

珠海 A 公司与香港 B 公司氧化铝买卖合同纠纷案探析

王茂祺¹ 王承志²

(1. 武汉大学, 湖北 武汉 430072; 2. 武汉大学 国际法研究所, 湖北 武汉 430072)

摘要: 本文通过对珠海 A 有色金属有限公司与香港 B 资源有限公司氧化铝买卖合同纠纷一案的分析, 分别从管辖权、法律适用以及买卖合同是否成立等几个方面进行了论述。由于本案合同的成立与否直接关系到当事人责任的承担问题, 论文从内容和形式两个方面论证了双方当事人之间存在有效的合同关系。

关键词: 合同纠纷; 管辖权; 法律适用

中图分类号: D9 **文献标识码:** A

案情简介

买方: 珠海 A 有色金属有限公司 (下称 A 公司)

卖方: 香港 B 资源有限公司 (下称 B 公司)

2002 年 11 月初, B 公司与 A 公司在珠海先后进行了两次关于买卖氧化铝的合同谈判。同年 11 月 19 日, B 公司将谈判结果传真至 A 公司, 并确认: B 公司将销售、A 公司将购买 10 万吨氧化铝; 产地和价格分别为: 印度产按装运前一个月的伦敦金属交易所 (LME) 平均 3 月官方价 (average 3M official price) 的 12.2% 确定, 澳洲产的则按 12.35% 确定; 正式的合同草本将很快传过来 (A formal contract draft will follow shortly)。A 公司法定代表人签字后当日即传回 B 公司。

11 月 20 日, B 公司将合同文本传真至 A 公司。11 月 22 日, A 公司传真通知三生产厂家, 已确定 2003 年度向 B 公司采购氧化铝共计 10 万吨, 并告知具体装运时间与价格, 三生产厂家均签字确认后传至 A 公司。

12 月 1 日, A 公司通过电子邮件将修改后的合同文本提供给 B 公司, 并希望对方予以确认。B 公司与 A 公司各自提供的、均未签署的合同文本的主要差别在于, A 公司要求删除价格条款中 average 一词, 改为 official 3M settlement price, 并要求增加所代理的三生产厂家作为买方。12 月 9 日, A 公司通过电子邮件催促 B 公司尽快恢复对 A 公司合同文本的意见。同日, B 公司回复要求 A 公司确认 B 公司 11 月 20 日提供的合同文本, 并要求 A 公司出具银行履约保函。12 月 11 日, B 公司表示将不再继续双方之间的交易。12 月 16 日, A 公司传真确认 B 公司 11 月 20 日所传真的合同文本, 法定代表人签字后将合同传真纸 B 公司, 但 B 公司传真回复, 重申 12 月 11 日的立场。

因 B 公司不再与 A 公司签订合同, A 公司不得不另觅供货商, 而现时氧化铝的市场行情与 B 公司确认的价格相比, 已发生变化, 预计合同总价差额近 1.2 亿元。A 公司认为应由 B 公司赔偿其损失。

本案一旦诉诸法院, 将涉及以下几个法律问题:

一、管辖权

根据我国《诉讼法》第 243 条：因合同纠纷或其他财产权益的纠纷，对在我国领域内没有住所的被告提起的诉讼，如果合同在我国领域内签订或履行，或者诉讼标的物在我国领域内，或者被告在我国领域内有可供扣押的财产，或者被告在我国领域内设有代表机构，可以由合同签订地、合同履行地、诉讼标的物所在地、可供扣押财产所在地、侵权行为地或代表机构所在地人民法院管辖。若 A 公司意欲在人民法院提起诉讼，则须举证证明合同在我国领域内签订，因为本案诉讼标的物、可供扣押财产和代表机构所在地均不在我国境内。又因本案争论的焦点在于合同是否成立问题，一旦人民法院行使了管辖权，则意味着本案中争议的合同已在我国领域内签订，这无疑将给后续的案件审理过程设置障碍。当然，如果人民法院受理了该案，根据 2001 年 12 月 25 日最高人民法院审判委员会第 1203 次会议通过的《关于涉外民商事案件诉讼管辖若干问题的规定》（法释 2002 年第 5 号），有管辖权的法院也应该为珠海市中级人民法院。

