



Distr.: Limited

9 February 2001

CHINESE

Original: English

联合国国际贸易法委员会

电子商务工作组

第三十八届会议

2001年3月12日至23日，纽约

电子商务的法律方面

电子订约领域未来可能开展的工作： 对联合国国际货物销售合同公约的分析

秘书处的说明

目录

	段 次	页 次
导言	1—7	2
一. 联合国销售公约的国际和私人适用领域.....	8—19	3
A. 销售交易的国际性.....	8—13	3
B. 销售交易的当事人.....	14—16	4
C. 联合国销售公约的可适用性标准.....	17—19	4
二. 实质性适用领域.....	20—30	5
A. 货物.....	20—25	5
B. 销售合同.....	26—29	6
C. 销售的消费目的.....	30	7
三. 形式.....	31—38	7
A. 一般性问题.....	31—35	7
B. 第13条中关于“书面”的定义.....	36—38	8
四. 实际性问题.....	39—55	8
A. 合同的订立：一般问题.....	40—44	8
B. 合同的订立：发价和接受.....	45—53	9
C. 根据联合国销售公约第三部分发出的通知的效力.....	54—55	10
结论.....	56—57	11

导言

1. 在其 2000 年第三十三届会议上，委员会就电子商务领域未来的工作初步交换了意见。提出了三个可作为委员会可取和可行工作领域的专题。第一个涉及电子订约，将从联合国国际货物销售合同公约（下称“联合国销售公约”或“公约”）的角度来予以审议，因为普遍认为该公约是现成的涉及货物销售的在线合同的可接受框架。例如，有人指出，可能需要作更多的研究，以便确定可在多大程度上从联合国销售公约中推导出管辖服务交易或“虚拟货物”，即可在电脑空间购买或交付的项目（如软件）的统一规则。人们普遍认为，在进行这类研究时，可能需要认真注意诸如世界知识产权组织（知识产权组织）和世界贸易组织（世贸组织）等其他国际组织的工作。
2. 第二个专题是争端解决。有人指出，仲裁工作组已开始讨论当前规约性法律文书可能需用什么方式加以修订或解释，以便能批准使用电子文件，特别是取消关于仲裁协议书面形式的现有要求。一般都认为，可能需要进一步开展研究工作，以确定是否需要制定具体规则来促进在线解决争端机制。在这方面，有人建议特别注意向商务当事方和消费者提供诸如仲裁和调解等解决争端技巧的问题。人们普遍认为，电子商务使用的增多往往会使消费者和商务当事方之间的区别显得模糊起来。但有人回顾说，出于涉及公共政策考虑的原因，有些国家对使用仲裁解决消费者争端的情况加以限制，所以不易由国际组织进行协调统一。人们还认为，应当注意其他组织这方面的工作，例如国际商会、海牙国际私法会议和知识产权组织等大量涉及互联网域名争端解决的组织。
3. 第三个专题是所有权证件的非物质化，特别是在运输业。有人建议，可以着手评估制订统一规约框架的可取性和可行性，以支持目前正在建立的以电子电文取代传统的纸提单的契约制度的发展。人们普遍认为，这项工作不应仅局限于海运提单，而应也考虑到其他运输方式。此外，在运输法范围之外进行的这类研究也可涉及非物质化证券的问题。有人指出，也应监测其他国际组织就这些专题所开展的工作。
4. 经过讨论，委员会对于开展这三个专题的讨论的建议表示欢迎。虽然在电子商务工作组进行进一步讨论之前不能就未来工作的范围做出决定，但委员会一般都认为，工作组在完成其当前任务即编写电子签字统一规则草案后，应结合其在电子商务问题方面的一般咨询职能，在其 2001 年第一届会议上审查上述专题的部分或全部以及任何增列专题，以便为委员会未来的工作提出更具体的建议。经议定，拟由工作组开展的工作可包括并行审议几个专题以及初步讨论关于上述专题某些方面的可能制订的统一规则的内容。
5. 委员会特别强调指出，有必要确保各有关国际组织的工作的协调。鉴于电子商务发展的迅速，目前正在计划或实施很多可能对电子商务产生影响的项目。已请秘书处对如何发挥协调职能的情况进行适当监测，并向委员会提出报告，以避免工作重复并确保各种项目开发工作的协调一致。人们一致认为，电子商务领域是一个由大会将其协调任务交给贸易法委员会完成便可特别有利于全球社会的领域，应当受到工作组和秘书处的相应的重视。¹
6. 本说明是就电子订约问题向工作组提供初步资料。说明中对电子订约是否需要制订新的法律规则或适用于传统合同的规则是否能满足新的通信技术的需要（不加改动或尚待确定的某种程度的修改）等问题，作了一些初步探讨。为此目的，本说明对联

