



**HAL**  
open science

## 法学知识的跨国旅行

Mingzhe Zhu

► **To cite this version:**

Mingzhe Zhu. 法学知识的跨国旅行. 政法论坛 [ Zheng-fa luntan ] / Tribune of Political Science and Law, 2020, pp.177-191. <hal-03855543>

**HAL Id: hal-03855543**

**<https://hal.science/hal-03855543>**

Submitted on 1 Jan 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire HAL, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



# 政法论坛

TRIBUNE OF POLITICAL SCIENCE AND LAW

## 本期要目

- 王利明  
中国民法学七十年：回顾与展望
- 汪太贤  
论现代宪法概念的生成
- 王天华  
主观公权利的观念与保护规范理论的构造
- 郭松  
认罪认罚从宽制度中的认罪答辩撤回：从法理到实证的考察
- 李雪梅  
公文碑与古代行政程序探析

ZHENG FA LUN TAN

2020年 第38卷 (总第211期)



· 七十年来的中国法学研究 ·

中国民法学七十年：回顾与展望····· 王利明（003）

· 论文 ·

论现代宪法概念的生成····· 汪太贤（018）

主观公权利的观念与保护规范理论的构造····· 王天华（033）

从大国政治到国际法治：以国际软法为视角····· 江 河（047）

经济法学科学化的法教义学路径····· 刘 凯（062）

公司社会责任的股东共益权实现路径····· 陈景善（077）

贪污受贿犯罪量刑均衡问题实证研究····· 陈 磊（089）

· 评论 ·

认罪认罚从宽制度中的认罪答辩撤回：从法理到实证的考察····· 郭 松（106）

公文碑与古代行政程序探析····· 李雪梅（120）

论“网络暴力”致人自杀死亡的刑事责任····· 徐 颖（132）

相当因果论：盗中有骗的边界之分····· 周德金（143）

新见秦代吏治律令探论

——基于《岳麓书院藏秦简》（陆）的秦令考察····· 陈松长（154）

论环境民事公益诉讼之原告主体资格及顺位再调整····· 李 琳（162）

· “全面依法治国”专栏 ·

京津冀协同发展司法保障的理论探讨与实践路径  
——基于司法功能的视角····· 梁 平 (170)

· 马克思主义法学本土化研究 ·

法学知识的跨国旅行  
——马建忠和19世纪末的法国法学····· 朱明哲 (177)

本刊编辑专业分工

孙国栋 法理学(法哲学) 法思想史学 宪法学 行政法学 行政诉讼法学

于贺清 刑法学 刑事诉讼法学

寇 丽 民商法学 经济法学 民事诉讼法学 国际法学

张琮军 法律史学 政治学

殷 闻 特约英文编辑

# TRIBUNE OF POLITICAL SCIENCE AND LAW

No. 1 Vol. 38  
General No. 211

Bimonthly  
Jan. 2020

---

## CONTENTS

Seventy Years of Science of Chinese Civil Law: Retrospect and Prospect .....	Wang Liming ( 003 )
The Formation of Modern Constitution Concept .....	Wang Taixian ( 018 )
The Concept of Subjective Public Rights and Construction of Theory of Protection Norms ...	Wang Tianhua ( 033 )
From Politics between Great Powers to International Rule of Law:	
An Approach of International Soft Law .....	Jiang He ( 047 )
The Legal Dogmatics Path of the Scientificization of Economic Law .....	Liu Kai ( 062 )
The Path of Shareholder's Common Benefit Rights to Realize Corporate Social Responsibility	
.....	Chen Jingshan ( 077 )
Empirical Research on Balanced Sentencing Mechanism for Crimes of Corruption and Bribery	
.....	Chen Lei ( 089 )
Withdrawal of Guilty Plea of Leniency System for Confession and Punishment:	
Nomological and Empirical Analysis .....	Guo Song ( 106 )
The Tablet of Official Document and Ancient Administrative Procedure .....	Li Xuemei ( 120 )
On the Criminal Responsibility for Internet Violence Leading to Suicide.....	Xu Ying ( 132 )
On Causal Theory: Stolen in the Boundary of the Fool .....	Zhou Dejin ( 143 )
Research on the Newly Found Qin Ordinances on Administrating Officials	
——Based on An Examination on Qin Ordinances in the Qin Bamboo Slips Collected by Yuelu Academy Vol. 6	
.....	Chen Songchang ( 154 )
On the Readjustment of the Subject Qualification and Rank of	
Plaintiff in Environmental Civil Public Interest Litigation .....	Li Lin ( 162 )
Theoretical Discussion and Practical Path of Judicial Guarantee in the	
Coordinated Development of Beijing-Tianjin-Hebei	
——Based on the Perspective of Judicial Function .....	Liang Ping ( 170 )
An Experience of Organic Transplant of Legal Knowledge .....	Zhu Mingzhe ( 177 )

全国三十佳社科学报

中文核心期刊

中文社会科学引文索引 (CSSCI) 来源期刊

# 政法论坛

TRIBUNE OF POLITICAL SCIENCE AND LAW

双月刊

1979年3月创刊

第38卷 第1期 (总第211期)

2020年1月出版

主管单位 中华人民共和国教育部  
主办单位 中国政法大学  
编辑出版 《政法论坛》编辑部  
地 址 北京市海淀区西土城路25号  
邮 编 100088  
电 话 86-10-58908281  
传 真 86-10-58908279  
主 编 王人博  
印刷单位 北京工商事务印刷有限公司  
国内发行 北京报刊发行局  
国外发行 中国国际图书贸易总公司(北京339信箱)  
订 购 处 全国各地邮局  
网 址 <http://zflt.cbpt.cnki.net>  
电子邮箱 [zhengfaluntan@vip.163.com](mailto:zhengfaluntan@vip.163.com)

**Competent Authority:** Ministry of Education of the People's Republic of China  
**Sponsor:** China University of Political Science and Law  
**Editor:** Editorial Board of *Tribune of Political Science and Law*  
**Add:** 25Xitucheng Road, Haidian District, Beijing 100088, PRC  
**Tel:** 86-10-58908281  
**Fax:** 86-10-58908279  
**Editor-in-Chief:** WANG Ren-bo  
**Printer:** Beijing Industrial and commercial affairs Printing Co., Ltd  
**Domestic Distributor:** Beijing Post Office  
**Overseas Distributor:** China International Book Trading Corporation (P. O. Box 339, Beijing, China)  
**Subscription:** Local Post Office, PRC  
**http:** //zflt.cbpt.cnki.net  
**E-mail:** zhengfaluntan@vip.163.com

国外征订代号: BM 756

国内统一刊号: CN11-5608/D  
国际标准刊号: ISSN1000-0208

ISSN 1000-0208



9 771000 020008

国内征订代号: 82-121

定价: 30.00元

# 法学知识的跨国旅行

## ——马建忠和19世纪末的法国法学\*

朱明哲

**摘要：**清末名臣马建忠1877年到1879年间留学法国，在自由政治学院和巴黎法学院学习，并取得法学学士学位。在他阐述自己法律观的重要作品《法律探源》及其他一些文本中，马建忠表达了自己对实用主义哲学的青睐、对家长制家庭的维护和一种多元主义的法律渊源观。政治学院的考试和授课记录说明政治学院为他提供了在时间和空间维度灵活随机应变的实用主义训练。法学院中天主教自然法对以巴黎为中心的立法至上主义的挑战则为马建忠提供了多元法律渊源、超越法律文义的解释方法，以及一种保守的天主教价值观。马建忠在19世纪末的特殊时刻，置身于法国法学革新和政治变革的中心，在拣选和理解不同理论时表现出了高度的洞察力。他对法国法学知识的移植证明，当时前往国外学习的中国青年精英带着强烈的批判和自主精神。

**关键词：**马建忠；中法交流；自主性；实用主义；自然法

### 一、法学知识的有机传播

马建忠对法国法学的观察、理解和重述可以帮助今人理解法学知识跨国旅行时行动者和语境的有机关系。法学知识的传播离不开那些学习外国法、并在本国讲授外国法的人。他们同时身处于两个乃至更多语境之中，既学习、观察不同的法律传统，同时又用他们的话语参与法学的形成与发展。主要关注外国法律在我国的移植或继受的研究往往忽略法学传播这种跨国特征和反思特征。其结果是误以为中国法制近代化过程中的“西法东渐”就是引入一个完成的、静止的、乃至均一的“西方法”。晚近一些研究开始认识到中国接受西方现代法律时多层次、多中心的复杂过程。<sup>①</sup>另一些则关注中国法对于欧美现代法律认同形成的作用。<sup>②</sup>在此基础上，人们得以把法学知识传播描述成一个有机而非机械的过程。从继受国的角度看，传入的外国知识与本土知识（而非经验）之间互动、交融，产生了新的观念与思维模式。从传播者的角度看，他们在知识的选择和重述上有高度的自觉和自主。从输出国

作者简介：朱明哲，法学博士，中国政法大学比较法学研究院副教授，钱瑞升青年学者。

\* 本文是作者所承担的国家社科基金青年项目“中法法律交流档案研究（1877-1958）”（17CFX007）的阶段性研究成果，并受中国政法大学第五批青年教师学术创新团队（18CXTD10）资助。

