

On the Status of
the Principle of
Party Autonomy

in Area of the Application of Law

意思自治原则定位论： 法律选择视域的研究

孟昭华/著



人 民 出 版 社

On the Status of
the Principle of
Party Autonomy

in Area of the Application of Law

意思自治原则定位论： 法律选择视域的研究

孟昭华/著



人民出版社

责任编辑:李之美 崔秀军

封面设计:林芝玉

图书在版编目(CIP)数据

意思自治原则定位论:法律选择视域的研究/孟昭华 著. —北京:

人民出版社,2017.12

ISBN 978-7-01-018355-8

I. ①意… II. ①孟… III. ①涉外案件-民事纠纷-研究-中国②涉外案件-经济纠纷-研究-中国 IV. ①D925.114.4②D922.295.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 249494 号

意思自治原则定位论

YISI ZIZHI YUANZE DINGWEILUN

——法律选择视域的研究

孟昭华 著

人民出版社 出版发行

(100706 北京市东城区隆福寺街 99 号)

环球东方(北京)印务有限公司印刷 新华书店经销

2017 年 12 月第 1 版 2017 年 12 月北京第 1 次印刷

开本:710 毫米×1000 毫米 1/16 印张:15.75

字数:200 千字

ISBN 978-7-01-018355-8 定价:42.00 元

邮购地址 100706 北京市东城区隆福寺街 99 号

人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539

版权所有·侵权必究

凡购买本社图书,如有印制质量问题,我社负责调换。

服务电话:(010)65250042

四川省社会科学后期资助项目（SC17H012）

目 录

导 论	1
一、问题之来由：法律适用领域选法方法的争论	1
二、问题之提出：意思自治原则在法律适用领域的定位	3
三、问题之佐证：研究文献综述	5
四、问题之规划：界定、框架及创新与不足	7
第一章 意思自治原则之真义：流源与辨析	10
第一节 意思自治原则语源考	11
一、意思自治原则语义考	11
二、国际私法中意思自治原则流变考	21
第二节 意思自治、私法自治与契约自由——超越	
“契约性”	29
一、意思自治、私法自治与契约自由	29
二、意思自治超越契约领域	36
第二章 意思自治原则之限制：内生与外来	45
第一节 意思自治受限之因	45
一、意思——本质不羁，表达变幻	45

二、自由——与限制相伴相生	46
第二节 意思自治受限之形式一：内生限制	48
一、民法视域下意思自治原则之内生限制	49
二、国际私法领域中意思自治之内生限制	51
第三节 意思自治受限之形式二：外来限制	60
一、公共秩序	61
二、“身份”的回归	69
 第三章 意思自治原则之实践：始基与扩展	80
第一节 意思自治实践表现之一：国内涉外合同层面	81
一、若干主要国家对意思自治的接受	82
二、若干主要国家对意思自治态度的成因	86
第二节 意思自治实践表现之二：国际涉外合同层面	91
一、区域性国家间合作的意思自治	91
二、全球性国家间合作的意思自治—— 2015《海牙原则》	94
第三节 意思自治在法律实践中的扩展	96
一、物权领域	98
二、非合同之债	101
三、婚姻家庭	103
第四节 意思自治扩展之原因分析——优越性	106
一、经济学视角下的意思自治之优越性	106
二、心理学视角下的意思自治之优越性	111
三、社会学视角下的意思自治之优越性	115

第四章 意思自治原则之特性：对比与地位	120
第一节 意思自治原则与客观连结点之比较	120
一、客观连结点优势之证伪	120
二、部分客观连结点的评析	127
第二节 意思自治原则与最密切联系原则之比较	133
一、当事人意思自治原则与最密切联系原则的 本质解析	133
二、谁优？——以法之价值目标出发	135
三、谁优？——以对其限制观察	137
四、谁优？——以主观感受明晰	141
第三节 国际私法法律适用领域意思自治原则之地位	146
一、国际私法的定性分析	147
二、意思自治原则的最终地位	152
第五章 意思自治原则与中国：立法与司法	166
第一节 中国意思自治原则之流源	168
一、《民法通则》前时代	168
二、《民法通则》时代	171
第二节 中国意思自治原则之现状	175
一、意思自治原则在法律适用领域上的扩张	176
二、意思自治原则在使用方法上的扩张	187
第三节 中国意思自治原则之未来	193
一、《法律适用法》中意思自治的可完善之处	193
二、司法解释中意思自治的可完善之处	200

