

合同准据法与涉外经贸合同

王 追 林

随着我国对外经济交往和合作的发展，在国际贸易、国际投资、国际民事往来等方面带来了不少新的复杂的法律问题。从而，学习和研究调整这种具有涉外因素法律关系的法律，诸如国际私法、国际经济法、国际商法等，具有重大的理论意义和现实意义。

这对于维护我国主权及国家、法人、公民的经济权益，加强国际经济合作和民事往来，促进“四化”建设都极有必要。据此，笔者就国际私法中的合同准据法与涉外经贸合同有关的几个问题谈几点肤浅的认识。

(一)何谓合同准据法

在国际私法理论中，经过长时期的演变，对合同的法律适用问题形成了一些比较固定的系属公式，主要有三个：对合同的签约人的权利能力和行为能力适用当事人的属人法；对合同的形式要件适用合同缔结地法；有关合同的成立及其实质效力则适用合同的准据法。故有人将合同准据法（the proper law of contract）谓之为：最适合于解决合同成立及其效力的法律。鉴于这种法律一般允许双方当事人自由选择，又有人将其引申为：由合同双方当事人自由选择的，用以解决合同成立及其效力的法律。

那么，究竟什么是合同的准据法呢？法学家众说纷云莫衷一是，但最基本的观点有两种，可概括为两大学派。

(1) 主观派

主观派认为：所谓合同准据法，简言之，由合同双方当事人自主选择适用于合同实质内容的法律，在合同中如无这种明示的选择，应推定他们默示的意思。持该观点者主张在合同关系中应该把双方当事人都愿意让自己的合同受其支配的那个习惯法适用于

该合同，来决定合同的成立和效力问题。而在无这种明确的表示时，法院应推定其默示的意向。这就是著名的所谓“意思自治”的原则（Autonomy of will）。

(2) 客观派

客观派认为合同准据法并非依据“意思自治”的原则，由双方当事人来自由选择。恰恰相反，他们认为反映合同的成立及其效力的一系列客观因素最集中地与某一国发生联系，这种必然的联系表明合同在那里有了自然场所。因此，合同准据法正是合同在那里“场所化”的国家的法律。

显而易见，持这一观点者，对合同的准据法是依据其合同的一系列客观因素与一定法域的必然联系来进行选择的。

上述两大学派在基本观点上是根本对立的，但在某些方面却又是不谋而合的。依据“主观派”的论点，合同准据法首先是由双方当事人自由选择，在无这种明示的选择时，也允许法院依一系列的客观因素进行推断（部分大陆法系国家不承认这种推断，而明确规定适用缔约地法或其它法律或者认为法

院在推定时，目的仅在于查明当事人选择法律的意向)，从而适用不同国家的法律。由此可见，对这种无明示“意思自治”的变通，又正好迎合了客观派之意。

还有一点必须指出：“主观派”主张依据“意思自治”原则选择合同准据法也并非毫无限制、随心所欲的，具有强制性的习惯仍然适用，不能随当事人的意思而加以排除。法国民法典更作了明确的规定，关于当事人的身份及能力不得由当事人自由协议而改变，

并且规定“意思自治”不得违反法国有关公共秩序和善良风俗的法律。尔后，又有不少国家又从空间上对“意思自治”进行了限制，规定不得选择与该项合同毫无联系的法律。同时，当事人对法律的选择还必须符合善意、合法及不存在规避公共秩序。尤其在资本主义进入帝国主义阶段后，资本主义国家加强了对经济生活的干预，更加强调社会性，因而，对“意思自治”原则增加了种种限制。

(二) 合同准据法的作用

在国际私法的理论和实践中业已形成一条普遍接受的规则：合同的成立及其效力依合同的准据法。这一规则就足以证明合同准据法在合同中举足轻重的作用。实际上，在国际私法的实践中，这一规则已经大大延伸，远远突破了上述的范围。合同准据法对合同的支配作用及适用范围概括为下述几个方面：

(1) 缔约人的能力及合同的有效形式

我们知道，一个有效合同必须同时具备四项基本要素：合法的当事人（依法具有权利能力和行为能力）；合法的合同形式；合法的内容；合法的程序（完全出于当事人的自愿，依法达成交易）。上述四个要素都需要有一个客观的尺度进行衡量，这个标准就是法律。又由于对外经贸合同具有涉外因素，因而依据哪一国的法律来调整涉外合同，其关系极为重大，依据不同的法律有时会导致不同的后果。按照传统的国际私法理论，缔约人的能力依其属人法。即：依缔约人的属人法为合法当事人。（属人法包括本国法，亦称国籍国法与住所地法。前者为大陆法系国家所采用，后者为英美法系国家所采用。当前有逐渐统一发展为住所地法或居所地法的趋势）后来为求得国际贸易法律关

