

中国法的域外适用现状与 域外影响力研究

——以美加两国普通法为例

张鹏*

内容摘要 以西方司法实践为镜研究中国法域外适用状况及域外影响力，对于提升法学国际话语权具有重要意义。中国法的域外引用主要由两部分构成，即主动引用和被动引用，后者占绝对数量优势。近年来中国法影响力的显著提升表现为加拿大最高法院对我国判例的关注和主动引用。但在美加两国普通法中依然存在对于中国立法、司法实践和法治进程的误解。其原因在于中国法专家的匮乏、不存在法官主动查明外国法的义务、中国法信息匮乏和交流障碍等。为此，需要推动中国法的英译自主化和专业平台建设，打造中国法域外传播专业人才，而根本出路在于推动问题意识导向的中国特色法学理论建设。

关键词 中国法 域外适用 域外影响力

习近平总书记强调中国社会科学要加强“话语体系”建设，集中讲好中国故事。^{〔1〕}国际话语权是话语权利与话语权力的统一结合：话语权利的内在面向重在确立中国作为讲述主体，坚实地站在自己的立场上发出自己的声音；话语权力的外在面向则侧重中国在国际话语体系中的支配权、影响力。^{〔2〕}话语权利是话语权力的根基，话语权力的建设为进一步推动话语权利建设提供了契机与动力。中国法学要真正提升世界影响力，必须走出“言必称西方”、照搬照抄西方道路的困境，获得独立发展。然而在这

* 南京师范大学中国法治现代化研究院研究员、博士后，南京师范大学法学院副教授。

〔1〕 中共中央宣传部，《习近平总书记系列重要讲话读本》，学习出版社、人民出版社2014年版，第102-104页。

〔2〕 陈岳、丁章春：《国家话语权建构的双重面向》，载《国家行政学院学报》2016年第4期。

一目标的实现路径上，对于法学这样一个“西方拥有话语权的领域，非西方国家要拥有话语权，往往首先要把自己的研究纳入到西方话语体系中，在这个体系中争得一席之地。这就要求，非西方学者首先学会了解这个体系，用这个体系的符号系统说话，用世界或西方的眼光来研究中国法。”^{〔3〕}深入西方法治实践的语境中评估中国法在域外所获得的关注、认同以及适用难点，将为中国特色社会主义法律体系国际话语权的提升获得更为从容的自信。本文选取美国和加拿大为样本，缘于中美、中加双边贸易关系的重要性，^{〔4〕}加强司法执法领域交流合作的双边共识，^{〔5〕}以及美加两国最高法院对于中国法与中国文化的关注与引用。选取美加两国作为研究对象，可以集中反映出两国司法实践中当事人对于中国法的需求热点、中国法与美加两国法律的差异，以及国外司法界对于中国法的理解与争议，从而能够帮助我们更好地评估世界对于中国法的期待，帮助我们用国际通行的思维、语言及表达方式向世界清楚讲述中国法自己的故事，提升中国法的域外传播能力与全球话语权。

一、中国法在美加两国普通法中的适用现状与域外影响力概况

在展开具体分析之前，首先有必要对“中国法域外影响力”这一概念加以界定。作为本文研究范畴的“中国法”，是与西方法律整体相对应的概念，涵盖我国广义上的法律、法规、规章，以及最高人民法院发布的案例判决和指导性案例。^{〔6〕}后者的纳入，主要原因在于以美国、加拿大等为代表的英美法系国家在司法过程中注重借由中国司法判例来理解成文立法的逻辑进路和实际需求。“影响力”是指以特定的方式影响其他人或其他事物，并进而加以改变的能力。^{〔7〕}在此，中国法的域外影响力在以下两个层面展开：第一，域外司法裁判中对于中国法的被动需求，即案件争议涉及中国

〔3〕 朱景文：《比较法研究中的中国法——关于法律的地位和权力组织形式的思考》，载《法学研究》2013年第4期。

〔4〕 2015年中国超越加拿大，首次成为美国第一大贸易伙伴。参见李易初：《中美构建新型大国关系这三年》，载《光明日报》2016年6月5日第5版。中国也已成为加拿大第二大贸易伙伴。参见李克强：《在第六届中加经贸合作论坛上的致辞》，载《人民日报》2016年9月25日第2版。双边贸易的不断发展，需要各国法律服务的配套与保障。

〔5〕 2015年最高人民法院院长周强在与美国驻华大使博卡斯的会见中，双方共同表达了加强中美两国司法领域交流合作的愿望。参见罗书臻：《周强会见美国驻华大使博卡斯》，载《人民法院报》2015年10月14日第1版。2015年周强在与加拿大首席大法官麦克拉克林的会谈中强调，“中国法院高度重视对司法案例的研究，希望与加拿大法院在案例研究和应用方面进一步加强交流合作，共同推进此项工作”。参见《中华人民共和国和加拿大联合声明》，载《人民日报》2016年9月25日第2版。

〔6〕 本文暂未将我国港澳台地区法律纳入研究范畴。

〔7〕 Mark A. Scott, “China’s Influence on the American Legal System Resulting from China’s Rise to Power(《中国崛起对美国法律体系所产生的影响》)”, 32 Suffolk Transnational Law Review (2008), p. 56.

法的适用问题；第二，域外司法裁判中法院主动引用中国法作为司法推理依据。众所周知，过去几十年间，西方法律文化对中国影响甚深。但国内极少有学者关注中国法对其他国家法律已经产生的影响或者潜在的改变能力。国外有学者曾撰文指出中国文化和传统对美国法律体系所可能产生的影响，结论是在国际体系中中国所掌握的“权威杠杆（authoritative leverage）”将使得美国更容易接受中国思想的高压（coercion）或者诱导（inducements）。^{〔8〕}但该研究单纯从中美两国的法律文化的差异出发，认定崛起的中国势必以高压态势强势影响美国法律未来的发展，这样的简单推论缺乏基本事实的支撑，也对中国国际形象造成了负面影响。因此，本研究采取实践进路，以美加两国普通法判例为样本，在域外司法实践中探寻中国法的域外适用状况、评估中国法的域外影响力。

（一）涉及中国法适用的美加两国普通法判例统计

在“律商联讯（LexisNexis）”美国法律数据库的“联邦与各州判例法合集（Federal & State Cases, Combined）”子库（下简称“美国法律数据库”）中以“Chinese law”为关键词查询，搜索结果共计99件案例。从法院系统分布来看，联邦法院审理85件，各州法院审理14件。从审级来看，最高法院审理3件，高级法院审理23件，初审法院审理73件。从地区分布来看，出自纽约州联邦或地方法院的案例最多达到32件，加利福尼亚州次之共计11件，佛罗里达州共计9件，其余来自伊利诺伊州、俄亥俄州、康涅狄格州等。此外以“law of china”为关键词查询，搜索结果为164件案例，其中出自联邦法院127件，各州法院37件。在“加拿大法律信息学会（CANLII）”法律数据库（下简称“加拿大法律数据库”）^{〔9〕}中以“Chinese law”为关键词搜索，共搜索到193件案件。从法院系统分布来看，其中146件出自联邦法院，47件出自地方法院。从审级分布来看，在联邦法院系统中，出自最高法院2件，联邦上诉法院4件，联邦法院40件，另有100件移民案件出自加拿大移民与难民委员会（Immigration and Refugee Board of Canada）及移民上诉部门。在地方法院系统的案件中，分别为安大略省23件，不列颠哥伦比亚省21件，纽芬兰与拉布拉多省各1件。此外以“law of China”为关键词查询，共搜索结果为81件案例，其中出自联邦法院61件，地方法院20件。

