

CISG 在澳門適用的假設以及適用順序研究

范劍虹、陳科汝*

一、假設可能性及 CISG 的法律與實踐意義

(一) 假設抑或命題的可能性

當我們提出假設(hypothesis)時，就會遇到命題(proposition)與假設的區分。命題是一個有關兩個以上多維的構念(construct)的表達，這種表達常會以關聯的形式將構念串連在一起，因此命題被視為說明兩個或兩個以上構念之間的關係。但是，這種包含關係形式(構念的連結)的命題，無法驗證。而假設是為了實證而設立的一種命題，如果將命題加以明確陳述，以供實證的各種方法的鑒定，那麼此一命題就可視為假設。雖然至 2013 年 9 月 26 日，有 80 個國家(包括中國)參加了《聯合國國際貨物銷售法公約》(以下簡稱 CISG)¹，但是澳門能否適用 CISG，目前只能假設。中國於 1988 年 1 月 1 日加入了 CISG。自 1997 年、1999 年，香港、澳門相繼回歸祖國以後，似乎 CISG 也可適用於澳門。CISG 的第 93 條第 1 款規定：“如果締約國具有兩個或兩個以上的領土單位，而依照該國憲法規定、各領土單位對本公約所規定的事項適用不同的法律制度，則該國得在簽字、批准、接受、核准或加入時聲明本公約適用於該國全部領土單位或僅適用於其中的一個或數個領土單位，並且可以隨時提出另一聲明來修改其所做的聲明。”² 問題是中國政府在“簽字、批准、接受、核准或加入時”沒有做出任何關於“公約適用於本國全部領土單位或僅適用於其中的一個或數個領土單位”的聲明。那麼，如何確定 CISG 能否適用於澳門的問題呢？CISG 第 93 條第 4 款規定與此有關：“如果締約國沒有按照本條第(1)款做出聲明，則本公約適用於該國所有領土單位。”³ 原則上，CISG 適用於澳門似乎不應該是一種假設，而是有明確規定。問題是澳門政府公報並沒有公佈參加 CISG，澳門回歸前的法源葡萄牙也沒有參加

CISG⁴(英國也固守其貨物買賣法的規則)。僅就傳統的維繫，並不是澳門政府尚未公佈參加中國已參加的 CISG 的法律上的全部原因。《澳門基本法》第 138 條第 1 款規定：“中華人民共和國締結的國際協定，中央人民政府可根據情況和澳門特別行政區的需要，在徵詢澳門特別行政區政府的意見後，決定是否適用於澳門特別行政區。”⁵ 由於傳統的維繫，加上中國政府尊重澳門特區的意願，所以澳門政府並未作出聲明表示願意受 CISG 的拘束，並跟進此公約。而 CISG 第 93 條與《澳門基本法》第 138 條第 1 款的矛盾使得當事人以及法院在處理相關問題的時候產生一些問題：營業地在澳門的當事人與營業地在 CISG 締約國當事人之間的貨物銷售合同應當適用 CISG 的，除非當事人明確排除適用 CISG 第 6 條第 2 種情況；也有人認為澳門政府沒有公佈受 CISG 的拘束，所以不能適用。但是至少，CISG 在澳門的適用的假設並無不可能，而這樣的一種假設的可能性往往與 CISG 在國際上的普遍適用規則的展示，以及理順 CISG 與澳門本地法律適用時的衝突關係極有關聯。

(二) 實踐與法律意義

1. 商業上的意義

首先，增加了國際貨物買賣合同的可預測性和穩定性。國際貨物買賣本身是極為複雜的，這一複雜性體現在合同雙方當事人可能牽扯到的不同地域及不同法律體制，體現在所買賣貨物的紛繁多樣，更體現在由於國際貨物買賣大多會牽扯到長途運輸，在運輸過程中所出現的各種風險更是無法預測的。正是因為這種原因，如何保持國際貨物買賣的安全性，穩定性和可預測性成為亟待解決的問題。而要解決這些問題，就是要有一部確定的能夠普遍適用的法律作為依據。而 CISG 顯然可以做到這一點。與 ULIS 和 ULFIS

* 前者為澳門大學法學院教授、德國弗賴堡大學法學博士，後者為鄭州大學西亞斯學院教師、澳門大學法學院國際經濟法碩士

不同的是，CISG 完成了大範圍的普遍適用。CISG 的誕生，是一部具有普遍適用性的國際買賣合同關係統一實體法。它增強了當事人對合同所可能會產生的法律後果的可預測性，並對合同的成立，違約責任提供了一個完整一致的規定，避免了因法律衝突而造成的合同的不可知性，增強了國際貨物買賣的穩定性。

其次，減少了交易成本。在沒有一部統一法作為指引依據的場合，國際貨物買賣合同當事人想要和另一個國家或地區的當事人進行交易，就必須對其所在國家或地區的法律，以及其他可能涉及到的相關法律進行瞭解，進而判斷合同的可行性和可能產生的法律後果。而這一瞭解過程的實現並非易事，如果由當事人自己進行顯然是基本不可能的，因為極少有國際商事的當事人是專門的法律人才，而儘管具備一定的法律知識也具有局限性。這就需要借由對當事人雙方所在國的法律都具備相關瞭解的專業人來進行諮詢和代理，給出意見，這些專業人士往往是律師。但又並非所有的律師都能夠勝任這一工作，所以當事人可行的做法就是在本地區尋求專業律師或者去另一當事人的所在國尋求專業律師幫助。而這種律師費用往往是高昂的，並且在特殊情況下還會出現被欺詐的現象。而在 CISG 生效之後，透過適用 CISG，當事人可以更加容易的查找法律依據，對合同的法律後果有所預測，甚至可以自己研讀 CISG 而獲得初步瞭解。畢竟 CISG 僅有 101 條，且可以為大多數人所理解。另外，在尋求代理人或諮詢人方面，大部分律師業都可以勝任，從而大大降低了律師費用，減少了交易成本。

最後，CISG 的應用在實踐中也會產生一些問題。基於避免過於莽撞和過於強制性的法律條文⁶，顯然在合同法中實施強制性也是違背合同法一般規則的。CISG 在其規定中賦予了很大的迴旋餘地，諸如“合理”(reasonable)等措辭的含義就需要法官在具體案件中做出認定。⁷ 另外，CISG 還考慮到對靈活性和依據實際情況做出修改的需求。⁸ 但是，這一考慮雖然賦予了在具體情況下當事人雙方更多的可以透過協商一致而決定的範圍，充分尊重了合同當事人意思自治的原則，但也存在其缺陷。因為它同時意味着 CISG 存在極大的不可預知性和合同的不確定性，這也導致了在實踐中當事人會對公約的適用持猶豫和懷疑的態度。但這並不能否認 CISG，因為這些“留有餘地”的規則及其帶來的方便靈活性和可能帶來的負面效果，如不同法院判決結果的分歧是國際法律統一化所不可避免的。如果對國際貨物買賣的複雜性不予

考慮，而硬性的賦予規範劃一的規定，甚麼是商品甚麼是合同、甚麼樣的合同就一定不適用或者當事人必須選擇怎樣的賠償方式，而不管地區、文化、經濟或社會條件的差異，這部統一法必然不能被廣泛接受。另外，存在判決分歧也並非是一個重大問題。法院間對相互吸取經驗越來越重視，這種相互參照並非僅局限於一國之內，而是具有跨地域性的。這對於調和判決分歧矛盾極為有利。

2. 法律上的意義

首先，是國際統一私法制定的一大突破。CISG 是一個折中選擇的範本。⁹ 一般情況下，貨物買賣法被歸納於民法中進行規制，這一做法會導致在國際貨物買賣中存在很多潛在的法律衝突，進而需要尋找衝突法來進行解決。這一傳統的民法衝突模式(domestic conflict model)¹⁰ 使得國際貨物銷售行為需要由民事法院透過民事衝突法律來確定是否由本國法管轄。這種落後的法律模式導致了貨物銷售的高成本並且阻礙了跨國銷售行為的發展。尤其是在 20 世紀 50 年代以後，這一舊的法律模式和新的貿易發展情況不相適應的矛盾更加激化，不能再適應新情況的發展。要解決這一情況就要制定一部統一的法律，但是，如果讓各國放棄本國法去接受一部國際性的統一立法來替代國內法又是不可能的。CISG 作為一種折中主義的新模式(intermediate model)¹¹ 出現並為許多成員國所接受。CISG 並非是想要建立一個在國際貨物買賣方面的“壟斷性”法律，而是一部試圖尋求透過限制國內法的管轄外延以解決法律衝突的法律。如何解決統一與差異之間的矛盾並為廣泛所接受是公約所面臨的一個重要問題。最終，CISG 成為了一個折中主義的產物，這一結論在 CISG 第 7 條第 2 款得到證實：“凡本公約未決定的屬於本公約管轄範圍的問題，應按照本公約所依據的一般原則來解決，在沒有一般原則的情況下，則應按照國際私法規定適用的法律來解決。”即，CISG 如果有規定，無論是具體的還是原則的，都應依照 CISG。在 CISG 沒有規定的前提下，方可透過國際私法規則去尋求其他法律來進行解決。也就是說，公約所提供的解決國際貨物買賣問題的法律是由公約本身，國際私法衝突法以及國內法三部分組成的。

其次，改變了法律衝突的現狀，為國際貨物買賣提供了一個統一的法律依據。無論法律和經濟的發展如何，在任何國家，貨物銷售合同都是國際貿易的基石。CISG 為國際貨物銷售提供了統一的，現代的且具有普遍適用性的法律。避免了按照國際私法規則去

選擇適用合同法，以及法律適用衝突的矛盾，提高了國際間貨物銷售合同的確定性和可預測性。其普遍性主要體現在，在公約締約國有營業地的當事人之間所訂立的貨物買賣合同可以當然適用公約，對於營業地在非締約國的當事人訂立的貨物買賣合同，當合同當事方作出選擇時，也可以適用公約。如果想要確保合同的穩定性，當事人只需要熟悉 CISG 的相關規定，並對其選擇適用，即可以預測合同出現問題時所可能造成的法律後果。而無需對各國國內立法都有瞭解，這對當事人來說是不可能完成的負擔。而實踐中，也可以透過對合同適用 CISG 的選擇，排除國內法變動所造成的合同結果的不可確定性。

最後，促進了各國國內法的改革，各國立法以其為範本，增進了世界法律一體化。

二、CISG 在國際上的適用

英國法學家、社會活動家施米托夫(Schmitthoff)認為：“我們正在開始重新發現商法的國際性。國際法—國內法—國際法這個發展圈子已經自行完成。各國商法的總趨勢是擺脫國內法的限制，朝着普遍性和國際性概念的國際貿易法的方向發展。”¹² 當然，這些新的商人法往往以執行措施為限，涉及國內的執行措施，將會由國內法來決定。歐洲學者比較贊同以執行措施為限的國際商人法¹³，而美國有些學者贊同“跨國法”，這種跨國法所引用的“普遍原則”及尋找一種介於國內法與國際公法的東西，不能令人信服，但這不是我們討論的範圍。同樣，CISG 並不願意成為世界統一法，它並不能適用於一切問題。在聯合國國際貨物銷售法與澳門法律制度平行適用時，由於兩者規範格局的不同，互相會不協調的。假如被請求受理糾紛以及享有管轄權的澳門法院要解決這些問題，還必須在 CISG 調整的法律問題之外通過有關載於澳門民法典中的澳門國際私法的規定，來找到適用的實體規範。在發生糾紛時，由於國際合同不同的情況、受理法院或仲裁機構的不同規則，在實現請求權時會產生實際的衝突。

CISG 第一部分的第一章規定了公約的適用範圍，主要集中在第 1-6 條，包括兩個部分的内容：CISG 的第 1、2、3、6 條規定了哪些買賣合同可以適用公約，第 4 條和第 5 條規定合同中的哪些問題可以由 CISG 進行調整。第 6 條補充規定了雙方當事人約定優先的原則，即雙方當事人可以透過約定選擇不適用公

約或減損公約之任何規定或效力。¹⁴ CISG 分別規定了其適用的地域要求和實質要求，地域要求是指必須是營業地位於不同締約國的當事人訂立的合同，實質要求是必須不是其規定排除適用的合同類型的合同。另外第 100 條補充規定了公約適用的時間要件。從其發展歷史來看，在 Hague Sales Law 時期，有關該法律的適用範圍之規定經常受到兩方面的批判：一是該法律的適用範圍過大，只考慮合同是否是銷售合同而不論該合同與締約國是否有關；二是混淆了主旨與目的。因此，很多締約國在實踐中都以聲明保留的方式對該法律的適用進行限制，從而導致了該法並未達到一個統一的適用。正因如此，在 CISG 制定之前，UNCITRAL 就已經做出了要修改適用條件及範圍的決定，尤其是在簡化適用範圍及背離普遍適用的問題上。CISG 的出現是為了實現國際貨物買賣法的高度統一化，但同時 CISG 只是一定範圍內實現了其統一性，即只在這一定範圍內的買賣合同及其所涉及到的法律法規方可被納入 CISG 可以適用的範圍之內。因此，對 CISG 適用前提及範圍的界定就十分重要。在公約有關適用條件與範圍的規定中：一方面當事人營業地成為了合同“國際性”的惟一評判標準；另一方面將適用合同的範圍限制在營業地在締約國的當事人訂立之銷售合同。而對於“普遍適用原則”(universality principle)，CISG 仍舊保留但允許締約國對此聲明保留。既然公約已經對其適用範圍和前提做出了規定，那麼該規定就應當被各締約國所尊重和遵守，肆意的放棄適用是不合理的。適用 CISG 必須在買賣中具備以下條件：一是有一個合同，二是該合同是有關貨物買賣的，三是要有貨物，四是當事人。其中當事人又要具備兩個條件：營業地要在不同締約國，或者國際私法規則導致適用某一締約國的法律。具備以上條件後，CISG 方能在訴訟實踐中得以適用。

一個買賣合同能否適用 CISG，涉及到兩個重要因素，一是貨物銷售合同，二是營業地。

(一) 貨物銷售合同與營業地

1. 貨物銷售合同

貨物銷售合同是指旨在轉移貨物所有權的合同。

CISG 作為一部規制“國籍貨物銷售合同”的統一法公約，其適用的範圍只針對貨物銷售，而不約束其他合同關係。所以，區分貨物銷售與其他與貨物銷售相類似但不屬於貨物銷售合同的合同關係十分重要。要做出這一區分，首先就要界定貨物銷售合同的定義。

