

诺亚之风

2024/5/27 刊

目录

对中国船员因工伤亡索赔权利和赔偿责任的梳理.....	2
重启制裁!	9
英国合同法的要素.....	11



对中国船员因工伤亡索赔权利和赔偿责任的梳理

原创：刘卫东

船员因工伤亡是海上的频发事故。其中索赔和赔偿涉及到劳动法，社保法，行政法，侵权法，合同法以及保险法。这使得厘清各种法律关系，妥善处理好船员的损失赔偿并不容易。笔者希望本文能够基本梳理清楚其中的经脉和纲目，给相关方处理船员赔偿事故一个基本的指引。

索赔与赔偿要依照法律规定。但我国在船员伤亡索赔的立法上仍有模糊，学说上也有激烈争论。根据目前的司法实践和专家研判，有兼得模式，选择模式，替代模式，补充模式和混合模式。这些理论都在处理船员伤亡赔偿上施加了影响。虽然这些理论没有形成统一，但在船员因工伤亡赔偿实践中，我国努力推行的仍是多元化救济模式。



1 兼得救济模式

根据中国法律和司法实践，船员伤亡的赔偿索赔可以为兼得模式。即，船员可以在劳动法/社保机制下获得赔偿，还可以依据侵权法律向有过失的侵权方提出索赔并获得赔偿。一个赔偿责任履行完毕，并不意味着另一种救济渠道自动消灭。

2 兼得救济的适用场合

诺亚天泽保险经纪

青岛市崂山区香港东路 195 号上实中心 7 号楼 6 楼 (邮编 266061)

电话: +86 532 82971085 | 邮箱: marine@tnzconsult.com

网址: <http://www.tnzconsult.com>

2



该模式仅适用在侵权人为第三人时。这里的第三人包括方便旗船东。也就是说，在我国法律规制下，方便旗船东不属于用人单位，而仅属于一个提供工作场所，并对船员工作有安全关照责任的用工单位。其地位为用人合同关系外的第三人。第三人的面很广，除了方便旗船东，还包括任何与船员没有劳动合同关系的自然人，法人，团体和组织。

3 替代模式

当负有劳动法/落实社保责任的用人单位本人与侵权人竞合时，中国法律不支持船员享受“兼得”赔偿。立法的考虑是目前我国企业（船员用人单位）的社会负担比较重，而适用的侵权赔偿法律规定的赔偿标准已经高于我国经济发展水准。为了避免用人企业负担过重，结合损害填平，损益相抵和防止不当得利原则，法律的立场是船员只能要求用人单位协助落实工伤保险下的赔偿，不可以对有侵权过错的用人单位另行提起侵权赔偿请求。



4 保赔保险责任

保赔保险属于前述法律之外的合同责任。在对船员伤亡事故的处理中属于第二层次的赔偿机制。在保赔合同中，船东为被保险人，也是为船员提供安全工作场所和条件的用工人。多数保赔合同适用英国法，讲求“Freedom of Contract”原则，所以，保赔协会们的补偿责任以合同约定为准。即，负责被保险人船东对船员的“法定”伤亡赔偿责任和职业病，突发急病的救治责任。

由于中国的劳动法，社保法对外国经济主体没有管辖效力/Chinese labor law and social security scheme have no jurisdiction over a foreign economic entity, 上述“法定”赔偿责任是指方便旗船东的侵权责任。依照“最密切联系”原则，调整侵权关系的法律会是中国法，具体就是最高法院

诺亚天泽保险经纪

青岛市崂山区香港东路195号上实中心7号楼6楼（邮编266061）

电话: +86 532 82971085 | 邮箱: marine@tnzconsult.com

网址: <http://www.tnzconsult.com>



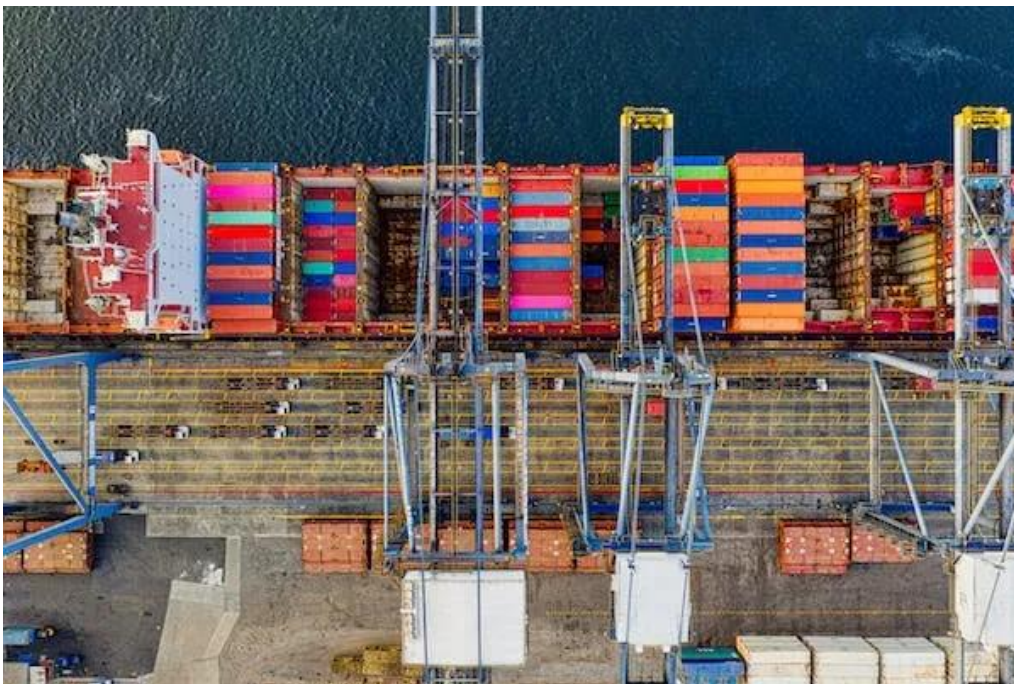
《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》。简称《03 司法解释》。

5 兼得救济的适用场合船东的“雇主”身份

这个问题需要多费些笔墨。在我国法律归纳下，方便旗船东不属于用人单位，因此也就不能称为船员的雇主。雇主另有其人，很可能是有规模，有组织，有各种管理职能，有行政隶属联系的船员派遣公司或船员管理公司。实际上，船东一般不会与船员有一份船员聘用合同，也不从事船员的组织管理，职业培训，工资发放，社保安排等雇主职责工作。而派遣公司或某些管理公司会有。

唯一能与把船东定为为“雇主”的法规线索是我国《海商法》第四章第二节第五十一条“在责任期间货物发生的灭失或者损坏是由于下列原因之一造成的，承运人不负赔偿责任。（1）船长，船员，引航员或者承运人的其他受雇人在驾驶船舶或者管理船舶中的过失”。逆向推论，这句法条似乎是在说承运人是雇主，但我国海商法并没有要求船东与船员之间建立劳动合同关系。根据我国相关法律，我们可以合理地归纳为，方便旗船东与中国船员之间的关系属于劳务关系，方便旗船东顶多算是劳务关系中的雇主。他们之间的权利义务不受我国行政法，劳动法的调整。这种关系下发生的船员人员伤亡，方便旗船东仅承担有过错的侵权责任。当船东为中国法人时，情况会稍微复杂。船东是否为用人单位/雇主，还要结合其他合同和事实去定性。

规范了以上各种复杂的关系和船员，船东，船员派遣公司和责任保险人的地位后，梳理船员人身伤亡的索赔权利和相关人的赔偿责任就清楚了。



诺亚天泽保险经纪

青岛市崂山区香港东路 195 号上实中心 7 号楼 6 楼（邮编 266061）

电话: +86 532 82971085 | 邮箱: marine@tnzconsult.com

网址: <http://www.tnzconsult.com>



6

用人单位为国内的船员派遣公司或船员管理公司时，该公司有社会保险法下的责任为雇员/船员安排各类社会保险，包括工伤保险，并负责落实在工伤保险基金下的索赔。我国《船员条例》第 25 条规定，“船员用人单位和船员应该按照国家有关规定参加工伤保险，医疗保险，养老保险，失业保险以及其他社会保险，并依法按时足额缴纳各项保险费用”。在确有了工伤保险保障时，伤亡船员不得再对用人单位/雇主提起侵权赔偿请求。如果没有为船员安排过工伤保险，该用人单位就有责任依照社保规定做出补救，或以自有资金为伤亡船员支付与工伤保险等额的赔偿金。至于精神抚慰金，尚没有案例证明属于保赔保险责任或工伤保险责任。

7

上述情况中，如果工伤涉及到第三人的侵权因素。比如某船员被其他人无理侵犯而伤亡，或者因船上的不安全工作条件而伤亡，前述的兼得赔偿救济就可以实施了/Enforceable。船员可以依据《03 司法解释》先对侵权人提起侵权索赔；之后再根据劳动法规要求国内的用人单位/雇主落实工伤保险赔偿。反之，如果船员先要求落实工伤保险赔偿，仍不妨碍继后对侵权人提赔。用人的雇主和侵权人各自落实自己的法定责任，促成船员的“兼得”。

