

迎接WTO

梁慧星先生主编之域外法律制度研究集

Collection of Research on Legal Systems Abroad in
Preparation for Entry into WTO

Edited by Mr. LIANG Huixing

〔第三辑〕



WTO OMC

国家行政学院出版社

金桥文化出版(香港)有限公司

迎接 WTO

——梁慧星先生主编之域外法律制度研究集

第三辑

梁慧星 主编

国家行政学院出版社

图书在版编目(CIP)数据

迎接 WTO:梁慧星先生主编之域外法律制度研究集
第3辑/梁慧星主编. —北京:国家行政学院出版社,
2000.9
ISBN 7-80140-133-6

I. 迎... II. 梁... III. 法律-研究-世界-文集
IV. D9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 49748 号

迎接 WTO

——梁慧星先生主编之域外法律制度研究集
第三辑

梁慧星 主编

*

国家行政学院出版社出版

北京市海淀区厂洼街 11 号(100089)

新华书店总经销

清华园胶印厂印刷

850 × 1168 毫米 1/32 开本 13.125 印张 312 千字

2000 年 9 月第 1 版 2000 年 9 月第 1 次印刷

印数:1—5000 册

ISBN 7-80140-133-6/D.64 定价:27.00 元

目 次

- 英国合同法的最新发展 [英]约翰森·纳什著 张明远译(1)
- 法国合同责任的理论与实践 尹 田(26)
- 欧洲侵权行为法中的替代责任
..... [德]克里斯迪安·冯·巴尔著 张新宝译(70)
- 日本的涉外人身损害赔偿 段 匡(85)
- 德国公司法中的代表理论
..... [德]福尔克·博伊庭著 邵建东译(102)
- 德国资合公司法律中的小股东保护..... 邵万雷(131)
- 美国对证券公司资本充足率的法律监管
——兼和欧盟资本充足率监管体制的比较
..... 杨 亮 林晓君(164)
- 香港版权制度研究..... 黄玉焯(191)

建筑作品的著作权保护	[美]克里斯托弗 C·瑞曼著 张晓军译(247)
意大利国际私法立法的改革.....	杜 涛(265)
菲律宾继承法研究.....	齐树洁(291)
英国民事诉讼的改革 ...	[英]A. A. S. 朱克曼著 叶自强译(339)
美国民事诉讼的证据开示制度及其对中国的影响	刘荣军(371)

英国合同法的最新发展*

[英]约翰森·纳什 著
张明远 译

目 次

- 一、合同的成立
- 二、对价
- 三、默示条款
- 四、合同解释
- 五、成文法的干预
- 六、合同的矫正
- 七、导致合同无效的事由(Vitiating Factors)
- 八、共同疏忽(Contributory Negligence)
- 九、合同的转让/第三人合同
- 十、合同的履行和违约
- 十一、损害赔偿

* 本文是英国执业大律师(Barrister)约翰森·纳什(Jonathan Nash)1998年2月10日在伦敦诉状律师协会(London Solicitors Litigation Association)所作的演讲。

(1) 我将通过这个演讲题目来回顾一下合同法自 1993 年 1 月 1 日起 5 年来的新发展, 尽管根据需要, 我会不时地提及该法在更早些时候的发展情况。显然, 这个题目涉及到了许多方面的内容, 我只能在给定的时间内略述其大概。我将尽可能地沿用合同法有关内容的传统分类方法, 因为大家都已习惯于此。同时, 本演讲将集中阐述那些在我看来对诉讼双方较为重要的判例。这些判例涉及到了许多诉状律师和出庭律师有时不得不面对的、常常是突如其来的各类问题。

