

国际借贷合同是进行国际贷款活动的主要法律形式，涉及私人、公司法人、国家政府以及国际金融组织等各种跨国借贷主体，使借贷各方的法律关系错综复杂，而与之相关的法律问题也日趋增多。从我国目前的国外贷款情况来看，国家统借外资占80%，地方与部门借外资占20%，而提供贷款的外方主要为外国政府、国际金融组织、国外商业银行及个人。此外，我国地方与部门靠发行国际债券已集资11亿美元。这表明，我国对外签订的借贷合同主要为国家合同性质，但由我国企业法人作为借贷主体向外借款也占有一定的比重。为促进我国向国外贷款，尤其是中长期贷款的有效利用，有必要对国际借贷合同的诸方面法律问题进行探讨和研究。本文选择国际借贷合同法律适用的理论与实践问题这一重要课题进行粗浅的分析，权作引玉之砖。

一、影响国际借贷合同准据法选择的因素

关于合同准据法，目前在理论上有两种对立的学说。一为客观论，即认为合同准据法是客观上最适用于合同的法律，本质上应与特定当事人或特定法域有一定的关联，所以合同准据法应由一国司法机构予以特定，而不容当事人以自由意思加以决定。有关确定准据法的连续因素由于涉外合同侧重点不同而异，主要有缔约地、履约地、债务人国、债权人国以及法院地等。另一学说为主观论，即认为应由当事人依自己的意志协议选择合同准据法，法院对这种选择应予尊重并赋予法律效力。目前，这一反映当事人意思自治原则的主观论业已取代客观论而居于统治地位，为各国在处理涉外合同法律适用问题时所广泛接受。我国的涉外经济合同法第五条也明确规定，“合同当事人可以选择处理合同争议所适用的法律。”

国际借贷合同当事人可以选择的法律主要有：债务人国法、债权人国法、集资地法（如伦敦欧洲美元市场或债券发行市场所在地法）、第三国法或国际法。在国际借贷业务中，由于贷方在合同谈判时处于债权人的优势以及在资金贷放后更需要法律保障其偿还，所以选择准据法的主动权一般操纵在贷方手中。贷方为安全可靠起见，一般选择其谙熟的本国法或本地法或者惯常适用于国际借贷合同的法律作为准据法。即使贷方同意选择债务人国法或第三国法律，也是以该国政局稳定、法制完备为前提条件的。

贷方在选择准据法时，通常都希望合同所适用的法律能够完全免受借方所属国法律动荡变迁的影响。但历史上很多事例

表明，在借方为主权国家或其直属机构，或者为国民经济中的关键部门时，贷方往往难以如愿以偿。例如，本世纪三十年代德国颁布法令规定以马克偿还所举外债和希腊维多利亚州制订法令强行降低所欠外债的利率。至于债务国以颁布债务延期偿还法规来拖延偿付外债的事例则不胜枚举。虽然贷方将合同准据法加以完全独立对保护其自身利益具有关键意义，却因下列因素而受到很大的限制。

(1) 债务执行有时要在债务人所属国进行

假如借方的所有财产都位于其本国，那末，贷方在借方毁约时依合同准据法对其财产提起强制诉讼时，该国法院很可能因合同准据法与其国内法相抵触而拒绝让贷方获得执行令状。

(2) 借贷合同的某些方面必须适用除准据法以外的国内法

当事人约定的准据法并非适用于合同的所有方面，合同某些方面所适用的法律是不能选择的。如借贷双方的行为能力、税收、债券发行程序等合同事项，一般都由国内法加以规定。

(3) 借贷合同的准据法难免要受当事人所属国外汇管制法的影响

国际货币基金组织协定第八条：2 [b] 规定：“外汇合同，如涉及任何成员国的货币并且与该成员国依本协定所一贯实施的外汇管制条例相抵触，就不得在任何成员国内予以强制执行。”因此，如果法院将贷款协议或债券视为外汇合同，那末，在债务人国依该协定所颁布的外汇管制条例规定以本国货币在本国予以偿还的情况下，法院只得适用该条例而不问合同准据法是如何规定的。

(4) 某些国家借贷合同必须适用本国法

这主要是一些拉美国家因主张“卡沃尔主义”，坚持属地优越权，强调国家借贷合同必须适用债务国法律。如委内瑞拉和哥伦比亚都规定，涉及公共利益的国家合同必须绝对地适用本国法。

二、准据法的明示选择与当事人意思自治原则

国际借贷合同因其主体面广而往往适用不同国家的国内法、国际法甚至第三国法律。国际借贷合同依其缔约主体不同，大致可分为三类。首先是个人或法人之间所缔结的合同；其次是国家和国际组织等国际法主体之间所缔结的合同；最后是国际法主体与私人之间所缔结的合同。这些借贷合同所适用的法律也因此有不同的规定。

