

引 言

16 世纪，脍炙人口的（马可·波罗游记）所描绘的富有的东方大国的形象，鼓起了西方殖民者寻找通向东方新航路的风帆。

1553 年，葡萄牙殖民者从里斯本起航，绕过好望角，经印度洋继续东行，入据中国澳门。此后，西方传教士接踵而至。经过半个世纪无数次的尝试，西方传教士最后选择了学术传教的途径。1601 年，利玛窦到达北京，西方传教士叩入中国大门的愿望终于得以实现。基督教继唐代、元代两次传入中国之后，第三次传入中国，从而导致了佛教以后外来文化的第二次大规模输入。以基督教文明为中心的西方文化与中国传统文化开始有了直接接触。

传教士的学术传教方式，客观上为西方文化在中国的传播奠定了基础。但是从总体上看，明末的传教士仅把注意力放在宗教上，当然也有少量的自然科学知识，西方的法律、法

学在传教士站稳脚跟之前并未与中国传统法制有过接触，尽管许多传教士本身又是法学家。

直到清初，西方传教士才开始把西方法律、法学带到中国。而最早传入的则是国际法。

据说，大约在 1648 年，来中国传教的意大利传教士马丁·马提尼，曾经将苏阿瑞兹的国际法著作译成中文。

17 世纪初期正是近代国际法在欧洲形成之际。1625 年，第一部有完整体系的国际法著作即格劳秀斯的《战争与和平法》的出版，首创了近代国际法的原则、体系，为近代国际法的形成奠定了基础。1648 年的《维斯特伐利亚和约》则标志着近代国际法的形成，其主要原则如主权平等、领土主权等等已经确立。此后，经过半个世纪的实践，直到 17 世纪末叶，欧洲各国才普遍受国际法的约束。可见，当苏阿瑞兹的国际法著作被译成中文时，整个欧洲还没有形成具有普遍约束力的国际法规范。

马丁·马提尼所译苏阿瑞兹的国际法著作，可能在当时的中国并未出版，但这却是中西法律文化的第一次接触，尽管当时的清政府对外来文化持小心翼翼的谨慎态度。

苏阿瑞兹的国际法著作被译成中文一事，像一块很小很轻的碎石扔进一个又深又大的死水潭中，并未激起多少涟漪。不过，当这块碎石落入潭底时却非常意外地产生了微小的冲击。

40年后，即1689年，中国与俄国订立了《尼布楚条约》。这是近代中国与外国所订立的第一个国际条约。无论从缔约谈判的过程，还是从缔结的条约本身来看，中国都在这次国际交往实践中恰到好处地利用了刚刚知晓的国际法知识。

（尼布楚条约）的正本使用了拉丁文，其写制、签署、盖印和互换都严格遵守了国际惯例。尤其在其中加入法令，这是从《维斯特伐利亚和约》以来条约惯用的办法。这一切都说明，《尼布楚条约》确实受到国际法的影响。事后，中俄双方也都认为该条约是在国际法关于国家主权平等原则基础上订立的。今天的历史学家也是这样评价这个条约的。

虽然在尼布楚外交实践中，中国第一次适用了国际法原则，但是不能以此断定清政府或康熙皇帝已完全接受了国际法。因为从1689年至1839年的150年间，无论是在中国的学术界还是在官方均未发现有人谈及国际法。同

时，中国史书对这次谈判的详细过程及条约文本也忽略了。这反映了当时适用国际法并不是自觉的。康熙皇帝派代表团去遥远的边境，以国际法为依据订条约，也清楚表明他不愿此事引起中国人的注意，不愿因此触犯公众的苦衷。

