



*Social Power and Legal Culture
Litigation Masters in Late Imperial China*

法律与社会译丛

社会权力与法律文化

中华帝国晚期的讼师

〔美〕梅利莎·麦柯丽 / 著
明辉 / 译



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



Social Power and Legal Culture
Litigation Masters in Late Imperial China

社会权力与法律文化

中华帝国晚期的讼师

〔美〕梅利莎·麦柯丽 (Melissa Macauley) / 著
明 辉 / 译



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

北京市版权局著作权合同登记号：图字 01 - 2006 - 3075

图书在版编目 (CIP) 数据

社会权力与法律文化：中华帝国晚期的讼师 / (美) 麦柯丽 (Macauley, M.) 著；明辉译. —北京：北京大学出版社，2012. 3

(法律与社会译丛)

ISBN 978 - 7 - 301 - 20377 - 4

I. ①社… II. ①麦… ②明… III. ①法律 - 文化 - 研究 - 中国 - 1500 ~ 1911 IV. ①D929. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 036972 号

书 名：社会权力与法律文化：中华帝国晚期的讼师

著作责任者：[美]梅利莎·麦柯丽 著 明 辉 译

责任编辑：李 霞 王 晶

标准书号：ISBN 978 - 7 - 301 - 20377 - 4 / D · 3071

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：三河市北燕印装有限公司

经 销 者：新华书店

965mm × 1300mm 16 开本 25.75 印张 489 千字

2012 年 3 月第 1 版 2012 年 3 月第 1 次印刷

定 价：49.00 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

中文版序

1984年,当我作为一名年轻的大学生在加州大学伯克利分校开始学习时,中国和日本研究领域中的挑战对我产生了深刻影响。如果有人回到那时告诉我说,多年以后,会有一位中国学者花费时间翻译我的第一本书,而且还是由享誉盛名的北京大学出版社发行译本,我是根本不会相信的。我要诚恳地说,《社会权力与法律文化》的这个中文译本是我学术生涯中获得的最高荣誉。我衷心地感谢明辉副教授才华横溢的翻译以及发行中文译本北京大学出版社的诸位编辑。

自本书首次出版以来许多年过去了,如果让我今天撰写这部书的话,或许会有许多不同之处。我肯定会缩减本书的篇幅!我会凝练某些论点。我会纠正某些事实与分析的错误。但我希望这本书仍然对研究中国的法律、社会与文化有所贡献。我们这代历史学者所能追问的是:为了能够对学术世界作出些微贡献,希望年轻一代的历史学者会在我们研究成果的基础上有所建构和改进。令我尤为感到高兴的是,中国的读者现在能够阅读本书,就其内容展开争辩,并且改进我所撰写的这段历史。

我希望本书能够经受“时间检验”的一个方面在于对“法律文化”概念的拓展。在本书英文版的导论中,我将中华帝国晚期的法律文化界定为“一个由诸多司法实践活动构成的体系……一个由关于如何确保规范秩序的儒家经义阐释构成的集合体……[以及]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,而这些法律的假定和信仰又超越了阶级和(在某种程度上)地域的划分”。^[1] 20世纪90年代,文化人类学领域的研究对美国历史学者产生了巨大影响,而这一法律文化概念则反映

[1] Melissa Macauley, *Social Power and Legal Culture: Litigation Masters in Late Imperial China*, Stanford, California: Stanford University Press, 1998, pp. 13—14.

了历史专业研究中较为宏大的趋势。克利福德·吉尔茨(Clifford Geertz)尤其塑造了我对文化的下述理解,即将文化视为一个在符号中表达的观念系统,人们有意识和无意识地运用这些符号来沟通他们的生活观念。^[2]我认为这种分析路径非常具有说服力。我对法律文化的界定尤其认可社会与司法实践(吉尔茨及其追随者倾向于忽视)的重要意义,但我坚持认为,社会实践只能被理解为一个较大的“文化系统”的组成部分。

与此同时,我也极为有意识地试图在社会史研究方法与新兴文化研究领域的其他方法之间搭建起一座沟通的桥梁。在这个意义上,本书正是20世纪90年代(确切地讲,1993年以博士学位论文的形式呈现,1998年后成书)美国学术研究的产物。自20世纪60年代至80年代,社会史始终是美国历史研究的首要领域。社会史学者致力于经济学、劳工与阶级的政治学、社会不平等、妇女与少数群体的历史以及国家权力的研究。许多历史学者认为,他们正在为一个社会变迁的进步史表建构历史的基础。其中,大多数历史学者不是马克思主义者,但他们却受到“英国马克思主义历史学家”——最著名的当属汤普森(E. P. Thompson)、乔治·鲁德(George Rude)及埃里克·霍布斯鲍姆(Eric Hobsbawm)——的巨大影响。社会史学者依赖于“对资本主义制度发展……的经验研究、定量、[社会移情]及批判唯物主义分析”。^[3]

