

从一笔交易谈“发盘”和“发盘的邀请”

吴 百 福

在国际贸易中,买卖双方就达成一笔交易进行磋商的过程,通常可分为询盘(Inquiry)、发盘(Offer)、还盘与再还盘(Counter offer)、接受(Acceptance)等几个环节。就对发盘人是否受约束(With engagement)而言,发盘又可分为实盘(Firm offer)与虚盘两种。还盘与再还盘是一项新的发盘,因而也有虚、实之分。至于询盘,只是交易的一方向另一方询问购买(或销售)某项商品的交易条件。在这几个环节中,能构成一笔对交易双方都有约束力的买卖合同,主要取决于一方发实盘和另一方对这个实盘的接受。用法律语言来说,就是要符合以下合同成立的程序:一方的要约(Offer)和另一方的承诺(Acceptance)。

国外一般不用“虚盘”这个词,而把“发盘”(Offer)这个词通常视作实盘。(附加限制性条件者除外)另一方面,却又把“虚盘”和“询盘”归为一类,统称“发盘的邀请”(Invitation to offer),或称“磋商的邀请”(Invitation to negotiate)。

毋庸置疑,正确区分每一个磋商环节并加以灵活运用是很必要的。可是,判断它是一项发盘(指实盘,以下同)还是发盘的邀请,尤为重要。对于这个问题,要在理论上划几条杠杠,并不困难。但在实际业务中,由于情况错综复杂,稍一疏忽,很容易把两者混淆起来,以致引起不必要的争议,处理不当,还可能造成经济损失,甚至影响企业的对外信誉。因此,如何在《进出口业务》课教学中,培养学生在弄清各个磋商环节的基本概念的基础上,进一步掌握正确区分和运用“发盘”和“发盘的邀请”,是一个比较复杂的问题。为此,我借鉴国外一些经济院校和我国各外贸兄弟院校采用的案例教学的方法,根据实际业务中的素材,假设一个案例。供同志们研究参考。

一、案情简介

海湾地区某国佣金商S是我某出口公司PP-1商品的主要老客户。1978年年底,该商与我出口公司签订该商品的独家代理协议。协议规定:代理地区为客户S所在国;年销量为600公吨(以中国口岸装船数量计);具体交易另行逐笔磋商决定;价格条款均按C&FC 3%该国口岸KT办理;协议期限自1979年1月1日起,至1979年12月31日止。

该商品的传统出口包装有A、B两种方式。由于品质和生产成本相同,售价也相同。1978年年底成交价为每公吨630美元C&FC 3%KT。

1979年2月14日,S来信要求寄送200—250公吨的新合同,以便开立信用证和完成代理协议。如可能,希确认A式包装。原文如下。

“We ask you to please send us new contract for quantity 200—250 M/T enabling us to establish L/C and fulfil our Agency Agreement with you to your entire satisfaction. If possible please confirm that packing be of A.”

当时，由于货源较紧，原生产厂的全年产量均已售出，出口公司正与其他厂协商安排，但尚未落实。为此延至3月6日才复函通知S，正与工厂联系中，俟（可能在一星期内）有结果即告。原文是：

“..... We have been getting in touch with the Mills concerned. You may rest assured that once there is any result we shall let you know, probably within a week.”

三月七日，另一生产厂表示如能在三月中旬确定生产计划，可同意安排，但由于设备限制，必须改为C方式包装。（品质与生产成本均相同）因此种包装过去从未出口，是否适合国外市场销售毫无把握。为慎重起见，出口公司拟先征询代理商意见再行决定安排生产。遂于三月八日致电S，并要求对方在三月十三日前答复，以便及时研究决定生产计划。此时，国际市场该商品的行情看涨，公司正酝酿提价。为试探客户反映，便于日后磋商和决定提价幅度，在征询包装意见的同时，顺告客户现行价为每公吨670美元。电文如下：

“PP-1 PACKING C WHETHER ACCEPTABLE PLEASE CABLE BEFORE 13/3 STOP CURRENT PRICE USD 670 PER M/T”

