

讼师在明清时期的评价及解析

李 栋*

内容提要 作为精通法律与狱讼,为当事人提供法律服务的职业群体,讼师在中国古代尤其是明清时期人们对其态度判若云泥。以官府为代表的“官方表达”将其描述为教人挑词架讼,坏人心术的“讼棍”;而以民众为代表的“民间实践”却将其奉为仗义而行,维系社会正义的“貔貅”。造成这种反差的原因不仅反映了明清时期司法制度设计上所存在的问题,而且暗含了官府“息讼”话语与民间“健讼”事实之间的紧张关系。更为重要的是,这种反差向我们揭示了中国古代王权主义秩序情节下对于社会和谐追求的困境与问题。

关键词 息讼 健讼 王权主义 社会和谐

一、问题的提出

所谓讼师,是指古时精通法律、狱讼,替人写诉状及指点如何告状、陈词的专门职业人员。作为一个职业群体,讼师自唐宋后逐渐兴起,^①并在明清时期成为一种相对固定的法律职业。^②历史“犹如一面魔镜,我们看到其中所映射出的不仅有我们自己的生活,还有所有前人的生活”^③,从中我们不仅能够映照出过去,而且也能寻找到其中的变化。中国法律文化不仅是一个由诸多司法实践活动和关于如何确保规范秩序的儒家经义阐释构成的体系,还是一个由符号、语词和广泛达成共识的态度所构成的体系,进而又导致形成了一套普遍的法律假定和法律信仰,这其中充溢着令人痴迷的符号和文化意蕴。法律文化的分析不能大而化之,笼统进行,它需要分析的视角和切入的角度,而讼师的研究无疑非常适合于中国传统法律文化的揭示。因此,学界对于讼师的研究可谓汗牛充栋。^④从这些对讼师的研究中,我们不难发现一个非常有趣的现象,即在中国古代法律生活中扮演重要角色的讼师,人们对其的评价判若云泥。

一方面,“在传统的社会里,讼师素来受人轻贱,他们的形象,是贪婪、冷酷、狡黠、奸诈的,最善于播弄是非、颠倒黑白、捏词辩饰、渔人之利。”^⑤他们常被人视为“挑拨是非、离间乡里”、“唯利是图、通吃两造”以及“坏人心术、投机欺诈”的“奸邪之人”。明清时期无论官方的榜文、告示,还是民间的族谱、家训、小说都对讼师的负面形象有所描写。例如,明清小说《唆讼赋》中写道:

* 中南财经政法大学法学院副教授,法学博士。本文是教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目《中华法制文明的传承与创新》(项目批准号 10JZD0028)研究成果。本研究受中央高校基本科研业务费专项资金资助 [2012031]。

① 有关讼师在中国古代为何兴起于宋,两宋时期讼师的称谓、组成、分布与活动,详见陈景良《讼学、讼师与士大夫——宋代司法传统的转型及其意义》,载《河南政法管理干部学院学报》2002年第1期。

② 由于明清时期讼师无论从人数上、分布上,还是从活动上、职业性上都较两宋时期显得更为突出和典型,因此,本文从时间上主要以明清时期的讼师为材料选择和论述的重点。

③ [美] 霍姆斯《法律的生命在于经验——霍姆斯法学文集》,明辉译,清华大学出版社2007年版,第186页。

④ [美] 麦柯丽《社会权力与法律文化:中华帝国晚期的讼师》,明辉译,北京大学出版社2012年版; [日] 夫马进《明清时代的讼师与诉讼制度》,载 [日] 滋贺秀三等《明清时代的民事审判与民事审判》,王亚新等译,法律出版社1998年版; 党江舟《中国讼师文化——古代律师现象解读》,北京大学出版社2005年版; 龚汝富《明清讼学研究》,商务印书馆2008年版; 袁瑜璋《讼师文化解读:一种法律工具主义的样本》,中国法制出版社2011年版; 等等。

⑤ 梁治平《法意与人情》,中国法制出版社2004年版,第271页。

“世道衰而争端起，刁风盛而讼师出。横虎狼之心悬沟壑之欲。最怕太平，惟喜多事。靠利口为活计，不因而农；倚刀笔作生涯，无本而殖。媒孽祸端，妄相告汗；联聚朋党，互计舞文。阅婚姻，一交构遂违秦晋之好；公平田地，才调弄便兴鼠雀之词。搬斗两下相争，捏证打伤人命，离间同胞失好，虚装罢占家私。写呈讲价，做状索钱，碎纸稿以灭其踪，洗牌字而误其迹。价高者，推敲百般，惟求耸动乎官府；价轻者，一味平淡，那管埋没了事情。颠倒是非，飞片纸能丧数人之命；变乱黑白，造一言可破千金之家。”^⑥甚至在一些民间的劝俗善书中，常常把讼师恶报当成警示世人的一面镜子。《刁讼鉴》中说道：“古有习举业未成，由刀笔出身得高位而享厚禄者。独讼师一流，自古至今，未闻有己身发达、子孙昌盛之人。此何以故？盖讼者，凶事也，熟习此道，则变诈百出，翻乱是非，使无辜者受冤，有罪者漏网，官长受其欺瞒，黎庶遭其陷害，种种弊端，难以枚举。”^⑦讼师恶名恶迹，也被民间撰写成书，广为告诫，如晚清谢方樽、诸福宝、杨瑟严、冯执中等四大恶讼师，心思狡诈，手段阴险毒辣，诡辩巧言，诱导诈讼，神鬼莫测，但最终都沦落到悲惨的结局。谢方樽“诡智狡谋讼棍魁首，望穿黑水落没凄凄”；诸福宝“鬼神索魂魄活人切齿，天怒人怨清河殒身”；杨瑟严“独子被割不啻亲戕，幸未赤族自省空门”；冯执中“恶贯满盈天良丧尽，杖毙公堂凄悲谢幕”，无一善终，果报之速也，衬托险诈之徒足以引起人神共愤。^⑧

尽管上述的负面评价的确有以偏概全之嫌，但是，不容否认的是，在整个明清时期，讼师的地位逐渐有非法化、边缘化的趋势，其在官方和大部分老百姓眼中已经被贴上了“恶”的标签，不配再以“师”为名，仅以“讼棍”称呼之。对此，学者孙家红指出“讼师以及讼师活动可谓应时而生，并满足了部分需要，收到一定的积极效果。这部分讼师参与的诉讼行为可以概括为‘良讼’。相反，‘拨弄乡愚，恐吓良善，从而取财’之辈，虽也参与到诉讼中，由于其目的不够正当，手段不够合法，乃至十分邪恶，是为‘恶讼’，不配以‘师’为名，仅可以‘讼棍’称呼之。这种称呼的差别，深刻反映了民众对讼师参与诉讼行为的是非良窳，成破利害，心中自有判断。”^⑨

另一方面，作为中国传统诉讼制度环境下必然出现的群体，讼师在满足民众“兴讼之求”、提高民众法律素养、道德修为，防止司法擅权以及维护公平正义等方面还是体现出了积极意义，以致在许多文人士大夫的传记传奇中，讼师又被刻画成一个仗义而行、维系社会正义与秩序的“貔貅”^⑩，以显示其正面意义。对此，赵秋帆在《刀笔菁华》的序言中就写道“刀笔二字，非恶名词也。以直为直，大足以救人，以曲为直，始足以杀人。是在人之心术耳。苟心术不正，而济之以才，流为刀笔之吏，淆是非，混黑白，致法庭无真是非，而吏治遂不可收拾。当逊清之季，工于刀笔者，在在有人。然其中不乏一二杰出之士，守正不阿，洁身自好，以三寸毛锥子，鸣不平于人间者，故未可一笔抹杀也。”^⑪为了显示讼师在民众生活中的正面意义，明清大量笔记、小说中记载了讼师因为助讼活动，替百姓伸张正义，保护权利，受赞扬的案例。如《刀笔菁华》中就有讼师杨瑟严、谢方樽、诸福宝、顾佳貽以及王惠舟等具有正义性的助讼活动。^⑫

