

北大法律評論

PEKING UNIVERSITY LAW REVIEW

第 10 卷 · 第 1 辑 (2009)

主题研讨

清代中国的法律与社会

林 乾

从叶塘包讼案看讼师的活动方式及特点

唐泽靖彦

清代的诉状及其制作者

李典蓉

被掩盖的声音

——从一件疯病京控案探讨清代司法档案的制作

邱澎生

法学专家、苏州商人团体与清代中国的“习惯法”问题

巩 涛

失礼的对话：清代的法律和习惯并未融汇成民法

论 文

向 燕

从财产到隐私

——美国宪法第四修正案保护重心之变迁

陈 颀

美国私营监狱的复兴

——一个惩罚哲学的透视

评 论

陈绪纲

“朗道尔革命”

——美国法律教育的转型

蔡桂生

学术与实务之间

——法教义学视野下的司法考试(刑法篇)

海尔穆特·库齐奥

欧盟纯粹经济损失赔偿研究

周清林

中国语境中的“权利能力”

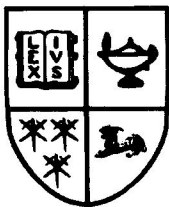
郭丹青

1995年以来的中国法制：稳步的发展与显著的延续性



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

中文社会科学引文索引 (CSSCI) 来源集刊



北大法律評論

PEKING UNIVERSITY LAW REVIEW

第 10 卷 · 第 1 輯 (2009)

《北大法律评论》编辑委员会



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

北大法律评论·第10卷·第1辑/《北大法律评论》编辑委员会编. —北京:
北京大学出版社, 2009. 1

ISBN 978 - 7 - 301 - 14978 - 2

I. 北… II. 北… III. 法律 - 文集 IV. D9 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 026344 号 1

书 名: 北大法律评论(第10卷·第1辑)

著作责任者: 《北大法律评论》编辑委员会 编

责任编辑: 王 晶

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 14978 - 2/D · 2256

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027 出版部 62754962

印 刷 者: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

787 毫米 × 1092 毫米 16 开本 19.5 印张 365 千字

2009 年 1 月第 1 版 2009 年 1 月第 1 次印刷

定 价: 33.00 元

未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有, 侵权必究

举报电话: 010 - 62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

注释体例

援用本刊规范：

苏力：“作为社会控制的文学与法律——从元杂剧切入”，载《北大法律评论》第7卷第1辑，北京大学出版社2006年版。

一、一般体例

1. 引征应能体现所援用文献、资料等的信息特点，能（1）与其他文献、资料等相区别；（2）能说明该文献、资料等的相关来源，方便读者查找。
2. 引征注释以页下脚注形式，每页重新编号。
3. 正文中出现一百字以上的引文，不必加注引号，直接将引文部分左边缩排两格，并使用楷体字予以区分。一百字以下引文，加注引号，直接放在正文中。
4. 直接引征不使用引导词或加引导词，间接性的带有作者个人的概括理解的，支持性或背景性的引用，可使用“参见”、“例如”、“例见”、“又见”、“参照”等；对立性引征的引导词为“相反”、“不同的见解，参见”、“但见”等。
5. 作者（包括编者、译者、机构作者等）为三人以上时，可仅列出第一人，使用“等”予以省略。
6. 引征二手文献、资料，需注明该原始文献资料的作者、标题，在其后注明“转引自”该援引的文献、资料等。
7. 引征信札、访谈、演讲、电影、电视、广播、录音、未刊稿等文献、资料等，在其后注明资料形成时间、地点或出品时间、出品机构等能显示其独立存在的特征。
8. 不提倡引征作者自己的未刊稿，除非是即将出版或已经在一定范围内公开的。
9. 引征网页应出自大型学术网站或新闻网站，由站方管理员添加设置的网页，应附有详细的可以直接确认定位到具体征引内容所在网页的 URL 链接地址，并注明最后访问日期。不提倡从 BBS、BLOG 等普通用户可以任意删改的网页中引征。
10. 英文以外作品的引征，从该文种的学术引征惯例，但须清楚可循。
11. 其他未尽事宜，参见本刊近期已刊登文章的处理办法。