综合对比而言，涉及中国法适用的美加两国普通法判例具有以下特点：第一，两国法院对“中国法”一词的指称使用了不同的英译词汇，且使用频率不同。美国法院更多使用“law of China”，而加拿大法院则更多使用“Chinese Law”。第二，从案例出

〔8〕前引〔7〕，Mark A. Scott文。

〔9〕加拿大法律信息学会数据库是由加拿大联邦法律协会成员创办的非营利性组织，是加拿大最权威的法律数据库之一。参见 About CanLII, www.canlii.org/en/info/about.html, last visited on Dec. 22, 2016。

处来看, 出自两国联邦法院的占大多数。各省或州法院审理的案件数量则仅为联邦判例的 1/6 至 1/3 左右。第三, 从案件类型来看, 加拿大判例以移民类案件为主, 占到总数的 2/3 强, 而美国移民判例只有 12 件, 其他大多数案件是以合同等商事纠纷为主。造成这一差别的主要原因是美加两国案例公布大数据的限制。加拿大移民与难民委员会和移民上诉部门的裁决被收录并公布在加拿大法律数据库中, 而美国移民局与行政上诉办公室案件被单独收录,^[10]并未出现在美国法律数据库“法律原始文献资料”(即美国联邦和各州的判例)中, 而是单独纳入“行政资料”数据库的“行政决定”之中。在“行政资料”之下“联邦移民机构决定”“移民先例决定”“移民无先例决定”三个子数据库中查询, 共有 100 件案例涉及中国法适用问题。这一数量与出自加拿大移民与难民委员会和移民上诉部门的案件数量完全相同。如果将移民行政案件从加拿大判例的统计结果中剔除, 则涉及中国法的两国判例的统计结果极为相似。第四, 两国内部各省或州的判例数量的统计结果与双边贸易的繁荣程度及对法律服务的需求状况基本呈现正比例状态。在美国, 涉及中国法案件最多的纽约州、加利福尼亚州和佛罗里达州, 最大进出口贸易伙伴均是中国。^[11]加拿大涉及中国法的案件绝大多数出自于与中国贸易最为密切、同样也是中国移民最多的两个省——不列颠哥伦比亚省和安大略省, 两省以外的其他地区仅有个别案例出现。

(二) 中国法与儒家传统文化域外影响力的对比

儒家传统文化, 不仅仅在历史上和在有限的地域范围内对世界其他国家和地区产生过影响。当今, 英美法判例中仍然能找到其踪影。^[12]例如, 2015 年美国最高法院在 *Obergefell v. Hodges* 一案中, 引用《礼记》中“礼, 其政之本与”来支持同性婚姻权利的证成。无独有偶, 加拿大最高法院在 *R. v. Nette* 一案中亦曾引用儒家经典学说。四位大法官在少数判决意见中引用孔子“名不正, 则言不顺; 言不顺, 则事不成; 事不成, 则礼乐不兴”的名言来论证正确语言的使用对于法律推理的重要性,^[13]从而拒绝接受 5 位多数法官创新出的关于恶意杀人罪的新的因果关系证明标准。从普通法判例整体来看, 美国法律数据库中有 123 件案例引用了儒家学说。这一数字与“中国法”在同一数据库中的引用数量相当。存在较大差距的是来自美国最高法院的判例, 其中

[10] The Administrative Appeals Office (AAO) (“行政上诉办公室”), <https://www.uscis.gov/about-us/directorates-and-program-offices/administrative-appeals-office-ao/administrative-appeals-office-ao>, last visited on Dec. 22, 2016.

[11] Andy Kiersz, *Every State's Biggest International Trading Partner* (《各州最大的国际交易伙伴》), <http://www.businessinsider.com.au/state-trading-partners-map-2016-10>, last visited on Dec. 21, 2016.

[12] 除了儒家经典, 加拿大法院偶有引用中国谚语。例如, 在 *Mesgarlou v. 3XS Enterprises Inc.* 一案中, 安大略省高级法院引用中国“赢了官司输了钱”一语来说明民事诉讼的风险性。参见 *Mesgarlou v. 3XS Enterprises Inc.*, [2003] O.J. No. 15.

[13] *R. v. Nette*, 2001 SCC 78, para 12.

有 5 件引用了儒家思想，而仅有 1 件引用了中国最高人民法院判决。再从加拿大法律数据库的统计结果来看，仅有 6 件普通法判例直接引用了儒家学说。从审级分布情况来看，联邦法院引用 2 次，地方法院引用 4 次。这一数量远低于“中国法”在同一数据库中的引用数量。概括起来，从美国判例的数据统计来看，中国法的影响力略逊于传统儒家文化；而在加拿大，情况却恰恰相反。

在加拿大，有一特殊情况值得关注：儒家经典语句成为判例的总结性标注。例如，在 *DDI Diamonds Direct Inc. et al v. Raney and Dhanji* 一案中，被告人因首饰质量问题向加拿大珠宝监督机构写信举报原告，结果被原告向法院控告其诬陷，被告则反诉原告违反合同并实施了故意欺诈。法院查明，举报信内容私密并未公开，被告也并未恶意行事，因而该诉讼纯因沟通有误所引起，最终诉讼被法院驳回。法官 *Randall Wang* 恰如其分地引用孔子名言“听讼，吾犹人也。必也使无讼乎”对本案进行了概括总结。同样，在 *Vancouver City Savings v. Cawker* 一案中，*Marilynne* 的父母与其作为共同申请人从金融机构获得抵押贷款，但在该抵押贷款续约时，贷款利率发生了实质性改变，而且续约时申请人签名处仅有 *Marilynne* 一人的签字，法院因此推定其父母对续约及贷款条件的实质性变更并不知情，最终法院判决 *Marilynne* 的父母不对新的贷款合同负担法律责任。法官 *Randall Wang* 以《论语·里仁》中“以约失之者鲜矣”告诫该金融机构如若未尽到谨慎通知义务，则应自负其责。^[14]

（三）中国法与其他国家法律域外影响力的对比

如果说中国法相对于中国儒家传统文化在美加两国的普通法判例中影响力尚且旗鼓相当或差距不大，那么当我们将其他国家法律纳入研究对象时，横向差距就凸现出来。以德国和法国为例，尽管与美加两国分属不同法系，其法律却引起了美加两国的高度重视。在美国法律数据库中搜索，“德国法”一词共计出现在 1616 件判决之中，“法国法”则出现 2093 次。这一结果是中国法被引用频率的 10 倍甚至 20 余倍。在加拿大法律数据库中搜索，比较结果并未展现出上述同样的巨大差异，但差距仍不容忽视。“德国法”出现在 195 件判例中（含加拿大移民与难民委员会案件 9 件），“法国法”的统计结果则为 449 次（含加拿大移民与难民委员会案件 9 件）。如果将移民行政案件统一剔除在外，则德国法与法国法的引用数量是中国法的 2 至 4 倍左右。

再来看其他国家最高法院判决在美加两国普通法中的被引用情况。法国最高法院的判例在美国法律数据库中的引用统计结果高达 77 件。同样作为发展中国家、兼采大陆法系与英美法系之长的南非，1995 年才开始正式运转的该国宪法法院的判例得到了美加两国法院的广泛引用。具体表现为，加拿大最高法院在 22 件判例中加以引用，而美国最高法院在 9 件判例中予以采用。横向比较之下，美加两国最高法院对我国最高人民法院判决的引用仅各有 1 例。

[14] *Vancouver City Savings v. Cawker*, 2002 BCSC 1793, para 17.