但是，已经在一种救济下获得赔偿的实际花费，如医疗费，医药费，护理费，营养费，交通费，误工费，住院伙食补助费，残疾辅助器具费和丧葬费，原则上不可以在另一种救济下“兼得”；实践中也难以实现兼得，因为这些实际花费的证明票据只有一份。可以兼得的赔偿仅限于伤残赔偿金和死亡赔偿金。

需要说明的是，由于目前我国各地司法机构对《03 司法解释》的理解不一，对上述认为不可兼得的实际花费的索赔主张会有不同判定。这个领域不是非常清晰，有待逐案分析或尊重司法机关的裁判。



诺亚天泽保险经纪

青岛市崂山区香港东路 195 号上实中心 7 号楼 6 楼 (邮编 266061)

电话: +86 532 82971085 | 邮箱: marine@tnzconsult.com

网址: <http://www.tnzconsult.com>



8

如果船东是中国法人，并为船员的用人单位或管理单位时，情况会与上述第6条情况相同。中国船东负有为船员落实工伤保险下的索赔或赔偿之责任，兼得救济在这里不能实施/Unenforceable。如果没有合同，或签合同的用人单位另有其人，中国法人船东公司与用人单位就在两条轨道中分别承担侵权责任（如果该用工的船东有过错）和落实工伤保险赔偿责任。船东与用人单位不单独承担双重赔偿责任。

9 船东保赔险的可赔项目

涉及到上述第7条第二段所述的那些实际花费已经在工伤保险下获得赔偿时，保赔协会往往不情愿再承担补偿责任。可以兼得的赔偿仅局限在死亡赔偿金和残疾赔偿金。反之，如果伤亡船员因故没有工伤保险索赔渠道，笔者认为上述实际花费应该向保赔险主张补偿，包括在境外发生的，船东垫付的有关费用。

10 保赔合同中的特别约定

就船员因工伤亡的赔偿责任方面，目前有些保赔协会制定了相关条款去减免自己的赔偿责任金额。我们看到在协会 Rules 或 Certificate of Entry 规定：“如果这种责任，成本或花费在社保机制或基金，额外的保险或任何类似的安排下可以获得的补偿的，合同里 XX 段落规定的赔偿便不再提供了”。/There shall be no payment under Paragraph XX if and to the extent that the liability, cost or expenses is recoverable under any social security scheme or fund, separate insurance or any other similar arrangement”.

对于上述条款的效力，由于合同适用英国法，协会依据“契约自由”原则似乎有权利这样做，但笔者对协会的上述免责安排的操作上的“可行性”/feasibility 保留质疑。首先，中国的社会保险机制中的工伤保险义务主体明确排除了境外公司。方便旗船东无法为中国船员安排工伤保险；而根据社保法，船员也没有资格以自然人的身份为自己购买到工伤保险。

其次，英国法认为索赔方如果在受损前自己安排过应对那种损失的保险，该保险下能得到的好处不应该从责任方的应赔金额中扣除。为此英国法院有过判例。例如：“Bristol and West Building Society v. Bevan May & Merrimans (1998) 1 WLR 336”，“Banque Bruxelles Lambert v. Eagle Star Insurance Co Ltd (1995) 2 ALL ER 769” and “Brown v. KMR Service Ltd (1994) 4 ALL ER 385” 等等。

以上仅是笔者保留与保赔协会们交涉的 Arguments，目前还不能构成 Overcome 协会的上述免责安排的奏效抗辩。所以，各方便旗船东会员/被保险人/共同被保险人应该留意船员的管理现状和社保现状。也很有必要在投保时听取经纪人



的合理建议。从维护社会公共利益和遵守法律规范角度，方便旗船东在接受船员的劳务时，也应该尽力要求提供船员的用人单位为船员安排妥当工伤保险。



11 保险合同中的特别约定人身意外伤害险

实践中，外派船员可能在国内保险公司为自己买了人身意外伤害保险，或船员外派机构帮助船员购买了“航行无忧”类保险。这类保险属于商业保险。保险标的为人的生命和健康。由于生命，健康无法用金钱度量，所以，合同虽有保险金额，但无保险价值。这种保险纯属保险人与被保险人之间合意的定额赔偿安排/An arrangement on liquidated damage。它体现了射幸合同的特点，与重复保险无关。双方约定当某个保险事故发生时，保险人赔偿约定的责任金额。这个金额并不代表被保险人的价值。所以，这类保险独立存在，独立履行。也就是说，在发生了某些因工死亡，因工伤残时，船员或其受益人可以“三管齐下”，既可索赔工伤保险金，也可以索赔侵权赔款，还可以索赔人身意外伤害保险金。至于该险种是否 Cover 上述第 7 条第二段所述的实际花费项目，除了要看保单约定，还要取决于受理案件的司法机关的裁判。目前我国司法机关有不同看法。

顺便论述一下额外话题，即公务员因工作发生的船上伤亡事故索赔。船舶有时需要公务官员的检查或服务。当他们在船上发生伤亡时，如果船方有过失，船东仍有《03 司法解释》下的侵权赔偿责任。但公务员不能获得“兼得救济”。因为目前在我国的社保制度没有覆盖公务人员。他们也不缴纳工伤保险费。

随着社会经济和社保保障制度的发展，我国的社会保障基金应该发挥更大的社会稳定器作用。西方某些发达国家在这方面做出了很好的范例。它们的社会保障制度健全，覆盖面广厚，赔偿基金充裕。发生工伤时，采用完全的“替代模式”，主张以工业伤害保险，职业伤害保险替代侵权责任。启动社会保险基金

诺亚天泽保险经纪

青岛市崂山区香港东路 195 号上实中心 7 号楼 6 楼 (邮编 266061)

电话: +86 532 82971085 | 邮箱: marine@tnzconsult.com

网址: <http://www.tnzconsult.com>

7



就足以弥补雇员的损失，免除了非故意侵权人要去承担的赔偿责任。“替代模式”简便易行且从总体上公平，还有利于减少诉讼，避免劳资纠纷，维护社会稳定。社会财富极大积累后，我国的社会保障程度是否也会跨进这个高度，让我们拭目以待.....。

本文仅供读者参考，如需帮助请联系我们或咨询专业律师。

电话：0532-82971085

邮箱：claim@tnzconsult.com
info@tnzconsult.com
marine@tnzconsult.com

诺亚天泽保险经纪

青岛市崂山区香港东路195号上实中心7号楼6楼（邮编266061）

电话：+86 532 82971085 | 邮箱：marine@tnzconsult.com

网址：<http://www.tnzconsult.com>



重启制裁！

编译：苗红玉

前言：

2024年1月30日，美国国务院曾发表声明称，决定不再续签对委内瑞拉的第44号通用许可证。该许可证暂时授权美国与委内瑞拉石油或天然气行业的相关交易，于2024年4月18日到期。

美国当地时间4月17日，美国政府宣布，由于委内瑞拉总统马杜罗未能履行其有关大选的承诺，美国将恢复对委内瑞拉石油和天然气行业的制裁。美国财政部通过一项限制性更强的许可，要求各公司在45天内结束未完成的交易，尤其是原油和燃油销售。

针对美国政府再次挥舞“制裁大棒”对委内瑞拉进行制裁这一事件，美国保赔协会发布了如下通函。

本通函是对2023年10月23日发布的第14/23号通函中美国财政部外国资产控制办公室（以下简称“OFAC”）颁发的第44号通用许可证（GL No. 44）的指引的更新。

GENERAL LICENSE 44A：委内瑞拉石油和天然气行业的运营

2024年4月17日，OFAC颁布了General License No. 44A（“GL No. 44A”），对委内瑞拉石油或天然气行业的相关交易进行制裁。根据GL No. 44A，《委内瑞拉制裁条例》第31CFR part 591（VSR）禁止与委内瑞拉石油或天然气行业相关的任何交易，包括与委内瑞拉国家石油公司（PdVSA）或其直接或间接拥有50%或更多权益的任何实体的交易。之前已解除的制裁将在2024年5月31日东部夏令时上午12:01恢复生效。

GL No. 44A 不再授权：

- 除委内瑞拉中央银行或委内瑞拉环球银行外，根据美国第13850号行政令，禁止与委内瑞拉境内金融机构的任何交易。
- 向位于委内瑞拉的实体提供商品或服务，或进行新的投资，而该实体由位于俄罗斯联邦的实体拥有或控制，或是与其建立的合资企业。
- 由位于俄罗斯联邦的个人或由其拥有或控制的任何实体对委内瑞拉石油或天然气行业进行的新的投资。

诺亚天泽保险经纪

青岛市崂山区香港东路195号上实中心7号楼6楼（邮编266061）

电话：+86 532 82971085 | 邮箱：marine@tnzconsult.com

网址：<http://www.tnzconsult.com>

9



- 美国第 13808 号行政令第 1(a)(i) - (iii) 或 1(b) 条禁止的任何交易。但与委内瑞拉石油或天然气行业运营相关的货物或服务的支付除外；或为偿还债务，向委内瑞拉政府债权人（包括 PdVSA 实体的债权人）交付石油或天然气的交易除外。
- 第 13827 号行政令或第 13835 号行政令禁止的任何交易；或
- 解除根据 VSR 被查封的任何财产。

