

 使用大字体察看本文

阅读次数: 2090

关于中国近现代法律史史料使用中的几点体会

侯欣一

傅斯年先生曾经说过, 史学就是史料学。这话虽然有些绝对, 但却颇能发人深省。尽管法律史界的同仁们都愿意把法律史学科划归到法学门类, 但其实大家内心里也都十分清楚, 再怎么说法律史也摆脱不了和史学的干系。既然摆脱不了干系, 那就得按照史学的规律, 重视史料问题。从学术上讲, 有着数千年传统和知识谱系的中国古代史无论在哪个方面都相对较为成熟, 史料的鉴别和使用也早已形成了一定的规矩, 因而搞中国古代法律史的除了那些压根儿就不懂什么叫学术的之外, 只要不自作主张和别出心裁, 老老实实地遵循一些基本规律, 相信就不会出太大的问题或笑话。然而, 中国近代法律史则不同, 尽管最近几年来, 在法律史学界, 关注中国近代法律史的学者越来越多, 有关中国近代法律史的研究在冷寂的法律史学科中, 大有成为显学之迹象, 但实事求是地讲这些研究大都还处于探索阶段, 学科发展所必须的一些工具性的东西, 诸如术语、方法、问题, 当然也包括史料等等在研究者之间还没有形成基本的共识, 甚至说还极少有人关注, 自说自话的现象还极为普遍。这种现象极大地制约着中国近代法律史研究的深入。

凡是从事中国近现代史研究的学者都知道, 长期以来一直困扰中国近现代史学深入发展的原因主要有二, 一是意识形态问题。由于意识形态的影响, 近现代史研究中人为的禁区较多, 有的学者习惯于用“左”的思想模式来概括这一问题。笔者以为这一概括未必准确, 如果仅就中国大陆地区而言, 如果仅从政治方面去寻找原因的话, 这一概括可能没有太大的问题。问题是, 只要我们把视野扩大一下, 就会发现, 在我国台湾地区, 欧洲和美国的学术界, 这一现象都极为普遍: 即从事中国近代史研究的学者其学术观点受意识形态的影响都远远大于那些从事古代史研究的同行。二是史料问题。有关中国近现代史方面的史料可谓浩如烟海, 多如牛毛, 但又极为散乱, 需要研究者先期投入大量的时间、精力去收集、整理和鉴别。最近10多年, 随着东西方“冷战”的结束, 中国改革开放的推行, 那种全球性冷战思维的逐渐被放弃, 社会进一步开明, 意识形态问题已经有了很大的改观, 因而史料问题的重要性则更加彰显。

近代以来, 由于科学技术的发展, 文化的普及, 加之时间离我们又较近, 从而使记载事物的手段、方式、主体以及记载物都成倍增长, 这种现象无疑为研究者的研究提供了极大的方便, 有助于研究者们多角度地看待问题, 使研究者们孜孜以求尽可能再现历史的真实成为一种可能。但也正是这些史料又如一个个隐蔽的陷阱, 稍不留意就会给研究者带来巨大的麻烦。浩瀚的文献与史料, 对于学者来说不知是幸福, 还是悲哀。

最近几年, 笔者的学术兴趣主要在中国近现代法律史领域, 工作过程中不可避免地要经常涉猎诸如制定法、执政党的文件、司法档案、回忆录、媒体的记载等基本史料, 久而久之发现这些史料中的每一种在使用方面都或多或少地存在一些应该注意的问题, 并最终就史料的使用方面初步产生了几点不太成熟的想法, 不揣冒昧提出来求教于从事中国近现代法律史研究的广大同仁。

一 制定法

或许是受新中国法学理念的影响, 中国的法史学者在研究一个朝代或时期的法制史时, 大都会不约而同地把注意力放在立法上, 极少从司法的角度, 从动态的角度去观察和研究法律史, 以至于我们的法律史专著和教材几乎都成了立法史的作品。这种研究的旨趣和方法, 对于从事中国近代法律史研究的学者来说无疑将获得极大的满足。

