

法学理论

# 自体法: 通向自然法之路径<sup>\*</sup>

谭岳奇

(武汉大学 法学院, 湖北 武汉 430072)

[作者简介] 谭岳奇(1971-), 男, 湖南衡东人, 武汉大学法学院国际法学系博士生, 主要从事国际私法学研究。

[摘要] 自然法理论作为国际私法上诸多重要理论的法哲学基石, 是确立自体法理论在现代国际私法中的地位的依据。自体法与最密切联系原则等诸多范畴相比, 自体法应为国际私法中的自然法。

[关键词] 自体法; 自然法; 最密切联系原则

[中图分类号] D 990. 2 [文献标识码] A [文章编号] 1008-2999(2001) 01-0036-06

自体法理论一直是倍受国际私法学者关注的重要理论问题。但学者们对自体法的研究主要局限在概念的辨析以及合同自体法、侵权自体法的探讨, 对其进行更深层次理论思考并不太多。

立足于自然法理论, 通过对国际私法史进行理论分梳, 笔者认为自体法应重新建构, 以实现作为一种实在法的准据法和代表国际私法最新理论成果的最密切联系原则的超越。

## 一、自体法之普适性发展取向

自体法的英文是“Proper law”, 最早于 1858 年由英国学者韦斯特莱克在其《国际私法论》一书中所创设。根据英国学者的理解, 合同自体法首先是指合同当事人所自主选择的适用于合同的法律。在当事人没有选择适用于合同的法律时, 它便是指与合同有最密切联系的法律。但这种以主观论限制客观论的观点, 近来已被一些学者抛弃。有学者指出, 明示的法律选择行为如果与合同因素集结地的合同自然本座相抵触则是不允许的<sup>[1]</sup>(P. 450)。这表明以最密切联系原则为内核的客观论正日益被视为探求自体法真义的手段和方法。

自体法问世时是与寻求合同准据法密不可分的。然而自体法很快便取得其独立的涵义和内在的生命活力, 开始向其他法律部门领域渗透。1951 年, 英国学者莫里斯在《哈佛法律评论》上发表“论侵权行为自体法”一文, 而将自体法概念引入侵权法领域, 莫里斯借用的是自体法中的客观论的涵义, 即侵权行为自体法便认为是与侵权行为有最密切联系的法律。然而有学者显然赞同在侵权法中引入意思自治原则<sup>[2]</sup>(P. 293)。各国立法者也有采用此种观点者, 如瑞士联邦国际私法法规第 132 条规定: “当事人可在侵害事件发生后任何时候约定适用法院地法。”这说明自体法之主观论在侵权法领域也日趋活跃。

一个更令人瞩目的现象是最密切联系原则和意思自治原则在继承法领域也找到了用武之地。1988 年通过的《关于死者遗产继承的准据法公约》在涉外继承关系引入了这两个原则。虽然该公约没有明确

\* 收稿日期: 1999-12-12

指出,其所适用的准据法遵循了自体法理论,但这一事实却是无法否认的。

另外,中国国际私法立法还直接将最密切联系原则引入了扶养关系领域。而在处理婚姻关系中之夫妻财产关系时,意思自治原则的运用也是有目共睹的。

自体法来源于合同领域,但现已摆脱了对合同的依附性,发展成为一个具有独立内涵的法律概念,自体法理论在自我更新、自我发展的过程中,随着其适用空间的不断拓展,从最早合同领域,扩展到侵权、遗产继承、扶养、婚姻等诸多领域,“自体法理论适用范围的扩大必将引起下述两个问题,一是自体法理论是否会遍及国际私法的每一个领域?二是,如果国际私法的每一个领域都适用自体法理论,那么这对于国际私法的发展的利弊各有多少?”<sup>[3]</sup>(第 288 页)

笔者认为,自体法在国际私法部门制度中之普适性发展取向是不可逆转的,目前缺乏证明自体法没有普适性的令人信服的理由,真正令学者们讳莫如深的原因是如仅将涵纳主观论和客观论两方面内容的自体法作为准据法、系属公式或实在法来应用,正如将最密切联系原则作为普适性的系属公式来使用的话,必将导致国际私法的消亡,因为整个国际私法都可以用一句话来概括,那就是涉外民商事关系适用其自体法。

