

CISG 在中国国际商事仲裁中的适用

韩世远^{*}

内容提要 《联合国国际货物销售合同公约》作为国际货物贸易领域的统一法,要求统一解释和适用。本文以贸仲委 2008—2011 年涉《公约》的 67 份裁决书为研究素材,尝试一种经验研究,揭示中国国际商事仲裁中适用《公约》的经验与问题,包括对于《公约》的可适用性理解的偏差、在裁判说理及法条引用方面存在的不足等。在适用《公约》时关注国际同行的做法,甚至在裁判中参引他国裁判,将是未来的一个发展方向。裁判者在避免对《公约》作“政治解释”的同时,也要理性看待中外当事人胜诉比例。中国撤回对于《公约》第 1 条第(1)款(b)项的保留,正当其时。港澳台是中国大陆的重要贸易伙伴,最高人民法院应在适当时机出台司法解释,为此类涉外合同纠纷“准用”《公约》,积极开辟道路。

关键词 联合国国际货物销售合同公约 国际商事仲裁 法源

一、问题意识与分析方法

《联合国国际货物销售合同公约》(英文缩写 CISG,以下简称为“《公约》”)是迄今为止最为成功的国际统一私法运动成果,^①成为了国际贸易的“通用语”(a “lingua franca” of international sales),^②作为国际贸易规则的统一文本,仅有统一法文本并不必然带来统一法;统一法的最终目标不应是单纯的法文本的统一,而应当落实到法在运作过程中的统一。因此,需要强调《公约》在世界范围内的统一解释和适用。中国作为第一批《公约》缔约国,其解释适用《公约》的状况在世界上倍受关注。有鉴于此,本文尝试借助实证材料进行经验研究,从国际商事仲裁角度,揭示《公约》在我国的适用现状,分析其与《公约》所要求的统一解释和适用是否存在差距,并探索相关问题解决之道。

《公约》作为统一法不是固定僵化的,而是不断生长的。各缔约国法院与仲裁庭对

^{*} 清华大学法学院教授,博士生导师。

① 随着 2015 年 12 月 18 日越南的加入和 2016 年 5 月 3 日阿塞拜疆的加入,目前《公约》已有 85 个缔约国。

② See Peter Schlechtriem, *Keynote Address*, in Pace International Law Review ed., *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 2003—2004*, at 84-85 (Sellier, European Law Publishers, 2005).

于《公约》的正确适用,是其生长的原动力。在此过程中,全球法律人共同做出贡献。适用《公约》裁判文书在功能上不应止于个案纠纷的解决,仍应有进一步的拓展,即致力于促进统一法的成长。由此观察,每个涉及《公约》的案件,都有可能是一个很好的《公约》生长点。中国的法律人,理应珍惜这样的机会。从这个角度,考察中国法律人对于统一法成长的贡献,亦有必要。

本文以中国国际经济贸易仲裁委员会(以下简称“贸仲委”)2008-2011年四年间与《公约》相关的67份裁决书为素材,作实证研究。贸仲委作为中国最早的仲裁委员会,在中国及世界上均享有极高的声誉;1988-2008年间大量的贸仲委适用《公约》的裁决书被美国佩思大学法学院的数据库收录,^③并有诸多专门研究,^④在国际实务界及学术界,均有深远影响。本文研究的素材系由贸仲委提供中文原始裁决书,目前在佩思大学数据库中尚无法查到。鉴于仲裁的保密性,本文隐去相关案件案号及裁决书文号,而依裁决日期、买卖标的物及当事人国别指代具体案件。

二、对2008-2011年贸仲委涉《公约》裁决书的整理与描述

(一) 裁判文书的繁与简

裁判机构不同,裁判的风格自然会存在差异。有的国家的裁判文书比较简洁,而其他国家的裁判文书则可能较为复杂,像一篇学术论文。^⑤不同的风格,各有其长处和短处。简洁的裁判文书,比较符合裁判效率、解决实际问题以及减轻法官工作压力的需要,但是裁判理由的展开未必充分。而复杂的裁判文书,对于裁判说理有充分的展开,但一律如此,无疑对于裁判者,无论是在时间、精力和心智上,都会是一个巨大的挑战;在案件数量巨大的场合,往往欠缺可操作性。

当然,裁决书的制作,形式取决于内容的需要,当繁则繁,该简则简。统计贸仲委与《公约》相关的67件裁决书,总字数为826272字,单篇字数最少的为2578字,^⑥单篇最多的为49620字,^⑦平均每篇裁决书的字数为12332字。如果以去掉最少及最多字数统计,平均每篇约为1.2万字,相当于目前中国大多数法学刊物所乐于接受的一篇法学论

③ 载 <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/casedit.html#a07> 最后访问时间:2016年5月8日。

④ 比如:Andrea Vincze, *Conformity of the Goods in the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) - Overview of CIETAC's Practice*, in: Camilla B Andersen & Ulrich G Schroeter (eds.), *Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday*, at 552-581 (Wildy, Simmonds & Hill Publishing 2008); Fan Yang, *CISG, CIETAC Arbitration and the Rule of Law in P. R. of China: A Global Jurisconsultorium Perspective*, in: Id., 600-626. Mark R. Shulman & Lachmi Singh 《中国通过仲裁机构履行〈联合国国际货物销售合同公约〉》,王琬璐译,载《中国政法大学学报》2011年第1期。

⑤ 从比较法的视角对英、法、德等国裁判文书说理状况的梳理,参见许政贤《民事法学与司法制度》,台湾新学林出版股份有限公司2009年版,第228页,第239-240页。

⑥ 贸仲委2008年4月24日裁决书(铁矿石,韩国买方vs中国卖方)。

⑦ 贸仲委2009年9月21日裁决书(硫磺,中国内地买方vs香港卖方)。

文的字数。

(二) 说理与法条引用

裁判案件、适用法律,自然需要交待具体的法律规范来源及内容,这便离不开具体的法条。援引法条,便要对文字化的法条作出解释。在法条不足、存在漏洞场合,还要想方设法,填补法律漏洞。因而,裁判者首要的任务,是要找出可供适用的法条,并在裁判文书中予以援引、作出解释。

查看贸仲的裁决书,其制作的模式比较统一,基本上是三部分:(一)案情;(二)仲裁庭意见;(三)裁决。当然,在案情之前,还有程序事项部分,陈述案件受理、组庭、审理等程序事项。对于法条的援引,在第(三)“裁决”主文部分,均未见列明具体援引的法条,通常是简单说明,“综上,仲裁庭作出裁决如下”。由于这是普遍现象,在67则裁决书中,鲜有例外,因而也可以说,这是贸仲委的风格。

当然,不在裁决主文部分援引法条,不等于整份裁决书没有援引法条。有些裁决书,在“仲裁庭意见”部分,援引具体的法条占总数的54%(参照表1,其中有42%的裁决书援引了中国国内法,仅有21%的裁决书援引了《公约》的具体条文)。有46%的裁决书没有援引任何具体法条。

表1

	引 用		无引用	案件总数
	《公约》	中国内国法		
2008 年	0	6	8	14
2009 年	8	8	7	19
2010 年	2	7	10	19
2011 年	4	7	6	15
合计	14	28	31	67
	36*			

(* 由于存在同时援引《公约》及中国内国法的情形,故此处数字36并非上述14与28相加的结果)

(三) 外国判决的援引

为了确保《公约》的统一适用和解释,在国际学术界及实务界已经形成一些统一的认识,包括:(1)要避免依赖解释者固有的本国法律背景,避免透过本国法的透镜来解读国际统一法文件,尽管事实上该统一法业已成为本国法的一部分。(2)人们应当“以独立自足的方式(in an autonomous manner)”解释国际统一法。(3)有必要考虑在其他司

法区域的实践,须顾及其他缔约国司法主体所作的判决。^⑧ 此处着眼于最后一点。

在中国,无论是法院判决,还是仲裁裁决(包括本次研究的贸仲委 67 份判决书),鲜有援引外国判例辅助说理的。不过,这种现状也并非铁板一块,新近的一份最高人民法院民事判决书,上诉人提交了《美国统一商法典》和相关案例,^⑨认为根据美国法律,涉案合同成立并有效。最高人民法院对此予以确认,并根据双方当事人提交并确认的美国法律,案涉《采购合同》并不存在应认定无效的情形,《采购合同》有效。最高人民法院进一步认为,“综合考量其他国家裁判对《销售公约》中关于根本违约条款的理解,买方在不存在不合理的麻烦的情况下,能使用货物或转售货物,甚至打些折扣,质量不符依然不过是非根本违约。故本院认为德国克虏伯公司交付 HGI 指数为 32 的石油焦的行为,并不构成根本违约”。^⑩ 由此可见,中国最高人民法院的法官已开始有意识地参考他国裁判。由于这是最高人民法院的判决书,因而,人们可以合理期待它能够发挥更大的引领作用。

