



关于领取出口许可证的责任

陶正华

目前世界大多数国家和地区都实行进出口许可证制度。按照规定领取许可证,是国际买卖合同当事人必须履行的一项法定义务。但当事人领取许可证时究竟负什么责任,则至今仍有争论。它涉及到如何理解合同中有关领取许可证的条款,如何解释合同中采用的贸易术语对许可证问题的规定,以及如何看待政府禁止进出口对领取许可证责任的影响这样三个问题。鉴于领取进出口许可证的情形基本相同,而有关领取许可证责任的争论和案件又主要涉及出口许可证,所以本文围绕上述三个问题对领取出口许可证的责任问题作一探讨。

在当代国际货物买卖合同中,当事人一般都采用一种贸易术语(如 FOB、C&F、CIF等)来规定合同的性质。这些术语被用来作为计算买卖商品的价格条件,说明买卖双方的权利和义务,明确风险和商品所有权转移的界线,其中也规定了当事人领取出口许可证的责任。但是,在许多买卖合同中,除采用一个贸易术语外,常常还订有专门条款具体规定领取出口许可证的问题。其中又可分为两种情形。

一种是合同或合同约定适用的某种贸易协会规则明确规定,卖方必须取得任何必要的出口许可证,未取得许可证不得作为免责的理由。这类合同加予卖方以领取出口许可证的绝对责任。这是人们所普遍同意的。但对于卖方按照合同规定已取得的出口许可证

后来又被政府撤销的情形,则有不同看法。在下文要讲的罗林配克斯案中就出现过这种情形。案中的买方主张,取得出口许可证是卖方的绝对责任,已取得的许可证即使后来才被撤销,卖方也不得主张不可抗力而免责。卖方则认为,它取得出口许可证就是已经履行了合同规定的义务,尔后政府禁止出口使许可证失效,属于不可抗力。受理该案的仲裁庭和法院都肯定了卖方的主张。

另一种情形是,合同中订有“以取得许可证为条件”、“以取得许可证为准”这一类条款从而使合同成为附有条件的合同时,这种合同赋予卖方领取出口许可证的责任则是相对的,即只要求卖方克尽职责地采取一切合理步骤去领取出口许可证。如果卖方能证明他确已尽力行动而仍不能领取许可证或不能满足政府规章的要求,或者要付出不能合理地指望他付出的代价,他就可以免除取得出口许可证的责任。或者,卖方虽没有努力去领取许可证,但能证明这种努力必然失败,也可免责。或者,卖方能证明他之不能领取出口许可证是买方不合作和配合的结果,当然也可免责。总之,领不到出口许可证时,卖方负举证责任;如果不能举证,就要负违约责任。因为,这正如英国著名的国际贸易法专家施米托夫在评一个案件时所指出的,“‘以……为条件’这一句话,不能认为是使对他有利的一方得以在任何情况下撤销合同的一项一般性的规避责任的条款。”如果卖方在完全有可能获得的时候没有去取得这种许可证,那他就是没有尽到最大的努力,就应负违约责任。

这一点也是人们所同意的。

至于买卖合同中订有“一旦领到出口许可证，立即交货”这样的条款，西方一些人认为这种合同规定卖方负有取得许可证的绝对责任，不成功的最好努力不能使其免责。这种观点似失之偏颇。订有“一旦”条款的买卖合同，从该条款的语义上讲，仅是一种附有条件的合同，它允许领到或领不到许可证这样两种可能性的出现。仔细比较不难看出，包含“一旦”条款的合同与包含“以…为条件”条款的合同一样，都是给予卖方以取得出口许可证的相对责任，同时也要求卖方不能取得出口许可证时负举证责任。

以上考察了合同中关于取得出口许可证的明文条款，而未涉及合同所采用的贸易术语本身对领取许可证责任的有关规定。其原因是，在理解和确定卖方领取出口许可证责任时，合同中规定的这些专门条款比起贸易术语本身的规定具有决定性的作用。贸易术语是由合同当事人在合同中采用后才产生约束力；而且，即使在合同中采用，仍可由当事人用明确的协议或合同条款来予以变更和修改。合同中关于取得许可证的专门条款应看作是并且实际上也是对合同所采用的贸易术语中有关规定的限制或修改，所以应作为确定领取许可证责任的主要依据，即使有关条款与术语原来的规定有矛盾。《1932年华沙—牛津规则》在第一条总则中就明确规定，“如本规则与合同发生矛盾时，应以合同为准。凡合同没有规定的事项，按照本规则的规定办理。”国际商会《1953年国际贸易术语解释通则》中也规定，“买卖双方在合同中所订定的特殊约定，其效力超越本通则的任何规定。”