英國 1979 年《貨物買賣法》(*Sale of Goods Acts 1979*)在其第 2 條對銷售合同(contract of sale)做了以下界定：雙方當事人約定賣方將貨物所有權轉移給買方，而買方支付價金的合同。當然這一價金是雙方當事人約定好的。¹⁵ CISG 中對於貨物銷售合同並未作出明確定義，但透過其第 37 條，及第 53 條對買賣雙方權利義務的規定來看，其所指之貨物銷售合同內容主要包括賣方交付貨物，轉移貨物所有權及相關單據以及買方支付貨物價款。因此 CISG 所指之貨物銷售合同也是“物款交換”合同。由此可見貨物銷售合同有兩個特徵：貨物所有權的轉移和價金的支付。貨物銷售合同首先應當是對於貨物的買賣，所以合同之中必然存在“貨物”，之後，是圍繞“貨物”而發生的一方價金的支付，另一方對“貨物”所有權的轉移。這是貨物銷售合同的三個要素，其中一項不符合就可能不構成貨物銷售合同。

(1) 貨物

對貨物銷售合同的界定首先就是對“貨物”的界定。有關貨物的主要問題是電腦軟體“software”是否可以被認定為是貨物，即貨物是否必須是有型的實體物。電腦晶片的買賣已被認定為是貨物買賣。¹⁶ 何為貨物？CISG 同樣沒有對這一問題作出回答。但透過公約第 2、3 條之規定，可以看出其對貨物範圍做出了排除規定的方法，對以下貨物的銷售不屬於可以適用 CISG 之“貨物”，由此產生的貨物銷售合同也不適用於 CISG。不屬於 CISG 認可貨物之範疇包括¹⁷：

a. 私人、家人或家庭適用的貨物。這一規定是為了避免與締約國國內法的衝突。¹⁸ 但此等用途之貨物並不必然被排除在 CISG 所認可之貨物之外，例外情況是從訂立合同之前到訂立合同時為止的時間段中，賣方並不知道且沒有理由知道其所出賣給買受方的貨物是供作私人或家庭用途。因為在此情況之下，出賣方由於不知情而產生對合同可適用法律的認識錯誤，賣方的權利應當得到保障。但此時賣方應當對其不知負有舉證責任。

b. 拍賣的貨物(by auction)

c. 法律的執行狀或其他令狀。即具有法律效力的對某一或某批貨物進行有權處分的執行命令(on execution)，或者其他的透過法律授權可以進行有權處分的法律文件(otherwise by authority of law)。

d. 有價證券及貨幣、公債(stocks)、股票(shares)、投資證券(investment securities)、流通票據(negotiable instruments)及貨幣(money)不屬於 CISG 所適用之貨物範疇。對此進行排除主要是考慮到國際上有關證券

及外匯的交易通常有單獨的統一規定，且這一規定往往是強制性的。

e. 船舶、船隻、氣墊船和飛機，該等貨物買賣被排除主要是由於歷史原因及界定問題。

f. 電力：CISG 針對電力的這一規定明確的將“無形物”排除在貨物之外，但卻未將貨物應當是動產還是不動產進行明確。《國際貨物銷售統一法公約》明確在其第 1 條 1 款 6 項規定了貨物僅包括動產。CISG 未在條文中規定將貨物僅限於動產範疇，但透過其有關“交付”(delivery)、“風險轉移”(passing of risk)、“運輸”(carriage)等條款的規定，可以推定其所針對的物件都是動產。

g. 勞務和服務：貨物的重點在於“物”，服務並不被界定為屬於“物”的範疇，因此以提供服務和勞務為目的的買賣合同不可適用公約。此處要尤其注意供應尚待製造或生產的貨物，是可以適用公約的，但不能絕對適用。例外情況就是買方供應了製造或生產所需的主要材料，在這種情況下供貨方的義務遠遠超過了交付並轉移貨物所有權。主要原材料來自於買方，賣方出賣的主要是為加工原材料所提供的服務而非貨物本身，所以不可以適用 CISG。但如果買方所提供的僅僅為生產貨物所必須之設計圖、商業秘密等，則不構成阻礙合同適用公約之事由。

(2) 銷售合同

無論是“合同”或“銷售”，其定義在 CISG 中都沒有明確規定。儘管如此，合同的基本要素，要約和承諾，在當今立法中都有相似的規定，並且在公約第二部分也對此進行了界定。¹⁹ 買賣合同，作為適用公約的先決條件，並沒有引起巨大的困難。銷售的定義更加難以確定。銷售的含義在 CISG 中並沒有明確規定。而它很明確應當包含將貨物從賣方轉移給買方，而作為標的物的貨物必須是賣方具有絕對權利的。²⁰ 更具爭議的問題是賣方在分期付款中的所有權保留，以及在買方收到貨物後如果其存在違約如何對賣方進行違約救濟的問題。²¹ 在一個貨物切換式通訊協定是否就可以被認定為買賣方面也存在着不同意見，因為 CISG 並沒有對買賣是否必須存在對價進行規定。²² 這裏，是否可以允許法院在實際審判中透過類比分析的方式確定 CISG 的適用值得進一步考慮。財產分配以及特許經營協議也是導致混亂的因素之一。

銷售合同還涉及兩個問題：所有權轉移(transfer the property)和支付對價(money consideration)也即價金(the price)。銷售合同的實質是以貨物換取價金的合同，而以其他方式體現貨物價值的買賣合同是否是貨

物銷售合同，答案是否定的。以此為依據，不能夠適用於 CISG 的，應當與銷售合同相近且需要進行區分的合同行為主要有三種：

a. 以物易物(barter)

易物合同簡單來說就是一種以物易物的買賣方式，原始社會尤其普遍。原始社會的人們不存在“貨幣”這樣一種交換的媒介，當出現剩餘產品之後，產品的所有權人就會以此剩餘產品去交換別人的剩餘產品，而使得交換雙方各取所需。這也是一種買賣合同，對價的產生是以雙方當事人都認為對方當事人的物品能夠體現自己所有物之價值為前提。交換雙方的貨物是買賣合同之貨物同時也是價金。這種交換方式在“貨幣”出現之後一度消失，易物合同也隨之很少出現，但在目前又有興起之勢。這尤其體現在二手市場交易及互聯網交易之中。在以物易物的合同中，從權利義務的角度分析，十分類似於以金錢為對價的貨物銷售合同。許多國家國內法的慣常做法也是依據與一般貨物銷售合同相同的法律制度進行規制。²³ 然而 CISG 卻否定了這一做法。CISG 僅將金錢(money)支付作為貨物買賣中支付對價的惟一方式，缺少了“價金”的要素，雖然透過相同價值貨物的交換也可認定為是一種支付對價的行為。以物易物的合同被排除在可適用公約之合同以外。

b. 框架合同(framework contracts)

框架協議不被納入適用 CISG 的貨物銷售合同的範疇，但經銷商、代理商、加盟商與供應商之間的買賣合同並不必然不適用公約。區分其是否適用的關鍵就要看對供應商和購買商之間合同權利義務的規定。在供應商的義務僅限於提貨和付款時，且就其義務不做也不能做其他另行規定時，該合同就屬於一個銷售合同。

c. 有特殊還款協定的合同(contract with special financing agreements)

此類合同主要是指補償性貿易。根據德國主流觀點此類合同被認定為應當不被納入 CISG 進行規制。補償性貿易是指在交易方，也就是賣方提供信用的基礎上，買方首先購買技術設備，之後以該技術設備所生產出的產品作為價金，分期抵付進口的技術設備之價款及其他費用。在此種合同中也是缺乏了嚴格意義上的“價金”要素，所以不能適用 CISG。

與國內貨物銷售合同相比，國際貨物銷售合同的特徵在於：一是在貨物的銷售過程中往往存在一個或多個承運人，銷售的貨物多由專門負責運輸的承運人轉交，而極少由雙方當事人直接交接；二是與貨物有

關的單據處分十分重要，有時對單據的處分就構成對貨物的處分；三是多由銀行承擔收款或付款責任；四是法律適用複雜，合同當事人涉及到適用外國法的問題，法律選擇十分重要。

另外，CISG 並不適用於國際貨物買賣合同中的所有事項。CISG 就有關其適用事項規定的第 4 條和第 5 條，如大多數公約一樣，CISG 也有其規範的特定領域，並非國際貨物買賣合同所涉及到的所有問題都在此領域之內。為了能夠實現 CISG 的普遍適用性，為大多數國家所接受，堅持折衷原則的 CISG 對於存在較大爭議的問題持迴避態度，而僅將自己所能夠管轄的範疇縮小在不存在過多爭議的問題上。與規定所適用的合同類型的規定相似，在此方面 CISG 也採用了排除規定的方法。公約將本身可以規制的範圍限定在買賣合同的訂立以及由此產生的當事人權利義務上。並且明確規定了三個不適用，即：① 合同的效力，包括其任何條款的效力或慣例的效力；② 合同對所買賣的貨物的所有權可能產生的影響²⁴；③ 賣方對於貨物對任何人所造成的死亡或傷害的責任。²⁵

(3) 當事人

CISG 同樣沒有對當事人進行定義，但其第 1 條(3) 項明確規定“當事人的國籍和當事人的民事或商業性質，應不予考慮”。那麼，這是否就意味着，一個由政府代理機構和外國銷售者訂立的貨物買賣合同應當適用 CISG，雖然政府合同應當適用本國法的特殊法律。CISG 第 11 條隱含了將此類合同劃歸入 CISG 的管轄範疇。公約並不區分商人與非商人的賣家。CISG 中所指之當事人雖然不考慮其商業性質，但其基本都可以被認定為是德國法意義上商人(Kaufleute)，因為他們大都會進行購供私人用途的貨物買賣行為。對當事人國籍的淡化可以簡化 CISG 的適用條件，使得法人之“國籍”與公約不再具有關聯性。²⁶

2. 營業地

當事人的營業地在 CISG 中被反覆提及。營業地位於不同國家的當事人間訂立的貨物買賣合同適用 CISG，除非該等事實從合同或合同訂立前任何時候或訂立合同時，當事人間的任何交易或其交易訊息中均無法看出。²⁷ 第 10 條明確了如果當事人存在一個以上營業地時，應當選取那個營業地，即與合同的訂立及履行具有“最密切關係”的營業地。另外，該條還明確了在當事人不具有營業地時，則以其慣常居住地作為“營業地”。但這些規定並未能解決所有問題，尤其是在複雜的公司結構中，如果一個公司的數個分支機構或公司在同一個合同中出現，那麼營業地應當

如何確定？舉例而言，如果總部設在美國公司的在華分公司與中方公司簽訂了一個買賣合同，而分公司是基於代理身份為總公司之利益而簽訂，但最後合同的實際履行和與合同簽訂最密切聯繫的還會是在華分公司的營業地。如果此時將總公司營業地認定為最密切聯繫地，則該合同就適用CISG，反之如果將在華分公司的營業地認定為最密切聯繫地，則合同不適用。有關“代理”的營業地是否可以作為營業地的爭議由來已久，但明確的答案是代理的營業地與合同“不相關”(irrelevant)，即使“代理”(agent)參與了合同的訂立或可能會最終實現合同的履行，除非代理是具有完全自主授權自己簽訂合同。²⁸這一區分所圍繞的是“代理”僅僅是充當一個橋樑式的連接服務作用，並無權利去約束委託人，也無法單獨作為商業行為的主要部分存在。儘管如此，如果“代理”有權自主決定合同中的最主要部分，則其營業地在此時就應當考慮。

(1) 營業地是判定銷售合同“國際性”的惟一標準在確定貨物買賣合同能否適用CISG的問題上，其適用前提就是該貨物買賣合同的“國際性”。CISG的前身ULIS試圖給國際貨物買賣下一個標準，而這一標準是透過對跨境交易的界定來判斷的。中國原《中華人民共和國涉外經濟合同法》²⁹以當事人具有不同的國籍作為判斷國際性的標準。³⁰但公約拋棄了“國籍”而選擇以“營業地”位於不同國家作為判定買賣合同是否具有“國際性”，也即能夠適用公約的前提條件，即營業地位於不同國家之間的貨物買賣交易才是公約所適用的。這樣的界定更具有包容性。兩個意大利公司之間的貨物買賣，如果是在意大利被製造之後從意大利出口到其他國家，這一貨物買賣合同也不適用CISG。相反的，如果一個美國公司和一個意大利公司訂立了一個貨物買賣合同，合同規定買賣一批皮鞋，這批皮鞋要在意大利的西西里島進行加工製造，之後在佛羅倫斯進行銷售，這一合同也適用CISG，雖然該批貨物並未離開意大利邊境去往他國。CISG適用的判斷標準可能會因此而更具任意性，但實踐證明公約的做法是正確的，這體現在它可以在實踐中被更多的國家和合同當事人選擇上。也正因為如此，判斷CISG是否能夠適用並不僅僅依靠“領土範圍”的跨越這樣一個標準而使得其無法適用於大多數的國際貨物買賣合同。它還進一步認為，將一部分傳統意義上具有國際性的貨物買賣合同排除在CISG的適用之外並不是否定公約的國際性，而是為實現統一的小小讓步。將部分貨物買賣合同排除在CISG的適

用範圍之外，這一做法從公約起草時就存在，所做出的讓步也更加反應了CISG想要成為一部能夠被廣泛接受的國際貨物銷售合同統一法的野心。在實踐中，貨物買賣合同的國際性大都是容易確定的。

以營業地作為判定貨物買賣合同能否適用CISG的惟一標準的實現也不是一蹴而就的。在ULIS中，對於適用的判定標準不僅僅包括當事人營業地，還加入了貨物應當發生跨國運輸以及要約和承諾要從不同國家發出兩個因素。只有當三點要素全都符合時，該貨物買賣合同方能適用ULIS。