(四) 中外当事人胜负对比

为了确保《公约》的统一适用和解释,学者们致力于探求一套统一的解释方法。德国汉堡大学的马克努斯教授就此问题曾敏锐地指出,纵有该方法的运用,仍有一些障碍会挫败通过《公约》的适用获得最大程度一致性的所有努力,这些障碍包括对《公约》的“政治”解释(a “political” interpretation of the CISG)以及不同国家所呈现的裁判的巨大的品质差异。其所谓的“政治解释”,意指国内法院在其涉及国际关系的裁判中蓄意地有利于其自己的国民。对于国际买卖案件,法院的决断很容易倾向于本国的工商业。一国的法院很容易以一种蓄意的方式(in a systematic way)驳回外国原告对本国被告的诉求,以及判准本国原告对外国被告的诉求。此举无须公然而为,通过对于相关法的模糊和有伸缩性的术语进行解释,以隐蔽的方式足矣。买卖法(特别是《公约》)带有诸多模糊和有伸缩性的术语,对此蓄意作有利于本国工商业的解释,并非难事。^⑪

显然,上述对《公约》的“政治解释”与同案同判以及裁判中立等正义宗旨相抵触,对此理应保持警惕。马克努斯教授提出了一种验证的方法:如果拿出适用《公约》的案例,至少在理论上,如果法院中立而公正地裁判,应有 10 个外国当事人和 10 个本国当事人胜诉。换言之,外国当事人与本国当事人胜诉的比例应该是 1:1。

对于贸仲委 2008-2011 年间适用《公约》的裁决书作分析,所获结果如表 2,中方与

⑧ Franco Ferrari & Marco Torsello, *International Sales Law – CISG*, at 5-8 (West Academic Publishing, 2014).

⑨ Lomaglio Assocs. v. LBK Mktg. Corp., 1999 U. S. Dist. LEXIS 14185, 1, 1999 WL 705208 (S. D. N. Y. Sept. 9, 1999).

⑩ 中化国际(新加坡)有限公司与蒂森克虏伯冶金产品有限责任公司国际货物买卖合同纠纷案,最高人民法院民事判决书(2013)民四终字第 35 号,载《中华人民共和国最高人民法院公报》2015 年第 8 期。

⑪ Ulrich Magnus, *Tracing Methodology in the CISG: Dogmatic Foundations*, in: André Janssen & Olaf Meyer (eds.), *CISG Methodology*, at 35-36 (Sellier, European Law Publishers, 2009).

外方胜诉的比例 1.86: 1。那么,对于这样的结果,该如何解读呢?是不是在贸仲委适用《公约》的实践中存在着严重的“政治解释”问题呢?对此,后文再作分析。

表 2

	中方胜	外方胜	平局	合计
2008 年	7	5	2	14
2009 年	15	4	0	19
2010 年	11	7	1	19
2011 年	8	6	1	15
合计	41	22	4	67

(五)《公约》的适用

关于《公约》的适用,涉及对于《公约》第一章的理解,这里尤其是第 1 条。整理贸仲委四年间涉及《公约》的 67 份裁决书,其结果如表 3 所示。后文逐一展开分析。

表 3

	自动适用		非自动适用		依国际私法 适用内国法	合计
	自动适用	误作非自动适用	明示约定	默示选定		
2008 年	5	2	5	1	1	14
2009 年	9	1	6	2	1	19
2010 年	7	0	9	1	2	19
2011 年	4	2	5	2	2	15
合计	25	5	25	6	6	67

在涉香港场合,多数贸仲委仲裁庭意见认为《公约》并不自动适用于一方营业地在香港的国际货物销售合同。不过,仍然见到了持相反立场的裁决书。该份裁决书涉及美国买方与中国香港卖方买卖太阳能电池板合同纠纷,合同未约定解决合同争议应当适用的法律。仲裁庭意见认为,“鉴于申请人与被申请人分别为在美国佛罗里达州和香港注册的法人公司,其注册地所属国均为《联合国国际货物销售合同公约》的签字国,而双方当事人也没有在合同中明确约定排除适用。相反,申请人在其仲裁书中亦引用该公约的条文作为法律依据,被申请人并未就此提出异议,故仲裁庭认定,解决本案争议应当适用《公约》。”^⑫

^⑫ 贸仲委 2010 年 5 月 31 日裁决书(太阳能电池板 美国买方 vs 中国香港卖方)。

三、《公约》的可适用性

《公约》在仲裁中的可适用性,无论是在欧洲^⑬还是在中国^⑭,本身便是一个问题。正如一位德国教授所说的,仲裁庭适用《公约》是基于不同的理由,有时他们适用《公约》第1条第(1)款(a)项,有时他们适用国际私法规则,另外有时他们将《公约》视为现代商人法(the *lex mercatoria*)的一部分或者是既存的交易惯例的一部分。^⑮在贸仲委的仲裁实践中,适用《公约》要么是基于当事人的选择,要么是依据《公约》第1条第(1)款(a)项,尽管对于后者已有中国学者开始质疑。下文仍基于贸仲委的通常实践,即自动地或者直接地适用《公约》,展开分析。

在中国国际商事仲裁实践中,如果双方当事人的营业地为不同国家并且都是《公约》缔约国,那么,只要双方当事人没有排除适用《公约》,有关的争议属于《公约》规定的调整范围内,仲裁庭一般都将适用《公约》处理争议。^⑯

(一) 自动适用

1. 贸仲委裁决书绝大多数在该自动适用场合自动适用

根据联合国国际贸易法委员会《贸易法委员会关于〈联合国国际货物销售合同公约〉判例法摘要汇编》(2012年版),本《公约》优先于对国际私法的援用。“在实施国际统一的实质性规则(如《公约》所规定)的国家,法院在诉诸国际私法规则之前,必须确定这些国际统一的实质性规则是否适用。这就意味着对《公约》的援用优先于诉讼地的国际私法规则的援用。这种办法的合理之处在于,《公约》作为一套统一的实体法规则更加具体,其适用范围更为限定,并能直接带来实质性解决办法,而诉诸国际私法则要采取两步走的办法——即,确定准据法,然后加以适用”。^⑰“根据第1条第(1)款(a)项所列的标准,在当事人的营业地所在的国家是不同的缔约国时,本公约则‘直接地’(directly)或者‘自动地’(autonomously)适用,即无须援用国际私法的规则。”^⑱依据我国

^⑬ See Urs Peter Gruber, *The Convention on the International Sale of Goods (CISG) in Arbitration*, 1 Int. Bus. L. J. 15-34 (2009); André Janssen & Matthias Spilker, *The Application of the CISG in the World of International Commercial Arbitration*, 77 *RabelsZ.* 131-157 (2013). 作者在此特别感谢 André Janssen 教授提供此文,使我注意到该问题在欧洲的相关讨论。

^⑭ 在中国也有学者以仲裁效力的“契约性”理论为基点,认为仲裁不同于法院司法,不宜直接适用《公约》。参见杜涛:《CISG之仲裁适用问题》,载《东方法学》2009年第3期。

^⑮ Urs Peter Gruber, *supra* note 13, 23.

