

# 法律选择协议效力的法律适用辩释

沈 涓 \*

**内容提要：**意思自治原则下，当事人选择法律的合意是否有效，直接关系到意思自治的实现，但现有研究较少涉及这一问题。目前国际私法学界存在当事人选法协议效力适用当事人所选之法和适用法院地法两种主张的分歧。适用当事人所选之法确定选法协议效力的主张和规定存在逻辑矛盾等诸多弱点，特别是存在合同之外领域无法采行的重大缺陷。选法协议的内容是法律选择规则，确定选法协议效力是法律选择规则的适用过程。意思自治原则体系既包括赋予当事人选择法律的权利，也包括限制当事人意思自治的条件。合同领域之外的法律关系适用当事人选择的法律确定选法协议效力存在更大不合理性。适用法院地法确定选法协议效力才是更合理、更可行的方法。

**关键词：**法律选择协议 法律适用 意思自治原则 当事人选择的法律 法院地法

意思自治原则是国际私法中确定准据法的一项重要原则，已为几乎所有国家的国际私法的理论、立法和司法接受和采行，其核心是冲突规则赋予当事人合意选择适用于他们之间法律关系的准据法的权利。这项原则的实现基于两个前提条件，即当事人选择法律的意思表示和意思表示的有效。这两个前提既关及意思自治原则的实现，也关及当事人所选择的法律的有效适用，进而关及当事人利益期望的实现。对于意思自治原则的适用，国内外的研究多在当事人选择法律的方式、时间、范围等方面，少有以当事人选择法律的意思表示的效力的法律适用为研究对象的成果。

有关法律选择合意效力的法律适用的讨论，应以这一问题所涉概念和性质为始。当事人选择法律的合意究竟应称为或视为法律选择条款、法律选择协议还是法律选择合同，影响着对这一问题的认识和结论。当然，讨论的重点无疑是法律选择合意效力的法律适用问题。在各国国际私法中，对法律选择合意的效力应适用何法，存在多种主张：当事人选择的法律、法院地法、当事人没有选择法律时应适用的法律、当事人法律选择合意达成地法、法官裁量适用的法律、依最密切联系原则所确定的法律等。<sup>〔1〕</sup> 其中，以前两个主张居多，

\* 中国社会科学院国际法研究所研究员。

〔1〕 参见孙维星：《涉外合同中法律选择条款的法律适用》，《法制与社会》2007年第7期，第120页以下。

立法上和理论上主张适用当事人选择的法律的居绝大多数,但学术讨论中有少数观点主张适用法院地法。<sup>〔2〕</sup>

在现有研究成果中,适用当事人选择的法律来确定当事人选择法律合意的效力的主张虽呈压倒多数之势,但论者均未予严密论证,在学术讨论中留下了不少漏洞和弱点,并影响着立法和司法。本文试图从当事人选择法律合意的概念和性质、选法合意法律适用的合理性、选法合意法律适用的可行性等多个方面,对当事人选择法律合意效力的法律适用问题进行尽可能深入和全面的理解,提出并论证当事人选择法律合意的效力应适用法院地法的主张。

## 一、概念和性质之辩

### (一) 当事人选择法律合意的概念

对当事人选择法律的合意,有的学者称其为法律选择条款,<sup>〔3〕</sup>有的学者称其为法律选择协议,<sup>〔4〕</sup>还有的学者称其为法律选择合同。<sup>〔5〕</sup>持这三种概念的学者都一致认为,无论称其为条款还是协议或是合同,当事人选择法律的合意都是一种合同或具有合同的性质。<sup>〔6〕</sup>对当事人选择法律合意的这种界定,是他们认为当事人选择法律合意的效力应该适用合同准据法的基础。由此可见,对当事人选择法律合意概念的界定直接决定了合意效力的法律适用。

一部法学辞书对“合同”概念的界定是:“广义泛指产生一定权利、义务的协议,狭义专指双方或多方当事人关于建立、变更或消灭民事法律关系的协议。特征:(1)是双方法律行为;(2)双方当事人须意思表示一致;(3)以建立、消灭或变更一定的法律关系为目的;(4)具有合法性。合同一经成立即具有法律效力,当事人一方或双方未按合同履行义务,应受到法律制裁。”<sup>〔7〕</sup>

另一部法学辞书对“合同”概念也作了类似界定:“……作为法律概念的合同,有广义与狭义之分。狭义合同概念专指以发生债权债务内容的合意;而广义合同概念指以发生私法上效果为目的的一切合意。……合同具有如下特征:(1)合同是一种民事法律行为。合同以意思表示为要素,并按意思表示的内容赋予法律效果,属民事法律行为,而非事实行为。(2)合同是两方以上当事人的意思表示一致的民事法律行为……。(3)合同是以设立、变更、终止债权债务关系为目的的民事法律行为。(4)合同是当事人各方在平等自愿基础上产生的民事法律行为。”<sup>〔8〕</sup>

在民法学者的论著中,对合同概念的通常表述是:合同是一种民事法律行为;合同是

〔2〕 参见秦瑞亭:《提单法律选择条款探微》,《中国海商法研究》2013年第3期,第44页;李春:《涉外民商合同关系中的法律选择协议》,《人民法院报》2004年8月11日第3版。

〔3〕 参见前引〔1〕,孙维星文,第120页。

〔4〕 参见李良鸿、郑发国:《法律选择协议相关问题研究》,《浙江万里学院学报》2006年第4期,第59页。

〔5〕 参见前引〔2〕,秦瑞亭文,第44页。

〔6〕 参见前引〔1〕,孙维星文,第120页;前引〔4〕,李良鸿等文,第59页;前引〔2〕,秦瑞亭文,第44页。

〔7〕 邹瑜、顾明主编:《法学大辞典》,中国政法大学出版社1991年版,第600页以下。

〔8〕 中国社会科学院法学研究所《法律辞典》编委会编:《法律辞典》,法律出版社2003年版,第638页以下。

一种双方或多方或共同的民事法律行为；合同是以在当事人之间设立、变更、终止财产性民事权利义务关系为目的的协议；所谓财产性民事权利义务关系，既可以是债权债务关系，也可以是物权关系。<sup>〔9〕</sup>

1999年合同法第2条第1款规定：“本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。”

比较上述辞书、专著和合同法对合同概念的界定和规定，可以清楚地看到，当事人选择法律的合意并不完全符合合同的概念。除了当事人意思表示一致之外，二者最大也是最本质的差异有两点：一是，当事人选择法律的合意内容仅仅是指定法律关系应适用的民事实体法，表达当事人希望由该民事实体法来确定他们之间民事权利义务关系的意愿，而不是直接设立、变更、终止民事权利义务关系。二是，当事人选择法律的合意达成之后，一方违反合意通常不会产生承担违约责任甚至受到法律制裁的严重后果。可见，对民事法律关系而言，合同具有确定权利义务关系的实体属性，而当事人选择法律的合意并不具有同样的实体属性，也不具有与合同同等程度的对当事人的法律上约束效力。

