

当代国际社会法律趋同化的哲学考察

李双元 李新天

作 者 李双元，武汉大学法学院教授、博士生导师；武汉，430072
李新天，武汉大学法学院博士生；武汉，430072

关键词 当代国际社会 法律趋同化

提 要 国际交往关系的日益发展和经济一体化与市场全球化趋势的不断加强，和平与发展已经成为当今时代的两大主题，营造一个有利于开展广泛国际交流与合作的国际法律环境的需要日益明显。这种需要不断推进当代国际社会法律的趋同化。文章再一次从一些新的角度，深入讨论了这种走势，论证了这一观点是完全符合马克思主义哲学和邓小平理论的，与建设有中国特色的社会主义法律体系也是完全吻合的。文章的主旨在于推进我国法理学和立法学研究的思想进一步解放，以加速我国实现现代法治国家的进程。

在中国共产党第十五次全国代表大会上，江泽民同志明确提出，到2010年，要形成有中国特色的社会主义法律体系。尽管在十一届三中全会以后的20年时间里，我国法制建设已经取得了举世瞩目的成就，但要实现十五大提出的这一宏伟目标，国家立法机关和法学界，都有必要进一步解放思想，大力推进和加强我国比较法学的研究，以广泛借鉴先进国家成功地实现法律现代化和“依法治国”的成功经验。我们提出的当代国际社会法律趋同化走势正在不断加强的观点，其主旨即在于进一步推进我国法理学和立法学的研究的思想解放，并使我国国家在国内国际立法活动中，以更积极更科学的态度，在充分考虑到中国的具体国情的同时，密切关注国际社会法律发展的这一重要走势，以加快具有中国特色的社会主义法律体系建立的步伐。本文将主要从哲学的角度，进一步论证这种走势的必然性。

鉴于国际交往关系的日益发展和经济一体化与市场全球化趋势的不断加强，和平与发展已经成为当今时代的两大主题，营造一个有利于开展广泛国际交流与合作，以实现我们国家

和整个人类社会的共同的可持续发展的国际法律环境的需要日益明显。早在 1989 年,在庆祝武汉大学国际法研究所成立十周年的一次学术报告中,作者便首次提出了当今国际私法趋同化倾向已不断加强的观点。到 1992 年,在公开发表的文章中阐述这一观点时,作者又把趋同化倾向的存在和加强,扩展于国际社会所有基本法律部门。嗣后,在相继于《法学研究》《武汉大学学报》《法学评论》《法治与社会发展》《湖南师大学报》等刊物和《中国与国际私法统一化进程》《市场经济与当代国际私法趋同化问题研究》等学术专著中,又反复地从不同的角度,向法学界阐述我们的这一观点或理论。其中,重要的论文有:《〈中国与国际私法统一化进程〉之序》(又载《法学评论》1992 年第 3 期)、《中国与当代国际社会法律趋同化问题》(首次载《武汉大学学报》1994 年第 5 期,后收入《中华法商论丛》第一辑《现代法学论集》)、《21 世纪国际社会法律发展基本走势的展望》(首次载《湖南师大学报》1995 年第 1 期,它的一个英文简写本收入中南工业大学出版社出版的 1995 International Symposium on Asian Science and Technology and Development)、《中国法理念的现代化》(载《法学研究》1996 年第 3 期)、《重构国际民商新秩序中的国际私法》(载《法学评论》,1996 年第 3 期)、《中国国际私法近期发展基本态势》(载《武汉大学学报》1996 年第 1 期)、《法律趋同化:成因、内涵及在“公法”领域的表现》(载《法治与社会发展》,1997 年第 1 期)、《关于建立国际民商新秩序的法律思考—国际私法基本功能的深层考察》(载《法学研究》1997 年第 2 期)等等。

在《中国与当代国际社会法律的趋同化问题》一文中,我们把法律的趋同化界定为“是指不同国家的法律,随着国际交往日益发展的需要,逐渐相互吸收、相互渗透,从而趋于接近甚至趋于一致的现象”,并从两个方面概括了它的表现,即:一方面,在各国国内法律的创制和运作过程中,越来越多地涵纳国际社会的普遍实践或国际惯例;另一方面,则是有越来越多的国家,积极参与国际法律的统一活动。我们把前一种表现称之为实现法律趋同的间接的形式或途径,而把后一种表现称之为实现法律趋同的直接的形式或途径。

