



《联合国国际货物销售合同公约》 在中国的司法适用困境及应对

——以当事人协议选择中国法为视角

连俊雅*

摘要：《联合国国际货物销售合同公约》（下文简称 CISC）第 6 条允许商主体排除该公约的适用，使其在中国的最终适用存在不确定性。在中国司法实践中，CISC 被错误排除适用于本属于该公约调整范围的案件，或者 CISC 第 6 条中尊重当事人意思自治的规定未得到正确适用的案件仍较多，其中最典型的是商主体在国际货物买卖合同中或诉讼中协议选择中国法但未明确排除 CISC 适用的案件。究其原因，主要在于中国法院怠于履行 CISC 缔约国查明义务，缺少对 CISC 第 1 条第 1 款或第 6 条的认知，错误理解 CISC 优先适用义务以及第 6 条的适用条件和内容规定。为正确处理 CISC 和当事人协议选法的适用关系，应强化中国法院对 CISC 缔约国的查明能力，提升法官对 CISC 第 6 条的正确理解和适用水平，增强指导案件和数据库在统一 CISC 第 6 条裁判规则中的作用，以及完善 CISC 在中国适用的法律规定。

关键词：国际货物销售合同 CISC 意思自治 中国法 排除适用

中国货物贸易已实现跨越式发展，外贸增长潜力不断释放。据中国海关总署统计，2021 年中国货物贸易进出口总值为 39.1 万亿元人民币，比 2020 年增长 21.4%。^①与此同时，国际货物买卖纠纷也不断增多。自 2016 年以来，中国法院审理的国际货物买卖合同纠纷案件每年高达百件以上。^②CISC 是专门调整国际货物买卖合同关系的国际公约，吸纳了 90% 贸易先进国家为其成员国，^③覆盖了全球 80% 以上的国际货物贸易，^④在提升国际货物贸易的法律确定性和降低交

* 北京理工大学法学院讲师、北京理工大学国际争端预防和解决研究院研究员，法学博士。本文系 2021 年国家社会科学基金青年项目“国际投资仲裁涉及中国的裁决执行问题研究”（课题项目号：21CFX087）的阶段性研究成果。本文所用资料截至 2022 年 9 月 11 日，下文不再标注网络文献的最后访问时间。

① 参见《商务部：2021 年我国货物进出口 39.1 万亿元增长 21.4%》，中国财经，<http://finance.china.com.cn/news/20220125/5735469.shtml>。

② 2022 年 8 月 1 日，笔者在中国裁判文书网中输入“国际货物买卖合同纠纷”关键词，共获得 1909 个结果。其中，2016 年有 236 个，2017 年有 244 个，2018 年有 231 个，2019 年有 241 个，2020 年有 237 个，2021 年有 140 个。

③ 韩世远：《CISC 在中国：成就及挑战》，载《人民司法》2021 年第 31 期，第 31 页。

④ 张维：《业内人士建议促进缔约国立法改革推动经济全球化 推动〈联合国国际货物销售合同公约〉广泛运用》，法治日报——法制网，http://www.legaldaily.com.cn/index/content/2021-07/06/content_8544933.htm。

易成本上发挥重要作用，是目前最为成功的民商事国际条约之一。中国是 CISC 的创始成员国。^① CISC 作为中国采取的一项市场基础制度规则，其广泛、准确的适用有助于推进商品市场高水平统一，营造稳定公平可预期的营商环境，进一步降低市场交易成本，助力全国统一大市场的建设。^②

尽管 CISC 在中国应得到优先适用，但 CISC 第 6 条允许商主体排除该公约的适用，使 CISC 在中国的最终适用具有不确定性。^③ 根据对中国法院适用 CISC 的案件^④分析，在 189 个案件中，有 143 个案件（占比约 75.66%）正确适用了 CISC。但在其余的 46 个案件（占比约 24.34%）中，中国法院存在忽视或错误适用 CISC 的问题（笔者并未质疑裁判结果，仅仅分析裁判文书说理中对 CISC 的适用问题），导致 CISC 被错误地排除适用于本属于该公约调整范围的合同，或者 CISC 中尊重当事人意思自治规定（即 CISC 第 6 条）未得到遵守的问题。经分析，这些问题的出现与双方当事人在国际货物买卖合同中或在一审审理期间协议选择中国法密切相关。本文基于上述案件分析中国法院在适用 CISC 上存在的问题，探究问题的根源并提出应对建议，以期提升和促进中国的履约效能。

一 对 CISC 适用条款的认知缺失

在正确适用 CISC 的 143 个案件中，仅有 59 个案件的审理法院进一步分析了当事人是否排除 CISC 适用的问题，即在初步确定 CISC 优先适用后又根据该公约第 6 条对双方当事人协议选择的行为进行分析，并在此基础上正确判定最终应得到适用的准据法。中国法院在适用 CISC 上存在的首要问题是对 CISC 适用条款的认知缺失。具体而言，一是，中国法院忽视 CISC 第 1 条第 1 款的规定，直接依据中国的冲突法规范——《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》（下文简称《法律适用法》）中的冲突规则确定当事人协议选择的“中国法”为准据法；二是，尽管中国法院认识到 CISC 的优先适用，但忽视 CISC 第 6 条的规定，直接确定 CISC 为涉案合同的准据法，未考虑当事人协议选择的“中国法”可能产生排除 CISC 适用的法律效力。

（一）对 CISC 第 1 条第 1 款的认知缺失

在本文搜集的案件中，有 32 个案件的审理法院存在忽视 CISC 第 1 条第 1 款的规定（也即“忽视 CISC”）的问题，占比达 16.93%。这些法院基本都为一审法院，且绝大多数的败诉一方当事人将一审法院因忽视 CISC 而存在法律适用错误作为上诉理由之一。值得注意的是，在这些忽视 CISC 的案件中，有 30 个案件的双方当事人在合同中或诉中协议选择中国法作为准据

① 中国早在 1981 年就签署了 CISC，并于 1986 年交存核准书。

② 参见《中共中央 国务院关于加快建设全国统一大市场的意见》，中华人民共和国中央人民政府官网，http://www.gov.cn/gongbao/content/2022/content_5687499.htm。

③ 刘瑛：《论排除适用条款与 CISC 的适用》，载《政法论丛》2019 年第 4 期，第 68 页。

④ 2022 年 8 月 1 日，笔者在中国裁判文书网中输入“联合国国际货物销售合同公约”这个关键词，共得到 354 个案件。经筛选排除无关、重复案件，共 189 个符合要求的案件，包含最高人民法院案件 8 个，高级人民法院案件 59 个，中级人民法院案件 108 个，基层人民法院案件 14 个。

