

修 订 版

国际商务游戏规则

——英国合同法

杨良宜 著

中国政法大学出版社

序

这是一本我认为最重要的书，用来献给中华民族的青年。希望他们阅读后，会对他们的思维有所帮助。将来不论是在哪一种行业，做任何的事，在考虑问题时，会想得更长远，更全面，更精密，更逻辑与更连贯。

这本书针对的是实体法 (substantive law)，讲的是一般性法律 (general law)，与我的另一本书《国际商务仲裁》所讲的程序法 (procedural law) 不同。在本书中，我的表达方式是，尽量把一般性法律活学活用于国际商务航运实例。所以，不能把本书仅视为谈论合约法的书。

的确，本书并没有详尽论及合约法的所有题目，但是应用于国际商贸航运活动的绝大部分题目，都已详谈到；而且我相信有很多的内容是在一般的合约法书籍、甚至是权威如《Chitty on Contracts》中，都找不到的。

在此还应说明的是，本书不是追求严谨准确。我不能，也无意去写一本中文的《Chitty on Contracts》。我只想把我所知道的“国际商务游戏规则”的大框架说出来。之所以这样做，除了时间紧迫——这本书内容的 80% 是在出版了《国际商务仲裁》一书（1997 年 8 月）后才开始写。另外一个原因是我长期具有的危机感。在我的工作中每天几乎都可见到、听到或碰到中方受骗，每次损失都在十万、甚至百万千万美元，而且被外国人骂不守合约信用。即使中国是世界上最富有国家，也会因流血不止而大难临头。

因此，我没有时间或意图去对本书每一题目都进行研究，肯定

最近法律地位，查看所有有关先例等之后再下笔。这可留待其他青年去发扬光大。的确，本书每一小段所涉及题目都可另外写一篇详细论文，甚至是厚厚一本书。

与我合作本书的有好朋友张怡昕先生，他是在两年前已主力写好了第十与十一章节“合同的解释”与“弃权与禁止翻供”。另有许遵武先生，也是近两年前已写好了第六章的“胁迫”。他们两人可说是这本书的共同作者。

另外，提供了不少协助的有赵淑洲先生。我的大儿子杨大明先生，仍在大学读法律，也在暑假时帮我找了不少尤其是航运外的有关资料，并写了第二章的一部份“合约相互关系”与第十五章节的“结论”。在此一并致谢。

最后，衷心感谢绝对少不了的——与《国际商务仲裁》一书一样，是张祖跃先生与杨光先生以及中国政法大学出版社。

杨良宜

1998年2月于香港

修订版序

本书第一版时在 1998 年 2 月，才 2 年不到，但已有不少新发展。像 Treitel 教授的《The Law of Contract》一书第十版提到了 4 年间有了 250 个新案例，内中不乏重要先例。本书本无意去这么快出修订版，但因为要去加印，顺便已去把不少找出来的文书上错漏更正过来，故此忍不住手把几个重要新发展也增加在内。其中最重要是在第四章的“合约相互关系”加了 4.3.5 小段，是去介绍刚在 1999 年 11 月 11 号通过的 Contracts (Rights of Third Parties) Act 的立法，另在第七章的“非法”，也去增加内容探讨在合约适用英国法，而合约的履行却是在外国（例如中国）法律下被视为非法，则英国法会去如何对待？这种抗辩经常遇到，常见是发展中国家与精明老练的外商订了不利的合约，闯了祸，去面对天文数字的索赔时只好以发展中国家常会有的法律如没有外贸权，外汇管制，应去注册批准等等为由抗辩。而在第八章的“错误”，§ 3 段去增加了英国贵族院在 1998 年 11 月 10 号判的 (Kleinwort Benson Ltd. v. Lincoln City Council and others 先例，对错误了解英国法可否去回避有不同看法。

但总的说，笔者没有去在本书修订版的增加或更改太多内容，主要是没有什么大错的话，笔者宁可把时间与精力放在其他新书的出版，以飨读者。例如，可算是本书的下集，是笔者认为极重要的书，名为《禁令》的新书，即将出版，这对笔者而言是比去再版本书重要多了。

