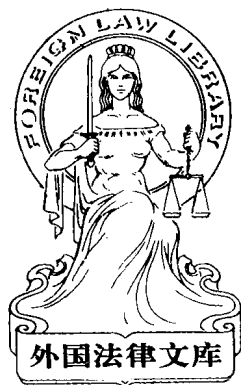




戴西和莫里斯论 冲突法 下

[英] J. H. C. 莫里斯 主编

中国大百科全书出版社



戴西和莫里斯论
冲突法
下

[英] J. H. C. 莫里斯 主 编
李二元 胡振杰 译
杨国华 张 茂

中国大百科全书出版社

图书在版编目(CIP)数据

戴西和莫里斯论冲突法/(英)莫里斯(Morris, J. H. C.)主编;
李双元等译.-北京:中国大百科全书出版社,1998.1
(外国法律文库)
书名原文:Dacey and Morris on the Conflict of Laws
ISBN 7-5000-5854-3

I. 戴… II. ①莫… ②李… III. 冲突法-研究
IV. D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字(97)第 16025 号

丛书编辑:杜晓光
责任编辑:林江
责任印制:赵红征
责任校对:冯巍

戴西和莫里斯论 冲突法

李双元 等译

中国大百科全书出版社出版发行

(北京阜成门北大街 17 号 邮编:100037)

新华书店总店北京发行所经销 河北省固安县印刷厂印刷

开本:850×1168 1/32 印张:56 字数:1406千字

1998年1月第1版 1998年1月第1次印刷

ISBN 7-5000-5854-3/D·33

定价:84.00元

外国法律文库书目(已版)

- | | | |
|------------------|----------------|---------|
| 法律与革命——西方法律传统的形成 | 29.50元 | 伯尔曼 |
| 国际贸易法文选 | 29.00元 | 施米托夫 |
| 论犯罪与刑罚 | 5.90元 | 贝卡里亚 |
| 法与国家的一般理论 | 20.50元 | 凯尔森 |
| 法律的概念 | 12.50元 | 哈特 |
| 法律帝国 | 18.50元 | 德沃金 |
| 人的权利与人的多样性——人权哲学 | 11.50元 | 米尔恩 |
| 奥本海国际法 | 29.00元 | 詹宁斯等修订 |
| 德国民商法导论 | 16.50元 | 罗伯特·霍恩等 |
| 法律的原则——一个规范的分析 | 19.50元 | 贝勒斯 |
| 法律的经济分析 | 49.00元(上、下册) | 波斯纳 |
| 犯罪学 | 19.50元 | 加洛法罗 |
| 行政法 | 32.50元 | 韦德 |
| 科宾论合同 | 31.00元(上) | 科宾 |
| 法学导论 | 11.00元 | 拉德布鲁赫 |
| 戴西和莫里斯论冲突法 | 84.00元(上、中、下册) | 莫里斯 |

外国法律文库书目(待版)

财产法	劳森
英国合同法与判例	安森
海商法	吉尔摩
德国民法总论	拉伦茨
美国法律史	弗里德曼
普通法的历史基础	密尔松
债权在近代法里的优越地位	我妻荣
法律、立法与自由	哈耶克
认真对待权利	德沃金
马克斯·韦伯论经济与社会中的法律	马克斯·韦伯

外国法律文库由知识出版社发行部办理邮购、批发。北京西城区阜成门北大街17号(邮编:100037),电话:68318302、68315533-2616。邮寄请加寄书价20%的邮费。

第六编 债 法

745

第 28 章讨论合同的一些一般规则,特别是关于合同自体法的确定以及适用于合同的成立、缔约能力、合同的形式、合同内容或实质效力、合同的解释及其效力、合同解除的法律。

第 29 章讨论对一些特殊合同的法律,即有关不动产的销售、租赁或抵押合同,旅客或货物联运合同,通过代理人签订的合同,赌博合同。

第 30 章讨论对返还或准合同责任适用的法律。

第 31 章讨论对侵权适用的法律。

第 32 章讨论对外汇之债(包括外汇管制)。

第 28 章 合同：一般规则^[1]

