

签订一个条款完备、内容清楚、符合法律规范、符合法律规范的合同是交易成功的保障，也是合同得以顺利履行的前提和关键，这是毫无疑义的。但如何才能达到上述要求呢？作者认为，这是一个涉及业务与法律知识技能的、动态的复杂问题，其中任何一个环节出错都可能直接影响到交易的成功。本文不想谈合同磋商中的业务技术问题，仅就法律上容易被忽视且又影响合同成立的几个重大问题作一些粗浅的分析。

一、应如何同外商进行合同磋商？

在与外商正式进行合同磋商前，首先要确定合同磋商的方式。国际贸易合同的磋商方式在实务中可有多种多样：可彼此间通过信函、电传、电报、传真来进行；也可通过外贸交易会、恳谈会由当事人直接当面商谈；也可通过第三者居间介绍或通过委托代理人来进行等等。但是，国际贸易合同的交易磋商虽有很多方式，均可从法律上归纳成两个实际性步骤或行为，即一方的要约和另一方的承诺。一切合同归根到底都是由要约和承诺达成的。两者的同时存在构成合同成立的基本要求，缺少要约或承诺的合同是难以想象的。

那么，什么是要约和承诺呢？要约就是一方向另一方做出的以缔结合同为目的意思表示。承诺则是指受要约人按照要约所指定的方式；对要约的内容表示同意的一种意思表示。发出要约的人叫作要约人，接受要约的叫作受要约人。法律上要求要约人的要约必须同时符合三个条件：第一，要约人订约意思表示清楚；第二，要约的内容必须明确、肯定、完整；第三，要约必须传达到受约人才能生效。法律对要约的三点要求尽管在词意上明白无误，一目了然，但要约在实务中的表达方式和措词内容多种多样，故对要约内容完整性的确定可能产生理解上的差异；再者，交易双方当事人由于对要约载体传达到受约人的习惯、惯例、法律规定的不同，使得在如何认定要约是否已经传达到受约人问题上产生争议，这是合同磋商时法律思路中特别应注意的两个问题。下面就该两个问题进行分析。

（一）关于要约内容的完整性

对这个问题，业务上的认识和法律上的规定相距甚远。我国外贸业务通常认为，一项内容完整的要约一般要包括六个主要交易条件，即质物的品质、数量、包装、价格、运输、支付。但我们必须指出该要约完整性六大交易条件的标准仅仅是我国进出口贸易工作的总结，不是国际贸易惯例，更不是法律。联合国国际货物销售合同公约（下称《公约》）确定要约完整性的基本标准是货物品名、数量和价格（见《公约》第14条），而美国的统一商法典则规定一个要约最主要的是写明货物及其数量，至于价格、支付、运输、品质、

包装等其它条款可待日后按合理标准来补充确定。从国际贸易惯例的角度来看,迄今为止对要约的完整性国际贸易界尚未形成一个为各国所普遍接受的统一规范,而主要依靠交易双方当事人间的自由约定和习惯做法。正因为如此,考虑到世界各国商人对此问题在做法上和认识上的差异,公约特别加以明确之。那么,又应该如何来处理交易条件不全的要约呢?是把它看作是具有法律拘束力的要约还是看作无法律约束力的要约的引诱,这是一个关系到合同是否成立的大问题,必须加以明确。

