



**HAL**  
open science

## 论王伯琦对法国学说的拣选与阐述

Mingzhe Zhu

► **To cite this version:**

Mingzhe Zhu. 论王伯琦对法国学说的拣选与阐述. 清华法学 / Tsinghua University Law Journal, 2015, 9 (02), pp.155-174. <hal-03861051>

**HAL Id: hal-03861051**

**<https://hal.science/hal-03861051>**

Submitted on 16 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.



# 论王伯琦对法国学说的拣选与阐述

朱明哲\*

## 目次

- 一、导论
- 二、王伯琦作品中的法国法学与中国传统
- 三、法国语境中的自然法、法律社会主义与成文法的权威
- 四、站在东西方之间的法兰西精神：  
王伯琦的进步主义
- 五、结论

**摘要** 本文将从王伯琦对吴经熊所谓“西方现代法律思潮和我国传统恰相符合”的批评出发，探讨他对自然法、法律社会主义、实在法的权威这三个重要方面的阐释。然后，本文把他的阐释与1931~1936年他留学法国时法国语境中对这三个问题进行的探讨相对照。王氏坚持自然法复兴运动中的自由主义立场，他逐渐把法律社会主义展现为对自由主义的调和而非反动。在对待实在法的态度上，王伯琦和同时代的法国法学家一样，希望保留实在法的权威，对法国学说三方面的表述令他得以论证外生性的法律应当取代本土传统。最后，本文指出，王氏会做出上述解读的一个可能解释便是他的进步主义立场。

**关键词** 自然法 法律社会主义 法律思想移植 法国民法学 王伯琦

\* 巴黎政治大学 (Sciences Po.) 法学院博士研究生，加州大学伯克利分校法学院访问学者。  
本文写作获得教育部国家留学基金的支持，资助号：2011707030。



## 一、导论

### (一) 从法律移植到法律学说移植

本文旨在由王伯琦对法国法律学说的阐述这一个案入手,从法律学说移植的角度考察原产于西方的学说如何在我国传播。传统上,比较法学所重视的只是制度的研究。<sup>[1]</sup>比较法学中的“法律移植”范式,即是上述思维的产物。自阿兰·沃森(Alan Watson)起,学者们便开始把“从一个国家把法律移动到另一个国家”称为“法律移植”。<sup>[2]</sup>传统的比较法学研究忽视了对法律思想在不同国家间的传播可能给一国法律最终表现的样态带来的影响。自80年代以来对比较法的反思并不足以解决这个困惑。<sup>[3]</sup>只是在非常晚近的时候,比较法学的研究者开始留意到一套关于法律的概念、意义和目的的话语在不同的地理区域内所引发的不同解读。<sup>[4]</sup>对于研究我国自清末至解放前的法律史的研究者而言,细究在这段继受西方法制的时期里,有哪些关于法律的言说以何种方式流行于我国,难谓毫无意义。至少在西欧,罗马法以降的实践中已经产生出了一套关于法律应用的知识。<sup>[5]</sup>而在我国,不论是近代的法律还是法学,都是舶来品。而彼

[1] 参见〔法〕勒内·达维德:《当代主要法律体系》,漆竹生译,上海译文出版社1984年版,第7页;〔德〕茨威格特、克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,法律出版社2003年版,第3页。而在我国,比较法研究长期以来也仅着眼于法律规范,甚至仅仅是立法。参见潘汉典:“比较法在中国——回顾与展望”,《比较法研究》1990年第2期,第1~13页。

[2] Cf. Alan Watson, *Legal transplants: an approach to comparative law*, Athens, University of Georgia Press, 1993. 而且到目前为止,大部分的讨论还限制在国法的领域。同时代的批评者也仅仅是提议比较法的研究者不要忘记各个国家物质和政治的不同,也就是说把眼光扩展到外于法律制度的因素,但并不质疑比较法本身以制度为中心视野, Cf. Otto Kahn-Freund, *On Uses and Misuses of Comparative Law*, *The Modern Law Review*, 1974, vol. 37, no 1, pp. 1~27. 近年来慢慢兴起的研究则开始留意到跨国公司在规范输出方面的作用,不过在目前的学术界,这类研究还停留在边缘。Cf. Tomaso Ferrando, *Codes of Conduct as Private Legal Transplant: The Case of European Extractive MNEs*, *European Law Journal*, 2013, vol. 19, no 6, pp. 799~821. 勒格朗则从伽达默尔的解释学入手,称真正具有意义的并不是规范本身,而是规范的解释。既然规范的解释者所用的语言不同,规范解释的含义就必然不会相同,所以不可能把规范从一个国家移植到另一个国家。Pierre Legrand, *The Impossibility of Legal Transplants*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1997, vol. 4, p. 111.

[3] 无论是“批判比较法”还是“换位的比较法”都还是以规则作为核心概念的。Cf. Gunter Frankenberg, *Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law*, *Harvard International Law Journal*, 1985, vol. 26, p. 411; Esin Örtücü, *Law as Transposition*, *International & Comparative Law Quarterly*, 2002, vol. 51, no 02, pp. 205~223.

[4] Cf. Duncan Kennedy et Marie-Claire Belleau, « François Génny aux états-Unis », in Claude Thomasset, Jacques Vanderlinden et Philippe Jestaz (dir.), *François Génny, mythe et réalités, 1899 - 1999*, 2000, pp. 295~320; Duncan Kennedy et Marie-Claire Belleau, « La place de René Demogue dans la généalogie de la pensée juridique contemporaine », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2006, no 56, pp. 163~211; David M Rabban, *American Responses to German Legal Scholarship: From the Civil War to World War I*, *Comparative Legal History*, 2013, vol. 1, no 1, pp. 13~43. 但大部分相关的研究还是集中于欧美国家之间法律思想传播的比较。

[5] 参见舒国滢:“法学是一门什么样的学问?——从古罗马时期的 Jurisprudentia 谈起”,《清华法学》2013年第1期,第89~99页。

时的华夏，知识界整体已为“为他人作战场”，〔6〕法学界也不例外，无怪乎蔡枢衡感叹：“今日中国法学之总体，直为一幅次殖民地风景图。”〔7〕毕竟依据不同的法律理论理解法律，会令同样的文本产生不同的意义。所以理解这些漫然杂居、彼此竞争的学说，也就成了理解我们过往法律实践的前提了。〔8〕

要研究外国法学在我国的传播，就不能不留意那些负笈海外的法学家。我国学界对此已经给予了应有的重视。〔9〕我们应把文本作为事件而研究，亦即去考察作者如何作出话语行为、听众如何接受和理解这些话语行为、他们又是如何回应和重塑这些行为的。〔10〕行为皆在给定语境中发生。话语行为亦然。最重要的语境是作者据以形成自己的语法、词汇、用法和修辞的语言。语言为思想提供了形式；同时，对语言的使用又修正它们。〔11〕由是，思想史的首要任务就是研究话语和语言之间的互动。为此，要考察那些留洋归国的法学家所阐发的学说，我们就不得不一方面细究他用中文书写的话语所针对的是本土语境中给的哪些具体问题，另一方面了解他就学期间所在国的学说争论为他提供了一套怎样的语言。

在我国这样一个大规模地从国外引入既有的规范体系的国家，如何处理外生的规范和内在的传统之间的关系，就成了法学家工作的一个重要的部分。负笈海外的中国法学家在回国后尤其无法避免这一问题。要合理地阐释现行法与传统的规范体系之间如何取舍调和，就往往涉及到所依赖的理论的选择。又因为新中国建立以前，我国的法律理论大部分来自外国，如何解释这些理论也就成了当务之急。由此可见，在民国时期，法律实务必需向理论寻找正当化的话语，而对各国法律理论的引进和阐释，就算看上去纯粹是抽象的，也实际上带着强烈的实践关怀。此点从王伯琦对法国法律学说的移植中便可见一斑。

## （二）王伯琦的重要性

尽管在欧洲诸国中，法国接受了数量相对较大的中国留学生。从1877年入学自由政治学堂的马建忠、陈季同算起，“第二次世界大战”结束前赴法学习法律并且取得学位的中国人却并不多。〔12〕

〔6〕 罗志田：“西方的分裂——国际风云与五四前后中国思想的演变”，《中国社会科学》1999年第3期，第31~35页。

〔7〕 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。

〔8〕 相似的观点，参见何华勤：“法学观念本土化考——从新中国60余年立宪史之视角”，《中外法学》2013年第2期，第270~283页。

〔9〕 类似的理论关切可参见郝铁川：“中国近代法学留学生与法制近代化”，《法学研究》1997年第6期，第3~33页；何华勤：“法科留学生与中国近代法学”，《法学论坛》2004年第6期，第82~90页；刘星：“民国时期的‘法学权威’——一个知识社会学的微观分析”，《比较法研究》2006年第1期，第20~35页；袁哲：“法学留学生与近代上海”，复旦大学2011年博士论文。

〔10〕 John Greville Agard Pocock, *Political Thought and History: Essays on Theory and Method*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. xiv.

