



合同准据法理论的解释

Interpretation on the Theory
of
Applicable Law of Contract

沈 涓 / 著

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

合同准据法理论的解释

沈 涓

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

合同准据法理论的解释/沈涓著.——北京:法律出版社,2000.10

ISBN 7-5036-3196-1

I. 合... II. 沈... III. 合同法-法的理论-研究-世界-文集 IV. D912.290.4-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 68469 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

责任印制/张宇东

责任校对/文华

印刷/北京宏伟胶印厂

开本/850×1168 毫米 1/32

印张/6.125 字数/148 千

版本/2000 年 9 月第 1 版

2000 年 9 月第 1 次印刷

印数/0,001—3,000

社址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)

电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn

电话/88414899 88414900(发行部) 88414121(总编室)

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-3196-1/D·2915

定价:14.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

导 言

合同准据法是一个古老的问题。至少早在罗马法时期,不同法域间合同关系的调整就已受到重视。从罗马法中的万民法,到12世纪的双边条约,再到14世纪以法律选择规则为主的国际私法,都不同程度地涉及法域间合同关系的调整。特别是国际私法,更是以法律选择方法即确定准据法的方法,将调整法域间合同关系的规则作为其体系的重要内容。自“法则区别说”始,每一种确定合同准据法的理论都表述了一种观念,各种理论的不断产生,反映了合同准据法观念的不断更新。这种更新既体现了人类智慧的成长,也体现了合同准据法理论和观念在走向成熟的路途上的演进过程。

合同准据法更是一个现代的问题。现代国际合同的种类、内容、影响等多方面的状况空前复杂,它们不断提出对新的合同准据法观念的需求,推动着合同准据法理论发展到一个新阶段。只有适应现代国际合同关系的合同准据法理论,才能保障和促进现代国际合同关系的有序和发展。

每一种合同准据法理论都是对前一种合同准据法理论的继承和发展,今天的合同准据法理论是历史积累的结果。为适应调整现代国际合同关系的需要,当今国际私法学者提出了多种合同准据法理论。这些理论是否适应现代国际合同关系,以及是否有利

于国际合同关系的发展,对此有必要作出理论上的解释。本书将以合同准据法理论的历史发展为纵向线索,以各国合同准据法理论的比较为横向线索,对合同准据法的理论如场所支配行为原则、当事人意思自治原则、最密切联系原则等作出解释,并在此基础上探索现代合同准据法理论的构建和趋向。

当今中国正处于对外交往的兴旺时期,涉及中国的国际合同关系是中国对外民商关系的重要组成部分。了解合同准据法理论的历史和现状,比较各国合同准据法理论,可使中国的合同准据法理论尽早与国际理论接轨,并借鉴他国理论的有益之处以完善中国理论,最终保障和促进中国对外合同关系的有序和发展。

目 录

导 言	1
第一章 基本概念:立论与再思考	1
第一节 国际合同	1
第二节 场合的误解	6
第三节 单一法抑或法律群	8
第四节 纷繁的表述	15
第二章 行为场所:传统基石	17
第一节 巴托路斯的贡献	17
第二节 推陈出新的背景	23
第三章 意思自治:当事人的旗帜(上)	34
第一节 杜穆林的启示	34
第二节 数百年的坚持	37
第三节 价值的协同	46
第四章 意思自治:当事人的旗帜(中)	51
第一节 宽限的时间	51
第二节 意之所属	61
第五章 意思自治:当事人的旗帜(下)	71
第一节 明辨真假	71
第二节 慎设限制	86

第六章 最密切联系:理智的现代追求(上)	108
第一节 萨维尼的影响	108
第二节 走进新时代	112
第三节 稳定与灵活	117
第四节 结之所系	128
第五节 密切之缘	130
第七章 最密切联系:理智的现代追求(下)	146
第一节 寻找特征	146
第二节 “自体”真义	157
结 语	177
主要参考资料	180
后 记	187

第一章 基本概念:立论与再思考

合同准据法不是民法中的概念,而是国际私法中特有的概念,它虽然在国际私法中自古有着重要的地位,但围绕它仍有许多不清楚甚至不准确的认识,而且,随着历史的发展,合同准据法概念也在不断变化,因此,有必要对它深入探讨。

