

CHONG TU FA

HE TONG

合同 冲突法

● 王军 陈洪武 著

对外经济贸易大学出版社

合 同 冲 突 法

王 军 陈洪武 著

对外经济贸易大学出版社

(京)新登字 182 号

图书在版编目(CIP)数据

合同冲突法/王军,陈洪武著. —北京:对外经济贸易大学出版社,
2003

ISBN 7-81078-242-8

I. 合… II. ①王… ②陈… III. 国际贸易—贸易合同—合同
法 IV. D997.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 036878 号

© 2003 年 对外经济贸易大学出版社出版发行

版权所有 翻印必究

合同冲突法

王 军 陈洪武 著

责任编辑 王 晶

对外经济贸易大学出版社
北京市朝阳区惠新东街 12 号 邮政编码:100029
网址: <http://www.uibep.com>

北京山华苑印刷有限责任公司印装 新华书店北京发行所发行

开本:850×1168 1/32 10.125 印张 263 千字

2003 年 7 月北京第 1 版 2003 年 7 月第 1 次印刷

ISBN 7-81078-242-8/D·016

印数:0001—5000 册 定价:19.00 元

前 言

国际私法的内容,大体上讲,涵盖两大领域。其一为法律选择,即选择适用于某一国际争议的法律;其二为国际民事诉讼程序,包括国际民事诉讼的管辖权的确定和对外国法院的判决的执行等。本书的内容为法律选择的一个方面:如何选择适用于国际合同争议的法律。毫无疑问,在我国已经加入 WTO,我国的对外经济交往越来越频繁的今天,对这一问题的研究,变得越来越具有重要的现实意义。

本书的特点在于:首先,笔者采用比较法的方法,对英、美、法等国在这一领域的制度和这方面的主要国际公约进行了较详尽的介绍和较深入的比较分析。其次,对于这一领域重要的新学说(比如美国的利益分析说)及其运用情况,作了较深入的分析。

上述研究不仅可以为加强我国的法律建设提供参考,而且可以使我们了解,当我国的民事主体卷入发生在他国的诉讼或仲裁时,法律适用的结果将会如何。

本书曾由中国对外经济贸易出版社出版于 1991 年,原名为《国际商事合同的法律适用》。笔者于此次重新出版和印刷之前,对原书作了局部的修订,并将书名改为《合同冲突法》。对于书中仍存在的不足之处,诚望广大读者指正。

作者
2003 年 3 月

目 录

第一章 绪论	(1)
第一节 合同法律冲突与合同法律适用.....	(1)
第二节 合同法律适用的基本原则	(16)
第三节 合同冲突规则的渊源	(19)
第二章 合同准据法	(37)
第一节 合同准据法的概念	(37)
第二节 依当事人的选择确定合同准据法	(41)
第三节 当事人未选择法律时合同准据法的确定.....	(111)
第三章 特殊合同的准据法	(161)
第一节 国际货物买卖合同.....	(161)
第二节 国际不动产合同.....	(178)
第三节 国际海上货运合同.....	(184)
第四节 国际保险合同.....	(189)
第五节 国际借贷合同.....	(196)
第六节 国际担保合同.....	(201)
第七节 国际劳务合同.....	(205)
第八节 国际代理合同.....	(211)
第九节 国际知识产权转让合同.....	(232)
第四章 合同准据法的适用范围	(235)
第一节 合同当事人的缔约能力.....	(235)
第二节 合同的订立方式.....	(250)

第三节	合同的合法性·····	(262)
第四节	其他有关合同效力的争议·····	(271)
第五节	合同无效的后果·····	(274)
第六节	合同的成立·····	(276)
第七节	合同的内容·····	(281)
第八节	合同的解释·····	(284)
第九节	不履行合同的后果·····	(289)
第十节	合同的解除·····	(298)
第十一节	合同的履行方式·····	(303)
第十二节	合同标的物物权的转移·····	(307)
第十三节	合同的诉讼时效·····	(314)

第一章 绪 论

第一节 合同法律冲突与合同法律适用

一、合同法律冲突

合同法律冲突是与一个国际合同有联系的两个或两个以上国家的法律,由于就该合同的某一争议的解决作了不同的规定而彼此发生的法律适用上的冲突。

在理解合同法律冲突的概念时,应注意以下几点:

首先,合同法律冲突发生在两个或两个以上国家的法律之间。这里所说的国家,是国际私法上的国家。它既指作为国际公法主体的主权国家,又指主权国家中拥有独立法律制度的领土单位。比如,美国是国际私法上的国家,同样,美国的各个州,也是国际私法上的“国家”。因此,这里所谓的法律冲突,既指英国法与法国法这样两个主权国家的法律之间的冲突,又指英格兰法与苏格兰法、纽约州法与新泽西州法之间的冲突^①。

其次,涉及法律冲突的案件争议产生于一个国际合同,换言之,该合同的连结因素存在于两个或两个以上的国家,而不是全部集中于一个国家,因而,该合同与两个或两个以上国家同时存在着联系,

^① 关于国际私法上的“国家”一词的含义,参见戴雪和莫里斯(Dicey and Morris):《冲突法》(The Conflict of Laws),1980年版(第10版),第12页。

而不是仅与一个国家有联系。例如,在英国法院于1864年判决的劳埃德诉吉伯特案(Lloyd v. Guibert)中,原告是英国公民,被告是法国船主,双方在圣托马斯(丹麦属西印度岛屿)订立了一个租船合同,根据该合同,原告租用被告的货轮将一船货物从海地运往英国利物浦港。这个合同就是一个国际合同。该合同的若干连结因素——当事人双方的所属国、缔约地、货物始发港、货物到达港分别分布在英国、法国、丹麦属地和海地。

再次,与一个国际合同有联系的两个或两个以上国家的法律就合同的某一争议的解决作出了不同的规定。例如,在上述劳埃德案中,该法国货轮在航行途中遇到风暴而损坏,被迫驶入一个葡萄牙港口修理。船长为了借钱修船,以船身、运费和货物作了抵押。船到达利物浦后,该抵押权人向英国海事法院起诉,要求船主和货主依抵押书偿还欠款,而船身和运费的价值尚不足以抵偿这笔欠款。原告(货主)为了得到货物而不得不向抵押权人支付了其不足部分。之后,原告要求被告(船主)赔偿原告受到的损失。被告表示,他已经放弃了船和运费,因而依法国法,不再对抵押权人负有义务,原告无权要求被告进行补偿。依英国法,在这种情况下,一个船主的义务不能仅限于船和运费的价值,他应该对该抵押权人承担全部义务,因而应该补偿货主由于代他履行义务而受到的损失。丹麦、葡萄牙和海地的法律同英国法的规定是一致的。

最后,合同法律冲突是指法律适用上的冲突。合同法律冲突与合同法律差异的含义不同。不同国家的法律由于就同一法律问题规定了不同的制度,因而产生的差异在争议发生之前就存在了,而合同法律冲突是在争议发生之后,涉及应当依什么法律解决该争议而发生的。当一个合同与两个或两个以上国家存在着联系,因而对该争议适用其中哪一国的法律均有其一定的根据时,如果这些法律就该争议的解决作了不同的规定,这些法律之间就会在适用上发生冲突。这种冲突表现在:适用其中某一国的法律,意味着排斥了对另一国法

律的适用。

二、合同法律适用

合同法律适用,又称合同法律选择,指受理某一国际合同案件的法院,在与合同有联系的两个或两个以上国家的法律发生冲突的情况下,依法院地冲突规则的指引,确定应适用其中哪一国的法律。

在上述定义中,所谓冲突规则,又称法律适用规则或法律选择规则,是指对某一类法律争议应适用何种法律的规则。冲突规则由“范围”和“系属”两部分构成。其中,范围部分是表明法律关系的部分,系属部分是指适用何种法律的部分。例如,“合同当事人的缔约能力依当事人的属人法”,是一条冲突规则,其中,“合同当事人的缔约能力”是这条冲突规则的范围,它表明当事人双方的争议是就某一方是否有缔约能力而发生的,“当事人的属人法”是这条冲突规则的系属,它表明对当事人双方的争议应依当事人的属人法去解决。

