

# 论CISG中商事惯例默示同意的适用标准

李 想

华东政法大学国际法学院, 上海

收稿日期: 2023年11月2日; 录用日期: 2023年12月29日; 发布日期: 2024年1月8日

## 摘 要

CISG第9条第2款中的商事惯例在性质上不同于国际习惯, 惯例不是国际法渊源, 不具有法律规范的性质。主观论认为, 商事惯例的约束力来源于双方当事人对于适用这一惯例规则的一致同意。商事惯例不具有法律上的效力, 其效力来源于当事人的合意适用, 即使这种合意是“默示的”。联合国国际贸易法委员会在制定CISG第9条第2款时也意图将主观论标准纳入其中。默示同意也是一种意思表示, 默示不等于沉默, 是以当事人通过间接的、需要加以解释方可确定的方式而为的合意。判断一项商事惯例是否构成CISG中的默示同意, 需要考虑双方当事人的交易次数和交易情况、双方当事人时候是否达成合意。当双方当事人悬而未决是否适用惯例时, 应当采取谨慎态度不轻易视为默示同意。

## 关键词

CISG, 商事惯例, 默示同意

# On the Applicable Standard of Implied Consent for Commercial Usages in CISG

Xiang Li

School of International Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Nov. 2<sup>nd</sup>, 2023; accepted: Dec. 29<sup>th</sup>, 2023; published: Jan. 8<sup>th</sup>, 2024

## Abstract

Commercial usages in article 9, paragraph 2, of the CISG are different in nature from international customs in that they are not a source of international law and do not have the character of legal norms. The subjective view is that the binding force of a commercial usage arises from the agreement of the parties to apply the rules of the practice. Commercial usages do not have legal effects, but rather their effects derive from the consent of the parties to their application, i.e., such consent

is “implied”, a criterion that UNCITRAL also intended to incorporate in its formulation of article 9, paragraph 2, of the CISG, which is subjective in nature. Implied consent is also an expression of will, and implied consent is not the same as silence, but is the consent of the parties by means of an indirect method that requires interpretation to be ascertained. In determining whether a commercial usage constituted implied consent for the purposes of the CISG, it was necessary to take into account the number and circumstances of the transactions between the parties, whether or not the parties had reached an agreement at the time. Where the parties are in doubt as to whether a practice applies, caution should be taken not to apply implied consent lightly.

## Keywords

CISG, Commercial Usages, Implied Consent

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 引言

CISG 第 9 条第 1 款规定，双方当事人业已同意的任何惯例和他们之间确定的任何习惯做法，对双方当事人均有约束力。第 2 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。从该条第 1 款中可以得知，在双方当事人明示同意的情况下，惯例可以成为合同内容并对双方产生约束力。但该条第 2 款规定的内容比较模糊，从文义上看商事惯例可以被双方当事人默示同意，但似乎又受到“双方当事人已知道或理应知道”、“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”的条件限制。这些条件的模糊表述使得国际商事惯例效力来源的争议在该款中延续，进一步对国际商事惯例的识别适用造成影响，并影响国际商事活动。因此，必须明确 CISG 第 9 条第 2 款商事惯例默示同意的标准，这样才能具体落实国际贸易合同的权利义务，促进国际贸易良性发展。

## 2. CISG 中商事惯例的性质界定

### 2.1. 区分习惯和惯例

国际习惯和国际惯例的辨析是国际法上老生常谈的话题。根据国际公法学之一般通说，国际习惯是国际法最古老、最原始的渊源，是在国际交往中，经国家反复多次的实践，被世界各国公认为法律之间形成的不成文的行为规则；而国际惯例是指在实践中尚未形成法律约束力的通常做法[1]。从中可以看出，在公法上，习惯和惯例是泾渭分明的，最显著的区别是习惯具有法律属性，包含物质要素(反复多次实践)和心理要素(被世界各国公认为法律)，而惯例只是一种客观实践行为不具有法律属性。这也恰好符合实证法学要求的判断是否为法律规范三个要件，即普遍性(一般性)、权威性(强制性) [2]。但在国际经济法领域，习惯和惯例的边界常常被模糊化。商人们为了共同需要建立国际商事惯例，商事活动中的当事人为追求良好的商事信誉和充分的意思自治，将国际仲裁作为其首选的纠纷解决机制，而仲裁通常会以尚未形成法律的商事惯例作为仲裁裁决的依据。因此在国际贸易和国际商事活动中，国际惯例的权威性和制裁力被放大，人们也不再强调国际习惯和国际惯例的区别常将二者混为一谈。

