

## 论国际商事惯例(习惯)中的主观要素

宋 阳

**内容提要:**国际商事惯例(习惯)的构成要件是国际商法学重要的基础理论问题。一般认为,若欲对当事人产生约束力,惯例(习惯)必须满足客观要件即一致和反复的行为以及主观要件即“法律确信”这两方面要求。但目前国内外学界对于惯例(习惯)的主观要件认识不足、界定模糊,在惯例(习惯)的识别层面出现了“去主观化”的理论趋势。这种理论在很大程度上模糊了国际商事惯例(习惯)与不具有约束力的通例之间的界限,赋予裁判者过多自由裁量权限,破坏法律规则适用的统一效果,进而破坏当事人的合理预期,减损司法裁判的可预测性。鉴此,应当继续坚持国际商事惯例(习惯)的主观要件理论。与此同时,在司法实践中应当以专家证言为切入点,引入基于批判反思态度的考虑因素,作为国际商事惯例(习惯)约束力的承认规则和判定标准,精准构建国际商事惯例(习惯)的新“法律确信”理论。

**关键词:**商事惯例(习惯) 法律约束力 法律确信 批判反思态度

宋阳,河北大学坤舆青年学者。

### 一 问题的提出

在国际商法领域,谈及国际惯例或习惯<sup>[1]</sup>时必须解决的一个问题是,在适用这类规则时是否需要以及如何识别当事人的“法律确信”这一主观要素。令人遗憾的是,现有学术研究并未很好地对此作出回答。学界对此莫衷一是,甚至出现“虽然时时在被引用,但是引用的人却不知其为何意;虽然知道法律确信具有法律功能,可不知该功能如何行使”

[1] 在国际公法语境下,对习惯和惯例的有较为明确的区分,通说认为:国际法上的习惯是具有法律约束力的规则,而惯例则是指不具有法律约束力的通例。但在国际商法语境下,对于惯例(usage)和习惯(custom)并没有严格意义上的区分,都指有规范约束力的规则。对于没有约束力的惯例则通常以 general practice 指称。参见 David Bederman, Custom as a Source of Law, Cambridge University Press, 2010, p. 18; Leon Trackman, The Law Merchant: The Evolution of Commercial Law, Fred B. Rothman & Co., 1983, pp. 41-42。

的尴尬局面。<sup>[2]</sup> 通过知网搜索,我们发现这样一个有趣的现象:国内文献中涉及国际习惯法或民商事习惯的法律地位及其适用的文献汗牛充栋,但关于如何界定和识别“法律确信”这一重要法律范畴的著述却比较稀缺。

从实践层面来看,由于缺乏对法律确信的深入研究,我国公民在对外交往过程中往往出现惯例或习惯遵守上的混乱和困难。<sup>[3]</sup> 我国台湾地区著名民法学者陈自强教授曾经指出:“何谓普通一般人之法律确信?如何确定一定多年惯行之事实已经成为普通一般人之法律确信?透过问卷调查乎,抑公民投票耶?以上问题,恐不易有解。关于习惯法之形成,德国的魏德士认为于法治国,习惯法是否存在及其内容系由终审法院决定,在现今之内国法律生活,习惯法实际上仅存在于固定之法院惯习中。”<sup>[4]</sup> 显然,这种把皮球踢出去的做法并不能从根本上解决问题。不论是在仲裁还是司法诉讼中,裁判机构都不约而同地对国际商事惯例或习惯的适用采取了非常谨慎的态度。<sup>[5]</sup> 原因在于,如果裁判机构未能很好地确认惯例对双方当事人的约束力,就会错误地施加给当事人本不应施加的义务,从而给交易履行不合理地增加解释性错误成本(interpretive error costs)。<sup>[6]</sup> 鉴此,有必要对惯例的认定及其产生约束力的根源,亦即“法律确信”这一主观要件予以深入研究。

## 二 关于“法律确信”的理论争议

对现有文献的梳理显示,对于习惯类规范的概念划分比较混乱,对于具有法律约束力的惯例或习惯与没有法律约束力的习惯性做法之间的界定也比较模糊。很多文献往往将这些术语相互通用、混用。<sup>[7]</sup> 即便有学者注意到了二者之间的区别,也只是简单地将惯例的约束力归入“被国家所认可”这一陈词滥调式的概念范畴之下。<sup>[8]</sup> 因此,我们必须首

[2] Christian Dahlman, The Function of Opinio Juris in Customary International Law, 81 *Nordic Journal of International Law* 327, 327-328 (2012).

[3] 例如有学者发现,有消费者购买国际机票后想要退票,需要到购买地办理退票手续。在消费者居住地和机票购买地相距甚远的情况下,这会给消费者带来很大麻烦。但是据称此种做法是各国航空公司通行的“国际惯例”。参见姜世波:《习惯法形成中的法律确信要素——以习惯国际法为例》,载谢晖、陈金钊主编:《民间法》(第8卷),山东人民出版社2009年版,第15页。

[4] 陈自强:《联合国商事契约通则在契约法中之地位》,《台大法学论丛》2010年第3期,第323页。

[5] 有实务人员对我国法院的315份判决书进行了实证研究,发现只有8件案件认定并适用了商事惯例;在当事人主张商事惯例存在时,法院大多采取了回避的态度。参见彭海波:《商事交易习惯司法适用困境透析与完善路径——以315份生效判决书为分析样本》,《全国法院第2018年学术年会论文集》,第796页。在仲裁中采用商事惯例进行裁决的案件比例也并不高。美国学者德拉祖尔对国际商会仲裁院的裁决调查发现,只有3%-4%的案件采用了国际商事惯例作为准据法。参见 Christopher R. Drahozal, Contracting Out of National Law: An Empirical Look at The New Law Merchant, 80 *Notre Dame Law Review* 538, 539 (2005)。

[6] Lisa Bernstein, Customs in the Courts, 110 *Northwestern Law Review* 88, 89 (2016).

[7] 目前国内学者似乎没有对习惯、习惯法以及惯例等概念进行严格界分。例如,清华大学高其才教授在其著述中反复使用“习惯法”这一概念,并认为法律并不一定出自国家,习惯法是独立于国家法律之外的、具有“一定强制性”的规范体系。不过笔者反复查阅了他的专著,发现他并未详述这种强制性从何而来以及这些强制力的正当性问题。参见高其才著:《中国习惯法论》,民主法治出版社2008年版,第3页。

[8] 参见田东奎:《民国水权习惯法及其实践》,《政法论坛》2016年第6期,第173页。

先解决国际惯例的约束力根源问题。

《国际法院规约》第 38 条关于国际习惯的表述是：“国际习惯，作为通例之证明而经接受为法律者。”该条款很明显可以分为两个部分：首先作为法律渊源的“国际习惯”必须具备通例的性质，即存在反复之行为，此为习惯法之客观要件；其次还需要该行为模式“被接受为法律”，亦即习惯法之主观要件。不论是国际公法领域中的国际习惯法，还是国际商法中的国际商事惯例，恐怕都需要符合这两个要素才可以作为法律规范来进行讨论。<sup>[9]</sup>其中，作为主观要件的“法律确信”可以说起到决定性的作用。但是，这种试图对行为主体进行“心理学”上描述的努力却很可能让研究陷入神秘不可捉摸的窘境。<sup>[10]</sup>对此，不少学者提出“法律确信”对于习惯法的形成属于多余，试图将这个“过时的概念”在司法中予以淡化甚至抛弃，认为至少应该采用各种方法使该主观要件客观化，即通过某些可观察的现象推论行为人体内心的法律确信。笔者对这些学者的观点进行了梳理，发现大体可以分为两种类型。