二、引用例证

中文

1. 著作

- 朱慈蕴:《公司法人格否认法理研究》,法律出版社1998年版,第32页。

2. 译作

- 孟德斯鸠:《论法的精神》(下册),张雁深译,商务印书馆1963年版,第32页。

3. 编辑(主编)作品

- 朱景文主编:《对西方法律传统的挑战——美国批判法律研究运动》,中国检察出版社1996年版,第32页。

4. 杂志/报刊

- 张维迎、柯荣住:“诉讼过程中的逆向选择及其解释——以契约纠纷的基层法院判决书为例的经验研究”,载《中国社会科学》2002年第2期。
- 刘晓林:“行政许可法带给我们什么”,《人民日报》(海外版)2003年9月6日第H版。

5. 著作中的文章

宋格文:“天人之间:汉代的契约与国家”,李明德译,载高道蕴等主编:《美国学者论中国法律传统》,中国政法大学出版社1994年版,第32页。

6. 网上文献资料引征

- 梁戈:“评美国高教独立性存在与发展的历史条件”,<http://www.edu.cn/20020318/3022829.shtml>,最后访问日期2008年8月1日。

注释中重复引用文献、资料时,若为注释中次第紧连援用同一文献的情形,使用“同上注,第2页”“Id., p. 2”等。

若为非次第紧连,但在同页出现的文献,可将文献的版次、出处等简略,仅使用“同前注”“supra note”,但须注明引用文献的名称和作者,以便于识别。如“苏力:《送法下乡》,同前注”。

英文

1. 英文期刊文章 consecutively paginated journals

Frank K. Upham, “Who Will Find the Defendant if He Stays with His Sheep? Justice in Rural China”, *Yale Law Journal*, Vol. 114: 1675 (2005).

2. 文集集中的文章 shorter works in collection

Lars Anell, *Foreword*, in Daniel Gervais, *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis*, London: Sweet & Maxwell, 1998, p. 1.

3. 英文书 books

Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1990, p. 456.

4. 英美案例 cases

New York Times Co. v. Sullivan, 76 U.S. 254 (1964). (正文中出现也要斜体)
Kobe, Inc. v. Dempsey Pump Co., 198 F.2d 416, 420 (10th Cir. 1952).

5. 未发表文章 unpublished manuscripts

Yu Li, *On the Wealth and Risk Effects of the Glass-Steagall Overhaul: Evidence from the Stock Market*, New York University, 2001 (*unpublished manuscript, on file with author*).

6. 信件 letters

Letter from A to B of 12/23/2005, p. 2.

7. 采访 interviews

Telephone interview with A, (Oct 2, 1992).

8. 网页 internet sources

Lu Xue, *Zhou Zhengqing Talks on the Forthcoming Revision of Securities Law*, at http://www.fsi.com.cn/celeb300/visited303/303_0312/303_03123001.htm? 最后访问日期 2008 年 8 月 1 日。

《北大法律评论》第 10 卷 · 第 1 辑(总第 18 辑)

目 录

编者按语 (1)

主题研讨 清代中国的法律与社会

林 乾 从叶墉包讼案看讼师的活动方式及特点 (6)

唐泽靖彦 牛 杰 译

清代的诉状及其制作者 (25)

李典蓉 被掩盖的声音

——从一件疯病京控案探讨清代司法档案的制作 (45)

邱澎生 法学专家、苏州商人团体与清代中国的“习惯法”问题 (68)

巩 涛 邓建鹏 译

失礼的对话：清代的法律和习惯并未融汇成民法 (89)

论文

向 燕 从财产到隐私

——美国宪法第四修正案保护重心之变迁 (121)

陈 颀 美国私营监狱的复兴

——一个惩罚哲学的透视 (148)

评论

陈绪纲 “朗道尔革命”

——美国法律教育的转型 (171)

蔡桂生 学术与实务之间

——法教义学视野下的司法考试(刑法篇) (211)

海尔穆特·库齐奥 朱 岩 张玉东 译

欧盟纯粹经济损失赔偿研究 (241)

周清林 中国语境中的“权利能力” (267)

郭丹青 周 琰 译

1995 年以来的中国法制:稳步的发展与显著的延续性 ... (290)

编后小记 (302)

Peking University Law Review
Vol. 10 , No. 1 (2009)

Contents

Editors' Notes	(1)
-----------------------------	--------------

Symposium : Law and Society in Qing China

Lin Qian

Exploring the Litigation Master's Mode of Activity and its Characteristic through the Case of Yeyong's Litigation Brokerage	(6)
--	-------

