



HAL
open science

中国近代法制变革与欧洲中心主义法律观

Mingzhe Zhu

► **To cite this version:**

Mingzhe Zhu. 中国近代法制变革与欧洲中心主义法律观: 以宝道为切入点. *Journal of Comparative Law* (《比较法研究》), 2018, 2018 (01), pp.155-170. <hal-03858964>

HAL Id: hal-03858964

<https://hal.science/hal-03858964>

Submitted on 13 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.

中国近代法制变革与欧洲中心主义法律观

——以宝道为切入点

朱明哲*

摘要: 在以西法东渐为特点的中国法制近代化进程中,外国法学家发挥了重要作用。他们也带来了一种欧洲中心主义的法律观,并因此揭示出中国近代法史的世界史意义。先后担任北洋政府和南京国民党政府顾问的法国法学家宝道在华期间曾经针对中国法律和政治写下了一系列意见书和论文。从他留下的作品中,我们可知,这一外国顾问本着职业精神,竭尽所能希望对中国法律现代化作出贡献。但他追求的并不是革命式改天换地的现代化,而是以渐进的方法更加务实地推进先进立法的实施。宝道对中国法的观察立足于其对欧洲法的知识,无论是对中国法律的评价还是改进意见,都是以欧洲法律为标准的。他的观点并未摆脱 20 世纪初逐渐形成的法学国际共同体的窠臼。具体而言,温和的进步主义和普世主义是所有投身法律现代化潮流的法学家都无法避免的思想底色。

关键词: 宝道 法律现代化 进步主义 外国法学家

一、导论

中西法律交流是中国法制近代化的重要因素。一种欧洲中心主义法律观通过来华的欧洲法学家和留欧的中国法学家的活动,在中国法制近代化中产生了深刻影响。而研究近代东西方法律交流难免会触及关于欧洲中心主义或西方中心主义的议题。史学界把“欧洲中心主义”作为一种观察世界的方式概括为以下三个方面内容:欧洲是观察者所处观察位置的中心;欧洲文明高于其他文明;欧洲文明是衡量其他文明的尺度,任何非欧洲的文明中所产生的因素,都通过与它们在欧洲文明中产生的对等物对比而确定价值。⁽¹⁾ 那么一种欧洲中心主义的法律观,也具有以下三方面的特征:(1) 欧洲法律是观察者观察的起点和中心;(2) 欧洲的法律优于其他法律;以及最重要的(3) 欧洲法律是一切法律的尺度,非欧洲的法律体系中所存在的因素之优劣,都由与欧洲法律的对比而得以衡量。本文希望通过宝道(Georges Padoux, 1867~1960)及其时代的研究说明:(1) 无论欧洲法学家是否对此有所意识,欧洲中心主义法律观都是他们观察和评价中国法时的思想前见;(2) 欧洲中心主义法律观的内核并非一成不变,而取决于欧陆法学的发展状况和法律人共同体的集体心态;(3) 民国时期在我国产生影响的是一种强调进步性和经验普遍性的欧洲中心主义法律观。

* 中国政法大学比较法学研究院讲师,法学博士。本文系国家社科基金青年项目“中法法律交流档案研究(1877-1958)”(项目批准号:17CFX007)的研究成果。

(1) See Enrique Dussel, Javier Krauel & Virginia Tuma, *Europe, Modernity, and Eurocentrism*, 1 *Nepantla Views South* 465, 471 (2000); Immanuel Wallerstein, *Eurocentrism and Its Avatars: The Dilemma of Social Sciences*, 46 *Sociol. Bull.* 21, 22 (1997); Cornel West & Bill Brown, *Beyond Eurocentrism and Multiculturalism*, 90 *Mod. Philol.* 142, 145 (1993).

有关中国法的美国叙事的研究显示,19世纪晚期的中国常常表现为一个没有法律,或者只有腐败、低效、野蛮的法律的国度。而这种叙事让对比中的美国法律具有了优越性,形成了一种内部的认同,并且正当化了领事裁判权。⁽²⁾如果说上述研究表现了西方中心主义的一种形式的话,本文的研究或许可以展现不同于美国叙事的“欧洲中心主义”。尽管对于中国的观察者而言欧洲和美国同属西方,但对于欧洲法律人而言,欧洲作为一个整体仍然与美国有难以掩盖的差别。本文希望探求20世纪初开始职业生涯的这一代欧洲法律人所持的欧洲中心主义的特点,并借此揭示中国近代法史的世界史意义,也由此触及世界法史本身。

近年来,人们开始意识到从欧洲经验中发展出的概念和理论本身都是不断发展和变动的。法史学者开始强调欧洲法史在地理范围内的流动性特征和欧洲内部规范的碎片性,并降低历史法学的影响,而侧重地方性实践。⁽³⁾在国际法史领域,对欧洲中心主义的反思大部分还集中在该偏见所可能造成的对非欧洲法律体系之实践的“曲解”以及对欧洲法律观的传播所造成的霸权等方面。⁽⁴⁾就算对法律欧洲中心主义之所以在19世纪末形成有所关注,研究的范式仍是说明“法学知识之形成是对现实政治的反映”换言之,欧洲法律模式成为全球范围内占主导的模式是欧洲政治权力扩张的结果,并反过来为这种扩张背书。⁽⁵⁾然而这种还原论的主张可能遮蔽了学说史发展本身的独立性,让人们无法了解欧洲中心主义的法律观到底是如何在学术界内部形成的,并因此遮蔽了本文所强调的法学国际共同体之成员的主体性。在这个意义上,本文的立意不同于既有对法律欧洲中心主义的研究。本文关心的是在20世纪初的法学中形成的那种欧洲中心主义有何特点,塑造它的那一个法律共同体又有何种知识背景。对此,本文主张,彼时欧洲法学的两个重要发展决定了中国法制近代化中的欧洲中心主义内核:(1)由那些广泛关心外国法和国际法问题、希望寻找人类共同法的法学家组成的法律人国际共同体形成,并推动了普世主义的发展;(2)对变化的关注取代了对永恒真理的信念,并开始容纳进步主义。

对法史上一些重要人物的研究可以增进今人对法制与法律思想发展的知识。但这种知识并不直接来源于对他们所作所为的了解。通过具体的个人可以透视其所属群体的共同意识,并以此作为理解法律发展之时代背景的窗口。⁽⁶⁾本文以乔治·帕杜为切入点。这名法国法学家和外交家是20世纪初在中国创下一番事业的欧洲法律人之一。⁽⁷⁾时人雅赠中文译名“宝道”,本文从之。宝道是法国外交官雅克·帕杜(Jacques Padoux)之子,生于亚历山大港。他1886年进入巴黎法学院,本科毕业后,于1890年1月通过了外交与领事事务职业考试并进入外交部工作。1905年升任总领事后,他前往暹罗王国(今泰国)协助该国政府进行制度现代化。1913年底从暹罗离任后,已经是一级全权特使(ministre plénipotentiaire)的宝道来到中国,以财政顾问的身份任职于希望通过引入现代制度(如审计

(2) See Teemu Ruskola, *Legal Orientalism*, 101 Mich. L. Rev. 179-234 (2002). 参见李秀清《中法西绎〈中国丛报〉与十九世纪西方人的中国法律观》,上海人民出版社2015年版,第34-44页。

(3) 参见[德]托马斯·杜福《欧洲法律史——全球化的视野》,李明倩译,载《华东政法大学学报》2014年第4期,第95-96页。

(4) See Edward McWhinney, *The International Court of Justice and the Western Tradition of International Law* 3-5 (Martinus Nijhoff Publishers 1987).

(5) See Arnulf Lorca, *Eurocentrism in the History of International Law*, in *The Oxford Handbook of The History of International Law* 1034, 1054 (Bardo Fassbender & Anne Peters eds., Oxford U. Press 2012).

(6) 大体上可以认为此种强调群体共同观念和背景的方法受惠于剑桥学派。See John Pocock, *Political Thought and History: Essays on Theory and Method* 87-88 (Cambridge U. Press 2009).

