

# 我国冲突法立法应拓展 意思自治原则的适用范围\*

徐崇利

(厦门大学法学院, 福建厦门 361005)

**摘要:** 从冲突法的价值取向上分析, 以往我国学界对当事人意思自治原则根基的认识失之狭隘, 往往仅笼统地论及该原则的正义性, 而没有将之细分为“冲突正义”和“实体正义”加以考察, 更没有明确涉猎“冲突效率”和“实体效率”之价值取向。正因为当事人意思自治原则将正义与效率融于一炉, 故其在冲突法中的存在和发展较之其它冲突规范具有明显的“比较优势”。有鉴于此, 在不损害国家利益和社会政策的前提下, 我国冲突法立法应拓展当事人意思自治原则的适用范围, 并将当事人默示同意选择法院地法的自治权利扩大至更为广泛的法律冲突领域。

**关键词:** 法律冲突; 意思自治; 价值取向; 冲突法立法

**中图分类号:** DF97 **文献标识码:** A **文章编号:** 1005-9512 (2007) 02-0131-05

## 一、意思自治原则: 以冲突法中“效率”之价值取向的考察

因冲突法属于“上位法”或“间接法”, 只有通过其援引各国民商实体法, 才能最终求得涉外民商事案件的解决; 相应的, 在冲突法的经济分析中, 可将解决法律冲突之效率目标分解为两部分: 一是“冲突效率”(conflicts efficiency), 即冲突法规范本身在适用过程中涉及的运作效率问题, 主要是指由法律选择的稳定性、一致性、可预见性以及简便性而带来的社会成本之降低; 二是“实体效率”(substantive efficiency), 即依冲突规范选择最有效率之实体法的问题。<sup>1</sup>然而, 我国冲突法学界在分析当事人意思自治原则时, 几无明确涉及冲突法之效率价值取向者。事实上, 无论是在“冲突效率”层面, 还是在“实体效率”层面, 当事人意思自治原则总体上均优于其它冲突规范。

### (一) 从“冲突效率”层面分析

除当事人意思自治原则之外, 各国的冲突规范可大别为传统的硬性法律选择“规则”和现代的灵活法律选择“方法”两类。不但是现代灵活的法律选择“方法”, 即便是传统的硬性法律选择“规则”, 其求得“冲突正义”的可能性, 均无法与当事人意思自治原则相匹敌。

尽管一些现代灵活的法律选择“方法”(如最密切联系原则)主张在运用过程中应考虑法律适用的简便性问题,<sup>2</sup>从而有可能求得这部分的“冲突效率”。但依这些灵活的“方法”寻找准据法, 将极大地破坏法律选择的稳定性、一致性和可预见性, 从总体上看, “冲突正义”将几近荡然无存。

诚然, 依传统的硬性冲突“规则”(如侵权行为适用侵权行为地法)选择法律, 有利于实

作者简介: 徐崇利, 厦门大学法学院教授、国际法专业博士生导师、法学博士。

\*本文研究受作者入选的 2004 年度教育部“新世纪优秀人才支持计划”(编号: NCET-04-0592)资助。

现法律选择的稳定性、一致性和可预见性，但在传统冲突规则下实现“冲突效率”的程度却是有限度的。因为各国的冲突规则远未达到统一；即使在一些领域各国冲突规则表面上取得了一致，但因受到识别等问题的困扰，当事人选择不同国家法院起诉，适用不同国家冲突规则的结果，仍难以达到法律选择的稳定性、一致性和可预见性。由此，一则将使得当事双方事先无法预见跨国民事关系所适用的准据法，以致难以对交易作出具体的安排和监督，从而带来交易成本的增加；二则也为当事一方“选购法院”打开了方便之门，以致导向助长出诉乃至“诉讼竞赛”，以诉讼替代和解，以及出现国际多重诉讼等不经济之结果。显然，允许当事双方事先商定跨国民事关系所适用的法律，将有效地保证法律选择的稳定性、一致性和可预见性，并排除当事一方事后“选购法院”这一无效率现象的发生。依此可见，以当事人意思自治实现“冲突效率”的程度要远高于依其它冲突规范选择法律的情形。<sup>3</sup>