结 论	210
附 录 我国现行立法及司法解释中有关 意思自治原则的规定	214
参考文献	217
索 引	239

导 论

导论从研究的目的、研究对象、研究方法三个层面阐述研究背景，对于意思自治原则在国际私法法律适用领域的定位进行系统考察以界定研究范围，并说明本书可能的创新与存在的不足。

一、问题之来由：法律适用领域选法方法的争论

国际私法法律适用领域的核心问题在于，如何适用冲突规则确定调整当事人权利义务的准据法。学科理论产生伊始围绕这个问题的争论就没有停歇过。自 14 世纪巴托鲁斯提出法则区别说以来，历史长河中发展出了七种选择法律的方法：依法律的性质决定法律的选择、依法律关系的性质决定法律的选择、依最密切联系原则决定法律的选择、依利益分析决定法律的选择、依管辖权选择或规则选择或结果选择的方法决定法律的选择、依有利于判决在国外的承认与执行和有利于取得判决的一致决定法律的选择、依当事人的意思自治决定法律的选择等不一而足。^① 及至当今，又出现了欧美的

^① 参见李双元：《论国际私法关系中解决法律选择的方法问题》，《中国法学》1984 年第 3 期。

规则与方法之争。^①

以上种种，固然有其分类标准的重叠或是异位，但都揭示出了国际私法领域法律适用的复杂性。这也是由国际私法自身的性质决定的。

首先，国际私法虽然是以国际二字命名的学科，但实际上它是一门国内法属性明显的学科，是一国法院在面对涉及本国以外因素的民商事案件时，既要维护本国利益，又要发展正常民事交往的矛盾产物。其次，虽然国际私法实际上是指导一国法官适用法律的，可是毕竟被选择的法律是应用于当事人身上的。法律的目的不是强权，而是以确定的规则公平解决双方当事人的争端。规则的确定性与权威性是必不可少的，否则对于当事人来说，规则就不是其满意的法律，而是自上而下施加的压制。这种状况显然不利于国际私法追求的维护正常民商事交往之目标的实现。所以国际私法不可能做到与国内法一样，立法一经制定即对辖下所有当事人具有天然权威。理论上，各国的国内立法在一国法庭审理涉外案件时的地位应该是均等的。对于法院地因素以外的当事人来说，其并未有必然服从法院地法律的心理预设。理想的法律解决纠纷模式所需要的确定规则自始即不存在。最后，理论上的各国法律在涉外法律争端上的平等只是应然状态。实际上，法官“恋家情绪”从技术层面来说很难消除。^②

因而，关于法律选择究竟应当以什么样的方法来确定，只要

① 参见徐崇利：《规则与方法——欧美国际私法立法政策的比较及其对我国的启示》，《法商研究》2001年第2期。

② 参见徐崇利：《冲突法之悖论：价值取向与技术系统的张力》，《政法论坛》2006年第2期。

国际私法这个学科未曾消失，此等争论就不会平息。

二、问题之提出：意思自治原则 在法律适用领域的定位

本部分主要回答“研究什么”，为本书所研究的命题界定提供依据。在前述研究背景所总结出的应该关注意思自治原则适用的基础上，本部分进一步聚焦并厘清所要研究的问题是什么。

本书拟研究意思自治是否能够成为国际私法法律适用领域的基本原则。2010年我国《涉外民事关系法律适用法》的公布，使得意思自治在国际私法法律适用领域的地位再次受到关注。2013年1月7日开始适用的针对本法的最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法涉外民事关系法律适用法》若干问题的解释（一）之第6条重申了意思自治须以法律之明文规定为前提，可以说意思自治在我国国际私法领域的作用再受限制。鉴于司法实践中我国法院法官适用本地法倾向严重，重新审视涉外争端中当事人意思自治的地位很有必要。

本书拟对历史发展中的意思自治原则的内容变迁进行分析，使其不再囿于“契约”这个圈子，为其在其他领域的拓展做好理论铺垫。在研究上，采用历史分析、跨学科分析、比较分析、规范分析与案例分析等研究方法。

（一）历史研究法。历史即镜鉴。只有在一个事物的宏大历史的时间叙事中才能通透地领略该事物的全貌、脉络和理路，知其前因后果。正如亚·沃尔夫所说：“和其他人类活动领域一样，在科学中，一个世纪里发生的事情也有其在以前世纪里的先声和以后世

