

中国法律趋同化问题之研究

李双元 张 茂 杜 剑

当前,随着国际社会各种交往的不断扩大,各国法律相互渗透、相互吸收的趋同化现象日益明显。改革开放以来,特别是在建立社会主义市场经济法律体系的过程中,我国法律与国际社会的普遍实践逐步趋同化。本文对中国法律趋同化的含义、产生原因、各种表现以及实现方式,作了深入细致的剖析,并且阐述了在法律趋同化的过程中必须摆正国际条约和国际惯例与国内法的关系、确定建立和改造国内法律制度的国际标准、正确看待法律移植等问题。

随着改革开放的不断深入和扩大,为了适应国家经济建设飞速发展的需要,我国的法制建设工作已越来越注重采用国际通行做法。在社会主义市场经济体制下,如何使我国法律制度,特别是民商法律制度进一步与国际社会普遍实践更趋协调、接近或一致起来,以减少对外经济技术交往中的法律障碍,已成为国家立法工作注意的焦点。本文提出这一课题,试图就整个中国法律和当代国际社会法律趋同化的关系作一番理论研究。

—

法律的趋同化,是指不同国家的法律,随着社会需要的发展,在国际交往日益发达的基础上,逐渐相互吸收,相互渗透,从而趋于接近甚至一致的现象。在国内法律的创制和运作过程中,法律趋同化主要表现为越来越多地涵纳国际社会的普遍实践与国际惯例,在国际法律的创制和运作过程中,主要表现为积极参与国际法律统一的活动和接受或加入已有的国际造法条约。当今世界各国的法律制度之间,随着国际经济技术合作与交流的不断扩大和国际间法律文化的相互传播,无论在广度和深度上都在不断加强的法律的这种趋同化走势已变得越来越显著。这种现象的产生绝不是偶然的,它既有深刻的社会的、经济的、政治的因素影响,也有法律自身发展演变的必然要求。

首先,就其社会因素来讲,在现代国际社会,随着各种跨国活动和对外交往的不断增多,全人类共同关心的问题越来越多,任何一个原来只含国内因素因而也可以只由国内法律调整的问题都可能日渐介入种种外国的因素,于是各种具有跨国性质的法律问题,从资金技术的国际流动、人类环境的共同保护、国际资源的共同利用和开发、跨国公司行为的规范、国际犯罪的共同防范和惩罚,一直到个人的婚姻、继承等,都不是仍可仅站在狭隘的民族保护主义立场所

能解决的,从而驱使各国政府对许多法律原则及其价值的认识渐趋于接近或一致,为国际社会法律的趋同化提供了先决条件。

其次,从经济角度来看,当代世界经济一体化进程不断加速,关贸总协定“乌拉圭回合”谈判取得成功是最有力的证明。在高新科技的推动下,现代社会的生产力发展十分迅猛,它要求冲破地区的、民族和国家的壁垒,并组成国际大市场。在这个时代,任何一个国家的经济都不可能脱离世界经济的大格局而独立地发展。在商品经济全球化的形势下,国与国之间在经济领域内相互交流如何拓展和加强,各国经济利益矛盾的协调和解决,都需要从国际交往方便的角度出发进行通盘考虑。昔日,在国际上存在着市场经济和计划经济两大对立的体系,从而在国际贸易中经常发生种种的磨擦,如今市场经济已成为社会主义国家和资本主义国家共同采取的资源配置的有效形式。各国这种经济上的共同要求,必然也要求法律发挥它的普遍性的作用。同时,为保障国际市场活动的安全,国际社会也必然会扩大在法律领域内的合作。

再次,从政治角度来看,当今国际政治格局正处在冷战后时期,不但大国之间逐渐从“对抗”转向“缓和”,各意识形态的对立也因国家之间在经济上相互依赖程度进一步加强而趋于淡化,使法律领域达成共识的可能性已大大增加。各种类型的以追求地区或世界和平和发展为目标的国际政治、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。这些政治、经济组织也常常是以实现法律相互接近或统一为其重要任务的。

