



## 浅谈中国对外国法及法学的移植

杨晓强

**摘要：**法制改革是中国历次社会变革中的一个重要方面。从鸦片战争到新中国成立，直至改革开放以及中国加入WTO，中国日益成为经济全球化和世界多极化中的重要一极。而每次修律过程中，中国都学习吸收了许多国外重要的法律思想及立法概念和内容。在此过程中，法律翻译作为一种媒介，构架起中国向发达国家学习和融合的桥梁。

**关键词：**法律翻译；法律移植；法制变革；外国法

当代中国的法制模式是在清末民初借鉴西方法制，以大陆法为蓝本建立起来的。这种法制模式建立在法律比较或比较立法的基础上。比较法学的研究方法主要是通过法律翻译，以达到法律移植或立法参考借鉴的目的，即以研究外国法的法律理论和外国立法，藉西学东渐，以洋为中用。根据约束力的不同，法律翻译可分为有权威性翻译和非权威性翻译。权威性翻译通常是指由一国立法机关通过并生效，或经当事人明示具有法律约束力的法律译本，例如，国际公约的多种官方语言的正式文本。非权威翻译是指用于提供信息、或阐释法律问题、原则、案例等的翻译，这类翻译不具有法律约束力，但也会带来一定的法律效应。本文所指的法律翻译，既有对外国立法文献的翻译，也包括外国法学学者的法学论著，是通常意义上的非权威翻译，其法律效应将会在本文中得以论述。相应地，本文所指的法律移植，既指在我国立法中对外国相同领域中立法概念及内容的移植，也有对国外权威学者有关法学思想的借鉴。当前，我国法制建设日趋完善，法律研究繁荣空前，其中法律翻译的作用可谓功不可没。法律翻译影响并促进着中国法制的建设和进步。随着国内法学研究的深入，外国法律理论的前沿动态、权威学者的论著以及外国立法不断被翻译介绍到中国，这为中国的法学研究和比较立法提供了丰富的法律文化信息。因此，在我国现阶段，寻求法治的良性发展，除了我们加强自身法治建设外，进一步做好外国法律文献的翻译工作，还应对近现代的外国法律文献翻译史进行积极的梳理，这也显得不可或缺。本文正是基于这样的思考，试图通过回顾近现代中国法的形成、我国对外国法的翻译和移植问题，厘清法律文献翻译的意义，希冀在我国未来的法治建设中，能更进一步重视法律文献翻译和移植的积极作用。

### 一、外国法与中国法制变革

法制变革是中国历次社会变革中的一个重要方面。法律翻译和法律移植也并非中国一国的专利。在人类历史上，许多主要国家在社会变革过程中都有过法律翻译和法律移植的经历。在美国南北战争期间，美国这个新的国家及律师和立法者们面临着一个选择，是继续沿用英国的法律，还是制定自己独特的法律制度，抑或从除英国以外的其它欧洲国

家借鉴或移植法律制度<sup>①</sup>。在18世纪末期,日本开始向西方学习自然科学和社会科学时,就像一艘驶向大海、却没有舵的船,其先后经历了翻译荷兰、法国和英国等国家的社会和自然科学书籍的过程<sup>②</sup>。中国翻译和移植外国法是一个法制后进国家在发展中一个自然的过程。

### (一) 晚清国际法的输入

当资本主义浪潮席卷西方时,封建帝制的旧中国依然处于闭关锁国,与西方国家绝缘的状态。中国封建帝制在鸦片战争时被西方列强用炮舰政策打开了中国的大门。西方的大炮打破了中国的贸易闭关的壁垒,也冲破了中国的传统文化的枷锁。西方向中国输入大量鸦片的同时,也向中国传入了大量的西方的政法知识。其中近代来华的传教士充当着打破中国传统文化的急先锋<sup>③</sup>。自康熙五十九年中国查禁天主教以来,西方在中国的传教士一直没有停止过传教活动。那些掌握了中国语言文字的传教士通过编印书刊等途径,在中国传播西方的教义的同时,也传播着西方的法律思想。没落的晚清帝国已无力抵抗西方的坚炮利舰,英美法等国相继通过不平等条约在中国取得了领事裁判权。为了摆脱领事裁判权的束缚,1861年清廷设立了总理各国事务衙门,成立官办的同文馆,开始大规模的输入国际法。