1. 合同自体法
2. 合同的成立与效力
 - A. 成立
 - B. 能力
 - C. 形式
 - D. 内容或实质效力
3. 合同的解释与效力
4. 合同的消灭
5. 《欧洲经济共同体债务公约草案》

1. 合同自体法

规则 145^[2]——“合同自体法”，是指当事人意欲适用于合同的法律，或者在当事人的意思没有表示，也不能根据情况作出推断时，指与交易有最密切和最真实联系的法律。

评 论

合同自体法 合同是一个许诺，或是一些许诺，表示要受法律的约束。合同当事人常常意欲合同应受某国法律的支配。合同将受之约束的法律可以简单地称为“合同自体法”^[3]。

英格兰法院适用自体法以确定合同的义务^[4]。如果当事人表示了某国法律应支配合同这一意思，或者这一意思可以明显

地从合同本身或者其他方面推断出,这一意思就决定了自体法。但在很多情况下,这种意思没有表示,也不可能作出推断,这时“当事人的意思”并不存在。“在很多情况下,当事人不仅没有表达一个思想,没有形成一个意思,甚至很难说他们有一个共同的意思”^[5]。如果他们双方都没有表示协议应受某一法律的约束,这就不是一个合同;但常见的是,如果他们考虑到了合同受什么法律支配的问题,他们可以得出不同的答案,例如,X 想适用印度法,而 A 认为德国法是合同的自体法。在这种情况下,法院就要考虑交易与哪个法律体系有最密切、最真实的联系^[6]。

合同自体法的优点 英格兰法院适用的合同自体法理论^[7]可以避免很多困难,在某些外国,这些困难容易导致一些人为的、虚假的现象。

同一法律适用于合同的所有方面。除了一些例外,合同的成立和效力,解释和解除都受适用于合同的“产生”和“履行”的法律支配。仅仅这一法律就可以通过其规定影响合同的义务(也有一些例外)^[8],例如修改、消灭或取消合同的债务^[9]。当事人可以协议合同的一个方面受一个国家(例如订立地国)法律的支配, 749 而另一个方面受另一国家(例如合同履行地)^[10]法律的支配。没有制度认为“任何合同都只能有一个自体法”,但是,“本国法院不会没有充足的理由而轻易地分割合同,这种观点无疑是正确的”,只有在情况“不同寻常”或“不得不如此”时,才会这样做^[11]。

同一法律适用于合同的所有义务。双方当事人的义务原则上受同一法律的支配。在这个意义上,当事人也可以“分割”法律^[12],但在当事人没有明确表达这个意思时,法律规则并不要求法院这样做。当事人必须在不同的国家履行义务,或者当事人一方根据另一方的要求在其中一个国家履行,仅仅这些事实并不表示当事人有这个意思^[13]。英格兰法因此避免了某些外国由

于采用“履行地法”这一僵硬的理论而带来的一些困难^[14]。如果没有相反的明示或明显的隐含意思,支配货物卖方义务的法律也支配买方的义务,适用于租船人义务的法律也适用于船主;可以选择支付国的债权持有人,不论选择了哪个国家,其权利都受同一法律的支配^[15]。

750 **合同法上无反致**^[16] 自体法的适用,或者是因为当事人的选择,或者是该法与合同有最密切联系,在没有确凿相反证据的情况下,应当认为当事人指的是所选法律的内国规则,而不是其冲突规则,与某一法律的联系也是与其实体法律规则的联系,而不是冲突法规则^[17]。