可见，18世纪以前，中国传统法律虽然受到了第二次大规模外来文化的冲击，但其影响非常有限。闭关锁国的城墙阻遏了外国法的传入。清政府对外国法从整体上持排斥态度。

此后，随着西方殖民势力的扩张，涉外刑事案件屡屡发生。例如1772年，澳门发生一起凶杀中国居民案件，英国人斯高特被控犯有谋杀罪。但由澳门葡萄牙殖民当局组织的法庭却为斯高特开脱罪责，宣判无罪释放。清政府坚决不承认这一判决，要求将“斯高特案”移交中国政府审理。次年，葡萄牙殖民当局迫于压力不得不将斯高特移交清政府。于是，依据《大清律例》，斯高特被判处死刑。斯高特成为18世纪多起涉外刑事案件中第一个被中国政府依中国法律判处死刑的英国人。随后，乾隆皇帝谕令：今后凡属澳门外国人杀害中国居民案件，罪犯应处斩、绞死刑者，一律由中国地方政府审理，并将案卷报刑部存查，地方官员

会同澳门葡萄牙当局依法就地决处凶犯。清政府这一规定，给西方列强尤其英国政府以极大的刺激。中西法律制度的冲突从此拉开了序幕。

1784年11月4日，停泊在广州的英国商船“赫符斯”号在事先未通知船外人员的情况下，从舱眼向外发射礼炮，致使三名中国水手被击中，其中二人不久死亡。次日，清朝官员通知英国大班，速将开炮者送到广州城内受审。但是，英国大班却谎称该炮手已逃走，要求以另一人代为受审，并将地点改在英国商馆内。清政府官员则坚持必须交出凶手。由于英方故意拖延不交，11月27日，广东巡抚孙士毅下令逮捕英国大班，并中断中英贸易，调军队切断其退路，限期交出凶手。11月30日，英方被迫交出一直躲在“赫符斯”号上的炮手。乾隆皇帝随即颁旨，要求查明凶犯，在外国人面前处以绞刑，以示惩戒。经孙士毅会同两广总督舒常等人审讯，并传集十三行外商，该英国炮手被当场处以绞刑。

“赫符斯”号案加剧了中英两国的法律冲突，甚至对中英两国的外交关系产生了深远的影响。驻在广州的英国大班深深感到中国法律的威胁，却由于经济利益又不能停止与中国的

贸易。于是，他们上书英国政府，要求派遣外交使团与中国政府协商解决法律冲突。

1792年，英国国王派遣乔治·马戛尔尼勋爵为特使，率600余人的使团访华。马戛尔尼此行的目的之一，是获得刑事裁判权，也就是由英国人主持对其本国犯人的审讯，中国官员只能在场监督。但遭到了清政府的拒绝。

中英法律冲突的原因之一是两种文化背景之下的法律之间的差异性。在古代中国法律中，“杀人偿命”并株连亲属，被视为天经地义的原则；而在英国近代法律中，虽然“杀人偿命”也成立，但是在判决之前当事人是被推定无罪的，定罪量刑必须由陪审团及法官组成合议庭审理。而且罪止其本人并不连带亲属。这种差异性，决定了清政府的封建法制势必与西方近代法制发生冲突。

然而，从另一方面看，作为一个主权独立的国家，清政府要求入境的外国人遵守《大清律例》，本无可非议，尤其18世纪是一个根本没有公认的国际法准则的时代。英国近代的法律固然比大清的封建律例进步、公正，但到中国来的英国人如果据此而侵犯中国主权，不遵守中国法律，甚而提出进一步要求，显然也是毫无道理的。其结果，不仅不能解决问题，反

而还会加剧两种法律的冲突。

19世纪初，中国的士大夫从18世纪后半叶的一系列涉外刑事案件及外交事件中预感到大清帝国已经开始走向衰败，并且正面临着西方侵略的危险。如，包世臣、龚自珍在20年代就曾预见到英国将会对中国发动武装侵略，吁请清政府早做准备。龚自珍认为，乾隆之后的清王朝已走向没落，好像一个气息奄奄的病人。整个社会时局动荡，危机四伏，一片黑暗，已经到了非改革不可的时候了，否则将难逃覆灭的命运。而要改革，首先必须“更法”。他进而指出，苛细的《大清律例》就像一条巨绳紧紧捆绑着人们的手脚，吏治越来越腐败，最终必然导致狱讼的黑暗，因此要变革法制就必须解放思想，改变“祖宗之法”不可变的传统观念。

