SZEGEDI TUDOMÁNYEGYETEM

ÁLLAM- ÉS JOGTUDOMÁNYI DOKTORI ISKOLA

DOKTORI ÉRTEKEZÉS

TÉZISEK

Bóka János

Tradíció és modernitás a kínai jogrendszerben – különös tekintettel a szerződési jogra

Témavezető:

Prof. Dr. Badó Attila

Szeged

2012

I. Az értekezés célkitűzései, tematikája

Az értekezés elsődleges célkitűzése, hogy bemutassa a nemzetközi mintakövetés mechanizmusait a KNK hatályos, 1999. évi szerződési törvényének szövegezése és alkalmazása körében. A kezelhető, ugyanakkor a komparatív vizsgálat szempontjából szerves egységet képező kutatási tárgy elhatárolása azonban szükségessé teszi, hogy a fenti elsődleges célkitűzést bizonyos aspektusból szűkítsük, más tekintetben pedig bővítsük.

A KNK szerződésekről szóló 1999. évi törvénye történetileg nem elszigetelt jelenség sem a szabályozási tárgy, sem a mintakövetés szempontjából. Vizsgálata szükségessé teszi a modern kínai szerződési jog fejlődéstörténetének bemutatását, különös tekintettel az azt ért nemzetközi hatásokra. E tekintetben nehéz szelekciós döntéseket kellett hoznunk mind a vizsgált időszak határainak meghúzásával, mind a bemutatás részletességével kapcsolatban. Az 1999. évi szerződési törvény változtatásainak jelentőségét csak akkor érthetjük meg, ha főbb vonalakban tisztában vagyunk a népköztársasági szerződési jog fejlődésének fontosabb állomásaival, illetve a jog és igazságszolgáltatás szocialista felfogásának és gyakorlatának alakulásával. A szerződési jogalkotás során megfigyelhető mintakövetés motivációit és mechanizmusait csak akkor értelmezhetjük helyesen, ha belátjuk, hogy a kínai szerződési jog történetében izolációs és mintakövetési időszakok követték egymást. A nemzetközi hatások kiterjedtségének és jelentőségének megértése viszont csak úgy lehetséges, ha tisztában vagyunk a kínai szerződési jog állapotával a Qing- (Csing, 清) dinasztia korában (1644-1911), vagyis a masszív jogi transzplantációt megelőző igen hosszú izolációs időszak végén. Márpedig a szerződési jog állapota a késő császárkorban egyrészt önmagában is számos vitatott kérdést vet fel, másrészt pedig a Han- (漢, i.e. 206 – i. sz. 220), és bizonyos elemeiben a Qin- (Csin-, 秦) dinasztiáig (i.e. 221-206), sőt egyes szerzők szerint még korábbi időszakra, visszavezethető organikus fejlődés eredménye.

Az értekezés Liu Yongping periodizációs kísérletét veszi alapul, ami tekintettel van a kontinuitás, illetve az asszimiláció és változás időszakos alakulására. Liu rendszere a kínai jogtörténetet három szakaszra osztja. A kialakulás és jogfejlődés kreatív időszakát a Shang-dinasztiától (商, i.e. XVI-XI. sz.) a Han-dinasztia kezdetéig terjedő periódusra teszi, aminek korai (a Nyugati Zhou- (Csou-, 周) dinasztia bukásáig, i.e. 771-ig tartó), középső (a Qin-dinasztia trónra lépéséig tartó) és késői korszakát különíti el. Ebben az időszakban alakulnak ki a tradicionális kínai jogrendszert meghatározó politikai és jogi elméletek, a központosított

államigazgatási hierarchia, a büntetések rendszere, és ebből a korszakból származnak az első kihirdetett törvénykönyvek. A Han-dinasztia bukásától a Qing-dinasztia végnapjaiban (1898) megkezdett államszervezeti és jogi reformokig eltelt évszázadokat Liu a kontinuitás időszakának tekinti, mert a császárság jog- és intézményrendszerében alapvető változások nem következtek be. 1898 óta viszont Kína jogára a rendszer- és irányváltásoknak köszönhetően az „asszimiláció és változás" jellemző.

Természetesen vitatható, hogy az államszervezet szempontjából a 220-1898 közötti periódus mennyiben tekinthető a kontinuitás időszakának, az azonban megállapítható, hogy ezekben az évszázadokban a kínai jogfelfogás, jogforrási rendszer és igazságszolgáltatási szervezet nem változott olyan mértékben, ami eltérő korszakolást tenne szükségessé. Ennél fontosabb viszont, hogy a kontinuitás időszakában, de a XIX. század közepéig bizonyosan, a kínai jogrendszer fejlődése egyértelműen belső vezérlésű és belső forrásokra támaszkodó folyamat volt. Ehhez képest a komparatisztika szempontjából új fejezetet valóban a XIX-XX. század fordulója jelent, ahonnan a nemzetközi mintakövetés időszakát számíthatjuk, és amely időszak a mai napig nem zárult le. A korszak természetesen tovább bontható kisebb szakaszokra a mintakövetés célja, forrásai és kiterjedtsége alapján, ezt az értekezés el is végzi.

Az értekezés szempontjából az asszimiláció és változás időszakának viszonylag részletes elemzése indokolt mind a jogtörténeti háttér, mind a mintakövetési motivációk és mechanizmusok bemutatása miatt. A kontinuitás időszaka annyiban bír jelentőséggel, amennyiben ismerete elősegíti a nemzetközi hatások kiterjedtségének, illetve a tradicionális jog bizonyos elemei továbbélésének vizsgálatát – vagyis a mintakövetés transzplantációs vagy asszimilációs jellegének megállapítását. Ez a kontinuitás időszakának szelektív vizsgálatát indokolja, amit az értekezés úgy kíván megoldani, hogy rekonstruálja a tradicionális kínai joggal kapcsolatban a komparatisztikában kialakult általános képet, majd ennek célzott kritikáját adja. A kialakulás és jogfejlődés kreatív időszakának az értekezés témájával nincsen közvetlen érintkezési pontja, ezért csak annyiban utalunk az akkori jelenségekre és intézményekre, amennyiben ez a kontinuitás időszakának megértéséhez feltétlenül szükséges.

Az értekezés a „Kína" és „kínai" megjelölést a császárkorban a kínai állam effektív ellenőrzése alatt álló rendes tartományokra, a népköztársasági időszakban pedig a KNK központi területeire leszűkített értelemben használja, vagyis a „kínai szerződési jogot" a Hong Kong, Makaó és a KK (Tajvan) területén hatályos szabályozástól elkülönült rendszerként kezeli. Az előző pontban kifejtett időbeli keretek tiszteletben tartása miatt az értekezés a császárkor nem „kínai" területeinek vizsgálatát mellőzi. Három függelékben táblázatos formában mutatja viszont be a KK (Tajvan), Hong Kong és Makaó szerződési jogát. E

jogrendszerek a nemzetközi mintakövetés és asszimiláció egyedi, különösen érdekes esettanulmányát adják, miközben nem elhanyagolható hatást gyakoroltak a „kínai” szerződési jogra.

Az értekezés a magánjogi szerződések jogának általános részét vizsgálja, vagyis a magánjogi szerződésekre vonatkozó szabályok jogrendszerben elfoglalt helyét, a szabályozás struktúráját, alapelveit, illetve a valamennyi szerződéstípusra vonatkozó közös szabályokat. Ez a megközelítés bevallottan a KNK 1999. évi szerződési törvényének koncepciójára épül, és retrospektív természetű, mivel a történeti elemzés során kortárs jogdogmatikai koncepciókat vetít vissza olyan jogtörténeti periódusokra, amikor azok még nyilvánvalóan nem léteztek. Alkalmazása tehát bizonyos elővigyázatosságot és rugalmasságot igényel.

A téma lehatárolásával kapcsolatos döntést több szempont motiválta. Az értekezés kereteit lényegesen meghaladó vállalkozás lett volna a magánjogi szerződésekre vonatkozó joganyag egészének vizsgálata, ezért valamilyen szelekció mindenképpen szükségesnek mutatkozott. Az elemzés szempontjából kezelhető jogterület egy vagy több magánjogi szerződéstípus kiválasztásával is képezhető lett volna. E megközelítés előnye, hogy egyes alapvető szerződéstípusok (például adásvétel vagy kölcsönszerződés) esetén azok történeti fejlődése a szerződési jog általános részével kapcsolatos módszertani problémák nélkül a viszonylag távoli múltig visszavezethető. Ugyancsak e perspektíva mellett szól, hogy egy vagy több szerződéstípus esetén kompakt és jól lehatárolható a vizsgálódás köre, amelyben a komparatisztika szempontjából erősen specifikus, de szakmailag értelmes megállapítások tehetők.

Az értekezés három megfontolásra tekintettel mégsem ezt az utat követi. Amennyiben egyes szerződéstípusokat, illetve az azok szabályozásában jelentkező nemzetközi hatásokat történelmi perspektívában vizsgálunk, nem tekinthetünk el attól, hogy a kínai jogfejlődés az elmúlt évszázadban több olyan paradigmaváltáson ment keresztül, amelyek alapvetően átalakították a jog társadalmi funkcióját, a magánjog elhelyezkedését a jogrendszerben, illetve a szerződési jog struktúráját, alapelveit és tartalmát. Vagyis az egyes szerződéstípusok komparatív elemzése során sem tekinthetnénk el azoknak a területeknek a vizsgálatától, amelyeket fentebb a szerződési jog általános részének neveztünk, különben az egyes szerződéstípusok történeti fejlődése mögötti legfontosabb mozgatók maradnának homályban.

