



中国讼师文化

——古代律师现象解读

党江舟 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

中国讼师文化

——古代律师现象解读

党江舟 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

中国讼师文化/党江舟著. —北京:北京大学出版社, 2005. 4
(法史论丛)

ISBN 7-301-08861-2

I. 中… II. 党… III. 诉讼-法制史-中国 IV. D925.02

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 023532 号

书 名: 中国讼师文化——古代律师现象解读

著作责任者: 党江舟 著

责任编辑: 顾妙恩 王业龙

标准书号: ISBN 7-301-08861-2/D·1142

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://cbs.pku.edu.cn>

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

电子信箱: pl@pup.pku.edu.cn

排 版 者: 北京高新特打字服务社 51736661

印 刷 者: 北京原创阳光印业有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开本 19.75 印张 340 千字

2005 年 4 月第 1 版 2005 年 4 月第 1 次印刷

定 价: 28.00 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, 翻版必究

内 容 提 要

讼师,是中华传统法文化中不可忽视的现象,然而遗憾的是,在汗牛充栋的传统法文化研究成果中,学界对讼师投注的目光才刚刚开始且少之又少。先抛开当时以至现在人们对他们的评价和看法不谈,可以概略地说,讼师在古代社会中扮演着准律师职能。他们可能为金钱利益而充当“挑词架讼”的讼棍角色,也可能因以法维权而赢得讼师的尊称,具有极强的两面性。在中国这样一个具有深厚的历史文化沉淀的国度里,对于讼师这样的现象绝不能简而言之,它的出现和存在具有深刻的经济、政治、法律制度、文化等根源,与西方源远流长的律师现象有相当大的区别。

讼师的起源可以追溯到西周的民事代理制度,正式出现在春秋,因春秋时期的讼师活动带有很强的政治性而遭到封杀,直至秦代,讼师几乎销声匿迹。汉代经学与律学的发展,一定程度上解放了民间的观念,为助讼职业的出现营造了氛围,也为之后讼师在礼与法间的因缘奠定了基础。隋唐社会的安定和大发展,中国法文化民主性因素的增强,制度环境也相对稳定,尤其是科举制的实施,都使讼师规模化成为可能。宋代商品经济的发达、义利之学的兴起,把讼师活动推向第一个高潮。经过元代各民族的融合、经济缓慢的前进,民事关系日益复杂,讼师的职业被有意识地用正规代书制度分化,至明清代,尽管专制集权程度愈来愈高,但讼师职业并未因不断遭受打击而减弱。相反,越是接近清末,越是如火如荼。

讼师的行为用简简单单的“教唆词讼、拨弄是非”等词语描述,是太过笼统的。事实上,他们的主要业务是代写书状,这些书状包括遗嘱、各种契约、呈状以及工商行政方面的申请,更多的是谋写诉状。历代讼师秘本总结记录了很多谋写诉状的秘诀,如“初作状词要诀”、“诉讼要诀”、“状词主冒语四要诀”、“状词十段锦”、“字词灵感”等等。除了谋写书状,讼师的业务行为还有咨询和谋划讼事、贿役通吏、把持捏造、教习讼学、调解和宣传、同代书交涉等。

讼师的活动,离不开具体的有形物质基础。他们的外化名称在不同的时期因不同的社会背景而不同,但这一职业的内涵和外延则大同小异。讼师多出身于运途不畅的士人,具有一定社会关系的吏人、干人、衙役宗室的

子弟,以及胆大横行的豪民。在长年累月的助讼实践中,讼师们的能力和水平逐渐有了差异,行业内部也有了级别,当然,这一级别是约定俗成的。基于业务开展的便利,讼师一般居住在城市,但也有一部分讼师居住在乡镇或大一些的村落。他们的业务活动有专门的场所,其中书铺是公开的,歇家则是地下的。助讼的市场需要,也使讼师们逐渐向社会化发展,即分工和合作同时深入,因而从宋代开始,他们便有了初步的行业组织雏形。明清时,出现了“作文会”、“仓额会”之类的讼师协会组织或讼师联合组织。不同时代,讼师活动则因社会经济、政治诸方面的差异呈现出明显的地域性。春秋至唐可能多在中原一带,宋时多分布于江、浙、皖、湘、粤、闽、川等地,明清由长江中下游及以南地区向全国范围扩延。