¹ 《大会正式记录，第五十四届会议，补编第 17 号》(A/54/17)，第 384—388 段。

合国销售公约所列某些规则进行了审查，因为学术界和从业人员都普遍认为，公约不仅包括了主要的商务合同的内容，而且也规定了与一般合同法有关的规则（例如在合同的订立、损害等方面）。

7. 工作组在审议时似宜以本说明中所介绍的对联合国销售公约的分析为基础，同时考虑到可能还需要对专为协调电子商务交易法律的某些方面而制订的现有规则草案和其他文件作进一步的研究。需加以进一步研究的这类规则的例子有美利坚合众国制订的统一计算机信息交易法，因为人们认为，体现于统一商业代码中的“货物销售”交易的做法并不能充分解决技术服务和诸如软件之类的物品的销售方式问题。还需予以考虑到的还有旨在规定电子商务统一规则的工作，例如电子贸易与结算统一规则和准则草案和示范电子销售合同（这两份文书正在由国际商会编写）。

一. 联合国销售公约的国际和私人适用领域

A. 销售交易的国际性

8. 如联合国销售公约第 1 条所表明的那样，该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。在第 1 条第(2)款情况下，这种“国际性”应“不予考虑”，即“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，应不予考虑”。由于电子商务往往模糊了本国和国际贸易间的区别，所以有必要对上述公约条款认真予以审查。

9. 如果缔结电子合同的当事人明确表明其有关营业地所在地，则在确定销售交易的国际性时应考虑到营业地。在这种情况下，电子订约同以较传统方式订立的合同便几乎没有区别了。即使在当事人有一个以上营业地的情况下这一点也同样适用（由公约第 10 条处理的问题）。而且，有些法律评论家认为，在根据销售公约确定一当事人有多个营业地的合同的国际性时，由当事人表明几个营业地中哪一个是与具体交易有关的营业地，即使不是一项最重要的标准也可说是一项重要标准。明确表明有关营业地还可避免这样的困难：即如关于公约的适用范围的第 1 条第(2)款所要求的那样是否向各当事人充分透露了交易的国际性的问题。

10. 如果在合同订立前或订立时当事人未明确表明有关营业地，则会出现这样的问题：是否存在可据以推断出有关营业地所在地的情况。在这方面，似可考虑以电子电文发送地址为准的做法。如果一当事人使用一个带有同某一具体国家相联系的域名的地址（例如以“.at”结尾者代表奥地利，“.nz”结尾者代表新西兰等），则可以认为营业地应位于该国家之中。因此，采用指定了具体国家的电子函件地址的当事人与采用了指定了另一国家的电子函件地址的当事人之间订立的销售合同，应视为带有国际性的合同。承认一个通过域名同某一具体国家相联系的电子函件地址的法律意义，其好处是势必会使当事人意识到该合同可能不是一份国内合同。因此，不能以当事人不知其交易的国际性质这一在第 1 条第(2)款中涉及的情况为由而不适用联合国销售公约。

11. 上述解决办法将一当事人营业地定为以电子函件地址表明的国家（在未以其他方式表明或不能以其他方式表明的情况下）。这种解决办法不能解决这样一种情况：电子函件地址中并无与具体国家相联系的内容而无法作类似的确定，例如某一地址是.com、.net 等顶级域名便属于这种情况。可以这样认为：在这种情况下，应当始终假定该合同为国际合同；这样说的理由是，使用一个不与任何具体国家相联系的地址大概是因为当事人并不想将地点定在某一具体国家，或者是当事人希望供普遍访问。这种做法可同联合国销售公约第 1 条第(2)款结合起来使用，条件是可以假定任何同使用