CISG的出現原因及目的都是為了實現一個在國際貨物貿易方面統一的，解決國際間貨物買賣合同因其所具有的國際性而產生法律衝突的，可被廣泛應用的法律。避免和化解法律衝突是其首要目的。在無法透過統一性的規定來解決的法律衝突問題上，CISG則選擇避過而採用可以被統一的標準，以營業地作為確定一個貨物買賣合同能否被適用於CISG的惟一標準也是由此得來。判斷一個國際貨物買賣能否適用CISG的原則性規定在公約第1條，即CISG國際性的判斷是基於合同當事人的營業地是否位於不同的國家，這一規定對於CISG而言是有利的。因為本國公司和在本國有辦公室的國外公司之間訂立的買賣合同，傳統而言是被劃歸為本國法律來進行約束。然而，問題是，這一做法有混淆外國公司的分支機構和營業場所的嫌疑。CISG利用其第10條的規定解決了這一問題。從這一規定的視角出發，聯絡處或代表處也被視為是公約所規定的“營業地”的範疇，但第10條的補充作用是用作認定這一聯絡處或代表處是否能夠作為憑藉公約第1條所認定的“營業地”，而這一標準就是看其與合同或者合同履行是否具有“最密切關係”，且要考慮到合同當事人訂立合同前任何時候及合同訂立時所知道的和設想的狀況的一致性。國籍，無論是自然人國籍還是法人國籍，其認定在不同國家具有不同標準。自然人的國籍取得主要有出生取得，也就是出生地主義和血統主義；以及後來取得，也就是根據後來發生的如結婚、領土變更、收養及達到其他標準而取得國籍。自然人的國籍還會涉及到雙重國籍的問題。法人的國籍取得主要有4種：一是資本控制主義，即法人國籍與其主要設立人的國際相同；二是登記地主義，即法人的設立地屬於哪個國家，就具有哪個國家的國籍；三是住所地主義，即以其住所地所在國家為其國籍國；四是準據法主義，即法人依據哪國法律成立，就應具有該國國籍。對於國籍認定所採用的學說不同，各國的法律規定也就不

同，法律衝突的情況極易出現，且還有可能會出現雙重國籍的複雜情況。

營業地是用於一般商業交易的永久性的慣常居住地。臨時場所不是營業地。

貨物買賣合同當事人的營業地位於不同國家這一事實，應當“從合同或從訂立合同前任何時候或訂立合同時”就已經為合同當事人所明知，或者透過“當事人透露的情報”可以推定當事人知道或應該知道為前提。如果合同當事人在合同訂立之前至合同訂立當時為止不知道，也不能推定其知道所訂立之合同是一個營業地處於不同國家當事人間之合同，則該合同的“國際性”即被阻卻。CISG 第 1 條第 2 款規定了當事人對貨物買賣合同具有“國際性”的認知應當在合同訂立時為止之前的任何時間，故而合同訂立之後對於該情況的知曉並不影響其“國際性”已被阻卻的事實，其結果即為在適用公約時“不予考慮”，也就是該貨物買賣合同將無法適用 CISG。

另外，基於上述條件適用 CISG 還需具備額外的前提，即如果管轄法院應當位於締約國，CISG 則屬於管轄法院所即將適用的法律體系的組成部分。

(2) 有關營業地的特殊問題

在實踐中，有關當事人營業地可能出現以下三種情形：一是雙方當事人都只有一個營業地的；二是雙方當事人一方或雙方存在多個營業地的；三是當事人一方或雙方沒有營業地的。由於對營業地的確立是決定雙方當事人的貨物買賣合同能否適用 CISG 的關鍵條件，因此對於該等可能出現的狀況必須予以解決。在第一種情況下，如果雙方當事人都只有一個營業地，則該營業地即為確定能否適用公約之營業地；在第二種情況下，如果雙方當事人一方或雙方有多個營業地的，CISG 第 10 條(a)款規定：“如果當事人有一個以上的營業地，則以與合同及合同的履行關係最密切的營業地為其營業地。”對最密切營業地的選擇和認定的權利就留給了法院來行使，當然法院在行使這一權利的同時也受到約束，即“要考慮到雙方當事人在訂立合同前任何時候或訂立合同時所知道或所設想的情況。”³¹ 然而法院對最密切聯繫營業地的認定會對案件產生決定性的影響。這裏給出一個案子來說明：在美國發生的實際的案例：營業地位於美國加利福尼亞(California)的賣方從營業地同樣位於加州的貿易代理商手中購買一批電子開關電路。賣方在美國德拉瓦州(Delaware)成立，在加州有營業場所，管理部門大部分位於加拿大那比(Burnaby)。買方的訂單是發往賣方位於加拿大的營業場所的，且賣方所提供之貨

物是源自於加拿大，但相應的帳單由加州貿易代理商開出。³² 具有最密切關係的營業地的判定就成為 CISG 在本案中能否被適用的關鍵點。美國地區法院認為，對買賣合同具有最主要聯繫的營業地是加拿大，因為合同的主要履行都是由加拿大營業地來完成的，加州營業地對合同產生的影響微不足道。所以合同雙方當事人的營業地分別位於美國和加拿大，本案所涉及之合同適用 CISG。

在第三種情況下，如果雙方當事人一方或雙方沒有營業地的，CISG 第 10 條(b)項對此情形亦做出了補充規定，即“如果當事人沒有營業地的，以其慣常居住地為準。”

(3) 營業地作為 CISG 惟一適用前提的合理性分析

誠然，將營業地作為惟一的適用判定標準可以減少公約適用中的不確定性，但過度的簡單化也會造成公約適用的不合理。主要體現在會在不同的狀況下擴大或縮小 CISG 所能調整的範圍，使得應當被適用的貨物買賣合同被排除在公約之外，本不應當被適用的貨物買賣合同被強行適用公約。

3. CISG 適用的其他條件

CISG 第 1 條一方面確定了 CISG 的適用前提，並且以單邊衝突規範(unilateral conflict of law rules)的方式指明了將“營業地”作為判定一個貨物買賣合同能否適用公約的惟一標準，滿足這一標準即屬於公約的適用範圍³³；另一方面，區分了作為統一法的公約與締約國的國內合同法，或者說是“非統一的”(non-unified)國內法關於適用條件方面的不同。營業地在不同國家是 CISG 適用的條件也即前提，但是，並不是僅滿足適用條件便可適用 CISG，還需滿足其適用範圍條款之規定，即具備以下所列情況之一：

(1) 締約國

CISG 第 1 條 1 款(a)項指明，銷售合同的當事人必須是營業地位於締約國的。締約國是指根據第 91 條第 2 款、第 3 款接受、批准或核准加入 CISG 且滿足第 91 條 4 款批准書、接受書、核准書和加入書已送交給聯合國秘書長存放且達到第 99 條 2 款規定之時間，即文書交存之日起 12 個月後的第一個月第一天起，該國方可是締約國。另外，如果締約國根據第 92 及 93 條聲明對公約第二部分和第三部分的保留，則在其保留範圍內不視為締約國。

(2) 衝突規範導致適用締約國內國法

CISG 第 1 條 1 款(b)項是一項規定“普遍適用原則”的條款。這是指即使銷售合同當事人一方或雙方在締約國沒有營業地，仍然可能適用公約。一個國家

一經成為CISG之締約國，條約就成為了內國法的組成部分。³⁴ 此時，在以下二種情況出現時，CISG可以適用：一是管轄地法院位於締約國。此時管轄地法院可以依據衝突法規則指引適用本國法律，而CISG是本國法律的組成部分且具有優先效力。³⁵ 二是管轄地法院雖然不是締約國，但依據衝突法規範指向適用於某一締約國的法律。借助法院地的國際私法規則，如果指向了某一國家的國內法，而該國家又是CISG的締約國，則應當適用CISG而非所指向締約國的國內法。³⁶ 這種依據國際私法規則而導致的公約的適用屬於間接適用。

(3) 當事人對合同“國際性”的認知

另外，在具備了以上條件之後，還需具備合同當事人對合同“國際性”的認知。即在合同訂立之前的任何時間至合同訂立時為止，當事人必須能夠清楚認其所訂立之合同是一份當事人營業地位於不同國家之間的貨物銷售合同，如果當事人不知且無法根據情況推定其知曉這一狀況，則CISG不適用於該合同。

(4) CISG所適用的合同問題

一個適用CISG的合同並非就其合同所有事項均由公約進行規範。如大多數公約一樣，CISG也有其規範的特定領域，並非國際貨物買賣合同所涉及到的所有問題都在此領域之內。為了能夠實現CISG的普遍適用性，為大多數國家所接受，堅持折衷原則的CISG對於存在較大爭議的問題持迴避態度，而僅將自己所能夠管轄的範疇縮小在不存在過多爭議的問題上。與規定所適用的合同類型的規定相似，在此方面CISG也採用了排除規定的方法。CISG就有關其適用事項規定的第4條和第5條，將本身可以規制的範圍限定在買賣合同的訂立以及由此產生的當事人權利義務上。並且明確規定了三個不適用，即：①合同的效力，包括其任何條款的效力或慣例的效力；②合同對所買賣的貨物的所有權可能產生的影響³⁷；③賣方對於貨物對任何人所造成的死亡或傷害的責任。³⁸

CISG第4條第1句規定了公約廣泛適用的合同的兩個主要領域，即“合同的訂立”和買賣雙方的“權利和義務”。但這一規定被批判其過於狹隘，因為它並未對諸如CISG第8條的意思解釋，以及第29條合同的變更進行提及。³⁹ 與此同時，有關合同訂立問題的司法管轄問題，CISG也沒有進行規定。CISG不適用的合同事項規定在第4條第2句及下屬的(a)(b)兩項，包括合同及其任何條款，或者任何慣例的效力，以及合同對所售貨物所有權可能產生的影響。另外，公約第5條規定，CISG同樣不適用於貨物對任何人所

造成的死亡或傷害責任。

CISG第100條規定了其時間效力的問題。只有合同是在公約於締約國生效之後訂立的，該合同才能適用公約。

(二) 意思自治與衝突法的適用

“當事人意思自治”是合同法的基本原則，無論在國內的合同法或是規定國籍貨物買賣合同的CISG中這一原則都不能被違背。當事人意思自治原則也是國際合同衝突法適用的基本原則，也就是當事人可以自主選擇合同所適用的法律。法定的衝突法是當事人沒有選擇衝突法的補充，如果當事人已經在合同中選擇了法律，則法定的衝突法的效力在當事人約定效力之後。意思自治原則的適用可以分為當事人透過意思自治選擇適用CISG，和當事人透過意思自治排除適用CISG，取消CISG中某條款之適用或改變CISG中某條款之適用三種。

CISG作為締約國法律體系的組成部分，可以透過國際私法中的衝突法規則予以指引適用。即使在買賣合同當事人一方或者雙方在締約國都沒有營業地的情況下，CISG仍有可能依據國際私法規則而被援引適用。

1. 透過意思自治選擇適用公約

CISG對於因營業地原因本不屬於其調整的貨物銷售合同，如甲乙雙方的營業地雖位於不同國家，但這兩個國家都不是公約締約國，此時甲乙雙方當事人是否可以透過在銷售合同中約定的方式而使得公約可以適用於該合同？等諸如此類問題並沒有做出明確規定。

當事人選擇CISG作為其合同準據法的方式有兩種：“參加”(opting-in CISG)和“併入”(incorporated in contract)。“參加”是指當事人透過約定之方式使得本不應當適用CISG之合同可以適用CISG，也就是講“合同”作為一個單獨的個體參加到公約中來而不管其營業國所在地不是公約締約國之現實。“併入”是指將CISG中的全部或部分條款納入合同之中，成為合同的一部分，也就是成為合同條款。所納入之CISG條款之效力與合同效力相同。

ULIS第4條規定：“不論當事人之營業地、慣常居住地是否在不同國家，也不論該等國家是否為本公約之締約國，在當事人選擇本法作為合同準據法時，本法亦適用。”但“這種適用不影響任何強制性法律條款的適用”，且這些“強制性條款”須是在當事人不選擇ULIS適用時“本該適用”的。

當銷售合同當事人在公約締約國沒有營業地時，可以透過合同自由原則選擇將CISG適用於該合同。但此時需要注意的是，公約是作為合同中包含的一套術語和條件起作用，公約此時的效力不優先於國內法，不能代替國內法中的強制性規定。另外，當雙方當事人在締約國都沒有營業地也沒有透過意思自治原則選擇適用公約時，並不必然排除公約之適用。有些情況下，仲裁機構可以裁定適用公約。在國際仲裁的背景中，仲裁員不受特定國內法之約束，而可以選擇其準據法。⁴⁰

2. 透過意思自治排除適用公約

CISG有關當事人意思自治的規定在第6條：“雙方當事人可以不適用本公約，或在第12條的條件下，減損本公約的任何規定或改變其效力。”該條規定是以ULIS第3條為範本演化而來。ULIS第3條規定：“銷售合同的當事人可以自由地、整體或部分地排除本法適用，此項排除可以明示或默示。”在UNCITRAL之前的工作中，要求在各締約國明示保留的範圍之外，不得再對CISG的適用進行減損。所以在1980年的CISG中，禁止當事人排除公約適用。這一規定顯然違背了貨物買賣合同最至高無上的原則——意思自治。因此，這一規定後來被合同自由原則應當被置於更高地位的合理性所取代。公約本身禁止性的規定也受到了修改。但ULIS明確表示當事人可以自由的透過“明示或默示”的方式整體或部分的排除其適用。但在CISG中有關當事人排除公約適用的第6條，是應當完全效仿同時准許明示和默示，還是有所摒棄，成為後來討論修改案時討論的爭議點。在當時討論這一修改案的維也納會議上，多數代表反對排除公約適用必須以明示的方式做出的主張。但在後來的具體規定的第6條中，並沒有就排除適用所必須採納的方式做出明確規定。法無明文規定即允許，公約沒有明確規定其可以被默示排除是為了防止在實踐中法院過分輕易地推定公約已經被默示排除而否定其適用，而非是對合同當事人採取默示排除方式的阻止。但默示排除的推定必須有相應的依據而非僅靠推測得出。

(1) 當事人透過意思自治的明示排除

當事人透過意思自治對CISG適用的明示排除是指其在合同當中明確指出，該合同不受CISG規定之調整。合同當事人對公約適用的明示排除有兩種情況：一是僅在合同中表明，該合同及其爭議不受公約之調整；二是不僅在合同中表明合同及爭議不受公約調整，且指明了其所選擇的法律。