纪里的余绪。”^①第一章与第五章均从意思自治原则的产生、发展、衰落或重生角度作探讨。

(二) 跨学科研究方法。正如博登海默所言：当代社会的制度及其存在的问题必须放在“非法律部分去完成”；“法律乃是整个社会生活的一部分，……法学并不是社会科学中一个自足的独立领域，能够被封闭起来或者可以与人类努力的其他分支学科相脱离”^②。鉴此，如果要比较深入地研究这一问题，必须结合经济学、心理学、社会学等学科来完成。第四章在论述意思自治原则的优越性时即采此种方法。

(三) 比较研究方法。在诸多的连结点中，为什么要单独论述意思自治原则？意思自治原则有必要拓展到如此多的领域吗？对其原有的领域基本规则会产生哪些影响？诸如此类问题的回答，若通过不同可比性变量之间的制度的、功能的比较，或许能给予更透彻的认知、评价或判断。其原因在于，比较的中心任务是“确定关联与认识异同”。根据比较法的功能性基本方法论原则，亦即从本国问题入手，避开不同法律秩序中法律概念、法律技术和法律结构的外观，着重关注隐藏在法律概念背后的生活事实和生活问题，对不同法律制度中处理的某种法律需求进行“问题性思考”，才能剖析清楚不同制度之间的内在联系和前因后果，才能更深刻地洞识制度的合理性问题。当然，制度比较和结构比较对于寻找问题的答案也是不可或缺的。这种对比也集中体现于第四章。

① [英] 亚·沃尔夫：《十六、十七世纪科学技术和哲学史》，周昌忠等译，商务印书馆 2010 年版，第 89 页。

② [美] 博登海默：《法理学——法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社 1999 年版，第 17 页。

(四) 规范分析与案例分析法。这一研究方法贯穿全文。通过对文本的分析及案例的分析展现意思自治原则渗入其他领域, 会有说服力。

三、问题之佐证: 研究文献综述

意思自治原则体现的是私法的自由精神。在法律正当约束下的意思自治最大限度地承认人的认识能力, 肯定人的自主判断, 构建了权利意识, 在对抗国家公权力扩张与促进市场经济发展上作出了不可磨灭的贡献。自 16 世纪开始, 该原则就已正式步入国际私法学者的视野, 后来经过荷兰的胡伯、意大利的孟西尼的支撑与认证, 使得意思自治原则进一步完善。1760 年英国的曼斯菲尔德公爵在 *Robinson v. Bland* 一案中, 以判例的形式确立了意思自治原则在司法领域的适用。1865 年英国的 *Peninsular and Oriental Steam Navigation Co. v. Shand* 和 *Lloyd v. Guidert* 两个判决进一步巩固了意思自治原则的地位。

(一) 国外学者对于意思自治原则的研究及评析

目前国外的研究状况如下: Peter Nygh 的 *Autonomy in International Contracts*; Louis C. James Stone (P.) 的 *EU Private International Law: Harmonization of Laws*; Tang (Z.), Beaumont (P.) & Harris (J.) 的 *Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws*; Ancel (M. E.) 的 *The Rome I Regulation and Distribution Contracts*; Cabraser (E. J.), Cachia (P.) 的 *Consumer Contracts in European Private International Law: The Sphere of Operation of the Consumer Contract*

Rules in the Brussels I and Rome I Regulations; Camarote (J. R.) 的 *A Little More Contract Law with My Contracts Please: The Need to Apply Unconscionability Directly to Choice-of-law Clauses*; Healy (J. J.) 的 *Consumer Protection Choice of Law: European Lessons for the United States*; Merkin (R.) 的 *The Rome I Regulation and Reinsurance*; Baker (S.N.) 的 *Foreign Law Between Domestic Commercial Parties: A Party Autonomy Approach with Particular Emphasis on North Carolina Law*; Borchers (P. J.) 的 *Categorical Exceptions to Party Autonomy in Private International Law*; Lehmann (M.) 的 *Liberating the Individual from Battles between States: Justifying Party Autonomy in Conflict of Laws* 与 Zhang (M.) 的 *Contractual Choice of Law in Contracts of Adhesion and Party Autonomy* 等都在著述中论证了意思自治原则。

总体看来,国外学界的研究兴趣大致集中于三个方面:其一,意思自治对于法院选择和政治政策的中立性;其二,意思自治对于“强行法”失效性的避免;其三,意思自治相对于传统选择方法的优越性。而将国际私法法律适用的各种选择方法视为整体,进而研究意思自治在其中地位的成果有限。

