

# 论《国际商事合同通则》在涉外案件中的司法适用问题

## On The Judicial Application Of Unidroit Principles Of International Commercial Contracts

于 亮

(厦门大学法学院 福建厦门 361005)

内容摘要：《国际商事合同通则》的部分规则已经成为国际惯例，其中又有部分规则经由《联合国国际货物销售合同公约》的认可而获得实在法的效力。国际私法理论中的三种法律选择方法为分析《通则》的司法适用问题提供了理论工具。那些经由《公约》认可而取得实在法效力的规则可以不经冲突规范的指引直接适用。《通则》中构成国际惯例的其他规则可以通过修改冲突规范或通过连接点的扩大解释得以适用。

关键词：国际商事合同通则 国际惯例 现代商人法

中图分类号：D997 文献标识码：A 文章编号：CN41-1233/D(2013)01-13-02

国际统一私法协会（UNIDROIT）编纂的《国际商事合同通则》（PICC，简称《通则》）被誉为现代商人法的典范，它广泛吸收国际通行的商事交易惯例，并由法律专家加以发展、完善，成为极具代表性和现代性的调整国际商事合同的实体规范。自 1994 年第一版问世以来获得学术界和实务界的高度赞扬。UNIDROIT 密切关注国际商业的发展动向，分别于 2004 年和 2010 年对《通则》作了修订。与《通则》的国际影响力形成鲜明对比的是，我国实务部门对《通则》并未给予足够重视，学术界的研究也很不够，而且研究重点多集中于《通则》对合同法的贡献上，即从比较民法的角度进行研究。然而，《通则》能否以及如何能在司法实践中适用仍然是个有争议的问题。因此，在《通则》第三版问世之际，有必要从法律适用的角度对其进行研究，以期为我国参与国际商事交往提供法律上的支持。

### 一、《通则》性质之辨析

#### （一）学界的不同观点

研究《通则》的司法适用问题首先必须弄清其性质和法律地位。国内学者对此看法不一：有的认为《通则》是国际合同示范法，有的认为是国际商事惯例，有的认为是国际标准合同条款，还有的认为《通则》是宣告法律的一种学者意见。应当说，各种观点之间并不完全冲突，它们从不同的角度揭示出《通则》的基本特征。“示范法”是从功能的角度来说的，即《通则》对各国的合同立法有指导作用。“国际商事惯例”是从法律渊源的角度来说的，即探讨《通则》是正式的法律渊源还是辅助性的法律渊源。“国际标准

合同”也是从法律渊源的角度来说的，只不过它从根本上否定《通则》的法律渊源地位。“宣告法律的学者意见”强调《通则》的目的在于宣告法律而非制定法律。然而，每种观点都不足以反映《通则》的全貌，笔者认为，《通则》既不同于 INCOTERMS 和 UCP 等传统的国际惯例，也不同于一般的示范法和法律重述，而是具有特殊性质的实体规范。

#### （二）《通则》的部分规则构成国际惯例

尽管《通则》在很大程度上反映了国际商事交易的实践并广泛吸收了国际贸易的习惯性做法，但这并不意味着其全部规则都是对既有国际惯例的记录。《通则》的很多规则都具有超前性和创新性，这其实是起草小组的有意安排，以此来适应国际商事交易的需要并促进其发展。《通则 1994》导言指出：“本通则旨在提供一个适合国际商事交易需要的规则体系，因而本通则包含一些被认为是最好的规则，即便它们还没有被普遍接受”。例如，在大多数国家对精神损害赔偿的认识还局限于侵权领域的背景下，《通则》就超前地规定了对违约的精神损害赔偿。因此，不能认为《通则》的全部规则都是国际惯例，只能说其中那些体现了国际商事交易习惯性做法的规则构成了国际惯例。

#### （三）《通则》的部分规则取得了实在法的效力

《通则》不是国际立法，本身并没有实在法的效力，但可以通过国家的认可而取得此种效力。各国通常会在不同程度上赋予国际惯例以实在法的效力。肖永平教授认为，国家认可国际商事惯例的法律效力有直接和间接两种途径。直接

收稿日期：2012-10-10

作者简介：于亮（1987-），男，汉族，山东烟台人，厦门大学法学院国际法专业 2010 级硕士研究生。主要研究方向：国际法。

左海聪：《试析 国际统一私法协会国际商事合同通则 的性质和功能》，载《现代法学》2005 年 9 月刊。

吴德昌：《国际商事合同通则 法律功能研究》，法律出版社 2011 年版，第 64 页。

Principles of International Commercial Contracts 1994, Introduction.