(7) 关于宝道生平,尤其是他在北洋政府顾问任上的活动,可参见林政贤《北洋政府时期的外籍顾问宝道》硕士学位论文,东华大学历史学系,2015年。本文主要参照的是法国外交部档案所藏宝道私人档案的一般性介绍部分,档案编号:IDR PA-AP 393 Padoux (Georges)。关于宝道生平,未加引证处,皆出自此档案概要。

院)重建财政系统的中国政府,并一直在中国工作到1931年正式退休。在华期间,宝道先后担任北洋政府审计院(1914)、司法部顾问(1919),以及国民党政府立法院、司法院、交通部顾问(1928)⁽⁸⁾。宝道还与王宠惠、戴传贤一起,担任1929年立法院组织的民法起草委员会顾问。⁽⁹⁾

对于宝道的研究也可以增进今人对现代中国法律起源的理解。宝道在巴黎法学院求学时,正好是法国法学革新的酝酿期,而他的职业生涯恰恰覆盖了法国法学的革新期。与此同时,一个法学国际共同体在20世纪初逐渐成熟。人们开始认识到,存在多个国家共同面对的法律问题、有可能提出适用于多个不同法律体系的一般性法律理论、自己同时也处于一个国际性的法学讨论之中。宝道同时是一位在华外国法学家、国际化的欧洲法学家和欧洲本身法学变革的参与者。这三重身份让他可以向今人揭示我国近代法制变革的世界史意义。

宝道能为我们提供的,不仅仅是一个曾经参与中国法律现代化的外国人对中国法的观察。他的论述和经历,至少在考察欧洲中心主义法律观的形成方面具有重要意义。研究宝道将帮助今人从世界史的角度考察我国近代法史,同时也发现中国近代史对于全球法律史的意义。本文将首先通过解读宝道对中国法的论述,指出他对中国法的观察和改革建议都是欧洲中心主义式的。然后,我们将把宝道置于其所属的国际共同体中,从世界史的视角理解他的话语所折射出的整个西方法学界在世纪之交所共享的进步主义和普世主义,从而指出这种独特的欧洲中心主义的内核。

二、从宝道笔下的中国法看欧洲中心主义

从宝道对中国法的观察和评论中可以看出,他确实希望能帮助中国政府实现现代法制,而且他确实对中国法有较高的评价。宝道把中国法与欧洲各国的法律进行比较,并因为中国法与欧洲法之间的相似性而肯定前者的质量。他对改进中国法的建议也是从法国法的经验中总结而来的。在这个意义上,虽然宝道身处中华,他仍选择了从欧洲法律出发的观察视角,而欧洲法也顺理成章地成了评价其他法律的尺度。

(一) 作为实践家的宝道及其职业精神

“法国公使玛泰尔……声明道胜银行自俄国革命后已在法国政府注册立案,归法国保护。中国政府因该行之停业而派员清理账目,应先征求法国之同意,否则法国不能承认云云。王(宠惠)答华俄道胜银行系华俄合办,中国不能承认与法国有任何之关系。……中国政府派大员清理,系属当然之事,法国无干涉之权。更无事前征求同意之必要。玛使尚再争辩,王据理力驳,玛使不得要领而去。”⁽¹⁰⁾

以上文字出自1918年10月的《来复报》。背景是俄国十月革命之后华俄道胜银行多数董事移至巴黎分行继续维持业务,终究力不能逮,以至于1918年9月关闭。中国政府任命王宠惠为督办、宝道为会办负责中国境内道胜银行清理工作。报道的字里行间,不难读出记者对王宠惠能据理与玛泰尔周旋并胜之的自豪。法国虽然在世界大战中元气大伤,却仍不失为世界性力量,作为所谓“列强”之一,“积贫积弱”的中国自不能与之同日而语。所以在银行清理事宜上对法国人的胜利,对于国人而言殊值庆贺。然而令人不得不质疑的是,此一外交胜利果如记者所叙,全是亮畴一人之力而宝道于此间全无尺寸之功?

道胜银行清理案是宝道在华工作的一个缩影。他既是登记在册的法国外交官,又是受雇于中国

(8) 参见王健编《西法东渐——外国人与中国法的近代变革》,中国政法大学出版社2001年版,第541页。

(9) 参见张生《王宠惠与中国法律近代化》,载《比较法研究》2009年第3期,第131页。

(10) 《来复报》1926年10月10日第413号,第15版。

政府的顾问。一边是祖国同胞,另一边却是中国政府的同事。“列强”积极向中国推荐自己的专家为顾问,固然有协助新建立之共和国实现现代化的考量,却难免也有使之与母国暗通款曲、试图干预中国部分国政之意。⁽¹¹⁾ 北洋政府高薪聘请外籍顾问,是希望借此理解欧美,或假专家意见书作为改革内政外交之依据。⁽¹²⁾ 而各顾问看似处境相似,实际上因为身份、母国与中国的关系、所在具体部门不同,尚有微妙差别。但不论如何,既然身处局中,他们个人如何选择恰是一个令人感兴趣的题目。宝道作为民国政府的顾问,展现给我们的更多是忠于职守的职业精神。论者谓宝道“虽然是列强意图控管中国财政而安插的外籍顾问”,但“时常强调自己站在中国政府的立场论述”,而且他的意见的确能为中国着想。⁽¹³⁾ 可见宝道作为政府顾问,颇能用自己的法学知识为中国政府出谋划策。“在其位,谋其政”的评价用在他身上并不为过。

写作专家意见书时表现出来的忠诚或许不妨看作是职业精神的产物。专家意见这种文体本身预设着一种工具理性,写作者更多地关心委托方所欲实现的目的可借由何种手段实现,而非对目的本身的追问。虽然宝道所发表的文章并不全是专家意见书,但终归难以脱此窠臼。比如他关于领事裁判权的文章,便预设了撤废领事裁判权之目的,所需要讨论的只是撤废此项制度所需要的步骤以及不同领事裁判权之间分类的细节而已。⁽¹⁴⁾ 至于是否有必要追求撤废此项制度,那倒是不需要讨论的。王宠惠、王世杰、周鲠生等人当然也讨论过领事裁判权问题,废止领事裁判权对他们来说也是一个不需要讨论的目的,毕竟该制度象征着司法主权不完整、国家处于他人支配之下。但宝道的出发点显然和他们不同,他甚至可以像其他外国法学家那样认为领事裁判权有助于中国法制现代化。对于立志通过公法知识改造国家的中国青年而言,出发点乃是“我们居于劣等地位”。而对于宝道而言,出发点大约是“中国人自觉居于劣等地位”。⁽¹⁵⁾ 其中的区别至为明显。

在讨论中国刑法改革、破产法立法、婚姻制度等问题的时候,“为中国建立好的法制”则悄然成了毋庸置疑的目的。这一目的对于中国法学家而言或许不言自明,但对于宝道而言却不尽然。他完全可以以移植法国法律为己任,而不必考虑其他的可能性。蔡枢衡认为中国法学家往往挟洋自重,考虑私利多于公益。⁽¹⁶⁾ 中国学者况复如此,一个法国人能以中国法律发展作为自己的使命,不能不说是相当可贵的。

然而宝道对中国用心之诚就真的没有在一些具体的时刻超越“食君之禄、忠君之事”的层面吗?似乎亦不然。恰恰是在1931年退休而不再受顾问职羁縻后,他发表了数篇文章,阐述对中国法律的改进意见。除此之外,令人印象尤其深刻的乃是宝道在向欧美各国法学界推广中国法律方面颇为积极:

“该年鉴除载有甚多意国法院之判例外,凡英法德比瑞西希……等国法院之判例亦搜集殊多。而所裁判例,均为全文,且常加以注释。中国通商口岸所为之判决,虽有关及国际公法问题者,例如依一九一八年八月五日中国法律在中国适用外国法律之判例是。然中国法院之判决,无一登载该年鉴者,实为憾事。所有南京管辖下之司法机关以中国判例供给于外国法学杂志之努力,至今又未得有丝毫结果。故中国对于本国法院具有与其他先进国法

(11) 参见同注7引文,第1页。

(12) 参见同注7引文,第9页。

(13) 参见同注7引文,第144-145页。

(14) 参见[法]宝道《暹罗治外法权之撤废》,梁仁杰译,同注8引书,第274页。

(15) 同注14引文,第273页。

(16) 蔡枢衡《中国法理自觉的发展》,清华大学出版社2005年版,第98-99页。

院同一解决最艰难法律问题能力之对外宣传,尚属缺如。”⁽¹⁷⁾

宝道总是说,中国的立法不但不落后于世界潮流,而且往往在详细程度、科学性、体系性和时代性方面反而胜于欧洲国家的法典。刑法如是,⁽¹⁸⁾破产法亦然。⁽¹⁹⁾更何况“中国近代法律,虽原为中国人民而设,然其中有高尚之原则存在,其原则如推广之,足裨益世界上其他国家”。⁽²⁰⁾当然,考虑到宝道在写作的时候刻意迎合读者预期,也在情理之中。可是这逢迎中恐怕也至少带着一些真心,毕竟中华民国立法之“先进”是时人几乎无差别地赞同的事情。那么,如此先进的立法如果不为外人所知,简直就是锦衣夜行。与此同时,泰西各国若不了解此间先进立法(且此立法之形成颇有宝道自己的功劳),也是憾事一桩。而且中国不光立法先进,法学家于个案中“解决最艰难法律问题”的能力也不逊于他国同行。如此看来,宝道对中国法的态度实在乐观。