我们首要的工作是廓清自体法概念之基本含义,而我们不宜在实在法或准据法的意义上使用自体法,否则前述学者们之隐忧必将得到应验,而且英国学者当初没有必要在准据法概念之外,另外创设自体法概念了。自韦斯特莱克创设了自体法概念以来,学者们一直致力于探究自体法的内涵,并得出自体法包含了主观和客观论两方面含义的结论,但是否这就穷尽和揭示了自体法概念之精髓呢?笔者认为,不然。主观论和客观论只是在个别制度领域认知自体法的手段,或者说意思自治原则和最密切联系原则,只是通向自体法的路径而已。

那么什么是自体法呢?自体法是各涉外民商事法律关系依其自身特性应该适用的法域的法律。笔者认为,自体法是国际私法上的自然法(或应然法)概念,不应该将其降格为或等同于实在法,如准据法来使用,否则既违背了创设这一概念者的初衷,也与国际私法上之现有概念或范畴,如准据法、意思自治原则、最密切联系原则相雷同或混同,破坏国际私法自身内在的严谨性、科学性,将国际私法上的应然世界与经验世界混为一谈。从而失却了国际私法作为法学学科对正义理想的崇高追求。

## 二、自体法作为自然法理念确立之法哲学基础

自然法是西方法学一个极为重要的概念。在中世纪,国际私法的萌芽从古典自然法理论中吸收了人文主义思想的合理因子。其后,文艺复兴、宗教改革运动的时代洪流有力地促进了商品经济的发展,自然法成为政治革命的理论武器。格劳秀斯、霍布斯、普芬道夫、斯宾诺沙、洛克、孟德斯鸠、卢梭等启蒙思想家高举“自然法”和“自然权利”的旗帜,对封建制度进行了猛烈的抨击。古典自然法理论包含有人文主义的价值观念,其实质是呼唤个性解放、独立和自由。

一般认为,国际私法萌芽于 13 世纪出现于意大利的“法则区别说”。其杰出代表为被后世誉为“国际私法之父”的巴托鲁斯。在意大利,巴托鲁斯以前的法则区别说学者,站在一种单边的立场上,探讨人法、物法、程序法的适用,但他们只解决法院地法的适用问题,而巴托鲁斯则进一步研究在性质上具有人法或物法性质的外国特别法是否也可以在法院国适用,这已是从一种双边的意义上来讨论人法、物法的适用原则了。巴托鲁斯实际上把各城邦的法则看作是具有普遍适用性的。巴托鲁斯的法则区别说已经是站在探讨城邦法则的普遍适用性的立场上去解决法律冲突问题了,并且被称之为一种建立在自然法基础上的普遍主义学说<sup>[4]</sup>(第 59 页)。巴托鲁斯作为后期注释学派的代表,把新兴资产阶级所鼓吹的人文主义思想带入了国际私法领域,这主要表现在他反对过去封建主义那种在法律适用上的绝对属地主义而提出了另一条属人主义路线。正如有学者所指出的:“一些哲学的概念,例如关于自然法的学说,在它们弥漫于欧洲的时候,是不会不影响法则区别说的。”<sup>[4]</sup>(第 52 页)

建基于自然法理论的法则区别说,统治了国际私法学说达几百年之久,直到 19 世纪萨维尼提出“法律关系本座说”。萨维尼所提出的理论也来源于他的包含有潜在的普遍主义思想的自然法观念<sup>[2]</sup>(第 209 页)。古典自然法论者把自然法归之于理性,或认为理性是自然法的核心。理性论是孟德斯鸠政治法律哲学中最基本的理论,孟氏以理性论为基础建立他的整个国家和法的哲学体系。孟氏曾指出:“由此可见,是有一个根本理性存在着的。法就是这个根本理性和各种存在物之间的关系,同时也是存在物彼此之间的关系。”<sup>[5]</sup>(第 1 页)

萨维尼将继承罗马法的国家看成在法律上被一种纽带联系在一起的国家,这种纽带便于各国在其各自的领土上适用外国法,而基督教使这种共同性更加巩固了,在萨维尼看来,基督教和罗马法是组成西方各民族共同性的两个因素<sup>[6]</sup>(第 332 页)。正是基于上述共同性,萨维尼便阐述了“许多互相往来的民族所形成的国际社会”的观点,并提出“不论判决是在这个或那个国家里宣告,同样的法律关系最好得到同样的判决。”<sup>[4]</sup>(第 59 页)

在具体方法论上,他不再像法则区别说那样去探讨法律规则的性质,而直接研究每一种法律关系应受哪个地域法律的支配,即他比较系统地分析了每一种法律关系的“本座”所在地的法律。萨维尼正是立足于欧洲国际社会的实际,从各国国家主权中抽象出基督教和罗马教两个共同因素,绕过主权壁垒,巧妙地构筑了自己的理论。可以说萨氏之理论追求的是一种典型的理性法、理想法状态。萨维尼的理论使国际私法在更高基础上向普遍主义回归,他所建立的一整套系属公式大大推进了欧洲国家国际私法成文立法的发展。可以说,自然法理论系近代国际私法的奠基石。