法律的趋同化是通过法律文化的相互交流来实现的。西方两大法系的形成,从这一方面也说明了法律文化的交流对于法律趋同化是有推动作用的。就法律自身来说,它既是一种文化现象,那么在不同的国家,因不同的统治阶级或阶层、不同的占统治地位的意识形态、不同的政治经济制度、甚至不同时期所执行的不同的政策,其差别以至对立,是必然长期存在的。不承认这一点就必然会陷入“乌托邦”的空想。所以正如伍德罗·威尔逊(Woodrow Wilson)在《论国家》一书中所说的:“法律是不可能同时通万国而同一的。”^①但是也必须看到,至少首先是“人类的共同需要,却又会造成(法律)趋于统一的图景。”^②

国际间各种交往的增加,迫使各国的立法者更多地从“普遍主义”或“世界主义”出发,而不是从“特殊主义”或“国家主义”出发,来指导本国的法制建设,因此,各国法制原来的“国家本位”或“民族本位”,已有被“国际社会本位”取代的趋势。罗马法从市民法到万民法的演变过程恰好说明了这一点。市民法是罗马法的起点,由于受城邦历史环境限制而产生狭隘的民族性,使这种法律规范仅仅适用于罗马城市国家的公民。这在当时自然经济条件下是必然的现象。随着社会经济由自然经济向商品经济的萌芽阶段发展以及对外贸易的日益繁荣,古老的市民法就明显地暴露出它的固有缺陷。当时的实际情况要求局部地承认与罗马人发生贸易往来的其他各民族人民的合法权利,并且给予在罗马的外国人以必要的司法保护。在这种要求的推动下,罗马法获得了进一步的发展,形成了一种称为万民法的私法体系。这种万民法体系除了包括罗马市民法原有的部分规范外,还注意吸取了同罗马国家有贸易往来的其他国家的法律规范。它没有以往市民法那种狭隘民族性的缺陷,因而能够适应商品经济萌芽阶段的需要,满足整个社会进一步发展的普遍要求。

此外,比较法学的兴起和发展,对推动法律的趋同化也起了很大的作用。随着国家间法律交往的不断发展和扩大,法学遂从研究一国法律上升到对各国法律的相互关系的分析,于是比较法学就应运而生了。比较法是各国改善和制定法律的不可或缺的手段。比较法的目的固然也在于律师或法官了解其他国家的法律制度,为立法者提供参考和借鉴的资料,但更重要的却在于比较不同法律体系的法律规则,揭示所有法律体系中的一般法律原则,以寻求法律规则的

协调以至实现不同国家法律的一致。

法律的趋同化还与国际法律统一运动有着密切的关系。从一定意义上说,法律的国际统一运动加速了法律的趋同化进程。国际法律统一运动又可分为普遍性法律统一运动和区域性法律统一运动。自 19 世纪以来,国际法律统一运动日益发展壮大,出现了一大批从事国际统一法律的组织。在这些组织的大力推动下,产生了一系列引人注目的统一法律的成果,联合国所属的专门机构均负有在各自领域达成法律上的共识的责任,其中主要致力于国际法律统一工作的有国际法委员会、贸易与发展会议、贸易法委员会等等。在国际组织中统一法律卓有成效的有世界知识产权组织、罗马统一私法国际协会和海牙国际私法会议等(后二者的区别在于前者是从事统一实体私法的国际组织,后者是统一冲突规范和统一民事诉讼程序的国际组织)。

区域性统一法律运动由于所涉及的国家不多,加之地理位置相互接近,政治、经济等方面的联系密切,其利益冲突比较容易得到协调,国际上区域性法律统一运动更为发达,成就也更为显著^③。区域性法律统一运动与全球性法律统一运动之间是对立统一的矛盾关系。区域性的法律统一运动所产生的一个不利后果,即它往往导致区域性法律冲突的产生,从表面上看,这与统一法律运动的目标相悖。然而,这种区域性法律冲突相对于各国之间纷繁复杂的法律冲突来说,更容易解决。因此,从总体上说,区域性法律统一运动也可以被看作是全球性法律统一运动的一部分。目前,国际上区域性统一运动最富有成果的要数欧洲共同体。欧洲共同体法是其成员国在联合中创立的,并随着这种联合而逐渐发展起来的法律。在联合过程中,成员国的法律相互接近,形成了欧洲共同体统一法律。共同体法在适用上的效力高于成员国的国内法,它可以推翻与其相抵触的国内法,并可以直接地拘束成员国的国民,而不必以成员国的国内法为中介。

