

# 国际惯例适用规则的立法范式研究

——以我国司法实践为出发点

何其生\*

**内容提要：**作为一种跨国法律规则，国际惯例发挥着跨国商事“自治法”的功能，被称为“第三种法律秩序”，其重要性自不待言。在我国，国际惯例最基本的立法范式是原民法通则中的补缺适用。然而，随着民法通则的废止以及民法典中相关规则的缺失，国际惯例的适用规则在我国出现了立法空白。司法实践中，国际惯例也并非仅在中国法没有规定时方能适用，还存在着当事人约定适用和直接适用等多种情形。尽管当事人约定适用在司法实践中占绝大多数，但我国现行法并没有规定当事人可以约定适用国际惯例。鉴此，国际惯例的立法范式应从传统单一范式向复合范式转变：一是将当事人意思自治确立为国际惯例适用的首要原则，不管当事人明示约定还是默示约定，国际惯例均可以成为确定权利义务的依据；二是将补缺适用列为次要原则，即中国法律和中国缔结或者参加的国际条约没有规定的，可以适用国际惯例。对于此复合范式，可适时修订涉外民事关系法律适用法，使之成为正式的国际惯例适用规则。此外，对于具有与《跟单信用证统一惯例》类似特质的国际惯例，可以采纳最高人民法院司法解释认可的模式即“UCP模式”，赋予其“法律性”，使其具有直接适用性。

**关键词：**国际惯例 直接适用 约定适用 补缺适用 立法范式

国际惯例在法律渊源上既不同于国际条约，也不同于国内法，渐成“结构性”的跨国法律规则体系，具有一种跨国商事“自治法”的功能。〔1〕国际惯例不隶属于任何国家而只服从于国际商业社会本身，旨在维护一种超越国家的秩序，被称为“第三种法律秩序”，〔2〕其重要性自不待言。然而，在当下中国，适用国际惯例面临的核心问题当属传统规则的废止和新规则的缺失。1986年民法通则（已废止）第142条第3款规定：“中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的，可以适用国际惯例。”这一范式在国际私法

\* 北京大学法学院教授。

本文是国家社科基金重大项目“国际私法视域下中国法域外适用的制度构建研究”（20&ZD202）的中期成果之一。

〔1〕 See Roy Goode, *Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law*, 46 (1) *International & Comparative Law Quarterly* 33 (1997); [英] 施米托夫：《国际贸易法文选》，赵秀文译，中国大百科全书出版社1993年版，第16页。

〔2〕 See Abul F. M. Maniruzzaman, *The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration*?, 14 (3) *American University International Law Review* 658 (1999).

教材中通常被称为“国际惯例补缺原则”或“补缺适用”，〔3〕并为后续法律诸如票据法、海商法、民用航空法等所承继。〔4〕民法通则废止后，民法典第10条规定：“处理民事纠纷，应当依照法律；法律没有规定的，可以适用习惯，但是不得违背公序良俗。”由此，民法典第10条在实践中是否已成为适用国际惯例的依据，国际惯例在司法实践中是否仅被补缺适用等问题，值得检视。另外，无论是学界认可国际惯例补缺适用立法方式的立场，〔5〕抑或“我国民法通则第142条的规定应予以重新考虑并加以完善”的观点，〔6〕还是未来立法该如何就国际惯例进行规范，无疑均值得探讨。

## 一、国际惯例适用规则的立法缺失与传统范式的单一性

### （一）国际惯例适用规则的立法缺失

对于国际惯例的立法，最早见于1985年涉外经济合同法（已废止）第5条第3款，即“中华人民共和国法律未作规定的，可以适用国际惯例”。在此基础上，1986年民法通则第142条第3款添加了“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定”的适用前提。随后，海商法、票据法、民用航空法等也都作出了类似规定。民法通则关于国际惯例的立法范式已经成为我国经典的规范模式，目的在于填补法律空白，为案件实体争议的解决提供规则。但是，民法总则（已废止）没有直接规定国际惯例的适用规则，只在第10条规定：法律没有规定的，“可以适用习惯，但是不得违背公序良俗”，随后颁布的民法典也作出了同样的规定。由于涉外民事关系法律适用法也没有对国际惯例的适用作出规定，因而随着民法通则的废止，在涉外民商事领域适用国际惯例的国内法依据不复存在。《关于〈中华人民共和国民法总则（草案）〉的说明》曾指出：“民事关系十分复杂，对法律没有规定的事项，人民法院在一定条件下根据商业惯例或者民间习惯处理民事纠纷，有利于纠纷的解决。”〔7〕可见，立法者曾意图将惯例纳入立法，期望能够充分发挥惯例作为纠纷解决依据的优势，但最终只使用了“习惯”这一表述。有学者认为，这体现了我国立法中对“惯例”与“习惯”两个概念的使用混乱，〔8〕使得立法的对外开放性略显不足。〔9〕

这也得到了司法实践的证实。作者以“北大法宝”的司法案例数据库为平台进行检索，筛选出425个案例；〔10〕审结日期在2021年1月1日前的案例有369个（占86.8%）；2021

〔3〕 参见郭玉军、向在胜：《国际私法》，中国人民大学出版社2023年版，第40页。

〔4〕 参见票据法（2004修正）第95条第2款、海商法第268条第2款、民用航空法（2021修正）第184条第2款。

〔5〕 参见单文华：《中国有关国际惯例的立法评析——兼论国际惯例的适用》，《中国法学》1997年第3期，第57页。

〔6〕 参见左海聪：《国际商事条约和国际商事惯例的特点及相互关系》，《法学》2007年第4期，第97页。

〔7〕 《关于〈中华人民共和国民法总则（草案）〉的说明》（2016），[http://www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/lfzl/rlyw/2016-07/05/content\\_1993422.htm](http://www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/lfzl/rlyw/2016-07/05/content_1993422.htm)，2023年5月20日最后访问。

〔8〕 参见陈立虎、陆璟怡：《关于中国民法典吸纳国际商事惯例的思考》，《苏州大学学报（法学版）》2019年第1期，第113页。

〔9〕 参见李可：《民法典对“习惯”的制定法中心主义处理模式》，《贵州社会科学》2022年第9期，第75页以下。

〔10〕 筛选标准如下：（1）从全面性角度，时间节点为不计起始，截至2022年12月31日；（2）从科学性角度，考虑到国际惯例的适用主要是判决或裁定的“法院认为”部分，在此部分检索“国际惯例”；（3）从真实性角度，由于成文国际惯例主要集中于《跟单信用证统一惯例》《贸易术语解释通则》《托收统一规则》《见索即付保函统一规则》《约克—安特卫普共同海损理算规则》，在“法院认为”部分对上述国际惯例单独检索；（4）从准确性角度，人工逐个筛选，去掉无涉“国际惯例”以及内容关联度弱且无法律适用内容的案例，选取裁判中不仅出现“国际惯例”，而且引用了国际惯例的内容并将其作为说理或裁判依据的案件。经过逐个筛选，最终确认425个案例作为分析样本。

年1月1日至2022年12月31日的案例有56个(占13.2%),但民法典实施后审结的案例中,没有案例援引民法典第10条作为适用国际惯例的依据。由此可见,民法典第10条未纳入“国际惯例”,也可能是立法者的故意留白或法院的有意选择,即民法典的“习惯”与国际私法领域的“国际惯例”相分离,体现了实体法与冲突法相分离的双轨路线。

另外,即使在原有国际惯例补缺适用的立法范式下,最高人民法院似乎也未止步于此,而是不断发布司法解释或相关文件指导国际惯例在司法实践中的适用。诸如1989年《全国沿海地区涉外、涉港澳经济审判工作座谈会纪要》(法[经]发[1989]12号,下称“涉外审判纪要”)、2015年《关于人民法院为“一带一路”建设提供司法服务和保障的若干意见》(法发[2015]9号)、2005年《关于审理信用证纠纷案件若干问题的规定》(经法释[2020]18号修正,以下简称“信用证案件规定”)、2016年《关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》(经法释[2020]18号修正,以下简称“独立保函案件规定”)等。初步梳理司法解释的内容,以民法通则为代表的国际惯例补缺适用的规定与国际惯例在法院的实际适用并不一致。国际惯例究竟如何适用,无疑需要客观检视司法实践,以准确反映立法与司法之关系。

