

# 他山之玉： 鞏濤先生與他的中國法律史研究

孫家紅<sup>\*</sup>

## 摘要

鞏濤是當今法國漢學界中研究中國法律歷史的領軍人物，其研究成果深受專業人士稱讚，在中國大陸及歐美漢學界具有廣泛影響。他此前以英文、法文發表的法史學術論文，即將在中國大陸結集出版。本文結合其近二十餘年所從事的學術研究計畫，梳理其在中國法律史研究領域的學術成果，並剖析這部即將出版論文集錄各篇文章的要點，試圖較全面地介紹其學術旨趣，並特別分析其對中國傳統法律性質及異域法律形象的研究，希望有助海內外法史學界進一步研究相關課題。

關鍵詞：鞏濤、漢學、法律史、中國酷刑、翻譯

---

<sup>\*</sup> 中國社會科學院法學研究所副研究員。

## 壹、

在眾多學界同仁努力下，鞏濤（Jérôme Bourgon）的法律史論文集即將在中國出版。遙想與他的初次相識，大約在十五年前。當時他正在日本東京大學東洋文化研究所進行學術訪問，特地來東京與家師李貴連教授敘舊，並擬在北京大學圖書館和中國第一歷史檔案館查讀文獻。家師認為我對史料比較諳熟，後來便我陪同嚮導，從而得知他正主持一個以「中國酷刑」為主題的大型計劃：圖蘭朵項目「中國式酷刑：一種異國情調式再現的歷史、文學及圖像研究」（*Projet Turandot sur les «Supplices chinois: approches historique, littéraire et iconographique d'une représentation exotique»*, 2002-2006）。這本即將出版新書所收錄的最末兩篇文章——〈中國決囚與歐洲酷刑的視覺化差異〉（“Chinese Execution: Visualizing Their Differences with European ‘supplices’”）和〈廢除酷刑：新政法律之中國根源與長期實效之再評價〉（“Abolishing ‘Cruel Punishments’: A Reappraisal of the Chinese Roots and Long-Term Efficiency of the Xinzheng Legal”），便是這一大型計劃的階段性成果。

此後數年，我們書信往還，交往日深。2009年底，筆者應邀參與鞏濤申請法國國家研究中心（ANR）的另一個大型國際計劃「中國的法制化空間」（*Legalizing Space in China*），並在此計劃成功獲得補助後，有幸與其他幾位學者一道成為項目最早一批核心成員。〈帝制中國晚期凌遲刑的資料分析：頻率、空間及其犯罪類型〉（“Figures of Deterrence in Late Imperial China. Death Penalty by Dismemberment (lingchi chusi) Under the Qing Dynasty: Its Frequency, Spatial Repartition, and the Kinds of Crimes Targeted”）這篇論文，即部分體現了這一課題的學術野心：利用大量史籍與檔案等資料，對存世的法律史文獻進行統計與分析，以揭示其演變的時代特徵及內在規律。有讀者可能容易

將這類研究歸入現今中國大陸學界頗引人注目的「量化史學」，<sup>1</sup>但若對鞏濤任職法國里昂東亞學院（IAO）多年來的學術事業多點瞭解，便很容易分辨其中差異：量化史學主要受到源自美國經濟學專業知識的影響，「中國的法制化空間」計劃則生發於長久積累的歐洲漢學傳統；質言之，鞏濤這個計劃或可視作傳承歐洲漢學研究之下的一種學術創新：將文本、資料、聲音、圖像乃至考古等各種資料，進行綜合研究，並借助聲光化電等現代科技手段，以立體呈現所獲得的種種研究成果。與開展研究的同時，「中國的法制化空間」計劃還建立專題學術網站、資料數據庫並開發應用軟體，運用多數位化手段搭建國際學術交流平臺，實現全球意義上的學術分享與協同並進。

對於中國法律史學者而言，鞏濤早已是聞名海內外的學者，此前亦曾有學者撰文介紹其學術研究成果。<sup>2</sup>筆者曾承鞏濤相告，得知上世紀八十年代末他來中國大陸工作時，即曾因偶然在北京琉璃廠看到沈家本《沈寄簃先生遺書》而感到十分驚喜，想要研究中國法律史的意願乃油然而生。後來，鞏濤有機會在享譽國際的漢學家巴斯蒂（Marianne Bastid-Bruguère）指導下，撰寫博士論文「沈家本（1840-1913）與帝制晚期的中國法」，<sup>3</sup>並於1994年獲得歷史與文明專業博士學位。他的博士論文受到「評委會一致通過並予最優成績」（*Très honorable avec félicitations du jury*）的高度評價；當時評審委員會主席是著名漢學家魏丕信（Pierre-Étienne Will），而為他博士論文撰寫評審報告的米海伊爾·戴爾瑪斯－馬蒂（Mireille Delmas-Marty）也是知名學者。不無遺憾的是，鞏濤博士論文至今仍未出

1 一般認為，量化史學（或計量史學）產生於十九世紀末。上世紀八九十年代，中國大陸倡之者亦不乏人。近年以耶魯大學陳志武教授為核心的量化史學團隊，具有較強經濟學專業背景，針對中國歷史問題進行計量分析研究。其中部分學者研究中國法律歷史檔案或明清律令成果顯著，雖然個中觀點值得進一步討論，但整體上很值得法律史學界關注和借鑒。

2 張小也，〈鞏濤：法國的中國法制史學者〉，《中國社會科學報》2011年9月22日，第17版。另見王志強，〈法國的中國法律史研究〉，收入《中國古代法律文獻研究》（北京，社會科學文獻出版社，2014）第8輯，頁499-510。

3 Jérôme Bourgon, “*Shen Jiaben et le droit chinois à la fin des Qing*” (Sous la direction de Marianne Bastid-Bruguère, Doctorat en Histoire et Civilisation à l'École des Hautes Études en Sciences Sociales Décembre 1994).

