# 国际贸易惯例在商事仲裁中的可适用性探析(1)论文

来源：网络 作者：繁花落寂 更新时间：2024-09-10

*[摘 要] 国际贸易惯例不是国家的法律，不具当然的国家法律效力。但不应仅从国内法上的“法律”的概念来理解法律，国际贸易惯例的可适用性根据主要在于当事人意思自治原则，国际私法、贸易惯例的现实发展为当事人选择国际贸易惯例提供了可能性。尤其在商事...*

[摘 要] 国际贸易惯例不是国家的法律，不具当然的国家法律效力。但不应仅从国内法上的“法律”的概念来理解法律，国际贸易惯例的可适用性根据主要在于当事人意思自治原则，国际私法、贸易惯例的现实发展为当事人选择国际贸易惯例提供了可能性。

尤其在商事仲裁活动中，国际贸易惯例可以被选择为当事人合同的准据法。 【论文关键词】 商事仲裁 国际贸易惯例 法律性质 可适用性 在当今国际经贸领域中，严格意义上的国际习惯很少见，大量存在的是各种各样的贸易惯例，或称作商事惯例。

它们涉及跨国经济交往中的货物买卖、运输、商检、保险、银行结算、金融、投资、商标、专利以及技术转让等领域。传统观念下，贸易惯例仅限于国际组织所编纂的成文化惯例，如国际贸易术语解释通则（Incoterms）、跟单信用证统一惯例（UCP）等，国际商事合同最新立法 则允许把交易过程中当事人惯常做法、当事人自主选择的其他惯例亦可视为贸易惯例。

我们知道，现代商事仲裁区别于司法诉讼制度的根本特征在于法律（或法律规则）的选择和适用，依当前国际司法中的普遍观念，各国法院几乎不接受适用贸易惯例作为准据法，但在当事人利用仲裁机制解决国际甚至国内商事合同争议时贸易惯例是否具有适用性，或者说商事仲裁活动中当事人可否选择，以及仲裁庭可否决定贸易惯例作为适用于实体的法律规则呢?本文试从贸易惯例的法律性质和可适用性理论基础两个层次展开论述。

一、国际贸易惯例是否是法律 仲裁是以事实和法律作为基础的程序。仲裁庭的裁决要有事实根据，而且一般情况下其决定应依据相关的法律做出。

那么国际贸易惯例是不是法律呢?就此问题，向有肯定说和否定说的论争。 肯定说以国际贸易法学的主要创始人之

一、英国的施米托夫（Clive M.schmitthoff)最具代表性。他认为现代商人法中的国际贸易术语根据其本身的特点，如果当事人没有在他们的合同中引用或合意选择适用，或者该贸易术语没有被国际条约或公约所采纳，则不具有法律约束力。

但从历史法哲学的观点来看，贸易惯例是在商人们的跨国性商事交易中逐渐形成和发展起来的，经过诸如国际商会之类的国际组织的编纂和解释，更具体化而又更具明确性，具有相当程度的肯定性。由于这种国际商事团体的习惯做法和惯例构成了国际商事法律秩序的最基本的渊源，因此应该认为，这种惯例在它被立法正式采纳或承认以前，是以调整从事国际经营活动的当事人之间关系的规范形式存在的，故而具有一定的法律效力。

我国台湾学者柯泽东从实证法学和法社会学的角度指出贸易惯例具备法律规范的三个基本条件：一是一般性与普遍性。标准合同、交货共同条件、贸易术语等国际贸易惯例，都具备法律规范的一般性与普遍性——至少从其外观形态与实践情况来看，它们条款明晰，普遍被接受，适用于一般情况，“确合乎法律规范之精神”。

与此同时，国际贸易惯例的一般性还表现在对合同的独特的解释功能上。二是权威性。

不仅国际贸易惯例的绝大部分是由具有权威性的国际商业机构或专业团体所制定，而且作为国际法主体的主权国家为发展其经济而干预贸易政策之厘定，改变国内贸易机构组织形态，参与私人企业或以国营企业的方式参与外贸活动，甚至国家本身也直接或间接使用国际惯例并自愿受其约束。三是制裁力。