### （一）惯例（习惯）行为客观论

这类观点认为，只要能够证明一种行为模式被通常遵守，就构成了惯例获得规范性效力的根据，从而对当事人产生约束力。例如有学者指出，将当事人对惯例是否同意作为惯例的效力依据是大陆法系已然过时的做法；从本质上讲，“国际惯例的主观要件只是一种法律拟制，惯例的效力本身与当事人的意志无关，只要满足在国际贸易中被广泛知道并经常遵守的客观条件，该做法就具有法律效力。”<sup>[11]</sup>

该观点颇具代表性，而且似乎也可以得到实在法层面的实践支持。例如，在示范法层面上，美国最具影响力的国内统一法文件《美国统一商法典》（下称《统一商法典》）就在很大程度上采取了客观论。该法典第 1-205 条规定：“行业惯例指进行交易的任何作法或方法，只要该作法或方法在一个地区、一种行业或一类贸易中已得到经常遵守，以至使人有理由相信它在现行交易中也会得到遵守……协议中任何一部分内容之履行地的行业惯例，应作为解释协议该部分之履行的依据。”该条款中没有特别说明行业惯例必须为当事人所接受，只需要证明“经常遵守”这一事实的存在就足以令其获得规范性的法律效力。而该条款的官方评论指出：“本法把交易习惯看作一个因素，据此可以了解当事人订立协议在商业上的含义……交易习惯和目前为大多数正派的交易商所遵守的习惯，仍可以得到充分的承认。”<sup>[12]</sup>

[9] 王铁崖先生认为，在国际公法中“法律确信”是使重复的行为转换成有法律约束力的行为规范的，换言之国家必须要承认有义务这样做。参见王铁崖著：《国际法引论》，北京大学出版社 2000 年版，第 80-81 页。在国际商法领域，中世纪评论法学派学者巴托鲁斯（Bartolus）指出，习惯规则若想成为法律规则，必须要群体中的成员“默示地”同意某行为模式才能使之成为有效的法律规则。参见 Emily Kadens, *The Myth of the Customary Law Merchant*, 90 *Texas Law Review* 1153, 1164 (2012)。这两者虽然涉及的领域和主体有所不同，但基本理念以及法律原理是完全一致的。

[10] Jack Goldsmith & Eric Posner, *Theory of Customary International Law*, 66 *Chicago Law Review* 1118, 1121 (1999).

[11] 左海聪、孙莉：《论〈联合国国际货物销售合同公约〉中商事惯例的规范性效力——基于公约第 9 条第 2 款的分析》，《法学评论》2017 年第 2 期，第 124-125 页。

[12] 美国法学会、美国统一州法委员会：《美国统一商法典及其正式述评》（第一卷），孙新强译，人民出版社 2004 年版，第 30 页。

目前,在国际贸易领域影响力最大的统一法公约《联合国国际货物销售合同公约》(下称《公约》)也有很明显的“去主观化”倾向。该公约第9条分为两款,其中第1款指明,在具体当事人之间的“一般性做法”必须经过当事人的同意才能对其产生约束力;但第2款却采用了完全不同的标准,规定只要商事惯例被相关特定贸易的当事人“知道”并“经常遵守”,法律便认为当事人自动默示地同意惯例对他们的约束。该《公约》第9条第2款虽然名义上以当事人“同意”为理由来确立惯例的法律效力,但该款所设定的特殊“承认规则”——“只要他人通常遵守,你就必须遵守”——却从根本层面忽略了当事人主观上对惯例的接受,使得“法律确信”在普遍意义上被排除掉了。

由于我国《合同法》在很大程度上是以《公约》为范本制定,<sup>[13]</sup>因此在交易习惯等自治性规范领域似乎也受到了《公约》“去主观化”理论的影响。例如,根据最高人民法院颁布的《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》第7条第1款,“在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所知道或者应当知道的做法”就视为《合同法》所指称的“交易习惯”。此时根据《合同法》的相关规定,这些做法就可以直接对当事人产生法律约束力,甚至可以优先于《合同法》的默认规则。

## (二) 惯例(习惯)实效客观论

还有一派学者并未直接否认惯例或习惯本身所需的“确认要素”,而是从另外的“实效”角度出发,指出由于惯例是当事人之间自发产生并自我实践的,因此这种规则理应得到优先适用。

例如,美国加州大学伯克利分校的罗伯特·库特(Robert Cooter)教授运用法经济学的分析方法提出,在立法和司法过程中应当采取一种“去中心化的法律发现方法”,即让当事人的自发性惯例发挥调整行为的作用,这样才能将规则更好更快地“内化”到当事人的行为之中,从而减少执法和司法的成本。<sup>[14]</sup>又如,香港中文大学的布莱恩·德鲁金(Bryan Druzin)博士认为,由于国际商业环境下经济交往的高频度和高参与度(high engagement),<sup>[15]</sup>交易主体之间的角色处于不断转换之中,因而形成了商业共同体中的无知之幕。在这种无知之幕的影响下,他们不得不以互惠的行为模式来指引自己的行为。因此,自发形成的商事惯例才是调整商人之间法律关系的最为有效的规则,而这种规则体系的形成显然并不需要处于商业无知之幕下的当事人的同意或者对规则的认可。<sup>[16]</sup>

此外,还有学者先验地认为,国际商事惯例由于出自“各种国际社会组织或社会权威团体”,由这些机构制定出的规则当然会反映共同体的一致利益;根据“自然秩序原理”,该群体为了维护最低限度的正义及秩序,必然会接受之。<sup>[17]</sup>换言之,这些学者认为商事

[13] 参见梁慧星:《合同法的成功与不足(上)》,《中外法学》1999年第6期,第14页。

[14] Robert Cooter, Decentralized Law for a Complex Economy: The Structural Approach To Adjudicating The New Law Merchant, 144 *University of Pennsylvania Law Review* 1694, 1696 (1996).

[15] Bryan Druzin, Law Without The State: The Theory of High Engagement and the Emergence of Spontaneous Legal Order Within Commercial Systems, 41 *Georgetown Journal of International Law* 584, 586 (2010).

[16] Bryan Druzin, Anarchy, Order, and Trade: A Structuralist Account of Why a Global Commercial Legal Order is Emerging, 47 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 1085, 1086 (2014).