版，而中文世界也少有人知道此篇學位論文。但即便如此，也並不影響鞏濤畢業後在歐洲漢學界迅速成為中國法律史研究的代表性人物。

數年前，筆者從一位法國朋友處，聽聞到魏丕信對鞏濤的學術評價：最近二十多年，通過鞏濤對中國法史學的耕耘與努力，不僅激發了歐洲漢學界對中國法律史的興趣，他的相關研究更為重新認識中國法律史，提供了極有價值的學術積累和重要參考。2014年5月筆者赴巴黎參加「中國的法制化空間」計劃所召開的討論會，期間有幸見到前來赴會的巴斯蒂夫人，以及專研中國儒學思想史的法蘭西學院院士程艾蘭（Ann Cheng）。會間交談，這兩位學者都高度讚揚該項目的學術價值，並稱道鞏濤從法律角度重新解讀中國歷史，所做的嶄新學術探索。另據筆者所知，現今活躍在美國、加拿大、德國、義大利、瑞士、韓國、日本等國學界的眾多中國法律史研究者，也多十分推重鞏濤的研究成果，其學術影響可謂既深且遠。

目前所能見到鞏濤在中國大陸公開發表的第一篇文章，應是2003年12月《法國漢學》第8輯（教育史專號）收錄的〈西方法律引進之前的中國法學〉。<sup>4</sup>此後，另有多篇鞏濤著作陸續中譯，如〈「求生」——論中華帝國晚期的「司法欺詐」〉（徐悅紅、劉雅玲譯，《內蒙古師範大學學報（哲學社會科學版）》2009年第4期），〈失禮的對話：清代的法律和習慣並未融匯成民法〉（鄧建鵬譯，《北大法律評論》2009年第1期），〈中國民法形成過程中的權利、自由與習慣（1900-1936）〉（白陽譯，《法律史譯評》第一卷，北京大學出版社，2013年）；〈中國法傳統中的罪刑法定原則與法律規則〉（《法國漢學》第十六輯，中華書局，2014年）。2013年6月，鞏濤與卜正民（Timothy Brook）、格裡高利·布魯（Gregory Blue）合著的專書《殺千刀：中西視野下的凌遲處死》，由商務印書館出版中譯本，書中有關晚清的刑律與王維勤凌遲案，以及西方人眼中的中國酷刑等等內容，大都出自鞏濤的手筆。本書收錄的譯文〈晚清北京地區的死刑

4 鞏濤，〈西方法律引進之前的中國法學〉，收入《法國漢學》叢書編輯委員會，《法國漢學（教育史專號）》第8輯，北京，中華書局，2003，頁220-249。

與監獄生活——有關比較史學、方法及材料的一點思考》（陳煜譯），最初發表在2014年11月刊印的《法律史譯評》（2013年卷，北京大學出版社）。此外，2009年秋冬之際，筆者應法國遠東學院北京中心主任呂敏邀請，翻譯了鞏濤的〈法律地獄：關於中國宗教正義觀念和法律的比較〉，此文原擬交付某出版社，但因故耽擱數年，最後方於2018歲末，由中信出版社印行。<sup>5</sup>

以上所列，僅限發表（或即將發表）於中國大陸的鞏濤學術論文。與此同時，鞏濤若干作品也在臺灣中譯出版。<sup>6</sup>儘管已有上述中譯，鞏濤的學術作品其實大多仍以法文和英文發表；此外，包括其博士論文在內，鞏濤還有大量未曾正式刊布的學術作品，這些研究成果至今仍較少為中文讀者知曉。現今國際學術交流日益頻繁，在中國大陸翻譯類似鞏濤這類重要學者的著作，實是必要而有價值的工作。

然而，「譯事難為」。一般而言，學術性翻譯對譯者的外語水準要求更高，因為不僅要精通所欲翻譯的外語表達，更要熟悉專業的外語語彙。此外，還有兩方面因素制約著翻譯作品的質量：其一，譯作水準的高低，根本受制于譯者母語的表達能力。我們很難期望一個連母語表達都七零八落的人，能夠提供多麼精緻的翻譯作品。其二，原作者語言表達水準的高低，直接決定了作品翻譯的難度。僅就後一方面言，鞏濤學術著作的翻譯難度確實不小，因為他不僅對中國法律史眾多議題有精深研究，對遣詞用句也是特別講究；凡對鞏濤比較瞭解，或讀過其法文或英文原作的人，應該基本都有以上印象。有一次我與鞏濤某位高足談及其寫作風格，我們的共識是：他用詞太過考究，有時簡直就是在「炫技」！所以，如果說目前翻譯存在若干理解偏差或甚至誤譯的話，部分原因在於譯者水準有限，而另一部分原因

5 呂敏、陸康主編，《香火新緣：明清至民國時期中國城市的寺廟與市民》，北京，中信出版集團，2018。

6 如鞏濤，〈地毯上的圖案：試論清代法律文化中的「習慣」與「契約」〉，黃世杰譯，收入邱澎生、陳熙遠編，《明清法律運作中的權力與文化》，台北，「中央」研究院、聯經出版事業股份有限公司，2009，頁215-253；〈中國處決刑罰與歐洲「酷刑」之異同：一個策展人的預想觀看〉，陳書諒譯，收入《典藏今藝術》129期（2003年6月），頁182-193。

則或許要很不公平地歸因於鞏濤本人。

翻譯過程的種種艱辛，可能只有親身參與者才有真切體會。筆者並不專司翻譯，但明顯感到這是件難度很大、極富挑戰的腦力勞動。然在，閱讀鞏濤每篇論文，一種錯綜複雜的想法則常不經意跳出。何以故？現代學術研究一項基本要求，是研究者應與研究對象保持一定程度的距離，儘量避免受個人主觀或感性因素的可能誤導，以努力獲取更客觀的判斷。據此衡之，筆者與鞏濤相識交往十餘年，對這些文章所做的評論，有可能因為彼此過從甚密、知之較多，難免會有因為先入為主的想法而影響自身評判之處。