## (二) 我国司法实践中“国际惯例”的范围和特征

我国法律虽早有国际惯例补缺适用的规定,但没有对“国际惯例”概念作出解释或说明。我国早先对国际惯例的介绍中没有区分习惯和惯例,将国际习惯也纳入国际惯例的范畴,<sup>[11]</sup>或认为广义的惯例包括习惯。<sup>[12]</sup>在国际法领域,学理上关于“国际惯例”定义的讨论首先表现为澄清国际惯例与国际习惯的区别。一般来说,“usage”译为“惯例”,“custom”译为“习惯”,但两者常互相解释。例如,《布莱克法律词典》关于“惯例(usage)”一词的解释为:“通常在特定职业或行业中的一种众所周知的、习惯性的和统一的做法。参见‘习惯’(custom)。”<sup>[13]</sup>正因为两者在含义上具有重叠性,“国际惯例”的界定具有必要性。通过案例检索,我国司法实践中的“国际惯例”具有如下特点:

一是司法适用大多聚焦于少数相对成熟的成文国际惯例。这些国际惯例主要包括《跟单信用证统一惯例》(Uniform Customs and Practice for Documentary Credits,简称UCP)、《国际贸易术语解释通则》(International Rules for the Interpretation of Trade Terms,简称《贸易术语通则》)、《托收统一规则》(Uniform Rules for Collection,简称URC)、《见索即付保函统一规则》(Uniform Rules for Demand Guarantees,简称URDG),以及《约克—安特卫普共同海损理算规则》(简称《约克—安特卫普规则》)。<sup>[14]</sup>在所调研的425个案例中,适用这五个国际惯例的达到389个,占比91.5%。这些成文国际惯例主要聚焦于国际商法或海商法领域,且通常为非政府国际组织(即国际商会和国际海事委员会)制定并得到普遍适用,具有专业性强、适用普遍、影响广泛的特点。

二是司法适用兼及成文国际惯例和不成文国际惯例。除上述调研聚焦的国际商会四个文件和《约克—安特卫普规则》外,我国法院还将特定的国际标准化合同<sup>[15]</sup>等作为国际惯例予

[11] 参见《国际惯例理论及其运用研讨会综述》,《中国法学》1993年第2期,第122页。

[12] 参见王铁崖主编:《国际法》,法律出版社1981年版,第29页。

[13] See Black's Law Dictionary 1680 (9<sup>th</sup> ed. 2009).

[14] 作者经过多次检索,未查到适用《国际商事合同通则》的案例。

[15] 参见张家口联合石油化工有限公司与渣打银行(中国)有限公司金融衍生品交易纠纷案,上海金融法院(2020)沪74民终533号民事判决书。

以适用。不成文国际惯例涉及领域较广，但案件数量较少。例如，以英文印制国际机票、〔16〕无单放货应先向承运人主张责任、〔17〕拍卖中的落槌定音等，〔18〕但统计的案例大多聚焦于国际运输领域正常中转的装运行为〔19〕及集装箱的良好状态。此类案件中，〔20〕相关判决将不成文国际惯例作为与法律和其他规范性文件并行的说理依据。比如，在中国人民保险公司浙江省分公司与广州远洋运输公司、中国对外贸易运输总公司上海分公司海上货物运输合同及代理纠纷案中，法院认定：“根据国际惯例，集装箱应该清洁、干燥、无残留物以及前批货物留下的持久性气味。”此不成文惯例与海商法规定的船舶适航及《海牙规则》并列，作为提供不适载的承运人应当承担责任的依据。〔21〕但是，法院未对不成文国际惯例建立起识别方法，〔22〕也很难说形成了一种适用方式，因此不作为本文的研究重点。

国际惯例	案例数目
《跟单信用证统一惯例》	205
《贸易术语通则》	62
《托收统一规则》	27
《见索即付保函统一规则》	63
《约克—安特卫普规则》	32
准国际惯例和国际商事实践的习惯做法	36
总计	425

三是司法适用中的国际惯例具有在国际上被广泛知悉和惯常遵守的特征。在我国，立法中与国际惯例相关的概念还涉及：（1）“习惯”，如民法典第10条规定的“习惯”，主要是指“在一定地域、行业范围内长期为一般人从事民事活动时普遍遵守的民间习俗、惯常做法等”。〔23〕该解释中的“习惯”更局限于一国之内的“民间习俗、惯常做法”。〔24〕（2）“交易习惯”，如民法典第509条、原合同法第60条等。〔25〕对此“交易习惯”，最高人民法院解释为：一是在

〔16〕 参见刘驰与荷兰皇家航空公司损害赔偿案，北京市第二中级人民法院（2001）二中民终字第5868号民事判决书。

〔17〕 参见中国抽纱公司上海进出口公司与中国太平洋保险公司上海分公司海上货物运输保险合同纠纷案，上海市高级人民法院（2000）沪高经终字第280号民事判决书，《最高人民法院公报》2001年第3期，第105页以下。

〔18〕 参见李志、广东省化州市中垌水泥厂买卖合同纠纷执行审查案，广东省高级人民法院（2018）粤执监139号执行裁定书。

〔19〕 参见中国平安保险股份有限公司北京分公司与东南亚船务有限公司海上货物运输合同代位求偿纠纷案，天津海事法院（2002）海商初字第243号民事判决书。

〔20〕 类似案件，参见海程邦达国际货运代理有限公司广州分公司与佛山市锦鹏物资回收有限公司水路货物运输合同货差纠纷案，广东省高级人民法院（2004）粤高法民四终字第267号民事判决书；练成堂等与嘉宏国际发展有限公司合资购买船舶合同纠纷、扣押船舶损害赔偿纠纷案，广东省高级人民法院（2004）粤高法民四终字第108、109、110号民事判决书等。

〔21〕 参见《最高人民法院公报》1994年第1期，第45页以下。

〔22〕 参见宋阳：《论国际商事惯例识别方法的构建》，《法律科学》2020年第6期，第179页以下。

〔23〕 最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民法典〉总则编若干问题的解释》（法释〔2022〕6号）第2条第1款。

〔24〕 例如，有学者指出，乡村社会的运转更多地靠延续下来的习惯与惯例维持，外来的法律很难另行构建一套约束乡村社会的规则。参见赵旭东：《法律与文化：法律人类学研究与中国经验》，北京大学出版社2011年版，第191页。

〔25〕 民法典第509条和原合同法第60条均规定，当事人应当按照约定全面履行自己的义务。当事人应当遵循诚信原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。



交易行为当地或者某一领域、某一行业通常采用并为交易对方订立合同时知道或者应当知道的做法；二是当事人双方经常使用的习惯做法。<sup>[26]</sup> 比较前述调研的国际惯例的范围，交易习惯是一个更为宽泛的概念，其行业习惯的内容会与国际商事惯例相重叠，但其将地区性惯例甚至特定当事人之间的惯常行为包含在内，外延比国际商事惯例要宽泛得多。<sup>[27]</sup> 国际商事惯例则往往仅限于那些广受认可和普遍接受的惯常做法。英国学者施米托夫认为，国际商业惯例始于一些有影响的企业的商业活动过程，而后成为建立在平行行为基础上的特定贸易中的一般做法（general practice），再发展为贸易习惯性做法（usage），最终取得了具有稳定性的惯例（custom）的地位。它们超越了一国范围，具有国际性。国际商业惯例被定义为“应用非常广泛的、凡从事国际贸易的商人们期待着它们的合同当事人都能遵守的商业习惯性做法和标准构成”。<sup>[28]</sup> 另外，在国际层面，作为在国际商事领域具有较大影响力的国际立法，《联合国国际货物销售合同公约》第9条第2款规定的“惯例”是指“在国际贸易中，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”的惯例。《国际商事合同通则》第1.8条第2款将惯例定义为“国际贸易中广泛知悉并惯常遵守的惯例”。以上权威法律文件对惯例的定义，可以反映出国际惯例在国际贸易中广泛知悉和惯常遵守的基本特征。