[17] 参见胡绪雨:《国际商事惯例的作用空间与效力基础》,《当代法学》2006年第2期,第111页。

惯例(习惯)的自发性是惯例为群体成员所接受的充分条件,从而当然就不再需要确认具体成员的“法律确信”了。

### (三)对两种惯例(习惯)客观论的分析

行为客观论将外在行为作为识别惯例的依据,理由在于法律作为外部规范很难评判当事人的主观心理。不论是国际公法中的国家还是从事跨国商事交易的商人,可以轻松观察到的是其外部行为,而支配这种行为的内在动机和想法却难以测量。在司法裁判中,这对于裁判者而言也是棘手的难题。惟其如此,在既有判例中出现了大量的法官用自己的看法或者所谓“一般观念”来代替当事人意思的情形。<sup>[18]</sup>从另一个角度来说,法律确信概念的存在也确实可能阻碍一个新惯例的出现,因为我们很难确定商业社会对于某种行为的普遍认知状态。<sup>[19]</sup>

正是为了解决上述困境,学界试图将行为主体的主观意图客观化,只考虑行为主体的可观察、可察觉的客观行为模式,并将这种统一的行为模式作为识别确认国际习惯的依据。在国际商事交易领域,美国法学家卡尔·卢埃林(Karl Llewellyn)基于现实主义法学思想提出了惯例并入理论。该理论认为,法律的发展从根本上说是建立在“交易经济”的基础之上,能否使交易当事人获益是判断法律是否健全的根本标准。为了达到这个目标,法律就要做好两件事情:首先是还原合同所依托的真实环境,以判断当事人在合同中的真实目的和意思;其次是当合同本身不健全时,根据合同所依托的商业环境来判断当事人交易的真实意思。因此,他特别强调在商业司法审判中将当事人在商业交易所依托的交易习惯和交易过程并入合同中去,作为合同所依托的语境(context)。<sup>[20]</sup>前文提及的《统一商法典》和《公约》在很大程度上就受到了他的思想影响。该理论将从事类型经营活动的商业共同体中的其他交易作为参照物,坚信当事人在形成自己的交易意思时一定会参照从事同样交易的其他人的行为模式。如果在一个地区、一类行业中当事人通常采取某类行为模式,那么这种行为模式就默示地被某个具体的交易当事人所同意,并成为这类交易的“背景”。该理论正是通过这种“交易背景”“交易环境”的拟制,试图将不可知、不可察觉的当事人的主观意志转化为客观的、可测量的普遍性行为规则,以调整具体的交易过程。

实效客观论则明显受到自由经济学派和法律道德主义学派的影响。他们将法律的实效和法律的效力看成两个功能等同的范畴,认为法律必须如实反映社会的客观规律与需要。在其看来,由于惯例或习惯是交易当事人之间自发产生的规则,因此这类规则当然更加贴近当事人的行为模式,从而更容易被当事人所接受和内化。从功利主义角度来说,更加具有实效性的规则当然应该被法律体系所接受,从而转换为实在法。<sup>[21]</sup>

[18] 例如在“温布尔登号案”中,国际常设法院依据所谓“一般观念”,认定“温布尔登号”轮通过苏伊士运河丝毫没有影响奥斯曼帝国的中立地位,就像这艘船通过巴拿马运河一样。法官们认为,根据大众一般的观念,该航道水域已经被同化为“天然海峡”了。在该案中,法官丝毫没有关注当事方国家的意见和态度。参见 Permanent Court of International Justice, Case of the S. S. “Wimbledon”, United Kingdom, France, Italy & Japan v. Germany, Judgment, [http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1923.08.17\\_wimbledon.htm](http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1923.08.17_wimbledon.htm),最近访问时间[2019-03-07]。

[19] Roy Goode, Rule, Practice, and Pragmatism in Transnational Commercial Law, 54 *International & Comparative Law Quarterly* 551, 551 (2005).

[20] 参见宋阳:《论交易习惯的司法适用及其限制》,《比较法研究》2017年第6期,第175页。

[21] 参见宋阳、张源:《自治商法理论的批判研究》,《湖北大学学报(哲社版)》2018年第4期,第133页。

此外,持该类观点的学者还试图从法律的公正性角度出发,论证自发性惯例的正当性问题。这种理论很可能是受朗·富勒(Lon Fuller)的法律道德分析方法的启发。富勒在其名著《法律的道德性》中提出了所谓“作为义务的道德”的概念,其核心内涵在于,人类社会得以维系的纽带在于一种基于“互惠的义务”：“只要我从你那里得到保证说你将以你希望被对待的那种方式来对待我,我就会投桃报李地以类似的方式来对待你”；“以你期待他人对待你的方式来对待他人”。社会由一条无所不在的互惠关系纽带绑在一起,这一概念的踪迹可见于每一种义务的道德当中,从那些严重依赖自我利益的义务的道德,到那些基于“绝对命令”(categorical imperative)的高尚要求;每当一项对义务的诉求需要为自己寻找正当化依据的时候,它总是会求助于某种类似于互惠原则的东西。<sup>[22]</sup>很显然,在商事交易的过程中,由于商事主体之间交易的反复性和频繁性,他们的行为模式必然会因为博弈而形成“均衡状态”,而商人社会中自发形成的惯例或习惯就是这种均衡状态的最佳反映。法律此时显然必须承认这种最佳的状态反映,至于当事人对此状态是否存在法律确信则并不重要。

上述理论的进步之处在于,其成功地突显出商事惯例与国际公法上的习惯法在存在背景上的差异。相对于国际公法而言,国际商法所针对的主体是地位相对平等的商人,这与国际公法所面对的强国对于弱国、大国对于小国的“绝对压制”有着明显不同。尽管如此,这只能证明国际公法上的法律确信在一定情况下会出现失灵,而不能就此断言在国际商法领域不需要行为主体对于自发产生之惯例的“同意”。

该学说的另一个可取之处在于,其很好地将自发形成的习惯性规则与成文法规则的效力产生方式做出了界分。与成文法那种自上而下的“命令性强制”不同,惯例或习惯的强制力来源于成员共同体之间的“互惠对等”关系,即对于惯例或习惯的不遵守会导致成员的应对性报复。在这点上,国际公法和国际商法的情形是相通的。但遗憾的是,前述学说并未指明这种“互惠对等”关系在司法实践中应该以一种怎样的形态来加以体现,以致难以在司法中得到具体应用。

总之,上述学者从不同角度论证了将惯例这种自治性法律规则客观化的必要性以及相应的路径。可以说,在司法裁判中将当事人的主观意图客观化是必要的,否则就将使裁判者陷入主观臆断的陷阱之中。但他们却不约而同地走入了另一个误区,即将客观行为模式的榜样作用绝对化、夸大化,将惯例的客观行为模式直接认定为惯例产生约束力的根源,完全忽视了具体行为主体对于自治性惯例的同意的法律作用。这不但与司法的现实需要不符,也不利于惯例本身发挥正常的法律功能。

### 三 对“法律确信”的裁判功能的辩护

承上一部分所述,目前国内外学界对于国际惯例或习惯的确认过程存在“去主观化”的趋势。但笔者认为,在现阶段经济交往的背景下,不宜过早将当事人“法律确信”这一

[22] 参见[美]朗·富勒著:《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆2012年版,第22页。

主观要素从司法裁判中的考虑范围中去除。为此,笔者将对前述“去主观化”理论加以批判,并指明法律确信在法律裁判中的实际价值。

### (一)“法律确信”与惯例的外在法律约束力

在英国判例法体系下,法官造法的过程往往等同于对既有惯例或习惯的发现。对于惯例或习惯的约束力的确认,英国法官往往秉持“著名、确定、合理”三个正向标准,同时还强调一个反向标准,即“必须与交易通常做法相区别”。<sup>[23]</sup>从这个意义上来说,我们除了使用法律确信这个概念来对两者之间进行界分外,似乎没有更好的办法。