Ez a probléma kiküszöbölhető lehetne azzal, hogy jórészt lemondunk az elemzés történeti aspektusairól, és a KNK 1999. évi szerződési törvényének általános részét vagy egyes szerződéstípusait jelenlegi állapotukban vetjük össze más jogrendszerek megoldásaival, illetve azt alapul véve keressük a nemzetközi hatások megnyilvánulásait és forrásait. Ez a

megközelítés nem ismeretlen az összehasonlító szerződési jog körében, és a komparatisztika oldaláról komoly támogatást nyújthat a modern jogalkotói és jogalkalmazói munkához. Az értekezés egyik központi célkitűzése azonban az 1999. évi kínai szerződési törvényben megvalósuló nemzetközi mintakövetés forrásainak és módszereinek bemutatása mellett felvillantani a nemzetközi mintakövetés történeti tendenciáit, a mögötte meghúzódó ideológiai küzdelmeket és megfontolásokat, vagyis a nemzetközi mintakövetés általános szerepét a kínai szerződési jog fejlődésében. Úgy véljük, hogy e cél bizonyos történelmi perspektíva nélkül nem megvalósítható, másrészt megvalósítása során a szerződési jog általános része hatékonyabban felhasználható alapanyag, mint egyes szerződéstípusok.

További érv a témaválasztás mellett, hogy a komparatisztika szempontjából módszertanilag érdekesebb kihívás. A történeti aspektusaitól megfosztott, egy vagy néhány szerződéstípusra koncentráló elemzés szükségszerűen a normatív módszer túlsúlyát vagy kizárólagosságát eredményezné. A választott téma ezzel szemben több jogösszehasonlító módszer szimultán alkalmazását teszi indokolttá, ami egyrészt többdimenziós képet ad a vizsgált jelenségekről, másrészt alkalmat biztosít arra, hogy az értekezés néhány módszertani jellegű tézist is megfogalmazzon.

II. Az értekezés tézisei

1. Módszertani tézisek

Megítélésünk szerint a vizsgált időszakban a kereskedelmi szerződések mindvégig olyan funkciókat töltöttek be a kínai társadalomban, amely funkciók összevethetőek a nyugati társadalmakban betöltött funkciókkal. Elismerjük, hogy a nyugati jogrendszerekben általánosan elfogadott szerződési koncepcióhoz képest jelentős anomáliát jelent a vizsgált időszakban mindvégig a *mianzi* (面子, arc, a tekintély megőrzése) és a *guanxi* (關係, kapcsolati háló) gyakorlata, illetve a népköztársasági időszakban a „reform és nyitás” politikája óta egyre kisebb mértékben érvényesülő, de a mai napig érezhető sajátos „szocialista” jogfelfogás és gazdaságirányítási stratégia. Az előbbiek vizsgálata elsősorban jogszociológiai módszerek alkalmazását tenné szükségessé. Ezt a módszertani nyitást az értekezés koherenciájára való tekintettel nem kívántuk végrehajtani, így az értekezés lehetőség szerint megmarad a normatív keretek között. Ez a döntés nyilvánvalóan a teljesség hiányát eredményezi, azonban az értekezés tudományos értékét nem csökkenti: úgy véljük, az

összehasonlító jogtan szempontjából a kínai szerződési jog és a szerződési jogi transzplantok normatív vizsgálatának is van relevanciája.

A fentiek figyelembe vételével ugyanakkor az egyes vizsgált időszakokban tudatosan különböző módon jelöljük ki a „normatív" szféra határait. Ezek a határok általában nem esnek egybe a jogalkotó normatív aktusaival, de a szerződési gyakorlatot önmagában sehol sem tekintjük szerződési jognak. Az értekezés egyik központi tézise, hogy mai állapotában a KNK jogrendszere a magánjogi szerződések tekintetében *rule by law* rendszernek minősíthető, így a kortárs kínai szerződési jog vizsgálata során dominánsan normatív módszert *kell* alkalmazni. Ezt a tézist az értekezés igen részletesen igyekszik igazolni, és ennek során értelemszerűen jogszociológiai módszereket és szempontokat is alkalmaz.

Az értekezés szempontjából az összehasonlító jogtan funkcionalista paradigmáján belül az instrumentalista felfogásnak, illetve az ekvivalencia-funkcionalizmusnak van meghatározó jelentősége. Mivel nem egyszerűen a kínai szerződési jog funkcionalitását vizsgáljuk különböző időszakokban, hanem kifejezetten a jogi transzplantok szerepét a jogfejlődésben, ezért – ha nem is azonosulunk vele –, de figyelembe kell vennünk a jogi transzplantáció kettős eszközfelfogását. Elismerjük, hogy a jog társadalmi jelenség, ennek megfelelően alakulását globális társadalmi szinten érvényesülő törvényszerűségek is alakítják. Azonban a jogi transzplantok nézőpontjából a jogot egyszeri vagy ismétlődő, de egyedi és személyes emberi (jogalkotói, jogalkalmazói, jogalanyi) döntések formálják. A jogi transzplantáció során a döntések egyrészt eszköznek tekintik a jogot, mert bizonyos társadalmi, jogpolitikai vagy egyszerűen praktikus törekvések megvalósulását várják annak módosításától. Másrészt magát a jogi transzplantációt is eszköznek tekintik, ami a jog kívánt változásait indukálja. Vagyis fogalmilag a jog objektív funkciói szubjektív célkitűzésekké alakulnak át abban a reményben, hogy a jog megváltoztatásának társadalomra gyakorolt hatása mérhető és kontrollálható. Ez a jelenség a szakirodalomban *social engineering* néven ismert, aminek megítélésével a jogi transzplantok elméletét tárgyaló szakaszokban bővebben foglalkozunk.

Az ekvivalencia-funkcionalizmus jelentősége az értekezés szempontjából két oldalról fogható meg. Egyrészt áthatja az a meggyőződés, hogy valamennyi működőképes jogrendszernek be kell töltenie bizonyos adott funkciók jelentős részét, másrészt pedig elképzelhetőnek tartja, hogy azonos vagy hasonló intézmények különböző jogrendszerekben is képesek lehetnek ugyanazon funkciók betöltésére. Az első szempontot magunk is irányadónak tekintjük a történeti jellegű fejezetekben, és kísérletet teszünk annak bemutatására, hogy a hagyományos kínai jogrendszer milyen sajátos módon töltötte be a társadalmi fejlettségnek megfelelő funkcióit a magánjellegű megállapodások szabályozása

körében. A második feltételezést úgy tekintjük, mint a jogi transzplantáció alaptézisét, és azt vizsgáljuk, hogy konkrét transzplantációs kísérleteknél mennyiben bizonyult megalapozottnak.

A jogösszehasonlítás annál több kockázatot és buktatót hordoz, minél nagyobb a kulturális távolság a megfigyelő és a megfigyelt jogrendszer között. A kínai jog esetében ezek a nehézségek közismertek: sem a funkció módszertani fogalmának, sem az egyes funkciók tényleges tartalmának meghatározása során nem könnyű biztosítani a szükséges objektivitást. A megfigyelő annyit tehet, hogy előfeltevéseinek és prekoncepcióinak tudatában kellően behatárolt jogi jelenségeket vizsgál.

A kínai recepció tapasztalatai intenek azonban arra, hogy óvatosan bánjunk a recepció és transzplantáció kifejezések használatával, ha bizonyos jogelvek vagy jogintézmények teljesen kiürült formában kerülnek átvételre. Egyes szerzők igen meggyőzően érvelnek amellett, hogy nem beszélhetünk például a jogállamiság „kínai felfogásáról", ha ez a felfogás és a megvalósult gyakorlat szöges ellentétben áll a jogállamiság eredeti tartalmával. Úgy véljük ugyanakkor, hogy ez a problematika a szerződési jog tekintetében nem olyan jelentős, mint a közjogi területeken.

A magunk részéről csatlakozunk ahhoz az álláspontho, ami szerint a jogi transzplantokról nagy általánosságban tett megállapítások hasznossága és megalapozottsága az absztrakció szintjével fordítottan arányos. Viszont időben, térben és tematikusan jól meghatározott transzplantációs jelenségek tanulmányozása igen sokat elárulhat egy adott jogi és politikai kultúráról.

2. A tradicionális kínai jog mítosza és a valóság

A tradicionális kínai jog mítosza kimondatlanul abból a hagyományos jogpozitivista tételből indul ki, hogy a jog a szuverén akaratnyilvánítása, ami szükség esetén állami eszközökkel kikényszeríthető. Ez a megközelítés tökéletes összhangban van a legista filozófiai iskola álláspontjával, tehát nem teljesen idegen a kínai a jogelméleti gondolkodástól. Egyúttal a jogtörténészek számára igen kényelmes megoldás, mert a vizsgálódás körét – az uralkodó joggal kapcsolatos egyéb kijelentései és jogfilozófiai írások mellett – egyértelműen a kódexek szövegére szűkíti le. A források szűkössége és a jogtörténészek igen leszűkített jogfogalma ahhoz vezetett, hogy a kínai jogról kialakított mítosz sokkal közelebb állt az akkori államapparátus által a jogról ideológiai és praktikus okokból sugallni kívánt képhez, mint a valósághoz.

A jog határaival kapcsolatos polémia még nem zárult le, bár a szakmai közvéleményben egyértelmű elmozdulás érezhető ebben a kérdésben a korábbi évtizedekhez képest. Az uralkodó paradigma a császárkori kínai jog vizsgálatánál ma már a jog határait nem a kikényszerített szabály származási helyénél, hanem az állami kényszer igénybevételének lehetőségénél vonja meg. Ez a felfogás elismeri, hogy a hagyományos kínai társadalom tagjaira státuszuktól függően számos szabályrendszer vonatkozott, amelyek legitimitása és kötelező ereje különböző forrásokból fakadt. Az állam igen szűk körben maga is alkotott szabályokat, azonban szabályozási filozófiája jórészt abban merült ki, hogy az államérdek szempontjából fontosnak tartott normarendszereket részben vagy egészben az állami kényszer igénybevételének elvi lehetőségével megtámogatta. Ha a hagyományos kínai jog működését e szabályozási filozófia megnyilvánulásának tekintjük, akkor az állami jog és a szokás, valamint az állami intézményrendszer és a magánszféra kettősségét hármas osztat váltja fel: állami jog – szokásjog – szokás, illetve állami intézmények – az állammal együttműködő magánintézmények – magánintézmények. Vagyis a jog határainak megvonásakor azt kell vizsgálnunk, hogy az állam valójában milyen szabályokat kényszerített ki, illetve azt, hogyan működött együtt az állami igazságszolgáltatás a megtámogatni kívánt normarendszerek letéteményeseivel (klánok, faluközösségek, céhek stb.).

