到譴責，為了宗族裡的和諧，「爭」本身就是一個絕對的壞事，如果竟然演變到必須告官，那更會為人所不恥，無訟觀就是在這樣的基層社會結構裡生了根。

無訟的觀念指導了傳統中國法律活動的進行，首先，既然「無訟」是理想、是目的，那麼當然鼓勵忍讓，不希望人與人之間有爭端，對於提起訴訟者，有時還以健訟之名否定、對於挑起紛爭者則以挑訟、唆訟加以處罰。

在紛爭還未決裂前，通常以宗族調解為主，這是為了要求宗族和諧，如果跳過了宗族，直接向官府提起訴訟，依據多數的家法族規，是要受到處罰的，人際關係也會受到否定。

但是有些案件是宗族不能調解（例如盜殺案件），有些案件是雖然調解了，

<sup>2</sup> 以上有關《清明集》的歷史淵源及日本學者研究的情況係摘錄自陳智超《宋史研究的珍貴史料--明刻本《名公書判清明集》介紹》（載於《清明集》附錄七）。

<sup>3</sup> 伯恩斯《傳統中國的私法（宋朝）：《名公書判清明集》的主要資料來源》博士論文，1973。  
（Burns, I.R. "Private Law in Traditional China (Sung Dynasty): Using as a Main Source of Information the Work Ming Kung shu p' an Ch'ing - ming chi." Ph.d.dissertation, Oxford, 1973

但紛爭當事人仍然不服的，最後都還是得走向告官的路，一旦告了官，進入官府，判官本於「無訟」的目的，往往傾向息訟，並勸諭紛爭當事人能夠和解，各讓一步。判官並不只是從法律的角度去看問題，而是從情、理、法去整體考量判斷，這種情、理、法同時考量的情況並不是要徇情枉法，而是追求一種情法兩盡的境界，傳統中國的判官相信，只有情、理、法兼顧的判決，才能真正解決雙方的爭端，也只有這樣才能真正息訟，這都是爲了無訟的理想。

這樣的整體思維與無訟的理想也使得判官傾向將紛爭一次解決。同一個案件紛爭當事人往往表面上爭議的是某一件事，但那件事背後卻另有紛爭的起因，也牽涉到其他人，判官通常會將這些事件一起解決，而不僅僅只針對表面上爭議的事，判官這樣的作法，目的還是爲了徹底解決爭端，目的還是爲了無訟。

傳統中國的判官身兼行政官，負有教化百姓的責任，身爲一個父母官，不但要對紛爭兩造作出解決紛爭的判決，甚至該判決對百姓的教化作用也在其考慮之列，爲了藉著案件的審理與判決教化百姓，傳統中國的判決書往往就成爲教化文章，這樣的作爲，目的也還是爲了無訟，這就是孔子所說的：「聽訟，吾猶人也，必也使無訟乎」的原本精神所在。

以上是從無訟觀作爲一個理想，人們以及判官所會採取的作法，這是從陽的一面來說。但是，我們知道，打官司最常爲人垢病的恐怕是「有錢判生、無錢判死」，判官並未必然每一個都是青天大老爺，都能夠依循前述無訟的理想在案件審理上所作的處置與判決，如果不幸遇上貪官污吏，告官不但費錢、費時，甚至破家廢業，嚴重的還有可能就此送了性命。再加上，國家機器本於無訟的目的，並不鼓勵人民告官，因此在制度設計上並不利於人民提起訴訟。人民基於這些涉訟經驗的傳承，也會儘量選擇在宗族內解決紛爭，而不告官，這是「無訟」理想的另外一個面相，相對陽的一面而言，它是屬於陰的一面，對無訟而言，陽的一面光明正大，但陰的一面卻是污濁的。「人生而有欲，有欲而不可得，不能無爭」，因此當人們有了紛爭首先的選擇是在宗族內解決，但宗族解決不了的，或不能解決的，不得已才會走上告官的路。

本論文就是從上述幾個角度來分析無訟觀對傳統中國法律場域的影響。

從上面的說明中，敏銳的讀者也許已經發現，在本研究中，有一個預設，即觀念指導著行爲。的確，筆者認爲觀念是影響人們行爲最深層的因素，它主導著人們行爲的方向。經濟學家凱恩斯就認爲思想的力量雖不是能立即看到的，但，與思想潛移默化的力量比起來，既得利益集團的力量並不如想像的大，他說<sup>4</sup>：

經濟學家和政治思想家的思想，不管其正確與否，都比通常所認爲的力量更大。事實上，世界是少數思想家統治的。掌權的瘋子，道聽塗說，

---

<sup>4</sup> 轉引自王迅【關於個人主義、集體主義和平等追求等幾個問題的思考】

<http://www.seruc.com/publication/jingjifeng/sixteen.htm>

從若干年前的拙劣的學者那裏獲取瘋狂之念。我確信，既得利益集團的力量，比起思想的潛移默化的力量來，被大大誇大了。思想的力量確實不是能立即看到的，而是要經過一段時間。……無論是好是壞，危險的是思想，而不是既得利益。

類似的說法，社會學家韋伯也曾經說過，他說：

直接支配人類行為的是物質上與精神的利益，而不是理念。但是由“理念”所創造出來的“世界圖象”，常如鐵道上的轉轍器，決定了軌道的方向，在這軌道上，利益的動力推動著人類的行為。（韋伯著簡美惠譯 1998：71）

在本研究中，筆者認為，無訟的「理念」決定了人們法律行動的方向，例如判官在判案時會傾向息訟、情、理、法整體考量以及紛爭解決一次性，他的判決文章不是法律文章，而是教化文章，這都是「無訟」所決定的方向；對人民而言，有了紛爭先尋求宗族調解，調解不成，萬不得已才告官，這大體上也是「無訟觀」所指出的方向。

但這並不意謂著本研究認為「利益」對人們的行為無足輕重，事實上，人們之所以爭訟，也不過就是為著利益，就像韋伯所說的：「直接支配人類行為的是物質上與精神的利益，而不是理念」。與爭訟有關的利益有可能是物質上的，最直接的利益就是訴訟成敗所受的影響，間接的影響則有訴訟過程中可能的支出，包括必要的訴訟費用、因為訴訟而無法生產所生的損失，甚至為求勝訴而賄賂的款項。與爭訟有關的利益也有可能是精神上的，例如訴訟成敗的勝利感或失落感，甚至爭訟只是為了「爭一口氣」，而訴訟知識的不熟悉也必然造成當事人精神上的負擔。

同樣的情形也發生在判官身上。判官在作判決時要考量利益可能是官聲的高低<sup>5</sup>、訟案太多將成為負擔、有無人情關說、官官相護，也有為了維護士人階級，對士人特別優待的，尤有甚者，包括實質利益的糾葛，例如貪污而枉法裁判。判官在每一個個案或多或少都會有不同種類以及不同深度的利益考量，這些利益有時的確會影響判決。

這也就是為什麼本論文必須指出「無訟」現象之所以存在，除了「理念」之外，可能還有其他訴訟實務上原因的理由。但，無論如何，總的來說，關於爭訟的解決方向還是由「無訟」的「理念」所決定的。

最後筆者要指出的是，「理念」並非與「利益」相背逆，相反地，經常地，「理念」甚至也可能成為「精神上的利益」，在傳統中國的爭訟中，「無訟」這個理念

---

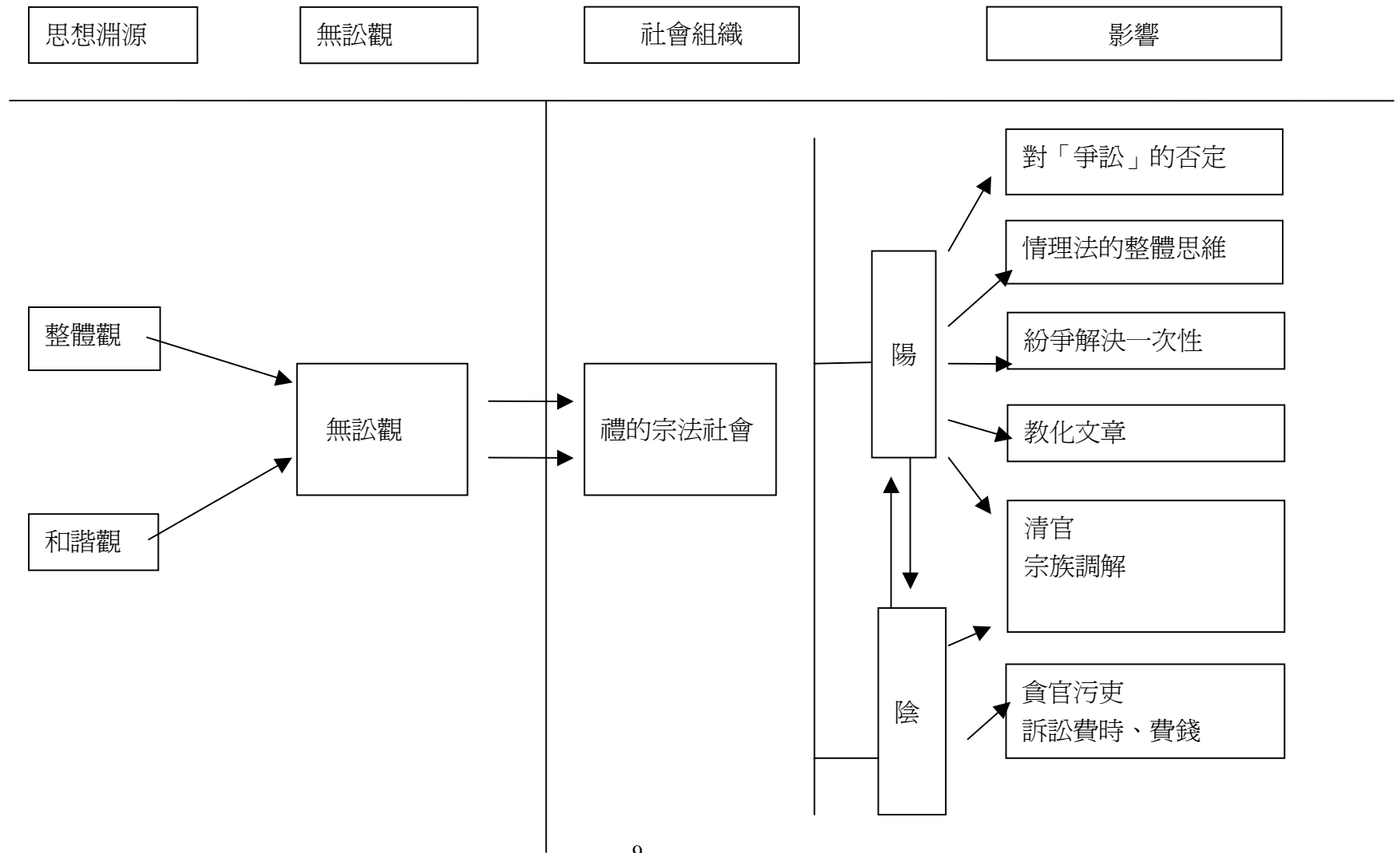
<sup>5</sup>傳統上來看，訟案多，代表身兼行政官的判官在施政上有不足之處，這也就是孔子所說的「聽訟，吾猶人也，必也使無訟乎」的道理。同時，判決是否合乎人們的期望，也決定人民對該判官的評價。

的落實，不但攸關判官的官聲，也使得判官可以得到精神上的滿足感，訟案的減少也有助於工作量的減輕。對爭訟的人們而言，「無訟」使人們儘可能採取低成本的紛爭解決方法，例如宗族調解，甚至採取「忍讓」的態度，這種態度可以為他博得鄰里的讚美，從而使他得到精神上滿足。

本研究就是立基於這樣的基本預設--「理念」決定方向，認為「無訟觀」決定判決的方向，也決定了人們對「爭訟」的基本態度，而這樣的方向是什麼圖象呢？這就是本論文所主要探討的，而直接支配人們行為的「利益」則在第六章中討論。



### 分析架構圖



### 第三節 研究方法

本論文屬於法律社會學的研究範疇，採取質性研究，並使用多種研究方法，茲述如下。

本論文旨在研究無訟觀對中國傳統法律場域的影響，因此首先必須了解無訟觀的思想起源，以及形而上的思想觀念是落實在什麼樣的實質社會結構，而對「禮」與「情、理、法」間關係的探究，亦有助於了解無訟觀在傳統中國法律場域中的實質運作機制，這都有賴於研究者搜集相關文獻加以梳理，屬於一種文獻分析法。

其次，本論文除了對觀念上的探討外，主要係針對特定的文本--宋代的判決文書及官府公文--《名公書判清明集》作分析，因此使用文本分析法，並參考紮根理論研究法，從「開放性譯碼」、「主軸譯碼」到「選擇性譯碼」對相關概念的提煉與豐富化，其過程係以質性研究電腦軟體 WinMax98 作為研究工具。

接著，本研究為完整呈現說明「無訟觀」對傳統中國法律判決的影響，於《名公書判清明集》中選擇內容豐富的個案加以分析，因此也使用個案研究法。最後，「無訟觀」除了前述思想起源外，事實上，之所以會產生此種無訟的觀念，也是人民涉訟實際經驗的累積，在這方面《清明集》中的判決提供了部份的了解，為使此種了解更為全面，本研究再搜集有關的俗諺，作一分析，這也是一種文本的分析方法或俗諺分析方法。

本論文首先透過對《清明集》逐篇的閱讀與摘要，有了大全書大致的了解（當然是帶著筆者對傳統中國法律場域的粗淺了解，接著透過文獻的大量閱讀，並將研究主題聚焦於「無訟觀」之後，對研究主題的有關概念有了更清楚的了解，接下來，以所理解的概念重新對《清明集》逐篇的閱讀與摘要，並由《清明集》中所表露出來的特殊之處提煉為主要概念，例如「整體性」（此概念係由「依情、理、法的綜合性判決」及「紛爭解決一次性」二者提煉出更高層次的抽象概念）去重新形塑理論架構，並由此再去找尋新的文獻，閱讀並修正理論架構，再以此架構重新閱讀與摘要《清明集》。也就是說，閱讀文獻與對文本的理解是一種繞著主題所作的一種互動的過程。在這個過程中，藉著文獻的閱讀增加筆者的理論觸覺，憑藉著這種理論觸覺讓筆者對文本有了更深度的了解，而藉著文本的閱讀，也導引了文獻搜尋與閱讀的方向，如此互動往復。其中對文本--《清明集》的閱讀與摘要除了以 Word 對每一篇案例作摘要外<sup>6</sup>，並將之透過質性分析電腦軟體 WinMax98 作譯碼（coding）的動作，也就是先作開放性譯碼，以此發現概念，接下來作主軸譯碼，並提煉範疇，並作交叉分析。整個譯碼（coding）的過程是

<sup>6</sup> 在此要特別感謝指導教授鄒川雄博士協助《清明集》電子檔案的完成，並感謝對該電子檔的輸入與校對有幫助的朋友，由於你們的幫助，本論文才有可能於短期內完成，而該電子檔也將為未來有志研究宋朝社會、法律的極珍貴資源。

採取類似<sup>7</sup>紮根理論的程序與作法，並且所用的文本與一般紮根理論以訪談稿為分析文本有別，而是利用既有的古代判案。

大體而言，本論文係先對文獻的了解與梳理，再之以循著紮根理論法所說的譯碼技術 WinMax98 電腦軟體對文本作譯碼，即在《清明集》全篇 4 5 7 個個案中以立意抽樣<sup>8</sup>尋找出與主軸譯碼有關的個案，進行仔細的譯碼，期使主要範疇更密實與豐厚。

#### 第四節 章節安排（論述架構）

本研究旨在探討無訟觀對傳統中國法律場域的影響，為什麼要討論這個問題，在本論文的第一章先就研究動機，即問題的重要性談起，說明為什麼「無訟」的研究對了解傳統中國、甚至現代中國的法律行為有其重要性，接著說明研究範圍與研究限制，表明筆者主要以《清明集》為研究文本，無意也無力作全盤性的研究。而本研究的內部邏輯論證則在第二節以圖表說明。接著在第三節則說明本研究的研究方法是採取文獻探討法、文本分析法，並採取類似紮根理論研究法的譯碼方法，而以質性研究電腦分析軟體 WinMax98 來作分析。

在第二章中第一節，筆者透過文獻的爬梳，試圖說明「無訟觀」的思想起源。綜合而言，「無訟觀」起源於中國相對西方而言，特有的「整體觀」與「和諧觀」，這兩個觀念在「天人合一」這一觀念上甚相融合，而「無訟」就是這些觀念的交互影響所產生。「訟」事涉及社會關係的重整，「無訟觀」這一形而上的思想要在什麼樣的社會組織中實踐？這樣的組織具有什麼特色？這即是第二章第二節所要討論的--社會關係的既有秩序：宗法社會與差序格局。接下來，形而上的觀念「無訟觀」對判決產生什麼影響？也就是說判官的判決思維是什麼？這是在第三節所要討論的，而在第四節中，筆者將對比現代法制的判決思維，以凸顯統中國這種判決思維。

通過第二章「無訟觀」對傳統中國判決的影響，在第三章我們要透過通過《清明集》來作為例證。首先，在第一節，我們將延續前一章第二節所談的，從既有

<sup>7</sup> 之所以稱為類似，是因為紮根理論強調譯碼的過程「從譯碼再到聚攏、提煉成範疇的過程，其目的是要讓資料（觀察筆記、深度訪談稿）自己『浮現』出重要的範疇，而不是研究者事先假設有『空間剝奪』這件事，然後在觀察當中去『驗證』這個現象的存在」（林本炫，2003：186），但本研究係筆者先閱讀文獻，發現無訟對傳統中國法律有重大影響，其影響主要在於「和息」與對「健訟」者的處罰，極少數文獻提到「全面性地調整人際關係」的概念，筆者就以筆等概念去看文本，並由此提煉出「情、理、法整體思維」與「紛爭解決一次性」的概念。其過程還在於先文獻再文本，並以主題為中心就文獻與文本作一互動的過程，但基本精神還在於以文獻驗證文本。這是不同之處。但本研究也絕然不同於量化研究，因為本研究已有特定文本，研究的每一變數都是從文本中提煉設想出來，而文本的每一段落所代表的意義也都是以紮根理論的 coding 方法來呈現。綜上，本論文既利用紮根理論的技術，但其精神又有些不同，因此只能稱之為「類似」紮根理論。

<sup>8</sup> 本研究立意抽樣的實際步驟與方法請參見本論文第五章。

的社會秩序出發，探討傳統中國社會紛爭的原因及止訟之法--社會關係的重建，又因為無訟的觀念，對好訟、健訟及唆訟，甚至訟師抱持否定態度，並加以處罰，目的即在於維持既有的社會秩序。

在第二節，我們要討論中國法律判決的一項特色--情、理、法兼顧。由於「無訟觀」，相對於源於西方的現代法制重法不重情的判決，傳統中國是情、理、法兼顧的判決，因為如果只依據法律而不考慮人情，將使法律與人民產生疏離，對每一個案件而言，依法判決並不會是紛爭的解決，頂多只是人民屈服於公權力，暫時不敢反抗而已，但無訟的理想要的卻不僅如此，而是要求人民從心裡真正的化解爭端，因此只有情、理、法的整體考量，才有可能真正化解紛爭。這是第二節所要討論的旨趣。

在第三節，由於無訟的理想須透過教化達成，而傳統中國的判官往往同時是行政官員，因此判決書也是其表現教化的形式之一，於是其判決書的表現形式也就成為教化文章，這相對於現代法制的講求法及邏輯嚴密性有很大的不同。

在第四節，由於無訟目的，傳統中國判決儘可能紛爭解決一次性，也就是不論紛爭當事人有無提起告訴，只要判官發現，基於避免將來還有興訟的可能，當然一次加以解決。這相對現代法制的不告不理原則顯然不一樣。

經過上面的討論，我們發現傳統中國由於無訟的目的，使判決具有如下的特色：「息訟」、「情、理、法的整體思維」、「教化文章」及「紛爭解決一次性」，在第三章筆者引用《清明集》中的個別判決加以印證，但畢竟是片斷式地援引，在第四章，我們將透《清明集》【雙立母命之子與同宗之子】這一個案，將無訟觀對傳統中國判決的影響作一完整呈現。

在第五章，本研究將通過質性研究電腦分析軟體對《清明集》加以譯碼及統計分析，以整體印證前述無訟對傳統中國法律判決的影響。

「無訟觀」之所以形成不僅僅因為它的形而上的理想--由教化而民風淳厚，以致無訟，而更是由於傳統中國法律制度上的設計及官府的腐敗所加強人民不要訴訟的信念。

在第六章則要透過俗諺與《清明集》的案例來說明這個現象。只有如此，「無訟」的形象才真正的完整而真實。

## 第二章 無訟觀的思想背景與判決思維

聽訟，吾猶人也，必也使無訟乎？（論語。顏淵）

居家戒爭訟，訟則終凶。（朱子治家格言）

本論文旨在研究「無訟觀」對中國傳統法律場域的影響。無訟的觀念在中國起源很早，孔子就曾說：「聽訟，吾猶人也，必也使無訟乎！」易經也說：「訟，終凶」，究竟無訟的觀念淵源為何？其內涵為何？本章就在於探討無訟的思想背景及其賴以實踐的社會組織，以及在無訟的思維下，會對判官產生那些影響？在本章中，筆者將先說明這些判決思維的內在理路，在第三章筆者將通過《清明集》對判決作實際的分析。另外，在本章第四節將以繼受西方的現代法制訴訟規定與判決思維作對比，以凸顯中國傳統無訟觀影響下的判決思維。

### 第一節 思想淵源--整體觀與和諧觀

無訟的觀念在於希望人們和諧，這樣的和諧不單單指的是個人的，更是整個家庭，宗族，甚至鄉里，也就是整體性的和諧。在本節筆者將先介紹中國人的整體觀，然後討論和諧觀，以闡明無訟的思想淵源。

#### 一、整體觀

相對西方重視分析式的思維，傳統中國思考事物傾向整體性，這種整體性思維與文字有關，事實上，文字常負載一個民族的文化與思維方式<sup>9</sup>，西方拼音文字屬於一種「原子式」的文字，而中國字則是象形文字，每一個字都有每一個字的形態，每一個字都是一個完整的體系<sup>10</sup>（李約瑟，1984：第七冊 15）。

<sup>9</sup> 關於中國文字的完整性，有一個趣味故事可資參考：『過去有一個人家，父子都中了進士，作人處事就驕傲了起來，有一年除夕竟在門口貼了副口氣囂張的對聯：父進士，子進士，父子兩進士。婆夫人，媳夫人，婆媳兩夫人。豈知次日，大年初一開門時卻發現自鳴得意的春聯被人動了點小手腳--把「士」字下面一橫加長，於是「士」變成「土」，又在「夫」字旁加了一撇，「夫」成了「失」，於是春聯變成：父進土，子進土，父子兩進土。婆失人，媳失人，婆媳兩失人。』在這個例子中，我們看到了每個中國文字都有獨立而完整的特性，「士」跟「土」，「夫」跟「失」均是完整而獨立，但就形像而言，兩者之間相差甚微，可是意義則完全不同，通過上下文的理解更有截然不同的效果。參見愚庸笨《中國文字的創意與趣味》一書，頁二一一至頁二一二。

<sup>10</sup> 雖然李約瑟認為習慣於象形文字的中國人，可能不易接受物質是原子組成的這種觀念的看法不甚能成立，因為他認為中國辭典編纂人已將中國字的字根（即部首）減至 214 個，這些字基

這樣的整體性思維表現在許多方面，最爲人所熟知的是醫學。相對西方醫學「頭痛醫頭、腳痛醫腳」分析式的療法，中醫最重整體觀念，這樣的整體觀將人體視爲一個有機的聯繫：

首先把內臟分為五臟、六腑，從作用上把一臟一腑分別結合，稱做「表裡」。這種劃分，不等於各自為政，恰恰相反，而是把生理活動或病理變化，理解作相互之間有不可分割的關係。這種關係不僅表現在臟腑，同時表現在臟腑和形體的各組織各器官方面。……更重要的，通過經絡有系統的分佈全身，循環往復，成爲體內首體表的聯絡路線，這樣，使人體在功能上保持內外相關的整體。(馬建中 1987：5)

在診療上，中醫不但注重各組織器官間的關係，也注重人與自然四時的關係，包括人自身的情緒，這些因素都要綜合性地考量，馬建中就認爲：

中醫診斷，是從整體著眼的，首先把人體內和體表各組織及器官之間的關係，看作是不可分割的，同時還認爲環境的變化對人體生理和病理有著重大的影響。因此，強調人體內部的統一性，也重視人體和外界環境的統一性。所以臨床上總是從全面考慮問題，不單從有病的局部著想，並觀察季節、氣候和水土，注意病人的情緒和生活習慣等，這種整體觀念是中醫診療的基本觀念。(馬建中 1987：4-5)

中醫就透過望聞問切四診心法企圖了解病人的整體。不但如此，在治療方面也絕非頭痛醫頭、腳痛醫腳，不論方劑或針灸均係基於前述整體觀及陰陽五行理論去治療<sup>11</sup>。

不單在醫學上如此，在建築上也是這樣。中國傳統建築與其說是要凸出某一建築的特色，不如說更重視如何利用自然，融合於自然，它不注重單一建築的獨特性，而更視建築與建築之間，建築與大自然之間的關係，簡單的說，它從整體去思考，而這樣的思考還考慮到人際間的秩序，例如閩南傳統三合院，「厝身」、

---

本上是「原子」性的，大量不同的字（看作「分子」）都是由它們點成的。再者，中國很早便以爲一切自然現象，都由五行的配合產生。(李約瑟，1984：第七冊 15) 但筆者認爲就中國字而言，每一個字都是整體性的，部首只是其中一部份，只有部首通常也無法成字。例如，曹操在門板寫上「活」字，表示出門太寬（闊），並不意謂門是活的，而應整個字來看，指的是門是「闊」的，看到這個字的人更不會去想像「門」與「水」和「舌」的關係，就是因爲尋常人不會如此，而因此曹操與楊修看到了，因此兩人都被認爲機智過人，但這就不是常態。而五行著重的不是金、木、水、火、土五個屬性的個別內涵，更重要的是五行相互間相生、相剋的，強調的是宇宙的生生不息、互相倚賴的整體圖象。

<sup>11</sup> 參閱馬建中《中醫診斷學》、黃維中《針灸科學》及書銘出版社《中醫基礎理論突破》

「戶龍」的分配，除了考慮自然條件外，更有著人倫秩序的安排。這是整體性的思維。

這樣的整體觀不只在醫學或建築上是如此，事實上，整個中國文化學術思想都有這樣的整體現象，金耀基先生就認為：

在中國文化的大領域下，宗教、法律、政治、哲學、藝術都是配合和諧而無此疆彼界之可言。錢賓四先生稱這種現象為「完整凝一」，而這種現象則正是中國哲學中「理一分殊」的寫照。（金耀基 1982：249）

在人與人的關係上，西方人講求個人主義，而中國人注重家族<sup>12</sup>，以結婚而論，西方人注重的是兩情相悅，而中國人則重視門當戶對，因為對中國人而言，結婚不是個人的事，而是整個家族的事，這樣的想法到今天還影響著中國人的擇偶與婚姻。

這種人際關係的整體考量，在法律場域表現出來的是判決的整體性。判官的任務主要不僅在於兩造個別爭執的解決，更在人際關係的全面調整，滋賀秀三就認為：

（就法律場域而言）比起西洋人來，中國人的觀念更顧及人的全部與整體。也即是說，中國人具有不把爭議的標的孤立起來看而將對立的雙方--有時進而涉及到周圍的人們--的社會關係加以全面和總體考察的傾向。（滋賀秀三【中國法文化的考察--以訴訟的形態為素材】頁十三）

審判本身的性質不是根據確立的規則（rule）來判斷權利（這是從人與人之間關係的整體中抽象出來的，並與這種整體相對隔離的要素）的有無，而是試圖全面調整人與人之間關係的整體。（滋賀

---

<sup>12</sup> 在傳統的討論上常可見的一種比較是認為西方是一個個人主義的社會，傳統中國則是集體主義的社會，例如田鏡在《亞洲時報》對「中日關係低潮的病因」作討論時，談到中國與美國的區別時就直接這樣說明：「當很多人提到中國和美國的區別時，人們總是說到美國更重視個人主義，而中國更重視集體主義。」（<http://www.atchinese.com/2005/05/0509repa.htm>2005-06-29）。但這樣的說法有待商榷，特別是人們常常誤將「個人主義」與「自私自利」等同起來，卡爾·波普在其《開放社會及其敵人》就曾指出其謬誤（轉引自明亮【個人主義的興盛--九十年代備忘錄】<http://www.gongfa.com/daonianlishenzhigerenzhuyi.htm>2005-06-29），同樣地，學者對集體主義有不同的定義，中國人是否屬於集體主義？實仍待商榷。例如 Hofstede(1991)曾指出集體主義 (collectivist) 社會有如下的特徵：其中的人們從出生起就被整合進入一個強有力的、高度凝聚的內團體中，而這個內團體會終身保護他們，以換取他們的無庸置疑的忠誠。（齊力，2001：27-24），但在進入更細緻的討論中，就會面臨這個「集體」所指涉的範圍大小的問題。以中國人而言，這個「集體」如果指的是「家族」，那依上述 Hofstede 對「集體主義」的定義，稱呼中國人是「集體主義」或許還有適當性，但如果這個「集體」所指涉的範圍超過家族的界限，中國人恐怕就不像 Hofstede 所指稱的對這個集體--社會、國家有什麼忠誠，他們多係採取冷漠的態度，對國家的認同大概也是民族主義興起之後的事，因為，中國人的「內團體」是以「家族」為界限的，因此與其稱中國人是「集體主義」，也許不如稱他為「家族主義」。相關的討論可參見齊力在【傳統中國人是集體主義？抑或是家族主義？】一文中的討論。

秀三【中國法文化的考察--以訴訟的形態為素材】頁三五至三六)

因為只有全面性地調整紛爭兩造及周遭人的社會關係，紛爭才算真正解決，未來才不致於「因小隙而生齟齬」，甚至興訟。從這個角度而言，傳統中國法律場域並非如現代法制是分化而獨立的，它是整體去看問題，把握問題的徵結，整體性地去解決。在這樣的整體觀之下，傳統中國法律判決主要目的不在權利的維護或證明法條的存在，而在於如何調整人際的整體關係，使人際間不再有爭，而達於無訟！

## 二、自然的和諧觀

前面談到中國的整體觀在醫學上的影響，事實上，這樣的整體觀，同時在傳統中國的許多方面都有著顯著的影響，而這樣的影響常常伴隨著「天人合一」的觀念。以下我們就來介紹這個影響中國深遠的觀念--天人合一。

天人合一是一種起源於先民生活經驗的素樸思想。首先中國先民很早就從狩獵進入農耕時代。初民的農業的生活受著大自然環境的制約，所謂「看天田」指的就是人們對田地無力影響，全靠大自然運作的無奈，人們很早就發現，對大自然只能順受，不能逞強，如何順著大自然，與大自然和諧相處成為人們最主要的課題，農民曆代表的就是農民對大自然規律的一種經驗總結與傳承。

雖然有這樣的經驗可供參考，但大自然仍不時超出經驗，旱澇成災的現象仍不時出現，農民不僅辛勞一無所得，甚至流離失所、喪失生命。面對這樣變化不拘的大自然，原始宗教就此產生。大自然成為「天」，「天」有「天命」是一種人格化的宇宙主宰。人們必須順著天，才能平安，否則就會招來禍災，所謂「順天者生、逆天者亡」就是這個意思。

儘管人們常透過祭拜的方式表達崇敬奉祀之心，可是「天亦有喜怒之氣」<sup>13</sup>且「天道無常」<sup>14</sup>，有時還是會超出常軌，而且如此會進而影響人事，國語周語中就記載周幽王二年發生地震，人們將之歸諸於天地之氣失其序，並且周朝將亡：

「伯陽父曰：周將亡矣，夫天地之氣，不失其序，若過其序，民亂之也，陽伏而不能出，陰迫而不能蒸，於是有地震。今三川實震，是陽失其所以鎮陰也；陽失而在陰，川源必塞，源塞而國必亡。」（轉引自鄭芷人，1992：44）

天地有其一定的秩序，如果陰陽不調和，就會有地震--「三川實震」，於是河川源頭必塞，人民必亂，國家必亡。這種大自然會影響人事的說法是對大自然實際發生的災難給予理論上的論點，並由此推論至人事--「民必亂」而「國必亡」。

<sup>13</sup> 參見董仲舒春秋繁露「陰陽義」篇：「天道之常，一陰一陽。陽者天之道也，陰者天之刑也。……天亦有喜怒之氣，哀樂之心，與人相副，以類合之，天人一也。」

<sup>14</sup> 「天道有常，不為堯存，不為桀亡」的想法在中國並非思想主流。



這種自然秩序對人事的推論在漢代董仲舒的「天人感應說」之後更推廣至政治、社會，甚至人際關係，企圖以陰陽五行來說明這樣的規則<sup>15</sup>。

爲了避免天的喜怒反覆，中國人並不企圖改變自然<sup>16</sup>，而是採取一種配合大自然甚至融入大自然的和諧觀。這樣的想法在傳統中國許多方面都產生影響，最明顯的是醫學。

中醫的整體觀已如前述，不但如此，中醫認爲人係「人生於地，懸命於天，天地合氣，命之曰人」（《素問·寶命全形論》），人不但爲自然界所生，而自然界也爲人類提供了生存的條件，因爲「天食人以五氣，地食人以五味」（《素問·六節藏象論》）。因此對大自然必須採取順而不逆、「避而勿犯」的作法，才能保持健康<sup>17</sup>。

不但如此，中醫更通過陰陽理論，通過陰陽的理論，使人與天合一：

東方生風，風生木，木生酸，酸生肝，肝生筋，筋生心。肝主目，其在天為玄，在人為道在地為化，化生五味，道生智，玄生神，神在天為風，在地為木，在體為筋，在藏為肝，在色為蒼，在音為角，在聲為呼，在變動為握，在竅為目，在味為酸，在志為怒，怒傷肝，悲勝怒，風傷筋，燥勝風，酸傷筋，

<sup>15</sup> 白虎通除了把政治秩序訴諸五行的自然秩序之外，也企圖把人際及家庭關係也訴諸五行，……子替父復仇，這種行爲的正當性在哪裡呢？白虎通認爲這是效法「土勝水，水勝火」。男婚女嫁，但男婚女嫁之後仍要與父母生活在一起，這是效法「火不離木」。又譬如，父爲子隱的行爲原則，乃效法「木之藏火」等等，總之就是以人文秩序效法自然秩序，這是漢人自董仲舒之後的一般想法。（鄭芷人，1992：140-142）

<sup>16</sup> 精衛填海或愚公移山的意義並不在於人定勝天、人與天爭，而主要是在強調一個人的毅人及其知其不可而爲之的精神，而這樣的例子在中國畢竟少數。金耀基也認爲：中國對自然之態度，固然亦有勞子之「天論」中的「戡天義」的一派，但是多數的中國人，卻不採取與「天」、「物」或「自然」對立的態度。…「仁者樂山，智者樂水」這二句話，很可以代表中國人對自然的基本情性。…更體念到萬物自得之意與宇宙生機之悠久，而產生「天人相應」「物我一體」的心靈境界。…總之，中國人對自然的態度，不是冷酷的，而是有情的，不是解析的，而是觀照的，不是科學的，而是藝術的。（金耀基 1982：249）

<sup>17</sup> 這種對大自然必須採取順而不逆、「避而勿犯」的想法在中國中醫經典《黃帝內經》中俯拾皆是，例如：

「星辰者，所以制日月之行也，八正者，所以候八風之虛邪，以時至者也，四時者，所以分春夏秋冬之氣所在，以時調之也，八正之虛邪，而避之勿犯也，以身之虛，而逢天之虛，兩虛相感而氣至骨，入則傷五藏，工候救之，弗能傷也，故曰天忌，不可不知也。」（《黃帝內經素問·寶命全形論》：199）

「逆春氣，則少陽不生，肝氣內變，逆夏氣，則太陽不長，心氣內洞，逆秋氣則太陰不收，肺氣焦滿，逆冬氣則少陰不藏，腎氣獨沉。夫四時陰陽者，萬物之根本也，所以聖人春夏養陽，秋冬養陰，以從其根，故與萬物浮沉于生長之門，逆其根，則伐其本，壞其真矣。陰陽四時者，萬物之終始也，死生之本也，逆之則災害生，從之則苛疾不起，是謂得道，道者聖人之行，愚者佩之。」（《黃帝內經素問·四氣調神大論篇第二》：199）」

辛勝酸，南方生熱，熱生火，火生苦，苦生心，心主血，血生脾，心主舌，其在天為熱，在地為火，在體為脈，在藏為心，在色為赤，在音為徵，在聲為笑，在變動為憂，在竅為舌，在味為苦，在志為喜，喜傷心，恐勝喜，熱傷氣，寒勝熱，苦傷氣，鹹勝苦。中央生濕，濕生土，土生甘，甘生脾，脾生肉，肉生肺，脾主口，其在天為濕在地為土，在體為肉，在藏為脾，在色為黃，在音為宮，在聲為歌，在變動為噦，在竅為口，在味為甘，在志為思，思傷脾，怒勝思，濕傷肉，風勝濕，甘傷肉，酸勝甘。西方生燥，燥生金，金生辛，辛生肺，肺生皮毛，皮毛生腎，肺主鼻，其在天為燥，在地為金，在體為皮毛，在藏為肺，在色為白，在音為商，在聲為哭，在變動為咳，在竅為鼻，在味為辛，在志為憂，憂傷肺，喜勝憂，熱傷皮毛，寒勝熱，辛傷皮毛，苦勝辛。北方生寒，寒生水，水生鹹，鹹生腎，腎生骨髓，骨髓生肝，腎主耳，其在天為寒，在地為水，在體為骨，在藏為腎，在色為黑，在音為羽，在聲為呻，在變動為慄，在竅為耳，在味為鹹，在志為恐，恐傷腎，思勝恐，寒傷血，燥勝寒，鹹傷血，甘勝鹹。故曰，天地者，萬物之上下也，陰陽者，血氣之男女也。（《黃帝內經素問·四氣調神大論篇第二》：43-47）

在這裡我們看到人的五臟、筋脈、心志、音聲…均配以五行而與方位、氣候相生相剋。這是中國特有的天人合一思維。這樣的思維不僅僅是在哲學層次，而且指導著診療的實務層次。因此，中醫認為人體健康不能單從人身體本身下手，生活起居還必須配合四時（春溫、夏熱、秋涼、冬寒）與氣候的變化（風、寒、暑、濕、燥、火）才能無病與長壽。這是一種人與自然一體的整體觀。更重要的是，要身體健康或治療必須順應四時，強調的是自然和諧，不論湯藥或針灸都是以理順體內氣脈為原則，這是一種與回復自然的想法，與西方拆除式、對抗式療法截然不同。

這種與自然融合的現象在中國建築上也有明顯的特色，誠如李約瑟所說的，中國建築求其適合山水景色，而不欲支配之，融景入鏡成為中國建築的特色：

人不能與大自然，人也不能與社會團體分隔。不但在廟宇和宮殿的大建築是如此，即在散布於農場或集合於村鎮的家庭建築物，歷代以來也都含有恢宏和諧的典型以及象徵方位、季節、風水和星辰的感覺。…房屋本身便成為該遠景的一部分。…中國建築總是與自然相調和，而不反大自然，它不像歐洲哥德式建築突然從地面凌空而起，好像要穿破天空……（中國建築）低矮的房屋的空間供給充沛的空氣，而所有窗戶都從內部看出庭園中的花草樹木。這樣，人才不孤立於大自然之外。（李約瑟，1984：第十冊 18-19）

從李約瑟的描述，我們看到中西對待自然的差異，中國人務求與自然和諧融而為一，不使人孤立於大自然之外，相對而言，西方建築慣於向大自然挑戰，著名的庭園宮殿也往往以人工花園整齊技巧為務，但很明顯地是人工的產物，必欲於大地之上另創一與大自然不同的美景。中國庭園則完全仿照大自然造就出與自然合一的庭園樓閣，一幅自然天成的模樣。

這樣的整體和諧觀不僅在單一建築，就人群聚居的村落而言，也是如此。于希賢就認為中國傳統文化提倡「天人合一」、「天人感應」、「以天道質人事」、「以人事觀天道」的思維觀，因此中國傳統的古村落就是在尋找與追求天人之間的和諧，追求人與人的和諧，追求人與自然的和諧，追求個人與社會的和諧。這種追求和諧的思想就反映在中國古村落的選址、規劃和布局當中。各地方因位置、地形、水土、氣候、經濟發展程度的不同，也就形成了自己的地方文化的個性，它與村落高度和諧，而鑄造了村落的個性與靈魂。（于希賢，1998：3）劉沛林也認為，中國古村落的環境空間絕大多數都是依山傍水。究其原因，一是為了生活方便；但更重要的還是因為中國傳統聚落「天人合一」觀的影響，認為大地是一個有機的自然整體，人是自然的一部分，人必須融于自然，所以聚落的營造，首先考慮的是貼近自然，並「以山水為血脈，以草木為毛髮，以煙雲為神采」，為構一個充滿生機與活力的聚居空間體系。（劉沛林，1998：15）他認為歙縣唐模村「鏡亭」內的一幅長聯--「看紫霞西簷，飛瀑東橫，天馬南馳，靈金北倚，山深人不覺，全村同在畫中居。」末句「山深人不覺，全村同在畫中居」既是徽州古村落的意境追求，也是所有古村落生活空間的意境追求。（劉沛林，1998：18）

由此可見中國古村落受到天人合一思想的影響深遠。

至於術數、風水之說更是受到天人合一的影響。著名的邵康節除了皇極經世書之外，也以梅花易數廣為世人所知，其占術要訣在於「心」，故梅花易數又稱梅花心易，由占者的心去感知大自然的變化從而推求人事的變化<sup>18</sup>。子平八字、紫微斗術的立論基礎均在於人生下來的時刻對人的一生有著絕大的影響，出生時天地之氣主宰了人的命運。而對堪輿家而言，人事完全受風水地理的支配，陽宅影響的是現住人，陰宅選擇的好壞則將決定後代子孫的禍福。這樣的思維在所謂科學昌明的今天，固然被視為迷信，但多數的中國人仍然深信不已，人的一生很少不算個命的，結婚一定要合一下八字，買房子總得看一下方位格局，作事不順利，常常懷疑是否祖先風水出了問題，……凡此種種，不能單純地將之視為迷信，這也是中國傳統天人合一的一種表現。

這種天人合一的觀念對中國人的待人處事有著很大的影響，黃麗莉在研究中

<sup>18</sup> 梅花易數是宋朝著名的易學家邵康節所創，其舉例言：「後觀梅以雀爭勝布算，知次晚有鄰折花墮傷其股。其卜筮蓋始於此。後世相傳。遂名觀梅數云。後算落花之日午，為馬所踐毀，又算西林寺額，知有陰人之禍，凡此皆所謂先天之數也。蓋未得卦，先得數也。以數起卦，故曰先天。若夫見老人有憂色，而知老人有食魚之禍，見少年有喜色，卜而知有聘之喜。聞雞鳴而知雞必烹，聽牛鳴而知牛當殺，凡此皆後天之數也，蓋未得數，先得卦也，以卦起數，故曰後天。」這些例子顯現自然界的動靜與人事的密切關係，這都是源於中國人天人合一的思維。

國人和諧化的方式中，總結中國人十三種和諧化的方式：

這些和諧化方式，雖然形形色色各以不同的面貌展現，但是其內在所貫穿的精神則是一致的，此精神就是和諧化的辯證觀--認定宇宙自有一安排完善的秩序，人貽只要接受它、認同它、仿效它、維持它即可。

這樣的效仿宇宙自然的想法，在禮記中看得很清楚：

天高地下，萬物散殊，而禮制行矣。流而不息，合同而化，而樂興焉。春作夏長，仁也。秋歛冬藏，義也。仁近于樂；義近于禮。……天尊地卑，君臣定矣。卑高已陳，貴賤位矣。動靜有常，小大殊矣。方以類聚，物以群分，則性命不同矣。在天成象，在地成形。如此，則禮者天地之別也。……男女無辨則亂升，天地之情也。及夫禮樂之極乎天而蟠乎地，行乎陰陽而乎鬼神，窮高極遠而測深厚。（禮記樂記）

這種效倣宇宙自然的觀念，就是根源於天人合一的想法，認同大自然的和諧與秩序，並進而仿效它，維持它。這樣的觀念在中國傳統法律場域表現出來的最明顯的就是「無訟」。「無訟」根本否定了破壞自然秩序<sup>19</sup>的人，不僅如此，一旦秩序遭破壞，最重要的，並不是釐清彼此是非（權利義務），而是如何全面地調整人與人的關係，以恢復社會秩序。

根據以上的討論，我們知道由於中國人的整體觀與和諧觀，在法律場域產生中國人特殊的「無訟觀」，這樣的無訟觀念，使得人們以「爭」為非，以和諧為貴，社會的整體秩序重於個人的權利，有了爭訟就是在破壞這個社會秩序，就應該受到譴責，這個秩序是怎麼樣的秩序呢？在下一節裡我們將就這個問題加以討論。

## 第二節 社會關係的既有秩序--宗法社會與差序格局

前一節說到中國傳統社會在許多方面都有整體性而和諧的思維與現象，在人與人之間的秩序上也是如此，但這是一種怎麼樣的秩序呢？要了解這樣的秩序，我們可以從宏觀的社會結構及微觀的人際交往來看。

首先就宏觀的角度而言，傳統中國是一個宗法社會，所謂宗法社會是一種以血緣關係為紐帶，將同一個祖先的子孫聚在一起生活的社會組織，這樣的組織有

<sup>19</sup> 對儒家而言，人倫的社會秩序以禮來安排，而禮出於情，情則出於自然天成的人性，因此，人倫的社會秩序就是一種自然秩序，在人與人以禮相維持的社會裡，「爭」就是破壞自然、破壞秩序。

時是有血緣的族人均同居共財一起生活，例如唐朝就有所謂張公藝九世同居，但多數時候，同居共財的家並不大，多數的情況是家是一個經濟單位，是一個共同生活的團體，族則為家的綜合體，為一血源單位<sup>20</sup>。雖然如此，鄉村聚族而居的同況是普遍的，若干有血緣關係的、同姓的小家庭聚居在一個村子，或鄰近幾個村子，這種聚族而居的情況，往往一個村就是一個族，一個姓。

宗法社會的家族會設立祠堂，以奉祀共同的祖先，修纂族譜，以追本溯源，並使每個人知道自己在族中所處的位置，應盡的本分（禮），他們也會設立族長，管理家族事務，使族人互相合作、在經濟上互通有無，在安全上共同抵禦外侮，還訂立族規，用以規範族人的行為，如有違犯，甚至還賦予族長懲罰之權。除了同一家族外，由家族聚合而成的村落也是如此，村落本身就是一個經濟自給自足的單位，人們不出村子，也能得到生活上的基本需求都能得到滿足，有些村子甚至還築有石牆，組成義勇隊，以維護村子的安全。

鄉村社會基本上就是由這樣的宗法社會所組成，往往一個村子就是一個家族，所謂的民間糾紛無非就是「戶婚田土錢債」及一些鬥毆傷害…等，它們多發生在家庭內部或鄰里之間，因此如果發生紛爭，往往由族長進行評理或依族規處理，族長依據對紛爭兩造的了解以及當地的風俗習慣，所作的處置往往可以使紛爭兩雙方得到信服。

