国际融资的法律适用问题

徐 国 建*

国际融资是国际金融中的一个很重要的方面。随着我国经济建设以及对外开放的不断扩大和深入,我国进入国际金融市场进行国际融资的活动也越来越多。国际融资是一个外延很广的概念,它具体包括了不同性质的借款人和贷款人通过各种各样的金融手段在国际金融市场获取资金的不同方式。本文试图探讨的有关国际融资的法律适用问题仅限于国际贷款协议(International Loan Agreement)及国际债券发行(International Issue of Bonds)中所涉及的法律选择以及法律适用的问题。

在国际私法上某一涉外法律关系的法律冲突的解决或法律适用通常是指确定这一法律关系的适用法律(准据法)以及在实践中确定准据法的内容以及具体适用该准据法两大方面。本文所探讨的国际融资的法律适用问题则仅限于上述第一个方面,即确定国际融资法律关系所应适用的法律,即准据法(proper law)。

由于国际融资的法律适用问题是一个涉及面很广,且与复杂的国际金融活动以及国际私法实践紧密相连的问题,国际社会国际私法学界对该问题也还没有形成完善和统一的理论,国际金融实践中在该问题上也没有统一的实践,特别是到目前为止我国国际私法学界以及国际金融学界对该问题的探讨尚属寥寥无几,因此,我们试图以国际私法的一般原理从理论上分析国际融资的法律适用问题,从而为实践中解决该问题提供一定的理论根据。在此基础上,我们还试图对国际融资法律适用的实践进行考察,从而为理论研究提供一定的实践根据。

一、国际融资准据法的标准

国际融资准据法的选择有两个主要的途径:即交易当事人依据当事人意思自治原则自愿选择某一国家的法律作为国际融资活动的准据法,以及当事人在没有作出这种选择时依据客观因素确定国际融资行为所应适用的法律。从国际私法的理论出发,国际融资活动一般说来可以适用以下一些国家的法律:1. 借款人所属国的法律;2. 贷款人所属国的法律;3. 市场所在国法律(如伦敦作为欧元市场,或者债券发行的市场);4. 某一独立第三国的法律制度;或者;5. 国际统一私法制度(如一般法律原则、现代商人法等)。

由于国际融资所涉及的当事人主要是借款人和贷款人两个方面,而他们两者在法律适用

* 德国汉堡大学法学博士,德国舒诺贝律师事务所驻沪代表。

的利益上存在一定的冲突。他们两者之间在经济实力、竞争形式以及交易成功与否的考虑等方面的情况也存在差异,加之在国际金融市场上贷款人较之借款人通常更需要获得法律的有力保护,因此,贷款人通常都可以说服借款人接受贷款人认为合适的法律制度作为国际融资交易的准据法。

如果我们考察国际融资的实践,不管是出于爱国主义、法律传统、便利因素以及其他一些方面的考虑,参与国际融资活动的银行以及投资人通常均希望他们间的协议能受他们所熟悉和习惯与之打交道的"本国"法律制度的支配。因此,国际融资中的借款人可能并不希望他们的融资活动受银行以及投资者所意欲适用的法律的支配。

在这种情况下,国际融资法律关系究竟应该受什么法律制度的支配?我们认为国际融资法律关系应符合以下一些主要的标准,即1. 稳定的、有利于商业活动的法律的标准;2. 便于法院适用的标准,以及3. 准据法的独立性和延续性标准。这些标准同时也是影响国际融资准据法确定的因素。

(一)稳定的、有利于商业活动的法律

国际融资活动的双方当事人通常都希望他们的活动受一稳定的、对于交易活动有利的法律制度的支配。该法律制度对于国际融资活动有较完备的规定,从而使国际融资活动的当事人可以预见支配他们活动的法律的内容,以及预见他们所进行的国际融资活动的法律后果。而且,国际融资活动的当事人还希望支配他们的国际融资活动的法律的所属国国家政治、经济和金融制度稳定。因为一个政治、经济和金融活动不稳定的国家的法律制度可能会对国际融资活动的适用法律产生不利的影响。

这里我们试图以联合贷款(syndicated loan)为例说明法律关系的稳定性对于国际融资合同当事人的意义。在这种融资活动中,合同当事人尤其是贷款银行团非常希望能在贷款协议中确定下来在何种情况下贷款银行团享有直接和无条件地解除贷款合同,并要求借款人偿还所有尚未到期的贷款的权利。现在问题在于,人们能否以某种方式在贷款合同中将此种权利确定下来,并且在不必求助法院的干预和确定的情况下能使此种权利得到实现?就该问题而言,依据英国有关法律规定,贷款合同的当事人可以在合同中规定,借款人于特定日期支付利息是贷款合同的一项基本"条件",那么,如果借款人违反此一义务便自动地赋予了银行终止贷款合同,并要求借款人偿还所有未到期的借款的权利。据此,英国法院应该给予此种合同规定法律效力,而不管该规定的实质如何以及它是否公正,或者贷款银团是否由于借款人违反合同义务而遭受任何损失。[1]

对于国际债券发行中认购债券协定(Subscription Agreement)的当事人而言,支配合同的准据法的稳定性也是他们,尤其是代理认购人(Managing Underwrieter)所积极寻求的。代理认购人总是希望认购债券协定中能够明确规定在一些具体情况出现时有权终止债券的发行。更重要的是,认购债券协定所赋予代理认购人的此种权利不会因为支配该协定的准据法有特别规定而遭到削弱。

国际融资合同的当事人所寻求的合同法律关系的稳定性还表现在另外一方面,即法院应该基本上不在当事人于合同中规定的条款之外自行增加条款。如果一国法律给予法官在当事

[1] 英国上议院在Bunge Corpn v. Tradx SA一案的判决中确定了英国法院所遵守的这一原则;该判决见(1981)1 WLR 711, HL,尤其是法官Roskill的观点,见第724页。

人达成的书面合同中增加条款,甚至法官可以依据自己的对当事人意思的理解而重新改写合同,那么,商事活动中的当事人便无法在缔结合同时实现法律关系稳定,并从而可以达到当事人的权利和义务能够预见的目的。德国法学家茨威格特和科茨曾正确地指出,"法律赋予法官的此种自由取决于一国对于合同解释的方法"。[2] 为说明国际融资合同法律关系的稳定性可能会由于法官对合同解释而受到的影响,有必要对英美普通法系和大陆民法法系所采用的两种不同的合同解释方法进行简单的分析。

英美普通法系国家对于合同的解释通常采用一种所谓的表现主义方法,即依据合同当事人所作的外部的表现和表述严格按合同的字面含义解释合同。法官在依据此方法对合同进行解释时主要是探究合同中所使用的词语的客观的含义,而当事人的意思仅在被反映于所使用之词语的客观意义中时方被予以考虑。例如,英国上议院在利物浦市政府诉爱尔文一案的判决中指出,英国法院将不会把某一条款加入合同中,除非合同或交易在不进行这样增加适用时便缺乏商业功效(Business Efficacy)。[3] 英国上议院在该案中的态度实际上是重申了英国上诉法院在默尔科克(Moorcock)一案中所确定的方法。[4]

以法国民法典为基础的大陆民法法系国家在合同的解释问题上,采取另一种方法,即将合同解释的目的理解为寻求合同当事人的主观意思。因此,法官在解释合同时可以不考虑合同中实际使用的词语,而赋予合同当事人所理解的意思以效力。此一方法的法律根据主要是法国民法典第1156条的规定,该规定赋予"合同当事人共同的意思"(la commune intention des parties contractantes)优于合同中书面含义的解释效力。