综上，中国法在美加两国普通法中获得了不同程度的关注。尤其是中国最高人民法院的判例被加拿大最高法院“主动”引用（下文详述），可以说取得了历史性的突破。但在总体上，中国法与传统儒家文化的输出状况不容乐观。尤其与德国、法国和南非等其他国家横向比较时，中国法的域外影响力显然处于落后地位。

二、中国法域外适用的需求来源

中国法最直接的域外适用需求来自于解决司法纠纷的需要。按照需求来源和影响力程度的不同，主要区分为以下两类情况：第一类是中国法作为案件争议焦点，中国法能否适用，如何理解，如何适用全然依赖当事人提供的专家证言等证据；第二类是中国法直接构成法院进行司法推理的依据。前一类案件对于中国法的需求缘于美加两国法官没有法定义务主动查明案件所涉中国法。加拿大最高法院在 *Hunt v. T&N plc.* 一案中指出，普通法中外国法的内容是事实问题，应当由初审法官依据当事人提供的证据查明。^[15]在美国，对《联邦民事程序规则》第 44.1 条的理解存在争论，^[16]但是无论成文法还是普通法均未规定法官有义务主动查明外国法。例如在 *Rotec Indus., Inc. v. Mitsubishi Corp.* 等案件中，由于当事人未能提供中国法的相关证据，其适用中国法的主张被法院驳回。^[17]该类案件又可被分为单一式查明和复合式查明两种。单一式查明方式仅涉及中国法律文本的适用问题，例如在 *InStepSoftware, LLC v. Instep (Beijing) Software Co., Ltd.* 案中，案件焦点之一即是被告在中国是否具备独立法人人格，原告提供了有关中国《公司法》和《中外合资经营企业法》的专家证言，最终获得法院的采信。复合式查明则是由于美加两国法院采用普通法的推理模式，同时分析中国法成文立法及相应法院判决，在案例分析中掌握中国成文立法条款的相应解释。例如在 *Global Material Techs., Inc. v. Dazheng Metal Fibre Co.* 一案中，美国地方法院采信当事人提供

[15] *Hunt v. T&N plc.*, [1993] 4 SCR 289, at pp. 308-309.

[16] 《联邦民事程序规则》第 44.1 条规定：“当事人意欲提出关涉外国法的问题，应主动申请或采取其它合理的书面通知方式。法院为决定外国法问题，可以考虑任何相关材料，不论其是否为当事人所提供，也不囿于《联邦诉讼规则》所规定的可接受的证据范围。法院对外国法问题之决定，应被视为对法律问题的裁决。” Arthur R. Miller 和 Aurora Bewicke 等学者认为，该条规定让美国初审法院法官既可依据当事人及其专家证人提交的证据，也可依据自己主动收集的证据来查明外国法的内容。See Arthur R. Miller, “Federal Rule 44. 1 and the ‘Fact’ Approach to Determining Foreign Law: Death Knell for a Die-Hard Doctrine (《联邦规则第 44.1 条与判定外国法的“事实”途径：固有规则的丧钟》)”, *Michigan Law Review* (1967), p. 690; Aurora Bewicke, “The Court’s Duty to Conduct Independent Research into Chinese Law: A Look at Federal Rule of Civil Procedure 44.1 and Beyond (《法院进行独立调查中国法的义务：基于并超越联邦规则第 44.1 条》)”, *1 East Asia Law Review* (2005), p. 97.

[17] *Rotec Indus., Inc. v. Mitsubishi Corp.*, 181 F. Supp. 2d (2002), p. 1174.

的有关中国《民事诉讼法》第111条和中国最高人民法院判例的专家证言。中国最高法院在美国EOS工程公司诉新绛发电公司一案((2003)民四终字第2号)与黄金假日诉携程机票预订一案((2007)民三终字第4号)裁定中明确的“一事不再理”原则,“当事人在提起的民事诉讼已获得人民法终审判决后,又基于同一标的和相同的被告,再次向人民法院提起民事诉讼的,应按不符合受理条件裁定驳回起诉”。^[18]在司法实践中,有极少数美国法院走得更远,会根据当事人所提供的有关中国法信息的引用出处,进一步查询该引用所指向的详细内容。如在Rapoport v. Asia Elecs. Holding Co., Inc.一案中,原告提交了被告的招股说明书和《华盛顿邮报》的文章以证明被告违反了中国法的规定,但未给法院提供相应中国法的详细内容,法院主动查明了这两份材料内容。^[19]又如在Trans Chem. Ltd. v. China Nat'l Mach. Imp. & Exp. Corp.一案初审中,美国地方法院在中国法专家证言的基础上搜索和研究中国法,并据此判断中国法的具体含义。^[20]上述法院虽然在表面上主动采取行动,但中国法查明的基础仍然是当事人所提供的信息出处,因而不宜被认定为突破了前述普通法规则。相对而言,第二类案件可谓凤毛麟角,中国法不再是被动出现,而是由法院主动查明,并构成司法推理的组成部分。惟一出现在研究视野的案例是加拿大最高法院审理的Tercon Contractors Ltd. v. British Columbia (Minister of Transportation & Highways)一案(下简称“Tercon”案)。在判决中,4位法官在判决意见中引用中国三鹿奶粉案的判决结果,以论证合同免责条款仅有在压倒一切的公共政策考量因素出现时的极端情况下方能被拒绝执行。^[21]这无疑是令人鼓舞的,中国案例开始进入域外最高法院的视野,并且成为司法推理的组成部分。这也是在本研究中中国法域外影响力迄今为止奏响的最强音。事实上,美加两国法院很少接受本国以外的判例。美国法的自我定位是全球法律输出端,直至2003年美国最高法院在Lawrence v. Texas和Grutter v. Bollinger两个案件中引用了外国法,被认为里程碑式的时刻——外国法开始被美国最高法院认定为有益的辅助判案手段。^[22]在加拿大,外国法的引用多来自美国、英国,这与加拿大的政治传统密不可分。据统计,在2001至2008年间,加拿大最高法院平均每年引用的英国法、美国法和其他外国法的案件分别只有26件、15件和32件。^[23]由此看来,中国法出现在加

[18] Global Material Techs., Inc. v. Dazheng Metal Fibre Co., 2015 U.S. Dist. LEXIS 57778, pp. 8-9.

[19] Rapoport v. Asia Elecs. Holding Co. Inc., 88 F. Supp. 2d 179, 184 (S.D.N.Y. 2000).

