

国际贸易惯例 与公共秩序保留

曲 波

摘 要:从界定国际惯例入手,指出何为国际贸易惯例;公共秩序保留是国际私法的安全阀,它主要是针对外国法的适用,对外国法的适用起否定的作用;国际经济交往中被广泛应用的国际贸易惯例在适用上存在限制,但它不应受公共秩序保留的限制。

关键词:国际贸易惯例;公共秩序保留;限制

中图分类号:DF 961 **文献标识码:**A **文章编号:**1006-1894(2003)05-0056-05

在国际经济交往中,当事人经常以国际贸易惯例作为确定其相互权利义务关系的准则。循序渐进的发展过程中不断得到完善的国际贸易惯例在实践中的适用愈来愈频繁。但对国际贸易惯例的适用也存在限制。一方面,国际贸易惯例须受国内强行法的限制,另一方面,国际贸易惯例须受公共秩序的限制。笔者主要对国际贸易惯例须受公共秩序的限制这一做法进行探讨,即从公共秩序保留的消极作用这一层面进行探讨。

一、纷争的国际贸易惯例

对于什么是国际贸易惯例,可谓仁者见仁,智者见智。这主要是源于人们对国际惯例的认识是纷纷纭纭的。

一般认为“国际习惯”、“国际惯例”是国际公法、国际私法、国际经济法的渊源。但学者们论述的角度不同。例如,国际私法学者韩德培认为“国际惯例是在国际交往中逐渐形成的不成文的法律规范。国际惯例只有经过国家认可才有约束力”。“在国际私法范围内,有两种不同的国际惯例。一种是不需要当事人选择都必须遵守的惯例,可以称之为强制性规范。例如,通过长期国际实践形成的‘国家财产豁免’原则就属于这种惯例。另外一种是有经过当事人选择,才对他们有约束力的惯例,比如在国际贸易中存在着‘离岸价格’、‘到岸价格’等常见的贸易条件。可以把这种贸易惯例称之为任意性惯例。”王铁崖认为“国际习惯是各国重复类似的行为而具有法律约束力的结果”。“惯例有广义和狭义之分:广义的惯例包括习惯在内,外交文件上所用的‘惯例’一词,既包括有法律拘束力的习惯,也包括尚未具有法律拘束力的常例,而狭义的惯例则仅指尚未具有法律拘束力的常例,即《国际法院规约》第 38 条第一项(丑)款所指

的通例”。国际经济法学者陈安认为“王铁崖关于‘广义的惯例’的见解比较切合实际,颇具启迪意义。”陈安也认为国际惯例宜作广义理解,国际惯例应当包括“在国际社会中普遍认为具有约束力的那些习惯或惯常作法。对于那些尚未获得普遍承认,暂时还欠缺约束力的习惯或惯常作法,只要确实有利于问题或争端的公平处理和公正解决,似也不妨采取‘拿来主义’参照适用。”不难看出,这里有的是对“国际习惯”的界定,有的是对“国际惯例”的论述,之所以如此,原因在于译法不同,所以称为惯例还是称为习惯,这本身就是一个习惯问题,是学者们长期各自为用,在各自影响的范围内约定俗成而未能统一的结果。

笔者认为在实践中对“国际惯例”和“国际习惯”也不必作严格区分。但在长期的实践中有一些已被普遍接受的名词,如:国际贸易惯例及《国际法院规约》第38条(丑)国际习惯。车丕照在《国际惯例辨析》一文中分析了由谁来按国际惯例办事,什么是国际惯例,怎样按国际惯例办事这些问题,认为按国际惯例办事的主体分别是国家和个人。笔者认为在当今世界中,国际组织也发挥着重要的作用,它在对外交往活动中,也应遵循国际惯例。所以从适用主体角度讲私人在涉外经济活动中所遵循的惯例及国家、国际组织以私主体的身份进行涉外经济交往时所遵循的惯例为国际贸易惯例。故以下对国际惯例、国际习惯的探讨是从国际贸易惯例的角度进行的。国际贸易惯例具有以下特点:

(1) 从形成过程看,它要经过当事人的反复实践(但未必是长期的反复实践,时间不是必备要件),是自发渐进形成的。

(2) 从内容上看,具有明确性。这是国际贸易惯例的价值所在。这些惯例使当事人在事前对自己的行为后果有所预见,事中有所遵循,事后又成为解决争端的依据。

(3) 从适用方式上看,一般须经当事人的明示同意。虽然“从历史的纵向角度透视,国际贸易惯例的效力是既存的”,但是,对特定的当事人而言,一般来说,基于当事人的明示同意,国际贸易惯例才对其产生效力,此时,国际贸易惯例起的是合同条款的作用。我们之所以称之为“一般来说”,是因为在某些情况下,国际贸易惯例的效力不完全取决于当事人的明示同意。如《联合国国际货物销售合同公约》第9条规定:“双方当事人业已同意的任何惯例和他们之间确立的任何习惯做法,对双方当事人均有拘束力。除非另有约定,双方当事人应视为已默示地同意对他们的合同或合同的订立适用双方当事人已知道或应知道的惯例。而这种惯例,在国际贸易上已为有关特定贸易所涉同类合同的当事人所广泛知道并为他们所经常遵守。”这一条即指明了在一定条件下视为当事人默示同意惯例的情况。再如,在某些情况下,国际贸易惯例具有法律规范的性质。我国《民法通则》第142条第3款规定:“中华人民共和国法律没有规定的,可以适用国际惯例。”此时,虽然当事人没有选择国际贸易惯例,但国际贸易惯例同样也可能对他们适用,当然这应符合一定的条件。此时,国际贸易惯例的约束力来源于当事人对惯例的普遍的间断性信任。

(4) 从适用范围看,具有普遍性和跨国性。普遍性不可能要求对某一国际贸易惯例人人尽知,只要是从事同类贸易的大多数人都知道并接受,即可构成普遍性。从而可以推定其他人理应知道这种惯例的存在。

二、弹性的公共秩序保留

公共秩序保留制度萌芽于意大利巴托鲁斯的法则区别说。自从1804年《法国民法典》

以立法形式对其加以规定起,该制度已被世界各国所接受,但在一些方面没有统一认识。突出表现在:

(1) 对公共秩序的称谓各国不同。如法语中称 *order public*;在英美中称 *public policy*;在德语中称“保留条款”或“排除条款”。在我国,目前多称“公共秩序保留”或径称“公共秩序”。

(2) 对于公共秩序的适用范围理解不同。如大陆法系国家认为在依法院国自己的冲突规范本应适用某一外国实体法作准据法时,因其适用会与法院国的重大利益、基本政策、道德的基本观念或法律的基本原则相抵触,可采用公共秩序保留。此外,对于各国法律中那些体现自己国家重大利益、基本政策和道德与法律的基本观念和基本原则的立法规定,因其自身的重要性而必须在涉外民事关系中直接适用(即不必依冲突规则的指引),当然具有排除外国法适用的效力。如我国《合同法》第126条第2款规定:“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。”而英美法国家与学派依各个具体的外国法规定的性质来分别解决公共政策的运用问题。

由于公共秩序本身就是一个弹性条款,所以人们对公共秩序在理论认识上存在分歧,在实践做法上存在差异是不可避免的。要给公共秩序下一个明确的定义是不可能的。在冲突法案件中保留公共政策是必要的,但“界定这种保留的范围的尝试从未成功过”。实践证明公共秩序保留制度能被各国所承认,就在于其自身的灵活性,如果它是一个条条框框,至少也不会象今天这样有生命力。