比较上述两种合同解释方法人们可以发现,普通法系的方法更有利于合同关系的稳定,因为,合同当事人所缔结的协议不可能因为法官的解释而出现意义方面的偏差。尤其是于国际融资合同而言,由于此种合同的双方当事人通常都让其律师拟定和审查合同,因此此种合同字面上所反映的意义常常便是他们所意欲通过合同确定的意思,而使他们的这种意思得以在实践中实现也是合同法律关系稳定的表现。正因为如此,在国际融资实践中合同当事人,尤其是贷款方通常更乐于选择采用此种合同解释方法的英国法律或纽约州的法律作为融资合同的准据法。[5] 与此种方法相反,民法法系的合同解释方法却"剥夺了认真和详细起草的合同协议的商业完整性,并使其通过法官对合同当事人的意思的理解而遭受司法干预。"[6] 因此在国际融资实践中,大陆民法法系国家的法律较少被国际融资合同的当事人选择作为其合同的准据法。

(二)便于法院适用的标准

与所有涉外经济法律关系的准据法一样,国际融资法律关系的准据法除了规范该活动的当事人进行这种活动的作用以外,通常是在出现有关争议时,在法院可以求助于解决此种争议时供法院作为解决争议的依据。因此,确定国际融资活动的准据法所应考虑的一个标准便是该法律是否便于法院的适用,包括有管辖权的法院在作出有关的判决后此种判决能否依据该准据法的规定得以顺利执行。根据这些标准,国际融资活动的准据法首先应该是其国家的法院可

[2] 见 Zweigert and Koetz, *Introduction to Comparative Law*, Vol. Ⅱ(Clarendon Press, Oxford, 2nd edn 1987) Chapter 13。

[3] 该判决载英国 Liverpoor City Council v. Irwin(1977) AC 239。

[4] 该判决载英国(1889) 14 PD 64。

[5] 参见 Zweigert and Koetz 前引书,第88页; Ravi C Tennekoon 前引书第22—23页。

[6] 见 Tennekoon 前引书,第23页。

能会被求助于解决与该融资协议有关的争议的国家的法律制度。但是,在国际上对于这种“便利标准”是否应成为确定国际融资活动准据法的一个标准存在两种不同的观点。

持赞成观点者认为,此一标准是必要的,而且,根据此一标准国际融资协议的准据法通常应该是借款人国家的法律。因为如果在执行国际融资协议中出现争议而对借款人提起偿还债务的诉讼,这种诉讼不管在哪一国家进行,要执行判决都必须在借款人本国进行,因为在该国借款人拥有其绝大多数的财产。而且在公司作为借款人的情况下,很可能要在借款人所在国进行公司清算的法律程序。如果一方面诉诸借款人本国的法院,使其解决有关争议,另一方面却要让该法院适用对于它来说并不熟悉的外国的有关融资方面的非常复杂的法律制度,则不但会使法律程序复杂化,而且也增加由于适用外国法律所可能产生的费用的增加和时间的耽搁。此外,这样做也可能会危害对于贷款合同来说非常重要的法律规范的可预见性。

持反对观点的人却认为,在出现国际融资协议法律争议的情况下,不能过高地估计借款人本国的法院可能必须适用对他们而言并不熟悉的外国法律制度所带来的不便,因为在诉请违约不付款的当事人支付应付款项的诉讼并不存在什么很神秘的法律问题。持这种观点的人还进一步认为,参与国际融资市场进行国际借款的当事人通常并不只在世界某一国家拥有财产,而是在世界上不同的地区和国家拥有其财产。因此,完全可以在借款人本国以外的其他国家成功地进行强制执行法院判决的诉讼程序。

我们认为,确定国际融资合同准据法的“便利标准”是可以而且应该予以考虑的一个标准,但是,这一标准不能作为确定国际融资协议准据法的唯一的或很重要的标准。此一标准只能作为一个附属的标准予以参考,它必须与其他的标准结合起来予以使用。

(三)准据法的独立性和延续性标准

此一标准要求通过修改借款方国家的国内法以避免支配国际融资协议的准据法受政治干预。英国律师伍德(Philip Wood)从这一意义上认为支配国际融资合同的准据法应该是一种“外部法律制度”(external system of law)。[7]

国际私法学上一种广为接受的理论认为,支配合同关系的准据法应该是时刻存在的法律,也就是说若准据法发生变化,合同也应合乎这种变化了的法律的支配。[8] 英国上议院在1950年判决的卡勒尔诉中原银行一案(Kahler v. Midland Bank)中明确指出,“准据法由于它是持续的,因此也可以改变或解除合同所规定的义务”。[9]

世界上不少国家在其立法和司法实践中均接受了这样的观点,即私法性质的合同均应受合同缔结后有关国家改变它的法律的支配。例如,奥地利于1930年、丹麦于1937年、挪威于1937年开始采用这一实践。但是,法国却在涉及国际支付的一些案件中采用与上述国家不同的作法,即法院仅适用合同中所确定的准据法原来的条款,而不理会这些准据法在合同缔结以后所发生的变化。

在国际融资法律实践中,一般说来借款人所属国通过的有关延期偿付外国债务的立法、有关降低贷款利息的立法(如希腊和维多利亚州于1930年的立法)、或者要求仅以本国货币向当地的债权管理人支付债务的立法(例如德国1930年的有关立法),支配贷款协定的准据法为借

[7] 参见Phlip Wood,The Application of Law in International Finarcing,第5页。

[8] 参见李双元:《国际私法》(冲突法篇)。

[9] Kahler v. Midland Bank, A. C. 1950, 24.

款人国家的法律的情况下，外国法院通常能够承认这些立法，使得业已存在的国际融资合同予以改变。当然，此一实践就借款人和贷款人的利益保护而言是旨在保护前者的利益。历史上的一些案例表明如果借款人是一个国家或者是一个对于国民经济至关重要的公司和企业，那么这种立法不被外国法院承认对既存之合同具有约束力的风险也变得更大。

通过改变法律以对外国债务进行影响这一实践并没有为国际上一些资金比较紧张的国家的政府所放弃。这些国家的政府通常采取此一办法保护本国经济和维持本国进口必不可少的商品的能力。由于政府通常均控制了自己的立法机器，因此通过改变本国法律以单方面地改变自己所承担的国家义务通常是不会遇到什么困难的。

