

中国民商法专题研究丛书

■ 梁慧星 主编

契约冲突法论

傅静坤 著

QIYUE
CHONGTUFALUN

法律出版社

中国民商法专题研究丛书

契约冲突法论

On the Conflicts Law on Contract

傅静坤 著

法律出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

契约冲突法论/傅静坤著. —北京: 法律出版社, 1999
(中国民商法专题研究丛书/梁慧星主编)

ISBN 7-5036-2999-1

I. 契… II. 傅… III. 契约法-研究-中国 IV.
D923.64

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (1999) 第 69314 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

责任印制/李跃

· 责任校对/杜进

印刷/永清县第二福利厂

开本/850×1168 毫米 1/32

印张/8.125

字数/188 千

版本/1999 年 12 月第 1 版

1999 年 12 月第 1 次印刷

印数/0,001—5,000

社址/北京市海淀区西三环北路甲 105 号科原大厦 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 7-5036-2999-1/D·2701

定价: 14.00 元

(如有缺页或倒装, 本社负责退换)

内 容 提 要

契约冲突法是冲突法中的一个重要组成部分。在国际社会中频繁发生的法律冲突中，其中很大一部分就是关于契约的法律冲突，因此，就契约法律冲突进行专门的论述是十分必要的。但是，从另一方面来看，由于契约的种类繁多，本身的问题又比较复杂，适用于某一种契约或契约中某一问题的规则未必能够适用于其他的契约类型和契约中的其他问题，因而，要想对其作出比较全面的论述是十分困难的。正因如此，在各国的冲突法著作中，学者就契约冲突法常常仅作一般的论述。而莫里斯就指出，如果要对契约冲突法进行完整的论述的话，应当用一百页纸才能够完成。然而，随着现代国际经济的发展，有关国际性契约的法律冲突问题日益突出，回避对它的研究是不正确的。所以，作者专门针对契约法律冲突撰写了本书，以期对契约冲突法作一个较为系统的论述。

本书共分“导论”，“意思自治原则与契约的自体法”、“有关某些特别问题的法律适用”、“统一国际契约实体法”、“统一国际契约冲突法”和“有关契约的区际法律冲突”等五章。通过这些章节的论述，作者试图指出，契约冲突法的理论体系是由冲突法的基本原则和规范、统一国际契约实体法和统一国际契约冲突法以及区际契约冲突法等三个部分组成的。在第一个部分当中，作者指出，契约冲突法是以意思自治为基本原则，并以自体法理论为基本的冲突规范体系。按照这一原则，在确定契约的自体法

时，当事人的意思自治是核心的原则，因而，无论是当事人的明示的还是默示的乃至推定的意图都应得到基本的尊重。当然，随着国际上对过度的契约自由的限制，在冲突法上，当事人选择法律的自由和自体法的适用都受到了一定的限制，公共秩序和直接适用的法律都成为在确定契约自体法或是否应适用自体法时应当考虑的问题。除此之外，还有一些传统的冲突规范也在某些特别的问题上发挥着作用。在第二个部分当中，作者指出，由于国际性契约有史以来就具有的统一性，加上现代国际经济贸易发展的需要，近年来，在某些契约领域已经出现了一些国际公约、惯例和示范法，从而使国际契约的条款得到或将要得到一定的统一。通过这种实体内容的统一，契约法律冲突也必定会在一定程度上得到遏制。此外，鉴于各国在其国际私法中所规定的契约法律适用规则各不相同常常会导致“挑选法院”的现象的出现，因而，国际上长期致力于发展某种统一的冲突法规则，而有关契约的冲突法规则的统一国际立法也逐渐增多，从而使某些范围内的契约法律冲突找到了统一的解决办法。最后，在第三个部分，作者指出，在国际契约法律冲突之外还存在着一国之内的区际契约法律冲突，这种冲突的解决主要是依靠与国际契约冲突法相似的规范，但同时也有着自己的特点。

Abstract

The conflicts law on contracts is an important part of the conflicts law and involves quite a few complicated problems arising from international transactions. This work concludes that the theoretical system of the conflicts law on contracts may consist of three parts which include the basic principles and rules of conflicts law on contracts, the unified international contract laws and the regional conflicts law on contracts, and deals with thoroughly the problems of conflicts law on contracts in the three parts.