系的稳定性，对于商业合同，各国多在采用属人法的同时，兼采用缔约地法。即：依属人法，当事人不具有行为能力，但依缔约地法具有行为能力者亦为合法当事人，不能在合同关系成立之后，主张不具有行为能力而撤销该项合同。此外，对于缔约人的行为能力亦有理论及判例支持并主张依合同准据法来予以判断的。例如，美国《冲突法重述二》规定当事人的缔约能力可依当事人协议选择的法律，无此种协议时，依有关原则推定为与合同具有重大联系的法律来进行判断。

对于合同的有效形式问题，传统上认为只要遵守缔约地法对形式的要求就足够了。这就是所谓的“场所支配行为”的原则。（强调缔约地法是以缔约地的公共秩序及当事人的便利出发为依据的）后来，不少学者纷纷主张对于合同的形式有效问题也应适用合同的准据法予以确定。其理由是既然合同准据法是解决合同的成立及其效力的法律，就不应该把合同的形式有效性问题人为割裂开来，单独适用另一法律。

(2) 合同的成立及其实质有效性问题

判断合同的成立及其实质有效性是合同准据法作用的核心部分，它主要调整下述五个方面：

A、要约(offer)。缔结合同是一种法律行为，合同则是双方当事人之间订定的一种具有约束力的协议。在国际货物买卖中，买卖双方进行交易磋商时，在通常情况下由一方提出要约，另一方表示承诺，交易即告达成，彼此就承担了履行合同的义务。可见，要约和承诺是一个合同成立的不可缺少的两个环节，是交易磋商中十分重要的两个方面。可是，各国的法律对这两个重大问题规定不一，甚至大相径庭，使这两方面更加复杂化。具体说来，关于要约英国法认为原则上在承诺之前可随时撤销和修改。而大陆法系一些国家都主张要约具有约束力，不得任意撤销。尚未正式生效的《联合国国际货物销售合同公约》原则上采用了英国法的观点，同时又增加了几条但书条款——即几种不能撤销的情况，旨在调和两大法系的矛盾。因此，在这个问题上发生争议，还必须借助于国际私法的有关冲突规则予以解决。一般主张适用想象中的合同准据法判定，就是指法院先假定合同已属有效成立，然后再适用该合同按客观标准所属的准据法来予以回答。

B、承诺(Acceptance)。在国际货物买卖中，由于双方相隔遥远，在通过函电成交的情况下，其合同成立的时间和地点就可能会因双方所在国的法律规定不同而发生分歧。这一分歧亦源于英美法与大陆法对“承诺”的规定的根本对立。英美法采用所谓“发信主义”原则，即承诺人只要把承诺的信件投入邮筒，合同即算成立。因而，合同成立的时间为承诺发出的时间，成立的地点为承诺发出的地点。而大陆法系国家采取的则是“收信主义”标准，认为合同成立的时间应为要约人收到承诺函电的时间，成立的地点为收到承诺函电的地点。《联合国国际货物销售合同公约》则采取了明朗的态度，抛弃了英美法的观点，接受了大陆法的原则，承诺于送达后生效。在上述《公约》尚未成为一

部各国共同承认和接受并强行遵守的一部国际贸易法典之前，如果遇有上述问题争议的发生，一般也只能依那个想象中的合同准据法判定较为妥善。

C、瑕疵。对要约和承诺的瑕疵，如：欺诈、胁迫、恐吓、重大误解、误传、恶意同谋、显失公平等是否影响合同的有效成立，对这种瑕疵是作为绝对无效的法律行为，还是作为相对无效的法律行为，有些学者主张按缺乏行为能力的情况对待，而另外一些学者主张仍适用于那个所谓想象中的合同准据法来判断。美国《冲突法重述(二)》就是采取后一种立场。

D、合同实质有效性。合同的实质有效性问题即合同的合法性问题。依合同准据法来判断合同的合法性的学说目前已为多数国家所接受。依此学说，一个合同依其准据法合法为有效。反之，依其准据法为不合法，则就根本不能成其为有效的合同。值得注意的是，依其准据法为合法有效，而依缔约地、履行地或法院地法为非法的合同，或者因为缔约地与合同联系甚微，或者出于偶然性等，故一般不应使该合同无效，只不过是不能强制执行而已。

E、合同的解释。由于各种复杂的因素，有时需要对合同进行解释。解释合同既涉及到文字技术方面，又牵涉到法律识别方面。因而，既要弄清楚某语句在文字逻辑上的内涵与外延，又要掌握这种含义在法律上的效力。总而言之，对合同解释的目的在于弄清当事人签订合同的真正意思及法律上的含义。因此，一般认为原则上也应适用合同的准据法，以其准据法作为解释合同的依据。

