



救助与打捞工程专业系列教材

救捞国际标准合同

JIULAO GUOJI BIAOZHUN HETONG

主 编 王 欣

副主编 陈海旭 孙新江



大连海事大学出版社

救助与打捞工程专业系列教材

救捞国际标准合同

主 编 王 欣
副主编 陈海旭 孙新江

大连海事大学出版社

© 王 欣 2011

图书在版编目(CIP)数据

救捞国际标准合同 / 王欣主编. —大连: 大连海事大学出版社, 2011. 12
救助与打捞工程专业系列教材
ISBN 978-7-5632-2640-5

I. ①救… II. ①王… III. ①海难救助—打捞—合同—教材 IV. ①D993.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 251970 号

大连海事大学出版社出版

地址: 大连市凌海路 1 号 邮编: 116026 电话: 0411-84728394 传真: 0411-84727996

<http://www.dmupress.com> E-mail: cbs@dmupress.com

大连金华光彩色印刷有限公司印装 大连海事大学出版社发行

2011 年 12 月第 1 版 2011 年 12 月第 1 次印刷

幅面尺寸: 185 mm × 260 mm 印张: 24.75

字数: 608 千 印数: 1 ~ 500 册

责任编辑: 陆 梅 版式设计: 小 月

封面设计: 王 艳 责任校对: 董玉洁

ISBN 978-7-5632-2640-5 定价: 48.00 元

序

我国是海洋大国,有1.8万公里大陆海岸线、6 500多个岛屿、300多万平方公里海洋国土;在册的运输船舶23万艘、总吨位1.2亿,在册的渔船保有量60万条。实现中华民族的伟大复兴,必须要强化海洋战略意识,实施海洋强国战略。我国在实施海洋强国发展战略过程中,海上综合应急保障能力建设已经提高到前所未有的高度。党的十六届六中全会报告中明确提出了建设“精干实用的专业应急救援队伍”的要求,党的十七届五中全会再次指出,要不遗余力地建立健全应对自然灾害和事故灾难的预防预警和应急处置体系。

积极推进综合交通运输体系建设,加快发展现代交通运输业,是“十二五”交通运输发展的总体要求。加强海上专业应急救援队伍建设是按照适度超前原则大力发展现代综合交通运输业的重要步骤,中国救捞是直接为现代水路交通运输建设服务、为海洋经济发展服务,全力保障海上人命、环境和财产安全的一支重要应急救援力量。作为国家海上专业应急救援队伍,坚持以人为本、服务保障民生、为海洋经济发展保驾护航是中国救捞的神圣职责和光荣使命。

中国救捞经历了60年的发展历程,积累了丰富的经验,创造了辉煌的业绩。尤其是救捞体制改革以来,中国救捞以科学发展观为统领,不断推进专业化建设,将“三精两关键”作为奋斗目标,始终坚持以最快捷的方式获取最准确的信息情报、以最科学的决策制定最完善的施救方案、以最有效的手段配备最精干的救助力量、以最满意的效果回馈最关切的社会期待,得到党中央、国务院的认可,受到部党组的肯定,赢得了社会公众的赞誉。

大连海事大学立足行业服务,创新办学理念,开设了救助与打捞工程专业的本科教育,是与中国救捞强强联合,开辟了一条学校与行业互利互惠、合作共赢的发展新路子。救助打捞工程专业的开办是对中国救捞60年先进经验的梳理和升华,是中国救捞发展史上的里程碑,使得中国救捞实现了从经验发展到理论推动的飞跃,迈上了科学发展的新轨道。

救助与打捞工程专业教材凝聚着中国救捞专家和大连海事大学老师们的智慧和汗水,体现了无数救捞前辈们的专业素质和敬业精神。书籍是人类进步的阶梯。人才是决定救捞事业可持续发展的第一要素,人才的素质关系到中国救捞事业的兴衰成败。希望中国救捞和大连海事大学更好地发挥专业教材的作用,立足

救助打捞工程专业建设,放眼中国救捞长远发展,最大限度地培养更多更优秀的高素质专业人才,使之成为推动中国特色救捞事业快速科学发展的动力源泉和智力宝库。

交通运输部救助打捞局局长:

A stylized cursive signature in black ink, likely belonging to Song Jiazheng.

大连海事大学校长:

A stylized cursive signature in black ink, likely belonging to Song Jiazheng.