我们认为,这种现象的产生和发展,绝不是偶然的,它既是社会、经济、政治因素影响各国法制观念的结果,也是法律自身演变的必然要求。就社会因素而言,乃当代国际社会各种跨国活动大量增加,全人类共同关心,并需共同努力才能解决的问题已越来越多,大大地改变了过去许多本只含国内因素,可以仅按本国的利益和考虑来解决的法律问题,现在则因介入了国际的因素从而具有全球的性质(前者如许多种犯罪的国际化,后者如各国的环境和人口问题)。就经济因素而言,当代世界经济秩序已明显地建构于国与国之间的依存和联系日趋紧密,各国的经济都日益国际化起来的基础之上(如刚刚过去的亚洲金融危机),任何一个国家的经济都越来越脱离不开世界经济的大格局而走闭关自守、孤立发展的道路,因而国与国之间在经济领域内的相互合作如何拓展与加强,各国经济发展水平上的差异和利益上的矛盾如何平衡与协调,也都要求彼此均从方便国际交往、加强国际合作出发来进行全盘的考虑和解决。而且由于市场经济体制日益被众多社会制度不同的国家和地区所接受,为保障国际市场活动的便利与安全,国际社会必然要求扩大法律领域内的合作,以营造一个适应市场全球化的法律环境。就政治因素而言,由于“冷战”已告结束,军事大国之间已从“对抗”走向“缓和”,加上多极化的格局正在形成,国际社会的各种重大问题和事件的处理,也已不可能完全由某一两个大国所操纵。加之人类共谋发展的意识不断增加,为了维持一个相对稳定

的国际和平环境，各国在法律统一领域达成共识的可能性已明显加强，以致以追求地区和世界和平与发展为目标的各种国际政治、经济组织如雨后春笋，层出不穷，在国际事务中扮演着越来越重要的角色，并常常把实现各国在相关领域内的法律制度的统一当作自己的重要任务。而就法律自身发展来看，法律的趋同化更是各种法律制度由歧异、冲突到协调、融合的必然表现。法律历来都是以追求其普遍的适用和普遍的效力为目的的；法律的统一固然常常被政治斗争或民族的纷争这类事件所打断，这时，政治利益上的意识形态的对立又会成为推动法律多样化的动力，但是由于经济的交流与合作是人类最基本的共同需要，因而，事过境迁，某个阶级或某个社会利益集团，便又可能回到国内或国际社会的法律制度的协调和统一的行动中来，从而继续其趋同化的进程^①。

这一观点或理论提出以后，尽管目前法学界已有越来越多的学者支持或赞同它，如中国社科院法学所吴建教授在中共中央举办的法制讲座上所作的《香港基本法和“一国两制”》报告中，就明确地指出：市场经济的法律许多是相通的，更何况法律的趋同化，也是未来法律发展的国际走势^②。但毋庸讳言，也仍有对我们所指出的上述现象作不同概括，或对我们的上述提法持不同观点的。但是即使是这一部分学者，他们也并不反对我们所指出的国际社会法律发展中已确实呈现出来的这种走势，只是他们似乎不愿意用“趋同”这个概念来概括表述这种走势，于是在他们的文章中，便往往用法律的“国际化”来取代“趋同化”这一似乎最令人忌讳的概念（近来还见有用“世界化”来概括这种走势的）。^③

可是把这种因当今国家职能的重大转变和相互在经济与市场上依存关系的大大加强而产生的不同国家的法律的相互趋近和吸收，以及国际统一法律条约的不断增加的走势，亦即在国内立法上吸收他国优良的法律制度，或大量采用国际社会的普遍实践，并且在能够通过条约或公约来统一的时候把彼此的法律统一起来的走势，用法律的“国际化”来概括，在我们早先发表的几篇文章中，均指出了它的不妥^④。其中的关键就在于如果把这种现象笼统地用法律的“国际化”来概括，那国内法还有不存在的余地呢？还有不有国内法律与国际法律虽有诸多联系但终究存在着本质差异的两大法律体系的共生共长的现象呢？正如意大利一位法学家所指出的那样，一方面，在欧洲联盟领域内部目前已出现了一种共同体法，即直接在欧盟各国的国内共同适用的法律，尤其是它的一些“指导原则”，它们与欧盟各国自己的国内法一并存在，有时甚至还对欧盟各国的国内法起着变通处理的重要指导作用，而另一方面，欧盟各国自己的国内立法工作并未停顿下来。这是由于共同体法目前还不能覆盖更多的领域，它的有限性和局限性也给各国国内立法留下巨大的空白，需要在充分考虑这些“指导原则”的基础上，由各国的国内法来填补^⑤。作为一种常识，人们也必须承认，即使甲国在自己的国内立法中，完全移植了乙国的法律（上一世纪，一些国家就完全把《法国民法典》当作自己的民法典），它仍然只是甲国的国内法，而不是国际法，即使甲国在自己的国内立法中如何广泛地吸收了国际社会的普遍实践，或国际惯例，这个法律也仍只是甲国的国内法，而不是国际法（如我国的知识产权法、海商法和公司法等许多重要立法那样），它们都不对其他国家发生什么效力。只有一个国家参加或加入了国际的或地区的某一统一法律的公约，或共同受某种国际商事惯例的约束的情况，这一部分法律才能叫做“国际化”了。

