

近代化话语的司法之维

——民国司法制度研究述评

○ 鲁忠江

(合肥工业大学 经济学院,安徽 合肥 230009)

[摘要]通过法学和史学学者的工作,学界近年对民国司法制度的研究经历了一个由静态到动态、由宏观到微观的过程。在这一过程中,诉讼档案的大量利用和理论化水平逐渐提升是两个显著趋向。得益于这两个要素,民国司法制度从制度、实践到理念都取得了丰硕的成果。但一系列问题也随之显现,包括研究“碎片化”导致缺乏整体观念、史学范式主流化导致的法学问题意识不够以及对社会科学理论资源汲取程度有限等,这些都有待于在进一步的研究中加以克服。

[关键词]司法制度;诉讼档案;碎片化;社会科学理论

民国司法制度是当下法律史研究中的重要领域,也是极富现实意义的问题。关于司法制度的内涵与外延,一般认为有三种形态:法律形态、实践形态和理论形态。法律形态即通过立法确定的狭义的制度形态,实践形态是指作为一种社会实践的动态的司法活动本身,理论形态则指对法律形态和实践形态的概括、分析、研究。^[1]换言之,这一概念几乎包涵了与司法相关的所有问题。本文也在这一意义上展开述评。

一、发展脉络与趋势:由史而法

2007年,有历史学者在综述民国司法史研究时曾认为,^[2]对民国司法的研究尚属民国史研究中的薄弱环节,甚至是“待发掘的空白领域”。^[3]抛却因史学和法学的学科隔膜造成的信息获取不充分,这个论断大致反映了当时民国司法制度研究的薄弱,也反衬出近几年民国司法制度研究的发展之迅猛。

作者简介:鲁忠江(1975—),法学博士,保监会博士后,合肥工业大学经济学院讲师、硕士生导师。

从整体发展脉络而言,民国司法制度研究在历史学研究中得到重视早于法学界。在历史学尤其是中华民国史研究中,司法制度作为民国政治史的组成部分受到关注。如袁继成等《中华民国政治制度史》(湖北人民出版社,1991年)、徐矛的《中华民国政治制度史》(上海人民出版社,1992年)等著作中,都将司法制度作为政治制度的内容作了相对独立的论述。历史学者的工作为司法制度研究中的重要人物和重大事件,主要的制度框架以及重要的资料收集工作奠定了基础。尤其是重视历史文献和档案资料的研究范式至今仍使整个学界的相关研究受益。但是以如今民国司法制度研究所得到的成果对照来看,历史学研究中也存在一些缺陷,主要包括不注重规范分析,相关法律概念使用不够准确,未进行经验资料与法学等社会科学理论的连接。目前,在学术分工日益细化的背景下,该领域研究已不是历史学者关注的重要论题,只有付海晏等少数学者以社会史范式对民国司法进行研究。

法学研究中对民国司法制度的重视大致在2000年左右开始凸显。据笔者观察,这一过程是和对民国法制的重视程度上升相伴随的。实际上,早期的一些著述中,司法制度都是作为宏观研究民国法制的组成部分出现的。究其原因,笔者认为包括以下几方面:其一是随着意识形态的松绑和研究环境的宽松,学者对民国法制的意义产生新认识成为可能。通过“长时段”、“大历史”等视角的观照,研究者们不再对包括司法制度在内的民国法制预设道德上的责难,而是将其与清末开始、至今仍然持续的法制现代化进程相联系,视其为近代以来国人通过制度变革寻求自强的重要环节(尽管存在种种缺陷)。其二是肇源于法律史学界对法律史研究范式本身的反思。由于过去那种以“民法”、“刑法”、“物权”、“债权”等现代法制概念套用、裁剪传统中国事实材料的做法受到越来越多的质疑,许多学者将研究旨趣做了调整,转移至民国法律。因为,当今研究者的分析工具与古代中国法律有云泥之别,但和清末修律以来的中国法制却属于同一知识系统,以之研究民国法制不存在“套用”、“削足适履”之嫌,相对“保险”一些。其三则是由于海内外尤其是大陆与台湾学术交流的增多,除了资料获取的便利程度增加以外,黄源盛等台湾学者在民国司法制度领域的精湛研究对大陆同行也起到了砥砺作用,促进了这一主题在学界的繁荣。

