



阅读次数：714

## 论英国法中的合同默示条款

苏号朋、朱家贤

作为英美法系的主要代表之一，英国法尤其是英国的私法部门中有许多方面都和大陆法系的相应制度不尽相同甚至迥然相异。在英国的合同法中，合同默示条款制度是一个能够充分说明英美法系特点的内容，亦是推进合同法发展的重要源泉。笔者拟探讨一下英国法中的合同默示条款，以期有助于深受大陆法系影响的中国合同法思维之更新。

### 一、英国法中合同默示条款的含义

双方当事人经过协商，通过一次或数次要约和承诺的过程，并支付法律允许的相应对价之后，合同宣告成立。在此之后，当事人仍然需要确定该合同所确立的双方权利义务的范围，而这一程序则是通过审查合同的条款来完成的。当事人首先考察的应当是合同中明确规定的明示条款（express terms），这是确立当事人权利义务的基础。但是，并非所有的合同内容都需要以明示的方式规定在合同之中，完全依照合同中的既存条款去确定该合同所及的范围。实际上，当事人往往是以某种商业或地方惯例为其订约的背景，该惯例的内容已由当事人双方默示地接受而作为合同的一个组成部分。因此，仅仅依靠对合同明示条款的考察而不进行综合衡量往往会减少或改变当事人权利义务的范围。除了惯例以外，某些成文法的相关规定也因其所具有的强制性效力而附加到合同中去，不管当事人对该强制规定是否知晓，有时甚至会与当事人的意思相悖。最后，法院在审理案件过程中，也会将其认为当事人忽略的、但解决纠纷所必需的条款嵌入到合同中去。所有这些惯例性的、成文法规定的以及在司法过程中确定的默示条款（implied terms）都应当是合同的组成部分，并和当事人确定的合同明示条款同等重要。

在历史上，英国法中的合同默示条款是法院弥补当事人意思表示不完善时的灵活工具。同最早进入自由资本主义时期的其他国家一样，在18、19世纪，在个人主义的哲学思潮和自由主义的经济思维影响下，合同自由及与此相关的意思自治原则成为支配英国合同法的基本原则，充分尊重当事人的选择成为法律最基本的使命，法院不得强制执行当事人订立的合同。但是，一旦发生合同纠纷，而合同中所规定的明示条款又无法适用于该纠纷时，为了使该纠纷得以解决，法院就必须充分利用普通法系的灵活机制，将默示条款纳入合同内容之中。从一定意义上来说，默示条款的广泛运用并作为修正合同的工具实际上是对意思自治原则所作的某种程度的否定。从另一层意义上来讲，默示条款又是意思自治原则与法院行为相调和的中介。〔1〕

毋庸置疑，明示条款是构成合同内容的基础，是合同最基础的构成部分。因此，作为凭借外在因素而纳入到合同之中的默示条款从效力上来讲，不当超越于明示条款之上，或者如有的学者所言，与明示条款具有同等的约束力。〔2〕其重要功能并不在于否定整个明示条款的效力，而只是在于改变其不合理之处。有学者认为，如果默示条款与明示条款发生矛盾，应以明示条款为准；并且在诉讼中确定默示条款时，法庭也应充分尊重当事人的协商，往往不代替合同当事人确定合同内容。但根据英国的成文法，某些法定默示条款则具有优于明示条款的效力。〔3〕

运用默示条款来处理合同纠纷必须遵循两个前提条件：第一，只有在合同有效成立后才能适用订入默示条款的程序。如果合同的订立过程尚未完成，法院不应当运用默示条款来解决纷争。第二，应当强调的是，如果当事人双方在合同中订立了明确无误、毫不含糊的明示条款，则法院不得推定适用与此相反的默示条款。另外，法院在审理过程中，为了考察当事人的推定意思而适用默示条款，应当综合衡量贸易惯例和其他习惯作法、当事人的行为，将“商业效用”纳入合同的必要性等。

### 二、依惯例而成立的默示条款

尽管当事人没有明确约定，但合同仍应当受到依照惯例而成立的默示条款的限制，而不论这种惯例是

商业中的还是其他领域的。即使惯例是一种当地的通常作法，也是应予以支持的。帕克男爵在1836年作出的一个判决中阐明了将默示条款纳入到合同中去的可能性和理论基础。〔4〕他说，在商业交易中，长时间以来形成了这样的传统，即使当事人在合同中未加规定，外在的惯例和通常做法亦可以附加到书面合同中去。这一规则对惯例已经形成并占据优势地位的其他人身性质的交易同样适用。之所以如此动作，是建立在下列推定的基础之上：即在這些交易中，当事人并未把具有约束力的条款完全以书面的形式表达出来，而是参照适用那些已知惯例的内容。该判例在英国合同法的发展历程中非常重要，它使得法官将惯例作为默示条款纳入合同之中成为可能，从而打破了普通法的僵化，使纠纷能够得到合理的解决。尽管这一判决是针对书面合同作出的，但同样适用于口头合同引起的纠纷。