自 2024 年 4 月 17 日起，2023 年 10 月 18 日发布的 GL No. 44 将被 GL No. 44A 完全取代，可以点击以下链接查看完整的 GL No. 44A：
<https://ofac.treasury.gov/media/932826/download?inline>。

会员指引

开展新的业务，包括根据 GL No. 44 授权进行的新的投资，将不会考虑再给予一定的缓冲期。对于在 2024 年 5 月 31 日东部夏令时 12 点 01 分之前无法结束的此类交易或行为，建议会员向 OFAC 寻求帮助和指导，以避免因为不遵守该规定而损害保险权益或引发其他潜在的不利后果。任何人不会因为未遵守 GL No. 44A 中的规定而免责。关于美国政府对委内瑞拉制裁的最新情况，可点击 OFAC 官网 <https://ofac.treasury.gov/sanctions-programs-and-country-information/venezuela-relatedsanctions> 及其在 2024 年 4 月 17 日发布的相关问题解答 <https://ofac.treasury.gov/media/932821/download?inline> 进行查看。

上述内容仅供参考，具体请以美国保赔协会通函内容为准。

本文仅供读者参考，如需帮助请联系我们或咨询专业律师。

电话：0532-82971085
邮箱：claim@tnzconsult.com
info@tnzconsult.com
marine@tnzconsult.com



英国合同法的要素

翻译：刘卫东

我国一致在努力与世界经济大家庭深入交融。在经济往来中，英国合同法被公认为最现行，最普遍，最实用的国际商务游戏规则。事实上绝大部分国际经贸，航运活动都是基于适用英国法的合同而产生的。因此，掌握，运用好英国合同法的有关精神，原则及理论就成为涉外经贸，航运公司有效地从事涉外商务活动的必备武器。

目前我国商贸，航运公司非常重视守法与合规管理。涉外交易中的合规离不开了解英国法。毕竟，英国是创立国际经贸，航运历史最早的国家之一，经历了长期的法律业务实践，形成了一套完善，合理使用国际经贸往来的合约法理论体系；加之与其相匹配的良好法律机制及法律从业人员群体，使得许多涉足于国际经贸，航运的当事人自觉地在合同中选用了英国法的适用。这种趋势，形成了在国际商务活动中英国合同法的原则，精神和理论被广泛接受的局面。

最近，牛津大学法学院（原）院长 Windy Chen-Wishart 教授对英国合同法的精髓做了总结，为学界提供了一份营养丰富的法律精神珍馐《Essence of English Contract Law》。该文章由著名的上海海事大学郑睿教授编辑。该文章对英国合同法的要素进行了梳理，分为 15 章 164 个要点。这对学习和运用英国合同法的人们给予了纲目上的指引。为了方便从事涉外业务的朋友们学习和领会，诺亚天泽保险经纪有限公司特安排刘卫东先生将其翻译成中文以馈航运界的朋友们（如有不精，请读者朋友们批评指正）。先圣孔子曰，“工欲善其事，必先利其器”。我们衷心希望大家在将来的涉外经贸，航运活动中做到胸有成竹，行有规范，趟险途而无忧，泛商海仍从容。



诺亚天泽保险经纪

青岛市崂山区香港东路 195 号上实中心 7 号楼 6 楼（邮编 266061）

电话：+86 532 82971085 | 邮箱：marine@tnzconsult.com

网址：<http://www.tnzconsult.com>

11

20
Since 2003
T&Z



英国合同法的要素

The Essence of English Contract Law

牛津大学 Mindy Chen-Wishart 教授

第一章 引言

1 合同可以概括为由法律保障实施的一个承诺或一个合意。

2 合同法涉及到合同生命中的下列问题。

合同的成立——合同对当事人是否已经有了约束力？

合同的失效——合同可以被宣布无效吗？

内容 —— 什么是合同的内容？

救济 —— 违约后有什么救济？

相对关系—— 谁可以依合同诉人或被告？

3 合同法的组成是普通法（包括普通法和衡平法的法官制法）和议会立法。普通法规则，衡平法的适用和成文法规则结晶出的英国合同法具有复杂性，变化明显和权衡价值冲突之特色。另外，欧盟法律（甚至英国脱欧后），国际商法和人权法也影响到了英国合同法的规制和形态。

4 司法适用程序也在调节着合同法的作用。这包含了许多明示和默示的自由裁量。

5 其实，法院适用法律的效果会受到政策的影响这个意识也很重要。合同法是法律体系在艰难权衡传统的契约自由价值与现在更多地强调规则，收紧契约自由的产物。尤其是以下压力，特别突出。

自主意愿对抗某些对自主的限制

法律尽量少干预之愿望对抗多的积极规范和对缔结合同的引导

理想的公正对抗现实的不公正

谈判合同理想对抗固定合同文本之现实

推定的自愿交易公平对抗某些交易中严重的不公平之现实

诺亚天泽保险经纪

青岛市崂山区香港东路 195 号上实中心 7 号楼 6 楼（邮编 266061）

电话: +86 532 82971085 | 邮箱: marine@tnzconsult.com

网址: <http://www.tnzconsult.com>



利己和分立合同的范例对抗深入社会准则的亲属关系合同之现实

文字解释的相关意义对抗语境解释

某些规则的依据对抗可变通的自由裁量标准

统一的合同法律价值对抗为不同种类合同定制的特别法律。

6 许多合同理论试图解释合同法的基础。其中有：

承诺和意愿理论：“去执行承诺或合意”

依赖理论：“保护合同当事人使之不受损害”

功效理论：“实现最大利益”

促进分配公道理论：“再次分配财富”

转让理论：“实施合同权益所有权的转让”

促进自主与社会正义一致说：“增加有价值的选项”，和

多元理论：“以上理论的全部或其综合”

7 下列因素会弱化一般合同法律的作用和其覆盖：

它对干预家庭事务和社交活动上的不情愿

在一些重要的领域，专门的机制替代一般的合同法；和

经验研究告诉人们合同法律与真实的订约关联有限

8 合同法是私法中的一枝，其实是涉及义务的法律。与下列法律对比，合同法律的本质（去实施自愿交换）就很明白了：

侵权（去防止伤害）

不当得利（去返还不当得利）

财产（保护财产权利）

合同涉及的问题也会引发侵权，不当得利和财产法规的适用。

诺亚天泽保险经纪

青岛市崂山区香港东路195号上实中心7号楼6楼（邮编266061）

电话：+86 532 82971085 | 邮箱：marine@tnzconsult.com

网址：<http://www.tnzconsult.com>



第二章 协议

9 对当事人是否已经同意和同意了什么的检验是客观事实，而不是主观意愿：问题在于根据对方的看法，该当事人看起来已经有了同意，而不是各方真正地接受了。

10 传统解释中对客观测试的例外情况（理由为“条款有误”）可以理解为对语境客观性的适用。

11 邀约是一方（邀约方）表示对该邀约内容一旦受被邀约方表示接受就会受到约束的声明。

12 邀约必须与非邀约有区别，比如一个要谈判，或要求或提供信息的邀请，该邀请并不会在对方接受时转换成为一种约束，对方的同意不会生成一个可实施的合同。

13 有一些特殊的规矩，一般会：

展览和广告被认为是表示谈判的邀约邀请（但有例外，见 *Carlill v Carbolic Smoke Ball* 和 *Chapelton v. Barry* 判例）。

时刻表和自动售货机被认为是邀约（除非有明确的相反声明）

在拍卖会提供卖品招引竞拍是表示谈判的邀约邀请，是在给竞买者提供了发送邀约的机会。如果拍卖规定了“无保留条件”，拍卖就视为邀约，拍卖方应该将拍品卖给出价最高的竞买人。

14 承诺是对邀约条件明确接受的表示。承诺产生双方立即受到合同拘束的效力。

15 一个有效的承诺必须：

应对一个邀约（否则构成废掉邀约的反邀约，反邀约使得受邀约方不可以再接受原邀约）。这种情势很像“对决形态”（各方依次提出自己的条件，但履约在明确的同意达成之前就开始了），法院在解决此类争执时往往要查明是谁“开了最后一枪”。

是对邀约的回复（相同的相互邀约构不成合同）

要符合议定的强制性承诺方式。如果允许，且不损害邀约方，其他形式的承诺可以有效。一般来说受邀约方仅是沉默不表示有了承诺。



承诺必须到达邀约方（确定合同成立的时间，改变或撤销一个有了约束的合同都是不可以的）。

如果双方的表达是如电话或面谈那种即刻方式，承诺在引起邀约方的注意时成立。

如果合适的表达是通过邮政，则适用邮局收件规则（也会有不同），承诺在邮局收到邮件时成立，哪怕邮件有递交迟延，送达不到收件人，或者拒绝的表意更早地到达。

16 如果合同是单务合同（允诺以某个行为为条件）而不是双务合同（相互允诺），被允诺方对该行为启动的依赖，会在几种情况下受到保护：（1）放弃承诺表达（合同在议定的行为完成后成立），（2）或许，一旦受邀约方开始履约，邀约方不得撤销邀约。

