

中国法学会比较法研究会 1996 年年会综述

8月15日,中国法学会比较法研究会1996年年会在北京召开。全国各地的50多名专家、学者参加了会议,围绕以下四个主题展开了学术研讨。

一、比较法在司法中的作用

比较法在司法中的作用主要体现为在司法实践中如何运用外国的有关立法和判例来填补国内的立法空白,解决司法实践中所面临的实际问题。这已成为基本共识。但是对于国内的非涉外案件,在缺乏本国法律规则或判例的情况下,是否可运用外国的有关法律规定或判例,则有争议。争议的主要问题是:(1)这样做的理论根据是什么?这是否意味着外国法在内国生效?(2)在司法实践中运用外国法填补法律空白有无界限?是否仅限于同一历史类型、法律传统的国家之间?法官在运用外国法时是否应受到限制?

关于适用外国法的理论根据,有学者认为,不应把这种情况看作是外国法在内国的生效,而应把外国法看作是一种法律文化,即主权国家认可外国法即一种法律文化在该国缺乏有关规定的情况下起法的作用。这正象在缺乏法律规定时,国家认可统治阶级的法律意识、执政党的政策和法学家的著作等可以作为法的渊源予以适用一样。在我国现阶段,经济上正处于转型时期,新情况、新问题不断出现,司法实践中的立法空白在所难免;在这种情况下,可以借鉴外国的有关立法和判例,充分发挥比较法研究的作用。有学者认为,在我国当前的司法实践中,运用外国法填补法律空白尚无法律依据,可是在实际中这种情况大量存在。对此,一方面,司法部门应把司法中所面临的实际问题及时反映给立法部门和研究机构,以求尽快完善立法;另一方面,应使司法实践中运用外国的立法和判例的情况有法可依。有学者提出,司法中遇到国内立法空白时,可以借鉴外国法,但这不是适用外国法。法是理与力的结合,借鉴外国的“理”,赋予我们的“力”,实际上适用的还是我们自己的法律。还有学者认为,当法律不完善时应从法理,而不能援引外

国法。

关于司法中运用外国法填补法律空白的界限,有学者认为,在我国当前条件下,司法过程中是否应适用外国法、比较法,应作全面、辩证的分析。第一,受当前我国法官法律文化水平限制,一般来讲现在我国不具备法官在司法审判过程中把外国法作为法律解释的手段进行判决的条件;第二,可考虑最高人民法院在进行规范性司法解释时,在缺乏本国法律规定的情况下,把外国法律作为一种法理进行解释。有学者认为,近年来我国司法实践发展很快,在基层法院的司法中出现了一些“二无”判决,即没有法律规定和司法解释的判决。这些判决实际上参考了法学家的意见或借鉴了外国同类问题的法律规定。因此值得我们理论上加以深入研究。

二、公私法的划分

就我国是否应引进公私法划分的问题,学者们提出了三种有代表性的观点。有学者认为,公私法划分是适应商品经济发展的需要成熟起来的,作这种划分有利于保护和调节市场行为,规范和监督国家权力的行使,促进市场机制的运行。当前我国大力发展社会主义市场经济,引进公私法的划分是当务之急、应时之举。我们过去漠视个人权利,过份强调集体权利,而进行公私法的划分,优先发展私法,有利于纠正这一倾向。有学者则着重分析了公私法划分的弊端,认为高度发达的商品经济并不必然要求公私法划分。譬如在英美法系国家,商品经济非常发达,公私法的划分远不如大陆法系那样重要。即便在大陆法系国家,随着资本主义从自由竞争阶段进入垄断阶段,公私法划分也出现了许多危机,如法律主体多元化,单纯的公、私概念不足以涵盖所有的立法,公法中有“私”的因素,私法中有“公”的因素,大量的亦公亦私的混合法出现等等。再有,“私法”一词的翻译也令人不满,好象私法不是出自国家而是出自私人。我们不能不顾公私法划分的这些弊端去盲目照搬,而应立足国情,积极

探求有中国特色的法的部门划分方法。一些学者对公私法划分持折衷态度。认为法律之分为公法与私法是客观存在的,进行这种划分有许多优点,但是不可否认也有许多缺点,特别是由资本主义进入垄断资本主义以来,这些缺点越更明显、越更突出。我们可以借鉴公私法划分的基本思想来划分我国法的结构,但是在某些具体的形式和操作方面,应当结合我国的实际予以修正,扬长避短。

