

国际私法上意思自治原则的法哲学分析

金彭年 王健芳*

内容提要: 本文从法哲学的角度出发, 考察了意思自治原则的历史源流, 认为就其本质而言, 意思自治原则可理解为每一个社会成员依自己的理性判断, 管理自己的事务, 在遵循强行法的前提下, 国家与其他个人不得对他的这种自由意志加以干涉。在价值层面上, 本文认为意思自治原则对于中国的法治建设, 建立成熟的市场经济和增进全球范围内法律的趋同都具有十分重要的作用。最后, 作者还阐明了该原则适用领域的两个最新发展动向。

关键词: 国际私法 意思自治 本质 价值

Abstract: This article examines the historical development of autocracy principle. In terms of its essence, the principle can be understood as members of society can manage their own business with their own rationality, being free of state interferences but obeying compulsory laws. On evaluation dimension, the principle is significant in constructing China's legality and market-oriented economy, pushing convergence of global laws. This article puts forward the two developing tendencies in its applying areas.

Key words: private international law, autonomy of wills, essence, value

意思自治原则是私法理念的核心, 它在本质上界定了私法与公法的区别: “私法最重要的特点莫过于个人自治或其自我发展的权力, 它的核心是尊重当事人的自主意思。”^① 这点反映在国际私法上便是, 当事人双方有权自行选择某个国家的法律来调整他们之间的法律关系。作为一个准据法的表述公式, 意思自治原则已成为各国公认确定涉外合同法律适用的首要原则。本文拟从法哲学角度, 对该原则的历史源流、本质、价值取向及其最新发展动态加以探讨, 以求教于学界同仁。

一、意思自治原则的历史回顾

目前, 学者们普遍认为在合同领域内的法律选择问题上, 首先并正式提出当事人意思自治的是法国学者杜摩兰。但作为一种法律精神或法律思想, 意思自治原则则滥觞于“商品生产者社会的第一个世界性法律即罗马法”。^② 从某种意义上讲, 一部罗马法史, 可以说就是一部意思自治(抑或契约自由)思想由不成熟到比较成熟的生成史。^③

早在共和国末叶和帝政之初, 为了适应简单商品经济的需要, 出现了一经当事人合意契约即正式成立的诺成契约。这种契约“以当事人同意而成立……因当事人表达相反的意思而消灭”。^④ 它强调双方当事人的意思, 而不再拘泥于合同的形式。从这点看, 它已完全不同于先前的要物契约、文书契约, 标志着罗马法从重视形式而转为重视当事人的自由意志。对此, 当时的罗马法学家们作了如下描述: “契约之债的设立并不要求有任何表达方式或文字上的特别之处, 只要求缔约双方的一致同意”。^⑤ “我们认为以文字形式表达内容与以语言形式表达的内容具有同等的效力”。^⑥ 但是, 在罗马法时期的当事人意思自治思想是极不彻底的, 换言之, 罗马法孕育了意思自治原则的思想和精神, 但并未提出意思自治的