^⑯ 参见韩健《CISG在中国国际商事仲裁中的适用》,载《武大国际法评论》2008年第2期。

^⑰ UNCITRAL *UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (2012 Edition), at 4. At http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law/digests.html (Last visited on May 8, 2016). 该文件亦有中文版,此处引用未完全照抄中文版。

^⑱ 前引^⑰。

原对外经济贸易部《关于执行联合国国际货物销售合同公约应注意的几个问题》^①，“我国政府既已加入了公约，也就承担了执行公约的义务，因此，根据公约第1条(1)款的规定，自1988年1月1日起我各公司与上述国家(匈牙利除外)的公司达成的货物买卖合同如不另做法律选择，则合同规定事项将自动适用公约的有关规定，发生纠纷或诉讼亦得依据公约处理。”这里也提到了《公约》的自动适用。国际学术界的通说以及我国法学界对于《公约》第1条第(1)款(a)项亦持相同立场。^②

分析贸仲委的裁决书，在符合《公约》第1条第(1)款(a)项的条件下，有5/6的案件仲裁庭能够如上述要求，直接且自动地适用《公约》，仅对《公约》没有规定的事项(比如合同效力问题)，依最密切联系原则，适用相关准据法(比如中国法)。

2. 少数误作非自动适用或者约定适用的情形

不过，仍然有1/6的贸仲委裁决书，仲裁庭本应“自动适用”，却从国际私法规则入手，误作“非自动适用”。其具体情形不一，至少包括如下几种类型：

(1) 根据冲突法规范，认定中国法与本案合同具有最密切联系，适用中国法；同时认定，双方营业地所在国均为《公约》缔约国，双方没有约定排除《公约》的适用，因此，亦适用《公约》。^③可以称为同时适用型。

(2) 仲裁庭认为，当事人未选定合同争议所适用法律的，应当适用与合同有最密切联系的国家的法律。鉴于合同签订和履行均与中国联系密切，而且仲裁地也在中国。因此，本案应适用中国法律。如中国法律没有规定的，由于双方营业地所在国均为《公约》的缔约国，故可以适用《公约》。^④可以称为中国法优先适用《公约》补充型。

(3) 仲裁庭认为，鉴于中国和美国均为《公约》缔约国，本案负有特征性履行义务的卖方为中国当事人(被申请人)，且争议的标的物目前存放在大连港口仓库，与本案争议有密切联系的国家为中国，中国法与本案争议有着最为密切的联系，根据中国《涉外民事关系法律适用法》第41.4条和《合同法》第126条以及《民法通则》第142条中关于涉外合同适用法律的规定，本案合同的订立、效力、解释、履行和争议解决适用中国法律；如果《公约》有不同规定，则适用《公约》，但中国声明保留的条款除外。^⑤可以称为适用

^① 1987年12月4日(87)外经贸法字第22号。该文件被最高人民法院通知转发，要求在涉外经济审判工作中正确执行该《公约》。1987年12月10日法(经)发<1987>34号。

^② See Peter Schlechtriem & Petra Butler, *UN Law on International Sales*, at 13 (Springer-Verlag, 2009). 单海玲《从国际私法角度看〈联合国国际货物销售合同公约〉在我国的适用》载《政治与法律》2003年第5期；陈治东、吴佳华《论〈联合国国际货物销售合同公约〉在中国的适用》载《法学》2004年第10期；车丕照《〈联合国国际货物销售合同公约〉的可适用性问题》载《对外经贸实务》2008年第4期。本文之所以使用“自动适用”而不使用“直接适用”，不仅因为我国原对外经贸部文件使用“自动适用”，而且考虑到要避免与条约在国内的“直接适用”相混淆。

^③ 贸仲委2008年6月2日裁决书(胶合板，新加坡买方vs中国卖方)。在该裁决书中，虽然没有表述中国合同法与《公约》在适用上的关系，从仲裁庭的意见表述可以看出，仲裁庭实际优先适用了中国合同法；贸仲委2008年10月20日裁决书(塑料袋，中国卖方vs美国买方)亦同。

^④ 贸仲委2009年12月18日裁决书(数控机床，韩国卖方vs中国买方)。

^⑤ 贸仲委2011年10月26日裁决书(冻马哈鱼片，美国买方vs中国卖方)。

中国法但《公约》有不同规定时用《公约》型。

(4) 本应自动适用《公约》的案件, 仲裁庭依买方在还款协议所写“未执行本协议, 接受卖方所在地司法机关处理”, 认为应适用中国法律法规, 并可参照《公约》及其它国际条约和惯例。^{②4}

除上述类型外, 还有极个别本不应出现的错误, 比如仲裁庭将不属于缔约国国家(比如印度^{②5}及菲律宾^{②6}) 误认为是缔约国, 进而误用《公约》。另外, 也有忽视《公约》第1 条第(3) 款规定, 误以当事人国籍(而非营业地) 作为判断标准, 将本应自动适用《公约》的案件依国际私法规则确定的国内法裁判。^{②7} 在我国早有学者指出, 确定当事人的营业地, 不能以国籍为根据。^{②8} 再比如, 《公约》第2 条规定了不适用该《公约》的销售, 其中包括(e) 项“船舶、船只、气垫船或飞机的销售”。有一则裁决书, 涉及到中国买方向美国卖方购买气垫运输系统(卖方代理人直称之为“气垫船”), 因质量问题要求退货的纠纷。仲裁庭认为, “本案所涉法律争议属于国际货物买卖争议, 考虑到双方当事人并未在合同中约定适用的法律, 同时本案合同的履行地、争议标的物的所在地、仲裁所在地等构成本案法律关系的要素均在中国, 因此根据最密切联系原则, 本案应适用中华人民共和国法律, 其他未尽事宜, 适用《公约》的相关规定, 因为本案中卖方国籍为美国, 买方国籍为中国, 中美两国都是该公约的签约国”。^{②9} 该意见似有探讨的余地。^{③0}

上述误将自动适用作为非自动适用, 可归因于裁决者观念上的错误, 为此, 有必要澄清一些基本观念。这会涉及国际条约与国内法的关系, 涉及“二元论”(dualism) 与“一元论”(monism) 之争, 涉及条约的转换(transformation) 抑或并入(incorporation), 涉及自动执行条约(self-executing treaties) 与非自动执行条约(non-self-executing treaties) 的区分, 这些均是国际法基本理论和实践问题, 尽管到目前许多问题仍未有定论。考虑到这一现实及本文目的, 本文仅在分析《公约》在中国的生效、执行和适用时, 作最低限度的讨论。

②4 贸仲委 2011 年 8 月 11 日裁决书(铝型材, 中国卖方 vs 澳大利亚买方)。买方所写上述文字, 充其量算是裁判管辖地的约定(果如此, 此案是否还应仲裁, 抑或应到法院诉讼, 亦成问题), 而看不出对于准据法的选择。在没有约定准据法的前提下, 由于双方营业地分别位于不同的《公约》缔约国, 理应自动适用《公约》; 《公约》未规定的事项, 再依国际私法规则确定相应准据法。

②5 贸仲委 2008 年 12 月 25 日裁决书(铁矿石, 中国买方 vs 印度卖方)。

②6 贸仲委 2009 年 9 月 11 日裁决书(铜矿砂, 中国买方 vs 菲律宾卖方)。

②7 贸仲委 2011 年 8 月 5 日裁决书[已焙烧钨精矿, 英属处女岛卖方(裁决书已明确认定其营业地在中国) vs 德国买方]。

②8 参见赵勇《〈联合国国际货物销售合同公约〉的适用范围及其特点》, 载《外交评论》1986 年第 2 期。

②9 贸仲委 2010 年 3 月 31 日裁决书(气垫运输系统, 中国买方 vs 美国卖方)。

③0 如果说此案买卖标的物为气垫船, 依《公约》第 2 条(e) 项, 自然不应适用《公约》, 故应该依国际私法规则确定准据法。如此, 上述意见后段以《公约》补充中国法律未尽事宜, 理据便有所不明。如果说此案如仲裁庭所认定的“属于国际货物销售争议”, 在当事人没有约定准据法场合, 由于双方当事人营业地分别在两个不同的缔约国, 自然应自动适用《公约》, 而不应像该意见所表述的, 依国际私法规则认定中国法为准据法, 并以《公约》为补充。

《公约》作为国际条约,缔约的主体是国家,^①称为“缔约国”。作为国家与国家之间达成的协议,自然是对于国家具有约束力,国家因此而负有执行条约的义务。在承认国家与国民是不同的主体的前提下,条约如何由对国家具有约束力过渡到对该国家的国民具有拘束力,在法理逻辑上需要说明。在完成这种法理逻辑转换之前,《公约》尚属外在于国内法律体系的存在,尽管缔约国已经负有了在本国执行《公约》的义务。就此,李浩培先生说得比较清楚,“一个在国际上已生效的条约,其规定在各国国内得到执行,以得到各国国内法的接受为前提条件”。^②就中国而言,《宪法》及《立法法》均没有规定像《公约》这样的条约如何转化为本国的法源、构成本国法律体系的组成部分。在没有实现这种转化之前,中国的当事人并不负有遵守《公约》的义务。

中国政府以“核准”的方式参加《公约》后,并没有通过制定国内法的方式转化《公约》的内容、践行其在条约法上的义务,因而不构成对于该条约的国内“转换”(transformation)。关于条约如何纳入国内法,我国目前的通说可算是李浩培先生在20世纪80年代提出的“当然纳入说”,该说以1982年《民事诉讼法(试行)》第189条等法律规定为基础,该条规定“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的,适用该国际条约的规定……”认为“上述各法的各个规定是我国最高立法机关对条约的国内执行作出的原则规定,按照这个原则,我国与外国所缔结的条约在生效时,就当然被纳入国内法,由我国各主管机关予以适用,而无须另外以法律予以转变为国内法。”^③可见,在方法论上李先生是对分散的具体规则加以概括,抽象出一条原则,构造了“当然纳入说”。王铁崖先生结合我国的法律实践,也认为我国是倾向于采取条约在国内直接适用的方式。《民事诉讼法(试行)》第189条的规定虽然是以解决条约规定与法律的冲突为宗旨的,但它表明了条约在国内的直接适用。^④与“当然纳入说”异曲同工。