正因为将惯例纳入合同是建立在当事人有此意愿的推定之上，所以，如果当事人以明示条款采取了与惯例相反的选择，则不得再适用惯例。在此情形下，应当认定当事人在认真衡量了通常做法的利弊之后，决定采取与之不同的措施。从这一意义上来说，适用惯例在于完成法律的使命而不在于破坏法律，它不能与合同的明示条款相冲突，而是完善它们并协助实现其目的。在1958年的一个案件中，詹肯斯勋爵强调了在将惯例纳入合同之前对其所应进行的积极和消极两个方面的测试：首先，只有在合同没有以明示或必要的默示条款排除惯例适用的情况下，才能将一个认定的惯例作为合同的默示条款；其次，只有惯例与合同的总体意旨相符合，才能适用惯例。〔5〕

一旦所用惯例满足了这些测试而成为合同的默示条款，其意义是非常深远的。法律就是以惯例为基础而演化发展的。刚开始，一个特定的做法已经存在并且合同当事人均承认其约束力。其后，法院认定这一行为在商业或某个地域内占据优势地位，构成了所有此类合同的基础，除非当事人明示排除其适用。最后，这些做法为立法所接受而成为处理类似案件的标准规则，惯例开始成为立法文件。因此，即使我们说现代商法中的绝大部分内容是建立在惯例基础之上，也是不为过分的。法律与其说是由法官或议会从外部强行推演的，不如说是商业便利和地方风格的结果。惯例的这一发展历程可以在商法的各个分支中显示出来，例如，当普通法法院的法官们忙于应付海上保险中的各种问题时，他们往往使用依据案件的背景材料来解释保单条款的处理方法。

### 三、依成文法之规定而设立的默示条款

某些成文法的规定可以作为合同的默示条款。除非当事人在合同中订立了合法有效的排除适用条款；否则，这些成文法的规定无需顾及当事人双方的意思而予以适用。这样一种设立默示条款的方式在货物买卖合同的发展史中表现得最为明显。在此类合同中，买卖双方往往会在合同中没有明确规定某些内容，以至发生争议。起初，普通法法官拒绝将当事人未明示订立的条款嵌入合同之中。随着时间的推移，商业惯例开始承认在货物买卖合同中存在卖方应承担的某些默示义务，从而逐渐修正了上述作法，并具体形成了以下规则：在一凭样品进行的买卖（sale by sample）中，存在着卖方所交的货物在品质方面必须与样品相符以及买方有权对货物进行检查以确定是否与样品相符的默示条款；在一凭说明进行的买卖（sale by description）中，货物不仅应与说明相符，而且还应具有“可销售性品质（merchantable quality）”。另外，如果买方要求货物应满足其特定用途并且相信买方凭借其技能和判断能够提供此类货物，除非卖方明示规定保护其自身权利的条款，否则，就应推定他接受了该附加义务。不过，在确定货物买卖合同中卖方是否默示地承担了转让一个无任何瑕疵的货物所有权的问题上，仍然多有踌躇。在1849年，帕克男爵仍然拒绝承认该默示条款。〔6〕但在1864年，厄尔法官却认可了这一默示条款的存在。〔7〕其后，厄尔法官的观点占了上风。

1868年，当本杰明出版有关私有财产买卖方面的论文集第一版时，他已经能够认定法院完成了吸收商业惯例的工程。到那时为止，关于在货物买卖合同中卖方究竟应承担哪些默示义务的确定问题已经彻底解决了。将这些默示条款以立法形式固定下来的时机已经成熟。于是，1893年的货物买卖法（the Sale of Goods Act 1893）将法官在实践中逐渐接受下来的各种默示条款作出了规定，只要当事人在合同中没有表示相反的意思，这些默示条款就成了合同中必不可少的内容。

从根本上讲，1893年的货物买卖法是货物买卖中普通法的成文化。该法的大部分规定只有在当事人未作出相反表示时方可适用到合同中去。关于卖方对货物所有权和货物品质所应承担的义务，由该法第12~15条的相关规定予以调整。但是，如果当事人有相反的意思表示，则可排除这些条款的适用。而且，卖方的确是经常寻求各种方法以避免承担这些义务。