（注：PACKING C应是具体包装内容，这里是代号）

3月11日，S回电接受新包装，并订购250公吨，另再接受按A方式包装的670美元新价并订购150公吨，要求航寄合同和电告合同号。电文如下：

“YC8 PACKING C ACCEPTED BOOK 250 TONS STOP PACKING A ACCEPT DOLLAR 670 BOOK 150 TONS AIRMAIL CONTRACTS CABLE NUMBER CONTRACT”

由于生产上又出现新的问题，货源未能完全落实，出口公司对客户来电也未及时答复。而代理商要货心切，遂于3月26日再次电催。原文如下：

“OC11 CABLE CONTRACT NUMBER 250 TONS C 150 TONS A”

3月27日出口公司复电称：正与工厂联系，一有结果即告。又鉴于对方3月11日来电对两种包装的价格可能有误解，故同时提请注意A、C两种包装均为每公吨670美元。电文如下：

“RYC 11AND 26 WE ARE CONTACTING MILLS ONCE GET RESULTS SHALL ADVISE YOU SOONEST STOP PRICE USD 670 BOTH FOR A AND C PLEASENOTE”

4月9日，出口公司收到我驻该国商务处4月1日来函称：“S希望在上半年能完成全年协议一半数量，即300公吨。第三季度当地气候炎热，大量人员外出，故下半年的活动时间仅三个月，如上半年不能落实订货量，全年代理协议数量有可能落空，故希望对其上半年的订货给予确认，即使交货期晚一些也可。”

关于货源问题，几经周折，至四月下旬才最后确定安排生产。同时结合当时市场情况，出口公司于4月30日致函我商务处，请转告S：各种包装的PP—1价格均已调整为每公吨740美元C&FC 3%KT。1979年10月底前可供300公吨（均按C方式包装），如该公司接受此价，请客户速告我公司，以便寄送合同。

5月14日，S来电接受新价与C包装300公吨，如有可能其中100公吨希按A包装。原文如下：

“ACCORDING CHINESE EMBASSYS ADVICE WE ACCEPT PP—1 300 M/T OF C PACKING AT NEW PRICE USD 740 PLEASE SEND S/C STOP IF POSSIBLE PLEASE SUPPLY 100 TONS OF A PACKING AMONG ABOVE 300 TONS”

5月18日，S来电催告合同号：

“CABLE NUMBER CONTRACT YOUR PROMISE 300 T PP—1 PACKING C REGARDS”

5月19日,出口公司寄出79P635号售货确认书,并电复对方:

“RYC 18/5 300M/T S/C 79P635 AIRMAILED”

6月初,出口公司贸易小组抵达该国。S向贸易小组反映称:关于PP—1代理协议,你方供货不及时,目的是为了“等涨价”。同时抱怨:“发了实盘(指我3月8日去电是实盘)又涨价是不合贸易惯例的”,给他带来了损失,要求作适当处理。贸易小组认为客户的意见有一定理由,于是决定在最后成交价每公吨C&FC 3%KT740美元的基础上给予5%的优惠折扣。同时表示今后在供货上当给予优先照顾。据此,客户就在公司寄去的确认书上加注“5%折扣在全部货款收到后汇付客户”(5% discount is allowed and to be remitted to the client after receipt of total proceeds)字句后签字寄回出口公司一份。以后,双方均按加注后的合同如期履行。该项折扣共11,100美元也于履约完毕后连同佣金一并汇交S。

二、提示

(一)对这个案例的分析讨论应围绕以下三个问题进行:

- 1.上述来往函电中,哪些是“发盘”?哪些是“发盘的邀请”?
- 2.客户提出的异议,是否有充分依据?
- 3.我方在进行这笔交易的磋商和处理过程中,应吸取哪些教训?

(二)讨论的重点是我方三月八日的去电。

(三)要求学生根据教材基本知识,参考国际上有关合同成立的法律规则,独立思考,在教师的启发引导下,进行讨论,必要时可进行辩论,最后求得一个比较正确的结论。

三、初步分析

我方三月八日去电是“发盘”,还是“发盘的邀请”是引起对方抱怨的焦点。

按照惯例和大多数国家的法律解释:构成一项要约(即“发盘”)的必要条件,概括起来,主要是两条:(1)发盘人有与对方按所提条件订立合同的意愿;(2)发盘必须是肯定的。肯定的标志是主要交易条件必须是明确的,完整的,而且是无保留条件的。

