



GUOJI HETONG FALü
SHIYONG FAZHAN QUSHI YANJIU

国际合同法律适用发展趋势研究 ——以意思自治原则为中心

李凤琴 © 著

安徽师范大学出版社

013059371

D996.1
239

GUOJI HETONG FALü
SHIYONG FAZHAN QUSHI YANJIU

本书由嘉兴学院学术专著出版基金资助出版

国际合同法律适用发展趋势研究

——以意思自治原则为中心

李凤琴◎著



北航

C1666039

安徽师范大学出版社

D996.1

239

责任编辑：潘 安

装帧设计：丁奕奕

图书在版编目 (CIP) 数据

国际合同法律适用发展趋势研究：以意思自治原则为中心/李凤琴著. —芜湖：安徽师范大学出版社，2013.5

ISBN 978 - 7 - 5676 - 0713 - 2

I. ①国… II. ①李… III. ①国际贸易—贸易合同—合同法—研究 IV. ①D997.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 119571 号

国际合同法律适用发展趋势研究

——以意思自治原则为中心

李凤琴 著

出版发行：安徽师范大学出版社

芜湖市九华南路 189 号安徽师范大学花津校区 邮政编码：241002

网 址：<http://www.ahnupress.com/>

发 行 部：0553 - 3883578 5910327 5910310 (传真) E-mail: asdcbsfxb@126.com

经 销：全国新华书店

印 刷：安徽芜湖新华印务有限责任公司

版 次：2013 年 5 月第 1 版

印 次：2013 年 5 月第 1 次印刷

规 格：787 × 1092 1/16

印 张：11.5

字 数：260 千

书 号：ISBN 978 - 7 - 5676 - 0713 - 2

定 价：23.00 元

凡安徽师范大学出版社版图书有缺漏页、残破等质量问题，本社负责调换。

28		第一章本
88		(丁) 国际商事自治意思 第一章本
88		第二章本
101		第三章本
801		第四章本
111		第五章本

目 录

导 言	1
第一章 国际合同法律适用制度的历史变迁	4
第一节 以合同签订地法为主确定合同准据法阶段	4
第二节 以意思自治原则确定合同准据法阶段	6
第三节 合同自体法阶段	13
本章小结	16
第二章 国际合同法律适用的统一化运动	17
第一节 1980 年欧盟《罗马公约》	17
第二节 1994 年《墨西哥公约》	20
第三节 2008 年欧盟《罗马条例 I》	23
第四节 海牙国际私法会议的统一化运动	28
本章小结	35
第三章 意思自治的扩张	37
第一节 放宽具有“国际因素”合同的认定标准	37
第二节 放宽当事人选择法律的方式	39
第三节 放宽当事人选择法律的时间和空间限制	43
第四节 关于“非国家法”的选择趋势	48
第五节 意思自治在普通合同中放松限度的缘由	50
本章小结	58
第四章 意思自治的限制（上）	59
第一节 国际消费合同当事人意思自治的限制	59
第二节 国际雇佣合同当事人意思自治的限制	65
第三节 国际保险合同当事人意思自治的限制	72
第四节 对特殊合同限制当事人意思自治的缘由	79

本章小结	85
第五章 意思自治的限制（下）	86
第一节 强制规则对当事人意思自治的限制	86
第二节 公共政策对当事人意思自治的限制	101
第三节 强制规则与公共政策对意思自治进行限制的缘由	108
本章小结	111
第六章 意思自治的补充	112
第一节 最密切联系原则的提出	112
第二节 最密切联系原则的发展趋势	114
第三节 对最密切联系原则进行规范与限制的缘由	121
本章小结	123
第七章 结论与启示	125
第一节 国际合同法律适用的发展趋势	125
第二节 我国涉外合同法律适用相关立法及司法解释评析	127
第三节 我国涉外合同法律适用司法实践述评	141
第四节 对完善我国涉外合同法律适用制度的相关建议	164
本章小结	173
主要参考文献	174
后 记	176

导 言

国际私法上的“国际合同”，是指由于合同中跨国因素的存在，从而涉及不同国家立法管辖权或不同国家之间法律选择的合同。“跨国因素”与“法律选择”是确定国际合同不可或缺的两个条件。^① 不过，对于“跨国因素”的判断至关重要，因为它关系到合同当事人是否享有选择合同准据法的权利。然而，对于“跨国因素”的判断，国际上并没有形成统一标准，但是从总的发展趋势来看，国际社会正在逐渐放宽合同跨国因素的认定标准，从而进一步扩大了合同当事人的法律选择权。^② 需要指出的是，本书所称的国际合同指的是国际民商事合同，但不包括涉及家庭关系的诸如婚姻、监护、继承而产生的合同，也不包括与海关、税收或行政事务有关的合同。由于海牙国际私法会议在起草国际合同之债法律适用相关立法时采取“international contract”之概念，为与该概念相吻合，本书即采取“国际合同”之称谓。

