

CISG 第 48 条卖方补救权研究

王金根

摘要：买卖合同各方当事人均应严格按合同及法律之规定履行各自义务。一旦卖方未能按合同及法律规定履行义务，买方有权追究卖方违约责任。然而，基于诚信原则、鼓励交易与合同维持等精神，CISG 赋予卖方在不履行时补救其履行的权利。但为维持买卖双方利益之平衡，CISG 根据法定补救权与意定补救权之不同而分别设定了行使条件。在卖方补救不履行期间，买方有权中止履行对应义务，但不得行使与卖方补救权相悖之救济措施。补救期限内卖方未能补救违约的，买方可行使法律所规定之救济措施。补救期限内即使卖方已做出补救，也不影响买方就其所遭受之损失请求损害赔偿。买方非法拒绝卖方补救时，买方丧失相应法律救济权利。当卖方补救权与买方合同解除权、实际履行请求权及宽限期通知制度相冲突时，哪一种权利优先应视法定补救权与意定补救权之不同而定。

关键词：CISG；卖方补救权；合同解除权；实际履行；宽限期制度

中图分类号：D996.1

文献标识码：A

文章编号：1006-1894 (2017) 02-0055-11

所谓卖方补救权，是指在卖方违约时法律赋予其通过补交、修理、更换等方式补救不履行之权利。1952 年美国《统一商法典》（UCC）最早确立了卖方补救权制度（第 2-508 条）。联合国国际贸易法委员会在起草《联合国国际货物买卖合同公约》（CISG）时，借鉴了 UCC 的规定，在第 34 条、第 37 条及第 48 条确立了卖方补救权制度。其中，第 34 条和第 37 条规定了卖方合同履行期限届满前单据补救权与货物补救权，第 48 条则规定了合同履行期限届满后卖方补救单据与货物之权利。至于在卖方不履行时赋予其补救权之原因，一方面是诚信原则与鼓励交易、合同维持原则的要求，另一方面也是减轻损失精神的具体体现，因为补救有助于避免资源浪费。在立法中，卖方补救权与买方利益应当能够兼顾，不能为了赋予卖方补救权而置买方利益于不顾。

一、CISG 第 48 条卖方补救权行使要件

CISG 第 48 条第 1 款规定的是法定补救权，第 2~4 款是意定补救权。

（一）法定补救权

从 CISG 第 48 条第 1 款规定来看，卖方欲行使补救权，必须满足如下条件。

作者简介：王金根，泉州师范学院陈守仁工商信息学院副教授，研究方向：国际商法。

基金项目：2015 年福建省社科联项目“债务人补救权比较研究”（项目编号：FJ2015C036）。

1. 合同履行期限届满，卖方存在违约行为

首先，卖方应有违约行为。此违约行为可以是“任何不履行义务”，无论是交货不符，还是交单不符；无论是货物质量、规格、型号、包装与数量有问题，还是货物存有权利瑕疵；也无论是卖方的违约行为是否构成根本违约，甚至是迟延履行，卖方都可以补救。

其次，违约行为截止合同履行期限届满仍存在。这是 CISG 第 34 条、第 37 条合同履行期限届满前卖方补救权与第 48 条合同履行期限届满后补救权的差别所在。如卖方在合同履行期限届满前便知悉交货或交单不符，其有权根据 CISG 第 34 条、第 37 条之规定在合同履行期限届满前对不符进行补救。当然，如未能在履行期限届满前完成补救，其仍有权继续补救，但此补救应受 CISG 第 48 条调整。

2. 卖方补救不会造成不合理迟延

在买卖合同中，买方有合理理由期待其能于合同约定期限或合理期限内获得卖方完全履行。虽然基于鼓励交易、合同维持等精神，法律赋予卖方在合同履行期限届满后补救不履行的权利，但该权利行使不应给买方造成不合理迟延。何谓“不合理”，应根据买卖双方订立合同目的、相关交易习惯与惯例等，以诚实信用原则为标准进行个案客观评判。例如对季节性、节日性货物，时间条款是合同重要条款，一旦违反，原则上便不应赋予卖方补救权。即使赋予卖方补救权，此容许补救之期限也应尽量短，以避免卖方补救拖延过长，致使买方无法实现订立合同目的。一般而言，如卖方补救最终会因过于迟延而构成根本违约，即说明该补救会给买方造成不合理之迟延。此时即使买方未主张解除合同，卖方也无权根据第 48 条第 1 款主张补救。