如果 A 公司诉诸香港法院，香港法院会基于一方当事人住所地而行使其与生俱来的（inherent）的管辖权，相关的司法判例也不胜枚举，实践中 B 公司也不可能就此提出管辖权异议。

二、法律适用

若本案在人民法院涉诉，根据我国《民法通则》第 142 条确定的国际条约优先原则，在确定涉外民商事关系的法律适用时，应首先考虑相关国际条约的规定。毫无疑问，本案应首先考虑 1980 年《联合国国际货物买卖合同公约》（下称公约）的适用问题。根据公约第 1 条，公约强调它只适用于国际性的货物买卖合同，即营业地处于不同国家当事人之间订立的货物买卖合同。因此，公约在认定合同是否具有国际性时，惟一的标准是当事人的营业地。除此之外，还必须符合下列条件之一，公约才适用于他们所订立的货物买卖合同：第一，这些国家都是公约的缔约国；第二，如果当事人的营业地所在国不是缔约国，则须依据国际私法规则导致适用某一缔约国的法律。对于后者，我国提出了保留，因此，我国仅同意对双方的营业地所在国均为缔约国的当事人之间所订立的货物买卖合同才适用公约。在本案中，虽然 A 公司和 B 公司的营业地分别在内地和香港，但由于香港回归之前，英国并未加入该公约，香港回归中国之后，中国的立法机关也未对公约是否延伸适用于香港特别行政区作出明确规定，所以，本案并不能适用公约的规定。

继而，根据《民法通则》第 145 条的规定，涉外合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律，法律另有规定的除外。当事人没有选择的，适用与合同有最密切联系的国家的法律。由于本案中，当事人并未在合同订立时就法律适用问题做出选择，如果双方在发生争议后，甚至在人民法院受理案件后开庭审理前仍不能做出选择，那么就应当依据“最密切联系原则”来确定所应适用的法律。《关于适用〈涉外经济合同法〉若干问题的解答》（下称解答）以特征性履行方法确定国际货物买卖合同中特征性履行地为合同订立时卖方营业所所在地，此外，如果合同是在买方营业所所在地谈判并订立的，或者合同明确规定卖方须在买方营业所所在地履行交货义务的，则适用合同订立时买方营业所所在地的法律。在本案中，除非 A 公司能证明合同是在珠海谈判并订立的，否则，本案将适用卖方 B 公司营业所所在地——香港法律。解答还设置了一个例外条款，规定合同明显地与另一国家或地区的法律有更密切的关系时，人民法院应以另一国家或者地区的法律作为处理合同争议的依据。如此一来，原告意欲适用中国法，还可通过说服法官本案与中国内地有着更密切的关系来实现，其结果将不得而知。虽然，随着新《合同法》的颁布，《涉外经济合同法》及其解答都告失效，但关于涉外合同的这一规定在实践中仍需要执行，只不过授人一个无法可依的把柄罢了。

如果本案在香港法院审理，除非一方当事人提出适用并令人满意地证明内地法，否则香港法院会自动适用其本地法。因为根据普通法传统，香港法院早已确立了外国法为事实问题

这一原则。据此，如果当事人希望援用外国法，那么就on应该像提供其他事实一样提供该法。除非满足了这一要求，否则法院会把含有涉外因素的案件像纯粹内国案件一样看待。香港法院了解香港法律和一些已知的事实，但不了解外国法。结果是，外国法在每一个案件中都应予以证实，它不能从曾经适用同一外国法规则的判例中做出推论，尽管这种判决在查明外国法时可以作为证据。事实上，对于某一个外国法规则，香港法院在不同的案件中完全有可能得出不同的结论。^[1]

