

关于「合同的订立」

李正方

销售合同，必须合乎法律规范，才能得到法律保护并受法律约束。在国际贸易中，买卖双方的营业地址往往在不同的国家，合同的法律关系就成了国际间的法律关系，而各国的法律又有很程度的不一致性，在某些方面，甚至有严重的分歧。以销售合同的订立为例，英美法和大陆法就有不同规定。英国法律原则上不承认一项发盘在对方接受前对发盘人有约束力，并规定发盘在受盘人接受前可予撤销。大陆法则认为，除非发盘人在发盘中表明不受约束，发盘对发盘人具有约束力，在一般情况下，发盘到达受盘人后就不能撤销。同属英美法系的美国，在其《统一商法典》中则规定：发盘人如系商人，发盘规定的有效期不超过三个月，而且是以书面作成，并由发盘人签字，则在有效期内对发盘人有约束力。因此，如何统一关于合同订立的法律，长期来成为世界各国所关心的问题。联合国《国际货物销售合同公约》，在其第二部分——第14条至24条，规定了合同订立的统一规则，无疑这些规定将有助于国际贸易的发展。

本文拟对《公约》第二部分的条款作简要的解释。为了能联系实际，作较深入的分析，特拟买卖双方为合同订立而交换的电报一套^①，并在下文中引用这些电报，以《公约》条款分析研究，以期有助于说明问题。

交易经过磋商，合同得以成立。《公约》第23条规定：合同于按照本公约规定对发盘的接受生效时订立。也就是说，合同的有效成立，必须包括两个阶段，即一方发盘和另一方接受。

发 盘 (Offer)

一、发盘应具备的条件

《公约》第14条第1款规定，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。这就是说，发盘必须是：

(一) 向一个或一个以上特定的受盘人提出

《公约》第14条第2款规定，非向一个或一个以上特定的人提出的建议，仅应视为邀请做出发盘，除非提出建议的人明确地表示相反的意向。一般的商业广告或向很多客户都散发的价目单不是向一个特定的人做出的，只能看作是一项发盘的邀请，除非在广告或价目单里，明确规定该项建议是一项发盘。

例如，在广告中规定按所列条件出售给第一个光顾的客户或在价目单中注明按所列条件卖给第一个开到信用证的人，则出口人就受到订立合同的约束，该项建议就构成了一项发盘。

注：① 电报内容摘自实践，适当修饰，并按交易磋商顺序排列，共计15份。

又例如,19××年5月12日,我××进出口公司为了推销新产品A,给纽约ABC公司等10几家客户寄去该新产品的图片、说明书和价目单。价目单内容为:

Our new products, Commodity A, Article No.1203 Packing: in Cartons.

Current Price: USD50 per set FOB Shanghai

Payment: By Irrevocable Letter of Credit Payable at sight.

5月22日,ABC公司来电,表示接受:

"YOUR QUOTATION 12TH ACCEPT 5000 AUGUST CABLE CONTRACT NUMBER"

5月24日,我复电拒绝:

"YC22ND REGRET UNACCEPTABLE NOW PRICE GOING UP HOWEVER INVITE BID BEST"

上述情况说明:我公司5月12日寄给ABC公司的价目单并非向一个特定的受盘人提出的订立合同的建议,是一项发盘的邀请,不能被接受而成立合同,因此,ABC公司5月22日来电表示接受是无效的,我5月24日复电邀请其发盘是完全正确的。

(二) 内容必须十分确定

一项订约建议的内容怎样才算十分确定?

1. 在建议中写明:(1)货物的品名;(2)货物的数量及价格;或(3)确定数量及价格的方法,就算十分确定,就可以构成一项有效的发盘。这项发盘,一旦被受盘人接受,合同即告成立。不过,在具体业务中,一项发盘除包含商品的品质、数量、价格外,通常还应包含包装、交货和支付等交易条件。这些条件如在发盘中未予规定,可以按照公约中的其他条款执行。例如,如在发盘中未规定交货时间,可以参照《公约》第33条(c)款规定,在订约后一段合理时间内交货;包装条件可以参照《公约》第35条(d)款规定,按照同类货物通用的方式装箱或包装;至于支付条件,如发盘中未作规定,可以参照《公约》第57条和第58条执行。

