

涉外民商事合同纠纷的法律适用与外国法查明

周翔

2007年6月11日,最高人民法院审判委员会第1429次会议通过了《最高人民法院关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定》,该司法解释已于2007年8月8日起施行。下面我就该司法解释作一简要评介。

一、研究问题的范围限定:合同争议

从这个司法解释的题目就可以看出来,该司法解释规范的是“涉外民事或商事合同”纠纷的法律适用问题。对于合同纠纷的法律适用问题,我国最早是在1985年3月21日颁布的《涉外经济合同法》第五条中规定:“合同当事人可以选择处理合同争议所适用的法律。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。在中华人民共和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,适用中华人民共和国法律。中华人民共和国法律未作规定的,可以适用国际惯例。”1987年3月15日,最高人民法院又公布了《关于适用〈涉外经济合同法〉若干问题的解答》,对涉外经济合同的法律适用作了司法解释,进一步明确了处理涉外经济合同争议的法律适用问题。我国新的《合同法》于1999年3月15日颁布并于1999年10月1日施行。根据该法的规定,自施行之日起,《涉外经济合同法》同时被废止,而最高人民法院的对《涉外经济合同法》的司法解释也不再适用了。《合同法》第126条规定:“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。在中华人民共和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,适用中华人民共和国法律。”该规定虽与《涉外经济合同法》第五条的规定基本相同,但条文过于原则、简略,缺少可操作性。故而在《合同法》实施后,原《涉外经济合同法》的司法解释不再适用的情况下,对于涉外合同争议的法律适用问题缺乏具体可操作的法律依据。而此次这份司法解释的公布正是填补了这块的“空白”。

二、合同自由原则

既然是针对合同法律关系,那么首先就要体现出合同法律关系区别于其他法律关系的最大的特点:尊重当事人的意思自治---合同自由原则。意思自治是私法的基本原则,也是私法与公法相区别的主要特征。私法自治原则在合同中的具体体现就是合同自由原则。¹合同是两个以上当事人意思表示的合意。合意一经完成,合同宣告成立,当事人便受到合同的拘束。²对于自愿形成的私人关系来说,合同法就像一部宪法,而具体的合同则像在宪法下颁布的法律。³也就是说当事人经过合意达成的合同,反映的当事人自身的真实意愿,对当事人而言是最重要的。

该司法解释第3条规定:“当事人选择或者变更选择合同争议应适用的法律,应当以明示的方式进行。”此条体现了以下几层意思:一是反映出了合同自由原则,允许和尊重当事人自行对应适用的法律进行选择并达成合意;二是

¹ 王利明:《合同法研究(第一卷)》,中国人民大学出版社,2002年11月第一版,第140页

² 王利明、崔建远:《合同法新论.总则》,中国政法大学出版社,2000年3月修订版,第100页

³ 罗伯特·考特、托马斯·尤伦:《法和经济学》,第314页,转引自王利明、崔建远:《合同法新论.总则》,中国政法大学出版社,2000年3月修订版,第103页

在选择后可以变更，但仍要达成合意；三是应该以明示的方式进行，即应该明确地表达自己的意思表示。只要符合以上几点，应对当事人的选择予以尊重。

该司法解释第4条规定：“当事人在一审法庭辩论终结前通过协商一致，选择或者变更选择合同争议应适用的法律的，人民法院应予准许。当事人未选择合同争议应适用的法律，但均援引同一国家或者地区的法律且未提出法律适用异议的，应当视为当事人已经就合同争议应适用的法律作出选择。”该条第1款对于当事人选择应适用的法律的时间进行了明确，一是考虑给当事人更多的时间和机会以达成合意；二来也是考虑到在司法实践中这种情况也比较多，即当事人原本没有选择准据法，或原来已选择了一国的法律为准据法，但在法庭辩论中经争辩对准据法达成了合意或合意选择了另一国的法律，此时应对当事人的合意予以认可；三是这种做法也符合我国民事诉讼法司法解释第156条关于法庭辩论终结前原告可以增加诉讼请求的规定。该条第2款实际上是对当事人选择方式必须是“明示”的作了扩大解释，即虽未事先达成合意，但均不约而同援引同一国法律且相互无异议的，“视为”对准据法达成了合意。此条规定不仅在时间、程度上最大限度地尊重的当事人的意思自治，体现了合同自由原则，更为顺利解决纠纷创造了有利条件。