为了说明讼师中也不乏一些秉持正义之人，清人王有孚试图区分“讼师”与“讼棍”的不同“彼播弄乡愚、恐吓良善，从而取财者，乃讼棍耳，安得以师字加之”，并认为“讼棍必当惩，而讼师不必禁”。^⑬“讼师”之所以“不必禁”，其原因是“讼师教唆词讼，例禁甚严，恶其播弄乡愚、恐吓良善也。若夫安分良民，或为豪强欺压，或为仇盗扳累，大则身家几陷，小则名节攸关，捶胸饮恨，抱屈莫伸，仅假手于庸碌代

⑥ 明 清溪道人《禅真逸史》，第二十五回《遭屈陷叔侄下狱，反圈圈俊杰报仇》。

⑦ 清 深山居士《暗室灯》（下卷），《刁讼鉴》。

⑧ 参见 清 吴麟瑞《中国四大恶讼师传奇》，中国华侨出版社2003年版。

⑨ 孙家红《走进讼师秘本的世界——对夫马进〈讼师秘本萧曹遗笔的出现〉文若干论点的驳论》，载《比较法研究》2008年第4期。

⑩ “貔貅”原为辟邪的瑞兽，民间百姓常把为民伸张正义的讼师视为维护他们权益的“貔貅”。参见袁瑜琨《讼师文化解读：一种法律工具主义的样本》，中国法制出版社2011年版，第41-42页。

⑪ 襟霞阁主编《刀笔菁华》，王有林、史鸿雯校注，中华工商联合会出版社2001年版，序言。

⑫ 前引⑪，第36-43页。

⑬ 清 王有孚《一得偶谈》，初集。

书,具词呈诉,非格格不吐,即草草敷衍,徒令阅者心烦,真情难达,于此而得一职能之士,为之代作词状,摘伏发奸,惊心动魄,教令对簿当堂理直气壮,要言不繁,卒致冤者得白,奸者坐诬,大快人心。是不惟无害于人,实有功于世。”^⑭在他看来“讼师”其实是那些“或为豪强欺压,或为仇盗扳累”的无辜老百姓伸张冤屈,所写状纸能够让民间百姓在狱讼中“理直气壮,要言不繁”,进而使“冤者得白,奸者坐诬,大快人心”的“有功”之人。况且,“讼师”的这些作用是官方设立官代书帮民众书写词状所无法望其项背的。

由此可见,讼师在中国古代的形象是多面的、鲜活的。问题是,我们究竟应当如何看待这种承载在同一类社会角色身上的两种截然不同的人物形象?申言之,为什么讼师在明清时代会得到两种截然不同的评价?两种评价背后究竟隐藏着何种紧张关系?促使这种紧张关系产生的原因是什么?这种促使紧张关系产生的原因又为中国古代法律发展的走向预设了什么?我想通过对于这些问题的回答不仅有助于我们把握中国古代讼师生活的历史境遇,而且在一个更为具体的场景中,更容易使我们对中国古代法律文化内在机理有所体悟。毕竟任何制度的建设都需要在特定的时空、语境下进行,忽略了这一点,只能导致南橘北枳的结果。对此,有学者曾深刻地指出“历史进程犹如洪水,而社会结构却是不引人注目的地形和渠道。当山洪铺天盖地而来时,它流向一个方向而没有走另外一个方向,表面上出于偶然,但实际上却被地形所决定。然而要在洪水之后复杂的地貌上发现干涸的河床却是十分困难的事。”^⑮

二、讼师对国家法律秩序的冲击与民间“健讼”之风

明清时期作为鲜活职业群体的讼师之所以会出现两种极端不同的面向,很大程度上与其生存的制度环境有关。

中国古代尤其是明清时期,由于官府自身人力、物力、财力的不足,政府的功效诚如黄仁宇所言,受所配发的经费限制。一般而言,所有的衙门都面临人员不足、经费拮据的问题。衙门所能调配的经费也仅够维持正常的开支,有的还尚不足。尽管在个别时期、个别地方有额外加征税赋的情况,但王朝基本上存在一个预算不足,只能延长传统官僚政治的症结。^⑯因此,在这样的财政因素制约下,加之儒家“无讼”的治理理念,一种“简约型”的司法机制在中国古代成为常态。

明清时期,官方始终没有通过增设包括州、县官在内的常规官僚方式来积极应对当时主要因为经济社会生活日益复杂和人口渐增而不断增长的民间诉讼规模。在这种背景下,州县衙门的理讼能力极其有限。^⑰为了缓解这一矛盾,历代统治者无不把大量涉及“户婚田土”的案件视为“鼠雀之讼”交由乡间里甲老人自行处理,并通过各种榜文、告谕、训示向民众宣扬“贱讼”观念,甚至通过重刑以图令民众见官畏途、减少词讼。

“以为人提供法律服务”为业的讼师,在这样“简约型”的司法制度环境中,其职业角色属性必然使其呈现出如下两种表现:

一方面,讼师的存在对明清时期统治者选择的“简约型”司法制度必然会产生破坏作用。他们在向民间百姓传授诉讼方法的同时,在具体的诉讼过程中大大抑制了地方官吏武断审判,并对中国传统诉讼制度的低效、低能提出了挑战,严重冲击了传统国家的法律秩序。

首先,讼师的存在凸显地方司法官能力的不足。明清时期州县官以行政兼理司法。州、县长官集

^⑭ 前引⑬。

^⑮ 金观涛、刘青峰《开放中的变迁:再论中国社会超稳定结构》,法律出版社2011年版,第14页。

^⑯ 参见黄仁宇《放宽历史的视界》,生活·读书·新知三联书店2001年版。

^⑰ 据统计,在民间词状日益增多的情势下,清代州、县衙门处理讼案能力的有限性日益凸显。清代大量未决积案的存在,一直在不同程度上困扰各级衙门。参见尤陈俊《清代简约型司法体制下“健讼”问题研究——从财政制约的角度切入》,载《法商研究》2012年第2期。

“法官、税官和一般行政官”^⑮于一身。地方州县长官既要能处理行政,也要能理讼断狱。因此,知晓律令是州县官应当具备的技能之一。然而,正规的科举考试已经取消了法律方面的考察,因而,实际上州县官在任职之初及其之后相当一段时间是以“门外汉”的状态来处理大量且繁杂的法律诉讼的。

由于州县官大多出生正途,即使十分干练的州县官往往在实践中也缺乏社会历练和司法实务经验,因此,当他们面对复杂的案件,常容易陷入讼师的圈套。即所谓“无谎不成状”。可以说,州县官任职之初面临的首场“考试”,可能就是讼师。讼师往往利用对法律知识的掌握及熟悉程度试探州县官。对此,在州县做过长官的汪辉祖深有感悟,他承认地方官由于“庶务纷乘”,要其对全部法令做到精通,颇有难度,并且他指出,如果地方官对“田宅、婚姻、钱债、贼盗、人命、斗殴、诉讼、诈伪、犯奸、杂犯、断狱诸条,非了然于心”,一旦“两造对簿,猝难质诸幕友者,势必游移莫决,为讼师之所窥测”。^⑯