## （二）从“实体效率”层面分析

对于“实体效率”的求得，即便是依现代灵活的法律选择“方法”，也存在着客观上的难处，更遑论传统的硬性法律选择“规则”了；而在意思自治原则下，允许当事人双方合意选择法律，通常可取得“实体效率”。显然，依传统硬性冲突“规则”中空间连结点的指引选择法律，带有相当大的盲目性，根本无法保证所选择的准据法适用于涉外民事关系的结果，具有“实体效率”。

至于现代灵活的法律选择“方法”，其虽然为求得“实体效率”提供了可能性。但法官在运用这些灵活的法律选择“方法”时，是否真的把“实体效率”作为一个考虑的因素，尚无明证。<sup>4</sup>即使将该因素考虑在内，法官作为第三方，要判断一国法律适用的结果对当事双方是否具有“实体效率”，并非易事，其中尤其存在着法官对当事人之间涉外民事关系之信息获取不足等问题；<sup>5</sup>而当事双方较之任何人都更为了解自己参与的涉外民事关系，因而有能力选择最适合调整这些涉外民事关系的实体法。正如法经济学学科奠基者波斯纳所言：“在当事人的意思（可从契约的用语，甚至可能可从证言中予以查明）与法院认为应当加入的有效率的条款存有差异时，该怎么办呢？如果法律依据的是经济学，那么起决定作用的是效率，还是当事人的意图呢？很奇怪，应当是后者。进行交易者——将金钱投到应该投的地方——通常比法官或陪审团（他们对当事人缔结契约时开始所为之事既无个人利益，又无直接了解）能更可信地判断自己的利益。”<sup>6</sup>实际上，这样的结论可从新制度经济学的“自愿交易理论”中得到印证。该理论主张，效率存在于过程之中，独立于结果之外；详言之，以客观主义的方法，外在地对个体效用进行分析，很难从结果上对效率加以验证；相反，在既定的条件下，采取主观主义的方法，通过个体之间的自愿或自由交易这一过程可以达到“帕雷托最优效率”。<sup>7</sup>

总之，依传统的硬性冲突“规则”选择法律，至多只是在一定程度上体现“冲突效率”，对于“实体效率”的实现，更是无法予以保证；而依现代灵活的法律选择“方法”解决法律冲突，根本无以求得“冲突效率”，同时也难以验证准据法的适用具有“实体效率”之结果。相比之下，允许当事人合意选择法律，能够兼得“冲突效率”和“实体效率”，即以效率之价值取向总体观之，当事人意思自治原则为最优的冲突法律制度安排。

## 二、意思自治原则：以冲突法中“正义”之价值取向的考察

与冲突法的效率价值取向相对应，解决法律冲突之正义目标也可一分为二：一是“冲突正义”（conflicts justice），即冲突规范本身在适用过程中涉及的公正问题，主要是指应依适当的连结指引，选择与涉外民事关系在空间上有紧密联系的法律，以求得法律选择的稳定性、一

致性和可预见性等。就此,“冲突正义”与“冲突效率”具有相合性;二是“实体正义”(substantive justice),是指按照冲突规范援引的实体法适用之结果,应公正地调整当事人之间的涉外民商事权利义务关系。<sup>8</sup>从冲突法之正义价值取向判断,同样可得出当事人意思自治原则优于其它冲突规范的结论。但我国已有的冲突法著述在研究该原则时,往往只是笼统地分析其正义之基础,而没有进一步将之细分为“冲突正义”和“实体正义”,加以具体考察。

### (一)从“冲突正义”与“实体正义”实现的程度上分析

一方面,从“冲突正义”来看,其与“冲突效率”具有相合性,它们均追求法律选择的稳定性、一致性和可预见性。如前所述,允许当事人双方事先协议选择法律,实现此等“三性”的程度要高于传统的硬性冲突“规则”,而依现代灵活的法律选择“方法”解决法律冲突,则根本无法达到该目标。这就意味着,采取当事人意思自治原则较之依其它冲突规范选择法律,不但具有更大的“冲突效率”,而且可求得更高的“冲突正义”。