〔11〕 同上，第19页。

〔12〕 教育史的研究往往认为中国学生留法人数众多得益于蔡元培等人大力提倡的赴法勤工俭学，此说并非没有道理。而就读于里昂中法大学的这些学生中，学习法律者并不多。以“民国”二十六年（1937）为例，仅13人就读于法科大学。这个数字仅仅相当于在理科大学攻读博士学位者的人数。而自民国十年（1921）该校开办至民国二十一年（1932）年，该校毕业生312人中，取得法律学位的仅9人，参见刘真主编：《留学教育——中国留学教育史料》（第三册），国立编译馆（台湾地区）1980年版，第1516~1524页。



在人数上更无法与留日、留美、留德的学生相比。<sup>[13]</sup> 尽管人数不多,留法的学生却为我国现代法学教育的建设作出了不可磨灭的贡献。<sup>[14]</sup> 如果把王伯琦和其他的留法学生比较,他身上的代表性和特殊性都体现得尤其明显。在代表性方面,我们不难从王伯琦以及其他在法攻读法学的中国学生的作品中看出巴斯蒂所说“无国界的人类大同的经验与列强竞争的精神的并存”。<sup>[15]</sup> 唯本研究欲聚焦于王伯琦一人,则必首先说明其特殊的重要性,故对此代表性只能从略,留待日后专文探讨。

首先,王伯琦选择了一个纯粹法国民法上的问题来写作自己的博士论文。他1936年在巴黎大学法学院答辩通过的 *La Relation entre la faute et la fonction du préposé au sens de l'article 1384 du Code civil* (民法1384条上过失和受雇人职务的关系),深受当时巴黎大学教授德谟格(René Demogue, 1872~1938)现实主义思想影响。<sup>[16]</sup> 相比之下,郑毓秀的论文写的是中国的宪政运动,<sup>[17]</sup> 而王世杰写的则是美国的联邦制<sup>[18]</sup>。因而可以推断,王伯琦比其他的留法学生至少对法国实在法有着更深入的理解。而且,他又像同代许多法国民法学家一样,兼治法哲学。<sup>[19]</sup> 其他的学生虽然也有兴趣翻译和研究这些高度理论化和抽象化的学说,却没有太多的兴趣在这一领域留下著述。其次,不同于往来于权力和学术的中心的其他法学家,他在短暂出任公职后把大部分的时间和精力奉献给了学术事业。<sup>[20]</sup>

但或许更为重要的是,他代表了那个“私法社会化”占据主要地位的时代中坚持个人自由的思潮。所谓社会化,即是对以社会利益出发,对所有权和缔约自由进行限制,并在工业事故中暂时放下过失责任原则。诚如俞江主张,民国年间的民法学者或许并不认为社会化是唯一可以选择的法律发展路径,却一致同意这是民法理论演进过程中之必然。<sup>[21]</sup> 恰恰是在对社会化的

[13] 具体参见朱明哲:“东方巴黎——论二十世纪上半叶法国法律学说在中国的传播”,载《北大法律评论》(第15卷第二辑),北京大学出版社2014年版。

[14] 郝铁川认为,留法学生中成绩卓著者为郑毓秀、魏道明、王世杰、谢冠生、端木正、周鯁生、胡愈之、王绍唐、卢干东、何适、郑彦棻、胡良珍、顾维熊、陶秀、陶榘、曹绍濂、龚祥瑞、盛愉、雷菘生、漆竹生、黎庆霖。参见前注[9],郝铁川文。他们中的大部分人即出任过政府中的重要职位,又担任过大学中的教席。

[15] 参见〔法〕巴斯蒂:“出国留学对中国近代世界观形成的影响——清末中国留法学生”,载中国社会科学院近代史研究所编:《近代中国与世界:第二届近代中国与世界学术讨论会论文集》(第2卷),社会科学文献出版社2005年版,第259~280页。

[16] Pe-chi Wang, *La Relation entre la faute et la fonction du préposé au sens de l'article 1384 du Code civil, thèse pour le doctorat en droit*, L. Rodstein, 1936.

[17] Yü-hsiu Chêng Wei, *Le mouvement constitutionnel en Chine*, Société anonyme du Recueil Sirey, 1925.

[18] Shih-chieh Wang, *La Répartition des compétences dans les Constitutions Fédérales*, Paris, Jouve, 1920.

[19] 法国教师资格考试自1896年7月23日的法令起,便只有私法、公法、法制史、政治经济学四种门类,所以从这个角度看,法国并不存在纯粹的职业法律哲学家。关于1896年法学教育改革的争论,参见émile Chénon, *Rapport à M. le ministre de l'Instruction publique sur la réforme de l'agrégation des Facultés de droit*, Paris, imprimerie de Moquet, 1896.

[20] 据其女王启中先生回忆,王伯琦自巴黎留学回国后,曾先后任职浙江省政府视察、教育部参事、“司法行政部”参事。参见王启中:“王伯琦先生生平”,载王伯琦:《近代法律思潮与中国固有文化》,清华大学出版社2004年版,第3~4页。

[21] 参见俞江:《近代中国民法学中的私权理论》,北京大学出版社2003年版,第250页。

反思中，王伯琦深入阐发了自己对中西方法律文明之辨的理解。<sup>[22]</sup>

职是之故，不妨断言，今天的学界大大低估了王伯琦的重要性。实际上，他所阐发的学说，对于我们理解民法上关于社会化的讨论和我国继受外国理论的情况都有着深远意义。如论者所言，王伯琦的核心问题是“西方法律是否能够融入中国社会，而最终能为我们遵守”，而它只能通过理论加以解决，而不能通过政治。<sup>[23]</sup>同时，孔庆平提出，王伯琦没有解决西方法律之于中国社会的正当性基础何在，而是把西方法律的价值内涵的优越性作为一种理论的前提。这种说法虽然正确，但仍需要再进一步解释。本文提出的解释是，正是由于王伯琦所接受的进步主义价值观让他有此立场的。

为了了解王伯琦在理解西法东渐现象的立场，我们可以从他对吴经熊的批评开始。吴经熊主张，晚近西方的法律思潮已经几乎与我国传统无异。而王伯琦在成文法与传统的关系上，与他持根本不同的主张。尽管最近我国学界慢慢重燃了对吴经熊和王伯琦等活跃在新中国成立前的法学家的重视，并且也有一些研究注意到了他们对待法律继受这一现象的不同态度<sup>[24]</sup>，但是仍然没有研究恰当地重视到这一不同所反映的深层含义。从学说史的角度来看，这一缺位是相当可惜的，因为他们的分歧可以把我们引向他们对自然法复兴、法律社会主义出现、成文法的解释方法这三方面的不同理解。而通过回溯到法国学术界对这三点的阐释，并将其与王伯琦的理解对比，我们可以看到三套学说移植到中国的过程中，发生了何种转变。并且，此一转变完全可以在王伯琦的进步主义思想中得到解释，从而展现作者在语境中的能动性。由是，本文所讨论的虽然不是这场论争本身，却需要从论争出发。不过在此之前我们有必要先了解一下王伯琦就学法国时，法国民法学界的整体风貌。

### （三）1930年的法国民法学

尽管法学界对变革的意识相比于整个法国社会来说姗姗来迟，<sup>[25]</sup>当王伯琦抵达法国时（1931），对变革的觉悟（*conscience*）在法学界占据上风已经半个世纪。普法战争刚一结束，当时最负盛名的罗马法学家、潘德克吞专家比夫努瓦（Claude Bignon, 1832 ~ 1898），深感传统

[22] 同上，第253页。

[23] 参见孔庆平：“道德抑或信仰：面对政治行动的法律理论——王伯琦《近代法律思潮与中国固有文化》疏解之一”，载高鸿钧主编：《清华法治论衡》（第8辑），清华大学出版社2006年版，第178~179页。

[24] 关于二人的争论的讨论，散见于各种讨论民国时期法律思想史的研究中，如聂鑫：“法律现代化与入本主义——超越中西”，载《法律文化研究》（第1辑），中国人民大学出版社2006年版，第511页；孔庆平：“在中西古今之间寻方向——蔡枢衡、王伯琦关于民国法学研究的反省”，《深圳大学学报（人文社会科学版）》2009年第2期，第74~78页；余盛峰：“‘承认的法律史’——拥抱与拒斥之间”，载高鸿钧主编：《清华法治论衡》（第10辑），清华大学出版社2009年版，第192~210页；黄涛涛、马腾：“近代比较法研究的‘格义附会’现象分析”，载徐昕主编：《司法》（第7辑），厦门大学出版社2012年版，第302~315页。

[25] 从1852年第二帝国度过动荡岁月之后，一直到1914年“第一次世界大战”爆发，对发展和变革的意识——甚至如果我们可以更大胆地说的话——对断裂的意识，在整个法国社会中都占据着支配地位。经济史学家让·布维埃（Jean Bouvier, 1920 ~ 1987）便以“1852~1914年机器：金钱的力量和工人阶级的诞生”为副标题，从总体上概括这段时期的历史。他主张：“此种文明就是我们今日的文明。就经济发展的基本机制和社会关系而言，今天的法国与第二帝国时的法国实际上没有什么区别。”既然如此，诞生于1804年的民法典，在第二帝国二十年发展之后的工业文明眼中，毫无疑问是属于一个“旧法国”的产物了。特别是这种新文明意味着“加速的运动、嘈杂的机器声和人与物之间愈发紧密和复杂的关系”。参见〔法〕乔治·杜比主编：《法国史》（中卷），吕一民等译，商务印书馆2010年版，第994~1064页。



的民法教育已不足为共和国准备治国精英,更因为新成立的自由政治学堂对老式法学院的威胁,便提出了在法学院中增设政治科学的动议,并力主法学研究本身应该注重历史和比较的方法。<sup>[26]</sup>他的女婿萨莱耶(Raymond Saleilles, 1855~1912)亦极力提倡法制史<sup>[27]</sup>和比较法<sup>[28]</sup>的重要性,且认为只要恰当地改进法学教育和法学研究的方法,法学在培养青年精英方面的地位仍是不可替代的<sup>[29]</sup>。在研究方法改革的问题上,也有伯当(Charles Beudant, 1843~1917)强调当时颇为吸引法学家的孔德(Auguste Comte, 1798~1857)社会学将会导致个人自由荡然无存,因而法学非但不应让位于社会学,反而应该统领社会学。<sup>[30]</sup>至于稍晚的朗贝尔(Édouard Lambert, 1866~1947)<sup>[31]</sup>和莱维-于尔曼(Henri Lévy-Ullmann, 1870~1947)<sup>[32]</sup>沿着萨莱耶开创的比较方法之路前进,终成一代大儒。但他们所欲实现世界各法系的统一,则又比萨莱耶的抱负更进了一步了。<sup>[33]</sup>正是在此时,惹尼(François Gény, 1861~1959)<sup>[34]</sup>,普拉东(Georges Platon, 1859~1917)<sup>[35]</sup>和沙尔蒙(Joseph Charmont, 1859~1922)<sup>[36]</sup>相继提出在解释法律遇到疑难的时候有必要求助自然法的启示。为了让民法典修改以适应社会发展而成立的立法研究会(Société d'études législatives)和1902年开始出版的《民法学季刊》(Revue trimestrielle de droit civil)更是为针对法律条文与社会变迁之间关系的讨论准备好了组织和平台。随着1905年工人国际法国支部成立,法律社会主义也走上了舞台。其理论家既有莱维(Emmanuel Lévy, 1871~1944)这样较为温和的改良派,<sup>[37]</sup>也有索雷尔(Georges Sorel, 1847~1922)这样鼓吹暴力革命的工团主

[26] Cf. Christophe Jamin, « Les intentions des fondateurs », (2002) 100-4 *Rev. Trimest. Droit Civ.* 646-655.