国际私法调整的是涉及两个或更多国家的民商关系,包括合同关系。这种合同关系一个最显著的特点是将两个或更多效力和内容相对独立的法律体系拉入了同一项法律关系中,这就使得当事人或法院不得不从中选择一个法律体系作为支配这项合同关系的依据。这个被确定的法律即为合同准据法(the applicable law of the contract)。

如此定义合同准据法是远不够清晰的,因此,还必须对下面几个问题作出解释。

第一节 国际合同

这里要讨论的是合同准据法的调整对象,对这一问题的解释涉及两方面。

就民法意义言,合同的有效成立产生合同之债的关系,合同由缔约双方当事人合意作成,当事人自行确立双方在合同关系中的

权利、义务,即债的内容不由法律确定。相应地,国际私法中也就不应有合同之债准据法的概念。但法律并非完全不干涉合同关系,当事人缔结合同的行为和当事人自行确立的权利、义务内容要得到法律的认可,即合同是否有效须由法律确定。可见,国际私法中应有的是合同准据法或合同效力准据法的概念。合同准据法调整合同效力而非调整债的内容,这是合同准据法调整对象的第一方面。

第二方面的问题较为复杂些。

普遍认为,合同准据法调整涉及多国的合同关系,即“国际性”或“涉外性”而非“国内性”的合同关系。但何为“国际性”或“涉外性”合同,似乎意见不一。中国国际私法学界有观点认为,法律关系的主体、客体或内容三个要素中只要有一个与另一国相联系,即三个要素并非都只涉及同一国,则该关系为“国际性”或“涉外性”关系,合同关系是否具有“国际性”或“涉外性”,也依此判断。^①而英国却有不同观点。英国学者举例说,根据英国有关法律,如果一个英国居民与另一个英国居民在法国达成一项买卖汽车的协议,该合同不是“国际性”的,因为双方当事人居住在同一国家;对于两个法国居民在英国缔结的于法国交货的合同,结论是一样的。^②

英国学者的这种观点恐怕未必妥当,其中或许还有某些误解,这样说至少有以下几点理由:

(一)法律关系的构成包括主体、客体和内容三方面,内容指产生、变更或消灭法律关系的事实或行为。根据国际私法理论,一国判断一项法律关系是否具有涉外性,不仅仅只看主体是否具有涉外性,还要看客体或有关事实或行为是否具有涉外性,只要任一方

① 参见韩德培主编:《国际私法新论》,武汉大学出版社,1997年9月,3页,288页。

② 参见 Cheshire and North, *Private International Law*, 1979, p. 233.

面具有涉外性,由此构成的即为涉外法律关系,即使主体、客体都不具涉外性,但有关事实或行为具有涉外性,也同样构成涉外法律关系。^③ 上述英国学者所举两个例子皆属这种情况,因此,无论是两个英国人在法国缔结的于英国履行的合同,还是两个法国人在英国缔结的于法国履行的合同,对英、法两国而言都同样是“涉外性”或“国际性”合同,都应受合同准据法调整,不应被视为“国内性”合同,直接适用英国或法国国内法。

(二)既然缔结合同的行为发生于当事人本国以外的另一国,该行为、至少是该行为的方式就不能不涉及行为地国的立法管辖权,考查行为效力时也难以完全不考虑行为地国法律的适用,这正是国际私法产生的背景,即一项法律关系同时涉及多个国家的立法管辖权,且原则上各有关国家的法律具有同等的被适用的效力,在此背景下,直接适用某一国的国内法是缺乏充分理由的。因此,将缔结于外国并涉及该外国立法管辖权和该外国法的适用的合同纳入国内合同的范畴,不符合国际私法基本原则,也违背了国际私法的宗旨。这是一个相当重要的理由。

(三)正如后面将详细讨论的那样,国际私法中存在着一项确定合同准据法的最基本的原则,即当事人意思自治,这项原则认可当事人自行选择合同准据法的效力,并赋予其适用上的优先权。根据此项原则,当事人如果选择了合同缔结地法律作为合同准据法,这种选择无疑是应该被尊重的。所以,在上述两个例子中,如果两个英国人在缔约时选择了缔约地法国的法律为合同准据法,或两个法国人选择了英国法为准据法,那么,将这两种关系识别为国内合同关系而适用国内合同法,除了使人怀疑识别的合理性之外,还将更直接破坏当事人自治原则。这也是一个很重要的理由。