法。在这些案件中，基于双方当事人协议选择中国法的事实，中国法院在将国际货物买卖合同纠纷识别为涉外商事纠纷后，就直接适用中国的《法律适用法》第3条或第41条适用当事人协议选择的“中国法”，而自始至终未考虑 CISG 的可适用性。例如，在青岛华汇动能国际贸易有限公司与东方科技有限公司、原审第三人中国核电工程有限公司国际货物买卖合同纠纷案（下文简称青岛华汇动能案）^① 中，一审法院认为东方科技公司系注册于美国的公司且双方当事人均同意适用中国法作为准据法，遂根据《法律适用法》第41条的规定判定当事人协议选择的“中国法”作为准据法。尽管该案的当事人分别位于 CISG 的缔约国且涉案争议事项属于 CISG 的适用范围，但一审法院并未提及 CISG 的可适用性，而是径直依据中国《法律适用法》中的当事人意思自治原则适用了中国法。可见，该案法院并未意识到 CISG 的可适用性，所以即使面对当事人协议选择中国法的事实，也无法根据该公约第6条作进一步分析。值得肯定的是，一审法院忽视 CISG 的问题基本都在二审中得到纠正。例如，青岛华汇动能案的二审法院就明确指出双方当事人的营业地所在国均为 CISG 缔约国，并依据《最高人民法院转发对外经济贸易部〈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〉的通知》，判定处理涉案纠纷应优先适用 CISG。不过，也有二审法院或再审法院依然存在忽视 CISG 的问题。例如，在青岛高德利物流器材有限公司与株式会社泰度系统国际货物买卖合同纠纷案^② 中，一审法院存在忽视 CISG 的问题。在二审中，尽管一方当事人主张 CISG 应优先适用以及双方当事人在一审庭审中协议选择中国法的行为不发生排除该公约适用的法律效力，但二审法院仍忽视 CISG 的可适用性，坚持依据《法律适用法》判定双方当事人在一审庭审中共同选择的“中国法”为准据法。

值得注意的是，与前述案件不同，个别案件的当事人并未在国际货物买卖合同中或一审审理期间明示选择中国法，而是在诉中直接援引中国法进行诉争，但从未提及 CISG 的可适用性。鉴于中国法院负有优先适用 CISG 的条约义务，所以在此种情况下应主动告知双方当事人 CISG 的优先适用。遗憾的是，一些法院也同样忽视 CISG，导致该公约自始至终未得到适用。例如，在浙江太子龙贸易有限公司与法契巴股份有限公司国际货物买卖合同纠纷案（下文简称太子龙贸易有限公司案）^③ 中，双方当事人并未提及 CISG，并在一审庭审中均对中国法进行了援引且未对法律适用提出异议。一审法院同样未提及 CISG，且依据中国的《法律适用法》判定双方当事人以默示方式达成了适用中国法的合意，并最终适用中国法解决涉案争议。另外，该案还涉及一个重要法律问题——一方当事人依据中国法而非 CISG 提出主张而另一方当事人不加反对并同样依据中国法作出回应，法院是否可据此认定双方当事人达成排除 CISG 适用的合意？尽管 CISG 第6条允许当事人默示排除该公约的适用，但应以双方当事人知悉该公约的可适用性且达成排除该公约适用的合意为前提。正如 CISG 法条评注最为权威的专家之一施勒希特里姆（Schlechtriem）所言：

若双方当事人不恰当地忽略了 CISG，完全依据国内法的规定提出主张或在法庭上展开

① 山东省高级人民法院（2019）鲁民终1414号民事判决书。

② 最高人民法院（2020）最高法民申2676号民事裁定书。

③ 浙江省杭州市中级人民法院（2013）浙杭商外终字第35号民事判决书。

辩论,则这并不构成对准据法的合意变更。基于不知情而提出的主张并不构成合意,因为它们缺乏“受其约束”的意图。它们也因此不具有变更合同的效果。^①

太子龙贸易有限公司案中的双方当事人均未意识到 CISG 的可适用性,缺乏受该公约约束的意图,无法行使该公约赋予的排除适用权利。因此,即使双方当事人达成适用中国法的一致意见,审理法院也无法得出双方达成排除 CISG 适用的合意结论,更不能得出双方存在排除该公约适用的真实意图。实际上,早在 2000 年意大利维杰瓦诺地区法院就作出此种判断。该案审理法官认为,当事人仅仅基于意大利国内民法典进行诉讼但并未提及 CISG,未足以表明行使了该公约所赋予的排除公约适用的权利,所以双方当事人不可能合意排除该公约的适用。^②因此,在双方当事人均缺少对 CISG 认知的情况下,审理法院基于当事人对中国法的援引事实就判定当事人具有排除该公约适用的意图是不正确的。

鉴于 CISG 在中国已经实施 35 年,中国法院尤其是审理国际货物买卖合同的法院对 CISG 并不陌生。然而,仍有一定数量的法院(绝大多数为中级法院)忽视 CISG。经笔者对 189 个案件进行分析后发现,某些中国法院忽视了美国、日本、韩国、法国、加拿大、俄罗斯、澳大利亚、塞尔维亚、罗马尼亚、巴拉圭、土耳其等作为 CISG 缔约国的事实。究其原因,主要在于法官忽视了 CISG 第 1 条第 1 款的具体规定,怠于查明当事人的营业地所在国是否为 CISG 缔约国,未积极履行适用 CISG 的国际义务。例如,在涉及一方当事人营业地在澳大利亚的跃丰阀门制造有限公司与 Mascot Industrial Pty. Ltd 分期付款买卖合同纠纷案^③中,审理法院未查明澳大利亚是 CISG 缔约国,导致其在法律适用上完全忽视了 CISG。再如,在合肥龙川化工科技有限公司与拉丁美洲农业科学股份公司买卖合同纠纷案^④中,双方当事人的营业地分别位于 CISG 的缔约国——中国和巴拉圭,且涉案纠纷为国际货物买卖合同纠纷,属于 CISG 的适用范围。然而,一审和二审法院均未积极履行查明义务,未查明巴拉圭早在 2005 年就批准了 CISG 且在涉案争议事项发生时已经是 CISG 缔约国的事实,导致 CISG 被忽视。

(二) 对 CISG 第 6 条的认识缺失

在本文搜集的案件中,只有 59 个判决书在说理部分依据 CISG 第 6 条分析当事人是否排除 CISG 的适用。多数案件的审理法院存在忽视 CISG 第 6 条规定的问题。尽管这些法院认识到 CISG 应优先适用,但忽视 CISG 第 6 条,无视当事人协议选择中国法的事实,违反该条中尊重当事人意思自治的规定。具体而言,这些法院在初步得出 CISG 适用于涉案争议事项后,直接判定 CISG 作为准据法,并未继续依据 CISG 第 6 条对当事人协议选择适用中国法的行为作进一步分析,探究当事人是否具有排除该公约适用的真实意图。例如,在三亚元海房地产营销策划有限公

① Peter Schlechtriem, “Article 6”, in Ingeborg Schwenzer (ed.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (Oxford University Press, 2nd edn, 2005), p. 91. 转引自许斌:《论案件审理过程中当事人对 CISG 适用的默示排除——以比较法为视角》,载《武大国际法评论》2017 年第 4 期,第 119 页。

② See Tribunale di Vigevano, Italy, 12 July 2000, GIUR. IT. 280 ff. (2001).