接下來我們從微觀的人際交往來看傳統中國宗法社會。

### 一、熟悉感

首先，傳統中國是一個農業社會，也就是一個鄉土社會，土地對每個人有極大的黏著性，一個人即使離了家再遠，最終還是要落葉歸根，因為那才是一個人自小熟悉的地方。這種熟悉感如何養成的呢？到現在我還清楚記得小時候毫無拘束地在鄰居間的屋舍穿堂過室、玩遊戲的場景，每個人不是叔叔伯伯，就是姑媽阿姨，不要以為那是親屬關係，其實更多的只是一種講求輩份的稱呼罷了，他們從小看你長大，你也從小認得他們，我們家養的鴨子絕不會與別人家的搞混，別人家的雞跑來了，我們也會叫主人來捉回去，這一切好像生下來就是如此似的，自自然然的。這種熟悉感是在日常生活中默默進行，你不會感覺到，直到有一天，村裡來了一個不認識的人，我們馬上可以辨認出來，庄頭（村子）一般的規模不大，往往可以自給自足，頂多就有些固定的小販會來販售日常用品，到如今我還時常懷念起昔日賣草蓆的叫賣聲（草蓆哦，賣草蓆哦！）而如果聽到拍著竹板的聲音，我們就知道這一定是算命仙的戴著墨鏡牽著腳踏車來了，常常地那一定是中午吃完飯的時間。他們不是庄裡的人，可是他們不定期地到來，使我們又陌生又熟悉，他們的來到，為千篇一律的日常生活帶來一點趣味。這樣的生活雖然不

<sup>20</sup> 像張公藝九世同居這種龐大家族同居的情況實屬例外，只有著重孝弟倫理及擁有大量田地的極少數仕宦人家才辦得到，教育的原動力及經濟支持力缺一不可，一般人家皆不易辦到。即使辦得到，同族間的相處，也只有「百忍而已」，參見瞿同祖，1994：3。

遠（三、四十年前的台灣鄉下）與費孝通先生所說的鄉土社會的相近的<sup>21</sup>。

## 二、差序格局

這樣一個熟悉的鄉土社會是一個什麼樣的基本架構呢？費孝通以「差序格局」來描述它：

好像把一塊石頭丟在水面上所發生的一圈圈推出去的波紋。每個人都是他社會影響所推出去的圈子的中心。被圈子的波紋所推及的就發生聯繫。每個人在某一時間某一地點所動用的圈子是不一定相同的。（費孝通，1993：24）

這樣的格局，我以為其中最主要的原則是「別親疏」<sup>22</sup>，這樣的「別親疏」的關係架構，越接近圈子的中心就與自己越親，相對而言，距離圈子中心越遠的就與自己越疏，在鄉土社會中這樣的親疏主要由血緣（婚姻）以及地理空間的關係來決定，由於社會的封閉性，往往血緣愈近的、住居愈相近的也就愈親，血緣愈遠、住居愈遠的也就愈疏。

圈子可大可小，代表的是中心勢力的大小，既然如此，就會隨著勢力的消長而變化。圈子的大小在解決紛爭上是有意義的，因為一個人只有在其圈子大到可以涵蓋紛爭的兩造，才有資格作和事佬才有資格評理，於是一個可以充當評理的人那他一定勢力很大，只有如此他的圈子才夠大，也因此常見的評理人不是族長就是鄉紳。評理之所以有效，這其中當然也有著兩造對評理者的敬畏。勢力太小的人評的理即使是理也不是理啊！

在這個網絡裡講的是關係與人情，有關係就是圈子裡的人，關係好就內圈點，關係不夠好就離中心遠一點。關係與人情也有關聯，所謂「有關係就沒關係」講的就是透過關係賣人情，規定可以有例外，另一方面，給人情同樣也可以建立關係。當然勢力大的人可以賣的人情當然較多，也因此他的關係也較多（圈子也就較大），在這裡我們看到「人情」是一種將資本（不論是政治資本、經濟資本、文化資本、社會資本）以社會關係所透顯出來的一種形式，也是一種資本的轉換。

但這樣的人情在是從私的角度出發，但在中國，「人情」的意義多樣，更常用的意義指的是「人之常情」、「人情事理」，所謂「人情事理」是從血緣出發的

<sup>21</sup>費孝通在其鄉土中國中這樣描述這種熟悉感的形成：「每個孩子都是在人家眼中看著長大的，在孩子眼裡周圍的人也是從小就看慣的。這是一個「熟悉」的社會，沒有陌生人的社會。……熟悉是從時間裡、多方面、經常的接觸中所發生的親密的感覺。這感覺是無數次的小磨擦裡陶鍊出來的結果。…在一個熟悉的社會中，鄉們會得到從心所欲而不踰規矩的自由。」（費孝通，1993：5）

<sup>22</sup>這樣的格局筆者認為即使在使用來描述現代社會依然很是適用，只是內圈的主要不再是親戚，或親戚未必在內圈，取而代之的可能是親密的工作伙伴或志同道合的朋友。作為圈子分野的關鍵「別親疏」並沒有變，只是「親」、「疏」不僅是血緣與婚姻的關係，更是「交情」（一種「親密感」、「熟悉感」、「自己人」的認同感）之程度不同。

一種人際間應有的分際，在下一節，吾人將對此加以論證。

### 三、五倫

前面我們談到傳統中國的社會基本架構是宗法社會，是一種差序格局的社會，那這個架構如何運作呢？基本上，宗法社會是以父系為出發點所構成具等級序列的社會組織，這個社會的秩序基本原則是以自己為中心的「愛有差等」，因此「別親疏」成為首要任務，親疏有別之後就按照親疏應有的份際去行為，這個分際就是「禮」。

「禮」是生活在血緣宗法社會中的自然產物，作為該社會的一份子，每一個人都有基本的「職分」，這一職分包括從具體的視聽言動，舉手投足到一般待人接物之具體的規範，以及由此規範所體現出來的權利與義務等等。離開了禮，社會就會陷于失序狀態；而個體則難免陷于所謂「手足無所措」的地步。禮成為一種普遍的人倫規範。<sup>23</sup>

如果要說禮的大義，究其原則則在五倫--「父子有親、君臣有義、夫婦有別、長幼有序、朋友有信」，這是中國傳統社會最基本的行為規範，細分一點來說，

在以自己作中心的社會關係網絡中，最主要的自然是「克己復禮」，「壹是皆以修身為本」。……社會範圍是從「己」推出去的，而推的過程裡有著各種路線，最基本的是親屬：親子和同胞，相配的道德要素是孝和弟。「孝弟也者其為仁之本歟。」向另一路線推是朋友，相配的是忠信。「為人謀而不忠乎，與朋友交而不信乎？」「主忠信，無友不如己者。」孔子曾總結說：「弟子入則孝，出則悌，謹而信，汎愛眾，而親仁。」（費孝通，1993：33）

「何謂人義？父慈、子孝、兄良、弟弟、夫義、婦聽、長惠、幼順、君仁、臣忠，十者，謂之人義。」（禮記禮運篇）

在這樣的社會裡，每個人以自己為出發點，與因此發生關係的人之間有著特定的社會關係，由親到疏，都有一定的行為規範，主要的是父子、兄弟、夫婦、長幼及朋友的關係。每種關係配以相對應的道德德目，不可踰越，《禮記》說：「夫禮者所以定親疏，決嫌疑，別同異，明是非也。」

為了達到這些道德的要求，古人制定了一些具體的行為規範，這就成為「禮」，這是社會公認合宜的行為規範，是一份依著親疏而別鉅細糜遺的日常行為清單，即所謂「儀禮」，這是形式上的禮，這樣的「禮」隨著時代的改變，有些成為不合時代要求的繁文縟節，但不變的是「禮義」（禮之義）。孔子所說的：「禮云，禮云，玉帛云乎哉！」指的就是禮並非只是一些表面禮尚往來的儀式、細節，其重點在於禮記所說的：「親親也，尊尊也，長長也，男女有別，此其不

<sup>23</sup> 參考丁為祥【儒家血緣親情與人倫之愛的現代反思】載於《儒家倫理爭鳴集--以「親親互隱」為中心》頁145。

可得與民變革者也。」也就是說「禮」的根本大義就在於「親親」、「尊尊」、「長長」及「男女有別」這是不可改變的。

我們也發現在古代社會最重要的關係是血緣關係，這可以從五倫之中僅有「朋友有信」指的是血緣以外的關係，「長幼有序」主要還是在於血緣內的其他親屬關係。所以我們可以說，禮是血緣社會中的產物。又因為這樣的重視血緣，崇拜祖先成為血緣社會最重視的事情，禮的起源就在於祭祀，是一種敬畏天地鬼神的產物，禮的特徵是強調冥冥之中的神力和血緣的親情。所以禮義竭力提倡的是天地人的相通，是緣于情理的倫理道德。

禮是傳統文化的核心，其價值追求在于「和諧」，禮追求的是人倫道德基礎上的社會和諧及天（自然）與人的和諧，人與天的和諧：「夫禮，先王以承天之道，以人之情，故失之者死，得之者生。」<sup>24</sup>是故夫禮，必本于大一，分而為天地，轉而為陰陽，變而為四時，列而為鬼神。其降曰命，其官于天也。夫禮必本于天，動而之地，列而之事，變而從時，協于分藝，其居人也曰養，其行之以貨力，辭讓：飲、食、冠、昏、喪、祭、射、御、朝、聘。」人與人的和諧：「何謂人義？父慈、子孝、兄良、弟弟、夫義、婦聽、長惠、幼順、君仁、臣忠，十者，謂之人義。」人倫道德是天人和諧、社會和諧的基礎和紐帶，而一系列典章制度與風俗習慣則是「禮」的精神的外在體現，如上述引文中所提到的飲、食、冠、昏、喪、祭、射、御、朝、聘。<sup>24</sup>（馬小紅 P200）

「禮」不僅僅是行為規範，也制定成為「法」，甚至可以說最初的「法」是由「禮」所制成的。這從著名的法律社會學者瞿同祖對中國古代法律所作的論述，我們可以印證<sup>25</sup>。

在這樣一個講求人倫的血緣社會遇有紛爭用憑決定是非的當然就是「禮」，禮記曲禮說：「道德仁義，非禮不成；教訓正俗，非禮不備；紛爭辨訟，非禮不決。」就是這個意思，但我們不要忘記了，這裡所指的禮指的是「禮義」而不是「禮儀」<sup>26</sup>，而「禮」源於人性，源於人情，於是解決爭訟，「人情」就成為最重要的考量了。

<sup>24</sup> 參見馬小紅，《禮與法：法的歷史連接》有關禮的討論。

<sup>25</sup> 瞿同祖在其《中國法律與中國社會》中所學有關家族主義的判例，絕多與「禮」有關，最明顯的是有關「親親相隱」、「婚姻」的規定。

<sup>26</sup> 禮儀是成文化的禮義，而法則是實定化了的禮與人情。傳統文化「重禮輕法」、「重德輕法」，在學界幾乎成為「定論」、「通說」。依馬小紅的研究，這種說法是源于西方的觀點，是機械、僵化地理解中國古代禮法關係所形成的一種偏見。馬小紅從歷史來考察法、禮關係的演變，她引述梁啟超的說法，認為禮由宗教儀式演變為風俗習慣，而春秋戰國之時「禮的性質和法律差不多」。又言：「我國古代，禮與法視同一物。禮者，即規律本族人之法也。故凡禮制之著于竹帛者，皆可認為一種之成文法…」（馬小紅 P166）在漢之後，人們所說的「禮」多偏重禮義，而不是禮儀或禮制，禮義是禮制（禮儀）的精神體現。禮義也是法制精神之所在。禮制與法制是一些具體的條文規範，它規定人們應該怎樣做，不應該怎樣做，而禮義則是解釋這些條文規範設立的目的及禮制或法制為什麼會有如的規定。朱熹強調：「為政以德，非是不用刑罰號令，但以德先之耳。以德先之，則政皆是德。」，禮與法的關係是和諧統一的關係，而絕不是非此即彼的對立關係。參見馬小紅，《禮與法：法的歷史連接》頁八四、一六六。



#### 四、「人情」的內涵

「情」指的可以是「情節」、「情況」、「實情」，甚至「私情」、「交情」，更常指的是「人之常情」、「人情事理」。這樣的「情」並不具有實定性，無法明確而具體定義的，當然就不是「成文的」，它是深藏於人們心中的感覺。滋賀秀三就認為「情理」是一種中國型的、常識性的正義衡平感覺<sup>27</sup>，這種正義衡平感覺有賴於對情節、情況等事實關係加以同情式的理解和評價，也就是以平凡人之心，人們可以估計對方如何思考與行動，如何相互期待與體諒，違反了就是「不近人情」。考慮「情理」就是對每個人面臨的具體情況予以細緻入微的考慮及盡可能的照顧。（林端，2003：74）

雖然「情理」並不具體，但透過對「風俗」、「習慣」的了解，將有助於作出「合情合理」的判斷。清代名幕汪輝祖就曾經說過：「為幕之學，尚讀律。其應用之妙，尤善體人情之所在。蓋各處風俗往往不同。必須虛心體問，就其俗尚所宜，隨時調劑，然後傳以律令，則上下相協，官聲得著，慕望自隆。」（汪輝祖，《佐治藥言》轉引自滋賀秀三【清代訴訟制度之民事法源的考察】頁六四），要能善體人情，可以從體察風俗著手。又如方大湜所言：「自理詞訟，原不必事事照例，但本案情節，應用何律何例，必須考究明白。再就本地風俗，准情酌理而變通之。庶不與律例十分相背」（轉引自林端，2003：73）也是強調判案須了解本地風俗，以便能准情酌理。

#### 情、理、法融合為一

上面提到，法乃基於禮而制成，而禮又出於人情，這樣說來，在傳統中國，「情、理、法」、「禮、法」是融合為一的，甚至「情、理」才是法的根本，滋賀秀三就曾對這樣的關係提出比喻：

「國家的法律或許可以比喻為是情理的大海上時而可見的浮的冰山。而與此相對，西歐傳統的法秩序卻總是意圖以冰覆蓋整個大海，當鋪滿的冰面上出現洞穴的時候，則試圖努力通過條理來擴張冰面，以覆蓋這些洞穴。這就是二者最根本性的差別。」<sup>28</sup>

國家的法律既然只是情理的部分實定化，判官在作判決時，理所當然地，情理經常在判官心中起作用，相對而言，西歐傳統的法官心中相的卻是法的權威性。

#### 人情與法律相抵牾

<sup>27</sup> 參見滋賀秀三【中國法文化的考察--以訴訟的形態為素材】，載于《明清時期的民事審判與民間契約》頁十三

<sup>28</sup> 參見滋賀秀三【中國法文化的考察--以訴訟的形態為素材】，載于《明清時期的民事審判與民間契約》頁三六。

大多數的時候，情與法是相融相合的，但有時情與法還是會發生相抵牾的情形，這個時候應如何？判官應依法或依情？

孔子與葉公的一段對話可以為這個問題提供答案：

葉公語孔子曰：「吾黨有直躬者，其父攘羊，而子證之。」

孔子曰：「吾黨之直者異於是，父為子隱，子為父隱，直在其中矣。」（論語子路篇）

父子互證代表了人絕對的無條件的直，但孔子認為，父子親情的價值重於作為一個人直的價值。這種父子互隱的提倡，正是傳統中國以血緣為主體的倫理道德的體現，在儒家社會的構成之中，血緣既然是居於樞紐地位，父子親情必須高於社會團體生活所要求的「直」，否則倫理社會無法維持，社會也會瓦解。

孟子也是持這樣的看法：

桃應問曰：「舜為天子，皋陶為士，瞽瞍殺人，則如之何？」

孟子曰：「執之而已矣。」

「然則舜不禁與？」

曰：「夫舜惡得而禁之？夫有所受之也。」

曰：「然則舜如之何？」

曰：「舜視天下猶棄敝屣也。竊負而逃，遵海濱而處，終身欣然，樂而忘天下。」（孟子盡心篇上）

作為天子，不能不顧天下的公義，但作為一介匹夫，父子之情源出天性。在父子親情與國法之間，舜選擇了以拋棄天子之位為代價換取父親的生命的可能性，這種抉擇代表了，舜把父親的生命看得比天子之位還重。這個杜謨的故事，代表孟子對血緣親情的重視更甚於普遍性法律的直。

不只是法律，即使是「禮」，一旦與人情相衝突，孟子也將人情放在首位：有人問孟子：「男授受不親，禮歟？」孟子肯定地回答：「禮也。」又問：「嫂溺，則援之以手乎？」孟子又答：「嫂溺不援，是豺狼也。男女授受不親，禮也；嫂溺，援之以手者，權也。」在孟子的思想體系中，情是檢驗一切的標準，為了合情，可以變禮，法更是在可變之列。惟一不可變的是人類與生俱來的親情。（馬小紅，2004：227）

因此，當人情與禮（儀禮）有所衝突時，應以人情為準，而禮與法相抵觸時，則應以禮為準，因為禮義（禮之真義）是法制精神之所在，而禮義則是人情的精神體現。

綜上，人情、禮與法是中國傳統法不可分割的、水乳交融的組成部分，其間有優先順序，人情重於禮，而禮重於法，三者有所抵觸時，要以禮義、人情為準，這種優先順序的選擇，對於講求血緣秩序的傳統中國社會，這是再自然不過了，

其所追求的最終目標是人情的合理體現和社會整體的和諧。

### 第三節 無訟的判決思維

無訟觀所要維持的秩序是人倫的秩序，邵子觀物內篇之九：「所以謂之人倫者尊卑上下皆得其理而已，得其理則治，失其理則亂，治則興，亂則亡，自古皆然也，嗚呼，人倫不明而欲治天下其可得乎？堯以是傳之舜，舜以是傳之禹，三代之聖君莫不由此以治天下，孔孟莫不以此垂教於萬世。（皇極經世書：242）」

這樣的人倫秩序就是第二節所談到的「愛有等差」「上下尊卑」，儒家心目中的社會秩序就是這種存在於家族中的親疏尊卑長幼的分異和存在於社會中的貴賤上下的分異兩種的總合，所以「仁者人也，親親為大；義者宜也，尊賢為大」。貴賤尊卑長幼親疏都有分寸的社會，便是儒家的理想社會。（瞿同祖，1994：362。）

那麼無訟觀在種強調人倫秩序的社會中，所展現出來的是什麼樣的判決思維呢？以下我們將從「息訟」、「情、理、法的整體考量」、「寓教化於判決之中」以及「紛爭解決一次性」來說明。

#### 一、息訟

前面提到傳統中國的基本社會秩序是人倫秩序，而這樣的人倫秩序源於人性，在中國古代認為人道源於天道，而天道是自然而和諧的，因此，人與人的「爭」其實就反乎自然，是一件絕對的壞事，為了保證「爭」不出現，聖人依循自然，效仿自然制禮作樂，使人與人之間的人際關係有所遵循，這是前面提到的父慈、子孝、兄良、弟弟、夫義、婦聽、長惠、幼順。如果人人均如此，則社會自然和諧，這一切都是禮的指導下而進行的。

老子則用另一個方法使人民「不爭」，他說：

「不尚賢，使民不爭。不貴難得之貨，使民不為盜。不見可欲，使民心不亂。是以聖人之治，虛其心，實其腹，弱其志，強其骨，常使民無知無欲。」（老子三章）。

「爭」在老子看來即是惡源。

對儒家而言，「爭」破壞了人際關係整體性的平衡，因為一個有禮的人應該「克己復禮」、「溫、良、恭、儉、讓」，「爭」是不應有的行為，最好是自己反省。這樣的思維在費孝通《鄉土中國》中有生動的描寫：

在鄉村裡所謂調解，其實是一種教育過程，…差不多每次都由一位很會說話的鄉紳開口。他的公式總是把那被調解的雙方都罵一頓。「這簡直是丟我們村子

裡的臉子的事！你們還不了錯，回家去。」接著教訓了一番。……我記得一個很有意思的案子：某甲已上了年紀，吸煙。長子為了全家的經濟，很反對他父親有這嗜好，但也不便干涉。次子不務正業，偷偷吸煙，時常慫恿老父親吸，每可以分潤一些。有一次給長子看見了，就痛打他的弟弟，這弟弟賴在老父身上，長子一時火起，罵了父親。家裡大鬧起來，被人拉到鄉公所來評理。那位鄉紳，先照例認為這是全村的醜事。接著動用了整個倫理原則，小兒子是敗類，看上去就不是好東西，最不好，應當趕出村子。大兒子罵了父親，該罰。老父親不知道管教兒子，還要吸煙，受了一頓教訓。這樣，大家認了罰回家。那位鄉紳回了頭和我發了一陣牢騷。一代不如一代，真是世風日下。（費孝通，1993：57-58）

在族人調解時即應適可而止，如竟然演變到鬧到官府去，這樣的行為本身就應受到譴責。不論是族中門長、家中尊長或官司不都不願子弟涉訟，主要就在於「爭」本身不被鼓勵且被譴責。

而一旦告了官，判官在這樣的思維以及追求無訟的目的下，往往傾向「息訟」，其所採取的作法是曉諭紛爭當事人各讓一步。

同時判官也對「妄訴」、「健訟」、甚至「把持官司」的非份之徒加以懲治，因為就是有這些利慾薰心的人，才使得善良百姓無端捲入是非，涉足官府，如果不加以懲治，如何維持社會良善的風俗。

## 二、情、理、法的整體考量

前面我們提到「人情」是傳統中國的法源，「情、理、法」是合一的，甚至如果「法」與「情」相抵觸的時候，還當以「情」為優先，

事實上，「情」字多義，可以分為「事情」、「實情」、「情況」，在傳統中國法律場域中，「人情」最常指涉的是指「人情事理」、「人的常識性正義衡平感」。為了息訟、甚至無訟，判決不能只有講求法律規定，因為「法有定性，而情偽無窮」，因此，如果一味地要符合法條的規定，有時會發生悍格不入的情形，甚至會引來更大的爭端，這與中國訴訟的目的明顯違背，傳統中國的訴訟目的不在於發現法的存在，也不在於使人的權利受到保障，傳統中國判決最重要的目的在於整體地調整紛爭當事人間的社會關係，以達到無訟為理想，為目的，因此，只有符合人情的判決才有可能。為此，判官一則必須整體性地把握案情、整體性地考量情、理、法，全面性地了解紛爭當事人的真正爭訟原因，有時為了達到無訟，甚至必須借助「斷之以天」的「天人合一」式的判決才能達成。

## 三、寓教化於判決之中

孔子說：「聽訟，吾猶人也，必也使無訟乎？」這是以社會淳厚，教化風行，人與人之間都依循「禮」的行為規範來行事，如此又何必聽訟？這是一個理想，卻也是對傳統中國判官的考核。

傳統中國判官通常身兼行政官的身份，因此民風善惡不但影響訟事的多寡，

也實際影響地方政務推行的成效，因此判官常藉著判決對紛爭當事人曉諭，這樣的勸戒不只是給紛爭兩造的，同時也是給百姓看的，也就是說，判決就像是一個活生生的榜樣，好的行為會受到褒獎，壞的行為會受到懲治，於是判決書成為教化文章，有時寓教化於判決之中，有時則語出譴責，也是隱含教化。

另外就法律文書的型式而言，書判原是一種文體，文人以文才為判斷該文章的優劣，因此判決書常常有如一篇優美的文章--教化文章。

#### 四、紛爭解決一次性<sup>29</sup>

對傳統中國而言，無訟是判決的目的，最好不要有訟案，一旦有了訟案，就必須從整體去把握，以便整體解決，以免再有紛爭，而傳統中國的縣官同時擔任如同現代法制的法官與檢察官的角色，因此判官在審理過程中，一旦發現不法情事自然一併審理，在民事上更可以作「訴外裁判」，也就是即使當事人未請求，判官亦可在其請求之內或之外加以判決，只要這是合「人情」的。判官在判決過程中，也可以就紛爭當事人全面性地調整社會關係，如此一來，一些不是紛爭事件的兩造，有時也會判決所影響，因為傳統中國的判官認為只有這樣紛爭一次解決，爭訟才有可能終止。

本節就傳統中國無訟觀的判決影響作出了概略性的討論，這些判決思維吾人將在第三章通過《清明集》來作進一步詳細論證與發展。

相對於傳統中國的判決思維，現代法制的判決邏輯又是什麼呢？接下來是我們的對比說明。

---

<sup>29</sup> 現代法律訴訟原理也有所謂「紛爭解決一次性」，其所指的是在「請求基礎事實同一」的要件上，基於訴訟資料、證據資料的同一性或一體性，考慮訴訟勞力、時間、費用的減省，允許對原訴訟追加（參考民事訴訟法第二五五條：訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴，但經被告同意或不甚礙被告之防禦及訴訟之終結者，不在此限，揆其立法意旨，乃本於紛爭解決一次性原則，在擴大訴訟解決紛爭功能下，於事實相同、證據共通，不增加法院證據調查負擔及被告防禦下，允許為訴之追加、變更，以達到訴訟經濟原則）。但此種「紛爭解決一次性」仍僅限於前述「請求基礎事實同一」的要件下所為的訴訟追加，如不合要件自屬不准追加，如要解決紛爭，需提起另一訴訟。至於民事案件與刑事案件更是截然有分（固然有刑事案件附帶民事賠償的規定，也僅限於與該刑事案件有直接關係，且只是有關損害賠償，其他民事請求權原則上並不允許）。本節這裡所稱的「紛爭解決一次性」指的遠比上述民事訴訟法原理上所稱的範圍為大，傳統中國為了達到訴訟最終目的--無訟，常常從整體去掌握紛爭的原因，並透過情、理、法的作為，民刑並用（嚴格說來，傳統中國民刑無分，頂多是戶婚田土錢債與命盜重案之別）以求整體解決紛爭，而使達於無訟。相對而言，傳統中國此種作法當然對訴訟當事人形成「突襲性裁判」，但如前述，傳統中國的判決目的在於無訟，甚至認為提起訴訟之人已非良民，「突襲性裁判」的問題自不是其所要問的。

## 第四節 現代法律判決的對照

從以上的討論，我們看到了傳統中國在無訟觀的影響下，判官在判決時傾向四個方向，即「息訟」、「情、理、法的整體考量」、「寓教化於判決之中」以及「紛爭解決一次性」，相對而言，繼受自西方的現代法制，其相對的判決思維與制度又是如何呢？以下將就「法律是判決的重心」、「講求法的邏輯嚴密性」、「判決書的表現形式」以及「不告不理」來分析<sup>30</sup>。

### 一、法律是判決的重心--重法不重情

不像傳統中國充滿人情的判決，有時甚至「情」重於「法」，現代法制判決的重心卻在於實定性的成文法律，而絕不是「人情」，甚至要避免的正是「人情」的干擾，以下我們以最近台灣有名的案例--人猴情緣來說明這種現象。

這個案子約在去年因為李家玲買了一隻保育類動物台灣獼猴「妞妞」給她七十多歲的老父李其運作伴，卻因此觸犯野生動物保育法，而「妞妞」也必須與李老先生分開，李老先生因此一病不起，茲摘錄中華資訊網所作的報導，標題是：李爺爺最後一口氣幫我看妞妞。

「我死了後，拜託你們去幫我看妞妞……。」台灣獼猴妞妞的主人李其運，昨日病逝於台北榮總，死前一息尚存的他，心心念念的就是再見妞妞一眼，無奈事與願違，猴子不能進醫院，老先生抱憾而終。家屬表示，希望在告別式上，能讓牠參加。這段人猴情緣，因台灣現實法令，留下令人遺憾的結局。77歲的李其運，女兒兩年前送了他一隻台灣獼猴，他待這隻猴如女兒般，取名為妞妞，不料，在帶牠上市場買香蕉時，被人檢舉非法飼養保育類動物，法院判決

<sup>30</sup>有關比較研究，在此特別要提出韋伯對中國的研究來作說明。韋伯對中國的研究是出於一種比較研究，而其比較基點，即主要關懷又在於西方世界，因此其中國研究即註定不是一種全面性的了解，誠如韋伯自己所言：

不想自詡對各種文化作了面面俱到的分析。相反，在每一種文化中，我們的研究論文都著意強調該文化區別於西方文明的那些因素。因而，這些論文被限定於只關心那些從這一觀點來看對理解西方文化似乎頗具重要性的問題。（韋伯著 于曉等譯 1987：16）

本研究為比較中國傳統法制與現代法制的不同，係以無訟觀對中國傳統法制的影響所產生的特點為比較基礎。因此，對源於西方的現代法制的制度、精神並不全面性地研究，只依研究關懷為出發點去作討論，因此對現代法制難免有片斷式的說明，這並不意謂著筆者認為現代法制不及中國傳統法制，實際上，各種制度都有其環環相扣的內在機制，這種機制可能出於人為的設計，有時是人與人互動自然生成。

人、猴必須分離，去年11月中旬，妞妞被強制送往屏科大。老邁的李其運對抗不了法令，淚眼汪汪地打包著妞妞愛吃的花生等冷食，把妞妞交給動檢所人員，他告訴妞妞，今年農曆春節後，一定到屏東去看牠，但思猴心切的老先生，身體愈來愈差，今年還被診斷出罹患急性白血病，自此一病不起，「探親」之旅未能成行。急性白血病人的白血球低下，且老先生對食言於妞妞耿耿於懷，連做夢都在喊著妞妞名字，免疫力差、心情壞，老先生感染了嚴重肺炎，肺葉逐一白掉、漸進失去呼吸的功能，但日思夜想的妞妞，卻仍芳蹤渺茫。老先生的女兒不忍父親天天淚流，此件事因而曝光，農委會終於同意讓妞妞北上，去見老先生的最後一面，但此時又出現醫院的規定，那就是妞妞是隻猴子，猴子不准進醫院，生命倒數的老先生，再因這項規定不能見妞妞。雖然動檢所人員有拍下妞妞照片、錄影帶，送進病床播給老先生看，但畢竟不是真見面，老先生一看到影帶就流淚，不斷喊著「妞妞、妞妞…。」他央求在旁採訪記者，如果他死了，拜託大家幫他去屏東看妞妞。這3天來，老先生病情一日日低下，意識漸近性模糊，旁人偶爾可聽到他在低喃妞妞的名字，除了陪他垂淚外，大家沒有辦法幫他。昨天上午11時許，老先生因急性白血病、併發肺炎與呼吸衰竭，在榮總嚥下最後一口氣，他沒能料想過去年11月的那一別，竟是他與妞妞的生離死別，這段跨越物種的人猴情緣，留下令人悲傷的結局<sup>31</sup>。（中華資訊網 <http://www.ttnn.com/cna/news.cfm/050326/9>）

這樣的報導任誰都會為之掬一把同情之淚。當初承審法官表示：依法令規定一定得沒收，實在無法通融。但承諾將會替李老先生請命，看是否讓收容後的「妞妞」，能由李家申請認養，重回家人懷抱（2004.8.20 中國時報 <http://www.monkey.com.tw/monkeynews/bbsresp.asp?id=26>），但如今看來這樣的請命並未發生效果，而且顯然即使得到法官的同情，法官因為受到「依法判決」的約制，也是愛莫能助。判決無法依人情，行政官僚同樣也是無法依人情<sup>32</sup>，受的約制一是依法審判、一是依法行政。「人情」在現代法制已無用武之地？

我們在本案中央主管機關農委會網站的留言版上看到了千篇一律的批判聲浪，直指農委會是劊子手<sup>33</sup>，更有意思的是，有許多留言的人都提到「法律不外

<sup>31</sup> 雖然因為媒體的大幅報導，「妞妞」在李其運老先生告別式中得以出席，也如有靈性地對其靈位不斷磕頭，為這齣人猴情緣劃下令人感嘆的句點，但「法律殺人」、「官僚殺人」的討論也隨之而逝了。

<sup>32</sup> 從陰陽二重性來看，也許這個案子當時已經鬧開了，行政官員只有從陽的一面來思考問題，例如害怕此例一開將來比較者多，將無法管理…等等，也或許當時鬧的不夠大，不夠大到高層的關心，中國官場往往高層一關心，底下的行政官僚也只有高唱「法外不外乎人情」，這個時候「人情」也就成為施政者的仁人之心了。

<sup>33</sup> 在法律體系日益嚴密，人們創造法律，卻也被法律所控制，法律儼然成為新的牢籠，人也成為法律所運使的傀儡，因此，本案與其怪依法行政的農委會官員不懂法外不外乎人情的道理，也

乎人情」<sup>34</sup>，怪哉！這個現代法制一直想要降低甚至驅除的「人情」，這個時候竟成爲人們責難行政官僚的理論依據。到底人情在傳統中國法律判決扮演什麼角色？而其又與無訟有何關係？以下是我們的論述。

我們先來看看人人皆曰應考慮「法律不外人情」的「妞妞」案的判決書是如何描述此案的。依據野生動物保育法第三十五條第一項之規定係針對保育類野生動物、瀕臨絕種及珍貴稀有野生動物產製品，非經主管機關之同意，不得買賣，在「妞妞」案中台灣獼猴係由商人黃世鈞所賣，李其運老先生的女兒李家玲所買，因此觸法之人是黃世鈞與李家玲，而與李其運無關<sup>35</sup>。在李家玲的判決<sup>36</sup>中，其判決主文僅稱「李家玲未經主管機關同意，購買保育類野生動物，處有期徒刑柒月。緩刑貳年。扣案之保育類野生動物台灣獼猴壹隻沒收。」及理由事實部份亦僅簡要指出犯罪係引述檢察官的起訴事實及適用法條<sup>37</sup>。而在對商人黃世鈞的判決<sup>38</sup>，

---

許更正確的說法是制度殺人，法律殺人。

<sup>34</sup>這段期間農委會的留言版到處充滿這類的言論：例如一個署名「不平之人」說道：「常言道：法理不外乎人情，你們怎麼可以如此忍心拆散李其運伯伯與妞妞…一個老伯伯是能活幾年丫，這是一個什麼樣的世界丫…縱使人都快死了只爲了見妞妞最後一面的心願都不行…你們怎可以完全無視於人民的呼喊，可惡的官僚…李伯伯是被你們這些冷血的劊子手給害死的…劊子手…你們這些劊子手」（2005/03/23 11:26:30 [http://bulletin.coa.gov.tw/show\\_poster.php?cat=show\\_poster&serial=1524](http://bulletin.coa.gov.tw/show_poster.php?cat=show_poster&serial=1524)）還有一個署名「小老百姓」的說：「法律不外乎情，這樣拆散猴子與已培養感情深厚的主人就是保育動物嗎？人類也是動物阿，只顧慮到死的法令條文卻忽略的到活的人猴的感受，法令也是人訂的，卻一點也無法通融，真是慘忍！……」（2005/03/26 13:10:36 [http://bulletin.coa.gov.tw/show\\_poster.php?cat=show\\_poster&serial=1551](http://bulletin.coa.gov.tw/show_poster.php?cat=show_poster&serial=1551)）

<sup>35</sup> 本案判決之所以與李其運無關，係因爲現代法制採取罪刑法定主義與法律形式主義，因此就法條而言既無對保育類動物的持有人應科以罪刑之規定，則與李其運無關，充其量，李其運僅爲證人身份。至「妞妞」須由農委會指定處所加以「保育」（即由李其運處沒收）則是出現在對商人黃世鈞的判決書（「末查扣案保育類野生動物臺灣獼猴壹隻、蘇卡達象龜肆隻、豹紋龜貳隻，併依野生動物保育法第五十二條第一項前段之規定宣告沒收。」參見臺灣士林地方法院 93 年訴字 279 號判決）及李家玲的判決書（「扣案之保育類野生動物台灣獼猴壹隻沒收。」參見臺灣士林地方法院刑事簡易判決九十三年度士簡字第八四八號），亦與李其運無關。但本案之所以能引起廣大社會高度迴響，主要卻在於李其運老先生能否繼續飼養「妞妞」，甚至只是「見一面」，而觀看對李家玲及黃世鈞的判決書，卻對李其運老先生與「妞妞」的情緣隻字未提，這固然是現代法當然的作法（在這裡讓我們又想起法官所說的：愛莫能助），但其與社會人民的期待卻有明顯落差。在此我們看到不但同一案但李家玲與黃世鈞分別由兩位不同法官判決，而李其運的與「妞妞」的情緣也完全未提，這從傳統中國判決的整體性而言是不可能會發生的。

<sup>36</sup> 有關李家玲的判決，其判決書請參見附錄一：臺灣士林地方法院九十三年度士簡字第八四八號刑事簡易判決。

<sup>37</sup> 不論在李家玲或黃世鈞的判決中，引用法條成爲極重要的成份，在判決書末均將引用法條羅列供被告參考，在民事訴訟法及刑事訴訟法中均載有「判決不備理由或理由不當者」爲訴訟不合法，所謂判決不備理由主要即在法的引用及推論過程。在這裡我們看到「法」在現代判決中成爲最重要的因素。

<sup>38</sup> 有關商人黃世鈞的判決，其判決書請參見附錄二：臺灣士林地方法院九十三年度刑事判決訴字第二七九號。



除了判決主文「黃世鈞連續違反野生動物保育法第三十五條第一項規定，未經主管機關同意買賣保育類野生動物，處有期徒刑捌月，緩刑參年。扣案之保育類野生動物臺灣獼猴壹隻、蘇卡達象龜肆隻、豹紋龜貳隻均沒收。」其事實及理由則僅敘述黃世鈞如何違法買賣保育動物，如何被查獲及適用法條與推論過程，至於對李其運老先生則僅在對商人黃世鈞的判決書中提到「販賣予顧客李家玲，嗣於九十三年二月二十四日十四時三十分許，李家玲之父李其運攜帶該臺灣獼猴外出，在臺北市德行東路一九四號前，為行政院農業委員會人員查獲，並扣得上揭臺灣獼猴一隻。」除此之外，對李其運與臺灣獼猴妞妞的關係，毫無交待，因為在罪刑法定主義及法律形式主義之下，既犯罪法定要件與李其運和妞妞的情感無關，又何必交待。

這是一個完全合乎現代法制的判決，問題是為何會引起社會如此大的迴響？吾人認為這是因為判決不符合人民的法律感情。這個案子，如果在傳統中國，我們可以想像判官會如此判決，即除對臺灣獼猴出賣人的處置外，法官會以長篇大論論述李其運老年與台灣獼猴妞妞的情緣如何令人感動，並引述天理、人情之後，宣稱即使在法應如何，但法不外乎人情，而判令李其運繼續飼養，但其飼養行為須符合一定的規範，且動物檢驗所也得定期檢查，庶幾情法兩平。原判決完全未考量李其運老年人猴之情感，只從法律的角度去作判決，與傳統中國大異其趣！

## 二、講求法的邏輯嚴密性

前面提到現代法制<sup>39</sup>其判決必須依法判決，這個法基於法體系嚴格形式邏輯的要求，是一種無漏洞的法，這個無漏洞的法是透過對法律思想的概括化與系統化。

所謂概括化指的是：把對判決個案有決定性的原因歸納在一條或多條「原則」之上，這就是「法規」。韋伯認為，系統化的各種形式都是較後期的發展，它指的是：建立所有由分析所獲得的法條的聯繫，使它們相互之間組成一個邏輯上清楚的，即本身邏輯上毫無矛盾的，且尤其是原則上無漏洞的規則系統，亦即一切可以想像的事實在邏輯上都必須可以被包容在一個它的規範的名下，否則的話，它們的秩序就會失去法律的保障。綜而言之，這意味著先將事實問題與法律問題作區分，然後從兩方面將法律問題理性化：一方面，它力求明確的概括的事實特徵與明確的概括的「原則」；另一方面，它力求將這兩者作明確的配合。唯其如此，法律工作者作出一個具體的法律判決時，是「可預計地」應用一個抽象的法規在一個具體的事實之上。（林端，2003：9-10）

<sup>39</sup> 台灣的現代法制沿襲自西方大陸法系的傳統，在這裡吾人用資比較的是韋伯所選擇講究法律抽象化、概念化、邏輯化的、實定化的「羅馬法學派」與「概念法學」，這樣的法學傳統裡，「法律發展如此形式化、理性化之後，在實定法的階段，法律秩序在整個社會中獲得一個獨自的、與其他社會秩序劃分開來的存在，法律規範與其他社會規範之間嚴格區分開來，法律秩序由其它社會實存逐步獨立自主化，形成一種專家（法律人）的法律。」參見林端，2003：10。

在這裡，我們看到西方形式理性的法律，其具有的特性是歸納而得的規則，透過彼此邏輯上的聯繫，形成嚴密的無漏洞的法律體系，這個法律體系的元素最初是透過各種事實歸納所得的規則，而最後卻與每一次待判的事實分開，待判的事實已不能再影響既有法律體系的規則，判決所要作的工作，就像韋伯說的：

任何具體的法律判決都是一條抽象的法規「應用」到一個具體的「事實」之上；對於任何具體的事實的判決，都必須是運用法律邏輯的手段，從現行的抽象的法規所得出來的；（轉引自林端，2003：11）

對韋伯而言，每一次的判決過程就是一種法律辨認的過程--將法律適用在審判案例之上，透過這樣的判決過程一次又一次地支持與強化既有法系統的獨立與存在，於是在現代法制之下的判決就成為以維持法的有效性為目的的判決，為達到此目的，判決必須講求形式與邏輯，用資表彰判決的判決書必須以法條、邏輯推論為主軸，「事實」只是拿來適用「法規則」的，「法規則」是獨立存在的。

現代法制這種講求環環相扣的法條邏輯嚴密性，可以我國民法有關有關收養關係的合意終止的規定為例。我國民法第一〇八〇條第一項：「養父母與養子女之關係，得由雙方同意終止之。」既涉及「同意」即須雙方為「意思表示」，而依民法第十三條：「未滿七歲之未成年人，無行為能力。」及民法第七十五條規定：「無行為能力人之意思表示，無效。」之規定，如一未滿七歲之未成年人為人收養而收養者及被收養者雙方均同意終止收養關係，依邏輯推論，因該被收養者未滿七歲，為無行為能力人，因此所為之意思表示無效，既如此，豈非造成未滿七歲之被收養者無法與收養者合意終止收養關係？為解決此問題，於是民法第一〇八〇條第三項又規定：「養子女未滿七歲者，其終止收養關係的意思表示，由收養終止後為其法定代理人之人代為之。」而關於法定代理人的規定在民法第一〇八六條：「父母為其未成子女之法定代理人。」第一〇九一條：「未成年人無父母，或父母均不能行使、負擔對於其未成年子女之權利、義務時，應置監護人。」而於第一〇九八條：「監護人為受監護人之法定代理人。」由此可見現代法制是一個邏輯嚴密的體系，法規則之間環環相扣，否則會形成漏洞，為識法者鑽，一但如此，則現代法制除修法外，別無他法。

就邏輯推理而言，就像韋伯所說的：「任何具體的法律判決都是一條抽象的法規『應用』到一個具體的『事實』之上」，這個「應用」其是透過邏輯推理而達到的。現代法制的邏輯推理，主要是以定言三段推論來完成。也就是大前提（法條規定）、小前提（事實）、結論（罪責的確定）的論斷方法<sup>40</sup>。

<sup>40</sup> 三段論法是一種演繹法，由大前提（原理原則）、小前提（具體事實）、結論所組成，例如，大前提：「人皆會死」是一種歸納法所得知的原理，無人可逃脫在外，小前提：「孔子是人」，這是一個具體的事實，因此透過人理智的推理，可以得出結論：「孔子會死」。這樣的三段論法，對「大前提」中的構成要件必須定義清楚，例如何謂「人」，何謂「死」（以法律實務認定，「死」是指心臟停止），而「小前提」則必須是「具體」的「事實」，所謂「具體」是指可明確認定而非

要完成三段論法，須先考慮大前提的法條規定中的構成要件，例如，刑法二百三十九條通姦罪（有配偶而與人通姦者，處一年以下有期徒刑，其相姦，亦同。）如配偶縱容或有怨者，不得告訴，刑法二百四十五條載有明文，唯何謂「縱容」？何謂「宥怨」？，在講求法效果居最高地位的情況下，必須確定此等概念的具體內容，有關「縱容」、「宥怨」，在臺灣高等法院 81 年上易字第 2075 號判決，對此有所界定：

惟所謂「縱容」或「宥怨」，非僅須內心有「縱容」或「宥怨」之真意，且須於外部有「縱容」或「宥怨」之明示或默示之表示行為，方足當之，不得以被害之配偶暫時緘默隱而未發，未向偵查機關申告犯罪事實，表示追訴之意思，即指為「縱容」或「宥怨」。

法官即依此概念去判斷犯案事實與構成要件是否相符。

作為大前提的法規的構成要件概念的界定極為重要，界定不同，判決結果即異。例如刑法上所謂姦淫是指「所謂兩性生殖器接合構成姦淫既遂一節，係以兩性生殖器官已否接合為準，不以滿足性慾為必要，申言之，即男性陰莖一部已插入女陰，縱未全部插入或未射精，亦應成立姦淫既遂，否則雙方生殖器官僅接觸而未插入，即未達於接合程度，應為未遂犯。」<sup>41</sup>再參酌刑法二百三十九條通姦罪的構成要件：「有配偶而與人通姦者，…其相姦者亦同。」於是，依照邏輯推論，有配偶者如與第三人有生殖器接觸但未達於接合程度者，仍不能算是通姦，甚至連民國 88 年修正後的刑法第十條第五項已有：「稱性交者，謂左列性侵入行為：一、以性器進入他人之性器、肛門或口腔之行為。二、以性器以外之其他身體部位或器物入他人之性器、肛門之行為」之規定，但，口交也不在通姦行為之

---

概括不確定的，例如「孔子」是指那一個孔子，是至聖先師孔子，或有一姓孔，名子之人？而「事實」則指有據可證的，非臆測得來的。例如，小前提如果是「耶穌是人」恐怕很多人就不認為那是「事實」了。

<sup>41</sup> 參見最高法院 62 年台上字第 2090 號判例。

列<sup>42</sup>，原因即在於在台灣高等法院舉行九十一年度一、二審法院法律座談會中曾對「通姦」作出界定，並認「口交」只屬姦淫以外滿足性欲的猥褻行為：

刑法第二百三十九條所謂的「通姦」，係指男女合意而為「姦淫」行為，所謂「姦淫」則是指「男女交媾」，「口交」只是屬於姦淫以外足以興奮或滿足性慾的色情行為，因此不構成通姦罪。依民國八十八年三月三十日立法院修正通過刑法第十條第五項有關性交定義，較姦淫為廣，但刑法第二百三十九條的「通姦」或「相姦」，並未同時修正，顯然是維持原來該條文是指男女姦淫行為，並未擴及修正後的「性交」定義。口交屬姦淫以外滿足性慾的猥褻行為，故不構成通姦罪。

在西方嚴格的法定罪刑主義及概念、推論方法之下，不考慮「情」（依人之理智依一般情理即可推出之「實情」）之下，法官判案是如何的受到制限！問題是西方這種分析式的思維，這樣的界定與判決與人民的法律感情相去何只千里！因為男女姦淫即姦淫矣，所謂捉姦在床，還須舉證性器官有無插入，口交尚不足

---

<sup>42</sup> 中國時報北縣版即載有一則判決的報導，男女口交並非交媾，並不構成刑法二百三十九條的通姦罪。茲摘錄如下：2004.10.07 中國時報記者李文輝報導：

同樣是卅一歲的陳姓男子與已婚的孫姓女子因工作關係過從甚密，甚至在男方家中過夜，發生親密行為，而遭孫夫提出妨害家庭告訴，案經板橋地檢署偵查，認為兩人僅止於愛撫及口交，沒有正常性交，不算是通姦，處分不起訴。

孫姓女子的夫婿向土城警分局告訴指出，陳姓男子是其妻公司主管，明知她有配偶，竟利用職務上權勢之機會，在今年四月廿五日凌晨三點廿分，在土城市金城路住處，使用脅迫手段，與孫婦性交，並和誘她脫離家庭，因此控告兩人涉嫌通姦，並加告涉嫌陳某利用權勢性交及和誘，而由警方移送板橋地檢署。

檢方偵辦時，陳某辯稱孫女偶爾因公事忙得較晚，才會到他住處過夜，他只與孫女接吻並未發生性行為。孫女也指稱，她與陳是同事，而非上司下屬關係，她與夫婿在一年多前感情出現裂痕，所以才借住陳姓女性好友、或阮姓阿姨家，她是自願與陳某做朋友，只有口交，但從未有性器官的接觸，也沒有與陳某同居。在警訊時供稱有通姦行為，是因誤以為愛撫也是性行為。