杨良宜

2000 年 1 月

目 录

序

第一章 前言

第二章 合约的订立

§ 1 绪言	(4)
1.1 合约一经订立,无法脱身	(4)
1.2 合约是否已订立的三个基本要求	(5)
§ 2 发盘(offer)	(7)
2.1 发盘必须明确	(7)
2.2 发盘与邀盘(invitation to treat)的区别	(8)
2.3 发盘的终止,时效与撤回	(9)
§ 3 受盘(acceptance)	(10)
3.1 受盘与还盘不同之处,应为谈判之终	(10)
3.2 对有否受盘,合约已否订定的证据保留 重要性	(11)
3.3 双方受约束条款要看受盘前的协议或行为	(13)
§ 4 条件条款尚不完整的“合约”	(15)
4.1 英国法律原则上要求双方同意每一条款才 有合约	(15)
4.2 双方已明确有合约订立,但事实上仍有条 款未同意的情况	(17)
4.3 合约一经订立,以后要求的条文必须双方 同意才能修改(vary)	(19)
4.4 合约有否订立的重要分水线每次按客观事实 的实例	(19)

§ 5 关于“以合约细节谈定为准” (subject details)	(21)
5.1 “subject details”在租船业务的使用	(21)
5.2 美国法律对“subject details”的不同解释	(23)
§ 6 英国法律下 subjects 的一般性解释	(26)
§ 7 总结	(28)
第三章 约因 (consideration)	
§ 1 大陆法国家地位	(32)
§ 2 什么是约因?	(32)
§ 3 没有约因的承诺等合约	(33)
§ 4 约因只要存在,不必足够 或相称 (adequacy of consideration)	(34)
4.1 约因不相称的原因	(34)
4.2 名义上的约因 (nominal consideration)	(35)
§ 5 约因存在的真存性	(36)
5.1 虚拟的约因 (illusory consideration)	(36)
5.2 已过时约因 (past consideration)	(37)
5.3 道义责任的约因	(39)
5.4 自愿者的地位	(39)
§ 6 放弃起诉的约因	(41)
6.1 放弃起诉是明知站不住脚的索赔	(41)
6.2 放弃起诉是不知站不住脚的索赔	(41)
§ 7 公民责任的约因 (public duty)	(43)
§ 8 履行现有合约责任的约因	(43)
8.1 船员雇用合约	(44)
8.2 反对与赞成是有效约因的原因	(44)
8.3 目前法律地位	(45)
§ 9 履行对第三人的责任作为约因	(46)
§ 10 总结的实例介绍	(46)

第四章 合约相互关系(privity of contract)

§ 1 绪言	(51)
1.1 概念的来由	(51)
1.2 英国法律的发展	(52)
§ 2 相互关系概念带来外贸航运的困难	(53)
2.1 提单	(54)
2.2 货物保险	(54)
2.3 合并仲裁	(55)
2.4 分租或分售情况	(55)
2.5 经纪人佣金	(55)
2.6 造船厂的保证	(56)
2.7 受害方直接控告互保协会	(56)
2.8 替船东服务的小工、船员等面对第三者责任	(57)
2.9 保险商代位	(57)
2.10 二程船运输	(58)
2.11 撕破公司结构	(58)
2.12 代理安排加油	(63)
§ 3 困难的可能解决方法之一:	
请原订约方借出名义起诉	(63)
3.1 货损索赔例子之一: The "Sanix Ace"	(64)
3.2 货损索赔例子之二	(65)
3.3 会遇到的困难	(66)
3.4 原订约方能去获得的金额赔偿	(67)
3.5 只能获得名义损失例子之一:	
Beswick v. Beswick	(67)
3.6 只能获得名义损失例子之二:	
Woodar Investment v. Wimpey Construction	(68)
3.7 转让(assignment)不解决问题	(68)
3.8 原订约方能为第三者追偿实际损失的例外之一:	

没有金钱损失的货物卖方控告船东	(69)
3.9 原订约方能为第三者追偿实际损失的例外之二:	
信托关系	(70)
3.10 原订约方能为第三者追偿实际损失的例外之三:	
未透露委托人(undisclosed principal)	(71)
3.11 原订约方能为第三者追偿实际损失的例外之四:	
Linden Gardens 的先例	(71)
3.12 总结请求原订约方借出名义起诉的解决方法	(73)
3.13 请原订约方申请“履约指令”(specific performance)	
或禁止令(injunction)	(75)
§ 4 困难的可能解决方法之二: 立法	(77)
4.1 1855 年提单法不足之处	(77)
4.1.1 The “Aliakmon” 先例	(78)
4.1.2 其他同类情况	(79)
4.2 1992 年的海上运输法	(79)
4.3 Privity of Contract: Contracts for the Benefit of	
Third Parties: Law Com. No. 242, 31. 7.	
1996.	(79)
4.3.1 第三者能要求合约权利的分界	(80)
4.3.2 订约双方能去取消	
或改变合约权力的局限	(81)
4.3.3 合约下有的抗辩与反索赔	(82)
4.3.4 其他方面	(82)
4.3.5 1999 年的 Contracts (Rights of	
Third Parties) Act 的立法	(82)
4.3.5.1 第一条: 第三者可去直接强制执行合约条	
款	(83)
4.3.5.2 第二条: 原订约方能去取消或改变合约权	
力的局限	(87)