当今，绝大多数国家在处理国际借贷合同准据法时，主要适用当事人意思自治原则，即以当事人协议选择适用于合同的法律为合同准据法。此外，很多国际公约也奉行这一原则，如《华盛顿公约》规定其仲裁庭应适用当事人所选择的准据法；《1972年欧洲共同体债务公约草案》也明文规定“合同应适用当事人所选择的法律”。坚持这一原则，一般认为具有三方面的好处：第一，有利于当事人预见其法律行为的后果，从而维护合同条款的稳定性；第二，合同发生争议后，因有明确的法律依据而使争议得以迅速有效地解决；第三，当事人能够依自身的要求和判断，选择较为熟悉和信任的法律，使双方利益得以调和兼顾。

私人之间缔结的国际借贷合同在涉及直接借贷时，通常约定以贷方所属国法律为准据法，而在发行国际债券的情况下，则大都以集资地法律为准据法。这主要是由于贷方对外国法律不了解或不信任；而适用借方所属国法律，则法律的修改或解释之权操纵于他人之手，于贷方不利。因此，贷方以其债权人的优越地位排斥外国法适用，业已成为国际借贷业务中的惯常做法。

国际法主体之间缔结的国际借贷合同具有国际协定的性质，其准据法可以是国际法或国内法，依其约定。值得注意的是，世界银行与其成员国之间的借贷合同有其独特之处，通常规定，“银行与借款国之间依借贷合同及债券所产生的权利义务，将依合同条款而有效并得以强制执行，而不问任何国家或其政治分支机构法律有相反的规定。”这里，世界银行虽未在贷款合同中使用“适用国际法”等明确词语，但其规定却已排斥成员国国内法的适用，即明示适用国际法。必须指出，这并非意味着国际法适用于世界银行与其成员国之间借贷合同的所有方面。在这方面，世界银行采用了对合同加以“分割”，以选择适用不同法律的方法，即在确定国际法为合同准据法的前提下，不排斥成员国国内法对合同某些方面（如税收、外汇管制、集资程序以及合同是否符合国内法等）的有效管辖。其他国际金融组织在与其成员国签订的借贷合同中，也有类似的规定。

国际法主体与私人之间缔结的借贷合同，在当事人约定准据法时，则依其约定。贷方为私人时，一般以贷方所属国法和集资地法为合同准据法。但当借方为国际组织时，则通常约定适用国际组织总部所在地法。然而，当贷方为国际法主体时，情况则比较复杂。除约定适用债权国法、集资地法和债务人国法外，某些国际法主体将对私人的贷款合同予以国际化而约定适用国际法。例如，世界银行与成员国政府以外借款人所签订的借贷合同规定，“银行、借款人和保证人依借贷合同、担保协议和债券而产生的权利义务，依合同条款有效并得以强制执行，而不问任何国家或其政治分支机构法律有相反的规定”。这里，借款人国内法与适用于合同的国际法相抵触时，究竟以何者为准？世界银行作私人贷款时，均需成员国政府担保，而后者在担保时必定会详细审查合同，使之符合国内法。这样，世界银行就将原合同转为与成员国政府的合同，从而使适用国际法成为可能。此外，世界银行不允许成员国法院以合同违反国内法而不予承认；况且，即使不承认，世界银行也可依担保合同直接向成员国政府索偿。

当然，各国对国际借贷合同当事人运用“意思自治”原则都加以种种限制，主要表现在以下诸方面：

(1) 当事人可以自由选择准据法的借贷合同或债券必须属于国际性质

例如美国的《冲突法重述》、《1972年欧洲共同体债务公约草案》以及法国、联邦德国、荷兰等国的案例都有此规定。

(2) 选择的准据法必须与合同有某种必然的联系

与借贷合同相关的连接要素，一般为合同谈判或缔结地、当事人所属国、集资地、偿付地或债券发行地等。

(3) 选择准据法不得以规避原应适用于合同的强制性法律为目的

美国、英国、澳大利亚等国规定，当事人为从事非法借贷活动而故意避开本国有关强制

性法规,如高利贷法、贷款法以及禁止向非法交易贷款等法律,那末,这一选择是无效的。

(4) 法律明文规定借款合同或其某项条款必须适用某一特定法律

例如,英国的《1972年汇票法》第72条规定了适用于汇票的冲突法规则。

三、当事人未作选择时合同准据法的确定

国际借款合同通常都有明示的法律选择,但在某些情形下却没有这种选择。究其原因,首先可能是当事人签约时的忽略,如合同以非正式的函电交换达成,遗漏了有关的法律选择条款。其次,当事人可能因各执己见,互不相让而故意将法律选择条款暂付阙如,这在借方为主权国家时比较多见。最后,当事人可能认为,法律选择不妨留待其认为最有资格的仲裁机构在受理有关争议时作出。

