



当代英国法学名著系列

史密斯和基南 英国法 (第14版)

下册

SMITH AND KEENAN'S
ENGLISH LAW (14th Edition)

[英]丹尼斯·基南◎著 陈宇 刘坤轮◎译
Denis Keenan

D956.1/9
:2
2008



当代英国法学名著系列

史密斯和基南
英国法 (第14版) 下册

SMITH AND KEENAN'S
ENGLISH LAW (14th Edition)

[英]丹尼斯·基南◎著
Denis Keenan

陈宇 刘坤轮◎译
朱景文 杜红波◎统校



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

史密斯和基南英国法:第14版/[英]基南著;
陈宇,刘坤轮译.—北京:法律出版社,2008.3
ISBN 978-7-5036-7881-3

I. 史… II. ①基…②陈…③刘… III. 法律—
研究—英国 IV. D956.1

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第173803号

©法律出版社·中国

责任编辑/卫蓓蓓

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京中科印刷有限公司

编辑统筹/对外合作出版分社
经销/新华书店
责任印制/吕亚莉

开本/A5
版本/2008年3月第1版

印张/36.75 字数/900千
印次/2008年3月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939738

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908
上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-7881-3

定价:92.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

First Published in Great Britain under the Pitman Publishing imprint in 1963

Second edition published 1966

Third edition published 1969

Fourth edition published 1973

Fifth edition published 1975

Sixth edition published 1979

Seventh edition published 1982

Eighth edition published 1986

Ninth edition published 1989

Tenth edition published 1992

Eleventh edition published 1995

Twelfth edition published 1998

Thirteenth edition published under the Longman imprint in 2001

Fourteenth edition published 2004

© Kenneth Smith and Denis Keenan, 1963, 1966

© Denis Keenan and Mrs. K Smith, 1969, 1973, 1975, 1979, 1982

© Denis Keenan, 1986, 1989, 1992, 1995, 1998, 2001, 2004

The right of Denis Keenan to be identified as author of this work has been asserted by him in accordance with the Copyright, Designs and Patents Act 1988.

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without either the prior written permission of the publisher or a licence permitting restricted copying in the United Kingdom issued by the Copyright Licensing Agency Ltd, 90 Tottenham Court Road, London W1T 4LP.

This translation of Smith & Keenan's English Law, Fourteenth Edition is published by arrangement with Pearson Education Limited.

《史密斯和基南英国法》（第14版）由培生教育集团授权法律出版社翻译出版。版权所有，不得翻印，违者必究。

著作权合同登记号

图字：01-2002-2545

目 录

下 册

第十五章 免责条款和其他不公平条款/577

- 免责条款——通知/577
- 免责条款的解释/582
- 根本违约原则/583
- 议会对免责条款的做法/584
- 可以适用的合理免责条款/587
- 合理性/589
- 针对规避责任的规定/594
- 不公平合同条款条例/595

第十六章 违法性、公共政策与竞争法/600

- 概述/600
- 公共政策——司法的贡献：非法合同/602
- 法律后果/604
- 公共政策与司法——无效合同/606
- 限制交易的合同——概述/608
- 雇员自愿的限制交易合同——概述/609
- 在通知期间对于雇员的合同限制/610
- 对雇员的非合同限制——保密信息/613
- 因制造商和销售商之间的协议而限制雇员/616

2 史密斯和基南英国法(第14版)

- 对出售企业的限制/616
- 对于持股雇员的限制/617
- 对于货物经销商的限制/617
- 非自愿的交易限制/618
- 合同与公共政策相冲突的后果:剥离/618
- 公共政策:议会的贡献/620
- 射幸合同:保险与打赌协议的区别/622
- 竞争法/623
- 欧共体关于限制行为的措施/632

第十七章 合同解除/637

- 协议解除/637
- 履行解除概述/639
- 合同的整体解释/639
- 实质履行/640
- 承认部分履行/641
- 受诺人阻止完全履行/641
- 履行时间/642
- 给付/643
- 指定给付/644
- 目的落空而解除合同概述/645
- 个人服务合同/646
- 政府干预/647
- 合同标的灭失/647
- 事件未发生/647
- 商业目的无法实现/648
- 该原则不能适用的情况/648
- 1943年法律改革(合同目的落空)法/649
- 违约解除/651
- 预期违约与情势变更/652

- 违约的法律后果/653
- 其他与违约有关的事项/653
- 欧元引入的影响/654

第十八章 救济和诉讼时效/656

- 一般损害赔偿/656
- 约定损害赔偿/656
- 非约定损害赔偿/657
- 减少损失/659
- 人身伤害临时损害赔偿/659
- 债务和损害赔偿的利息/661
- 偿还债务/661
- 欧盟所带来的发展/664
- 衡平救济/664
- 为赔偿而诉: 准合同/667
- 诉讼时效/669