3. 卖方补救不得使买方遭受不合理不便

一旦卖方补救行为会给买方造成不合理不便，卖方便不得行使该补救权。至于何谓不合理不便，是指诸如因修理需时过长而导致买方营业中止，买方客户对买方提起诉讼，或卖方的不专业导致需多次补救（Schlechtriem and Schwenzer, 2005）。又或是，在 FOB 合同下，卖方更换或补发货物需要买方配合重新定船而船期航线不凑巧等。虽然 CISG 第 48 条第 1 款并未明确要求卖方行使补救权时需给予买方通知，但若卖方不给予必要通知而给买方造成被动，诸如需临时紧急办理进口手续等，也应认定卖方之补救给买方造成了不合理不便。

4. 自行承担补救费用

卖方必须承担因补救而产生之一切费用。该费用不仅包括卖方本人为补救不履行而应支出的费用，如修理费、运输费等，而且还应包括因为补救而给买方造成的额外费用与损失，诸如因为补救而导致买方无法使用货物甚至停工停产等损失。而且，如果卖方为补救需买方配合支付额外费用或遭受额外损失，诸如停工停产或支付标的物返还运费等，卖方原则上应预先支付买方或提供相应担保，否则，即可认为卖方补救给买方造成了“不合理的费用”，买方有权拒绝卖方补救。

（二）意定补救权

尽管卖方可能有理由认为其应享有第48条第1款所规定之法定补救权，但可能由于其所不了解之情形与原因，该补救实际上会给买方造成不合理不便或迟延，买方因而有权拒绝补救。一旦卖方匆忙决定进行补救并为此付诸行动，而买方却拒绝接受，便很有可能会给卖方自身造成不必要损失与风险。卖方明知并不满足法定补救权条件，但又期望试探买方是否接受补救，从而弥补当事人之间信任裂痕，达到维持长久贸易之目的。此时，其便可根据第48条第2~4款规定，行使意定补救权。

欲行使意定补救权，卖方只需给买方一份补救通知，表明其将于某一特定时间内履行义务，并要求买方表明他是否接受卖方这一补救行为。甚至根据第48条第3款之规定，卖方都无需在补救通知中“要买方表明他是否接受卖方履行义务”，因为“卖方表明他将在某一特定时间内履行义务的通知，应视为包括根据上一款规定要买方表明决定的要求在内。”但应注意，首先，卖方补救通知中应表明其在一定时间内履行补救义务，以便买方判断是否接受该补救请求。其次，该一定时间不必一定要是合理期限，但却不应过于短暂以致买方根本没有时间做出反应。之所以强调一定时间不必是合理期限，是因为如果买方认定补救期限不合理，拖延过长，其有权予以拒绝。从为补救得以成功角度而言，卖方应尽量考虑买方之实际情形而确定一个买卖双方都能接受的合理期限。

如卖方在补救通知中未能表明“一定时间”，则该补救通知是否仍为有效？在CISG第48条起草过程中，芬兰专家建议，如果卖方未能在补救通知中表明一定时间，该补救通知仍为有效，此时卖方应于合理期限内予以补救。但该建议遭到英国及瑞典等专家反对，最终被否决。从给予买方确定性角度来看，否决芬兰专家建议是适当的，毕竟合理期限属于不确定概念，在实践中因事关买卖双方利益，很有可能会导致双方争议。况且法律规定卖方可以通过补救通知来达到原本不满足法定补救权条件时的目的，本身便已对卖方有所偏向，此时如在此问题上进一步偏向卖方利益，显然对买方极为不公。而且，法律强制要求卖方必须表明一定时间，对卖方而言也并无不合理或不公平之处。只要卖方未能在补救通知中表明一定时间，则该补救通知并不能达到第48条第2款之通知目的，从而并不能产生卖方预期之效力，买方也不应受到该通知拘束。根据第48条4款之规定，卖方补救通知必须到达买方才能生效，即该补救通知并不适用CISG第27条发送主义规定，毕竟卖方违约在先，若规定由无辜买方来承担违约卖方补救通知遗失或迟延风险，显然有违公平精神。