国际合同的法律适用经历了漫长而复杂的演变过程。从历史上看，合同准据法的确定经历了三个阶段：第一，以合同签订地法为主的单纯依空间连接因素确定合同准据法阶段，这一阶段主要受意大利学者巴托鲁斯的法则区别说的影响；第二，以意思自治为主强调当事人主观意志确定合同准据法阶段。自16世纪法国学者杜摩林提出意思自治学说之后，该学说并没有在合同冲突法领域占据主导地位，而是经过一段时间的废立之争，于1865年《意大利民法典》首次在立法中明确后，才渐渐被他国普遍认可；第三，以意思自治为主，以最密切联系为辅的合同自体法阶段，这一阶段以英国学者戴西和莫里斯提倡的“合同自体法”理论为基础，在肯定意思自治原则在确定合同法律适用中的主导地位时，将最密切联系原则作为意思自治原则的补充。^③

从上述国际合同法律适用的发展过程可以看出，意思自治原则历经几百年的发展，目前已经成为国际上确立合同准据法的首要原则。然而，现代合同冲突法理论中的意思自治原则虽然与杜摩林的观点存在相似之处，但是经过历史发展，已经存

① 吕岩峰：《“适当论”——国际合同法律适用理论的归结与扬弃》，《法制与社会发展》1999年第5期。

② 宋晓：《当代国际私法的实体取向》，法律出版社2004年版，第204页。

③ 韩德培：《国际私法新论》，武汉大学出版社2003年版，第211页。

在着实质的不同,并且仍将处于不断发展之中。由于国际合同法律适用涉及问题较为庞杂,本书所探讨的国际合同法律适用发展趋势是以意思自治原则的发展为中心的。由于各国立法与司法实践对合同法律适用制度,特别是意思自治的规定与理解存在差异,该制度仍是国内外法学界研究和争论的焦点。

从国外学术界的研究状况来看,研究合同法律适用制度的著作相对较少,具有代表性的列举如下:《合同冲突法:欧盟合同之债法律适用公约——比较研究》(P. M. North, D. C. L., 1981),《意思自治原则的限制——从宪法与国际法角度的比较研究》(George A. Bermann, 2005),《罗马条例 I》(Prof. Dr. Stefan Leible, 2009)等。而相关方面的论文特别是有关合同当事人意思自治方面的论文则相对较多,代表性的有:《法律选择中的意思自治》(Hessel E. Yntema, 1952),《意思自治原则的回顾——冲突法问题的规则解决方式》(Edith Friedler, 1989),《意思自治原则——合同之债法律选择的国际视野》(Mo Zhang, 2006),《合同冲突法中的意思自治——趋同化及经济效率分析》(Giesela Rühl, 2007)等。这些论著从不同角度对国际合同法律适用问题作了深刻的分析,但是也存在一定的局限性。首先,这些论著并没有结合海牙国际私法会议的最新工作动态去研究国际合同法律适用的发展趋势,具有一定的历史局限性;其次,这些论著往往只围绕本地区或本国的立法和司法实践进行论证,比如欧洲学者都会把欧盟 1980 年的《合同之债法律适用罗马公约》(以下简称《罗马公约》)和 2008 年《合同之债法律适用罗马条例》(以下称《罗马条例 I》)作为研究对象,而美国学者则大多以《第一次冲突法重述》、《第二次冲突法重述》和美国《统一商法典》的相关规定再结合各州的司法实践进行研究,因此具有一定的区域局限性。

从国内学术界的研究状况来看,专门研究国际合同法律适用的著作也不多见。主要有《国际合同法律适用论》(邵景春,1997),《契约冲突法》(傅静坤,1999),《合同准据法的理论的解释》(沈涓,2000),《合同冲突法》(王军,2003),《国际私法上的意思自治》(许军珂,2006)等。相关的论文资料则较为丰富,具有代表性的有:《意思自治原则的变迁及经济分析》(刘凯湘,1997),《“适当论”——国际合同法律适用理论的归结与扬弃》(吕岩峰,1999),《我国冲突法立法应拓展意思自治原则的适用范围》(徐崇利,2007),《国际合同当事人意思自治的限度》(许庆坤,2008)等。这些论著较为系统地分析了合同法律适用的相关问题,但是仍存在欠缺之处:第一,所涉及的有关合同冲突法制度有的过于宏观,面面俱到,无法深入剖析合同法律适用问题的关键所在,而有的则又过于细化,只涉及合同法律适用的具体的某个方面,不能涵盖全局;第二,已有的论著较重视对合同当事人意思自治扩张与限制的各种表现的论述,而未能从全球视野挖掘出意思自治原则正在出现的趋同化现象,更没有分析出现这种趋同化现象背后的缘由,这样也就无法准确预测意思自治原则未来的发展趋势;第三,重视合同法律适用制度的理论研究,而忽视从实证角度对该制度的分析。特别是缺乏对我国司法实践中关