### (二) 民国日本法的反乳

中华法系曾在世界法系中占有一席之地,其影响及于东亚诸国,如朝鲜、日本等。日本自德川幕府中期就开始重视研究明清律、直到明治维新后的较长时期,明清律的影响犹存,它对日本法制发展的作用不可小觑。日本明治维新后,法制发展的主要师从国转向西方。中日甲午战争之后,清末推行新政,法政人才渐受重视,留学生留学的专业转向法政,而且大多数留学生选择留学日本。民国以后,实行法制是共和国必然的选择,这又极大的促进了留学生学习法政的热情。除留学日本外,民国时期也有大量的学生留学美欧国家<sup>④</sup>。民国时期,有留学海外背景的法政学者们开始自觉有鉴别的接受西方的学说和观点,将西方规范化的学术研究方法嫁接到中国传统法制上来,促进了中华法系的重建。民国时期留学海外的学者们回国后通过翻译西方的法律书籍和法典、出版自己的专著和法律普及方面的书籍,以及编辑法律杂志等方式传播法律知识,为中国法律的近代化作出了不朽的贡献。

### (三) 新中国对苏联法的移植

新中国一成立,就明确宣布废除国民党的《六法全书》,建立人民的法制。20世纪50年代对苏联法学的引进对中国建国伊始的法制建设起到了全面和深刻的影响。我国1954年宪法在某种程度上就是仿照苏联1936年宪法制定的。而且,建国以后重视《土地法》、《婚姻法》以及刑事方面的立法等。同时,经济法的概念也被接受。在司法方面,关于人民法院的设置,上下级法院的关系,人民陪审员制度,审判组织等都是仿照苏联的模式。在法律思想和法学教育方面,苏联的影响更为强烈。法学教育的模式一开始就由苏联模式全部填补并沿袭过来。以维辛斯基为代表的苏联法学家关于法律的基本概念和理论,是被中国法学家奉为最经典的马克思主义的法的解释。全部照搬移植苏联法学,是在法学教育之初就提出的一个方针。为了移植苏联法学教育的经验,中国领导人按照苏联模式建立了中国人民大学法律系,全套模仿仿真的教学模式在中国起着示范作用。

### (四) 改革开放中国法的全球化

改革开放以来,中国在取得巨大经济成就的同时,在立法上也取得了巨大的进步。在立法过程中,中国广泛参考了外国法和国际惯例。在全国人大及其常委会和国务院立法的过程中,都要求起草法律和行政法规的部门在提出立法案时必须将我国现行立法情况、外国调整相同问题的法律文件以及目前存在的问题一并向立法部门及汇报,这已成为我国立法程序中的重要一环<sup>⑤</sup>。事实证明,在我国后来制定的很多法律,如涉外法、刑法、刑事诉讼法、行政法、民法、公司法等等都大量参照外国法和国际惯例。

① M. H. Hoeflich, *Translation and the Reception of Foreign Law in the Antebellum United States*, HeinOnline—50 Am. J. Comp. L. 753 2002

② Ichiro Kitamura, *Problems of the Translation of Law in Japan*, HeinOnline—23 Victoria U. Wellington L. Rev. 1993

③ 侯强:《传教士与晚清法制现代化的启蒙》,载中国西学渐进网 www.west-east-archives.com, 2011年3月1日访问。

④ 韩秀桃:《民国时期法律家群体的历史影响》,载《榆林学院学报》2004年第2期。

⑤ 朱景文:《当代中国立法中的法律移植》,载《河南省政法管理干部学院学报》2006年第4期。

现代的中国法属于大陆法系。但随着经济的全球化,法律也在全球化。当前美国在世界上处于一种一超独霸的全球领先地位。其政治、经济、法律和文化等各个领域都在全球各个角落进行着渗透和影响。当前的法律全球化形似于美国化。美国的律师事务所已遍布全球,美国法学教育已传播到世界各国重要国家和地区。美国式法律文献以及法律实务模式几乎世界通行。以及最后,美国法律内容已经传播至世界各地<sup>①</sup>。美国法律文化对中国的渗透从每年赴美研修法律的学子以及赴美交流法学的学者的数量上就可见一斑。还有在得到美国参众两院同意下,由美国福特基金会赞助出版的《美国法律文库》得以面世。此中也可窥见美国法学对中国的影响。这一点在下文会有进一步的论述。

## 二、中国对外国法学的移植从零散趋向系统

中国的法学移植历程始于明末清初外国传教士将国际法引入中国。在这些传教士当中,美国人丁韪良(William Alexander Parsons Martin)对外国法律文献的翻译可谓厥功甚伟。