国际贸易惯例源自特殊商业社会，其制裁力虽不及国内法，但从商业社会自治的角度来看，它的制裁力除源自“法”的意义外，还包括经济与商业信誉的因素。但是，柯教授除了认为国际贸易惯例是法律工具之一外，也承认是尚未臻完全的法律体系。

否定说的观点及论证过程如下:

（1）不同法律制度的国家之间的当事人的国际经贸活动，只能依据冲突法所指引的特定国家的实体法来调整，或是根据国家之间所共同制定的法律进行调整。既便当事人之间为了交易的方便，在实践中逐渐形成了某种贸易惯例，这种惯例只有经过国内法的认可才有法律约束力。

国际贸易惯例不是实证意义上的法律，没有从任何国家权力机关中取得约束力，因而不具备充分实在和有根据的制度，不能成为一种法律秩序，因此不能作为法院审理案件的依据。（

2)即使是所有国家的商人都接受国际贸易惯例，但因其在内容和体系上存在不同程度的模糊性和不确定性，因而它不能构成一个客观的法律体系。（

3)国际惯例必须以某一共同体为依托，在时间与空间的制约下，方能成立。而现代世界的商业社会并未构成一个共同体，甚至从法的观点来看，不存在所谓的“国际惯例”。

除少数领域外，还未从国际习惯或为所有或多数国家所共有的法律原则中产生一套确定的规则，为解决国际贸易中出现的复杂法律问题提供明确的指导。（

4)国际商事惯例从其产生、发展的历程上看，具有明显的阶段性特征，如果离开这一阶段而谈国际商事惯例的特性，极有可能将其与国际习惯法、国际条约乃至国内法的任意性规范相混淆。惯例固然具有“准法律规范”的性质，但仍然属事实的范畴。

鉴于此，学者们认为，国际贸易惯例不是法律，如果当事人在合同中选择惯例作为准据法，一种可能就是国家法院会认为这种选择无效。 论争双方差不多都是依据所谓实证主义、法社会学的理论展开的，只是观点针锋相对，且表述结论时均有所保留。

从法的一般意义上讲，法应具有的特征包括作为一种调整人们行为的规范而存在、由国家制定或认可并具有普遍约束力、规定了人们的权利和义务、由国家强制力保证实施。显然国际贸易惯例不具有“由国家制定或认可”这一特征，也很难说其实际发挥规范作用是由于来自国家强制力保证。

笔者认同贸易惯例不是国家的法律，不具当然的国家法律效力。但是，这只表明在法院诉讼中，当事人选择的准据法范围不能扩展到惯例，并不能因此否定国际贸易惯例在商事仲裁活动中的可适用性。

二、国际贸易惯例的可适用性理论依据 国际或涉外商事仲裁中的对象通常是拟创设法律关系的协议，这些协议并不存在于法律真空之中，而是以一种法律制度作为依据的。因此，仲裁庭仅仅知道当事人签订了何种协议是不够的，知道何种法律适用于协议也是非常重要的。

那么国际贸易惯例是否可适用于当事人的协议呢，或者说国际贸易惯例在商事仲裁中是否具有可适用性(applicability)我们的答案是肯定的，理论依据如下： 1.不应仅从国内法上的“法律”的概念来理解法律 从法哲学看，法律的根本属性在于一种心理认同的准则体系，强制约束力只是这种体系发展的结果。国际法以及国际贸易惯例这种同位法，随着时代的发展，其心理认同力与强制力越来越强。

事实上，只要各国商人们都认为对自己有约束力的国际社会的共同行为规则，在本质上就是一种法律，在商人社会中，这种法律形式完全可以与国内法发生同样的作用。从创制法律的社会过程看，在国内法中，就存在着非主权行为体创制的保证社会秩序的规则。

这些规则被奥地利学者爱尔里希（Eugen Ehrlich）称为“活法”。 的确，法律规范的产生与实现，并不总以法律遵从的一个组织为前提条件。

不是由法律来陈述什么是必须的，什么是正确的，而是由人们自己。一如我们所见，非组织化的人民团体也能以习惯法的形式创制法律，也能以习惯法的形式创制国际法，如使节不可侵犯的法则。

