

英美 商法指南

张文博 张圣翠 乔 飞 著

复旦大学出版社

英 美 商 法 指 南

张文博 张圣翠 乔 飞 著

复旦大学出版社

前 言

关于撰写本书的目的:随着我国改革开放的深入,对外经济往来的增多,随之而来的法律问题也不断出现。这些法律问题涉及的面很广,对于我方来说,主要是不熟悉外国法律(特别是英美国家的商事法律)所引起的问题较多,所以外国商法方面的内容往往为实际工作部门所急需。然而理论界这方面的专著,特别是英、美商法方面的专著至今为止是个空白。目前有关英、美商法的内容只是散见于一些文章及附在国际贸易法、国际私法等书中的部分章节。故无论从实际需要,还是从法学理论体系出发,英、美商法专著这一空白的填补,都势在必行。

关于本书的体例:一般的商法都是把主体(即法人之类)放在前面的,我们撰写本书的体例则是按经济流转的顺序来排列的(合同、代理、买卖、商业组织、票据、产品责任与虚假广告)。这主要是由英美商法本身固有的特点所决定的。英、美法系是不同于我国法律体系以及法、德等国的大陆法系的独立法律体系,英、美商法从其产生之日起,就一直把合同这一财产流转的主要方式放在首位,其他的商法内容均由此发展而来。因此凡是英、美商法类的英文原著(包括法学院教科书及法学专著)均是按照合同首位这一体例排列的,故我们在体例上也力求反映英、美商法的本来面目。

关于本书的内容:第一章合同法,阐述合同的成立、形式、内容、抗辩、违约补救等方面的内容,特别是对英、美商法中合同的要约、承诺、对价、抗辩(目前我国较少介绍的部分)详细论述。第二章代理,我国目前认为的英、美商法中的代理只是其代理中的一支,即独立代理,其实英、美商法中代理还包括主仆代理,本章详述

之。第三章买卖法,以在美国通行,乃至在当今国际贸易中都占极其重要地位的美国《统一商法典》为主线,阐述英、美货物买卖中所涉及的一系列法律问题。第四章商业组织法,主要介绍英、美的公司法与合伙法,这是英、美商法领域最普遍的组织形式。第五章票据法,本章结构主要参照代表当今立法最大流向的美国法体例,即从票据的制作、流通、转让以及整个票据关系消灭的全部过程。第六章产品责任法及虚假广告法。这部分着重叙述了这一新兴法律部门的历史发展,所适用的基本原则及英、美法院在具体处理有关产品责任案件中的一些通行做法。

关于本书的特色:选材新颖,力求跟踪现代英、美商法的最新发展,在阐述有关基本法律原则的同时,特别注意理论与实践的结合,因而选择了许多对司法实践有重大影响的案例分析。

本书撰稿人:张文博撰写前言、第一章、第二章;张圣翠撰写第四章、第五章;乔飞撰写第三章、第六章。

本书初稿完成后,承夏斗寅教授及其他有关同志细心审阅,提出了不少宝贵的意见,谨致衷心谢意。

1994年10月于上海财经大学

内 容 提 要

本书按经济流转的顺序分六章论述英、美商法。第一章合同法,第二章代理,第三章买卖法,第四章商业组织法,第五章票据法,第六章产品责任法与虚假广告法。本书选材新颖,力求跟踪现代英、美商法的最新发展,在阐述有关基本法律原则的同时,选择了许多对司法实践有重大影响的案例作分析,使得法律论述变得生动、具体。本书适合大专院校法律专业师生和一般读者。

目 录

前 言	1
第一章 合同法	1
第一节 合同的成立	1
第二节 合同的形式及内容	17
第三节 合同的抗辩	22
第四节 第三人利益合同与合同的转让	27
第五节 合同的终止	31
第六节 违约的补救	35
第二章 代理	40
第一节 代理的定义	40
第二节 代理的产生与终止	41
第三节 代理的几种法律关系	45
第三章 买卖法	50
第一节 买卖法的定义及基本原则	50
第二节 货物买卖合同的成立	57
第三节 货物灭失的风险承担	61
第四节 货物买卖合同的履行	72
第五节 货物买卖合同的违约责任	83
第四章 商事组织法	90
第一节 商业组织法概述	90
第二节 公司	91
第三节 合伙	118
第五章 票据法	123

第一节	票据的制作	124
第二节	票据的转让与流通	133
第三节	持票人的权利与责任	142
第四节	票据的承兑与付款	148
第五节	拒付通知与拒付书	154
第六节	关于票据的其他规定	157
第六章	产品责任法与虚假广告法	159
第一节	产品责任法	159
第二节	虚假广告法	180