如果主张适用内地法，根据香港的司法实践，需要相关的内地法专家说服法官适用内地的法律，香港法院在适用外国法的时候，该法必须用专家证据或其他方式，作为事实向法官提供并加以证明。而这在本案实践中几乎不可能，因为证明外国法的责任在于依此提出请求或提出抗辩的当事人，而双方当事人在各自提供的合同草本中都没有涉及适用内地法的问题，A 公司提出适用英国法，而 B 公司则要求适用香港法。因此，本案中在香港法院主张适用内地法的可能性也仅仅限于理论上的探讨了。

三、合同是否成立问题

无论是在人民法院还是香港法院涉诉，该合同的成立与否直接关系到承担何种责任的问题。所以在讨论责任承担之前必须先确定该合同是否成立。

根据本案的案情，2002 年 11 月 19 日 B 公司的传真与 A 公司法定代表人签字并当日即传回 B 公司的行为能否达成合同成立的效果呢？对此存在有争议。

一种观点认为，B 公司 2002 年 11 月 19 日给 A 公司的传真（以下简称 19 日传真），是双方当事人真实的意思表示，经双方当事人签字确认，即产生法律效力，但不能据此认为 A 公司与 B 公司之间的买卖合同有效成立。理由为：

1. 从传真的内容来看，双方当事人只是对合同的某些条款而不是全部条款达成一致。国际货物买卖中的一些非常重要的条款，诸如价格条款、支付条款、法律适用条款在传真中均未涉及，仅仅靠此传真并不能完成当事人之间的交易，而必须通过国际惯例、交易习惯及法律规定来补救，而合同漏洞的补救是在当时未约定或约定不明得情况下才适用的。从传真的内容及 A、B 公司在随后时间里的表现来看，本案不是当事人对某些重要条款未约定或约定不明，而是非常清楚地说明合同的某些条款要通过正式合同来约定。因此，本案合同条款不足不能通过补救的办法，而只能通过当事人协商的办法来解决，在当事人协商不一致的情况下，其结果是合同不成立。

2. 19 日传真中关于“正式的合同草本将很快传过来”的内容，不仅是当事人对合同形式的要求，而且是当事人对合同实质的要求。双方在传真上签字确认后，传真本身可以视为一种协议，但该协议并不是货物买卖协议，而是对如何签订“货物买卖协议”而达成的协议。也就是说，双方当事人应按 19 日传真签订正式的货物买卖合同，并且该货物买卖合同不得突破 19 日传真已确定的内容。在双方当事人不能就货物买卖协议达成一致的情况下，以及在一方当事人突破了 19 日传真确定的内容而另一方又不同意的情况下，其结果是导致协议（19 日传真）履行的终止。

如前所述，19 日传真本身也构成一种协议，该协议的解除也会造成一定的法律后果。这就需要分析导致协议解除的原因何在，即合同当事人的过错。从本案案情分析，B 公司并没有通过恶意磋商来阻止货物买卖合同成就，货物买卖合同没有签订，即协议解除的主要原因是因为双方当事人对合同的主要条款不能达成一致，特别是 A 公司还变更了合同的主体、修改了合同价格条款，突破了原协议所确定的内容。因此，B 公司在本案中并没有过错，毋须承担任何民事责任。

另一种观点认为：19日传真内容明确、具体，该传真经双方当事人签字确认，即产生法律效力，双方当事人应按传真内容履行各自的义务。至于传真中关于“正式合同草本很快将传过来”的内容，并不表明当事人双方未达成协议，只是双方默示对合同形式有要求，即签订正式合同。作为一项义务，双方均未履行，但不免除双方履行其他实际条款的责任，更何况国际货物买卖并不要求当事人必须签订正式合同。

