

On the Application of the Principle of Autonomy of Will in Family Law

Leilei Zhang

Shanghai University of Political Science and Law, Shanghai
Email: 1910930620@qq.com

Received: Dec. 20th, 2019; accepted: Jan. 7th, 2020; published: Jan. 14th, 2020

Abstract

With the development of the times and the increasing frequency of international civil exchanges, the traditional conflict rules cannot meet the needs of the times. Therefore, the principle of autonomy in the application of foreign civil law is particularly necessary. In many countries, the principle of autonomy of will has been incorporated into the field of family law, which is the development trend of conflict norms in modern countries. Of course, there are some limitations in the application of the principle of autonomy while foreign-related family law involves the identity relationship of the parties and the public interest and public order of each country. This paper discusses the application of the principle of autonomy in family law mainly through the principle's connotation, history and development as well as its specific application in the field of family law and limitations in application with the practical significance of application, combined with the legal provisions in international private law of China and the international practice of all countries. The results show that although there will be some restrictions in the principle of autonomy, the application in the conflict of laws is of very practical significance in tune with the times.

Keywords

Autonomy of Will, Foreign-Related Civil Legal Relationship, Family Law, Applicable Law

论意思自治原则在家庭法中的适用

张蕾蕾

上海政法学院, 上海
Email: 1910930620@qq.com

收稿日期: 2019年12月20日; 录用日期: 2020年1月7日; 发布日期: 2020年1月14日

摘要

随着时代的发展进步,国际民事交往的日益频繁,传统的冲突规范已经不能满足时代的需求,所以意思自治原则就被推上了时代的尖端。将意思自治原则纳入到家庭法的领域,是现代国家冲突规范的发展趋向。当然,涉外家庭法中涉及了当事人的身份关系还有各国的公共利益公序良俗等,也就意味着意思自治原则在适用中受到了一些限制。本文主要通过对意思自治原则的内涵、历史与发展、在家庭法领域中的具体适用情况、适用中的限制和意思自治原则适用的现实意义,并结合了我国国际私法上的法律规定还有国际上的各国的做法来论述意思自治原则在家庭法领域的适用。研究发现虽然意思自治原则会有一些方面的限制,但在法律冲突规范中适用很有现实意义且适应时代。

关键词

意思自治,涉外民事法律关系,家庭法,法律适用

Copyright © 2020 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 意思自治原则的内涵

意思自治原则,就是指在法律允许的范围内,民事主体按照自己的意志从事法律行为,让自己的权利义务的行使不受他人干涉的一种原则。但是自治不是任意的,而是有条件限制的,并且是要受法律规范的限制的。

法学上的“意思”和一般的意志不同,它具有特定法律意义。曾经有个学者说过人的社会活动要受到意志的支配,并依据意志而产生法律后果。所以可以说意志是引起法律关系产生或变化的起点。所谓自治,顾名思义就是由人自己根据自己创设的权利义务关系想尽办法去解决因此引起的争端。

关于意思自治的内涵,各国学术界的观点各有不同。德国的弗卢梅认为意思自治原则是各个主体根据自己的意志形成各种法律关系的原则。有的学者却认为,意思自治原则的既然是一种合同关系,是由当事人按照自己的意志去决定是否缔结某种合同关系,那么任何组织和个人都不得进行不合法的干涉。学者卡尔波尼埃将意思自治原则概括为一种法哲学理论,人们可以按照自己的意志来创造自己的权利义务,当事人的意志不仅仅是权利义务的源泉,而且是权利义务发生的依据[1]。

2. 意思自治原则的历史与发展

16世纪,杜摩兰在解决关于夫妻财产制的问题时第一次提出了意思自治原则,他们提出,契约应当根据当事人的习惯选择适用,法院也应当在审理案件的过程中去推定当事人意图适用什么样的习惯用于契约的实质要件。在他看来,当事人可以按照自己的意志订立契约,也当然可以去选择其适用的某种法律[2]。这一突破性的理论提出后,虽然一开始遭到外界很多学者的反对和批评,但在20世纪后该原则开始进入立法和司法实践中为更多学者所支持,1865年《意大利民法典》终于将意思自治原则写入了法律。