首先,我们不能无视法律的规定,我行我素。我国既然已经加入了《公约》并且该《公约》已经对我们生效,我们自然应该遵守。但是,另一方面我们又不能片面地去理解“有法必依”,以为既然《公约》规定要约仅需写明货物的品名、数量、价格三个主要交易条件,我们对《公约》缔约国商人发出的要约仅写明三个交易条件即可,这种观点是错误的。错在把《公约》的该规定看成了硬性规定。从法律规范的性质上说有必须无条件照办的强制性的硬性规范,如《中华人民共和国海关法》中对进出境商品依法强制征税的规定,而有些法律规范则是“软性”的,象《公约》对要约完整性的规定。《公约》的规定只是要约完整性的最低限度的标准而不是要约完整性的硬性规定。如果我对外发出的要约仅有三个交易条件,虽然该要约在法律上有效,但由于其它主要交易条件欠缺,必然导致履约困难。当然,对于欠缺的条款按照《公约》的规定,可事后进行推定补充,但这毕竟增加了许多麻烦。因此,为使合同能够顺利履行,作者认为我出口公司对外发出的要约仍应该尽可能全面,把主要交易条款列入要约中。如果外商发来的要约仅含《公约》所述三大条件时怎么办?对此,我们当然不能唯我独尊,以我们的业务标准去要求对方,这是没有法律依据的。首先,我们应当承认对方要约的法律有效性,但为了履约方便,我们当暂缓接受,在请求对方补全其它交易条件后再予接受。如果在非常情况之下,若有接受之必要,我们则可依法而行,接受对方“内容不全”的要约。如果外方要约内容不全是由于交易双方事先签有一般交易条件或约定或存有确定的交易习惯,此当别论。

(二) 关于要约的传达问题

按照法律的规定,要约是必须传达到受约人才能生效的。但何谓“传达到”却是个复杂的问题。当要约通过电传、传真、电话通讯方式传达时,发收在即刻间完成,此当无问题;如果通过信函或电报传达,问题就产生了:是传达到受约人的市、区、县地,还是传达到受约人办公地?如果受约人的办公地有多处的话应传达到何地;或是应否传达到受约人的办公桌或必须使受约人知悉要约的内容?对此,法律的规定是:要约必须传达到受约人的主要营业地或通讯地址或惯常居住地;送达后要约即产生法律效力;送达不是知悉;如果是亲自送交,则无上述地理上的限制;送达的方式可为口头通知或其它方式;如果受约人从无代理人处得知要约内容,不能作为传达。

二、谁有资格订立涉外经济合同?

合同当事人是否有资格订立涉外经济合同,这是一个交易初始就必须解决的问题。而在实务中却往往被忽略,造成合同无效的法律后果。若要避免此类后果的发生,至少要注意如下三个方面的问题。

(一) 公民个人或公司的订约行为能力问题

1. 公民个人的订约行为能力。世界各国法律大都规定到达法定年龄的公民具有包括对外订约在内的完全的民事行为能力。但由于各国法律对具有完全的民事行为能力的法定年龄规定不一,如我国规定为18周岁,日本为20周岁,美国、法国为21岁,这样就会产生一个法律冲突即:一个不到本国法定年龄而达到订约国法定年龄的外国人是否具有订约的行为能力?我们知道,按照国际私

法的基本理论,人的行为能力一般应依据其国籍法,但对商业行为能力则是个例外,应按照订约地法,即从实务出发只要在中国签约的外国人其年龄达到18周岁,无论其本国法律规定如何均应视为具有订约的行为能力。

当然,达到法定年龄并不一定意味着具有订约能力。法律上还要求行为人的心智正常,能够完全辨认和理解自己行为的性质和后果。如果患有精神病,其订约能力则受到影响。精神病对合同效力的影响不是看患有精神病这一事实,而是看订约时其清醒程度。当然,这是一个十分复杂的技术问题,因此在实务中对外商在订约时是否心智正常较难把握,但一旦发现对方精神异常应谨慎为好。

对外交易中,以酒宴客是少不了的。可是酒醉订约同样影响合同的效力。对醉后所订之约各国法律规定不一。许多国家法律明文规定醉后之约无效;我国法律对此尚未涉及,规定不明确。这种法律上的差异使得喝酒给涉外经济合同的效力带上了一定的风险,当然不能不喝酒,关键是把握分寸,以不醉为宜。

有的外国法律对挥霍无度者、智力低下者、残废人的订约行为能力都给予保护,他们的重要商业行为必须由其法定监护人或保护人来进行,这给实务工作同样带来困难。因为对外签约时,我方则很难确认对方行为能力是否有缺陷。如果对精神病患者我们尚可察觉的话,那么,对挥霍无度者则难以事先防范。