丁韪良(William Alexander Parsons Martin),美国长老会传教士,毕业于新阿尔巴尼神学院<sup>②</sup>。1862年,丁韪良翻译了惠顿(H. Wheaton)的《国际法》,经总理衙门校订后于1864年出版。由此开始,中国官员初步掌握国际法的基本理论,并运用所掌握的国际法理论成功解决了一些争端,进而认识到国际规则的重要。丁韪良被任命为同文馆总教习后,又同中国人合译了另外几种国际法著作。他不惜鼓吹中国古代就有国际法的理论,以阐述学习国际公法的重要性。他说:“不讲公法,犹人之涉讼狱而不谙国法,未有不失其利者。”<sup>③</sup>从1862年到1898年,同文馆译书28种<sup>④</sup>,其中仅丁良韪翻译、编写和鉴定的就有11种。其中有最重要的,自然当推为后人所熟知的《万国公法》。继《万国公法》后,丁韪良又陆续译出美国人伍尔赛(Theodore Dwight Woolsey)的《国际法初步》、英国人霍尔(William Edward Hall)的《国际法大全》、瑞典人布伦士齐礼(Johanan Kasper Bluntschli)的《现代国际法》等书。与其他人合作或独自翻译、编撰了《星轺指掌》、《公法便览》、《公法会通》、《陆地战役新选》、《中国古代外国公法》等国际法著作<sup>⑤</sup>。

新中国成立后直到改革开放初期,中国法学学子可读的外国法学著作极其匮乏。那时的法学著作基本上都是商务印书馆出版的17—19世纪的广义的法学著作。例如洛克、孟德斯鸠、卢梭、黑格尔、密尔、梅因、汉米尔顿以及《奥本海国际法》等<sup>⑥</sup>。文革前后直到20世纪80年代,主要是法学界的前辈学者<sup>⑦</sup>,后来也有些年轻的法律学者<sup>⑧</sup>开始从事一些分散、零散的法学翻译。那时对法学著作的翻译比较分散,究其原因,首先,当时精通外语的法律学者很少;还有,可接触到的外文法学著作也不多;而且,出版途径也不畅通。因此,尽管当时中国国内没有版权法,也没有加入任何国际版权公约,出版的法学译著也非常的少,而且选题也很分散。

中国在20世纪90年代初进入法学著作的系统翻译时期。最早的是由中国人民公安大学出版社推出的“世界法学汉译名著”系列。接着是由江平挂帅,由中国大百科全书出版社出版的“外国法律文库”系列图书。1992年后,中国的法学著作翻译进入空前繁荣的时期。中国政法大学于1992年后陆续推出诸多罗马法译著,又于1994年后推出由季卫东、贺卫方、张志铭主编的“当代法学名著译丛”。三联书

①何美欢:《商业全球化与中国法学院职业教育——颠覆与移植:法律全球化的中国回应》,载《21世纪商业评论》,2005年第11期。

②有关丁韪良的生平及相关信息,可参阅何大进:《丁韪良与京师同文馆》,载《北方论丛》2005年第4期。

③丁韪良:《中国古世公法略论》,参见王健编:《西法东渐——外国人与中国法的变革》,中国政法大学出版社2001年版,第31页。

④有学者考证,依据《同文馆题名录》记载,同文馆历年翻译书籍如下:万国公法(丁韪良译)、格物入门(丁韪良著)、化学指南(毕利干译)、法国律例(毕利干译)、星轺指掌(联芳、庆常译)、公法便览(汪凤藻、凤仪等译)、英文举隅(汪凤藻译)、富国策(汪凤藻译)、各国史略(长秀、杨枢等译,未完)、化学阐原(毕利干译)、格物测算(丁韪良口授,席淦、贵荣、胡玉麟等笔述)、全体通考(德贞译)、公法会通(丁韪良译)、算学课艺(席淦、贵荣编辑)、中国古世公法论略(丁韪良著)、星学发轫(熙璋、左庚等译)、新加坡刑律(汪凤藻译)、同文津梁(丁韪良鉴定)、汉法字汇(毕利干著)、电理测微(欧礼斐著)、坤象究原(文佑译)、药材通考(德贞著)、弧三角阐微(欧礼斐著)、分化津梁(施德明口译,王钟祥笔述)。上述书籍大部分译自西方原著,是中国近代较早的一批西式教科书。参阅何大进:《丁韪良与京师同文馆》,载《北方论丛》2005年第4期。