4.3.5.3 合约承诺方被第三者起诉时能享有的抗辩	(90)
4.3.5.4 第四条: 原合约方相互执行不受影响	(93)
4.3.5.5 第五条: 豁免的合约种类	(94)
4.3.5.6 适用例子之一: 租约的经纪人佣金	(94)
4.3.5.7 适用例子之二: 多式联运的货方直接起诉 转包承包方	(95)
§ 5 困难的可能解决方法之三: 喜马拉雅条款与分托管	(98)
5.1 喜马拉雅条款的作用	(98)
5.2 喜马拉雅条款的用字	(99)
5.3 喜马拉雅条款的有效性	(101)
5.4 喜马拉雅条款用字不广泛的危险	(102)
5.5 海牙——威斯比规则的情况	(103)
5.6 托管与分托管 (bailment and sub-bailment)	(103)
5.7 有条件的分托管 (sub-bailment on terms)	(104)
§ 6 代理 (agency)	(107)
6.1 法律上能构成的代理	(107)
6.2 授权	(108)
6.2.1 三种不同的授权	(108)
6.2.2 构成表面授权的条件	(109)
6.2.3 有怀疑不能去依赖表面授权	(110)
6.3 没有授权的紧急代理人 (agent of necessity)	(113)
6.3.1 紧急代理人的构成条件	(113)
6.3.2 紧急代理人有的权利	(114)
6.3.3 紧急代理人的实例	(114)
6.4 没有授权的追认 (ratification)	(115)
6.5 代理人与非委托人的合约关系	(115)
6.5.1 如何解释合约去确定身份:	

代理人或是定约方?	(116)
6.5.2 合约说明是代理人仍被判作为订约方的 先例	(117)
6.5.3 委托人被命名或未命名(named or unnamed principal)	(118)
6.5.4 从未透露委托人(undisclosed principal)	(119)
§ 7 转让(assignment)	(120)
7.1 合约责任不能转让	(121)
7.2 普通法不准转让合约利益	(122)
7.3 揽讼或助讼的法律(law of maintenance or champerty)	(123)
7.4 允许的转让之一: 衡平法转让(equitable assignment)	(124)
7.4.1 衡平法转让必需在诉讼中加入作为原订约方的 转让方	(124)
7.4.2 作为原订约方的转让方(assignor) 倒闭的情况	(126)
7.4.3 特殊情况下法院可免除加入转让方	(126)
7.5 允许的转让之二: 成文法转让(statutory assignment)	(128)
7.5.1 成文法转让:要绝对转让 (absolute assignment)	(128)
7.5.2 成文法转让:书面通知债务方	(130)
7.5.3 成文法转让:要基于总的公平 (subject to equities)	(131)
7.5.4 转让会对债权方做成不利情况	(133)
7.5.5 成文法转让: 在通知一天财产债权转移给受让方	(136)
7.6 衡平法转让与成文法转让	(137)

7.7 转让在文书上的做法介绍	(137)
7.8 不容许去转让的权利或利益	(139)
7.8.1 合约说明不准或限制转让	(139)
7.8.2 个人合约不能转让	(140)
7.8.3 纯是一个诉讼 (mere rights of action)	(140)
7.8.4 公共政策 (public policy)	(143)
7.9 仲裁协议的转让	(143)
7.9.1 后来的改变	(143)
7.9.2 仲裁半途才转让的困忧	(144)
7.9.3 总结仲裁协议的转让	(149)
7.9.4 1996 年仲裁法不去针对转让	(150)
7.10 对转让的总结	(150)
第五章 误述 (misrepresentation)	
§ 1 误述导致一个合约的产生	(153)
1.1 误述在法律上的演变	(153)
1.2 现实中对误述的预防	(155)
1.3 法律对误述的轻重掌握	(156)
1.4 租船常见误述的情况	(157)
§ 2 误述不去导致一个合约的产生	(158)
2.1 信托关系 (fiduciary relationship)	(158)
2.2 其他关系下的误述责任	(159)
2.3 Hedley Byrne v. Heller (1963)	(160)
2.4 疏忽误述的责任应去多远?	(160)
2.5 控告船级社的案例	(162)
2.5.1 the "Morning Watch" (1990) 一案	(163)
2.5.2 the "Nicholas H" (1992) 一案	(163)
2.5.3 1997 年 Ramsgate 死亡案例	(165)
2.5.4 美国案例与针对船级社责任的结论	(165)
2.6 控告经纪人的案例	(166)