这一地址的当事人电子订约的人都不会知道自己是在进行“国际性”订约。虽然，这一做法可能与联合国销售公约一致，但可能需要有补充规则来确定这类假设。

12. 还可使用另一种办法来根据公约确定以电子方式订立的销售交易的国际性。这一备选办法将要依靠对电子订约情况中的“营业地”下定义。这一定义当然不应排斥在公约中没有“营业地”定义情况下在法律文献中逐渐形成的、为一般所理解的、公约项下的“营业地”概念的含义。这一定义还应照顾到容易确定各当事人营业地的需要。因此，应作出一切努力来避免出现下述情况，即在某一当事人使用电子手段订约时将其营业地视为在一个国家而在其以更传统手段订约时将其营业地视为在另一个国家。

13. 这一备选办法的好处是，可以使所有适用于以较传统方式缔结的销售交易的规则（国际性规则、多个营业地规则（第 10 条），以及当事人知悉交易的国际性的规则）都适用于以电子方式订立的销售交易。工作组似宜考虑是否应就电子商务交易中的“营业地”定义的可能的内容作进一步的研究。在这方面，可提出这样的问题：如何才能将法律文献中所常用的传统商务中关于营业地的概念移置于电脑空间，例如营业地的“稳定性”或“自主性”的概念。虽然说工作组似宜保留贸易法委员会电子商务示范法中所采用的“功能等同”方法，但可能也需作一些更有创新性的法律思考。

B. 销售交易的当事人

14. 虽然说交易的国际性以及随之而来的联合国销售公约的适用性取决于“当事人”的营业地在什么地方，但公约中并未给“当事人”的概念下定义。于是便产生了谁是合同当事人的问题。不过这一问题也并非电子订约中所特有的问题，因为在以较传统的方式订立合同时也有这一问题，例如卖主利用中介协作的情况。

15. 由于公约并未涉及代理问题，²所以在确定应将谁视为合同“当事人”时应适用可适用的国内法律。因此，举例说，要决定委托人或其代理人是否为某一具体合同的当事人，将取决于所适用的本国法律。同样的解决办法（本国法对代理问题的适用性）也应适用于电子代理。

16. 在审查上述解决办法是否适宜时应当考虑到的一点是，电子代理问题已由贸易法委员会工作组结合贸易法委员会电子商务示范法的编写予以讨论，而在其讨论中，一般都认为，不应使计算机成为任何权利或义务的主体（见贸易法委员会电子商务示范法颁布指南，第 35 段）。以其名义进行诸如签发订购单之类的计算机编程的人（不论是自然人还是法人），应最终对机器所生成的任何电文负责。但也有人认为，在受上述原则管辖的情况下，当事人应有可能自由安排任何自动化通信计划。在这方面值得一提的是，这样一种自动化计划同公约并无抵触，因为公约明确允许当事人建立自己的规则（第 6 条）。工作组似宜探讨结合合同的订立进一步研究完全自动化的通信计划的运作所涉问题的可能性。

² 例如见：OGH, 1997 年 3 月 20 日, *sterreichisch Juristenzeitung* 829 (1997)=法规判例法, 判例 189; AG Tessin, 1996 年 2 月 12 日, *Schweizerische Zeitschrift fñr europ=isches und internatioanles Recht* 135 (1996); AG Alsfeld, 1995 年 5 月 12 日, *Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report* 120 (1996); KG Berlin, 1994 年 1 月 24 日, *Recht der internationalen Wirtschaft* 683 (1994)=法规判例法, 判例 80; LG Hamburg, 1990 年 9 月 26 日, *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 400 (1991)=法规判例法, 判例 5。

C. 联合国销售公约的可适用性标准

17. 为使公约适用于国际销售合同，当事人的营业地应在不同的国家，而且这些国家在某一具体时间内都应是公约缔约国（第 100 条），或者在第 1 条第(1)款(a)项所列这一可适用性标准不能达到时，诉讼地国际私法规则应如第 1 条第(1)款(b)项所表明的那样导致适用某一缔约国的法律。

18. 就这些可适用性标准中的第一个而言，合同究竟是以电子方式还是其他方式订立并无区别，因为所要求的特点只是当事人营业地所在国为缔约国。而且，一旦确定了营业地所在地，确定营业地所在国在合同订立时是否缔约国便很容易了。这一点进一步说明了“营业地”的可行定义在电子环境中的重要性。