孫婦供稱，陳某沒有叫她不回家，她一星期去陳住處對帳，過夜一、兩次。陳女及阮婦也證稱，孫女到她們家借住多次，因與丈夫感情不好，今年三月中旬以來，就住在阮婦家中。孫夫坦承，捉姦當天，他看到兩人在同一床上，陳未穿上衣、孫婦短衣短褲，當天在廁所找到的衛生紙團，經DNA比對，並無男方精液或女方體液反應。檢方因此認為，陳某並無和誘孫婦脫離家庭之犯嫌，也沒有利用權勢與孫婦通姦之犯行，做出不起訴處分。

(<http://intermargins.net/repression/deviant/Marriage/adultery/news/2004Jul-Dec/20041007a.htm>)

以充當姦淫行爲，這合情理嗎<sup>43</sup>？這在傳統中國實在是不可思議的。

### 三、判決書的表現形式

前面提到傳統中國的判決是教化文章式的，其判決書不拘形式，而且充滿教化口吻，那現代法制下的判決書又是何種面貌？

如上所述，現代法制講求形式邏輯，因此對法律引用、推理有嚴格的要求，其不但內部邏輯如此，連判決書的外在形式也是如此，因其要保證推論形式邏輯化、可驗證性（重複一致性及從可預測性到可重驗性，保證其科學性），也因此，其判決書的對象固然是原告、被告二造，但更重要的是判決書必須保持其形式邏輯一致性以保證法体系的繼續與完整，因此，其判決書重心不是原告或被告，原告、被告是否看懂判決書不是重點，相對地，形式邏輯推論的完整與正確性及法條的引用才是重點，與中國傳統法律判決書截然不同。

從上面「人猴情緣」案的判決書<sup>44</sup>，我們可以看到上述對「判決形式」、「法律的引用」及「嚴格邏輯推理」的情形。

在對商人黃世鈞的判決中，我們看到一份現代判決書的基本形式有「判決法院」、「判決文號」、「公訴人」<sup>45</sup>、「主文」、「事實」、「理由」、「承審法官」、「附相關判決法條內容」。這樣一種制式化的判決書，可以保證判決項目的一致性。首先，在判決主文中：「黃世鈞連續違反野生動物保育法第三十五條第一項規定，未經主管機關同意買賣保育類野生動物，處有期徒刑捌月，緩刑參年。」強調及依據的都是「法律」，在「事實」欄則敘述事件經過（只描述與法條構成要件相當者，其餘如李其運老先生與「妞妞」的關係因與法條構成要件無關，因此不必，也不會敘述。）而在理由欄中，則運用邏輯「三段論法」，以法條規定相關構成要件為「大前提」，以前開「事實」欄所載事實為「小前提」，進而推論出結論，即為判決。

在對李其運老先生的女兒李家玲的判決中，因其係適用簡易判決，因此判決書的形式較為簡單，綜觀其判決書，全篇幾均為法條之援引。由此二份判決來看，引用法條在現代判決書成為極重要的成份，判決書最後且將引用法條羅列供被告參考，而在民事訴訟法及刑事訴訟法中均載有「判決不備理由或理由不當者」為訴訟不合法，所謂判決不備理由主要即在法的引用及推論過程有了不足或瑕疵，

---

<sup>43</sup> 這樣的說法並不意謂著有關通姦罪的判決，所有法官均如此不合「情理」，在臺灣高等法院八十七年度上易字第二六五號刑事判決中，法官認為：「按男女床第之私，本極隱秘，舉凡男女私通者，欲期「捉姦在床」，萬不得一，故判斷男女是否有姦淫行爲，非由情況證據判斷，幾乎無以爲之。……法院自得綜合全案之情況證據，本於論理法則及經驗法則，認定被告等之犯罪事實，自不得僅因缺乏捉姦在床之直接證據，即遽爾否定被告等之犯罪事實。這種符合「情理」的判決較合乎人民的法律感情，也較符合傳統中國法律的精神。」

<sup>44</sup> 刑事判決書的形式案例可參見附錄一及附錄二。

<sup>45</sup> 刑事案件有時是檢察官主動提起公訴，並無告訴人或自訴人，如有告訴人時亦會列出，在民事案件則必有原告及被告，如係上訴案件，則稱上訴人、被上訴人。

在這裡我們看到「法」在現代判決中成為最重要的因素。

#### 四、不告不理與非管轄權不理

前面提到無訟觀之下的傳統中國法律判官會採取「紛爭解決一次性」的方式去處理案件，那現代判決又是如何呢？

我們先來看一個現代的判決<sup>46</sup>--只因囿於法律規定，並無法作出紛爭解決一次性的判決，當事人必須再重新提起另一訴訟才能解決。事情發生在台東綠島：原告林德輝主張台東縣綠島鄉南寮段第四四五地號、第四四六地號、第四四六之一地號為其與被告謝清溪共同所有，因原告已不願與被告繼續共有關係，因此請求准予原物分割，經法官審理發現該地係由原告自土地原共有人處取得，但尚未辦理登記，此等事實為被告所不否認。最後法官基於「不動產物權，依法律行為而取得、設定、喪失及變更，非經登記簿生效力，因繼承、強制執行、公用徵收或法院之判決，於登記前以取得不動產物權者，非經登記，不得處分其物權」，而「分割共有物為處分行為，非共有人不得為之」等之法律規定，以原告並未登記為共有人為由判決原告敗訴。甚至「原告雖主張，形成之訴含有確認之效果，本於紛爭解決一次性，應准予分割」之主張，亦以「此與前揭法律規定仍有未合」為由認為原告此部分之主張亦無理由。

在現代精密的法律體系之下，固然不如此判決亦可能衍生出其他問題<sup>47</sup>，這是由於法律的邏輯嚴密性，因此無法「紛爭解決一次性」，必得原告在本案敗訴後，就土地完成登記後再提起同樣請求的訴訟才能達成其分割的目的。

##### （一）不告不理

這種紛爭沒辦法一次性地解決的情形，在「不告不理」的法律規定中更為明顯。現代法制因西方個人主義與自由主義的影響，以當事人進行主義為原則，對於訴訟的進行以不告不理為原則。所謂「不告不理」，依我國民事訴訟法第三百八十八條之規定：「除別有規定外，法院不得就當事人未聲明之事項為判決。」。意指如果當事人未為主張，法官不可加以判決，否則便是違法，對此最高法院先後著有判例：

核閱卷宗，被上訴人對於上訴人並未向原審訴請賠償損害，乃原審竟判令上訴人給付被上訴人撫卹費大洋一百元，顯係訴外裁

<sup>46</sup> 參見臺灣臺東地方法院八十九年度訴字第二四四號民事判決。

<sup>47</sup> 例如，本案如法官判決原告勝訴准其分割，要面臨的問題包括目前三筆土地僅被告一人所有，分割後，是否即據此判決書列原告為另一持分人？萬一，在辦理登記期間，原告又將系爭土地轉讓予第三人，此時，是要逕將該第三人列為另一持分人或待原告登記完畢後再由其移轉登記予該第三人。關於此問題，吾人以為可採先據此判決書將原告列為另一持分人，再由其移轉予該第三人。但如若係被告在辦理分割登記期間將其所有權出售予善意第三人百分之百的持分時，問題將轉為複雜，因為我國係採土地公開、絕對登記主義，既該善意第三人信任土地登記簿所載被告擁有單獨所有權之登記，即應受到保護。又即使該第三人明知被告擁有者僅係持分，且其所購者亦僅係該持分，但仍有如何分割的問題，即原、被告間的訴訟對該第三人應否有既判力的問題。

判，核與民事訴訟不告不理之原則不合，自屬無可維持。（最高法院 22 年附字第 9 號判例）

附帶民事訴訟亦以不告不理為原則，與通常民事訴訟無異，故關於財產上之犯罪，非經因犯罪而受損害之人提起返還或賠償之訴，法院不能逕依職權而為給付之判決。（最高法院 20 年附字第 55 號判例）

也就是說在個人主義之下，完全尊重當事人的意願，而且現代法制法官充當公平之紛爭仲裁人，當事人既未為主張，如法官逕為判決，不但有違當事人的意願，而且也有偏袒之嫌。

這種不告不理原則不但在民事上如此，在刑事也是這樣，我國刑事訴訟法第二百六十八條：「法院不得就未經起訴之犯罪審判。」<sup>48</sup>。最高法院對此也曾有判例：

數罪併罰之案件，因其數罪間均各有獨立之犯罪事實，既無審判上不可分之關係，則檢察官或自訴人如僅就一個犯罪事實起訴，縱使審理中發見被告尚犯有他罪，依不告不理之原則，自不得就他罪予以審判。（最高法院 32 年上字第 2105 號判例）

這種縱使審理中發現被告尚犯有他罪，如未經起訴，也不能加以審判的原則在西方法制固有其存在的理由，但這對傳統中國誠不可思議。因為一個人犯了罪，如果發現尚有他罪，不是應該對之繩之以法嗎？怎可只因未起訴，竟不得對之審判，如說必須踐履起訴的程序，有程序正義的問題，那也只有浪費更多的時間、勞力罷了。

還有一個例子，鄭先生與吳小姐和陳先生與林小姐分別是一對夫妻，而鄭先生與林小姐通姦，吳小姐發現後對自己丈夫鄭先生及林小姐提起通姦罪的告訴，後來林小姐的丈夫陳先生也以林小姐丈夫的立場對鄭先生提起通姦罪告訴。這種案子原本可以一併審理，可是後來由於吳小姐因為丈夫家人的求懇，而撤回對鄭先生的告訴，結果竟造成陳先生併案審理的請求不受理：

按告訴乃論之罪經撤回告訴者，法院應為不受理判決，刑事訴訟法第三百零三條第三款定有明文。本件告訴人吳xx已於八十年十月三十日具狀撤回對被告鄭xx之告訴，有上開撤回告訴狀附卷可稽。依上開法條規定，此部分原審為不受理之諭知，核無不合。至本件林xx之夫陳xx於八十年十月二十八日雖向檢察官訴請偵辦被告鄭xx相姦犯行，並經檢察官函請與前揭鄭xx通姦部分併案審理，惟因鄭

<sup>48</sup>在告訴乃論之罪，如當事人未提起告訴，檢查機關甚至不可加以調查，遑論審判。

xx前揭通姦罪部分因告訴人吳xx撤回告訴而不受理，故已無從併案審理。原審併敘明應由檢察官另行偵查起訴，於法亦屬有據。<sup>49</sup>

這樣的判決當然有其法律上的依據，可是明明的一件事只因為講求訴訟程序，只好「由檢察官另行偵查起訴」，另案審判，雖有程序保障，卻也有浪費時間、金錢、勞力的問題。這相對於傳統中國基於無訟的目的，採行紛爭解決一次性的判決作為，實在有很大的不同。

## （二）非管轄權不理

前面提到的人猴情緣--李其運老先生與台灣彌猴妞妞的案件，實際被提起公訴的除了販賣商人黃世鈞外，還有購買台灣彌猴的李家玲，雖兩案有訴訟資料上的同一性，但因為兩者適用的訴訟程序不同--前者適用普通程序，後者適用簡易訴訟，因此兩者受審法庭不同而由不同的法官判決。同一事件，兩個法官（均是違反野生動物保育法），就不同被告而為判決，只因為適用的簡易案件與否不同，因此無法一事在同法庭一次解決，而必須分開，此種為了適用僵化的法律而無整體性對法官或被告（在此為被告，在彼則為證人，反之亦然）均造成時間、金錢、勞力的浪費。

本節所討論的是承襲自西方的現代法制與傳統中國法律判決思維相比較之下所展現的面貌：「法律是判決的重心--重法不重情」、「講求法的邏輯嚴密性」、「法律文章」以及「不告不理、非管轄權不理」。這樣的判決思維源於西方，與傳統中國的判決思維有相當大的不同。

總結本章討論了無訟觀的思想淵源、社會結構，以及在無訟觀的影響下判官的判決思維，並對照了現代法制的判決思維，在下一章，吾人將以此來對比凸顯《清明集》中所展露的在無訟觀影響下的傳統中國法律判決。

---

<sup>49</sup> 參見臺灣高等法院八十一年度上易字第二〇七五號刑事判決



## 第三章 無訟觀主導下的判決

### --《清明集》的例證

在前一章我們討論了「無訟觀」的思想淵源與內涵和諧觀與整體觀，和這種形而上思想觀念的社會結構--宗法社會，以及「無訟觀」思想下的判決思維和現代法制的對比，本章吾人將以《清明集》為例證實地分析無訟觀對傳統中國判決的影響。

#### 第一節 既有社會秩序（禮的社會）的維持

在第二章中，我們知道傳統中國是一個宗法社會，它基本上是一個禮的社會，如果不幸發生「爭訟告官」的事情，不論宗族或官府都會同聲譴責，但告官的行為還是會發生，究竟是那些事情導致爭訟呢？而判官又是如何去維持或恢復這樣的社會秩序呢？以下是我們的分析。

##### 一、社會關係的破壞--爭--涉訟的原因

《荀子禮論》：「禮起于何也？曰：人生而有欲，欲而不得，則不能無求，求而無度量分界，則不能無爭。爭則亂，亂則窮，先王惡其亂也，故制禮儀以分之，以養人之欲，給人之求。使欲必不窮乎物，物必不屈乎欲，兩者相持而長，是禮之所起也。」…這正是對禮儀之功利基礎與現實依據的分析[（馬小紅 2004：162）聖人制禮作樂規範人心私欲，但紛爭仍然經常產生，本節將透過清明集的案例，分析爭訟的原因何在。

清明集共分為七門（官吏門、賦役門、文事門、戶婚門、人倫門、人品門、懲惡門）、九七類，每類各有若干篇，總計有 457 篇，總括而言，當事者涉訟的原因主要集中在財利，有的是人倫的糾葛，茲述如下。

##### 1、立繼

首先，在《清明集》中，有一很凸出也很特殊的類別--立繼類，占的篇幅多達 64 篇，這可能是因為傳統中國極重視傳宗接代，所謂「不孝有三，無後為大」，因而紛爭也就特別多。在宋朝，無子孫之人依法是可以由同宗輩份相當年齡較父母小之人過繼為後嗣，所謂「諸無子孫，聽養同宗昭穆相當為子孫，此法也。」、「在法：無子孫，養同宗昭穆相當者，其生前所養，須小於所養父之年齒，此隆興勅也。勅令所看詳，則為母所養者，年齒亦合小於所養之母。」但若同宗無前

述條件之人或雖有卻不合適，為使人可以有後嗣，法律上也容許收養異姓為後，「雖異姓三歲以下收養，即從其姓，聽收養之家申官附籍，依親子孫法，亦法也。」這是出於不得已的，因為《清明集》中一再出現「神不歆非類，民不祀非族。是以鄮子取莒公子為後，春秋書之曰：莒人滅鄮。鄮非莒人滅之也，立他種以為後，陽若有繼，而陰實滅也」這一類反對立異姓為嗣的判語，但為不絕人後嗣並考慮人情，因此又容許立異姓為嗣，以下的判語說得明白：「又一條曰雖異姓，聽收養，依親子法者，何也？國家不重於絕人之義也。如必曰養同宗，而不開立異姓之門，則同宗或無子孫少立，或雖有而不堪承嗣，或堪承嗣，而養子之家與所生父母不咸，非彼不願，則此不欲，雖強之，無恩義，則為之奈何？是以又開此門，許立異姓耳。」

不論立同宗或立異姓為後，法律上的規定是以夫為主，只有在夫死亡了，才由妻作主，如果夫妻雙亡，則由近親議立：「夫亡妻在，從其妻。」、「夫妻俱亡，由祖父母、父母立孫，無祖父母、父母，由近親尊長命斷。」<sup>50</sup>

這些法律規定並未阻絕一些想要成為他人後嗣的之人的念頭，紛爭常常就此發生，而判決也常常以此為標準。

立繼是人倫大事，戶絕之家之所以要立嗣，主要目的在於避免死後門戶滅絕，因此，立嗣人所考慮的首先是如何免門戶滅絕，至於在立嗣的時候，家產的繼承只是為了讓嗣子擔負起養老送終、繼立門戶的義務，才給了其繼承家產的權利。這可以說是對被立嗣者繼立門戶的一種誘餌，一種交換條件。

儘管道德上認為「存亡繼絕，非特三尺昭然，為宗族兄弟子姪者，皆當以天倫為念，不可有一毫利心行乎其間。」<sup>51</sup>但就被立嗣人（即養子、嗣子）而言，其主要則是為了繼承財產而來<sup>52</sup>。《清明集》有關立繼的案子背後的原因幾乎都是為了家產而爭立<sup>53</sup>。許多判官也都明白點出來了，例如：

「吳登雲已過房為季五子，今又欲為季八後，亦不過貪圖其產業，豈真為死者計哉！」<sup>54</sup>

「立嗣之說，名雖為弟，志在得田」<sup>55</sup>

也有不顧倫理先後，只因親兄貧窮而堂兄富裕，爭相要將自己的兒子出繼為堂兄為嗣，而不願為親兄之子，判官就說：

爭欲以其子為秀發後，而不願為瑞之後。…大義所在，親兄瑞之之無後，重於堂兄秀發之無後，舍親就疏，此其意為義乎？為利乎？蓋秀發生理

<sup>50</sup> 以上相關法條請參見《清明集》【雙立母命之子與同宗之子】卷七，頁二一七至頁二二三。

<sup>51</sup> 《清明集》【不可以一人而為兩家之後別行選立】卷七，頁二〇八。

<sup>52</sup> 參見邢鐵（2005）《宋代家庭研究》頁三〇六。

<sup>53</sup> 類似的案例請參見《清明集》頁二〇五、二〇八、二一一、二六〇、二四六、二六五。

<sup>54</sup> 《清明集》【不可以一人而為兩家之後別行選立】卷七，頁二〇八。

<sup>55</sup> 《清明集》【熊邦兄弟與阿甘互爭財產】卷四，頁一一〇。

頗裕，瑞之家道侵微，容之、詠之徇利忘義，遂闕于牆而不顧，訟於官而不耻

雖然多數判官譴責這種見利忘義的行為，但是，有時為求終訟，也會作出妥協的判決，在【同宗爭立】<sup>56</sup>一案中，判官明知爭立為嗣的鶴翁完全是為了家產，可是判官衡量情勢，認為「鶴翁垂涎物業之久，已為几上肉，囊中物矣。」，最後判令鶴翁與原立為嗣的志道共同並立為嗣。

總的來說，從判決上看，立繼除了存亡繼絕外，相當大的因素關係到財產的繼承，甚至可以說是同宗爭立只為家產。

## 2、人倫

《清明集》中有關人倫紛爭而涉訟的分屬兩門--戶婚門與人倫門，大抵有以下幾類：婚嫁、離婚、父子、母子、兄弟、夫婦、不孝、亂倫、叔姪等約 55 篇。

有關婚姻的紛爭有的是將已嫁之女背後再嫁<sup>57</sup>，有的是已訂親卻反悔或改嫁<sup>58</sup>，也有爭婚<sup>59</sup>的，至於夫婦之間的訴訟多係妻欲離婚而告官的案子。

父子、母子之間的訴訟多起因於不孝或財利之爭，例如，在【器訟其子極終有愛子之心不欲遽斷其罪】<sup>60</sup>一案：「阿周以不孝訟其子」。在【母子兄弟之訟當平心處斷】一案中，判官斷言：「財產乃其交爭禍根」<sup>61</sup>，而在【因爭財而悖其與兄姑從怨如不悛即追斷】一案，判官也說：「特因財利之未，起紛爭之端。」有的判官為了教化，還特地表揚孝順的事蹟，例如「取肝救父」及「割股救母」<sup>62</sup>。至於兄弟、叔姪之間則多係爭業之訟。還有亂倫爭訟告官的<sup>63</sup>。

總之，和立繼一樣，因人倫引起爭訟的，有的固然係倫常乖張，但很多也是為了財利而起爭訟的。

## 3、財利

上面提到的立繼或人倫方面的訟爭，很多都牽涉到財利的問題。除此之外，《清明集》戶婚門中有關爭業的就有 46 篇，在其他門別之中，純為財利起爭的也有數十篇，合計共有 103 篇之多，是清明集案例中最主要的訟爭原因。

這些財利之爭，多數是爭財產、田業、屋業，有的只因界址不明而告官的，也有因墳墓、墓木起爭執的。

<sup>56</sup> 《清明集》卷七，頁二〇九至頁二一一。

<sup>57</sup> 《清明集》【將已嫁之女背後再嫁】卷九，頁三四三。

<sup>58</sup> 請參見《清明集》卷九【女家已回定帖而翻悔】、【女已受定而復雇當責還其夫】、【諸定婚無故三年不成婚者聽離】等案例。

<sup>59</sup> 《清明集》【定奪爭婚】卷九，頁三四八至頁三四九。

<sup>60</sup> 《清明集》卷十，頁三六三。

<sup>61</sup> 《清明集》卷十，頁三六〇。

<sup>62</sup> 《清明集》卷十，頁三八四。

<sup>63</sup> 例如《清明集》卷十亂倫類中的個案，頁三八七至頁三九〇。

#### 4、姦惡

在《清明集》中有一懲惡門，都是一些地皮流氓或地方豪橫欺壓百姓的事，大約有 42 篇。

#### 5、官吏不法

在《清明集》中官吏門、人品門記載了許多官吏不法的事蹟，多數是胥吏違法害民，有的則是官員或因貪贓枉法、或因昏庸無能而遭上級指摘的。

#### 6、妄訴

在中國由於無訟的傳統思維，對於提起訴訟的人先天上就不以良民視之，如果有的「自州而縣，自縣而州」，不斷呈詞，更會被認為是健訟，若有唆使他人、甚至幫助他人訴訟的，判官都會加以譴責，甚至處罰的。在《清明集》卷十二、十三中就有許多關於把持官司、告訐、妄訴、誣賴的案件。

至於爭訟的對象則多為熟人，甚至是親族之人，因此，即使官府堂而皇之的理想是無訟，但由《清明集》的案例可見，爭訟的中心還在於物質的利益爭奪，畢竟，對黎民百姓而言，現實利益才是生活的重點。

### 二、社會關係的重建

由「爭」而「訟」代表一連串社會關係的破壞，判官的任務不在於釐清法條的適用，更在於使遭破壞的社會關係能夠恢復，基於這樣的思維，判官以「情、理、法」整體去把握案情與判決，基本上是一種全面性地調解社會關係的作法，這個部份在第二節中我們有詳細的論證，在本節，吾人將從判官的具體作為來看判官如何使紛爭兩造不再有訟。

#### 1、勸諭

勸諭指的是判官對紛爭當事人闡明人情事理，勸導兩造恢復原應有的社會關係與行為。這是官府常基於無訟的想法，並不希望紛爭進入官府，總希望能在宗族內就能調解，這樣的想法是認為，一旦紛爭進入了官府，大家等於撕破了臉，增加未來和諧的難度，特別古代生活單純，紛爭之事多屬鄉鄰親友，親鄰之間不宜不睦，可是不論基於什麼原因，終究許多案子告了官，這個時候，判官常常仍會一本初衷，剖分事理，勸諭紛爭兩造息訟。

在【生前抱養外姓歿後難以搖動】<sup>64</sup>一案中，邢林死後無子，其弟邢柁與邢林妻及母親吳氏立祖母蔡氏之姪邢堅為嗣，這有輩份不合、違法之嫌，但判官以立嗣是邢妻及其母親自己的意願，宗族之間又無反對的意思，而且立嗣又已八年，邢堅並無過錯，因此當邢林妻及其母吳氏死亡之後，邢柁想要另立吳德孫為邢林之後，判官仍然認可邢堅立繼的地位，邢柁之所以有另立嗣的作法，是因為邢堅的母親周氏死後，其弟周耀與周氏的奴婢燕喜教唆使邢堅有對叔父邢柁不敬

<sup>64</sup> 《清明集》，卷七，頁二〇一至頁二〇三。

之處，甚至在邢柟立吳德孫為邢林之嗣後，邢堅還告了官，判官在了解實情之後，除了杖責周耀、要求燕喜嫁人之外，並勸諭邢柟「盡釋宿憾，當撫其姪如子」、「戒飭邢堅，悉改前非，當敬事其叔如父。」因邢堅年幼，所有產業先交邢柟掌管，俟邢堅長大再還。

這樣一個案子，判官除了作必要的處理外，最主要在於使叔姪關係還復如初，判官用的方法就是「勸諭」。

在【爭地界】<sup>65</sup>一案中，沈百二與傅良為尺寸之地爭訟告官，判官在剖析判決之後，對兩方勸諭：「然所爭之地不過數尺，鄰里之間貴乎和睦，若沈百二仍欲借賃，在傅良亦當以睦鄰為念。」希望兩造能夠恢鄰里和諧的關係。

## 2、詳查其情

詳查其情指的是將紛爭兩造所主張的都能詳細查證，甚至查出紛爭當事人所未言說的背後真情，並指出真偽之處，如此一來，兩造就無話可說。萬楓江在《幕學舉要》中提到：

自理詞訟，批斷不防詳盡，能將兩造情偽指出，則直者快，曲者畏，漸漸心平，可以息爭，亦使民無訟之一道。<sup>66</sup>

很多訟案之所以爭訟不斷，原因就在於判官未能詳細察明案情，以致紛爭當事人不能服氣，例如在【王直之朱氏爭地】<sup>67</sup>一案中，判官認為「本縣雖曾委主簿標遷，以桑地還朱氏，以屋基還王直之，但剖析兩家情偽全不分明，故直之尚欲微覲於萬一。」就是因為剖析情偽全不分明，因此，訴訟如何能了結？後來判官「今將兩家契書反覆究問，期於息爭……庶可絕詞」。只有察明案情，當事人才有可能服氣，這是判案的基本要求，在【姪假立叔契昏賴田業】<sup>68</sup>一案中，判官就說：「事有似是而實非，詞有似弱而實強，察詞于事，始見情偽，善聽訟者不可有所偏也…當深察乎此。」

在【叔姪爭】<sup>69</sup>一案中，盛榮對其從姪兒盛友能對土地問題連年興訟，判官詳查其情後，發現其過去判官一直未能索拿契約干照，核對真假，並參考眾人之公論，「盛榮所以未甘屈服者，正以官司未索兩家之契照，參合眾人之公論耳……自縣而府，即不曾究問友能所以全有此地之由，此盛榮所以囂訟不已。」判官詳細查問土地買賣原由，並追問上手之人對質，「本縣合喚友能根問，憑何干照，與友聞交易，及當時曾不問盛榮，仍合喚友聞與盛榮面對，是與不是盜賣，則盛榮自無詞矣。自縣而府，即不曾追友聞對所以出賣之因，此盛榮所以囂訟不已」終於得出真情，參酌人情法意，作了適當處置，並警告盛榮「如盛榮再敢健訟，照已判斷治施行。」在這個案子，我們看到，如果判官對案情未能勘察實情，針

<sup>65</sup> 《清明集》，卷六，頁一九八至頁一九九。

<sup>66</sup> 轉引自《中國官場學》頁四三六。

<sup>67</sup> 《清明集》卷六，頁一八五至頁一八七。

<sup>68</sup> 《清明集》，卷五，頁一四六至頁一四八。

<sup>69</sup> 《清明集》，卷六，頁一八八至頁一九一。

對實情作出判決，紛爭是不能解決的。

### 3、調解、各讓一步：

調解、各讓一步是指判官衡量紛爭當事人的情由，調解使各人各讓一步或直接以判決使兩造不是輸者全輸，贏者全贏的判決方式。

菜根譚上有句話說：「處世讓一步為高，退步即進步的張本；待人寬一分是福，利人實利己的根基。」中國人傾向於從對立的雙方各承受一點損失中找出均衡點來，這種雙方各讓一步，勝者不是全得，敗者不是全輸的平衡感，以及在審判過程中，社會關係的重建比個人權利的伸張還要重要的思維模式，的確是中國傳統思維模式在法律意識上的體現。（林端 2003：68）

這種各讓一步以利於社會關係重建的想法在《清明集》中所在多有，例如在【互訴立繼家財】<sup>70</sup>一案中，判官認為姜子朝為人之婿、徐巖甫為人之子、李氏為人之母三人皆為私利而不顧公義，三人皆有罪，可是判官並不依法從事，而採取各打二十大板的作法，調解三人紛爭，並皆點出三人的錯誤，希望三人皆能「各盡其為子、為母之道」，以使回復原有和諧的社會關係，並期不再有訟。

在【舅甥爭】<sup>71</sup>一案中，有關土地何人所有，紛爭兩造是舅甥關係，舅張誠道有契書，甥鍾承信有管業，各有理由，並無直接證據可證明張道誠為的契據是冒名頂替，實是其甥鍾承信之母托其弟名義購置的（雖然照判詞看來，判官傾向相信鍾承信）然判決理由則出乎意表，稱「雖然，舅甥義重，忍傷和氣，今不必論契書之有無，亦不必論管業之久遠，當照張誠道所供，及其初意可也，始焉既能舉此屋，以奉乃姐，終焉豈不能返此屋，以歸乃甥。……迺所以全張誠道始終之義」，也就是依照張誠道原契據破其甥管業之理由，而全其義，如此一來，舅得面子，而甥得裡子。

這種各退一步的思維在《清明集》幾個立嗣兩立之判中顯露無遺，在【雙立母命之子與同宗之子】<sup>72</sup>寡婦阿毛無子，其夫黃延吉之長兒子年紀與其夫相若，且兄弟素來不諧，其夫之二哥與小弟皆尚未有子，阿毛遂立非同宗之表姑廖氏子法郎為嗣，法官不但認為合法，且極讚賞阿毛之節義，但「以黃延吉薄有家，利所在，小人所必爭。」是以又於黃氏子孫之中，亦立一人，「以塞諸黃之意，而息其訟。」

在【同宗爭立】<sup>73</sup>一案中，判官為了終訟，也作了兩立的判決，案情是這樣的，王文植無子，初立其兄文樞次子伯大為自己之兒子，伯大亡故，就又立房侄之子志道為伯大後嗣，文樞長子伯達欲以其弟鶴翁爭立為文植之子而不遂。自此以後，「鶴翁朵頤文植家業，求一染指其間，所以觀釁俟隙於志道者，無一日不憧憧往來於懷也。」並唆弄使王文植欲別立鶴翁而訟志道於官，判官最後認為

<sup>70</sup> 《清明集》卷十，頁三六〇。

<sup>71</sup> 《清明集》卷六，頁一九一至頁一九二。

<sup>72</sup> 《清明集》卷七，頁二一七至頁二二三。

<sup>73</sup> 《清明集》卷七，頁二〇九至頁二一一。

「第獨以志道為嗣，鶴翁垂涎物業之久，已為几上肉，囊中物矣，決不能已於詞。不若僉廳兩立之說，以止終訟。」只因為「不能已於詞」就判決「兩立」，理由是荒謬的，但判官為了所謂「終訟」的企圖是無疑的。

而在【繼母將養老田遺囑與親生女】<sup>74</sup>一案中，葉氏是蔣汝霖的繼母，葉氏將田業分作三分，蔣汝霖且分得十分之六（但破蕩殆盡），葉氏自留十分之二養老，餘十分之二給親生女兒，並且遺囑將來自己的部份留給女兒，但這部份與法不合，判官除了對蔣汝霖以言語譴責：

「使汝霖能盡孝以回其母心，謹禮以守其父業，豈不盡善…仰蔣汝霖今後洗心改過，奉事葉氏，不得咆哮」並「略加懲戒，決小杖二十，再犯重治。」

而對葉氏則援引法條：

「但葉氏此田，以為養老之資則可，私自典賣固不可，隨嫁亦不可，遺囑與女亦不可。何者？在法：寡婦無子孫年十六以下，並不許典賣田宅。蓋夫死從子之義，婦人無承分田產，此豈可以私自典賣乎？婦人隨嫁奩田，乃是父母給與夫家田業，自有夫家承分之人，豈容捲以自隨乎？寡婦以夫家財產遺囑者，雖所許，但戶令曰：諸財產無承分人，願遺囑與內外總麻以上親者，聽自陳。則是有承分人不合遺囑也。今既有蔣汝霖承分，豈可私意遺囑，又專以肥其親生之女乎？」

並不許對親生女就偏心「葉氏亦當撫育男女，勿生二心。」並且不許葉氏族人葉十乙秀干預蔣家事務，以離母子。這樣的判決有如各打二十大板，其目的當在修補已破壞的人倫關係。

#### 4、懲治

懲治是指判官以刑罰加諸紛爭當事人。

有些訟案必須以懲治的方式才能使訟終結，例如在【已有親子不應命繼】<sup>75</sup>一案中，方龜假稱係方森未娶時所立嗣之子，原經判官識破其情，只因「未與正其罪，遂致方龜又復番訴。」現判官除對其假造的情形詳予說明，俾其無話可說外，並加以處罰「方龜勘杖八十，押出縣界」，如此而能不再「番訴」。在【婿爭立】<sup>76</sup>一案中，戴贈的女婿徐文舉為圖謀妻叔戴盛產業，告官欲廢戴盛已立之子陳亞六（自乳哺中，養陳亞六為嗣子，今年已四十七，且娶阿蔡，生兩子矣。）改立自己的兒子為嗣，連丈人戴贈都看不過去，遠道至官衙說明其女婿的錯誤，除此之外，徐文舉還告了不少族親之人，徐文舉「凡此玷辱，視妻族如仇敵，待妻父

<sup>74</sup> 《清明集》卷五，頁一四一至一四二。

<sup>75</sup> 《清明集》卷七，頁二五〇至頁二五一。

<sup>76</sup> 《清明集》卷七，頁二一二至頁二一三。

如路人，尚欲以幼子為妻叔之後乎？何況欲廢人之嗣，以立己之子，有此法否？」判官認為不加懲治，必番訴不已，於是判令「若不懲治，則其詞不絕，妻黨被擾不已，老丈人死亦不瞑目也。徐文舉勘杖八十，再犯押上，別作施行」

### 5、引法折之：

引法折之指的是判官引用法條，剖分情節，使紛爭當事人了解自己的行為不合法。

判官有時會以國法壓制當事人，使其不敢再訟，例如在【已有養子不當求立】<sup>77</sup>一案中，阿陳自丈夫亡故後守節三十年，撫養親生子頤翁，頤翁不幸在二十四歲時死亡，阿陳收養三歲孤兒立為頤翁之嗣，阿陳之夫弟張養中竟主張以自己的兒子立繼為頤翁後嗣，判官引用許多法條「在法：戶絕命繼，從房族尊長之命。又云：夫亡妻在，則從其妻。」「又在法：諸無子孫，許乞昭穆相當者。」「況法中亦許無子立孫者聽。」稱阿陳為子立孫，所立合法，而張養中的主張不合法：「今張養中必欲以次子亞愛為繼，殊不知亞愛，頤翁為弟，若以弟為孫，則天倫紊亂。揆之昭穆相當之條，委為不合。」說明法律規定之後，並威脅張養中如敢再興訟，將依法處治：「張養中所陳，礙法寄斷，今後如再詞，押上施行。」

### 6、由鄰里勸和

由鄰里勸和常是判官在判決之中附帶的一種作法，即請紛爭當事人回去由鄰里之人加以勸和。這是基於無訟、基於社會關係的修補的須要。

例如，在【命繼與立繼不同】<sup>78</sup>一案中，江齊戴死而無子，依法族中輩份相當之人有江瑞可以為其後嗣，但族人因不滿江瑞之父江淵曾以子立繼為江齊孟之後嗣，可是不能盡責，而且江瑞名聲不好，親族都反對，而希望以江禧為嗣，可是江禧算起來輩份不相當，判官再三斟酌，考慮輩份相當的子孫或許不止江瑞一人，為免詞訴紛紛、失族黨之意，而正好江淵、江齊戴兩人都是集撰侍郎游公的女婿，江瑞是游侍郎的外孫，是否應當由其立嗣，可由侍郎裁決，因為「蓋侍郎碩德雅望，必能為息族黨之紛訴，公心正理，必能照破族黨之私情，一語可決，庶幾情法兩盡，而可全其族黨之義，顧不美歟！」

在【賃人屋而自起造】<sup>79</sup>一案中，李茂森租蔣邦新的房子並拆舊建新，事成之後，蔣邦新卻否認曾認可其拆舊建新，判官認為建屋費時甚久，蔣邦新都不反對，為何現在才來興訟，其中必有其他原故，判官不予詳究，因為兩人為親戚，為謀和諧，判令「喚鄰里從公勸和，務要兩平，不得偏黨。」以此根本解決兩造紛爭。

## 三、對訟師、健訟者的懲治

<sup>77</sup> 《清明集》卷七，頁二一四。

<sup>78</sup> 《清明集》卷八，頁二六五至二六八。

<sup>79</sup> 《清明集》卷六，頁三三四至頁三三五。



宗法社會對人與人的紛爭既主張要以忍讓來解決，判官對訴訟又採「無訟」的想法，對訟師、唆訟或健訟者採取否定態度也就很自然。

對判官口中的健訟者而言，他本身就是紛爭當事人之一，但被判官認為刁訟或健訟之人，必定都是為利忘義之輩。在【典買田業合照當來交易或見錢或錢會中半收贖】<sup>80</sup>一案中，當事人李邊雖自稱為前學生，意圖自比士人，寬免罪責，但判官以李邊健訟有素，最後仍依法論罪「照條勘杖一百」，主要原因即在於，判官認為李邊健訟：

「況採之輿論，皆謂其健訟有素，積罪已盈，儻於此時又獲幸免，則凡醜類惡物，好行凶德之人，稍識丁字者，皆得以士自名，而恣為悖理傷道之事，官司終不得而誰何矣！此長惡之道也，豈為政之方哉」

在判官的心目中，健訟之人就是這樣「醜類惡物，好行凶德之人」，對於這樣的人，如只因其自比為士人，就予寬免，豈是為政之道。在《清明集》指責紛爭當事人健訟、囂訟的例子不勝枚舉。

與健訟不同的是教唆詞訟，即所謂唆訟者，指的是事不干己，卻以掇促唆使他人告官，對於這樣的人，判官多認為他們在求自己的利益，離間他人的感情，有一個判詞說道：

「大凡人家尊長所以心忿者，則欲家門安靜，骨肉無爭，官司則欲民間和睦，風俗淳厚，教唆詞訟之人則欲蕩析別人財產，離間別人之骨肉，以求其所大欲。」<sup>81</sup>

「大凡市井小民，鄉村百姓，本無好訟之心。皆是姦猾之徒教唆所至，幸而勝，則利歸己，不幸而負，則害歸他人。故興訟者勝亦負，負亦負；故教唆者勝固勝，負亦勝。此愚民之所重困，官府之所以多事，而教唆公事之人，所以常得志也。」<sup>82</sup>

「但又據徐十二供，阿章離業已久，只因徐麟挾讎，教唆興詞。若果如是，則又難墮小人姦計，以滋無根之訟。」<sup>83</sup>

在判官心目中，這些破壞和諧，惹起爭訟的多是唆訟之徒所教唆，唆訟之徒多屬姦猾小人，有的以此為業，有的是挾仇興風作浪。在風俗淳厚，民間和睦的社會裡，人民並不會想要興訟，都是教唆者巧言誘引，他們表面上要幫你爭取利益，但最後的結果卻是離間你骨肉之情，破蕩你的產業，興訟者是「勝亦負，負亦負」，因為勝訴時，唆訟者將利益歸給自己，敗訴了，害處則歸給興訟者，

<sup>80</sup> 《清明集》卷九，頁三一—至頁三一三。

<sup>81</sup> 《清明集》【繼絕子孫只得財產四分之一】卷八，頁二五一至頁二五七）

<sup>82</sup> 《清明集》卷十一，頁四七六至頁四七七。

<sup>83</sup> 《清明集》【已賣而不離業】卷六，頁一六五至頁一六六。

得利的永遠是教唆之人。

有些唆訟之徒如果以此為業就成為所謂的訟師。訟師們通常與官吏熟識（尤其是胥吏）並與他們狼狽為奸，賄賂公事，在《清明集》中有一個叫成百四，原來以茶站為掩護，招攬詞訟，與胥吏交情好，互相勾結，甚至脅迫與訟者賄賂，名氣之大，鄰近七個鄉鎮紛紛找他幫忙訴訟<sup>84</sup>。

有些訟師為了控制胥吏，先以錢借胥吏，進而把持官府<sup>85</sup>，有的是與胥吏有親屬關係，出入官府如入家門，自稱無人能如之何：

鍾炎，係州吏鍾擘之子。狼貪虎噬，種習相傳，以獐幹、黥吏之子，而又冒名郡庠，冒玷鄉舉，此虎而翼者也。稱州縣無如何，棒不到我喫，所以敢於出入州縣，敢於欺壓善良，敢於干預刑名，敢於教唆脅取，敢於行賄計囑。<sup>86</sup>

在【士人教唆詞訟把持縣官】<sup>87</sup>一案中，劉濤身為士人，卻以教唆詞訟為業，結黨營私，甚至「把持縣官，劫制胥吏，頤指氣使，莫敢不從」，「凡有爭訟，無不並走其門，爭納賄賂，以求其庇己。濤之所右，官吏右之，所左，官吏左之。少拂其意，則浮言胥動，謗語沸騰，囂囂嗷嗷，不中傷其人不已。」這樣的訟師，有訟在官的人們自然會想希望能從劉濤處獲得勝訴的保證，但是非真理何在？

在【誹鬼訟師】<sup>88</sup>一案中，官府藉機將訟師懲治下獄，但是訟師還是能夠與胥吏相通，甚至縣官不敢勘罪，即使委他縣的縣官，也只將其罪惡呈上百之一二。

逐日置酒獄房，與之燕飲，更不敢推勘，其威力過於官府。當職黥配推吏，斷行賄之人，改委外縣官推勘。賄賂既絕，而後姑以姦惡百之一二申上。

甚至判官在判決書中如此深惡痛絕之人，在判決之際，還有人情關說，判官終還是減判，雖然如此，其懲罰還是很重的：

以士友曾為之請，當職曾許之未減，金千二決脊杖十五、編管二千里。鍾炎免申禮部駁放，更免勘，決竹篔二十、編管一千里，免監贓，即日押行。

訟師之所以能夠把持公事與胥吏貪贓勾結有關，在【受贓】<sup>89</sup>一案中，我們

<sup>84</sup> 《清明集》【教唆與吏為市】卷十二 頁四七六。

<sup>85</sup> 《清明集》【訟師官鬼】卷十二 頁四七三至頁四七四。

<sup>86</sup> 《清明集》【誹鬼訟師】卷十三 頁四八一至頁四八二。

<sup>87</sup> 《清明集》【士人教唆詞訟把持縣官】卷十三 頁四七七至頁四七八。

<sup>88</sup> 同註七。

<sup>89</sup> 《清明集》【受贓】卷十一 頁四二一。

看到胥吏間結黨的情形，他們被控到官之後，還對官府內上下打點，務期拖延時間，等待本任官員離任，他們就又可予取予求了，所幸遇到明察秋毫的判官，才未被欺騙：

配吏鄭臻、金彬、吳三吏，結黨害民，流毒一縣，六鄉之人，怨之切骨。本司入錫匣追赴臺治，乃敢密遺姦猾譁徒，先次到司，物色擺布，次則身賚金銀，買囑貴寓強幹，行賂匣司人吏，抑捺脫漏，以俟當職離任。甚至拆開文案，去縣丞所申，假作繳案申狀，偽稱縣丞差出。自初三至初六日，已抑捺四日。使非當職體探得知，則本司紀綱、國家典憲，為此曹反復玩弄，狐蹤鬼跡，閃一番。吏之無狀，未有甚於此者。

這中間姦黨有教唆譁徒，竟可出入官府命令所出之所，其通天本領，令人咋舌，當然判官也一併加以治罪：

李偉係本州有請書司，黃季玉係教唆譁徒，乃敢出入臺府，行賂關節，各決脊杖十二，編管鄰州。內黃季玉更入匣催追，匣司最是本司命令所出之地，乃敢接受重賂，公然以假申狀脫判，將罪人私匿，此而可為，孰不可為，決脊杖二十，刺配二千里。

不論是健訟、唆訟、甚至是訟師，在判詞中凸顯出來的是判官將他們視為社會的毒瘤，因此對他們的懲罰也不輕，例如上述的【受贓】一案中，教唆譁徒的黃季玉就被處以「脊杖二十，刺配二千里」的重刑。

## 第二節 情、理、法的整體思維

爲了使紛爭兩造及相關人等不再有訟，傳統中國的判官不僅僅須要如現代法制的法官一樣考慮法條的適用，更須要整體性地去把握，也就是情、理、法必須兼顧，只有如此才能使紛爭解決，使社會關係趨於和諧。本節將對比現代判決重法不重情，說明傳統中國的「情、理、法兼顧」判決的實際面貌。

### 一、情、理、法整體考量下的傳統中國判決

在第二章我們看到了現代法制講求嚴格的形式邏輯與依法審判，相對而言，傳統中國法律判決講求的是「情、理、法」整體性的考量。目的不同，重點也各異，前面提到，現代法制法律已儼然獨立存在，一次次的判決證明了法律的存在與權威，而傳統中國，判決的目的在於「無訟」的理想，因此，如何能夠使紛爭

兩造不再起糾紛，就不僅僅是適用法條的問題而已，更重要的還在如何使雙方都能夠接受紛爭解決的方案，並使遭破壞的社會關係得到修補，恢復禮的社會秩序，另外在第二章中，我們也知道法出於禮，而禮出於人情，對傳統中國而言，「情、理、法」是融合為一的，因此，要恢復禮的秩序、要達到無訟的目的，判官就必須對「情、理、法」整體考量地去調整人與人的全面關係。以下是我們的論述。

### （一）人情的內涵

在傳統中國法律場域中常常出現的「情」，通常有以下的意義，首先是指「情節」、「實情」、「情況」，例如在【勸諭事件於後】<sup>90</sup>一篇中「今請知縣以民命為念…嚴戢胥吏，毋令擅自拷掠，變亂情節。」所指的是「情節」；而在【漕司送許德裕等爭田事】<sup>91</sup>「又嘉定二年入狀懷寧，嘗訴許國盜耕田業，時只憑和勸，陪還租課，〔二〕得錢五十貫文，不欲盡情根究。」所指的是「實情」；在【細故不應牒官差人承牒官不應便自親出】<sup>92</sup>一案中，判官認李拱等「自返不縮，委曲求和，輒行議狀，相與為期，其情尤為姦猾。」，指的是「情況」。又如【吳盟訴吳錫賣田】<sup>93</sup>一案中，「吳錫之破蕩，吳肅之貪謀，吳盟之騙脅，三子之情，其罪惟均。」所指的是三人的作惡的「情狀」。

「情」也可以指私情、交情，這種「情」在判決中是被否定的，尤其審判者與紛爭當事人間或其人際網絡間為求官司勝訴所援引的交情，更被禁止，在【諭州縣官僚】<sup>94</sup>中，真西山勉諭州縣官僚「公事在官，是非有理，輕重有法，不可以己私而拂公理，亦不可踰公法以徇人情…殊不思是非之不可易者，天理也，輕重之不可踰者，國法也。以是為非，以非為是，則逆乎天理矣！以輕為重，以重為輕，〔十五〕則違乎國法矣！……故願同僚以公心持公道，而不汨於私情，不撓於私請，庶幾枉直適宜，而無冤抑不平之歎」。又如在【生前抱養外姓歿後難以搖動】<sup>95</sup>一案中，判官稱「憲、漕兩司一再剖斷，皆不直桷之詞，桷不自反，輒敢直指臺府官屬姓名，恣行誣詆，是必欲以私情而廢公法。」是認為邢桷不知自我反省，而以私情置於公法之上。

「情」更多的是指人情事理、人之常情、人與人之間的一種常識性相處之道。在【使州送宜黃縣張椿與趙永互爭田產】<sup>96</sup>一案中「趙宏植產于宜黃，〔一〕卜居於安慶，相去隔遠，不可照應，托弟掌管，甚合人情，」指的是趙宏遠居他方，托弟管業一事乃「人之常情」。在【隨母嫁之子圖謀親子之業】<sup>97</sup>一案中，判官以「其母阿魏憎惡譚友吉兄弟，讒於譚念華而逐之，止存李子欽在旁。凡譚念華

