

示范法比较研究

——以公约为视角

曾 涛

(中国政法大学 法学院, 北京 100000)

摘要: 示范法是由学者、专家或由其组成的职业团体、学术团体草拟的法律文本, 用以推荐给各法域在立法时予以借鉴或采纳。与公约立法模式比较, 在法律价值上, 示范法的特性保证了法律的开放性和灵活性。示范方法侧重于国际法律编纂和法的现实效力二者中的前者, 它更多地立足于对法的示范力而非强制力的追求。示范法有益于真实探求、反映演进规则的“活法”, 把它们上升为法律规范, 促进法律统一。示范法方法是与法律文化的交融过程同步发展的统一立法模式。

关键词: 示范法; 公约; 比较研究

中图分类号: D9 **文献标识码:** A

一、导论

当代法律的发展趋势之一即在于示范法成为立法的重要方式, 此种由学者、专家或由其组成的学术团体、职业团体或者专门机构草拟的示范法对国内、国际立法的影响越来越大。^[1]但是对于示范法该如何理解, 学者们有不同的看法。

(一) 对于示范法有一种通常的理解, 是从美国等国国内的作法来界定的, 如《布莱克法律词典》解释: “示范法是指由美国统一州法全国委员会制定的法案, 推荐给各州作为立法时的指南, 由其借鉴或采纳。”^[2]

(二) 从“软法”的角度来界定。近几十年来, 在国际社会出现了一种“软法 (soft law)”现象。所谓“软法”, 包括由国家间缔结的但仅规定“软义务”的国际条约、政府间国际组织通过的决议和守则, 以及由非政府力量制定的示范法、商业惯例和行业标准等。^[3]我国也有学者认为, 在国际商事立法实践上, “软法”通常是由国际组织或者民间学术团体制订的旨在调整国际商事交易中特定范围内的关系的规则。从法理上说, “软法”本身没有法律上的拘束力, 但却可以通过一定的程序, 使之转化为具有法律拘束力的规范性文件。而示范法是“软法”最常见的名称, 也是“软法”最一般的表现形式。^[4]

(三) 国际组织采用的方法。有学者是从国际组织在国际民商事法律统一化进程中所采用的方法的角度来界定示范法的。他们认为国际组织主要采用立法性、契约性与解释性等三种方法来推动法律的统一化进程, 使各国商法在国际商法框架内成为一种新的法律体系。立法方法包括采用制定公约的方式和示范法的方式。采用示范法的方式, 主要目的在于建议各国在制定其国内法时予以考虑和采用。有的国际组织也制定为公约所使用的示范条款, 以供未来公约或修改现行公约时使用。^[5]在这些国际组织的努力下, 近年来, 国际社会在示范法领域的进展是令人瞩目的。^[6]

(四) 作为立法方法或法律统一化的方法, 在特定地域内制定法律规则的权力只能由主

权国家及其授权机构行使，故“国际立法”这一术语实属用词不当。可是，“国际立法”这一术语又恰如其分地表述了国际上精心制定的而后由各国立法机构纳入各自的国内法的规范性规则。从这个意义上说，“国际立法通过两种方法实施：由几个国家通过一项多边国际公约；或者制定可以由一国单方面采纳的统一示范法。”^[7]我国学者在研究现代商人法时也认同了该说法。^[8]

David 也认为国际社会的法律统一是通过国际公约和示范法这两种方式来进行的。^[9]Juenger 在探讨统一实体法时也得出相似的结论，“国际领域的法律统一必然对制订公约提出了要求，然而，统一立法（示范法）似乎也可以达到同样的目的。”¹

（五）从该示范法是否有拘束力的角度来界定，他们认为示范法是一种非强制性的法律统一化方式。Rosett 认为，正是基于传统的国际立法机制来完成法律的协调或统一存在局限性，所以才应运而生诸如示范法、法律指南和通则重述等方式。这些协调方式更为灵活，其深层次作用在于给予各国以更多的自由来通过其国内的宪法程序和法律机制，而与新的国际规则保持一致。^[10]

我国也有学者认为法律协调化和统一化可以通过采用具有拘束力和非拘束力的不同机制得到实现。在有拘束力的文件中，最重要的是国际公约。非拘束性的机制中包括示范法和统一法，起草它们的目的是为采用它们的国家提供一个参考标准。对于示范法和统一法，各国有权在本国的法律制度内，自由决定准确的用语和所调整的问题的形式。^[11]

（六）从国际商事合同统一化的角度来界定，有的学者是从国际商事合同统一化的角度来界定示范法的，他们认为统一的国际合同示范法作为学者们的理论成果也在统一国际合同实体法中占有一席之地，虽然这些示范法并不是正式的法律，也没有直接的强制拘束力，但是，作为国际性的一般契约原则，法院乃至当事人都会予以相当的注意，并将直接或间接地适用于发生争议的合同，这样一来，相应的法律冲突就会得以避免。^[12]也有观点认为国际商事统一法及示范法是现代商人法的渊源表现。^[13]它们使得适用于国际合同的法律规范具体化、成文化，作为现代商人法的渊源，从而使得现代商人法的内容更为明确和易于掌握。^[14]

示范法作为一项跨学科的新的研究课题，它的对象仿佛是一块有无数层面而且在不断旋转的立方体，每一学科的知识都能部分正确地解释其中某时刻点的某一个或几个层面，但任何一个学科的知识又都不足以涵盖不同时间有不同内容和特点的所有层面。上述不同的界定也正是示范法不同侧面的反映。基于上述对于“示范法”的不同理解，本文尝试着给“示范法”下一个定义：

示范法是由学者、专家或由他们组成的职业团体、学术团体或其它专门机构草拟的法律文本，用以推荐给各法域在立法时予以借鉴或采纳。示范法本身不具有拘束力，立法者可以全部采用或是部分采用，也可以不采用。

示范法的主要作用体现在不同法域之间的法律协调或统一化过程中，即通过制定示范法，由各法域借鉴或采纳同样的法律文本的方式来渐进地推动法律的统一化。

示范法从美国等国家国内的法律统一化方法，逐渐走向国际社会，特别体现在私法的统一化过程中，并产生了日益深远的影响。由此引发了以下问题：正在进行中的示范法方法与传统国际公约的立法模式关系如何？其理论基础是什么？²

二、价值论上的考察

法的价值是任何法律在创制时必须被考虑的重大问题，是立法的动力根据。开展对于法的价值研究，无疑有助于我们准确地进行立法的价值定位，很好地解决立法中的价值问题。

[15]考察示范立法在法律统一化中的作用，首先笔者选取了法律价值的分析角度。

在国际社会中，早期国际法主要由习惯规则组成。由于习惯是不成文的，并且其形成需要一个漫长的过程，难以适应国际关系发展的需要。而国际民商事关系的发展要求消除或减少各国法律的歧异，避免法律冲突，于是国际立法运动便大行其道，以期实现全球范围内法律普遍适用。