所以,不妨推想,宝道总归是希望中国法制向“好”的方向发展。只不过人与人之间的分歧往往不在于是否要为善,而在于如何为善。宝道如何理解“好”法制实际上才是更为要紧的问题。探讨其意图并非冗余,因为只有当我们揭示宝道在主观上至少希望能帮助中国政府实现法制近代化后,才能进一步深入理解他意识中隐含的欧洲中心主义假设。上引关于领事裁判权废止和对中国判例外译的意见自然向我们展现了宝道工具性思考的一面,但也从一个侧面体现了“欧洲中心主义法律观”在形式上和实质上的特点。首先,于形式面上,宝道关于中国的立法先进的结论,是在把中国的立法与欧洲国家相似的立法对比后提出的,在这个意义上,中国立法不可能拥有一个独立于欧洲法的标准,而只能在以欧洲作为标杆的比较系统中衡量自身的价值。其次,在内容上,它又是结合于法学国际共同体的普世主义倾向中的,所以宝道才会认为存在着科学性、体系性等客观而普遍的标准,并且认为欧洲法院本身可以从中国法院对最艰难法律问题的解决中获益。这两种特点也时常在他关于如何实现优秀立法的建议中显现。

(二) 难以实现的优秀立法

宝道是实务家,着力于具体解决技术性而非理论性的问题。他同时也是一位技术官僚,看重实现目的之道,而非反省目的本身。他在探讨领事裁判权废弃之道时,提出了通过渐进主义的方法全面收回司法主权的主张,并指出,暹罗与每国单独谈判、不同时收回全部领土内治外法权、颁布新法、创设交替制度以适应过渡期需要等手段,诚为可借鉴之务实方法。⁽²¹⁾类似特点复见于宝道对《破产法》《婚姻法》和《民事诉讼法》的讨论意见中,而在他所拟少年犯人感化院意见书中则得到最集中的体现。既然设立感化院的目的“在感化教育之实施”,那么所需要研究的就只是如何设计感化院而实现此目的了,其选址、规模、分部、考察、体育、智育、职业教育、德育、纪律等各项,均需要详加探讨。⁽²²⁾该文在内容上颇接近边沁论监狱改革书的意见,但宝道并非哲学家,他所关心的毋宁是怎样通过具体设计实现感化功能,而不是感化院本身的利弊。

一言以蔽之,宝道更有可能从“合目的性”角度思考。相比于对他的每一个意见进行白描式的研究,还不如尝试归纳和抽象出他对中国法制的整体性思考。从他给出的解决方案中我们可以推知他所见中国法律整体的问题所在。他虽然没有对自己的回答进行过多的理论化,我们却不妨通过讨论

(17) [法]宝道《罗马比较法学及法制研究院》,载《现代司法》1936年第6期,第190页。

(18) 参见[法]宝道《中国刑律典之修正》,同注8引书,第164页。

(19) 参见[法]宝道《对于破产法草案之意见》,骆允协译,载《法治周报》1934年第2卷第16期,第3页。

(20) [法]宝道《中国近代法律之译译》,同注8引书,第485页。

(21) 同注14引文,第273页。

(22) [法]宝道《对于少年犯人感化院组织意见书》,载《现代司法》1935年第1卷第3期,第179-189页。

他对问题的形构而管窥背后的理论预设。

不妨从宝道最熟悉的财政方面入手,考察他1925年的一次发言和一份意见书。宝道在全国财政讨论会上曾主张,“中国财政,在拨用华府会议所议决之二五附加税、充政府无确实抵押债务之整理基金以前,实无整理财政可言”他当时认为关税会议一旦召开,不久便可落实各项计划,谁知道“为政治问题,华府所议决者迄未见诸实行”而结果便是“整理中国财政一事延缓二年有余”。⁽²³⁾言语之间,不难看出一个技术官员对政治考量导致计划无法按期执行的不耐烦情绪。尽管有如此不耐烦的情绪,他却一直主张渐进式地实现立法的目标。

1923年《宪法》第119条规定:“国家岁出之支付命令须先经审计院之核准。”该条文是对《天坛宪草》第105条的原文照抄,从宪法上规定了审计院对国家财政的事前监督。宝道和俄国人葛诺发共同草拟了一份针对此条的意见,认为:“国家遇有财政不敷或财政紧急处分之时,政府须设法应付……虽然,观察中国国政,若非大有进步,而北京政府若非恢复期政府一如宪法之所授予者,则宪法中所制定之国库统一与夫财政组织绝非一时所能径行无碍,且际此国库空虚之时期,虽有事前监督之美制及百备无患之法度,而为时尚早,几如画饼,以北京政府行之究不如一二独立行省之富有收入者为较易也。”⁽²⁴⁾

寥寥数语之间,他对雇主所面对的困难的判断已表达得直白无疑。可以追溯到民国二年的事前监督固然是“美制”,单单考虑宪法上财政制度的建立,1923年《宪法》、乃至北洋政府时期的历部宪法,在文本上都可以称“百备无患”。但问题不是怎样有一部起草得完美的宪法,而是如何让从文本上看至周至详的宪法真能“径行无碍”。两位外国专家很不客气地说,如果中国国政没有重大进步,那么看上去很美的宪法设计也不过就是画饼充饥而已。

设计良好的宪法和混乱不堪的政治实践之间的张力,不过是宝道眼中整个中国法律最严重问题的一个缩影。我们不妨理解为规范与事实之间的张力。但宝道的认识似乎有更丰富的内涵。比如对于《破产法》,他的评价是“规定极为详细,虽不能与以复杂著名之英美法系并驾齐驱,但较诸欧洲各国或大陆法系之破产法,则详尽多多矣”。⁽²⁵⁾只是这样的详细备至的法典,在现实中很难发挥其制度设计之妙,盖与中国固有的交易和纠纷解决之习惯不同:“德法英三国商人视破产制度为一种法律赋予之便利,裨其债务人于无法清偿之时,有自然解决之方。故彼欢迎法院之干预……但中国商人无论其为债务人或债权人,均不愿法院干预其经营事务,彼等委托人从中依习惯为之调解也。”⁽²⁶⁾既然在习惯上,中国商人不愿意前往象征着国家权力的法院,而是更愿意寻找调解人,那么调解所依据的规则就完全可以当地习惯、人情乃至对长期多次博弈中最优结果之预期,却不一定是法律了。更何况法典的内容本身是西洋的舶来品,而“中国已有之商业习惯各处并非一律,其特点亦有时与现今外国商业习惯大相径庭”,“故以德国法律为主要母法之详密的破产法如本草案者,施行时,必至与许多地方上久经遵从而在商业社会占有重要地位之习惯相冲突”。⁽²⁷⁾

由是观之,宝道并不否认现有规范的先进性,只不过先进的法律到目前为止尚未能够让法律所希望规制的人接受而已。所以他心中的问题倒和王伯琦所意识到的差不太多了:“我们立法上所采纳的,全套是西洋的最新法律制度,而在大众意识上所了解的,一般的似乎仍是固有的而且是复古的礼

(23) [法]宝道《整理无抵押债务兼筹国家行政经费意见书》,载《银行杂志》1925年第2卷第23号,第20页。

(24) [法]宝道、[俄]葛诺发《对于宪法第一百一十九条实行之意见》(1925年),见中国第二历史档案馆《北洋政府审计院外籍顾问宝道等改革中国审计制度的建议》,载《民国档案》1994年第1期,第10页。