① 参见陈新宇：“转型司法的困局—以清季陕西赵愷故杀胞弟二命案为例”，载《法律适用》2019年第2期；朱明哲：“从民国时期判例造法之争看法典化时代的法律场”，载《政治与法律》2018年第11期；陈新宇：“《大清新刑律》编纂过程中的立法权之争”，载《法学研究》2017年第2期；章永乐：“维也纳体系与君宪信念的持久性—以康有为为例”，载《清华法学》2017年第3期。

② 参见赖骏楠：《国际法与晚清中国》，上海人民出版社2015年版；李秀清：《中法西译》，上海三联书店2015年版。译著则有[美]络德睦：《法律东方主义—中国、美国与现代法》，魏磊杰译，法律出版社2016年版。

的角度看,国际交流的经验本身就是法学发展的重要动力。无疑,西方法学向中国传播的过程表现出高度的西方中心主义倾向。<sup>[1]</sup>但在欧风美雨袭来时,到底在学习外国时选择哪一条道路绝非必然。法学知识的交流是一个如此普遍化的过程,以至于许多我们今天并不以法学家视之的人物,也在此剧场中登台亮相。晚清外交官、李鸿章幕僚、以汉语语言学开创者之身份传世的马建忠,就是其中一例。

以前把法制变革扁平化为一个被动接受的过程,很可能是因为对个案的细节研究不足所致。中西法学交流中产生了丰富的事件、牵涉了众多人物、建立了多个机构。对这些素材的发掘成了近代法律史研究的新趋势。<sup>①</sup>最近,对事件、人物、机构的研究表现出两种倾向。其一,研究的材料正在从学术著述转向档案,试图在时间流中以可信的历史证据重构法学知识传播的具体过程。<sup>②</sup>其二,研究的思路正在从国内史转向跨国史,试图在两个、甚至多个国家法学发展的语境中理解事件发生的前因后果或各种行动者的选择。<sup>[1]</sup>新材料和新视角的引入无疑将大大丰富对相关论题的探讨。类似的趋势也体现在对马建忠的研究中。法学界最早关注马建忠对中国现代法学发展贡献的俞江教授曾先后以两篇分析《法律探原》的文章,勾勒出了一个努力用既有中国概念和思想体系解释西方法律观念、在摸索中为旧概念赋予新含义,并努力说服中国听众接受的传播者形象。<sup>③</sup>马骥博士利用法文档案澄清关于马建忠留法的一些事实,并在中外文化交流的大背景下考察他与著名汉学家高第(Henri Cordier)之间的个人关系。<sup>[2]</sup>沿着前辈开辟的道路,本文将重点利用巴黎政治大学馆藏马建忠档案、在19世纪末法国法学变革的语境中理解马建忠法律思想的形成。

1877年5月7日,马建忠抵达法国。<sup>[2]</sup>因为自由政治学院(École libre des Sciences politiques, 1872-1945,下简称“政治学院”)章程明定入学学生不需要参加任何考试,他得以于同年入该校学习。<sup>④</sup>1878年夏,马建忠通过了政治学院第一次考试,共8门功课。<sup>⑤</sup>随后通过了相当于高中毕业会考的文科业士考试,获得进入大学学习的资格,并于年底通过了理科业士考试。<sup>[3](P.208-212)</sup>1879年7月9日,他在法国比较法学“教父”比弗努瓦(Claude Bufnoir)的主持下通过了口试,于巴黎法学院取得了法学学士学位。<sup>⑥</sup>同年11月,他又通过了政治学院第二学年的四门考试。<sup>⑦</sup>1879年12月28日,马建忠启程回国。<sup>[2]</sup>1880年3月,他已经回到天津入李鸿章幕下。<sup>[4]</sup>可见,马建忠真正在法国学习的时间最多是1877年5月到1879年11月这段时间。然而就是在这短短两年半时间里,已过而立之年的大龄学生马建忠在政治学院完成了外交学和行政学的学习,并在一年之间完成了本应三年完成的法学本科课程。

马建忠这一个案折射了一种法学知识传播的模式。苏基朗教授曾以严复所译《天演论》为例,提

① 参见郝铁川:“中国近代法学留学生与新中国初期的法治建设”,载《法学研究》2000年第2期;何华勤:“法科留学生与中国近代法学”,载《法学论坛》2004年第6期;刘星:“民国时期的‘法学权威’——一个知识社会学的微观分析”,载《比较法研究》2006年第1期;苏基朗:“有法无天?严复译《天演论》对20世纪初中国法律的影响”,载《清华法学》2012年第5期;陈新宇:“礼法论争中的冈田朝太郎与赫善心——全球史视野下的晚清修律”,载《华东政法大学学报》2016年第4期;王婧:“培养中国的社会工程师——评庞德的中国法律教育改革建议”,载《中国法律评论》2017年第5期;陈灵海:“攻法子与‘法系’概念输入中国”,载《清华法学》2017年第6期;刘猛:“法学家王宠惠的思想与学术”,载《政法论坛》2019年第3期。

② 比如袁哲:《法学留学生与近代上海》,复旦大学2011年博士论文;李洋:“罗炳吉与东吴大学法学院”,载《华东政法大学学报》2014年第6期。

③ 参见俞江:“‘法律’一语词一元化与概念无意义?”,载《政法论坛》2009年第5期;俞江:“19世纪末中国民法学的‘绝响’——马建忠《法律探原·户律》评述”,载《华东政法大学学报》2013年第2期。

④ Fiche de l'inscription de Ma Kié-tchong, Mission d'archives de Sciences Po.(马建忠的注册单,保存于巴黎政治学院档案室,未编号。)

⑤ Les épreuves d'examens orales de première année de Ma Kié-tchong, Mission d'archives de Sciences Po.(马建忠第一学年口试成绩,保存于巴黎政治学院档案室,未编号。)

⑥ 中日文献中,常把 Faculté de droit de Paris 表述为“巴黎法科大学”,本文使用“巴黎法学院”这一在讨论法国法史时更通用的翻译。

⑦ Les épreuves d'examens de deuxième année de Ma Kié-tchong, Mission d'archives de Sciences Po.(马建忠第二学年考试成绩,保存于巴黎政治学院档案室,未编号。)



出移来的法律同时缺乏本土和西方的根。<sup>[5]</sup>与严复同年出国、同样受李鸿章器重的马建忠提供了一个可以对照的例子。如果把严复所代表的移植模式称作“机械的移植”，马建忠对法国法学知识的移植则是一种有机的移植。他身处法国法学变革的开端，从各种思想资源中选择了实用主义、天主教自然法和多元的法律渊源观念，并以中国固有的语言加以表达。俞江教授已经研究了他“转述”的这一面向，但是现在学界对“拣选”这一面向则知之甚少。马建忠最重要的法学文本《法律探原》揭示了他的法律观念。《卷一》的法理学讨论表现出一种实用主义色彩。《卷二》对家庭法的讨论则体现了他对传统家庭的维护。这两种观念恰恰折射出他在政治学院和法学院学习的经历。前者为他准备好了一份强调“相时致变”的实用主义哲学，后者则为他提供了立法至上主义和天主教自然法两种思想渊源以供挑选。当我们把马建忠回置于19世纪末的法国法学之中，就不难看到一个中国留学生在法学知识跨国传播中的主体性。

## 二、洞若观火：《法律探原》对法国法思想的重构

《法律探原》中关于法律一般原理和家庭的介绍最为令人印象深刻。他提出了一种强调因为具体的时间空间语境不同而采取不同法律以解决社会问题的实用主义法律观，并把这种法律观与多元主义的法律渊源立场结合。同时，马建忠用一套中国既有的术语体系表达的，正是19世纪末在法国法学界颇有影响力的观点。

### （一）从实用主义到法律多元

俞江教授对《法律探原》的研究已经让我们能够初步了解马建忠的法律观念和他对西方法律观念的阐述。俞江教授以“在日译法律概念输入之前，汉语如何思考西方法”的问题出发，讨论了马建忠区分“法”和“律”的意义。<sup>[6]</sup>这种“法”和“律”分立的语词结构中，“法”指一切规范，“律”专指制定法。<sup>[6]</sup>二者的区分最直观体现在马建忠所谓“法有与人俱生者，曰性法；有为人所刊定者，曰律法”的总结上。<sup>[7] (P.272)</sup>除了语词拣选外，《法律探原》中还体现了一种实用主义精神和一种规范多元论主张。

用最简单的方式说，实用主义认为法律概念和法学理论首先是实现目的之手段。<sup>①</sup>他把实证法看作实现自然法的工具。需要说明的是，马建忠的“实用主义”和今天现实主义法学思潮所主张的实用主义大相径庭。二者最大的区别在于是否承认存在一个超越意志的价值目标。现实主义关注的是一种法律的适用理论，强调每一个案件都有多个在法律上可行的解决方案，在每个方案之间选择是法官的价值选择，而且价值问题无法通过理性解决。<sup>②</sup>马建忠的看法比这朴素得多。他认为从本性上来说，人同此心，心同此理：“虽分人已，而同此心性。己即人之对待，人即己之同俦。”<sup>[7] (P.272)</sup>所以，马建忠并不认为价值问题无法通过理性解决。相反，他认为他自然法就是解决一切价值争议的准绳。而且，他在谈自然法的时候提出了一个值得注意的观念：“读律者知律之有所亏而参之以法，定律者知法之常不变而宣之于律。”<sup>[7] (P.276)</sup>这里的法，说的固然是自然法（性法），“律”则是实证法。马建忠强调了自然法的恒常性，这也是当时大部分使用自然法术语的人的共识。更令人瞩目的实际上是“读律者知律之有所亏而参之以法”这一句，因为用法学来填补实证法不完美之处在当时算是一种较为新颖的观点，具有极高的方法论意义。我们在后文会接着探讨这个问题。

从实用主义的立场上，马建忠强调法律实施的效果。所以他才多次使用“定律期于施行”、“律期于用”、“律以制事”这样的表达。自然法虽然永恒，实证法在约束人们以实现“正外行、毋伤人、还人债”的要求时，最重要的还是因地制宜、因时制变。再进一步说，马建忠完全意识到，他如果希

<sup>①</sup> Cf. Brian Z. Tamanaha, *Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law*, (Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2006), 6. 概括性的介绍亦可见杨知文：“后果取向法律解释的运用及其方法”，载《法制与社会发展》2016年第3期。

<sup>②</sup> John Hasnas, « Back to the Future: From Critical Legal Studies Forward to Legal Realism, Or How Not to Miss the Point of the Indeterminacy Argument », *Duke Law Journal*, octobre 1995, vol. 45, no 1, p. 84-132.

