

统一合同法的新发展

《国际合同使用电子通信公约》评述

The New Developments of Uniform Contract Law | 何其生 / 编著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

统一合同法 ⑤ 新发展

《国际合同使用电子通信公约》评述

The New Developments of Uniform Contract Law | 何其生 / 编著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

统一合同法的新发展/何其生编著. —北京:北京大学出版社, 2007. 11
ISBN 978 - 7 - 301 - 13116 - 9

I. 统… II. 何… III. 合同法 - 研究 IV. D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 177578 号

书 名: 统一合同法的新发展——《国际合同使用电子通信公约》评述

著作责任者: 何其生 编著

责任编辑: 邓丽华

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 13116 - 9/D · 1916

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印 刷 者: 北京宏伟双华印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米 × 980 毫米 16 开本 24 印张 406 千字

2007 年 11 月第 1 版 2007 年 11 月第 1 次印刷

定 价: 38.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

作者简介

何其生,男,1974年4月生,籍贯河南省固始县。现为武汉大学国际法研究所副教授、《武大国际法评论》副主编。曾获河南大学法学学士,武汉大学国际法硕士和博士学位;2002—2004年在北京大学做博士后研究工作。近年来,先后在《法学研究》、《中国法学》、《光明日报》等报刊上发表文章四十余篇,已出版专著《电子商务的国际私法问题》(法律出版社2004年版)和《域外送达制度研究》(北京大学出版社2006年版)两部,参编著作6部,为国家有关部门提供过多项咨询意见。先后前往英国 Cardiff 大学、荷兰海牙国际法学院和法国马赛三大学习,于2005年7月作为中国政府代表团成员之一前往维也纳参加联合国国际贸易法委员会第三十八届年会,参与了有关公约的谈判。博士学位论文《电子商务的国际私法问题》先后被评为湖北省和全国“优秀博士学位论文”,还有其他一些著作和论文分别获得“司法部第二届全国法学教材与科研成果二等奖”、北京仲裁委员会“北仲成立十周年有奖征文活动三等奖”等奖项。2006年获霍英东教育基金会第十届高等院校青年教师基金奖。2006年入选教育部“新世纪优秀人才支持计划”。

前 言

2005年夏天,笔者有幸受邀作为我国政府代表团成员,参加了联合国国际贸易法委员会关于《国际合同使用电子通信公约》最终文本的谈判。这一公约是继《联合国国际货物销售合同公约》和《电子商务示范法》之后,在统一合同法和电子商务法领域又一重要的国际文件。

《国际合同使用电子通信公约》于2005年11月23日由联合国大会通过,其宗旨是增强国际合同使用电子通信的法律确定性和商业可预见性。公约主要涉及的内容有:当事人的所在地、对提供情况的要求、对电子通信的法律承认、形式要求、发出和收到电子通信的时间和地点、要约邀请、自动电文系统在合同订立中的使用、合同条款的备查、电子通信中的错误以及根据其他国际公约进行的通信往来等。当事人的意思自治原则、技术中立原则和功能等同原则是该公约的核心三原则。公约不仅与《联合国国际货物销售合同公约》有着许多一脉相承的特点,而且对联合国国际贸易法委员会《电子商务示范法》和《电子签名示范法》有着许多借鉴和发展。公约于2006年1月16日至2008年1月16日开放供签署,截至2007年11月4日(本书杀青之日),就已经有15个国家签署了该公约^①,该公约还得到了国际商会热情的肯定和大力宣扬^②,从中足见公约的重要性和国际社会对其的认可度。中国政府是最早签署的3个国家之一。

考虑到该公约无论是在传统贸易法领域还是在电子订约领域,都有着许多新的发展和突破,笔者以为对公约的评析也会有着一定的价值。尽管联合国国际贸易法委员会于2006年6月专门通过了对公约的解释性文件,但这一文件只是就公约条文进行了解释说明,并没有涉及公约谈判中所存在的问题,以及各国在相关条文上的分歧和利益期待。经过慎重考虑和大

^① 这些国家是:中非共和国、中国、哥伦比亚、伊朗、黎巴嫩、马达加斯加、黑山、巴拿马、巴拉圭、菲律宾、俄罗斯、塞内加尔、塞拉利昂、斯里兰卡。

^② 具体内容可参见联合国国际贸易法委员会的网站和国际商会如下的网页:<http://www.iccwbo.org/policy/eblt/iechgdi/index.html?cookies=no>,作者于2007年11月4日访问。