一、合同的成立

(2) 这一问题如今似乎是被科技的发展推着走的。现代科技使人们能够比以往更迅速地、更少人工干预地订立合同。^①关于对要约表示承诺的古老的“投递规则”(Postal Rule)已日显式微。然而据我所知, 在已报道的英国判例中, 目前还没有哪个涉及到在国际互联网上从事的商事活动, 尽管我们不难想象会存在诸如要约内容如何、承诺是何时以及是否已经做出等方面的纠纷。没有理由不认为这些问题将会用与电传案件中所采用的类似方法来加以解决。所适用的原则当然是合同于收到承诺之时、之地成立: 见 *Brinkibon Ltd 诉 Stahlag Stahl* 一案。^②

(3) 使用快速和由机器操作的通讯方式带来了(合同成立)之真实性(authenti city)方面的新问题, 特别是在涉及国际贸易和金融的案件中。下面这个重要判例明确了英国法下银行之间使用经

① 原文为 impersonally, 指那些当事人只需将有关主要条款的内容输入联网电脑等通讯设施上, 合同就会在适当的时候自动成立的情形。——译者

② [1983]2AC34.

确证的电传^①进行通讯联络时的法律效力。在渣打银行(Standard Bank Ltd)诉东京银行(Bank of Tokyo)一案^②中,摆在 Waller 法官面前的问题是,在一名曾设法进入开证行电传部门的欺诈者的教唆下,通过经确证的电传开立的三个信用证是否能约束开证行。他的结论是,只要使用经确证的电传系统这一通讯方式,就可以认为信用证开证行是在对外声称该电传已获授权,接收方只有在收到通知说电传文件实际上具有欺诈性的情况下,才无权依赖该声明并要求强制履行合同。这名法官还认为,至少在商事方面,仅仅因为疏忽,电传接收方不会被认为已收到了通知内容;只有对欺诈的实际知情或故意视而不见才能令第三方被认为已收到了通知。在此意义上,他对代理和授权的普通法规则的分析与“知情协助”(knowing assistance)案件中对推定信托(constructive trust)的衡平法规则^③之分析非常一致,Nicholls 勋爵现今已在 Royal Brunei Airlines 诉 Tan 一案^④中对后一规则作出了解释。

(4) 在合同方面论及代理问题时,我应当提醒大家注意上诉法院在英国第一能源公司(First Energy(UK)Ltd)诉匈牙利国际银行(Hungarian International Bank Ltd)一案^⑤中的重要判决。在该案中,一家总部位于伦敦的银行的某地区办事处经理,通过签署一封表明该银行已同意向外借款的信函,而使其雇主承担了合同责任,尽管事实证明借款人知道该办事处经理本人并没有订立这

① 原文为 tested telexes。在使用电传这种方式通讯时,为谨慎起见,当事人有时候会连发三次文件。第一次为试验性质,第二次为正式发送,第三次则为验证目的。——译者

② [1995]2 Lloyd's Rep 169.

③ 关于推定信托及与其有关的“知情协助”案件问题,请参阅沈达明编著:《衡平法初论》第19章,对外经贸大学出版社1997年版。——译者

④ [1995]2AC378.

⑤ [1993]2Lloyd's Rep 194.

个合同的授权。上诉法院判决,在某代理人没有订立合同的授权已为他人知情的情况下,其委托人仍然有可能受到合同的约束,如果他给予该代理人的职务使其有外观权力(apparent authority)来通知第三方该合同已由职务更高之人订立的话。人们当然可以想象这一判决将带来的细微差别:诉讼当事人将来毫无疑问会主张,某些被知道无实际权力订立合同的代理人却有表见的权力(ostensible authority)来宣称合同已经订立。

