

自贸试验区法院适用 CISG 的分歧及对策

贺小勇

摘要: 从实证研究角度看, 四大自贸试验区法院在适用 CISG 问题上分歧较大, 各种类型的适用情形都存在, 不仅导致法律适用的不统一, 而且不利于构建国际化的营商环境。适用 CISG 的分歧原因在于对 CISG 适用规则的认识不足、国内法律供给不足以及对 CISG 的熟悉程度不足。为增强自贸试验区法院在准确适用国际条约方面起到的表率作用, 建议最高人民法院通过司法解释或指导性案例的方式, 要求或引导自贸试验区法院准确、统一适用 CISG。此外, 加大培养精通国际经贸规则的高层次法律人才是增加 CISG 适用的基础性条件。

关键词: CISG; 法律适用; 自贸试验区

中图分类号: D996.1

文献标识码: A

文章编号: 1006-1894 (2017) 01-0019-11

中共十八届五中全会明确提出: 坚持开放发展, 发展更高层次的开放型经济, 积极参与全球经济治理和公共产品供给, 提高我国在全球经济治理中的制度性话语权; 形成对外开放新体制, 完善法治化、国际化和便利化的营商环境。当前全球治理体制变革处于历史的转折点, 国际规则的博弈正在发生全球性、根本性、全局性和长远性的影响, 一个国家能否善用现有的规则并且影响未来规则的发展, 将决定其能否有效维护国家利益和固化长远的制度性权利; 能否在国际关系中讲规则、讲道理, 也是衡量一个国家软实力和感召力的重要要素。^①上海、广东、福建和天津四大自贸试验区作为进一步深化开放的试验田, 肩负建设国际化和法治化营商环境的重任, 肩负为中国深度参与国际经贸规则重构和提升话语权而提供制度蓝本的重任。这一国家战略任务涉及自贸试验区制度改革能否对接国际经贸新规则。具体到司法审判而言, 自贸试验区法院能否准确适用国际条约或国际惯例解决相关争议, 直接影响到对自贸试验区国际水准法治营商环境的评价、指引和导向。据上海自贸试验区《审判白皮书》披露, 国际货物贸易案件是其审理的基本争议。作为国际货物买卖领域中达成的最重要的商事国际公约——《联合国国际货物销售合同公约》(简称 CISG 或《公约》), 自贸试验区法院能否比全国其他法院更准确地适用? 如果不能, 造成未能准确适用的原因到底是什么? 自贸试验区法院通过什么样的制度创新, 疏通统一适用 CISG 的路径? 这就是本文所要研究的问题。

作者简介: 贺小勇, 华东政法大学国际经济法教授, 博导, 中国自贸区法律研究院常务副院长, 研究方向: 国际经济法。

基金项目: 国家社科基金重大公共项目“法治引领推动自贸试验区建设的难点与路径研究”(项目编号: 14ZDC016)、国家哲社基金规划项目“TPP 对服务贸易规则的重构与中国对策研究”(项目编号: 16CFX98)。

^① 外交部条法司司长徐宏在 2016 年 5 月 7 日召开的中国国际法学会 2016 年学术年会上的发言。

一、自贸试验区法院适用 CISG 的分歧实证

对于 CISG 在我国法院的适用问题,学术界进行了持续的讨论,讨论中均引用相应的司法案例。但从这些论文所列举的案例看,存在的突出问题是分类不够全面、不完整,从而导致结论不够准确。为此,本文选择自贸区法院有关国际货物贸易争议案例,对其适用 CISG 的情况进行全面、完整的分类整理,在分类观察的基础上进行评论。CISG 第 1 条 1 款规定:“本公约适用于营业地在不同国家的当事人之间订立的货物销售合同:(a)如果这些国家是缔约国;或(b)如果国际私法规则导致适用某一缔约国的法律。”中国在 1988 年加入时,依据 CISG 第 95 条之规定对(b)项予以保留,目的在于限制因国际私法规则导致 CISG 适用于营业地在缔约国的公司与营业地在非缔约国的公司之间的货物买卖合同。因此,本文研究的案例均指合同当事人符合 CISG 第 1 条第 1 款(a)项之规定的情况下法院是否适用了 CISG。