作为儒家传统“和争息讼”境界的破坏者,尽管讼师们呈现出明显的对儒家“无讼”精神的反叛,但若从矛盾统一律看,讼师的“兴讼”实际上正是儒家“息讼”的另外一面而已。也就是说,讼师和儒家的精神从根源上并不是不可调和的冲突。因为讼师们所处的社会大背景是儒家思想的德礼之治,所以,他们的思想毫无疑问地带着儒家的烙印。他们的“天命”、“养心”、“修身”、“明志”以及信仰和儒家诚意正心修身齐家治国平天下的程序是相当一致的。讼师的诉讼观充满了天理、国法、人情和谐统一的“天人合一”思想,他们的行业在奉行的不成文的职业道德里,也反映着传统“天人感应”的哲学。讼师的心理也因在既反叛传统又不得不遵从传统的二难境地中而变得十分复杂,他们非常自尊与极端自卑交织、恃才兴讼又得夹起尾巴做人,同时在扭曲而诙谐的心态下操持助讼职业。

讼师秘本是讼师世界的全方位的再现和反映,它不但使我们对讼师群体的书写状文技巧有了全面的了解,而且,从中展现出古代讼师在法文学、道德和法律普及教育以及策划状谋方面的卓越成就。同时对古代的立法和司法活动产生了重大的影响,至于对今天的法制文明推进,也具有十分可贵的借鉴价值。

Abstract

The legal pettifogger system, as an integral part of the ancient Chinese judicial system, holds special importance in the study of laws. However, among the immense achievements by jurists, the study of legal pettifogger system is only at its embryonic level, and the academic attention paid to it is far from enough. If not taking into accounts the conventional and contemporary public opinions of legal pettifoggers, we may well say that they acted as para-lawyers in ancient China. Moreover, their intricate dual natures are predetermined by the dichotomy that they can either be impudent shysters or integrate lawyers for the sake of money or justice. Chinese long history combined with the accumulated cultural heritage complicate further the existence of legal pettifogger system. Economy, politics, culture, and judicial system, all exert tremendous influence on the formation of this system and differ legal pettifoggers dramatically from western lawyers.

The prototype of the legal pettifogger system can be traced back to the civil procurator system in the Western Zhou Dynasty, with its first appearance in the Spring and Autumn Period when it was officially forbidden due to its supposed negative political orientation. Up to the Qin Dynasty, pettifoggers had utterly been silenced. Fortunately in the Han Dynasty, the heartening development of the classic works and laws emancipated populace's mind, laid ground for the re-emergence of this system, and enhanced the affinities between pettifoggers, laws, and etiquettes. From then on, the legal pettifogger system prospered in the Sui and Tang dynasties thanks to the social stability and prosperity, to the deep-rooted democratic elements in laws, and to the enforcement of imperial examination system. Furthermore, the first acme in its developing process took place in the Song dynasty as a result of the well-established commodity economy together with the initiative study of mechanization. Throughout the Yuan Dynasty, the national assimilation was not uncommon; civil litigations became increasingly complex; the economic development

slowed down its pace; and accordingly the legal pettifogger system was standardized and regulated. During the Ming and Qing dynasties, this system survived the amounting centralization of state powers and prospered until the end of the Qing dynasty.

It is generally believed that the die-hard system of legal pettifogger has its existence deep rooted in the objective principle and is consequently independent of the ruling class's will. It is an epiphyte to the feudal judicial system, an outcome of the civil trade, and a manifestation of the democracy in progress as well. Along with the transition from feudalism to modern democratic system, legal pettifoggers accordingly transformed themselves into modern lawyers. Thus, they managed to shake off public accusations of anarchy, to progress toward regulation and standardization, to obtain access to court, and to acquire the full procurator-ship.

The oversimplified accusations of "instigation in law suits" and "fomentation of dissention" imposed on legal pettifoggers fall far short of epitomizing their activities. In effect, their task mainly includes writing legal documents for clients, ranging from wills to compacts, from appeals to financial applications, and from complaints to indictments. The ancient treasured private books on legal pettifogger system (Song Shi Mi Ben) have recorded and summarized a good number of secret keys to and didactic rules for writing effective complaints and indictments. For instance, *Keys and Rules for beginners in Complaints and Indictments Writing* (Chu Zuo Zhuang Ci Yao Jue), *Principles of Writing legal instruments* (Su Song Yao Jue), *Rules for Subjects and Transitional Words* (Zhuang Ci Zhu Mao Yu Yao Jue), *Legal Instruments Plus epigrams* (Zhuang Ci Shi Duan Jin), and *Inspiration in Dictions* (Zi Ci Ling Gan), etc. Apart from the above-mentioned tasks, legal pettifoggers took active part not only in legal consultation, education, coordination, publication, but also in planning, bribing, withholding evidence, and contacting the plaintiff and indictment sub-writers, etc.

