



《国际商事合同通则》 法律功能研究

A Study on the Legal Functions of UNIDROIT Principles

吴德昌 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

《国际商事合同通则》 法律功能研究

A Study on the Legal Functions of
UNIDROIT Principles

吴德昌 著

图书在版编目(CIP)数据

《国际商事合同通则》法律功能研究 / 吴德昌著.
—北京:法律出版社,2011.8
ISBN 978-7-5118-2305-2

I. ①国… II. ①吴… III. ①国际贸易—贸易合同—
合同法—研究 IV. ①D997.1

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第143695号

《国际商事合同通则》法律功能研究

吴德昌 著

责任编辑 高山 钱小红
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 14.125 字数 346千

版本 2011年9月第1版

印次 2011年9月第1次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-2305-2

定价:34.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

缩略语表

《通则》	国际统一私法协会《通则 1994》与《通则 2004》
《通则 1994》	国际统一私法协会《国际商事合同通则 1994》
《通则 2004》	国际统一私法协会《国际商事合同通则 2004》
《公约》	1980 年《联合国国际货物销售合同公约》
《适用公约》	1985 年《国际货物买卖合同法律适用公约》
《日内瓦公约》	1983 年《国际货物销售代理公约》
《罗马公约》	1980 年《关于合同性债务法律适用公约》
《布鲁塞尔公约》	1968 年《关于民商事案件管辖权与裁判执行的布鲁塞尔公约》
《纽约公约》	1958 年《承认和执行外国仲裁裁决的纽约公约》

《墨西哥公约》	1994年《美洲国家国际合同法律适用公约》
《华盛顿公约》	1965年《解决国家与他国国民间投资争端的公约》
《条约法公约》	1969年《维也纳条约法公约》
《民法通则》	1986年《中华人民共和国民法通则》
《经济合同法》	1981年《中华人民共和国合同法》
《涉外经济合同法》	1985年《中华人民共和国合同法》
《技术合同法》	1987年《中华人民共和国合同法》
《合同法》	1999年《中华人民共和国合同法》
ULIS	1964年《关于国际货物销售的统一法公约》
ULF	1964年《国际货物销售合同成立统一法公约》
PECL	《欧洲合同法原则》
UCC	《美国统一商法典(2001)》
UNCITRAL	联合国国际贸易法委员会
UNIDROIT	国际统一私法协会
ICSID	解决投资争端国际中心
CIS	独立国家联合体经济法庭
OHADA	非洲工商业法规一体化组织
ECO	经济合作组织
ALI	美国法律协会

前 言

一、本书的选题意义与研究目标

随着世界经济全球化的迅猛发展,法律全球化已成为人类社会发展过程中的当下走向,国际商事合同法律之统一化进程与立法成果可以说是其中最引人注目的法律现象。事实上,人类把国际商事合同法律在全球范围内进行统一可以有很多的方式,它们的成果表现既可以是立法性的国际条约,也可以是非立法性的示范法、法律指南、标准合同、惯例汇编或法律重述等。其间,立法性文件最为显著的当属《联合国国际货物销售合同公约》(以下简称《公约》或 CISG),而非立法性文件则是国际统一私法协会以法律重述形式编纂出版的《国际商事合同通则》(以下简称《通则》)。^① 作为国际商事合同法律重述的《通则》较之

^① 国际统一私法协会(The International Institute for the Unification of Private Law, UNIDROIT)最早成立于1926年,当时是作为国际联盟的一个辅助性机构,在国际联盟解体后又于1940年根据多边协议——“国际统一私法协会章程”重新设立。该协会现在是一个独立的政府间的国际组织,其总部设在罗马。目前协会已拥有59个成员国,成员国遍布五大洲,代表了各不相同的法律、经济和政治制度。中国于1985年加入该组织,是其正式会员。协会的宗旨在于统一和协调不同国家和地区的私法规则,以促进各国逐渐地采纳统一的私法制度。

