

# CISG 适用默示排除意思自治之分析 ——以约定适用中国法律为视角

刘廷涛

(华东政法大学国际法学院, 上海, 200042)

**摘要:** CISG(《联合国国际货物销售合同公约》)规定系任意性规范, 允许当事人排除 CISG 全部或部分内容, 以适用当事人约定的法律或约定的权利义务。在合同当事人约定适用我国法律时, 此约定表面符合默示排除 CISG 的适用, 最终 CISG 仍得到适用。这一结果虽始料不及, 却符合法律推理逻辑并具有法学理论依据。细究此结果的发生, 主要原因系我国条约独特的适用方式。我国对于类似 CISG 条约的“接受”规定体现在民事基本法中, 非如其他国家那样显示于宪法。在当事人实行意思自治并约定适用我国某一特定的民事部门法时, 由于 CISG 包含于约定的民事法律之中, 导致 CISG 的适用。

**关键词:** CISG; 意思自治; 默示排除; 民法通则; 合同法

**中图分类号:** D996.1

**文献标识码:** A

**文章编号:** 1672-3104(2014)04-0079-07

随着经济全球化的深入, 各国之间的贸易往来呈递增之势。涉外商事在增加各贸易商经济利益的同时, 亦带来了相应的商业风险, 商事纠纷也就在所难免。当涉外商事纠纷被诉至国内法院寻求司法救济时, 其涉外性产生了特有的法律适用问题。涉外商事法律适用范围涉及国家或地区的法律和国际条约。在国家或地区法律方面, 当事人可以约定具体适用哪一个国家或地区法律, 这是当事人意思自治的体现。如果涉外商事当事人所属国签订了相应的民商事条约, 又会产生条约在国内的司法适用问题。正因国家或地区法律适用的意思自治与条约适用同时存在, 才有了对具体涉外案件法律适用需要的探讨。在涉外商事领域中, 《联合国国际货物销售合同公约》(下称 CISG)即属众多民商事条约之一, 自然也是条约缔约方所属的当事人之间解决纠纷的法律依据。我国已于 1986 年 12 月 11 日批准加入该条约, 并于 1988 年 1 月 1 日起生效。司法实践中, 依据该条约解决法律纠纷的国内外法院判决已有很多, 足见该条约对包括我国在内的贸易大国来说极其重要, 有必要深入研究其适用方式和结果。由于我国特有的条约适用方式, 在当事人意思自治约定适用中国特定法律的情况下, 产生了 CISG 所允许的默示排除无法成立的结果。对此国内鲜有研究, 笔者拟结合司法实践, 对前述问题及争议阐明自己观点, 并对默示排除进行相应的分析。

## 一、CISG 默示排除意思自治与条约适用之关联性

法律适用法中的意思自治由法国杜摩兰首先提出, 沿用至今, 其适用法律领域、适用方式、适用条件等均发生巨大变化, 适用领域由原先仅适用于合同关系, 发展至物权关系、人身关系, 适用方式从原先需要明示发展为已接受默示, 适用条件从原先要求约定的法律应与案件有密切联系发展到无需联系, 等等。由于意思自治在法律适用法中的重要性, 对其研究与关注也就自然成为此领域的热点。意思自治发展的同时, 规定私人权利义务的实体法条约也有一定程度的发展, 二者有时会呈现相互交融状态。当意思自治具体内容涉及实体法条约, 即会涉及条约的国内适用理论。理论上讲, 当事人意思自治适用条约与条约的国内适用方式是两个不同的理论, 法律适用法意义下的适用条约约定是当事人意思自治体现, 对当事人而言, 无需依据条约国内适用理论; 条约国内适用理论涉及的是条约在国内执行或适用, 主要针对国家, 因为条约对于国家具有强制性, 必须在国内得到执行。由此可见, 条约国内适用理论与当事人意思自治适用条约似乎应无关联。

