

# 英国再保险合同法律适用中的当事人默示选法

何 丹\*

**摘 要：**默示选法是在当事人没有明示选法时，由法官依据合同条款或整个案件的情形推定当事人意欲适用的法律。因涉及不同法域的多方当事人的特殊关系，再保险合同所涉及的推定因素复杂多样。英国再保险法律实践中，法官灵活运用传统的管辖权条款、仲裁条款、标准格式等指示因素认定当事人的默示选择，在适用法律时表现出以商业利益为导向、确保英国保险与再保险市场竞争地位的本国法倾向。我国应借鉴英国的做法，积极承认当事人默示选法，在法律适用时多加顾及本国再保险业发展的长期战略。

**关键词：**再保险合同 默示选法 合同自体法 英国法

## 一 问题的提出

所谓默示选法，即在涉外民商事合同纠纷中，双方当事人在合同订立之时或之后没有就合同准据法的适用达成明示的合意，通常这种明示的合意是以双方当事人在合同中约定的法律选择条款来表现，然而，如果从合同条款或整个案件情形能够推定，双方当事人之间存在默示法律选择的合意，此时这种默示的合意所指向的实体规则即为合同的准据法。默示选法的根本在于对当事人默示意图的推定，这种推定必须依赖于合同中某些明示的因素，也即司法实践中法官运用自由裁量权对这些因素予以权衡，最终确定当事人默示选择的法律。由于法官自由裁量权的运用不当，默示推定的意思违背当事人内心真意的情况屡见不鲜，认可默示选法的国家因此饱受诟病。也有学者认为，<sup>①</sup> 默示选法的重要意义在于，其作为与客观选法方法相区别的主观选法方法，能够帮助法官在确定法律时，正确适用客观选法方法的最密切联系原则。

英国是承认当事人默示意思自治的典型国家之一，其涉外民商事合同法律适用的实践中有很多关于默示选法的案例。不论是依据普通法规则下普遍认可的推定因素，还是根据 1980 年罗马《合同之债法律适用公约》（以下简称《罗马公约》）“合理的确定性”标准，抑或《欧洲议会和（欧盟）理事会 2008 年 6 月 17 日关于合同之债法律适用的第 593/2008 号条例》（以下简称《罗马条例 I》）“由合同条款或案件的情况明确地或清楚地显示出来”的标准，英国法院都倾向于

---

\* 武汉大学国际法研究所博士研究生、中南民族大学经济学院讲师。

① 参见周清华、任宪龙：《“默示意思自治”解析》，载《法学杂志》2008 年第 6 期，第 15—16 页，刘仁山、黄志慧：《国际民商事合同中的默示选法问题研究》，载《现代法学》2014 年第 5 期，第 159 页。

将英国法推定为准据法。<sup>①</sup> 英国法院不仅习惯于在默示推定中适用英国法,而且在不能证明当事人有默示选法意图时,也会进一步运用最密切联系原则推定适用英国法。

国际再保险合同适用英国法与英国再保险市场的发达是分不开的。由于英国再保险业历史悠久,发达程度较高,伦敦再保险市场是世界上最大的再保险市场之一,再保险法主要表现为长期的再保险交易中形成的再保险惯例。商事再保险主体愿意选择英国法作为准据法解决纠纷。大量的再保险合同在伦敦再保险市场上由伦敦市场的经纪人作为中介,采用该市场上长期发展起来的惯例和习惯做法达成。这些与英国相关的因素普遍存在于再保险合同中,对再保险合同当事人的权利和义务产生重要的影响,在一定程度上超越了传统商事合同中惯常使用的推定因素,如合同签订地,一方当事人的惯常住所地等。再保险具有的国际性使再保险合同纠纷经常涉及到法律适用问题,当事人默示选法意图是否存在以及默示选择如何进行推定,在再保险合同法律问题中表现得尤为突出。

那么,疑问在于,英国法院在进行默示选择推定时以何种事实情形作为依据,哪些推定因素能合理地证明当事人的默示意图?推定本身是否合理?法官行使自由裁量权依据一定标准所作的默示推定,与同样依据一定标准进行的最密切联系原则的推定之间如何区分?基于以上问题,笔者将结合英国再保险合同默示选法的实践来进行分析。

## 二 英国法上当事人默示选法的规定

### (一) 英国普通法下“合同自体法”的实践

默示选法为英国普通法所承认。普通法下,如果合同当事人没有明示法律选择,即意味着合同受默示选择的法律支配,合同有支配其权利义务的“自体法”。<sup>②</sup> 戴赛和莫里斯经典地总结了英国涉外民商事合同的默示选择规则:“如果合同当事人关于支配合同法律的意思表示没有用言语表达出来,他们的意思表示应该从合同的条款、性质及案件的一般情况推定出来,该推定的意思表示即决定了合同的自体法。”<sup>③</sup> 英国普通法上意思自治所包含的明示选择和默示选择理论共同构成了其“合同自体法”理论。

在博奈森诉澳大利亚案(Bonython v. Commonwealth of Australia,以下简称博奈森案)中,西蒙兹(Simonds)法官将当事人没有明示法律选择时的“合同自体法”定义为:合同应适用的法律应参考作为合同订立基础的法律,或者与合同交易有最密切或最真实联系的法律。<sup>④</sup> 在英国司

<sup>①</sup> 在国际商事合同领域适用本国法,是英国确立商事争议解决中心地位的本国政策的体现,也是其在某些战略性领域扩大法律输出的表现。See Manuel Penadés Fons, “Commercial Choice of Law in Context: Looking Beyond Rome”, (2015) 78 *The Modern Law Review* 241, p. 241. 但适用本国法的倾向性应被理性看待,在一些领域,英国不仅处于发展前列,其对应的法律制度也可能位于前沿,如本文所涉的再保险领域,就我国当事人而言,适用英国法可能更有利于其利益的实现。

<sup>②</sup> See Cheshire, G. C., North, P. M., & Fawcett, J. J., *Cheshire and North's Private International Law* (New York: Oxford University Press, 14th edn, 2008), pp. 666 - 667.