前一種情況是一種消極選擇的行為。當事人僅僅排除了CISG的適用而未指明所希望適用於本合同之法律。依據國際私法衝突解決的一般規範，此時應當由受理爭議機構所在地之私法衝突規範所指向之法律作為適用。而此時如果其所指向之衝突規範是CISG，則不能適用，應當適用所指向國法律的國內法。後一種情況是一種積極選擇的行為。當事人所選擇的法律本身並不必然有效。⁴¹而就買賣合同中法律適用的條款本身的效力問題，應當依據被選擇的法律，或者依據解決爭議所在國之實體法或衝突規則所指向之法律決定其效力。對合同中法律適用條款本身之效力不能依據CISG判定。這一規定體現在《國際貨物銷售合同法律適用公約》之中：“任何時候，依據當事人的行為或合同條款明示或默示的清楚顯示，當事人已經就合同適用之法律達成了協定，該法律使用協定的存在和有效性應由被選擇之法律決定。”⁴²如果合同中的選擇法律適用之條款有效，則合同之爭議依據所選擇的法律；如果合同中選擇法律適用之條款無效，則依據解決爭議之機構所在地的國際私法衝突規範所指向之法律作為準據法適用於該合同。

(2) 當事人透過意思自治的默示排除

合同當事人對公約適用的默示排除也分兩種情況：一是當事人在合同中選擇了其想要適用的法律；二是當事人採用了標準合同條款，且該標準合同條款可以表明其受另一法律的調整。

前一種情況是默示排除CISG適用的典型方式。當事人在合同中表達了其選擇及願意就該合同適用某種其他法律的意願，則就以其選擇的法律作為解決之後合同問題之依據，訴至法院以後，法院可以根據當事人的選擇直接適用所選之法律。但當事人選擇適用之法律並不在任何情況之下都是清楚明確的，舉例而言，如果A國當事人與B國當事人訂立了一個國際貨物買賣合同⁴³，雙方當事人約定，就合同糾紛所引發的爭議適用B國法，除此並沒有再作出其他規定。此時如果B國是CISG締約國的話，是否可以排除公約之適用？此處的回答是否定的。B國作為公約之締約國，公約本身也就成為B國法律的組成部分，當事人僅就合同爭議約定適用B國法，雖然可能抱着排除CISG適用於本合同之主觀意願，但該約定並不能排除公約之適用。⁴⁴因此，實踐中，買賣合同當事人對願意就其約束之法律之約定應當盡量清楚明確。在上述例子中，若雙方當事人約定就本合同之爭議適用B國內法，則可以實現排除公約適用之意願。或者，當事人可以指明適用某一法律，如，當事人可以約定，

就本合同中所發生之任何爭議適用《中華人民共和國合同法》，則在之後合同爭議發生時，CISG的適用就被排除，而依據合同自由原則當然的適用《中華人民共和國合同法》。

後一種情況是當事人採用了標準合同條款。但當事人並不必然在合同中明示了其所希望適用的法律，如果明示了則屬於上述前一種情況。當事人採用標準合同條款的方式是指當事人雖未明確表示希望適用的法律，但從其選擇的標準合同條款的內容、概念、術語中可以推定當事人希望透過與該等標準合同條款密切相關的法律來規制本合同，因為該等條款是與其他某一法律緊密相連的。且對這一法律的適用會排除 CISG 的適用。需要注意的是，合同中對 INCOTERMS⁴⁵ 的適用不構成對公約適用的默示排除，而被認為是將相關規則併入合同之中，並不是將此作為準據法。⁴⁶

除以上兩種情況以外，銷售合同當事人對訴訟地的選擇可以推斷其排除 CISG 適用的意圖時，也可能構成對 CISG 的默示排除。

另外，還會出現一種狀況，就是買賣合同雙方當事人在合同中選擇了適用某一締約國的法律，此時則需判斷CISG能否適用的問題。如果當事人是選擇了締約國法律的全部，則公約作為締約國法律體系的組成部分就可以適用；而如果當事人只選擇了締約國的買賣法，則是否可以理解為其是暗示的將公約排除在可適用法律之外。但是從主流學說和聯邦法院的判決來看，如果選擇了德國法就等同於選擇了作為德國法一部分的EKG⁴⁷，除非當事人明示表示其只選擇《德國民法典》或《德國商法典》之意願。⁴⁸ 這種觀點在美國亦是主流觀點。⁴⁹

3. 透過意思自治改變適用公約

當事人透過意思自治改變適用 CISG 是指當事人對公約的部分條款進行排除或修改適用，而非全部排除。該情況分為兩種：一是排除 CISG 中個別條款對合同之適用；二是改變 CISG 中某一條款之內容，使得更改後的公約條款適用於合同。

4. 基於衝突規範的適用

CISG第1條(1)款(b)項規定：如果國際私法規則導致適用某一締約國的法律，則公約適用。也就是說，即使買賣合同的雙方當事人在締約國均沒有營業地，CISG也可能被例外的適用於這一買賣合同。當管轄法院位於非締約國，而根據國際私法衝突規範的指引，將法院適用援引至某一締約國法律，則此時公約就可以適用，只要所指引之該締約國未通過第100條

對第1條(1)款(b)項提出保留。此時，CISG被認定為是締約國法律體系的組成部分，並且與國內法相比具有優先適用性。此時，基於甚麼原因導致國際私法規則將所適用之準據法指引至締約國的法律，還是合同雙方當事人透過約定在合同中選擇了對CISG予以適用都不重要。認為依據當事人營業地在締約國的規定適用CISG的，透過國際私法衝突規則指向的締約國法律應當將CISG排除在外。其理由是否則衝突規則就失去存在的意義了。⁵⁰ 這一觀點誇大了CISG的外延。公約僅為貨物買賣法部分內容的統一，公約之外的許多問題仍需透過內國法律進行調整，也就是藉由當事人約定或者衝突規範所確定之法律來尋求依據，如合同效力。所以即便在上述觀點所述之情形下，法律選擇條款的存在仍有其意義。CISG第1條(1)款(b)項常常會被做錯誤的解讀，認為其本身即為國際私法規範，這是錯誤的。該條款是以管轄地衝突規範的適用作為前提條件的。

(三) CISG 與本國法與其他條約的關係

1. 公約與本國法之關係

CISG優先於內國法，但締約國可以聲明保留。與ULF、ULIS的地位有所不同，CISG作為一個國際統一實體法，並不是作為國際公約的附件，而是作為公約本身而存在的。ULF以及ULIS都是作為國際公約的附件存在。在實踐中的區別是，CISG可以不需要經過締約國將其轉化為國內法就可以直接適用，而ULF和ULIS都需要經過締約國將其轉化為國內法之後方可適用。CISG第1條(a)款的主要作用之一，就是以單邊衝突規範的形式表明了公約的直接適用，而無需再透過國內衝突法規範另選準據法。根據《貿易法委員會關於聯合國國際貨物貿易銷售合同公約判例法摘要彙編》⁵¹第1條第2段，“根據判例法，締約國的法院在訴諸於法院地的國際私法規則之前，具有審查本公約是否適用之義務，即本公約應優先於法院地的國際私法規則適用。”第1條第18段又指出“如果合同當事人營業地所在的兩個國家都是締約國，即使法院地的國際私法規則指向第三國的法律，只要對該第三國法律的適用不是基於雙方當事人旨在排除本公約適用之約定，則本公約就適用。”

2. 公約與其他條約之關係

與其他條約的關係在第90條中有說明：“本公約不優先於已經締結或可以締結的，並且載有與屬於本公約範圍內事項有關的條款的任何國際協定，但前提是雙方當事人的營業地均在該協定的締約國。”在

CISG 與其他條約對合同同一事項之規定產生積極衝突，且貨物銷售合同雙方當事人的營業地也同時都是條約締約國，則此情況下 CISG 並不具有優先權。

但是這一規定並不適用於歐共體(European Communities)。歐盟立法是指在歐共體框架內根據《歐共體條約》的規定制定的法律規範。依據《歐共體條約》第 249 條(原 189 條)之規定，歐盟機構制定的具有約束力的法律措施包括條例(regulation)、指令(directive)、和決定(decision)三種。歐盟決定基本上是一種行政法規，在此不予討論。歐盟條例具有直接適用性(direct applicability)、普遍適用性(general application)和整體約束力(binding in its entirety)。條例的直接適用性決定了其可以直接被適用於成員國國內，而無需經過成員國將其轉化為國內法這一過程。歐盟指令不具有直接適用性，《歐共體條約》對成員國實施指令的方式與方法也沒有作出具體要求，但實施指令是成員國的一項義務。成員國須在法定期限，通常是 1-3 年內，將指令轉化為國內法。⁵² 歐共體法優先於成員國法，這一優先原則確定於 1964 年的“科斯塔(Costa)案”⁵³。這是歐共體法與成員國法之間的關係，即歐共體法優先於成員國法。但歐共體法與 CISG 之間的效力關係如何界定？歐共體條例具有直接適用性，其適用的性質並非作為國內法，而是歐盟制定的法律，是基於一個共同締結的共同條約基礎之上的權利制定的，其制定來自於成員國的共同同意和授權，可以視為是一個默示同意的成員國共同參與行為，具有條約的性質。所以根據 CISG 第 90 條之規定，公約如果與歐共體條例就同一事項之規定產生積極衝突，公約並不具有優先權。歐共體指令雖然也具有條約的性質，但其是須經成員國轉化為國內法方能適用的法律，轉化之後指令就成為成員國的國內法。根據 CISG 第 1 條 1 款(b)項，此時如果公約之規定與指令之規定發生積極衝突，則公約優先適用。

(四) 公約漏洞的補充與解釋

對於此等 CISG 適用範圍之外的問題，由管轄地衝突法規則指向的準據法(即其他國內法)進行規範。

1. 漏洞的存在

與 ULIS 和 ULFIS 的規定相同，CISG 並不對買賣交易中的所有問題都適用。CISG 將其實質適用範圍的界定規定在第 4 條，即公約只適用於銷售合同的訂立和買賣雙方因此種合同而產生的權利義務問題，也就是 CISG 只適用於與銷售合同密切相關的事項。對於合同、合同條款或慣例之效力問題，以及合

同對所售貨物的所有權可能產生的影響問題，該等問題不僅僅存在於貨物銷售合同之中，在其他類型的合同中也出現，對此公約明確該等事項除非另有規定與之無關。

就合同的訂立而言，公約僅規範銷售合同成立的客觀要件，包括目的明確，合同要件等，而不解決判定合同是否有效所涉及到的實質問題。但事實上，公約所規範的事項又遠不止這些。判斷一個事項是否是公約規定之範疇，如果該事項已經明確表達在了 CISG 第 4 條之中，如合同之訂立，則很容易確定。難以確定的是那些沒有明確表明之事項的適用認定。如何處理這一問題就成為實踐中之難題。

另外，第 4 條也規定了 CISG 不涉及的法律問題，包括銷售合同之有效性，貨物所有權問題等。條文中“特別是”(in particular)表明這一系列也是一個非盡數列舉，而只是規定了一些主要問題。公約不涉及的事項並不僅限於列舉。事實上，諸如代理、貨幣支付定金與違約金等問題，公約也不對其進行規範。

2. 漏洞存在的解決

CISG 第 7 條(2)款是對其是一個奉行妥協與折衷主義的統一買賣法公約的另一個證實。是對國內法適用的認同，一定程度上需要國內法作為其補充，在這個意義上，國內法是其組成的一部分。在第 7 條的適用範圍中，公約未明確規定由其所調整的事項，以及公約明確規定其不適用的範圍，如合同有效性的問題，產權法律問題，產品責任問題等，這些都將由國內法進行調整。這裏包含了兩方面的意思：一是屬於 CISG 適用範圍的問題，在公約沒有明確規定的前提下，應當適用公約的原則性規定。二是在此種情況之下公約的效力優先於國內法的效力，因為只有在一般原則也沒有規定的情況下，方可適用國內法。在解決這一問題時需要分兩個步驟，首先，需要判斷待解決之事項是否屬於 CISG 之範圍，其次，是否存在可以作為依據的 CISG 的原則性規定來解決這一問題。兩個要素看似簡單，但在實際操作中卻存在一定的困難。

案例：2005 年 1 月 28 日由荷蘭最高法院作出判決的大加那利島蕃茄貿易案。⁵⁴ 荷蘭的一家蕃茄種植商將蕃茄賣給了比利時的買方。這批蕃茄苗是由荷蘭公司從西班牙的大加那利島進口而來，而且證據表明這批蕃茄苗已經被病菌污染，但賣方對此並未進行說明。荷蘭的買方依賴的是普通保險條款中的免責條款。法院決定，依據 CISG，有一個協議存在於當事人之間，即普通保險條款(general conditions)，荷蘭賣方

可以據此免責。故而比利時的賣方試圖規避適用CISG而轉而適用《羅馬公約》第8條2項對於合同義務的規定，從而避免賣方的義務的免除。荷蘭最高法院認為該案應當適用CISG，因為涉及到貨物買賣合同中的合同形式的內容是適用CISG的。對於公約中有關其適用標準的漏洞，在審理法院的觀點裏，合同形式問題就應該是受公約管轄的內容，因此，有關賣方義務中的普通保險條款的內容就應當單獨適用CISG，CISG具有先於適用性。大加那利島蕃茄貿易案表明CISG的第7條2款並不僅僅是使得公約先於國內法適用，並且是一個具有保護性的衝突規則。

(1) 可適用範圍判定之彌補

CISG第4條1款並沒有盡數列舉其適用範圍，而只是給出了一個籠統規定。對於一個合同事項是否屬於其所規定的銷售合同訂立的範疇，或買賣雙方因銷售合同而產生的權利義務的範疇，就需要結合CISG第7條有關公約解釋之規定進行處理。在判斷一個明確規定在CISG第4條的事項，如舉證責任的承擔，是否適用公約時，該問題是一個實體性的問題還是一個程序性的問題曾經作為評判的標準被應用。當該問題是一個實體問題時，就是公約所適用的範疇，而程序問題否之。這種傳統的一刀切的方式在今天已經不再適用。這一區分的觀點會削弱到不同法律體系的國家就CISG達成統一共識的可能。替代的方式就是透過分析CISG的條款之規定來判斷合同事項是否是公約意圖管轄之範疇，也就是透過對公約條款及目的之解釋來判斷。在對CISG第4條有關實質性適用範圍進行解釋時，必須考慮到公約的目的是為了促進法律適用的統一，考慮到公約的國際性，考慮到公約被法律體系不同的國家的可接納性，以及考慮到國際貿易上的遵守誠信的需要。這是對於公約解釋、適用及補充的一般性原則規定。在只是概括性規定的前提下，如何對該規定進行解釋尤為重要，解釋的效果會最終導致判定公約之適用。如果僅就字面意思來進行解釋，CISG只能適用於合同的訂立，以及當事人的權利義務，對於合同的變更、修改等事宜並不適應，這顯然是不合理的。這就需要透過更為合理的解釋來將此等事項也歸為可以適用的範疇。但解釋亦不能隨心所欲，必須有其依據。能夠幫助補充公約規定之漏洞的依據就是對於公約解釋的規定，在解釋公約時，得考慮到公約的性質——“國際性”，公約之目的——實現一個可以在不同法律體系的國家普遍適用的統一法，以及國際貿易中必須遵循的誠信原則。依據第7條之解釋原則，公約應當不僅規範合同