[20] Trans Chemical Ltd. v. Chinese Nat'l Mach., 978 F. Supp. 266 (1997), pp. 274-75.

[21] Tercon Contractors Ltd. v. British Columbia (Minister of Transportation & Highways), 2010 SCC 4, para 118.

[22] Janet KovenLevit, “Going Public with Transnational Law: the 2002-2003 Supreme Court Term (《与国际法一同走向公开: 最高法院 2002-2003 年期间》)”, 39 Tulsa Law Review 1 (2003), p. 165.

[23] Peter McCormick, “Waiting for Globalization: An Empirical Study of the McLachlin Court's Foreign Judicial Citations (《等候全球化: 麦克拉克林法院外国判例引用的实证研究》)”, 41 Ottawa Law Review 2 (2009-2010), p. 218.

拿大最高法院的判决中无疑是具有历史意义的。

三、美加两国普通法判例引用中国法时出现的误读

法律专业化、国别化的特点^[24]决定了信息披露的不充分抑或文化背景的不同，特别是法律传统和法律体系的差异，都会造成对于域外法律的误读。对于中国学者而言，理解判例法存在难点。例如，被誉为教科书式的案例 *Sinochem Int'l Co. v. Malay. Int'l Shipping Corp.* 中，确立了“不方便法院原则”的新标准：^[25] 联邦地区法院有权在确认属人管辖权和属地管辖权之前直接判定该法院不方便行使管辖权。^[26] 该案的基本案情是：中国化工进出口国际有限公司（下简称中化公司）与美国公司订立钢材买卖合同，后者雇佣了马来西亚国际航运公司作为承运人。中化公司申请我国海事法院扣押承运人船舶，并起诉其恶意倒签提单。之后承运人向美国地方法院起诉中化公司在向我国海事法院提出的保全申请中做出虚假陈述，要求就扣船损失获得赔偿。中化公司辩称美国法院不具有诉讼标的管辖权、属人管辖权及不方便法院原则。就不方便法院原则，美国地方法院认为双方当事人的同一争议正由中国法院依据中国法律审理，并且其毫无理由对中国法效力以及中国法院的审理能力进行二次猜测，认定中国法院是更为适格的审理法院，判决驳回起诉。^[27] 但美国第三巡回上诉法院认为在明确其拥有诉讼标的管辖权和被告属人管辖权前，不能适用不方便法院原则，推翻了地方法院的判决。美国最高法院认为上诉法院适用法律有误，对不方便法院原则进行了澄清，认为美国地方法院有权就不方便法院诉求直接做出判决，尤其是当地方法院判定外国法院更为适合审理当事人双方纠纷时，则无需考量地方法院是否对该案件拥有属地抑或属人管辖权等其他因素，即“法院在最终确定管辖权之前可以基于非实质性的不方便法院作为拒绝案件审理的理由”。^[28] 我国不同学者在总结该案判决得出的共同结论是：“美国联邦最高法院之所以作出这样的裁决，主要是为了节省司法资

[24] 沈四宝、沈建：《中国涉外经贸法律制度发展的战略新思路》，载《WTO 经济导刊》2011 年第 12 期。

[25] *Sinochem Int'l Co. v. Malay. Int'l Shipping Corp.*, 549 U.S. 422 (2007), pp.425-436.

[26] Hill, J. Stanton, "Towards Global Convenience, Fairness, and Judicial Economy: An Argument in Support of Conditional Forum Non Conveniens Dismissals before Determining Jurisdiction in United States Federal District Courts (《通往全球便利、公平和司法经济性：在美国联邦地区法院判定管辖权之前有条件不方便原则驳回的辩护》)", 41 *Vanderbilt Journal of Transnational Law*(2008), p. 1177.

[27] *Malay. Int'l Shipping Corp. v. Sinochem Int'l Co.*, 2004 U.S. Dist. LEXIS 4493, p. 37.

[28] 徐伟功：《美国不方便法院原则的典型判例评析》，载《河南省政法管理干部学院学报》2009 年第 6 期。

源”，^[29]是“美国法院内在的司法效率驱使”使然。^[30]这一认定实际上忽视了该案判决的核心要素，进而混淆了美国不方便法院原则的判定标准，即该案的争议发生在“外国”水域，由“外国”法院对“外国”船只进行了扣押，没有任何美国公司或者公民利益牵涉其中。对于这样一个与美国毫无关联的纠纷，美国最高法院方才仅依据“方便、公平和司法效率原则”作为唯一判断标准即判定在中国的诉讼将是充分而且更为合适的。^[31]但是，如果美国公司或公民利益牵涉其中，不方便法院原则将无法单纯通过司法效率原则获得足够的合法性支持。

同样，在美加两国普通法中存在着不少对于中国法的误读，可主要归类为以下几个方面：

（一）翻译错误

常识性翻译错误首当其冲。美加两国有判例误将广西（Guangxi）译为 Guanxi，^[32]将广东（Guangdong）误译为 Guandong，^[33]将山东（Shandong）误译为 Shangdong，^[34]将浙江（Zhejiang）误译为 Zehjiang，^[35]将江苏（Jiangsu）误译为 Jiansu，^[36]将云南（Yunnan）误译为 Yunan。^[37]

另一类是对中国立法机关的名称翻译错误。例如，在 *InStep Software, LLC v. Instep (Beijing) Software Co., Ltd.* 一案中，美国法院引用《中外合资经营企业法》和《中华人民共和国公司法》（下简称《公司法》），结果误将上述法律的立法机关“全国人民代表大会”和“全国人民代表大会常务委员会”混为一谈，均译为 National People's

[29] 前引 [28]，徐伟功文。

[30] 彭奕、彭小铮：《不方便法院原则在美国的最新发展——以 Sinochem 案为视角》，载《公民与法》2012年第10期。

[31] *Sinochem Int'l Co. v. Malay. Int'l Shipping Corp.*, 549 U.S. 422 (2007), pp. 431-434.

[32] *Jen Ching Zheng v. Ashcroft*, 112 Fed. Appx. 813 (2004); *Herbasway Labs. v. Zhou*, Conn. Super. LEXIS 1170 (2004); *Xiao Jun Liang v. Holder*, 626 F.3d 983 (2010); *Gerber Food (Yunnan) Co. v. United States*, 33 C.I.T. 186 (2009).