二

中国法律趋同化现象可以溯源于改革开放的初期,当时这种现象并不十分突出。近年来,随着进一步扩大对外开放,出于发展社会主义市场经济的客观需要,我国的经济正日益走向国际大市场,与世界各国的经贸往来更加密切,使中国法律的趋同化趋势已不断得到加强。中国法律在趋同化方面的表现似乎也可以形象地概括为“对外开放”和“对内改革”,即在法律文化上大力推进和国际社会的交流不断引入先进的法律观念和法律制度,并大量采用国际惯例和国际社会的普遍实践,充实和改造我国国内立法。中国法律趋同化倾向已表现在许多法律领域,例如:

新中国的知识产权保护制度始建于本世纪 80 年代,它从一开始就面向世界,在注意国际社会普遍实践的基础上,从 1980 年到 1991 年以来 11 年的时间里,初步建立起了一整套知识产权法律保护制度,从而使中国已经进入了世界知识产权保护制度比较健全的国家行列。但这时我国的知识产权制度与国家社会相比较还有相当的距离,只体现了国际最低水准。为了尽可能缩小我国知识产权保护制度与国际通行做法的差距,不但在加入《保护工业产权的巴黎公约》和《商标国际注册马德里协定》之后,我国又于 1992 年加入了《保护文学艺术作品伯尔尼公约》和《世界版权公约》,而且相应地大幅度地修改了国内刚刚建立起来的这方面的法律制度。在专利保护方面,1992 年 9 月 4 日全国人大常委会通过了《关于修改专利法的决定》,扩大了专利保护范围,延长专利期限,增加对专利产品进口的保护,增设本国优先权,对方法专利的保护及依该方法直接获得的产品,对专利实施强制许可的条件重新作出规定等等。在商标保护方

面,由于原来的商标法是改革开放初期制定的,已不能适应社会主义经济发展的需要,且特别是为了使我国的商标法更进一步与国际通行作法相衔接,全国人大常委会于1993年2月22日通过了《关于修改商标法的决定》,经修改后的商标法,将服务商标纳入了保护范围;简化了同一申请人在不同类别的商品上使用同一商标的注册申请手续;增加了关于经许可使用他人注册商标的必须在使用该注册商标的商品上标明被许可人的名称和商品产地,以及关于撤销以欺骗或其他不正当手段取得注册商标的规定;强化了对侵犯商标和假冒伪造他人商标行为的法律制裁。在著作权的保护方面,为了使我国著作权法的贯彻实施与我国所缔结或加入的国际著作权条约的适用相衔接,国务院复于1992年9月25日发布了一个《实施著作权国际条约的规定》由于我国著作权法的保护录音制品制作者和防止未经许可复制其录音制品方面的规定还不太详备,全国人大常委会在1992年11月又决定我国加入1971年10月20日通过的《保护录音制品制作者防止未经许可复制其录音制品公约》。我国还参加了关贸总协定的“乌拉圭回合”关于与贸易有关的包括冒牌货在内的知识产权协议(GATT——TRIPS)的谈判,并且是发展中国家的提案国之一。该协议一旦生效,将对我国产生重大影响。我国的以上行动,必将有利于进一步改善我国在知识产权领域对外交流的环境,扩大对外开放和合作的范围,提高我国知识产权的保护水平。