时代的推动之下,意思自治原则逐步拓宽到涉及多个领域。国际私法中的当事人有权选择法律的原则,已经扩大到诉讼程序中管辖法院及其规则的选择。然而,当事人自主选择法律的权利的性质和它的适用范围,在国际私法领域中存在着各种争议。国际私法领域内的意思自治原则和各国的传统民法不同,

它最早是学者以学说的形式提出的，在法律不断发展的过程中，被历代法学家补充与完善，从解决法律冲突的一般性原则逐步发展成被详细化的具体的法律规则，这里我们重点在家庭法方面论述意思自治原则的适用问题。

3. 意思自治原则在家庭法中的适用情形

婚姻家庭关系是社会最基本的关系，它的法律调整深受各国的重视。随着国际间交往的不断频繁,涉外婚姻也越来越常见，由此产生的各种问题也被激化。现代婚姻家庭关系不断的多样化发展，人的需要和人的权利被社会越来越重视，意思自治原则作为婚姻法的核心原则，充分体现着法律对社会的人文关怀[3]。下面我们主要从结婚方面、离婚方面、夫妻关系方面和扶养关系方面具体来谈谈在国际上意思自治原则在家庭法上的具体适用情况。

(一) 结婚方面

结婚也叫婚姻的成立，指男女双方按照法律规定的条件和程序缔结夫妻关系的法律行为。在结婚方面，从婚姻自由和结婚条件两个层次中都体现着意思自治原则。

1) 结婚自由

公民在不超过法律底线的前提下有权利按照本人的意志自主地缔结自己的婚姻，任何一方不能将意思强加于另一方，不受其他任何人的限制和干涉。婚姻关系只有在双方意思表示真实一致时才能够成立。对于婚姻的缔结，法院不得干涉，也不得主动追究缔约双方的情感状况。也就是说，在婚姻法的最开始的缔结程序中，意思自治原则就贯穿其中，和谁结婚采用意志自由的形式，当事人也有和外国公民缔结婚姻的自由。

2) 结婚条件

上文提出的“按照法律规定的条件和程序”，具体是说要符合结婚的实质要件和形式要件。这里我们所说的意思自治原则主要论述结婚的形式要件。《涉外民事法律关系法律适用法》第22条规定：“结婚手续，只要符合婚姻缔结地法律、一方当事人经常居所地法律或者国籍国法律的都有效”。也就是说，缔结婚姻的双方可以按照以上的婚姻缔结地法、一方当事人经常居所地法还有国籍国法的其中一个法律自由选择办理结婚手续，但意思自治只能在这三个法律中选择，代表着意思自治是有条件地进行选择，有一定地限制。

在我国的婚姻法中规定，当事人完全自愿地缔结婚姻，同时婚姻法将撤销的申请权交给当事人自己自行行使，法律并没有赋予任何机关主动去撤销婚姻的权利。这些体现出在我国，法律在缔结婚姻的条件方面充分尊重当事人的意志，只是需要不违反国家强制性规定的前提下行使。

(二) 离婚方面

如果结婚是一种特殊的合同，结婚相当于缔结合同，那么离婚就可以等同为解除合同了。婚姻双方当事人既然可以选择适用于结婚的法律，那么也包括所选择的法律也可以适用于离婚。所以说将意思自治原则引入离婚领域从逻辑上来说也是可行的[4]。

1) 离婚自由

离婚自由是指夫妻双方可以依法解除婚姻关系，即婚姻的双方当事人享有选择婚姻关系是否保持的权利。离婚自由发展到现在已经成为国际上确认的一个原则，已经被各国的婚姻法接受，它是婚姻自由制度中不可缺少的一项内容，体现着人权原则。离婚自由也是国际私法上的意思自治原则的一种体现，它是各国的离婚法所肯定的婚姻制度的核心。

2) 离婚的法律选择

由于涉外婚姻的不断增多，传统的冲突规范已经不能解决法律适用问题，所以说在涉外离婚领域适

用意思自治原则就被推入了时代的尖端。

在国际上, 欧盟将意思自治原则引入离婚的法律适用, 并于 2006 年新增了一条关于离婚的准据法规定, 扩大了配偶双方的意思自治权, 当事人选择法律的协议最迟要在法院受案前完成, 必须采用书面形式并由配偶双方签字。由此可见, 欧盟委员会在离婚的法律适用上也认同了当事人意思自治原则的效力。实际上, 除了欧盟委员会外, 一些成员国也已经采纳了当事人意思自治原则。因此当事人意思自治原则在离婚领域的适用标志着离婚法律适用的发展动向, 为国际上公认。