于涉外合同法律适用的具体问题及缘由的分析。

从以上对已有的研究合同法律适用制度的论著的分析可以看出,虽然关于合同法律适用的问题是一项传统课题,国内外学界已经作了大量的研究,但是鉴于合同法律适用制度,特别是意思自治原则仍在不断的发展和变化,而现有的研究还存在一定的欠缺,因此,本书认为,抓住合同法律适用制度的核心所在——意思自治原则,研究其扩张与限制的缘由以及发展趋势,再将与意思自治原则相关的规则一并研究,具有重要的理论意义和现实意义。

其理论意义在于:①运用历史分析方法,通过对合同法律适用制度历史变迁的分析,考察意思自治产生、发展和变迁的过程,可以充分把握意思自治的生成条件、发展和变迁的外在影响因素,更能领会意思自治原则的真正含义,即所谓的意思自治并不是绝对的自由,而是自由与限制的统一;②运用比较分析方法,通过对欧美主要国家或地区关于合同法律适用制度之立法与司法实践的比较研究,可以挖掘出意思自治原则和最密切联系原则共同的发展趋势;③运用经济学分析方法和法哲学分析方法,从效率与正义角度出发,探究世界各国关于意思自治原则和最密切联系原则出现趋同化的缘由,从而能更准确地把握意思自治原则和最密切联系原则未来的发展趋势。

其现实意义在于:2006年开始,海牙国际私法会议着手准备制定“国际合同之债法律适用”的统一规则,其主要目的在于加强国际合同当事人的法律选择权,保障合同当事人的意思自治的实现,预计在不久的将来会形成国际合同法律适用的立法规则,这必将对国际合同法律适用制度的统一化带来深远影响。而我国涉外合同法律适用制度规定较为分散,而且较为简单,与国际趋势存在一定差异。《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》(以下简称《法律适用法》)已经于2010年10月28日通过,但是该法中涉外合同法律适用规定仍显简单,新法与旧法之间如何协调亟待研究。因此,本书认为,研究国际合同法律适用的最新发展趋势,并针对我国刚刚通过的《法律适用法》的相关规定作出评价并提出一些建议,有一定的现实意义。

第一章 国际合同法律适用制度的历史变迁

第一节 以合同签订地法为主确定合同准据法阶段

一、意大利法则区别说的影响

任何关于合同法律适用历史的论述都可以追溯至中世纪国际私法的产生之初。^①即在 13—14 世纪的意大利北部,随着商业交往的日益频繁,各城邦国家主权者为维持市场交易活动,在涉外民商事争议的解决中不得不在相互冲突的本国法和外国法作出选择,这就涉及如何进行法律适用的问题。在此背景下,在意大利出现了一批被称为“后期注释法学派”的学者,他们主张对罗马法进行注释,从罗马法中寻找法律适用的统一标准,从而使罗马法能符合国际民商事交往的需要,于是便形成了意大利的“法则区别说”。^②该学说的形成最终标志着国际私法的诞生。对于合同法律适用的历史发展而言,在意思自治尚未发展的 14 世纪,意大利的法则区别说对于确定合同的法律适用有相当积极的意义。^③

意大利法则区别说的代表人物是巴托鲁斯(Bartolus)。他在前人研究的基础上,主张从法则本身的性质入手,把所有的“法则”分为“物的法则”、“人的法则”和“混合法则”。“物的法则”是属地的,其适用范围只能及于制定者领土之内的物(通常指土地);“人的法则”是属人的,它不但适用于制定者管辖领土内的属民,而且即使它的属民到了别国领土内也应适用;“混合法则”既涉及人又涉及物,是涉及行为的法则,比如包括签订合同的行为。^④他在此基础上提出了许多重要的冲突法规则,其中与合同之债法律适用有关的有:①关于合同的形式问题适用合同签订地法;②合同权利实现过程中的诉讼程序问题,适用法院地法;③为解决合同签订地与合同履行地不在同一国时合同效力的法律适用问题,巴托鲁斯将合同效力一

① Peter Edward Nygh: *Autonomy in International Contract*, Clarendon Press Oxford, 1999: 3.

② 丁伟:《国际私法学》,上海人民出版社 2004 年版,第 45 页。

③ 沈涓:《合同准据法理论的解释》,法律出版社 2000 年版,第 23 页。

④ 韩德培:《国际私法新论》,武汉大学出版社 2003 年版,第 40 页。

分为二,分别依情况适用准据法,合同签订时发生的效力适用合同签订地法(比如因欺诈而订立的合同所产生的效果),因违反合同而产生的效果适用合同履行地法(如因合同的迟延履行或不履行而产生的效果)。

巴托鲁斯及其追随者认为,合同与人一样,应当受到其最初产生地的法律的约束。因此,在法则区别说的影响下,合同准据法主要受合同签订地法支配,而不管当事人的意愿如何。^①

