

# 国际私法上意思自治原则新探<sup>\*</sup>

戴小冬

(吉首大学 法学系, 湖南 吉首 416000)

**摘要:** 意思自治原则的适用范围应加以扩大。意思自治应该是有限制的、相对的, 但采用唯一选择的意思自治规则违背了意思自治的本质。意思自治条款应体现约定的优先适用性。为保护受害人的利益, 应由法院在一定范围内选择对受害人最有利的法律或限制对需要特殊保护的一方当事人不利的法律选择。

**关键词:** 国际私法; 意思自治; 意思自治原则

中图分类号: D997

文献标识码: A

文章编号: 1007-4074(2005)02-0108-04

**作者简介:** 戴小冬(1972-), 女, 湖南永顺人, 法学硕士, 吉首大学法学系讲师, 主要从事国际私法研究。

意思自治是私法理念的核心, 它在本质上界定了私法和公法的区别, “私法最重要的特点莫过于个人自治或自我发展的权力, 它的核心是尊重当事人的自主意见。”<sup>[1](P90)</sup> 这点反映在国际私法上便是指当事人可以通过协商一致的意思表示自由选择支配其之间法律关系之准据法。意思自治最早出现在合同领域。现今, 作为一个系数公式, 意思自治原则已扩展到侵权、婚姻、继承等领域, 其对于法治建设、市场经济及法律的趋同化具有十分重要的作用。<sup>[2]</sup> 本文在借鉴作为当今各国国际私法立法典范的瑞士国际私法的基础上, 侧重从实践的立场上就意思自治原则的适用范围, 意思自治的选择方式、选择时间、选择范围以及无选择时的法律适用问题, 约定的优先适用性, 以及单方当事人选择的意思自治规则作一番较为深刻的论述。

## 一、当事人意思自治原则的适用范围

从国际立法发展趋势来看, 新近的国际私立法

中, 意思自治原则已大大跃出合同领域延伸到侵权、婚姻家庭、继承等传统冲突法严禁意思自治的领域。在侵权领域, 1989 年《瑞士联邦国际私法》132 条规定: “当事人得于在损害事件发生后的任何时候约定适用法院地法”。<sup>[3](P301)</sup> 首次以成文法的形式将意思自治原则引入侵权行为法律适用领域。第 135 条第一款给予受害人以选择应适用的法律之权能。第 138 条规定, 由不动产的致害排放物引起的请求, 应依受害人的选择, 适用不动产所在地国家的法律或损害结果发生地国家的法律。在婚姻家庭领域, 无论是英美法系还是大陆法系, 在立法实践中均将意思自治原则引入该领域。《瑞士联邦国际私法》第 90 条第二款规定: “最后住所所在瑞士的外国人得通过遗嘱或契约使其遗产继承受其本国法支配。如果该处分人死亡时已不再具有该国国籍或已取得瑞士国籍, 此选择无效”。除此之外, 意思自治原则还渗透到物权、知识产权、信托、不当得利等领域, 并有继续扩大的趋势。

笔者认为, 无论是在理论上或是实践中, 扩大

\* 收稿日期: 2005-01-19

了当事人意思自治原则适用范围都是很有价值的。

从理论上来说,意思自治体现了权利本位,自由意志得到了充分的发挥,从而使私法主体能够在平等自由的条件下最大限度地追求利益,并促进交易安全和降低交易成本。当事人可以根据自己选择的准据法预见法律行为的后果,维护法律关系的稳定性,有助于法院迅速确定解决纠纷的准据法,更快地解决纠纷。而传统的冲突法常利用一个法定的空间连接点指引一个特定的法律,但被指引的法律不一定为法院所了解,也不一定切合案件的合理解决,常常带有现当大的盲目性,可能导致对当事人不公正的结果。

从实践中来看,采用当事人意思自治原则,允许当事人协商一致来选择法律,有助于法院迅速确定解决纠纷的准据法,更快地解决纠纷。而且,意思自治原则在许多国家都是司法先行。例如,在侵权领域,1979年荷兰鹿特丹地方法院在莱茵河污染案件判决中首次允许当事人协议选择荷兰法作为侵权行为的准据法。在夫妻财产关系准据法上,荷兰最高法院在1976年的CHELOUCHE VSVAN DER一案中也指出应当优先适用配偶选择的有关财产关系的准据法。