二

当一个国际贸易合同中只采用某个贸易术语或某项贸易规则而未对领取出口许可证

问题另作具体规定时，关于取得出口许可证责任的争论也会产生。首先，在总体上，对这种合同中领取许可证的责任问题就有不同看法。一种意见认为，如果当事人没有特别规定使合同服从于许可证时，买方可以坚决主张卖方绝对地承担领取许可证和装上货物的义务，而不存在卖方不能取得许可证的任何借口。有人还认为这种意见似乎符合贸易术语FOB的定义。另一种意见则认为，在这种情形下，卖方仅负尽最大努力获得许可证这样一个有条件的保证。其次，在按照贸易术语和贸易规则的规定来确定领取出口许可证的责任时，由于各种贸易术语和贸易规则的不同规定以及对同一种术语的不同理解，对领取出口许可证责任的问题仍会发生争论。

不同贸易术语对卖方取得出口许可证的责任规定不同。即使是同一种贸易术语，在不同的国家和团体中也有不同的规定和解释。以FOB、C&F和CIF三个贸易术语为例。《1932年华沙—牛津规则》第14条第1款规定，“如合同规定的货物需要有出口许可证才能装船，卖方有责任承担费用，申请许可证，并竭力获得这种许可证的批准。”《美国对外贸易定义1941年修正本》关于FOB的定义中，除进口国指定内陆地点交货FOB外，都规定卖方“在买方请求并由其负担费用的情况下，协助买方取得原产地及/或装运地国家签发的为货物出口或在目的地进口所需的各种证件。”而国际商会1953年修订的《国际贸易价格术语解释通则》在FOB、C&F、CIF中对领取出口许可证问题都规定为，“卖方自负费用和 risk 领取出口许可证或政府所签发的有关货物出口的其他证件。”

西方一些贸易协会的规则对领取出口许可证的责任规定也不同。例如，《伦敦精糖协会规则》第21条规定，“买方须负责取得任何必要的进口许可证，而卖方须负责取得任何必要的出口许可证。如果按合同订立时的现行法规规定需要取得此种许可证，则不

得以未能取得许可证作为主张不可抗力的充分理由”。而《伦敦谷物协会规则》的禁止性条款则规定，“如合同由于禁止出口……或由于谷物产地或装运港所在地之国家的政府或代表政府作出的任何行政性或立法性法令而变得无法履行，取消合同”。

上述例子表明，贸易术语和贸易规则关于卖方领取出口许可证的责任迄今尚无一致的看法和解释。所以，确定国际买卖合同中卖方领取出口许可证的责任时，不仅要注意合同采用的是哪一种贸易术语和贸易规则，还要注意该术语和规则服从哪一种解释规则。在当前国际贸易实践中，最常遇到的和争论最多的问题是如何解释国际商会制订的贸易术语中关于卖方领取出口许可证责任的规定。

国际商会的FOB、C&F、CIF三个贸易术语是当今应用最广泛的贸易术语，它们的解释通则都规定卖方“自负费用和 risk”去领取出口许可证。从表面上看，这种规定好象是卖方须承担在领取许可证过程中可能遇到的一切风险，负有领取出口许可证的绝对责任而不能寻求免责。有人也解释说，凡合同中采用国际商会FOB术语者，卖方不得主张不可抗力。实际上，国际商会上述贸易术语关于领取出口许可证的规定与伦敦精糖协会规则中的明示禁止性规定不同，不能理解成卖方有领取出口许可证的绝对责任。

领取出口许可证，仅是FOB等贸易术语中规定的卖方应尽的各种义务之一，在措词上与卖方的其他义务无明显的区别。其中容易被理解为人理解为卖方负有绝对责任的自负“risk”一句，在卖方的装船义务的规定中也有，而且还在“risk”之前加上了“一切”二字！但从来无人把货物装船的规定看作是赋予卖方的绝对责任。术语中的这些规定都应该理解为仅是一般地规定了卖方应履行的义务，即在正常情况下应该履行的义务。另外，即使合同中未对领取许可证问题作出