(四)再换一个角度看。国内有观点认为,并非所有介入外国

^③ 参见韩德培主编:《国际私法新论》,武汉大学出版社,1997年9月,3页。

因素的合同都要受国际私法调整,还要看它是否涉及外国的立法管辖权或外国法的适用。^④这种观点恐怕不能使人完全赞同,因为前面第一点理由已述,一项法律关系只要在主体、客体或内容任一方面介入外国因素,就已经在客观上涉及了外国立法管辖权和外国法的适用,无须“还要看是否涉及”。而且,即使依此观点而论,当事人对作为外国法的缔约地法的选择,该算是清楚明白地涉及了外国立法管辖权和外国法的适用,此合同关系是否“国际性”或“涉外性”的呢?如果说同样是两个英国人在法国缔结合同或两个法国人在英国缔结合同的情形,当事人选择了缔约地法为合同准据法,该关系即为国际合同关系,当事人没有选择缔约地法而选择本国法为准据法,或根本没有选择任何准据法,则该关系为国内合同关系,这结论未免荒唐。如果说识别是确定准据法之前的一个程序,即使当事人选择了外国法为准据法,这种选择也会因为该关系首先被识别为国内关系而变得无效,这岂不是与前面所说识别一项合同关系是否国际合同关系要看其是否涉及外国法的适用这一观点相矛盾?

(五)英国学者提出上述观点的依据是英国 1977 年的《Unfair Contract Terms Act》(不公平合同条款法)第 26 条。作为支持的证据被提出的还有 1980 年《联合国国际货物销售合同公约》第 1 条、我国《涉外经济合同法》第 2 条等^⑤。但以这些法律规定作为判断国际私法所调整的合同关系或合同准据法所调整的对象的标准显然是不妥的,至少是不全面的。

首先,许多国家国内法的限制性规定都带着扩大本国法适用

^④ 参见肖永平:《中国冲突法立法问题研究》,武汉大学出版社,1996 年 8 月,264-265 页。

^⑤ 参见肖永平:《中国冲突法立法问题研究》,武汉大学出版社,1996 年 8 月,264-265 页。

范围的目的。如上述英国 1977 年法显然意在使所有英国人之间在外国缔结的合同都能受英国国内法调整,避免适用外国法的可能性。尽量适用内国法,这是几乎所有国家在调整涉外关系时常有的心态。以前瞻的眼目看,这种心态下制定的法律规则是不足以认可为一种判断标准的。

其次,这里也许还存在将某一具体法律的适用范围等同于国际私法调整合同关系的范围的误解。作为一个调整国际或涉外合同关系的具体法律,不可能将所有具有国际性或涉外性的合同关系包罗无遗,它可能排除某些国际或涉外合同关系,这些关系只是被排除在该特定法的调整范围之外,并不意味着它们同时被排除在国际私法调整的范围之外。这一点从立法本身即可找到证明。如一方面,我国《涉外经济合同法》和最高人民法院关于适用该法的解答对该法的适用范围作出限定,另一方面,最高人民法院“关于贯彻执行《民法通则》若干问题的意见(试行)”第 178 条规定:“凡民事关系的一方或者双方当事人是外国人、无国籍人、外国法人的;民事关系的标的物在外国领域内的;产生、变更或者消灭民事权利义务关系的法律事实发生在外国的,均为涉外民事关系。”这条规定中每一句之间的分号及首句中的“凡”字和最后一句中的“均”字,清楚地表明该规定主张:只要是主体、客体和法律事实任一方面介入了外国因素,都属于涉外关系,除此并未加其他限制。这不能说明这两个法律之间存在矛盾,更不能说明有些介入外国因素的关系不属于涉外关系,不受国际私法调整。这只能进一步说明本书上述观点:某一具体的调整涉外合同关系的法律的适用范围不等同于国际私法调整合同关系的范围。可见,列举某些法律对自身适用范围的规定来说明国际私法所调整的合同范围,是失之偏颇的。而且,无论作为立法的国际私法对其适用对象的规定是否全面,作为学理的国际私法都不应受拘于立法,而应穷尽所有应调整的对象,完善学理本身,只有这样,才能推动立法趋于完善。

根据上述五点理由,可以得出结论:一项合同关系涉及两国或更多国家,此即为国际性或涉外性合同关系,即需要为之确定准据法。

综述以上两个方面,合同准据法的调整对象为所有具有国际性的合同的效力问题。

第二节 场合的误解

普遍认为准据法的确定和适用是在诉讼程序中,即当事人之间产生争议后诉诸法院,法官根据法律选择规则确定一个支配当事人之间关系的法律,这才有了准据法的适用。这意味着,哪一个国家有了案件的管辖权,也就有了确定和适用准据法的权利。难怪英美法系国家一向众所周知地对涉外案件的管辖权有着浓厚兴趣,以至于非常关注涉外案件管辖权规则的完善和扩大适用,而不重视法律选择规则的发展。