四是不同于“国际习惯”，司法适用中的国际惯例主要是任意性规范。《国际法院规约》第38条规定，法院裁判时应适用的规范包括“国际习惯”，即“作为通例（一般实践）之证明而接受为法律者”。该规定体现了“国际习惯”是被接受为法律的“通例”的立场，即须具备“实践”和“法律确信”两个要素。<sup>[29]</sup> 联合国国际法委员会在2018年《有关习惯国际法识别的结论草案》结论9第2段中指出，经接受为法律的“通例”（general practice）不同于“惯例或者惯行”（mere usage or habit），在没有被接受为法律的情况下，“通例”不可被认为创立或表达了“习惯国际法”（customary international law），它仅仅是“惯例或者惯行”。<sup>[30]</sup> 就前述调研涉及的成文或不成文国际惯例，在非经一国法律认可的情况下，均不具有法律约束力。

综上，我国司法适用中的国际惯例不同于民法典中的“习惯”或“交易习惯”，具有如下特征：一是“国际性”的惯例；二是主要聚焦于商事领域的行业性文件，具有专业性强、适用普遍、影响广泛的特点；三是国际贸易领域“广泛知悉并惯常遵守的”任意性惯例；四是不成文国际惯例占比较少，且主要聚焦于海商法领域。

## 二、我国司法实践中国际惯例适用方式的多元性

### （一）我国司法实践中国际惯例的适用方式

概念上，法院对国际惯例有直接适用和间接适用两种情形。直接适用，即法院无需冲突规范的指引而直接适用国际惯例；间接适用，即法院首先应根据冲突规范确定准据法，然后将国

[26] 参见《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》（法释〔2009〕5号，已失效）第7条。

[27] 参见前引〔8〕，陈立虎等文，第109页。

[28] 参见前引〔1〕，施米托夫书，第205页以下。

[29] 参见〔英〕奥本海：《奥本海国际法》第1卷第1分册，王铁崖等译，中国大百科全书出版社1995年版，第16页。

[30] See International Law Commission, *Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, with Commentaries*, A/73/10, Apr. 11, 2018, pp. 138 & 140, Commentary (6).

国际惯例作为准据法适用。考虑到国际惯例的性质，当事人的约定适用即当事人明示或默示选择某一国际惯例适用于他们之间的交易或争议，应是其重要的适用方式。当事人约定适用属于当事人意思自治原则的应用，因而归入间接适用的类型。就民法通则第 142 条第 3 款规定的补缺适用而言，理论上亦具有直接适用与间接适用两种可能，但法院的判决很少指出其属于哪种适用形式。鉴于两种可能性或不确定性，本文在统计过程中将补缺适用单列。逐项考察五项成文国际惯例的适用方式，在检索到的 389 个案例中，间接适用只有约定适用一种，占比 90.7%；直接适用次之，占比 6.4%；补缺适用占比 2.8%。具体如下表：

国际惯例	约定适用	直接适用	补缺适用	总计
《跟单信用证统一惯例》	178	25	2	205
《贸易术语通则》	62	0	0	62
《托收统一规则》	23	0	4	27
《见索即付保函统一规则》	60	0	3	63
《约克—安特卫普规则》	30	0	2	32
总计	353	25	11	389

### 1. 直接适用

直接适用在《跟单信用证统一惯例》领域尤为明显。1989 年“涉外审判纪要”就将《跟单信用证统一惯例》作为处理信用证纠纷的直接依据，而没有提到我国国内法的规定。“信用证案件规定”则明确：“人民法院审理信用证纠纷案件时，当事人约定适用相关国际惯例或者其他规定的，从其约定；当事人没有约定的，适用国际商会《跟单信用证统一惯例》或者其他相关国际惯例。”在信用证纠纷案件中，无论当事人是否约定，《跟单信用证统一惯例》或者其他相关国际惯例都是纠纷解决的依据，体现了国际惯例的直接适用。在调研所涉案例中，直接适用的有 25 个，且适用的均为《跟单信用证统一惯例》，具体又有两种情形：

其一，将《跟单信用证统一惯例》作为判决的法律依据。例如，在三和银行深圳分行与交通银行长沙分行等买卖合同、信用证结算纠纷案中，湖南省高级人民法院列明的判决依据包括《跟单信用证统一惯例》第 13 条 a 款、第 14 条 d 款。<sup>[31]</sup>

其二，虽然不将《跟单信用证统一惯例》作为判决的法律依据，但是判决中适用《跟单信用证统一惯例》审查当事人之间的信用证法律关系。例如，在中国银行天津市分行与天津市利通贸易总公司等借款担保纠纷案中，最高人民法院认为：“美士康公司根据其其与利通公司签订的外贸代理合同向天津分行申请开立不可撤销远期信用证，天津分行接受委托为其开出信用证，双方形成了委托开立信用证民事法律关系。对该民事法律关系，双方当事人意思表示真实，且不违反我国法律法规及国际惯例的规定，应认定合法有效。”<sup>[32]</sup>

除了《跟单信用证统一惯例》的直接适用外，《见索即付保函统一规则》《约克—安特卫

[31] 参见最高人民法院（1999）经终字第 86 号民事判决书。类似案例，参见无锡湖美热能电力工程有限公司与新加坡星展银行信用证纠纷案，最高人民法院（2017）最高法民终 327 号民事判决书。

[32] 最高人民法院（1999）经终字第 494 号民事判决书。类似案例，参见中国银行钟山支行与中国长城资产管理公司南宁办事处等信用证垫付款纠纷案，最高人民法院（1999）经终字第 443 号民事判决书；太原电子厂与山西省国际贸易广告公司、中国银行山西省分行信用证纠纷案，最高人民法院（2000）经终字第 79 号民事判决书。

普规则》也有类似直接适用的“参照适用”情形。在意大利商业银行与江苏溧阳莎菲特非织造布有限公司等购销合同纠纷案中，江苏省高级人民法院认为：当事人之间的银行保函属见索即付保函，“该保函关系合法有效……根据国际惯例，意大利银行应承担保函项下的付款责任”。该院直接适用了《见索即付保函统一规则》而没有说明理由。最高人民法院二审认为，“《见索即付保函统一规则》作为国际惯例，应当在本案参照适用”，此处“参照适用”实际上就是直接根据《见索即付保函统一规则》判定权责。<sup>[33]</sup>在弗伦特萨加公司、中化石油有限公司等共同海损纠纷案中，最高人民法院确定当事人没有选择《约克—安特卫普规则》，但认为原审法院“参照适用”《约克—安特卫普规则》的做法正确，且符合海商法第286条第2款补缺适用的规定。<sup>[34]</sup>此类“参照适用”实则是未经冲突规范的指引而直接将国际惯例作为裁判依据，即直接适用；但不同于信用证领域，《见索即付保函统一规则》《约克—安特卫普规则》的直接适用在我国并无现行法律或司法解释上的根据，因此本文在统计时将其计入补缺适用的情形。

## 2. 约定适用

当事人约定适用是调研所得的唯一的间接适用形式，但却是国际惯例最为常用的适用方式。1989年“涉外审判纪要”指出：“凡是当事人在合同中引用的国际惯例，例如离岸价格(FOB)、成本加运费价格(C&F)、到岸价格(CIF)等国际贸易价格条件，以及托收、信用证付款等国际贸易支付方式，对当事人有约束力，法院应当尊重当事人的这种选择，予以适用。”“信用证案件规定”第2条规定，人民法院审理信用证纠纷案件时，当事人约定适用相关国际惯例或者其他规定的，从其约定。由此可见，约定适用得到了法院的认可和尊重。约定主要有如下形式：