<sup>③</sup> See Dicey, A. V., Morris, J. H. C., & Collins, L. A., *Dicey and Morris on the Conflict of Laws* (Vol. 1) (London: Sweet & Maxwell, 14th edn, 2006), p. 1537.

<sup>④</sup> See Anthony J. E. Jaffey, “The English Proper Law Doctrine and the EEC Convention”, (1984) 33 *International and Comparative Law Quarterly* 531, p. 532.

法实践中默示意思自治的“合同自体法”上，西蒙兹法官所作出的上述定义是最有影响力的定义，<sup>①</sup> 不仅指出了合同默示选法的推定依据，而且将默示选法区别于最密切联系原则，隐含了默示推定意图不能确定后适用最密切联系原则的意思。

英国普通法上有大量判例实践了对默示选法的推定因素的选取、分析及法律的确定。当事人没有明示选择的法律时，首先应参考合同中能表明当事人虽默示但事实上存在的意图的种种因素。如果当事人一致同意选择某特定法院对案件享有管辖权或选择在某一国的仲裁机构仲裁，<sup>②</sup> 那么该法院或仲裁地的法律就是当事人意图适用的法律。如果合同使用的某种术语或概念指向了某一特定的法律体系，<sup>③</sup> 则当事人意欲适用该特定法律体系的法律。如果合同或合同中的某一条款被一国法律视为有效，而被另一国视为无效，<sup>④</sup> 则使合同有效的法律是当事人意图适用的法律。如果与合同相关联的交易受某一特定法律体系管辖，<sup>⑤</sup> 则管辖该关联交易的法律是合同当事人默示选择的法律。

也有法官认为，这些因素并不能作为默示选法的依据，<sup>⑥</sup> 而只能用于确定与合同有最密切联系的法律，即将诸多相关因素集合起来总体权衡，最后合同可能适用几个因素所指向的法律，也可能适用其中某一个具有决定性意义的因素所指向的法律。这种观点实际上否认了默示选法的存在，否定相关因素作为当事人默示选法意图的证据作用，认为当合同中没有明示的法律选择条款时，确定合同的准据法，应直接适用最密切联系原则。持这种观点的法官还认为，无论这些相关因素是否证实当事人确有真实的选法意图，在当事人没有明确的法律选择时，依据这些相关因素来确定合同适用的法律本身是可取的。究其原因有二：首先，无论依默示意思自治还是最密切联系原则，基于这些因素确定合同所适用的法律，逻辑清晰而自然，高效及时地确定合同准据法会保证法律适用的效率性；其次，在推定过程中，法官对这些因素总体权衡，自由裁量权的灵活运用以及适用其最熟悉的法律的倾向性，一定程度上避免了查明外国法的耗时耗力，法官对法律的熟悉程度也影响适用法律的准确性。此外，如果合同适用的是其概念或术语所指向的法律，合同条款与法律语言的内在一致性会使合同纠纷的解决更有效率；如果适用的是使合同有效的国家的法律，不仅契合了尽量使合同有效的法理，而且对当事人利益的实现更为有利。

西蒙兹法官在博奈森案中指明的“合同自体法”确定的方法实际上包含了两个阶段：（1）在当事人没有明示的法律选择时，通过合同中的相关因素来确定当事人默示的选法意图，比如当事人选择按照某一特定法律中的术语或表达，此因素与合同履行地等确定最密切联系地的因素相比较，显然能证明当事人适用该特定法律的默示意图，此时，默示推定方法的使用直接排除了依最密切联系原则确定准据法的使用。（2）如果相关因素无法确证当事人选法的默示意图，则应通过确定最密切联系地来确定准据法。在综合权衡相关因素时，前一阶段选取过的一些因素应被剔除出去不予考虑，不能与第二阶段的客观因素一起综合考虑。这些因素既然不能充分证明当事人的默示选法意图，说明其本身存有缺陷，比如合同的形式这个因素，它指向了某一特定法律，

① 参见张明杰：《评英国的合同自体法理论》，载《法学评论》1989年第1期，第70页。

② *Compagnie d'Armement Maritime SA v. Compagnie Tunisienne de Navigation SA*, [1970] 3 All E. R. 71.

③ *Amin Rasheed Shipping Corp. v. Kuwait Insurance Co.*, [1983] 2 All E. R. 884.

④ *Coast Lines Ltd. v. Hudig & Veder Chartering NV*, [1972] 1 All E. R. 451.

⑤ *Broken Hill Proprietary Co. Ltd. v. Theodore Xenakis*, [1982] 2 Lloyd's Rep. 304.

⑥ 如威尔伯福斯（Wilberforce）法官。参见 *Amin Rasheed Shipping Corp. v. Kuwait Insurance Co.*, [1983] 2 All E. R. 884.