17 邀约一旦届满，之后的承诺不能生成合同。邀约可以在邀约方撤销该邀约时终止（但撤销要实际传达到受邀约方），邀约还可以在受邀约方拒绝，时间流失，邀约方或受邀约方死亡时终止。

18 丹宁勋爵对合同成立的替代学说被上议院否定，虽然该学说的本质反映在国际合同中的国际商事合同通则与欧洲共同框架参考草案。它指向了一个探索，即，一个足够表明意愿的行为应该有约束力和对重要条款的接受，让法院结合其他条款去得出一个公平的结论。

19 合同的成立包括电子形式；电邮，网站和即时信息，广泛地替代了过去的，包括电传和传真的合同成立方式。现有的普通法原则适用，但交易方必须要符合 2002 年电子商务规则的要求。目前主流看法是电邮或电子信息自到达服务器上时承诺生效。

20 一个被接受的邀约必须是足够肯定的，并能构成可执行的合同。如果有明确的（比如约定要有待合同的签署或进一步协商一致）或隐晦的（对重要条件保持沉默或模糊意思）继续谈判的意思时，则不被认可。

21 合同已经开始履行时，法院非常重视对不确定事项的纠正。法院会结合双方之前的交易和行业习惯，合理性的分寸，和替代法去解决当事人非重要事项的卡顿。

22 要求谈判中“锁定”诚信的合意是没有强制力的，而限定一段时间内禁止与第三人谈判（互锁协议）的合意却是有强制力的。

23 一定要有一个足够明确，会产生法律关系，并可以得到执行的协议的意愿。这个要求立足于公共政策并转为强烈的推定，当事方不打算为家庭协议和社会



协议设定法律关系，但肯定打算在商务合同中设定法律关系。这种推定可以被清楚的相反证据推翻。

第三章 可执行性 约因 形式 承诺性禁反言

为了在法律上有执行力，一个符合合同成立的协议必须具备可执行的要件，即，约因，形式，或承诺性禁反言。

约因

24 一般来说，有约因的协议才有执行性。就是一方当事人给予对方一些约定的好处，做为对方给自己某个允诺的对价，如同你去书店支付 100 英镑才能得到一些书籍。

25 交易上的要求必须满足。如是：

一方不能得到对方允诺的兑现，除非本方为此提供了约因（虽然目前第三人也有了法定诉讼权利）。

仅是依赖某个允诺不是一个好的约因，除非应允诺方的要求；还有：

过时的约因无效。因为过时的约因发生在要实施的允诺之前，且不针对该允诺。

26 约因的定义和范围并不固定（事实上/法律上；要求下/拟制下；有形的/无形的；谈判/可执行的适格缘由）。这留给了法庭对允诺的可执行性相当的裁判空间，也引发了对约因学说的批评。

27 约因不必充分（虽然一定要存在）这个规则加强了约因学说的不稳定。这使得法庭认可一个约因有效：（1）名义上的对价；（2）索赔中的妥协与避诉；（3）某些无形利益等。然而，约因必须在法律视角中视为价值足够。这会导致法庭排除那些无效约因：（1）动机；（2）有条件的馈赠；（3）某些无形好处；（4）虚幻利益；（5）非诚信的妥协或忍让。

28 传统上认为，当事方的履约，或者承诺去履行原本就存在的义务时，（1）如果该义务产生于与第三方合同，约因有效；但是，（2）如果该义务由公法赋予或（3）出于本合同已经规定的义务时，该履约就不是有效的约因。

29 Williams v. Roffey Brothers 一案引发过许多争论。该案涉及履约和承诺去履行一个本来就存在的合同义务，该履行行为被认为给承诺方带来了“实际利益”因而被认为约因有效，并归结为符合前述第（3）种情况。“实际利益”范围的不确定性增加了对约因学说的批评。尤其是当单方修改合同被认可为有效，而这种修改涉及到“同责多酬”，而不是“少责同酬”的修改时



(Foaks v. Beer 案和 Re Selectmove 判例)。上诉法院在审理 MWB v. Rock 一案中在这两种修改下支持了“实际利益”说，但是最高法院并没有给与评价，仅说此事需要最高法院有机会审理才行。

30 对约因理论的批评意见主要是：（1）在执行一口价交易中，其适用就有些多余。（2）对没执行那些值得履行的承诺，约因理论却约束不足；（3）制造人为导致内部失去条理。

31 改革的呼声包括：（1）用订约意愿测试替代约因；（2）对合同的修改用意愿测试替代约因；（3）重新给约因定义为“可以执行的适格理由”；（4）保留约因的交易概念但同时要承认执行非合同中的其他好的理由；（5）用扩大了承诺性禁反言学说增补约因。

形式

32 遵守形式之要求会起到证据和警示作用。

33 如果承诺是在一份契据中做出，该承诺不需要约因即可执行。

34 某些协议（通常是重要的或单方的）要求既有约因，也要有形式。

35 形式要求会因为不一致（考虑到各类合同和施加的要求的影响），和协议变为不可执行的严峻隐患而受到批判。

承诺性禁反言

36 没有约因的保证或不是在契据中做出的保证，反而会因禁反言学说变得有执行力。

37 承诺性禁反言的原理是承诺方不合情理地使得被承诺方对该承诺产生了依赖；逻辑上的应对就是避免被承诺方受到损害，法庭经常强制执行那个承诺。

38 承诺性禁反言适用在以下情况：

A 对 B 做出了清晰的承诺

B 依赖该承诺行事（B 因此丧失其原有的地位，且没有合理通知的话再也回不到原来的地位，这就足够了）

如果允许 A 收回其承诺会导致不公允。（考虑到包括后果等全部情况）

A 和 B 正处于一个合同或其他法律关系中，A 的许诺使得 B 减轻了其对 A 原来的义务。承诺性禁反言会保护性地阻止 A 去行使 A 对 B 享有的全部原有权利，但不会赐予 B 额外的权益。它被当作“盾牌，而不是宝剑”。

39 承诺性禁反言对于 A 的原有权利不具有灭失性质，而仅是有悬而不定的限制。对 B 的宽大仅是暂时的，它可以被 A 的通知中断，使得 B 重新回到其原有地位。如果不这样，A 的原有权利消灭的话，A 对 B 的权益会受损。

40 承诺性禁反言不会添加或生成新的权利。那会被指责不合逻辑，无原则的和不必要。

41 承诺性禁反言的作用是防止被承诺方依赖承诺方的不合理误导遭受损害。对比之下，约因产生于被承诺方的支付价款，得到的救济就是去保证那个承诺的完全执行。



42 对改革的选项包括扩大承诺性禁反言的适用在：
允诺会符合形式要求（当协议里有约因时）；
增加了承诺（“同责多酬”的修改），或；
承诺产生新的权利，要按照依赖程度确定救济。

第四章 相对关系

43 相对关系规范了在一份合同中谁可以诉人和谁可以被诉。其意思是：（1）
合同外的第三方，哪怕合同当事方愿意赐给其一个好处，也不可以提起诉讼；
（2）合同当事人也不可以为合同外的第三人设定一项义务。

44 规则（1）来自于传统的合同要求，即，诉人的一方必须是在合同中提供了
约因的被承诺方。这就屏蔽了第三人，伴随着被承诺方不能取得实质救济（因
为他本人不会有金钱损失），这被认为妨碍了合同当事人给与第三人好处的意
愿，制造了“黑洞”，导致对第三方不公，甚至导致承诺方不当得利而招致了
广泛批评。这个规则还因为制造了不稳定和复杂的“例外”情况，给商务生活
带来困难而受到批判。

45 《1999 年合同（第三者权利）法》第 1 条第（1）款给与第三者直接获得合
同利益（包括豁免条款）的权利，哪怕该第三者并不是合同里的被承诺方，和
在下列情势中没有合同约定：

合同明确表示给第三人权利，或，

合同旨在给第三人一个好处（除非合同明确说明不打算给第三人诉权/根据第 2
条第（2）款）

46 在合同中第三人必须身份清楚，有名称或明确为哪一类群，或符合某些特别
描述。合同成立时不要求第三人已经存在（第 1 条第（3）款）。然而 Chudley
v Clydesdale 判例允许第三人的身份经过解释程序查明。

47 第 2 条第（1）款规定下列情况下合同当事人不得事后修改或取消第三人的
权利：

第三人告诉了承诺方，他同意接受该条款。

承诺方知道第三人已经依赖了该条款。

承诺方应该合理地预见到第三人有过依赖，除非当事人明确地推翻该意思（根
据第 2 条第（3）款）



48 除非另有约定，第三人获得的权利的本质就是被承诺方对承诺方的诉权（第1条第（5）款）。当然有些小的变动（第三人不得引用1977年不公平合同法，承诺方也不可以对第三人行使其对被承诺方的反诉）。

49 《1999年合同（第三人权利）法》的第5条对承诺方也有所保护，消减了第三人在被承诺方从承诺方就第三人的损失已经得到了赔偿的那部分权利。但是，如果被承诺方获赔的是纯自己的损失时，第三人的权利不受影响。