一旦收到卖方补救通知，根据诚信原则及第48条第2款之规定，买方有义务在合理时间内对补救请求做出答复，表明是否接受。该合理时间自其收到补救通知之时起开始计算。只要买方未明确在合理时间内表示反对，买方即应受卖方补救通知之拘束。换言之，买方的沉默足以赋予卖方补救权利，且此时无需满足第48条第1款所限定之各种要件（Huber and Mullis，2007）。

显然, 该规定对买方来讲颇为严苛, 毕竟在卖方违约情况下, 无辜买方却被施加了必须对卖方补救做出回应的义务。但从本质上来讲, 如果在符合 CISG 第 49 条所规定之解除权情况下, 买方能解除合同但在卖方询问是否可以补救时仍不做出解除合同的表示, 也足以让卖方认为买方将不解除合同, 卖方将有权对合同做出补救。如果不符合 CISG 第 49 条解除权之规定, 则即使卖方不发出补救通知, 买方也无权解除合同, 此时赋予卖方补救权也不为过。故此, 第 48 条第 2~4 款之意定补救权规定实质上并未给买方造成实质性损害。况且, 从买卖双方积极沟通协调角度来看, 买方的及时回应颇为必要。当然, 为兼顾买卖双方利益, 弥补买方之不利, 买方拒绝卖方补救请求之通知应适用 CISG 第 27 条之规定。

二、卖方补救法律效果

(一) 中止履行权

在卖方对不履行进行补救前, 买方得中止履行其“相应”义务, 以衡平买卖双方之利益。如在卖方尚未对不履行进行有效补救前, 法律便要求无辜买方履行义务, 有违公平原则, 并最终有可能置无辜买方之利益于危境, 因为一旦卖方无法有效补救, 则买方之履行无法获得对价。尽管买方可以卖方违约为由追究卖方责任, 但毕竟损失已经造成, 事后责任追究效果如何尚未可知, 故不如赋予买方中止履行权以自救。

(二) 损害赔偿请求权

即使卖方已经补救不履行, 但买方因卖方之初始不履行而遭受损失的, 以及因卖方一方面要求补救另一方面却消极怠为补救或者补救本身给买方造成损失的, 买方可就该等损失要求卖方给予赔偿 (Schlechtriem and Schwenger, 2005)。对此 CISG 第 48 条第 1 款但书规定, “买方保留本公约所规定的要求损害赔偿的任何权利。”这实际上也是全面损害赔偿原则 (CISG 第 74 条) 的具体体现。

(三) 不得主张相悖之救济措施

一旦确认卖方享有在一定期限内补救不履行之权利, 买方便不得在此期间内行使诸如要求损害赔偿、替代交易或减价等与卖方补救权相悖之救济措施 (Schlechtriem and Schwenger, 2005)。尤其是在意定补救权中, 当卖方向买方发出补救请求, 而买方表示同意或没有做否认表示, 便会使卖方产生合理信赖, 信赖其可在补救请求中所确立之期限内补救违约行为, 并有可能为此做出一定的准备工作, 如事后买方突然拒绝卖方补救而主张损害赔偿、减价、解除合同等与补救相悖之救济措施, 必然会给卖方造成意外损失。为保护卖方之善意、合理信赖, 并利于补救之顺利进行, 法律特做出如上限定。这也是诚信原则的具体体现。至于卖方补救权与买方解除权、卖方补救权与买方实际履行请求权以及卖方补救权与买方宽限期制度关系, 容后详述。

（四）停止使用不符货物

在卖方更换不符货物前原则上买方应停止对不符货物之使用，这是 CISG 第 77 条减轻损失原则的具体体现。当然，特殊情形除外。例如，由于隐蔽不符，货物在投入生产过程中才逐渐发现不符，为了避免停工停产而造成更大损失，买方可以继续使用卖方所交付之不符货物。但是，如果买方明知卖方会更换不符货物，且在卖方更换之前买方有替代方案的，则买方不应使用卖方所交付之不符货物。

（五）取回被更换之货物

一旦卖方以更换形式进行补救，则就被更换之不符货物，卖方当然有权取回，否则买方构成不当得利。另一方面，卖方也有义务取回。因为当取回费用高于不符货物本身价值时，卖方极有可能会放任不管。而这极易迫使买方因仓储紧张等原因而不得不进行紧急处置，从而给其造成不便或产生额外负担。但毕竟违约是因卖方造成，故取回费用当然由卖方承担。