确定自体法的灵活方法 在确定合同自体法时,英格兰法官从不愿意受任何僵硬的或狭隘的规则束缚,他们总是考虑多种情况,如合同的性质、营业习惯、合同缔结地或履行地,等等。在一个具体的案件中,可能由任何一种情形推断出当事人隐含的意思,或者决定与合同有联系的法律。一些旧的报告和教科书曾反复说明合同应受缔结地法支配。即使在这一时代,除了一些例外,英格兰法院也采用这一灵活的方法。这样说有时会使人产生一种印象,认为该法排他的权力是英格兰法院赋予的。从录卷主任伊舍(Esher)勋爵在 *Chatenay v. Brazilian Submarine Telegraph Co.* 案^[18]中的观点,就可以看出这一印象是错误的。伊舍勋爵的确认为合同缔结地重要,但仅仅是当合同在同一国家履行,并且也是当事人的意思表示时才如此,“除非有相反的情况”。威尔斯(Willes)法官甚至明确地指出,这一原则不过是导致了一种推断,而这种推断是可被相反的意思否定的。在 *Phillips v. Eyre* 案^[19]中,他认为产生于合同的诉讼权利仅仅是“适用地及其附属地法律的产物”。5年前他在 *Lloyd v. Guibert* 案^[20]中更清楚地强调了这一点。

在本国,“意思”理论与“产物”理论的明显冲突仅仅是表面

上的^[21]。这一冲突起源于大陆的著作,在这些问题上对英格兰法律思想的影响是深刻的。这至少可以追溯到胡伯(Huber)的《冲突法》(1689年)^[22]。胡伯认为(第5章),合同的形式与内容都应完全受“缔结地法”的支配,但他提醒读者(第10章),“如果当事人缔结合同时提出的是另一个地点”,那么“缔结地法”就不应优先。从它对英美法发展的重大影响看,胡伯的这一论述大概可以称为自体法理论的“起源”。然而,把《文摘》中“合同履行地也即缔结地”这一段引为根据,的确引起了一些混乱^[23]。这种假设导致了一种误解,认为除了缔结地法之外,任何法只有成为“缔结地法”才能得以适用。曼斯菲尔德(Mansfield)勋爵对Robinson v. Bland (1760)案^[24]的判决是英格兰第一个关于自体法理论的案例。这个案例也显示了胡伯的影响。曼斯菲尔德勋爵认为,英格兰法适用于在法国缔结的合同。他说“当事人有意适用英格兰法。如果明确表示交易应受某一国法律规则的支配,那么缔结地法就不应适用”。他引用了胡伯的话,参考了《文摘》。类似地,斯托雷在讨论了“缔结地法”支配合同所有方面这一基本规则之后,把其分析限定在“不论是明示或者是默示,合同都将在缔结地履行”这些情况中^[25]。在其他的一些情况中,一般的规则是,与当事人假定的意思相一致,合同的效力、性质、义务和解释,都应受履行地法的支配。据说这是来自“自然正义”及以上引用的《文摘》中的文字。

这一假设解释了为什么英格兰法院过去认为有必要支持“缔结地法”。但他们表示的对该法的青睐,在本国或英联邦其他地方都未被允许影响其判决。合同权利是“产生缔结地法”的必要因素,这一理论并未影响现行法律的发展。在遵循曼斯菲尔德这一原则的同时,英格兰法院开始赋予“缔结地法”以外的法律以效力。他们把这一名词解释为“不是合同实际缔结地的法律”,而是“希望缔结合同之地的法律”^[26]。

当事人所期望的法律当然可以是“缔结地法”，尤其是当事人在同一国家缔结时更是如此”^[27]。但对于容易出现法律冲突问题的国际商业交易来说，这并非一种典型的情况。如果不同国家当事人之间的合同是通过通信、电报、电话或者电传订立的，那么考虑“缔结地”就是毫无用处的。因此，缔结地——即使可以确定^[28]——常常是偶然的^[29]，这便无法判断当事人的意思，或者合同与一个、两个或更多的法律有联系。因此，即使合同在某一特定地方订立这一点很重要，但在每一种情况下，都要推断“订立地”是否即表示合同受该地法律支配这一意思。当法院发现合同与另一法律有更密切的联系时，就不会轻易地作出这样的推断^[30]。

如果要法院决定合同自体法，在这个灵活的制度中，作为对英格兰法院的指导也有可能形成某些准则。这些准则在分规则1—3中形成。

另外两项保留是值得注意的：

(1) **特殊类型的合同**^[31] 确定一些特殊类型的合同的自体法，习惯上已经有一些固定的规则。由于对一些特殊事实的推断，便没有必要运用分规则2和3。这些推断也可能被案件的情况否定，而在有些案件中，这种否定是很容易的^[32]。