但可能不明确,或者前一阶段的诸多因素之间相互抵触。默示选法的推定因素通常具有主观性,而最密切联系的推定因素则多为合同签订地、合同履行地、当事人所在地等客观因素。

以上对于默示选法是否真正存在的认识差异,归根结底是围绕着默示意思自治与最密切联系原则的差异而产生的。尽管如此,英国普通法实践中承认默示选法,并以默示推定方式确定适用其本国法的先例仍占多数。在普通法的先例中,合同中选择英国法院管辖的管辖权条款、约定到英国仲裁的仲裁条款、采用英国的标准格式合同、关联交易明示选择适用英国法以及合同采用英国普通法术语等众多事实情形,是英国法院推定适用英国法的重要因素。如果某一合同中包含有上述情形的某一种或某几种,则法官毫不迟疑地认定当事人默示选择了英国法,该合同直接适用英国法。不仅如此,适用本国法是推定的出发点,<sup>①</sup>无论这种本国法的适用是否违背了当事人的真实意愿,都要尽可能的被适用。这种推定是以英国法的优先考虑为前提的,即首先确定是否有与英国相关的重要因素。如果合同中包含的上述情形不以英国为中心,而直接指向了其他国家,则英国法院或法官也会将这些不以英国为中心的情形作为默示选择推定的重要考察因素。当然,此时,到底适用哪国法则要具体情况具体分析了,尤其是当合同中包含有多个不以英国为中心的情形时,哪一个将被认为是默示选择推定的决定性因素,则更为复杂。

## (二) 《罗马公约》和《罗马条例 I》

《罗马公约》和《罗马条例 I》对英国生效后,从成文立法角度明确了默示选法的标准,从而限制了法官的自由裁量权,一定程度上平衡了法律选择的灵活性和确定性,但二者并没有列明具体的推定因素。<sup>②</sup>实践中,在涉及默示选择时法官运用自由裁量权考察的推定因素,仍然以普通法实践中广泛采纳的推定因素为基础。

《罗马公约》第3条第1款规定:“合同应适用当事人选择的法律。当事人的选择应是明示的,或是合同条款或案件情形合理证实的。”依公约规定,当事人的默示意图应符合“合理的确定性”标准,即当事人真实意图的确切存在是推定的基础。该规定排除了纯粹从模糊的合同条款中推导出的假设性选择。“假设性选择”或“假设性意图”的概念实际上只是被法官用来扩大自由裁量权,或是假借当事人的意图来掩盖法官自己的意图,违背了当事人的意思自治。<sup>③</sup>

《罗马公约》的规定提出了对法官自由裁量权的限制,但实践中纯粹的默示选择与假设性选择之间的界限往往是模糊的。<sup>④</sup>阐释《罗马公约》的《朱丽安诺—拉加德报告》(Giuliano-Lagarde Report)<sup>⑤</sup>肯定了对普通法下一些判例中默示推定所考量的因素,同时强调了“合理的确定性”标准。值得一提的是,普通法下有先例将西蒙兹法官提出的两个阶段合二为一,考虑到有些因素虽不能“合理的确定性”地证实当事人的默示选择,但能够证明当事人的默示意图,也能帮助确定适用的法律,将默示推定的因素和确定最密切联系的因素集合在一起,能提高司法

① 这可能是因为本国法是法官最熟悉的法律。不过,适用英国法是建立在有诸多因素与英国相关的基础上。再者,英国法官良好的法律素养以及对自由裁量权的灵活运用都足以达到适用其本国法的目的。

② 《朱丽安诺—拉加德报告》全称是 Mario Giuliano and Paul Lagarde Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, (1980) C282 *Official Journal* 1. 《罗马公约》对此问题的解释集中在《朱丽安诺—拉加德报告》中,《罗马条例 I》则在其序言中有所提及。

③ 参见吕岩峰:《英国“适当法理论”之研究》,载《吉林大学社会科学学报》1992年第5期,第19—20页。

④ 参见王军、王秀转:《欧盟合同法律适用制度的演进》,载《清华法学》2007年第1期,第130—140页。

⑤ See M. Giuliano and P. Lagarde, “Report on the Rome Convention”, (1980) C282 *Official Journal*, p. 17.

效率。这种做法在普通法下无可厚非，但明显与《罗马公约》的规定背道而驰。

《罗马条例 I》在序言（16）中声明，法律选择规则要确保法律适用结果的高度可预见性。默示选法的规定秉承该意旨。其第 3 条第 1 款规定，当事人默示选择的意图必须“由合同条款或案件的情况明确地或清楚地显示出来”。“明确地或清楚地”措辞与《罗马公约》“合理的确定性”相比，差别很微妙，但“合理的确定性”标准给当事人默示选法的解释和推定留有更多空间。<sup>①</sup>显然，在法律选择的灵活性与确定性之间，《罗马条例 I》倾向于限制法院的自由裁量权，使法律适用在灵活性的基础上更具有确定性。<sup>②</sup>其序言（12）将当事人将其合同争议提交成员国的一个或多个法院排他性管辖的协议作为默示选法的考察因素，认可了法院选择条款可推定适用法院地法的做法。有人认为，对司法机关而言，适用本国法比适用外国法更方便；适用外国法涉及外国法的查明，费时费力；此外，当事人选择了法院就意味着选择了法律，二者的一致性更符合当事人的期望。<sup>③</sup>此种推定规则确实有助于提高司法效率，但一概而论，则有违背当事人意思自治原则之嫌。<sup>④</sup>

### 三 英国再保险法律实践中默示选法的推定依据

英国法院在处理默示选法的问题上有着相当丰富的实践经验。作为商事合同的再保险合同，在默示选法指示因素的确定上，与一般合同并无二异。但以劳合社（Lloyd's）为中心发展起来的英国保险与再保险市场上完备且成熟的合同条款、标准格式以及专业务实的经纪人等重要因素，使再保险合同在默示选法的推定上又具有了一定的特殊性。因此，以个案为基础的默示选法法律实践值得关注。

#### （一）管辖权条款

英国普通法实践表明，对争议诉讼地的选择和对法律的选择密切相关，当事人对特定诉讼地的明示选择通常也意味着对实体管辖法律的默示选择，英国法院的做法强化了合同法律适用上的法院地法倾向。早期的一起案件<sup>⑤</sup>中，管辖权条款就被视为推定的依据，但不容忽视的是，该案中再保险合同在伦敦市场作成，且采用了伦敦的标准格式。

