

地方法制史研究的立场与方法论^{*}

侯欣一

摘 要: 目前法律史学界对地方法制史感兴趣的学者越来越多,这主要是因为对多元复杂生活的体悟,对具体真实问题观察思考的法学学术发展之需要,以及对不同地区之间经济、文化习惯差异之国情的认识以及大量地方档案等史料的发现。对地方法制史的研究需要通过地方司法问题的研究得以呈现,这有利于揭示真实的中国,也有利于史学研究重焕生机。地方法制史研究尤其需要重视方法论问题,比如研究地点、研究时间段、研究史料的选择等。

关键词: 地方法制史 地方司法 方法论

中图分类号: DF08 **文献标识码:** A **文章编号:** 1673 - 8330(2018)05 - 0154 - 07

DOI:10.13893/j.cnki.bffx.2018.05.015

一、为什么要选择研究地方法制

就笔者而言,自从步入法律史学科之后,主要以地方法制史为主。最早是作陕甘宁边区司法制度的研究,后来是作民国时期西安地方法院的研究,再后来是作天津近现代法律文化方面的研究。当然,其中也作过国家层面的,或者更准确地说是中央层面的法制史研究,但投入的精力不多。之所以选择地方法制史作研究,一开始完全是误打误撞。但从事的时间长了,也免不了要想想,自己为什么会在地方法制史情有独钟。而且,据笔者的有限观察,目前在法律史学界对地方法制史感兴趣的学者似乎愈来愈多,如王立民教授对上海近代法律史的研究、龚汝富教授对民国时期江西法律群体的研究、方慧教授对云南法律史的研究、里赞教授对明清及民国四川成都地方法律史的研究,以及吴佩林教授对清代四川南部法律史的研究等等。当然,如果我们把视线再放开点则会发现,其实,在法学界也有不少学者对中国当代地方法律实践表现出了浓厚的兴趣,如葛洪义教授等。之所以会有愈来愈多的学者对地方法律史显示出较为浓厚的兴趣,原因可能有如下几点:

第一,作为一种生活体悟。生活经验无时无刻不在告诉我们,社会是多元的、复杂的、相互矛盾的。但与此同时,我们又不难发现,在后现代主义出现之前,大多数学者作品里描述的法律世界则是单一的、简单的,是一切都有因果的。之所以会出现这种矛盾的现象,出现学术作品与生活经验的巨大反差,这与方法论有关。仅就法学而言,当代中国的法学教育以马克思主义法学为基本立场,马克思主义法学重视国家,认为法律是由国家制定或认可的。这一结论具体到中国这样一个统一的单一

^{*} 本文系侯欣一教授于2018年5月20日在黑龙江大学所作学术报告的整理稿,个别文字略有修订。

[作者简介] 侯欣一,天津财经大学近现代法研究中心教授,博士生导师。

制国家,“国家”又被简化为是中央政府。这种观点和结论影响了几代中国学者。曾几何时,在中国,大家说到法律,基本上都是从中央层面去观察和理解的。改革开放以后,西方社会学理论进入中国,社会学对法律的理解有别于法学,社会学认为现实生活中凡是对民众生活起实际约束作用的都是规范,因而法律也是规范,是诸多种规范中的一种。此外,社会学还强调一切法律知识都是地方知识。受此影响,法学界有些学者开始将观察的视线从单一的国家视角转向多元的社会视角,于是我们看到一部分学者开始研究民间法;而有一部分学者则把观察的视线从中央转向地方,于是也有了地方法制史或地方法制的研究。当然,必须指出,对地方知识的重视本身是符合法治理念的。现代法治的发展就是一种去权威、去中心的过程。紧紧将视线盯着中央、盯着权威很难讲是一种现代法治的理念。

