

The Application of the Fundamental Breach of Contract System in the CISG

Yaqian Han

The North China Electric Power University, Beijing
Email: 382426835@qq.com

Received: Nov. 26th, 2014; revised: Dec. 13th, 2014; accepted: Dec. 26th, 2014

Copyright © 2015 by author and Hans Publishers Inc.
This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY).
<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

Abstract

Fundamental breach of contract system is an important system. The Article 25 in CISG described the judgment standard of the fundamental breach of the contract. The standards specified in the convention contain the subjectivism in the continental law system and the objectivism in Anglo-American law system, and provide the reference basis for national legislation. Analyzing the specific applicable situations and the legal consequences of the fundamental breach of contract system and being familiar with the remedies and matters needing attention in the international sale of goods can make a better application of this system in trade practice in our country.

Keywords

CISG Convention, Fundamental Breach of Contract, Remedies, Difficult Problems

论CISG中根本违约制度的适用

韩亚倩

华北电力大学, 北京
Email: 382426835@qq.com

收稿日期: 2014年11月26日; 修回日期: 2014年12月13日; 录用日期: 2014年12月26日

摘要

根本违约制度是一项重要的制度, CISG公约第二十五条对根本违约的判断标准作了规定, 公约中规定的

标准兼采大陆法系与英美法系的主客观主义，为各国相关立法提供了借鉴的依据。分析根本违约制度适用的具体情形以及法律后果，熟悉对国际货物买卖中根本违约的救济方法以及在适用该制度时需要注意的事项，可以使我国更好的将这一制度运用于贸易实践。

关键词

CISG公约，根本违约，救济方式，疑难问题

1. CISG 中根本违约的概念和判断标准

1.1. CISG 中根本违约的概念

根本违约，是指合同一方当事人违反合同的行为致使该合同的目的不能实现，另一方当事人可以宣告合同无效并要求对方承担违约责任^[1]。在国际货物买卖中，若合同一方当事人违反合同约定或者法律规定，实施的违约行为使对方遭受重大损失，失去了合同利益，则构成根本违约，守约方可宣告货物买卖合同无效，并要求违约方承担相应的责任。

1.2. CISG 中根本违约的判断标准

《联合国国际货物销售合同公约(1980)》第 25 条规定：“一方当事人违反合同的结果，如使另一方当事人蒙受损害，以致于实际上剥夺了他根据合同规定有权期待得到的东西，即为根本违反合同，除非违反合同一方并不预知而且一个同等资格、通情达理的人处于相同情况中也没有理由预知会发生这种结果”。

CISG 公约对根本违约的认定从两个标准来判断，一是客观标准，即使一方“蒙受损害，以致于实际上剥夺了他根据合同规定有权期待得到的东西”，二是主观标准，即“除非违反合同一方并不预知而且一个同等资格、通情达理的人处于相同情况中也没有理由预知会发生这种结果”。

1.3. CISG 中根本违约的具体情形

1.3.1. 预期违约

预期违约又称为先期违约，是指在合同履行期限到来之前，一方当事人无正当理由，但以语言或行为的方式明确表示其在履行期限到来时将不履行合同，或者将不可能履行合同。CISG 公约第 72 条规定，预期违约只需要一方根本违反合同的可能性极大，而不需要完全有把握对方一定会这样做，另一方即可以此为由解除合同。在国际货物买卖中，预期根本违约大多发生在合同一方经济情况发生严重恶化、丧失商业信用，并且在合理期限内不能提供有效担保的情况下。

1.3.2. 履行不能

履行不能又称为拒绝履行和给付不能，是指由于某种原因，合同一方当事人事实上已不可能履行合同。

依大陆法系学说，履行不能分为自始不能与嗣后不能。自始不能，是指在合同成立时合同的标的物就不存在，合同的给付行为根本无法实施，比如出卖本不存在之物。嗣后不能，是指在合同有效成立之后，由于一定的外在原因而无法履行合同，比如合同标的物在交付之前灭失。自始不能是有关合同是否有效成立的问题，而嗣后不能是关于合同的履行及违约的问题。自始不能和嗣后不能的情形都将致使合同目的不能实现，构成根本违约，无辜方当然享有解除合同的权利。但是，笔者认为，在自始不能的情况下签订的合同本就属于无效合同，即使要承担责任也应承担缔约过失责任，何来违约之说？当然，CISG

公约只调整合同当事人之间的权利义务问题，至于合同的效力问题则由国内法来调整。

1.3.3. 迟延履行

迟延履行有给付迟延和受领迟延两种情形，有可能构成根本违约的情况是在给付迟延中，一方当事人迟延履行其主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行，或者当事人一方迟延履行债务致使合同目的不能实现的，当事人可以解除合同并请求赔偿损失。