如果一定要认为当事人的选法合意是一种合同，那么，根据上述相关界定和规定，它至少不是狭义上的合同，充其量是广义上的合同，即以发生私法上效果为目的的合意或协议。上述两部辞书对合意也作出了解释：合意，又称“协议”，指当事人双方或多方意思表示达成一致；<sup>〔10〕</sup>或者，合意，指两个或两个以上的人就某些事项的意思表示达成一致。<sup>〔11〕</sup>从这样的解释可以认识到，合意或协议的重点在于意思表示的明确性和一致性，其内容不必是明确的法律关系权利义务。国际私法中当事人选择法律的合意比较符合合意或协议的这些特征。

综上，本文认为，当事人选择法律的合意应该被称为也被视为法律选择协议（以下简称选法协议），无论这种协议是以合同中的条款形式存在，还是以合同之外独立的协议形式存在，都不应被视为狭义上的合同，更不应按照合同的标准寻求其效力的法律适用。努力厘清当事人选择法律的合意及其载体应该被称为协议还是被称为合同这一概念上的差异，是因为这是所有在选法协议效力应该适用的法律的认定上产生歧义的根源。

## （二）当事人选法协议的性质

清楚区分当事人选法协议和合同的差异，以寻找选法协议效力法律适用的正确方向，除了对二者概念进行界定之外，还须明确二者的性质。

如前所述，当事人选法协议与当事人双方缔结的主要合同有本质差别。当事人之间缔结的主要合同以确定双方权利义务为内容，根据国际私法中的意思自治原则，其有效性应该由当事人为合同选择的准据法确定。但当事人之间的选法协议是以法律选择为内容，无论是列入实体性合同之内的法律选择条款，还是专门就法律选择问题作出的单独协议，其中的诸如“合同受某国法律支配”或“双方同意产生争议时依据某国法律解决”等表述，实际上相当于当事人所创设的法律选择规则，其作用是选择准据法。

选法协议既然不具有实体性合同的性质，且其中内容属于法律选择规则，不属于实体

〔9〕 参见马俊驹、余延满：《民法原论》，法律出版社2007年版，第502页。

〔10〕 参见前引〔7〕，邹瑜等主编辞典，第601页。

〔11〕 参见前引〔8〕，中国社会科学院法学研究所编辞典，第646页。

规则,那么,在区分了二者的性质之后,就可以得出这样的理解:

第一,在国际私法中,根据意思自治原则,当事人并不具有选择一国法律中法律选择规则的权利。选法协议既然不属于实体性合同,一国确定选法协议效力的规则亦不属于确定法律关系当事人权利义务的实体规则,那么,那些确定选法协议效力的规则也就不属于可由当事人选择适用的法律范畴。相应地,根据意思自治原则,当事人只具有选择实体法的权利,所选之法只应确定法律关系本身的实体问题,而不能确定法律选择问题。

第二,由于选法协议不具有确定当事人权利义务的实体内容,也就不需要寻找一个实体法来判断选法协议的效力,而是需要寻找一个确定法律选择效力的国际私法规则作为依据。另一方面,当事人缔结的选法协议性质上独立于主要合同,确定选法协议的准据法不必与确定主要合同的准据法捆绑在一起。

第三,有观点主张当事人选法协议是一种合同,具有实体属性,因此其效力须从实体法意义上考查,如当事人须有缔结协议的能力,意思表示须明确、一致,选择法律不得违反相关法律的规定,协议应具备法律要求的形式,协议应符合要约和承诺阶段的要求等。<sup>[12]</sup>实际上,这些考查项目并不全是实体法意义上的。例如,当事人须有缔结协议的能力同样也是国际私法在确定人的行为效力时的考查项目之一,并且各国普遍制定了当事人行为能力的法律适用规则。意思表示须明确、一致以及选择法律不得违反相关法律也同样是国际私法上衡量当事人选择法律的意思表示效力的条件,并非只是实体法上的标准。至于协议形式,当事人达成选法协议的形式固然有合同条款和单独协议这样的书面形式,但有时也有口头的表达形式或直接援引法律的事实形式,对此法律并未作强制性的要求。

第四,从关联性考量,选法协议的内容是法律选择,当事人之间缔结的主合同的内容是确定双方权利义务,二者既不相似、也无关联。如果依合同准据法确定选法协议的效力,显然不符合最密切联系原则,法律选择和法律适用的合理性值得怀疑。

第五,当事人选择合同准据法时着眼于合同关系中权利的实现和义务的履行,并不会基于选法协议的效力来考虑法律选择。也就是说,当事人所选择的合同准据法对合同关系或许是合适的法律,但对选法协议效力而言却不一定也是合适的法律,甚至有可能合同准据法并不是他们希望适用于他们之间选法协议效力的法律。

基于上述理解,可以进一步认识到,当事人选法协议的性质是法律选择规则。当事人创设的这种法律选择规则只是表达了他们希望适用某国法律来确定他们之间权利义务关系的意愿,并不足以最终确定合同应该适用他们所选择的法律。他们选择法律的意愿是否能够实现,还有赖于法院对他们所作选择的效力的认可。这一认可的过程仍然属于法律选择过程,而不是实体争议处理过程。在法院对当事人选法协议的效力予以确认之前,当事人所选之法还不是合同准据法,这一所选之法并不能被视为合同准据法而被作为判断选法协议效力的依据。既然判断选法协议是否有效仍然属于法律选择的活动过程,判断的依据只应该是法院地法。

由此可见,将选法协议效力的确定这样一个国际私法范畴内的法律选择问题认为是确定合同的成立和效力这样的实体合同法范畴的问题,并主张在立法或司法上推定进而确定

[12] 参见前引[4],李良鸿等文,第59页。

选法协议效力应该适用合同准据法,应该是对选法协议性质的误解,很可能在选法协议效力的法律适用方面既不能成就意思自治原则的功效,也不能成就最密切联系原则的功效。

如果说,当事人表达选择法律的意思常常借助于合同条款或单独协议,从而使人很容易将这种合意形式视为合同,那么在实践中存在的一些情况或许可以帮助他们看清楚当事人选择法律合意的多样性或非合同性。