第二,法学学术发展之需要。以往中国学界,当然也包括法学界,大家习惯于宏大叙事,爱讨论一些诸如法治的必要性、中国传统法律制度的发展规律、中国传统法律文化的特征等宏大问题,题目大且叙事的材料和角度也基本上是从大处着手。这种宏大叙事固然有其必要性,但长此以往却限制了我们对具体问题和细节的观察,其结果不仅是许多真实的问题说不清楚,许多结论似是而非,更为可怕的是久而久之会影响我们对真实问题的观察思考能力及学术的敏锐度,会对法律世界的复杂性认识不足。于是,大家想研究点具体问题。而要接触具体问题,就必须从某一局部现象或局部地区入手。在国内,历史学科对此反应最早和最快。改革开放后,历史学率先放弃了传统的政治史研究范式,社会史研究迅速崛起,给历史学的繁荣和学术水准的提升创造了机会。

此外,法治学说是从西方移植而来的,因而许多学者研究中国法治问题都是以这种法治理论为标准和尺度,凡符合西方法治理论的中国实践就是对的,反之就是错的。西方理论与中国实践的反差,让许多学者困惑。伴随着国内学术自觉的形成,大家也开始对这一现状进行反思,到底是坚持从既有的学说理论出发,还是从中国实践问题出发,最终的选择自然是从中国问题出发。但学术研究中可讨论的问题极多,法学不是社会学,法学研究的问题应该是某一类的,因而法学研究类型化必不可少。对法学来说,个案研究的价值不能说没有,但毕竟意义有限。于是就有学者将讨论的各种问题类型化,如这些问题是属于民族的,那些问题是属于地方的,另外一些问题是属于边疆的等等,地方法制史研究也就自然产生。

第三,出于对中国国情之认识。中国是一个大国,地区之间经济发展程度、文化、习惯差异极大,这一点无论在传统中国还是现代中国都是如此。中国自古就有“十里不同风、百里不同俗”之说。此外,尽管中国从秦代以后就是一个统一的单一制国家,但就事实而言,传统中国维系国家统一靠的是统一的军队、统一的官制、统一的刑事法律和统一的主流文化,至于与民众生活关系最为密切的民商事规则主要由各地自行供给,即主要靠民事习惯来维系。加之,受中华民族特有的务实精神之影响,民事习惯与主流文化所倡导的精神,以及各地之间经济、文化、习俗、民风差异,大到大家很难想象的程度。也就是说,统一性加多样性是传统中国法制历史的典型特征。再有,对中国历史稍有理解的人都知道,如果以天为单位来计算,中国历史长河中分裂的时间远比统一的时间要长。这一切都告诉我们,在传统中国,法制秩序的实现必须借助地方。因而,从动态的角度研究传统中国法制的历史,不关心地方法制则很难说清楚。进行地方法制史的研究有助于我们还原历史原本的复杂和多样。

第四,新材料的发现。学术的发展离不开新材料的推动。晚近以来诸如宝坻档案、台湾地区淡水档案、四川巴县档案、四川南部档案、浙江龙泉诉讼档案等被大量整理出版,引发了整个学术界的思考。新材料带来了新问题,而这些新材料大都是地方档案,因而,它所提出的新问题大多也是地方的。

总之,不去观察地方问题,许多法律上的问题都无法合理阐释。但必须指出的是,关心地方的法制问题,寻找彼此的差异并给出必要的阐释,并非是为了促使规范制定者进一步加大地方之间的差异,而是为了促使社会各界对地方差异给予足够的重视,发挥中央和地方的积极性,有利于推动国家的统一。

二、为什么会选择地方司法问题

法治大致可以分为立法、执法和司法几个相对独立的环节。一般而言,立法反映的是各种政治力量之间的对比,具有较强的政治属性,而司法则是纯粹的法学问题,更适合法学学科研究。当然,立法技术也是法学问题。也就是说,如果要研究法律问题,研究司法是一个不错的选择。

第一,有利于揭示真实的中国。传统中国并无专门的立法机关,立法并未经过各种政治力量的充分博弈,因而法律规范主要反映的是统治者或思想家的理想。正是因为如此,有学者认为传统中国历代制定法典的作用主要是昭示性的,而不是为了司法需要。这种说法固然有些绝对,但确实值得深思。如果想通过法典,通过主流法律文化,通过几个学者的言论著述理解真实的中国是远远不够的。如翻检历代保留下来的契约文书,你就可以发现典妻卖妻的契约比比皆是,这与律典的规定和儒家主流文化宣传完全不同。再比如,作为主流文化,儒家一直提倡“无讼”,但你绝不可以据此得出结论,说中国古人不爱打官司。只有通过大量案例、大量的判牍才能更好地了解传统中国真实的法律世界。