但实际上,在争议产生后由法官确定准据法并将其用以解决争议,只是准据法确定和适用的一方面情况,而不是全部情况,尤其在合同准据法的确定和适用方面。

在国际私法引进当事人自治原则后,合同关系当事人就被允许自行确定准据法。当事人往往是在订立合同时于合同中专设法律选择条款,合同成立后,被确定的法律即成为当事人双方行为和合同效力的依据。可见,在当事人订立合同时选择法律的情况下,合同准据法是在争议产生之前被确定并被适用的。而且,并非每一项合同关系中的当事人之间都必定产生争议,许多合同关系自产生至消灭都不曾因争议的存在而诉诸法院或交付仲裁,其间,准据法被确定后就一直支配着当事人之间的权利义务。

解释这一问题的意义在于:当事人订立合同时确定准据法,则准据法自始便可支配合同关系,这就使合同关系在整个运行过程中都有法可依,一方面可减少争议,另一方面也可极大提高法律适

用的确定性和可预见性。如果准据法必定在争议产生后的诉讼过程中被确定和适用,会使当事人因缺乏共同遵守的法律而易于产生争议,也会因为以一个后来确定的法律来评判先已发生的行为和事实而导致不合理结果。因此,国际私法的理论和立法应尽量提高准据法在法律关系产生时而不是争议产生后被确定和适用的可能性,达到这一目的的主要方法是提高当事人自治的普遍性。

与此相关还有两个问题:

第一,当事人确定合同准据法的情况也可能发生在争议产生之后,有时,当事人在订立合同时没有作出法律选择,对这种情况,有的国家法律允许当事人在争议产生后仍可选择准据法。这样规定的目的显然是为了尽量把选择法律的自治权交给当事人。虽然其成功性可能让人怀疑,因为既然双方当事人之间已产生争议,就说明利益的冲突已经剧烈,双方很自然都想使法律能维护自己的利益,此时双方恐怕很难在选择某一个特定的法律方面达成合意,可见,只有当事人在争议产生前完成法律的选择,才能保障自治权的实现,也能减少争议的产生。但如果当事人在争议产生后能够就法律选择达成协议,其意义仍大于由法院确定准据法。因此,这一补救性方法也不可免。

第二,关于当事人选择法律的效力,无疑是由有关法律作为判断标准,由法官作出结论。如前所述,有些合同关系始终未进入诉讼程序,对当事人选择法律的效力,由于缺乏由法官依法判断的机会,只能推定为有效。合同关系一旦进入诉讼程序,当事人对法律的选择就不再是推定有效。法官在最终确定准据法之前,要先审查当事人的选择是否有效,只有选择有效,被选择的法律才能作为准据法。值得注意的是:这种审查过于苛严,将会破坏当事人自治的意义。于是,出于赋予自治权同样的目的,这种审查表现出两方面倾向:减少对当事人选择法律的限制和尽量使已作出的选择合

法有效。^⑥这说明,能否被法官确认为有效的担心,不必成为当事人在订立合同时或争议产生前选择法律的障碍。

第三节 单一法抑或法律群

合同准据法的范围可从两个不同角度表现:一是合同准据法仅是各国国内法,还是包括国际统一实体法;二是合同准据法是一个单一法律,还是一个法律群。

第一方面的问题较为简单,也少争议。

自14世纪巴托路斯(Bartolus)提出用法律选择方法调整法域间(国家间)民商关系以来,各法域(各国)内实体民商法就首先成为合同准据法的组成部分。19世纪末以前,国内实体民商法中的合同法是合同准据法的全部内容,直到现在,各国合同法也仍是重要的合同准据法渊源。国内合同法包括两个部分:一个部分是各国调整国内合同关系的法律,如1999年3月15日通过并将施行的《中华人民共和国合同法》,这类法律旨在调整国内合同关系,其实体规则对涉外或国际合同关系没有针对性,它们为法律选择规则援引而作为准据法去调整涉外或国际合同关系显然并不合适,实是在各国合同法没有统一的情况下勉为其难地充当着合同准据法的角色;另一部分是各国专门调整涉外或国际合同关系的法律,如我国1985年起施行的《涉外经济合同法》,这类法律以涉外或国际合同关系为调整对象,自是很适合作为合同准据法。