Yasuhiko Karasawa Translated by Niu Jie

Legal Plaints and Their Writers in the Qing	(25)
---	--------

Li Dianrong

Suppressed Voices : An Analysis of Qing Judicial Documents from a Madness Capital Appeal	(45)
---	--------

Qiu Pengsheng

Legal Professions, Merchant Associations, and the "Customary Law" Issue in Qing China	(68)
--	--------

Jérôme Bourgon Translated by Deng Jian-peng

Uncivil Dialogue : Law and Custom Did not Merge into Civil Law under the Qing	(89)
--	--------

Articles

Xiang Yan

From Property to Privacy : The Transition of the Core of the Fourth Amendment in United States	(121)
---	---------

Chen Qi

- The Renaissance of American Private Prison: A Perspective of
Philosophy of Punishment (148)

Notes & Comments**Chen Xugang**

- Langdell Revolution: The Transformation of American Legal
Education (171)

Cai Guisheng

- Between Academic Theory and Practice: The Judicial Exam
(Criminal Law Section) in the Field of Rechtsdogmatik (211)

Helmut Koziol Translated by Zhu Yan & Zhang Yudong

- Recovery for Economic Loss in the European Union (241)

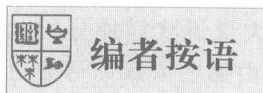
Zhou Qinglin

- “Rechtsfähigkeit” in the Chinese Context (267)

Donald C. Clarke Translated by Zhou Yan

- The Chinese Legal System Since 1995: Steady Development and
Striking Continuities (290)

Afterword (302)



《北大法律评论》(2009)

第 10 卷 · 第 1 辑 · 页 1—5

Peking University Law Review

Vol. 10, No. 1, 2009, pp. 1—5

编者按语

本辑《北大法律评论》分为“主题研讨”、“论文”与“评论”三大主体部分。

纵观 20 世纪西方史学的发展历程,我们可以发现,其重大变化之一就是传统史学的主流地位逐渐为社会文化史所取代,文化、经济、政治、法律等各种因素之间的微妙关联与深层互动,正受到前所未有的关注与重视。这种如今方兴未艾的学术风潮,对于中国法律史研究而言同样是极具启发意义。我们本期组织的主题研讨“清代中国的法律与社会”,在很大程度上有着共同的学术追求:五篇文章虽然具体主题各有不同,但都试图通过对法律、文化、经济诸因素之间的关联与互动进行重新审视,从而在更为广阔的历史情境下深刻展现帝制中国后期法律实践及其社会背景的复杂面相。

晚近以来,中国古代的讼师正逐渐为越来越多的中外学者所关注,围绕其所产出的相关研究成果颇丰,但囿于资料所限,先前的研究大多属于对这一特殊群体的整体性研究,往往偏于对总体特征的宏观描述,而欠缺对具体个案的深入探讨。林乾的《从叶塘包讼案看讼师的活动方式及特点》所探讨的案例,虽然也曾为其他学者(例如 Melissa Macauley)所简要提及,但先前的研究均未能如此详细地加以探讨。林乾利用这一有着丰富意涵的案例材料,将之放置于当时的历史情境之下详加分析,向我们展示了一个活跃于清代中国、有着广泛活动网络的讼师形象,而这一鲜活形象背后所潜藏着的有关清代法律实践和社会现实的诸多信息,亦随着分析的深入展开而逐渐得到显现。

讼师的角色也出现在日本学者唐泽靖彦的《清代的诉状及其制作者》一文之中,但他的这篇文章并不仅限于此。唐泽靖彦所关注的是,地方司法档案中所常见的那些充斥着定型化表述和模式化情节的诉状,究竟是由何等人物所制

作,换言之,清代诉状的实际制作过程该是怎样的一番景象。在对“淡新档案”、“巴县档案”和“南陵县档案”等地方司法档案中的大量诉状详加分析之后,唐泽靖彦指出,在19世纪的清代中国,很多诉状都是由那些依靠读写能力糊口的下层识字阶层所作,并且,大部分诉状在被交给官代书之前,就已经由起诉人或官代书之外的某个具有读写能力之辈事先以某种形式写好,官代书往往只是例行地盖上代书戳记而已。唐泽靖彦对众多诉状所显示的语言性要素和文艺性要素的精彩考察,让我们更为深刻地认识到清代司法置身其中的文化情境和社会背景。