2. 上述条件必须明确:(1)明确规定货物的品名、规格,如商品"A"货号1203;(2)明确规定货物的数量及价格,不能含糊或模棱两可,如使用"参考价每台50美元",由于这一价格条件是不确定的,就不是一个有效的发盘;或(3)明确规定确定数量及价格的方法。发盘人在发盘中提出的数量及价格条件一般是确定的,但也可以不明确规定数量或价格,而规定以后如何确定的办法。如规定商品"A"货号1203,上海×厂9月份全部产量,以工厂生产记录为准,这种规定,虽无明确的数量,但规定了如何确定数量的方法,仍然是一项有效的发盘。如果在建议中使用了"暂作价",就不能认为内容十分确定,就不能构成一项有效的发盘。

(三) 表示承受约束的意旨

一项发盘必须表明发盘人在得到接受时承受约束的意旨,即在发盘得到接受时,与受盘人按发盘条件达成合同。这种意旨有时可以用"发盘"(Offer)、"发实盘"(Offer Firm)、"递盘"(Bid)、"递实盘"(Bid Firm)等字样表示。但分析一项建议是否表示了承受约束的意旨,还应看整个建议的内容及其它有关情况。如果建议的内容十分确定,且根据谈判情形、双方的习惯做法、惯例和/或当事人随后的行为表明发盘人是愿意达成合同的,也就表示了承受约束的意旨。

反之，如果在建议中使用了保留条件或限制条件，如“以我方确认为准”(Subject to our final confirmation)或“未售有效”(Subject to prior sale)等，就表示了不承受约束，也就不是一项有效的发盘。

例如，商品“A”货号1203的交易磋商继续进行。

5月28日，ABC公司来电递盘：

“YC24TH BID 1203 5000 SETS USD52 CIFC3% NEW YORK AUGUST LC 30 DAYS CABLE REPLY”

以及我方5月31日去电还盘：

“YC28TH ONLY AVAILABLE 3000 SETS USD54 CIFC3% NEW YORK SEPT LC SIGHT VALID 4TH OURTIME”

上述两电，都符合承受约束的意旨的条件，就是有效的发盘。

(四) 送达受盘人

《公约》第15条规定，发盘于送达受盘人时生效。

发盘必须被送达受盘人。不论是书面的或是口头的发盘，只有被传达到受盘人时才生效。如果发盘人用信件或电报向对方发盘，该信件或电报遗失或送错，对方并未收到，则该项发盘无效。此外，如果发盘由未经发盘人授权的第三者通知受盘人，这项发盘即使被传达到，也是无效的。受盘人祇有在收到发盘后，即在发盘生效后，才能作出接受，导致合同成立。

二、发盘的终止

一项发盘，经发盘人撤回或撤销或被受盘人拒绝，该项发盘就告终止。

(一) 发盘的撤回或撤销

1. 发盘的撤回

发盘的撤回是指发盘人在发盘尚未送达受盘人之前，即在发盘尚未生效之时，取消该项发盘。根据《公约》第15条第2款规定，如果取消发盘的通知在发盘之前到达受盘人，或取消发盘的通知至少与原发盘同时到达受盘人，则该项发盘可以被取消，即可以被撤回。

例如，我方5月31日上午10时交发给ABC公司的电报后，中午发现情况有变，于是在12时追发加急电报，力图追回该项发盘。电文为：

“OUR OFFER TODAY WITHDRAWN LETTER FOLLOWS”

由于该加急电送达ABC公司，迟于我上午10时交发的发盘电报的送达时间。因此原发盘已经生效，我公司未能成功地撤回该项发盘。

2. 发盘的撤销

发盘的撤销是指在发盘到达受盘人，即发盘已生效后，发盘人取消该项发盘。资本主义国家法律对发盘是否能被撤销的不同规定，前面已作过简单介绍。《公约》采用了调和两大法系分歧的规定。按《公约》第16条第1款规定，(1)在合同订立以前，发盘可以撤销，即在发盘到达受盘人与受盘人发出接受通知这段时间内，发盘人可以取消发盘。(2)发盘人取消发盘的通知必须在受盘人发出接受通知之前送达受盘人。但《公约》第16条第2款又规定，某些发盘，一经生效，就不能被撤销。不能被撤销的发盘有：(a)规定了有效期限的发盘；(b)在发盘中表明该发盘是不可撤销的；(c)受盘人有理由信赖该发盘是不可撤销的并已本着对