（六）补救无效时之救济

法律之所以赋予卖方补救权，目的是为了促使并协助卖方就违约行为做出补救，从而实现双方交易目的。然而，一旦卖方未能在补救期限内做出有效补救，则买方之目的并未达到，自然其得行使法律所规定之任何救济措施，如损害赔偿、减价等。至于实际履行，尽管理论上买方享有此权利，然鉴于卖方补救权与买方实际履行请求为一体两面，卖方没有主动做出补救，即使买方再为强制履行，恐怕也难以达到预期效果。但如果卖方违约行为并未构成根本违约，则在补救期限届满后，买方能否仅以卖方未在补救期限内补救违约而解除合同？笔者以为，CISG 对合同解除设定有严格限制，只有在满足 CISG 第 49 条规定之条件下，买方才能解除合同。而 CISG 第 49 条只规定了根本违约解除合同与宽限期解约，并未规定卖方不在合理期限内补救时，买方也可解除合同。所以，除非能够证明卖方不补救本身构成了根本违约，否则买方无权单纯以卖方未能在补救期限内进行补救而解除合同。

此外，若卖方违约已构成根本违约，经卖方补救，虽未能达到合同预定效果，但显然已不再满足根本违约要件，此时买方能否主张解除合同？笔者以为，既然经过补救后卖方违约行为并不构成根本违约，从而也就难以满足 CISG 第 49 条解除要件，买方不得主张解除。CISG 第 48~49 条并未规定卖方补救不当时卖方违约行为即构成根本违约。

（七）非法拒绝补救效果

如果卖方享有 CISG 第 48 条所规定之补救权，但买方却非法拒绝卖方补救，此时法律效果如何？CISG 第 48 条本身并未做出明确规定。但 CISG 第 50 条规定：如果卖方对不履行义务做出补救，或者买方拒绝接受卖方补救，则买方不得减低价格。卖方补救权优先于买方减价权，一旦买方拒绝卖方合法补救，便不得主张减价。

损害赔偿与减价不同。减价的基础在于公平原则，目的是维持合同均衡，避免其因履行不符而遭致破坏。损害赔偿目的在于弥补非违约方损失。但多数情况下，减价与损害赔偿效果几乎相同。就卖方不履行而言，一旦买方主张减价，其不得同时就该不履行本身主张损害赔偿，否则构成不当得利。基于此，CISG 第 50 条应类推适用于损害赔偿。一旦买方拒绝给予卖方合法补救机会，买方不仅不得主张减价，也不得主张损害赔偿。否则，CISG 第 50 条极易被买方规避。

那么，买方还能否主张中止履行、解除合同或者实际履行？就解除合同而言，正如后文所述，因买方合同解除权优先于卖方补救权，所以只要满足合同解除条件，买方可不给予卖方补救机会而直接解除合同。就实际履行而言，因为其与卖方补救权本质上一致，故此一般很少发生买方一方面拒绝卖方补救，另一方面却又主张卖方实际履行的情形。当然，如果买方拒绝卖方补救权后又反悔，再来主张实际履行的，笔者认为应否定买方这一权利，因其显然与诚信原则不符，且极易给卖方造成不便。而且也很难认定买方已在合理期限内主张要求修理或更换之权利（CISG 第 46 条第 2~3 款）。当然，卖方同意的除外，等于是买卖双方达成了新的协议。但如果卖方主张以修理方式进行补救，而买方要求卖方更换，此时买方并非拒绝卖方补救，而是不同意卖方补救方式，因此涉及到的是何者优先问题，对此容后详述。

至于中止履行，因其仅为临时性措施，本身并非目的。最终买方仍应回到究竟是要解除合同还是要求实际履行，抑或是损害赔偿或减价。故此，一旦买方拒绝卖方补救的，应认为买方无权主张继续中止履行。否则中止履行可以继续行使下去，岂不是原本的中止最终变成了终止履行？

三、卖方补救权与相关制度关系

（一）卖方补救权与买方合同解除权

在 CISG 起草过程中，卖方法定补救权与买方合同解除权关系是争议最多的问题。最初草案规定：但买方根据第 45 条（即现 CISG 第 49 条）之规定解除合同者除外。从该措辞来看，显然采纳的是买方合同解除权优先于卖方法定补救权。但由于争议过多，CISG 正式文本通过时，最终改为了现在的“subject to Article Article 49”。