现在，1893年的货物买卖法连同其后的修正条款都合并到了1979年的货物买卖法中，成为英国调整货物买卖合同最基本的成文法，与普通法一起共同调整货物供应合同。

在1893年的货物买卖法中所提供的有关默示条款的规定被以后的调整租买合同（contract of hire purchase）的立法所发展。为了满足不能一次全部付足价款的顾客的需要，英国的制造商和销售商

开始与顾客订立租买合同，由顾客分期付款，并由顾客在付款之初即占有货物，但在最后一次货款付清之前，仍由供应商拥有货物的所有权。通过这种机制，供应商希望能够保护他们对货物的所有权，即使顾客在付清货款之前已经将货物卖给了另一诚实的买主。但是，根据1889年的代理人法第9条及与此相仿的1893年的货物买卖法第25(2)条的规定，如果某人同意购买某物并且已经卖主确认而实际占有该物，则他完全有权向另一善意购买人或抵押权人转让该物的无任何瑕疵的所有权。这样看来，供应商意欲通过租买合同保护自己的企图便与法律的规定发生了冲突。为了避免这种结果的发生，英国上议院在1895年的一个判例中确立了新的规则。(8) 它认为在租买合同中，买方并没有承担购买的义务，而只是拥有了一种购买优先权(an option of purchase)。因此，他并没有“同意购买”某物，从而不得适用1889年代理人法第9条及1893年货物买卖法第25(2)条，货物的所有权也并没有转移给买方。在这个判例中，上议院将租买合同的性质定为“附优先购买权的寄托”。

进入本世纪，随着租买业务以及个人消费的增加，迫使零售商必须以信贷公司(financial company)为中介来开展租买活动。早期仅有供应商和顾客参与的租买合同已经演化为以供应商、顾客和信贷公司三方为当事人的复杂体制。如果顾客欲以租买方式从零售商那里购得一部汽车，零售商不应直接与顾客签订租买合同。他要首先将车卖给信贷公司，然后由信贷公司将车以租买形式出租给顾客。在这一体系中，存在着三个合同：零售商与顾客之间的“次要”或“初步”合同('collateral' or 'preliminary' contract)，零售商与信贷公司之间的买卖合同以及信贷公司和顾客之间的租买合同。其中，占支配地位的当事人是信贷公司，而顾客一方的相对从属地位以及其大肆消费的欲望要求议会向其提供帮助。在此情势下，英国于1938年通过了第一部租买法。在这之后，英国又于1954年、1964年和1965年相继通过了三部租买法。不过，其中的任何一部都不适用于所有的租买合同，而只是调整那些“租买价格”低于某一特定数额的租买合同。

(9) 因此，英国存在着两种调整租买合同的机制：成文法机制调整在一定金额之内的租买合同；而普通法机制调整超过该金额的租买合同。无论是由成文法调整还是由普通法调整，都要将默示条款纳入到租买合同中去。法院在将默示条款嵌入到普通法租买合同中时，需要依赖于1893年的货物买卖法所提供的类似规定；而每部租买法立法时，立法者也要以以前的法律规定为基础。尽管依普通法和依成文法嵌入到租买合同中的默示条款非常相近，但并不一定完全相同。

1973年的货物供应(默示条款)法[the Supply of Goods (implied terms) Act 1973]大大发展了有关货物买卖和租买的默示条款。这一法律作出了许多重要的变化。首先，它修改了规定在1893年货物买卖法第12~14条中的默示条款。尽管这些新的默示条款是旧法规定的历史延伸，但它充分利用了80余年来的实践，对所暴露出的漏洞和不足予以了填补和救助。其次，新的默示条款连同1893年货物买卖法第15条的规定一起适用于全部的租买合同，不再受租买法中对调整范围规定的限制。最后，该法作出了内容广泛的规定，以限制或禁止卖方排除适用该法中所规定的默示条款的权力。其后，1982年货物和劳务供应法(the Supply of Goods and Services Act 1982)还规定了适用于服务、承揽、租赁等合同的默示条款，它们基本上与1979年货物买卖法的规定相近，此处不再赘述。

#### 四、由法院认定的默示条款

在诉讼过程中，法院有权在某些合同中置入其他的一些默示条款。近百年来，法院通常会在租赁带有家具房间的合同中加入“该房的状况应在租赁开始时适合居住”的默示条款。因此，如果房间因管道破损等情况而不宜居住，租房人有权终止合同并要求赔偿。在订立的将土地出卖并在其上建筑房屋合同中，这一默示条款(即所建房屋适于居住)仍然适用。但是，依据普通法的基本原则，这些默示条款可能会因为合同的准确无误的规定或因其与整个合同的明示条款不相符合而被排除适用。