与地方州县官法律知识贫乏形成鲜明对比的是,作为法律职业群体的讼师在法律及诉讼的链条上,无疑是法律的精通者。在司法实践中,这些地方官往往被他们玩弄于股掌之间。清朝道咸年间在江西长期任职的一位封疆大吏在回忆录中谈到许多州县官吏在实践中的尴尬经历。^⑰

其次,讼师利用“审转”复核制度给地方司法审判带来巨大压力。中国古代如何保证官府成文律典贯彻到地方,如何确保上自京城下至省、府、州、县各级司法官员的审判质量,一直是各个时代统治者所关心的问题。大致说来,明清政府,主要通过将判决文书的“审转”复核制度予以严格化与细密化的方式来实现国家成文法典的有效推行和对各级审判部门司法质量的监控。

明清时期全国司法案件,依照罪名大小与罪行轻重,大致分为“州县自理细事和上司审转重案”两大类。对于后者,州县官判决后要有关案卷卷宗与人犯、人证、物证等提交府、道、按察司(臬司),由上级司法机关审核案件是否存疑、引用法条是否得当,并对其中徒刑以上的罪案,再经由省级的总督或巡抚将有关案卷送至刑部、都察院、大理寺审议、核查,此即“审转”制度。

根据“审转”制度的规定,如果下级地方官员判决的案件在“审转”过程中被上级法官发现问题,则需招致相应的处罚,谁的责任,谁承担。如嘉庆五年(1800年)对那些遭驳议处的各级地方官员就规定“凡驳飭改正之案,刑部即检查该府州县原详,据实核办:如原详本无错误,经上司驳飭,致错拟罪名者,将该上司议处。如原详未奉驳飭,该上司代为承担,除原拟之员,仍按例处分外,将该管上司,照徇底例,严议。”^⑱可见,在这套“审转”制度的规定下,各级地方官员在审判过程中要承担很大责任,其所作判决如果因不够慎重而遭中央驳回重审,那么,他们不仅会受到一定惩罚,而且也会连累上级官员。不仅如此,中央政府对有关案件审结期限的规定,也是萦绕在地方司法官头上挥之不去的梦魇。对于上述地方司法官在“审转”和遵守审限过程中所承受的压力,清人汪辉祖描述道“语有之:州县官如琉璃屏,触手便碎。诚哉是言也,一部吏部处分则例,自罚俸以致革职,各有专条。”^⑲

正是由于地方司法官员在司法实践中要承受如此“压力”,这就为讼师的活动提供了可资利用的空间。官员由于担心案件因增加查证需要而超过审结期限,因而,希望查证的事项越单纯、越简单越好,但讼师却习惯用各种手段、方法增加官员查证的工作。就诉讼策略而言,讼师在案件里增添越多需要查证的事项,则官员就需要在审理过程增加更多的查证时间,承审官的压力因此也就越大。一旦承审官做出不利的判决,此时无论案件已经呈送上级“审转”,还是留贮州县备查,讼师都极易找到官员当初因查证不足而产生的疏失,而向上级提出有利于本方“翻案”的上控事由。

于是,我们看到明清时期“审转”制度的加密加严,增加了讼师介入操作诉讼的机会;同时,讼师的

^⑮ 瞿同祖《清代地方政府》,法律出版社2003年版,第78页。

^⑯ 转引自邱澎生《以法为名:讼师与幕友对明清法律秩序的冲击》,载范忠信、陈景良主编《中西法律传统》,北京大学出版社2008年版,第226页。

^⑰ 参见[清]李桓《宝丰斋类稿》,卷七十九《甲癸梦痕记三》。

^⑱ [清]薛允升《读例存疑》,卷一二二《吏部·处分例·官员断狱不当》。

^⑲ [清]汪辉祖《学治臆说》,转引自前引⑯,第241页。

助讼活动反过来进一步加深了地方司法官审判的压力。如果查找明末以来几种流行的讼师秘本,大都可以发现录有“脱罪稟贴”和“告脱死罪”的内容。而这些就是用来指导讼师写作词状的“范本”,其主要内容即是如何在地方官员判决已经遭受上级长官驳诘的情况下,通过利用这种“自上而下”的压力,为当事人寻找各种“脱罪”的方法。

再次,讼师的介入凸显地方司法审判受案范围有限的弊端。由于明清时期没有改变“婚户田土皆为民间细故”的法律传统,民事立法严重缺乏,法律明显滞后于社会发展,加之民事审判程序极不完善,这就在客观上给地方州县审判增加了困难。

地方官对待自理词讼的案件,往往草率混断,颠倒是非,体现出不作为的态度,而这恰好为讼师的介入留下了空间。为避免因词讼案件而受牵累,地方州县官在实践中大都奉行“不滥准”原则。而要改变地方官的这一态度,讼师往往需要通过夸大其词来实现,即所谓“张大其词以耸宪听,不虑审断之无稽者,以待有投状一著为退步耳”。^{②③}由于讼师能够在诉讼过程中“夸大其词”,进而引起上级长官的注意,因而,民众诸多“民间细故”的案件才能在官府获得“关注”。

其实,对讼师的上述行为官府也有所觉察。如嘉庆十二年(1807年),都察院左都御史周廷栋在奏书中指出,近来各省民人赴京上控案件日多,“实由閭閻雀角细故,地方官以为无关紧要,懒于听断,旷日持久,挨延不结,遂激上控之端”。然而,统治者最终还是将案件不断增多的责任嫁祸给讼师,其提出的方案无外乎打击讼师,加大地方司法官司法审判的责任。如对待周廷栋的上奏,都察院左副都御史莫晋上奏称“刁民无所顾忌于官府,而官府转不能不顾忌于奸民。纵欲除暴警顽,恐遭反噬,重则解任质审,轻则提案上结,则县官曾不得制其短长,甚或俱伤两败,势必日趋于因循姑息,以侥幸于无事。”^{②④}

正是由于官府对民众诉权的淡漠,以致于讼师随时可以利用官府司法制度设计上的不足,大行其道。由此可见,明清时期官府对讼师“挑词架讼”、“无故生非”的指控与其说是讼师职业本身所具有的逐利性所致,毋宁说是传统国家治理模式下,地方司法审判受案范围有限的弊病所生。

最后,讼师的参与诱使地方州县司法积案难清。一般而言,州县官应该对民间百姓呈递的案子,随批随审,随审随结。但是,诉讼双方由于社会构成非常复杂,有些官吏希望用拖延的方式缓和矛盾,然而,这样的拖延往往造成了两造双方“初词”没有及时获得的结果。讼师及其他唆讼者在此拖延过程中,介入了诉讼,于是,狱讼已经不再是两造双方,而是三造甚至更多的口供对决,问题由此变得更加复杂。“各处词讼,止有三造,江西独有四造。三造者,原、被、中证也,江西则原被各请其私人为中证,以此应审之人更多。”^{②⑤}

在此情况下,州县长官更加难以对付,案件积压更为严重。根据美国学者麦考利(Melissa Macauley)的研究,“在乾隆帝以及高层官员的督促下,至1759年为止福建省的新旧案件中有18092件得以结案,然而,尚有4708件等待处理的案件被推给下一年的官员负责。从县、府到省级衙门中悬而未结的大量案件困扰着清代中国的每一个省。在1807年湖南巡抚上报的仅省级衙门未曾审结的案子就达3228件,两广总督及广东巡抚上报广东省未结案件则为2107件。就在同一年,江西上报除了省城南昌有1600件案件未曾审结外,全省各地有不少于10000件案件未曾审结。”^{②⑥}然而,未审结案件的数量在实际中可能更高。这就意味着清代各州县(尤其是东南部地区)积案极其严重。而造成这一局面的原因在大多数官员看来,是讼师造成的。如清代地方官李方赤认为“因思积案所以不结者,讼棍之把持,串唆