那么，修改后的“subject to Article Article 49”究竟是何意？Honold 教授认为，“不容置疑，该措辞变化表明卖方补救权优先于买方合同解除权（Honold，1999）。”在各国法院判例中，也有不少判决持有此观点。例如在 Clout Case 339 中，德国法院认为，买方只有在给予卖方补救机会后方能解除合同。在阿根廷法院所裁决一案中，法院也认为，只有在违约方无法补救根本违约时，合同方能解除。

笔者对前述法院判决及 Honold 教授的理解颇有疑问。首先，从文义解释看，“subject to Article Article 49”是指第 48 条第 1 款的规定要受到第 49 条的限制。

也就是第 48 条卖方法定补救权要受到第 49 条买方合同解除权的限制。因此，很难从措辞得出结论认为“该措辞变化表明卖方补救权优先于买方合同解除权。”

其次，从 CISG 第 48 条起草过程来看，尽管与会各国代表对草案“但买方根据第 45 条（即现 CISG 第 49 条）之规定解除合同者除外”这一措辞颇多争议，但当德国学者提议说“卖方补救权理应优先于买方权利”时，该建议被否决。因此，很难说卖方补救权优先于买方合同解除权这一结论体现了立法者本意。

最后，如果真允许卖方法定补救权优先于买方合同解除权，则必然会给买方造成能否解除合同之不确定性。例如买方有足够理由认为卖方违约行为已经给其造成了难以弥补的损失，而且卖方不可能不知道其违约行为会造成如此严重后果，于是买方便通知卖方解除合同，并着手从市场上购进相应产品，但随后卖方却主张补救。如果该补救能够中止买方合同解除，则买方的地位与利益将缺乏必要确定性与保障。而确定性或者说可预期性对买卖双方而言具有重要意义。

正是因为前述原因，多数学者与法院判例都反对卖方法定补救权优先于买方合同解除权。然而值得指出的是，在反对卖方法定补救权优先于买方合同解除权的学者当中，有部分认为，尽管根据 CISG 第 48 条之规定，买方合同解除权优先于卖方法定补救权，但在衡量买方是否享有解除权，抑或说卖方的违约行为是否构成根本违约时，我们应考量卖方补救的可能性及意愿，即尽管卖方违约且违约后果很严重，但卖方能够对此进行补救且愿意补救而不会给买方造成不合理之不便或过分之迟延，则卖方违约行为不构成根本违约（Schlechtriem and Schwenger, 2005）。

笔者以为，该观点也值得商榷。首先，从根本违约之主客观要件来看，很难得出判断是否构成根本违约应考虑卖方对不符进行补救之可能性及意愿这一要件的结论。其次，一旦认定该观点成立，则必然会造成“在第 49 条的条件下”这一要件落空（Bridge, 2010）。因为，凡是构成根本违约的，必定是不满足补救权要件，卖方不享有补救权之违约行为；只要卖方能够补救的，则绝不会构成根本违约，除非卖方拒绝补救。则买方合同解除权优先于卖方之补救权精神岂不是落空？再次，如果认定是否构成根本违约应考虑补救可能性，在某些情形会给买方造成难以弥补的损害。例如，在卖方交货存在严重不符后，卖方主张补救，但补救效果一般，并不完全符合合同约定的品质要求，但毕竟有所补救，导致违约后果不再严重，买方由此不享有合同解除权。然而在卖方交货至补救这段期间，货物价格不断下跌。此时，货物价格下跌损失将全部由买方自行承担。而如果其享有合同解除权的话，则完全可以通过合同解除而将货物价格下跌风险转回给卖方承担。最后，是否构成根本违约应考量卖方补救可能性，对买方来讲易造成是否及能否解除合同的不确定性。而确定性是买卖双方当事人采取法律行为的前提。例如，在卖方违约情形下，买方从自身已知因素出发，认定卖方已经剥夺了买方根据合同有权期待得到的东西，且综合各种情形看，卖方理应预知这一结果。此时，买方可能便会考虑解除合同，并从

