

国际合同法律适用中“意思自治原则”的晚近发展*

——《海牙国际合同法律选择原则》述评

刘仁山

内容提要:海牙国际私法会议于2012年通过的《海牙国际合同法律选择原则》(《海牙原则》),反映出意思自治原则在合同法律适用问题上的最新发展。《海牙原则》表明,意思自治原则在国际合同领域的地位进一步得到彰显,当事人的选法自由得到充分尊重;优先性强制规则与公共政策构成对意思自治原则的实质性限制,成为适用该原则的例外。换言之,《海牙原则》在意思自治原则上形成了强化自由与例外规制的基本格局。以《海牙原则》为参照,我国《涉外民事关系法律适用法》及其司法解释关于意思自治原则的规定尚待进一步完善。

关键词:《海牙国际合同法律选择原则》 意思自治原则 强制性规则 公共秩序

刘仁山,中南财经政法大学法学院教授。

国际合同法律适用中的“意思自治原则”,经过柯迪乌斯(Rochus Curtius)于15世纪的独到酝酿和杜摩林(Dumoulin)于16世纪的明确阐述,在历经几个世纪的风雨之后,已经成为当今国际私法理论界和实务界广泛接受的选法原则。尽管除部分拉美国家外,^[1]各国立法多赋予意思自治原则显著地位,^[2]但各国在该原则上的立法差异也甚为明显。由此,制定相关国际法律文件,解释、补充和发展各国关于意思自治原则的国际私法规则,就显得尤为必要。^[3]海牙国际私法会议作为全球最有影响的统一国际私法的政府间组织,新近通过

* 本文系作者主持的2011年度国家社科基金重点项目《〈涉外民事关系法律适用法〉实施问题研究》(编号:11AFX016)的阶段性成果。中南财经政法大学国际法专业2012级博士研究生黄志慧为本文的写作收集和整理了部分资料,特致谢意。

[1] M. M. Albornoz, “Choice of Law in International Contracts in Latin American Legal Systems”, 6 *Journal of Private International Law* 23, 23-24 (2010).

[2] 除了包括保加利亚、爱沙尼亚、立陶宛、罗马尼亚、斯洛文尼亚在内的欧盟成员国之外,美国、白俄罗斯、克罗地亚、日本、韩国、吉尔吉斯斯坦、列支敦士登、摩尔多瓦、魁北克、俄国、瑞士、土耳其、乌克兰、委内瑞拉等国家或地区晚近的国际私法立法均赋予意思自治原则重要地位。

[3] Symeon C. Symeonides, “The Hague Principles on Choice of Law for International Contracts: Some Preliminary Comments”, 61 *American Journal of Comparative Law* 1, 4-5 (2013).

《海牙国际合同法律选择原则》(Hague Principles on the Choice of Law in International Contracts,以下简称《海牙原则》),不仅进一步凝聚了国际社会关于意思自治原则作为合同领域首要法律选择原则的共识,还反映出该原则在国际合同法律适用问题上的晚近发展。我国2010年《涉外民事关系法律适用法》(以下简称《法律适用法》)不仅在“一般规定”中确立了意思自治原则的基本地位,还在包括涉外合同问题在内的有关涉外民商事关系的法律适用上相对广泛地采纳了该原则。从该原则在我国司法实践的历程看,其适用之复杂性为国际私法学界所公认。^[4]为此,本文拟通过对《海牙原则》的研究,反观我国涉外合同领域意思自治原则的制度及实践,以期对该原则在我国之适用有所裨益。

一 《海牙原则》的制定:背景及主要内容

《海牙原则》的问世经历了一个漫长而曲折的过程。而经过长久酝酿后出台的这份文件,使得意思自治原则在国际合同法律适用上的中心地位进一步得到彰显。

(一)《海牙原则》制定的背景与过程^[5]

早在1980年以前,海牙国际私法会议就已经开始对制定国际合同法律适用一般原则公约的可行性问题展开相应研究,但结论是成员国批准该类公约的希望甚为渺茫,该计划也就此搁置。^[6]2005年《海牙协议选择法院公约》通过后,协议选择合同准据法问题再次成为海牙国际私法会议的工作议题。海牙国际私法会议总务和政策事项特别委员会(Special Commission on General Affairs and Policy of the Hague Conference,以下简称“特委会”)于2006年邀请海牙国际私法会议常设局(Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law,以下简称“常设局”),就制定关于国际合同法律选择一般原则之国际文件的可行性问题进行专题研究。为此,常设局主要开展了以下两方面的工作:

一是对相关主题的调查研究。常设局从2007年1月开始,以问卷形式对海牙国际私法会议成员、国际商会及全球115个仲裁机构进行调查,以了解国际合同中法律选择条款适用的现状,并征求关于起草国际商事合同法律选择文件的意见。调查结果表明,大多数成员和国际商业机构都支持起草一项无法律约束力的文件,作为解决国际合同法律选择问题的参考。