就我们目前所见，现在国外法学界，对于上述现象，主要也是称之为法律的 *Convergence*，即法律的趋近、趋向统一或一致等的。而经常可见的则是称之为法律之间的 *Harmony* 或 *Har-*

monization, 亦即指法律趋于和谐或一致的。作者在《中国与国际私法统一化进程》^⑥的序言英文译本和荷兰《国际法年刊》1994年刊登的胡振杰先生对该书所写的书评中则把这种现象称之为法律的 Assimilate, 也是取法律之间的相互吸收、同化以及使它们相一致, 相同一起来的意义。对于通过国际条约或公约而将彼此的法律统一起来这种情况, 则译称为法律的 Uniform, 即法律的统一。把我们在上面所讲到的现象, 以“法律的 Internalization”来概括的, 则仅只指这后一种法律。对于这部分法律, 多直接称为 Uniform Law 或 International Uniform Law (即国际统一法)

二

我们曾再三考虑过, 把国际社会法律发展所呈现的这种走势称为法律的趋同化走势得到加强是否真为马克思主义天生所不容的问题。但答案只能是否定的。因为自改革开放以来, 我们国家的党和政府领导人已不知多少次地强调过, 我们的外经外贸活动, 我们的管理外资企业的活动, 一定要 (或会) “按国际惯例办事”, 对我们的许多法律制度的制定, 包括调整含有涉外因素的以及不含有涉外因素的许多种社会关系的法律制度, 党和国家的领导人也往往强调, 或要与国际“接轨”, 或要与“国际规范”接轨 (旧中国南北两条与外国连接的铁路, 都因轨道宽窄不同而不能“接轨”。但这并未能使中国免受列强的侵略, 也未能保证中国走向繁荣) 这些不都是讲的要“趋同”吗? 总不能说, 党和国家领导人的这些讲话和方针政策也是不符合马克思主义的吧? 而且如果我们从历史唯物主义的角度来考察, 我们现在所讲的法律应该在奴隶制国家产生以后才出现的, 而奴隶制国家的法律主要是由国家统一其辖区内各个原始部落通行的习惯所构成的。因为法律一经产生, 就必然以追求人们行为的规整性, 从而也就是以追求其自身效力的普遍性为目标。这也是法律维持社会秩序和社会关系的稳定性以及商品交换的顺畅性的最重要的职能的表现。即使是在一个领域十分狭小的奴隶制国家, 如果同时存在多种习惯, 不但社会秩序的基本稳定无法维持, 最简单的商品交换也是不能进行的。因此, 国家和法律一经产生, 在地方习惯的统一上, 就已经表现出法律的趋同性。只是在生产力还未充分社会化以前, 在商品生产的规模还相当狭小的社会, 人们生产和生活的活动范围相对来说, 还比较隔绝的时代, 法律的趋同化, 其范围相应狭小一些, 其进程相应迟滞一些, 不同地区, 不同国家之间, 法律的封闭性更强一些。但是, 后来由于商品生产与交换的规模因生产力的不断发达而进一步提高, 从而逐渐产生了专门的商业活动, 商品买卖的市场也不断扩大, 国际性的商业活动产生了, 于是正如马克思、恩格斯在《共产党宣言》中所描述的“资产阶级, 由于开拓了世界市场, 使一切国家的生产和消费都成为世界性的了”, 这时, 法律的趋同化走势也就更为明显了。

史密斯 (Smith) 在本世纪所著的《欧陆法律发达史》一书中, 曾特别强调地指出过, 商务这种活动, 天生就是厌恶国界的^⑦。但在资产阶级奉行殖民主义的时代, 在他们把商品推销到全世界其所能及的每一个角落时, 也往往欲将其法律推销到那里, 而且往往是以炮舰政策作其后盾的。我们现在讲到的法律趋同化走势, 当然是与那时殖民主义者向其殖民地强行推行其法律以取代其本土的法律制度或消除彼此之间法律的差异性是完全不同的。现在是一种共同的迫切需要, 即各国一致致力于解决彼此均面临的共同利益问题的迫切需要, 在驱动世

界法律环境的改善，以尽可能消除或调和那些足以导致对立与冲突，至少妨碍国际合作与交流开展的法律制度之间的重大差异。在这样的时代大背景下，我们的党和政府不但在为实现法治国家而努力，也在为建立一种新的法治国际社会（即建立在政治和经济新秩序基础上的法治国际社会）而努力。正如有的人指出：“现在，迫使全球一体化的力量比以往大得多。越来越多的国家转向市场经济，在此驱动下的全球贸易的背后的必然因素正在加强各国之间的联系。”^⑧ 我们国家的党和政府领导人也已多次表明，中国经济与国际经济的融合程度已大大提高，中国经济的发展已在越来越大的程度上与国际经济的发展产生了不可脱离的密切联系。如果在法律上无视这一现实，不努力去改善自己国家的法律环境，使自己的法制符合国际社会的这一大的潮流，不去为建立一个有利于国际经济交往与合作的国际法律环境而努力，中国的法制现代化和与社会的可持续发展，终将成为一个空幻的想象而已！