* 金彭年: 浙江大学法学院教授; 王健芳: 浙江大学法学院硕士研究生。邮编: 310028。

① [德] 罗伯特·霍恩等: 《德国商法导论》(中译本), 中国大百科全书出版社 1996 年版, 第 90 页。

② 恩格斯: 《路德维希·费尔巴哈和德国古典哲学的终结》, 《马克思恩格斯选集》第 4 卷, 人民出版社 1972 年版, 第 248 页。

③ 蒋先福: 《契约文明: 法治文明的源与流》, 上海人民出版社 1999 年版, 第 95 页。

④ [罗马] 查士丁尼: 《法学总论》(中译本), 商务印书馆 1996 年版, 第 173 页。

⑤ 《民法大全选译 IV·1 债·契约之债》(中译本), 中国政法大学出版社 1992 年版, 第 13 页。

⑥ 《民法大全选译 IV·1 债·契约之债》(中译本), 中国政法大学出版社 1992 年版, 第 14 页。

概念，并未将意思自治抽象为私法原则。^⑦

在意思自治原则漫长的发展过程中，杜摩兰的作用是不可低估的。16世纪，杜摩兰针对法国当时各省立法不一致，而经常导致发生各地习惯法在适用上相互冲突的现象，在其名著《巴黎习惯法评述》中指出：合同应适用当事人自己选择的法律，如果当事人没有明确表示适用何地法律，法院也应根据整个案件的各种迹象来推断当事人意欲适用的法律。对此，法国学者巴迪福认为，杜摩兰的理论在合同准据法的确定问题上迈出了决定性的一步。^⑧杜摩兰也因此被后世誉为“国际私法上的一大天才”。^⑨

到了19世纪，自由资本主义得到了更充分的发展，意思自治原则也逐渐在理论上与实践上为世界各国所接受并不断获得丰富与发展。但考察各国在该问题上的具体做法，我们便不难发现，无论英美法系还是大陆法系，在该问题上的立场是惊人的一致，即都是司法先行。1804年，作为“世界各地编撰新法时当作基础来用的《法国民法典》^⑩并没有确定法律适用问题。针对这一尴尬的情况，法国最高法院最终在1910年的一个判决中承认了当事人意思自治原则。该判决认为：“支配合同的成立、合同的条件及合同的效力的法律，是当事人所选择的法律”。^⑪直到1967年，法国才在《法国关于补充民法典中国际私法内容的法律草案》第2313条正式规定了当事人意思自治原则。

德国的情况与法国有点类似，在意思自治这个问题上，也是司法先行。其在1900年1月1日生效的《德国民法施行法》中并未规定当事人意思自治原则。但在司法实践中，早在1880年，就确认了当事人意思自治原则。

在荷兰，其成文法中并没有关于当事人意思自治的规定，在司法实践中，虽然，也有些法官曾有表现出支持该原则的倾向，但其地位是不确定的。直到1966年，荷兰最高法院，才在有名的“阿尔纳迪号案件”中，牢固地确立了当事人意思自治原则。^⑫

相对于大陆法系国家而言，英美法系对该原则的承认的时间要早得多。1760年，曼斯菲尔德勋爵在罗宾逊诉布兰德一案中，发表了具有里程碑意义的论述，他认为：一般规则是这样的，在合同的解释和履行问题上，居主导地位的是合同缔结地法而非法院地法，但这一规则有一个例外，就是当事人在缔约时自愿适用另一国的法律时，就不予适用。^⑬在之后的“佩尼舒勒及东方航运公司诉香德案”与“劳埃德诉吉伯特案”中，当事人意思自治原则再次得以确认。^⑭由于英国法的传统力量对其他英联邦国家法律的巨大影响，其他英联邦国家在这方面的法律实践几乎就是英国有关做法的翻版。

需要指出的是，美国尽管也属于英美法系，但在合同的法律适用上，它的情况与英国又有所不同。在本世纪中叶前，美国许多州的法院所遵行的是“合同订立地法”规则，即以合同订立地法来支配合同，在1934年，比尔主持编纂的《冲突法重述（第一次）》也完全采此观点，但自50年代后，则完全抛弃了过去的观点，也把当事人的自主意思作为选择准居法的首要原则。^⑮

合同领域的当事人意思自治原则不仅体现在各国的国内立法中，并且也被许多著名的国际公约所采用。如1958年《关于有体动产国际买卖法律适用的公约》第2条第1款：买卖受合同当事人所指定的国家国内法的支配。1980年《欧洲经济共同体关于合同债务法律适用的公约》第3条第1款：当事人可自行选择适用于合同的全部与部分的法律。还有在诸如1985年《国际货物销售合同法律适用公约》、1980年《联合国国际货物销售合同公约》等公约中，意思自治原则都有不同程度的体现。