錢穆先生曾言，對於本國以往歷史，應該「附隨一種對其本國已往歷史之溫情與敬意」。<sup>7</sup>這句話一直給予筆者某種心靈上的指引。回想若干年前捧讀《國史大綱》，書中很多精彩內容已然在記憶中淡去，惟獨對這句話始終縈懷，並隨閱歷增多而感觸日深。其實，除了研究本國歷史應該抱持溫情與敬意，作為其他學術研究領域的研究者，對人類歷史、對於人性、對於知識和學術本身，又何嘗不應抱持溫情與敬意呢？換句話說，研究者對於研究對象的主觀感情因素，未必就是客觀學術研究的障礙；相反，如果處理得當，有時恰恰構成學術研究不可或缺的內在精神動力。與之相類，評論者對原書作者多一分接觸和瞭解，未嘗不可作為近距離觀察，提供一些基於筆者個人經驗的「內部情報」，以便利其他學者進行更多層面的觀察與思考。

## 貳、

這本即將出刊的鞏濤個人論文集專書，共收錄11篇論文。據筆者所知，這些論文都是鞏濤從其英文和法文作品自己挑選出來。但本書大概出於某種特別考量，這11篇論文編排方式並未遵循原文發表時間

---

7 錢穆，《國史大綱》（北京，九州出版社，2011），「卷首」，頁1。

的先後順序。筆者按照各篇文章最初發表時間重新排列如下：<sup>8</sup>

|    | 篇 名                               | 年份        |
|----|-----------------------------------|-----------|
| 1  | 作為官僚文化適應現象的日中習慣法                  | 2001      |
| 2  | 廢除酷刑：新政法律之中國根源與長期實效之再評價           | 2003      |
| 3  | 中國決囚與歐洲酷刑的視覺化差異                   | 2003      |
| 4  | 中國法律文化諸面相：成文法、國家與社會               | 2007-2008 |
| 5  | 拉伊俄斯的失誤——弑父：匿跡於弑君與弑親之間            | 2012      |
| 6  | 真實的污穢插曲：中國決囚圖像史料解說                | 2013      |
| 7  | 晚清北京地區的死刑與監獄生活——有關比較史學、方法及材料的一點思考 | 2014      |
| 8  | 帝制中國晚期凌遲刑的資料分析：頻率、空間分佈及犯罪類型       | 2014      |
| 9  | 中國法上「責任」的教條基礎：「好生經世」的皇帝           | 2015      |
| 10 | 祥刑：官箴書中的慎刑箴                       | 2016      |
| 11 | 法律虛構與軍事現實——《大清律例》中的「兵律」           | 2017      |

結合鞏濤最近十餘年主持的幾個大型學術項目，大致可以明瞭其研究軌跡：（1）2002年9月至2005年6月，鞏濤在日本的東洋文化研究所訪問，本論文集收錄最早一篇文章（〈作為官僚文化適應現象的日中習慣法〉，2001），即發表於他此次訪問日本之前。訪日期間，鞏濤已承擔大型研究計劃「中國式酷刑：一種異國情調式再現的歷史、文學及圖像研究」，2003年發表的兩篇文章（〈廢除酷刑：新政法律之中國根源與長期實效之再評價〉〈中國決囚與歐洲酷刑的視覺化差異〉，2003）即屬這一時期的研究部成果。〈真實的污穢插曲：中國決囚圖像史料解說〉（2013）則是在此前研究基礎上的進一步綜合與深化。（2）2011-2015年，主持「中國的法制化空間」大型國際合作計劃，〈帝制中國晚期凌遲刑的資料分析：頻率、空間分佈及犯罪類型〉發表於該項目臨近結項之際。（3）從內容上看，2015-2016年發表的〈中國法上「責任」的教條基礎：「好生經世」的皇帝〉和〈祥刑：官箴書中的慎刑箴〉，這兩篇論文所利用的核心史料，基本來自他積極參與的另一項大型學術計劃「中國古代官箴書目薈要」；

8 部分篇名為筆者根據英文和法文直接翻譯，與本論文集譯者所採用標題或有不同，不單獨出注。

該計劃由魏丕信教授主持，集合數十位法律和歷史專業學者，前後歷時二十餘載；據魏丕信教授相告，該項目最終成果即將交由哈佛大學出版社印行。

大致瞭解鞏濤的研究軌跡之後，筆者即對這本即將出版的鞏濤論文集做些概括與評價，將全書11篇文章按主題分為兩大方面，就個人閱讀最感興趣處評述。

## 一、中國法律的性質

有關中國法律性質的討論，其實並不是個新鮮議題。中國大陸學界在「文革」結束後重新開展中國法律史研究，儘管不同時期的不同學者看待各種議題存在或多或少的分歧，但整體而論，研究者大多借用民法、刑法或其他諸法分割併立的現代西方法學分類體系，對傳統中國法律的性質進行討論與評價。如早期著名的「諸法合體，民刑不分」命題，或晚近提出的「諸法合體，民刑有分」提法，不管研究者是否接受這些舊命題與新提法，至少，現代民法、刑法及其他諸法分割併立的法學分類概念或是理論分析框架，對絕大多數中國法律史研究者來說，基本都是一種無法徹底排除的先驗性存在。

鞏濤雖然並未直接質疑「諸法合體，民刑不分」或「諸法合體，民刑有分」等命題，但他顯然沒有落入同類解釋框架的窠臼。從著作發表的時間看，他對中國傳統法律性質的討論，是始於其對中國古代習慣法和民法問題的反思：1999年在《歷史與社會科學年鑒》（*Annales. Histoire, Sciences Sociales*）發表〈中華帝國晚期的習慣與法律〉（“La coutume et le droit en Chine à la fin de l’empire”）；<sup>9</sup>2001年在《遠東，遠西》（*Extrême-Orient, Extrême-Occident*）發表〈作為官僚文化適應現象的日中習慣法〉（“Le droit coutumier comme