19. 就第二个可适用性标准而言，当诉讼地国际私法规则作为一个联系因素提及合同订立地时，缔结国际销售合同时使用电子手段（而不是较传统的通信手段）便是适切的。在这种情况下，确定合同订立地便会有困难，其原因之一是并无有关这一问题的具体规则。不过，如果诉讼地国际私法规则确实提及与合同订立地不同的联系因素，例如 1994 年美洲契约债务适用法律公约和 1980 年契约债务适用法律罗马公约便是如此，则使用电子手段不应导致与使用较传统手段所产生的问题有任何不同之处的问题。因此，在这一领域，看来并不应将以电子方式订立的合同和以任何其他方式缔结的合同作任何区别对待。工作组似宜考虑在审议“营业地”概念的同时进一步研究“订立地”概念的可能性。

二. 实质性应用领域

A. 货物

20. 联合国销售公约仅适用于“货物”国际销售合同，但公约中并无什么应视为“货物”的定义。不过，这并不意味着公约中“货物”的概念应通过提及国内概念来予以解释。同联合国销售公约中的多数概念一样（第 7 条），对“货物”的概念应作“独立”的理解，即不以任何具体的国内法律制度为转移，以便确保统一性。

21. 公约所体现的似乎是一种相当保守的“货物”概念，因为无论是在法律著作中还是在判例法中都认为其基本适用于可移动的、有形的货物。³因此，许多评论者认为不应将专利权、商标、版权、有限责任公司摊额⁴以及专门知识等无形权利视为“货物”。不动产的情况也是如是。

22. 显然，不论销售合同是以电子还是任何其他方式订立，对“货物”概念的上述解释都是有效的。因此，对于目前公约所理解的“货物”的概念，似乎没有必要为适应电子订约的具体需要而加以修改。但是，还存在着这样一个问题，即公约是否包括（如果不包括，则是否应包括）有时被界定为“虚拟货物”而且也可归入“服务”定义范围之内的那些内容。在这方面，考虑一下评论家和法院如何根据公约处理软件的问题是不无裨益的。许多法律作家认为，尽管软件不是有形物品，软件的销售可归入公约

³ 见 OLG K ln 1994 年 8 月 26 日, Neue Juristisch Wochenschrift Rechtsprechungs-Report 246 (1995) = 法规判例法, 判例 122。

⁴ 见 Arbitration Court attached to the Hungarian Chamber of Commerce and Industry, 1993 年 12 月 20 日, = 法规判例法, 判例 161。

的实质性适用范围之内，只要其不是定制的，或者即使在其为标准软件时，只要其并没有为了适应买方具体需要而大作修改。这种意见是有道理的，因为在这类情况中（同书和磁盘出售的情况并无不同），智力活动是纳入了有形物品之中的。但是，这种意见最终会将软件排除在公约的实质性适用范围之外，只要软件并未体现于某一有形物品之中，例如软件以电子方式寄送的情况。

23. 有些法院最近也肯定了联合国销售公约可包括软件销售的意见。一个德国上诉法院在一份附言中指出，可将标准软件销售视为货物销售，至少在软件并非定制的情况下。⁵一个德国初审法院在以前也曾得到同样的结果。⁶

24. 从上述判例法看，显然，为确保统一起见，澄清一下是否应将软件视为公约意义上“货物”是有好处的。如果将公约的适用范围扩大到包括软件，便应认真考虑这类扩大的范围。在这方面，可能需要作出一项政策决定，即究竟是使公约包括只是体现于有形货物中的软件还是最好由公约包括在内而不论软件交货的方式如何。

25. 即使拟将软件视为公约意义上的“货物”，“定制软件”也许也应从公约的当前适用范围中排除，因为根据第3条第(2)款，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”。工作组似宜考虑是否应在进一步的研究中探讨采用仿照联合国销售公约经扩大的适用范围制订的规则的可能性，以便将软件或其他非物质化产品的电脑空间销售包括在内的可能性，并探讨所需要的扩大的范围。

B. 销售合同

26. “虚拟货物”（也可视为服务）是否应包括在公约中的“货物”的概念之中的问题，并不是人们在确定公约是否应包括与“虚拟货物”有关的交易问题所要涉及的唯一问题。另一个同样重要的问题是“销售合同”问题。