(3) 合同的履行与消失

在国际货物买卖中，合同的履行具有十分重大的意义。一项合同，只有通过履行，合同的目的才能实现。否则，合同所设立的

权利、义务就会成为空中楼阁。所谓合同履行就是债务人全部、正确地履行合同中规定的义务。在国际货物买卖中也就是卖方以合同为准绳按时、按质、按量交货,买方根据合同规定按时、如数、正确付款。无论资本主义国家,还是社会主义国家,在商品生产条件下,合同都是实现生产、分配、交换与消费的重要手段,一般都强调合同的履行以及不履行合同的法律责任的。

对合同的履行问题大凡认为应适用合同的准据法来确定。其根据有两个方面:一是既经确立某一法律适用于合同的实质效力,就应该将它贯彻到合同的每一个实质性问题上去;一是合同履行无疑是最主要的实质问题,因为所谓的实质就是指的权利、义务关系的范围和效力。假设:依合同准据法,债

务人某项义务不得免除,而依履行地等法则可免除,若依后者,债权人的权利就不能实现,显然是不合理的。不过对于合同的履行也有人主张必须既符合合同准据法,又不违背履行地法。

一项合同所设立的权利和义务主要因履行而消失外,还可因其它许多因素使当事人所创设的这种法律关系归于消失,诸如弃权、抵销、破产、更新、时效、混同等。对于一项合同的权利和义务能否因上述因素而消失,其法律适用问题有各种不同的规定,但大都主张依据合同准据法判定。

由上可以得出如下结论:合同准据法可以适用于合同的一切问题,具有十分重要的作用。它可以判断一项合同的成立,左右一项合同的履行,处理一项合同的纠纷。

(三)合同准据法与涉外经贸合同的法律适用条款

毋庸置疑,在当代国际货物买卖合同及联邦制国家国内商务和民事合同中,资本主义国家的厂商、公民都力图确立对自己有利的法律作为所达成的合同的准据法。为避免日后对合同准据法的争议,明智的厂商,尤其对金额较大的合同大凡都订有法律适用条款。双方依据“意思自治”的原则自由协商取得一致意见,确认某国或某洲的法律为合同的准据法,籍以判断和确立该项合同的成立等一系列法律问题。

在涉外经贸合同中明确订立一条法律适用条款,我认为无可厚非的。它至少有以下三大优越性:

(1) 明确性

合同里明文规定了法律适用条款亦就明确了该项合同的准据法。意思自治的原则虽然受到某些限制,但至今仍是世界各国公认的一条基本原则。只要合同的双方不是有意地规避强制性法规,不违背法院地的公共秩

序,或者更严格地说该项合同与所选择的法律不是毫无任何联系,各国法律一般都是承认这种依据“意思自治”的原则所选择的法律的效力的。这样就使合同的准据法具有了明确性,既见树木,又见森林,不致于待争议发生后,依据一系列的客观因素进行推论所导致的不确定性、任意性的缺陷的出现。

(2) 预见性

在合同里明确了该项合同的准据法,客观上使合同双方当事人对因该项合同所产生的争议乃至各自的法律行为(包括作为与不作为)所必然承担的法律后果是有了预见性。双方皆可预见到合同的进程,各自的行为是否合法以及合同的效力等。这样,又会从另一方面促使双方依法行事,依法严格执行合同,提高对合同的履约率。

(3) 及时性

假若发生了有关合同成立及履行等方面

的争议和纠纷时，需依法进行判定。倘若据以判断曲直的合同准据法尚未确定或难以确定，必然影响案件的及时解决和处理，有时甚至合同双方当事人都是从维护自身的经济利益出发，争议发生后对所应该适用的法律争执不休，这样，对及时解决争议不利，甚至直接影响到案件的公正判决。相反，在合同里订上了法律适用条款，即排除了上述各项障碍，有助于法院或仲裁庭及时、正确地判决和裁决。

在党中央“对外开放、对内搞活”的正确方针指引下，近几年来我国涉外经济贸易合同的数量日益剧增。这些大量的涉外经贸合同大都无法律适用条款，甚至相当部分外贸进出口专业公司使用的仍是五十年代所拟订的“销售确认书”的格式合同。这种销售确认书不仅无法律适用条款，而且连一些合同的基本的一般交易条件，如商品检验、不可抗力、仲裁、索赔等也被简化删掉了。从法律的角度看，我国大量的涉外经贸合同条款的完整性和明确性问题是值得认真研究并加以改进的。