在中国封建社会大兴文字狱的时候，龚自珍大胆“议政”，确实开了风气之先，尤其是提出要改变“祖宗之法”，彻底改革封建法制，表明在西方文明的影响下，传统法律观已经开始动摇，并暗含着裂变的契机；也意味着近代中国的知识分子逐渐告别崇古心理及墨守成规的政治性格而走向世界，迈入近代的门槛。尽管龚自珍未能跳出封建主义的栅栏，但在中国

社会进入近代的大变动时期，他的呐喊仍不愧是“时代的号筒”，吹奏出变革的时代强音，成为晚清法制变革的前奏曲。

一 权利本位法律观的形成

1. 林则徐、魏源与国际法的传入

1839年9月，湖广总督林则徐上书道光皇帝，痛陈英美列强对中国大量倾销鸦片的危害，主张严加查禁鸦片，否则数十年后，“中国几无可以御敌之兵，且无可以充饷之银”。同年12月底，道光帝任命林则徐为钦差大臣，前往广东查禁鸦片。

鸦片早在唐朝就已传入中国，但数量很少，仅供药用。明朝以后将鸦片列入药材并征税。17世纪，吸食鸦片的方法从南洋传入中国。1729年，雍正皇帝谕令禁止吸食鸦片；1796年，朝廷下诏停止对鸦片征税，严禁鸦片输入。于是，鸦片贸易成为非法的走私贸易。但是，18世纪末19世纪初，英国东印度公司却向中国大量倾销鸦片，数量至1838年

竟达 4 万余箱。美国、俄国等列强也仿效英国。鸦片潮涌而入给中国社会带来了巨大的灾难，不仅严重损害了中国人的健康，而且引起中国的白银大量外流。据统计，从 1800 年至 1839 年，英、美鸦片贩子从中国掠夺了价值 4 亿银元的财富。

当时，林则徐手下的一名主要译员袁德辉建议，“筹办夷务”的当务之急是立即翻译瑞士法学家、外交家瓦特尔（旧译“滑达尔”）的名著《国际法》。该书是作者在长期外交工作的实践基础上写成的，以实用为目的，阐述了国家主权思想，主张不干涉内政原则，代表了 18 世纪国际法发展的最高水平。因此，自 1758 年出版后，曾在欧洲风行一时，成为西方法学界、外交界的权威性著作。各国均有译本，并多次再版，流传甚广，影响颇大，以致瓦特尔在国际上的声望超过了格劳秀斯。

林则徐采纳了这一建议，命袁德辉迅速译出急需的有关章节。

袁德辉是四川人，1800 年出生，1825 年至 1826 年曾在檳榔嶼天主教学校和马六甲英华书院学习过拉丁文和英文。不久，经人推荐入理藩院任翻译，后来随林则徐到广州，成为其手下的主要译员，林氏的许多译著均出自其

手。

于是，袁德辉找来 1833 年美国费城出版的瓦特尔《国际法》一书的英译本，翻译出有关战争的内容，包括封锁、禁运等等。

当时，广州有一个行医传教的美国传教士派克也看到了中英关系紧张局势的严重性。作为基督教新教派往中国的第一任医务传教士，派克不希望中英之间发生战争，从而影响基督教在华的传教事业。为此，他给钦差大臣林则徐写了一封信，建议林则徐应该了解外国法律，通过订立条约来解决中外争端。毫无疑问，派克这封信对于林则徐决定翻译瓦特尔的国际法著作，并运用国际法处理中外交涉是有启发的。