The main points of this work are as follows. First, the autonomy of the parties is the basic principle of the conflicts law on contracts and the theory of the proper law is the basic theory of the conflict rules. Under this principle, the proper law of the contract should be ascertained by the express, inferred or imputed intention of the parties. But, along with the trend of the limitation of the excessive use of the freedom of contract, the limitation of the parties to choose the proper law is also given emphasis by courts by means of public policy and the *lois instante* or *lois d'application immediate*. Besides, there are some other conflict rules which have been used to the particular parts of contracts. Second, as the international contracts always have some common characters and the development of modern international trade needs some kind of uniformity, a lot of

international conventions, usages and model laws in relation with contracts have emerged. That greatly unified or is expected to unify the substantive rules of some of the international contracts. Upon this, the conflict of contract laws will to some extent be avoided. In addition, due to the difference between the conflict rules of different countries, there developed a symptom of the so called forum shopping. In order to avoid that, a lot of international conventions or regional pacts have been signed to unify the conflict rules on contracts. Third, the conflict of contract laws not only exists in an international context, but also exists in a domestic or regional context. That is called the regional conflict of contract laws. The resolution of the regional conflict of contract laws is similar to that of the international conflicts, but it still has its own characteristics.

序

随着改革开放的深入，中国的对外经济贸易取得了长足进展，而相关的立法也逐步完善。但是，与国内民事立法相比较，调整涉外民事法律关系的国际私法立法却相对落后，其中就包括有关契约冲突法的立法。契约是市场经济的法律基石，各国都十分重视契约法。然而，由于各国的契约法并不相同，因此，如果某一个契约具有涉外因素，在同一个契约问题上就可能同时有几个国家的契约法可以适用，此时如何确定契约的准据法将直接关系到当事人的利益。所以，仅有契约规范而没有调整契约法律冲突的规范将严重影响到涉外契约或称国际契约的履行和当事人利益的保护。为此，许多国家都在合同法中或国际私法立法当中对这一问题进行了规定。我国自1981年以来陆续制定了《经济合同法》、《涉外经济合同法》和《技术合同法》，今年3月又通过了新的统一《合同法》，这标志着我国的合同立法已经达到了一个新的水平。遗憾的是，在原来的《涉外经济合同法》及新的统一《合同法》中，有关涉外合同的法律适用问题都没有得到圆满解决，而《民法通则》当中的规定也十分简要，这就需要进一步立法加以完善。为了做到这一点，就契约冲突法问题进行深入的研究和探讨是十分必要的。

作者在武汉大学法学院做博士后期间专门就契约冲突法问题进行了研究，并完成了以《契约冲突法论》为题的研究报告。现在，经过适当的修改补充之后，这篇报告作为专著出版了。在本书中，作者采取比较研究和实证分析的方法，从三个方面论述了

契约冲突法的内容，即契约冲突法的基本原则和规范、统一国际契约实体法和统一国际契约冲突法以及区际契约冲突法。通过这三个部分的论述，作者指出，当事人意思自治是契约冲突法的基本原则，但这一原则在适用中受到了公共秩序和直接适用的法律的限制；其次，统一国际契约实体法的出现在一定程度上避免了契约法律冲突的产生，而统一国际契约冲突法则通过冲突规则的统一而避免了当事人滥用意思自治而导致的挑选法院的情况出现；最后，在现代国家中，独立法域之间的区际契约法律冲突也时时存在，如我国内地和香港、澳门之间的区际契约法律冲突即是，对这类冲突需要比照国际契约冲突规范予以解决，但也应当有自己的特点。作者曾经就契约法进行过专门的研究，并出版了专著，现在又就契约的法律冲突进行研究，并在书中提出了许多独到的见解，这充分体现作者勤于思考、勇于开拓、善于发现问题的特点。相信这本书将为我国契约冲突法乃至国际私法的立法提供有益的参考。

韩德培

1999年11月于珞珈山

目 录

导论

- 一、 契约冲突法的历史发展简述 (1)
 - (一) 罗马法时期的契约法律冲突 (1)
 - (二) 日耳曼法时期的法律冲突 (4)
 - (三) 法则区别说的出现 (5)
 - (四) 意思自治在契约冲突理论中的出现 (7)
 - (五) 国际礼让说 (8)
 - (六) 19世纪冲突法理论的硕果 (8)
 - (七) 19世纪末以来的冲突法学说 (10)
 - (八) 契约冲突法的立法发展 (14)
 - (九) 我国的国际私法及契约冲突法的立法 (16)
 - (十) 契约冲突法的现状 (20)
- 二、 契约冲突法的概念和特征 (21)
 - (一) 契约冲突法的概念 (21)
 - (二) 契约冲突法的特征 (22)

