

# 论当事人意思自治原则

刘卫翔 余淑玲

文章指出,当事人意思自治原则是在国际私法上关于合同法律适用的理论中提出的,但它的意义绝不仅止于国际私法。在市场经济条件下,当事人的意思自治显得更为重要。这一原则与契约自由有着天然的联系。它早于契约自由而产生,但后来又以契约自由作为其理论基础。文章认为,意思自治不仅是意识形态领域变革的具体体现,它也在很大程度上适应了近现代贸易关系发展的需要。当前,其适用范围仍不断扩大,同时又受到不同形式的限制。

## 一、当事人意思自治原则的产生与发展

当事人意思自治原则是国际私法上的一种重要方法,是合同领域法律适用的普遍原则。意思自治的观念在14世纪波伦亚大学教授萨利塞的著作中就已出现萌芽<sup>①</sup>。到15世纪,巴黎大学教授罗朱斯·库尔蒂乌斯明确指出,合同之所以适用行为地法,是因为“当事人默示同意适用该法。”这就为当事人选择法律的观念,即现代的自治法观念开辟了道路。然而遗憾的是,这种思想并没有引起人们更多的注意。

意思自治原则受到广泛注意是在迪穆兰再次提起之后。他在1525年对加内夫妇的夫妻财产制问题的咨询中,赞成对全部财产适用加内夫妇结婚时的共同住所地即巴黎的习惯规则。其理由是,夫妻财产制应该视为一种默示合同,可以认为,夫妻双方已经将该合同置于其婚姻住所地法的支配之下。他还指出,如果说适用订约地法是出于当事人的意愿,那么他们也可以要求适用另外一种法律。这便是现代的自治法观念,即合同关系适用当事人自主协商选择法律的意思自治原则。这种理论适应了时代需要,旋即为许多国家的理论和实践所接受。

在理论上最早接受意思自治原则的是荷兰的法学家。胡伯在1689年曾指出,合同形式和内容都应该适用缔约地法,但当事人另有表示的除外。在涉外契约关系中,如果当事人已经考虑适用另外的法律,就应该排除缔约地法的适用。他虽然把当事人的选择当作例外的考虑,但也说明了当事人选择的重要地位。随后,德国、意大利及其他国家的许多学者也都接受了意思自治原则。

意大利最先以立法形式接受了意思自治原则。1865年意大利民法典明确规定,合同准据法以当事人选择为主。其第25条指出:“……但在任何情况下,如当事人另有意思表示,从当事人的选择。”1904年《法国民法典》把意思自治原则隐含在契约自由之中,并在1959年及1967

年的两个国际私法草案中,试图明确规定,对因国际性合同所生之债,适用当事人共同选择的那一法律。在立法上明文采用意思自治原则的还有西班牙、葡萄牙、希腊、奥地利、埃及、阿根廷、匈牙利、土耳其、秘鲁、波兰、日本、泰国、阿拉伯也门、也门、联邦德国、瑞士、前捷克斯洛伐克、前南斯拉夫等国,美国也在《第二次冲突法重述》中接受了该原则。此外,意思自治原则还被不少国际公约所采用。值得一提的是1985年海牙国际私法会议通过的《国际货物销售合同法律适用公约》。其第7条第1款规定:“销售合同受当事人选择的法律支配”,把意思自治原则作为首要原则提出来,并且作了具体而详细的规定。在接受意思自治原则的国家中,有两种方式:一是作为首要原则,一是作为例外规定。从笔者掌握资料可举例如下:

1. 作为主要原则:

①承认默示选择:泰国、希腊、原捷克、阿根廷、奥地利、联邦德国、英国1985年海牙公约;

②不承认默示选择:日本、保加利亚、法国、美国、加蓬、也门、匈牙利、土耳其、南斯拉夫、秘鲁、瑞士、中国<sup>②</sup>1980年罗马公约等。

2. 作为例外规定:意大利、埃及、约旦、阿拉伯也门共和国、阿拉伯联合酋长国等:

意思自治原则也得到了各国司法实践的采用。如前所述,迪穆兰也正是在对加内夫妇婚姻财产制的咨询案中提出自治理论的。首先在判例中采用“意思自治”原则的是英国。1760年,曼斯菲尔德法官在罗宾逊诉布兰德案中指出,作为一种例外,当事人在订约时可以选择订约地以外的法律。到1865年,威尔斯法官更明确地把它作为基本原则提出,他指出在确定合同准据法时当然应该考虑当事人意图适用的法律,或者推定他们在这方面愿意服从的法律。美国于1825年由马歇尔法官在曼诉舒特巴德案中引入“意思自治”原则,并得到了斯托雷的肯定。1953年,最高法院法官杰克逊更是毫不犹豫地接受了“意思自治”原则。法国在本世纪初也在最高法院的判例中接受了该原则。中国在最高人民法院的有关意见及审判实践(如“宏大轮”案<sup>③</sup>)中也承认并采用了意思自治原则。

意思自治原则在当代仍有很大发展,从而成为合同法律适用上的主要原则。现在,一方面,对某些类型的契约,有限制当事人选择法律的趋向,如消费者契约、劳动契约,另一方面,当事人选择法律的可能性又渐渐扩大到契约领域以外,甚至是家庭法领域。<sup>④</sup>

## 二、意思自治原则与契约自由

意思自治与契约自由原则有着天然的联系:(1)它们都是商品经济制度下的基本原则,共同为商品经济的运行提供理论上的指导。(2)契约自由在于实现私法自治的理念<sup>⑤</sup>,即当事人能够自主决定其私法上的权利义务,契约因当事人意思表示一致而成立,一方当事人自己受其约束,并同时因此也拘束对方当事人。此种互受拘束是建立在契约自由原则之上的。(3)在契约自由被资产阶级法学家正式提出之后,它又成为意思自治原则的理论基础。如果把意思自治仅仅看作是当事人选择法律上的自由,那么这种自由决定合同适用法律的情况,也就决定了合同的内容自由、形式自由、变更自由以及缔约自由等。这样,对合同适用法律的自由选择实际上也包括了契约自由的全部内容。(4)随着国家干预经济生活的增多,以及契约正义的需求,契约自由原则受到了不同程度的限制,由绝对的契约自由转向相对的契约自由;同时,几乎是同样的原因,意思自治原则也受到了各种形式的限制。

通常,契约自由包含着如下的内容<sup>⑥</sup>:(1)缔约自由。即可以自由决定是否与他人缔结契约。(2)相对人自由。即可以自由决定与什么人缔结契约。(3)内容自由。即当事人可以自由

决定合同的内容。(4)变更或废弃自由。即可以对合同作出变更或废弃,但通常要符合契约正义。(5)方式自由。即契约的订立不以履行一定的方式为必要。如果把意思自治视为商品经济的一种基本制度,它与契约自由似乎并无二致;但若视为国际私法原则,则其适用范围比契约自由要小得多。一般情况下,二者的内涵和外延还是有区别的:意思自治原则比契约自由的产生要早,正是因为它比契约自由原则更能准确地说明商品经济社会的基本关系,因而更为人们所推崇;意思自治原则已经越出合同领域,甚至适用到家庭法领域,适用于基本的经济关系。这是意思自治原则与契约自由原则在适用范围上横向的重大区别。

在市场经济条件下,不仅契约自由原则由于符合这种经济关系的特征而发挥重要作用,同样不能忽视的是意思自治原则。市场经济的核心是根据市场供需的自发力量来调节社会资源的配置,它决定着经济活动中的当事人必须遵循价值规律,以主观的自觉性去顺应客观的自发性,因而当事人的意思自治在经济活动中就显得更为重要。市场经济的重要特点是自由竞争,这种竞争的自由必然要求赋予当事人意思自治权,即自由及自主。表现在涉外民事关系上,就是当事人可以自由并且自主地选择准据法。具体来说,市场经济从以下几个方面对意思自治提出了要求:

(1)市场经济具有自由的企业制度,在市场经济中,企业是自主经营、自负盈亏的真正独立的商品生产者,能够按照以收抵支的原则,调节投入和产出,对价格变化作出灵活反应。这种自由的企业制度必然要求企业享有意思自治权。

(2)市场经济的主体要具有自愿交易权。依照自愿交易的资源转移,将导致高效率。任何非自愿交易都必然带来低效率或负效率。只有通过充分的意志表达才能实现自愿交易,这样市场主体的意思自治就是必要的。

(3)市场经济要求完善的市场体系,这种市场体系意味着统一的法律,但是在国际大市场条件下,统一的法律是难以达到的目标(虽然存在着这种趋势)。而通过赋予当事人意思自治,避开法律的冲突,也可以达到基本经济关系的要求。意思自治原则在法国的产生也正是为应付其法律不统一的状况。