(5) 在英国法下可以订立什么样的合同,特别是关于“认可协议”(agreement to agree)的效力等问题,近来也有一些发展。在 Walford 诉 Miles 一案^①中,上议院判决,一份关于考虑只同某潜在订约方打交道并终止与任何其他方当时正在进行的谈判的协议缺乏确定性,并且不可强制执行。因为它实际上不过是一项同意谈判的约定。然而,如果当事人以正确的方法制作的话,此类协议的效力如何却没有定论。随后不久,上诉法院在 Pitt 诉 PHH Asset Management 一案^②中维持了下述原判,即约定在一确定的期间内只与另一方谈判的协议,实际上是一个“锁定的”(lock-out)协议。当然,这个判决涉及到的是一宗房屋买卖,但原则上似乎没有理由认为它不应适用于其他合同的磋商。上述协议的关键在于:第一,它们应当以消极的条款制作,即限制谈判双方同其他人打交道的权利,而不是试图赋予对方应本着诚实信用的原则进行谈判,这种模糊的一般义务;第二,必须明确规定一个确定的期限。

(6) 在本节最后,我想谈一下合同没有或可能没有成立时的情形,请注意 Rattee 法官在 Regalian Properties Plc 诉 London Dock-land Development Corporation 一案^③中的判决。在该案中,

① [1992]2AC128.

② [1994]1WLR327.

③ [1995]1WLR212.

他面临的问题是,由于双方无法就某意向中的开发合同价格达成一致,而致使合同本身显然未曾成立的情况下,一方要求索赔他为准备该合同而支出的有关费用。Rattee 法官驳回了这一请求,判决当双方意图订约而开始谈判,但明确说明任何一方在任何时候均可自由地退出谈判时,很明显,任何一方在合同成立前为准备该将来的合同所花费的一切费用将由其自担风险,即如果最终未达成合同,则这些费用是得不到补偿的。“根据合同”(subject to contract)这一术语的使用意味着,谈判各方已同意在达不成合同的情况下,他们的损失应自行承担。

二、对 价

(7) 无论你认为英国法下的对价理论是否服务于任何有益的目的,它在一般情况下似乎并不会带来麻烦;如果英国法院就是想执行某合同的话,它们在寻找对价时将表现得极富有创造性。因此,在伯曼(Bowerman)诉英国旅行代理商协会(ABTA)一案^①中——我在后面还会提到此案,法院判决,那些在与旅行代理商订约之前阅读了 ABTA 海报的当事人,已通过选择与其会员打交道的方式,为他们与 ABTA 之间订立的合同提供了对价。如果足够努力的话,你总是能找到对价的。

(8) 然而,在双方都愿意接受他们之间的某些业已存在的其他合同义务(pre-existing contractual obligations)的约束时,关于对价理论曾有过一些争论,问题在于适当履行这些业已存在的合同义务,能否构成要求履行将来就这些义务进一步达成的其他合同的对价。在 William 诉 Roffey Brothers & Nicholls (contractors) Ltd 一案^②中,上诉法院判决,对先前义务的适当履行可以为将来

① [1996]CLC451.

② [1991]1QB1.

的合同提供对价,因为这有可能带来“实践上的利益”(practical benefit)。上述判决是在涉及到建筑问题的合同案件中作出的。不过,在 Re Selectmove 一案^①中,上诉法院必须解决上述原则是否适用于付款义务的问题。Selectmove 有限公司主张,它已就分期支付 P. A. Y. E. 和 N. I. C. ^②余款的问题和国内税务局(Inland Revenue)达成了协议。上诉法院采用了古老判例 Foakes 诉 Beer 一案^③中的原则,判决这不是为国内税务局关于不要求立即支付余款的承诺而提供的好的对价,并判决上述 Williams 一案中蕴涵的更现代化的原则,至少不适用于涉及(金钱)债权人和债务人的案件。