<sup>90</sup> 《清明集》，卷一，頁一一。

<sup>91</sup> 《清明集》，卷四，頁一一七至頁一一八。

<sup>92</sup> 《清明集》，卷一，頁二七至頁二八。

<sup>93</sup> 《清明集》，卷四，頁一〇〇至頁一〇一。

<sup>94</sup> 《清明集》，卷四，頁五至頁七。

<sup>95</sup> 《清明集》，卷七，頁二〇〇至頁二〇二。

<sup>96</sup> 《清明集》，卷四，頁一〇一至一〇二。

<sup>97</sup> 《清明集》，卷四，頁一二四至頁一二五。

之財物，則搬傳與李子欽，田業則假賣與李子欽，至於屋宇之類，皆一併為李子欽所有，而譚友吉兄弟並不染指焉，此豈近於人情也哉！……揆之法意，揆之人情，無一可者，而李子欽乃欲以口舌爭之，其可得乎？」指的是繼母阿魏其前夫之子李子欽偏心，而共謀奪取現任丈夫產業，不使其親子得業，如此豈合人情事理。

又如【争墓木致死】<sup>98</sup>一案中「其余細三十併子若姪聞之，急往占護墳木，此亦人情之常，但不當將帶管刀杖棒而前。」指的是余細三十聽聞祖墳樹木被砍，急切前往保護墳木乃是人之常情。

## (二) 情、理、法整體考量下的判決

爲了使紛爭兩造能夠息爭，能夠無訟，傳統中國判官除了法條外，最重要的還在於「衡情酌理」，情理經常在法官心中起作用，這樣的情理是要「給予眼前的每個當事人各自面臨的具體情況以細致入微的考慮及盡可能的照顧。」<sup>99</sup>務期能夠「情法兩盡」，使社會的關係能夠重建與和諧。

中國傳統法律判案要麼強調判官機智，要麼強調判官公正廉潔不張強權秉公處理，卻幾乎從不稱讚判官依法辦理的，嚴格依法判決的甚至會被認爲是不懂情理的酷吏。

對一個諳熟情理的判官而言，「情」、「法」實同一體，在【典買田業合照當來交易或見錢或錢會中半收贖】<sup>100</sup>一案中，判官就對「情」與「法」的關係作了一番說明：

殊不知法意、人情，實同一體，徇人情而違法意，不可也，守法意而拂人情，亦不可也。 權衡於二者之間，使上不違於法意，下不拂於人情，則通行而無弊矣。

傳統中國判官在作判決時，他們不是依實定的法規則去對紛爭兩造作出權利、義務的分野決定，而是權衡於「法意」與「人情」之間，使二者能夠調和通行，這樣的企圖在於恢復人與人之間的原有關係，以便不再有訟爭。

以下筆者將判決依是否考量「情」、「法」分爲四種型態，以便探討判官在判決時對情、法的運用的實際情形，就邏輯上，可以分爲「依情依法」、「依情不依法」、「依法依情」及「依法不依情」四類，其中「依情依法」與「依法依情」同屬一類，是爲「依情又依法（情法兩盡）」；其次，是「依情不依法」，指的是判決明確表明不依法的案件；另外，有一類判決並未指明法律的依據，但確實有依情判決的情形，這一類的案件，筆者將之歸類爲「依情」。至於理論上還有一類「依法不依情」的案件，但通常依法判決的案件如果不是也依情來作判斷，一般是不會提到「情」這方面的敘述，因此，實際上，是否有引用「情」的因素而作判決，不易判斷，因此這一類的案件，筆者直接將之歸類於「依法」的型態。以

<sup>98</sup> 《清明集》，卷九，頁三三〇至頁三三二。

<sup>99</sup> 滋賀秀三【中國法文化的考察--以訴訟的形態爲素材】頁三五。

<sup>100</sup> 《清明集》卷九，頁三一一至頁三一三。

下將以實際案例說明「依情又依法（情法兩盡）」、「依法」、「依情」及「依情不依法」四種判決型態。

### 依法又依情（情法兩盡）

這是指判官既依法判決，同時也考慮到人情的因素，就此作了適當的安排。在【與義兄爭業】<sup>101</sup>一案中，丘如與丘寅、丘寧是同母異父兄弟，丘如隨母嫁入丘閏之家，其母阿黃亡故，兄弟間為家產興訟，判官雖引用「父母在，不得別籍異財」的規定，但認為丘如原本是李家的兒子，因此不適用上開法條，其隨母帶來的產業，當由丘如自理，但既如此，則丘家產業，丘如也不可分產，這是依法而論，另一方面，丘閏畢竟是丘如繼父，其母也是丘如親母，因此，丘如還是要對母親喪禮及繼續孝養繼父，與其他兄弟一同均分，這是依情。在這裡，判官引用法條，也依法更是依情判決。

在【兄弟之訟】<sup>102</sup>一案中，鄒應龍對父母不孝順，對兄弟不友愛，判官引用法條：「在法，祖父母、祖父母、父母在，子孫不許別籍異財」本可依法將已分產業混同為一，但判官認為以鄒應龍頑囂情狀，如果將已分家產重新混同，將來必將再產生紛爭，因此又引用「凡祖父母、父母願為標撥而有照據者，合與行使，」的規定，讓已分家產各自管業，不再混而為一。這個判決一方面判官引用法條，判決也依據法條，事實上，該法條也是符合人情的，因為制法者也認識到原有法條「在法，祖父母、祖父母、父母在，子孫不許別籍異財」的規定有時不合人情，例如，父母在時即已分析財產，這也是極有可能之事，如必依前開法條對已分家產再混而為一，易起爭端，因此，戶部對該法條的補充：「凡祖父母、父母願為標撥而有照據者，合與行使，無出入其說，以起爭端。」本案既是母親願為分產，也已分產，再考量以鄒應龍頑囂的情況而論，如將產業混而為一，將來必再起爭端，不如依法依情判決。在此戶部所作的補充即與人情相合。

### 依法

這種判決指的是判官明白指出依法判決，有時會明白引用法條，但有時則未必，可是並未明白引用「人情」的情形，這一類的判決最常發生在官吏不法及奸惡的案件，例如在【十虎害民】<sup>103</sup>一案中，十吏害民，判官依法處以杖刑並編管：

當職昨過鉛山縣，聞有十虎害民，如程仁、張槿、徐浩、周厚、余慶、詹澄、陳明、周麟、徐濤等是也。盤據本縣，酷毒害民。當職首將程仁、徐浩、周厚杖脊加配拘鎖，張槿決配拘鎖，余慶、詹澄見行根究，惟周麟、陳明、徐濤三名及追治。今運司以熊炤家業事押赴本司，當職照得熊炤以勢家強幹，恐脅欺騙，氣凌州縣，止從編管，已為輕典。當來

<sup>101</sup> 《清明集》卷十，頁三七五至頁三七六。

<sup>102</sup> 《清明集》卷十，頁三七一至頁三七二。

<sup>103</sup> 《清明集》卷十一，頁四一三。

本縣吏人以私意煅煉，希冀財物，抄估家業，乃併他人行李欲掩而有之，不為無罪。而此三吏虐取害民，則亦豈此罪之所能盡其萬一哉。熊炤家業雖已給還，而三吏之罪可倖免，陳明、周麟各決脊杖十五，編管一千里，徐濤追赴司，決脊杖十五，押還原配所。李發、張福助之為虐，亦難輕貸，各勘杖一百，放。仍牒報轉運司。

對這一類奸惡之徒的的案件，是不必講求「人情」的。

### 依情

這是指判官在判決中並未表明法律的規定，這種情況在文獻不足的情況下，我們並不能確定法律的實際規定是什麼，但判官又明顯是依「情」判決時，就是指這種型態的判決。

這種判決事實上常是基於情、法一體，甚至禮、法一體的判決，只是我們並不清楚法律的實際規定，例如在【妻背夫悖舅斷罪聽離】<sup>104</sup>一案中，阿張身為朱四的妻子，卻無故指稱朱四愚癡，又誣訟其公公，對於這樣的罪行，判官並未引法條加罪，反而引用禮義作為判決依據，判官說：「阿張乃無故而謂之癡愚，欲棄背，已失夫婦之義」；「在禮，子甚宜其妻，父母不悅，則出之，阿張既訟其夫，則不宜於夫矣，又訟其舅，則不悅於舅矣，事至於此，豈容強合。杖六十，聽離，餘人並放。」雖然判官欲要修補這個社會倫理關係，但綜合情節整體考量後，認為「事至於此，豈容強合。」於是判決離婚，言下之意，頗有遺憾，卻也是為了未來長久的和諧。

### 依情不依法

這是指判決明白表示依法應如何判決，但為了「情」的考量，並不照法的規定判決。我們來看【因爭財而悖其母與兄姑從恕如不悛即追斷】<sup>105</sup>一案：

人生天地之間，所以異於禽獸者，謂其知有禮義也。所謂禮義者，無他，只是孝於父母，友於兄弟而已。若於父母則不孝，於兄弟則不友，是亦禽獸而已矣。李三為人之弟而悖其兄，為人之子而悖其母，揆之於法，其罪何可勝誅。但當職務以教化為先，刑罰為後，且原李三之心，亦特因財利之末，起紛爭之端。小人見利而不見義，此亦其常態耳。恕其既往之愆，其自新之路，他時心平氣定，則天理未必不還，母子兄弟，未必不復如初也。特免斷一次。本廂押李三歸家，拜謝外婆與母及李三十二夫婦，仍仰鄰里相與勸和。若將來仍舊不悛者，卻當照條施行。

<sup>104</sup> 《清明集》卷九，頁三七九。

<sup>105</sup> 《清明集》，卷十，頁三六二。

判官一開始引用禮義之道譴責李三不孝不友，與禽獸無異，依法，死有餘辜，所謂「揆之於法，其罪何可勝誅」，但最後並不依法從事，而從「情」著手，認為「小人見利而不見義，此亦其常態耳。」李三只因「財利之末，起紛爭之端。」因此從寬處置，希望李三「天理」自返，以使母子兄弟恢復如初。於是「特免斷一次」，並希望「鄰里相與勸和」因為判官認為其職務「以教化為先，刑罰為後」，判決的主要目的乃在於調整恢復當事人間的社會關係，使重回和諧。既有重返天理之可能，又須照法條施行？

在【母訟其子而終有愛子之心不欲遽斷其罪】<sup>106</sup>一案中，判官先稱自己首要任務為「惟以厚人倫，美教化為第一義」每遇聽訟「於父子之間，則勸以孝慈，於兄弟之間，則勸以愛友，於親戚、族黨、鄰里之間，則勸以睦婣任卹。」並引陳元孝子之事證明父母官教化的功效。而本案馬圭被其母訴以不孝之罪，雖然查其事證，確有其事，本應依法科以不孝之罪「從其母之所請，刑之於市，與眾棄之矣」，只因其母「又執至其父遺囑，哀矜惻怛之情，備見於詞意間，讀之幾欲墮淚…其母亦復惻然動念，不勝舐犢之愛」，因此「不欲坐馬圭之罪」希望馬圭能夠善體其父愛子之心，開啓「天理」，最後判令馬圭「押歸本家，懇告鄰舍、親戚，引領去拜謝乃母，友愛乃弟」，最後甚至由官府付錢作為鄰舍、親戚飲宴調解所需。

這樣的判決如果不從判官的「教化」及母子之情去了解，是無法理解的，這也就是前面所說的「情理」乃是細緻入微地去善體人意，並由此理解去作出恢復人倫關係的判決。法律在這裡並不是與「情」居於對立，而是除非「情」已用盡，否則不必用法，所以判官在文末說：「如再有分毫干犯，乃母有詞，定當科以不孝之罪。」

在【熊邦兄弟與阿甘互爭財產】<sup>107</sup>一案中，熊賑元所生三子中熊資先死，妻改嫁，只有未出嫁女兒一人，後來這個女兒也死了，熊資的二位哥哥爭相以自己的兒子為其立嗣謀產，連改嫁的母親也來爭產，判官清楚地指出：「律之以法，盡合沒官」但，判官認為「官司從厚」，所以判令「除見錢十貫足埋葬女外，餘田均作三分，各給其一。」並聲明「此非法意」。明顯引用法律，卻不遵法律規定，只因「官司從厚」。這樣的判決也只能從官府寬厚來理解。

以上，我們看到了許多判官引用法律卻不依法律而依人情的判決，這並不意謂著這些判決是違法的，事實上，判官經常在作「法意」與「人情」的權衡與調和，以便「法意人情，兩不相礙」<sup>108</sup>，其目的有時在於教化，有時為了顯示官府

<sup>106</sup> 《清明集》卷十，頁三六三至頁三六四。

<sup>107</sup> 《清明集》卷四，頁一一〇。

<sup>108</sup> 《清明集》卷六，頁一六五至頁一六六。



寬厚的心，有時是體察人之常情或「原心論罪」<sup>109</sup>，更多時候是爲了調解紛爭兩造全面的人際關係，爲雙方留下未來和諧的餘地。我們看到的只有和諧，而非人情與法律的捍格之感，因爲，在傳統中國，法出於禮，而禮本於人情。

## 二、全面性地調整人與人的關係

在無訟觀的指導下，中國傳統法律的判決是以情、理、法的整體考量作爲方法，以全面性地調整人與人的關係作爲手段，來達到其無訟的目的。就像滋賀秀三所說的：

比起西洋人來，中國人的觀念更顧及人的全部與整體。也即是說，中國人具有不把爭議的標的孤立起來看而將對立的雙方--有時進而涉及到周圍的人們--的社會關係加以全面和總體考察的傾向；而且中國人還喜歡相對的思維方式，傾向于從對立雙方的任何一側都多少分配和承受一點損失或痛苦中找出均衡點來。<sup>110</sup>

調整社會關係可以用回復原狀或各讓一步<sup>111</sup>的方法來達成，重點是這樣的方法不限於兩造當事人，還包括周圍的人們，判官必須整體性、細緻性地考察。

上面我們看到了在情、理、法整體思維下的傳統判官所作的判決，接下來，我們來看看傳統判官是如何以判決來全面性地調整人與人的關係。

在【女嫁已久而欲離親】<sup>112</sup>一案中，王顯宗因爲破蕩家產行爲不檢，其丈人聶懿德認爲玷辱家風，想要使其女兒阿聶與王顯宗離婚，判官詳察其情，發現似乎阿聶與其公公王伯慶有曖昧之情，於是判令「王伯慶遺阿聶還其父家，卻不許擅自改嫁。候王顯宗將來改過自新，俾爲夫婦如初，如此，則王伯慶可免瓜李之嫌矣。」這是判官基於調查與人情的判斷，而這樣的判決則是爲了全面地調整相關之人的相處關係，不但針對王顯宗夫婦，也針對阿聶與其公公王伯慶間的關係，爲王顯宗夫婦未來回復和諧關係預作安排。

又如在【弟婦與伯成姦且棄逐其男女盜賣其田業】<sup>113</sup>一案中，楊自智與楊自成是親堂兄弟，楊自成身亡後，妻子邵氏竟與楊自智相姦，併吞楊自成產業，並且將兒女趕走。近親楊自達不滿邵氏所爲，於是向官府控訴，後來，楊自智產業蕩盡，邵氏於是與其母親阿陸商量告官，準備離開楊自智，判官了解真相後，判令：

「取自成男牙兒歸，奉自成香火。所有自智賣過自成四地六段，內除一

<sup>109</sup> 春秋決獄的核心就在於「原心論罪」，也就是考慮犯罪動機，因此，春秋決獄可以說是以人情決定罪責。

<sup>110</sup> 滋賀秀三【中國法文化的考察--以訴訟的形態為素材】載《明清時期的民事審判與民間契約》頁十三

<sup>111</sup> 關於各讓一步的止訟之法，請參見本論文第三章第一節。

<sup>112</sup> 《清明集》，卷十，頁三七九至頁三八〇。

<sup>113</sup> 《清明集》，卷十，頁三八九至頁三九〇。

項給與男邵僧者勿問外，五項皆謂之違法交關，引就典賣主客人名下，索回原契毀抹，案為置立產簿扇，與之具載，當官印押，給付牙兒執照，併關鄉司起戶招稅。但牙兒年小，未能成立，候取回日，且付房長楊自達撫養，田地付楊自達交收。候牙兒年長，令卻自主掌。楊自智免監贓，牒押出處州界，阿邵斷訖，責付陸氏交管。」

本案判官除了對楊自智與邵氏「正其罪」之外，並找回楊自成的兒子牙兒，選將楊自智盜賣自楊自成的產業交回牙兒，以便牙兒可以繼承其父香火及產業，判官又考慮到牙兒年幼，於是判令近親楊自達加以撫養管理產業，俟其年長當予歸還。這是一種全面性地調整人際關係的作法。

在【先立已定不當以孽子易之】<sup>114</sup>一案中，陽夢龍與陽攀鱗分別立繼為八二秀與八五秀之後，其叔陽銳藉該二位姪兒輕蕩，想要廢逐之，改立自己的兒子為嗣，名為立嗣，實為爭產。這樣的想法，判官認為出於私心，除了對身為士人的陽銳嚴詞譴責外，並判令「八二秀產業合付之夢龍，八五秀產業合付之攀鱗」，並且要求夢龍、攀鱗「仰請集宗族、親戚，卑辭盡禮，拜謝祖母、祖父，遵依教訓，以堅悔過自新之意。」如以後再有遊蕩不肖之事，一定追究到底，坐以不孝之罪，到時後悔莫及。判官如此判決是為了「所宜挽回和氣，毋致悖理法而戕骨肉」。這也是為了全面調整陽家人與人關係的一種判決，除了對興訟者懲罰外，並依法依情判決產業歸原繼嗣者，還要求原繼嗣者要克守本份，勿起爭端，使他人有詞可言，判官並語帶威脅地表明，如仍不肖，將治以不孝之罪。

在【母訟其子量加責罰如再不改照條斷】一案中，胡大不能順從母親，被母親告官，雖判官認為按照情理，母子之情，是天下至親，會導致母親控告兒子，必然有嚴重之事，本可依法治以不孝之罪，但判官並不如此作，只判處杖刑及向其母陪罪，並令鄰居勸和，其原因在於「又恐自此母子兄弟不復可以如初矣」，可見得，判官的思維在於如何使人倫關係恢復，至於法條是否遵守，不在所問，這也是因為法出於人情之故。在此不依法判決，並無如現代法制有違法的問題。

在前述【因爭財而悖其母與兄姑從怨如不俊即追斷】<sup>115</sup>一案中，判官考慮「人情」對李三雖引用不孝之條，但最終並沒有照條科斷，「恕其既往之愆，其自新之路，他時心平氣定，則天理未必不還，母子兄弟，未必不復如初也。特免斷一次。」其主要目的在於使母子兄弟的關係能夠回復如初，對母親盡孝，對兄長恭敬。

在本節中，我們發現不論是依「情、理、法」整體性或全面性地調整人與人的關係，其目的都在「無訟」，無訟觀指導了判官的判決行為！在下面我們將探討，為了息訟，當沒有比較好的方法的時候，判官也會採取「斷之以天」的作法，其目的還是在於息訟。

<sup>114</sup> 《清明集》，卷七，頁二〇六至頁二〇七。

<sup>115</sup> 《清明集》，卷十，頁三六二。

### 三、天人合一的判決

前面提到，在無訟觀的指導下，判官必須就情、理、法作出整體的觀照以解決紛爭。在第二章中我們也提到天人合一觀也是無訟觀的整體和諧要素的一環，在這裡我們來看看，天人合一觀是如何影響傳統中國的判決，以及其判決最終仍是為了無訟。

首先，「法」這個字古字為「灋」，「灋」究竟是什麼？楊鴻烈根據傳說的記載，歸納出五種說法：有像牛說，像羊說、像鹿說、像麟說、像熊說，例如：王充《論衡·是應》篇就說：「皋陶冶獄，其罪疑者，令羊觸之，有罪則觸，無罪則不觸，斯蓋天生一角聖獸，助獄為驗，故皋陶敬羊，起坐事之。」（轉引自王曉波，1992：（一五）-（一六））

但不論何者，均代表著原始宗教的意涵：決之以神獸--決之以天的觀念。這種決之以天的觀念，認為人固然有種種的詐偽，但神明是不可欺的，而且「老天自有安排」，因此由神明來決定的這種觀念不但可以在判官疑獄不決之時可以透過一定的儀式求得天意，進而解決疑難並決定案件的走向，而且由於這個判決是透過人民的宗教信仰，往往也可得到人民的信服，進而息訟。清代名幕汪輝祖深知此種功能，其曾在其《學治臆說》中提到，每就幕館，次日必齋戒詣城隍廟焚香默禱，將不能不治刑名及恐有冤抑不敢不潔已佐治之故一一禱告。自謂祈禱必應，審理命案多叨神庇。（轉引自瞿同祖，1994：335）。

這種決之以天的觀念，在《清明集》中履見不鮮，例如，戶婚門【兄弟一貧一富拈鬮立嗣】一案中，葉容之、葉詠之都是葉秀發的堂弟，因葉秀發無子，葉容之、葉詠之各欲以自己的兒子立繼為葉秀發的後嗣。判官審查發現，葉容之及葉詠之的親兄葉瑞之也沒有後嗣，可是兩兄弟卻爭相聲稱對方的兒子已立繼為葉瑞之為嗣，自己的兒子才是葉秀發已立三年的後嗣，判官認為兩者均未「經官除附」，因此「所立本無定議」，重點是：

「大義所在，親兄瑞之之無後，重於堂兄秀發之無後，舍親就疏，此其意為義乎？為利乎？蓋秀發生理頗裕，瑞之家道侵微，容之、詠之徇利忘義，遂闔于牆而不顧，訟於官而不恥，甚至誣其母以偏受，人情至此大不美。」（《清明集》：戶婚門【兄弟一貧一富拈鬮立嗣】頁二〇三至頁二〇四）

也就是說兩造是因為親兄較貧而堂兄較富，因此為了家產的繼承兩人爭相希望自己的兒子成為堂兄的後嗣。判官除了對此加以譴責之外，即採取了「斷之以天」的作法：

欲喚上容之、詠之，當廳以慧、寄二名焚香拈鬮，斷之以天，以一人為瑞之嗣，以一人為秀發嗣，庶幾人謀自息，天理自明，存亡繼絕，安老懷少，生死皆可無憾。（《清明集》：戶婚門【兄弟一貧一富拈鬮立嗣】頁二〇四）

「斷之以天」則「人謀自息」，因為那是天意啊，在沒有更好辦法可以讓紛爭兩造心服口服的情況下，以天人合一及抽鬮的民間信仰去折服人民卻也不失為好的策略。除了立嗣案件外，類似的思維也出現在財產的分配上<sup>116</sup>。

天人合一觀也對判官的報應觀、福報觀、以及刑忌<sup>117</sup>等均有影響，因非本論文主題，茲不贅述。

以上我們討論了在無訟思維下，傳統中國的判官採取了「情、理、法的整體考量」、「全面性地調整人與人的關係」以及「天人合一」的判決，只有這樣才能使訟源消失，並回復原有的社會秩序。

### 第三節 教化文章——傳統中國法律書判的表現形式

孔子說：「聽訟，吾猶人也，必也使無訟乎」，這樣的無訟觀指的是人民教化，民風淳厚，人民以爭為恥，以讓為德，使得人民不會興訟，也不必興訟，這是古代官吏的最終理想，由於官吏兼具行政與判決的任務，因此判決書自然就負載了希望人民化育的道德警語，這與現代法制講求法的邏輯嚴性有很大的不同，以下吾人將通過《清明集》來說明無訟在傳統中國法律文書上的影響。

在第二章第四節中，我們看到了重形式、邏輯，最重要是「依法」的現代判

<sup>116</sup> 例如：【吳從周等訴吳平甫索錢】案（《清明集》頁二〇四）【探鬮立嗣】案（《清明集》頁二〇四至頁二〇五）【女婿不應中分妻家財產】案（《清明集》頁二七七至頁二七八）【繼絕子孫止得財產四分之一】案（《清明集》頁二五一至頁二五七）

<sup>117</sup> 報應觀或福報觀對判官的影響不小，例如汪輝祖在其學治贅說中提到：「州縣一官作孽易，造福亦易，……果盡心奉職，昌昌然造福於民，即冥冥中受福於天，反是則下民可虐，自作之孽矣。愍自二十三歲入幕，至五十七歲謁選人，三十餘年所見所聞牧令多矣。其於陽譴陰禍親於其身，累及子嗣者，率皆獲上賧之能吏，……天之報施捷於響應。是以竊祿數年，凜凜奉為殷鑑，每一念及，輒為汗下。相對的言論朱熹在朱文公政訓中說：「今之法家惑於罪福報應之說，多喜出入罪以求福報。夫使無罪者不得直，而有罪者得倖免，是乃所以為惡爾，何福報之有？」又說：「今之法官惑於欽恤之說，以為當寬人之罪而出其死，故凡罪之當殺者，必多為可出之塗，以俟奏裁，則率多減等，當斬者配，當配者徒，當徒者杖，當杖者笞。是得賣弄條貫，舞法而受贓者耳，何欽恤之有？罪之疑者從輕，功之疑者從重……今之律令亦有此條，謂法所不能決者則俟奏裁。今乃明知其罪之當死，亦莫不為可生之塗以上之。」而陳宏謀在「牧令書輯要七、刑名上」中亦言：「…或謂此等事可種陰德也，不知殺人之人倖逃法網，則被殺之人含冤地下；為生者計，獨不為死者計乎？」

儘管朱熹、陳宏謀反對此種觀念，但由此看來救生不救死的報應觀顯然非常普遍。

至於刑忌方面，例如刑殺的行為乃剝奪生命的行為，與大自然有關，因此必須配合四時來施行，例如，刑殺只能於秋冬施行而不能在萬物生長的春天施行，遇祭祀日也必須停刑。以上有關福報觀與刑忌的論述，可參見瞿同祖《中國法律與中國社會》及陸嘯釗《冥判集》。

決形式，相對而言，中國傳統法律判決由於其所強調的與現代法制不同，因此其表達形式亦有很大差異，不論是在論證形式、法律的引用，甚至邏輯的遵循等均非其判決重心，相反的，判官希望的在於「無訟」，在於如何「全面性地調整紛爭兩造間及其相關的人際關係」，爲了達到這個目的，道德、經典、甚至傳說都可引爲判決論證，以下是我們的討論。

### 一、三段論法

用類似現代法制三段論法的推論方式來鋪陳文章的作法，在傳統中國早已有之，例如，賈誼的「過秦論」其思辯形式可以排列爲大前提：「守國要用仁義」、小前提：「秦不以仁義守國」、結論：「秦國不能守」（林明德，1996：162-163）

在名公書判清明集中，也可以看到這一類推論方法的運用，例如在【爭立者不可立】<sup>118</sup>一案中，判官引用法條作爲大前提，以事實爲小前提，而得出結論：

大前提：「在法：立嗣合從祖父母、父母之命，若一家盡絕，則從親族尊長之意。」

小前提：「今祖母劉氏在堂，寡婦陳氏尚無恙，苟欲立嗣，自能選擇族中賢子弟，當聽其志嚮可否。張達善不此之思，反執族長張翔道之狀，以爲當立，安知非偏詞曲證。」

結論：「今仰劉氏撫育子婦，如欲立孫，願與不願悉從其意。張達善勸杖八十」

不只是引用法條的判決才有這類推論方法的運用，在【雙立母命之子與同宗之子】<sup>119</sup>中，判官多次運用這樣的推論方式，例如：

大前提：「照得天地設位，聖人則之，制禮立法，婦人從夫，亦猶臣之事君也。貞女不從二夫，忠臣不事二君，信天地之宏義，人倫之大節也。是以共姜作栢舟之誓，李氏勵斷臂之操，有光於國風，稱美於前史，豈徒曰一節之善而已哉！」

小前提：「毛氏之年，僅二十有三爾，且無一子可爲終身之託，祇有二女，又皆不育。慨然以不嫁自誓，此誠人所難也。壯而守節，猶可敬也，況少而守節乎？有子而守節，猶可敬也，況無子而守節乎？」

結論：「烈烈阿毛，其殆庶幾乎！」

除了推論方式外，傳統中國的立法也有環環相扣的關定，例如爲了防止立嗣之後嗣子只繼承家產不盡義務，在立嗣文約的時候都有專門的條款予以限制，律令也專對被立嗣人進行了監督限制：「諸養子所養父母無子而捨去者，徒二年」。當養父母養老送終之後不繼立門戶也屬於違法，同時，習俗和律令對被立嗣人的

<sup>118</sup> 參見《清明集》卷七，頁二一一至頁二一二。

<sup>119</sup> 參見《清明集》卷七，頁二一七至頁二二三。

權利也予以保護，在立嗣文書中都要講明，繼立之後養父養母不能隨意解除關係，宋代規定：「諸養同宗昭穆相當子孫，而養祖父母、父母不許非理遣逐。」即養父母不得隨意剝奪養子繼承家產的權利；只有在養子「破蕩家產，不能侍養，及有顯過，告官驗證，審近親尊長證驗得實」<sup>120</sup>並且同意之後，才可以解除關係，剝奪其繼承權<sup>121</sup>。

儘管如此，這樣的推論方式只是一種思辯的工具，和環環相扣的立法一樣都不是判決重點，更非判決的決定因素，質言之，古代判官並不比如同現代法官受限於構成要件<sup>122</sup>而作出不合常情的判決，就此而言，判官並不為法所束縛，相反地，判官正應考察實情，對「情、理、法」作出整體判斷，以便可以斷絕訟根。這樣的整體判斷常常表現為判官引經據典（如引有法條，法條也常常不是重點）以為判決的論據。

## 二、教化文章

中國傳統判決書常有文人收之為「文選」，乃意在文以載道，故其判決書（判語或書判）不但「法」、「理」、「情」兼具且有教化之功，而文筆之潤飾亦時有講求。這種兼具文學素質的判決書，絕非如現代法制般講求形式或固定格式。通常的作法是，判決者在通盤了解案情並決定判決之後，依其文學素養，將案情事實、判決依據（包括情、理、法、古聖先賢之智慧）、甚至判決者個人為達到教化功能所下的一些言論，在敘述時，案情與依據及教化言論互相混雜，形式並不固定。於是，判決書行文方式不但因人而異，甚至同一人所判決的文書行文方式亦時有不同，有時文章優美，如同一篇文學作品。

就判決行文方式而言，有些判決開宗明義點出判官的基本看法，例如，在【雙立母命之子與同宗之子】<sup>123</sup>一案中，判官在篇首即以優美文字表達其對本案的基本看法：「照得天地設位，聖人則之，制禮立法，婦人從夫，亦猶臣之事君也。貞女不從二夫，忠臣不事二君，信天地之宏義，人倫之大節也。是以共姜作柘舟之折，李氏勵斷臂之操，有先於國風，稱美於前史，豈徒曰一節之善而已哉。」

而在【出繼子破一家不可歸宗】<sup>124</sup>一案中，判官即引春秋大義「春秋書莒人滅鄆，傳者曰：立異姓為後，滅亡之道也。然春秋不罪鄆，而罪莒者，過莒之包藏禍也。」來譴責黃康功（原姓何，出繼為黃氏之後），稱他：「既與其所生父蕩黃氏之業，黃氏之種不存，乃為舍黃而為何，彼豈真有念父之心哉，不過以黃

<sup>120</sup> 參見《清明集》【出繼子不肖勒令歸宗】卷七，頁二二四至頁二二五。

<sup>121</sup> 參見邢鐵《宋代家庭研究》，頁307。

<sup>122</sup> 討論法律構成要件及其適用的案例不是沒有，例如宋朝有關「鬥殺」或「盜拒捕鬥而死」的適用曾有過個案使王安石與法司有不同的爭論，但這樣的案例畢竟很少。參見柳立言【宋代罪犯的人權：在何種情況下找者可以殺死不持械逃跑的盜者？】載《宋代社會與法律--名公書判清明集討論》，頁六七至七九。另一個著名的案例是「阿雲之獄」，是關於阿雲殺死未婚夫後自首，應如何判決的問題。參見藍德彰【宋元法學中的「活法」】載於《美國學者論中國法律傳統》頁三〇二至頁三四九。

<sup>123</sup> 參見《清明集》卷七，頁217-218

<sup>124</sup> 參見《清明集》卷七，頁225。

家已破，欲以其禍黃者而禍何矣。」。

再如【妄訴田業】<sup>125</sup>一案，判官初即論述事理（訴訟的缺點）：「詞訟之興，初非美事，荒廢本業，破壞家財，胥吏誅求，卒徒斥辱，道塗奔走，犴獄拘囚。與宗族訟，則傷宗族之恩，與鄉黨訟，則損鄉黨之誼。幸而獲勝，所損已多，不幸而輸，雖悔何及。故必須果抱冤抑，或貧而為富所兼，或弱而為強所害，或愚而為智所敗，橫逆之來，逼人已甚，不容不一鳴其不平，如此而後與之為訟，則曲不在我矣。」以此為論據，譴責劉緯及龔孝恭健訟。

也有援引詩義的，例如在【謀詐屋業】<sup>126</sup>一案中，判官援引杜甫詩闡述其理：「嘗讀杜甫詩曰：『安得廣廈千萬間，大庇天下寒士俱歡顏。』又曰：『何時眼前突兀見此屋，寧令吾廬獨破受凍死亦足。』以凸顯涂適道之好利忘義：『使涂適道觀此詩，將媿死無地矣。涂適道，庸妄人也，固不責其庇寒士，不奪其師所居之屋足矣，固不望其處破廬，不置其師於受凍之地足矣。……殊不念既奪其業，失蔽風寒之所，又誣以罪，推墮陷穽之中，寧不狼狽於鄉里，流離於道路，何忍使一老先生受困至此，豈非欲置其師於凍餒之地乎？涂適道操心不仁，見利忘義，莫甚於此，亦鄉論所切齒也。』」

甚至也有引傳奇故事以為闡發的，在【庵僧盜賣墳木】<sup>127</sup>一案中，判官引了古代的傳奇人物許孜的故事：「許孜，古之賢士也，植松於墓之側，有鹿犯其松栽，孜泣，歎曰：鹿獨不念我乎！明日，其鹿死於松下，若有殺而致之者。獸犯不韙，幽而鬼神，猶將聲其冤而誅殛之；矧靈而為人者，豈三尺所能容哉！」以此譴責師彬「背本忘義，曾禽獸之不若…今其松木連雲，旁起臨淵之羨，斤斧相尋，旦旦不置，鄉曲之義掃地不遺。」

此類在案首即引經據典以為全案判決的論證的行文方式在《清明集》中到處可見<sup>128</sup>。更多的是，在判決書一開頭就開始敘述案情，而在其後才穿插地敘述判決依據或教化道理。但不論如何，判決書中充滿「古人宗族之恩，百世不絕，蓋以服屬雖遠，本同祖宗，而況一家叔伯兄弟之親，血脈相通，何有內外間隔。」、「當以天倫為念，不可有一毫利心行乎其間。」之類的判詞，「教化」幾乎是判決書中所必備的。

為什麼會有教化文章之現象？這應該與判決者兼是行政官有關，因為負有推動政務之責，而政務最重要的是維持社會既有的秩序--倫理的宗法社會，以便達到「無訟」的目的。這可以從判官真西山到任後對下屬及自己的期許看出來，他認為「為政之本，風化為先」，「以五事諭民，其一謂人道所先，莫如孝弟」，另以四事（律己以廉、撫民以仁、存心以公、涖事以勤）與同僚自勉，並為民去十

<sup>125</sup> 參見《清明集》卷四，頁 123。

<sup>126</sup> 參見《清明集》卷九，頁 192-194

<sup>127</sup> 參見《清明集》卷九，頁 332)

<sup>128</sup> 再如《清明集》卷七，【同宗爭立】頁 209、《清明集》卷七，【不可以一人而為兩家之後別行選立】頁 208…等。

害（斷獄不公、聽訟不審、淹延囚繫、慘酷用刑、汎濫追呼、招引告訐、重疊催稅、科罰取財、縱吏下鄉、低價買物），可見得官員包辦了行政與審判的工作，而且孝弟倫理顯係執政重點，因此「聽訟之際，尤當以正名分，厚風俗為主」、「今請知、佐每聽訟，常以正名分，厚風俗為先，庶幾可革媮薄。」<sup>129</sup>

在【士人因姦致爭既收坐罪名且寓教誨之意】<sup>130</sup>一案中，士人王木因與陳憲爭姦阿連毆擊成訟，判官趙知縣開宗明義即稱：「詞訟到官，事有關繫，若但剖析曲直，收坐罪名，而不少寓教化之意，非善政也。」他對王木勸化：「王木士人，春秋方盛，若刻苦讀嶄，銳意功名，豈當自處人下，私欲既勝，大義遂乖，甚為歎息，血氣方剛，戒之在色，已往之失，固不可追。婚以禮成，妻由義合，天倫所在，豈容或虧。縣令奉為，正救此事。自今月始，恪遵士檢，斷絕愛繩，思聖門之憤悱啟發，想釋氏之勇猛精進，逐去淫婢，別婚正室。夫夫婦婦而家道正，吾儒事也，營勉之哉！」

本案原係鬥毆事件，但判官卻長篇累牘地對士人王木開剖事理，目的即在篇首所稱的「寓教化之意」，否則豈是善政。

在【立昭穆相當人復欲私意遣還】<sup>131</sup>一案中，虞艾、陳氏夫妻亡故，其父虞縣丞圖謀陳氏隨嫁之粧奩，於是為虞艾立虞繼為嗣，後虞縣丞為寵妾劉氏離間，假稱虞繼不孝，另立虞錐為嗣，判官釐清事實後，仍以虞繼既已先為虞丞所立，而且輩份相當，並且沒有明顯過錯，於是判決仍由虞繼繼承虞艾香火，除此之外，並稱：「但劉氏乃虞丞之妾，曾為虞丞氏生子，於虞繼合有服紀，父母所愛，犬馬亦然，而況於人，父母有過，子孫安可擬議。虞繼…不可以舊惡為念，與劉氏生生隙。」本案紛爭在於何人為嗣，關鍵處在於立繼先後及是否合昭穆相當之原則與立繼者是否有不孝之行爲，如以現代判決書而言，呈清關鍵處之事證，並下判決即已足，但在本案中，判決者王留耕還對虞繼曉諭以倫理，要求和諧。

這與現代法官有很大的不同，因為現代法官由於功能分化，教化非其任務，其最重要的是如何依法判決，故其判決內容即針對事實、法的構成要件、證據，只要合於法律，即予判決，他關心的是判決是否合法，至於判決對社會人心之影響，並非其所要關心的。

這樣種訴諸道德的判決在《清明集》中有許多判官為謀和諧，時常可見，但這並不是說《清明集》中的判決都不講求法律，我們發現許多判官在判決書中並不引用法條，但引用者亦不少，例如在【從兄盜賣已死弟田業】<sup>132</sup>一案中，判官連續引用不同的法條：「照得在法：交易諸盜及重疊之類，錢主知情者，錢沒官，自首及不知情者，理還。犯人償不足，知情牙保均備。又在法：盜典賞田業者，杖一百，贓重者准盜論，牙保知情與同罪。」

有些並對法律加以解釋立法之意，例如在【契約不明錢主或業主亡者不應

<sup>129</sup> 參見《清明集》卷一，【咨目呈兩通判及職曹官】、【勸諭事件於後】頁 1-11）

<sup>130</sup> 參見《清明集》卷十二，【士人因姦致爭既收坐罪名且寓教誨之意】，頁四四二-四四四。

<sup>131</sup> 《清明集》卷七，頁 249。

<sup>132</sup> 《清明集》卷五，頁 144-145。



受理】一案中，判官針對產業之爭訟，不但引用法條，而且還加以闡明：「在法：契要不明，過二十年，錢主與業主亡者，不得受理。此蓋兩條也。謂如過二十年不得受理，以其久而無詞也，此一條也。而世人引法，併二者以為一，失法意矣！今此之訟，雖未及二十年，而李孟傳者久已死，則契之真偽，誰實證之，是不應受理也。」

本案起源於因紛爭兩造契約未過二十年，官府原判令產業歸公，引致當事人對原判決不服「此湯執中之所以不已於訟也」，因此本案法官詳細說明所引法條的真意--「契要不明，過二十年」與「錢主與業主亡者，不得受理」任一成立，皆「不得受理」，以使為使當事人折服。

有些判官甚至會開宗明義地在判決書一開始即引法條點出案情在法律上之依據<sup>133</sup>，例如：在【已立昭穆相當人而同宗妄訴】一案中，判官一開始即引法條「謹按令曰，諸無子孫，聽養同宗昭穆相當者為子孫。又曰：其欲繼絕，而得絕家近親尊長命繼者，聽之。又曰：夫亡妻在，從其妻。」並稱「觀此三條，則王氏爭訟可一見便決，何至連編累牘，越月踰年，如是之紛紛乎！」

最後判官即據此法條而為判決。

在本節中，吾人可以看到傳統中國法律判決並無一定的形式，全靠判官的文學素養，判決並不在乎是否引用法條，「形式」與「法」在傳統中國並非判決重點，判決者心中所想的是如何能寓教化於判決之中，使人民敦厚，不再有訟，因此更多的是的教化文章，以「情、理」作判斷的判決。

## 第四節 紛爭解決一次性

就傳統中國整體觀而言，既然判決的目的在於無訟，紛爭解決一次性是必然的結果，因為只有對紛爭的問題整體地去把握、去解決，才有可能達到無訟的目的。相對承襲自西方的現代法制「不告不理」、「民刑分立」而言，在這方面傳統法制與其有著不同的面貌，以下是我們的論述。

### 一、傳統中國不告亦理--整體性的考量

對傳統中國而言，無訟是判決的目的，最好不要有訟案，一旦有了訟案，就必須從整體去把握，務使整體解決，以免再有紛爭，再加上傳統法制採檢審合一，即判官同時擔任法官與檢察官的角色<sup>134</sup>，因此判官在審理過程中，一旦發現不法情事自然一併審理，在民事上更可作「訴外裁判」，即使當事人未請求，判官亦

<sup>133</sup> 在判決書一開始就引用法條，並一意謂判決即會依其所引法條判決，判決還在於以和諧為中心，依「情、理、法」的整體判斷。

<sup>134</sup> 傳統中國並沒有「檢察官」的概念，當然也沒有「法官」與「檢察官」審檢分立的觀念，在此只是暫且借用現代法制的概念來說明。

可在其請求之內或之外加以判決，只要這是合「人情」的。

《清明集》中這種從整體去把握、解決紛爭的案件，不可勝數，我們在【緣妬起爭】<sup>135</sup>一案中看到，余文子向縣衙申告被其女婿黃定毆打，判官審理後發現，起因於黃定因為妾桂童為他生了兒子，於是特別寵愛她，於是惹毛了大老婆余氏，她的父親余文子當然為其女兒抱不平，於是故意找黃定爭議。這個案子是余文子就被女婿毆打一事提起訴訟，如依現代法制應就毆打之事實加以查究，並依此定罪，可是本案判官對於毆打一事不但只是輕描淡寫地說：「余文子訴黃定毆打一節，據知證店主人以為余文子故入店內尋爭，此不必問」，卻對引起訴訟的原因詳加論述，並判決黃定應將妾童桂改嫁，「庶息兩家紛紛之訟」。這裡我們可以清楚地看到，對判官而言，提起訴訟的形式主張（以現代法制術語為訴訟標的）是什麼並不是最重要的，更重要的是紛爭背後真正的原因，因為只有將紛爭真正的問題整體性地了解並解決了，才能使兩造不再提起訴訟，才能無訟，而這正是傳統中國判決的目的。

《清明集》裡還有一個例子【妻已改適謀占前夫財物】<sup>136</sup>也是從整體去把握，冀求全盤解決紛爭。事情是這樣的：

阿常先與姓錢的結婚，後來改嫁給徐巡檢，徐巡檢死後不久又嫁給張巡檢。徐巡檢家有老母阿侯，阿常對於婆婆不理不睬，改嫁之後不曾探視問候，阿侯孤老一人只好與她的奴婢阿劉夫婦過生活，這個阿常不但不孝，而且貪財，一聽到阿侯死了就立刻到官府裡去訴訟說她的前夫及婆婆留下多少財物，應該歸她所有，判官了解案情之後，判決該等遺物應由實際照顧阿侯的阿劉夫婦獲得，並由其對阿侯以禮相葬。除此之外，並對阿常的背夫絕義及一嫁再嫁竟至三嫁的行為多加譴責，甚至本來還要對阿常引用「居喪嫁之律」令其與張巡檢離婚，後來因為考慮到張巡檢不屬其管轄，才將案件移至所應官轄之處由其按律辦理<sup>137</sup>。另外對張巡檢之子張良貴興訟的行為也加以判決「決竹二十，押出本府界」。

本案可以看到判官不僅對訟爭的標的阿侯的遺產加以判決，而且用更多的篇幅對阿常的改嫁與不侍奉婆婆的行為加以譴責，在這裡判官心裡想的可不只遺產的分配，而是人倫大義的闡發，因此對阿常遺棄婆婆的行為，在判決書開端即以漢時陳孝婦的故事反諷譴責。因為在判官心目中，每一個判決對百姓都是一個活教材，只有人民知情達禮，才能真正無訟的目的。

在【士人因姦致爭既收坐罪名且寓教誨之意】<sup>138</sup>一案中，訟案的爭點在於陳憲與王木分別與傅十九之妻阿連姦通，早有爭訟勘斷在案，一日狹路相逢，陳憲攔路嘲謔，被王木及阿連的兒子傅二十六毆打，於是到官府互控。這個案子，爭點在於毆打之有無及是非之所在，但判決者在本案中除對傷害案加以裁判外，更

<sup>135</sup> 見《清明集》卷十 人倫門 頁三八一至頁三八二。

<sup>136</sup> 《清明集》卷十人倫門頁三七七至頁三七八。

<sup>137</sup> 雖然張巡檢不屬本案判官所管轄，但在本案中判官仍不忘對張巡檢分析利害，甚至欲引條論罪（以現代法制術語而言，已是涉及實體審查，並形成心證），而非如現代法制直接以裁定駁回，而不涉及實體判決。

<sup>138</sup> 《清明集》卷十人倫門頁四四二至頁四四四。

對非本案爭點，加以宣示（在此其性質似非判決，而係一種宣示），他花了近三分之一的篇幅，對王木身為士人，姦淫阿連之事加以責備，勉勵他應回歸儒事：

王木者，家世業儒，合知理法。先與阿連宣淫，…夫何溺愛不忘，竟收阿連歸家，妄以為乃父婢使，既復姦通，因之不娶。殊不思姦父祖女使，法令弗容；以妾為妻，古人有戒。其事亦既久矣。……王木士子，春秋方盛，若刻苦讀書，銳意功名，豈當自處人下。私欲既勝，大義遂乖，甚為歎息。血氣方剛，戒之在色，已往之失，固不可追。婚以禮成，妻由義合，天倫所在，豈容或虧。縣令奉為，正救此事。自今月始，恪遵士檢，斷絕愛繩，思聖門之憤悱啟發，想釋氏之勇猛精進，逐去淫婢，別婚正室。夫夫婦婦而家道正，吾儒事也，尚勉之哉！

這樣的判決已遠離紛爭當事人原來爭訟的事由，可是判官為了紛爭一次解決，了解爭訟的情由在於對阿連的爭風吃醋後，對身為士人的王木加以譴責，並要求阿連「別行嫁人，如敢再歸王氏之家，追上重斷。」這不但是從根本上去解決紛爭的因，以便達到紛爭一次解決，而且也是判官修補原有的社會秩序--禮的社會的一種企圖，以此期待不再有訟。

在【羅棫乞將妻前夫田產沒官】<sup>139</sup>一案中，紛爭案由本是有關立繼與財產的分配，但判官了解案情後發現，羅棫與羅密妻阿王在羅密死後結婚係屬違法，因此判決「但羅棫元與羅密係是服內從弟，羅密身死，豈應以妻阿王嫁與羅棫。准法：諸違法成婚，謂嘗為袒免以上親之妻，未經二十年，雖會赦猶離。羅棫取阿王方更三年，合與聽離。」這是判官因為服制攸關人倫秩序所作的判決，但判官仍考量人情，於是「若阿王再歸羅密之家，不復改嫁，撫養其子，當用夫亡從其妻之法，聽阿王為主，免與沒官」，也就是羅密原家產三分之二依法應歸官的部份可以回歸阿王為主。如此一來，本案中所有可能的紛爭，在判官依法又依情之下，紛爭一次解決。