(25) [法]宝道《对于破产法草案之意见》,骆允协译,《法治周报》1934年第2卷第16期,第3页。

(26) 同注25引文,第4页。

(27) 同注25引文,第3-4页。

教制度。”⁽²⁸⁾有趣的是,王伯琦正好是在宝道离开中国的时候从巴黎大学毕业回国的。所以中国法律在20世纪初的问题就是超前的立法和固有的社会制度之间的紧张关系。

希望颁行一套融合了较先进的法律思想的成文法,本身并不是一个值得质疑的目的。或者宝道也从来没有想要质疑中国政府希望实现的任何目的。惟民国诸法典起草过程中所体现出的恰恰是对法典的误解。因为“编纂法典之词,时致误解为依局部科学上激发之新辙……实则多数法典之编纂,其主要者如拿破仑法典之编纂,仅为‘集成’而已”。⁽²⁹⁾所以法典编纂首先考虑的不当是梅仲协先生所谓“集现代各国民法之精英,而弃其糟粕”,⁽³⁰⁾而是对斯人所既有之理念、规则、习惯,加以尊重和保留。他因而不无遗憾地说:“中国之编纂法典也,反于欧美法典之编纂,完全脱离中国遗传之法律,即由中国旧律继续沿革而发达者,从唐律以迄于民国前二年所颁之《大清例律》。”⁽³¹⁾在宝道看来,同样是法典编纂,改革国家以此志业为创新,可欧洲国家却以此为传承,二者差别昭然若揭。

可见,在宝道眼中,中国法的问题乃在于设计良好的法律无法落实。究其原因,大致可以分为政局混乱、与中国素来习惯不相吻合、与中国固有价值断裂三大方面。对于实践家宝道,既然有问题,便需要寻求解决方案。与他巴黎大学的校友王伯琦不同,宝道主张采取渐进式的方法改造中国社会。而从他的解答中,我们可以探问背后潜藏的法律理念。

(三) 温和的欧洲中心主义

希望中国法制有所改善的宝道意识到中国的法典虽然设计良好,却无法实施,因为政府错误地理解了法典化。至于什么是正确的法典化观念,还是要在欧洲立法史上寻找。欧洲法典编纂自然有墨守成规之处。比如宝道所熟悉的《拿破仑法典》在家父制和离婚两点上,大革命所催生之主张平等与自由的法制,短短数年间便蜕变成了保留家父制、名义上承认离婚却在实践上特别严苛的制度。⁽³²⁾夫妻在财产权方面的平等和对离婚条件较为宽松的解释,实际上是通过司法在长期实践中确定下来的。或许正是因为想到了法国的家庭法制在整个19世纪一直随着政治风潮变动,宝道才更清醒地认识到,指望通过激进的革命法制一股脑地洗掉旧式家庭(或者推而广之,洗刷一切固有的习惯和社会制度)绝对是艰难,甚至是不可能的。

然而,宝道关于法典化应该顺应传统的论断有两个不得不指出的面向。(1)他认为中国政府误解了法典化,原因则是西欧各国进行法典化的时候并没有采取激进的方式创造本来在习惯和风俗中所不存在的规范。所以,在他的话语中,预设了一个对法典的正确理解,而这一正确理解来自欧洲。任何和这个来自欧洲的理解不同的想法都只能是谬误的,而不能仅仅是另一种法典化观念。欧洲的经验提供着标准,亚洲的经验只能是经由这个标准衡量和评估的对象。如果在潜意识中便把欧洲视为观察的原点,那么任何的比较都会变成用欧洲经验对非欧洲经验的批评。(2)宝道所谓保留中国传统并非因为他认为这些传统本身有保留的价值,只是在先进立法无法立刻实现的情况下,不妨采取渐进的方法。最终取得支配地位的还非得是欧洲式的立法不可。两点合而观之,可见宝道虽然思想底色是欧洲中心主义的,却不像在北非和西非推广法国制度的法国官员或很多东亚革命者那样的激进。相反,因为较为务实的立场,宝道只能说是温和的欧洲中心论者。但无论道路有多曲折,欧洲始终既是奋斗的目标,又是模仿的对象。下面以他关于家庭制度改革的议论加以说明。

(28) 王伯琦《近代法律思潮与中国固有文化》,清华大学出版社2004年版,“序言”,第3页。

(29) 同注18引文,第164页。

(30) 梅仲协《民法要义》,中国政法大学出版社1998年版,第2页。

(31) 同注18引文,第165页。

(32) 《法国民法典》起草过程中各草案内容的对比以及婚姻制度方面的演变,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,第20-25页。

中国在新旧交替间颇有“毁家强国”的主张。依照此项主张,因为中国旧制家庭超越个人地位,“且易养成懒惰之习惯,而阻挫个人创业之志气”,⁽³³⁾所以摧毁旧家庭组织而建立绝对的个人主义法制实是强国的当务之急。宝道本人来自婚姻家庭制度较趋向于个人主义、平等主义的法国,却主张慎重处理家庭制度变革,乃至认为“此制度固中国三千年所由生之基础”、“中华民族之至今不至于沦亡者,实赖于是”。⁽³⁴⁾所以“其废除即无害于日常生活,然因其悖于国民之习惯,故每每不能易彻底施行”。⁽³⁵⁾然而他对家制持果然持肯定态度吗?⁽³⁶⁾与其断章取义,不如就宝道系争文章之整体作观。

首先,我国当时的家庭法条文不但有许多来自欧洲,而且十分强调个人自由。虽然梅仲协先生谓旧中国民法十之六七取自德国,但偏偏是家庭法部分抛弃了德国成例。法典在外观上仍采德国模式,单列了亲属编,但在内容上较为接近瑞士。而且瑞士的家庭法比德国更强调个人的自主。所以才有胡长清氏谓“盖在我国民法,不过以家为一定亲属间共同生活之方式,而非以其为亲属关系之基础。此与瑞士民法之所谓家,正属相同”。⁽³⁷⁾夫妻的法定财产制方面,亦从瑞士立法例,为联合财产制。⁽³⁸⁾

其次,认识到强调个人自由的家庭法与重视家制的中国传统之间紧张关系的宝道实际上仍然认为应该改造社会、适应法律。他在刑法起草的过程中“屡主张在事实之上,特种法学理论,或特别法律制度,颇著成效于特定之外国者,初不能证明其必有成效于中国也。”⁽³⁹⁾那么他是否也认为移植而来的家庭法制难以见成效于中国?仅就字面观之,似乎宝道却有此倾向。不但因为家族主义的亲属法制度是中华民族三千年所以发达之本,也因为实际上各地风俗各异,且根深蒂固:“然中国法制统一之实现,非一朝一夕之图,蒙藏青新闭塞之风,与云桂川康瑶苗之俗,其根深,其蒂固,欲移易之,非数十年不为功。……中国地大人众,远胜全欧,而欲其完全统治于同一之家庭制度下则亦难矣。”⁽⁴⁰⁾

然而,宝道并非一保守派人物。在他看来,追求发达的立法本身并没有问题。有问题的只是实现的方法。换言之,有疑问之处在于是否需要在民间仍未接受个人主义之家庭制度的情况下,暴风骤雨般毫无例外、毫无通融地贯彻先进法制。毕竟“中国国民虽仍多赞成其固有之道德与家庭制度,然一般青年,与曾留学国外或曾肄业于外洋文化势力所及之地者,已逐渐形成一新阶级。”⁽⁴¹⁾组成该新阶级者,自然是极力推崇新制度的。新思想的萌芽既然已经种下,就不怕新制度在日后无法得到普遍接受:“民众对于此问题之观念正日渐转移,而改造派之主张,亦如春草之暴发,来日方长,其势力方兴未艾也。此民意之进化,实足臻中国于富强,苟于民法中承认旧制度,则新势力之发展,亦将因之迟滞。故余意以为政府暂不宜助长任何一方面之势力,而宜听其自然发展。再过若干年,便易知民意之普遍趋向为如何矣。”⁽⁴²⁾

所以,宝道其实并未在旧传统和新制度之间逡巡。宝道对中国如何发展法制才“好”,有很清晰的见解:先进的立法当然要发展下去,但是步骤上却应该小心一些。在他看来,发达立法自然是“好”的,但要是该发达立法能够毫无障碍地实行于当世,那就更“好”了。用欧洲的立法来改造社会的目的自然是好的,只是手段上不妨设立一个过渡期,一方面采取渐进式立法,另一方面考虑法制上的联邦