民国司法制度研究受到学界的关注之后,其发展极为迅速。初期的研究大多重心在通过立法来梳理和构建民国司法制度的静态形态——即狭义的“制度”。很快,与司法制度有关的许多分支内容都被涉猎,包括决定司法制度的政治体制、调整司法权配置和司法机关的法律及其内容、司法的组织体系、司法主体及司法管理体制、司法原则、诉讼程序等方面。此一时期的发展,正如俞江教授在论及近代法研究时所言:“如果法律史只研究朝廷或国家颁布的律、例、令、章程等,那么,这门学科几乎快要走到了它的尽头。以近代法律史研究为例,这一时期留下来的法律文献较多,大约20年前,学界对它的重视还远不如今天,但现在,如果把公开和未公开发表的研究生论文加在一起,可以说,这一时期各种

重要的部门法都被梳理了一遍。”^[4]这样的论断也适用于对司法制度研究的判断,也即是说,如果继续停留在对司法制度的静态描述,那么,民国司法制度研究也几乎要走到了尽头。基于对这一问题的认识,此后学界的关注点逐渐发生了移转,以司法档案来进行司法实践的动态研究成为吸引最多研究力量的领域。这一调整与美国华人学者黄宗智的推动是分不开的。黄宗智主持的《中国的法律、社会与文化丛书》在大陆学界产生了较大影响,黄本人与民国司法制度有关的著作《法典、习俗与司法实践:清代与民国的比较》充分体现了其所倡导的“新法制史”研究路径的特色,即一方面对法律制度的研究应当结合社会史与文化史,另一方面在材料使用上不能只注意国家法典,更要关注诉讼档案。他认为,“诉讼案件档案同时包含有关表述和有关行动的证据,意识与行为的分别研究不可能像诉讼案件的研究那样显示两者之间的相互关联”。^[5]因此在研究过程中,黄宗智大量使用了包括第二历史档案馆的民国诉讼档案在内的档案资料。通过对诉讼档案的考察,黄宗智研究法典的“表达”与案件的“实践”之间的分合,并由此提炼富有解释力的本土概念和理论。在黄宗智的启发下,利用地方司法档案研究民国司法实践的范式迅速得到发展,龙泉档案、陪都档案、新繁档案、江宁档案等地方档案迅速得到发掘,相关研究成果也不断涌现。

从目前整体趋势可以看出,法学界的研究已成为民国司法制度研究的主流。在法学界的研究中,主要的关注重点已由在制度层面的梳理转为通过司法档案研究司法运作的动态过程以及少量关于民国司法理念的研究。其中,通过地方司法档案研究司法运作的实践吸引了越来越多研究力量的投入。

二、研究内容:制度、实践与理念

(一)制度性研究:以静态方法与宏观视野为主流

此处所谓制度性研究即指狭义的司法制度研究,包括决定司法制度的政治体制、调整司法权配置和司法机关的法律及其内容、司法的组织体系、司法主体及司法管理体制、司法原则、诉讼程序等方面内容。此类研究的特点一是总体属于静态研究,二是较为宏观,所涉研究对象皆为全国性的。此类研究可以说是整个民国司法制度研究的基础,也是研究司法实践进而发掘诸如“表达”与“实践”等问题的前提。由于民国时期留下的法律文献较为丰富,除了某些专题性研究贯通整个民国时期外,整体性的研究基本都以北洋政府和南京国民政府分别考察,故此相关研究根据内容可分为北洋政府时期和南京国民政府时期。北洋政府时期又集中体现在对大理院的研究上。具有代表性的研究包括:乔丛启对大理院及大理院判例做了一个概观式的考察,属于这一领域的早期研究;^[6]台湾学者黄源盛的《民初大理院与裁判》(台北元照出版公司,2011年)为研究大理院的一部力作,以作者历尽艰辛搜集到的大理院档案为素材,论述了近代最高司法机关由大理寺到大理院的转变、大理院的组织和职掌、大理院的人事以及审判法源等问题,并论及大理院司法档案的整编与研究工作。大陆学者中,张生探讨

了大理院的性质,认为民初大理院是最高司法机关兼具民事立法职能的特殊机构,并对大理院审判独立的制度与实践作了考察。^[7]张道强考察了大理院判例和解释例制度,认为由于立法机关不能正常运作,大理院作为最高司法机关以判例、解释例的方式事实上代行了立法机关的一部分立法权力。在当时背景下,判例、解释例有其产生的必要性和可能性。^[8]李相森对民初大理院的法令解释制度进行了系统考察,分析了其法律依据、历史背景、运作情况,并作出了客观判断。^[9]胡震则对大理院存在的非常形态——南北分裂时期的广州大理院进行了考察,分析了主要作为南方革命政府最高司法机关,存在达八年的广州大理院反映了这一时期南方政府的方针政策,并对以后国民政府的司法模式影响巨大。^[10]除了对大理院的研究之外,也有学者对北京政府时期司法制度的其他领域进行了考察。如俞江对司法储才馆的研究。司法储才馆是为了司法官养成(非培训)而由司法部设立的机构,并且是当时司法行政统一过程中的重要步骤。它在当时不但培养了一批有素养的司法官员,也对南京国民政府时期的法官训练所产生了影响。^[11]