二是成立工作组并对相关专题进行研究。根据特委会的决定,常设局于2009年成立起草工作组,目标是起草一份无法律约束力的文件。工作组随后开展了两项研究工作:一是分析各国法院在国际合同问题上所适用的现行规则,二是研究国际仲裁领域解决国际合同问题的相关情况。通过这两方面的研究,常设局认为,在合同领域提升当事人意思自治原则的

[4] 从1985年原《涉外经济合同法》、1986年《民法通则》到1999年《合同法》等立法中所确立的意思自治原则的适用来看,均需借助最高人民法院颁布的相关司法解释。参见《最高人民法院公报》1987年第4期,第3-7页;1988年第2期,第16-35页;2007年第9期,第6-7页。

[5] “Consolidated Version of Preparatory Work Leading to the Draft Hague Principles on the Choice of Law in International Contracts”, drawn up by the Permanent Bureau, pdf, paras 2-7. 下文凡涉及海牙国际私法会议常设局及其工作组和特委会关于《海牙原则》的相关工作、评论和观点,均参见海牙国际私法会议官方网站(<http://www.hcch.net>)公布的本正式文件。

[6] Symeon C. Symeonides, “The Hague Principles on Choice of Law for International Contracts: Some Preliminary Comments”, 61 *American Journal of Comparative Law* 1, 2 (2013).

地位,是整个国际社会的发展趋势,在国际条约中承认国际合同当事人的选法自由乃是大势所趋。尽管如此,不同法律体系对该原则的规定仍然存在不同程度的差异。因此,在国际民商事合同的法律适用问题上建立统一的示范性冲突规则,是国际民商事交流中迫切的现实需求。

在上述工作的基础上,工作组于 2012 年 6 月向特委会提交关于《海牙原则》的最终草案,并于同年 11 月获得特委会通过。

(二)《海牙原则》的主要内容

《海牙原则》在序言中强调,其目的是确立国际商事合同法律适用的一般原则,该一般原则既可作为国家、地区或国际文件的样板,也可用于解释、补充和发展相关国际私法规则,还可作为法院和仲裁庭适用的原则。进而言之,该一般原则就是意思自治原则。至于当事人未作法律选择时合同准据法的确定问题,《海牙原则》未予涉及。特委会的计划是先考虑当事人已作出法律选择时合同准据法的确定问题,当事人未作法律选择时合同的法律适用问题则留待下一步解决。而关于意思自治原则,《海牙原则》主要规定了该原则的适用范围,意思自治原则的适用以及对该原则适用的限制等问题。

1. 《海牙原则》的适用范围

《海牙原则》适用于从事贸易和职业活动的当事人之间的国际合同的法律选择问题,但不适用于消费和雇佣合同。^[7]

《海牙原则》只适用于“国际性”合同。对于“国际性”的认定标准问题,《海牙原则》规定,“为本原则之目的,合同应为国际性,除非当事人的机构均位于同一国,且当事人的关系和其它相关因素不论当事人所选择的法律如何,均与该国有关”(第 1 条第 2 款)。对于该款所涉及的当事人机构问题,《海牙原则》第 12 条规定,如果一方当事人有多个机构,那么为该原则之目的,相关机构是指与合同缔结时有最密切关系的机构。这就为当事人机构间冲突问题的解决提供了依据。

《海牙原则》之所以不适用于消费和雇佣合同,主要是因为消费和雇佣合同的法律适用问题在不同法律体系中逐步形成了特别规则。这些特别规则通常是强制性的,目的主要在于保护弱势一方当事人。

另外,对于自然人的能力、仲裁协议和法院选择协议、公司或其它共有组织及信托、破产、合同的专利效力、代理人能否对第三人约束被代理人的问题等,《海牙原则》也将之排除在当事人约定准据法的适用范围之外(第 1 条第 3 款)。这种做法被认为是参考了 2008 年《欧盟合同之债法律适用公约》(以下简称“《罗马条例 I》”)第 1 条第 2 款和 1994 年《美洲国家间关于国际合同法律适用公约》(以下简称“《墨西哥公约》”)第 5 条。

2. 意思自治原则之适用

《海牙原则》规定合同受当事人选择的法律支配。这一宣示性规定清楚表明,《海牙原则》的根本目的在于提升意思自治原则在国际合同领域的地位。为此,对于与合同当事人选择法律有关的六个问题,公约均做了原则性规定,借以实现公约之目的。

(1) 法律选择的时间问题

在当事人选择法律(包括变更法律选择)的时间问题上,《海牙原则》采取的是充分尊重

[7] 参见《海牙原则》第 1 条。

当事人意愿的做法,即允许当事人在任何时间选择或变更所要适用的法律。但对于当事人在合同订立后的法律选择或变更法律选择问题,《海牙原则》规定不应有损合同的形式效力或第三人的权利(第2条第3款)。

