

# 国际合同法律适用原则的新发展

金 宁

国际合同的法律适用，历来是国际私法中最困难、最复杂的一个问题。随着国际经济关系的发展，许多国家已相继制定了新的国际私法法典，对合同的法律适用作了灵活、详细的规定，使合同的法律适用，在采用合同适当关系法理论、综合运用意思自治原则和最密切联系原则的同时，日益向法律选择的灵活性、多样化和具体化方向发展。

## 一、对运用意思自治原则的某些限制趋于减弱，当事人选择法律的意思表示受到更多的尊重

当事人意思自治作为确定合同准据法的一项基本原则虽为许多国家所接受，但各国学说、立法及国际条约对此都有过各种宽严不等的限制主张和条件。这种限制，新近有所减弱。如《瑞士联邦国际私法》第116条规定：（1）合同适用当事人选择的法律；（2）法律选择必须采用明示的方式或者必须通过合同条款或有关情况加以确定，在其他方面，法律选择受当事人选择的法律支配；（3）法律选择可以在任何时候作出或修改，合同订立后作出的法律选择或变更，其效果追溯到合同订立之时，但不得损害第三者的权利。这一规定揭示了意思自治原则在具体运用上的新发展：

1. 当事人选择法律的条件不断放宽，选择方式和选择时间上的限制趋于减少。当事人选择法律主要有两种方式，即明示选择和默示选择，合同双方当事人明确表示合同应予适用的法律这种方式已为各国普遍接受。但对于默示选择，各国则持不同态度，学者意见也不统一。反对者认为，在合同未明确规定合同准据法的情况下，由法院根据种种因素来推定当事人默示同意适用的法律，往往并不真正代表当事人的意图，事实上扩大了法院地法律的适用范围，因而“很不公正，很不符合实际”<sup>①</sup>。然而，现在各国的立法和判例大都承认默示选择有效，如英、美、法、德、奥、瑞士等国即是如此。<sup>②</sup>许多国际私法公约，如1955年《国际有体动产买卖法律适用公约》（海牙）、1978年《关于代理的法律适用公约》（海牙）、1980年欧共体《关于合同义务法律适用公约》（罗马）和1985年《国际货物买卖合同法律适用公约》（海牙）等也都作了肯定的规定。这表明考虑和尊重当事人的默示选择是当今的一个发

<sup>①</sup> 参见董立坤：《国际私法论》，法律出版社1988年版，第312—313页。这一观点固然有其合理性，但在一定程度上似把默示选择与“假设的选择”等同看待了，而这二者是有区别的。“假设的选择”实际上并不是要真正推知当事人的意思，而是由法官代为作出选择，故会产生种种弊端。

<sup>②</sup> 参见 Ole Lando, *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. Ⅱ, Chapter 24, *Contracts*, 1976, PP. 46—48.

展趋向。当事人选法的意图虽然有时未明确表示出来，但他们的意向往往可以从合同的条款和性质，或从案件总的情况中推求出来，而且这样做一般也要遵循一定的标准，依据一定的客观因素来进行综合考察。因此，推知当事人的默示选择虽然是从探求当事人的主观意图出发，但在效果上与按客观论制定合同准据法的做法是一致的。可见，对当事人默示选择的承认不仅可行，而且是对意思自治原则的进一步贯彻，况且目前各国在这方面都有一定的限制，即要求必须在事实十分明显或确定的条件下才得认定当事人的默示表示，如上述1985年海牙公约第7条第1款规定：“当事人的选择协议必须是明示的，或者必须以合同条款和当事人的行动作总的考察清楚地显示了这种选择”。

关于当事人选择法律的时间问题（即1.合同订立后当事人可否进行选择，2.当事人是否可以改变其原先的选择），有人认为，当事人选择法律的时间应限于订约之时，当事人如果选择了一种法律，以后就不能选择另一种法律。<sup>①</sup>但是绝大多数国家的理论和实践都允许当事人在任何时候合意选择或变更先前的选择。因为，既然允许当事人选择合同所适用的法律，那就应该允许当事人享有选择法律方面的时间自由，并且为了保证合同关系适用法律的协调有序，后来的选择或变更的选择之效果应追溯到合同订立之日，而这必须以不损害或剥夺第三者因最初的选择而取得的利益为限。例如，假设原先支配某人寿保险合同的法律赋予某受益人以某种不可取消的权利，该受益人的这一权利不因事后选择的另一法律而丧失。总之，在当事人选择法律时间上的无限制说现已占绝对的优势。