从离婚的形式来看, 主要分为两种, 诉讼离婚和协议离婚。对协议离婚的承认, 体现出对当事人意志的尊重。协议离婚中, 根据《涉外民事关系法律适用法》第 26 条规定的条文来看, 当事人协议离婚, 当事人可以选择在一方当事人经常居住地法律或者国籍国的法律适用, 并且也只能在这两者中进行选择, 但是法律规定的是一方当事人, 也就是双方当事人中的任意一方, 如果双方的经常居住地和国籍国都不相同, 那么也就是说其实有四种法律可供当事人自由协商选择。但是诉讼离婚根据《涉外民事关系法律适用法》第 27 条规定, 诉讼离婚的必须适用法院地法律。看似是一条明确性规定, 表面看上去没有规定当事人可以自由地选择什么, 但是实际上当事人是可以通过自主选择管辖法院来进行选择诉讼离婚所适用的法律的, 同样体现了意思自治原则。意思自治的选择分为直接选择和间接选择。直接选择是指当事人通过明示或者默示的方式选择某一法律来调整权利义务法律关系。间接选择是说当事人通过选择管辖法院甚至某些连结因素, 从而选择适用某一法律。所以说, 协议离婚中的当事人意思自治就属于直接选择的范畴, 而诉讼离婚中的当事人意思自治属于间接选择, 以不同的选择方式在离婚的法律选择中贯穿。

(三) 夫妻关系方面

国际私法上的夫妻关系分为夫妻人身关系和夫妻财产关系。

1) 夫妻人身关系

夫妻人身关系指的是婚姻双方当事人在社会和家庭中对应的身份和地位, 包括各方面的权利义务关系。关于夫妻人身关系, 各国之间存在两种主要思想。有的国家认为人身关系具有典型的身份性质, 所以应该适用属人法, 而有的国家认为夫妻人身关系关系到法院地或行为地的社会秩序和善良风俗, 所以应该适用法院地的法律或者行为地法。

意思自治原则虽然说在涉外夫妻人身关系领域的适用情况比较少, 但是还是有国家明确规定适用的, 比如德国。虽然当事人自治权的行使在涉外夫妻人身关系中的适用只是作为一种补充性规定, 并且受到了严格的限制, 但是德国在夫妻人身领域内引入意思自治的原则的做法在国际上可以说是首次尝试。在这里我们主要研究夫妻财产关系。

2) 夫妻财产关系

夫妻财产关系是指夫妻双方在婚姻存续期间对家庭财产的经济上的权利义务关系。在有些国家认为, 将婚姻关系是特殊的契约关系, 夫妻财产关系也应该属于契约关系, 所以说夫妻财产关系应该适用夫妻双方协议选择的法律。比如瑞士的国际私法上明确规定, 夫妻财产关系适用夫妻双方选择的法律, 可以被选择的法律有配偶双方共同住所地或结婚后双方将有住所的国家的法律或配偶一方的本国法。国际上采用此种做法的国家有美国、英国、法国等国家。比如美国和英国规定当事人如果对财产关系没有协议选择, 法官也没有办法推定双方财产关系的准据法时, 法院将适用物权的冲突法规范。有的国家对当事人选择的权利和范围没有做任何限制, 但是有些国家规定了一些限制, 比如海牙公约中规定了夫妻双方只能选择在指定时的夫妻一方经常居住地法律, 或者指定时是夫妻一方国籍国法律或者夫妻一方婚后所设定的第一新经常居所地国家的法律。我国的《涉外民事关系法律适用法》也进行了规定, 说明当事人可以自主选择适用但只能在一方当事人经常居所地法律、国籍国法律或者主要财产所在地法律这三者中选择。之所以进行限定, 是因为夫妻财产关系和一般的财产性关系有所不同, 他涉及公序良俗, 是家庭

关系中一个重要的部分,如果当事人可以随意选择法律,就很容易造成社会秩序的不稳定[5]。

在现代国际民商事关系日益复杂,涉外婚姻数量日益增多,如果说涉外夫妻财产关系如果只规定适用一个硬性法律的话,就显得不够灵活了,所以说当事人意思自治原则就十分重要。尊重当事人的意思自治,不仅能够解决夫妻财产关系适用准据法的问题得以解决,还有利于动产与不动产分割带来的适用困难的缓解问题。