基于这一大的时代背景和我国改革开放的实际，把我国法制现代化过程所必然出现的上述现象，即在国内法制的创制和运作过程中，尽可能去吸收那些已被证明是行之有效的，符合这一潮流的外国法律制度或国际上的普遍实践包括国际惯例，同时还应该以十分积极的姿态参加国际统一立法活动的现象，概括为中国立法应该充分注意国际社会的这种法律趋同化走势应该没有什么不妥。我们认为，在理论上这样加以概括不但没有什么不妥，而且还要指出，只要由和平与发展这两大主题构成的这个社会大背景不变，国际社会法律趋同化的走势也将同样不可逆转。在不断加强与国际经济合作以谋求人类社会共同的可持续发展的同时，努力消除彼此法律歧异所带来的障碍，即在现实国际法治社会领域方面也开展广泛的合作，必然是共同的要求和不可阻挡的趋势。

在这里有必要提到的是，从当今时代的主题和主流出发，为推动社会的全面进步，我国党和政府早就提出了必须实施可持续发展的战略，而要实现可持续发展，我们就必须始终坚持改革开放的一系列方针政策，并且把这种改革开放的方针政策，也坚定明确地贯彻到我国国内法制建设之中。而且由于每个国家的可持续发展，必须表现为全世界、全人类协调一致的活动，因而还必须不懈地去谋求建立一种有必要的制约机制的国际法治社会。所以，从这个意义上讲，也要求我们去把握住国际社会法律趋同化的走势。我国人口占全世界人口总数的五分之二，我国的可持续发展战略的顺利实施无疑将对全世界、全人类的可持续发展起着重大的作用。我国国内法治环境的尽快健全与完善，无疑将进一步促进国际法治环境的健全与完善。目前，整个国际社会要求我们国家在国际事务中发挥更大的作用的呼声日益增涨，我们理当以更加积极的姿态走入国际社会，在营造这个有利于推进国际交流与合作关系，有利于维持平等互利的国际政治、经济新秩序的国内、国际法律环境的前所未有的造福整个人类社会的事业中，肩负起更大的责任，发挥更加重要的作用。

法学界的一些学者宁可用法律的“国际化”而拒绝用“趋同化”这个概念来界定在和平与发展已明显地成为时代主题的形势下国际社会法律所表现出来的这种现象，不能不说，是与过去长时期内在讲马克思主义关于矛盾的斗争性和矛盾的同一性问题时，只一味强调矛盾的斗争性，贬低矛盾的同一性以及矛盾的斗争性也加以片面的理解，是存在着直接的联系。把斗争摆在至高无上的地位，甚至把马克思主义的哲学就归结为“斗争的哲学”，这种观点在无产阶级通过武力夺取政权，无产阶级正为推翻资产阶级的政治统治而斗争的时代，是有其理论和实践价值的，而现在情况和形势已大大地改变了，继续坚持这种观点，毫无疑问，

是明显的不妥的

在领会邓小平同志关于和平与发展成为当今时代的两大主题的理论时,我们认为必须进一步认识到,在和平与发展二者之间,发展是更具决定性意义的:正是因为包括我们国家在内有世界上越来越多的国家把发展自己的经济,以推进社会的进步,作为国家与政府的首要任务的情况下,才迫切要求结束冷战,实现和平,才大力提倡要建立一种新的平等的稳定的国际秩序,建立一个可通过和平与对话的方式来解决彼此政治、经济上的争端与利益的对立的国际环境。就人类社会来说,和平是目的——因为人民需要生活在祥和安定的社会之中;但和平也是手段——人类为了谋求持续的发展,必须要通过各个国家的共同努力来建立起一个得以发展生产,推进社会改革和进步的国际国内稳定和平的环境。如果看不到这种根本性的转变,仍然把“斗争哲学”当作最高的哲学,恐怕只能说,这种思想观念已完全违背了马克思主义实事求是和发展的观点了。

在讲到矛盾的斗争性和同一性的问题时,还应该坚持抛弃那种斗争性高于同一性的片面的观念。依据这种观念,必然只会看到资本主义和社会主义的对立,从而也必然只会认为包括法律和管理在内的许多为资本主义社会 and 生产的稳定与发展服务的制度或方法是不能为社会主义所采用或借鉴的。于是市场经济这种经济运作和资源配置的有效方式,长期被视为与社会主义根本不能相容而拒之于国门之外。此外,还应该坚决抛弃那种斗争就是一切的极端化观念。依据这种观念,凡是利益上存在矛盾的两个阶级、两个阶层、两个集团是不应该也不可能建立起哪怕是暂时的比较和谐的包括法律秩序在内的稳定的社会秩序从而对这些矛盾在法律秩序的范围内,通过法律的手段去加以调整的(正是这种观念导致了“无产阶级专政下继续革命”的错误理论大肆其症)。在研究矛盾的斗争性和同一性问题时,虽然,在一个方面,我们必须承认世界上万事万物,毫无问题,确是包含着矛盾,通过矛盾的双方的斗争,旧的矛盾解决了,新的矛盾又产生了。但是也必须看到,斗争的目的和结果,只是在于建立一种新的同一与谐和。而就人类社会的历史进程来看,表现为革命或变革的斗争的目的,也只能是为了建立起一种新的至少相对于原来的来说更有利于社会进步和生产力发展的更为和谐的社会制度或社会秩序。因而在斗争性和同一性二者之间,建立新的同一性又是目的,而斗争则只能是手段。在对于这一点的片面解释下,中国人民是付出过沉重的代价的:在那个把矛盾的斗争性奉为最高神圣的年代,国家经济状况稍有好转,新的运动、新的斗争便又开始了。结果是稳定的法律环境长期得不到建立(由于法律追求稳定性,因而在那时对建立起稳定的法律秩序,概都视之为反动派、保守派的观点),社会得不到安宁,人民都不能预见在明天又将有怎样的运动和斗争来临,国家经济也终于被推到了濒临崩溃的边缘。坚决摒弃这种认为斗争哲学就是最高的哲学,斗争就是一切的观点,而主张在社会革命变革运动之后,便应倾尽全力建立起一种稳定祥和的国内、国际社会秩序,并把发展经济,改善人民生活,推动社会全面发展摆在至高无上的地位,应该说是邓小平理论的一个重要方面。