收稿日期: 2013-09-17; 修回日期: 2014-05-06

作者简介: 刘廷涛(1969-), 男, 山东龙口人, 华东政法大学国际法专业博士研究生, 主要研究方向: 国际经济法, 国际竞争法

同样,商事统一实体法公约 CISG 中也存在条约直接适用的条款,<sup>[1](15-16)[2](9-10)</sup>具体为该条约第 1 条第 1 款(a)项规定。此处的直接适用体现为,勿需当事人约定而径直适用 CISG,也无需援引国际私法规则而直接适用 CISG。<sup>[3](7)</sup>也就是说,只要符合 CISG 前述条款规定条件,就视同当事人已约定适用此条约。由此来看,CISG 的适用似乎与当事人意思自治无关。其实不然。CISG 第 6 条规定了当事人可以约定排除该条约内容的适用,此条规定将当事人意思自治联系起来,只是此条款规定的意思自治是排除条约 CISG 的适用,不是约定 CISG 适用,即“默示排除”意思自治。换言之,当事人约定的条款内容与 CISG 内容相冲突时,解决冲突的本质就是意思自治效力与 CISG 效力孰高孰低的问题。此问题涉及条约是否具有法律强制力而不能违背,其答案与 CISG 条约第六条规定有关,该条规定“双方当事人可以不适用本公约,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”,从而允许当事人意思自治排除 CISG 的内容。这说明 CISG 条约内容不具有强制适用性,条约系任意性条约,可以由当事人约定加以排除。

当事人排除条约适用有两种方式,明示排除和暗示排除,但是 CISG 第 6 条没有规定当事人可采用暗示排除方式。对此,学者及司法实践倾向认为可行。有学者采取立法历史性解释方法进行说明,“立法历史表明,维也纳会议多数代表反对这样一项建议:就是主张‘排除公约适用必须以明示的方式’。公约没有明确规定其可以被默示地排除‘是为了防止法院过分轻易地断定公约被默示地排除’,而不是阻止当事人以默示的方法排除适用公约,因此,默示地排除是可以的,当然默示排除必须有真实依据而不是靠推测。”<sup>[2](30)</sup>另有学者对此有类似的评述,“虽然 CISG 第 6 条没有像 EKG(《关于国际动产买卖合同的统一法》——笔者注)第 3 条第 2 句那样提及默示排除的可能性,默示不选用也是可能的。将‘默示’情形从公约中剔除只是为了防止法院过于轻率地认定公约被排除适用。”<sup>[4](20)</sup>但是,如何确认当事人以默示方式排除条约适用,须有切实可行的标准,否则,前述默示排除公约的意图就可能无法实现。其关键标准应是当事人排除意图的存无,任何默示排除的解释均不应离开此核心要义。

默示排除意思自治存在的理由除了上述说明之外,还与 CISG 条约本身属任意性规范的性质有关。“确定公约为任意性的理论基础主要是由于公约主要是调整私人之间的相互关系,属于私法范畴。私法范畴的法律,特别是有关私人债务关系的法律,主要为任意

法。除某些强制性规范必须遵守外,应体现当事人‘意思自治’、‘契约自由’的原则。”<sup>[1](49)</sup>需要说明的是,对于缔约方当事人而言,CISG 的意思自治并非主要体现在明示约定适用方面,而是体现在排除 CISG 适用方面。

既然 CISG 存在意思自治,且“默示排除”意思自治与条约在国内适用存在理论关联性,二者关联性就应有具体的体现。默示排除的表现方式是约定适用某国法律或某一特定部门法,从而间接否定条约相关内容的适用。然而,在约定的法律中可能包含条约的适用方式,此时,当事人的意思自治就与条约的适用方式相互联系。之所以法律包含条约的适用,是因为国家法院审理案件时,仅依据国内法律进行审理,无适用国际条约之义务。条约只有经过国内法律接受才可得到国内执行,对此,我国学者早已指出,“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。”<sup>[5](33)</sup>

前述结果的发生,是当事人意思自治与国内法律内容相结合的产物。当事人约定适用某一国家法律或某一特定法律,会因该法律是否包含条约“接受”内容而出现不同的法律适用结果:如果约定适用的法律含有条约被接受内容,条约就已属于国内法律秩序的一部分,条约自然与国内法律相互关联;如果约定适用的法律未包含条约被接受内容,所适用法律就不包含条约。由此可见,由于统一实体法公约在缔约国国内的适用方式不同,便会影响当事人基于意思自治而对 CISG 的适用结果。