[27] Cf. Raymond Saleilles, « L'école historique et droit naturel », (1902) 1-1 *Rev. Trimest. Droit Civ.* 82-112.

[28] Cf. Raymond Saleilles, « Conception et objet de la science du droit comparé », dans Société de législation comparée, *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.

[29] Cf. Raymond Saleilles, « Y a-t-il vraiment une crise de la science politique? », (1903) 35 *Rev. Polit. Parlem.*; Raymond Saleilles, *Les Méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse*, Chevalier-Maresq, 1902.

[30] Cf. Charles Beudant, *Le droit individuel et l'état: introduction à l'étude du droit*, Paris, A. Rousseau, 1891, pp. 218, 261.

[31] Cf. Édouard Lambert, *L'enseignement du droit comparé*, Lyon, A. Rey, 1919.

[32] Cf. Jean-Louis Halpérin, « Henri Lévy-Ullmann (1870~1947): Classicisme et singularités », dans Nader Hakim et Fabrice Melleray (dir.), *Le renouveau de la doctrine française: les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XXe siècle*, coll. Méthodes du droit, Paris, Dalloz, 2009, pp. 95-122.

[33] Cf. Henri Lévy-Ullmann, *Vers le droit mondial du XXe siècle*, Paris, A. Rousseau, 1923; 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, no 4, pp. 733-751.

[34] Cf. François Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique tome I*, Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1899.

[35] Cf. Jean Georges Platon, *Pour le droit naturel: à propos du livre de M. Hauriou: Les principes du droit public*, M. Rivière et cie, 1911.

[36] Cf. Joseph Charmont, *La renaissance du droit naturel*, 1re éd., Paris, Masson, 1910.

[37] Cf. Emmanuel Lévy, *La Vision socialiste du droit*, Paris, Giard, 1926.

义激进派。<sup>[38]</sup> 并且，在社会主义思想和社会科学方法的共同滋养下，还诞生了古维奇（Georges Gurvitch, 1894 ~ 1965）这样具有跨国界、跨学科影响力的理论家。<sup>[39]</sup> 与此同时，当然也有普拉尼奥（Marcel Planiol, 1853 ~ 1931），里佩尔（Georges Ripert, 1880 ~ 1958）等对新发展持保留态度、甚至反对的保守派法学家与他们的同事论战，捍卫自己的阵地。

可是步入 30 年代，论战硝烟散去，所能见者仅为剩下的成熟果实。学说与判例的协作已经于法典中的文字如何解释方能适应或者指导社会发展这一问题上取得了成熟的结果，除了长寿的惹尼，论战中的改革派已经逐渐退出了教学生涯，“第一次世界大战”造成法学院青黄不接的窘况又导致没有新的力量投入到论战中。在这样一个时间点来到巴黎，王伯琦错过了许多新理论的形成阶段，却得以接触到对它们更为完整的阐释，可谓失之东隅收之桑榆。且此前旷日持久、现在几乎已经结束的争论对王伯琦产生了很大的影响，并最终为他的进步主义法律理论提供了重要的思想渊源和素材，而他的理论作品又恰恰呼应了争论中立法优先、自然法复兴、社会主义呼声渐长三大思潮，后文将详述。

## 二、王伯琦作品中的法国法学与中国传统

### （一）与吴经熊的争论：先进的立法还是守旧的传统

诚然，1880 到 1930 年间法国民法学界的理论创新在一定程度上表现出了与传统断裂的姿态，但此种断裂在程度上还无法和王伯琦日后学成归国后面面对的不和谐相比。如果说法国民法上的争论究其原因在于政治和工业上的双重革命，它毕竟发生在一个统一的空间中，而在广泛继受了西方法律的中华大地，法律发达与社会发展之间不但有时间上的不一致，更有规范的环球旅行所带来的空间上的断裂感，以及由此产生的法律和“文化传统”之间的紧张关系。

王伯琦和吴经熊，即在如何处理现代法律和传统社会之间的矛盾方面，有着深刻的分歧。既然当时的“民法”采“德国立法例者十之六七，瑞士立法例者十之三四，而法日苏联之成规，亦尝撷取一二”，便可看作是一外生性的规范体系。面对外生性的法律与本土传统之间的断裂，法学家所可以选择的立场从大的方面说无非是两种：要么干脆否认两种规范体系间存在冲突与不和谐或者认为这种不和谐仅仅是暂时而且不重要的——我们称之为否定论；要么承认此处不和谐的重要性和真实性——我们称之为肯定论。而第二种立场中，又可以大致上分成两种主张：一种认为应当修改法律以适应习俗或者道德，另一种则认为应该依照裁判规范强使人民改变其行为规范。

吴经熊选择了否定论，认为两种规范体系没有本质的区别；而王伯琦选择的则是第二种肯定论，主张通过改造与重塑社会意识和惯习使法律在我国社会生根。或许是因为性格宽厚而不喜与人争，在整部论述西法东渐的小册子里，王伯琦仅仅这么一次提到了自己的论战对手。他引用了吴经熊以下断言，代表他自己所反对的学说：“俗言说的好，无巧不成事，刚好泰西最新法律思想和立法趋势，和中国原有的民足（应为‘民族’，系印刷错误。——笔者注）心理，适相吻合，简直是天衣无缝。”<sup>[40]</sup> 然而这一次争论并不是即时性的交火。王伯琦集中探讨成文法与传统之间的关系已经是他去台以后的事了。当时，吴经熊已经移居海外，他所发阐发中西法

[38] Cf. Georges Sorel, *Réflexions sur la violence*, Lovreval, éditions Labor, 2006.

[39] Cf. Georges Gurvitch, *L'idée du droit social*, Sirey, 1932.

[40] 吴经熊：《法律哲学研究》，上海法学编译社 1933 年版，第 28 页，转引自前注 [20]，王伯琦书，第 31 页。





律传统本无区别的高论则大部分形成于30年代,甚至在最重要的《六十年来西洋法学的花花絮絮》(1933)和《关于现今法学的几个观察》(1934)两篇论文成文时,王伯琦尚在巴黎求学,故二人之间的分歧,又可视为两代中国法律人之间的角力。<sup>[41]</sup>

当然,企图调和中西法律思想的,绝非吴经熊一人。而王伯琦单单挑出吴经熊做靶子,也非全无道理。一来吴确实为20世纪前五十年中国法哲学界之翘楚,二来他以一己之力超越东西方的抱负至为明显。根据田默迪的研究,吴经熊“以中国古典法及其有关法律资料的选辑来作他法学作品的开端,他很乐观地描写法律的运用早就有了很高的水准,又有各式各样的法学理论。根据他的叙述,中国早就具有和近代西方重要法学派类似的学派,而正好固有的法学观念很接近近代西方的观念”<sup>[42]</sup>。具体而言,他所谓中西法律思想的接轨,主要体现在所谓“打倒形式主义法学”的方法<sup>[43]</sup>和“反对个人主义”的价值观(“我国是讲三民主义,而不是讲个人主义的。所以它和十九世纪的个人主义不同。”) <sup>[44]</sup> 两点。

王伯琦的反驳,恰恰也是沿着价值和两方面的思路展开的。在方法上,他强调法律的特性在于确定性、普遍性和一致性,所以“法律是归一的,抽象的,普遍的,客观的,方法要运用逻辑”<sup>[45]</sup>。而中国传统思想中逻辑并非没有,只是没有发达成为一门学问,强调的是“从来不用智慧去求理解,而是用实践的方法去体会”的明理。<sup>[46]</sup>为了说明法律推理追求逻辑上的严格,他举“大法官会议”关于养子女与婚生子女的判例,在判例中,法官论证二者“原无生理上之血缘关系”,因为不受“民法”第983条第三款第(一)项规定限制。与之相对的则是传统的论证法:“倘以我们的固有观念来讲,养子女与婚生子女结婚既是普遍的存在,就是一种自然秩序,没有通不通的问题了。我们中国人对事物之理之认识,所以能灵活变通,其故在此,法学之不能发达,其故亦在此。”<sup>[47]</sup>

至于价值上,王伯琦继而指出东西方法律思想中价值观上的根本不合处。原来彼时学人普遍认为中国古代法律特别着重于家族及阶级。<sup>[48]</sup>王伯琦亦遵循这条路子,并强调当世民法已经摧毁种种不平等的观念,代之以个人平等的理念:“至于我们的现行法律上,则充满了个人独立人格观念,而且可以说,抽去了这一独立人格观念,我们的现行法律制度整个的必然垮台……这是中国四万万五千万的人,这是国本之所以立的‘人’,亦就是民族主义的‘民’,民权主义的‘民’,更是民生主义的‘民’。这个‘人’字的精义倘不予以发扬,我敢说三民主义不会有