(2) 法律选择的方式问题

《海牙原则》规定,当事人的法律选择或任何法律选择的变更,均须明示或可以明显地从合同的条文或情况得出(第4条)。具言之,《海牙原则》对当事人的法律选择及变更法律选择的方式,一般限于明示选择;对当事人以默示方式选择法律和以默示方式变更所选择法律,则采取有限承认的态度,即要求当事人选择法律的意图要能“明显地从合同的条文或情况得出”。

对于法律选择的形式效力问题,《海牙原则》规定,当事人的法律选择并不受任何形式上的制约,但当事人另有约定的除外(第5条)。这意味着除非当事人另有约定,当事人可以书面、口头、电子数据等多种方式完成法律选择。

(3) 选择法律的范围问题

对于当事人选择法律的范围问题,《海牙原则》采取的是较为开放的态度。《海牙原则》规定,除非法院地法另有规定,当事人可以选择的法律包括在国际、超国家或区域层面上被普遍接受的、具有中立性和平衡性的规则(第3条)。这意味着当事人所选择的“法律规则”,不仅包括国内法,还包括国际条约和国际习惯(国际惯例),以及各国法律所公认的一般法律原则。《海牙原则》主要明确了以下三个问题:

一是“法律规则”的界定问题。在《海牙原则》起草过程中,工作组对该问题的讨论较为激烈。常设局在报告中指出,《海牙原则》所指的“法律规则”不仅包括国家立法,还包括并非主权国家立法产物的规则,亦即所谓“非国家法律规则”。工作组认为,将当事人选择法律的范围扩展至非国家法律规则,有助于扩大意思自治原则的适用范围。

二是当事人所选择的法律是否应与当事人或合同具有相应联系的问题。对此,《海牙原则》作了否定回答,即并不要求当事人所选择的法律与当事人或其交易有任何联系(第2条第4款)。传统上,当事人所选择的法律必须与当事人及其合同有联系,在部分国家的立法中仍然规定有这种要求,亦即所谓“本地化理论”。但该理论已被晚近有关合同法律适用的公约和国内立法所摒弃,《海牙原则》也因此顺应了这种发展趋势。

三是当事人所选择的法律是否包括国际私法规则(冲突法规则)的问题。《海牙原则》对此也作了否定回答,即除非当事人另有明示约定,法律选择不包括当事人所选择法律中的国际私法规则(第8条)。可见,《海牙原则》在合同领域是拒绝反致的。其原因在于,在意思自治原则于合同领域得到普遍接受的情况下,若采用反致,可能会有违当事人的合理预期。与此同时,出于对当事人意思自治的尊重,《海牙原则》也允许当事人明示选择接受反致。

(4) 部分选择或多重选择问题

《海牙原则》对于“分割法”持肯定态度,即当事人可将其选择的法律适用于整个合同或合同的一部分,以及选择不同法律适用于合同的不同部分(第2条第2款)。

是允许当事人将合意选择的法律适用于合同的一部分或者为合同的不同部分分别指定不同的准据法,还是规定当事人选择的法律只能适用于合同整体,此即合同法律适用的“分割论”和“统一论”之争。《海牙原则》显然采纳的是分割论。但工作组关于分割的讨论值得

我们注意。在工作组的第三次会议上,专家们认为,不宜直接对“分割”方法作出规定,而应放在相应的评论部分,理由是分割法在本质上也是意思自治的一种形式。因此,为尊重当事人的意思自治,《海牙原则》规定,对于分割法如何使用,留待当事人自由决定。

(5) 法律选择协议的成立及效力问题

合同当事人是否已就所要适用的法律达成一致,是相关法律成为合同准据法并得以适用的前提。而在合同本身效力存在疑问的情况下,当事人在合同中的法律选择条款效力如何?作为主合同之附属合同的法律选择协议之效力如何?这些都是实践中较为突出的问题。

对于当事人选择法律之协议是否成立的问题,《海牙原则》原则上要求依据当事人所选择的法律来确定,特定情况下依据一方当事人机构所在地国家的法律来确定。《海牙原则》规定,当事人是否就法律选择达成一致由其声称适用之法律决定(第 6 条第 1 款);如果在某些情况下,依据前述规定不能合理地作出决定,则由一方当事人机构所在地国家的法律来决定(第 6 条第 2 款)。

而对于法律选择的效力问题,《海牙原则》将其与合同本身的效力问题分开考虑,亦即合同本身的无效并不影响当事人所选择的准据法适用于合同。《海牙原则》规定,一项法律选择不能仅因其所适用的合同是无效的而被反对(第 7 条)。可见,《海牙原则》将当事人法律选择的效力与合同本身的效力问题区别对待,实质上是将当事人的法律选择条款视为独立协议。^[8]从理论上讲,合同中之所以设定法律选择条款,就是为了让当事人能够通过选择适当的法律,使合同权利义务关系获得相应的实体法保障。因此,为表明对当事人选择法律的意思表示的充分尊重和认可,理应赋予法律选择条款相对的独立性。

