



第七章

涉外合同之债的法律适用



- 一、涉外合同的概念
- 二、涉外合同准据法的历史开展
- 三、确定合同准据法的几种主要理论
- 四、合同的特殊方面以及特殊合同的法律适用
- 五、中国关于涉外合同法律适用的规定

债是特定当事人之间请求特定行为的民事法律关系。根据这种关系，一方〔债权人〕享有请求他方〔债务人〕为一定行为或不为一定行为的权利，他方享有满足这种请求的义务。



概述

涉外之债，是指法律关系的要素中含有涉外因素的债。它是随着国际交往的开展而出现的。根据债的发生根据，涉外之债可分为合意之债〔合同之债〕和非合意之债〔侵权行为之债、不当得利之债和无因管理之债〕。

合同是双方当事人为设定、变更或消灭某种权利义务关系的一种协议。一些国家把婚姻、收养等设定身份的关系也作为合同关系。在我国，合同只是与民事流转关系有关的合同，即以财产或经济利益关系为内容的各种协议，而不包括那些有关人身关系的合同。

一、涉外合同的概念

- 涉外合同是因合同关系中介入外国因素而发生的。但并不是所有介入外国因素的合同都要受国际私法的调整。比方，依英国1977年《不公平合同条款法》第26条，如果两个同国籍人在外国缔结了一个纯粹由双方在国内履行的合同，就不是涉外合同。1980年《联合国国际货物销售合同公约》第1条也规定，它只适用于营业地在不同国家的当事人之间所订立的货物销售合同，只要这些国家是缔约国，或依国际私法规那么导致适用某一缔约国法律。我国原《涉外经济合同法》第2条：涉外经济合同仅指中国企业和其他经济组织同外国企业和其他经济组织和个人之间订立的经济合同（国际运输合同除外）。但？

二、涉外合同准据法的历史开展

- 对于涉外合同准据法确实定，历史上经历了三个主要阶段



二、历史开展：第一阶段

- 以缔约地法为主的单纯依空间连接因素决定合同准据法的阶段。
- 自13、14世纪法那么区别说开始盛行，16世纪意思自治说提出后开始受到质疑，但其影响直到19世纪末20世纪初才结束。

二、历史开展：第二阶段

- 以意思自治为主，强调依当事人的意愿决定合同准据法的阶段。
- 产生背景：随着国际贸易的开展和合同法律关系的日益复杂，合同缔约地往往与合同并无紧密联系，或不易确定，导致法律适用的困难。此外，缔结地法原那么过于僵硬，不能适应对日趋复杂的涉外合同关系进行调整的需要。因此，意义自治这种新的相对灵活的法律适用原那么应运而生。

二、历史开展：第二阶段

- 从现货贸易到期货贸易的转变
- 通讯和交通的日益便捷
- 合同缔结时间和履行时间的别离
- 合同谈判地的别离
- 合同缔结地和履行地的别离.....
- 当事人开始介入/参与到合同的法律适用的决定中〔但最终决定的权力还是在立法者和司法者〕，使合同的法律适用转而具有一定的“主观色彩”

二、历史开展：第二阶段

- 16世纪法国学者杜摩兰首次提出意思自治理论。
- 1865年《意大利民法典》首次在立法中对这一法律适用原那么加以确定。
- 目前，意思自治原那么得到各国理论和实践的普遍接受，成为合同法律适用的首要原那么。

二、历史开展：第三阶段

- 以最密切联系地法作为合同准据法的补充方法的阶段。
- 当事人意思自治仍是首要的原那么。但由于国际经济交往关系的高度开展，合同关系的内容、性质及种类更趋复杂，单一采取意思自治也不一定妥当。因此，各国普遍采取以当事人意思自治为主，以最密切联系原那么为辅的方法，来确定合同准据法。