众所周知, 中国近代法制的建设是由政府和社会精英自上而下推动的。鸦片战争以降, 中国大多数的执政党和领导人都抛弃了(起码从表面上抛弃了)中国传统的人治, 转而信奉起法治的治国方略, 坚持法律越多越好, 法律应该进入社会生活的一切领域的理论, 在法制建设方面采用的是立法先行的模式, 加上先

是学大陆法系，而后又学英美；再加之中央与地方两个层面的齐头并进，地方之间相互攀比，于是乎在短期之内，制订出了许许多多的成文法律，大凡当时世界上各国已有的法律，不管是否有用，不管是否符合中国的国情，在当时的中国基本都能找到用中文书写的仿效品。据统计，仅南京国民政府在大陆统治的22年中，制订和颁布的法律、法规就有近万件。

无论是从哪个角度讲，这些制定法对我们研究这一时期的法律制度都是非常重要的。但问题是，只要我们对近现代中国的实际历史稍微深入了解一点的话，就会发现这些所谓的制定法，除了某些特定的时期，除其中的一部分之外，大都未认真实行，还基本停留在纸面上，用法社会学的话讲只是书本上“的法。探究这一现象产生的原因可能十分复杂，如政局动荡不安，政权更迭过于频繁，有些法律刚刚制订出来，制订者所依赖的政权已经垮台，晚清、北洋政府时期就是如此，大清民律，诉讼律等等还仅是草案，继任者为了标榜自己的进步与革命，唯恐与前人沾上什么瓜葛，因而对于前人费尽心机所制定的法律根本不敢或不屑留意；有的是制定时迫于外国人的压力因而过多地考虑如何与国际接轨，反倒忘了中国的国情，社会经济的发展程度，以及民众的生活习惯；有的是单一突进，缺乏配套的法规、制度与措施等等，不一而足。涉及到政体的，我们无须去说，只想举一个生活中的例子。譬如，大家都知道，一方面从《1930年中华民国民法》颁布实施后，一夫一妻制就已经成了中国法定的婚姻形式；但另一方面，事实上的重婚纳妾现象无论是在乡村还是在城镇，无论是对平民百姓还是达官贵人，都是公开和普遍的。从未看到某人因为纳妾而受到重婚的惩处。而要命的是，南京国民政府时期还是中国近现代历史上法律实施最好的时期之一。由此可见，如果我们仅仅依据的是这些所谓的制定法来描述近现代中国的法律制度史的话，其结论能否科学，其观点是否站得住脚，是需要认真考虑的。然而，遗憾的是书坊中此类作品并不少见。

其实，只要我们承认法律不仅仅是一些写在纸面上的条文，而是一种稳定的制度，是一种对现实社会生活发生着实实在在影响的制度的话，对于上面所说的制定法的价值，我们就会有一个基本的判断。

二 执政党的党内文件

政党制度是现代政治制度中的基本制度，政党中的执政党对社会的影响则更不应该忽视，这一点在近现代中国尤为明显。因而对于那些执政党所制订的规范性文件，从学术的角度应如何对待，是否应该将其纳入研究的视野，作为法史研究的基本史料，这是从事中国近现代法制史研究必须正视的基本问题之一。

如何看待这些执政党的规范性文件，笔者以为首先是一个理念问题。长期以来，我们一直习惯了大陆教科书中关于法律的定义：法律是由国家制订或认可，并以国家强制力为后盾的行为规范。这些文件显然不符合这一定义。但如果按照法社会学凡是对现实社会具有制约作用的规范都是法的观点，这一问题自然就不存在了。其实，只要我们仔细分析就会发现，即使退一步讲，按照我们所熟悉的大陆教科书的观点来衡量，这些规范性文件中相当的一部分似乎也应当纳入法的范畴。

