

KANSAI GAIDAI UNIVERSITY

中国确实的法律性

メタデータ	言語: zh-cn 出版者: 関西外国語大学・関西外国語大学短期大学部 公開日: 2023-10-18 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 中曾根, 淑芳 メールアドレス: 所属: 関西外国語大学
URL	https://doi.org/10.18956/0002000023

试论中国确认书的法律性质

中曾根 淑芳

要 旨

确认书，常指买卖双方通过洽谈协商达成交易后，由一方向对方发出的确认按商定条件售出或购进货物的书面通知。所以，它一般作为书面确认在贸易实践中被广泛运用。本文在考察了中国外贸公司成交确认书示范文本的基础上，着重探讨了《中国民法典》里颇具中国特色的确认书制度。通过研究发现，中国的确认书偏向于作为合同正式成立依据的法律性质；作为书面确认的确认书制度缺失；因带有附加条件而变更之前合同的确认书被视作反要约；在签订确认书之前以口头或函电形成达成的合同不成立。笔者建议，参照国际上的规则和通行做法，尽早完善并确立确认书作为书面通知的制度。

キーワード：确认书、民法典、买卖合同

一. 问题提起

合同成立是一个重要的环节，因为它决定合同是否具有法律效力以及当事人是否有义务履行合同的重要基础。在国际贸易中通常有两种主要的成交方式：一种是买卖双方当事人直接谈判成交，并签订正式书面合同；另一种是双方通过函电等达成交易，即所谓函电成交。对于后者，双方通常签订销售确认书，作为合同正式成立的依据¹⁾。

关于确认书，中国在《涉外经济合同法》《合同法》²⁾和《民法典》都对它作出了规定。《涉外经济合同法》第7条规定：“通过信件、电报、电传达成协议时，如一方当事人要求签订确认书，须于签订确认书时，合同方告成立”。《合同法》颁布后，该法第33条规定：“当事人采用信件、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”。《民法典》第491条规定：“当事人采用信件、数据电文等形式订立合同要求签订确认书的，签订确认书时合同成立”。随着时代的进步，通讯手段和网络不断地发达、普及，洽谈手段亦从信件、电报、电传变成了信件、数据电文。但是，除此以外，这三条规定延续使用的宗旨在于表明函电形式+确认书是合同成立的方式之一，确认书是合同正式成立的依据。有关确认书的规定反映了中国立法对待确认书一直以来的态度：即在当事人提出签订确认书的情形下，确认书是合同的成立要件。中国的这一规定是对中国贸易惯例的反映，体现了对待涉外合同的谨慎态度³⁾。

然而，“几乎全世界的教科书”都承认，要约-承诺属于20世纪以来的法典和合同立法中最为重要的缔约方式⁴⁾。在缔约方式问题上，《民法典》第471条也规定：“当事人订立合同，可以

采取要约、承诺方式或者其他方式”。据此可以认为中国最基本的缔约方式是要约-承诺方式。即一方提出要约，另一方表示承诺，合同即告成立。承诺的时间就是合同成立的时间。关于合同形式，尽管中国目前仍对《联合国国际货物销售合同公约》第11条⁵⁾的规定作出了保留，但是《民法典》却作了如下规定：“当事人订立合同，可以采用书面形式、口头形式或者其他形式”（第469条）。从实质上讲，《民法典》的这条规定以较独特的立法技术承认了合同形式自由原则，即对“口头形式、其他形式”的例举规定。这里的其他形式是指行为或动作。例举“口头形式”或“其他形式”的真正意义，不是为了罗列合同形式的基本类型，而是想以此表明合同形式自由的限度⁶⁾。

对于函电形式+确认书这种特殊缔约方式，中国学者普遍认为，确认书相当于一份要约，对方在确认书上签字并寄回则构成承诺。在确认书上签字之前，当事人双方达成的合意只不过是基本合意，对当事人双方没有真正的约束力⁷⁾。

那么，与传统的“要约-承诺”规则相比，这条颇具中国特色的确认书规定对具体的贸易实践具有怎样的指导意义呢？在国际规则以及司法实践中，是否就真的认为一方当事人要求签订确认书的话，那就意味着签订确认书之前发出的承诺或达成的协议对当事人没有约束力了？而且是否把签订确认书的时间也认定为合同的成立时间呢？确认书接受方带有变更条件地签订确认书时是否也可以看作是合同成立的时间呢？