在哪些情况下，当事人没有合意选择？

- 当事人在订立合同时的疏忽
- 当事人对选择法律的分歧

最密切联系地法

- 是基于合同要素的比较和权衡的法律推定，主观色彩最为浓厚
- 与默示选择的推定不同

三、确定合同准据法的几种主要理论

- (一) 客观标志说
- (二) 意思自治说
- (三) 最密切联系地说
- (四) 特征性履行说
- (五) 合同自体法说

〔一〕客观标志说

- 是指法院依“场所支配行为”的原那么，以与合同有关的某种联系作为客观的标志，来确定合同的准据法。
- 在实践中，法院选择法律的客观标志主要有
- 〔1〕行为地法。即合同的缔结地法和履行地法。
- 〔2〕属人法。即当事人的国籍法或住所地法。
- 〔3〕物之所在地法。即合同的标的物所在地法。
- 〔4〕法院地法。

〔一〕 客观标志说

- 评价：合同关系日趋复杂。客观标志比较呆板机械，缺乏针对性。因此，越来越少的国家采取这种方法。
- 但在确定合同的特殊方面或特殊合同的法律适用时，这种方法仍然具有一定的指导意义。

〔二〕意思自治说

- 即合同当事人有权选择某一国的法律作为他们之间合同的准据法。
- 它是“契约自由”原那么在冲突法领域的扩展适用，有利于保证法律适用结果的可预见性。同时，“适用当事人选择的法律”便于法官确定争议案件的适用法律。因此，这一原那么已得到世界各国的普遍接受，成为合同法律适用中的首要原那么。

案例：1939年英国法院“维他食品公司诉尤纳斯船运有限公司案”

- 尽管意思自治成为普遍运用的首要方法，但是对于如何确定当事人合意选择的法律却有不同
- 选择的方式〔明示、暗示〕
- 选择的时间〔事前、事后〕
- 选择的变更
- 选择的内容.....

〔三〕最密切联系地说

- 主张合同应适用的法律，是合同的有关要素所集中位于的那一国家的法律。
- 是当代冲突法解决法律适用问题时广泛采用的一种学说。尤其是在当事人没有合意选择法律时合同的法律适用方面。
- 使法律选择更加灵活，同时也给予了法官较大的自由裁量权，各国采用不同的方法对此进行适当限制。

如何确定最密切联系地

- 弹性推定
- 硬性推定
- 合同要素分析说

硬性法律推定

- 是指根据特定的标志推定某一国与该合同联系最密切，从而适用该国法律处理该合同纠纷，如解决有关人的行为能力、结婚年龄、动产继承等问题，适用当事人的本国法或者住所地法；解决不动产争议适用物之所在地法；解决行为效力及后果问题适用行为地法；解决船舶和飞行器内发生的纠纷，适用旗国法等；这些适用法律的原那么都是在长期实践中逐渐形成的共识，具有国际惯例的性质。

弹性法律推定

- 是指按照最密切联系原则那么确定解决合同争议所适用的法律时没有明显标志，需要在对合同要素进行全面分析的根底上，推定某一国家 与该合同联系最密切，以该国法律作为解决合同争议的准据法。

合同要素分析说

- 是一种在当事人没有合意选择法律时，确定合同的最密切联系地法的一种方法。是指法官通过对合同各种要素进行“量”和“质”的综合分析，从而确定合同准据法。
- 案例：“奥顿诉奥顿案”

- “量的分析”是指法官将与合同有关的全部连接因素列举出来，然后将连接因素在数量上最集中的那个国家或地区确定为最密切联系地。如当事人的住所，居所，国籍，公司成立地和营业地，合同缔结地，合同谈判地，合同标的物所在地。这些均是法官在进行量化分析时需要列举的。但“量的分析”决不等于简单的数字计算，只要列举出来找到联系最多的国家就行了，而是需要深层次地综合分析，并且要与“质的分析”相结合，才能最终确定某一合同的最密切联系地。