Furthermore, the legal pettifogger system cannot survive without material base, though its names varied along with times and backgrounds. In addition, this profession's denotation and connotation did not change much throughout history. In ancient China, some legal pettifoggers were originally depressed

politicians, some officials or descendents from famous bureaucratic families, and other rich bold people. After years of learning and practicing, a few legal pettifoggers managed to stand out from the less successful ones. Thus, there emerged a hierarchy in the legal pettifogger system. Many legal pettifoggers, for the sake of convenience, chose to live in cities, while others in small towns and countryside. They had special gathering places, such as public bookstores and private inns. Moreover, the necessity of this system also brought under way its socialization (that is, the division of labor combined with cooperation). Therefore, this system began to take the form of organization ever since the Song Dynasty, and further developed into associations or unions, such as the Zuowen Association (Zuowen, composition) and the Cangjie Association (Cangjie, the founding-father of Chinese characters) in the Ming and Qing Dynasty. Owing to discrepancy in economy and politics in different periods, the legal pettifogger system took on a geographical feature: legal pettifogger system was mainly confined in Central China in the Spring and Autumn Period, but prospered in South China in the Song Dynasty, and was expanded national widely in the Ming and Qing dynasties.

The radical reason why the legal pettifogger system cannot be extinguished lies in the defect of feudalism and judicial system. Its primary function is to coordinate and resolve the conflicts and contradictions between supply and necessity. The condemned over-enthusiasm of people in lawsuits actually resulted from the insufficiency in judicial system and the abuse of procedural rights, though legal pettifoggers had to shoulder part of the responsibilities. The decision of appealing, submission of lawsuit motive, and requirement of written documents, all these judicial procedures facilitated the legal pettifoggers' activities and indicate their unavoidable responsibility in the success or failure of lawsuits. The following elements including the priority of written documents, the limitation of time, the judicial procedure and writing skill altogether enhanced the necessity of legal pettifoggers' participation. Meanwhile the public trial policy and inferior officials' monopolizing power equally paved way for the existence and development of this system. On the other hand, the ruling class having realized the intrinsic defects in judicial system consequently laid down in laws many articles forbidding instigation and affidavit fabrication.

Just as a Chinese saying goes, "a fall in the pit, a gain in the wit", ancient governmental officials learnt from their conflicts with legal pettifoggers and came up with effective methods in order to regulate legal pettifoggers, although the thorough extinction of this system still remained impossible.

The legal pettifoggers mislabeled as rebels against the Confucian "peace and reconciliation policy", are actually its advocates in the perspective of the law of contradiction and integration. That is to say, the system and confusion are not incompatible by nature. The ideology of legal pettifoggers naturally bears a marked brand of Confucian etiquette and morality because of the social Confucian background. Their beliefs in heavenly mandate, temperament cultivation, health preservation, and ideal display are in accordance with those of the Confusion, and their concept of laws as well as their professional ethnics are permeated with the harmonious combination of heavenly principles, state laws, and humanity. Therefore, legal pettifoggers suffered from the psychological dilemma between conformity and rebellion. In fact, they were torn between self-esteem and inferiority, between self-importance and humbleness, and between distorted psychology and low-key policy.

The treasured private books on legal pettifogger system (Song Shi Mi Ben), as miniatures of legal pettifoggers' life, not only give people an overall view of their writing techniques but also display their eminent achievements in such field as literature, morality, popularization of laws, and scheme planning, etc. On the one hand, these books have exerted remarkable influence on ancient Chinese legislation and jurisdiction, and on the other hand, they have propelled the development of today's legal system.