我国在国际贸易法和国际经济合作法的领域内所采用的法律制度方面,也表现出较强的趋同化倾向。1990年,我国对《中外合资经营企业法》进行了重要修订,其中主要的有:关于承诺不对中外合资企业实行国有化和征收问题的规定;关于董事长也可由外方投资人担任的规定;关于延长合营企业期限的规定等等。这也是因为认识到原有的规定不很符合国际通行作法,不利于我国在引进外资方面参与国际社会竞争的结果。1991年4月9日,我国通过的《中华人民共和国外商投资企业和外国企业所得税法》对于外商投资企业和外国企业的税率形式,之所以改而采用比例税率而非超额累进税率,也是在参考美、英、日、法国对公司征税的法规的基础上作出的决定。将税率定为33%,也是考虑到近几年不少国家和地区都在进行税制改革,公司所得税率都有所降低的国际趋势。这样一来,就比原来的《中外合资经营企业所得税法》和《外国企业所得税法》的规定更加符合国际社会的普遍实践了。为了减少对外经济交往中财务制度的障碍,1993年7月1日,我国正式施行新的财会制度。新颁布的《企业会计准则》和《企业财务通则》采用了国际通行的会计等式和会计报表体系,采用为大多数国家使用的制造成本法,也从而实现了与国际通行做法的趋同^①。我国于1986年批准了1980年《联合国国际货物买卖合同公约》,该公约遵循以下三个基本原则,即:1. 遵循以建立新的国际经济秩序为目标的原则;2. 平等互利的原则;3. 适用统一规则,顾及不同社会、经济、法律、制度利益,减少法律障碍的原则。值得一提的是,包含有上述三项基本原则的《公约》序言部分,是由我国代表提议通过的。这表明,在规范国际货物销售合同关系方面,我们国家关于上述法律原则的认识,已成为该公约缔约国的共识。1992年,我国批准加入了《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》。这个公约是解决缔约国与其他缔约国国民之间投资争端专门性国际条约。我国批准这个公约后,将从解决争议的程序制度方面,进一步扩大对外开放,改善我国投资环境,增强外国投资者的信心和积极性。公约主张以仲裁方式解决国际投资争端,这已经为世界上大多数国家所采用。目前,参加公约的国家占世界银行国家的三分之二,具有相当的广泛性。此外,当前国际贸易盛行的EDI贸易方式,已成为国际上一种通行做法,也逐渐为我国所接受,国家领导人、专家、学者在多次讲话、文章中提倡推行这种贸易方式,以促进我国对外贸易的顺利发展。

1992年11月7日通过《中华人民共和国海商法》更是我国法律在趋同化方面的一个突出例证。我国每年进出口货物90%是依靠海上运输完成的,制定一部与当代国际普遍实践相接近或相一致的先进的海商法,对于促进我国海上运输和经济贸易的发展,具有十分重要的意义。我国海商法在起草和通过的过程中,曾在国内外作了大量的调查研究,广泛征求意见,多次邀请专家、学者座谈论证,因而作到了既从我国实际国情出发,又以目前通行的国际公约为基础,吸收体现国际普遍实践的民间规则,借鉴有广泛影响的标准合同,并考虑了国际海事立法的发展趋势。因此,它一经通过,就受到中外法学家的高度评价。应该认为,它是趋同化在中国国内立法方面得到最突出表现的一部“杰作”^⑧。

以上仅就我国民商法的趋同化现象中一些比较典型的例子作了简单分析。在我国其他已有的或即将制订的法律部门中,目前也都是存在这些趋势的。这里限于篇幅,就不再一一详述了。

在这里值得指出的是,由于我国自1978年开始实行改革开放政策,我国参加多边国际公约的步伐已不断加快,到1992年底,在我国参加的一百几十个主要国际条约中,改革开放以后参加的占到90%^⑨。这表明,随着国际立法针对人类普遍关心的问题越来越多,我国积极参加这些国际条约,无疑是十分必要的。我国近几年来,还越来越加快了同其他国家缔结相互鼓励和保护投资、避免双重征税和防止偷漏税,以及开展民事以至刑事司法协助活动等方面的双边条约的步伐。这样的国际立法活动的结果是使我国在越来越多的领域里,在解决广泛的法律问题方面,不但有统一实体规范而且有统一程序法规范可供适用,大大减少了法律方面的抵触,增加了法律方面的协调和合作,促进了相互经济民事往来的发展。

三

通过分析我国法律在趋同化方面的种种表现,笔者认为:中国法律趋同化的实现形式或途径,大体上可分为两种:一种是直接的形式或途径,即通过缔结或参加有关国际条约,或援用有关国际惯例,从而为中国法律提供直接的国际法源,即在缔约国之间或有关法律关系中实现法律的统一。另一种则是间接的形式或途径,即通过把国际社会的普遍实践纳入中国的国内立法,从而对有关国内法进行改造。在这种情况下,或完全采纳国际社会普遍实践,或将其加以不同程度的改造,从而使我国国内立法做到与国际社会普遍实践相协调、相接近或相一致。