③ 浙江省丽水市中级人民法院(2019)浙 11 民初 13 号民事判决书。

④ 安徽省高级人民法院(2018)皖民终 280 号民事判决书。

司与天津天筑建材有限公司、Tzaac 集团有限公司国际货物买卖合同纠纷案^①中，二审法院基于双方当事人分别位于 CISC 缔约国——澳大利亚和中国的事实，依据 CISC 第 1 条第 1 款（a）项规定，判定 CISC 不仅应得到优先适用且应作为涉案争议事项的准据法。然而，面对双方当事人在合同中约定适用中国法的事实，二审法院并未继续依据 CISC 第 6 条分析该法律选择条款是否发生排除 CISC 适用的法律效力，而是直接判定中国法作为 CISC 的补充，仅适用于该公约未作规定的涉案争议事项。

某些中国法院忽视 CISC 第 6 条的直接原因在于法官对 CISC 的认知并不全面，只熟悉 CISC 的优先适用而不了解 CISC 第 6 条的规定。另外，某些中国法院缺少对 CISC 第 6 条认知的根本原因在于 CISC 在中国适用的法律规定的缺失。CISC 的国内适用属于一国的宪法问题，但中国宪法一直未对此问题作出规定。^② 最高人民法院（下文简称最高法）于 1987 年发布了《最高人民法院转发对外经济贸易部〈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〉的通知》，^③ 明确 CISC 的优先适用以及 CISC 排除适用的情形，但未涉及该公约的司法适用。不过，1986 年《中华人民共和国民法通则》（下文简称《民法通则》）第 142 条第 2 款对民商事国际条约优先适用作出一般性规定，即中国缔结或参加的国际条约与国内法有不同规定的，适用国际条约。根据此规定，CISC 对中国生效后，就当然被纳入国内法，由中国法院予以直接适用，无须另行制定法律将其转变为国内法。^④ 2013 年 1 月生效实施的《最高人民法院关于适用〈涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释（一）》（下文简称《法律适用法司法解释（一）》）第 4 条明确规定，中国法院应依据《民法通则》第 142 条第 2 款优先适用 CISC。^⑤ 然而，最高法于 2020 年对《法律适用法司法解释（一）》进行修订，^⑥ 将第 4 条删除。另外，自 2021 年 1 月 1 日起实施的《中华人民共和国民法典》（下文简称《民法典》）未对 CISC 在中国的适用作出规定，而《民法通则》也同时失效。自此，CISC 在中国优先适用缺乏明确的法律规定。因此，《民法典》实施后 CISC 在中国的司法适用成为亟待解决的问题。不过，根据《联合国宪章》序言部分和 1969 年《维也纳条约法公约》第 26 条确立的“条约必须信守”原则，中国法院承担的积极适用 CISC 的国际条约义务并未改变，且中国法院积极适用 CISC 的司法实践也并未因此停下脚步。尽管如此，CISC 在中国适用的法律规定的缺失是某些中国法院忽视 CISC 第 6 条规定的根本原因，对中国法院积极、准确履约产生负面影响。

① 天津市高级人民法院（2019）津民终 284 号民事判决书。

② 黄晖、张春良：《论条约在我国涉外民事关系中的适用——基于规则和实践的考察》，载《法商研究》2014 年第 5 期，第 124 页。

③ 法（经）发〔1987〕34 号。

④ 李浩培：《条约法概论》，法律出版社 2003 年版，第 316 页。此外，王铁崖教授、李兆杰教授、左海聪教授等也持这种观点。参见王铁崖：《条约在中国法律制度中的地位》，载《中国国际法年刊》（1994），中国对外翻译出版公司 1996 年版；李兆杰：《条约在我国国内法效力若干问题之探讨》，载《中国国际法年刊》（1993），中国对外翻译出版公司 1994 年版；左海聪：《直接适用条约问题研究》，载《法学研究》2008 年第 3 期，第 93—94 页。

⑤ 黄晖、张春良：《论条约在我国涉外民事关系中的适用——基于规则和实践的考察》，第 125 页。

⑥ 参见《最高人民法院关于修改〈最高人民法院关于破产企业国有划拨土地使用权应否列入破产财产等问题的批复〉等二十九件商事类司法解释的决定》（法释〔2020〕18 号）。

二 对 CISG 优先适用义务的错误理解

在本文搜集的案件中,143 个案件的审理法院正确适用了 CISG。尽管如此,其中仍有一些法院并不理解 CISG 的优先适用义务,在说理部分将 CISG 与当事人协议选择中国法的适用关系模糊化,直接列明法院应同时适用 CISG 和当事人选择的国内法。例如,在杭州星帅尔电器股份有限公司与 Ceraseal 有限公司国际货物买卖合同纠纷案^①中,审理法院认为,中国和大韩民国均是 CISG 缔约国且双方当事人在买卖合同中约定适用中国法,所以该案应当将上述法律均作为准据法。值得注意的是,还有一些法院存在对 CISG 优先适用义务的错误理解。具体而言,有 9 个案件的审理法院认为 CISG 优先适用的前提是该公约与中国法的规定不同,或者认为 CISG 优先适用的依据是基于当事人的合意选择。事实上,这些法院错误理解了《民法通则》第 142 条第 2 款的规定或者错误将 CISG 的优先适用依据判定为中国的《法律适用法》。

(一) 对《民法通则》第 142 条第 2 款规定的错误理解

在《民法典》生效实施前的 35 年间,《民法通则》第 142 条第 2 款成为中国法院适用 CISG 的主要国内法依据。尽管该条款旨在确保 CISG 优先于国内法得到适用,但一些法院适用该条款的结果却是 CISG 不仅未得到优先适用还因与国内法规定相同而被排除适用。例如,在 The Money Consultants Inc. 与宁波布利杰进出口有限公司买卖合同纠纷案^②中,一审法院认为,双方当事人营业地分别位于美国和中国,所以该案为涉外商事纠纷案件。对法律适用问题,双方未事先约定,Bonicifashion 在庭审中选择适用中国法,布利杰公司则表示若 CISG 的规定与中华人民共和国法律有冲突,则优先适用 CISG。基于此,一审法院认为,由于中国法与 CISG 并无冲突,依据《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》第 5 条第 2 款第 1 项的规定,应确认卖方住所地法为与该案合同有最密切联系的法律,故该案以中国法作为准据法。

尽管一审法院在说理部分未明确引用《民法通则》第 142 条第 2 款,但可以看出一审法院错误理解该条款规定,认为 CISG 和国内法规定有冲突是 CISG 在中国优先适用的效力来源,且只有 CISG 与国内法规定不同时,法官才能优先适用 CISG。^③遗憾的是,二审法院也存在同样的错误理解,认为一审判决适用法律正确,实体处理得当。实际上,《民法通则》第 142 条第 2 款与 2013 年的《法律适用法司法解释(一)》第 4 条的立法目的均在于明确国际条约优先适用的一般原则,即在法律渊源上国际条约优先于国内实体法和冲突法规范而得到适用。所以,无论是 CISG 与中国法的规定相同与否,审理法院均应优先适用 CISG。上述法院错误理解《民法通则》第 142 条第 2 款规定的原因之一是仅采用文义解释而未结合目的解释方法理解该条款的规定。需要承认的是,《民法通则》第 142 条第 2 款规定的模糊性是导致上述法院错误理解《民法通则》第 142 条第 2 款的重要原因。该条款仅规定了国际条约与国内法存在冲突时国际条约优先适用的原则,但未规定当国际条约与国内法规定一致时,应适用国际条约还是国内法。这就导致两审法

① 浙江省杭州市中级人民法院(2015)浙杭商外初字第 62 号民事判决书。

② 浙江省高级人民法院(2010)浙商外终字第 77 号民事判决书。

③ 许军珂:《当事人意思自治原则对法院适用国际条约的影响》,载《法学》2014 年第 2 期,第 41 页。

院均基于中国法与 CISC 并无冲突的判断,错误适用了当事人选择的**中国法**。不过,鉴于目前《民法通则》第 142 条第 2 款已经失效以及 2013 年《法律适用法司法解释(一)》第 4 条已被删除,中国法官不能再依据这些条款来适用 CISC,所以对这些条款的错误理解问题也随之得到解决。