国际法委员会 2016 年《习惯国际法的识别》结论草案案文指出,国际习惯作为法律渊源的两要素构成仍是必不可少的,“确定一项习惯国际法规则需要找到两个构成要素:一项一般惯例以及该惯例被接受为法律(法律确信)”。<sup>[24]</sup>对此,国际上绝大部分学者持支持态度。<sup>[25]</sup>例如,著名国际投资法学者帕特里克·达姆波利(Patrick Dumberry)就指出:“无惯行不成规则,无确信则不成其为法”;“在惯例形成过程中会有多种多样的情况,有时当事人意图让这种规则具有法律约束力,但另外一些惯行则可能只构成一种礼让的通例而已。”<sup>[26]</sup>

此外,从国际法协会的报告我们可以清楚地发现一个重要的论证瑕疵:“法律确信作为一种主观因素,在国际习惯法的确认中并非总是甚至通常不是必需的。”<sup>[27]</sup>该说法明显有意模糊法律确信的存在状态。在实践中,在很多情况下再广泛遵循的习惯性做法也存在例外。那么在什么情况下,一个行为主体不按照“通常的”行为模式行事便可以视为“违法”呢?换言之,国际法协会报告只是看到既有理论的不足,但是它所提交的报告只能对既有理论产生破坏作用,丝毫没有解决已然存在的问题,甚至在倒洗澡水的同时把澡盆中的婴儿也一起倒掉了,反倒会引发更多的麻烦。

在著名的“利比亚阿拉伯外国银行诉英国银行信托公司案”中(原被告以下分别简称“利比亚银行”和“英国信托公司”)英国王座法院就必须解决这样一个问题,即一个通行的惯例是否具有法律约束力。在该案中,利比亚银行委托英国信托公司赎回其储存于欧洲美元账户中的 1.3 亿美元资金。英国信托公司接受了委托,但在没有征求利比亚银行意见的情况下,就通过总部和服务器均位于美国的清算所同业支付系统(CHIPS)提取了美元。此时恰逢里根政府对利比亚进行制裁,美国遂以该笔资金的实际所有人为利比亚政府为由进行了冻结。利比亚银行由此提起诉讼,要求英国信托公司赔偿其损失。英国信托公司抗辩称,在欧洲美元交易中普遍使用的结算系统都是 CHIPS 系统,而且与利

[23] Richard Austen-Baker, Terms implied by custom, usage or course of dealing, in Richard Austen-Baker ed. *Implied Terms in English Contract Law*, Edward Elgar Publishing, 2011, p. 86.

[24] 《习惯国际法的识别:起草委员会暂时通过的结论草案案文》,国际法委员会第 68 届会议,2016 年 5 月 30 日, A/CN.4/L.872。

[25] John Yoo & Ivana Stradner, Customary International Law, in Laurent Mayali ed., *Customary Law Today*, Springer Verlag, 2018, p. 323.

[26] Patrick Dumberry, *The Formation and Identification of Rules of Customary International Law in International Investment Law*, Cambridge University Press, 2016, p. 308.

[27] Committee on Formation of Customary (General) International Law, 69 *International Law Association Conference* 742, 742 (2000).

比亚银行先前的几次交易也都是使用 CHIPS 完成,利比亚银行此前从未提出任何形式的异议,因此可以认为,使用 CHIPS 进行欧洲美元结算构成了利比亚银行和英国信托公司之间合同的默示条款。<sup>[28]</sup>

克里斯托弗·斯托顿(Christopher Staughton)大法官在审理后认为:“虽然 CHIPS 是欧洲美元业务下普遍使用的业务系统,但若要构成一个否定性的免责条款以排除原告方的一项权利,以上的事实显然是不够的。我需要更多的证据表明为什么合同的一方要同意这么做,而不是他从来没有行使过这项权利。换言之,我必须得到充分的证据证明双方当事人已然建立起对于涉诉交易模式的充分信任,然后才能使这种做法具有法律约束力。但很明显,现有事实证据并不足以满足上述条件。”<sup>[29]</sup>

由上可见,一种行为模式在一定区域、一定行业中具有一定“流行性”并被当事人通常采用,并不必然意味着这种行为模式对该地区、该行业的所有主体都具有直接、当然的法律约束力。此时,“法律确信”要素的功能就显得格外重要,否则就可能导致司法裁判标准不一甚至前后矛盾。例如在贸易融资领域,最高人民法院于 2006 年颁布实施的《关于审理信用证纠纷案件若干问题的规定》第 6 条将国际商会制定的《跟单信用证统一惯例》(下称《惯例》)作为优先适用的规则,而 2016 年开始实施的《关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》第 5 条却规定当事人必须明示协议一致援引国际商会《见索即付保函统一规则》(下称《规则》)人民法院才予以适用。对于同一机构制定的性质完全一致的法律文件,最高人民法院前后两份司法解释的态度可谓截然相反。从已有证据来看,最高人民法院似乎认为《惯例》已经被银行界接受为“法律”,而《规则》进入我国时间尚短,且开具保函的主体并不以银行为限,对于国际组织编纂的商事惯例可能不够熟悉,所以并不当然对其产生约束力。由此可见,谨慎对待自治性的商事惯例是必要的;在确定惯例的约束力进而加以适用时,必须将当事人是否接受这种规则作为重要的考虑因素,尤其是在惯例可能排除当事人的权利之时。

此外,即便是直接适用《惯例》,在司法实践中也存在很多问题。例如,《惯例》第 14 条规定,银行应在 5 个工作日内审查卖方所提交的单据是否与买方开立的信用证的要求一致,并仅以单据为基础,以决定单据在表面上看来是否构成相符提示。同时其第 16 条规定,当单据存在不符点时,银行可以依其独立判断联系申请开证人放弃不符点,并选择对信用证拒付;若开证人不放弃不符点,则银行不得承兑或者支付信用证,否则就将承担民事责任。对此,英格伯格·施文策尔(Ingeborg Schwenzer)教授指出:“信用证和贸易合同的相互独立事实上要求卖方必须提交与信用证要求严格相符的单据,否则将会导致银行拒付,从而让买方在事实上规避合同的约束”<sup>[30]</sup>。然而,根据《公约》第 25 条的规定,只

[28] High Court of Justice (Queen's Bench Division, Commercial Court) Judgment in *Libyan Arab Foreign Bank v. Bankers Trust Company* (Extraterritoriality of U. S. Order to Freeze Libyan Assets; Banking Procedures for Clearing Eurodollar Accounts; Status of Accounts Held in London), 26 I. L. M. 1600 (1987).

[29] *Id.*, p. 1624.

[30] Ingeborg Schwenzer, *The Danger of Domestic Preconceived Views with Respect to the Uniform Interpretation of the CISG: The Question of Avoidance in the Case of Nonconforming Goods and Documents*, 36 *Victoria University of Wellington Law Review* 343, 345 (2006).