2013年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释(一)》(以下简称《涉外民事关系法律适用法司法解释(一)》)第8条第2款规定:“各方当事人援引相同国家的法律且未提出法律适用异议的,人民法院可以认定当事人已经就涉外民事关系适用的法律作出了选择。”2007年《最高人民法院关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定》第4条第2款也有类似规定:“当事人未选择合同争议应适用的法律,但均援引同一国家或者地区的法律且未提出法律适用异议的,应当视为当事人已经就合同争议应适用的法律作出选择。”这两个司法解释所描述的情形在实践中确实存在,<sup>[13]</sup>即当事人双方在争议产生之前没有达成选择法律的协议,在争议审理期间双方都引用了相同法律,这种行为可被视为双方达成了选择法律的合意。这种情形下,虽然法院认定当事人达成了法律选择合意,但显然很难将这种达成合意理解为当事人之间缔结了一项合同,也很难按照一般合同的效力要素去判断这一选择的效力。

当事人双方选择法律的合意并非在缔结合同或成立法律关系时达成,而是在将争议诉诸法院之后才达成,此种情形在合同案件中存在,在侵权案件中,当事人在诉讼过程中达成法律选择合意更是唯一的意思自治方式,因为侵权关系双方当事人不可能在争议产生之前就法律选择达成合意。当事人在诉讼过程中就法律选择达成合意,常常不是以缔结合同或协议的方式,更多是如上述两个司法解释所预设的情形,各方当事人援引相同国家的法律且未提出法律适用异议,或一方当事人援引一国法律,另一方当事人未提出异议。实践中,更多的情形是,法官就法律选择意愿口头询问双方当事人,若双方首肯,即达成合意。<sup>[14]</sup>很显然,在上述情形,当事人选择法律的意愿是否真实和一致容易直接为法官探知,对合意效力的确定,也完全没有考虑法院地法以外法律的适用。如果将上述情形下的当事人法律选择合意视为一种合同,并适用当事人所选择的法律来确定合意的效力,可以想象,这在司法实践中几乎是不可能、也完全没有必要的。

相似的情形还有合同对某国法律或国际公约和国际惯例的纳入<sup>[15]</sup>的效力的确定:当事人虽然没有明确选择某国法律或某个国际公约和惯例作为法律关系准据法,但他们将某一国法律条文或某一国际公约条款和惯例直接纳入合同,作为合同条款,这种纳入能否作为当事人对法律关系准据法的选择,其效力也需确认。

对此,各国立法和司法态度不一致。<sup>[16]</sup>《涉外民事关系法律适用法司法解释(一)》第

[13] 参见徐伟功:《法律选择中的意思自治原则在我国的运用》,《法学》2013年第9期,第32页。

[14] 参见沈涓:《中国法院审理涉外(涉港澳台)民商案件情况》,载黄东黎主编:《国际法研究》第8卷,社会科学文献出版社2013年版,第350页以下。

[15] See Cheshire and North, *Private International Law*, 10<sup>th</sup> ed., Butterworths, 1979, pp. 202-203; Collins, *Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, 11<sup>th</sup> ed., Stevens and Sons, 1987, pp. 1178-1180; Morris, *The Conflict of Laws*, 2d ed., Stevens and Sons, 1980, p. 218.

[16] 参见沈涓:《合同准据法理论的解释》,法律出版社2000年版,第31页以下。

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。”虽然这条的指向是尚未对我国生效的国际条约，但既然当事人援引尚未对我国生效的国际条约都可以被视为当事人对准据法作出了选择，那么当事人援引已经对我国生效的国际条约当然就更应该被视为当事人作出了法律选择。

分析这种情形，可以认为，与上述各方当事人援引相同法律的情形类似，这两种情形都是缺乏当事人对法律的明确和直接的指定，但都通过援用法律的方式表达了当事人希望适用某特定法律的意愿，因而应该被视为当事人对准据法作出了选择。纳入方式既不同于在合同中设立法律选择条款，也不同于合同之外专门订立法律选择协议，而是直接将作为合同准据法的法律条文列为合同条款，当事人以此种方式表达了选择合同准据法的合意。虽然这些被纳入的法律条文以合同条款的形式存在，但是它们能否作为合同准据法，还须由相关法律确定。也就是说，此种情形下，当事人将法律条文纳入合同的合意的成立和效力独立于合同的成立和效力，只有相关法律确认这种纳入方式可以作为当事人选择法律的方式，当事人所纳入的法律条文才能作为合同准据法适用。中国和其他国家都有成例表明，判断被纳入的法律能否作为合同准据法的依据是法院地法。<sup>[17]</sup>

值得注意的是，有人认为，上述各方当事人援引相同法律或在合同中纳入某国法律或国际公约或国际惯例的内容，应该被视为当事人对法律关系准据法的默示选择。<sup>[18]</sup>对此，本文认为，各方当事人援引相同法律或将相关法律纳入合同的方式也应该被视为对法律的明示选择。理由是，第一，较之选法协议指定某一法律而没有提示出该法律内容，当事人以这两种方式提供了特定法律的具体内容，其意思表示的明确程度有过之而无不及。第二，我国法律和司法解释都强调，当事人选择法律的意思必须明示，<sup>[19]</sup>不认可以默示方式选择法律。因此，既然司法解释已确定各方当事人援引相同法律和当事人将相关规则纳入合同条款都是对准据法作出选择的方式，那么也就是将这两种方式都视为明示选择法律的方式，否则就与已有司法解释不相符合。<sup>[20]</sup>

分辨当事人选法协议的概念和性质，是为了寻找合理和可行的选法协议效力的法律选择和法律适用方向。将选法协议确认为狭义的合同，便会忽视其非合同性和非实体性，忽视实践中当事人所采用的诸多以简单意思表示达成合意的选择法律的非合同方式，以及以直接提出他们希望适用的法律的具体内容的行为表示合意的方式，忽视选法协议的非实体性的法律选择规则的本质，最终落入选择未被确定适用效力的当事人所选之法的逻辑陷阱中，并导致选法协议法律适用上的不合理和不可行。

[17] 参见林准主编：《国际私法案例选编》，法律出版社1996年版，第68页以下；前引[15]，Collins书，第1181页以下。

[18] 参见刘仁山：《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》，《环球法律评论》2013年第6期，第146页以下；刘仁山、黄志慧：《国际民商事合同中的默示选法问题研究》，《现代法学》2014年第5期，第147页以下。

[19] 参见2010年涉外民事关系法律适用法第3条；2007年《最高人民法院关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定》第3条。

[20] 参见最高人民法院民四庭负责人就《关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释（一）》答记者问，2013年4月23日发布，<http://www.court.gov.cn/shenpan-xiangqing-5275.html>，2015年10月10日最后访问。

## 二、合理性之辩

以当事人选法协议的概念和性质为基础, 本文将进一步论证选法协议效力适用法院地法的合理性。这是本文重要的目的。

### (一) 适用当事人选择之法的逻辑错误

无论如何论证当事人选法协议的效力应适用当事人所选择的法律这一主张的正确性, 不可不说的是, 论证者始终无法对这一主张中存在的逻辑错误作出合理解释。这一点已经成为此主张的最大弊害和弱点。