我国法律虽然允许外商个人与我订约,但禁止我国公民个人对外签约。我国公民个人若要对外签约,则可以通过私人企业或经济组织的形式来进行。

2. 公司的订约行为能力。公司和公民个人一样同样也存在着行为能力问题。一般认为公司的行为能力生于成立止于解散,其行为能力的大小则决定于公司章程和营业执照中经营范围的大小。

(二) 无权代理问题

无论是公民还是公司其签约行为是可以通过代理委托他人代办的,因此,经办人是否有权代理就构成了合同当事人有否资格订约的关键。

经办人无权代理可有如下三种情况:第一,未经授权;第二,越权代理;第三,代理权已消灭。所有上述无权代理都可能导致合同无效的法律后果。因此,我们在实务中在合同磋商前就必须审核对方的代理权。通常我们可要求外方提供经过权威机构公证过的营业执照、公司章程、委托书等。但该惯常做法并不能真正解决有无代理权问题。例如,外商甲多年来一直作为委托人乙的代理人与我做生意,我对甲的代理权深信不疑;如果有朝一日乙突然取消了甲的委托代理权,而我方对此毫不知情,在此情况下,我方又应如何确定甲的行为能力呢?每次交易前要求甲出证证明其代理权,该做法虽然合法但有背于常情,可能破坏彼此间的感情基础而影响今后的交易;如果听之任之则有违于法律规定而给交易带来风险。法律规定如果委托人乙在已得知被取消了委托代理权的甲仍作为其代理人对外从事商业活动而无动于衷或不表示任何异议的话,委托人必须对所谓代理人的行为负责。如果原委托人有证据证明对原代理人的所谓代理行为不知情或无过失,那么,对善意的第三者来说则要求承担无权代理的风险。

(三) 对外签约权问题

对外签约权问题是我国涉外法制的特色。国外当事人的行为能力不存在是否有对外签约权的问题。我国的企业、经济组织的对外签约行为除去必须符合公司章程、经营范围、经办人有权代理外,还必须享有对外签约权。这和公司章程、营业执照中的经营范围不同,对外签约权享有与否取决于外经贸管理部门的行政决策,所以是不稳定的。这就使得我对外签约当事人的行为能力时有

时无。

三、在涉外经济合同中应当追求百分之百的利益吗？

据《国际商报》1988年8月25日报道美国某公司把耗资达53亿美元的工厂于1988年5月26日凌晨1点30分以一美元之价卖给了纽约州。这笔交易完全是有法律依据的。这里的“一美元之价”就是合同法所要求的“对价”。所谓“对价”就是指交易双方之间相互给付的关系。对价不必等价，但必须存在，否则合同无效。对价是英美合同法的概念，大陆法也有类似的概念。我国合同法没有明确提及“对价”之类词语，但强调“互利”、“有偿”的原则。该原则和对价精神上是一致的。合同是商业行为，是两个平等主体间的平等交易，各取所需，相互得利，此乃合同的基础和出发点。在这一点上中外合同法立法思想是一致的。但是，外国合同法还规定对价不必等价，是否等价是当事人自己应考虑的事。交易各方订约的动机不同，想从合同中获利的期望值不同，衡量合同的价值标准也不同，难以明确划一；而我国法律在强调“互利”、“有偿”的同时还要求“等价”。依照我国合同法“等价”的原则去衡量上例，1美元对53亿美元交易，其结果是可想而知的。这种中外合同法在对价问题上的差异应引起我们的特别注意。按照外国法律对“对价”的要求，我们在实务中应避免去追求百分之百利益或把这种利益的取得视为缺乏法律基础。它不但符合外国合同法对对价的要求，而且与我国合同法平等互利、等价有偿的基本原则背道而驰。

四、合同标的合法就一定有效吗？

所谓合同标的合法就是指交易双方权利义务的对象必须合法，如买卖合同中的货物必须合法，法律禁止买卖的货物不能买卖；运输合同中的运输行为必须合法；技术转让合同中的工业产权使用权必须合法。我们如果对其它条件不考虑，就合同标的而言，如合法的话，合同当然有效，然而并非完全如此。各国合同法对合同标的的要求除去必须合法外，还要求必须符合社会公共利益。何谓“社会公共利益”，它是一个富有政治性、法律性、道德性的术语，其内涵丰富，外延深远。所以衡量合同标的合法性的标准是除了法律明文规定以外还要加上社会公共利益的规定。这是考虑到有些合同的标的虽然不违法，但也不能承认其法律上的效力，否则就会损害国家的政治、经济、道德的基本准则和价值观。