然而,在20世纪80、90年代,新兴“文化研究”领域引发了大量社会科学与人文科学跨学科的学术争论,而且还挑战了宽泛意义上的美国历史学者所信奉的某些观点。米歇尔·福柯(Michel Foucault)批评了存在一个可以被理解的“社会现实”的观点。他声称,社会制度仅仅是“松散的构成”(即由话语和表达构造的实体)。他指出,权力并不

[2] Clifford Geertz, “Religion as a Culture System”, in Geertz, *The Interpretation of Culture*, Basic Books, 1973, p. 89。正如读者所见,对本书产生影响的其他人类学家还包括劳拉·纳德(Laura Nader)、安东·布洛克(Anton Blok)、维克托·特纳(Victor Turner)、伊丽莎白·科尔森(Elizabeth Colson)及明迪·拉扎勒斯-布莱克(Mindie Lazarus-Black)。

[3] 历史学者杰夫·埃利(Geoff Eley)对社会史学者世界的描述,参见 Geoff Eley, *A Crooked Line: From Cultural History to the History of Society*, Michigan, 2005; 我的引用,同上书,第13—14页。

仅仅是国家或精英控制的表现形式,它是“一个由‘微权力’(micro-powers)以及渗透至社会生活方方面面的权力关系构成的无限复杂的网络”。〔4〕文化历史学者海登·怀特(Hayden White)声称,根本不存在诸如对过去的“客观”历史解释之类的事物,历史教科书最多能被当成文学作品加以分析。〔5〕

当我在伯克利从事研究生学习期间(1984—1992),学校师生就这些及其他观点进行了不停的争论、辩驳、支持与反对。对于身处其中的学生而言,那是一段令人激动不已的时光。福柯的影响尤为深刻,因为他曾在那里兼职授课,直至1984年辞世,我刚好在那年来到伯克利。历史系的几位教员也曾在《表征》(*Representations*)杂志编辑部任职,那是一份致力于文化研究的重要期刊。另一方面,历史系的许多(或许是绝大多数)教员以各种理由拒绝文化研究。为我授课的那些教授,特别是我的导师魏斐德(Frederic Wakeman),对发生在大学里的文化转向的诸多方面都深表怀疑,但却鼓励我们深入广泛地阅读那些致力于历史方法论问题的教科书。我们也正是那样做的。

正是在这样一个智识酝酿的背景下,我形成了关于法律、社会与文化之间相互作用的一些想法,并且试图将我希望用于法律文化研究的一些方法予以概念化。作为一名忠实的社会史学者,我却不明白我为什么不愿采用文化史学者倡导的一些方法。我并不认为自己被迫在两种方法之间做出某种错误的选择。人们不必同意福柯的所有观点,他在写作时认识到,话语塑造了人类对社会现象的理解,并且享有的一种强迫人们以某种特定方式思考与行动的特定权力。在研究中我发现,不容忽视的是,自宋代以来至20世纪,政府与精英关于诉讼与讼师的话语始终保持着显著的一致性与连贯性。为什么我不愿将福柯的分析方法用于探究中华帝国晚期话语如何影响国家与地方社会参与者之间的权力关系呢?另一方面,承认福柯关于话语与表达的权力的观点,并不意味着我不得不放弃下述观点,即权力最终是在现代国家对暴力和军事力量的依赖中予以表达的。我并不认为自己被迫忽视了经济精英依靠社会制度增加他们自己的经济利益。

〔4〕 引自 Patricia O'Brien, "Michel Foucault's History of Culture", in Lynn Hunt, ed., *The New Cultural History*, Berkeley: University of California Press, 1989, p. 35.

〔5〕 Hayden White, *Metahistory*, Johns Hopkins, 1973.

从2012年的优势视角反观那一时期,显而易见,绝大多数历史学者得出了类似的结论。这部分地反映了林·亨特(Lynn Hunt)巨大的智识影响,她同样也是那些年间(自1974年至1987年)伯克利的一位历史教授,后来在2002年当选为美国历史协会主席。在她自己关于欧洲史的研究著作以及几部合编或合著的颇有影响力的关于历史研究方法与理论的历史著作中,亨特教授及其同事实际上激励了一代历史学者发表“运用在经验上具体的而在理论上广博的方法整合社会与文化分析模式”的历史著作。^[6]我并不知道我是如何获得成功的,但这实际上正是我努力在本书中实现的。