在实现趋同化的直接形式或途径中,如何摆正国际条约和国际惯例与国内法的关系是一个非常重要的问题。首先,就一国国内法和国际条约的关系而言,国际条约或是缔约国共同法律原则的体现,或是国际习惯做法或国际惯例的体现,它一旦被接受,根据国际上“条约必须信守”原则,即使有关国际条约的规定与国家立法不同而于缔结或加入时又未作出保留,当然应适用该条约和规定。我国《涉外经济合同法》第6条就规定:“中华人民共和国缔结或者参加的和合同有关的国际条约同中华人民共和国法律有不同规定的,适用国际条约的规定”。但是,“中华人民共和国声明保留的条款除外”。我国《民法通则》第142条,《民事诉讼法》第238条,《外商投资企业和外国企业所得税法》第28条均有类似规定。这不仅表明我国法律在渊源上,是有条约这一种类的,而且表明,在国内立法未明确排除条约适用的情况下,条约的效力应优先于国内的有关立法。

由于国际条约是国际立法活动的产物,在国际立法活动中,往往某一条约的规定并不能全都为自己所接受,但为了在整体上达成一致,取得国际法律的大体统一,产生了保留和公共秩

序制度,即如我国在缔结或参加一项国际条约时,往往需要对条约的基本精神和主要原则加以审核,只有认为它与中国法律的原则没有大的冲突和抵触时,才会予以批准。对于一些不能接受的条款,或通过保留声明(国际公法上的一种制度),预先加以排除;或运用公共秩序保留制度(国际私法上的一种制度),在适用时单个予以排除,以减少国内法和国际条约在适用上发生冲突的可能性。但目前总的趋势是,为求在一些重大问题上取得法律的统一,有关条约或者不允许作出保留,或者只允许在严格的条件下运用公共秩序制度,排除条约某一条款的适用。最后,还必须强调指出法律的国际统一(包括直接缔结或加入条约)只是法律趋同化得到实现的一种形式。

当前法律趋同化的另一重要表现,就是国际惯例经常被采用作为国家的法源。但是对于国际惯例的含义,在理解上颇有歧意。一种观点认为,国际惯例是国际间通行的做法,不论其表现形态如何,其实质是一样的,它既包括已被规范化因而有了确定内容的、为国际社会广泛采用的通例,也包括那些尚未规范化、没有被承认为法律而为各国广泛采用的普遍实践,还包括那些已上升为国际条约或国际公约的习惯做法。一种观点认为,国际惯例应当从狭义上加以理解,不但那些未被规范化的普遍实践不属于国际惯例,而且那些已为国家条约或国际公约所体现的准则,在适用时已是适用法律,也不再是适用国际惯例了。我们认为第二种观点基本上是正确的。因为从一定意义上说,国际条约或公约大多是从国际惯例发展演变而成的,这时有关的国际惯例已经上升到更高的层次,不能再将两者加以混同。《国际法院规约》中对国际惯例的定义是“作为通例而被各国接受为法律的国际习惯”。国际惯例并不具有普遍的拘束力,而国际条约或国际公约在缔约国之间甚至对于整个国际社会的普遍拘束力则是显而易见的。国际惯例与国际社会普遍实践也是既有联系又有区别。从一定意义上说,国际惯例是从国际社会的普遍实践中产生的,它们之间的区别在于前者已经规范化了,一般只要提到适用某一国际惯例,其规范的内涵,双方当事人都很清楚了,并不需要在国内立法或合同中再作详细规定或表述。而国际社会的普遍实践虽已形成一定的行为模式或行为定式,但规范化尚未形成,运用它们还需要借助国内立法中详尽的规定或合同中双方当事人的具体约定。