相较之下,学界对南京国民政府时期司法制度的研究成果更多。较具代表性的如张仁善的《司法腐败与社会失控:1928 - 1949》(社会科学文献出版社,2005年),该书全面考察了南京国民政府时期司法制度的设置情况,包括司法改革进程、司法机构设置、司法运行机制等。其贡献不仅在于关注到了同类系统研究容易忽视的军事司法机构、监狱机构以及法院和司法行政机关的关系,而且其重点在于通过社会史视角考察司法权运行的实效,并基于此反思司法体制、政治体制和社会土壤之间的关系。谢冬慧则通过系列研究,对南京国民政府司法制度的很多分支内容进行了考察,包括刑事审判制度、刑事审判监督机制、民事审判的指导方针、民事审判发达的原因、民事审判制度、民事审判监督机制、民事诉讼纠纷解决机制、民事和解制度、民事仲裁制度等。^[12]江照信的《中国法律“看不见中国”:居正司法时期(1932 - 1948)研究》(清华大学出版社,2010年)则以人物研究入手思考司法制度整体的历史角色问题,强调居正个人作为主体在历史情境中的行为者角色与功能,并由此理解民国时期的法律变革等更高层次的问题。聂鑫以国民政府司法院为研究对象,探究其与大理院的渊源以及职掌之异同,司法体制对最高审判权和司法行政权关系的影响,司法院对宪法架构的影响等。^[13]

在分时段研究之外,也有一些涉及整个民国时期的专题性研究。如徐加力的《中华民国律师制度史》(中国政法大学出版社,1998年)对于民国律师制度产生的背景、相关法律、律师制度的发展以及著名律师作了论述。韩秀桃的《司法独立与近代中国》(清华大学出版社,2003年)运用法律社会学的分析框架,从总结中国传统司法的特性及其在近代的危机入手,深入探讨晚清以来对于司法独立的思想认识和司法改革实践中的诸多障碍,并以此为起点着重考察了民国时期围绕司法独立所进行的理论架构和制度设计,提出了司法独立作为西方法治一种价值理念在近代中国转变成一种工具理念的变迁过程,以及这一变迁对

近代中国司法发展和当代中国的司法改革与司法现代化所具有的历史意义。江照信以《民国司法志》所列数字解读民国司法制度。涉及司法长官更替频率、法院数量和法官数量变化,考察民国司法统计的传统及其成效,另外还以司法统计中的数字分析了司法运行的总体状况。研究方法和视角都是较为独到的,也提供了一种“数字计量”的解读方式。^[14]

(二) 实践研究:司法运作机制的实景探析

如果说静态制度研究是司法制度研究的骨架,那么实践研究则是其血肉。只有通过实践研究,才能了解制度的实践效果如何,制度的实际功能有多大,制度功能的发挥受到哪些因素的影响和制约。对实践研究的重视,是民国司法制度研究深化和水平提高的体现,也是目前最富于成果的部分。

从研究的范式或曰理论关注点来看,实践研究可分为案件研究和过程研究两大类。前者接近于当下法学研究中的规范分析模式,即通过一个或多个案件审判中的法律运用与判决结果,分析制定法在司法中被实践的状况,得出立法—司法一致或者相背离的结论。此类研究总体而言重在立法与司法本身,较少涉及法律现象之外的社会因素;有的研究者在分析影响制定法实施效果的因素时虽然也涉及社会性因素,但一般非常笼统和粗略,与其对政治体制、权力格局等制度性因素的深入分析相比,几乎可以忽略不计。这方面具有代表性的成果如黄宗智的《法典、习俗与司法实践:清代与民国的比较》(上海书店,2003年),该书结合国家制定法,运用大量司法档案来考察“表达”与“实践”的背离,据此分析国民党的意识形态对司法的影响以及立法者的设想在司法中得到实现的程度。李启成以大理院所裁判的祭田案件为中心,分析民事权利在近代中国的生成问题,作者提出,现代法治的核心——权利观念的确立——绝不只是成文法的宣示,更重要的是要将这种权利的内容贯穿到具体的民事裁判制度中去,形成一个个具体的民事权利。大理院在近代中国民事权利生成中扮演了关键的角色。^[15]刘昕杰的《民法典如何实现:民国新繁县司法实践中的权利与习惯(1935-1949)》(中国政法大学出版社,2011年)通过对国民政府时期新繁县司法档案所载案件的研究,以租佃、典、婚约、分家析产等问题切入,分析不同的传统民事权利在民法典颁行之后的基层司法实践中所呈现的存在形式。张勤的《中国近代民事司法变革研究——以奉天省为例》(商务印书馆,2012年),通过考察二十世纪前三十年奉天省司法机构变革、司法程序、法律职业以及诉讼案件,得出了一些具有启示意义的结论:一是法院系统和调解机制的官僚化趋势;二是民事诉讼程序的形式化;三是习惯在司法实践中被“发现”和现代化;四是在离婚诉讼领域,男女两性的日趋平等化。