以缔结公（条）约³的方式将国际法“法典化”则是建构国际社会法律秩序理论所追求的目标。这是一种传统的进行私法国际统一的途径，也是迄今为止运用的最多的一种方法。^[16]随着经济全球化、民商事一体化的发展，各国对于私法统一化运动的认同进一步加深，加之国际组织行之有效地努力推动了国际条约法理论和实践的发展，在实践中逐渐形成以发起、草拟、通过、生效、修订为一体的相对成熟的国际公约立法模式。相当一部分私法规范的国际统一即通过此种途径获得成功。

作为国际社会的法典化努力，国际公约与国内法的法典编纂一样，是以建构理性作为其法哲学基础的。⁴在启蒙运动的信念中，一种理性的社会生活秩序的基础可以通过一种全面的法律规则的新秩序予以有目的地建立。自然法也认为，法律之中存在着独立于宗教信条的自然原则，从中可以派生出法律规范制度，如果这些规范被有目的地以一种条理清晰的形式加以制定，那么，一个理性的社会秩序的基础即由此而得奠定。^[17]在民法法系国家的法典化浪潮中，可以清晰地看出，对这种逻辑性形式理性的追求，在此种追求中，法律具体规范和原则被有意识地建造在法学思维的特殊模式里，那种思维富于极高的逻辑系统性。因而只有从预先设定的法律规范或原则的特定逻辑演绎程序里，才能得出对具体问题的判断。^[18]

此种立法方式的取向无疑有其重大意义，从法律价值的实现上看，它充分保障了法的安全价值。法典编纂史在某种意义上就是人类追求法律规范的客观性、明确性、可接近性的历史，是对法律的安全价值不断诉求的历史。^[19]

国际社会是由众多主权国家同时并存，且彼此进行交往与协作而形成的，在主权之下，各国法律的差异是深刻且广泛的。传统国际习惯事实已跟不上现代国际社会出现的新问题，特别是跟不上新领域的发展了。对法律明确性、制订化等安全价值的要求日渐凸现。国际公约的作用，正如德国学者威廉·卡尔·盖克所表述的，“鉴于普遍性的国际法律秩序所具有的弱点，使人希望以尽可能无争议的、内容明确、符合实际的规范代替在适用方面有争议、内容模糊、或者即使没有争议、内容清楚但是不合适宜或不符合实际的国际习惯法规范，这可以通过签订旨在世界范围适用的条约来实现，不仅为处理个别紧迫问题做出规定，而且要建立一种长期持久的秩序。”^[20]

在此种建构理性支配下，国际公约作为私法统一化的立法方法无疑保障了国际民商事法律的安全价值，即它的形成的稳定性和内容的固定性。国际统一私法公约以书面形式并经过国际法上条约制定、签署和批准等严格的程序将各国的国内法统一起来。人们从条约的文字上可以比较容易地了解统一后的私法的内容，因而以这种方式统一的私法通常不会出现法律规范内容的查明和确定问题。任何国家在签署了国际统一私法公约后便承担有遵守该条约，履行它所规定的条约义务的国际公法上的责任。^[21]

但是，法律价值是一个由诸价值构成的严密体系，一种价值的追求往往会以另一种价值的牺牲为代价。⁵法律诸价值的互克性是它们之间的主流。在法律的诸价值中，如果其中的一项得到完全的实现，难免在一定程度上牺牲或否定其它价值，很难找到一个令人满意的确定立法过程中各种价值比例关系的绝对标准。

法律诸价值的矛盾，概括起来。其主要方面是安全与灵活的矛盾。换言之，这两方面价值的冲突，是如何实现法律的相对刻板性和凝滞性与社会生活的复杂性、变动不居性相协调

的问题，……整部立法思想史和立法史即围绕这一问题展开。^[22]

在国际立法中采用国际公约模式虽得之于法律规范的明确性和安全性，却失之于法律的灵活性和开放性。

从国际公约在各国的接受来看，作为对某个民商事领域的全面规制，公约是系统全面的，有着严密体系的法律规范形态，对于接受国而言，通常只能全面接受该公约的对己的约束力，而不能只接受其中一部分而不顾其它部分。从国际公约的生效及修订机制来看，它须相当一部分国家承认受其约束，其效力方能发挥作用，而对其进行修改则更是一件复杂而艰巨的任务。最后，国际公约将法律规范视为一个逻辑自足的封闭体系，这种静态的法律与日新月异的国际社会生活难以协调。⁶

针对上述缺陷，晚近国际公约立法自身还在具体制度上进行了探索。方法之一即是在制定过程中广泛地吸收各国的观点，以增强其开放性。即在某一具体的国际统一私法公约准备和制定工作时便尽可能多地邀请到有关各国参与这种准备和制订工作，以便它们有机会发表自己的意见并被吸收入公约中，从而有利于它们日后批准该条约。这方面最典型的例子是荷、比、卢三国的“议会协商委员会”。该委员会参与私法公约的起草工作，这对日后三国的议会批准这种国际条约无疑是非常有帮助的。

方法之二是通过公约保留制度增强其灵活性。国际统一私法条约通常都允许缔约国对条约的某些条款声明保留，从而不受它们的效力约束。在不破坏条约的目的和宗旨的前提下，保留制度无疑有利于避免国际公约过于“僵硬”。

方法之三就是一种以所谓“最低标准条约”进行私法的国际统一的实践。这种最低标准条约是指本身只规定有关问题的国际最低标准，而不进一步规定更具体的内容，而将其留给缔约国的国内法规定。例如，国际劳工组织便常常通过这形式来协调各国在劳工问题上的标准。而且，国际劳工组织所制订的这种公约中经常使用诸如“合理的”、“恰当的”、“有效的”、“必须的”、“充分的”、“实用的”以及“公平的”等不确定的形容词对条约进行软化处理，以克服国际公约通常所具有的僵硬的缺陷。^[23]

虽然上述技术上的改良收到了一定效果，但本身又会伤及国际公约明确性、减损其全面规制的立法初衷，这种两难本身使国际公约立法付出了法律规范不确定性的代价。即在试图追求法律灵活性价值的同时又伤害了其安全价值。^[24]

公约立法方法对法律灵活开放性的忽视，反映出了作为其理论基础的建构理性的立法观自身还存在重大理论缺陷。在纷纭多变的人类社会的生活世界中，人和事物之间的关系往往是极其复杂和模糊不清的。人之理性不可能在解决人类生活世界中呈现的所有疑难问题时找到一个而且是唯一正确的答案和公正的解决办法。正如博登海默所言：“仅凭理性，立法者和法官并不总是能够在两个或两个以上可以用来解决某个问题的方法中做出一个确然的和完全令人信服的选择。就此而论，古典自然法学派的一些代表人物的那些观点也是错误的。因为，他们认为，只要运用人的抽象的推理能力，便能够建构出普遍有效的和完善的法律制度及其所有细节。”^[25]从这一点上我们可以进一步认识到，人的理性在制度化过程中的作为是有限的。或者照哈耶克的想法不是万能的。^[26]