(6) 准据法的适用范围问题

《海牙原则》关于当事人所选择法律之适用范围的规定是明确而宽泛的。《海牙原则》规定,当事人选择的法律应支配当事人之间合同的所有方面,包括且不限于合同解释、由合同产生的权利义务、履行及不履行的后果(包括损害评估)、免除义务的多种方式及时效与期间、效力及合同无效的后果、举证责任与法律推定,以及先合同义务(第 9 条第 1 款)。

《海牙原则》用不完全列举方式来规定合同准据法的支配范围,意图是使合同事项尽可能受当事人选择的准据法支配,以实现法律适用的确定性。这是工作组参考 1986 年《联合国国际货物销售合同法律适用公约》第 12 条及《罗马条例 I》第 10 条之规定的结果。

3. 对意思自治原则的限制

尽管意思自治原则已经成为各国在国际合同法律适用上的首要原则,但对该原则予以某些限制仍属必要。《海牙原则》第 11 条可以看作是对意思自治原则设定的两大限制,概括如下:

第一,来自法院地优先性强制规则的限制,即法院地的优先性强制规则在适用上应优先于当事人所选择的法律(第 11 条第 1 款)。而对于在何种情况下法院可能或必须适用当事人所选择法律之外的优先性强制规则,也依法院地法确定(第 11 条第 2 款)。

关于优先性强制规则的界定,工作组特别参考了 2008 年《罗马条例 I》第 9 条第 1 款。从渊源上讲,优先性强制规则这一概念事实上源自 1980 年《罗马公约》第 7 条和第 9 条第 6

[8] 参见韩德培主编:《国际私法新论》,武汉大学出版社 1997 年版,第 296 页。

款之规定。^[9] 在(Arblade)案中,欧洲法院对《罗马公约》第7条中的“优先性强制规则”进行了系统阐述。法院指出,对于一个主权国家而言,优先性强制规则对于该国的政治、社会、经济组织的安全至为重要,以至于无论适用于合同的其他法律如何,该规则都将适用于其适用范围内的任何情形。^[10] 《罗马条例 I》第9条采纳了欧洲法院的上述论断,对优先性强制规则定义如下:“优先性强制规则是指一国为保护诸如政治、社会、经济组织的安全等公共利益而必须遵守的至关重要的规则;它们适用于其管辖范围内的任何情形,无论依据本条例本应适用的法律为何。”^[11] 而对于有争议的外国的“优先性强制规则”问题,工作组认为,1978年《海牙代理法律适用公约》和1980年《罗马公约》的相关规定作为先例可资参考。当然,外国优先性强制规则的适用并非是无条件的,对于其具体适用条件,《海牙原则》规定由法院和仲裁庭自行决定。

第二,来自法院地公共秩序的限制,即当事人选择法律的适用结果若在一定程度上明显与法院地的基本观念不符,则法院地的公共政策(公共秩序)将排除该法律的适用(第11条第3款)。值得注意的是,《海牙原则》规定,除法院地的优先性强制规则和公共秩序外,若当事人要求仲裁庭适用或考虑当事人所选择法律以外之法律中的公共政策(公共秩序)及优先性强制规则,则仲裁庭应予适用(第11条第5款)。

二 对《海牙原则》的评析:选法自由与例外规制并重

如同《海牙原则》在其序言中所强调的那样,其对当事人意思自治原则给予充分尊重。^[12] 尽管《海牙原则》通过强制性规则和公共政策限制当事人的意思自治,但对此规定了严格的适用条件,其最终目的仍然是坚持当事人意思自治原则。因此,在国际合同法律适用问题上,《海牙原则》实际上形成了当事人选法自由与例外规制并重的基本格局。

(一)意思自治原则得以充分彰显

1. 当事人选择法律的时间和方式得到充分尊重

在当事人选择法律的时间和方式问题上,《海牙原则》基本上采纳了国际上通行的做法。

《海牙原则》允许当事人在合同订立前或订立后进行法律选择,也允许当事人在法律选择后的任何时间变更其法律选择。从允许合同当事人选法的时间上来看,《海牙原则》对当事人选法的自由实际上并未设定任何实质性限制,这也正是遵循意思自治原则的题中应有之义。

《海牙原则》既承认当事人的明示选择,也承认当事人的默示选择。这表明在当事人选择法律的方式上,《海牙原则》采取了紧跟主要法系通行做法的态度。^[13] 对于默示选择法律意图的认定或推定,往往涉及到这样的问题:如果当事人约定了合同争议的仲裁或司法管辖

[9] Symeon C. Symeonides, “The Hague Principles on Choice of Law for International Contracts: Some Preliminary Comments”, 61 *American Journal of Comparative Law* 1, 16-17 (2013).

[10] Cases C-369/96 and C-374/96 *Arblade* [1999] ECR I-8453.