的訂立，還規範其他事項，如合同之變更，這也在公約第29條得到證實。

(2) 未規定事項之法律適用

對於未規定之事項，CISG第7條2款規定，凡公約未明確解決的屬於本公約範圍之事項，依照公約一般原則解決，沒有一般原則的情況下，依照國際私法規則指向的準據法解決。即該等事項之解決需遵循兩個步驟，一是先依據公約一般原則進行解決欠款要求考慮公約“國際性”的規定，蘊含了公約“自治”的基本原則。這一基本原則也就決定了要先依據公約原則對其未規定之事項進行考慮。如果透過公約“自治”仍不能實現彌補漏洞之目的，則方可到達第二步，即由國際私法規則指向的準據法為依據來解決。

一般原則：①誠信原則；②意思自治原則；③當事人對有利自己之事實負有舉證義務之原則；④其他。

《國際商事合同通則》(2004)對公約未涵蓋之問題進行了補充規定，如代理權、協力廠商權利、抵消、權利轉讓和合同轉讓、時限問題。該通則並在內容中指出，通則可以用來解釋和補充國際統一法律文件。

但是，問題仍然存在。CISG的條文中廣泛使用不確定性的法律概念，如“合理的”⁵⁵。這完全可以被視為是CISG的立法漏洞之一，這會增加法律的不確定性，以及法官在具體實踐中應用CISG作出判決時所擁有的自由裁量權。相較之下，誠然，CISG中所涵蓋的不確定的法律概念遠遠超過兩個海牙公約，甚至有些時候CISG的概念會被做擴大解釋。例如，第39條規定，買方對貨物不符合的說明必須在一段合理時間內通知賣方，否則就喪失聲明貨物不符合的權利。在這裏，“合理的”(reasonable)取代了“迅速的”(promptly)⁵⁶，賦予了買方更長的做出說明的時間。而這一改變並不容易小覷，買賣的順利完成，時間十分重要，各方有義務按照約定時間履行自己的義務。不在約定時間的履行合同行為可能會造成延遲履行，這極有可能會導致買賣對另一方失去意義，如時令性商品的買賣。儘管如此，那些被賦予給法官進行主觀解釋的概念並非是沒有限制的，而是要在具體案件的分析中從問題的本質出發進行解釋。這是鑒於在國際貨物買賣中可能出現的各種負責情況和貨物的多變性，規範一個用於對貨物不符合合同的情況進行說明的確定時間顯然是不合理的。⁵⁷雖然如此，但有時CISG對法律概念的不確定規定會因當事人間為避免其“不作為”(failure)帶來的負面後果而成為不可調和的利益爭議點。⁵⁸此外，CISG的規定和語言同

時缺乏高度精煉性，如在ULIS第 19 條規定的“交付”(delivery)的規定，在CISG中被“要求合同履行的資格”(requirements for performance)的規定，風險轉移以及“違約賠償”(time for counter-performance)所取代⁵⁹。在涉及到此類概念時，CISG的法律原則就是提供了解釋的依據，起到引導和限制的作用。

三、可能適用的澳門法領域

雖然1980年的CISG是至今為止國際貿易統一實體法中，影響最為深遠、意義最為重大的公約，但是為了使公約最大限度地獲得多數國家的認可，CISG並沒有對許多問題加以規範。比如CISG對行為能力、締約過失、代理、因意思瑕疵(錯誤)而撤銷、惡意欺詐、合同效力、所有權轉移、侵權行為與產品責任、消滅時效與訴訟法都沒有加以調整。問題是，我們如何在澳門解決這些遺留問題。如果按照具體的案情，澳門的國際私法規定可適用澳門的實體法，那麼澳門實體法中又有哪些規範可以適用呢？

(一) 行為能力

合同生效的條件，在一定的條件下，除了要約(Angebot)、承諾(Annahme)、代理(Vertretung)、意思表示的到達(Zugang)、無撤銷情形(keine Anfechtung)、無因違反形式(Form)、法律之禁止(gesetzliches Verbot)、善良風俗(Sittenwidrigkeit)和無法履行(Unmoeglichkeit)之外，行為能力(這裏是：Geschaeftsfaehigkeit，而非權利能力：Rechtsfaehigkeit)是合同生效的要件之一。CISG沒有調整行為能力以及欠缺行為能力的後果。從國際私法角度，《澳門民法典》第30、31條規定了自然人的屬人法，也即以常居住地為原則，以國籍法為補充。更為具體地說，對於自然人行為能力的適用，《澳門民法典》第24條規定適用當事人的行為能力，但這個適用受到《澳門民法典》第27條第1款和第49條第1款的限制。⁶⁰《澳門民法典》第11條規定：“未滿18歲為未成年人”，並在《澳門民法典》第112條規定：“未成年人無行為能力，但另有規定者除外”。而《德國民法典》第104條規定：“無行為能力人為：1、未滿七周歲者；2、因精神錯亂不能自由決定其意志者，但按其性質此種狀態僅為暫時性的除外。”另在第105條規定：“(1)無行為能力人的意思表示無效。(2)在無意識或者暫時性精神錯亂狀態時作出的意思表示無效。”第106條

規定：“根據第107條至第113條的規定，已滿七周歲的未成年人，其行為能力為限制行為能力。”在其他大陸法系的民法典中，一般都區分無限制的行為能力和限制行為能力以及無行為能力，區分的標準首先是相關人的年齡，其次是其精神狀態。對行為能力的限制或宣告無行為能力主要是為了保護沒有完全行為能力的人的利益。《澳門民法典》將未滿18歲之青少年置於無行為能力之下，並沒有在年齡上明確區分限制行為能力的界限，只在第116條包含了限制行為能力人所能行使的行為，一定程度上彌補了對未成年人的正當利益的限制，但是由於限制行為能力法益不能一一列舉，所以可能會有遺漏。立法上，限制行為能力人可以作為代理人，已被德國等國家，包括台灣立法明示所接受。在這個問題上，《澳門民法典》第256條類似規定也是類似的立法規定，只是規定不夠明確，需要解釋。

(二) 締約過錯

《澳門民法典》第219條規定了締約過失：“一、一人為訂立合同而與他人磋商，應在合同之準備及形成階段內按善意規則行事，否則須對因其過錯而使他人遭受之損害負責。二、上述責任按第四百九十一條⁶¹規定完成時效。”它是指在契約未成立時，一方當事人在締約過程中違反了從特別的義務關係(besonderes Pflichtverhaelt -nis)中產生的行為義務，致使他方蒙受損失，依法應承擔的民事的損害賠償責任。是對傳統民法理論和制度留下一個缺口的補充。無代理權的代理人責任的條款，以及事先的客觀給付不能條款等是締約過失責任立法形式中的特別規定，而《澳門民法典》第219條是締約過失責任的一般規定，並已發展出一些案例群。⁶²締約過失主要涉及信賴責任，它之所以作為法定之債的一種，是因為它在適用上有別於《澳門民法典》第477條侵權責任條款。

在締約過錯請求權方面，澳門法與CISG並不衝突。由於締約過失是合同前的信賴責任，而CISG是在合同簽訂之後才適用，兩者不衝突。雖然有專家試圖在CISG中設定一般的締約過錯原則，但沒有成功。

澳門的衝突法在規定了合同之債(《澳門民法典》第40-41條)和法定之債(包括《澳門民法典》第43條規定的不當得利、《澳門民法典》第42條規定的無因管理與《澳門民法典》第44條規定的侵權責任)，沒有明示規定對於締約過錯應適用甚麼法。筆者贊同國際上司法實踐的適用習慣，即：大多數情形是由合同準據法來決定應適用的國內實體法(《澳門民法典》

第40-41條))，諸如：因沒有進行合同前的說明而負的責任，因對方的信賴而合同簽訂不成、合同無效或合同條款無效而受到辜負所負的責任等。當然從締約過失規定為法定之債，似乎可直接或者類推適用非合同之債的條款。

(三) 代理

上述已提到代理也是構成合同效力的前提之一。在國際交往中，代理法要比行為能力法重要得多。《澳門民法典》規定了代理以及代理衝突法的規範(《澳門民法典》第251-262條及第36-38條)。大陸法系與澳門一般將代理分為法定代理⁶³與法律行為代理(類似意定代理⁶⁴)。除了法定代理之外，《澳門民法典》所稱之意定代理包括：①代理是指民事法律行為的代理。關於這一特點，香港法律對代理沒有作出概念性規定。香港的法律所規定的代理不僅僅指一般的民事活動的代理，而是一個廣泛的範疇，它包括諸如合夥人、律師、行紀人、證券仲介人、保險代理人、房產代理人等廣泛的商事代理活動。②代理是以被代理人的名義進行的活動。這就是所謂的“公開原則”(在大陸法國家稱之為“Offenkundigkeitsprinzip”)。而行紀是行紀人以自己的名義為委託人進行購銷、寄存等法律行為，是委託人及第三人形成的民事商事關係。在行紀關係中，行紀人與第三人訂立合同產生的權利、義務由行紀人自己承受，委託人與第三人之間不直接發生法律上的權利義務關係。澳門及大陸法系的民法，將代理人以被代理人的名義進行的代理理解為“直接代理”，而把行紀、承攬運送理解為“間接代理”。但香港代理法不僅承認“直接代理”，也承認“間接代理”為代理關係。並廣泛地規定了商事代理：保險代理、運輸代理、代理商、保付代理、居間和行紀等代理行為。顯然其代理及代理人的概念受到英美法的全部顯明代理、部分顯明代理、隱名代理、明示與默示授權、客觀必需代理的影響。⁶⁵

CISG也沒有對代理加以調整，那麼澳門國際私法中關於代理的法律規範就有可能得到適用。《澳門民法典》第36-38條規定了法定代理、組織代表代理及一定代理的衝突法規範：

《澳門民法典》第36條規定：“法定代理受規範產生代理權之法律關係之法律約束。”據此，自然人法定代理人的準據法不以代理人可資選擇的合同準據法為準，而是取決於被代理的法律關係，也即：被代理的法律關係由甚麼法律來調整的法律為代理準據法。這裏產生該代理權的法律具有決定性的意

義。

《澳門民法典》第37條規定“法人機關代表法人，受法人之屬人法規範”；《澳門商法典》為商業企業規定了兩種特殊的代理權：即商業代理權(《澳門商法典》第64條以下)和代辦權(《澳門商法典》第76條⁶⁶)。《澳門商法典》第65條第2款僅作了規定：“獲委任經營企業之經理，得代表其委任人對於因經營企業而作出之一切行為在法庭起訴及被起訴。”但是，假定準據法是澳門商法，那麼就公司而言，是誰有權代表公司以及在多大的範圍代表公司，按照不同的公司形式，代表人有不同的規定。由於每個公司登記後都是一個法律的主體(《澳門商法典》第176條)，公司往往由公司行政機關去管理與代表(《澳門商法典》第235條第1款)。比如股份公司的代表權一般由董事共同行使代表權(《澳門商法典》第468條)，其他法人由法律、章程或設立法人之文件所指定之人代理。如被訴之法人無代理人，或被告與其代理人之間有利益衝突，則審理有關案件之法官須為其指定特別代理人，但法律就有關在法院之代理方式另有規定者除外。依據法律規定應為代理人之人一旦擔任代理人職務，前款所指特別代理人之職務立即終止(《澳門民事訴訟法》第53條)；有限公司由一名或多名行政管理機關成員管理及代表，該等成員得為股東或非為股東(《澳門商法典》第383條第1款，第386條，《澳門民訴法》第53條第1款)，不能代表時由股東代表(《澳門商法典》第385條)。民法合夥的代理權按照無限公司的規則，但制度中與合夥之非商業性質目的有抵觸的部分或制度中以商業企業主資格之存在作為適用前提的部分除外(《澳門民法典》第185條第2款)。

第38條規定“一、意定代理之代理權，其設立、範圍、變更、效果及終止，受代理權行使地之法律規範。二、然而，如代理人在某一非為被代理人所指定之國家或地區行使代理權，而與代理人訂立合同之第三人知悉此事者，則適用被代理人常居地法。三、如代理人以行使代理權作為其職業，而訂立合同之第三人知悉此事者，則適用職業住所地法。四、代理涉及不動產之處分或管理時，適用不動產所在地之法律。”需要補充的是，在通常情況下，意思表示只對發生或受領該意思表示的人產生權利和義務。而法律行為代理，就是指不是由表意人，而是由另外一人來承擔意思表示的效果。因此，通常準據法的實體民法典應該明示：意思表示(Willenserklärung)即要約或承諾只能以被代理人的名義，並且在代理權的範圍內發

出。由於代理人應獨立進行意思表示，因而代理人似乎是具有完全行為能力的，但筆者認為，這裏代理人所為的或者所接受的意思表示的效力，不因代理人為限制行為能力人而受影響。澳門(包括內地和香港)法律規定，作為代理人必須具有完全的民事行為能力。但在實際中，澳門⁶⁷(包括內地與香港)的限制民事行為能力人的民事行為已徵得其法定代理人同意，或者與其行為能力相適應的是有例外的。而台灣民法延續德國法，在其第104條明文規定：“代理人所為或所受意思表示之效力，不因其為限制行為能力人而受影響。”即限制行為能力人也可充當代理人。此外，中國大陸、港澳台地區民法學家一般都主張侵權行為不成立代理。

(四) 因意思表示錯誤而撤銷

《澳門民法典》第240條第1款規定：“一、法律行為之意思表示得因表意人之重要錯誤而撤銷，只要該錯誤為受意人可認知之錯誤、或係因其所提供之資訊而產生。”而撤銷的效果至少在法理上是法律行為被視作自始無效。明知或者可知法律行為是可撤銷的，在撤銷時，它按照其已知或者可知該法律行為無效來處理。法律行為的撤銷在向撤銷相對人⁶⁸表示後生效。可撤銷的法律行為，經撤銷權人確認後，不得再撤銷。確認無需具備對法律行為所規定的形式。撤銷的理由除惡意詐欺(《澳門民法典》第246-247條)和非法脅迫(《澳門民法典》第248-249條)外，也可以是表意人的重大錯誤。《澳門民法典》規定了可使表意人有權撤銷意思表示的意思表示瑕疵的表現有：