所以，对公约立法而言，源于建构理论的自身缺陷，法律统一的规划只能限定在有可能性实现的范围内，^[27]而法律诸价值上的矛盾，也是其本身不可克服的。国际社会的法律统一运动从最初的狂热和乐观主义变化为今天的冷静观察也正渊于此。

示范法方法则体现了与国际公约不同的立法取向。根植于普通法系美国的示范法则是一种对演进理性的反映，闪现着实用主义法哲学的色彩。在示范法的诞生地美国，大法官霍姆

斯将法理解为“法的生命是经验而不是逻辑”。^[28]任何法律规范都不过是立法者对法律的见解。因为法律规范是凝固的东西，随着实践的推移它们都有可能落后于时代，并与社会生活的实际不相符合。^[29]卢埃林与弗兰克的思想也继续体现出这一路向。在弗兰克眼中，法律是永远不确定的，当人类关系每天都在改变时，也就决不可能有持久不变的法律关系。只有流动的弹性的，或者有限程度确定性的法律制度，才能适应这种人类关系，否则社会就会受到束缚。

在上述哲学思想影响下，立法被认为是把支配人类关系的现行法律规则固定成一种容易被接受的形式，或者说规则的“汇总”。^[30]立法模式不能阻塞法律与不断演进中的社会生活。那么采用示范法方法而非其他方法来推进法律统一，也就成了受此种理论支配下的美国的当然选择。

示范立法并不以现实的效力为追求目的，而是由于其对演进中的社会秩序恰当地把握和体现，从而被接受和认同。它不受现实中繁复的生效程序制约，可以随时依据需要而修正，它的不确定性，正如弗兰克所说：“法律的许多不确定性并不是一个什么不幸的偶然事件。它具有巨大的社会价值。”^[31]

示范法方法的此种特性恰恰保证了法律的开放性和灵活性。正如有学者所说，在规避条约的刚性及耗时性特征上人们逐渐认识到运用示范法的价值。^[32]与国际公约不同，将示范法案文纳入本国法律制度的国家，可修改或略去其中的某些条文。但就公约而言，缔约国对统一案文做出更改（即“保留”）的可能性则受到很大的限制。有些国家可能希望在将统一案文颁布作为本国法之前对之进行不同的改动，在这种情况下，示范立法固有的灵活性就特别理想。

示范法在追求灵活开放性同时，亦体现出了法律安全性价值。抛开法的现实效力而言，示范法与国际公约在逻辑性形式理性的追求上并无二致，同“国际法典化”的国际公约一样，它注重法律规范的表达方式、外在形式与内容组织。示范法的选择并不意味着对法律规范的客观性、明确性的放弃。而且从长远眼光来看，示范法方法较之公约立法提供了更大程度的精确性。国际法是建立在国际法主体协调意志基础之上的，是国际法主体之间意志协调的动态产物。因而国际法的“编纂者”是无法保障其所制法律的持续性的。进一步讲，由于没有任何立法者能预见到所有的可能性，国际法就会随着国际关系的变迁和国际社会的发展而不断修正，毫无疑问，国际社会中的法律必将随着时间的经过而改变。从长期来看，要发生此种改变，示范法的渐进方式与国际公约模式相比更有可预见性。⁷

当然，这也意味着，就某个特定的事项而言，通过示范立法所达到的协调程度和协调统一的确定性可能低于公约。但是，示范立法的这种相对缺点却可能因为颁布示范立法的国家可能多于加入公约的国家而得到弥补。为了达到令人满意的协调程度和确定性，示范法的制定机构（如联合国贸易法委员会）往往建议各国在将示范法纳入本国法律制度时，尽量少作改动。而且各国在颁布示范法时，尽可能保持统一的案文，可以使本国法对外国使用者来说可以尽可能做到具有透明度和不陌生。

示范法模式在国际立法中的运用，从理论上，开辟了一条不同于国际公约立法的新路向；从而在立法对法律价值的实现上，弥补了国际公约模式的缺失。这正是示范法方法在法律价值的实现上的意义。

三、认识论上的分析

通过上文的分析，我们可以看到，以国际公约立法模式来实现私法的国际统一，并未能取得预期的成功。作为国际社会“法典化”的努力，国际公约远不如法典在国内立法中那般风光。从而我们需要在认识论上进一步反省，是否不应该以私法的全球统一作为追求目标，

或者说这一目标是不可企及的。然而，随着整个世界的相互依赖日益加深，全球化显出一个客观的历史进程，即某种不以具体的环境、地域、社会体制、发展模式、意识形态为转移的走向。^[33]私法统一化的动力日渐强大，呼声也越来越高。而且传统商人法在世界范围内的复兴并形成现代的国际化，^[34]也证明了追求私法统一的目标并非乌托邦式的理想。

既然这一目标的追求是可欲（desirable）的，那么我们可以怀疑，作为实现私法统一化手段的国际公约，本身与这一目标具有某种不适应。思考这一问题，我们选取了国内法典编纂作为分析的出发点，原因在于国际公约立法模式实际上是国内法立法方式在国际社会的扩展和运用。国内法典编纂取得巨大成功是诸多要素作用的结果，其中有两个认识论上的基本条件。

其一，法律规范的普遍性。法律规范将社会生活中具体且不同的个体化约成抽象主体，以求得对各主体间的关系予本质上地厘清，从而实现法律的一般适用，并以宏大的逻辑结构体系来确保能包容社会生活的方方面面。⁸在很多情况下，立法者通常只考虑一般情况而忽视个别情况，将适用对象和适用条件限定为社会成员的主体和正常状态。^[35]

其二则在于国家主权赋予了法以强制力，理想的法典是通过系统的、全面的、有着严密的逻辑体系的法律规范形态来达到理论上对纷繁复杂社会生活的普遍适用，但其要在全社会发挥其规范效力，须依赖国家强制力作为其内在支撑。

当我们把目光投向国际社会，不难发现作为国际社会法典化的国际公约，却面临完全不同于国内的前提条件。国际社会由众多主权平等的国家并存而形成，在其之上并无上位的超国家主权，“立法机构”所立之法，并不必然具有强制力。与此同时，国际社会中主体差异性远比国内要复杂深刻，要达成法律上的抽象和化约就显得更为困难。加上各国的差异背后有强有力的主权支撑，使得个体的特殊性在国际社会尤为突出且不可回避，使得公约的普遍适用性很难得以实现。

于是国际公约立法就造成了国际社会中法律编纂和法律现实效力的紧张关系。从国内角度看，由于立法权集中于权威的立法机关，法律的编纂和生效是两个相互衔接的自然环节，基于国家强制力的保证，立法机关的法律编纂行为通常直接就指向了法的现实效力。而在国际社会中，不存在也不可能存在超越各国主权的立法机构，因而在国际社会中的公约立法只能是由相关的国际组织、国际会议进行法律编纂活动，形成法律文本，而后，再通过特定的生效机制，经各国的主权认许过程，才能真正产生现实的效力。这两个环节是相对割裂开的。

