

君合专题研究报告



2021年1月20日

国际交钥匙合同中《联合国国际货物销售合同公约》的适用利弊评析

背景：在中亚某国的一个以生产设备为主的交钥匙项目¹（Turn-key project）中，业主在项目合同中要求排除《联合国国际货物销售合同公约》（CISG，下称“公约”）的适用（项目合同拟适用英格兰和威尔士法律）。尽管此类排除公约适用条款在国际商事交易中较为常见，但拥有良好风险防范意识的中国承包商并未简单地接受或拒绝行业常规实践，而是引发了对在该交钥匙项目中适用公约利弊的深度思考。

公约在国际工程领域应用实践相对较少，一个重要原因是交钥匙合同是否受公约管辖争议较大，导致各方往往在交钥匙合同中明确排除公约的适用。然而，在涉及适用公约争议相对较小的以生产设备为主的工业类 EPC 交钥匙合同中，承包商选择适用公约的利弊缺乏深入的分析与实践。我们认为，承包商需要基于公约自身的优势、项目合同的总体把握程度、准据法的选择等因素综合考虑是否适用公约，而不是“一刀切”地在交钥匙合同中同意或拒绝排除公约的适用。

一、要点概览

1、如果交钥匙合同是以交付货物义务为主，并且供货义务超过合同义务 50% 以上，则该合同有较大可能受公约管辖。但交钥匙合同是否受公约管辖本身是一个争议较大的话题，实践中裁判机构会对交钥匙合同进行逐案分析以判断能否受公约管辖。

2、如果交钥匙合同排除适用公约，则相关合同将直接适用约定准据法，可能导致相关合同（1）无法利用公约的成文法优势；（2）无法享有公约确定的“诚信原则”的保护。

3、如果交钥匙合同不排除适用公约，相关可能的法律风险是：（1）双方对合同是否应适用公约仍可能存在潜在争议；（2）公约所确立的“诚信原则”可能给合同解释带来一定不确定性；（3）公约在国际工程领域应用较少，可能导致对公约的理解和适用缺乏成熟实践。

4、如果交钥匙合同自动适用公约，针对新冠疫情影响，受限于公约免责条款（类似于“不可抗力”）的“无法预期”的构成要件限制，承包商主张适用该条款免责的难度可能很

¹ 交钥匙或者 EPC，是指承包商负责工程项目的规划、设计、采购和施工全过程管理的一种项目建设模式。交钥匙建设模式只要适用于业主明确所有要求，承包商承担大部分风险，“在转动钥匙”时就可以投入运营的工业类工程项目。交钥匙合同主要

适用于提供加工或动力设备、工厂或类似设施，或基础设施工程或其他类似开发项目。参见《国际工程总承包项目管理导则》，中国对外承包工程商会，中国建筑工业出版社，2013年6月第一版，第3页。

大，更有效的方式是在项目合同中拟定针对新冠疫情风险分配的特别条款（Pandemic Clause）。

5、如果交钥匙合同总体比较完备、权利义务相对均衡，并且约定了法律制度相对发达的准据法（例如英国法），则准据法的适用在合约解释、权利救济等方面具有确定性的优势，承包商可以约定排除适用公约。

二、交钥匙合同是否受公约管辖

公约是国际货物销售合同的统一规则，联合国《贸易法委员会关于〈联合国国际货物销售合同公约〉判例法摘要汇编》（2016年官方中文版，下称“摘要汇编”）对此进一步阐释为，公约适用于货物销售合同——不论当事人赋予该合同什么名称，尽管公约没有对此类合同作出任何定义，但可以将公约所涵盖的货物销售合同定义为“根据合同约定一方当事人（卖方）有义务交付货物并转移其所售货物的财产权，而另一方当事人（买方）有义务支付价款并接受货物”的合同²。