(一) 依据当事人选择 CISG 而适用

合同双方当事人选择适用 CISG 时,自贸试验区法院会依据《涉外民事关系法律适用法》(以下简称《法律适用法》)第 41 条之规定予以准许。例如,在“卡格兰卡安全公司与厦门佳事通贸易有限公司等国际货物买卖合同纠纷上诉案”中,福建省高级人民法院认为:“……卡格兰卡公司住所地在西班牙王国,佳事通公司住所地在福建省厦门市。因中国和西班牙王国均是《公约》的缔约国,各方当事人在原审庭审中合意一致适用该公约,《公约》无规定的,适用中华人民共和国法律。故依照《法律适用法》第 41 条之规定,本案适用《公约》,该公约无规定的,适用中华人民共和国法律。”^①

(二) 当事人未选择 CISG 时适用的分歧

由于《公约》只考虑营业地这一因素,不涉及当事人的国籍、合同缔结地和履行地等一系列复杂因素,避免了依照国际私法规则适用实体法时必须考虑诸多存在不确定因素的连结点,大大简化了适用的条件,无疑是巨大进步。在双方当事人没有选择法律的情况下,能否直接依据该款适用 CISG 呢?不同的法院对此认识不一。

在“卡斯托尼精密金属有限公司与博览株式会社国际货物买卖合同纠纷上诉案”中,一审法院认为:“本案为国际货物买卖合同纠纷。因双方当事人未选择合同适用的法律,根据最密切联系原则,本案适用中华人民共和国法律。”天津市高级人民法院二审认为:“本案为国际货物买卖合同纠纷。买卖双方当事人卡斯托尼公司与博览株式会社的营业地分别位于中华人民共和国和韩国境内,而两国均为《公约》的缔约国,双方当事人亦未在合同中约定排除该公约的适用,故本案应当适用《公约》

^① (2014)闽民终字第 1454 号民事判决书。此外,持类似观点还有最高人民法院(2013)民四终字第 35 号民事判决书和(2014)沪一中民四(商)终字第 786 号民事判决书。

的规定。原审法院适用法律错误，本院予以纠正。”^①

与天津市高级人民法院相反，河北省高级人民法院在“耿群英与埃及 ELBORSH 公司国际货物买卖合同纠纷上诉案”中恰恰将一审法院适用 CISG 的观点予以改判：“关于本案应当适用何种准据法的问题，原审法院认为本案应当适用《公约》审理本案，主要理由是本案属于国际货物买卖纠纷，当事人双方事先未约定争议适用的法律，中国与埃及均为《公约》缔约国，所以本案应当适用该公约的规定予以审理。但问题是，正因为当事人双方事先未约定争议所应适用的法律，争议发生后在准据法问题上双方又存在严重的分歧，那么审理法院就应当根据国际上通行的最密切联系原则，确定与案件联系最紧密国家的法律予以适用。……中华人民共和国为与本案有最密切联系的国家。……原审法院以《公约》为依据，审理本案的做法属于适用法律错误，应予纠正。”^②河北虽尚无自贸试验区，但其高级人民法院的判决具有一定的影响力。在“广州古琅玛贸易有限公司与 WSI 贸易有限责任公司买卖合同纠纷”中，广州市越秀区人民法院认为：（尽管 WSI 公司的营业地国奥地利和古琅玛贸易公司的营业地国中国均为《公约》的缔约国），“鉴于涉案合同无约定处理争议适用的法律，根据《合同法》第 126 条的规定，涉外合同的当事人没有选择适用法律的，适用与合同有最密切联系国家的法律，鉴于古琅玛贸易公司住所地在我国内地，故根据最密切联系原则，本案应适用中国内地法律。”^③

（三）依据《民法通则》第 142 条第 2 款规定而适用 CISG 的分歧

《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，但申明保留的除外”。从司法实践看，有的直接以该款作为适用来源优先适用 CISG；有的以该款作为跳板，先认定准据法适用中国法，然后引用该款连接到 CISG。例如，在“环球大理石有限责任公司诉厦门成伟鑫工贸有限公司国际货物买卖合同纠纷案”中，厦门市中级人民法院认为，本案原告环球大理石公司住所地在意大利共和国，被告成伟鑫公司住所地在福建省厦门市，因中意两国均是《公约》的缔约国，且双方均未排除适用该公约，依据《民法通则》第 142 条第 2 款之规定，本案优先适用《公约》，《公约》无约定的，适用中华人民共和国法律。^④

