

国 际 合 同

——法律适用论

邵景春 著

北 京 大 学 出 版 社

北 京

(鄂)新登字 09 号

北京大学国际经济法丛书 北京：北京大学出版社, 1997

国际贸易 -- 贸易合同 -- 法律适用 -- 研究

国际合同

主 编 邵景春

北京大学出版社

513 页

ISBN: 7-301-03459-8 / D997.1

定价: 19.50 元

序

在正常情况下,各种物质财富的国际间流动在经济形态上主要表现为国际交易;而在法律形态上,则主要表现为国际合同。国际合同宛如一条条纽带,把不同国家的合同当事人联结在一起,规约着他们在一定的国际交易中相互间的权利和义务。“信守合同”是国际交易中的一条基本准则。这一基本准则意味着国际合同对合同当事人的拘束力。然而,国际合同对当事人的拘束力从何而来呢?归根结蒂,这种拘束力只能从支配国际合同的法律而来。

在本世纪以前,支配国际合同的法律大抵多为国内法。因此,在传统的国际私法研究上,对国际合同法律适用问题的考察,基本上是在适用国内法的范围内进行的。在这种情况下,人们所提出和解决的问题通常是:一定的国际合同应当受哪个国家法律的支配?然而,在今天,在国际合同领域中,除了国内实体法以外,业已出现了许多包括国际条约和国际惯例在内的统一实体法。我们现在处在一个国内实体法与统一实体法并存的时期。所以,我们现在应当这样提出和解决问题:一定的国际合同应当受什么法律的支配?这里的“法律”,既包括国内实体法,也包括统一实体法。

此外,在国际合同的法律适用方面,当代的另一种不应忽视的情况是:虽然各国国内法体系中关于合同的国际私法规则依然存在,但已经产生了若干关于合同法律适用的统一国际私法规则,因而也就形成了在国际合同领域中,国内法体系中的国际私法规则与统一国际私法规则并存的局面。

不言而喻,在当代,在我们所面临的这“两个并存”的新的客观条件下,传统国际私法理论和研究的范围显然是有所欠缺的。因此,有必要站在新的、更切合实际的立场上,对国际合同的法律适用问题重新进行系统的研究和阐述。这正是拙作的初衷。

最后应予说明的是,本书的内容不仅属于国际私法的范畴,而且也与国际经济法密切相关,因为国际合同是国际经济法中最基本的概念之一。

是为序。

邵景春

1996年9月于北京大学

目 录

上编 总 论

第一章 国际合同及其法律适用概述	(1)
第一节 国际合同的概念	(1)
第二节 错综复杂的国际合同法律适用问题	(5)
第二章 理想和现实	(10)
第一节 窘境和理想	(10)
第二节 脱离国内法体系的尝试和实践——国际商事仲裁	(11)
第三节 统一法	(15)
第三章 “当事人意思自治”原则	(25)
第一节 “当事人意思自治”原则是被广泛接受的 合同法律适用规则	(25)
第二节 “当事人意思自治”原则的运用	(36)
第三节 “当事人意思自治”原则的限制	(63)
第四节 有效的法律选择和无效的法律选择	(83)
第四章 “最密切联系”原则	(95)
第一节 “最密切联系”原则是在当事人未作出有效法律 选择的情况下,合同法律适用的主要规则	(95)
第二节 “最密切联系”原则的性质	(104)
第三节 与“最密切联系”原则有关的理论和实践	(107)
第四节 “最密切联系”原则的具体运用	(116)
第五节 “最密切联系”原则的限制	(127)
第六节 关于合同准据法的概念	(129)

第五章	硬性法律适用规范.....	(133)
第一节	“硬性法律适用规范”的过去与现状	(133)
第二节	“硬性法律适用规范”的种类	(136)
第三节	“硬性法律适用规范”的位置	(138)
第四节	“硬性法律适用规范”的确定性和可预见性	(140)
第六章	支配国际合同的法律的范围与法律 适用规范的范围.....	(144)
第一节	问题的产生	(144)
第二节	法律目的之一:维护国际合同关系的统一和稳定	(145)
第三节	法律目的之二:维护合同的有效性	(150)
第四节	法律目的之三:保护本国当事人	(155)
第七章	关于国际合同的统一实体规范的适用.....	(158)
第一节	统一实体规范的概念	(158)
第二节	统一实体规范的作用	(164)
第三节	适用统一实体规范的法律根据	(166)
第四节	国际条约中的统一实体规范与国内法上的 有关实体规范在适用中的协调	(168)
第五节	国际惯例中统一实体规范的适用	(175)