笔者认为，本案可以从形式和内容两个方面来判断合同是否成立：

（一）从内容上看：

我国《合同法》第12条规定“合同的内容由当事人约定，一般包括以下条款：（1）当事人的名称或者姓名和住所；（2）标的；（3）数量；（4）质量；（5）价款或者报酬；（6）履行期限、地点和方式；（7）违约责任；（8）解决争议的方式。”由于采用的“一般包括”的用语，所以该条规定的条款被称为提示性条款，而不是主要条款。所谓合同的主要条款又称必要条款，是合同成立不可缺少的条款。我国以前的《经济合同法》第12条规定合同的必要条款包括：标的（指货物、劳务、工程项目等）；数量和质量；价款或者酬金；履行的期限、地点和方式；违约责任；根据法律规定或者按经济合同的性质必须具备的条款；当事人一方要求必须规定的条款。这样的规定把合同的必要条款的范围定得过广，在实践中增大了认定合同成立与否的困难，也增大了合同订立过程的成本，不可能适应市场经济发展的需要，也不符合现代合同立法的发展趋势。所以现行的合同法改变了《经济合同法》的做法，但遗憾的是，现行的合同法又没有规定合同的必要条款，这给合同成立与否的认定带来了很大的困难，也使得到底当事人对于合同的条款达成什么程度的合意才有合同成立的效果变得扑朔迷离。这种矫枉过正的做法不能不说是《合同法》的一大败笔。那么究竟哪些条款应当作为合同的必要条款呢？这就需要借鉴国外的一些立法例。

虽然各国对于达成合同成立所必需的合意规定不一，但大多数国家认为，合同成立只需要就合同的主要条款达成合意即可。但对于哪些条款是合同的主要条款，各国的规定就是千差万别了。

《法国民法典》第1583条规定：“当事人一经对标的物与价金协议一致，即使标的物尚未交付，价金尚未支付，买卖即告完全成立，且买受人对出卖人依法取得标的物的所有权。”即在法国民法中，标的物与价金是买卖合同的主要条款。

而在德国民法中当事人对哪些事项必须达成合意，产生于合同的类型（Art des Vertrages）以及当事人的意思。首先就合同的类型来看，它对于合意的范围具有重要性。尽管法律在许多地方制定的规定非常详尽，如法律对债务合同的给付障碍作了详细的规定；在此范围之内，当事人就没有必要再做出自己的约定了。这主要是为了减轻订立合同中的负担。不过，对于有些事项，法律不可能做出一般性的规定。这即是说，在这些事项，当事人必须自行达成合意。这些事项就是所谓的行为要素（essentialia negotii）。如在买卖合同中，买卖标的物与价格是行为的要素。^[2]也就是说对于合同来说，主要条款首先取决于合同的类型，不同类型的合同有不同的主要条款，就买卖合同而言，标的物与价格是主要条款，不达成合意合同就不成立。其次就当事人的意思来看，《德国民法典》第154条第一款规定，“主要当事人还未就所有事项达成合意，而依据一方当事人的意思表示应就这些事项做出约定，那么在发生疑问时，合同尚未订立。”根据这款的规定，当事人一方可以以自己的意思表示要求合同的哪些条款为主要条款，如果对这些条款未达成一致，那么合同就不成立。

而《美国统一商法典》第2-201条第一款规定：“Except as otherwise provided in this section a contract for the sale of goods for the price of \$500 or more is not enforceable by way of action or defense unless there is some writing sufficient to indicate that a contract

for sale has been made between the parties and signed by the party against whom enforcement is sought or by his authorized agent or broker. A writing is not insufficient because it omits or incorrectly states a term agreed upon but the contract is not enforceable under this paragraph beyond the quantity of goods shown in such writing.” 第 2-204 条规定：“(1) A contract for sale of goods may be made in any manner sufficient to show agreement, including conduct by both parties which recognizes the existence of such a contract. (2) An agreement sufficient to constitute a contract for sale may be found even though the moment of its making is undetermined. (3) Even though one or more terms are left open a contract for sale does not fail for indefiniteness if the parties have intended to make a contract and there is a reasonably certain basis for giving an appropriate remedy. 第 2-305 条规定：“(1) The parties if they so intend can conclude a contract for sale even though the price is not settled. In such a case the price is a reasonable price at the time for delivery if

- (a) nothing is said as to price; or
- (b) the price is left to be agreed by the parties and they fail to agree; or
- (c) the price is to be fixed in terms of some agreed market or other standard as set or recorded by a third person or agency and it is not so set or recorded.