(33) [法]宝道《中国亲属法之改造》,张毓昆译,载《法学季刊》1936年第1卷1号,第123页。

(34) 同注33引文,第124页。

(35) 同注33引文,第124页。

(36) 谢莉主张此说,参见谢莉《〈中华民国民法亲属编〉研究》,华东政法学院博士论文,2007年,第137页。

(37) 胡长清《中国民法亲属论》,商务印书馆1936年版,第7页;史尚宽《亲属法论》,中国政法大学出版社2000年版,第6页。

(38) 史尚宽,同注37引书,第335页。

(39) 同注18引文,第165页。

(40) 同注33引文,第127页。

(41) 同注33引文,第125页。

(42) 同注33引文,第127页。

制——于大城市、内地、边远少数民族地区采取不同的制度。其实这一手段也恰恰来源于法国家庭法在 19 世纪逐渐演变经验。只不过 1912 年到 1949 年之间,动荡的中国政局要是不允许任何一方势力耐心地过渡下去,又该如何? 实务经验丰富如宝道者或许也无法回答这个问题。

于是我们不难发现,不但宝道对中国立法之品质的判断来自对欧洲标准的符合程度,而且他关于如何落实这种优良立法的建议也完全来自于欧洲的经验。在这个意义上,虽然宝道本人未必意识到,但是他却完美地体现了欧洲中心主义的法律观。当他需要评价一个国家的法律质量时,他很自然地回归到了欧洲法中,所以对欧洲法律的知识构成了他的前见,也是他观察的立足点。而且欧洲法律本身就是标准,中国法无论优劣,都是在与欧洲法的对比中体现出来的,甚至其高明之处也只因为相对于欧洲法的高明而得到赞赏。至于传统的中国法,虽然更能得到本国人民的接受,却因为与欧洲法格格不入,本身是无价值的,更不足以提供一种评价中国新立法的标准,最多只能因为权宜的目的保留下来,到头来还是要逐步让位于新立法。甚至在识别出中国优秀立法无法实施之后,宝道的第一个反应仍然是回到欧洲的法制史,寻找“正确”的法典化意识。所以,欧洲不但提供了法律,还提供了关于正确与错误的标准和存在问题时的解决思路。

三、法学国际共同体与欧洲中心主义法律观

从上文的分析可见,宝道持有一种温和的欧洲中心论。他希望能完成自己作为顾问帮助中国建设现代法制的使命,他理解的现代性也就是欧洲的历史发展中所展现的现代性。只不过中国要完成现代化进程需要更多的耐心。下文将把宝道重置于 20 世纪前期的法律人共同体中,也就是把他的所想所言放回到整个欧洲学术发展的语境中,由此一方面说明他相对于共同体中其他成员的代表性,另一方面强调他所处的时代与此前法学的区别。那些和宝道一样的欧洲法学家推广着欧洲法的同时,也改变着此前的法学传统。所以 20 世纪初法律的全球化真正发生的时候,占上风的是关注进步、经验的扩张性欧洲中心主义。

(一) 欧洲法律的推广者

此前提到 20 世纪初出现了一个法学国际共同体,他们怀着寻找对各国面对之普遍法律问题一般解答的信心,参与国际性的讨论。在中国法制近代化的时刻,上述所谓“一般解答”,对于这个共同体的成员来说,就蕴含在欧洲法和欧洲法学之中。换言之,宝道所属的国际共同体既以欧洲中心法律观作为共同意识,又以自己在世界范围内的实践和推广发展了这种法律观。对于宝道和其他在华外国法学家而言,中国始终是一个他者。但对于他者的认识又在某种程度上形成了自我的一部分。因为不管是有留洋经历的中国法学家,还是来华的外国顾问,活跃在 20 世纪早期的法学家与此前此后的同行皆大不相同。商业的发展、殖民帝国的扩张和国际交往的日渐频繁让一个超越了欧洲的、真正国际性的法律共同体第一次得以形成。这个共同体远远不是平等和均质的。来自帝国中心的法学家前往帝国的边缘,担任政府的顾问、法典的起草者、教师的教师,传播关于法律的知识。宝道、埃斯加拉、狄骥均在此列。而来自帝国边缘的年轻人则前往巴黎、柏林、伦敦学习关于法律的知识。梅谦次郎、有贺长雄、伍廷芳、吴经熊、王伯琦便是其中的佼佼者,他们反过来又在自己的母国或更加边缘的国家扮演教师的角色。诚然,在教学的过程中,知识并非单向度地由帝国中心传播到边缘。边缘的经验和对边缘的知识同样也反过来增补身处帝国中心者的认知。但是知识的生产却垄断在中心。来自中心

的法学家就是逐渐形成的国际学术界和法律共同体的“温良教化者”。⁽⁴³⁾

宝道作为法学国际共同体一份子的意义固然重要,但这个共同体本身也不是铁板一块。这一共同体成员的一个重要信念是存在对一些各国共同面对的法律问题的一般解决方式,所以他们都是最广泛意义上的普遍主义者。但是对普遍性的理解可能有所不同,一些可能认为法律规则本身是普遍的,另一些可能认为只有抽象的法思想是普遍的。从欧洲各国在对外输出自己的法律规则及借此扩大对其他国家的政治影响力方面,存在非常明显的竞争关系。巴黎政治大学的前身自由政治学堂(École libre des sciences politiques)便和德国的外交、行政教育机构竞争外国留学生,并以此作为其存在的理由之一。⁽⁴⁴⁾ 长期作为法国法学的对照品,德国法学在19世纪末在全世界范围内有着巨大的影响。⁽⁴⁵⁾ 那么,为何民国政府最终选择了宝道作为法律顾问,并令其服务如此长的时间?以下提出三点推测。(1)德国历史法学较强调法律的本土性,从而在欧美以外的国家比主张普世性的法国法哲学更难跨过文化障碍而落地生根。(2)法国在外交上一直奉行扩张主义,法律外交也不例外,而且法国行政权力干涉学术较多,对与主流学说相左者而言,前往海外反而更能实现抱负,所以无论是外交家还是法律理论家更容易受到鼓舞前往国外谋求发展。⁽⁴⁶⁾ (3)第一次世界大战并非仅仅是军事实力的较量,同时也在法学界阐释成法律理念的较量。⁽⁴⁷⁾ 于是,作为战败国的德国,自然在聘任政府顾问这样高度政治性的博弈中难占上风。更何况,要向其他国家输出自己的法律制度与理想,一定程度的国际主义是必要的,可建设国际社会的追求在《凡尔赛条约》缔结后彻底消失在德国法学界、特别是公法学界,更多的讨论集中在如何让德国重新成为正常国家。大部分的德国法学家一战后退出了国际法研究会,便从侧面说明了德国法学家在国际舞台上的弱势。⁽⁴⁸⁾ 虽然如此,德国法学的吸引力独立于德国法学家存在,让诸如历史法学的洞见成了欧洲法学家的共同认识。宝道和埃斯加拉都强调了传统对于法典的重要性,便是德国法学贡献的明证。更何况在德国法学上发展成熟的“意思理论”和法律解释方法虽然在1914年以后饱受批评,却已经在世界范围内得到广泛接受。⁽⁴⁹⁾

所以,当中国致力于法制近代化的时候,遇到的是这种特殊的、和法国法紧密相连的欧洲中心主义,而且这种相遇并不完全是偶然的。历史没有如果,但不妨想象,一个在历史法学中成长的顾问可能为我国带来一种不同的“欧洲中心主义”。如赫善心(Harald Gutherz, 1880-1912)就从历史法学出发,支持“礼法一体”的观念。虽然其理论基础来自德国,但实质结果却是中国应当保留不同于欧洲法的传统。相比之下,我国因为法学国际共同体在彼时的特殊构造而接触到的是一种较强普遍性主张的欧洲中心主义。

上文提及,宝道主张在移植外国先进法制时也需要考虑中国的固有习惯。他的同胞、经他介绍而

(43) See Martii Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, at 12 (Cambridge U. Press 2004).

(44) Cf. Sébastien Laurent, *L' école libre des sciences politiques de 1871 à 1914*, Mémoire, L' Institut d' études politiques de Paris, Paris, 1991, p. 54.

(45) See Duncan Kennedy, *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000*, in *The New Law and Economic Development 19, 20* (Alvaro Santos & David Trubek eds., Cambridge U. Press 2006); David Rabban, *American Responses to German Legal Scholarship: From the Civil War to World War I*, 1 Comp. Leg. Hist. 13 (2013).

(46) Cf. Frédéric Audren et Jean-Louis Halpérin, *La culture juridique française. Entre mythes et réalités (XIXe - XXe siècles)*, Presse CNRS, 2013, p. 197.

(47) Cf. Maurice Hauriou, «Le droit naturel et l' Allemagne», *Le correspondant*, 1918, p. 913; George Ripert, «L' idée du droit en Allemagne et la guerre actuelle», *Revue internationale de l' enseignement*, 1915, pp. 169-183.