下编 分 论

第八章	国际货物买卖合同的法律适用.....	(179)
第一节	概述	(179)
第二节	国内法适用的规则	(183)
第三节	关于国际货物买卖合同的统一实体规范的适用	(203)
第四节	关于国际货物买卖合同的统一冲突规范	(230)
第九章	国际运输合同的法律适用.....	(305)
第一节	概述	(305)
第二节	国际海上运输合同的法律适用	(307)

第三节	国际航空运输合同的法律适用	(326)
第四节	国际铁路运输合同的法律适用	(350)
第五节	国际多式联运合同的法律适用	(353)
第十章	国际借贷合同的法律适用	(366)
第一节	概述	(366)
第二节	国际贷款协议的法律适用	(368)
第三节	国际债券的法律适用	(386)
第四节	以国家或国际金融机构为当事人的国际借贷合同的法律适用	(392)
第十一章	国际技术转让合同的法律适用	(403)
第一节	国际技术转让与国际技术转让合同	(403)
第二节	国际技术转让合同法律适用的一般问题	(406)
第三节	国际技术转让合同的法律适用问题在中国	(414)
第四节	《国际技术转让行动守则》中的法律适用问题	(422)
第十二章	国际商事仲裁中的法律适用问题	(434)
第一节	国际商事仲裁的概念和性质	(434)
第二节	国际商事仲裁中法律适用问题的特点	(442)
第三节	国际私法规则的适用	(444)
第四节	实体规则的适用	(464)
第五节	程序规则的适用	(488)
第六节	国际商事仲裁中的法律适用问题与外国仲裁裁决的承认及执行	(495)

上 编 总 论

第一章 国际合同及其法律适用概述

第一节 国际合同的概念

一、国际合同是国际经济发展的产物

国际经济是由各个国家的民族经济交织融合而成的。因此,国际经济的发展,最终依赖于各国民族经济的发展。在各国的民族经济还不发达的时代,一个国家没有必要、也没有可能大规模地突破自己及他国的国界来发展经济事业。在这种情况下,一个民族要么安分守己地劳作生息在自己的国土上,要么则以武力征服为手段来掠夺其他国家的财富。所以,在这样的时代,所谓“国际经济”,如果不是不存在,也是微不足道的。只是到了资本主义时代,资本的力量借助于商品这个载体,逐渐突破了层层设防的国界的限制,使各个国家的民族经济产生了交织与融合。这样,大量的国际交易出现了。相应地,也出现了大量的国际合同。每一国际交易,都有相应的国际合同相伴随。因此,可以说国际合同是国际经济发展的产物。

二、国际合同的“国际性”何在?

国际合同作为合同的一个类别,当然具有合同的一般属性,

即它是合同当事人各方就其相互间的权利、义务关系达成的协议。诚然,这个一般属性足以把合同与其他事物区别开来,但它无法将国际合同与其他合同区别开来。国际合同区别于其他合同的标准,是它的特殊属性。显然,国际合同的基本特殊属性,便是它的“国际性”。

那么,国际合同的“国际性”何在呢?

首先,合同可以由于其合同当事人具有不同的国籍而具有“国际性”。比如,按照 1985 年颁布的《中华人民共和国合同法》的有关规定,所谓“涉外经济合同”,即应当是“中华人民共和国的企业或者其他经济组织同外国的企业和其他经济组织或者个人之间订立的经济合同”。^[1] 这里的“涉外”,是站在一个国家——内国的角度上来说的。如果在世界平面上来看,“涉外”亦即“国际”之意。显然,按照该法的上述规定,判定一个合同是否具有“国际性”,根本标志是合同当事人是否具有不同国家的国籍。以合同当事人具有不同国家的国籍作为合同具有“国际性”的标准,这是为许多国家(特别是非普通法系诸国)所接受的,也是人们在常识上所易于接受的,因为国籍是将一定的合同当事人隶属于一定国家的支配和保护之下的基本标志。国家总是保护那些具有其国籍的合同当事人,而具有某国国籍的合同当事人一般也是处于其国籍所属的控制之下的。可见,把合同当事人具有不同国籍作为使合同具有“国际性”的标准,有其合理性。不过,这并不是唯一的标准。

使合同具有“国际性”的第二种标准,是合同当事人的营业所(或住所、惯常居所,下同)位于不同国家的领域之内。即是说,合同也可以由于其当事人的营业所位于不同国家而具有“国际性”。