本论文主要参照国际上的有关规则、中国的《民法典》以及有关判例，着重探讨并分析中国确认书的法律性质。

二. 文献综述

在日本，有关合同确认书的研究非常少。一桥大学的法学家石原全教授在《关于交易里的合同确认书》论文中指出：确认书有两种，即订购确认书和确认书，前者不是传达先前的合同交涉结果，而是以确认的形式进行的承诺或者发出的要约，用它是为了签订合同。发出方知道合同尚未成立。它处于合同交涉阶段，原则上收到方对于要约没有必须承诺的义务，所以沉默不被视为同意……。于此相比，确认书则是用书面形式确认在口头上已经成立（包括至少依据善意的确认者的见解被认为已经有效地成立了）的合同，并补充在口头协议上疏漏了的、但却需要规定的附随事项。它旨在为了防止口头合同上的难点（合同交涉中的误解、有关实际的合意内容当事人发生的记忆偏差、纠纷发生后起诉时的举证困难）。在采用确认书时，原则上收到方不提出异议（沉默）的话就要受到确认书内容的约束⁸⁾。

与日本相比，在中国有关合同确认书的研究则多些。在中国，确认书，也叫销售确认书，是指在当事人采用信件、数据电文形式订立合同时，一方当事人要求签订书面文件来确认合同成立时，所达成的书面协议。这是在函电成交的情况下的一种成立形式⁹⁾。由此可知，在中国，确认

书实质上是一份简单的书面合同，是根据一方当事人的要求而签订的一种简单的书面合同¹⁰⁾。

罗昆教授指出：“缔约方式与合同形式实属两个不同范畴，应区分使用。除了要约承诺之外，交易实践中至少还有合同书，无需承诺的商业确认书等缔约方式存在，且这些方式无法简单地非要约承诺方式所涵盖或解释。中国以要约承诺为中心构建的合同订立制度除在具体缔约方式上存在种种不足外，在体系层面亦存在实质性缺陷。为此，中国民法典应在确立缔约方式自由的基础上，构建以合意为中心的合同订立制度”¹¹⁾。

崔建远教授则指出：“当事人采用信件、数据电文等形式订立合同要求签订确认书的，签订确认书时合同成立（《民法典》第491条第1款），即使承诺生效在先，也是如此，更不必说不得以先前存在的意向书、备忘录作为合同成立的时间点了”¹²⁾。他认为，“关于确认书的地位及效力，在有确认书的场合，合同何时成立，首先由当事人的意思表示来决定，由于在此场合不涉及公序良俗的问题，应当贯彻意思自治原则”¹³⁾。

潘威伟认为：“在当事人采用确认书形式订立合同时，由一方当事人拟订并签字的确认书就是一个明确的要约，而确认书接受方的同意就是基于约定而为的要式承诺。换言之，确认是对要约作出的明确的、最终的承诺。双方在签订确认书之前达成的只不过是一个初步的协议，对当事人没有真正的约束力”¹⁴⁾。他说“有必要借鉴《国际商事合同规则》的做法，规定确认书的书面确认功能。”¹⁵⁾。

陈胜蓝指出：“中国有关确认书的立法虽然有其积极的一面，但是从实践看来，是不利于国际贸易交往的。在我国进一步对外开放的大环境下，对有关立法进行某些适当的修改是必要的”¹⁶⁾。

综上所述，关于确认书，中日间的学者从不同的角度发表了很好的见解和建议。但是，从商学角度研究的论文几乎没有。从法学的角度来说，确认书是“书面合同”的一种。按照“要约-承诺”规则来看，以这种形式签订合同的过程则被视作为要约-承诺的过程，那么双方在签订确认书之前达成的口头合同也就理所当然地被看作只是一个初步协议了，对当事人没有真正的约束力。本论文从商学的角度来考察并分析有关确认书的性质及其存在的问题。

三. 国际上有关确认书的规则

1. 国际规则

确认书由于能够消除口头或函电交涉中发生的误解、避免日后发生贸易纠纷时出现的举证困难，因此在国际贸易中被广泛运用。许多国家包括国际商事立法对确认书的使用都制定了相关的规则。

《国际商事合同通则》第2.1.12条所规定的“书面确认”规定：“如在订立合同后的一段合理时间内发出的、确认合同的书面文件有添加或与合同不同的条件，除非所载的添加或不同条件在实质上更改了合同或者收受人在没有不当迟延的期间内对有出入处表示异议外，构成合同的一

