

《联合国国际货物销售合同公约》

有关发盘和接受的规定

钱 益 明

在进出口交易的洽商中，发盘和接受是两个必不可少的行为，只有发盘人发出实盘（包括还盘）经受盘人有效接受，交易才能达成，合同才能成立，这是一项合同的成立在法律上所要求的必要程序。在国际贸易中，由于各国所实行的法律制度不同，对合同的成立包括发盘和接受的解释不尽相同，因此在解决某项国际贸易纠纷时，可能引起法律冲突，从而使纠纷得不到顺利解决。长期来，有关的国际组织和团体在这方面曾作过多种努力，以求促进国际私法的统一。经过长期的努力，1980年4月联合国国际贸易法委员会在维也纳召开的国际会议终于审议并通过了《国际货物销售合同公约》的最后文本，其中第二部分“合同的订立”，对发盘和接受作了明确的规定。这个最后文本还有待各国政府审议批准，我国政府正在审议中。在我国政府正式批准签字以前，这项《公约》对我国虽不具有法律的约束力，但作为一项国际文件，在国际上会产生影响，我们必须重视它，研究它，以利于进出口业务地进行。

《联合国国际货物销售合同公约》共一百零一条，分为：适用范围和总则、合同的订立、货物销售、最后条款等四个部分。本文仅就“合同的订立”的有关条文作些简解和浅释。

一、发 盘

发盘亦有译为发价(OFFER)，在发盘中涉及的两个法律关系，即：发盘人(OFFEROR)和受盘人(OFFEREE)，也有译为发价人和被发价人。1980年中国财政经济出版社出版的《进出口业务》采用前一种译法。而《公约》则采用了后一种译法。本文引用《公约》条文时，则原文照录，而在叙述时则用前一种译法，以求与《进出口业务》一书相一致。

(一)关于发盘的定义

在《公约》第二部分第一章第十四条规定如下：

“(1)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价人在得到接受时受约束的意旨，即构成发价。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。

(2)非向一个或一个以上特点的人提出的建议，仅应视为邀请做出发价(an invitation to make offers)，除非提出建议的人明确地表示相反的意向。”

从上述的定义来看，同我们一般常见的实盘的定义：“它是发盘人提出的一项订约的建议，并表示发盘人有肯定的订立合同的意图”。两者在概念上是比较一致的。但有以下几点需要说明：

1. 关于特定的受盘人问题

目前多数国家的法律认为,一项发盘必须发给一个或一个以上特定的人(Specific person or persons)才有效;但是有些国家的法律,却承认没有特定受盘人的“公开发盘(public offer)”也是有效的,例如商店货架或自动售货机等处展示的货物,它是向任何人不停的发盘;或者向公众直接发出广告或价目表,并表明发盘人接受任何人提出的订单。这两类情况都属于没有特定受盘人的“公开发盘”。而在该《公约》中,则采取首先承认发盘“必须发给特定的受盘人才有效”的一种法律主张。但是,《公约》对某些主张“公开发盘”是有效的国家,也作了适当照顾,例如在第(2)款的最后一句补充规定了:“除非提出建议的人明确地表示相反的意向”。这就是说,如果发盘人在一项“公开发盘”中明确表示(Clearly indicated)这种相反的意向,即表明了任何人凭发盘通知表示接受均有效的意思,这种“公开发盘”也将得到该《公约》的承认。

2. 关于一个或一个以上特定的人问题

在我国对外贸易实践中,通常见到的发盘是发给一个受盘人,但是如果一批货物是属于两个或两个以上的特定人共同购买或出售的情况,在国际贸易中也允许一项发盘发给两个或两个以上特定的人。因此,在该《公约》中采用了“向一个或一个以上特定的人”的措词。

3. 关于“受约束的意旨”问题

在进出口业务中作为一项实盘,即在法律上构成一项要约,当受盘人作出有效接受时,发盘人则应受该发盘的约束。这是我们通常所知道的有关实盘的概念。按照《公约》的规定:“一个建议如果十分确定并且表明发价人在得到接受时受约束的意旨,即构成发价”。应当指出:这里指的“发价”,是指符合法律要求的“发价”,即我们在进出口业务中所说的“实盘”;反之,如果不是十分确定,没有表明发价人在得到接受时受约束的意旨,则这种发价在得到接受时,发价人并不受约束,属于这种情况也就是我们在进出口业务中所说的虚盘。