二、对以合同签订地等客观连接点确定合同准据法的评价

随着法则区别说为各国立法和司法实践的广泛接受,这一学说所确立的合同准据法规则也同样被接受并得到进一步的发展。比如,17世纪的荷兰学者胡伯(Huber)也持“合同签订时发生的权利适用合同签订地法”这种主张随后影响到了英国的判例,并通过斯托里(Story)的传播又影响到了美国判例,直到20世纪前半期,哈佛大学教授比尔主持编纂的美国《第一次冲突法重述》中仍主张对合同的成立、有效以及由于合同所发生的权利义务适用合同签订地法。^②

而合同履行地法的优势是在萨维尼之后才被学界所关注。萨维尼认为,合同法律关系的本座是合同履行地,萨维尼对合同履行地法的补充和发展对德国司法实践有着深远的影响。在当事人的法律选择意图无法探明的情况下,德国法院往往采用合同履行地法作为支配合同的准据法。^③美国《第一次冲突法重述》中关于合同履行的问题也适用合同履行地法。合同适用履行地法的理由在于:合同订立并不是目的,合同的履行才是当事人签订合同的最终目的,而如果合同的履行得不到履行地法律的认可,那么其履行也将不产生法律效力,因此,合同关系适用合同履行地法最为适当。

适用合同签订地法或履行地法具有确定性和可预见性的优点,符合国际私法产生之初国际贸易发展的实际需要,因此,自法则区别说产生到16世纪意思自治学说的提出,这一理论一直在合同冲突法领域占统治地位,然而单纯以合同签订地或合同履行地来确定合同准据法毕竟存在其固有的缺陷,比如合同签订地的选择有时是偶然的,或许只因为当事人的便利,因而签订地时常与交易并无密切联系;至于合同履行地,如果合同存在多种义务的情况下,合同的履行地也比较难以认定。而且,如果合同准据法依照签订地法或履行地法确定,就会使当事人有机会通过选择签订地或履行地规避本应适用的法律,^④更重要的是,采合同签订地等客观连接点确定

① Mo Zhang: *Party Autonomy and Beyond: An International Perspective of Contractual Choice of Law*, *Emory International Law Review*, 2006 (20): 514.

② 吕岩峰:《国际合同法律适用的理论分歧和历史演进》,《长春市委党校学报》1999年第1期。

③ Ernest G. Lorenzen: *Validity and Effects of Contracts in the Conflict of Laws*, *Yale Law Journal*, 1921 (30): 574.

④ 吕岩峰:《国际合同法律适用的理论分歧和历史演进》,《长春市委党校学报》1999年第1期。

合同准据法的方法其最主要的缺陷在于忽视了当事人选择准据法的主观意图, 毕竟合同当事人是交易的主体, 其作为合同权利义务的最终承受者, 准据法的确定也就应当考虑当事人的主观意思。因此, 到 19 世纪后半叶该理论逐渐被意思自治理论所代替。

第二节 以意思自治原则确定合同准据法阶段

意思自治原则目前已经成为世界上大多数国家立法与司法实践确定合同准据法的首要原则。然而, 如果追寻意思自治理论的发展轨迹, 不难发现即使到 19 世纪, 关于意思自治理论仍没有真正形成。即使人们所认为的对推动意思自治理论形成具有决定性意义的杜摩林 (Dumoulin) 或者英国法官曼斯菲尔德 (Mansfield), 也只是模糊地表达此种理念而已, 与现代的意思自治理论还存在差距, 不能说真正地建立起意思自治理论。意思自治理论是 19 世纪资本主义发展过程中在实体法合同自由理论的影响下才真正得以确立, 虽然饱受批评, 但仍然坚定地朝前发展,^① 直至 20 世纪中期, 世界上很少再有国家抵制当事人的意思自治。^②

一、意思自治原则的萌芽

提及国际私法上的意思自治, 学者们几乎都认为杜摩林是学说的提出者。然而在杜摩林之前, 已经存在有关意思自治的思想。这种思想萌芽可以追溯至公元前 120 年至公元前 118 年的古希腊, 在当初古希腊颁布的法令中, 就允许埃及人在埃及的法庭以埃及文字订立合同, 从而对希腊人提起诉讼, 这就暗示着在管辖权事项上, 当事人可以采用合同语言作为连接点选择法院, 进而选择合同适用的法律。^③

在合同冲突法领域关于当事人意思自治的观念, 则在中世纪意大利学者萨利赛 (Salicet) 的著作中开始萌芽。而 15 世纪法国巴黎大学教授罗朱斯·库尔蒂乌斯 (Rochus Curtius) 则开辟了合同当事人可以进行法律选择的真正道路。他认为, 合同之所以适用签订地法, 是因为“当事人默示同意适用该法”,^④ 这一提法反映了合同准据法的确定应当考虑当事人主观意图的观念。可以说, 这是意思自治理论在合同法律适用领域的最初萌芽。

然而, 尽管罗朱斯·库尔蒂乌斯已经用“当事人默示同意”的观点来解释合同

① 宋晓:《当代国际私法的实体取向》, 法律出版社 2004 年版, 第 53 页。

② Giesela Rühl: *Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency*, CLPE Research Paper 4/2007, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=921842, 2009-12-12.