## 二、CISG 在我国适用方式之辨析

既然 CISG 的“默示排除”意思自治涉及条约在缔约国的适用方式,则必先行阐述条约的国内适用与“接受”理论问题。条约在国内的适用总体有两种方式,一种是转化(transformation),一种是纳入(adoption)<sup>①</sup>。转化主要是指“某个国内的立法行为将国际法上的规定接纳并宣布其为国家法律秩序的组成部分”<sup>[6](82)</sup>。而纳入是指“有些国家的宪法或其他国内法把条约规定一般地纳入国内法,而无须为每个条约制定另一个国内法,以便将条约规定转变为国内法”<sup>[7](316)</sup>。值得注意的是,采取纳入方式适用条约,并非意味任何纳入条约皆可在国内直接适用,因为有的条约本身规定比较模糊,无法确定具体内容而不能得到直接适用。

我国对于条约的国内适用方式非如其他国家那样统一规定于宪法,而是分别规定在不同的部门法中。

由于 CISG 规定的权利义务属于民事法律关系，本文仅限于涉及民事条约适用的法律规定。该规定系我国《民法通则》第 142 条第 2 款，其将条约进行纳入而得到直接适用。此条的文义理解似乎是，条约的直接适用有限制条件：只有条约与国内法冲突时才能直接适用条约。即与《民法通则》有不同规定的条约内容才能成为涉外民事法律关系的适用法，并构成国内民事法律秩序的一部分。

前述系我国立法对于条约适用的规定，那我国司法如何实行？最高人民法院对此有专门通知和解释。1987 年 12 月 10 日，最高人民法院《转发对外经济贸易合作部〈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〉的通知》中就 CISG 的适用进行了相应的指导，<sup>②</sup>在涉外案件中，如果符合 CISG 的要求，法院就可以直接适用 CISG 规定。此通知由于历史因素限制，仅适用于国有公司，对于当今全球化经济中大量的私营经济主体不适用，且其与以后的司法解释相矛盾，自然不具有法律效力。另外，1995 年外交部、最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部发布的《关于处理涉外案件若干问题的规定》中也谈到条约适用问题，<sup>③</sup>指明当国内法或者我国内部规定同我国所承担的国际条约义务发生冲突时，应当适用国际条约有关规定。此规定与我国《民法通则》第 142 条精神一致。再者，2000 年最高人民法院发布《关于审理和执行涉外民商事案件应当注意的几个问题的通知》，其关于“对我国参加的国际公约，除我国声明保留的条款外，应予优先适用”的内容，相较于其他司法文件和法律规定的本质区别是，直接适用条约没有限制条件。然据 2009 年最高人民法院《关于裁判文书引用法律、法规等规范性文件的规定》，其不能被法院所援引，对涉及民事条约的适用依据仍是我国《民法通则》第 142 条第 2 款。重要的是，2012 年最高人民法院关于适用《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》若干问题的解释(一)第 4 条又重述了《民法通则》第 142 条第 2 款之规定<sup>④</sup>，说明法院对于条约适用重归《民法通则》立法精神，与立法规定具有同一性，似有理清司法实践不统一的混乱局面的意图，从而也更加肯定了民事条约适用应援引《民法通则》第 142 条第 2 款规定的观点。

既然我国立法及司法对于条约的适用作出如此规定，那么 CISG 是否也要按《民法通则》规定的方式适用？答案自然是肯定的。因为，条约在国内适用必须有法律的“接受”，无“接受”，条约不能成为国内法律秩序，国内法院也就无法适用条约。可见，“接受”条约的法律起着桥梁作用，正如我国著名学者李浩培

先生所言，“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。”<sup>[7](314)</sup>因此，在适用相关条约时，必须援引接受条约的法律，否则，适用条约没有相应的法律依据。但有观点认为，CISG 本身已规定了其直接适用性，无需再次援引《民法通则》规定，根据 CISG 第 1 条第 1 款(a)项规定，即可直接适用 CISG。如胡晓红教授认为“CISG 的国际民商事条约的性质以及其第 1 条第 1 款的规定决定了它的直接适用的特点，法院或仲裁机构在适用 CISG 时无需通过援引‘转发通知’而应当直接适用”<sup>[8]</sup>。刘瑛副教授虽然未明确提出此观点，但其赞同法院未援引接受条约的国内法律而直接适用 CISG 的判例，说明其持有相同的观点。<sup>[9]</sup>宣增宜教授也是通过案例分析，支持法院未经援引接受条约的国内法律径直适用 CISG 的司法实践<sup>[10](7)</sup>。