一是明示约定。明示约定的主要方式是在相关交易文件中载明适用的国际惯例，在信用证领域通常记载在信用证上。在东亚泛海国际商务咨询(北京)有限公司与西班牙商业银行股份有限公司信用证纠纷案中，法院认为：“本案中，涉案信用证上明确记载的适用规则为最新版本跟单信用证统一惯例……庭审中，原被告双方对适用UCP600处理案涉信用证纠纷亦均不持异议，故UCP600应作为本案争议处理的依据之一。”<sup>[35]</sup>如此，当事人约定的国际惯例是作为准据法而适用。与之不同，“独立保函案件规定”第5条规定：“独立保函载明适用《见索即付保函统一规则》等独立保函交易示范规则，……人民法院应当认定交易示范规则的内容构成独立保函条款的组成部分。”因此，该国际惯例的内容作为合同条款并入合同，从而约束当事人。例如，在安徽省外经建设(集团)有限公司与东方置业房地产有限公司等保函欺诈纠纷案中，最高人民法院认为：“因涉案保函载明适用《见索即付保函统一规则》，应当认定上述规则的内容构成争议保函的组成部分。”<sup>[36]</sup>

明示约定的第二种形式是间接约定。案例调研发现，我国法院对《贸易术语通则》的适

[33] 参见最高人民法院(1998)经终字第289号民事判决书。

[34] 参见最高人民法院(2020)最高法民申2135号民事裁定书。

[35] 北京市东城区人民法院(2016)京0101民初1929号民事判决书。类似案例，参见A银行与甲公司信用证纠纷案，上海市高级人民法院(2010)沪高民五(商)终字第5号民事判决书；中行北京分行与利达海洋馆信用证垫款纠纷案，最高人民法院(2003)民四终字第15号民事判决书；四川汇某化纤有限公司与中国某银行股份有限公司深圳市分行信用证纠纷案，广东省深圳市中级人民法院(2011)深中法民二终字第483号民事判决书。

[36] 最高人民法院(2017)最高法民再134号民事判决书。类似案例，参见广东弘益投资有限公司与平安银行股份有限公司深圳华富支行金融借款合同纠纷案，广东省深圳市中级人民法院(2017)粤03民终8667号民事判决书。

用方式仅有约定适用一种，且都是间接约定，即通过贸易术语的约定来推定当事人具有受《贸易术语通则》约束的意思。例如，在惠顿有限公司与连云港市对外贸易公司国际货物买卖合同纠纷案中，尽管当事人未明确约定适用《贸易术语通则》，但法院通过合同条款“价格为船上交货（FOB）390 美元/吨”，认定该案可以适用《贸易术语通则》。<sup>[37]</sup>

明示约定的第三种形式是订约使用特定的标准化合同而受该标准化合同的约束。标准化合同是国际行业协会制定的供会员或从业者参考的合同。司法实践中，当事人明确选择适用有关协会制定的标准化合同时，该标准化合同的内容可以作为合同条款并入合同，从而约束当事人。例如，在张家口联合石油化工有限公司与渣打银行（中国）有限公司金融衍生品交易纠纷案中，上海金融法院二审认为：“ISDA 主协议的出台为场外衍生品交易提供了适用于国际市场的标准化合约，并作为国际惯例和国内行业规则在衍生品交易实践中被广泛采用并为交易参与方所熟知。因此，若交易协议中实际采用了主协议相关规定，则应当认为交易各参与方对协议中所列违约责任的承担具有一定的预期。”<sup>[38]</sup> 案例调研发现，标准化合同主要通过当事人双方约定成为合同内容，司法机关在裁判时尊重双方当事人的约定，并常称之为“国际惯例”。

二是默示约定。即使双方未在合同中明确约定适用某一国际惯例，法院也可以根据双方在诉讼程序中的援引而认定双方选择适用。在韩国中小企业银行与河北省保定市进出口贸易公司银行信用证纠纷案中，法院认为：“一、二审期间双方当事人均援引中国法律及 UCP500 作为索赔、抗辩的依据，应视为双方合意选择了本案争议所适用的法律。因此，根据民法通则第 145 条的规定，本案适用中国法律及 UCP500。”<sup>[39]</sup> “独立保函案件规定”第 5 条规定，开立人和受益人在一审法庭辩论终结前一致援引《见索即付保函统一规则》的，人民法院应当认定交易示范规则的内容构成独立保函条款的组成部分。

### 3. 补缺适用

补缺适用在调研的案件中有 11 个，占比 2.8%，主要有两种方式：

其一，纯粹替补适用，即当事人没有选择，我国法律和我国缔结或者参加的国际条约均没有规定，国际惯例补缺适用。在中国银行广州市沿江支行与广州古琅玛贸易有限公司票据权益纠纷案中，法院认为，双方当事人未能就该案的适用法律问题达成一致，根据票据法第 95 条第 2 款的规定，鉴于我国票据法对涉外票据的托收规则没有规定，我国亦没有参加相关的国际条约，故该案可适用主要调整托收法律关系的国际惯例《托收统一规则》。<sup>[40]</sup> 该判决中法律适用的逻辑是，首先当事人没有约定，其次我国票据法等中亦无关于托收的规定，我国也未加入相关国际条约，因此适用《托收统一规则》填补法律漏洞。补缺适用的不仅可以是成文国

[37] 参见江苏省连云港市中级人民法院（1999）连经再初字第 3 号民事判决书。类似案例，参见佛山市顺德区明创业发展有限公司与伊巴科国际公司国际货物买卖合同纠纷案，广东省佛山市中级人民法院（2007）佛中法民四初字第 173 号民事判决书；科尔师克维奇·伊娜·阿列克谢耶夫娜与潮州市汇丰陶瓷工艺制作有限公司买卖合同纠纷案，广东省高级人民法院（2008）粤高法民四终字第 89 号民事判决书；秦皇岛福中美能源有限公司与日照冠华国际贸易有限公司买卖合同纠纷案，山东省日照市中级人民法院（2015）日商初字第 65 号民事判决书。

[38] 同前引〔15〕。ISDA 是国际掉期与衍生交易协会（International Swaps and Derivatives Association），ISDA 主协议及其附件是该协会为国际场外衍生品交易提供的标准化合约。类似案例，参见花旗银行（中国）有限公司与樱达生活电器（中山）有限公司等合同纠纷案，上海市浦东新区人民法院（2014）浦民六（商）初字第 S3800 号民事判决书。

[39] 天津市高级人民法院（2003）津高民四终字第 40 号民事判决书。

[40] 参见广东省广州市中级人民法院（2005）穗中法民三初字第 220 号民事判决书。



际惯例,也可以是不成文国际惯例。例如,在刘驰诉荷兰皇家航空公司损害赔偿案中,法院认为,中国法律和中国缔结或者参加的国际条约对旅客机票应以何种语言作为提示语言没有规定,英文作为国际旅客运输机票的提示语言符合国际惯例。<sup>[41]</sup>不管成文还是不成文国际惯例的补缺适用,除当事人的选择外,法院没有考虑其他冲突规范的指引问题。

其二,复合适用的情形。例如,在口福食品公司诉韩国企业银行、中行核电站支行信用证纠纷案中,一审法院援引民法通则第142条第3款认为,“本案案由是涉外信用证纠纷,各方当事人在起诉及答辩过程中,均以UCP500为依据。由于我国目前没有调整信用证关系的法律规定,而UCP500是调整这一关系的国际惯例,故在本案中应当适用”。<sup>[42]</sup>该案中,法院虽然援引了民法通则第142条关于补缺适用的规定,但因当事人在庭审中均默示援引,实际上也体现了约定适用的方式。

### (二) 我国司法实践中国际惯例的适用特征

从上述统计和分析可以看出,我国司法实践中适用国际惯例体现出如下特征:

一是采纳实体法与冲突法相分离的做法,不援引民法典第10条作为适用国际惯例的依据。尽管有学者主张将民法典第10条中的“习惯”解释为包含“国际惯例”,<sup>[43]</sup>但检索民法典生效后的“北大法宝”案例库,尚未发现相关案例。

二是法院适用国际惯例的方式呈多元化。尽管我国立法的传统范式主要是国际惯例的补缺适用,但司法实践中还存在约定适用和直接适用两种方式。当事人在合同中有明示约定或在庭审中一致援引某一国际惯例时,法院会优先予以尊重。当事人没有约定时,《跟单信用证统一惯例》有直接适用的情形,其他则为补缺适用。