③ 肖永平:《肖永平论冲突法》, 武汉大学出版社 2003 年版, 第 186 页。

④ [法] 巴迪福、拉加德,《国际私法总论》, 陈洪武等译, 中国对外翻译出版社 1989 年版, 第 305 页。转引自丁伟:《国际私法学》, 上海人民出版社 2004 年, 第 291 页。

受签订地法支配这一系属公式,但是较之现代冲突法意义上的意思自治理论仍存在很大差距,其目的还是在为属地主义的“场所支配行为”原则辩护,^①人们仍旧不能从中得出当事人的主观意图可以决定合同准据法的结果。16世纪法国学者杜摩林则在此基础上明确提出了当事人意思自治原则,从而在确定合同准据法方面跨出了决定性的一步。杜摩林认为,合同受当事人的意思支配,因而当事人的主观意愿成为确定合同准据法的决定性因素,而不是偶然产生的合同签订地。^②因此,如果从合同中能够推断出当事人的意思时,那么就应当按照当事人的意思确定合同的准据法。^③

杜摩林在国际私法学说中首次涉及当事人意思自治问题,即在对“夫妻财产关系适用夫妻共同住所地法”这一规则的描述中,采用了“应与当事人默示的或可能的意思相符合”这一语句,因此,在西方国际私法学中被誉为“意思自治之父”。然而,实际上,从上述杜摩林采用的措词可以看出,其对意思自治的提法是相当含糊和间接的。理由如下:首先,他讨论的并不是一般意义上的商事合同,而只是将夫妻财产关系定性为一种默示合同关系,并认为当事人默示该合同关系适用住所地法,而不是财产所在地法;其次,他只是指出当事人的默示意思表示,并没有明确指出当事人是否可以明示选择合同准据法。^④

在理论上最先接受意思自治的是17世纪荷兰法学家胡伯。他指出,合同法律适用的首要规则是适用合同签订地法,但是如果当事人在签订合同时心中有另一个地点,那么合同签订地法则不能优先适用。^⑤也就是说,胡伯已将当事人的意思自治视为确定合同准据法的重要原则之一。随后,德国学者萨维尼也接受了这一学说,他认为,在适用法律关系的本座法时,首先应当考虑的是当事人的主观意图,如果当事人的主观意图没有明确表达,那么应当从合同中进行推断。

虽然在杜摩林和胡伯的努力之下,意思自治原则的理论基础已对发展中的合同冲突法理论产生了重大的影响,但是司法实践中的意思自治却是直到1760年才在英国法院判例中首次确立。1760年,受胡伯理论的影响,英国法院在Robinson vs Bland案(以下称“鲁宾逊案”)中明确承认了当事人的意思自治。该案是关于两个英国人在法国发生的一起赌债纠纷,双方约定借款在英国本土以英镑偿还,后双方发生纠纷并诉至英国法院。根据法国法律,赌债是有效力的,但是却不被英国法律所承认。曼斯菲尔勋爵认为,按照传统观点,在合同的解释和履行问题上应当按照合同签订地法而不是法院地法,但是该规则在当事人订立合同时明确有“不同的

① 王旭光:《涉外合同之债法律适用的比较研究》,大连海事大学硕士学位论文,2002年,第13页。

② Peter Edward Nygh: *Autonomy in International Contract*, Clarendon Press Oxford, 1999: 4.

③ Ernest G. Lorenzen: *Validity and Effects of Contracts in the Conflict of Laws*, *Yale Law Journal*, 1921 (30): 572-575.

④ 沈涓:《合同准据法理论的解释》,法律出版社2000年版,第35页。

⑤ Albert Venn Dicey: *John Humphrey Carlile Morris, Lawrence Antony Collins, Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, Stevens, 1987: 1165.

想法”时例外。这里的“不同的想法”，曼斯菲尔德指出，并不是合同中包含有具体的法律选择条款，而是在合同中明确表明合同将在签订地以外履行。在曼斯菲尔德法官看来，当事人如果明确表示合同将在签订地以外履行，这就意味着当事人意欲将合同交由履行地法支配。因此，当事人通过选择履行地来选择支配合同准据法的规则产生了。^①“鲁宾逊案”中意思自治原则的确立是与当时英国的经济发展密切相关的。18世纪的英国在当时国际贸易极为发达，跨国间合同纠纷增多，欧洲大陆国家仍奉行“场所支配行为”这一法则区别说所形成的规则，而此时英国法官感到采用合同签订地等客观连接点确定合同准据法已不能适应国际合同发展的需要了，曼斯菲尔德在“鲁宾逊案”中首次采用了意思自治原则正是顺应了当时国际贸易发展的需要。