《朱丽安诺—拉加德报告》也指出，默示选法最常见的指示因素就是在合同中包含的管辖权条款或仲裁条款。在当事人没有明示法律选择下，英国法院会基于管辖权条款或仲裁条款推定当事人默示选择了诉讼地或仲裁地的法律为合同的准据法。该报告认为，如果有根据合同条款和整

<sup>①</sup> See Katharina Boele-Woelki & Vesna Lazić “Where Do We Stand on the Rome I Regulation?”, In K. Boele-Woelki & F. Grosheide (Eds.), *The Future of European Contract Law* (Den Haag: Kluwer Law International, 2007), pp. 19, 24. 转引自 Nils Willem Vernooij, “Rome I: An Update on the Law Applicable to Contractual Obligations in Europe”, (2009) 15 *The Columbia Journal of European Law* 71, p. 72.

<sup>②</sup> 参见邹国勇：《欧盟合同冲突法的新发展——〈罗马条例 I〉述评》，载《广西社会科学》2012 年第 7 期，第 66 页。

<sup>③</sup> See Ole Lando & Peter Arnt Nielsen, “The Rome I Regulation”, (2008) 45 *Common Market Law Review* 1687, p. 1699.

<sup>④</sup> See Nils Willem Vernooij, “Rome I: An Update on the Law Applicable to Contractual Obligations in Europe”, (2009) 15 *The Columbia Journal of European Law Online* 71, pp. 72 - 73.

<sup>⑤</sup> *Royal Exchange Assurance Corp v Sjöforskrings Aktiebolaget Vega*, [1902] 2 KB 384.

体情况能作出相反的证明,那么管辖权条款将不是决定合同法律适用的最终因素。<sup>①</sup>

实践中,当管辖法院是英国法院时,英国法院极易利用自身的优势,通过默示选择来扩大法院地法的适用范围或者使法院地法得以适用。<sup>②</sup> 这一点广受诟病。<sup>③</sup> 就管辖法院本身而言,这种做法有助于提高司法效率。<sup>④</sup> 但有可能违背了当事人的真实意愿,而且会由于与合同有更加密切联系的因素没有被充分考虑,致使判决在其他国家的执行遇到困难。

《罗马条例 I》传承了英国普通法的规则。《罗马条例 I》在序言(12)中也提到了这个考虑因素:当事人在合同中排他性地约定合同争议由一个或一个以上的成员国法院管辖,应作为确定是否进行了明示法律选择的因素之一。如果说《罗马公约》对此问题持肯定态度,《罗马条例 I》则是一种相对折衷的态度。<sup>⑤</sup> 管辖权作为推定因素从表面上看逻辑并不严密,因为排他性的选择法院协议与选择准据法的意图并不同位,但是综合考虑,有两点能够支持这种推定:其一,管辖权、准据法、判决的承认与执行等重要问题应该合同在订立时就予以明确,这几个问题之间互相关联。作为成熟的商业主体,不得不考虑的是,管辖法院适用哪一国的法律才有利于最后形成的判决的承认与执行。其二,对于没有明示选择法律而适用了他国的法律,管辖法院就依他国法律形成的判决,可能在执行上会更严格地审查。基于此,有学者甚至建议,在再保险合同订立时,如果作出了明示法律选择,那么明示选择的法律最好能够与管辖法院地的法律在对当事人权利义务的规范上尽量接近,从而方便判决的执行。<sup>⑥</sup>

显然,在英国普通法规则下,这种因素作为默示选择推定的依据,在一定程度上解决了合同的自体法难以确定的问题。但在《罗马条例 I》下,法官应“清楚地证实”当事人双方的法律选择意图,而什么样的选择才是“清楚地证实”,在立法上是无法明确的,只能留待法官的自由裁量权来处理。

依管辖权条款来推定当事人默示选法的意图,该条款应为排他性管辖条款。在金诉布兰迪再保险公司案(King v. Brandywine Reinsurance Co,以下简称布兰迪案)中,<sup>⑦</sup> 合同中不仅包含有约定在纽约仲裁的仲裁条款,还涉及到“接受诉讼条款”(service of suit clause),<sup>⑧</sup> 双方当事人约

① See M. Giuliano and P. Lagarde, "Report on the Rome Convention", (1980) C282 *Official Journal*, p. 17.

② [1995] 2 Lloyd's Rep. 64. See Terry O'Neill and Jan Woloniecki, *The Law of Reinsurance in England and Bermuda* (London: Sweet & Maxwell, 3rd edn., 2010), p. 715.

③ See Manuel Penadés Fons, "Commercial Choice of Law in Context: Looking Beyond Rome", p. 241.

④ See Ole Lando & Peter Arnt Nielsen, "The Rome I Regulation", (2008) 45 *Common Market Law Review* 1687, pp. 1687 - 1725.

⑤ 参见刘仁山:《国际合同法律适用中“意思自治原则”的晚近发展——〈海牙国际合同法律选择原则〉述评》,载《环球法律评论》2013年第6期,第151—152页。

⑥ 参见谢凯:《也论“默示选择”——〈涉外民事关系法律适用法〉第三条之解析》,载《大庆师范学院学报》2013年第3期,第42页。

⑦ *King v. Brandywine Reinsurance Co (UK) Ltd*, [2004] Lloyd's Rep IR 554. See Antony J. Woodhouse, "The Importance of Jurisdiction and Choice of Law Clauses: A European Perspective", (2007) 42 *Tort Trial & Insurance Practice Law Journal* 1027, pp. 1034 - 1037.