⑦ 参见刘凯湘、张云平：《意思自治原则的变迁及经济分析》，《中外法学》1997年第4期，第70页。

⑧ 王军、陈洪武：《国际商事合同的法律适用》，中国对外经济贸易出版社1991年版，第46页。

⑨ 李双元、金彭年等：《中国国际私法通论》，法律出版社1996年版，第53页。

⑩ 恩格斯：《恩格斯致康·施米特》，《马克思恩格斯选集》第4卷，人民出版社1972年版，第484页。

⑪ 参见《国际比较法百科全书》第3卷第24章第34节。

⑫ 关于该案例的详细内容可参见邵景春：《国际合同法律适用论》，北京大学出版社1997年版，第30页。

⑬ See Morris, *The Conflict of laws*, 3rd Ed, Stevens and Sons, 1984, p. 267.

⑭ See J. H. C. Morris & P. M. North, *Cases and Materials on Private International law*, Butter Worths, 1984, p. 431.

⑮ 李双元、金彭年等：《中国国际私法通论》，法律出版社1996年版，第288页。

二、意思自治原则的本质探析

对意思自治原则的本质或内涵,学者们的理解各不相同。有学者从法律社会学层面出发,认为,意思自治,作为一种法哲学理论是指人的意志可以依其自身的法则为自己创设权利义务,当事人的意志不仅是当事人权利义务的渊源,而且是其发生的根据。^{①⑥}有的学者从民法角度出发,认为意思自治作为私法自治的核心,是指私人间的法律关系应取决于个人之自由意思,该原则在现行法上的体现,即为法律行为自由原则,并具体表现为契约自由和遗嘱自由。^{①⑦}也有学者仅从冲突法层面去理解,认为意思自治原则即当事人意思自治,具体是指在国际商事合同中,合同当事人有权在协议一致的基础上,选择某一国家或地区的法律来支配他们间的权利义务关系,一旦当事人间发生争议,受案法院或仲裁机构应以当事人选择的法律为合同准据法,以确定其间的权利义务。^{①⑧}

其实,上述关于意思自治原则本质的论述并不是相互矛盾的,只是因为学者们研究的出发点或者说由于角度的不同才造成了对意思自治原则的不同理解。我们认为,所谓意思自治原则的本质,可理解为每一个社会成员依自己的理性判断,管理自己的事务;在遵守强行法的前提下,国家与个人不得对他的这种自由意志加以干涉;在公民法层面上,意思自治是公民法划分的直接产物;它集中体现了私法自治的精神,是私法文化的核心;它的理论基础是古典自然法哲学中的自由与平等观念。

毫无疑问,把法律分为公法、私法是罗马法的突出贡献。罗马法时期五大法学家之一的乌尔比安认为:公法是有关罗马国家稳定的法,私法是私人利益的法。事实上,它们有的造福于公共利益,有的造福于私人。^{①⑨}公法规范是强制性的,它不得因个人间协议而变更,而私法的原则则是“协议就是法律”。^{②⑩}意思自治原则是私法自治的产物。它以承认民法为私法为理论前提,成为民法的精髓。“私法自治”的理论在今天的情势下重新提起,有助于我们把本该由私方当事人自主约定之事项从国家强制性法律规定中解放出来,对这些事项宜制定大量的任意性规范。^{②⑪}

意思自治原则是私法文化的核心,它的理念来源于理性主义的自由天赋思想。它同私权神圣、身份平等一起贯穿于整个民法体系之中,成为构筑民法大厦的核心与灵魂。权利神圣是市民成为法律主体的最基础条件,身份平等则是市民社会中真正能够确立私权神圣的路径,而意思自治作为以上两个理念共同作用的对象,则是市民法中的最高理念,是市民法得以延续其精神的集中表现。^{②⑫}

纵观中西方法律文化的差异,我们不难发现,尽管中国与西方各国一样均历经原始社会、奴隶社会、封建社会及资本主义社会的萌芽期,但在法律文化上,两者却迥然相异。^{②⑬}中国传统的法律文化忽视公民的权利和利益,强调礼主刑辅,身份本位,使“刑”、“律”等词义等同起来,忽略和轻视人的独立人格、自由、尊严与利益,是典型的公法文化。因此,我国当前在建立有中国特色的社会主义市场经济过程中,应高扬当事人意思自治这杆大旗,大力弘扬私法文化。