(2) A price to be fixed by the seller or by the buyer means a price for him to fix in good faith.

(3) When a price left to be fixed otherwise than by agreement of the parties fails to be fixed through fault of one party the other may at his option treat the contract as cancelled or himself fix a reasonable price.

(4) Where, however, the parties intend not to be bound unless the price be fixed or agreed and it is not fixed or agreed there is no contract. In such a case the buyer must return any goods already received or if unable so to do must pay their reasonable value at the time of delivery and the seller must return any portion of the price paid on account.

根据这几条的规定，不论采取什么方式只要有迹象证明双方有合意存在，那么即使当事人没有对所有得条款达成合意，合同也是成立的，比如在价格条款没有达成合意的情况下，商法典给出了几种补救的措施，可以双方在善意的条件下由卖方或买方确定，也可以在因对方的过错没有达成合意的情况下撤销该合同或者自己确定一个合理的价格，也可以因为当事人将价格条款作为合同的主要条款而在不能达成合意时合同不成立，接受给付的一方返还财产。但是如果缺少货物数量的条款合同是不可强制执行的。这说明在《美国统一商法典》中只有标的物及其数量是法定的必要条款，其他的条款除当事人另有约定外，都不是主要条款。

笔者认为，在我国，合同的必要条款应当包括合同的标的物 and 数量条款、法律规定或者根据合同的性质决定必须约定的条款以及当事人一方要求必须约定的条款。在该案中，双方对于合同的标的物、数量、价格和产地都达成了合意，对于何为必要条款也没有事先约定，应该认定对于合同的主要条款达成了一致。

不过，在这个问题上，根据香港法律，只有双方谈妥所有想要同意的条件或条款才有一个有效的合同。即使经过漫长的谈判，也同意了绝大部分的条件条款，但只要仍存在细小的分歧，双方之间就没有合同，其中一方可以随时撤退，但另一方当事人可通过行动或文书表示已有合同存在。^[3]这里所指的“行动”，主要是去履行合同。本案中，11月22日，A公

司传真通知三生产厂家，已确定 2003 年度向 B 公司采购氧化铝 10 万吨，这表明买方信赖合同已经成立，并且为履行合同进行了准备工作。之后进行的继续谈判，会被视为双方意图去变更已经有效成立的合同，至于双方谈判是否达成一致也完全不影响已经有效的合同。

（二）从形式上看：

根据我国《合同法》第 10 条，当事人订立合同，有书面形式、口头形式和其他形式。法律、行政法规规定采用书面形式的，应当采用书面形式。当事人约定采用书面形式的，应当采用书面形式。即采取了不要式主义为主、要式主义为辅的原则，在交易安全允许的前提下，适应不断发展的社会经济越来越强烈的交易便捷的要求。^[4]紧接着，第 11 条将书面形式解释为“合同书、信件和数据电文（包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件）等可以有形的表现所载内容的形式”。而在需要采取特定的形式订立合同的情况下，只有在特定的形式做出的时候合同才成立，即使当事人对于主要条款达成了一致，如果没有采取特定的形式也会使得成合同不成立。例如《合同法》第 32 条规定：“当事人采取合同书形式订立合同的，自双方当事人签字或者盖章时合同成立。”第 33 条规定：“当事人采取信件、数据电文等形式订立合同的，可以在合同成立之前要求签订确认书。签订确认书时合同成立。”

在本案中，19 日传真明确表示是为了确认 A、B 公司之间买卖氧化铝的协议（confirm the agreement），由此可见，协议早在 19 日之前的某一个时间已由双方经磋商后口头达成，由于法律并没有规定在买卖合同中必须要采取合同书形式，也没有证据证明双方当事人对合同的形式做出约定，所以口头达成一致的合同在承诺生效的时候已经成立了。由于双方对 19 日传真的内容均无异议，该传真构成了充分的书面证据证明在珠海已经达成协议。所以，19 日传真并非是对如何签订“买卖协议”而达成的协议，而是买卖协议自身的体现。