众所周知，自1925年，国民党接受原苏联列宁主义的党建理论，实行以党治国之后，执政党与国家的关系就开始有别于西方政治理论和实践中党与国家的一般关系，国家完全成了党对社会进行统治的工具。甚至在训政时期，党国合一，国家干脆就不设民意机关，而由国民党的最高权力机关-国民党全国代表大会代行国家最高权力机关的事务。在这种体制下，由国民党全国代表大会及其政治会议所制定的文件本身，事实上已经完全等同于由国家最高权力机关所制定的规范，它早已不再只是一种仅仅应该由其党员遵守的党内规章，而变成了全体公民都需无条件执行的行为规范，我想这在法理上不会存在任何问题。何况，这些文件中有相当一部分在形式上也极为详细和规范，尽管从内在结构上讲未见得全部包括前提、权利义务、后果等法的三要素，但作为一种以权利义务为内容的行为规范，在具体指导公民遵守，司法、行政等部门执行方面不会存在任何问题。不仅如此，某些文件本身就自称以法自称，如中共中央1947年制定的土地改革文件，就命名为“中国土地法大纲”。当然，笔者并不赞同将所有执政党的文件都视为国家法律，而是主张应该具体问题具体对待。其实，即使是那些无法作为国家法律的执政党文件本身，它对当时法制建设某一方面的客观影响也是不容忽视的，它们大都成了此后某一具体法规的立法原则或指导思想。

在目前的中国大陆学者所写的作品中，这些文件中只有极少的一部分被当作法律史料而加以应用，如“冲国土地法大纲”，“中国人民解放军宣言”等，这种取舍的标准是什么，其理由何在，从未有人从学理上给予说明。这种做法本身恐怕值得考虑。

当然，在现实生活中我们也时常听到有些人，甚至是在官方的文件中把中国共产党的文件称之为“党法”。显然，这种划分方法的潜台词也是承认这部分文件具有法的性质，但又不愿意把它与国法完全等同。笔者以为这种分类具有积极的意义。

还需指出的是，与前面我们所提到的那些制定法不同，这些党的文件由于中国执政党的特殊地位大都得到了较好的实施，对中国近现代社会产生了巨大的影响。总之，如果我们今后对这部分史料，不作进一步的鉴别，依然视而不见，那么，由此编写出来的中国近现代法律史作品就可能是片面和不完整的。

三 司法档案

众所周知，档案涉及的内容极为宽泛。这里说的所谓司法档案是指各级法院审理具体案件的原始记录，因而似乎又可以称之为审判档案。大凡搞史学的人都懂得，从史料的价值角度讲，档案材料优于书籍材料，本土文字优于外文翻译材料，原始的材料优于点校整理过的材料，出土材料优于一般传世的材料，由此可见这些司法档案的史料价值是毋庸置疑的。这些司法档案，对于我们研究动态的法制史，研究那些写在书本上的法条是如何变为现实的，既是十分必要，又是极为宝贵的。

但长期以来法史学界对于这些司法档案一直重视不够，究其原因不外乎有角度、方法等问题整个学术界研究的侧重点一直以立法为主），学风方面的问题学风浮躁，极少有人愿意下此苦功），经济方面的问题整理开发不够，以至于查阅必须去档案馆，而档案馆中调档、复印收费都极贵）等等，使之一直沉睡在各地的档案馆中，只是最近几年不知是否是受黄宗智先生的影响，开始有一些学者关注起这部分司法档案。

几年来笔者曾大量查阅过民国时期西安地方法院、天津地方法院和陕甘宁边区高等法院的司法档案，对这些司法档案有了一个大致的了解：

第一，这些司法档案，或审判档案的数量极为可观。大凡县级以上的档案馆里都或多或少地保留了一些。总数有多少，恐怕没有一个人能够说得清楚。从清末起，中国开始仿效西方近代的司法体制，逐步建立起了专门的审判机关，审判终于成了一种有别于行政的专门技术，审判的过程和审判档案也相应地开始规范，并受到了重视，加之地域幅员广阔，因而积累下来的司法档案数量自然十分庞大。台湾学者黄源盛先生对清末民初大理院的审判档案作过研究和整理，并复印了收集到的全部档案，总字数达到了千万之巨。