这种情形可以英国法院曾经作出的两个内容正好相反的判例予以说明。判例一是1956年瓦格诉合伙人有限公司(Re Helbert Wagg & Co., Ltd.)案。该案案情如下：一英国公司与一家德国公司缔结了一项贷款协议，该贷款协议受德国法律支配。依据该协议，该英国公司向该德国公司提供一笔以英镑支付的贷款。协议规定，贷款本金和利息均应以英镑在伦敦支付。1933年德国颁布了一项延迟偿付借款的法律，该法律规定德国的借款人应将业已承诺的还款以马克而不是以英磅支付给设在柏林的一家政府代理机构。战争结束后，德国的借款人将所应支付的全部款项以马克支付给了这一家政府代理机构，并从而依据该延迟付款法的规定被免除了其他所有的支付义务。对于德国法律的这一规定，英国法院认为，由于贷款协定适用德国法，因此应该依据德国法律的规定确定合同义务是否由于向德国本国的一个政府代理机构进行了支付而予以解除。而且，由于该延迟支付法是一德国法律，借款人不存在进一步的诉讼请求。对于此一规范英国法院只允许有一例外，即如果准据法的改变具有没收或处罚性质，那么此种修改英国法院不予承认。但是，在本案中英国法院的结论是，德国1933年的延迟付款法是一部旨在解决经济问题的诚实的法律，它并不具有针对一般的外国债权人的歧视的性质。因而，英国法院承认该法的效力。另外一个与该案相反的案例是1958年希腊的雅典国民银行有限公司诉梅特斯案(National Bank of Greece and Athens S. A. v. Metliss)。该案案情如下：1927年希腊国民抵押银行发行了英镑抵押债券，此种债券的发行由希腊国民银行予以担保。此种债券受英国法律的支配。1941年4月以后借款人便不再支付利息了。1949年希腊颁布了一项法令规定停止所有基于债券而提起的诉讼中的所有债务和权利的实现。一位债券所有人向英国法院提起了要求获得欠付利息支付的诉讼。英国法院在该案判决中作出了与上述英国法院观点完全相反的判决，认为由于支付利息的债务适用英国法律，因此希腊有关延期偿付的立法便可以不予理会，而被告希腊银行应该支付拖欠原告的利息。

尽管国际融资合同准据法的独立性和延续性是非常重要的一个标准，在国际融资活动的实践中一些商业性质的贷款人甚至认为准据法的此种性质具有至关重要的意义，因此，如果准据法不符合此种标准则不愿意提供贷款，但是，准据法的这一标准并没有给国际融资活动中的贷款人提供完整和充分的保护。其理由主要有以下一些：

首先，法院判决在当地执行的困难。如果借款人的所有财产均在借款人的国家，那么显然有必要将外国法院所作出的要求借款人偿还款项的判决通过借款人所属国的法院予以承认和执行。而在这种情况下，借款人所属国家的法院很可能不理会外国准据法中与本国法律规定相冲突的那一些内容，包括贷款方所意欲获得的具有独立性和延续性的法律规范。

其次，国际融资法律关系的某些部分应受借款人本国法的支配。在国际私法上，某一法律关系的准据法通常都不可能支配该法律关系的所有方面，也就是说，此种法律关系的当事人对

于该法律关系的某些方面不可能选择法律予以支配。例如,公司借款人的地位问题,即借款人是否私人公司、市政府或国家的中央银行的地位问题通常应该是依据公司成立地的法律予以确定的问题。因此,在诸如此类的问题方面,国际融资合同的贷款人便无法使他们也受一种独立和延续的法律的支配。

最后,出于外汇控制的原因。1944年缔结的建立国际货币基金组织的布雷顿协定第8条第2款b项规定:"涉及任何一个成员国国内货币的汇兑合同,如果与该国所实行的协定相一致的外汇管制规定相矛盾,那么此种合同在任何国家的领土上均不得予以执行。"根据这一规定,如果执行法院将某一国际贷款协定或者债券视为汇兑合同,而且借款人本国在与上述协定相一致的前提下修改本国有关外汇管制的规定,比如修改这种规定从而要求本国的外债借款人以本国货币而不是以外国货币向贷款人偿付本金和利息,那么布雷顿森林协定的其他成员国的法院可能在一些具体情况下就有义务赋予上述借款人本国修改后的外汇管制条例以一定的法律效力,而不管支配该贷款协议的准据法是如何予以规定的。

由于国际融资活动是一种牵涉面很广、经历时间很长并且内容十分复杂的国际商业活动,因而,选择有利于此种活动顺利进行并对此种活动当事人权利和义务予以明确和公正规定的准据法便具有非常重要的意义。此种法律通常应符合上述标准。而在国际私法理论上以及国际融资活动的实践中此种法律一般是由合同当事人自由选择的,只有在当事人没有行使其确定合同准据法的意思自治的权利时,才由法院决定依据何国法律确定合同当事人的权利和义务。

二、当事人自由选择准据法

当事人意思自治原则是为当今各国国际私法所普遍接受的一条基本原则。根据该原则,合同当事人可以自由选择支配他们合同的准据法。尽管该原则也受到一些方面的限制,但是,此种限制仅仅是该原则的一些例外情况。在实践中该原则之所以是一条非常重要的国际私法原则,一个原因在于,"(合同当事人的)每一个法律选择均属于商人考虑的一部分,常常也是将风险予以分担的充分根据,并从而成为经济事实的倒影"。[10]当事人意思自治原则给予合同当事人寻找法律适用问题个别解决方案的机会。就国际融资合同而言,当事人意思自治原则仍然是确定此种合同准据法的一个最为重要和普遍接受的原则和方法。

(一)当事人自愿选择国际融资合同的准据法

国际融资合同的当事人可以自由地选择支配他们合同的法律。这种自由度是很大的。合同当事人所选择的准据法与合同并不一定要有什么客观上的联系,也就是说,合同当事人可以选择一个对于合同而言是"中立的法律"。[11]而且,合同当事人所选择的法律的所属国并不一定是他们所选择的解决合同争议的法院或仲裁院所在地所属国。[12]但是,国际融资合同当事

〔10〕见 Gamillscheg, *Rechtswahl, Schwerpunkt und mutmasslicher Parteiwille im internationalen Vertragsrecht*, Archiv fuer civilistische Praxis 157(1958/59). P. 303.

〔11〕参见 Bendref, *Vereinbarung neutralen Rechts im internationalen Vertraegen*, 载《国际经济法》(RIW)1980年,第386页。

〔12〕参见 Reithmann/Martiny, *Internationales Vertragesrecht*, Koeln 1988, p. 45。

人在进行法律选择时自然应该考虑我们上面所分析的合同准据法的若干标准。此外,在实践中,如果合同当事人所选择的准据法与合同的关系并没有客观联系这一事实于合同一方当事人而言是不公正的,那么此种法律选择通常会被法院确定为无效的。[3] 在学术界有人把此种情形称为"连接点的滥用"。[4] 对于当事人自由选择合同准据法的此种限制在一些国家的法律上可能会是以其他的方式表现出来的,即法律要求当事人所选择的法律与合同具有"合法的利益(interest legitime)"、"善意的意图"(bona fide intention)或"与合同真正的联系"(real connection with a contract)。[5] 例如,瑞士联邦法院在其判决中便明确表示当事人对合同准据法律的选择"仅当当事人对于其所选择的法律的适用具有合理的利益时,此种选择才被承认"。[6] 我们认为就当事人选择的准据法是否与合同应该具有客观的联系而言,这种联系主要是指经济方面的联系而不是地理和空间方面的联系。[7] 而这种经济联系的情形是不相同的,在实践中常常也不会很明显地表现出来。[8]

国际私法的理论和实践均允许合同当事人部分选择准据法,即允许合同当事人自行选择适用于合同的全部和部分的法律。[9] 如果合同的当事人仅就合同关系的某一部分选择了准据法,那么合同关系的其他部分便依据合同的客观联系而确定适用的法律。自然,合同当事人也可以将合同关系分成不同的部分而分别选用不同的法律来支配这些不同的部分。尽管合同当事人在进行法律选择时可以自由地分割合同关系(即所谓的depecage),但是,在理论界有人认为,当事人选择合同准据法的自由通常应是使他们选择支配完整的合同关系的统一法律的自由,也就是说,合同当事人最好应避免将合同关系分割开来而使其受不同的法律的支配。[20] 如果我们考察实践中合同当事人选择准据法的情况,便会发现实践中合同当事人将合同关系分开从而选择不同的法律支配合同关系或者部分选择法律支配合同关系的情况是并不多见的。与分割合同关系选择不同的合同准据法和部分选择合同准据法的情形不同,合同当事人在实践中通常均将他们的法院管辖和法律选择的协议或仲裁协议受除合同的准据法以外的法律的支配。[21] 就国际融资合同的法律选择而言,合同当事人也享有将合同关系进行分割从而选择不同的法律支配不同的合同关系以及部分选择合同关系的准据法的自由。