(48) See Koskenniemi, *supra* note 43, at 236-238.

(49) See Kennedy, *supra* note 45 at 26.

同为中国政府顾问的埃斯加拉也有类似的主张：“中国旧有之商事惯习，所有商会组合及其他制度，必不可废；唯稍加改革，增益其职务可耳。故鄙人起草商法典，将职业规定，归入于商人一章，仍不能不参酌中国旧有之习惯。盖中国旧有习惯，商人自成阶级，其上市制度每为国家所不注意者，尤不能不思所以保存之。弃旧有之习惯，徒剿袭外国法，做纸上空谈非所以取也。修订中国商法典，能保存中国旧有之商事习惯，复参合以新商法运用之条规，庶法典一颁，自无窒碍难行之虞也。”⁽⁵⁰⁾

表面上看，埃斯加拉和宝道都赞成某种程度的法律多元主义，认为国法未必能够完全代替习惯。然而，他们不过表达了彼时欧洲比较法学家的共识罢了。他们眼中的中国，并不是美国的观察者所见的法律真空或仅有野蛮和腐败的法律的国家。⁽⁵¹⁾ 中国有自己的法律传统，也有一套维持着社会秩序和政权稳定的习惯，自不待言。然而关键的问题尚不在于欧洲法学家是否能够认识并欣赏到法律上的不同性，而在于这种不同对他们到底意味着什么。对这一问题的回答，似乎可以从比较法学本身的发展中找到启发。

按理说比较法学的发展应当让欧洲法学家意识到，各国的规定千差万别，无法寻找一定之规。但真实情况却是法学家们相信在纷繁复杂的表象之下，因为人类理性的普遍性，各国的规定实质上殊途同归。更何况世界经济的发展要求各国执行统一的商法，比较法就是迈向法律一体化的最佳路径。⁽⁵²⁾ 需要注意的是，此说并非法国所独有，而是法学国际共同体中相当重要的一种心态。同样在东亚地区工作过、也指导过中国学生的美国证据法学家威格摩尔（John Wigmore, 1863 - 1943）也接受了类似的普世主义观点，认为“比较法不仅仅是法学的一个分支，而且是法学要适应意识到其成员之间连带关系之国际共同体所必须采取的方法”。⁽⁵³⁾ 那些“年轻的中国法学家”对混合法庭的排斥以及背后的民族主义思想无疑是相当令人遗憾的。⁽⁵⁴⁾ 就连看上去最不同于欧洲法的穆斯林法，实际上都有着所有和欧洲法律发挥着同等功能的制度，而且完全可以实现现代化，⁽⁵⁵⁾ 那么又有什么能构成私法统一的障碍的呢？更何况，宝道和埃斯加拉并未否认现代化和法律移植的意义。他们的建议仅仅是策略性的而已。换言之，宝道和埃斯加拉等来华法学家知识背景决定，他们就算可以认识到中国存在一种不同于欧洲的法律秩序，但中国传统法制在他们眼中只能是革新和取代的对象。宝道对于中国家庭制度改革的评论已经充分说明了他希望通过渐进改革最终让欧洲民法制度在中国落地生根的想法。

出生于埃及、在亚非度过大部分职业生涯的宝道似乎应该比其他外国顾问的欧洲中心主义色彩更淡，并对他者有更多的理解。然而人的思想要通过语言来表达，他可以用于表达思想的语言在一个给定的时代却是固定的。换言之，无论一个人的思想有多少独创性，他都必须用既有的词汇、概念、语法、用法来表达。当我们陈述知识的时候，边界本身已经由语言给定了。宝道也不例外。他对中国法律的论述终究只说明了他仍是 20 世纪初那一代法学家中的一员。这一代人建构了一个让普遍化语言可以把形成于欧洲经验的规则和学说扩张到世界各地的国际性讨论环境。他们和前辈颇有不同。

(50) [法]爱师嘉拉《关于修订中国商法典之报告》同注 8 引书，第 215 页。

(51) See Ruskola, *supra* note 2.

(52) Cf. Édouard Lambert, *Le Congrès international de droit comparé de 1932; les travaux de la section générale*, Lyon, Paris, A. Rey; Librairie du Recueil Sirey, 1934.

(53) John Wigmore, « Les rapports du droit et de la religion dans le monde musulman moderne », *Annales de l'université de Lyon*, 1934, vol. 45 n° 1, pp. 90 - 101.

(54) Cf. John Wigmore, « L'avenir du système juridique anglo-américain », in Pierre Garraud (éd.), *Introduction à l'étude du droit comparé: recueil d'études en l'honneur d'Édouard Lambert*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1938, vol. III/II, p. 104 - 108.

(55) Cf. Wigmore, « Les rapports du droit et de la religion dans le monde musulman moderne » ... *op. cit.*

前文提到他们在欧洲以外推广着欧洲法,只有在他们所处的法学更新脉络之下才可以充分理解这种扩张姿态的意义。换言之,与法学国际共同体共生的这种欧洲中心主义,本身就成长于法学的更新换代中。

(二) 传统法学的革新者

从国际的视角看,宝道不妨是其他的“温良教化者”之一,从法国国内的视角看,他则表现为一个积极的革新者。活跃在20世纪初年的法国法学家在许多方面区别于他们的前辈。首先,他们不再以静态的方式理解《民法典》所确立的秩序。其次,他们的目光不再局限在欧洲内部。

巴黎大学在1890年以前基本没有教学上的重大改革。实际上,如果考察宝道就读于巴黎法学院时(1886~1889)一些重要课程的教员,⁽⁵⁶⁾我们就不难看出此时巴黎法学院正处于一个较为微妙的时期。民法教师是比弗努瓦尔(Claude Bufnoir, 1832~1898)、伯当(Charles Beudant, 1829~1895),还有老迈年高的韦龙-迪维尔热(Alexandre Véron-Duverger, 1818~1892)与德芒特(Gabriel Demante, 1821~1909);商法教师是布瓦泰尔(Alphonse Boistel, 1836~1908);国际法(droit des gens)由雷诺(Louis Renault, 1843~1918)讲授,雷诺同样是马建忠留学自由政治学堂时的国际法教师;罗马法由莱昂-卡昂(Charles Lyon-Caen, 1843~1935)讲授,莱昂-卡昂是马建忠在政治学院的商法教授;国际私法教师是莱内(Armand Lainé, 1841~1908);而法制史教师是拉尔诺德(Ferdinand Larnaude, 1853~1942)。仅仅从教学人员的年龄上,我们已经可以看到,民法的教师年资较长,德芒特更是从1861年开始便未间断过民法教学。其他专业则是由较年轻的力量担当授课任务。如果带着后见之明,我们自然会看到布瓦泰尔于1896年在巴黎法学院重新开设了法哲学课程,并且极大贡献于法国自然法的复兴,⁽⁵⁷⁾雷诺是国际上法国学派的开创者之一,⁽⁵⁸⁾雷诺和莱昂-卡昂于政治学院进行了极多的教学试验,莱内不但写了经典的教科书,⁽⁵⁹⁾还理论化了作为法国国际私法重要基础的反致技术,⁽⁶⁰⁾而拉尔诺德则在1919年巴黎和会上发挥了重要作用。⁽⁶¹⁾可是这一切在19岁的宝道来到先贤祠广场的时候,都是无法预料的。他所见的是最重要的教学科目民法均由年资较长的教师讲授,而后来在美国人庞德(Roscoe Pound, 1870~1964)口中“希望中国有几部像Planiol那样的著作”的普拉尼奥(Marcel Planiol, 1853~1931)在1886年刚抵达巴黎法学院时,甚至面临连续数年无课可上的窘境。

需要指出的是,就算在老资格的民法教员中,至少比弗努瓦尔和伯当绝非守旧势力的代表。只是要等到巴黎法学院变成共和派宪法学的核心阵地,而比弗努瓦尔的女婿萨莱耶(Raymond Saleilles, 1855~1912)在1895年来到巴黎时,较为明显的革新才开始。而且巴黎也一直未成为创新的阵地,只是“在传统中变”罢了。所以,宝道恰好是变革引而未发时接受的法学教育,他的老师正处于新旧交替之间。而且他和他的同龄人恰好是变革的参与者。革新的结果自然是多方面的,自然法的复兴、对法律渊源和法律解释方法的兴趣、民法的社会化、法律社会主义的出现、法国式的实证主义宪法学派、社会连带的国际法学都不妨为革新的不同侧面。宝道和他同时代的法学家正是在此时此刻以传统法学

(56) SIPROJURIS网站收集整理了1804年到1950年之间法国法学院课程设置和教学人员的信息,虽然尚不完整,但已足以让我们一窥这段时间主要法学院的主要课程安排。http://siprojuris.symogih.org/ 最后访问日期:2016年6月8日。

(57) Cf. Alphonse Barthélémy Martin Boistel, *Cours de philosophie du droit: professé à la Faculté de droit de Paris*, A. Fontemoing, 1899.