规定，合同中的其他一些条款特别是不可抗力条款仍能对贸易术语有关许可证的规定产生影响和作用。

在国际买卖合同中，除采用贸易术语和其他一般性条款来规定当事人的权利和义务外，通常都专门订有不可抗力条款，规定在一定情况下合同可以推迟履行或者取消，有关当事人可以免责。这种条款对于合同所采用的贸易术语如同对于其他条款一样是适用的，实际上是对贸易术语应用范围的一种限制。举例说，在一个国际商会FOB买卖合同中，卖方责任之一是“在指定日期或期限内，将货物装上买方指定的船只”，“负担货物的一切费用和 risk，至货物在装运港装船越过船舷时为止”（除买方过失的两种情形外一引者注）。在正常情况下，卖方必须履行这一责任。但是，如果发生不可抗力事件致使卖方无法履行或无法按期履行装船责任时，根据合同中不可抗力条款的规定，卖方可以取消或推迟履行装船义务。这就是说，在发生不可抗力条款所规定的意外事件后，FOB贸易术语中关于卖方装船责任的一般性规定就不再适用而应根据不可抗力条款的规定来确定当事人的装船责任。这一点是无人会提出怀疑和异议的。对卖方领取出口许可证的责任，结论也应该是一样。退一步说，即使FOB贸易术语的原意是加予卖方取得出口许可证的绝对责任，但当它与合同中的不可抗力条款的规定发生矛盾时，也应以合同的这一明确约定为准。这一不可抗力条款应看作是对该贸易术语的限制和修改，否则它就无必要列出。其实，贸易术语之预先在当事人之间划分责任、费用和 risk 转移的界线，目的主要是提供一套关于双方当事人权利和义务的一般规则去代替一些具体的合同条款，以简化交易程序，缩短磋商时间，节省交易的开支和费用。贸易术语可被合同全盘采用，也可经当事人在合同中订立条款来增删、修改和变更后采用，而不是规定双

方当事人绝对不变的权利和义务。因此,采用国际商会贸易术语的合同中,只要没有明确条款规定卖方有绝对责任取得出口许可证,那末无论合同中订有“以取得许可证为条件”条款或“一旦取得许可证”条款还是根本不包含这类明确条款,贸易术语加予卖方领取许可证的责任与术语加予卖方的其他责任在性质上都是一样的,即都是相对的并且可以被双方当事人修改和变更的。这一点在国际商会《1953年国际贸易条件解释通则》中说得非常明白:“买卖双方得采用《一九五三年版通则》作为合同的基础,而依照有关行业的、或当时的、或个别的需要,另行增添或变动。”

三

在国际贸易中,政府通过拒绝签发出口许可证或撤销已签发的出口许可证来干预本国对外贸易的情形时有发生。最新的一个例子是,我国经贸部去年年底决定,从今年1月1日起,禁止铜、铝等6种商品出口。这些商品原已签发的出口许可证在有效期内仍然有效,但最长不超过今年2月28日,届时一律作废,不予延长。(见《人民日报》1988年12月21日第1版)许可证制度作为国家的强制性法规,是国际贸易当事人都必须遵守而不得自行变更或排除的。因此,一旦政府禁止出口,拒绝签发或撤销出口许可证时,必然会对卖方领取出口许可证责任和履行合同产生重大影响。在政府禁止出口的情形下,卖方能否援引政府的干预行为为不可抗力而主张免责,这是在探讨卖方领取出口许可证责任时必须研究确定的一个问题。

凡合同中明确规定卖方有绝对责任领取出口许可证的,卖方不能援引政府禁止出口、拒发或撤销出口证的行为为不可抗力而主张免责。在这类合同中,卖方有绝对义务领取许可证,否则就应该负违约责任。

凡合同中规定“以取得许可证为条件”或“一旦领到许可证,立即交货”的,或合同中只采用某种贸易术语而未对卖方领出口许可证作出明文规定的,政府禁止出口、拒发或撤销出口许可证对卖方领取出口许可证责任和履行合同的影响则不可能作出简单的和绝对的回答,而要区别情况分别对待。这首先要考察卖方的法律地位,另外还要考虑政府干预行为的目的与性质,卖方与政府干预行为是否有牵连以及事件发生前后他所采取的措施等因素。