望通过移植法律或者法学以帮助中国实现现代化,可以选择的安排很多,不必拘泥于一国的经验。就算选择一种法学体系以移植,也未必需要原封不动、原汁原味地移植。他把法律比作医术,指出:“今夫医者之于病也,性寒者投之以热,性热者剂之以温。国之律法亦若是也。远鉴前古,罗马律因希腊而有损益焉,法国与日耳曼因罗马律而又加损益焉,施之各国而复为之损益焉。此各国之律法之不得强使相同者,势为之而地限之也。”<sup>[7] (P.277)</sup>既然各国在继受法律的时候都已经根据各个具体时间和地点的具体情况调整了所继受的法律,中国自然也不必拘泥于某一教条。这种想法使他区别于那些认为法律体系本身之内在融贯性具有无可替代价值的学者。

既然立法就是实现自然法的工具,那么立法的适用者也不妨根据他们所面对的具体问题自由解释法律。于是,马建忠提出了自己对法律解释的理解:

律期于用,然律文词旨简严奥博,不易讨论必待讲解而后明。讲解之者分为三宗。一则读律家将律意详慎体贴反覆考证著为成书。然则出自律师之心得,非即谓律意之正宗,故其讲解诸条可为司法之指南,不足为律法之典则。一则汇各刑院之成案,以求律意所在。但狱讼繁多,往往有事同而情异,刑院惟察情以援律,故同一讼也,或两处刑院而判案有相左者矣,或同一刑院而先后有歧出者矣。是成案不足以见律意者,从可知也。一则定律者重申条例以补古例之不及。其条例与律文互相发明,是用律者所当谨守,不得以己见也。<sup>[7] (P.282)</sup>

这一段落在“用律”的部分,实际上说的是适用者在解释法律时所能参照的材料。马建忠先举法学家的学说,然后是法院判例,最后才是立法者以特别立法对法典的补充。马建忠清醒地认识到,法律无法不经解释而适用,<sup>①</sup>适用者又可以从三种途径获得对律文的解释。他提醒法律的解释者在使用学说和判例的时候要小心谨慎,而在适用特别立法的时候要特别小心地处理其和法典之间的体系关系。

从表面上看,他并没有脱离当时在法国占据主流地位的立法至上主义观念。否则他也不会把除了立法之外的规范创造放在“用律”而非“定律”之中,并强调立法为“用律者所当谨守,不得以己见也”。但他毕竟意识到了不同的行动者确实也塑造着法律的内容。他指出除了法典以外,适用者还会参考学说和判例。而且学说和判例对法律的解释不同于立法者的解释。至此,一种多元法律渊源理论已经呼之欲出了。

须知,马建忠在法国时,法律渊源的理论还没有彻底发展起来。19世纪中叶的法学权威埃施巴赫(Prosper-Louis-Auguste Eschbach)于1840年在斯特拉斯堡法学院讲授《法学百科》时,还是以立法为唯一规范渊源。直到1856年的第三版,他才提到了“法学家的学说”和“判决中的法学”。<sup>②</sup>在19世纪行将结束时出版的《法学导论》中,没有一本提到过法律渊源的多样性问题,甚至卡皮唐(Henri Capitant)在1898年出版的《民法学导论》(Introduction à l'étude du droit civil)中也没有。<sup>③</sup>法国法学直到1899年,才由第戎法学院的年轻教授惹尼用一部迅速获得巨大反响的书开启了20世纪的多元法律渊源体系:《实在私法的解释方法与法律渊源》。<sup>④</sup>他在书中把法律渊源总结为立法、习惯、判例、学说。该体系也进入了《瑞士民法典》和《国际法院规约》,时至今日仍以其强大的解释力和概括力帮助学者把新的法律素材归入其中。显而易见,马建忠已经非常接近这个体系了。

这种多元立场正是其实用主义精神在法律渊源上的体现。马建忠认为立法者制定法律是为了追求

① “律文词旨简严奥博”也是我国传统律学的术语。

② Prosper Eschbach, *Cours d'introduction générale à l'étude du droit, ou Manuel d'encyclopédie juridique*, 3<sup>e</sup> éd., Strasbourg, Cotillon, 1856, p. 27 sq.

③ 在以下著作的前言部分可以找到对当时可见《法学导论》的批判性书评: Jean Brethe de La Gressaye et Marcel Laborde-Lacoste, *Introduction générale à l'étude du droit*, Paris, Sirey, 1947.

④ François Génay, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*, Librairie Marescq Ainé, 1899.

某一具体的目标,此点在他用“气血”来解释优生学和法律上对婚姻年龄的限制时体现得尤其明显。<sup>[7](P.301)</sup>那么推而广之,法官和法学家也完全可以通过法律的适用来解决他们所面对的问题了。立法者、法学家、法官所需要解决的问题必不相同,所以他们以法律之名而为之解决方案也必不同。马建忠一方面说学说和判例都不能当作“律意”,另一方面又很宽容地让这些法律渊源在实践中继续存在与发展。这种态度说明他已经注意到重要的是解决具体的问题,而非斤斤于法学上的教条。

## (二) 中国话语下的法国思想

俞江认为,《法律探原·户律》部分不仅通过中西文化夹杂叙述的方法把个人权利、性别平等这样的核心概念隐去,从而让中国人更容易接受法国民法学说,更通过重构以家庭为中心的民法体系,设想出了未来中国的民法。<sup>[8]</sup>这两个论点一针见血地指出了法学交流时传播者必然会根据自己的前理解和对听众的期待调整论述策略的现象。作为改革者的马建忠在乎的根本不是准确传达法国法学的通说,而是通过法国法的材料到底可以为中国做些什么。

但是,在“立家”、“丁幼”、“嗣续”这些典型的中国话语之下,其实是地地道道的法国思想。为了理解马建忠对法国法学的转化,有必要先从两个方面澄清马建忠所重构的法国民法与 19 世纪 70 年代初的法国民法学之间的关系。首先,马建忠以家的重要性并非对《法国民法典》的重大曲解,而是法国民法学类似的思潮的表达。其次,马建忠闭口不谈男女平等,恰恰也和当时法国民法学主流观点一致。一种法学知识的传播,除了有输出端为了让听众更容易接受而进行的剪裁和调试,恐怕还与输入端的可选项和拣选过程有关。我们有必要考察马建忠在法时可供他选择、理解、重述的论调。

《法律探原·户律》中关于以家庭为核心的部分需要和马建忠讨论离婚的段落合而观之。法国确实是欧洲较早以法典承认离婚制度的国家,但 1816 年第二帝国废除离婚制度以后,一直到 1884 年才重新建立。换言之,马建忠在法国期间正好是重开离婚之门前的最后几年。他也意识到接近三分之一的议会议员赞成重新建立离婚制度。但他认为是否允许离婚要看不同社会的人情而定:“北方之人重厚,故英、俄、瑞典、荷兰、比利时律准离异而未见有弊;若法、若意、若西班牙之人轻浮,一开离异之禁则婚姻作合不足重轻,及其致必如古罗马之淫妇以离夫之数多相夸矣。”<sup>[7](P.299)</sup>这一论调和格拉松的观点(Ernest-Désiré Glasson)惊人地一致。这名巴黎大学民商法权威在他所著法国最早现代比较法研究成果之一《欧洲主要国家的婚姻与离婚》中,也认为就算离婚制度在北方新教国家没有引起混乱,亦断然不该重新引入法国。他甚至举出了统计数据说明离婚一旦建立,家庭就必然解体。<sup>①</sup>为了保护家庭,马建忠和格拉松一样,认为还是维持现状更好。不过形势比人强。离婚还是在几年后就重新回到了法典之中。

即便抛开统计数据,马建忠对离婚制度本身也颇不以为然:“夫弃妇则失身之女青春已消矣,妇离夫则丧志之男精力已尽矣。而况所生子女又将何以处之?从父则不见母,从母则不见父。如或子从父而女从母,然自父母视之,同此一脉之遗,并无子女之分,今以一旦反目之故,捐数年之愚爱,撇儿女之至情,忍乎否耶?故婚姻之不得离异,出乎理之不容已。”<sup>[7](P.298)</sup>这种重视子女亲情甚于个人选择的想法,又和 1880 年前后法国天主教法学家的论调十分相似:就算夫妻恩义已绝,出于子女利益的考量也不应该允许离婚。因为取得子女抚养权的一方如果再婚,新伴侣对其前夫、前妻的嫉妒都会投射到子女身上。而一个充满嫉妒的环境最不利于子女成长。<sup>②</sup>可见,马建忠对家庭的维护并不仅仅是曲解法国民法的一种中国转化。相反,他表达了在法律变革前夕曾经出现、最终却仍然失势的主张。

<sup>①</sup> Ernest-Désiré Glasson, *Le Mariage civil et le divorce dans les principaux pays de l'Europe, précédé d'un aperçu sur les origines du droit civil moderne, étude de législation comparée*, G. Pedone-Lauriel, 1879, p. 273.

