

 搜索

学科重点

- ▲ 世界经济研究
- ▲ 中国国际地位报告
- ▲ 经济强国研究
- ▲ 新开放观研究

权威报告

- ◆ 国际组织
- ◆ 中国政府
- ◆ 各国政府
- ◆ 研究机构
- ◆ 专家报告

学科资源

- ▶ 科研成果
- ▶ 承担课题
- ▶ 学术活动
- ▶ 获奖情况

站点工具

- 联系我们
- 关于网站

也谈“按国际惯例办事”

作者:王中美 时间:2006-7-4 16:34:08 阅读:689

内容摘要: 尊重国际惯例,按国际惯例办事,是对外开放的一个重要方面。近年来,特别是我国加入WTO后,“按国际惯例办事”成为国内广泛提倡的一项观念。本文逐一明晰“什么是国际惯例”、“什么是按国际惯例办事”以及“如何按国际惯例办事”三个问题。

关键词: 国际惯例 国际习惯 国际商务惯例 约束力
 作者简介: 王中美,女,1977-,福建漳州人。上海社会科学院助理研究员,法学博士,理论经济学博士后。研究方向为国际经济法、世界经济。邮址:上海市淮海中路622弄7号上海社科院世界经济研究所国际贸易室,200020

尊重国际惯例,按国际惯例办事,是对外开放的一个重要方面。中国已经成为国际政治、经济、文化交往的重要参与者,国际惯例越来越多地影响到这个国家和它的企业、个人。同时,这个国家和它的企业、个人也正在影响国际惯例的形成与发展。近年来,特别是我国加入WTO后,“按国际惯例办事”成为国内广泛提倡的一项观念。尽管观念本身已普及,对于目前的国内实践,仍有必要厘清什么是国际惯例、什么是按国际惯例办事以及如何按国际惯例办事。

一、明晰“国际惯例”的定义

1945年《国际法院规约》第38条第1款规定:“(国际)法院对于陈诉各项争端,应依国际法裁判之,裁判时应适用:(子)不论普通或特别国际协议,确立诉讼当事国明白承认之规条者;(丑)国际习惯,作为通例之证明而经接受为法律者;(寅)一般法律原则为文明国家所承认者;(卯)在五十九条规定之下,司法判例及各国权威最高之公法家学说,作为确定法律原则之补助资料者”。该条确认了国际法的几种渊源,即国际法的表现形式。其中国际习惯被认为是国际法形式,二十世纪之前的国际法被认为



投稿注册

用户
 密码



管理登陆

用户
 密码



友情链接

- 中国社会科学院世界经济与政治研究所
- 复旦大学世界经济研究所
- 上海社会科学院欧洲研究中心
- 华师大商学院金融系
- 国研网
- 中国经济信息网
- 中国经济学教育科研网
- 中评网
- 北大中国经济研究中心
- 南开大学经济学院
- 上海对外贸易学院
- 上海WTO事务咨询中心
- 联合国贸发会议
- 世界银行
- 美国经济研究局
- 国际货币基金组织
- 亚洲开发银行

主要都是不成文的习惯法，而条约和法律一般原则等后来发展出来的其他形式，都被认为在效力上仍是以国际习惯法为依据。

《国际法院规约》第38条第1款使用的是“international custom”一词，国内普遍将之译为“国际习惯”，但实际上，中文“习惯”与“惯例”的区分是不明确的。我国外交和国内法规中几乎使用的都是“国际惯例”一词。1986年《民法通则》第142条规定：“中华人民共和国法律 and 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”。该条款被认为是我国法律中首次明确承认国际惯例在国内的直接适用性。但对于此处“国际惯例”与“国际习惯”是否存在差别，并无任何权威的解释。学者一般认为，国际习惯在国际公法上较为常用，即适用于国家与国家之间的关系，而国际惯例则在国际民商法或经济法中较为常用，即主要适用于民事平等关系。

不论是国际习惯还是国际惯例，如果要具有国际法上的约束力，都必须满足两个要件，即：（1）作为通例（general practice）之证明；（2）经接受为法律者（又称为法律确信，*opinion juris*）。所谓通例的证明，指的是该项习惯或惯例是经长期的重复实践确立的；所谓经接受为法律者，指的是国家承认惯例所形成的规则有法律拘束力。另外，国际习惯或惯例区别于国际条约的重要特征是，它是不成文的，因此在确认哪些是属于国际法渊源的国际习惯或惯例时，难免多生争议。特别是在国际经济领域，由于各国利益分歧较大，能被接受为法律者的国际习惯并不容易得到确立。