此外,也还应该认识到,斗争的结果,虽然是新事物战胜了旧事物或者新制度否定了旧制度,但在新旧事物或新旧制度之间,也不是完全没有任何的联系或连续性可言的。在马克思主义哲学中,有时用“扬弃”这个概念来解释对旧事物的“否定”,而“扬弃”虽然一方面是指对旧的东西的否定,可另一方面也包含了对旧事物中或旧制度中有用的有益的成分的保留或吸收。这是符合事物或社会的发展规律的。并且,正是基于这种辩证的关系,一方面表

现出历史或事物发展的连续性（没有连续性，也就没有了历史，没有了发展），而另一方面又表现出历史或事物发展的阶段性。在人类历史中，优秀的法律思想和法律制度，都有一种积淀的现象，都是在积淀的基础上发展。但是即使是对这一点的认识，过去在法学研究和法律工作上也表现出严重的片面性。这就是认为无产阶级的革命既然要推翻资本主义和资产阶级的国家机器，那么，包括资本主义的法律，当然也在统统被彻底抛弃之列，因而长时期反对法律在纵的历史发展上存在某种连续性和继承性，在横的关系上各国法律之间有借鉴性和可移植性。因而在废除“伪法统”时，不但把旧中国原有的一切法律统统给否定掉了，甚至连法律系的老师给学生上课，法院在审判民刑事案件时，已约定俗成的各种“法言”“法语”，也统统在禁止之列。终于导致构成社会最基本的法律的刑法、民法、民诉、刑诉，只是到了“文化大革命”结束之后，才得以陆续出台的可悲局面。现在回过头来看，应该说“伪法统”当然是必须废除的，但它只能是指应废除那些使国民党的统治地位合法化的以及那些国民党政权借以镇压人民和维护官僚资本和封建剥削制度的那部分法律。作为维护正常社会秩序，维护公民正当权益和保障正常社会生产和商业活动的许多法律制度，并非不可以在加以必要的改造之后，仍予适用的。但这显然是为当时流行的“马克思主义哲学观点”和从前苏联移植过来的所谓的马克思主义法律观所不能容许的。值得人们深思的是，在我们终于将改革开放和加强法制建设提上议事日程的时候，我们在比较研究借鉴各种法律制度时，台湾从中国大陆带过去（当然后来又经过了发展）的民商法制度不正又成了其中重要的一个方面吗？

我们之所以要提出当今国际社会法律趋同化走势已大大加强的观点，其理论主旨的另一个方面正在于进一步批判那种否定法律在纵的发展历程中存在继承性，在横的方面看不同国家的法律有可借鉴性的错误观点。改革开放以来，上述这种纯粹是机械论的观点，虽然在理论和实践上，已基本上被否定，我国现在的许许多多法律法规，都是在比较研究和借鉴外国法制的基础上出台的，但是应该指出，仍坚持这种观点的，恐怕还是存在的。

在这里有必要进一步讲到，当代国际社会法律趋同化走势正在加强，也并不与我国党和政府领导人关于当前一个多极化的国际格局正在形成的观点以及关于必须承认社会制度多样性的观点相抵触。相反，正是因为国际社会多极化格局正在形成和多种社会制度的并存的现实必须得到承认，从而使国际霸权主义得到各种力量的制约，并使国际社会的稳定与和平的发展建立在更为可靠的基础上，才更需要超越社会制度和意识形态的分歧，加强各国的政治与经济上的协调、对话与合作，才更需要各国共同努力来营造一个更为协调的有利于国际社会共同发展的国际法律环境。