⑧ Service of suit clause, 又译为“审理法院选择条款”。美国的商事合同中普遍包含这个条款,通过此条款当事人可以约定到某一区域有管辖权的任一法院提起诉讼,至于管辖法院到底是哪一个,是不确定的。该条款不同于法院选择条款(forum selection clause),当事人一经约定法院选择条款,即使所选择的法院对案件拥有排他性管辖权。See William E. Marple and Andrew O. Wirmani, "Waiver of the Right to Remove in Forum Selection Clauses Subject to the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards", (2010) 62 *Mercer Law Review* 501 p. 504.

定任何一方可以到包括纽约州在内的任何一个州的法院诉讼，并适用该州的法律。该案最终适用英国法。法官认为接受诉讼条款的存在，影响了仲裁条款的推定效果，因为一方当事人有可能到纽约州去诉讼，也有可能到其他地区的法院诉讼，是否接受纽约州法院的管辖和适用纽约州法是不确定的。由此可见，合同中包含的任意管辖条款不必然产生推定适用管辖地法律的效果，只有约定排他性管辖的条款才能作为推定的依据。此外，该案再保险合同在成立的过程中牵涉了太多的“合同的情况”，包括再保险合同成立的再保险市场、再保险合同选用的格式、合同选用的条款、合同由经纪人促成等，也在一定程度上增加了其在“根据合同的情形合理地确定的”推定问题上的复杂性。

## （二）仲裁条款

仲裁条款是英国普通法实践中一个重要的指示因素，英国法院认为明确的仲裁地能够直接指明仲裁地的法律或法律体系，选择了仲裁地就可以被推定为默示选择了仲裁地法。《朱丽安诺—拉加德报告》视仲裁条款与管辖权条款一样，具有默示推定适用仲裁地法律的作用。<sup>①</sup> 但实践表明，仲裁条款不是默示选法时决定合同实体法的决定性因素。在三菱公司诉卡斯尔敦航运有限公司案（*Mitsubishi Corporation v. Castletown Navigation Ltd*）中，<sup>②</sup> 虽然合同中包含有仲裁条款，但合同其他相关因素均表明双方当事人意欲使其根据信用证所享有的权利受日本法支配，此时，相对其他相关因素，仲裁条款的重要性减弱了。

再保险合同中仲裁条款作为指示因素来推定当事人默示选法意图的判例在英国很多。这与再保险合同中普遍订立有仲裁条款直接相关。仲裁条款作为默示选法指示因素是否重要取决于仲裁条款的具体内容，即仲裁条款是否具有强制性。<sup>③</sup> 英国法院一般认为，强制性仲裁条款的约定表示当事人默示选择了仲裁地法为合同准据法，而非强制性条款则不能确定地产生此效力。在挪威阿特拉斯保险公司诉伦敦通用保险公司案（*Norske Atlas Insurance Co Ltd v. London General Insurance Co Ltd*）<sup>④</sup> 中，合同中包含在挪威仲裁的仲裁条款，强制性约定因该再保险合同产生的任何争议都在挪威仲裁。英国法院据此认为，双方当事人意欲适用挪威法。

如果仲裁条款是非强制性的，是否推定适用仲裁地法律则需视合同中其他指示因素而定。与任意管辖条款不产生推定适用管辖地法律的效果一样，如果合同中除了非强制性仲裁条款外，同时约定有允许一方当事人到一定范围内任一法院提起诉讼的“接受诉讼条款”，争议发生后，当事人一方到某一法院诉讼的事实，会被英国法院认为当事人默示选择了该管辖地的法律。在前述布兰迪案中，就是如此。

仲裁条款约定的意愿对其作为推定因素产生重大的影响。此外，在仲裁条款作为考察因素的实践中，英国普通法首先是肯定了选择任何仲裁地和仲裁机构的仲裁条款的重要性。但如果此仲裁条款并没有指定仲裁在哪一国进行，将仲裁条款作为默示法律选择的依据产生效力会比较弱。其次，如果再保险合同中包含有选择英国作为仲裁地以及英国的仲裁机构进行仲裁的仲裁条款，

① See M. Giuliano and P. Lagarde, “Report on the Rome Convention”, (1980) C282 *Official Journal*, p. 16.

② [1989] 2 *Lloyd's Rep.* 383.

③ 英美法中将仲裁条款区分为强制性和非强制性。强制性仲裁条款，通常约定任何一方都可在无须另一方同意的情况下，强制启动仲裁程序；非强制性仲裁条款，通常约定只有双方当事人都同意的情况下才能启动仲裁程序。

④ (1927) 28 *Ll L Rep.* 104.

毫无疑问,英国法院会以此为依据支持英国法作为合同的准据法。再次,如果再保险格式保单的适用、再保险市场以及再保险经纪人等因素都与英国有直接的联系,通常情况下,法官会越过对仲裁条款的考察,而使用自由裁量权裁定英国法为合同的准据法。

需要指出的是,以当事人选择仲裁地来推定当事人意欲使合同受仲裁地法支配的做法本身是值得推敲的。首先,当事人通常基于对仲裁机构声誉的信赖而选择某仲裁机构,这不必然表示当事人期望适用仲裁地法律;其次,仲裁地可能由当事人选定的仲裁员指定,而不必然由当事人指定,因此仲裁地难以确定当事人默示选法的意图。从再保险仲裁实践来看,再保险业务的专业性决定了仲裁案件的仲裁员一般由再保险行业的专家,如保险或再保险公司的卸任执政官等担任,这就使再保险纠纷的仲裁与其他商事领域的仲裁有显著的区别,再保险仲裁程序的推进及裁决的形成很大程度依赖于合同的当事方及其选定的仲裁员,再保险争议并不受制于某一特定的法律规则,这在一定程度上否定了仲裁地的法律规则直接经推定适用于再保险争议。<sup>①</sup>