第一章 合 同 法

第一节 合同的成立

一、合同的定义

英国人戴维·M·沃克所著的《牛津法律大辞典》中的合同定义为：“合同是两人或多人之间为在相互间设立合法义务而达成的具有法律强制力的协议。”美国法学会出版的《合同法重述》中的合同定义为：“合同是一个允诺(promise)或一系列的允诺，对于违反这种允诺，法律将给其补偿或将强制其得到实际执行。”由此可见，英、美法中合同的实质就是当事人意思表示一致加上法律上的约束力。

二、合同成立的基本要素

一个合同成立的基本要素是：(1)当事人意思表示一致(mutual agreement)；(2)合同有对价(consideration)；(3)当事人具有签订合同的行为能力(capacity of the parties to contract)；(4)合同内容合法性(legality of object)。

(一)意思表示一致。法律上把当事人的意思表示分解为一方的要约和对方的承诺，当要约人用明示或暗示的方式向受约人提出要约，且受约人接受了此要约，意思表示即为一致，当事人之间就有了法律上的约束力。

1. 要约(offer)。要约是当事人一方以缔结合同为目的，向对方所作的一种订约提议。提出要约的一方为要约人(offeror)，对方称为(offeree)，要约可以书面提出，也可以用口头提出。

(1) 要约的基本规则

① 要约需与邀请要约(invitation to make an offer)相区别,邀请要约虽然也是为了订立合同,但它本身不是要约,而是邀请他人向自己提出要约,只有当发出邀请要约的一方表示承诺后,合同才告成立。

吉布逊诉曼彻斯特市议会案(*Gibson v. Manchester City Council*) 1979

1970年9月,保守党占多数议席的英国曼彻斯特市议会决定出让该议会的房子,就写信给原告“市议会有可能出让房子,价格约£2725,如你想买的话,请正式写份申请。”原告写好申请,一并回了信。正在此时,市议会重新选举,工党占了上风,决定不出让房子了。原告遂要求法院强制执行。法院认为信中“如你想买的话,请正式写份申请”属邀请要约,即请原告向议会正式提出要约,市议会后来未接受要约,所以没有意思表示一致,也就没有合同,原告败诉。

在上述案例中,市议会的信件比较明确地反映出市议会的意思属邀请要约,但在很多情况下,当事人的意思往往不甚明确,这时一般是从当时所处的环境来确定是要约还是邀请要约,法院采取的方式是反证法,即假定是要约,会产生什么后果,若后果不可思议,则不是要约,而是邀请要约。

情形

如果是要约,则

- a. 超级市场货架上的商品 顾客挑选后就构成承诺,即使发现更适宜的商品,也不能把后来挑选的放回原处,显然不合情理,故此为邀请要约。

- b. 拍卖人的首次开价 第一次投标就构成承诺。拍卖无法继续进行,故此为邀请要约。
- c. 商店里陈列的标价商品 当顾客要买某商品时,就构成了承诺,那么商店将不得不卖酒给醉鬼,虽然商店觉得这不合适,显然不合情理,故为邀请要约。^①
- d. 一则开价 £ 1600 出售只有一辆旧车的广告 每个响应该广告的均为承诺,然而旧车只有一辆,广告者必然违约,显然不合情理,故为邀请要约。^②
- e. 出售股票 每个认购者均应有权认购到股票,然股票发行总是有限的,故为邀请要约。
- f. 开价 £ 15 悬赏找回走失的小狗 找到狗的人就是承诺者,这种推论是合理的,因为只可能有一人找到狗。因此,这种悬赏广告为要约。

② 要约可以向特定人发出,也可以向一群人,甚至全世界发出。这反映了英、美法中当事人合约自由的原则。^① 不过 A 提出卖房子给 B,只能是相应人 B 加以承诺,^② C 不能承诺。A 提出卖

① 英、美法一般认为店里不卖商品给顾客是服务质量问题,不存在合同问题。

② 只有极少数广告上的商品品种、数量、质量、价格、履行地、履行方式非常清楚时,法院才认为是要约。

房子给 B 的住户,则 C 住户不能承诺。A 提出卖房子给全世界的人,则全世界的人均可承诺。向一群人或全世界发出要约,一般来说对要约人是不利的,因为要约人出售的商品有可能满足不了认购者的需求,要约人因此就会承担违约责任,故这类要约很少。