量的资料收集,并结合作者对于互联网中国际法问题的研究兴趣,历经一年多时间梳理,笔者完成了《统一合同法的新发展——〈国际合同使用电子通信公约〉评述》一书的整理和撰写工作。

本书主要围绕《国际合同使用电子通信公约》而展开,从其产生背景、基本原则、主要内容等进行分析,最后综合评述。作者企图通过将《国际合同使用电子通信公约》与《联合国国际货物销售合同公约》、《电子商务示范法》、《电子签名示范法》以及中国的《电子签名法》进行比较,来整体把握和认识新公约,并对未来中国政府批准公约所可能面对的问题进行探索,提供相关问题的解决思路,供国家有关部门借鉴。

本书在编写过程中,着重于具体的规范分析,同时采用了历史、比较和案例分析等多种方法,旨在从历史的角度记录公约历次谈判的条文草案、争议和主流观点,使读者能全面系统地把握公约的内容。在条文的分析中,以问题为导向,针对每条、每款所存在的问题,尤其是各国观点上的差异,进行比较,使我们在关注公约先进性的同时,了解其不足。尤其在利益争夺中可能导致的不利之处,更是本书倾心关注的重点。书中既有理论上的探析,也有对各国司法实践的归纳总结。希望能为我国的实务界在解决电子商务纠纷中正确把握公约提供参考,也希望能为国内从事该领域教学和研究的人员以及学生提供第一手的参考资料。

本书的最大不足之处主要是语言问题,因为有关该公约的主要资料都是英文,有些虽然是中文,但也有着明显的翻译痕迹,尽管经过作者多次修改和润色,但笔者依旧担心许多语句不够“本土化”,因此而使读者产生阅读上的麻烦和负担,这里竭诚欢迎学界同仁和广大读者批评、指正。

本书得以面世,离不开许多学界前辈、同仁以及学友的支持和鼓励。我的博士导师黄进教授不仅启迪我对电子商务的国际法律问题产生了强烈的兴趣,而且推荐我参加公约的谈判。在参与公约的谈判过程中,与中国人民大学的杨立新教授、最高人民法院的张树明法官、商务部的任清等在维也纳期间彼此鼓励,相互探讨公约的相关问题,留下了许多美好的回忆。还要感谢的是我的硕士导师肖永平教授,在我回国之后,欣然解决了我在国外期间的相关费用,也解决了我一个很大的经济负担。

长期以来,武汉大学国际法研究所良好的学术研究氛围,使我受益良多。武汉大学法学院的党政领导和老师们也在生活上给予了我许多的关心

和支持。而许多良师益友的帮助和提携,一如王明元先生、曾令良教授、张湘兰教授、郭玉军教授、段兰玲院长等,让我受益颇多,同时又永生难忘。而本书能够出版更离不开北京大学出版社李霞和邓丽华两位女士的相助,离不开全国优秀博士学位论文作者专项资金(项目批准号 200405)和霍英东教育基金会高等院校青年教师基金的资助,在此特致谢意!

最后,我要把最深的谢意献给我的父母,他们虽然年事已高,但为了减轻我们经济上的压力,又再次执意种上了十多亩的农田,过上自给自足的生活。感谢我的岳母,她总是在我们最为困难的时候,无私地伸出援助之手。感谢我的妻子田萌女士,她不仅使我平凡的生活增添了许多惬意,更在繁忙的工作之余承担起绝大部分的家务,使我得以全力以赴地工作。

笔 者

于 2007 年 11 月

CONTENTS 目 录

第一章 公约的起草背景	1
第一节 电子订约对《联合国销售公约》的挑战	2
第二节 贸法会起草《电子通信公约》的讨论和决定	14
第三节 国际商会在电子订约领域的工作	21
第四节 公约的序言与基本原则	26
第二章 公约的适用范围	30
第一节 适用范围	30
第二节 不适用的情形	49
第三节 当事人意思自治原则	61
第三章 公约的总则	66
第一节 相关术语的界定	66
第二节 解释	78
第三节 当事人的所在地	80
第四节 对提供情况的要求	99
第四章 国际合同使用电子通信	108
第一节 对电子通信的法律承认	108
第二节 形式要求	118
第三节 发出和收到电子通信的时间和地点	162