②③ 清 李渔《牧令书》,卷十七《刑名上·论一切词讼》。

②④ 《皇清奏议》,嘉庆十二年、十三年。

②⑤ 清 包世臣《齐民四术》,卷七《与次儿论谳狱书》。

②⑥ Melissa A. Macauley, “Civil and Uncivil Disputes in Southeast Coastal China, 1723 – 1820” in Civil Law in Qing and Republican China, edited by Kathryn Bernhardt, Philip C. C. Huang, Stanford University Press, 1994, p. 87. 转引自邓建鹏《清代讼师的官方规制》,载《法商研究》2005年第3期。

为之也。”^{②7}申言之，“各属民情好讼，往往衅起细微。平空架捏，一经准理，动辄数年。其始或不尽由两造之意，而多出于讼师之主唆播弄。两造即欲中止，而讼棍复阴持之，使不敢退。浸至破家亡身，而被累者犹奉讼师之言为圭臬，至死不悟，深堪痛恨。”^{②8}

因此，在讼师的直接参与下，案件越发复杂难以了断，地方州县积案现象愈发严重。据清人裕谦记载：“……讼师藉隙挑唆，棍徒乘机播弄，刁生劣监出而扛帮，猾吏奸胥阴行串诈，或就中取利，或节外生枝。……旧案未了，新案踵至。……本司通省核计，徐州、淮安二府积至三百起及四百起之多，海州、扬州次之，苏州、江宁、通州、太仓，常州又次之，镇江、海门为数较少。”^{②9}

由此可见，在明清时期这种“简约型”的司法制度环境里，讼师的“挑词架讼”行为使众多原本属于“民间些小事故”的案件被“挖掘”出来，不仅增加了呈递到衙门的词讼数量，而且这些由讼师参与的词讼加大了官府案件审理的难度。这些无疑给地方官府带来极大的冲击与压力。

另一方面，讼师的存在一定程度上弥补着明清时期“简约型”司法制度的不足，为民众正常且客观存在的权利诉求和诉讼需要，提供了帮助。

尽管传统中国通常被认为是普遍厌讼的社会，但如果揭开历史的面纱，我们发现民间“健讼之风”自宋以降不胜枚举，百姓因为田土及钱债等纠纷比比皆是。^{③0}明清以后，“健讼”^{③1}、“好讼”之类的记载，在各地地方志中俯拾皆是。道光年间山东省的一份县志曾这样描述当地的“健讼”风气“乡愚无知之民，一有不平，辄尔兴讼，不量事之大小轻重，竟罹法网。有竞毫末财利者，有逞一时小忿者，有自处浑昧受人主摆弄者，更有无良奸徒乐观他人败坏、唆民致讼、于中取利者，虽屡加惩治，种类终难断绝。”^{③2}而这不过是各种地方志中有关“健讼之风”众多记载中的一则而已。一份根据来自浙江、山东、江苏、湖南、安徽、湖北、江西7省150余部地方志（涉及200多个州、县）所做的研究显示，其中写明当地“健讼”的地方志有70多部，而在江南地区有诉讼风气记载的70多部地方志中，明确记载“健讼”的有57处之多。^{③3}另一份对清代江苏、上海、山东、广东四省（市）的284种府志和县志所做的统计显示，其中有95种谈及当地当时的好讼风气。^{③4}

无论民众“兴讼之求”和“健讼之风”真正的原因是什么，但大量的事实表明诸如“中国传统社会的厌讼、贱讼心理是为全社会普遍共有，且在数千年里经久不衰，并经长期积淀、成为一种民族的传统心理”^{③5}的观点并不符合历史实际。

与民众“兴讼之求”和“健讼之风”兴起形成强烈反差的是，中国古代尤其是明清时期诉讼制度环境又对两造双方在诉讼中提出了各种“技术化”、“知识化”的要求，于是，普通民众无法通过自己的知识和能力处理诉讼。在这种情况下，讼师的存在无疑能够在客观上回应上述出现的反差以及中国古代诉讼制度和传统文化面对“兴讼”、“健讼”时所表现出的尴尬，有效地满足普通民众正常的诉讼需求。

通常来说，一案到官，从书写呈词开始到结案，要耗费当事人大量的时间和精力，遇上案件久拖不决，更令当事人苦不堪言。如果“有讼师从中帮忙，指点法律知识，打通衙门关节，就可以使当事人节省

②7 清 李方赤《视已成事斋官术》，卷十一，《访拏讼棍衙蠹示》。

②8 清 李方赤《视已成事斋官术》，卷八，《严拏讼师示》。

②9 清 裕谦《裕靖节公遗书》，卷二，《察吏类·清理积案檄》。

③0 有关两宋时期民间的“兴讼之风”，参见陈景良《讼师与律师：中西司法传统的差异及其意义——立足中英两国12—13世纪的考察》，载《中国法学》2001年第3期；陈景良《讼学、讼师与士大夫——宋代司法传统的转型及其意义》，载《河南政法管理干部学院学报》2002年第1期。

③1 “健讼”一词最早见于《周易》“讼卦”之“险而健，讼”。宋以后人们逐渐将两字连用。参见徐传武《〈周易〉成词例说》，载《文史哲》1995年第1期。

③2 转引自前引①7。

③3 参见侯欣一《清代江南地区民间的健讼问题——以地方志为中心的考察》，载《法学研究》2006年第4期。

③4 参见徐忠明、杜金《清代诉讼风气的实证分析与文化解释——以地方志为中心的考察》，载《清华法学》2007年第1期。

③5 胡旭晟《中国传统诉讼文化的价值取向》，载范忠信、陈景良主编《中西法律传统》（第二卷），中国政法大学出版社2002年版，第193—194页。

时间和精力而腾身于其它”^⑤。因此,讼师的存在能够有效满足当事人的诉讼需求,具有实质合理性。

虽然明清时期州县衙门以“考取官代书”的方式,主动为民众提供了书写词状的法律服务,但这些“官代书”远远不能满足民间百姓需要其代为出谋划策、打通衙门各种关系以求胜讼的要求。即使有些“官代书”具备非常的诉讼技能,但因其持有官府颁发的公文印鉴,并在官府名册中有过备案登记,无法像讼师那样自由躲避法律的追查,任意行事,因此,难以发挥有关作用。

此外,讼师的存在也在一定程度上满足了明清时期民间百姓对于官方法律知识知悉的诉求。中国是个广土众民,但交通设施、传播工具有限的国家。尽管各朝极力推行中央集权,并公布通行全国的律典,但在推行律典及官方正统意识形态过程中,中国古代一直存在着如何能够有效将这些法律信息传播的问题。尽管历代官府试图通过向民众发布榜文、告示等形式宣扬法典的内容,但是晦涩的文字和繁杂的程序往往使官方法律与民众认识之间的鸿沟依然如故。有学者在研究明清时代庶民文化之后认为:“盖凡有关词讼,俱为专门知识,非庶民常识所当有。另有专业人士作讼师状师(今称律师)行业。一般民人法律知识不足,不敢自写诉状,以免有失。虽较具学识,亦不作此冒险,盖恐文字致误,无端受祸。”^⑥