2.对当事人选择法律的空间限制业已取消，当事人可以选择与合同没有任何空间上联系的法律。长期以来，当事人自主选择的准据法应与合同有某种联系一直是个有争议的问题。欧洲大陆的学者多主张，为防止当事人规避法律，当事人只能使他们的合同受同它有内在联系的法律体系支配。如果他们所选择的法律与合同没有联系，就必须如同当事人未选择法律一样来探求合同的准据法<sup>②</sup>。一些国家的法律也从空间连结点上对当事人选择法律的范围加以限制。如1926年波兰《国际私法》就具体规定了5种可供选择的法律；1966年波兰新国际私法虽然放松了这种限制，但仍强调“当事人所选择的法律与该法律关系要有一定联系，不动产债务依不动产所在地法”。美国第二次《冲突法重述》第187节及美国《统一商法典》第1—105条也有此类规定。然而英国的学说和判例则反对空间范围上的限制。英国法院早在1939年维他食品公司案就指出，当事人选择的法律与合同之间的联系并不是一个主要原则问题，只要当事人的选择是善意的或有正当的理由，就应适用所选择的法律。此后，法国、瑞士等国都有类似的判例。现在越来越多的国家允许当事人选择与合同没有联系的法律。与此相适应，瑞士国际私法法典也未要求当事人选择的法律与合同有某种联系。这种发展趋势是积极的，可取的。它符合国际经济交往的需要，既可便利当事人选择一个中立的第三国法律以避免因各方主张适用自己的法律所引起的困难，促进交易的进行，又可以更好地体现意思自治的本意和优越性，实现法律适用结果的确定性和可预见性，利于当事人依据自己所了解的法律来规定他们的权利和义务，有效地维护自己的利益。

3.当事人选择合同准据法时排除反致。根据意思自治所确定的合同准据法应是调整合同关系的实体法，这是目前多数国家承认的原则。一般说来，当事人选择适用一国法律，就是

<sup>①</sup> 陈洪武：《对当事人意思自治的限制》，载《国际法论丛》（2），法律出版社1990年版，第46—47页。

<sup>②</sup> 沃尔夫：《国际私法》，李浩培等译，法律出版社1988年版，第598页。

希望适用该国的实体法调整其合同关系，并不是希望通过该国的冲突规范的指引转而适用另一国家的实体法。而若采用反致，很可能违反当事人的意愿，破坏了结果的可预见性和法律适用的针对性。

4. 支配当事人选择的效力的法律是当事人所选择的法律。一般认为，当事人的法律选择是一个独立的协议，合同的效力并不必然影响到作为该合同一部分的当事人选择法律条款的效力，因而，当事人是否作出了有效的法律选择应由什么法律支配便成了一个独立的问题。关于这一点虽有不同的主张，如依法院地法或由法院裁量决定等等，然而更多的学者主张依当事人选择的法律，因为既然当事人考虑适用某一法律，该法律当然可以支配他们的选择协议是否有效。由于这一方案简便明了，将有关法律选择协议及合同效力的问题集中由一个法律来解决，并且该法在当事人谈判订立合同时即可为双方所熟知，所以现在得到许多国家以及国际公约的采用，如上述瑞士国际私法第116条、1955年《国际有体动产买卖法律适用公约》第2条、1985年《国际货物买卖合同法律适用公约》第10条等均有此类规定。