二、理清“按国际惯例办事”的含义

目前，国内广泛使用的“国际惯例”一词已是十分广义的，不仅包括民间经贸惯例，也包括国际公法含义上的国际习惯。而国内所称“按国际惯例办事”，也就相应包括了两方面的含义：（1）国家或代表国家的政府，在对外交往上按照国际习惯来处理彼此的权利义务关系，在对内管理中如果系涉外活动的，在国内法或签订的条约没有规定的情况下，依照国际习惯来操作；（2）民事主体在平等的经济交往（贸易、投资或金融活动）中，在双方无约定的情况下，也应当遵守通行的国际惯例。

但是，首先必须明确的是，并不是所有外国已有的实践或做法，特别是一些发达国家的实践或做法，就被当然地认为是“国际惯例”，就被认为是应当遵守的。具有国际法上效力，能够拘束国家、国际组织、企业或个人的国际惯例，必须满足前述两项要件。而要证明一项国际上已经存在的做法符合这两项要件，特别是第（2）项要件，即被公认为法律者，并不简单。任何一个国家或其他主体自行宣称某项做法已经构成国际惯例，是没有任何效力的。简单来说，国际

惯例的形成，是通过反复的实践，为公共所默认和遵守，其存在本身是客观的，包括其要件之一的公共认知本身也应当是客观表现出来的。

其次，一些国际惯例，特别是国际经贸惯例，由于公共认知明确，经由一些国际组织编纂，从不成文形式转变为成文形式，但并不影响其作为国际惯例的定性和约束力。如经国际商会编纂的《国际贸易术语解释通则》及《跟单信用证统一惯例》等，巴塞尔委员会编纂的《关于统一国际银行资本衡量和资本标准的报告》等，英国劳合社编纂的《劳氏海上救助合同标准格式》等，都是由国际性民间组织将国际商务惯例中比较定型的行为规范和行为准则，分门别类，编纂成文，供当事人选择使用或各国立法参照。所以，现代的国际惯例，有相当多数是成文的，这些成文的国际惯例，由于编纂者的声望（如国际商会），普遍接受度很高，可直接证明其公共认知性。

最后，在提倡“按国际惯例办事”的概念时，还应注意区分不同类型国际惯例的约束力，因为目前国内使用的国际惯例一词是如此广义。一般认为，以国家为约束对象的国际习惯中只有被确认为国际强行法的规则，才能具有当然的直接约束力，其他国际习惯，并不能约束那些一直对之表示反对的国家，即一个国家可以因为一贯的否认态度而不受某项被其他大多数国家接受的国际习惯。但是，显然，被绝大多数国家所接受的国际习惯，一般都反映了人类社会的共同利益，因此一个国家很少会对之坚持反对。所以，除了在理论上仍然有国际习惯不被适用的可能，在实践中大多认为各国应当遵守被确认为国际法的国际习惯。

而对于那些以民事主体为约束对象的国际惯例，则从最初都被认为是灵活适用的，当事人可以选择适用，也可以约定排除适用。在通常情况下，国际经济交往的当事人不仅可以决定是否采用及采用何种国际惯例，而且可以在采用某一惯例时对其内容加以修改。但是，如果国际经贸关系的当事人没有明确排除某项惯例的适用或者在合同中明确约定相关权利义务，那么一旦发生争端诉诸法院或仲裁机构，这些裁判机构将按照国际惯例来确定当事人之间的权利义务。所以，为避免不愿意适用的国际惯例对己产生约束力，当事人可以尽先通过共同约定排除或修改某项国际惯例。

所以，“按国际惯例办事”应当区分两种情况：国家在国际交往中应当遵守国际习惯；国际经贸惯例的遵守却不是一项国际义务，当事人并非当然必须遵守这些国际经贸惯例，但是当事人没有约定的情况下国际经贸惯例具有推定的约束力。不论国际惯例是否具有当然的约束力，作为通例证明的国际惯例，一般被认为代表着一种国际实践的倾向，学习与了解这些国际惯例，是国家和其他主体在国际政治、经

济、社会交往中更好掌握其权利义务和争取正当利益的必要基础。中国现在提倡“按国际惯例办事”可以说就是基于这样的考虑。

三、如何在实践中贯彻“按国际惯例办事”

邓小平同志曾经说过：“总结历史经验，中国长期处于停滞和落后状态的一个重要原因是闭关自守。经验证明，关起门来搞建设是不能成功的，中国的发展离不开世界。”而实践证明，中国经济的高速发展，相当程度得益于对外开放。如果说，最初的对外开放更多强调的是务实层面的开放，如市场的开放、管制的放松以及待遇的均等，那么，当开放达到一定程度，现在更多需强调的是务虚层面的开放，包括观念的开放、规则的公平、政策的透明等。而“按国际惯例办事”正是务虚层面的开放的重要内容。

“按国际惯例办事”的提倡，是我国新时期的开放政策的重要特征。市场经济是法制经济，市场经济中的一切活动都需要法律的规范、引导、制约和保障。法制环境的完善是可持续发展的国民经济的重要条件。过去粗放型的对外经济交往正在转向更细致更高层次的全球竞争，在这种背景下，对外经济交往中按照国际条约或国际惯例办事，能够提高本国的软环境和加强本国的竞争力。

