

合同法统一化的最新发展

——《国际商事合同通则》简介

邓 旭

一、合同法统一化成果的简单回顾和《国际商事合同通则》的产生

二战后，国际贸易法的发展趋势便是在国际水平上的统一化运动。作为国际贸易法最重要组成部分的合同法，自然在统一化运动中得到了最充分的重视，政府间制法组织^①和非政府间制法组织^②两大类组织统一合同法的努力和成果至少体现在以下示范法、国际惯例和国际条约、公约的制订与实施。

1. 国际商会的《国际贸易术语解释通则》、《跟单信用证统一惯例》、《合同担保统一规则》及一些标准合同格式等；

2. 联合国欧洲经济委员会制定的买卖共同条件与标准合同格式，如《谷物买卖合同》、《成套设备和耐用消费品合同》、《柑桔买卖合同共同条件》、《固体燃料进出口共同条件》、《国际设备搬运共同条件》等；

3. 经济互助委员会^③制定的《交货共同条件》、《成套设备安装共同条件》、《向成套设备或其它货物提供服务的共同条件》等；

4. 国际统一私法协会制订的《国际货物买卖统一法公约》、《国际货物买卖合同成立统一法公约》等；

5. 联合国国际贸易法委员会制订的《联合国国际货物销售合同公约》。

迄今为止，在合同法领域影响最广、成就最大的当属《联合国国际货物销售合同公约》。但《公约》却不可避免地存在许多局限，

如：《公约》仅涉及买卖合同，仅规定了买卖合同的成立和买卖双方的权利和义务；更为遗憾的是，《公约》对诸如所有权的转移、合同的有效性等合同法重大问题均无规定。因此，更大程度上的合同法之统一便为国际经贸界、法律界所瞩目。

成立于1926年的国际统一私法协会（UNIDROIT），其成员除包括全部西欧国家、美国、加拿大外，尚包括一些亚非国家，部分前社会主义国家，我国亦是其成员之一。国际统一私法协会自其成立起，便致力于国际贸易法的统一化，起草了许多公约和示范法。其中最重要的便是起草了上文提及的两个买卖法公约，这两个公约是联合国《公约》的前奏。

鉴于国际上有关业界要求进一步发展和完善国际商事惯例以及要求阐述现有的标准合同格式以及国际合同法的一般原则，国际统一私法协会于1971年决定成立一个委员会来探求阐述国际商事合同一般原则的可行性，该委员会由代表大陆法系的瑞雷·大卫（Rene David）、英美法系的施米托夫（Clive M. Schmitthoff）、社会主义法系的波普斯库（Tudor Popescu）组成。1980年又成立一个特别工作小组起草有关篇章。该工作小组由代表世界所有主要法系在合同法和国际贸易法领域的专家组成。经过14年不懈的努力，

于1994年5月在国际统一私法协会理事会第73届会议上通过了《国际商事合同通则》

(UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts)。

二、《国际商事合同通则》的主要目的和基本原则

第一,《国际商事合同通则》(以下简称《通则》)作为国际商事合同的通用准则。其首要目的并不仅为统一现存的各国内法,更是为了阐述各法系合同法的一般和共同的原则和准则,选择最能适应国际商事合同实践特别需要的解决问题的办法。因此《通则》吸收各国内法的一般法律原则,并在术语的表达上尽量采用无歧义的表达。

第二,《通则》将作为国际商事合同的“一般法律原则”、“商人习惯法”、“国际贸易惯例和习惯做法”。如果合同当事人在合同中规定他们之间的合同准据法为“一般法律原则”、“商人习惯法”、“国际贸易惯例和习惯做法”等相类似的表述法,《通则》便可是合同的准据法(governing law)。

第三,作为合同的准据法。《通则》可作为供当事人选择的实体法之一,如当事人同意,则直接管辖其合同。

第四,如当事人无法就其适用法达成一致时,《通则》可作为一个可供选择替代。即使当事人已选择某一内国法,但如该内国法对某一特别事项无具体规定时,同样可适用《通则》的规定。

第五,《通则》可作为对现行国际立法进行解释和补充的工具。如该国际公约、条约已通过立法程序纳入国内法,在进行解释或需补充时,同样可援引《通则》。

第六,为国内和国际立法/制法者提供示范和指南。《通则》的立法语言简洁、明了。

如各国在制订或修订其国内法时,采用《通则》的术语和表述将极大地消除国际商事领域中法律概念之冲突,为全球范围的合同法统一作出铺垫。将《通则》内容纳入国内法可以促使该国迅速与国际接轨,就国际制法而言,《通则》也可以为起草者们提供指南,作为参考使用。