(58) Cf. Emmanuelle Jouannet, «Regards sur un siècle de doctrine française du droit international», *Annuaire français de droit international*, 2000, vol. 46 n° 1, pp. 1-57.

(59) Cf. Armand Lainé, *Introduction au droit international privé, contenant une étude historique et critique de la théorie des statuts et des rapports de cette théorie avec la code civil*, Pichon, 1888.

(60) Cf. Armand Lainé, *La théorie du renvoi en droit international privé*, 1909.

(61) Cf. Vincent Laniol, «Ferdinand Larnaude, un «délégué technique» à la conférence de la Paix de 1919 entre expertise et «culture de guerre»», *Relations internationales*, 2012, vol. 149 n° 1, pp. 43-55.

的变革者身份登上国际舞台。值得一提的是,他们的努力不但深刻改变了欧洲法学教育的组织,也为20世纪30年代初北大法学教育改革提供了模仿的对象,实现了从“闭关自守的法学”向“门户开放的法学”的转变。⁽⁶²⁾

前文提及,宝道和其他法学国际共同体的参与者都是把欧洲法传播到世界其他角落的教师。以传统法学的革新者的姿态,他们这一代法学家也展现出一种全新的欧洲中心主义。此前,对外部世界漠不关心的欧洲中心主义在1900年巴黎比较法学大会的发起人萨莱耶对比较法的认识中自我表达:在欧洲各发展程度相似的国家之间寻找对类似社会问题的不同解决方式,从中选择较为优秀者,用以改善国内法。⁽⁶³⁾所以在老一辈欧洲法学家的叙事中,欧洲中心主义是不言而喻的,因为他们只关心欧洲国家的法律,其他国家的法律在此处是缺位的。而在宝道身上所表现出来的是另一种惯看大千世界中五彩缤纷的法律后,仍抱有普世主义信念的欧洲中心主义。它则体现在1931年的里昂大会发起人朗贝尔(Édouard Lambert, 1866~1947)“通过比较法实现人类共同法”的主张中。⁽⁶⁴⁾新的欧洲中心论表现出三方面特点:(1)这是一种自我觉醒的欧洲中心论。以宝道为代表的这一代法学家意识到他们需要回答的问题并不是他们本国的问题,而是其他国家的问题,但他们仍认为欧洲国家是标准,是尺度。而且他们也意识到欧洲是值得追求的理想。(2)这是一种考虑到地域的欧洲中心论。过去抽象对“人性”和“事物本质”的抽象思考,⁽⁶⁵⁾如今让位于不同地域的经验,尽管这些经验往往倾向于重新确定一个早就存在于罗马法上的见解。(3)这是一种获得了时间感的欧洲中心主义。人类所面对的情势一直处于变化之中,过去的经验可以作为现在的参照。而既然事情是会变化的,那么便不妨令它往更好的方向发展。好的标准却往往是欧洲提供的。如果一个国家目前的情况尚不适合采取一套纯然欧洲式的法典,那只是因为其民智未开罢了,假以时日,总归是有让引自欧洲的法典畅行无碍的一天。⁽⁶⁶⁾

以上三个特点让20世纪初的欧洲中心法律观具有了进步主义的内核,表现出强烈的扩张性,并在实践中主要以各国法律均质化的主张出现。法律人国际共同体的知识背景与进步主义思潮在法学中长达半世纪的发展是分不开的。“立法者改动三个词,所有的法学文献都会成为废纸”,⁽⁶⁷⁾基尔希曼(Julius von Kirchmann, 1802~1884)在柏林法学家大会上如是说。不久之后,1848年的革命浪潮席卷全欧。今人只道这是对法学的嘲讽,完全忽略了它象征一种新的时间观和历史观在法学中出现。既然立法者可以随心所欲地改动法律,那么就没有什么是永恒而不可改变的了。一切皆流,一切皆变。流变的方向,显然是用现代的取代过去的。到了20世纪,这种想法已经潜移默化地成为许多法学家的共识,而且通过人员的流动传播到不同的国家。比如,留法的王伯琦便认为社会进步是一个线性的过程,而且此过程唯一的模式就是从家庭本位到个人自由,再到社会给予应有的重视。所以,用个人本位的成文法摧枯拉朽般毁灭过去落后的传统实在是必然的结果。虽然在落实现代化的路径上

(62) 参见杨瑞《北京大学法科的缘起与流变》,载《近代史研究》2015年第3期,第97页。

(63) Cf. Raymond Saleilles, « Conception et objet de la science du droit comparé », in *Congrès international de droit comparé tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900: procès-verbaux*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1905, p. 167.

(64) Cf. Christophe Jamin, « Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité. À propos du centenaire du Congrès international de droit comparé de Paris », *Revue internationale de droit comparé*, 2000, vol. 52 n° 4, p. 733-751.

(65) 其集大成者于此时莫过于伯当的著作, Cf. Charles Beudant, *Le droit individuel et l'État: introduction à l'étude du droit*, A. Rousseau, 1891.

(66) 如德谟格就在1927年于布宜诺斯艾利斯演讲时说“构成世界法律一体化实现的真正阻力,仅仅是物理条件、国家经济情况这样的物质状况,或者人民不开化、道德水准低下这样的社会事实而已。”René Demogue, *L'unification internationale du droit privé: leçons faites à la Faculté de Buenos-Ayres*, Rousseau, 1927, p. 128.

(67) [德]冯·基尔希曼《作为科学的法学的无价值性》,赵阳译,载《比较法研究》2004年第1期,第146页。

宝道没有王伯琦那么激进,其实背后的进步主义意识却是一般无二。

与此同时,法学国际共同体的形成和他们在世界各地的经历,也促进了进步主义法律思想的发展。因为当他们把外国的法律实践作为经验纳入到欧洲的进步标准中时,他们更相信任何与欧洲不一致的地方都是发展程度不够所致,而中国、日本、土耳其等国法律近代化的经验恰恰说明,把欧洲法律移植到完全不同的文化中是可以成功的。如此一来,来自欧洲经验的进步主义观念就通过世界其他角落的经验一再自我证明、不断强化。

重视进步与重视经验,此时表现为一体之两面。过去的经验可以为今天面对的问题提供参照,所以法国与瑞士、比利时勘界的实践以及俄国欲于黑海设海军而与欧洲各国修约的经验都是中国政府可以参考的国际法策略样本。⁽⁶⁸⁾且暹罗与各国分别谈判废撤领事裁判权之经验也为中国实现相同目的提供借鉴。宝道作为外交顾问为中国政府设计的方案,恰好体现了实干家的核心素质,即“因时递变之源流,与夫随时达变之才识”⁽⁶⁹⁾。

申言之,马建忠与宝道是两位都曾在欧亚大陆两端生活过的实务家,所看重的皆为“相时致变之实学”。⁽⁷⁰⁾令人唏嘘不已的是,至少从目前所见马建忠在法期间的档案来看,作为最早的两任赴法学习行政外交事务的学生之一,他在法学习很有心得,其才学未见得就不及宝道,回国后却未克重用。然而从两者所关注的重点看,身处世纪之交的外交实务家所分享的思维特征,当不难辨别。那么回到宝道对中国法问题解决之道的评论,可以发现恰恰是从欧洲的法典化经验看,急于用设计精细的法典彻底改变传统社会中的规则有违“因时递变”之训,反倒是先在一定程度上保留旧俗从长远来看更有利于法制现代化的实现。