根据 CISG 公约中的相关规定，对于迟延履行的情形我们可以分情况来处理：第一，在规定了合同的履行期限时，负有履行义务的一方届期不履行合同，另一方即可宣告合同无效；第二，负有履行义务的一方届期不能履行合同，另一方可以给与对方一定合理的宽限期，若宽限期届满对方仍然不履行合同，另一方即可宣告合同无效。

1.3.4. 瑕疵履行

瑕疵履行是指债务人虽然履行了合同，但履行不符合法律规定或合同约定的条件，也就是履行存在瑕疵，致减少或丧失履行的价值或效用的情形。瑕疵履行不一定会产生根本违约的情形：瑕疵能补正的，债权人有权拒绝受领，要求对方补正，并不承担受领迟延的责任；标的物虽能补正但对债权人已无利益的，债权人得宣告合同无效；瑕疵不能补正的，债权人得拒绝受领，宣告合同无效，并请求对方给予损害赔偿。

根据 CISG 公约的规定以及一些国家的司法实践，对于判断瑕疵履行是否构成根本违约主要考虑两个因素：第一，是否影响合同目的的实现。若违约方的瑕疵履行使得合同目的无法实现，非违约方因合同可期待获得的利益遭到破坏，则可认为此时的瑕疵履行构成根本违约；第二，违约方是否做出补救措施以及补救措施的有力性。违约方出现瑕疵履行的情形时，应当采取一切可能的补救措施为瑕疵做补正。若违约方消极对待自己的瑕疵，非违约方即可宣告合同无效并请求损害赔偿。但是有时即使违约方积极的做出了补救，仍然构成根本违约，即补救措施无法弥补瑕疵的情况。

2. 根本违约的法律后果

2.1. 根本违约与宣告合同无效

2.1.1. 根本违约赋予守约方宣告合同无效的权利

《联合国国际货物销售合同公约》第五章第五节专门规定了宣告合同无效的法律效果：合同在被宣告无效之后并不影响非违约方的损害赔偿请求权，负有归还货物义务的一方应当按照实际收到货物的原状返还货物，负有归还价款义务的一方应当归还价款及利息。

2.1.2. 根本违约对宣告合同无效权利之行使的限制

根本违约制度的设立，最重要的意义并不是使守约方在对方严重违约的情形下享有宣告合同无效的权利，而是对于这一权利行使的限制^[2]。虽然根本违约制度赋予无辜方宣告合同无效的权利，但当合同一方根本违约时，合同不必然被宣告无效。若合同一方违反合同本质条款，另一方仍然愿意继续履行合同也无可厚非，因为合同是双方意思自治的结果，注重当事人的意思表示，合同当事人对自己的合同权利享受完全的处分权。

2.2. 根本违约与免责条款

一般学理上认为，合同中构成根本违约的一方当事人不能够援引免责条款来推卸责任^[2]。因为诚实信用原则是合同的根基，为维护双方之间的公平正义，根本违约制度阻却免责条款的适用。当然，免责条款也并非绝对不能援引。免责条款可以为合同双方分配合同风险，其功能具有一定的价值，且根本违约阻却免责条款的适用是为了维护当事人双方之间的公平正义，但是若双方当事人在合同中明确约定了

免责条款则可以引用，因为我们要尊重当事人的意思自治，使免责条款发挥其功能。

3. CISG 中根本违约的救济方式

3.1. 实际履行

CISG 公约第 46 条和第 62 条规定了实际履行这一救济措施，买方要求卖方实际履行主要适用于卖方交付的货物不符合合同规定，并且这种不符构成根本违反合同时，在发现货物不符时或者之后的一段合理时间内通知卖方。卖方要求买方实际履行主要适用于买方不支付价款或者收取货物时，并且卖方不得采取与实际履行这一要求相违背的措施，比如转卖货物或者解除合同，除非买方已明确表示不履行合同。但是，若货物易腐烂或者保管将产生不合理费用时，卖方可以在通知买方后转卖货物，此时卖方就不能再要求买方实际履行，只能要求损害赔偿。

然而，法院是否支持实际履行这一救济措施依赖于各国的国内法。因为实际履行原则是大陆法系国家的通用做法，在英美法系国家，发生根本违约时，最先适用损害赔偿原则，只有当损害赔偿原则不能弥补守约方的损失，并且实际履行可能实现时，才允许守约方要求违约方实际履行。

3.2. 减价

减价是当卖方根本违约时买方的救济措施。当卖方瑕疵履行，交付的货物不符合合同时，买方可要求减少价款。CISG 公约第 50 条对减少价款作了规定，但是，在以下两种情况下买方丧失要求减价的权利：第一，卖方对瑕疵履行积极做出补救；第二，买方拒绝卖方因瑕疵履行而做出的补救或者对卖方提出的补救措施没有在合理时间内给予回复。实际上，减价也是大陆法系国家通用的惯例，在英美法系国家，通常用损害赔偿的方法来替代。