第二种研究范式即过程研究,虽然也离不开对具体案件和法律问题的关注,但更主要是通过通过对案件裁判中的各种影响因素——包括社会结构、社会阶层、社会关系及社会生活之关注,来讨论法制实效的社会影响因素,更接近历史研究中的社会史研究。事实上,该类研究也主要由历史学者或受过历史学训练的法学

学者承担。如付海晏的《变动社会中的法律秩序——1929 - 1949 年鄂东民事诉讼案例研究》(华中师范大学出版社,2010 年),该书通过对 1929 至 1949 年 400 多件鄂东民事案例的研究,考察了在抗战背景下,国民政府及日伪势力的司法机构对民事案件的处理及双方的相互影响。该研究的特点是重视特定区域的独特社会生态对法律秩序的制约作用,遵循“新文化史”的路径对诉讼状本及当事人的庭审话语进行了“厚描写”,进而研究涉讼者的心态及行动策略。另外如张仁善的《司法腐败与社会失控:1928 - 1949》(社会科学文献出版社,2005 年)也是以社会史范式研究法律问题的典型。该著作不仅涉及到司法制度的静态描述,而且更主要的是对影响司法实效的社会因素如司法中的陋规,司法主体的薪酬待遇、社会地位、职业道德与社会交往,司法界的不良社会关系以及司法界内的人事纠葛等进行了深入的探究和讨论,从而揭示社会土壤对司法行为的制约作用。这类研究的特点是跳出法律之外去理解法律现象,着重对影响法律实效的社会因素进行考察,并通过社会因素和司法行为的结合,分析决定司法主体行为的真实逻辑,揭示司法“潜规则”的实貌。而且,此类研究往往对社会科学理论有所运用,有助于深化对制度的理解。

从研究内容来看,对司法实践的研究又可分为全局性(中央)研究和局部性(地方)研究。这两种研究在内容上的绝对排他是做不到的。对全局性实践的论断要以地方实践作为佐证,而地方实践也离不开全国大气候的影响。但两类研究在侧重和资料运用上的区别还是清晰可见的,这使得我们相对区分并探讨其中的意义成为可能。第一类研究如前述李启成对大理院祭田案件的研究,黄源盛及其指导的众多学生对大理院民事案件的研究,除了黄源盛的《民初大理院与裁判》外,尚有周伯峰的《民国初年“契约自由”概念的诞生:以大理院的言说和实践为中心》、^[16]张永铨的《法律继受与转型期司法机制——以大理院民事判决对身份等差的变革为中心》(2003 年)、黄圣棻的《大理院民事判决法源之研究(1912 - 1928)》(2003 年),此外还有虽是台湾大学历史学研究所硕士毕业但在论文写作中受黄宗智指点甚多的卢静仪之《民初立嗣问题的法律与裁判——以大理院民事判决为中心(1912 - 1927)》等;^[17]张仁善的《司法腐败与社会失控:1928 - 1949》亦属此类。这些研究主要关注中央司法机关的实践状况,所使用资料也以大理院或最高法院所作出的裁判文书为主。后一类研究即地方司法实践研究属在近年发展迅猛的领域,这和近年地方司法档案得到发掘有很大关系。主要的如王志强以《上海地方审判厅司法实记》为素材对民初上海地区民刑事审判转型的考察;^[18]张勤以辽宁省档案对奉天省民事司法的研究;^[19]里赞、刘昕杰以新繁司法档案为素材对民国新繁县民事司法状况的研究;^[20]吴燕基于南充诉讼档案对国民政府控制下的前红军根据地地区基层司法实践状况的考察;^[21]基于龙泉司法档案的研究,如胡铭和张健对民国时期刑事和解的研究;^[22]尹伟琴对基层法院判决依据的研究等;^[23]曾代伟等基于重庆陪都时期司法档案对司法状况的研究;^[24]何东基于江宁司法档案对当时司法转型