扩大当事人意思自治原则适用范围是对传统硬性冲突规则进行软化处理的主要方式,体现了私法自治原则,有利于保护当事人的合法权利,促进国际民商事交往的发展。但当事人意思自治原则适用范围不能无限制地加以扩大,意思自治规则应该是一种赋有弹性的规则,在与国家公共秩序密切相关的法律关系中应慎重采用。

## 二、当事人意思自治的选择方式、选择时间、选择范围以及无选择时的法律适用

1. 关于当事人意思自治的选择方式。当事人选择法律的方式分为明示或默示两种。由于明示选择其透明性强,具有稳定性和可预见性,已为各国所普遍肯定。有的国家也采用默示方式,即允许法院根据合同条款及其具体案情推定。例如《瑞士联邦国际私法》规定:“契约依当事人选择的法律。法律选择必须是明示的或可以从案件的具体情况中做出明确的推定的”。此外,一些重要的国际条约也在这方面做出了类似规定。从我国的实践来看,中国法院在处理涉外案件适用外国法的场合并

不多,如果承认默示选择的方式,法官可能在多数情况下会推定适用中国法,这样就会违背当事人的意愿,从而导致案件不公正的判决。因此,无论是从理论上或是从实践中来看,在现阶段采用明示的意思自治是符合中国实情的。

2. 关于法律选择的时间。多数国家允许合同当事人临时协议选择或进行变更选择,以充分尊重当事人的意志自由,例如1989年《瑞士联邦国际私法》第116条规定,对法律的选择可在任何时候做出或修改,但不应使第三人的权利受到影响。而对于其他领域如侵权,1989年《瑞士联邦国际私法》第132条规定,当事人得于损害事件发生后的任何时候约定适用法院地法。笔者认为,合同以及带有合同性质的法律关系如信托、协议离婚、委托代理、夫妻财产关系、遗嘱内容和效力等,法律选择可以于任何时候做出或更改。而对于不带有协议性质的法律关系如侵权,应允许当事人在行为发生后一审判决前作出法律选择。

3. 对于当事人选择法律的范围。有的国家限制较为严格,认为意思自治是相对的、有限制的,当事人选择的法律应当与合同有某种实际的联系,美国便采取这种做法;有的国家则不加限制,认为意思自治是绝对的、无限制的,当事人有选择任何一国法律的自由,甚至可以选择与所订立合同毫不相关的法律,英国、德国、瑞士、日本等便国采取这种做法。笔者认为不同的法律关系在意思自治的选择范围上应有所不同。合同领域当事人可以享有充分的选择自由,可选择任何一国法律,甚至可以选择与所订立合同毫不相关的法律。其他领域当事人的意思自治应该是相对的、有限制的,当事人选择的法律应当与合同有某种实际的联系。

此外,有些国家采用了唯一选择规则,如《中华人民共和国票据法》第98条规定,汇票、支票出票时的记载事项,适用出票地的法律。支票出票时的记载事项,适用出票地的法律,经当事人协商,也可以适用当事人付款地法律。1989年《瑞士联邦国际私法》第132条规定,当事人得于损害事件发生后的任何时候约定适用法院地法。笔者认为,采用唯一选择的意思自治规则违背了意思自治原则的本质,在实践当中也不实用。意思自治的本质在于当事人据于自己的愿望,在不违背强行法的前提下,自主的进行民事活动,而不受国家和个人的干涉。采用唯一选择的意思自治规则,表面上看赋予当事人自主的权利,本质上是对意思自治的一种干