至于在国际借款合同缺乏明示法律选择时如何确定其准据法,则问题比较错综复杂,国际上也尚无统一的规则可循。在各国的司法实践中,法院一般先推定当事人的默示选择,即从贷款合同或债券合同的内容或文字来推定当事人选择某一国法律的默示意思。依合同内容推定时,绝大多数国家都将在某国提起仲裁或诉讼的条款视作当事人默示选择该国法律的有效证据;而在依合同文字推定时,诸如“本贷款协议在某国签订”之类的明确词语,则可推定当事人默示选择该国法律为准据法,但合同的语种,尤其是英语,则一般不具有证据的作用。

然而,当法院无法推定当事人默示的法律选择时,则通常依循国际私法法律适用方面的学说理论加以判定。

私人间缔结的国际借款合同,如无明示法律选择,则依合同最密切连结因素确定应适用的法律。

国际法主体间缔结的国际借款合同,由于其性质为国际协定而通常适用国际法,当事人不得援引其本国法,所以这类借款合同一般不会发生法律冲突问题。因此,绝大多数这类借款合同往往没有法律选择条款,除非当事人有相反的约定,其适用国际法乃是理所当然的。

至于国际法主体与私人之间所缔结的国际借款合同,则情况较为复杂。依传统的国际法理论,国际法仅适用于国际法主体之间,而国际法主体与私人之间的借款合同则通常以某国国内法为其准据法,与私人间借款合同准据法确定相同。所以在借贷实践中,贷方所属国和集资地法往往被推定为合同准据法。但在私人贷款给外国政府的场合,常设国际法庭在巴西和塞比亚借贷案中曾持不同看法,认为“一个主权国家不能被推定适用其本国以外的法律以决定债务的本质和所接受义务的效力”,因而适用了借款国的法律。据此,某些学者主张国际法主体和私人间的借款合同应推定适用借款国国内法。由于这种观点对私人贷款方显然不利,很多国家的法院也就不予采纳。目前,绝大多数学者认为,在这类合同中单纯地适用国内法或国际法,都有其偏颇之处。他们主张适用国际法一般原则或跨国法,因为这类合同主体为国家与个人,其适用的法律也既涉及国际公法与国际私法,又包括国内公、私法等,因而需要共同适用于国家与个人的法律原则作为这类合同的准据法。

近年来,国际经济活动表明,介于国际法与国内法之间的第三个独立的国际法律秩序,即国际经济法或跨国法正在形成。其主要原因有两个:第一,鉴于国际经济合同涉及各种法律制度,而且其专业性、技术性日趋加强,当事人渐渐倾向于在合同中规定仲裁条款,授权

国际仲裁庭选择其认为公正适当的原则解决有关争端。而国际仲裁庭已通常不依冲突法规则决定某一国内法,以使有关合同独立于国内法而适用正在形成中的第三种法律制度,即有关国际经济交易的法律规则。第二,二次战后,国际组织蓬勃发展,加上国家与个人间的经济法律关系日趋扩大,使“非国内法,即国际法”的传统法律制度二分法变得日益狭窄。这就促使了第三种独立的国际经济法律制度的形成。总之,国际法一般原则或国际经济法得适用于国际法主体与私人间的借贷合同,不仅在理论上已经成熟,而且也已渐多地见诸于国际借贷实践中。

四、国际银团贷款合同和国际借贷担保合同的准据法问题

随着国际金融业务的发展,国际银团贷款已经成为一种日益普遍的国际融资方式,对各国,尤其是发展中国家重大经济项目的建设与发展发挥了重要作用。我国目前由中国银行牵头在国际资本市场上正在为广东核电站等重点能源项目筹措国际银团贷款。国际银团贷款亦称辛迪加贷款,它是由数家国际性银行联合进行贷款的一种共同融资方式。其具体做法是,由借款人授权一家经理银行以其名义组织贷款,经理银行先与借款人商定贷款的各项条件,然后通知其他贷款银行并提供有关借款人的详细情况,最后由各贷款银行共同与借款人谈判达成贷款协议。这类贷款协议的法律适用条款是借款双方所关注的重要问题之一。它常常涉及缔约地、履约地、贷方或借方所属国、国际金融市场所在地及贷款实际支付地的不同法律。尽管各个贷款协议对协议生效、借贷金额给付、不履行协议等往往规定相同,但对有关准据法却依循各自的惯常做法而有不同的规定。例如,1957年世界银行与数家美国商业银行向印度国际航空公司提供购买喷气客机所需的银行贷款时,世界银行约定以国际法作为贷款协议的准据法,而美国商业银行则在贷款协议中规定适用纽约州法。在国际银团贷款业务中,贷款人因主张其在放款后应受到最有效的法律保障而普遍坚持适用贷款人所属国法律或主要国际金融市场的法律。在适用国际金融市场法律的情况下,以规定适用英国法和纽约州法者为最多。这是因为英国和纽约都是举世闻名的国际金融中心,金融设施发达,国际资金充足,而且金融法律和判例较为完备丰富,有助于有效解决复杂的国际性贷款纠纷。