途径是直接通过国内立法或国际条约赋予国际商事惯例以法律约束力,间接途径则是指国际商事惯例通过当事人的协议选择而间接取得法律约束力。肖教授所说的法律效力包括三种表现形式:契约性效力、强制性效力和替补性效力。从其上下文来看,间接途径只能使国际商事惯例获得契约性的效力。因此,国际惯例只有通过国内立法或国际条约的认可才能获得实在法的效力。

我国的国内立法和我国参加的国际条约都在一定程度上认可了国际惯例的法律地位。在国内法层面上,《民法通则》第142条第3款以及《海商法》第268条第2款都规定,我国法律和我国缔结或参加的国际条约没有规定的可以适用国际惯例。这样的规定赋予国际惯例以替补性效力。在国际条约层面上,我国是《联合国国际货物销售合同公约》的缔约国,《公约》第9条规定:“(1)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,对双方当事人均有约束力。(2)除非另有协议,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或理应知道的惯例,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”。其中第1款赋予国际惯例以契约性效力,第2款赋予国际惯例以强制性效力。结合《民法通则》第142条第2款规定的国际条约优先原则,《公约》规定的国际惯例的强制性效力具有优先性,优于《民法通则》第142条第3款规定的替补性效力。但是,《公约》对国际惯例实在法效力的认可是一种有限的认可。首先,《公约》第9条允许当事人协议排除国际惯例的适用,只有在当事人没有特别约定的情况下国际惯例才有效力。其次,甚至连《公约》自身的规定和效力也可以被当事人减损或改变。再次,《公约》的调整范围非常有限,只调整国际货物销售合同,而且某些特殊货物被排除在外,在调整事项上也只调整合同的订立与合同的内容。相比之下,《通则》的调整范围要大很多,它适用于所有类型的国际商事合同,并不局限于国际货物销售合同。有鉴于此,《通则》的部分规则(即那些调整范围与《公约》相同又没有被当事人排除的构成国际惯例的规则)经由《公约》的认可而获得了有限的实在法效力。

## 二、《通则》司法适用的现实情况

从 UNILEX 网站收录的案例来看,《通则》在司法实践中的适用主要有以下三种类型:

合同并入条款。目前,很多国家的冲突法理论认为当事人不能选择《通则》等非内国法作为准据法;此种选择只能构成合同的并入条款。例如,在意大利帕多瓦法庭审理的一起案件中,法院在判决中认为,当事人选择具有超国家或跨国性质的非内国规则,比如现代商人法或《通则》,并不构成有效的法律选择,只能成为合同的并入条款,而此类条款不能同应适用的国内法的强制性规定相冲突。

作为解释国际统一实体法的依据。很多国家将《通则》作为解释《联合国国际货物销售合同公约》的依据。例如,在比利时高等法院审理的一起案件中,法院指出,根据《公约》第7条的规定,对《公约》的解释应考虑到《公约》的国际

性质并促进其适用的国际统一以及在国际贸易上遵守诚信的需要。法院最终依据《通则》当中的“情势变更”规则对《公约》进行解释。

当事人选择的准据法。一些国家的司法实践允许当事人选择《通则》作为合同准据法。瑞士圣加仑商业法庭在判决的说理部分阐明:国际足联规则和《通则》均可被合同当事人选择为合同准据法。瑞士最高法院同样在判决的说理部分指出:即便不是所有的非国家法或超国家法可以作为合同准据法,但至少由独立学术团体制定并得到广泛认可的诸如《通则》之类的规则可以被当事人选择为合同准据法。

我国法院适用《通则》的案例并不多见,但已经有法院在判决书中支持当事人选择《通则》作为准据法。例如“厦门象屿集团有限公司与米歇尔贸易公司确认仲裁条款效力案”,虽然该案的争点是仲裁条款的效力问题,并不直接涉及实体法律问题,但法官在判决的说理部分指出当事人在合同中约定的《国际商事合同通则》是实体争议的准据法。在当事人没有约定适用《通则》的情况下,还未见我国大陆法院有直接适用《通则》进行裁判的案例。

## 三、《通则》司法适用的法理基础

《通则》的司法适用问题可以归结为下列理论问题:《通则》的适用是否需要冲突规范的指引?当事人能否选择《通则》等非内国规则?解决法律冲突的三种法律选择方法为这些问题的解决提供了理论工具。国际私法中有三种法律选择方法,分别是多边方法、单边方法和实体法方法。多边方法以传统的冲突规范为代表,它通过连接点把案件事实分配到某个特定的法域,欧洲大陆传统的国际私法就是这种模式。单边方法以美国的冲突法革命为代表,主张废弃机械、僵硬的冲突规范,代之以灵活的法律选择“方法”(approaches)。实体法方法企图彻底消灭法律冲突,实现各国法律的统一,例如统一实体法。