(4)市场经济还要求完善的市场法规。这是市场经济运行的基本保证。而意思自治原则,一方面保证了经济活动中交易双方的自由,另一方面通过协商选择的法律,通常是当事人认为比较适合他们之间的交易关系的、在一定的领域较为先进的法律,对于市场经济来说,也即是选择市场法规较为完善和健全的国家的法律,这也保证了当事人在经济上、法律上的平等独立。当然,这种方式是间接的,是通过当事人选择法律来维护他们之间交易的平等和自由。

### 三、意思自治原则是意识形态领域变革的结果,适应了国际交往的需要

意思自治原则是法律适用理论上的变革,是对传统“法则区别说”的革命。但又不止于此。它来自于社会意识形态领域的重大变革。

16世纪,西欧进入封建制度解体的历史时期,西欧社会的经济关系发展到了一个新的阶段。封建社会及其提供的常常是虚假的保护衰亡之后,法律面前的平等意味着个人独立,他要通过据认为是自由订立的协议平等交换方式处理财产和权力问题。另一方面,此时自然法思想正在悄然兴起。近代的自然法思想就是从个人立场出发,强调利己主义<sup>25</sup>。人们受自然法思想的影响,也不再热衷于从神权中寻求法律的根据和权威,放弃了封建神学,转而从人的头脑中寻找这种根据。人生来自由的思想取代了神权思想。这种注重人的自由、强调人的权利的思想

成为“意思自治”原则的先导。迪穆兰在这一先导的指引下,吸取前辈学者的经验,提出了“意思自治”原则。这是对人的重视的一种表现。人们之所以要受一项合同关系的约束,是因为人们缔结了这一关系。合同的这种权威性又恰恰来源于当事人的意图。支配这种合同关系的法律获得了一种建立在合同之上的权威,因而其权威同合同一样来自于双方当事人的意图。双方当事人可以通过他们的意思表示将其权利义务置于他们选择的某一法律的支配之下。当然,这只是“意思自治”原则产生的文化背景,它得到其他国家理论及实践的承认则还有别的原因。首先是资产阶级革命的影响。资产阶级提出了自由、平等、天赋人权等口号武装人民起来反对封建统治。这些原则在法律上的一个重要体现就是给予人民更多的自主权,表现得最突出的是契约方面以当事人意思表示为主要依据来判断契约效力。其次是受到国内民法的影响。自由资本主义时期,民法主张私法自治和契约自由。但它们的根源又在于当事人的意思自治。“从十九世纪下半叶起对民法典的解释都是强调意思自治的。这一解释从意思自治原则演绎出了整个合同制度,包括契约自由原则以及形式上的一致同意原则、合同的拘束力原则、合同的相对效力原则”<sup>⑥</sup>。私法自治和契约自由都强调当事人在契约方面的权利,这些来自意思自治的观念也给国际合同带来了不可低估的影响,使国际合同的当事人享有甚至比国内合同当事人更多的权力。所以“意思自治”原则的采用是顺应了意识形态领域的变革的,具有进步性。

从社会背景看,由于当时西欧法、意等国法律极不统一,不利于经济贸易的交往。而“意思自治”原则通过当事人自主选择准据法,实现了法律适用上的统一,满足了西欧国家在当时发展商业、贸易的需要。传统冲突规范只给合同规定了一个连结点,通过这个连结点的指引,许多有关的因素及可能适用的法律则不予考虑和选择。这种呆板的规范很可能是不适当的。随着国际经济交往的进一步发展,这种简单、机械的冲突规范及其僵化的选择方法,与日益复杂化、多样化的国际合同关系越来越不相容,于是,“意思自治”原则便顺理成章地产生了。同时,它被各国广泛地采用,也是适应了自由资本主义的发展,其目的在于排除资本主义经济自由发展所出现的对外贸易上的法律障碍。比如英国,它依仗在国际贸易、海运、国际保险等领域中的霸主地位,对“意思自治”原则倍加推崇,乃至把当事人的意愿视为确定合同准据法的最首要原则。赖特法官就指出:“按着英国法,契约准据法就是为当事人意图要适用的法,这已成为定论”。<sup>⑦</sup>资本主义国家在经济上的对外扩张乃是这些国家采用“意思自治”原则的深层原因。