与当事人群体的研究；^[25]、李晓婧关于传统刑罚承续的研究。^[26]可以说，目前基于地方诉讼档案进行司法制度研究已经蔚为大观。从地方性的研究中可以探讨中央立法与地方司法的背离或立法在地方司法中具体的运作（实现）形态这些主要问题，分析近代法律变革在空间上存在的变量。更有学者指出，由于近代对西方法律移植在中央层面的立法中较为直接，而地方实践相对间接，保留了一些传统因素，故此，近代以来中西法律的冲突其实可以以中央法律制度与地方司法实践的冲突这一内化的视角来观察，^[27]因而，与侧重中央的研究相比，地方司法实践研究，可以作为观照近代中西法律文化互动的绝佳视角。

（三）思想/理念研究：值得期待的旧题新论

此类研究是从思想/理念层面对民国司法制度所做的研究。思想/理念研究与制度和实践研究的关系形态有两种，一是将某种已经得到明确阐述的思想作为制度和实践的根源进行研究，主要是对民国领袖人物如孙中山、胡汉民、居正等人法律思想中涉及司法制度的部分进行概括提炼，以及研究当时影响甚大的“司法党化”与司法独立问题等。前者以许多法律思想史教科书中的论述较为多见，后者则有李在全关于“司法党化”的全面研究和贺卫方、韩秀桃、张仁善等关于“司法党化”与司法独立的探讨。^[28]李在全的著作从政治学视角的全能主义党权政治切入该问题，观察到“司法党化”所涉及的国家与社会、公域与私域分离与合一和全能主义政治的统治力问题。^[29]贺卫方、韩秀桃、张仁善的研究则从司法独立这一视角进行，但也不可避免地涉及“司法党化”问题。第二种关系形态是经过对制度和实践的大量系统研究，分析、提炼制度和实践中蕴含的某种司法理念或司法哲学。主要的如程春明、泮伟江在讨论现代中国的司法权问题时所提炼的经济自由主义司法观。该种司法观在国民党（和共产党）时期较为盛行，将司法制度的正当性建立在促进一国经济力量（从而促进军事、政治力量）的增强上，为达此目的，它较为强调法律的技术特征和信用特征，而忽视其与民主、宪政之内在精神的共生关系。^[30]另如李文军对民国时期的社会本位司法理念所作的相对系统的探讨。在其系列论文中，作者勾画了民国社会本位司法理念的形式要素与价值取向，及这一理念在民国司法制度中的内化与外在制约机制，并从一起妇女诉请别居案出发讨论了其在个案中的实践。同时讨论了社会本位司法理念与当时中国社会、政治因素的相合性，并思考了社会本位司法理念中国化的相关问题。作者指出，社会本位司法理念要合于中国社会，就必须妥善处理与它貌合神离的传统司法之关系。另外，在立法超前于社会的特殊情境下，发扬社会本位司法理念要更为注重其“法治”内涵。^[31]相比较而言，第二种研究更含有进行理论创新的可能性，但目前还较少，期待进一步关注和发掘。^[32]

三、研究反思：范式选择与理论推进

毫无疑问，民国司法制度在如今学界已得到了非常富于成果的研究。从宏观到微观，从制度、实践再到理念，都受到不同程度的关注，也取得了丰硕成果。

可以预见,随着越来越多的档案文献可以得到利用,民国司法制度研究在相当长的一段时期内将会是一座“富矿”。但与此同时,随着研究成果的聚集,某些学术反思具有了可能性。在进一步的研究中,下列问题需要得到注意和妥善处理:

其一是研究的“碎片化”问题。“碎片化”本是批评史学研究零碎化,不去追求全面、贯通的历史之研究倾向。其表现主要包括研究对象多样化、零碎化;研究领域狭窄化和研究结构松散化。^[33]由于近代史研究和近代法史学研究的亲缘性,这样的研究格局在法史学研究中也已有体现。主要的表现场域是利用地方司法档案进行的司法制度实践研究。本来,利用地方司法档案进行研究是出于对以往空疏学风的反拨,即“重中央,轻地方”、“重规范分析,轻具体实践”、“重法典文献,轻档案资料”的倾向。^[34]因此就某种意义而言,是相关研究走向深入的标志。然而,地方司法档案研究成果“井喷式”涌现,使得对民国司法制度的研究变得零碎、狭窄、缺乏对比。即使有的研究者有“以小见大”的意识,得出的是全局性结论,但如此一来,材料的代表性就不无疑问。另外,地域上的细分使研究对象的整体性逐渐丧失,“不知具体在整体中的位置与意义,反过来具体研究也难以拿捏得当”。^[35]因此,在以后的研究中,应当注意克服“碎片化”,加强综合。在这一问题上,由于历史学研究早就注意到了“碎片化”问题,因而提出的应对方法亦有参考价值。有学者提出,克服“碎片化”的可行途径为综合法、理论法和跨学科法,即采用超越学科的整体综合研究、吸收成熟的理论工具以及多学科视角研究。^[36]当然,克服“碎片化”并不等于否定微观研究的价值,只是说地方司法研究应当有现实关怀,有大的问题意识,对于地方实践的细微考察应当有助于回应这样一些重大问题及现实关怀。