①內容錯誤：表意人賦予其表示以不同於法律的另一種意義，法律所期望的與表意人實際所表示的內容不符，也即在內容上發生錯誤。如：投資方聲明投入3,000萬法郎並認為應投入的是法國法郎，而接受投資方認為是瑞士法郎，大家對法郎這個詞並沒有發生誤寫的錯誤，而是對法郎在交易中的內容發生了不同的理解，而這個卻具有不同的法律意義，這裏需要與表達錯誤(如：誤寫與誤算)進行區分。《澳門民法典》第240條第1-2款基本屬於內容錯誤。當然，第240條第1款a)的前半句的“動機”的加入，易引發誤解。實際上，從上下文看，尤其與《澳門民法典》第241條(非客觀上重要之錯誤)相比較，《澳門民法典》第240條涉及的是法律所期望的與表意人實際或者客觀所表示的內容不符。上邊的“法郎”舉例就是解釋內容錯誤的範例。

②聲明錯誤：表意人表示了某種他本來不願意表

示的東西，比如他說錯了或寫錯了或者算錯了。如在起草合同時將100萬美元誤寫或列印為1,000萬美元。《澳門民法典》第243-244條，這裏的243應不完全包括傳達上的錯誤，因為傳達可以是6歲的未成年人，而6歲孩子的口頭傳達錯誤的發生往往並不是被傳達的表意人的聲明瑕疵造成的。應該另行規定：因傳達不實而撤銷的條款，比如：意思表示由傳達人或者傳達機構傳達不即時，可以在第240條下關於因錯誤而作的意思表示所規定的同樣條件下撤銷。⁶⁹

③性質錯誤：表意人對其發生的意思表示所指向的物的性質發生了錯誤。如：認為買了此技術能克隆，但此技術卻不能克隆。又如買了一個洗衣機，結果這個洗衣機，因購買人的家居較小，需要在水泥上固定，以防轉速太大，因此他在意思表示的時候，已經隱含了錯誤，即：他認為洗衣機只要放在地上就可以了。這個也適用《澳門民法典》第240-241條。但是性質錯誤與前面的內容錯誤有區別：內容錯誤所認知的標的物“法郎”，從客觀角度並沒有錯誤，只是其內心將其單方面理解為法國法郎，發生了對其內容進一步解讀上的錯誤，從而在法律上賦予了另一個意思。而這個內容錯誤也與聲明錯誤不一樣，聲明錯誤是發生在聲明的行動中(in der Erklarungshandlung)，比如說錯了，但是心裏對聲明的內容的解讀並沒有錯。性質錯誤是表意人認為此技術可克隆，但是此技術客觀上始終不是克隆的技術，洗衣機不需要固定。當然，其條件是：一、性質錯誤不適用於物的瑕疵與權力瑕疵的情形；二、錯誤的物件是人、物(Sachen)、權利(Recht)、債的請求權(Forderung)或者其他有財產價值的項目(vermogenswerte Position)；三、這個錯誤涉及與意思表示有關的人或者物件(如：物的性質，其中涉及所有的人的性質，對於物，涉及直接的所有的價值構成的因素(alle unmittelbaren wertbildenden Faktoren)。這裏的“直接的”(unmittelbar)被德國法視為主流觀點。需要注意的是：價值或者價格的本身不予顧及。四、這種性質錯誤按交易習慣對於產生一個有問題的法律行為是具有重要意義。如果有明示或者推定的對於性質的合意(ausdrueckliche und konkludente Vereinbarung der Eigenschaft)，那麼這個“重要性質”的認定就自然成立了；《澳門民法典》第241條a)因為使用了“動機”，使性質與動機有時會發生疑問，需要適用時的解釋；五、這個錯誤必須是無意識的錯誤；六、此性質錯誤僅為單方的錯誤，雙方的錯誤可適用如情勢變遷；七、錯誤是嚴重的(Erheblichkeit)。

在這裏，由於民法典常常提到動機，有些動機錯誤可以被認為是性質錯誤，所以需要排除一些不應該被列入可撤銷的意思表示錯誤的情況：

①次要的法律後果的誤解(Irrtum ueber rechtliche Nebenfolgen)不予顧及：這樣的誤解屬於動機錯誤，也即：想像(Vorstellung)與現實之間的錯誤，因為意思表示與意願是一致的，而這個錯誤觸發意思表示的提交，並沒有涉及其內容，所以不能撤銷。當然，對主要的法律後果的誤解(Irrtum ueber rechtliche Hauptfolgen)可以考慮撤銷。

②估計或者預測錯誤(Kalkulationsirrtum)不予顧及：這也是一種動機錯誤。與《澳門民法典》第244條的誤算與誤寫完全不同。比如：某人以為股票會高升，結果是大跌，這類動機不會被顧及。因為只要這類估計與預測是在撤銷人的風險範圍之中，就不予顧及。當然，上述提到的洗衣機買賣的情況，只是動機錯誤的例外，與這裏提及的估計或者預測錯誤是有區別的。這裏提到的估計或者預測錯誤是否能類推適用《澳門民法典》第240條的意思表示瑕疵，至少在德國法的類似問題中是有爭議的。

③雙方的動機錯誤(Doppelirrtum)也不予顧及：比如雙方均對交易的基礎發生誤解，因而沒有將此考慮到意思表示之中。德國法通說認為可適用民法中情勢變遷的條款(《澳門民法典》第431條)，也有觀點認為可適用或者類推適用意思表示錯誤的條款。

原則上動機錯誤(Motivirrtum)是不被立法者考慮的。估算的風險(Risiko der Fehleinschätzung)原則上必須由意思表示人自己承擔。如果讓意思表示的接受人來承擔的話，那麼從保護正常的交易安全角度，是不可忍受的。

此外，在CISG方面，應作些區分。如果表意人對貨物的性質發生了錯誤，則不得撤銷，因為《公約》對這種後果進行了調整。CISG第16條規定：“(2)但在下列情況下，發價不得撤銷：(a)發價寫明接受發價的期限或以其他方式表示發價是不可撤銷的；或(b)被發價人有理由信賴該項發價是不可撤銷的，而且被發價人已本着對該項發價的信賴行事。”⁷⁰ 但如表意人發生《澳門民法典》第240條中的非性質錯誤的意思表示錯誤，則仍可以撤銷合同。至於對《公約》沒有加以調整的意思表示錯誤，如適用澳門法，該如何處置呢？按照國際私法，直接由合同準據法來確定(《澳門民法典》第40-41條)，但是《澳門民法典》第34條第1款第2分句特別規定了意思表示瑕疵適用法律行為地法。

(五) 惡意詐欺

買受人因被出賣人惡意詐欺，其權利可以按照其本人的選擇受到CISG與國內法的保護。比如：合同的準據法是澳門法，那麼買受人即可根據《澳門民法典》第246-247條規定撤銷買賣合同。如果買受人選擇不行使其撤銷權，而請求損害賠償，則適用CISG。買受人可根據CISG第45條第1款(b)項以及第74條至第77條請求損害賠償。

反之，出賣人如受買受人惡意詐欺，也有同等的權利，除了上述的《澳門民法典》第246-247條之外，也可選擇CISG。比如：可根據《公約》第61條第1款(b)項以及第74條至第77條，向買受人請求損害賠償。

(六) 合同的效力

CISG第4條認為：“本公約只適用於銷售合同的訂立和賣方和買方因此種合同而產生的權利和義務。特別是，本公約除非另有明文規定，與以下事項無關：(a)合同的效力，或其任何條款的效力，或任何慣例的效力……”⁷¹ 顯然，CISG沒有涉及到合同的效力。這樣，根據澳門的國際私法規則，這些問題應按可供選擇的連結點來確定合同準據法，即按確定的合同效力的實體法規定來解決。⁷² 《澳門民法典》有明確規定法律行為無效的條款，比如：《澳門民法典》第232條“(一)如因表意人與受意人意圖欺騙第三人之協議而使法律行為之意思表示與表意人之真正意思不一致，則該法律行為是虛偽行為。(二)虛偽行為無效。”《澳門民法典》第274條：“如法律行為單純在目的上違反法律或公共秩序，又或侵犯善良風俗，則僅雙方當事人之目的相同時，該法律行為方為無效。”這條違反善良風俗的法律行為無效，是一條內容極不確定的條款，需要比較司法的實踐包括與法理的互動才能更好地發展。⁷³ 此外，如果企業違反了卡特爾法的禁止規定，並產生了後果，那麼就有可能產生合同無效的後果，比如《澳門商法典》第153條第2款規定：“二、禁止一切目的或效果為阻止競爭、違背競爭規則或限制競爭之協定及做法，但不影響特別規定之適用。”第154條第1款規定：“一、限制企業主之間的競爭之協議，應遵守上條所指限制並以書面作出，否則無效。”⁷⁴

(七) 侵權行為和特殊的侵權：產品責任

CISG主要規範銷售合同的請求權，因此，當違約行為還導致侵權行為時，公約就無法適用，而需適

用相關的國家與地區的法律。CISG 不會以國內法為合同的準據法，而當以 CISG 為依據的合同請求權與國內的侵權法請求權並行的時候，就必須獨立地確定侵權行為的準據法。在產品責任的方面，CISG 第 5 條還明確規定：“This Convention does not apply to the liability of the seller for death or personal injury caused by the goods to any person”，也即 CISG 不適用於出賣人對於貨物對任何人造成的死亡或傷害的責任。

澳門法與許多國家的法律都贊成受害人同時享有合同上的請求權和侵權行為法上的請求權(侵權實體法見《澳門民法典》第 477 條)。澳門的侵權行為的衝突規範規定在《澳門民法典》第 44 條之中，該規定規定：“一、基於不法行為、風險或任何合規範之行為而產生之非合同責任，受引致損失之主要行為發生地之法律規範；因不作為而產生責任時，適用責任人應為行為地法。二、損害結果發生地之法律認為行為人應負責，而行為地之法律不如此認為時，適用損害結果發生地之法律，只要行為人應能預見其作為或不作為會在受該法律約束之地造成損害。三、然而，如行為人及受害人有同一常居地而偶然身處外地，則適用共同常居地法，但不影響上兩款所指定之法律體系中應對任何人一律適用之規定之適用。”⁷⁵ 雖然絕大多數國家都贊成侵權行為應適用侵權行為地法(*lex loci delicti*)。但是，假如侵權的行為與這種行為的後果分屬適用不同法律國家或者地區的法律，即行為地與結果地不一致，那麼確定侵權行為地就比較難了。在這種情況下，筆者比較傾向於行為地與效果地都是侵權行為地的觀點，因為：一是受害人可主張適用對他更有利的法律。二是還可能適用涉及產品責任的銷售地的法律。如上所述，在實體法方面，《澳門民法典》第 477 條及其相繼條款明確地規定了侵權行為的構成要件。侵權行為的法律後果是損害賠償，在某些情況下受害人還可以請求獲得非財產之損害賠償(《澳門民法典》第 489 條)。

這個課題需要關注歐美國家放棄了侵權行為地法的原則的現實，並參考最密切聯繫原則以允許原告選擇適用對其有利的法律，其中也考慮適用多項連接點、靈活選擇法律適用。《澳門商法典》第八編“商業企業主之民事責任”第 85-94 條中的內容與形式，與歐洲理事會(Council of Europe)在 1985 年 7 月 25 日通過的《關於對有缺陷的產品責任的指令》(共 22 條)(85/374/EEC)和德國 1989 年的《產品瑕疵責任法》(共 19 條)基本相同。《澳門商法典》第八編這 10 個條款對生產廠商的產品責任等一系列問題作了具體規

定，體現了較為先進的立法理念。同時，為了更好地保護消費者的利益，澳門也頒佈了其他相關規定：比如有關消費者委員會的重組⁷⁶，有關對欺騙性的宣傳、競爭的限制及作出不忠實的行為等違犯行為的規範，並在相關條文中要求消費者能獲得適當的資訊，包括對產品的性質、成分、分量、有效期、保存及使用條件等方面的資訊。⁷⁷ 此外還對產品包裝作了對消費者有利的規定。⁷⁸ 最後，澳門為了有利於消費者爭議的解決，還設立了澳門消費爭議仲裁中心，而前澳葡政府社會暨經濟政務司在 1998 年 3 月 11 日還以批示的形式確認了《澳門消費者爭議仲裁中心規章》。雖然產品責任與消費者保護、反不正當競爭及智慧財產權法⁷⁹有關，但是就澳門產品責任法本身而言，主要是指《澳門商法典》第八編“商業企業主之民事責任”第 85-94 條中的規定。澳門的產品責任法與歐盟的產品責任法的規定基本接軌，與美國的產品責任法相比較各有不同的方法，但是仍可從美國的產品法中接受相關合理的部分。⁸⁰ 至於涉外產品責任應適用的準據法問題，沒有特定的衝突規範⁸¹，也即需要適用《澳門民法典》第 44 條的非合同責任的侵權衝突規範去解決。

在 CISG 的具體實踐中，如果出賣人過失地違反義務而致買受人或第三人的其他權益遭到損害或滅失，例如，由於機器的保險系統有瑕疵，因此發生大火，使買受人和第三人的物燒毀。那麼在適用澳門法時，買受人可根據《澳門民法典》第 477 條及相繼條款享有一項損害賠償請求權。但是如果涉及的僅僅是有瑕疵的機器本身的損害，那麼 CISG 就優先適用。據此，產品製造人因其瑕疵產品而違法地和有過錯地侵害最終消費者的生命、健康、身體或所有權的，必須負賠償責任。

(八) 所有權移轉

CISG 第 4 條(b)項明示規定，CISG 與銷售合同對所售貨物所有權產生的影響無關。⁸² 根據《公約》第 41 條⁸³，貨物出賣人交付的物，必須是第三人不能提出權利的物。如果出賣人不能使買受人取得所有權，即如他出賣的是他人的物，則適用 CISG 第 41 條第 1 句的規定。至於出賣人能否使移轉所售貨物的所有權與支付價款聯繫起來，對此，CISG 未作調整。貨物買賣合同有別於其他如供用電合同、借款合同、租賃合同、承攬合同與保管合同等，它是以移轉合同目標物的所有權為特徵。由於聯合國國際貿易法委員會在起草 CISG 的過程中，未能消除不同法律制度在這方面的