19世纪末以后,国际统一实体公约产生,并在此后得到发展,这些公约相当多的是以国际合同关系为调整对象,它们与长期以来形成的调整国际合同关系的国际惯例一起,都是合同准据法范

^⑥ 金宁:《论国际合同法律适用原则的新发展》,收于《海峡两岸法律冲突及海事法律问题研究》,山东大学出版社,1991年10月。

国内的重要成分。各国在国际统一实体法是否国际私法的组成部分这一问题上至今存在争议,但在国际统一实体法可通过当事人选择或法律选择规则指定成为合同准据法这一点上并无异议。^⑦现代国际合同关系中,因为内容较为完善、先进以及参加国较多而常为当事人选择或法律选择规则援用的国际公约和国际惯例主要有:1980年《联合国国际货物销售合同公约》、1978年《联合国海上货物运输公约》、1924年和1968年两个《统一提单若干法律规则的国际公约》(海牙规则和维斯比规则)、1990年《国际贸易术语解释通则》、1984年和1994年《跟单信用证统一惯例》(400号和500号)、1994年《国际商事合同通则》等。

一个相关的问题是:除了国内有关实体法和国际公约中的实体规定外,国际法的一般原则能否成为国际合同的准据法?回答应该是肯定的。一位法国学者印证了这种说法。他说,在今天的国际商业关系中,合同当事人可以选择使他们的合同关系受法律的一般原则支配的观点和做法已被广泛接受。一份长期合同的当事人有使他们的合同关系和——或许更重要的是——任何所产生的争议的解决服从国际法的一般原则的选择自由,这看来非常适当,因为这种规则渊源可以表明其对国际商业社会的需要有很好的适应性,而且,与通常做法相反,它能提供较选择一个国内法更大的可靠性,尤其是针对一份长期合同而言,在合同期间任何国内立法都可能会经过很大的修改。通过一项仲裁协议,在一份国际合同中选择一般法律原则,是一种使真正的国际解决方法用于处理任何可能产生的争议的手段。就此而言,这样的观点也很好被接受,那就是在没有任何当事人所作的法律选择协议时,仲裁员可

^⑦ 参见韩德培主编:《国际私法新论》,武汉大学出版社,1997年9月,6-9页、12-15页、155-157页;黄进:《论国际统一实体私法》,收于《中国国际私法与比较法年刊(1998)》,法律出版社。

以选择适用法律的一般原则。^⑧

第二方面的问题则较为复杂,争议也颇多。

合同准据法究竟意指一个具体的单一法律,还是意指一个法律群体,对此,现有的相关答案有两个:分割论和统一论。

统一论认为:最好将合同作为一个整体,以同一的方法确定合同准据法。如英国学者指出,“法院不会轻易地、没有合理理由地分割合同,可以说在所有案件中都有一个主要的法律体系,被称为‘合同自体法’,它通常支配影响债的形式和内容的大多数事情”。^⑨分割论认为:由于合同关系较其他民商关系更复杂,所涉问题繁多,故应针对不同问题,分别确定应适用的法律,不应使合同整体受一个法律支配。有人认为,除了实践中的例子外,公开确定分割制的首数《美国冲突法第2次重述》,^⑩其第187条和188条论及当事人选择或法院确定合同准据法时,将准据法的适用对象谓之“特定问题”(the particular issue),也就是说,所确定的准据法不是整个合同的准据法,而只是某特定问题的准据法。此即各个问题适用各个准据法的方法(issue by issue approach)。

如果要进行进一步的探索,应先对几个相关的问题稍作分析。

(一)有学者认为,在统一论主张合同准据法支配几乎所有合同问题时,分割论主张合同准据法只支配合同的某一方面。如有人指出:“……许多国家的理论和实践都主张:合同当事人的缔约能力适用当事人属人法,合同形式适用缔结地法,合同的履行适用

⑧ 参见 E. Gaillard, Use of General Principles of International Law in International Long-term Contracts, International Business Lawyer, May 1999.

⑨ Cheshire and North, Private International Law, 1979, p. 196.

⑩ 参见陈隆修:《国际私法契约评论》,台湾五南图书出版公司,1986年2月,116-117页。