市场上寻找替代产品。如果随后卖方又通知进行补救,按前述观点,意味着买方将不得解除合同,因为不满足根本违约要件。问题是,判断是否构成根本违约结果如此善变,如何保障买方利益?卖方的补救通知可靠吗?可行吗?这对买方而言,殊值质疑。毕竟卖方已经违约在先,其信誉已是大打折扣(Bonell, 1987)。

此外,在买方合同解除权优先于卖方法定补救权的情况下,究竟是只要买方享有合同解除权,便当然排除卖方法定补救权,还是只有买方主张行使合同解除权时,卖方法定补救权才丧失?对此笔者以为,应是买方主张行使合同解除权的情况下,卖方才丧失法定补救权。否则,尽管买方能够解除合同而不愿解除,其仍期望维持合同并主张其他救济措施,此时仍然否定卖方法定补救权便无意义。当然,即使是卖方告知买方补救在前,买方发出解除通知在后,买方解除效力也应优先。

但在意定补救权中,原则上卖方意定补救权优先于买方合同解除权。因为当卖方向买方发出补救请求,而买方表示同意或没有做否认表示时,通常会使得卖方产生合理信赖,信赖其仍可在补救请求中所确立之补救期限及补救方式补救不履行,并有可能为此做出一定准备工作,如买方突然改变主意而要求解除合同或变更补救方式,必然会给卖方造成意外损失。为保护卖方之善意和合理信赖,我们应禁止买方行使合同解除权。况且,买方同意卖方补救或默认卖方补救,也就意味着买方未能满足 CISG 第 49 条第 2 款 b 项所规定的解除合同条件,即未能在他“已知道或理应知道这种违反合同后一段合理时间内这样做(Yovel, 2007)。”从而也就意味着,即使卖方初始不履行已构成根本违约,而买方并未解除合同,而是给予卖方补救机会,则在补救期限内,买方不得再基于该根本违约而立即解除合同,其必须待到补救期限届满卖方仍未有效补救且该不履行依然构成根本违约时方可解除合同。

(二) 卖方补救权与买方实际履行请求权

在卖方违约时, CISG 第 46 条赋予了买方实际履行请求权。而根据第 46 条第 2~3 款规定,买方实际履行请求权包含两类特殊情形,即更换与修理。

在本质上,无论是买方主张实际履行,还是卖方主张法定补救,最终达到之效果都是一样,即合同得以圆满履行,合同目的得以完满实现。两者本质上没有冲突。但可能存在的尴尬情形是,卖方主张修理,买方主张更换,应以哪方主张为准?

在公约起草过程中,美国 Farnsworth 教授专门提及该问题,并建议明确规定卖方修理优先(Schneider, 1989),但多数专家并不赞同此主张。特别是德国,他们基于德国民法典第 439 条主张买方更换权利优先。最终投票表决时 Farnsworth 教授的建议被否决。虽然我们无法单纯从该表决过程得出结论认为 CISG 有意将选择权交给买方,但笔者认为买方更换权应优先于卖方修理权。因为,如果认定合同解除权优先于卖方法定补救权,则也应该认定买方更换权优先于卖方修理权。因为更换权同样是以根本违约为前提,既然买方能够在根本违约时解除合同而否决卖方法定补救权,则买方不主张解除而只要求更换,更能体现法律鼓励交易之精神。这一精神应当提倡,

否则买方宁愿选择解除合同了。

当然,买方选择更换或修理时,除了应满足 CISG 第 46 条所设定之相应条件外,还应注意其选择的补救方式对卖方来讲应当是合理可行的,并应适当考虑卖方成本等因素。例如,在极端情形下,买方就卖方交货不符主张修理,但卖方在综合考虑各种因素后认定更换更为合适,此时买方便不得强行主张修理,而只能选择更换。总而言之,买方权利之行使应遵守诚信原则,并避免权利滥用。买方在选择具体补救方式后,似不应禁止买方去变更请求,选择以另一种方式进行补救。当然,买方变更补救方式应不构成权利滥用,且应补偿卖方因此而遭受的一切损失。

