

阻碍中国区际私法统一的几个问题探析 ——以大陆内地与香港特别行政区的关系为视点

索 光 举

[摘 要] 制定统一的中国区际私法存在诸多方面的障碍,既有经济上的原因,又有政治和社会制度上的原因,尤其是最政治上的原因最重要。中国大陆与香港、澳门、台湾的经济基础不同,实行的政治制度不同,在近现代历史上受到的政治文明的影响不同,所使用的法律制度也不同,因此要制定统一的区际私法,首先要基于当前的政治现实考量,通过与香港等地的各个政党接触,化解政治上存在的误解,让其了解到制定中国区际私法的必要性与基本原则,在平等协商的基础上来共同制定统一的中国区际私法。

[关键词] 阻碍;中国区际私法;统一;原因

[中图分类号] DF97 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2008)01-0126-05

任何国家法律的制定和统一都与该国的经济制度、政治制度和社会制度存在着密切的关系,我国也不例外。在我国成功恢复对香港、澳门行使主权以及将来台湾回归祖国后,将会形成“一国、两制、三法系、四法域”的复杂政治局面。在这样的情况下,要想制定出一部适用于全国统一的法律,无论是公法性质的还是私法性质的,其难度都是非常巨大的。在法律的统一上,我们应该由易到难、由简单到复杂。相对于制定一部统一的实体法而言,在民商事领域首先制定出统一的法律适用法比较容易,但是,由于我国情况特殊,香港、澳门都享有除了外交、军事以外的立法权和司法终审权,我们缺乏一个统一的立法机构来完成这一使命,因此就算是制定一部统一的法律适用法也并不容易。我们总体思路是,先制定出一个适用于香港大陆的法律适用法,然后再推而广之适用于其它法域。但是,要这样做其困难也是非常大的,除了法律上的原因之外,经济上、政治上的原因也是存在的,本文就阻碍我国大陆内地与香港区际私法统一的几个问题作一探析。

一

辩证唯物主义告诉我们,物质决定意识、经济基础决定上层建筑,有什么样的经济基础就有什么样的上层建筑。法律是上层建筑的重要组成部分,其主要内容是受其赖以生存的物质基础决定的。在我国只有作为国家主体的中国大陆实行的是社会主义制度,而香港、澳门和尚未统一的台湾则实行的是资本主义制度,而且由于历史的原因各有其特点。

香港是国际著名的自由港,也是亚太地区的自由贸易中心。“九七”以后的香港特别行政区将继续保持香港的自由港地位,坚持实行自由贸易政策。

1841年6月7日,由当时的殖民当局宣布香港为自由港,至今已有152年历史。尽管这里只是个小海岛,但位置适中,交通方便,历史上早就成为东西方的商业贸易中心。战后随着经济的发展,政局稳

定,优良的港口条件加上现代化的海港码头及其他辅助设施一应俱全,世界各国商人趋之若鹜。20世纪70年代以来,当局除了继续维持免税制度以外,还坚持“不干预主义”的自由经济政策,黄金外汇出入自由,继续简化各种进出口贸易手续,使香港逐步成为全球最自由、高度开放、功能齐全的自由港。

澳门的经济基础和香港一样都是资本主义,旅游博彩业、出口加工业、金融业、建筑地产业是澳门现阶段经济的四大支柱,其中旅游博彩业遥遥领先于其他产业,而整体经济进一步向服务业倾斜将是澳门经济的发展趋势。自1999年12月20日回归后,其经济支柱已然得以维持。

台湾是我国领土的重要组成部分,自1945年光复以来,其经济基础仍然是资本主义。由于长期分离,制定统一的区际私法的难度就更加大了。

法律是上层建筑的重要组成部分,法律必须要反映经济基础的要求,各法域的经济制度的不同为我们制定统一的区际冲突法增加了难度。因此,我们在制定统一的中国区际私法时,既要考虑各法域的经济制度,又要考虑其赖以支撑的经济结构。