同样是适用《民法通则》第 142 条第 2 款，却有法院依据该款排除 CISG 的适用。例如，在“韩昌产业株式会社与中国西部矿业（香港）有限公司等买卖合同纠纷上诉案”中，上海市高级人民法院认为：“《公约》有关买卖双方的义务、违约、合同的解除、损害赔偿等内容与《合同法》的规定并无冲突。因此，依据《民法通则》第 142

① （2015）津高民四终字第 2 号民事判决书。

② （2010）冀民三终字第 59 号民事判决书。

③ （2011）穗越法民四初字第 141 号民事判决书。

④ （2013）厦民初字第 277 号民事判决书。持类似观点还有广东省高级人民法院（2004）粤高法民四终字第 274 号判决书。

条第 2 款“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”，本案不存在适用货物销售合同公约的情形，原审法院以《合同法》作为本案的准据法，适用法律正确。”^①

（四）双方当事人选择适用中国法而适用 CISG 的分歧

对于符合 CISG 第 1 条第 1 款(a)项适用情况下的双方当事人选择适用中国法时，是否意味着选择中国法就是排除 CISG 的适用？对此，有观点认为，根据 CISG 第 6 条：“双方当事人可以排除 CISG 的适用”，双方当事人选择适用中国法就表明其排除 CISG 的适用，只能适用中国实体法，不包括冲突规范，不可能产生并行适用的问题。^②司法实践中有类似判例，如在“韩昌产业株式会社与中国西部矿业（香港）有限公司等买卖合同纠纷上诉案”中，上海市高级人民法院认为：“由于本案当事人在原审中一致选择中华人民共和国法律为本案的准据法，故根据《公约》第 6 条规定，应认定当事人已协议排除本案适用《公约》。”^③

对此，相反的观点则认为，在合同当事人约定适用中国法律时，由于 CISG 包含于约定的民事法律之中，导致 CISG 的适用。^④司法实践中亦有类似判例，如在“意大利 Tradeways 有限责任公司与许昌市对外贸易有限公司国际货物买卖合同纠纷上诉案”中，广州市中级人民法院认为：“当事人双方在本案审理过程中一致同意适用中华人民共和国法律处理本案，另外根据《民法通则》第 142 条第 2 款规定，国际条约优先适用，故原审法院依《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，本院予以维持。”^⑤从联合国国际贸易法委员会关于《CISG 判例法摘要汇编》来看，大多数法院案例与仲裁案例认为，《公约》是双方当事人所选择的国家的法律的一部分，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。^⑥

（五）因一方在庭审时对适用 CISG 持异议而不适用 CISG

在“加拿大水上休闲运动品有限公司与东辉塑胶（上海）有限公司买卖合同纠纷上诉案”中，上海市高级人民法院认为：“关于本案的法律适用问题，双方认可在货物买卖合同的订立和履行过程中并未就法律适用达成协议，故应依据我国国际私法的有关规则来确定准据法。应当看到，《公约》并不具有强制性，不当然适用于合同当事人营业地分别位于不同成员国的国际货物买卖合同。当事人如果在合同中明确排除了《公约》的适用，或对于是否适用《公约》存在异议，即不能适用《公

① （2010）沪高民二（商）终字第 78 号民事判决书。

② 陈治东：论《联合国国际货物销售合同公约》在中国的适用——兼评我国《民法通则》第 142 条[J]，法学，2004，(10)。

③ （2010）沪高民二（商）终字第 78 号。

④ 刘延涛：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[J]，中南大学学报（社会科学版），2014，(4)。

⑤ （2011）穗中法民四终字第 74 号判决书。持类似观点还有（2015）津高民四终字第 2 号民事判决书。

⑥ UNCITRAL. Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. 2012 Edition. <http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG-digest-2012-e.pdf>. (2016-07-09)。