该发盘的信赖行事，如受盘人已按发盘条件向他人兜售该商品。

(二) 对发盘的拒绝

《公约》第17条规定，一项发盘，即使是不可撤销的，于拒绝通知送达发盘人时终止。就是说，发盘一经受盘人拒绝，发盘的效力就终止。拒绝有两种情况，一是受盘人不同意发盘的条件而作出不接受的表示，如“你价太高，无兴趣”。如果受盘人拒绝后又反悔，重新表示接受，除非发盘人表示同意，否则合同不能成立。另一种情况是受盘人对发盘的条件不完全同意而提出修改，限制或添加新条件，这就是受盘人对发盘作出还盘。还盘实质上是受盘人对发盘拒绝后作出的一项新的发盘，因此，原发盘的效力经还盘后也就终止。

例如，我方5月31日去电是对ABC公司5月28日递盘所作出的一项还盘，因而ABC公司5月28日递盘经我还盘而失效。我5月31日还盘构成了一项新的发盘。

又例如，ABC公司6月2日来电，对我5月31日发盘加以拒绝：“YC31ST PRICE TOO HIGH”

6月3日，ABC公司又来电，接受我5月31日发盘：

“YC31ST OC2ND SUCCESSFULLY PERSUADED CLIENT ACCEPT YOUR PRICE PLEASE CABLE CONTRACT NUMBER”

我6月5日去电拒绝ABC公司的接受：

“YC3RD UNACCEPTED MANY ORDERS ARTICLE 1203 SORRY UNABLE SUPPLY AT-PRESENT MEANWHILE CONTACTING MILLS WILL ADVISE YOU AS-SOON-AS AVAILABLE”

上述电报说明ABC公司6月2日来电对我5月31日还盘表示拒绝，我5月31日还盘也就失效；ABC公司6月3日又来电对我5月31日还盘表示接受，除非我方同意，是无效的。我6月5日去电拒绝该项接受，则合同就不成立。

接 受 (Acceptance)

一、构成接受的条件

按《公约》第18条规定，构成一项有效接受的条件有：

(一) 接受必须由发盘的受盘人作出

祇有特定的受盘人才能对发盘作出接受。例如，我公司对ABC公司的发盘，祇有ABC公司才能作出接受，而不能由任何第三者表示接受。

(二) 接受必须以声明或其他行动表示出来

1. 受盘人必须向发盘人作出声明，表示同意发盘内容，如使用“接受”(Accept)、“同意”(Agree)、“确认”(Confirm)等字样。

2. 受盘人也可以用行动表示接受。如根据发盘要求或依照当事人之间已确立的习惯做法或惯例，受盘人可以用与发运货物或支付货款有关的行动来表示同意，而不需向发盘人发出通知。例如，ABC公司为我××公司的老客户，长期以来，如同意我方发盘，即开出信用证，而不再另行通知我方，这一行动，也构成一项有效的接受。但是，如果受盘人既不作出任何声明又不做出任何行动，祇保持缄默，那就不等于接受。

(三) 接受必须在发盘有效期内送达发盘人

接受在接受通知送达发盘人时生效。

1. 接受通知必须在发盘中规定的有效期内送达发盘人，如未在有效期内送达，接受就成为无效。

2. 如发盘中未规定有效期，接受通知必须在一段合理时间内送达发盘人，如未送达，接受也成为无效。

3. 口头发盘必须立即接受。但如果发盘人同意延长发盘的有效期，就不受此条限制。

4. 如果受盘人用行动来表示接受，则接受在该项行动做出时生效，但该项行动也必须在发盘所规定的有效期内，如发盘未规定有效期，应在合理时间内做出。

至于发盘人在发盘中规定一段期间为接受的有效期限，如规定“有效期3天”，而未规定从哪天起算，根据《公约》第20条规定，(1)如用电报发盘，则从电报交发时刻起算；(2)如用信件发盘，则从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；(3)如用电话、电传或其他快速通讯方式发盘，则从发盘送达受盘人时起算；(4)在计算接受期限时，接受期限内的正式假日或非营业日应计算在内，不应扣除。但如果接受期限的最后一天在发盘人的营业地是正式假日或非营业日，以致接受通知未能按期送达发盘人，则发盘的接受期限可以顺延至下一个营业日。