前 言

我国作为一个拥有数千年历史的文明古国,古往今来国人所具有的机智谋略令人赞叹。但是,在现代国际商务交往中,中国企业在与外方打交道时经常处于不利境地,甚至遭受巨额损失,这也是我们不得不承认的现实。这一问题的症结可能主要在于对现代国际商务中通行的“游戏规则”——合同法认识和运用的不足。

近年来,我国救助打捞事业取得了前所未有的发展,为保障海上人命和财产安全做出了巨大贡献。在完成保障海上安全的光荣使命的同时,我国救捞企业正在越来越广泛地参与到救助打捞和近海海洋开发利用等商业活动中。为使我国救捞企业在国际竞争中立于不败之地,掌握好国际上通行的救助、打捞、拖带、海洋工程服务等标准合同的主要内容和应用要点,了解相关合同和仲裁知识及解决争议的适当方法以防范法律风险至关重要。

为此,交通运输部救助打捞局将《救捞国际标准合同》列为“救助与打捞工程专业系列教材”中的一部,组成了编委会,召集了有实践经验的专家和学者共同编写,使这一工作得以高质量地完成。参加编写工作的各位同志也都以严谨的精神,认真负责的工作作风,搜集了大量资料,深入调查研究。在时间紧、任务重的情况下编写的这部教材,填补了国内相关书籍的空白。

在写作过程中,本书力图突出如下特点:(一)针对专业特点,侧重基本知识;(二)尽量避免抽象理论,突出理解应用;(三)语言简洁,易于理解,注重实用;(四)准确全面反映最新条款;(五)结合案例,培养应对和解决涉及法律问题的能力。在将来的教学实践和专业研究中,作者将不断丰富完善教材的相关内容,使其更具实用性和参考价值,更好地为我国的救助打捞事业服务。

在编写过程中,作者得到了我国救捞系统很多专家的大力支持和热情帮助,他们提供的宝贵资料和建议使本书内容更为实用和准确,对他们的无私支持和帮助作者表示由衷的感谢。大连海事大学法学院 2009 级海商法研究生张丽芳同学、卫鹏同学对本书第 1 章和第 6 章的编写也做了很多工作,在此一并致谢。

由于水平、时间以及资料所限,本书的不足之处在所难免,作者欢迎和感谢业内人士和读者批评指正,以便将来修改,完善。

大连海事大学法学院 王欣

2011 年 8 月 15 日

目 录

第1章 合同法基础	(1)
1.1 英国合同法基础知识	(1)
1.1.1 合同的概念与形式	(1)
1.1.2 合同的成立条件	(3)
1.1.3 要约	(4)
1.1.4 承诺	(9)
1.2 中国合同法基础知识	(12)
1.2.1 合同与合同法	(12)
1.2.2 合同的分类	(16)
1.2.3 合同的订立	(19)
1.2.4 要约	(20)
1.2.5 承诺	(24)
1.2.6 以要约和承诺以外的方式订立合同	(25)
1.2.7 合同的成立时间与成立地点	(27)
1.2.8 合同的效力	(28)
1.2.9 合同的履行	(32)
1.2.10 合同的保全	(35)
1.3 合同法在救助打捞合同订立中的运用介绍	(38)
1.3.1 救助标准合同的表格内容比较	(38)
1.3.2 要约须注意的法律问题	(39)
1.3.3 承诺须注意的法律问题	(40)
思考题	(42)
第2章 海难救助国际标准合同	(43)
2.1 概述	(43)
2.2 LOF 合同	(44)
2.2.1 历史发展	(44)
2.2.2 特点和作用	(45)
2.2.3 LOF 2000 主要条款	(45)
2.3 SCOPIC 条款和 LSSA 条款	(52)
2.3.1 SCOPIC 条款历史发展和特点	(52)
2.3.2 SCOPIC 条款的主条款	(54)
2.3.3 SCOPIC 条款的附录	(62)
2.3.4 LSSA 条款	(67)
2.4 分救助协议	(69)
2.4.1 概述	(69)