上述“当然纳入说”客观上对于国际条约的国内适用方式作出了说明,其历史价值必须肯定。今天回观,无论是1982年《民事诉讼法(试行)》第189条还是《民法通则》第142条第2款,其字面文义虽是以肯定条约在国内的可适用性为前提,毕竟其本身并没有反映出条约何以在国内可适用。换言之,条约何以由对国家的约束力过渡到了对国民的拘束力?正是意识到“当然纳入说”在说理上可能存在的不足,我国国际法学者提出了修改《宪法》或者《缔结条约程序法》等具体建议,以冀改进。^⑤围绕《公约》,中国

① 依据《维也纳条约法公约》第26条“凡有效之条约对其各当事国有拘束力,必须由该国善意履行。”中国于1997年9月3日交存加入书,于1997年10月3日对中国生效,对《公约》66条持有保留,并宣布台湾1970年4月27日的签署非法、无效。

② 李浩培《条约法概论》(第2版),法律出版社2003年版,第314页。

③ 前引②,李浩培书,第317页。

④ 参见王铁崖《条约在中国法律制度中的地位》,载中国国际法学会编《中国国际法年刊1994》,中国对外翻译出版1996年版,第7-8页。

⑤ 参见朱晓青、黄列主编《国际条约与国内法的关系》,世界知识出版社2000年版,第15-19页。

官方层面的行动,主要表现为原外经贸部向下属机构及外贸公司下发的《关于执行联合国国际货物销售合同公约应注意的几个问题》,以及最高人民法院向全国法院所作的转发通知。上述文件和通知,均要求中国国内的机构和公司“执行”《公约》。应当注意,这里“执行”的主体不是指我国政府,尽管文件中提到了我国政府“承担了执行公约的义务”。由此可以说,通过上述文件和通知,实际上发挥了将条约并入(incorporation)国内法律体系的功能。《公约》一经并入中国法律体系,便成为国内法的一部分,法院及仲裁机构便可在符合条件的场合直接适用《公约》。《公约》并入我国法律体系后其内容便兼具行为规范及裁判规范属性,这一判断也符合原外经贸部及最高人民法院发文的目的。既然如此,它对于营业地在中国的当事人便当然具有拘束力,不仅法院而且包括仲裁机构,在裁判符合条件时应当适用《公约》。

通过将条约“并入”中国法律体系,条约便构成中国法律体系的一个组成部分。《民法通则》第142条第2款规定,“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同中华人民共和国的民事法律有不同规定的,适用国际条约的规定,但中华人民共和国声明保留的条款除外。”分析这一规定,首先,作为前提,它明确肯定了中国缔结或者参加的国际条约具有“法源”地位;其次,作为该款的主要规范目的,它规定了我国民事法源内部的效力层次:国际条约高于一般民事法律。而不应当将其理解为国际条约仅在其同中国民事法律“有不同规定”时才适用。该款规定确实给人一种错误印象,它好像对主张适用国际条约者规定了举证责任:谁主张适用国际条约,谁就应证明“有不同规定”的存在。这样的“举证责任”是荒唐的,恐怕举世无双。因而,有必要辨析清楚该规定的规范目的,才不至于因词害意、误判误用。对于《公约》,理应在观念上认清,它既是一种“统一法”,又是缔约国国内法律体系的组成部分。国内法院及仲裁机构适用时,不是在适用外在于本国法源的另类存在,而是在适用本国法源的内在成分;不但不应有任何“歧视”(好像中国国内法是中国立法机关“亲生的”,而《公约》是“领养的”),在《民法通则》明确肯定国际条约的法源地位和效力层次的前提下,理应优先适用。

另外,要领会《公约》第1条第(1)款(a)项“自动适用”的精神实质。比如营业地在中国的买方与营业地在美国的卖方之间因国际货物销售合同产生纠纷,如为中国法院或仲裁机构受理纠纷,由于是涉外案件,考虑国际私法规范判断准据法,好像是一种自然的思路。但是,《公约》第1条第(1)款(a)项的实质内涵是,《公约》既是中国法律体系的组成部分,也是美国法律体系的组成部分,是双方的共同法,符合条件便当然自动适用,无须再考虑国际私法,这便是所谓“一步到位”,而不是“分两步走”。就中国方面分析,法院地国际私法规范也是中国民事法律的组成部分(无论是《民法通则》第145条第2款、《合同法》第126条第1款还是《涉外民事关系法律适用法》第41条),在中国法律体系内部观察,当适用此类冲突法规范与适用《公约》第1条第(1)款(a)项冲突时,依据《民法通则》第142条第2款,也应当按照《公约》规则处理。结论依然是,不能够径直走向国际私法路径。

3. 默示选用中国法与《公约》的补充

在双方当事人的营业地分别在不同的《公约》缔约国且未约定准据法场合,仲裁庭以申请人提出本案《销售合同》发生的争议审理应适用相关的中国法律和《公约》,被申请人对此未提出明确反对意见,在被申请人的答辩书和代理词中均强调要适用中国相关法律。故此,仲裁庭认为,将相关中国法律适用于该案争议的审理适当且有依据。同时,仲裁庭对申请人关于本案审理适用《公约》的要求,表示同意。因为,本案争议的双方的住所地分别为乌拉圭和中国。两国均为《公约》的成员国。在中国法律没有规定的情况下,适用《公约》符合两国对国际《公约》的承诺。^{③⑥}

就上述对于法律适用的论述,可作如下几点分析:其一,仲裁庭是在寻找双方代理意见中的共同项,这个共同项被认定为中国相关法律。因而,仲裁庭认为当事人默示选用了中国相关法律,这当然并无不可。问题是,抽象地选用中国相关法律是否等于将《公约》排除在外?如前所述,《公约》已经构成缔约国法律体系的一部分,抽象地选择某缔约国的法律,并没有排除《公约》,这也算是国际学术界的共识。就此后续文仍将继续展开。其二,如果没有排除,那么,在法律适用上《公约》与中国国内法是什么关系?如果当事人明确约定适用中国国内法,并以《公约》作为补充,当然没有问题。如果当事人没有如此明确约定,像该案所示情形,又该如何处理?可能的方案有:1、将当事人的约定理解为等同于选择了中国国内法,约定优先于一般法定,故优先适用中国国内法,以《公约》作补充;2、在中国法体系内部,依《民法通则》第142条第2款,优先适用《公约》,以中国国内法作补充。前者像是该案仲裁庭实际采取的立场,后者则是依国际学术共识应有的结论。

从该份裁决书所引法条(《合同法》第113条、第68条)来看,并没有反映出来如何以《公约》补充了中国法。不过,这是一个有意思的话题,确实,与《公约》相比,中国《合同法》尽管是后来的立法,依然有不如《公约》具体、详细的地方,比如关于违约损害赔偿的计算方法,《合同法》便没有具体规定。

(二) 非自动适用

1. 当事人明示约定

从统计数据来看,当事人明示约定适用《公约》在4年间总计25件,在实际适用《公约》的案件总案件数(61件)中约占41%,比例可观。明示的约定,既有一方当事人营业

^{③⑥} 贸仲委2011年12月27日裁决书(塑编布卷,乌拉圭买方vs中国卖方)。

地不在缔约国的情形^{③⑦}也有双方当事人营业地均在缔约国的情形。^{③⑧}既有事先在买卖合同中明确约定的,也有事后甚至开庭时双方一致同意适用《公约》的情形。^{③⑨}由于《公约》的适用是通过双方当事人的合意,故非自动适用,而是非自动适用。

(1) 当事人的约定得到尊重的程度

无论是《公约》还是中国国内法《涉外民事关系法律适用法》第3条,均承认当事人自治,尊重当事人对于准据法的选择。在当事人明确选择《公约》为准据法场合,仲裁庭一般会尊重当事人的选择,适用《公约》。^{④①}比如,在一起中国内地买方诉香港卖方的案件,当事人在合同中明确约定适用《公约》,仲裁庭认为,该项意思表示不违反法律的强制性规定,不违背公序良俗,应当有效。在此情况下,《公约》的相关规定可视为合同条款的补充,对双方当事人具有约束力。^{④②}