部分。

《欧洲合同法规则》第 2-210 条“专业人士的确认书”则规定：如果专业人士已达成合同，但尚未将其形成最终的文件，而一方不曾迟延地向对方发份书面通知，意在作为合同的一份确认书，但它含有附加的或不同的条款，这些条款将成为合同的构成部分，除非：（1）这些条款实质性变更了合同条款；（2）受领方不曾迟延地对此表示反对。

美国的《统一商法典》（UCC）第 2-207 条“承诺或确认书中的附加条款”规定，1. 在合理时间内寄送的承诺表示或者确认书，只要确定并及时，即使与原要约或原同意的条款有所不同或对其有所补充，仍具有承诺的效力，除非承诺中明确规定，以要约人同意这些不同的或补充的条款为承诺的生效条件。2. 补充条款应被解释为是对合同的补充建议。在商人之间，除下列情况外，这些条款构成合同的组成部分：a. 要约明确规定，承诺必须符合原要约条款；b. 补充条款对合同作了实质性改变；或 c. 在收到此种补充条款后的合理时间内，要约人通知受要约人，拒绝此种补充条款。3. 如果当事人的行为构成对合同存在的承认，则即使当事方的书面材料尚不足以订立合同，买卖合同亦告成立。在这种情况下，该特定合同的条款由当事方在书面材料中同意的条款加上依本法其它有关规定而成立的补充条款构成。

如上所示，这些规则认可了确认书作为合同书面证明的用途。如果确认书中的添加修改属于非实质性的，应为合同一部分，除非要约人在合理时间内明确反对；如果确认书中添加修改的内容属于实质性的，即使要约人没有明确反对，该添加修改也不得作为合同一部分，但不影响当事人因寄送的承诺或确认书有效而使合同成立。

2. 国际上有关确认书的判例

【案例 1】加拿大 GPL 公司诉美国俄勒冈州路易斯安那太平洋公司（LP 公司）

卖方加拿大 GPL 公司证明其在 1992 年 5 月与美国 LP 公司通过电话达成一项出售雪松木板的协议（此时货价正上升），GPL 称在货价下跌时双方口头重新商定了某些条款，然后该公司寄送给对方一份确认书，要求买方签字后寄回确认书副本。而 LP 公司没有照此办理，反而声明其从没有购买木板，不承认曾收到确认书。在 6 月份 LP 公司收到卖方交付的几批木板后，拒绝 GPL 公司再交货，后者向俄勒冈州法院起诉请求确认销售合同成立。法庭上 LP 公司主张 GPL 公司的请求与 UCC 第 2-201 条第 1 款不符，该交易超过 500 美元，应采用书面形式，GPL 公司应撤回其请求。GPL 公司主张其请求符合第 2-201 条第 2 款的规则，买方收到了确认书后没有在 10 日内提出反对，标的为 74 万美元的合同已成立。

本案初审法院判决支持原告 GPL 公司的诉讼请求，认定 GPL 公司向被告 LP 公司寄送确认书的约定足以启动 UCC 第 2-201 条第 2 款规则的适用。俄勒冈州上诉法院以意见不一致的方式维持初审法院判决。多数法官认为 GPL 公司向 LP 公司寄送的文件中标明“确认书”（confirmation），说明该文件意在确认事先已经存在的合同。买方 LP 公司收到确认书后没有在 20 日内提出反对，

标的 74 万美元的合同已经成立，GPL 公司可以强制实施合同请求¹⁷⁾。

【案例 2】美国 Marlene 公司诉 Carnac 公司

Marlene 公司（M 公司）作为买方与卖方 Carnac 公司（C 公司）口头达成了购买一批纺织物的协议，口头成交后，M 公司向 C 公司寄送了购买订单，确认先前的协议，C 公司向 M 公司寄送了格式确认书。C 公司的确认书中包含了一个事先未曾协商过的、也是 M 公司订单中没有的仲裁条款。双方当事人履行了合同。后来 C 公司认为 M 公司违约而提起仲裁，而后者向纽约法院起诉，要求中止仲裁程序。

法院适用 UCC 第 2-207 条认定 C 公司确认书中包含的仲裁条款无效。因为按照 UCC 第 2-207 条规定，本案中 C 公司确认书中添加的仲裁条款显然是对原同意的交易条件实质性的添加，是无效的，但当事人已经达成的并已履行的合同仍有效¹⁸⁾。