2.4.2	SALVCON 2005 主要内容	(69)
2.4.3	SALVHIRE 2005 主要内容	(78)
2.5	中国海事仲裁委员会标准救助合同	(83)
2.5.1	历史发展	(83)
2.5.2	主要内容	(83)
	思考题	(85)
第3章	打捞国际标准合同	(86)
3.1	概述	(86)
3.1.1	基本概念	(86)
3.1.2	打捞的分类	(86)
3.1.3	沉船打捞和海难救助的区别	(87)
3.2	主要打捞国际标准合同	(87)
3.2.1	WRECKHIRE 99 主要条款	(87)
3.2.2	WRECKSTAGE 99 主要条款	(96)
3.2.3	WRECKFIXED 99 主要条款	(103)
	思考题	(111)
第4章	拖航国际标准合同	(112)
4.1	概述	(112)
4.1.1	海上拖航合同的概念、分类及与其他合同关系	(113)
4.1.2	海上拖航合同的订立与解除	(114)
4.1.3	海上拖航合同主要内容	(115)
4.2	海上拖航合同当事人的权利和义务	(115)
4.2.1	承拖方的权利和义务	(115)
4.2.2	被拖方的权利和义务	(117)
4.2.3	海上拖航中的法定损害赔偿	(117)
4.3	海上拖航国际标准合同	(118)
4.3.1	TOWCON 2008	(119)
4.3.2	TOWHIRE 2008	(142)
	思考题	(146)
第5章	海洋工程服务国际标准合同	(147)
5.1	概述	(147)
5.2	SUPPLYTIME	(147)
5.2.1	SUPPLYTIME 的历史发展	(147)
5.2.2	SUPPLYTIME 的特征和结构	(147)
5.2.3	SUPPLYTIME 的主要条款	(148)
5.3	HEAVYCON	(166)
5.3.1	HEAVYCON 的历史发展	(167)
5.3.2	HEAVYCON 的特征和结构	(167)
5.3.3	HEAVYCON 的主要条款	(168)

5.4 BARGEHIRE	(185)
5.4.1 BARGEHIRE 的历史发展	(185)
5.4.2 BARGEHIRE 的特征和结构	(185)
5.4.3 BARGEHIRE 的主要条款	(186)
思考题	(199)
第6章 国际仲裁实务	(200)
6.1 概述	(200)
6.1.1 仲裁的历史与发展	(200)
6.1.2 国际商事仲裁	(200)
6.1.3 调整国际商事仲裁的法律规则	(201)
6.2 英国仲裁法律与规则	(201)
6.2.1 概述	(201)
6.2.2 仲裁协议	(202)
6.2.3 仲裁的提起	(204)
6.2.4 仲裁的具体阶段及程序	(208)
6.2.5 仲裁裁决的执行	(214)
6.3 中国仲裁法律与规则	(216)
6.3.1 中国商事仲裁概述	(216)
6.3.2 中国海事仲裁法律规则	(221)
6.4 仲裁案例介绍	(230)
6.4.1 英国仲裁案例	(230)
6.4.2 中国仲裁案例	(231)
思考题	(236)
附录1 LOF 2000	(237)
附录2 SCOPIC 2007 及其附录 A、B 和 C	(239)
附录3 LSSA Clauses	(247)
附录4 Lloyd's Standard Form of Salvage Agreement Procedural Rules	(252)
附录5 SALVCON 2005	(254)
附录6 SALVHIRE 2005	(262)
附录7 WRECKHIRE 99	(270)
附录8 WRECKSTAGE 99	(277)
附录9 WRECKFIXED 99	(284)
附录10 TOWCON 2008	(291)
附录11 TOWHIRE 2008	(312)
附录12 SUPPLYTIME 2005	(326)
附录13 HEAVYCON 2007	(342)
附录14 BARGEHIRE 2008	(363)
附录15 TOWCON 报价格式	(376)

附录 16	TOWHIRE 报价格式.....	(377)
附录 17	SUPPLYTIME 报价格式	(378)
附录 18	HEAVYCON 报价格式	(379)

第1章 合同法基础

从衣食住行到国际买卖,合同可以说是无处不在。我们处在合同的社会,几乎人人都不可避免地要和合同打交道。也许你会说我从未跟人坐在商务谈判桌前谈合同、签合同,所以我没有跟人缔结过合同。那么你坐过公交车吗?在超市买过东西吗?其实这些都构成了合同。之所以会有这样的误解,是出于对于合同法律制度的不了解,而不了解合同法律制度对于我们现在的生活或未来的就业来讲都是没有益处的。

通过本章学习,我们将会对合同及合同法律具有初步的认识,了解中国和英国合同法的基本内容,并能在此基础上掌握合同法在救助打捞等合同中的运用。本章分为三节,第一节介绍英国合同法的基础知识;第二节介绍我国合同法基础知识,在这两节中对于我国合同法制度与英国法不同的地方也会特别提出;第三节结合本专业的具体需要论述合同法在救助打捞合同中的运用。