(二) 对 CISC 与中国冲突规范适用关系的错误理解

在本文搜集的案件中,有 7 个案件的审理法院错误判定 CISC 优先适用的依据是中国的冲突法规范而非该公约自身,错误处理了 CISC 与中国冲突规范的适用关系。例如,在澳大利亚 Parklands 动力设备有限公司与江苏沃得植保机械有限公司国际货物买卖合同纠纷案^①中,审理法院认为该案为涉外商事案件,所以依照《法律适用法》规定,当事人可以协议选择合同适用的法律。由于双方当事人一审庭审中一致同意适用 CISC,该约定符合法律规定,所以该案的准据法为 CISC。可见,审理法院将 CISC 在中国适用的依据判定为中国的《法律适用法》,且基于当事人对 CISC 的合意选择最终适用了 CISC。这显然与中国法院承担的优先适用 CISC 的条约义务相违背。在意大利采埃孚帕多瓦有限公司与宁波市工艺品进出口有限公司、江苏港华船业有限公司船舶物料和备品供应合同纠纷案^②,湖南普莱利管业有限公司与 Suministros Industriales Diversos S. A 买卖合同纠纷案^③中,审理法院认为,双方当事人一致同意适用 CISC,所以根据《法律适用法》第 3 条或第 41 条的规定确定 CISC 为准据法。

考虑到部分案件中的当事人在合同中或诉中选择中国法的事实,这种错误理解导致了 CISC 因未得到当事人的选择而被大量地、错误地排除适用的消极法律后果。例如,在信阳恒大猪鬃加工有限公司与依迪叶阿勒刷涂和辊涂工业股份公司不当得利纠纷案^④中,双方当事人营业地均位于 CISC 缔约国——中国和土耳其,并在合同中明确协议选择中国法。尽管一审法院认为应优先适用 CISC,但考虑到当事人明示选择中国法的事实,遂依据《法律适用法》中最密切联系原则确定中国法作为准据法。二审法院也持相同观点,只是将中国法的适用依据由《法律适用法》中的最密切联系原则改为《民法通则》第 145 条中的当事人意思自治原则。

上述法院将 CISC 的适用依据错误判定为中国《法律适用法》的主要原因在于未能正确理解 CISC 优先适用义务。CISC 的优先适用既是中国作为 CISC 缔约国应履行的条约义务,也是由 CISC 作为国际统一实体法的法律地位决定的。CISC 作为国际统一实体法,是直接调整涉外商事法律关系双方当事人权利义务的法律规范,能够直接、准确地确定当事人的权利义务。基于此,CISC 不仅具有独立调整国际商事交易的“能力”,还能最大限度满足国际商事交易和交往的价值需要,如可降低或消除准据法查明的成本。^⑤在经济全球化时代,CISC 相较于国内法在国际货物买卖法律关系调整上属于更优的调整范式。CISC 的优先适用意味着前者优先于后者得到适用。另外,为确保 CISC 的优先适用成为一种应然的常态,CISC 确立了一种自我选择的法律适用方

① 江苏省镇江市中级人民法院(2016)苏 11 民初 50 号民事判决书。

② 宁波海事法院(2016)浙 72 民初 1539 号民事判决书。

③ 湖南省长沙市中级人民法院(2019)湘 01 民终 13881 号民事判决书。

④ 河南省高级人民法院(2017)豫民终 1119 号民事判决书。

⑤ 参见杨梦莎:《〈联合国国际货物销售合同公约〉优先适用问题研究》,法律出版社 2020 年版,第 21 页、第 32—34 页。

法,对自身的适用范围作出明确且具体的规定。因此,中国法院在判断涉案国际货物买卖合同纠纷是否适用 CISG 的法律依据为 CISG 中的相关规定,而在上述过程中,无论是中国的实体法还是冲突规范均无适用空间。因此,中国法院将 CISG 的适用依据判定为中国《法律适用法》显然是错误的。

另外,中国法院错误将 CISG 的适用依据判定为中国冲突法规范的原因在于中国法律一直未明确 CISG 与中国国内法的法律位阶关系。由于国际条约存在不同的层级,既有全国人大及其常委会批准的重要国际公约,也有国务院部委和外国部委之间的国际条约,所以划分国际条约与中国国内法的法律位阶高低的难度大。全国人大法工委因立法技术问题一直未对国际条约在中国的适用作出规定。^①

三 对 CISG 排除适用条款的不当适用

在本文搜集的 189 个案件中,有 73 个案件的双方当事人选择中国法作为国际货物买卖合同的准据法,占比达到 38.62%。其中,有 10 个案件的当事人在国际货物买卖合同中约定中国法作为准据法,而有 63 个案件的当事人在一审审理期间协议选择中国法作为准据法或共同援引中国法且均未提出异议。然而,在这些案件中,只有 2 个案件^②的当事人在选择适用中国法的同时明确排除 CISG 的适用。其他案件的当事人在选择中国法作为准据法的同时并未明确排除 CISG 的适用。那么,当事人协议选择中国法的行为究竟是构成对 CISG 的有效排除适用还是仅适用于 CISG 未规定的涉案争议事项,成为上述法院适用 CISG 过程中需要解决的核心问题。该问题的解决涉及 CISG 排除适用条款(第 6 条)的解释和适用。然而,中国法院在此问题上未形成一致的裁判规则。其中,一些法院存在不当适用 CISG 第 6 条的问题,如错判当事人排除 CISG 适用的意图或者忽视当事人排除 CISG 适用的意图,导致 CISG 被错误排除适用或当事人的意思自治未得到尊重的负面法律后果。

(一) 当事人排除 CISG 适用意图的错判

第一,双方当事人未在中国法的选择上形成一致意见却被错判为已达成了排除 CISG 适用的合意,导致 CISG 被错误排除适用。个别法院在双方当事人未就中国法的选择达成合意的情况下,

① 最高人民法院民四庭负责人就《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)》答记者问中指出:“在涉外民事关系法律适用法制定过程中,各界亦曾建议法工委对国际条约、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,法工委没有在涉外民事关系法律适用法中对国际条约、国际惯例的适用做出规定。”参见《最高人民法院民四庭负责人就〈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)〉答记者问》,中华人民共和国最高人民法院官网, <https://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-4966.html>。

② 参见 A/S Harald Nyborg 股份有限公司与无锡安久动车有限公司国际货物买卖合同纠纷案,江苏省无锡市中级人民法院(2012)锡商外初字第 0037 号民事判决书。该案国际货物买卖合同的双方当事人诉讼前虽未约定法律适用,但在庭审中一致要求适用中华人民共和国法律并一致请求排除 CISG 的适用,故该案应适用中华人民共和国法律审理。另参见伊诺塔池技术株式会社与宁波波普朗士数码科技有限公司国际货物买卖合同纠纷案,浙江省高级人民法院(2019)浙民终 944 号民事判决书。在该案中,双方当事人在涉案合同中明确约定适用中国法,不适用冲突规范,不适用 CISG。

错误地基于 CISG 第 6 条判定双方当事人就中国法的适用达成合意，并进一步得出双方存在排除 CISG 适用的合意。例如，在河南中宜纺织机械工程有限公司、Atemsrl 国际货物买卖合同纠纷案^①中，双方当事人的营业地分别位于 CISG 的缔约国——意大利和中国。一审法院对 CISG 的认知缺失，基于双方当事人未在合同中约定准据法，也未在一审审理期间就准据法达成合意，依据《法律适用法》第 41 条之最密切联系原则确定中国法作为准据法。尽管二审法院认为 CISG 应得到优先适用，但在进一步分析中认为双方当事人对一审法院将中国法作为该案准据法均无异议，符合 CISG 第 6 条的规定，最终判定中国法为准据法。值得注意的是，该案的双方当事人无论是在合同中还是一审审理期间均未就中国法的适用达成一致意见，且未排除 CISG 的适用。二审法院却基于双方当事人对一审法院依职权确定的准据法——中国法无异议的理由得出双方就中国法的适用达成合意的结论，这是错误的。基于此，CISG 第 6 条的适用基础也就不存在。可见，该案的二审法院错误判断了当事人排除 CISG 适用的意图。