## 二、重视法律选择中的政策导向，以致对某些特殊类型的合同排除了意思自治原则的运用

现代国际私法的一个重要特征是重视政策导向，这明显地表现在“直接适用的法律”的地位进一步提高及对消费者和劳动者的保护进一步加强。所谓“直接适用的法律”，是指各国为了维护自己的政治、经济、社会制度所颁布的专门适用于涉外民事法律关系的强制性法律规则。由于这类法律规则对制定者具有特别重大的意义和利益，因此它们不仅可以不依赖冲突规范的指引直接适用于涉外民事关系，而且完全有理由排除当事人选择法律原则的运用。这类法规的作用随着国家对社会经济生活干预的增强而日益增强，它们除了主要来自法院地国法律以外，也来自与案件有重大利益和联系的其他国家的法律。晚近的国内立法和国际公约对合同的法律适用大多规定，即使当事人选择了法律，或法院依照冲突规范选择了应适用的法律，但法院地法或与合同有密切联系的国家的强制性法律规定应考虑优先适用。如瑞士国际私法典规定，瑞士法律中的强制性规定，依其特定目的可以不受依本法所确定之法律的限制而加以适用（第18条）；基于瑞士法律观念认为有正当和明显重大利益的需要时，依本法确定的法律以外的另一与案件事实有密切联系的法律中的强制性规定可以考虑适用。在确定是否考虑某强制性规定时，应考虑该规则的目的及适用的结果，以便能作出符合瑞士法律观念的判决（第19条）。1980年欧洲共同体《关于合同义务法律适用公约》第7条也体现了上述精神。这样的规定体现了立法者的政策，目的在于通过贯彻合同准据法以外的其他国家的强制性法律来维护其公共利益。与此同时，它还反映出当今国际私法的另一个值得注意的动向，即适用外国法时，其公法同样可以适用。过去通常认为，公法具有严格的属地性，不属于国际私法的适用范围。但现在这种框框已被打破，许多国家的法院都有适用外国公法的判例。<sup>①</sup>当前各国制定和适用的“直接适用的法律”一般都是体现在具有公法性质的经济立法中，如外汇管制法、进出口条例、卡特尔法、技术转让法、外国投资法等。只要与合同有密切联系的国家有这些方面的强制性法律规定，各国就应给予考虑或适用。瑞士国际私法典第13条就是顺应这一发展潮流的一个例证，其规定：“本法所确定的外国法包括

<sup>①</sup> 韩德培：《国际私法的晚近发展趋势》，载1988年《中国国际法年刊》，第16页。

依据该法可适用于该案件的所有法规。外国法规的适用并不仅仅由于该法规被认为具有公法性而受到妨碍。”

合同法律选择中的政策导向的另一方面是保护弱方当事人，主要是法律选择要有利于消费者和受雇人。随着战后国际经济的飞速发展而引起的国际消费阶层和商品价值的扩大、国际劳务转移的频繁及多国公司的增长，在商品的供应者和消费者之间，雇主和雇员之间形成了明显的经济地位上的强弱悬殊，各国有必要通过立法来对这些法律关系进行干预，以为那些无法充分保护自身利益的弱方当事人提供起码的保护，从而保证国际经济关系协调稳定地发展。在合同领域对当事人选择法律加以限制，就是这种保护的方式之一。对于消费合同的法律适用，现在一般有两种解决方法：一是排除当事人意思自治，逕行适用消费者惯常居所地法；另一是虽然允许当事人选择法律，但这种选择不得排除有关消费者保护法的适用，或者不得剥夺消费者惯常居所地法律的强制性规定所给予他的保护，而在当事人未作法律选择时，适用消费者惯常居所地法。瑞士国际私法典第120条和1980年欧共体罗马公约第5条分别反映了这两种情况。对于劳动雇佣合同，新近的立法也对当事人选择法律作了一定的限制，规定原则上适用劳务履行地法律，同时还注重法律适用的灵活性和合理性，对不同的情况分别规定不同的连结因素区别对待。如1980年欧共体罗马公约第6条 瑞士国际私法典第121条就是如此。以上有利于消费者和劳动者利益保护的适用法律原则充分体现了当今各国立法中的“政策定向”，它们是社会进步和各国共同需要的产物，是当代国际私法促进法律公正的标志。