这两个案例的法院判决告诉我们，确认书是意在确认事先已经存在的合同。一方对确认书进行实质性地修改，也不影响双方当事人之前已经达成的合同。

四. 中国确认书的特点

1. 确认书的定义和分类

如前所述，所谓确认书，是指为证明通过书信、电报和电传达成的协议，根据一方当事人的要求而签订的一种简单的书面合同。通过签订确认书而进行的交易一般是金额较小、批次较多的轻工日用品、土特产品。另外在已签有包销和代理协议的国际货物买卖中，一般也是通过签订确认书建立合同关系。

签订确认书这种合同成立的方式须具备以下两个条件：一是合同双方当事人通过信件、电报或电传达达协议；二是要求签订确认书。这样，在双方当事人是采用信件、电报或电传方式达成协议的情况下，如果一方当事人要求签订确认书，则合同在签订确认书时方可成立。也就是说，在一方要求签订确认书的情况下，即使承诺已经生效，也不能导致合同成立。根据外贸实践，合同任何一方都可提出签订确认书的请求，即要约人和受要约人均可以要求签订确认书。如果是受要约人提出要求签订确认书，则应和要约同时提出，或在其有权撤回要约的期间内送达受要约人。如果是受要约人提出要求签订确认书，也应在接受要约的同时提出，或在其有权撤回该接受通知的期间内送达要约人。值得注意的是，附有签订确认书请求的承诺，构成反要约¹⁹⁾。

一般来说，确认书可以分为两类：①对先前口头或者函电形式达成的合同进行书面确认的确认书；②作为合同正式成立依据的确认书。上述的国际规则所涉及到的一般是指①类，即对先前口头或者函电形式达成的合同进行书面确认的确认书。可是，《民法典》的规定以及中国学者的解释所涉及到的是②类，即作为合同正式成立依据的确认书。

2. 确认书的内容

国际货物买卖合同的条款通常是买卖双方享受权利和承担义务的具体化。《民法典》把合同内容分为法定条款和约定条款两种。

第一，法定条款。所谓法定条款是指根据《民法典》的规定，合同一般应当具备的条款。同法第 470 条规定，“合同的内容由当事人约定，一般包括下列条款：（一）当事人的姓名或者名称和住所；（二）标的；（三）数量；（四）质量；（五）价款或者报酬；（六）履行期限、地点和方式；（七）违约责任；（八）解决争议的方法。当事人可以参照各类合同的示范文本订立合同。”

第二，约定条款。约定条款分为应当约定的条款和可以约定的条款两类。应当约定的条款主要有风险责任条款和保险范围条款。可以约定的条款包括法律适用条款、担保条款、不可抗力事件条款、违约金条款、损失赔偿额的计算方法条款、利息计算方法条款、解除合同的条件条款等²⁰⁾。

从中国的贸易实践来看，外贸公司一般使用的成交确认书示范文本内容，除首部与尾部条款外，一般必须具备以下 12 项最低的基本条款：

首部条款（合同编号、签订日期与地点、买卖双方名称、地址、电话、传真、电报与电传等）。

（一）标的物条款（货号、名称及规格、单位、数量、单价、金额、大写总值、允许溢短装等）；

（二）成交价格术语；

（三）包装条款；

（四）装运条款（唛头、运输起讫、转运与分装、装运期等）；

（五）保险条款；

（六）付款条件（选择条款、即在 T/T、L/C、D/P、D/A 之间选定一种）；

（七）单据要求；

（八）装运通知；

（九）检验与索赔；

（十）争议的解决方式（即仲裁条款）；

（十一）附加条款；

（十二）文字及生效。

尾部条款（双方代表人及其签字）²¹⁾。

可见，作为示范文本的确认书几乎囊括了《民法典》第 470 条规定的所有合同法定条款。所以，确认书被说成是一种简单的书面合同也就不为过了。

3. 采用确认书时的合同成立

关于合同的成立时间，《民法典》第 483 条规定：“承诺生效时合同成立，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外”。同法第 491 条规定：“当事人采用信件、数据电文等形式订立合同要求签订确认书的，签订确认书时合同成立”。中国《民法典》明确规定了函电形式+确认书这