与此同时，也有学者提出了一种新的学说——准法律说。该学说认为，目前国际商事惯例属于法律的观点还没有被广泛接受，其尚不具有一般的、当然的法律拘束力；但不得不承认，在国际商事社会这一特殊背景下，纵使国际商事惯例不具有完全的法律性质，也必定具有其特定的法律性质<sup>[3]</sup>。该观点颇具新意，似乎具有一定可采性。

笔者认为，在对商事惯例定性时，需要将其与国际习惯相区分，二者不得混为一谈，原因如下：首先，国际习惯是国际法的重要组成部分，如果把商事惯例视为习惯，那么则表示各国对商事惯例态度上已经具备了“法律确信”的心理因素，而这与实际不符。比如，德国法院在判决中依据 CISG 适用商事惯例，要求该惯例必须具有“国际性”且被普遍遵守，法院通常会考虑争议案例在商事社会的影响范围、持续时间和频率，<sup>1</sup>可见其在适用商事惯例作为判决依据时的态度是十分谨慎的。其次，由于现代运输和通讯技术的发展，国际贸易中的商事惯例的存在数不胜数且只会越来越多，若将商事惯例和国际习惯一视同仁对待，则会导致国际法泛滥，当事人无法完全了解惯例内容，也无法预见在履行合同过程中需要承担的义务，这会给国际商事活动的当事人增添负担，阻碍贸易发展。此外，CISG 第 8 条第 3 款规定：“在确定一方当事人的旨意或一个通情达理的人应有的理解时，应适当地考虑到与事实有关的一切情况，包括谈判情形、当事人之间确立的任何习惯做法、惯例和当事人其后的任何行为。”该款允许采用商事惯例来推断当事人的真实意思表示，根据其第 9 条的关系进行体系解释可知，商事惯例不应成为直接确定双方当事人权利义务的法律依据，而是一种确立当事人真实意思表示的辅助工具。

## 2.2. 明确 CISG 第 9 条第 2 款中商事惯例的限制

从条文内容上看，第 9 条第 2 款规定的自动地默示地适用于合同双方的国际贸易惯例具有以下两个条件：

第一，适用双方当事人知道或理应知道的惯例。此为界定这类惯例的主观条件，即要求某项规则被当作客观的商事惯例而采用时，应当是双方当事人能够合理预见、知道或应当知道的。这是确定双方当事人是否默示地同意采用某一惯例时重要的判断标准。主观条件要从当事人主观状态来分析其是否知道某一惯例，并不受其是否实际了解、知道惯例的具体内容等条件的影响。

第二，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。此为界定这类惯例的客观条件。这就要求此类惯例在国际贸易中有普遍性，能够在国际上被普遍的接受与认可。此条件的设置进一步保护了国际贸易中处于信息不对称劣势地位的一方当事人，避免其在不了解惯例内容的情况下，合同相对方将一些区域性小范围的商事惯例用于该交易中。防止恶意相对人滥用该条款损害当事人利益。

此外，第 9 条第 2 款中还有一句话也不能忽视，“除非另有协议”就是在提醒合同双方当事人，对其不了解的惯例，有不利影响的惯例或者自己不愿意适用的惯例要予以特别的关注，如果未在合同中予以排除，相关的国际贸易惯例便会对其产生约束作用。

综上，商事惯例在性质上不属于国际习惯，不能被视为法律规范。但是要承认的一点是，商事惯例具有约束力，只不过这种约束力不是法律约束力。

## 3. 商惯例的效力来源

关于商事惯例的效力来源，学界主流存在两种观点。主观论者认为，国际商事惯例的约束力起始于当事双方所达成的应用这些规则的同意，也就是说只有当事人知道这些规则并将其纳入合同中，惯例才能被适用。这种观点的本质是以当事人意思自治为基础，通过将纳入其中的商事惯例作为合同的一部分