从几十年来的开放经验来看，中国正在各领域努力靠近国际标准，“按国际惯例办事”已经取得了相当的成效。作为国家，在对外交往中遵守和运用国际条约和国际惯例，在法律法规中引入了许多重要的国际惯例，并在政府执政中强调依法办事，强调在涉外管理中尊重国际惯例；作为企业、个人和其他组织，更多地学习和熟悉国际惯例，在对外民事往来中能够接受国际惯例的约束，并利用国际惯例争取己身的利益。

实际上，中国这样一个大国绝不可能置身于全球化之外，“按国际惯例办事”就好像掌握和运用参与全球化的一门重要语言。相应地，如果不按国际惯例办事，就会被边缘化，好比掩耳盗铃之人，即使你对国际惯例置若罔闻，并不能排除国际惯例的约束力和影响力。

必须承认的是，在中国仍然存在很多不按国际惯例办事的做法，不论是政府还是民间，离观念的全面转变仍有距离。比如政府在招商引资的过程中，不按公布的规则办事，程序不透明，仍然有官僚作派和暗箱操作，在标准上存在歧视等；企业不熟悉国际相关操作，在对外经济交往上不善于保护自己，遭受不应有的损害后又不懂得争取自身权益，处处被动。不按国际惯例办事的后果，是在开放效果上落人口实，招致诟病；在开放收益上，容易扭曲和受损，并未充分实现应有效率；在开放深入上，缺乏可持续性，不符合国际发展趋势。

不按国际惯例办事另一个相反表现是，一些行业、机构

或企业在采用某种新的做法时动辄称“依据国际惯例”，但是实际上不过是某个国家或者某个跨国大企业的经验，并不构成国际惯例。而一些政府部门或机构在某项新规定或措施出台时，在加注“与国际惯例接轨”时，也应当多做考证，最好引用国际文件做为佐证。必须强调的是，“国际惯例”不应只是个空洞的可以随时借用的概念，而是客观存在的法规群。

另外，与国际条约不同，相当多数的国际惯例仍然具有不确定性，即使是同一概念的解释仍然存在很多分歧，在遵守国际惯例的同时，也可以充分利用国际惯例留有的余地。对于国家和政府而言，不顾本国基本情况盲目跟从其他国家的标准或要求，并非明智，也未能充分理解国际惯例的含义。被各国所共同接受的国际惯例必然反映了国际社会共存的基本利益，它不应当违反了各国的个别利益，各国接受国际惯例的基本前提应当是自身利益的考量。所以，我们在接受或采纳向国际惯例和国际标准靠拢的执政做法时，必须考虑到我国仍然是一个发展中国家的现实，多做调查研究和听证，紧密结合具体实际，恰当地把握国际惯例和其他一些国家成功的经验，防止一种倾向掩盖另一种倾向。

而对于企业、个人或其他组织等民事主体而言，大多数的国际经贸惯例提供了充分的弹性。虽然民事主体可以单方面采用某项国际惯例，遵从某项较高的标准，但在双方的交往关系中，该国际惯例的适用性可以被共同的约定排除或缩减。因此，对于民事主体而言，标榜“与国际惯例接轨”可以表现出较先进的姿态，但并不意味着对方必须接受这样的标准。当然，尽管在涉外交往中，国际经贸惯例可以被排除和修改，仍然应当警惕，如果没有做这样的排除或修改时，该国际经贸惯例仍然能约束不情愿的当事人。

“按国际惯例办事”是一种开放的态度，也是一种讲求国际诚信的表现。但是明晰国际惯例的界定，了解国际惯例的约束力的界限所在，是遵守和利用国际惯例的基础。就目前而言，整理和编纂不同领域已有的国际惯例，并向更多的主体，包括政府、企业、个人等普及国际惯例所代表的法规群的内容，可能是十分迫切和有意义的。

参考文献：

- [1] 施米托夫. 国际贸易法文选[M]. 中国大百科全书出版社, 1993.
- [2] 劳特派特修订. 奥本海国际法上卷第一分册[M], 石蒂、陈健译. 北京: 商务印书馆, 1971.
- [3] 周鲠生. 国际法[M]. 北京: 商务印书馆, 1981.
- [4] 王铁崖主编. 国际法[M]. 北京: 法律出版社, 1995.
- [5] Brownlie. *Principles of Public International Law*(5th

ed.) [M]. Oxford University Press, 1998.

[6] Mahfuzur Raman. *World Economic Issues at The United Nations Half A Century of Debate*[M]. Kluwer Academic Publishers, 2002.

[返回](#)

[版权申明](#) [免责条款](#) [隐私保护](#)

2005年 上海社会科学院世界经济研究所版权所有