50 1999年法可以在普通法下为第三人保留其原有的，要求承诺方履行合同义务的救济通道，例如：

合同规则依据以下情况将第三人变为合同当事人：

承诺方与第三人有从属协议关系：或，

“第三人”实际上是出面签合同的被承诺方的委托人

侵权规则允许第三人为有疏忽的承诺方违反了其注意义务提起索赔，也会保护第三人免受合同当事人提起疏忽之诉。

信托规则视被承诺方根据信托关系为第三人利益而持有诉权。

被承诺方将诉权转让给第三人：或，

法定例外情况，最典型的是涉及到保险。

51 1999年法不接受传统的约因理论，不再要求应该兑现的允诺要有对价和仅允许那些做出了支付的被承诺方才能获得权利。但是，1999年法在添加了有诉权类群的同时并没有改变另一个观念，即约因仅决定哪一个允诺是不可执行的。

52 被承诺方可以请求损害赔偿或申请履约指令时，所谓的“黑洞”即可以避免。为第三人的损失提出索赔的主要基础是：

家事合约和社会行为（比如在饭店消费或家庭度假）

Albazero判例的例外（第三人对承诺方不具有合同权利时允许被承诺方为第三人索赔被承诺方有意给予的好处之损失，但第三人的具体范围不太清晰）。

被承诺方根据Panatown案件判词树立的“宽泛依据”，索赔自己的损失也会有争辩的空间。

53 第三人受到他人合同约束因而会因下列缘由被诉：

诺亚天泽保险经纪

青岛市崂山区香港东路195号上实中心7号楼6楼（邮编266061）

电话：+86 532 82971085 | 邮箱：marine@tnzconsult.com

网址：<http://www.tnzconsult.com>

19



故意干涉他人合同权利性质的侵权。它确定会引发普通法下的损害赔偿，也可能引发衡平法下的禁令，而且不妨碍合同的继续履行。

不顾索赔方的权利，对获得的财产行使其法定权利时有不合情理行为，而他保证过会在获得该财产时维护索赔人的权利。

第五章 误述

54 一个对事实的虚假陈述会是：

合同条款会产生违约救济（一般的后果会是对期待利益赔偿，终止合同或接受履约指令）。

一个单纯的陈述导致的主要救济有索赔依赖损失或取消合同；或，

如果仅是吹嘘不会有法律后果，有真诚意愿的陈述也不会带来救济。

55 条款陈述中的区别依赖于当事人的意愿，但有些因素会影响法庭裁判，比如该陈述对被陈述方的重要程度，当事人的知情和懂行，被陈述方是否被告知自己应去核实该陈述的真伪。

56 条款陈述的区别的重要取决于可行的救济（损失是否可以追回，损失的衡量，索赔方是否或何时可以从合同中脱身）。《1967年误述法》第1条（a）款允许索赔方被误述而取消合同，即使合同中有条款不允许发生违约时索赔方去终止合同。根据误述，还是根据违约争取救济，哪一个在案件中更加合适，主要看索赔方的交易划算与否。

57 误述的定义是：

对当时存在的事实无含糊地做了虚假陈述。（目前还包括对法律方面）

该陈述表述给了被陈述方。

该陈述诱导被陈述方签署了合同。

58 法律对意愿，观点和法律的陈述认为是对事实的陈述，并要求陈述有善意。另外，陈述方应该对事实真相和自己的意思表达更加了解。法律会默示他应该对自己就相关事实的陈述有合理依据。如果并不真实，则构成误述。

59 一般的披露义务不约束沉默者，沉默也不会招致责任，就算是沉默方知道或怀疑对方是错误的或很无知。但在下列情况下沉默会招致责任：



合同成立前不去纠正一个因情况有变而成为不实的陈述。

仅说明事实的一半。

对另一方当事人负有一个最高诚信义务或信托责任。

60 要满足诱导（或因果关系）这个条件，误述仅需成为被误述方缔结合同的“一个”理由即可。如果被误述方根本就不知道存在误述，或知道该陈述并不真实，或不受其影响，或认为其并不重要，就谈不上有诱导。

61 当合同当事人对他人做出了误述，除非能够证明合同签订时他善意并合理地认为他的陈述属实，《1967年误述法》第2条第（1）款就加给误述人一个损害赔偿赔偿责任。如果合同并未签订，被误述方才可以诉诸侵权以欺诈或疏忽的误述获得赔偿。那时，被误述方要证明误述方有欺诈或疏忽。

62 第2条第（1）款适用于侵权索赔，因为：

可以降低索赔门槛。

倒置举证责任，和：

欺诈的虚构对损失的度量更加宽松（可以不考虑损失的遥远性和己方过失比例，还可以索赔机会损失，还可以索赔依据合同可以得到的财产价值的减少，甚至包括合同已经签署后的损失）

63 第2条第（1）款的依赖损失索赔与其他的与取消合同后的金钱索赔（追回已付的价款，以损失赔偿替代取消合同）是有区别的。

64 除了以下情况，取消合同之救济适用于各类误述。

确认了合同

时间流逝过长

影响第三人权利

双方都恢复原状已不可能，和，

根据1967年误述法第2条第（2）款会导致不公。

在实践中，上述第5项构成主要障碍，虽然近年来有所放松。



65 解除合同，如果可以的话，具有使得索赔方恢复到合同尚未签署时的地位。这会要求索赔方返还得到的好处，避免其不当得利。相比之下，违约导致的终止合同是在承认合同已经生效，其宗旨是要将索赔方处于一个假设合同已被履行了的地位中。

66 陈述方不能为自己的欺诈豁免责任。另外，1967 年误述法第 3 条要求任何一个对误述的免责必须合理。无论是“无关事实陈述”条款或“无依赖”条款，都要经受合理性的考验，这会引发“合同禁反言”规则不能解决的困难。最终实质比形式更具有决定意义。一般来说，与违约免责相比，法庭似乎相对地愿意认可误述下的免责。反正是，“1999 年消费合同规则的不公平法条”会从公平角度去检验那些条款的变化（包括“无代理资格”，“完整合约条款”），因为它们属于没有经过协商的消费合同条款。

67 2008 年的保护消费者不公平交易规则允许受到误导或卷入强迫交易合同，为商品或服务支付了价款的消费者寻求民事补救。（包括数据方面）

第六章 错误的假定

68 当双方当事人在订立合同时对某个事实或法律持有错误（不是对条款理解有错误），而该错误属于基础层面（涉及到合同的根本）时，可以废除该合同。

69 但这种裁断的公正性一直有争议。

默示先决条件说（双方当事人一致认为如果他们的共同和重大假定有错误则不能产生合同义务）已经被拒绝，让步给了：

基于履约不可能的解释（依照设想的基础情况订立的原合同在实际情况中变得“不可能”履行）。但是：

有瑕疵同意说可以提供更加透彻的解释（真实的情况从根本上扭曲了合同的意义，或合同目的，或当事人为实现合同目的的努力，以至于不能说当事人已经有过有效的同意）。

70 采用三部曲可以确定是否可以因共同错误而回避合同。第一步是在解释合同上，要看合同有否已经对风险做过划分由一方或另一方承担，或者有过明示或默示约定合同以那个（有错的）假定是准确的为条件。

71 如果没有，第二步要看依赖该错误的一方是否有过错，是否有意诱导对方因为疏忽做出了错误假设。

72 如果没有，第三步是查问该错误的假设是否非常关键。下列错误（不一定全是）就属于此类：



涉及合同标的是否存在的错误。

错误地购入了原本就是自己的财产。

关系到合同标的物基本性质的错误。

对根本背景的错误假设。

73 上诉法院曾经否认了因双方共同错误假定，去适用衡平法去取消合同的诉求。当这种错误假定为：（1）范围太大，（2）招致比普通法救济更多的变通。Great Peace v Tsavliris 一案的判词认为没有理由去适用衡平法，衡平法的适用与普通法的调整有冲突，不稳定和避免不公允时反而不合法。然而，一个好的主要论点应该是能根据错误的严重性适用专门救济的法律。具有讽刺意味的是同样是该上诉法院也在呼吁司法改革引入救济的灵活性。

74 依据普通法有两种单方错误可以废除合同：

对合同另一方身份（不是气质优劣）认知的错误。如果接受了邀约的一方知道邀约不是发给自己的，自己的身份并不是书面合同当事人，合同可以被回避。如果假设的身份根本不存在，双方当面交易也可以废除合同。

如果签署了的或执行了的文件在性质或效果中有重大错误，犯错的一方在缺乏说明情况下持久地或暂时地没能理解文件，或该当事人被诱导或欺骗而犯错，而不是本人粗心地乱签文件，“并非是我协议“规则会发挥作用废除合同。该文件在是什么和被认为是什么两者间一定要有重大不同。

75 合同有三方当事人时，对身份认识错误和“并非是我协议“规则，在使失效和可变为无效区别的基础上，目前的法律在确保交易方面尚做不到直接地平衡错误一方的有瑕疵同意与无辜第三方的利益。

76 单方错误时，如果没错误的一方涉及了不合情理行为，或对错误的产生有参与时，衡平法可以因为该错误取消合同或否定履约指令。

77 如果合同条款没有记录双方共同意愿，或，有单方错误，而无错的一方涉及了不合情理行为时，衡平法还可以变更书面合同。赋予合同解释的重大作用减弱了，但并没有消除变更合同的重要性。

