

国际合同统一实体法中的 “当事人自治条款”探析

何 绍 军

作者 何绍军, 武汉大学法学院博士生, 武汉, 430072

关键词 当事人自治条款 国际私法 国际合同 统一实体法

提要 私法的国际统一是当前国际社会法律发展的一大趋势, 合同法是私法国际统一方面最为活跃的一个法律部门。当事人意思自治原则已成为国际合同法中的一项基本原则, 在国际合同统一实体法中逐步发展完善, 得到了广泛的适用。

私法的国际统一是当今国际社会法律发展的一大趋势。合同法则可以说是进行私法国际统一最为活跃、成果最丰硕的一个法律部门。本世纪以来, 尤其是二战以后, 随着国际合同关系的迅猛发展, 不但出现了大量的合同统一冲突法规范, 而且也形成了越来越多的合同统一实体法规范。当事人意思自治原则, 作为国际合同法的一项基本原则, 无论在合同统一冲突法中, 还是在合同统一实体法中, 均得到了广泛的适用。就合同统一冲突法来讲, 合同适用当事人合意选择的法律已成为确定合同准据法的普遍原则。至于在合同统一实体法中, 则都包含有一种体现当事人意思自治的特殊条款, 即“当事人自治条款”^①, 旨在赋予当事人排除或减损合同统一实体法适用的权利。本文拟对出现在国际合同统一实体法中的这种“当事人自治条款”作些探讨。

一、“当事人自治条款”之产生与发展

“当事人自治条款”, 是指体现在合同统一实体法中的, 规定当事人可以自由排除 (exclude), 合同统一实体法及可以减损或改变 (derogate from or vary) 统一实体法中的任何规定的一种当事人排除或减损条款。与冲突法中的以当事人意思自治为连结点的冲突规范相比较, 两者既有共同点, 又有相异之处。其共同点表现在, 两者存在的基础都是当事人意思自治原则, 即当事各方可以根据需要, 选择其所签订的合同应适用的法律^②。其不同的地方在于, 当事人合意选法的冲突法是一种从肯定的角度规定了当事人的“选法自由”, 而该条款则是通过赋予当事人否定性的权利, 从而使当事人达到“选法”目的。

“当事人自治条款”最早可见于1964年订于海牙的《国际货物买卖统一法公约》(又称“海牙第一公约”)和《国际货物买卖合同成立统一公约》(又称“海牙第二公约”)。前者第3条规定:“合同当事人可以全部或部分地排除该法的适用。排除的方式既可以是明示的,也可以是默示的。后者第2条第1款也明确指出:“如果根据当事人之间的协议或他们之间存在的惯例,应适用其他法律,该公约中的条款则不予适用。”^③

由于上述两个海牙公约无论在理论上还是在实践中都存在着明显的局限性和不足,1966年成立的联合国国际贸易法委员会组织了专门的工作组——“国际货物买卖工作组”,对其分别予以修订。在修订过程中,围绕海牙公约中的“当事人自治条款”展开了一场争论。有些国家的代表完全否定这种条款存在之价值,认为它只会被经济上占优势一方合同当事人所滥用来强加给弱方当事人不公平、不合理的合同条款或合同准据法。有些代表则持折衷态度,主张保留此类条款,但应当对当事人的自治权予以一定的限制。譬如,当事人的选择只限于合同统一实体法中的任意性条款,强制性的条款不在选择之内。少数国家的代表则认为应无限制地赋予当事人的“自治权”^④。最后,折衷派占了优势,因为1977年国际贸易法委员会第八届年会通过的《联合国国际货物买卖公约草案》和1978年第十届年会通过的《国际货物买卖合同成立公约草案》对“当事人自治”条款”分别作了如下表述:

“当事人可以(同意)排除本公约的适用”。

“除非公约另有规定,当事人可以(同意)减损本公约的任何条款或改变其效力。当事人的这种同意可以体现在谈判、要约、承诺及当事人相互之间达成的惯例中。”^⑤

此外,这两个条款都回避了上述海牙公约中作出了规定的当事人排除或减损的形式问题。这主要是因为有些国家的代表担心,承认当事人默示排除,会导致法院在没有足够证据的情况下,自由裁定当事人排除了公约的适用。

1978年,联合国国际贸易法委员会在其第十一届年会上通过了一项决议,决定将上述两个公约草案合并为一个,名为《联合国国际货物买卖公约草案》,该草案于1980年3月在由62个国家的代表参加的维也纳外交会议上正式通过。相应地,“当事人自治条款”也合二为一,并且变得更加简单明了。这就是我们现在所见到的《联合国国际货物销售合同公约》第6条,该条规定:“当事人可以排除本公约的适用,或在第12条的条件下,减损本公约的任何规定或改变其效力。”

继《联合国国际货物销售合同公约》之后出现的国际合同统一实体法,基本上都包含有这种“当事人自治条款”,而且大多数直接承袭了《公约》第6条的模式和内容。如1994年罗马统一私法协会历经10年拟订的《国际商事合同通则》第一章第五条(即第1.5条)规定:“除通则另有规定外,当事人可以排除通则的适用,或者减损或改变通则任何条款的效力。”^⑥又如,1994年的《欧洲合同法的原则》(草案)第2条也明确指出:“除非本原则另有规定,合同当事人可以排除本原则的适用或者减损或改变其效力”^⑦。