CONTENTS 目 录

第四节	要约邀请	197
第五节	自动电文系统在合同订立 中的使用	207
第六节	合同条款的备查	212
第七节	电子通信中的错误	219
第五章	公约的最后条款	241
第一节	区域经济一体化组织的参与	241
第二节	关于适用范围的声明	249
第三节	根据其他国际公约进行的 通信往来	260
第四节	公约的其他条款	311
第六章	公约评析与中国加入公约问题	323
第一节	《电子通信公约》评析	323
第二节	中国与《电子通信公约》	338
附录一:	联合国国际合同使用电子通信公约	351
	Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts	359
附录二:	文中所引国际贸易法委员会文件 编号与全称	371

第一章 公约的起草背景

联合国国际贸易法委员会(以下简称“国际贸易法委员会”或“贸法会”)先后于1996年和2001年颁布了《电子商务示范法》和《电子签名示范法》。自2001年起,贸法会考虑到虽然《联合国国际货物销售合同公约》(下称《联合国销售公约》)在通常情况下也适合于使用电子手段所达成的合同,但由于电子订约与传统的订约方式存在巨大差异,《联合国销售公约》的许多规则在适用于电子订约时尚存在很多不足,因而决议拟订一项关于电子订约的新国际文书。^①而且当时贸法会正在考虑试图解决现有国际公约中妨碍电子商务发展的法律障碍,于是,决定将二者结合起来,由贸法会第四工作组(也就是“电子商务工作组”)开始起草和审议《国际合同使用电子通信公约》(the Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts,以下简称《电子通信公约》或“公约”)。关于公约的标题,也曾经多次变化,最初使用的是“电子订约公约”^②,后因为整个公约的范围超出了电子订约^③的内容,尚有消除国际贸易文书中妨碍电子商务发展障碍

① 参见何其生:《电子订约与〈国际货物销售合同公约〉的发展》,载《比较法研究》2004年第3期,第126—133页。

② 公约最初的英文标题为:“preliminary draft convention on international contracts concluded or evidenced by data messages”,See the Documents of 41st Session (New York, 5—9 May 2003) of UNCITRAL Working Group IV (Electronic Commerce), A/CN.9/WG.IV/WP100。

③ “电子订约”一词虽然在审议中经常使用,但工作组并未对之下过定义。不过,从工作组的审议情况来看,使用这个词是指通过电子通信手段或《电子商务示范法》第2条(a)项含义内的“数据电文”的手段订立合同。对“电子订约”一词的这种理解也是与法律著作中对这个词所给予的含义相一致的。事实上,“电子订约”被视作“一种订立协议的方法,而不是以任何特定主题事项为基础的一个分类”。See Donnie, L. Kidd, Jr. and William Daughtrey, Jr., *Adapting Contract Law to Accommodate Electronic Contracts*, Rutgers Computer and Technology Law Journal, Vol. 26, p. 269. 该文写道:“[...] an electronic contract is not a special type of contract, but a method of contracting. A special type of contract is identified by the subject matter of the contract rather than the manner in which the contract is formed.”

方面的内容,而改为现在的名称。^①

电子商务工作组历经7次会议,三年半的时间,于2005年7月在维也纳召开的贸法会第三十八届会议^②上审议核准了公约草案。2005年11月23日第60/21号联合国大会决议通过了公约,并定于2006年1月16日至2008年1月16日开放供签署。在联合国国际贸易法委员会第三十九届会议上(2006年6月19日至7月7日,纽约)还通过了《关于〈国际合同使用电子通信公约〉的解释性说明》(以下简称《公约的解释性说明》)^③,供各国参考和理解。

实际上,公约的起草有一个长期酝酿的过程,在这一过程中,贸法会考虑了其前期所开展的工作;国际商会就电子商务所开展的工作,尤其是其制订的《国际商会电子订约指南》和《国际商会2004年电子商务术语》;联合国机构和专门机构在电子商务方面所开展的工作;其他政府间和非政府间组织在电子商务方面已进行和即将进行的工作。考察这些机构的工作不仅是为了避免重复劳动,而且是为了力争使贸法会起草新公约的工作得到更广泛的关注和支持。《电子通信公约》的拟订不仅起因于电子订约对《联合国销售公约》的挑战,而且是对多项议题慎重权衡并得到大多数贸法会成员国认可后,方才开展的工作。下文就公约的起草背景加以介绍。