### 三、最密切联系原则与特征性履行理论相结合，同时又规定例外条款，使最密切联系原则的运用更加明确、具体和全面

以最密切联系作为一个弹性连结因素代替传统的固定的连结因素，进而作为法律选择的一项基本原则，这是现代国际私法的一个重大发展。现在，运用最密切联系原则作为当事人意思自治原则的补充以确定合同准据法已成为比较普遍的国际实践。这一原则是在法律关系本座说基础上的发展和对传统法律选择方法的扬弃，提高了法律适用的灵活性和合理性，因而首先在合同领域得到广泛接受。然而该原则也有缺点，主要是它赋予法官以较大的自由裁量权，易于导致主观随意性，降低法律适用结果的确定性和可预见性。为克服这一缺点，目前许多国家，尤其是大陆法系国家比较流行采用特征性履行的理论或方法作为贯彻最密切联系原则的基本方法。所谓特征性履行的法律选择方法是指对于双务合同而言，其应适用的法律是反映该合同特征的义务履行人的住所地或营业地的法律。由于适用的是反映某类合同特征的义务履行人一方的法律，显然该法律与该类合同联系最密切。所以，特征性履行实际上是最密切联系原则运用的具体化。现今的立法规定大都是将合同分为不同的种类，进而确定各种合同的特征性履行。这种做法不但考虑到不同类型的合同应有不同的冲突规则，而且还考虑到合同与有关国家以及合同当事人之间的联系，可以避免抽象的“适用与合同有最密切联系的法律”这个原则性规定的缺点。同时，这种方法适用方便，法院不需要再对每一类合同具体分析其与什么法律有最密切联系。首开依特征性履行方法选择合同准据法先例的，是1955年《关于国际有体动产买卖法律适用公约》。它规定：买卖依当事人指定的国家的国内法（第2条）；在当事人未指定适用之法律时，依卖方收到订单时惯常居所地国家的国内法。如果订单由卖方营业所所接受，则依该营业所所在地国的国内法（第3条）。此后，一系列国家如捷

克斯洛伐克、波兰、奥地利、南斯拉夫等国的国际私法立法以及1980年欧共同体罗马公约等均作了类似规定。奥地利国际私法法规和欧共同体公约明确地将特征性履行方法与最密切联系原则联系起来，即最密切联系原则是合同法律适用的基本原则，而合同的特征性履行是确定最密切联系因素的客观依据。1989年生效的瑞士国际私法法典在这方面规定得更为全面、合理。它吸收了1985年海牙《国际货物买卖合同法律适用公约》中的成果，在运用最密切联系原则时，既采用特征性履行方法具体列举了5种合同的特征性履行，又考虑到通过“例外规定”来克服因机械运用特征性履行方法所可能导致的不合理的法律适用后果，从而很好地协调和解决合同法律适用的一致性、确定性、可预见性与灵活性的内在关系。该法第117条在規定如果合同当事人未选择法律，合同适用与之有最密切联系的国家的法律之后，紧接着規定：“与合同有最密切联系的国家是指合同特征性履行的一方当事人的惯常居所地国家，或者，如果该合同系于该方当事人的商业或经营活动过程中订立，是其营业地国家。以下履行为特征性履行：（1）转让所有权合同中转让人的转让；（2）使用某物或某种权利的合同，给予使用的一方当事人的履行；（3）委托、承揽或其他劳务合同中，劳务的提供；（4）仓储合同中保管人的履行；（5）担保或保证合同中，担保人或保证人的履行。”为了进一步贯彻最密切联系原则，在适用特征性履行规则的同时，如果情况证明合同与其他法律有更密切联系，或者出现了法律未能一一規定合同关系的特征性履行时，仍可根据瑞士国际私法法典总则第15条規定的“例外条款”，保证合理的法律适用。该条規定：“根据所有情况，如果案件与本法所指定的法律仅具有很少的联系，而与另一项法律有更为密切得多的联系时，作为例外，不适用本法所指定的法律。本条款不适用于双方当事人作出法律选择时的场合。”显然，这一条款旨在矫正正常的冲突规则在少数例外情况下出现的缺陷，使得合同法律适用更为灵活，更能体现最密切联系原则的精神。