对于明辉副教授在本书翻译中投入的所有努力,我希望再一次表示感谢。这并不是一部容易翻译的著作。它太长了。我想跨越诸多文化与世纪,进行恢宏的比较研究。与许多年轻的历史学者发表他们的第一本书时一样,我试图运用大量或许本不必要的繁复语言,给我的前辈们留下深刻印象。我非常感谢他能锲而不舍地完成全部译事。

我在研究和撰写本书时,有三个人对我影响至深,他们今已辞世。曾宪义,是我在中国人民大学的指导老师,也是中国法律史的著名学者;魏斐德,是我在伯克利的指导老师,也是在美国研究中国史的重要学者之一;我的父亲,威廉·麦考利(William Macauley),是我的第一位历史老师,本书原版题献给他。我真希望他们能活着看到这本书的中译本,以至于我能再次告诉他们,我是多么感谢当我努力成为一名中国史学者时那些善良、慷慨和才华横溢之人为我所做的一切。

梅利莎·麦柯丽
2012年3月11日

[6] Victoria Bonnell and Lynn Hunt, "Preface" to *Beyond the Cultural Turn: New Directions in the Study of Society and Culture*, Victoria Bonnell and Lynn Hunt, eds., Berkeley, 1999, p. ix.

站在历史的棱镜之前

(代译序)

以古为镜,可以知兴替。^[1]

百余年来,中国社会历经变局与转型,社会各阶层——无论是官吏、士绅,还是学者、民众,从各自不同的——无论是参与者,还是旁观者——立场或视角,形成了诸多关于中国司法制度与实践的看法。尽管存在着程度不同的共识、分歧,甚至激烈的争辩,但这些看法注定已成为近百年来中国人关注司法、反思司法的智识痕迹。如果将人类的思想比作一条蜿蜒不息的江河,你我注定只能“随波逐流”。

为何有那么多人如此关注司法问题?原因很多,无辜者想昭雪冤屈,有罪者图逍遥法外,逐利者欲以权谋私,呐喊者望申扬正义……作为学者,或许,不仅可以透过司法问题观察法律制度,还可借以审视国家与社会的关系以及中国社会政治制度的性质及变迁。从传统角度看,无论何因,研究社会与经济的历史学者和研究思想与文化的历史学者,始终走在两条并行且看似没有可能交叉的道路上。然而,法律,作为一种独特的社会现象,天然地将两条道路汇合在一起,形成的这块“三角地”就是“司法”——从实质上讲,也就是“如何对人进行审判”。^[2]因此,对中国司法进行社会与文化史的研究,不仅可行,而且还有助于澄清人的行为与态度以及由态度所决定的行为选择之间复杂而微妙的关系。^[3]或许,也正是在这个意义上,一些海外学者选择

[1] 《旧唐书·魏徵传》卷七十一。

[2] [法]马克·布洛赫:《封建社会》(下卷),李增洪等译,张绪山校,商务印书馆2004年版,第583页。

[3] 这种行为选择,就个人而言,既可以是“秋菊的说法”,也可以是“华盛顿的辞呈”;就群体而言,既可以是“攻占巴士底狱”,也可以是“乌坎村事件”。

将传统与近代中国社会作为提出和讨论问题的背景,将中国的司法(制度与实践)作为问题指向的鹄的。其中,一项极具代表性和独创性的学术研究,就是美国西北大学历史系教授梅利莎·麦柯丽^[4]的《社会权力与法律文化——中华帝国晚期的讼师》(斯坦福大学出版社,1998年)。^[5]在本书中,作者敏锐地选择了中华帝国晚期(1500—1911)历史背景下一个颇具争议而又被以往研究者忽视的法律和社会形象——讼师,作为研究的核心主题,展开她对中国的司法问题的社会史与文化史的研究,并且得出了对中国学者或许更具启发意义但又值得深入探讨的结论。^[6]值得一提的是,该书在出版次年(1999年)被全美图书馆权威期刊《选择》(Choice)评为年度“杰出学术著作”。

“讼师”,作为一个学术研究主题,在近十年间已然引起中国——特别是法律史——学者的关注与热议。以“讼师”为关键词在“中国知网”(CNKI)检索,在1999—2011年间,中国学者以“讼师”为题发表了学术论文49篇^[7],并且还有选择以“讼师”为题的2篇博士

[4] 梅利莎·麦柯丽,系美国西北大学历史系教授,1993年在美国加州大学伯克利分校取得东亚史专业博士学位(Ph. D),并且曾在台湾政治大学学习汉语(1982—1984),以高级访问学者身份在中国人民大学法学院从事研究工作(1988—1990)。麦柯丽教授的主要研究兴趣在于中华帝国晚期及近现代中国史(18—21世纪)、社会史与法律文化、犯罪与移民、帝国主义与殖民主义等。资料来源:美国西北大学历史系(Department of History)官方网站 <http://www.history.northwestern.edu/people/macaulay.html>,最后访问时间:2012年1月28日。

[5] Melissa Macauley, *Social Power and Legal Culture: Litigation Masters in Late Imperial China*, Stanford, California: Stanford University Press, 1998.