不过,也有例外。比如,在另外一起中国内地买方诉香港卖方的案件中,尽管仲裁庭注意到,在涉案合同的审理过程中,申请人和被申请人都主张涉案合同可适用《公约》,并认定该项意思表示不违反中国现行法的强制性规定,不违背公序良俗,应当有效,在法律适用问题上,依然坚持最密切联系原则,适用中国内地的法律。只是在此前提下,认为不排除《公约》适用于涉案合同的某些领域。^{④③}还有一起香港公司与中国内地公司的纠纷,仲裁庭认为,本案应当适用与合同有最密切联系的国家的法律(中国法)。同时仲裁庭注意到,双方在书面意见中均多次援引《公约》规定,故认为,在中国法律没有规定的情况下,也应参照适用《公约》。^{④④}这种法律适用方法多少有些怪异,因为如果认定当事人已经选择了准据法,^{④⑤}当事人自治原则便优先于最密切联系原则。在

③⑦ 比如贸仲委2008年1月11日裁决书(多功能过滤器,中国买方vs印度卖方);贸仲委2008年11月28日裁决书(机器设备,中国买方vs英国卖方);贸仲委2009年8月18日裁决书(药品,中国卖方vs马里买方);贸仲委2010年4月26日裁决书之1(红土镍矿,菲律宾卖方vs中国买方);贸仲委2010年4月26日裁决书之2(红土镍矿,菲律宾卖方vs中国买方)。

③⑧ 比如贸仲委2010年2月2日裁决书(太阳能级多晶硅,新加坡买方vs中国卖方);贸仲委2010年9月17日裁决书(苜蓿草加工生产线设备,中国买方vs西班牙卖方);贸仲委2011年4月7日裁决书(纤维水泥板生产线,中国买方vs德国卖方);贸仲委2011年7月22日裁决书(冷硬钢卷,韩国买方vs中国卖方);贸仲委2011年7月15日裁决书(硫化钠,俄罗斯买方vs中国卖方)。

③⑨ 比如贸仲委2008年4月9日裁决书(生化分析仪,中买方vs香港卖方);贸仲委2010年11月9日裁决书(茶叶机械,日本卖方vs中国买方)。

④① 以营业地在中国的公司与营业地在印度的公司约定适用《公约》为例,学界持肯定意见者,如赵承璧《国际贸易统一法》,法律出版社1998年版,第350页。另外也有反对意见,以我国在加入《公约》时对第1条第(1)款(b)项保留表明了我国公司与非缔约国当事人订立的合同不适用《公约》的基本态度,并从该保留声明属于法律上的强制性规范等角度,论证当事人意思自治受到限制,不能根据当事人的约定适用《公约》,转而依据最密切联系原则确定准据法。前引②③,陈治东、吴佳华文。

④② 贸仲委2009年11月30日裁决书(红土镍矿砂,中国内地买方vs香港卖方)。

④③ 贸仲委2009年9月21日裁决书(硫磺,中国内地买方vs香港卖方)。

④④ 贸仲委2009年8月31日裁决书(片状硫化碱,香港买方vs中国内地卖方)。

④⑤ 按照当时有效现已失效的《最高人民法院关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定》(法释[2007]14号)第4条第2款,“当事人未选择合同争议应适用的法律,但均援引同一国家或者地区的法律且未提出法律适用异议的,应当视为当事人已经就合同争议应适用的法律作出选择。”

当事人通过明示或默示方式选择《公约》场合,仲裁庭仍坚持按最密切联系原则确定准据法,让人难懂其中的道理。

(2) 约定“适用中国法律”:是否排除了《公约》?

在当事人明确约定适用中国法律场合,是否意味着以约定排除了《公约》(第6条)?就此,显然不能一概而论,需要区分情形,说明贸仲委裁决书所呈现的立场。

首先,如果当事人合同中的“中国法律”意思明确,没有包括《公约》,比如将二者并列使用,或者使其呈现二者择一关系,^{④5}则不应将《公约》包括在内。至于可否以《公约》补充中国法律,系另一问题。在当事人约定同时适用中国国内法与《公约》场合,约定中没有特别指明二者适用的先后关系,仲裁庭则认为,“中国法与公约相冲突的,应适用公约。”^{④6}

其次,在当事人所用“中国法律”是否包括《公约》意思不明场合,在贸仲委仲裁实务中,显然以“中国法律”与《公约》二元对置,并不将《公约》包括在“中国法律”概念之下,比较常见。^{④7}这时,仲裁庭所理解的“中国法律”,主要是指中国《合同法》等国内法律法规,是否意味着完全排除《公约》的适用呢?在中国《合同法》与《公约》均有规定的事项(比如是否构成根本违约),适用“中国法律”(《合同法》)自然就排斥了《公约》;在“中国法律”(《合同法》)没有规定的场合(比如违约损害赔偿的计算方法),可否以《公约》的规定加以补充?则又需要进一步区分类型。在双方当事人营业地分别在不同《公约》缔约国场合,仲裁庭通常会乐意以《公约》补充“中国法律”。^{④8}在该类案件中,当事人如未约定准据法,则会自动适用《公约》;当事人约定准据法为中国法律,是否意味着排斥《公约》,自有解释的空间。不过,仲裁庭此时不排斥《公约》发挥补充作用的理由在于,当事人未明确排除《公约》的适用。反之,在一方当事人营业地不在缔约国场合,仲裁庭并不以《公约》补充“中国法律”。^{④9}

不过,有的裁决书似乎也可以解释为仲裁庭持“一元论”立场。比如,在贸仲委2010年1月22日裁决书(铜管,美国买方vs中国卖方)中,当事人在《销售合同》中约

^{④5} 贸仲委2008年1月24日裁决书(甲苯,香港卖方vs中国内地买方)。该案合同约定,本合同之签订地或发生争议时货物所在地在中国境内或被告人为中国法人的,适用中国法律,除此规定外,适用《公约》。

^{④6} 贸仲委2010年9月17日裁决书(苜蓿草加工生产线设备,中国买方vs西班牙卖方)。

^{④7} 就《公约》与国内法的关系,究竟是采“二元论”还是采“一元论”在贸仲委的裁决中也并不完全一致,就相关变化的梳理,参见前引^{④6}韩健文。

^{④8} 贸仲委2008年9月9日裁决书(机器设备,中国买方vs以色列卖方);贸仲委2009年6月4日裁决书(新癸酰氯,中国买方vs日本卖方)。与之相似的还有贸仲委2009年5月15日裁决书(硅铁,瑞士买方vs中国卖方),不过,该案仲裁庭则进一步在庭审中让当事人达成合意,适用中国国内法,排斥适用《公约》。贸仲委2010年7月20日裁决书(机械设备,中国买方vs韩国卖方)。

^{④9} 贸仲委2010年7月16日裁决书(铁矿砂,中国买方vs印度卖方)。尽管该案营业地所在国非缔约国方的代理人在仲裁中援引了《公约》,仲裁庭并不考虑适用《公约》,而是适用中国国内法。另外,贸仲委2011年4月13日裁决书(热轧带钢,中国香港卖方vs韩国买方)。香港虽是中国的一部分,但是否自动适用《公约》,本身存在分歧。该案仲裁庭对此应该是持否定意见,故严格地将适用的法律限定在中国国内法。

定“本协议的有效性、解释、履行和执行由中华人民共和国法律管辖”。仲裁庭依《民法通则》第142条,由于双方的营业地所在国均为《公约》缔约国,故仲裁庭认为,中国法律与《公约》有不同规定时,适用《公约》的规定。^{⑤①}又比如,在贸仲委2011年9月27日裁决书(空心型钢,爱尔兰买方 vs 中国卖方)中,双方当事人庭审中选择了中国法律作为准据法,仲裁庭认为依据《民法通则》第142条,以中国法律与《公约》有不同规定时适用《公约》的规定。^{⑤①}

一般性地指引某国法,如果该国是缔约国,是否指射《公约》,在其他国家判例法及学术研究中,均有不同意见。不过,主流意见认为,除非当事人特别明确地指示了某国内国的买卖法,否则,仅指示缔约国的法律,则被认为包括《公约》。^{⑤②}有的学者将当事人选择适用缔约国法律进而引致适用《公约》的情形称为“间接选择”(indirect choice)。^{⑤③}《联合国国际货物销售合同公约》咨询委员会的意见亦持相同立场。^{⑤④}而这一立场亦不乏国际商事仲裁实践的支持。^{⑤⑤}与此趋势相比,我国实务界所习惯了的将“中国法律”与《公约》二元对置的立场,恐怕需要慢慢转变。《公约》虽非中国立法机关“亲生”,但一经采纳“并入”中国法律体系,便如同“亲生”,并应享有优先于一般国内民事法律的待遇。