<sup>②</sup> Gavouyère, « Le mariage entre chrétiens (III) », *Revue catholique des institutions et du droit*, 1884, vol. 12, no 1, p. 38-61; « Lettre à la rédaction de la revue sur la Loi du Divorce devant les tribunaux », *Revue catholique des institutions et du droit*, 1885, vol. 13, no 1, p. 486-498.

我们之所以把马建忠对婚姻家庭的看法视作新瓶旧酒式的独白而非跨文化的对话，是因为我们对这种主张及其背后的父权制法传统不了解。如果翻看《法国民法典》中关于亲权的条款，可以知道它虽然诞生在大革命的解放潮流中，其所确立的家庭制度却与罗马法的家长制相去不远。把民法和1810年的《刑法典》中关于弑父的罪名合而观之，更可见法国法律传统对家长制的维护。<sup>①</sup>《法律探源·户律》中对家庭的重视恰恰反映出马建忠对法国法文化的敏感。

至于希望找到马建忠以男女平等为专偶制背书的段落，则是一种年代错乱。男女平等确实在我国20世纪初起草民法典时成为了支持专偶制的一种重要论据。但当时我国正从多偶制转向专偶制。法国则不然。在根本没有性别平等观点的时代，欧洲各国也都采用专偶制。所以从法国法学的角度看，不认为专偶制和性别平等有任何关系才是正常的思路。甚至，在“自由、平等、博爱”名义下制定的《法国民法典》本身也不是一部珍视性别平等的法典。在19世纪的文本中，妻子必须服从夫、共同财产仅由夫管理、妻子处分自己的特别财产必须征得夫的同意。<sup>②</sup>在法典的主要起草者波塔利斯(Etienne Portalis)看来，女性的任性和轻率虽然是一种美德，却构成了对秩序的威胁，所以最好把她们限制在家中，从包括市场在内的公共场所排除出去。<sup>③</sup>所以，马建忠对男女平等不置一词绝非仅因为他认为中国听众无法理解男女平等，而是因为无论是法国法学还是中国礼教，该原则都不是一个占据上风的选项。

由此观之，马建忠无疑用中国听众能理解的方式讲了一个“故事”。这个故事的内涵却既不是《法国民法典》的故事，也不是中国法传统的故事，而是一个19世纪末法国民法学说的故事。当然，马建忠当时还有其他的选项，比如在共和派政府支持下占据了巴黎法学院主流的共和主义法学。这种共和主义法学强调立法至上、原旨解释和自由经济。<sup>④</sup>然而，马建忠最终选择了一种实用主义的方法论和自然法思想。为了证明《法律探源》和当时法国法学家主张的相似性并非一种表面的相似，有必要从文本走向语境。他因时制变、因地制宜的实用主义思想源于在政治学院的学习经历，对法学方法和家庭的认识则需要19世纪末法国法学革新中解释。

### 三、如鱼得水：自由政治学院中的马建忠

我国学界基本已经清楚马建忠曾在政治学院中学习，对他所学课程也已经有所了解。<sup>⑤</sup>但是我们并没有借助这些线索进一步发掘政治学院和马建忠对于彼此的意义。须知1877年的政治学院作为法国教育体系中的一个实验项目，其教学以实用主义为取向，强调知识在不同时间与空间的用处。

#### (一) 马建忠在自由政治学院的学习经历

当时的政治学院授予三种文凭，分别为外交学、行政学和不分专业的文凭，马建忠取得的就是这第三种不分专业的文凭。这些文凭不具有任何法律效果，不应称“学士学位”。第一年结束时安排一次只针对第一年科目的非强制性考试，而且只有口试。只要学生在第一年的口试中获得了16分（满分为20分）以上的分数，即可以不必参加最后一次强制性大考中同样科目的口试。大考前，学生必

<sup>①</sup> 关于中法两国之间父权与亲权的对比，参见 Jérôme Bourgon, « Lapsus de Laïus », *Extrême-Orient Extrême-Occident*, 1 janvier 2012, Hors-série, p. 313-339. 本文已由黄冠理、朱明哲译为中文《拉伊俄斯的失误—匿迹于弑君与弑亲之间的弑父》，收录于巩涛的论文集中，近期将由中国政法大学出版社出版。

<sup>②</sup> 具体分析参见朱明哲：“毁家建国—中法‘共和时刻’家庭法改革比较”，《中国法律评论》2017年第6期。

<sup>③</sup> Jean-Etienne-Marie Portalis, *Discours préliminaire au premier projet de Code civil, préfacé par Michel Massenet*, Bordeaux, Confluences, p. 52.

<sup>④</sup> 关于立法至上主义，参见朱明哲：“从19世纪三次演讲看‘法典化时代’的法律观”，载《清华法学》2019年第3期。

<sup>⑤</sup> 现在国内研究马建忠在巴黎学习经历基本依赖以下三份文献。马建忠：“上李伯相言出洋工课书”，载《马建忠文集》，王梦珂点校，中华书局2013年版；李华川：“马眉叔《上李伯相言出洋工课书》考”，载《清史论丛》（2003~2004），中国广播电视出版社2004年版，第208-212页；权赫秀：“马建忠留法史实辨误二则”，载《江苏社会科学》2004年第1期。以上资料仍留有一些不清楚的地方，特别是没有交代当时马建忠所学课程的授课教师，引为憾事。本文在前人研究的基础上通过巴黎政治大学档案予以补充。

须从所学课程中选择两门撰写论文。如果教师许可，学生可以用几篇较短的作业代替上述两篇论文。大考则包含笔试和口试两部分。外交学的学生所考科目为外交史和国际法。行政学的学生所考科目为行政法和财税学。虽然考试科目很少，但是每一科却可以分为许多部分，分别考查。只有在所有的考试中取得 16 分以上的平均分，学生才能取得文凭。<sup>①</sup>为了取得不分专业的文凭，马建忠必须同时学习外交学和行政学的课程，外加一门外语。

在 1878 年的第一次考试中，马建忠考了以下 8 门课程（括号内为分数）：国际公法（18）、条约国际法（17）、比较商法（11）、1830~1873 年欧洲外交史（16）、1789 年以来欧洲宪法史（17）、比较宪法（19）、比较行政学（17）、比较财政学（16）。<sup>②</sup>在 1879 年 11 月的考试中，他又考了 4 门：政治经济学（17）、比较财政学（18）、比较商法（18）、英语（17）。<sup>③</sup>当时政治学院的给分标准比大学所普遍实行的要宽松一些。即便如此，也可以看出马建忠在大多数的课程里都取得了较优（16-17）甚至优秀（18-19）的成绩。与他同年赴政治学院留学的陈季同，就只参加了 1878 年的五科考试（宪法、国际法、财政学、宪政史、比较商法），分数分别是 17、16、10、13、17。<sup>④</sup>相比之下，马建忠的成绩确实令人印象深刻。此外，马建忠在政治学院的集体生活中也如鱼得水。他是政治学院学生协会在 1878-1879 年度的会员。本年度的会员共 86 人，其中 1877 级学生仅 8 人，他便是其一，足见他对学校的认同。

我们不但可以知道马建忠所修科目，更可以通过档案中保留的讲义大致管窥马建忠在学期间各门课程的内容。校长布特米（Emile Boutmy）的比较宪法课程侧重从社会、经济变迁的现实主义角度分析宪法。<sup>⑤</sup>如在英国宪法部分，在讲完宪法的法源、国体、上议院以后，他便开始讨论中产阶级和下层阶级的政治参与诉求。在美国部分，他最感兴趣的是违宪审查作为“司法权的政治功能”。<sup>⑥</sup>在雷诺（Louis Renault）讲授的“条约国际法”课程中，学生们则将会学到国际条约中关于知识产权、工业产权、铁路、河流、邮政、电报、货币、度量衡、出使、国际、领土、外国人待遇、外国法院判决的执行、刑法适用、引渡方面的内容。<sup>⑦</sup>并在“外国人待遇”一节下专门探讨了与远东国家的条约，其中又以中国部分最为详细，足有 11 页之多。<sup>⑧</sup>而在里昂-卡昂的（Charles Lyon-Caen）比较商法课上，编排则是欧美主要国家的商法渊源、基本概念、各国公司考、商业通信、票据制度、破产制度、海商法。<sup>⑨</sup>

上述这些课程的组织带着很明显的务实色彩，其目的便是让学生在一年时间里迅速掌握一个学科的梗概和它在实践中所希望解决的问题，因而相对于在法学院讲授的课程来说，政治学院的课程大为精简，而且明显是为了培育公职人员而非法学专家或者律师而设置的。比如说，相比里昂-卡昂和雷诺为法学院学生上课时的讲义<sup>⑩</sup>，政治学院的课程删去了在法学院课程中占据重要地位的商事合同

① Organisation des années 1877-1879, 1SP3 Dr1 sdra. (1877~1879 年学校组织安排, 保存于巴黎政治学院档案室, 编号 1SP3 Dr1 sdra.)