笔者认为，前述学者观点似有将条约直接适用性与统一实体法直接适用性相混淆之嫌。CISG 第 1 条第 1 款(a)项规定虽被解释为“直接适用条款”，然而，此处的直接适用条款含义并非是条约在国内适用意义下的“直接适用”，而是冲突规范意义下统一实体规范的直接适用，其主要是区别于冲突规范的指引而适用实体法的“间接适用”。对此，贸易法委员会关于《销售公约》判例法的摘要中关于“自动适用”部分已指明，所谓的 CISG 的自动适用或直接适用即属“无须援用国际私法的规则”，并在注释中例举了判例加以说明，此案例是《法规的判例法》判例 268，也就是德国联邦法院 1996 年 12 月 11 日的判决。该摘要继续说明“由于缔约国数目日益增多，这一标准正在使公约越来越经常得到适用”<sup>[3](7)</sup>。

那什么是条约的直接适用？如前文所示，条约通过纳入方式无需再次国内立法转化即由国内机关直接适用，此条约也可称为自动执行条约。此处必须明白，适用的主体是谁？是私人还是国家机关？李浩培先生认为，“在条约当事国国内，立法、司法、行政这三个部门，都有适用条约的职责”，且“关于执行条约的国内程序，仍然有待于各国的自由决定”。<sup>[7](313-314)</sup>显然，适用条约的主体是国家。李浩培先生所言之条约适用职责，是针对国家司法机关适用条约的义务，并非排除私人援引条约主张权利，但其清楚表明国家司法机关适用的前提条件，即国内法律对于条约的适用已作出规定。国家司法机关适用条约尚且如此，私人自无不遵从此条件之理。因为，如果私人不遵守此条件而径依条约主张权利，由于此条约未成为国内法，国内法院不能适用，其权利也就无法得到保护。

上述分析充分说明，符合 CISG 第 1 条第 1 款(a)

项的条件, 仅是表明该涉外合同当事人可以适用 CISG, 但并非意味法院必须适用。因为条约的适用要依赖于缔约方国内法的规定, 如果缔约方所属国法律并没有对条约适用作出规定, 当事人无法引用条约规定内容。因此, 条约国内适用意义下的 CISG 直接适用与冲突法意义下的 CISG 统一实体法的直接适用不能混同, CISG 直接适用含义的正本清源, 有利于区分其与国际私法意义下的条约直接适用。

不仅静态的立法规定如此, 在动态的司法实践中, 我国法院在审理具有涉外因素的国际货物买卖合同案件时, 也有如此适用条约 CISG 的案例。如山东省高级人民法院审理的金乡县冰川棉业有限公司与 V.C.E.(捷克)有限公司的国际货物买卖合同纠纷一案中, 认为“中国与捷克均属《联合国国际货物销售合同公约》的参加国, 依照《中华人民共和国民事诉讼法》第 142 条第 2 款之规定, 当我国缔结或参加的国际条约与我国法律有不同规定时, 应适用条约的规定, 故公约的有关规定应予适用”。<sup>⑤</sup>再如, 广东省广州市中级人民法院审理的宝得利股份有限公司诉中国电子进出口广东公司销售合同纠纷案中, 认为“鉴于原告营业所所在地美国与被告营业所所在地中国均是《联合国国际货物销售合同公约》的缔约国, 原被告双方建立的货物销售关系不属于《联合国国际货物销售合同公约》第 2 条、第 3 条排除适用的范围, 而中国国内法对国际货物买卖合同没有明确的规定, 根据《中华人民共和国民事诉讼法》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’的精神, 故本案应考虑适用《联合国国际货物销售合同公约》的有关规定”。<sup>⑥</sup>

### 三、当事人默示排除意思自治分析

如前文所述, 条约只有被“接受”为国内法才可以被国内司法机关适用, 当事人才可以据此主张权利。在当事人约定适用国内法时, 才有可能涉及条约适用问题。以下从两个方面分析当事人约定中国法律所涉及的 CISG “默示排除”。

#### (一) 当事人约定适用一方当事人所属国法律

当事人约定适用一方当事人所属国法律时, 是否默示排除 CISG? 欲得到肯定答案, 必须肯定当事人不能适用 CISG。CISG 在此情形下是否能得到适用? 要区分情形不能一概而论, 要根据当事人所属国对于条约的适用方式进行区别, 即直接适用还是间接适用,