(9) 最后,有意思的是,Carlill 诉 Carbolic Smokeball Company 这个判例^④仍有一定的生命力。在前述伯曼诉英国旅行社协会一案中,上诉法院必须考虑的是,ABTA 在其会员办公地点制作并张贴的、明确承诺保护其会员的客户在旅行社破产时免受经济损失的通知的效力问题。上诉法院以多数票判决,该通知经合理解释,构成了 ABTA 同意补偿破产旅行社之客户所遭受的经济损失的可执行的承诺。一百年前,法院在 Smokeball 案中就拒绝了当事人要求在合同目的和对价方面进行交叉辩论(counter-arguments)的请求,法官 Hobhouse 勋爵在现在这个案件中的判决严格遵循了这种做法。上诉法院的所有成员都强调,在处理此类问题时,重要的是要考虑张贴的这种通知将会给一般公众带来什么样的影响:换句话说,要采用客观的标准。而具体个案中给牵涉到的某体操教练所造成的特殊影响,这方面的证据是无

① [1995]1WLR474.

② 两项税收。——译者

③ [1884]9App. Cas. 605.

④ [1893]1QB256.

关紧要的。

三、默示条款

(10) 关于在合同内加入默示条款的问题,近来有一些令人感兴趣的判例。上议院在 Spring 诉 Guardian Assurance Plc 一案^①中就要考虑某雇佣合同中是否有如下默示条款,即雇主在出具任何(关于雇员人品等方面的)证明时,应当做到合理的谨慎。本案与人身保险业有关。某销售经理因其雇主公司被另一家公司兼并而被辞退,他打算在同一地区建立新的事业来销售某个与原公司相竞争的公司的保单。根据 LAUTRO 规则,他的新雇主必须从原雇主那里得到一份(关于他人品等方面的)证明书。原雇主提供的证明书说他(原告)以前将最好的业务留给自己,并且是一个没有或很少集体感的人,是一个不诚实的人,还曾经为了给自己赚取巨额佣金而牺牲客户的利益不正当地销售保单。这份证明书不能令人满意。原告通过证明存在着侵权法上的注意义务而赢得了一审判决,尽管他关于合同中的默示条款要求原雇主在出具证明书时应尽到合理的谨慎这一主张没有被法院采纳。上诉法院判决,他所能获得的救济实际上源自诽谤,并没有合同条款和注意义务要求原雇主应小心谨慎地出具证明书。上议院的判决则是,既有注意义务,又有雇佣合同的默示条款,要求雇主出具的证明书应以良好的技能和谨慎来制作。从合同的角度来看,本案的意义在于上议院的法官们考虑到了合同应插入默示条款的情形。Woolf 勋爵特别强调了找出下述内容的重要性:即有些合同明示条款的某些特殊方面使默示条款的存在成为必要(而不仅仅是合理)。在本案中,LAUTRO 要求提供证明书这一事实,使原雇主应以合理的谨慎来出具证明书成为雇佣合同的必要内容。

^① [1994]2AER129.

(11) 在 Wong Mee Wang 诉 Quan Kin Travel 一案^①中,一名度假者在乘坐由中国某当地公司的雇员驾驶的快艇旅游时跌落水中而被淹死:度假者是向一家香港全程旅行社(package tour operator)报名,并由其安排活动日程的。本案带来的问题是,这家全程旅行社已承诺,是仅作为提供服务的其他人的代理人来负责安排这次旅行的(这时根据法律插入合同的默示条款,只是要求旅行社应以合理的注意和技能来挑选其他服务提供者),还是它本身就负责提供服务。在后一种情况下,合同中将存在这样的默示条款,即它应以服务提供人的身份尽合理的注意和技能提供服务。枢密院判决,该全程旅行社已承诺将由它本身来为度假者提供服务,尽管有时候那些服务是由某些并非其雇员的当地人来完成的,相应地,就有一默示条款要求应以合理的技能和注意来提供那些服务。考虑到案件的事实和发生的悲剧,这种判决结果并不令人奇怪。但本案确实也点出了在各个具体案件中,何以判断某合同是提供服务的合同,还是负责安排将由他人提供的服务的合同这个难题。Slynn 勋爵强调,当事人知道其他人会或可能会提供全部或其中一部分服务这一事实,并不意味着该合同是一份代理合同。在每一个案件中,作为一个解释问题,必须问清楚它到底属于哪类合同。

四、合同解释

(12) 关于解释合同明示条款的正确方法,以及什么样的证据可用来辅助解释工作这两方面的所有问题,近来在上诉审这个级别中得到了较为详尽的探讨。其中一个主要问题就是,Wilberforce 勋爵在 Reardon Smith 诉 Hansen-Tangen 一案^②中关于关注

① [1996]1WKR318.