三是单个国际惯例的适用方式有的具有单一性,而大多则具有多元性。单一适用方式主要体现于《贸易术语通则》。整理检索到的62个案例发现,我国法院对《贸易术语通则》的适用方式仅有约定适用一种,即通过当事人援引相关贸易术语来认定其接受《贸易术语通则》的约束。其他国际惯例的适用方式均具有多元性。《跟单信用证统一惯例》兼有约定适用、直接适用和补缺适用,以当事人约定适用为主,法院直接适用次之,补缺适用最少。《托收统一规则》《见索即付保函统一规则》《约克—安特卫普规则》则以约定适用和补缺适用为主。总结而言,约定适用是《贸易术语通则》的唯一适用方式,而且是其余四种国际惯例共同的适用方式;直接适用只存在于《跟单信用证统一惯例》;补缺适用则存在于《跟单信用证统一惯例》《托收统一规则》《见索即付保函统一规则》《约克—安特卫普规则》。

四是在案例调研中未发现人民法院以社会公共利益为由拒绝适用国际惯例的情形。社会公共利益的规范意旨为拒绝适用留出了空间,但现实中此规定极少适用,仅发挥安全阀的作用。

## 三、基于国际惯例司法适用方式多元性的立法范式转变

理论上,国际惯例的适用方式与其是“事实”还是“法律”的性质争议直接相关。我国学界的早期研究中对该争议有详尽介绍,结论是国际惯例一方面或许可以称为“准法律”规范;另一方面在本质上还不能算是实证法学上的“法律”即习惯法,而只是一种“事实上的

[41] 参见前引〔16〕。

[42] 江苏省高级人民法院(2003)苏民三终字第52号民事判决书。

[43] 参见车丕照:《〈民法典〉颁行后国际条约与惯例在我国的适用》,《中国应用法学》2020年第6期,第7页。

惯行”，一种法律漏洞的补充工具。<sup>[44]</sup>这一介绍与分析似乎打开了“潘多拉魔盒”，之后国际惯例的研究在定性上大多有所选择：一为事实说，数量相对占优；<sup>[45]</sup>二为法律说。<sup>[46]</sup>新近研究立足于事实说，但也强调国际惯例的“法律性”。或认为，国际商事惯例具有对法律推理大小前提之含义解释和漏洞补充的双重功能，但其本身既非降格为合同条款也无法升格为实证法律，宜将其视为构成裁判依据认知渊源的规则体系，进而克服定性冲突对其功能发挥造成的影响。<sup>[47]</sup>或认为，在国际私法的仲裁和司法实践中，出现了国际惯例独立于当事人意志适用的现象，导致国际惯例的适用日趋接近于法律规范；虽然国际惯例并未获得同国际习惯一样的法律地位，但是国际惯例“扩张化”适用的趋势也揭示了其隐含的“准规范效力”。<sup>[48]</sup>就国际惯例的司法适用而言，其“法律性”的增加，意味着当事人选择国际惯例作为准据法的机会不断增加，也意味着法院将国际惯例直接作为裁判依据的频率不断提高。

### （一）我国司法实践中国际惯例适用方式多元性的进一步思考

#### 1. 直接适用

在理论层面，直接适用面临的重大挑战是国际惯例的性质问题：如果国际惯例仅为事实，则其只能类似于合同条款而被遵循，此并非“法律适用”；如果国际惯例可以成为“法律”，直接适用就具有了可能性和必然性。

分析调研案例可以看出，直接适用主要体现在《跟单信用证统一惯例》，该国际惯例具有高度专业性和广泛应用性。其由国际商会制定，旨在统一各国对跟单信用证条款的解释，供银行界自愿采用。<sup>[49]</sup>其历经6次修订和完善，形成了比较系统、缜密和完整的规则，重要性与日俱增，被银行家、贸易商、律师、运输商、学者和其他处理信用证交易的群体在超过175个国家使用，<sup>[50]</sup>绝大多数金融机构都在其开立的信用证中明确规定适用该规则，该规则也因此成为有史以来最成功的民间贸易规则。<sup>[51]</sup>在该国际惯例于行业内广泛运用的背景下，各国在此领域鲜有立法。由于国内立法的空缺，直接适用也就有了必然性。

立法层面，在信用证这一高度技术性的专业领域，直接或优先适用《跟单信用证统一惯例》是不少国家的做法。<sup>[52]</sup>如《美国统一商法典》第5-116条c款规定，除有相反规定，信

[44] 参见单文华：《国际贸易惯例基本理论》，载梁慧星主编：《民商法论丛》第7卷，法律出版社1997年版，第630页以下。

[45] 参见宋阳：《论国际商事惯例的性质及司法适用》，《法学杂志》2015年第9期，第96页以下；上引单文华文，第645页；翟仲：《国际惯例与国际习惯的概念界分及现实考察》，《国际法研究》2021年第4期，第41页；郑远民：《国际商事习惯法发展趋势研究》，湖南人民出版社2010年版，第21页以下。

[46] 参见前引〔6〕，左海聪文，第99页。也有学者认为，民法通则第142条第3款应修改为：“除非当事人排除适用，国际商事惯例对当事人具有约束力，但与所适用的国际条约或国内法的强制性规定相悖的除外。”陈晶莹：《论CISG项下国际惯例的效力——兼析我国〈民法通则〉第142条的改良》，《国际贸易问题》2011年第5期，第165页。

[47] 参见王克玉、李晨：《“法源理论”视野下的国际商事惯例：定性辨正与适用阐释》，《国际经济法学刊》2023年第3期，第77页以下。

[48] 参见前引〔45〕，翟仲文，第20页以下。

[49] 《跟单信用证统一惯例》于1933年首次发布（UCP82），国际商会先后于1951年（UCP151）、1962年（UCP222）、1974年（UCP290）、1983年（UCP400）、1993年（UCP500）、2007年（UCP600）对其进行了修订。

[50] See Garth Christopher Wooller, *Legal and Practice Perspectives on Documentary Credits under the UCP 600*, Self-published in Brisbane, Australia, 2007, p. 22.

[51] See *UCP 600 Guide - Uniform Customs and Practice for Documentary Credits (updated 2023)*, <https://www.tradefinancglobal.com/letters-of-credit/ucp-600-ultimate-guide/>, last visited on 2023-05-08.

[52] 参见宋阳：《国际商事惯例的理论与实践研究》，人民出版社2021年版，第94页以下。

用证的开出人、指定付款人以及提示人的责任均受制于各种商业习惯尤其是《跟单信用证统一惯例》。当其他可以适用的规则与之冲突时，优先适用《跟单信用证统一惯例》。<sup>[53]</sup>另外，匈牙利、玻利维亚、埃及、洪都拉斯等国都规定了直接适用《跟单信用证统一惯例》。<sup>[54]</sup>我国“信用证案件规定”第2条也规定了当事人没有选择时《跟单信用证统一惯例》的直接适用。《跟单信用证统一惯例》的直接适用已成为司法实践领域的突出现象或者说代表性模式，本文称之为“UCP模式”。

但全面采纳“UCP模式”认可国际惯例的“法律性”无疑不具有可行性，仅特定领域的国际惯例可以纳入“准据法”的范畴。此类国际惯例通常应具有如下特征：一是国内法无相关规定；二是该国际惯例被国际社会广泛知悉和普遍遵守，主要是由有影响的国际商业组织将商人们普遍认同和接受的不成文习惯做法进行归纳、加工整理后形成的规则或标准，具有内容确定、专业性强、体系完备的特征；三是具有不可替代性，即此种国际惯例的高度专业性和广泛采用性使各国鲜少在此领域立法。除《跟单信用证统一惯例》外，《托收统一规则》也具有此三个特征。托收是国际贸易中被普遍采用的支付方式之一，但目前尚不存在调整托收法律关系的国际条约。《托收统一规则》是国际商会编纂的重要国际惯例之一，为各国银行和贸易界办理国际托收业务提供了可供遵循的准则和规则，被各国广泛采用。1996年，中国银行发布《关于发送〈托收统一规则（URC522）的掌握原则〉的通知》（中银业〔1996〕152号），在内容上重申了URC522的规定，体现了我国银行业与《托收统一规则》保持一致的做法。在当事人没有约定且立法空缺的情况下，法院直接或补缺适用《托收统一规则》就具有了必然性。