#### 四、可以对合同适当地加以分割，针对不同方面适用不同的法律

究应适用同一法律来支配与合同有关的所有问题，还是应对合同的有关问题加以分解，使不同方面的问题分别适用不同的法律，这是国际私法上久有争论的问题。相应地，在理论上也存在着“统一论”和“分割论”。<sup>①</sup>统一论者主张将合同作为整体对待，对合同的各个方面统一适用一国的法律，以符合合同关系的整体要求，使合同处于稳定统一状态。近一二十年来的一些国际私法的国内立法和国际公约也有反映这一观点的。但更多的学者则主张应允许加以分解。如英国的契希尔和诺斯及斯科特认为，并不是所有的问题都必然受一个法律支配，应该允许当事人协议选择不同的法律支配他们之间不同的契约问题，即使当事人没有这种协议，有时实际情况也要求不同的问题适用不同的法律。<sup>②</sup>

分割论应该说是有其存在的合理性和生命力的。因为合同关系十分复杂，而且又由不同的方面和分支所构成，虽然它们的总和构成合同的整体，但这些方面和分支相互之间往往具

① 章尚锦：《关于涉外合同法律适用的“分割论”和“统一论”》，《法学与律师》（汕头大学）1990年第2期。

② 参见Cheshire and North, *Private International Law*, 1979, pp. 195—196; A. W. Scott, *Private International Law (Conflict of Laws)*, 1979, Chapter 17.

有相对独立性和特殊性，而不顾这些情况一概适用某一法律是一种机械的、不尽合理的法律适用方法。对合同问题的不同方面科学地加以划分，适用不同的法律有利于合同纠纷的妥善处理，符合当事人的正当期待。当然，对于合同的分割也应有所限制，即应在尽量保持合同完整性的前提下，对于明显易于且可能区分的方面加以分割，如合同缔约能力、合同的形式、合同的成立及效力、合同的履行细节及解释等问题就可分别适用不同的冲突原则。但对于一些内在联系紧密且不易或不宜分开的问题不能硬性分割，如不能把合同的权利和义务分割开来。在问题性质比较复杂而能将其简单归入某一范畴时也不应采用分割方法。此外，当事人通过意思自治进行分割必须出于善意，不得以此规避与合同或合同某些方面有最密切联系的国家的法律的强制性规定。

（作者单位：安徽大学法律系）

责任编辑：林炎

## 中国古代军事法溯源

张少瑜

现代军事法一般指调整国防与军事活动范围内社会关系的法律规范的总和。它是国家法制的重要组成部分，对于促进国防建设和武装力量建设，确保国家法制的完整与稳定，具有极为重要的作用，历来受到人们的重视。中国古代社会虽然没有明确的军事法概念，但用于调整军事活动的法律规范却很早就出现了，甚至在某种意义上可以说最早产生的法律之一就是军事法。古人常用“兵刑合一”、“刑始于兵”来说明刑罚的产生与军事紧密相联。我国古代军事法自春秋战国时开始形成，绵延两千年，直至十九世纪末、二十世纪初才向近代化转变。其形式多样，内容丰富，并有一套自己的理论，颇具特色。为了更好地研究古代军事法，沿波讨源是十分有益的。

我国最早的军事法规范出现于原始部落逐渐瓦解，种族国家形成并日益发展的夏、商、西周时期，即约公元前二十一世纪至前八世纪的所谓上古三代时期。部族战争是国家形成的主要动力。《史记·五帝本纪》卷首便言：“轩辕氏习用干戈，以征不享，诸侯咸来宾从。”轩辕氏胜炎帝于阪泉，擒蚩尤于涿鹿，被诸侯尊为天子，号为黄帝。“天下有不顺者，从而征之”。此后，启征有扈，汤伐夏桀，周武灭纣，战争史不绝书，古代军事法就在这些战争中产生了最初的萌芽。

据理而言，有军事活动出现，就会有调整参与这些活动的人员行为的规范存在。因此可以设想，在原始社会末期的部族征战中，某些军事法的规范就应该产生了（当然这还不是标准意义上的法律），然而证之于史却很困难。

《汉书·胡建传》载：“黄帝李法曰‘壁垒已定，穿逾不由路，是为奸人，奸人者杀’。”