虽然学者们对是否在我国实行公私法划分各持己见,但是大家都一致认为,这是一个复杂的理论问题和实际问题,无论国内、国外都有不同的意见,因此需要运用比较法,深入研究各国的情况,权衡利弊得失,然后才能作出决定;而不能轻易地将赞成或反对公私法划分的学术观点扣上“左”的或“右”的政治帽子。

三、香港与大陆法律制度比较研究

随着“九七”的临近,有学者比较研究了两地法律制度在形式和技术上的差异,并把这些差异归结为六个方面:(一)法的分类不同;(二)法的渊源不同;(三)司法组织不同;(四)诉讼制度不同;(五)法解释不同;(六)法官的数量、社会地位不同,律师的分类不同。在六个方面中,法律渊源的不同即判例在香港是法的渊源,而在大陆则不是法的渊源,将是今后两地法律冲突发生的主要原因。有学者指出,由于传统因素影响很大,大陆法律制度和香港法制度的差异将长期存在。这些差异会在今后两地各种交流中带来困难,两地的法学家应该为两地的法律协调作出努力,应该互相尊重对方的法律传统。有学者认为,香港法作为一个法律体系来看,判

例法居于主导地位。这是因为:(一)香港对英国法传统的接受,为判例法主导地位的确立奠定了基础;(二)香港的英国式的司法制度为判例法主导地位的确立提供了保障。有的学者估计“九七”以后,香港制定法的比重和作用将大大提高,传统虽将延续,但判例法的主导地位面临挑战。

四、比较法的基础理论

比较法的基础理论关系到比较法这门学科的发展和建设。一些学者提出,应该强调把比较法当作一门学科,它不仅有自己独特的研究方法,而且还有自己的研究对象和范围;反对把比较法单纯看作是一种研究方法。因为一些学者虽然在进行名义上的比较法研究,但对比较法的基础理论知之甚少,这种倾向不利于比较法这门学科的发展和建设。此外,有学者强调,比较法研究不能仅停留在规范比较的层次,而应深入到功能比较的层次。

有的学者认为,比较法研究可以简单地归结为求同和求异。求同是指研究不同法律体系之间的相似性,求异则是指研究不同法律体系之间的差异,求同和求异是比较法研究的两个方面,在比较法发展的历史上,不同时期对这两个方面的侧重有所不同。在18世纪以前的七个世纪,是罗马法的复兴时期,自然法理论比较盛行,比较法的目标主要是求同。18世纪以后,进入法典化时期,比较法研究的目标转向求异,开始注意各国自己的特殊情况,制定符合民族特点的法律。20世纪以后,比较法研究的目标又转为求同,这是因为世界一体化趋势加强,在国际科技商贸交往中,需要用可以协调的法律来规范。

(冉井富 整理)

(上接126页)关键是政治体制改革或政治的法治化、民主化。中国法制变革的权力(威)推动性质,使得法制变革只在既有的政治格局内进行,政治的法治化或人治化状态直接影响着法制变革的走向。有学者指出,讲政治体制是关键所在,并不意味着法学家对自己责任的逃避,因为这仍是个法律问题,是现实中的政治体制与规范中的政治体制的矛盾问题。政治体制理应由宪法确立,而非由政治纲领确立,故而要求政党和国家机关的权力按照宪法运作。

同时,也有学者指出,法治是一个机制性、系统性问题,包括内部机制和外部机制,缺一不可。在这

个意义上,也许哪一个环节都可说很关键。关于法治的外部机制或条件问题,一些学者认为,改革开放为我们的法制建设创造了机遇性前提和内在驱动力。中国法制建设目前正处于一个大有作为的时代,因为法制建设最基本的社会条件已经具备。这就是:经过百年变迁,中国社会的转型已大致完成,中国社会将进入一个较少激烈社会变革即社会相对稳定发展的时期。这是建立较理想的法治社会的主要的前提条件。因此,法学和法律工作者的努力都是十分必要和有充分意义的。

(孙莉 整理)