三、合同自由原则的例外

在尊重合同自由原则的同时，也有例外情况：

1、规避法律法规强制性、禁止性规定无效原则。该司法解释第6条规定：“当事人规避中华人民共和国法律、行政法规的强制性规定的行为，不发生适用外国法律的效力，该合同争议应当适用中华人民共和国法律。”自由总是相对的，合同当事人在行使自己的自由权利的同时，不能违反法律法规强制性、禁止性规定，否则不能发生适用外国法律的效力，在此问题上《民法通则》司法解释第194条有明确的规定。此处只是对于不发生适用外国法律效力的后果予以了明确，规定在这种情况下适用法院地法---即中国法律。

2、公共秩序保留原则。该司法解释第7条规定：“适用外国法律违反中华人民共和国社会公共利益的，该外国法律不予适用，而应当适用中华人民共和国法律。”公共秩序保留制度具有两方面的作用：一是当本国冲突规范指定的外国法的适用与本国公共秩序相抵触时，这种保留制度具有排除外国法适用的否定或防范作用；二是由于涉及到本国国家和社会的重大利益或法律和道德的基本原则，对于特定的涉外商事法律关系必须直接适用本国法律中的强制性规定，而不用考虑依冲突规范去指定准据法的问题，从而具有排除外国法的适用而直接适用内国法的肯定作用。《民法通则》第150条对公共秩序保留已作了规定，虽然从国际私法理论角度讲，公共秩序保留则意味着内国法的适用，但鉴于司法实践的需要，本条对此作了明确规定，即适用公共秩序保留原则后合同争议应适用中华人民共和国法律。

3、直接适用中国法的情况。⁴该司法解释基于一些法律、法规的明确规定，列举了九种情况下应直接适用中国法，不允许合同当事人再对准据法作出选择。此条规定的法律依据在于《合同法》第126条第1款中“法律另有规定的除外”。需要说明的是该条中第（六）、（七）、（八）三项，自2006年9月8日起施行的由商务部等六部委发布的《外国投资者并购境内企业暂行规定》中，第22条、24条明确规定：股权购买协议、境内公司增资协议、资产购买协议应适用中国法律，故此三项是专指上述《规定》中明确限定的外国投资者的这三类并购协议，而不能做扩大解释。

四、当事人没有达成合意的，适用最密切联系原则

该司法解释第五条规定，当事人未选择合同争议应适用的法律的，适用与合同有最密切联系的国家或者地区的法律。并规定应根据合同的特殊性质，以及某一方当事人履行的义务最能体现合同的本质特性等因素，确定与合同有最密切联系的国家或者地区的法律作为合同的准据法。该条以列举的方式规定了17种常见合同的最密切联系地。⁵在确定最密切联系地时，采用的是大陆法系国家普遍使用的特征履行的方法，即以合同某一方当事人的履行义务最能体现合同的本质特性来决定合同的准据法。该原则也是延续了《涉外经济合同法》司法解释的规定。对于合同中，一方当事人以金钱给付为履行义务，另一方以非金钱给付为履行义务的，我们认为非金钱给付履行义务更为复杂，也更符合合同的特征，以该方为特征履行方是合时的。在具体履行的地点判断上，采用了通行的当事人住所地的原则，对于各种类型当事人包括法人、自然人、其他组

⁴第八条 在中华人民共和国领域内履行的下列合同，适用中华人民共和国法律：

- （一）中外合资经营企业合同；
- （二）中外合作经营企业合同；
- （三）中外合作勘探、开发自然资源合同；
- （四）中外合资经营企业、中外合作经营企业、外商独资企业股份转让合同；
- （五）外国自然人、法人或者其他组织承包经营在中华人民共和国领域内设立的中外合资经营企业、中外合作经营企业的合同；
- （六）外国自然人、法人或者其他组织购买中华人民共和国领域内的非外商投资企业股东的股权的合同；
- （七）外国自然人、法人或者其他组织认购中华人民共和国领域内的非外商投资有限责任公司或者股份有限公司增资的合同；
- （八）外国自然人、法人或者其他组织购买中华人民共和国领域内的非外商投资企业资产合同。
- （九）中华人民共和国法律、行政法规规定应适用中华人民共和国法律的其他合同。