② Les épreuves d'examens orales de première année de Ma Kié-tchong, Mission d'archives de Sciences Po. (马建忠第一学年口试成绩, 保存于巴黎政治学院档案室, 未编号。)

③ Les épreuves d'examens de deuxième année de Ma Kié-tchong, Mission d'archives de Sciences Po. (马建忠第二学年考试成绩, 保存于巴黎政治学院档案室, 未编号。)

④ Les épreuves d'examens orales de première année de Tchong Ki-tong, Mission d'archives de Sciences Po. (陈季同第一学年口试成绩, 保存于巴黎政治学院档案室, 未编号。)

⑤ Émile BOUTMY, Cahiers des cours « Histoire constitutionnelle de l' Europe depuis 1789 », Ier volume, 1SP4 Dr1 sdra.

⑥ Émile BOUTMY, Cahiers des cours « Histoire constitutionnelle de l' Europe depuis 1789 », IIe volume, 1SP4 Dr1 sdrb.

⑦ Louis RENAULT, Cahiers des cours « Droit international résultant des traités », Ier volume, 1SP4 Dr3 sdra.

⑧ Louis RENAULT, Cahiers des cours « Droit international résultant des traités », IIIe volume, 1SP4 Dr3 sdrd.

⑨ Charles LYON-CAEN, Cahiers des cours « Législation commerciale comparée », Ier volume 1 SP5 Dr3 sdra.

⑩ Louis Renault et Charles Lyon-Caen, *Manuel de droit commercial, spécialement destiné aux étudiants des Facultés de droit*, Paris, F. Pichon, 1904.

部分。如此安排无非是因为作为未来的高级公务员和政策的制定者，他们只需要了解商业活动基本的规则和各国通例即可。同样，雷诺的国际公法课也没有按照他在法学院讲的国家、个人、财产、国际义务、国际争端的解决顺序安排。<sup>①</sup>至于学生的主观面，马建忠把“宪法”或者“宪政史”理解为“政治治化”，更明显地体现了他对课程内容的理解。他上课时所关心的未必是法律的规范层面，而是国家政治组织过程中种种技术的运用，以及法律与现实生活、世道人心之间的关系。

把政治学院的课程和法学院使用的标准教科书对比即可看出，前者认为法律是一种解决具体问题的工具，而不是形而上道德教条推导的产物。既然是工具，其价值就体现在对实现具体目标的有效性上。在每一个国家、每一个具体的时间段，所欲实现同一个目标可能需要不同的工具。所以，马建忠在政治学院的课堂上学到了更多同时代各个国家之间制度的横向比较和历史中存在过的制度之间的纵向比较。相比之下，他在法学院提交的学士学位论文则更多表现出在体系和逻辑中推求法条文义的追求。准确说来，他的民法论文部分是对当时《法国民法典》1832条到1873条的评注，介绍了公司从设立到消灭的整个过程，使用了一些立法编纂记录作为论据，也是当时所流行的论证方法。<sup>②</sup>商法部分也类似。如果按今天的标准，可以说这两份答卷都是特别没有问题意识的教科书式作品。但当时法学院对学士毕业论文的要求即是如此。可以推测，马建忠本人更加认同政治学院的学术倾向，因为纵览《马建忠文集》无一处是对法条文义的推敲。相反，他常常对比不同时间地点不同行动者的策略选择。尤其在《巴黎复友人书》中，他更是以中国兵法解释欧洲外交史，阐明“交涉之道”对国力与国运的影响。<sup>③</sup> (P.37-47)

## （二）以历史传授的实用主义

授课中的实用主义而非教条主义精神恰是政治学院有意追求的结果。在1878年写给友人的书信中，马建忠特别强调了政治学院教学中重视实学的特点：“而其因时递变之源流，与夫随时达变之才识，则为政治学院所考论，而政治学院孜孜所讲求者，则尤为相时致变之实学也。”<sup>④</sup> (P.37-47) 无论是马建忠这位初来乍到的外国学生还是学校的经营者都对此有非常清晰的认识。在校长布特米的笔记中，他曾经写道：“对我们这样的学校来说，最不该做的就是脱离严肃精神的运动、远离生活的声音。我们的长处之一就是，大部分的教师并不把自己困在他们的书和手稿包围的孤室中。”<sup>⑤</sup>

政治学院对实用主义的重视在教学中转化为一种经验主义，并尤其明显地体现在对历史的重视上。在布特米于1871年最早构思政治学院教学的时候，他设计了一个由政治学专业课和一般通识课程两部分组成的课程表。其中专业课令人惊讶地完全由七门历史课组成，分别是：法国大革命以来的欧美社会史、1776年以来的欧美宪政史、1789年以来的欧美法律史、17世纪以来的欧美行政史、《威斯特伐利亚条约》以来的欧洲外交史、18世纪以来的欧美经济史、欧美军事史。<sup>⑥</sup>在七门通识课程中，也包括了历史哲学和艺术史两门史学课。<sup>⑦</sup>待马建忠就读于政治学院时，虽然并没有出现所有课程都是历史课的现象，在课程设计和讲授方法上却仍可见强烈的史学风格。布特米认为政治学知识的核心不是各种各样一般性的“原理”，而是面对各种各样差异繁多的细节时选择、分辨、决策的能力。所以他主张政治学院应该用经验培养学生处理各种差异的能力。<sup>⑧</sup>对于布特米来说，历史就是经验。人

① Louis Renault, *Introduction à l'étude du droit international*, Paris, L. Larose, 1879.

② Kié-Tchong Ma, *Thèse pour la licence*, Paris, F. Pichon, 1879, p. 29-70.

③ Émile BOUTMY, Notice sur l'École libre des sciences politiques, 1878, Dossiers d'Émile Boutmy, Mission d'archives de Sciences Po.

④ Émile Boutmy et Ernest Vinet, *Quelques idées sur la création d'une Faculté libre d'enseignement supérieur : lettres et programme*, Paris, A. Lainé, 1871, p. 16. 这本不过30页的小册子是布特米和他的友人关于政治学院创建的通信，在当年即出版。可见中外文人都出版通信、日记这一类私人书写的雅好。

⑤ *Ibid.*, p. 17.

⑥ *Ibid.*, p. 11.

们从过去的经验中可以学习到应对当下的挑战，所以政治学院的教学“从形式上说是历史和批判性的，从实质上说却是面向当代的”。<sup>①</sup> 马建忠言简意赅地把这种思路概括为“相时致变之实学”，可谓一语中的。

学习处理复杂情况的能力最终要服务于可以适应任何意识形态的实用主义。布特米所理解的职业政治家正是法律人的反面。他认为法律人只关心什么是对社会争议的法律解决、总是倾向于把复杂的社会生活简化为直白的法律要件。<sup>②</sup> 谈判条约的外交官、促成政府改革的部长、致力于通过一部新法律的议员的处境都要比律师或者法官更艰难，在把复杂问题简单化方面必须更小心，因为他不知道忽略某一种因素是否会导致好不容易建立起的平衡最终毁于一旦。<sup>③</sup> 更重要的区别在于“政治家面前没有一个可以引导他的确定理想，比如正义或者自由”。<sup>④</sup> 职业政治家只有一个“确定的理想”和“实践目的”，那就是“在这个波谲云诡、变化莫测的世界中，捍卫国家当前和将来的利益”。<sup>⑤</sup> 但种种利益之间差异万千，有时甚至充满了冲突，缺乏一种可以用来统一排序的标准。布特米的学校培养出的精英到头来并不捍卫某一种特定的价值。按照这位总设计师的理解，他们在政治学院学到的是一系列技术工具，至于如何使用则要看一时一地对国家利益的判断。这一意义上的实用主义，也就是一种去除了所有价值和道德考量的现实主义。马建忠称宪法为“政术治化”恰恰体现了他对母校教育的洞见。

推崇实用主义的政治学院是当时法国精英培养体系中的一个例外。布特米认为他将要创建的学校需要为法国政坛重塑新人，也就是“为人们灌输对经验证明之事的信仰和对艰苦研究的热爱”，从而创造出一个“可以为全民族代言的精英集体”、“再造人民的首脑”。<sup>⑥</sup> 所谓的“新”，从否定的意义上说在于反对革命自然法和意志论传统，从肯定的意义上说则体现在实用主义和经验主义的结合上。<sup>⑦</sup> 政治学院的创建者认为法国有太多的业余政治家，却严重缺乏那些可以把政治当作一种科学来认真对待的统治精英。在他看来问题在于当时的教育没有让学生掌握理解他们所处的时代的能力。<sup>⑧</sup> 而学生缺乏能力的原因在于学校里讲授了太多的教条，却没有为学生准备好批判精神。<sup>⑨</sup> 布特米形象地把其他学校的教育比喻成用教小学生的方法来教大学生。“对孩子，我们告诉他们：‘好好听、记住、相信你所听到的。’但是对年轻人和成年人，我们得告诉他们：‘睁眼观察、比较、自行判断。’”<sup>⑩</sup>

此外，政治学院还代表了一种社会改良的诉求。其设计者之所以如此关注本校教学的特点，是因为它必须从当时的精英养成竞争中脱颖而出。一旦把它放回第三共和国建立之初各种精英机构之间的竞争中，它隐藏在实用主义背后的独特意识形态诉求就会浮出水面。当时培养国家精英的机构中，最重要的是师范学院、以综合理工为首的工程师学校、圣西尔军校和法学院。它们是政治学院主要的竞争者。圣西尔军校和法学院与旧制度相连，代表着保守主义的传统；师范学院和综合理工则与大革命后的理性主义相连，代表着一种相信通过理性的自然法原则可以完成对人类秩序设计的革命传统。<sup>⑪</sup>

① Émile Boutmy et Ernest Vinet, *Quelques idées sur la création d'une Faculté libre d'enseignement supérieur : lettres et programme*, Paris, A. Lainé, 1871, p. 11. 这本不过 30 页的小册子是布特米和他的友人关于政治学院创建的通信，在当年即出版。可见中外文人都 有出版通信、日记这一类私人书写的雅好。

② Corinne Delmas, « La place de l' enseignement historique dans la formation des élites politiques françaises à la fin du XIXe siècle : l' Ecole libre des sciences politiques », *Politix*, 1996, vol. 9, no 35, p. 49.