9 Jérôme Bourgon, “La coutume et le droit en Chine à la fin de l’empire”, *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 1999.5, pp 1073-1107.

phénomène d'acculturation bureaucratique au Japon et en Chine”）；<sup>10</sup>2002年在《清史問題》（Late Imperial China）發表〈失禮的對話：清代的法律和習慣並未融匯成民法〉（“Uncivil Dialogue. Law and Custom did not Merge into Civil Law Under the Qing”）；<sup>11</sup>2004年在柯偉林（William C. Kirby）主編《現代中國的自由世界》（Realms of Freedom in Modern China）刊出〈中國民法形成過程中的權利、自由與習慣（1900-1936）〉（“Rights, Customs, and Civil Law Under the Late Qing and Early Republic (1900-1936)”），<sup>12</sup>都是旨在探究這方面議題的著作。

〈作為官僚文化適應現象的日中習慣法〉一文，強調日、中兩國在追求現代化過程中，均不同程度吸納了源自歐洲的「習慣法」概念，並且，也都將在國內彙編習慣法與頒佈民法典作為構建現代國家的重要手段。日本作為亞洲現代化國家的先驅，在穗積陳重等學者的努力下，順利引進「習慣法」概念，不僅較早開始搜集彙纂日本國內民事習慣，更在此基礎上完成民法的法典化工作，進而向通過戰爭攫取的臺灣乃至朝鮮半島，推行了類似做法。中國在晚清以降的法律改革過程中，知識精英和官僚文化同樣將此作為國家應對危機的重要興革舉措，不僅輾轉從日本引入「習慣法」理念，更仿效日本進行民事習慣調查與匯總，且在日本學者的諮詢與支持下，嘗試起草做為民法典的《民律》草案。但後來出於多方面原因，近代中國的民事習慣匯總與法典化工作，並未得到類似日本的成效；總的來說，晚清和民國進行的民事習慣調查，並未明顯體現在1930年代製訂與頒佈的民法典內容裏。

---

10 Jérôme Bourgon, “Le droit coutumier comme phénomène d'acculturation bureaucratique au Japon et en Chine”, in Jérôme Bourgon (dir.), *La coutume et la norme en Chine et au Japon, Extrême-Orient, Extrême-Occident*, 23 (2001), pp. 125-143.

11 Jérôme Bourgon, “Uncivil Dialogue. Law and Custom did not Merge into Civil Law Under the Qing”, *Late Imperial China*, 23.1 (2002), pp. 50-90.

12 Jérôme Bourgon, “Rights, Customs, and Civil Law Under the Late Qing and Early Republic (1900-1936)”, in William C. Kirby (ed.) *Realms of Freedom in Modern China*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 2004, pp. 84-112.

值得注意的是，鞏濤對「習慣法」或習慣法的法典化，以及「習慣法」之於國家現代化的重要意義，都進行了嚴肅反思。他受到一些早期殖民地史研究作品的啟發，提出了極具突破性的觀點：習慣和習慣法，其實是殖民者為重組殖民地的社會秩序，並維護既得利益者，而創造出來的一種法律傳統（*tradition inventée*）。具體言之，所謂習慣調查和匯編習慣法對構建現代國家具有「重要意義」的這個命題，不僅本身很值得懷疑，而且，近代日本和中國有關搜集、彙編習慣法，並對習慣法進行法典化的種種努力，其實都需要再做進一步反思。若將習慣法之法典化的歷史進程，視為日、中兩國知識精英和官僚文化面對殖民者壓力而做的因應舉措，則在構建現代化國家、重塑官僚—法律傳統的過程中，便難免不同程度地消解了「習慣」本身內在的所謂「民族性」。

與前面討論鞏濤幾篇文章相比，本書收錄的第一篇論文〈中國法律文化諸面相：成文法、國家與社會〉，在以英文於2007至2008年發表時，原是分作上、下兩篇，<sup>13</sup>此篇研究不僅篇幅較長，而且涉及學術議題既廣且深，或可視為他研究中國傳統法律性質的階段性小結。該篇長文原是應《國際亞洲研究》編輯部邀約，針對中村茂夫、寺田浩明、高見澤磨、夫馬進四位日本學者論文而作的評論。為方便討論，鞏濤將四位作者討論的內容歸納為三個主題：一、從法治和成文法來看中國法的性質；二、法律的作用及其社會效用；三、法律的局限性及其適用場域，如「民法」或「私法」問題，又如私人律師與公共司法的關係。

事實上，除了上述四位日本學者之外，該文還同時評價了其他十數位學者的相關觀點。其中特別值得注意的，是做為此文鞏濤批判對象的一位法國重量級學者——讓·愛斯嘉拉（Jean Escarra, 1885-

13 Jérôme Bourgon, "Aspects of Chinese Legal Culture—The Articulation of Written Law, State and Society", (part one), *International Journal of Asian Studies*, 4.2 (2007), pp. 241-258. "Aspects of Chinese Legal Culture—part two: Private law and Private lawyers", *International Journal of Asian Studies*, 5.1. (2008), pp. 71-86.