27. 虽然公约并未明确地为销售合同下定义，⁷但却可从当事人的不同权利和义务中推导出应视为属于公约适用范围之内的“销售合同”的概念。因此，“销售合同”在判例法中可以界定为（而且已被界定为）应据以交付货物、转交任何与之有关的单据和转让售出货物的所有权，而买主则据以有义务支付货物的价格和收取货物的合同。

28. 考虑到上述关于“销售合同”概念的内容，可能会有这样一个问题，即“虚拟货物”（或服务）交易是否实际属于这一定义的范围。有些评论家认为，这些货物的交易不属于这一定义之列，因为它们的形式是许可证而不是销售。这些看法方面的分歧是很大的。例如，销售合同使买主（即“用户”）可不受限制地使用所购买的产品，并从而明确界定可由专利或版权所有人针对体现了该专利或版权的产品的使用行使的控制的界限。与此恰成对照的是，许可证协议则允许“虚拟货物”（或服务）的生产商或开发商行使对产品直至许可证环节的控制（而如前所述，销售却使用户不受这些控制）。

⁵ 见 OLG K ln 1994 年 8 月 26 日, Neue Juristisch Wochenschrift Rechtsprechungs-Report 246 (1995) = 法规判例法, 判例 122。

⁶ 另见 OLG Koblenz, 1993 年 9 月 17 日, Recht der internationalen Wirtschaft 934 (1993) = 法规判例法, 判例 281。

⁷ 见 OGH, 1994 年 11 月 10 日, sterreichische Juristische Bltter 253 (1995) = 法规判例法, 判例 106。

29. 因此，仅仅确定联合国销售公约是否应扩大到包括“虚拟货物”（或服务）是不够的，因为这个问题仅靠扩大公约的范围便可解决。从有关软件（或其他体现了知识产权的非物质化产品）的网上交易的各种假设开始，工作组可能需要至少对以下三组问题进行初步讨论：(1)如果应将那些交易视为“货物销售”合同（可能是作为根据经修订的公约第3条确定的规则的结果），公约所规定的实质性规则是否能适应那些交易的实际需要？(2)如果工作组希望向委员会提出应为涉及服务直接销售的网上交易规定规则的建议，那些规则是否能从联合国销售公约中推导出来呢？(3)如果向委员会提出的建议是就涉及销售的合同或其他针对货物和服务的合同（如许可证颁发）开展工作（以及可能产生的任何中间类别或附加类别），公约能够给予如此广泛的一系列规则的设计以什么启示吗？在这种讨论中，工作组似宜考虑到世界贸易组织（世贸组织）现正进行的关于在电脑空间交换的货物、虚拟货物或服务的性质的讨论。

C. 销售的消费目的

30. 根据第2条(a)款的规定，联合国销售公约不适用于“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”。就这项除外条款而言，订约究竟是以电子方式进行还是以较传统方式进行的问题似乎并无任何区别。就合同以较传统方式订立情况下的例子来看，买主是知悉交易目的的唯一之人。如果买主将其目的通知卖方，而且其目的纯属供私人、家人或家庭使用，公约即不适用。但是，据法律文献记载，在买主不向卖方告知此类目的时，公约是否适用取决于卖方能否看出这一目的。为了确定是否存在这种可能性，正如合同并非以电子方式订立时的情况一样，对于所购物品的件数、性质等因素，是应当予以考虑的。

三. 形式

A. 一般性问题

31. 从第4条(a)款来看，尽管公约并未一般论及效力问题，但公约明文论及国际货物销售合同的正式效力。而且第11条便规定，“国际货物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。”因此，第11条确定了这样的原则：根据公约，条约的订立和条约的证据不受任何形式要求的约束⁸，所以，可以用口头方式、书面方式⁹或任何其他方式订立。因此，根据联合国销售公约，交换电子函件电文足以构成一项合同，对于这种观点，大多数法律著作撰写人都表示同意。

32. 然而，销售合同形式上的自由，须受各国依照第96条可宣布的保留意见的效力的限制。根据该条规定，“本国法律规定销售合同必须以书面订立或书面证明的缔约国，可以随时按照第12条的规定，声明本公约第11条、第29条或第二部分准许销售合同或其更改或根据协议终止，或者任何发价、接受或其他意旨表示得以书面以外任何形式作出的任何规定不适用，如果任何一方当事人的营业地是在该缔约国内。”