在上述这些类似案件中，实际上是由法院决定哪些条款可以成为一个标准的租赁、雇佣等合同的内容。法院的审判过程完全独立于当事人的意思之外，除非他们以明示的方式排除了本应适用的默示条款。因此，法院是在根据它对案件情势的判断而将合理的默示条款纳入到合同中去，并对双方当事人产生效力的。

法院除了对上述几种特定类型的合同嵌入默示条款之外，还可以将默示条款规定嵌入任何类型的合同之中，以补足当事人协议的不足或遗漏。尽管当事人订立的合同毫无疑问会对其各自义务的总的界限作出约定，但他们往往会因疏忽或不了解而忽略了一些可能发生纠纷的细节。如果对这些忽略之处不加以修正，则可能会对他们之间的合同起消极作用。在这种情况下，法官有权推定当事人的意思而将某些必要的默示条款纳入到合同中去。在合同的规定出现空白之处时，则利用“商业效用”(business efficacy)规则补足合同规定。法官之所以这样做，是建立在这样的假定基础之上的：如果起初当事人已经考虑到了这一点，他们也会这样做的。在The Moorcock一案中，博文法官解释了“商业效用”这一默示条款的含义。

(10) 他说，我相信在所有案件中，都存在着法律规定的默示担保义务。法律将依照当事人的推定意思而确定默示条款，其目的是使交易具有当事人双方在任何情况下，都希望达到的效用。在诸如此类的商业交易中，法律通过使用这样的默示条款而达到的效果正是交易双方作为商人在任何情况下都欲达到的“商业

效用”。问题是，我们对当事人的意思作出什么样的推论。当他们对可能发生的、看不见的危险保持缄默时，留待法律去作出的推理应当是从交易的性质出发所作出的合理抉择。

“The Moorcock”一案在英国合同法的发展中具有重要的意义。正是通过这一判例，英国确认了法官在审理案件时适用合同默示条款和“商业效用”规则的权力。在其后的时间里，该判例不断被援引，其所依据的原则也在日趋完善。

1973年，皮尔森勋爵认为，只有在法院认为当事人有意将该条款作为其合同的一个组成部分时，才能将其作为合同的默示条款。如果有人建议在合同中订立该条款时，法庭认为当事人双方作为理性的人 ( reasonable men ) 应予以采纳还是不够的，该条款应当是不言自明的 ( it goes without saying ) 条款，是有必要将“商业效用”纳入合同之中的条款。它尽管是默示的，但却是当事人他们自己订立的合同中必不可少的部分。〔11〕

尽管经过了以上这些解释和发展，The Moorcock这个判例本身仍然充满生命力。这种通过司法程序置入默示条款的权力可以说是用来修正明显疏漏的非常便利的手段。但是，它有可能被利用过头，而且，实际上，这一作法已经不止一次地受到了律师的指责，认为它是法院在处理责任不明确的案件时所采用的、无可奈何之下的权宜之计。

注释：

〔1〕参见M.P.Furmston:《Law of Contract》,Butterworth & C o. ,1991,P.14.

〔2〕参见W.T. Major:《Law of Contract》,Pitman Publishing,1988, P.64.

〔3〕参见董安生等编译：《英国商法》，法律出版社1991年版，第55页。

〔4〕参见Hutton V Warren (1836) 1 M & W 466.

〔5〕参见London Export Corpn Ltd V Jubilee Coffee Roasting Co. ,[1958]2 All ER 411 at 420.

〔6〕参见Morley V Attenborough (1849) 3 Exch 500.

〔7〕参见Eichholz V Bannister (1864) 17 CBNS 708.

〔8〕参见Helby V Matthews [1895]AC 471.

〔9〕所谓租买价格，是指租买方依租买协议为租买某物而应支付的所有金额以及他在违约时所应支付的赔偿金、惩罚金等。

〔10〕参见 ( 1889 ) 14 PD at 68 and 70.

〔11〕参见 Trollope and colls Ltd V North West Metropolitan Regiona Hospital Board (1973) 2 All ER 260 at 268.

来源：《法商研究》(中南政法学院学报)1996年第5期

## 发表评论

用户名： ( 3 - 20个字符 )

电子邮件：

用户评论：

发表评论

重置

## 用户评论

目前还没有评论。欢迎您成为第一位评论者！

[中国法律文化](#) | [About law-culture](#) | [关于我们](#)

中国法律史学会 主办 中国社会科学院法学研究所 承办  
电话：64022187 64070352 邮件：[law-culture@163.com](mailto:law-culture@163.com)  
地址：北京市东城区沙滩北街15号 邮编：100720