李典蓉的《被掩盖的声音——从一件疯病京控案探讨清代司法档案的制作》同样是重点关注清代司法文书的制作,但与唐泽靖彦不同的是,除了对呈词进行研究外,她还特别关照到官方对案犯供词加以制作的微妙过程。李典蓉以一份京控案卷为中心,对清代民间与官方的司法文书书写策略详加分析。她认为,在京控过程中,固然原告会在呈词书写上费尽心思,力求能被中央受理,从州县到省府的地方官员,同样也会运用各种书写策略以平息诸多呈控事件,其中一个非常重要的作法,就是运用所掌握的书写权力对司法文书加以精心制作。李典蓉提醒我们注意,由于这些情况的普遍存在,我们今天在利用清代司法档案时务须小心翼翼,谨慎考虑。这篇文章所探讨的,其实正是“新文化史”的领军人物戴维斯(Natalie Zemon Davis)在其名著《档案中的虚构:十六世纪法国司法档案中的赦罪及故事的叙述者》(*Fiction in the Archives: Pardon Tales and Their Tellers in Sixteenth-Century France*)中所展示的问题:司法案卷中关于案件事实的描述,往往是真假混陈、虚实相间。但戴维斯更强调的是,在虚构的内容背后,却潜藏着某种真实的文化逻辑。而透过本文那些饶有意思的描述,我们也能在某种程度上触摸到清代司法的真实文化逻辑。

如果说前面的三篇文章偏重于以司法文化的某一层面为切入点再推至社会背景下展开深入研究,那么接下来的两篇文章则更多地是探讨法律与社会如何交相互动的主题,并且,在同样立足于史实分析的前提下,还带有相对更为明显的理论探讨色彩。

邱澎生的《法学专家、苏州商人团体与清代中国的“习惯法”问题》一文所针对的,其实是清代中国有无“习惯法”这一聚讼已久的学界论争。他以清代江南地区的商业讼案为切入点,对清代商业习惯与国家法律之间互动关系的演变历程进行了细致分析。邱澎生认为,在分析清代中国的习惯与国家法之互动关系时,我们一方面应当留意欧洲近代法学对“习惯法”一词的特殊定义,不要随意将之套用于中国的法律系统,但另一方面,也要留意社会民众“思虑、欲望、理性和情感”对国家法所发生的主导性作用,并且同时关注那种随着商业贸易的发展而在若干清代地方法庭内发生的由“习惯性实践”转化为“习惯性

规则”的具体历程。他尤其提醒我们注意,幕友、讼师、官员这样的法学专家,透过某些法律修辞与法律推理,在后一过程中扮演了制度性的角色。

有意思的是,巩涛(Jérôme Bourgon)的《失礼的对话:清代的法律与习惯并未融汇成民法》恰好是邱澎生论文的主要对话对象之一,而巩涛的这篇文章本身,又是在与美国、欧洲、日本、中国的学者进行批评性的学术对话。作为西方的学者,来自法国的巩涛特别提醒人们注意近来中国法律史研究中的一个微妙问题。他指出,晚近的一些美国学者,一反西方学界往昔认为中国古代并不存在单独的“民法”概念的看法,而认为“民法”在清代官方虽无认可,但在实践中却以“习惯”或“习惯法”等方式运作,与民事司法实践共同构成了清代的民法整体。在巩涛看来,这样的研究路数其实并不妥当,因为“民法”、“习惯法”、“习惯”这样的表述在西方有其特定的意涵,在中国法律史研究中不能无所辨析就随意使用。在对欧洲意义的“custom”和“practice”细加区分,并对照运用各种中国史料详加论证之后,他认为,在清代中国,“习惯”并未像西方那样自下而上地由社会底层融汇形成国家的民法,而是在一种自上而下的环境下,被官方加以利用或变通,成为其治理或整饬的对象,始终没有像西方那样具有准法律的效力,换言之,中国没有走上西方那种自下而上的“习惯—法律”的民法演化道路,因此,在这样的一个体制中寻找“民法”,并非明智之举。无论我们是否接受巩涛的这种看法,他所提出的这种发生在跨语际学术实践中的微妙问题,始终值得我们深思。