(2) **有关的时间** 必须考虑合同缔结的时间，以便确定当事人的意思或者合同与某一特定法律体系的联系。确定自体法时，不应考虑合同缔结后当事人的行为，除非该行为否定了合同或形成了一个新的合同^[33]。其后的情势变迁一般^[34]并不改变合同的自体法，除非合同缔结时当事人清楚地预见到了这种改变。然而，在情势变迁的情况下，当事人原则上可以自由协议解除合同，并且从事受不同法律支配的新交易^[35]。

确定合同自体法的分规则

分规则 1^[36]——对于支配合同的法律，如果合同当事人用文字表达了意思，那么该明示意思原则上决定了合同自体法。

评 论

法律的明示选择 如果当事人的共同意思可以确定，自然也就确定了合同的自体法。“当事人有权协议他们之间合同的自体法……经常有人建议不应授权当事人。但在我看来，无疑他们有权达成这样的协议。除了一些限制之外，我看不出有什么充足的理由说不应授权。”^[37]因此，他们的明示意思一般来说是决定性的。这是因为“法院地法”允许当事人选择支配协议及其效力的法律^[38]。法院甚至可能发现选择自体法的意思表示在或者隐含在一个条款中（例如一个仲裁条款）^[39]。根据法院地的内国法，该条款作为一项约定的规定，也许是无效的。但根据法律冲突规则却是有效的法律选择条款。然而，这就预示着法院并不认为其法律规定所表示的政策与该条款相反，以至于足以排除当事人选择适用的法律^[40]；当事人选择外国法也并非有意规避“法院地法”^[41]。 754

一般认为，“如果当事人在协议中用文字表示了适用的法律……‘一般来说’法院认为他们的意思是有效的。”^[42]法院这样做，一方面是因为当事人明示的意思是使合同“场所化”的一个重要的、常常是决定性的“因素”，即使得合同与某一法律有最密切的联系^[43]；另一方面是因为该意思是“合同自体法的初步证据”^[44]。但却有人怀疑合同当事人“可以明示地选择支配合同的法律”^[45]。然而，这一选择在今天已不被认为是“结论性”的了。

即使是所谓的“主观”倾向的拥护者也同意,一个法律选择要有效,就必须是“真实的、名副其实的、善意的、合法合理的”^[46]。对于一个“反复无常的选择”^[47],纯粹“荒谬的”选择^[48],没有法院决定、也没有作者建议应承认其效力。

对于本应适用英格兰法,而当事人明示选择外国法的,立法
755 上有时加以限制^[49]。在外国法选择有效的情况下,英格兰的强制规定也应适用。

被选择的法律必须与合同有联系吗? 对于这一点,意见是一致的。然而,如果与合同没有明显的联系,法院是否可以或者必须否定法律选择的效力,则是有分歧的。仅仅因为案件的其他事实表明合同与所选择的法律之间没有联系,英格兰法院便否定明示选择的效力,似乎还没有这样的案例^[50]。但澳大利亚有两个否定选择的案例,或者是因为当事人试图规避法院地有效的法律,或者是因为该选择“与合同的事实没有联系”^[51]。

这一问题的重要性产生于这一矛盾:既要防止当事人规避客观上与合同有最密切联系的强制性法律规定,又要使他们适用与合同有联系的法律。这种联系是指财政上、商业上的联系,或者是与法院的决定没有关系,因此不须考虑的联系^[52]。

显然,如果外国法适用的结果违背法院的公共政策,以至于足以否定该法律选择,那么该外国法就不予适用。这是与规则 149 之例外 2 的原则一致的。但该原则并未解决此处讨论的问题。当事人选择法律可能是为了规避某个外国法的强制性规定,违反这些规定并非属于公共政策原则。但普遍认为,法院并不赞成这样的结果,认为法律选择必须是“善意的和合法的”^[53]。这一点是很重要的,也并非仅仅意味着“古怪的”或“反复无常”的选择是无效的。一般认为,对于与合同有最实质联系且在沒有明示或默示的法律选择时,法院应该适用的法律,如果当事人选择
756 适用的法律是为了规避其强制性的规定,无论该法是英格兰法