(四) 扶养关系方面

国际私法上的扶养,是指夫妻之间、亲子之间、旁系血亲之间以及姻亲之间互相承担生活供养义务的法律行为。对于扶养关系的法律适用上的冲突,各国主要采用被扶养人属人法、扶养人属人法、有利于被扶养人的法律。对于意思自治原则在扶养关系的适用,学术上具有很多争议。有的学者认为引入意思自治原则是可行的,比如说夫妻关系中配偶双方的扶养义务,在法律上具有完全民事行为能力的一方当事人应该有自由协商确认的权利。虽说在我国国际私法中没有具体规定当事人的意思自治自由,只是增加了有利于保护弱者的原则,但是在国际上扶养关系适用意思自治已经有了案例。1974年苏黎世法院有一起案件中,当事人达成一个协议,在协议中当事人明确表示共同适用瑞士法,法院认为当事人协议的内容有效,这是扶养中适用当事人意思自治原则最早的案例。同样,在20世纪末荷兰法院的一个案例也肯定了当事人的意思自治的效力。该案中,夫妻双方都是伊朗国籍,但双方在伊朗结婚后都到荷兰定居,后来丈夫在荷兰提出离婚诉讼,由于双方当事人在协议中共同选择适用荷兰的法律解决妻子的扶养费问题,所以荷兰法院支持当事人的选择适用荷兰法进行了判决[6]。

4. 意思自治原则在家庭法适用中的限制

随着经济的发展和交流的日益频繁,意思自治原则在家庭法中的适用不断发展是符合时代的需求的,但是不可否认,意思自治是一项在适用上容易扩张的原则,涉外的亲属关系不仅体现成一定的财产关系,还体现着人身关系,甚至涉及不同国家地区的风俗习惯等各种因素,所以说有自由就有限制,虽然意思自治原则在家庭法的适用很宽泛,但是行使意思自治权必须得到一定程度的规范与限制。

(一) 选择方式的限制

当事人选择法律的方式有两种,一个是明示选择,一个是默示选择。明示选择是指当事人通过书面或口头的方式明确作出适用何种准据法的意思表示。默示选择是指当事人没有明确对适用法律作出选择,只是法院根据当事人的行为或者其他因素推定当事人默认选择某一法律的方式。

但是目前很多国家包括我国都只承认明示的法律选择[7]。基本上,要求当事人在家庭法关系中选择法律时采用明示方式的国家占多数,因为这种方式确定性更强,能够预见及确定其选择法律的适用。但是还是有些国家承认有限度的进行默示选择适用的法律的,比如法国、美国。在实践中,由于当事人的客观原因对法律不是很了解,当事人可能没有明确表达出自己所选择使用的法律,而法院可以具体情况具体分析推定当事人的选择,继而承认了默示选择的适用。

(二) 选择范围的限制

意思自治原则中,当事人并不是可以根据自己的想法随意的选择,要在规定的范围内进行选择。

日本的法律规定当事人在选择适用涉外离婚关系的法律时只能在共同本国法、共同惯常居所地法、与夫妻有最密切关系的法律中进行选择并且要按照顺序选择。1981年荷兰的《国际离婚法》也规定了当事人选择的法律只能在双方当事人共同的国籍国法和法院地法两者之间选择,并且对当事人共同的本国法进行限制。我国的《涉外民事法律关系适用法》中意思自治原则在夫妻财产关系的适用中也规定了当事人可以选择适用法律的范围,但是只能在一方当事人经常居所地法、国籍国法、主要财产所在地法三者中选择一个。

各国对当事人选择法律的范围作出一些限制，也是为了保证当事人选择的法律与婚姻家庭等事项的实际联系，这既起到了尊重当事人意思自治的作用，又可以避免法律规避的问题[8]。

(三) 选择时间的限制

关于当事人选择法律的时间，从现在的立法看来涉外家庭法领域中选择准据法的时间规定要比合同领域的更严格。比如说比利时的法律规定涉外婚姻的法律选择要在首次开庭时表明。欧共体的一个有关婚姻的条约中规定当事人协议最迟要在法院立案之前达成。这都说明对当事人意思自治原则适用的时间上国际上的一些有关家庭法的制度都做了一些限制。