不同的条约适用模式具有不同法律后果。鉴于本文主要论述 CISG 在我国适用问题, 因此下文主要分析我国对于民事条约的直接适用情况。

在当事人法律规定直接适用条约情况下, 条约是由该国以纳入方式得到国内法承认, 从而得到直接适用, 此时条约就构成国内法律秩序一部分。此种结论也可从 CISG 第 1 条第 1 款(b)项规定推出, 该条规定“如果国际私法规则导致适用某一缔约国的法律, 则适用 CISG”, 其内容已表明缔约国法律已包含 CISG。试想, 如果缔约国法律不包含 CISG, 即使国际私法规则指向缔约国法律, 也不可能适用 CISG。因此, 当事人约定适用一方当事人所属国法律时, 自然应包括 CISG 条约。

此时存在以下问题。第一, 若当事人所属国的国内法律规定与被纳入条约有不同规定, 如何处理? 是适用约定的当事人所属国既有国内法还是被纳入国内法的 CISG? 此问题解决系属一国主权自治问题, 国际上无统一习惯加以遵循, 也无统一条约供适用, 依该国的法律规定即可, 无法律规定时从该国的法理。也就是说, 此问题涉及国内既有法律与被纳入条约在国内法律秩序中法律效力等级问题, 按效力高低依次适用。由于各个国家对于条约与国内法的冲突有不同的解决方法, 自然会出现不同的结论。如美国, 被纳入的自执行条约与美国的联邦法律处于同一法律地位, 也就是说二者具有相同的法律效力位级。这时遵从法律效力同位级的法律相冲突的法理解决, 即后法优于先法, 特别法优于普通法。在我国, 由于宪法无关于条约的适用规定, 关于民事条约的适用体现于《民法通则》第 142 条第 2 款, 其规定条约与我国民事法律有冲突时适用条约。因此, CISG 条约在与我国既有国内法相冲突时可得到优先适用。

第二, 条约有规定而我国法律无规定的情形下, 条约是否可得到适用? 虽然条约已构成我国国内法秩序一部分, 可依我国相关法学理论进行解释, 不过仍存在条约国内适用的理论障碍, 因为条约要得到国内适用必须被国内法所“接受”。然而, 《民法通则》第 142 条第 2 款规定的“接受”是有条件的, 其限制于条约与我国国内法不同规定部分, 并没有涉及条约有规定而国内民事法律无规定的内容。因此, 从文义讲, 此情形并不符合“国际条约在我国的适用是有前提条件的, 即在我国相关的国内法中必须载明适用条约的条款”<sup>[5](33)</sup>这一理论条件, 无法在国内适用。欲适用条约, 必解决条约适用的“接受”条件。如何解决? 既然与国内法相冲突的条约已被国内法所接受, 则可将“不同规定”的内容进行法律解释, 以使其包含国

内法没有规定的情形，因为我国《民法通则》规定系属我国国内法律，依据我国法学理论解释自无障碍。在无法修改现行法律，且立法解释无启动可能性时，以有权的司法解释为宜。在缺乏现有的司法解释或此类性质的最高人民法院批复等情况下，以论理解的当然解释“举重以明轻”方法，可解燃眉之急。当然解释“指法律虽无明文规定，但依规范目的的衡量，其事实较之法律所规定者更有适用理由，而径行适用该法律规定之一种法律解释方法”<sup>[11](225)</sup>。此处的法律问题是，条约与国内法有不同规定情形下，二者规定冲突较重；条约有规定而国内法无规定情形下，二者规定冲突较轻，其正适合当然解释方法：我国法律对与条约相冲突较重的内容已经给予“接受”，对冲突程度较轻的内容更应“接受”。因此，若当事人以我国法律作为合同适用的法律，无论是与我国国内法冲突的条约规定还是我国国内法欠缺的条约内容，均有适用的理论与法律依据。