③ 要约的内容必须明确、肯定,即应该包括拟签订合同的主要条款,一旦受要约人表示承诺,就足以成立一项对双方当事人均有约束力的合同。例如在商业买卖中,要约一般应包括商品的名称、价格、数量以及交货和付款的时间方式等等。当然要约人不必在要约中详细载明合同的全部内容,而只要达到足以确定合同内容的程度即可。至于某些条件,可以留待日后确定。美国《统一商法典》在这个问题上,采取了更为开放的态度。按照美国《统一商法典》第 2 条 2-204 项的规定,即使在买卖合同中对某一项或某几项条款没有作出规定,但是只要当事人确有订立合同的意思,并有合理的确定的依据给予相应的补救,则合同仍然可以成立。因此,根据美国《统一商法典》的规定,在货物买卖中,要约的内容最重要的是要确定货物的数量或提出确定数量的办法,至于交货地、价格、交货方式及付款时间等内容,均可暂不提出,留待日后按照所谓合理的标准来确定。例如,如果合同当事人对价格未作规定,日后如发生争议,美国法院就解释为应按合理的价格付款;如果合同当事人对交货或付款的时间没有作出规定,也同样解释为应在合理的时间范围内履行交货或付款的义务。至于何谓合理,即是属于事实问题,得由法院根据案情和周围的情况作出解释。美国《统一商法典》的这一规定,是为了适应当代经济贸易发展的要求,尽可能使某些合同不致由于缺少某项条款而不能成立。

(2) 要约的终止

要约终止是指要约失去效力,无论是要约人或受要约人均不再受其约束,要约失效的原因很多,主要有以下几种情况:

① 要约因期限已过而终止,如果要约规定了承诺必须在一定

期限内作出,在此期限内未作承诺,要约即告终止,若要约中无期限规定,则要约经过一定合理时间而终止,何谓合理时间应由法院根据具体案件来确定。

纽曼诉斯奇夫案(*Newman v. Schiff*)1985

一个名叫斯奇夫的人,自称为反税收者,在美国哥伦比亚广播公司(CBS)凌晨 3:00-4:00 的一档夜间电视节目中,声称联邦政府并未要求美国公民申报所得税,并说“如果有人能从联邦税法中查到公民必须申报所得税的规定,并马上打电话给本档夜间节目,我将付给他 \$ 100000。”哥伦比亚广播公司的早间新闻转播了夜间节目的这则报道。一个名叫纽曼的律师看后,查了联邦税法,确认联邦税法确实要求公民必须申报所得税,遂即打电话给哥伦比亚广播公司,要求得到 \$ 100000, CBS 把这一要求转给斯奇夫,斯奇夫拒绝支付。纽曼上法院告斯奇夫违约,法院认为斯奇夫的要约是有时间期限的,即当天夜里 3:00-4:00 的那档节目,在这期间若有承诺,合同遂告成立,斯奇夫就要付 \$ 100000,过了这段时间,要约失效,无合同可言,原告败诉。

②要约因撤回而失效,要约在被承诺之前,要约人可在任何时候撤回要约,这是要约因撤回而失效的一般情况;另一种特殊情况,英、美法视之为要约因第三人的承诺而撤回,即 A 向 B 提出了要约后,又向 C 提出了相同要约, C 承诺了,若 C 在 B 进行承诺之前把自己的承诺通知了 B,则 A 对 B 的要约即告撤回。不过有些要约是不能撤回的,主要包括:

a. 有对价支持的要约,要约人在要约中申明,该项要约在 10 天之内不予撤回,但以受要约人支付 £ 100 为条件,如果受要约人同意支付这笔金额,双方就成立了一个关于保证该项要约于 10 天之内不得撤回的担保合同或有选择权的合同,在这种情况下,要约人在规定的期限内就不得撤回或修改要约的内容。

b. 受“不得自食其言”(promissory Estoppel)原则制约的要

约,“不得自食其言”原则的含义是如允诺人在作出允诺时,应当合理地预料到受允诺人会信赖其允诺而作出某种实质性的行为或放弃去做某种行为,并已在事实上引起了这种结果,只有强制执行该项允诺才能避免产生不公平的后果,那么即使该项允诺缺乏对价,亦应予以强制执行。这项原则英国目前只在债务等少数案件中适用,而美国已是广泛适用了。