第二，从时间上讲这些司法档案，以中华民国时期的为多，尤其是涉及南京国民政府在大陆统治后期的，这是因为南京国民政府司法部对司法档案的保存期限曾有明确规定，过期可以自行销毁；加之当时各地地方法院条件大都较为简陋，保存能力有限。此外，近代中国战乱不断，各种档案的损失情况较为严重，因而越到后来的越多。

第三，字迹潦草，辨认较为困难。笔者也曾看过极少古代部分的原始档案，比较之后，这种感觉较为明显。中国古代传统读书人的书写功底较为扎实，相反，近代以来的知识分子此种训练与古人不可同日而语。

第四，不排除存在着造假的現象。人们一般以为，档案的可靠程度较高，大都会把它拿过来直接当作信史使用。但笔者在查阅过程中却发现对这些所谓的原始档案在使用时必须加以鉴别。笔者发现的问题有：许多材料是为了应付上报和上级的检查等而事后补上去的，补的过程中数字是否准确，有无造假就很难说了；署名不同记录人的案卷却是同一个笔体；同一个案子，案卷中记录的事实前后矛盾等，这些问题告诉我们，在这些史料中不排除存在着造假的可能。其实，档案中有造假的嫌疑并不新鲜，即便是今天，我们不是也经常从媒体上看到某些人民法院的法官出于各种目的制造假证据的报道，甚至还听到过一个案子两份判决书的奇闻。今天尚且如此，同一个民族几十年前也不可能就是一片净土。道理一说大家都懂。

由于存在着上述的一些问题，这些司法档案如何使用尚需研究，需要形成一套大家公认的规则。但即便如此，笔者以为并不影响其价值的珍贵。

四 回忆录等口述史料

口述史料在近现代史研究中的重要性自不待言。本文无意从学理上对口述史料的准确含义进行界定和探讨。本文所说的口述史料包括当事人的回忆录、访谈录等，其中尤以“咬史资料”最为著名和具有代表性。新中国成立后，各地政协本着有史、纪事、资政的原则，强调亲历“、亲为”，组织一些当事人书写了一大批回忆录，其中有许多涉及到法制史方面的内容，是我们了解、研究这一时期法律制度的宝贵史料。这些史料数量极大，其中一部分以“xx文史资料选辑”的名目刊发。“咬史资料”历来受到学者的欢迎，只要我

们翻阅一下各种中国近现代史方面的论文和著作，就不难发现这些史料被引用率极高。但看多了之后笔者也发现这些文史资料在客观性方面也存在着一一定的问题，其中又以坟革"以前出版的更为突出。笔者这样说，倒并非怀疑这些人的人品和学术良知，只是强调不同的时代有着不同的政治追求和学术旨趣，这一点是任何人都无法抗拒的。

众所周知，新中国成立后相当长的一段时间里，我们在对待传统法制和民国法制方面的学术旨趣是进行批判，在这种氛围支配下，所有的人都在自觉或不自觉地去拼命发掘传统法制，当然更包括民国法制的缺点和不足，这种发掘几乎到了鸡蛋里面挑骨头的地步。如果再考虑到当时的政治背景和我们南京国民政府法律的定性，这种现象就更加明显，于是，传统和民国法制中的缺欠便被无限放大。进入新时期以来，政治上的开明、社会的开放，使少数尚存的回忆者减少了政治上的顾虑，但整个大陆学界对待传统，当然也包括民国时期法制的学术旨趣却又变为同情或善意的理解，受这种学术旨趣的影响，有相当一部分当事人又乐此不疲地去寻找起这些法制的优点来，回忆录中或明或暗地叙述传统，当然也包括民国时期法制优点的文字又自然开始增多。政治追求与学术旨趣的变化，不可避免地要影响、左右学术共同体中绝大多数人的注意力和研究方向、角度，乃至观点，哪怕是那些为学术研究提供基本史料的当事人都无法避免这种影响。这种现象最终可能会影响到史料的客观与公正。作为个人我们无法扭转一个时代的学术旨趣，但作为一个研究者我们对此又必须保持足够的警醒和自觉。