在明确上述概念以后,我们首先分析《公约》对发盘(指实盘)是如何要求的。按《公约》的规定构成发盘应要求发盘人在其发盘中要十分确定(Sufficiently definite)并表明他在得到接受时受约束的意旨(Intention)。根据教科书中常见的解释是:作为一项实盘,发盘人的这种肯定意图,主要是根据发盘的内容来分析判断的,即:如果发盘的内容明确(Clear),主要交易条件完备(Complete)又无其他保留条件(Final),即应认为发盘人是有肯定的订立合同的意图。但是,《公约》仅规定:“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”。这样的规定是否同我们常讲的“主要交易条件必须完备”一点有矛盾呢?关于这个问题,我们认真研究《公约》的全文,并查阅联合国国际贸易法委员会核可的《国际货物销售合同公约草案》及秘书处编写的该草案的《评注》等资料,便可从中得出必要的结论。例如《评注》指出:“一项仅仅写明货物和订定数量和价格或规定如何决定数量和价格的发价,待到接受,从而订立合同时,合同的其余条件则按惯例或按《公约》第三部分关于销售法的条款来决定”。这就是说,如发盘中仅规定了货物、数量和价格三项必要条件,而其他条件则根据《公约》第三部分的规定确定。因此,对于《公约》的上项规定,应视为整个《公约》的一项条款,而我们在研究这个问题时,应该联系《公约》的其他部分及其条款加以全面理解。我们通常所说发盘的主要交易条款必须完备,不仅是应包括上述条款所说的商品的名称、数量和价格三项必要条件,而且还应包括货物的品质、支付、交货地点和时间等。但是,在

《公约》第十四条(1)款中解释“十分确定”的含义时,却只提到货物、数量、价格三项必要条件,很显然,《公约》的上述解释是特别强调这三项条件的必要性,但是,从《公约》的全文来看,也并没有排除列入其它主要交易条件的必要性。例如《公约》在解释对发盘内容的修改,在什么情况下是属于实质上(material)的变更时,它在十九条(3)款中作如下明确规定:“有关货物价格、付款、货物质量和数量、交货地点和时间,一方当事人对另一方当事人的赔偿责任范围或解决争端等等的添加或不同条件,均视为在实质上变更发价的条件”。可见支付、品质、交货地点和时间都应视为十分重要的交易条件。同时《公约》的第三部分对这些问题均作了详尽的规定。因此如遇有发盘人在发盘中未列入上述条件,则应视为按照《公约》的第三部分的规定来加以确定。特别应指出的是:作为卖方或者买方,在未明确支付、品质、交货地点和时间等条件的情况下,要订立大笔交易的合同,也都是不可想象的事情,这也是一般的商业常识。因此,鉴于上述理由,《公约》第十四条第(1)款的规定,同我们通常在教科书中所强调的“一项实盘的主要交易条件必须是完备”的观点并不矛盾,关键在于我们要把这一条款的规定联系《公约》的全部内容来理解。反之,如果我们孤立地仅从该项条款的表面文字来理解,就可能得出错误的结论。

(二)关于发盘的有效期限问题

关于这个问题在《公约》中没有专门的条文加以明确规定,但从有关的条文以及《评注》的意见来分析,从中可以引伸出以下几点:

第一,一项发盘以送达受盘人时起生效;((《公约》第十五条(1)款)

第二,如果在发盘中规定了具体的接受发盘的期限,则在上述规定的期限内有效;((《公约》第十八条(2)款)

第三,如果在发盘中未规定接受的期限,则在一段合理时间(Reasonable Time)内有效;((《公约》第十八条(2)款)

第四,对于当面谈判,除另有约定外,应以当场接受为有效;((《公约》第十八条(2)款)

第五,一项有效接受以在发盘有效期限内送达发盘人为准。((《公约》第十八条(2)款)

由于各国法律对在发盘的有效期限内的接受是以受盘人发出接受的时间为准还是以发盘人收到接受的时间为准,一直存在着两种对立的意见。而《公约》中则明确地采取了以送达受盘人作为准的办法。

关于发盘的有效期限问题,《公约》的有关规定同我们通常知道的概念是比较一致的,因此,无需详加解释。

(三)关于发盘的撤销和撤回问题

在《公约》的第二部分第十五条及十六条作了具体规定,对此,我们应注意以下几点:

1.对英美法和大陆法的折衷处理

由于各国对一项发盘能否撤销,存在着不同的主张,《公约》针对这一事实,在第十六条中作了折衷的处理。一方面,在第十六条(1)款中规定:“在未订立合同之前,发价得予撤销,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”,这就是说,对一项发盘在受盘人接受以前,发盘人是可以随时撤销的,从而满足了以英国为代表的英美法国家的法律主张;另一方面第十六条(2)款中又明确规定,属于下列几种情况又不得撤销:写明接受发价的期限;