Magukat a rendelkezéseket vizsgálva kétféle következtetésre juthatunk attól függően, hogyan látjuk a kódex funkcióját a kínai jogrendszerben. Ha a kódex maga a jog, akkor az évszázadok alatt alig változó, kizárólag szankciókat előíró, igen gyakran közelebbről meg nem határozott standardokra hivatkozó rendelkezések a magánjog jelentős részének tényleg csak jelképes szabályozását nyújtják, minimális relevanciával a polgárok mindennapi életére. Ha viszont elfogadjuk, hogy a kódex nem elsősorban a magánjogi szabályok forrása, hanem közvetett módon egy mögöttes szabályrendszer megerősítését és szankcionálását szolgálja, akkor nemcsak átfogó, hanem meglepően rugalmas és hatékony struktúrával állunk szemben. Ez a dilemma a ma rendelkezésünkre álló források alapján már megnyugtatóan feloldható.

A császárkor szerződési joga igen komoly fejlődési és alkalmazkodási potenciálról tett tanúbizonyságot az évszázadok során. Ez a fejlődés és rugalmasság a szokásjog, a hivatásrendi testületek belső joga és az állami jog kölcsönhatásában nyilvánult meg. A jogfejlődés mozgatója rendszerint a szokásjog és a hivatásrendi jog volt, amelyek új jelenségeire az állam támogatóan, semlegesen vagy elutasítóan reagált. A közrend és a társadalmi stabilitás érdekében az állam kivételesen maga is kezdeményezőként lépett fel egyes magánjogi kérdésekben. Az állam nem tartott igényt a mai fogalmaink szerinti jogalkotás és jogérvényesítés monopóliumára, sőt kifejezetten törekedett az együttműködésre

olyan lakóközösségi, rokonsági és hivatásrendi társulásokkal, amelyek lojalitásához nem férhetett kétség, és amelyeket mindvégig ellenőrzése alatt tarthatott.

Fontos hangsúlyoznunk, hogy a császárkori szerződési jog társadalmi szerepét, szerkezetét, tartalmát, működését és fejlődését alapvetően belső tényezők határozták meg. Jelenségei a XIX. század közepéig külső hatások figyelembe vétele nélkül is magyarázhatóak, és nincsen jele annak, hogy a jogalkotás és jogalkalmazás szereplői tudatosan törekedtek volna idegen minták megismerésére vagy követésére. A Qing-dinasztiára rákényszerített nyitást követően azonban idegen eszmék és gyakorlatok gyors beáramlásának lehetünk tanúi.

3. *Rule of law* és *rule by law*

A *rule of law* azon felfogása, amit *thick*, illetve *substantial* jelzővel illet a szakirodalom, a koncepciót nem egyszerűen politikai hatalomgyakorlási technikának, hanem a zsarnokság elleni küzdelem eszközének tekinti. A *rule of law* ebben a megközelítésben egyetemesnek tekintett erkölcsi alapelvekkel és egyfajta politikai morállal átitatott kategória.

A *rule of law* fenti felfogását, illetve annak exportját az 1970-es évektől kezdődően folyamatosan érik kritikák arra hivatkozva, hogy etnocentrikus, megfosztja a fejlődő országok jogalkotóit és jogalkalmazóit a valódi politikai döntések lehetőségétől, és dogma szintjére emeli a mögötte meghúzódó politikai morált és társadalomfelfogást. Úgy tűnik azonban, hogy a *rule of law* sokkal könnyebben elválasztható a kialakulását alapvetően meghatározó társadalomfelfogástól és politikai moráltól, mint a hasonló eszmetörténeti gyökerekkel rendelkező „emberi jogok” vagy „hatalommegosztás” koncepciói. Ez a distinkció eredményezte a *rule of law* formális vagy *thin* jelzőt viselő verzióinak térhódítását. Ezek alaptétele, hogy a *rule of law* kizárólagos funkciója a kiszámíthatóság biztosítása, vagyis az, hogy a jogalanyok magatartásukat és következményeit megfelelően tervezhessék: tehát semmilyen előírást nem tartalmaz arra, hogyan és milyen tartalommal születnek a szabályok. A *rule of law* pusztán a társadalomirányítási funkciót betöltő szabályok uralmát jelenti – függetlenül a közjóra vonatkozó prekoncepcióktól. Az elméletek komolyabb elemzése során ugyanakkor nyilvánvalóvá válik, hogy a jogalkotási aspektusokkal ellentétben a jogalkalmazási szférában itt is továbbél számos szubsztantív elem, elsősorban a tisztességes eljárás és a független bíróságok köntösében.

A formális elméletek minimalista kritikája ezzel szemben arra hívja fel a figyelmet, hogy a jogrendszer által elismert jogok, vagy működésének társadalmi következményeivel szembeni közömbösség nem azonos a kiszámíthatósággal vagy a hatékonysággal. A gondolat

következetes végigviteléből az adódna, hogy a *rule of law* követelményeinek megfelelnének még azok a társadalomirányítási rendszerek is, ahol a bíróságok nem függetlenek és pártatlanok, sőt azok is, ahol nem a jog a politikai akaratközvetítés eszköze, feltéve, hogy a rendszer a kiszámíthatóság követelményeinek egyébként megfelel. Ez a megközelítés legalább annyira megfosztja a *rule of law* fogalmát bármilyen társadalmilag értelmes funkciótól, mint a jog uralmát átfogó ideológiává emelő szubsztantív elméletek.

Ahhoz, hogy a nyugati társadalmi-politikai berendezkedésen túl is valódi értelemmel ruházzuk fel a *rule of law* fogalmát, kísérletek történtek annak összekapcsolására a *law and development* elméletekkel. Az összekapcsolás abból a kézenfekvő irányból, hogy a *rule of law* megvalósítása elősegíti bizonyos társadalmi- és gazdaságfejlesztési programok végrehajtását, nem sok hozzáadott értékkel kecsegtet, mert egyrészt empirikusan nem igazolható, másrészt semmivel sem visz közelebb a *rule of law* fogalmának tisztázásához. A kapcsolat iránya viszont megfordítható, és a *rule of law*-t tekinthetjük úgy, mint egy bizonyos társadalom- és gazdaságfejlesztési program megvalósításához szükséges szabályozási- és intézményrendszert. Ezzel a *rule of law* elveszíti abszolút jelentéstartalmát, és egy adott környezetben megvalósítandó adott fejlesztési program szabályozási és intézményi előfeltételévé alakul át. Ez a megközelítés alkalmazható akkor is, ha a fejlesztési programot szigorúan gazdasági értelemben fogjuk fel (például a Világbank szektorális *rule of law* koncepciója ezt tükrözi), és akkor is, ha a fejlesztési program bizonyos értékek promócióját is magában foglalja (például Sen *development as capability building* elmélete)[1]. A szerződési jogra konkretizálva a fentieket, azt állíthatjuk, hogy a vonatkozó szabályozókra és intézményekre is eltérő szektorális *rule of law benchmark*oknak kell vonatkozniuk a gazdasági fejlettség szintjétől és a fejlesztési célkitűzések ambícióitól függően.

A *rule by law* kifejezést a legtöbb szerző egyszerűen a *rule of law* formális felfogásának szinonimájaként használja, és definíciója során meggyőződésétől függően különösebb reflexió nélkül vesz át bizonyos elemeket a *rule of law* szubsztantív koncepciójából. Az értekezés Orts *rule by law* definícióját alkalmazza, mert úgy véljük, hogy az abszolút érvényességre nem tarthat igényt, viszont megfelelően foglalja össze azokat az elvárásokat, amelyet a KNK aktuális fejlesztési stratégiája a jog- és igazságszolgáltatási rendszerrel szemben támaszt. Ebben a fogalmi rendszerben a *rule by law* megvalósulásához a jog formális létezésén túlmenően szükséges (i) a jog nyilvánossága, (ii) a jog kiszámíthatósága, (iii) a szabályok világos megfogalmazása, (iv) a jog koherenciája, (v) a szabálykövetés reális lehetősége, (vi) a

[1] SEN, AMARTYA: *Development as Freedom.* OUP, Oxford, 1999

szabályok viszonylagos állandósága és (vii) egyfajta kongruencia, vagyis a deklarált szabályok és a gyakorlatban kikényszerített magatartás általános megfelelősége. Azt az álláspontot képviseljük, hogy a Kínai Népköztársaságban az elmúlt évtizedekben végrehajtott reformok a magánjogi szerződésekre vonatkozó jogi szabályozás, illetve a polgári igazságszolgáltatás körében elérték azt a kritikus tömeget, hogy – a létező problémák ellenére – ezen a téren a *rule by law* gyakorlati érvényesüléséről beszélhetünk. Függetlenül a *rule of law* létével vagy hiányával kapcsolatos dilemmáktól, a *rule by law* megvalósulása Kínában kielégíti az előkérdések között megfogalmazott kritériumot, miszerint a vizsgált körben a konfliktusrendezés során nem elhanyagolható gyakoriséggal a jogrendszer érvényesül irányadó szabályrendszerként.

4. Megakadt fejlődés, korlátozott reform vagy kelet-ázsiai modell?

A Kínai Népköztársaság az elmúlt három évtizedben rendkívül szerény alapokra építve páratlan igazságszolgáltatási reformsorozatot valósított meg, amelynek eredményei vitathatatlanok. Általános egyetértés mutatkozik abban is, hogy a reformok alapvetően a népi bíróságok hatékonyságának és professzionalizmusának erősítését, illetve a bírói függetlenség – elsősorban a helyi kormányzati tényezőkkel szemben érvényesíthető – bizonyos elemeinek bevezetését célozták. Megoszlanak viszont vélemények a reformok értékelésével, illetve azok jövőjével kapcsolatban.