二

中国区际私法的统一是我国法律统一的组成部分,政治与法律统一存在着密切的关系。

政治是个多义词,在不同的文化氛围中政治的含义相差极大。在古希腊人眼里,政治与民主不可分:“具有统治权威的公共法律体制对自己的权力进行限定,惟有在这样的条件下,政治才能存在。”^[1](第5页)在我国现实生活中,民主是与专制相对立的、人民直接或经由其代表执掌和行使最高权力的政治制度。法律与民主存在以下关系:首先,民主是法律下的民主。民主作为特殊的政治制度,是法律制度的一部分(公法制度),无法律即无民主,无法律的社会不是极端无政府主义就是极端专制。因此,我们在制定法律适用法时必须要考虑法律统一。

何为法律统一?法律的统一应该至少包括三种含义:第一,法律统一强调法律内质的统一,内在性使其区别于法律的统一。法律的统一强调的是法律外在规范层面的“去特殊化”,与法律自身的统一性无关。但法律统一首先着眼的不是法律形式的整齐单一,而是法律内质的和谐一致。第二,法律统一包含法律形式的统一。一般认为,法律的统一性或曰一致性包蕴四层含义:一是法律意思的单一性,唯此方能实现“相同情况相同对待”;二是法律权威的客观性,唯此方能避免权力意志霸道横行;三是法律规则的明确性,唯此方能彰显法律的预测功能,使当事人通过法律获得对日常生活的稳定预期;四是法律适用的未来性,唯此方能杜绝产生溯及既往适用法律的可能性。可见法律的统一性,从始至终都坚持“内部视角”。第三,法律统一重视法律价值的统一,理念性使其区别于制度的法律趋同。所谓制度的法律趋同,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,逐渐相互吸收渗透,从而趋于接近甚至趋于一致的现象。法律趋同表明的是当代法律发展的一种客观趋势,并非法治的理念要求。理念不同于制度,前者是鲜明的价值标准,后者是大致的行动框架。法律统一不仅追求制度层面的法律趋同,而且关注价值层面的法律协调。在价值观日益多元化的当代社会,要达成制度上的法律趋同并非难事,但要建立一种恒稳的法律价值统一机理就不那么容易了。众所周知,法律价值多种多样,秩序与自由、平等与效率等法律价值甚至还会发生激烈的内部冲突。尤其在东西方文化互异的大背景下,法律价值的统一更是困难重重。因此,我们认为,法律统一具有浓郁的理念性,它重视法律价值的文化沟通与内部和谐,反映了法律内质的统一性要求,是制度层面法律趋同的内在根基。概言之,法律统一是理念型的法治规诫,法律趋同则是现状性的法制描绘,两者不属于同一范畴。

阻碍中国区际私法统一的政治原因是复杂的,归纳起来主要有以下几个方面:

(一)特别行政区基本法的制约

根据1984年12月19日中英两国政府正式签署的关于香港问题的联合声明,按照“一个国家、两种制度”的构想和模式,我国已于1997年7月1日恢复对香港行使主权,设立了香港特别行政区。“香港特别行政区成立后,香港原法律(即普通法与衡平法、条例、附属立法、习惯法)除与《基本法》相抵触或香

港特别行政区的立法机关作出修改者外,予以保留。”“香港特别行政区享有行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权。”根据 1987 年 4 月 13 日中葡两国政府正式签署的关于澳门问题的联合声明,按照一国两制的原则,我国已于 1999 年 12 月 20 日恢复对澳门行使主权,设立澳门特别行政区。“澳门特别行政区享有行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权。”“澳门特别行政区成立后,澳门原有的法律、法令、行政法规和其他规范性文件,除与《基本法》相抵触或澳门特别行政区立法机关作出修改者外,予以保留。”台湾问题也可能参照“一国两制”的构想加以解决。因此,中国在 1997 年以后已经逐步形成了一个多元法域国家,区际法律冲突不可避免。

从我国现有基本法的规定来看,要想像大多数多法域国家那样由最高立法机关制定一个统一适用于全国的区际私法,在近期几乎是不可能的。因此,在我国要制定统一的区际私法只能另辟蹊径,寻找适用我国特定国情的方法。