种合同的成立时间。

一般来说，确认书不能改变原达成的内容，无论是增加，还是减少，尤其是其中的主条款。确认书在双方交换签字后生效，也即合同成立。从签订确认书时合同成立这一角度看，确认书是对原来双方达成的内容的全盘接受。否则，如果首签确认书的一方在确认书中改变了原内容，则应视为一个要约，对方同意改变的内容，且签字，那么合同成立，改变的内容也包括在内。如果后签确认书的一方当事人在对方签字，但因一方修改了原内容，合同应视为未成立。因为对于这个新要约，一方不同意即为未承诺。如果双方均在确认书改变了原内容，则应视为双方仍在继续合同订立的程序，直到对于合同的内容双方都表示完全同意为止²²⁾。

4. 中国的商业习惯

按照中国对外贸易企业的习惯做法，双方以口头方式或者函电方式达成协议后，中方往往还要把一式两份的销售确认书，邮寄对方交换签字。

从中英文对照的外贸出口确认书示范文本的抬头我们可以知道，它用的是“××进出口公司外贸出口成交确认书”。确认书里规定，“本确认书由买方签署后，正本一份航（空）寄还卖方”，“本合同共 ____ 份，自双方代表签字（盖章）之日起生效”²³⁾。请注意这里用的是“成交确认书”，而不是类似于“订购确认书”或“协议确认书”。据此可以理解为，通过函电等方式已经达成了一致的意见，即意思表示一致，这时用行话说，就叫成交。双方只不过想以确认书的形式，将已经达成一致的主要内容以书面的形式固定下来罢了。所以，在成交确认书里才会有“自双方代表签字（盖章）之日起生效”这样的规定。虽然《民法典》在第 502 条规定了“依法成立的合同，自成立时生效，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外”。显然，在贸易实践中商人们把“合同成立”和“合同生效”分开考虑了。

5. 与中国企业有关的确认书纠纷案例

【案例 3】美国某集团公司（以下称美国公司）与中国某进出口公司（以下称中国公司）

美国公司与中国公司因买卖原糖合同发生争议，美国公司称与中国公司通过传真与电话已达成协议，合同已有效成立，中国公司则辩称其未签署 1995 年 1 月 6 日的销售确认书，该合同不成立。1 月 6 日的销售确认书是美国公司供糖的报盘（要约），其 1 月 26 日回复的确认函否定了销售确认书中“过期单证可以接受”的条款，并不构成承诺，而是一个反要约。而美国公司未接受，因此合同没有成立。

在这个案例中，争议的焦点就在于合同是否成立，而分歧的关键则是确认书是以何种用途使用。美国公司认为该份确认书只是对之前通过传真与电话达成的协议之确认，无论双方对确认书的内容是否达成一致，之前的口头确已成立；而中国公司则坚持认为只有签订了确认书，合同方能成立²⁴⁾。

审理该案的是伦敦糖业协会仲裁庭，仲裁庭的裁决认为：“双方于1995年1月6日在电话上确已就所有主要条款达成了有约束力的协议。申请人并非仅仅给了被申请人一个可供考虑的报盘而是一个实盘，且被申请人接受，合同的其他条款见1995年1月6日的销售确认书，除了过期单证条款之外，被申请人于1995年1月26日通过传真予以确认”。也就是说，该仲裁庭确认在该案中，口头合同已经成立，确认书在这里只是以通常用途使用，而不是一份要约²⁵⁾。

【案例4】中国某贸易公司诉美国某公司合同纠纷案

1991年3月，中国某贸易公司（卖方）出口一批儿童玩具到美国某公司（买方）。双方通过往来传真达成协议，具体条款如下：卖方提供10万套玩具，单价5美元，总价款50万美元，FOB宁波港。买方开出不可撤销的即期保兑信用证，且应不迟于4月5日开立。应买方的要求，卖方收到买方签字的确认书后，发现买方将开证日期延至4月20日，且将信用证改为远期信用证。卖方认为不能接受，随即给买方发出了一份传真件，表示不能同意。但买方一直未予理会。4月5日，卖方备齐货物，准备发运，但未能收到买方开出的信用证。一直到4月11日仍未收到信用证，为避免损失，卖方将货物转售给另一公司，并通知买方解除合同。买方不同意解除合同，认为卖方转卖货物是严重违约行为，遂向斯德哥尔摩商会仲裁院申请仲裁。以卖方严重违约为由要求赔偿经济损失50万美元。经仲裁庭查明，买方承认已收到卖方提出的关于确认书的异议。