1839 年 7 月，林则徐托人将袁德辉所译的瓦特尔著作的部分译文转交给派克，并要求他将瓦特尔的《国际法》译成中文。9 月初，派克完成了林则徐要求翻译的章节。

这样，在林则徐的主持下，美国传教士派克和林则徐的译员袁德辉共同翻译了瑞士法学家瓦特尔（国际法）的部分章节。中国第一部国际法译著，尽管是节译本，但终于完成了。

林则徐在广东禁烟期间，还组织翻译了英国人慕瑞的《地理大全》一书，后经润色编成

中国第一部系统的世界地理志《四洲志》。该书比较全面地介绍了世界五大洲 30 多个国家的历史、地理、政治概况。1841 年 6 月，被贬伊犁的林则徐途经镇江时；把《四洲志》及国际法译著交给好友魏源，嘱其尽快编撰刊行，以便促使处于封闭状态的中国人睁开眼睛看世界，认清天下大势。

1842 年 12 月，魏源以《四洲志》等中外文献资料为基础，整理、汇编成《海国图志》一书。林则徐主持编译的第一部国际法中文节译本也以《各国律例》之名被编入其中。

《海国图志》一书总结了鸦片战争的经验教训，旨在探求富国强兵、抵御列强之道，主张学习西方科学技术，“师夷长技以制夷”。在鸦片战争刚刚结束不久，就敢于提出向自己的敌人学习，确属大胆惊人之举，表明一部分先进中国人的观念已经开始发生质变。

1847 年、1852 年，随着《海国图志》的不断增订、重刊，《各国律例》在晚清社会广为流传，并产生了巨大的影响。19 世纪 50 年代，《海国图志》甚至流传到日本，成为日本朝野上下的重要启蒙读物。其中的《各国律例》也被翻译刊刻，对日本的明治维新起到了一定的推动作用。

鸦片战争爆发之前，西方资本主义列强入侵的危机，促使一些开明的封建士大夫最先从封建的闭关自守的昏睡状态中觉醒，以全新的态度睁眼看世界。林则徐不仅是近代中国睁眼看世界的第一人，而且也是最早介绍、引进外国法，学习、适用外国法的第一人。

福建地处中国东南沿海。这里的经济发达，资本主义萌芽出现较早。由于濒临海洋，因而接触外界的机会比较多。生于斯长于斯的林则徐从小便对东西方世界有所耳闻，这使他具有一种不受封建传统观念束缚、易于接受新鲜事物的开放性格。1806年，这位年仅21岁的青年举人前往厦门任海防同知房永清的书记。当时厦门已有很多外国商船驶入。对洋商贸易的接触和管理，使林则徐对海外事物有了直接的了解，对海外的先进事物有了感性认识。他开始认识到西方资本主义列强有中国所没有的“长技”，于是便产生了学习西方的愿望。正因如此，林则徐才能够最先接受并研究国际法，组织人翻译国际法著作，并在其对外交涉的禁烟运动和在当时的国际交往中，大张旗鼓地将国际法付诸实践。

1839年7月7日，5名英国水手在尖沙嘴登岸行凶，殴打中国居民，林维喜因伤重于次

日死亡。这就是著名的“林维喜案”。

案发后，林则徐认真调查案情，并研究了国际法，依据袁德辉所译瓦特尔《国际法》一书中的国家主权原则，要求英方引渡罪犯。但是，英国驻华商务监督义律却无视中国主权，将凶手藏匿在英国船上，拒不交出，并企图以 1500 银元贿赂死者家属，私下了结此案。后来英方在停泊于中国领海的一艘英国船上，组织临时法庭自行审判，判决 5 名凶手凶杀之罪不成立，只是酗酒作乱，仅处以 3 至 6 个月的监禁及 60 至 80 元的罚金。对此，林则徐为捍卫国家主权，向英方提出严正抗议，要求英方按国际法办事。虽然没有结果，但说明林则徐在禁烟运动中，凡是涉及中外争端，都非常注意运用国际法武器，进行外交斗争。同时表明国际法在强权面前也并不是万能的。

林则徐到广州后不久，就明令宣布鸦片是违禁品，要求各国烟贩子交出鸦片。这是符合国际法的。袁德辉、派克所译的《各国律例》中有关于国家有权宣布外国货物违禁的规定。凡是外商交出鸦片的，林则徐每箱酌给茶叶 5 斤或大黄若干斤，以为补偿，共缴获鸦片 2 万余箱。而在《各国律例》中关于违禁物品的处置，袁氏的译文是“将船并货入官充公”，派