CONTENTS 目 录

绪论	1
第一章 讼师概况及形成原因	3
第一节 关注中国古代的律师——讼师	3
第二节 讼师文化与讼师群体	7
第三节 讼师形成的原因	10
第二章 讼师发展阶段及特征	20
第一节 讼师萌芽——西周民事代理制度	20
第二节 讼师兴而后禁——春秋至 秦对“离谓”的批判	23
第三节 讼师活动的背景框定——从 汉代的“春秋决狱”到唐代的 “以礼立法”	33
第四节 讼师的大发展期——宋代 民间的好讼之风	44
第五节 严格书状, 扩大代理——元朝 对讼师职业的分解	57
第六节 “词讼必由讼师”——明清 时代讼师活动的极致	64
第七节 讼师向律师的转型——清末及 民国时期的律师制度	73

CONTENTS 目 录

第三章 讼师行为与业务	91
第一节 代写书状	91
第二节 咨询和谋划诉讼	121
第三节 贿役通吏	129
第四节 把持捏造	133
第五节 教习讼学	136
第六节 调解和宣传	138
第七节 同代书交涉	140
第四章 讼师的物化环境	142
第一节 讼师的名称	142
第二节 讼师的出身和来源	143
第三节 讼师的级别	149
第四节 讼师的活动场所	151
第五节 讼师的行业组织	156
第六节 讼师的地域性	162
第五章 传统诉讼制度环境与讼师	169
第一节 制度和诉讼制度	169
第二节 古代的诉讼制度与诉讼泛滥风	172
第三节 古代案件的起诉与讼师	181
第四节 案件的受理与讼师	186
第五节 案件的审判、上诉与讼师	190

CONTENTS 目 录

第六节 禁治讼师的制度和方式	200
第七节 古代诉讼制度与讼师关系小结	206
<hr/>	
第六章 讼师的精神世界	209
第一节 对儒家“无讼”精神的反叛	209
第二节 讼师的人生哲学	223
第三节 讼师的诉讼观	231
第四节 讼师的心理	239
<hr/>	
第七章 析讼师秘本兼论讼师对中国法文化的贡献	249
第一节 讼师秘本概况	249
第二节 讼师秘本的法文学成就	252
第三节 讼师秘本的普法和道德宣教对现代的启迪	262
第四节 从讼师秘本看讼师对古代立法与司法的影响	267
第五节 讼师秘本中的“状谋大全”及贡献	275
<hr/>	
结语	297
参考文献	299

绪 论

谈到写本书的最初起因,应该追溯到在阅读导师张晋藩先生主编的《清朝法制史》过程中,发现的几例讼师秘本中的案例,觉得古代讼师“颠倒是非,混淆黑白”的手法实在是有些高超,于是对讼师现象萌发了兴趣。

攻读博士期间,笔者翻阅最多的书籍都是古代案狱类的,如《中国古代办案百例》、《明清法官断案实录》、《历代冤案平反录》、《古代不用刑审判书》、《明清民国七大奇案》、《旧案新说》、《鹿州公案》、《讼师狡智》、《智惩恶讼师》等计有数十本。对大量案例的阅览,每每使笔者在拍案惊奇之余,思考这样一个问题:古代法律工作者断狱听讼的智慧是从哪里来的?这些千变万化的奇案多能从他们一闪念中找到破解的灵感,难道仅仅导源于一个人的天赋和阅历?如果真的是这样,答案岂不太过偶然和简单?之后,笔者尝试撰写了一篇关于古代司法官审判和调解技巧方面的文章,发表于《特区法坛》,该文章的目的,即是努力想在这些技巧的后面,找到其发生的社会根据,结果这篇文章,因为行文的不规范和史料的分析方法问题遭到导师张晋藩先生的严厉批评。这一批评,使我开始掌握了从零散案例中分析历史逻辑的方法,从而受益匪浅。

当然,阅读这些案例给笔者的另一个收获,就是开始关注其中关于讼师这一古代社会法律工作者的事迹。讼师案例在史料中多以反面形象出现,备受主流社会价值否认的同时,讼师们在民间却常常成为人们茶余饭后津津乐道的狡智人物典型。加之在小说《白鹿原》中读到了一段关于农民对辛亥革命的评价而留下的深刻印象,我决定探究民间或社会大众眼中的讼师形象,从而揭示出这一神秘群体的本来面目。再者,目前的中国传统法文化研究成果多是建立在浩繁的官方正面记载资料基础上,对于民间法文化的论述因为野史资料较少而显得粗疏浅薄。所以,实事求是地对讼师现象进行探究,正是力图在不断发展壮大的现象后面,找到系统性、逻辑性的文化规律,从对讼师的史实评价中分析封建民众的法文化状态。