⑤梁碧莹:《龙与鹰:中美交往的历史考察》,广东人民出版社2004年,第207页。

⑥苏力:《当代中国的法学著作翻译——从制度或经济学的角度考察》,载《清华法学》2004年01期。

⑦如:李浩培等译《法国民法典 拿破仑法典》,商务印书馆1979年。

⑧如:邓正来、姬敏武等译《法理学:法哲学及其方法》,华夏出版社1987年。

店于1997年推出由梁治平、贺卫方主编的“宪政译丛”。商务印书馆于1999年推出由罗豪才主编的“公法名著译丛”。法律出版社于2000年推出由米健主编的“当代德国法学名著”丛书。中国政法大学出版社于2001年推出由苏力主编的“波斯纳文丛”，以及由江平挂帅的“美国法律文库”<sup>①</sup>。其中，“美国法律文库”在策划的过程中，得到美国参众两院的批准以及美国福特基金会的资助，是中国法学学人了解美国法学发展的一个极其重要的启蒙的窗口。如今，上面所提及的法律翻译的学者，如，苏力、贺卫方、米健等等已成为法学学人们耳熟能详的名字。

### 三、中国对外国法及法学移植的意义

如果说在清末中国第一部国际法的输入是在旧中国国势颓败的情形下，无力抵挡西方列强的坚船利炮，只好寄望于国际法来调整国与国之间的关系。如今，在中国国势日强的态势下，中国已积极主动的融入了经济和法律全球化的浪潮。国人通过翻译西法来主动了解西方法律文化就是一个很好的例子。翻译西方法学著作给中国学人展示了一扇洞察西方法学的窗口，于普法方面给中国大众巨大的思想启蒙作用和超越时空的思想感染力，对当世中国的经济和法制有着极大的现实意义。

#### （一）法律移植对法学研究的影响

对外国法学著作的翻译，如果从1860年翻译《万国公法》开始到今天，已经有一百五十年左右的历史了。通过法学翻译，我们了解到了外国的法制进程，吸取了大量的养分，对近世中国的法制变革产生了直接的推动作用。翻译出版外国的法律学术著作供法学研究人员、法律的从业者以及立法者参考研究，可让上述人员拓宽视野，了解各国法学发展的前沿动态，提高理论水平和学术水平。实践表明，外国的法学学术著作和立法经过翻译成中文再在国内出版后，其中的很多学术思想被国内的同行们在进行法学研究时广泛引用，并引发学术共鸣或思考。以2005年海牙《选择法院协议公约》为例。2005年6月30日，海牙国际私法会议第二十次大会经会员国代表在海牙和平宫通过并最终签署了草案。该草案形成了一个全新的多边公约——《选择法院协议公约》。该公约的目标在于“通过司法协助，促进贸易和投资”<sup>②</sup>。该公约引发了国内学者对“大范围还是小范围管辖权”的思考，即国际民商事诉讼的协议管辖权问题，并由此许多国内学者著书撰文，出版发表了很多作品。台湾东海大学陈隆修教授在其载于2009第十二卷《中国国际私法与比较法年刊》中的文章《2005年海牙〈选择法院协议公约〉——是福还是祸？》中提出：2005年《海牙公约》本就于管辖条款之效力上经常违反美国联邦判例法、英国判例法及新近欧盟契约法规则，对弱势一方没有善尽保护之法律上天职，再加上管辖条款效力独立性之条款，弱势一方通常别无选择只能任强势一方指定而至“遥远而陌生的国度”去应诉或起诉。2005年《海牙公约》于实际上根本的问题，可能与许多国际公约一样——第一世界所要求的“稳定性”是建筑在第三世界弱势人民的牺牲上。正因为存在上述弊端，放弃大范围之公约，而订立一些如有关著作权等之小范围公约，似乎是较为可行之建议。除此之外，还有许多其他学者也有对此主题的著文可见诸报端<sup>③</sup>。

外国法学对我国的影响是深刻的。但我们在接受外国法学理论时应注意密切联系中国的实际。在法学研究方面，西方法学研究有着比我国更为深厚的传统，而且我们的确需要引进这些学术资源，尤其是那些权威学者的论著。很多西方法学著作汉译之后，其学术思想引起国内学者的共鸣，并激发起国内学者的创作思维。结果是国内学者在解决国内存在的法律问题时，大量引用西学中的理论。就对待西方理论资源的态度问题而言，建国前的全盘西化论、中体西用论等诸种论调曾一度兴盛，但终因论调本身过于粗糙简陋而日渐没落。尽管如此，当前对于西方理论资源的思考却并没有完全摆脱这种简单化的思维模式的影响<sup>④</sup>。外国法学著作被作为选题汉译到中国，或许是源于选题策划者对原著作者权威