第十九章 就业权利/672

- 雇员的招聘和选拔/672
- 工作中的保护/684
- 雇佣合同/685
- 报酬/698
- 相同工作中, 男性和女性在雇佣合同和雇佣条件上的平等待遇/706
- 兼职劳动者/710
- 定期合同中的劳动者/712
- 工作中的歧视/714
- 保证工资/719
- 基于医疗原因中止工作/719
- 促进家庭和睦的规定/720

- 机动工作/729
- 离职/730
- 雇主破产/733
- 工作期间健康和安全/734
- 工会的会员身份和活动/739
- 雇佣合同终止/742
- 歧视性解雇/765
- 冗员/765
- 解雇原因的书面说明/774
- 其他终止雇佣合同的方式/774
- 雇佣合同和商店员工/775

第三部分 侵权法

第二十章 侵权法:一般原则/781

- 侵权的性质/781
- 损害与责任/784
- 侵权法中的当事人/786
- 替代责任/797
- 谁是受雇人或雇员/798
- 非雇员的权利/804
- 替代责任的性质/805
- 独立合同方的侵权责任/812
- 一般抗辩/814
- 救济/825
- 损害赔偿——概述/826
- 神经震颤/835
- 连续事故后的损害/837
- 责任终止/841

第二十一章 具体侵权行为/846

- 与人身有关的侵权行为/846
- 逮捕和人身侵权行为/853
- 非法拘禁的救济/855
- 与财产有关的侵权行为/855
- 对物品的不当干预/864
- 妨害/871
- 过失——概述/881
- 注意义务——概述/881
- 注意义务——经济损失/886
- 过失——产品责任/898
- 法定产品责任——对生产者之诉/902
- 过失——专家责任/905
- 过失——占有人责任/918
- 公路管理机构/925
- 1972 年缺陷宅地法/925
- 雇主过失/927
- 商业利益侵权/930
- 诽谤/935
- 公开散布/936
- *Rylands v. Fletcher* 案规则/961

第四部分 财产法

第二十二章 财产法/969

- 财产的性质/969
- 所有权/971
- 占有/973
- 托管/978

- 土地法/985
- 衡平收益/991
- 共有/995
- 租赁保有或有期土地保有/999
- 合同的相对性/1008
- 承租人取得房屋和公寓的自由保有权/1011
- 役权/1018
- 限制性约据/1027
- 土地转让/1031
- 属人财产/1035
- 土地抵押/1036
- 土地负担登记/1051
- 动产抵押/1058
- 权利财产抵押/1059
- 其他担保形式/1059
- 留置权/1060
- 权利财产转让/1065

第五部分 刑法

第二十三章 刑法:基本原则/1071

- 刑事犯罪与民事违法行为的区别/1071
- 刑事诉讼和民事诉讼中的术语和后果/1072
- 无法律,无刑罚——法无明文规定不为罪/1072
- 犯罪构成要件/1074
- 犯罪行为/1074
- 不作为或未能作为/1076
- 犯罪意图——概述/1077
- 法定犯罪中的犯罪意图/1081
- 法人犯罪的主观要件/1084

第二十四章 具体犯罪行为/1090

- 杀人罪/1090
- 谋杀罪/1090
- 一般杀人罪/1092
- 故意杀人罪/1092
- 过失杀人罪/1097
- 危险驾驶或不谨慎驾驶致人死亡/1100
- 非致命的暴力性犯罪/1101
- 恐吓和殴打/1101
- 针对人身的法定犯罪/1103
- 性犯罪/1110

第二十五章 年龄及责任——一般抗辩理由/1116

- 未成年人的责任/1116
- 精神错乱/1117
- 无意识行为/1120
- 醉酒和吸毒/1122
- 胁迫/1124
- 必要性/1127
- 误解/1128
- 同意/1129
- 自卫/1130
- 预防犯罪/1132
- 虔诚的宗教信仰//1132

附录 主要制定法名称中英文对照表/1133

第十五章

免责条款和其他不公平条款

免责条款旨在免除违约责任以及其他民事赔偿责任,这种免责条款是否有效?这是本章要讨论的问题。

免责条款——通知

合同中可能存在某个明示条款,根据该条款,当事人一方或双方可以免除或者限制违约责任或过失责任。尽管这种明示条款得到允许,但是,如果这些免责条款是由强势一方(例如提供货物或者服务的商人或商事公司)强加给弱势一方的(例如普通消费者),法院和议会一般不会认可这些免责条款。