尽管官方极力打压、禁止讼师秘本在民间的流传,但是,不容否认的是,正是这些被官府看成是“洪水猛兽”的讼师秘本,却在实践中用通俗、简明的语言,将官方律典带进了民众的生活,并在客观上提高了他们的法律素养。如《刀笔词锋》中的“律训歌”就用五言词句,将明朝基本大法《大明律》的基本内容,向百姓通俗、直白地表述出来。^⑦

于是,讼师正是在满足了基层民众这些实际且客观的需求,才获得了广大民众在另一方面对其进行正面的评价。这些正面的评价,在某种意义上是对讼师真实面目的一种还原。试想,如果一个国家,规定了一种制度,让老百姓有机会抨击时弊,那么,即便这些来自百姓的抨击多数是毫无根据或不着边际的,仍不足以否定这种制度的社会价值。同理,即便大多数讼师是奸邪之徒,仍不足以否定讼师的整体。作为一种社会现象,讼师代表着一种企图对抗专制束缚的力量,代表着对司法公正的朦胧追求。因为衡量一种社会现象有无价值,现象本身内容的考察固然重要,但更重要的考察是它代表的是一种什么倾向和趋势。如果不承认这一点,便无法解释讼师作为一种社会职业何以能在官府和道德的双重摧残下得以生存下来的原因。对此,马作武先生指出“无论什么社会,一种职业如果没有正常的社会需求,如果从业者大都是为非作歹之徒,则这种职业绝无长久存在的可能。”^⑧

三、“健讼”社会“息讼”话语下的讼师

这种承载在同一类社会角色身上的两种截然不同的人物形象,在一定程度上,也映射出了中国古代法律文化对于同一法律问题或现象,所表现出的官方话语与民间话语之间的紧张关系。即由于明清时期官府“简约型”的司法制度环境无法有效满足民间百姓“健讼”的需要,因此,讼师在为民间百姓提供法律服务,满足其“健讼”需求的同时,却将官府“简约型”司法制度设计下提供有效司法救济不足的弊端予以暴露,并将其放大。

一方面,官府及其士大夫阶层极力构建一套“息讼”的话语观念,在道德上宣扬讼案的缘起在于人心不古,世风日下。例如,明代海瑞任浙江地方官时,曾感“淳安县词讼繁多”,并认为造成这一现象的原因在于“大抵皆因风俗日薄、人心不古,惟己是私,见利则竞。以行诈得利者为豪雄,而不知欺心之害;以健讼得胜者为壮士,而不顾终讼之凶。……伦理不纯,弟不逊兄,侄不逊叔,小有芥蒂,不能相事,

^⑤ 马作武主编《中国传统法律文化研究》,广东人民出版社2004年版,第370页。

^⑥ 王尔敏《明清时代庶民文化生活》,岳麓书社2002年版,第91页。

^⑦ 参见党江舟《中国讼师文化—古代律师现象解读》,北京大学出版社2005年版,第265—266页。

^⑧ 马作武《为讼师辩护—兼与梁治平先生商榷》,载《比较法研究》1997年第3期。

则执为终身之憾,而媒孽悍告不止。不知讲信修睦,不能推己及人,此讼之所以日繁而莫可止也。”^{④①}同时代的吕介儒也认为“两家词讼,……是大损阴事”,因为词讼不免要“仰人鼻息,看人面孔,候人词气,与穿窬之心何异?”^{④②}王士晋更是直截了当地列出了词讼应该受到鄙贱的原因“讼事有害无利:要盘缠,要奔走;若造机关,又坏心术。”^{④③}此外,官府也常用告示、榜文的形式,告诫民众,挑起讼事是道德伦理低下的表现。如清地方巡抚裕谦曾作《戒讼说》告晓谕百姓词讼的十大坏处,如“耗资财”、“坏心地”、“伤天伦”、“损品望”、“结怨毒”、“招侮辱”、“失家教”等等,劝民止讼,并明确指出讼是违背“五常”的,即“人既好讼,则居心刻薄,非仁也;事理失宜,非义也;挟怨忿争,非礼也;倾资破产,非智也;欺詐百出,非信也。”从封建道德伦理的根本说明了词讼应当被轻贱的理由。

另一方面,为了配合“息讼”的话语观念,明清时期的官府及其基层代言人通过一套制度系统来进行保障。首先,官府通过“严刑酷法”让民众视诉讼为畏途,使其在心理上起到一种对诉讼的恐惧。如明清时期的律例中都规定了对妄兴诬告者的惩罚。^{④④}其次,从立法技术的角度对民间讼事的提起进行了限制。如明清时期的律法从诉讼主体资格、起诉时间以及诉讼程序等方面都进行了严格的限制,尽量压缩、减少诉讼提起的可能。再次,在司法实践中,官员常用“拖延”、“拒绝”以及“感化”等方式促使诉讼当事人主动放弃和撤销诉讼的请求。如明朝冯梦龙编撰的《增广智囊补》中记载了一位非常喜欢以拖延之术来息讼的太守:

“赵豫为松江府太守,每见讼者非急事,则谕之曰‘明日来’。始皆笑之,故有‘松江太守明日来’之谣。不知讼者来,一时之忿,经宿气平,或众为警戒,因而息者多矣,比之钩鉅致人,而自为名者,其所存何啻霄壤。”^{④⑤}最后,在基层民间,地方官员还积极从纠纷出现前积极预防和纠纷出现后的多元化解等两个方面实现“息讼”。以明清时期为例,以官批民调的形式解决的民间纠纷,官府一般并不主动介入。但是,纠纷解决之后的和息程序是官方较为注重的。官府不仅要求原被告双方、中人、干证俱备,而且息词要一一鉴字画押,各具甘结,不许勒和,更不许和后翻告。《为政第一·刁控附和息》针对民间私息后翻悔刁控,即要求“凡递息呈,须原被及干证当堂禀息,问其果否情愿,有无强压,无则准息,有必究惩”。一些地方官员也在批词中警戒或者申斥刁顽健讼之民“无端刁控”、“和后翻告”、如果不听劝谕定将“严惩不贷”。

在这样的一套“息讼”话语体系中,以“挑词架讼”为业的讼师无疑站到了官方及其士大夫的对立面,官府可以“堂而皇之”的将客观存在的“健讼”事实“转嫁”给讼师,认为“健讼”是参与“助讼”的讼师恶意挑拨辞讼所导致的。

在这样的道德审判中,讼师从一开始就处于被拷问、被蔑视的地位,贴上了“不道德”的标签,成为传统诉讼文化内部矛盾运动的牺牲品。正因如此,帮助甚至教唆民众打官司、争财利的“讼师”就注定被称为“讼棍”、“好讼之徒”,这些称呼简直可以直接译为“道德败坏之徒”。而他们的执业技能与学说“讼学”、“讼术”、“讼辞”,也毫无意外地被认为是“卑鄙伎俩”、“害人之术”。^{④⑥}在这样的话语逻辑之下,讼师地位不断边缘化、非法化,他们不仅被国家立法严格限制执业活动,而且还不时受到国家的司法制裁,其形象更是被官府及士大夫主导下的舆论所刻意丑化。

首先,明清时期各朝律典无不对讼师的“教唆词讼”行为进行打击。其次,地方官员通过刑罚、革去功名以及警告等方式配合国家律典对讼师进行打击。如汪辉祖在宁远就对讼师处以刑罚,其中轻者堂外示众,重者徒流充军。《学治臆说》记载“向在宁远,邑素健讼,上官命余严办。余廉得数名,时时留