在国际经济合同交往中常常会出现这样的情况,如果合同的一方当事人是个人或者私法性质的公司,合同的另外一方当事人是国家或者国家机构,而合同的这种不同性质的双方当事人选择或者部分选择适用以国家或者国家机构作为合同一方当事人的国家的法律。在这种情况下,作为合同一方当事人的个人或者私法性质的组织通常会担心国家或者国家机构在合同缔结后单方面修改其法律从而造成另一方当事人的不利,并试图通过一种所谓的稳定条款或冻结条款以达到在这种情况下保护自己的利益的目的。在国际融资合同中经常会出现国际融

[3] 参见 Simitis, *Aufgaben und Grenzen der Parteiautonomie im internationalen Vertragsrecht*, 载《法学》(JUS) 1966 年,第 212 页以下。

[4] [5] [8] 见前引[2]Reithmann/Martiny 书,第 45 页、第 46 页、第 45 页。

[6] 参见 23. 3. 1965, BGE 91 Ⅱ 44(RabelsZ 1966, p 329= AWD 1965, 480); 30. 3. 1976 BGE 102 Ⅱ 143/146; Schnitzer, Rec. des Cours 1968, Ⅰ, 587 f.

[7] 参见 Vischer, *Internationales Vertragsrecht*(1962), p. 51.

[9] 如 1980 年 6 月 19 日订于罗马的《关于合同义务法律适用的公约》第 3 条第 1 款便有此规定。

[20] 参见 Ferid, *Internationales Privatrectht*, 3. Aufl. (1987), 连号 6—26; 前引[2], Reithmann/Martiny 书,第 47 页。

[21] 上引书,第 48—49 页。

资合同的一方是个人或者私法性质的组织而另一方是国家或者国家机构的情形,因此在当事人选择合同适用法律的时候在合同中规定一条“稳定条款”,从而冻结合同准据法对于保护作为一方当事人的个人或者私法性质的组织的利益便具有重要的意义。[22]此种条款通常规定,双方当事人所协议的准据法仅以其在特定的时间的内容为准,而其后的修改不予考虑。

(二)对当事人意思自治原则的限制

尽管总的说来国际融资合同的当事人享有选择支配合同的准据法的很大自由,但是,这种自由也受到种种限制。这些限制主要包括以下若干方面:

1. 国际融资合同与准据法的联系的限制

国际上一种广为人们采纳的理论认为,当事人选择的合同准据法必须与合同本身具有自然联系。就国际融资合同而言,这种联系最典型的连接点是国际融资合同的谈判或签字地、合同一方当事人的注册登记地或住所所在地、筹资地以及支付地或债券发行地等等。[23] 尽管国际私法的理论以及一些国家的立法和司法解释均要求国际合同当事人自由选择的合同准据法具备上述联系,但是,考察各国国际私法的实践,人们很难找到一国法院基于合同与选择的准据法间由于缺乏合理的联系而认定当事人明示选择的准据法无效的判例。一些国家的法院判定合同法律选择条款无效通常都是基于其他一些理由,如规避应予适用的强制法律规范或法律选择违背公共政策等。国际金融和贸易实践通常均接受当事人对与合同无自然联系,但非常适合于私法合同的法律制度的选择。[24]

学术界有人认为,在对合同与当事人选择的准据法间的联系进行考察分析时不能只进行机械的“联系计算”,而应进行合理的判断。[25] 此种合理判断可以包括合同当事人希望将他们间的国际融资合同置于它们所信任的一中立国,或者他们所熟悉的国家法律的支配。也正因为如此,英国法官怀特(Wright)1939年在有名的维它食品公司诉乌努斯航运公司(Vita Food Products Inc. v. Unus Shipping Co. Ltd.)一案的判决中指出,“与英国法的联系并非根本实质所在……,当事人可以合理地期望英国商法中那些熟悉的原则应该得到适用”。[26] 在其他国家的司法实践中也存在这样的观点和实践,如瑞士联邦法院在1965年判决的Ades一案中便认为,如果当事人对于选择不具有联系的法律存在合理的利益,那么,实质联系便是不必要的。[27] 意大利最高法院在其1960年判决的一个案件中也持同样的态度。[28] 实际上《美国冲突法重述》中规定,“如果当事人的选择无合理的基础,则法律选择不被支持”,这实际上也是持与上述观点相同的观点。[29]

[22] 参见 P. Sarcevic, *Rechtsfragen der Umschuldung*, 载 *Zeitschrift fuer das gesamte* Kreditwesen(1985), pp. 53-56; *Choice-of-Law Issues Related to International Financial Transactions with Special Emphasis on Party Autonomy and Its Restrictions*, 载 *International Contracts and Payments*(Sarcevic, edt.)(1991), p. 115。但学术界有人认为“国际贷款合同”中此种条款很少使用。参见 U. Bosch, *Vertragliche Regelungen in internationlen Kreditvertraegen als risikopolitisches instrument*, *in*: *Kruemmel*(*Hrsg.*), *Internationales Bankgeschaeft*(1985), *S*. 117, 124 *ff*.

[23] [24] 见 Philip Wood 前引书,第8页。

[25] 上引书,第9页。

[26] 见 A. C. 277, p. 291。

[27] 见 Bg 23.3.1965, BGE91 Ⅱ 44。

[28] 见 Cassation, 2.12.1960, Riv. D. I. (1961), p. 677。

[29] 见该重述第187节第(2)(a)段。

总之,尽管合同与当事人所选择的准据法间应有自然联系是对当事人合同自由原则的一项限制;但是,这种限制于国际融资合同当事人自由选择合同准据法而言影响是不大的,因为,大多数国际融资合同当事人所选择的法律均与合同有实际的联系。[30]

2. 当事人选择法律不能构成对应予适用的法律的规避

国际私法理论以及绝大多数国家的国际私法实践均认为,合同当事人目的在于规避合同本应适用的法律的法律选择是无效的。[31] 澳大利亚昆士兰法院对此曾作出一个判决。[32] 法院在该案的判决中认为当事人对香港法律的选择是不应予以支持的,因为此种选择规避了昆士兰州关于房产代理人的佣金受法定最高额限制的法律规定。[33] 英国尽管没有象上述澳大利亚法院明确以规避法律为由拒绝法律选择的判例,但是,英国法院在上述维它食品公司案的判决中明确规定当事人的法律选择必须是善意和合法的(bona fide and legal)。[34] 据此,当事人出于法律规避目的而进行的法律选择也是会被英国法院认定为无效的。

一般说来国际融资活动所涉及的合同的当事人均具有充分的实力和技能以确定他们的权利和义务,而不必通过规避法律的方式来达到维护自己利益的目的。但是,这并不意味着合同当事人选择法律不能是出于规避法律目的的限制不适用于国际融资合同。在实践中,国内的反高利贷法、放债法、关于联合抵制或经济制裁的法律以及有关禁止对禁止交易给予贷款的法律常会成为国际融资合同当事人试图规避的对象。[35]