[11] 《罗马条例 I》第9条第1款。

[12] 参见《海牙原则》序言1。

[13] 在国内法层面上,无论是普通法系英国著名的合同自体法,还是大陆法系德国、法国等国的司法实践,均认可当事人的默示选法;在国际法层面上,不论是1980年欧共体《罗马公约》及其后来者2008年欧盟《罗马条例 I》,抑或是1994年《美洲国家间合同义务法律适用公约》,也均对当事人默示选法作出了原则性规定。

权,可否据此认为当事人已对合同准据法进行了默示选择?对此,《罗马条约》采取的是肯定态度,而《罗马条例 I》采取的则是一种相对折衷的态度。^[14] 而从前述《海牙原则》的措辞看,其无疑采取的是一种否定态度。因此,在某种程度上不妨说,《海牙原则》的规定是对《罗马条例 I》相关规定的突破。《海牙原则》之所以采取不同于《罗马条约》及《罗马条例 I》的做法,一方面是考虑到海牙国际私法会议成员对待合同中法院(包括仲裁)选择条款态度的多样性;另一方面则是考虑到,为确保当事人真实意思表示的实现,对当事人默示选择法律进行严格限制尤为必要。这既是提高法律适用确定性的要求,也可以避免在毫无限制的情况下对当事人的法律选择意图加以曲解或过度扩张。

关于当事人选择法律的形式问题,《海牙原则》规定,除非合同当事人另有约定,既允许当事人以书面形式进行法律选择,也允许当事人以口头、电子数据等其它形式来进行法律选择。可见,《海牙原则》对当事人法律选择的形式并无特别限制,这同样体现出对当事人意思自治的尊重。

2. 当事人选择法律的范围得以扩展

在当事人选择法律的范围问题上,《海牙原则》持相当开放的态度,这也是出于最大限度尊重当事人意思自治之考虑。

《海牙原则》将当事人可选择之法律的范围从国家立法扩展到国际、超国家或区域层面的国际条约和国际习惯,允许当事人选择包括现代商人法、《欧洲合同法原则》和《国际商事合同通则》在内的“非国家法”作为合同准据法。相较《罗马条例 I》,《海牙原则》大大扩展了当事人选择法律的范围。对此有学者认为,《罗马条例 I》在合同当事人选择法律范围的问题上失于保守,有违当事人意思自治原则的内涵,也不符合国际民商事关系的发展趋势。^[15] 在这个意义上,《海牙原则》允许当事人选择影响广泛的示范法或一国未曾缔结或参加的普遍性国际公约作为合同准据法,可以看作是对合同冲突法发展趋势的顺应。

《海牙原则》突破了只允许当事人选择与合同有实质联系之法律的传统做法,允许当事人选择与自己及交易没有任何联系的法律,这种做法也是对国际社会在该问题上相关共识的采纳。^[16]

3. 当事人所选择准据法的适用范围自由化

在合同准据法的适用范围问题上,除当事人的缔约能力及合同转让问题外,《海牙原则》将合同的其它事项均交由当事人选择的准据法支配,亦即试图让与合同有关的所有事项都尽可能地由当事人所选择的法律支配。同时,《海牙原则》也允许当事人自由地将所选择的准据法适用于合同的全部或部分。这与国际合同法律适用问题上的既有理论和实践基本上是一致的。当然,这里所讲的“合同全部事项”,也是相对而言的。尽管学者们大多主张合同的所有事项应当无一例外地适用同一合同准据法,但也有人认为,合同当事人能力、合同形式有效性以及合同转让等问题,不是合同准据法所能支配或完全支配的。^[17] 《海牙原则》在第 10 条中对合同转让的法律适用问题予以专门规定,原因亦在于此。

[14] 《罗马条例 I》序言第 12 条规定:“当事人之间的有关将合同争议交由某成员国的一个或多个法院专属管辖的协议,应作为确定是否进行了明示法律选择的考虑因素之一。”

[15] Ole Lando & Peter Arnt Nielsen, “The Rome I Regulation”, 45 *Common Market Law Review* 1687, 1694 - 1698 (2008).

[16] 参见[加]泰特雷:《国际冲突法:普通法、大陆法及海事法》,刘兴莉译、黄进校,法律出版社 2003 年版,第 150 页。

[17] Peter Nygh, *Autonomy in International Contracts*, Clarendon Press, 1999, p. 123.

(二) 以强制性规则与公共政策作为例外规制

《海牙原则》在明确意思自治原则为国际合同法律适用首要原则的同时,也规定以强制性规则和公共政策作为限制意思自治原则的例外规则。

一般而言,在国际合同领域,国内立法及国际条约在采纳意思自治原则的同时,又分别对该原则加以限制。这种限制多体现在当事人选择法律的方式、时间和范围上。^[18]此外,重视法律选择的政策导向也成为各国对合同当事人法律选择进行限制的重要内容,主要表现为:其一,由“直接适用的法律”所支配的某些特殊类型的合同,排除了当事人意思自治原则的适用。^[19]其二,为保护弱方当事人的利益,对某些特殊类型的合同如消费合同、劳动合同等,要么规定合同当事人不得进行法律选择,要么规定合同当事人只能选择特定地域的法律。