[6] 关于本书,已有台湾学者专门撰文进行了评介,参见邱澎生:《明清讼师的社会文化史:评 Macauley 专书》(2000年9月),资料来源:<http://idv.sinica.edu.tw/pengshan/onMacauley.htm>,最后访问时间:2012年1月28日;此外,中国大陆学者也对本书有所提及、介绍与引用,参见林乾:《从叶塘包讼案看讼师的活动方式及特点》,载《北大法律评论》2009年第1辑,特别是第23页注2;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;邓建鹏:《清代讼师的官方规制》,载《法商研究》2005年第3期。

[7] 例如,参见陈景良:《讼学、讼师与士大夫——宋代司法传统的转型及其意义》,载《河南省政法干部学院学报》2002年第1期(讼师现象“不仅反映着当时社会喜言财利的‘好讼’风尚,而且还正在一定程度上猛烈地冲击着以人伦道德为基础的司法防线,影响和改铸着宋代的司法传统”);谢佑平:《差异与成因:中国古代“辩护士”、“讼师”与现代职业律师》,载《比较法研究》2003年第2期;方立新、许翰信:《纠葛、讼师与中国古代法律文化》,载《浙江大学学报》(人文社会科学版)2003年第6期(讼师虽然“在古代法律生活中得以存在”,但“在中国古代社会中

论文^[8]、9篇硕士论文以及5篇报纸文章；除上述学术（含学位）论文之外，中国学者还出版了一些相关的学术著作，或专门讨论，或内容论及“讼师”。^[9]然而，在1998年——麦柯丽出版《社会权力与法律文化》的年份——以前，中国学者以“讼师”为题发表的论文仅有

始终都处于在政治与道德上被双重拒绝的尴尬境地”）；邓建鹏：《清代讼师的官方规制》，载《法商研究》2005年第3期（清代社会存在对讼师的需求，但却“受到各级衙门的严厉规制”，尽管“对讼师的官方规制并未完全收到实效”）；霍存福：《从业者、素养、才能：职业与专业视野下的清代讼师》，载《辽宁大学学报》（哲学社会科学版）2006年第1期（“讼师作为职业的存在，是专业服务需求的需要，也是官府与百姓之间知识系统沟通的需要”）；吕欣：《对古代讼师的法文化考察——以民间法与国家法的两分为视角》，载《山东大学学报》（哲学社会科学版）2007年第4期（民间法文化中的“好讼”观念倾向及“健讼”实践与国家法文化所倡导的“无讼”观念及相应法律制度，形成了对讼师正反两面的评价）；邱澎生：《以法为名：讼师与幕友对明清法律秩序的冲击》，载《中西法律传统》第6卷，中国政法大学出版社2008年版（明清时期讼师“人数愈来愈多，并分别得到涉讼民众与地方官员的信任与依赖”并且“更深地嵌入当时司法体系，进而暗中形塑着当时中国社会的法律秩序”）；孙家红：《走近讼师秘本的世界——对夫马进〈讼师秘本〉（萧曹遗笔）的出现一文若干论点的驳论》，载《比较法研究》2008年第4期；潘宇：《清代州县审判中对讼师的禁制及原因分析》，载《法制与社会发展》2009年第2期（“清代的州县官员禁制讼师思想的原因除对正统思想的认同与遵行外，也是为自身政治利益的考虑”）；郭义贵：《讼师与律师：基于12至13世纪的中英两国之间的一种比较》，载《中国法学》2010年第3期（“中国古代君主过于绝对的权力以及与之相关的法律工具主义观念和对于无讼的追求等”是导致中国“未能产生出英国意义上的律师”的“主要原因”）；邱志红：《从“讼师”到“律师”——从翻译看近代中国社会对律师的认知》，载《近代史研究》2011年第3期（中国“早期译介者以‘讼师’这一传统概念对译 lawyer 一词时，并没有给予其明显的价值判断，但由于传统社会中讼师的不良形象，以及在中国官方话语的构造之下，‘讼师’这一词汇本身承载的根深蒂固的负面意涵便被无限放大”）。