第一部分 契约冲突法的基本 原则和规范

第一章 当事人意思自治原则与契约的自体法

- 一、 意思自治的起源与历史 (29)

2 契约冲突法论

(一) 罗马法中的意思自治与合意契约	(29)
(二) 巴托鲁斯的法则区别说对意思自治的影响	(30)
(三) 杜摩兰的意思自治理论	(32)
(四) 当事人意思自治原则在近现代冲突法中的发展	(33)
二、契约的自体法理论	(36)
(一) 英国的自体法理论	(36)
(二) 自体法理论的进一步发展	(38)
(三) 最密切联系说	(39)
三、契约自体法的确定	(41)
(一) 概说	(41)
(二) 当事人的明示选择	(42)
(三) 当事人的默示选择	(46)
(四) 与契约有最密切联系的法律	(48)
(五) 美国的最密切联系说	(50)
(六) 特征履行说	(53)
四、意思自治原则在适用上的限制	(56)
(一) 意思自治原则不得排斥强行法的适用	(56)
(二) 直接适用的法律：对某些特别契约中当事人选择法律 的自由限制	(76)
第二章 有关某些特别问题的法律适用	
一、契约成立的法律适用	(88)
(一) 契约的成立在冲突法上的意义	(88)
(二) 契约的成立的法律适用	(91)
二、契约效力的法律适用	(95)
(一) 契约效力的内容	(96)
(二) 契约的有效性的法律适用——缔约能力的法律适用 ..	(102)
(三) 契约的有效性的法律适用——契约的形式有效性的 法律适用	(111)

(四) 契约的有效性的法律适用——契约内容的合法性的法律适用	(121)
(五) 契约的有效性的法律适用——契约的撤销的法律适用	(125)
(六) 契约的效果的法律适用——契约的履行的法律适用	(128)
(七) 契约的效果和后果的法律适用——契约的解除和消灭的法律适用	(130)
(八) 契约的效果的法律适用——契约的变更和转让的法律适用	(132)
(九) 契约的效果的法律适用——契约的解释的法律适用	(134)
(十) 契约的后果的法律适用——违约的法律适用	(135)

第二部分 统一国际契约实体法与 统一国际契约冲突法

第三章 统一国际契约实体法

一、统一国际契约实体法的历史渊源与现代表现	(140)
(一) 罗马法时期的契约统一法实践：诚实信用原则与万民法	(140)
(二) 中世纪商人统一法及其被纳入近代各国法典	(147)
(三) 现代统一国际契约实体法及其三种表现形式	(151)
二、《联合国国际货物销售合同公约》	(158)
(一) 《公约》的制定	(158)
(二) 《公约》的主要内容	(160)
三、《国际贸易术语解释通则》	(162)
四、《国际商事合同通则》	(166)

(一)《国际商事合同通则》的基本特点	(167)
(二)《国际商事合同通则》的内容	(169)
(三)《国际商事合同通则》与契约冲突法	(171)

第四章 统一国际契约冲突法

一、概述	(175)
(一)《卡西安条约》与统一国际私法的渊源	(175)
(二)现代统一国际契约冲突法的条约和公约	(176)
二、《欧共体关于合同义务法律适用的公约》	(178)
(一)《公约》的结构	(178)
(二)《公约》在合同问题上的适用范围	(179)
(三)《公约》所适用的法律的范围	(186)
(四)《公约》与共同体法律或其他国际公约的关系	(187)
(五)《公约》对多法域国家的法律适用	(187)
(六)《公约》中的统一规则的特点	(188)
三、《联合国国际货物销售合同法律适用公约》	(197)
(一)《公约》的结构	(198)
(二)《公约》的适用范围	(198)
(三)《公约》的统一规则	(199)
(四)《公约》的法律适用范围	(201)
(五)《公约》的一般条款	(202)
(六)《公约》与其他国际公约的关系	(203)