虽然人们对公共秩序保留的理解不同,但有一点认识是相同的,即认为公共秩序是国际私法中的安全阀。我们如果把国际私法看成天平,天平的一端是外国法的适用,另一端则是公共秩序保留。在现实生活中大量出现的含有涉外因素的民事关系而所涉各国民法上的规定不同是国际私法产生的两个基本条件,此外国际私法的产生还需要两个内在的条件,即由于主权国家为了发展对外经济贸易关系,需要赋予外国人在内国的平等民事权利地位并且在一定范围内承认所涉外国法的域外效力。因此在一定条件下适用外国法是必要的。不可避免的是有时适用的外国法会与本国的根本利益相冲突,此时公共秩序保留就会被得以应用,它起到对外国法的否定作用。这样,国际私法这架天平就保持了平衡。

三、国际贸易惯例应否受公共秩序保留的限制

公共秩序保留主要是针对外国法的适用。但我国《民法通则》及《海商法》认为国际惯例也应适用公共秩序保留。对于这一做法,可以说是中国立法特色之处。学者对此有两种看法:

(1) 认为这一做法本身也是符合世界各国立法的一般做法(即公共秩序保留),或可称之为国际惯例。

(2) 认为以公共秩序排除国际惯例的立法在世界上是罕见的,因为各国一般认为适用国际惯例不会损害公共秩序。而一旦当事人选择了某一国际惯例,它就取得了高于国内法的效力,即使其适用有可能导致损害公共秩序的后果,也不能借国内立法限制其适用。

笔者认为国际贸易惯例不应适用公共秩序保留。但对其“高于国内法的效力”这一观点不能认同。详述如下:

1. 从国际贸易惯例的产生看,它不应适用公共秩序保留

如前所述,公共秩序保留

存在的基础在于对外国法适用的排除。国际贸易惯例与法不同。法是国家意志的体现,不同的国家,利益的出发点是不同的,反映在法的内容上也有所不同,因而法是带有主权色彩的,而“主权是最高权威,是在法律上并不从属于任何其他世俗权威的法律权威。”尽管法是不同国家个性的反映,具有针对性,但在一定条件下,承认与适用外国法是极其必要的,所以一旦法院发现依自己的冲突规则所指引的外国法,如适用的结果会与自己的法律或道德的基本原则发生严重的抵触,此时就可适用公共秩序保留加以排除外国法的适用。但国际贸易惯例不是针对某个国家产生的,它是在长期国际经济交往实践中逐渐形成的。以国际贸易惯例最初表现形式海上运输惯例为例:公元 600 至 800 年间,起源于腓基人和希腊人的海事法,发展为我们现在所说的《罗德法》,进而发展为巴塞罗那《海事法汇编》,成为地中海沿岸的海事法典;1160 年《奥莱龙法》成为英国海事法的基础;《维斯比海事法》则适用于波罗的海沿岸地区。海商法的许多原则在上述各法典编纂中都是共同的。例如,关于共同海损和船长为筹集到必要的资金而有权卖掉货主的货物等项原则。沃姆瑟教授在总结这些海上惯例的性质时指出:“当然,这种普遍性可以解释为:海商法是商人们自己发展起来的,它不是各地王侯们的法律。”国际贸易惯例产生时就具有的这种普遍适用性说明它不是仅有利于某个国家而不利于另一个国家。它不具有法的那种“个性”,所以适用国际贸易惯例一般不存在违反公共秩序的问题。