现在,仍以前述劳埃德案为例,说明合同法律适用的实际过程。英国法院在审理这一案件时认为:英国、丹麦、海地三国法律的规定是一致的,因此,这三国法律之间没有发生冲突,而法国法与这三国的法律却存在着冲突。在这两种相互冲突的法律中,究竟应适用其中哪一种,应决定于英国的冲突规则。该案争议是就合同当事人一方是否对他方负有特定的义务而发生的。依英国当时的冲突规则,合同当事人是否负有特定义务,在依合同条款无法确定的情况下,应决定于当事人试图适用于其交易的法律,或者,由法院合理地推定当事人在该问题上已经遵循的法律。经过考察,英国法院认为,该案当事人双方没有作出试图适用何种法律的意思表示,但是可以推定,他们已经遵循的法律是船旗国法——法国法。因此,对该案应适用法国法。

三、合同法律适用的步骤

合同法律适用分以下三个基本步骤:

(一)对案件的争议事实进行识别

法院在受理一个涉外案件之后,面临的首要问题是对案件的争议事实进行识别。只有通过识别,才能找出应当引用的冲突规则,进而依冲突规则的指引,确定解决案件争议所适用的法律。

1. 识别的概念。识别指确定案件争议事实的性质,划定该争议事实所属的冲突规则的范围。例如,当事人一方违约,另一方向法院起诉,要求获得赔偿金。此时,法院需要确定“损害赔偿金的估算”是属于诉讼程序问题,还是属于当事人的实质性义务问题。如果认为属于前者,“损害赔偿金的估算”就属于“诉讼程序依法院地法”这一冲突规则的范围,如果认为属于后者,“损害赔偿金的估算”就属于“当事人的实质性义务依合同准据法”这一冲突规则的范围。上述对“损害赔偿金的估算”这一争议事实的性质加以确定,以便划定其属于哪一条冲突规则的范围的司法活动就是识别。

2. 识别冲突和识别的依据。不同国家的经济、政治制度以及文化传统和风俗习惯的不同决定了不同国家的法律观念之间总是存在着差异。如果同一争议事实,依不同国家的法律,将被识别为不同的冲突规则的“范围”,这些法律之间就会发生识别上的冲突。例如,“损害赔偿金的估算”,依英国法,涉及法院地的诉讼程序,而依美国第二次《冲突法重述》,涉及当事人的实质性义务。如果在某一案件中,英国与美国同争议双方订立的合同都有联系,英美法之间就会发生识别上的冲突。

解决识别冲突的途径是:在相互冲突的法律中,以一种法律作为识别的依据。关于应当以什么法律作为识别的依据,在国际上主要有以下几种观点:(1)依法院地法识别;(2)依准据法识别;(3)依普遍

法律观念识别;(4)根据不同情况采用不同的识别依据^①。

目前,以法院地法作为识别的依据的观点在国际上占有统治地位。英国法院在审判实践中采纳了这种观点^②,法国最高法院民事庭1955年在一项判决中也采纳了这一观点^③。这种观点也为美国第二次《冲突法重述》(Second Restatement, Conflict of Laws)第7节采纳。此外,这种观点也为许多成文法所确认。《布斯塔曼特法典》第6条、《埃及民法典》第10条、《阿尔及利亚民法典》第9条、《西班牙1974年法令》第12条都规定以法院地法作为识别的依据。

3. 合同争议事实的识别方法。合同争议的识别是按步骤、分层次进行的。法院在受理一个国际民商事案件之后,首先应确定,该案件争议是合同争议还是其他争议。在通常情况下,将合同争议同其他争议,如所有权转移的争议、侵权行为的争议,区别开是不难的。但在某些情况下,这种识别令法官感到十分棘手。1971年,英国法院审理塞耶斯诉国际海上钻探公司案(Sayers v. Internatioal Drilling Co. NV)时遇到这样的案情:原告是一个英国人,被告是一家荷兰的石油钻探公司。双方订立了一个劳务合同。合同规定,原告享有该公司制定的《劳动能力丧失赔偿方案》所规定的权利,在发生意外事故时,可依该方案受偿。后来,由于其他工人的过失,原告在工作中受伤。根据该方案中规定的免责条款,原告不能得到公司的赔偿。依荷兰法,这一方案有效,但依英国1968年《人身伤害法律改革法》[Law Reform (Personal Injuries) Act],一个劳务合同中规定的免除雇主责任的条款是无效的。一审法院认为,对该案应适用荷兰法。上诉法院法官认为:法院所要解决的首要问题是,该案是一个合同案