(二) 国内学者对于意思自治原则的研究及简要评析

我国学界自20世纪90年代开始关注意思自治的研究^①,后续的研究重点包括:第一,意思自治的系统含义^②;第二,意思自治的扩

① 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。

② 许军珂:《国际私法上的意思自治》,法律出版社2008年版。

展^①；第三，意思自治的经济分析^②。此外，亦有学者对意思自治的哲学依据进行考证^③，并有学者对于意思自治的扩张提出了质疑^④。

综观现有研究成果不难发现，关于意思自治，既有成果除不断丰富意思自治的内涵与外延外，多集中于对意思自治各行为体利益诉求的分析和法院的应对策略，至于如何进一步发扬意思自治在法律选择中的作用，以及如何使意思自治在各国强行法（公共秩序保留）限制下具有合规性和可识别性，则较少涉及。

四、问题之规划：界定、框架及创新与不足

（一）命题界定与研究框架

本书将研究的命题界定为国际私法法律选择领域意思自治原则的定位分析。

全书正文包括五章：

第一章论证意思自治原则之真义。从意思自治原则的概念出发，限定所指意思自治原则的含义，确定论题是意思自治原则在国际私法法律适用领域的地位。然后在考查意思自治原则发展历史的基础上，对于意思自治、契约自由与私法自治这三个相似概念进行

① 徐崇利：《我国冲突法立法应拓展意思自治原则的适用范围》，《政治与法律》2007年第2期；陈荣传：《国际私法的新自治——民国一百年新法的当事人意思自主原则》，《月旦法学杂志》2010年版第11期。

② 朱莉：《管辖权、法律选择方法与规则的经济分析》，法律出版社2008年版。

③ 胡伟：《意思自治法哲学研究》，博士学位论文，华中师范大学法学院，2008年。

④ 郭玉军：《中国国际私法的立法反思及完善》，《清华法学》2011年第5期；宋晓：《中国国际私法的“怕”与“爱”》，《华东政法大学学报》2013年第1期。

解析,以便使长期囿于契约领域的意思自治得脱樊笼,扩展至非契约领域。

第二章解释意思自治原则之限制。将意思自治的限制分为内生与外在两个层面:先是将传统所理解的意思自治具体适用方法的限制归结于内生层面,是意思自治的应有之义;次则以公共秩序保留与身份问题论证外在限制存在的必要性。

第三章阐述意思自治原则之实践。从实然角度,考查意思自治原则在契约领域与非契约领域、国内与国际层面的实践发展,为前后文的理论论证提供事实支撑。

第四章明晰意思自治原则之特性。此即全文核心内容所在。在将意思自治原则与客观连结点、最密切联系原则进行对比后,指出意思自治原则的优越性,并析出中心论点,认为意思自治原则可以以前置程序的模式超然于其他连结点。

第五章着墨意思自治原则与中国。以时间为轴,回溯我国意思自治原则的历史发展,陈列当前我国意思自治原则的适用现状,展望意思自治原则在我国的未来。

(二) 可能的创新与不足

1. 可能的创新

本书的可能创新主要体现在对意思自治原则的定位。本书的核心论题即是以意思自治的特性确立意思自治原则相较于其他连结点的优势地位,并将其作为法律选择方法的前置程序。

具体表现在以下五个方面:

第一,对于意思自治原则重新定位。将意思自治原则理解为一个连结点,从连结点指使准据法的角度论证意思自治的重要性,

并将其与其他连结点进行对比。

第二，论证契约自由与意思自治的关系。证明意思自治原则并非源于契约自由，恰恰相反，契约自由源于意思自治。契约领域被频频提及，只是源于该领域是意思自治各要素最适合展现的丰厚土壤。

第三，对于意思自治原则之限制的内生、外在层次划分。原有的表达方式更多强调限制，突出了意思自治应有之义的内生限制，削弱了意思自治自身的张力。此类传统的压制性表述将以新的方式解读。

第四，客观连结点优越性之证伪。既有理论在论证客观连结点时总以其明确性为核心，强调其适用有利于判决的可预见性、结果一致性和节约司法成本。对这三种优势的牵强之处点评，在比较中明晰中心论题。

第五，我国相应立法的比较分析。以列表等方式对意思自治在我国司法实践中的表现进行梳理，并加以比较详细的对比和说明。在此基础上，应承本书的中心观点，提出了相应的对策建议。

2. 不足

本书侧重于基础理论层面的探讨，着力回答“是什么”、“为什么”：从意思自治原则的产生谈起，剖析特性，论证其相对于其他连结点的优越性，等等。但是对于“怎么做”，在此理念下仅能提出程序优先的框架设想，未能有实证具体制度支持。此外，意思自治原则适用于国际私法所有领域的考量尚需时间推移来改变观念，可想而知，这只是个起始，终点在遥远而又迷雾重重的前方。