确定当事人选法协议的效力是为了确定所选之法的适用效力, 在选法协议效力被确定之前, 此法不具有适用于任何问题的效力。以一个未被确定适用效力的法去确定选法协议的效力, 缺乏依据和说服力, 更何况是确定赋予自身准据法效力的当事人意思自治的效力。

虽然所有主张选法协议效力应适用当事人选择的法律的人都不得不承认这一主张逻辑上存在问题, 但又都囿于选法协议是合同的认识, 而坚持既是合同其效力就应该适用当事人选择的法律这一通则, 难以接受选法协议效力应适用法院地法的主张,<sup>[21]</sup> 于是刻意对逻辑问题视而不见, 或认为逻辑问题之弊不足以危害适用当事人选择的法律确定选法协议效力的结果, 而将当事人选择的法律作为“假设 (putative) 有效的法律”<sup>[22]</sup> 适用于确定选法协议的效力。殊不知, 正是这个逻辑弊端使选法协议效力适用当事人选择的法律这一主张严重缺乏说服力, 进而将确定选法协议效力的法律适用问题的意义全然抹杀。

造成这样的效果的原因其实众所周知。确定选法协议效力的唯一目的是确定当事人选择的法律是否具有调整法律关系的准据法效力, 这就意味着在选法协议效力被确定之前, 当事人选择的法律的准据法效力还未被确定, 只有在选法协议被确定为有效后, 当事人选择的法律才具有准据法效力。如果预先“假设”当事人选择的法律已经具有准据法效力, 可以适用于确定选法协议的效力 (且不论选法协议的效力是否应由法律关系准据法来确定), 那么就已经事实上赋予了当事人选择的法律以准据法效力, 又何必多此一举要去确定选法协议的效力呢? 何不直接认定当事人选择的法律无论如何都是有效的, 可以直接适用于法律关系中权利义务的确定? 更何况, 对准据法效力的确定问题基于“假设”而求解, 也十分有损于法律选择和法律适用的严肃性和严谨性。

### (二) 意思自治原则体系的自治完整性

意思自治原则是确定法律选择和法律适用的一项重要原则, 自产生以来, 在不断发展中已形成较丰富和较完善的体系, 为各国国际私法采行。这项原则的核心是, 法律赋予当事人作出法律选择的权利, 当事人依此享有创设法律选择规则的权利。如 2010 年涉外民事关系法律适用法第 3 条规定: “当事人依照法律规定可以明示选择涉外民事关系适用的

[21] 参见许军珂:《国际私法中的意思自治》, 法律出版社 2007 年版, 第 145 页; 肖永平:《国际私法原理》, 法律出版社 2003 年版, 第 177 页; 韩德培主编:《国际私法新论》, 武汉大学出版社 1997 年版, 第 296 页。

[22] 参见 2008 年欧盟《关于合同之债法律适用的第 593/2008 号规则》(罗马 I 规则) 第 10 条第 1 款, 见邹国勇译注:《外国国际私法立法精选》, 中国政法大学出版社 2011 年版, 第 338 页; Peter Stone, *EU Private International Law*, 2d ed., Edward Elgar Publishing Limited, 2010, p. 324; Cheshire, North & Fawcett, *Private International Law*, 14th ed., Oxford University Press, 2008, pp. 744 - 745.

法律。”有了这一规定的授权，当事人便可以明示方式达成选择法律的合意。

但意思自治原则体系中不仅包括了赋予当事人选择法律的权利，也包括了对当事人意思自治的限制，以及判断当事人选法协议效力的标准。一国国际私法在赋予当事人选择法律的权利时，都会相应地对当事人选择法律时所涉问题作出规定，这些问题主要有选择法律和变更选择时间（缔结合同时、缔结合同后、行为成立后、判决作出前）、方式（明示、默示）、范围（与法院地国之间的联系、实体法或冲突规范）、限制（不得排除国内法中强制性规定的适用、不得违反公共秩序、不得以欺诈及胁迫等方法达成协议）等。如《涉外民事关系法律适用法司法解释（一）》第6—10条分别对当事人选择法律和变更选择的范围、方式、时间以及不能排除我国强制性规定的限制作出了规定。这些对意思自治的确认和限制的规定主要就是用于确定当事人选择法律的效力，当事人选择法律时，只有符合这些规定所要求的条件和限制，其选择法律的意思表示才具有确定法律关系准据法的效力。

有关当事人选法协议效力的规则与赋予当事人选法权利的规则共同构成当事人意思自治原则的规则体系，这已在各国间形成共识。<sup>[23]</sup>很显然，那些判断当事人选法协议效力的规则存在于各国国际私法中，而不是存在于各国民法中。因此，第一，确定当事人选法协议效力的规则属于国际私法规则，而非民法规则，确定选法协议效力时应该适用的是国际私法规则，而不必在其他法律诸如民法领域中寻找依据和判断标准。第二，权利的赋予和行使权利的条件及限制应该是同源的完整体系，即意思自治原则体系具有自治完整性，如果由一国的国际私法规则赋予当事人选法的权利，却由另一国法律——国际私法和民法——来确定行使这种权利的条件及限制，这样，即使赋予权利的效力不完整，也使权利的行使和限制的规定不统一，且实践中的可行性也可质疑。

### （三）法官适用法律选择规则的职权范围

对当事人选择法律的合意的效力的认定，实际上是法官适用法律选择规则确定法律关系准据法的过程。因此，确定选法协议效力是法官确定准据法过程中的一个环节，是法官依职权而为司法行为的过程。

国际私法的主要效能是确定法律关系准据法，这一目的的实现依赖法官的司法活动。在法官为确定法律关系准据法的司法活动时，法律选择规则即冲突规则是准则。除以法律选择规则为内容的国际公约之外，法律选择规则主要存在于作为国内法的各国国际私法之中，其功能是为内国法院审理涉外民事案件时提供确定准据法的依据。

法律关系适用当事人选择的法律是一项遵循意思自治原则的法律选择规则，但这项法律选择规则并不是一项功能健全的法律选择规则，因为这项规则并没有明确指定法律关系应适用的特定实体法。准确地说，这项法律选择规则只是一项授权规则，即将选择法律的权利授予法律关系当事人，由他们指定准据法。这时，法官将确定准据法的司法职权的一部分让渡给了当事人，法官仅承担确认当事人选择法律的合意的效力这部分职权。