⁵（一）买卖合同，适用合同订立时卖方住所地法；如果合同是在买方住所地谈判并订立的，或者合同明确规定卖方须在买方住所地履行交货义务的，适用买方住所地法。

- （二）来料加工、来件装配以及其他各种加工承揽合同，适用加工承揽人住所地法。
- （三）成套设备供应合同，适用设备安装地法。
- （四）不动产买卖、租赁或者抵押合同，适用不动产所在地法。
- （五）动产租赁合同，适用出租人住所地法。
- （六）动产质押合同，适用质权人住所地法。
- （七）借款合同，适用贷款人住所地法。
- （八）保险合同，适用保险人住所地法。
- （九）融资租赁合同，适用承租人住所地法。
- （十）建设工程合同，适用建设工程所在地法。
- （十一）仓储、保管合同，适用仓储、保管人住所地法。
- （十二）保证合同，适用保证人住所地法。
- （十三）委托合同，适用受托人住所地法。
- （十四）债券的发行、销售和转让合同，分别适用债券发行地法、债券销售地法和债券转让地法。
- （十五）拍卖合同，适用拍卖举行地法。
- （十六）行纪合同，适用行纪人住所地法。
- （十七）居间合同，适用居间人住所地法。

织的住所地，我国法律已有明确的界定，其他国家的法律也都有类似规定，操作起来简单明了；对于涉及到不动产的合同是例外，因各国法律普遍规定涉及到不动产的纠纷适用不动产所在地法律。当然，该条也赋予了法官更大的自由裁量权，如果法官认为上述合同明显与另一国家或者地区有更密切联系的，应适用该另一国家或者地区的法律。

五、禁止反致、转致原则

该司法解释第一条规定：“涉外民事或商事合同应适用的法律，是指有关国家或地区的实体法，不包括冲突法和程序法。”此条的意思是，在涉外合同法律适用问题上，不允许反致或转致，这一原则与《涉外经济合同法》司法解释的规定是一脉相承的，也是目前大多数国家的立法及国际条约一致认可的。例如1980年欧共体《关于合同义务法律适用》罗马公约第十五条规定，凡适用本公约确定的任何国家的法律意即适用该国现行的法律规则而非适用其国际私法规则。对于程序法问题，通行的国际私法理论认为程序问题应适用法院地法，亦是不允许当事人进行选择的。《中华人民共和国国际私法示范法》第八条规定：“本法规定应适用的法律，是指现行有效的民商事实体法律，不包括冲突规则。”第十八条规定：“程序问题，适用法院地法。”

六、适用外国法时的查明问题

外国法查明在实务操作中是一项很难的工作，由于各国对外国法的性质存在不同认定，因而外国法的查明也采取不同的做法，大致有三类。第一类，当事人举证证明。英、美等普通法系国家和部分拉丁美洲国家采用这种做法。它们把依本国冲突规范指定的外国法看作“事实”，用确定事实的程序来确定外国法的内容，即由当事人负责证明外国法中是否有相关规定及其内容如何，而法官则无义务查明该外国法。第二类，法官依职权查明，无须当事人举证。欧洲大陆的一些国家如意大利、奥地利等采用这种做法。它们把依本国冲突规范指定的外国法看作法律，根据“法官知法”原则，主张由法官依职权负责查明外国法的内容，不需要当事人举证证明。例如1964年前捷克斯洛伐克《国际私法及国际民事诉讼法》第53条第1款规定：“审判人员要采取一切必要的措施认定外国法的内容；如不知该外国法的内容，则请求外交部长提供有关情况。”第三类，法官依职权查明，但当事人亦负有协助的义务。德国、瑞士、土耳其等国家采取这种做法。它们把依本国冲突规范指定的外国法看作是一种性质不同于内国法的法律，因而主张对其内容的查明程序应既不同于查明内国法也不同于查明纯粹的事实，原则上要求法官依职权负责确定该外国法的内容，法官认为有必要时，也可以要求当事人予以协助。例如1987年《瑞士联邦国际私法法规》第16条规定：“外国法的内容由法院依职权查明。为此可以要求当事人予以合作。”