[41] 根据许章润的总结,吴经熊属于我国第二代法律人,而王伯琦属于第三代,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”,载《清华法学》(第四辑),清华大学出版社2004年版,第40~70页。

[42] [奥]田默迪:《东西方之间的法律哲学——吴经熊早期法哲学思想之比较研究》,中国政法大学出版社2004年版,第192页。

[43] 参见吴经熊:“六十年来西洋法学的花花絮絮”,载吴经熊:《法律哲学研究》,清华大学出版社2005年版,第211~228页,原刊于1933年。

[44] 参见吴经熊:“中国新旧法制在哲学上之基础”,载同上,吴经熊书,第66~70页,原刊于1934年。

[45] 前注[20],王伯琦书,第109页。

[46] 同上,第105页。

[47] 同上,第106页。

[48] 参见瞿同祖:《中国法律与中国社会》,中华书局1981年版,第327页。

真正实现之日。”〔49〕如此说来，共和国所立法律皆以“三民主义”为根本固然不错，三民主义和社会主义有相通处也不错。〔50〕但这三民主义，非经个人主义不得实现。职是之故，成文法的胜利，也即意味着成文法背后的个人主义精神的胜利，同时还意味着传统秩序以及其背后的家庭本位价值观的彻底失败，因为“在这秩序之中，个人难有地位，人格难于伸张，自己不觉知自己在法律上的独立人格和地位，必然就不能尊重他人的人格和地位，现行法律的秩序，亦就难能建立，而在今天这样复杂流动的社会中，想要恢复家族核心的社会组织，以礼教为政治的手段，显见其为不可能之事。”〔51〕

所以在吴经熊主张当世西洋法律在方法和价值上已经趋于我国传统文化时，王伯琦的反驳是全面而坚决的。可这仅仅是两人之间矛盾的第一层，在更深的层次上，我们还可以发现，双方都在使用西洋自然法复兴和社会主义法学这两套话语为自己的主张辩护，最终落实到如何对待实证法的问题上来。那么，矛盾的关键就成了如何理解19世纪末到20世纪初产生的自然法和社会主义两股思潮。

## （二）王伯琦所理解的自然法和社会主义

自然法复兴对于吴经熊来说意味着成文法不再重要，这点恰和我国传统不重视成文法有异曲同工之妙，所以说自然法在西方的复兴乃是与我国传统天衣无缝的结合。他认为惹尼“把那传统的立法一元论批评得体无完肤”〔52〕，并把惹尼与德奥自由法学派的倡导者相提并论〔53〕。至于社会主义，在吴经熊看来，乃于我国以群体、家庭为本位的传统丝丝入扣，并无扞格。如此理解的自然法学，自然会抵制形式主义的方法。吴经熊此时便不再跟着惹尼的思路走了，而是转向他称为“社会工程师”的庞德，主张法学家应该让法律适应社会进步、促进公共利益。〔54〕自然法籍方法论上的转变抑制了欧陆诸法典中的个人主义和自由主义意识形态，转而以社会学说取而代之。坦率地说，吴氏如此处理，实际上乃是借欧美诸法学家的理论发展了一套自己的法哲学。因为提倡自然法者往往批评社会本位的观念，而庞德、霍尔姆斯等人又反对自然法。吴氏游学欧美，加之天性聪慧，对西方各国的法学名家和各派理论都熟稔于胸，这点无法否认。〔55〕

〔49〕 前注〔20〕，王伯琦书，第77页。

〔50〕 参见王伯琦：“译序”（1936），载〔法〕路易·若斯兰：《权利相对论》，王伯琦译，中国法制出版社2006年版。

〔51〕 前注〔20〕，王伯琦书，第76页。

〔52〕 吴经熊：“关于现今法学的几个观察”，载前注〔43〕，吴经熊书，第187~210、206页，原刊于1934年。

〔53〕 同上，第207页。

〔54〕 参见前注〔43〕，吴经熊书，第291页。

〔55〕 吴经熊曾列举他认为能跻身“名家”行列的法学家：耶林（Rudolf von Jhering, 1818~1892），科勒（Joseph Kohler, 1849~1919），斯塔姆勒（Rudolf Stammler, 1856~1938），埃利希（Eugen Ehrlich, 1862~1922），萨莱耶（Raymond Saleilles），惹尼（François Gény），狄骥（Léon Duguit, 1859~1928），奥里乌（Maurice Hauriou, 1856~1929），图涂伦（Charles de Tourtoulon, 1836~1913），于贝尔（Max Huber, 1874~1960），龙布卢梭（Cesare Lombroso, 1835~1909），武泽尔（Wurzel），梅因（Henry Maine, 1822~1888），波洛克（Sir Frederick Pollock, 1845~1937），哈尔丹（Richard Haldane, 1805~1877），霍尔姆斯（Wendel Holmes, 1841~1935），魏格莫尔（John Wigmore, 1863~1943），庞德（Rosco Pound, 1870~1964），卡多佐（Benjamin Cardozo, 1870~1938）等人。在上列法学家中，除了Charles de Tourtoulon和Richard Haldane之外，均当得一流法学家的称号。然而，不必讳言的是，吴氏所列举的法学家恰好是各国法学家中常常参与国际交流者（奥里乌是个例外）。他似乎先验地把国际化的学人认为是一流的学者。这一点认识在当时并不成立，到现在似也未必成立。



而他对德法英三种语言的著作信手拈来、如数家珍，却是以一种六经注我的方式论证自己的主张了。

相反，王伯琦在论证思路上提倡归本溯源，还原自然法和社会思潮二者在泰西法哲学发展脉络中的本来面貌。他强调，自然法的复兴在方法上确实主张成文法有所欠缺，但仍然维持成文法的权威和在法律解释与适用中无可争议的优先地位，而在价值上则是以保护个人自由为目的。至于种种社会本位的主张，无非是对过于极端的个人主义矫枉过正，绝非是要抛弃个人的理性和自由<sup>[56]</sup>。不难看出，王伯琦所强调的正是他的前辈有意忽视的。

针对吴经熊关于自然法复兴令成文法不再重要的意见，王伯琦强调：“但是我们莫误会惹尼把成文法的权威打倒了，据我看来，恰恰相反。在他讨论到成文法的解释时，特别注重立法者的意思。”<sup>[57]</sup>他继而指出，惹尼对德奥自由法运动所持的是批判的态度，而不像吴经熊所说可以等而观之。<sup>[58]</sup>若是探究复兴于十九世纪末的自然法思潮的价值内核，则会发现所谓复兴，即是对理性的重新重视，虽然不再如十七世纪以降的自然法那样以个人自由为法律的唯一目的，却仍以人的理性和自由为最重要的前提。只有在此一前提下，西方的私法制度中的基本原则才能解释得通。<sup>[59]</sup>所以，在王氏的视域中，吴经熊的解读实则是对自然法复兴运动的扭曲。

至于法律社会主义，早在1936年先生甫归国时，便专门撰文探讨法国契约法的类似倾向，谓：“时至今日，社会情形剧变，人事之繁，几使个人在此社会中，无独自张立之余地。而一切事物之处置，乃亦不得不以整个社会为出发点及归宿点。社会学说，在今日之高潮汹涌，其亦所谓适合社会情形者欤。”<sup>[60]</sup>且对吴经熊所谓今日法制乃三民主义法制之说，他也不反对：“吾国立国的主义是国父的三民主义，而三民主义是集社会主义的大成的。所以我们中国的法制应当是一种社会主义的法制，自属当然。”<sup>[61]</sup>到了1956年，借梅仲协所译《狄氏宪法精义》重刊之契机，王伯琦乃于《法学丛刊》撰文探讨狄骥的实证主义。<sup>[62]</sup>在文中，王氏特意强调了狄骥思想中正义观念的重要性：“所以仅就客观事实观察而得到的结论，不能成为行为的规范。必须在客观的事实上加以善恶的标准，这样的事实，方能成为我们行为的准绳。善恶的标准是什么？曰，正义（justice）是矣。所以客观事实必须与正义观念相结合，方才可以产生行为的规范。因

[56] 有必要指出的是，一些研究错误地理解了王伯琦的理论，反而把他看作是主张社会立法与我国传统恰可融合的代表人物。如李文军：“社会本位：理想还是现实？——对民国时期社会本位立法的再评价”，《华东政法大学学报》2010年第1期，第53~63页。

[57] 王伯琦：“惹尼的解释成文法”，载前注[20]，王伯琦书，第268页。原刊于1960年。

[58] 同上，第277页。

[59] “所谓理性主义复活了，亦不过是说自然法中关于群律的一部分又被重视了，所谓重视，亦仅是取得其应处的地位而已，并非是把个人打倒了。从实言之，脱离了理性无从谈自然法，理性既是人性，脱离了个人还有什么理性及自然法可谈！所以非特个人未被打倒，而且仍然是现代法律制度的中心。除非把理性扫出法律制度之外，否则始终不能不有独立的个人观念，从而亦不能不有自由平等人格等附随于人性的观念。不过人是社会的动物，必须营社会生活，自然法中互助传授等有关群律的一部分，亦应当予以重视，20世纪以来法学家及立法司法者的努力，亦不过在此而已。”同上，第50页。

[60] 王伯琦：“法国社会学说在契约方面之最新趋势”，《中华法学杂志》1936年第2期，第159~173页。本文作者依今日习惯重新句读。

[61] 同上注。

[62] “最近梅仲协先生所译《狄氏宪法精义》重刊问世，国人对于狄氏学说，可以得一较有系统的影像，裨益士林，当非鲜浅。”王伯琦：“狄骥的实证主义”，载前注[20]，王伯琦书，第252页。