(四) 意思必须善意真实

当事人在选择适用的法律时，其意思表示必须是善意合法有效的。其实这一限制也是为了防止当事人恶意的进行法律规避，而造成对法律秩序的破坏。

5. 意思自治原则在家庭法中适用的意义

随着国家之间的交往日趋频繁，涉外法律冲突也越来越激烈，传统的冲突规范已经不能适应这些新的更复杂的问题得需求，所以说，扩大国际私法领域的意思自治原则的适用是时代的选择。

(一) 有利于保护当事人意志自由的私法精神

意思自治原则尊重了当事人的个人的意愿，符合民法中的自治原则。作为一种法律的选择原则，意思自治原则不仅能解决当事人意志的直接冲突，还是一种对双方当事人利益抉择的尊重[9]。在传统的法律适用规范中硬性规定适用哪种准据法的做法其实是国家的意识体现，就同一法律关系而言，各个国家制定的冲突法律规范看是不一样的，这就能一定程度地反映了各个国家在同一问题上存在的各方面的分歧，这就违背了民法上的私法自治精神，并且不利于民事主体进行国际交往活动的积极性。而适用当事人意思自治原则，让当事人自己选择适用的法律，不仅能解决当事人的冲突，还能充分调动国际民事主体的积极性。

(二) 有利于争议的有效解决

在对涉外案件进行审理时，各个国家的法院都会面临着对法律选择适用的问题。根据意思自治原则，法律赋予当事人选择法律的权利，由当事人自己去选择适用的法律，省去了法院审理案件的中间环节从而使法院的办理涉外案件的速度也变快了，还减少了国家之间为了争取案件的法律适用权问题引起的直接冲突。这种方法可行性高，不仅能降低案件的办理难度，还能使办理案件效率变得更高。

(三) 有利于实体正义的实现

意思自治原则是建立在理性主义基础之上的原则，目前，结果正义的判断没有统一一致的标准，意思自治原则所体现出的程序正义，是使得结果正义可以实现的必经之路，最大限度地保证法律适用的结果接近于实体正义，从而实现实体正义。

(四) 有利于增强法律适用的灵活性

意思自治原则与传统的冲突法规范相比，更加的灵活。第二次世界大战后，随着各国民事交往的频繁，民事关系也越来越复杂，传统的冲突法规范归于机械化，难以满足现实生活的需要。而当事人意思自治原则的出现刚好能够解决这一现实问题，这种法律选择方法更加具有灵活性。他主张由当事人根据本人的情况选择认为最合适的法律，从而使得某种法律关系不再单一地固定在某一种法律上面，这种法律选择在增强法律适用灵活性的同时，还能够使得法律冲突问题的解决和当事人之间权利义务关系的确定更加合理化[10]。

总之，意思自治原则在家庭法中适用广泛，虽然国际上对其适用有一些限制，但是总体上来说，意思自治原则在家庭法领域的适用具有很深远的现实意义。

参考文献

- [1] 迪特尔梅迪库. 德国民法总论[M]. 北京: 法律出版社, 2000: 105.
- [2] 赵相林. 国际私法(第三版) [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2011: 258.
- [3] 何丽新. 婚姻法领域意思自治的扩张与限制[J]. 中外法学, 2003(8): 35.
- [4] 于飞. 意思自治原则在涉外离婚领域的适用[J]. 厦门大学学报, 2011(1): 4.
- [5] 许军珂. 国际私法上的意思自治[M]. 北京: 法律出版社, 2006.
- [6] 朱玉瑾. 论意思自治原则在涉外亲属关系中的适用[D]: [硕士学位论文]. 苏州: 苏州大学, 2016.
- [7] 沈涓. 国际私法[M]. 北京: 社会科学文献出版社, 2006: 350.
- [8] 林惠雅. 论涉外民事关系法律适用法中的意思自治原则[J]. 唐山职业技术学院学报, 2009(3): 7.
- [9] 朱哲. 意思自治原则在涉外婚姻家庭领域的适用研究[D]: [硕士学位论文]. 桂林: 广西师范大学, 2013.
- [10] 王祥修, 裴予峰. 国际私法学[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2011.