另外,在本可自动适用《公约》场合,当事人特别约定了适用某缔约国法律(比如约定适用中国法律),尽管有学者指出,若不以之为排除《公约》,当事人明示选择法律将变得毫无意义。这样的认识,虽貌似有理,但正如施莱希特里姆(P. Schlechtriem)教授所回应的,当事人通常有理由在合同中选择法律。比如,《公约》只规定了销售合同的特殊事项,而未规定其他的像抵销、债权让与以及合同的效力,因而,对于销售合同,法律选择条款总是值得推荐的,即便在依《公约》第1条第(1)款(a)项可得适用场合,对于

⑤① 贸仲委2010年1月22日裁决书(铜管,美国买方 vs 中国卖方)。就该案如不作“一元论”立场解释,则依据当时有效的《最高人民法院关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定》(法释[2007]14号)第1条,“涉外民事或商事合同应适用的法律,是指有关国家或地区的实体法,不包括冲突法和程序法。”如果说《民法通则》第142条的规定应归属于“冲突法和程序法”的话,那么,仲裁庭进一步适用该条规定,本身的正当性也成问题。

⑤② 贸仲委2011年9月27日裁决书(空心型钢,爱尔兰买方 vs 中国卖方)。

⑤③ Peter Schlechtriem & Petra Butler, *supra* note 20, 15.

⑤④ See André Janssen & Matthias Spilker, *supra* note 13, 135.

⑤⑤ 《联合国国际货物销售合同公约》咨询委员会虽非官方组织,由于其成员系来自不同国家的研究《公约》的专家学者,持续发布“意见”以解决裁判实践中适用《公约》遇到的疑难问题,致力于促进《公约》在国际范围内的统一适用和解释,且与联合国贸易法委员会有紧密的合作关系,故其“意见”在国际上越来越多地发挥影响(比如德国联系最高法院在2014年5月28日的判决书中便援引了该咨询委员会第13号意见;荷兰海牙上诉法院最近在其判决书中也援引了该意见)。相关资讯可访问该委员会官方网站: <http://www.cisg-ac.org/>。该委员会新近在南非通过了“关于排除、减损或者改变《公约》”的新意见(Exclusion, Derogation and Variation),报告人是澳大利亚默纳什大学法律系的Lisa Spagnolo博士。依该意见第4条第2款第1项,仅仅选择缔约国法律,尚不能够得出缔约时具有排除、减损或者改变《公约》的意思。

⑤⑥ 比如在国际商会(ICC)1993年处理的一起纠纷中,涉及德国的钢铁企业与叙利亚买方之间的钢材买卖协议,国际商会仲裁案第6653号,1993年3月26日(钢材案),载 <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/936653il.html>。

《公约》未涵盖的领域,则要通过国际私法规范确定相关法律,在此方面,当事人选择法律,至关重要。^{⑤6}这一回应,值得关注。显然,施莱希特里姆教授的立场是希望《公约》在国际货物销售场合得到更多的适用,纵然当事人有约定,只要有解释的余地,也应将当事人约定准据法解释成为仅发挥补充《公约》的作用。

(3) 对于约定选择的变更

笔者从贸仲委裁决书中发现,有当事人明确选择了《公约》和国际统一私法协会《国际商事合同通则》,^{⑤7}但在该案庭审中,申请人与被申请人均同意改为适用中国《合同法》及相关中国法律。因此,仲裁庭认定,本案争议应适用《合同法》及相关中国法律。这样的改动并不多见,至于其背后的原因,从裁判文书中无法看清。笔者推测,与仲裁庭及代理人不熟悉当事人所选择的法规范(包括“软法”)不无关系,他们更乐意适用自己熟悉的中国法。

2. 当事人默示选定

这种情形是指,当事人无论是事前还是事后均没有书面的或者口头的约定适用《公约》,不过,通过双方当事人各自的行为,反映出均愿意适用《公约》。这种意愿,最典型的方式是通过当事人代理律师的代理意见反映出来,比如律师援引《公约》的规定论证其观点。在这种场合,有些仲裁庭也乐意适用《公约》处理案件。^{⑤8}

亦有相反的情形,即当事人未约定准据法,在符合《公约》第1条第(1)款(a)项的前提下,仲裁庭根据双方提交给仲裁庭的文件中引用了中国《合同法》,并且在开庭审理过程中双方对适用中国法律没有异议,认定适用中国法律并无不妥。并进一步认为,合同没有排除对《公约》的适用,故也应适用《公约》。^{⑤9}

(三) 中国应否撤回对于第1条第(1)款(b)项的保留?

在67件裁决书中,有6件是依国际私法适用内国法裁判。^{⑥0}其中多数属于一方当事人营业地所在国为《公约》缔约国、另外一方营业地所在国为非《公约》缔约国,由此,引发反思:中国对于《公约》第1条第(1)款(b)项的保留是否应该撤回了呢?

对于《公约》第1条第(1)款(b)项,中国政府作了保留。当年作此保留的具体原

^{⑤6} Peter Schlechtriem & Petra Butler, *supra* note 20, 16.

^{⑤7} 贸仲委 2009 年 9 月 10 日裁决书(模具,香港买方 vs 中国内地卖方)。

^{⑤8} 比如贸仲委 2010 年 12 月 3 日裁决书(聚氯乙烯树脂,阿富汗买方 vs 中国卖方)。

^{⑤9} 贸仲委 2008 年 2 月 25 日裁决书(肉牛屠宰生产线,中国买方 vs 荷兰卖方)。

^{⑥0} 贸仲委 2008 年 12 月 25 日裁决书(铁矿石,中国买方 vs 印度卖方,错误适用中国法及《公约》); 贸仲委 2009 年 9 月 11 日裁决书(铜矿砂,中国买方 vs 菲律宾卖方,错误适用《公约》); 贸仲委 2009 年 12 月 7 日裁决书(铬矿砂,中国买方 vs 巴基斯坦卖方,适用中国法); 贸仲委 2010 年 2 月 19 日裁决书(铬矿块,中国买方 vs 土耳其卖方,适用中国法); 贸仲委 2010 年 3 月 31 日裁决书(气垫运输系统,中国买方 vs 美国卖方,适用中国法及《公约》); 贸仲委 2011 年 8 月 5 日裁决书(已焙烧钨精矿,英属处女岛卖方 vs 德国买方,适用中国法); 贸仲委 2011 年 7 月 20 日裁决书(三聚磷酸钠,土耳其买方 vs 中国卖方,适用中国法)。

因,不易考证。当然,越来越多的学者发表了意见,提议中国政府撤回此项保留,^①就像其撤回对于《公约》第11条(合同形式自由)的保留一样。

由于有上述保留,在一方营业地在中国而另外一方营业地在非缔约国场合,如果当事人没有约定准据法,仲裁庭则依国际私法规范,确定相关的内国法作为准据法。^②

查看《公约》第1条第(1)款(b)项的立法史,1980年第一委员会审议会上,捷克斯洛伐克代表科帕克先生(Mr. Kopac)曾指出,在其本国(以及在一些其他国家)有规范国际贸易合同的特别法律规则。在适用(b)项时,相较于以相同的规则规范国内和国际合同的其他国家的情形,这一点将会引发特别的困难。他的这一立场,得到了德意志民主共和国代表瓦格纳先生(Mr. Wagner)的赞同。^③当年中国代表团就此并未发表具体意见,在第五次会议开头,中国代表李志敏先生曾讲到,中国代表团觉得,已经审议的五个条文基本上是可以接受的,但中国代表团当然会建议或者支持某些修正案。^④从这里看不出针对《公约》第1条第(1)款(b)项具体的意见及理由。

1986年12月11日,美国和中国通过或批准了《公约》,并因此使《公约》在1988年1月1日生效。众所周知,中美两国政府约定一起加入《公约》并使之生效。由于两国在加入时均依《公约》第95条对第1条第(1)款(b)项作了保留,因而,人们也可合理推测上述保留可能是两国政府之间约定的内容。^⑤

上文捷克斯洛伐克代表所提到的要点构成了《公约》允许缔约国对第1条第(1)款(b)项保留的实质原因。通过保留,可以确保在此场合其国内专门规范国际贸易合同的立法得到适用。具体到中国而言,就是要确保营业地在中国的中国法人与营业地不在缔约国的外国法人之间的贸易合同适用中国的《涉外经济合同法》,^⑥那么,随着这部特别法在1999年10月1日被废止,时过境迁,无需再考虑确保适用《涉外经济合同法》;取而代之的《合同法》相较于《公约》,可谓是一般法,《公约》则算是特别法,对于具有