第二，双方当事人笼统选择中国法被错判为已达成排除 CISG 适用的合意，导致 CISG 被错误排除适用。在本文搜集的当事人在合同中明确约定适用中国法的 10 个案件中，只有 1 个案件^②的当事人在合同中明确约定“本案争议应适用《中华人民共和国合同法》等相关法律”。其他 9 个案件的当事人并未明确选择具体中国法，只是笼统地选择中国法作为准据法。基于此，7 个案件的审理法院依据《法律适用法》确定中国法为准据法，完全排除 CISG 的适用。另外，在本文搜集的当事人在一审审理期间选择中国法的 63 个案件中，一些案件的当事人同样未明确所适用的具体中国法，而是笼统地协议选择中国法作为准据法。其中，24 个案件的法院也依据《法律适用法》确定中国法为准据法，完全排除 CISG 的适用。例如，在信阳恒大猪鬃加工有限公司、依迪叶阿勒刷涂和辊涂工业股份公司不当得利纠纷案^③中，双方当事人的营业地分别位于 CISG 缔约国——中国和土耳其。二审法院认为该案争议实际为国际货物买卖合同纠纷，所以应适用 CISG。考虑到双方当事人在一审庭审中均同意适用中国法，二审法院依据 CISG 第 6 条以及《民法通则》第 145 条的规定，判定一审法院适用中国法作为该案准据法并无不当。然而，双方当事人在一审期间并未依据《中华人民共和国合同法》（下文简称《合同法》）进行诉争。可见，双方当事人在一审庭审中只是笼统选择中国法。对于当事人在合同或诉中笼统选择中国法的情形，中国一些法院认为该协议选择行为发生排除 CISG 适用的法律效力。这种观点与约翰·科伊尔（John Coyle）教授的主张一致。该教授采用符合“美国多数人预期”的合同解释方法得出当事人在合同中笼统选择 CISG 缔约国法作为准据法具有排除 CISG 适用的法律效力。^④然而，上述结论遭到罗纳德·布兰德（Ronald A. Brand）教授的激烈批评。^⑤后者的观点与 CISG 第 6 条相关

① 河南省高级人民法院（2016）豫民终 466 号民事判决书。

② 武汉宗祥显影材料有限公司与色调私营有限公司买卖合同纠纷案，湖北省武汉市中级人民法院（2018）鄂 01 民初 576 号民事判决书。

③ 河南省高级人民法院（2017）豫民终 1119 号民事判决书。

④ See John Coyle, “CISG Opt-Outs and Party Intent”, TLB: Transnational Litigation Blog, <https://tlblog.org/cisg-opt-outs-and-party-intent/>.

⑤ 罗纳德·布兰德教授认为，“美国多数人预期”解释方法与《国际统一私法协会国际商事合同通则》第 4 条中确立的“不利解释”原则相违背，“奖励非专业的忽视”将对国际私法和基础条约法产生毁灭性的打击且相关的证据均来自美国当事人一方有失偏颇，以及制定一个关于排除 CISG 适用的解释性法律规则将很可能使美国违反条约义务。See Ronald A. Brand, “Rewarding Ignorance of the CISG: A Response to John Coyle”, TLB: Transnational Litigation Blog, <https://tlblog.org/rewarding-ignorance-of-the-cisg-a-response-to-john-coyle/>.

的主流学说相契合，也得到多数判例的支持，即双方当事人合同中仅泛泛选择 CISG 某一缔约国法而未具体至其国内某一法律时，不存在排除该公约适用的真实意图，不发生排除该公约适用的法律效力；^① 只有双方当事人明确选择 CISG 缔约国的具体货物买卖法时，才能被判定为存在排除该公约适用的真实意图。^②

上述结论是由对 CISG 进行文义解释、体系解释、目的解释和历史解释得出。首先，按照第 6 条的条文规定，双方当事人可以约定不适用 CISG 或减损 CISG 的效力。在 CISG 被中国批准生效后，中国就直接采纳 CISG 为国内法，当事人笼统选择的“中国法”应包含作为中国法律体系一部分的 CISG，所以此种协议选法行为并不属于 CISG 第 6 条规定的当事人约定排除 CISG 适用的情形。^③ 其次，从第 6 条在 CISG 中所处的位置来看，第 6 条位于 CISG 第一部分最后一条，这意味着 CISG 的优先适用为原则而排除适用为例外。CISG 的起草者也特别强调，第 6 条应被谨慎适用，不应被扩大化解释，否则会导致审理法官轻易认定合同当事人排除该公约适用的意图成立。^④ 因此，第 6 条的适用条件应是十分严格的，即当事人排除 CISG 适用的意图必须是清楚、明确和肯定的。另外，统一实体法下当事人选择的法律应具体到法律规则本身，不同于冲突法下当事人合意选择的法律只指向某一法律体系。因此，双方当事人仅在合同中笼统选择中国法而未具体至中国的货物买卖法，属于指向某一法律体系（中国法）的行为，不能被视为具有排除 CISG 适用的真实、清楚、明确和肯定的意图。再次，从 CISG 立法目的来看，CISG 旨在扩大其自身的适用范围，减少国际贸易的法律障碍，促进国际贸易的发展。实践中，CISG 缔约国的当事人在合同或一审审理期间笼统选择某一 CISG 缔约国法作为准据法的现象仍较为普遍。若判定当事人笼统协议选择中国法发生排除 CISG 适用的法律效力，将导致 CISG 被大量地排除适用，不利于 CISG 立法目标的实现。最后，从缔约历史上考察，在起草 CISG 的维也纳会议上，加拿大和比利时提出过选择一国法即意味着适用该国家的货物买卖法的提案，但该提案遭到与会代表们的反对。^⑤ 可见，该公约的起草者也普遍认为当事人笼统协议选择 CISG 缔约国法并不能简单等同于当事人对该国货物买卖法的选择，所以不应认定当事人存在排除 CISG 适用的真实意图。

（二）当事人排除 CISG 适用意图的忽视

在一些案件中，双方当事人一致同意适用中国法，并在一审过程中根据中国的货物买卖法——《合同法》或《民法典》而非 CISG 进行诉争，尽管双方当事人未明确排除 CISG 的适用，但双方排除 CISG 适用的意图是清楚、明确和肯定的。然而，一些法院却忽视当事人排除 CISG 适用的意图，仍适用 CISG，与 CISG 第 6 条规定不符。例如，在萨拉平克曼公司、广东劳特斯企业

① 例如，德国的判例普遍支持这一观点，认为当事人合同中选择“德国法”并不构成排除 CISG 的适用。意大利的一些地区法庭也认为当事人选择缔约国法并不能够视为排除 CISG。在美国，当事人双方在合同中约定“德国法”为准据法，法庭认为并不构成对 CISG 第 6 条下的排除适用，因为双方当事人均未在合同中明确排除 CISG，并且 CISG 作为德国法的一部分，当事人选择德国法理应包括作为国内法一部分的 CISG，因而应该按照 CISG 第 1 条第 1 款（a）项直接适用。参见杨梦莎：《〈联合国国际货物销售合同公约〉优先适用问题研究》，第 113—114 页。

② 参见刘廷涛：《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》，载《中南大学学报（社会科学版）》2014 年第 4 期，第 82—84 页。