我们在早先的有关论文中，已曾明确地指出过，法律趋同化的理论正是以人类社会多种社会制度、多种法律制度的并存，因而它们之间差别和冲突还将长期存在下去为前提的^⑨。就客观世界（包括自然界和人类社会）来说，完全没有差别，没有多样性，简直就是不可想象的。因为没有了差别，没有了多样性，也就没有了世界，没有了生命，没有了发展，国际社会法律的发展也就将失去其生命力；但反过来看，也不可能只看到差别，只看到多样性，而看不到在和平与发展成为“世界两大主题”之后的国际社会各成员国之间加强彼此法律的协调与合作的迫切性和重要性。

三

人们还可能认为,承认当代国际社会法律趋同化走势已加强,我国在国内法律的创制和运作过程中,应注意吸收外国法律中有益的制度,并尽可能涵纳国际社会的普遍实践与接受各种已广被采用的国际惯例,同时还应积极参加国际统一立法活动,就必然会否定在我国法制建设中注意发掘“本土资源”的必要,就必然会与建设有中国特色的社会主义法律体系相抵触。对于这个问题,首先应该指出的是,中华法系作为世界五大法系之一,对人类优秀法律文化的形成,当然是有它的贡献的。中华法系的许多优秀遗产(如民本思想与法治为礼治的结合体)毫无疑问,是必须加以总结、继承和发扬的。但同时也必须承认,对于建立现代法治国家来说,对于建立现代市场经济社会的新法律秩序来说,是很难从原有中华法系中找到可资直接继承的诸多法律制度的。中国古代法律制度,在其基本方面,不是与商品经济的发展相联系的,而是与保障皇权,宗法制度与自足自给的自然经济相联系的,后来,西方殖民主义、帝国主义通过侵略,没有允许中华法系向现代化的方向发展。正是在这种情况下,近百年以来,才催发了中外法律文化三次大规模的交流^⑩。

其次,对于接受法律“趋同化”的概念会不会与建立有中国特色的社会主义法律体系相抵触的问题,在1994年我们在《中国与当代国际社会法律趋同化问题》一文中,便已有所论述。如在讲到我们国家应积极参加国际统一立法的活动问题时(即在讲到实现趋同的直接形式或途径时),我们曾明确地指出:在“缔结或参加某一国际条约时,一定要对该条约的基本精神和主要原则加以审视,只有在确信它与中国法律的基本原则没有重大冲突和抵触时,才应予以批准。对于一些不能接受的条款,则应通过保留声明或运用公共秩序保留制度予以排除,……”。在讲到国内法律创制与运作过程中注意吸收别国优秀的法律制度,并尽可能涵纳国际社会的普遍实践问题时(即在讲到实现趋同的间接形式或途径时),也曾经明确指出:在考虑国内立法向国际标准靠拢的问题时,在确定某一项国际标准时,“社会进步性”和“现实可行性”这两个条件都是不应忽视的。只是我们认为应该强调的是,在这两个条件当中,“社会进步性”是主导方面。代表社会进步趋势的国际普遍实践或国际惯例,即使目前还不适应(我国)国情,未必在将来也长久地不适合我国国情,因为国情也不是一成不变的^⑪。

在谈到引进国外或国际社会先进的法律制度必须注意符合中国的国情时,还有必要进一步指出:有些法律制度,就现代法治国家来说,不问社会制度如何,不问经济发展水平如何,不问文化背景如何,应是必须具备的,如废除奴隶制度和“民事死亡”(civil death)制度,以及如承认无罪推定制度和罪刑法定原则等等。因为,当人类社会进步到今天,它们已属于基本人权的范畴,是实现法律面前人人平等以及实现法律公正和正义的最基本要求,是社会进步性的最基本的表现,是不能借口各国国情的不同而允许作出与此迥异的规定的。

在这个问题上,最近郭道晖教授在谈到“建设法治国家,必须使法治现代化,使法治既切合中国的实际,又适应国际法治的发展潮流”时,作了精辟的论述。他指出,所谓“要切合当代中国的实际,就是要从我国还是处于社会主义初级阶段这一基本国情出发”。他还进一步指出,“新中国是从落后的自然经济和半自然经济社会转变过来的,经济文化十分落后,又没有经历过资本主义经济与资产阶级民主政治发展的阶段,民主法治传统少,而封建专制主