二、“当事人自治条款”之实质内容

如上所述,当国际合同统一实体法中的“当事人自治条款”发展到《联合国国际货物销售合同公约》第6条时,它已成为一个比较成熟的条款,其形式已基本定型,内容也相当确

定，主要包括三个方面：一是规定当事人可以完全排除某一国际合同统一实体法的适用；二是规定当事人可以减损或改变其中任何条款的效力；三是指出了有些强制性的条款当事人是不能排除的。以下我们将分别讨论这三个方面。

1. 当事人的完全排除 由于国际合同统一实体法包括条约和惯例两部分，因此，在讨论当事人的完全排除这一问题时，我们有必要依据其排除的对象的不同把它分为当事人对公约的排除和当事人对惯例的排除两种情况，来分别加以分析。就前一种情况来讲，以《联合国国际货物销售合同公约》为例，即使买卖双方当事人的营业地处于不同的缔约国，本应适用该公约，但如果他们在合同中规定不适用该公约，而选择公约以外的其他法律（例如某一个国家的国内法）作为该合同的准据法，或者仅仅只是在合同中规定不适用该公约，而没有选择合同准据法，都可以排除公约的适用。但是，如果双方营业地处在不同缔约国的当事人，在他们订立的买卖合同中没有排除公约的适用，则公约必须并且自动适用于他们所订立的合同。总之，对于国际合同统一实体法公约，就缔约国的当事人来讲，“排除就不适用，不排除则必须适用”，二者必居其一。

第二种情况，即当事人对合同国际惯例的排除，所涉及的问题要稍复杂一些。众所周知，国际惯例，就其性质来讲，本身不具有强制性，适用与否基本上取决于当事人的选择。如1994年的《国际商事合同通则》在其前言中就明确指出：“在当事人一致同意其受合同通则管辖时，适用通则”。既然国际合同统一惯例自身在没有被当事人援用的情况下不能适用于国际合同法律关系，那么它所包含的“当事人自治条款”是否是一种多余的条款呢？笔者认为，这种条款在国际合同惯例中也是有其存在的价值的。因为，一旦某一合同方面的国际惯例得到合同当事人所在国的承认，它随时可能被法院或仲裁机构运用来解决合同当事人之间的纠纷。而且在合同实践中，在合同当事人没有选择合同准据法，又不存在条约关系时，这种情况常常发生。相反，如果合同当事人订有这种否定性的“自治条款”，明确排除了该合同惯例的适用，这种可能性就不会出现。

2. 当事人的部分排除 只有在某一国际合同统一实体法依据当事人的选择或法律的规定，必须适用于当事人之间的合同关系时，当事人的部分排除才能具有法律意义。否则，如果该统一实体法本身不可能适用于该合同，那么合同当事人大可不必去排除它的某些条款。严格讲来，当事人的部分排除又涉及两个不同的方面，一是排除某些条款的适用，这样，这些被排除的条款对当事人及其合同关系将不产生任何法律效力；二是改变某些条款的效力，即不完全地排除这些条款的法律效力，这些条款的某一方面或某一部分仍旧会得到适用。当事人的部分排除往往体现在当事人明确同意的与统一合同实体法中的某些规定不一致的合同条款中，不论这些条款在合同中是单独订立的，还是作为标准条款的一部分写进合同，均视为为当事人的部分排除^⑧。

此外，当事人的部分排除还有直接和间接两种不同的表现形式。间接排除是指合同当事人仅表示同意适用合同统一实体法中的某些章节或条款，这就间接地表示了其他的章节或条款应予以排除。直接排除则是指当事人明确地列举出那些意欲排除适用的条款，没有列出的条款则在适用之列。

3. 当事人不能排除的条款 对于那些条款当事人不可以排除，各国学者之间是存在分歧意见的，各合同统一实体法中的规定也不尽相同。不过，在绝大多数人看来，当事人不能排

除的条款主要应是那些强制性的条款,即那些在整个国际合同体系中至关重要,以至于不能允许当事人予以排除或按他们的希望所取消的具有强制性的法律约束力的条款^⑧。

在《联合国国际货物销售合同公约》第6条中,明确指出了当事人排除范围不包括第12条。根据该条,如果任何一方当事人的营业地所在国在批准或参加该公约时,已按公约的有关规定提出保留,表明公约中的有关合同的订立、修改及废止可采用书面形式以外的其他形式作成的规定,对缔约国不适用。在这种情况下,当事人必须遵守该缔约国所作出的保留,不得予以排除,即当事人必须采用书面方式订立货物买卖合同,如需修改或废止该合同亦须采用书面方式,而不能以口头方式订立买卖合同或以口头修改、废止该合同^⑨。