实践中，当事人在合同中意思自治约定适用中国法律时，受理案件法院引用《民法通则》第 142 条第 2 项规定，从而将 CISG 作为合同适用法律的案例为数不少。现以广东省广州市中院审理的上诉人为意大利 Tradeways 有限责任公司案为例，该院认为“因当事人双方在本案审理中一致同意适用中华人民共和国法律处理本案。另外，根据《中华人民共和国民事诉讼法》第 142 条第 2 款规定，国际条约优先适用，故原审法院依《联合国国际货物销售合同公约》和中华人民共和国法律作为解决本案争议的准据法正确，本院予以支持”。<sup>⑤</sup>不仅中国如此，其他国家也如此，“多数法院判决和仲裁裁决都采纳了一种不同的观点(笔者注——即对缔约国法律的约定适用不构成对本公约 CISG 适用的默示排除)。这种观点的理由总结如下：一方面，本公约是双方当事人所选择的国家的法律的一部分，另一方面，缔约国的法律的选择作用在于确立一个法律来填补本公约中必须予以填补的空白。”<sup>[3](4-5)</sup>

上述分析说明，不论法学理论还是司法实践均支持这一观点：在当事人约定适用中国法律时并非存在默示排除 CISG。我们不能仅仅因为当事人在国际销售合同中约定适用某一国法律就理解为当事人将 CISG 排除适用。

## (二) 当事人约定适用某个明确的部门法律

当事人约定适用某个明确的部门法律时，是否属于默示排除？答案是同样要依据法律适用结果是否排除 CISG。有学者认为其默示排除了 CISG 公约的适用，“典型的默示排除公约方式是在合同中选择适用某种国内法，只要所选择的国内法是非公约缔约国的，或

者虽然属于公约缔约国，当事人在合同中已经特指该国的国内法，如规定：“本合同中的权利义务由美国(统一商法典)调整。”<sup>[2](30)</sup>此种观点原则上是正确的，因为当事人既然已明确适用某个具体法律，就无意适用其他法律包括 CISG。但是，如果被约定适用的法律包括了 CISG 条约时，前面的理解似乎就值得商榷了。因为公约已成为当事人约定适用法律的一部分。从形式上看，当事人仅欲适用某一特定法律，实质上看，由于此特定法律本身包含了 CISG，导致公约仍然被适用。虽然公约被适用的结果似乎并非当事人预先所料，但最终适用 CISG 却是当事人意思自治结果。比如，双方当事人约定适用中国《民法通则》，由于该法第 142 条第 2 款规定，将 CISG 与中国《民法通则》不同规定的内容也接受为中国《民法通则》组成部分，从而 CISG 条约得到适用。

或许，当事人约定适用中国《民法通则》可能性比较低，因为规范买卖合同的法律主要是《合同法》，后者相对前者而言是特别法，且后者规定较为详细，比较符合现代商法趋势，《民法通则》基本不被当事人所引用。若此，即以当事人约定中国《合同法》作为适用法律为例。该法第 123 条规定，“其他法律对合同另有规定的，依照其规定”。此处的“其他法律”是哪些？只要是对合同有所规定即属此范畴？还是仅指相对于合同法而言具有特别性质的特别法？该条未加以明确。从文义解释讲，应包括所有区别于《合同法》之外的法律。若此，《民法通则》中调整合同法律与《合同法》有不同规定者，是否应适用《民法通则》？现以《民法通则》第 58 条规定<sup>⑥</sup>同《合同法》第 54 条规定<sup>⑦</sup>比较为例。两个法条均是规定欺诈、胁迫和乘人之危行为的法律后果，前者规定为无效，后者规定为可撤销。按前述之文义解释，应按《民法通则》第 58 条规定认定为无效行为，结论显然难以接受。因为《合同法》正是为了克服《民法通则》的不足，从而制定符合民法法理的可撤销规定。由此得出的结论是，其他法律是指相对于《合同法》而言具有特别法性质的法律规定，此结论也符合“特别法优于一般法及后法优于先法”的法学解释理论。

不过，该条的“另有规定”是否仅限于不同规定？其他法律有规定而《合同法》无规定是否应包含于其中？如果包含，其他规定是指任何法还是仅限于前面所讲的特别法？换言之，是否包括一般法？此问题同属民法的适用问题，学者对此的论述是，“特别法优于普通法，是指对于某一事项，特别法有规定的，应优先适用特别法的规定，只有在没有特别法规定时，才可适用普通法的规定。”<sup>[12](23)</sup>因此，《合同法》第 123

条的“其他法律”在一定条件下包含作为一般法的《民法通则》，此条件即为《合同法》无规定而《民法通则》有规定。此推理若成立的话，则在《合同法》无相应规定时，按照前述之“特别法无规定时，适用一般法”的民法适用理论，《合同法》第123条中的“其他法律”应包含《民法通则》第142条第2款规定，从而使得CISG得以适用<sup>⑧</sup>。由此看来，虽然当事人在合同中仅约定适用某一具体实体法《合同法》，但是由于约定适用的实体法包含了CISG，从而使CISG得以适用，也就是说，并没有因为当事人的意思自治使条约得以排除。