① 参见前引②,陈治东、吴佳华文:扬帆《中国对CISG的保留及该公约在CIETAC仲裁中的适用》,载《武大国际法评论》2008年第2期;参见李巍《论中国撤回对于〈联合国国际货物销售合同公约〉第1条b项的保留》,载《法学家》2012年第5期。

② 比如贸仲委2009年12月7日裁决书(铭矿砂,中国买方vs巴基斯坦卖方);贸仲委2010年2月19日裁决书(铭矿块,中国买方vs土耳其卖方。土耳其是在2010年7月7日加入《公约》;2011年8月1日《公约》在土耳其生效);贸仲委2011年7月20日裁决书(三聚磷酸钠,土耳其买方vs中国卖方)。当然,也有将本应依国际私法规范确定准据法的情形误作自动适用《公约》的,比如贸仲委2011年11月4日裁决书(昇王醇,土耳其买方vs中国卖方)。该案合同签订时《公约》尚未在土耳其生效,依《公约》第100条第(2)款,不应自动适用《公约》。

③ 参见“第一委员会会议简要纪录”(1980年3月10日下午第一次会议)。See John O. Honnold, *Documentary History of the Uniform Law for International Sales: The studies, deliberations and decisions that led to the 1980 United Nations Convention with introductions and explanations*, at 458-459 (Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989)。

④ 第五次会议(1980年3月13日下午3时)。前引③,第475页。

⑤ 这一点是在2015年1月29-30日在瑞士巴塞尔大学举办的纪念《公约》35周年的国际研讨会(35 Years CISG and Beyond)上由美国学者Peter Winship教授针对本文所指出的,该观点也得到了美国哥伦比亚大学法学院Alejandro M. Garro教授的认同,特此说明,并对两位教授表示感谢!

⑥ 1985年3月21日公布,自1985年7月1日起施行。

涉外因素的国际货物销售合同,自然也适用《公约》,而没有继续适用《合同法》的特别需要。当然,《合同法》作为统一了三部先前合同法的“统一法”,同时发挥规范国内合同与涉外合同的功能,除国际货物买卖合同等有专门公约规范的涉外合同外,其他涉外合同,在中国法被确立为准据法场合,依然适用《合同法》。至此,中国继续对《公约》第1条第(1)款(b)项予以保留,实质理由,已然丧失。

此外,中国自三十几年前改革开放,便逐步与国际接轨,中国已经加入WTO,中国的外贸管理体制已经发生重大变革,诸此变化,均启发人们反思对于《公约》的最后一项保留是否依然值得。保留一事,有利有弊,当其利因情势的变化而消退时,其弊依然,且相形变大。时至今日,中国应该撤回对于《公约》第1条第(1)款(b)项的保留。

(四) 港澳台与《公约》

港澳回归中国后,中国政府没有对《公约》在这两个地区的法律地位作出任何声明或递交任何相关的文书。有学者指出,根据《公约》第93条的规定,如果缔约国具有两个或两个以上的领土单位,各领土单位对《公约》所规定的事项适用不同的法律制度,而缔约国没有按照该条第1款的规定作出声明,则《公约》适用于该国所有领土。进而据此认为,《公约》应当适用于香港和澳门地区。^{⑥7}

有学者指出,香港、台湾、澳门是中国大陆的重要贸易伙伴,“三地”目前都不是《公约》成员,中国大陆当事人与这三地当事人之间的货物交易即使国际私法规则导致适用中国法律也不应适用《公约》,因这类交易不是“营业地分处不同国家的当事人之间”的货物交易。但是依据中国法律,这类交易引起的争议属于涉外合同争议,中国法院审理时应依据中国国际私法规则确定应适用的法律,如果当事人依据“意思自治原则”选择《公约》作为准据法,也应认定为合法有效。^{⑥8}

上述问题,纵然中国撤回了对于《公约》第1条第(1)款(b)项的保留,依然存在不符合该条规定的“营业地在不同国家的当事人之间所订立的货物销售合同”之要件,确实需要考虑其他可能的方案。首先,《公约》的规定更为中立,更为符合此处区际之间的贸易需要。因而,在政策选择上,显然,《公约》优于依冲突法规范确立的其他准据法。其次,这一问题,在中国的司法实务中,既然定位为“涉外”案件,因而,“区”与“国”的差异,仅具形式意义,理应以实质考量为优先,故建议由最高人民法院以司法解释等方式,确立此时可以“准用”《公约》,以济实务之需。

四、进一步的分析与评论

(一) 法条引用及裁判说理之改进

^{⑥7} 参见前引⑩,韩健文。

^{⑥8} 参见前引⑪,李巍文。

经过对 2008-2011 年间贸仲委涉《公约》裁决书整理分析可以看出,平均每篇裁决书 1.2 万字,总体上属于“繁”的一路。这一结果当然也有其原因,比如,贸仲委收案数量相对于仲裁员而言,没有达到案件积压的程度,换言之,仲裁员有比较充裕的时间,处理案件、制作裁决书。另外,从仲裁机构角度,也是提倡制作说理充分的裁决书;相应地,仲裁员在时间充裕的前提下,自然愿意制作有较多说理的裁决书。

裁判的基本任务在于认定事实和适用法律。事实要认定清楚,法律要适用正确,当事人才会心服口服。在制作裁判文书时,裁判者的主要任务便是要将道理说清楚、讲明白。为何如此认定事实,要将审查证据的道理讲出来。由于只是阅读最终的裁决书,没有查阅相关案件卷宗材料,故而不准备对相关的事实认定作任何评论。本文评论的重点在于适用法律。

就裁决书援引法条情况,不妨与中国当下法院判决作一比较。最高人民法院先后发布了《关于加强民事裁判文书制作工作的通知》,^⑨《关于裁判文书引用法律、法规等规范性法律文件的规定》^⑩及《最高人民法院关于人民法院在互联网公布裁判文书的规定》。^⑪如今,从最高人民法院的“中国裁判文书网”上,可以查阅大量的上网裁判文书,相关的民事裁判文书在判决主文处,已比较规范地援引裁判所依据的法律条文。

贸仲委 67 份裁决书中,援引具体法条的占 54%。其中,援引《公约》条文的只有 21%,这一数字不免让人有点失望,而援引中国国内法条文的占 42%,约是《公约》援引数量的 2 倍。与此直接相关,仲裁庭意见部分的“说理”,在没有具体法律条文作基础的情况下,自然会有局限。“仲裁庭意见”部分,可以展示仲裁庭对于相关法条的理解,展开解释论证的逻辑,对于其他裁判主体以及学术研究者而言,这是最有价值的部分。大而化之地论理,仍很常见。这种做法,可谓“粗枝大叶”,与“精致”二字,尚有距离。在人们通常的观念中,仲裁裁决的水平要高于法院判决,这也是仲裁界人士所津津乐道的常识。但是,至少从裁判文书援引法条这一点来看,中国的仲裁员似乎比法官享有更多的“自由”。贸仲委的裁决在引用法条这一点上已然落后于法院的判决,需要改进。

就上述现象的成因,必须分析贸仲委仲裁员及仲裁庭的人员构成。在贸仲仲裁员这个群体中,有许多是退休法官、退休的立法机关官员、资深律师等实务人士及法学研究人员。我们丝毫不怀疑他们富有实务经验,这是他们毕生积累的优势。霍姆斯在《普通法》一书开篇第一页的名言,“法之生命不在逻辑,而在经验”,^⑫极易让人以为,只有经验才是重要的,而逻辑并不重要。而通过阅读贸仲委裁决书,笔者深切地感受到,仅靠经验还是不够的,经验只有以坚实的逻辑为基础才是可靠的。作为改进工作的对策,

⑨ 2006 年 6 月 27 日,法(2006)145 号。

⑩ 2009 年 10 月 26 日,法释(2009)14 号。

⑪ 2013 年 11 月 21 日,法释(2013)26 号。

⑫ Oliver Wendell Holmes, Jr., *The Common Law*, at 1 (Dover Publications, Inc., 1991).