海牙国际私法会议于2015年3月通过的《国际商事合同法律选择原则》(《海牙原则》)明确否定了此种推定的逻辑。《海牙原则》第4条规定:对法律的选择可从合同规定或相关情形清楚地看出,当事人之间约定将裁定合同争议的管辖权赋予某一法院或仲裁庭,该约定本身不等同于法律选择。<sup>②</sup>这意味着对纠纷解决方式的约定与法律选择的约定具有相对独立性。<sup>③</sup>当事人默示推定的法律体现了对当事人意思自治的尊重,但如果对推定的依据不加以限制,则会带来法官自由裁量权的扩大适用,影响法律适用的确定性。

### (三) 标准格式的选用对默示选择推定的影响

除了管辖权条款和仲裁条款之外,标准格式也是合同双方当事人默示选法较为常见的指示因素之一。《朱丽安诺—拉加德报告》指出,如果合同采用了受某特定法律体系管辖的标准格式,合同的准据法可以此为依据推定为该特定法律体系。<sup>④</sup>

以劳合社格式条款或格式保单的使用作为确定合同准据法的决定性因素,在再保险的普通法实践上最为普遍。劳合社保险与再保险市场历史悠久,庞大的市场容纳了来自世界各地的分保业务,商人们在长期的业务往来中形成了大量共同遵守的条款和规则。伴随着经济全球化和国际再保险市场的趋同化,众多的保险公司跨境选择境外的成熟且有实力的再保险市场分保。这也进一步催生了伦敦再保险市场上的规范化和规模化。其市场上成熟的经纪人、代理人在代理再保险业务时,自然会优先选择劳合社的格式条款和格式保单,而其他市场的业务都追随着这些成熟的经纪人、代理人而来,劳合社保险与再保险市场的触角逐步深入到世界各地。这对再保险合同当事人的默示选法问题产生了深远的影响。

关于这一指示因素,最典型的判例是《罗马公约》生效前的阿明拉希德航运公司诉科威特

<sup>①</sup> Kyriaki Noussia, *Reinsurance Arbitrations* (Springer Berlin Heidelberg, 2013), pp. 73 - 80.

<sup>②</sup> 联合国国际贸易法委员会第四十八届会议:《国际商事合同法律选择原则》, A/CN.9/847 (2015), 第3页。

<sup>③</sup> 参见张建:《2015年〈海牙国际商事合同法律选择通则〉评述——兼对我国涉外合同法律适用的反思》,载《荆楚学刊》2015年6月,第16卷第3期,第45页。刘仁山:《国际合同法律适用中“意思自治原则”的晚近发展——〈海牙国际合同法律选择原则〉述评》,载《环球法律评论》2013年第6期,第151—152页。

<sup>④</sup> See M. Giuliano and P. Lagarde, "Report on the Rome Convention", (1980) C282 *Official Journal*, pp. 16 - 17.

保险公司案 (Amin Rasheed Shipping Corp. v. Kuwait Insurance Co, 以下简称阿明拉希德案)。<sup>①</sup> 被告科威特保险公司在科威特向营业地为迪拜的原告签发了一份海上保险单, 承保其拥有的一艘船舶。该保单采用的是以英国《1906年海上保险法》附表为基础而制定的劳氏标准格式。上议院认为, 虽然与合同相关的其他因素都将当事人的意图指向科威特法, 但当事人适用了劳合社海上保险格式保单, 应作为适用英国法的决定性因素, 并且认为, 由于英国格式只能依据英国法律来解释, 双方当事人一定是存在适用英国法的意图。虽然这个判决作出的时间在《罗马公约》并入英国前, 而当时的合同法律适用遵循的是英国普通法的基本原则, 但从后来生效的《罗马公约》, 抑或是再后来的《罗马条例 I》的相关条款来看, 也会得到相同的结果。<sup>②</sup> 在蒂尔南诉马良保险公司案 (Tiernan v. Magen Insurance Co Ltd) 中,<sup>③</sup> 不仅合同采用了劳合社标准格式, 而且包含了伦敦保险市场上的重要条款, 法官据此认定英国法当然是当事人默示选择的法律。

尽管在英国普通法长期的实践中, “受某特定法律体系支配的标准格式” 的应用常常会导致该国法被视为准据法。但有案例表明, 《罗马公约》生效后, 这种指示因素对准据法的决定性作用并不绝对, 也有可能“一些意外, 或者说不太可能的结果”,<sup>④</sup> 比如维斯塔诉布彻案 (Forsikringsaktieselskapet Vesta v. Butcher, 以下简称维斯塔案), 虽然再保险合同以劳合社标准格式作成, 但该案最终并没有适用英国法。<sup>⑤</sup> 即便如此, 因使用了标准格式, 如劳氏分保条 (slip) 和劳氏保险单 (policy), 合同就确定受英国法支配, 仍具有普遍性。英国法院坚持认为, 依据《罗马公约》第 3 条第 1 款, 如果再保险合同在劳合社保险市场上按惯例成立, 采用包含有伦敦保险市场常见条款的劳合社标准格式, 则英国法被“合理的确定性”地证实为合同准据法。

克尔 (Kerr) 法官在城堡保险公司诉大西洋联合保险公司 (Citadel Insurance Co v. Atlantic Union Insurance Co)<sup>⑥</sup> 一案中指出, 采用劳合社标准格式并在伦敦市场上由经纪人达成交易, 原告和被告之间交易就被定位在伦敦, 那就只能适用英国法。<sup>⑦</sup>

#### (四) 合同签订地在默示选择推定中的弱化

传统合同法律适用中合同签订地是一个重要的考察因素, 合同签订地的法律经常被视为合同的准据法。但在英国法院对再保险合同的法律适用中, 合同签订地这个因素却显得不那么重要。取而代之的是合同签订时的情况, 合同使用的语言, 合同的格式, 合同中管辖权条款和仲裁条款的使用。

在皇家交易保险公司诉维加有限公司案 (Royal Exchange Assurance Corporation v. Sjöforskrings

① [1983] 2 Lloyd's Rep. 365.