3. 国家性质合同不允许当事人选择准据法,而只能适用特定的法律的限制

由于国家性质的合同(或称政府合同)系一国国家或政府作为合同当事人一方,且此种合同于国家的国计民生意义重大,很多国家的国内法律均规定此种合同必须受作为一方当事人的国家或政府部门国家法律的支配,而不得受外国法律的支配。例如,深受卡尔沃理论(Calvo Doctrine)影响的一些南美国家,如委内瑞拉、哥伦比亚等国均采取这样的态度。沙特阿拉伯的法律也规定,政府合同必须受沙特法律的支配。

与此相类似的是,一些国家法律规定本国的强制性法律规定应适用于特定的国际合同。例如,奥地利国际私法便规定,在奥地利缔结的且合同一方为奥地利公民或法人的合同应受奥地利强制性法律规定的约束。据此,上述合同的当事人选择合同准据法的范围便大大地受到限制。

三、当事人未选择准据法时合同的法律适用

在国际融资实践中,合同当事人通常均自行选择合同准据法,但是,在一些情况下合同当事人也可能不选择合同准据法。这种情况出现的原因是多种多样的,如贷款可能仅以换文的形式非正式地确定下来,而此种换文中并无法律适用的规定。但是,在更多的情况下,可能是因为借款人是一国家或政府机构,而此种合同当事人或是出于国家尊严的考虑或是因为国内宪法

[30]-[35] 参见 philip Wood 上引书,第 9 页。

[31] 参见韩德培主编《国际私法》(19);李双元:《国际私法》(冲突法篇)。

[32] Golden Acres Ltd. v. Queensland Estates Ltd. (1969),载 Qd. L. R. 378。

[33] 同上注。

[34] 见 A. C. (1939) 277, p. 290。

的禁止性规定或是仅仅因为本能地对外国法律的怀疑和不信任,而不愿使其主权受制于一外国的法律。而国际融资合同的贷款人常常也不愿意使他们的合同受借款人国法律的支配,在这种针锋相对的情况下,作为一种妥协;双方可能均会同意,在合同中并不对合同准据法作出选择,而是将法律适用问题留待法院确定。

对于在合同当事人未选择合同准据法情况下,应如何确定合同适用法律的问题,各国立法和司法实践的态度是很不一致的。[36] 即使在同一国家,随着实践的发展,法院在合同无选择准据法时确定适用法律的标准和方法也是不一样的。例如,英国法院在早期的审判实践曾经以缔约地法为合同准据法。之后,通过王座法庭的判决发展为依据"推定的"当事人的意图确定合同准据法的方法。到1938年,英国枢密院司法委员会又在一个判决中将此种方法改变为根据案件的事实情况确定合同准据法。而1951年英国上诉法院的一个判决中法官韦斯特莱克又把根据案件客观情况确定的合同准据法归纳为目前为很多国家所接受的"与交易有最密切最真实联系"的法律。[37]

尽管国际私法的理论以及各国国际私法的实践在当事人无法律选择时对于确定合同准据法的标准和方法很不一致,但是,有一条规则却基本上是一致的,即法院在受理了这种案件后应先考察当事人是否作出"默示的法律选择"。如果存在此种默示选择,那么法院应以当事人默示选择的法律为准判案。这种标准和方法我们可以称为确定准据法的主观标准和方法。如果不存在此种默示选择,即无法通过主观标准和方法以确定准据法,法官便必须采用客观标准和方法确定。而这种客观标准和方法又大致可以分为两大类,即僵硬的标准和方法与灵活的标准和方法。前者如以合同当事人的国籍、合同缔结地或合同履行地等连接因素为根据对准据法进行"僵硬推断"的方法以及将法院地法确定为合同准据法的方法,而后者如重心说、政府利益分析说以及"使合同归于有效的法律"的理论和方法。

(一)合同当事人默示选择法律

很多的国际私法学者均将合同当事人默示选择合同准据法作为当事人行使意思自治选择准据法的一种方法来对待。而我们这里将该问题作为合同当事人未选择合同准据法时,法院依据合同关系的一些因素确定合同准据法的一种方法进行讨论。

法院在以此种方法确定国际融资合同准据法时,通常是先考察国际贷款协议或国际债券发行中是否包含有某些表明当事人意图适用某一特定国家法律的证据。若有,那么此种证据表明的当事人意欲适用的法律便被法院确定为合同的准据法。可以成为此种证据的因素很多,如合同中的法律选择条款、仲裁条款、出现合同争议后当事人对于法律适用的态度、合同的履行地、合同中特定的概念和术语的运用、合同所使用的语言、格式合同和一般交易条件的使用以及合同当事人间的合同习惯和惯例,等等。[38] 当然,这些因素作为"证据"对于确定准据法的意义是不完全一样的。一些国家的法院认为,如果合同中包含有法院选择条款或仲裁条款,那么基本上便可以以此为根据而认为合同当事人是意欲适用法院或仲裁庭所在国的法律。[39] 这样认为的理由在于,合同当事人既然选择某国法院或仲裁庭来解决合同争议,那么,出于法院能

[36][37] 参见王军和陈洪武著:《国际商事合同的法律适用》,第128页以下。

[38] 对这些因素的具体分析,参见前引[2]Reithmann/Martiny书,第62页以下。

[39] 上引书,第65页以下,Philip Wood前引书,第11页;并参见*Compagnie Tunisienne de Navigation* S.A. v. Compagnie D'Armemert Maritime S.A.(1971)A.C.572。

便利地适用法律的考虑,他们也很可能希望法院能够适用自己国家的法律。[40] 英国、意大利、法国、德国以及斯堪的纳维亚国家法院在实践中基本上采取这样的态度。而在实践中常为国际融资合同当事人选择来解决合同争议的美国纽约州法院对该问题的一般态度是将法院选择条款或仲裁条款作为确定当事人默示选择法律的一个重要因素予以考虑。[41]

至于上述合同关系的其他一些因素,尤其是合同中特定的概念和术语的运用、合同所使用的语言、格式合同和一般交易条件的使用等在国际融资合同实践中对于确定合同准据法的意义是不大的。这主要是因为,国际融资活动中所使用的合同文件正逐步国际化,而且,国际融资实践也趋向于去发展一些标准、统一的合同文本和文件。而这种标准化了的合同文本显然是不可能包含一些据之可以推断合同当事人意欲适用某一国法律作为准据法的因素的。但是,如果国际贷款合同中包含有表明该合同是在某一特定的国家订立的,则此种条款可以作为当事人意欲使其合同受该国法律支配的一个因素予以考虑。

(二)最密切联系原则

最密切联系原则是目前国际上被广为采用的确定合同准据法的一条原则和方法。法国、希腊、瑞士、斯堪的纳维亚国家、德国以及匈牙利等国在实践中均接受了该原则。[42] 1980 年的《关于合同义务法律适用的罗马公约》也明确将该原则确认为合同当事人未选择法律时法院确定合同准据法的一项原则和方法。[43] 它也是法院在国际融资合同当事人未选择准据法时确定合同准据法的一项重要的原则和方法。依据该原则,法院应综合分析合同关系的各个方面,并从而确定合同关系与哪个国家具有最密切的联系,也即合同的重心所在。在此基础上,法院应确定与合同有最密切联系的国家,即合同重心所在国的法律作为合同准据法。