以其它方式表示发价是不可撤销的；被发价人有理由信赖该项发价是不可撤销的，而且被发价人已本着对该项发价的信赖行事。这一条款的规定也就满足了以德国为代表的大陆法国家的法律主张。

2. 关于撤销和撤回两词的区别

撤销(Revocation)和撤回(Withdrawal)两词是有着不同的法律含义。从《公约》第十五条(2)款的规定来分析，我们可以看出这两个词是不相同的。撤回是指一项发盘在生效前可以收回，即使这项发盘是不可撤销的，也是可以收回的。例如，《公约》第十五条(2)款规定：“一项发价，即使是不可撤销的，得予撤回，如果撤回通知于发价送达被发价人之前或同时，送达被发价人”。这是因为《公约》规定：一项发盘只有送达受盘人时才能生效的缘故(《公约》第十五条(1)款)。因此，在一项发盘生效以前，无论是可撤销的或不可撤销的发盘都是可以撤回的。我们明确了这一点，对于我们在实际工作中，如遇有误发实盘，只要撤回通知，赶在误发的实盘到达之前或同时到达受盘人，该项实盘也是可以撤回的。而撤销一词则是指发盘人对一项发盘所承担的约束而言的。例如，一项实盘送达受盘人后，在其有效期限内，发盘人在得到接受时，必须承担受约束的责任，从而不能任意撤销其受约束的责任。因此，按照《公约》的规定，一项实盘送达受盘人以后，在其有效期限内是不能撤销的。

二、接 受

接受是订立合同不可缺少的行为。只有一方当事人发出实盘，而被另一方做出有效的接受时，合同才能成立，这是合同成立所要求的合法程序。因此，在《公约》的第二部分中，对接受作了较详细的规定。

(一)关于接受的定义问题

在《公约》的第十八条(1)款中，对接受的定义作了以下的规定：

“被发价人声明或做出其它行为表示同意一项发价，即是接受。缄默和不行动本身不等于接受”。

值得我们注意的是，在这里仅规定“表示同意一项发价，即是接受”。而在一般国内外著作中，通常对接受的解释，一般均强调它是对发盘的无保留的同意(Unreserved Assent)，有的著作甚至强调“接受必须是同发盘的各项条件严格一致”(The acceptance must in every way conform to the terms of the offer)。《公约》所下的定义是否同一般著作中所解释的含义有矛盾呢？我认为接受是合同成立的最后的行为，在解释接受时，应首先强调它是对一项发盘的无保留的同意，这是正确的。但是，由于国际上存在着承认某些“附有条件接受”(Conditional acceptance)的可能性，因此，在教科书中解释接受时，在强调它是“无保留的同意”这一概念之后，並进一步补充介绍存在上述可能性也是必要的。只有这样的处理，才能避免人们在认识上可能出现的混乱。如果，我们认真研究《公约》的全部条款，不难发现《公约》的起草人也是本着这种精神处理的。例如，《公约》第十九条(1)款规定：“对发价表示接受，但载有添加、限制或其它更改的答复，即为拒绝该项发价，并构成还价”。从这一款来分析，《公约》也是首先承认接受必须是对一项发盘无保留的同意这一概念的，即在接受通知中“载有添加、限制或其它更改的答复”，都不能构成接受，应视为对发盘的拒绝，即构成还盘。但是，

《公约》考虑到国际上还存在着承认某些“附有条件接受”的可能性，并且对此在第十九条(2)款中，也作了相应的规定，我认为可能由于这种原因，从而在第十八条(1)款中，仅仅采用了“同意”这种措词，没有像一般的教科书中所采用“无保留的同意”或其它类似的措词，而在第十九条作了进一步补充说明。

(二)关于“附有条件接受”问题

在《公约》第十九条(2)款中，对承认某些“附有条件接受”作了以下规定：

“对发价表示接受但带有添加或不同条件的答复，如所载的添加或不同条件在实质上并不变更该项发价的条件，除发价人在不过分迟延的期间内以口头或书面通知反对其间的差异外，仍构成接受。如果发价人不做出这种反对，合同的条件就以该项发价的条件以及接受通知内所载的更改为准”。