② 在《罗马公约》生效前更早期的 Royal Exchange Assurance Corporation v. Sjöforskrings aktibolaget Vega [1902] 2 KB 384 案以及《罗马公约》生效后的 Gan Insurance Co. Ltd. v. Taiping Insurance Co. Ltd. (1999) I. L. P. 729 案中, 这种推定方法被英国法院反复强调。See Perry, B., “Limitations of Back to Back as a Concept in Reinsurance in English Law following Lexington v. AGF (and Lexington v. Wasa)”, (2010) 77 *The. Def. Counsel J.* 310, p. 313.

③ [2000] ILPR 517.

④ See Dicey, A. V., Morris, J. H. C., & Collins, L. A. *Dicey and Morris on the Conflict of Laws* (Vol. 1), p. 1743.

⑤ 维斯塔诉布彻案 (Forsikringsaktieselskapet Vesta v. Butcher) 的原保险合同约定适用挪威法, 再保险合同约定适用英国法, 但终审法院的法官适用了背对背推定, 认为再保险合同应与原保险合同适用相同的法律。

⑥ [1982] 2 Lloyd's Rep. 543, 548.

⑦ Jaffey, Anthony JE., “The English Proper Law Doctrine and the EEC Convention”, (1984) 33 *International and Comparative Law Quarterly* 531, p. 534.

Aktiebolaget Vega) 中,<sup>①</sup> 上诉法院认为, 瑞典的再保险人与英国的保险人之间成立的再保险合同应适用英国法, 而此再保险合同又违反了英国《1891年印花税法案》, 故再保险合同无效。

此案保单在瑞典订立, 约定损失赔付地在英国, 但科泽斯哈迪 (Cozens-Hardy) 法官认为, 合同签订地和损失赔付地对合同的法律适用都不具有决定性意义, 需要根据合同签订时的情况和合同条款所表现出的当事人的目的来确定合同的法律适用。由于再保险的保单采用劳合社标准保单格式, 该保单对原保险保单做了一些必要的改动, 保单使用英语, 并且包含了原告受英国法院管辖由英国法院作出判决的条款。从文件使用的语言和合同的情况来看, 当事人意欲使其根据合同所享有的权利义务受英国法管辖。上诉法院的另一部分人同样认为, 英国保单格式的使用和英国管辖权条款的设置, 对适用英国法起到了决定性的作用。

### (五) 默示选择推定的基础

上述的种种推定规则中, 是否要考虑原保险合同和再保险合同在法律适用上的一致性? 某些情况下, 依背对背推定, 原保险合同与再保险合同在合同的主要条款上具有同一性, 且再保险合同的保险责任是依据原保险合同的保险责任确定, 在法律适用上, 如果对原保险合同与再保险合同适用不同的法律, 势必会出现原保险合同与再保险合同在理赔上的矛盾。<sup>②</sup>

在维斯塔案中,<sup>③</sup> 双方当事人都是挪威人, 承保的是一个挪威的渔场, 这些因素都表明应受挪威法管辖。再保险合同采用的是劳合社标准保单, 约定适用英国法。从上诉法院法官的决定中可以看出, 原保险合同与再保险合同推定背对背, 无论挪威法和英国法在关于违反保证的后果上有多大的不同, 再保险合同都应当与原保险合同保持一致性。而且有内部一致性的合同应当适用同一法律, 这是基本的原则。本案再保险合同适用英国法, 原保险合同适用挪威法, 两个合同的准据法不同, 但法官认为, 合同中界定再保险人承保范围的条款意欲使其受原保险合同的准据法挪威法管辖, 即两个合同应背对背赔偿。<sup>④</sup> 该案两个合同准据法虽不相同, 但从处理结果来看, 为了保护原保险人实现其商业利益, 再保险合同适用了原保险合同的准据法, 从而保证了再保险人跟随原保险人赔偿。

如果再保险合同条款依并入约定 (As Original) 与原保险合同条款相同, 再保险合同与原保险合同应保持一一对应就有了明确的证据, 能够证明再保险合同准据法应与原保险合同保持一致。当然, 是否一定形成这样的结论还要结合案件的实际情况, 再保险合同与原保险合同不仅相互联系, 而且具有相对独立性, 再保险合同并不总是与原保险合同推定背对背的, 如果原保险合同在订立时合同条款并不确定, 则再保险合同条款不可能与其保持一致; 如果再保险合同在订立时合同条款与原保险合同明显不同, 那么, 二者之间也不具有内在一致性。因此, 认为再保险合同在订立时就应当与原保险合同保持一致的观点是错误的。很多交易中, 原保险合同和再保险合同中适用最密切和最真实联系的方式确定合同准据法, 二者独立存在。此种情况下, 原保险合同和再保险合同应当有不同的准据法。

① (1902) 2 KB 384.

② Colin Edelman QC, Andrew Burns, David Craig and Akash Nawbatt, *The Law of Reinsurance* (Oxford University Press, 2nd edn, 2013), pp. 238-240.

③ [1986] 2 Lloyd's Rep 179, 193.