1955)。這位法國學者的名字，也曾經中譯為「愛師嘉拉」，<sup>14</sup>在1949年前的中國也算鼎鼎大名，因為他不僅擔任過北洋政府修訂法律顧問，還曾參與當時民、商事法律起草工作，後來在二次大戰時，又受戴高樂將軍任命到了重慶，以支援過中國抗日戰爭。<sup>15</sup>但中國學界對愛斯嘉拉的研究顯然不夠，迄今尚未有人整理當年他在中國活動的完整軌跡。更要緊的是，中國學界對愛斯嘉拉以法文撰寫的名著《中國法：概念與進化》（*Le Droit chinois. Conception et évolution*）<sup>16</sup>，對這部曾在西方學界產生鉅大影響專著的主要內容，仍然十分隔膜。

透過鞏濤的評論，可以得知愛斯嘉拉不僅對歐洲學界理解中國法律相關議題影響甚大，特別是他對中國法律存有嚴重的偏見或誤解：愛斯嘉拉認為中國人缺乏對法律概念的認知，未能制定任何可供執行的法律；基於中國人的思想特性，中國法律並非是以文本形式存在，而只是體現在民眾實踐和社會規則，尤其是涵攝在大量的中國習慣法（Customary law）之內。根據鞏濤的分析，愛斯嘉拉的偏見其實上承葛蘭言（Marcel Granet, 1884-1940）而且下啓汪德邁（Léon Vandermeersch, 1928-）等法國漢學家，影響甚至及於今日，造成許多學者對中國傳統法律的長期誤解。

中村茂夫——其實還有寺田浩明——與鞏濤的觀點不謀而合，對於愛斯嘉拉的「偏見」均持否定意見。尤其是中村茂夫撰寫的〈傳統中國法律是否僅是樣子？〉，<sup>17</sup>此文利用《刑案匯覽》、《駁案新編》等資料，對這種一度風行學界但卻嚴重偏離實際的說法，進行了系統而又嚴厲的批評。在中村茂夫的討論基礎上，鞏濤進一步從法治和法律文化的角度，揭示出愛斯嘉拉思想學說的嚴重謬誤。

14 Jean Escarra 曾以「愛師嘉拉」為名在中文媒體發表論文，如〈中國私法 myo 之修訂〉（1922），〈關於修訂中國商法典之報告〉（1925），參見王健，《西法東漸——外國人與中國法的近代變革》（北京，中國政法大學出版社，2001），頁185-228。

15 參見陳霓珊，〈民國民事立法中的「保守」與「激進」——基於愛斯嘉拉本土化立法方案的考察〉，《近代史研究》，2018年第3期，頁141-154。

16 Jean Escarra, *Le Droit Chinois. Conception et evolution*, Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1936.

17 原文使用的英文是「model」，譯者將之譯成「模範」，偏於中性。今改譯作「樣子」，以示原作之傾向性。

在對中國傳統法律功能的討論中，鞏濤商榷的對象，至少包括寺田浩明、高見澤磨、中村茂夫三位。他從法典的編纂、刑事司法和民事說理等角度，對中國古代成文法典編纂規則和價值取向進行了多重辯證。

尤其針對高見澤磨有關清朝律典對犯罪界定缺乏哲學和道德定義的這一觀點，鞏濤借用了徐道鄰、米海伊爾·戴爾瑪斯－馬蒂等人的相關研究，對高見澤磨的觀點提出商榷，並提醒研究者應該密切注意清代法律內在的系統性，而不是片段地或肢解性地進行解讀。

隨後，基於寺田浩明以「約」的概念為切入點，鞏濤通過縱的法律與橫的法律等兩個考察維度，對中國古代公法與私法關係，進行了深入分析。至於夫馬進對訟師在民間基層訴訟中曾經發揮多元角色和複雜功能的細緻解讀，鞏濤則給出簡短但卻十分具有挑戰性的質問：所謂公法和私法的區別，在明清中國可能毫無意義。這些討論可以引發進一步思考：如果公法和私法的區別在明清中國並無意義，那麼當時中國法律主要分類概念究竟又是什麼？持與公法、私法的分類做比較，中國自身的法律分類概念到底具有何種重要意義？

此外，鞏濤對中國古代皇帝的法律論述經常標榜「好生」或是「經世」等概念，以及中國古代法律論述總是強調保障「民命、民生」的「責任」教條，都進行了深入分析（相關論點可見〈中國法上「責任」的教條基礎：「好生經世」的皇帝〉）。同時，對官箴書經常展現官員「慎刑」的思想與實踐，鞏濤也做了細緻討論（見其論文〈祥刑：官箴書中的慎刑箴〉）。這些研究都能體現鞏濤對中國古代法律制度與思想的獨到見解；總的來說，對這些相關學術問題的討論，在中國大陸法史學界不能說沒有，但或流於空泛的政治解讀，或偏於狹隘的思想分析，往往缺乏足夠的深度。

此外，鞏濤還討論清律有關軍事法律的內容（〈法律虛構與軍事現實——《大清律例》中的「兵律」〉），他不僅追本溯源，勾稽了《易經》、《大學衍義補》等儒學經典，更在儒家「經世」傳統下，對明清法律鮮為人注意的「兵律」條款，進行了法理分析。如其文中

自陳，此文乃是「針對一個全新研究對象的嘗試性探索」。與之相類似，鞏濤對「弑父」犯罪的嚴謹分析，也深刻揭示出中、西法律實踐當中，針對「弑父」、「弑君」與「弑親」不同犯罪行為之間的概念分別（〈拉伊俄斯的失誤——弑父：匿跡於弑君與弑親之間〉）；此文呈現鞏濤對中、西法律史及法律文化的深刻理解，並展現了他對中、西法律史應當如何進行嚴肅比較的某種學術自覺。雖然這幾篇文章較難歸入筆者前面提及的習慣法、成文法、公法或私法等概念範疇，但與前面數篇文章一樣，這些論文都足以彰顯鞏濤對中國法律性質所做系統且獨特的思考。

## 二、中國法律的形象

自1840年中英第一次鴉片戰爭以降，中國法律的形象問題一直困擾著無數中國人。從一個具有悠久法律歷史傳統的天朝上國，到被貶斥為充滿殘暴行徑甚至是無法無天的蠻荒國度，從對本民族的法律傳統充滿自信和尊榮，到放下身段、俯首低眉改向列強學習，並將一種同樣具有悠久歷史傳統的西方異質法律文化移植到中國，其間給中國國民造成心理陰影之巨大，恐怕難以估量。即便在清末終於踵武列強走上了法律變革的道路，但直到今天，不僅有關中國傳統法律極負面的刻板印象未能完全消除，晚清法律改革者沈家本等人所汲汲追求的「折衷世界大同之良規」，想要建設一個獨立自主而又文明成熟的中國法律新形象，也仍然尚未確立。