## 2. 约定适用

约定适用作为最为主流的适用方式，不仅是各国的共识，更是国际惯例本身的性质使然。我国学者曾指出：“这些统一惯例虽然不是法律，不具有普遍的法律拘束力，但是，按照各国的法律，在国际贸易中都允许当事人有选择适用国际贸易惯例的自由，一旦当事人在合同中采用了某项惯例，它对双方当事人就具有拘束力。”<sup>[55]</sup>

约定适用是某些国际惯例的内在要求。以《贸易术语通则》为例，其旨在建立全球贸易伙伴之间与货物交付有关的共同接受的定义和规则。<sup>[56]</sup>《通则》的核心是数种国际贸易术语，每一术语均具体阐明了买卖双方应尽的义务，其主要功能系使国际贸易术语更加规范化、体系化，从而避免因各国贸易习惯差异而引起误解、争议和诉讼。<sup>[57]</sup>《通则》是目前世界上使用次数最多、涵盖行业最广的国际惯例之一，而当事人对于贸易术语的选择是其适用的前提。

而且，约定适用大多规定在国际惯例自身的条文中。《跟单信用证统一惯例》（UCP600）第1条规定，其“适用于所有的其文本中明确表明受本惯例约束的跟单信用证（在其可适用

[53] See Uniform Commercial Code § 5-116, Choice of Law and Forum.

[54] 相关立法例，参见前引〔52〕，宋阳书，第95页。

[55] 沈达明、冯大同编著：《国际贸易法新论》，法律出版社1989年版，第6页。

[56] See ICC releases Incoterms 2020, 10 September 2019, <https://iccwbo.org/news-publications/news/icc-releases-incoterms-2020/>, last visited on 2023-10-15.

[57] 1923年，ICC对13个国家/地区的6个常用术语进行了归纳总结，并在此基础上于1936年发布了第一版《贸易术语通则》。根据国际贸易商业实践的变化，《通则》大约每十年修订一次。目前，已经历1953年、1967年、1974年、1980年、1990年、2000年、2010年、2020年8次修订。在当前最新一版的《贸易术语通则》（2020）中，共包含了11种贸易术语。资料来源于 <https://iccwbo.org/business-solutions/incoterms-rules/incoterms-rules-history/>，2023年10月15日最后访问。



的范围内,包括备用信用证),除非信用证明明确修改或排除,本惯例各条文对信用证所有当事人均具有约束力”。《托收统一规则》第1条也规定:“除非另有明确的约定,或与不能背离的某一国家、政府或地方法律及/或法规相抵触,本规则对所有的当事人均具有约束力。”《见索即付保函统一规则》(URDG758)第1条规定,其“适用于任何明确表示受其约束的见索即付保函或反担保函,除非见索即付保函或反保函对本规则的内容进行了修改或排除,本规则对见索即付保函或反担保函的所有各方均有约束力”。可见,上述国际惯例都明确了当事人约定是其适用的前提和内在要求。

然而,对于约定适用是直接适用还是间接适用,却有不同认识。有观点认为,国际惯例的直接适用是指国际贸易惯例或现代商人法不通过冲突法的指引而得到适用的情形,包括依当事人选择而得到直接适用。当事人的选择包含明示或者默示选择商人法或者国际惯例作为合同的准据法。<sup>[58]</sup>这一观点有待商榷。意思自治原则本就是合同冲突法的首选原则。既然当事人选择国际惯例作为“合同的准据法”,就应为国际惯例的间接适用。当然,这里隐含的一个前提是当事人选择的国际惯例能够成为准据法,否则只能并入合同条款而得到适用,能否成为冲突法领域的当事人意思自治则有争议。

我国司法实践对于当事人选择的国际惯例能否作为“合同的准据法”有不同做法。在深圳发展银行股份有限公司北京分行与莎蔓特有限公司提单纠纷案中,由于当事人在往来函件中明确约定适用《托收统一规则》,法院认为:“该案托收指示中已经明示选择了适用国际商会第522号出版物《托收统一规则》……《托收统一规则》为国际惯例,故该案应确定以《托收统一规则》作为处理争议的准据法。”<sup>[59]</sup>与之不同,“独立保函案件规定”第5条规定:“独立保函载明适用《见索即付保函统一规则》等独立保函交易示范规则,……人民法院应当认定交易示范规则的内容构成独立保函条款的组成部分。”最高人民法院更进一步的做法是,国际惯例可以并入合同条款,成为指示法院选法的冲突规范。在中国银行股份有限公司河南省分行、阿拉伯及法兰西联合银行(香港)有限公司信用证纠纷案中,双方未在反担保保函中明确约定合同的准据法,但由于案涉反担保保函载明适用URDG758,最高人民法院根据URDG758第34条第2款“除非反担保函另有约定,反担保函的适用法律应为反担保人开立反担保函的分支机构或营业场所所在地的法律”的规定,最终适用了我国法律,从而完成先由当事人选择《见索即付保函统一规则》、后根据该惯例的冲突法规则选择准据法的二次选择。<sup>[60]</sup>

对于当事人选择的国际惯例能否成为准据法,1989年“涉外审判纪要”提出:“涉外、涉港澳经济纠纷案件的双方在合同中选择适用的国际惯例,只要不违背我国的社会公共利益,就应当作为解决当事人间纠纷的依据。”但国际惯例作为解决争议的依据本身尚不能说明可以称之为“准据法”。之后,最高人民法院民四庭在《涉外商事海事审判实务问题解答(一)》回答第39问时明确指出,涉外合同选择的准据法包括国际公约、国际惯例和外国法。<sup>[61]</sup>这一解答使国际惯例具有了成为准据法的可能性。鉴此,可以对当事人选择的国际惯例进行类型

[58] 参见前引[44],单文华文,第684页。

[59] 北京市第一中级人民法院(2009)一中民初字第5459号民事判决书。类似案例,参见浙江省嘉兴振达时装有限公司与浙江省桐乡市进出口公司进出口代理合同纠纷案,浙江省高级人民法院(1997)浙经终字第520号民事判决书。

[60] 参见最高人民法院(2018)最高法民终880号民事判决书。

[61] 参见万鄂湘主编:《涉外商事海事审判指导》2004年第1辑,人民法院出版社2004年版,第53页。



化。法律或司法解释认为可以直接适用的国际惯例，作为处理案件的准据法似无争议；未认前者，可仍然定性为合同条款。但是，不管如何作类型化处理，由于约定适用是国际惯例的自身要求或法律共识，因此在立法上明确当事人有权选择适用是其第一要义。

### 3. 补缺适用

前文已论及补缺适用理论上可能兼具直接适用和间接适用两种情形，但从立法规定的措辞来看，无论根据民法通则第142条第1款还是涉外民事关系法律适用法第2条，<sup>〔62〕</sup>对于涉外案件，法院应首先进行准据法的分析。因此，有学者认为，国际惯例要得到适用，首先必须具备的条件是该争议问题的准据法是中国法。<sup>〔63〕</sup>由此，国际惯例的补缺适用应该是间接适用。但调研分析的补缺适用案例除兼有当事人约定适用的复合适用情形外，并无其他间接适用的情形。该观点潜存两个问题：第一，在我国冲突法有相关规定的前提下，是否还属于“中华人民共和国法律未作规定”的情形？如果属于，则存在逻辑上的悖论，即中国冲突法不是“中国法律”；如果不属于，有冲突法就意味着中国法律有规定，则国际惯例似乎很少有适用的可能性。<sup>〔64〕</sup>由此推论，立法者的本意是“中华人民共和国法律未作规定的”只能是指实体法的空缺，而非冲突法，也即忽视了冲突法也是中国法律。第二，对于争议问题的准据法是中国法的前提条件，由于准据法的确定需要经过冲突规范的指引，意味着该前提条件即争议问题经过涉外民事关系法律适用法中冲突规则的指引，适用中国法为准据法，而中国的实体法律未作规定。但是，很难想象在一个实体法都空缺的国家会有相关的冲突规则，这不符合常理。因此，“争议问题的准据法是中国法”只是一个纯理论的假设。

