

doi:12.3969/j.issn.1672-0598.2011.05.013

法制史研究存在的问题： 以《中国诉讼法溯源》为例的解读^{*}

蒋 超

(华东政法大学 法学院,上海 201620)

摘 要:徐朝阳先生《中国诉讼法溯源》一书,被认为是诉讼制度史的经典之作。但是在方法论的使用上存在两大问题:一是以西方的解释系统来重构我们的历史,所叙述的是徐本人型构出来的历史;二是忽视法律的表达与实践的差异,叙述的是制度中的历史。“功之不昧,过亦足惕”,对于今天的中国法制史研究而言,这些问题可能同样存在。

关键词:《中国诉讼法溯源》;徐朝阳;诉讼制度;法制史

中图分类号:D909.9 **文献标志码:**A **文章编号:**1672-0598(2011)05-0090-04

徐朝阳《中国诉讼法溯源》一书,全文二十一章,各章分别为:诉讼法之名称、诉讼法之主义、民事诉讼与刑事诉讼之区分、告诉与告发、传唤与拘提、讯问、并案受理、羁押、证据、勘验、代理辩护及辅佐、诉讼担保、诉讼行为之时间、裁判之宣告、上诉及非常上诉、公诉权之消灭、司法官之、司法官之回避、法院之组织、陪审制度、法官始祖皋陶考。共计五万余字。^①

从初版至今八十余年,至今国内一些法学院校在诉讼法研究生培养方案中仍将此书列为必读书目,可见本书在专业范围内仍有一定的影响。本文评价的是他的方法论问题。

方法论不足之一:以西方的解释系统来重构我们的历史

在清末修律、制定专门的诉讼律典以前,中国并不存在什么法能叫现代意义上的“诉讼法”。

所谓民法、刑法、诉讼法这样的学科区分是舶来之物,是中国的文化遭受西方的文化冲击而对此冲击做出回应的产物。同理,所谓诉讼法中这些概念系统,如贯穿整个《中国诉讼法溯源》一书中的自由心证与法定证据、言词审理与书状审理、诉讼担保、上诉、公诉等等,也是随着西式诉讼法的引入而登陆中国的。在此之前,中国没有诉讼法,也没有用来解释诉讼法的这些概念系统。古代那些涉及狱讼的零散规定,毋宁是一种“行政官员的裁判规范”而不叫“诉讼法”。中国的文化中不存在足以自在自发地生成西方的诉讼法的那些因素,如果中国不接触西方文化(无论是主动的还是被动的)的话,我们永远不会生成出今日这样的诉讼法来。用梁漱溟先生的话来说,是:“我可以断言假使西方文化不同我们接触,中国是完全

* [收稿日期]2011-05-23

[作者简介]蒋超(1981—),男,贵州大方人;华东政法大学讲师,法学博士,主要从事纠纷解决、司法制度、诉讼法学研究。

① 徐朝阳,民国时期法制史法学家,生卒年不详。根据何勤华先生的研究,《中国诉讼法溯源》一书,由上海商务印书馆于1922年初版,1933年再版。参见何勤华:“中国近代刑事诉讼法学的诞生与成长”,《政法论坛》2004年第1期,第18页。许章润先生曾将徐朝阳列为中国近世五代法学家中的第二代之二,参见许章润:“书生事业 无限江山——关于近世中国五代法学家及其志业的一个学术史研究”,《清华法学》2004年第1期。必须说明的是,本文所评价的《中国诉讼法溯源》文本来源于常怡教授编选《民事程序、实体法学参考资料数据库》光盘。

闭关与外间不通风的,就是再走三百年,五百年也断不会有这些轮船,火车,飞行艇,科学方法和‘德谟克拉西’精神产生出来的。这句话就是说:中国不是同西方人走同一条路线。因为走得慢,比人家慢了几十路。若是走同一路线少走些路,那么,慢慢的走终究有一天赶的上;若是各自走到别的路线上去,别一方向上去,那么,无论走多久,也不会走到西方人所达到的地方上去的……如果不是西方,不变的中国将长此以终古。”^[1]