约》，应依我国有关涉外民事关系法律适用的规定来确定准据法。故虽然中国和加拿大都是《公约》的成员国，但因东辉公司对适用《公约》存在异议，本案并不能适用《公约》。”^①法院的观点意味着只要一方当事人不同意适用《公约》，就可以排除《公约》的适用，这显然是对《公约》第6条“当事人可以排除公约适用”规定的误解。《公约》第6条原文：“The parties may exclude the application of this Convention”，这里的当事人用的是复数“parties”，应该指合同的“双方当事人”，而不是指“一方当事人”。

（六）因对法律关系的识别差异而不适用 CISG

CISG 适用的前提是双方争议的合同关系属于国际货物贸易法律关系。若法院对审理的合同关系定性不是国际货物买卖合同，则 CISG 没有适用的余地。例如，在“上海伽姆普实业有限公司与 Moraglis S.A. 承揽合同纠纷上诉案”中，上海市高级人民法院认为：“虽然双方当事人在 2009 年 5 月 8 日订立的合同被称为买方和卖方，但涉案合同性质不是买卖合同，而是承揽合同。本案双方当事人进行的不是货币与一般商品物的交换，而是伽姆普公司按照 MSA 公司的特别指定，把自己特定内容的劳动与特定的物品结合，形成物化劳动成果作为商品而进行的出卖。伽姆普公司提供的及 MSA 公司需求的，不是合同订立时已经存在的种类物或一般的特定物，或其他工作成果，而是伽姆普公司按照 MSA 公司的特殊要求，通过特定物化形式凝聚的特定内容的劳动。……据此，本院认为，原审法院将本案定性为买卖合同错误。如果本案为涉外买卖合同纠纷，依据《法律适用法》第 4 条、《民法通则》第 142 条第 2 款之规定，本案应适用《公约》。鉴于本案系承揽合同纠纷，不适用 CISG。”^②

二、自贸试验区法院适用 CISG 的特点与成因

上述实证研究表明，在自贸试验区法院的司法实践中，CISG 的适用存在如下特点：第一，自贸试验区法院适用 CISG 的情况可以说是五花八门，基本无规律可循，预期性较差。对于同一种情形，比如在双方未选择适用法律的情况下，既可以找到直接适用 CISG 的案例，也可以找到排除 CISG 适用的案例；在引用《民法通则》第 142 条第 2 款的情形下，既可以找到 CISG 优先适用的案例，也可以找到不适用 CISG 的案例，情况不一而足。即使是同一家法院，对于同一情形，也会不一致。例如，在广东省高级人民法院（2004）粤高法民四终字第 84 号和（2004）粤高法民四终字第 274 号两份判决书中，合同双方均未选择法律，前者直接依据 CISG 第 1 条第 1 款适用 CISG，后者则依据最密切联系原则先适用中国法，然后再以《民法通则》第 142 条第 2 款为跳板，同时适用 CISG。第二，意思自治原则得到法院的充分尊重。

①（2007）沪高民四（商）终字第 6 号民事判决书。持类似观点的还有北京高院（2004）高民终字第 576 号民事判决书。

②（2012）沪高民二（商）终字第 4 号民事判决书。上海市高级人民法院对本案合同的定性值得商榷，该案实质上是定制物的买卖问题。按照 CISG 第 3 条规定：“（1）供应尚待制造或生产的货物的合同应视为销售合同，除非订购货物的当事人保证供应这种制造或生产所需的大部分重要材料”。

如果合同双方当事人一致选择争议适用 CISG, 不管这种选择是规定在合同之中, 还是在争议发生后双方同意适用 CISG, 现有的判例表明, 在双方选择适用 CISG 的情况下, 法院基本予以尊重。

自贸区法院在适用 CISG 时之所以存在不一致甚至相互矛盾的原因在于:

1. “CISG 适用规则优先” 还是 “国际私法规则优先” 的争议

一种观点认为, 目前理论界将 CISG 在法院的司法适用问题归结为国际条约在国内的适用问题。我国著名学者李浩培先生指出: “一个国际上已经生效的条约, 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。”^①因此, 在适用相关条约时, 必须援引接受条约的法律, 否则, 适用条约就没有相应的法律依据。就 CISG 在国内的适用而言, 在没有其他法律进行统一规定的情况下, 就需要援引《民法通则》第 142 条第 2 款之规定。持该种观点的法院在审理国际货物买卖合同纠纷时, 首先运用国内冲突法规则, 查看双方是否选择适用的法律, 若选择了 CISG, 则根据《法律适用法》第 41 条之规定, 援引到 CISG; 若无, 则根据最密切联系原则, 适用中国法, 通过《民法通则》第 142 条第 2 款接受 CISG 的适用。该思路可以概括为 “国际私法规则优先” 的适用思路。

另一种观点则认为, CISG 本身规定了适用规则, 该适用规则优先于国际私法规则, 无需再次援引《民法通则》的规定。 “CISG 的国际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, 法律或仲裁机构在适用 CISG 时无需通过援引冲突规则而应当直接适用。”^②陈治东教授亦认为, “如果中国公司与营业地位于 CISG 其他缔约国的当事人因货物买卖合同发生争议, 根据公约的第 1 条第 1 款(a)项, 由于双方当事人营业地均处于缔约国境内, 完全符合前述规定的适用条件, 故审理案件的中国法院或仲裁机构应当直接适用 CISG。”持这种观点审理国际货物买卖合同案件的法院首先思考的是 CISG 的适用规则而不是国内国际私法规则。该思路可以概括为 “CISG 适用规则优先” 的适用思路。

2. 法律供给不足

我国《宪法》或《立法法》并未明确规定国际条约构成国内法的一部分, 也未规定国际条约在国内的直接适用。在《法律适用法》制定过程中, 各界亦曾建议法工委对国际条约和国际惯例的适用做出规定, 但由于立法技术问题, 特别是国际条约适用的复杂性, 法工委没有在《法律适用法》中对国际条约和国际惯例的适用做出规定。司法实践中涉及国际条约和国际惯例的适用时, 仍应当将上述《民法通则》第 142 条等的相关规定作为法律依据。^③

① 李浩培. 条约法概论 [M]. 北京: 法律出版社, 2003: 314.

② UNCITRAL. Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. 2012 Edition, <http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG-digest-2012-e.pdf>. (2016-07-09).

③ 最高人民法院民四庭负责人答记者问: 正确审理涉外民事案件 切实维护社会公共利益. <http://www.chinacourt.org/article/detail/2013/01/id/810388.shtml>. (2016-07-09).

《民法通则》第142条第2款规定,在具体适用国际条约时,要求以国际条约与中国法的规定不同作为条件,但包括CISG在内的国际条约从未允许缔约国以国内法与条约的不一致作为适用条约的条件。由于《民法通则》制定于1986年,CISG对我国生效时间为1988年,《民法通则》制定时未能充分考虑到CISG的适用情况。鉴于此,针对我国加入CISG的情况,1987年12月10日最高人民法院在《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》中指出,“根据公约第1条(1)款的规定,自1988年1月1日起我国各公司与上述国家(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,发生纠纷或诉讼亦须依据公约处理。”该通知为直接适用CISG提供了指导。但是,1995年外交部、最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部和司法部发布的《关于处理涉外案件若干问题的规定》则指出,“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,应当适用国际条约的有关规定。”该规定又回归了《民法通则》第142条。此后,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》规定,“对我国参加的国际公约,除我国申明保留的条款外,应予以优先适用”,该规定又再次确认了CISG直接适用的法律地位。然而,2012年最高人民法院发布《关于适用〈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,对于CISG的适用又重新回归《民法通则》。

由此可见,对于CISG的适用问题,国内的立法明显供应不足,司法解释又摇摆不定。具体到审理案件时,不同的法官出现不同的理解也就不奇怪了。即使适用《民法通则》第142条第2款也会引发歧义。《民法通则》第142条第2款规定适用国际条约的前提是其与我国法律的规定不同,然而判断不同的标准是什么呢?是条款内容的实质性不同?还是具体的立法语言方面的差异?因此,针对同一法律问题,有的认为,“由于中国法律与CISG的规定并无冲突,由此适用中国法”;^①有的则认为,“根据《民法通则》第142条第2款之规定,适用CISG”,^②但未指出我国法律与CISG差异在何处。