Az egyik markáns álláspont szerint a gazdasági-társadalmi reformok – így az igazságszolgáltatási reform is – megrekedtek. Egy ún. „részleges reformegyensúly” alakult ki, ahol a változás és a visszarendeződés egyenlő politikai súllyal rendelkező híveinek törekvései kioltják egymást. Ez a stagnálás akár igen hosszú ideig is állandósulhat, majd lassú leépüléshez vezet. Mások úgy vélik, hogy Kína a jog és igazságszolgáltatás reformja terén ugyanazt a kelet-ázsiai fejlődési modellt követi, ami Japán, Dél-Korea, Hong Kong, Szingapúr vagy Tajvan esetében sikerre vezetett. E modell lényege, hogy a gazdasági növekedés, jogállamiság és demokrácia szempontjai fokozatosan és egymásra épülve érvényesülnek. A jog- és igazságszolgáltatási rendszer érdemi reformja csak bizonyos gazdasági fejlettségi szint elérését követően valósulhat meg, azzal, hogy a különböző fejlettségi szinteken különböző típusú jogokat „vesznek komolyan”: a jogállamiság procedurális felfogása (*rule by law*) már viszonylag korai stádiumban gyökeret verhet, az alapjogoknak azonban sokáig csak kollektív vagy közösségi felfogása érvényesül, a

legfelsőbb állami vezetők demokratikus választása pedig szinte kivétel nélkül a fejlett ipari államok sajátja.

A valósághoz legközelebb talán a „korlátozott reform” koncepciója áll, amely szerint az igazságszolgáltatási reform célja távlatilag sem a hatalmi erőviszonyok vagy az alkotmányos berendezkedés alapvető átalakítása, hanem a népi bíróságok felkészítése arra, hogy a pártállami intézményrendszer keretei között hatékonyan elláthassák a gazdasági növekedés fenntartása érdekében szükséges magánjogi ítélkezési, illetve az egyéb jogterületeken korlátozott ellenőrzési és „biztonsági szelep” funkcióikat. A reform korlátozott jellege azonban nem jelenti azt, hogy a népi bíróságoknak ne kellene komoly konfliktusokkal szembesülniük akár más állami intézményekkel, akár a közvéleménnyel szemben – ezek felvállalásához azonban kizárólag a szakmaiság és a transzparencia erősítésén keresztül vezet az út. Fontos hangsúlyozni azt is, hogy a reformok korlátozott jellegétől függetlenül annak határai meglehetősen puhák: a népi bíróságok az alkotmányos berendezkedésben a jelenleginél nagyságrendekkel komolyabb pozíciót tölthetnek be, ha bizonyítják, hogy a társadalmi stabilitás és harmónia fenntartásában hatékonyan tudnak részt vállalni. E tekintetben kulcsfontosságú, hogyan látják a népi bíróságok saját szerepüket, és hogyan látják az állampolgárok a népi bíróságok hozzáadott értékét a konfliktusrendezésben.

5. Nemzetközi hatások a modern kínai szerződési jogban

5.1 Általános megállapítások

Az 1999. évi szerződési törvény megalkotása során nemzetközi minták figyelembe vételének elvi és gyakorlati lehetősége adott volt, és a vonatkozó politikai iránymutatások keretei között kifejezetten kívánatosnak minősült. A kínai jogalkotó bevallottan támaszkodott nemzetközi és külföldi forrásokra, így ezek a hatások jól kimutathatóak, elemezhetőek és értékelhetőek. Ez a megállapítás – lényegesen szűkebb körben és kevésbé explicit módon – a bírósági jogalkalmazásra szintén igaz. A kínai jogkölcsönzésre a szelektív és adaptív átvétel jellemző, az előzetesen meghatározott gazdaság- és társadalompolitikai célkitűzések pragmatikus érvényesítése érdekében. A felhasznált források körét ideológiai kötöttségek nem korlátozzák, bár a kínai jogalkotó a nemzetközi eszközöket preferálja az egyes nemzeti megoldásokkal szemben. A kínai szerződési jogi törvény ennek megfelelően egyrészt a kontinentális jog meghatározó befolyása mellett is szinkretikus, másrészt számos kínai sajátosságot mutat. A jövőre nézve jogintézményi szinten a *common law* erősödő hatása prognosztizálható. Az új

kínai polgári törvénykönyv kodifikációjának további alakulása mutatja majd meg, hogy a változás belátható időn belül a rendszerszintű tényezőkre is kihat-e (jogforrási rendszer, a bíróságok szerepe a jogalkotásban, a szerződési jog helye a jogrendszerben, a szerződési törvény szerkezete és alapelvei).

A Kínai Népköztársaság szerződési jogának fejlődése a számos nemzetközi hatás mellett is alapvetően belső vezérlésű, azaz belső társadalmi igényekre reagálva a saját stratégiai fejlesztési elképzelések megvalósítását szolgálja. A megfelelő elméleti háttérre, bővülő jogtechnikai ismeretekre, illetve egyre szélesebb körű ítélkezési gyakorlatra támaszkodva a kínai jogalkotótól mind nagyobb számban várhatunk egyedi megoldásokat a felmerülő sajátos jogkérdésekre. A kínai szerződési jog egészen a közelmúltig mint egzotikus különlegesség tarthatott számot az összehasonlító jogászok érdeklődésére. A helyzet mára gyökeresen megváltozott: a kínai szerződési jog a világ egyik legjelentősebb és fokozatosan mintaadóvá váló rendszerévé nőtte ki magát.

5.2 Specifikus tézisek

A szerződési szabadság alapelvét explicit módon sem a klasszikus, sem a modern kínai jog nem ismeri el. Természetesen a felek az évszázadok során Kínában is élveztek bizonyos autonómiát megállapodásaik tartalmának kialakításában, de – különösen az állami tervgazdálkodás időszakában – a jogalanyokban fel sem merült, hogy jogukban állna egymással szabadon szerződni. A szerződési szabadság első fogalmi elemeinek megjelenése az ECL (a gazdasági szerződésekről szóló törvény) 1993. évi módosításához köthető, amikor a jogalkotó törölte az állam politikai irányvonalával vagy az állami gazdasági tervvel ellentétes szerződés automatikus semmisségére vonatkozó kitételeket.

A szerződési törvény szakmai tervezete 1995 januárjában még kifejezetten tartalmazta a szerződési szabadság alapelvét, ezt követően azonban a rendelkezés jelentős átalakulásának lehetünk tanúi. Az 1997. májusi szövegállapot már csak az „egyenlőségen alapuló önkéntes szerződéskötés” jogát említi, az 1998. augusztusi és a végleges verzióban pedig külön szakaszokba kerültek az egyenlőség és önkéntesség szétbontott alapelvei. Az „önkéntesség” és a „szerződési szabadság” kapcsolatát illetően a vélemények nagyon széles skálán mozognak. A leginkább semleges megközelítés szerint a két koncepció „igen hasonló”, ami nyilvánvaló igazsága mellett megkerüli a jogátvétel és transzformáció problémáját, mert a hasonlóság nem véletlen, hanem tudatos kölcsönzés eredménye. Egy másik népszerű álláspont szerint az „önkéntesség” tartalmi elemeit tekintve gyakorlatilag megegyezik a

„szerződési szabadsággal”, esetleg annak „felvizezett változata”, és alkalmazását elsősorban az indokolta, hogy a szerződési törvény elfogadását megelőzően hatályba lépett más jogszabályok – pl. a biztosítási vagy fogyasztóvédelmi törvények – az ECL, TCL (a technológiai szerződésekről szóló törvény) és a polgári jog általános alapelveiről szóló törvény gyakorlatát követve ezt a szövegezést vették át. Ez a nézet azonban nem vesz tudomást arról, hogy az Országos Népi Gyűlés Állandó Bizottságában lefolytatott viták eredményeként a jogalkotó tudatosan és elvi megfontolásokból utasította el a szerződési szabadság kodifikálását, és fogadta el helyette az önkéntesség elvét. A legközelebb talán akkor járunk az igazsághoz, ha elfogadjuk, hogy a kínai jogalkotó a szocialista piacgazdaság jogi kereteinek kialakítása során a magánautonómia kiterjesztéséhez a nemzetközi árucsere-jog elismert alapelve felhasználásával sajátosan kínai koncepciót alkotott.

A koncepció lényege, hogy a szerződési szabadságnak és az azt korlátozó elemeknek egyforma alapelvi jelentőséget tulajdonít, míg a nyugati és nemzetközi szerződési jog ez utóbbiakat a főszabály alóli szigorúan meghatározott kivételeknek tekinti. Az „egyenlőség” és „önkéntesség” elvei ebben az olvasatban azzal a gyakorlati következménnyel jártak, hogy korábban soha nem látott mértékben nyitottak utat a felek autonóm szerződéskötési gyakorlatának, ugyanakkor konzerváltak – igaz, visszafogottabb formában – számos alapvető korlátozást.

A szerződési törvény 6. §-a a jóhiszeműség alapelvét a *chengshi* (诚实, becsület) és *xinyong* (信用, őszinteség, megbízhatóság) kifejezések alkalmazásával írja le, amiben nem nehéz felismerni a japán *shingi seijitsu*, illetve azon keresztül a német *Treu und Glauben* hatását. A jóhiszeműség alapelvi szintű megfogalmazására először a polgári jog általános alapelveiről szóló 1986. évi törvény 4. §-ában került sor, ezt megelőzően sem az ECL, sem a FECL (a külföldi gazdasági szerződésekről szóló törvény) nem rendelkezett erről. A jóhiszeműség valamennyi modern jogrendszerben fontos jogelvi szerepet tölt be, a kontinentális jogrendszerekben pedig alighanem a központi és meghatározó szervező elv. Vannak szerzők, akik szerint a jóhiszeműség alapelve a kínai jogban is hasonlóan domináns pozíciót foglal el, azonban ezt a felfogást sem az alapelv jogszabályi elhelyezése, sem annak gyakorlati alkalmazása nem támasztja alá.