还有一个必须提及的原因是,传统中国在民事方面较少制定统一的规则,如果想研究民事法律,特别是想概括出有关民事方面的若干制度和规则,也只能通过对司法活动的观察,如以统计的办法对一定量的民事纠纷判决结果进行观察才有可能。具体而言就是统计一下案情大致相同的民事纠纷,地方官员的处理结果是否相同,特别是不同地方的官员们,如果处理的结果大致相同,基本上可以得出结论认为在传统中国日常生活中有一套事实规则的存在,即通过倒推的方式。

当代中国的地方法制问题比较复杂。我们必须承认,晚清以降伴随着帝制中国向民族国家的转型,国家对社会的控制越来越严。中华人民共和国成立后,国家对社会生活的干预程度,对社会生活的改造程度都远远超越了传统中国。国家通过不断的移风易俗,通过送法下乡,缩小了各地法律规范层面的差异性。改革开放以来,经济的作用进一步缩小了各地制度层面的差异,因而从规范层面研究地方法制的空间确实不足,而研究地方司法问题学术空间则相对大一点。

第二,有利于史学重焕生机。中国传统历史学的作品有人物,会讲故事,因而非常好看,非常吸引读者。如司马迁的《史记》就有鲜活的人物,就有生动的故事。但现代大多数历史学作品中没有人,没有故事,过于空洞和干瘪,很难吸引读者。研究司法问题,特别是研究具体案件,还可以做到法条、制度、事件和人物的有机结合。这种有机结合的结果就是能把历史写活、写得好看。

或许就是出于上述原因,晚近以来,伴随着当下中国立法任务的逐渐完成,整个学界的注意力都在向司法领域倾斜,出现了所谓的“司法研究热”。而在司法问题中,法院无疑占据核心地位。司法的本意就是审判,检察制度、律师制度等其他制度都是为了保证审判公正而设立的。现代司法制度是以法院为核心的。其实,早在1918年一位外国评论员就在《密勒氏评论报》上发文预言说,中国的现代法制建设在“法典编纂完成后,下面的实质问题就是中国法官们的司法训练和个人品格了”。

三、应注意的几个方法论问题

地方法制研究中应该注意几个具体的方法论问题。

第一,关于研究地点的选择。研究地方法制史首先要选一个好的、值得研究的点。所谓值得研究,就是要有代表性、典型性。笔者长期研究民国时期的西安地方法院。之所以选择西安,就是因为它有代表性。大家都知道,在中国历史上西安是十三朝古都,是中国传统法律文化保留最多的地方,中国历史上许多与法律有关的人和事都发生于此。因而仅就常理而言,作为内陆城市的西安对法院这种移植而来的组织接受起来一定最为艰难,法院在裁判的过程中,如果与中国文化有冲突,西安表现得也应该最为充分。此外,西安作为一个省会城市,法院的规模大小、业务量、案件类型等等也较适合研究的需要。

从地方法制研究的角度讲,作为研究者不能逮着什么就研究什么,得知道自己研究的对象究竟有什么其他地方无法替代的价值,最起码得有这样的学术自觉。譬如黑龙江大学孙光妍教授带领的学术团队长期关注哈尔滨解放区的法制研究,这个地点选择得就很好。大家都知道,早期中国共产党人所创建的根据地都在农村,而且是比较偏僻的农村,经过了早期盲目照搬苏联经验之后,中国共产党人开始重视自己在实践中积累的经验。延安以后中国共产党人自己创建的司法制度主要是适应农村需要的,而哈尔滨解放区则不同,它是中国共产党人创建的第一个城市解放区,大城市给中国共产党带来了许多从未遇到过的问题,城市生活向中国共产党人提出了全新的挑战。换言之,中国共产党人在农村所创制的那些司法制度在大城市是否还有效,需要实践的检验。因而就研究的标本价值而言,哈尔滨解放区具有其他解放区无法替代的价值。