“意思自治”原则的确在国际经济贸易交往中作出了不可磨灭的贡献。雅克·格斯丹在《合同中的效益与公平》一文中指出,“由于意思自治原则有社会效益,于是此原则确立了。经济的供求律必然符合普遍的利益。为了促进发展经济所必要的贸易,必须排除妨碍契约自由的一切障碍。这就出现了‘自由放任’原则,而自由订约便不言而喻地补充了这一原则。”<sup>⑧</sup>此外,从冲突法观点看,根据意思自治原则,合同当事人可以协商选择他们都能接受的用以调整该合同关系的实体法。这样不仅能适应各种合同的具体情况,使准据法的选择范围更广泛、更趋合理,而且,通过在合同中订立的法律选择条款,使当事人在争议之前即可大体预见到一旦违约将要承担的法律后果,从而减少违约的可能性,保证合同关系的稳定。即使发生诉讼,当事人也会自愿服从法院的判决。如此,则使冲突规范追求的判决结果准确性、可预见性的目的得以实现。从而有利于合同准据法的确定和合同关系的稳定,有利于国际经济交往的顺利发展。

#### 四、意思自治原则也遭到了一些反对,并在实践中受到一定限制

意思自治原则也受到了一些反对。反对意见集中在两点:一是该原则给予了当事人立法者

才能享有的权利；二是在当事人作出法律选择之前，还必须确定依什么法律判断当事人选择法律的协议的效力问题。

在实践中，确实还有些时候当事人没有订立法律选择条款。之所以如此，大概是由于当事人把交易视为一种常见事务而依赖法律冲突规则。同时，在别的一些领域，则是由于当事人确信已经存在着足够程度的国际范围内的统一化，因而不需要去决定适用什么国家法律的问题。一些银行间的交易就是如此。在别的场合，当事人感到选择法律和法院会就威信问题而引起不必要的争论，因而会影响到双方进行有效合作的机会。诺伯特·霍恩指出，某些有多方当事人的长期合作合同，如开发自然资源的企业合同就不载有明示的法律选择条款。在这种情况下，当事人有时感到，对任何特定国内法的选择都不会有所帮助，而且还可能干扰体现在合同中的、经过谈判而获得的利益上的平衡。这种避免适用内国法的倾向，在与国际性机构诸如世界银行签订的合同中表现得十分明显。<sup>⑩</sup>

另一方面，意思自治原则在发展过程中受到了另外一些因素的制约。首先，一些大的跨国公司、垄断集团，利用其强大的经济实力，制定了标准格式合同，在这类合同中一般都包含法律选择条款。与这些公司签订合同的当事人，只有一种选择，要么接受合同已有的条款，要么放弃，根本没有谈判和讨价还价的余地，当然也就谈不上协商选择法律了。当前若干政府也通过立法和招标程序对整个合同规定了明确的条款，使当事人没有回旋余地<sup>⑪</sup>。其次，“直接适用的法”的地位进一步提高，给意思自治原则的适用造成了障碍。“直接适用的法”是各国在调整涉外民事法律关系时，为了维护国家的政治、经济和社会制度而必须遵守的强制性法律规范。它们可以不经冲突规范的援引而直接适用于有关的法律关系，有关的当事人不能以自治意思选择的法律而排除这类法律的适用。这是国内民法上“私法公法化”的趋势对国际私法影响的结果。在近代，过去纯粹是私人相互间自由意思的行为，因基于公益的理由，已由国家的权力参与其间，公法的范围日益扩张，私法性质趋向公法化<sup>⑫</sup>。反映在国际私法上，便是国家权力更多地介入涉外民事法律关系，对其中的一些领域规定适用内国的强制规则，排除当事人选择法律的权力。同时，在适用外国法时，外国的公法也可以适用<sup>⑬</sup>。再次，对弱者利益保护的观念越来越深入人心。这种观念来源于国内民法上对消费者及劳动者等的保护性规定。随着社会的进步，消费者、劳动者这类弱者的利益日益受到重视。由于国际经济交往的发展引起了国际劳务输出的增多、跨国公司的极大发展，每个国家都有必要对这些法律关系进行干预，保护那些处于弱方的当事人的利益。所以，在跨国的劳动合同（雇佣合同）及消费者合同上，一般都限制当事人选择法律的权力，要么干脆排除意思自治原则的适用，如瑞士《联邦国际私法》第120条对与消费者缔结的合同规定：“法律的选择被排除在外”；要么规定当事人选择的法律不得排斥有关强行法的适用，如奥地利国际私法第41条第2款、1980年欧共体《关于合同义务法律适用的公约》第5条第2款及第6条第3款。