对讼师文化进行研究,遇到的第一个难题是资料奇缺,且史料记载的不

多几本讼师秘本都藏在外国图书馆。在笔者沮丧到几乎快要放弃这一选题时,一个极其偶然的的机会在国家图书馆北海分馆惊喜地发现了一册明嘉靖刀刻讼师秘本《萧曹遗笔正律刀笔词锋》三、四卷,并于上海书店购得讼师秘本汇编丛书《刀笔菁华》,这两本书,成为本书的主要资料来源。

本书目的有两个,其一是试图客观公正地描述讼师在历史中的真实情景;其二是以讼师秘本和讼师的事迹为依据,系统推论讼师文化在中华传统法文化体系中的地位,总结讼师文化对现代法制文明建设的贡献。

本书的研究,第一,采取了先界定基本概念,再展开论述的惯常逻辑思路,力求在行文过程中使用语涵义明确;第二,布局采取了先总后分的史论策略,即先总体论述讼师现象的概要状况、形成原因,讼师在各个阶段的史实状况和特征等,然后用文化学的研究方法论分开论述讼师文化的四个层面,即行为层面、物质层面、制度层面、精神层面以及讼师文化的集中载体——讼师秘本对中华法文化的贡献。

需要特别提及的是,由于本书布局采取的先总后分、先综合后分析的形式,所以难免使少部分史料在引用上前后重复,这是从不同角度利用材料不可避免的现象,但是,笔者还是尽量努力对这种交错采取了预防措施。

第一章 讼师概况及形成原因

第一节 关注中国古代的律师——讼师

到目前为止,学界对于中国法律制度和中國法文化的研究成果可谓汗牛充栋,研究的领域也已经相当深入而广泛。但遍翻资料,对于讼师现象的系统论述几乎是空白,研究者很少关注讼师问题,主要是因为讼师一贯被视为不合法的事物而遭到禁止。的确,几乎在所有可见的官方史料中,讼师时常被讥称为讼棍,即专营诉讼的一种地痞流氓。虽然有时勉强尊称为讼师,但人们却常常用教唆词讼、颠倒是非、舞刀弄笔、架词越告、打点衙门、串通吏蠹、诱陷乡愚、欺压良善、恐吓诈财等贬斥之词来描述和形容他们的行为。也就是说,讼师被视为教唆人们进行毫无必要的诉讼,颠倒是非、混淆黑白,利用诉讼文书和花言巧语诱使人陷入诉讼,与盘踞官府的胥吏和差役相互勾结,从善良的人那里骗取金钱等作恶多端的地痞流氓。^①官方对讼师如蝇蛆一样厌恶,一贯指讼师为非法,那么讼师在民众社会生活中的地位和重要性又如何呢?对这一简单问题的回答,实际上将从另一角度为中国传统法律制度 and 法文化研究开辟一片新的视野。讼师自春秋以来屡禁不止并且日趋活跃,是否表明讼师是民众生活中不可或缺的人物?是否表明讼师是中国传统法律制度的必然附着物?是否表明讼师是中国法文化中不可忽视的亚文化分支?本书正是基于回答以上相关的系列问题,对讼师现象进行系统的论述,从而达到从非主流文化分析研究入手,对中国主流传统法律制度和法文化的认识做新的理解和补充。