公约除了在第二条中排除了特定种类的销售行为³以外，公约第3条第（2）款作出了一项重要的排除：“本公约不适用于供应货物一方的绝大部分义务（the preponderant part of the obligations）在于供应劳力或其它服务的合同”。对于认定“绝大部分义务”应采取什么标准，尽管存在争议，公约咨询委员会（CISG Advisory Council）倾向应采取“经济价值”

（economic value）标准⁴，该标准的内涵为“必须对提供的关于劳力和服务的义务的经济价值和关于货物的经济价值进行比较”⁵，“如果提供劳力和服务的义务占‘卖方’义务的50%以上，本公约就不适用”⁶。公约咨询委员会在其出具的意见中提到，判断是否构成“绝大部分义务”也应基于全面的评估，相关因素包括合同的分类（denomination）和整体内容、价格的结构、以及合同双方承担不同义务的权重⁷。

交钥匙合同是否被公约第3条第（二）款排除属于一个存在争议的问题。摘要汇编第6页第26段指出，“统包合同⁸（Turn-key contracts）不受本公约管辖”，因为统包合同“没有对根据支付的款项交换货物作出具体规定，反而规定了与另一方合作并提供帮助的共同义务网络”；然而，摘要汇编第20页第5段继续指出，“统包合同受本公约管辖，从经济价值观点出发以交付货物以外的义务为主的情况除外”。因此，针对交钥匙合同是否受公约管辖，在以交付货物义务为主的情形下，不同裁判机构仍可能得出不同的认识，公约咨询委员会也认为需要对此进行逐案分析。我们认为，50%可能是判断是否构成交付货物为主的一个相对重要的标准（并非绝对），有裁判机构认为80%是一个没有争议的标准⁹。

三、适用公约可能带来的优势

如果项目合同是由营业地在不同国家的当事人订立，并且这些国家均为公约的缔约国，

² 摘要汇编第6页第21段。

³ 公约第二条的规定是：“本公约不适用于以下的销售：（a）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；（b）经由拍卖的销售；（c）根据法律执行令状或其他令状的销售；（d）公债、股票、投资证券、流通票据或货币的销售；（e）船舶、船只、气垫船或飞机的销售；（f）电力的销售。”

⁴ 参见 CISG Advisory Council Opinion No. 4, Contracts for the Sale of Goods to Be Manufactured or Produced and Mixed Contracts (Article 3 CISG), <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op4.html>, 第3.3段。

⁵ 摘要汇编第20页第4段。

⁶ 摘要汇编第20页第4段。

⁷ 参见 CISG Advisory Council Opinion No. 4, Contracts for the Sale of Goods to Be Manufactured or Produced and Mixed Contracts (Article 3 CISG), <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op4.html>, 第3.4段

⁸ 作者注：“交钥匙合同”另一种译法。

⁹ 参考 *EPC Contract and CISG: the coexistence is possible*, Matteo Zanotelli, <https://www.slt.vr.it/en/epc-contract-and-cisg-the-coexistence-is-possible/>.

则项目合同属于国际货物销售合同的前提下，无论合同双方约定的合同的准据法如何，在合同双方没有明确排除公约适用的情况下，公约将得到适用，进而给承包商带来以下两点明显优势：

第一，尽管在国际工程行业可能在解读公约方面存在经验不足的情形，但必须承认适用公约本身，在公约规定的范围内为承包商提供了相对明确的制度框架。

“《公约》为营业地在不同国家的当事人之间的货物销售合同提供了一个统一框架。

《公约》以透明和易于理解的方式界定当事各方的权利和义务，增进了国际贸易法的可预测性，从而降低了交易成本”¹⁰。从公约的体例来看，公约对合同的订立、买卖双方的义务、风险转移、预期违反合同、损害赔偿、利息、免责、宣告合同无效的效果等事项作出了规定，可以满足一般供货义务为主的合同争议案件项下的规则供给需求。