另一方面,从“实体正义”来看,其一,依传统的硬性冲突“规则”选择法律,虽然可求得一定程度的“冲突正义”,但机械地以空间连结点的指引寻找法律,根本无法保证所选择的准据法必将公正地处理案件,即法律适用可能缺乏应有的“实体正义”。其二,即便承认现代灵活的法律选择“方法”意在确保所选择的实体法能够公正地解决涉外民商事纠纷,即择“实体正义”为基本价值取向;然而,在当今国际社会,各国间的政治、经济、文化等仍存在着相当大的差异,对“实体正义”的理解也充满着争议,其结果正如澳大利亚一位法官所断言的那样:“法院无法基于不同的法律对公正进行比较,以求说明哪个法律在某种抽象的意义上将满足公正的结果”。<sup>9</sup>于是,在司法实践中,法官很容易自视本国法律为“实体正义”的最佳文本,从而带来法院地法的过度扩张。<sup>10</sup>在此情形下,如将体现不同“实体正义观”的各国法律交由当事人选择,就有可能求得真正的公正之结果:首先,尽管正义就像一张普鲁透斯的脸,变幻无常,但自由和平等始终是正义的基石,建立在理性主义基础之上的意思自治原则,体现了当事人意志自由和身份平等之私法自治精神,其本身就反映了正义的题中应有之意;其次,在对结果正义的判断缺乏一致性标准时,程序正义往往成为通向结果正义的唯一路径。据此,由当事人双方共同参与、自主选择适用于涉外民商事关系之准据法这一过程本身,可以保证法律适用的结果最接近“实体正义”。

### (二)从“冲突正义”与“实体正义”结合的形态上分析

以往,欧洲传统冲突法主要由体现“冲突正义”的硬性法律选择“规则”构成,而美国现代冲突法主要表现为以追求“实体正义”为目标的各种灵活法律选择“方法”。为了减少因“固执己见”而可能形成的“过犹不及”之弊端,晚近,两大冲突法体系开始趋向互补,有限度地兼容对方的价值取向,在立法技术上,主要是将硬性“规则”与灵活“方法”结合起来。<sup>11</sup>然而,这种结合实质上仍然只是一种外在的对接,并没有将“冲突正义”与“实体正义”统一于同一冲突规范;其次,在这样的结合中,“冲突正义”与“实体正义”仍有主辅之分,其中居于辅助之地位的那一种正义之价值取向,还是受到了一定程度的“冷落”。

以合同法律冲突为例,各国冲突法普遍采取“硬性推定规则”和“灵活矫正方法”相结合的法律选择机制。具体而言,在大陆法系国家,冲突法立法多按照各类合同的“特征履行地”把最密切联系原则硬性推定为相应的具体冲突规则,在司法实践中,法官“通常”依这些具体的冲突规则选择法律,只有在“例外”的情形下,即当合同与“特征履行地”之外的另一国家有更为密切的联系时,才启用“最密切联系原则”这一灵活的矫正机制,选择该另一国家的法律为合同的准据法。此“通常”而彼“例外”意味着,大陆法系的合同冲突法对“冲突正义”与“实体正义”的定位,仍存在着“厚此薄彼”的现象;相反,从形式上看,美国《第二次冲突法重述》对合同的法律选择也采用“规则”与“方法”相结合的机制,但在司法实践中,大

量的案件不是根据该重述中推定的具体冲突规则选择法律，而是直接运用第6条第2款规定的最重要联系之灵活分析的方法，<sup>12</sup>表现出了“重方法，轻规则”的倾向，即相对于“实体正义”，“冲突正义”实际上屈居次要地位。

如前所述，当事人意思自治原则既保证了“冲突正义”的实现，也体现了“实体正义”的要求，从而将冲突法两种具体的正义之价值取向内在地统合起来。此乃传统的硬性法律选择“规则”和现代灵活的法律选择“方法”以及二者外在的结合机制，所无法企及的。

### 三、意思自治原则：在中国冲突法中应用范围之拓展的思考

迄今为止，我国冲突法只允许当事人合意选择合同准据法。既然意思自治原则集冲突法之不同种类的正义（“冲突正义”与“实体正义”）与效率（“冲突效率”与“实体效率”）于一身，具有其它冲突规范无与伦比的优势，那么，我国的冲突法立法应适当地考虑拓展该原则适用的范围。