[33] 该错误出现于加拿大 *Bolivar Mining Corp. (Re)*, 2008 BCSECCOM 62; *Luo v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 383 等 25 件案例，以及美国 *Li Hua Zheng v. Gonzales*, 416 F.3d 97 (2005); *SMP Logic Sys., LLC v. Guandong Yifang Pharm. Co.*, 2012 U.S. Dist. LEXIS 80055 等 30 件案例中。

[34] 该错误出现于加拿大 *Chen v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 1218; *Tianjin Pipe (Group) Corporation v. Tenaris Algomatubes Inc.*, 2009 FCA 164 等 7 件案例，以及美国 *Goldrich Ocean Int'l Shipping Ltd. v. Pan World Logistics Co., Ltd.*, 2009 U.S. Dist. LEXIS 40697; *Zhong Qin Zheng v. Mukasey*, 523 F.3d 893 (2008) 等 15 件案例中。

[35] 该错误出现于加拿大 *Chen v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 1218 一案中。

[36] 该错误出现于加拿大 *Zong v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 CanLII 22079 一案，以及美国 *Mid Continent Nail Corp. v. United States*, 999 F. Supp. 2d 1307 (2014) 等 3 件案例中。

[37] 该错误出现于加拿大 *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Yan*, 2004 FC 864 等 13 件案例，以及美国 *Xiao Jun Liang v. Holder*, 626 F.3d 983 (2010) 等 3 件案例中。

Congress。实际上,《公司法》在2005年的修订是由中华人民共和国第十届全国人民代表大会常务委员会第十八次会议审议通过的。该案判决误将“第十届全国人民代表大会常务委员会第十八次会议”译作“the 18th Session of the 10th National People's Congress”,实际应为“the 18th session of the Standing Committee of the Tenth National People's Congress”。^[38]

(二) 对于中国法院判决的认知偏颇

信息化时代的来临以及我国审判信息公开的发展,都为国外法学界和司法实务界迅速了解中国司法动态提供了可能。如前所述,加拿大最高法院在Tercon案中,少数法官引用中国三鹿奶粉的判决结果,以论证合同免责条款仅有在压倒一切的公共政策考量因素出现时的极端情况下方能被拒绝执行。然而,在该案判决书中,三鹿奶粉案的基本案情被表述为“罔顾婴儿生病或死亡的危险,在婴儿配方奶粉中添加有害成分……的奶制品生产商(milk supplier who adulterates its baby formula with a toxic compound)……被判处死刑”。^[39]按照此处引用,是向消费者提供奶粉的供应商被判处了极刑。然而事实上,三鹿奶粉一案中被判处死刑的是制造含三聚氰胺“蛋白粉”的张玉军和销售掺杂“蛋白粉”的原奶给三鹿集团等的耿金平。加拿大最高法院4位大法官的原意在于证明仅有涉及严重刑事犯罪、极恶欺诈等案件中,法院方能行使最终权力(ultimate power)排除合同双方(奶粉供应商与消费者)之间订立的免责条款。但实际上,三鹿奶粉案中的原奶供应商与消费者之间并不存在直接合同关系,这就使得上述论证由于案件事实引用的错误而变得牵强附会。^[40]最后值得一提的是,加拿大最高法院一反常态的在上述引用中并未给出任何注释来说明信息出处。没有准确信息来源是否是造成上述理解和引用失误的直接原因尚不得而知。

(三) 对于中国立法的认识错误

加拿大普通法体系中对于中国成文立法的判断存在诸多错误。例如在Luu v. Wang一案中,不列颠哥伦比亚省最高法院采信了原被告双方所聘请专家的“一致意见”,“如果中国法在本案中适用,那么本案中的合同将受到《中国统一合同法(Chinese

[38] InStep Software, LLC v. Instep (Beijing) Software Co., 2012 U.S. Dist. LEXIS 56108, pp. 5-6.

[39] Hunt v. T&N plc, [1993] 4 SCR 289, para 118.

[40] 该案的基本案情是:不列颠哥伦比亚省政府招标设计和建设高速公路,包括Tercon、Brentwood等在内的6个小组参与了投标活动。招标合同中有一项免责条款“除非在招标邀请中明示和特别允许,任何投标者不享有任何形式的索赔权利”。由于自身不具备投标资格,Brentwood在招标过程中与另一公司共同组成了投标合伙,并最终中标。Tercon公司诉称Brentwood并不符合招标公告中确定的资格条件,因而要求省政府赔偿损失。加拿大最高法院的9位大法官以5:4多数判定Tercon公司获胜。大法官们的论辩焦点在于该免责条款是否具有法定效力并应当被适用。多数派认为,免责条款免除的是投标参与者均为适格的情况下省政府所承担的法律风险,但在本案中Brentwood显然是不适格的参与者,因而这一过程不再是免责条款中所确定的招标邀请过程。少数派法官则认定上述免责条款在本案中应当被适用,尽管省政府违反了其法定义务,但不承担任何责任。

Unified Contract Law)》和《合同法通则 (General Principles of Contract Law)》的调整。在中国合同法中,涉嫌欺诈的合同是无效的”。众所周知,早在1999年中国即已出台《中华人民共和国合同法》,同时废止了《经济合同法》《涉外经济合同法》和《技术合同法》,对合同形式的规定及适用趋于统一。所谓《中国统一合同法》的称呼并不准确。导致这一失误的原因很可能是上世纪末,国内外学者在论文中为将中国新合同法区别于旧有三项合同法,而表述为新的统一合同法。此外,我国并未颁布所谓《合同法通则》的法律文件。从该案具体情况来看,合同关系应受《合同法》和《民法通则》的共同调整,此处《合同法通则》应是错误地理解和翻译了《民法通则》的名称。此外,有关欺诈合同无效的判断同样是错误的。中国《合同法》第54条第2款有明确规定,一方以欺诈手段,使对方在违背真实意思的情况下订立的合同,属于可变更可撤销合同;仅有第52条规定的以欺诈手段损害国家利益时,合同方为无效。加拿大司法实务界在中国合同法的基本原理判断上也出现了失误。同样的问题出现在对中国《侵权责任法》的认识之中。在2015年判决的Huang v. Silvercorp Metals Inc. (以下简称Huang)一案中,不列颠哥伦比亚省最高法院采信了当事人双方所提供的“并无冲突的(uncontradicted)”有关中国侵权法的证据。其中是这样描述中国侵权法的,“自2010年中国《侵权责任法》通过,中国有了侵权法……个人因而能够依据该成文法提起侵权之诉。”显然,该判断有误。毋庸多言,我国自1986年《民法通则》颁布时起,当事人即可依据其中“侵权民事责任规定”提起侵权之诉。其次,该判决中认定“中国并不存在非法拘禁(false imprisonment)的侵权之诉”。诚然,我国《侵权责任法》并未就非法拘禁单独做出侵权之诉的规定。但是《侵权责任法》第2条对民事权益做出了一般规定:“侵害民事权益,应当依照本法承担侵权责任”。根据《人民法院案例选》(2015年第3辑(总第93辑))中“周茂政、袁国风诉周茂全、周山山等生命权案”的判决意见,人身自由权当属民事权益的一种。这就与前述加拿大法院的认定截然相反。而且,我国刑法第238条规定了非法拘禁罪,被害人可依据《最高人民法院关于刑事附带民事诉讼范围问题的规定(法释〔2000〕47号)》第1条的规定“因人身权利受到犯罪侵犯而遭受物质损失或者财物被犯罪分子毁坏而遭受物质损失的”,在刑事诉讼中提起附带民事诉讼。对于“受到行使侦查、检察、审判职权的机关以及看守所、监狱管理机关及其工作人员”非法居留、非法逮捕的受害人,还可依据《国家赔偿法》第17条第1项和第2项分别请求国家赔偿。造成对于中国法上非法拘禁民事责任的判断出现偏差的主要原因,在于两国法律体系中有关非法拘禁概念的界定存在差异。在加拿大,非法拘禁作为侵权之诉的单独类别,是指个人自由被他人、警察以个人行为或者通过其代理人所限制。^[41]在Huang案中,原告指控被告公司通过当地公

[41] See J. G. Fleming, *The Law of Torts*, 9th ed. (《侵权法(第9版)》), Sydney: The Law Book Company Ltd., 1998, p. 36; Foth v. O'Hara, (1958), 24 W.W.R. 533 (Alta. S.C.); Benedetto v. Bunyan, [1981] 5 W.W.R. 193 (Alta. Q.B.).