④① 明 海瑞《海瑞集》(上编,“兴革条例”,陈义钟编校,中华书局1962年版,第114页。

④② 清 陈宏谋编《先正遗规·吕忠节公署门七则》。

④③ 《得一录·宗祠条规》。

④④ 参见《大清律例》,卷三十,《刑律·诬告》。

④⑤ 明 冯梦龙《增广智囊补》,卷十三。

④⑥ 范忠信《贱讼:中国古代法观念中的一个有趣逻辑》,载《比较法研究》1989年第2期。

意。两月后,有更具辞者,当堂锁系,一面检其讼案,分别示审,一面系之堂柱,令观理事。隔一日审其所讼一事,则簿予杖惩,系柱如故。不过半月,急不可支,所犯未审之案,亦多求息。盖跪与枷皆可弊混,而系柱挺立,有目共见,又隔日受杖,宜其急也。哀吁悔罪,从宽保释。已契家他徙,后无更犯者,讼牒逐日减矣。”^{④⑥}最后,对讼师形象的极力丑化也是地方官员打击讼师的“良策”之一。在历史上,对于讼师,人们常常习惯用教唆词讼、包揽词讼、颠倒是非、惯弄刀笔、架词越告、打点衙门、串通衙蠹、诱陷乡愚、欺压良民、从中取利、恐吓诈财等用语来描述他们的行为。

由此,讼师在明清时期非法化、边缘化的地位在所难免,其存在必然会受到官方以及官方主流意识影响下广大老百姓的责难。对此,梁治平先生指出“我们古时的法律以‘惩恶于后’为己任,因此为正常的社会生活所不需,与此相应的贱讼心态更不能以积极的态度对付不可避免的讼事。其结果,便是讼师这样一种社会赘疣的出现。它对于社会的作用,很难是有益的。”^{④⑦}

尽管在官府及其士大夫所构建的“息讼”话语结构中,讼师充当了造成民间“健讼”之风渐盛的“罪魁祸首”,然而,一个无法改变的事实是,民间“健讼”之风并没有随着官方对讼师的严厉管制和打击而消褪,反而有愈演愈烈之势。据日本学者夫马进统计,嘉庆二十一年(1816年)仅有23366户的湖南宁远县居然在一年间提出了约一万份诉讼文书,乾隆年间湖南湘乡县一年间约收到了14400至19200份呈词。这种情况不能不说确实是“好讼”、“健讼”。^{④⑧}甚至一些处于庙堂之上的士大夫在视讼师为“洪水猛兽”的大环境下,竟然出现了反对官方“息讼”话语的观点。如清代士大夫崔述^{④⑨}就曾指出,诉讼的发生是势之所趋,情理所不能避免。劝人“息诉”,只能是博其美名,而实有害于乡里。“自有生民以来,莫不有讼。讼也者,事势之所必趋,人情之所断不能免者也。”^{⑤①}

实际上,讼师的存在虽然在一定程度上“挖掘”出明清时期存在于底层民众之间的纠纷,增加了官府受理诉讼的负担,但是,民间“健讼”之风绝不主要是因讼师的存在所致,其有着深刻的社会经济根源,如民间尤其是明清时期江南社会田土钱债矛盾的激增以及现实制度设计上的困难,如官府自身人力、物力、财力的局限,而导致理讼能力不足的问题。^{⑤②}事实上,从某种程度上讲,讼师在帮助民间百姓打理事讼过程中,也在客观上对官府及其士大夫的“息讼”话语体系进行着维护。申言之,讼师在执业活动中,通过对“天理”、“国法”与“人情”交相运用,促使了所代理的词讼得到解决,正义得到伸张,实际上是以一种特殊的方式在践行“息讼”话语体系,维护着当时的司法秩序,促进着个案正义的实现。例如,明清时期的许多讼师秘本中都有着类似的要求,如《解铃人语》就要求讼师在诉讼中始终要“度情”、“度理”和“度法”。“讼,从言从公。先哲训人,谓非言之至公,切莫致讼也。故致讼之道,有三要诀,曰‘情’、曰‘理’、曰‘法’。我人既能于兴讼之先,平心静气,瞑然而思之,度情情不虚,度理理不亏,度法法无犯。三者既真,则必获全胜。虽敌者来势汹涌,可不必顾虑。一任赴汤蹈火之勇气,与之对垒,彼未有不弃甲曳兵而走者也。”^{⑤③}此外,讼师还在自己参与的词讼中,通过对“天理、人情、国法”的交互运用,在实践中固化着“息讼”话语体系。如《刀笔菁华》即记载,湖南一讼师廖某,为别人打官司战无不胜,在当

④⑥ 清 汪辉祖《学治臆说》,卷五。

④⑦ 前引⑤,梁治平书,第271-272页。

④⑧ 日 夫马进《明清时代的讼师与诉讼制度》,载 日 滋贺秀三等《明清时代的民事审判与民事审判》,王亚新等译,法律出版社1998年版,第392-394页。

④⑨ 崔述(1740-1816),字武承,号东壁。直隶,大名,人,生于清乾隆五年(1740)年,卒于嘉庆二十一年(1816)。乾隆二十七年举人,嘉庆间曾任福建罗源、上杭等县知县。述精研儒学,博综时务,治有政声。史称,他于知县任内“治官如治家,不美食,不华服,不优伶宴会,卯起亥休,事皆亲理,日与士民接见,书役稟事皆许直入二堂,兼听并观,往往谈询移晷,而无敢以私者,是以苞苴自绝,而地方百姓情形无壅蔽,从人胥役俱无所容其奸。听讼不预设成见,俾两造证佐各尽其辞而后徐折之。数年,案无枉者。”参见陈景良《崔述反“息讼”思想论略》,载《法商研究》2000年第5期。

⑤① 清 崔述《无闻集》,卷之二,《讼论》,载顾颉刚编订《崔东壁遗书》,上海古籍出版社1983年版,第701页、702页。

⑤② 参见邓建鹏《健讼与息讼——中国传统诉讼文化的矛盾解释》,载许章润主编《清华法学》(第四辑),清华大学出版社2005年版,第176-200页。

⑤③ 转引自前引③,党江舟书,第232-233页。

地小有名气。有一少妇年少守寡,欲再嫁,但又怕丈夫的家人阻拦,就找到廖某商议,廖某向她索要高额费用后,为之撰写辩词,其中经典一句是“为守节失节改节全节事:翁无姑,年不老,叔无妻,年不小”。这虽然只有区区二十二个字,但却将孀妇本欲再嫁的心思表述成了为保节、守节而在“翁无姑,年不老,叔无妻,年不小”情况下做出的一种无奈选择,使得改嫁之举不仅符合情理,而且还会引发人们对孀妇的恻隐之心。无怪乎,“县官受词,听之”。廖讼师的讼词对于该案件的结果起了决定性作用,尽管他是为了钱财出手,但应当充分肯定的是,他对于“人情”与“国法”的洞悉扫除了少妇的烦恼,甚至在无形之中消弭了潜在的伦常危机,起到了“息讼”的客观效果。

由此我们看到,“息讼”实际上主要代表着官方与士人阶层的宇宙观和社会政治理想,它是官方与士大夫阶层“话语”建构的一种反映。“息讼”在很大程度上是官方构建的语境与努力,反映了官方的政治倾向与对待“健讼”行为的态度,而不能说明中国古代普遍存在厌讼的事实。而“健讼”是一种历史事实,也是一种必然。因此,在“息讼”话语与“健讼”事实之间,就出现了一种无法避免,但又必须予以解决的矛盾。