第一节 电子订约对《联合国销售公约》的挑战

电子订约主要是指通过数据电文手段订立或证明合同的方式。近年来,随着电子商务的发展,电子订约越来越普遍。虽然“电子合同”并不被认为与“书面合同”有根本上的差别,不过,电子商务在缔约方式上却与传统手段有着很大的差别,因此,虽然通过消除使用现代通信手段的法律障碍而作

① 当时提交给国际贸易法委员会第三十八届年会的公约最终草案就暂定名为“国际合同中
使用电子通信公约”(Draft Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts), See United National Commission on International Trade Law, the Documents of Thirty-eighth session named Draft Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts, A/CN.9/577。在2005年7月贸法会第三十八届年会最后的谈判中,美国建议删除“the use of”,塞尔维亚曾建议改为“国际合同电子形式公约”,智利建议改为“通过电子形式的国际合同公约”,但因为新加坡、丹麦、德国等大多数国家支持“国际合同使用电子通信公约”标题,从而最终确认了这一标题。

② 文中多次提到了电子商务工作组会议和贸法会委员会的会议。贸法会共设六个工作组,第四工作组主要处理的是电子商务方面的工作。工作组会议根据相关工作的需要,可多次进行。而贸法会委员会的会议通常指其年会。

③ 文件编号为A/CN.9/608系列。

出的努力可能并不主要涉及实质性法律问题,但仍可能需要对订立合同的传统规则进行修改,以适应电子商务的需要。

一、适用范围

(一) 销售交易的国际性

《联合国销售公约》第1条规定,公约仅适用于营业地在不同国家的当事人之间所订立的合同。而根据第1条第2款的规定,当事人营业地在不同国家的事实,如果从合同或从订立合同前任何时候或订立合同时,当事人之间的任何交易或当事人透露的情报均看不出,则合同的“国际性”“不予考虑”。由于电子商务使国内和国际交易的界限趋于模糊,上述《联合国销售公约》中的条款是否能够确定某一电子交易的国际性有待考查。

如果通过电子手段达成合同的当事人清晰地表明了他们营业地所在的位置,该销售交易的国际性则由当事人所明示的营业地决定,即使一方当事人有一个以上的营业地。假如当事人在达成合同之前或之时没有明示其相关的营业地,则问题是能否从既存的环境中推定相关营业地的位置。在此问题上,有人认为,考虑电子信息的发出地也许是合适的。一方当事人使用的地址连带着与具体国家相关联的域名(如地址的结尾“.cn”代表着中国,“.de”代表着德国,等等),则可以推定营业所在地在该国家。因此,一个销售合同中,如果一方当事人使用的电子邮件地址指向一个具体的国家,而另一个当事人使用的电子邮件地址指向另一个不同的国家,则该合同就应被认为是国际性的。^①相应地,根据《联合国销售公约》第1条第2款的规定,当事人不能因借口没有意识到交易的国际性特征而排除公约的适用。然而这种方法也许会遗漏在“.com”、“.net”这类顶级域名的地址中,该电子邮件地址没有和任何特定国家相联系的情况。不过,有人认为,在这种情况下,合同能一直被假定是国际性的。其推理理由是:使用一个不和任何特

^① 参见 A/CN.9/509,第58段。不过,在没有进行这种核实的国家中,不可自动地将某一电子邮件地址或域名视为在功能上等同于某一当事人营业地的实际地点。根据互联网名字与编号分配公司(即 ICANN, Internet Corporation for Assigned Names and Numbers)的规定,包括国家编码在内的顶级域名的分配“委托由指定的管理人负责处理,该管理人依照酌情制定的最适合所涉国家或领土的经济、文化、语言和法律情况的本地政策处理国家编码顶级域名”(www.icann.org/tlds/)。不必说,每一个国家都为在其法域内分配域名制定了自己的详细规则。例如,瑞典域名登记制度似乎要求证明公司对域名的权利要求及其与该国的联系,德国等较“自由”的国家则仅要求某一“联系人”存在于该国(见 Frederik Roos 所著《“先到,但得不到”:瑞典的域名管理》,载 International Review of Law Computers and Technology,第17卷,第1期,第70页)。

定国家相联系的地址,可以认为是当事人不想固定于任何特定的国家,而是想保持着全球的可接入性。这种方法能够纳入《联合国销售公约》第1条第(2)款中,即推定任何人与使用该地址的当事人进行电子订约都应该意识到它是国际性的。