差異，因此公約第30條規定：“賣方必須按照合同和本公約的規定，交付貨物，移交一切與貨物有關的單據並轉移貨物所有權。”⁸⁴ 這條只籠統地規定賣方有義務將貨物所有權移轉給買方，對所有權如何轉移的問題則排除於公約規定之外。⁸⁵

各國的民商法或買賣法對所有權移轉的問題都有一些具體規定，但差異較大。如果與貨物風險的轉移相聯繫，那麼德國、美國與國際公約的規定較為相似。⁸⁶ 各國的規定如下：

1. 法國法和相關國家與地區對所有權移轉的規定的原則是，所有權轉移是以買賣雙方當事人的合意為基礎，不受任何形式條件約束，故該法典第1583條規定第1583條規定：“Elle est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé (當事人一經對買賣物與價金協議一致，買賣即告完全成立，買受人對出賣人從法律上取得目標物的所有權，即使該物尚未交付，價金尚未支付)”。從這一規定可看出，法國法對所有權的移轉，基本上採取諾成主義，判例學說謂為“債權合意主義”或“意思主義”。受到法國法影響的地區也包括澳門。《澳門民法典》第865條規定：“買賣係將一物之所有權或將其他權利移轉以收取價金之合同”，根據這條文的規定，買賣合同的客體是賣方移轉物的所有或其他權利，而買方支付價金；然而，第869條亦規定：“買賣之基本效力如下：a)將物之所有權或將權利之擁有權移轉；b)物之交付義務；c)價金之支付義務。”

2. 德國法和其他相關國家與地區對所有權轉移的規定的原則為：《德國民法典》第929條規定：“Zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, daß der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, daß das Eigentum übergehen soll. Ist der Erwerber im Besitze der Sache, so genügt die Einigung über den Übergang des Eigentums. (為轉讓動產的所有權，所有人必須將該物交付給取得人，並且所有人和取得人必須達成關於所有權應轉移的合意。取得人正在佔有該物的，只需要關於所有權轉移的合意即足夠。)”⁸⁷ 對於動產上所有權的移轉，適用物所處的地方的法律(物之所在地法*lex rei sitae*)。物之所在地法調整物權的全部內容，包括它的形成、內容、變更、移轉和消滅。物之所在地法也決定某種物權處分是不要因的，抑或是要因的。⁸⁸ 通過法律行為取得所有權具有幾個要點：首

先，原所有人和未來的所有人必須就所有權移轉達成合意；其次，必須將物交付給取得人；最後，讓與人必須享有讓與的權利。儘管所有權移轉合同在功能上是為了履行銷售合同，但它在法律上與銷售合同無關(不要因原則)。⁸⁹ 不過，《德國民法典》第929-931條規定了幾種替代形式。通常，物的所有人才享有讓與其物的權利，但是經所有權人授權的其他人也有權移轉物上的所有權。取得人一般無法從不享有讓與許可權的讓與人那裏取得所有權，但取得人是善意的除外。所謂善意，是指取得人不知讓與人享有讓與權，或不應知之(《德國民法典》第932條至第934條，《德國商法典》第366條)。

除澳門之外，中國大陸與台灣的相關規定接受了德國的物權合意的理論。

3. 英國法中有關貨物銷售制度，具有代表性的要算1893年的《貨物買賣法》(*Sale of Goods Act 1893*)。貨物所有權的轉移約定在SGA中的分量很重，因為按照該法第17條規定，推定風險的轉移與所有權的轉移同步。在破產法中意義更是非凡：如果買方支付了貨款，但是在賣方貨物的所有權還沒有轉移時，賣方破產了，那麼買方僅視為無擔保債權人，那麼只能從破產債權人那兒獲取一點點賠償；反之，如果賣方貨物的所有權已轉移，那麼此財產當然不屬賣方的財產，同時優於賣方財產抵押權人的權益。該法對所有權的轉移區分為特定物、非特定物、賣方保留所有權等不同情況，分別作了規定。

4. 美國早在1906年第一次《統一商法典》把所有權移轉同風險移轉及救濟方法等問題分離開來，分別作出具體規定⁹⁰，對貨物買賣中所有移轉規定的基本原則是：按照《統一商法典》第2-401條的規定，即使賣方通過保留貨物所有權的憑證(如提單)來保留其對貨物的權益，這一般只起到擔保權益(*security interest*)的作用，它並不影響貨物的所有權按照當事人協議的時間移轉於買方。除另有協議，貨物所有權在賣方完成實際交貨的時間和地點轉移給買方。當契約要求賣方將貨物送給買方，但並未要求賣方將貨物送至目的地時，所有權在交付發運的時間和地點轉移至買方。若契約規定在目的地交貨，所有權在賣方於目的地提示交貨時轉移至買方。特別是，用提單保留擔保物權時也是如此，如果：(a)合同要求或授權賣方送貨，但不要求賣方在目的地交貨，所有權在裝運的時間和地點轉移給買方；但是，(b)如果合同要求在目的地交貨，所有權就在該地交貨時轉移。⁹¹ 除非另有協議，當不需移動貨物即可交付時，如果賣方應交付所

有權憑證，所有權在交付憑證的時間和地點轉移，如果不要賣方交付所有權憑證，在訂約時就把貨物確定在契約項下，則貨物所有權在訂約的時間和地點轉移給買方。

5. 其他國際公約也有相關的規定：對於如何轉移所有權，根據 1932 年的《華沙—牛津規則》第 6 條的規定，在 CIF 合同條件下貨物所有權轉移問題作了明確規定，即貨物所有權由賣方轉移於買方的時間，應當是賣方將裝運單據(提單)交給買方的時刻。《國際貿易術語解釋通則》(*International Rules for the Interpretation of Trade Terms*)是國際商會為統一解釋貿易術語而邀請各方面的專家和學者制定的一套國際規定⁹²，該《通則》並未對所有權轉移問題作明確直接的規定，這就需要根據銷售合同所適用的其他法律予以解決。⁹³

簡言之，在法國，只要買賣雙方意思達成一致，貨物的所有權即發生轉移，而無需其他外部行為。在德國，買賣契約本身並不能產生轉移所有權的效力。其分歧產生的原因主要源於對待物權行為理論的態度上，有些反對，有的贊成，有的試圖加以改良。物權行為理論是指以區分原則、抽象性原則和形式主義原則為內容的物權變動模式。就英美法系而言，在英國，貨物在特定化之後，依當事人的意願轉移。在美國，貨物所有權在貨物特定化後，在交貨時發生轉移。國際條約和慣例則傾向於對貨物所有權轉移的問題採取迴避的態度，CISG 和 INCOTERMS 中均未對此予以規定。究其原因，主要在於對所有權轉移問題由於各國立法差異過大而無法統一。由於貨物所有權與貨物風險的轉移極為相關，在此，英國與法國是堅持採用物主承擔風險原則的典型國家，美國、德國以及諸如 CISG、INCOTERMS 等國際條約和慣例則採納交付主義原則。

與其他國家幾乎一致的是，澳門的物權衝突法適用“物之所在地法”(《澳門民法典》第 45-46 條)。當然“物之所在地法”的適用例外有：運送中的物以及運輸工具(CISG 排除船舶、船隻、氣墊船或飛機的銷售)。⁹⁴

(九) 消滅時效與訴訟法

CISG 第 39 條(2)規定：“無論如何，如果買方不在實際收到貨物之日起兩年內將貨物不符合合同情形通知賣方，他就喪失聲稱貨物不符合合同的權利，除非

這一時限與合同規定的保證期限不符。”⁹⁵ CISG 第 39 條第 2 款只規定了幾個除斥期間，也即 CISG 沒有對消滅時效加以調整，所以對於請求權的消滅時效(包括 CISG 第 45 條和第 61 條所生的請求權的消滅時效)適用國內法。

消滅實效指的是請求權因一定期間不行使而消滅或效力減損的時效制度。《澳門民法典》中的國際私法衝突規則第 39 條和第 44 條沒有明確規定消滅實效的衝突法規範。從第 44 條第 1 款以及法理角度，消滅時效準據法應以合同準據法為準。大陸法系在將特徵履行作為具體適用最密切聯繫原則的方法。⁹⁶ 合同準據法通常是適用於出賣人的法律，因為出賣人是提供特徵履行的當事人，消滅時效準據法以合同準據法為準。合同準據法通常是適用於出賣人的法律，因為出賣人是提供特徵履行的當事人。如果出賣人的營業地設在澳門，則買受人相對於出賣人的請求權依《澳門民法典》第 291 條及 293 條以下規定的期限適用時效規則。消滅實效分為“一般時效期間”與“特別時效期間”，一般時效期間為 15 年(《澳門民法典》第 302 條)，特別時效期間則以法律規定之(《澳門民法典》第 303、309、310 條)，不得以命令訂定之，也即：“時效期間”，不得以法律行為加長或縮短之。消滅實效的客體雖為請求權，但並非所有請求權皆得為消滅實效的客體。身份上請求權(純粹身份關係)的請求權，因與公共秩序、善良風俗等不可切割，不作為消滅實效的客體，也即不因時效經過而消滅；債權原則上有消滅實效的適用，物權，比如所有權、用益權、使用權、居住權、地上權及地役權均不受時效約束，但在法律特別規定之情況下該等權利得因不行使而消滅；在後一情況下，適用時效之規則，但另有規定者除外(《澳門民法典》第 291 條第 3 款)。如果更具體地去分辨，從判例上應該將未登記的不動產及動產之物權請求權也視為消滅時效的客體。⁹⁷ 對於買受人因貨物違約所享有的請求權的消滅時效，也應適用澳門《澳門民法典》的相應實效規定。當然，在 CISG 條件下的國際貨物買賣中，消滅時效不是始於貨物交付之日，而是依照 CISG 第 39 條始於聲稱貨物不符合合同之時。⁹⁸ 而就訴訟法而言，CISG 中沒有規定國際民事訴訟法方面的問題，也即沒有涉及指定應由哪個法院來管轄的規則，也即不涉及所適用的實體法。顯然 CISG 不希望過多地介入各國的國內法，這也是 CISG 比較明智的地方。

註釋：

- ¹ See the website of CISG: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/countries/cntries.html>.
- ² Article 93 CISG (1) If a Contracting State has two or more territorial units in which, according to its constitution, different systems of law are applicable in relation to the matters dealt with in this Convention, it may, at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession, declare that this Convention is to extend to all its territorial units or only to one or more of them, and may amend its declaration by submitting another declaration at any time.
- ³ Article 93 CISG (4) If a Contracting State makes no declaration under paragraph (1) of this article, the Convention is to extend to all territorial units of that State.
- ⁴ See the website of Bunk-alliance: <http://www.deutsch.bunk-alliance.com/rechtsinformationen/49-un-kaufrecht-cisg.html>.
- ⁵ 《香港基本法》第 153 條第 1 款也有相應的內容：“中華人民共和國締結的國際協定，中央人民政府可根據香港特別行政區的情況和需要，在徵詢香港特別行政區政府的意見後，決定是否使用於香港特別行政區。”
- ⁶ Huber, U (1979). Der UNCITRAL-Entwurf eines Übereinkommens über internationale Warenkaufverträge. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. - Tübingen : Mohr 43. 417.
- ⁷ 見 CISG 第 46、49、63、65、72、73、75、77、79、85、86、87、88 條。
- ⁸ 見 CISG 第 39、44 條。
- ⁹ CISG 尋求能夠被普遍接受的努力體現在第 7、90、92、94 條。
- ¹⁰ De Ly, F. (2005). Sources of International Sales Law: an Eclectic Model. *Journal of Law and Commerce*. Volume 25, Issue 1. 28-38.
- ¹¹ *Ibid.*
- ¹² Schmitthoff, C. M. (1957). Modern Trends in English Commercial Law. *Tidskrift Utgive av Juridiska Föreningen Finland*. 354.
- ¹³ Uwe Blaurock (1991). Quellen des internationalen Handelsrechts. *Jahrbuch des Deutschen-Chinesischen Instituts fuer Wirtschaftsrecht*. 91.
- ¹⁴ Schlechtriem, P. (2010). *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. New York. Intro to Arts 1-6, para 3. Confer with also Ferrari (2010). *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (5th German Edition). New York. Vor Artt1-6, para 3.
- ¹⁵ A contract of sale of goods is a contract by which the seller transfers or agrees to transfer the property in goods to the buyer for a money consideration, called the price.
- ¹⁶ Case Law on UNCITRAL Texts, Case No. 131 [Landgericht München, Germany, 8 Feb. 1995]. In the website of Pace Law School: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950208g4.html>.
- ¹⁷ CISG 第 2 條規定了公約不應予以適用的銷售範圍：一是購買供私人、家人或家庭使用的貨物銷售，除非賣方在訂立合同之前或訂立合同時並不知道，且沒有理由知道該等貨物是購買並用於此種用途；二是由拍賣方式進行的銷售；三是根據法律執行令狀或其他令狀所進行之銷售；四是股票、投資證券、流通票據或貨幣的銷售；五是船舶、氣墊船或飛機的銷售；六是電力的銷售。另外第 3 條補充規定了服務亦不適用。
- ¹⁸ 此處可能造成 CISG 與成員國內的消費者權益保護法之衝突。
- ¹⁹ 見 CISG 第 14-24 條。
- ²⁰ 見 CISG 第 41-42 條。
- ²¹ Ziegel, J. (1998). *Comment on Roder Zelt - und Hallenskonstruktionen GmbH v. Rosedown Park Pty. Ltd.*. Review of the CISG. 53.
- ²² Ferrari, F. (1998). *The Unification of International Commercial Law*. Nomos Verlag-Ges. 19-20.
- ²³ 採用這一做法的國家有澳大利亞、比利時、哥倫比亞、法國、俄羅斯等等。中國大陸及中國台灣的合同法也是如此。
- ²⁴ 見 CISG 第 4 條。
- ²⁵ 見 CISG 第 5 條。
- ²⁶ UNCITRAL-yearbook VIII. 1977. 26.