由此产生的第一个问题在于要完成这两个环节中间过程可能很漫长，具有某种不测性。制定国际条约的过程，就是一个各国间讨价还价、取得国家意志协调的过程。由于国家间在社会生活习惯、历史文化传统、经济发展水平、社会政治制度等诸方面存在种种差异，各国都要维护其自身的利益，这都使得条约的缔结极为复杂，很难达成一致的协议。毕竟在主权林立的国际社会达成大多数国家的共识是困难的，除了少数影响甚广的公约，绝大多数条约的生效国为数很少，和已完成编纂的公约数目不成比例。

其次一个问题就在于国际公约的编纂中，由于其编纂目的是指向现实的法律效力，那么为了求得更大范围地被各国接受，其不得不对其立法初衷和立法价值予以减损。如首先在立法对象上放弃“大而全的一揽子工作法”，即一个公约力图涉及一个领域的问题的方方面面。早期的海牙国际私法会议制定的规约，往往采取这种方法，但鉴于制定难度之大，收效不佳，海牙国际私法会议近期开始从现实出发，将一个问题划分成若干方面，而就每个方面单独制定出相应的公约。呈现出从全面性公约向单一性公约化转变的过程。^[36]

此外，在地域方面，除了全球性公约立法，区域性立法也有了较快发展，如欧盟内部的法律统一活动，荷兰、比利时、卢森堡三国及北欧诸国那种地区共同体法的形成，这也正是

国际社会在世界范围内法律统一收效不佳情形下的自然选择。

示范法方法与公约模式的不同在于从一开始就照顾到了国际社会此种主体的差异性和多元化，它允许各个主体对示范法决定采用与否，以及采用一部分还是全部，它并不强求法律整齐划一的普遍适用，而是讲求法律的一种逐步采纳，渐近地接受。

《国际商事仲裁示范法》从 1985 年至今，正是沿着这样一个方向而逐渐获得广泛认同的。而示范方法实际上侧重于国际法律编纂和法的现实效力二者中的前者，它更多地立足于对法的示范力而非强制力的追求。因而也就不太会因为现实的效力的获得而刻意地“编纂”，从而减少了在该两个环节间摇摆的两难境地。正如有学者谈及《国际商事合同通则》的特点，认为《通则》不必通过妥协来达成某种一致性，而完全可以抛开顾虑，直接从契约法本身和国际贸易的需要出发，制定一套作为最佳的解决办法的具体化的贸易法律体系——即使它们还没有被普遍接受。这样，《通则》将不会靠着国际社会的强制性力量来取得效力，而是要靠它自身的说服力为各国所自觉接受，具有某种“世界法”的色彩。⁹

示范法方法是通过主权意志的分别接受来完成法律统一的，这一作法就国际社会的特点而言，无疑是务实的，它较之于致力于主权意志协调同一的公约模式，有其优势所在。惟有因于此，在国际立法活动的某些领域，某些场合，示范法方式会成为首选的立法方式。

需要指出的是，我们并不是要否认公约立法方法的价值，Bonell 教授曾针对这类批评意见，发表了自己的看法：“人们必须牢记在一个国际公约的起草与制定示范法之间有很大的不同。在示范法的制定中，人们唯一关注的是最先进的解决方法，而在公约的制定中，必须考虑各国的不同立场。因此，折衷的方案从严格技术角度也许没有价值，但至少具有使统一规则为各国接受的优点。”^[37]上述观点无疑是对公约立法方法的意义及作用的一种客观反映。

四、法律理性的探究

在对示范法的研究过程中，涉及到对示范法的性质进行考辨时，笔者遇到了困难：示范法是法吗？若是，何以成立；若不是，何以不是，关键在哪？由此自然导向了一个法理学的核心问题，什么是法，法律性质是什么？¹⁰而对这一问题的思考，不可避免地必须面对另一个颇有争论的问题——什么是国际法，国际法是不是法？

通过对这些法学上既可谓本质又可谓最初浅的问题的思考，笔者初步认为，关于法律性质的确定，基于不同的认识论基础或理性观将得出不同的看法，建构主义理性观把我们引向法律实证主义，认为法律是立法者自上而下地创立的“主权者的命令”或意志。演进理性对这一观点存疑，它认为，法律是人类群体自生自发的一种秩序，“法律没有作者”。^[38]

通过对法律背后理性观的思考，我们虽然不能认为示范法本身就是法律，但是关于法律性质的问题似乎有必要引入更多反思，对习以为常的法实证主义观点也应该有所质疑，从而对国际法是不是法的问题也会产生新的论证思路。

日本学者寺泽一、山本草二认为，“关于国际法是不是法，早年就在学者中有过争论。今天很少有学者否认国际法的法律性质”。^[39]但是，回溯法史，重提国际法法律性质对深入认清示范法有重要意义。

首先是否定国际法法律性质的观点。我国学者在考证“国际法”词源时，提及并公认 international law 一词出自 1789 年边沁的《道德与立法原理导论》一书。^[40]但是恰恰是这个创始人边沁本人就对国际法法律性质持否定态度。在《宪法典》（1827）中，边沁把法律分为两类，一类是真实的由人们制定出来的法律，它们是由那些普遍认为经正当授权并有权立法的机构制定出来的法律；另一部分则是非真实的法律，并不真正存在的法律、想象的法

律, 拟制的法律, 虚假的法律……^[41]而国际法显然在边沁看来是属于后者的。《道德与立法原理导论》17章2节论“法学及其门类”提及国内法与国际法之分时, 边沁特意以“国际的法理学”(international jurisprudence)区别于“国内的法律”, 旨在说明国际法“法学”不同于国内“法”(law), 国际法不同于国内法, 不是主权者制定的法律, 因而不是严格意义的法律。^[42]

奥斯丁认为, 每一个实定法, 或每一个我们径直而且严格地使用“法”所指称的对象, 是一个主权者个人或群体, 以直接或间接的方式, 向独立政治社会中的一名成员或若干成员制定的。换言之, 是由君主或最高统治群体, 直接或间接地向处于隶属状态的一个个人或若干个人制定的。^[43]实在法区别于其他法的本质, 在于它是主权者的命令。国际法是不存在主权者的国际社会法律, 因而不是严格意义的法, 是所谓的实在道德(positive morality)。^[44]

肯定国际法性质的学者认为, 是否是法律关键在于有无强制力, 国际法也有强制力, 所以肯定国际法是法。其中以凯尔森的辩护尤具代表性。他不仅主张国家与法律一元化, 还主张国内法和国际法的一元化, 国际法优于国内法。^[45]哈特通过剖析义务与制裁、义务与国家主权、国际法与道德的关系, 得出结论, 国际法和国内法内容上有“足够的类似”, 因而是“法”。^[46]哈特虽然也肯定了国际法的法律性质, 论证非常严密, 措词非常谨慎, 但似乎并不能使读者如哈特所说的那样使“怀疑论者对国际法的法律性质的最后怀疑成为过眼烟云”。笔者认为, 之所以边沁、奥斯丁否认国际法的性质, 之所以凯尔森、哈特的论证并不圆满, 之所以国际法客观实践多有存在, 而理论上持怀疑论者并不算少, 是源于我们关于“法”的定义本身的问题。