我方在发三月八日电报时,在思想上虽不打算发盘,但在电文中对此并未明确表达。如联系先前的来往函电,却可以被理解为我方有按C包装订立合同的意愿。

在主要交易条件是否明确、完整和有无保留方面:首先,电文中没有任何保留的表示,也没有含糊的交易条款。值得进一步分析的是能否构成主要交易条件完整。品质、包装在电文中已经明示;数量200—250公吨与信用证支付方式两项在S二月十四日来信中已提及;价格是C&FC 3%KT每公吨670美元。(电文中虽用“现行价”,也可被认为是明确的)容易引起争论的可能是交货日期问题。在此以前的所有函电均未提到具体交货期,而交货期又是实现一笔交易所不可缺少的条件。可是,从客户来函的内容看,交货期也可能认为已经默示了的。因为我方与客户订有自1979年1月1日起至1979年12月31日止的独家代理协议,而客户二月十四日来信中有要求寄新合同“以便开立信用证和完成代理协议”(enabling us to establish L/C and fulfil our Agency Agreement with you)的字句。据此,可以引伸为只要在1979年12月31日前装运即可,具体装船期可由出口公司决定。客户的这个意图,也可从我商务处的来信中得到证实。

按照一般理解，一项有效发盘至少应包括品质、数量、包装、单价、交货时间和支付方式等六项内容。但是，对于这个问题，国际上还有更宽的解释。例如1980年4月维也纳会议通过的《联合国国际货物销售合同公约》第十四条第(1)款对发盘作了明确的规定：“向一个或一个以上特定的人提出的订立合同的建议，如果十分确定并且表明发盘人在得到接受时承受约束的意旨，即构成发盘。一个建议如果写明货物并且明示或暗示地规定数量和价格或规定如何确定数量和价格，即为十分确定。”(A proposal for concluding a contract addressed to one or more specific persons constitutes an offer if it is sufficiently definite and indicates the intention of the offeror to be bound in case of acceptance. A proposal is sufficiently definite if it indicates the goods and expressly or implicitly fixes or makes provision for determining the quantity and the price.)根据这个规定的解释，一个发盘的交易条件，只要包含商品的品质、数量和价格三项，就可被认为是主要交易条件完整。对于发盘中未提及的其他条件，则可按惯例或习惯做法办理。《联合国国际货物销售合同公约》对此还有相应规定。例如《公约》第三十三条规定：若合同未规定交货日期，“应在订立合同后一段合理时间内交货”；第三十五条规定：若合同未规定商品的包装，则应“按照同类货物通用的方式装箱或包装，如果没有此种通用方式，则按照足以保全和保护货物的方式装箱或包装”；假如合同未规定付款条件，则按第五十七条和五十八条规定：买方应在卖方根据合同规定把货物或控制货物处置权的单据交给买方的时间和地点付款。第五十五条甚至还允许销售合同不规定具体的价格和确定价格的方法。如合同未订明价格条款，则“应视为已默示地引用订立合同时此种货物在有关贸易的类似情况下销售的通常价格。”由于国际上对发盘内容是否完整的解释不尽一致，而《联合国国际货物销售合同公约》的条文又比较原则，在实际执行中，仍然可能引起争议，因此，当我们主观上想发一个“发盘的邀请”，譬如想发一个虚盘作为试探，就不宜轻易使用交易条件不完整的方式。(比较可靠的办法是注明“供参考”或加保留条件)如发询盘，就不能用发盘的口气和形式。我方3月8日电报的缺点就在于用了发盘的形式，而加了一个请对方答复的期限，就使这个问题更为突出。这是我方应该吸取的主要教训。

但是，按照贸易惯例，一方当事人所作的声明和行为，可依照本人意旨解释。《联合国国际货物销售合同公约》第八条明文规定：在确定一方当事人的意旨时，“应适当地考虑到与事实有关的一切情况，包括谈判情形、当事人之间确立的任何习惯做法、惯例和当事人其后的任何行为。”据此，虽然我方三月八日电在哪些方面具有发盘的特征，但客户提出抱怨并要求作“适当处理”是站不住脚的。因为：