第七章 合同受阻

78 合同受阻是合同签订后发生了某个签约时不能预料到事件，该事件会使双方的原合同权利义务从根本上变得不同，致使合同不能继续履行。无论双方如何期望，合同自动解除。



79 合同受阻理论与共同错误理论有些相同，两种情况都涉及到双方当时的推定（而非合同条款）后来演变为与双方的推定有了根本变化的问题。双方原来的合意不会延伸到实际的或新的情势，在此基础上产生救济。

80 如同共同错误一样，主张合同受阻也需要三部曲的测试。第一步，当合同条款对阻碍事件带来的风险承担已经有了明示（条款必须完整和全面）或默示的分配，（尽管双方会预计到风险发生但没有确定义务，它们也没有事先分配风险，仅仅简单地打算事发后由法庭去确定合同是否受阻）合同受阻就不能成立。

81 第二步，如果受阻为主张受阻一方的自愿行为导致了下列情势，合同属于自导的受阻（索赔方的过错所以受阻不成立）。（1）违约，（2）预期违约，（3）就履约还是违约做出的选择，（插入因素使得主张的一方不能履行自己的全部合同义务，任何一个关于履约的选择都会阻碍主张合同受阻）。

82 第三步，受阻事件必须严重地改变了双方承诺过的合同权利和义务，比如履行变为（1）非法，（2）物理上做不到或产生实质上的变相，或丧失了合同目的。其范畴可以有重叠，严重改变要看其程度。

83 根据《1943 年法律改革（合同受阻）法》第 1 条第（2）款，付款的一方有权索回受阻前支付的合同价款；还可以止付到期但没有支付的那部分价款。但是受款方有权为自己从应退的价款中冲销合同受阻前自己以履行合同为目的发生的“合理”使费。

84 根据《1943 年法律改革（合同受阻）法》第 1 条第（3）款，当事方可以索赔受阻前其履约行为给对方带来的“合理数额”的非金钱利益。法院必须考虑全面情况，包括给与好处的合同价值，受益方为相互履约的花费，受阻事件对交易好处的影响力。“合理数额”不得超过交易好处的价值。

第八章 胁迫

85 对胁迫的认定是逼迫的一方应受指责的行为，诱导索赔方同意签约，而不仅仅是索赔方的意愿被压制。

86 胁迫的要件是：

逼迫的一方实施了非法的压迫力。

该压迫（或诱导）促使索赔方进入了合同。

索赔方没有可行的选择，只能屈从其要求（虽然这一点仅在经济胁迫案件中为特别要件）



87 对个人的胁迫总会涉及到非法压力；如果威胁是受害者决定签约的缘由，因果关系成立。

88 对财产的胁迫也会构成非法压力。如果威胁是受害者决定签约的主要原因，即使有过签约考虑，因果关系也成立。

89 实践中，最重大最困难的类型是借违约之威胁引发的重谈合同的经济胁迫。这类威胁被认为非法。胁迫仅在索赔方不能满足因果关系的较高要求（至少达到“要不是”程度）或他另有可行的选择情况下才不被认可。这种认识也面对批评。质疑的焦点是查问几个问题去看逼迫的一方的威胁是否有合法性：（1）出于善意，（2）为完整地履行其合同义务，他有一个可行的重谈合同的选择权。

90 合法的行为下的威胁（不签约或放弃存在的权利，或诉讼）通常是合法的。但是如果“不道德或不合情理”，该威胁就是不合法的。间接的例子是敲诈行为，救助案例和威胁告发，或披露案情等在传统被认为的实际不当影响。在 Time Travel v Pakistan 一案中，最高法院认定以非法措施引诱他人弃权也属于胁迫，哪怕该非法措施没达到恶意之要求。

91 正统观念认为重大不公平（交易过程中的）与胁迫案子无关。但是如果能构成非法威胁和与威胁有因果关系的证据，胁迫就会成立（即使在“需要”的标签下）。

第九章 不公平 不当影响 非商业性担保 不合情理的交易

英国法目前对于不公平的考评采取逐案考虑而不是一般的笼统原则。

不当影响

92 不当影响会发生于两种情形中。（1）索赔方的不情愿同意；（2）被告的错误行为。有最近的判例。

93 英国高院对 Etridge 一案做出判决之前，不当影响涉及两类情形。

第一类：真实的不当影响。

第二类：推定不当影响。进一步分为：

2A：能引发对影响关系的自动推定的关系。

2B：需要去证实的影响关系。



要证明有影响关系（2A 或 2B 类型）和明显不利的交易，被告方要去推翻不当影响的推定，就要证明索赔方正常地同意了合同，通常是举证证明他自己有过咨询。

94 Etridge 一案之后，就只有一类不当影响了。提出双方关系过程中“缺失保护”。主张不当影响的一方负担全部举证责任，除非能够证明被告：

施加了不当压力，例如欺负或情感敲诈（这反映了过去的第 1 类，减除属于合法威胁下的压力）。或：

在交易中，在偏重自己利益的同时，没做到维护索赔方的权益，而是偏重自己的利益。（这反映了过去的第 2 类

95 不当影响仍可以“推定”。但在以下两者间要有区别：

法律推定会在一些应受特别保护的关系案子中要求举证责任倒置（过去的 2A 类）。和，

证据方面的推定类同于事实自证规则，只能由法院根据关系对需说明的交易之影响的证据做出合法推论；于是举证责任就转移到了被告，被告要去证明索赔方是在“知情和自主”下同意了合同。如果不发生举证责任倒置，该责任一直都在原告一边。

96 对不当影响的救济，除了受限于通常的阻碍，是解除合同。但仍有对复原不成程度上的疑虑，存在是否可以适用金钱损害赔偿和改变地位的辩护去替代和解决复原不能的顾虑。

非商业性担保

97 当一方在债务人的不当影响或误述，胁迫的诱导下为他人提供了非商业性债务担保时，出借款项的一方就不能执行这个担保，除非出借方有以下合理行为：（1）直接告诉过担保方去寻求独立的咨询并确定过咨询人身份；（2）向咨询人披露过必要的财务信息；（3）咨询人确认担保人明白那笔交易的性质。

98 上述理论因案件的特性而得以确立。就是出借人明白是一笔单方的，非商业性质的交易。

99 对此的救济是解除合同，而且不可以部分取消。但尚不能确定地位变化的抗辩是否可以适用在取消合同上。

不合情理交易

100 下列情况为不合情理合同：

诺亚天泽保险经纪

青岛市崂山区香港东路 195 号上实中心 7 号楼 6 楼（邮编 266061）

电话：+86 532 82971085 | 邮箱：marine@tnzconsult.com

网址：<http://www.tnzconsult.com>



主张的一方处于无交易行为能力。

被告方主动或被动地，背离道德地利用了该情势。

达成的交易对索赔人有明显的远患，而且之前没有过足够的，独立的咨询。

101 不合情理交易成立的基础是利用了他人弱点，条款上反映了交易的重大不公平。

102 不合情理交易学说在其他普通法辖地，如加拿大，澳大利亚国家会有较大的，不一致的认识。

第十一章 识别和解释合同条款

103 对当事人缔结一个合同的预期的失望，法律的应对是要看该预期的状态。如果该期待体现在条款中，法律会旨在支持那个期待；如果期待仅出于一个陈述，法律则会消除因依赖该陈述蒙受的损害。

104 如果双方将合同记录在文件上，口头证据规则会禁止当事双方援引合同之外的会添加，改变 或与合同相抵触的外来证据。但是如果该规则不会在实践中提供障碍，则会有许多例外。（除了 Shogun 案子之后身份识别错误的诉请）。

105 其中一个例外是提出有附加条款或附属合同。此类条款和合同会增加，变更，甚至与原合同文件的条款，包括免责条款有冲突；它们也会通过陈述产生救济好处。

106 合同当事人因签署一份文件而受到约束，无论当时他们是否阅读过或是否明白该文件内容，除非：（1）并非当事人意愿（2）误述，（3）修改，（4）出现其他无效因素，或（5）签字的文件不是合同。

107 下列情况下文件即使没签字也会约束当事人：（1）合同签订时或签订前已经告知过的并入文件。（2）被包含在具有合同效力的文件中；（3）提示的程度达到了条款一旦实施有严峻和不寻常意义。

108 即使文件没有被签署，当事人也会受到之前连贯做法或相关交易的特点的约束。

109 除了当事人间的明示条款，下列情况下也会被认为有法律上的默示：

特殊合同的语境（结合相关背景做出合同意思的解释）；或法院采用的法律（出于宽泛的公平考虑，描述合同关系范畴里的必要义务），依据成文法（比



如 1979 年货物买卖法），或根据习惯（如果习惯是确定的，众所周知的，被认为有约束力的，合理的，不抵触明示条款的）。

110 法院会适用默示条款机制去限制合同赋予的自由处置权，以履约需要诚信为由施加义务。

111 解释合同目前有一种从文字解释向语境解释的趋势。Investors Compensation Scheme v. West Bromwich BS 一案树立了一个规则，即，合同文件的解释要以一个正常的当事人在缔约时应该知晓了那些应该合理知晓的背景知识为准。