有在发生根本违约的情况下,也就是一方的违约导致剥夺了另一方有权依据合同所期待达到之后果的情况下,才能允许另一方通过宣告合同无效来退出合同。我国《合同法》第 94 条也明确规定,只有在一方违约行为导致合同的根本目的不能实现时,非违约方才有权解除合同。而《惯例》的审单标准事实上等于加大了卖方交货的相符义务,当卖方不能提交与信用证要求相符的单据时,往往意味着丧失了获得银行付款的权利;即便其所提交的货物远未达到根本违约的程度,也可能由于单据与信用证的要求不符而在事实上丧失合同。这种情形在买方不放弃不符点的情况下,很容易导致双方立场发生对立。在此情形下,如果不考虑当事人对《惯例》作为国际商事惯例的同意就直接对其适用,显然对卖方不公平。<sup>[31]</sup>

## (二)对《统一商法典》和《公约》客观标准论的批评

承前文所述,有人之所以试图将惯例约束力客观化,所依赖的最有力证据便是《统一商法典》和《公约》的规定。二者均未对当事人是否存在法律确信提出明确要求,只要当事人“知道或者应该知道某做法为特定群体通常遵守”便对其产生约束力。如此规定的缘由似乎可以从《统一商法典》第 1-102 条 b 款得到某种程度的解释。该条规定,《统一商法典》的基本宗旨为“使商业作法能够通过习惯、行业惯例和当事方协议不断获得发展”。这反映了《统一商法典》起草者的核心思想:“应该将不断变化的商业实践并入交易的法律规则之中。传统成文法最大的弊端是不能及时对商业实践的变化做出回应,而商事交易合同显然应当依托最新的商业实践模式作为背景来进行解读。”<sup>[32]</sup>总的来说,《统一商法典》希望让成文法律保持与时俱进的生命力,并试图将对商事争议的裁判同化为对商业社会中既有习惯的发现过程;只要当事人能够证明这种做法被同地区、同行业的经营者在交易中所经常遵守,就可以直接纳入当事人的合同之中并作为合同履行的依据,当事人是否同意该惯例则在所不问。

但这种直接将外部行为模式“并入”合同的法律方法也招致了学界的批判,其中的代表人物是美国芝加哥大学教授丽莎·伯恩斯坦(Lisa Bernstein)。伯恩斯坦使用全美粮食行业协会的仲裁判例为素材,通过梳理跨越 20 年的仲裁案件后得出实证结论:“在仲裁时,仲裁机构往往不允许适用未经当事人明示同意的习惯性做法,即便这种做法已经为当事人所熟知”;“裁判者往往从严格意义上来解释当事人的合同,不允许习惯性交易规则有超出合同字面含义来对当事人产生约束力”。<sup>[33]</sup>

此外,有证据表明在适用《统一商法典》时,由于缺乏当事人对习惯性做法的明示或者默示同意,裁判者不得不在司法过程中对当事人主张的所谓“交易习惯”持一种非常谨

[31] 在国际贸易实务操作中,在卖方提交的海量单据中找出轻微的单证不符点是非常容易的,不过很多不符点并不影响买方购买货物的合同目的。但在货物价格有下行趋势时,买方往往借题发挥,拒绝配合卖方修改信用证要求,以迫使卖方接受其减价要求。虽然卖方可以根据买卖合同来起诉买方,但在跨国交易的背景下,这样做的成本无疑太高。

[32] Dennis Patterson, Good Faith, Lender Liability, and Discretionary Acceleration; of Llewellyn, Witgenstein, and the Uniform Commercial Code, 68 *Texas Law Review* 169, 171 (1989).

[33] Lisa Bernstein, Merchant Law in a Merchant Court: Rethinking the Code's Search for Immanent Business Norms, 144 *University of Pennsylvania Law Review* 1765, 1769 (1996).

慎的态度。他们不得不随时检查这些“交易惯例”或“惯常做法”是不是“为大多数负责任的企业所接受且能够公平地对待各方利益”。<sup>[34]</sup> 法院还在程序层面对《统一商法典》的适用加以严格限制。例如在一起保险合同纠纷中,纽约州法院对惯例的适用提出更为严格的要求,要求其必须是当事人默示地同意在进行交易时予以参照的交易惯例。<sup>[35]</sup> 可见,虽然《统一商法典》试图不再考虑当事人的主观法律确信,这种客观化思路也确实成为美国在裁决国内商事案件中的主流做法,但我们不能对这种做法引发的问题和法院在实际操作中的有意补救措施视而不见。<sup>[36]</sup>

对于我国而言,讨论《公约》第9条第2款的规定应该更具实际意义。该条款规定:“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道或理应知道的惯例,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。”《公约》在此并未完全排除当事人对惯例的同意,只是使用了一种技巧性措辞,将惯例推定为当事人所同意的。同时需要注意的是,《公约》第8条第3款强调“在确定一方当事人的意旨或一个通情达理的人应有的理解时,应适当地考虑到……当事人之间确立的任何习惯作法、惯例。”综上可知,《公约》引入惯例的目的在于为理解、断定当事人的意图提供一种可为裁判者所感知的参考标准。

证明上述观点的另一个证据是《公约》起草时的准备工作文件(travaux préparatoires)。在起草《公约》时,第9条的草案被提交给包括中国在内的62个国家的代表讨论。巴基斯坦代表提出,应当将第9条第2款的“除非另有协议”替换为“除非其行为另有表明”(unless their conduct shows otherwise),从而试图构建起一种完全的客观标准。但是该建议被国际贸易法委员会最终否决,理由是这“会给确定当事人是否有接受惯例约束的意图带来不必要的麻烦”。<sup>[37]</sup> 可见,认为《公约》第9条第2款意图构建惯例约束力的客观标准这种观点并不全面。相反,《公约》一直将当事人的主观意志作为构建其法律关系的基本要素。

当然,第9条第2款的规定确实也给裁判者建立起一个非常具有诱导力的裁判导向。在当事人没有证据证明其在缔结和履行合同时确实不同意某种可见的惯常做法时,该做法就会被视为他们的一种“默契”,进而转化成为合同的一部分。此时,裁判者只需要根据已有的其他人签订的类似合同,就可以为当事人确立相应的权利义务。这种做法在实践中产生了许多问题。有学者指出,《公约》要求的交易惯例“被广泛知道和经常遵守”在实践中颇不易操作,因为确定某个“惯例”是否“广为人知”可能并不简单;在具有高度技

[34] Gifford v. J & A Holdings, 63 Cal. Rptr. 2d 253, 259 (Cal. Ct. App. 1997); Cf. Gen. Motors Corp. v. State Motor Vehicle Review Bd., 862 N. E. 2d 209, 220-21 (Ill. 2007).

[35] SR Int'l Bus. Ins. Co. v. World Trade Ctr. Props., LLC, 467 F. 3d 107, 134 (2d Cir. 2006).

[36] Christopher Drahozal, Usages and Implied Terms in the United States, in Fabien Gélinas ed., *Trade Usages and Implied Terms in the Age of Arbitration*, Oxford University Press, 2016, p. 121.

[37] William P. Johnson, The Hierarchy That Wasn't There: Elevating "Usage" to its Rightful Position For Contracts Governed by the CISG, 32 *Northwestern Journal of International Law & Business* 295, 297 (2012).