既然我们有自己的发展路线和发展规律,不和西方接触我们不会生成出那样的诉讼法来,那么将我们和西方文化的接触,主动或是被动地接受的一套解释系统去解释和重构我们的历史,就是非常有问题的了。不幸,这就是徐先生此书的症结所在——这些西式的概念系统构成了《诉讼法溯源》一书的架构。徐先生先接受西方的概念,如法院,如公诉权,如陪审……然后再去历史的故纸堆中去寻求跟这些概念相同或是类似的东西,据此而宣称我泱泱中华文明,也有法院,也有公诉权,也有陪审……凡是西方有的,我们古代都有,我们很发达。因此,一本《中国诉讼法溯源》,与其说是对整个中国古代狱讼制度进行梳理的书,毋宁说是一部先型构了自己的西式理论框架,然后再往框架里填充中国历史之作。他用西式的理论框架去割裂传统、割裂历史。一句话,徐先生是透过西方概念系统之棱镜,去窥视中国之历史。他看到的尽管未必全是虚幻的,但一定是走了样的历史。

问题还在于,即使徐先生能够成功地论证我们历史上存在西方诉讼法中的那些因素,如言词审理、公开审理、民刑相分等,这无非是为他当下的中国人制定西式的诉讼法寻求根据而已,说白了也就是托古改制:我们今日制定的诉讼法制度,不是复制于西方,我们历史中就有,《尚书》之中有,《吕刑》有……当我们认定古代之中国的法,能够演进出今日之诉讼法(实则是西化之诉讼法)来,就是把西方的法置于我们历史上的法进化历史延长线上,这就把西方的法置于一种道德优位

的位置,徐先生在这里表面上是尊古,实则贬古。

现代中国之社会,如哈佛大学已故历史学大家费正清认为的一样是受西方冲击之社会。相应地,现今中国之诉讼法,乃是冲击之下效颦于西方的诉讼法,今日这个诉讼法已不同于古之法。徐先生花费力气去论证我们历史上也有所谓的“诉讼法”,是一种阿Q似的“我们也曾经富过”的怀旧情结,是一种不切实际的历史文化依恋。

这样的说法也并没有今之诉讼法优于古之“诉讼法”的意思,或是相反的意思。但凡存在皆是合理,二者并无高下之分。古之法适应古代需要,而今之中国不是梁漱溟先生说的那个“完全闭关与外间不通风的”中国。今日我们遭受西方冲击,使得我们和西方社会“越长越像”,越来越具有同质性,因此我们接受西方的那套法律系统,更能适应我们当下的需求。我们在今日,不能以古之法不能满足新时代的要求,而认为其无意义,否则,我们同样可以说今之法不能满足古时的需要,而认为其在古代无意义。历史的产物只有在历史的语境中才有价值。

方法论不足之二:关注的是律典制度中的法而不是实践中的法

律典中的法,即是制度中的法。这是对法的宏观研究,其对象是关于什么是诉讼法,它应该怎样被操作的官方化表达。对于诉讼法的(如前面所说,对于中国古代那些涉及狱讼的零散规定,我宁愿把它们叫做“行政官员的裁判规范”而不叫诉讼法)而言,如果忽视对实践的研究,而实践又与制度存在重大差异的话,这样的研究就很有问题。下面所作的就是试图证明我国古代的“诉讼法”是存在着制度与实践的差异的,以此来否定徐先生只关注制度的研究的价值。

首先,中国古代社会独特的乡绅阶层决定了国家关于诉讼法的官方化表达和具体的实践之间的差异。^①中国历史上,国家权力是非常弱的,“国家对乡村社会的控制能力低于其对乡村社会

^① 费孝通对此说:“以我记忆所及,我曾把这种人看成是城乡之间的桥梁。这种人就是历来被称作士绅的人物,他们一般和基层农民是有区别的,但存在着血缘关系,许多是农民出身或者和农民保持着亲属关系,而另一方面又大多走出农村,住入乡镇和城市,成为具有政治权力的统治阶级的一部分或和统治阶级相互沟通,特别是科举时期各级政府的领导人大多是出于这种人。这种人长期以来被称为‘士大夫’,士是指读书人,大夫是指当一官半职的人。在乡镇和城市里他们是头面人物,尽管没有官职,但是有社会威望,被称为缙绅先生”。见费孝通:《江村经济》,商务印书馆2001年版,第338页。

的榨取能力”。^① 古诗《击壤歌》道：“日出而作，日入而息，凿井而饮，耕田而食，帝力于我有何哉！”古代的中国正式的权力机关只建立到县一级，“中央政府派遣的官员止于县衙门”。^[2] 我们历来作为意识形态宣传的“封建专制”，^② 即中央政府的独裁主义者可能在某种情况之下真是独裁的。所谓封建这种制度的理论是建立在道德权威上的，而不是权力上的。作为国家政权代表的县令，必须依赖于地方精英，即是乡绅才能对地方进行有效的控制。士绅阶层真正地把国家政权和乡村社会联系起来。