④ 即原保险人在多大范围内赔偿, 再保险人也应在原保险人赔偿的范围内赔偿。

## 四 英国法上再保险合同默示选法对中国的启示

关于合同领域的默示选法，我国《涉外民事关系法律适用法》并没有直接规定。该法第41条规定，当事人可以协议选择合同适用的法律，当事人没有选择的，适用履行义务最能体现该合同特征的一方当事人经常居所地法律或其他与该合同有最密切联系的法律。此条包含了基于意思自治的主观选法方法，基于特征性履行与最密切联系的客观选法方法，但对当事人意思自治的规定并不明确，并未界定当事人的选择以明示为限，还是包含默示选择。而措辞为“可以明示选择”，“可以”也意味着“可以不”，那么，在当事人法律选择的方式上，可以不明示选择，是否能推定为可以默示选择呢？

如前所述，默示选择应被认为是当事人在订立合同时就已经通过某种行为或某种方式暗示了其意欲适用的法律，与明示选择相比，只是在表达方式上有不同，默示选择应被认为是当事人明示选法的一种特殊表现形式。<sup>①</sup>《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释（一）》第8条第2款规定，各方当事人援引相同国家的法律且未提出法律适用异议的，人民法院可以认定当事人已经就涉外民事关系适用的法律做出了选择。“各方当事人援引相同国家的法律”说明当事人对意欲适用的法律已经有了一定的方向，只是在订立合同时没有明确说明，当事人未提出法律适用异议进一步加强了默示选择的意图，因此，这一规定可被认为是对默示选择有条件的肯定。<sup>②</sup>我国的再保险业务起步较晚，规模也有待壮大，为促进再保险经营效率，使当事人在案件的处理上得到公平公正地对待，应支持当事人选择适用再保险立法和实践都相对完善的再保险市场所在国法律。学者们对默示选择的反对主要是基于默示选择不利于保证合同法律适用的确定性，有违合同法律适用的可预见性和确定性目标，对默示选择意图的确认和推定默示选择的法律都有赖于法官自由裁量权的行使，这在一定程度上会造成法官自由裁量权的滥用，不利于案件公平合理的解决。

英国法院在处理再保险合同中当事人默示选法问题时，与处理其他商事合同争议一样，总是尽量维持英国法的重要地位，在查明当事人是否有默示选择以及确定默示选择的法律时，英国法院积极证明英国法被适用的合理性，并且试图将英国法的理念和方法输出到其他国家。<sup>③</sup>虽然在默示选法的推定上英国有扩大自由裁量权使用的嫌疑，且在一定程度上与欧盟的法律选择方法下追求法律适用的确定性和一致性的目标相背，但从英国法院的司法实践来看，对默示选择的适用并不违背欧盟国际私法共同化的制度设计目标。

英国判例法在默示选择的实践上长期处于前沿，缔约国中大陆法系国家占多数的欧共体《罗马公约》及其转化后的欧盟《罗马条例I》，也都继承和吸纳了其精髓，我国可以考虑有条件地承认合同法律适用上的默示选择，对默示选择指示因素予以明确，防止由于法官的主观臆断而忽视或扭曲当事人的潜在选法意图。

① 参见刘仁山、黄志慧：《国际民商事合同中的默示选法问题研究》，载《现代法学》2014年第5期，第149—150页。  
② 参见叶竹梅：《〈涉外民事关系法律适用法〉中的意思自治》，载《西部法学评论》2015年第2期，第102—103页；徐伟功：《法律选择中的意思自治原则在我国的运用》，载《法学》2013年第9期，第24—34页。  
③ See Fons, Manuel Penadés, “Commercial choice of law in context: looking beyond Rome”, (2015) 78 *The Modern Law Review* 241, p. 241.

据此,我们应合理预估承认默示选法将带来的影响。我国的再保险市场尚处于发展中阶段,而根据前述默示选择的指示因素所确认适用的法律,往往是再保险市场发达国家的法律,有学者认为,这种情况下,会对我国这样的发展中国家或者再保险业不发达国家的当事人造成不利影响。<sup>①</sup>但基于默示选择使再保险业发达国家的法律得以适用,一方面切实反映了再保险合同当事人的意愿,因为其成熟完善的法律制度,相对于再保险业不发达国家法律对再保险寥寥数语的规定,更加便利商事纠纷的解决,这与商人追求效益的价值目标相吻合;另一方面,再保险的功能之一是在更大的范围内分散风险,近年来我国巨灾事故频发,对商人选法意愿的尊重将有利于我国的保险人在世界范围内成功分保。此外,上海自贸区大力发展人民币再保险业务,尊重当事人选法意愿对人民币再保险业务的开展也会产生积极影响。因此,我们不应囿于默示意思自治即要推定适用我国法的狭隘观念,<sup>②</sup>应该着眼于再保险业的长期深远发展,尊重当事人的默示选择。

## The Parties' Implied Choice of the Applicable Law of the Reinsurance Contract in England

*He Dan*

**Abstract:** The parties' implied choice of the applicable law means a rebuttable presumption of the parties' actually existing intention in the absence of an express choice, and the judges will ascertain the parties' intention according to the terms of the contract or the circumstances of the case to determine the applicable law of the case. Reinsurance contract often present special and complicated considerations because of covering risks in several jurisdictions. The indicators such as court selection clause, arbitration clause, contracts with standard form are used to ascertain the parties' implied choice of the applicable law in English reinsurance law practice, which aims to promote the England as a center of commercial insurance and reinsurance in applying English law. China should actively admit implied choice of the applicable law of commercial contracts, and take more consideration of promoting strategic development for reinsurance.

**Keywords:** Reinsurance Contract, Implied Choice of the Applicable Law, Proper Law of Contract, English Law

(责任编辑:李庆明)

<sup>①</sup> 参见刘仁山、黄志慧:《国际民商事合同中的默示选法问题研究》,第149—150页。

<sup>②</sup> 有时候适用外国法更能保护我国当事人的利益。参见何其生、许威:《浅析我国涉外民事法律适用中“回家去的趋势”》,载《武汉大学学报》(哲学社会科学版)2011年第2期,第9页。