112 解释合同应看重当事人的意思，而不仅是字面的意思。如果背景和前后文指向“语言上有了错误”，法庭就不必给这些文字“自然和寻常的意思”，而是认可当事人原本要表达的平实意思。

113 然而，下列证据在解释合同文件时不得采用：当事人对其主观意图的辩解，双方之前的谈判内容和合同成立后双方的行为。

114 法庭传统上曾经对免责条款的解释怀有敌意。显明在：

有时候会适用严苛的针对原则（不利于想依赖合同文件的一方）

适用“根本违约”理论，或，

对疏忽和间接损失免责条款给予扩大解释。

115 上述不友好解释做法至今没有完全摒弃，但是在实践中由于《1977 年不公平合约法》和《2015 年消费者权益法》的出台，不合理的免责条款和其他不公平条款已经可以用成文法干预。

第十一章 对条款的直接干预

116 即使合同有效地收入了某个条款并对某事做了安排，但仍然要受到《1977 年不公平合约法》和《2015 年消费者权益法》的直接另行干预。

- 117 在适用上述议会立法时关注以下问题是有益的：

谁会因司法干预而受到影响？谁会受益？在这两部法律下哪些条款应该被重新审视？审视的机制是什么？保证其实施的机制是什么？

118 谁会受到影响？《1977 年不公平合约法》适用在“商务”中的责任，而《2015 年消费者权益法》会影响到“商人”的责任。



119 谁会受益？《1977 年不公平合约法》保护的是商务（非消费关系），而《2015 年消费者权益法》仅仅保护接受了格式合同的消费者（自然人）。

120 哪些条款应该受到审视？

在 1977 年法下：

根据该法第 S（1），那些规定疏忽造成人员伤亡可以免责或限制责任的条款直接无效。

其他免责条款如果合理，可以实施：

比如，对因疏忽导致的财产损失，非人员伤亡的免责条款。依据是该法的 S2（2）。

销售合同中违反了成文法的某些对非消费者的默示法律责任；但一些不利于消费者的条款（SS6-7）和违约（s3）会无效。

在 2015 年法下：

旨在免除因违反消费合同里的“视同和包括”条款下的责任的条款没有约束力。

“不透明”条款会适用针对原则。

根据该法 6（2），涉及标的物 and 价款的条款，如果是“透明和显著”的，则不属于应该重审的条款。

121 条款以平实和清晰的方式表明时，则是透明的。条款如果足以引起普通消费者的注意，令一个寻常的消费者领略到，这个条款就是显著的。

122 为了支持对消费者的保护，“主要标的物”和“价款”的范畴必须是狭义的。

123 免责条款的性质和作用是对产生的责任（如在 1977 年法下）的抵御，还是为了限制被告方的首要责任而去防止先产生那个责任？如果是后者，或两者没有区别时（两者仍有较大的争议），那么，（1）2015 年法对其非核心条款的覆盖会比 1977 年法对免责条款的关注更少扩大；（2）合同法律不是要直接干预合同实质上公平与否，而仅是要管控免责条款（次要救济条款）这个观念正在动摇。

124 什么是 1977 年法应该重新审视的“免责条款”？该法扩大了“免责条款”的范围，其包括：

诺亚天泽保险经纪

青岛市崂山区香港东路 195 号上实中心 7 号楼 6 楼（邮编 266061）

电话: +86 532 82971085 | 邮箱: marine@tnzconsult.com

网址: <http://www.tnzconsult.com>

29



根据该法 S11 (1) - (3), 阻碍索赔方举证的条款;

根据该法 S11 (1) 最后段落和 S3 (2) (b), 那些有意限制另一方义务的责任定义条款。

125 重新审视的机制是;

依据 1977 年法, 对该法列明的条款直接作废。

对 1977 年法列明的相关条款施加合理性要求, 和

根据 2015 年法对“非核心“格式合同条款进行不公平测试。(是否有悖于诚信, 条款是否导致重大偏颇)

前述两项在实践中可能会产生相同后果。两者都要求结合订立合同时的全部情况做出衡量。(程序上和实体上)

126 举证责任

在 1977 年法下, 企图依赖相关条款的一方必须去证明被质疑的条款是合理的, 举证要符合那些规则的要求。

在 2015 年法下, 举证责任在主张废除相关条款的一方, 去证明该条款不公平, 辅以几个指南和那 20 个明显不公平条款清单。

127 操作机制

在 1977 年法下, 由提出诉请的一方提起法律行动废除一个免责条款。

相比之下, 消费者可以提起法律行动。2015 年法还规定可以先行一步, 利用“市场赔偿机构“(CMA)或其他可用的”调整工具“申请禁令, 不许将来搬用被质疑的条款。他们还可以考虑投诉和接受商家做出的使用某些条款的保证。

128 除了 1977 年法和 2015 年法, 还有一些调整特型合同内容的消费保护法规。(例如 1974 年消费信用法) 普通法也有些学说直接干预合同的主旨(例如反惩罚性条款规则) 或允许法院变更他们的条款(例如救助报酬)。

第十二章 违约和终止合同

129 合同可以因为全部履行, 或双方协商一致, 或根据某个条款, 或根据法律规定, 或因为一方接受了对方的违约而终结。

诺亚天泽保险经纪

青岛市崂山区香港东路 195 号上实中心 7 号楼 6 楼 (邮编 266061)

电话: +86 532 82971085 | 邮箱: marine@tnzconsult.com

网址: <http://www.tnzconsult.com>

30



130 一方在没有合法依据情况下拒绝履约（毁约）构成违约。违约也会发生在一方不能履行其合同义务，或有瑕疵的履约，或履约不能（履约变得不可能）。违约不会自动导致合同的终结。它总是会赋予索赔方一个主张损失赔偿（也可能是履约指令）的权利，但是不一定会令受害方有权终止合同。

131 索赔方可以在对方毁约，履约不能或违反了其全部合同义务时终止合同。如果仅涉及违反了一部分义务，是否可以终止合同就取决于该违约行为是否足够“严重”，这要考虑被违反的条款的性质。

违反了“条件条款”（基础条款）时允许索赔方终止合同。

违反了“保证条款”（次要条款）时，不可以终止合同，但可以得到损害索赔权利。

违反了一个“中间条款”（“等待并观察”条款）时，如果该违约从实质上剥夺了索赔方的全部合同期待利益，才可以终止合同。

132 毁约和不能履约发生在履约期未届时，这被称为预期违约；索赔方有权终止合同（如果该违约足够严重）并立即索赔损失。

133 一方当事人可以因为自己的履约期未届而暂不履约（不要因为对方的违约而终止合同）。原因是：（a）某个随机条件尚未生成（合同的存在需依赖某事件，但双方都没有义务去促成该事件），（b）自己的履约要依赖于另一方的“全面”履行一个承诺过的，但实质上尚未成就的条件。

134 合同条款的分类取决于成文法，当事人的明示协议，有约束力的判例，或司法可以确定的当事人的默示意图。法院有权诠释当事人使用的“条件”或“保证”文字是否有术语技术上的意思，也有权利诠释同意了的术语条款的范围和效力。

135 没有专门归类的条款有可能是条件条款，如果它涉及单纯履约，或它清楚地规定了时间和次序，而对其的违反只有一种方式并且对于合同是致命的，或该条款对商事的稳定性是必须的。如果对条款的违反会有多种方式而且严重程度不同，如逾期履约，主义务已经履行，或义务规定得较宽松，该条款有可能是中间条款。

136 选择终止合同必须清晰，不模棱两可并表达给了违约方。只要他拥有合法的终止权，索赔方不必给出他的真实的或真正的终止理由。终止合同，还是确认合同的选择一旦做出，是不可撤回的。

137 合同终止会令双方解除继续履约的义务，而违约者要承担赔偿损失的次要合同责任。相比之下，在下述情况中双方没有了剩余的合同责任：（a）合同因



受挫而解除(b) 取消合同，回到合同前的地位（有误述），虽然有时会产生返还已得利益的责任。

138 当事人可以选择不终止合同，而选择确认合同并诉请赔偿，除非合同的履行需要对方的配合或者该当事人对继续履约没有一个“合法利益”。

第十三章 损害赔偿

139 最普遍并广泛使用的违约赔偿是索赔期待利益损失。只要金钱可以弥补，要将索赔方置于视同于合同被适当履行了一样的地位。不要求去惩罚违约方，参照下面的第 145 到 147 条，法律一般也不保护索赔方的依赖利益或返还利益。

140 对期待利益的衡量：

通常是考虑“价值的减少”，就是索赔方原本可以得到的利益与他实际得到的价值之差。

另一个办法是，如果不会导致不合理的话，损失可以通过“补救成本”来衡量；但要考虑以下情况：

索赔方缔结合同时的非金钱目的。

他们的补救意愿；和

补救花费与补救带来好处的对称性。

当价值没有减少和补救花费不合道理，但索赔方蒙受了非金钱损失（他不愁有顾客）时，根据 Ruxley v. Forsyth 一案判例，索赔方可以得到“失去欢乐”的救济。

141 当损失为可期待的金钱损失时，一般的规则是限制非金钱损失索赔，除非（1）合同的主旨和目的是索赔方获得欢乐或减轻痛苦，（2）损失属于人身伤害的后果或不适，（3）索赔方有声誉损失，但不当解雇行为损害到当事人重新就业前景例外。