与国际借贷相关的另一重要问题是其担保合同的准据法问题。当国际借贷合同附有担保合同时,贷款人与担保人之间的权利义务关系应适用何种法律,目前尚无定论。有些人认为应该就担保合同本身决定其准据法,有些人则主张担保合同应与作为主债务的借贷合同适用同一法律。为避免使法律适用问题复杂化以及消除有关的争执,似应以后一种观点较为妥当,签约时在合同中明确规定合同准据法。事实上,近年来的国际借贷业务也已表明,国际借贷担保合同中有准据法明文规定者日趋增多,而且趋向于适用与主债务相同的准据法。例如,美国国际开发总署的借贷合同与担保合同均适用哥伦比亚特区法律,以及世界银行与其成员国政府以外借款人所缔结的借贷合同和与成员国政府所签订的担保合同均适用国际法。

除上述两问题之外,还有国际借贷合同准据法效力及其内容变更问题、合同转移与其准据法关系问题、合同准据法适用范围内的若干问题、以及借贷合同时效期间的准据法等问题,有待于进一步探讨和研究,这里因篇幅有限,暂不予以展开讨论。

在国际资本市场上有效地筹措国民经济发展所需资金乃是我国利用外资的一个重要步骤
(下转第10页)

该条第(3)款的规定：在确定一方当事人的意旨或理解时，应适当考虑到与事实有关的情况，包括：1. 谈判；2. 双方确定的习惯做法；3. 惯例；4. 当事人的事后行为。

公约第9条确认：惯例和习惯做法适用于合同。在国际贸易中，货物多种多样，交易做法各异。任何一项法律都无法包括现行的特殊的交易做法。在实际业务中，当事人也往往不可能把每个问题都在合同中予以列明。对有经验的当事人来说，交易的最基本的做法，不言自明。因此，公约的重要特点之一是，承认商业惯例和习惯做法的法律效力。不论在合同的订立，或在合同的履行中，如发现惯例与公约的规定不一致时，根据公约第6条和第9条的规定，应理解为优先适用商业惯例。

(二) 多处营业地

在上文中已经提到过“营业地”的含义。公约第10条规定：如果当事人有一个以上的营业地，则以与合同及合同履行的关系最密切的营业地为其营业地。一般说来，合同履行的地点(合同货物的采购、生产和交货的地点)较合同订立的地点更为重要。因为合同履行是合同最终的和唯一的目标。

(三) 合同的形式

公约第11条规定：销售合同毋须以书面订立或书面证明。也就是说，合同可以书面订立，也可以口头订立；合同的存在，可用书面证明，也可由人证来证明。这一规定与我国涉外经济合同法第7条关于合同需以书面订立的要求不符。但公约第12条又规定，有关缔约国可按照该公约第96条在向联合国交存核准书时作出声明：公约第11条、第29条或公约第二部分准许销售合同或其更改或根据协议终止，或者任何发价、接受或其他意旨表示得以书面以外任何形式做出的任何规定不适用。这样，该缔约国的当事人在与外国商人订立销售合同时，就不受公约第11条的约束。我国在交存核准书时，对公约第11条、第29条及有关的规定提出了保留。因此，我国外贸企业对外订立、更改或根据协议终止合同，应采用书面形式。公约第13条规定：“书面”包括电报和电传。我国涉外经济合同法第7条也规定：当事人可通过电报、电传达成协议、订立合同。如一方当事人要求签订确认书的，则于签订确认书时，方为合同成立。

(上接第5页)

骤。为切实做好资金引进工作，必须加强对国际借贷业务及其有关法律问题的探讨和研究，以对国际借贷的惯常做法有一个通盘的了解，趋利避害，慎重行事。在国际借贷合同法律适用方面，至少应该注意这几个问题：第一，在签订对外借款协议时，应力争贷款协议适用我国的法律并加以明确规定。当然，与此同时也必须考虑到国际借贷中的某些普遍惯常的做法，在不损害我国利益的前提下尽量予以尊重和采纳。第二，在贷方拒绝适用我国法律的情况下，应对贷款协议拟将适用的贷方所属国、第三国法律或国际法有一个全面的了解。在不了解这些法律的情况下，不妨将协议的有关法律适用条款暂付阙如，留待双方同意的仲裁机构予以确定，而决不能随意迁就，草率行事。第三，在双方对协议适用法律等方面发生争执时，如事先未订立仲裁条款，则应协议选择我国仲裁机构或比较公正独立的第三方国际仲裁机构。