#### （一）意思自治原则应用范围扩大的直接情形

遵循各国冲突法的发展趋势，我国的冲突法立法可以考虑将当事人意思自治原则的适用范围，从现行的合同领域拓展到侵权、夫妻财产、信托、继承及家庭等涉外民事关系。<sup>13</sup>

当然，当事人意思自治原则适用范围的扩大也不是无限制的。无疑，冲突法解决的是各国私法之间的冲突，故应以“私人本位制”为主导，当事人意思自治原则恰恰体现了该等立法基要主义。然而，各国的民商事法律冲突毕竟是各国之间的法律冲突，不可能在脱离各国国家利益的真空中解决。简言之，法律冲突的解决不可能摆脱冲突法之“政府本位制”的影响；同时，反映市场机制的当事人意思自治也难免有失灵之时，如格式合同中的法律选择条款可能会显失公平或缺乏效率等。此时，则需要考虑冲突法之“社会本位制”的制约作用。有的学者形象地比喻，当事人意思自治原则不可能完全游离于各国法律管辖之外，而成为“飘浮在外空的飞行物”；相反，它仍在“地球引力”的控制范围之内，即该原则必受各国法律的约束。<sup>14</sup>从各国的冲突法立法来看，不但以公共秩序保留、强制性规则适用以及法律规避等制度对当事人的意思自治权加以限制，而且在有关法律冲突领域禁止该原则涉足。例如，物权关系与物之所在地国的公共利益密切相关，在“政府本位制”的阴影下，就不允许当事双方合意排除物之所在地法的适用；又如，在扶养关系上，因“社会本位制”下保护弱者政策的存在，许多国家冲突法只允许适用对被扶养人最有利国家的法律，而不是任由扶养人与被扶养人商定准据法。

#### （二）意思自治原则应用范围扩大的特殊情形

近年来，我国冲突法学界兴起了有关冲突规范的强制性与任意性之争。<sup>15</sup>该项争议的实质在于，法官是否必须依职权适用冲突规则，或曰当事双方能否以默示同意选择法院地法的方式排除依冲突规范原应适用的外国法。在这里，“当事人默示同意选择法院地法”特指，一方当事人依法院地法提出请求，另一方当事人未表示反对，并依法院地法进行抗辩的，可视为当事双方默示接受法院地法的管辖。

在法律选择上，当事双方默示同意的法律效果与明示同意应无实质的差异，因为默示同意也是当事人真实意思的表示，只不过其与明示同意相比，所采取的同意方式不同而已。依此而论，当事双方默示同意选择法院地法同样能够体现“实体正义”，并具有“实体效率”。只是当事双方默示同意选择法院地法之举发生在诉讼提起之后，与他们事先明示协议选择法律有异，法律适用的“初始可预见性”必然缺失，使得意思自治原则因此而生的那部分“冲突效率”和“冲突正义”无以显现。然而，“有失也有得”，由于当事双方默示同意选择的是法院地法，而适用法院地法可省却外国法检索的成本，由此可创造因法律适用简便化而带来的那部分“冲突

效率”。英国的经验表明，当事双方之所以默示同意选择法院地法，最主要的原因就在于他们无力承担外国法查明的过高费用。<sup>16</sup> 此其一。其二，因为法官更熟悉法院地法，而不是外国法，所以，允许当事人默示同意选择法院地法，还可降低司法判决错误的成本。<sup>17</sup> 此外，还需指出的是，当事双方默示同意选择法院地法，仍然具有排除单方“选购法院”的效用，当事人意思自治原则固有的这部分“冲突正义”和“冲突效率”始终得以保留。

以各国的法律实践观之，对冲突规范任意性、强制性问题的处理，绝对地采用其中一种主张者并不多见，大多数国家的做法是混合型的；亦即，它们都在不同程度上认可当事双方以默示同意选择法院地法的方式排除冲突规则的适用。<sup>18</sup> 如上所析，在冲突法的正义与效率的聚合上，作为一种特殊的意思自治情形，当事双方默示同意选择法院地法仍然保留了足够的优势。有鉴于此，我国冲突法应在更为广泛的领域承认冲突规则的任意性，从而进一步拓展当事人意思自治原则的适用范围；而且以这种特殊方式拓展的范围，还应超越前文所述之该原则直接扩及的侵权、夫妻财产、信托、继承及家庭关系等领域。提出该建议的主要根据在于，与通常情形下当事双方通过明示协议既可选择法院地法也可选择外国法不同，当事人默示同意选择的只能是法院地法（中国法），由此而带来的效应是：首先，选择法院地法不存在损害我国国家利益和社会政策的问题；其次，适用法院地法可以节省法官检索外国法的成本，符合司法经济的原则，同时可降低司法判决错误的成本。当前，我国法院主张适用中国法，但又未提供理由的涉外民事案件，多为当事双方均援用中国法主张权利和进行抗辩的情形。如我国冲突法扩大承认当事双方默示同意选择法院地法的范围，就可在相当程度上将这些案件适用中国法的结果合法化。