- [8] 党江舟：《中国传统讼师文化研究》，中国政法大学（博士论文），2003年；潘宇：《明清及民初的讼师与讼学研究》，吉林大学（博士论文），2006年。此外，还有一篇虽非以“讼师”而是“讼学”为题的博士论文，也探讨了许多与“讼师”相关的重要问题，参见龚汝富：《明清讼学研究》，华东政法大学（博士论文），2005年。
- [9] 例如，参见龚汝富：《明清讼学研究》，商务印书馆2008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。这两部专著当是在前注中所涉两篇“博士论文的基础上修改而成的”。亦可参见梁治平：《法意与人情》，中国法制出版社2004年版，第269—281页；刘馨珺：《明镜高悬——南宋县衙的狱讼》，台湾五南图书出版公司2005年版，第295—317页。

5篇^[10]，没有任何相关的学术专著发表；与此同时，有日本学者也以中国历史上的“讼师”为题发表了学术论文，并进行了更深刻、更细致的考证与研究。^[11]

这是一部关于中国古代“讼师”的著作。

法律，作为一个抽象的概念，“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”。^[12] 在中国法律史上，讼师，作为一种社会身份的界定，又能呈现出什么样的形象呢？为了（但不仅仅是为了）描绘这样一个历史的社会形象，麦柯丽教授曾专程到中国花了两年的时间，收集、整理了大量的历史资料，大致包括以下两种类型：其一是官方的资料^[13]，例如清代的诉讼档案，主

[10] 吴吉远：《清代的代书与讼师》，载《文史杂志》1994年第3期（“封建法律根本不允许近代律师职能的存在，代书与讼师的出现和存在只是封建法律在清代实施过程中的产物”）；张庆军、孟国祥：《民国时期的讼师》，载《民国春秋》1997年第1期（“讼师这一行业却历久而不衰，自有其存在的合理性。直至民国以后，辩护制度引进，律师出现，才逐渐走向衰落”）；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（“讼师的行为形式上有些类似于现代的律师，但由于他们没有合法的地位，不能直接参与诉讼，也缺乏基本的运作机制和统一的行规，因而不能与律师相提并论”）；马作武：《中国历史上第一位讼师》，载《中国律师》1997年第12期（邓析是“中国历史上有据可查的第一位讼师”）；薛晓蔚：《〈讼论赋〉——研究中国古代讼师难得的史料》，载《山西大学学报（哲学社会科学版）》1998年第4期（中国“古代讼师不仅仅是代书，还为当事人提供法律咨询，出谋划策，应该是现代律师的雏型”）。

[11] 例如，参见〔日〕夫马进：《明清时代的讼师与诉讼制度》（1993），范愉、王亚新译，载王亚新、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，第389—430页；〔日〕夫马进：《讼师秘本（萧曹遗笔）的出现》（1994），郑民钦译，载〔日〕寺田浩明主编：《中国法制史考证》丙编第四卷，中国社会科学出版社2003年版，第460—490页；〔日〕夫马进：《讼师秘本的世界》（1996），李力译，载《北大法律评论》2010年第1辑，第210—238页。

[12] 〔美〕霍姆斯：《法律，我们的情人》，载《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。

[13] 主要包括《宋刑统》、《名公书判清明集》、《大明律集解附例》、《大清律例》、《大清会典事例》、《清实录》、《清史稿》、《皇朝经世文编》、《刑案汇览》、《读例存疑》、《刑科题本》、《朱批奏折》、《录副奏折》、《教习教案档》、清官中档历代奏折及各省则例、地方志、笔记等文献资料。其中，私人笔记、文集等主要包括《癸辛杂识》（南宋·周密）、《花当阁丛谈》（明·徐复祚）、《鹿洲公案》（清·蓝鼎元）、《学治臆说》、《佐治药言》及《病榻梦痕录》（清·汪辉祖）、《福惠全书》（清·黄六鸿）、《培元堂偶存稿》（清·陈宏谋）、《咫闻录》（清·廉讷居士）、《庸斋笔记》（清·陈其元）、《清诗铎》（清·张应昌）、《谐铎》（清·沈起凤）等。

要来自中国第一历史档案馆收藏的朱批奏折、刑科题本、录副奏折以及案例汇编等,包括了乾隆至道光年间(1736—1850)由地方官员呈报至北京的“教唆词讼”及其他涉及讼师的案件;另一部分是民间的资料^[14],主要涉及讼师故事以及相关的戏剧、小说、民间故事等。