涉,这与意思自治原则的宗旨是背道而驰的。从实践中来看,唯一选择的意思自治规则近似于虚设,因为在私法领域,除合同关系外,其他民事法律关系中当事人的利益是对立的,法律在保护一方当事人利益的同时,必然要求另一方当事人承担一定的义务。因此,在合同以外的民事法律关系中,当事人通常很难达成一致来选择法律,而采用唯一选择的意思自治规则,会使当事人协商一致来选择法律的可能性更小。以1989年《瑞士联邦国际私法》第132条规定为例,在侵权的法律适用上允许当事人协议选择法院地法,从实践当中设想,当事人损害行为实施后,结果发生前,有进行协议选择法律的可能,但在一般情况下,无论是损害行为或结果发生后,原告起诉前,法院地根本就不确定。双方当事人对于法院地有关侵权行为的认定与损害赔偿的规定根本还没有了解。所以,从理性的角度来分析,在这段时间内双方协议选择法院地法的可能性是不存在的。此外,由于大多数国家也不允许对侵权行为进行协议管辖,在受害者起诉前,双方当事人协议选择法院地法的可能性是不存在的。从这个意义上说,即使法律赋予侵权行为的当事人在侵权行为发生后,受害者起诉前进行法律选择的权利,这种权利也起不到什么实际的作用。此外,采用唯一选择的意思自治规则在实践当中还会出现当事人挑选连接点的情况,造成“挑选法院”和“挑选付款地”。<sup>[4]</sup>

4. 关于未选择时的法律适用。瑞士联邦国际私法的每一条意思自治规则都包含有无法律选择时的法律适用条款,如其第117条规定,合同当事人未选择合同所适用的法律时,合同适用与之有最密切联系的国家的法律。从实践的角度来看,如果立法没有就无法律选择时的法律适用问题做出明确规定,就会造成法官实际工作中的困难,甚至可能会导致案件不公正的判决。

笔者认为,意思自治应该是有限制的、相对的。为方便实践操作,立法对此不应仅做出原则性的规定,一条完整、科学的意思自治规则应对意思自治的选择方式、法律选择的时间、当事人选择法律的范围、及未选择时的法律适用问题做出明确规定。

### 三、关于约定的优先适用性

意思自治原则作为冲突规范软化处理的一种主要方式,为世界各国所采用。但有的国家意思自

治条款关于约定的优先性规定不明确,如《中华人民共和国票据法》第九十八条规定,汇票、支票出票时的记载事项,适用出票地的法律。支票出票时的记载事项,适用出票地的法律,经当事人协商,也可以适用当事人付款地法律。按照此条规定,对于支票出票时的记载事项的法律适用,法官应适用出票地的法律,当事人也可以协商一致选择当事人付款地法律。从实践的角度设想,如果法官已经适用出票地的法律作为准据法,在诉讼过程中,当事人协商一致选择了付款地法律(因为立法并没有规定当事人选择法律的时间),此时法官到底优先适用出票地的法律或者当事人协商一致选择的付款地法律?从逻辑结构上来理解,法律并没有明确强制性地要求法官必须优先适用当事人协商一致选择的付款地法律。也就是说,法官可以优先适用出票地的法律。但立法的本意应是优先适用当事人协商一致选择的付款地法律。

笔者认为,立法作如此规定既不符合思维逻辑,实践当中也难以操作。在国际私法中,当事人有权选择准据法,这是法律适用中的含主观性连接点的冲突规则,一般应放在含客观性连接点的冲突规则条款之前,即在当事人没有对法律适用问题做出选择时,才可以考虑相关条款中规定的客观连接点来确定侵权所应适用的法律。在司法实践中,该意思自治条款使法官在考虑某案件的法律适用问题时,首先考察的应是当事人之间是否已协议法律。在没有协议的情况下,才可以根据其他的连接点来判定准据法。我国民法通则及其他国家对合同法律适用的规定一般都是将适用当事人协议选择的法律放在首条,然后再规定在当事人没有选择的情况下应适用的法律。<sup>[5]</sup>

### 四、单方当事人选择的意思自治

许多国家为了保护弱方当事人的利益,在立法上都规定了单方当事人选择的意思自治规则,如瑞士的国际私法第139条规定,受印刷品、广播、电视、互联网或者其他大众传播工具的诽谤而提出的损害赔偿诉讼,原告可以在受害人的习惯居所地国家的法律、加害的主要营业机构所在地或习惯居所地国家的法律、侵权结果发生地国家的法律中选择所适用的法律。此条规定是整个私法典中最有特色的规定之一,因为它不仅完全脱离了侵权行为法律适用的传统规则(侵权行为地法和法院地法),