A polgári jog általános alapelveiről szóló törvény 4. §-ában a jóhiszeműség – az önkéntesség, tisztesség és a szolgáltatások egyenértékűsége mögött – az ott felsorolt négy alapelv közül az utolsó helyen szerepel, miközben a jogalkotó az egyenlőséget, a törvényes jogok és érdekek védelmét, a törvényességet, illetve a közrend és jóerkölcs védelmét külön

szakaszban helyezte el. A szerződésekről szóló 1999. évi törvényben a jóhiszeműség már külön szakaszt kapott, azonban a hat alapelvi szakasz között itt is a negyedik helyre szorult vissza.

A jóhiszeműség hozzáadott értéke a kínai szerződési jogban a kölcsönös együttműködés követelményéből kiindulva közelíthető meg. A jóhiszeműség olyan másodlagos – a szerződés létrejöttéhez, megszűnéséhez, vagy a szerződésben meghatározott jogok és kötelezettségek gyakorlásához és érvényesítéséhez kapcsolódó – jogokat és kötelezettségeket keletkeztet, amelyeknek megfelelő magatartás tanúsítása a vonatkozó, általánosan elfogadott közösségi vagy kereskedelmi standardok szerint a felektől az adott esetben alappal elvárható. A szerződési törvény ezt a követelményt konkretizálja a pre-konktraktuális felelősség intézményében (42. §), illetve az értesítési, együttműködési és titoktartási kötelezettség meghatározásakor (60. §), amit kiterjeszt a poszt-kontraktuális időszakra is (92. §).

Bár a jóhiszeműség alapelve a kínai jogrendszerben viszonylag új intézménynek tekinthető, a jóhiszeműség mint erkölcsi követelmény a konfuciánus hagyományban komoly múlttal és hatással rendelkezik. Egyes jogtudósok szerint a szerződési törvény 6. §-a valójában ezt a konfuciánus erkölcsi tradíciót emeli be a jog szférájába, nem pedig a kontinentális jog *bona fides* koncepcióját. Ez a kategorikus kijelentés ebben a formában nem feltétlenül állja meg a helyét, a konfuciánus *chengshi* azonban egyértelműen hatott a modern kínai jog jóhiszeműség felfogására abban, hogy azt megnyitotta a feleken kívül álló társadalmi megfontolások és érdekek előtt. A konfuciánus erkölcsi normák szerint a felek megállapodásának végrehajtása során a feleknek kölcsönösen tekintettel kell lenniük egymás érdekeire, és valamennyi félnek tekintettel kell lennie a társadalom és az állam érdekeire. Ez utóbbi elemet nevezi egy szerző találóan a jóhiszeműség kollektív aspektusának, amit sajátosan kínai jelenségnek tekint.

Fontos ugyanakkor két megjegyzést tennünk ezzel kapcsolatban: (i) a modern kínai szerződési jog a felek kapcsolatába való állami beavatkozást a törvényesség, illetve a közrend és a jóerkölcs védelmének alapelveivel biztosítja, ehhez nem szükséges a jóhiszeműség fogalmának fenti kiterjesztése; (ii) míg az állami és társadalmi érdek érvényesítése a felek kapcsolataiban tipikusan a megállapodás teljes vagy részleges érvénytelenítését eredményezi, a kínai bírói gyakorlatban a közvetlenül a jóhiszeműségre alapított ítéletek általában a szerződés fenntartása és a szerződéses kötelezettség vagy egyoldalú kötelezettségvállalás megerősítése irányába mutatnak. Kivétel ez alól a *clausula rebus sic stantibus* (*hardship*) alkalmazása, amire vonatkozóan a kiforrott és következetes ítélkezési gyakorlat kodifikálását

a jogalkotó tudatosan elutasította, így annak egyes elemeit a bíróságok a jóhiszeműség alapelvének felhasználásával igyekeznek visszacsempészni.

III. Konklúziók

A folyamatosan zajló kínai gazdasági és társadalmi átalakulásnak köszönhetően a szerződési jog a nyugati társadalmakban bevett funkciókhoz egyre hasonlóbb funkciókat lát el, a nyugati jogrendszerekhez egyre hasonlóbb szervezetrendszerek és jogintézmények segítségével, a nyugati társadalmakéhoz egyre hasonlóbb társadalmi közegben. A konvergencia már elérte azt a szintet, hogy a kulturális antropológiát meghaladó absztrakciós szinten tehessünk összehasonlító megállapításokat, azonban még nem jutott el addig – és belátható időn belül nem is fog -, hogy a jogági jogtudományok egyszerű normatív eszközeivel megalapozott következtetésekre juthassunk.

A kínai jogrendszer fejlődésében a XX. század elején megindult késő-Qing reformokat megelőzően nyugati minták követése nem mutatható ki. Az általános vélekedéssel ellentétben azonban a császárkori jog tekintettel volt a magánjogi viszonyokra, és a szerződéseknek is nyújtotta bizonyos szabályozását. Ez a szabályozás több pilléren állt: a szankciós és igazgatási szemléletű kódex mellett a központi és helyi kormányzatok lojális természetes és mesterséges közösségekkel együttműködve határozták meg és kényszerítették ki a magánjogi megállapodásokra vonatkozó rendelkezéseket.

A nemzetközi mintakövetés intézményes gyakorlata a késő–Qing reformokkal párhuzamosan alakult ki, és alapelvei a mai napig változatlanok. A jogkölcsönzés instrumentális szemléletet követett, azaz nem önmagában a nyugati szabályozás módszerének és tartalmának elfogadása, hanem mögöttes politikai szándékok motiválták. A jogátvétel szelektív volt, vagyis a szükségesnek ítélt jogterületekre korlátozódott, és jogterületenként is eltérő mértékben érvényesült. A magánjogi szerződések joga rendszerint olyan jogterületnek minősült, ahol a jelentős terjedelmű és mélységű jogátvétel indokoltnak tűnt a mögöttes politikai szándékok megvalósításához. A jogátvétel emellett adaptív volt, tehát nem a külföldi és nemzetközi minták reprodukcióját tartotta feladatának a kínai jogalkotó, hanem a helyi politikai, gazdasági, kulturális és társadalmi viszonyoknak megfelelő szabályozás kialakítását a külföldi szabályozások tapasztalatainak, illetve autoritásának felhasználásával.

A jogátvétel a kontinentális európai jogrendszerek hagyományainak megfelelően rendszerint a jogalkotó szándéka szerint átfogó kodifikáció, illetve egyéb jogalkotás révén történt volna. Tekintettel azonban a modern kori Kína viharos társadalmi átalakulásaira,

kiszámíthatatlan politikai fordulataira, illetve a különböző politikai rendszerek joggal kapcsolatos ambivalens felfogására, ez a célkitűzés csak kivételes esetekben valósult meg. Ennek megfelelően a vizsgált időszakban mindvégig fokozott jelentősége volt a jogalkalmazói és jogtudományi szinten végbement recepciónak. Ez utóbbi hatása a későbbi jogalkotásra a tudományos konszenzus jellemző hiánya miatt nem teljesen egyértelmű. Azonban a jogalkotó a bíróságokat mindig is – a kontinentális európai jogrendszereket meghaladó mértékben – partnernek tekintette az egyes megoldási lehetőségek tesztelésében, sőt kikísérletezésében is.

A mintaadó jogrendszerek megválasztása igen összetett politikai, kulturális és szakmai szempontrendszer alapján történt. A kínai jogalkotó nemcsak a kodifikált jog könnyebb transzplantálhatósága miatt, hanem általános társadalom- és jogpolitikai megfontolásokból is a kontinentális európai minták követése mellett döntött. Ezek a minták japán közvetítéssel jutottak el Kínába, amelyek már eleve egy kelet-ázsiai társadalom sikeres nyugati típusú modernizációjának tapasztalatait is magukon hordozták. A KNK mintaválasztásait, illetve a mintakövetés elvetését a „reform és nyitás" időszakát megelőzően ideológiai megfontolások határozták meg. Az 1999. évi szerződési törvény orientációjában azonban ezek a szempontok már másodlagos jelentőségűek voltak. Ugyancsak jól kimutatható az elmozdulás a „külföldi" minták követésétől a „nemzetközi" jogharmonizációs törekvések preferálása felé, amelyek kialakításában Kína egyre aktívabb szerepet játszik. Ez az új megközelítés a mintaválasztás korábban nem tapasztalt vegyes, szinkretikus jellegének erősödéséhez vezet.

Az új kínai polgári törvénykönyvre vonatkozó 2002. évi szakbizottsági javaslatban ez a szinkretizmus – ideértve az Egyesült Államok jogának erősödő hatását – megítélésünk szerint elérte azt a szintet, ami a jogcsaládok közötti határvonalak átlépését és valóban egyedi szintetizálási kísérletet jelent. A polgári jogi kodifikáció a kínai jogalkotó számára most nem élvez prioritást, és a kódex szerkezetével és tartalmával kapcsolatos szakmai és politikai viták messze nem jutottak nyugvópontra, így egyelőre nem megjósolható, hogy ez az állapot mennyire tekinthető véglegesnek.

Az értekezés témájában megjelent publikációk

Bóka János: A kínai jog: hagyomány és modernitás. In: Badó Attila – Bencze Mátyás – Bóka János – Mezei Péter (szerk.): A jogrendszerek világa. Pro Talentis Universitatis Alapítvány, Szeged, 2012, 224-263

Bóka János: Reform és nyitás: a választottbíráskodás felemelkedése és sajátosságai a Kínai Népköztársaságban. Európai Jog, 2011/6, 24-31

Bóka János: Nemzetközi hatások a Kínai Népköztársaság szerződésekről szóló törvényében. FORVM Szeged, 2011/1, 163-203

Thomas Kadner Graziano – Bóka János: Összehasonlító szerződési jog. CompLex, Budapest, 2010, 602 p.