关于地方法制史,还有一个问题也需要思考。地方是一个多义性的概念,既可以是某一个区域,也可以是一个行政区划。如何选定自己研究的“地方”属个人喜好问题,但如果按照法学的惯例似乎以行政区划为好。在传统中国的行政区划中,县和省存在的时间比较稳定,而且大都与特定的地理环境有关,因而观察的价值也更高。城市则比较麻烦,因为传统中国基本上没有市的行政区划。作为一种行政区划,市大致是近代的产物。

第二,关于研究时间段的选择。选择哪个时间段作为研究对象纯属个人喜好。笔者偏重于近现代司法制度的研究,近现代中国的历史包括了清末、南京临时政府、北京政府、南京国民政府、中华人民共和国,以及一些区域性的政权,如中国共产党创建的根据地政权、伪满洲国政权、汪伪政权等。不管选择哪一时间段,首先要注意把它放在古今中外这样一个大的背景下去观察,千万注意不能将其孤立来看,古今中外是思考近代中国每一个政权法律制度的原点和基本坐标。其次要同时注意厘清各时间段法律制度方面的异同,如清末和北京政府之间法律制度相似之处较多,适合放到一起来考察;而南京国民政府的法律制度与清末、北京政府的法律制度在精神层面差异则较大,放在一起研究就必须谨慎。再譬如研究根据地政权的法律制度,一定要把它放到中国法律近代化这一大的背景下去观察,要注意它同南京国民政府法律制度之间的异同,千万不能当成党史的一部分,否则,研究的视角和结论就不一定科学。

第三,关于史料问题。依据史料,通过史观得出史论,这就是历史研究所作的工作。因而,对于历史研究来说,当然也包括法制史研究,搜集、整理、阅读史料既是研究工作的一部分,也是研究中最费功夫的工作。过不了史料关,以论代史,曾几何时是历史学界不愿意接纳国内法律史学者研究成果的最主要原因。最近几年,经过法律史学界的共同努力,这种状况从整体上有所改观,其中杨一凡教授、田涛教授对中国古代法律史料的整理出版工作功不可没,并惠及了许多学人。但从事近现代法律史研究的学者则没有这么幸运。原因是到目前为止,有关近现代法律史研究所需要的史料较少经过系统整理,且散见各地,其总量、类型、辨伪等工作也未形成共识。史料问题依然制约着法律史研究水平的提升。这些问题包括:堆积史料、故意卖弄的现象开始出现。最近几年,阅读一些法制史的作品时,经常会遇到一种现象,即文本中看不出什么有价值的观点,全都是大段大段的史料,显得史料极为翔实。当然,对于历史学来说,史料新颖也是一种贡献。但仔细看这些史料,则又发现都是同类文献的反复使用。

有时候史料太多,看不过来。史料翔实,所有的史论都有史料作支撑,这是所有从事历史学研究的人都追求的。但最近几年,由于各种新史料的整理出版,特别是大量的诉讼档案被发现,从事近现代中国法律史研究的人普遍陷入了一种史料太多看不过来的困境。结果出现了一种极为吊诡的现象:哪个领域史料出版的越多,哪个领域就越无人研究的怪圈。原因很简单,可研究的内容那么多,为什么要自找麻烦。笔者认为,对于“史料要全”的提法必须有新的认识。我们应该懂得史料全只是一种研究工作中主观上追求的态度,并不代表真能做到,真实的现状只能是尽可能;其次,作为学者,要根据自己研究的问题,确定以一种史料为主。近现代中国,由于出版事业的发达,加之距离现在时

间又较近,保留下来的史料浩如烟海,仅法律方面的史料种类就包括:法条、法律解释、民商事习惯、诉讼档案、日记、媒体报道、当事人回忆、法律人物传记、法律教育和研究团体之活动、学术理论作品等等。如果研究一个问题,各种史料都要求占全是很难的,甚至根本做不到,因而必须学会根据不同的研究对象选择一种最有价值的史料为主。当然,不管使用哪一种史料,都要掌握核心史料。否则,一个核心资料的发现就可能把你所有的考证结论都推翻。