不过，从上述对意思自治历史的回顾我们可以看出，从杜摩林到胡伯，再到曼斯菲尔德，上述学者都主张应考虑当事人的主观意图，但并没有直接明确地提出当事人可以自由选择支配合同法律的主张。^②因此，此时的“意思自治”理论虽然与现代冲突法中的观点存在相似之处，但还是存在实质上的不同，直到19世纪中叶，现代意义上的意思自治理论终究没有真正确立。

二、意思自治原则的确立

19世纪，西方资本主义发展到了鼎盛时期，合同冲突法中当事人的意思自治由于与资产阶级提倡的“契约自由”理论相吻合，得到了许多资产阶级法学家的赞同。其中意大利法学家孟西尼（Mancini）第一次积极明确地表达了合同当事人的法律选择权。当然，孟西尼最著名的理论是国籍作为国际私法中最基本的连接因素，他拒绝之前学者们所主张的属地主义，而主张应由国籍国法支配个人之间的法律关系，而不管个人住所在何地。有关当事人的身份能力，比如合同当事人的缔约能力问题应适用当事人国籍国法，在此方面，当事人的法律选择不得凌驾于国籍国法之上；那些当事人可以自由决定的事项，比如有关合同的条款和条件等，应当留给当事人自由选择合同所适用的法律。属地主义只有作为公共政策例外而得以保留，即当适用当事人国籍国法或当事人选择的法律违背法院地公共政策或更高利益时才可拒绝适用。^③孟西尼以私法自治为基础首次明确承认合同当事人的法律选择权，与前人只采用含糊而间接的方式提及当事人的意思自治相比，这是一个显著的进步，而且孟西尼在赋予合同当事人法律选择权的同时，又明确以公共政策作为对当事人意思自治的限制，体现了意思自治是自由与限制的统一。孟西尼关于意思自治的理

① Thomas W. Pounds: *Party Autonomy—Past and Present*, *South Texas Law Journal*, 1971 - 1972 (12): 215.

② 许军珂：《国际私法上的意思自治》，武汉大学博士论文，2005年，第35页。

③ Peter Edward Nygh: *Autonomy in International Contract*, Clarendon Press Oxford, 1999: 8.

论为现代冲突法意义上的意思自治原则的确立奠定了基础,得到了许多著作、立法和司法判例的支持。^① 1865年《意大利民法典》最早在立法中明确接受了意思自治原则。然而,尽管早期意思自治原则的发展,但该原则在很长时间内仍饱受批评,始终在争论中朝前发展。

在欧洲各国司法实践中,对意思自治持支持态度的是英国、法国和德国,而一些国家如瑞士等国对意思自治持抵制态度,直到1952年,瑞士法院还限制当事人选择合同准据法的范围,如不允许当事人选择支配合同有效性的法律。^②

英国法院率先明确允许当事人享有选择合同准据法的自由。在1865年Lloyd vs Guibert一案中,法院认为,必须考虑当事人意欲使交易受其支配的法律,或者可以从交易中推断得知在特定事项上将自己维系于何种法律。前者是指当事人明示选择法律,后者是当事人以默示方式选择法律,这也是目前许多国家规定的当事人选择合同准据法的两种方式。在1939年Vita Food Product Inc. vs Unus Shipping案(以下称“维他食品案”)中,法院进一步放宽了当事人选择法律的范围。该案是关于纽约托运人与加拿大新斯科省(Nova Scotia)的承运人之间的一份运输合同纠纷,要求将货物从纽芬兰运送到纽约,根据提单上所载明的合同准据法是英国法。货物在运输途中由于承运人的疏忽而受损。英国枢密院经审理认为,货物承销人可能是英国人,但交易是否与英国存在联系其实并不重要,只要当事人明示的法律选择是善意和合法的,只要没有公共政策理由可以合理地使当事人的选择归于无效,我们就很难找出有可能对意思自治构成的限制。枢密院最终适用了英国法免除了承运人因其雇员疏忽而造成的赔偿责任。该案虽然被批评为过度纵容当事人的意思自治,但值得注意的是,该案结果允许承运人免除因其雇员的疏忽而造成的损失与当初海牙规则的规定是一致的。^③

法国司法实践中明确承认意思自治原则的判例是1905年的American Trading vs Quebec Steamship(以下称“美国贸易案”)。在该案中,法国最高上诉法院认为,支配合同的法律原则上是合同签订地法,然而,当事人有权选择支配合同的准据法,而且,此种选择并不需要明确表示,而只需要通过合同条款或其他实际因素推断即可。该案明确承认了当事人的意思自治,但是法国最高上诉法院对当事人意思自治进行了限制。首先,当事人并不是能够随意地选择法律,当事人的法律选择不能规避本应适用的法律中的强制条款;其次,当事人不能选择与合同或交易不存在任何

① Giesela Rühl: *Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency*, CLPE Research Paper 4/2007, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=921842, 2009-12-12.