术性的贸易领域,很少有人真正了解哪些惯例真正适用于该交易。<sup>[38]</sup> 所以,在实践中通常就将一些国际组织制定的示范性条款作为当事人所应当知道、普遍了解的“惯例”来调整国际货物买卖。

笔者通过美国佩斯大学的《公约》数据库查询发现,中国国际经济贸易仲裁委员会审理的案件中如果涉及国际惯例,通常就将国际商会的《国际贸易术语解释通则》(Incoterms)作为被当事人广泛熟知的交易习惯。<sup>[39]</sup> 但即便是在广泛使用的贸易术语中,也有与当事人真实意思相冲突的情形存在。例如,在 CIF 术语下,卖方所需要的投保价值应为货物成本价再加 10%,该要求的主要目的是补偿买方转售货物的预期利润。<sup>[40]</sup> 但是这种做法在有些情况下是值得怀疑的,并不是每个买方都要求卖方在投保时加投 10% 额外价值的保险。此时,作为国际商事惯例的贸易术语,这种类似强制性的要求很可能与当事人的预期不符。在俄罗斯仲裁的一个案件中,裁判机构更是直接否决了这种缺乏当事人在签订合同时默示同意的贸易术语要求。<sup>[41]</sup>

### (三) 法律的内在方面与司法裁判所适用规则的关系

如上所述,客观论的赞成者认为,法律在发展中需要贴近现实需要,应当与时俱进。在法社会学代表人物欧根·埃利希(Eugen Ehrlich)看来,真正的法律秩序并不存在于成文法的字面含义之上,而是蕴含于社会本身之中。他认为,社会自身产生的自发秩序比法律本身所发挥的功能要大的多:“尽管对契约法有很详细的规定,但在每个个案中起决定作用的远不是有关契约的法律规则,而是契约的内容……比较而言,裁判者很少单纯依据法条作出裁决;大量的裁决是根据法律文书、证人与专家证言,根据契约、团体章程、遗嘱和其他宣告进行的。因此按照法学家的行话来说,这在大多数情况下与其说是有关法律问题的判断,还不如说是有关‘事实问题’的判断。而事实问题恰好就是人类团体的内部秩序,它们由法官从证人与专家证言、契约、团体章程、继承人分配共同财产的协议以及遗嘱宣告中提炼出来的。”<sup>[42]</sup>

总之,在法社会学派的眼中,当事人之间形成的自发秩序是构建整个法律体系的基础,因此当事人自发的行为模式是判断案件是非曲直的核心标准。此外,哈耶克(Hayek)认为,在社会活动中个人的行为自由是最重要的价值,为了保护和实现这种价值,必须防范成文法陷入必然的无知,后者会形成个人自由意志的桎梏。为此,必须把成文法和国家命令限定于附随性地位。<sup>[43]</sup>

上述两种理论有将自发行为和自发秩序神圣化的倾向,从而让社会自发行为模式取

[38] Leonardo Graffi, Remarks on Trade Usages and Business Practices in International Sales Law, 29 *Journal of Law and Commerce* 282, 284 (2011).

[39] Beech Log Case, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021104c1.html>; Metallic Silicon Case, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080109c1.html>, 最近访问时间[2019-01-01]。

[40] Jan Ramberg, *ICC Guide to INCOTERMS 2000: Understanding and Practical Use*, ICC Publishing, 1999, p. 121.

[41] Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, 13 Apr. 2006, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060413r1.html>, 最近访问时间[2019-01-02]。

[42] [奥]欧根·埃利希著:《法社会学原理》,舒国滢译,中国大百科全书出版社 2009 年版,第 38 页。

[43] 参见[英]弗里德里希·哈耶克著:《自由秩序原理》,邓正来译,三联出版社 1997 年版,第 43-45 页。

代法律对社会关系的调整。诚然,法律的制定和发展不能从根本上脱离社会内部规律,更不能破坏社会自然秩序。但是,法律对社会内部秩序之遵守的表现形式应当是在一定范围和时间跨度上的趋近,而不是所有法律条文都要完全依附于所谓“社会内部的自发性秩序”。

从司法角度而言,前述埃利希和哈耶克的理论忽略了法律效力和实效之间的关系。凯尔森(Kelson)认为,法的效率与实效是相互关联但又区别明显的一对范畴:法的实效是指在不涉及制裁等强制因素的情况下人们对法律的遵守情况,法律效力则是表明规则对裁判者是否具有约束力的情况。他举例说,法律禁止盗窃,当人们没有遵守这个规范时,可以说明这个法律规范的实效受到了挑战使其缺乏实效性;但是法官必须依据这个法律规则惩罚盗窃者,因为其对于法官而言是具有法律效力的。<sup>[44]</sup>

姑且不论当事人自发产生的行为模式是否具有较高的实效,至少法官在裁决案件时并不应该将实效作为首要考虑因素,而是要考虑这个规则是否具有效力。这是因为,实效是一个长期的过程,是立法者所要首要考虑的因素,对于裁判者来说则是一个次要考虑因素。在商事交易中,当事人将争议提交给裁判机构往往意味着想要终结这个交易。此时,裁判者的首要任务是分清是非曲直,让有过错的一方承担责任,让应当承担风险的一方承担风险。自发的行为模式再具有高效性,也只有当事人在有意继续从事交易的前提下才有发挥的空间。因此,在面对庞杂的自发性惯例规则时,裁判者所要解决的最重要、最棘手的问题是哪些惯例对当事人有约束力,哪些没有。怎样做才能让交易更为高效,对于审理某个特定案件的法官而言并不是一个具有现实意义的紧迫问题。在此语境下,裁判者必须克制自己构建合同的欲望,而将当事人的预期和获得救济的需要放在首要位置。<sup>[45]</sup>在此思路指引下,惯例的“法律确信”这个主观因素无论怎样强调都不过分。

#### 四 “法律确信”司法标准的构建

诚如牛津大学的罗伊·古德(Roy Goode)爵士所言,强调“法律确信”在裁判推理中的重要地位,并不是因循守旧地固守传统法律理论中过时的理论桎梏,而是必须对法律确信概念及其司法判断标准进行修正和创新。<sup>[46]</sup> 总体而言,现有的法律确信概念至少在两个方面存在明显缺陷。

##### (一) 现有“法律确信”要件缺乏明确的司法标准

如何认定惯例或习惯在具体案件中对具体当事人的法律约束力,无疑是一个困难的问题。特别是,在其没有明示同意或者选择的情况下,如何以一种可操作的标准来判断当事人已经接受惯例或习惯的约束,更是非常棘手。对此,一些学者提出了自己的判断标

[44] 参见[美]汉斯·凯尔森著:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第31-32页。

[45] Tolga Ayoglu, Application of Trade Usages in International Institutional Arbitration-Some Reflections, 30 *ASA Bulletin* 546, 546 (2012).

[46] Roy Goode, Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law, 46 *International & Comparative Law Quarterly* 33, 34 (1997).

准。例如左海聪教授将惯例产生约束力的来源归结为一种可期待的预期。<sup>[47]</sup> 还有学者认为法律确信应归结为所谓“一般人的确信”，即不仅仅是司法界对判例所提出之规则的无异议的接纳，还要求有关各阶层、学说上及一般舆论对其均无异议的接纳。<sup>[48]</sup> 也有人主张从国际法的整体目的和体系来观察当事人的法律确信乃至约束力问题。<sup>[49]</sup> 虽然法律确信从本质上说是当事人的主观心理状态，但在司法实践中必须确定一种客观的可观测的标准来确认这种状态，且这种状态应该是中立、公正的。传统理论对于构建这种司法标准显然并无太大帮助。

## （二）“法律确信”概念的逻辑悖论

法律确信还有一个我们必须面对的难题，那就是义务的循环悖论问题。根据法律确信概念的经典定义，法律确信是行为主体从主观上感受到的一种义务感；遵循这种义务感，就会形成具有法律约束力的规则，这种规则就是前文反复提及的具有约束力的惯例或者说是习惯。我国旅英学者郑斌特别强调这种义务感的作用，并依托这种“义务感”理论提出了所谓“即时形成性国际法”的概念。<sup>[50]</sup> 正是这种义务感导致产生了当事人行为上的义务。但这种义务感来自于什么呢？显然应该来自于当事人之间存在的权利义务关系。这就造成了逻辑上的循环。