按照《公约》上述条款的规定，承认一项“附有条件接受”，必须符合下列两点：

1. 在接受通知中，受盘人所提出的添加或不同条件必须是在实质上(Material)未变更原发盘的条件

何谓“在实质上未变更发盘的条件”呢？按照第十九条(3)款规定：“有关货物价格、付款、货物质量和数量、交货地点和时间，一方当事人对另一方当事人的赔偿范围或解决争端等的添加或不同条件，均视为在实质上变更发价的条件”。

这就是说凡属于上述规定范围，其中包括价格、付款、品质、数量、装船日期、仲裁、索赔以及价格术语等条件的添加或修改，均视为实质上的变更，反之，不属上述范围的变更则应视为非实质上的变更。

2. 必须以发盘人未在不过分迟延的期间内用口头或书面通知受盘人反对其所作的添加或修改为限

如果发盘人对“附有条件接受”及时提出反对，即使受盘人所作的添加或修改在实质上并未变更原发盘的条件，这种答复仍然不能构成接受。至于何谓“不过分迟延的期间内”？在《公约》中未作具体说明，只能参照发盘的内容，传递的方式，当事人之间的习惯做法或行业惯例等情况加以确定。反之，如果发盘人不反接受中所作的非实质上的添加或修改，或者在过分迟延的期间内发出这种反对通知，均应视为合同已经成立，而合同的条件，则应以发盘的条件和接受通知中所添加或修改的条件为准。

(三)关于表示接受的方式问题

在进出口业务活动中，我们常见的接受是由受盘人用口头或书面表示同意，也就是《公约》中所说的用“声明”(Statement)的方式来表示的。

但是在国际上还存在着用做出其它行为(Other conduct)的方式来表示同意。因此，在《公约》的第十八条(1)款中，明确规定这两种方式都是可行的。所谓“做出其它行为”，主要是指：发运货物或支付价款等有关行为。例如：某卖方接到一项实盘的订单(Order)或者递盘(bid)，他按照订单或递盘的条件立即发运货物；或者某买方接到一次供货的实盘，他按照来盘的条件，立即开出信用证或汇付现款，如果这些行为是在发盘所要求的有效期限内做出，这种行为就构成接受。

(四)关于缄默(Silence)问题

在《公约》中明确规定：“缄默和不行动本身不等于接受”。这种观点同多数资本主义国家的法律是一致的。即使发盘人在其发盘中单方面规定以缄默作为接受的条件，对受盘人也是没有任何约束力的。但是，我们应该注意到，如果有其他因素同缄默同时存在，而这些因素又能够充分证明受盘人的这种缄默就是同意的表示，那么这种缄默亦即构成接受。例如，双方当事人事前已经有过这种约定，即缄默就是接受。在这种情况下，受盘人收到了对方的发盘，既没有发出接受通知，也没有做出反对的表示，而这种缄默就等于接受。上述的这种约定，可以是明示的(Express)，也可以根据谈判的情形，当事人之间形成的习惯做法来加以确定的。

(五)关于接受的生效、撤回及撤销问题

1. 关于接受的生效问题

在资本主义各国的法律上，对接受何时生效，存在着分歧意见。例如大陆法国家主张，接受应以送达发盘人始生效；而英美法国家则倾向于接受应以发出时即生效，特别是对于用信件表示的接受，则以寄出的时间生效。而《公约》则主张接受以送达发盘人时生效。例如第十八条(2)款规定：

“接受发价于表示同意的通知送达发价人时生效”。但是我们应注意，如果受盘人是用做出其它行为表示接受时，无须发出通知，则应以做出这种行为时生效。

2. 关于接受的撤回问题

在资本主义各国的法律上，对接受能否撤回问题，存在着分歧意见。例如大陆法国家的法律，认为一项接受在它生效以前是可以撤回的；而英美法国家的法律，则倾向于接受发生时生效，因此，一项接受在发生后是不能撤回的。而《公约》主张一项接受在送达发盘人时生效，则规定：“接受得予撤回，如果撤回通知于接受原应生效之前或同时，送达发价人”。这就是说，如果受盘人发出接受后，只要撤回通知赶在接受通知之前或同时，送达发盘人，该项接受是可以撤回的。

3. 接受能否撤销问题

正如前述，发盘可以分为可撤销的和不可撤销的两种情况。但对接受来说，接受自生效之时起(按《公约》规定，即送达发盘人之时起)，合同立即成立。因此，接受是不能撤销的。如果，受盘人任意无理撤销其有效接受，则应承担违约的一切法律后果。因此，一项接受在生效前可以撤回，但是在它生效之时起，即不能撤回，也不能撤销。