《海牙原则》工作组也意识到,即便是在国际商事合同领域,对意思自治原则也应适当加以限制。但与各国内法和已有的国际条约相比,《海牙原则》对意思自治原则的限制着重在强制性规则和公共政策的例外规制上。首先,尽管各国国内法及相关条约在当事人选择法律的方式、时间和范围上均有相应限制,但《海牙原则》却并未施加任何实质性限制,这既符合意思自治原则的实施现状,也符合《海牙原则》最大限度贯彻当事人意思自治原则这一初衷。其次,尽管《海牙原则》工作组也认为,意思自治原则受到强制性规则和公共政策的限制是必要的,但鉴于《海牙原则》提升意思自治原则的地位这一初衷,对公共政策与强制性规则的适用本身也应给予相应限制。而且,任何对当事人所选择法律之适用的限制,都必须具有正当性且符合《海牙原则》所追求的目标。由此,对于强制性规则和公共政策对意思自治原则适用的限制问题,工作组特别强调其例外性质。《海牙原则》第11条所规定的“优先性强制规则”,以及明确将消费合同和劳动合同排除于适用范围之外的规定,均体现了这种意图。

三 《海牙原则》的启示:意思自治原则在我国涉外合同领域的实施

我国《法律适用法》不仅在“一般规定”第3条明确规定,当事人依照法律规定可以明示选择涉外民事关系所适用的法律,还在具体民事领域中将意思自治原则从传统的合同领域扩展到其它领域。这也被视为《法律适用法》的一大亮点。^[20]但客观而言,该条更多属于一种宣示性的规定。有鉴于此,对于该原则的实施,最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释(一)》(以下简称《司法解释一》)在第6—9条作出相应规定。这些规定理所当然地适用于合同领域。

尽管《海牙原则》只是一个不具有法律约束力的示范性文件,但工作组成员构成的客观性和专业性使得《海牙原则》具有相当的中立性。事实上,《海牙原则》的相关评论也表明,海牙国际私法会议希望《海牙原则》能够影响到其它相关公约——如《罗马条例 I》和《墨西

[18] 参见刘仁山主编:《国际私法》,中国法制出版社2012年版,第140页。

[19] 参见刘仁山:《“直接适用的法”制度及其在我国的应用》,《法商研究》2013年第3期,第77页。

[20] 参见《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释(一)》答记者问,《人民法院报》2013年1月7日第6版。

哥公约》——的改革和发展。作为比较法的产物,《海牙原则》对于我国相关国际私法规范的解释和完善无疑是具有借鉴意义的。这正是探讨《海牙原则》对我国实施意思自治原则之启示的前提和基础。

(一)对现有司法解释之检讨

1. 变更法律选择之限制

《司法解释一》允许当事人对所选择的合同准据法进行变更,但将变更法律选择的时间限制在一审法庭辩论终结前(第8条第1款)。与此相反,《海牙原则》除了对当事人变更法律的效果加以限制外,并未对当事人变更法律选择的时间作出限制(第2条第3款)。

对当事人变更法律选择的时间进行限制的初衷,在于避免当事人在判决作出前突然合意变更其法律选择,使得已经完成的程序丧失对当事人的法律效果,从而不仅造成司法资源的浪费,还有损于公平合理的民商事秩序。从司法效率的角度看,《司法解释一》的规定有其合理性,但还有必要借鉴《海牙原则》的做法,增加规定当事人变更法律选择不应有损合同的形式效力及第三人权利。

2. 默示选择法律之方式

实践表明,对于起源于普通法的默示选法意图的认定是相当困难的,因为确定默示选法意图,同确定与契约有最密切及真实联系的法律,二者之间的界限非常细微,有时甚至模糊不清。^[21]正是由于对当事人默示法律选择意图之确定或推定尚未形成一致做法,故《海牙原则》将当事人默示选择法律的意图概括界定为“明显地从合同的条文或情况得出”,但同时又强调,当事人授予法院或仲裁庭解决合同争议的管辖权并不等同于选择合同准据法。换言之,《海牙原则》对仲裁或司法管辖条款采取了非常慎重的态度,旨在避免对当事人选择法律的意图进行肆意推定。

《司法解释一》规定,若双方当事人援引相同国家的法律且未提出法律适用异议,可以视为当事人已经选择适用该法律(第8条第2款)。这一规定实际上是要求法院根据当事人默示选择法律的其中一种情形,来推定当事人的选法意图,可见,在《法律适用法》并未规定默示选法方式的情况下,《司法解释一》对确定当事人的默示选法意图进行了严格限定,即出于尊重当事人意思自治原则之考虑,对于当事人默示选法意图的推定,必须以当事人不提出法律适用异议为前提。这种从严认定默示选法意图的态度是必要的。但问题在于,将当事人默示选择法律的方式仅限于“双方当事人援引相同国家的法律且未提出法律适用异议”,无疑没有穷尽默示选法的所有情形。而包括《海牙原则》在内的立法实践,均只是对默示选法问题作出原则性规定,而将具体认定当事人默示选法意图的情形交由法官综合衡量处理。相较而言,《司法解释一》的规定有过于僵化之嫌。