1.1 英国合同法基础知识

由于英国在国际贸易中的历史地位 and 在国际仲裁、保险业中扮演的重要角色,国际商事合同中缔约各方多愿意选择适用英国法律,或采用适用英国法的标准合同。虽然标准合同可经缔约方协商适用非英国法,但是大多数国际标准合同的制定以英国法为背景或受其影响。因此,在国际商事领域,无论是从缔结合同开始至合同履行包括可能的违约索赔在内,缔约各方对于英国合同法都需要相当深入的了解,否则将很可能因缺乏这方面的知识或认识而遭受不利后果。

1.1.1 合同的概念与形式

1.1.1.1 合同的定义

英国普通法上被普遍接受的合同的定义有两种,一种由 Sir Frederick Pollock 简化早先的合同概念提出:“合同是会由法律强制执行的一个或一系列允诺。”^①另一种定义是,合同是一种产生可被法律强制执行或承认的义务的协议^②。这两种定义虽然表述不同但是均包含了合同最实质性的特点:法律认可的效力;合同意思表示,体现在允诺、协议,亦即缔约各方的要约与承诺的过程。但以上的定义并不能构成判断意欲缔约的各方之间是否达成了合同的绝对标准,意味着即使符合了合同的定义,根据英国法也未必会裁定当事方之间形成了受法律约束的合同。反之不符合定义而被赋予合同效力的案例也不鲜见。举例来讲,如第二种定义下就不能包含单方合同^③,如悬赏合同,在这种合同中就缺乏了协议。根据以往英国法院的判例所承

① A contract is a promise or a set of promise which the law will enforce.

② Contract is an agreement giving rise to obligations which are enforced or recognised by law.

③ 是指要约方允诺做出一定的行为或不行为,而对方亦须做出一定的行为或不行为,但是要约方受其允诺的约束,而对方可以选择是否受合同的约束。

认的合同远不是概念所能涵盖的,因而我们不能指望有什么严谨的、涵盖一切合同的定义,而是仍须理解关于合同的成立条件、要约、承诺等具体的合同法规则。这些内容也将在本章中述及。

1.1.1.2 合同的形式

英国法传统上把合同分为:

1. 契据 (deed)^①

即需要经过签名盖章交付的合同,是一种要经过较严格的程序才具备合同效力的合同,现在已经很少采用。根据制定法和判例规则,下面几种协议必须采取契据的形式:注册公司的章程;转让英国船舶或其份额的合同;转让土地的合同以及土地权益在3年以上的土地租赁合同;无偿的许诺或者赠与等。^②

2. 记录合同 (contract of record)^③

即裁判上的契约,具有法律强制执行力的判决、裁决与命令等可以通过法院的裁判而视为并入原合同当中,因此也是一种合同形式,我国合同法上没有规定法院裁判可视为合同。

3. 简单合同 (simple contract)^④

指非契据或记录合同的其他合同形式,包括:

(1)口头合同。口头合同是指当事人用语言、通话等方式确立的合同。口头合同方式是日常交易中最普遍采用的缔约方式,如商场购物、餐厅就餐等。口头合同的优点在于简便易行,交易成本小,应用广泛。但也具有明显的缺点,即在日后发生争议时,当事方难以举证。

(2)书面合同。书面合同是指当事人以文字为表意方式形成的合同。一般在涉及大额交易的情况下多采取此种缔约方式。其特点是合同内容有据可查,便于纠纷发生时的举证。英国法要求采取书面形式的合同主要有:出售或者以其他方式处理土地上的权益的合同^⑤;汇票、本票和支票;海上保险合同;转让公司股票的合同;分期付款的租购协议或者租约;抵押合同等。

(3)默示合同。默示合同是指当事人未用语言或书面表示,法律依据其行为或意图推定当事方之间存在合同,或者在当事方之间存在有主合同的前提下,依主合同的内容,推定还存在默示的从合同。根据衡平法的原则做出这样的推定必须具有相当的必要性。如:乘客乘坐公交车的行为,可以推定乘客与公交公司之间存在客运合同。

关于简单合同,英国法律的原则是,不管合同的价值大小,标的物有多么重要,合同都可以采用口头形式签订。但是某些合同,基于法律的特别规定,则必须采用书面形式或者保留书面

^① An instrument that has been signed, sealed and delivered that passes an interest, right or property, creates an obligation binding on some persons, or is an affirmation or confirmation of something that passes an interest, right or property: *R v Moron* (1873) LR 2 CCR 22.

^② 何宝玉. 英国合同法. 北京: 中国政法大学出版社, 1999: 42.

^③ A judgement, decree, ruling or order entered by a court which is legally enforceable as if it were contained in a contract. Although not actually a contract, the transaction is entered in court records and remains valid until set aside by a court of competent jurisdiction: *Kendall v Hamilton* [1874-80] All ER Rep 932, (1879) 4 AC 504.