仲裁结果是，1. 认为合同已按最先同意的条款有效成立；2. 买方应承担未按时开证，履行合同而给卖方造成的损失²⁶⁾。仲裁庭裁决买方向卖方赔偿损失8万美元的。驳回买方要求卖方赔偿50万美元的损失请求²⁷⁾。

五. 中国确认书制度存在的问题

1. 中国确认书的法律性质偏向于作为合同正式成立的依据

如前所述，在国际上，尤其是在欧美国家已经被普遍接受的、并且认同的《国际商事合同规则》、《欧洲合同法规则》和美国的《统一商法典》里都对于确认书作出了规定。从那些规定来看，确认书被视作在合同订立后发出的意在确认先前存在的合同内容的书面文件，属于确认书种类的①类，而不是意在确认让合同正式成立——要约或承诺的②类。所以，即使确认书里有非实质性地改变了先前合同的内容，也被看作是先前合同的一个组成部分。当然，若是实质性地变更了先前合同内容的或接受方毫不延迟地拒绝了新增条款的则除外。但是，先前达成的合同依然是有效的。

可是，中国的确认书在中国却是合同成立方式之一。根据合同法第469条“当事人订立合同，可以采用书面形式、口头形式或者其他形式。书面形式是合同书、信件、电报、电传、传真等可以有形地表现所载内容的形式。以电子数据交换、电子邮件等方式能够有形地表现所载内容，并

可以随时调取查用的数据电文，视为书面形式。”的规定，在贸易实践中以信件、数据电文等函电形式或者口头形式签订的合同是得到法律认可的，但是一方当事人要求采用确认书形式签订合同时，原先的信件、数据电文等函电形式或者口头形式签订的合同就不成立了，也就不被认可了。所以说，中国的确认书性质偏向于合同正式成立的依据，它实质上被视为要约或承诺，即是确认书种类的②类。这与日本石原全教授所说的“订购确认书”颇为相似。

2. 作为书面确认的确认书制度缺失

中国的确认书实际上是一份简单的书面合同。它与国际规则里所说的作为书面确认的确认书完全不同。从商学角度来说，确认书在贸易实践中更多的是作为书面确认使用。所以《民法典》里缺失作为书面确认的确认书制度。纵观国际贸易的实践，当事人不一定只有在采用函电形式订立合同时才采用确认书，在采用口头形式达成协议或合同后再进行书面确认的情形也是有的。所以，不得不说以签订确认书的时间作为合同成立时间这一概念有些以偏概全。

3. 变更先前合同的确认书被视作反要约

对于变更先前合同的确认书，国际上的规则以非实质性变更和实质性变更来区分确认书的性质。比如，UCC 第 2-207 条规定，……只要确定并及时，即使与原要约或原同意的条款有所不同或对其有所添加，仍具有（对原要约或原同意的条款）承诺效力。如果确认书中的添加修改属于非实质性的，应为合同一部分，除非要约人在合理时间内明确反对；如果确认书中添加修改的内容属于实质性的，即使要约人没有明确反对，该添加修改也不得作为合同一部分，但不影响当事人因寄送的承诺或确认书有效而使合同成立。

但是，在中国，对于变更先前合同的确认书，中国《民法典》里没有相关规定。对此，中国学者的意见也不统一，如前所述，有很多学者认为这种确认书为反要约，甚至有的学者还认为，附有签订确认书请求的承诺，构成反要约。也有的学者认为，从法理上分析，如果双方均已签字的确认书与已达成的合同条款相同，则该确认书应视为合同正式成立的依据。如果双方均已签字的确认书与原合同条款不同，则该确认书可视为对原合同的修改，则应以确认书的条款为准²⁸⁾。

在【案例 4】中，卖方向买方发出了确认书，并已签字。此行为可视为向买方发出的发价。买方收到确认书后，将其中关于信用证的条款作了改动；延期至 4 月 20 日并改为远期信用证。按照《公约》第 19 条第 3 款的规定，这已是实质上改变了发价的条件，应视为对发价的拒绝。（因为它涉及到付款条件）。卖方在收到买方签字并已作修改的确认书后，不同意其中的条款，并向买方发出异议。由于（1）买方的行为构成对发价的拒绝；（2）卖方明确提出异议，该确认书不能成立。因此，该确认书没有改变原函电成交的条款。双方达成的合同应以往来函电的条款为准²⁹⁾。笔者认为，这种解释是合理的。日本法学家石原全教授也认为，确认书应是在合同成立后对合同内容进行的书面确认。所以，笔者认为，国际上比较一致地公认确认书一般是作为“书面确认”