③ Émile Boutmy, *Des rapports et des limites des études juridiques et des études politiques*, Paris, A. Colin, 1889, p. 5.

④ *Ibid.*, p. 6.

⑤ *Ibid.*

⑥ Émile Boutmy et Ernest Vinet, *Quelques idées sur la création d'une Faculté libre d'enseignement supérieur*, *op. cit.*, p. 5-6.

⑦ Corinne Delmas, « La place de l' enseignement historique dans la formation des élites politiques françaises à la fin du XIXe siècle », *op. cit.*

⑧ Émile Boutmy et Ernest Vinet, *Quelques idées sur la création d'une Faculté libre d'enseignement supérieur*, *op. cit.*, p. 9.

⑨ *Ibid.*, p. 10.

⑩ *Ibid.*, p. 16.

⑪ Corinne Delmas, « La place de l' enseignement historique dans la formation des élites politiques françaises à la fin du XIXe siècle », *op. cit.*

布特米和他所创办的政治学院,则体现了一种强调个人、强调分权制衡理论和政治与公共自由的精神。<sup>①</sup>他们相信立足于自由主义的和平和足以克服愚昧的思想自由的追求。<sup>②</sup>他们极其警惕国家干预,所以对民主缺乏热忱,但同时也对回到以前那个保守、执着于教条的农业社会充满敌意。其结果是,政治学院草创时期的教职员工希望能在一个已经实行了普选制的社会中培养一个政治家阶级,成为社会真正的领导人。

正是在这样的氛围中,马建忠于1877年来到政治学院,成为该校当时六十多名留学生之一。这段时间不仅是马建忠预备踏入仕途、在清朝外交方面大显身手的重要两年,也是政治学院确定其在法国精英培养中地位的重要时刻,还是当时在政治和经济两方面都尚未自由化的第三共和国寻求基本立国理念的重要时刻。此后,马建忠成了一个希望通过比较和历史了解面对复杂情势如何随机应变的实用主义者、一个看重公司和财税政策的重商主义者。政治学院在培养政治家方面取代了工程师学校和圣西尔军校,继续与法学院分庭抗礼直至第二次世界大战爆发。法国则逐渐变成了一个自由共和国。

然而,马建忠也入读了法学院。他在法两年正是法国法学方法与教学变迁的关键两年。正是在他与当时法学革新的微妙关系中,我们更能体察法学知识跨国旅行中的旅人个人心态和目的地知识背景之间的复杂互动。

#### 四、移花接木:法国法学革新中的马建忠

马建忠抵达法国时,第三共和国刚于1875年颁布三部宪法性法律,建立议会制。共和派1877年在众议院成为多数派,接着1879年在参议院部分改选中拿下参议院多数席位。可以说,马建忠在法两年也是共和派确定胜局的决定性时刻。<sup>[10] (P.1147-1153)</sup>当时欧洲只有法国一个大国采取共和制。共和派自己也不知道可以在风雨飘摇中坚持多久。所以,官方大力扶植一种立足于立法至上主义的共和主义法学。与此同时,不信任共和政体的法学家也开始重振一种天主教传统的自然法,认为立法必须受到自然法的制约。他们还开始在解释方法和法律渊源上促成了法国法学的革新。

##### (一) 主流的共和主义法学

所谓共和主义法学,在法哲学上表现为强调立法是唯一的法律渊源且不受任何限制,在法学方法上则表现为强调一种立法原意解释。

共和主义法学最重要的特点是主张所有的规范都必须在立法中寻找、立法者可以制定任何法律。在这种启蒙思潮的想象中,相比于习惯、学说、判例而言,立法同时具有政治和科学两方面的正当性。立法的政治正当性最好地表达在了1794出版的思想教育课本中:“立法是公意庄严而自由的表达。它给予所有人平等的保护和惩罚。它所规定的一定是公正且对全社会有益的。”<sup>③</sup>承袭自卢梭等人的共和主义观念认为只有公意才能立法。既然公意包含了每个人的个人意志,那么服从公意所制定的规范就和服从自己的意志没有区别了。而一个人在服从自己的意志时无论如何不能说是受强迫的。在19世纪的共和主义意识形态中,立法是规范的唯一来源,只有所有人平等地服从同一种法律,人才能保障自由和平等。<sup>④</sup>此外,立法还因为其以清晰的语言表达出的体系性特点而具有科学上的正当性。习惯、学者法、判例都形成于分散的机制中,没有一个中央集中的权力将它们整合成一个整体。立法则不然,最优秀的法学家(如多玛和波蒂埃)可以用几何学的方法构造出一个融贯的规范体系,并由强大的中央政府化作法律,施行全国。<sup>⑤</sup>自视为大革命精神继承人的第三共和国把这种起源于大

① Richard Descoings, *Sciences Po : De La Courneuve à Shanghai*, Paris, Les Presses de Sciences Po, 2007, p. 29.

② Margarethe ROSENBAUER, *L'école libre des sciences politiques de 1871 à 1896; l'enseignement des sciences politiques sous la IIIe République*, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde, Marburg-Lahn, Philipps-Universität Marburg, 1969, S. 44.

③ *Nouveau catéchisme républicain à l'usage des sans-culottes et de leurs enfants*, Paris, Lefèvre, 1794, p. 38.

④ Cf. Jacques-Guy Petit, « La Justice en France, 1789-1939. Une étatisation modèle ? », *Crime, Histoire & Sociétés*, juillet 2002, vol. 6, no 1, p. 85-103.

⑤ Philippe Jestaz et Christophe Jamin, *La doctrine*, Dalloz, 2004, p. 70.



革命的立法崇拜几乎原样照搬。

利用立法时的辩论记录作为探究法律“原意”的方法是共和主义法学的另一特色。现在，讲授欧洲民法史的学者往往会把 19 世纪前半叶的法学方法归类为一种“解经方法”（l'exégèse），说他们认为只需要借助立法条文和形式逻辑即可推导所有个案的裁判结果。<sup>①</sup>这种过分简化的观念是 20 世纪初已经取得胜利的新法学方法对此前主流方法的一种曲解。实际上，1804 年《法国民法典》生效以后的三十年里，接受旧法教育成长起来的法学家仍用此前的多元渊源解释法典。<sup>②</sup>从 1830 到 1880 这段时间，因为弗内（Pierre-Antoine Fenet）于 1827 年修编的《〈民法典〉编纂预备文献全集》和洛克雷（Jean Guillaume Locré）编定的《法国的民事、商事、刑事立法》（Législation civile, commerciale et criminelle de la France）已经广为流传，“立法原意”解释方法大为盛行。<sup>③</sup>从表面上看，这种立法原旨解释和立法崇拜简直配合得天衣无缝：如果把法律理解成主权者的命令，那么解释法律的任务当然是澄清主权者通过法律的文辞想要表达的意志（公意）。所以尽管在 19 世纪中叶就已经出现了成规模的判例汇编，法学家和法官也实际上在利用着判例，立法原旨解释仍在名义上是最重要的解释方法。马建忠的本科论文里也在多处使用了弗内和洛克雷编纂的立法资料。只不过，1850 年以后的法学家实际上以原旨解释之名，把威权色彩、家父主义色彩浓重的《法国民法典》解释成了一部自由主义市场经济的规范。<sup>④</sup>

第三共和国在法学教育上的重要政策之一是有意巩固共和主义法学的主流地位。在科学研究自由已经得到法律保证的年代，政府为了维持对法学界的控制，采取了控制法学院组织的方法。第三共和国的策略是让巴黎法学院同时成为法学和共和主义法学的中心。当时法国法学院的人事调动和教育资源分配都掌握在政府教育行政部门手中，所以政府可以同时把共和派的法学家调往巴黎法学院、并把优质资源向巴黎法学院倾斜。在 1870 到 1914 年之间，成为巴黎法学院的教师意味着拿到外省同行两倍的薪水、指导数倍于外省同行的博士论文、有机会出任重要法学期刊的主编、通过在法学院旁边书店举办的私人辅导班上讲课而宣传自己的主张。<sup>⑤</sup>一言以蔽之，进入巴黎法学院意味着在成为学术权威的旅途上迈出重要一步。当然，不可能只要做立法至上主义者就可以进巴黎法学院，巴黎也不是只有立法至上主义者。但这种政府干预仍然让对立法和立法者的崇拜成了 19 世纪末法国法学界的主流风气。而马建忠在巴黎法学院中自然会感受到这种风气。

#### （一）天主教自然法的复兴

任何一个时代的法学都不可能是铁板一块。在以立法至上主义及其背后自由市场经济理念主导的 19 世纪末，出现了一场自然法的复兴。从价值追求上，这场思潮怀疑民主政治、重视天主教善良家父传统下的家庭价值，似乎是一种倒退。但在法学方法上，其参与者以多元法律渊源理论和超越文义的解释方法为法国法学带来了活力。相比于主流立场，马建忠在主观方面应该与这场革新更为契合。

第三共和国建立伊始，自然法伴随着沉寂已久的法哲学重新回到法学讨论之中。在 1870 年以前，

① Julien Bonnecase, *L'école de l'exégèse en droit civil*, Paris, de Boccard, 1924.