## 二、傳統中國非管轄權亦理

傳統中國固然也有審判管轄的問題，但為了息訟，判官通常也會對案件進行曉諭與調解，如果兩造因此解決了紛爭，案件也就結了，如果兩造不服，判官也會明白表示非其管轄，應該移轉案件。例如，在【兄弟之爭】一案記載一件兄弟爭田產的訴訟：

所擬已明，但以情而論，則黃居易姦狡而二弟拙鈍，黃居易稍厚而二弟貧薄。想父母存日，居易霸占管業，逐遠諸弟，未必不以父母之財私置產業。然其智足以飾姦，既於分關內明言私房續置之產，與眾各無干預，又於和對狀，聲說別無未盡積蓄，真所謂此地無金若干兩者。……兄弟之身，其初只父母之身也，世間一等無知之人，

<sup>139</sup> 《清明集》卷四，頁一〇七。

爭小利便視如仇，若不相識，甚可悲也。黃居易思同氣連枝之義，絕彼疆此界之心……父母在，無私財，索契送獄，自有條法在……示三名取無爭狀，尋喚上各人讀示，並不伏。…又據黃居易狀，情願備己錢一百貫十七界官會，津惠二弟等事…田業事不屬本司，但以兄弟之爭，欲俾息訟，以全天倫。今三人者嗜利無恥，頑不可化，押下本州，請徑自從條斷遣。（《清明集》，頁三六六至三六七。）

判官在證據對其黃居易二弟不利之下，除了以人情與常理推論<sup>140</sup>、希望黃居易就此退讓，不再與其二弟爭訟外，還加以同胞之情加以曉諭。可惜的是，黃居易雖願意準備一百貫餘錢給其二弟，但涉訟的三人均不服，於是判官只好聲明本案不屬其管轄，應「押下本州，請徑自從條斷遣」。

本案判官雖然知道非其管轄，但仍對全案加以實體的判斷，其本意在於息訟--「以兄弟之爭，欲俾息訟，以全天倫」，相對而言現代法制如遇案件非屬其管轄，其對實體部份是不加審查的，而是立即以程序不符裁定駁回，前者在於整體性地了解，進而解決紛爭，最後達到無訟的目的，而後者則在維持法律體系本身的嚴密性，法律才是判決的目的。

而在前述【妻已改適謀占前夫財物】一案中，判官不但譴責阿常遺棄婆婆的行為，而且發現阿常有違法改嫁的情形，於是一併處置，並對與阿常結婚的現任丈夫張巡檢給予曉諭：

然則（阿常）坐居喪嫁之律，從而離之，夫誰曰不然。張巡檢身為命官，豈不識法，知而與為婚姻，合五等論罪。況此等不義之婦，將安用之。嫁至于再，已為不可，今自錢而徐，自徐而張，至於三矣。朝彼暮此，何異娼優之賤，當其背錢而歸徐，徐不以錢為鑒而娶之，故使其母不獲孝婦之養。今又背徐而歸張，張又不以徐為鑒，則安知後之視今，不猶今之視昔乎！（《清明集》，頁三七八。）

雖然最後因阿常改嫁對象為官吏（張巡檢），牽涉到張巡檢是否有罪的問題而移送有管轄權的衙門，可是判官仍對本案作了實體的審查與判斷，這種基於整體性考量所作的判決，與現代法院一遇非所屬管轄即以裁定駁回的情形有很大的不同。

在本節中，我們看到了傳統中國判官爲了無訟，採取的審理方法是「不告亦理」，而雖然有「管轄權」的問題，但判官常常仍會對案件加以審查，並加以評

<sup>140</sup> 本案就證據而言，黃居易明顯居於優勢，因為「既於分關內明言私房續置之產，與眾各無干預，又於和對狀，聲說別無未盡積蓄」，有關的契約文書既均對黃居易二弟不利，判官爲何判其居易應周恤其二弟？在此，我們看到判官就整體來考量，首先，判官詳查其情，「黃居易姦狡而二弟拙鈍，黃居易稍厚而二弟貧薄」，「想父母存日，居易霸占管業，逐遠諸弟」既姦狡者曾霸占管業並逐遠諸弟，則其推論黃居易曾利用父母產業自置產業，即屬可能。判官先以此壓制黃居易氣焰，繼之以同胞之義加以曉諭，所謂「兄弟之身，其初只父母之身也，世間一等無知之人，爭小利便視如仇，若不相識，甚可悲也。黃居易思同氣連枝之義，絕彼疆此界之心」，如果黃居易真只知有利不知禮義，最後不得已，判官將引法制裁：「父母在，無私財，索契送獄，自有條法在」。在這裡我們看到法官對案件並不從純粹的證據去處理，而係整體地從情、理去判斷與調解。

論，這都是爲了「紛爭解決一次性」，也就是說希望紛爭當事人及相關之人能夠一次解決紛爭，而不再興訟。

總結以上各節，本章以第二章所提出的判官思維，通過《清明集》的案例，並對比現代法制的判決思維，對在無訟觀影響下的傳統中國判決作出作出了印證。以下吾人將以《清明集》中一個完整的個案【雙立母命之子與同宗之子】去完整地說明無訟觀主導下的判決。

## 第四章 《清明集》個別案例分析

### ——無訟觀對判決的影響

上一章我們通過《清明集》的案例說明了無訟觀對法官的判決以及判決書寫作風格所產生的影響，但因為所引的案例多例係片斷，讀者較難窺其全貌，為完整展現無訟觀對判決的影響，本章將通過《清明集》的一個個案【雙立母命之子與同宗之子】<sup>141</sup>予以完整說明。

#### 第一節 案情說明與法律規定

##### 一、案情說明

案件發生在南宋時有一個叫作黃廷吉的，不幸短命，在南宋端平元年五月死亡，他的老婆毛氏，很賢德，守節不再嫁，因為膝下沒有兒女<sup>142</sup>，為了延續丈夫黃廷吉的香火，毛氏在當年十一月間，向她的表姑廖氏請求將其廖氏的第二個兒子叫法郎的，立繼為廷吉的後嗣，並改名叫作黃臻。依當時的法律和習俗，毛氏也可以從丈夫黃廷吉的家族中找一個輩份相當的人來立繼為黃廷吉的後嗣，黃廷吉有兩個哥哥，老大叫廷珍，老二叫廷新，廷吉是老三，還有一個弟弟叫廷壽。可是因為當時二伯廷新雖然已經娶妻，可是還沒有生子子，小叔廷壽則罹患有精神疾病，並未娶親。只有大伯廷珍有三個兒子，雖然輩份相當，可是跟丈夫廷吉年齡相近，而且廷吉在世的時候，與廷珍向來不和睦，兄弟之間素不相往來，丈夫廷吉死的時候，廷珍父子袖手旁觀，沒有一個人前來弔慰，再加上廷珍的兒子品性不端正，因此毛氏只好求乞外姓之子（毛氏自己姑媽的兒子）立繼為丈夫的後嗣，實在是有不得已的苦衷。立繼的當時廷新、廷壽都沒有異議，而且還延聘教師教導黃臻，黃臻也很乖巧，跟毛氏相依為命，相親相愛。毛氏自二十三歲起就守義不嫁，十八年辛辛苦苦地為丈夫撫養黃臻這個幼子，令人肅然起敬，而黃

<sup>141</sup> 本案出於名公書判清明集戶婚門立繼類（《清明集》1987：216-223），全文請參見附錄三。

<sup>142</sup> 對照原文先係稱「兒女咸無」，後又稱毛氏「祇有二女，又皆不育」似相抵觸，參酌後文稱「黃廷吉婚娶未久而亡，計其妻毛氏其齒方韶，守義不嫁」再加以全文未言及廷吉之女，此處所稱二女不知何指，如假設廷吉有前妻，該二女係前妻所生，則所稱「不育」如指「不能生育」可推斷該二女已出嫁或招贅而無生子，但參照【探闖立嗣】一案的判語：「合以一半與所立之子，以一半與所贅之婿，女乃其所親出，婿又贅居年深，稽之條令，皆合均分。」（《清明集》卷七、頁二〇六）可知招贅的女婿應亦可分財產？但本案在分析財產時，並未言及，故推斷如有該二女應以出嫁較有可能，但再對照前開「兒女咸無」、「黃廷吉婚娶未久而亡」及全文未再言及該二女，筆者推斷所謂「只有二女，又皆不育」應係指毛氏曾生二女，但撫育未成即亡。

臻也努力工作，增置田產，母子正應是苦盡甘來，享受幸福的時刻，不料，當二伯廷珍和小叔廷壽相繼去世之後，毛氏母子失去了倚靠，大伯廷珍的兒子黃漢龍竟然向告官說，黃臻不應立為其叔叔廷吉的兒子，並且要求改立自己為廷吉的後嗣，如此一來，就可以奪得廷吉的產業。

這個案子進了衙門之後起先如何判決我們並不知道，但可以猜想得到，一定是訴訟連連，所謂「前詞自州而縣，自縣而州」，甚至先後經過了兩位提舉<sup>143</sup>審判。前一位提舉的判決具體文本內容我們並不知道，但從通過通城縣宰與倉司的擬筆及後一任提舉的判決可略窺一二。大抵是前提舉（姓章）認為黃廷吉頗有家產，利之所在，小人所必爭，為了息訟，章提舉判令除了黃臻已經立為黃廷吉之子，不可廢立外，另外要求阿毛從黃廷吉的家族子孫之中，選擇一人與黃臻並立為廷吉之子<sup>144</sup>，並且將廷吉的遺產一分為二，讓兩人平分。阿毛只好選擇黃廷新的兒子黃禹龍並立為黃廷吉的後嗣，通城縣宰執行了這樣的判決之後，本以為本案就此可以不紛爭，沒想到卻反而埋下爭訟的誘因。

這一次的訴訟是由黃禹龍的生母徐氏先騙黃禹龍回到生母家，然後再誣告黃禹龍是被毛氏及黃臻趕回家的。案子發生的時候，章提舉已經離任，倉司調查發現徐氏是因為黃廷珍、黃漢龍、黃仲舉所唆使才會如此無中生事，最後提舉判決，黃禹龍應該回去毛氏的家，並且和黃臻共同孝養毛氏，並且威脅說，如果徐氏再聽別人教唆搔擾，那就只立黃臻一個人，將黃禹龍所分得的財產，都付黃臻掌管。至於黃廷珍因為是黃廷吉之兄，黃臻伯父，考慮長幼關係，不再追究，但是黃漢龍因為對叔母毛氏無禮，處以杖刑一百下，而黃仲舉事不干己，卻卻編造謊言圖謀毛氏的財產，實在可惡已極，顯然是一個健訟之徒，處以杖刑八十下。

## 二、法律規定

中國人是一個重視祖先崇拜的民族，祖先要能夠繼續得到祭祀，一定要子孫繁衍不絕，因此「不孝有三，無後為大」，甚至女子無法生育被列在七出之條，丈夫可以據此與其離婚，女子「出嫁從夫，夫死從子」，男性才是血統的延續。可是生兒育女畢竟非人力所能為，因此針對一些不能生育或有女無子，甚至有子孫但皆已死亡的情況，為繼續亡者的血祀，不得不作一些權宜措施，例如，不能生育或有子孫但都已死亡的，可以過繼同宗輩份相當的人來承祀，如係生前所養者，其年齡必須小於養父，法律上明白規定：「諸無子孫，聽養同宗昭穆相當為子孫」、「無子孫，養同宗昭穆相當者，其生前所養，須小於所養父之年齒」；這是原則，因為中國人講究血統相續，儘可能不讓外姓混入本宗之內，在《清明集》中判官多次引用「莒人滅鄆」的故事：

<sup>143</sup> 宋代神宗時將全國分區為二十三路，各路設有轉運司、提點刑獄司、提舉常平司，雖各有職掌，但大都具有司法職能，此處所稱提舉，應是指提舉常平司，參見《宋代司法制度》頁四二至頁四五。

<sup>144</sup> 並立之判在《清明集》中可見者還有韓竹坡的「同宗爭立」判決，所據理由與本案相同，所謂：「第獨以志道為嗣，鶴翁垂涎物業之久，已為几上肉，囊中物矣，決不能已於詞。不若僉聽兩立之說，以止終訟。」

「切聞古人言曰：神不歆非類，民不祀非族。是以鄮子取莒公子為後，春秋書之曰：莒人滅鄮。鄮非莒人滅之也，立他種以為後，陽若有繼，而陰實滅也。」<sup>145</sup>

但是法律不外人情，有時甚至人情也可以成為法律，於是也可以抱養異姓三歲以下的幼兒作為後嗣：

諸以子孫與人，若遺棄，雖異姓三歲以下收養，即從其姓，聽收養之家申官附籍，依親子孫法。

這是因為考慮到人情與實際的需要，因為：

國家不重於絕人之義也。如必曰養同宗，而不開立異姓之門，則同宗或無子孫少立，或雖有而不堪承嗣，或堪承嗣，而養子之家與所生父母不咸，非彼不願，則此不欲，雖強之，無恩義，則為之奈何？是以又開此門，許立異姓耳。<sup>146</sup>

也就是如果法律嚴格規定只可以同宗才可以立繼，將會發生不合人情的情況，例如，同宗之人與自己並不和諧，或同宗有資格立繼之人行為不端，無異使要想要有人承祀香火的人家有很大的困難，實在不合人情，因此才又允許可以抱養三歲以下的異姓幼兒為嗣。

至於有女無子，則可以為其女招贅生子延其後嗣。而誰有權決定以何人為嗣呢？這又可以分「命繼」或「立繼」，「命繼」是指夫妻雙亡，此時則由近親尊長<sup>147</sup>決定之，如係「立繼」則依「夫死從妻」之條，即夫死由妻決定立嗣人選，當然丈夫如果還活著，自然由夫決定（因為女子出嫁從夫）。

如前所述，立嗣的目的在於代代相傳、祭祀祖先，除了這個出世的理想外，對在世者實際的影響則是財產的分配（例如祭祀必須要有「養祀田」），但也由於牽涉到財產利益，立嗣糾紛不斷，根究其真正的原因，大多是由於爭產的緣故，本章的案例就是黃廷珍父子為了爭產，企圖通過訴訟逼使已立之子黃臻廢立，並由自己取代。

<sup>145</sup> 《清明集》【雙立母命之子與同宗之子】卷七，頁二一八。

<sup>146</sup> 《清明集》【雙立母命之子與同宗之子】卷七，頁二二〇。

<sup>147</sup>所謂近親尊長，何者為近？何者為尊？乃依宗服親疏遠近來決定，明律及大清律例均在篇首即記載著本宗五服圖，標幟著中國家族內親人的親疏倫理及其在法律的主宰地位。有關本宗五服圖及其說明，可參見李貞德著《公主之死--你所不知道的中國法律史》



## 第二節 紛爭的原因與判決目的

### 一、紛爭原因

我們先來看看本案爭訟的原因。在本案中，表面上是立繼的問題，實際上卻是爭財的問題，因為依據法令：

立繼者謂夫亡而妻在，其絕則其立也當從其妻，命繼者謂夫妻俱亡，則其命也當惟近親尊長。立繼者與子承父分法同，當盡舉其產以與之。命繼者於諸無在室、歸宗諸女，止得家財三分之一。又准戶令：諸已絕之家立繼絕子孫，謂近親尊長命繼者，於絕家財產者，若止有在室諸女，即以全戶四分之一給之，若又有歸宗諸女，給五分之一。止有歸宗諸女，依戶絕法給外，即以其餘減半給之，餘沒官。止有出嫁諸女者，即以全戶三分為率，以二分與出嫁諸女均給，餘一分沒官。<sup>148</sup>

也就是說，只要出繼為他人之子，就可以分得產業，因此為了爭奪利益，發生了許多的爭嗣問題。本案黃廷吉死後所留下的財產雖然不是很多，所謂「七千之稅，初不為富」，但仍為嗜利之徒所圖謀。

這裡透顯著中國人的陰陽二重性，立繼在陽的一面看起來是為了延續祖先的血脈，立嗣以祭祀，但在陰的一面，實務上的考量卻是應讓何人繼承產業。前述「莒人滅郟」之說，不也有家產不應落入外人的意思？

判官原係原本是為修補黃氏家族之關係，並使他們從此不再訴訟，只是判官似乎輕乎人性的貪婪，而阿毛也所擇非人，於是在又立了黃禹龍之後，再生紛爭，表面上看來紛爭的理由在於應立何人為嗣，實際上，所爭的實在是為了財產。

在這個案子裡，我們也可以看到，即使依情依法的判決也並不保證從此無訟，無訟只是理想！

### 二、判決目的--無訟

雖然如上所述，「爭立只為家產」，但在檯面上的訟訴理由畢竟還是立繼的問題，還是必須從立繼的角度去解決紛爭。

先就法律的規定而言，有關立繼「諸無子孫，聽養同宗昭穆相當為子孫」、「無子孫，養同宗昭穆相當者，其生前所養，須小於所養父之年齒」、「諸以子孫與人，若遺棄，雖異姓三歲以下收養，即從其姓，聽收養之家申官附籍，依親子孫法」、「夫亡妻在，從其妻」。因黃臻為異姓立嗣，必須是三歲以下就抱養的才屬合法，另外，也可以在輩份相當且年齡小於所養父的條件下，選擇同宗之人立繼。不論何者，因毛氏的丈夫黃廷吉已經死亡，因此依法應該照毛氏的意願，甚至不立嗣亦可。

就此而言，當通城縣宰發現黃臻三歲之前即已為毛氏抱養之事實時，應知其過繼完全合法，全案至此即可結案，可是前提舉及通城縣宰卻作出了兩立之判。

<sup>148</sup> 《清明集》卷八，頁二六四至頁二六五。

爲什麼他們會作出法外<sup>149</sup>的判決呢？參看倉司所擬：「前提舉但以黃廷吉有家產，利所在，小人所必爭。是以又於諸黃子孫之中，亦立一子，以塞諸黃之意，而息其訟。」當可了解兩立之判是爲了「塞諸黃之意，而息其訟」，否則利之所在，小人所必爭，訴訟將沒完沒了。

因此，法律的規定如何還在其次，息訟才是本案的重點。要作到息訟，必須有點智慧，作出的解決方案必須合法、合情，有時也要有點威嚇。兩立之判就是前提舉與通城縣宰認爲可以達到無訟的方案，接下來，我們來看看他們是如何在判決書中顯出其說服力。

### 第三節 判官邏輯與文章鋪陳

前面我們提到了爭相立繼，其實並不是爲了什麼爲亡者延續香火的崇高理由，更多的是爲了爭奪家產，判官其實也很清楚其中的真相，也因此立繼的糾紛中，判官的判決必須同時考慮立嗣者的感情與家產的分配，怎樣才合人情，以及如何才能使糾紛平息，不再興訟。以下我們來看判官是怎麼作的。

#### 一、情、法的拿捏--通城縣宰之判

法已如此，爲合人情<sup>150</sup>，爲了息訟，通城縣宰煞費苦心，設計了兩立之判。他先從必須再另擇一人立繼來說服毛氏。我們看到他先是大力讚揚毛氏的節義：「信天地之宏義，人倫之大節也」如同「共姜作栢舟之誓，李氏作斷臂之操，有光於國風，稱美於前史」，判官這樣作除了有助風化之外，並可以取得毛氏的信任，而且提高毛氏的道德感，以便接下來的質疑不會讓毛氏太不平衡。

接下來，判官開始質疑立黃臻爲嗣的合法性，他說：

「但黃臻之立，揆之公議，誠未明白。今謂其夫生前收養，不過欲以此蓋其異姓之名耳。一無除附之據可憑，二無宗族之主可證，徒以廷吉既死之後，所造之墓碑經簿，毛景山、黃仲元有詞之後，所給之縣據，欲以爲照，又何足以取信乎？」

也就是說，判官質疑當初立黃臻爲嗣的時候，並沒有依官府規定的程序<sup>151</sup>，甚至連宗族間的主證之人都沒有，所用的證據又是已經告官以後，縣裡才發給的

<sup>149</sup> 此處不可稱兩立之判係不合法的判決，因爲除了仍肯認黃臻之立外，對另立之子，仍由毛氏自擇，尙合「夫亡妻在，從其妻」之條，只是在此如完全依毛氏自由意願，毛氏應不會再另擇子立嗣，也因此，通城縣宰苦心調解，儘量作到毛氏心服，詳再以下分析。

<sup>150</sup> 此處之「情」較偏向實情、情況之義，即情況已是如此--廷吉、廷新、近壽俱亡，毛氏母子失所倚靠，大伯廷珍與子黃漢龍垂涎物業，判官認爲如不兩立，無法息訟

<sup>151</sup> 依照宋朝的規定，立繼之後必須到官府報備，官府也會出給證明書。

據明，因此，毛氏所說黃臻是丈夫生前就抱養的，很值得懷疑。

通城縣宰最後還舉出莒人滅鄆的春秋大義：

「切聞古人言曰：神不歆非類，民不祀非族。是以鄆子取莒公子為後，春秋書之曰：莒人滅鄆。鄆非莒人滅之也，立他種以為後，陽若有繼，而陰實滅也」

判官如此反復曉以大義，不要說毛氏本是良善之人<sup>152</sup>，就是凡人也會折服，再加上判官雖然對黃臻之立有所質疑，但終究對黃臻的地位予以肯定，並對興訟的黃廷珍、黃漢龍予以譴責，毛氏至此如對判官兩立之議表示反對，未免有失人情，通城縣宰兩立之判就在他的苦心剖判之下成立。

通城縣宰之所以要如此繁複，除了考慮「人情」之外，還在於法的規定，因為法條明白規定：「夫亡妻在，從其妻」，因此，要合法、合情，又要使將來不再有訴訟，一定要由毛氏自己願意並選擇一人立為廷吉之子，否則難保糾紛不斷。

在這裡我們看到通城縣宰透過道德古訓在情、法、無訟理想間拿捏，用心良苦，最終目的在使黃氏一族歸於和諧，至少不再有訟。但這樣的解決方式對黃臻的「權利」是漠視的（因兩立之後，黃廷吉遺業須兩分），與西方法律以權利為基礎不同，傳統中國權利觀薄弱，判官的判決是以調整社會關係以恢復和諧為重點，通城縣宰苦心孤詣，心中想的是如何達到無訟，而不是考慮黃臻之權利應如何保障。

其次，在這裡道德古訓不是法律，卻發揮極大作用，透過它的褒可以使人的行為得到正當性，透過它的貶，可以壓制惡人氣焰，如本案中判官對黃漢龍等之唾棄。在本案中道德古訓更使判官得以對「法」進行詮釋，達到判官所要的目的，這是西方法制所不能想像的，因為在傳統中國，道德就是法律。

再就黃臻不可廢而言，通城縣宰豈真是質疑黃臻之立的合法性，不過為達到他兩立之判的設計而已，於是他寫道：「但夫亡妻在，從其妻，法有明條」，這是依法，表示黃臻既是毛氏擇於其夫亡故之後，與法並無不合；接著判官說：「黃臻已立十有八年，子母相安，終始無間，幹當門戶，祇奉差役，增置田額，並無一毫顯過。」這是依情，也就是說，毛氏抱養黃臻為子，雖然是異姓，但是已經過了十八年，母子相安無事，而且黃臻努力工作、增置田產，怎麼可以因為第三人的訴訟就使母子分離？判官一方面肯認黃臻的立繼地位，一方面也藉此對黃廷珍、黃漢龍宣示沒有理由再對黃臻興訟。

在這裡，我們也可以推想，如果判官以黃臻是異姓為由，判其廢立，黃臻又怎能甘心，豈會無詞，焉能不訟，就算黃臻不願興訟，從母子連心來說，毛氏也會訴訟啊！因此，本案通城縣宰作了合法又合情的判決，只是筆者會為毛氏、黃

<sup>152</sup> 比對後提舉所說的：「然毛氏在官供責終無過甚之辭，拖考案卷，猶使人加歎，」可以知道毛氏為人應甚良善。

臻母子感到委屈，但為求無訟，為謀社會關係的整體合諧，也只好各讓一步！

## 二、引法折之與懲治--倉司擬筆與提舉判

通城宰的判決並未能平息黃漢龍等人覬覦的心，黃漢龍等人開始誘引後立之子黃禹龍的母親徐氏興訟，但倉司明察秋毫，他首先詳查其情：

及至到官，卒無毛氏趕逐之可言，而止稱為黃臻之所打罵。今證其所打罵者，純姓黃之一黨，今證其未嘗打罵者，皆無干礙之外人，雖徐氏所遣取禹龍之人，亦證其無打罵之事。徐氏愚婦人，不能計利害如此，而當官之言詞，看定官嘗舉其一二，其受廷珍之嗾，真情已發露矣。

也就是說，經過判官的詳細查證，徐氏所說的黃臻與毛氏趕走黃禹龍的事純係子虛烏有，這也讓徐氏無話可說。

相對通城縣宰的判決而言，倉司的所擬的判決則引用更多的法條，也作了更多的闡明：

諸無子孫，聽養同宗昭穆相當者為子孫，此法也。諸以子孫與人，若遺棄，雖異姓三歲以下收養，即從其姓，聽收養之家申官附籍，依親子孫法，亦法也，既曰無子孫者，養同宗為子孫，是非同宗不當立矣。而又一條曰雖異姓，聽收養，依親子法者，何也？國家不重於絕人之義也。如必曰養同宗，而不開立異姓之門，則同宗或無子孫少立，或雖有而不堪承嗣，或堪承嗣，而養子之家與所生父母不咸，非彼不願，則此不欲，雖強之，無恩義，則為之奈何？是以又開此門，許立異姓耳。

以上判官特別針對二個條文，或依法而推論，或闡明其立法精神，是《清明集》中較少見者，判官之所以不厭其煩，既引用法條又解釋法意，這應是判官要以此來肯認黃臻的立繼地位，甚至只立黃臻一人即已合法，因此後立之子黃禹龍生母徐氏如再聽人教唆騷擾，則「如徐氏再聽人教唆騷擾，止立黃臻一人，將黃禹龍遣歸本家，將所得之分，併付黃臻掌管。」以此壓制徐氏覬覦之心，唯判決書中仍將罪行歸諸黃廷珍、黃漢龍及黃仲舉，因為徐氏畢竟是阿毛兩立子之一黃禹龍的生母，不宜深究，以免傷了情感，立下後日爭端。另外雖然只立黃臻一人就可以，但因為黃禹龍畢竟已立繼為嗣，如果因此一訴訟就對黃禹龍廢立，似也不盡人情，為免埋下紛爭的種子，仍然允許黃禹龍立嗣，只是對徐氏口頭警告。這一切，說穿了，還是為了無訟。

與此同時，倉司也針對黃漢龍欲立繼的部份作出了明確見解：

在法：無子孫，養同宗昭穆相當者，其生前所養，須小於所養父之年齒，

此隆興勅也。勅令所看詳，則為母所養者，年齒亦合小於所養之母。

因為黃漢龍的年齡比毛氏大，因此依法「毛氏不養廷珍之子，正合上條，無可議者」以此斷絕黃漢龍吞奪的念頭。不但如此，判官還引用法條：

又法：其欲繼絕，而得絕家親尊長命繼者，聽之。夫亡妻在，從其妻。勅令所看詳云：如生前未嘗養子，夫妻俱亡，而近親與之立議者，即名繼絕。若夫妻雖亡，祖父母、父母見在而養孫，或夫亡妻在而養子，各不入繼絕之色。詳法意，謂夫妻俱亡，由祖父母、父母立孫，無祖父母、父母，由近親尊長命斷。若夫亡妻在，自從其妻，雖祖父母、父母亦焉得而遣之，而況於近親尊長，如叔伯兄者乎？

判官之所以又引用法條，而且還闡明法意，其目的在說明立繼之事：「夫亡妻在，從其妻，雖祖父母、父母亦焉得而遣之，而況於近親尊長，如叔伯兄者乎？」以黃臻為嗣既然是毛氏的意思，黃廷珍又有什麼立場干涉？即使是身為大伯，也沒有命繼的權利啊！這是明確告知黃廷珍不可再肆意攻訐，情、理、法都站不住腳的。

除了引用法條，斷絕興訟者的覬覦之心之外，判官對於興訟者也採取懲治的手段。本案黃漢龍及黃仲舉在通城縣宰判決之後仍不知悔改，還誘使後立子黃禹龍母徐氏興訟，非予懲罪不足為戒，但有趣的是，判官不以此為理由處罰黃漢龍，而是以他對叔母毛氏無禮為由，判處杖刑一百下，以符倫紀。至於黃仲舉事不關己，竟然唆訟、健訟，在無訟觀主導下，更應處罰，因此處以杖刑八十下。

至於黃廷珍，判官為調和人情，仍未對黃廷珍施以刑罰，起初，通城縣宰只是對其口頭譴責：

廷珍之子黃漢龍乃起吞謀之心，鬥合廷珍，興訟不已。其意只欲逐黃臻而自立耳。……亦可以見黃漢龍有所覬覦於其間。

到了倉司還是幫廷珍說話：「前詞自州而縣，自縣而州，盡非廷珍正身，皆漢龍為之。」把責任推給了黃漢龍，並說黃廷珍「因係長輩，且免科罪。」這是判官考慮到黃廷珍是黃廷吉的長兄，也就是黃臻的大伯父，為維持人倫秩序，因此對黃廷珍並未懲罰。相同的，後立之子黃禹龍的母親，也就是黃臻的二叔母，對黃臻而言也是長輩，因此也只是口頭譴責，實際並未加以處罰。

綜合而言，為求無訟，判官對興訟者先剖以法理，按以人情，繼壓之以刑罪，使紛爭當事人不敢再訟。這樣的思維與西方動輒問「請求權基礎何在」、「罪刑法定主義」毫無同致之處，因西方法制以權利為基本，而傳統中國以無訟為指導！使戒訟，使無訟！

### 三、教化文章

另外，阿毛之貞節實與本案無關，本案依法所應查者係阿毛立黃臻是否係己意，是否三歲以前所立，如是依現代法即已合法，已足判決，如若本案判官為立兩立之判，亦頂多再查黃廷新子黃禹龍立為黃廷吉之後是否輩份相當，是否年齡大於廷吉或黃禹龍是否為黃廷新獨子（獨子不得出繼為他人子，法有明條）即已足。但通城縣宰竟將與本案無關之阿毛貞節列於書判之首，大加讚揚：

照得天地設位，聖人則之，制禮立法，婦人從夫，亦猶臣之事君也。貞女不從二夫，忠臣不事二君，信天地之宏義，人倫之大節也。是以共姜作栢舟之誓，李氏作斷臂之操，有光於國風，稱美於前史，豈徒曰一節之善而已哉！烈烈阿毛，其殆庶幾乎！

無獨有偶地，在後判中倉司也對阿毛的貞節加以讚揚：

黃廷吉婚娶未久而亡，其妻毛氏年齒方韶，守義不嫁，為其夫養子，……亦可嘉尚。看定官謂其有共姜之節，聞者皆當為之起敬，雖盜賊猶當相戒，不入其門，而黃廷珍、黃漢龍、黃仲舉等，乃攻不已，至加悖慢。…

其意當有二項，其一揚阿毛之義以凸顯廷珍父子之私，藉以壓廷珍父子之正當性；其二，因傳統中國判官身兼司法與行政，正風教本即其職責所在，有此貞節典範，正宜大加旌揚，以勸風教。風教正則相率為善，無訟近矣！

### 四、法律的闡明與推論

最後我們要討論傳統中國的法律闡明與推論。首先我們看到判官對法律的闡明，例如判官對「諸無子孫，聽養同宗昭穆相當為子孫，此法也」加以闡明：「既曰無子孫者，養同宗為子孫，是非同宗不當立矣」，又對「諸以子孫與人，若遺棄，雖異姓三歲以下收養，即從其姓，聽收養之家申官附籍，依親子孫法，亦法也」加以說明其立法之理由：「國家不重於絕人之義也。如必曰養同宗，而不開立異姓之門，則同宗或無子孫少立，或雖有而不堪承嗣，或堪承嗣，而養子之家與所生父母不咸，非彼不願，則此不欲，雖強之，無恩義，則為之奈何？是以又開此門，許立異姓耳」像這樣引法又對法的闡明在《清明集》中並不多見。更特別的是，為了說明「其欲繼絕，而得絕家親尊長命繼者，聽之。夫亡妻在，從其妻。勅令所看詳云：如生前未嘗養子，夫妻俱亡，而近親與之立議者，即名繼絕。若夫妻雖亡，祖父母、父母見在而養孫，或夫亡妻在而養子，各不入繼絕之色。」之意，除了闡明解釋「謂夫妻俱亡，由祖父母、父母立孫，無祖父母、父母，由近親尊長命斷。若夫亡妻在，自從其妻，雖祖父母、父母亦焉得而遣之，而況於近親尊長，如叔伯兄者乎？」外，尚恐不足，還引另一法：「諸分財產，兄弟亡者，子承父分，寡妻守志而無男者，承夫分。」來解釋，因為「妻得承夫分財產，妻之財產也。立子而付之財產，妻宜得而與，豈近親他人所得而可否之乎？」如此環環相扣，亦可見傳統中國法律系統之精密。

其次，我們看到判官的法律推論，也像西方法律邏輯「三段推論」一樣，

例如，在論證毛氏不立黃廷珍之子黃漢龍時，引用「無子孫，養同宗照穆相當者，其生前所養，須小於所養父之年齒」之法，並以此解釋「為母所養者，年齒亦合小於所養之母」，因黃漢龍年齡大於毛氏，因此不立黃漢龍「正合此條」，全部推論係以前開法條作為大前提，「黃漢龍年齡大於毛氏」作為小前提所得的結論，與西方邏輯推論並無二致。此等推論在《清明集》中並不少見。只是傳統中國為了無訟，可以將三段論法的大前提變更，例如以古聖先賢的訓示代替去法律規定。在前述黃臻異姓不宜立之論點即是判官不引用「夫亡妻在，從其妻」之條作大前提，而將「莒人滅鄆」之古訓當作大前提，結論自有不同。

## 五、結論

參詳前後二個判決結果其實並無大異，後判並不推翻前判，因為立嗣關係倫常與祭祀，既已再立黃禹龍為子，如果再把他廢立，恐怕會引起更多的爭端，因此大體仍依原兩立之判，只是判決理由不同，前判以春秋大義為兩立之判的論據，後判則以立繼「夫死從妻」的法條為主要論點，目的在於確認黃臻立繼的地位，以壓制後立之子生母吞奪之意，並點出興訟者黃漢龍出繼為廷吉之子是不合法的，以斷絕黃漢龍再興訟的念頭，而且也對事不干己之人黃仲舉的貪圖毛氏產業，欺騙、挑訟、健訟的行為，處以杖刑懲治，務期紛爭解決一次性。揆諸兩判，究其根本，均在整體解決爭端，以使無訟！

這樣的思維，這樣的判決在現代西化的法庭是不可能出現的！本案如照現代法制依法判決的思維，所應查究的是，阿毛立嗣黃臻是否出於己意，是否三歲以前所立，如是即屬合法，已足判決，如否，應判決黃臻為廷吉子為不合法，即可結案。至阿毛是否為廷吉另擇立子嗣，因與本案無關，不在審判範圍，依現代法制不告不理的精神，毋庸加以干涉。若說黃漢龍有出繼為廷吉子之請求，因立嗣與否係阿毛之權利，法院亦不可強要求阿毛選擇立嗣，黃漢龍之請求也會受到駁回，更不用就黃漢龍是否屬昭穆相當之人，年齡與廷吉及毛氏相差多少加以查究，而黃漢龍在民刑分立的現代法制，更不會在民事庭中受到刑事判決。另外在現代法制「主張權利」才是維護法律體系存在的力量的思維下，誣告固不可取，但黃仲舉又豈會以「健訟」而受杖刑的判決。但是我們在本案判決中，看到的是全然不同的圖像。這種無訟的判決意識與西方判決以法律為目的是截然不同的。

## 第五章 《名公書判清明集》

### ——電腦統計初步分析

在前面幾章中透過文獻與文本的了解，我們看到了無訟對傳統中國法律判決的影響，也從《清明集》中得到了印證，但這樣的現象究係吾人選擇性地對文本選取特定案例所致？還是真有其一致性？為解決本項質疑，本章將以立意抽樣的方法對《清明集》擴大觀察，並以質性研究電腦軟 WinMax98 作譯碼分析，當然所作的那些概念，例如「紛爭解決一次性」、「情、理、法兼顧」、「和諧、息訟」、「教化文章」…等「碼」是由筆者已就文獻與文本的閱讀就已提出來的，這個部份並不完全符合紮根理論的精神，因此本論文只是採取「類似」<sup>153</sup>紮根理論的研究方法。以下是我們對《清明集》所作的電腦初步分析。

#### 第一節 案例的抽樣與變數

##### （一）文本案例編號與字元調整

為便於質性研究電腦軟 WinMax98 分析使用，本論文將上述門、類、篇以編號重新命名，「門」以英文分別、「類」及「篇」則以數字順序編排，如此一來，《清明集》中原有篇名相同的或同一「類」但放置在不同順序的情形<sup>154</sup>均可清楚辨別，並可作分析，這是出於電腦分析便利的需要。茲將「門」、「類」各類篇數列表如附錄四。

因為 WinMax98 只能讀取「含分行符號的純文字檔」，因此，在以 WinMax98 質性研究軟體對《清明集》作編碼（coding）之前，須先將原為 WORD 檔的《清明集》每一篇判例轉為含分行符號的純文字檔<sup>155</sup>，但因為《清明集》中部份字元在作前述轉換時，該等字元會變成「？」，以之載入 WinMax98 時亦然，前後文

<sup>153</sup> 此部份請參見第一章研究方法註二。

<sup>154</sup> 例如，「戶婚門」中「爭田業」類下的兩篇「爭田業」（《清明集》卷六，頁一七六）及「爭田業」（《清明集》卷六，頁一七七）案件不同，但篇名相同。而屬同一「類」但放置在不同順序的（即被不同「類」別穿插）例如「立繼」類同在卷六戶婚門內，但一在頁二〇一至二二四，一在頁二四四至頁二七二，還有一些性質上顯然相同的，也宜簡併，例如戶婚門的「爭業上」與「爭業下」。《清明集》原分類編排並無礙於閱讀，但經重新編號後，方便於以電腦分析並應可得有意義的結果。

<sup>155</sup> 即須先對每一欲轉換的 WORD 檔以另存新檔的方式將檔案儲成含分行符號的文字檔（儲存時，檔案類型選「一般文字」，按下「儲存檔案」按鍵時，在出現的對話框中選項欄勾選「插入分行符號」後按確定，即完成將 WORD 檔（即.doc 檔）轉換成文字檔（即.txt 檔）的作業，WINMAX98 只接受此種檔案類型的文字檔。



義有時即不可理解，這些字元大部份是古字，例如「吳」，古字為「𠵽」，「鄰」，古與「隣」通用，「疏」，古字為「踈」。本論文發現以下的字元均必須改成替代字元：

喚爭輒隣即勅着却壻吳畧携讐賚衆絕〔〕罰羣鬪鬪鷄覩録戶踈祿迹沓罵剝厨蠹沒牀毀劫插剋脉玉瑠航器橐妬覓贓健歿鉄搖猪麻麩冤厠剗啓淨強脚擡耻温鬧  
替代字元為：

喚爭輒鄰即敕著即婿吳略攜仇賚眾絕〔〕罰群鬥鬥雞睹録戶疏祿跡沓罵剝厨蠹沒牀毀劫插剋脈玉留耽器橐妒覓贓健歿鐵搖猪麻麩冤厠剗啓淨強腳抬恥溫鬧

另外還有一些古字其意本即不易理解，遑論可資替代的新字，幸而此等字元不多，在全篇上下文意讀來尚非完全不可理解，只好不作替代字元了。另外，供 WinMax98 讀取的前述的純文字檔，其檔名亦必須注意是否含這些古字，如果含有這些古字則必須改成代替字元，否則會造成 WinMax98 在讀取檔案時無法讀取的現象。

## (二) 立意抽樣

本論文的抽樣方法是採取立意抽樣，也就是依本論文的研究旨趣抽樣，本論文為了使抽樣具代表性，茲先將《清明集》分類後再依各類篇數比例抽出要分析的文本。茲就《清明集》整理出訴訟原因約可歸類如下六類：

立繼（戶婚門卷七、八：立繼 32 篇，餘：歸宗、孤幼、孤寡、女受分、遺腹、義子、戶絕、分析、女承分、遺囑、別宅子計 32 共計 64 篇）

人倫（卷九戶婚門：婚嫁、離婚、接腳夫計 12 篇；卷十人倫門：父子、母子、兄弟、夫婦、孝、不孝、亂倫、叔姪、宗族、鄉里計 43 篇，共計 55 篇）

財利（卷四、五戶婚門：爭業，計 46 篇；卷六：贖屋、抵當、爭田業、爭屋業、賃屋、爭山、爭界至，計 25 篇；卷七、八：檢校 4 篇；卷九：違法交易、取贖、墳墓、墓木、庫本錢，爭財計 38 篇，共計 103 篇）

姦惡（卷十二：懲惡門：姦穢、誘略、豪橫、姦惡、鬥毆共計 42 篇）

官吏不法（卷一、二官吏門 11 類 46 篇、卷十一人品門：公吏十一篇，共計 57 篇）

妄訴（卷十二、十三：把持、誣徒、告訐、妄訴、誣賴共計 37 篇）

《清明集》共 457 篇，以上所列 358 篇，係就 457 篇中排除一些非人民之間或與人民利益較無關者，例如：官吏門中申徹、申牒、獎拂、禁戢四類係上級長官對僚屬的政令宣導，雖與訴訟有極大相關，但畢竟不是判官直接的判決，與本章所要處理的對象--判決不同，因此予以排除；而賦役門多係有關稅賦、差役…等方面實際作為的官府內部指示或批判，再如文事門多針對學校、書院所作的指示，均與判決較無相關，另外有些類別因篇數少，無法歸於上述六類訴訟原因之中，因此均不列入抽樣母體之內。

整理出以上 358 篇後，再就各訴訟原因篇數比例抽選約四分之一作 Coding，

即立繼類 17 篇（其中立繼 11 篇、其餘如歸宗等 6 篇）、人倫類 14 篇（其中戶婚門 3 篇、人倫 11 篇）、財利類 29 篇（其中戶婚門 12 篇、卷六 6 篇、卷七、八 1 篇、卷九 9 篇）、姦惡類 10 篇、官吏不法類 12 篇、妄訴類 10 篇，共計 92 篇，而實際選取那些判決作為 Coding 的對象，係依筆者理論觸覺所作的選擇，並輔以每篇篇幅較多者，因篇幅較多者通常所負載各類觀念亦較多，理論上應能 coding 出較多有用概念。

### （三）變數與概念

這種半輔以量化（篇數依數量比例），半輔以質化（立意抽樣）的方法，應能使電腦分析有較高的信度與效度。「立意抽樣」是著重在抽出的樣本具有代表性，並且是有深度的，也就是具有豐富的資訊內涵。就前者而言，本研究先就《清明集》中本就分好的類別輔以筆者所採的變數之一紛爭的原因，作為分層抽樣的基礎，如此一來，每一類所抽出的案例均具有代表性。就後者而言，本論文就每一分層中文章較長，內容豐富者為優先考量，如此一來即可符合立意抽樣的原則與目的。

本研究使用的變數及代號如下表：

《名公書判清明集》WinMax98 電腦軟體分析變數名稱及編號表

變數編號 變數名稱	1	2	3	4	5	6
涉訟的原因	立繼	人倫	財利	姦惡	官吏不法	妄訴
爭訟者關係	父子(母子)	夫婦	親屬	其他		
引用法條與否	引用法條	未引用 法條				
判決依情或依法	依法	依情	依情又 依法(情 法兩盡)	依情 不依 法		

附註：1.涉訟的原因分為六類，其實際內容如上述「立意抽樣」中所說明的。

2.爭訟者關係：是依主要爭訟之人是否有親屬關係來分。

3.引用法條與否：是依判決書中是否明白引用法條。

4.判決依情或依法：指判決書總結而言是依法或依清或依情又依法或依情不依法所作的判決，至於上述四種型態的詳細內容，請參閱第三章第二節的分析。

### 本研究擬分析的概念及其定義如下：

1. 人情：指在判決書中有提到「人情」的字眼或有「人情」的敘述。
2. 引用法條：判決書所引用的法條。
3. 止訟之法（社會關係的恢復）
  - 引法折之：主要折服爭訟者的手段是引用法條。
  - 由鄰里勸和：判決書出現由鄰里勸和的敘述。
  - 詳查其情：詳細查證以明瞭案情。
  - 調解、各讓一步：判官判決紛爭當事人各讓一步。
  - 懲治：有刑事上處罰（例如杖刑）的判決。
  - 勸諭：判官以言語勸導紛爭當事人。
4. 和諧、息訟、無訟：有息訟、無訟的敘述。
5. 官吏為惡之情：官吏為惡的敘述。
6. 唆訟（健訟、妄訟、把持）：判決書中明言有唆訟、健訟、妄訟、把持的敘述。
7. 教化文章
  - 引經典、詩義、寓言：判決書有引用經義、寓言的敘述。
  - 教化之詞：判官為達教化功能的敘述。
  - 譴責之詞（寓教化於譴責之中）：判官以譴責的口吻對紛爭當事人施以教化的言詞。
8. 整體性
  - 紛爭解決一次性：在判決中對不同的紛爭當事人各種紛爭一次性地解決。
  - 情理法兼顧：判決中對情、理、法都有所顧及的敘述。

上述概念編碼（coding）舉例如附錄五。

## 第二節 統計分析

茲依據上述變數與概念對文本作編碼（coding）之後所作的統計（詳表一至表十），分析如下：

### 一、涉訟原因：

就涉訟原因而論，從表一（頁九〇）我們可以看到，爭訟原因以財利最多，佔 32%，居最多，其次是立繼（18%）與人倫（15%），奸惡、官吏不法、妄訴則較少，約在 10%。比較特殊的是，立繼在中國紛爭中所佔份量不輕，最主要的

原因當在「不孝有三，無後為大」的觀念使傳統中國有關立嗣、立繼的事被認為非常重大，而且，中國是宗法社會，立繼以宗族內輩份相當者為原則，抱養異姓者為例外，這在《清明集》中有許多這方面的判詞：

「切聞古人言曰：神不歆非類，民不祀非族。是以鄆子取莒公子為後，春秋書之曰：莒人滅鄆。鄆非莒人滅之也，立他種以為後，陽若有繼，而陰實滅也。」<sup>156</sup>

「春秋書莒人滅鄆，傳者曰：立異姓為後，滅亡之道也。然春秋不罪鄆，而罪莒者，過莒之包藏禍心也。」<sup>157</sup>

「國立異姓曰滅，家立異姓曰亡，春秋書莒人滅鄆，蓋謂其以異姓為後也。」<sup>158</sup>

所指的不外乎是指立異姓為嗣雖表面上後嗣有人，但實際上卻是已經不是自己的種姓了。許多立繼的紛爭即是藉此為名而興訟，但實際上的原因卻是為了財利，正所謂「同宗爭立只為財」<sup>159</sup>。同樣的情形也出現在人倫類的紛爭，傳統中國首重人倫，如果仔細分析人倫事件，往往也是為了財利而糾紛，因此如果將立繼類與人倫類算入為財利爭訟的話，為財利而涉訟的達到 65%，事實上，官吏不法與奸惡不是貪即是狠，包括妄訴最終目的也還是為了財利。因此財利可說是傳統中國爭訟的最主要原因。

## 二、人情或法律

在表一（頁九〇），我們可以看到援引人情的判決書，集中在「立繼」、「人倫」、「財利」三類爭訟（三者合計已達 91%），而在「奸惡」、「官吏不法」與「妄訴」則極少數援引人情（僅 9%），這是因為前三類的爭訟者多係親人<sup>160</sup>，因此引用人情的情況普遍，相對而言，「奸惡」、「官吏不法」與「妄訴」則多非親人，引用人情的情況也較少，再加上，該三類多屬作惡多端，也不宜再引用人情原則。