3. 对CISG排除适用理解的差异

CISG第6条规定:“双方当事人可以排除本公约的适用,或者在符合第12条的条件下,减损本公约的任何规定或改变其效力”。当事人排除CISG适用有两种方式,即明示排除或默示排除,但第6条没有规定到底是明示排除还是默示排除。对于明示排除,比如合同中明确规定本合同不适用CISG,对于这样的合意,清楚无歧义;但是,对于默示排除,比如合同中选择适用我国法,是否意味着双方当事人排除CISG

^① (2010)沪高民二(商)终字第78号民事判决书。

^② (2013)厦民初字第277号民事判决书。

的适用?对此则争议较大。有学者认为,默示排除必须有真实的依据而不是靠推测,该条款未必仅仅确定指向我国的国内法,还应延伸到中国缔结的 CISG。^①有的学者对此则持反对意见,认为选择我国法则意味着排除 CISG 的适用。原因在于当事人合意选择中国法,法院或仲裁庭不可能通过我国法中的冲突规则指引转而适用 CISG,因为中国并未明确承认国际私法中的反致制度。^②

4. 对 CISG 熟悉程度的差异

尽管 CISG 早在 1980 年的联合国维也纳外交会议上被通过,但是,无论是律师还是法官对 CISG 并不是非常熟悉。例如,在美国,据 Peter L. Fitzgerald 在线调查表明,只有 30% 被调查者熟悉 CISG;在起草国际货物买卖合同时,这些熟悉 CISG 的律师中又有 55% 排除 CISG 的适用,只有 24% 的人整体或部分适用 CISG。另外 21% 的人在他们的合同中根本不提及 CISG。^③中国虽未做相应的调查,但囿于语言等原因,情况可能不会比美国更好。

三、自贸试验区法院适用 CISG 的路径分析

从国际经验来看,在符合 CISG 第 1 条第 1 款规定的条件下,适用 CISG 的案例越来越多。党中央国务院对自贸试验区的要求就是紧紧把握国际经贸规则,从这个角度看,自贸试验区的司法审判就要注重对国际条约的适用。否则,在国际经贸领域树立我国司法判决的公信力、增加我国对全球治理制度性的话语权的目标就难以达到。针对目前自贸试验区法院适用 CISG 的分歧,笔者觉得有必要正本清源,在自贸试验区先行先试,统一适用 CISG。建议如下:

(一) 由最高人民法院作出自贸试验区法院适用 CISG 的司法解释

从遵守条约的角度看,最高人民法院做出这种解释有利于树立国家善意履行国际义务的形象,也符合 CISG 对于“适用”的解释。CISG 第一章标题为“适用范围”,第 1 条第 1 款的“本公约适用于……”中的“适用(application)”的含义是什么?有学者提出,该条款仅表明涉外合同当事人可以适用 CISG,但并非意味着法院必须适用。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的适用做出规定,当事人无法引用条约规定的内容。^④这显然是固步自封的解释。试问,当事人适用 CISG,法院却不能适用,那对当事人而言,适用还有什么价值和意义呢?从 CISG 的立法史来看,《关于公约 1978 年草案秘书处评论》是最高的有权解释渊源,其对第 1 条明确提到,《公约》的三大主要目的之一是“减少

① 石慧.论法院适用《联合国国际货物销售合同公约》的路径[J].法学杂志,2015,(12).

② 陈治东.论《联合国国际货物销售合同公约》在中国的适用[J].法学,2004,(10).

③ Yoshimochi,Taniguchi.Deepening Confidence in the Application of CISG to the Sales Agreements Between the United States and Japanese Companies, 12 Rich. J. Global L. & Bus. 277, p.281.

④ 刘延涛.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[J].中南大学学报(社会科学版),2014,(4).