在国际经济生活中,从事国际交易的不仅是自然人,还有法人;而且,实际情况表明,国际合同的当事人主要地、或绝大部分地是由公司、企业等法人来充当的。然而,法人毕竟不同于自然人,

它不过是国家赋予一定社会团体的拟制人格。法人国籍确定标准^[2]的不一和跨国公司的存在,使法人的国籍产生了很大的不确定性。在这种情形下,一个跨国公司在奉行不同的确定法人国籍标准的不同国家看来,便会具有不同的国籍。或然的法人国籍往往掩盖了跨国公司所从事的国际交易同有关国家之间的真正联系。鉴于这一点,已经有一些立法文件明确规定以合同当事人的营业所在不同国家作为使合同具有“国际性”的标准^[3]。此外,在普通法系诸国,合同当事人的住所何在历来是判定有关合同是否具有“国际性”的主要因素。

合同当事人通常是在其营业所进行经营活动的。并且,当事人的国籍虽然具有客观性,但却欠缺充分的实在性。而当事人的营业所则既是客观的,也是实在的,因而便于国家对当事人的监督和控制。因此,以合同当事人的营业所位于不同国家作为使合同具有“国际性”的标准,似更合理。

合同当事人的国籍如何和营业所如何,是判定合同是否具有国际性的两个基本标准。这两个基本标准在国际法律实践中得到了广泛的运用。但是,它们并不能用来判定所有合同是否具有“国际性”。就某些合同而言,虽然合同当事人的国籍和住所都是相同的,但它们也可以具有“国际性”。由此可推知,必定还存在着第三种标准。

合同具有“国际性”的第三种标准,是合同的履行涉及到了两个或两个以上的国家。

在具体运用上,这一标准经常见诸于国际运输合同的判别。按照现行的有关国际运输公约,使一个运输合同具有国际运输合同的性质,通常是既不考虑合同当事人的国籍,也不考虑合同当事人的营业所,而是着眼于合同的履行是否涉及到两个或两个以上的国家。如果在运输合同的履行过程中,运输对象的发运地、目的地或经停地等涉及了两个或两个以上的国家,那么,该运输合同通

常被视作国际运输合同,而不论合同当事人的国籍或营业所的情形如何^[4]。之所以如此,是因为运输合同履行的空间跨度大;而如果这个跨度超出一国领域并进入他国领域,那么该合同的履行的若干部分就会在不同程度上处于他国权力的控制下。这样,在合同履行过程中就会涉及到两个或两个以上国家的利益。这样的合同,虽然合同当事人的国籍和营业所都仅与同一国家相关联,也理应具有“国际性”。

此外,在不动产买卖交易的场合,也可能出现这样的情况,即虽然合同当事人的国籍和营业所都仅与同一国家相关联,但有关的不动产买卖合同也由于其履行涉及了两个以上国家而具有“国际性”。比如,合同当事人A和B均为具有日本国籍的公司,其营业所也都在日本;A在美国的新泽西州拥有不动产,A和B订立了买卖该项不动产的合同。如果只用合同当事人的国籍和营业所为标准来判定该合同是否具有“国际性”,那么,该合同就不是国际合同。但是,如果以上述第三个标准来衡量,这个合同就是国际合同,因为该合同的履行超出了一国范围,而与两个国家发生了联系。

上述情况表明,判定合同是否具有“国际性”的标准是多样的,而不是单一的。多样的标准势必造成我们已经见到的那种情形,即同一个合同,按照这种标准不是国际合同,而按照另一种标准则是国际合同。这种混乱情形显然不利于从总体上认识国际合同。当然,通过限制性地使用多样标准,在各个不同的国际合同领域是可以避免这种混乱情形的产生的,例如,对国际货物买卖合同采用第二个标准,而对国际运输合同采用第三个标准。这样的做法在实践上固然是可行的,但它却缺乏理论上的概括性。按照这样的做法,我们只能停留在部分认识国际合同的水平上,而无法达到对国际合同的整体认识。对国际合同的整体认识,只有通过形成关于国际合同的抽象概念才能达到。

三、国际合同的概念

人们经常习惯于像前面那样考察国际合同,并满足于由那样的考察所得到的结果——对国际合同的局部认识。这未免是令人遗憾的。前面那样的考察之所以不能达到对国际合同的整体认识,究其原因,就在于它仅仅局限于考察国际合同的“国际性”的外在表现,而没有考察其内在含义。那么,国际合同的“国际性”的内在含义是什么呢?