施米托夫（Clive M. schmitthoff）就认为，“现代社会，广义上的法的基础便是普遍接受，而强制执行性只是附属物，虽然它也同样重要——我们必须把法看作是不仅仅来自于立法和判例这些正式的渊源，我们必须承认，它还包括在法院或仲裁庭没有强制执行性但被某一团体在整个范围内或其任何部门内接受为拘束力的自治性安排”。 2.国际贸易惯例的可适用性根据主要在于当事人意思自治原则 一般认为，国际商事协议的当事人可以为自己自由选择适用于该协议的法律或法律规则。

当事人意思自治原则首先是在学者论述中发展起来的，后来又为国家法院所采纳，现已在世界上各个国内法律体系中得到了广泛的接受。大部分国家法院都承认在选择适用于合同关系的法律上当事人意思自治，“中立”的仲裁庭没有理由不这么做。

这里所谓的法律规则，是对“国家法律制度之外的相关规则”的概括称谓而已，或者说这是对于适当法律规则可适用性的成文化表述，即使其可能不是确定和自治的法律制度。这样的法律规则诸如一般法律原则、或者商人法（lex mercatoria）、或者“代表了合同法规则的体系”的商事合同通则（PICC） 、或者贸易惯例等。

国际商事仲裁的国际条约和示范规则竞相确认，当事人可以自由选择管辖其合同关系的法律规则。 当事人意思自治原则下，允许当事人在签订合同的时候甚至在争议发生之后选择适用法。

对于当事人意思自治可能存在有限的限制，用来确保法律或法律规则选择是善意的，且不得与相关的国家的公共政策相悖。惟须指出的是，国际社会通常不支持在诉讼中当事人选择国际贸易惯例，而对当事人将拟适用国际贸易惯例的法律选择条款和一项仲裁协议结合起来使用的做法相当鼓励。

PICC的前言注释谨慎地表明了这一点。 3.国际私法、贸易惯例的现实发展为当事人选择国际贸易惯例提供了可能性 国际私法的形成和发展，是各个历史时期的社会、经济和文化条件变迁的产物。

传统国际私法以多边主义的方法为基础，主张当事人不能选择非国家法律制度的理论就是以此为背景的。多边主义的方法主导下的国际私法的目标是解决法律冲突，求得判决结果的确定性、可预见性及一致性。

法官不用考察冲突规范所指引的那个国家的实体法的具体内容，主要确定案件性质，落实连接点，由冲突规范指向某个国家的实体法就算完成了任务。由此可见，多边主义的方法注重的是“冲突法的正义”，而不管具体案件的公正。

进入20世纪，尤其是二战以后，国际经济交往和国际民商事关系的迅猛发展引发了一场冲突法的革命，不论英美法系国家还是大陆法系国家，都不再固守传统的国际私法理论，也不再追求单独的冲突法的正义，而是追求实体正义与冲突正义的完美结合。 在国际私法理论发展和新理念的推动下，大约于19世纪末20世纪初出现了国际统一实体法规范，二战后统一实体法规范的数量增速很快。

它们的出现在一定意义上弥补了冲突规范在调整国际民商事关系中所出现的漏洞，而且作用越来越大。国际立法中不乏肯定国际贸易惯例的法律效力的规定。

例如《联合国国际货物销售合同公约》（CIGS）显然把普遍接受的国际贸易惯例，置于了当事人意思自治原则的控制之下，并且使它们优于公约的适用。 《1994年美洲国家间关于国际合同法律适用公约》中表明了强烈的选择非国内法（当然包括国际贸易惯例）的倾向。

一些国家的国内立法和司法实践中也开始逐渐放弃以前的保守做法。例如西班牙，通过1979年法令把Incoterms纳入其进出口贸易法律规定中。

美国最高法院的大法官博格（Burger）在1972年The Bremen v. Zapata off-Shore Co.案件中，批评第五巡回区上诉法院的法官们所坚持的“所有争议必须在我国的法院中依我国的法律来判决”的狭隘的观念，他认为，对于国际贸易关系，是需要一个独立的规范体系而不是纯粹内国法律体系来支配和调控。 国际统一实体法规范的努力和运动也延伸到贸易惯例方面。