由此可见，在意思自治原则体系下，国际私法规则同样地赋予了当事人和法官一定的选择法律的权利或权力，但二者的范围和行使力度并不相同：当事人的权利范围仅在选择

[23] 参见吕岩峰：《当事人意思自治原则内涵探析——再论当事人意思自治原则》，《吉林大学社会科学学报》1998年第1期，第35页以下。



法律,并不适用法律,因为当事人不是真正的司法者。所以,表达选择法律的意愿就是当事人实现意思自治的全部活动范围,其意思自治能否最终实现,还需依赖法官对当事人自己所选之法的适用。这种适用包括确定当事人意思自治的效力和以当事人所选之法最终确定当事人之间的权利义务关系。

这表明,当事人表达选法意愿的自由和法官依据内国国际私法规则对当事人选法自由的效力的确认共同构成准据法的选择过程,当事人和法官的共同作为才是法律选择的一个完整过程。可见,当事人选择法律的权利由法院地冲突规则赋予,不是由当事人所选择的实体法赋予。如果当事人选法意愿的效力不是依法院地国法律来确认,而是依据当事人所选之法来确认,一方面是剥夺了法官的那一部分选法权力,也中断了选择和确定准据法的完整过程,另一方面,在实践中,这种情形也难以想象和难以操作。

亦如前所述,赋予当事人选择法律权利的规则只是意思自治原则体系的一部分规则,另一部分规则是确定当事人选择法律的意思表示的效力的规则,包括意思自治须满足的条件和应受到的限制,这两部分规则是意思自治原则体系内不可分割的整体。这种整体性既体现在规则的构成上,也体现在依据的来源上:既然赋予当事人选择法律的权利的规则与意思自治的条件和限制的规则共同构成意思自治原则体系,那么法官确认意思自治效力的依据也应该取自于同一个体系。所以,在审理涉外民事争议时,法官既然根据内国法律选择规则确认了当事人选择法律的权利,在确定当事人选法协议的效力以最终确定准据法的过程中,法官也只应该适用内国国际私法规则。

从另一方面看,如果由当事人所选之法而非法院地法中的相关规则来确定选法协议的效力,那么,各国国际私法中有关确定选法协议效力的规则就都没有正面或直接被适用的可能。因为,在选法协议效力适用当事人选择的法律的主张下,一国只有在内国实体法被当事人选择作为法律关系准据法时,内国确定选法协议效力的规则才能被适用于确定协议效力。这就意味着,各国国际私法立法中设立的有关确定当事人选法协议效力的规则都不是给内国法官作为判断选法协议效力的依据的,而是准备好给外国法官作为判断依据的。而内国法官确定当事人选法协议效力时都必须适用某一外国确定选法协议效力的规则,这样的结论未免荒唐。当然,在实际案件中也许有这样的情况,即当事人选择了法院地实体法为法律关系准据法,从而使其确定选法协议效力的规则被适用于确定协议效力,但即便如此,也并非在确定协议效力方面适用了法院地法,而仍然是对协议效力适用了当事人选择的法律。

#### (四) 区分选法协议效力确定准据法的不必要性

有观点认为,选法协议效力应由两部分法律确定:将选法协议视为合同,合同本身是否合法,由法院地的冲突法决定;该合同的成立和效力,受该合同的准据法支配。<sup>[24]</sup> 在一些国际私法公约和外国国际私法中,很少专门规定选法协议本身的合法性适用法院地法,但确实存在当事人选择法律合意的成立和效力受当事人所选之法支配的规定。<sup>[25]</sup>

[24] 参见前引[2],秦瑞亭文,第40页。

[25] 参见2008年欧盟《关于合同之债法律适用的第593/2008号规则》(罗马I规则)第3条第5款、第10条、第11条、第13条,见前引[22],邹国勇译注书,第334页以下;2015年《海牙国际商事合同法律选择原则》第6条第1款, [http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=conventions.text&cid=135](http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=135), 2015年10月13日最后访问;1987年瑞士关于国际私法的联邦法(2010年修订)第116条第2款,亦见邹国勇译注书,第166页。

对选法协议的合法性的考查主要涉及当事人选择法律的时间、范围、方式等,属于赋予当事人选择法律的权利时的条件或限制,这几方面问题固然应适用法院地国冲突规则。而当事人选择法律合意的成立和效力涉及哪些问题,现有答案却有些混乱,有的认为有关当事人选择法律合意的自愿性和真实性,<sup>[26]</sup>有的认为有关要约和承诺、欺诈和胁迫、形式有效性、人的缔约能力等。<sup>[27]</sup>

事实上,在确定当事人选法合意的效力方面,除了对法律选择的时间、范围、方式等作出规定外,合意的自愿性和真实性又何尝不是冲突规则设立的当事人选择法律的条件呢?2007年《最高人民法院关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定》第3条和第4条规定了当事人选择法律或变更选择必须是协商一致且明示的,这体现了国际私法规则对合意的自愿性和真实性的要求。美国国际私法也认为,如果合同一方当事人对法律选择条款所作的同意,是通过不适当的方式如谎报、胁迫、过度影响或错误获得的,该条款无效。<sup>[28]</sup>

无论国际私法的理论、立法还是实践,合意的自愿和真实都被奉为意思自治原则的核心价值,既然国际私法中采行了意思自治原则,允许当事人选择法律,那么,合意的自愿和真实也就同样是国际私法规则衡量选法协议效力的重要要求。可见,合意的自愿和真实既具有实体法属性,也是国际私法中意思自治原则体系的内容。国际私法规则对合意的自愿性和真实性也设立了判断标准,如是否协商一致、是否存在欺诈和胁迫等,在这一点上完全没有必要求助于实体法。

至于要约和承诺、合意的形式、人的缔约能力等,虽然属于实体性问题,但在国际私法中并非全部被置于法律关系准据法的支配之下。合意的形式通常受制于行为地法,人的缔约能力通常适用属人法或行为地法。事实上,只有将当事人的选法协议视为狭义合同,才有必要考查要约和承诺以及形式等方面是否适用当事人选择的合同准据法。在一些情况下,当事人以简单的口头同意或援引相同法律的行为就达成了选择法律的合意,要约和承诺的过程简单明了,形式更是随意,无须按照实体法对要约和承诺以及形式的要求来判断当事人合意的成立与效力,故而也没有适用实体法的必要。

由此可见,实践中常常是只适用法院地国际私法规则来判断当事人选择法律的效力,而不必同时适用实体法律关系的准据法。

除了从这样的事实得出上述结论,或许还可以从法院地国确定选法协议效力的规则的非任意性来获得支持。

《涉外民事关系法律适用法司法解释(一)》第6条规定:“中华人民共和国法律没有明确规定当事人可以选择涉外民事关系适用的法律,当事人选择适用法律的,人民法院应认定该选择无效。”这项规定表明:在某项民事争议的审理中,当事人的选法协议是否有效,首先要看我国法律是否允许当事人在此领域选择准据法,也就是说,判断当事人选法协议效力的首要标准就是我国法律的规定,而不是当事人所选之法的规定。在我国法律没有赋予当事人选择准据法的权利的情况下,当事人达成了选择准据法的协议,即使依据当

[26] 参见前引[2],秦瑞亭文,第44页。

[27] 参见前引[22],Peter Stone书,第305页;前引[22],Cheshire等书,第744页以下。

[28] See American Law Institute, *Restatement of the Law of Conflict of Laws*, Second, 1971, Volume 1, p. 562.