义思想观念遗留较多。……因此，一方面，民主法治建设只能逐步有序地进行，不能超越历史阶段”。但他认为，在另一方面，也是主要的方面，是要充分认识我国民主法治建设还比较滞后以及过去长期来轻视法治的实际情况。因此，民主法治建设主要倾向不是表现在急于求成的超越阶段的空想论上，而是表现在不能适应时代的潮流，滞后于改革开放和发展的需要上。他接着在进一步分析要“适应世界潮流，也是一种结合实际”时，强调指出：“我们所处的当代国际环境，是经济日益全球化、一体化，法制日益趋同化的时代。”他在引述了马克思、恩格斯在《共产党宣言》中所阐述的资产阶级，由于开拓了世界市场，不但使一切国家的生产和消费都变成世界性的了，过去那种地方的各民族的自给自足和闭关自守状态，已被各民族的各方面的互相往来和互相依赖代替了，民族的片面性与局限性已日益成为不可能了等观点之后，指出：“马克思 140 多年前所阐明的国际上相互依赖关系，到当代更发展到他们所不可能想象的深广程度。”“经济发展如此，作为精神生产的法制，也在某些领域彼此接近，日益趋同，相互联结，相互协调，向国际共同性或近似性方向发展。”“我国在实行市场经济体制以来，上述这些现象更日益明显。有中国特色的社会主义经济制度与法律制度尽管在本质上与资本主义制度有原则区别，也不能回避国际大势所趋，自搞与世界隔绝的一套。有中国特色的法制与法治，在坚持与当代中国实践结合的原则下，也要防止以自己落后的“特色”固守“民族的片面性和局限性”。中国法制与政治必须同国际接轨，否则在经济上就无法参与国际竞争，在政治上，也无助于开展国际和平与发展以及人权的合作与斗争。……我们要以更加积极的姿态走向世界（见十五大报告一转引注），就必须既发展开放型经济，也要同时发展开放性的法制与法治，吸收和借鉴世界各国包括资本主义发达国家……的先进法治观念、机制和法律规范。”^⑩

在论及中国现阶段法制建设必须注意研究国际社会法律趋同化这一现象时，我们认为，虽然一方面是为了从新的角度，进一步检讨过去那种认为社会主义法律和资本主义法律毫无共同点可言，以及社会主义国家的立法活动对历史上已出现的那怕是进步的法律制度也毫无承继关系可言的片面化的观点，而承认法律有趋同现象存在，固然在于为了推进我国的立法应采取积极的态度去比较、研究人类现有一切优秀法律文化的遗产与成果，对适合我国国情的或可以为我所用的外国有关法律制度，加以借鉴、吸收或移植。但这种趋同也必然是相对的、共同的，我国的许多符合人类社会进步所需要的立法，我们的那些为保障和促进国际社会在和平稳定的环境中持续发展的立法，以及那些切合发展中国家转轨到市场经济的立法，也是对人类进步的法律文化所作出的贡献，对国际社会的其他成员国家的立法也具有借鉴的作用，从而或将为其他国家的国内立法吸收，或将为国际社会的统一立法采纳。

四

在我们现已发表的论述国际社会法律趋同化问题的论文和著作中，还没有对国际社会法律趋同化所存在的各种障碍与困难作过讨论^⑪。但这并不表明我们完全无视所存在的各种障碍与困难，而只是认为，对刚刚提出的这一新的观点，既然明显地与那些仍然坚持社会主义法律与资本主义法律毫无共性可言的观点相对立，便不能不把重点放在从多方面论述这一走势得以产生和加强以及这一理论能够成立的种种历史和现实的、理论和实践的根据上。

我们认识到,在讲目前国际社会法律趋同化走势得到了加强时,固然是指:这一走势已一方面清楚地表现在包括我们国家在内的许多国家在国内法律的创造和运作过程中十分重视引进外国与国际社会的优秀法律制度和普遍实践,以减少内外国法律的过大歧异,另一方面从事统一法律工作的各国际组织在统一法律的活动中也在不断取得新的成果;同时也是指,在目前这个大的时代背景下,许多国家的人民和他们的政府对求得法律之间的协调,消除阻碍国际交往的各种法律障碍,共同致力于国际法律环境的改善的愿望,已较冷战结束以前大为加强。但丝毫也不是认为,国际上的冷战思维,强权政治和霸权主权行径已不复存在,社会政治、经济制度的对立已经消失,不同国家与地区之间的民族构成、宗教信仰、文化背景的差异所造成法律制度的差异已经消除,不公正的、不合理的国际旧秩序以及贫富国家经济发达水平的严重失衡已成过去,全世界自由贸易已完全变成了现实,各种形式的民族利己主义和民族保护主义已受到国际法的制约,……因而,实现“法律大同”的时代已经到来。但是,正如十五大报告所指出的那样,由于“各国人民要求平等相待、友好相处的呼声日益高涨,要和平、求合作、促发展已经成为时代的主流。维护世界和平的因素正在不断增长。”在这种形势下,不但在相当长的时期内,“避免新的世界大战是可能的”,争取一个良好的国际和平环境也是可以实现的。而良好的国际法律环境正是建立起良好的国际和平环境的重要保障。良好的国际和平环境既然是要通过始终不渝的斗争才能实现的,良好的国际法律环境的建立当然也需要通过各种形式的努力去争取。我们深信国际社会的法律趋同化走势的加强,固然是国际社会多种因素所起作用的结果,是国际合作和市场经济客观发展规律的产物,但它只能表现为一种历史的进程,一种发展的走势,绝不是可一蹴而就的。我们既反对放弃原则,也反对无视国际社会种种复杂的利益冲突,但当国际社会的法律发展已呈现出这种走势,如果不及及时加以把握,去认真研究有关它的种种重要的现象与问题,我们就会失去加快建立与当代这种“要和平、求合作、促发展”的国际大潮流相吻合的国内先进的法律环境的自觉性,失去积极倡导并努力去建立有利于国际政治、经济和民商法律新秩序的自觉性。