3. 选择法律之范围

就可选择法律的范围而言,《司法解释一》的规定表明,当事人可以选择与系争合同没有任何实质联系的法律来支配其合同(第7条)。^[22]这与《海牙原则》的第2条第4款的规定是一致的。从尊重当事人意思自治出发,结合《海牙原则》之规定,可以认为,当事人所选

[21] Dicey and Morris, *The Conflict of Laws*, Sweet & Maxwell, 14th ed., 2006, pp. 1539 - 1540.

[22] 《司法解释一》第7条规定:“一方当事人以双方协议选择的法律与系争的涉外民事关系没有实际联系为由主张选择无效的,人民法院不予支持。”

择的法律只要不违背我国强制性规则及公共政策,法院即可认定当事人的法律选择有效,而无须考虑当事人所选择之法律与系争合同是否存在实质联系。

《司法解释一》明确将当事人可选择法律的范围扩展至尚未对我国生效的国际条约(第9条)。^[23] 尽管该条规定的法律选择范围仍然窄于《海牙原则》,但相较于我国既有实践而言,其意图扩大当事人法律选择空间的主旨无疑与《海牙原则》是一致的。但这里仍然存在的疑问是:该条有关公共秩序的规定是否有必要?首先,《法律适用法》第5条已经明确规定了公共秩序制度,即“外国法律的适用将损害中华人民共和国社会公共利益的,适用中华人民共和国法律”。对此也许有人会认为,《司法解释一》的规定是为了弥补《法律适用法》第5条在范围上仅将“外国法律”作为公共秩序保留对象的缺憾。但是,基于法解释学的考量,如果认为对该条中的“外国法律”可以当然解释为包括尚未对我国生效的国际条约在内的话,那么《司法解释一》在此规定公共秩序制度即属;而如果认为《法律适用法》第5条所指的“外国法律”,在逻辑和法理上都不能理解为包括尚未对我国生效的国际条约在内的话,那么又会引出《司法解释一》作此规定的法律依据何在的疑问。其次,从国际私法的目的出发,公共秩序保留制度的适用务必受到严格限制。在公共秩序业已为《法律适用法》总则所规定的情况下,相关司法解释中再次对其予以强调,反而有扩展公共秩序制度适用之嫌。

(二) 实施意思自治原则须进一步注意的问题

基于对《海牙原则》相关规定的认识,对于我国涉外合同领域意思自治原则的具体实施,仍有以下问题需要特别注意:

1. 部分选择或多重选择问题

是否允许当事人将合意选择的法律只适用于合同的一部分(部分选择),或者为合同的不同部分指定不同的准据法(多重选择)?《海牙原则》对此问题作出了肯定回答,但我国相关立法及司法解释却一直不置可否。

所谓部分选择,是指如果当事人仅指定了合同某些部分的准据法,那么合同的剩余部分就适用客观准据法。^[24] 在此情况下,就存在同一合同受两个或两个以上准据法支配的可能。客观而言,合同的所有问题受同一准据法支配,既可减轻司法机关的任务,又可避免多个准据法之间的潜在冲突。但随着跨国交易的日渐频繁,国际商事合同关系也日趋复杂,实践中,有些大型项目合同的某些部分相对独立,彼此可以分割。因此,当事人为合同相对独立的部分单独指定准据法,即部分选择合同准据法的做法,现已逐渐得到认可。

所谓多重选择,即当事人指定两个或两个以上的法律同时适用于合同的不同部分。这主要是针对实践中存在的某些大型项目合同,实际上由两个或两个以上不同种类的组合而成,其在一个总合同中彼此相对独立。对合同关系中的不同方面适用不同的法律,有利于合同中部分争议的迅速解决。因此,当事人为相对独立的部分各自单独指定准据法,应当得到允许。但如果多个法律在同一合同中造成合同权利义务的冲突,则该多重选择应视为无效。

[23] 《司法解释一》第9条规定:“当事人在合同中援引尚未对中华人民共和国生效的国际条约的,人民法院可以根据该国际条约的内容确定当事人之间的权利义务,但违反中华人民共和国社会公共利益或中华人民共和国法律、行政法规强制性规定的除外。”

[24] Peter Nygh, *Autonomy in International Contracts*, p. 128.