的确认书，而不是把它看作是要约。

4. 签订确认书之前的口头协议或达成的交易之效力

由于《民法典》第 491 条把确认书的性质定为作为合同正式成立的依据或证明，因此，中国有很多学者都认为，在一方要求签订确认书的情况下，即使承诺已经生效，也不能导致合同成立。可是，实际上，从前述的【案例 1】-【案例 4】给出的结果是，即使采用了确认书形式确认合同内容，之前达成的协议或合同也还是有效的，况且《民法典》第 469 条还把口头形式作为合同形式予以了明确的规定。

六. 结论

确认书由于它的实用性和便利性而得到商人们的认可、被广泛使用。可是，在贸易实践中，中国的商人们却对确认书有种误解，误以为不签订确认书，合同就不成立。针对这种现状，笔者拟提出以下几点建议：

第一，设置确认书作为合同正式成立依据的前提

为了便于商人们在贸易实践中更准确地理解确认书的性质，消除对确认书的误解，笔者建议设置确认书作为合同正式成立依据的前提。比如，明确规定“当事人采用函电形式订立合同的，可以在合同成立之前要求签订确认书。在合同成立之前要求签订确认书的，自签订确认书时起合同成立”。设置采用确认书签订合同的前提，即“在合同成立之前”，这样，商人们在实践中更容易正确地理解确认书的性质。

第二，补充并完善确认书的制度

在谈到确认书时，许多人总是习惯性地把它看成是一份要约或者承诺，如果确认书对合同进行了实质性的修改，则构成反要约。事实上，这不过是中国学者的一种误解。在实践中，确认书更多的是作为对于买卖双方来往函电或口头达成的合同条款的再确认。因此，笔者建议参照国际上的规则，尽早完善确认书制度。现在既然认可口头形式订立合同，那就没有必要拘泥于确认书种类^②的性质，确立确认书作为“书面确认”的基本功能。

第三，进一步与国际接轨，提升“合同自由”度

“合同自由”“意思自治”原则迄今仍是合同法“最基本的出发点”。从平衡买卖双方利益的角度来看，将确认书的签订时间确定为合同成立时间的规定对确认书发出方是不公平的。确认书接受方在确认书上签字之时，依据《民法典》第 491 条规定即是合同成立之时。但是，根据某进出口公司外贸出口成交确认书示范文本的规定“本确认书由买方签署后，正本一份航（空）寄

还卖方”。那么买方应将其签字的确认书航空寄回给卖方。此时，该确认书在运输途中所发生的遗失或者延迟到达等风险就应由卖方承担。那么卖方有可能在对合同的成立时间毫不知情的情况下，被要求承担由此产生的违约责任。

因此，在需要采用确认书时，合同的成立时间最好由买卖双方来决定，贯彻“合同自由”和“当事者意思自治”原则。既然在缔约方式和合同形式上《民法典》已经与《联合国国际货物销售合同公约》等国际规则接轨，表明了最大限度的自由，那么在采用确认书时的合同成立时间让当事人根据情况自己酌情决定也算符合常理吧。其实，从第四章第4节中国的商业习惯可知，实际上，商人们在贸易实践中采用确认书时已把成交时间和生效时间分开考虑，即以“先成交，后生效”的方式来运用确认书。

笔者认为，若能完善并确立确认书作为“书面确认”的制度，认可签订确认书之前函电或口头形式达成的合同的效力，把合同的成立时间和签订确认书的时间分开考虑，提升“合同自由”度，也就是说进一步与国际接轨的话，对中国外贸企业来说是避免误解与纠纷、节约交易成本的有效途径。