① 见韩德培主编:《国际私法》,1983年版,第61~64页。

② 戴雪和莫里斯:《冲突法》,1980年版,第484页。

③ 巴迪福(H. Batiffol)和拉加德(P. Lagarde):《国际私法》(Droit International Priv'e),1983年版(第7版),第1卷,第292目。

件,还是一个侵权行为案件。如果是前者,应适用与合同具有最密切联系的国家的法律。由于合同的协商地和订立地在英国,劳务由英国人提供,合同用英文订立,劳动报酬用英镑支付,原告依英国国家保险方案进行了保险,故与合同有最密切联系的国家是英国。如果是后者,则应当适用侵权行为地法。在该案中,事故发生在尼日利亚水域,但发生在为该荷兰公司所有并为该公司雇员操纵的钻台上。因此,侵权行为地是荷兰。该案是依侵权行为法起诉的,因此,案件争议属于侵权行为争议。对该争议应依侵权行为地法——荷兰法解决。

法院在对案情审查之后,如果认为案件争议属于合同争议,还应当进一步考察该争议属于合同的哪一方面的争议。比如,属于合同成立的争议还是合同内容的争议^①。由于在大多数国家,合同的大多数方面的争议都可以依一种法律——合同准据法^②解决,因而在许多情况下,这些国家的法院并不对合同争议的类别作进一步识别。举例来说,关于合同内容的争议和合同解释的争议,在一般情况下,均适用合同准据法。因此,在通常情况下,对某一争议属于合同内容的争议还是合同解释的争议进行识别,并无什么意义。但是在某些情况下,这种识别具有重要意义。比如,根据美国第二次《冲突法重述》,合同当事人选择的法律如果与合同没有“实质性”的联系,这一选择就可能被认为是无效的^③。然而,当事人选择的法律,即使由于当事人的法律选择无效而不能适用于合同的内容,仍然可以适用于合同的解释。因为涉及合同的解释,法院应当高度地尊重合同当事人的意思。在这种情况下,对某一合同争议属于合同内容的争议,还是合同解释的争议加以识别是至关重要的,因为对前一类争议不能

① 关于合同争议的分类,见本书第四章。

② 关于合同准据法的概念,见本书第二章、第一节。

③ 参见本书第二章、第二节。

适用当事人选择的法律,而对后一类争议,可以适用当事人选择的法律。

有几类合同争议,不能通过适用合同准据法加以解决。它们包括:关于合同履行方式的争议,关于合同标的物物权转移的争议,关于合同之诉的司法程序的争议。法院在判案时,对某一合同争议是否属于这几类争议,必须加以识别。

(二)找出应予遵循的冲突规则

法院在对案件争议进行识别,将案件争议确定为合同争议,并确定其属于合同的哪一方面的争议之后,就可以知道,该案件争议属于哪一条冲突规则的范围,也就可以找出解决该案件争议所应适用的冲突规则。例如,某一争议如果属于合同内容的争议,为解决该争议,就应适用“合同内容依合同准据法”这一冲突规则;如果属于合同履行方式的争议,为解决该争议,就应适用“合同的履行方式依合同履行地法”这一冲突规则;如果属于合同标的物物权转移的争议,为解决该争议,就应适用“物权的转移依该物权在转移时的所在地的法律”这一冲突规则;如果属于合同诉讼的司法程序的争议,就应适用“司法程序依法院地法”这一冲突规则,等等。

一个必须澄清的问题是,应予遵循的冲突规则,仅指法院地的冲突规则,还是既指法院地的冲突规则,又指法院地的冲突规则指引适用的某一外国法中包括的冲突规则?换言之,在合同法律适用领域,是否适用反致制度^①?