本文分析适用中国特定法律意思自治所出现的结果属于特别情形，主要原因是，中国未如其他国家那样在宪法中规定条约“接受”内容，而是在具体的部门法中“接受”条约，从而使当事人约定适用部门法的同时，也约定适用了该部门法所接受的条约。次要原因是，中国是成文法国家，或因中国的法律体系不完善，或因成文法国家皆有的不可避免的立法技术原因，在一些部门法律中，需要引用其他法律加以适用。之所以称前者为首要原因，是因为我国特有的条约接受方式创造了适用条约可能性，如果没有此种特有的部门法规定条约接受方式，则当事人约定适用国内特定法时无导致适用条约之可能。后者原因，如果系因法律技术，则为任何成文法国家所不可避免。当然，后者原因必须与前者原因相结合方能达到条约适用之结果，仅有后者原因不足以使条约得以适用。故，不同的条约接受方式导致不同的法律适用效果，正是由于我国部门法“接受”条约的特色原因，才产生前述CISG得以适用的特色结论。笔者对于当事人约定适用中国《合同法》情形进行相关案例查询，未能查到，未查到并不等于没有。虽然关于此方面的实践目前不多，但只要理论上存在这种可能性，就有从理论上分析探讨的必要性。

#### 四、结语

CISG规定系任意性规范，允许当事人进行意思自治，以排除CISG适用。然在当事人约定适用中国某一特定部门法时，最终未能排除条约CISG的适用。此结论能否得到法律支持？由于案例的缺乏，本文暂无法从实证方面进行评论，只能从理论视角析之。如果当事人约定适用中国特定的法律属于“默示排除”意思自治，由于适用的法律包含了CISG，其与当事人意愿相违背，也与CISG宗旨相矛盾。然而，此结论

的得出又符合我国法理及法学逻辑。由此，似乎出现一种难以决择之悖论。其原因究竟何在？仔细分析，原因系中国特有的条约接受方式。因此，在中国现有的条约“接受”规定下，被学者视为“默示排除”的情形——当事人约定适用中国特定的民事法律从而排除条约CISG的适用，在中国不存在。如欲改变此种结论，如何处理？若接受条约的法律为宪法又如何？设若如此，则不会出现前述悖论。因为，当事人约定适用的《合同法》或《民法通则》并不包含CISG内容。换言之，CISG并不构成当事人约定法律内容，原因是，此时CISG虽由宪法接受成为国内法律，但并非《民法通则》或《合同法》构成部分，因而无法得到适用，此时“默示排除”意思自治成立。另外，如果当事人约定适用中国法律时，其“默示排除”不存在之结论是否会改变？答案是否定的。因为CISG被《宪法》接受，成为整个中国法律体系构成部分，进而使CISG得以适用。也就意味着，只要条约被国内法接受则无法排除CISG的适用，默示排除在此情形下不能成立，国外学者对此持相同观点<sup>[13]</sup>，国内学者也表赞同<sup>[1](52)(2)(31)</sup>。

上述分析表明，CISG未通过“接受”条约的法律而自动适用，不符合条约适用理论，不为现有的国际公法理论所支持。文中分析的当事人约定适用中国特定法律，导致CISG所允许之默示排除意思自治无适用余地，仅系中国特有条约接受方式造成。从立法角度言之，欲使CISG所允许的默示排除意思自治能够在中国法律下具有生命力，理应改变中国现有的条约接受规定方式，使接受条约的法律由部门法升之为宪法。

#### 注释：

- ① 关于 adoption 的译法，国内学者有不同观点，有译之为并入，见邵沙平。国际法专题研究。北京：中国人民大学出版社，2009，57。有译之“采纳”，见王铁崖。国际法引论。北京：北京大学出版社，1998，199。有译之“纳入”，见李浩培。条约法概论。北京：法律出版社，2003，314。本文采“纳入”之译法。
- ② 该通知指明，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作法律选择，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。故各公司对一般的货物买卖合同考虑适用公约，但公司亦可依据交易的性质、产品的特性以及国别等具体因素，与外商达成与公约条文不一致的合同条款，或在合同中明确排除适用公约，转而选择某一国的国内法为合同适用法律。
- ③ 此部分规定体现在该规定中的第一部分总则中的第三项。该规定的适用有前提条件，即处理涉外案件，在对等互惠原则的基