然而，正如近百年歷史所昭示者，中國法律形象並不是一成不變，其中其實蘊含著一段錯綜複雜的社會心理演變歷程。要想充分理解這種社會心理演變的深層底蘊，僅將目光投射到最近百餘年的中國法律史，可能遠遠不夠；因為中、西法律文化接觸的宏偉歷史畫卷，至遲從十三世紀馬可波羅時代開始，便以多種多樣方式展開。其後種種重大歷史事件，如葡萄牙人佔據澳門、英法分別成立東印度公司、馬戛爾尼使節團訪華，著名歷史人物如利瑪竇、南懷仁、小斯當東

等，皆在中、西法律文化接觸與碰撞過程中，產生過深遠影響，對於型塑中華帝國法律的歷史形象，都曾留下深刻烙印。當然，在這數百年歷史中，還有眾多值得列舉的法律文化事件，以及若干聲名或許不夠響亮的歷史人物，與其他眾多著名歷史事件和歷史人物一道，在西方世界共同構建了中華帝國法律比較正面的早期形象，從而與19世紀40年代以降的中國法律負面形象之間，彼此形成了巨大反差。

鞏濤對中國法律形象的主要研究取徑為何？正如他2002-2006年主持圖蘭朵項目的計劃名稱「中國式酷刑：一種異國情調式再現的歷史、文學及圖像研究」所示，這裏至少可見到歷史、文學、圖像的三個研究維度，以求全方位探尋中國法律的異域形象及其歷史演變。如果說此前鞏濤對中國法律性質的研究是爲了發現一個更爲真實的中國傳統法律，那麼，他對中國法律形象在西方世界變遷軌跡的探尋，便更像是一種文化心理學上的歷史漫步。

〈廢除酷刑：新政法律之中國根源與長期實效之再評價〉、<sup>18</sup>〈中國決囚與歐洲酷刑的視覺化差異〉<sup>19</sup>兩文，都伴隨發表在鞏濤主持圖蘭朵項目（2002-2006）的研究進程。至於〈真實的污穢插曲：中國決囚圖像史料解說〉、<sup>20</sup>〈晚清北京地區的死刑與監獄生活——有關比較史學、方法及材料的一點思考〉、<sup>21</sup>〈帝制中國晚期凌遲刑的數據分析：頻率、空間分佈及犯罪類型〉<sup>22</sup>，這三篇文章發表的時

18 Jérôme Bourgon, "Abolishing 'Cruel Punishments': A Reappraisal of the Chinese Roots and Long-Term Efficiency of the Xinzheng Legal Reforms", *Modern Asian Studies* 37.4 (Oct-Dec 2003), pp. 851-862.

19 Jérôme Bourgon, "Chinese Executions: Visualizing Their Differences with European 'Supplices'", *European Journal of East-Asian Studies*, 2. 1 (2003), pp. 151-182.

20 Jérôme Bourgon, "Obscene Vignettes of Truth Construing Photographs of Chinese Executions as Historical Documents", Edited by Christian Henriot and Wen-hsin Yeh: *Visualising China 1845-1965 Moving and Still Images in Historical Narratives*, LEIDEN-BOSTON: Brill, pp. 39-91, 2013.

21 Jérôme Bourgon, "Death Penalty and Prison Life in Late Qing Beijing: Some Reflections in Comparative Historiography, Methods and Resources", Edited by Luca Gabbiani: *Urban Life in China, 15th-20th centuries. Communities, Institutions, Representations*, École Française d'Extrême-Orient, pp. 202-226, 2016. 值得注意的是，該文譯稿比英文發表更早，見周東平、朱騰主編《法律史譯評》（2013年卷），北京，中國政法大學出版社，2014，頁258-283。

22 Jérôme Bourgon, "Figures of Deterrence in Late Imperial China. Frequency, Repartition, and Types of Crimes Targeted by Dismemberment under the Qing Dynasty", *Crime, Histoire & Sociétés*, vol. 18-2 (2014), pp. 49-84.

候，鞏濤則正主持「中國的法制化空間」（2011-2015）計劃的集體研究工作。前後兩個大型項目，雖然只大約間隔五年，但合而觀之，其時間跨度超過十年，反映了鞏濤探討中國酷刑或凌遲，以及解構中國法律在西方的形象問題，都採取了各具特色的研究取徑。在上一課題的研究階段，鞏濤側重於釐清中國法律在西方形象的變遷過程，揭示其內在的歷史文化心理；到了後一課題的研究階段，鞏濤則展現出更宏大的研究格局，基於大量歷史資料的整理與分析，試圖從地理空間的角度，更形象地展示中國法律的內在機理和深層脈絡。

除上述五篇論文外，鞏濤還發表了其他研究成果，如〈誰發明了中國酷刑？〉（“Qui a inventé les supplices chinois?”）、<sup>23</sup>〈最後的凌遲：事實、表達與事件〉（“Le dernier lingchi. Faits, représentations, événements”），<sup>24</sup>還有一部以《中國酷刑》（*Supplices chinois*）為題而且體裁別致的法文學術專著。<sup>25</sup>諸如此類研究成果，表明鞏濤對中國死刑和酷刑（或凌遲），以及中國法律在西方世界的形象變遷歷程，不僅長期關懷，並且傾注了大量精力。據其親口相告，為了弄清楚晚清舉人王維勤凌遲案的來龍去脈，此案也即是〈最後的凌遲：事實、表達與事件〉所探究的對象，鞏濤花費了十多年時間，除了搜讀文獻，他還兩次專程赴該案場景地點的河北省撫甯縣麻姑營村，實地進行了口訪調查。

或許受到當年博士學位論文的某種影響，鞏濤對中國酷刑或凌遲的研究與思考，是始於其對晚清法律改革過程中有關廢除酷刑措施的反思。在〈廢除酷刑：新政法律之中國根源與長期實效之再評價〉這篇論文，他饒富創見地指出，儘管晚清法律改革作為中國追求現代化的某種因應措施，是從廢除凌遲、梟首等酷刑啟動，這些舉措正式扭

23 Jérôme Bourgon, “Qui a inventé les supplices chinois, L’Histoire”, 300 [Numéro spécial juillet-août 2005: *La Chine : 2000 ans d’empire*], pp. 54-57.