可以考虑在组庭的时候仲裁员的人员搭配,形成优势互补。另外,在核稿环节提高要求,注意尽量避免低级的错误。

参考其他缔约国司法主体所作的判决,此举并不意味着对于某国法院外国的判例法具有拘束力,毋宁说,外国的判例法仅具有说服的价值,实质上,这也是《公约》第7条第1款所要求的,它规定“应考虑到……促进其适用的统一……的需要。”^{⑦③}换言之,“重要的……不是由外国法院或者仲裁庭所作裁决开启先河的效果,亦非某个偶然地就某特定法律问题首次进行处理的机构所作裁决被赋予了特别重大的意义,而在于,在说明裁决的理由时,对于业已存在的相关裁判资料要纳入考量范围。”^{⑦④}在2004年,一个美国地方法院称,“尽管外国判例法对于本院不具有拘束力,然而,它对于本案要处理的问题具有启发性。”^{⑦⑤}

其实,援引外国判决辅助说理,在国内法存在漏洞场合,固然可以从比较法的角度提供帮助。相比而言,在适用《公约》场合,这种援引更多的并非是在填补法律漏洞,毋宁说主要是在狭义法律解释范畴内发挥参考作用。而从这个角度说,在中国,在裁判文书中援引他国司法主体适用《公约》的判决,仍具有更进一步的理由。其一,中国最高人民法院近年来力倡“指导案例”制度,这种制度虽非像是英美的判例法,换言之,并不具有法的拘束力,但它所提供的正是其内在的说服力。^{⑦⑥}这一点与他国判例对于本国裁判者所具有的价值是一样的。其二,由于《公约》是国际统一法,是国际贸易的通用语,换言之,缔约国虽各不相同,但规范文本的内容却是统一的。既然《公约》已经构成我国法律体系的一个组成部分,就相应的“指导案例”,理应突破内国法域的狭隘范围,而将目光投向域外的裁判实践。

外国裁判案例可以为本国同类案件的处理提供参考,语言及信息途径的障碍并非不可逾越,至少,目前联合国贸易法委员会已有《贸易法委员会关于〈联合国国际货物销售合同公约〉判例法摘要汇编》等中文文献,可以方便地从网络获取,足资参照。

(二) 应该如何看待裁判胜负比例

马克努斯教授在理论上构想的公平结果应为1:1的理想模型,在现实面前将会遇到如下挑战:其一,由于各种原因(比如因自知理亏而不出庭,或者因为经济能力,或者由于语言障碍等)而实际上出现的缺席审理,在贸仲委审理的上述案件中,尽管仲裁庭尽力联系外方当事人,仍有较大数量的外方当事人缺席审理、放弃权利,中方当事人鲜有缺席审理的情事。其二,外方当事人委托的代理人是否恰当。如果没有委托中国当

^{⑦③} See Franco Ferrari & Marco Torsello, *supra* note 8, 8-9.

^{⑦④} Fritz Enderlain & Dietrich Maskow, *International Sales Law*, at 56 (Oceana Publications, 1992).

^{⑦⑤} U. S. District Court [N. D. Ill.], 21 May 2004 (Chicago Prime Packers, Inc. v. Northam Food Trading Co., et al.), available at <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040521u1.html> (Last visited on May 8, 2016).

^{⑦⑥} “指导案例”是否具有法的拘束力,涉及立法权的分配,是宪法层面的政策选择问题,并非最高人民法院一家能够说了算的问题。“说服力”问题与“政策选择”无关,它是任何裁判文书作为一种客观存在所理应具备的品质。

地的律师,就可能存在语言、文化等差异带来的现实沟通障碍,影响仲裁结果。其三,特殊的国际贸易结构因素。比如相对于买方主张交付货物或者货物质量存在问题的纠纷,卖方主张支付价款的案件数量更多,而这类案件相对而言更为简单,胜诉的机率更高。考虑上述复杂因素,马克努斯教授 1:1 理想模型恐怕就不太现实,需要作出调整。当然,调整到什么程度算是合适,本身也难讲。毕竟,“非我族类、其心必异”的心理因素或者潜意识因素客观存在,无论是亚洲还是欧洲或者美洲,概莫能外。优秀的法官或者仲裁员,会有意识地抵制这种因素干扰对于案件的判断,确保公平和公正。马克努斯教授为论证自己的假设而验证的 CLOUT 案例,本身也存在问题:这些案件均是各国通讯员精挑细选的案例,并不能够代表特定司法辖区裁决的日常形态。如果要验证,恐怕也应该像本文研究方法这样,就某一特定的裁判机构连续数年的全部相关案件进行实证研究,^⑦才有说服力。

当然,恰当的比例如果不是 1:1,是否应该是 1.5:1,或者是 2:1 呢?对此,只宜由读者自己判断。对于不同的裁判机构,借用中国文人胡适先生的话,也“请大家来照照镜子”,^⑧看看各自的情况如何,再作判断。当然,对于裁判机构和裁判者而言,强调警惕对《公约》的“政治解释”,无论如何,都不为过。

结 论

1. 本文以 2008-2011 年贸仲委涉《公约》的 67 份裁决书为研究素材,揭示中国国际商事仲裁中适用《公约》的经验与问题。通过统计,发现平均每篇裁决书的字数较多,在裁决书风格上比较“繁”。在法条引用方面,有 46% 的裁决书完全没有引用任何法条;仅有 21% 的裁决书援引了《公约》的具体条文,有待改进。在说理方面,由于欠缺具体法条基础,不够精致。另外,尚未发现任何对外国裁判案例的关注或者参引,目光局限,对于适用《公约》之统一法而言,亦应改进。

2. 中外当事人胜诉比例约为 1.86:1,虽与“理论理想型”的 1:1 相比有差距,考虑现实因素比较复杂,这个比例仍应属于合理范围。不过,为了实现《公约》统一适用及解释的目标,强调对《公约》不作“政治解释”,并不为过。

3. 在符合自动适用《公约》的案件中,有 5/6 的仲裁庭能够符合要求自动适用《公约》;仍有 1/6 的案件,仲裁庭没有自动适用,而是通过国际私法规范(比如依最密切联系原则)确定准据法。至少就这 1/6 案件的相关仲裁员而言,法知识的更新及法观念的转变,仍有必要。

^⑦ 作为本次研究的素材,由贸仲委所提供的案例,应该不是经过特别筛选,而更像是在文件库中依关键词检索得来,之所以有如此判断,是因为其中有个别仲裁庭并没有适用《公约》,而是当事人意见中出现了《公约》。

^⑧ 参见胡适《请大家来照照镜子》,光明日报出版社 1998 年版。

4. 中国政府加入《公约》,《公约》便因中国官方的采纳而“并入”中国法律体系,属于正式法源,且应优先于一般国内法得到适用。裁判者在适用《公约》时,应当在观念上清楚地意识到是在适用本国法律体系的一部分,而不应以任何借口或者理由,“歧视”《公约》。

5. 对于《民法通则》第142条第2款容易产生的误读应予纠正。此款明确肯定了中国缔结或者参加的国际条约具有“法源”地位,并确立了我国民事法源内部的效力层次:国际条约高于或者优先于一般民事法律。就该款不能错误理解为对主张适用国际条约者规定了举证责任:谁主张适用国际条约,谁就应证明“有不同规定”的存在。

6. 当事人在合同中明确约定“适用中国法律”的,一般不应解释为排除了《公约》。裁判实务习惯于将中国国内法与《公约》二元对置,与《公约》一经采纳“并入”便构成了中国法律体系一部分的基本定位有所冲突,宜更新观念,与国际理论界及实务界的共识保持一致。相应地,实务中以适用中国《合同法》为主,兼用《公约》补充的立场,颠倒次序,亦应转变。

7. 中国对于《公约》第1条第(1)款(b)项的保留,已时过境迁,应该撤回,使中国在《公约》的适用上完全与国际接轨。

8. 港澳台是中国大陆的重要贸易伙伴,除了当事人约定适用《公约》,《公约》难以对此类区际贸易发挥规范功能。建议最高人民法院在适当时机,出台司法解释,为此类涉外合同纠纷“准用”《公约》积极开辟道路。

Abstract: As the uniform law of international sale of goods, the CISG requires unified explanation and application. The article studies on the CIETA's sixty-seven pieces of award involving the CISG from the year 2008 to 2011, which is a kind of empirical research, and then reveals the experience and problem of application of the CISG, including comprehending deviation of the applicability of the CISG and the existing deficiency of law reference and arguments. When applying the CISG, Chinese arbitrators should pay attention to the judgments of peers in other countries, and even use their judgments for reference in the future. Beyond that, Chinese arbitrators are expected to reasoningly treat the win rate of parties in China and foreign countries as well as avoid making "political interpretation" of the CISG. So it is time for China to withdraw its reservation of paragraph 1 (b) of article 1 of the CISG. As the Hong Kong, Macao and Taiwan are most important trade partners of China, it is recommended that the Supreme People's Court should introduce a judicial interpretation at the appropriate time and positively open the way for such disputes of foreign contract involving the "mutatis mutandis" of the CISG.

(责任编辑:王莉萍)