在国际惯例的适用上,由于它的效力既居于国际条约之下,因此,在运用国际惯例时不得与国家参加的相关国际条约相抵触,这一点是毫无疑问的,至于适用国际惯例,是否必须不与国内法相抵触,对这个问题,目前国内似乎存在着两种对立的实践。一种是不问在有关问题上我国是否已有法律规定,也不问我国参加的国际条约是否已有相关规定,为了让外商或外国投资者放心进入中国市场,一概许之以“我们会按照国际惯例办事的”。这类实践多见之于各级政府或主管部门的官员与外国商人或投资人的谈话中。另一种实践则见于《民法通则》第142条第3款和《涉外经济合同法》第5条第3款,其内容为:只有在我国法律和所缔结或参加的国际条约对有关问题均无规定时,才能适用国际惯例。而且《民法通则》明确规定,在适用国际惯例时,不能违背中华人民共和国的社会公共利益。因此,依第一种实践,国际惯例毫无疑问高于我国国内立法。这种主张在我国法制尚不健全或与国际普遍实践有较大差别的情况下,许之以适用国际惯例,也是有利于发展国际经济技术的交流与合作关系的。但其缺陷是在许诺上失之过滥,仿佛在任何国际社会关系中都有国际惯例存在。而这显然是不正确的,其根源乃在于把作为法源的国际惯例和甚至不具有行为规范性质的国际上通行的作法或国际普遍的实践不恰当地混同在一起了。依第二种实践,则国际惯例在适用上不但低于国际条约,也低于国内立法,而且其适用必以我国法律没有相应规定,并且不违背我国社会公共利益为条件。严谨性是有了,但其结果,则可能是在许多情况下,在国际社会得到通行的惯例不能为我国所采用,势必限制

了我国法律在趋同化方向上的发展。坚持这种观点,显然也是不利于我国的对外经济交往与合作的。如果认为我国的法律也必须坚持“三个有利于”的原则的话,那么对于那些明显不合时宜,背离现实需要的法律,在与国际惯例相冲突的情况下,应毫不犹豫地按照国际惯例办事,而不必拘泥于国内法上那些不合时宜的规定。在我国法律还没有规定的领域,我们就更应根据实际情况,大胆采用国际惯例。国际惯例也处在不断演进的过程中,随着社会的不断进步和国际实践不断发展,旧惯例的淘汰和新惯例的出现是极为正常的现象,因而还应该将那些能够代表进步趋势的新做法加以大胆运用,促使其发展新国际惯例。

四

在法律趋同化间接表现形式中,如何确定据以建立和改造国内法律制度的国际标准,也是一个比较复杂的问题。上面谈到的国际条约和国际惯例固然为国内法律制度向国际水准靠拢提供了某种依据,但国际条约大部分是国际间相互妥协的产物,各国意志不可能在其中得到充分体现,国际惯例有时也会与我国的国情不相符合,这种国际条约和国际惯例即使能体现和代表社会进步的大趋势,它能否在中国推行,也是问题。例如,废除死刑和限制死刑的适用,是当今各国死刑政策的主流,废除和不执行死刑的国家已达 85 个,约占世界 200 个国家和地区的 43%。1989 年 12 月 25 日,第 44 届联合国大会以微弱多数通过了《联合国废除死刑公约》。我国之所以没有贸然批准加入这一公约,就是因为虽然这一公约所体现的基本精神代表着社会进步趋势,但它在现阶段的中国并不具有实现的合理性,因为它是很难行得通的。所以在考虑国内立法向国际标准靠拢时,在确定某一项国际标准时,至少必须要求符合两个条件:一是它必须具有社会进步性;二是它在国内具有现实可行性。