因此,与其说是讼师对国家法律秩序产生了冲击和破坏,导致了自身的非法化与边缘化境遇,毋宁说是中国古代官方及其士大夫所构建的“息讼”话语与“健讼”现实之间的巨大张力与矛盾,导致了讼师尴尬的地位。

四、王权主义秩序情结下对社会和谐的追求

既然讼师的尴尬或者说多面的地位是官方及其士大夫“息讼”话语体系和民间“健讼”事实之间的矛盾造成的,那么,形成这对矛盾的原因从某种程度上讲就是文章开始提出明清时期讼师两种评价的“深层次”答案。而这一“深层次”的答案很大程度上构成了中国传统法律文化的“密码”。这不仅是因为讼师在明清时期的历史境遇包含了“官方表达”与“民间实践”两个方面的检验,而且更为重要的是,我们只有通过“官方表达”和“民间实践”所呈现出来的重合与背离,才能真正界定讼师这一中国古代法律文化“符号”及其背后决定其命运的社会秩序。黄宗智先生总结道:“(清代法律制度—引者注),只能通过其道德表达和具体实践的系统来理解。而表达与实践的背离才真正界定了这一制度的本质。”^{⑤3}

美国学者安守廉在讨论“大理论”的限度时曾指出“一味在其它社会、文化中查证自己社会、文化中制度的有无,只能产生误导而无异于理解。理解应当从研究对象产生于其中的‘文化语境’入手。”^{⑤4}而安守廉这里提到的“文化语境”应该就是社会的复杂背景。应该说,作为对社会各种生活的映射与关照,中国文化的各种形态和样貌都是在“追求秩序”这个核心主题的统一下形成的,而王权主义是传统中国人生存最直接的土壤和背景。

“在中国传统社会,社会生产力因其缓慢发展而不具备解构旧有社会关系的力量,政治强力和暴力便走向历史的舞台成为解决社会各种问题的主要方式,中国的王权遂表现为基于社会而又超乎于社会的一种特殊存在。”^{⑤5}在社会结构的诸多因素和社会诸种权力及其运转中,王权都成为一种主导且具有最高支配性的力量,“以王权为中心的权力系统”、“以这种权力系统为骨架形成的社会结构”、“与上述状况相适应的观念体系”三个层次在传统中国的存在,再现了王权主义的产生,^{⑤6}并使其在传统社会成为一种绝对权威性的控制和运行机制。

在王权主义社会里,统治者为了维护这样一种社会状态极力追求一种“秩序情结”。古往今来,任何

^{⑤3} 黄宗智《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》,上海书店出版社2007年版,第3页。

^{⑤4} 转引自梁治平《法律的文化解释》,生活·读书·新知三联书店1994年版,第12页。

^{⑤5} 对此,刘泽华论述了传统中国王权主义的产生的背景,指出它“是社会经济运行中非经济方式吞噬经济的产物,是武力争夺的结果……这种靠武力为基础形成的王权统治的社会,就总体而言,不是经济力量决定权力分配,而是权力分配决定社会经济。”参见刘泽华《中国的王权主义》,上海人民出版社2000年版,第2页。

^{⑤6} 前引^{⑤5},刘泽华书,第1-2页。

社会都可能存在着各种冲突,因为人们对于秩序的需要和对生存的渴望始终是无法避免的。只不过不同文明下的人们对此问题,作出的选择有所不同。大体上讲,西人选择通过“冷冰冰”的法律,通过权利与义务之间的界定,化解矛盾,实现正义。我们的先人则选择通过“温情脉脉”的礼法,试图通过道德、伦理以及刑罚的交相互用,解决纠纷,实现社会和谐。因此,与西人寻求法律秩序追求正义不同的是,我们通过礼法所要达致的目标是社会的整体和谐。和谐社会的建构永远是传统社会政治生命的第一要义。

王权主义秩序情结下对于社会和谐的追求既是传统中国国家同构社会结构的产物,也是宗法社会家族本位内在追求的体现,更是传统小农经济生产发展的必然要求。以致于对中国传统有着深刻体悟的李约瑟先生在研究中国人的自然观时,发现其中最为关键的概念就是“和谐”:“古代中国人在整个自然界寻求秩序与和谐,并将此视为一切人类关系的理想。”^{⑤7}他认为,传统中国人不是以敌对的态度征服自然,而是去理解它的统治原理,从而与之和谐共处。从一个更大的范围来看,人类也是宇宙的一部分,它有责任与整体保持一致,服从宇宙的安排。如果说,这种看法在形成人与自然的关系过程中起了重要作用的话,那么它在中国古代对统治者在国家治理方面的影响也不容忽视。可以说,“寻求社会秩序和谐”是中国古代国家治理的理想境界。

为实现“社会秩序和谐”,历代统治者融合了儒、道、法三家,实现了“德主刑辅”、“无为而治”和“依法治国”三者之间的交相互用,总体上表现出一种“综治”的样态,综合各种手段和方式治理社会。^{⑤8}基于维护王权主义秩序,各朝各代首先用法律禁绝一切破坏“和谐秩序”的行为。“国家首先关心的,乃是透过刑罚和行政管理进行控制。”^{⑤9}例如,作为历朝律典之基的《法经》开篇就指出,“王者之政,莫急于盗贼”,直接表达了对于社会秩序的关注。而明清律典按照“六部”权力结构进行的编排,更为直接、充分地体现了法律乃是帝国“管理”和惩罚重要工具的特点。除了工具性的法律以外,历代统治者还通过其他多元化的方式实现着“社会和谐”的目标。例如,统治者治理社会的规则体系除法律外还有民间习惯、道德信条等;思想观念除德、礼、刑、政思想以外,还包括民间生活中的面子意识和老百姓心目中的报应观念;^{⑥0}纠纷解决方式除官方正式的审判外还有各种主体及其形式多样的调解制度等,^{⑥1}各种规则、各种机构、各种方法相互配合,共同实现“治”的目标。

作为王权主义对“秩序情结”的一种极致表达,“息讼”话语无疑是对传统社会治理效果的一种理想且必然的追求。讼事的多少自然成为社会治乱、政治清明的重要标志。在这样的语境下,“社会和谐”成为了目的,一切有利于实现和谐的手段都是正当的。这在某种程度上也为我们解释了为何中国古代法律仅具有工具主义的色彩。即法律的目的在于“治”,在于实现“治世”。朝廷的律例在很大程度上仅仅是一个求治的工具。如果规避掉这一工具的规范,可以直接实现“治”的结果,那么,这更为传统的政治文化所肯定,更符合朝廷的理想预设。换言之,在“治”的语境下,“礼乐教化”所代表的实质正义,才是传统国家所认可并试图达至的。统治者最终想实现的是一个“路不拾遗、夜不闭户”,“男女异路、人行义让”,“狱内稻生、衙门虚静”,“百户之乡,有市之邑,歌谣舞蹈”大同世界的图景。当然,法律也不能完全偏废,但它仅是实现上述图景的一个方式。

然而,理想的愿望并不能改变民间“健讼”的事实。正如前文提到的那样,面对明清时期的“诉讼社

^{⑤7} 李约瑟《李约瑟文集》,辽宁科技技术出版社1986年版,第338页。

^{⑤8} 例如喻中教授就总结了中国古代为实现“治”的价值目标,而采取“综治”方式的特点。参见喻中《论“治—综治”取向的中国法治模式》,载《法商研究》2011年第3期。

^{⑤9} 黄宗智《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》,上海书店出版社2007年版,第89页。