⁸ 见 OGH, 1996 年 2 月 6 日, Österreichische Zeitschrift für Rechtsvergleichung 248(1996)=法规判例法, 判例 176。

⁹ 关于此项声明, 参见 OLG München, 1995 年 3 月 8 日, 法规判例法, 判例 134。

33. 某些法律著作撰写人对这项规定作出的解释是，如果某一当事人的营业地是在根据第 96 条作出声明的国家，则法院不得无视对合同形式的要求。在他们看来，法院应当考虑到已经作出此种声明的国家的国内法提出的形式要求。因此，如果接受此种观点，那就意味着合同的订立或合同的证明可否采用电子方式，将取决于作出此种声明的国家的国内法律。只有当该国的国内法允许此种形式上的自由时，电子订约方可成立。

34. 另一些法律著作撰写人认为，第 96 条规定的声明具有不同的效力，这就是说，此种保留意见并非自动导致适用某一作出此种声明的国家的国内法规定的形式要求。相反，应当根据所在地国际私法规则来确定对形式问题适用什么法律。因此，如果根据国际私法规则确定适用某一未作出声明的缔约国的法律，则第 11 条中提出的形式自由原则应予适用，即使某一当事人的营业地在已根据第 96 条提出保留意见的国家时也应如此。如果根据法律冲突规则确定适用某一作出声明的国家的法律，则该国有关形式要求的规定应予适用。

35. 以此推理，在某些情况下，即便公约可以适用，电子通信方式仍会被剥夺法律效力。解决这一问题的最有效的途径是，撤回根据第 96 条作出的各种声明，这样一来，就可以将形式自由原则扩大到适用公约的所有国际货物销售合同。工作组似宜探索以何种方式鼓励已根据第 96 条作出声明的缔约国撤回此种声明。

B. 第 13 条中关于“书面”的定义

36. 第 11 条涉及形式要求问题，一是订立合同的形式要求，二是证明国际货物销售合同的形式要求，而第 13 条则是有关“书面”一词的解释的条文。这一条款规定，“为本公约的目的，‘书面’包括电报和电传”。因此，如果当事人不能提供其他方式，则电报和电传即可满足书面要求。在许多法律著作撰写人看来，第 13 条应当以类推方法适用于电话传真通信，其理由是，电话传真不过是电传电报技术的进一步发展。有些赞同此种观点的撰写人提出，通过计算机传送的电文不符合书面要求，其基本理由是未收到硬拷贝。另一些撰写人对此提出反对意见，认为根据联合国销售公约电子通信方式(如《贸易法委员会电子商务示范法》所提到的电子通信方式)也应视为“书面”。其依据是，这个问题虽受公约的管辖，但并未在公约中明文处理；因此，根据第 7 条，必须依照公约的一般原则来处理这个问题，也就是允许对第 13 条作出广义解释的、形式自由原则。

37. 即使工作组同意后一种观点，也未必能够对下述问题提供统一的答案：即是否只要公约适用，电子通信方式便总能符合关于“书面”的要求。关于第 13 条在下述情形中的效力，观点不尽一致：即一个国家已根据第 96 条作出了排除适用第 11 条的声明。有些评论者认为，既然不能对第 13 条提出保留意见，那么该条就可保证，即便适用已作出声明的国家的法律，无论是电传或电报、还是电子通信方式仍可符合该国对形式的要求，至少是在人们认为第 13 条也包括这些类型通信的情况下。

38. 另一种不同的观点是，第 13 条的效力比较有限，即该条只适用于那些公约本身中提及对“书面”的要求的情形。如果采取这种观点，那就难以确定电子通信方式是否总能符合对“书面”的要求。例如，如果某一根据第 96 条对第 11 条作出声明的国家的国内法可以适用，则答案取决于根据该国内法电子通信方式是否可被视为“书面”。工作组似宜探讨关于促进《贸易法委员会电子商务示范法》是否充分解决了公约中有关“书面”的定义的问题(见《贸易法委员会电子商务示范法颁布指南》，第 5 段)。