综合前面的考察,我们不难发现,无论以什么样的外在标准来判定合同的“国际性”,凡是具有“国际性”的合同,亦即国际合同,都是必定以这样或那样的方式同两个或两个以上的国家相关联的:如果以合同当事人的国籍为标准,那么,合同当事人各自的不同国籍所属国便同他们所订立的合同发生了联系;如果以合同当事人的营业所为标准,则合同当事人各自不同的营业所所在地国家便与他们所订立的合同发生了联系;如果以合同履行所产生的效果为标准,那么,合同的履行地、标的物所在地和合同当事人的国籍及营业所等,均可能与不同的国家发生联系。

既然国际合同的“国际性”的内在含义在于合同以某种方式与两个或两个以上的国家相关联;那么,作者认为在本书中可以这样来表述国际合同的概念:

以某种方式与两个或两个以上的国家相关联的合同,即为国际合同。

第二节 错综复杂的国际合同法律适用问题

“确定适用于合同的法律,被认为是冲突法中最复杂、最混乱的领域之一。”^[5]在当代,国际合同法律适用问题的复杂性原因很多,但其中最主要的,是下述两个方面:

一、国际合同的多样性

1. 国际合同种类的差异

像其他事物一样,国际合同既有其共性,也有其个性。具有不同个性的国际合同,构成了国际合同的不同种类。笔者在此无意详细阐述国际合同的分类问题,而是要指出,即使在同一国家的同一法院中,支配不同种类国际合同的法律也可能是不同的。例如,根据 1985 年颁布实施的《中华人民共和国合同法》的有关规定,一般的国际经济合同,可以适用合同当事人所选择的法律,但是,在中华人民共和国境内履行的中外合资经营企业合同,则必须受中华人民共和国法律的支配。^[6]再如,按照 1979 年《匈牙利人民共和国主席团关于国际私法的第 13 号法令》的有关规定,如果当事人未作出法律选择,租赁或用益租赁合同适用出租人的住所地法或居所地法或商业主事务所所在地法或工厂所在地法;商业代理合同,则适用代理人的住所地法或居所地法或商业主事务所所在地法或工厂所在地法;而关于已登记的船舶和飞机的合同,则适用其旗帜或其他标志国法;^[7]等等。这样,按照上面的法律规定,虽然有关的案件是在同一个国家的法院中审理,虽然合同的当事人也相同,但只要他们之间合同的种类不同,那么,支配合同的法律也就各异了。与不加区分地一概规定所有国际合同都必须受同样法律(比如,合同订立地法)支配的情形比较而言,上述情形显然是要复杂一些的。

2. 各个国际合同之间的差异

由于国际交易的千变万化,即使是同一种类的国际合同,其每个具体的国际合同之间也总是存在一定差异的。因此,即便是在同一国家的法院中进行关于国际合同争议的诉讼,即便有关的案件是发生在同一种类的国际合同上的,只要法院所在地国并未规定此类国际合同必须受某特定法律的支配,那么,不同案件中的每

个具体国际合同所应当适用的法律就可能也是不同的。例如,同属国际货物买卖合同,在当事人作出了法律选择的条件下,这个合同就可能适用被当事人所选择了的法律;而在当事人未作出法律选择的场合,则就只能对其适用其他有关的法律,例如卖方营业地法或合同订立地法,^[8]等等。每个国际合同之间的差异,使国际合同的法律适用问题又复杂了一些——在这种情况下,通常需经过对每个国际合同实际情况的具体分析,才能确定其所应适用的法律。

二、法律规范的多样性

在国际合同领域里,法律规范在当代的发展,已经呈现出这样的局面:一方面,国内实体规范依然存在,但又已经出现了一些统一实体规范,因而产生了国内实体规范与统一实体规范并存的情形;另一方面,国内法体系中的国际私法规范依然存在,但又已经出现了一些统一国际私法规范,因而产生了国内法体系中的国际私法规范与统一国际私法规范并存的情形。这两个“并存”的局面,使国际合同的法律适用问题较之以前更为复杂了。在这种局面下,受理案件的法院在某些国际合同争议案件的审理中,不仅要考虑到有关的国际合同是否可能受哪个国家的实体规范支配的问题,还应当考虑到这个国际合同是否可能受某一国际条约或国际惯例中的统一实体规范支配的问题。例如,如果一个国际货物买卖合同争议案件是由中国法院受理的,那么,该中国法院一般就需考虑:该合同是应当受 1980 年《联合国国际货物销售合同公约》中实体规范的支配呢^[9],还是应当受某个国家的国内实体规范的支配?此外,如果某个国家是一定的统一国际私法公约的缔约国,那么,倘若一个有关的国际合同争议案件是由该国的法院受理的,则该受理案件的法院还须考虑到这样的问题,即:对该国际合同法律适用问题的解决,自己是应当以有关的国际公约中的统一国际私

法规范为依据呢,还是应当以自己国家的国际私法规范为依据?