卖方如果是自然人或者私营企业,政府拒发或撤销出口许可证对于他们来说一般确实是意外发生的不可抗力,应当免除或者推迟他们领取出口许可证的责任。但条件是,他们没有对政府的决定施加不正当影响或存在串通行为,他们尽了努力去申请许可证,事件发生后又作了适当处置。买方如果有异议,应负举证责任。异议一经证实,卖方应承担违约责任。

当卖方是一个国营企业或公司时,政府禁止出口、拒发或撤销出口许可证的行为能否成为它主张不可抗力的理由,则是一个被人称为“众所周知的并引起高度争议的问题”。对于公有制国家的国营企业来说,这个问题更是引起纷纷议论。举两个著名的案例来说明。1956年11月苏联外贸部因以色列入侵西奈半岛而撤销了苏联输出油集团已领取的向以色列两个公司输出燃料油的出口许可证并拒绝签发下一年度的出口许可证。卖方苏联国营公司根据合同中不可抗力条款宣称合同已被取消,但买方以色列公司反对,苏联仲裁委员会裁决支持卖方主张。在罗林配克斯案中,由于1974年秋甜菜严重减产,波兰政府决定停止食糖出口并撤回已签发的出口许可证。卖方波兰国营公司主张政府禁止出口属于不可抗力,买方英国公司宣称合同采用了《伦敦精糖协会规则》而赋予卖方领取许可证的绝对责任,英国仲裁庭和几级

法院都肯定了卖方的不可抗力主张。

这两案的裁决受到全世界的瞩目，同时也招致不少非议。两案中争议的问题主要集中在卖方取得出口许可证的责任和国营企业的法律地位这两点上。领取许可证责任问题已在前文叙述。关于国营企业的法律地位，争论的焦点是这两个国营公司是独立于政府之外的法人还仅是政府的机构。两案中的买方都提出，卖方国营公司是政府的机构，不得主张不可抗力。而卖方则都坚持，它们根据其本国法律是独立的法人，政府的禁止出口属于不可抗力。受理案件的有关仲裁庭和法院分别承认这两个卖方公司根据其本国法所具有的独立法律地位，并据此裁决政府干预行为为不可抗力。

一个国营企业如果按其本国法未与政府分离，那末一般都认为，政府禁止出口的干预行为对于该企业履行出口合同不构成不可抗力。因为该企业与政府是同一体，它们都应被看作合同的一方当事人而负连带责任，而根据合同法，合同当事人不得援引本身的行为来为自己不能履行合同辩护。但是，有两点需要指出。首先，如果政府的一项法律的或行政的干预措施具有普遍性效力而非专门指向某个国营企业，该企业似乎也应有与私营企业和具有法人资格的国营企业一样援引为不可抗力。其次，即使该企业不能援引政府干预为不可抗力，这也并不排除有时该企业或其政府可以援引主权活动原则（或叫国家行为原则）来主张免责。这点已为一些国家的司法实践所肯定。例如，美国上诉法院1971年指出，“政府的合同义务可以免除，如果因其主权活动使这些义务不能履行。”美国最高法院1925年曾一致肯定下面一项抗辩：“当合众国作为合同缔约者被诉时，对于因其作为主权者而作的公共的一般的行为而引起的阻碍个别合同的履行不负责任。”

当一个国营企业根据其本国法具有与国

家分离的独立法律人格时，情况就完全不同。作为企业法人，一个国营企业应和私营企业具有同样的民事权利和承担同样的民事责任。政府之禁止出口，对于这各别的国营企业来说如同对于私营企业一样，是不能预见、不能防止和避免的一种外部意外事件，应该作为免责理由。除非合同有相反规定，或有证据表明该企业与政府有串通行为或者未竭力采取领取许可证的措施等。但是，如果一个具有法人资格的国营企业被政府授权或委托而代理签订合同的，则政府的禁止出口的干预行为一般不得援引为不可抗力而要求免责，除非它能援引前述的主权活动原则。