24 Jérôme Bourgon, “Le dernier lingchi. Faits, représentations, événements”, *Études chinoises* 25 [2006], pp. 113-171.

25 Jérôme Bourgon, *Supplices chinois*, Bruxelles: La Maison d’à Côté, 2007.該書除文本外，還特殊附帶相關內容 DVD，包含有圖片、音訊和視頻等資料。

開了早已鬆動的改革閘門；但另一方面，我們應該正視以下事實：中國傳統法律並非是以「酷刑」為其底色，事實正好相反，中國傳統法律文化長久存在著反對酷刑的言行與政策，甚至還有做為酷刑反面性存在的提倡「祥刑」論述，這是傳統中國一種十分重要的法律文化基因。即便外來法律文化對晚清法律改革產生壓力，並為法律改革提供了全新的理論武器，但早在晚清法律改革之前，以薛允升為代表的舊律專家，即已通過《讀例存疑》等律學著述，<sup>26</sup>對中國傳統法律進行了全面而且系統的鑽研與批判，這些律學著述都成為法律改革初期修律大臣沈家本的直接知識來源，並最終促成廢除酷刑等清末法律改革措施的順利出臺。

整體而言，鞏濤對中國酷刑的研究，大量利用到中國境外現存的歷史圖片、媒體報導、親歷者記錄等等珍稀史料，不僅深刻探佚了以酷刑為主要內容的中國法律形象，究竟如何在西方逐漸形成——這其實也是一種被誤解的過程；而對中國讀者來說，這項研究更有助於重拾中國法律如何為西方所認知的一段歷史，極大彌補了相關認識上的空白，為重新認識和解讀中國法律形象提供了某種珍貴的「他者視角」。有些酷刑相關圖片和文字讀來未必令人愉悅，或許這些圖片文字的傳播過程仍舊不斷衍生著較嚴重的西方式偏見，但在追溯這段歷史的過程中，可以發現鞏濤的分析筆觸是冷靜而克制的。尤其在涉及中、歐法律歷史比較的事例，他往往能從歷史事實發現某些相似的法律內容，但又絕不會像某些研究者那樣淺薄地只為找到彼此「暗合」之處而沾沾自喜，而是經常能由思想、哲學、宗教、社會、文化等角度，進行深入且廣泛的挖掘，以達到「同中見異，異中求同」的雙重功效。

鞏濤關於中國酷刑研究的部分篇章，應是受到米歇爾·福柯（Michel Foucault）《規訓與懲罰》等著作的影響；與此同時，其著作還存在其他哲學家或理論家的影子——或作正面的徵引鋪陳，或作

---

26 從新近發現的《讀例存疑》稿本來看，該書在薛允升的主持下，集合了包括沈家本、郭昭、吉同鈞、羅維垣等刑部同僚在內的學術智慧。

理論上的商榷批判，或多或少、或隱或現地，出現在鞏濤著作的字裡行間。然而，不同於標榜自己著作是以理論見長的某些法史學研究者，鞏濤對相關理論的應用，表現得極自然，不帶矯揉造作的痕跡。毫無疑問地，這是對相關理論做過精讀與深思的結果。

如果要問鞏濤研究的最大特點是什麼？筆者的看法是：不管是從宏觀的法律文化背景切入，還是探究具體而微的法史學課題，他都不惜花費巨大時間與精力，窮盡一切可能利用到的史料和研究手段，在細緻的批判性思維觀照之下，作成窮源竟委式的考掘。或許，這就是鞏濤研究的最大特點。在討論「好生、經世」的皇帝，以及分析某些儒家官員提倡「祥刑」或表達反對酷刑的論述時，他即特別重視《易經》的卦象推演，並強調《大學衍義補》在法律思想史上的重要地位。類似研究在中國法律思想史領域可謂難得一見，這應該能夠體現鞏濤對中國法律思想史的深入思考。

需要再做補充說明的是，隨著中外學術交流日益頻繁，以及學界同仁的不斷努力，海外研究中國法律史的佳作陸續有了中文翻譯，但格於中國大陸學術界的現行考核體制，翻譯他人作品的努力成果，往往費力又不討好，很難吸引優秀專業研究者從事翻譯，品質上乘的譯作更是罕覯。再者，中國法律史學界與國際法律歷史學界（包括漢學界在內）的溝通連結，雖然渠道途徑較多，但整體上缺乏對國際學界的全面深入瞭解，導致所傳播和譯介的國外研究成果品質難免參差不齊。為了解決上述兩方面問題，對於國外優秀研究成果的逐譯，仍須加倍努力。

最後，作為專業的學術研究者，如果同時面對外文文獻和他人翻譯，能夠直接研究利用外文文獻，當然是更優選擇，因為這樣不僅可更好地把握原文語境和觀點，感受另一種語言文化的魅力。所以，對於鞏濤眾多的其他英文和法文作品，筆者一方面期待不斷有人從事夠水準翻譯；另一方面，也建議能夠選擇直接閱讀其外文原作，以同時領略這些著作的細緻思想境界和高超語言表達藝術。