朗内杰建筑公司诉豪斯汀公司案(*Loranger Construction Corp.V.E.F.Hanserman Co.*)1970

原告准备投标一所美国社区大学的改建工程,把其中一项转包给被告,被告认为这一转包项目需\$15900,原告于1968年6月中标,于9月把转包工程转给被告,被告拒绝了,原告只好又找另一家公司;另一家公司声称需£23000,原告遂依“不得自食其言”原则告被告,法院认为原告作为总承包人(受要约人)信赖并按照分承包人(要约人)所开列的允诺的价格作了投标,而其投标被招标人所接受时,分承包人(要约人就不能反悔要约,而使总承包人(受要约人)遭受损失。

c.另外美国《统一商法典》规定在货物买卖中,在一定条件下可以承认无对价的“确定的要约”(Firm offer),即要约人在要约确定的期限内不得撤回的要约。其条件是①要约人必须是商人,②要约中所规定的期限不超过3个月,③要约须以书面形式作成,并由要约人签字。如果符合上述条件,即使该项要约没有对价支持,要约人仍须受其要约的约束,在要约规定的期限内不得撤回要约(《统一商法典》第2-205条)。

③当事人死亡或失去行为能力,无论是要约人或是受约人,只要有一人死亡或失去行为能力,要约即告失效。

④要约因受约人拒绝而终止,拒绝要约是指受约人把拒绝要约的意思表示通知要约人的行为。受约人的拒绝不仅指明示拒绝,还包括暗示拒绝,暗示拒绝即受约人在承诺中对要约的条款作

了修改,其效果视同于对要约的明示拒绝,在法律上等于受约人向要约人发出一项反要约(counter-offer),原要约遂告失效。

巴特纳机床有限公司诉艾克赛公司案(*Bulter Machine Tool Co.Ltd v.Ex-cell-o Corporation Ltd*)1979

原告卖一台机床给被告,开价 £ 75535,并附带价格浮动条款,即交货时若逢通货膨胀,机床价格也相应上浮,被告在复信中只同意 £ 75535 的价格,未提价格浮动条款。原告匆忙中签了字,并通知了被告,待交货时正值通货膨胀,原告提出价格上浮 £ 2897,被告拒绝了,法院认为原告的要约,被告进行了修改,只同意价格条款,这一修改实则是拒绝了原要约,而提出了新要约,原告签字表示承诺,因此原告败诉。

不过值得注意的是,反要约要与进一步了解情况的要求相区别,在上述案子中,如果被告复信中问及是否可以取消价格浮动条款,这就是进一步打听情况的要求,不是反要约,若原告答复不可以,被告仍可接受原来的要约。

2. 承诺(acceptance)。承诺是指受要约人按照要约所指定的方式,对要约的内容表示完全同意的一种意思表示,要约一经承诺,合同即告成立。

承诺的基本规则:

① 受约人在承诺时必须知晓这一要约,任何人都不能接受他们不知晓的要约。例如 A 在门口发现一只金表,并认出是邻居 B 的,就把金表还给了 B。A 后来在报纸上发现 B 登的悬赏找表广告,赏金 £ 50。这时 A 是不能索取 £ 50 的,因为他找到表在知晓要约之前,所以找到表的行为不构成对要约的承诺。

② 承诺必须由受约人作出。

③ 承诺必须是无条件的,因为承诺是受约人愿意按照要约的内容与要约人订立合同的一种意思表示,因此承诺的内容应当与要约的内容相一致,如果受约人在承诺时修改要约,那就不是承

诺,而是一项反要约了。美国法律对此已采取了一些变通措施,按照美国《统一商法典》第二篇第 207 条的规定,在商人之间,如果受要约人在承诺中附加了某些条款,承诺仍可有效,这些附加条款得视为合同的一个组成部分,除非 a: 要约中已明确规定承诺时不得附加任何条款;b: 这些附加条款对要约作了重大的修改;c: 要约人在接到承诺后已在合理时间内作出拒绝这些附加条件的通知。这些规定与英、美普通法的一般原则是不同的。普通法认为承诺应像镜子一样(mirror image)照出要约的内容,否则就不是承诺而是反要约。

④ 承诺的传递方式必须符合要约人所提出的要求,如要约人规定了承诺的特定方式,受约人改用其他方式,则承诺无效。例如若指定必须以电报或电传作出承诺,那么受约人在承诺时就必须按照规定的传递方式办理,如擅自改用平信或空邮的方式传递,承诺就不能成立。

当然承诺人采用更有利于要约人的方式承诺,承诺也是有效的。例如画家 A 为商人 B 画肖像,开价 £ 5000,并说由于工作很忙,不常在家,请 B 3 天内写信给予答复,B 于当天晚上打通电话给 A,同意这个价钱,B 用打电话这一方式承诺显然是有利于要约人的,应视为有效。