事人所选之法选法协议是有效的,我国法院仍然会确认当事人的选法协议无效。这种规定足以显明,确定当事人选法协议效力的依据是法院地法,而不是当事人所选之法。

当法院地国存在判断选法协议效力的规定,但同时又规定选法协议效力不适用法院地法而适用当事人所选之法时,实际上就存在内国法和外国法之间的冲突,实践中法院就很有可能会面对这种冲突。而事实是,面对这样的冲突,任何一个国家的法院都会遵照内国法的规定,而不论该协议在法律关系准据法上是否有效。这再次证明,一国确定选法协议效力的规则的适用是非任意的。

#### (五) 意思自治的实现

有一种观点认为,如果适用法院地法确定选法协议的效力,就会使合同准据法确定中的意思自治成为空话。<sup>[29]</sup>在这种观点看来,没有适用当事人选择的法律确定选法协议的效力,就是没有实现意思自治。这种认识存在误解,需要进一步辩释。

第一,确定选法协议的效力是确定当事人所选之法是否可以作为合同准据法,而不是确定当事人是否具有自己选择合同准据法的权利,即使最终当事人所选择的法律被认为不能作为合同准据法得到适用,也并不意味着对当事人自由选择合同准据法的权利的否定。所以,即使适用法院地法来确定选法协议的效力,并有可能最终选法协议被确定无效,也不应认为这会使当事人的意思自治成为空话。

第二,无论是在民商法中还是国际私法中,都没有赋予当事人绝对的意思自治,即使在合同法允许当事人依自由意志确定合同实体内容的前提下,合同法也仍然对当事人的意志有若干限制,合同的效力也仍然需要由法律而不是由当事人意志来确定。例如,我国合同法第三章规定了“合同的效力”,从多个方面确定了合同有效成立的条件以及合同无效的情形。面对这样的规定,没有人会认为合同法对当事人确定合同内容的意思自治的限制及对意思自治效力的确定会使当事人的意思自治成为空话。而在国际私法中,适用法院地法来确定当事人选择实体法的效力,并不涉及当事人在法律关系的实体问题上的意思自治,为什么就被认为会使当事人选择法律的意思自治成为空话呢?

第三,这种认识除了走入逻辑上自相矛盾的困境之外,可能还存在一种误解,那就是认为由于法律关系的权利义务内容和法律关系准据法的选择都遵行了意思自治原则,因此,确定当事人选法协议的效力也应该遵行意思自治原则,适用当事人所选之法。对此,有必要重新认识。首先,选法协议不确定法律关系的权利义务内容,只确定法律选择,所以选法协议的效力不应适用实体法,既然如此,就不一定要与法律关系的实体准据法相连结。其次,法律选择的意思自治是由契约自由精神延伸而来,虽然法律选择的意思自治和法律关系内容的意思自治都遵循了相同的精神,但实质作用已大不相同。在法律选择方面,对最初的意思自治的本质已有了很大改变,从当事人决定法律关系内容变为当事人决定无关法律关系内容的法律选择,就已是名大于实了,如果再将意思自治原则延伸至确定选法协议的效力,则距意思自治原则初衷愈远,甚至有些牵强。

第四,那么是否可以考虑同样由当事人选择确定选法协议效力的准据法呢?这一探索

[29] 参见前引[21],许军珂书,第144页;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;李广辉:《论国际私法中的意思自治原则》,《河南大学学报(社会科学版)》2001年第1期,第101页。

也不值得鼓励。在国际私法的理论和立法上,似乎没有这样的原则或规定:选法协议的效力适用当事人为选法协议效力选择的准据法,那就意味着,国际私法在选法协议效力的法律选择和法律适用方面并没有确立意思自治原则。这正如前面已经论证的,确定选法协议效力的规则并非任意性规则,可由当事人选择,这也又一次证明了选法协议与合同的差别。而且,如果设置“选法协议效力适用当事人专门为选法协议效力所选择的法律”这样的法律选择规则,也会使选法协议效力的法律选择和法律适用进入无限循环过程,终究是有了局,更无济于难题的解决。

另有一种类似观点认为,当事人选择了合同准据法,就期望以合同准据法确定选法协议的效力,所以,适用法院地法而不是当事人选择的合同准据法,不符合当事人的期望。<sup>[30]</sup>这种认识或许有失主观。

第一,如果当事人没有约定其选法协议的效力判定适用他们所选择的法律,认为当事人有这样的期望就只是一种推测。

第二,立法和实践不可能无条件地满足当事人的所有期望,这一点从法律对当事人意思自治的多种限制就可以看出。例如,当事人想让他们之间的法律关系适用他们所选择的法律的期望,就常常因一国强制性规定的适用而落空。类似情形还有消费合同和劳动合同领域当事人选择法律的期望因法律对消费者和劳动者的特殊保护而不得实现。

第三,在此方面,需要分辨的是,在确定选法协议效力的法律适用方面究竟是应该更多考虑当事人利益还是法院地国利益。其中关键之处在于,将此问题视为合同准据法的确定还是法律选择规则的适用。如果将选法协议效力等同于合同效力对待,在确定其准据法时自然应该更多考虑当事人利益;但如果将确定选法协议效力视为法律选择规则的适用,就应该更多考虑法院地国的利益,因为这关系到法院地国所制定的赋予和限制当事人意思自治的法律规则效力的实现。

### 三、可行性之辩

选法协议效力的确定不是一个纯理论问题,而是存在于实践中的问题。对于选法协议效力的法律适用,除了从合理性角度讨论之外,还有必要从可行性角度讨论。

#### (一) 适用外国国际私法规则之不可行性

国际私法的理论、立法和实践都表明,采行意思自治原则的范围一般是实体法选择和法院管辖权选择,而不包括冲突规则选择,即根据意思自治原则,当事人只能选择可以确定他们之间权利义务的实体法和受理他们之间争议的法院,而不能选择确定法律适用的冲突规则。如前所述,有关确定选法协议效力的规则通常属于国际私法规则,不属于实体规则。如果以当事人所选之法来确定选法协议效力,这个所选之“法”只能是该法中相关国际私法规则。但在国际私法中,除了接受反致和转致的情况,一国法院一般不会适用另一国的国际私法规则。对此,一些国际私法公约和国内法都主张在合同领域或当事人有权选