《通则》的基本原则实际上就是国际社会所共同认可的合同法的普遍原则,这些原则为:

1. 意思自治原则。《通则》认为订约自由是国际贸易中最为重要的内容,当事人可自由决定是否签约并决定合同的内容。意思自治原则的唯一例外就是内国的强制性公法和私法规定。

2. 契约必须信守(Pacta sunt servanda)原则。该原则在国际法律实践中得到了最广泛的承认和遵循,并被认为是所有合同关系的基础。《通则》强调:“有效成立的合同对当事人具有拘束力。”非经当事人同意,不得修改或终止,除非《通则》另有规定。

3. 诚实信用和公平交易原则(Good faith and fair dealing)。该原则作为《通则》的重要原则贯穿全文,并在众多条文中直接或间接引用。它要求当事人在整个合同过程中,包括谈判阶段均应遵循该原则。《通则》强调该原则的强制性,规定当事人不得在合同中排除或限制其适用。

三、《通则》内容简评

《通则》共分八个部分,即前言和七个篇章,共118条文。前言部分阐述了《通则》的

制订目的及《通则》的性质。第一章总则部分共10条,说明了《通则》的原则及有关定义。

第二章“合同的成立”共22条,规定了合同成立的方式、时间及要约、承诺问题。第三章“有效性”共20条,规定了涉及合同有效性的问题。第四章“解释”共8条,规定了对各国解释的原则和方法。第五章“内容”共8条,规定如何确定合同的内容。第六章“履行”分两节共19条,第一节为履约的总则共16条,第二节3条规范艰难情事(hardship)。第七章“不履行(Non-Performing)”共四节31条,规定了不履行的定义和情形及救济。下面对《通则》内容予以粗略介绍。

1. 总则部分

总则除论及了上文提到的“意思自治”、“契约必须信守”、“诚实信用与公平交易”三个基本原则外,尚规定了合同的形式、《通则》的应用以及一些定义。

《通则》规定,合同形式不受限制,可采取包括人证在内的任何形式,当然这个原则可能依当事人的约定或因适用的法律不同而有所改变。这种规定也是大多数国家对合同形式的规定。

《通则》用5条的篇幅规定了《通则》的适用,包括《通则》与强制性规定,惯例与习惯做法的关系。《通则》第15条规定,当事人可以排除《通则》的适用,或减损、变更《通则》的任何条款的效力。同时,《通则》规定有些条款的效力不能减损或排除。例如,关于诚实信用与公平交易原则、第三章关于实体有效等。在适用时,《通则》不排除强制规范的应用,且认为强制性规范的效力高于《通则》。同时,当事人业已同意的惯例和他们之间确定的习惯做法对其具有约束力,其它惯例的适用应具合理性。这种规定与《公约》的规定一致,认为惯例和习惯做法的效力高于自身。

第1.10条为定义部分,定义了营业地、权利方和义务方、书面的概念。《通则》视营业地应为与合同及履行最具密切联系的营业地,对书面则作广义定义以适用现代通信迅

速发展的需要,只要能保存信息并可以有形式复制(reproduce),即满足书面的要求。

2. 合同的成立

《通则》首先规定,合同成立的方式即可以是对要约的承诺,也可以是足够表明当事人一方同意意思的行为对要约的认可。然后规定了要约、承诺和合同成立的其它问题。

《通则》第2.3~2.5条依次规定了要约的定义、要约的撤回、撤销及拒绝事宜。除要约的定义与《公约》相比更为简洁外,其余均完全与《公约》的规定相同。《通则》的要约定义同《公约》第14条的规定,但没有对“十分确定”作出类似规定,对要约邀请亦无规定。

《通则》第2.6~2.12条依次规定了承诺的含义、生效的时间、生效时间的确定、逾期承诺和传递延误、承诺的撤回、含变更内容的承诺、书面的确认。这些条文与《公约》第18~22条的规定基本类似。不同之处在于《通则》将《公约》第19条(3)款删去。《通则》第2.13~2.22条则对《公约》没有涉及的其它有关合同成立的问题作了具体规定。

第2.15条规定了缔约过失,如一方当事人非善意(in bad faith)磋商或进行磋商,则应赔偿对方因此造成的损失。一方不打算达成协议而进行磋商即为非善意。这种规定不仅细化了诚实信用和公平交易原则,更为国际商事交易的顺利进行提供了更大的保障。第2.16条规定当事人对交易磋商情况的保密义务和违反时的救济,与上条规定具有同等意义。第2.17条规定了在有合并条款时,对原来的声明或协议的处理。