- “质的分析”是指法官在选择法律时，应该根据各种连接因素的相对重要程度，来确定在特定问题上与案件有最密切联系的国家的法律加以适用。即不只是计算各有关国家所拥有的连接点的多少，而是必须对连接点的质量和重要性进行分析。质的分析方法比较抽象，其难点在于如何确定各种联系的相对重要性。

〔四〕特征性履行说

- 主张国际合同的当事人未选择合同的准据法时，根据合同的特殊性质确定合同法律适用。
- 这一学说是一种较新的，接近于“最密切联系理论”的理论。很多有国际私法成文法的国家采用这一方法。1985年海牙国际私法会议《国际货物销售合同法律适用公约》第8条第1—3款也采用这一学说。

〔四〕特征性履行说

- 所谓特征履行，指能反映合同特征的履行。以特征履行方法作为确定最密切联系的主要方法，就是以合同的特征履行方的属人法作为准据法。
- 比方，货物买卖合同的买方与保险合同的被保险人的履行都是金钱给付。它们的履行在形式上是相似的，因此不能充分反映这两种合同的特征、另一方面，卖方的履行〔交货〕与保险人的履行〔提供保险〕在形式上大不相同，能够反映这两种合同的特征。

〔五〕 合同自体法说

合同自体法〔the proper law of the contract〕由英国学者提出。关于其内容看法不一。得到广泛支持的是〔戴西和莫里斯〕

合同自体法是当事人明示选择的法律，当事人没有明示选择时，根据合同的条款、性质和案件的整体情况推断当事人会意图适用什么法律。如果当事人意图不明确，不能通过具体情况推断的，适用与合同有最密切、最真实联系的法律。

是一种合同法律适用的整体方法，从某种意义上讲是合同法律适用的意思自治说和最密切联系说的结合。

四、合同的特殊方面以及特殊合同的法律适用

〔一〕 合同的特殊方面

各国立法和国际条约一般认为，合同准据法可适用于合同的成立、效力、履行、解释、变更、中止、解除及诉讼时效等许多方面。但关于当事人的能力和合同的形式问题，各国学者和立法都承认具有特殊性，需要考虑当事人的属人法、行为地法等。不过总的趋势是尽可能对这些问题〔尤其对合同的形式〕也适用合同的准据法。

四、合同的特殊方面以及特殊合同的法律适用

〔二〕特殊合同的法律适用

- 1.有关不动产的合同〔适用不动产所在地法〕
- 2.消费合同和劳务合同
- 3.直接适用的法

消费合同和劳务合同

- 现代社会中，商品的供给者和消费者之间，雇主和雇员之间力量差距悬殊。所以在法律适用上，各国倾向于保护弱方当事人，即适用有利于消费者和受雇人的法律
- 对于消费合同的法律适用，有两种做法：一是排除当事人意思自治，直接适用消费者惯常居所地法；二是允许当事人选择法律，但该选择不得剥夺消费者惯常居所地法的强制性规定给予的保护，而在当事人未作法律选择时，适用消费者惯常居所地法。
- 对于劳务合同的法律适用，原那么上适用劳务履行地法。

直接适用的法

- “直接适用的法”是现代国际私法新开展出的一个概念，也称为“特殊法律选择条款”或“必须适用的法”，在中国一般称之为“强制性标准”，是国家通过冲突标准直接干预重大的社会经济事项的一种法律手段。国际金融、国际投资、国际技术转让、反不正当竞争等对社会经济生活有重大影响，对于与上述领域有关的涉外合同，适用“直接适用的法”。

直接适用的法

- 产生背景：由于传统的冲突标准所援引的准据法，既有可能是内国法，也可能是外国法。在某些情况下，适用外国法将会影响内国的重大利益。对此，传统的国际私法虽然可以运用“公共秩序保存”制度，但该制度毕竟是一种事后的、被动的排除外国法适用的方法，而国家还需要一种更直接明确地表达其意志的法律选择方法，于是国家就赋予某些法律标准以强制适用的效力。