至于认为卖方修理权应优先的学者,所提理由主要有三:第一,CISG 第 48 条第 1 款赋予了卖方补救权;第二,如果通过修理进行补救而又不至于给买方造成不合理不便的,则说明卖方之违约行为并非根本违约;第三,从经济角度考虑,既然是卖方承担补救不能的风险与成本,自应由他自行在各适当措施中选择一种进行补救(Hondius, 2014)。笔者以为,上述意见值得商榷。首先,CISG 第 48 条第 1 款赋予了卖方补救权,所以卖方修理权就优先于买方更换权,此逻辑并不成立。为什么法律赋予了卖方补救权,所以它就当然优先于买方更换权? CISG 也同时在第 46 条赋予了买方实际履行请求权。只要满足了 CISG 第 46 条的规定,买方就有权主张该权利。同样是赋予权利,为何违约卖方的权利反而要优先非违约的买方而获得保护?我们从 CISG 第 48 条和第 46 条行文措辞本身并不能得出前述结论。其次,即使在 CISG 条件下“卖方如果能够补救,便不构成根本违约”这一观点正确,那也只是证明买方不享有更换权,因为不符合 CISG 第 46 条第 2 款的规定,也无法就此得出结论说卖方修理权要优先于买方更换权。最后,我们讨论的大前提是当更换和修理都能达到目的时,究竟是卖方选择优先,还是买方选择优先的问题。因此,如果只有一种方式能够达到补救目的,自然丧失了我们讨论的前提。更何况,经过修理的商品和更换的商品,哪一个给人以更高的价值感观?从买方角度而言,无论是自行使用还是转售他人,未经修理的商品给人的价值高于经过修理的商品。买方所期望购买的是毫无瑕疵的商品,而非经过修理从而给人以廉价感觉的商品。而且,商品一旦经过修理,便说明当初品质有问题,买方当然有权怀疑即使经过修理将来也会出现类似问题或其他问题的可能。总而言之,笔者认为,当买方修理或更换请求权与卖方法定补救权补救方式发生冲突时,应以买方的选择优先。

但在意定补救权中,我们认为,原则上卖方意定补救权优先于买方实际履行请求权。因为,当卖方向买方发出修理请求,而买方表示同意或没有做否认表示时,通常会使得卖方产生合理信赖,信赖其仍可在补救请求中所确立之补救期限用修理的方式补救其违约行为,并有可能为此做出一定准备工作,如果买方突然改变主意而要求更换货物,必然会给卖方造成意外损失。况且,买方之明示或默示同意卖方修理,即意味着买方未能满足 CISG 第 46 条第 2 款所规定的更换条件(Yovel, 2007)。

（三）卖方补救权与买方宽限期制度

此外,在卖方违约时,CISG 第 47 条第 1 款规定,买方可规定一段合理的额外时间,让卖方履行其义务,此即宽限期制度。本质上来说,卖方补救权与买方宽限期制度的目的也是一致,均体现了鼓励交易、合同维持的精神。

当然,该两项制度也略有区别。买方宽限期制度主要是针对卖方未交货,因为只有未交货的情形下,买方才可通过设定宽限期而最终达到解除合同目的。在卖方交货不符时,尽管买方仍可设定宽限期,但若卖方未在宽限期内进行修理或更换,买方无权解除合同(但卖方交货不符或未能修理或更换本身便构成根本违约除外),而只能行使其他原本无需设定宽限期便可行使之救济措施(Kiene, 2014)。而卖方补救权主要针对的是卖方交货/交单不符。但在卖方未交货时,其仍可主张补救,诸如去购进符合买卖合同履行期限要求的在途货物等。虽说两者主要针对的违约情形略有不同,但实际仍有冲突可能。例如在实践中买方可能会向卖方发出宽限期通知,要求卖方在某一期限内如 10 日内履行合同义务,而卖方也几乎在同时向买方发出补救通知,表明卖方将于 15 日内履行合同义务。在此双方期限冲突时,又应以哪方之期限为准?就此问题,曾有代表建议在 48 条第 2 款规定:卖方可要求买方表明是否接受卖方补救履行,但买方已根据第 43 条(即 CISG 第 47 条)之规定设定了宽限期或根据第 45 条(即 CISG 第 49 条)之规定解除合同除外。但该方案被否决。