求助国际私法规则的必要性”；如果当事人位于两个缔约国，“《公约》得适用，即使法院地的国际私法规则可能通常指向第三国法律，如合同缔结地国家的法律。”^①其实，CISG 第 7 条第 1 款规定：“在解释本公约时，应考虑到本公约的国际性质和促进其适用的统一以及在国际贸易上遵守诚信的需要”。由此可见，解释适用问题，不能仅仅囿于本国学者或学说，而更应该以国际视野看待问题。联合国国际贸易法委员会在《CISG 判例法摘要汇编》中关于“自动适用”部分指出：“根据 CISG 第 1 条第 1 款（a）项所列标准，CISG 是自动适用（autonomously applicable）或直接适用（directly applicable），即无须援引国际私法规则，随着缔约国数目日益增多，这一标准正使 CISG 在越来越多的案件中得到适用”。^②贸易法委员会《CISG 判例法摘要汇编》是根据目前世界各国适用 CISG 的主要做法进行总结，其解释具有国际性质。最高人民法院亦指出：“《CISG 判例法摘要汇编》并非公约的组成部分，其不能作为审理本案的法律依据。但在如何准确理解公约相关条款的含义方面，其可以作为适当的参考资料。”^③

从法治引领的功能看，最高人民法院做出这种解释符合自贸试验区先行先试且不实质突破法律的规定。中共十八届四中全会发布的《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出：“实现立法与改革决策相衔接，做到重大改革于法有据、立法主动适应改革和经济社会发展的需要”，“实现我国和平发展的战略目标，必须更好发挥法治的引领和规范作用”，这实际是对新形势下就如何处理全面推进依法治国与全面深化改革开放的关系提出的纲领性要求。自贸试验区是党中央国务院关于新时期改革开放的重大决策，近 3 年来自贸试验区有关法律、行政法规调整实施的新举措是在立法领域探索如何处理重大改革于法有据与法治引领重大改革的生动实践。在司法领域，完全可以进行类似的探索，制定有关 CISG 适用的司法解释是比较好的切入口。有学者认为，从《民法通则》第 142 条第 2 款规定来看，条约与我国国内法规定不一致时，应适用条约。这一规定强调了两者冲突时国际条约优先。但是，该条并未明确规定，在条约与我国国内法相同时，一定要适用我国法。对冲突时优先适用国际条约的强调并不等于对其他情况下适用《公约》的否定。^④该观点虽未必精准，但其可为最高人民法院做出直接适用 CISG 的司法解释提供参考依据，即这样的司法解释不明显或不实质性违反法律的规定，符合在自贸试验区中先行先试以不明显违反国家法律为底线的潜在要求。鉴于此，笔者建议，最高人民法院可以在其为自贸试验区提供司法保障的司法解释中规定：“涉自贸试验区民商事案件，

① Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sales of Goods Prepared by the Secretariat, Official Records, p.15, paras.4,6, U.N. Doc. A/CONF.97/5(1979).

② UNCITRAL: Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: 2012 Edition, <http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG-digest-2012-e.pdf>, p.5. (2016-07-09).

③ 最高人民法院（2013）民四终字第 35 号民事判决书。

④ 刘瑛：《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, 2007, (5).

除我国申明保留的条款外，我国缔结或参加的相关国际条约有规定，适用国际条约的规定”；若暂时尚不能涉及所有国际条约，那么建议先从最基本的 CISG 做起，比如“涉自贸试验区的国际货物买卖合同案件，除我国申明保留的条款外，符合 CISG 所规定适用条件的，适用 CISG 的规定。”