② Giesela Rühl: *Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency*, CLPE Research Paper 4/2007, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=921842, 2009-12-12.

③ Note: *Conflict of Laws: "Party Autonomy" in Contracts*, *Columbia Law Review*, 1957 (157): 562.

联系的法律。1959年 *Société de Fourrures Renel vs Allouche* 案将意思自治原则补充得更为完整。在该案中,法国最高上诉法院认为,当事人可以自由选择支配合同的法律,如果他们没有作出明示选择,那么法院就需要根据当事人的协议和案件的情况决定应当适用的准据法。法官随后修正了“美国贸易案”中的有关判决。法院认为,一方面当事人选择的法律不需要与合同或交易存在客观联系,另一方面,当事人需以明示的方式作出法律选择,否则将按照客观因素决定合同的准据法。^①

同时,在欧洲国际私法学界,对意思自治的态度也一分为二:有些学者认为应当支持当事人自由选择法律的权利以保证法律适用的确定性;而有些学者认为,为避免当事人规避本应适用的法律,不允许当事人自由选择合同准据法,当事人不能通过选择另一法律从而使自己凌驾于本应适用的法律之上。然而,随着国际贸易的进一步发展,进入20世纪后,对意思自治的抵制态度逐渐得到缓和,到20世纪60年代,很少再有国家抵制意思自治原则,1980年《罗马公约》的制定,明确赋予当事人享有选择合同准据法的权利,自此,意思自治原则在欧洲得到普遍接受。^②

在美国,关于意思自治原则的发展比欧洲更为曲折,有关意思自治的观念是从英国引入美国的。^③ 1825年,由马歇尔(Marshall)法官审理的 *Wayman vs Southard* 案中引入了意思自治原则,即合同应当受当事人意欲适用的法律调整,该案得到了斯托里法官的肯定。在1882年的 *Pritchard vs Norton* 案(以下称“普里查德案”)中,美国最高法院指出,当事人的意图不能被推定为其所适用的法律将会使其交易无效。即在与合同有关的多个法律中,依照其中一个法律合同有效,依照其他法律则合同无效,则以确认合同有效的法律为合同准据法,这一条件成为推断当事人暗示法律选择的因素,是因为可以推断当事人必定愿意使其合同在法律上有效。本案其实表明法院依据尽量使合同有效的规则,而不是赋予当事人以法律选择权,但是不管法院根据何种规则,法院观点的重要意义在于赋予当事人的意图以效力。^④ 虽然“普里查德案”经常被作为意思自治的经典案例引用,但是意思自治的概念并没有通过这个案例介绍到美国。

1953年美国 *Lauritzen vs Larsen* 案明确接受了当事人的意思自治。该案是一起丹麦海员与丹麦船主之间发生的雇佣合同纠纷,合同明确选择适用丹麦法。美国最高法院法官杰克逊(Jackson)采用了丹麦法解释合同,他主张:“除非违反公共政策,

① Richard Plender, Michael Wilderspin: *The European Private International Law of Obligations* (Third Edition), Thomson Reuters, 2009: 132-133.

② Giesela Rühl: *Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency*, CLPE Research Paper 4/2007, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=921842, 2009-12-12.

③ Edith Friedler: *Party Autonomy Revisited: A Statutory Solution to A Choice-of-law Problem*, *Kansas Law Review*, 1989 (37): 477.

④ Thomas W. Pounds: *Party Autonomy—Past and Present*, *South Texas Law Journal*, 1971-1972 (12): 215.

否则合同应当受当事人意欲适用的法律支配。”这是美国最高法院根据当事人的明示法律选择明确接受意思自治的唯一案例。^①

尽管美国司法实践有支持意思自治原则的案例，但是该原则在很长时间内并没有被广泛接受。在一些案例中还是坚持反对意思自治，较为典型的是1931年E. Gerli and Company vs Cunard S. S. Co. 案。该案当事人选择了英国法作为合同准据法，但是法院认为，当事人不能选择另外的法律来支配合同，只允许当事人将法律条款并入合同之中，不过有些法律必须适用，当事人不能排除它。^②

在美国国际私法学界，最早引用意思自治的是学者肯特（Kent）和法官斯托里。肯特认为，如果合同在一个国家签订，但是在另一个国家履行，那么当事人意欲使合同受履行地国家的法律支配。因此合同的解释和效力应当适用履行地法。斯托里法官也允许当事人通过选择履行地来默示选择了合同准据法。^③然而到了20世纪初，美国国际私法学界的核心人物比尔教授坚决反对意思自治，他认为允许当事人选择法律无异于允许当事人在国家法律之外为自己立法，结果由比尔教授主持的美国《第一次冲突法重述》中并没有规定当事人的意思自治原则，这样就无法使该原则在美国司法实践中得到统一适用。然而，值得注意的是，在《第一次冲突法重述》期间，虽然判例法并不能满足当事人选择法律的需要，但是意思自治原则并没有如比尔所说的那样会消亡，而是一直向前发展。