还是外国法，法院都不会承认该选择的效力^[54]。的确，英格兰法院过去没有形成与法律冲突有关的法律规避理论。然而，实际上是根据一个法律订立的，却假装是根据另一个法律订立的合同，如果前者认为协议无效或可以无效，没有人会说当事人这样做可以使协议有效。如果合同事实上明显是根据一个法律订立的，那么为了使合同有效而表示合同是根据另一个法律订立的，并不能给他们带来任何好处。规避性的法律选择是不真实、不合理的，因而是无效的。因此，从整体上看，在判断选择的法律是否与合同有真正的或实质的联系时，法院“并非必须”把明示的法律选择“作为主要的考虑因素”^[55]。因为在特定的情况下，没有联系可以是有意规避的证据。

正是由于这个原因，法院“不一定”承认与合同没有联系的法律选择的效力，但也并非“一定”否定其效力。一般认为，这一点，也仅仅这一点，是赖特(Wright)勋爵在 *Vita Food Products Inc. v. Unus Shipping Co. Ltd.* 案^[56]中所说的、引起广泛讨论的观点的主要含义。这个观点是，“与英格兰法的联系原则上不是主要的”^[57]。赖特勋爵提出，通过仲裁条款使用英格兰法的国际交易，常常是与英格兰完全没有联系的，“何况”在同样情况下，当事人应该能够通过明示法律选择条款达到同一目的。然而，也正是与仲裁条款的这一比较，表明了法院有权不承认法律的效力。不仅如此，通过不选择外国法，当事人可以使与英格兰没有任何联系的合同适用英格兰法，因为未选择外国法，便适用英格兰法^[58]。最典型的例子是 *Suisse Atlantique Societe d'armement Maritime S. A. v. N. V. Rotterdamsche Kolen Centrale* 案^[59]。在这个案件中，与英格兰没有任何联系的合同适用了英格兰法(该合同只有一个在伦敦仲裁的条款)，可能是因为当事人都没有选择外国法。

在有些情况下，虽然从案件的事实看不出合同与英格兰法

的联系,但当事人也应将合同适用英格兰法。赖特勋爵在 *Vita Food* 案中指出,应考虑这些情况。他特别提到了租船合同风险担保人可能是英格兰人。对这一问题进行讨论的重要性不仅是理论上的,其主要原因之一,是那些看起来与英格兰没有任何联系的商业交易,常常是在伦敦保险并筹措资金的。不仅如此,某些标准商事合同,特别是海事合同,在英格兰的法律与商业实践中发展得最为完善^[60]。赖特勋爵所说的“英格兰商业法的常见原则”,赢得了世界性的声誉。这样,即使英格兰法与某一特定案件的事实没有任何联系,商事合同的当事人仍然把他们的交易适用英格兰法,便是合理的了。也许有人会说,*Vita Food* 案的作用仅限于这样一些情况,即当事人选择的法律与他们曾经从事的交易有习惯上、传统上的联系。他们也许还会说,在 *Vita Food* 案中,虽然“法院地法”是新斯科特(Nova Scotia)法而不是英格兰法,但法律冲突的原则实质上是英格兰法的原则,并且赖特勋爵仅仅表达了这一观点;法官适用英格兰的冲突规则而选择了英格兰法。从这一点看,不需要合同与选择法之间有真实的联系这一规则,仅仅表明所有法官都根据他们熟悉的法律来作出判决这一自然的、积极的倾向。然而,虽然 *Vita Food* 案作为一个案例并未包括选择英格兰以外的法律,但对于与法国没有明显联系,如果明示、合理地选择法国法作为合同自体法,那么,就有理由说这一案例的原则不适用。

法院这样就可以防止当事人规避“客观的”自体法规定,并且不妨碍当事人合法的商业期待。

被选择与成为合同的内容^[61] 合同的一部分或一方面受某一法律支配这一声明,必须在具体情况下解释。这常常是表明不将整个合同置于该法律的支配之下,而仅仅是指在一个特定国家的执行,或其他有限的目的或事件^[62]。但有时也表明选择了自体法^[63]。因此,如果当事人按照某一法律解释,就表明他们