^{⑥0} 对此,张守东教授就总结道:“↑(传统中国—引者注)这样在社会控制体系中就形成了两条平行线:阳线是从天理到国法到人情到脸面,阴线是从皇(昊)天上帝到鬼神到报应。这两条相辅相成的线共同维系着社会秩序与精神秩序,维系着国人对公正的信念。”参见张守东《鬼神与脸面之间—中国传统法制的思想基础概观》,载《清华法学》2002年第1期。

^{⑥1} 据范忠信教授的研究,中国古代社会里可能存在八种“社会”,每种“社会”都有各自“社会”内部处理纠纷的方式和规则。参见范忠信《健全的纠纷解决机制决定和谐社会—传统中国社会治理模式对我们的启示》,载《北方法学》2007年第2期。

会”的现实,官方囿于财政税收的不足,在行政资源和司法资源本身存在局限的情况下,只能通过非正规且无奈的方式化解纠纷,近乎单纯地追求“案结事了”。例如,面对民众正常的诉讼需求,官府一般通过劝谕息讼、恐吓弹压、批词驳状、运用宗法伦理、提倡民间自我调处等非正式手段来化解纠纷。这种纠纷解决的方式,目的只是为了大事化小小事化了,当事人之间所希冀的正义、权利,并不是纠纷解决所追求的,相应地,化解民间纠纷的正式规则不仅十分简陋,而且流于形式。

由此观之,中国古代在对“和谐秩序”的追求中,所谓的“息讼”话语实际上更多的是官方对于民间“健讼”事实的一种反动。然而,王权主义秩序的高压及其衍生的对讼的讳忌与疏离,以及对民间“健讼”的非正规化处理,只会偏离对“社会和谐”目标的实现。一味“息讼”、回避诉讼,只求“息讼”的直接后果,不但不能从根本上解决秩序和谐与小民百姓冤讼难平之间的问题,反而使民间私力救济力量不断加强甚至呈现出不可遏止的膨胀。如清代山东利津县“其可虑者,少年不逞之徒雄悍恣睢为闾阎害,宗族乡党雀角之争,睚眦之嫌,捃刀而斗”;^②而钜野县更是械斗成风,“本邑庄户长枪、短棍,家家有之,不必深仇大怨,但因口角小嫌,或睚眦细故,一言不合,便挥戈相向,甚或纠集人众,各持器械,相互斗殴,名曰‘打架’。因此致伤人命者层见叠出,一案之内,动辄株连数人至数十人不等。虽分别从严惩办,此风终未能尽息。”^③而私力救济或民间各种息讼调解方式的普遍化的结果只会加剧民众对官方“认受性”的流失,甚至会逼使出现“孤弱者势必至于结党”的后果。乾嘉之际崔述就用其亲身经历验证说“余幼时,见乡人有争则讼之县。三十年来不然,有所争,皆结党持兵而劫之,曰‘宁使彼讼我,我无讼彼也!’唯单丁懦户,力不能抗者,乃讼之官耳。此无他,知官之恶讼而讼者未必为之理也。民之好斗,岂非欲无讼者使之然乎!”^④

问题并非仅仅如此,民众“健讼”之风的非制度化解决不仅不能客观、有效地化解纠纷,反而会“内卷出”更多的矛盾或者将矛盾升级。这样官方所追求的“和谐秩序”不仅不能实现,而且会频频受到挑战。而官府面对此挑战,只会进一步加强“息讼”的话语体系。如清朝康熙帝在面对民间日益繁多的诉讼时,曾公开宣称“若庶民不畏官府衙门且信公道易伸,则讼事必剧增。若讼者得利,争端必倍加。届时,即以民之半数为官为吏,也无以断余半之讼案。故朕意以为对好讼者宜严,务期庶民视法为畏途,见官则不寒而栗。”^⑤

在某种程度上,“健讼”之风的存在又从反面推动了官方“息讼”话语的滋长。因此,“息讼”话语与“健讼”事实在相互的抵牾和影响下,“社会和谐”的追求始终在中国古代无法实现。

五、结语

中国古代这种王权下对社会和谐的追求不仅促进不了和谐秩序的实现,反而由于人们正常的诉讼需求无法得到满足,而导致社会秩序走向更大的混乱。在这种寻求自然秩序和谐的环境下,国家治理需要的是那些饱读经书、熟知圣人教诲,在精神上恪守“道统”的士大夫以及由此组成的文官集团。士大夫治国理政,决断狱讼依凭的“王道”就是圣人之言,春秋大义。法律,对于统治者而言仅仅是“禁暴止邪”的工具,而且是工具之一;以法律为职业的讼师,更是只具有否定和消极的意义。因为在官府看来,一个人只要明晓道理,安分守己,是可以终其一生而不与法律发生任何联系的。因此,讼师生长的环境不是立足于个人,而是强调团体,以团体的主张求得社会的和谐;他们利用法律,以人情社会关系作为调整社会关系的标准,因此是法律所禁止、道德所轻贱的。讼师和律师虽只是一字之差,但所隐含的文化差异是蕴含在社会结构变革中的极其深刻的内容。对此,梁治平先生指出“中国历史上过于强烈的泛

② (光绪《利津县志》,卷二,《地舆图第一·风俗》,载[清]余朝琰等《中国地方志集成·山东府志辑》,第24册,凤凰出版社2004年版,第295页。

③ (道光《钜野县志》,卷二三,《风俗》,载[清]黄维翰《中国地方志集成·山东府志辑》,第83册,凤凰出版社2004年版,第513页。

④ 前引⑤,第701页。

⑤ 转引自[英]S. 斯普林克尔《清代法制导论——从社会学角度加以分析》,张守东译,中国政法大学出版社2000年版,第94-95页。

道德倾向从根本上取消了这种可能性,就像它使得职业化的法律家阶层自始便无由产生一样。”^⑥至于讼师通过提供法律服务在民间所获得的赞誉,也只不过是迎合了民间社会对“诉讼”的需要。毕竟,私有观念的现实存在,决定了“争”是人的本性之一,对于侵犯行为的抗争更是人应有的本能之表现,因而,社会不能“息讼”,诉讼也不可避免,一味求得“息讼”的道德高标只能是对现实社会及人类性情的违背。

讼师作为我们观察和理解中国传统法律文化的一个视角,它的荣辱兴衰、利弊得失无不深嵌其中,是历史文化下,国家治理方式的一种必然体现。国家治理方式的选择不仅表明了国家所秉持的好恶观念,而且也表明了国家关于社会秩序如何建构、维系的思考。从这个意义上讲,讼师并不只是中国古代一种法律职业,它也是一种文明传达意义的符号。近代以降,讼师终被律师所取代,对讼师文化有极深造诣的梁治平先生曾这样总结道“讼师与律师固然只是一字之差,但是这一字之差里面,实包含了历史文化上极深刻极丰富的内容。”^⑦

Abstract: There was a different evaluation on law practitioners, as the occupational group who is versed in law and lawsuit and provides legal services to parties, in traditional China, especially in the Ming and Qing Dynasties. At that time, law practitioners had been described as “shyster” officially. On the contrary, they had been named as “Pi Xiu” by the public and enjoyed high reputation by maintaining the social justice. The reason of this contrast not only reflects the issues existed in the judicial systems of the Ming and Qing Dynasties, but also implies the strained relation between the government and the public. More importantly, the contrast reveals the dilemma and problem of pursuing social harmony under the ancient Chinese Monarchism.

(责任编辑:李 游)

^⑥ 梁治平《寻求自然秩序中的和谐》,中国政法大学出版社2002年版,第336页。

^⑦ 前引^④,梁治平书,第281页。