在认真梳理与分析前述两类历史资料的基础上,麦柯丽教授为站在历史棱镜前的读者逐渐勾勒出两个似乎截然不同、却又异常鲜活的“讼师”形象——官方的形象与民间的形象。一方面,在古代法典、诉讼档案以及官吏手册中体现出来的官方话语,通常将“讼师”称为“讼棍”、“唆徒”、“官鬼”、“唆讼棍徒”等^[15],表达出一种鄙夷、斥责的鲜明官方态度;另一方面,在诸如小说、戏剧、笔记、传说中体现出来的民间话语,虽然也有对其狡诈、阴险、甚至悖礼失德的描摹,但大体上却将“讼师”刻画成一个劫富济贫、维系社会正义与秩序的古代豪侠形象^[16],蕴含着一种毫不吝啬的赞誉之情。这些官方的和民间的资料,诚如麦柯丽教授所言,“揭示出中国法律文化的一个重要方面。虽然有一种传统强烈谴责讼师的道德堕落,但另一种传统却颂扬讼师的才智和能力,从而在政府官员和地方乡绅的不足之处映射出道德的光芒”。^[17]值得注意的是,承载在同一类社会角色身上的这两种截然不同的人物形象,在一定程度上,也映射出了中华帝国晚期对于法律问题的官方话语与民间话语之间的紧张关系。

这是一部关于明清时期“社会权力”与“法律文化”的著作。

之所以选择将“讼师”作为研究主题,据麦柯丽教授本人所言,其主要动因在于,“考虑到[中华]帝国晚期各种原始资料中记载的人们遭遇讼师的频繁程度,令人吃惊的是,竟然没有以汉语或者西方语言进行的严肃的历史研究”,于是,作者便在研究前述原始资料的基础

[14] 主要包括《儒林外史》及《文木山房集》(清·吴敬梓)、《此中人语》(清·程趾祥)、《红楼梦》(清·曹雪芹)、《鮫绡记》(昆曲)、《四进士》(京剧)、《中国恶讼师》及《中国大状士》(民国·平衡)等文献资料。

[15] 例如,参见《名公书判清明集》“讼师官鬼”条(卷十二)及“唆鬼讼师”条(卷十三)、《读例存疑》“教唆词讼”条(附例),等等。

[16] 例如,京剧《四进士》中的宋士杰,江浙民间传说中的谢方樽,等等。

[17] Melissa Macauley, *Social Power and Legal Culture: Litigation Masters in Late Imperial China*, Stanford, California: Stanford University Press, 1998, p. 12。即本译著。

上,试图诠释“讼师究竟是什么样的人,他们实际上在做什么,有哪些人依赖于他们[提供]的服务,他们为什么会成为政府官员和‘良善’士绅极度鄙夷的对象,以及依次呈现的讼师现象在[中华]帝国晚期及近代中国的更大历史背景下具有何种意义”。^[18]

每一个问题都难以轻易作出回答,当然,也无法仅仅简单地在某一个乡村或者城市的地方性环境认识“讼师”,而“只能在由州县至府、至省城、直至京师的司法权力网络中得以诠释”。^[19] 麦柯丽教授主张,若想考察并解释前述这些问题,就不得不面对并分析以下几个方面的实际情况:(1) 中华帝国晚期官僚体系的简化,(2) 商业化经济的发展,(3) 城乡之间相互的文化影响,(4) 下层文人社会地位的不断贬低,(5) 18、19 世纪的人口膨胀以及因而导致的社会“竞争”,(6) 州县衙门通常将诉讼发还地方非正式法律场域,由地方权力把持者(村长、里老、族长等)解决纠纷。

其中,(1)、(2)、(5)导致了纠纷或诉讼的增长,(6)在相当程度上导致了纠纷或诉讼的积压,前两者结合起来进而形成了地方民众对某种有能力解决或帮助解决纠纷的“权威”的现实需求;(3)、(4)则导致了一个可能具备解决纠纷或诉讼的(不仅限于法律的)知识、才智与能力的社会群体的出现。这种现实需求与此类社会群体的出现,共同促成了“讼师”得以生成、存在及活动的社会环境,尽管这可能是一个在国家法律禁止与民间情绪允纳的夹缝中并不那么舒适的生存环境。

一般认为,讼师通常与官吏串通,蒙骗欺诈甚或压迫欺凌普通百姓,但麦柯丽教授却在自己研究的基础上认为,明清讼师与衙门吏役之间,实际上存在着一种既联合又斗争的复杂而微妙的关系。在中华帝国晚期的历史背景下,如果将纠纷视作因个人利益、家族利益的不均衡(而不仅仅是三公的)分配与交换而启动的冲突,那么,当纠纷进入衙门而变成正式诉讼(包括被地方官发还地方共同体)时,此类利益冲突便自然置身于各种彼此既独立又重叠、既对抗又妥协的权力交汇的地方法律场域之中。这些权力至少包括:(1) 州县衙门代表的国家权力,与士绅豪族代表的地方权力;(2) 中央朝廷赋予地方官员行使