另一方面，在現代判決中引用法條是必備的判決形式，在傳統中國其情形如何呢？從表五（頁九四）我們可以看出，引用法條的判決約佔 47%，也就是說有約 53%的判決未引用法條。

如果我們進一步分析，在「立繼」、「人倫」、「財利」這三類爭訟中，引用法條的情況頗多（達 79%），而「奸惡」、「官吏不法」與「妄訴」這三類則僅 21%，與筆者本來的想像不同，這部份我們可以從表六中看出來，「立繼」類引用法條的有 71%，人倫類較少，為 36%，還高於「官吏不法」類的 17%，而「財利」類也高達 62%，這可能是因為古代知識不普及，法律知識更是缺乏，人們行事多

<sup>156</sup> 《清明集》【雙立母命之子與同宗之子】卷七，頁二一八。

<sup>157</sup> 《清明集》【出繼子破一家不可歸宗】卷七，頁二二五。

<sup>158</sup> 《清明集》【叔教其嫂不願立嗣意在吞併】卷七，頁二四六。

<sup>159</sup> 請參見第三章第一節相關的分析。

<sup>160</sup> 這可以從表十看出來，立繼類的爭訟者 100%是親人，人倫類的也有 79%，而財利類也有 59%。

依「禮」、依「俗」為行動，而「立繼」與「財利」的爭訟牽涉到的法律規定，人民未必可知，因此除了考慮人情外，也必須交待國法所規定的，以使爭訟者知道法律規定而知所進退。相對而言，「奸惡」、「官吏不法」與「妄訴」這三類，不是知法犯法（如「官吏不法」、「妄訴」類），就是所犯依人之常識即已可知其為違法者（如「奸惡」類），何必再交待法條？

### 三、止訟之法

從表一（頁九〇）可看出，止訟之法，也就是如何使社會關係恢復，採取「由鄰里勸和」的方法的，「立繼」、「人倫」、「財利」各佔 33%，「奸惡」、「官吏不法」與「妄訴」則均未提到，這是因為前三者可運用鄰里關係協助恢復和諧，而後三者則沒有運用「由鄰里勸和」這一方法的必要與功用。

就「詳查其情」的方法而言，其運用則集中在「立繼」與「財利」類。而「調解、各讓一步」與「勸諭」則均集中在「立繼」、「人倫」、「財利」，其他的則很少使用「調解、各讓一步」與「勸諭」的方法。

就表二（頁九一）來看，「立繼」類的解決方向主要在於「詳查其情」、「調解、各讓一步」及「懲治」三項，「人倫」類則傾向「調解、各讓一步」、「懲治」與「勸諭」；至於「奸惡」、「官吏不法」與「妄訴」三項則絕大多數採「懲治」的方法。

總的來說，在止訟之法方面，「懲治」還是判官最常用的方法佔 65%，其次是「調解、各讓一步」與「詳查其情」各佔 20%與 17%，而「由鄰里勸和」只有 3%，應係法官認為既已告官，通常是在鄉里已調解而無效，因此再採用「由鄰里勸和」對紛爭解決用處不大。

### 四、和諧、無訟：

從表一（頁九〇）來看，強調「和諧、息訟、無訟」的判詞多集中在「立繼」、「人倫」類（合計佔 94%）、在「奸惡」、「官吏不法」與「妄訴」這三類則幾無論及，可見傳統中國強調無訟、和諧，主要在於人與人之間的戶婚田土案件，至於奸惡、官吏不法的案件因影響社會安寧，判官以懲治為主，並不強調和諧。

例如，有關婚嫁的紛爭有的是將已嫁之女背後再嫁<sup>161</sup>，有的是已訂親卻反悔或改嫁<sup>162</sup>，也有爭婚的<sup>163</sup>，不論何者，婚嫁之訟與其他爭訟不同，特別須注意和諧，誠如判官趙惟齋的判語：

男女婚姻與其他訟不同，二家論訴，非一朝夕，儻強之合卺，禍端方始。…若不斷之以法意，參之以人情，則後日必致仇怨愈深，紊煩不

<sup>161</sup> 《清明集》【將已嫁之女背後再嫁】卷九，頁三四三。

<sup>162</sup> 請參見《清明集》卷九【女家已回定帖而翻悔】、【女已受定而復雇當責還其夫】、【諸定婚無故三年不成婚者聽離】等案例。

<sup>163</sup> 《清明集》【定奪爭婚】卷九，頁三四八至頁三四九。

已。

婚嫁的判決在人情的注重上必得要多一些，以免埋下未來的訟源。

至於「唆訟（健訟、妄訟、把持）」的判語除集中在「妄訴」一類的爭訟外，主要在於「財利」類，如果再參考表二（頁九一），可以看出來，「人倫」類有 14% 的案件、「財利」類則有 24% 的案件由於唆訟、健訟、妄訟而起。也難怪判官要求不得妄訴，唆訟有罪。

### 五、教化文章：

從表一來看，不論是「引經典、詩義、寓言」、「教化之詞」或「譴責之詞（寓教化於譴責之中）」主要均是出現在「立繼」、「人倫」、「財利」這三類爭訟的判決之中，而在表二（頁九一）中，我們發現，「立繼」類的爭訟案件，出現「引經典、詩義、寓言」的判決的案件達 35%，出現「教化之詞」的達 41%，出現「譴責之詞（寓教化於譴責之中）」的達 88%；在「人倫」類的爭訟案件，出現「引經典、詩義、寓言」的判決的案件達 43%，出現「教化之詞」的達 43%，出現「譴責之詞（寓教化於譴責之中）」的達 36%，在「財利」的爭訟案件，出現「引經典、詩義、寓言」的判決的案件達 10%，出現「教化之詞」的達 17%，出現「譴責之詞（寓教化於譴責之中）」的達 45%，甚至在「奸惡」類，出現「引經典、詩義、寓言」的判決的案件達 30%，出現「教化之詞」的達 10%，出現「譴責之詞（寓教化於譴責之中）」的達 40%，也就是說，除了「官吏不法」與「妄訴」二類之外，傳統中國的判決真是充滿教化的意味，是十足的教化文章，其主要的的原因在於判官多兼具行政官的身份，為政之道以教化為先，其目的還在於無訟，《清明集》的判語可為例證：

當職承乏於茲，初無善政可以及民，區區此心，惟以厚人倫，美教化為第一義。每遇聽訟，於父子之間，則勸以孝慈，於兄弟之間，則勸以愛友，於親戚、族黨、鄰里之間，則勸以睦婣任卹。委曲開譬，至再至三，不敢少有一毫忿疾于頑之意。<sup>164</sup>

### 六、整體性：

在表一（頁九〇）與表二（頁九一）來看，「立繼」類與「人倫」類傾向「紛爭解決一次性」與「情、理、法兼顧」，「財利」類則傾向「情、理、法兼顧」，「奸惡」類則傾向於「紛爭解決一次性」，其他類別則沒有整體性的傾向。主要的原因應是「官吏不法」與「妄訴」，主要是依法判決<sup>165</sup>，並非「情、理、法兼顧」，

<sup>164</sup> 《清明集》【母訟其子而終有愛子之心不欲遽斷其罪】卷十，頁三六三。

<sup>165</sup> 參見表八，「官吏不法」、「妄訴」類依法判決的分別佔 100%、60%，足見這二類多採依法判決。

就其紛爭性質也不須或不應顧及人情。

從前面的分析，我們看到在「立繼」、「人倫」、「財利」這三類爭訟中，引用法條的情況合計達 79%，而援引人情的判決書，也集中在「立繼」、「人倫」、「財利」三類爭訟（三者合計已達 91%），可見，在傳統中國，人情與法律並非如此截然可分的，也就是並不是依了法就得放棄人情的考量，我們在這個整體性的分析中，再一次印證了這個看法。

### 七、法不輸於情

過去在傳統中國法律判決是依法或依情的討論上，因為對比西方嚴格依法判決的緣故，常會認為傳統中國判決以「人情」為主要考量，但依本論文的統計看來，並不是這樣的。從表一（頁九〇），我們可以看到，在本研究分析的各個概念中，「引用法條」被譯碼（coding）的次數達 55 次，僅次於「懲治」的 60 次，對「人情」的譯碼（coding）有 35 次，還較「教化文章」中的「譴責之詞（寓教化於譴責之中）」的 40 次為少，在參看表七（頁九五），依法判決的有 46%，依情判決的只有 12%，明確依情不依法的有 7%，而情法兩盡（依情又依法）的有 36%，可見一般的看法並不完全正確，「法」在傳統中國法律判決還是具有相當重要的地位。

「法」的重要性在「奸惡」、「官吏不法」、「妄訴」三類涉訟類型中尤其明顯，在表八（頁九五），我們看到這三類是依法判決的分別達到 70%、100%<sup>166</sup>、60%；同樣的在「立繼」、「人倫」、「財利」這三類中，其判決是依法判決的則只有 29%、14%、34%，明顯低於前三類。而在「立繼」、「人倫」、「財利」這三類的案件，判官的判決傾向「依情」、「情法兩盡」或「依情不依法」的比率，則明顯高於「奸惡」、「官吏不法」、「妄訴」這三類相同概念的比率，其中尤以「情法兩盡」的判決最為明顯，也就是說，「立繼」、「人倫」、「財利」這三類的案件，判官的判決是依「情法兩盡」來判決的比率分別為 53%、50%、41%，但同樣的情形在「奸惡」、「官吏不法」、「妄訴」三類，則只有 20%、0%及 30%。顯見，所謂依情判決是集中在戶婚田土等類似今日民事案件之類的判決，而「命盜重案」與「官吏不法」，甚至「妄訴」等類似今日刑事案件之類的判決則多採依法懲治<sup>167</sup>，這樣的結果與萬楓江在《幕學舉要》中所說的不謀而合：

詞訟息結極為美事，然惟戶婚田土及角毆小事，則可，若關係誣告命盜賭博風化及卑幼犯尊等呈，皆須究徵，不可輕易准息。庶刁健之徒知所畏懼。<sup>168</sup>

<sup>166</sup> 在「官吏不法」類依統計是 100%依法判決的，但這是指對胥吏而言，如果是對官員的判決則往往有「官官相護」的情形發生，這不是本電腦統計中所指稱的人之常識性的判斷的人情，而是一種私情，請參見第四章第四節第二小節「清官與貪官」的分析。

<sup>167</sup> 請參見表二，「奸惡」、「官吏不法」、「妄訴」這三類的案件其止訟之法幾乎都是懲治。

<sup>168</sup> 轉引自《中國官場學》頁四三六。

也就是說戶婚田土錢債的案件傾向息訟結案，但若是命盜重案則必須認真查究，依法懲治，不可以息訟為由結案。

## 八、爭訟者關係分析

傳統中國是一個宗法社會，同一村者多係同一宗族之人，人們聚族而居，交往密切，但紛爭也往往由此而生，從表三（頁九二）看來，爭訟事件的兩造是親戚的比例高達 52%，可為佐證。

在考慮「人情」的判決方面，從表三（頁九二）可看出，兩造為親戚關係的佔 63%，其他的只佔 37%。在止訟之法方面，採「調解、各讓一步」與「勸諭」的方法的判決中，紛爭兩造的關係屬「父子（母子）」、「夫婦」、「親屬」的這三類案件的，合計其比率分別達 89%與 88%，相對而言，採「懲治」的判決中，紛爭兩造的關係為「其他」的案件則為 68%。

若進一步分析，從表四（頁九三）可看出，紛爭兩造關係屬「父子（母子）」的案件，其止訟之法多採「調解、各讓一步」（100%）與「懲治」（60%）的方法，而屬「夫婦」關係的案件則採「詳查其情」（50%）與「懲治」（50%），至於其他的親戚則採「詳查其情」（24%）、「調解、各讓一步」（27%）與「懲治」（37%），另外，紛爭兩造屬「其他」關係的案件則以「懲治」為主要方法，佔 93%。總的而言，「懲治」還是重要的止訟方法。另外，從表四（頁九三）紛爭兩造屬「親戚」關係的案件，則多強調「和諧、息訟、無訟」、「教化文章」與「整體性」解決紛爭。

## 結 論

總結以上的分析，我們發現，紛爭的發生以包括母子、夫婦、親屬等親戚間者居多，而最常為了財利而爭訟，甚至有關立繼、人倫的案件，說穿了，也是為了爭產，而在判決是否援引法條方面，總體而言，約有一半的判決有引用法條，特別是在「立繼」、「人倫」、「財利」這三類爭訟中，引用法條的情況頗多（達 79%），而在「奸惡」、「官吏不法」與「妄訴」這三類反而較少，僅 21%。相對而言，判決援引人情的，則集中在「立繼」、「人倫」、「財利」三類爭訟（三者合計已達 91%），而在「奸惡」、「官吏不法」與「妄訴」則極少數援引人情（僅 9%）。而就止訟的方法而言，「懲治」還是判官最常用的方法佔 65%，其次才是「調解、各讓一步」與「詳查其情」各佔 20%與 17%。而強調「和諧、息訟、無訟」的判詞多集中在「立繼」、「人倫」類（合計佔 94%）、在「奸惡」、「官吏不法」與「妄訴」這三類則幾無論及。而在文章的鋪陳方面，除了「官吏不法」與「妄訴」二類之外，傳統中國的判決幾乎充滿教化的意味，是十足的教化文章。在整體性方面而言，「立繼」類與「人倫」類傾向「紛爭解決一次性」與「情、理、法兼



顧」，「財利」類則傾向「情、理、法兼顧」，「奸惡」類則傾向於「紛爭解決一次性」。而就判決是依法或依情而言，依情判決的集中在戶婚田土等類似今日民事案件之類的案件，而「命盜重案」與「官吏不法」，甚至「妄訴」等類似今日刑事案件之類的判決則多採依法懲治。

表一：涉訟原因與概念交叉分析（一）

	涉訟原因	立繼		人倫		財利		奸惡		官吏不法		妄訴		總計	
		篇數	比率	篇數	比率	篇數	比率	篇數	比率	篇數	比率	篇數	比率	篇數	比率
	篇數	17	18%	14	15%	29	32%	10	11%	12	13%	10	11%	92	100%
	人情	10	29%	8	23%	14	40%	0	0%	1	3%	2	6%	35	38%
	引用法條	16	29%	6	11%	22	40%	7	13%	2	4%	2	4%	55	60%
止訟之法 (社會關係的恢復)	引法折之	2	40%	1	20%	2	40%	0	0%	0	0%	0	0%	5	5%
	由鄰里勸和	1	33%	1	33%	1	33%	0	0%	0	0%	0	0%	3	3%
	詳查其情	5	31%	0	0%	10	63%	1	6%	0	0%	0	0%	16	17%
	調解、各讓一步	5	28%	8	44%	5	28%	0	0%	0	0%	0	0%	18	20%
	懲治	4	7%	7	12%	15	25%	11	18%	15	25%	8	13%	60	65%
	勸諭	1	13%	4	50%	1	13%	0	0%	0	0%	2	25%	8	9%
	和諧、息訟、無訟	7	41%	7	41%	2	12%	0	0%	0	0%	1	6%	17	18%
	官吏爲惡之情	0	0%	0	0%	0	0%	7	26%	17	63%	3	11%	27	29%
	唆訟(健訟、妄訟、把持)	1	5%	2	10%	7	33%	1	5%	1	5%	9	43%	21	23%
教化文章	引經典、詩義、寓言	6	32%	6	32%	3	16%	3	16%	0	0%	1	5%	19	21%
	教化之詞	7	37%	6	32%	5	26%	1	5%	0	0%	0	0%	19	21%
	譴責之詞(寓教化於譴責之中)	15	38%	5	13%	13	33%	4	10%	1	3%	2	5%	40	43%
整體性	紛爭解決一次性	10	42%	7	29%	1	4%	4	17%	0	0%	2	8%	24	26%
	情理法兼顧	8	36%	6	27%	7	32%	1	5%	0	0%	0	0%	22	24%

附註：比率係指某類文本中出現特定概念的次數佔該類概念篇數的比值，例如：立繼類被「人情」這一概念所編碼(coding)的有10次，而所有被抽出的92篇案例中被「人情」這個概念所編碼(coding)的有35次，因此比率為10/35=29%。

表二：涉訟原因與概念交叉分析（二）

	涉訟原因	立繼		人倫		財利		奸惡		官吏不法		妄訴	
		篇數	比率	篇數	比率	篇數	比率	篇數	比率	篇數	比率	篇數	比率
	篇數	17	100%	14	100%	29	100%	10	100%	12	100%	10	100%
	人情	10	59%	8	57%	14	48%	0	0%	1	8%	2	20%
	引用法條	16	94%	6	43%	22	76%	7	70%	2	17%	2	20%
止訟之法 (社會關係的恢復)	引法折之	2	12%	1	7%	2	7%	0	0%	0	0%	0	0%
	由鄰里勸和	1	6%	1	7%	1	3%	0	0%	0	0%	0	0%
	詳查其情	5	29%	0	0%	10	34%	1	10%	0	0%	0	0%
	調解、各讓一步	5	29%	8	57%	5	17%	0	0%	0	0%	0	0%
	懲治	4	24%	7	50%	15	52%	11	110%	15	125%	8	80%
	勸諭	1	6%	4	29%	1	3%	0	0%	0	0%	2	20%
	和諧、息訟、無訟	7	41%	7	50%	2	7%	0	0%	0	0%	1	10%
	官吏為惡之情	0	0%	0	0%	0	0%	7	70%	17	142%	3	30%
	唆訟(健訟、妄訟、把持)	1	6%	2	14%	7	24%	1	10%	1	8%	9	90%
教化文章	引經典、詩義、寓言	6	35%	6	43%	3	10%	3	30%	0	0%	1	10%
	教化之詞	7	41%	6	43%	5	17%	1	10%	0	0%	0	0%
	譴責之詞(寓教化於譴責之中)	15	88%	5	36%	13	45%	4	40%	1	8%	2	20%
整體性	紛爭解決一次性	10	59%	7	50%	1	3%	4	40%	0	0%	2	20%
	情理法兼顧	8	47%	6	43%	7	24%	1	10%	0	0%	0	0%

附註：比率係指某類文本中出現特定概念的次數佔該類篇數的比值，例如：立繼類總篇數為 17 篇，其中被「人情」這個概念所編碼(coding)的有 10 次，因此比率為 10/17=59%。

表三：爭訟者關係分析

	爭訟者關係	父子（母子）		夫婦		親屬		其他		總計
		篇數	比率	篇數	比率	篇數	比率	篇數	比率	
	篇數	5	5%	2	2%	41	45%	44	48%	92
	人情	1	3%	1	3%	20	57%	13	37%	35
	引用法條	2	4%	0	0%	35	64%	18	33%	55
止訟之法 （社會關係的恢復）	引法折之	0	0%	0	0%	4	80%	1	20%	5
	由鄰里勸和	1	33%	0	0%	2	67%	0	0%	3
	詳查其情	0	0%	1	6%	10	63%	5	31%	16
	調解、各讓一步	5	28%	0	0%	11	61%	2	11%	18
	懲治	3	5%	1	2%	15	25%	41	68%	60
	勸諭	0	0%	0	0%	7	88%	1	13%	8
	和諧、息訟、無訟	3	18%	1	6%	10	59%	3	18%	17
	官吏為惡之情	0	0%	0	0%	0	0%	27	100%	27
	唆訟（健訟、妄訟、把持）	1	5%	0	0%	8	38%	12	57%	21
教化文章	引經典、詩義、寓言	3	16%	1	5%	10	53%	5	26%	19
	教化之詞	0	0%	0	0%	12	63%	7	37%	19
	譴責之詞（寓教化於譴責之中）	2	5%	1	3%	26	65%	11	28%	40
整體性	紛爭解決一次性	0	0%	0	0%	18	75%	6	25%	24
	情理法兼顧	2	9%	0	0%	13	59%	7	32%	22

附註：比率係指某類文本中出現特定概念的次數佔該類概念篇數的比值，例如：爭訟者關係--父子（母子）類被「人情」這一概念所編碼（coding）的有 1 次，而所有被抽出的 92 篇案例中被「人情」這個概念所編碼（coding）的有 35 次，因此比率為 1/35=3%。

表四：爭訟者關係分析（二）

	爭訟者關係	父子（母子）		夫婦		親屬		其他	
		篇數	比率	篇數	比率	篇數	比率	篇數	比率
	篇數	5	100%	2	100%	41	100%	44	100%
	人情	1	20%	1	50%	20	49%	13	30%
	引用法條	2	40%	0	0%	35	85%	18	41%
止訟之法 （社會關係的恢復）	引法折之	0	0%	0	0%	4	10%	1	2%
	由鄰里勸和	1	20%	0	0%	2	5%	0	0%
	詳查其情	0	0%	1	50%	10	24%	5	11%
	調解、各讓一步	5	100%	0	0%	11	27%	2	5%
	懲治	3	60%	1	50%	15	37%	41	93%
	勸諭	0	0%	0	0%	7	17%	1	2%
	和諧、息訟、無訟	3	60%	1	50%	10	24%	3	7%
	官吏為惡之情	0	0%	0	0%	0	0%	27	61%
	唆訟（健訟、妄訟、把持）	1	20%	0	0%	8	20%	12	27%
教化文章	引經典、詩義、寓言	3	60%	1	50%	10	24%	5	11%
	教化之詞	0	0%	0	0%	12	29%	7	16%
	譴責之詞（寓教化於譴責之中）	2	40%	1	50%	26	63%	11	25%
整體性	紛爭解決一次性	0	0%	0	0%	18	44%	6	14%
	情理法兼顧	2	40%	0	0%	13	32%	7	16%

附註：比率係指某類文本中出現特定概念的次數佔該類篇數的比值，例如：爭訟者關係－父子（母子）類總篇數為5篇，其中被「人情」這個概念所編碼（coding）的有1次，因此比率為1/5=20%。

涉訟原因	立繼		人倫		財利		奸惡		官吏不法		妄訴		總計	
	篇數	比率	篇數	比率	篇數	比率	篇數	比率	篇數	比率	篇數	比率	篇數	比率
篇數	17	18%	14	15%	29	32%	10	11%	12	13%	10	11%	92	100%
引用法條	12	28%	5	12%	18	42%	4	9%	2	5%	2	5%	43	47%
未引用法條	5	10%	9	18%	11	22%	6	12%	10	20%	8	16%	49	53%

附註：本表顯示變數「涉訟原因」與「引法與否」之間的交叉關係，例如「涉訟原因」中「立繼」類屬「引用法條」類的有 12 篇，而所有「引用法條」類的有 43 篇，因此比率為  $12/43=28\%$ 。

涉訟原因	立繼		人倫		財利		奸惡		官吏不法		妄訴	
	篇數	比率	篇數	比率	篇數	比率	篇數	比率	篇數	比率	篇數	比率
篇數	17	100%	14	100%	29	100%	10	100%	12	100%	10	100%
引用法條	12	71%	5	36%	18	62%	4	40%	2	17%	2	20%
未引用法條	5	29%	9	64%	11	38%	6	60%	10	83%	8	80%
總計	17	100%	14	100%	29	100%	10	100%	12	100%	10	100%

附註：本表顯示變數「涉訟原因」與「引法與否」之間的交叉關係，例如「涉訟原因」中「立繼」類有 17 篇，其中判官的判決有引用法條的有 12 篇，因此比率為  $12/17=71\%$ 。

涉訟原因	立繼		人倫		財利		奸惡		官吏不法		妄訴		總計	
	篇數	比率	篇數	比率	篇數	比率	篇數	比率	篇數	比率	篇數	比率	篇數	比率
篇數	17	18%	14	15%	29	32%	10	11%	12	13%	10	11%	92	100%
依法	5	12%	2	5%	10	24%	7	17%	12	29%	6	14%	42	46%
依情	3	27%	2	18%	4	36%	1	9%	0	0%	1	9%	11	12%
依情又依法（情法兩盡）	9	27%	7	21%	12	36%	2	6%	0	0%	3	9%	33	36%
依情不依法	0	0%	3	50%	3	50%	0	0%	0	0%	0	0%	6	7%

附註：本表顯示變數「涉訟原因」與「依情或依法」之間的交叉關係，例如「涉訟原因」中「立繼」類屬「依法」類的有 5 篇，而所有「引用法條」類的有 42 篇，因此比率為  $5/42=12\%$ 。

涉訟原因	立繼		人倫		財利		奸惡		官吏不法		妄訴	
	篇數	比率	篇數	比率	篇數	比率	篇數	比率	篇數	比率	篇數	比率
篇數	17	100%	14	100%	29	100%	10	100%	12	100%	10	100%
依法	5	29%	2	14%	10	34%	7	70%	12	100%	6	60%
依情	3	18%	2	14%	4	14%	1	10%	0	0%	1	10%
依情又依法（情法兩盡）	9	53%	7	50%	12	41%	2	20%	0	0%	3	30%
依情不依法	0	0%	3	21%	3	10%	0	0%	0	0%	0	0%

附註：本表顯示變數「涉訟原因」與「引法與否」之間的交叉關係，例如「涉訟原因」中「立繼」類有 17 篇，其中「依法」判決的有 5 篇，因此比率為  $5/17=29\%$ 。

表九：涉訟原因與爭訟者關係交叉分析（一）

涉訟原因	立繼		人倫		財利		奸惡		官吏不法		妄訴		總計
	篇數	比率	篇數	比率	篇數	比率	篇數	比率	篇數	比率	篇數	比率	
篇數	17	18%	14	15%	29	32%	10	11%	12	13%	10	11%	92
父子（母子）	0	0%	3	60%	2	40%	0	0%	0	0%	0	0%	5
夫婦	0	0%	2	100%	0	0%	0	0%	0	0%	0	0%	2
親屬	17	41%	6	15%	15	37%	0	0%	0	0%	3	7%	41
其他	0	0%	3	7%	12	27%	10	23%	12	27%	7	16%	44

附註：本表顯示變數「涉訟原因」與「依情或依法」之間的交叉關係，例如「涉訟原因」中「立繼」類屬「依法」類的有 5 篇，而所有「引用法條」類的有 42 篇，因此比率為  $5/42=12\%$ 。

表十：涉訟原因與爭訟者關係交叉分析（二）

涉訟原因	立繼		人倫		財利		奸惡		官吏不法		妄訴	
	篇數	比率	篇數	比率	篇數	比率	篇數	比率	篇數	比率	篇數	比率
篇數	17	100%	14	100%	29	100%	10	100%	12	100%	10	100%
父子（母子）	0	0%	3	21%	2	7%	0	0%	0	0%	0	0%
夫婦	0	0%	2	14%	0	0%	0	0%	0	0%	0	0%
親屬	17	100%	6	43%	15	52%	0	0%	0	0%	3	30%
其他	0	0%	3	21%	12	41%	10	100%	12	100%	7	70%

附註：本表顯示變數「涉訟原因」與「引法與否」之間的交叉關係，例如「涉訟原因」中「立繼」類有 17 篇，其中「依法」判決的有 5 篇，因此比率為  $5/17=29\%$ 。



## 第六章 理想與實際：爭訟的俗諺分析

些小言詞莫若休，不須經縣與經州。

衙頭府底賠杯酒，贏得貓兒賣了牛。

這首詩，乃是宋賢範翁所作，勸人不要爭訟的話。大凡人家些小事情，自家收拾了，便不見得費甚氣力；若是一個不服氣，到了官時，衙門中沒一個肯不要賺錢的。不要說後邊輸了，真一真費用過的財物已自合不來了。何況人家弟兄們爭著祖、父的遺產，不肯相讓一些，情願大塊的東西作成別個得去了？又有不肖官府，見是上千上萬的狀子，動了火，起心設法，這邊送將來，便道：“我斷多少與你。”那邊送將來，便道：“我替你斷絕後患。”只管理著根腳漏洞，等人家爭個沒休歇，蕩盡方休。又有不肖縉紳，見人家是爭財的事，容易相幫。東邊來說，也叫他“送些與我，我便左袒”；西邊來說，也叫他“送些與我，我便右袒”。兩家不歇手，落得他自飽滿了。世間自有這些人在那裏，官司豈是容易打的？自古說鶴蚌相持，漁人得利。到收場想一想，總是被沒相干的人得了去，何不自己骨肉，便吃了些虧，錢財還只在自家門裏頭好？

這是《二刻拍案驚奇》卷十【趙五虎合計挑家釁，莫大郎立地散神奸】一篇中所描寫的官府辦案黑暗面，它勸人不要爭訟，而不要爭訟的原因不只在於爲了和諧，更在於爭訟的結果往往是「贏得貓兒賣了牛」。

依人類學的觀點而言，人類社會是由大傳統，與小傳統交互影響而形成，人類學家 Marriott 以印度村落的宗教信仰爲例說明此種過程：

通過普遍化過程，地方的習俗與模式納入宗教經典，而后由大傳統傳到更廣的地區，可能在這些地區會與固有的模式競爭而融合。通過地方化過程，飽學的宗教鴻儒精心研究的宗教模式下到地方層次就遭到修正。…加希村的宗教可以被看作是地方小傳統與大傳統不斷溝通的結果…不論是要徹底了解印度教還是傳統的印度社會結構，都必須一方面將焦點置于村落的小世界，另一方面則要透視印度文明的大體系。(Marriott 轉引自 Roger Martin Keesing)

宗教場域固然如此，法律場域的運作面貌也是透過大傳統與小傳統不斷的溝通所形成。儘管無訟觀是傳統中國的大傳統思想主流之一，但「民生有欲，

不能無爭，爭者必有訟」，紛爭的解決既然是人類無可避免的事務，這樣的大傳統就不僅僅止於思想層次，而是牽涉人民與官府的實際運作經驗，那麼，人民對紛爭實際抱持的態度為何？又要如何解決紛爭？官府對「訟事」的實際作為又是如何？這兩種實際經驗（小傳統）是否會對無訟觀產生影響？

從第二章至第三章，我們知道無訟是傳統中國法律判決的目的，也是一個懸在每一個有良知的判官心中的指導原則，其中心思想在於和諧，為達此目的，判官依各個案情的不同，考量紛爭當事人以及相關的人之間的關係，整體性地作出合情、合理、合法的判決，以便真正消解紛爭的糾結，而重新回復和諧的人際關係。這樣的圖像似乎有如琴瑟和鳴般自然和諧，但從訴訟實務陰的一面來看，訴訟卻有著截然不同的面貌。本章基於這樣的出發點，將以俗諺及《清明集》說明人們對爭端不以提起訴訟為主要解決方案的實務上原因。

## 第一節 研究資料來源與分析理路

### 一、研究資料來源

為了解人民對紛爭的實際態度與經驗，本研究將以俗諺作為分析的材料，因為諺語是各民族語文的一部份與文化傳統有密不可分的關係，諺語所透露的是文化的共同訊息，雖然在使用時具有個別性及防衛性，但在溝通的脈絡中仍透顯其社會文化性，因此，探索諺語的內容與使用，也是了解承載歷史與文化積澱的途徑（黃儷莉 1999：179）。諺語可以說是人們經驗累積所萃煉出來的精簡語句。因此，本文以諺語來分析人們對「訟」的實踐經驗，應可更貼近地反應人們對「訟事」的心理態度。當然，筆者在此也要指出，就像上面所說的，「俗諺」在使用時具有個別性與防衛性，因此以個別俗諺來推論普遍性的法律現象，有時或許會有「以偏蓋全」的情形，為了避免這種情形，筆者對俗諺的採集，儘可能全面性地、正反兩面的俗諺都納入，避免筆者主觀性的選擇，但即使在如此的態度之下，有關訟事方面的俗諺，中國人還是相當一致性地表現出避免爭訟，以及官府腐敗的描述，這是首先要說明的。

本研究的諺語係自下列書籍採集而來：

- (一) 李慶軍的《諺語分類詞典》，由安徽黃山書社出版。
- (二) 孟守介、欺萬紫、魯啓華、俞信寶、賴雲青編著的《漢語諺語詞典》由北京的新華書店出版。
- (三) 尚恒元、彭善俊的《二十五史謠諺通檢》，由山西人民出版社出版。
- (四) 朱介凡編著的《中華諺語志》由台北商務印書館出版。

有關之俗諺則羅列於附錄六。

## 二、分析理路

在面對紛爭的時候，傳統中國的人們可以有幾個選擇，首先，他可以選擇忍讓，就像老子所說的：「不爭則天下莫能與之爭」，這是出於中國大傳統和諧、忍讓、無訟的思維；其次，人民也可以選擇透過宗族調解，畢竟宗族是人民熟悉的地方，由自己熟悉的人來評理，也是一個很好解決紛爭的方法；最後，人民也可以選擇告官，也就是提提訴訟，但這樣作有來自二方面的壓力與風險，壓力一方面是來自要求和諧的意識型態，另一方面則有宗法族規的實際處罰，風險則來自官吏腐敗的可能性，一旦遇到貪官污吏，冤抑就可能發生。這樣的一個行為模式之下，我們可以推想，如果人民實作的經驗告訴他們告官的缺點很多，那人民除非不得已，否則是不會告官的，而這就造成了「無訟」的表相，也就是說「無訟」之所以深入民心，不但是人民和諧、忍讓這大傳統所造成，很大一部份其實與官吏腐敗有關。

以下，我們要先從有關避免爭訟的俗諺來說明人民對訴訟的實作態度與經驗，這個部份包括要求忍讓的思維與官府訴訟制度設計上的一些問題，這些都會影響人民避免爭訟；其次，我們要探討宗族調解方面的俗諺以及家法族規對族人提起訴訟是什麼態度，最後，在官府的實作經驗方面，無訟的影響吾人已於第三章至第四章作了詳細解析，在本章筆者要說明的是官府腐敗的情形。

## 第二節 有關避免爭訟的俗諺

在本節筆者要透過俗諺說明人們對「爭訟」的態度。一般而言，諺語常常出現兩相對立的情況，但筆者發現，在避免「訟事」，將「訟」視為不吉之情形則呈顯完全的一致性，顯示避免爭訟是傳統中國社會的一致看法。茲說明如下。

### 一、無訟思維下的內在心理

對中國人而言，「家」是生命中最重要組織，人人都希望家庭和諧，因為「家和萬事興」，因為如果家庭失和，將會「家不和時被人欺」，萬一不幸，家庭失和，也要遮遮掩掩，不讓外人知道，因為「家醜不可外揚」。既然如此，連訴諸宗族都不願，又怎可能告官。

但，不論是家庭失和或是與外人有了紛爭，為了和諧，最好的解決方法就是「忍讓」，所謂「忍事者安然」、「忍字家中寶」、「忍得一時忿，終身無煩惱」。唐朝張公藝九世同居共爨，皇帝問他何以能夠如此，張公藝說「百忍而已」，因為人與人相處要都永遠相得沒有齟齬，誠屬不易，何況朝夕相處的家人。總之，要維持和諧，只有忍讓，即使得理，也要饒人，所謂「得理讓三分」，更不可佔盡便宜，因為得便宜處反而是失便宜，也就是要懂得吃虧就是佔便宜的道理，所謂「吃一分虧無量福，失便宜處是便宜」、「吃虧的是乖，占便宜的是呆」。

這一切都是爲了和諧，如果不知忍讓，不懂得理饒人的道理，一旦互不相讓，告官爭訟，將導致自己都無法控制的局面，因此勸人「能忍能讓，衙門弗上」、「忍爲貴，和爲高，一進衙門就糟糕」。

不只是俗諺如此告誡，《清明集》中，也經常有判官以此曉諭紛爭當事人，例如在【先立已定不當以孽子易之】<sup>169</sup>一案中，陽銳欲逐其已立爲後嗣的二位姪兒，而改立自己庶子爲嗣，判官曉諭說：

當職兩年于茲，凡骨肉親戚之訟，每以道理訓諭，雖小夫賤隸，莫不悔悟，各還其天。且久無同姓之訟，太守方爲之喜。陽銳身以儒名，尚有此訟，殊駭旁觀，所宜挽回和氣，毋致悖理法而戕骨肉，費貲財而肥吏胥。

家族之中最重和氣，豈可因利而訴諸官府，如此不但費財費時，更是悖理法而戕骨肉的行爲，令人不恥。

## 二、人們對訴訟的態度

「告官，打虎，先辭祖宗」，足以說明傳統社會對「告官」訴訟態度的謹慎小心，聰明人（通家）必不輕爲。爲何會有此現象呢？對照西方社會遇有紛爭輒以「與我的律師談」對應，中國傳統社會爲何會如此怕對簿公堂呢？原來，傳統中國社會對「訟事」早有許多累積的經驗警戒著人們不要打官司，甚至「寧見閻王怕見官」，連「死獅亦驚人告」，雖說「人爭一口氣，佛爭一柱香」，但爭一口氣的方式很多，總是「氣死莫告狀」，能夠「一輩子不見官，便是活神仙」了，既然「見官三分災」，也就難怪朱子治家格言說：「居家戒爭訟，訟則終凶」了。

另一方面，在一個以忍讓爲美德的社會裡，「爭」已應避免，何況是「訟」，那一定不是好人之所爲，因爲「好人不見官」，甚至「無賴不成訟」、「無謊不成狀」，這樣的思維也就使判官經常以「刁訟」、「健訟」、來稱呼告官者，而「調詞捏訟，幫邪誤正」、「寧給人牽馬鎚鎗，不給人調詞駕」也顯示人們對「捏訟」、「唆訟」者的否定。

這樣的思維在《清明集》中到處可見，例如

「黃文炳身後，其孫黃清仲等，豪猾健訟，知其契照不存，又田坐落其門前，遂改砧基，作原典陳宅取贖。」<sup>170</sup>

「黃仲舉自是世名位下，又非廷珍等比，騙挾貪圖毛氏物業，其心可誅，又敢於鄂州已申之後，再經本司，顯見健訟，勘杖八十。」<sup>171</sup>

<sup>169</sup> 《清明集》卷七，頁二〇七。

<sup>170</sup> 《清明集》【以累經結斷明白六事誣罔脫判昏賴田業】卷十三，頁五〇九。

<sup>171</sup> 《清明集》【雙立母命之子與同宗之子】卷七，頁二二三。

「李邊前後狀詞，皆是齊東野人之語，無一毫詩書意味，安得附於儒生之列？況採之輿論，皆謂其健訟有素，積罪已盈」<sup>172</sup>

在判官心中，健訟之人等同於「豪猾」、「貪圖物業」、「積罪已盈」…皆是負面言詞。官府與民間如此一致性地表現出對爭訟的否定，也顯現了大傳統無訟觀的影響力。

### 三、訴訟的缺點：費錢、費時

人們互相告誡不要告官訴訟除了上述觀念上要求和諧的基本想法外，事實上也有實質上的原因，因為訴訟不但費錢，而且費時。

訴訟費錢除了貪官污吏索賄<sup>173</sup>以外，訴訟本身也必須支出許多花費<sup>174</sup>。民國、四川「崇慶縣志」民政篇就記載：

其訴訟所經歷，則初由代書作詞（代書，官中考選，文人無行，工刀筆者應之。）在承發科購官製狀紙。呈進時，須納掛號、門禮、囚米者錢，多寡時有更易。批既下，科書抄閱有費。管案書，復有例索，皆量貧富強弱而輕重之。至驗傷、送審，均需索無亟。若訊令押站，則受押人供給差役外，尤有使費。每一案終結，輒數十千，數百千不等。民事猶爾，刑事從可知矣。故里諺有云：衙門向南開，有理無錢休進來。又云：鄉里不發顛，衙門斷火煙。言俚意真，可作當頭棒喝。（轉引自朱介凡 1986：2333-2334）

既然有這許多的花費「會做鮭魚也要鹽，會打官司也要錢」，所以「有錢官司甜如蜜，無錢官司苦如連」，再加上貪官污吏須索無度，告官的人自然會「鬥一鬥，瘦一瘦」，即使遇上了清官，也會有「縣裡有青天贏了官司輸了錢」的現象。

古代縣城幅圓遼闊，交通不便，鄉下人到縣城告官，免不了膳宿費用，而

<sup>172</sup> 《清明集》。【典買田業合照當來交易或見錢或錢會中半收贖】卷九，頁三一二。

<sup>173</sup> 詳見本章第三節。

<sup>174</sup> 訴訟所需費用在現代民事訴訟官司分為審判上費用及審判外費用兩種，包括裁判費、抄錄費、翻譯費、郵電費、運送費、登載費、証人、鑑定人及通譯之到庭費、食宿費、滯留費、推事、書記官及執達員之出差費等。至於兩造當事人支出之旅費或律師費用則不在其中。提起訴訟時由原告先行支付裁判費，俟判決確定後再由敗訴之當事人負擔，唯為保護有權利而貧困之人，法律規定有訴訟救助之規定。至於刑事訴訟則無須繳納訴訟費用。這在以無訟觀為主流思想的傳統中國是不可思議的。（參見我國民事訴訟法第三章訴訟費用章、民事訴訟費用法及刑訴第三十一條規定）

就訴訟費用而言，現代法律之規定較諸傳統似有助於人民主張權利，但由於現代法律訴訟係屬高度技術，許多規定非專業律師莫龍，因此律師之聘請與否某種程度可決定訴訟成敗，而我國並非律師強制主義的國家，因此亦無律師費用救助之規定，固然刑事訴訟法規定有重大案件或被告因智能障礙無法為完全之陳求者，法院應指定公設辯護人為其辯護之規定，但功能如何尚待研究。另外賄賂導致的枉法裁判仍時有所聞，因此，不論在合法程序或非法賄賂，當事人經濟能力應仍是影響其是否起訴主張權利的因素之一，尤以民事訴訟更是如此。

且，只有在放告之日<sup>175</sup>才可以提起訴訟，放告之日主要考慮農時，這種國家機器利用上不方便的設計，本身即有無訟的味道及重農的想法，再加上官司往往遷延費時，所謂「一年官司十年打」、「縣三月，府半年，道裡官司不種田」，因此訴訟費錢，而且足以廢業。訴訟本來是想得錢財，但是「告狀討錢，如水裡撈鹽」，結果反而是「告田了田，告地了地」。

在《清明集》中有許多訴訟費時甚久的例子，例如「近親楊自達自淳祐元年入詞，至今四年，不曾剖決。死者有知，豈不啣痛茹憤于九泉之下。」<sup>176</sup>事關人倫、田業，訴訟竟長達四年而不決。在【典買田業合照當來交易或見錢或錢會中半收贖】<sup>177</sup>一案中，「李邊贖田之訟，凡九載」經縣到府，訴訟長達九年，最後還被譴責「李邊自反有愧，無以藉口，……以虛辭勝，作偽而愈拙，欲蓋而愈彰，但懷求勝之心，罔念終凶之戒。若不痛治，何以戢姦。」終被判處「照條勘杖一百」。

甚至有長達二十年的爭訟：「陳鑑乃垂涎資財，見利忘義，欲以己子攬繼。陳鑑無端興詞，橫擾寡婦，自縣而州，自州而監司，自監司而省部，滾滾二十餘年，詞訟始絕。其所以苦傅氏者，可謂酷矣。」這樣的一種長期爭訟，田業不破盡也很難。

訴訟除了費錢、費時外，對當事人將造成另一重大問題--「結怨」，所謂「一朝經官，十輩子結怨」、「告人一狀，三十六冤」、「一輩舉紙、十輩結冤」，與人結怨會使自己喪失許多社會資源，而且製造不利的障礙，因為「多個朋有多條路，多個冤家多道牆」、「一狀三不親」！這在講求人情關係的傳統中國社會是一件相當嚴重的損失。

將爭端對簿公堂常常會引發意料之外的問題--牽連<sup>178</sup>。在傳統中國，某一件訟案審判過程及結果，除了証人以外，往往還牽連許多人，而這些人往往都是鄉里鄰居，所謂「有理沒理，干証先死」、「一條人命案，牽連到三村」，而對於爭訟的當事人而言，一旦案件牽連其他人，他在鄉里也難立足，如此一來，在宗族傳統的社會裡，他失去的往往不只是社會資源，甚至包括經濟資源。「居

<sup>175</sup> 放告日也叫「詞訟日」，就是限定民間只有在一些特定的日期才可以起訴。明末清初，多數州縣都是「三六九放告」，即每月的初三、初六、初九、十三、十六、十九、廿三、廿六、廿九為放告日，晚清則進一步壓為「三八放告」，每月初三、初八、十三、十八、廿三、廿八為放告日。通常在每年四月初一到七月三十為「止訟」期，戶婚、田土等細事，一概不准受理，因為會妨害農時。這樣的設計非常不利於人民使用法院，這樣的思維當然與無訟觀及重農的思想有關。參見郭建《衙門開幕》頁二五一至頁二五二。類似在制度上使人們視法律訴訟為畏途的說法，參見謝志耐 1998：78。

<sup>176</sup> 《清明集》【弟婦與伯成姦且棄逐其男女盜賣其田業】，卷十，頁三八九至頁三九〇。

<sup>177</sup> 《清明集》卷九，頁三一—。

<sup>178</sup> 現代法制不論民、刑事均採不告不理原則，民事訴訟法第三百八十八條：除別有規定外，法院不得就當事人未聲明之事項為判決。在刑事訴訟法第二百六十八條：法院不得就未經起訴之犯罪審判。中國傳統法制採檢審合一，即判官同時擔任法官與檢察官的角色，因此判官在審理過程中，一旦發現不法情事自然一併審理。而在民事上更可作「訴外裁判」，即使當事人未請求，判官亦可在其請求之內或之外加以判決，只要這是合「人情」的。請參照第三章公案分析。

家戒爭訟，訟則終凶」誠非虛言。

在【禁約吏卒毒虐平人】<sup>179</sup>中，判官吳雨嚴就說：

近閱諸郡獄案，有因追證取乞不滿而殺人者，……又有因追捕妄捉平人吊打致死者……且尋常被追到官人，往往只是干證牽連，及係被訴究對本自有理人，非必皆有所犯。

可見只要牽連訴訟，即使只是作證的身份，仍然可能遭到拷打，甚至致死，爭訟由於會牽連其他人，因此只要爭端有對簿公堂之可能時，旁人的勸戒也就相當容易理解的了。

可是只要告了官，即使訟訴當事人想要和息，有時也是不可得，所謂「告官由官」，更由於不肖胥吏等想要從中謀利，又怎可讓賺錢的機會溜走，因此往往是「一字入公門，九牛拖不出」，想要結束訴訟又談何容易。

不要說別的，對鄉土社會的人們，告官不僅要長途跋涉，還要面對陌生的官衙，陌生的官吏，心中的緊張感就足以令其卻步，在《醒世恆言》中描述了縣衙門裡升堂的情景<sup>180</sup>：

且說汪知縣在堂等候，堂前燈籠火把，照輝如白晝，四下絕不聞一些人聲。公差押盧柵等，直至丹墀下，舉目看那知縣，滿面殺氣，分明坐下個閻羅天子，兩行隸卒排列，也與牛頭夜叉無二。家人們見了這個威勢，一個個膽戰心驚。

衙門對生長在鄉土社會的人們是一個全然陌生的地方，從地點、空間、到人員、判決程序的運作，對生長在鄉土社會的人們，沒有一項是他們熟悉的，甚至連語言也可能不通<sup>181</sup>，升堂審問的過程又是如此充滿懲罰性與恐懼氣氛若不是情非得已，又有誰願意走上衙門尋求紛爭解決？在那樣的社會，人們立刻想到的當然是在此彼此熟悉的社會裡尋求紛爭解決--宗族調解。

本節我們從俗諺看到了人們避免爭訟的心理思維以及官府訴訟制度上的設計本來就不利於人民提起訴訟，在這樣的氛圍下，人民有了紛爭自然而然地會先向宗族尋求協助，以下我們就來看看宗族調解的俗諺是怎麼說的。

<sup>179</sup> 《清明集》卷一，頁三六至頁三七。

<sup>180</sup> 醒世恆言【盧太學詩酒傲王侯】，卷二十九頁六一九至頁六二〇。

<sup>181</sup> 由於中國幅員遼闊，一般老百姓不可能通曉「官話」，加上官吏的不足與官不能在本籍就任的規定，官與民的語言不通就成爲問題，因此，在法庭上必須設置「通譯」，否則連溝通都有問題。