其二是关于史学与法学研究范式何者为主的问题。由于法律史的交叉学科性质,对于民国司法制度的研究向来有历史学者和法学学者承担。两类群体的研究内容有相当交集也互相支持,但其侧重点、问题意识和方法上的区别仍清晰可见。对于这种区别,王志强教授曾做过精当的概括,即“法律的历史”和“历史上的法律”。^[37]简单来说,历史学者的研究多为“法律的历史”,以记述民国司法的重要事件、人物、背景及其史实为要旨,如某种制度确立的过程、政治与司法的互动、重要司法人物的活动、法律职业者及社会各阶层的涉法行为及心态等。^[38]法学学者的研究则稍微复杂。若按照上述划分的当然逻辑结果,法学学者的研究范式本应以“历史上的法律”为主,即以阐释民国司法制度本身的法律理论性和制度技术性为主旨,重心在于法律本身自洽性和系统性的论证,具体来说应是以部门法理论深入研究司法制度建构的逻辑性、科学性,司法过程中事实判定的标准和规则,法律条文的解释和适用等。但从法学界的相关研究成果来看,相当长一段时间内,记述民国司法事件、考察背景及重现史实却是主流。即使对于部门法知识有所运用,也停留在常识阶段,无法和部门法对相关问题的研究形成有效的对话,导致法律史与其他法学学科日益疏远,本身也日益边缘化。只是在近十年来,通过王志强、俞江、李启成等学者的努力,以法律本身的理论性和技术性

为主旨的相关研究才逐渐增多,并且目前为越来越多的年轻学者所接受。

客观地讲,由于学术训练和研究者个人兴趣所形成的范式差异,本身并无高下优劣之别。“法律的历史”之研究是学术分工的必要,不但其考据的史实具有长久价值,正如严耕望先生所说,找出史实的真相并写录下来,可以永远于人有用;^[39]而且,它也为“历史上的法律”进行理论性和技术性研究奠定了基础。不过依笔者愚见,今后对于民国司法制度的研究,应当以“历史上的法律”研究为主。这不但是因为既有研究中史学性研究已相对成熟,重要的制度考述和事件描述已基本实现,难以再有实质性的创新成果;更是因为,对于法律史研究的意义而言,一方面应当保持与其他法学学科对话的能力,能为其他法学学科的研究作出理论贡献,这就要求其不能只重史实而忽视法律理论和技术;另一方面,法律史包括民国司法制度研究如果要实现现实关怀和学术贡献,就必须把中国社会因素与因之形成的中国特色法律运行方式以具体、技术化的方式(而不是笼统概括的方式)呈现出来,应具体关注社会与法律各关联因素如何发挥作用?其机制、机理如何?用什么方法进行有效论证?^[40]比如,法官受不良社会关系影响而有司法腐败行为,在具体的事实认定和法律适用中是如何操作的,如何完成合法化的包装?是否符合司法行为的底线要求(法官应该不会明火执仗地违法判案)?这些只有以法律理论(而不是常识)和技术才能完成。当然,我们要对历史学者的相关工作保持尊敬,对其成果也应有及时和足够的重视。

其三是关于社会科学理论的运用问题。在如今对于民国司法制度的研究中,对于社会科学理论的意义或曰研究者的理论自觉尚未完全得到重视,甚至尚存不一致的见解。有学者认为法律史是一门建立在具体材料基础之上的学问,而不是一门建立在抽象推理基础之上的学问。采取“以论带史”或“六经注我”的做法可以写出有价值的法律哲学或法律思想方面的论著,却不可能写出成功的法律史学的论著。^[41]从目前数量众多的成果来看,研究方法较为单一和初步,即限于收集归纳资料,根据部门法要求加以排列,进行简单的概括分析。基本限于狭隘的经验积累,缺乏理论提升和概念化的能力。这样的后果正如黄宗智所言,相关研究几乎等于一种博物馆珍藏品似的研究,缺乏对实践的关注及对过去和现在的现实感。因而既谈不上重要的理论贡献,也使法律史丧失了现实法律中的发言权。^[42]而这一点本该是民国司法制度最重要的意义所在。因为民国司法制度与当代司法制度属于同一知识体系和逻辑话语系统,后者甚至在一定程度上可以看作是完成前者在司法现代化进程中的未竟之功。另外,民国司法制度面临的最主要问题——如何协调移植而来的西方法制与本国国情——也是当今司法竭力解决的。故此,只有通过援引社会科学理论为智识资源,通过对民国司法实践的研究,连接经验与理论,从中提炼适合中国语境的中层分析概念,为理解过去和现在提供贯通的桥梁。比如,前述法官司法腐败行为的合法化包装有无形成一种跨越时代、可重复验证的行为模式?基于此目的,目前点缀式的理论运用、意识形态的引用或简单的经验研究积累未免不足。在经验与理论的