[18] 同上书,第2页。

[19] 同上书,第3页。

的司法权力,与家族、村社等地方共同体在长期生活中形成的习俗权力;(3) 国家法律规定州县官享有治理地方的正式权力,与衙门吏役在地方治理实践中形成的隐蔽的准司法权力;以及(4) 诸如家长(或尊长)、族长、村长、里老、男人、债主、地主、士绅、城里人等占据社会优势地位之人对于社会弱势群体(子女、卑幼、寡妇、欠债人、佃户、雇工、农村人等)的权力,等等。讼师恰恰是小心翼翼地“百般周旋”和游移于由上述诸种权力及其运作所构成的社会权力网络的空隙之间。

本书采用了大量的民间资料,特别是在文学作品与民间戏剧表演中,“关于讼棍欺诈的隐喻源于历史上那些极度令人反感的讼师案件”。然而,“正是对令人反感的讼案的叙事传播,反映了常见于有关讼师的官方和非官方文献中的法律文化隐喻,并使之得以永久保留。无论那些隐喻是否深嵌于对讼师狡黠才智的肯定性或者否定性评价之中,他们均强化了贯穿中国社会的这一普通观念,即衙门是极度危险之境……18、19 世纪,中国人大量求助于正式诉讼,尽管存在这一事实,他们自身的信仰体系还是反映出这一庞大的意识形态的现实。在这个意义上,关于讼师的文学作品和戏剧表演不仅仅是对中国法律文化的反映,它们还积极地型塑了这一法律文化”。^[20]

本书试图尝试理解和解释,“法律实践与民间文化如何共同融入中华帝国晚期的法律文化之中”。麦柯丽教授认为,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”,其中“充溢着令人痴迷的符号和文化意蕴”,因此,她试图通过对讼师进行“一种社会分析”,“通过揭示一条隐蔽于中国诉讼当事人与正式法庭之间的纽带,以一种更为世俗化的方式详细阐释”中国法律文化。^[21]

这是一部美国学者用英文撰写的关于中国法律与历史的学术著作。

[20] Melissa Macauley, *Social Power and Legal Culture: Litigation Masters in Late Imperial China*, Stanford, California: Stanford University Press, 1998, p. 13.

[21] 参见上书,第 13—14 页。

从一个译者的视角反向看,能够完成这样一部学术著作,本身就应当是一项值得赞叹的智识成就,不仅仅在于本书中运用的大量历史资料以及不同于中国传统史学的研究方法,更值得注意的是,作为一个美国学者,如何能够穿透从古汉语到现代汉语、再从汉语到英语的双重语词迷雾,用英语勾画出一幅颇具现实主义风格的、清晰而生动的中国法律文化图景。

当然,或许正是这种语词的迷雾,有可能遮蔽某些对中国传统社会与法律文化的深刻洞察,甚或常识性认知,但这似乎并没有妨碍麦柯丽教授从她的研究中得出一些敏锐而犀利的判断。例如,在本书的结论部分,官府衙门既被证实为充斥着阴谋诡计的“危险之地”,也被想象为有可能矫正错误的“正义之地”,讼师不得不通过编造谎言和运用诡计来保护弱者。在商业化社会中,对讼师将自己的生存与利益建立在他人的痛苦之上的批判是正确的。然而,诚如麦柯丽教授所言,“随之而来的是,医生需要疾病,警察需要犯罪,教师需要无知,社工需要贫穷。所有的职业均源于人类如何解决自然与社会对人类心灵造成的所有侵蚀。在权力与财富不平等分配的社会秩序中,如果不是一方接受自身无依无靠的境况,将依据何种手段实现和谐?和谐实际上仅仅是为权力、尊严以及复仇而抗争的终结”。^[22] 诸如此类洞见,不仅对中华帝国晚期的社会权力与法律文化,即便对当今中国的社会现实与法律实践而言,似乎都具有引发深思与检讨的启示意义。

这是一部将现代读者放在历史棱镜之前的书,无论是历史学者,还是法科学生,每翻开其中的一页,或许都会被折射出的时光影像引向一段不愿轻易放弃思考的历史。

明 辉

2012年1月28日夜

于京郊寓所

[22] Melissa Macauley, *Social Power and Legal Culture: Litigation Masters in Late Imperial China*, Stanford, California: Stanford University Press, 1998, p. 339.