### 第三節 有關宗族調解的俗諺

從前面的討論，我們可以看到人民求和諧的心理，以及實質告官可能發生的費錢、費時、甚至牽連的問題，因此人民最好不要爭訟，但「民生有欲，不能無爭」，紛爭究竟必須解決，那麼如何解決紛爭而又能達到「無訟」理想呢？「宗族調解」往往成爲人們第一選擇。本節將從俗諺、家法族規來探討宗族的調解。

#### 一、宗族調解的俗諺

中國傳統社會是一個宗法社會，這是一個以差序格局構築人際關係網絡的社會，家是基礎單位，但家雖是獨立的，但又立基於整個宗族，人在這個社會中最重要的是如何與同一宗族的親人和諧相處，甚至光耀門楣。

宗族提了許多功能，其中重要的除了祭祀，就是處斷糾紛，族長甚至可以作身體罰<sup>182</sup>，如果有犯法的情形，宗族也會加以處罰，梁啓超曾敘述其家鄉宗族自治的概況：

每有紛爭，最初由親友耆老和解，不服則訴諸各房分祠，不服則訴諸疊繩堂，疊繩堂（即祠堂）為一鄉最高法庭，不服則訟于官矣。然不服疊繩堂之判決而興訟，鄉人認為不道德，故行者極希。子弟犯法，如聚賭鬥毆之，小者上祠堂申斥，大者在神龕前跪領鞭朴，再大者停胙一季，或一年，更大者革胙。停胙者逾期即復，革胙者非經下次會議免除其罪，不得復胙，故革胙為極重刑罰。耕祠堂之田而拖欠租稅者停胙，完納後即復胙。犯竊盜罪者，縛其人遊行全鄉，群兒共噪辱之，名曰「遊刑」。凡曾經遊刑者，最少停胙一年。有姦淫案發生，則取全鄉人所豢之豕悉行刺殺，將豕肉分配于全鄉人，而犯罪之家償豕價，名曰「倒豬」。凡曾犯倒豬罪者遠革胙。（轉引引梁治平，1997：229）

在這裡我們看到一個具有懲罰與紛爭調解功能的宗族社會，道德與經濟上的懲罰使族人傾向服從宗族的權威。

<sup>182</sup> 瞿同祖在他的《中國法律與中國社會》一書中曾記載一則族長下令將犯過的族人處死的案例，茲錄如下：

劉彩文素行不端，爲母劉陳氏逐出另居。劉彩文偷竊族人劉章耕牛一隻，爲事主所悉。將劉彩文拉投族眾。族長劉賓以做賊有犯族禁，倡言罰銀八十兩，置酒謝族，免其送官究治。劉彩文經族長劉賓斷令罰銀謝族後，即將劉彩文交劉公允領交劉陳氏收管。彩文回家，欲賣陳氏膳田備酒。陳氏不允，彩文嚷鬧，將陳氏推倒，次日，劉賓、劉章、劉大嘴（劉章之子）、劉公允等赴劉陳氏家催索罰銀。陳氏聲述昨天情事，求幫同送官究治，劉賓云：「做賊不孝，不如埋死，以免族人後累。」陳氏不允。劉賓說：「如不埋死，定將賣膳田辦酒示罰。」劉賓即令劉大嘴取出弔狗細練將劉彩文練住，拉牽前走。彩文不肯走，劉賓又令劉彩文之大功服兄劉文登在後幫推。陳氏攜帶稻草喚彩文之弟劉相劉牙同行。劉相中途逃走。劉牙哀哭求饒，劉賓不允，令劉文登挖坑，陳氏將稻草鋪墊坑內。劉賓隨令劉大嘴將練解放，同劉大嘴將劉彩文推落下坑，劉文登與劉陳氏推土掩埋。（瞿同祖 1994：23-24）



這樣的社會，當人們有了爭端，要如何解決呢？首先，忍讓是通常採取的策略，受損失的一方固然如此，因為「吃一分虧無量福，失便宜的一方亦應體認「便宜不可占盡」、「饒人不是痴，過後討便宜」。但「忍讓」畢竟無法解決所有爭端，一旦爭端不止，在官吏腐敗，貪污納賄有錢判生無錢判死成為人民普遍的認知時，官斷的公正性無人能信，解決爭端的方法自然指向宗族，也就是儘量避免對簿公堂，而是走向「鄉斷」。

在第三章的討論中，我們可以看到判官判案的依據除了國法之外，就是「人情」，有時甚至「人情」的考量大過法律，所謂「王道本乎人情」、「人情大逾王法」，因此，由熟悉紛爭兩造而又俱有權威的族長擔任調解人，最能洞悉實情，並考慮彼此的情況，作出最和諧的判斷。於是人們寧願「鄉斷」而不願「公斷」，而且「公斷」由於弊病、不公正的情況太多，有時也未能洞悉內情（畢竟「清官難斷家務事」），總是「官斷不能息，民願自能息」、「官罷私不休」，因此，在傳統中國社會，爭端多賴鄉斷解決，實乃有其經驗作基礎的。畢竟，在「鄉斷」中，「和事佬」通常是地方上人們所信賴的人士，有其威望，所謂「官大一品，不壓鄉黨」、「宰相回拜四親」，在他熟透「人情事理」的調解之下，當事人即使仍有小忿，往往也會「不看僧而看佛面」，而自願讓步。

因為「公說公有理，婆說婆有理」，和事佬的任務並不在於理出是非，而在於使紛爭事情消失，因此採取「和事不表理」的策略，當然有時這種作法也會造成「面和心不和」，而為下一次爭端種下禍根。

## 二、有關爭訟的家法族規

在家法族規方面，根據美國學者王劉慧珍（Hui-chen Wang Liu 的音譯）從哥倫比亞大學所藏的九百餘種中國牒中出自 1912 年至 1936 年刻印的一百五十一種，並依據這些譜牒所載錄的家法族規，作了統計，其中有關過失的類型「與訴訟有關的不規行為」明訂禁止但未提及是否予以懲罰的有五十九件，明訂禁止並將予以懲罰的有 41 件，合計達一〇〇件，亦即佔選出的一百五十件中的三分之二曾禁止有關訴訟不規的行為（費成康，1998：119），此類行為大體指的是不先在宗族內調解即行告官，或本無其事捏造妄訴、或有的是禁止挑撥他人興訟。無論如何，在宗族之間要的是和諧，互助，「雖有小忿，亦宜含忍」不可動輒興訟，否則有「破家」之虞，因此家法族規大多數予以禁止。

例如，在「上虞雁埠章氏家訓」中，在「戒爭訟」條下載有「好爭非君子之道，爭之不已，則必致訟，訟豈必勝哉？且訟者之辭，多鮮實情，最足壞人心術。費財破家，何益之有？凡事宜忍宜讓，不必爭訟。縱有外侮，亦宜靜以制動。公道既明，自然可寢。若以非禮訟人，尤為不可，故《易》訟卦，終訟受服，而尤有終朝三褫之戒。（費成康，1998：232-236）而在「盤谷高氏新七公家訓」中首先提到「戒爭訟」：「聚族而居，偶有嫌隙，即當稟白族正，公辨是非。勿得蓄怒構怨，健訟公庭。若因人有隙，從中唆使，是為小人之尤。違者，重懲不貸。（費成康，1998：250）說的都是勸族人不要輕啓爭端，如有爭

執應由族長公評是非。

許多族規都提到紛爭應先經族評理，如妄行告官，會遭受處罰，例如，「余姚江南徐氏宗範」載有：「族中支派繁盛，…每房各立房長，以聽一房鬥毆、爭訟之事。」「若有不平，許稟明房長剖斷，自有公議。如不服，拘理者許房長竟稟族長，會同宗子、家相、一族之人，不問是非，各答數十，然後辨其曲直，而罰其曲者。」（費康成，1998：272）

在「毗凌長溝朱氏祠規」中：「族中言語小忿，及田產錢債等事，俱赴祠呈稟，處明和解。事有難處，方許控官究理。若不先呈族長，逕自越告者，罰銀五兩，入祠公用。」對於挑訟者也有處罰：「族中禁挑訟。人或一時忿激，全藉居中解勸。有等好事之人，乘機唆撮，或圖取利，或洩私仇，幸災樂禍，兩敗俱傷，為害不淺。察明責三十板。」（費康成，1998：280-281）

在「永興張氏合族禁條」中也稱：「族間大小是非，或買賣田地，或連界基產，以及水利互爭，小忿口角，飲酒放潑，往往以一朝之忿，遂至上告，甚至傾家者有之，嗣後必要經投戶眾，公議處罰。如議不平，方准另告。」（費康成，1998：285）

有的族規也指明了訴訟的缺點，例如，在「余姚江南徐氏宗範」中載稱：「訟猶兵也，不得已而應之。今習風日熾，訐告日繁，人多尚氣興詞，求以雪恥。而不知辨對之時，受其羅織詬罵之言；跪伏之下，自為卑污苟賤之態。甚則胥吏索錢，遭其凌辱；吏書舞文，蒙其恐嚇，日夜焦思，寢食俱廢，誠所謂恥未及雪，而為辱反甚矣。」（費康成，1998：272-273），再如「壽州龐氏家規」載有：「戒爭訟：是非有定論，何必到公廷，不管輸，不管贏，銀錢虛費先憂悶。忍了暫時氣，免得破家門。若憑健訟以為能，結仇種怨多遺恨。」

總結而言，家法族規要求族人多忍讓，不可小忿興訟，興訟之前必先經族人理訴才可告官，否則會遭處罰，主要的原因除了要希望族人和睦之外，也在於訴訟輕則人格受辱，重則破家，因此再三告戒「訟猶兵也」。

這樣的想法與【鄉鄰之爭勸以和睦】<sup>183</sup>中的判詞如出一轍：

大凡鄉曲鄰裏，務要和睦。纔自和睦，則有無可以相通，緩急可以相助，疾病可以相扶持，彼此皆受其利。纔自不和睦，則有無不復相通，緩急不復相助，疾病不復相扶持，彼此皆受其害。今世之人，識此道理者甚少，只爭眼前強弱，不計長遠利害。纔有些小言語，便去要打官司，不以鄉曲為念。且首打官司有甚得便宜處，使了盤纏，廢了本業，公人面前陪了下情，著了錢物，官人廳下受了驚嚇，喫了打網，而或輸或，又在官員筆下何可必也。便做了一番，冤冤相報，何時是。人生在世，如何保得一生無橫之事，若是平日有人情在鄉裏，他自眾共相與遮蓋，大事也成小事，既是與鄉鄰隙，他便來尋針線，掀風作浪，小事也成大事矣。如此，則是今日之勝，乃為他日之大不勝也。」

這種避免爭訟的思維可謂官府與民間一致的定論，甚至內在原因的理解也

<sup>183</sup> 《清明集》卷十，頁三九三至頁三九四。

是完全相同的。

以上我們從俗諺及家法族規以及《清明集》的判語，可以看到避免爭訟是宗族與官府一致的想法，甚至其內在思維也指向告官可能須面對官吏的不法以及人與人之間和諧的人際關係破壞後的一些缺點，而家法族規甚至還規定了不經過宗族就直接告官的處罰。在這裡我們可以看到即使人民真的不提起訴訟，「無訟」也不只是人民出於道德上和諧的要求，更有其現實上的考量。而這個現實上的考量，在有關官府訴訟實務上，就更明顯了。以下，我們將就官府訴訟實務的俗諺來進行分析。

#### 第四節 有關官府訴訟實務的俗諺

前面從人民求和諧的心理，到實質告官可能發生的費錢、費時、甚至牽連的問題，我們看到了在求和諧的大傳統之下，並非只是一個完美的理想形象，事實上，訴訟的實際經驗也一再加強人民不要訴訟的信念，人們往往會先選擇以宗族作為解決紛爭的途徑，可是有些案件在法律上規定是不能私了的<sup>184</sup>，而有的案件宗族也無力作適當的處理，人們還是會透過官府去解決爭端。

接下來，我們就要從官府的運作及人民與其交通的實際經驗，來探討「無訟」之所以為人民所信仰在實務上的原因。

##### 一、判官邏輯

我們先來看看就判官的立場，他是如何看待訟爭事件的。由於傳統社會是一個鼓勵人們忍讓的社會，一個爭端竟至對簿公堂，判官多視當事人為「刁民」，因為「好人不見官」，而且既然「一個巴掌拍不響」，當然要「有理沒理，四十大板」了。而且，站在判官的立場最好是「政簡刑清」，多一事不如少一事，因此多希望人民能自省而不訴訟。

在《清明集》中就經常出現「風俗不美，放譁復訟」<sup>185</sup>、「告訐乃敗俗亂化之原，有犯者自當痛治」<sup>186</sup>之類的字眼，對爭訟持否定態度，對爭訟者更常以「健訟」、「頑訟」、「刁訟」稱之。

好的判官也有巧施智略的，例如馮夢龍在「增廣智囊補卷三」上智部、通簡篇，載有一則訟案，趙豫為松了府太守，每見訟者非急事，則諭之曰：「明日來」。因為訟者如因一時之忿前來訴訟，過了一夜，氣已平息，也就息訟了，

<sup>184</sup> 雖然從官府到民間都鼓勵無訟，但有些案件是不可以私了的，私了甚至還有罪責，例如，父母被人殺死，不告官而私自和解，就是忘仇不孝，為法律所不容。親等愈近，則私和罪愈重，若是受財私和，貪利忘仇，無骨肉情，更不可恕，處分也更重。請參見瞿同祖《中國法律與中國社會》頁九九至頁一〇〇。

<sup>185</sup> 《清明集》【禁戢部民舉揚知縣德政】，頁三七

<sup>186</sup> 《清明集》【咨目呈兩通判及職曹官】，頁二

這就是所謂「松江太守明日來」的意思。總之，判官對訟事的心態總以息訟為處理原則。

判官在審理案件除了國法之外，必須考慮天理、人情，甚至對人情的考量大過國法，所謂「人情大逾王法」、「人情大似聖旨」、「人情大於法度」，事實上，這是因為「王道本乎人情」，違背人情，即無王道，國法的權利基礎也會受到質疑。

這樣的「人情」本來指的是對案情必須充份察明，並了解當地的風土民情，而就個案案情作出合乎一般人情事理的判斷，但是這樣的「人情」如何拿捏，還在於判官的判斷，有的判官也由此而循私，成為人際關係的交換，甚至作為枉法裁判的藉口。在一則長官對下屬的告誡中說道<sup>187</sup>：

本司乃九州刑獄所在，關繫匪輕，中間外官入僉廳，不知事體，徇人情，壞法度，書信絡繹，甚至賫傳簡牌，入僉廳囑託訟事，遂使僉廳為市易關節之地。

也就是承辦官吏因為人際關係的「人情」，使得官府成為傳遞訊息的中心，許多不法的勾當就在官府內直接進行，造成「徇人情，壞法度」的情形。

這種以人情關係試圖打通關節的情形顯然相當普遍，吳雨巖就曾說<sup>188</sup>：

尋常公介官員，多將官員囑事私書或粘入案，或釘於門，以愧恥之，此法又失於己甚。當職尋常不拒絕私書，公事自公事，書但收倒，到得斷事時，都不記得。若纔有書便避嫌，則當職又不知要如何避諸，公心書擬，不得推托。

這樣的請託行為不但普遍，也難於禁止，因為會請託的，必是有交情之人，重點在於有多少人能夠像吳雨巖一樣「書但收倒，到得斷事時，都不記得」，於是這種以人情為考量的審判原則，就被私心蒙惹灰塵了。

## 二、清官與貪官

在西方，法院是主張、申張權利的地方，人們權利受到損害，應該會希望積極尋求救濟，此種申張正義的想法應存在於每一個社會，但傳統中國為何會流傳如此多的戒爭訟的諺語？除了前面我們提到的和諧的大傳統之外，我們從描述官府腐敗的諺語，如「衙門深似海，弊病大如天」、「大堂一塊青路板，不知冤枉多少人。」、「做官做府的人，吃人不吐骨頭。」可以看出來，這樣的官府，人民在其中如何得以伸張正義？

官府是怎樣的腐敗呢？我們可以看到訴訟勝負關鍵並不在於事實是非，不在於理，甚至不在於「情」，而卻在於「送禮」--錢。俗諺云：「你有理也不成，不如挑擔擔兒走後門」、「官不打送禮的」、「吃人家的嘴軟，拿人的手短。」、「有錢就有理、沒錢押監裡」、「衙門八字開，有理無錢莫進來」、「官司不論大和小，只要洋錢鈔票多」。既然「十個衙門十個賊」、「有錢能使鬼推磨」，因此自然會

<sup>187</sup> 《清明集》卷一，頁二三。

<sup>188</sup> 《清明集》【公心書擬不必避嫌】卷一，頁二四至頁二五。

形成「有錢辦生，無錢辦死」的現象了。

古代訟事的運作主要在於官與吏，官在人民經驗累積中的印象是什麼呢？「縣令、縣令，聽錢調用」、「一任清知府，十萬雪花銀」，古代人民認為官員貪贓枉法係屬普遍情形，因為「無官不貪」、「紗帽底下無窮漢」，千里為官就是為了錢，否則何必離鄉背景<sup>189</sup>。對於官員的貪污腐敗，人民雖然無能為力，也時常期待青天大老爺的出現，但總是相信因果報應輪迴，人民認為貪官來世將會輪迴成為牛、娼妓、寡婦、乞丐，甚至絕子絕孫，以為報應，所謂「一代官，九代牛」、「九年、六娼、三寡婦」、「一代做官，三代主絕」、「作一輩官，叫三輩街」，因為他們「作官無清廉」、「一世為官坑庶黎」，合該受此懲罰。

《清明集》篇首【咨目呈兩通判及職曹官】真西山以四事與其同僚互勉，並期許為民去十害。其中四事是指「律己以廉」、「撫民以仁」、「存心以公」、「涖事以勤」，都與訟事有關，而十害指的是「斷獄不公」、「聽訟不審」、「淹延囚繫」、「汎濫追呼」、「招引告訐」、「重疊催稅」、「科罰取財」、「縱吏下鄉」、「低價買物」，其中除「重疊催稅」、「科罰取財」、「縱吏下鄉」、「低價買物」與訴訟較無關係外，餘六項均有關係。為政首要四事均與訴訟有關，而十害之中有關訴訟者竟佔六項，可見聽訟審判對古代基層官吏而言極為重要。而從十害中與訴訟有關的六害也可看出官吏在從事審判時常見的陰暗面，這也正是民間之所以不願告官訴訟的實務上原因之一。

雖然「廉」對官吏聲名極為重要，真西山就說：「凡名士大夫者，萬分廉潔，止是小善，一點貪汙，便為大惡，不廉之吏，如蒙不潔，雖有他美，莫能自贖，故此以為四事之首。」但官吏為非的記載甚多。對於官吏的懲罰，《清明集》特編有專「門」--官吏門，在人品門中也有「公吏」這一類，在「懲惡門」也有「把持」、「姦惡」一類，說的多為官吏們的作惡事蹟或地方惡霸結合官吏行惡的情形<sup>190</sup>。

例如在【謬令】<sup>191</sup>一案中，縣令「縱吏受賂，貪聲載路」，如果索取不足，還將提起訴訟之人「扯毀衣冠，擗拔頭髮」，並將訟紙當廳燒毀。又有一例：

「知縣日日宴飲，必至達旦，命妓淫狎，靡所不至。謂知縣不理民事，罕見吏民，凡有詞訴，吏先得金，然後呈判，高下曲直，惟吏是從。他如醉後必肆意施用酷罰，以為戲樂，又非理不法之事，有難載之紙筆者。」<sup>192</sup>

這樣的縣令，人民如何能夠信任，又如何會將紛爭事交由其裁判？

<sup>189</sup> 古代官員禁止在本籍地任官，目的在於防止人情包圍、結黨營私，卻也因此被地方人士擔任的胥吏所控制。

<sup>190</sup> 《清明集》中，有關貪污事雖非均因判案而生，但身為地方官，決訟與錢糧本是其職務兩大要務，貪污除在錢糧事中發生外，關係人民生命財產的獄訟大事又豈有不趁此上下其手的。

<sup>191</sup> 參見《清明集》【謬令】，頁五九七

<sup>192</sup> 參見《清明集》【知縣淫穢貪酷且與對移】，頁四二至四三

還有一種庸官，其無所作爲，與貪官之害不相上下，在【汰去貪庸之官】<sup>193</sup>一案中，判官就說：

害民莫如吏，官之貪者不敢問吏，且相與為市，官之庸者不能制吏，皆受成其手。於是吏姦縱橫，百姓無所措手足。……官庸則吏貪得行，則庸亦所以為貪也。

不論是貪或庸，即使判語充滿斥責，稱之為「縱吏受賕，貪聲載路」，但處罰是輕微的，最常見的處罰只是「對移」，在前開【謬令】一案或【汰去貪庸之官】一案與【對移貪吏】<sup>194</sup>，理由都只是「未欲案奏」、「未欲案劾」、頗有官官相護的情況，甚至也有事涉貪賄，「本合根究」，只因事涉同僚，於是「姑存大體，不欲盡情」<sup>195</sup>就此結案。連《清明集》所輯錄號稱「名公」的判官，尚且有此等判決，何況一般官員，官官相護的情形必然相當普遍。

另外，官員貪污，也有制度上的原因，那就是薪俸過低，人員也不足。明清州縣衙門的衙役是有編制的，一般的州縣衙門編制不過幾十個人，最多不過上百人，可是大的州縣衙門顯然不夠，據估計，一個州縣的衙役數量當在成百上千個，書吏的情況也是一樣，一般總有上百名，有的州縣竟然會達一兩千人，而州縣官請幕友幫忙的情況則視州縣官能力好壞而定，能力差的要請十幾個幕友，一般的也要請五、六個，這些都是編制外的人員。相對而言，清朝一位七品知縣的年薪四十五兩，一品總督的年薪也不過一百八十兩，而僅聘用刑名、錢穀兩位師爺就要用二千兩銀子，這些費用只有從理論上不合法的陋規收入去支應<sup>196</sup>。但對海瑞、陳瓊之類的「清官」來說，這些陋規都是貪贓<sup>197</sup>。

因此，作為一個清官就得忍受清貧的生活，甚至連辦公事的人手也會因國家編制不足，自己又無力支付自聘的吏卒，而使公事難於施展，相對貪官的「一任清知府，十萬雪花銀」，清官不但難做、甚至「清官留下一隻靴」、「做官若清廉，食飯著攪鹽」。

### 三、官與吏

上面提到庸與貪都是為官之害，而其中介者則是胥吏。胥吏是古代訟事的影響人物之一，而其在人民心目中的形象則比官員更加惡劣，再加上官員多有

<sup>193</sup> 《清明集》卷一，頁四〇。

<sup>194</sup> 《清明集》卷二，頁五五至頁五六。

<sup>195</sup> 《清明集》卷十一，頁四一〇至頁四一一。

<sup>196</sup> 本段有關明清時期官員薪俸與書吏、衙役和師爺的人數是參考郭建（2003）《衙門開幕》一書。

<sup>197</sup> 明朝著名的清官海瑞為淳安知縣，除了為母親祝壽買上幾斤肉外，平時只好頓頓吃素。清朝江南清官陳瓊，四十五兩銀子外一毫不取，康熙皇帝召見時，問他官俸是否夠用？他回答說：「官吏在正俸之外妄取一毫就與貪污千百萬沒什麼不同。別人貪污，主要是生活奢侈，才不夠用度。我當知縣一直如此，從來不覺得有什麼不夠用的。」他退下後，康熙皇帝對左右說：「這真是個苦行老僧。」（郭建 2003：308）

任期制，所謂「三年官二年滿」，任期一到即可能他遷<sup>198</sup>，但胥吏則長年把持某一衙門，所謂「換官，不換吏」，「只有千年的衙門，沒有千年的官，都是此種現象的寫照，因此不要說清官難遇，即使遇上了，也是短暫時間，清官精明的，可能會「官清，衙門瘦」，如清官能力有限，書吏可能大展爪威，因為「吏不舉，官不知」，而清官運氣差一點遇上個「猾吏」，也會「難逃惡吏手」，傳統社會對胥吏的印象已到了「有一吏，必有一弊」的地步，人民涉訟除要見貪財的「大老爺」外，還要遇上「難纏的衙役」，訴訟只有費錢費時，有時一不小心，還要斷送一條小命。

《清明集》中就有許多關於胥吏為害的例子。

黃權簿以本州人攝本州官，狠愎暴戾，霸一縣之權，知縣為之束手。積姦稔惡，百姓恨之切骨，甚至檢驗受賂，恣為姦利。<sup>199</sup>

戈陽有孫、余二吏之橫，民不堪之。……孫迴累經編管，偽冒充吏，首占縣權，自號立地知縣，弟孫萬八橫行市井，人呼八王，其他可知。……余信昨同張成脅取百姓劉慶一千二百餘貫，本司止將張成勘斷，所以恐之也。<sup>200</sup>

寫的都是胥吏把持縣政為害鄉里的情形。

而在【禁約吏卒毒虐平人】<sup>201</sup>中，判官非常清楚吏卒荼毒百姓的情形：

見吏卒如見牛阿旁，或搥或踢，或叱或唾，神魂已飛，繼以百端苦楚，多方乞覓，如所謂到頭，押下，直攔，監保，出門入戶兜馳、行杖，無所不有，最是門留鎖押及私監凍餓，動有性命之憂。…民之受害，偶未至死，而不能伸訴者何限，況又餓殺，凍殺及困苦疾疫而殺，官司又以無痕傷，而俾得漏網，

有時只是吏卒下鄉就使人民蒙受極大損失：

巡、尉下鄉，一行吏卒動是三、五十人，逐日食用何所從來，不過取之於百姓而已。所過之處，鷄犬皆空，無異盜賊，況有出於鷄犬之外者乎？<sup>202</sup>

這些胥吏因為在衙門服役，利用熟絡的人際關係及地利之便，

<sup>198</sup> 《清明集》記載判官自言「請照本司送下狀嚴行根究，不可以當職為將去客而可忽也」，可為佐證。見《清明集》卷二，頁四九至頁五〇。

<sup>199</sup> 《清明集》卷二，頁四九至頁五〇。

<sup>200</sup> 《清明集》卷十一，頁四一二至頁四一三。

<sup>201</sup> 《清明集》卷一，頁三六至頁三七。

<sup>202</sup> 《清明集》卷一，頁二八至頁二九。

受金囑托，打探關節，所在多有：

本司乃九州刑獄所在，關繫匪輕，中間外官入僉廳，不知事體，徇人情，壞法度，書信絡繹，甚至賫傳簡牌，入僉廳囑託訟事，遂使僉廳為市易關節之地……不可令廳子擅入案中，聽探動息，庶幾本司事體不至敗壞。<sup>203</sup>

這些胥吏之所以如此肆無忌憚，除了盤據州縣衙門已久，上下俱為犯罪共同體外，有的胥吏還有大的靠山，在【籍配<sup>204</sup>】一案中，王晉是一猾吏，罪惡滔天，只因他有大官撐腰：

前政提刑受其籠絡，威行九州，凌犯綱常，至與提刑握手耳語，人皆呼為小提刑。……始則恃提刑在要路，莫敢誰，後則交結權要女婿，持官府，以堂堂上司，而一吏乃得以肆其姦，而莫之制，辱莫大。

一個對王晉痛恨如此的官員尚且對之莫可奈何，一般百姓受其荼毒之慘，自然可知。

官與吏宛如犯罪共同體般，一旦胥吏出了事，官員對他的迴護也是很多，在【罪惡貫盈】<sup>205</sup>一案中，州吏黃德因贓被囚，竟被獄官私下放出：

州吏黃德，訴其取乞贓枉者非一人…今聞獄官陰縱之出外，令其踰獄牆，往來揚揚，在市酒，未嘗坐獄。如此則是內臺欲之，而本故縱之。朝廷張官置獄，今乃蕩無綱紀，甚至獄牆反為獄官、推吏受贓縱囚之路，可為寒心。

而在【慢令】<sup>206</sup>一案中：

「弋陽縣吏楊宜、彭信不法害人…本即追配，而知縣再三以見起綱運護留。後來裝綱已畢，本縣申來，謂已別差典押，其楊宜、彭信並榜逐矣。實則二人者，霸據縣權，出人縣庭自若也，…近者弋陽管下南港渡，自有陳府恰造大船，通濟往來，忽被楊宜、彭信以綱運名色，占載行李。五月十七日，大水泛漲，渡子只以小船撐渡，致死者三十餘人。本縣百端遮掩，必不令本司知之。」

縣吏楊宜、彭信等二人早已不法被上級官員所悉欲行追究，縣官先加

<sup>203</sup> 參見《清明集》【示幕屬】，頁二三

<sup>204</sup> 《清明集》卷十一，頁四一四至頁四一五。

<sup>205</sup> 《清明集》卷十一，頁四一〇至頁四一一。

<sup>206</sup> 《清明集》卷十一，頁四一六至頁四一八。



以掩護，後來因該二吏而發生船難死了三十餘人，縣官還在為其百般遮掩。真正是官吏相濟為惡。

吏卒為非作歹的代價不小，至少比起官員來說是嚴重多了，以下都是一些胥吏不法所受的懲罰：

「黃德罪狀非一，先刺配五百里州軍，長枷押下鄱陽縣獄」<sup>207</sup>

「縣吏楊宜、彭信…兩名各決脊杖二十，刺配二千里嶺南州軍牢城」<sup>208</sup>

「饒州推官舒濟，…以配吏吳傑為腹心，受成其手，交通關節，略無忌憚。未欲案劾，先牒本州對移鄱陽縣東尉，……欲將吳傑決脊杖七十，於原配州上加刺配一千里，」<sup>209</sup>

同樣為惡，推官只受對移的處分，但胥吏吳傑就沒有那麼幸運，他被判處脊杖七十，且刺配一千里的重刑。

從上面的討論可以看出，平民百姓一旦訟事加身，除了費時費錢外，不論自己有理無理，甚至只是作證之人，吏卒追討押解的過程，對其百般塗毒，還有因此餓死的，在這樣的氛圍中，人民當然害怕訴訟，厭惡訴訟，這「無訟」的美名竟非因為「風俗淳美」，而係因為吏卒之惡，這也就無怪乎陸嘯釗認為：

在中國法制上，這個理想（指無訟）的形成，最具特色的就是拷訊原告的制度，結果有理無理四十大板，事凡涉訟，被告原告都有被拷之虞，人民既不敢有健訟之風，社會上當然是政清刑簡了。我們看唐律斷獄的規定：「拷囚限滿不首、反拷告人。」這短短十個字，寫盡了「必也無訟」的絕大權威。（陸嘯釗：16）

無訟的理想本來在於以禮義砥礪風俗，使得人民沒有訟爭的事，若有，也不必利用官府解決，而能於宗族調解解決，或不幸利用官府之後，由於判官的明察秋毫與合情合理合法的判斷，終究可以息訟，可是，清官難得與貪官污吏橫行的結果，使得無訟的理想大打折扣，貪官污吏使不平不義的事增多，但同時訟事並不會增加，因為人民知道判官是貪官，控告沒有錢是沒用的，有了錢還要有關係，否則是非曲直在貪官污吏中又如何證明。

對貪官污吏的普遍或對官府的不信任化成了對清官的想望。在中國歷史上最著名的清官首推包青天（包拯）與海青天（海瑞）。他們代表的是嫉惡如仇、不畏權勢、大公無私，甚至大義滅親的公正形象，他們都是剛正不阿，苦節自厲的清官，不僅如此。他們還是辦案能力強的判官，許多疑案都因為他們的智

<sup>207</sup> 同註 31。

<sup>208</sup> 同註 32。

<sup>209</sup> 《清明集》【對移貪吏】卷二，頁五五至頁五六。

慧而破案。他們的下屬也是處事幹練、清明自守的。

這樣的形象正代表了人民對官府的嚮往，在他們身上，凸出的重點不在於「無訟」，而在於公正與不畏權勢。因為「民生有欲，不能無爭」，人民需要的是一個能公正無私地為人民排難解紛的官府。「無訟」對人民而言，只是理想，在現實生活中，公正的裁判力量還是他們最大的希望所在。

從以上的分析，我們看到了官府腐敗的情形，特別是遇到貪官與惡吏，即使遇到的是正直的官員，由於無訟的思維，也常常認為提起訴訟的人是刁訟、健訟。在這裡我們再一次看到了形成避免爭訟的原因，不單單只是人民教化與否，而是關係到提起訴訟後實際上可能面對的是一個腐敗的官府，想要爭回公道，並不容易，也許必須付出的代價還比爭回來的要多呢！

在本章中，我們從「避免爭訟」、「宗族調解」、「官府訴訟實務」三方面的俗諺剖析了人民的有關訟事的實務經驗，總結而言，訴訟的缺點可以用判官胡石壁在【妄訴田業】<sup>210</sup>一案中所說的來代表：

詞訟之興，初非美事，荒廢本業，破壞家財，胥吏誅求，卒徒斥辱，道塗奔走，犴獄拘囚。與宗族訟，則傷宗族之恩；與鄉黨訟，則損鄉黨之誼。幸而獲勝，所損已多；不幸而輸，雖悔何及。故必須果抱冤抑，或貧而為富所兼，或弱而為強所害，或愚而為智所敗，橫逆之來，逼人已甚，不容不一鳴其不平，如此而後與之為訟，則曲不在我矣。

胡石壁這一判詞寫盡了無訟觀在實務上之所以產生的原因，一個生長在鄉土社會的人們，一旦興訟或則傷宗族之恩，或則損鄉黨之誼，對社會關係有很大的破壞，不但如此，詞訟還會造成本業荒廢，破壞家財，並且要面對官員吏卒的須索或斥辱，如果遭禁錮，還有可能就此命喪囚獄。這說明了，無訟作為中國的大傳統，本來是希望透過教化獲致重人倫的和諧社會，因此孔子說：「聽訟，吾猶人也，必也使無訟乎」就是這種理想，可是，在本章，我們看到了，無訟的另一面相，也就是由於實務上，告官除了會樹立敵人之外，或由於制度上的原因，或由於人謀不臧，訴訟往往導致更大的損失，出於實際利害的考量，我們看到了，無訟已經不是一種理想，而是一種無奈的選擇。

---

<sup>210</sup> 《清明集》卷四，頁一二三。

## 研究結論

本研究旨在探討傳統中國法律場域中一個特殊的觀念--「無訟觀」，包括「無訟觀」的思想淵源、「無訟觀」對判決所產生的影響、人民對訴訟的基本態度，以及這種態度之所以產生的真正原因。本論文的研究是通過一個特定文本《名公書判清明集》所作的印證，爲了凸顯傳統中國與現代法制的不同，本論文還以現代法制作度上與實務上的對比，基本作法是先以傳統中國中有關「無訟」對判官所生的影響來對照移植於西方的現代法制。本論文還對所研究的文本《名公書判清明集》以質性研究分析軟體 WinMax 作 coding（編碼），並以之作為統計分析。以下是筆者總結性的說明。

### 研究方法：

由於本論文包含不同的研究面相，針對不同的資料採取了不同的研究方法。首先，在探討「無訟觀」的思想淵源方面，是採取文獻分析法，在討論「無訟觀」對判決的影響時是針對特定文本《名公書判清明集》所作的分析，屬於文本分析法，本論文並以質性研究分析軟體 WinMax98 針對《清明集》作了編碼（coding）與統計分析，同時使用質性研究與量化研究的方法。最後，爲了凸顯「無訟觀」陰的一面，筆者搜集了中國人有關「爭訟」的俗諺，並加以整理分析，屬於文本或俗諺分析法。

### 思想淵源：整體觀與和諧觀

首先：「無訟觀」源於整體觀與和諧觀。中國人對事物的思考傾向整體性，不論是文字、醫學、建築，乃至於學術，都有這樣的傾向。例如，每一個中國文字都是一個獨立而完整的體系；而這種特性在中醫診斷上也是顯而易見的，中醫對病患的診斷不只是從病灶著手，更須就病患的「表裡」、「五臟、六腑」、「經絡」作一個整體性的判斷，同時也要考慮到春、夏、秋、冬四時的變化、氣候、水土以及病人的情緒，只有如此整體性地綜合考慮，才能真正了解病人生病的原因，也才能真正的對症下藥，這樣的思維與西方現代醫學「頭痛醫頭、腳痛醫腳」分析式的診斷與治療截然不同。

其次，中國人的和諧觀是一種倣倣自然的和諧觀，古代中國人相信，天地宇宙有其一定的秩序，而這樣的秩序基本上呈現自然和諧，但人必須遵循自然，才能得福，否則天也可能透過災異示警，這種自然秩序對人事的推論在漢代董仲舒的「天人感應說」之後更推廣至政治、社會，甚至人際關係。爲了避免天的喜怒反覆，中國人採取的是一種配合大自然，甚至融入大自然的和諧觀。這樣的想法在傳統中國許多方面都產生影響，例如在醫學上，認爲對大自然必須採取順而不逆、「避而勿犯」的作法，才能保持健康，在建築上，中國建築不求

支配、改變自然條件，而是採取適合山水景色，融景入鏡的方式，務使建築與大自然和諧而相調和。就村落而言，也是如此。

以上這種整體觀與和諧觀在中國傳統法律場域表現出來，最明顯的就是「無訟」。「無訟」根本否定了破壞自然秩序的人，不僅如此，一旦秩序遭破壞，最重要的，並不是釐清彼此是非（權利義務），而是如何全面地調整人與人的關係，以恢復社會秩序。

接著，本論文探討了「無訟觀」是建築在宗法社會這樣的社會組織之上。宗法社會意謂著社會組織是以血緣為紐帶，因此住在同一個村子的人往往具有血緣關係，這樣的社會注重的是倫理與孝悌。這樣的社會也是一種差序格局的社會，它的社會秩序是以自己為中心的「愛有差等」的社會，為「別親疏」而設計的「禮」就是按照親疏應有的份際去行為，五倫是最基本的人際要求。傳統社會同時也是一個鄉土社會，鄉土社會的人們安土重遷，因此，人與人之間彼此是熟悉的。在這樣一個由禮所規範，人們既是親屬又彼此熟悉的社會，和諧的要求是很自然的，甚至是內化的，「爭」被人們所否定，「訟」更是絕對的壞事。

「禮」源於人性，出於人情，國家的法律既然只是情理的部分實定化，於是解決爭訟，「人情」就成為重要的考量，甚至當「法」與「人情」有所衝突時，有時「人情」的考量還重於「法」的考量，也就是說，人情重於禮，而禮重於法，三者有所抵觸時，要以禮義、人情為準，其所追求的最終目標是人情的合理體現與社會整體的和諧。

### 「無訟觀」對判決的影響

在了解了「無訟觀」的思想淵源於「和諧觀」與「整體觀」以及其所處社會組織是宗法社會、鄉土社會之後，本論文通過這些理解，並對照繼受西方的現代法制，以《清明集》來說明「無訟觀」對傳統中國法律判決的實質影響有下列四項：

#### （一）息訟：

相對強調「權利」的現代法制，傳統中國判決的目的在於「無訟」。現代法制認為一個人為了維護自身合法的權利，提起訴訟就是維護法的精神，是為「法」而奮鬥；傳統中國判官則認為動輒興訟之人必非良民，二者有著根本的差異。

傳統中國由於「無訟」的想法，判官最直接的反應就是對「爭訟」的否定以及勸導紛爭當事人息爭、息訟，並對挑訟、刁訟、健訟者加以懲治。

#### （二）情、理、法兼顧的整體思維：

現代法制強調的是「依法判決」，「法」才是判決的目的，一次次的判決可以說是對「法」的存在提供證實。傳統中國則不同，傳統中國判決既是以「無訟」為判決目的，為了使紛爭兩造能夠息爭，能夠無訟，判官除了法條之外，

最重要的還在於「衡情酌理」，對每個當事人各自面臨的情況加予細緻入微的考量，務期能夠「情法兩盡」，使社會的關係能夠重建與和諧。也就是，在無訟觀的指導下，中國傳統法律的判決是以情、理、法的整體考量作為方法，以全面性地調整人與人的關係作為手段，來達到其無訟的目的。甚至有時為了息訟，在沒有更好辦法可以讓紛爭兩造心服口服的情況下，判官也會以天人合一及抽鬮的民間信仰去折服人民，以便使「人謀自息」，而達無訟。

### （三）教化文章

現代法制既然以「法」為中心，必須嚴格遵循「定言三段推論」的邏輯推論方式，判決書也就必須講求固定形式，以保證「法」效果的正確實踐。傳統中國的判決雖然也有如同現代的判決，運用「定言三段推論」邏輯來解析案情的情形，但這樣的推論方式只是一種思辯的工具，並不是判決的重點，更非判決的決定因素，也就是說，古代判官不必像現代法官一樣受限於構成要件而作出不合常情的判決，就此而言，判官並不為法所束縛。

中國傳統法律的判決書並無一定的形式，但普遍性地具有教化文章的傾向，判決者在判決書中除了法條的引用之外，也經常引經據典，出現古聖先賢的智慧訓誨。有的判決者為達到教化功能，也經常在判決書敘述案情與依據時穿插教化的言論。由於判決者兼為行政官，負有推動政務、維持社會秩序之責，判決書某種程度已經不只是紛爭兩造的事，而且也是如何透過判決書傳達倫理道德，以教化人民，以便達到「無訟」的目的。

### （四）紛爭解決一次性：

現代法制不論是民事或刑事都有「不告不理」、「非管轄權不理」的規定，也就是未經當事人請求的事項（指民事），或未經起訴的案件（指刑事），法院不得判決，如果非屬審判院所應管轄的案件，也會被以「非所屬管轄」為由，裁定駁回。

傳統中國法制則是「不告亦理」，也就是說，傳統中國的判官在審理過程中，一旦發現不法情事會一併審理，即使當事人未請求，判官也會加以判決，只要這是合「人情」的，這樣的作法目的還在於「無訟」，亦即，有了訟案，就必須從整體去把握，務必能夠整體解決，以免再有紛爭。另外，傳統中國固然也有審判管轄的問題，但為了息訟，判官通常也會對案件進行曉諭與調解，如果兩造因此解決了紛爭，案件也就結了，如果兩造不服，判官也會明白表示非其管轄，應該移轉案件。

在討論完「無訟觀」對傳統中國判決的影響之後，為了完整說明這些影響，本研究從《清明集》中選擇一個典型的案例【雙立母命之子與同宗之子】，在第四章作為個案說明。在這個案中，我們發現在「立繼」的案件，法條的適用仍有重要地位，但如何合情、合法地適用法條，如何使人謀自息，才是判官費盡

苦心的重點，這這個案子，判官引用法條、春秋大義、使用懲治、威嚇、勸諭各讓一步的方法，整體性地考量全部案情，並參酌「情、理、法」，務求「情、法兩盡」，以使未來不再有訟，並以毛氏貞節之德，藉機教化人民，是十足的道德文章。

### 電腦統計初步分析：

本研究除了對文獻及文本作理解性的分析外，在第五章我們對《清明集》全面性的觀察。筆者從《清明集》457篇中排除一些非人民之間或與人民利益較無關的書判，剩餘358篇。筆者就這358篇依照《清明集》原編標題，整理其紛爭的原因可大別為「立繼」、「人倫」、「財利」、「奸惡」、「官吏不法」以及「妄訴」等六類，並依六類篇數比例，以立意抽樣的方法抽出約四分之一的案例92篇作分析的樣本，並以質性研究電腦軟 WinMax 對這些樣本作譯碼

(coding)，譯碼的概念大體遵循第二章與第三章中所整理的「人情」、「引用法條」、「止訟之法」(包括：「引法折之」、「由鄰里勸和」、「詳查其情」、「調解、各讓一步」、「懲治」、「勸諭」、「和諧、息訟、無訟」、「官吏為惡之情」、「唆訟」、「教化文章」(包括：「引經典、詩義、寓言」、「教化之詞」、「譴責之詞(寓教化於譴責之中)」、「整體性」(包括「紛爭解決一次性」、「情、理、法兼顧」)等，變數則是「涉訟原因」、「爭訟者關係」、「引用法條與否」及「判決依法或依情」。

經過電腦分析之後，我們有以下的發現：

#### (一) 涉訟原因：

涉訟的原因雖然可分為「立繼」、「人倫」、「財利」、「奸惡」、「官吏不法」以及「妄訴」等六類，但「爭立只為家產」，同樣的情形也出現在人倫類的紛爭，因此如果將立繼類與人倫類算入為財利爭訟的話，為財利而涉訟的達到65%，事實上，官吏不法與奸惡不是貪即是狠，包括妄訴最終目的也還是為了財利。因此財利可說是傳統中國爭訟的最主要原因。

#### (二) 判決是否引用法條：

在判決是否援引法條方面，超過一半的判決有引用法條，引用法條的案例多集中在「立繼」、「人倫」、「財利」這三類爭訟中(達79%)，而在「奸惡」、「官吏不法」與「妄訴」這三類反而較少，僅21%。相對而言，判決援引人情的，也是集中在「立繼」、「人倫」、「財利」三類爭訟(三者合計已達91%)，援引人情的判決多「奸惡」、「官吏不法」與「妄訴」類的極少援引人情(僅9%)。

#### (三) 止訟的方法：

就止訟的方法而言，「懲治」還是判官最常用的方法佔65%，其次才是「調

解、各讓一步」與「詳查其情」各佔 20%與 17%，而強調「和諧、息訟、無訟」的判詞多集中在「立繼」、「人倫」類（合計佔 94%）、在「奸惡」、「官吏不法」與「妄訴」這三類則幾無論及。

（四）文章鋪陳：

在文章의 鋪陳方面，除了「官吏不法」與「妄訴」二類之外，判決充滿教化的意味，是十足的教化文章。

（五）整體性：

在整體性方面而言，「立繼」類與「人倫」類傾向「紛爭解決一次性」與「情、理、法兼顧」，「財利」類則傾向「情、理、法兼顧」，「奸惡」類則傾向於「紛爭解決一次性」。

（六）判決是依法或依情：

而就判決是依法或依情而言，依情判決的集中在戶婚田土等類似今日民事案件之類的案件，而「命盜重案」與「官吏不法」，甚至「妄訴」等類似今日刑事案件之類的判決則多採依法懲治。

**理想與實際：無訟的俗諺分析**

無訟是中國的大傳統，歷代統治者無不希望透過教化的方法，使人民無爭無訟，即使紛爭進入官衙，判官還是以「無訟」為判決目的，其中心思想在於和諧，為達此目的，判官依各個案情的不同，考量紛爭當事人以及相關的人之間的關係，整體性地作出合情、合理、合法的判決，以便真正消解紛爭的糾結，而重新回復和諧的人際關係。

但理想歸理想，在實際的層面卻有著不同的樣貌，在第六章，筆者搜集有關爭訟的俗諺 161 則，透過俗諺結合《清明集》的案例，來探討人民心中的訴訟圖像。

（一）避免爭訟的俗諺分析：

首先，在人民避免爭訟的俗諺方面，人民避免爭訟除了是「不爭」、「和諧」的思想造成的之外，人民涉訟的經驗，也告訴人們，訴訟是一個費時、費事、甚至可能因此破家廢業，因此，要訴訟必得思之再三，不可率爾為之。

（二）有關宗族調解的俗諺：

宗族是中國古代生活的基層社會結構，許多宗法族規都規定，有了紛爭告官之前須先經過宗族的調解，否則可能受到宗族的制裁，這類的制裁最主要是經濟上的。在宗族裡調解最大的優點是調解人與紛爭兩造通常都是互相熟識的，由熟識的人來作調解，對案情與每個人的狀況、實情的了解，總是比官衙

裡的判官要能透徹，更能作出合情合理的處置。而且，調解人往往是宗族裡德高望重的人，一言九鼎，許多紛爭透過他，才可以得到解決。

### （三）有關官府訴訟實務的俗諺：

紛爭一旦進入官府，如果遇到的是一個良善的官吏，判決所依據的自然如前所述「情、理、法」的整體考量。但如果照俗諺與《清明集》中有關官吏不法的書判看來，人民對官吏的印象是不堪的，官員貪污、官官相護，使人民要在官衙內得到公正的判決是不容易的。