就司法实践而言，所调研案例的法院裁判并未考虑当事人意思自治之外的其他冲突规范的指引问题，而是由于我国法律没有规定而直接适用国际惯例。如前述中国银行广州市沿江支行与广州古琅玛贸易有限公司票据权益纠纷案，<sup>〔65〕</sup>法院未分析准据法问题而直接考虑中国法缺少相应的规则。可能的原因有三：第一，法官忽视了准据法的分析，中国法的适用是暗含的结果；第二，我国缺乏相关冲突规则，如该案件中，我国涉外民事关系法律适用法中缺乏托收的冲突规则，法官也未考虑根据兜底条款（第2条第2款）规定的最密切联系原则进行分析；第三，最有可能的原因是没有必要进行冲突法分析，信用证、托收等领域行业高度自治，各国都未制定相关的实体规则，只有国际惯例可以适用。因此，无须进行冲突规则的分析，也无须检视国内法是否有相关规定。进一步而言，从“信用证案件规定”第2条也可以看出，这里并不涉及冲突法分析以及是否适用我国法为准据法。对于这类案件，不管是适用我国法还是外国法，结果均会指向《跟单信用证统一惯例》。因此，理论上的间接适用就成为直接适用，相关国际惯例的“法律性”也就一目了然。

#### （二）我国关于国际惯例的立法应从单一范式向复合范式转变

国际惯例虽然在形式上具有规则的特质，但其与一般的法律不同，并没有天然的法律约束

〔62〕 民法通则第142条第1款规定：“涉外民事关系的法律适用，依照本章的规定确定。”涉外民事关系法律适用法第2条规定：“涉外民事关系适用的法律，依照本法确定。其他法律对涉外民事关系法律适用另有特别规定的，依照其规定（第1款）。本法和其他法律对涉外民事关系法律适用没有规定的，适用与该涉外民事关系有最密切联系的法律（第2款）。”

〔63〕 参见前引〔5〕，单文华文，第53页。

〔64〕 进一步而言，涉外民事关系法律适用法第2条第2款可以适用于任何涉外民事关系，也就意味着我国在处理涉外案件上不缺乏冲突法的规定。

〔65〕 参见前引〔40〕。

力。〔66〕明确国际惯例在一国法律体系中的地位及适用方式，至少有两方面的意义：对裁判者而言，可以明确在司法裁判中是否以及如何适用国际惯例，为司法活动提供指引；对商人而言，可以增强适用国际惯例的确定性和预期，使其明确在商事活动中如何选择适用国际惯例。立法无疑要反映司法实践。结合前述调研，我国关于国际惯例的立法范式应考虑改变传统单一的补缺原则，增加关于其他适用方式的规定。

### 1. 约定适用在立法层面的体现

从前述调研可以看出，当事人约定适用是国际惯例司法适用的第一原则。尽管我国司法实践没有否认当事人的约定适用，但我国现有法律中也没有关于当事人可以约定适用国际惯例的规则。因此，立法首先应认可当事人对国际惯例的约定适用。

国际惯例起源于中世纪的商人习惯法，是经长期商业或贸易实践而形成的自治性规则，〔67〕商人的意思自治是产生反映商事期望和需要的统一规则的最好途径。〔68〕在当事人明示选择适用国际惯例时，法院应予尊重，以相关的国际惯例为裁判依据。在当事人未明示约定时，法院应通过合同解释规则探究当事人的真实意思，若国际惯例符合当事人的真实意思，也应将其作为合同的隐含条款而适用。约定适用作为国际惯例最主要的适用方式，应得到立法的认可。不过，因各国对国际惯例定性不一，规范方式也存在差异。

首先，将当事人选择的国际惯例视为合同条款是最为主流的做法，应该也是我国法院处理国际惯例司法适用的主要做法。1979年英国货物买卖法第55条意图将商事惯例作为一种“默示的合同条款”嵌入合同之中，以取代依法律产生的默示权利、义务以及责任。〔69〕将国际惯例作为合同条款的典型是《贸易术语通则》，由于其规制范围有限，难以作为适用于合同的实体法，其通常作为惯例或习惯做法被并入合同。〔70〕有学者认为，《通则》之所以对国际货物贸易的当事人产生法律约束力，并不是因为其是正式意义上的法律，而是因为其在当事人通过明示或默示的方式接受后，转化为当事人合同中的“默示条款”，进而基于意思自治原则得以适用。〔71〕如果将国际惯例视为合同条款，未来的法律规则可以考虑借鉴《联合国国际货物销售合同公约》第9条第1款：“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”，如此一方面能达到确认国际惯例效力的目的，另一方面我国作为缔约国在相关条件成就时也应适用该《公约》。

其次，将当事人选择的国际惯例作为合同准据法。欧盟《关于合同之债的法律适用条例（罗马I）》序言第13段明确指出：“本条例不妨碍当事人以提及方式将非国家法或国际公约并入其合同中。”第14段指出：“如果共同体在特定的法律文件中制定了实体的合同法规则，包括标准合同条款和条件，则该法律文件可规定当事人有权选择适用此类规则。”〔72〕该规定旨在授权当事人选择非国家法作为准据法，此类非国家法包括《国际商事合同通则》《欧洲合同

〔66〕 参见前引〔52〕，宋阳书，第72页以下。

〔67〕 See Leon E. Trakman, *The Evolution of the Law Merchant: Our Commercial Heritage - Part II: The Modern Law Merchant*, 12 (2) *Journal of Maritime Law and Commerce* 181 (1980).

〔68〕 See Celia Wasserstein Fassberg, *Lex Mercatoria-Hoist with Its Own Petard?*, 5 (1) *Chicago Journal of International Law* 68 (2004).

〔69〕 参见前引〔52〕，宋阳书，第5页。

〔70〕 See Juana Coetzee, *The Interplay between Incoterms and the CISG*, 32 (1) *The Journal of Law and Commerce* 4 (2013).

〔71〕 参见前引〔52〕，宋阳书，第208页以下。

〔72〕 See Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), paras. 13-14.

法原则》或未来可能的可选共同体文书，同时排除不够精确的商人法或未被国际社会充分认可的私人编纂。<sup>[73]</sup>可见，允许当事人选择具备一定条件的国际惯例作为合同准据法，已是一种可供借鉴的做法。

当事人可以选择合同适用的法律，是我国处理合同之债法律适用的基本原则，<sup>[74]</sup>其表述通常是涉外合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的“法律”。国际惯例本身并不具有规范效力，它们本身并不构成法律，而是取决于国内法所赋予的效力。<sup>[75]</sup>一旦国内法赋予特定国际惯例相应的约束力，其就成为具有约束力的规则，构成施米托夫所称的“规范性”国际惯例。<sup>[76]</sup>因此，在我国允许当事人选择“法律”但该“法律”又不包括国际惯例的情况下，将某些国际惯例上升到准据法层面，无疑是可供考虑的思路。

将国际惯例上升到准据法层面，可以通过立法方式，也可以通过司法方式或行政方式。立法方式如前述《关于合同之债的法律适用条例（罗马I）》的笼统性规定。司法方式如“信用证案件规定”第2条的认可；行政方式可以由行政机关发布相关部门规章性文件，采取类似前述1996年中国银行《关于发送〈托收统一规则（URC522）的掌握原则〉的通知》的做法，其规定不论中国银行作为寄单行（托收行）还是代收行，都“必须依《托收统一规则522》行事”。如果依此制定部门规章，在当事人没有约定的情况下，法院将《托收统一规则》作为准据法进行适用就有了依据。

## 2. 直接适用和补缺适用在立法层面的选择

从立法角度看，规定补缺适用不仅能兼顾国际惯例直接适用的情形，也不排除间接适用的可能性，是一种较为兼容和周全的做法，通常也是各国立法的首选。西班牙民法典第1条第3款规定，惯例在没有现行法律可供适用时有效。<sup>[77]</sup>《美国统一商法典》第1-103条b款规定，一般法律原则应作为其补充，而一般法律原则中便包括了长期流传下来的被法院认可的商事惯例。<sup>[78]</sup>这意味着，无论当事人是否知情，他们都将受到所从事的行业或产业中遵守的惯例的约束，或者说，即便他们不在该行业中活动，也仍然可能因为根据案件情况推定其知道该惯例而受这种惯例约束。<sup>[79]</sup>因此，现有国际惯例补缺适用的立法范式能够涵盖司法实践中的直接适用和间接适用两种方式，而无需单独就国际惯例的直接适用作出规定。当然，最高人民法院在司法解释中可以作出更加明确的规定和说明。

## 3. 国际惯例的适用限制

公共秩序保留是国际私法中的一项重要制度，是一国法院依据冲突规范本应适用外国法

[73] 欧盟在起草该条例时，曾在草案第3条第2款规定“当事人可以选择国际上或共同体中公认的合同实体法的原则和规则作为准据法”。See Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I), presented by the Commission, COM (2005) 650 final, 2005/0261 (COD), p. 5.