基础上, 严格履行我国所承担的国际条约义务。

- ④ 该司法解释由最高人民法院 2012 年 12 月 28 日公布, 2013 年 1 月施行, 其第 4 条全文是: 涉外民事关系的法律适用涉及适用国际条约的, 人民法院应当根据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百四十二条第二款以及《中华人民共和国票据法》第九十五条第一款、《中华人民共和国海商法》第二百六十八条第一款、《中华人民共和国航空法》第一百八十四条第一款等法律规定予以适用, 但知识产权领域的国际条约已经转化或需要转化为国内法律的除外。
- ⑤ 山东省高级人民法院(2007)鲁民四终字第 6 号判决书。
- ⑥ 广东省广州市中级人民法院(2004)穗中法民三初字第 297 号民事判决书。
- ⑦ 广东省广州市中级人民法院(2011)重申中法民四终字第 71 号民事判决书。
- ⑧ 该条规定: 一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危, 使对方在违背真实意思的情况下所为的民事行为无效。
- ⑨ 该条规定: 一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危, 使对方在违背真实意思的情况下订立的合同, 受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或撤销。
- ⑩ 《合同法》在关于涉外合同的规定仅有第 126 条, 该条仅规定冲突规则, 并无条约的接受规定, 因此涉及民事条约的接受条款仅限于《民法通则》第 142 条第 2 款规定。

#### 参考文献:

- [1] 张玉卿. 联合国国际货物销售合同公约释义[M]. 北京: 中国商务出版社, 2009.
- [2] 李巍. 联合国国际货物销售合同公约评释(第二版)[M]. 北京: 法律出版社, 2009.
- [3] 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[EB/OL]. <http://www.uncitral.org/uncitral/zh/case-law/digests/cisg.html>, 2004-06-08/2013-10-10.
- [4] [德]彼得·施莱希特里姆(Peter Schlechtriem). 《联合国国际货物销售合同公约》评释[M]. 李慧妮, 编译. 北京: 北京大学出版社, 2006.
- [5] 王虎华. 国际公法[M]. 北京: 北京大学出版社, 上海: 上海人民出版社, 2008.
- [6] [德]W·G·魏智通. 国际法[M]. 吴越, 毛晓飞译. 北京: 法律出版社, 2012.
- [7] 李浩培. 条约法概论[M]. 北京: 法律出版社, 2003.
- [8] 胡晓红. CISG 在中国适用的方法论思辨[J]. 商业研究, 2011(7): 25.
- [9] 刘瑛. 论《联合国国际货物销售合同公约》在中国法院的直接适用[J]. 法学评论, 2009(5): 84.
- [10] 宣增宜, 王延妍. 我国法院对《联合国国际货物销售合同公约》的适用[J]. 法学杂志, 2012(5): 126.
- [11] 梁慧星. 民法解释学[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1995.
- [12] 郭明瑞. 民法[M]. 北京: 高等教育出版社, 2003.
- [13] Bianca C M, Bonell M J. Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention [M]. Milan: Giuffrè, 1987: 56.

## An analysis of the autonomy of implied exclusion applied to CISG ——from the perspective of the agreement to apply the Chinese law

LIU Tingtao

(School of International Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai 200042, China)

**Abstract:** The character of the random norm of CISG (United Nations Convention on Contracts for International Sale of Goods) allows the parties to the contract to choose to exclude the application of the whole or part of the CISG, which results in the application of the agreed law or other agreed rights and duties by the contract parties. While the contract parties agree to apply the Chinese law, the agreement seemly in line with the exclusion of CISG does not exclude the application of CISG finally. Although the result is surprising and unexpected, it has the theory basis and its legal reasoning is logical. As the further study of the former result, the main reason is that the specular method of the application of treaty in China, which embodies that the acception of the treaties is regulated in the civil law or in constitution law just as other countries do. As a result, while the contract parties agree to apply a particular civil law, CISG will be included in the applicable law and CISG will be applied.

**Key Words:** CISG; autonomy; implied exclusion; the general principle of civil law; the contract law

[编辑: 苏慧]