安机关实施了非法拘禁的行为，因而被代理人也需承担侵权责任。对此，我国《侵权责任法》虽未作出明确的单独规定，但第8条（共同侵权）、第9条（教唆帮助他人实施侵权行为）存在适用可能。

（四）对于中国法治发展状况的误读

1. 对于中国法治发展的认识滞后

在诸多移民案件中，加拿大移民及难民委员会及移民上诉部门、联邦法院指出中国行政部门存在系统性腐败。例如在 *Cho v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* 一案中，加拿大联邦法院指出：“尽管中国意在打击腐败，但是《中国日报（China Daily）》报道称国家监督体制尚不成熟，未能铲除腐败”。^[42] 对中国腐败问题的忧虑不仅存在于加拿大一国之中，在 *X (Re)* 一案中，加拿大当局所采纳的英国内政部文件表达了同样的观点。^[43] 与腐败紧密相关的是中国的营商环境。在美加两国判例中，“关系”被认定为在中国营商的前提条件和重要因素，地方政府也被认为深陷其中无法自拔。例如在 *Las Vegas Sands Corp. v. Suen* 一案中，美国内华达州最高法院审理的是通过关系运作帮助他人获得在澳门开设赌场许可的回扣纠纷。该判决书中认定“‘关系’……可能‘基于家族纽带’或者‘家庭关系’——这一关系通过各种‘社会活动’和一系列的‘礼尚往来’而维系和发展……通过礼尚往来而建立关系的文化，包括借此结识政府官员，已然有了数百年的历史记载”。^[44] 又如在 *Penn, LLC v. Prosper Bus. Dev. Corp.* 一案中，美国地方法院采纳了原被告双方之前的仲裁裁决，判定被告将原告引荐给中国某公司的关系运作为原告带来了商机，原告随后抛弃被告的行为违背了与被告公司之间的商业信任关系，应予赔偿。“鉴于中国政府的官僚管理体制，‘外国公司在进入或拓展中国市场时拥有与中国的关系’是非常重要的……中国的商业文化是建立在相互信任和人情关系上的。建立关系需要时间，维持这一关系则需要更多的投入。关系是帮助公司或个人与其他公司或个人建立合作关系的通货。其提供了公司或个人所需的在复杂环境中‘审慎’或‘保证’按照预期方式完成任务的手段。降低了外国公司可能面临的风险。”^[45] 然而实际上，自2012年以来，党风廉政建设和反腐败斗争取得明显成效，“不能腐、不想腐的效应初步显现，反腐败斗争压倒性态势正在形成”。^[46] 中国法治环境和市场经济的不断发展已然改变了上述现象。对此，加拿大等国司法和行政部门尚未引起足够重视。

2. 对于中国法的认识空白

[42] *Cho v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2000] CanLII 16395, para 23.

[43] *X (Re)*, [2015] CanLII 52099 (CA IRB), para 14.

[44] *Las Vegas Sands Corp. v. Suen*, 2016 Nev. Unpub. LEXIS 580, pp. 11-12.

[45] *Penn, LLC v. Prosper Bus. Dev. Corp.*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 19985, pp. 7-8.

[46] 本报评论员：《肩负起管党治党的政治责任——一论学习贯彻习近平总书记在十八届中央纪委六次全会精神》，载《人民日报》2016年1月15日第1版。

当事人及其律师对中国法不了解,造成了不应有的败诉。例如在 *Yi Qiang Yang v. United States AG* 一案中,当事人的难民申请被移民法官和移民上诉庭拒绝,原因之一在于无法判断当事人的事实婚姻在中国是否有效。无法判断婚姻效力的难点在于,当事人在2000年举办婚宴时,当事人20岁,其“妻”只有17岁,并且没有证据显示双方领取了结婚证。对此,当事人在到法院申诉时故意绕开了事实婚姻的有效性问题的,而是转向主张根据美国宪法中平等保护条款,事实婚姻应当具有同合法婚姻同样的法律地位。但美国最高法院维持了第十一巡回上诉法院的判决,认定当事人在移民上诉庭审理期间并未提及平等保护问题,因而未能穷尽救济手段,判定法院就此问题并无管辖权。^[47]实际上,在诉讼之时(2007年),双方均已达到我国法定婚龄,并且当事人获得了其“妻”对于双方婚姻关系的证言。根据我国《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(一)》第5条的规定:“1994年2月1日民政部《婚姻登记管理条例》公布实施以后,男女双方符合结婚实质要件的,人民法院应当告知其在案件受理前补办结婚登记;未补办结婚登记的,按解除同居关系处理”。美国移民局和法院对此并未主动查明,当事人也由于缺乏对中国法的认识放弃了法定支持理由。

3. 冷战思维的惯性影响

美国最高法院在 *Zschernigv. Miller* 一案中判定,外国政策事务是联邦政府而不是美国法院所要判断的对象,法院不应当带有政治偏见来审判案件。^[48]但在司法实践中,冷战思维残留的对于社会主义国家的担忧,导致美国法院难免带着有色眼镜审理有关中国当事人的案件。这主要涉及两类案件:(1)移民案件;(2)涉及《外国人侵权赔偿法(Alien Tort Claims Act)》和《酷刑受害者保护法(Torture Victim Protection Act)》的案件。例如在 *Li v. Ashcroft* 一案中,美国联邦第九上诉法院的法官们没有聚焦于中国法律的分析,而是纷纷卷入了对于社会主义国家性质和人口政策的政治讨论。无论是多数派还是少数派意见,都在判决结论中表达了社会主义条件下政府干预个人生活的无端忧虑。^[49]

四、美加两国普通法判例中误读中国法的原因剖析

从根本上而言,美加两国普通法中对中国法的误解根源于中国法信息的匮乏。这主要是由以下3个方面的原因造成的:第一,美加两国法学界和司法实务界中国法专家的匮乏。加拿大各级法院在不同案例中表达了对缺乏中国法专家意见问题的

[47] *Yi Qiang Yang v. United States AG*, 494 F.3d 1311(2008), pp. 1316-1317.

[48] *Zschernigv. Miller*, 389 U.S. 429(1968), pp. 670-671.

[49] *Li v. Ashcroft*, 356 F.3d 1153(2004), pp. 1169-1170.