(四) 接受必须与发盘相符

接受就是对发盘表示同意，因此，接受的内容必须与发盘一致，如果不一致，就不是接受而是还盘。按《公约》第19条第1款规定，对发盘表示接受时又对其内容作添加，限制或其他更改，就是对该项发盘的拒绝并构成还盘。但是《公约》第19条第2款又规定，对发盘表示接受但载有添加、或不同条件的答复，如果这些添加或不同条件在实质上并未更改发盘的条件，仍构成接受，除非发盘人及时以口头或书面提出反对。如发盘人不及时提出反对，则合同成立，且合同条件是以该发盘的条件及接受通知中所作的更改为准。

如何判断这些添加或变更的条件是属于实质上改变了发盘的条件，还是并未实质上改变了发盘的条件？《公约》第19条第3款作了规定。按照该款规定，对下列条件的添加或变更均应看成是实质上变更了发盘的条件：(1)货物的价格；(2)付款；(3)货物的质量和数量；(4)交货地点和时间；(5)一方当事人对另一方当事人的赔偿责任范围；(6)解决争端。凡载有上述更改的接受，不能构成有效的接受，而祇是一项还盘。

例如，商品“A”货号1203的交易磋商继续进行。

6月10日我又去电发新盘：

“THROUGH STRENUOUS EFFORTS SUPPLY 1203 SETS USD56 CIFC3%
OCT LC SIGHT REPLY HERE 14TH”

ABC公司6月12日来电表示接受，但变更仲裁条件：

“YC10TH ACCEPTED BUT ARBITRATION IN NEW YORK CABLE CONTRACT NUMBER”

我6月13日复电不同意：

“YC12TH MUCH REGRET UNACCEPTABLE”

ABC公司6月14日来电接受我仲裁条件：

“YC10TH AND 13TH ACCEPT ARBITRATION IN CHINA CABLE CONTRACT

NUMBER”

因汇率暴跌，我6月15日复电拒绝该项接受，并重新发盘：

“YC14TH DUE DOLLAR DRASTIC DEVALUATION THROUGH CLOSE CALCULATION LOWEST PRICE USD58 OTHER TERMS SAME AS OUR 10TH VALID THREE DAYS”

上述电文说明：ABC公司6月12日来电接受我6月10日发盘，但又变更了仲裁条件，就构成了一项还盘，我6月10日发盘经还盘后即告失效，虽然ABC公司在我6月10日发盘的有效期内，再来电表示接受我仲裁条件，但因汇率暴跌，我公司于6月15日复电拒绝该项接受，同时重新发盘，是完全合理的。

二、逾期接受

逾期接受是指接受通知到达发盘人的时间已超过了发盘所规定的有效期，如发盘未规定有效期，则超过了合理的时间。按一般原则，逾期接受不能算是一项有效的接受，祇是一项还盘。但是，《公约》第21条第1款又规定，逾期接受仍有接受的效力，如果发盘人立即用口头或书面将这种意见通知受盘人。按该规定，祇要发盘人对逾期接受表示同意，合同仍可成立。例如，6月19日，ABC公司来电接受，但已逾有效期：“YC15TH LC 786954 OPENED” 6月20日，我方去电表示确认：“YC19TH SC72659 AIRMAILING”。查我6月15日的发盘规定有效期三天，应从6月15日电报交发时刻起算，至6月18日该一时刻为止。ABC公司6月19日来电表示接受，已是逾期接受，我公司6月20日去电确认该项接受，合同于我公司确认电报到达ABC公司时成立。

另外，《公约》还对由于邮递延误而造成的逾期接受作了规定。按《公约》第21条第2款规定，如果载有逾期接受的信件或其它书面文件表明，祇要在传递正常的情况下，它是能及时送达发盘人的，则该逾期接受仍具有接受的效力，除非发盘人立即用口头或书面通知受盘人，他认为他的发盘已经失效。换句话讲，对于因邮递延误而造成的逾期接受，如果发盘人保持沉默，则等于承认合同已经成立。

三、接受的撤回

《公约》第22条规定，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盘人。接受于接受通知送达发盘人时生效，而合同于对发盘的接受生效时订立，因此，接受一经送达发盘人，合同即告成立。受盘人如果要取消接受，祇能在接受生效之前撤回接受，而不能在合同成立之后将接受撤销。