無訟的理想本來在於以禮義砥礪風俗，使得人民沒有訟爭的事，若有，也不必利用官府解決，而能於宗族調解解決，或不幸利用官府之後，由於判官的明察秋毫與合情合理合法的判斷，終究可以息訟，可是，清官難得與貪官污吏橫行的結果，使得無訟的理想大打折扣，貪官污吏使不平不義的事增多，於是人們「無訟」並不是因為沒有紛爭，而是因為怕遇到貪官污吏，能不告官就不告官了。

綜合而言，通過前人的研究，我們發現，無訟是一種要求整體性的和諧，它注重的不是個人的權利，而是群體的和諧，但為了達到這種出自內在的和諧，除了教化的手段之外，在實際判決時，又要個別地考慮每個當事人的情況，因此，可以說，傳統中國法律判決是考慮個別情況，但又以達致整體和諧為目的，各讓一步往往就是妥協下的產物。

這樣的理想在實踐上，往往被貪官污吏所破壞，但弔詭的是，官府的腐敗使人民不再信任判決，也因此不願經官涉訟，造成表面上「無訟」的現象，只有深入了解，才能知道在這「無訟」的表面之下，是民俗淳厚還是官吏如虎所造成的。

### 研究發現與貢獻：

一、往昔關於中國傳統法律場域的討論多係「情、理、法」與「無訟」分別視之為獨立現象，從本研究可以了解，判官之所以「情、理、法」整體考量，是為了達到「無訟」的目的，二者並非獨立而毫無相關。

二、過去關於「無訟」的討論多認為「無訟」出於自然和諧觀，事實「整體觀」也對「無訟觀」有重要影響，在「和諧觀」與「整體觀」二者的交互影響之下，由於「無訟」，傳統中國的判決走向「情、理、法」的整體考量，並且傾向紛爭解決一次性。

三、依據本研究發現，傳統中國（至少是南宋）的紛爭類型可大別為二：「立繼、人倫、財利」類，及「官吏不法、奸惡、妄訴」兩大類，這二大類的性質上分別與現代的「民事案件」與「刑事案件」相當（或與古代分類「戶婚田土錢債」與「命盜重案」二類相類似），在判決上，判官的處置也截然不同，前者多考慮「人情」，而後者則絕大部份「依法」判決，另外，約有一半的案件在判



決中有引用法條、而「懲治」則還是判官最常用的方法佔 65%。

四、以電腦軟體研究古代典籍的，在過去的研究中應屬少見，本研究以質性研究電腦軟體 WinMax98 對古代法律公案《清明集》所作的編碼（coding）、統計分析，已對此作出初步的嘗試，同時也證明 WinMax98 雖然是以田野研究、深入訪談的記錄為主要應用對象，但在古代典籍的應用上，也有很好的效果。

#### 研究限制：

一、本論文分析文本是宋朝的書判，由於古代判決書書寫格式與現代判決書並不相同，判決書內對案情交待並不完整，再加上時空背景的遠隔，對案情要能夠作到如韋伯所要求的瞭悟--同情性地理解實在有些困難，與此同時，對古代實定法的理解不易也是本論文不足之處，所幸，本論文所要處理的並不是古代法律的實質內容，因此，也還可作些搪塞之詞。

二、眾所周知，中國存在著桌上一套，桌下一套的作法，名公書判清明集多係官吏自己著書立說的彙編，本就存在個人篩選過的缺點，某種情況是無法反映現實狀況的，也就是說判決的真正理由未必是判決書上所載冠冕堂皇的理由，也許另有實際原因，未為人知。對此，本研究僅能以閱讀文獻的理論觸覺去分析可能的原因。

#### 後續研究建議：

一、本研究已將古代典籍《清明集》以現代科技--質性研究電腦分析軟體 WinMax98 作了初步的處理與分析，這是一個嘗試性的研究，筆者發現，只要將所要 coding 的概念定義清楚，以 WinMax98 對古代典籍作分析是可行的，除了可以將一些概念與概念之間的關係串連在一起之外，一些過去僅是籠統性的想法，透過電腦軟體的分析，也可以具體地加以呈現，因此未來如果有針對典籍的研究不妨以此類質性研究電腦軟體作為研究工具之一。

二、本研究是採立意抽樣，未來如時間允許，應將《清明集》作全面性的 coding，甚至也可對《刑案彙覽》作同樣的研究，以比對宋代與清朝的判決重心是否都在「無訟」，及其止訟之法是否相同。

三、本研究之所以不厭其煩地援引現代判案作為對比，其目的即在於筆者希望透過傳統中國法律行為的認識，也能增進對現代人的法律行為的了解。因此，未來，也許可以透過本論文的研究基礎，去觀察「無訟觀」對現代人的法律行為是否仍有影響，影響何在。

## 參 考 書 目

### 一、 中文部份

- 于希賢（1998），〈立足傳統文化、建設有靈魂個性的新鄉村〉《古村落：和諧的人聚空間》，上海：上海三聯書店。
- 千葉正士（1997），《法律多元--從日本法律文化邁向一般理論》，北京：中國政法大學。
- 不著撰人（1987），《中醫基礎理論突破》，台北：書銘出版事業有限公司。
- 公丕祥（2001），《東方法律文化的歷史邏輯》，北京：法律出版社。
- 王志強（2003），《法律多元視角下的清代國家法》，北京：北京大學出版社。
- 王雲海主編（1999），《宋代司法制度》，開封：河南大學出版社。
- 王曉波（1991），《先秦法家思想史論》，台北：聯經。
- 王澤鑑（1993），《民法實例研習--民法總則》，台北：三民書局。
- 白居易（1995），《白氏長慶集》，台北：藝文印書館。
- 戎子由、梁沛霖合編（1992）《李天命的思考藝術：思維方法與獨立思考》，台北：允晨文化。
- 朱介凡（1986）《中華諺語志》，台北：商務。
- 江 山（2000）《中國法理念》，濟南：山東人民出版社。
- 呂伯濤、孟向榮（1999），《中國古代告狀與判案》，台北：台灣商務。
- 宋代官箴研讀會編（2001），《宋代社會與法律--名公書判清明集討論》，台北：東大。
- 李天命（1993），《語理分析的思考方法》，台北：鵝湖月刊雜誌社。
- 李約瑟（1984），《中國之科學與文明節本》第三冊、第七冊、第十冊，台北：台灣商務印書館。
- 李貞德（2002），《公主之死--你所不知道的中國法律史》，台北：三民書局。
- 李楯編（1999），《法律社會學》，北京：中國政法大學出版社。
- 李慶軍（1991），《諺語分類詞典》，安徽：黃山書社。
- 汪世榮（1997），《中國古代判例研究》，北京，中國政法大學出版社。
- 邢 鐵（2005），《宋代家庭研究》，上海：上海人民出版社。
- 孟守介、欺萬紫、魯啓華、俞信寶、賴雲青（1991），《漢語諺語詞典》，北京：新華書店。
- 尙恒元、彭善俊（1986），《二十五史謠諺通檢》，山西：人民出版社。
- 林明德（1996），《文學典範的反思》，台北：大安出版社。
- 林啓屏（1999）《龍圖公案》之公道文化研究，暨南國際大學中國語文學系碩士論文
- 林 端（2003），《韋伯論中國傳統法律--韋伯比較社會學的批判》，台北：三民。
- 林 端（1994），《儒家倫理與法律文化—社會學觀點的探索》，台北：巨流。

- 林本炫（2003），〈質性研究方法與資料分析〉《質性研究方法與資料分析》，嘉義：南華大學教育社會學研究所。
- 武樹臣主編（1999），《中國傳統法律文化辭典》，北京：北京大學出版社。
- 邵 雍（1988）《皇極經世書》，台北：廣文書局。
- 邱澎生（2002），〈法律之治：明清訟師與幕友對法秩序的作用〉，北京：中國政法大學 50 周年校慶系列學術研討會。
- 邱聯恭（1993），《司法之現代化與程序法》，台北：國立台灣大學法學叢書。
- 金耀基（1982），《從傳統到現代》，台北：時報文化。
- 俞榮根（1991）《儒家法思想通論》，廣西：廣西人民出版社。
- 柳立言主編（2001）《宋元時代的法律思想和社會》，台北：國立編譯館。
- 胡幼慧主編（1999）《質性研究--理論、方法及本土女性研究實例》，台北：巨流。
- 孫慶明、胡留元、孫季平編著（1996），《中國民法史》，吉林，吉林人民出版社。
- 真西山等（1987），《名公書判清明集》，北京：中華書局。
- 馬小紅（1997），《中國古代社會的法律觀》，河南：大象出版社。
- 馬小紅（2004），《禮與法：法的歷史連接》，北京：北京大學出版社。
- 馬建中（1987），《中醫診斷學》，台北：國立編譯館出版。
- 高浣月（2000），《清代刑名幕有研究》，北京：中國政法大學出版社。
- 梁治平（1997），《尋求自然秩序中的和諧--中國傳統法律文化研究》，北京：中國政法大學出版社。
- 梁治平（1999），《清代習慣法：社會與國家》，北京：中國政法大學出版社。
- 許章潤（2003），《法律信仰：中國語境及其意義》，廣西：廣西師範大學出版社。
- 郭星華、陸益龍（2004），《法律與社會》，北京：中國人民大學出版社。
- 郭齊勇主編（2004），《儒家倫理爭鳴集--以「親親互隱」為中心》，湖北：湖北教育出版社。
- 陳弘毅（1998），《法治、啓蒙與現代法的精神》，北京：中國政法大學出版社。
- 陳慎慶（1999），【中國宗教、資本主義與現代文明：韋伯的貢獻與局限】，《社會學理論學報》2（2）：267-289。
- 陸嘯釗（1966），《冥判集》，台北：世界文物供應社。
- 滋賀秀三著（2003），《中國家族法原理》，北京：法律出版社
- 滋賀秀三等著（王亞新、梁治平譯）（1998），《明清時期的民事審判與民間契約》，北京：法律出版社。
- 費孝通（1993），《鄉土中國與鄉土重建》，台北：風雲時代出版公司。
- 費成康主編（1998），《中國的家法族規》，上海：上海社會科學院出版社。
- 馮夢龍（1991）《醒世恆言》，台北：桂冠。
- 馮夢龍編著（鄭蕙娟譯）（1991），《中國智謀寶庫》，台北：遠流。
- 黃麗莉（1999），《人際和諧與衝突--本土化的理論與研究》，台北：桂冠。
- 黃光國（1998）《中國人的權力遊戲》，台北：巨流。
- 黃帝內經素問靈樞

- 黃維三（1985），《針灸科學》，台北：國立編譯館出版。
- 愚庸笨（1999）《中國文字的創意與趣味》，台北：稻田出版公司。
- 楊雪峰（1981），《明代的審判制度》，台北：黎明。
- 楊適（1993），《人倫與自由--中西人論的衝突和前途》，台北：書林出版有限公司。
- 楊懋春（2001），《一個中國村庄：山東台頭》，江蘇：江蘇人民出版社。
- 萬楓江（1993）【幕學舉要】，《中國官場學》，台北：捷幼出版社。
- 鄒川雄（1998），《中國社會學理論：尺寸拿捏與陽奉違》，台北：洪葉文化。
- 鄒川雄（2000），《中國社會學實踐：陽奉違的中國人》，台北：洪葉文化。
- 雷家宏（1998），《中國古代鄉里生活》，台北，台灣商務。
- 廖鴻裕（1994）《海公案》研究，文化大學中國文學研究所碩士論文。
- 翟學偉（2001），《中國人行動的邏輯》，北京：社會科學文獻出版社。
- 翟學偉（2004），《中國社會中的日常權威--關係與權力的歷史社會學研究》，北京：社會科學文獻出版社。
- 劉沛林（1998），《古村落：和諧的人聚空間》，上海：上海三聯書店。
- 齊力（2001），【傳統中國人是集體主義？抑或是家族主義？】，《教育社會學通訊》第三十期，嘉義：南華大學。
- 龍天機（1987），《風生水起好運來》，台北：華視文化公司。
- 瞿同祖（1994），《中國法律與中國社會》，台北：里仁書局。
- 鄭芷人（1992），《陰陽五行及其體系》，台北：文津出版社。
- 蘇力（2001），《法治及其本土資源》，北京：中國政法大學出版社。
- 顧瑜君（1993），《中國人的世間遊戲--人情與世故》，台北：張老師出版社。

## 二、 中譯部份

- D•布迪 C•莫里斯（朱勇譯）（1998），《中華帝國的法律》，南京：江蘇人民出版社。
- Dennis Lloyd（張茂柏譯）（1992），《法律的理念》，台北：聯經。
- H. S. Maine（方孝嶽、鍾建閱譯）
- Munroe Smith（姚海鎮譯）（1987），《歐陸法律發達史》，台北：台灣商務。
- Pierre Bourdieu（包亞明譯）（1997），《文化資本與社會煉金術》，上海：上海人民出版社。
- 本迪克斯（Reinhard Bendix）（劉北成等譯）（1998），《韋伯學說與思想》，台北：桂冠。
- 伯爾曼（Harold J. Berman）（梁治平譯）（1991），《法律與宗教》，北京：三聯書店。
- 孟德斯鳩（Montesquieu）（張雁深譯）（1998），《論法的精神》，台北：台灣商務。
- 哈羅德·J·伯爾曼（Harold J. Berman）（1996），《法律與革命--西方法律傳統的

形成》，北京：中國大百科全書出版出版社。

韋伯（簡惠美譯）（1996），《中國的宗教：儒教與道教【修訂版】》，台北：遠流。

韋伯（簡惠美譯）（1998），《宗教與世界韋伯選集 II》，台北：遠流。

韋伯（于曉、陳維綱等譯）（1987），《新教倫理與資本主義精神》，北京：三聯書店。

唐·布萊克（Donald Black）（郭星華等譯）（2002），《社會學視野中的司學法》，北京：法律出版社。

高道蘊（Karen Turner）、高鴻鈞、賀衛方編（1996），《美國學者論中國法律傳統》，北京：中國政法大學出版社。

謝志耐（Jacques Gernet）（劉東譯）（1998），《蒙元入侵前夜的中國日常生活》，江蘇：江蘇人民出版社。

韓格理（Gary G. Hamilton）（張維安、陳介玄、翟本瑞譯）（1980），《中國社會與經濟》，台北：聯經。

附錄一：臺灣士林地方法院九十三年度士簡字第八四八號刑事簡易判決

臺灣士林地方法院刑事簡易判決 九十三年度士簡字第八四八號

聲 請 人 臺灣士林地方法院檢察署檢察官

被 告 李家玲

右列被告因違反野生動物保育法案件，經檢察官聲請以簡易判決處刑（九十三年度偵字第三九四五號），本院判決如左：

主 文

李家玲未經主管機關同意，購買保育類野生動物，處有期徒刑柒月。緩刑貳年。扣案之保育類野生動物台灣獼猴壹隻沒收。

事實及理由

一、本件犯罪事實及證據均引用檢察官聲請簡易判決處刑書之記載，並補充：扣案之台灣獼猴一隻，係被告犯野生動物保育法第四十條第一項第二款之罪而查獲之保育類野生動物，爰依野生動物保育法第五十二條第一項前段規定，沒收之。

二、依刑事訴訟法第四百四十九條第一項前段、第三項、第四百五十條第一項、第四百五十四條第二項，野生動物保育法第四十條第一項第二款、第五十二條第一項前段，刑法第十一條、第七十四條第一款，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 三 年 六 月 二 十 八 日

臺灣士林地方法院士林簡易庭  
法 官 蔡文育

如不服本判決，得於判決書送達之翌日起十日內，以書狀敘述理由，向本庭提出上訴。

右正本證明與原本無異。

書記官 馬正峰

中 華 民 國 九 十 三 年 七 月 六 日

附錄本案論罪科刑法條全文

野生動物保育法第三十五條第一項保育類野生動物、瀕臨絕種及珍貴稀有野生動物產製品，非經主管機關之同意，不得買賣或在公共場所陳列、展示。

野生動物保育法第四十條

有下列情形之一，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新台幣三十萬元以上一百五十萬以下罰金：

一、違反第二十四條第一項規定，未經中央主管機關同意，輸入或輸出保育類野生動物之活體或其產製品者。

二、違反第三十五條第一項規定，未經主管機關同意買賣或意圖販賣而陳列、展示保育類野生動物或瀕臨絕種及珍貴稀有野生動物產製品

者。以犯前項之罪為常業者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新台幣五十萬元以上二百五十萬元以下罰金。

**附錄二：臺灣士林地方法院九十三年度訴字第二七九號刑事判決**

臺灣士林地方法院刑事判決 九十三年度訴字第二七九號

公 訴 人 臺灣士林地方法院檢察署檢察官

被 告 黃世鈞

右列被告因違反野生動物保育法案件，經檢察官提起公訴（九十三年度偵字第三二〇三號），及由臺灣士林地方法院檢察署檢察官移送併辦（九十三年度偵字第三九四五號），本院判決如左：

主 文

黃世鈞連續違反野生動物保育法第三十五條第一項規定，未經主管機關同意買賣保育類野生動物，處有期徒刑捌月，緩刑參年。

扣案之保育類野生動物臺灣獼猴壹隻、蘇卡達象龜肆隻、豹紋龜貳隻均沒收。

事 實

一、黃世鈞基於買賣保育類野生動物之概括犯意，（一）先於九十二年四月間，在臺北市士林區德行東路一四三號其所經營「天景水族館」內，明知臺灣獼猴係經行政院農業委員會公告之保育類野生動物，竟未經主管機關臺北市政府之同意，向不詳姓名之單幫客買入臺灣獼猴一隻，再以新臺幣（下同）一萬五千元之價格，販賣予顧客李家玲，嗣於九十三年二月二十四日十四時三十分許，李家玲之父李其運攜帶該臺灣獼猴外出，在臺北市德行東路一九四號前，為行政院農業委員會人員查獲，並扣得上揭臺灣獼猴一隻。

（二）黃世鈞承前犯意又於臺北市士林區德行東路一九二之一號一樓（原起訴書誤繕為一九六之一號二樓，業經蒞庭檢察官當庭更正）其所經營「亞熱帶水族館」，明知蘇卡達象龜、豹紋龜均係經行政院農業委員會公告之保育類野生動物，竟未經主管機關臺北市政府之同意，擅自於九十三年二月二十日，以每隻三千元之價格，向姓名、年籍不詳、綽號「小陳」之成年男子購入蘇卡達象龜四隻、豹紋龜二隻，並於前揭店內公開展示，欲以每隻四千至四千五百元不等之價格出售，嗣於九十三年年二月二十四日十四時許，經警據報會同行政院農業委員會人員前往查緝，始悉上情，並當場扣得蘇卡達象龜四隻、豹紋龜二隻。

二、案經台北市政府警察局士林分局報請臺灣士林地方法院檢察署檢察官偵查起訴，及移送併辦。

理 由

一、前揭事實業經被告黃世鈞於警訊、偵審時均坦承不諱，核與同案被告李家玲及證人李其運證述之情節大致相符，並有行政院農業委員會野生動物保護小組聯合執行紀錄表二份、行政院農業委員會保育類野生動物公告一份及公告圖示二份、現場照片八幀在卷及扣得之蘇卡達象龜四隻、豹紋龜二隻與臺灣獼猴一隻可資佐證，本案事證明確，被告犯行堪以認定，應依法論科。



二、查保育類野生動物、瀕臨絕種及珍貴稀有野生動物產製品，非經主管機關之同意，不得買賣或在公共場所陳列、展示，為野生動物保育法第三十五條第一項所明定。被告黃世鈞違反野生動物保育法第三十五條第一項規定，未經主管機關同意買賣保育類野生動物，應依同法第四十條第一項第二款加以處罰，又其先後二次買賣犯行，所犯罪名相同，時間雖相隔十個月，然據被告供稱若有跑單幫者來推銷野生動物，他就買來轉賣等語，顯係出於概括之犯意為之，為連續犯，爰依刑法第五十六條之規定以一罪論，並加重其刑；又併案部分與本案有連續犯裁判上一罪關係，本院自得併加以審理，並此敘明。審酌被告犯罪之動機、目的、手段，犯罪時所受之刺激及其品性、生活狀況、智識程度、犯罪所生之損害，及犯罪後坦承犯行深表悔悟等一切情狀，爰酌情量處如主文所示之刑。次查被告前未曾受有期徒刑以上刑之宣告，有台灣高等法院被告全國前案紀錄表一紙在卷足憑，其因一時失慮，偶罹刑典，事後已坦承犯行，深具悔意，經此刑之宣告後，應知警惕而無再犯之虞，本院因認暫不執行其刑為當，予以宣告緩刑三年，用啟自新。末查扣案保育類野生動物臺灣獼猴壹隻、蘇卡達象龜肆隻、豹紋龜貳隻，併依野生動物保育法第五十二條第一項前段之規定宣告沒收。

據上論斷，應依刑事訴訟法第二百七十三條之一第一項、第二百九十九條第一項前段、野生動物保育法第三十五條第一項、第四十條第一項第二款、第五十二條第一項前段，刑法第十一條、第五十六條、第七十四條第一款，判決如主文。

本案經檢察官林聰良到庭執行職務。

中 華 民 國 九 十 三 年 六 月 十 五 日  
臺灣士林地方法院刑事第一庭  
法 官 張 國 棟

右正本證明與原本無異。

如不服本判決，應於判決送達後十日內，向本院提出上訴狀。

書記官 何 子 傑

中 華 民 國 九 十 三 年 六 月 十 五 日

附錄本案論罪科刑法條全文：

野生動物保育法第四十條有下列情形之一，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新台幣三十萬元以上一百五十萬以下罰金：

一、違反第二十四條第一項規定，未經中央主管機關同意，輸入或輸出保育類野生動物之活體或其產製品者。二、違反第三十五條第一項規定，未經主管機關同意買賣或意圖販賣而陳列、展示保育類野生動物或瀕臨絕種及珍貴稀有野生動物產製品者。

以犯前項之罪為常業者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新台幣五十萬元以上二百五十萬元以下罰金。

### 附錄三：《清明集》【雙立母命之子與同宗之子】案書判全文

#### 通城宰書擬

照得天地設位，聖人則之，制禮立法，婦人從夫，亦猶臣之事君也。貞女不從二夫，忠臣不事二君，信天地之宏義，人倫之大節也。是以共姜作栢舟之誓，李氏作斷臂之操，有光於國風，稱美於前史，豈徒曰一節之善而已哉！烈烈阿毛，其殆庶幾乎！黃廷吉親兄弟四人，上有兩兄，廷珍，次廷新，一弟廷壽。廷吉娶毛氏，端平元年五月，廷吉短命身死，兒女咸無。毛氏之年，僅二十有三爾，且無一子可終身之託，祇有二女，又皆不育。慨然以不嫁自誓，此誠人所難也。壯而守節，猶可敬也，況少而守節乎？有子而守節，猶可敬也，況無子而守節乎？若謂其戀黃氏之家業，則七千之稅，初不為富，天下豈無過此者乎？原其立黃臻後，誠有非得已者。是時廷新雖娶，尙未有嗣，廷壽病風心，未娶。廷珍雖有三子，與廷吉年齒相若，加以廷吉在時，與廷珍素來不諧，兄弟削跡，不相往來。廷吉身死之時，廷珍父子袖手旁觀，無一人前來弔慰。兼其子之不肖，故阿毛於當年十一月內，問其表姑廖氏家乞次子法郎，立為廷吉後，名曰黃臻，但黃臻之立，揆之公議，誠未明白。今謂其夫生前收養，不過欲以此蓋其異姓之名耳。一無除附之據可憑，二無宗族之主可證，徒以廷吉既死之後，所造之墓碑經簿，毛景山、黃仲元有詞之後，所給之縣據，欲以為照，又何足以取信乎？切聞古人言曰：神不歆非類，民不祀非族。是以鄆子取莒公子為後，春秋書之曰：莒人滅鄆。鄆非莒人滅之也，立他種以為後，陽若有繼，而陰實滅也。然則黃臻之立，謂之毛人滅黃，不亦可乎？以祖宗積累之難，而外姓得以坐占，黃廷珍如之何而不訟乎？但夫亡妻在，從其妻，法有明條。黃臻已立十有八，子母相安，終始無間，幹當門戶，祇奉差役，增置田額，並無一毫顯過。其次伯廷新、廷壽連年延師訓，主盟對，初未嘗有異說。近因廷新、廷壽相繼之亡，阿毛、黃臻遂失所。廷珍之子黃漢龍乃起吞謀之心，鬥合廷珍，興訟不已。其意只欲逐黃臻而自立耳。故前詞自州而縣，自縣而州，盡非廷珍正身，皆漢龍為之。廷新、廷壽各皆有子，何緣存日全無一詞。二人亡而訟興，亦可以見黃漢龍有所覬覦於其間。被提舉使臺洞照肺肝，不墮其計，押阿毛、臻下縣，仰於黃廷新、廷壽子姪八人，當廳聽阿毛自行選之。令外將阿毛見存產業，標撥作兩分，經官印押，付黃臻及新立之子各人收執，仍聽阿毛掌管。本縣除已遵稟，收管阿毛、黃臻，喚到黃廷壽兩位子姪八人，當縣已據阿毛選立黃廷新次子禹龍，並立為子。及責毛氏領狀附縣外，所據分撥一節，尋索到毛夫黃廷吉受分關書，並典買人戶產業干照備引差鄆節監宅牙董丁傑下保，呼集黃氏族長，將黃廷吉分產，從公作兩分均分。

#### 倉司擬筆

諸無子孫，聽養同宗昭穆相當為子孫，此法也。諸以子孫與人，若遺棄，雖異姓三歲以下收養，即從其姓，聽收養之家申官附籍，依親子孫法，亦法也，既

曰無子孫者，養同宗爲子孫，是非同宗不當立矣。而又一條曰雖異姓，聽收養，依親子法者，何也？國家不重於絕人之義也。如必曰養同宗，而不開立異姓之門，則同宗或無子孫少立，或雖有而不堪承嗣，或堪承嗣，而養子之家與所生父母不咸，非彼不願，則此不欲，雖強之，無恩義，則爲之奈何？是以又開此門，許立異姓耳。如黃廷吉、毛氏之所立黃臻是也。黃廷吉兄弟四人，當其初立嗣之時，其二人則未有子，廷珍一人有子，其年皆與黃廷吉相若，不得而立。在法：無子孫，養同宗照穆相當者，其生前所養，須小於所養父之年齒，此隆興勅也。勅令所看詳，則爲母所養者，年齒亦合小於所養之母。則毛氏不養廷珍之子，正合上條，無可議者。又法：其欲繼絕，而得絕家親尊長命繼者，聽之。夫亡妻在，從其妻。勅令所看詳云：如生前未嘗養子，夫妻俱亡，而近親與之立議者，即名繼絕。若夫妻雖亡，祖父母、父母見在而養孫，或夫亡妻在而養子，各不入繼絕之色。詳法意，謂夫妻俱亡，由祖父母、父母立孫，無祖父母、父母，由近親尊長命斷。若夫亡妻在，自從其妻，雖祖父母、父母亦焉得而遣之，而況於近親尊長，如叔伯兄者乎？所以如此者無他，在法：諸分財產，兄弟亡者，子承父分，寡妻守志而無男者，承夫分。妻得承夫分財產，妻之財產也。立子而付之財產，妻宜得而與，豈近親他人所得而可否之乎？只以此論，黃臻爲廷吉之子，既合於三歲以下異姓聽收養之法，又合夫亡妻在之法，止立黃臻，不立禹龍，可也。前提舉但以黃廷吉有家產，利所在，小人所必爭。是以又於黃子孫之中，亦立一子，以塞諸黃之意，而息其訟。毛氏亦已尊從上司所行，立廷新之子一人，與臻爲二。廷新之妻徐氏不念其夫存之日，未嘗不扶持黃臻，而延師訓誨之，卻聽黃廷珍，黃仲舉之徒所啜誘，謬爲他詞，脫賺其子禹龍，使歸其家，而誣毛氏母子之趕逐。及至到官，卒無毛氏趕逐之可言，而止稱爲黃臻之所打罵。今證其所打罵者，純姓黃之一黨，今證其未嘗打罵者，皆無干礙之外人，雖徐氏所遣取禹龍之人，亦證其無打罵之事。徐氏愚婦人，不能計利害如此，而當官之言詞，看定官嘗舉其一二，其受廷珍之嗾，真情已發露矣。人生不幸而無子，而立他人之子以爲後，豈有得已哉！當其未立之前，欲立之間，必嘗反覆思惟，物色籌度其克負荷者而立之，一日日，宗族兄弟當念死者之不得已，相與扶持，使至於成立可也。乃反群起而攻之，攻已非也。上司又使之兩立，以息其訟，可以已矣，而猶不已。彼豈真慮黃廷吉之無後哉，直欲攘其平日所垂涎之業，快其兄弟間平日不睦之忿，使緣訟破家而後已。黃廷珍、黃仲舉者，何不仁之至此哉！如毛氏之事，又有可得而言者，足不踐二庭，婦節之大者也。黃廷吉婚娶未久而亡，計其妻毛氏其齒方韶，守義不嫁，爲其夫養子，正使如訴者之言，黃臻之立廷吉已死之後，亦可嘉尚。看定官謂其有共姜之節，聞者皆當爲之起敬，雖盜賊猶當相戒，不入其門，而黃廷珍、黃漢龍、黃仲舉等，乃攻不已，至加悖慢。然毛氏在官供責終無過甚之辭。拖考案卷，猶使人加歎，義夫節婦，朝廷所重，今若聽信黃仲舉等無根之詞，而使毛氏母子被無已之擾，豈不傷守義者之心，而濟不仁者之惡哉！稽之條令既如彼，參之情理又如此，欲牒鄂州，具照已行，並立黃臻、黃禹龍二人，將關

書二本，當官抽拈為定，仍依舊付毛氏掌管。但禹龍已為毛氏之子，而乃居徐氏家，於理未安，仰目下回黃氏家，同黃臻待養毛氏。如徐氏再聽人教唆搔擾，止立黃臻一人，將黃禹龍遣歸本家，將所得之分，併付黃臻掌管。黃廷珍合科不應為罪，既係廷吉之兄，黃臻之伯，且免一人。黃漢龍係悖慢叔母毛氏之人。押迫照原封案，從杖一百斷，黃仲舉自是世名位下，又非廷珍等比，騙挾貪圖毛氏物業，其心可誅，又敢於鄂州已申之後，再經本司，顯見健訟，勘杖八十。取台旨。

### 提舉判

所擬已當。再詳案牘，見黃臻之立，乃次伯黃廷新存日主盟，延師教養，與之擇姻，可見立繼分明。廷新死後，漢龍、仲舉意在貪圖，必欲逐去黃臻，以快其私計，不知漢龍等知有夫亡妻在從其妻，及許立異姓之條否？廷新始立黃臻之意，蓋欲安毛氏栢舟之志，徐氏乃廷新妻，豈不知之，況並立之子，即廷新之子，徐氏不當背其夫，而與族中姦貪者為黨，使之強詞不已。又緣章提舉有並立之判，遂生此曹倖心。照所擬牒州施行。如再詞，將黃禹龍遣逐，止留黃臻，以奉廷吉祭祀，以償毛氏二十年堅節之心，以伐族屬狗利忘義之謀，仍給據，付黃臻。引上兩詞人黃臻、黃仲舉，當廳讀示，先將黃仲舉勘杖八十，斷訖，並入匣，帖通城縣追黃漢龍赴司，拆案勘斷。

附錄四：名公書判清明集門、類編號表

門別	編號	類別	編號	篇數
官吏門	A	申徹	A01	3
		申牒	A02	3
		獎拂	A03	3
		徹飭	A04	23
		禁戢	A05	6
		澄汰	A06	5
		周給	A07	1
		頂冒	A08	2
		鬻爵	A09	2
		借補	A10	1
		權攝	A11	2
		受贓	A12	3
		對移	A13	7
		昭雪	A14	1
		舉留生祠立碑	A15	2
小計	15 類	61		
賦役門	B	財賦	B01	1
		稅賦	B02	1
		催科	B03	7
		受納	B04	2
		綱運	B05	1
		差役	B06	5
		限田	B07	11
		小計	7 類	28
文事門	C	學校	C01	3
		書院	C02	1
		祠堂	C03	2
		科舉	C04	2
		小計	4 類	8

附錄四：名公書判清明集門、類編號表（續）

戶婚門	D	爭業	D01	29+17=46
		贖屋	D02	2
		抵當	D03	3
		爭田業	D04	11
		爭屋業	D05	3
		賃屋	D06	2+1
		爭山	D07	1
		爭界至	D08	2
		立繼	D09	15+17=32
		歸宗	D10	2+3=5
		檢校	D11	1+3=4
		孤幼	D12	3+4=7
		孤寡	D13	2
		女受分	D14	2
		遺腹	D15	2
		義子	D16	1+1
		戶絕	D17	1
		分析	D18	2
		女承分	D19	1
		遺囑	D20	3
		別宅子	D21	1
		違法交易	D22	12
		取贖	D23	11
		墳墓	D24	6
		墓木	D25	4
		庫本錢	D26	3
		爭財	D27	2
		婚嫁	D28	9
		離婚	D29	2
		接腳夫	D30	1
		雇賃	D31	2
小計	31 類	187		

附錄四：名公書判清明集門、類編號表（續）

人倫門	E	父子	E01	2
		母子	E02	7
		兄弟	E03	11
		夫婦	E04	6
		孝	E05	3
		不孝	E06	3
		亂倫	E07	4
		叔姪	E08	2
		宗族	E09	3
		鄉里	E10	2
		小計	10 類	43
人品門	F	宗室	F01	2
		士人	F02	4
		僧道	F03	4
		牙儈	F04	1
		公吏	F05	16
		軍兵	F06	4
		廂巡	F07	2
		小計	7 類	33

附錄四：名公書判清明集門、類編號表（續）

懲惡門	G	姦穢	G01	10
		誘略	G02	1
		豪橫	G03	14
		把持	G04	9
		誣徒	G05	3
		告訐	G06	9
		妄訴	G07	11
		拒追	G08	1
		誣賴	G09	5
		姦惡	G10	6
		假偽	G11	1
		鬥毆	G12	2
		賭博	G13	3
		宰牛	G14	3
		妖教	G15	2
		淫祠	G16	4
		淫祀	G17	2
		誑惑	G18	3
		巫覡	G19	2
		販生口	G20	1
		匿名書	G21	1
		競渡	G22	1
		霸渡	G23	7
小計	23 類	94		
合	計	97 類	457	



## 附錄五：WinMax 對《清明集》概念 coding 舉例

TEXT: d02 贖屋.d0202 執同分贖屋地.txt (8/12)

CODE: 人情 (G:100)

但據永成訴，汝良所賣與陳自牧屋一間，係與其所居一間連桁共柱，若被自牧毀拆，則所居之屋不能自立，無以庇風雨，此人情也。又據永成訴，汝良將大堰栗地一段、黃土坑山一片，又童公溝水田一畝、梅家園栗地一段，典賣與陳潛，內大堰栗地有祖墳一所，他地他田，不許其贖可也，有祖墳之地，其不肖者賣之，稍有人心者贖而歸之，此意亦美，其可使之不贖乎？此人情也。

TEXT: d22 違法交易.d2209 鼓誘寡婦盜賣夫家業.txt (8/10)

CODE: 引用法條 (G:100)

誘阿馮立契，盜賣徐二家業。 在法：諸財產無承分人，願遺囑與內外總麻以上親者，聽自陳，官給公憑。 又法：諸寡婦無子孫，擅典賣田宅者杖一百，業還主，錢主、牙保知情與同罪。

TEXT: d23 取贖.d2302 有親有鄰在三年內者方可執 (4/8)

CODE: 止訟之法（社會關係的恢復）.引法折之 (G:100)

又令：諸典賣田宅滿三年，而訴以應問鄰而不問者，不得受理。 王才庫所受分陸地，使其果與王子通同關，亦必須與之有鄰，而無其他間隔，及在三年之內，始可引用親鄰之法。 如有親而無鄰，及有親有鄰而在三年之外，皆不可以執贖。今但以同關，便欲聽其執贖，在法卻無此說，合索干照參對施行。

TEXT: d06 賃屋.d0603 賃人屋而自起造 胡石壁.t (9/9)

CODE: 止訟之法（社會關係的恢復）.由鄰里勸和 (G:100)

兩家既是親戚，豈宜為小失大，押下本廂，喚鄰里從公勸和，務要兩平，不得偏黨。

TEXT: d01 爭業.d0140 物業垂盡賣人故作交加.txt (2/6)

CODE: 止訟之法（社會關係的恢復）.詳查其情 (G:100)

竊見退敗人家，物業垂盡，每於交易立契之時，多用姦設，規圖昏賴，雖係至親，不暇顧恤。或濃淡其墨跡，或異同其筆畫，或隱匿其產數，或變易其土名，

或漏落差舛其步畝四至，凡此等類，未易殫述。其得業之人，或亦相信大過，失於點檢。及至興訟，一時官司又但知有憐貧扶弱之說，不復契勘其真非真是，致定奪不當，詞訴不絕，公私被擾，利害非輕。

TEXT: d09 立繼.d0901 後難以搖動.txt (28/30)

CODE: 止訟之法（社會關係的恢復）.調解、各讓一步 (G:100)

今當廳勸諭邢柁，盡釋宿憾，當撫其姪如子，戒飭邢堅，悉改前非，當敬事其叔如父。

TEXT: d25 墓木.d2502 爭墓木致死.txt (17/22)

CODE: 止訟之法（社會關係的恢復）.懲治 (G:100)

照得余再六所犯在減降赦前，其弟余再三已斃于獄，其父余細三十已作余超名，前經刑部特與貸命，決脊杖二十，刺配二千里軍州牢城。胡再五、周先憑恃威勢，號召諸佃，決脊杖十三，編管一千里，方辛四、梁興二皆佐助胡小七為惡之人，勘杖一百，編管鄰州。縣吏周元、州吏徐必選、周思民免追，杖一百，罷逐，並牒州照斷。

TEXT: e03 兄弟.e0301 兄弟之爭.txt (7/9)

CODE: 止訟之法（社會關係的恢復）.勸諭 (G:100)

黃居易當思同氣連枝之義，絕彼疆此界之心，周卹其二弟，使兄弟和氣復合，不然，則父母在，無私財，索契送獄，自有條法在，毋貽律悔。

TEXT: d09 立繼.d0908 同宗爭立.txt (21/22)

CODE: 和諧、息訟、無訟 (G:100)

第獨以志道為嗣，鶴翁垂涎物業之久，已為几上肉，囊中物矣，決不能已於詞。不若僉廳兩立之說，以止終訟。

TEXT: a11 權攝.a1101 貪酷.txt (2/6)

CODE: 官吏為惡之情 (G:100)

黃權簿以本州人攝本州官，狠愎暴戾，霸一縣之權，知縣為之束手。積姦稔惡，百姓恨之切骨，甚至檢驗受賂，恣為姦利。本司追請之日，百姓千百為群，爭以瓦礫糞壤拋擲唾罵，縣官以本州之故，護出數十里之外，方始獲免，州之僉幕獨不聞之乎？當職行部以來，訴之者不知其幾狀，計贓不知幾千百。

TEXT: d01 爭業.d0122 妄訴田業 胡石壁.txt (6/8)

CODE: 唆訟(健訟、妄訟、把持) (G:100)

今劉緯自是姓劉，乃出而為龔家論訴田地，可謂事不干己。想其平日在鄉，專以健訟為能事。今事在赦前，固難追斷，然若不少加懲治，將無以為姦狡者之戒。從輕決竹篋十下。

TEXT: d25 墓木.d2503 庵僧盜賣墳木.txt (2/4)

CODE: 教化文章.引經典、詩義、寓言 (G:100)

許孜，古之賢士也，植松於墓之側，有鹿犯其松栽，孜泣，歎曰：鹿獨不念我乎！明日，其鹿死於松下，若有殺而致之者。獸犯不韙，幽而鬼神，猶將聲其冤而誅殛之；矧靈而為人者，豈三尺所能容哉！師彬背本忘義，曾禽獸之不若。

TEXT: d01 爭業.d0122 妄訴田業 胡石壁.txt (2/6)

CODE: 教化文章.教化之詞 (G:100)

詞訟之興，初非美事，荒廢本業，破壞家財，胥吏誅求，卒徒斥辱，道塗奔走，犴獄拘囚。與宗族訟，則傷宗族之恩；與鄉黨訟，則損鄉黨之誼。幸而獲勝，所損已多；不幸而輸，雖悔何及。故必須果抱冤抑，或貧而為富所兼，或弱而為強所害，或愚而為智所敗，橫逆之來，逼人已甚，不容不一鳴其不平，如此而律與之為訟，則曲不在我矣。

TEXT: d13 孤寡.d1302 宗族欺孤占產.txt (4/7)

CODE: 教化文章.譴責之詞(寓教化於譴責之中) (G:100)

近來詞訴乃大不然，死者之肉未寒，為兄弟、為女婿、為親戚者，其於喪葬之事，一不暇問，但知欺陵孤寡，或偷搬其財物，或收藏其契書，或盜賣其田地，或強割其禾稻，或以無分為有分，或以有子為無子，貪圖繼立，為利忘義，全無人心，此風最為薄惡。非特小人，如梁萬三、阿曹等之訟而已。

TEXT: d09 立繼.d0914 立繼有據不為戶絕司法擬.t (36/40)

CODE: 整體性.紛爭解決一次性 (G:100)

吳氏之家，若給以聘物，必為烏有，又失倉臺恤孤之意。欲責吳登母子迎取其歸，曲盡姑姪之禮，日下求偶，毋致遷延，再惹詞訴。胡闔等不得見利忘義，違法干預，搖五寸筆撓官府，以成終凶之訟。至若二十七娘或稱已嫁許氏，或稱賣為義女，有詞以來，不曾根對，又無婚書可憑，欲與移文通城縣取，會卻作施行。

TEXT: d02 贖屋.d0202 執同分贖屋地.txt (14/19)

CODE: 整體性·情理法兼顧 (G:100)

今汝良供吐，既稱當來交易，永成委不曾著看押批退，則共柱之屋，與其使外人毀拆，有墳之地，與其使他人作踐，豈若仍歸之有分兄弟乎！今管司從公區處，欲牒喚上毛汝良、陳自牧、陳潛，將屋二間及大堰有祖墳栗地一畝，照原價仍兌還毛永成爲業，其餘黃土坑山、童公溝田、梅家園栗地，並聽陳潛等照契管業，庶幾法意人情，兩不相礙。陳自牧、陳潛既爲士人，亦須諳曉道理，若能捨此些小屋地，非特義舉，亦免爭訴追呼之擾，所失少而所得多矣。

## 附錄六：與爭訟有關的俗諺

### 壹、與無訟有關的俗諺

- 一、無訟內在原因一：家醜不外揚  
家醜不可外揚。  
家不和時被人欺。  
家和萬事成。  
家弗和，防鄰欺；鄰不和，防外欺。

- 二、無訟內在原因二：吃虧就是佔便宜  
得理讓三分。  
忍事者安然。  
忍字家中寶。  
忍事敵災星。  
忍辱至三公。  
便宜不可占盡。  
得便宜處失便宜。  
讓人三分不為輸。  
學吃虧，多忍辱。  
吃虧的是乖，占便宜的是呆。  
忍為貴，和為高，一進衙門就糟糕。  
吃一分虧無量福，失便宜處是便宜。

鷸蚌相爭，漁翁得利。  
讓禮一寸，得禮一尺。  
忍之一字，眾妙之門。  
二虎相爭，必有一傷。  
和氣致祥，乖氣致戾。  
能忍能讓，衙門弗上  
知足心常樂，能忍身自安。  
饒人不是痴，過後討便宜。  
忍得一時忿，終身無煩惱。

### 三、有關告戒人們勿爭訟的俗諺：

見官三分災。  
告官如打火。  
石獅亦驚人告。  
氣煞不要打官司。  
氣死農弗打官司。  
身不入官到處安。  
寧見閻王怕見官。  
一輩子不見官，便是活神仙

生怕訟，死怕塚。  
官司好打，狗屎好吃。  
告狀告狀，吃虧上當。  
夜飯少吃，贏官司少打。  
居家戒爭訟，訟則終凶。  
餓死莫做賊，氣死莫告狀。  
餓死不上當，氣死不告狀。

### 四、有關告狀所採謹慎態度的俗諺：

告官，打虎，先辭祖宗。  
通家告狀，一走三望；笨家告狀，一步踏上。



十、告官的缺點五：失去主動性（無訟的外在原因五）

告官由官。

一字入公門，九牛拖不出

**貳、有關宗族調解的俗諺**

一、宗族調解一：官斷不如鄉斷

官斷不如鄉斷。

官斷不如民願。

官罷私不休。

清官難斷家務事。

賢人自斷，愚人公斷。

官斷不能息，人願自能息。

二、宗族調解二：和事佬的面子

宰相回拜四親

不看僧面看佛面

官大一品，不壓鄉黨

人情留一線，日後好相見

打架望人拖，官司望人和。

三、宗族調解三：和息原則

和事不表理。

面和心不和。

公說公有理，婆說婆有理。

**參、有關官府訴訟實務的俗諺**

一、判官邏輯一：好人不見官

好人不見官。

一個巴掌拍不響。

癡人好訟，揆之以理。

有理沒理，四十大板。

兩讓爭不起，兩鬥訟不息。

## 二、判官邏輯二：人情為斷案依據

人情大逾王法

人情大似聖旨。

人情大於法度。

大清國，三宗寶：人情，勢力，腦袋好。

人情安天下

王道本乎人情

火到豬頭爛，情到公事辦。

## 三、判官邏輯三：

松江太守明日來。

## 四、官府腐敗

衙門深似海，弊病大如天。

做官做府的人，吃人不吐骨頭。

大堂一塊青路板，不知冤枉多少人。

## 五、官府腐敗的原因之一：有錢辦生，無錢辦死

錢能通神。

官不打送禮的。

官的後門開著哩。

錢無耳，可使鬼。

有錢能使鬼推磨。

衙門日日開，無錢莫進來。

衙門八字開，有理無錢莫進來。

吃人家的嘴軟，拿人家的手短。

官司不論大和小，只要洋錢鈔票多。

衙門口，向南開，求方便事拿錢來。

你有理也不成，不如挑起擔擔兒走後門。

十個衙門十個賊。

有錢辦生，無錢辦死。

錢到公事辦，火到豬頭爛。

有錢就有理，沒錢押監裡。

天大的官司，地大的銀子。

## 六、官府腐敗的原因之一：千里為官總為財

千里為官要為財。

紗帽底下無窮漢。

官員見錢，如蠅見血。

無官不貪，無商不奸。

判官要金，小鬼要銀。

縣令，縣令，聽錢調用。

一任清知府，十萬雪花銀。

大官不要錢，不如早歸田；小官不索錢，兒女無姻緣。



七、貪官下場：人民的阿 Q 想法

一代官，九代牛。  
一世爲官百世冤。  
一代賊官七代娼  
一代作官，十代拔栓。  
做官無清廉，罔孫衰萬代。  
一世官，九世牛，三世寡婦。  
一代做官三代折，三代做官必然絕  
一世爲官坑庶黎，九世叫化不如人。

一代做官，三代主絕。  
一代做官，三代打捐。  
九牛，六娼，三寡婦。  
作一輩官，叫三輩街。

八、清官的清貧：清官留下一隻靴

清官留下一隻靴。  
做官若清廉，食飯著攪鹽。

九、官與吏的關係之一：官清書吏瘦

官清衙門瘦。  
清官，書吏瘦；仙靈，廟祝肥。

十、官與吏的關係之二：官去吏在

鐵打衙門流水官。  
換官不換吏。  
只有千年的衙門，沒有千年的官。

十一、吏弊

官善衙門惡。  
吏不舉，官不知。  
官嘴不歪衙嘴歪。  
老爺不威衙役威。  
官不威，爪牙威。  
大老爺好見，衙役難纏。  
清官難逃惡吏手，衙門少有念佛人  
自古官廉吏不廉，打也要錢，也要錢。

腳踏馬屎藉官勢。  
有一吏，必有一弊。  
吏到門口，雞飛狗走。  
公人見票，牲口見料。  
官府坐堂，差役幫忙。