Bóka János: A japán jog. In: Badó Attila – Loss Sándor (szerk.): Betekintés a jogrendszerek világába. E-Press, Szeged, 2004, 319-327

Bóka János: A népi bíróságok a Kínai Népköztársaság alkotmányos berendezkedésében. Konfuciusz Intézet, Budapest (megjelenés alatt)

Bóka János: „Tanulj meg mindenkitől tanulni" – Alkotmánybíráskodás a Tajvani-szoros két oldalán (megjelenés alatt)

Summary of Theses

I. Objectives and Thematic Outline of the Dissertation

The primary goal of the dissertation is to outline mechanisms of international legal transplantation in the drafting process and implementation of 1999 PRC contract law. However, in order to work with a manageable and homogeneous research object it is necessary to make some readjustments to this general objective.

The 1999 PRC contract law is historically not isolated neither from the point of the object of legislation, nor from the point of transplantation mechanisms. Therefore, our analysis must start with an introduction to the development of modern Chinese contract law with a special emphasis on foreign influences. In this regard, some very difficult choices had to be made as far as the timeframe and depth of analysis is concerned. Changes introduced by the 1999 PRC contract law can be understood only if one is aware of the major stages in the development of socialist contract law as well as the socialist concept and practice of law and administration of justice in China. The motives and mechanisms of legal transplantation during the adoption of the 1999 PRC contract law can be interpreted correctly only against a historical background of constantly changing periods of isolation and openness to adopt foreign patterns. The extent and importance of international influences can be appreciated only if compared with the state of contract law in the Qing period (1644-1911), at the end of a long period of isolation before massive legal transplantation began. This task is all the more complicated because some of even the most basic characteristics of contract law in the late imperial period are debated, while others are the product of an organic development that can be traced back to the Han (206 BC – 220 AD) or in some aspects to the Qin (221-206 BC) dynasties.

The dissertation takes the periodization attempt by Liu Yongpin as the point of departure because it pays due attention to changing periods of continuity or assimilation and change. Liu divides Chinese legal history into three periods. The period of formation and creative development is set from the Shang (16th -11th century BC) to the beginning of the Han dynasty with an early (until the fall of Western Zhou in 771 BC, middle (until the Qin dynasty's rise to power) and late sub-period. The political and legal theories providing a basis for the traditional Chinese legal system, the centralised state bureaucracy, the system of punishments were all formed in this period together with the first published codes. The long

centuries between the fall of the Han dynasty and the political and legal reforms initiated in the final days of the Qing dynasty (1898) are regarded by Liu as a period of continuity without fundamental institutional and legal changes in the Empire. However, since 1898 due to frequent changes in political system and direction, the law in China can be characterized by 'assimilation and change'.

Of course, it is open to discussion whether the period between 220 and 1898 AD is in fact a period of continuity as far as the state bureaucracy is concerned, but it is clear that the concept and sources of law and the system for the administration of justice did not change in such a way as to call for a different periodization. More importantly, however, in the period of continuity – or at least until the middle of the 19th century – the development of the Chinese legal system was driven by internal factors and based on internal sources. From a comparative perspective, the turn of the 19-20th century opened a new chapter by ushering in a still ongoing period of assimilating international patterns. The dissertation further divides this period into sub-periods based on the different objectives, sources and extent of legal transplants.

For the purposes of the dissertation, a detailed analysis of the period of assimilation and change is required to describe the motives and mechanisms of legal transplantation. The period of continuity is important in order to determine the extent of international influences as well as the survival of some elements of traditional Chinese law – i.e. whether the penetration of foreign patterns takes the form of transplantation or assimilation. This calls for a selective analysis of the period of continuity that the dissertation undertakes by reconstructing the general view of traditional Chinese law shared by most students of comparative law followed by its targeted critique. The period of formation and creative development has no direct relevance to the objectives of the dissertation, therefore developments and institutions in this period are referred to only if it is indispensible for the understanding of the period of continuity.

The dissertation uses the term 'China' and 'Chinese' in a restricted sense. In the imperial period it refers to regular provinces under the effective control of the central government, while under the PRC it includes only mainland China. Consequently, 'Chinese contract law' is treated separately from the contract laws of Hong Kong, Macao and Taiwan (ROC). The dissertation is not concerned with the law of non-Chinese territories in the imperial period, on the other hand, three tables are annexed to the text giving a brief overview of the contract laws of Taiwan (ROC), Hong Kong and Macao. These legal systems provide

unique and interesting case studies in legal transplantation while themselves being a source of reference for 'Chinese' contract law.

The dissertation focuses on what is called the general part of the law of contracts, i.e. the place of rules relating to private contracts in the legal system, the structure of regulation, general principles and rules related to all types of contracts. This approach is admittedly built on the concept taken on board by the 1999 PRC contract law and is retrospective in nature in the sense that it projects contemporary legal concepts and institutions into a period when they obviously did not yet exist. This approach requires certain caution and flexibility.

It would exceed the limits of a dissertation to examine the whole body of law related to private contracts therefore some kind of a selection seemed inevitable. A manageable research object could have been created by selecting one or more types of contract. A benefit of this approach would have been that the historical development of some of the most fundamental contract types (e.g. sale contracts, hires or loans) can be traced back to a relatively distant past without facing the problems related to the non-existence of a general part of contract law. Another benefit of this approach would have been that it results in easily delimited research objects where very specific but sensible conclusions could be drawn.

However, the dissertation does not follow this path for several reasons. If the dissertation would analyse international influences related to certain contract types from a historical perspective, it still could not disregard the number of changes of paradigms in Chinese law effecting the social functions of law in general, the place of private law in the legal system as well as the structure, principles and content of contract law. In other words, a substantial analysis of what we called above the general part of contract law would prove to be unavoidable even when dealing with specific contract types.

This problem might disappear if the dissertation excludes all historical aspects from the analysis, and it compares the present content of the 1999 PRC contract law with the solutions of other contemporary legal systems trying to identify examples and sources of foreign and international influences. Such an approach, which might provide a significant assistance in legislative and judicial work, is not unknown among comparative lawyers. One of the most important objectives of this dissertation is, however, to highlight historical trends in legal transplantation and the ideological battles and considerations behind these trends, in general the role played by foreign models in the development of Chinese law. This objective cannot be fulfilled without a certain historical perspective, and for these purposes the general part of contract is a more convenient material compared to specific contract types.

Another argument for the choice of material is the related challenge in methodology. An analysis deprived of historical consideration or limited to a few contract types would certainly be predominantly normative in nature. In contrast, the research object chosen for this dissertation requires the simultaneous use of several comparative methods enabling it to offer a multi-dimensional picture of the phenomena under review and to formulate some theses in connection with methodology in the process.

II. Main Theses of the Dissertation

1. Theses on Methodology

In our opinion, commercial contracts throughout the period under review have played a role in Chinese society that has been comparable to their functions in Western societies. Admittedly, the continuous existence of *mianzi* (face) and *guanxi* (social network) as well as a particular view a socialist law and socialist market economy result in significant differences compared to the concept of a contract generally accepted in Western societies. The study of the former factors (*mianzi* and *guanxi*) would require the use of tools employed by legal sociology. However, this dissertation attempts to remain within the limits of a normative approach being less comprehensive but still having a scientific value: we are convinced that a normative analysis of Chinese contract law and legal transplants does have relevance for comparative law.

On the hand, the dissertation purposefully draws different boundaries of the 'normative' sphere for different historical periods. The concept of the 'normative' sphere is usually not reduced to legislative acts, while at the same time simple contractual practices are not regarded as contract law. One of the central theses of this dissertation is that in its present shape the PRC legal system can be regarded as a *rule by law* system as far as contract law is concerned thus a predominantly normative approach *must* be applied for the study of contemporary Chinese contract law. This thesis is argued in great details in the dissertation and some of the arguments are supported by methods and perspectives borrowed from legal sociology.

The dissertation's point of departure is the functionalist paradigm of comparative law, and within this framework it builds on an instrumentalist and equivalency functionalist point of view. Since the dissertation is not simply concerned with the functions of Chinese contract law in different eras, but rather with the role of legal transplants in the development of

China's legal system, one must take into consideration – without necessarily accepting – the 'double instrumentalist' assumptions behind legal transplantations. We accept that law is a social phenomenon therefore it is shaped by developments on a global social scale. However, from the perspective of legal transplants, law is created by either single or recurring but necessarily individual and personal human decisions of legislators, judges and citizens. Decisions related to legal transplants regard law as an instrument because they expect legal change to contribute to a social, political or personal agenda. Besides, legal transplantation itself is regarded as an instrument that induces an expected change in the legal system. Thus objective functions of law are transformed into subjective goals with the assumption that social effects of legal change are measurable and controllable. This idea is known as *social engineering* and is dealt with in detail in the passages reviewing the theory of legal transplants.

For the purposes of this dissertation, equivalency functionalism is significant in two aspects. First, it is permeated by the belief that all operational legal systems must perform a certain number of given functions; second, it does not exclude the possibility of identical or similar legal institutions being able to perform the same functions in different legal systems. We basically agree with the first statement, and make attempts in the historical chapters to show how the traditional Chinese legal system performed these functions in regulating private agreements under given circumstances. The second statement is regarded as the fundamental assumption of any legal transplantation process and the dissertation attempts to show to what degree this assumption proved well founded as regards particular legal transplantation initiatives.

The bigger the cultural distance between the observer and the observed legal system, the more risks legal comparison holds. As regards Chinese law, these difficulties are well known: it is not easy to maintain an unbiased position in defining the methodological concept of function or the content of such functions. The most an observer can do is to limit observations to sufficiently circumscribed legal phenomena while being aware of his assumptions and preconceptions.