### (一) 多边方法下《通则》的适用

多边方法追求冲突正义,它通过固定的系属公式把民事关系与某个国家或地区的法律体系联系起来,法官的任务是为案件寻找“适当的国家”的法。这种方法强调每个国家的法律应该得到平等地适用,带有明显的“国家本位”的价值倾向。目前,大多数国家仍主要采用这种源于欧洲大陆的传统方法,法官在涉外案件中必须根据冲突规范的指引寻找准据法。就《通则》的适用而言也必须有冲突规范的指引。在上面提到的帕多瓦法庭审理的案件中,由于意大利的冲突规范不允许合同当事人选择非内国规则,因此《通则》不能作为准据法,只能取得合同并入条款的地位。在合同准据法方面,大多数国家都允许当事人选择合同适用的法律。因此,在单边方法的语境下,只能通过修改冲突规范(明确允许当事人选择非内国规则)或通过连接点的扩大解释来适用《通则》。对前者而言,一些国家已经有废除限制当事人选择特定国家或法域的法律的迹象。对后者而言,法官可以把“合同适用的法律”扩大解释为包括《通则》等在内的非内国法,例如上文提到的瑞士法院的案例。我国在实践中已经允许当事人选择国际惯例。<sup>⑩</sup>最高(下转第17页)

肖永平:《论国际商事惯例在我国的适用》,载《河南省政法管理干部学院学报》2003年第1期。

是一个专门研究有关 CISG 和《通则》这两个最重要的国际商事交易规则文本的国际案例和参考文献的资料汇编网站, <http://www.unilex.info/>。访问日期:2012年11月20日。

吴德昌:《国际商事合同通则 法律功能研究》,法律出版社2011年版,第202页。

[古希腊]西蒙尼德斯:《20世纪末的国际私法——进步还是退步?》,宋晓译,载《民商法论丛》2002年第3号。

肖永平:《法理学视野下的冲突法》,高等教育出版社2008年版,第290页。

肖永平:《法理学视野下的冲突法》,高等教育出版社2008年版,第282页。

肖永平:《法理学视野下的冲突法》,高等教育出版社2008年版,第430-431页。

⑩ 李双元、徐国建:《国际民商新秩序的理论建构》,武汉大学出版社1998年版,第401-402页。

的改革,对于民事诉讼而言,不论是倾向学习与我国民事诉讼法只是传统于现代分野的大陆法系,还是模仿与我们彻头彻尾“南辕北辙”的英美当事人主义,改变现有法院的超职权主义,转换法官在诉讼中的角色,必将成为民事诉讼改革的必经之路。当事人承担更多的诉讼责任,加大了获得不利后果的风险,从而求助专业人士就会成为其降低风险的砝码,必将导致更加理性的选择代理人。这也是制度生态环境变化给公民代理制度提出的第一道难题。第二项考验来自于法律体系由简入繁,相关的具体规定由粗变细,对司法产品的加工过程也要求更加专业化和精细化。由于复杂且具有高度专门性的民事诉讼程序—规格化的反复的方式处理大量的案件,为保证这种程序顺利进行,熟悉法律并具有实物经验的专门家进行参与就成为必要。<sup>⑥</sup>西方国家已经走在前面,我国虽然没有相关规定,但是在实践中,委托公民代理人的案件已经天然的将专业化程度较高的领域排除在外。

#### 四、进路

毫无疑问,如同我国正处于社会主义初级阶段并将长期处于社会主义初级阶段一样,公民诉讼代理也必将继续解决人民日益增加的对于法律帮助的需要与不能满足其需要的矛盾,继续调和由“熟人社会”向“陌生人社会”转变过程中的社会矛盾,继续服务于乡土社会和低收入人群对法律工作者的需要。既然在一定时间段,离不开公民诉讼代理制度,为今之计,就只能完善和健全相关的制度,让其扬长避短。

##### (一) 为公民代理“正名”

对于公民代理的各种批判和公民代理在运行过程中出

现的很多问题都是因为其处于灰色地带,法律及相关规定对其讳莫如深,使其不能得以健康的发展和受到应有的监督,操作也更加脱离司法过程的性质与要求,使得当事人更像一个久病的患者,偏爱有口碑“赤脚律师”带来的民间偏方。那如何对“赤脚律师”进行监管呢?那就是要为其正名,将公民代理再继续分为两类:一是普通公民代理就是基于亲友关系或者工作关系而产生,不产生任何类似律师收费的情况;二是职业公民代理,凭借良好的职业口碑,提供相关的法律服务,并且收取报酬。做出以上区分就是为了将职业公民代理带到阳光下,承认其法律服务者的地位,便于相关机关进行管理和监督。