进入 20 世纪以后,国际私法理论可以说是百花齐放。50 年代美国自冲突法革命以后,便出现了“政府利益分析说”、“功能分析说”、“法院地法说”、“结果选择说”和“较好法律说”等多种学说<sup>[7]</sup>(第 111 页)

1971 年,美国学者里斯为协调并反映美国冲突法的研究成果,在编纂《第二次冲突法重述》时,提出了“最密切联系说”。“该方法介于传统的既得权方式与偏重按‘政府利益’进行自由松动的政策分析方式二者之间”<sup>[7]</sup>(第 116 页)。“最密切联系说”一经问世便产生了广泛的影响,有些国家更是将其作为国际私法立法的首要指导原则,如 1979 年奥地利联邦国际私法法规。学者们均给予其很高评价。有学者认为该原则实质是构建国际私法体系的理论基石。“最密切联系原则”是否完全揭示国际私法上法律选择的真谛呢?它能否担负起构建现代国际私法理论体系的重任?它是否自 13 世纪以来国际私法理论发展的最高阶段——即法律选择理论中的终极真理?

笔者认为国际私法并非如此,即它无法以一言蔽之:“涉外民商事关系适用与之有最密切联系的律。”如同太阳也有黑子,最密切联系原则有一定的局限性,它无法在国际私法一切领域运作,即在国际私法中有些领域并非要适用与之有最密切联系的律。

19 世纪自然法学一度衰落,而规范分析法学大行其道,20 世纪以来,自然法学再度复兴而称之为“新自然法学派”。在新自然法学中,自然法不是本体论意义上的自然法,而是认识论和方法论意义上的自然法。正如美国学者 P·E·约翰逊所说,当我们运用“自然法”这个术语时,“指的是一种方法,我们运用它判断个人伦理和实在法的原则是什么。自然法的哲学家们渴望在理性和人类本性的基础上,而不是依靠神启或先知的灵感做出这些判断。这样定义的自然法是一个比任何特定的自然法理论都更为广泛的范畴”<sup>[8]</sup>(第 20 页)。

20 世纪以来,国际私法中灵活性之价值备受推崇,“最密切联系原则”为许多国家广泛接受,实则是现代国际私法追求实质正义的体现,也是对自萨维尼以来所形成的那种构造简单、规定明确、稳定性强的冲突法体系的扬弃和反动。随之而来的必然是法律运作的任意性不断增加,法律解释的主观性不可避免,司法主体的自由裁量权呈扩大趋势。这些弊端无法在分析实证主义法学中得到克服,必须超越实证法学,去寻求新的法律资源。这种资源就是自然法理论。自然法理论将指导、评判、制约并影响实在法的运作,使实在法追求的实质正义目标能得以实现。

自然法是中世纪法则区别说的理论源头,萨维尼以自然法为理论基石构建了“法律关系本座说”,那

么在现代国际私法中一种什么样的制度、理论或概念能反映自然法的精神和要求,并将其贯彻到国际私法的各个领域中去呢?且保证国际私法内的自我评价、自我校正机制之良性运作。

笔者认为,自体法就是国际私法上的自然法观念。如前所述,自体法从合同法律适用领域脱离出来以后,正日益衍化成一个自足的概念,具有自身独立的内涵,其实质是指各涉外民商事法律关系依其自然特性应该适用的法域的法律。它实质上是一种应然法,对现实的准据法提出了达到应然状态的要求,自体法以自然法理论作为其存在之法哲学基础,并不断从自然法理论中吸取丰富的理论滋养。

自体法的发现和寻找,应当以自然法作为理论背景并分析每一种涉外民商关系的法律构成因素,考虑此种因素在该涉外在商事关系的地位和重要性,经过权衡以决定采用何种因素作为连接点,由于立法者知识的局限性和时代局限性,最后确定下来的准据法只能是接近或比较接近自体法的,但不会等同于自体法。这显然也表明任何时代、任何立法者所制订的准据法从其所处时代的层面上可以反映自体法对准据法的某些要求。但是一旦时过境迁,导源于自然法理论的自体法又会对准据法提出新的要求,促使准据法变革。

笔者认为,在国际私法中重构自体法理论,有以下重要意义:

1. 各国或国际公约在为涉外民商事关系选择准据法时,应接受自体法指引,而不应当选择怪异或反常的准据法
2. 基于上述理由,国际私法统一化运动可以从自体法理论中寻找理论支撑,从而有利于加速当代国际私法统一化进程
3. 任何冲突规范的制订都有其时代局限性,没有一劳永逸、一成不变的冲突规范
4. 对选择准据法,适用准据法的司法运作过程,自体法有制约、评价功能

### 三、最密切联系原则的限度与自体法理论对该原则的超越

“最密切联系说”是 20 世纪以来国际私法理论上所产生的最重要的理论成果。国际私法学者和立法者已经在试图以“最密切联系原则”为基石来构建国际私法体系。那么,“最密切联系原则”能否统摄国际私法中之全部法律资源呢?

(一)有些学者试图用“最密切联系原则”这一现代理论来解释传统的冲突规范,有不尽如人意之处,如程序问题适用法院地法。这是一条法则区别说时代早期便确立的冲突规范,当初学者们区别人法、物法、程序法来探讨法律适用问题,主要是为了解决法院地哪些规则可以适用涉外民事案件。这一冲突规范自确定以来,经过数百年来各种理论和学说的洗礼,依然保持了它在解决程序问题之法律适用上的基本准据法地位,可以说从最根本上来说,它与各国法官在法律适用上的“本地化”情结相暗合。这种“本地化”情结在今天表现为法律适用上的“回家去的趋势”<sup>[9]</sup>(第 64 页)。

另外,“场所支配行为”、“人的能力适用属人法”等诸多冲突规则都有其产生的社会语境,须将其置于特定的历史情势中进行分析方能认识其全貌,吉尔茨曾指出:“法律就是地方性知识,地方在此处不只是指空间、时间、阶级和各种问题,而且也指特色,即把对所发生的事件的本地认识与对可能发生的事件的本地想象联系在一起。”

今天,我们如果用“最密切联系原则”这一现代理论去解析各种传统的、内生于某种社会情境的解决法律冲突的知识,无异于将后者从历史中剥离出来,使一些具体的、生动的法律经验变异为一种抽象的,符合“逻辑”的法律规范。当历史的潮水退去时,原生的知识将沦落为枝头飘零的蝉蜕。而美国大法官霍姆斯曾指出:“法律的生命不是逻辑,而是经验”<sup>[10]</sup>(第 37 页)。而法律的这种经验性、传统性特质,还要在多大程度上被我们忽视呢?

(二)当我们将观察的视点重新投向“最密切联系原则”的发源地——美国时,这或许对于我们重新认识“最密切联系原则”在国际私法上的地位会有所裨益。美国自 50 年代冲突法革命以后,产生了各种

纷繁复杂的法律选择理论,70年代“最密切联系”学说的出现并不意味着它可以一统天下。

据考察,在法律选择理论上,美国有 21 个州和哥伦比亚特区采用传统既得权的方式,3 个州采用莱夫拉尔的“较好法则”说,2 个州采用柯里的“政府利益”分析说,2 个州采用“重力中心”地说,2 个州采用法院地法说,6 个州将现代方式结合起来适用。而真正采用最密切联系原则的只有 14 个州<sup>[7]</sup>(第 140 页)。这一幅图景告诉我们,那些试图的“最密切联系原则”构建国际私法的理想主义者,在知识的原点上已经走出了多远。

另外最密切联系原则与“意思自治原则”、“直接适用的法律”等理论也缺乏兼容性。最密切联系原则试图用一元化的价值尺度和固定化的思维定势来统摄国际私法中所有的理论和资源并不成功,自体法理念的确立势在必行:

### 1. 自体法所表征的是一种应然状态的法,这是自然法的理性要求

将理性对准据法的要求和经验的准据法现实作适当区分,有助于国际私法作为良善之法的存在。据马克思·韦伯看,法律的理性化是两种力量共同作用的结果,一方面,商品经济的生产方式需要严格的形式法律和法律程序,它需要法律依可以预知的方式发生作用;另一方面,行政活动要求制度法典化,由受过训练的官僚运用法律实施管理。正如美国法学家庞德所指出的:“只有能够受理性考验的法才能坚持下来,只有基于经验或被经验考验过的理性宣言成为法的永久部分。经验由理性考验,而理性又受经验的考验。舍此之外,在法律体系中,没有任何东西能站得住脚”<sup>[11]</sup>(第 110 页)。这既是庞德对法的定义的描述,也是他关于法律中经验和理性两者关系的辩证说明,用他的一句概述性的表述:在法的各种目的在逻辑上的矛盾之间,“依靠以经验为基础的理性”,才能使它们保持平衡。“整个文明社会的历史证实了这一点”<sup>[11]</sup>(第 111 页)。自体法便是这样一种理性的法。自体法与准据法之互动过程便体现为理性与经验之辩证关系。