(二)两种政治文明的冲突

大陆内地与香港之间在政治文明方面也在以下几方面存在着冲突:

(1)影响现代政治文明的理论不同。中国大陆的政治文明深受前苏联社会主义理论影响,而香港在回归前长期作为英国的殖民地,深受资本主义政治理论尤其是英美国家政治理论的影响;

(2)政治文明的基础不同。中国大陆实行的是社会主义的政治体制——坚持中国共产党对国家和社会的绝对领导,而香港实行的受资本主义的政治体制——三权分立的影响;

(3)对“民主”含义的理解不同。中国大陆采用的民主是建立在民主集中制基础上的民主,而香港的民主是深受三权分立影响的民主。

由于受政治文明影响,在制定统一法律时,对立法的原则、体例、内容等方面则肯定会发生不同程度的分歧,进而增加共同立法的难度。

(三)政党制度的阻碍

政党制度对立法有着重大的影响。大陆内地坚持中国共产党的绝对领导,在立法上施行民主集中制,自下而上地集中广大人民群众的意见,尽快地制定出适用的法律。但是,香港根据基本法的规定享有高度的自治权,它可以制定除国防、安全外的所有法律。

香港行政特区成立以后,政党政治趋向于稳定。如果说,香港在基本法颁布以后至回归前的后过渡期是政党的形成期的话,那么,进入了特区时代,香港的政党便步入了稳定期^[3](第 52 页)。

首先,政党的结构基本固定。香港特区政治舞台上活跃着的政党,都是特区成立以前便存在的。活跃于香港政治舞台的主要政党是:民建联、民主党、自由党、民协、港进联、前线、民权党、工联会、职工盟。香港政党尽管还不成熟,但政党的格局已经基本稳定。

其次,随着时代的发展,香港的政治生态也逐渐地发生了改变。政治生态的改变,又使得香港的政治发展出现了新的面貌。

政党的形成和参与,改变了政制的运行模式。传统的港英政制,是一种绝对的“行政主导”,港督的权力具有绝对性和至上性。港督拥有最高权力,集行政、立法大权于一身,兼任行政、立法两局主席,行政局和立法局只是港督的咨询机构,港督有权任命法官,从而形成一种绝对的“行政主导”模式。但是,港英政府非殖民化过程中推行政制改革以后,随着政治权力的开放和选举的兴起,民间力量进入了区议会和立法局,立法局中开始出现不同的声音,形成了并不听命于港督的力量。政党形成以后,具有不同政治主张并代表不同阶级和集团利益的政党通过选举进入了立法局,进一步加强了立法局对港府的制约,使“行政主导”政制模式受到很大的挑战,不可能继续按原来的模式运行并体现本来的意义了。

香港行政特区成立以后,对港英时代的立法局选举进行了一定程度的调整,将其更名为立法会,但仍然保持了“行政主导”。然而,在政党和政党政治的影响之下,于 2004 年 9 月所举行的立法会选举将直选议席提升到 30 席(另外的 30 席为功能团体选举),民主派政党很有可能在立法会中获得一半或一半以上的议席,这将使行政长官和政府受到立法会相当程度的制衡。在这样的形势下,“行政主导”的体

制受到了重创,一种立法权制衡行政权的格局逐步形成。

在立法会中,政党的意见将起举足轻重的作用,对政府的施政产生重要的影响。如2003年7月,由于自由党宣布放弃支持政府的23条立法案,致使政府不得不收回23条立法案。

由此可见,我们在进行统一区际私法的立法时,要充分考虑到各政党对相关法案的态度和支持力度。

三

研究中国区际法律冲突的解决,首先应探索其解决的原则,以这些原则来指导中国区际冲突法的制定和实施。笔者认为,解决大陆、香港、澳门和台湾地区的法律冲突应遵守下列原则:

(一)维护国家主权与统一的原则

在香港、澳门、台湾与大陆地区完全统一后,虽然在大陆以外的其他地区仍然适用资本主义制度,但我国的国家结构形式仍然没有实质性的变化。在今后特殊单一制的我国,特别行政区再特别,它们仍然只是直辖于中央人民政府的地方行政区域;特别行政区的自治权再大,这些权力和权利仍然只是中央指导的,而不是其本身所固有的。在今后任何时候,我国只有一个中央政府,只有一部宪法,只有一个国际法主体。因此,任何特别行政区都是我国领土不可分离的部分。在探讨和解决今后我国国内法律冲突时,更要始终坚持“一个中国”的主权原则,决不允许将特殊单一制视为联邦制乃至邦联制。

(二)两法适用平等原则

法律冲突必须以法律地位平等为前提。特殊单一制的我国存在“一国两法”,这是“一国两制”的必然结果。中央的法律与特别行政区的法律虽然在法的创制上不平等,但在法的适用上都是平等的。全国人民代表大会所制定的全国性法律,属于社会主义法律,这些法律在继续实行社会主义制度的大陆34个省、自治区、直辖市实施;而保留资本主义制度的特别行政区,除实施全国人大制定的特别行政区基本法之外,基本上不实施全国人大制定的全国性社会主义法律,而实施特别行政区设立之前与本特别行政区基本法不相抵触的当地资本主义法律,及特别行政区设立之后新制定的资本主义性质的法律。这就造成了统一实施全国人大制定的社会主义法律制度的大陆法域与基本保留资本主义法律制度的各特别行政区法域的并列。所谓两法适用上的平等,主要指两法中民商事法律在域内和域外适用时的效力相等。不能因为法的性质不同或者制定的机关的地位不同,而否定对方的效力。如果不承认两法在适用上的平等,不允许特别行政区的资本主义法律与大陆上的社会主义法律抵触,那必然影响特别行政区资本主义法律制度的存在,实际上否定“一国两法”并进而否定“一国两制”。我国法域虽有主体与非主体之分,但他们的法律地位却应该并且只能是平等的。

(三)使用条约与参考使用国际惯例原则

在处理区际法律冲突、制定区际冲突规范时,首先应把各法域都参加的国际条约纳入其中。各法域前身都共同或者单独参加过国际条约和双边或多边协议。据1985年统计,适用于香港的国际条约和协议已达400多项。其中一部分,大陆、澳门或台湾也有参加。因此,对这些四法域都参加的条约或者协议,可在“一个中国”的大前提下,在各方都没有异议的情况下,纳入区际冲突的立法中,也可以在区际规范的立法中,直接表明哪种民商事法律关系适用哪种国际条约或规定;对于区际规范制定过程中,那些由于社会制度不同或者其他原因造成的各方经多次协商都无法接受的规定,可参考国际惯例,对国际惯例的内容经各方协商并确定下来后,写进区际冲突法中。这种做法,各法域不仅都能接受,而且又和国际上通行的做法相一致,所以能促进和加快区际冲突法的制定进程。

[参 考 文 献]

- [1] [美] 肯尼斯·米诺格:《当代学术入门:政治学》,龚人译,沈阳:辽宁教育出版社 1998 年版。
- [2] 周永坤:《法理学——全球视野》,北京:法律出版社 2000 年版。
- [3] 周 平:《香港的政党与政党政治》,载《思想战线》2004 年第 6 期。

(责任编辑 车 英)

Encumbering the Unification of Chinese Private District Laws: Several Reasons

Suo Guangiu

(Department of Political Science & Law, Jiaying College, Meizhou 514015, Guangdong, China)

Abstract: There are obstacles on many aspects to enact united interregional private law in China, such as the obstacles on economy, politics and social system among which the political obstacle is the most essential. China is different with HongKong, Macao and Taiwan on economic base, political system, the effect of political civilization in modern history and the legal system. To enact united interregional private law on the basis of equal consultation, the first thing to do is to contact with Parties in HongKong on account of current political reality to clear up political misunderstanding and to make them understand the necessity and essential principle of enacting interregional private law in China.

Key words: obstacle; interregional private law in China; unity; cause