<sup>1</sup> 详见【德】C.W.卡纳里斯在《德国商法》中的观点。

而取得对当事人的契约效力。在主观论下，当事双方可以以合意的方式将商事惯例纳入合同，这种合意可以是明示的，也可以是默示的。但无论是明示还是默示同意，在主观论下都要求当事人对惯例的适用具有合意，故惯例适用与否由当事人的主观意志来决定，当事人真实意思表示完全决定了权利义务的具体内容以及合同的履行情况。据此，如果一方当事人根本不知道某惯例，也就不会存在适用该惯例的合意，那么也就不应适用该惯例。CISG 第 9 条第 1 款规定了当事双方间的明示同意，第 2 款规定了默示同意，因此，若要根据第 9 条将惯例施以当事人，当事人双方必须有意思表示，即明示或默示的同意。

相反，客观论认为当事人合意并不能决定商事惯例的适用，与国内法中的任意性规则相同，商事惯例作为一种非强制性规则，也具有解释和补充合同的作用，它的约束力来源于其自身而非基于当事人之间的协议。

根据客观论，当事人无须通过主观层面的合意对惯例进行选择，只要满足相应的客观要件，惯例可以被自动适用。即使 CISG 第 9 条第 2 款中增加了主观要件“当事各方通晓或理应通晓”，并规定了易于与主观论联系起来“默示同意”，但该要件与当事各方意图适用商事惯例的意思表示大相径庭，满足这一要件也并不象征着当事人的真实合意真正的存在<sup>[4]</sup>。进一步说，即使缺乏当事人的同意，也可适用于一方当事人不知甚至双方当事人均不知惯例的情形。CISG 第 9 条第 1 款规定了当事方之间已确立有效的惯例，第 2 款对即便没有任何协商也在合同双方间有约束力的其他有关惯例作了区分，包含在第 2 款项下的国际惯例因已被商人群体广泛适用而具有规范效力，即 CISG 已经承认了贸易惯例的规范价值，它的约束作用并非基于当事人同意，而是具有当然约束效力。

两种学说产生冲突的原因，本质上又回到了对“习惯”和“惯例”的理解不同。主观论者通常认为，惯例是客观行为的重复性体现，也就是在一定时期内频繁往复地做某件事或不做某件事的客观事实，只是习惯国际法的一个要素。因此，真正独立于制定法的法律渊源是习惯。相对地，只具有契约性的惯例之所以能够约束当事人，是因为惯例已经得到了当事人的同意，并将其纳入了他们的合同，而不是因为惯例本身的约束力。因此，只有当当事方知道并试图将其纳入合同时，才能适用惯例。将习惯与惯例分别纳入法律渊源和行为方式的范畴，不属于法律渊源的惯例本身自然不具有约束力，当事人的意志才是适用它的基础。<sup>2</sup>客观论者通常对习惯与惯例不作区分，统一地认为两者对当事人都有约束力。

值得注意的是，在论证国际商事惯例的效力来源时，客观论者提到，历史法学下，法律是在体现社会大众精神的过程中自然而然产生的，源自社会而非特定制定机构。而主观论者则大概率更偏向于认为习惯法是由经国家认可和依赖国家强制力保证实施的众多习惯组成的法，必须具备这样特定条件的习惯才能成为法的渊源<sup>[5]</sup>。但国际商事惯例并不是基以国家意志主导后的产物，故不能将其称之为法。两种观点的分歧是由于“法”有狭义与广义的区分。上述客观论者对“法”的阐释均指向广义范围的“法”，而主观论者阐述的“法”则为狭义范围的“法”。其实恰如历史法学派萨维尼所言：“同一民族的法律在不同时期可能千差万别，可能呈现为原始习惯法，可能呈现为人为地创设出来的实在法。但无论以何种法律形式出现，都很明显不可能在相互交织的两者之间存在清晰的界线。”如果按照客观论者的说法，把除国家立法机关以外的其他机构、团体及组织等制定的对权利义务进行约束的规定都作为狭义的法律，赋予其高度的法律约束力，那么对当事人过于苛责，也难免有些不切实际。同时，还有部分客观论者认为，虽然表面上看，国际商事惯例因为不属于强制性规范而不具备强制效力，而且仲裁裁决必须依据法院的裁决才具有强制执行效力，但是这并不代表国际商事惯例不具备丝毫与之相应的制裁力。其制裁力的表现形式并不是如国内法那样来源于国家意志，而是来自于社会中其他意义的制裁力，如经济利益、道德要求与商业信誉，而非来自国家的强制力不能成为强制性或制裁力的来源。但事实上，商业信誉、经济