此外，意思自治原则还受到了公共秩序制度等的限制。不少国家的实践在空间上也对当事人的意思自治作出限制。原捷克斯洛伐克《国际私法和国际民事诉讼法》、《奥地利国际私法》、1980年《关于合同义务法律适用的公约》等还对所选法律的性质作出限制，即不承认反致。还有不少国家的立法规定，涉及不动产的合同排除当事人自治选择的法律，而适用不动产所在地法。除此之外，各国还在其他方面有些限制。正如意思自治原则被接受的普遍性一样，对它所作的各种各样的限制也是各国的通例。

在市场经济条件下，市场主体追求权利最大效率的自利的动机和目的，必须要受到一种居于其上的限制。必要的管制权是市场机制避免盲目性减少短期行为从而保证其正常运行的内

在要求,是市场运行的权利结构中不可替代的独立的权利支点。

## 五、总结及建议

总之,虽然意思自治原则遭到了一些非议和反对,但它仍是一种比较合理的制度。在大多数情况下,当事人依然将明示的法律选择条款视为防止无法预见的法律后果的保证<sup>⑨</sup>。而且,现在的趋势是统一合同适用的法律要求取消对当事人选择法律的某些限制<sup>⑩</sup>,对适用意思自治原则的某些限制趋于减弱,当事人选择法律的意思表示受到更多的尊重<sup>⑪</sup>。对当事人意思自治的限制的减弱,不仅表现在法律选择的方法、时间上的限制减少,而且对所选法律内容的限制也趋于减少、选择法律的条件放宽、空间上的限制业已取消。更令人惊奇的是,一些国内立法和国际条约中规定,支配当事人法律选择效力的也就是当事人所选择的法律。这就给反对意思自治者一个有力的回击,因为他们的主要论点是当事人之间的协议要具有决定应适用的法律的效力,首先还必须解决由什么法律赋予这种协议本身效力的问题。这种规定为意思自治原则的发展和传播铺平了道路。

给予意思自治原则一定的限制是必要的。应该说,意思自治原则的意义并不仅在于涉外民事关系。在市场经济条件下,不管是在经济关系还是在法律关系中,赋予当事人意思自治权都是必要的。对权力的一定的制约,正是为了保证权力更好地行使和健康存在,对当事人意思自治原则的一定的限制,也是为了保证该原则的健康发展。但是,这种限制不应过多,以致泛滥。

### 注 释:

- ① 巴蒂福尔等著:《国际私法总论》,中国对外翻译出版公司1989年版,第305页。
- ② 中国有关法律规定并不明确,笔者将其作为主要原则对待。
- ③ 参见杨贤坤主编:《中外国际私法案例述评》,中山大学出版社1992年版,第87—88页。
- ④ 韩德培:《国际私法的晚近发展趋势》,《中国国际法年刊》1988年第12页;李泽锐:《略论当代国际私法法律适用问题的新趋势》,载《法学研究》1985年第3期,第72—79页。
- ⑤⑥ 王泽鉴:《台湾民法与市场经济》,载《法学研究》1993年第2期。
- ⑦ 张宏生主编:《外国法律思想史》,北京大学出版社1983年版,第15页。
- ⑧ 圭多·阿尔帕:《西方国家研究合同法的新动向》,载《法学译丛》1986年第1期。
- ⑨ 威希尔:《国际私法》,英文第10版,第152页。
- ⑩ 该文原载《达洛兹判例、立法与学说汇编》1982年,第1页。转引自注④引文。
- ⑪⑫⑬ 诺伯特·霍恩:《国际商业合同的统一和变异》,载《法学译丛》1985年第3期,第28—34页。
- ⑭ 管欧:《当前法律思潮问题》,载刁荣华主编:《法律之演进与适用》,台湾1978年版,第112—125页。
- ⑮ 韩德培:《国际私法的晚近发展趋势》,《中国国际法年刊》1988年第16页。
- ⑯ 陈洪武:《对当事人意思自治的限制》,载外交学院国际法研究所主办《国际法论丛》(2),法律出版社1990年版,第46—60页。
- ⑰ 金宁:《国际合同法律适用原则的新发展》,载《法学研究》1991年第6期,第60—65页。

(责任编辑 车 英)