连接、过去和现在的贯通上,黄宗智等学者已经作出了卓有成效的示范。黄宗智及其研究团队通过诉讼档案对民国时期法典、习俗与司法实践进行系统研究,提出了诸如“表达与实践的背离”、“实用道德主义”、“集权的简约治理”等概念及其理论,^[43]对于理解近代中国法律与社会及影响当今的传统提供了富有解释力的概念工具,在学界产生了很大影响。^[44]这体现出,经验研究虽然必不可少,但却不能作为目的;只有通过经验研究,发掘司法行为中的深层结构性因素,然后通过从优秀社会科学理论中汲取灵感,将其上升为概念和理论,才可能有效观照历史和现实中的变与不变,并实现与其他社会科学理论的对话甚至为其提供具有创新性的智力贡献。

注释:

[1]熊先觉、于慈珂:《论我国司法制度的若干基本问题》,《法学研究》1986年第1期。这种对司法制度的最广义界定已被许多有影响的研究所分享,如苏力:《送法下乡——中国基层司法制度研究》,北京大学出版社,2011年,就是在“与司法有关的问题”这一意义上使用“司法制度”概念的。

[2]作者强调的是“司法史”而非“司法制度”,这里所体现出的史学视角和法学视角的区别,笔者在后文还要详述。

[3]丁勇:《民国司法史研究述评》,《社科纵横》2007年第12期。

[4]俞江:《历史深处看规则——论规则作为法学研究的中心》,《法制与社会发展》2008年第1期。

[5][美]黄宗智:《法典、习俗与司法实践:清代与民国的比较》,上海书店,2003年,第1页。

[6]乔丛启:《北洋政府大理院及其判例》,《中外法学》1990年第6期。

[7]张生:《民国初期的大理院:最高立法机关兼行民事立法职能》,《政法论坛》1998年第6期;《民初大理院审判独立的制度与实践》,《政法论坛》2002年第4期。

[8]张道强:《大理院判例、解释例——民国初期的司法机关“立法”》,《三峡大学学报》2006年第6期。

[9]李相森:《民初大理院法令解释制度研究》,南京大学硕士论文,2011年。

[10]胡震:《南北分裂时期之广州大理院:1919-1925》,《中外法学》2006年第3期。

[11]俞江:《司法储才馆初考》,《清华法学》(第4辑),清华大学出版社,2004年。

[12]依次见谢冬慧:《南京国民政府时期刑事审判制度述论》,《朝阳法律评论》2009年卷;《刑事审判监督机制研究——以南京国民政府为例》,《南京大学法律评论》2011年春季卷;《南京国民政府民事审判的两个指导方针之阐释》,《兰州学刊》2011年第7期;《南京国民政府民事审判制度何以发达》,《甘肃社会科学》2011年第2期;《南京国民政府民事审判制度述论》,《山东大学法律评论》2009年第二辑;《南京国民政府时期的民事审判监督机制研究》,《法制与社会发展》2009年第4期;《民国时期民事诉讼纠纷解决机制的宏观解读》,《扬州大学学报(社科版)》2012年第6期;《民国时期民事和解制度论略》,《兰州学刊》2013年第10期;《民国时期民事仲裁制度论略》,《仲裁研究》2014年第2期。

[13]聂鑫:《民国司法院:近代最高司法机关的新范式》,《中国社会科学》2007年第6期。

[14]江照信:《民国司法志:解读先由数字始》,《司法》(第7辑),2012年。

[15]李启成:《民事权利在近代中国的生成》,《比较法研究》2010年第6期。

[16]周伯峰:《民国初年“契约自由”概念的诞生:以大理院的言说和实践为中心》,国立政治大学法研所2003年硕士论文,北京大学出版社2004年出简体版。

[17]卢静仪:《民初立嗣问题的法律与裁判——以大理院民事判决为中心(1912-1927)》,台湾大学历史学研究所2003年硕士论文,北京大学出版社2004年出简体版。