毫无疑问,各国法院在对合同争议进行识别时,试图找出以便于以遵循的冲突规则,首先指法院地的冲突规则。例如,依英国的冲突

^① 反致制度指,如果某法院地的冲突规则规定,对某一案件争议,应适用某一外国的法律,该外国法中的冲突规则规定,对该案件争议应适用该法院地的法律,受理这一案件的法院就应遵循该外国法中的冲突规则,对该案件争议适用该法院地法。

规则,火灾险合同的投保人的权利决定于保险公司的营业地法;如果该公司在两个或两个以上国家拥有营业所,投保人的权利就决定于该公司的总部所在地法。依美国第二次《冲突法重述》规定的冲突规则,火灾险合同的投保人的权利,应决定于受保风险的主要发生地,即受保标的物所在地的法律。假定一家美国保险公司的总部设在美国某州,投保人的住所在英国,当事人双方订立了一个火灾险合同,对位于该投保人住所地的一处房产进行保险。后来,双方就投保人的权利问题发生争议,投保人在英国法院起诉,英国法院必然首先考虑遵循英国关于保险合同的冲突规则。如果该投保人在美国某州法院起诉,该州法院采纳了第二次《冲突法重述》,第二次《冲突法重述》规定的关于保险合同的冲突规则将首先得到适用。

问题是,当法院地的冲突规则规定,对某一合同争议,应适用某一外国的法律,而该外国法中的冲突规则规定,对该合同争议应适用该法院地的法律时,受理该合同案件的法院是否应当依该外国法中的冲突规则的指引反致适用本国的合同法。比如,在前面所举的例子中,投保人向该保险公司总部所在的美国某州法院起诉,该法院依第二次《冲突法重述》规定的冲突规则,适用受保房产的所在地法——英国法,但依英国的冲突规则,应适用保险公司总部所在地法,即该法院地法。此时,该法院应适用英国保险法,还是反致适用该法院地的保险法呢?

英国判例曾就这一问题创立过规则。1939年,英国法院在维他食品公司诉尤纳斯船运股份有限公司案的判决中表现出了在合同领域采用反致制度的倾向。但是,后人认为,这种做法是错误的。1960年,英国法院在两项判决中确定了在合同法领域不适用反致制度的原则。英国国际私法学者莫里斯就此评论说:“准据法之所以适用,或者是因为当事人选择了它,或者是因为它是与合同具有最密切联系的法律。如果没有强有力的证据提供相反的证明,就应当确信,当

事人意在适用其选择的法律中包含的涉内法规则^①,而不是其中的冲突规则;同时,与某一特定的法律制度的联系是一种与实质性法律原则的联系,而不是与冲突规则的联系。”^②

关于在合同领域是否适用反致制度,美国第二次《冲突法重述》第186节注释b规定:“如果没有相反的意思表示,当事人选择的法律指准据法所属州的本地法^③(local law),而不是指那个州的包括其法律选择规则在内的法律的整体。”其理由是:这样做有利于保证法律适用结果的确定性;同时,使法律适用变得简便易行;再者,当事人在订立合同之前,如果对法律选择问题已有所考虑,那么,在不存在相反的意思表示的情况下,当事人期望得到适用的,总是那个州的本地法,而不是包括冲突规则在内的该州的全部法律。这一节的注释b还规定:“应当反复强调的是,在合同领域,如果当事人没有相反的意思表示,法院将不适用另一州的法律选择规则。”依此规定,如果当事人没有作出法律选择,法院依本州的冲突规则应适用另一个州的法律,那么,应当得到适用的是那个州的实体法,而不是那个州的冲突规则。

欧洲经济共同体成员国共同签署的《关于合同之债的法律适用公约》第15条规定:“依本公约规定对某一国法律的适用,意味着对那个国家现行的法律规则的适用,而不是对其国际私法规则的适用。”这一规定反映了欧洲共同体国家在合同领域排斥适用反致制度的倾向。

在东欧国家的国际私法典中,也可以看到在合同领域不适用反致制度的倾向,原捷克斯洛伐克《国际私法及国际民事诉讼法》第9

① 所谓涉内法(domestic rules),指不包括冲突规则在内的国内实体法。

② 戴雪和莫里斯:《冲突法》,1980年版,第750页。

③ 第二次《冲突法重述》第4节规定:“一个州的‘本地法’指那个州的法院在审理提交给他们的争议时适用的,包括准则、原则和规则在内的,但不包括其冲突规则的实体。”