^④ Contracts which are not contracts of record or contracts under seal. Consideration is an essential element of a simple contract. A contract upon which the obligation arises is neither ascertained by matter of record, nor yet by deed or special instrument, but by mere oral evidence, the most simple if any; or by notes unsealed, which are capable of more easy proof, and therefore only better than a verbal promise: *Halsbury's Laws of Hong Kong*, Vol 7, Contract [115.013]. Simple contracts may be expressed or implied, or partly expressed and partly implied.

^⑤ 参见英国《1989年财产法(杂项条款)》。

证据,否则就不能通过诉讼要求法院强制实施。而涉及海上业务的合同绝大多数都是简单合同,如拖航合同、拖驳运输合同、租船合同、海上石油服务合同、海洋工程合同等。

1.1.2 合同的成立条件

合同的成立条件,是指成立合同必须具备的要素。如果具备了合同的成立条件,那么受法律约束的合同就在缔约方之间产生,此时如果一方因不知道已经与对方缔约了合同而不履行合同,那么该方就要承担相应的违约责任,由此产生的违约索赔数额通常都是巨大的。在与外国船东订立救助打捞合同时,如果不了解相关的法律规则,那么可能面临的法律风险往往无法预料或难以承受。根据英国法,合同的成立条件有:

1. 订约意图(intention to create contract)

根据英国法,判断订约意图有一个标准和两个推定。标准就是该订约最终是否意欲由法律手段予以救济。推定之一是:在一般的商事交易中,除非有相反的证据证明当事方不存在订约的意图,英国法一般都会推定当事方有订约的意图。比如,船东与救捞局协商要用拖船进行拖带作业,此时还说不存在订约的意图而只是闲聊之类是不合常理的,法律做出这样的推定也是出于保护商业交易的目的,符合交易的实际需要。推定之二是:在家庭或社交场合所做的一些允诺,法律推定不具有订约意图,因为此种场合下所做的允诺多是基于一些社会上的关系或人情,产生的是道义上的责任而非是希望由法律来干预的法律责任。

2. 要约与承诺(offer and acceptance)

也就是国际贸易中通用的发盘和受盘,即欲订约的合同当事方协商订约的过程。协商没有完成,那么缔约方就仍处在谈判阶段,还没有开始受合同的约束,此时可以选择继续谈判或者拒绝谈判。虽然英国法有以“同意每一条款”(agreement on all terms)作为判断协商完成与否的标准之一,但是这并不是绝对的,因为合同中也可约定未谈拢的细节待后再谈,那么就不可以说因为没有对于所有条款都谈拢而不存在合同了。关于要约与承诺的具体规则随后详述,在此暂不赘述。

3. 对价(consideration)或称为约因

这是英国合同法中非常重要的一个规则,简单合同必须具有对价(但契据不需要对价),通常法院判决不承认没有对价的合同。英国法下判断合同是否具有强制执行力的基本原则有两个:其一就是对价原则,其二就是之前论及的合同形式原则。对价的经典定义来自于 Currie v. Misa 案,表述如下:从法律的意义上来讲,有价值的对价,可以存在于一方的部分权利、利益、利润或好处的增加,或者另一方做出一些容忍,遭受损害,承担损失或责任。^①简言之,就是一方得利或对方受损。英国法中的对价规则相当繁杂,对于非法律专业的人员需要掌握的较为重要的内容有以下几点:1)对价必须实际付出但不必相当,法院不会强制执行一项没有给付对价的允诺。所谓“不必相当”意思是指法院不会去衡量交易的价值是否相称或合理,比如哪怕价值 160 000 英镑的一处房屋以 1 英镑的价格卖出也是实际支付了对价的,即使明显地不相当。^②2)对价必须由受诺人提供,这意味着承诺方做出一项允诺,那么相对方就是这项允诺的受诺人,为了这项允诺,受诺人须回复对价。例如,在货物买卖中,卖方允诺向买方提供一

^① A valuable consideration may consist either in some right, interest, or profit accruing to one party, or some forbearance, detriment, loss or responsibility given, suffered or undertaken by other; Currie v Misa (1875) LR 10 Ex 153.

^② Ewan McKendrick. Contract Law. 4th edition, Law Press China; 83.