##### (二) 明确职业范围

由于对于职业公民代理人的范围大,为了避免他们由于法律知识和相关技能方面不足而影响当事人权利的伸张和司法资源的浪费,明确公民职业代理人的职业范围很有必要。可以学习西方国家“强制律师的制度”,明确规定民事纠纷中必须要有律师的案件类型,在专业性强、案件性质重大的领域,排除公民代理,在诸如邻里纠纷,简单的离婚案件,劳动仲裁案件中可以让其发挥应有的作用。同时配套建立健全律师制度,使得有足够的律师资源供当事人选择,同时也应扩大对低收入者法律援助范围。通过扩大法律援助的范围,丰富法律援助的模式,让更多的人能享受高质量的法律服务。<sup>⑦</sup>当聘请律师的经济条件与申请法律援助的经济条件合理对接之后,公民代理制度继续存在的迫切性也就自然消失了。<sup>⑧</sup>

(责任编辑 张嘉军)

<sup>⑥</sup> 戒璐:《民事诉讼中的公民代理问题研究》,载《河北法学》2011年第7期。

<sup>⑦</sup> 张永进:《公民代理问题研究》,载《江苏广播电视大学学报》2011年第3期。

<sup>⑧</sup> 戒璐:《民事诉讼中的公民代理问题研究》,载《河北法学》2011年第7期。

(上接第14页)人民法院民四庭在《涉外商事海事审判实务问题解答》中指出,当事人选择的准据法“包括国际公约、国际惯例、外国法或者有关地区的法律”。此外,最高人民法院《关于审理信用证纠纷案件若干问题的规定》也有类似规定。可见,通过对连接点的扩大解释,《通则》(至少那些构成国际惯例的规定)可以作为当事人选择的准据法得以适用。

##### (二) 单边方法下《通则》的适用

20世纪60年代,美国国际私法学界对冲突规范进行了彻底的批判,主张以灵活的“方法”取代僵硬的“规则”。他们认为,传统的冲突规范不过是机械、僵硬的地域选择规则,然而“适当的国家的”法律不一定就是“适当的”法律,法院在国际私法案件中应该追求“实质正义”而非“冲突正义”。单边方法在选择法律时考虑的并不是案件与国家立法权的联系,而是规则的内容或适用结果。换句话说,单边方法关注的不是规则属于哪个国家,而是规则的内容或适用结果是否适当。因此,在单边方法的语境下,《通则》更容易被适用,因为它由法律专家精心编纂而成,很好地适应了国际商事交易的需要,具有一定的代表性和先进性。<sup>⑨</sup>单边方法被美国的一些判例所采纳。然而,它的缺陷也很明显,即缺乏确定性和可预见性,一些学者开始检讨“方法”(approaches)的弊端,逐步认同冲突规范在解决法律冲突中具有一些不可替代的优势,80年代以来美国出现回归冲突规范的现象。<sup>⑩</sup>目前单边方法的前景并不十分明朗,通过这种方法适用《通则》也只能是理论上的探讨。但它毕竟为我们提供了一条新的思路,即《通则》的适用不一定非要通过冲突规范的指引。

##### (三) 实体法方法下《通则》的适用

实体法方法通过统一各国法律,从根本上消除法律冲突。CISG公约是实体法方法的典型代表,《公约》不需要冲突规范的指引而直接适用。UNIDROIT致力于统一各国的民商事法律,在制定国际公约的努力受阻之后,另辟蹊径地以国际法律重述之非立法方式继续推进国际商事合同法律的统一工作。《通则》正是在这一背景下产生的。因此,《通则》是统一实体法进程中的重要一步,尽管其本身还不具备国际条约的法律效力。然而,如前所述,《通则》的部分规则经由《公约》的认可已经取得了一定的实在法效力,对这部分规则来说,完全可以通过实体法的方法直接适用而无需冲突规范的指引。我国是CISG公约的缔约国,该公约在我国自动适用,因此从理论上说《通则》中那些被公约认可的规则可以直接适用,甚至不需要当事人的选择,不过司法实践还没有这方面的案例。

#### 四、结语

那些经由《公约》认可而取得实在法效力的规则可以不经过冲突规范的指引直接适用。《通则》中构成国际惯例的其他规则可以通过修改冲突规范或通过连接点的扩大解释得以适用。我国司法实践已经允许当事人选择国际惯例作为准据法,因此对于《通则》中构成国际惯例的规则可以经由当事人的选择得以适用,司法实践也有这方面的案例。即便当事人没有选择《通则》作为准据法,如果他们之间的纠纷属于《公约》调整的事项,《通则》中的相关规则也可能经由公约的认可得以适用。

(责任编辑 马冉)

<sup>⑨</sup> Michael Bonell, the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Harmonisation of International Sales Law, 36 R.J.T. n.s. 335 (2002).

<sup>⑩</sup> 徐崇利:《冲突规则的回归》,载《法学评论》2000年第5期。