第三部分 区际契约冲突法

第五章 有关契约的区际法律冲突

一、区际法律冲突和区际冲突法	(207)
(一)区际法律冲突的概念	(207)
(二)区际法律冲突的范围	(209)

(三) 区际冲突法的概念	(209)
(四) 区际法律冲突与区际冲突法的历史源流	(210)
(五) 区际法律冲突的解决: 区际冲突法与国际私法	(214)
(六) 我国的区际法律冲突和区际冲突法	(217)
二、有关契约的区际法律冲突和区际冲突法	(220)
(一) 有关契约的区际法律冲突	(220)
(二) 关于契约的区际冲突法的基本特点	(221)
(三) 香港特别行政区与我国大陆之间的区际契约法律 冲突的解决	(222)
(四) 澳门特别行政区与我国大陆之间的区际契约法律 冲突的解决	(226)
(五) 台湾地区与我国大陆之间的区际契约法律冲突的 解决	(228)
(六) 《大陆地区与台湾、香港、澳门地区民事法律适用 示范条例》中有关契约的区际冲突规范	(229)
(七) 台湾、香港与澳门之间的区际契约法律冲突的解 决	(230)
部分参考书目	(232)
后 记	(236)

Contents

Introduction

1. An historical analysis of the development of the conflicts law on contracts (1)
 - (1) The conflict of contract laws in the Roman Times (1)
 - (2) The conflict of laws in the Germanic Times (4)
 - (3) The appearance of the Theory of Statutes (5)
 - (4) The appearance of the Doctrine of Party Autonomy (7)
 - (5) The Doctrine of Comity of Nations (8)
 - (6) The achievements of the conflicts law in the nineteenth century (8)
 - (7) The conflicts law since the end of the nineteenth century (10)
 - (8) The legislation of the conflicts law on contracts (14)
 - (9) The legislation of the private international law and conflicts law on contracts in China (16)
 - (10) The conflicts law on contracts today (20)
2. The concept and characters of the conflicts law on contracts (21)
 - (1) Concept (21)
 - (2) Characters (22)

Part I The Basic Principle and Rules of the Conflicts Law on Contracts

Chapter I The Principle of the Autonomy of the Parties and the Proper Law of the Contract

1. The origin and history of the Autonomy of the Parties (29)
 - (1) The autonomy of will and *contratus consensu* in Roman Law (29)
 - (2) The influence of the Doctrine of Statutes of *Bartoulus* on the Doctrine of Party Autonomy (30)
 - (3) The Doctrine of the Autonomy of the Parties of *Dumoulin* ... (32)
 - (4) The development of the Principle of the Autonomy of the Parties in the modern conflicts law on contracts (33)
2. The theory of the proper law of the contract (36)
 - (1) The theory of the proper law of the contract in England (36)
 - (2) The further development of the theory of the proper law of the contract (38)
 - (3) The Theory of the Closest Connection (39)
3. The ascertainment of the proper law of the contract ... (41)
 - (1) In general (41)
 - (2) The express choice of the parties (42)
 - (3) The inferred choice of the parties (46)
 - (4) The law with which the contract has its closest connection ... (48)
 - (5) The Most Significant Relationship Theory of the U. S. A. (50)
 - (6) The Doctrine of Specific Performance (53)

4. The limitation of the application of the Principle of the Autonomy of the Parties	(56)
(1) The Principle of Party Autonomy should not exclude the application of mandatory laws	(56)
(2) La notion de lois d'application immediate; the limitation of the freedom of the choice of law	(76)
Chapter II The Application of Laws Concerning Some Particular Topics	
1. The applicable laws for determining the formation of the contract	(88)
(1) The meaning of the formation of the contract in conflict law	(88)
(2) The applicable laws for determining the formation of the contract	(91)
2. The applicable laws for determining the validity, effect and consequence of the contract	(95)
(1) The content of the validity, effect and consequence of the contract	(96)
(2) The applicable laws for determining the validity of the contract— the applicable laws for determining the capacity of the parties	(102)
(3) The applicable laws for determining the validity of the contract— the applicable laws for determining the formal validity of the contract	(111)
(4) The applicable laws for determining the validity of the contract— the applicable laws for determining the legality of the substance of the contract	(121)
(5) The applicable laws for determining the validity of the contract— the applicable laws for determining the rescission	