至于《国际商事合同通则》和《欧洲商业合同的原则》中的“当事人自治条款”则只是笼统的规定“除非本通(原)则另有规定”,而没有明确地列出那些条款当事人不可以排除。不过,《通则》中的许多具有强制性的条款都在该条款中特别注明了其强制性。如第1.7条关于“诚实信用和公平交易”的规定;第三章关于实质效力的规定(见第3.19条;第5.7条(2)款和第7.4.13条第(2)款)。当然,也有些例外情况,即规定的强制性只是暗求的或仅体现在规定的内容和意图中(见第7.1.6条)^⑩。由此看来,在当事人不可以排除或减损的强制性条款问题上,至少在目前很难说有一个截然划一的标准,也不可能指望所有的合同统一实体法作出统一的规定。

三、“当事人自治条款”之缺陷

如所周知,私法的国际统一中的任何成果往往是主权国家之间矛盾和利益的折中和调和产物。因此,过于简单、原则乃至笼统可以说是统一私法的固有缺陷。这一点于国际合同统一实体法中的“当事人自治条款”也不例外。该条款相当简单,对许多与此相关系的,而在合同实践中经常碰到的问题,采取了回避的态度,缺乏应有的规定。因此,这种条款很明显存在着一定的局限性和不足之处。

首先,对当事人排除适用的时间范围,所有合同统一实体法中的“当事人自治条款”均付阙如。对于这一问题,绝大多数学者主张不应施加限制,合同当事人既可以在合同谈判时,也可以在合同缔结时,甚至还可以在合同发生争议后提起诉讼时,作出排除适用的意思表示。他们认为,既然合同当事人享有自由确定他们相互之间权利义务关系的权利,那么也应该赋予他们完全的选择调整其合同权利义务关系的准据法的权利。这种完全的“选法自由”理所当然地包括时间方面的自由。

其次,关于“当事人自治”的效力,在国际合同统一实体法中也难以找到明确的规定。与合同其他条款一样,“当事人自治条款”必须符合一定的要件才能具备法律效力。且不谈当事人的能力问题和形式上的要求——前者在国际合同交易中较少出现,后者另有规范调整,尚有诸多其他事项可能对“当事人自治条款”会产生一定的影响。例如,在一方当事人作出的这种同意存在诸如错误、欺骗、威胁或滥用经济优势之类的缺陷时,该同意则不可能具有法律效力^⑪。对所有这些涉及到“当事人自治条款”的效力的事项,需要确定一个准据法来予以支配,但国际合同统一实体法均没有为该准据法的选择提供答案。

当然,在某些情况下,当事人可能会指定某一国的法律作为合同的自体法,这样,该自

体法毫无疑问也可用来支配“当事人自治条款”的效力。但是，如果当事人在这方面没有达成协议又该怎么处理呢？显然，这又得区分当事人的完全排除和部分排除两种不同的情况^①。

在当事人完全排除的情况下，我们必须依冲突规范来确定合同的准据法，这个被选定的准据法可用来支配当事人全部排除之效力。在当事人部分排除的情况下，如前所述，由于部分排除往往又意味着合同是受合同统一实体法支配的，那么很显然，当事人的部分排除行为是否有效应该根据该统一合同实体法本身来衡量，即看它是否与“该国际合同统一实体法所以建立的一般原则相符。”^②

再次，在当事人的排除形式问题上，各统一合同实体法中的规定也很不统一，有些合同统一实体法中的“当事人自治条款”本身对此作出明确的规定，如前述 1964 年的海牙公约便是如此，有些则回避了这一问题，或者至少说没有直接在“当事人自治条款”中作出规定，如 1994 年的《国际商事合同通则》《欧洲商业合同的原则》及《联合国国际货物销售合同公约》等。不过，现在越来越多的国家及学者已开始倾向于赞成赋予当事人排除形式宽松的要求。而且，即使就《联合国国际货物销售合同公约》来讲，从其第 11 条中，似乎完全可以得出当事人的默示排除也是准许的这一结论。至于《国际商事合同通则》则在其第 1.5 条的注释中指明了“当事人对通则所作的排除既可以是明示的，也可以是默示的。”^③

最后，各国在当事人不可以排除的强制性规定问题上的分歧意见使得“当事人自治条款”在这方面的内容十分笼统和含糊，从而影响了该条款的可操作性。因为无论对当事人完全排除还是部分排除或减损，强制性规范的确定与否，都将对当事人排除的法律效力起着一定的支配作用。可以毫无夸张地讲，强制性规范问题能否得到解决，将直接制约着“当事人自治条款”本身的进一步发展与完善。

注 释：

- ①③④⑤⑫⑬⑭ C. M. 比安卡, M. J. 波莱尔:《1980年维也纳货物销售合同公约评述》,1987年英文版,第 51 52 53 52 57 58 60页。
- ② 王贵国:《〈联合国国际货物销售合同公约〉的适用范围及解释原则》,载《中国国际法年刊》(1989)。
- ⑥⑧⑨⑪⑮ 对外贸易经济合作部条约法司编译:《国际商事合同通则》,法律出版社 1997年,第 5 5 6 6 5页。
- ⑦ 王保树主编:《商事法论集》(第 1卷),法律出版社 1997年,第 478- 495页。
- ⑩ 沈达明、冯大同编著:《国际贸易法新论》,法律出版社 1989年版,第 20页。

(责任编辑 车 英)