自然法是蕴藏于意思自治原则背后的价值基础。自然法充分肯定人的理性、自由意志、平等和权利,是意思自治原则产生并得以勃兴的思想基础。自然法学说中强调个性解放,意志自由的思想,使人从对神的依附中解放出来,成为有独立人格和自由意志的人,^{②⑭}并进而为推翻封建专制,倡导民主政治提供了思想武器,而民主政治的确立则是意思自治原则的政治保障。

自然法的思想源远流长,早在古希腊时期,斯多葛学派就已经提出了自然法理论。他们把“自然”

^{①⑥} 吕岩峰:《当事人意思自治原则论纲》,《中国国际私法与比较法年刊(第二卷)》,法律出版社1999年版,第49页。

^{①⑦} 梁慧星:《民法总论》,法律出版社1997年版,第151页。

^{①⑧} 《中国大百科全书·法学卷》,中国大百科全书出版社1984年版,第464页。

^{①⑨} [意]桑德罗·斯奇巴尼选编,黄风译:《正义与法》,中国政法大学出版社1992年版,第35页。

^{②⑩} 周枏:《罗马法原论》,商务印书馆1994年版,第83-84页。

^{②⑪} 肖永平、胡永庆:《法律选择中的当事人意思自治》,《法律科学》1997年第5期,第78页。

^{②⑫} 苏号朋:《民法文化:一个初步的理论解析》,《比较法研究》1997年第3期,第28页。

^{②⑬} 苏号朋:《民法文化:一个初步的理论解析》,《比较法研究》1997年第3期,第28页。

^{②⑭} 姚新华:《契约自由论》,《比较法研究》1997年第1期,第21页。

国际私法上意思自治原则的法哲学分析

的概念置于哲学体系的核心位置。按他们的理解,所谓自然,就是统治原则,它遍及整个宇宙。^⑤在芝诺看来,自然法即理性法,人作为宇宙自然的一部分,本质上就是一种理性动物。在服从理性命令的过程中,人乃是根据符合其自身本性的法则安排其生活。^⑥稍后的西塞罗亦认为自然法的本质是正确的理性,理性是人区别于自然界其他动物的标志。简言之,该派哲学家认为,人在本质上是平等的,并以此创立了一种以人人平等原则与自然法的普遍性为基础的世界主义哲学。

到了17、18世纪,自然法哲学达到了它的顶峰,那个时期的先哲们把自然法中所蕴含的自由、平等理念更是推到了极致,而这些是意思自治原则的思想基础。

卢梭说:“人是生而自由的,但无往而不在枷锁之中”。康德甚至认为:“只有一种天赋的权利,即与生俱来的自由”。^⑦但在任何历史阶段自由决非为所欲为,自由是在法律范围内的自由,自由是一定国家的公民或社会团体在国家权力的允许范围内进行活动的权利,是主体受到法律约束,并得到法律保障,按自己的意志进行活动的权利。^⑧从表面上看,法律是通过对自由进行一定程度的限制而形成有利于统治阶级的秩序,但细加分析,我们就能得出,法律对个体自由的限制是为了更好地实现自由。“公民应当遵守一邦所定的生活准则,让各人的行为有所约束,法律不应被当作奴役,法律勿宁是拯救”。^⑨洛克更是一针见血的指出:法律的目的不是废除或限制自由,而是保护和扩大自由。^⑩

平等也是自然法学派的思想家们论述得最多的理念之一。他们所倡导的“一切人生而平等”不仅被作为革命时期的口号载入法国宪法,而且也体现在1804年《法国民法典》的制定之中。意思自治原则正是这一思想的充分体现。“自由与平等作为人不可剥夺的自然权利,正是民法中契约自治的底蕴”。^⑪