2. 从国际贸易惯例的基本精神看,也不应适用公共秩序保留 国际贸易惯例的基本精神在于它的自治性,这种自治性体现在国际贸易惯例的形成发展及具体内容中。国际贸易惯例对自治性的这种情怀就如同绿叶对根的深情一样,其理论基础是当事人意思自治原则。从法国学者杜摩兰在《巴黎习惯法评述》中提出意思自治原则后,该原则在合同法领域得到广泛应用。但是意思自治不等于无限的自由。对意思自治的限制之一就在于对于那些具有强制性的规范,是不能依当事人的意思而排除的,所以当事人的选择只能限于任意性规范的范围。如前文所言,对于国际贸易惯例的适用,一是取决于当事人自愿作出的一致选择。这种基于当事人意思自治作出的选择,就应当符合意思自治的要件,只要当事人的选择未违背本国强行法规定,这种选择是可以的。对这种选择加以排除,不利于国际贸易的发展。因此笔者认为“一旦当事人选择了某一国际惯例,它就取得了高于国内法的效力”。这种说法不够严谨。这里的国内法应仅限于国内任意法。因为强行法的效力是不能改变的。二是在一国国内法和一国缔结或参加的国际条约没有规定的情况下,可以适用国际贸易惯例。此处用语是“可以适用”,在这种情况下,决定权在法院。而法院如果不适用国际贸易惯例,没有必要说明不适用国际贸易惯例的理由在于其违反本国公共秩序。因而此时也不必动用公共秩序保留。

3. 从国际贸易惯例所具有的作用看,不应适用公共秩序保留 我们可以用国内法和国际条约对国际经济关系加以调整,但两者在复杂的国际经济关系面前,某些情况下,有些无能为力。这主要是由于它们各自的某些缺陷所致:国内法主要是体现立法者所属国的利益。虽然现在法律趋同化现象很明显,但国内法在很大程度上仍体现的是其内国性,所调整的涉外关系极其有限;作为国际条约,其是由国家间缔结的,国家间利害关系的冲突,决定了达成协议事项的有限性。国内法和国际条约调整范围的不完全性,使国际经济关系存在相当多的真空。此时,国际贸易惯例就有其用武之地。可见,国际贸易惯例以补充作用的姿态出现,实际上,有一种救济功能。加上国际贸易惯例自身的特点,决定了它能够对当事人之

间的关系进行调整。因而,不应动用公共秩序保留制度加以排除。当然,各国经济实力不同,一些国际贸易惯例难免有些不公平,但万事万物均在发展中,尤其是二战后,整个世界都在朝着建立一种公正合理的国际政治、经济新秩序发展。一些不合理的国际贸易惯例也得到了修改、废除。当然,彻底改变需要时间,但不能基于此而用公共秩序保留对国际贸易惯例加以排除。

4. 从公共秩序保留制度发展趋势看,也不应对国际贸易惯例加以排除 国际社会是一个以互利和公益为基础的社会。任何一个国家过分利己的行为都会受到国际社会的压力,而且一个国家即使仅为本国利益着想,也不愿将此种行为放纵至为所欲为的地步。现在,对公共秩序保留的适用加以限制已成为国际社会较为普遍的要求。比如说,在适用标准上采用结果说。大多数国家公共秩序保留的规定都不指向国际贸易惯例,而目前对公共秩序保留加以限制又已成为一种趋势,从这个角度看,我们是否还应对国际贸易惯例适用公共秩序保留呢?我们经常谈到与国际惯例接轨,而我们目前的这种做法,尚需加以完善。

此外,从历史角度看,我国最早是在《民法通则》中规定用公共秩序保留排除国际贸易惯例的适用。《民法通则》于 1986 年通过,于 1987 年施行。当时人们对国际贸易惯例缺乏了解,且那时是计划经济占主导地位,国家为了更好地行使对外贸易垄断权,从而对国际贸易惯例的适用加以限制,也许基于当时的历史背景,才有此规定。但面对新的世纪,中国经济体制发生了变化,而且,对国际贸易惯例的了解和认识也已加深。在新世纪,我们正在制定民法典,海商法也在修改,那么对于国际贸易惯例与公共秩序保留也应进行新的思考,进而作出更符合国际惯例的规定。

(作者单位:大连海事大学)



参考文献:

- [1] 单文华《国际贸易惯例基本理论问题研究》载《民商法论丛》第 7 卷
- [2] 韩德培主编《国际私法》武汉大学出版社 1992 年版
- [3] 王铁崖主编《国际法》法律出版社 1991 年版
- [4] 陈安《论适用国际惯例与有法必依的统一》载《中国社会科学》1994 年第 4 期