具体到司法上，法律信信的这种循环论证式的定义会导致裁判者面对具体案件无所适从甚至混乱。试想，在一项商事交易中一方当事人认为一项义务应该由对方承担，而这种义务来源于对方理应感知到的一种“义务感”。但这种义务感又来自何处？是否对方应该具备这种义务感？这种义务感又是否合理？

上述理论的缺陷在于，将法律规则建立在当事人“自我感觉”的基础之上。事实上，行为主体的主观状态并不具有可推广性，一方认为理应如此的行为模式并不必然约束另一方。此时便很可能出现“各执一词”的局面。在此情形下，裁判者便要从中做出选择，这往往涉及到合同解释技术问题。目前主流的处理方法是通过缔约过程、履约过程的种种证据来明确当事人的真实意思。诚然，根据合同的签订、履行等细节来判断当事人的意图对于裁判者来说是成本最低的方法，但从当事人的视角来看，有三方面因素导致这种合同解释方法面临现实困境：

首先，对于细节的注意和解读会不可避免地掺入裁判者的主观思维，裁判者往往会根据其以往经验选择性地注意交易中的某些细节，从而很可能导致“同案不同判”，有损程序正义。

其次，一些经验丰富的当事人可能会利用技巧刻意强调某些履行细节来诱导裁判者，甚至这些细节本身就可能是其在签订合同时预设的陷阱；这样裁判者就很可能在不经意

[47] 参见左海聪著：《国际商法》，法律出版社 2013 年版，第 8 页。

[48] 参见彭诚信、陈吉栋：《论〈民法总则〉第 10 条中的习惯——以“顶盆过继案”切入》，《华东政法大学学报》2017 年第 5 期，第 55 页。

[49] Hiroshi Taki, *Opinio Juris and the Formation of Customary International Law: A Theoretical Analysis*, 51 *German Year Book of International Law* 465, 468 (2008).

[50] Cheng Bin, *United Nations Resolutions on Outer Space: “Instant” International Customary Law?* 23 *Indian Journal of International Law* 12, 15 (1965).

间沿着当事人预设好的思维路径,做出对交易经验相对缺乏一方不利的判决。

最后,当交易转化为诉讼时,所有交易细节不可能完全重现,此时如果完全依赖合同解释技术,很可能让诉讼变成当事人举证能力的比拼,导致牺牲个案公正。

总之,使用合同解释技术往往会给法官留下过于充分的自由裁量权,给法官基于个人好恶代替当事人进行价值取舍留下太多空间,从而增大当事人真实意思被扭曲的风险。笔者之所以提出确认国际惯例的“主观要素”,并不是奢望在每个具体案件中弄清楚每个具体当事人在签订和履行合同时内心的真实想法,而是试图将从事同类交易的同行态度和认知作为一种商业现实,以此为参照来推知当事人最为可信的可能意图,进而作为裁判者的判断依据。

### (三)“批判反思态度”对于“法律确信”的工具意义

为解决前述关于“法律确信”理论的重大挑战,笔者认为需要借助哈特(Hart)的法律承认规则作为分析工具,以期构建明确且具有可操作性的法律确信的判断标准。在《法律的概念》一书中,哈特清楚地认识到在群体中有两种完全不同的习惯性规则。一种习惯性规则是并不具有约束力的习惯,这种习惯虽然在某个群体内部具有一定普遍性,该群体的成员在行为模式上“事实上趋同”,但若有人偏离这种行为模式,并不会招致批评或承受压力;另一种则是会招致他人批评和压力的习惯或者惯例。<sup>[51]</sup>对这两种习惯性规则的分也或许可以成为识别判断“法律确信”概念的关键。具言之,使法律确信具有司法上可识别的操作性的关键并不在于行为人自身的心理接受状态;恰恰相反,法律确信的判断应该来自行为主体的相对人以及与其身处同一群体的旁观者,他们对于偏离习惯性规则的态度才是破解难题的关键。哈特称这种态度为“批判反思态度”。如果行为主体对某个习惯性规则的违反会导致群体内大多数人的批判意见,就会形成一种来自群体内同行的压力,要求其遵守具有约束力的规则;如若当事人对这种压力不予理睬,就会导致相应的不利结果。例如,假若某个商人不遵守商人之间约定俗成的行为,那么在平等交易的市场中就将无人愿意甘冒风险与之合作,他就将面临被市场淘汰的不利后果。<sup>[52]</sup>这种同行压力就是对所谓“法律确信”的最好表征,同时这种表征在司法层面也相对容易识别和应用。

此外,批判反思态度理论也是破解“法律确信”循环悖论的关键。惯例是否具有约束力并不在于当事人自身如何认识,而在于群体中大多数人对这种确信的认识。具体可以概括为:在规则形成过程中,法律确信是逐步积累、渐渐生成的;在“法律确信”生成之前,反复和趋同的行为并不具有法律上的约束力。但在此过程中,交往的客观需求会促进人们相信某种行为模式对于他们之间构建和谐的关系是必需的。如果行为主体违反惯例或习惯表达的行为模式,其他人对此种违反产生批评和非难态度,并产生足以使违反者屈服的同行压力,那么就说明该行为模式在此群体内已然因“法律确信”而被接受为具有法律约束力的行为规则。此时,群体内成员就必须照此模式安排自己的行为,否则就将被视为

[51] 参见[英]赫伯特·哈特著:《法律的概念》,张文显译,中国大百科全书出版社1996年版,第59页。

[52] Orsolya Toth, *Lex Mercatoria Theory and Practice*, Oxford University Press, 2017, p. 168.

没有履行其应尽之义务。这种义务与行为人自身的感觉和感知并无直接和必然的联系,而是取决于群体内其他成员对该行为模式的认定和取舍。简言之,遵守惯例的根本外在压力和正当性来源,是特定群体内部成员交往和共存的客观需要所产生的一种带有普遍性的主观“心理信赖反馈”。

在国外已知判例中,裁判机构往往借助专家证言来确认惯例是否存在,而所选取的专家往往是从事涉诉交易的资深商人。但在已有的案件中,向专家证人询问的问题往往是“该做法你是否知道”“该做法是否常见或普遍”等,而不是“如果违反这种做法你是否会产生厌恶”“不这么做你今后是否还愿意同他做生意”等,更没有使用数据统计方法来验证所谓惯例是否为大部分从事同类型交易的当事人所接受。这种做法显然给惯例的认定和适用带来了很大的任意性和随机性。<sup>[53]</sup> 在笔者看来,引入批判性反思态度这种判断标准,就是要将案件当事人的业务同行的意见引入到裁判中来,确认对案件所涉惯例的违反是否会损害该类交易当事人的“共同预期”。在有理由相信从事该类交易的同行对违反该种行为模式的行为会产生较为强烈的“非难态度”时,就可以认定这种行为模式具备惯例所需要的“法律确信”这一主观要件,进而能够对当事人产生法律上的约束力。