同时,还有必要指出的是,我们之所以把国际社会法律的趋同化定义为“不同国家的法律随着国际交往的日益发展的需要,逐渐相互吸收、相互移植,从而趋于接近甚至一致的现象”,就表明它不只是指不同国家法律趋于一致这一种情况。由于不同国家的社会、政治、经济的基本制度往往有别,加上历史和传统文化上的差异,他们的法律制度之间的歧异,尽管随着国内国际情势的变化,通过相互吸收,相互移植,从而会使这种歧异大大缩小,这是当前法律趋同化的主要表现,但是在法律在趋同化的进程中,还必然伴随着法律本土化的过程。至少在当前,不同国家法律完全趋于一致的现象还是相对较为少见的,除非有关各国已把彼此的法律完全统一起来(如目前在欧盟内部进行的法律统一化工作那样)。应该看到,通过国际努力,在不同的地域范围内,在不同的问题上,把有关国家的法律完全统一起来的趋势是表现得越来越强劲的。这一点,也是不容忽视并置身其外的。正如最近有人指出,1997年3月26日全球39个国家已达成一项关于信息技术的协议(简称为ITA)(该协议已于1997年7月1日生效),根据这一协议,签字者承诺今后几年将逐步降低“信息技术”(IT)产品进口关税,到2000年时,降低为零。尽管我国信息产业还不发达,在通常情况下,是需要运用保护性立法来保护我们尚不发达的信息产业的。但我国如果这样做,那么相对于亚洲新兴国家如印尼、马来西亚、菲律宾、泰国等均已加入该协议的国家来说,我们就会为未加入该公

而失去加快信息产业发展的许多机会。因此，在江泽民同志访美期间在中美发表的联合声明中，已表示中国愿意尽早加入《信息技术协议》^⑨。这个例证，便足以说明我们国家必须密切关注国际社会统一法律的活动理由所在。

国际社会法律发展的趋同化走势的最显见的阻力，还是来自于法律只为其制定者本国利益服务这种传统观念。但是，随着高新科学技术的迅猛发展和市场全球化与经济一体化趋势的不断加强，已使在新的法律秩序的建立过程中贯彻“国际社会本位观念”^⑩越来越成为必要。这是因为过去本来相对封闭的社会，今后将变得越来越开放。个人与个人、民族与民族、地区与地区、国家与国家之间的相互依存、相互制约的关系已经并将更加趋于紧密，从而各种放任的不负责任的行为，过去可能只对某一个特定的相对人，只对某一狭小的社区，充其量只对某一个国家的利益造成影响或破坏，而现在已可能产生全球性的负面效应和破坏作用。在这种情况下，国际行为标准和国际法必将深入到那些传统上本只由各国国内法调整的领域；同时，一个国家的法律或政策的制定与实施，也必得根据“国际社会本位观念”，遵循各种国际公认的准则；个人以至国家作为法律主体的活动，都应限制在不损国际社会和全人类共同利益的范围以内。因而，随着“国际社会本位观念”的日益深入人心，法律趋同化的进程也自然会相应加快的。

注 释：

- ① 以上论述可参见《武汉大学学报（社科版）》1997年第5期。
- ② 见《人民日报》1997年5月23日所载该文。
- ③ 周永坤：《世界法及法的世界化探索》，载《东吴法学》1996年号。
- ④ 见《中国法理念的现代化》、《21世纪国际社会法律发展基本走势的展望》等文。
- ⑤ 参看桑德罗斯奇巴尼为中译本《意大利民法典》所写的序言，中国政法大学出版社1997年版。
- ⑥ 现该书已由武汉大学出版社出版了增订本。
- ⑦ 该书曾由姚梅镇先生译为中文，在商务印书馆出版，后在台湾仍有再版面市。
- ⑧ 见1997年11月13日《参考消息》所载《世界正在迈向“大同法治社会”》一文。
- ⑨ 李双元等：《重构国际民商新秩序中的国际私法》，载《法学评论》1996年第3期。
- ⑩ 对这三三次中外法律文化大交流的梗概与得失，作者在《中国与国际私法统一化进程》一书的序中，曾作过简要的归纳。
- ⑪ 参看李双元主编《中华法论丛》第一集《现代法学论集》，湖南师范大学出版社1995年第1版，第8—9页。
- ⑫ 参见郭道晖《邓小平理论的时代精神与我国法治与法学的现代化》，载《法学》1998年第1期。
- ⑬ 见邓晓俊等：《国际私法趋同化及其障碍——兼评从市场经济与当代国际私法趋同化问题的研究》，载《中国法学》1995年第1期。
- ⑭ 陈劲松：《2000年信息产品取消关税，我国如何应对》，载《光明日报》1997年12月11日。
- ⑮ 李双元等：《21世纪国际社会法律发展基本走势的展望》，载《湖南师大学报》1995年第1期。

（责任编辑 车 英）