该司法解释采用的是第三类的做法，又不同于第三类做法。不同之处在于对当事人协议选择或变更选择的外国法以及依最密切联系原则确定的外国法的查明作了区别对待。与当事人相比，法官提供法律比当事人提供法律更可靠、可行吗？虽然法官的法律知识是当事人无法相比的，法官具有收集法律知识和信息的渠道，具有查明法律的能力。但是，法官的法律知识仅仅局限于国内法领域。要求法官具备外国法知识是不现实的，因为世界上有着众多的国家，也因为外国法的掌握比国内法以及国际条约、国际惯例要复杂困难得多，任何法官都不可能通晓世界各国的法律。如果将掌握国内法作为对法官的基本要求，而将掌握国际条约、国际惯例视为更高要求的话，要求法官掌握外国法则是不

切实际的奢望。“法官知法”是一个古老而美好的谚语，而对于外国法就不具有公理意义。因此，外国法的查明要区别不同情况分别对待：

1、当事人合意选择准据法的，由当事人提供。该司法解释第9条第1款规定：“当事人选择或者变更选择合同争议应适用的法律为外国法律时，由当事人提供或者证明该外国法律的相关内容。”与法官相比，当事人处于纠纷当中，可能更早地关心和接触外国法，由于当事人经过协商后自愿选择适用某一外国法，则有理由认为当事人已经就在某一外国法环境下对法律风险进行了预测，当事人有义务和能力提供其自愿选择的外国法。

2、法院以最密切联系原则确定准据法的，应由当事人和法院共同查明。该司法解释第9条第2款规定：“人民法院根据最密切联系原则确定合同争议应适用的法律为外国法律时，可以依职权查明该外国法律，亦可以要求当事人提供或者证明该外国法律的内容。”此一规定是考虑到依最密切联系原则确定的外国法实际是法院选择法律的结果。由于我们更倾向于将外国法视为有别于内国法和事实，外国法的查明由法院和当事人共同承担比较合理。

3、不论通过何种途径查明的外国法，都要经过质证才能采用。该司法解释第10条规定：“当事人对查明的外国法律内容经质证后无异议的，人民法院应予确认。当事人有异议的，由人民法院审查认定。”该条实际表达了对外国法的定位处于事实和法律的中间地位，既非事实亦非法律。对于经质证有异议的，赋予法官以自由裁量权。

4、无法查明时，适用中国法。该司法解释第9条第3款规定：“当事人和人民法院通过适当的途径均不能查明外国法律的内容的，人民法院可以适用中华人民共和国法律。”关于外国法无法查明时的解决办法的问题，当通过一切可能的途径和方法仍无法确定外国法的内容时，各国的立法与司法实践不太一致，基本可以分为三种类型：其一，直接或类推适用内国法，这是大多数国家采取的办法。比如，1982年《土耳其国际私法和国际诉讼程序法》第2条第2款规定：“经过多方努力后仍无法查明与案件有关的外国法的规定时，则适用土耳其法律。”1966年《波兰国际私法》第7条也规定：“无法认定外国法的内容或外国法的系属时，适用波兰法。”其二，驳回当事人的诉讼请求或抗辩，德国和美国等少数国家采用这种办法。例如，《德国民事诉讼法典》第293条规定，德国法院依职权确定外国法的内容，但也有权要求当事人双方提供有关外国法的证据，如果负责提供有关外国法证据的一方提不出证据，法院则以证据不足驳回其诉讼请求或抗辩。其三，适用同本应适用的外国法相类似的法律或适用一般法理，日本等个别国家的司法实践采用此做法。《民法通则》司法解释第193条采取的是第一种做法。本司法解释也倾向于当外国法不能查明时，适用法院地法即中华人民共和国法律。