3.3. 宣告合同无效

CISG 公约第 49 条和第 64 条分别规定了买方和卖方可以宣告合同无效的情况：第一，对方不履行合同构成根本违约；第二，在守约方给予的宽限期届满后对方仍不履行合同；第三，对方明确声明将不履行合同。

在卖方根本违约的情况下，如果卖方已经交货，买方就丧失了宣告合同无效的权利，除非：第一，在迟延履行中，买方在被通知交货后的合理期间内宣告合同无效；第二，在瑕疵履行中，买方在检验货物发现货物不符后的合理期间内宣告合同无效；第三，在瑕疵履行中，买方给予卖方做出补救措施的宽限期届满，但卖方仍未能实施补救或者做出的补救措施无法弥补买方的损失^[3]。同样的，在买方根本违约的情况下，如果买方已经支付了价款，卖方就不得宣告合同无效，除非有以下三种情况：第一，在知道买方迟延履行之前宣告合同无效；第二，对于买方迟延履行之外违反合同的行为，卖方在得知之后的合理时间内宣告合同无效；第三，卖方给予买方的宽限期届满后或者买方明确声明将不履行合同之后宣告合同无效。合同被宣告无效后，双方各自返还价款和货物。

3.4. 损害赔偿

损害赔偿原则在英美法系国家运用较广，尤其是当买方根本违约时，卖方通常不会选择实际履行的救济方法，一方面因为货物的不易保存性，另一方面因为国际市场价格变化太快，因此卖方更乐于选择宣告合同无效后，将货物转卖，并向买方要求损害赔偿的救济措施。CISG 公约中对损害赔偿原则规定为，在一方违约时，另一方不会因为行使其他补救办法而丧失请求损害赔偿的权利，并且损害赔偿原则可以和其他救济措施并用，但不得超出损失的部分。

4. 适用 CISG 中根本违约制度的疑难问题

4.1. 根本违约制度的具体判断标准

CISG 公约第 25 条规定了根本违约的判断标准，包括客观方面“使一方当事人蒙受损害，以致于实际上剥夺了他根据合同规定有权期待得到的东西”，和主观方面“除非违反合同一方并不预知而且一个同等资格、通情达理的人处于相同情况中也没有理由预知会发生这种结果”。但该规定只是一个笼统的标准，并未对“损害”、“预知”这类词语进行更加细致的规定，在法律实践中仍然存在很多问题，因此我们需要对根本违约制度的具体判断标准予以明确。

“损害”是指一方的违约行为使对方丧失了因合同可期待获得的利益，给其造成重大损失。联合国国际贸易法委员会曾对 1978 年公约草案作出评注：“损害是否严重，应根据每一事件的具体情况来确定，例如合同金额，违反合同造成的金额损失，或者违反合同对受害人其他活动的影响程度。”除此之外，根据法院的一些判例来看，是否构成根本违约中的“损害”条件还应当考虑合同的性质、违约行为的严重性以及是否及时采取了补救措施等情形^[4]。

关于“预知”的争论主要围绕“如何确定预知的时间点”以及“如何判断可预知性”两个方面。对于预知的时间点的确定问题，CISG 公约中并没有做出规定，这不是公约的一项纰漏，而是故意给各国的法院和仲裁庭以自由裁量权，具体案件具体裁判。美国学者诺尔德提出的观点为更多人所采纳，他认为可预知性应从故意违反合同时算起，“如果卖方故意背离合同规定迟延交货，或者发运数量或质量上违反合同的货物，并且此时他应该知道这种背离合同的行为会给对方当事人带来严重损害，这种违约就是根本性的。”诺尔德的这一观点似乎更加贴近公约第 25 条的立法意图，是比较有说服力的。

可预知性的判断，主要考虑违约方的身份、经验、对合同内容的理解等因素。但是违约方不仅要证明他没有预见到违约给对方带来的损失，而且还要证明在同等条件下一个同等资格、通情达理的人也不可能预见到这种违约所带来的损害。在法律实践中，关于这个“第三人”的选择也面临很多难题，需要考虑的因素太多，比如行业、经济条件、文化水平等，如何选择好这个“第三人”作为比较的标准，就要看各国法院的法官们各自施展才能了。