在我国法律趋同化的进程中,在确立了社会主义市场经济的目标模式以后,法律“移植”又重新成为热点问题。对此我国学术界目前仍存在不同看法。一种观点认为法律是特定时空的产物,不具有移植性;另一种观点认为法律虽具有特殊性,却也有普遍性,因而具有可移植性。在承认法律可移植的学术界中,又有法律移植的“有机论”和“无机论”的分歧。法律移植有机论者认为,移植法律要注意法律内在和外在因素的相互协调,即法律的原则、概念、结构和社会因素的相互适应与协调。法律移植无机论者认为,法律移植与受移植地的社会、经济和政治性因素无关。这种观点与“有机论”相比较,显然是过于偏颇而不科学的。必须认识到法律不仅是可移植的,而且与受移植地的各种因素息息相关。在我国的法制建设中,早已有了法律移植成功的大量实例。1988 年深圳成立了借鉴、移植香港和国外法规领导小组,从 11 类法律规范中进行借鉴、移植、消化、创新,从而最终在特区建立起与国际上各经济特区与自由贸易区的法制相接近或相一致的、比较符合市场经济客观规律的法规体系。我国目前积极建立社会主义市场经济体系,而西方国家搞市场经济已有几百年的历史,在市场经济的运行、操作和管理机制上,有许多值得我们借鉴和移植的立法。当然,我们在进行法律移植时也要谨慎从事,切不可将不符合中国国情的法律制度生搬硬套到中国。同时,我们也应该注意对国外移植过来的法律进行消化、创新,使之能够为我所用。这个原则就是西方法学家也承认的。美国学者格林顿等著的《比较法律传统》认为:“必须记住法律是特定民族的历史、文化、社会的价值和一般意识与观念的集中表现。任何两国家的法律都不可能完全一样。法律作为一种文化的表现形式,如果不经某种本土化的过程它便不可能轻易地从一种文化移植到另一种文化”^①。这里还需要明确的是,移植法律不应被看成个别法律条文的移植,而应该是“规范群”的移植,所谓“规范群”是

一系列相关的规范组成的一套制度单元,如契约制度、侵权行为制度等等。拿我国产品质量责任立法来说,我们在移植外国法律时,不可能只移植产品质量责任制度的某个条文,而应将举证责任、免责原则等等一并移植过来,这样才不会导致破坏移植法律的整体性、系统性和科学性。此外,借鉴、吸收、移植这三个概念之间也是有区别的。其中“借鉴”的内涵最大,它包括正反两方面的经验的借鉴,“吸收”仅指对正面经验的吸收,而移植虽然也包括在“吸收”的内涵之中,但它只能是对“规范群”的吸收。

但是在当前,人们对中国法律应自觉地以趋同化为取向的认识还不尽一致,不但有人把这种现象不叫做中国法律的“趋同化”而是叫做中国法律的“国际化”,还有人把中国法律的趋同化和建设有中国特色的社会主义法律体系对立起来。这都是由于对法律的趋同化现象缺乏正确认识。

关于是否可以把我国目前出现的这种与国际法律制度或实践趋同的走势称之为我国法律日益“国际化”的问题,尽管时下许多正式文件、报纸刊物、政府官员和学者在谈到中国法律的趋同化时,使用“国际化”一词加以概括,我们仍认为这是不恰当的、不准确的。使用“国际化”一词,容易造成两种误解。一是国际化指“国内立法的国际化”。二是“国际化”可以不问政治制度、意识形态、价值观念的差异而搞什么超国家的国际立法。这显然是不能接受的。因为不管怎样,一个国家除要受国际法和它所参加的国际条约约束外,它还有许许多多不属于国际法和国际条约范围的国内法,这些国内法哪怕全是采用国际上普遍实践而规定出来的,它也只具有国内法的性质,无论如何是不能说它已“国际化”了的。国际法和国内法分属于两个不同的法律体系,二者既有联系,又有区别。国际法调整的是国与国之间的关系,而国内法主要调整的是一国内部的社会关系,尽管依据国际私法规范的指定,也可能把一个国家的国内法适用于含有国际因素的社会关系,但是一国法律起初总是为调整国内社会关系而制定的,随着对外交往的发达,以国内法来调整国际性的社会关系逐渐变得难以应付,各国之间才签订协议,以调整此类国际性社会关系为目的,逐渐形成了国际法律体系。这些国际法律制度的贯彻施行,仍需要各国国内法中相关制度的配合。因此,各国的国内法中虽也有吸收国际法的有关制度、反映国际性社会关系要求的规定,但大多是以涉外法规的形式出现,仍然属于国内法的一部分。