<sup>2</sup> 详见【英】詹宁斯·瓦次在《奥本海国际法》第一卷第一分册中的观点。

利益等方面的强制性只能被归结为更高层次的道德标准，而通常认为法律是社会可接受的最低道德标准，可以称被法律转化的那部分道德标准具有社会必须遵守的法律约束力，却不能要求高于法律的那部分道德标准所有人都必须遵守。

总结主观论和客观论，可以得出：主观论者认为国际商事惯例的约束力源始于当事方的同意，客观论者认为源始于其自身的规范性。二者对惯例效力来源的不同见解源于二者对惯例的概念界定不同，主观论者通常对惯例和习惯进行区分，认为惯例和习惯的效力不同，客观论者则不加以区分。而且国际商事惯例并不是基以国家意志主导后的产物，故不能将其称之为法，因此商事惯例不具有法律上的约束力。综上，笔者认为，相比于客观论，主观论的观点根据有可采性。当然，赞同主观论也并不是完全否认商事惯例的约束力，商事惯例的效力来源于当事人的合意适用，即是这种合意是“默示的”。公约第9条第2款中“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或理应知道的惯例”也反映出了反映出联合国国际贸易法委员会在制定 CISG 时将主观论标准纳入其中的意图。

#### 4. 默示同意的判断标准

默示并不等于不作为。默示也不同于“缄默”，即不采取任何措施，同时没有作出意思表示；而默示具有意思表示，只不过不通过书面或者口头来表示。《民法典》第140条规定：“行为人可以明示或者默示作出意思表示。沉默只有在有法律规定、当事人约定或者符合当事人之间的交易习惯时，才可以视为意思表示。” CISG 第18条第1款规定了作出承诺的方式：“被发价人声明或做出其他行为表示同意一项发价，即是接受，缄默或不行动本身不等于接受。”此规定与我国《民法典》规定意思一致，即单纯的沉默没有意思表示存在，不得视为承诺的达成。CISG 第18条第3款规定：“如果根据该项发价或依照当事人之间确立的习惯做法和惯例，被发价人可以做出某种行为，例如与发运货物或支付价款有关的行为，来表示同意，而无须向发价人发出通知，则接受于该项行为做出时生效，但该项行为必须在上一款所规定的期间内做出。”该款属于意思实现，规定承诺可以通过行为达成，需要根据双方之间的交易习惯做出，此时无须明确的意思表示。

根据以上条款，再结合 CISG 第9条(1)(2)款对明示同意和默示同意的并列规定，可以得知，默示同意并不是处于明示同意的对立面。默示意思表示既可以是借行为推定的，也可以是法律拟制的；既可以是当事人合意约定的，也可以是法律进行规定的，还可以根据习惯等情况得出。但即使明确了默示一词的内涵，“默示”一词模糊的外延，也会在合同履行时使当事人心生困惑，还可能在发生争议时使裁判者陷入两难，甚至导致裁量权的滥用。因此在看待默示同意和明示同意的关系时，应当更看重二者统一的一面。

在界定默示同意的标准时，应当注意，明示同意是当事人通过直接的、不需要加以解释的便可以得出结论的方式而为的合意；而默示同意则是当事人通过间接的、需要加以解释方可确定的方式而为的合意。无论是明示同意还是默示同意，只有当事人对商事惯例的适用作出同意的意思表示时，该商事惯例才能成为当事人权利义务的一部分。而当这种同意是通过直接的、明确的表达之外的方式作出的，才处于默示同意这个概念的范畴内。默示同意有别于狭义明示同意的本质特征在于表意方式的间接性，表示行为并不构成二者的本质区别。