条是有关合同当事人法律选择的条款。该条第2款规定:对根据当事人选择的法律确定的冲突规则不予考虑。前南斯拉夫1982年《法律冲突法》第6条第1款规定:“当依本条例的规定应适用外国的法律时,应考虑它的关于选择准据法的规则。”这一规定表明,前南斯拉夫已采纳了反致制度。然而,这一制度是否适用于包括合同关系在内的所有的涉外民事法律关系呢?前南斯拉夫学者彼达·萨切维克就这一问题表达的意见是:如果在合同关系中也适用反致,将是与通常的做法相矛盾的。他指出,据我们所知,南斯拉夫尚未解释这一规定,但可能有限制地加以解释,从而特别是在涉及当事人意思自治问题时排除反致的适用^①。

总的看,在合同领域内不适用反致,这一原则已经为相当多的国家采纳。在综合英、美、欧洲大陆和东欧各国的国际私法制度的基础上诞生的1985年《国际货物销售合同法律适用公约》第15条规定,“本公约中的‘法律’一词,是指不包括法律选择规则在内的国家现行法律。”

(三)确定解决案件争议的法律

受理国际合同案件的法院在找出应予遵循的冲突规则之后,就可依冲突规则的指引,确定解决案件争议的法律。举例来说,如果应予遵循的冲突规则是“合同内容依合同准据法”,法院依这条冲突规则的指引,就应依合同准据法解决案件争议;如果应予遵循的冲突规则是“合同的履行方式依合同履行地法”,法院依这一冲突规则的指引,就应选择合同履行地法解决案件争议。

必须指出:在以下几种情况下,应当排除适用依冲突规则的指引选择的法律:

1. 如果所选择的法律的适用将违反法院地的公共秩序。今天,

^① 彼达·萨切维克:《新的南斯拉夫国际私法》,《法学译丛》,1986年,第4期。

各国在有关国际私法的立法和司法实践中,普遍采纳了公共秩序保留制度。根据这一制度,对某一外国法的适用,如果将违反法院地的公共秩序,受理案件的法院就拒绝适用该外国法。

在合同法律适用领域,各国法院在何种情况下将依公共秩序保留制度排除对某一外国法的适用呢?

英国的司法判决为解决这一问题确立了明确的规则。在英国,公共秩序一词被表达为“公共政策”(public policy)。依英国的判例法规则,对某一外国法的适用,如果将使某几种合同的效力得到确认,结果将损害英国的利益,英国法院就应以违反英国的公共政策为由,排除该外国法的适用。这几种合同包括:限制贸易的合同;与敌人进行贸易的合同;违反友好国家法律的合同;帮诉合同;让受害人取消刑事起诉的合同;欺诈性的和败坏道德的合同。英国法院在1964年审理的劳西朗诉劳西朗案(Rousillon v. Rousillon)的情节是:一个瑞士公民,在法国拥有住所,在英国居住。他在法国与一个法国公司达成协议。依这一协议,瑞士人保证不在英国同该法国人在经营上进行竞争。依法国法,该协议有效;依英国法,这是一个限制贸易的协议,是无效的。后来,该瑞士公民没有履行其诺言,法国公民向英国法院起诉。英国法院认为:该协议是否有效,依英国的冲突规则,决定于法国法,但这一协议违反了英国法关于当事人不能通过缔结协议限制贸易的规定,而这种规定体现了英国的公共政策。如果适用法国法,确认该协议的效力,将同英国的公共政策发生抵触。因此,不能适用法国法。1918年,英国法院审理了这样一个案件:一家在西班牙拥有铜矿的英国公司与一家德国公司签订了一个铜矿石买卖合同。其中的一个条款规定,英德之间如果发生战争,在两国对峙期间和其后的一定期限内,合同将中止执行。该合同的准据法是德国法。根据该法,这个合同是有效的。英国法院受理这一案件后,排除了对德国法的适用。因为英国关于不准对敌进行贸易的政策属于