直接适用的法

- “直接适用的法”一般表现为单边性冲突标准，其直接适用的法一般是法院地法。但某些国家也承认直接适用的法可以是外国法，甚至是外国公法。
- 直接适用的法对传统的冲突标准产生了一定的冲击，但直接适用的法不管是在数量上还是在适用范围上都有限。因此，在现代国际私法中，冲突标准仍然是根本标准，而直接适用的法只是一种例外。

五、中国关于涉外合同法律适用的规定

- 新法第四十一条 当事人可以协议选择合同适用的法律。当事人没有选择的，适用履行义务最能表达该合同特征的一方当事人经常居所地法律或者其他与该合同有最密切联系的法律。
 - 〔一〕 当事人意思自治
 - 〔二〕 特征性履行方法
 - 〔三〕 最密切联系原那么
 - 〔四〕 国际条约优先适用与国际惯例补缺

〔一〕当事人意思自治

- 新法第四十一条、原《涉外经济合同法》第5条，《民法通则》第145条第1款，《合同法》第126条第1款第1句，《海商法》第269条，《民用航空法》第188条。
- 《合同法》第126条第1款：涉外合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律，但法律另有规定的除外。涉外合同的当事人没有选择的，适用与合同有最密切联系的国家的法律。

〔一〕当事人意思自治

- 对上述条款的理解：
- 当事人选择法律的时间
 - 1987年《涉外经济合同法》司法解释规定〔1〕订立合同时；〔2〕争议发生时；〔3〕开庭审理前。
- 2.选择法律的方式
 - 1987年《涉外经济合同法》司法解释规定“双方协商一致和明示的”。不允许默示选择。
- 3. 选择法律的范围
 - 中国法、港澳地区法或外国法以及国际条约和国际商事惯例。有关外国法是指其现行实体法，不包括外国冲突标准和程序标准。

〔一〕当事人意思自治

4. “另有规定的除外”〔1〕强制标准：如《合同法》第126条第2款“在中国境内履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同，适用中国法律。”对上述合同，当事人不能协议选择适用外国法。〔2〕1987年国务院批准的《中国银行对外商投资企业贷款办法》第25条及其《实施细则》第34条规定：除中国银行同意者外，外商投资企业与中国企业签订的借款合同适用中国法律。既有可能在中国银行同意的情况下适用“意思自治”，也可能在中国银行不同意时，必须适用中国法律。

〔一〕当事人意思自治

5. 如当事人选择的法是外国法，存在事后排除的可能：
 - 〔1〕 公共秩序保存；
 - 〔2〕 法律躲避。最高院？民法通那么？司法解释第194条。

〔二〕特征性履行方法

- 1987年最高院涉外经济合同法的司法解释：
- 1. 特征性履行方法曾经是我国法院以最密切联系原则确定合同准据法时采用的主要方法。表现在对于以下合同适用合同特征履行方的属人法：
- 国际货物销售合同——卖方营业所所在地法
- 银行贷款或担保合同——贷款银行或担保银行所在地法
- 保险合同——保险人营业所所在地法
- 加工承揽合同——加工承揽人营业所所在地法
- 代理合同——代理人营业所所在地法
- 动产租赁合同——出租人营业所所在地法
- 仓储保管合同分别适用——仓储保管人营业所所在地法

〔二〕特征性履行方法

2. 以“非金钱给付一方”作为特征履行方确定合同准据法方法的例外：

(1)对于国际货物买卖合同，如果合同谈判地和订立地均在买方营业所在地；或合同主要依买方发出的招标订立；或者合同明确规定卖方须在买方营业所在地履行交货义务，应适用合同订立时买方营业所在地法。采用了海牙国际私法会议1985年《国际货物买卖合同法律适用公约》第8条第1款和第2款的规定。

以上内容仅为本文档的试下载部分，为可阅读页数的一半内容。如要下载或阅读全文，请访问：<https://d.book118.com/158110100061006022>