①苏力：《当代中国的法学著作翻译——从制度或经济学的角度考察》，载《清华法学》2004年01期。

②《海牙公约》，导言。

③例如：杨晓强、颜杰雄：《刍议排他性选择法院协议的法律适用》，载《中国国际私法与比较法年刊（第十三卷）》，北京大学出版社2010年版；徐国建：《建立国际统一的管辖权和判决的承认和执行制度——海牙〈选择法院协议公约〉述评》，载《时代法学》2005年第5期。

④杨国庆：《法学翻译与研究进路的理论思考》，载《中南大学学报（社会科学版）》2008年第14卷第2期。

性的认同,或是因为译者对源作者的个人喜好甚至是个人崇拜。不管怎样,国内学人应该用反思与批判的精神来对待西方法学理论资源。

## (二) 法律移植对我国立法的影响

法学移植对我国的立法是种博采众长,融合中外的借鉴。通过法律移植反映外国法学和法律的概貌,为学术研究提供素材,为法律教学提供辅助,为国家立法提供借鉴。

翻译出版外国的学术著作和外国立法也有利于我国进行比较立法。例如在我国民法的制度规定上,我国借鉴了许多国外的适合现代市场经济发展的法律制度。如传统民法中的“无过错无责任”的过错责任原则。19世纪中期以来,工业化的发展造成了很多的人身伤害,但许多的事故受害者却得不到赔偿。这样就在西方国家发展为“无过错责任原则”,即行为人在特定情形下,即使没有过错,但对受害者造成了损害,都要承担赔偿责任。我国在制定《民法通则》时,考虑到国外对这一问题规定有利于保护弱方当事人的利益,将“无过错责任原则”规定于其中。

再以2011年4月1日刚生效的《中华人民共和国民事诉讼法》为例。笔者有幸旁听并记录了该法草案的讨论过程。在草案讨论伊始,李二元教授即提出建议,为了有一个判断的标准,在讨论的时候多采用比较法的方法,可能对最后定稿有更积极的作用。在草案实际讨论过程中,专家学者大量引用借鉴外国立法并结合我国的实际,为该法的形成定稿夯实了基础。武汉大学国际法所宋连斌教授在研究新近大陆法系国际私法立法例的基础上,认为在法律文本结构上,他赞成黄进教授的意见,即将国际私法最基本的原则在总则里作出规定,如保护弱方当事人原则、最密切联系原则等。李二元教授通过查询其他国家和地区比较新的法典,如瑞士、葡萄牙、奥地利、意大利、俄罗斯、哈萨克斯坦、我国台湾地区等的立法,认为原草案中国家和国际组织地位问题不适合放在总则部分做出规定<sup>①</sup>。目前外国的国际私法立法已有很多被翻译成了中文版,其为我国的比较立法提供了参考的素材。法律翻译对一国立法的影响是显而易见的,其不仅可给一国立法提供直接借鉴的蓝本,更能直观的促进立法技术的提高。通过法律翻译的途径,让立法者在比较中博取众长,让一部法律更加完善。

综上所述,法律移植无论对一国法学理论研究还是对一国立法,都起着重要的作用。而且,在法律文化强势国家的影响下,法律翻译亦能促进世界法律语言文化的趋同化。正如我国著名的国际私法学者李二元教授的话来说,对外国法律文献的翻译整理,有利的推动着世界法律的趋同化,当然更有利于推动中国法制现代化的进程。因此,在当前中西法学交流良性互动的大环境下,法律工作者和法学研究者宜充分利用法律翻译这个媒介将国外优秀的法律文献资源引进来,实现本土资源与外来文化的有机结合。但同时我们也应该意识到,中国法学著作翻译目前的繁荣是在一个特定的历史时段中出现的特定现象。该现象形成的主要原因首先是在社会变革的大背景下对法律的需求以及本国法制经验的不足,急需借鉴国外先进的立法理念。其次,当前国内的外语水平从普遍性来讲还比较不足,需要汉译这种媒介沟通不同的法律文化。但是可以预期未来,随着学人专业知识的增强,以及外语水平的普遍提高,大多数法律人士都可以直接阅览外文原版文献来达到比较法研究的目的。正如苏力教授所言:如果要给法学翻译找到一个出路,那就是让其走向衰落。

■作者简介:杨晓强,武汉大学外国语言文学学院讲师,武汉大学国际法研究所博士生;湖北 武汉 430072。

■基金项目:武汉大学(人文社会科学)自主科研项目(中央高校基本科研业务费专项资金资助):110310

■责任编辑:车 英

<sup>①</sup>董海洲,杨晓强:《2008 涉外民事关系法律适用法高级研讨会综述》,载《中国国际私法与比较法年刊》2009 第 12 卷,北京大学出版社,第 573、575 页。