最后想说的是,对于档案资料观察一定要仔细。司法档案的特点决定了其用语一般都非常简练,不仔细观察、反复揣摩,有时很难发现问题。当然,如何仔细观察也不纯粹是一个态度问题,也有一些方面可供参考。如要将地方史料与国家层面的史料结合在一起来看,要把过程中的史料合并在一起比较着看,这样才可能发现问题。下面引用一份民国时期西安地方法院的诉讼档案加以说明:

1947年7月11日,38岁的陕西乾县人张福向地方法院提起诉讼,请求妻子张和氏履行同居义务。《中华民国民法》第1001条规定,“夫妻互负同居义务。但有不能同居之正当理由者,不在此限。”《中华人民共和国民事诉讼法》规定,人事纠纷事件须先经法庭调解,调解不成才能诉讼。

张福声请书中陈述的事实及理由:缘民与被告结婚多年,平日感情甚笃,但去年9月被告忽以去神会烧香为名一去不返,后经追寻始知已与韩振邦结婚。经民以妨害婚姻罪起诉于检察官,惟以适逢国家大赦,检察官竟予以不起诉处分。现在民妻仍在韩振邦家中(西安市桥梓口余家巷3号),为此具请求钧院传案依法调解,判令被告与缘民同居以维护家庭实为德便。

诉请同居是一种相对少见的案由。地方法院对声请进行了必要的审查后准予立案,交民庭推事屈天行办理。7月18日民庭开调解庭,但对造未到,调解不成立。次日,张福又向地方法院递交民事补正状,请求依法审判,理由、事实及请求与声请调解书相同。地方法院民庭推事屈天行于7月21日向被告发出传票,送达起诉书副本,谕知其于法定日期到地方法院接受庭前调查。民国时期民事诉讼法规定,为了便于案件之审理,推事在言辞辩论前,可以先向双方当事人进行证据调查。

7月31日上午8时,地方法院民庭开庭审理此案,被告之一的韩振邦未到。

推事屈天行问原告:姓名、年龄、籍贯、职业。

答:张福,38岁,乾县人,农民,住马家桥。

问:你告什么事?

答:请求同居。

问:你女人何时与韩振邦同居的?

答:去年九月初八。

问:韩振邦是哪人?

答:乾县人。

问:你是到哪里找被告的?

答:来省里找。

问:你何时与被告结婚?

答:民国二十五年(1936年)结婚。

问:有孩子吗?

答:没生孩子。

问张和氏年龄住址。

答:28岁,住余家巷3号。

问:你有何答辩?

答:原告已娶了女人,对民虐待,不能同居。

问:你与韩振邦结婚了吗?

答:是正式结婚。

问:有无媒证?

答:有媒人不知姓名。

问:你愿同原告同居吗?

答:不愿。

问:张福你是否另娶女人?

答:娶是事实,但被告同意的。

谕知候传韩振邦讯问,宣布闭庭。

法庭调查使原告处于非常不利的地步。被告离家出走的真实原因竟然是原告重婚。依据中华民国民法规定重婚是法定的离婚理由。7月31日,地方法院再次向另一被告韩振邦发出传票,要求其出庭协助调查。8月4日下午3时,民庭按照事先约定的时间继续开庭,韩振邦仍未到。

推事问张福:你女人何时被韩振邦拐去?

答:去年九月初八。

问:去过韩振邦家吗?

答:没去过。

问:张和氏你愿意回去吗?

答:不回去。

问:为啥不愿回去?

答:伊另娶女人。

问:你还有何话?

答:没有。

问:张福还有何话?

答:没有了。

推事谕知辩论终结。当庭宣判,起立朗读判决:

主文:

被告应与原告同居,诉讼费用由被告负担。

事实:(略)

理由:

按夫妻互负同居之义务,《民法》第1001条定有明文,本件被告为原告之妻,业为被告所承认。原告请求与被告同居当认为有理由,虽被告辩称原告另娶女人对我虐待,但被告既未请求离婚,则其与原告人夫妻关系仍然存在,自不理率尔逸去拒绝同居其抗辩自难认为有理。据上论结原告之诉为有理由应予照准并依《民事诉讼法》第78条判决如主文。