“这些绅士具有双重身份，他们既是国家政权的后备军，又是乡村社会中的富豪……绅士平衡着国家与乡村的利益”。^[3] 所以，在中国古代的农村社会（而中国古代是农业国，农村社会基本上就是整个中国社会了）起作用的规范不是国家的律典，也不完全是农村的乡土习俗，而是这两者相融合的一种东西。这种新的“规范”由乡绅操作来维持整个乡村的秩序。在实践中这个新的“规范”既不会和统治者的要求（即律典）明显相抵触，也不会为迎合这种要求和乡土社会的习俗相去甚远，而是在这两者间维持一种微妙的平衡。近代中国的国家权力建设，就是乡绅阶层消亡、代表国家权力的律典即国家法“下乡”的过程。^③ 反过来，在近代国家律典下乡，证明在此之前国家法（包括徐先生说的诉讼法）不是在农村得以完全地实践的。这就是“中国特色”的律典的表达与社会的实践的差异。所以在国家的层面体现出来的律典一定不是或是不全部是当时社会法律生活本身。

其二，即使古代中国的社会结构中不存在独

特的乡绅阶层，但法毕竟讲求的是人之操作，任何具体的法在实践都会因为各种复杂的因素被软化甚至是异化。对于诉讼法来说，在具体的个案中，法官、当事人以及与此相关的各色其他人等、各种社会力量都会纠缠于其中，围绕着审判进行力量的博弈。这时，制度上的诉讼法的规定仅仅像是一种理想化的描述而已。“法院及其纠纷的解决遵循这一套正式的规则，但真正在法院内外发挥作用的却更多的是民事诉讼的‘潜规则’，可称之为‘行动中民事诉讼法’”。^[4] 法的表达与法的实践的相矛盾这一宿命在诉讼法的身上也会存在，同样在中国古代的“诉讼法”的身上也会存在。还有可能因为诉讼法讲求的实践性较强而这一矛盾更加突出。^④ 因此依我之见，从实践的层面、从个案之中考察中国诉讼法的源与流、流与变，比从静态的关注制度要有意义得多，静态观察的过度的使用已经使得本书考据之风惨烈。只关注制度，忽略实践的徐先生展现给我们的是表达中的而非实践中的诉讼法，是由显规则而非由潜规则构成的诉讼法，是处于庙堂之高的大人物的而非草民们的诉讼法，是僵死无生命而非充满生机活力的诉讼法。徐先生展现的是官方的诉讼法的历史，是制度中的诉讼法的历史。或许，将本书更名为《中国狱讼制度法律发达史》更为恰当？

这里指出《中国诉讼法溯源》一书在方法论上存在的两大问题：一是以西方的解释系统来重构我们的历史，导致叙述的是徐本人型构出来的历史；二是忽视法律的表达与实践的差异，叙述的是制度中的历史。本意并不在于去批评古人，对于那个时代的学术研究而言，这样带有局限性的研究可能不可避免，对于他们的研究我们应该带

① 参见杜赞奇：《文化、权力与国家——1900—1942年的华北农村》，王福明译，江苏人民出版社2004年版，24页。杜赞奇在该页还提到了对乡绅社会模型的批评，“随着与国家政权关系的不同，绅士集团也是一个高度分化的阶层”，不过他也同时总结道“这一批评意见尚未形成完整的体系”。

② 侯建新认为“（把feudal译为‘封建主义’）是对中西历史的双重误读……事实上封建的就不是专制的，封建就是对专制权力的一种分散和控制”。参见侯建新：“‘封建主义’概念辨析”，《中国社会科学》2005年第6期。

③ 苏力认为，“‘送法下乡’是国家权力试图在其有效的边缘地带以司法的方式建立或是强化自己的权威，使国家权力意欲的秩序得以贯彻落实的一种努力”。见苏力：《送法下乡——中国基层司法制度研究》，中国政法大学出版社2000年版，第40页，着重号为原文所有。