批货物,为了买这批货买方付出的货款就是该项卖货允诺的对价。当然对价受诺人可以提供给承诺方,也可以经承诺方同意提供给第三方。3) 不构成对价的情况:①履行既存合同义务不构成对价。该规则是由很早的一个案例 *Stilk v. Myrick*^① 确立下来的。该案是说在一次去波罗的海的航程中,Stilk 服务的船舶原有 11 名船员,中途有两名船员私自离船,船长找不到替补的船员就与 Stilk 等余下的船员协商如果他们将船开回伦敦,那么那两名船员的工资就由他们分享。后船长拒付,Stilk 起诉要求支付他的份额但是败诉,原因就在于原告履行既存合同义务不构成对价。②过去的对价无效(*past consideration is no consideration*)。英国法下典型的案例就是甲将乙丢失的小狗送回,乙于是答应送甲一份礼物表示酬谢,第二天乙翻悔,甲无法请求法院强制执行乙的允诺,因为对于乙送礼物甲并没有给付对价。做进一步解释就是甲送回小狗的行为在乙允诺之前已经完成,是属于过去的对价,而实际上过去的对价是无效的。③履行公民的法律义务不构成对价。履行法定义务不构成法律强制其履行的允诺的对价。如公民有出庭作证的义务,若公民与原告协商出庭作证原告给付该公民一笔金钱,后原告翻悔,该公民即使起诉要求该笔费用的支付,那他也不会得到法庭的支持。当然,如果公民履行了超出原本的法律义务,那么是可以构成对价的。

4. 当事方具有缔约能力(*capacity to contract*)

要求缔约方具有缔约的行为能力是各国合同法均有的规定,不同的是关于缔约的行为能力的界定。关于缔约的行为能力的规则有:

(1) 英国法首先推定所有具有充分理解能力的成年人都具有缔约能力。

(2) 未成年人原则上不具有缔约能力,但为维持生活必需而缔结的合同有效,如购买生活必需品的合同等。另外未成年人可以缔结获益型的服务合同,如教育合同等。这与我国合同法的规定原则上是一致的。^② 对于其他与成年人缔结的合同,未成年人享有到其成年时选择的权利,即待其成年后选择是否接受合同约束的权利。这一点我国的合同法没有规定。

(3) 精神不健全者与醉酒者在其不能正确理解其缔约行为时不具有缔约能力。

除了以上 4 点以外,根据普通法和合同法的一般原则也要求合同具备合法性,并且不存在欺诈等行为。

1.1.3 要约

要约与承诺是构成合同的最重要的两个要素,是商务协商中非常重要的一环。要想掌握英国合同法的知识,掌握好要约与承诺的规则是最基础也是最关键的。

1.1.3.1 要约的含义、性质与构成要件

1. 要约的含义

要约(*offer*)在国际贸易中通常被称为发盘、报价、出盘等。关于要约,有不同的定义,其中一个权威定义是,要约是一方向另一方表明欲就某项标的订立合约的行为,而且要约一经对方接受则对要约方产生约束力。^③ 另有定义是,要约是一方期望基于其提供的特定条款而与对方(一方或多方)缔结合约的意思表示。^④ 也就是说要约是指基于订约的意图,要约方将包含

① *Stilk v. Myrick* (1809) 2 CAMP 317 and 6 ESP 129.

② 参见《中华人民共和国合同法》第 47 条。

③ 杨良宜. 国际商务游戏规则—英国合同法. 北京:中国政法大学出版社,2000:7.

④ Ewan McKendrick. *Contract Law*. 4th edition, Law Press China:32.

合同标的的信息发给欲缔结合约的另外一方或多方,若对方接受的话,要约方就要受自己做出允诺的约束的意思表示。

2. 要约的性质

由其定义可以看出,要约实质上是一种具有法律意义的意思表示,而表示的内容就是以何种条件与对方缔约。该意思表示一经做出,在一定的条件下便会产生相应法律效果。有效的要约能够产生约束要约方的效果。举例来说,要约方发出要约允诺出售一批货物给对方,回复期为3天,那么做出这个要约后要约人就有了这样的法律义务——保留该批货物而不卖给别人,等待对方是否承诺。

3. 要约的构成要件

仅仅理解了要约的概念是不足以判断一项陈述或意思表示是否构成有效的要约,还需要详细地探究构成有效要约应具备的条件,即要约的构成要件。

一项有效的要约需要具备以下条件:

(1) 要约必须送达

只有当要约送达时,对方才有可能接受或拒绝要约。与承诺不同,英国法对于要约送达的要求是比较严格的。之所以这么说是因为送达(communicate)一词有着丰富的法律内涵。首先,送达可以以任何书面、口头或者行为的形式做出,没有普遍的规则要求必须采用书面形式。但是,如果受要约的一方不知道要约的存在,也就不能算是要约送达。其次,送达必须由要约方做出,这里的要约方包括其本人以及其代理人或其授权的人(如要约方负责发件的雇员等),其他无权的第三方所为的送达是不具有约束要约方的效力。再次,必须实际送达受要约方,这里的实际既指要约实际到了受要约方手中,同时也指受要约方实际知晓了要约的内容。这里采用的是客观的标准,如果要约中途丢失,那么要约方是不受要约约束的,受要约方也就无承诺一说。

(2) 要约内容必须明确

对于要约内容的明确,主要有以下两点要求:

① 要约的内容清楚,而且表明要约人受该要约的约束。^①如直接注明该文本为“offer”。英国法对于文字的要求和解释是非常严格的,因此对于要约的文字,要求必须清楚、无歧义地表达该意思表示是要约。当然,如果没有用“offer”也不是说就一定不构成要约,如果可以从文件的其他词句中合理、明确地推出该意思表示为要约的话,那么法律也会做这样的推定。

② 要约的内容要完整、明确。要求要约的内容完整明确是为了使得要约人和受要约人清楚地了解在要约中的权利义务,只有了解了各自的权利义务才谈得上日后履行要约。

(3) 要约可以向特定的一人、多人或全世界发出

这与我国的法律规定是不同的,我国合同法仅承认向特定的一人或特定的多人发出要约,而不承认要约可以向不特定的多人发出。英国法则是通过 *Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co.* ^② 一案确立向世界发出的也可能构成要约。该案讲的是 Carbolic Smoke Ball Company 发明了一种叫 Carbolic Smoke Ball 的抗流感烟丸,厂商在报纸上刊登广告说按照广告上说明的方法连续服用该烟丸14天后,仍然患上流感的,公司将付其1000英镑,且公司已经在 Alliance Bank 存

^① Two further features of offer to be noted are that the terms of an offer must be clear and that the offer is made with the intention that it should be binding. Law of Contract, 5th edition, Paul Richards, Law Press, Page 15.

^② *Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co.* [1893] 3QB. 256.

入了1 000 英镑,以备支付。Carlill 女士按广告上的要求服用后仍患上了流感,据此向该公司索赔。初审法院判决原告胜诉,被告公司须支付1 000 英镑。最后上诉法院亦支持原判。原因是该广告足够明确,具备了符合合同的要件,即符合合同对于要约承诺、对价和订约意图的要求。关键还是该广告不存在含糊不清的内容,不属于商业吹嘘。但对于一般的商业广告,如果内容没有明确到构成合同的程度的话,还是属于要约邀请的。关于要约与要约邀请的关系随后讨论。

1.1.3.2 要约与要约邀请

要约邀请(invitation to treat),是指邀请人发出邀请,希望对方发出要约从而双方进行商谈的意思表示。在商务术语中也称为询价、请人出价、邀盘等。简言之,要约邀请只是一种引诱对方出盘的表意。对于要约邀请的回复不会构成承诺,而其本身可能构成要约。为什么要区分要约与要约邀请?因为这是一个涉及合同基础的问题——当事方之间是否存在有效的合同。要判断清楚这个问题首要要区别发出或收到的是要约还是要约邀请,如果连这点也无法区别开来,又怎能提后续的缔约呢?在英国法下,区分要约与要约邀请必须立足于当事方的意愿,并且采取客观的判断标准。已被英国判例法确立的不属于要约的情形如下:

1. 出售陈列货物

包括在商店、超市货架上摆放的货物和商店橱窗中陈设的货物的销售都属于要约邀请。举例来讲:我们到超市购物,超市在货架上摆放好了商品属于超市对消费者发出的要约邀请,消费者从货架上取下商品去收银台付账属于向超市发出了要约,收款员收下付款属于承诺,此时消费者与超市的合同成立生效。为什么不把超市摆放货物的行为识别为要约而是要约邀请呢?如果我们把它识别为要约,看会有什么样的结果。当货物摆在货架上是要约时,我们从货架上取下货物的行为就构成了承诺,此时合同已经成立,如果我们又不想买该商品了(这也是在超市购物中常发生的),我们就不可以随意再将商品放回货架,因为如果不能和超市方协商解除合同,我们再放回商品的行为就是违约,是要支付违约赔偿的。显然这是不合情理的。