#### 注：

<sup>1</sup> 有关“冲突效率”和“实体效率”的区分，参见 J. P. Trachtman, *Economic Analysis of Prescriptive Jurisdiction*, *Virginia Journal of International Law*, Vol.42, 2001, p.42.

<sup>2</sup> 例如，1971 年出版的《美国冲突法第二次重述》第 6 条第 2 款列举的判断最密切联系程度七要素中的最后一项就是，法官“确定和适用将予适用之法律的简便性。”

<sup>3</sup> F. K. Juenger, *Localising Provisions in International Contracts: Efficacy, Utility and the Limitation of International Risk*, *Australian Law Journal*, Vol.68, 1994, pp.649-661.

<sup>4</sup> 详见 E. A. O'Hara & L. E. Ribstein, *From Politics to Efficiency in Choice of Law*, *University of Chicago Law Review*, Vol.67, 2000, pp.1180-1185.

<sup>5</sup> L. E. Ribstein, *From Efficiency to Politics in Contractual Choice of Law*, *Georgia Law Review*, Vol.37, 2003, p.396.

<sup>6</sup> R. A. Posner, *Economic Analysis of Law*, China Social Science Publishing House, 1999, p. 93.

<sup>7</sup> 黄少安著：《产权经济学》，经济科学出版社 2004 年版，第 313-320 页；[美]埃弗里·卡茨选编：《法律的经济分析基础》，法律出版社 2005 年英文影印版，第 2、15-16 页。

<sup>8</sup> G. Kegel, *Paternal Home and Dream: Traditional Conflict of Laws and the American Reformers*, *American Journal of Comparative Law*, Vol.27, 1979, pp.617-621.

<sup>9</sup> <sup>18</sup> S. C. Symeonides (ed.), *Private International Law at the End of the 20<sup>th</sup> Century: Progress or Regress*, Kluwer Law International, 2000, p.44, 86, 171.

<sup>10</sup> L. L. McDougal, III, R. L. Felix & R. U. Whitten, *American Conflicts Law*, 5<sup>th</sup> ed., Transnational Publishers, Inc., 2001, p.15.

<sup>11</sup> 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。

<sup>12</sup> P. J. Borchers, *Courts and the Second Conflicts Restatement: Some Observations and an Empirical Note*, *Maryland Law Review*, Vol.56, 1997, pp.1240-1247.

<sup>13</sup> 例如，对于遗产的法定继承，我国《继承法》第 36 条和《民法通则》第 149 条均规定，动产适用被继承人死亡时的住所地法。在法定继承案中，由继承人共同以意思自治选择被继承人死亡时的住所地法或本国法为准据法，更为合理。

<sup>14</sup> P. Nych, *Autonomy in International Contracts*, Clarendon Press, 1999, pp.31-35.

<sup>15</sup> 王娟：《论冲突规则的性质》，徐鹏：《冲突规范适用初论》，分别载于《中国国际私法学会 2004 年年会论文集》，上卷，第 422-428 页；下卷，第 263-282 页；宋晓：《论冲突规则的依职权适用性质》，杜涛：《“任意性冲突法”理论研究》，分别载于《中国国际私法学会 2005 年年会发言代表论文集》，第 203-210；224-230 页。

<sup>16</sup> S. Geeroms, *Foreign Law in Civil Litigation: A Comparative and Functional Analysis*, Oxford University Press, 2004, pp.245-246.

<sup>17</sup> 所谓的“司法判决错误成本”是指因法院做出错误判决的几率改变了当事人的行为选择而带来的社会成本的增加。

（责任编辑：陈历幸）