③ 左海聪：《直接适用条约问题研究》，载《法学研究》2008 年第 3 期，第 94 页。

④ 联合国国际货物销售合同会议秘书处：《秘书处编写的关于国际货物销售合同公约草案的评注》，A/CONF.97/5，1979 年 3 月 14 日。

⑤ 联合国国际货物销售合同会议第一委员会：《第一委员会的报告》，A/CONF.97/11，1980 年 4 月 7 日。

有限公司国际货物买卖合同纠纷案^①中，一审法院认为，双方当事人营业地分别位于 CISC 缔约国——中国和美国，由于双方当事人并未明确约定排除 CISC 的适用，故涉案合同争议应当优先适用 CISC。然而，萨拉公司在上诉中诉称一审法院适用 CISC 审理涉案争议属于法律适用错误。该当事人主张，在一审审理期间，法官当庭询问双方当事人是否同意适用中国法律审理此案，双方均回答同意；既然双方当事人均同意适用中国法律，且均在随后的庭审中多次引用中国法律进行攻防，依据相关法律规定，涉案争议应适用中国法解决，排除 CISC 适用是完全正确的。另外，二审法院查明，在开庭审理过程中，萨拉公司、劳特斯公司双方均援引《合同法》作为法律依据。然而，二审法院认为，鉴于当事人的营业地分别在 CISC 缔约国——美国和中国，根据 CISC 第 1 条第 1 款（a）项的规定，即使双方对于适用 CISC 没有选定，双方争讼的买卖合同也应适用 CISC，除非双方当事人明确排除该公约的适用；虽然该案当事人协议选择适用中国法律，但双方并没有明确排除 CISC 适用，故该案买卖合同的处理应首先适用 CISC，CISC 没有规定的，再适用中国法律的有关规定。在该案中，尽管双方当事人未在合同中也未在一审审理期间明确排除 CISC 的适用，但双方当事人在一审审理期间均同意适用中国法且均援引《合同法》进行诉争，所以双方当事人具有排除 CISC 适用的真实意图。该案一审和二审法院却以双方当事人未明确排除 CISC 为由适用 CISC，存在忽视当事人排除 CISC 适用意图的问题，与 CISC 第 6 条中充分尊重当事人意思自治的规定不符。

产生上述问题的原因在于，CISC 第 6 条未明确当事人排除该公约适用的具体方式，一些法院对 CISC 第 6 条的规定进行狭义的字面解释，将该条所允许的排除适用方式局限在明示排除方式。CISC 第 6 条关于排除适用方式规定的正确理解需要结合 CISC 的起草历史。CISC 的起草者强调该公约是非强制性的，并在 1978 年 CISC 草案第 5 条中明确规定，双方当事人可以以明示或默示方式全部或部分地排除该公约的适用。然而，CISC 第 6 条最终删除了草案第 5 条第 2 句的规定——“这种排除可以是明示或默示的”。究其原因，特别提及“默示”排除很可能使 CISC 缔约国法院在缺乏充分依据的情况下轻易得出当事人存在排除该公约适用真实意图的结论，这与起草者尽可能扩大 CISC 适用范围的意图相违背。^② 值得注意的是，制定 CISC 的维也纳外交会议第一委员会主席明确，从 CISC 的起草背景中能得出当事人协议排除该公约的方式可以是明示也可以是默示的结论。^③ 由此可知，尽管 CISC 第 6 条未明确规定默示排除方式，但默示排除方式是被允许的。当前，缔约国的司法实践也普遍认可当事人以默示方式排除 CISC 适用的法律效力，无需明确的口头或书面方式排除 CISC 的适用。^④

在中国的司法实践中，被认可的默示排除 CISC 的方式主要包括选择非 CISC 缔约国法律、选择已签署但未批准 CISC 的国家法、选择 CISC 缔约国中某一不适用 CISC 的地方法、选择 CISC 缔约国的具体货物买卖法。例如，在托克私人有限公司与东营方圆有色金属有限公司等国际货物买卖合同纠纷案^⑤中，双方当事人的营业地分别位于 CISC 的缔约国——新加坡和中国，但双方

① 广东省高级人民法院（2018）粤民终 1424 号民事判决书。

② 联合国国际货物销售合同会议秘书处：《关于国际货物销售合同公约草案的评注》，A/CONF.97/5，1979 年 3 月 14 日。

③ 刘瑛：《论排除适用条款与 CISC 的适用》，第 73 页。

④ 刘瑛：《论排除适用条款与 CISC 的适用》，第 73 页。

⑤ 山东省东营市中级人民法院（2021）鲁 05 民初 234 号民事判决书。

在案涉合同中约定适用英国法。由于英国不属于 CISC 缔约国，所以当事人选择英国法（且排除冲突规范）就意味着默示排除 CISC 的适用。再如，在通达有限公司与沈建丰国际货物买卖合同纠纷案^①中，双方当事人的营业地分别位于加纳和中国。最高法在再审中指出，加纳早在 1980 年签署了 CISC 但从未批准该公约，所以 CISC 不适用。因此，若双方当事人协议选择加纳法律，将发生排除 CISC 适用的法律效力。在盈顺发展香港有限公司与浙江中大技术出口有限公司买卖合同纠纷案^②中，双方当事人营业地分别位于香港特别行政区和浙江省。在香港回归前，英国并不是 CISC 缔约国，在香港回归后中央政府并未宣布 CISC 适用于香港特别行政区。因此，在 CISC 在香港特别行政区生效前，^③ 当事人协议选择香港法，将发生排除 CISC 适用的法律效力。在武汉宗祥显影材料有限公司与色调私营有限公司买卖合同纠纷案^④中，双方当事人分别位于新加坡和中国。然而，根据当事人签署的转让协议第 12 条的约定，该案争议应适用《合同法》等相关法律。由于双方当事人协议选择中国的具体货物买卖法，所以也发生排除 CISC 适用的法律效力。

四 CISC 在中国司法适用困境的应对

在 CISC 对中国生效的 30 多年间，中国已从贸易大国走向贸易强国，大量的国际货物买卖合同纠纷受益于 CISC 而得到了公正合理的解决。在党的二十大提出中国要提高对外开放水平，推动共建“一带一路”高质量发展的大背景下，中国应进一步发挥 CISC 在提升国际贸易的法律确定性、降低交易成本上的重要作用。然而，根据前文分析，中国司法实践中仍存在 CISC 被错误排除适用于本属于该公约调整范围的合同案件以及 CISC 中尊重当事人意思自治规定未得到正确适用的问题。因此，强化中国法院对 CISC 缔约国的查明能力，提升中国法院对 CISC 第 6 条的正确理解和适用水平，强化指导案件和数据库在统一第 6 条裁判规则上的作用是当务之急。从根本上来讲，应完善 CISC 在中国适用的法律规定。

（一）强化中国法院对 CISC 缔约国的查明能力

截至 2022 年 8 月 1 日，CISC 已有 95 个缔约国，基本涵盖全球主要贸易参与国。然而，根据前文分析，中国法院忽视 CISC 的可适用性问题已成为中国履行 CISC 条约义务的重要阻碍。究其原因，主要在于法官忽视 CISC 第 1 条第 1 款（a）项之规定，怠于履行查明 CISC 缔约国的义务。因此，调动中国法院积极履行查明 CISC 缔约国的义务和强化中国法官对 CISC 缔约国的查明能力是当务之急。其中，提升中国法院履行查明 CISC 缔约国义务的积极性，首先需要法官了解 CISC 在促进国际贸易发展上具有的重要价值，以及中国法院在履行 CISC 国际条约义务上肩负的重大使命；其次需要将积极、正确适用包含 CISC 在内的国际公约作为涉外商事审判法官实际办案工作量的测算依据之一。在强化中国法官对 CISC 缔约国的查明能力上，可对涉外商事审判法官进