（二）由最高人民法院发布适用 CISG 的指导性案例

尽管自贸试验区法院在适用 CISG 的问题上有比较大的分歧，但从最高人民法院的相关案例看，却具有较好的一致性。

早在 1998 年的“美国联合企业有限公司诉中国山东省对外贸易总公司烟台公司购销合同纠纷案”中，上诉人美国联合企业有限公司提出：按与合同最密切联系原则，本案应适用美国法，原审法院片面援引《公约》属适用法律错误。最高人民法院对此认为：“本案双方当事人未约定解决本案合同争议所适用的法律，由于联合公司是在美国注册的公司，我国和美国均是《公约》的缔约国，应适用该公约的有关规定审理本案。原审判决适用法律是正确的。联合公司上诉称原审判决适用《公约》属适用法律错误没有法律依据，本院不予支持。”^①在 2012 年“埃及 ELBORSH 公司与耿群英国际货物买卖合同纠纷再审案”中，最高人民法院认为：“关于本案法律适用问题。由于本案货物的交易是以形式发票的方式完成，买卖双方并未在发票中或以其他方式约定选择适用的法律，同时鉴于我国和埃及均是《公约》的缔约国，本案应当适用该公约确定买卖双方的权利义务。二审法院认为本案双方当事人事先未约定争议适用的法律，故根据最密切联系原则确定中国法律为本案准据法，确有不妥。”^②在 2014 年的“C&J 金属板材股份有限公司与温州晨兴机械有限公司国际货物买卖合同纠纷案再审案”中，再审申请人 C&J 公司提出：本案应当适用中华人民共和国法律审理，一审、二审法院适用《公约》有误。对此，最高人民法院认为：“本案系国际货物买卖合同纠纷，C&J 公司和晨兴公司的营业地分别位于美国和中国，而中美两国均是《公约》的缔约国，当事人在涉案合同中未排除该公约的适用，故一审、二审法院适用《公约》审理本案纠纷是正确的。C&J 公司关于一审、二审法院适用该公约审理本案有误的再审申请理由不能成立。”^③

从 1998~2014 年长达 26 年的时间里，最高人民法院在这 3 个案件中对 CISG 适用态度明确，即 CISG 的适用不依赖于国内国际私法规则，只要符合 CISG 第 1 条第 1 款（a）项，在未排除适用的前提下，可以直接适用。在这种情况下，建议将最高人民法院的这些案例作为指导性案例。根据《最高人民法院关于案例指导工作的规定》：“最高人民法院发布的指导性案例，各级人民法院在审判类似案件时应当参照。”

① （1998）经终字第 358 号民事判决书。

② （2012）民申字第 1402 号民事裁定书。

③ （2014）民申字第 266 号民事裁定书。

这不仅有利于增强自贸试验区法院在适用 CISG 上的统一性，更有利于全国法院在适用 CISG 上的统一性。

（三）加强涉外法律人才的培养力度

准确适用 CISG 就要求法官熟悉国际条约及其解释方法。毋庸讳言，尽管我国改革开放以来法学教育、法律人才培养有很大的发展，取得巨大成就，但是在全球化背景下卓越涉外法律人才缺口大。在法律全球化的许多领域，包括 CISG 领域和 WTO 领域，与发达国家相比，我们法律人才的培养无论在量和质上均有较大差距。因此，加大对熟悉国际经贸规则的高素质法律人才的培养是法院适用 CISG 的基础。

总之，自贸试验区要构建法治化、国际化和市场化的营商环境，就要不断提高适用国际条约和惯例的司法能力，准确适用国际条约和惯例。严格依照《维也纳条约法公约》的规定，根据条约用语通常所具有的含义按其上下文并参照条约的目的及宗旨进行善意解释，增强案件审判中国际条约和惯例适用的统一性、稳定性和可预见性，以体现国际公认的法律价值理念和法律原则，消除中外当事人国际商事往来中的法律疑虑。通过最高人民法院的推动，率先在自贸试验区法院司法审判中统一适用 CISG，不失为司法支持自贸试验区建设的较好举措。

An Analysis on Divergences in the Application of CISG in Courts of PFTZs

HE Xiao-yong

Abstract: Based on the rationale of empirical research, there are major divergences in applying CISG in 4 FTZs. All the different applicable situations exist, which causes the disunity of applicable laws as well as creating an unfriendly international commercial environment. The reasons of divergences of applying CISG are the inadequate understanding of the rule in applying CISG, the lack of a domestic law and the unfamiliarity to CISG itself. In order to enhance the capability of court in FTZs applying international treaties and creating good examples for other courts, the Supreme Court should provide either judicial interpretations or ruling cases to require and guide the courts in FTZs to apply CISG accurately and in a uniform manner. In addition, devoting more efforts in cultivating legal professionals who are equipped with international trading rules is the basic requirement of applying CISG more accurately.

Key words: CISG; application of law; pilot free trade zone

（责任编辑：金孝柏）