一、讼师是中国古代社会中的律师

说讼师是中国古代的律师,开篇这样称呼未必严谨,但这种类比却很利于我们对它进行阐释和理解,就好比我们将古代的“主簿”比作现代的秘书

^① 夫马进:“明清时代的讼师与诉讼制度”,载于《明清时代的民事审判与民事契约》,法律出版社1998年版。

一样。按照现代法律制度,律师应包括三层含义:(1) 具备专门的法律知识;(2) 取得官方承认的资格;(3) 从事法律事务工作。显而易见,传统讼师并不是现代意义上的律师。充其量,“讼师只是与律师似是而非的一种职业”^①。事实上,在中国两千多年封建专制、政法不分的社会里,也不可能存在只有在资本主义社会里才会出现的、作为资本主义民主特征之一的律师。但是,法律关系是一个社会中最重要最常见的社会关系,科斯在其产权交易理论中认为,人的每一个行为都是具有经济性质的,是计算交易费用的结果。换句话说,当事人总是谋求以最有利于自己的手段利用最适合的人去参与某种关系。这种趋利避害是一种天性,即便是在极端强调公益和奉献、极端提倡宽容忍让的社会中也是无法根本改变的。正如商鞅在《开塞》篇中所论:“天地设而民生之。当此之时,民知其母而不知其父,其道亲亲而爱私。亲亲则别,爱私则险。民众而以别、险为务,则民乱。当此时也,民务胜而力争,力争则讼,……”^② 韩非子则说:“古者丈夫不耕,草木之实足食也;妇人不织,禽兽之皮足衣也。不恃力而养足,人民少而财有余,故民不争。……是以人民众而货财寡,事力劳而供养薄,故民争……”^③ 清乾隆著名学者崔述说:“自有生民以来,莫不有讼。讼也者,时势所必趋,人情之所断不能免者也,故《传》曰:‘饮食必有讼。’柳子厚曰:‘假物者必争,争而不已,必就其能断其曲直者而听命焉。’讼之来也久矣。舜避尧之子于南河之南,天下诸侯狱讼者,不之尧之子而之舜。鲁叔孔昭子受三命,季平子欲使自贬,昭于朝而命吏曰:‘诺将与季氏讼,书辞无颇。’唐虞之时何时也? 诸侯尤不免于讼;昭子,贤大夫也,亦不能以无讼。然则是讼也者,圣人之所不责,而亦贤人之所不讳也。”^④ 因本性趋利避害而导致的争讼是不可避免甚至圣人也不忌讳的,讼师正是在这种情况下在古代社会中扮演着准律师的角色并发挥着准律师的职能,“是中国律师的另一种雏形”^⑤。

所谓讼师,指专门替人写诉状打官司的人。这种人唆使人兴起诉讼,笔

① 夫马进:“明清时代的讼师与诉讼制度”,载于《明清时代的民事审判与民事契约》,法律出版社 1998 年版。

② 《商君书·开塞》。

③ 《韩非子·五蠹》。

④ 同上。

⑤ 阎志明编:《中外律师制度》,中国人民公安大学出版社 1998 年版。

利如刀,^① 因此又称“刀笔吏”,或根据其具体表现称为“茶食人”、“讼师官鬼”、“珥笔之人”、“啐魁讼师”、“啐徒”等。^② 清张治堂撰《未能信录》文“惟阅契内笔迹为善书者所写,或此人即为此案讼师,因欲并究之”中即有讼师之说。如果讼师不实事求是地履行其写诉状和打官司两种主要职能,而夸大其词者,如何惩处?《唐律》中有规定:“诸为人作辞牒者,加增其状,不如所告者,笞五十。”

二、讼师对于社会的两面性

“讼”,《说文解字》按“从言从公”,通俗地理解就是要一个公道的说法。早在周朝或更早时期,国家对纷争的类别就有了界定,以便更好地解决问题以实现社会的稳定和谐。“争财曰讼,争罪曰狱。”^③ 郑氏注曰:“讼,谓以财货相告者;狱,谓相告以罪名者。”而能称得上“师”者,必得有某种多于常人之知识和技能为人之表率。盖“讼师”一词而未用“律师”应当有其根本的原因,即讼师参与的主要业务为民事方面而不是刑事方面,这也是公法为绝对本位的封建社会的必然现象;同时也是从事这一职业的人主要追求和价值取向标定在物质利益上的结果。事实上,讼师中的相当一部分人常常为利禄所累,专钻法律的空子,利欲熏心,颠倒黑白,所以被人们蔑称为“讼棍”。所谓“讼棍”,指以教唆人打官司为职业并从中牟利的人。^④

可见讼师和讼棍是有明显区别的,如果我们一概把讼师斥为讼棍,这既不符合历史事实,也不符合现代法制民主对传统法文化正确的态度要求。

如果我们不从范畴学视野去看待讼师,而是从实用学的角度去评述,那么讼师事实上在传统社会中发挥着律师的功能。完整的法系结构基本上由控、辩、判三方组成,尽管不同法系在各方独立性上有或多或少的区别,但有一点是相同的,这个相同点就是保护当事人的利益免受侵犯或受到侵犯能及时予以救济从而维持社会秩序,如此则必然以赋予当事人某些权利的方式承认控辩的主动性(尽管在中国封建社会里这种主动性极其有限);而

① 《中国古代法律名词辞典》,第321页。

② 《名公书判清明集》。

③ 《周礼·秋官·司寇》。

④ 《儒林外史》第四十回:“沈大年又补了一张呈子,知县大怒,说他是个人刁健讼棍。”另《福惠全书·刑名》:“章获鹿饰禁刁讼,并访拿讼棍示。”