§ 3 实是违约的误述	(166)
§ 4 误述的案例	(167)
§ 5 误述导致一个合约的理论	(182)
5.1 意见的表述 (statement of opinion)	(182)
5.2 对将来意图的表述 (statement of future intention)	(183)
5.3 对将来保证的表述 (statement of promise)	(185)
5.4 对法律的陈述 (statement of law)	(186)
5.5 不去自动披露 (non-disclosure) 或沉默 (silence)	(186)
5.6 行为表示的陈述 (representation by conduct)	(187)
5.7 持续性的陈述 (continuity of representation)	(187)
§ 6 有否诱导合约 (inducement)	(189)
6.1 受害方不知有误述	(189)
6.2 受害方不受误述影响	(190)
6.3 受害方完全知悉误述	(192)
6.4 保险合同对诱导的要求	(192)
§ 7 实质重要 (material)	(195)
§ 8 诱导程度 (degree of inducement)	(196)
§ 9 误述种类之一: 无辜与疏忽的误述	(197)
§ 10 误述种类之二: 欺诈性的误述	(198)
10.1 在取消合约方面	(199)
10.2 在索赔损失方面	(199)
10.2.1 订约日为准计算方法 (date of transaction rule)	(199)
10.2.2 不同计算办法的先例	(200)
10.2.3 对欺诈性误述的政策	(203)
10.2.4 与疏忽误述索赔损失比较	(203)

§ 11 否定取消合约的权利 (bars to rescission)	(204)
11.1 取消 (rescission) 与中断 (termination) 的分别	(204)
11.2 取消须要通知误述方	(205)
11.3 否定取消之一: 不可能恢复原状	(206)
11.4 否定取消之二: 伤害无辜第三方	(207)
11.5 否定取消之三: 对合约追认	(207)
11.6 否定取消之四: 时隔太久	(208)
§ 12 对误述总结	(208)
§ 13 1967 年误述法附录	(211)
第六章 胁迫 (duress)	
§ 1 概述	(214)
§ 2 判断有否胁迫存在的标准	(217)
2.1 胁迫条件之一: 胁迫的非法性 (illegitimacy)	(219)
2.2 胁迫条件之二: 被威胁方缺乏其他合理的选择	(224)
§ 3 胁迫有否产生作用	(231)
§ 4 对提出胁迫诉讼、废止合约时间上的限制	(231)
§ 5 总结	(232)
第七章 非法 (illegality)	
§ 1 非法合约的例子	(233)
§ 2 非法的两种情况	(237)
2.1 合约本身非法 (illegality as to formation)	(237)
2.2 合约履行非法 (illegality as to performance)	(237)
2.2.1 双方都知道	(237)
2.2.2 单方面知道	(237)
2.2.3 单方面非法履行能否起诉获利?	(238)

§ 3 对法律无知的抗辩	(239)
3.1 对英国法律的无知	(239)
3.2 对外国法律的非法/违法	(239)
3.2.1 外国法律非法的其他种类	(240)
3.2.2 对外国法律的无知	(241)
§ 4 英国法律:何谓非法?	(243)
4.1 犯刑法 (crime)	(243)
4.2 逃避立法 (evasion of statute)	(243)
4.3 欺诈 (fraud)	(244)
4.4 故意去侵权	(246)
§ 5 同一合约如何分开合约非法部分: (severance)	(248)
§ 6 总结的例子	(249)
第八章 错误 (mistake)	
§ 1 错误一般不能是回避合约的理由	(250)
§ 2 能去回避合约的错误	(252)
§ 3 构成普通法错误的大原则	(253)
§ 4 双方/共同错误 (common or mutual mistake)	(256)
4.1 合约标的物的消失	(257)
4.2 对主权的错误	(258)
4.3 货物或标的本质搅错了	(259)
4.4 双方对一重大事实的 假设错误 (wrong assumption)	(260)
§ 5 一方错误 (unilateral mistake)	(264)
§ 6 <i>non est factum</i>	(268)
§ 7 衡平法下的错误 (mistake in equity)	(269)