忧虑。例如在 *Lau v. Canada (Citizenship and Immigration)* 等案件中，中国法专家意见证据的匮乏，直接影响到普通法审判的实体和程序两个方面。^[50] 此外，在同一案件中，不同中国法专家所给出的基本判断也往往是相互冲突的。例如在 *Grammercy Ltd. v. Dynamic Tire Corp.* 一案中，加拿大安大略省高级法院面对相互冲突的中国法专家意见，最终并未采信任何一方的观点，而是基于当事人提交的该案件在中国法院的程序进展做出了自己的判断。^[51] 犹如在 *Trans Chemical Ltd. v. Chinese National Machinery* 一案仲裁条款纠纷中，当事人提供的有关全民所有制企业性质的专家证词完全相反，因而美国联邦地区法院认定中国法上所谓第三类产权“社会所有权”并不成立，涉案中国全民所有制公司是中国政府所有，而非社会共有，不受《外国主权豁免法（Foreign Sovereign Immunities Act）》的保护，并最终败诉。^[52] 这一判决在上诉时得到了美国第五上诉巡回法院的确认。但是，美国联邦巡回区上诉法院以及其他地方法院做出了完全相反的判定。在 *Trans Chem. Ltd. v. China Nat'l Mach. Imp. & Exp. Corp.* 一案反倾销纠纷中，^[53] 美国联邦巡回区上诉法院判定涉案中国国有企业能够“自由订立合同免于遭受政府干预、能够自主设定出口价格、并控制销售所得”，因而在“法律上”和“事实上”是独立于中央政府的。^[54] 同样，在 *Intercontinental Indus. Corp. v. Wuhan State Owned Indus. Holdings Co.* 一案中，美国地方法院将中国地方政府的行政行为与国有企业的商业行为明确分割开来，国有企业的商业行为不再被视为或者先行推定为政府行为。^[55] 已有美国学者注意到这一问题，强调统一美国法院对于中国国有企业的审判标准，并采取有利于美国企业的共同态度。^[56] 这对我国国有企业合法权益的保障而言无疑是不利的。

[50] See *Lau v. Canada (Citizenship and Immigration)*, [2010] CanLII 87404; *Li v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1996] I.A.D.D. No. 1017; *Livingston v. I.M.W. Industries Ltd.*, 2015 BCSC 1627; *Nom v. You*, [1934] B.C.J. No. 32.

[51] 该案中，双方当事人聘请的中国法专家对于仲裁协议是否有效各自提交了相互冲突的专家证言。该案主审法官并未采信这些证据，而是根据中国法院查明当事人双方之间签订了仲裁协议，仍然做出判决这一事实，判断仲裁协议是可选择性而非诉讼的必经前置程序。

[52] 之后本案原告公司股东曾就该一审中提出的公司股权问题上诉，美国联邦第五巡回上诉法院判决其败诉，上诉审并不涉及上述中国法问题。 *Trans Chemical Ltd. v. Chinese Nat'l Mach.*, 978 F. Supp. 266 (1997), pp. 283-290.

[53] 该案起因是美国商务部认定中国刹车盘生产商在美国市场并不构成倾销，因而给予优惠税率，一美国公司对此结论不服提起诉讼。

[54] *Trans Chem. Ltd. v. China Nat'l Mach. Imp. & Exp. Corp.*, 2000 U.S. App. LEXIS 8217, p. 4

[55] *Intercontinental Indus. Corp. v. Qingquan Luo*, U.S. Dist. LEXIS 9081 (2011); 刘云：《招商引资失败引发跨国索赔案湖北省政府在美胜诉》，新浪财经网，<http://finance.sina.com.cn/china/dfjj/2016-11-23/doc-ifxxwrwk1714342.shtml>，最后访问日期：2016年11月23日。

[56] Aurora Bewicke, "The Court's Duty to Conduct Independent Research into Chinese Law: A Look at Federal Rule of Civil Procedure 44.1 and Beyond(《法院进行独立调查中国法的义务：基于并超越联邦规则第44.1条》)", 1 *East Asia Law Review* (2005), pp. 110-112.

第二，在美加两国，法官并没有主动查明外国法的义务。如果当事人双方未能提交专家证言或者双方证言存在矛盾冲突，法官不会对外国法进行主动查明。笔者曾就此问题求教于加拿大最高法院大法官 Rosalie Abella，得到的回答是否定的，“尽管法官们会为当事人感到难过”。这也就将中国法查明的全部责任放在了当事人及其聘请的中国法专家身上。因此，中国法查明陷入了一个死胡同：法官完全依赖当事人提交的专家证言，而能够准确提供这一证言的中国法专家却是极为匮乏的。

第三，中国法信息的闭塞以及交流障碍。在过去一段时间内，中国法并未很好地被翻译。目前，中国成文法英译本的公布取得了长足的进步，然而，配套实施条例、司法解释以及大量案例未能及时英译，给国外律师了解中国成文法造成了障碍。特别是英美法思维模式中案件推理对于准确把握成文法适用而言不可或缺。然而，中国判例英译本的发布工作刚刚起步，数量极为有限，最高人民法院指导性案例尚未得到地方法院的广泛引用，^[57]这些都让国外法学界和司法实务界查明中国判例变得异常困难。

五、提升中国法域外适用水平与影响力的路径

在美国，有个别学者争辩《联邦民事程序规则》第 44.1 条的规定隐含着法官主动查明外国法的司法责任，但是美国法院并未给出积极回应，因而仍停留于理论争议的层面。加拿大也并未出台类似证据规则。因而，与其寄望于国外程序规则的改变，不如苦练内功，从根本上提升中国法的域外影响力。

（一）中国法英译工作的自主化和专业平台建设

语言是交流的媒介。“就外部世界来说，随着中国的崛起，人们对中国抱有越来越巨大的不确定性。其中，对中国的误解扮演了一个关键的角色。从前外界对中国的误解多半是因为中国的封闭，但现在搞改革开放已经数十年，中国已经相当开放。当然，中国体制运作很多方面仍然很不透明，这种不透明在继续阻碍着世界对中国的客观认识。透明度越高，越能帮助外国人理解中国。”^[58]无论是在立法、司法判决公布还是学术研究领域，实现英译都是提高中国法域外影响力的必须途径。在法律法规的英译方面，我国已经取得了突出成绩。据统计，截至 2011 年 6 月底，宪法以及 230 多件法律已经由全国人大法工委组织翻译成英文，并出版了 22 本英文法律汇编；700 多件行政法规已经由国务院法制办组织翻译成英文，并出版了 21 本《中华人民共和国涉外法规汇编（中英文对照）》；8025 件地方性法规以及 8309 件规章中有 4500

[57] Mark Jia, “Chinese Common Law? Guiding Cases and Judicial Reform”, 8 Harvard Law Review (2016), pp.2213-2228.