① 最高人民法院（2020）最高法民申 1801 号民事裁定书。

② 浙江省高级人民法院（2010）浙商外终字第 99 号民事判决书。

③ 2022 年 5 月 5 日，中国向联合国秘书长交存声明将 CISC 的领土适用范围扩大到中国香港特别行政区。根据 CISC 第 97.3 条的规定，该声明于 2022 年 12 月 1 日生效。

④ 湖北省武汉市中级人民法院（2018）鄂 01 民初 576 号民事判决书。

行培训,使其掌握如何正确查找 CISG 缔约国的方法,并培养其在审理国际货物买卖合同纠纷案件时应先查明双方当事人的营业地是否在 CISG 缔约国的意识。此外,虽然联合国国际贸易法委员会官网有完整的、最新的 CISG 缔约国中文名单,^①但一些法官还不太了解。

(二) 提升中国法官对 CISG 第 6 条的理解和适用水平

针对中国法院在适用 CISG 上存在的诸多问题,提升中国涉外商事审判系统对 CISG 第 6 条的理解和适用水平是十分必要且迫切的。建议由最高法发布《涉〈联合国国际货物销售合同公约〉裁判文书写作规范》,为中国法院正确运用 CISG 及其第 6 条提供明确、具体的指引。该规范的核心内容应包括以下 4 点。一是,法院在确定涉案争议为国际货物买卖合同纠纷后应首先依职权主动考察 CISG 是否适用,在公约初步适用的情况下应进一步判断当事人是否存在真实的排除 CISG 适用的意图。^②具体而言,法院应依据公约第 1 条第 1 款判断涉案合同是否是 CISG 所调整的国际货物买卖合同,^③再依据第 2 条、第 3 条从“货物”“销售”角度,依据第 4 条、第 5 条从“事项”角度,判断涉案合同具体的系争事项是否在 CISG 调整范围之内。^④如果上述条件均满足,法院应继续依据第 6 条的规定,对当事人在诉前或诉中协议选择的 CISG 以外的法律(尤其是中国法)进行分析,判断双方当事人是否达成排除 CISG 适用的合意。二是,在上述分析过程中,中国实体法和冲突规范并没有适用空间,法院只能依据 CISG 的相关条文规定进行分析。三是,CISG 第 6 条不仅包括明示排除方式——当事人在合同中约定排除或诉中一致同意排除 CISG 适用,还包括默示排除方式——当事人选择适用非 CISG 缔约国法律、选择适用已签署但未批准 CISG 的国家法律、选择适用 CISG 缔约国中某一不适用 CISG 的地方法、选择适用 CISG 缔约国的具体货物买卖法。四是,法院在 CISG 默示排除条款的适用上应采用严格的方法,确保当事人排除该公约适用的意图是清楚、明确和肯定的。双方当事人在合同中或一审审理期间笼统选择适用某一 CISG 缔约国法(或该缔约国的州法),未具体至该国的货物买卖法,也未约定排除 CISG 适用,则此种选法行为不应发生排除 CISG 适用的法律效力,即当事人不具有排除 CISG 适用的真实意图。双方当事人在诉中基于某一国法进行抗辩且未提出异议的,应视为双方就该国法的适用达

① 《状况〈联合国国际货物销售合同公约〉(1980 年,维也纳)》,联合国国际贸易法委员会官网, https://uncitral.un.org/zh/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status。

② 杨梦莎:《〈联合国国际货物销售合同公约〉优先适用问题研究》,第 47 页。

③ 适用 CISG 的国际货物买卖合同包括以下两种情形:一是营业地分处不同 CISG 缔约国的当事人之间订立的货物买卖合同;二是营业地分处不同国家的当事人之间订立的货物买卖合同,只要根据国际私法规范的指引导致某一 CISG 缔约国法律的适用,也即即使合同双方当事人营业地全部或其中一个不在 CISG 缔约国,但只要合同当事人选择了某一 CISG 缔约国法律作为准据法,或当事人没有作出选择,根据法院地国的国际私法规范的指引,应当适用某一 CISG 缔约国法律。中国对第二种情形提出保留,即对 CISG 第 1 条第 1 款(b)项作出保留。值得注意的是,中国学者们对合同一方或双方当事人营业地位于非 CISG 缔约国,但依据中国国际私法规范所指引的准据法所属国为 CISG 缔约国且该国未对第 1 条第 1 款(b)项作出保留时是否适用 CISG 存在分歧。一些学者(如刘瑛教授)认为,中国法院应依据中国对 CISG 第 1 条第 1 款(b)项作出保留的规定完全排除 CISG 的适用。参见刘瑛:《论〈联合国国际货物销售合同公约〉在中国法院的适用》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2019 年第 3 期,第 193 页。另一些学者(如杜涛教授、李巍教授、张普博士)则认为,对于此情形中国法院仍应适用 CISG。参见杜涛:《CISG 之仲裁适用问题》,载《东方法学》2009 年第 3 期,第 93—95 页;李巍:《论中国撤回对于〈联合国国际货物销售合同公约〉第 1 条第 b 项的保留》,载《法学家》2012 年第 5 期,第 98 页;张普:《CISG 在我国法院的适用——兼论后民法典时代的条约适用问题》,载《东北大学学报(社会科学版)》2022 年第 4 期,第 102—103 页。

④ 刘瑛:《论〈联合国国际货物销售合同公约〉在中国法院的适用》,第 192 页。

成一致意见,但若当事人自始至终未意识到 CISG 的可适用性,则此种协议选法行为也不发生排除 CISG 适用的法律效力。

(三) 增强指导案件在统一 CISG 第 6 条裁判规则中的作用

最高法已经发布 3 批共 28 个“一带一路”建设典型案件、一批涉外指导性案件,充分发挥典型案件的示范作用,为各级人民法院正确处理 CISG 在中国的司法适用、CISG 的法律位阶以及 CISG 与准据法的关系提供具体的指引,持续增强商业预期,降低市场交易成本。其中,在作为第一批“一带一路”典型案件之一的德国蒂森克虏伯冶金产品有限责任公司与中化国际(新加坡)有限公司国际货物买卖合同纠纷案中,最高法未因当事人选择 CISG 缔约国法而轻易地排除该公约的适用,正确地处理了 CISG 与当事人协议选择的法律的适用关系,准确地适用了 CISG 第 6 条。但需要指出的是,最高法在说理部分存在瑕疵,尤其是关于 CISG 与中国冲突法规范的适用关系上处理不当。最高法首先分析该案为国际货物买卖合同纠纷案,之后并未紧接着分析 CISG 的可适用性,而是转向中国的冲突法层面,依据《民法通则》第 145 条判定当事人在合同中选择美国纽约州法有效。然后,最高法才分析 CISG 的可适用性,并基于当事人未排除 CISG 适用的理由,判定一审法院适用 CISG 审理该案是正确的。最后,最高法判定当事人协议选择美国纽约州法只适用于 CISG 未规定的涉案争议事项。根据前文分析,最高法在判定该案为国际货物买卖合同后就应通过查明当事人的营业地是否位于 CISG 缔约国来分析 CISG 的可适用性。在初步判定 CISG 优先适用后,最高法应依据 CISG 第 6 条分析当事人协议选择的美国纽约州法是否发生排除 CISG 适用的法律效力。考虑到该案是被最高法遴选为“一带一路”建设典型案件,其审理结果对全国法院正确处理 CISG 与当事人协议选择 CISG 缔约国法的适用关系产生了积极影响,但其说理部分的瑕疵也会产生一定负面影响。因此,建议完善 CISG 指导案件的遴选标准,即不仅要注重 CISG 适用结果的正确,还应考虑法院说理部分的充分性、正确性,从而起到更好的示范效果。