② [1976]1WLR989.

合同订立时的“事实氛围”(factual matrix)的重要性的主张,已被用作在解释合同时当事人在缔约时想来并不知道的、各种毫不相干的事实,包括专家意见,也都考虑进去的借口。在诉讼中,当一方提出那些旨在说明市场如何运作的证据,但实际上却常常是经轻微粉饰(thinly disguised)的材料,说明的其实是专家本人认为合同应当具有的含义时,另一方自然会觉得必须作出回应。1995年7月15日,法官 Staughton 勋爵在 New Hampshire Insurance Company 诉 MGN Ltd(未公开报道)这一口头上上诉案(interlocutory appeal)的即席判决中,反对了这种做法。^①当该案实体上诉(substantive appeal)至上诉法院时,法院借机重申了解释书面合同的四个原则:^②

(1)除非某情况在缔约时双方当事人都知道,或者可以被合理地认为能够知道,否则,皆与合同之解释不相干。特别是,一方当事人未披露的埋在心底的(*in pectore*)意图,不能用于合同解释。

(2)法院首先仅看书面文件并从所用语言文字的一般意义上决定其含义,除非当事人提出并证明了其他一些习惯上的含义。

(3)此外,法院可能还会考虑当时的客观情况——现在通常被称作(事实)氛围、(缔约)缘由或目的、双方当事人所处的市场背景。但这类证据要想被接受的话,必须满足上述原则(1)的要求。

(4)谈判阶段的有关证据不被接受。在这一点上有几个例外,例如下述一些情况:合同需要矫正时,或者如果协议据说是在对某一特殊条款之含义谈判协商后方达成的,或者合同是通过在双方同意某些条款后又转而讨论其他条款这样一个连续过程来达成时,等等。

(13) 这些原则既容易表达又很是清晰。尤其是在上述 MGN

① 指用专家的意见代替当事人真实想法的做法。——译者

② 见[1996]CLC on692 at 1730.

案中,原则(1)适用的结果是,即使当事人承认每一方私下里都对合同怀有同样的目的,如果从所使用的文字中得不出该目的,且相互间并未通知对方这一私下里的想法的话,那么,这一事实则与合同解释无关,并且也不能用以解释合同。

(14) 不幸的是,整个合同解释领域现在又因上议院在 Investors Compensation Scheme(ICS)诉 West Bromwich Building Society 一案^①中的重要判决而变得又没有定论了。Hoffman 勋爵审理该案时秉承了他在上议院中颇为叛逆的一贯风格,宣称那个被他称之为“法律解释的陈旧智力包袱”的思路^②现已被摒弃。特别是他的如下陈述:

“书面文件(或任何其他陈述)带给一个合理的人的含义与其用词的含义并不是一回事。用词的含义是字典和语法方面的问题,书面文件的含义则是,在相关背景下使用这些词语的当事人将会被合理认为的其试图表达的含义。相关背景不仅仅能够让一个合理的人在用词模糊不清的几种可能的含义中作出选择,甚至还能让其断言,不管出于什么原因,就像日常生活中偶有发生的那样,当事人一定使用了错误的用词或文法。”

(15) 在前一段提到的这个 ICS 案中,上诉法院法官 Leggatt 勋爵认为,当事人对 ICS(原告)赔偿书中的用词所主张的商业意义上的含义,不是一个依据该词语“能得出的含义”(available meaning)。他援用“爱丽斯的魔镜”^③来说明有关问题。在上议院,Hoffman 勋爵判决,法官 Leggatt 勋爵误会了早先的权威判例,并认为,如果(从商业背景来看)法院能认定当事人使用了错误的

① [1997]CLC1243.