通过对历史的考察，我们可以清楚看到，随着社会生产力和科学技术的快速发展、世界经济一体化趋势的不断增强以及国际商事法律关系越来越频繁复杂，国际贸易惯例本身也在不断发展完善。从起初小范围的习惯做法，发展到某一地区、某一行业甚至世界范围普遍认同的贸易惯例;从口头的商业习惯，到零散的文字记载，再到由专门的组织汇编成册；从内容的模糊不定，到内容的详细而确定；国际贸易惯例在内容和形式上均不断地改进其不足，使其更加适应纷繁复杂的国际商事关系。

国际商业实践也充分证明，商人们在长期的贸易实践中形成的惯例，在风险防范与分担、权益的保障等方面远胜于国内法。在国内法律调整跨国性的商事活动愈来愈感到捉襟见肘的时候，国际贸易惯例却越来越表现出其调整国际商事关系的灵活性和生命力，维护着国际商事关系的正常运转。

这些诸如Incoterms、UCP等由不同的非政府组织整理编纂的惯例，其条款表述具体明确，可以为确定合同当事人在某一方面的权利与义务提供充分的依据。 上述这些无不表明，国际私法、贸易惯例的理论和实践以及其他国际经济、社会诸因素发展到现阶段，为当事人选择包括惯例在内的非国家法律体系作为合同的准据法提供了现实可能性。

三、结语 世界经济一体化或者经济全球化不可避免地对各国法律制度产生深刻的影响，国际贸易惯例的重要性得到了前所未有的认识，不管学者们是赞同还是反对，各国法律之趋同化，以及主权原则的淡化便是国际社会的大势。通过上述论述，笔者认为，国际贸易惯例在调整国际商事法律关系方面，有独特的优势，其基本功能就是解决国际商事交易中的争议。

尤其在商事仲裁活动中，国际贸易惯例无可否认地具有可适用性，可以被选择为当事人合同的准据法。考虑到每一份合同涉及的问题方方面面，是一个从签订合同到合同生效，再到履行合同，而履行合同又牵涉到运输、保险、货款支付等一系列环节的综合体；而即使一项汇编成文的贸易惯例，也往往局限于某一领域或某一方面；因此，仲裁庭如果把国际贸易惯例作为准据法， 它亦应与国际条约、国内法及其他非国家法律规则结合起来适用。

并且，如果当事人在某一方面选择了国际贸易惯例，则应优先依据惯例，因为融入合同中的惯例，有与当事人意思表示相同价值，事实上自发形成的惯例由于更接近社会现实，比一般抽象的补充性法律，能更好地表达当事人真正的意思表示。只有这样才能切实保护当事人的合法权益，并有助于实质正义的实现。

参考文献: [英]施米托夫主编:国际贸易法文选[M].赵秀文译.北京:中国大百科全书出版社，1993.150 柯泽东:国际贸易法专论[M].台北:台大法学从书之(23），1981.31～41 韩健:现代国际商事仲裁法的理论和实践[M].北京:法律出版社，2000.318 See Peter Nygh，Autonomy in International Contracts（Clarendon Press，Oxford，1999），p.182 See Sandrock. Arbitration between U.S and West Ger-many Companies:An Example of Effective DisputeResolution in International Business Transaction，University of Pennsylvania Journal of International Business Law，vol.9(19

8

7).55～57 叶乃锋:在事实与法律之间——析国际商事惯例的法律性质[J].商场现代化.2006(总459），225 [德]拉德布鲁赫:法学导论[M].米健，朱林译.北京:中国大百科全书出版社，1997.151 [英]施米托夫主编:国际贸易法文选[M].赵秀文译.北京:中国大百科全书出版社，1993.36 国际商事合同通则[M].北京:法律出版社，2004.7 See U.S.Supreme Court.The Bremen v.Zapata off-shore Co.，407 U.S.1(19

7

2).407u.s.1

本文档由028GTXX.CN范文网提供，海量范文请访问 https://www.028gtxx.cn