就国际融资合同而言,法院在确定合同关系的重心时必须考虑合同关系的各个方面,其中尤其是以何国货币进行支付、合同当事人的注册地、国际筹资市场所在地、支付地、合同谈判和缔结地、债券发行地以及抵押品所在地。当然,这些因素对于确定与合同最密切联系国时的意义是不相同的。诸如国际筹资市场所在地、支付地以及债券发行地就是其中较重要的因素。相反,诸如国际融资合同缔结地由于易为人们人为地改变,因而,对于确定合同关系重心意义便远小于上述各重要的连接因素。[44]

由于国际融资活动涉及的面广,牵涉的国家多,因而通过上述方法确定合同的重心往往很困难,而且,合同当事人也很难预料法院会确定合同与何国具有最密切联系。

在国际私法的理论和实践中有一个推断某些合同与某个特定的国家具有最密切联系的理论和方法,即所谓的合同特征性履行理论。[45] 根据该理论,决定合同特征性履行的合同当事人的因素乃决定合同与之具有最密切联系的国家的因素。而所谓债法合同中的特征性履行便是那些区别于其他合同的履行的合同一方当事人的履行。[46] 此种特征性履行通常是那些有报酬

[40] 前引[39]。

[41] 参见 philip Wood 前引书,第 11 页。

[42] [44] 参见 Philip Wood 前引书,第 12 页。

[43] 见该公约第 4 条,该公约的中文文本见卢峻主编:《国际私法公约集》,上海社会科学院出版社 1986 年版,第 318 页以下。

[45] 关于该理论的详细论述,参见徐国建:《国际合同法中的特征性履行理论研究》,《法学评论》1989 年第 6 期。

[46] 参见 Martiny/Reithmann 前引书,第 96 页。

的履行,但常常并非本身给付金钱的履行。国际融资合同所涉及的双方当事人的履行在一定程度上均是本身给付金钱的履行,因此,与其它的诸如买卖合同相比比较难于区分何方当事人的履行是特征性履行。也正因如此,特征性履行理论和方法便较难运用于确定国际融资合同的准据法。

(三)美国国际私法上确定合同准据法的理论和方法

针对国际私法上确定准据法的传统的僵硬的方法,美国国际私法学者在过去的几十年中发展了一系列的理论和方法,以达到"软化"确定合同准据法方法的目的。这些方法也在很大程度上被美国的法院所采用。由于美国国际私法的这些新的发展在某种意义上代表了国际私法的发展趋势,加之实践中国际融资的很多纠纷会在美国法院进行解决,因此有必要就国际融资合同准据法的确定而对美国国际私法上确定合同准据法的一些理论和方法进行简单的介绍和探讨。

美国第二次《冲突法重述》是深受美国国际私法上各种新理论深刻影响的一部国际私法"法典"。它的内容以及它所体现的原则均是这些理论的反映。该重述第188节就合同当事人未作出有效的法律选择时合同准据法的确定问题作了下述规定:

(1)涉及合同中的某一特定争议,当事人的权利和义务在第6节规定的原则下依据就该争议而言与交易和当事人具有最重要联系的州的本地法确定。

(2)如果当事人未作出有效的法律选择,在运用第6节的原则确定适用于某一争议的法律时,应予考虑的连接因素包括:

(a)缔约地;

(b)合同谈判地;

(c)履行地;

(d)合同标的物所在地,以及

(e)当事人的住所、居所、国籍、公司成立地和当事人营业地。

在对这些连接因素的价值进行衡量时,应考虑它们在涉及特定争议时具有的相对重要的意义。

(3)如果合同谈判地与履行地在同一州,该州的本地法通常将被适用,但是对此有很多例外。

该规定实际上将最密切联系原则视为确定当事人未选择准据法情况下合同准据法的基本原则。但是,《冲突法重述》同时又规定了法院在适用最密切原则确定合同准据法时应予遵循的其他原则和参考标准。具体包括以下三个方面的内容:

首先,《冲突法重述》第6节所确定的原则法院必须予以遵守。这些原则包括两大方面:第一,一个法院基于宪法的限制,应遵循本州有关法律选择的制定法的指导。这意味着一个州如果制定或批准了有关法律选择的制定法,该州的法院便应该依据这种制定法选择法律。[47] 第二,如果不存在上述指导,则应在综合考虑和分析各种因素后确定准据法。这些应予考虑和分析的因素具体包括七个方面:(1)州际和国际制度的需要;(2)法院的有关政策;(3)其他利益、有关州的有关政策以及这些州在决定特定争议方面所具有的相对利益;(4)对正当期望的保护;(5)支配特定领域的法律的基本政策;(6)结果的确定性、可预见性和一致性;(7)适用的法

[47] 参见前引[37],王军等书,第136页。

律易于确定和适用。这些因素均在不同程度上体现了美国国际私法学界不同流派的不同的法学观点。[48]

我们这里不去分别就这些因素进行探讨,而只试图通过对美国法院曾判决的一个与国际融资法律适用有关的案件对上述第(2)个因素,即法院政策问题进行分析。因为在美国冲突法实践中法院政策对于准据法的确定具有非常重要的意义,而且,法院甚至可以以此为由适用本州的法律而不顾当事人所选择的法律。[49] 1975年纽约最高法院判决的兹维父子诉格林德莱斯银行(Zeevi & Sons v. Grindlays Bank)一案便采用了优先考虑法院利益和优先适用法院地法的实践。该案案情如下:一家在乌干达营业的以色列公司于1972年3月将一笔相当于40万美元的当地货币存入一家乌干达银行,以便向原告提供一笔基金。被告开出一张以原告为受益人的不可撤销的信用证。根据这张信用证,代付银行在向原告付款后可以在有效期限内从纽约第一国家城市银行得到补偿,而后再由该纽约银行同被告办理结算。同年3月底和4月初,乌干达银行官员根据其财政部长依该国外汇管制法作出的授权,通知被告取消向以色列银行提供的外汇配额。据此,原告无法依其所持有的信用证向任何银行提取美元。于是原告在纽约州法院提起诉讼。在确定案件的适用法律时,科克法官首先分析了纽约州在对该案争议适用其法律方面所拥有的利益。他指出:"从本诉讼的结果看,纽约州具有超越其他国家的利益。正如我们的判例法所确认的那样,纽约作为一个国际性的票据交易场所和过剩的国际交易市场,是世界金融之都。数额庞大的国际信用证业务司空见惯地为某些纽约州银行所把持。这些银行的设备以及与国外的联系特别适合于这一领域的经营。当事人通过以美元作为支付手段,默示地接受了上述事实。当事人确定的履行合同的义务的步骤也表明了对我们的政策的信赖。为了维护该州卓越的金融地位,保护合同当事人的正当期望是十分重要的,既然纽约州有最重大的利益,并且与本诉讼的结果有最密切的联系,该州的法律应绝对地支配目前的法律争议。"[50] 基于这种观点,科克法官将纽约州法律确定为准据法,并援引"公共政策"宣布乌干达政府颁布的法令是充公性质和包含歧视意图的。因而,这种法令违反了纽约州的公共政策,在纽约州没有强制力。[51]

从上述案例,人们不难看出,最密切联系原则与"政策分析方法"是如何被法官结合起来用于确定案件准据法的。优先考虑法院地的政策在实践中可能会导致法官一味注意本州的有关政策,而忽视对他国利益的考虑,尤其可能出现法官故意以考虑本州政策为借口,而歧视性地对待外国法律的情况。也正因为如此,美国第二次《冲突法重述》中的此种规定在美国国内也受到不少学者的批评。[52]就国际融资适用法律而言,本案也给人们这样的启示,即纽约的法官在审理此种案件时一般是会先考虑纽约州作为"世界金融之都"的特殊地位以及由此而产生的该州的特殊的政策,并从而在很大程度上适用纽约州法律判决案件。