四. 实质性问题

39. 联合国销售公约是否适用于以电子方式订立的国际货物销售合同的问题，必须同公约中提出的规则是否适合电子订约的问题区分开来。以下各段从其是否适合电子环境的角度来审查公约中的某些主要规则。工作组似宜在此基础上讨论一下可否在设法拟定一般适用于电子订约的规则时考虑公约的规则，特别是那些与一般合同法律有关的规则。

A. 合同的订立：一般问题

40. 联合国销售公约中提出的合同订立规则，即第 14-24 条，属于处理超出销售法律范围的问题的规则的范畴，因此，在制定关于电子订约的规则时可以作为示范规则使用。

41. 公约中关于合同订立的规则的长处，在于这些规则在国际环境下显示出可行性。从统法社以这些规则作为统一工作的示范并最终拟定出“国际商业合同原则”¹⁰，尤其可以证明这一点。但是，虽然公约中关于发价和接受的规则因其能够超越民法和普通法采取的做法的传统差别而取得成功，但还是可以提出这样一些问题：这些规则是否详尽无遗地涉及与合同订立有关的一切问题，由此推论，能否在制定关于电子订约的一般规则时借鉴这些规则。

42. 公约中提出的规则，主要是为了处理通过发价和接受订立合同的情形而制定的。如果注意一下谈判可能涉及的复杂问题，就能清楚地看出这些情形并未包括达成协议可采用的各种方式，因为谈判中可能包括当事各方之间的大量的通信，而且不一定能够用发价和接受的传统概念对其进行分析。某一学派的意见认为，在未经过明确发价和接受情况下达成的协议，不属于公约的范围，而应当借助适用的国内法加以处理。如果采用这种做法，可能就无法以公约中关于订立销售合同的全套规则作为示范，制定关于订立电子合同的整套详尽无遗的规则。

43. 但是，大多数评论者认为，即便是未按传统的“发价一接受”方法达成的协议，也应包括在公约范围之内。公约未明文提及此种协议，并不是因为将其排除在公约范围之外，而恰恰是因为起草者认为没有必要具体论及这些协议，也没有必要处理那些在寻找此类协议的适当措词时可能遇到的额外的困难。因此，同公约所管辖(尽管并非明文处理)的任何其他事项一样，即使未经过明确发价和接受是否仍可达成协议的问题，必须根据第 7 条第(1)款的规定，“按照本公约所依据的一般原则来解决”，例如，合同的协议原则，以及合同的存在取决于能否找出订立合同所需要的起码内容(如第 14 条中所确定的销售合同的要件)的原则。

44. 无论对联合国销售公约采取上述两种做法中的哪一种，电子订约规则的制订显然都必须考虑到公约并未明确提及以各别发价和接受以外的方式达成的协议。

B. 合同的订立：发价和接受

45. 公约第 14 条规定了某项建议被视为发价需满足的实质性标准：该建议必须是向一个或多个特定的人提出；该建议必须十分确定(指该建议必须写明货物并以某种方式规

¹⁰ 比较统法社国际商业合同原则第 2.1 条及其后各条。

定数量和价格或规定如何确定数量和价格); 该建议必须表明发价人收到接受时承受约束的意愿¹¹。

46. 就具体性要件而言, 看来采用何种通信方式无关紧要。换句话说, 关于发价的这种实质性特点, 电子通信方式本身存在的问题并不比其他通信方式的问题更多。

47. 关于表明承受约束的要求, 也基本如此, 这种要求是发价与发盘邀请的不同之处。一般而言, 报纸、电台和电视上的广告、商品目录、介绍册和价目表等等都可视为发盘邀请(在某些法律著作撰写人看来, 即使它们是以某一特定消费者群体为对象, 也可视为发盘邀请), 这是因为, 可以认为在这些情况下缺乏承受约束的意愿。对于潜在买主可能通过网址购买货物, 或许也可适用同样的解释: 公司在因特网上为货物作广告应当视为只不过是邀请那些光顾网址的人出价。

48. 一项建议还必须是发给一个或多个特定的人时方可构成发价。因此, 发给非特定群体的价目通知不应视为构成发价, 即使价目通知上单独写明了收件人的姓名。只要是电子电文, 均可适用这个同样的一般规则: 借助电子方式把电文发给数目众多的特定的人, 问题反而更少。