[58] 郑永年：《中国知识体系的缺失与建设问题》，载《学术界》2012 年第 1 期。

多件已经由有关地方政府法制机构翻译成英文。^{〔59〕}然而, 现有翻译成果在翻译原则、难译词汇、法律术语等方面存在不同认识和水平差异, 法律体系和法治文化的差异仍严重制约着中国立法英译的发展。^{〔60〕}

鉴于我国并没有英美法中的先例制度, 司法判决的翻译工作和域外研究一直是项短板。前述加拿大最高法院大法官们的引述错误无疑是一个很好的反面教材。自2010年11月26日开始, 最高人民法院印发《关于案例指导工作的规定》, 开始发布指导性案例。对此进行英译最具代表性的是斯坦福大学“中国指导性案例项目(China Guiding Cases Project, 下简称斯坦福项目)”和北大法宝“指导性案例(Guiding Cases)”项目。对比两家机构的翻译成果, 却发现差异巨大。仅以指导性案例1号“上海中原物业顾问有限公司诉陶德华居间合同纠纷案”的名称翻译为例, 斯坦福项目将其译为“Shanghai Centaline Property Consultants Limited v. TAO Dehua, An Intermediation Contract Dispute”, 而北大法宝则译为“Shanghai Zhongyuan Property Consultancy Co., Ltd. v. Tao Dehua (intermediary contract dispute)”。首先, “中原”一词的英文翻译, 斯坦福项目采用的是中原集团英文名称中的“Centaline”, 而北大法宝则直接用汉语拼音“Zhongyuan”译出。相比之下, 前者尊重企业自身的名称翻译, 而后者更为重视国人的语言习惯。其次, 就“陶德华”姓名的翻译, 北大法宝显然出现了错误。在英文中, 姓与名的排列可以采用不同方法: 一种是先写名后写姓, 就陶德华而言即Dehua Tao; 第二种是先写姓再写名, 两者之间用逗号, 即Tao, Dehua; 第三种是先写姓再写名, 但需要将姓的全部字母大写, 即斯坦福项目翻译的“TAO Dehua”。北大法宝的译法是中国式英语思维模式导致的错误。最后, 居间合同翻译的不同。斯坦福项目将居间合同译作“intermediation contract”; 北大法宝在翻译中国《合同法》第二十三章“居间合同”时使用的是“intermediation contracts”, 此处却采用了另外一词“intermediary”。“intermediary”一词在英美法中通常指居间人。在美国法律数据库中以“intermediary contract”为关键词搜索, 案例多达99件; 而“intermediation contracts”则没有任何搜索结果。从这一点而言, 北大法宝一改之前的翻译方式从而取得了相对优势。除此以外, 在具体判决内容的翻译中, 斯坦福项目和北大法宝在逻辑思路、具体词句的翻译方法上都存在很大差异。总体而言, 斯坦福项目的英译本更趋近于英美法的思维习惯和表达方式, 而北大法宝则更趋向于直译模式。由此而言, 应当打造一支致力于中国法域外传播的、既精通法学知识又熟练应用英文翻译甚至撰写判决书的专业队伍。同时, 在加强我国政府和立法机关中国法英译工作的同时, 应

〔59〕张福:《我国法律法规规章对外翻译基本情况》, 中国翻译协会网, <http://www.tac-online.org.cn/index.php?m=content&c=index&a=show&catid=428&id=2461>, 最后访问日期: 2016年1月13日。

〔60〕参见屈文生:《中国法律术语对外翻译面临的问题与成因反思——兼谈近年来我国法律术语译名规范化问题》, 载《中国翻译》2012年第6期; 吴响平:《我国法律法规翻译研究进展及其启示》, 载《大学英语(学术版)》2013年第2期。

当大力支持我国法律专业数据库、新型智库开展相关业务，大力支持法律数据库、新型智库创办中国法英文网络平台，宣传中国法，为消除国外法学界和司法实务界对中国法的误解贡献力量。

（二）打造中国法域外传播专业人才

习近平总书记指出：“参与全球治理需要一大批熟悉党和国家方针政策、了解我国国情、具有全球视野、熟练运用外语、通晓国际规则、精通国际谈判的专业人才”。^{〔61〕}中国法域外影响力的提升同样需要充足的人才储备。前述斯坦福项目组囊括了来自全球的150余位法律学生、律师、翻译工作者，并且聘请了40余位两国最高法院法官等资深专家作为顾问。但中国法英译工作的未来不能完全依赖国外法学力量，因为法律术语、逻辑思路、本土文化等差异难免造成翻译文本的模糊与失真。我们应当培养一批“立足中国、面向世界、学贯中西”，能够独立以英文完成判决书写作的专业团队来承担中国法英译的主体工程。^{〔62〕}目前，中国与西方的法律交流活动为上述目标的实现提供了更多契机。首先，国内外法学界和司法实务界的交流访问项目让中国法学专业人才有机会亲密接触英美法，提升英语写作能力。其次，越来越多的中国留学生依托多种项目迈入美国、加拿大等国知名法学院。例如清华大学法学院与加拿大哥伦比亚大学法学院两院合作培养法学学士和法律博士（LL.B.+J.D.）双学位项目，清华大学法学院每年推荐5人赴哥伦比亚大学攻读法律博士学位。又如在加拿大萨斯卡彻温大学（University of Saskatchewan）法学院，2014-2016届法律博士毕业生中就有4位来自中国，其中两位同时具有中国律师执业经历。此外，国内外大学法学院的合作让更多的中国学生得以以交换生的身份到国外法学院深造。最后，随着中国的崛起和中外贸易与交流的发展，越来越多的外国人对中国法产生了浓厚的兴趣。美国、加拿大律师界不乏掌握普通话、粤语的来自不同种族的律师。清华大学等高校举办中国法法律硕士项目吸引国外学生来华就读，中国政法大学、南京师范大学等高校举办国际法律交流夏令营等活动，都为国外人才了解中国法、学习中国法创造了宝贵的机会。如果能够吸引海归人才和海外人士来华工作，充分调动海外中国法学者的积极性，中国法域外影响力的提升就具备了坚实的人才基础。

（三）推动具有国际影响力的中国法理论建设

中国法理论建设是提升域外影响力的根本途径。当代中国法学人要实现理论创新，提供知识增量，“只能着眼于中国这个特定的场域，以自己对中国问题、中国现

〔61〕《习近平主持中央政治局集体学习强调推动全球治理体系变革》，载《人民日报海外版》2016年9月29日第1版。

〔62〕中国法学会党组书记、常务副会长陈冀平指出：“努力造就一批立足中国、面向世界、学贯中西、在国际上有重要影响的法学大家，是国家对中国法学界提出的期望，更是对当前国际国内形势提出的历史任务”。参见陈冀平：《加快建设社会主义法治国家作出新贡献》，载《法制日报》2012年7月25日第9版。

象的清晰认识 and 解读，以自己对中国法治的见解和主张，体现自己的文化存在和学术才能，而不应把学术目标设定于同西方学术大师们单向度、甚至是一厢情愿的“文化交流”。^{〔63〕}中国法苦练内功不仅需要加强法学普遍理论的研究，更应注重强化中国问题意识，^{〔64〕}加强以司法裁判为基础的理论研究。重视人民法院的司法活动对于完善法律体系的独特作用，注重在立法与用法的隔阂中研究法律法规在具体案件中的适用标准和推理过程，^{〔65〕}发掘本土实践中的司法真知，构建中国特色的理论法律制度，真正让法学研究成为“对中国有用”“在中国有用”，有实践指导意义的智力成果，并以世界通行的语言来推动中国法的域外传播，让中国法治文化软实力影响整个世界法律的发展进程。

（责任编辑：钟莉）

〔63〕顾培东：《当代中国法治话语体系的构建》，载《法学研究》2012年第3期。

〔64〕张广兴：《法学研究应强化中国问题意识》，载《中国社会科学报》2016年12月28日第4版。

〔65〕江必新：《法对法律体系的完善》，载《法学研究》2012年第1期。