4.2. 宣告合同无效的非必然性

宣告合同无效作为根本违约的救济方法之一，在整个违约制度中发挥着举足轻重的作用。首先，我们应当明确，并不是当合同一方当事人构成根本违约时，合同就必然归于无效。因为在很多情况下，宣告合同无效并非一定对守约方有利，假如在合同一方构成根本违约的情况下，合同被法定性的规定为无效合同，就有可能迫使非违约方接受对其不利的后果，这样不仅没有维护非违约方的利益，反而会使其受到损失，违背了根本违约制度设立的本意。而且，非违约方不必然的会使用这一项救济措施，如果合同可以继续履行的，非违约方可以要求对方继续履行，在这种情形下我们不能强令合同当事人消灭合同关系，因为此时继续履行才符合当事人订立合同的目的。

除此之外，如果规定在根本违约的情况下合同均法定无效的话，也不利于资源的有效利用，特别是在一方当事人已经履行了合同的大部分义务后，此时宣告合同无效，双方互相返还财产、货物将会产生不必要的费用，造成资源的浪费，这也与鼓励市场交易的目的相违背，对国际贸易的发展起到阻碍作用。所以，宣告合同无效只能规定为非违约方的一项救济权利，而不能法定性的规定存在根本违约情形的合同一律无效，并且违约方是否会使用这一救济措施完全依当事人意思自治。

4.3. 根本违约救济方法适用的形式要件

根本违约救济方法的适用既需要满足其实质要件，也需要满足其形式要件。根本违约救济方法的实

质要件规定在公约第 25 条, 即是否构成根本违约的判断标准, 公约第 26 条、第 46 条则规定了其形式要件, 即向另一方当事人发出通知方始有效。无论守约方选择哪一种救济措施, 均需要以通知的方式发出, 且通知到达对方时才能生效。

学者们往往将根本违约制度的研究重点着眼于其实质要件, 忽视了形式要件的重要性, 若采取的救济方法只符合根本违约的标准, 而守约方未对违约方做出表示的话, 仍不能达到救济的效果。因为法律不规制人的内心行为, 合同一方当事人的意思表示需做出才能为对方所知, 否则对方无义务揣摩他人的内心想法。

4.4. CISG 公约中根本违约制度与我国合同法中相关概念的比较

CISG 公约第 25 条对根本违约制度下了定义, 但是我国合同法对根本违约并没有明确的概念, 其内涵蕴藏在合同的法定解除事由中。

对于根本违约制度的适用条件和判断标准, CISG 公约从主客观两个方面进行了规定, 既要考虑违约方违约行为的严重程度, 又要考虑守约方对违约行为预见性的问题; 我国对于根本违约的规定夹杂在合同的解除条件中, 条文规定“有下列情形之一的, 当事人可以解除合同: (四) 当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的”。我国对于根本违约的判定采用的是大陆法系国家客观主义的标准, 即违约行为是否产生了合同目的不能实现的严重后果, 但是我国法律并未对“合同目的不能实现”达到何种程度即构成根本违约进行更加明确的规定。

而且对于根本违约的法律后果, CISG 公约中赋予守约方的是宣告合同无效的权利, 但是我国合同法中对守约方仅赋予了解除合同的权利, 不能直接宣告合同无效。合同解除和合同无效是有很大区别的, 解除权是一种形成权, 其效力需经过法院或者仲裁机构的确认, 而合同被宣告无效后则自始无效, 无需再进行效力确认。

事实上, 我国 1999 年的《合同法》是参照 CISG 公约制定的, 但是我国并没有学习到公约中关于根本违约制度的精髓。针对这一问题, 我国合同法应当再完善。首先, 我国目前按照违约形态划分的标准过于复杂而不易判断, 不如借鉴公约中直接将违约行为的严重性程度作为划分根本违约和非根本违约的依据更易理解和接受^[5]。其次, 对于违约行为的严重性程度, 不能简单的以合同目的是否能够实现作为依据, 而是综合考虑违约方和守约方两方的因素, 由双方进行举证质证, 平衡两方利益, 不至于使根本违约制度有所偏向。最后, 对于公约中也未规定的关于预见的时间点的问题, 我国合同法应当结合我国司法实践作出规定, 防止法官滥用自由裁量权, 避免出现权力寻租以及同案不同判的情况。

参考文献 (References)

- [1] 黄喆 (2013) 论《联合国国际货物销售合同公约》下的根本违约制度. *法制博览*, 3, 12.
- [2] 韩世远 (1999) 根本违约论. *吉林大学社会科学学报*, 4, 30-31.
- [3] 王露薇 (2012) CISG 项下合同无效的法律分析. *法制与社会*, 5, 89.
- [4] 袁钰菲 (2010) 论 CISG 中根本违约制度的认定标准. *法制与经济*, 1, 81.
- [5] 王帅, 张乃文 (2013) 浅谈 CISG 中的根本违约制度及对我国的借鉴意义. *法制与经济*, 3, 67.