但遗憾的是现行域名指定系统最初并不是按地名构思的,一个域名与一个国家表面上的联系,本身并不足以确定该域名使用者和该国之间有真正的、永久的关联。而且在域名不变的情况下,服务器可以随意移动,因此,标示同一个国家域名的网址,服务器可能在不同的国家;而标示不同国家域名的网址,服务器又可能在同一个国家,这就使上述方法有欠周全。^①

另一个也许可以被用来决定《联合国销售公约》体制下电子销售交易国际性的方法,就是在电子订约的情况下,重新界定“营业地”的含义。此种界定当然不应取代《联合国销售公约》中所通常理解的“营业地”的概念,而应是在该公约没有对“营业地”加以界定情况下的新发展。它应该符合容易确定当事人营业地的需求,还应避免造成任何一方当事人在电子订约的情况下营业地在一国家,而在传统工具订约的情况下营业地在另一个国家的情形。^②但问题是法律实体订立合同所用信息系统的支持设备和技术的所在地,或者其他人可能与此种信息系统联通进行查询的访问地,其本身是否可以构成营业地?仅凭某人使用与某一特定国家相关联的域名或电子信箱地址,能不能推定其营业地位于该国?这些问题都有待规范。

(二) 销售交易的当事人

尽管交易的国际性特征和《联合国销售公约》的可适用性取决于当事人营业地的位置,但对于当事人的概念在《联合国销售公约》中却没有相应的界定,因此,就产生了谁是合同当事人的问题。该问题并非仅在电子订约的情况下产生,在通过传统方法缔约的情况下也同样会面临,例如,卖方利用自己是中间人的合作方缔结合同的情况,就可能产生这一问题。而在电子订约中,销售交易当事人的确定主要是怎样认定“电子代理人”的责任能力问题。

^① 参见 A/CN.9/WG.IV/WP.104,第18—20段。

^② 针对这种方法,有人甚至认为,可以将“营业地”的提法用“买卖方所在地”加以替代,而“所在地”则主要是指“当地服务商所在地”。参见舒琦:《电子商务对〈国际货物买卖合同公约〉的冲击及对策》,载《国际贸易问题》2000年第11期,第49页。

自动化信息系统,有时称为“电子代理人”^①,正越来越多地应用于电子商务。虽然贸法会《电子商务示范法》考虑了完全自动化系统的使用,但除了第13条第2款(b)项关于归属问题的一般规则以外,没有具体涉及这些系统。^② 由于《联合国销售公约》并不处理代理问题,在确定本人还是代理人是某一具体合同当事人的问题上,将取决于有关国内法的规定。在理论上,该种解决方法也应同样适用于电子订约中的电子代理。但在审查上述方法是否合适的问题上,应该提及的是,在国际贸易法委员会《电子商务示范法》工作组准备案文时,人们普遍认为计算机不应该成为任何权利或义务的主体。^③

然而,“电子代理”一旦被一当事方启动,便可在其不再进一步注意下,在所编制的程序参数范围内开始运作、回应或者同其他当事方或其他当事方的电子代理人进行相互联系,因此,其具有相对独立性。^④ 虽然使用自动化系统进行采购单签发或请购单处理之类的工作似乎与《联合国销售公约》的规定一致,《联合国销售公约》允许当事人确立自己的规则^⑤,但似宜指明由人编制程序和使用的自动化系统,其产生的行动将对系统的使用者具有约束力,不管对一项特定的交易是否进行人工复查。也即作为一项原则,经由计算机程序代为处理商务的人(自然人或法人)最后应当对该机器生成的任何电文承担责任,因为工具毕竟没有其自己独立的意志。但这一结论迄

① 实际上,将自动化系统类比为销售代理是不适当的,因为针对此类系统的运作,不能适用代理法的一般原则(例如,关于因代理人过失行为而引起的赔偿责任限度的一些原则等)。

② 《电子商务示范法》第13条第2款(b)项规定,在发端人和收件人之间,如果数据电文是通过“由发端人设计程序或他人代为设计程序的自动运作的信息系统发送”的,即认为该电文属于发端人。

③ 参见国际贸易法委员会:《电子商务示范法颁布指南》(the Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce),第35段。