尽管清末以降男女平等、一夫一妻已成为民事法律的基本原则,夫妻相互忠贞也已成为法定的义务,但由于社会变革未能完全同步,女性的整体社会地位仍然较低,许多下层女性没有其他谋生的能力及机会,仍然以婚姻作为生活的唯一条件。本案的当事人来自农村,传统观念在他们的身上还有着较深的影响。在原告的观念里,结婚多年妻子不生育,自己重婚的行为一定会得到国家的支持。唯有如此,才能理解为什么原告本身有法定的过错,且过错在先,却自己跑到法院主张权利的行为。而本案的被告在婚姻存续期间,对于丈夫感情出轨、甚至另娶的违法行为,先是选择忍气吞声,后又选择与他人私奔,以非法的方式维护自己的合法权益。当事人的做法置法院于两难。

原告的行为已构成事实上的婚姻,构成了刑法上的重婚罪。刑事法律规定重婚属于告诉乃论之罪。但被告对于原告的重婚行为既没有寻求国家法律的保护,也没有提出离婚的要求。因而,推事无

法主动代替她去行使这一权利。加之另一被告韩振邦拒不到庭,推事又无法判断韩振邦与张和氏婚姻的真实状况,以及韩振邦对两人关系的真实态度。因而,庭审中推事尝试利用法定的程序和职权对这些现象背后的事实加以考察,如庭审中专门询问被告与韩振邦的婚姻有无媒人作证这一传统民间成婚仪式,以此判断韩振邦对该婚姻的重视程度,但毕竟只是被告的一面之词。出于保持中立地位的要求,推事无法走得太远,不能用道德代替法律,最后采取了看似保守但又非常巧妙的办法,依法从实体上判决支持原告的同居诉求,使判决符合民法条文之规定。表面上看,地方法院的判决可能与中华民国国民法的精神相悖,使民法典中规定的女性平等权益没能实现,维护了传统的伦理。但事实却远非如此。同居是一种生活状态,与当事人的人身自由密切相关,如果一方当事人不愿意主动履行同居义务,在现代法治之下法院可以通过判决支持另一方的主张,但却无法强制执行。庭审中推事已通过询问知晓了被告根本无意回到原告身边的态度。也就是说从结果上讲,该判决对于改变双方目前的真实关系没有多少实际意义。

第四,研究上要有从地方层面上升到国家层面的能力。做地方法制史研究,挖掘地方法制的独特性只是目的之一,还需要通过地方法制的研究填补国家法制史的一些空白,使中国的法律制度史内容上更加完整。如何做到这一点,关键就是要把地方法制史的独特性与国家法制的整体性的关系梳理清楚,否则既难以发现自己研究对象的独特性,还可能导致研究的碎片化。

第五,关于表述。把自己研究的心得通过合理的结构、用准确的语言表达出来是学术研究的最后一环。首先是对自己研究结论的观点,表达方面应该以能出版为最低标准。中国的出版是有纪律的,因而,如何适应出版的纪律,同时又要使自己的研究成果能够有与其他同行交流的机会,有时需要智慧。其次是要多写多锻炼。中国古代名士有“述而不作”的传统,生活在今天这样一个信息爆炸的时代,我们无法做到这一点。再次是下结论时必须谨慎。有学者根据自己的研究检验得出结论,认为研究历史,说“有”容易、说“无”难。几千年的文明史,找几件有什么的事情确实不难,但要说什么没有,确实需要谨慎。最后是历史学的基本研究方法是归纳法,但这种归纳必须以通观为前提,没有对自己研究的对象完整的理解和把握,只关注与自己研究的问题有直接关系的材料,其他材料都不看,然后就进行归纳,结论可能会有问题。

The Position and Methodology of the Study of Local Legal History

HOU Xin - yi

Abstract: At present, there are more and more scholars interested in the local legal history. This is mainly because of the understanding of diverse and complex life, the need for legal academic development to observe and think about specific real problems, as well as the understanding of the national conditions of economic and cultural differences between different regions of China and the discovery of historical materials such as a large number of local archives. The study of local legal history needs to be presented through the study of local judicial issues, which is conducive to revealing the real China, and is also conducive to the revitalization of the research on history. In particular, the study of the local legal history requires attention to methodological issues, such as the location of the study, the time period of the study, and the selection of historical materials.

Key words: local legal history local justice methodology