49. 以上对发价及其实质性要求所作的推理, 经过必要的修改后也可适用于接受。

50. 根据公约, 发价和接受(起码是在大多数情况下)在按第 24 条的界定“收到”时生效, 根据该条, “为公约本部分的目的, 发价、接受声明[...] ‘送达’对方, 系指用口头通知对方或通过任何其他方法送交对方本人, 或其营业地或通讯地址”。

51. 对于传统的通信方式, 如口头通信或借助纸张的通信, 上述规定看来不会造成任何问题。但问题是, 当涉及电子通信方式时, 适用第 24 条是否会造成任何问题。答案可能还是肯定的。唯一涉及的问题是界定“收到”电子电文的含义。在这方面可能需援用《贸易法委员会电子商务示范法》, 其中的第 15 条第(2)款对何时可认为收到电子电文作了规定。因此, 可以作出这样的结论, 联合国销售公约, 特别是其中的第 24 条载有一条即使是在电子环境下也可作为一般性示范的规则。工作组似宜考虑一下, 如何根据电子订约实践的需要将这条规则更加具体化。

52. 对“发出论”可以采取同样的办法, (就合同订立而言)“发出论”与第 16 条第(1)款中列出的情形有关, 该条规定: “如果撤销通知于被发价人发出接受通知之前送达被发价人, 发价得予撤销”。即使是对于电子环境, 这条规则可能也适合, 不过似乎不够具体。虽然易于确定纸声明是何时发出的, 但对于何时必须将电子电文视为已经发出, 则有疑问。在这方面, 《贸易法委员会电子商务示范法》又能有所帮助, 因为该法在第 15 条第(1)款中对“发出”作了界定, 根据该条, “一项数据电文的发出时间以它进入发端人或代表发端人发送数据电文的人控制范围之外的某一信息系统的时间为准。”

53. 但是, 看来会出现这样的情形: 由于公约载有一条对这些通信方式加以区别的条文, 如果把电子电文同电报、信函、电传之类的更为传统的通信方式加以比较, 就会产生一些问题。也就是说, 根据第 20 条第(1)款, “发价人在电报或信件内规定的接受时间, 从电报交发时刻或信上载明的发信日期起算, 如信上未载明发信日期, 则从信封上所载日期起算。发价人以电话、电传或其他快速通信方法规定的接受期间, 从发

¹¹ 参见 OGH, 1994 年 11 月 10 日, *Österreichische Juristische Blätter* 253(1995)=法规判例法, 判例 106。

价送达被发价人时起算。”因此，为了确定接受期限的起算时间，需决定是否应将电子电文同快速通信方式比较，而不是同信函或电报相比较。

C. 根据联合国销售公约第三部分发出的通知的效力

54. 公约的第二部分是以通知收到即告生效的原则为依据的¹²，而第三部分则是以一种不同的原则为依据的。公约的制定者规定，“这种通知如在传递上发生耽搁或错误，或者未能到达，并不使该当事人丧失依靠该项通知的权利”，起码在大多数评论者看来，这说明公约的制定人赞成“发出论”，这是因为，除非当事各方另有约定或公约本身另有规定¹³，否则收件人应承担电文灭失、迟延或更改的风险。

55. 同“收讫论”一样，问题在于应为电子订约的目的而界定“发出”的含义；而不在于这一规则是否适合电子环境。为了解决这一问题，或许只需参照一下早先提出的建议，即应当援用《贸易法委员会电子商务示范法》第 15 条第(1)款中提出的定义(见上文第 52 段)。

结论

56. 看来，联合国销售公约不仅基本上适合以传统方式订立的合同，而且也适合以电子方式订立的合同。公约中提出的规则的确也为电子环境提供了可行的解决办法。其中一些规则，例如那些与通知效力有关的规则，尚需根据电子环境加以调整。

57. 公约是否适用于电子方式订立合同的问题，必须同公约是否也包括“虚拟货物”销售的问题区分开来。如前所述，此类货物(或服务)的交易可能不像是一种销售，而更像是许可证协议。工作组不妨讨论一下，是否应根据联合国销售公约为此类交易制定规则。

¹² 关于例外情形，见第 19 条第(2)款和第 21 条第(1)款。

¹³ 例如，参见第 47 条第(2)款、第 48 条第(2)和(3)款。