## 參考文獻

- 張小也，〈輦濤：法國的中國法制史學者〉，《中國社會科學報》2011年9月22日，第17版。
- 王志強，〈法國的中國法律史研究〉，收入《中國古代法律文獻研究》（北京，社會科學文獻出版社，2014）第8輯，頁499-510。
- 輦濤，〈西方法律引進之前的中國法學〉，收入《法國漢學》叢書編輯委員會編，《法國漢學（教育史專號）》（北京，中華書局，2003）第8輯，頁220-249。
- 呂敏、陸康主編，《香火新緣：明清至民國時期中國城市的寺廟與市民》，北京，中信出版集團，2018。
- 輦濤，〈地毯上的圖案：試論清代法律文化中的「習慣」與「契約」〉，黃世傑譯，收入邱澎生、陳熙遠編《明清法律運作中的權力與文化》（台北，中央研究院、聯經出版事業股份有限公司，2009），頁215-253。
- 輦濤，〈中國處決刑罰與歐洲「酷刑」之異同：一個策展人的預想觀看〉，陳書諒譯，收入《典藏今藝術》129期（2003年6月），頁182-193。
- 錢穆，《國史大綱》，北京，九州出版社，2011，「卷首」。
- 王健，《西法東漸——外國人與中國法的近代變革》（北京，中國政法大學出版社，2001），頁185-228。
- 陳寬珊，〈民國民事立法中的「保守」與「激進」——基於愛斯嘉拉本土化立法方案的考察〉，《近代史研究》2018年第3期，頁141-154。
- Jean Escarra, *Le Droit Chinois. Conception et evolution*, Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1936.
- Jérôme Bourgon, *Shen Jiaben et le droit chinois à la fin des Qing*, Sous la

direction de Marianne Bastid-Bruguière, Doctorat en Histoire et Civilisation à l'École des Hautes Études en Sciences Sociales Décembre 1994.

Jérôme Bourgon, "La coutume et le droit en Chine à la fin de l'empire", *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 1999.5, pp 1073-1107.

Jérôme Bourgon, "Le droit coutumier comme phénomène d'acculturation bureaucratique au Japon et en Chine", in Jérôme Bourgon (dir.), *La coutume et la norme en Chine et au Japon, Extrême-Orient, Extrême-Occident*, 23 (2001), pp. 125-143.

Jérôme Bourgon, "Uncivil Dialogue. Law and Custom did not Merge into Civil Law Under the Qing", *Late Imperial China*, 23.1 (2002), pp. 50-90.

Jérôme Bourgon, "Rights, Customs, and Civil Law Under the Late Qing and Early Republic (1900-1936)", in William C. Kirby (ed.) *Realms of Freedom in Modern China*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 2004, pp. 84-112.

Jérôme Bourgon, "Aspects of Chinese Legal Culture— The Articulation of Written Law, State and Society" (part one), *International Journal of Asian Studies*, 4.2 (2007), pp. 241-258.

Jérôme Bourgon, "Aspects of Chinese Legal Culture—part two: Private law and Private lawyers", *International Journal of Asian Studies*, 5.1. (2008), pp. 71-86.

Jérôme Bourgon, "Abolishing 'Cruel Punishments': A Reappraisal of the Chinese Roots and Long-Term Efficiency of the Xinzheng Legal Reforms", *Modern Asian Studies* 37.4 (Oct-Dec 2003), pp. 851-862.

Jérôme Bourgon, "Chinese Executions: Visualizing Their Differences with European 'Supplices'", *European Journal of East-Asian Studies*, 2. 1 (2003), pp. 151-182.

Jérôme Bourgon, "Obscene Vignettes of Truth Construing Photographs of

Chinese Executions as Historical Documents”, Edited by Christian Henriot and Wen-hsin Yeh: *Visualising China 1845-1965 Moving and Still Images in Historical Narratives*, LEIDEN–BOSTON: Brill, pp. 39-91, 2013.

Jérôme Bourgon, “Death Penalty and Prison Life in Late Qing Beijing: Some Reflections in Comparative Historiography, Methods and Resources”, Edited by Luca Gabbiani: *Urban Life in China, 15th-20th centuries. Communities, Institutions, Representations*, École Française d’Extrême-Orient, pp. 202-226, 2016.

Jérôme Bourgon, “Figures of Deterrence in Late Imperial China. Frequency, Repartition, and Types of Crimes Targeted by Dismemberment under the Qing Dynasty”, *Crime, Histoire & Sociétés*, Vol. 18-2 (2014), pp. 49-84.

Jérôme Bourgon, “Qui a inventé les supplices chinois, L’Histoire”, 300 [Numéro spécial juillet-août 2005: La Chine : 2000 ans d’empire], pp. 54-57.

Jérôme Bourgon, “Le dernier lingchi. Faits, représentations, événements”, *Études chinoises* 25 [2006], pp. 113-171.

Jérôme Bourgon, *Supplices chinois*, Bruxelles: La Maison d’à Côté, 2007.

## **Jade of Other Mountains: Professor Jérôme Bourgon and His Studies on Chinese Legal History**

SUN Jiahong<sup>\*</sup>

### **Abstract**

Professor Jérôme Bourgon is the leading figure in the study of Chinese legal history in French Sinology. His research has been highly praised by Professors Marianne Bastid-Bruguière and Pierre-Étienne Will, and his work has had an extensive influence in mainland China and in European and American Sinology. His academic papers on legal history, originally published in English and French, have been translated and will soon be published in mainland China. This article brings together the research plans of Jérôme Bourgon over twenty years, systematically sorts out his academic achievements in the field of Chinese legal history research, and gives a summary review of the contents of each article. In so doing, it attempts to introduce this outstanding body of scholarship to Chinese academic circles in a more comprehensive fashion, and to interpret Jérôme Bourgon's wonderful research on the nature of Chinese traditional law and its exotic image, in hopes that it will help scholars of legal history both in China and overseas deepen their research.

**Keywords:** Jérôme Bourgon; Sinology, Chinese legal history; supplices chinois; translation

---

<sup>\*</sup> Associate researcher of Law Institute of Chinese Academy of Social Sciences.