当前，要求对涉外经贸合同进行改革，采用条款较全的销售合同以取代确认书式的合同已为许多经贸界与法学界学者所倡导，并已为不少专业公司所采纳。但是，积极要求在合同里增订一条“法律适用条款”以明确合同的准据法则看法还不很一致。笔者认为，应确立法律适用条款在涉外经贸合同中的地位。在理论上，要纠正一些僵化的教条；在实际工作中，要澄清一些模糊的认识。

第一，在理论界必须突破“合同缔约地法”对我们思想的长期束缚

在我国，有人认为：抓住了合同的缔约地，也就把握了合同的关节点。其根据是既然合同是在中国签订的，理应在中国进行仲裁和诉讼。亦应适用我国的程序法和实体

法。其结论是不明确规定法律适用条款似乎对我方更为有利。无可否认，缔约地对合同是具有一定的影响的。如前所述，对合同成立的形式要件一般公认依缔约地法。按传统的观念，从合同的表面上难以确定准据法时，法庭也会推论适用履行地或缔约地等地的法律。但值得高度注意的是，当今的情况发生了重大变化。以美国为例，一般已不很强调像“合同缔约地法”、“合同履行地法”等机械形式的适用方法了。美国法学界一般所接受的学说是“集中联系说”，即最有实际联系地方的法律。这一学说已逐渐被欧洲许多国家所采用。对于这些新的变化，我们决不能默守陈规，等闲视之，抱住僵化的教条不放，而应该进行认真的研究，在合同里作出相应的反映。

第二，正确认识仲裁条款与法律适用条款的关系

大宗货物的买卖合同，如粮油、矿砂、石油等一般都订有仲裁条款。对于仲裁的地点，我国有三种不同的订法，一是在中国仲裁；二是在被告国仲裁；三是在第三国仲裁。所适用的仲裁程序规则一般都经双方协商明确载于仲裁条款或仲裁协议里面。而所适用的准据法（实体法）则很少见到，按惯例，仲裁所适用的实体法如无明确规定，假设双方已同意仲裁在某国进行，仲裁庭通常就断定双方选择了该国的法律作为合同的准据法。在某种条件下，这对我方是不利的。因此，我们不能误认为订立了仲裁条款，所谓准据法的确定问题就无关紧要了。

第三，正确摆正维护国家主权和有条件的适用外国法律的关系

我们说，从维护国家主权和经济利益出发，在涉外经贸活动中，尽量争取适用我国的法律是无可非议的。但在一定的条件下承认并适应外国的法律，（下转第21页）

(二)引进项目要克服盲目性,必须与行业的发展规划相一致。这一点要依靠上级单位在评审中把握住方向,进行全局性综合平衡,以避免行业中一哄而上的弊病。赶浪头会使短线一下子变成长线,使产品过剩,难于销售。

(三)通过评审要真正体现实际的经济效益所在,不少项目的可行性研究,强调了企业财务分析,或者由于局限性和时间性,未能及时作出宏观的效益分析。自从实行财政分灶和企业扩大自主权以后,地方机动财力和企业自有资金有不同程度的增加,地方和企业都有技术引进的积极性,统一微观效益和宏观效益更是一个急待解决的问题了。

严格地讲,评审引进项目的可行性研究报告不能由同一个机构进行,应由经、计委指定咨询机构或组成有关的专家进行评审。凡由银行贷款的引进项目,其可行性研究报告应由银行出面,指定具有公正性的咨询机构,如上海已指定由市会计师事务所等权威性机构进行评审,并提出审定意见。

(上接第 12 页)

选择外国法作为合同的准据法也并非无必要。那种认为我们的法院或仲裁庭在处理涉外经济贸易案件时去适用外国法是一种有损于国家主权的观点是缺乏根据的。在签订合同时,那种双方当事人都认为本国的法律一定最好,而且对自己最为有利,一味要坚持适用本国的法律的作法不一定是可取的。在某些情况下,有条件地去适用外国法对本国的经济利益不仅无害反而有益,这已为国内外不少案例所证实。而且在相互关系上双方尊重了对方国家的主权,促进了国际间的经济合作和民事往来,加强了各国间的经济文

化技术的交往和世界人民的团结,从根本上维护了国家的利益。

为此,对外经贸专业公司应大力普及法律知识,使广大从事实务工作的同志掌握法律这种有力的武器,利用它在经贸活动中进行有理有利有节的斗争,维护我方经济效益。同时,专业公司还应当聘用具有涉外经济贸易法律知识的专家作为法律顾问,提供咨询服务,有关重大的谈判应有法律顾问参与,对于当前各类格式的合同及其条款应一一进行审查、修改或重订,逐步使我国的涉外经贸合同符合法律的要求,更加完备。