为既讲到行为，必须牵涉到人的意志，既讲到意志，必须有自我，即（应为‘既’，原文系印刷错误。——笔者注）讲到自我，必须有理性，既讲到理性，必须包含正义。这是十七八世纪自然法里颠扑不破的基本原则，连带主义者仍没法跳出。”〔63〕如此说来，狄骥所倡之社会连带法学，与理性主义自然法传统之间的关系更像是一种传承而非反动。至于其最终落脚于附和梅仲协所谓“狄氏虽自命为实证主义者，实则其法律思想，一以自然法为归宗”，乃至将整个连带学派视为自然法之滥觞，则更值得重视。

王伯琦对狄骥作此等理解时，虽然难能可贵地留意到了狄骥晚年的转型，却似乎也有意地把狄骥给惹尼化了。他在论述中对惹尼和狄骥长达数十年的争论〔64〕很有可能是有为之的沉默，从侧面说明了这一点。〔65〕至于他认为雷纳（Georges Renard, 1876 ~ 1943）、惹尼和狄骥三人均师法阿奎那，趋向自然法的达道，对谙熟法国法律思想谱系者而言，更是匪夷所思。与雷纳和惹尼二位总体而言一以贯之地坚持自然法的学者不同，狄骥直到晚年（1920）才承认自然法的重要性。虽然这一转变为王伯琦所津津乐道，它却更像是对“第一次世界大战”这一前所未闻之惨祸的反应，而非狄骥思想发展的自然结论。不仅如此，吴经熊所说的社会学派主要指的是兴起于美国的庞德、霍尔姆斯等人所代表的主张，而王伯琦所说的，则是以狄骥为代表的社会功能学派。

不过无论如何，通过上述的检讨，我们至少可以知道自然法和法律社会主义在王伯琦看来都在支持着用当时的“民法”和内涵其中的自由、平等的价值观念，整体地替代我国传统以家和义务为中心的规范体系〔66〕。此时，摆在我们面前的问题便是：他所阐述的西方法律思想究竟和这些思想在它们的原产地时的样态有多少区别？对该问题的回答将决定我们有无可能探讨学者在法律思想传播过程中的能动性。为了回答这个问题，我们又得先考察自然法理论、法律实证主义和成文法的权威在1930年以前在法国的发展情况。

### 三、法国语境中的自然法、法律社会主义与成文法的权威

#### （一）自然法复兴

民法典颁行后，人们视之为“写就的理性”，遂不探讨自然法的问题。而19世纪末开始这数十年间，自然法经历了一次明显的复兴。但我们不能笼而统之地把所有提到自然法的理论等量齐观。实际上，各种关于自然法的不言说之间互相竞争，又彼此共谋，以致吾人所谓“自然法复兴”实则表现出相当的复杂性。

早在1870年，取得教授资格方满四年、刚刚右迁首都法学院的布瓦泰尔（Alphonse Boistel，

〔63〕 同上，第254页。

〔64〕 仅需举出惹尼作品中全部或者部分讨论狄骥的几篇，便可明了两人表面上看来势成水火的关系：François Géný, « études de droit public par Duguit », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1901, vol. 30, pp. 502 ~ 509; François Géný, « La nécessité du droit naturel », in *Science et Technique en droit privé positif*, Paris, Sirey, 1924, vol. IV/IV, pp. 213 ~ 265; François Géný, « La notion de droit en France », *Archives de philosophie du droit et de la sociologie juridique*, 1931, vol. 1, no 1, pp. 9 ~ 41.

〔65〕 王伯琦本人也更推崇惹尼的思想，专门著书探讨之，只是不知何故，未能刊行：“关于惹氏学说全面的介绍，笔者已完成了一本稿了，最近可望与读者见面。”前注〔20〕，王伯琦书，第267页。

〔66〕 可参见前注〔23〕，孔庆平文。



1836~1907)便在《自然法基础》中写道:“我们把自然法定义为那些在理性看来必须经由外部制裁得以实现的规则之全体。自然法因此表现为实证法的类型,表现为立法者必须实现的理想。”<sup>[67]</sup>如此说来,自然法当然可以为实证法正名,但也同时蕴含了批判实证法的潜力。这位深受自然哲学和地理学吸引的教授还委婉地表达了法学家需要依据自然法来研读成文法:“如果说立法者因常以自然法为圭臬、受其启发而未自己取得荣耀,法学家也不能停止对自然法的思考。只有这样,法学家方能探求法律的精神,从中找到秩序与原则,与立法者在理念上勾连,并得知文本何时违背了理想。”<sup>[68]</sup>相比于前代逐条评论民法典、小心翼翼地把自己的见解隐藏在对文义的求索中的法学家,布瓦泰尔已经敢于主张法学家不应掩盖立法中不正义的地方了。

但也千万不能认为法学家们都已经做好了直陈实在法之非的准备。与布瓦泰尔几乎完全同时代的著名保守派法学家格拉松(Ernst Glasson, 1839~1907),在其《法国法基础》的开篇肯认自然法为“良心所发现而可由社会强制保障的规则,因为它们来自人格的不可侵犯性”<sup>[69]</sup>可在他的大作行将结束时,对巴黎公社记忆犹新的格拉松却一再向他年轻的读者强调:“服从恶法也比激发带来混乱和无政府的反抗要好。”<sup>[70]</sup>只是他在谈自然法不得违背的时候,所构想的是诸如“婚姻不得撤销”一类的法则,<sup>[71]</sup>而在谈“混乱”的时候,想的则是1870前后让法国最终行共和制的局面。在他心中,违背自然法的立法例,毋宁是第三共和国政府所通过的那些具有革命精神的单行立法,如允许配偶因对方过失提起离婚请求的立法(1884)<sup>[72]</sup>等等。其他的保守派法学家在谈到自然法的时候,也难免表达自己对共和国单行立法的愤懑。伯当便批评限制宗教人士从事教育的法律是对公民权和法律面前人人平等之原则的侵犯。<sup>[73]</sup>

就在道德守旧派意欲通过自然法的言辞为传统价值借尸还魂的时候,有进步精神的法学家也在用表面看来几乎是一样的术语鼓吹社会进步,其中便包括了吴经熊至为推崇的萨莱耶。萨氏著名的主张乃是,自然法于立法、科学和司法三个层面上逐步得以实现。<sup>[74]</sup>从时间上看,惹尼倒先他一步提出自然法不但应该贯彻在立法和法学研究上,更应该为司法解释者所用。可是,萨莱耶却是最早把这一精神落实到社会改良领域的。在一篇为了哀悼他的早逝的论文中,公法学家德朗德尔(Maurice Deslandres, 1862~1941)称之为“社会的萨莱耶”以志他在工作契约、工作时间的限制和罢工权方面等事关劳工保护的开创性研究。<sup>[75]</sup>此“社会的萨莱耶”不但意味

[67] Alphonse Barthélemy Martin Boistel, *Cours élémentaire de droit naturel, ou De philosophie du droit suivant les principes de Rosmini*, Thorin, 1870, p. 4.

[68] 同上,第17页。

[69] Ernest Désiré Glasson, *éléments du droit français; considéré dans ses rapports avec le droit naturel et l'économie politique*. Tome 1, G. Pedone-Lauriel, 1884, p. 15.

[70] Ernest Désiré Glasson, *éléments du droit français; considéré dans ses rapports avec le droit naturel et l'économie politique*. Tome 2, G. Pedone-Lauriel, 1884, p. 554.

[71] Cf. 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.

[72] Loi Naquet du 27 juillet 1884.

[73] 参见前注[30], Charles Beudant书,第281页。

[74] 参见前注[27], Raymond Saleilles文。

[75] Cf. Maurice Deslandres, « Les travaux de Raymond Saleilles sur les questions sociales », dans Robert Beudant, Henri Capitant et Edmond Eugène Thaller (dir.), *L'oeuvre juridique de Raymond Saleilles*, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Arthur Rousseau, 1914, pp. 241~273.

着这名杰出的民法学家关注社会议题，还意味着他在法学研究中坚持贯彻他对社会事实的观察。但也不能以为他就把从社会事实中剥离的社会需要本身接受为法律变更的方向。到头来，还是需要自然法——即可变的正义理念——来确定何种需要是正当的、因而应当经由社会强制得以实现。<sup>[76]</sup>至于形形色色受利奥十三世《新事物》（*Rerum Novarum*）影响的天主教法学家，更是不断地讨论有产者以其财产对无产者所负的义务到底是不是自然法义务。<sup>[77]</sup>此种义务到底是源于正义还是源于仁慈<sup>[78]</sup>等议题。

总而言之，在自然法于19世纪沉寂至几近无闻数十年之后，<sup>[79]</sup>民法学家终于在19世纪末20世纪初接近六十年的时间里重新发现了这套话语对于捍卫他们立场的价值。虽然对自然法内涵和认识方式的理解百家争鸣，却都指向对现行制度某种程度的不满。

## （二）法律社会主义的复杂性

除自然法外，法律思想渐次注重社会之整体，也是王伯琦、吴经熊这两位较早接触法国法哲学的中国学者留意到的动向。法国社会主义法学的发展，在另一篇文章中已有较详细的介绍，此处仅大略谈一下这一学说发生的社会背景和主要主张。<sup>[80]</sup>

19世纪中叶开始，社会意识深刻转变。匪独在生产力和社会心理上，在政治上发生的变革也不容小视。罢工的数量和规模与日俱增。<sup>[81]</sup>法国的社会主义者开始组织政党，参与议会政治。1905年总罢工时，工人国际法国支部在巴黎会议上宣告成立，成为法国第一个统一的社会主义政党。

贫富差距的不断加大伴随着城市化和工业化的进程，原来为农村中的小工商业者设计的各种民法基本原则备受质疑。<sup>[82]</sup>如此风潮之下，阻止资本的力量对人性的压制，减轻工人与弱者在工业化社会所承受的痛苦就成了新的民法学说不得不解决的问题。这种社会主义法律学说所强调的是个人和资本之间的对立，以及资本对个人自由的压迫。于是，应该宰治人类社会生活的并不是民法典中个人主义、自由主义的原则，而是人道主义的原则，这样的原则必须保证每个人都能在社会的共同生活中不致陷入困窘。<sup>[83]</sup>在最重要的社会主义法学家莱维看来，民法各基本原则的落脚点无非是人们的信念。<sup>[84]</sup>所以国家一方面必须对经济生活中处于不利地位的个

[76] 参见前注〔27〕，Raymond Saleilles文。

[77] 一次发生在《新事物》通谕发布前夕的争论，Cf. Charles Legay, « De propriété et les devoirs qu'elle impose », (1887) 15-56 *Rev. Cathol. Inst. Droit* 333-344, 448-463; Charles Helot, « étude sur la propriété et les devoirs qu'elle impose », (1890) 35-45 *Rev. Cathol. Inst. Droit* 306-343, 422-439.