② 指前面四个合同解释原则所体现的严格的文义解释方法。——译者

③ 《爱丽斯历险记》(又译《爱丽斯漫游奇境》)中的故事,透过这个魔镜,事物就会扭曲变形。——译者

用词,他完全可以背离所实际使用的用词和文法。

(16) 这个问题仍是没有定论。对于 Hoffman 勋爵的解释方法所表现出的激进政策,上诉法院在最近的两个案件中表示了明显的不安:参见上诉法院 1997 年 7 月 9 日判决的 National Bank of Shar jah 诉 Delbourg 一案(未报道)和 Scottish Power 诉 Britoil 一案。^①

五、成文法的干预

(17) 《1994 年消费者合同不公平条款条例》(Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1994)给有关合同带来了潜在的、极为重要的成文法干预,该条例已于 1995 年 7 月 1 日生效,但律师们迄今为止未能很好地意识到这些干预的潜在性。该条例的内容颇为复杂,必须进行详细的研究。但应注意到,它适用的对象为卖方或供应商与消费者之间订立的合同,允许法院删除其中任何被认为是“不公平的”条款。这在第 4 条中被定义为:“任何背离善意之要求,导致当事人合同权利义务严重不平衡,而损害消费者利益的条款。”本条例还蕴涵了一个有利于消费者的逆利益解释(*contra proferentem*)规则(第 6 条);并否定任何旨在适用非英联邦国家(non-member state)之法律的法律适用条款,如果合同与某成员国领土有着密切联系的话(第 7 条);对于那些在公平交易局局长(Director-General of Fair Trading)看来不听劝阻、坚持使用带有不公平条款的合同的顽固分子,本条例还赋予了他申请禁止令的权力。《条例》附表 2 列出了在判断某条款是否已经过善意协商时应注意的四个问题。有意思的是,请注意,此处的善意要求,看来与任何良知、良心等方面的概念无关,而是以实际的商业运作为基础的。例如,双方谈判力量的对比,消费者是否有同意某相关条

^① 见 1997 年 12 月 5 日《泰晤士时报》(The Times)。

款的动机等。附表 3 则例示了各式各样可被视为“不公平”的条款。

(18) 对于合同法领域内成文法干预的另一主要部分——《1977 年不公平合约法》(Unfair Contract Terms Act 1977)的适用问题,现在确立的原则是,欲根据本法以“不合理”(not reasonable)为由来否定除外条款效力的当事人,没有必要在其诉讼文书中点明(indicate)这一意图:^①参见 Sheffield 诉 Pickfords Limited 一案。^②看来任何希望援用(例如,某标准合约中)某除外条款的当事人,在诉讼中都必须作好准备,以证明所援用的条款的合理性,不论其合理性的问题是否被被告方提起。

(19) 至于某特定合同条款是否合理这一实质性问题,上述判决倾向于视具体事实而定。详细列举所有这些讨论特定合同条款的各种不同种类的案例,得不到多大帮助。不过应留意上诉法院在 Edmund Murray Ltd 诉 BSP International Foundation Ltd 一案^③中的评论,它强调了仔细研究(attack of great weight)主审法官对合理性问题所作出的结论的重要性。

六、合同的矫正

(20) 在这个问题上,虽未产生新的法律,但却有一些对相关原则的重述。在 Grand Metropolitan plc 诉 The William Hill Group Limited 一案^④中,Arden 法官再次确认,为合同矫正之目的,没有必要去证明,就某个要矫正的条款,协议双方先前曾达成了最终一

① 即除外条款不合理。——译者

② 载 1997 年 3 月 17 日《泰晤士时报》。

③ 载于(1992)33Construction Law Reports1.

④ [1997]1BCLC390.