The experience of Chinese legal transplants also suggests a certain caution in using expressions like 'reception' and 'transplantation' when legal principles or institutions are borrowed in a way that strips them of their original normative content. Some authors argue quite forcefully against a rule of law 'with Chinese characteristics' if such approach is irreconcilable with the rule of law as it is understood in legal systems of its origin. We are convinced, however, that this problem is less serious in Chinese contract law than in public law areas.

In our opinion, the more general and abstract observations related to legal transplants are the less useful and solid they become. On the other hand, the study of legal transplants, if confined to a research object well defined in time, place and content matter, might yield valuable information about a particular legal and political culture.

2. The Myth and Reality of Traditional Chinese Law

The myth of traditional Chinese law is built on the tacit legal positivist assumption that law equals to the will of a sovereign that might be enforced by State coercion. This approach is not entirely alien to Chinese legal thinking as it more or less conforms to the position of the legalist school of philosophy. It is also a very comfortable solution for legal historians because it allows the reduction of the scope of study to the imperial Code. As a result, the scarcity of reliable sources and a very limited concept of law led to a situation where the modern myth on traditional Chinese law is much closer to an image projected by the Chinese bureaucracy for ideological and practical reasons than to reality.

Even though the debate related to the limits of law is far from being over, there has been an unequivocal shift in consensus in the past decades. The dominant paradigm now draws the boundaries of imperial law in China with a view to the possibility of State coercion instead of the source of the rule that was being enforced. This approach recognizes that members of the traditional Chinese society could be subjects to many sets of rules depending on their status, each of these sets of rules drawing their force and legitimacy from different sources. The State itself adopted rules in very limited areas, but usually was content to support the application of other sets of norms deemed crucial for government policy with the theoretical possibility of lending State authority and coercion for implementation and enforcement. In this framework the dichotomy of law and customs and State and private spheres is replaced by a three-tier system of law – customary law – customs and State – State-supported private institutions – private institutions. Thus when drawing the limits of law, one must examine the scope of rules enforced by the State and ways of cooperation between the State administration of justice and the operators of private set of norms (clans, village communities and guilds).

Looking at the provisions of the imperial Code, one can reach two opposite conclusions on its function in the Chinese legal system. If the Code itself was the law, then indeed it provided only a symbolic regulation of the private sphere with provisions that were left unchanged for centuries, referred to vague standards, applied exclusively penal sanctions, and had minimal relevance for the everyday life of the individuals. However, if one accepts that

the Code was not primarily a source of private law but more of an instrument to enforce and sanction a set of secondary rules, then we are looking at a comprehensive and surprisingly flexible and effective structure. With the use of sources at our disposal, this question can now be settled convincingly.

The imperial contract law displayed an amazing capability to evolve and adapt during the centuries. This evolution and flexibility was the result of the relationship between customary law, the internal rules of guilds and State law. Legal development was usually driven by initiatives in customary law or guild regulations that triggered a supportive, neutral or hostile reaction on behalf of the State. Exceptionally, from time to time the State itself took some initiatives in private law to protect public order and maintain social stability, but in general it did not claim exclusivity in legislation or administration of justice – on the contrary, it always promoted cooperation with communities built on common residence, kinship or profession that were undoubtedly loyal and controllable.

It must be noted that the role, structure, content, operation and development of imperial contract law were fundamentally determined by internal factors. Until the middle of the 19th century, its characteristics can be explained without any reference to external effects, and there is no sign of any conscious attempt to seek or follow foreign models by any legislative or judicial actor. After the opening forced on the Qing dynasty, however, a rapid influx of foreign ideas and practices can be witnessed.

3. *Rule of Law* and *Rule by Law*

One of the concepts of rule of law that is described as 'thick' or 'substantial' in the literature regards rule of law not as a mere technique of governance but rather as an instrument to fight tyranny. This approach considers some moral principles and a particular political morality to be an indispensable part of the concept.

This view and its promotion in developing countries have been increasingly criticized since the 1970s based on claims that it is ethnocentric, denies the legislative and the judiciary in developing countries real political choices, and transforms underlying assumptions on the functioning of a society and political morality into a dogma. It seems, however, that the concept of the rule of law can be more easily severed from those assumptions than other concepts of similar intellectual background and origin, e.g. 'human rights' and 'separation of powers'. This resulted in the proliferation of 'thin' or 'formal' concepts of the rule of law. These concepts claim that the sole function of the rule of law is to guarantee predictability, so

citizens may plan their behaviour and its probable consequences, without any requirements as to the adoption and content of the rules. Rule of law simply means the rule of regulations aimed at governing a society and is void of any notion of public good. A more rigorous analysis reveals, however, the survival of several substantive elements in these concepts, notably in requirements formulated vis-à-vis the judiciary, e.g. fair trial and judicial independence.

Minimalist critiques of formal theories insist, however, that indifference to social consequences of recognized rights or the functioning of the legal system is not equal to predictability or efficiency. Consequently, systems of social control where the judiciary is not independent or impartial, and even systems where political will is not transmitted through the instrument of law, may be considered rule of law systems if otherwise conform to requirements of predictability. These theories strip the concept of the rule of law of any meaningful social function just like those 'substantial' theories that transform the rule of law into an all-encompassing ideology.

In order to reach a concept of rule of law that is meaningfully applicable outside the Western socio-political establishment, attempts were made to couple the concept of rule of law with theories of law and development. One obvious way to make this connection is the assumption that rule of law might contribute to the implementation of social and economic development programs. This statement, however, has no added value because it is empirically unverifiable, and does not bring us any closer to the clarification of the meaning of rule of law. But this connection can be made the other way around: rule of law can be regarded as the regulatory and institutional framework that is required for the implementation of a given social and economic development program. Instead of being a concept of objective and absolute content, rule of law thus becomes the relative regulatory and institutional prerequisite of a development program designed for a specific environment. This approach is equally feasible for development programs of an exclusively economic character (as reflected in the sectoral rule of law concept followed by the World Bank) and for development programs that in addition include the promotion of certain values (e.g. Sen's theory of development as capacity building)[2]. The application of this theory to contract law would result in different sectoral rule of law regulatory and institutional benchmarks depending on the level of economic development and the ambitions of development objectives.

[2] SEN, AMARTYA: *Development as Freedom.* OUP, Oxford, 1999

The notion of '*rule by law*' is used by most authors as a synonym for the 'thin' concept of rule of law, and is usually defined in a way as to incorporate various elements of the 'thick' concept as well. Without recognizing its absolute validity, the dissertation applies the rule by law concept developed by Orts, because in our opinion it sums up well the expectations implicit in the PRC's current development strategy towards the legal system and the judiciary. In this framework, besides the formal existence of law a rule by law system requires (i) the publicity of legal rules, (ii) the predictability of regulation, (iii) the clarity of rules, (iv) a coherent body of regulations, (v) the real possibility of compliance, (vi) the relative stability of rules, and (vii) a congruency between adopted rules and the behaviour that is actually enforced. It is submitted that, as a result of the legal reforms of the past decades in the area of contract law and the related administration of justice, as regards private contracts there is a rule by law system operating in the PRC: during conflict settlement there is a sufficient probability of the use of law as the prevalent set of rules.

4. Trapped Transition, Limited Reform or East Asian Model?

In the past three decades the PRC building on very modest foundations pursued an unparalleled judicial reform with some unquestionable results. There is a general consensus that this reform process aims at the strengthening of efficiency and professionalism of people's courts, and at the introduction of some elements of judicial independence – mostly vis-à-vis local governments. There is no consensus, however, on the evaluation and future prospects of the reforms.

According to one influential position economic and social reforms, including judicial reform, are trapped. A 'partial reform equilibrium' has developed where proponents of change and restoration wield equal political clout thus extinguish each other's initiatives. This stagnation may last for a considerable time before giving way to an inevitable disintegration. Others are convinced that as far as legal and judicial reform is concerned China follows the East Asian development model that has been successfully applied in Japan, South Korea, Hong Kong, Singapore or Taiwan. The basic characteristic of this model is that priorities of economic growth, rule of law and democracy are implemented gradually one after another. A certain level of economic development is the prerequisite for a genuine legal and judicial reform with different types of rights being 'taken seriously' at different levels of economic development: a formal approach to rule of law might take hold at a very early stage, followed

by the recognition of individual fundamental rights only later on, and the democratic election of top government officials being reserved only for the most developed industrial countries.

In our opinion, the most realistic scenario is that of 'limited reform': the objective of judicial reform is not the restructuring of the existing balance of power or a constitutional overhaul. It attempts to prepare people's courts to better perform their functions related to the maintenance of economic growth by the administration of civil justice and by providing limited oversight and 'safety valve' services within the framework of a party-state. The limited nature of reforms, however, does not exclude serious conflicts with other government institutions or the general public – for which the people's courts can prepare only through strengthening professionalism and transparency. It must also be emphasized that even though judicial reform is limited, its limits are rather soft: people's courts may play a lot more significant role in the PRC constitutional system if they prove to be an effective tool for the maintenance of social stability and harmony. In this regard it is crucial what kind of self-image people's courts have and how citizens view their added value in conflict resolution.

5. International Influences in Modern Chinese Contract Law

5.1 General Remarks

During the drafting process of the 1999 PRC contract law the theoretical and practical possibility to follow foreign or international patterns was there and even encouraged within the relevant political guidelines. The Chinese legislator admittedly built on foreign and international sources, thus these influences can be identified, analysed and evaluated. This statement also applies, even though to a considerably smaller extent, to legal interpretation activities of the people's courts. Legal borrowing has been selective and adaptive and has been pragmatically used as a tool to implement economic and social policy objectives. The selection of reference materials has not been hampered by ideological constraints even though there has been a clear preference of international sources as opposed to national ones. As a result, besides bearing the decisive mark of continental civil law systems, the 1999 PRC contract law is syncretic in nature while showing a number of Chinese characteristics. In the future a growing influence of common law can be projected on the level of legal institutions. It remains to be seen whether in the drafting process of the new Chinese civil code these changes will reach the systemic characteristics of contract law (sources of law, the role of

courts in the formation of law, the place of contract law in the legal system, structure and principles of contract law).