### 2. 自体法对国际私法的各种理论,制度和资源具有统摄功能

自体法作为理性法,它将自然法的理性内核为其理论归依。恩格斯在评论法国启蒙思想家的理性主义时指出:“在法国为行将到来的革命启发过人们头脑的那些伟大人物,本身都是非常革命的。他们不承认任何外界的权威,不管这种权威是什么样的。宗教、自然、社会、国家制度,一切都受到了最无情的批判;一切都必须在理性的法庭面前为自己的存在作辩护或放弃存在的权利”<sup>[12]</sup>(第 56 页)。

对于某一涉外民商事关系应该适用什么样的法律来对其进行支配一直是国际私法上的基本问题,每一位学者所设计的理论都展示了其独特的学术视野和迥异的价值关怀,在涉外民商事关系和应对其进行支配的法律中,应以一种或几种什么样的因素来决定法律的选择,学者们抽象出了多种理论需求,从当事人意思自主、国家主权的尊重、政府利益的要求、判决结果一致的追求到结果选择的重视和比较损害方法的运用等等不一而足,试图用涉外民商事法律关系和应对其进行支配的法律之间存在最密切联系这一特征来指涉、代表、象征上述多种理论需求,显然是在某种动机和目的诱使下所作的一种虚假的归纳。

因此,笔者认为,国际私法上一切制度设计、理论资源,从“意思自治原则”、“直接适用的法”到“程序问题适用法院地法”、“场所支配行为”等诸多建构,无不是“经验基础上的理性”和“理性观照下的经验。”以作为理性法表征的自体法予以统摄,不但可以将各种理论和学说置于具体历史语境之中,从自然法理论和法的应然状态进行解析,而且还可以建立用自体法理论对各种理论和学说进行是非、良善之评判机制,从而推动它们从“自在之法”向“理性之法”的演进。

将自体法定位为国际私法上的自然法范畴,这样便在国际私法中建立起应然法——实然法的二元逻辑结构,从而冲破了现有国际私法理论中只存在实然法、实然世界的单极结构。这是法哲学上的二元世界,二元体系分析法在国际私法这一部门法中的反映。自体法的这一定位,有利于在国际私法中开拓全新的学术视野,为国际私法理论提供新的发展空间。

## [参 考 文 献]

- [1] NORTH Cheshire. Private International Law [M]. New York: Butterworths, 1987.
- [2] HAY Peter. Flexibility versus Predictability and Uniformity in Choice of Law [J]. Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 1991.
- [3] 韩德培. 中国冲突法研究 [M]. 武汉: 武汉大学出版社, 1993.
- [4] 马丁·沃尔夫. 国际私法 [M]. 北京: 法律出版社, 1988.
- [5] [法] 孟德斯鸠. 论法的精神: 上 [M]. 北京: 商务印书馆, 1961.
- [6] 亨利·巴蒂福尔, 保罗·拉加德. 国际私法总论 [M]. 北京: 中国对外翻译出版公司, 1989.
- [7] 韩德培, 韩健. 美国国际私法导论 [M]. 北京: 法律出版社, 1994.
- [8] P° E° 约翰逊. 对自然法的某些思考 [J]. 法学译丛, 1988, (6).
- [9] 韩德培. 国际私法的晚近发展趋势 [J]. 中国国际法年刊, 1988.
- [10] 王泽鉴. 民法学说与判例研究: 4 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1998.
- [11] 庞德. 法律的任务 [M]. 北京: 商务印书馆, 1984.
- [12] [德] 马克思, 恩格斯. 马克思恩格斯选集: 第 3 卷 [M]. 北京: 人民出版社, 1995.

(责任编辑 车 英)

## Proper Law Road to Natural Law

TAN Yue-qi

(Wuhan University Law School, Wuhan 430072, Hubei, China)

**Biography** TAN Yue-qi (1971-), male, Doctoral candidate, Wuhan University Law School, majoring in private international law.

**Abstract** From jurisprudence aspect, many important theories in the history of private international law were based on the theory of natural law. Proper law, compared with the principle of the most significant relationship, belongs to the natural law in private international law.

**Key words** proper law; natural law; principle of the most significant relationship