第2.19~2.22条的规定用于一方或双方使用标准条款达成交易的情形。《通则》确定的基本原则是:有关合同成立的一般原则也适用于标准条款的情势;除非对方同意,标准条款中预料之外的条款(surprising term)是无效的;如标准条款与非标准条款冲突,则后者的效力优先;当双方均使用标准条款

时,亦即格式之争时,应是“击倒”原则(knock-out doctrine),即合同的内容应是双方所同意的条款以及标准条款中实质内容相同的条款,除非另一方坚持采用其所提出的标准条款否则不签约,一般情况下不使用“最后一枪优先”原则(last-shot doctrine)解决格式之争。

以上所述,我们可以看出,《通则》关于合同成立的规定吸纳了《公约》的内容。这主要在于《公约》本身即是统一化运动迄今为止最大的成果,它融合了各个法系的先进理念。这种吸纳有助于《通则》被广泛接受。同时,《通则》又修改、扩充了许多内容,密切联系国际商事合同实践,使《通则》更具指导性和应用性。

3. 有效性

第三章并不规范所有可能导致合同无效的情形,对缺乏行为能力、权利能力、不道德和不法造成的合同无效就不予规范。这一方面是因为有关人的身份、代理、公共政策等问题的复杂性,另一方面也是因为这些问题在各国内法里的处理很不相同。因此,在实践中这三种导致合同无效的情形需由有关的准据法确定。

《通则》认为,合同的有效性仅由当事人合意决定,不需要对价或约因的支持。《通则》的这种规定非常适应国际商事实践的需要,如信用证、独立担保函均无对价或约因的支持,但各国法律均承认其有效性。

《通则》第3.4~3.9条列举影响合同效力的几种情形,即:错误、欺诈、胁迫、显失公平。各国法律均认为这些情况属于意思一致的缺陷,是影响合同效力的问题。

《通则》规定,宣告合同无效必须通知到对方。宣告合同无效的效力溯及既往,且宣告部分条款无效一般不影响整个合同的效力。

第三章规范的第二种情形是关于与违约

救济相冲突的有效性问题的,即对当事人的救济是宣告合同无效,还是限制在不履行的一般救济?抑或在这两者之间可以作一选择?《通则》规定了价格空缺和自始不能两种情况,认为另一方只能寻求一般救济,不能宣告整个合同无效(当然这并不排除在一定条件下宣告单个条款的无效)。尽管罗马法的“不可能时无义务”的原则为很多国家所采用,并认为是影响合同有效性的问题,《通则》仍然摒弃了这种观点,应该说现今的规定对信赖合同可履行的另一方更为合理。

4. 解释

《通则》对合同的解释既采用客观标准,也采用合理性(reasonableness)标准,认为合同应按当事人的共同意图来解释,如无此共同意图,则应按同等资格的合理的人的理解。对单方的行为与声明的解释也采用上述混合标准,如同《公约》第8条(1)、(2)款的规定。在解释时应考虑到每个案情的具体情况,《通则》明确规定这些情形。《通则》对合同的解释标准既采用意思说,也采用表示说,并要求对合同进行善意解释。这种规定授予法官或仲裁员较大的自由裁量权,更贴近国际商事仲裁的实践,也易为各法院所采纳。

5. 合同的内容

在本章,《通则》首先肯定了默示条款的存在,认为合同义务既可以是明示的,也可以是默示的,并应根据以下情况来决定合同的默示义务:合同的性质和目的、当事人已建立的习惯做法、诚实信用和公平交易、合理性。其次,将合同义务区分为达到特定目标之义务(duty to achieve a specific result)和竭尽全力之义务(duty of best efforts)。这种区分为判断一方当事人是否履行了其义务提供了具体而简洁的标准。第5.5条规定了确定义务性质的标准,尽管该条采用概括

式的列举,没有穷尽各种情形,但无疑为当事人、法官或仲裁员提供了一个指南。最后规定的问题是质量、价格、合同期限未确定时的确定办法。

6. 履行

本章分两节共 19 条,以下分别简述。

第一节就其内容可分为三部分。第一部分为第 6.1.1~6.1.6 条规范履行的时间、一次(或分批)履行、部分履行、履行的次序、提前履行、履行的地点。就是否可分批履行,《通则》规定,在合同履行期限为一段确定时间或合理时间时,除非情况另有表明,否则当可以一次履行时,则只能一次履行不能分批履行。对部分履行,基本上依大陆法系的观点,即部分履行原则上是不可接受的,除非合同另有规定,接受方可选择是否拒绝该部分履行。而对于提前履行,则采用英美法的规定,即权利方可拒绝该提前履行。《通则》第 6.1.6 条关于履约的地点的规定,其(1)款(a)、(b)项分别同《公约》第 57 条(1)款(a)项、第 31 条(c)项,第 6.1.6 条(2)款则雷同于《公约》第 57 条(2)款。