的所有权利都受该法律的支配。“解释”和“支配”的区别仅仅是“文字上的”^[64]。

然而，应该区别当事人对合同自体法的明示选择与把自体法以外的外国法的某些规定作为合同中的一个或一些术语的情况。英格兰合同的当事人可以协议，代理人对本人的责任由《法国民法典》的有关规定决定。其结果并非使法国法成为合同的自体法，而是使法国法的条款成为英格兰合同中的术语。这是逐字逐句地列出法国法条款的方便的“速记”办法。法院解释英格兰合同时，“必须研究合同，就好像法国法的字句就写在合同上一样”^[65]。再比如说，如果 A 在英格兰从事营业，X 在德国从事营业，A 贷款给 X，协议合同按照德国法解释，但债券必须按照伦敦市的正常文本和习惯规则签订，那么该习惯就成了合同的一部分，但合同仍然受德国法支配^[66]。支配海运人责任的法规，如美国前《哈特法》，或者是实施《海牙规则》的法规，如《1971 年英格兰海洋货物运输法》、《1936 年美国海洋货物运输法》^[67]，常常就是这样“进入”合同的，但支配这个合同的法律并非该法规所属的那个法律。这样，该法规便不是作为一个法规，而是作为当事人协议的一套合同术语。然而，这些用语“与其在法规中的含义相同”，并且合同的其他规定并不有助于其解释^[68]。在解释英格兰合同中的外国法规用语时，法院似乎并不需要熟悉外国法，因为他们是解释英格兰合同中的术语，而不是适用外国法^[69]。

759

如果合同从缔结到履行这段时间，外国法有变化，成为合同术语的外国法与合同自体法明示选择之间的区别的重要性就非常明显了。如果当事人明示地或默示地选择了自体法，一般应该认为他们是想让该法“始终”支配他们之间的关系^[70]。因此，如果在合同存续期间，支配合同的法律发生了变化，例如，自体法国家通过立法，修改了或取消了合同的义务，那么对当事人是有约束力的^[71]。因此，如果自体法国随后的立法宣布合同的条款，

如黄金价值条款无效^[72]或利率下降^[73],合同也相应地被修改,或者如果通过延期偿付权,在债务人所在国用该国货币向国家交付一定款项的义务代替了在债权人所属国家用该国货币偿还债务的义务,情况也是相同的^[74]。甚至在主权变化的情况下,也
760 适用同样的原则,因为“一般来说,在任何情况下,自体法都被认为是一个地方的法律”^[75]。另一方面,如果一条外国法律规则作为合同的一个条款被写进合同,那么,即使该法规已被修改或废除,它仍然是合同的一部分^[76]。实践中,这一区别常常是很难发现、很难适用的^[77]。

例 释

1. 英格兰的保险人在英格兰签发了一份保险单,其中一项明示条款规定,它将依照法国法解释并适用法国法。一般来说,在没有证据表明当事人有意规避英格兰法强制性规定的情况下,法国法即为合同自体法^[78]。

2. X公司是一家美国公司,A向其俄国的分支机构投保了人寿险,保险单规定所有争议都应由俄国法院按照俄国法律解决。1919年,由于俄国政府的一项命令,该合同被废除,并且没有赔偿。A在英格兰向该公司求偿。合同自体法是俄国法^[79]。

3. 在新斯科特成立并从事营业的一家公司,在纽芬兰(Newfoundland)签发了从纽芬兰到纽约的一张货运提单。提单规定,合同受英格兰法支配。在没有证据表明选择英格兰法不是“善意”的情况下,英格兰法就是合同自体法^[80]。

4. 在英格兰成立并从事营业的一家公司,用英镑贷款给在德国成立并从事营业的公司。在伦敦偿还的利息及本金“免除一切德国税收”。贷款的抵押是德国的一片土地。当事人同意本协议按照德国法解释。但在英格兰文本与德国文本有冲突的情况