刑事诉讼领域内的比较法研究还有较大的提升空间,即使香港、台湾地区等地惯以美国法为“镜鉴”的研究也是如此。例如,对美国宪法和刑事诉讼法中搜查控制原则的变迁研究,为何会从财产权保护发展到隐私权保护?又为何是在那样的年代,而不是更早或更晚的时期?既往的刑事诉讼比较法学者往往只是泛泛介绍,并无嵌入国外法域的研究产出。而向燕的《从财产到隐私——美国宪法第四修正案保护重心之变迁》则做了极其细致的梳理,全文纵横捭阖,观点透彻,规则分析与背景探讨相得益彰。作者将自己的留学机会予以充分利用,令人欣慰。全文既有学术的严谨与客观,又有历史文化之余味。文章运用了大量判例法与相关背景资料,深入剖析该制度理念变迁的社会缘由。这一自宪法视角进行的细致的刑事诉讼研究,值得我们重点推介。

在绝大多数人的观念中,刑罚权似乎天经地义地由国家所垄断。既然如此,用于执行刑罚的监狱,似乎也应当由国家来拥有和经营。然而,近几十年来美国私营监狱的兴起,却给这种传统观念造成了极大的冲击。如何看待这个现象?又如何从理论上加以阐释或批判?在当今英美学界,为之作辩护的进路主要是基于成本—效益的经济学分析,而对其进行批判的进路则主要是传统的规

范性惩罚哲学。然而,此两种进路都有其内在的缺陷——前者无法证明私营监狱的绝对优势,后者则无法对实践作出真正有效的回应。陈颀的《美国私营监狱的复兴——一个刑罚哲学的透视》一文对此作出了深刻的反思。作者认为,要想在理论上有所突破,就不应固持任何一端,而是应当超越上述两种进路。他从近些年来在学界影响颇大的思想家福柯那里汲取理论资源,以其作为规训权力的惩罚之理论模型,来解释私营监狱这一现象。这是冲出既有理论之死胡同的一种可贵尝试,无论是在理论上,还是在实践上,对我们来说都颇具启发意义。

对美国法律史有所了解之人或多或少都会知道,朗道尔对美国法律教育影响深远,他的名字深嵌于美国法律教育发展史之中。但其具体贡献在哪里?又是在什么样的因缘际会之下,美国法律教育从朗道尔开始发生革命性的变化与转型?中国学界迄今仍是所知不多。陈绪纲的《“朗道尔革命”——美国法律教育的转型》首先回顾了1870年之前美国的法律教育模式,勾勒了朗道尔革命之前的美国传统法律教育图景,然后通过运用诸多史料进行细致的分析,详述了朗道尔独特的人生阅历、个性,以及他的求学、执业经历,从而解释了朗道尔成功创立现代美国法律教育模式的历程和原因。文章还结合艾略特对大学教育体制的改革,具体叙述了从旧法律教育模式到新教育模式转型的具体过程,从另一个侧面还原了“朗道尔革命”发生的历史场景。在文章的最后部分,陈绪纲在理解和阐释历史的基础上,简单评述了朗道尔革命对当今中国徘徊不前的法学院教育改革的可能启示。

蔡桂生关注的同样可以被视为法律教育的主题,所不同的是,他选择研究的并非异域的问题,而是一个与中国的法律教育紧密相关的具体论题——司法考试。他的《学术与实务之间——法教义学视野下的司法考试(刑法篇)》一文,从法教义学的角度对司法考试制度加以思考。蔡桂生首先界定了法教义学的内涵及其功能,将法教义学和概念法学、社科法学区分开来,将其定位于学术和实务之间的“第三条道路”,这条道路既能保持法学的相对独立性和规范性特征,又能打破概念法学的形式化和封闭性。在此基础上,他从法教义学的规范性思维和操作化的角度对司法考试制度进行了探讨,并以司法考试刑法篇为例做了实证研究,最后对司法考试的定位以及更根本意义上的法学学术和实务的互动关系做了进一步阐释。

侵权法上一个人让人头痛的难题,同时也是比较法研究的一个经典课题,就是纯粹经济损失(pure economic loss)在何种程度上可获赔偿。来自奥地利维也纳欧洲侵权法与保险法研究中心的海尔穆特·库齐奥(Helmut Koziol),作为与Von Bar教授齐名的欧洲侵权法研究的知名学者,以其论文《欧盟纯粹经