② Sylvain Bloquet, *La loi et son interprétation à travers le Code civil*, Issy-les-Moulineaux, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2017, p. 469 sq.

③ *Ibid.*, p. 589.

④ Christophe Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXIème siècle*, Paris, LGDJ, 2001, p. 441-472.

⑤ Marc Milet, « La Faculté de droit de Paris sous la Troisième République: une domination sans partage? (1879-1939) », in Jean-Louis Halpérin (dir.), *Paris, capitale juridique (1804-1950) : Étude de socio-histoire sur la Faculté de droit de Paris*, Paris, Rue d'Ulm, 2011, p. 143-176 ; Guillaume Sacriste, *La République des constitutionnalistes : professeurs de droit et légitimation de l'État en France, 1870-1914*, Paris, Les Presses de Sciences Po, 2011, p. 166 ; Philippe Jestaz, « Genèse et structure du champ doctrinal », *Recueil Dalloz*, 6 janvier 2005, p. 19-22.

法哲学几乎不是一个会在法学院中讲授的课程。<sup>①</sup>情况从第三共和国建立开始迅速转变。自布瓦泰尔(Alphonse Boistel)1870年开设了《自然法导论》之后,以“法哲学”或“自然法”为名的课程在法国各个法学院作为选修课开设起来了。特别具有象征意义的是,布瓦泰尔于1889年成功说服教育部允许他在最抗拒法哲学的巴黎法学院开设了这一课程。<sup>②</sup>致力于回应制度、经济、社会变迁、世界大战等一系列挑战的法国19世纪末自然法复兴徐徐拉开了序幕。

自然法复兴背后恰恰是保守派法学家对共和国的疑虑,带着强烈的天主教色彩。马建忠在法期间,活跃在讲台上的都是成长于第二帝国时期的法学家。对于他们而言,共和政体的建立不但是巨大的政治变革,而且与对大革命的印象和对巴黎公社的记忆相连,预示着一场巨大的社会变革。所以,博西尔(Émile Beaussire)才会提醒人们:“不!它没有死!它还在它所留下的那些废墟中苟延残喘,仍停留在那些错误的观念之中,时刻准备反戈一击。”<sup>③</sup>即便是在第三共和国已经建立了十多年后,格拉松仍担心它最终会像法国大革命那样“取消所有制、解散家庭”。<sup>④</sup>所以,必须有一种恒常不变的自然法捍卫所有权、捍卫家庭。特别是在家庭问题上尤其如此。法兰西学院哲学教授弗兰克(Adolphe Franck)就曾在反对离婚时如此设问:“难道世俗立法可以假借理性、法律、正义的名义取消这项普世的义务吗?不能!我们不相信!”<sup>⑤</sup>一言以蔽之,当时高举天主教大旗的自然法学家们希望能够用一些永恒不变的原则限制立法者,防止过于激进的社会变革。<sup>⑥</sup>

马建忠本人不但察觉到了这一天主教自然法的复兴,而且对此持肯定态度。之所以作此论断,首先是因为他自己表现出了对天主教自然法的推崇。比如他说“法国律法以性法弃其首云:天下有至公不易之法,为众法之原,制人行止,使之率循乎正理”。<sup>[7](P.271)</sup>如果法国任何一部法典真的以普世理想法开头,那倒可以认为马建忠只是忠实转述。然而当时法国各大法典均不见对普世自然法的表达。这句话的出处恰恰是没有进入《法国民法典》,最后生效文本的《序编》第1条定义了自然法:“存在一种普遍且恒常的法,作为所有实定法之源。”<sup>⑦</sup>马建忠肯定接触过1801年对自然法尚有所表述的草案,因为这一草案收录在了《〈民法典〉编纂预备文献全集》中。不仅如此,他还说“定律者常常存心目,不可须臾离也”。<sup>[7](P.271)</sup>也就是说自然法构成了对立法者的限制,立法者也不再是无所不能的了。这恰恰是自然法复兴参与者的核心论点。而且他明确和大革命那种自然法传统划清界限。他认为霍布斯和卢梭的契约论自然法把立国之原看作出于自利的立约活动,与人性无关,而“外乎性而言维系家国之法,无感乎?”<sup>[7](P.271)</sup>其惑就在于这种观念不认为国家受到自然法的拘束,则“一切法治刑名之权皆因之而堕矣”。<sup>[7](P.272)</sup>可见,马建忠所接受的自然法观念就是当时正在复兴中的天主教自然法。

其次,马建忠的天主教认同让他更容易接受自然法的主张。此前,虽然大家都知道马建忠是天主教徒,但是一直没有重视他的宗教认同。直至最近,马骥指出在高第所撰写的马建忠讣告把重点放在了其宗教身份和宗教情怀上,强调了其出生于天主教家庭、受洗时取的教名、前往罗马行公开赎罪礼

① 唯一的例外是 Julien Oudot, *Premiers essais de philosophie du droit et d'enseignement méthodique des lois françaises*, Joubert, 1846, 449 p.

② Mingzhe Zhu, *Le droit naturel dans la doctrine civiliste de 1880 à 1940*, Thèse de doctorat, Sciences Po., Paris, 2015, p. 38-39.

③ Émile Beaussire, *La Guerre étrangère et la guerre civile en 1870 et en 1871*, Paris, Germer-Baillièrre, 1871, p. 239.

④ Ernest Désiré Glasson, *Éléments du droit français : considéré dans ses rapports avec le droit naturel et l'économie politique*, G. Pedone-Lauriel, 1884, vol. II/I, p. 16.

⑤ Adolphe Franck, *Philosophie du droit civil*, Paris, F. Alcan, 1886, p. 61.

⑥ Frédéric Audren, « La belle époque des juristes catholiques (1880-1914) », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, 2008, N° 28, no 2, p. 233-271; Patrice Rolland, « Le catholicisme social et la politique », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, 5 juin 2013, N° 37, no 1, p. 133-157.

⑦ 关于自然法话语如何在《法国民法典》编纂过程中逐渐退场,参见朱明哲:“‘民法典时刻’的自然法”,载《苏州大学学报(法学版)》2016年第2期。

和以基督教礼仪下葬等细节。<sup>[2]</sup> 马家与天主教会关系密切而复杂，三兄弟中的二哥马建常（马相伯）曾先成为耶稣会修士后还俗。耶稣会是天主教的一个精英修会，向来推崇以科学教育传教的理念。秉承“在一切中发现上帝”的入世精神，二次入华的耶稣会士往往会以务实的态度在天文数理这样的理论知识和地域性实用研究之间寻找条件所允许的位置。<sup>[11]</sup> 甚至可以推测，马建忠的实用主义精神也与耶稣会的影响有关。从马建忠专程前往罗马赎罪和死后行基督教葬礼两点，也可以推想天主教的身份认同对于他至关重要。了解了这一点，此前所提出的马建忠对家父传统的维护、对离婚的抵触，以及其他在实质内容上与天主教自然法相似而与当时的主流法学相异之处，在他自己眼中恐怕就不是一种对法国学说的“中国化”，而是从一个天主教徒的角度出发对普世理念的传播。

## （二）法学方法的更新

天主教自然法的复兴还带来了法律解释方法和法律渊源理论上的革新。

在法律解释方法上，使不变的法律条文适应变化的社会生活的追求挑战着“探求立法原旨”的追求。一方面，19 世纪末随着高速工业化和经济发展出现的劳工问题、城市贫困问题让人们开始意识到过去自由主义和个人主义的原则已经难以处理社会关系了，如果不希望无产阶级取得政权、真正废除私有制和婚姻，那就必须提出一种新的法律解释主张；另一方面，既然在人类的立法之外还有普世的自然法，当然可以在解释法律的时候参照自然法的精神。<sup>[12]</sup> 虽然有学者主张《民法典》此时已经成了社会进步的障碍，但第三共和国刚建立时的法学家并不希望用其他立法取代法典。恰恰相反，他们希望用《民法典》的精神限制共和国越来越多的单行立法和立法权的行使。具体说来，以民法学家为主的这些自然法复兴的支持者希望用《民法典》的保守家父主义精神限制的是共和国政府在公法领域的立法。正因为如此，萨莱耶（Raymond Saleilles）用以概括 19 世纪末法律解释方法发展的口号才是：“超越《民法典》，但要通过《民法典》！”<sup>①</sup>