实际上，默示同意条款的规定，与其说是将是否适用某一惯例的选择权赋予当事人，不如说是将选择权赋予了法官。这种所谓的默示同意，它实际上是法官根据案件具体情况对当事人合意施加实质性影响的一种机制，赋予了法官自由裁量的权力<sup>[6]</sup>。这种法官为依其意思去进行裁判的方式，不能百分之百反映当事人真实的意图，却能百分之百反映法官的意图。也正是基于此，要求裁判者考虑属于当事人的默示同意，是为了实现解释的精确性，并使缔约方各种隐含的意思表示也能发生效力；而不是通过把惯

例当作外部客观规范，把当事人并没有想到要承担的义务强加给当事人。所以，被默示同意的商事惯例起的是对合同的补充作用，它不能与合同明文相抵触。

要解决合同上的商事惯例纠纷，还是要从问题产生的根源——当事人双方在合同中有没有明示是否适用某项惯例出发，才能对症下药。事实上要把合同条款制定得毫无歧义几乎是不可能的。在订立合同时，要预期所有可能发生的情况并在合同中规定在每种可能的意外事件中应该做些什么是不可能的事。由于未预见到将来会对某一问题产生争议，在订立合同时当事人很可能就不会对该问题作出合意；或者由于双方急于达成交易，没有过多时间进行谈判，也没有订立更为详尽的合同，便仅就一部分事项达成协议，有意地将其余事项留给法院补充；再或者由于某一问题本身就很复杂，双方对其难以达成一致意见，因此决定之后由法院裁决。笔者认为，合同中常有三种情况当事人没有规定争议惯例：(1) 双方当事人早已达成一致并一直保持的交易惯例，双方认为无需写入合同也会予以遵守；(2) 双方当事人悬而未决是否予以适用的惯例；(3) 双方当事人未能预见或考虑到需要适用的惯例。

对此，判断一项商事惯例是否属于当事人默示同意的内容，就需要考虑以下几点：(1) 通过考察双方当事人以往的交易次数及交易情况，认定双方是否形成早已达成一致并一直保持的交易惯例；(2) 对于需就双方均未能预见或考虑到的情况适用的惯例，应先使双方尽量达成合意，若可以形成事后合意，则依双方合意进行，若无法达成合意，则无法适用该争议惯例，因为此时双方在订立合同时均不知道该惯例，强行适用就是给当事人增加其无法预见的义务；(3) 对于双方悬而未决是否适用的惯例，应予以适用，但须持谨慎及限制态度，因为既然是悬而未决的惯例，说明当事人双方对此惯例均知情，只是在哪一方该承担此义务时有所争议，如果是涉及合同重要条款的交易惯例，双方甚至很难达成继续进行交易的合意，但既然双方已继续合同，表明义务承担方对自己应承担的义务是知情的，继续订立并履行合同只是抱着侥幸的心理，期望不会发生争议惯例的情况，或期待在争议发生时，以未在合同中约定为由排除自己应承担的义务。但这种对惯例的适用必须谨慎处理，须由当事人进行举证证明双方曾就此问题进行过磋商。至于如何区分是“未能预见”的情况还是“悬而未决”的情况，可以通过主张一方对合同磋商、订立及履行的各过程进行举证，考察双方以往的交易情况，包括双方当事人之间、各方当事人与其他同类商事主体之间的交易情况，作为判断“当事人是否应该是知道该惯例的”依据。

## 参考文献

- [1] 王虎华. 国际公法学[M]. 第四版. 北京: 北京大学出版社, 2015: 18-19.
- [2] 程德钧. 国际惯例与涉外仲裁[M]. 北京: 中国青年出版社, 1993: 55-56.
- [3] 单文华. 国际贸易惯例基本理论问题研究[D]: [博士学位论文]. 厦门: 厦门大学, 1996.
- [4] 左海聪. 论《联合国国际货物销售合同公约》中商事惯例的规范效力——基于公约第9条第2款的分析[J]. 法学评论, 2017(2): 114-125.
- [5] 马长山. 法理学[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2009: 78.
- [6] 江保国. 法律选择权研究: 审视冲突法的权利视角[D]: [博士学位论文]. 重庆: 西南政法大学, 2009.