济损失赔偿研究》对这一问题给予了很好的回应。在简单介绍纯粹经济损失的基本概念和一般理论后,海尔穆特·库齐奥阐述了欧洲各国针对纯粹经济损失赔偿所采取的侵权法上和侵权法外(如合同法)的解决办法,分析了这些解决办法背后所体认的十个影响因素。由此出发,海尔穆特·库齐奥借鉴奥地利W. Wilburg教授的动态系统(das bewegliche System, a flexible system)理论,建立了一个判定纯粹经济损失责任成立的动态系统,并将其应用于具体案例的分析和奥地利侵权法草案等的制定。这不仅对我国现阶段进行的侵权法立法有所启发,更为现在和将来的法律适用提供了价值衡量的有效工具。

与前面巩涛的论文类似,周清林的《中国语境中的“权利能力”》一文所突出的也是一个跨语际学术实践的问题。周清林以“Rechtsfähigkeit”一词在中国近代以来的移译史为视角,探讨“权利能力”这一民法之中最为基础的概念在中国的生长史。他指出,“Rechtsfähigkeit”的直译应当是“法律能力”,从构形上而言,“Recht”乃是修饰“Fähigkeit”,“能力”理当是“法律或者权利”的基础,但是在我们基于对西方法学“权利本位”的判断而采用“权利能力”的译名之后,“权利”成了主宰,“能力”反而隐而不显。周清林历史地追溯了以权利为主导思想的中国法文化,是如何一步一步地去理解“权利能力”这个概念的内涵和外延。他提醒我们注意,无论是就伦理意义而言,还是从形式理性的意义来讲,我们实际上都未真正地接受“Rechtsfähigkeit”这一概念。

《中国季刊》(*The China Quarterly*)是一份国际知名的中国研究学术刊物,2007年9月的该期刊物(第191期)为“中国法制:新发展,新挑战”(China's Legal System: New Developments, New Challenges)专号,刊登了七篇由海外优秀的中国研究者所撰写的关于中国当下法制的论文,并有七位来自中国内地和香港的著名学者所做的评论。本刊在此选译刊登的《1995年以来的中国法制:稳步的发展与显著的延续性》,乃是郭丹青(Donald C. Clarke)教授为该专号撰写的简洁精练的导言。他山之石,可以攻玉,从这篇导论所介绍的中西学者对话中,读者将会对当今中国的法制现状有另一种体悟。



《北大法律评论》(2009)

第10卷·第1辑·页6—24

Peking University Law Review

Vol. 10, No. 1, 2009, pp. 6—24

从叶墉包讼案看讼师的活动方式及特点

林 乾*

Exploring the Litigation Master's Mode of Activity and its Characteristic through the Case of Yeyong's Litigation Brokerage

Lin Qian

内容摘要:道光时期,由于控告官吏勒索浮收等不法行为的京控案被作为“咨交之案”处理,因而地方官事实上成为最后的裁决者,这就使得事关民众根本利益的控告难以得到公正审理,当原告大多成为被惩治的对象,法律的天平更多向权力一方倾斜时,累积的官民二元社会问题也就有了全面撕裂之虞。本案的主角叶墉从告发书吏开始,走向开设客店,雇请讼师,包揽南汇县京控,并隐然建立从案源、作词,到伴护、投递全过程,覆盖省城至京城间的讼师活动网络。而作为劣迹累累、无数次京控中被告的南汇县漕书朱超宗,尽管短时间受到惩罚,但旋即回复原职(役),继续鱼肉民众。而叶墉的后继者们,仍然在一开始就知道结局的京师之路奔走,毕竟,到皇帝那里评理是他们最后的希望。

关键词:咨案 京控 叶墉 讼师 朱超宗

* 史学博士,中国政法大学法律史学研究院教授,博士生导师,电子邮箱:linqian001@tom.

学术界以往有关讼师的研究,已取得丰硕成果^{〔1〕},或许由于资料的限制,这些研究多属宏观,或对这一群体的整体研究,个案研究尚不多见。叶塘案可能是迄今我们看到的记载讼师活动较为详尽的案例之一。研讨官方主导的定案材料,在惊叹讼师给官府及传统法律秩序带来挑战的同时,该案所透露出的诸多信息,不得不让我们产生某种疑虑:难道讼师就是一个以教唆词讼为职业,以逐利为目的,而罔顾事实的群体吗?他们是否被强制贴上“讼师”的标签,以便官府对这些事实上在基层社会拥有较多“话语权”的特殊人群施以打压?