除了学术旨趣的变化之外，回忆录中还可能出现的另一个带有普遍性的问题就是当事人在回忆、叙述与自己有关的历史时，往往下意识地回避、省略、甚至转嫁自己历史中不光彩的部分，愿意说"五关，斩六将"，不愿意说"败走麦城"，这或许是所有人的本能。

总之，对这些口述史料，还是作为佐证材料为好。

五 媒体史料

通过新闻媒体来了解、把握我们身边每日每时新近发生的事情，表达我们对某些事物的基本观点，这或许是现代人与古人生活方式的最大不同之一。尽管半个世纪前中国传媒的发达程度与当代中国不可同日而语，但这些保留至今的媒体史料，极大地丰富了我们的研究手段，为我们再现那些已经逝去的岁月，揭示事物的本来面貌提供了又一难得的角度和条件。

在阅读这些媒体史料中自己也逐步发现了一些有趣的现象，即在中国近现代的新闻媒体中有关法制方面的正面报道极少，这一点完全印证了我们以往的知识。但等到对新闻学有了些许了解之后，便知道了个中的一些原因。新闻的特点是什么新鲜报道什么，而人的本能永远是对那些神秘的、丑恶的事情感兴趣，这种趋势决定了媒体的报道中负面的东西永远会大于正面的东西。看过境外报纸的读者都会知道国外报纸上对社会阴暗面的披露始终是主要任务。明白这点的人都懂得千万不能把媒体中描述的社会生活与真实的社会简单的等同起来。搞新闻的人也听说过这样一句名言：狗咬人不是新闻，人咬狗才是新闻。

不仅如此，中国传统文化中原本就存在着一种对法律及其从业人员的不信任情绪，只要一说法院多好，人们就觉得虚假，而要一说起司法人员的坏话，则人人都信，这恐怕是中国特有的国情。扪心自问一下，我们是不是如此？

此外，近代以来，中国媒体的生存条件较为恶劣，即使是那些严肃的媒体，为了生存，也必须考虑如何适应读者的口味和需要。这一切汇合在一起便必然导致在中国近现代媒体上有关司法部门、司法人员的报道中，负面的东西几乎占据了所有相关的版面。笔者无意替谁说好话，只是提醒研究者们在使用这些媒体史料时有时也得留点心。更何况，媒体关注的是个案，而法律考虑的则是整体，是带有普遍性的制度。单纯拿出一个个案来说事，即使说得再热闹，从研究的角度讲，其实未必能够说明什么普遍性的问题。

总之一句话，使用史料一定要小心。

文章来源于《环球法律评论》2005年第2期

侯欣一博士论文

从伦理规则到生活法则

清代南方地区民间健讼问题研究

职业的困惑

法学的中国学派：原因、方法及后果

侯欣一：在2006年南开大学法学院迎新大会上的讲话

陕甘宁边区司法制度、理念及技术的形成与确立

民国晚期西安地区律师制度研究

清末法制变革中的日本影响——以直隶为中心的考察

民国晚期西安地区律师制度研究

清末法制变革中的日本影响——以直隶为中心的考察

陕甘宁边区高等法院司法制度改革研究

中国法律文化 | About law-culture | 关于我们

中国法律史学会 主办 中国社会科学院法学研究所 承办

电话：64022187 64070352 邮件：law-culture@163.com

地址：北京市东城区沙滩北街15号 邮编：100720