鉴于最高法通过发布指导案件的方式在提升涉外审判质量上取得的显著成就,建议中国建立常态化的 CISG 指导案件发布机制,逐步统一 CISG 的裁判规则,提升裁判质量。首先,系统完整的 CISG 数据库^①不仅方便中国法官准确高效地查找 CISG 案件,提高中国法院审判质量和统一审判实践,还有利于学术界深入研究 CISG 在中国的司法适用情况,同时也有助于对外展示中国积极适用 CISG 和坚定践行国际法的良好形象。考虑到中国最高法已经在“中国裁判文书网”数据库和“法信”数据库中收录了一些适用 CISG 的案件,建议将这些数据库进行整合,建立完善 CISG 的案件数据库。需要注意的是,根据前文分析,中国现有数据库中收录的一些 CISG 案件在适用 CISG 上存在诸多问题。为避免这些案件对其他法院适用 CISG 产生负面影响,建议由最高法组织法官、学者和律师等专家团队定期对这些案件进行遴选,对于正确适用 CISG 的案件在数据库中予以标记。其次,考虑到 CISG 于 2022 年 12 月 1 日在香港特别行政区生效实施,建议该数据库扩展收录香港地区的相关案件,便于相互参照、自觉趋同。最后,中国 CISG 数据库也应与佩斯大学法学院的 CISG 数据库相对接。由最高法组织定期遴选和翻译正确适用 CISG 且说理充分的案件并推荐收录至后者数据库中,提升中国在 CISG 解释规则上的话语权。

^① 美国佩斯大学法学院拥有最完整的 CISG 数据库,该数据库包括法条全文、立法历史、法条评注、相关案件、学者论文等资源。关于美国佩斯大学法学院国际商法研究所维护的 CISG 数据库,参见 <https://icel.law.pace.edu/cisg/cisg>。

(四) 完善 CISG 在中国优先适用的法律规定

中国法院在 CISG 第 6 条适用上存在诸多问题的根源之一在于中国现行有效法律中未明确 CISG 的法律位阶以及在中国的适用。这些问题应当主要由一国宪法规定。^① 鉴于修宪的高难度性, 建议可在《中华人民共和国立法法》(下文简称《立法法》) 增加国际条约在中国适用的规定。首先, 将《立法法》总则第 2 条修改为: “法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例的制定、修改和废止, 以及条约、法律、行政法规、地方性法规、自治条例、单行条例和规章的适用, 适用本法。” 其次, 鉴于国际条约与国内法律、行政法规、地方性法规、规章的法律位阶存在高低区分的问题, 建议在《立法法》第五章“适用与备案审查”部分增加“经全国人大常委会批准签署的国际条约, 其法律地位和效力等同于国内法”的规定, 并在第五章各条中增加全国人大常委会批准或者加入的条约、国务院核准或者加入的条约、政府部门名义缔结的协定与法律、行政法规、地方性法规、规章的具体法律效力关系。^② 在《立法法》中明确 CISG 与中国国内法具有相同的法律地位和效力, 有助于中国法院正确处理 CISG 与中国国内法的关系, 确保 CISG 的优先适用以及充分尊重当事人的意思自治。

就当前而言, 在《立法法》修订前, 可由最高法发布司法解释就 CISG 在中国的适用作出指引。在《民法通则》第 142 条废止后, 中国学术和实务界关于能否在民商事领域明确一般性的国际条约优先适用规则开始出现争论。一种观点认为应延续《民法通则》第 142 条关于民商事国际条约优先适用的一般性规定。^③ 另一种观点则认为, 适用民商事国际条约时, 应依据这些国际条约的适用条款予以直接适用, 在没有相应上位法时, 不能一般性地规定民商事国际条约优先适用。^④ 鉴于 CISG 对自身的适用规则作出了明确规定, 本文支持后一种观点, 即中国法院应直接依据该公约条文审理案件。这种方式有助于中国法院正确判断 CISG 适用的法律依据, 确保该公约在中国的优先适用。

五 结语

CISG 已经被全球主要贸易国认可, 其重要性和普遍性正在加强。中国是 CISG 首批成员国, 从 CISG 中获益颇多。^⑤ 同时, 中国也是 CISG 的积极适用者, 贡献的 CISG 案件在数量上位于全球第二。^⑥ 研究 CISG 在中国司法中的适用, 促进 CISG 的统一适用, 对于国际贸易和“一带一路”倡议具有重要的现实意义。目前, 中国法院在准确适用 CISG 上仍存在较大提升空间, 尤其是在处理 CISG 与当事人协议选择中国法的适用关系上问题较为突出。为有效解决中国法院在适用 CISG 中存在的问题、增进商主体适用 CISG 的信心以及提升中国在 CISG 适用和解释上的国际

① 杨梦莎:《〈联合国国际货物销售合同公约〉优先适用问题研究》, 第 54 页。

② 陈丽平:《明确国际条约在我国的适用》, 载《法制日报》2014 年 11 月 24 日, 第 3 版。

③ 张普:《CISG 在我国法院的适用——兼论后民法典时代的条约适用问题》, 第 106 页。

④ 参见王勇:《论国际商事条约在中国的适用方式及其完善对策》, 载《华东师范大学学报(哲学社会科学版)》2011 年第 6 期, 第 81—82 页。

⑤ 韩世远:《CISG 在中国: 成就及挑战》, 载《人民司法》2021 年第 31 期, 第 36 页。

⑥ 杨梦莎:《〈联合国国际货物销售合同公约〉优先适用问题研究》, 第 60 页。

影响力和话语权，中国需要尽快在法律中完善 CISG 适用的规定，强化中国涉外商事法官对 CISG 缔约国的查明能力，提高其对 CISG 第 6 条规定的正确理解和适用水平以及增强指导案件在统一 CISG 裁判规则上的作用。

A Study on the Problems in the Application of CISG in China's Judicial Practice and Suggested Solutions: From the Perspective of Parties' Choice of Chinese Law

Lian Junya

Abstract: Article 6 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (hereinafter referred to as CISG) allows parties to exclude its application, which makes its final application in China uncertain. In China's judicial practice, there are a lot of cases in which CISG is wrongly excluded from applying to the international sale of goods contracts which CISG is intended to apply, or the Article 6 of CISG concerning respecting party autonomy is not correctly complied with, typically in those cases in which parties choose Chinese law by the agreement in their contract or in the litigation process but do not explicitly exclude CISG at the same time. The main reasons lie in the reluctance to ascertain the parties having places of business in different CISG contracting states, the lack of cognition of CISG or its Article 6, the wrong understanding of preemptive application of CISG and the applicable conditions and contents of Article 6. In order to correctly deal with the relationship of CISG and parties' choice of law, it is advised to enhance the judges' ability in the ascertainment of CISG contracting states, improve their understanding of Article 6 of CISG, unify the judicial application of Article 6 of CISG by publishing guiding cases and building a systematic CISG case database, and improve the legal provisions concerning application of CISG in China.

Keywords: Contracts for the International Sale of Goods, CISG, Party Autonomy, Chinese Law, Application Exclusion

(责任编辑: 林 强)