我们惯常接受的“法”的定义是一个实证主义法的定义, 在此定义下, 否认国际法的法律性质是轻而易举的, 而为之辩护却是勉为其难的。“法律”这一表达方式“150年来的习惯用法”几乎完全是一个法律实证主义的垄断用法, 正是这一用法本身遮蔽了法律现象的真实、鲜活和多元, 而要肯认国际法等不那么典型的实定法形式的法律性质, 必须跳出实证主义法概念的桎梏, 重新探究并界定“法”的定义。

法律实证主义(legal positivism)中的“实证”(positive), 又称“实定”, 与之相对应的一词是“natural, 自然”。实证主义法学的建立奠基于建构主义理性观的自然与实定的两分观上。上帝、神或自然赋予人类的永恒不变的规定是自然法, 而由“主权者的命令”这类人为制定的、变动的法律则称之为实定法。以自然法和实定法两分来总括法律是不确切的, 在奥斯丁本人的《法理学讲义》中就有含混矛盾。如“positive law is divided into law natural and law positive”直译就是“实定法可分为自然法和实定法”。这种含混在中译者那里得到了漂亮的解决:“实际存在的法可分为自然法和由人制定的法。”^[47]这里的关键是 positive 和 natural 的两分法并不符合逻辑上的同一律和排中律, 两者交差含混, 必然引起混乱。它忽视了可能既不自然又非人定(既自然又人定)的第三域即“人类行为的结果, 但不是人类设计的结果。”^[48]而这第三域才可能是许多非典型的实证主义法律现象所产生的根源。而这样的认识只有在演进理性下方可能提出, 在建构理性观下是难以提出的。

提出“第三域”或“三分观”的是18世纪一批苏格兰启蒙哲学家们, 可惜的是他们的思想尚未对法理学产生应有的影响。这个领域内长期占支配地位的哲学仍是源于建构理性主义的法律实证主义和唯理论主义的自然法理论, 它们的本质上依旧信奉社会一元论, 并在一定意义上将所有社会行为规则视作人之刻意发明或者设计的产物。^[49]就法律而言, 似乎没有一个看得见的高高在上的主权者的命令或立法行为, 就不会有法律产生。然而, 正如哈耶克所言, “如果我们考察一下那些拥有共同的正义观念然而却没有共同政府的群体间所发生的情势, 自发形成的法律的特征就昭然若揭了……我们必须把我们首要侧重点置于万民法

ius gentium、商事法和港口与集市的惯例实践之中，以探寻法律进化进程……”，这些实践自然不具有主权者命令的特征，按法律实证主义观念来套当然不是法，但是谁能否认它们的现实拘束力和作用呢？没有这些规则，国际交往如何可能，开放社会如何形成？

通过法史的考证可知，罗马的 ius gentium 是商业法的一个主体，它由居住在城郊从事贸易，并受罗马地方官员管辖的外国商人带回罗马。它起初受到南意大利和西西里的希腊法律影响，后来由于罗马同东方的交往，又进一步受到了普遍流行于整个东方的希腊法律影响。^[50]可见当时的 ius gentium 基本上是一种商业交往中形成的规则体系。而当时的 ius civile 也基本是在社会交往中所形成的规则，并非“主权者命令”。因为“在私法问题方面，古罗马人一般都不会诉诸立法手段”，^[51]几乎所有早期著名的“法律给予者（law-givers）”都不意在创制新的法律，而只是陈述法律是什么及其始终是什么。

而正是后世在发端于笛卡尔和霍布斯、后经卢梭及边沁，直至当代法律实证主义的建构理性影响之下，我们始终无法洞见法律与立法之间的真实关系。所以，在法（理）学领域有必要进行一种类似于海德格尔在哲学领域所践行的“去蔽”，让法律、立法之间的真实关系得以“澄明”，有必要把法律源出于权力这个似是而非，且为人们广泛持有的观念颠倒过来；并不是所有的法律都是源自于国家立法机构；并不是所有的法律都是立法者人为制定的产物，严格的讲，法律只能被“发现”。

从而，我们被迫在此以有限的学力必须明确回答，法律是什么？在建构理性与实证主义法学之外可能给出一个更合理的概念吗？我们认为，要给出更合理答案，并不能完全脱离影响深远的法实证主义传统，而只能在此传统之中，之上寻求超越；从演进理性出发，从来都不认为我们可以彻底打破旧世界，创造一个完美新世界，这恰恰是建构理性自负的谬误。演进理性和建构理性，一是苏格兰启蒙的经验，一是法兰西启蒙的精神，它们的是历史长河中两股并行的长流，在不同时代、不同国度、不同契机发挥其历史作用，并在法律实践中有所体现，它们同属理性阵营，并无时序后先之分，也无本质高下之分。将法学研究深入进行需要汲取这两方面的理论援奥。

如前文所述，建构理性主义支持的法律实证主义持两分观：自然与实定。由此，反对实证主义法学往往落入所谓自然法学名号之下。这也是致使法律理论产生混乱不堪局面的主要根源之一。而从演进观看来，这种反对法实证主义的路向无疑是把批判的对象当成了批判的武器，仍然未出法实证主义和建构理性的窠臼。所以才产生这样非此即彼的看法。而反观实证主义法学的建构立论也是这样开始的，如边沁理论的架构就是从批判布莱克斯通“自然法学”开始。

演进理性观运用至人类秩序的研究的一个精义是对秩序的三分即：自然秩序、人为秩序和人类行为而非人类设计的秩序。我们把法的主要来源，放在第三种秩序，那么：法就是人类个人与群体在社会生产、交换、分配过程中长期交往博弈，积淀、演生而惯习地形成的具有正当性的普遍的权利义务关系总和。¹¹

从上述法律性质的认识来看，国际法就是人类在国际交往中长期博弈演生形成的具有正当性的权利义务关系总和。国际法当然是法，而且是演进观法学分类中很重要的法。因为在这种观念中，传统分析实证法学所确立的“唯一的”及“真正的”主权者命令式的立法机关制定的法律并不必然就是“合格”的法律。首先，要肯定，这些制定法中部分可能是“合格”的法律，即符合演生观的法律。（注意这里试图把实证主义法置于可质疑的位置，以演进观加以考量）。其次，也要看到“法学家……所要类分的一大批制定法，与其说是制定法，倒毋宁说是特权（privilege），它规定的并不是一般性规定，而只是针对一个特定案件的。”¹²而演进观认可的法律应该是针对一般的普遍规则。法之为法在于它源之于众人博弈而演生出规则，而不是由于它是由某一种“立法机关”制定，把立法机关当是法律之源无疑是把送奶的