[78] Adéodat Boissard, *Le syndicat mixte, institution professionnelle, d'initiative privée, à tendance corporative*, A. Rousseau (Paris), 1896, p. 70; émile Chénon, *Le rôle social de l'église*, Bloud et Gay (Paris), 1921, p. 245.

[79] Cf. Naoki Kanayama, « Les civilistes français et le droit naturel au XIXe siècle », (1989) 8 *Rev. Hist. Fac. Droit Sci. Jurid.* 129-154.

[80] 参见朱明哲：“法国民法学说演进中对立法者认识的变迁——以惹尼、莱维、里佩尔为例”，《苏州大学学报（法学版）》2014年第3期，第42-54页。

[81] Cf. Vincent Viet, « Les républicains face aux grèves; intervenir pour ne plus avoir à intervenir (1880-1914) », (2011) N°199-1 *Cah. Jaurès* 53-69.

[82] Cf. Georges Plastara, « Nouvelles tendances dans le droit: libérés et patrimoines », (1912) 11 *Rev. Trimest. Droit Civ.* 887-906. 关于法国法律社会主义的起源和主张，可以参见前注〔80〕，朱明哲文。

[83] Emmanuel Lévy, *Les fondements du droit*, Paris, Alcan, 1939, p. 135.

[84] Emmanuel Lévy, « La croyance légitime », (1910) 9 *Rev. Trimest. Droit Civ.* 717-722.



体提供足够的扶助,另一方面需要根据社会中产生的合法信念,适时地修正法律。

如果用更激进的眼光看,这般法律社会主义只是温和的、改良主义的。它并没有把法律降格为统治阶级的工具,也不认为法律——以及其他社会制度——仅仅被动地由经济基础决定。实际上,经济基础、生产力、生产关系这些术语并未出现在莱维的作品中。不光是左派的法学家,法国社会主义者本身受马克思主义的影响就低得令很多当代的观察家失望。<sup>[85]</sup>法国社会主义者似乎也不需要马克思主义,因为布儒瓦(Léon Bourgeois, 1851~1925)的社会连带主义大概已经足够了,而且它当时也正逐步成为第三共和国的官方意识形态。<sup>[86]</sup>人们甚至可以说,正是因为这种温和的、改良主义的风气,让法国的社会主义者还能发展出一套严肃的法律理论。相比之下,恩格斯(Friedrich Engels, 1820~1895)和考斯基(Karl Kautsky, 1857~1938)对门格尔(Anton Menger, 1841~1906)的激烈批判则令德国乃至整个中欧的德语学术界认为“社会主义”和“法学”本来就是矛盾的,<sup>[87]</sup>而这个后果不能不说是令人遗憾的。法国的左派则不认为需要通过打倒他们所处的旧世界去换取一个新的世界,而只需要改造旧世界就可以了。他们也不需要因为不公正的法律而否定法律本身,只需要以公正的法律取代它就行了。所以他们可以安心地做法律家,也做社会主义者,甚至积极地倡导立法的改革和国家干预。法律虚无主义在法国社会主义发展的图景中并没有占据重要的位置。

### (三) 在挑战中仍保持权威的成文法

自然法的内容和作用、法律社会主义的内涵和范畴并非彼此独立的问题,它们都牵扯到另一法学上不可不正视的领域:成文法。自19世纪70年代起,法国民法学界便常讨论成文法的权威问题,但是讨论以“第一次世界大战”为分野,呈现出了非常不同的面貌。“第一次世界大战”前的重要理论问题一是前工业化社会的民法典如何规制工业化社会的法律关系,二则是如何对待激进共和派政府的各项单行立法——这些立法往往悖于保守派人士所认同的价值观。<sup>[88]</sup>然而这两个问题恰似一体之两面:如果有可以令法学家(教授和法官)解释法典以使其继续作为社会生活的典范而不落伍的科学,那么就不需要形形色色的单行立法修正民法典,以民法典已经过时为由主张积极立法的立场也就站不住脚了。

到了“第一次世界大战”以后,战争造成的一系列经济和政治问题,令国家不干预主义看上去更像是虚幻而非真理。加之此前秉持个人主义和自由主义、仍笃信民法典权威不可动摇的民法学家们要么已经遁归道山,要么已经退出公共教学领域,只剩下已近六旬的惹尼仍笔耕不

[85] 夏松就说:“马克思的著作中只有很少翻译成法文,而且社会主义的出版物也几乎不讨论它们。”Donald Sassoon, *One hundred years of socialism: the West European left in the twentieth century*, New York, New Press, 1996, p. 10. 他的说法也不一定准确,但“第一次世界大战”前有法语译本的马克思和恩格斯的著作不仅数量上比较少,而且翻译的时间也比较滞后,包括了《资本论》(1872)《1848年的德国》(1901)《德国的革命和反革命》(1901)《政治经济学批判》(1909)和《工资、价格和利润》(1911)。

[86] Jacques Le Goff, « Juristes de gauche et droit social dans les années 1880 - 1920 », dans Carlos Miguel Herrera (dir.), *Les juristes face au politique: le droit, la gauche, la doctrine sous la IIIe république*, Paris, Kimé, 2003, pp. 13 ~ 33.

[87] Friedrich Engels et Karl Kautsky, « Juristen-Sozialismus », *Die Neue Zeit*, 5 - 2, 1887, pp. 49 ~ 62?; traduction française, voir « Socialisme de juristes », *Le mouvement socialiste*, 12 ~ 132, 1904, pp. 97 ~ 120.

[88] 这些单行立法包括但当然不限于确立免费、世俗的义务教育的《菲力诸法》(Lois Jules Ferry 1881 - 1882),《重新确立离婚法》(La loi du 27 juillet 1884),禁止某些宗教团体从事教育服务的《社团契约法》(La loi du 1er juillet 1901),《政教分离法》(La loi du 9 décembre 1905)。

辍。战争进行之中和战后一系列限制个人处分财产的自由、干预防金之给付和契约自由的单行立法如雨后春笋般涌现，信奉社会连带的学派也培养出了自己更为年轻的继承人。<sup>[89]</sup>而人们也只能把这些变化接受下来。尚存的乐观主义让许多法学家仍然相信对正义的追求可以避免人类重蹈覆辙。<sup>[90]</sup>更多的讨论则把重心放在了如何限制主权上。对自然法的探讨倒是不减，但对成文法的态度则趋向缓和，并且往往导向对一种由世界共同法构建的国际秩序的积极情绪。<sup>[91]</sup>对世界共同法孜孜不倦的追求，更像是一种对自然法实在化的努力，而不再是质问自然法的正当性。

至于法律社会主义，甚至更积极地维护立法权威。以莱维为代表的法律社会主义不仅在对应然之法的理解上迥异于同时代其他法学家，也因为对积极立法和行政干预采较乐观的态度，成为那个努力为法官的解释扩权的年代的异类。在议会民主确立、普选权得以实施的条件下，莱维的基本假设是立法总是民主的。<sup>[92]</sup>在此基本假设下，尽管解释者仍保存了他们在个案中发现和决定何为正当信念的权力，法律的演进终究要由立法达致。国家则应当在人自我决定的能力受到限制的时候出而保护之，亦即采取积极的行动让每个人的权利不致因为物质条件的缺乏成为具文。<sup>[93]</sup>国家的能力匪特限制于保障个人的自由，当涉及保护能力欠缺者和辅助贫弱，国家立法干预不但是正当的，而且是必要的。<sup>[94]</sup>

#### （四）王伯琦对法国民法学说的批判性继受

当王伯琦在1931年开始他为时六年的留法生涯时，他面对的正是一些已经在将近半个世纪中发展得较为完善了民法学说。很少人继续高举自然法的大旗维护民法典而反对政府的积极立法，以保护劳工与贫弱为导向的种种社会立法无法动摇地成了法国民法体系的一部分，实在法的权威得以保全。这些都是王伯琦受教于索邦时为他准备好的语言。他确实很好地掌握了关于自然法的话语，并且也没有作什么改动就把惹尼、雷纳和晚年狄骥的主张几乎是原封不动地继承下来。至于对成文法的推崇，看上去也是法国民法学说的语境向他提供的语言中包含的。

但是，涉及到法律社会主义，情况则显然有所不同。尽管王伯琦所用的术语、概念、论证的思路和莱维几无二致，他的作品中甚至没有一次提过莱维的名字或者学说，而是把立基于社会连带哲学的狄骥奉为这一思潮的代表。要说他不了解莱维的学说几乎是不可能的，如果假设他认为莱维的学说过于激进也说不通，否则解释不了他在1936年的论文中，无论对法律本质还