142 当合同是为第三人的好处而订时，一般来说即使对方违约，接受承诺的一方也不会蒙受可以赔偿的损失。但是，“McAlpine v Panatown”一案树立了“宽松依据”理论，为判给被承诺人因为被告方违约的损失赔偿（包括非金钱利益）奠定了基石。



143 只要不是太偶然，太遥远，索赔方还可以追索间接损失。只要是被告方在缔约时能够预见到或应该合理预见的损失都不属于遥远损失。以下情况可能因违约而产生很大的可能性：

在通常的事物发展过程中（取决于行业特点）

被告方对索赔方的特殊情况有知晓。

除非有情况表明被告方不承担索赔方的这种基由的，而仅是其他基由的责任。

144 索赔方必须减少可避免的损失。

他们应该采取合理行动减少自己的损失。

损失通常从违约时计算，违约时刻也是索赔方的减损义务应该开始的时间。

如果索赔方自己的行为不当导致损失增大，索赔会打折扣（构成共同疏忽）。
或：

违约后的插入因素也能影响索赔。

145 当索赔方交易的是一笔赔本的买卖时（履约成本高于合同利益），他不能避开期待利益去索赔依赖利益损失。由于有利润的交易才会涉及到期待利益赔偿，当无法证明交易为亏本交易，而期待利益也很不确定时，索赔人方可选择索赔依赖利益损失。

146 做为期待利益的替代，索赔方可以主张被告返还在合同因违约而终止之前，履约使被告获得的好处。（金钱损失索赔应该考虑约因的缺失）。

147 虽然 Attorney General v Blake 一案允许受害方在损失救济不足够，或阻止对方因违约而受益具有“合法利益”等极端情况下可以索赔违约方的违约好处，通常法律不支持索赔违约方的违约收益。该案的裁判依赖了法官的自由裁量权，该案对违约的被告 Blake 先生的违约好处可追额度充分考了他的超大获利程度因素。然而，英国最高法院在后来对” One Step “案的判词宣示了将来很难再有类似的判赔。

148 在“ One Step “案中，做为违约时的赔偿性复原的替代措施，最高法院限制了可以磋商的损害赔偿范围（比” Wrotham Park 案损害赔偿 ”更合适的术语）。仅可选用：

损失赔偿替代履约指令或禁令。



当违约涉及侵害了索赔人的财产权利时，损失赔偿幅度可以参照该财产丧失的“使用价值”，或；

某些情况下违反合同权利等同于侵犯了财产权利，也就是，对其的违反能导致与该权利的经济价值相等的，可以识别出的损失，哪怕不存在通常可以计量的出的金钱损失。

149 合同法对索赔方的履约利益保护有适格考量：

补救的花费可能会被否定。

损失赔偿会因为有遥远性，减损，插入因素，共同疏忽和损失评估节点等因素而减少。

损失索赔会因非金钱利益或履约为了第三人好处而不被支持。

然而，增加对索赔方履约利益的保护的倾向是明显的：

增加了对非金钱利益损失的认可。

“ McAlpine v Panatown ” 一案树立了“宽松依据”理论。

对追索违约方的收益和商定损害赔偿有破例的认可。

第十四章 特别损失和商定损失

150 索赔一个商定好的金额，（1）出于索赔方已经完成履约，或一个（2）发生了不属于违约的其他事件，此类的索赔都属于债的索赔。第（1）项属于诉请履约指令。债的索赔的好处是不受限于减损规则和遥远性测试，索赔方也不需要去证明因果关系，也与惩罚性损失的约束无关。

151 对比之下，只有法院才有权给与非金钱请求的履约指令。对这种救济的给与有多角度的考量，尤其关乎：（1）金钱赔偿是否已经足够，（2）能否履行的不确定性，（3）持续监管的需要，（4）合同的本质是私人服务或去从事某事，（5）对违约方有不妥困苦，（6）继续履行属浪费资源。

152 防止违约威胁的禁令（阻挡作用的禁令）和较少见的，用来消除对一个消极保证的违反的禁令（强制性禁令）也属于法官自由裁量权下的救济。阻挡性禁令的适用比履约指令更加广泛。但是当其能间接地起到履约指令的作用，而履约指令不应该直接签发时，该类禁令就会被否决。

153 法院也有自由裁量权以决定是否用损害赔偿去替代禁令和履约指令。



154 当事人不可以约定用履约指令的救济去取代法院的决定。但约定禁令救济会容易被接受。

155 当事人可以尝试约定好违约赔偿金额去取代法院的赔偿裁判。如果构成约定损失（违约给索赔方带来的损害的真实预计），无论该约定损失金额高于或者低于实际损失金额，该协商过的赔偿条款是可以获得执行的。

在 *Cavendish v Makdessi* 一案中，最高法院认为在下面情况下即使协商好的赔偿金额高于真实预计损失金额，且旨在威慑对方不去违约，该协商损失条款仍可以执行。如果：

索赔方除了有权索赔损失，在威慑对方不去违约方面有一个“合法利益”。

该条款与受益在比例上不会“过度夸张或肆无忌惮”。

协商好的赔偿条款仅在下列情形下受到惩罚规则的制约而变为无效：

不属于真实地预计的索赔人损失金额。

旨在恫吓对方不要违约，但索赔方对此行为并不持有一个“合法利益”。或：

虽然有一个“合法利益”，与该利益相比，确定的金额“过分夸张和肆无忌惮”。

156 惩罚规则适用于：

议定支付（或财产转让或否定会欠的账金）。

定金条款。

没收条款。

往往会有不涉及违约，而是针对某事件发生时，具有同样功效的条款想去逃避惩罚规则。

157 如果属于合理定金（做为履约的保证），无辜方可以保留预付款（属于对违约方的罚金）。如果违约方有了赔偿责任，而该价款属于合同的应付价款的一部分时，该价款应该退还。如果该款是为已经发生了的服务，则不必退还。

158 如果针对财产的分期付款而买方已经准备好在宽限时间支付完结，法院会免除对已付期款的没收。如果罚金完全不合情理，即使买方没有准备或愿意完全支付，免除没收仍然适用。



第十五章 诚信

159 “诚信”的定义并不稳定。然而，有权威说法是为了平等，它涉及到尊重另一方的合法利益。其表现为：

善意，和：

公平交易，和尊重达成的合同；

维护合同目的。

160 英国法中支持诚信的说法有：

英国法已经涵盖了诚信原则。

它会提升透明性和一致性。

它已经被许多民事法律甚至普通法管辖地认可。

它会保障合同的达成使得当事人更放心地缔结合同。

161 认为英国法不认可诚信的呼声有：

干预了契约自由原则。

不属于法院该认可的议题。

它不稳定。和：

当法律调整涉外合同关系时，会使得英国法不那么有吸引力。

162 诚信的采用要通过三个不等的进程。

做为一个独立的诉因。

做为一个创造新学说和扩展已有学说的积极启发去契合那三大要求，或

做为一个凸显现行法律的一个可说明的，有机的和合法的原则。

163 诚信有如下特征：

可理解为外部施加的要求或当事人内部推定；

诺亚天泽保险经纪

青岛市崂山区香港东路 195 号上实中心 7 号楼 6 楼（邮编 266061）

电话: +86 532 82971085 | 邮箱: marine@tnzconsult.com

网址: <http://www.tnzconsult.com>

36



可为自由和自利留存很大空间；

根据社会和法律文化而变化；

微调并与普通法的完善保持一致；

可由现有法律学说表达，它的适用随着问题合同的类型而不同。

164 对需要善意，公平交易和忠实于合同目的诚实信用要求，其强度在涉及到以下种类合同时加重；

公平价值交易合同

共生关系合同。

涉及到公认的谈判能力不平等的合同。

涉及到信托关系合同。

Edited by Dr. Zheng Rui , Shanghai Maritime University , China

中国上海海事大学郑睿博士编辑

上述文章仅供读者参考，如需帮助请联系我们或咨询专业律师。

电话：0532-82971085

邮箱：claim@tnzconsult.com

info@tnzconsult.com

marine@tnzconsult.com

[免责声明] 本文仅代表作者个人观点，与诺亚天泽保险经纪月刊无关。诺亚天泽保险经纪仅翻译、转载，免费分享给大家，其原创性以及文中陈述文字内容和图片未经本刊证实，对本文以及

诺亚天泽保险经纪

青岛市崂山区香港东路195号上实中心7号楼6楼（邮编266061）

电话：+86 532 82971085 | 邮箱：marine@tnzconsult.com

网址：<http://www.tnzconsult.com>

37



其中全部或者部分内容文字、图片的真实姓名、完整性、及时性本刊不作任何保证或承诺，请读者仅作参考。如果因此而产生法律纠纷，与诺亚天泽保险经纪月刊无关。如涉及侵权等相关事宜，请联系我们会在第一时间删除。

诺亚天泽保险经纪

青岛市崂山区香港东路 195 号上实中心 7 号楼 6 楼 (邮编 266061)

电话: +86 532 82971085 | 邮箱: marine@tnzconsult.com

网址: <http://www.tnzconsult.com>

38