注

- ¹⁾ 靳起、田冰川主编《典型涉外经济案例》，法律出版社1999年，19页。
- ²⁾ 《涉外经济合同法》于1999年10月1日起废止；《合同法》于2021年1月1日起废止。
- ³⁾ 陈胜蓝《商事合同确认书规则初探》，中国商法年刊2007年，第227-228页。
- ⁴⁾ 罗昆《缔约方式发展与民法典缔约方式制度完善》，清华法学2018年第12卷第6期，第149页。
- ⁵⁾ 《联合国国际货物销售合同公约》第11条：“销售合同无须以书面订立或书面证明，在形式方面也不受任何限制；销售合同可以用包括人证在内的任何证明。”
- ⁶⁾ 朱广新《书面合同与合同成立》，法学研究2019年，第41卷第2期，第60页。
- ⁷⁾ 王利明·崔建远《合同法新论·总则》，中国政法大学出版社1998年，第178页；钟建华《国际货物买卖合同中的法律问题》，人民法院出版社1995年，第31页。
- ⁸⁾ 石原全《商取引における契約確認書について》，《一桥论丛》1981年第85卷第5号，第658页。
- ⁹⁾ 柴振国·何秉群等著《合同法研究》，警官教育出版社1999年，第73页。
- ¹⁰⁾ 详细参见胡康生主编《中华人民共和国合同法释义》，法律出版社2013年，第73页；钟建华，同注7，第31页。
- ¹¹⁾ 罗昆，同注4，第148页。
- ¹²⁾ 崔建远《合同成立探微》，交大法学2022年，第1期，第17页。
- ¹³⁾ 同上，第7页。
- ¹⁴⁾ 潘威伟《试论合同确认书》，经济与社会发展2005年9月，第3卷第9期，第153页。
- ¹⁵⁾ 同上，第155页。

- ¹⁶⁾ 陈胜蓝《商事合同确认书规则初探》，中国商法年刊 2007 年，第 228-229 页。
- ¹⁷⁾ 李巍《若干国际货物销售合同成立争议案的讨论》，比较法研究 2004 年第 3 期，第 119-120 页。
- ¹⁸⁾ 同上，第 124 页。
- ¹⁹⁾ 钟建华，同注 7，第 31-32 页。
- ²⁰⁾ 钟建华，同注 7，第 18 页。
- ²¹⁾ 张竹生·李殿文·于辉《论外贸成交确认书的最低条款》，经贸务实 1996 年第 6 期，第 35 页。
- ²²⁾ 周磊主编《涉外合同漏洞、欺诈、法律规避与防范》，法律出版社 1996 年 9 月，第 61 页。
- ²³⁾ 同上，第 36 页。
- ²⁴⁾ 陈胜蓝，同注 3，第 223-224 页。
- ²⁵⁾ 同上，第 224-225 页。
- ²⁶⁾ 靳起·田冰川主编，同注 1，第 18-19 页；周磊，同注 22，第 61 页。
- ²⁷⁾ “卖方的理由是确认书上已写明 4 月 5 日为开证最后日期，但卖方在确认书上改为 20 日，卖方不能接受，且已表示了异议。但买方不予理会。为避免损失，卖方才不得已转卖货物不构成违约，并要求买方赔偿货物运费及滞港费 8 万美元。仲裁庭认为卖方申辩有理”。周磊，同注 22，第 60-61 页。
- ²⁸⁾ 靳起·田冰川主编，同注 1，第 19 页。
- ²⁹⁾ 同上，第 20 页。

参考文献

- 柴振国·何秉群等著《合同法研究》，警官教育出版社 1999 年。
- 胡康生主编《中华人民共和国合同法释义》，法律出版社 2013 年。
- 靳起、田冰川主编《典型涉外经济案例》，法律出版社 1999 年。
- 王利明·崔建远《合同法新论·总则》，中国政法大学出版社 1998 年。
- 钟建华《国际货物买卖合同中的法律问题》，人民法院出版社 1995 年。
- 胡光辉《中华人民共和国民法典》，日本加除出版株式会社 2021 年。
- 陈胜蓝《商事合同确认书规则初探》，中国商法年刊 2007 年。
- 崔建远《合同成立探微》，交大法学 2022 年第 1 期。
- 潘威伟《试论合同确认书》，经济与社会发展 2005 年 9 月第 3 卷第 9 期。
- 李巍《若干国际货物销售合同成立争议案的讨论》，比较法研究 2004 年第 3 期。
- 罗昆《缔约方式发展与民法典缔约方式制度完善》，清华法学 2018 年第 12 卷第 6 期。
- 张竹生·李殿文·于辉《论外贸成交确认书的最低条款》，经贸务实 1996 年第 6 期。
- 朱广新《书面合同与合同成立》，法学研究 2019 年第 41 卷第 2 期。
- 石原全《商取引における契約確認書について》，《一桥论丛》1981 年第 85 卷第 5 号。

(なかそね・しゅくほう 英語国際学部准教授)