其次,法官在依据上述诸原则确定应予适用的法律时,应该考虑下列各连接因素:合同缔结地、合同谈判地、合同履行地、合同标的物的所在地以及当事人的住所、居所、国籍、公司成立地和当事人营业地。此一规定表明法官在适用最密切联系原则时,应综合考虑这些连接因素,

[48] 关于美国当代国际私法流派和学术观点,请参考张翔宇:《现代美国国际私法学术研究》,武汉大学出版社1986年出版;韩德培、韩健:《美国国际私法(冲突法)导论》,法律出版社1994年出版。

[49] 见Philip Wood前引书,第16页。

[50] [51] [52] 转引自王军和陈洪武前引书,第138页;第139页以下。

并特别分析各连接因素对于争议事项的意义。

最后,如果合同谈判地与履行地在同一州,那么该州的本地法通常应予适用。这意味着在合同判断地与履行地在同一州的案件中,《冲突法重述》将该州确定为与合同具有最密切联系。但是,这一规则也存在诸多的例外,它们分别是该重述第189—199节和第203节的规定。

总之,美国的国际私法学者和美国法院的司法实践发展了很多冲突法理论和方法,上述《冲突法重述》仅典型地部分反映了这种理论和方法。[53]

四、国际融资实践中法律适用考察

法律选择条款总是合同中最为简短的一个条款。国际融资合同尤其如此。在通常情况下,该条款仅规定:本协议受某某国家法律的支配。如规定"本合同受纽约州法律的管辖,并据此定义和解释"或规定"本协议、票据及本协议项下各方的权利和义务适用加利福尼亚州法律,并依该州法律进行解释"。或者规定,"本协议以及当事人依据本协议所享有的权利和承担的义务应适用英国法律并依该法律予以解释"。当然,国际融资活动实践中,与此一法律选择条款相关的问题很多。我们这里仅就以下几个问题进行考察:

(一) 不同性质的合同当事人对法律适用的不同实践

参与国际融资活动的当事人可以按照不同的标准分成不同的种类。我们这里将它们分为三大类,即商业性质的当事人(如商业银行等)和国际范围和地区范围内从事发展业务的国际金融机构(如世界银行和亚洲开发银行等)以及参与国际融资活动的具有政府性质或公法性质的政府机构或准政府机构(如中国的财政部和日本的进出口银行等)。在国际融资实践中,这三类当事人对于选择融资合同准据法的态度是不一样的。

首先,商业性质的当事人倾向于选择贷款银行所在地法律。尽管商业性质的当事人通常具有很强的经济实力,但是,由于它们显然不具有其他两种性质的当事人所享有的外交上讨价还价的力量,因而,它们通常都非常重视合同准据法的选择。而且,这些当事人都倾向于选择组织贷款人所在地法律。[54] 例如,一笔贷款如果是由位于伦敦的一家银行组织的,那么,当事人一般会选择英国法律作为此种贷款合同的准据法。而由德国认购人代理的德国马克债券的发行合同的当事人则会选择德国法律作为合同准据法。与一般国际民商事合同不同,国际融资合同当事人基本上已不再选择与合同关系没有联系的一些所谓中立国家,如瑞士和瑞典的法律作为他们合同的准据法。[55]

其次,国际金融机构在国际融资合同的法律适用问题上基本上坚持排除国内法适用,而倾向于适用现代商人法。[56] 这种态度表现在国际金融机构的贷款协议和格式文件中。例如,世界银行提供若干贷款所使用的"贷款一般条件"第9.01条便规定:"银行、借款人和担保人依据贷款协议、担保协议和债券而享有的权利和承担的义务均得依据其条款为有效和可执行,而不管

[53] 关于美国国际私法上的最要理论和方法,请参考 Leflar, *American Conflicts of Laws*, 2nd., 1975;张翔宇前引书;韩德培和韩健前引书。

[54] 参见 Philip Wood 前引书,第25页。

[55] 同上注。

[56] 参见 Syz, *International Development Banks*(1974)以及 Rubin 主编 *Foreign Development Lending-Legal Aspects*(1971)。

任何国家或其政治上的分机构的法律的相反的规定。”亚洲开发银行和作为国际金融机构的国际开发协会也有类似的规定。美洲国家间开发银行也有类似的规定,只不过其规定更为明确:“本合同中所规定的权利和义务均依据其规定条款有效和可执行,而不管任何国家的立法规定。因此,不管是银行或是借款人均不能以合同任何规定无效为借口。”

结合国际金融机构的这些规定,考察国际融资实践。人们可以将国际金融机构在实践中对法律适用问题的态度归纳为以几下点:第一,国际金融机构在其金融活动中试图避免银行、借款人或担保人在仲裁程序中有权以这些金融机构成立时的章程的规定或其他理由争辩贷款协议、担保协议或债券的规定无效或不可执行,从而提出诉请或避免承担责任。[57] 第二,国际金融机构一般说来不想使其签署的合同受某一国家法律的支配。有学者将这种倾向概括为国际金融机构国际融资合同的“非国家化”趋势。[58]但是,对此也存在例外,如欧洲投资银行规定,如果借款人位于该国际组织的成员国内,那么,国际贷款协议的准据法便是借款人国家的法律,而如果借款人在几个成员国内,则适用中立的瑞士法律。第三,国际金融机构倾向于适用现代商人法作为国际融资合同的准据法。之所以这样,其中一个理由在于,国际金融机构系与主权国家缔结贷款协议,或者此种贷款协议系由主权国家给予担保,而国家的此种行为便是这些协议与国际公法的自然联系所在。换句话说,此种主权国家缔结或担保的协议自然而然地应受国际公法的支配。而且,实践中尚有直接将国际金融机构缔结的国际贷款协议受制于现代商人法的例子。美洲国家间开发银行在其缔结的贷款合同中规定,在当事人将贷款合同争议提交仲裁时,仲裁庭应在合同本身规定的基础上依据公平合理原则裁决案件。

最后,政府或国家机构在国际融资活动中一般选择本国法律作为合同准据法,或者笼统避免明示选择合同准据法。例如,日本进出口银行曾在其签订的贷款协议中规定适用日本法律,理由在于,一方面国际公法尚未得到充分发展,它们还不能作为贷款协议的准据法;另一方面,去研究贷款人所属国的法律也是不可行的。与此种实践不完全一样,法国中央经济合作银行在其贷款协议中并不规定法律选择条款。它这样做的理由在于,它所缔结的贷款合同主要是与法国原来的殖民地国家的当事人缔结的,而这些国家的法律与法国法律不存在实质上的差异。换句话说,它实际上也同样认为此种协议受法国法律支配。而美国国际发展署则以政府间的争议只能通过谈判和协商予以解决,而不能诉诸法院解决为由,在其缔结的贷款协议中有意省略法律适用条款。

(二)准据法确定和适用中的若干问题

1. 统一的法律还是分割的法律

本文前面探讨当事人自愿选择国际融资合同准据法时简短地讨论过分割合同关系的问题。我们这里将着重考察国际融资活动,尤其是一些国家法院在该问题上的实践。

各国实践有将合同法律关系作为一个整体,并使之受统一的法律支配的趋势。[59] 例如,瑞士联邦法院在谢瓦理案(Chevalley Case)的判决中摒弃了分割合同制度。[60] 尽管美国国际私