[30] 参见高宏贵、赖世旭:《涉外经济合同法律适用中的意思自治原则》,《华中师范大学学报(哲学社会科学版)》1994年第3期,第61页。

择法律的情况下排除反致。如1896年德国民法典施行法第4条第2款规定：“当事人可以选择某一国法律时，则只能选择该国的实体规定。”<sup>[31]</sup>这表明，在实践中，一国法院在审理合同领域纠纷时是不可能考虑外国国际私法规则的适用的。如果立法上规定当事人选法协议的效力适用当事人所选择的法律中的国际私法规则，不仅与立法中合同领域排除反致的规定相抵触，而且实践中也会因为立法上的冲突而不可行。

在国际私法中，只有存在反致现象时，才考虑外国冲突规则的适用。但对比确定选法协议效力时考虑当事人所选法律中的国际私法规则，反致的情形并不能与之相提并论。

第一，虽然有一些国家的国际私法规定可以接受反致，但也有的国家的国际私法明确规定不接受反致和转致，即不适用外国冲突规则。可见，即使国际私法中存在反致制度，也并非所有国家都会接受反致和转致而考虑外国冲突规范在内国的适用。既然接受反致、适用外国国际私法规则没有成为普遍规则，适用当事人所选之法中的国际私法规则来确定选法协议的效力，也不可能成为普遍规则。

第二，如前所述，由内国国际私法赋予当事人选择法律的权利，却适用外国国际私法中确定选法协议效力的规则，会造成意思自治原则体系中权利的赋予与权利的限制相分离，也会造成内国国际私法和外国国际私法在认定选法协议效力方面的冲突。反致制度不以意思自治原则为基础，除了赋予法官依法决定接受或不接受反致的权力之外，不需要对法官选择法律的权力作出限制，也就不会导致选法权利的赋予和限制的分离。

第三，就法院地国而言，在当事人选择外国法作为法律关系准据法时，适用当事人所选之法确定选法协议的效力，具有适用外国法（国际私法规则）的消极意义；而在存在反致现象的情形下，接受反致具有适用内国法（实体法）的积极意义。

## （二）合同领域之外选法协议效力的法律适用

在国际私法发展史上，意思自治原则起源于契约领域，并在此领域得到成长至成熟。但时至今日，意思自治原则早已有了向其他领域渗透并被采纳的成果，这些领域包括侵权、婚姻家庭、遗嘱继承甚至动产物权。据此，关于意思自治效力的法律适用的讨论就不应仅限于合同领域。

除了协议离婚和夫妻财产契约，侵权、遗嘱继承和动产物权等领域都不以合同为基础。如果在合同领域主张将当事人选法协议视为一种合同，认为其效力的法律适用应同于主合同的法律适用，那么在合同之外的其他领域，仍然主张选法协议的效力应适用当事人为他们之间的法律关系所选择的准据法，就会缺乏可行性。因为在这些领域，当事人之间的关系并非合同关系，当事人选择的法律也并非合同准据法，该法律并不用来确定合同效力，也没有可以用于确定合同效力的内容，所以，即使将选法协议视为合同，也无法和当事人之间这些合同之外的法律关系合并，共同适用当事人所选之法。

[31] 见前引[22]，邹国勇译注书，第4页。另如2008年欧盟《关于合同之债法律适用的第593/2008号规则》（罗马I规则）第20条，见邹国勇译注书，第340页；2015年《海牙国际商事合同法律选择原则》第8条，[http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=conventions.text&cid=135](http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=135)，2015年10月13日最后访问；1995年意大利国际私法制度改革法第13条第2款，见中国国际私法学会：《中国国际私法与比较法年刊1999》（第2卷），法律出版社1999年版，第540页；2001年韩国修正国际私法第9条第2款，见中国国际私法学会：《中国国际私法与比较法年刊2003》（第6卷），法律出版社2003年版，第637页；2005年保加利亚关于国际私法的法典第40条第2款，亦见邹国勇译注书，第223页。

可见,如果在合同之外的法律关系中,一定要求当事人选法协议的效力适用当事人所选之法,就必须对当事人选择的法律的范围作广义上的理解,即当事人所选择的法律既包括调整他们之间法律关系的法律,也包括调整合同效力的法律。例如,我国涉外民事关系法律适用法第37条规定:“当事人可以协议选择动产物权适用的法律。”如果根据“选法协议的效力适用当事人选择的法律”这样的规则,就会发现法律适用的结果将会是以调整动产物权的实体法来确定选法协议的效力,这样的法律选择结果显然十分荒唐,也只能是落空。如果一定坚持适用当事人选择的法律来确定选法协议的效力,就只能对“当事人协议选择的动产物权适用的法律”作扩大解释,即这一“动产物权适用的法律”必须既包括可以用于调整动产物权关系的实体法,也包括可以用于调整选法协议效力的实体法,无疑这样的理解会因其过于牵强而显得十分不理性。而且,事实上这种扩大解释的荒谬之处更在于,这一经过扩大解释而用于确定选法协议效力的实体法根本就不是当事人所选择的法律。这样的扩大解释已经违背了意思自治原则的宗旨。根据这样的解释去选择和适用法律,实践中也不可能是一个切实可行的方法。

如果为了有一个说得通的理由,便说“选法协议效力适用当事人选择的法律”这一规则只适用于合同领域,其他领域的选法协议应适用法院地法或其他法律,这样的态度同样缺乏理性,因为它使国际私法中意思自治原则的适用出现了不统一。

### (三) 当事人选择之法适用可行性的反驳

在主张选法协议效力适用当事人选择的法律的观点中,适用当事人选择的法律被认为比适用法院地法和其他相关法律都具有更大可行性。<sup>[32]</sup>事实并非如此。

第一,在当事人选择的法律是法院地法时,对法院而言,适用当事人选择的法律就是适用内国法,其可行性自然很高。但在当事人选择外国法时,法院就必须适用外国法来确定选法协议的效力。虽然在实现意思自治原则的过程中,法官可能常常要面对适用外国法的情形,由此遭遇的查知外国法的困难也是追求法律适用合理性所必须承担的,但在实践中,法院适用外国法的困难程度远远超过适用内国法,这是不难想象的。在各国审理涉外民商案件时,查知和适用外国法甚至成为顺利解决争议的最大障碍。<sup>[33]</sup>因此,各国法院都有共同心理,在不影响法律适用合理性情况下,尽可能适用内国法,这样可以免去查证外国法的困难,提高争议解决效率。所以,不顾及法律适用的合理性和可行性,认为在确定选法协议效力方面适用当事人所选之法较适用法院地法更可行,显然不够客观。