而且甚至大大超越了合同法律适用双方当事人协商一致的要求, 它把法律适用的选择权完全赋予了一方当事人。

对诽谤侵权受害人一方给予特殊的保护, 是符合国际立法发展趋势的。对诽谤侵权受害人一方给予特殊的保护, 是保护特定当事人原则的一种体现, 由于诽谤侵权加害人往往有很强的针对性, 故意明显, 过错昭然, 有必要在一定范围内加重其负担。而诽谤侵权受害人相对来说处于弱势的地位, 故应对其进行特殊的保护。许多国家的法律都对诽谤侵权受害人进行了特殊的保护, 其实现主要通过三种途径, 赋与需要特殊保护的一方当事人在一定范围内选择法律的权利就是其中的一个, 另外两个则是“由法院在一定范围内选择对需要特殊保护的一方当事人最有利的法律”和“限制对需要特殊保护的一方当事人不利的法律选择条款”。<sup>[6]</sup> 瑞士的国际私法就采用了第一种方法对诽谤侵权受害人进行了特殊的保护, 它把诽谤侵权也分为两种, 即“定期性诽谤”和“非定期性诽谤”。对于“定期性诽谤”适用播发地法律, 而对于“非定期性诽谤”则赋予了受害人以广泛的法律适用的选择权。在诽谤侵权案件中, 受害人是弱方当事人, 法律赋予他单方选择法律的权利, 立法的本意是要保护他的利益。但在实践中, 要受害人在众多的法律中选择其中之一, 反而会加重受害人的负担, 因为受害人不可能熟悉所有法律的外国法的内容, 尤其是在有的把被适用的外国法认定为事实的国家, 外国法内容查明的任务主要交给了当事人, 法律把外国法内容查明的任务完全交给了当事人, 而当事人无法查明外国法内容时, 法院驳回起诉, 这样不但没有很好的保护受害人的利益, 反而对当事人的利益造成不

良影响。因此采用单方当事人选择的意思自治并不一定就能很好地保护诽谤侵权受害人的利益。

笔者认为, 为保护受害人的利益, 应由法院在一定范围内选择对受害人最有利的法律或限制对需要特殊保护的一方当事人不利的法律选择。

中华人民共和国民法典草案正处于讨论阶段, 草案第九编专编规定了中国国际私法规则, 从其规定来看, 草案扩大了意思自治原则的适用范围, 但对意思自治原则的具体规定还不完善。中国的国际私法向来有“胎儿标本”和“橱柜里的展品”之称, 为了改变这种理论与实践严重脱节的状况, 我国立法部门必须对包括意思自治原则在内的诸多国际私法规则不断做出调整和完善, 我国的国际私法才能跟上时代前进的步伐, 意思自治原则也才能在社会主义法制的大环境中日益成熟, 谋求更大的发展。

#### 参考文献:

- [1] [德] 罗伯特·霍恩等. 德国商法导论(中译本)[M]. 北京: 中国大百科全书出版社, 1996.
- [2] 金彭年, 王健芳. 国际私法上意思自治原则的法哲学分析[J]. 法制与社会发展(双月刊), 2003, (3).
- [3] 陈卫佐. 瑞士国际私法法典研究[M]. 北京: 法律出版社, 1998.
- [4] 孔令杰. 中华人民共和国民法草案第九编涉外民事关系的法律适用法第 81 条评析——侵权法律适用中的当事人意思自治原则[DB/OL]. <http://translaw.whu.edu.cn/cn/seminar>, 2003-08-01 07:06.
- [5] 刘凯相, 张云平. 意思自治原则的变迁及其经济分析[J]. 中外法学, 1997, (4).
- [6] 赵越. 意思自治原则的适用范围[J]. 政法论坛, 2004, (3).

## Party Autonomy Principle in International Private Law

DAI Xiaodong

(Law Department of Jishou University, Jishou, Hunan, 416000, China)

**Abstract:** The scope of party autonomy principle should be extended. Choice by the parties should be relative and limited, but adopting the only choice of Party Autonomy Principle is against its nature. The items of Party Autonomy Principle should show the precedence of the agreement. To protect the benefit of the victims, in certain areas the judges should choose the most beneficial rules to them or limit the harmful choice to them.

**Key words:** international private law; Party Autonomy; Party Autonomy Principle