该部分的规定尽管很大程度上考虑了现行《公约》与两大法系的合理原则,但其实践将会产生一定的困惑,其成果有待在实践中取得巩固。诚如《通则》的起草者之一范腾(Marcel Fontain)教授所言,这组条款已导入了极大的难题,也许还将会带来难题。

第二部分为第 6.1.7~6.1.13 条,规范价款的支付及支付的货币等问题。本部分的规定可以说是《通则》的创新,尽管这些原则本身已存在于国际贸易实践,但迄今却少有法律对此规定有主要原则,《通则》弥补了这个空缺。当然,《通则》的规定十分灵活,在实际运用中尚有待参照各国内外汇管制法律的规定及国际银行惯例和做法。

第三部分用 4 条篇幅规定了政府许可的申请、申请步骤以及申请没有得到许可或申

请没有得到答复时的情况。以往的统一法均回避了这个问题,仅《国际贸易术语解释通则》涉及该问题,但大型、复杂合同并不一定使用贸易术语,况且该问题在国际贸易中极具现实性。《通则》尽管简单些,但却界定了基本标准和原则,这为明晰双方义务和处理方法提供了指南。

本章第二节为艰难情势(hardship),条文虽只 3 条,但却很有针对性和指导性。如果说本章第一节着重于契约必须信守,那么,本节关于艰难情势的规定则强调了履行的公平性。就艰难情势的应用而言,它不一定发生在巨大的政治、经济和社会变故时,实际上较多地可用在出现各种危机阶段,如恶性通胀、原材料的不正常猛涨,如坚持按原合同执行,则履约的结果会严重违背公平的理念,这不是法律的本意。值得一提的是,情势变更情况时,当事人只能选择重新协商或变更合同,只有法院或仲裁庭才有权终止合同。并且,艰难情势指向的是一方履约负担变得过重,而并非履约不能,这并不同于《公约》第 79 条的履约障碍。履约障碍是一种不履约的抗辩理由,所牵涉的是履约的原则问题,艰难情势牵涉的是一方的责任问题。《通则》区别艰难情势和不可抗力,这对运用可更为明了,也更符合现代合同法的发展趋势。

7. 不履约

本章第一节为总则部分,一共 7 条,首先规定了不履行的定义为没有履行、履行不符(defective performance)、迟延履行。第 7.1.2 条规定,一方对因己方原因、或由己方承担风险的事件造成对方不履行,不能要求救济。第 7.1.3 条为额外的履行期,第 7.1.6 条为免责条款问题,第 7.1.7 条为不可抗力之规定。

本章第二节规定了部分救济手段:实行履行、修复(repair)、替换、罚金。《通则》并没有象《公约》第 28 条的规定那样,将实际履

行作为可自由裁量决定的救济。《通则》认为实际履行应是原则,其例外仅五种情形,且要求修复或替换的权利也类似实际履行的原则,其例外也只有这同样五种情形。^⑤《通则》认为,罚金与损害赔偿不抵触,可以并用。

第三节规定终止合同的情形。《通则》规定,一方根本不履行时,另一方有权终止合同,相比《公约》第25条根本违约的概念而言,《通则》的定义更加准确、更具操作性。另外尚规定,在给予额外履行期仍没有履行,另一方也可终止合同。对终止合同的效力,《通则》规定为解除了当事人今后的履行义务,即效力指向未来。终止合同并不排斥损害赔偿,也不影响争端解决及其它在合同终止后

开始启用的条款的效力。解除合同后任何一方均可要求返回财产,无法返回的可折价返还。

本节规定较多采用现行公约与各国国内法相同原则的处理,唯实际履行例外。罚金之采用为可自由选择的手段,并不强求统一。因此,本节的实际运用无太多歧义和差别。

第四节为损害赔偿的规定,其主要原则为:损害赔偿原则的普遍适用、充分赔偿(full Compensation)、损害的确定性。《通则》规定,除了因艰难情势、不可抗力、免责条款事项外,对其它不履行均可要求损害赔偿,且既可单独采用,也可以与其它救济合并使用。

四、《通则》对统一化的贡献及其影响

代表世界各主要法系的十几位起草者均以个人身份参加起草工作,并且不代表各自所属国家的意见。而这些代表均对合同法、国际贸易法极有造诣,因此可以说《通则》较能反映合同法的一般原则和国际贸易的现实要求。尽管国际统一私法协会将《通则》定位于原则而不是统一法或示范法,但实质上,《通则》将为合同法的统一法作出巨大贡献,至少在以下几个方面是如此:

1. 《通则》在合同统一化进程中迈出了重要一步

尽管目前国际上关于合同各方面的统一法有了许多,并涉及了合同法的许多专门问题,但却没有任何关于合同法一般原则或总则的规定。其它组织始终没有去作出更大努力,以促进合同法在更大范围的统一。国际统一私法协会持续不懈地努力了23年,始终把握现代合同法的最新发展,制订了现今的《通则》。暂且不论《通则》的适用何时真正成为普遍,毋庸置疑的是,它在合同法统一化进程中迈出了重要的一步,极大地推动了统

一化的进程。

2. 《通则》为统一法制订了蓝本

《通则》的起草者以专家、学者、实务者的眼光看待在国际范围内合同法的普遍适用的原则,更符合今天的国际经济发展现状。在经济联系日益密切、交往增多的当今世界,对统一法的呼声日高,并且一国无视他国利益而执意行使主权的情景在当今世界也属罕见,但各国囿于其各自传统理念和习惯,在统一化过程中总是小心谨慎。《通则》的规定至少为国际社会提供了一个讨论的蓝本,各国可以在此基础上激烈争吵,加以批驳,然而这不也是统一合同法成立的先兆吗?

3. 《通则》为统一合同法提供了指南

《通则》涵括了合同法的主要部分,并充分吸纳了合同法各特定方面的立法成果。鉴于现今有关合同专门问题的立法成果增多,统一合同的一般原则规定也是法律发展的必然要求。《通则》的制订就适应了这种要求,它可作为指南供今后的立法者在起草统一合

同法时予以参照和补充。

《通则》的起草者们没有带任何政府观点,这是它的优点,但正因为此,这可能也是其缺陷,因为各国在制订国内立法、参加国际公约时无不体现政府意愿。因此,《通则》的影响将在更长一段时间后才能发挥作用。今后它对统一法的影响将主要集中在以下两方面:

1. 对国内立法的影响

当今各国在制订新法、修订旧法时,无不重视借鉴它国的立法成果和经验,世界经济联系的紧密也使得各国法律之间的影响加强。正因为此,《通则》所制订的合同法一般

法律原则无疑会成为各国立法、修法的参考物,正如《公约》的实施影响了其后的一些国家的国内合同法,《通则》无疑会起到更大的影响。

2. 对国际统一化的影响

《通则》所概括的法律原则对国际制法更易产生影响,因为国际制法更少考虑法律传统和一国之习惯,更加要考虑平衡各国贸易者之间的利益,更要求公平和效率。另外,无论是考虑国际统一私法协会的作用还是影响,在一定程度上而言,《通则》对今后国际制法的影响将更大于对国内法的影响。

注释:

① 政府间组织由国家组成并由国家提供资金,目前最重要的为联合国国际贸易法委员会;国际统一私法协会;海牙国际私法会议。

② 非政府间组织主要有:国际商会;国际海事委员会;国际法协会。它们主要由国际商业界和国际法学家们组成。

③ 经济互助委员会为前苏联、东欧社会主义国家组成,已于1990年解散。

④ 强制性规范包括国内制定的、国际公约所规定的、跨国(Supra-national)组织制定的规范。

⑤ 见《通则》第7.2.2条及评注。

(上接第10页)

(三) 汇率政策与其他经济政策不相协调

我国汇率政策的另一弊病是无法与其他政策协调一致。例如,出口扩大后政府为结汇需要被迫向社会投放大量基础货币,从而与抑制通胀的紧缩性政策相悖。为此,笔者建议,可借鉴英国的做法,设立外汇平准基金,这样既可切断汇率变动与国内货币供应量的关系,又可为政府的浮动汇率政策提供一种新的操作工具;再如,目前我国外贸企业面临税率、汇率、利率和通胀率的四面夹击,日子很不好过。如何使汇率政策与其余政策配合好,以使外贸企业早日走出困境,显然也是个大可探讨的课题。这里特别值得一提的是国家出口退税政策的变化。众所周知,外贸企业对于出口退税政策的朝令夕改已是怨声载道,不仅是退税率连连降低,而且企业对退税款何时到位甚至对能否到位也还是心中无数。政府的这一做法虽有自己的苦衷,但失信于企业从长远看总是不妙。在汇率和税率如此这般的现状下,政府如何抓住现代企业制度改革的契机,利用好利率这一杠杆,已成为96年外贸发展的关键。