[89] 参见前注 [39]，Georges Gurvitch 书；Cf. Georges Gurvitch, *Le temps présent et l'idée du droit social*, Paris, J. Vrin, 1931。

[90] 其中最典型者莫过于惹尼的“必要的自然法”命题。参见前注 [64]，François Gény 文（« La nécessité du droit naturel »）。

[91] 无论在民法学家还是公法学家的作品中，这种倾向都很明显。参见前注 [33]，Henri Lévy-Ullmann 书；René Demogue, *L'unification internationale du droit privé; leçons faites à la Faculté de Buenos-Ayres*, Paris, Rousseau, 1927；Louis Le Fur, *La théorie du droit naturel depuis le XVIIIe siècle et la doctrine moderne*, Hachette, 1928。

[92] Cf. Carlos Miguel Herrera, « Le socialisme juridique d'Emmanuel Lévy », (2004) n°56 - 57 - 1 *Droit Société* 111 ~ 128。

[93] Cf. Emmanuel Lévy, « Les droits sont des croyances », (1924) 23 *Rev. Trimest. Droit Civ.* 59 ~ 61。

[94] Cf. Georges Gurvitch, « Les fondements et l'évolution du droit d'après E. Lévy », (1934) CXVII - 2 *Rev. Philos.* 104 ~ 138。





是民法解释都采取了与莱维如此相似的立场和论证思路。一种合理的解释是在回国后他手头确实缺少莱维的著作可供参考。另一种合理的解释则是，他对祖国时局的判断认为当务之急并非劳工保护、扶助贫幼，而是以成文法的教化使个人的观念深植于我国人民的心中。若此说成立，则莱维的理论对他来说终不如明确主张私人自治的惹尼和其他自然法学家来得好用了。

另一个不能从王氏的论述中直接找到答案的是，如果现今的成文法无论在方法还是价值上都和我国的传统格格不入，为什么要让前者取代后者而不是让后者取代前者呢？他在谈到当前立法时所用的“超前”二字便是解答这个问题的钥匙。“超前”说明诸法典是先进的，而传统是落后的。既然法律的内容本来有进步与落后的区别，既然进步的法律可以移植到落后的地区，既然现行的法律已经是世界最先进立法例的产物了，那么用这些外生性规范中所蕴含的道德教化取代内生的社会规范中的落后因素，又有何不妥呢？接下来的部分将要论证的是，王伯琦但不是一位相对主义者，而且是立场坚定的进步主义者。

#### 四、站在东西方之间的法兰西精神：王伯琦的进步主义

##### （一）对实在法的推崇和进步主义的法律观

王伯琦对西方法律思潮和中国法律继受作出的评论，无法脱离他的进步主义价值观。面对现行民法几乎全部是西洋立法例的照搬这一事实，他丝毫没有悲观情绪，而是欣然接受，正是由于他认为一种普世的、进步的法律，也就是西方的法律将超越于历史和政治，在我国得到实现。这种普世的进步主义在启蒙运动中发扬光大，又在欧洲国家殖民扩张的过程中和殖民地经济与行政、尚处于起步阶段还带着强烈猎奇色彩的人类学等新的观察所提供的经验性话语相互作用，形成了一种不仅在法学界、在整个知识界都相当强势的认识。这种认识虽然承认各个社会目前处于不同的发展阶段，却坚信商业的繁荣和科技的进步，最终会让所有的国家达致相似的发展程度。<sup>[95]</sup>

特别在法学界，不论是认为法律产生于本质上相同的人性，还是认为法律取决于各个社会不同的发展程度，抱持不同法律观的学者都无法抗拒投身于实现社会共同法这一事业的诱惑。此20世纪初比较法所以发达的心智因素。<sup>[96]</sup> 毕竟，就连对王伯琦影响最深刻，也最富有怀疑

[95] Cf. Anne Rasmussen, « Science et progrès, des mythes pour la République? », dans Marion Fontaine, Frédéric Monier et Christophe Prochasson (dir.), *Une contre-histoire de la IIIe République*, Paris, Déouverte, 2013, pp. 285 ~ 297; Sudhir Hazareesingh, « La fondation de la République: histoire, mythe et contre-histoire », dans Marion Fontaine, Frédéric Monier et Christophe Prochasson (dir.), *Une contre-histoire de la IIIe République*, Paris, Déouverte, 2013, pp. 233 ~ 256.

[96] 我们仅需举几个当时最为知名的比较法学家萨莱耶和朗贝尔在国际比较法大会上的发言，就可以明白这种乐观情绪。参见前注 [27]，Raymond Saleilles 文；édouard Lambert, « Rapport », dans Société de législation comparée, *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. 26; édouard Lambert, *Le Congrès international de droit comparé de 1932; les travaux de la section générale*, coll. Annales de l'Université de Lyon. Nouv. sér. II. Droit, lettres, Fasc. 45, Lyon, Paris, A. Rey; Librairie du Recueil Sirey, 1934; édouard Lambert, « Le rôle d'un Congrès international de droit comparé en l'an 1931, Rapport fait par le professeur édouard Lambert à la séance solennelle de l'Académie internationale de droit comparé, tenue à La Haye, le 1er août 1929 », (1934) II - I *Mém. Académie Int. Droit Comparé* 461 ~ 480.

精神的德莫格<sup>[97]</sup>，在1927年也说，“构成对世界法律一体化努力真正阻力的现实，仅仅是涉及物理条件、国家的经济情况这样的物质状况，或者是涉及人民的不开化、低下的道德水准这样的社会事实”。<sup>[98]</sup>在科学进步精神的影响下，除了少数在天主教会开设的私立法学院的教授仍然继续传播一套他们认为亘古不变的理想规范之外，法国法学家一致认为，在法律上实现世界大同仅仅是一个时间问题。不过，他们探讨这一问题的时候，心中想的当然是法德英美意西等西方霸权，最多加上政治和法律绝类欧洲的南美诸国，除了艾斯卡拉（Jean Escarra, 1885 ~ 1955）和庞德等少数人外，中国法仅仅是抽象的好奇心的对象。

相反，王伯琦眼中的中国是一片已经拥抱了并不落后于西方的法律制度、却处处存在着法律与习惯的冲突的土地。这让王伯琦的进步主义看上去倒要比他的法国老师们还要坚决和激进得多。既然我国的立法不但是现代的、而且相对社会发展来说是“超前的”，就没有理由不尊重实在法而轻易用传统道德取代之。就算这些法律是外生的，只要它们先进，就不但可以、而且应该在中国的土地上生根。

### （二）从家本位到个人本位的价值观

与此同时，他又断定现行西方的法律在价值上比固有文化更为进步。在他评价《大清新刑律》时，便说：“这部新刑律，才把我国数千年来的传统精神予以修正。其中除将官秩服制良贱等阶级一概废除外，对于根深蒂固的伦常观念，大大地予以一次打击。”<sup>[99]</sup>这种打击，在他看来就是以先进代替落后。至于辛亥革命后所订立的诸法典，更是“把过去数千年来的社会及经济组织整个改变了，亦就是把过去的家族本位一变而为个人本位”。<sup>[100]</sup>

为了让先进的法律得以施行，便有必要令西方法制中的个人本位精神流行于世，其手段便是实现法律的治理。他强调社会主义乃个人主义发展后的产物，其目的也在于反对我们固有文化中以家为基本单位而无视个人人格的理念，所以他才说这种人格的概念“是我们固有文化的扬弃，固有道德的反叛，与我们的伦常观念，适相背道而驰，水火不能兼容，我们的社会积极地在鼓吹恢复固有道德，维护固有文化，而我们教法律的人呕心吐血的在灌输独立人格观念，二方简直是白刃相接，矛盾一至于斯”。<sup>[101]</sup>如此看来，强调实证法在他的理论脉络中，不但有方法论的意义，更成了改造社会、推动社会精神发展的理论。

### （三）西方诸价值之间的取舍

更为值得注意的是，在讨论西方各价值冲突的时候，他在法律思想移植中的能动性体现得最为明显。在庞德告诉他“希望中国有几部像 Planiol 那样的著作时”，王氏并不十分以为然，因为“泼氏的民法著述，在法国确有极大的权威，不过他的思想是正统的《拿破仑法典》思想，

[97] 德莫格虽身处巴黎法学院，却是法国民法理论发展中特殊的一人。他的 *Les notions fondamentales du droit privé : essai critique, pour servir d'introduction à l'étude des obligations* 在1911年出版时，书评几乎是一边倒的反对意见。关于他的理论的总括性介绍，Cf. Christophe Jamin, « Demogue et son temps Réflexions introductives sur son nihilisme juridique », *Rev. Interdiscip. Études Jurid.* 2006. 56. 5 ~ 19.