三、意思自治原则的价值分析

价值是一个表现关系的哲学范畴,它反映的是人与外界的关系,从原始意义上看,价值经常被定义为客体满足主体需要的积极意义或客体的有用性。^⑫它是“人们所能利用的并表现了对人的需要的关系的物的属性”。^⑬由此,我们可将价值理解为客体对主体——人的需求的满足。意思自治原则作为冲突法的系属公式,它的直接价值在于:一是有利于当事人形成权利义务的预期,当事人可根据自己选择的准据法预计法律行为的后果,维护法律关系的稳定性;二是有利于契约争议的迅速解决,节约交易成本。^⑭但从法哲学层面去理解,我们认为意思自治原则对于法治建设、市场经济及法律的趋同化具有十分重要的作用。

(一) 意思自治与市场经济

市场经济,属于商品经济的范畴,是商品经济高度发展的产物,其实质就是契约经济,就是以市场为资源配置中心的经济。它的本位职能是要求尊重权利本位,凡法不加禁止的即自由,要求在各市场主体地位平等、竞争机会均等的条件下,依其自主意思去追求他的利益。市场经济是建构于下列假设基础之上的:(1)经济人;(2)法律上的平等;(3)竞争中的自由。

“经济人”一词最先由亚当·斯密提出,他认为每个人都是其自身利益的最佳判断者,他基于这种判断参与市场活动,在谋求自身利益的同时,也促进了社会利益。“每个人都不断地努力为他自己所能支配的资本找到最有利的用途。固然他所考虑的不是社会利益,而是他自身的利益,但他对自身利益的研

⑤ [美] 博登海默:《法理学——法律哲学与法律方法》(中译本),中国政法大学出版社1999年版,第13页。

⑥ [美] 博登海默:《法理学——法律哲学与法律方法》(中译本),中国政法大学出版社1999年版,第14页。

⑦ [德] 康德:《法的形而上学原理》(中译本),商务印书馆1991年版,第50页。

⑧ 付子堂:《关于自由的法哲学思想》,《中国法学》2000年第2期,第71页。

⑨ [古希腊] 亚里士多德:《政治学》,商务印书馆1965年版,第276页。

⑩ [英] 洛克:《政府论》,商务印书馆1983年版,第7页。

⑪ 姚新华:《契约自由论》,《比较法研究》1997年第3期,第71页。

⑫ 张文显:《法理学》,法律出版社1997年版,第279页。

⑬ 《马克思恩格斯全集》第19卷,人民出版社1964年版,第41页。

⑭ 刘凯湘、张云平:《论社会主义市场经济条件下法律观的十大转变》,《杭州大学学报》1994年第4期,第79页。

究自然会或者毋宁说必然引导他最有利于社会的用途。”^⑤

法律上的平等是保证市场主体参与市场竞争的必备前提，但这里的平等只能是机会的平等、程序的平等，它保证各市场主体处于同一条起跑线上，保证他们受同一种游戏规则约束，至于其竞争结果是否平等则不予考虑。

“商品是天生的平等派”。自由、平等，不仅是商品经济的必然产物，而且也是商品经济的必要前提，甚至从某种意义上说“平等是整个社会的基础”。^⑥这诚如马克思所说，“交换价值制度，或者更确切地说，货币制度，事实上是自由和平等的制度”。^⑦而这种“流通中发展起来的交换价值过程，不但尊重自由和平等，而且自由和平等是它的产物，它是自由和平等的现实基础”。^⑧商品交换活动所遵循的基本规律是等价交换。在交换关系中，用于交换的商品在价值上是等价的，通过等价物的交换，各个交换主体交出和换进的是相等价的物，从而实现为平等的人。而且，是否达成交换，又完全取决于各个交换主体的内心意愿，因而又实现为自由的人。