显然,法律规范的多样性——国内法规范和统一法规范并存的局面,使国际合同的法律适用问题在有关的国家中呈现出比过去更为复杂的情况。

注 释

[1] 参见 1985 年《中华人民共和国涉外经济合同法》第 2 条。

[2] 在理论上,一般认为法人具有拟制的国籍。但是,各国确定法人国籍时所依循的标准常常不尽一致,主要有以下几种:

(1) 以法人的登记成立地为标准,即“登记地原则”。依此原则,法人在哪个国家登记,即取得哪个国家的国籍。

(2) 以法人的住所地为标准,即“住所地原则”。依此原则,法人的住所地在哪个国家,即取得哪个国家的国籍。但由于各国对法人住所的理解不一,故该原则又具体分为:

(甲) 管理中心所在地原则,即以法人的管理中心——董事会所在地作为其住所,并取得该地所属国的国籍。

(乙) 营业中心所在地原则,即以法人的营业中心,亦即其业务经营活动中心所在地作为其住所,并取得该地所属国的国籍。

(3) 以实际控制法人资本的国家为标准,即“资本控制原则”。依此原则,法人的资本实际控制在何国国民的手里,它便取得何国的国籍。

(4) 以法人的登记地和住所地的结合为标准,即“混合原则”或“双重原则”。依此原则,法人的登记地和住所地重合于何国,它便取得何国的国籍。

[3] 例如,1980 年《联合国国际货物销售合同公约》、1985 年《国际货物销售合同法律适用公约》,以及由海牙国际私法会议所产生的其他一些公约等。

[4] 例如,关于国际海上运输的 1975 年《汉堡规则》及关于国际航空运输的 1929 年《华沙公约》中,均有此种规定。

[5] 见:Georges R .Delaume, Transnational Contracts, Applicable Law and Settlement of Disputes, Part I Introduction, Oceana Publications, Inc ., 1986 .

[6] 见该法第 5 条第 2 款。

[7] 见该法令第 25 条。

[8] 见 1955 年《国际有体动产买卖法律适用公约》第 3 条第 1 款、1961 年《苏联和各加盟共和国民事立法纲要》第 126 条。

[9] 该公约已于 1988 年 1 月 1 日起正式生效,中国已于 1986 年 12 月 11 日交存核准书,详见第八章。

第二章 理想和现实

第一节 窘境和理想

由于各国关于国际合同的国际私法规则以及对它们具体实施的情况每每相异,所以,关于国际合同争议的诉讼在不同国家的法院中进行,有关的国际合同法律适用问题解决的结果也就可能有所不同;即是说,支配该国际合同的法律可能是不同的,而支配该国际合同的法律的不同,又必将使案件的审理结局也有所不同。这样,国际合同的当事人们就身处一种窘境之中:同一个国际合同争议案件,在不同国家的法院中诉讼,可能导致不同的案件审理结局。在这种窘境之中,为保证比较确定的案件(一旦发生的话)审理结局,合同当事人所能做的,实际上只有想方设法使支配他们所订立的国际合同的法律和诉讼在其中进行的法院固定化。且不说合同当事人的此种作为是如何困难,即使在他们自以为已经固定了支配合同的法律和审理案件的法院的情况下,由于诸如“竞择法院”(forum shopping)^[1]等种种原因,他们所作出的上述努力也时有失败的可能。

面对这样的现实,人们自然会产生一种理想——希望在任何国家的法院就同一个国际合同争议案件进行诉讼,都能适用相同的法律,并进而得到相同的案件审理结局。近一个世纪以来,人们不懈地追求着这个理想,并作出了巨大的努力以图实现这个理想。国际商会、海牙国际私法会议和联合国国际贸易法委员会等有关国际组织的建立和活动,以及大量的有关国际条约的出现,可以说是这种努力的集中证明。然而,迄今为止,虽然人们的努力已经取得了某些成果,但距理想的最终实现还相差甚远。