Notwithstanding the significant impact of foreign models, the development of PRC contract law is fundamentally internally driven in the sense that it reacts to internal social demands and serves the implementation of a domestic development strategy. Building on an ever stronger theoretical background and legal drafting skills and being assisted by an increasingly sophisticated case law the Chinese legislator is expected to produce more and more independent solutions to arsing legal issues. Until the not so distant past Chinese law was regarded as an exotic legal system by most scholars of comparative law. By now, it has grown into one of the most significant legal systems that is also a source of inspiration for other jurisdictions.

5.2 Specific Theses

The principle of contractual freedom is not explicitly recognized by either traditional or modern Chinese law. Of course, during the centuries contracting parties in China did enjoy some autonomy in shaping the content of their agreements, but – especially in the framework of a planned economy – it never occurred to them that they would be allowed to contract freely. The first elements of contractual freedom appeared with the 1993 amendments to the ECL (Economic Contract Law) when the legislator deleted the provisions declaring void all contracts contrary to the government's political line or the state economic plan.

The academic draft of the PRC contract law from January 1995 contained an explicit reference to the principle of contractual freedom, but subsequently the relevant provisions underwent profound changes. The version of May 1997 only refers only to 'voluntary conclusion of contracts on the basis of equality', while the text dated from August 1998 as well as the final version provides for the separate principles of 'equality of contracting parties' and the 'voluntary conclusion of contracts'. There is no consensus on the relationship between 'voluntariness' and 'contractual freedom'. According to the most neutral opinion, the two concepts are 'very similar'. This statement is of course true, but avoids the problem of legal transplanting and adaptation since the similarity is not a coincidence but rather the result of a legal borrowing. Another popular view holds that in its content 'voluntariness' is practically identical to 'contractual freedom', or its watered-down version, and the term was chosen because previous legislation – e.g. on insurance contracts or consumer protection – following the wording of ECL, TCL (Technology Contract Law) or the GPCL (General

Principles of Civil Law) already opted for this terminology. This view, however, disregards the fact that the Chinese legislator – after lengthy debates in the Standing Committee of the National People's Congress – explicitly rejected the concept of contractual freedom and endorsed the principle of 'voluntariness'. 'Voluntariness' can thus be best described as a particular Chinese concept that was created on the basis of a well-known principle of the law on the international exchange of goods with the intention to set the limits of private autonomy within the system of socialist market economy.

While Western contract laws regard contractual freedom as the main rule with limitations being the exceptions, the Chinese notion of 'voluntariness' puts freedom and its limitations on an equal footage. In practice, the principles of 'equality' and 'voluntariness' allow an unprecedented degree of autonomy for the contracting parties in China while also perpetuating some fundamental limitations.

Article 6 of the 1999 PRC contract law enshrines the principle of good faith by using the expressions *chengshi* (honesty) and *xinyong* (trust) carrying the obvious influence of the German *Treu und Glauben* via its Japanese translation of *shingi seijitsu*. Neither the ECL nor the FECL (Foreign Economic Contract Law) contained any reference to good faith, as its first mention comes from Article 4 of the 1986 GPCL. Good faith plays an important role in all modern legal systems and it is probably one of the defining and structuring principles of the European continental legal family. Some authors insist that good faith has a similarly prominent function in Chinese law but this argument is not supported by either the location of the principle in the contract law or its practical application so far by the judiciary.

Article 4 of GPCL lists good faith together with voluntariness, fairness and exchange of equal values, while other principles such as equality, protection of lawful civil rights and interests, legality, and protection of social morality are treated in individual separate articles. The 1999 PRC contract law devotes a separate article to good faith but even here it is relegated to fourth place among the six articles on general principles.

The added value of good faith in Chinese contract law can be best understood through the requirement of mutual cooperation. Good faith gives rise to secondary rights and obligations that are connected to the exercise and enforcement of primary rights related to a contract. These secondary rights and obligations are specified in the provisions of the PRC contract law on pre-contractual liability (Art 42), and information, cooperation and confidentiality requirements (Art 60) that are also extended to the post-contractual period (Art 92).

Even though the legal principle of good faith is a relatively new institution in Chinese law, good faith as a moral principle has a well established legacy in Confucian tradition. Some authors argue that Art 6 of the PRC contract law imports this Confucian moral into the legal realm instead of the Western *bona fides* concept. This might be an overstatement, but we agree that Confucian *chengshi* did have a strong impact on good faith as a legal principle in the sense that it opened the concept to a wide range of social considerations and third-party interests. According to Confucian moral principles, during the implementation of a private agreement parties must take into due consideration not only the legitimate interests of the other contracting party but also those of the State and society in general – what might be termed as the particularly Chinese collective aspect of good faith.

Two important remarks must be made in this regard: (i) in modern Chinese contract law the principles of legality, public order and the protection of social morals also warrant State intervention into the contractual relationship of the parties, thus the extension of good faith in this direction is not a necessity; (ii) while State intervention in contractual relationships typically results in partial or complete invalidity of the contract, in Chinese judicial practice judgements based directly on the principle of good faith usually point towards the maintenance of the contract and the confirmation of contractual or unilateral obligations. An exception in this regard is the application of *clausula rebus sic stantibus* (hardship) which has not been included in the 1999 PRC contract law therefore people's courts must have recourse to the principle of good faith to be able to continue the application of previous guidelines on the modification or termination of contract in case of fundamental change of circumstances.

III. Conclusions

As a result of continuous economic and social changes, contract law in China performs functions that are becoming more and more similar to those performed in Western societies via institutions and in an environment that are also moving closer to their Western counterparts. The convergence has reached the level where comparative analysis might yield results beyond the level of cultural anthropology but it still has not advanced to the point where one can use a simple normative methodology.

Legal transplants did not play a prominent role in the development of Chinese law before the late Qing reforms in the early 20th century. Contrary to the widely accepted belief, the imperial legal system was not indifferent to private dealings and offered a way of regulating contracts as well. This regulation was based on a multi-pillar structure: in addition

to a Code with a fundamentally penal and administrative orientation, central and local governments worked out and enforced rules on private agreements in cooperation with loyal natural and artificial communities.

The institutionalized practice of legal transplants was developed in parallel to the late Qing reforms and its principles have remained unchanged ever since. Legal borrowing has followed an instrumental approach in the sense that it has been motivated by political considerations and not by a desire to accept the methods and content of Western legislation. It has also been selective in the sense that it has been confined to certain areas of law and even in the selected areas legal borrowing has been pursued with very different intensity. The law of private contracts has always been an area where massive legal borrowing was deemed necessary for the implementation of underlying political objectives. In addition, legal borrowing has been adaptive as its objective has not been the reproduction of international and foreign patterns but rather the creation of a regulation that corresponds to the local political, economic, cultural and social environment using the experience and authority of those models.

In accordance with the traditions of European continental legal systems, legal borrowing would ideally take place through comprehensive codification or legislation. However, due to the turbulent social changes and unexpected political turns that helped into power regimes with widely differing views on legality, this ideal only exceptionally materialized. Therefore, throughout the period under review reception through the judiciary and jurisprudence has been of utmost importance – even though the impact of the latter due to a generally missing consensus in legal literature. On the other hand, the Chinese legislator has always regarded the judiciary as a partner in developing and testing solutions – to an extent exceeding practices in European continental legal systems.

The choice of models has been based on a complex matrix of political, cultural and professional considerations. The Chinese legislator has preferred European continental examples not only because codified law is easier to transplant but also because of general considerations related to social and legal policies. The first Western models reached China through Japan already carrying the experience of the successful modernization of an East Asian society. Before the ‘reform and opening’ period, the choice of models or the decision to reject them by the PRC was determined by ideological considerations. Such considerations played only a minor role in the orientation of the 1999 PRC contract law. There also a clear shift from following ‘foreign’ models to following ‘international’ models that are being

developed by an increasingly active participation by the PRC. This approach results in a new, syncretic nature of legislation.

In the 2002 draft of the Chinese civil code, this phenomenon – including a stronger impact of U.S. contract law – has reached the level of crossing the dividing line between legal families and producing a genuine synthesizing attempt. Civil codification seems not be a priority for the Chinese legislator for the time being and the professional and political debate on the structure and content of the new code is far from being over, therefore it is premature to say whether this development is a lasting phenomenon.

Related publications

Bóka, János: A kínai jog: hagyomány és modernitás.[Chinese Law: Tradition and Modernity] In: Badó, Attila – Bencze, Mátyás – Bóka, János – Mezei, Péter (eds.): A jogrendszerek világa. [The World of Legal Systems] Pro Talentis Universitatis Alapítvány, Szeged, 2012, 224-263

Bóka, János: Reform és nyitás: a választottbíráskodás felemelkedése és sajátosságai a Kínai Népköztársaságban. [Reform and Opening: The Rise and Characteristics of Arbitration in the PRC] Európai Jog, 2011/6, 24-31

Bóka, János: Nemzetközi hatások a Kínai Népköztársaság szerződésekről szóló törvényében. [International Influences in the PRC Contract Law] FORVM Szeged, 2011/1, 163-203

Kadner Graziano, Thomas – Bóka, János: Összehasonlító szerződési jog. [Comparative Contract Law] CompLex, Budapest, 2010, 602 p.

Bóka, János: A japán jog. [Japanese Law] In: Badó, Attila – Loss, Sándor (eds.): Betekintés a jogrendszerek világába. [An Introduction to the World of Legal Systems] E-Press, Szeged, 2004, 319-327

Bóka, János: A népi bíróságok a Kínai Népköztársaság alkotmányos berendezkedésében. [People's Courts in the PRC Constitution] Konfuciusz Intézet, Budapest (under publication)

Bóka, János: „Tanulj meg mindenkitől tanulni" – Alkotmánybíráskodás a Tajvani-szoros két oldalán ["Learn to Learn from Everyone" – Constitutional Review on the Two Sides of the Taiwan Strait] (under publication)