

# 国际私法上的意思自治选择法律之经济分析

姚继伟

(厦门大学 法学院, 厦门, 361005)

**摘要:** 目前国际私法学界认为意思自治选择法律具有诸多优势, 比如提高法律选择稳定性、避免“诉讼竞赛”等。但是, 通过对意思自治选择法律的经济分析, 可发现这些目标只在一定条件下才能达到, 而且有些目标并不一定符合法律进化的长远目标。

**关键词:** 意思自治 选择法律

中图分类号: D997

文献标识码: A

文章编号: 1006—4117(2007)08—0206—01

经济学的分析方法随着“芝加哥学派”的兴盛渗透进法学的各个角落, 交易成本、外部性、信息不对称等正改变法学的知识结构。虽然对各个部门法的经济分析已经硕果累累, 但是在国际私法领域, 经济分析方法的运用仍不多, 许多基础性的研究有待开展, 例如对意思自治选择法律的经济分析。无疑, 对意思自治选择法律进行经济分析对于人们更深入地理解和运用意思自治原则乃至国际私法是有好处的。当事人意思自治选择法律包括以下两个方面:

## 一、当事人意思自治选择一国国内法

当事人意思自治选择一国国内法。因为当事人只需选择法律, 就无需考虑寻找交易对象的搜寻成本, 只需就谈判成本和执行成本予以估量。

理论上, 当事人就法律选择条款进行谈判时, 他们会根据自身的偏好选择符合自身预期收益的条款。在这种自愿交易的情形下, 资源将得到“最佳”之运用。作为理性经济人的当事人最熟悉自身的情况, 他们完全可以作为自己案件的“法官”。意思自治选择法律符合当事人的预期利益, 使法律适用具有稳定性、可预见性和一致性。据此, 法院不应当过多地干预当事人的法律选择自由。

然而, 上述推论是建立在信息完全、不存在外部性、完全竞争的市场的假设上, 这三个条件是缺一不可的。但是在现实世界中这些条件能否得到满足呢? 可以从以下两个方面考察。

一方面, 在跨国交往中, 当事人可以对不同国家的法律作出选择, 他们既可以选择自己所熟悉的本国法, 也可以选择中立的第三国法。而法律并不是由无数法律条文机械地堆积而成的, 它有内在的逻辑结构, 要理解某一条款中的某一概念可能需要对相关的法律条文、整个法律体系乃至立法的历史背景有一个清晰的认识。有几个人的知识能渊博到对本国的法律体系有全面深入的理解, 更何况是面对不熟悉的他国法呢! 可见, 当事人在进行法律选择时基本上处于信息不完全状态的, 他们对所选择的法律条文的含义可能只停留于文字表面, 并未领悟其内涵。其次, 当事人选择的法律可能会被法院认为是违反法院地的公共秩序, 会给法院地带来了负外部性, 促使法院启用公共秩序保留制度这个“安全阀”排除当事人所选择的法律。公共秩序保留制度是对那种认为法律选择不会给法院地带来外部性的观点的有力批驳。以上两个反证的存在说明在具体个案中, 当事人意思自治选择法律时是处于信息不完全以及会给法院地带来负外部性的境地。因此自然而然的一个推论就是当事人意思自治选择法律不可能达到对资源的

“最优”配置。

另一方面, 由于合同的不完备性, 当事人不能完全预料到选择法律后将会碰到的所有情况。这种不确定性就增加了法律选择的成本和风险。合同法的一个功能是提供有效默示条款, 填补合同缺口。但是由于在一国国内并不存在对判决的承认与执行问题。因此, 合同法并未考虑到判决承认与执行的成本, 没有为这一缺口提供有效的默示条款。而一般认为判决的承认与执行问题是一个“囚徒困境”的博弈模式, 各国在该问题上以“背弃”为主导策略。这也就意味着当事人在内国取得的判决很可能在外国得不到承认与执行, 当事人有投入而无任何产出, 这将极大地打击人们进行国际交往的积极性。而这一切只能依赖于国家就判决的承认与执行问题开展合作, 这却又是一个复杂的博弈过程。显然在此, 当事人是无法参与国家间的博弈, 以个人的理性要对判决的承认与执行的成本进行适当的预测是基本不可能的。

综合上述两个方面的考虑, 可见当事人意思自治选择法律过程中存在着很高的交易成本, 而又由于其自身条件的限制并不能很好地预测, 面对着高昂的交易成本当事人意思自治选择法律的热情自然会受到影响。

## 二、当事人意思自治选择国际统一实体法

随着全球化进程的加快, 为了清除市场流通的障碍, 国际社会联合起来制定国际统一实体法的热情日渐高涨。跨国交往与纯粹的国内交往不同, 它有自身的特点。一般来说, 一国的国内法是根据国内交往的特点而制定的。因此, 用国内法来解决跨国交往中产生的纠纷就会出现不适应性。而且, 选择国际统一实体法还能避免法律冲突的发生。因此, 在跨国交往中当事人根据意思自治选择国际统一实体法是当事人的最优选择。

由于国际统一实体法的创制一般是建立在共同同意的基础上, 它的制定成本与国内法相比是相当高的, 这也就是为什么当前国际统一实体法的供给存在严重不足的原因。加上国际社会的“无政府状态”, 不存在一个超乎于国家权威之上的“国际政府”来适用和执行国际统一实体法。而这一切只能依赖于各国的国内法庭或者仲裁机构。同时, 由于信息不对称性, 各个缔约国对约文有不同的理解, 特别是发展中国家, 缺少精通国际交往的专门人才。这些因素综合起来考量, 上述最优状态的达到需以供给充分、信息充分为前提, 否则高昂的成本会阻碍这一最优的实现。因此, 上文所说的最优应该加上一个限定词“理想主义的”。