关于社会公共利益的具体范围，由于世界各国法律的规定和理解不一，因此也没有一个定规。通常认为意在规避法律和管辖权，对贸易进行限制性的合同均在此列。

五、应当如何理解当事人的意思表示是真实的？

当事人在进行要约、承诺交易磋商时其意思表示必须真实地反映其意志。但是，在实务中由于主、客观原因，影响当事人的意思表示可能不真实，如在胁迫下而言不由衷，在发生错误情况下辞不达意，对此，我们究竟应如何判断当事人的意思表示是否真实呢？在合同法理论上存在着二个标准，一是客观主义的，即“不论当事人想些什么而是看他说了些什么”。这种标准虽然易于判定当事人的意思，但未免有些机械和表面化；另一个标准是主观主义的，即“尽力追求当事人在订约时的真实意图，而不拘泥文字”。该标准用意可嘉，但操作困难。从我国涉外经贸活动以及司法实践上看，作者以为我国法律实务界的标准是，在强调合同意义的同时也注重当事人订约时的内心的真实意图。

要确认当事人的真实的订约意图，就要了解合同当事人意思不真实的情况，一般是发生错误、

(下转第58页)

撤回于保管人收到通知之日起6个月后第一个月第一天生效。

5. 一个缔约国撤回根据第19条作出的声明, 另一个国家根据该条作出的任何联合的或相互单方面的声明自该撤回生效之日起失效。

第22条

除本公约明文授权者外, 不得作任何保留。

第23条

本公约适用于当租赁协议和供应协议在本公约对于第3条第1款(a)项提及的缔约国或该条第1款(b)项提及的缔约国生效之时或之后缔结的融资租赁交易。

第24条

1. 任何缔约国可在本公约对该国生效后随时声明退出本公约。

2. 退出以向保管人有效交存文件而实施。

3. 退出以向保管人交存退约文件之日起6个月后第一个月第一天生效。凡退约文件中订明退出生效的更长时间, 退出则于退约文件交存保管人后该段更长时间届满时起生效。

第25条

1. 本公约应由加拿大政府保管。

2. 加拿大政府应:

a. 通知所有已签字或接受本公约的国家和国际统一私法学会(Unidroit)主席关于:

(1) 每个新的签字或认可书、接受书、批准书或加入书交存情况, 以及有关日期;

(2) 根据第18条、19条和20条的规定所作的每项声明;

(3) 根据第21条第4款规定所作的撤回声明;

(4) 本公约的生效日期;

(5) 退出本公约的文件交存及其交存日期和生效日期;

b. 向所有签字国、加入国和国际统一私法学会(Unidroit)主席分送经核准无误的本公约副本。

下列全权代表, 经各自政府正式授权, 在本公约上签字, 以资证明。

1988年5月28日订于渥太华, 正本一份, 其英文本和法文本均具有同等效力。



(上接第55页)

诈欺和胁迫三种情况。其中最突出的是当事人意思表示发生错误。当事人意思表示发生错误可分为当事人一方或双方的错误; 错误的性质又可分为重大错误和轻微错误。对发生了错误的合同法不能一概判其无效, 否则合同就失去了约束当事人行为的实际意义; 当然也不能听之任之, 否则就会有背于合同的公正性原则。对此, 合同法的一般规定是这样的, 只要是当事人一方的错误, 如履约能力判断上的错误、计算上的错误等, 均不影响合同的效力, 除非是重大错误, 以至于产生显失公平的后果。如一方当事人由于价格计算上的错误、多个零或少个零使得合同上的价格与内心真实价格相差十倍, 让这种合同继续有效, 其履行就会造成对合同出错方极为不公正的后果, 因此法律规定该类合同无效。如果合同当事人双方都发生了错误, 法律则允许双方当事人协议终止合同的效力。