国际条约、示范法、国际惯例等究竟有何特殊之处?《通则》和晚近勃兴的现代商人法又是何种关系?特别是考虑到《通则》的非立法性,《通则》在实践中的成功更让我们不得不反思国际统一私法的各种方式在未来的发展前景以及《通则》实践背后所蕴藏的深厚法理。这一系列论题都事关《通则》的理论研究意义。《通则》给国际商事法律实践与法学研究提出了一个崭新的研究课题。^①

从实践层面来看,《通则》作为当代国际商事合同理论研究和实践经验的最高成就,自1994年颁布以来就得到了世界范围内的广泛赞赏,它在实践中的成就也早已超过了《通则》工作组最乐观的期待。^②《通则》在实践中不仅被广泛地用作当事人合同磋商的范本、法学院系的教材讲义,而且被众多国家视为各国合同立法的范本。^③令人赞赏的是,国际统一私法协会理事会自始就把《通则》视为一项与时俱进的事业,为了适应日益繁荣的国际商事活动和现代高科技手段在国际贸易中的广泛应用,理事会于2004年通过了《通则》的修订版本,^④晚近正在紧锣密鼓地进行《通则》第三版的草案筹备工作。^⑤《通则》的持续发展也需要我们进一步跟踪研究。鉴于目前,我国正在紧锣密鼓地制定一部具有跨时代意义的民法典,而《通则2004》正代表了国际商事合同立

① 曾涛:《示范法比较研究》,人民法院出版社2007年版,第124~125页。

② MICHAEL JOACHIM BONELL, UNIDROIT Principles 2004—The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law[J]. Uniform Law Review. 2004, (1): 6.

③ 例如《荷兰新民法典》的制定、《加拿大魁北克新民法典》的制定、《德国债法》的修订、《俄罗斯民法典》的制定、《爱沙尼亚新债法》的起草、《立陶宛民法典》的制定、《捷克民法典》的制定、《美国统一商法典(买卖编)》的修订、《中华人民共和国合同法》的制定、《阿根廷新民法典》的制定等,都借鉴或参考了《通则》的有关规定。

④ 理事会于1997年开始着手对《通则1994》进行修订,在修订的过程中成立了一个由世界各大法律体系或地区的杰出法学家组成的工作组,其中的某些成员曾参加过《通则1994》的起草和编写工作。并在本次修订中,理事会第一次邀请了相关国际组织和仲裁机构(包括联合国国际贸易法委员会和国际商会仲裁院等)的代表作为观察员参加了工作组的会议。

⑤ MICHAEL JOACHIM BONELL, Towards a Legislative Codification of the UNIDROIT Principles? [R]. Congress to celebrate the fortieth annual session of UNCITRAL Vienna, 9-12 July 2007, note2.

法的最新发展,研究和借鉴《通则 2004》及其后续成果(指正在拟定中的新增章节)无疑将对我国民法典的制定具有重要的示范价值。

更为重要的是,据 UNILEX 不完全统计,截至 2011 年 3 月,各类法庭(包括国内外法院及仲裁庭)涉及《通则》适用的案件达 239 件。鉴于大量案例由仲裁庭审理且并不公开,故实务中适用《通则》的案例肯定超过这个数据。在这 239 件案件中,各类法院受理 91 件,其中中国 8 件、阿根廷 1 件、澳大利亚 12 件、白俄罗斯 3 件、比利时 1 件、欧共体法院 1 件、独立国家联合体经济法庭(Economic Court of the Commonwealth of Independent States, CIS)4 件、法国 3 件、印度 2 件、解决投资争端国际中心(以下简称 ICSID)3 件、意大利 7 件、立陶宛 4 件、荷兰 9 件、新西兰 2 件、波兰 1 件、西班牙 14 件、瑞士 4 件、大不列颠联合王国 7 件、联合国赔偿委员会 2 件、美国 4 件、委内瑞拉 1 件,余下案件均由仲裁庭受理。中国国际经济贸易仲裁委员会也在 2007 年有了第一例涉及《通则》被作为准据法适用的案例。^① 这充分说明,《通则》在司法层面不再是“束之高阁”之“软法”,而是在国际商事实践中,发挥准据法和解释法作用的国际性文件,^②并与中国的法院和仲裁实践愈加相关。故而,学界应该加强对《通则》的实证研究,法院、仲裁庭和我国商人都应改变往日不够重视这一良好制度资源的态度,并在国际商事实践中充分利用《通则》以促进跨国民商事流转。^③