#### (四)影响“法律确信”形成的客观因素

在识别“法律确信”的司法过程中,还需要注意以下几个影响“法律确信”形成的客观因素。

一是需要注意不同群体惯例的差异性。伯恩斯坦教授指出,被普遍接受为具有法律约束力的交易惯例或习惯根本不存在,因为不同地区、不同层次的交易主体对所谓交易惯例的内容充满了争议。仅就美国的干草行业来说,合同中“一大捆”的概念在东部地区和西部地区之间就存在着巨大差异,究竟应该用质量还是占用空间大小来衡量也是众说纷纭;甚至在芝加哥这同一个城市内部,各家干草公司也不能就“大捆”与“小捆”之间差别的明确定义形成一致。<sup>[54]</sup> 因此,在确定当事人对一个惯例或习惯是否具有“法律确信”时,一定要考虑空间因素和属人因素。在某种意义上,交易习惯或惯例之间的冲突甚至可能比不同国家和地区之间的法律冲突更为巨大和复杂。<sup>[55]</sup>

二是需要确认规则内容的合理性。“法律确信”强调当事人主观上应该具有认可某种行为模式并愿意受其约束的心理状态,但对其进行合理的外在约束也是必要的,这便是合理性的要求。在对《公约》草案中第 9 条进行意见反馈时,中国代表便要求应以“合理性”作为惯例产生约束力之前提。<sup>[56]</sup>

合理性要求在司法上应当体现为两个方面:一方面,法院在审理案件时应该从发展和公正的角度判断惯例是否具有合理性,各种限制性的商业惯例即便取得行业内公认也不

[53] Lisa Bernstein, The Questionable Empirical Basis of Article 2's Incorporation Strategy: A Preliminary Study, 66 *University of Chicago Law Review* 710, 715 (1999).

[54] Lisa Bernstein, The Myth of Trade Usages: A Talk, 23 *Barry Law Review* 121, 121 (2018).

[55] 参见宋阳:《自治性商事规则法源地位否定论》,《当代法学》2018 年第 3 期,第 151-152 页。

[56] 参见张玉卿著:《国际货物买卖统一法:联合国国际货物销售合同公约释义(第三版)》,中国商务出版社 2009 年版,第 89 页。

能认为其“法律确信”是有效的。关于什么是限制性商业惯例,联合国1980年《关于控制限制性商业惯例的公平原则和规则的多边协议》(Multilaterally Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices)规定:“限制性商业惯例指企业的下述行动和行为:通过滥用或谋取滥用市场力量的支配地位,限制进入市场或以其他方式不适当地限制竞争,对国际贸易,特别是发展中国家的国际贸易及其经济发展造成或可能造成不利影响;或通过企业之间的正式或非正式、书面或非书面的协议或其他安排造成了同样的影响的一切行动或行为。”《中华人民共和国技术进出口管理条例》列举了7种技术转让行业惯例,明令这些惯例条款不得出现在我国技术进出口合同之中。在此要求下,符合上述特征的行业惯例即便取得了行业内的认可,甚至被明示作为合同的条款,也属于不合理的行业惯例,自始不能产生法律约束力。

另一方面,在司法裁决过程中,难免会出现在一些个案中“法律确信”的模糊状态,此时判断惯例或习惯是否具有约束力就不得不运用合理原则来确定。例如,美国某法院在一个销售马匹的判例中认定“马匹买卖合同中卖方不承担健康担保义务”是一项具有法律约束力的惯例,理由是马是一种易患病的动物,让卖方保证已经脱离其照管的马的健康对于卖方来说明显不合理。在另一个案件中,法官认定合同中的6-8月交货的真实含义应该是在7月前交货,因为买方购买衣服的目的是要赶在学生返校前,并在返校销售节时进行销售。总之,以“合理性”为依据判断惯例是否具备“法律确信”要素也是法院普遍采用的做法。<sup>[57]</sup>

三是需要注意当事人之间的信息对称性。“法律确信”从根本上说是当事人对某种行为模式的接受,因此一个重要的前提便是当事人已然清楚这种行为模式及其带来的后果。《统一商法典》和《公约》虽然从法律适用层面并不要求考虑当事人对于惯例或习惯的主观接受状态,但二者均要求当事人知道并了解惯例或习惯的内容。换言之,如果在裁判中发现双方当事人地位强弱悬殊或者一方获知交易习惯内容及其法律后果的能力明显弱于另外一方,那么裁判者就应当对此类规则的直接适用予以严格限制,以防止信息获取的优势方采取策略性诱导行为来损害弱势群体的利益。正如加拿大著名新马克思主义学者克莱尔·卡特勒(Claire Cutler)教授所指出的:“各种商事习惯只是表面上显示出公平性的特质,但其背后往往都服务于资本主义跨国寡头的需要。”<sup>[58]</sup>就此而言,“法律确信”的成立还须以交易当事人之间具有相对平衡的信息获取能力和判断力为前提。

## 五 结 论

综上所述,在适用诸如国际商事惯例、国际习惯乃至国内民商事习惯、惯例时,有必要对《公约》和《统一商法典》的纯客观方法进行修正。当事人对于惯例或习惯的主观心理

[57] Richard Craswell, Do Trade Customs Exist? in Jody S. Kraus & Steven D. Walt eds. *The Jurisprudential Foundations of Corporate and Commercial Law*, Cambridge University Press, 2009, p. 140.

[58] Claire Cutler, *Private Power and Global Authority Transnational Merchant Law in the Global Political Economy*, Cambridge University Press, 2007, pp. 216 - 217.

接受状态是确定惯例等自治性规则是否具有约束力的重要识别指标。单纯基于重复或一致的行为模式便断定惯例或习惯具有约束力,会破坏当事人的信赖乃至导致法官的主观擅断。但与此同时,也有必要对传统“法律确信”理论中的表述方式加以修正。裁判者应当认识到,惯例或习惯的法律约束力是来源于行为人之外的同行压力,因此必须将群体内成员对其成员违反惯例或习惯的态度作为“法律确信”的识别特征。如果该群体对于违反惯例或习惯所要求之行为模式的行为并没有较强的非难与谴责态度,就可以认定该“惯行”并未满足“法律确信”的要求或者说“法律确信”尚未最终形成。而当这种谴责和批判态度较为强烈时,裁判机构则应当依据其职权,对这种已然获得“法律确信”的习惯规则进行效力宣告,并主动加以适用。

[本文为作者主持的 2018 年度河北省社会科学基金项目“交易习惯司法适用问题研究”(HB18FX001)的研究成果。]

---

[**Abstract**] The constituent elements of international commercial usages (customs) are important basic theoretical issues of international commercial law. It is generally believed that, in order to bind the relevant persons, usages (customs) need consistent and repetitive behavior as their objective element, and *juris opinio* as the subjective element. Scholars of international law, however, have insufficient understanding of the subjective elements of usages (customs) and vague definition of standards. This situation leads to the trend towards “de-subjectivization” in the identification of usages (customs). This misunderstanding blurs the boundaries between international commercial usages (customs) and non-binding general practice, gives too much discretion to judges, undermines the uniform effect of the application of legal rules, the reasonable expectations of the parties, and the predictability of judicial decisions. In view of this situation, China, while adhering to the theory of subjective elements of international commercial usages (customs), should introduce critical reflective attitude (CRA) into the litigation system by taking expert testimony as a standard tool of recognition of the binding force international commercial usages (customs). For these reasons, we need to construct an accurate theoretical system of international commercial usages (customs) with legal certainty.

---

(责任编辑:廖 凡)