⑤ 承诺只有在传递到要约人时才算有效,如果要约人未收到承诺,合同则不能成立,不过如果要约人不要求对方进行承诺表示时,那么合同在受约人承诺后(虽未到要约人处)即告有效。这主要有两种情况,一种是要约人明示对方可以不作出承诺表示,如 A 提出卖一辆车给 B 时说“B 如接受的话,不通知我也行。”这种合同实际上对 A 不利,因为 A 提出要约后,就受到了很大的约束力,在没得到 B 拒绝要约前,他就不能和其他人订约,否则构成违约,不过如果要约人强加受约人一个义务,即如果“我在 48 小时内没有听到你的答复,我将确定你已经接受了”这类是不可以的。

另一种是要约人暗示对方可以不作出承诺表示而进行实质上的承诺,这包括 a: 悬赏广告,一则悬赏找狗的广告是个要约,它不必非要世界上的某个人先做出承诺再找狗,只要找到狗就行了,这一找到狗的行为就是实质上的承诺; b: 邮政规则 (postal rule), 英、美法认为,在以书信、电报作出承诺时,承诺一经投邮,立即生效,合同即告成立,如 A 投出承诺的信件是 10 月 14 日,到达 B 处是 16 日,合同生效是 10 月 14 日,若 B 想撤回要约,这一撤回的要求须在 14 日前到达 A 处才有效,否则即使是 13 日寄出,但 15 日到也无效,因为邮政规则只适用承诺,不适用要约撤回,要约撤回只有到达受约人处才有效,不过邮政规则并不是在任何地方都有效的,它有效的前提是要约人未规定承诺方式,而书信、电报等承诺方式又是可行的,若要约人注明承诺须用电话及其他特定方式或注明必须收到,则邮政规则不能适用。

豪威尔证券公司诉休斯案 (*Holwell Securities Ltd V. Hughes*)
1974

1971 年 10 月,被告答应卖给原告一笔财产,并说原告须在 6 个月内以书面方式把通知送达,在 6 个月内,原告写了封回信表示同意,但信件遗失了,被告把财产卖给了别人,双方在法庭上争执的焦点是邮政规则是否在此案中适用,法院认为:被告在要约中注明原告应把通知送达,这就是说被告并未不要求对方将承诺表示当面送达,因此邮政规则不适用此案,原告败诉。

(二)对价。在英、美普通法中,对价的定义是晦涩难懂的,按照 1875 年英国高等法院在柯里诉米萨案 (*Currie v. Misa*) 的判决中所下的定义,所谓对价是指“合同一方得到的某种权利、利益、利润或好处,或是他方当事人克制自己不行使某项权利或遭受某项损失或承担某项义务。”英、美法在解释对价含义时,主要是强调在当事人之间必须存在“我给你是为了你给我”的关系,例如 A 答应给 B £ 100,这只是一个允诺,不是交易,是不能执行的,若是 A 给

B £ 100, 是为了得到 B 的一支金笔, B 给 A 一支金笔是为得到 A £ 100, 那么双方之间就有了交易, 也就存在了可以执行的合同, 这里 A 的付款与 B 的交货就是买卖双方的相互给付, 就是买卖合同的对价。

从对价的种类来看, 一般分为两种, 已履行的对价和待履行的对价, 当事人已经履行了他那部分义务时, 他所提供的对价是已履行的对价 (executed consideration), 若当事人承诺提供并准备提供的对价, 则是待履行的对价 (executory consideration)。例如 A 与出版商订立了出版合同, A 签字后, 出版商付给他 £ 5000, A 同意 1 年内交稿, 出版商对价就是已履行的对价, A 的对价则是待履行的对价。

1. 对价的基本规则:

(1) 过去的对价不是对价, 这主要是指一方在对方作出允诺之前已付出的对价, 不能作为对方后来作出的这项允诺的对价, 例如 A 写了本书, 他的好朋友 B 出于好意为他打成铅字, A 很满意, 答应给 B 50% 稿费, 但后来他又拒绝了。B 是不能要求获得 50% 稿费的, 因为 B 在 A 作出给予 50% 稿费允诺前就替 A 打完了手稿, 所以 B 付出的打字对价是过去的对价, 不能作为 A 后来作出允诺的对价。

不过, 这一原则也有例外情况, 如 A 是公司会计, 经理要求 A 在周末加班, 事后经理答应给 A £ 100, 经理能以过去的对价不是对价拒付吗? 英、美、法一般认为这种一方对方请求为对方提供了某种服务, 日后对方允诺给予报酬, 则这种过去已经提供的服务仍可作为日后允诺给予报酬的对价, 这项允诺是有约束力的。因为在商业服务中, 一方的请求往往暗示有付款的意向, 这是商业社会的惯例。美国许多州还把这种商业服务的例外原则推广到某些未经对方提出要求的行为, 只要这种行为是在紧急情况下作出的, 则在完成此种行为之后, 如对方允诺给予报酬, 该项行为可以作为此