以公约第五章（卖方和买方义务的一般规定）的相关规定为例，如果项目合同缺乏明确的规定，在业主履行义务的能力或者信用存在严重缺陷时，公约赋予了承包商中止履行义务的权利；在分批交货合同的履行过程中，如果承包商有充分理由断定业主今后各批货物将会发生根本违反合同的情况，公约赋予了卖方宣告合同无效的权利。因此，公约的适用将为承包商提供一个明确的权利义务框架，一定程度减少了承包商诉诸准据法规则的交易成本。

此外，在合同准据法为业主东道国法律的情形下，公约作为成文法，相当于使双方在解

读法律上处于相对平等的地位。如果合同准据法为英国法，承包商可能在解读英国法上更有经验，但约定适用公约，公约成文法相较于准据法判例法的优势，适用公约可能更符合中国承包商的思考方式。

第二，约定适用公约也会给承包商带来诚信原则的保护（当然，前提是准据法没有提供诚信原则的保护）。

根据公约第7条¹¹规定，诚信被视为公约所依据的一般原则，反映诚信原则的规定也是贯穿公约的原文始终。一方面，这将使得在双方没有约定或者约定不够明确、或者因为合同履行过程中新情况的出现而导致的没有约定或约定不明确情形下，裁判机构利用诚信原则分配双方权利义务。另一方面，在面对合同中某些不尽公平的条款规定时，法院或者仲裁庭也将通过诚信原则调整、平衡双方的权利，避免严格依照合同文字约定进行僵化的文义解释和执行，这对于合同谈判中相对处于弱势的一方可能更加有利。

例如，如果项目合同约定合同的更改或终止必须采用书面形式，现实中双方却口头约定了对承包商更友好的更改（合同书面约定更为严苛），承包商根据口头约定执行更改，在约定适用公约的情形下，如果业主在法律程序中主张承包商需要按照书面约定履行合同，承包商的信赖利益可能得到公约第29第（2）款规定¹²的保护。

四、适用公约可能带来的问题

公约的适用也带来以下两方面的问题。

¹⁰ 摘要汇编引言第一段。

¹¹ 公约第7条：(1) 解释本公约时，应考虑到其国际性以及促进其适用的统一和在国际贸易中遵守诚信的必要性。(2) 涉及本公约所管辖事项而在本公约中并未明确解决的问题，应按本公约所依据的一般原则求得解决，在并无此种原则时，则按国际私法规则确定的适用法律解决。

¹² 公约第29条：(1) 合同只需双方当事人协议，就可更改或终止。(2) 规定任何更改或根据协议终止必须以书面做出的书面合同，不得以任何其他方式更改或根据协议终止。但是，一方当事人的行为，如经另一方当事人寄以信赖，就不得坚持此项规定。

第一，公约所确立的“诚信”原则可能给合同的解读同样也带来了一定的不确定性。

为了确保公约适用的统一性，只有在一般原则无法确定的情况下，才可适用相关国内法解决相关问题¹³。因此，在双方出现争议的情况下，法院或者仲裁庭更有可能采用“主观/目的解释”、“公平原则”等方法来调整甚至改变合同自身约定不明的条款内容，导致争议结果出现一定的不确定性。

此外，公约的适用可能导致选择准据法的一部分意图落空。例如，诚信原则在大陆法系国家通常属于法律内在的一部分，但是在普通法系则通常并无此要求。因此，如果项目合同的准据法拟约定为英国法，在发生争议的情形下，一方当事人希望按照英国法以条款字面意思解读双方意思表示的努力可能受到挑战。

第二，对公约的解读可能缺乏经验，以及需要在合同、公约和准据法三者之间寻求权利基础。

首先，虽然我国《合同法》的制定吸收借鉴了公约的成果，为中国承包商理解公约提供了一定的基础。但由于该公约在国际工程领域应用实践较少，导致对公约的适用和解读可能缺乏一定的经验，尤其是对公约的解释适用往往需要借助公约广泛的判例，可能会给中国承包商增加一定的负担（外方也可能面临同样的情形）。