人当成了奶牛。^[52]

基于这些认识反映到立法的理论和实践,笔者认为:从某种角度上讲法律不能被“创制”,法律只能被发现、整理。立法的含义应扩大,不只局限于国家立法机关的造法行为。它包括社会立法,国家立法和超国家(国际)立法。^[53]法律正当性的基础在于它是对实际社会生活中人们演生秩序的上升。所以立法机关的作用不在于赋予法律的合法性基础,更毋宁是借助现代国家权威保障法律制定的程序正当,保障法律安全价值。

示范法并不以现实的效力为追求目的,不是立法者假定为符合社会需要并以强制力予以保证的规范,而是由于其对演进中的社会秩序恰当地把握和体现,从而被接受和认同。它不受现实中繁复的生效程序制约,可以随时依据需要而修正。示范立法符合演进法律观,并为美国等国家国内立法实践和国际社会的立法活动所印证。由于学者的智识和意志的独立,示范立法有益于真实探求、反映演进规则的“活法”,把它们上升为法律规范,从而促进法律的统一,这也正是示范法具有生命力的理论之源。

五、法律文化的视角

示范法的作用在法律统一化的过程得到了集中体现,法律统一也通过示范法方法而得以推进。我们自然会思考,示范法究竟在法律的统一化过程中扮演了何种角色?

无论是在一国之内的各个法域,还是国际社会的不同国家,法律的差异和分歧是由复杂而深刻的原因所造成的。既有地理方面的因素,又有政治、经济、道德和历史传统的原因。

有学者就认为,不同法域(国家)间的法律差异可以表现为诸多方面,如法律规则的差异,法律规则背后所蕴含的精神的差异,以及法律规则产生本身的差异。^[54]上述差异不同方面的后二者所强调的,正是有些学者所指出的法律文化。他们认为,考察一个社会的法,必须注意它与社会其他部分的联系,即要涉及到政治、经济、宗教、伦理、哲学、历史等诸多领域,只有把法律置身于上述这样一个整体的背景中去考察,才能抓住其本质,这个整体就是文化。既然法是一种复杂的社会—文化现象,就应该把它放在社会—文化的整体结构中去把握。^[55]在这里,法律文化概念主要包括法的各种观念形态、价值体系和行为模式,法律文化研究则包括这些现象的发生、发展、演变以及它们或隐或显的各种形态。法律文化对法律的整个运行过程有全面的影响,不仅影响到立法领域,制约着人们创造法律,而且还影响到司法领域,规定着法律的具体运用。^[56]因此在法律规则的差异的表象背后,更深层次的分歧存在于法律文化之中。

这就使得法律的协调及统一的努力必须从多个层面着手,最显而易见的是规则的统一,典型的例子诸如联合国《国际货物销售合同公约》,其通过对国际商事合同领域相关问题进行统一的界定,从而在其生效国之间就此达成法律上的一致。但是当我们进一步深入去研究,会发现该《公约》缔结过程,就是一个各种法律文化交流、碰撞乃至妥协的过程,由于各种不同法律文化的沟通程度的有限性,也决定了《公约》所能达成的统一程度的有其限度。而且,就公约已达成了统一的部分,仍存在其在不同法律文化背景之下不同的解释、适用所带来的不一致。

从某种意义上讲,法律的统一,从来都不限于表象的规则的统一,更为根本的是不同法律文化的趋近和协调。既然人类群体考虑问题的方式或有不同,它所处的生存环境与肩负的历史任务各异,它对法律的理解和规定就自然有所不同,从而就形成了不同时期的法律文化和不同民族的法律文化。从原始社会开始,人类的早期群体就尝试着运用习俗来解决不同群体之间的对抗和冲突。随着经济、社会的进步与发展,各国(法域)间各层面的社会关系日益繁杂,从而使不同法律制度、法律文化的冲突和协调成为人类共同面对的重要课题,并始终伴随着人类社会的发展历程。法律的协调及统一的过程从根本上来讲,就是不同法律文化、

法律传统间的协调过程，而不能仅将眼光局限于规则的统一的方面，进一步来说，其实规则的统一的达成本身是以法律文化的协调为基础的。

这样我们就会很自然地发现，法律文化的差异程度直接制约着法律的统一化进程。所以在法律文化同质性较强的领域，其法律的统一也会相对较易，如私法领域较之于公法领域，私法领域中商法较之于传统的婚姻家庭法领域。同样，法律统一出现区域化的情形的一个原因也在于，特定区域范围之内的法律文化的认同较强。而新兴的法律领域，如网络法之所以统一化的呼声较高，也在于其非地方化的特性使其在很大程度上摆脱了传统法律文化及其差异所带来的影响。

从来没有全然静止的社会，文化与社会之间的平衡也不可能长久地保持不变^[57]特定法律文化总是具有历史连续性的，并处于不断的自我更新和发展之中，而法律文化间的碰撞及交融则会伴随着人类历史长河的发展，其过程必然是缓慢、渐近的，且不平衡的，在特定的历史阶段或在特定的地域有可能是停滞甚至于倒退的。

作为此一协调过程的阶段性成果，公约的立法方式试图地反映出在某个领域，一定成员方所能达成的一致，并以条规的形式予以固定化加以明确，从而成为了主要的法律统一化形式。公约作为统一化成果的“阶段性”反映的特点，恰恰构成了其局限性，这决定了一方面其属于“向后看”，是对于公约制订之时所能达到的协调程度的体现。另一方面正如前文对于公约追求法律安全性价值的论述可知，公约只能是“求同存异”，即就各方所能达成一致的事项范围内形成一致的意见，而对于不能达成统一的部分，只能将其排除在调整范围之外。因此，公约更多地反映出了各方参与主体所能达成的规则层面的统一性。

公约此种统一方式也带来了很大的问题，其一，由于公约几乎不可能在所有的国家间生效，所以对于未加入的国家而言，又带来了公约与其本国国法的冲突。而不同条约就同一事项的规定往往也是不尽一致的，这也引起了新的矛盾。其二，许多基本的概念虽然在不同的法律制度中是采用同一的措词表达的，并且因此可能轻而易举的在统一法的规定中予以采用。然而，在事后，通过内国裁判机构实际适用这种规定时，情况表明，在这些外表一致的表述在不同的法律文化里面常常有完全不同的涵义。其三，由于缺乏权威的国际立法机构，也不存在有权解释国际统一法的法院，在各该领域表面上已经取得的法律统一，也会由于各国裁判机构在适用公约时所作出的不同的解释而受到减损。