克的译文则是“变价充公”。显然，在这一点上，林则徐主要参照了派克的译文。后来，林则徐自己评价说，虎门销烟，“未尝烦一兵、折一矢”。这恰恰表明林则徐在禁烟过程中恰当地利用国际法，不战而胜。

《各国律例》袁氏译文中有这样一条规定：“欲与外国人争论，先投告对头（方）之王。”据此，1839年8月，林则徐起草了给英国政府的照会即《谕英吉利国王檄》，经道光皇帝批准，请人将这篇照会译成英文并交英国商船带往伦敦。在照会中，林则徐明确指出，根据国际法中的国家主权原则，各国均有权管辖本国境内的外国人。而英国鸦片商人在中国境内走私贩卖鸦片是违反中国法律的可耻行径，因此，必须在一年半之内，“将鸦片永断来源”，否则将按中国法律严惩不贷。在当时的中国，以国际法为准绳，平等地照会外国政府，实属罕见之举。由此可见，对国际法研究有素的林则徐确实是中国近代国际法的开山鼻祖。

林则徐主持翻译国际法著作就是为了“师夷长技以制夷”。这种研究现实生活中实际问题的“经世致用”的思想、方法，开始转变以往儒家埋首故纸堆、皓首穷经的“理学”学风，从而打破了学术界万马齐暗的局面，在思

想上为中国社会的近代化开辟了道路。这是 150 年前康熙皇帝做梦都不会想到的。

150 年前，康熙皇帝在“下不为例”的默许中羞羞答答地实践了一回国际法；150 年后，林则徐大张旗鼓地运用国际法于对外交往实践中，并借此在禁烟运动中对英国商人采取强硬立场。从某种意义上讲，这不仅反映出人们对西方文化尤其是西方法律的看法有根本的改变，即从被动、不得不适用到主动、自觉地运用。这种变化表明，中国法制乃至中国社会近代化的过程即将开始。尽管在今天看来，林则徐对外国法的认识还比较肤浅，并且由于鸦片战争的爆发，西方列强的侵入及林则徐的被革职，致使刚刚介绍到中国的国际法尚未进一步发展就中断了。但是，林则徐主持翻译、介绍引进国际法并在禁烟中付诸实践，其积极作用不容忽视，认为林则徐拉开了中国法制近代化的帷幕并不为过。

魏源紧随林则徐之后，为西方近代法律在中国的传播做出了贡献。当然，其《海国图志》一书的出版始终未能得到清政府的重视。不过，清政府默许此书出版并多次重刊，毕竟说明它对西方文化已不再持完全否定、排斥的态度。

尽管魏源“师夷”说的内容仅限于学习西方的军事和科技，尚未涉及学习资产阶级法制的问题，但《海国图志》收入《各国律例》，并对美国的民主政治和司法制度也有所记述。魏源在《海国图志》中流露出对西方资本主义政治、法律制度的仰慕之情，并朦朦胧胧地开始将西方资产阶级民主制视为比中国封建君主专制优越的一种制度。可以说，这是中国知识分子接触并研究西方法律的开端。晚清中国社会沉闷的学术气氛中终于注入了一点新鲜的空气，这对于冲破传统法律观的束缚，转变思想风气有着积极重要的意义。

魏源《海国图志》的刊行，在客观上促进了西方法律文化在中国知识阶层及民间的流传，进而推动了中国人传统法观念的嬗变。尽管《海国图志》中收录的西方法律资料并不多，其评价、认识还比较浅显，甚至是错误的，但并未影响它对后人的启蒙作用。19世纪后半期，洋务派大量引进西方法律以及资产阶级改革派要求采用西方法律的主张，都是沿着林则徐、魏源所开创的道路发展而来的。

从林则徐、魏源直至19世纪80年代末期，正是鸦片战争后西方法律文化输入、传播的初期。林则徐、魏源所倡导的了解西方、学