此外，公约不仅明确规定了不适用于某些合同争议，而且就货物销售合同所应有的范围而言，公约也仅仅规定了一些主要的问题，如其第四条规定“本公约只适用于销售合同的订立和卖方和买方因此种合同而产生的权利和义务”。许多相关的重要法律问题，如合同的效力、其任何条款（包括责任、违约金等重要条

款）的效力等，公约都没有加以规定。一旦在这些公约没有规定的事项上发生争议，仲裁庭/法庭仍然需要通过合同双方约定的准据法，或者如果没有约定准据法，则通过相关的国际私法规则来重新确定合同的准据法，进而衡量和裁决相关的争议问题。在这一过程中，承包商可能需要在合同、公约以及准据法三个范围中寻求权利基础，无疑增加了争议解决成本，并且交叉适用可能带来更深层次的不确定性。

五、新冠疫情风险防范与公约适用

在新冠疫情背景下，越来越多承包商会考虑借助合同所适用实体规则减免实施合同过程中的风险，公约在这个意义上也进入了更多中国承包商的视野。公约本身并未规定不可抗力制度，但公约第 79 条第（1）款有类似免责规定：“当事人对不履行义务不负责任，如果他能证明此种不履行义务，是由于某种非他所能控制的障碍，而且对于这种障碍，没有理由预期他在订立合同时能考虑到或能避免或克服它或它的后果”。因此，公约的确提供了在新冠疫情等障碍情形下的免责条款。

需要注意的是，如果是近期准备订立的合同，新冠疫情爆发已近一年之久，客观上各方在订立合同前已经预期了新冠疫情的潜在后果，这样可能难以满足第 79 条规定的免责规定中的“无法预期”要件。因此，针对新冠疫情的风险防范，自动适用公约对承包商可能不会带来明显优势。鉴此，我们建议可在项目合同中拟定针对新冠疫情风险分配的特殊条款（Pandemic Clause），这不仅有利于明确约定双方在特定风险事件下的权利义务，也有利于避免双方陷入新冠疫情是否构成“不可抗力”事件的争议。此外，如果项目合同项下的“不

¹³ 摘要汇编第 43 页第 10 段。

可抗力”条款仅允许承包商索赔工期，那么新冠疫情特殊条款可不受此限制。

六、交钥匙合同是否排除适用公约的核心考量

关于交钥匙合同是否需要排除适用公约，我们认为一个核心的考量是承包商对项目合同总体把握程度。如果项目合同中权利义务失衡比较严重，即较为偏向业主的利益，则建议不排除适用公约，尤其准据法在英国法的情形下，适用公约或可在一定程度上平衡英国法“过于”遵守合同约定的弊端，这样承包商更有可能利用公约来调整项目合同极端不利的约定。除此之外，如果项目合同本身并不属于供货义务为

主的交钥匙合同，则公约本身是否有管辖权就存在争议，约定不适用公约可以排除公约能否作为准据法的潜在争议，双方可以集中精力关注合同约定准据法下的法律规定，避免了在准据法适用问题上的争议解决成本。

反之，如果交钥匙合同总体比较完备，权利义务相对均衡，并且准据法选择了法律制度相对发达的法系（例如英国法），那么约定排除适用公约，准据法的适用在合约解释、救济等方面的确定性将会更有优势。此外，另一个核心优势是避免了双方未来对项目合同是否受公约管辖产生不必要的争端，继而降低争议解决的法律成本，提高争议解决的效率。

周显峰	合伙人	电话：86 10 8519 1768	邮箱地址：zhouxf@junhe.com
杨天博伦	律师	电话：86 10 8540 8645	邮箱地址：yangtbl@junhe.com
陈剑	律师	电话：86 10 8519 1767	邮箱地址：chenjian@junhe.com

本文仅为分享信息之目的提供。本文的任何内容均不构成君合律师事务所的任何法律意见或建议。如您想获得更多讯息，敬请关注君合官方网站“www.junhe.com”或君合微信公众号“君合法律评论”/微信号“JUNHE_LegalUpdates”。