第九章 条件条款, 保证条款和中间条款 (condition, warranty, intermediate terms)

§ 1 绪言	(271)
1.1 条件条款与保证条款的分别	(271)
1.2 违反条件条款允许取消合约的原旨:	(273)
1.3 市场转向来钻取消合约的空子	(274)
1.4 货物买卖法对条款的分类	(275)
§ 2 条件条款	(276)
2.1 “条件”(condition) 一字的多种用途	(276)
2.2 三大类条件条款之一: 成文法规规定	(278)
2.3 三大类条件条款之二: 普通法(案例法)规定:	(283)
2.3.1 货物买卖针对时间条款会是条件条款	(284)
2.3.2 合约不针对时间亦会是条件条款	(287)
2.3.3 “Hong Kong Fir”的先例 与中间条款的兴起	(288)
2.4 三大类条件条款之三: 合同中规定	(291)
2.4.1 写明是“条件”(condition)的后果	(292)
2.4.2 写明是“保证”(guarantee)的后果	(293)
2.4.3 其他方法写明条款的重要性	(294)
§ 3 能去中断合约的重要(right to cancel contract)	(296)
§ 4 保证条款(warranties)与 中间条款(intermediate terms)	(298)
4.1 今天太多中间条款带来的不稳定	(299)
4.2 重申条件条款的肯定性先例: Bunge v. Tradax	(500)

第十章 合约的解释

§ 1 绪论	(302)
--------------	-------

§ 2 依合约文件本身进行解释	(305)
2.1 有关原则的主要先例及原因	(306)
2.2 谈判中证据的准则 (parol evidence rule)	(307)
2.3 准则的例外情况	(308)
2.4 有关准则的主要先例及原因	(310)
§ 3 按通常语义解释合约文字	(311)
3.1 有关原则的主要先例及原因	(313)
3.2 订约时的语境 (The matrix of fact)	(314)
3.3 历史原因	(315)
§ 4 整体地解释合约	(317)
4.1 局部的、范围较窄的条文超越普遍的、 范围较广的条文	(318)
4.2 手写打字条款优于印就条款 (written, typed clauses prevail over printed clauses)	(320)
4.3 并入条款	(328)
4.4 被删除部分 (deletion)	(331)
§ 5 解释尽量支持合约文件	(335)
5.1 合约条文、文字无效、无法解释的情况	(342)
5.1.1 条文文字与合约的宗旨 完全违背/相悖理论	(342)
5.1.2 条文间明显冲突	(346)
5.1.3 条文、文字过于空泛、含糊	(347)
5.1.4 国际惯例	(352)
§ 6 合约条文、文字的明确性	(353)
6.1 违反(或改变)法律的条文	(356)
6.2 有违一般做法、不寻常的条文	(361)
6.3 免责条款	(368)
6.3.1 针对规则	(369)
6.3.2 同类规则	(379)

§ 7 默示条款	(381)
7.1 构成默示条款的两项条件	(382)
7.2 租约下默示条款的例子	(385)
7.3 买卖合同下默示条款的例子: 买方拒开信用证, 卖方要否付运货物?	(398)
7.4 法律默示条款	(391)
§ 8 小结	(391)
第十一章 弃权 (waiver) 与禁止翻供 (estoppel)	
§ 1 概述	(393)
§ 2 弃权的形式	(396)
§ 3 禁止翻供的种类	(400)
3.1 习惯引致的禁止翻供 (estoppel by convention)	(400)
3.2 误述引致的禁止翻供 (estoppel by misrepresentation)	(402)
3.3 承诺性禁止翻供 (promissory estoppel)	(403)
3.3.1 “High Trees” 的先例	(406)
3.3.2 支付部分债务来了结全部债务的情况	(408)
§ 4 弃权及禁止翻供的例子	(409)
4.1 买方对拒受货物的弃权及禁止翻供	(409)
4.2 在商务仲裁的弃权及禁止翻供	(410)
4.3 租约中弃权及禁止翻供的例子	(412)
4.4 定案 (<i>Res judicata</i>) 及一事不理 (Issue estoppel) 原则	(416)
4.5 曾经认错的弃权及禁止翻供	(419)
§ 5 弃权和禁止翻供的构成条件	(420)
5.1 公道 (equity)	(421)
5.2 诱导 (inducement)	(435)
5.3 沉默 (silence) 和不作为 (inaction)	(441)