[74] 参见民法通则第145条、海商法第269条、合同法第126条、涉外民事关系法律适用法第41条、民用航空法(2021修正)第188条。

[75] 参见前引[1]，Goode文，第20页。

[76] 施米托夫曾提出一种综合性的分类方法，将国际贸易惯例分为规范性贸易惯例、契约性贸易惯例和事实性贸易惯例。其中，规范性贸易惯例具有法律拘束力。See S. M. Schmitthoff, *International Trade Usages*, Publication no. 440/4, Institute of International Business Law and Practice, 1987, pp. 25-26. 转引自前引[44]，单文华文，第617页。

[77] Artículo 1.3 de CÓDIGO CIVIL.

[78] See Uniform Commercial Code § 1-103.

[79] See Juana Coetzee, *The Role and Function of Trade Usage in Modern International Sales Law*, 20 (2-3) *Uniform Law Review* 254 (2015).

时, 因为其适用会与法院地的重大利益、基本政策、法律的基本原则或基本道德观念相抵触而排除其适用的制度。公共秩序保留一般起着安全阀的作用, 得到了大部分国家立法及国际公约的认可。前述调研显示, 我国尚无因公共秩序排除适用国际惯例的案件, 体现了法院的谨慎态度。客观而言, 在补缺适用的情形, 国际惯例是在我国法律和我国缔结或者参加的国际条约没有规定的情况下适用, 很难与我国公共秩序发生冲突; 但在当事人约定适用的情形, 由于国际惯例本身范围的模糊性, 理论上不排除与我国公共秩序发生冲突的可能性。在尊重当事人意思自治的基础上, 应考虑到国际惯例的适用对一国国内法律秩序或善良风俗可能造成的不良影响, 以公共秩序保留兜底可以赋予裁判者一定的自由裁量权,<sup>[80]</sup>使国际惯例更加合理地适用于案件中。

## 结论与建议

民法通则废止后国际惯例适用规则在我国立法上的缺失问题, 原则上应该在法律层面予以解决。在统筹国内法治和涉外法治的背景下, 我国应积极考虑国际惯例对国际商事交易的促进价值, 以理性和科学的立场处理国际惯例的立法问题。而国际惯例的适用通常涉及涉外民事争议的处理, 最好的选择无疑是规定在涉外民事关系法律适用法中。<sup>[81]</sup>因此, 修订涉外民事关系法律适用法, 增加国际惯例的适用规则应该是解决这一问题的最佳方案。在具体的立法规定上, 应当改变传统上国际惯例补缺适用的单一性, 将当事人约定适用和国际惯例补缺适用组合成新的立法范式。在具体的司法适用层面, 本文结合前述讨论作如下建议:

一是国际惯例的明示选择适用, 即涉外民商事合同的当事人在合同中约定适用国际惯例, 当事人主张依据国际惯例确定权利义务的, 人民法院应予支持。<sup>[82]</sup>依照国际商事实践, 国际惯例不仅可以作为合同的组成部分, 特定国际惯例如《跟单信用证统一惯例》也可作为合同的准据法得到适用。当事人在合同中明示约定适用国际惯例的形式应具有多样性, 包括书面形式、口头形式或者其他形式。该规定能够兼容当事人选择国际惯例作为合同条款和合同准据法的两种做法, 既符合我国一贯的司法实践, 又体现出对当事人意思自治的尊重, 符合国际惯例的任意性特征。

二是国际惯例的默示选择适用。涉外民商事合同的当事人未选择合同争议应适用的法律, 但均援引同一国际惯例且未提出法律适用异议的, 应当视为当事人选择该国际惯例作为解决合同争议的依据。默示选择具有三个特征: (1) 当事人没有选择合同准据法为适用前提。如果当事人选择了准据法, 就当事人是否变更之前的准据法选择, 法院应该征询当事人的意见。(2) 当事人在诉讼程序中援引同一国际惯例。(3) 当事人对援引的国际惯例未提出异议。在上述情况下, 人民法院应该尊重当事人的默示选择, 适用当事人援引的国际惯例。

三是《跟单信用证统一惯例》的直接适用。人民法院审理信用证纠纷案件时, 当事人没

[80] 参见肖永平:《论国际商事惯例在我国的适用》,《河南省政法管理干部学院学报》2003年第1期,第77页。

[81] 本文并不排除有些国内案件也可能适用国际惯例,如前述“落槌定音案”(参见前引[18])就是一个纯粹的国内案件。但总体而言,一是国际惯例的适用传统上规定在民法通则第八章“涉外民事关系的法律适用”中,这一传统应考虑延续;二则国际惯例不同于国内习惯,主要适用于国际商事领域,法院主要还是在涉外民商事案件中适用之。因此,本文建议将相关规定落实在涉外民事关系法律适用法之中。

[82] 这一规定借鉴了最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释(一)》(法释〔2020〕18号)第7条的部分内容。



有约定适用相关国际惯例或者其他规定的,适用《跟单信用证统一惯例》。这一规定实际上重述了“信用证案件规定”第2条。信用证行业标准化和国际化的特点使《跟单信用证统一惯例》为各国高度接受并普遍适用,进而成为各国的不二选择。各国在此领域鲜有立法,我国也不例外。在我国司法实践中,当事人约定适用以及当事人没有约定时直接适用,均体现了《跟单信用证统一惯例》作为准据法的特点。

四是国际惯例的补缺适用。案件应当适用中国法,但中国法律和中国缔结或者参加的国际条约没有规定的,可以适用国际惯例。当事人仅以未明示选择为由主张排除适用国际惯例的,人民法院不予支持。此主张沿用了民法通则第142条第3款的规定,在中国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的情况下,如果法院决定适用国际惯例,而一方或双方当事人以未明示选择为由主张排除适用国际惯例的,人民法院不予支持。

五是公共秩序保留,即国际惯例的适用将损害我国社会公共利益的,人民法院不予适用。但公共秩序保留的适用应采结果说,即适用国际惯例的结果将损害我国社会公共利益的,排除其适用。

---

---

**Abstract:** As transnational legal norms, international usages serve as the “autonomous law” of transnational commerce and have been referred to as the “third legal order” to highlight their importance. In China, the fundamental legislative framework for international usages is the gap-filling application provided by the General Principles of the Civil Law (GPCL). However, with the abolition of the GPCL and the absence of relevant rules in the Civil Code, a legislative void emerges in the applicable rules of international usages. In judicial practice, international usages are not only applicable in the absence of relevant provisions in Chinese law but can also be applied by agreement of the parties or through direct application. However, current Chinese law does not specifically address party agreements on the application of international usages, thus the legislative paradigm of international usages should be changed from a singular paradigm to a composite one. Firstly, the principle of party autonomy should be established as the primary basis for the application of international usages, thereby allowing the parties to determine their rights and obligations on the basis of their explicit or implied choices. Secondly, gap-filling application should be recognized as a secondary principle, permitting the application of international usages in cases where there is no applicable provision in Chinese law and international treaties concluded or acceded to by China. China may revise the Law on Choice of Law for Foreign-related Civil Relationships to formalize this composite paradigm as the legal norm governing the application of international usages. Furthermore, for international usages exhibiting qualities similar to those of the Uniform Customs and Practice for Documentary Credits (“UCP”), which is recognized by the Supreme People’s Court of China in its judicial interpretation, adopting the “UCP model” as a legally binding framework would confer them a “legal” character and enable them to have direct applicability.

**Key Words:** international usages, direct application, contractual application, gap-filling application, legislative paradigm

---

---