有学者认为，19 日传真应被认定为合同确认书，这种观点值得商榷。所谓确认书，是指通过信件、数据电文等方式订立合同，事后当事人以书面形式对合同内容予以确认的文件。关于合同确认书的性质，我国学者认识不一，有的学者认为确认书在性质上属于承诺；^[5]有的学者认为确认书是一种特殊的书面合同形式。^[6]我国《合同法》第 33 条规定，当事人采用信件、数据电文等形式订立的合同的，可以在合同成立之前要求签订确认书的。签订确认书时合同成立。由此可见，确认书的适用条件为：（1）合同是采用信件和数据电文等形式订立的；（2）有一方当事人要求签订确认书；（3）签订确认书的请求应在合同成立之前提出。然而，本案中双方当事人既没有以信件或数据电文等形式订立合同，任何一方也没有提出此等主张，而合同也早已在珠海口头谈判达成，因此，不能将 19 日传真认定为合同确认书。

“正式合同草本”（a formal contract draft）中“formal”一词也表明合同已经成立，而随后传过来的只是一个更为详尽的完整文本，应该是对 19 日传真中没有涉及的其他一般条款，诸如付款方式、法律适用、争端解决等问题所作的补漏。从形式上讲，该合同草本的内容以及合同是否签字等问题已不能影响合同的有效成立。

根据香港法，如果双方当事人在“文书”上同意已有一个合同，法院会想尽办法去支持已经存在的合同，以支持双方曾表达的意向。显然，19 日传真中 confirm the agreement 的措辞就已经表明双方在文书上同意已有一个合同。

此外，由于本案中的合同双方当事人主体适格、合同内容合法，而且双方意思表示真实，显然该合同合法有效。

基于以上的分析，我们可以看出，由于双方当事人之间存在有效的合同关系，B 公司单方面终止合同的行为违反了合同的约定，依法应当承担违约责任，至于到底要求 B 公司承

担何种违约责任，应当由 A 公司自己选择。A 公司可以要求 B 公司继续履行合同，也可以要求 B 公司赔偿履行利益的损失。

参考文献

- [1] [英]J. H. C. 莫里斯. 戴西和莫里斯论冲突法 (李双元译) [M]. 北京: 中国大百科全书出版社, 1998.1752.
- [2] [德] 迪特尔·梅迪库斯. 德国民法总论 (邵建东译) [M]. 北京: 法律出版社, 2000.327-328.
- [3] 杨良宜: 国际商务游戏规则——英国合同法 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1998.16.
- [4] 余延满: 合同法原论 [M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2000.155.
- [5] 江平: 中华人民共和国合同法精解 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1999.27.
- [6] 王利明, 崔建远: 合同法新论总则 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1996.229.

An Analysis on the Dispute between Zhuhai A Inc. and Hongkong B Co. Ltd. on an Alumina Sale Contract

WANG Mao-qi¹ WANG Cheng-zhi²

(1. Institute of International Law, Wuhan University, Wuhan 430072, China; 2. Institute of international law, Wuhan University; Wuhan 430072, China)

Abstract: The article analyzes the contractual dispute between the A Non-ferrous Metal and Chemical Engineering Inc. (Zhuhai) and B Resources Limited (Hongkong) about the sale of alumina. Then it discusses the jurisdiction, applicable law and especially the question whether a contract is concluded in this case. From the point of the form and content, the article illustrates that a legal contract has been concluded between the parties.

Key words: contractual dispute; jurisdiction; applicable law

收稿日期: 2004-03-15;

作者简介: 王茂祺, 武汉大学民商法博士研究生; 王承志, 男 (汉族), 湖北鄂州人, 武汉大学国际法研究所博士研究生。