本案同嘉道时期的上诉案件特别是京控案一样,有着复杂而深刻的社会历史背景,并隐含各种不同社会群体的利益诉求。^{〔2〕} 解读本案的意义在于,由于道光时期更多的京控案特别是控告官吏勒折浮收等事关民众根本利益的案件,已作为“咨案”处理,即完全由地方裁决,因而要告倒一个哪怕是劣迹斑斑的书吏,都十分困难,地方官隐然成为不法吏役的保护伞,这也迫使下层绅衿联合起

〔1〕 最先研究讼师的当为日本学者宫崎市定。他在1954年2月出版的《东方学报》发表的“宋元時代の法制と裁判機構”一文之第四部分,即为“宋元の法学、吏学、讼学”(中华书局1992年出版的《日本学者研究中国史论著选译》第八卷仅选译该文前三部分,第四部分未译,原文见《宫崎市定全集》第11册,岩波书店1992年版,第194—212页)。其后,川胜守将这一研究拓展至明末清初(参见川胜守:“明末清初の讼师について—旧中国社会における无赖知識人の一形態—”,载《东洋史论集》第9号,昭和五十六年,九州大学东洋史研究会1981年印行)。1989年,陈智超撰写“宋代的书舖与讼师”一文(载《刘子健博士颂寿纪念宋史研究论集》,同朋舍1989年版,第113—119页),2001年,陈景良撰写“讼学与讼师:宋代司法传统的诠释”一文(载中南财经政法大学法律史研究所编:《中西法律传统》第一卷,中国政法大学出版社2001年版,第201—232页),此二文是为继宫崎先生之后有关宋代讼师研究的重要文章。清代讼师的系统研究则有Melissa Macauley的专书*Social Power and Legal Culture: Litigation Masters in Late Imperial China* (California: Stanford University Press, 1998);近年来作出重要研究的学者主要有夫马进(“讼师秘本の世界”,载小野和子编:《明末清初の社会と文化》,京都大学人文科学研究所1996年版;“讼师秘本《萧曹遗笔》の出现”,载寺田浩明主编:《中国法制史考证·丙编第四卷·日本学者考证中国法制史重要成果选译·明清卷》,郑民钦译,中国社会科学出版社2003年版;“讼师秘本与恶讼师的形象——珥笔青紫的分析”,“明清司法运作中的权力与文化”学术研讨会论文,台湾“中央研究院”历史语言研究所,2005年10月13—15日;“明清時代の讼师と訴訟制度”,载滋贺秀三等著,王亚新、梁治平编:《明清时期的民事审判与民间契约》,法律出版社1998年版)、邱澎生(“有资用世或福祚子孙:晚明有关法律知识的两种价值观”,载《清华学报》[台湾新竹]第33卷第1期;“以法为名——讼师与幕友对明清法律秩序的冲击”,载《新史学》第15卷第4期,2004年12月台北出版)。林乾对清代讼师立法及个案有所研究(“讼师对法秩序的冲击与清朝严治讼师立法”,载《清史研究》2005年第3期;“清代聚众行为的法律控制——以讼师庄午可聚众抗法案为核心”,载《法制史研究》第12期,台湾中国法制史学会、“中央研究院”历史语言研究所合办,2007年)。龚汝富(“明清讼学研究”,华东政法大学2005届博士论文;“明清讼师秘本制作的经验与素材”,载《江西师范大学学报》(哲学社会科学版)2007年第1期)、邓建鹏(“讼师秘本与清代诉状的风格——以‘黄岩诉讼档案’为考察中心”,载《浙江社会科学》2005年第4期)、尤陈俊(“明清日常生活中的讼学传播——以讼师秘本与日用类书为中心的考察”,载《法学》2007年第3期)等对明清讼师秘本也有深入研究。

〔2〕 参见欧中坦(Jonathan K. Ocko):“千方百计上京城:清朝的京控”,载高道蕴、高鸿钧、贺卫方编:《美国学者论中国法律传统》(修订版),清华大学出版社2004年版,第512页。