直到现在,法官仍然主要通过两种途径为货物和服务中的消费者提供保护,使其免受免责条款的影响。这两种途径是:将免责条款认定为自始不属于合同的组成部分;通过合同推定(或者解释)从而阻却免责条款的适用。

现在,虽然根据 1977 年不公平合同条款(参见下文)的规定,某个免责条款因为不合理而被认定为不能适用,但如果某个免责条款未经通知或者根据解释规则不得适用该条款(参见下文),那

么就无须考虑合理性问题了。因此,考查司法中的财产分配仍然十分必要。问题的关键在于,即使某个免责条款是合理的并且是可以接受的,但是这个条款未通知对方当事人或者不符合司法解释规则,就可能最终导致该条款无效。

免责条款是否是合同的组成部分?

如果有人希望援引免责条款,法院就会要求其证明:相对方在合同签订时或在合同签订前已经认可了该免责条款;否则这个条款就不属于合同的组成部分。在这个方面:

(a)如果某个合同是通过签署书面文件而订立的,那么签字人将通常视为受合同所有条款的约束,即使他可能并没有读到其中的某些条款;当然,如果签字的过程受到相对方对该文件效力的失实陈述的误导,则另当别论。在这个问题上有一个例外,即只要签字人没有过失,他可以借助“这不是我的盖印合同”(non est factum)进行抗辩。

L'Estrange Ltd v. Graucob (F), 1934—Where the document containing the clause is signed(175)

Curtis v. Chemical Cleaning and Dyeing Co, 1951—Where the claimant was misled as to the extent of the clause(176)

(b)如果免责条款存在于未签字的文件中,那么希望援引该免责条款的人必须证明,该文件是合同的有机组成部分,这份合同将会包含该免责条款。如果某个文件依据上述标准来看是合同性的,那么,即使原告实际上并不知道免责条款(因为他并没有看到该条款),该免责条款仍然可以适用。这种通知可以是推定的,只要文件足够全面,足以引起理性人注意到条款和条件的存在即可。

Thompson v. LMS Railway, 1930—A constructive communication (177)

Chapelton v. Barry UDC, 1940—Where the document is not contractual (178)

如果合同的免责条款给相对方带来了负担,就不一定适用推定通知这项原则。在这种情况下,法律可能要求该负担条款必须能引起相对方的注意。这项规则源于上诉法院在 *Interfoto Picture Library Ltd v. Stiletto Visual Programmes Ltd* [1988] 1 All ER 348 案所作判决。在该案中,Interfoto 公司把幻灯片送到 Stiletto 公司以供其选择。送货单本身是一个合同性的文件,其中包含一个条款。该条款规定,如果这些幻灯片不在 14 日之内归还,那么 Stiletto 公司将要为每个幻灯片每天支付 5 英镑。Stiletto 公司拖延 3 周后归还这些幻灯片,因此欠下 3783 英镑。当 Stiletto 公司被诉至法院时,法院认为 Interfoto 不能获得这笔欠款,因为这个条款并不足以引起 Stiletto 的注意。法院作出判决,要求 Stiletto 为幻灯片支付每周 3.5 英镑,而没有适用上述条款。

(c) 先前行为,如果被告实际上并没有把条件的副本给原告,而且,在签订合同时也没有提醒原告注意这些条件,那么就不能适用“推定通知”这项原则,至少在消费交易情况下如此,被告不能再援引先前行为作为通知的依据——除非这些行为经常发生。因此,在 *Hollier v. Rambler Motors* [1972] 1 All ER 399 案中,原告在 5 年内已经 5 次要求被告维修自己的汽车(即这并不是经常性的),而且填写了一份表格,其中一个条款指出:“对消费者的汽车因火灾引起的损失,公司不承担责任。”在出现问题后,原告留下自己的汽车进行维修时,并没有被要求填写表格。在该案中,汽车由于被告过失引起火灾,导致原告遭受损失。原告提起诉讼,被告援引了这个条款。上诉法院判决原告胜诉,该条款不能适

用。不能把先前行为考虑进来,在任何情况下,这些语词并不能解释为“排除过失责任”。但是,如果双方当事人都是大公司,那么当事人之间先前所做的行为或者根据商业惯例所做的行为,就有可能被结合进来考虑。