致 谢

我希望[读者]在随后的书页中能够看出,本书是一项旨在随性享受的趣事。这种经历被众多家庭、朋友、学者和机构赋予愈益丰富的涵义,他们支持我经年累月的研究与写作,凌越追寻疑难历史问题的层峦,穿过[充斥]政治暴行的低谷。我首先要感谢加州大学伯克利分校,他们始终坚持开设一项令人兴奋不已的历史研究计划,使我能够接触到如此众多不同的研究历史的进路,并且要感谢该校坚定不移地致力于对亚洲[问题]的多学科研究。魏斐德(Frederic Wakeman, Jr.)指导了本书部分基于的并始终作为深刻智识洞察与巨大鼓励之源头的[博士]论文。周锡瑞(Joseph Esherick)主持了一些令人振奋的研究讨论会,在那些研讨会上,我最初形成了关于中国社会讼师的诸多想法,而且他还鼓励我专注于[中华]帝国晚期,以期深入探究这一主题。其他那些在伯克利及其他地方[为我]提供了大量关于该论文所需的反馈信息的人,包括劳拉·纳德(Laura Nader)、叶文心(Wenhsin Yeh)、乔纳森·格拉斯曼(Jonathan Glassman)及约翰·布什内尔(John Bushnell)。

本书的绝大多数研究是在中国完成的,我有幸在那里遇见了许多学者,而我要深深地感谢他们给我提供的耐心帮助与宝贵建议。我要特别感谢我在中国人民大学的指导老师曾宪义教授,正是他对我提出了关于所有涉及中国法律与历史的问题的睿智建议。对于我在中国研究访问期间得到的各种智识与机构的帮助,我也要感谢郭松义、张晋藩、高王凌、赵晓耕以及杨一凡教授。当我费力查找与一个尚未纳入档案分类的主题相关的资料时,位于北京的[中国]第一历史档案馆的刘忠英和尹淑梅女士耐心地提供了帮助。我有幸参加了两次由中国社会科学院主办的中国法律史研讨会。许多与会学者(因人数过多而无法逐一致谢)给我提出了重要的建议,我对他们热情的欢迎和友善的鼓励表示深深的感谢。

时空阻隔了我意欲对黄宗智(Philip Huang)和白凯(Kathryn Bernhardt)详尽表达的无尽谢意,他/她们是这套丛书的编者,将我[的此项研究]囊括至他/她们在加州大学洛杉矶分校主持的众多关于中国法律、社会与文化的研究计划中。对于他/她们花费大量时间阅读本书,对于分享他/她们关于中国法律与社会史的专业知识,以及对于他/她们多年以来对本书及其诸多先前观点慷慨地提供不带个人感情的、建设性的反馈意见,我表示深深的感谢。我同样要感谢他们许多出色的学生提出他们各自的明智建议,特别是周光远,他慷慨地分享其《萧曹遗笔》的复本,并且使我避免了一些滑稽可笑(但却令人厌恶)的错误。

作为哈佛大学王安博士后研究员以及拉德克利夫大学邦廷研究员,在一年的假期里,我完成了大量艰巨的修订任务。我要感谢费正清东亚研究中心提供了一个在智识上极受激励且令人惊叹的校园环境。那些聚集在这一伟大机构下并通过诸多方式帮助过我的著名学者人数众多,以至于无法逐一确认。但我更愿意向该中心的高级研究员、中心主任傅高义(Ezra Vogel)、谷梅(Merle Goldman)、安守廉(William Alford)、濮德培(Peter Perdue)、包弼德(Peter Bol)、史华慈(Benjamin Schwartz)、柯文(Paul Cohen)、刘雅灵(Liu Yia-ling)、华若璧和屈佑天(Rubie and James Watson)、孔飞力(Philip Kuhn)、谭可泰(Hue-Tam Ho Tai)、魏爱莲(Ellen Widmer)、钱金宝(Qian Jinbao)、韩德琳(Joanna Handlin-Smith)及石约翰(John Schrecker)表达特别的感谢。邦廷学院在研究领域中完全是独一无二的,而我将永远感谢该学院理想主义的院长弗洛伦斯·拉德(Florence Ladd)、其杰出的全体职员以及特别是我的姐妹团成员,因为她们提供了各种各样的智识激励以及真正的友谊。

xi 本书中的某些观念形成于研讨会和工作坊的参与者的意见交流之中。在帮助我经年累月不断改善我的工作的这些讨论小组的参与者中,除了那些已经提及的学者之外,我还要感谢罗威廉(William Rowe)、曾小萍(Madeleine Zelin)、艾德华(Randle Edwards)、艾马克(Mark Allee)、张富美(Fu-mei Chang Chen)、孔杰荣(Jerome Cohen)、康雅信(Alison Conner)、宋格文(Hugh Scogin)、欧中坦(Jonathan Oko)、朴兰诗(Nancy Park)、卫周安(Joanna Waley-Cohen)、钟威廉(William Jones)、康涵真(Jane Winn)、塔希瑞·李(Tahirih Lee)、步德茂