1. 按照我国各进出口公司的习惯做法，发盘的内容一般都是比较明确、完整的。在三月初发在年内交货的实盘而不注明具体交货期，更与我习惯做法不符。

2. 当出口公司通过商务处转达价格已提高至每公吨740美元的发盘时，客户不仅未提任何异议，而且立即于五月十四日发电接受。(此时双方的合同关系已经确立)接着，又于五月十六日来电催问合同号。这说明客户已乐意接受我新价并确认购买三百公吨。同时也可证明在此以前，S并未把我方三月八日电报肯定地视作一个实盘，并据此提出异议。直至交易达成后，S乘我贸易小组前往访问之机，节外生枝，借口公司电文中的一些缺点提出抱怨，(对方不提索赔，而仅抱怨，说明对方自己也觉得论据不足)企图捞取额外利润，这是该商唯利是图的具体表现。

(下转第5页)

用引进技术、设备所生产的商品返销对方，偿还信贷）是主要的形式；但是在以其他产品偿还对我扩大出口更为有利，或者有些国内急需的项目用直接产品补偿确有困难时，也可以使用其他产品进行间接补偿或综合补偿。此外，在条件许可时，也可以使用国外贷款，进口材料在国内制造设备或直接购买国内设备，然后用返销产品偿还贷款本息；或者把补偿贸易与合作生产结合起来搞。如果实行单一的补偿形式，就会使补偿贸易的开展受到很大的限制；只有补偿形式的多样化，才能适应不同国家不同客商的不同情况，使补偿贸易得以顺利地发展。

（四）审慎地签订合同

合同是实现补偿贸易的重要保证，必须审慎地对待。在交易谈判时，我们要有原则性，也要有灵活性；既要防止外商钻营取巧，也要顾及其适当利益。我们的原则是**有利有理有节**；要善于利用时机，掌握火候，做成双方有利的交易。在签订合同时，对条款要设想周到，订得具体。如对双方的权责，必须明确；对可能发生的问题，要作充分的估计，并采取防范的措施；对技术设备的价格，要掌握市场行情，货比三家；对价格、利率、汇率的关系，要三项综合起来分析，准确核算；对还款条件，要力争做到安全，帐不能算得太满，要留有一定的余地，以免被动。

（五）加强有关方面的协作

开展补偿贸易涉及到许多方面，必须加强协作。外贸部门要广为联系客商，根据国内需要和可能，有计划地主动寻找对象，努力为生产部门搭桥、铺路、挂购；生产部门也要积极主动，广开门路，挖掘潜力，与外贸部门协同，争取做成更多的交易。同时，有关方面也要密切配合，如水、电、燃料供应部门、运输部门、银行、海关等，共同为发展补偿贸易作出应有的贡献。

（上接第9页）

根据以上两点，公司贸易小组有理由把对方提出的异议予以驳回。当然，如果考虑该商是我主要客户，为了搞好关系，以利今后业务，给予一些特殊优惠，又当别论，但也应把是非界限讲清楚。这是我方应该吸取的第二个教训。

此外，关于客户二月十四日来信的性质，也是可能引起不同理解的问题。粗看起来，这是一个“发盘的邀请”，甚至会被认为是一个询盘。实际上已经具备了一个有效发盘的必要条件。在主要交易条件方面，除数量为200—250公吨、协议期内交货外，其余均默示按过去最后一笔交易的规定。至于“发盘的邀请”所使用的两种形式——询盘与虚盘，两者如何区别，由于在法律上均无约束力，在实践中，这个问题就显得不太重要。事实上也较难定出严格的界限。一般来说，询盘主要使用询问的语气，提到的内容比较简单，有的仅提品名。而虚盘使用发盘的形式，内容比较多，但主要交易条件至少有一个不明确，或虽明确，但不完整，（例如缺乏品质、数量）或既明确又完整但附有保留条件。在2月14日来信中，主要交易条件明确、完整、又无保留条件，并明确指出“请寄我新合同”（please send us new contract）。说明只要出口公司寄送书面合同，（即“接受”对方发盘）交易就可成立。

在分析本案例时，对函电中的“STOP”和“CURRENT PRICE”等词的用法，以及是否明确引用对方函电的不同后果可进行适当讨论，或结合业务函电课教学进行讲解。