因此,在 *British Crane Hire Corporation Ltd v. Ipswich Plant Hire Ltd* [1974] 1 All ER 1059 案中,被告从原告那里租用了一台起重机,原告是起重机的所有人。他们达成的协议是口头协议,尽管在合同订立之后,被告收到了原告打印好的表格,并且含有相关条件。其中的一个条款规定,在与起重机有关的使用费用方面,起重机的租借人有义务补偿起重机所有人的费用。被告在表格上签名前,起重机陷入了沼泽地,不过这并非由于被告过失。原告在维修起重机的过程中支付了一些费用,现在起诉被告,要求根据合同作出补偿。被告辩称,这种补偿约定并没有规定在口头租赁合同中。法院认为,被告的交易实力与原告是平等的,而且被告确实知道,打印好的条件条款存在于原告在通常商事交易中所采用的合同形式中。因此,基于当事人双方的共同理解,这些条件属于口头合同的组成部分,因此原告胜诉,可以获得补偿。

(d)任何在合同签订后试图加入的免责条款都是无效的,因为相对于这个条款的对价已经属于过去的对价了。

(e)免责条款可以因为相互矛盾的口头允诺而导致无效。

Olley v. Marlborough Court Ltd, 1949—Belated notice of a exclusion clause(179)

J Evans & Son (Portsmouth) Ltd v. Andrea Merzario Ltd, 1976—An inconsistent promise(180)

(f)在普通法中,合同相对性原则也可以排除免责条款。因此,公路拖运公司的所有人 A,通过一个经由适当通知的条款,免

除了自己及其雇员对商业客户货物的责任。根据普通法规定,尽管雇主可以免于对货物损失承担责任,但雇员要对此承担责任;只要这种条款根据 1977 年不公平合同条款法的规定具有合理性即可,因为雇员并没有为合同提供对价,这份合同是在其雇主和客户之间达成的。

但是,我们必须参考 *NZ Shipping v. A M Satterthwaite* 案(参见下文)的判决,在该案中,法院适用了普通法关于单方合同承诺的原则,还适用了履行现存的相对于第三方的合同性义务原则,法院据此认定,搬运工应受船运公司运输合同中免责条款的保护。

The New Zealand Shipping Co Ltd v. A M Satterthwaite & Co Ltd, 1974—An exclusion clause avoids privity rule at common law (181)

我们在第 10 章中已经指出,货物承运人可以援引某些免责和抗辩,这些免责和抗辩可根据 1999 年合同(第三方权利)法的规定延伸到雇员、代理人以及独立的缔约人,只要没有像 *New Zealand Shipping* 案那样独创性地适用普通法规则,这样的免责和抗辩就是有效的。当然,普通法规则能对某些人提供帮助,例如,主合同并没有将免责权延伸到某些人,即便是默示免责也不能适用,对于这些人而言,普通法规则确有助益。

1999 年合同法中的第三方地位

在此可以适用 1999 年合同(第三方权利)法第 7(2)条。假设 A 与建筑商签订合同,让其建造房屋,以便为自己的女儿简(Jane)居住。A 可以指定简在合同中享有第三方权利。假设合同包含着免责条款,试图免除建筑商在建造过程中的过失责任。根据该法第 7(2)条的相关规定,建筑商出现过失,结果导致 A 或者

女儿简死亡或伤害。建筑商在自己与 A 签订的合同中加入的任何免责条款,在涉及死亡或者人身伤害这个问题时,都是无效的。1999 年合同法没有涉及这个问题。1977 年不公平合同条款法将这些条款列入违法条款范围内。但是,如果由于建筑商过失而导致墙体倒塌,使 A 的汽车受到损害,那么 A 就可以在起诉建筑商的诉讼中胜诉,除非建筑商可以证明免责条款是合理的。但是,由于 1999 年合同法第 7(2)条的规定,如果受到损害的是简的汽车,那么即使免责条款是不合理的,仍然可以有效地免除建筑商对简的责任。

有些人认为,即使考虑到简(第三方)的损失,不合理的免责条款也必须被确认为无效,但是 1999 年合同法并没有反映出这种观点。

免责条款的解释

合同解释规则可能会阻却适用某个免责条款。主要的解释原则包括如下几个方面:

不利于提供者规则

根据这项规则,如果某个免责条款存在模糊之处或者存在疑点,那么法院将会根据“不利于引进者”原则加以解释。在 *Hollier v. Rambler Motors* 案中,上诉法院使用了这项原则。上诉法院指出,先前行为不能纳入到合同中,在这个表格中所采用的语词并不充分,不能解释为免除过失责任。因此,要按照对被告不利的原则进行解释,因为正是被告将该条款引进合同的。上议院在 *Smith v. South Wales Switchgear* [1978] 1 All ER 18 案中指出,那些试图免除过失责任的人必须使用清晰的语词。