美国接受意思自治的第一步是1952年制定的《美国统一商法典》（简称UCC），后经过1958年修改在第1-105条规定了当事人选择法律的自由，该法案已经被美国所有的州所采纳。1971年编纂的美国《第二次冲突法重述》第187节也允许当事人选择支配合同的准据法。1972年The Bremen vs Zapata Off-shore Co. 案（以下简称“不莱梅案”），美国最高法院在该案中明确支持国际合同中的意思自治。法院认为，当事人在自由协商的国际私法协议中所作出的选择，只要不受欺诈、不当影响或者受谈判实力过于悬殊的影响，当事人的意愿应当受到尊重。虽然该案只是针对法院选择条款作出的判决，但是陈述多数意见的法官布格（Burger）的用语显然包含了当事人的法律选择，既然他正确地预料到被选择的英国法院会适用英国法来断案。自此以后，美国法学界中的主流意见正式承认意思自治原则为美国法律体系的一部分。^④意思自治原则在美国合同冲突法中占据了主导地位。

此外，在国际社会，海牙国际私法会议通过的1955年《有体动产的国际买卖法

① Morris J. Levin: *Party Autonomy, Choice-of-law Clauses in Commercial Contract*, *The Georgetown Law Journal*, 1957—1958 (46): 276.

② Thomas W. Pounds: *Party Autonomy—Past and Present*, *South Texas Law Journal*, 1971—1972 (12): 217.

③ Morris J. Levin: *Party Autonomy, Choice-of-law Clauses in Commercial Contract*, *The Georgetown Law Journal*, 1957—1958 (46): 273.

④ Peter Edward Nygh: *Autonomy in International Contract*, Clarendon Press Oxford, 1999: 11.

律适用公约》和1985年《国际货物买卖法律适用公约》进一步推动了意思自治原则在世界的传播。国际法研究院1991年在巴塞尔召开的第65届会议上通过的《关于私人之间的国际契约中当事人意思自治的协议》称,适用于国际契约的法律是当事人选择的法律,除非当事人有相反的约定。^①该协议得到了欧美及欧美以外的国家,如日本、以色列、埃及和一些南美国家的支持。即使对意思自治一直持抵制态度的南美地区,也在1994年出台了《墨西哥公约》,将意思自治原则作为确定合同准据法的首要原则,表明国际合同法律适用中的意思自治在世界范围获得了普遍承认。

三、对以意思自治原则确定合同准据法的评价

与以客观连接点确定合同准据法方法相比较,意思自治方法显然有着相当积极的意义,这也正是意思自治原则在今天被广为接受的原因。

首先,意思自治是合同自由从实体法向国际私法领域的延伸。合同自由原则是私法领域的基本原则,它是符合国际民商事流转活动对自由的需求的,因而得到了各国法律和国际法律文件的一致认可。而国际私法主要调整国家之间的私法关系,这种“私”的本质要求法律在一定程度上尊重个人意志,从而保护个体当事人的正当利益。因此,作为调整国家间私法关系的法,国际私法以特有的方式——允许当事人自行选择合同应适用的法律,来重申合同自由原则。^②如在上述美国“不莱梅案”中,美国联邦最高法院指出:“不顾庄严的合同而坚持一切争议在我国法院按照我国法律解决的狭隘地域观是不利于美国工商业的发展的……”,尊重合同中的法院选择条款,“符合以往合同自由的观念”。可见,在这个案例中美国法院对法院选择协议的确认并进而支持了当事人的法律选择,是以合同自由原则为基础的。

其次,意思自治原则有助于实现法律适用的可预见性、确定性和一致性的。允许当事人选择支配合同的准据法,明确将要适用于未来发生的或已经发生的争议的法律,意味着当事人对其所要承担的义务和享有的权利都预先知晓,当事人亦可以根据选定的法律从事相关行为,从而减少纠纷的发生。而且,由于当事人选择法律着眼于特定法律的具体内容,故对法律适用结果的预见是真实的。由于所要适用的法律是确定的,即使当事人试图挑选法院,也不会影响到他们承担的义务或享有的权利的具体情况。这样,尊重当事人的意思自治就在一定程度上增强了法律适用的一致性。^③

最后,我们也应当看到,所谓的意思自治,并不是完全的意思自由,从意思自治原则的历史发展过程可以看出,对意思自治的限制伴随着该原则的产生与发展过程。唯此,才既能保护当事人的正当期望和利益,同时又能兼顾国家利益或公共利

① 韩德培:《国际私法新论》,武汉大学出版社2003年版,第215页。

② 沈涓:《合同准据法理论的解释》,法律出版社2000年版,第47页。

③ 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。