根据 UNILEX 对这些案件的整理分类,在司法程序中,《通则》既可以经当事人明示选择而作为国际商事合同的准据法,也可以经法庭依

① 以上数据及文中提及的案例均来自 UNILEX 数据库,笔者最后访问时间是 2011 年 3 月。UNILEX 是 1999 年由总部设在德国科隆的外国法与比较法研究中心,于 2002 年创设的一个关于 CISG 和 UPICC 的案例资料、参考文献等信息的智能库。

② 左海聪:“试析《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 年第 5 期。

③ 与此相比,《公约》花了 8 年时间获得生效,而后又花了另外四年时间,也即《公约》在公布后 12 年后,才积累了适用它的首批 100 个案件。

目 录

前 言 001

第一章 《国际商事合同通则》法律功能的本源 问题研究 001

第一节 《通则》的历史发源探微 002

- 一、国际商事合同之债的冲突法调整 003
- 二、国际商事合同之债的统一实体法调整 008
- 三、国际商事合同的第三种调整:《通则》发源探微 013

第二节 《通则》的规则内容概述 021

- 一、《通则 1994》和《通则 2004》共同内容 022
- 二、《通则 2004》的修订内容与新增主题 038

第三节 《通则》的特色优势探究 041

- 一、《通则》工作方式上的特色优势 042
- 二、《通则》立法立场上的特色优势 045
- 三、《通则》立法内容上的特色优势 048
- 四、《通则》功能追求上的特色优势 055