[98] 参见前注 [91]，René Demogue 书，第128页。

[99] 前注 [20]，王伯琦书，第28页。

[100] 同上，第30页。

[101] 同上，第54 ~ 55页。



个人主义色彩甚重”。<sup>[102]</sup> 他更为看重的惹尼、狄骥、德漠格乃至卡皮唐等人，则在民法解释的方法上有所创新。而就算他把社会主义理解为对个人主义的补正，也不能无视两种不同价值之间的冲突。他本人就承认：“此二学派之争辩文籍，汗牛充栋，各言其是，各云其然。然其要旨，不外所个人自由为出发点及归宿点，一以社会需要为出发点及归宿点。”<sup>[103]</sup> 并且，此时他已经于法律的目的、法律行为和法律与法律行为有冲突时的处理原则三方面探讨过自由学说和社会学说的区别。<sup>[104]</sup>

王伯琦对西方法律和价值观演进的看法，则恰恰呼应了五四运动后一二十年“西方”这一概念在中国分裂的思潮。原来欧战后国人一边对西方文化开始失望，一边也意识到西方并不是一个整体。<sup>[105]</sup> 同时，意识到西方之分裂的国人又把中国变成了各种外来意识形态的战场。<sup>[106]</sup> 此种分裂尤其表现为自由主义和社会连带主义的对立。此时的王伯琦，深受法国社会法学的影响，着力于反思自由主义和个人主义的缺陷。可是到了他写作《近代固有思潮与中国固有文化》的时候，态度已经从反思自由主义变成了为自由主义声辩。社会本位的思潮就不过是个人自由的补正罢了，无法真正形成和自由主义竞争的力量。

为自由主义的声辩绝不意味着他已经弃绝了社会理论。相反，上述的转变更能体现出王伯琦对中国和欧美具体语境差异的认知。孔庆平也准确地指出了，在王伯琦看来，“社会本位法律与个人本位法律并不是对立的，而是前者摄取并改变了后者。”<sup>[107]</sup> 王氏不但对庞德希望中国出几个普拉尼奥的说法不以为然，更认为庞德本人针对梅因“从身份到契约”命题的批评乃是对美国这样受“自由主义熏陶颇深的国家”来说是“切中时弊”。<sup>[108]</sup> 他所担心的毋宁是在对成文法的尊重尚未形成风气、个人价值尚未得到保障的时候，就匆忙地打倒成文法、提倡社会本位，对我国来说是不合时宜的。所以他才说：“我们的距离是从无我到有我再到社会，或者义务到权利再到社会利益的距离。”<sup>[109]</sup> 也就是说，他的进步主义乃视社会进步为一线性的过程，而且此过程看上去只有一种模式，便是从家庭本位到个人自由，再到给予社会其应有的重视这样的发展。如果说西方正在从极端的契约主义调和为有限承认“身份”的阶段，我国在这一线性发展中还处于从身份到契约的过程中。有鉴于此，王伯琦不得不为个人主义鼓与呼。

可见，在王伯琦眼中，家庭本位和个人本位之间的矛盾，并不简单是一个“中”与“西”的对立，更是一个“落后”与“进步”的对立。如果这是“中”与“西”的对立，那么人们完全可以支持反沈家本派，主张服膺固有传统的价值体系，而抛弃西化的成文法所表彰的个人主义。可如果这是一个“落后”与“进步”的对立，提倡回到落后的状态就是不理智的了。随着社会的进步，我国终究会走到需要以社会思想调和和个人主义的时候。但是对我国社会和法律实践的具体认知让王伯琦选择了优先倡导个人主义。

[102] 同上，第78页。

[103] 参见前注[60]，王伯琦文。

[104] 同上注。

[105] 参见前注[6]，罗志田文。

[106] 同上注。

[107] 孔庆平：“个人或社会：民国时期法律本位之争”，《中外法学》2008年第6期，第901页。

[108] 参见前注[20]，王伯琦书，第67页。

[109] 同上，第75页。

## 五、结 论

本文专注于把王伯琦一人放回到他在法国求学的语境中梳理，仿佛是要强调他的独特性。其实，他之所以独特且值得我们花时间和笔墨来研究，恰恰在于他所提出的问题的普世性和他给出的回答的代表性。

从法律移植的角度看，我国从晚清开始到新中国成立前的立法是用了外生的法制代替了原有的法制。新的法制不但和原有的法制不一样，也和传统上人们所遵守的行为规范多有冲突。法律移植可以帮助我们了解新旧规范究竟在呈现的方式和内在价值上都有什么样的不同，但比较法的这一面向无法提供关于法律工作者如何解决这些冲突的知识。要获得这方面的知识，从具体的层面而言，需要依赖法律史对个案判决的研究；从整体上说，则需要考察法学家对这种“不一致”的抽象的论说。本文所倡导的法律思想移植研究属于后一种。通过对王伯琦这个个体的考察，我们了解到他在法国继受的进步主义让他愿意用全盘的西方法制以及其中的个人主义精神取代家族本位的中国传统。

不仅如此，上文的考察还让今人了解到，这位就学于欧亚大陆另一端的民法学者曾经为兴起于 20 世纪初的社会化思潮鼓与呼，认为种种社会立法和法律解释中对个人私法自治的限制是法学中的一大进步，然后却转而为民法中固有的个人主义和自由主义辩护。按照苏基朗教授的类型学，王伯琦和吴经熊一样，在移植西方的法律思想时采取了“连根移植”策略。<sup>[110]</sup>而且两者都选择了“自然法”作为他们所移植的法律思想的“根”。只是吴经熊赞扬的是一种以固有社会秩序为立基点的自然法，而王伯琦所宣传的是以个人权利为根本的自然法。究其原因，恐怕不仅仅是为正本清源，或许还因为担心有人借所谓西方法学中的新思潮，在个人自由未得保证时就予以颠覆。类似的情况，在他坚持以成文法作为法律解释的依据、并详细解说惹尼的法律解释理论时，也可见一斑。

第二个面向实际上更重要，因为从中可以看出在话语的产生过程中，行动者和语境之间的关系。这也是本文为什么有必要冗长地呈现王伯琦留学时所接触的理论话语如何在具体的历史语境中形成。在法国民法学动荡的五十年（1880~1930）中，法学家们关心的依次是共和国的建立和积极的立法、世俗化、社会矛盾的加剧、世界大战、私法统一，相关的讨论更新了民法学的词汇和言说方式。因此才有了出现在王伯琦、也出现在吴经熊作品中的法律解释方法、自然法复兴和法律社会主义等思潮。而当这些留学生在国内阐释他们自己的立场时，面对的是一个截然不同的语境。本文从王伯琦与吴经熊的论战中提取出了对实在法和传统之间的冲突作为切入点，展现他们在面对另一个语境的时候，如何理解和重述他们西方老师的观点。我们看到，他们在面对“自然法复兴”和“社会思潮”的时候，所看、所想、所述都是不一样的，这些差异最终让他们对外生性的法律如何在我国发芽生根做出了不一样的判断。在他们的重述中，这些法律思想移植的行动者们的主体性是无法否认的。

王伯琦的理论不仅仅具有思想史的意义。在今天的法国民法学界，王伯琦在 20 世纪 30 年代

[110] 参见苏基朗：“有法无天？严复译《天演论》对 20 世纪初中国法律的影响”，《清华法学》2012 年第 5 期，第 140~142 页。



早已论述过的社会学说再次把矛头指向了意思自治的教条。“契约连带主义”(solidarisme contractuel)运动的支持者们主张,传统的理论无视人在社会中事实上的不平等,而假想他们在订立契约的时候处于完全平等的地位、因而可以自由地表示自己的意思,虽然可以在旧民法理论的形而上学基础中得到正当化,却无法面对社会理论的挑战。在他们看来,契约的本质乃是创造一具有共同目的的同盟(union),其中一造需要有一定程度的利他精神:考虑甚或负责实现他造的利益,并为其作出一些牺牲。<sup>[111]</sup>这一已经在法国最高法院的裁判中得到体现的学说运动<sup>[112]</sup>在思想渊源上可以直接追溯到萨莱耶和德谟格。是故,雅曼才把他1995年在里尔二大主导建立的研究中心命名为“德谟格中心”。正是在这个背景之下,法国学者把目光投向了20世纪初的民法史,希望弄清这一思想脉络的源流。而王伯琦对法律社会化和民法中的个人主义、自由主义的辨析和反省,显然对我们思考民法的本质和意思自治的限度大有裨益。

当然,本项研究还留下了许多有待以后补正的缺陷。其一便是在资料搜集方面的缺失。若是能寻得王伯琦先生在法国求学和回国之后的资料,或许更能从主观的方面观察他在移植法国法律思想时的能动性。其二便是方法论上的不足。本文过于集中于王伯琦本人,而忽略了他与同时代作者之间的互动,不得不说是一大遗憾。第三,本文只讨论了王伯琦的进步主义和他的论述之间的联系,却没有讨论吴经熊的保守主义价值观到底对他的理论发展产生了何种作用。

实际上,无论是把吴经熊作为传统价值的捍卫者放在我国的语境中、还是作为天主教伦理的理论家放在西欧的语境中,他都是一个极其保守的人物。如果说王伯琦在法国留学期间主要接收的是进步主义思潮的话,那么吴经熊青年时代留学西方,当和此间的保守主义更为接近些。然而,我们在研究吴氏的法律思想时,往往关心他和霍姆斯、施塔姆勒等改革派的互动,从这些交流中,是看不出他的思想如何发展为一套保守主义思潮的。根据张薇薇博士的研究,吴经熊反对现代的理性主义思维,特别是对奠定了近世法哲学基础的康德主义哲学颇不以为然。相反,他所信仰的是天主教经院哲学,指望用对上帝的参与和启示的真来弥补理性的不足。<sup>[113]</sup>这样的解释可以帮助我们思想体系的角度解释吴经熊拒绝进步主义的原因。按照这样的解释,吴经熊的哲学倒是和惹尼的相仿佛。可他笔下的惹尼,却和惹尼的原文有一段距离。总而言之,吴氏本人的留学经历和思想发展,也还有许多值得发掘的地方。

[111] Christophe Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXIème siècle*, Paris, LGDJ, 2001, pp. 441 ~ 472.

[112] Cf. Kiteri Garcia et Jean-Pierre Marguénaud, *Le droit civil européen; Nouvelle matière, nouveau concept*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 528 ~ 530.

[113] 参见张薇薇:“理性、信仰与神之美——吴经熊自然法哲学思想之超验之维”,《中国法律评论》2014年第2期,第216~230页。