至于如何处理法律的趋同化与建设有中国特色的社会主义法律体系二者的关系,在这里首先必须指出的是,按照我们上面的有关论述,明显可见,这二者之间并不是相互对立和相互排斥的。如我们在谈到如何确定据以建立和改造国内法律制度的国际标准时,曾强调指出不但要看有关国际法制或国际社会的普遍实践是否具有社会进步性,还要看它在我国是否具有实施的现实可行性。在谈到移植外国法律制度时,我们还强调指出,必须对移植过来的法律加以消化和创新,使其本土化。

建设有中国特色的社会主义本是我们一切工作的指导方针,就我国的立法工作而言,它的基本要求就是既要解放思想,大胆引进一切优秀的、进步的、经过实践证明是行之有效的法律制度,又必须从中国的国情出发,不能盲目地照搬照抄,要走我们自己的道路,形成我们自己的特色,这是毫无疑问的。但在以前,我国法学界不少人却认为,中国法律的最大特色,就是以维护计划经济体制为己任的。这种状况,直到实行改革开放的政策以后,才逐渐有所转变。然而,在1992年以前,我国的立法工作始终在趋同化的方向上迈不开较大的步子。尤其在移植外国有关法律方面,往往是“欲说还休”,充其量也仅限于在个别地区或个别领域采用过。但是,正如现在人们广泛地认识到那样,市场经济从某一角度来讲,也就是法制经济。关于健全的市场经济法制的内容,目前国内多概括为以下四个方面:1. 规范市场主体的法律;2. 调整市场主体关

系,维护公平竞争的法律;3.改善和加强宏观调控、促进经济协调发展方面的法律;4.建立和健全社会保障制度方面的法律。应该说,在上述四个方面,国外都有许多“值得我们借鉴”和“应当大胆吸收”的立法例子的。必须指出我们虽经十余年的努力,立法工作取得了不小的成就,却仍然十分缺乏市场经济运作所需要的完整法律。因此,我们一定要进一步解放思想,加快立法的步伐,并且大胆地引进和吸收国外行之有效的法律制度,使我国市场经济法制迅速健全起来。

* * *

综上所述,我们可以得出这样一个结论:在从计划经济体制向市场经济体制转变的过程中,我国法律的趋同化倾向将更加显著,其步伐也必然会加快。这就要求从法理学的高度自觉地把握这种走向,并在我国的法制建设中注重从国情出发,大胆地吸收人类社会一切优秀的法律文化成果,以丰富我国的社会主义法律文化,为我国社会主义市场经济与国际大市场的结合提供有效的法律保障。

然而,在研究我国法律的趋同化问题时,我们也必须承认,在国家还存在的社会里,要实现全世界各个法律体系的完全统一,那也是不可能的(最近在世界人权大会上所表现出来的发达国家和发展中国家在这个问题上的深刻分歧,也充分说明了这一点)。在各国法律中,既有趋于同一的因素,也有趋于多样的因素,二者在社会和法律的发展演变过程中,总是此消彼长。我们早就说过,法律的趋同化,在目前,主要是指各国法律随着国际社会经济上相互依存关系的不断加强而更趋协调或一致,是指各国法律为减少和消除国际交往与合作中的障碍而日趋相互接近,而不是指实现法律的世界大同。法律的趋同化,也不能完全杜绝法律冲突的产生,它只能力求缓和这种冲突。这既是法律趋同化的积极意义之所在,同时也是它的局限性的表现。

注 释:

- ① 转引自杨鸿烈:《中国法律发达史》,第1页。
- ② 参见陈春龙译、罗迪埃尔著《比较法概论》,法律出版社1987年第1版,第11页。
- ③ 参见李双元主编《中国与国际私法统一化进程》,武汉大学出版社1993年第1版,第192页。
- ④ 参见黄炎智等编《新财务会计制度实施600问》,人民日报出版社1993年版,第26—27页。
- ⑤ 参见《关于〈中华人民共和国海商法草案的说明〉》,载《全国人大常委会公报》,1992年,第6号。
- ⑥ 参见黄惠康著:《国际法教程》,武汉大学出版社1989年第1版,附录之二。
- ⑦ M. A. GLENDON, “Comparative Legal Traditions”, West Publishing CO. 1982, P. 10.

(责任编辑 车 英)