第四节 《通则》的法律性质探析 057

- 一、《通则》的法律功能:事实状态的描述 058
- 二、《通则》的性质纷争:实践视域的思辨 064
- 三、《通则》的性质定位:现代商人法的路径 074

第二章 《国际商事合同通则》准据法功能研究 084

第一节 内国法院视域中的《通则》准据法功能研究 086

一、《通则》准据法功能的诉讼案例与当事人

选择《通则》的实践类型 087

二、《通则》在内国法院诉讼充当合同准据法的实证依据解析 096

三、内国法院适用《通则》的理论演进及其前景探究 101

第二节 国际商事仲裁视域中的《通则》准据法功能研究 111

一、《通则》被援用为合同准据法的国际商事仲裁实践与

相关立法发展 111

二、《通则》准据法功能的特殊法律机制探微 123

第三节 《通则》准据法功能对中国的立法启示与法理启示 144

一、我国法院适用《通则》的司法实践及相关立法解读 145

二、《通则》准据法功能及适用实践对我国的立法启示 148

三、《通则》准据法功能及适用实践带来的法理启示 151

第四节 《通则》准据法功能的合理限度及制度诠释 159

一、适用范围对《通则》准据法功能的合理限度及学理解析 160

二、强制性规则对《通则》准据法功能的合理限制与学理阐释 169

第三章 《国际商事合同通则》解释法功能研究 181

第一节 《通则》解释法功能的概念范畴及适用理论初探 183

一、《通则》解释法功能之相关范畴的厘清 183

二、《通则》进入法律解释过程之具体路径的理论分析 188

第二节 《通则》解释国际法律文件之实践问题及诠释 199

一、《通则》解释国际法律文件的司法实践情形 199

二、《通则》解释国际法律文件的理论分析 211

三、《通则》解释、补充《公约》的制度依据及内含的解释原则 233

四、《通则》解释、补充《公约》的实践类型及经验总结 239

第三节 《通则》解释国内法律文件之实践问题及诠释 253

一、《通则》解释国内法律文件之司法实践情形 253

二、《通则》解释国内法律文件的制度问题探析 260

三、《通则》解释国内法律文件的个案实践初探 270

第四章 《国际商事合同通则》示范法功能研究 285

第一节 《通则》示范法功能的实践情形与理论探析 286

一、《通则》示范法功能的实践情形 287

二、《通则》国际、国内立法示范功能的特色优势 299

第二节 《通则》与中国合同立法的比较分析及示范意义 309

一、中国合同立法的发展历程与核心内容 310

二、《通则 1994》与我国《合同法》的立法比较及示范意义 324

三、《通则 2004》新增主题与我国合同立法的比较分析及示范意义 331

第三节 《通则》(第三版)新增主题及示范法功能的持续发展 348

一、《通则》(第三版)新增主题的提出及内容概要 348

二、《通则》新增主题“违法合同”对中国合同立法的示范意义 363

三、《通则》示范法功能持续发展的意义与发展难题 381

结 语 暨中国应对《通则》法律功能的理性回应 388

一、对本书关于《通则》法律功能研究之总结 389

二、中国应对《通则》法律功能的理性回应 397

附 件:重要法条 406

参考文献 408

致 谢 431

第一章 《国际商事合同通则》法律功能的 本源问题研究

《通则》是国际统一私法协会组织世界著名合同法专家经过三十多年的努力编纂而成的一部极具现代性、代表性、权威性和实用性的商事合同统一法典。它可以为立法所参考,为司法、仲裁所适用,是起草合同、谈判的工具,也是合同法教学的参考书。^①据 UNILEX 不完全统计,自 1994 年《通则》第一版、2004 年《通则》第二版直至 2011 年的 17 年间,法庭(包括法院和仲裁庭)已累积了适用《通则》的 239 例案件。这表明,《通则》于实践中日益彰显出调整国际商事合同的准据法功能、解释法功能、示范法功能。《通则》究竟凭借什么实现如此广泛的法律功能?基于这样的设问,本文拟以《通则》法律功能研究为主体,分三章对《通则》的准据法功能、解释法功能、示范法功能的相关实践及其运行机制作出比较全面解读和系统分析,进而剖析《通则》三大法律功能业已和可能对我

^① 张玉卿:《国际统一私法协会 UNIDROIT 国际商事合同通则 2004》,商务印书馆 2005 年版。

国冲突法、合同法等相关领域造成的冲击、挑战并拟出可行的分析对策,以期不断拓展中国法学界对《通则》的精细研究。^①于此研究进路下,文章在深入探析《通则》法律功能之前,理应对《通则》法律功能的本源问题予以必要阐述。这些问题包括:《通则》的历史发源、《通则》的规则内容、《通则》的特色优势以及《通则》的法律性质。

第一节 《通则》的历史发源探微

国际商事合同在国际私法中具有特别重要的地位,它是从事国际经济贸易交往的主要形式,也是产生国际商事合同债权债务关系的最重要原因。但是由于世界各国合同法律制度的差异以及当事人利害关系的对立,使得国际商事合同立法与司法适用上的法律冲突不可避免。国际私法^②对国际商事合同之债的法律冲突解决主要是通过用冲突规范选择特定国家实体法作为合同准据法的间接调整方法,或通过国家间制定的立法性国际统一实体规范的直接调整方法而得以实现。应该说这两种实证主义法律机制在调整国际商事合同法律冲突方面确实起到各自相应的作用,但是它们也存在自身无法克服的制度缺陷和视野困境。随着法律全球化进程的演进与传统的完全国家化的社会——法律结构正在受到冲击,国际商事合同之债的法律调整出现了去国家化的跨国市民法调整的新动向,国际商事合同之债的准据法不再囿于传

^① 据笔者掌握的资料显示,国内外学者切入《通则》的研究角度至少已有:《通则》所蕴涵的法理思想,《通则》之合同法律制度与其他法律体系中相关制度的比较分析,《通则》与《公约》的关系,《通则》与《欧洲合同法原则》的关系,《通则》与现代商人法的关系,《通则》与国际商事仲裁的关系,《通则》与冲突法的关系等。具体内容,可参见前言部分之国内外研究现状暨文献综述。