当我们探究其原因，会发现这是由于公约模式与法律文化的协调过程本身未能保持同步，首先，公约以统一规则的达成及其现实效力为追求目标，使得其只能是照顾到大部分参与方，并在有限的范围内和程度上的妥协的结果。但其忽略了更广泛意义上的参与者（应该说所有的法域都主动或被动地在参与此一法律文化的协调过程），它们中的一些现今还不能全面加入公约，但可能愿意接受其中一部分，或是在将来会考虑加入其中。而且公约也未能反映出其调整范围之外的法律协调成果，相比迄今国际社会所达成的公约统一的领域而言，其调整范围之外的事项更为广泛。其次，由于前文分析的公约具有的“刚性”，使其很难赶上法律文化间不断协调发展的进程，相对静止的规则统一，如同国际社会法律协调这一流动过程中的“结绳记事”，而无力追随其发展，从而影响了公约模式的生命力。因为即使具体法律规则已经形成，它们仍然会继续从其他文化因素（像所有文化因素那样），以及从生活本身吸收新的成分，形成它们新的内容和形式。^[58]特定领域的法律文化的冲突和协调并不会因某一公约的出现而得以消除。美国学者 Rosett 在谈及国际法律统一时的告诫值得警醒，“我们不应当过于强调并忧心于法典的编纂及规则概念体系的构建问题，而应当关注于某种共有的法律文化，并从中协调发展出反映我们共通价值的法律原则”。^[59]

相比之下，示范法方法则能更好地与法律文化协调的动态进程相呼应。首先经过精心制订的示范法，是权威专家及法律实践者基于对各该领域实践及理论的把握，制订出来的规则，

忠实反映出了该领域法律文化的冲突和协调的现状及其未来发展方向。其次,由于示范法不以法律的现实效力为出发点,其允许各参与方自主决定采纳与否及采纳的程度,从而示范法的开放性兼顾到了法律文化协调过程的渐近性,及各个主体在其间参与程度的不同。加之示范法具有的灵活性,使其可以很方便地随法律文化协调的发展现状而进行修补,从而与统一化过程相呼应。而且由于示范法是建立在对于不同法律文化的比较和综合的基础之上的,也就使得示范法在被各国在立法采纳及裁判机构解释适用时,减少了像公约那般因不同法律文化背景之下的适用和解释所引起的不一致。^[60]

虽然,示范法的被接受的过程是一个漫长的期间,其被采纳中的不确定因素,也会带来适用的不一致。从表象上看,示范法在法律规则统一的及时性及明确性方面,较之于公约模式似乎有所不如。但由于它并非仅停留在规则的统一层面,而是给法律文化的比较和协调留下了巨大空间,充当了这一更为根本统一化层面的反映者和推进器的角色。示范法方法之所以具有旺盛的生命力,正是因为其是与法律文化的交融过程同步发展的统一立法模式,从而在这一角度上弥补了公约模式的局限性。

参考文献

- [1] 黄进.论当代法律的若干发展趋势[J].法学评论,1997(4).12.
- [2] Black's Law Dictionary (7th ed. 1999) (C). 1019,1531.
- [3] 黄志雄.非政府组织:全球化进程中的“第三种力量”?——兼论非政府组织对现代化国际法的冲击与发展[J].2002年武汉大学“全球化与国际法律问题”国际研讨会论文集.582.
- [4] 赵秀文.论软法在调整国际商事交易中的作用——兼论国际组织和学术团体在国际商事立法中的作用[J].国际经济法论丛(第2卷).北京:法律出版社.117-128.
- [5] 程家瑞.国际条约和习惯法对商事法国际化的影响[J].国际商法论丛(第1卷).北京:法律出版社.10.
- [6] 翁国民.全球化与国际商事合同规则的国际统一[J].中国法学,2001(3).161.
- [7] [英]施米托夫.国际贸易法文选[M].北京:中国大百科全书出版社,1993.150.
- [8] 郑远民.现代商人法研究[M].北京:法律出版社,2001.76-77.
- [9] René David. The Methods of Unification. 16 American Journal of Comparative Law (1968)[M]. 19.
- [10] Rosett. Unification, Harmonization, Restatement, Codification, and Reform in International Commercial Law[J].40 American Journal of Comparative Law.683-697.
- [11] 郭玉军.经济全球化与法律协调化、统一化[J].武汉大学学报(社会科学版),2001(2).158.
- [12] 傅静坤.契约冲突法论[M].北京:法律出版社,1999.140.
- [13] 胡永庆.论法律选择方法的多元化[J].中国国际私法与比较法年刊(第四卷).北京:法律出版社,2001.167.
- [14] 同[8]83.
- [15] 卓泽渊.法的价值总论[M].北京:人民出版社,2001.1-3.
- [16] 李双元.中国与国际私法统一化进程[M].武汉:武汉大学出版社,1998.327.
- [17] [德]K·茨威格特、H·克茨.比较法总论[M].北京:法律出版社,2003.136.

- [18] [美]艾伦·沃森.民法法系的演变及形成[M].北京:中国政法大学出版社,1992.32.
- [19] 薛军.民法典编纂的若干理论问题研究——以对法律的安全价值的追求为线索[J].清华法律评论(第2辑).171.
- [20] [德]威廉·卡尔·盖克.国际法的条约与编纂[J].当代联邦德国国际法律论文集.北京:北京航空航天大学出版社,1992.82.
- [21] 同[16] 362.
- [22] 徐国栋.民法基本原则解释——成文法局限性之克服[M].北京:中国政法大学出版社,1992.332.
- [23] 同[16] 363-364.
- [24] Rosett. Critical Reflection on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods[J]. 45 Ohio St. L. J. 282, 286, 304.
- [25] [美]E·博登海默.法理学:法律哲学与法律方法[M].北京:中国政法大学出版社,1999.454.
- [26] 韦森.社会制序的经济分析导论[M].上海:上海三联书店,2001.265.
- [27] [日]大木雅夫.比较法[M].北京:法律出版社,1999.78.
- [28] 同[17]361.
- [29] 吕世伦.现代西方法学流派[M].北京:中国大百科全书出版社,2000.415.
- [30] 肖永平.国外国际私法的新发展与中国国际私法学的发展方向[J].中国法学 1996(1).
- [31] Jacob S. Ziegel. Harmonization of Private Laws in Federal Systems of Government: Canada, the USA and Australia[M]. Clarendon Press,1997. 166.
- [32] 沈宗灵.现代西方法理学[M].北京:北京大学出版社,1992.330.
- [33] 王逸舟.当代国际政治析论[M].上海:上海人民出版社,1995.10.
- [34] 同[8]14-59.
- [35] 封丽霞.法典编纂论——一个比较法的视角[M].北京:清华大学出版社,2002.255.
- [36] 同[16] 437-438.
- [37] Bonell. Commentary on the International Sales Law[M]. Giuffre. Milan,1987.7-16.
- [38] 谢晖.法律的作者[J].法哲学与法社会学论丛(4).北京:中国政法大学出版社,2001.
- [39] [日]寺泽一、山本草二.国际法基础[M].北京:人民大学出版社,1983.18.
- [40] 王铁崖..国际法引论[M].北京:北京大学出版社,1998.15.
- [41] [英]哈耶克.法律、立法与自由[M].北京:中国大百科全书出版社,2000.106.
- [42] 张乃根.国际法原理[M].北京:中国政法大学出版社,2002.3-6.
- [43] [英]奥斯丁.法理学的范围[M].北京:中国法制出版社,2002.277.
- [44]同[42]6.
- [45] 同[32] 175-178.