- 27 United States 22 November 2002 Federal District Court [Florida] (*Impuls v. Psion-Teklogix*). In the website of Pace Law School: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021122ul.html>.
- 28 Germany 13 November 2000 Appellate Court Köln (*Plug-couplings case*). In the website of Pace Law School: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/001113gl.html>.
- 29 《中華人民共和國涉外經濟合同法》：1985年3月21日頒佈，1985年7月1日實施，1999年10月1日失效。由《中華人民共和國合同法》所替代。見《中華人民共和國合同法》第428條：“本法自1999年10月1日施行，《中華人民共和國經濟合同法》、《中華人民共和國涉外經濟合同法》，《中華人民共和國技術合同法》同時廢止。”
- 30 見《中華人民共和國涉外經濟合同法》第2條：本法的適用範圍是中華人民共和國的企業或者其他經濟組織同外國的企業和其他經濟組織或者個人之見訂立的經濟合同。
- 31 見 CISG 第 10 條(a)款之規定。
- 32 United States 27 July 2001 Federal District Court [California] (*Asante Technologies v. PMC-Sierra*). In the website of Pace Law School: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/010727ul.html>.
- 33 Schlechtriem, P. (2010). *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. Oxford: Oxford University Press. Intro to Arts 1-6, para 4. Schroeter, UN-Kaufrecht, S5, prar 120.
- 34 這一問題在下文中有論述。
- 35 前提是該締約國未對 CISG 第 1 款 1 項(b)聲明保留。
- 36 見 CISG 第 1 條(b)款。
- 37 同註 24。
- 38 同註 25。
- 39 Ferrari, F. (1999). *The Unification of International Commercial Law*. Baden-Baden: Nomos Verlag-Ges. 19-20.
- 40 見《國際商事合同通則》2004 前言第 2 段、第 4 段及其註釋。
- 41 如，如果當事人所選擇的法律存在故意的法律規避現象，則該選擇可能造成無效。
- 42 《國際貨物買賣合同法律適用公約》(*Convention in the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods*)，通過於 1986 年 12 月 22 日海牙國際司法會議，是一項解決各國貨物買賣法律衝突的統一衝突法公約。見其第 10 條。
- 43 當然這一買賣合同並不在 CISG 所規定的不受其調整的範圍之內。
- 44 當當事人僅在合同中約定適用某國法而沒有做出其他詳細規定時，CISG 能否適用的狀況，有代表在 1980 年的維也納會議上提出過這樣的意見：如果銷售合同中規定本合同適用某一締約國的法律時，就應當認定其已經排除了公約的適用，即使公約也是締約國的國內法。但該建議並沒有被採納。Bianca, C. M. and M. J. Bonell (1987). *Commentary on the International Sale Law: The 1980 Vienna Sale Convention*. Milan: Giuffrè. 56.
- 45 INCOTERMS，即 International Rules for the Interpretation of Trade Terms，國際貿易術語解釋通則，最新版本為 2010 年版。
- 46 同註 40。
- 47 Einheitliches Gesetz uber den internationalen Kauf beweglicher Sachen vom 17.7.1973, BGBI. I, S.856.
- 48 Germany 25 November 1998 Supreme Court (*Surface protective film case*). In the website of Pace Law School: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981125g1.html>
- 49 United States 27 July 2001 Federal District Court [California] (*Asante Technologies v. PMC-Sierra*). In the website of Pace Law School: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/010727u1.html>
- 50 Neumayer, K. H. and C. Ming (1993). *Convention de Vienne sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandises*. Lausanne. 174.
- 51 見《貿易法委員會關於公約判例法摘要彙編》2008 版。
- 52 曾令良：《歐洲聯盟法總論——以〈歐洲憲法條約〉為新視角》，武漢：武漢大學出版社，2007 年，第 139-144 頁。
- 53 科斯塔案：該案原告是一個名叫科斯塔的自然人，被告為意大利一家國有電力公司。當電力公司向科斯塔收取電費時遭其拒付，並以該電力公司之建立違反歐共體法為由向米蘭法院起訴。該電力公司是依據意大利國內立法而設，且該法在時間上後於《歐共體條約》即意大利有關轉化《歐共體條約》為國內法的立法。米蘭法院請求歐洲法院初步裁決

的問題之一就是上訴法律何者優先的問題。歐洲法院認為，根源於《歐共體條約》的法律不應被國內法律規定所推翻。

“每一國內法院必須在其管轄範圍內完全適用歐共體法和該法賦予個人的各項權利，並且必須將任何與該法相抵觸的國內法規置之不理，而不論此等規定是優先於還是後於歐共體規則。” Case 106/77 Simmenthal Case [1978] ECR 629.

⁵⁴ Gran Canaria Tomatoes Case, Hoge Road, Netherlands, 28 Jan 2005, Case C03/290. In the website of UNILEX: <http://www.unilex.info/case.cfm?pid+1&do=case&id=1012&step=Abstract>.

⁵⁵ 如“在一段合理的時間內”(reasonable time)，見 CISG 第 18 條 2 款，只籠統給出該規定卻未對合理時間具體是指多長一段時間進行規定，這會增加實際操作中的困難。

⁵⁶ Patterson (1986). United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Unification and the Tension Between Compromise and Domination. *Stanford Journal of International Law*. Volume 22. 288.

⁵⁷ Schwenzer (2007). National Proceptions that Endanger Uniformity. *Pace International Law Review*. Spring 2007/1. 103-124.

⁵⁸ 如 CISG 第 44 條規定，買方如果具備未發出所需通知的合理理由仍可獲得損害賠償。

⁵⁹ Hellner, J. (1988). Das Internationale Kaufrecht im Blickwinkel der Gesetzgebungstechnik. *Zeitschrift Für Gesetzgebung*. 259.

⁶⁰ 涂廣建：《澳門國際私法》，北京：社會科學文獻出版社，2013 年，第 195-202 頁。各國為了保護本國人的利益，均對屬人法加以限制，也可見：Luederitz, Internationales Privatrecht, Juristischen Lehrbuecher Bd 29, Frankfurt a. M. 1987, S. 114, RN232 (Geschaeftsfaehigkeit); Stephan Schlosshauer-selbach, Internationales Privatrecht, Heidelberg 1989, 53ff.; 范劍虹、田青編著：《跨國公司國際投資法》，澳門：澳門大學法學院法律叢書，2003 年，第 214 頁。

⁶¹ 與《葡萄牙民法典》第 498 相同。

⁶² 范劍虹：《德國締約過失的界定、案例群及其構成要件》，載於范劍虹、李紳：《德國法研究導論》，北京：中國法制出版社，2013 年，第 45-59 頁。

⁶³ 在法定代理方面，是在彌補本人能力的不足，像民法上無行為能力人、限制行為能力人，都不能單獨為法律行為，必須要有法定代理人的介入，補充這些人的能力，才能完成法律行為。其功能在於補充私法自治，使未成年人或受監護、輔助宣告之人得參與社會活動。法定代理原則須為完全行為能力人方得作為法定代理，但大陸法系也有地區與國家認為，於未成年人已結婚亦得擔任法定代理。

⁶⁴ 見《澳門民法典》第 255-262 條。

⁶⁵ 同註 60，第 222-223 頁。

⁶⁶ 相應的也可見《德國商法典》第 54 條以下。

⁶⁷ 《澳門民法典》雖然沒有限制行為的立法概念，但是在《澳門民法典》第 116 條包含了限制行為能力人所能行使的行為，彌補了對未成年人的正當利益的限制。《澳門民法典》第 256 條類似規定也是一種對未成年人的保護(《澳門民法典》第 251-262 條中的授權者是否就是代理人，在中文法中表達不一致，似乎不太妥當)。

⁶⁸ 合同另一方當事人以及因合同而直接取得權利的人，為撤銷相對人。在應對另一方採取單方法律行為時，另一方為撤銷相對人。在應對另一方或者行政機關採取法律行為時，即使已經對行政機關採取法律行為的，亦同。在其他單方法律行為的情況下，任何因法律行為而直接取得利益的人均為撤銷相對人。如果法律行為是向行政機關作出的，撤銷也可以向行政機關表示；行政機關應將撤銷通知與法律行為有直接利害關係的人。與法律行為有直接利害關係的人。

⁶⁹ 可見《德國民法典》第 120 條。

⁷⁰ 中國內地的合同法借鑒了 CISG 的條款，見范劍虹、田青編著：《跨國公司國際投資法》，澳門：澳門大學法學院法律叢書，2003 年，第 220 頁。

⁷¹ Article 4 of CISG: “This Convention governs only the formation of the contract of sale and the rights and obligations of the seller and the buyer arising from such a contract. In particular, except as otherwise expressly provided in this Convention, it is not concerned with: (a) the validity of the contract or of any of its provisions or of any usage...”

⁷² 同註 60，第 230-236 頁。

⁷³ 《台灣民法典》第 1 條說：民事法律所沒規定者，依習慣，沒有習慣者，依法理。這一條是從《瑞士民法典》移植過來的。大法官王澤鑿教授在中國政法大學的報告中透露：“台灣的最高法院說：比較法就有法理的地位。這也就是給了比較法在判決時的一個法律解釋的地位。我們在討論重大案件時，就會讓助理發一個傳真給德國聯邦憲法法院，要

- 求提供相關的資料”，見《台灣大學著名法學家王澤監教授法大之行》，載於中國政法大學新聞網：http://news.cupl.edu.cn/news/5211_20060921101117.htm；及高仰光、顏晶晶：《台灣大學著名法學家王澤監教授法大之行》，載於《比較法研究》，2006年5期。在大陸法系各國就有許多判例評論，這就是學說繼受與法院判例繼受的互動，它是推動法律發展的重要環節，見范劍虹、李紳：《德國法研究導論》，北京：中國法制出版社，2013年，第41-44頁。
- ⁷⁴ 當然澳門的卡特爾法(反壟斷法)尚需立法，目前的僅有的三條款不利於市場經濟的正常與持續的發展。競爭法包括反不正當競爭法與反壟斷法(Kartellrecht, 卡特爾法)。澳門的市場經濟的最為重要的主體法律框架尚需完善。此為題外專題，不在此論及。
- ⁷⁵ 同註60，第243-267頁。
- ⁷⁶ 是具有法律人格及行政和財政自治的公法人，見澳門第4/95/M號法律第1條。
- ⁷⁷ 見澳門第12/88/M號法律、澳門第4/95/M號法律、澳門第1/98/M號法律。
- ⁷⁸ 見澳門第50/92/M號法律、澳門第56/94/M號法律。
- ⁷⁹ 廣義的智慧財產權包括人類一切智力創作的成果，即根據《世界智慧財產權組織公約》的規定，其權利內容主要有以下各項：(1)文學、藝術和科學作品；(2)表演藝術家的表演以及唱片和廣播節目；(3)人類一切活動領域的發明；(4)科學發現；(5)工業品外觀設計；(6)商標、服務標記以及商業名稱和標誌；(7)制止不正當競爭，以及在工業、科學、文學或藝術領域內由於智力活動而產生的一切其他權利。狹義的智慧財產權，或稱傳統的智慧財產權，則包括工業產權和版權(即“著作權”)兩部分。
- ⁸⁰ 范劍虹、應堅：《澳門商法典中產品責任制度比較概論》，載於《法學論叢》，第6期，2007年，第1-34頁。
- ⁸¹ 同註60，第263頁。
- ⁸² Article 4 CISG: “This Convention governs only the formation of the contract of sale and the rights and obligations of the seller and the buyer arising from such a contract. In particular, except as otherwise expressly provided in this Convention, it is not concerned with: (a) the validity of the contract or of any of its provisions or of any usage; (b) the effect which the contract may have on the property in the goods sold.”
- ⁸³ Article 41 CISG: “The seller must deliver goods which are free from any right or claim of a third party, unless the buyer agreed to take the goods subject to that right or claim. However, if such right or claim is based on industrial property or other intellectual property, the seller's obligation is governed by article 42.”
- ⁸⁴ “The seller must deliver the goods, hand over any documents relating to them and transfer the property in the goods, as required by the contract and this Convention”.
- ⁸⁵ 范劍虹、陳科汝、劉耀強：《國際貨物買賣所有權與風險轉移的比較研究》，載於《“一國兩制”研究》，第10期，2011年，第70-87頁。
- ⁸⁶ 同上註。
- ⁸⁷ 陳偉佐譯註：《德國民法典》，北京：法律出版社，2004年，第293頁。
- ⁸⁸ 邵建東：《論德國民法典中的不要因原則》，載於《中德經濟法研究所年刊》，第1期，1990年，第124頁下。
- ⁸⁹ Heck, P. (1937). *Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft*. Verlag J. C. B Mohr; 孫憲忠譯，K·茨威格特、H·克茨：《“抽象物權契約”理論——德意志法系的特徵》，載於《外國法譯評》，1995年第2期，第2頁；孫憲忠：《再談物權行為理論》，載於《中國社會科學》，2001年第5期，第126頁；米健：《物權抽象原則的法理探源與現實斟酌》，載於《比較法研究》，2001年第2期，第49-51頁。
- ⁹⁰ 沈達明、馮大同編：《國際貿易法》，北京：北京大學出版社，1983年，第110頁。
- ⁹¹ 沈木珠：《國際貿易法研究》，北京：法律出版社，2002年，第78頁。
- ⁹² 同上註，第29頁。
- ⁹³ 吳益民：《〈聯合國國際貨物銷售合同公約〉與INCOTERMS 2000比較探析》，載於高永富、陳晶瑩主編：《國際貿易法論叢》，北京：北京大學出版社，2007年，第67頁。
- ⁹⁴ 同註60，第271-272頁。

⁹⁵ Article 39 CISG: “... (2) In any event, the buyer loses the right to rely on a lack of conformity of the goods if he does not give the seller notice thereof at the latest within a period of two years from the date on which the goods were actually handed over to the buyer, unless this time-limit is inconsistent with a contractual period of guarantee.”

⁹⁶ 同註 60，第 243-244 頁。

⁹⁷ 見台灣司法院大法官釋字第 107 號、第 164 號解釋。

⁹⁸ Art. 39 CISG: “(1) The buyer loses the right to rely on a lack of conformity of the goods if he does not give notice to the seller specifying the nature of the lack of conformity within a reasonable time after he has discovered it or ought to have discovered it.” 對於買受人已知的或可知的違約行為，消滅時效並不起作用。見 Art. 40 CISG: “The seller is not entitled to rely on the provisions of articles 38 and 39 if the lack of conformity relates to facts of which he knew or could not have been unaware and which he did not disclose to the buyer.”