实践中还存有一种情况,即当事人指定两个或两个以上的法律同时适用于整个合同。^[25] 由于此种法律选择使得合同的权利义务自始处于不确定状态,有违合同当事人本身的合理预期,因此应由当事人再度确认其所选择的准据法,如不能达成一致,则该法律选择应视为无效。

总之,为适应国际商业交往日趋频繁和复杂的现实,对于涉外合同的部分选择或多重选择法律问题,最高人民法院未来出台相关司法解释时有必要进一步予以明确。

2. 合同转让问题

对于合同转让问题,我国《法律适用法》并未予以专门规定,但从国际商事实践看,该问题不但与单一合同法律关系有所不同,而且已经成为实践中频发的重要问题。^[26] 对于原合同中债权人与债务人的意思自治与转让合同中转让人与受让人的意思自治,《海牙原则》予以区别对待。^[27] 事实上,在合同转让的过程中,不管是向第三人转让合同权利还是合同义务,抑或整体转让合同权利和义务,其中都存在原合同(被转让的合同)与转让合同两个合同关系。这两个合同虽然紧密相关,但彼此独立,各自应有其准据法。因此,需要分别划定不同准据法的支配范围。这种区分式处理方法可以作为我国未来出台相关司法解释的参考。

3. 合同准据法的支配范围问题

关于合同准据法的支配范围问题,部分国际私法学者认为,至少应对当事人缔约能力、合同形式以及合同的成立和效力这三个方面进行分割。德国学者甚至还提出合同准据法以及合同“辅助准据法”,后者的适用范围包括合同履行细节,诸如交易日期、时间以及用于支付的货币种类和度量衡等。^[28] 而《海牙原则》的态度是,除当事人缔约能力和合同形式有效性外,合同其他事项均可由当事人选择的法律支配。^[29] 这种规定的目的在于确保当事人在合同中所选择的法律能够尽可能支配合同关系的所有方面,从而实现当事人权利义务的确定的性和可预见性。《海牙原则》的这一做法无疑也应当作为我们在合同准据法支配范围问题上的价值取向。

四 结论:对私权利与公权力的平衡

国际合同是国际私法主体参与国际民商事交流的重要载体和形式。无论是对待当事人对于合同实体性权利义务的设定,还是对待当事人就合同权利义务关系进行的法律选择,国

[25] 例如,当事人约定“本合同适用甲国法和乙国法”,或“本合同适用甲国法或乙国法,由首先起诉的一方选择适用其一”。

[26] 在合同转让的情况下,受让人不能依据转让合同中选择的准据法来对抗债务人,因为转让合同约定受让人与让与人而不能约束债务人,而债务人与让与人(原债权人)之间的合同又只能约束原合同主体而不能约束受让人。参见“Consolidated Version of Preparatory Work Leading to the Draft Hague Principles on the Choice of Law in International Contracts”, para. 81 (note 85)。

[27] 《海牙原则》第 10 条规定:“在合同转让的情形下,债权人与债务人之间因合同而产生的债权人针对债务人的权利:(1)如果转让合同的当事人选择了法律支配该合同,则该选择的法律支配债权人与受让人由合同而生之共同权利和义务;(2)如果债权人和债务人对其之间的合同选择了所适用的法律,则被选择的法律应支配该让与能否针对债务人援引、受让人针对债务人的权利以及债务人的义务是否已经履行等事项。”

[28] 参见《国际比较法百科全书》(International Encyclopedia of Comparative Law)第 3 卷,《国际私法》第 24 章“合同”。

[29] 《海牙原则》第 9 条第 2 款的规定甚至表明,根据“尽量使合同形式有效”的原则,合同形式也有可能受合同准据法的支配。

际民商事合同规范的制定者和国际民商事合同纠纷的裁判者,均应充分考虑当事人自己的意愿。这既是对国际民商事交流客观规律的遵从,也是对国际民商事活动参与者自由意志的尊重。《海牙原则》明确赋予意思自治原则在国际合同法律适用上的首要地位,即是最有力之佐证。

但是,从构建和保障公平合理的国际民商事秩序着眼,意思自治原则从未被赋予过无限自由的内涵。《海牙原则》明确规定当事人的意思自治应受到强制性规则和公共政策的制约,亦足为证。因此,如何确立私权利与公权力在这一领域博弈的最佳平衡点,仍是国际社会在探寻和塑造相关规则过程中的努力方向。在实施《法律适用法》意思自治原则的过程中,对此必须始终保持清醒的认识。

[**Abstract**] Hague Principles on the Choice of Law in International Contracts (Hague Principles) drafted by The Hague Conference on Private International Law represents the latest development in the field of contractual conflict of laws. The Hague Principles emphasizes on the principle of party autonomy of international contracts. On one hand, the parties' freedom of choice of law has been fully respected in order to highlight the status of the principle of party autonomy in the field of international contracts. On the other hand, overriding mandatory rules and public policy are the two substantial exceptions to the principle of party autonomy. Generally speaking, the Hague Principles has formulated the basic structure which consists of strengthening freedom as the principle and certain restrictions as the exception. Taking the Hague Principles as the reference in comparative law, the principle of party autonomy which is stipulated in the Act on Application of Laws to Foreign-Related Civil Relations 2010 and its Judicial Interpretation still needs further explanation for proper application.

(责任编辑:廖凡)