第二,如前所述,在合同以外的领域,如侵权、动产物权、协议离婚、遗嘱继承等领域,当事人为法律关系所选择的法律不具有确定选法协议效力的内容,如果法院仍然遵守“选法协议效力适用当事人选择的法律”的规则,就必须在当事人选择的法律中寻找可以确定选法协议效力的规定。这样,一方面会给法院造成更多一层查证和适用外国法的困难,另一方面也严重违背了意思自治原则的宗旨。可见,在合同以外领域适用当事人所选之法确定选法协议效力的做法,其合理性和可行性无论如何不会高于适用法院地法。

[32] 参见前引〔21〕,许军珂书,第145页。

[33] 参见前引〔14〕,沈涓文,第345页以下。

#### （四）原告挑选法院的担忧

主张选法协议效力适用当事人选择的法律的论者还提出一个理由：如果适用法院地法确定选法协议的效力，会促使原告挑选其法律能够确定选法协议有效的国家的法院起诉，这种挑选法院的行为会对被告产生不公平的后果。<sup>[34]</sup> 这种担忧似乎没有必要。

根据自己的利益需求来决定选择在哪个国家的法院起诉，本就是原告的自由和权利，他没有义务顾及被告的利益需求而选择在对被告有利的国家法院起诉。更何况，原告的起诉并不能最终确定管辖权，受诉法院是否对案件实行管辖，还必须由该受诉法院的相关法律确定。如果受诉法院根据内国相关法律，认为不应或不能对案件实行管辖，那么它将拒绝受理原告的诉求。这时，即使原告选择在该法院起诉是因为可以期望适用该法院地法确定选法协议的效力，也会因为受诉法院的拒绝而不能得逞。如果受诉法院依法确定了对案件的管辖权，就表明管辖权的正当性与原告的期望一致，原告挑选法院的意愿就无可厚非。可见，无论原告选择起诉法院的意图善或不善，对法院管辖权的确定及法律选择和适用都不具有决定性影响，法院管辖权对被告是否公平并不由原告决定，原告挑选法院理应不受质疑。

#### （五）当事人对选法协议效力和合同效力的合理预期

在主张选法协议效力适用当事人选择的法律的观点看来，还有一个理由可以支持这一主张，即当事人选择了某国法律，就是希望依据该法律来确定合同效力和选法协议效力，因此，他们在选择了准据法之后就可以预见选法协议效力和合同效力的结果，如果适用法院地法确定选法协议效力，就会因为无法在缔结合同时预知未来受理争议解决的法院而无法预见选法协议效力和合同效力的结果。由此得出的结论是：只有适用当事人选择的法律而不是法院地法来确定选法协议的效力才是可行的。<sup>[35]</sup> 这样的理由和结论或许因为理解的偏差而说服力不足。

第一，对法律选择和法律适用结果预见性低是国际私法的固有缺陷，根源于国际私法规则不直接确定法律关系中的权利义务。无论依据什么样的原则和规则调整法律冲突，对于涉外或国际民商关系而言，国际私法规则或原则都不能使当事人明确预见他们之间法律关系的结果。提高预见性只是国际私法追求的目标，而不是国际私法规则适用的必然效果。

第二，如果说适用法院地法确定选法协议效力缺乏对结果的预见性，那么，也许还可以考虑另一种影响法律适用结果预见性的情况，即法官裁量。现代国际私法为了提高法律选择的灵活性和法律适用的合理性，都赋予法官较大裁量权，这种选择法律和适用法律的权力要远大于当事人选择法律的权利。虽然现代国际私法立法和司法都主张限制法官裁量权的滥用，为法官裁量设置了合理和有效的标准，但法官裁量仍然在现代国际私法实践中发挥着重大作用。同时，法官裁量也成为当事人预见法律适用结果的较大障碍，因为灵活性是法官裁量的核心价值，虽有成规，但法官裁量的特殊作用正在于选择法律时因人而异、因事而异。值得注意的是，法官裁量制度现在受到越来越多的重视和采行，这种趋势并没有因为这项制度影响了法律适用结果的可预见性而减缓。可见，相比法律选择和法律适用的合理性和有效性，法律适用结果的可预见性的需求更小。

[34] 参见前引[21]，许军珂书，第145页；前引[21]，韩德培主编书，第296页。

[35] 参见前引[21]，许军珂书，第145页；前引[21]，韩德培主编书，第296页；前引[21]，肖永平书，第177页；前引[4]，李良鸿等文，第60页；前引[1]，孙维星文，第120页。

第三,认为适用法院地法确定选法协议效力缺乏对结果的预见性,主要是认为无法预知最终会由何国法院受理案件,即无法预见选法协议效力最终会适用哪一国法律。但这一后果的危害性也许并非想象得那么严重。首先,在很多情况下,当事人在选择了法律关系准据法的同时,也作出了法院管辖权选择,双方在法律关系开始时就已经明知了法院地法的指向,在“选法协议效力适用法院地法”规则下,当事人自然可以预知法律适用的结果。其次,各国可以取得共识,将“选法协议效力适用法院地法”演成通则,就如“合同适用当事人选择的法律”已被演为通则一样。在当事人了解并遵行“合同适用当事人选择的法律”规则时,同时也能了解“选法协议效力适用法院地法”这一规则,便可促使当事人在法律关系开始时就一并达成法律选择和管辖权选择两方面协议,以提高对选法协议效力和法律关系法律适用结果的预见性。

在对与法律选择和法律适用的可行性可能相关的几方面问题进行辩释后,可以认为,声称选法协议效力适用当事人选择的法律较之适用法院地法更具可行性,显然不够客观,也不够理性。相应地,适用法院地法确定当事人选法协议的效力,符合选法协议是法律选择规则的本质的认定,可以避免不适当适用外国法的情况,也解决了合同领域之外的其他领域无法适用当事人选择的法律来确定选法协议效力的难题,无疑更具可行性。

---

**Abstract:** Although the validity of agreement on the choice of law has a direct influence on the realization of autonomy of will, currently very few studies have been carried out on this issue. At present, there are two different opinions on the validity of agreement on the choice of law in the field of private international law: the application of the law chosen by the parties and the application of the law of the court. This paper points out that there are many weaknesses in the method of application of the law chosen by the parties for the confirmation of the validity of agreement on the choice of law, such as logical contradiction and inapplicability in areas other than contract law; the content of an agreement on the choice of law should be the rules on the choice of law, and the confirmation of the validity of an agreement on the choice of law is the application of the rules on the choice of law; the principle of autonomy of will not only gives the parties the right of the choice of law, but also sets a limit to such autonomy; the confirmation of the validity of an agreement on the choice of law through the application of the law chosen by the parties in areas other than contract law is even more unreasonable; in such areas, the application of the law of the court is a more reasonable and feasible approach.

**Key Words:** agreement on the choice of law, application of law, autonomy of will, choice of law by parties, law of the court

---