^② 国际私法的研究范围,本文采用“大国际私法”观点。国际私法的范围除基本的冲突规范外,还包括调整涉外民事法律关系的国际统一实体规范等。李双元:《国际私法》(冲突法篇),武汉大学出版社1987年版,第23~31页。

统准据法范畴下的国家法与国际条约,而是包括诸如《通则》在内的软法性文件。这样的演进历程也是《通则》法律功能得以彰显的内在动因和必然走向。

一、国际商事合同之债的冲突法调整

20世纪之前,各国通常选择冲突法这种法律方法来调整包括国际商事合同之债在内的涉外民商事关系。迄今为止,以冲突法解决国际商事合同法律冲突大致经历了三个阶段:第一阶段主要是以缔约地等单纯的空间连结因素来确定合同准据法的阶段(它后来又经过了萨维尼的履行地法的补充和发展)。由于这种方法在准据法选择上具有确定性和可预见性等显著优点,符合了一定时期内国际经济贸易活动的需要,因此从“法则区别说”产生后直到16世纪“当事人意思自治说”出现这一历史时期,涉外合同法律适用一直处于这一阶段。第二阶段是根据当事人的主观意图来确定合同准据法的演进阶段。随着商品经济的发展和国际交往的加强,国际合同关系愈益复杂,人们对涉外合同的认识也逐渐加深,缔约地法原则呆板僵硬的弊端也逐渐暴露出来,符合实践需要与合同关系本质的“当事人意思自治说”应运而生,但是直到19世纪中叶以后,当事人意思自治原则才真正取得了主导地位。当前所处的是第三阶段,其主要特点是在法律选择问题上以当事人意思自治原则为主并辅之以最密切联系原则,两者有机结合确定合同准据法。有学者认为,这个阶段的指导性学说当属英国的“合同自体法理论”(the Proper Law Doctrine of a Contract),并且合同准据法的选择也由此进入了比较成熟的状态。^①

^① 国内学者吕岩峰将“Proper Law”译为“适当法”。详见吕岩峰:“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。

尽管以冲突法调整涉外合同法律冲突可大致分为三个阶段,并且自14世纪意大利“法则区别说”创立以来的各种国际私法流派试图以各种不同的法律选择方法来建立其冲突法的理论基础,但是这些传统或现代冲突法理论对于法律冲突的解决方法异曲同工,主流和经典的理论还是建立在“连结点选择”基础上——通过冲突规范中连结点的指引来确定有关法律关系的准据法。客观而论,这种方法既有其优点,也有其先天的缺陷。

就优点而论,这种以冲突法调整国际商事合同的机制,不仅在给予外国法与本国法平等适用考量时表现出一种温文尔雅的风度;而且它允诺,不管纠纷由哪一国的法院审理,只要依之裁判,判决结果就可实现一致;更为重要的是,这种方法还体现了内外无别的公平观念和国家主权平等的国际法原则。可以说,冲突规范是立法者寻找到的一种既维护本国主权,又不侵犯他国主权的一种“两全”办法。故而各国冲突法立法和司法实践,大多是以上述理论为基础确定有关涉外合同之债法律适用原则。^①而具有开放性连结点的意思自治说和最密切联系理论的确立和采用,更是为合同领域法律冲突的解决注入了一股新的活力。它们抓住了包括国际商事合同之债在内的涉外民事纠纷的本质,即各国民事法律适用上的冲突或曰某种涉外民事法律关系应适用何种法律的问题,因此它们被视为解决国际民事法律冲突的有效方法。

然而,只要我们将目光投向国际私法学者通常所称的“总论”,就会发现这一多边主义调整机制因缺乏世界范围内的统一冲突法规则和法律基础而危机四伏。冲突法在调整有关国际商事合同法律冲突时存在许多先天性的体系漏洞。比如由于受国家主权观念、案件审理结果与