社会主义市场经济同样要遵循等价交换这个商品经济最一般的规律，尊重和保障平等自由的市场交换关系。在市场经济下，处于平等地位的“经济人”按自己的判断，自主地参与市场竞争，以主体地位平等、机会均等为基础，以竭力保障权利、救济权利的权利本位为其宗旨，以契约自由为其核心内容，以维持有效竞争为其主要功能。由此可见，市场经济是意思自治的经济，意思自治的功能空间就是市场经济的生存空间，意思自治的实施是保障和促进市场经济发展的手段，意思自治是市场经济的活的灵魂。^⑨

（二）意思自治与法治建设

法治作为一种法律精神或社会理想，历来是古往今来众多法学家所关注的焦点，他们锲而不舍的艰苦努力，为我们留下了许多关于法治的精彩论述。最早提出法治思想的是柏拉图。他认为所谓法治就是法律优位于官吏，“如果一个国家的法律处于从属地位，没有权威，我敢说，这个国家一定要覆灭；然而，我们认为一个国家的法律如果在官吏之上，而这些官吏服从法律，这个国家就会获得诸神的保佑和赐福。”^⑩作为柏拉图学生的亚里士多德更是在其师的基础上提出了法治的具体标准：“已成立的法律获得普遍的服从，而大家服从的法律又应该本身是制定的良好的法律。”^⑪近代的哈林顿、洛克、卢梭等人都对法治提出过精辟的见解。尽管这些先哲对于法治的含义在语言表述上各有千秋，但我们还是能从西方法治思想的进路中抽象出其核心，即私权神圣，公权力的存在是为了更好地保护私权利，私权利是公权力的起点与终点，通过对公权力的控制而达到保护私权利的目的。

权力作为一种社会控制力量，存在于一切社会形态之中。“人类社会的一个基本特点，可能就是无论怎样掩饰，影响、统治、权力和权威都无处不在。”^⑫这一点在现代社会表现得尤为明显。由于政府对政治、经济生活的全方位干预，导致公权力的扩张成为必然，人们在享受着权力带来的种种好处的同时，也清醒地意识到权力的种种负面影响，这是由于权力本身的性质——扩张性、腐蚀性及侵犯性^⑬所决定的。为了把权力的行使纳入人们所期望的轨道，人们对法律关系作了划分——公法关系、私法关系，并进而规定在私法领域“私人协议就是法律”。即私法主体有权自主实施私法行为，他人不得干预，私法主体仅对基于自由表达的真实意思的私法行为负责；在不违反强行法的规定下，私法主体自愿达成的协议优先于私法之适用。^⑭意思自治的实质是认为私权神圣，其实施不应受到非正当行使的国家权力及其他当事人意志的非法干预。我国长期缺乏法治传统，权大于法及公民权利意识的淡薄导致公权力侵

⑤ [英] 亚当·斯密：《国民财富性质和原因的研究（下卷）》，商务印书馆 1974 年，第 25 页。

⑥ 皮埃尔·勃鲁：《论平等》（中译本），商务印书馆 1991 年版，第 2 页。

⑦ 《马克思恩格斯全集》第 46 卷（上），人民出版社 1964 年版，第 478 页。

⑧ 《马克思恩格斯全集》第 46 卷（上），人民出版社 1964 年版，第 477 页。

⑨ 江平、张礼洪：《市场经济和意思自治》，《法学研究》1993 年第 3 期，第 22 页。

⑩ 见高等学校教学参考书《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社 1983 年版，第 25 页。

⑪ [古希腊] 亚里士多德：《政治学》（中译本），商务印书馆 1965 年版，第 199 页。

⑫ [英] 迪韦尔热：《政治经济学》（中译本），华夏出版社 1987 年版，第 33 页。

⑬ 孙笑侠：《法理学》，中国政法大学出版社 1996 年版，第 113 页。

⑭ 江平、张礼洪：《市场经济和意思自治》，《法学研究》1993 年第 5 期，第 21 页。

犯私权利的现象频频发生, 确认当事人的意思自治, 将对我国的法治进程起到决定性的影响。

(三) 意思自治与法律趋同

当今世界, 和平与发展已成为两大潮流, 经济全球化的趋势已不可逆转。各国间频繁的经贸往来使得任何一国的经济都不能脱离世界经济的大局而走闭关自守、孤立发展的道路, 这使得许多原本只含一国国内因素、可以仅从本国利益来考虑和解决的法律问题, 因为介入了国际因素而不得不从方便国际交往、加强国际合作出发进行全盘的考虑与解决。基于此, 李双元教授首先提出: 各国法律趋同化已不可避免。