在法律渊源理论上，承认判例和学说造法的主张挑战着认为立法是唯一法律渊源的主张。虽然从 1825 年开始就有系统的判例汇编出版，1851 年更是出现了专门发表判例评注的刊物。不过，直到 19 世纪 70 年代以后，人们才开始逐渐承认判例可以独立创造规范。毕竟如果任务是让法律适应社会发展，那么没有任何人比法官更能了解变化万千的社会事实。公法领域立法权积极行使，而判例造法空前繁盛，也成了 19 世纪末的一道奇景。<sup>②</sup> 不过，司法机构自身承认判例造法已经是 1904 年《民法典》百年的时候了。<sup>③</sup> 在马建忠到达法国时，判例造法仍不过是一件法学家和法官都心照不宣的实践。至于学说，虽然它最多是一种可以参照的渊源、本身无法作为法院判决的依据，却仍在比弗努瓦等先行者对法学科学性的追求中逐渐成了一种独立于任何形式上的权力而能够独立创造规范的渊源。<sup>④</sup> 而比弗努瓦正是马建忠的论文答辩主席。

此时，我们再回头看马建忠关于“讲解之者分为三宗”的说法，不得不佩服其在短时间内对当时风云际会的法国法学的观察。在短短一段话中，他至少指出了当时法国法律实践的三种现象。第一，立法者频仍以新的单行立法补充各个法典的规定，立法权积极行使的时代已经到来。第二，判例和学说对立法条文的解释未必符合其立法原旨，更多是对所面临之具体社会问题的一种实用主义解决。第三，判例和学说尚未能作为一般性的法律规范使用，但它们在实践中的实效不可忽视。

① Raymond Saleilles, *Préface à Fr. Génys, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique tome I*, Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1899, vol. II/I, 606 p.

② Jean-Louis Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Presses Universitaires de France, 2001, p. 119.

③ « Discours de M. Ballot-Beaupré », *Le Code civil, 1804-1904. Livre du centenaire*, A. Rousseau, 1905, p. 27.

④ Nader Hakim, « De l'esprit et de la méthode des civilistes de la seconde moitié du XIXe siècle : l'exemplarité de Claude Bufnoir », *Droits*, 2008, vol. 47, p. 45-75.

## 五、结论

英国诗人吉卜林 (Rudyard Kipling) 曾经在《东西方歌谣》(Ballad of East and West) 中写道:“啊, 东方是东方, 西方是西方, 两者永远不会相遇 / 直到天和地跪在上帝面前, 接受审判。”当骄傲的马建忠在 1877 年从一个刚显现衰败征兆的老大帝国来到欧亚大陆另一端的新生共和国时, 东西方就此相遇。一段延续到 1953 年王名扬回国的中法法学交流史的序幕也就这样拉开。自由政治学院在马建忠之后又迎来了十余名中国注册学生, 其中不乏柯宏年、许寿仁、沈家诒、徐传葆、艾振麟这样在中国法政史上留下精彩一笔的人物, 以及方镇中这样的抗日名将。1903 年, 马建忠的二哥马建常在耶稣会的支持下开办了震旦学院。<sup>[1]</sup>1911 年, 孔明道司铎 (R.P de Lapparent) 开始在震旦讲授法国民法。1917 年, 震旦正式聘请昂热大学的法学教授埃尔韦 - 巴赞 (Jacques Hervé-Bazin)。<sup>①</sup>成立于 1921 年的里昂中法大学培养了 76 名法学专业学生, 其中 25 名法学博士。其间留法的学生在数量上也多于留学其他国家。其中也有王世杰、王伯琦、吴凯声、郑毓秀等民国政坛人物。这一切, 皆自马建忠始。

马建忠的思想和经历有作为个案和作为普遍现象的两方面意义。

作为个案而言, 它展现了个体置身异域法学争论之中的能动性。用今天法理学的术语说, 《法律探原》从法概念、方法论和价值论三个方面展现了马建忠对法律的认识。概念论上, 他主张实证法是在具体条件下实现自然法要求的工具。方法论上, 他认为学说和判例都会通过法律解释改变立法的文义。价值论上, 他捍卫家庭和婚姻的价值。在 19 世纪末, 已经年过而立的社会精英大概已经形成了自己的世界观和价值观, 所以认为这些观念完全来自马建忠在巴黎短短两年时间内的吸收恐怕言过其实。更有可能的是巴黎提供了丰富的素材, 让马建忠整理和澄清了自己原本的思想倾向。政治学院为他提供了在时间和空间维度随机应变的实用主义训练。法学院中天主教自然法对以巴黎为中心的立法至上主义的挑战则为马建忠提供了多元法律渊源、超越法律文义的解释方法, 以及一种保守的天主教价值观。《法律探原》作为一面镜子, 折射出了大半个 19 世纪末法国法学争鸣的样子。

作为普遍现象而言, 马建忠的经历提醒我们注意法学知识跨国旅途的复杂性。之所以称马建忠对法国法学知识的移植是一种有机的移植、而非机械的移植, 并不仅仅因为他采取了一套本身存在于中国传统法文化中的术语翻译法国法上的概念, 更因为他意识到最重要的是保留当时法国法学发展的最新成就。相比于以教条的形式“准确”传达“原汁原味”的法国法, 马建忠更关心的是如何像他的法国同行一样, 用法律解决社会问题。对于外国的法学知识和思想观念, 中国学生不但可以选择是否接受、还可以选择如何接受。那么推而广之, 相似的情况是否也出现在其他的旅人身上? 当中国青年前往法国、美国、德国、英国, 他们带回的未必是“法国的”“美国的”“德国的”“英国的”法律思想, 仿佛这些国家的思想都是铁板一块, 打包装好, 等着取走。他们带回的是本身丰富多彩的某国法学中的一种或几种思想。选择与阐释的结果有必然也有偶然。与此同时, 马建忠的天主教身份认同也有待进一步探索。北洋人士的信仰五花八门, 但是信仰对他们思想形成的作用可大可小、可显可隐, 需要用更多的一手档案在个案中判断。

人们在旅途中常常会因为新的见闻、经历而从原有的思想中诞生出新的思考。法学知识的旅行也一样。知识的吸收与传播过程, 也是一个创造新知识的过程。以此为契机, 我们可以把更多的注意力放在旅人的能动性上, 从而讲一个更复杂、也更具活力和戏剧冲突的学说移植叙事。

## 参考文献:

[1] 朱明哲:“中国法制近代化中的欧洲中心主义法律观”,载《比较法研究》2018年第1期。

[2] 马骥:“高第(考狄)档案中的马建忠法文信函”,载《宁波大学学报(人文科学版)》2017年第6期。

<sup>①</sup> Université l'Aurore Shanghai Renseignements généraux et Organisation des études 1934[M], Shanghai: Imprimerie de T' ou-sè-wè.

- [3] 李华川：“马眉叔《上李伯相言出洋工课书》考”，载《清史论丛》(2003~2004)，中国广播电视出版社 2004 年版。
- [4] 贾熟村：“李鸿章与马建忠弟兄”，载《清史研究》1997 年第 3 期。
- [5] 苏基朗：“有法无天？——严复译《天演论》对 20 世纪初中国法律的影响”，载《清华法学》2012 年第 5 期。
- [6] 俞江：“‘法律’——语词一元化与概念无意义？”，载《政法论坛》2009 年第 5 期。
- [7] 马建忠：“法律探原”，载《马建忠集》，王梦珂点校，中华书局 2013 年版。
- [8] 俞江：“19 世纪末中国民法学的‘绝响’——马建忠《法律探原·户律》评述”，载《华东政法大学学报》2013 年第 2 期。
- [9] 马建忠：“巴黎复友人书”，载《马建忠集》，王梦珂点校，中华书局 2013 年版。
- [10] [法]杜比主编：《法国史》(中卷)，吕一民等译，商务印书馆 2010 年版。
- [11] 任轶：“近代来华西人在江南的科学实践(1842-1953)”，载《国际汉学》2019 年第 1 期。
- [12] 朱明哲：“面对社会问题的自然法”，载《清华法学》2017 年第 6 期。
- [13] 任轶：“马相伯与耶稣会博弈下的震旦学院(1903-1905)”，载《史林》2019 年第 2 期。

## An Experience of Organic Transplant of Legal Knowledge

*Zhu Mingzhe*

**Abstract:** Ma Jianzhong, an important diplomate and scholar in the Late Qing Dynasty, studied in l'Ecole libre des sciences politiques and Paris Law Faculty from 1877 to 1879. In his legal writings, Ma defended a pragmatic philosophy of law, a patriarchal family model, and a pluralist theory of sources of law. We can trace the origin of his thought in the training he had in Paris. From the archives kept in Sciences Po, we reconstruct the pragmatism as a guiding idea of the courses and exams in l'Ecole libre des sciences politiques. Meanwhile, the transformation of French legal scholarship equipped him with legal pluralism, methods of interpretation, as well as catholic values. Situating in the middle of political and legal turbulence of the late 19th Century France, Ma demonstrated marvelous clarity in comprehending and selecting between competing theories. The transplant of French doctrine that he made proves that the Chinese young elites in Europe are not merely recipients of fancy stories, but connoisseurs with critical spirit and autonomy.

**Key Words:** Ma Jianzhong; Sino-french Legal Transplant; Autonomy; Pragmatism; Natural Law

(责任编辑 孙国栋)