④ T. Allen and R. Widdison, *Can computers make contracts?*, Harvard Journal of Law and Technology, Vol. 9 (winter 1996), pp. 25—52; Lawrence B. Solum, *Legal personhood for artificial intelligences*, North Carolina Law Review, Vol. 70, 1992, pp. 1231—1287; 和 Leon E. Wein, *The responsibility of intelligent artifacts: toward an automated jurisprudence*, Harvard Journal of Law and Technology, Vol. 6, 1992, pp. 103—154; David D. Wong, *The emerging law of electronic agents: e-commerce and beyond*, Suffolk University Law Review, Vol. 33, 1999, pp. 83—106; See also Jean-François Lerouge, *The use of electronic agents questioned under contractual law: suggested solutions on a European and American level*, John Marshall Journal of Computer and Information Law, Vol. 18, winter 1999, pp. 403—433. 同样,从普通法的角度参见 C. C. Nicoll, *Can computers make contracts?*, The Journal of Business Law, January 1998, p. 42。

⑤ 《联合国销售公约》第6条规定:“双方当事人可以不适用本公约,或在第12条的条件下,减损本公约的任何规定或改变其效力。”

今尚未有任何国际文件进行确认。^①

(三) 货物^②

《联合国销售公约》仅仅适用于国际“货物”销售合同,但公约并没有对什么是“货物”进行界定。然而,这并不意味着“货物”的概念应该根据国内法去解释,就像《联合国销售公约》中所规定的大多数概念(第7条)一样,“货物”的概念应该自动性地理解,以保证该公约适用的统一性。实践中,《联合国销售公约》体现了一个相当保守的“货物”概念,无论是在法律文书还是在有关判例法中,基本上是指可移动的有形物品。这样,诸如专利权、商标权、版权、有限责任公司的配额^③以及专门知识等无形资产都不被认为是“货物”,同样,不动产也是如此。

然而,问题是《联合国销售公约》能否包含人们有时称之为“虚拟货物”和那些也能够归入“服务”领域的东西。在这个问题上,一些学者认为,软件交易可以归入《联合国销售公约》的实质性适用范围,尽管软件不是一种有形货物,在一定程度上它不是专门定做的,但智力活动最终会并入有形的货物,例如,作为许多智慧的载体——书和光盘被卖的事实,就可以纳入《联合国销售公约》的范畴。不过,这种观点将把那些未外化成有形货物的软件的销售,特别是那些以电子形式发送软件的交易,排除在《联合国销售公约》实质性适用范围之外。而且由于上述观点尚未得到普遍认可,在该公约的意义上,进一步澄清软件能否被视为“货物”对于保证适用的统一性是相当重要的。^④另外,值得注意的是,即使软件在《联合国销售公约》的意义上被认为是“货物”,“定做的软件”也可能被排除在该公约适用范围之外。因为根据公约第3条第2款的规定,公约“不适用于供应货物一方的绝大部分义务在于供应劳力或其他服务的合同”。因此,似宜在《联合国销售公约》的规定之外,进一步探索其所可能延伸范围的示范性规则,以使其涵盖网络空间中软件和其他一些非物质性产品的销售。

① 参见 A/CN.9/WG.IV/WP.95,第71—73段;A/CN.9/WG.IV/WP.104/Add.4,第3—5段。

② 参见电子商务工作组第三十八届会议材料,文件编号 A/CN.9/WG.IV/WP.91,第20—25段。

③ 参见匈牙利工商业商会所属仲裁院(Arbitration Court attached to the Hungarian Chamber of Commerce and Industry),1993年12月20日第161号案件(20 December 1993, = CLOUT case n. 161)。

④ 参见电子商务工作组第三十八届会议材料,文件编号 A/CN.9/WG.IV/WP.91,第22段。

(四) 销售合同

《联合国销售公约》是否适用于“虚拟货物”的问题,不仅取决于“虚拟货物”(有的人认为是服务)^①是否应包含于公约“货物”的概念之中,还涉及如何理解“销售合同”的问题。《联合国销售公约》没有明确地界定“销售合同”,通常,该公约适用范围内“销售合同”的概念能够从当事人不同的权利和义务得以推定。即在实践中,“销售合同”能够根据下述事实判定为一个合同:卖方必须交付货物,移交单据,转移被卖货物的所有权,而买方则须支付价款和接受货物。考虑到上述“销售合同”的涵义,对于“虚拟货物”(或服务)的交易,一些人认为,其中有些货物的交易不应归入该定义的范畴,因为它们是许可的形式,而不是销售。例如,在销售合同下,买方(如用户)能够无限制地自由使用所买的产品,并且清晰地划清专利权人和版权人对含有专利和版权保护的劳动产品的控制范围;相反,一个许可证协议允许“虚拟货物”的生产者或开发者在随后的许可证颁发链中对产品实行控制。^②因此,没有充足的理由来决定是否《联合国销售公约》应该扩展适用于“虚拟货物”(服务)的销售。^③