何为“法律趋同化”? 按李双元教授的理解是指“不同国家的法律, 随着国际交往的日益发展的需要, 逐渐相互吸收、相互渗透, 从而趋于接近, 甚至趋于一致的现象”。^⑤ 他进而认为, 由于各国法律在职能上的共同性, 法律所调整的社会关系范围的扩张及经济、政治、社会意识形态诸因素的综合作用, 法律趋同不单单发生在私法领域, 在公法领域也同样存在。因为法律趋同是一个动态的概念, 它并不否认各国法律间存在的多样性或差异性, 并不以实现世界法律大同为终极目标。^⑥

笔者认为: 由于意识形态及传统文化等原因, 公法更注重于其本国性, 更多地受政治制度与政治意识形态的制约, 因而在公法领域尽管会有一些法律制度的相互借鉴及移植, 但其速度是相对缓慢的, 而私法领域, 特别是涉外合同法领域, 因为其所具有的高度国际性, 使得它的趋同化进程之快, 令人惊异。而这其中, 当事人意思自治原则起了相当关键的作用。

意思自治的核心, 是尊重当事人的个人意志, 主张在私法领域当事人的自主意思可优于国际公约及国内的相关立法。在涉外合同方面, 针对各国民商法规定各异, 在国际条约、国际惯例适用范围有限的情况下, 而赋予合同当事人自由选择准据法的权利应该说是一种现实的做法。在实践中, 由于合同当事人之间通过协商, 往往选择那些立法技术较先进地区的法律, 使得当事人的选择具有了这样一种功能, 即一方面促进了国家间相关法律的交流, 另一方面——也是更为重要的——迫使许多国家自觉或不自觉地在国内立法中相互借鉴, 使得这一部分法律的共同因素大为增加。

四、意思自治原则的发展趋向

马克思主义认为任何事物都是不断发展变化的。意思自治原则首先确立于涉外合同领域, 并逐渐发展成为合同法律适用的首要原则。近年来, 该原则的适用范围表现出两种引人注目的动态: 一方面是在特殊的合同领域限制这一原则的适用, 对诸如消费合同、劳动雇佣合同等趋于排除当事人的意思自治; 另一方面则是这一原则在其他领域的扩张, 在诸如侵权和婚姻家庭等领域, 这一原则在某种程度上被采用。^⑦

(一) 侵权领域

对于涉外侵权案件的法律适用, 长时期以来, 几乎可以说一直是以行为地法则作为普遍适用的原则的。但是正如同英国当代著名国际私法学家莫里斯所指出的那样, 墨守侵权行为适用侵权行为地法的成规, 是国际私法中侵权领域落后的表现。^⑧ 近年来, 尤其是自 20 世纪 50 年代始, 随着国际经济技术的迅猛发展, 出现了诸如国际产品责任案件、国际交通事故等新型的侵权案件。所有这些, 迫使旧的 19 世纪以前形成的侵权法理论不得不从其本身加以调整, 其结果便是把当事人意思自治的制度引入了侵权法。

最新的国际私法立法更是体现了这一新的倾向。《瑞士联邦国际私法法规》第 132 条规定, 侵权行为发生后, 当事人可以随时协商适用法院地法律; 第 110 条关于知识产权的侵权诉讼, 也规定了相同的法律适用原则; 第 138 条对受大众传媒诽谤而提出的损害赔偿诉讼, 规定原告可以选择适用受害人的习