- [46] [英]哈特.法律的概念[M].北京:中国大百科全书出版社,1996.208-234.
- [47] 同[43] 2.
- [48] [英]哈耶克.经济、科学与政治[M].江苏:江苏人民出版社,2000.521.
- [49] 同[41] 译者序.23.
- [50] 厄奈斯特·巴克.希腊政治理论[M].吉林人民出版社,2003.158,413.
- [51] 同[41]148.
- [52] P.G.Monateri. 黑色盖尤斯——寻求西方法律传统的多重文化渊源[J].当代西方后现代法学.北京:法律出版社,2002.144.
- [53] 周永坤.法理学——全球视野[M].北京:法律出版社,2000.333.
- [54] [法]勒内·罗迪埃.比较法概论[M].北京:法律出版社,1987.5-8.
- [55] 梁治平.“法”辨——中国法的过去、现在与未来[M].贵州:贵州人民出版社,1992.3.
- [56] 李步云.法理学[M].北京:经济科学出版社,2000.450.
- [57] 梁治平.法律的文化解释[M].北京:三联书店,1994.59.
- [58] [美]H. W. 埃尔曼.比较法律文化[M].北京:清华大学出版社,2002.11.
- [59] 同[24]684.
- [60] 徐国建.国际统一私法的解释问题研究[J].民商法论丛(10).357-397.

Comparative Studies on Model Laws: Analyses from the Perspective of International Conventions

ZENG Tao

(international law school, China University Political science and law, Beijing100000, China)

Abstract: Model law is the legal document drafted by the scholars, experts, or the professional group and academic group, and just provides reference for them in legislation. In Comparison with the legislation of international convention, as for the value of law, model law exactly guarantee the openness and flexibility of law. The model law, in fact, pays more attention to drafting international laws rather than its real effect, and places more emphasis on the model value of law rather than on the binding force of law. The model law is beneficial to finding the “living law” that reflects the evolution rules, and then raises the “living law” to the norm of law for the unification of law. Model law can catch up with the development of the harmonization of the legal cultures for its own characteristics.

Key words: private international law; convention; comparative study

收稿日期: 2004-03-15;

作者简介: 曾涛, 中国政法大学国际法学院国际私法研究所研究人员, 法学博士。

¹ Friedrich K. Juenger, *The Problem with Private International Law*, Jürgen Basedow, Isaak Meier, Anton K. Schnyder, Talia Einhorn, Daniel Girberger, *Private Law in the International Arena*, T. M. C. Asser Press, pp.289-309.

² 鉴于示范法突出表现于私法领域, 在探讨示范法的理论基础时, 主要以私法的统一化为中心。而且基于行文的方便, 着重论述了国际社会示范法的适用。但要说明的是, 这些理论论证中的合理部分同样适用于示范法在公法领域及在区际法律统一化中的适用情况。

³ 国际社会中的公约和条约方式, 均是以其对缔约国或加入国有约束力的方式完成国际立法的。公约更为全面典型些, 下文为论述方便简称“公约”。

⁴ 建构理性, 即 *constructivist rationalism*, 又译做“建构论唯理主义”。出自【英】哈耶克:《法律、立法与自由》, 邓正来等译, 中国大百科全书出版社 2000 年版。语源上, *constructivist* 是俄语词的转写, 指 19 世纪 20 年代俄国兴起的一个艺术流派。哈耶克启用这一术语来界定笛卡尔式唯理主义的哲学潮流, 用以与他梳理并昭示的以大卫·休谟为代表的苏格兰启蒙思想传统相对立, 有一定贬义。但是, 哈耶克并不是一味地反对“建构”本身, 他认为, 作为形容词的 *constructive*(建构)是“含有褒义的”。

⁵ 法的价值目标体系是指主观指向意义上的法的各种具体的价值名目及其相对关系和相互关系。法的价值目标是多样的, 因为人们的需要是多样的。对于法的多样的价值目标可以作多层次划分, 因为人们的需要可以作多层次的划分。国内学者们对于法的价值目标及其体系有不同的看法, 分别认为法律价值包括自由、正义、平等、安全、秩序等。详见李步云主编:《法理学》, 经济科学出版社 2000 年版, 第 59-61 页。

⁶ 在国内立法角度, 法典也具有也存在相应的问题。参见封丽霞:《法典编纂论——一个比较法的视角》, 清华大学出版社 2002 年版, 第 252-253 页。

⁷ 此处借鉴了 Leoni 对普通法与成文法的比较研究, 他认为尽管成文法可能是精心设计地, 普通法的传统较之成文法仍提供了更大的确定性。Leoni B, *Freedom and the law*, Los Angeles. Nash(1961). 转引自“自发秩序”词条, 出自【美】皮特·纽曼主编:《新帕尔格雷夫法经济学大辞典》第三卷, 法律出版社 2003 年版, 第 551-552 页。

⁸ 对于法律的普遍性特征详见【美】E·博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》, 邓正来译, 中国政法大学出版社 1999 年版, 第 233-240 页。

⁹ 参见傅静坤:《契约冲突法论》, 法律出版社 1999 年版, 第 169 页。有学者也认为此种不具有拘束力的示范法并不求得大多数人的满意, 但却能起草出被认为是最佳的规则。尽管其本身是一种相对缓慢且不完全的统一方式, 但确可达到一种较高的立法效果。Joseph Lookofsky, *The Harmonization of Private and Commercial Law*, Peter Wahldren ed., 39 *Scandinavian Studies in Law*, p.119.

¹⁰ 关于法的本质的阶级性的观点, 本文未提及。这方面的探讨见吕世伦、文正邦主编:《法哲学论》, 中国人民大学出版社 1999 年版, 第 239 页以下。

¹¹ 见相关学者的论述, 参见梁治平:《“法”辨——中国法的过去、现在与未来》, 贵州人民出版社 1992 年版, 及吕世伦、文正邦主编:《法哲学论》, 中国人民大学出版社 1999 年版, 第 192-206 页。从法社会学亦可得出类似的观点, 如自从 20 世纪以来, 持“法律多元论”者已经直接挑战了国家是一切法律制度的提供者的这一观念。他们断言法律体系区别并且独立于国家法律体系, 且以各种方式与之相联系而并非依靠国家。见“国家权力”词条, 出自皮特·纽曼主编:《新帕尔格雷夫法经济学大辞典》第 3 卷, 法律出版社 2003 年版, 第 593 页。

¹² Maitland, *Constitutional History of England*, Cambridge 382 (1908). 转引自【英】哈耶克:《法律、立法与自由》, 邓正来等译, 中国大百科全书出版社 2000 年版, 第 139 页。