否认国营企业可援引政府干预为不可抗力的各种主张，都认为国营企业是国家机构的一部分，政府的干预出口是串通行为。因此有的说，国家禁止出口的强制性规定明显是国营企业容易抓在手中的一个借口。有的则说，国营企业具有默示的权力操纵不可抗力事件。还有人宣称，在中央计划经济和国家从事贸易的国家中，如果履行合同不再有利时国家总是可以“提供一个不可抗力”。这些主张和言论的武断和绝对化且不说，它们的立论前提（即国营企业都是国家机构）就违背了国际法中的国家主权原则。法人资格应依法人的属人法即法人国籍所属国家的法律来确定，这是一项得到公认的国际私法原则。一个国营企业或公司是否具有独立的法律地位，只能根据其本国法律来确定，而不能根据外国法或者由外国法院或学者按照别的标准来确定。

值得一提的是，国家禁止出口的干预行为能否作为国营企业免责的理由，在双方当事人都是社会主义国家国营企业的案件中也有过争论。例如，在当事人分别为波兰和东德两个国营企业的一件仲裁案中，波兰被诉方把其政府限制煤炭出口解释为不可抗力而主张免责，东德申诉方则争辩说，不可抗力

的含义在社会主义国家不同于在资本主义国家，不能把社会主义国家与其外贸机构分开，因而把政府干预看作是外部的而不属于不可抗力。仲裁庭裁决，波兰政府限制出口的决定是一种外部事件，外贸机构与国家是分开的，互相之间不负责任，所以政府的决定对于作为独立法律实体的被诉方已构成不可抗力。此外，援引政府干预为不可抗力，在一个保加利亚和波兰国营企业的仲裁案中得到了承认，而在一个匈牙利和东德国营企业的仲裁案中则被拒绝。

西方有人提出，根据一国行政机关的行为不会损害本国外贸机构（含国营企业）的假定，国家的行政行为（如拒绝发放许可证）原则上不得视为不可抗力。这个论点是武断的和不正确的。首先，政府的一项行政行为并不总是对本国所有的外贸机构和国营企业都有利。比如，拒发或撤销许可证对一些国营企业出口的不利影响是不难想见的。其次，如果这种假定成立，那末也就必然会推导出另一个相类似的结论：一国行政机关的行为也不会损害本国从事外贸业务的个人和私营企业，因此政府的行政行为原则上也不得被个人或私营企业视为不可抗力。另外有人则建议法院和仲裁庭改变规则以纠正私营企业与国营企业在交易时所处的不公平和不利地位：采取一种程序规则，实际假定反对国营企业独立和反对将国家干预行为的公共性质宣布为不可抗力，举证责任沉重地落在国营企业身上，而给另一方广泛的权利去发现事实、特别是了解企业与政府的关系的权利。采用一个合同解释的基本原则，即政府干预标准条款不适用于国营企业，合同中出口许可证条款将被假定加予卖方以绝对责

任。这一建议之不公平与不正确更是显而易见。

然而，应当肯定，并不是政府的每一项禁止出口的干预行为都能作为具有独立法律地位的国营企业不履行领取出口许可证责任和交货义务的不可抗力。首先，要考察有关企业与政府有没有串通行为，对政府的干预是否尽力采取适当的救济措施。其次，要考察和区分国家干预行为的目的与性质。当政府的一项法律的或行政的干预行为系由一般考虑作出而并非只与某个合同相联系时，这种干预行为具有普遍禁止的性质，毫无疑问可援引为不可抗力。当一项干预行为是针对个别合同作出时，则需分析当时的各种有关情况。如果买方提出或怀疑卖方与其政府存在串通行为或者是该卖方本身影响或导致了政府的干预行为，则应负主要举证责任。当一国政府出于对有关国家的歧视或敌视而对本国与该国的贸易实行不正当的干预（如禁止出口、实行封锁等）时，该国从事贸易的国营企业中具有独立法律地位的那些企业与个人和私营企业一样仍可援引为不可抗力而主张免责，但该国政府应对其自己的这种不正当的干预行为承担国际法上的国家责任。

为了减少和避免国际买卖合同当事人对于领取出口许可证的责任及政府干预对领取出口许可证责任的影响的看法分歧和争执，签订合同时应对取得出口许可证责任的有关问题作出尽可能明确的规定。仲裁庭或法院在处理有关领取出口许可证责任的争议时，要全面地了解各种有关情况，根据合同条款的规定和政府实行干预的目的与性质等情况慎重地作出裁决。