^⑤ 李双元主编:《市场经济与当代国际私法趋同化问题研究》, 武汉大学出版社 1994 年版, 第 3 页。

^⑥ 但他同时也承认, 私法领域的趋同较公法领域的趋同更容易, 其进程也更快。

^⑦ 吕岩峰:《论当事人意思自治原则之扩张》,《法学评论》1997 年第 6 期, 第 31 页。

^⑧ 李双元、金彭年等:《中国国际私法通论》, 法律出版社 1996 年版, 第 386 页。

惯居所地国家的法律，加害人的主要营业机构所在地或惯居所地国家的法律，侵权结果发生地国家的法律。也门人民共和国《民法典》第34条也规定：“非合同之债，适用产生债之事实出现地国家的法律，但在受害者要求时，也得适用也门人民共和国法律”，这一规定当含有侵权行为适用受害方当事人所选择的法律的意思。^④此外，1973年的《产品责任法律适用公约》，也承认一定程度上的一方当事人自治，即允许受害人在一定条件下请求适用侵害地法。

一些国家的司法判例也支持当事人有权选择法律来支配侵权行为责任问题。荷兰鹿特丹地方法院在1979年1月8日莱茵河污染案的判决中支持了当事人所选择的荷兰法的适用。^⑤此外，德国、瑞士的判例也允许当事人选择适用侵权行为地法。

（二）婚姻家庭继承领域

由于大多数西方国家都把夫妻关系看作一种特殊的契约关系，因此，在解决夫妻财产关系的法律冲突中适用“当事人意思自治”便是顺理成章的了。但在采用夫妻意思自治原则的国家中，有的对夫妻的法律选择权利和范围作了一些限制，而有的则不加任何限制。如法国、奥地利、美国、卢森堡等对当事人选择法律的范围不加限制，允许当事人作广泛的自主选择。而土耳其1982年颁布的《国际私法和国际诉讼程序法》第14条则规定，当事人虽可以选择调整夫妻财产关系的法律，但只应在他们的住所地法律或他们结婚时的本国法律中作出选择。1978年《关于婚姻财产制的海牙公约》也对当事人选择法律加以限制。^⑥

遗产继承法律选择的当事人意思自治原则可上溯至19世纪初的拉丁美洲。但令人遗憾的是，1926年《秘鲁民法典》、1928年《墨西哥民法典》、1942年《意大利民法典》均抛弃了当事人意思自治原则。^⑦但在1988年的《死者遗产继承的准据法公约》中则重新体现了当事人意思自治原则。该公约第4条、第6条和第7条中都规定允许被继承人生前指定适用于遗产继承和继承协议的法律，即明确承认涉外继承领域里的当事人意思自治原则。这不能不说是公约的另一大成就。但是，这种意思自治是有严格限制的。首先，在选择的形式方面，公约要求必须是明示的，而且，必须符合订立遗嘱的形式要件；其次，当事人的选择只限于其死亡时的国籍国法或惯常居所地法，除此之外的任何法律选择，包括曾经是但他死亡时不再是其国籍国或惯常居所地国法律的选择，都是无效的；最后，法律选择的作出人，对此种法律选择的撤销，也必须符合撤销遗嘱同样的规则。而且由于该公约采用同一制，所以，当事人不能选择某一国法律适用于部分遗产的继承，就是说，当事人选择的法律，只能适用于全部财产的继承。^⑧

[责任编辑：延 风]

^④ 吕岩峰：《论当事人意思自治原则之扩张》，《法学评论》1997年第6期，第33页。

^⑤ 李泽锐：《略论当代国际私法法律适用问题的新趋势》，《法学研究》1986年第3期，第43页。

^⑥ 李双元、金彭年等：《中国国际私法通论》，法律出版社1996年版，第459页。

^⑦ 李浩培：《遗产继承法律选择的发展》，《中国国际法年刊（1991年）》，法律出版社1992年版，第157-161页。

^⑧ 李双元、金彭年等：《中国国际私法通论》，法律出版社1996年版，第501页。