④ 对于中国是否存在官方所表达的“厌讼”传统，黄宗智经过统计分析后得出结论：本分的农民也许会对官府的大堂心怀畏惧，但是不至于害怕到不敢依靠衙门解决争端、保护自身权利的地步。官方表达的“厌讼”与民间司法实践中的“健讼”存在着差异。至此，黄得出了他的有名的“表达与实践的差异”理论。参见黄宗智：《清代的法律、社会与文化：民法的表达与实践》，上海书店2007年版。

有一种“了解的同情”去阅读。

更深层次的意义在于,时至今日,中国法学研究仍然很难说是跳出了这种局限。在上海举行的首届中国法学名家论坛上,张晋藩教授在总结中国法制史研究六十年的时候,仍然提到了类似的“西方解释系统依赖”问题,“由于过于强调法学的普适性,中国法学在这种源于西方的法律知识体系中,越来越丧失自己的个性,不仅在国际法学交流中表现出对西方学说的依附,在国内,由于研究者所使用的法学的和法律的概念、遵循的研究方法和思维方式均来自于西方,而与中国社会的主流话语有着较大的差距,以至于法学研究的结论不总是能得到中国社会的理解和认同。譬如长期以来借用现代部门法的概念概括中国古代的部门法,难免给人以削足适履之感,因此,如何用准确的概念来概括中国古代的部门法,这是需要认真思考的。对于中国而言,寻找法学的民族性应该以中国法制史学研究为立足点”。^[5]印证了这种割裂自己的历史去迎合西方的理论范式方法论在今日仍然大行其道。

同时,张教授的发言中还提出对未来法制史研究的展望,“法制史学者要在研究中打破法制史和法律思想史的学科壁垒,这不仅仅是思想与制度的简单相加,而要将法律制度、法律人物、法律思想有机地融合为一体,以揭示法律制度与人物思想、心理活动的多层面的关系。尤其需要将法律制度置于社会文明史的大背景之中进行广泛又深入的研究,以法律来显现中华民族文化的精神,以文化来解释中国古代法制的成因及个性特点”。^[5]张教授认为未来应该朝着这样的方向努力,从反面说明了现在的研究对这个问题处理得

不好,即中国现在的法制史研究中仍是关于静态的研究(即制度的研究)有余,而动态的研究不足。印证了我们的研究仍然没有跳出浅层阶段,仅仅局限于叙述“制度中的历史”,仍然对中国当代城市和农村、对中国人因为他们的生产和生活条件而形成的行为方式缺乏关注。

当然,批评的目的不在于挑刺,目的更多在于清醒认识当前我们法学研究之不足:现今距徐朝阳先生著作初版日期过去近一个世纪,徐著作中存在的缺陷我们仍然在蹈其覆辙,所涉及的问题我们都不曾克服,也未引起足够的重视,我们对此应该予以反思,否则,“秦人不暇自哀,而后人哀之;后人哀之而不鉴之,亦使后人而复哀后人也”。总而言之,要形成真正意义的富有生命力的中国当代法学,未来路还很长。

[参考文献]

- [1] 艾恺:最后的儒家——梁漱溟与中国现代化的两难[M]. 王宗昱,冀建中,译. 南京:江苏人民出版社, 2004: 60-61.
- [2] 杜赞奇:文化、权力与国家——1900—1942年的华北农村[M]. 王福明,译. 南京:江苏人民出版社, 2004: 50.
- [3] 费孝通:中国绅士[M]. 北京:中国社会科学出版社, 2006: 48.
- [4] 徐昕:论私力救济[M]. 北京:中国政法大学出版社, 2005: 246-247
- [5] 张晋藩:总结过去 开拓未来——中国法制史学六十年. [EB/OL]. 2009-7-15. <http://www.faxuemingjia.com/Html/sjfxltzt/jbtl/195018670.html>.

(责任编辑:杨睿)

The Defects of the Research on the History of the Legal System of China

——Taking the Example of the Book of “Traces to the Source of the Chinese Procedural Law”

JIANG Chao

(School of Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai 201620, China)

Abstract: Mr. Xu Chaoyang's *Traces to the Source of the Chinese Procedural Law* is generally regarded as a classic in the field of procedural laws in China. However, there are two problems in the methodology used. One is that the interpretive system the author used to reconstruct Chinese history is from western, what he narrated is the history which Mr. Xu wrote; the other is that the differences between representation and practice are overlooked, what he described is the history in the system. The achievement should be praised but the shortcomings should be avoided. With regard to China's legal system history, there are also problems.

Key words: “Traces to the Source of the Chinese Procedural Law”; Xu Chaoyang; penal action; legal system history