[57] [58] 参见 Philip Wood 前引书,第 26 页。

[59] 参见 Reithmann/Martiny 前引书,第 47 页以下;并参见 Wiesner, *Die Zulaessigkeit der kollisionsrechtlichen Teilverweisung im internationalen Obligationsrecht*(累根斯堡大学博士论文),1971; Lagarde, *Le depecage dans le dro8it international prive des contracts*, Riv. Dir. Int. Priv. Proc. 11(1975),第 649 页以下。

[60] 见 BG 12 Feb. 1952, BGE 78 Ⅱ 74。

法的一些新理论间接地提倡分割合同的方法,但是,就总体而言,分割合同的做法在很大程度上被美国法院放弃。而在英国,法院判决的实践表明如果当事人指明合同依据英国法律进行解释,并不意味着合同的其他问题,如合同的履行,应受不同法律的支配。[61]

关于债券的法律适用,实践中仍然采取分割合同制度。也就是说,债券本身受某一国家法律支配,而关于借款人签发给委托银行授权其发行债券的全权委托书则受借款人本国法律的支配。依据英国法律起草的贷款协议中的规定,争议一旦提交纽约法院解决,则《976年的美国外国主权豁免权条例》应予适用。[62] 这表明此种协议在受英国法律支配的同时还将受美国上述法律的支配。但是,这却不意味着是对合同进行分割,因为上述豁免条例是强制性的法律规范,纽约法院在审理有关案件时是会自动适用该条例的,而不管合同的准据法是何国法律。实践中人们也可以发现分割合同关系的另一种情况,即原则上选择一国法律作为合同准据法,但同时却排除该国法律中一些特别法律规定的适用。下面债券中的这一条款便是这样的情况:"债券受X国法律的支配,并得依据该国法律进行解释,但是,该国关于放贷和高利贷的法律规定不予适用。"

2. 跛足法律关系问题

在实践中会出现这样的情形,即法律关系(尤其是婚姻法律关系)依据一国法律为有效,而依据另一国法律为无效,在国际私法理论上人们通常将这种情况称为跛足法律关系(跛足婚姻)。在国际融资实践中这种情况通常表现为国际融资合同的一方当事人依据准据法应该履行某种义务,而适用于该当事人的其他法律却禁止他履行此种义务。例如,一瑞士银行通过其伦敦的分行签署了一贷款协议,该协议受英国法律的支配。依据该协议的规定,该瑞士银行应继续提供几笔贷款,但是,瑞士法律却禁止银行继续提供这种贷款。这样,该贷款合同法律关系便是一跛足的法律关系。

实践中人们在制定融资合同时均会考虑到上述情况的出现,并通过一法律变更条款规定此种情况下的解决办法。此种法律变更条款通常规定,如果有关法律发生变化,或负责解释或管理的政府部门作出的解释或管理的变化使得银行的贷款承诺、发放贷款或维持贷款的行为成为不合法,那么银行有权终止合同。[63]

就可能出现跛足法律关系而言,债券发行与贷款协议有所不同,因为前者的支付以此支付行为全部符合支配该地的法律法规为前提条件。因而,债券的发行便必须全部符合有关的法律规定,而不可能出现跛足法律关系的情况。

3. 法律的直接采纳

所谓法律的直接采纳(incorporation of law)是指国际商业贷款合同中将合同签订之日或证券发行之日有关的现行法的具体规定,甚至整个民法典的规定写明在贷款合同或债券上,作为合同内容的一部分。[64] 例如,在国际融资合同中对借款人的分支机构(subsidiary of the borrower)这一概念并不专门进行定义,而是简短地规定该定义以1948年《英国公司法》第

[61] 参见Re Helbert Wagg & Co. Ltd. (1956), Ch. 323。

[62] 参见Philip Wood 前引书,第23页。

[63] 参见胡微波主编:《最新中国涉外经济法律实用全书》,法律出版社1995年版,第1921页。

[64] 参见陈岱孙等主编:《英汉国际金融大辞典》,北京工业大学出版社1994年版,第561页。

154 条的规定为准。[65] 我们认为法律直接采纳国际私法意义上的法律选择, 是国际融资合同制定方法上的一种技巧, 是将法律的条款接纳为合同条款, 从而一方面省却制定某些合同条款的困难, 另一方面也使得合同当事人更清楚地明了它们依据合同所享有的权利和承担的义务。与确定合同准据法不同, 法律的直接采纳是将合同缔结时现行的法律条款规定下来, 从而不会出现前者确定的准据法发生变化, 而需解决准据法变化后究应依据何法律为准的问题。

4. 合同准据法与法院适用于判案的法律的不一致

在一些国际贷款合同, 尤其是政府作为借款人的国际贷款合同中, 一方面规定合同的准据法是某一国法律, 而另一方面却又规定在此种合同产生纠纷, 且借款人国家的法院受理了该案的情况下, 法院应依据其本国法律对案件作出判决。有学者把国际贷款合同适用法律的这种情形称为 "替代法律选择"(Alternative Choice of Law)。[66]

这种替代法律选择是国际融资活动中借、贷双方利益冲突折衷的产物, 它在一定范围内能够缓解和协调合同双方在法律选择问题上的矛盾。因此, 对于这种法律选择的方法不应持完全否定的态度。但是, 这种方法也存在不少的理论和实践方面的缺陷。首先, 就国际私法理论方面而言, 由于它使一完整的合同法律关系受两种法律制度的支配, 即当事人所选择的合同准据法以及合同争议出现时受理案件法院所在国的法律的支配, 因此, 这便会出现同一法律关系在不出现争议时受一法律支配, 而在出现法律争议时受另一法律支配的不一致情况。而这种不一致与国际私法上的所谓 "分割合同关系"又是不一致的, 因为, 前者系 "时间上的分割"而后者系 "合同部分的分割"。其次, 在实践中这种替代法律选择由于可能会简单地被特定的法院在审理案件时认为是对法律选择条款的改变, 从而导致不同的法院最后会依据不同的法律对同一合同纠纷作出判决, 以致于破坏协议的国际统一性。[67] 最后, 无论是在国际私法的理论和实践上, 这种法律选择制度都可能给法院故意忽视当事人的法律选择, 而依据自己喜欢的法律判案提供了一个基础。

在国际融资的司法判例中鲜有替代法律选择情况出现。英国判例法中尚无此种实践。尽管欧洲大陆一些国家司法实践中曾有关于合同缔结以后, 尤其是法院受理案件以后是否应允许合同当事人选择合同准据法的问题的判例, 但是, 此一问题并不直接涉及替代法律选择的问题。[68] 总之, 替代法律选择更多是一种少数国际融资实践中合同当事人所曾经尝试的选择准据法的实践。而就国际私法而言它则是一理论上应予以更多探讨的尚未有确定的理论定性的问题。

[65] 参见 Philip Wood 前引书, 第 24 页。

[66] [67] 见 Philip Wood 上引书, 第 24 页; 第 25 页。

[68] 瑞士联邦法院这方面典型的判决是 Kuenzle v. Bayerische Hypotheken und Wechselbak, T. F. August 31, 1952, R. O. 79, Ⅱ. 295; J. T. 1954, Ⅰ, 528; Rev. Crit. Dr. Int. Pr. 1954, 799; Delaume, *Transnational Contracts* (跨国合同), 第 2.05 节。