[18]王志强:《辛亥革命后基层审判的转型与承续——以民国元年的上海为例》,《中国社会科学》2012年第5期。

- [19] 张勤:《中国近代民事司法变革研究——以奉天省为例》,商务印书馆,2012年。
- [20] 里赞:《民国婚姻诉讼中的民间习惯:以新繁县司法档案中的订婚案件为据》,《山东大学学报》2009年第1期;刘昕杰:《民法典如何实现:民国新繁县司法实践中的权利与习惯(1935-1949)》,中国政法大学出版社,2011年。
- [21] 吴燕:《南京国民政府初期的基层司法实践问题》,《近代史研究》2006年第3期。
- [22] 胡铭、张健:《转型与承续:民国时期的刑事和解》,《浙江大学学报(人文社科版)》2014年第1期。
- [23] 尹伟琴:《论民国时期基层法院判决依据的多样性——以浙江龙泉祭田纠纷司法档案为例》,《浙江社会科学》2010年第5期。
- [24] 曾代伟:《抗日战争大后方司法改革论略》,《现代法学》2013年第5期;《抗战大后方战时司法改革论略》,《法治研究》2013年第12期。
- [25] 何东:《民国初年司法诸相:司法转型与试法的人们——以江宁地方司法档案为例》,《法律史评论》(第5卷),法律出版社,2013年。
- [26] 李晓婧:《论民国时期传统刑罚的恢复——以南京市江宁区司法档案为例》,《中国刑事法杂志》2013年第2期。
- [27] 刘昕杰:《民法典如何实现:民国新繁县司法实践中的权利与习惯(1935-1949)》,中国政法大学出版社,2011年,第9页。
- [28] 贺卫方:《司法独立在近代中国的展开》,载何勤华主编:《法的移植与法的本土化》,商务印书馆,2012年;韩秀桃:《司法独立与近代中国》,清华大学出版社,2001年;张仁善:《民国政府时期司法独立的理论创意、制度构建与实践障碍》,《法律史学研究》(第一辑),中国法制出版社,2004年。
- [29] 李在全:《法治与党治:国民党政权的司法党化(1923-1948)》,社会科学文献出版社,2013年。
- [30] 经济自由主义司法观来自程春明、泮伟江对黄仁宇理论的概括与批评,参见程春明、泮伟江:《现代社会中的司法权》,《中国司法》2005年第9期,第18-20页。
- [31] 李文军:《民国时期的社会本位司法理念研究》,载陈金钊、谢晖主编:《法律方法》(第13卷),山东人民出版社,2013年;《社会本位司法理念与妇女权利保护》,《妇女研究论丛》2012年第5期;《社会本位司法理念中国化研究》,《思想战线》2013年第1期。
- [32] 这方面朝向积极转化的一个例证是,2013年张晓蓓以南京国民政府时期司法档案研究社会本位司法理念的课题获准司法部立项。基于国内课题研究惯例,当会有相对系统的研究成果出现。这无疑会促进关于民国司法理念的研究。
- [33] 胡永恒:《中国近代史研究的碎片化问题综述》,《第一届青年法史论坛论文集》,第143页以下。
- [34] 里赞:《编者前言》,《近代法评论》(第1卷),法律出版社,2008年。
- [35] 桑兵:《中国近现代史的贯通与滞碍》,《近代史研究》2010年第2期,第35页。
- [36] 李长莉:《社会史研究瓶颈如何突破》,载唐仕春主编:《近代中国社会与文化流变》,社会科学文献出版社,2010年,第26-27页。
- [37] 王志强:《法史学研究的两个视角》,《法学研究》2009年第2期。
- [38] 如以前一位历史学者曾做过民国司法史研究述评,其所关注的成果大多属于此类。参见丁勇:《民国司法史研究述评》,《社科纵横》2007年第12期。
- [39] 严耕望:《治史三书》,辽宁教育出版社,1998年,第171页。
- [40] 王志强:《“历史上的法律”如何书写?》,《历史法学》(第6卷),第29页。
- [41] 刘广安:《二十世纪中国法律史学论纲》,载李贵连主编:《二十世纪的中国法学》,北京大学出版社,1998年。
- [42] 黄宗智:《过去和现在:中国民事法律实践的探索》,法律出版社,2009年,第3页。
- [43] 尤陈俊:《“新法律史”如何可能?》,《开放时代》2008年第6期。
- [44] 这从其理论引起的讨论及其著述的引用率上可见一斑。