那么,究竟如何理解卖方补救权与买方宽限期制度之间的关系?笔者以为应分两种情形。一是卖方法定补救权与买方宽限期通知制度之间存有期限冲突。理论上,第 48 条第 1 款强调卖方的补救“不得造成不合理的迟延”,与第 47 条第 1 款规定的买方可以设定“一段合理的额外时间”,两者期限应当是一致的,应做同一解释。一旦双方之间确定的期限发生冲突,由法院判决究竟哪一方设定的期限属于合理。但毫无疑问,在判定时,如果买卖双方各自确定之期限均为大体恰当,法院应偏向买方所确定之期限。毕竟与违约之卖方相比,买方利益更值得保护。二是在卖方意定补救权所设定的“一定时间”与买方依宽限期制度而设定的“合理时限”之间存在期限冲突时,应以买方所设定之“合理时限”为准。理由在于,如果卖方能享有法定之补救权却依法发出补救通知的,两者冲突已如前述由法院判决确定,自然剩下的便是原本卖方便不享有法定补救权,而是意图说服买方接受卖方补救请求。针对该卖方请求,买方以宽限期通知的方式作出了答复。既然此回应与卖方补救通知期限不一致,法律上应认定买方否决了卖方的请求。从而,卖方的补救通知失效。自然最终卖方应是根据买方所设定之宽限期履行合同义务。

参考文献:

- [1] Bonell. Bianca. Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law [M]. Giuffrè: Milan, 1987.
- [2] Bridge. Michael. Avoidance for Fundamental Breach of Contract under the UN Convention on the International Sale of Goods [J]. International and Comparative Law Quarterly, 2010, 59.

- [3] Felemegas, John. An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law. London: Cambridge University Press, 2007.
- [4] Hondius, Ewoud, et al. Principles of European Law on Sales [M]. London: Oxford University Press, 2008.
- [5] Honnold, John O. Uniform Law for International Sales [M]. Third Edition. Hague: Kluwer Law International, 1999.
- [6] Huber, Peter, Mullis, Alastair. The CISG: A New Textbook for Students and Practitioners [M]. London: Sellier. European Law Publishers, 2007.
- [7] Keller, Bertram. Favor Contracts: Reading the CISG in Favor of the Contract [C]. Andersen, Camilla B, et al. Sharing International Commercial Law across National Boundaries. London: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2008.
- [8] Kiene, Sorren. German Country Analysis: Part II [C]. DiMatteo, Larry A. International Sales Law: A Global Challenge, New York: Cambridge University Press, 2014.
- [9] Schlechtriem, Peter and Schwenzer, Ingeborg. Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG) [M]. London: Oxford University Press, 2005.
- [10] Schneider, Eric C. The Seller's Right to Cure under the Uniform Commercial Code and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods [J]. Arizona Journal of International and Comparative Law, 1989, 7.
- [11] Vogenauer, Stefan and Kleinheisterkamp, Jan, Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC) [M]. London: Oxford University Press, 2009.
- [12] Yovel, Jonathan. Cure after Date for Delivery: Comparison between Provisions of the CISG (Seller's Right to Remedy Failure to Perform: Article 48) and the Counterpart Provision of the PECL (Article 8:104 and 9:303) [C].

On the Seller's Right to Cure under CISG Article 48

WANG Jin-gen

Abstract: The parties to the sales contract shall perform their obligations in accordance with the contract and relevant laws. In case the seller has failed to perform his obligations, the buyer is entitled to sue against the seller for breach of contract. However, based on the principles of good faith, trade encouragement and maintenance of contract, CISG has offered the seller the right to cure in case of nonperformance. And at the same time, in order to balance the interests of both the seller and the buyer, CISG has provided strict requirements on such right under Articles 48 (1) and 48 (2)-(4). When the seller is curing the nonperformance, the buyer may suspend his corresponding obligations. But the buyer may not exercise any other rights which are in conflict with the seller's right to cure. In case the seller has failed to cure the nonperformance during the fixed period, the buyer may exercise the remedies provided in CISG. Even if the seller has successfully cured the nonperformance, the buyer may still claim for damages against the seller for his losses arising from seller's nonperformance. If the buyer refuses wrongfully to accept seller's right to cure, the buyer is precluded from exercising the remedies provided in CISG. As to the question whose right shall prevail, between the seller's right to cure and buyer's right to terminate the contract, right to repair or replace or to fix an additional period, it depends on whether the seller is exercising its right to cure under CISG Article 48 (1) or under Article 48 (2)-(4).

Key words: CISG; the seller's right to cure; right to terminate; specific performance; Natchfrist

(责任编辑: 金孝柏)