(五) 货物销售中消费者的目的

根据《联合国销售公约》第2条的规定,该公约不适用于“购供私人、家人或家庭使用的货物的销售,除非卖方在订立合同前任何时候或订立合同时不知道而且没有理由知道这些货物是购供任何这种使用”。《联合国销售公约》之所以将消费者合同排除在外,主要是因为传统的国际贸易中,个人为私用目的直接从外国购买商品的数量非常有限^④,只有在交易的消费者目的不明显情况下,公约才作为例外而涵盖消费者合同。但电子商务的出现使传统的贸易模式发生重大变化,厂商通过因特网直接与外国消费者签订合同进行交易的方式已成为电子商务的主流,因此,有人认为,再把“消费者合同”排除在《联合国销售公约》的适用范围之外,将使公约所能发挥的

① 世界贸易组织也对此进行了多次讨论,因为定性直接涉及《货物贸易协定》和《服务贸易协定》哪一个适用的问题,从而也就涉及各国利益的纷争,因此,至今仍未达成协议。

② 参见 A/CN.9/484,第116—117段。

③ 参见电子商务工作组第三十八届会议材料,文件编号 A/CN.9/WG.IV/WP.91,第26—29段。

④ 《联合国国际货物销售合同会议正式记录:会议文件和全体会议及主要委员会会议简要记录》(联合国出版物,出售品编号:E.81.IV.3),第16页。

作用大打折扣。^①

而对于消费者交易的判断,通常情况下,买方是仅有的一个知道交易目的的人,当买方通知卖方交易的目的是供私人、家人或家庭使用时,则《联合国销售公约》将不予以适用。然而,根据有关法律资料,如果买方未向卖方说明这一目的,那么,该公约能否适用将取决于卖方是否有能力认识到这一目的。为了确定是否存在这种可能性,应考虑所购买物品的数量或性质等要素。^② 但该条所使用的“除非卖方在订立合同前任何时候或订立合同时不知道而且没有理由知道这些货物是购供任何这种使用”的措词,在电子交易的情况下,十分不妥。因为电子交易在大多数情况下,卖方很难知道买方的目的,“理应知道”很难加以判断和适用。^③ 不过,由于随着互联网这类开放式通信系统所提供的联系便利,消费者购买外国销售方货物的可能性大于在有纸化环境中的可能性,对于这个问题,或许可作如下处理,即规定通过开放式通信系统提供货物或服务的销售方必须向与其订约的对方提供可说明合同目的的手段,从而使购买者的目的得以明示。但实践中这种做法的可行性似乎不强。

二、形式

(一) 一般问题

尽管根据《联合国销售公约》第4条第1款的规定,它一般不处理有效性问题,但它却又在具体的条文中明确地处理国际货物销售合同形式的有效性问题的。《联合国销售公约》第11条规定:“销售合同无须以书面订立或书面证明,在形式方面也不受任何其他条件的限制。销售合同可以用包括人证在内的任何方法证明。”该条确立了《联合国销售公约》体制下合同的形式和证据免于任何形式要求的原则,合同能以口头、书面或其他任何形式

^① 参见 A/CN.9/527,第84段。对于这种观点,笔者不敢苟同。首先,许多国家认为消费者权益属于公共秩序事项,所以就任何实质性规则达成一致可能非常困难;其次,如果将消费者交易包括在内,那么合同自由原则便不可能有充分的空间;再次,对于电子商务领域的消费者问题,目前国际上存在着两大体系,一是以电子商务比较发达的美国为代表的来源地国规则,一是以广大发展中国家和欧盟为代表的目的地规则,前者倾向于保护公司的利益,后者则倾向于保护消费者的利益,二者目前很难达成妥协。不过,我们或许可以把排除消费者交易作为缔约国的一种选择来进行规定。

^② 《联合国国际货物销售合同公约会议正式记录:会议文件和全体会议及主要委员会会议简要记录》(联合国出版物,出售品编号:E.81.IV.3),第16页。

^③ 参见2004年3月15日纽约《电子商务工作组第四十三届会议工作报告》,文件编号A/CN.9/548,第103段。