^① 刘晓红:“论合同之债法律冲突解决方法及其最新发展——兼论《国际商事合同通则》的订立与适用”,载《法学》1999年第3期。

法院地国的利害关系以及法律适用上的司法便利等因素的影响,在长期的冲突法实践中逐渐形成了与冲突规范适用相联系的诸如识别、反致、强制性规则、公共秩序保留、外国法的查明等法律制度。它们从各个不同侧面限制或削弱了冲突规范的效力,并使冲淡了法律选择规范应有的稳定性。又如就法律分类而言,冲突规范之于调整国际商事合同只有在所有法律体系对其私法以同样方式予以分类的情况下,才能实现判决结果的一致。然而,左右一个国家或民族如何构建其法律,与其说是逻辑,倒不如说是历史的巧合。仰赖分类方法来解决跨国纠纷,终究是一个时代的错误。^① 它足以动摇任何人对概念论解决多边问题能力的信赖。此外,冲突规范调整国际商事合同的局限性还有如下诸般表现:

首先,冲突规范作为一种间接规范,它只能起到为相关国际商事合同纠纷选择准据法的功效,冲突规范并不能直接构成当事人作为或不作为的准则,它对国际商事合同实体纠纷只能起到间接调整的作用。国际商事合同之债权债务关系是由当事人之间通过契约而设定的,当事人更关注的是直接调整或适用其合同的法律规则。因而与统一实体法相比,冲突规范调整国际商事合同之债缺乏实体规范那样的预见性和明确性。

其次,冲突规范所指向选择的准据法通常是国内法,而用国内法来调整跨国商事合同法律关系通常会引起适用法的地域性和案件国际性之悖论。国内法制调整跨国商事合同法律关系的缺陷主要来自两个方面:第一是经济的非国家性和法律的国家性的根本对立,第二是经济的

^① [美]弗里德里希·K. 荣格:《法律选择与涉外司法》,霍政欣、徐妮娜译,北京大学出版社2007年版,第91~113页。

变动性需要灵活的规则调整与法律的刚性(僵硬性)的根本对立。^①就国内法而言,它几乎根本不可能为争议之中的跨国交易提供适当的解决方案,其原因在于国内法律渊源的根本属性和解决问题的难度。而且有时某些国内法律难以适应国际经济贸易的全球化节奏,那些高度发展的国内法律体系通常也被证明是过时的。罗伊古德爵士在评价英国法律时说:“当我的目光投向其他普通法系国家,特别是加拿大和美国,他们商法的与时俱进给我极深的印象。而反观英国法,我深深为根植于英国商法优越的惰性和自满而羞愧,我们怎么可以用19世纪的英国商法应对21世纪。”^②

再次,传统冲突规范只是就国际商事合同之债作出立法管辖权上的选择(通过连结点有关涉外民事关系指定一个特定国家具有立法管辖权而不管该管辖权国家有无调整该案件问题的法律及法律的具体内容如何),这种准据法的选择过程虽然实现了“冲突法”上的公平,但是很少顾及准据法与特定法律关系的联系是否密切,从而使法律在适用上可能缺乏针对性,亦难以达到结果上的实质公平。卡弗斯说:“无论是理论上的冲突规则,还是实在法上的冲突规则,它们只是努力地把法律问题分配到地域管辖范围内,而不是致力于特定案件的公正解决……法院对法律选择将怎样影响争议解决的问题视而不见,又如何作出明智的选择呢?”^③虽然最密切联系原则在合同法律冲突解决上的广泛适用为改善冲突规范的僵硬和呆板起到一定作用,法院在审理案件

① F. GALGANO, *The New Lex Mercatoria*, *Annual Survey of International and Comparative Law*[J]. 1995, (2): pp.99-103.

② R. GOODE, *Commercial Law in the Next Millennium*[M]. London: Sweet & Maxwell, 1998. pp. 100-101.

③ D. F. CAVERS, *A Critique of the Choice-of-Law Problem*[J]. *Harv. L. REV.* 1933 (47). Also see G. Para Aranguren, *General Course of Private International Law*, *Recueil des cours*. 1988 (■): 161. 引自宋晓:“论当代冲突法的实体取向”,载《中国国际私法学会·中国国际私法与比较法年刊》,法律出版社2002年版第5期,第106页。