2. 商业广告与价目表

商业广告或寄送价目表一般属于要约邀请,这与我国的法律规定是一致的。因为如果将商业广告识别为要约,那么对于发出广告的一方来讲可能会面临不特定人数的承诺方,在货源有限的情况下对于他来讲就有极大的违约风险了。但是如上述的 Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co. 一案确立的规则,如果该广告用语足够清楚明确以至于符合了合同的要件,且发出一方明确愿意受约束的话,也是有可能被法院判决为要约的。此处例外的情形就是悬赏广告,悬赏广告为单方要约。

3. 拍卖与招标

拍卖方的拍卖请求、拍卖通知与寄送拍卖物的介绍资料不构成要约。招标意向书亦属于要约邀请。但是如果招标意向书是在特定的当事方之间做出,并且表明标的将由出价最低者或出价最高者投的,那么法院可能会判决这是一份要约。

4. 以合同为淮的说明

若所做出的一项意思表示明白地在抬头上使用了“subject to contract”^①的词句的话,即是表示不愿受合同的约束,因此是不属于要约的,而是要约邀请。

^① 意为“以订立合同为准”。

1.1.3.3 反要约

从传统意义来讲,承诺必须遵循镜像一致原则(mirror image rule),即承诺不可改变要约的内容而是要与要约的内容严格一致。虽然现在已经对该规则做了部分灵活性的变更,如询问信息不构成反要约等,但是仍可以这么说——对于要约的任何变更、添加都是反要约(counter-offer),而反要约具有终止要约的效力。也就是说,如果受要约的一方变更了要约的内容,则变更后的内容成为反要约,原要约效力终止并可视作从未存在。在商业活动中,反要约的规则对于合同适用哪方提供的格式条款的判定尤其重要。举例来讲,如果卖方为出售一批货物提供了一份自己的格式合同(卖方合同),其中有一条价格变更条款申明,即卖方可依据市场价格的变动调整货价。买方回应说同意你方的发盘,但是寄去了自己的格式合同(买方合同),其中的条款是价格固定条款。然后卖方签字后寄回。若日后对于卖方能否根据市场价格加价产生争议的话,我们该如何判定?这是英国法的一个判例,而判决就是依据了镜像一致原则^①,判决买方寄去买方合同的行为构成了反要约而卖方的签字构成了承诺,因此双方的合同应以买方合同为准,卖方也就不可以加价。^②

1.1.3.4 要约的存续期间

要约的存续期间(duration)是指从要约生效至失效的一段期间。要约的存续期间不包括要约被受要约方接受以后的期间,而仅仅指从要约发出至承诺生效之前对于要约人有约束力的那段时间。

要约自送达受要约人时生效,即要约人始受要约的约束(关于送达的具体内涵在前面已有述及),在要约未送达受要约人之前,要约人可以撤回要约。撤回要约的通知必须先于要约到达或者同时到达。在要约已送达受要约人,但受要约人还没有接受要约的情况下,要约人可以撤销要约,除非要约本身表明不可撤销(irrevocable),比如政府在公共事业方面的招标或是发“实盘”(firm offer)。^③

要约的失效包括两种情况,一种是要约本身规定有期限,根据合同自由原则,要约人可以在要约中附有要约等待接受的有效期,超过了规定的期限受要约人不接受要约,要约失效。第二种是要约本身没有规定期限,即没有表明要在何时之前接受要约。在英国法的规则下,没有规定期限的要约是不会永久生效的,经过一段合理的期间,要约即失去其效力。关于合理期间的判断是法院自由裁量权的问题,即由法官依据合同的性质来确定何谓合理的期间。通常情况下,法官会考虑的因素包括:1)标的物的性质。存放期久的标的物显然会比不易存放的标的物有效期要长;市场价格波动小的标的会比市场价格波动大的标的有效期长。2)履约准备时间。为履约需要市场调查的时间长短和准备履约须办理的手续的复杂程度也可以作为判断要约有效期长短的标准。3)通信时间。如采用不同的通信方式的要约,采用快捷方式的要约有效期会相对短于采用较慢通信方式的要约的有效期。除此以外还有很多其他的判断标准,但都是要依据合同本身的特性来定。

① Marnah Suff. Essential Contract Law. 2nd ed. 武汉:武汉大学出版社:8.

② 对于此案 Lord Denning 有不同的见解,认为传统的镜像一致原则已经过时,更优的办法是看合同的主要条款是否达成了一致。Lord denning argued that the traditional rules were out of date, and that a better approach would be to look into at the documents to see whether the agreement has been reached on all material points, even though there may be differences on the back of the printed forms.

③ 实盘是指规定了发盘有效期的一项要约,一经发出,在有效期内,发盘人不得随意变更其内容或撤销。