人类社会和社会中的法都应该不断的进步,但进步的标准来自欧洲法,甚至进步的途经也来自于和欧洲法相关的经验。欧洲中心主义的法律观把一种欧洲式的现代性和现代化普遍化为全世界统一的历史趋势。这种欧洲中心主义简单地用欧洲内部的经验来理解现代性。现代性意味着由一系列关键历史时刻标志的解放进程:15世纪的意大利文艺复兴、16世纪到18世纪的德国宗教改革、17世纪的英格兰议会,一直到18世纪的法国。⁽⁷¹⁾宝道和他同时代的法律人抛弃了传统自然法信仰的永恒性,却转而坚信进步过程的永恒性。换言之,基于欧洲内部政治经验的现代化进程如今成了一个必然的过程,其他的文化只能参与其中,而不能质疑其内容。前面的讨论说明宝道至少在主观上希望能为中国法制的现代化作出贡献,只不过他和那些经历了欧洲法学革新的同行一样,以一种欧洲中心主义的视角把握“现代”,那么他所能做的只不过是尽其所能让中国成为现代化进程中的一部分。

19世纪末的法学依赖坚守欧洲文化特殊性的“文明话语”:一个不处于欧洲的国家是否能够接受欧洲的法律,是否能够接受国际法而成为国际社会的一员,主要看它是否是“文明国家”。所以阿根廷、爱沙尼亚、日本的法学家极力论证他们的祖国已经达到了欧洲国家设立的文明标准。⁽⁷²⁾20世纪初的法学则不同,“进步”取代“文明”成为普世的标准。不同于消极地以文明标准排除其他国家的19世纪法学,20世纪法学强调的是进步的可能性,从而积极地促进所有的地理单位都向欧洲所确立的进步标准靠拢。渐进的、温和的,但同时也是扩张性的西方中心主义在宝道这一代法学家的工作中成型。第二次世界大战以后的国际秩序所继承的便是以此为思想内核的法学体系。全球化浪潮中流行

(68) 参见[法]宝道《条约之拘束力》,钟建阁译,载《法律周刊》1923年第8期,第7-8页。

(69) 马建忠《巴黎复友人书》,载《马建忠文集》,王梦珂点校,中华书局2013年版,第37页。

(70) 同注69引文。

(71) See Dussel et al., *supra* note 1, at 466.

(72) See Lorca, *supra* note 5, at 138.

的“发展”和“贸易”等语言,也只是20世纪初西方中心主义的进一步发展。

四、结论

行文至此,我们发现,当我国在法制近代化的过程中遇到一个法学国际共同体带来的欧洲中心法律观时,这种法律观本身也国际化了。也就是说,欧洲法学的变革动力不仅来自于内部,也来自于和欧洲以外国家接触的经验。同时,我们也至少能区分出两种不同的欧洲中心主义法律观。一种是本文通过宝道的人生、文本、语境所希望揭示的,另一种则只在对照中不时出现。不妨用一个表格总结他们的区别。

两种欧洲中心主义		
	欧洲中心主义法律观 I	欧洲中心主义法律观 II
为何欧洲是观察的起点	在其他国家担任教师和顾问的法学家是在欧洲接受的法律教育	只有其他欧洲国家的法律才是值得关心和研究的
为何欧洲法律优于其他法律	欧洲法律所包含的原则、技术、复杂程度较高	欧洲国家发展程度相当,面对相同法律问题
为何欧洲法律是评价其他的尺度	存在所有国家共同面对的难题,欧洲法因为较为先进,应该得到普遍化	欧洲法体现了永恒不变的正义观念
谁持有这种观念	认为自己是参与关于一般法律理论之国际讨论的法学家,包括了在世界其他国家工作和研究的欧洲法学家,也包括了他们的外国学生	主要关心某个国家国内法、只希望用另一个国家的立法改进本国法的法学家
标志性活动	1931年里昂国际比较法大会	1900年巴黎国际比较法大会

20世纪初,虽然货物和货币无法在各个国家之间顺利地流通,人在世界范围内旅行却已经很常见。当欧洲法学家带着法学知识来到欧亚大陆的东端时,东西方不可避免地相遇了。所以当我们研究国际性的法律共同体的成员时,完全可以把握机会处理这种相遇,而试图从本身已经超越了某国法史的“比较法史”迈向“跨国法史”,乃至“全球法史”。全球法史的视角必然蕴含了“把欧洲地方化”的过程。查克拉博迪希望通过摆脱欧洲中心主义,让我们抛弃现代性发源于欧洲的观点。⁽⁷³⁾ 全球视角还可以说明,欧洲并非进步、现代性和文明的唯一参照系,而只是诸多不同可能性之一。在西方遇见东方的时候,法学家并没有发现一片无主地,或者用欧洲人更熟悉的术语“terra nullius”。东方也并非一片法律真空。这里有着一套不同的法律体系。

然而,是否要满足于指出某某人是欧洲中心论者、某某观点因为欧洲中心论而扭曲了现实?是否有一种通过研究欧洲中心主义而迈向全球史的思路?简言之,是否有可能借由辨别人们通过把欧洲作为参照系所实现的结果,来理解法律的世界史?我们所研究的这些个体,正如本研究所关心的宝道,无论身处何方,仍然把欧洲作为想象的中心。所以19世纪末到第二次世界大战之间的岁月里,东西方之间的法律交流其实是单向的。对于中国、土耳其、日本等国家而言,欧洲的影响就在那儿。中国可以做的选择不过是接受或是不接受而已。我们当然可以一再强调学说移植的实践者本身的主体

(73) See Dipesh Chakrabarty, *Provincializing Europe: Postcolonial Thought and Historical Difference* 7-11 (Princeton U. Press 2007).

性在移植过程中的重要地位,行动者-网络理论也为更复杂的实证分析提供了工具。只不过在这里要强调的并不是移植过来的法律和法学中间有多少本土化的成分,而是无论本土化程度有多高,欧洲始终是唯一的标准。

通过全球法史的视角,我们关注的是作为多种法制可能性之一的欧洲中心法律观如何变得普世,而且特别关注的是学说内部的知识生产更新过程。在华多年的宝道为我们提供了一个切入点。坦率地说,宝道确实要比大部分的欧洲法学家更理解中国法。即便如此,中国立法的科学性、进步性、现代性仍然是通过和欧洲法律对比而得以衡量的。他知道法国法未必贯彻了“自由”和“平等”的启蒙理想,中国法也未必需要马上把启蒙理想落实到全国,但启蒙运动所阐发的价值仍是唯一有意义的待实现的理想。在这个意义上,宝道为我们展示的是20世纪初法学国际共同体的共识。认为保留领事裁判权和混合法庭对中国来说是好事的威格摩尔和为了废弃领事裁判权而留洋的中国法学家看上去针锋相对,其实却在深层次上有着根本的共识:欧洲意义上的现代法制是每个国家都应追求的。王伯琦主张用先进的立法更替落后的传统,看上去也和吴经熊主张的东西合流说水火不容,然而吴经熊又何尝不在用西方法哲学为自己的主张背书?甚至连宝道和由他推荐来华的埃斯加拉的论证途经也颇为微妙:正因为《法国民法典》的起草过程中充分考虑了习惯和传统,所以中国起草法典时不考虑传统是错误的。本来基于西欧一个有限区域的实践,在他们的话语中普遍化,成了普世性的标准。

欧洲中心论深深地嵌刻在当时的法学语言中。无论一个法学家身在何方,都无法不用包裹了欧洲中心论的语言言说。在承认这一点的基础上,我们才可以去讨论人们用这种欧洲中心论的语言到底做了什么。显然,宝道、马建忠、吴经熊、埃斯加拉、史尚宽、王世杰和王伯琦等人所做的都各不相同。欧洲中心论不仅有一部历史,更有一部世界史(Eurocentricity has not only a history, but a world history)。由此我们才触及了欧洲中心论的世界史。而20世纪初的世界法史,不妨是一部欧洲中心论的世界史。

A Eurocentric Conception of Law in Modernisation of Laws in China: The Case of Georges Padoux

Zhu Mingzhe

Abstract: Foreign lawyers, well integrating in the legal reforms of China at the beginning of 20th century, also transferred their Eurocentric conception of law in their achievements. By discerning the forms and the content of this conception, not only can we better understand modern legal history of China but also its value to the world history of laws. Georges Padoux, the first French jurist who served the Republican Government of China as a judicial consultant, provides an example for us by his observations on China's legal reforms. His opinions and researches reveal that his professionalism urged him to contribute to the modernization of China's law. Nevertheless, the modernization that he pursued is not a revolutionary change but practical and progressive means leading to the realization of legislations. His vision was predetermined by the bias of legal international community of the Belle époque. In other words, he embodied the progressivism and the universalism in his time.

Keywords: Georges Padoux; modernisation of laws; progressivism; foreign lawyers

(责任编辑:倪鑫煜)