

公益大讲堂

中国企业走出去：法律风险及其防控

杨良宜

2026年6月23日

“走出去”必须学习一套成熟的国际游戏规则：合同法

- “走出去”的中国企业更**有必要从源头学习没有系统学习过的国际合同法**：
 - 一. 把一份商业**合同订好**与**履行好**，以减少或避免昂贵的争议与仲裁，“**预防胜于治疗**”；
 - 二. 即使发生**合同争议**与需要以仲裁解决，可以站在高地谈判与大大提升胜诉机会；
 - 三. 合同**订得好**与**履行得好**，不仅受对方尊重，而且也可以减少对方动歪脑筋的机会（或是借机敲一笔钱或好处、或是遇到意外事件将不利后果转嫁给己方或是借机去合法逃掉一个不利的合同）等等。另订得好的合同会针对将来履行时可预见会遇到的问题或风险，并提前就安排好风险如何分摊，针对己方要负责的风险提前通过买保险或对冲等的做法来转嫁风险。有了合同的约定，在意外发生时处于不利地位的当事人就更会可能“认命”。这就令合同能够更顺利的履行、双方都有了一定的肯定性与避免扯皮。
 - 四. **能够把合同订好**，就需要：**(i) 熟悉有关商业交易**，才可预见会出现的意外或失预算并予以针对；**(ii) 熟悉合同法**，才会知道法律已经分摊好的风险（法律默示地位）或分摊的不明确之处，才能以合同条文（合同明示地位）去变为对自己有利。

“走出去”必须学习一套成熟的国际游戏规则：合同法

(2)

五. 能够把合同履行好

• 合同订立 vs 合同履行：

- 对于合同订立而言从谈判到订立合同的时间有限；参与的人士有限（一般是法务部与较高层人员）；往往有称职与懂行的律师参与谈判；可以采用标准格式合同，只根据具体交易进行相应修改。
- 合同履行期长达几年、十几年甚至几十年；公司大量员工共同参与，合同双方存在无数交往与互动，言行很容易被对方挑出毛病；在整个合同期雇佣律师参与履行的每一个步骤不现实。

• 合同履行中的危险：

- 员工水平不够，不看或不理解合同，只凭经验或常识履行；
- 合同包括明示条文与默示条文，同样的条文根据不同的背景/语境解释也会有所不同
- 履行时言行掌握不好轻重，太重可能构成**违约/毁约**，太轻则可能构成**弃权与禁反言**
- 不知道什么时候应该向公司法务部或律师求助
- 没有保留对自己有利的证据

• 需要企业自己：

- (i) 熟悉订立的合同内容，明白自己与对方作出什么承诺；
- (ii) 熟悉合同法，才会理解合同内容在法律下的正确解释，进而在履行中的大量言行才能掌握好轻重。不知道法律地位或红线划在什么地方，就不会知道何谓“轻”（带来的法律后果是“**弃权或禁反言**”）、何谓“重”（带来的后果是“**违约/毁约**”或“**拒绝履行合同**”被对方终止合同或索赔）。

“走出去”必须学习一套成熟的国际游戏规则：**证据法** **与 国际仲裁**

- 除非真正掌握了国际合同法与证据法，否则很难做到真正了解国际仲裁的“血肉”。无论如何努力学习，大家了解到的只是“骨架”。毕竟国际仲裁是为了解决国际商业合同的争议，不懂国际合同法就谈不上解决争议。
- **国际仲裁程序**走的是**证据程序**（evidential steps），在面对千变万化的双方对抗诉讼，只是懂机械式的仲裁程序不解决问题。只有熟悉证据法与背后的精神，仲裁程序才不会走错。
- 国际仲裁针对的是商业合同的争议，只有熟悉合同法，代表律师才能通过引经据典的说理去为当事人作出争辩。而**仲裁庭也只在熟悉合同法**才能做出一个**有理由的裁决书**（reasoned award），以利强制执行。
- 随着国际仲裁的蓬勃发展，目前全球无论仲裁地是哪里的国际仲裁，在做法上都在大程度的靠拢。《**联合国仲裁示范法**》、**IBA证据规则**等示范性法律或“软法”（soft law）都作出贡献。这种凭实践、经验与说理（真理越辩越明）带来的趋同主要原因是国际商业的目标只是寻找或建立一套“**最佳做法**”（best practice）来解决国际商业争议。由于受具有悠久历史的普通法的影响（只要有一定观察能力的人士，也可以从今天在国际仲裁中主导的仲裁机构仲裁员或代表律师的背景、伦敦是首选的国际仲裁地点[新加坡与香港特区是亚洲仲裁中心]等等就可发现），**国际仲裁中普通法诉讼程序的烙印无处不在**。

“走出去”必须学习一套成熟的国际游戏规则：证据法与 国际仲裁（2）

- “仲裁”是等同“法院审理”的“**司法程序**”（judicial process），最终目的/大精神是在当事人的争议与对抗中寻找“事实真相”。
- 法院或仲裁找出主要已经是发生了的“**事实真相**”，以维护法治社会对司法的信心。所以，不能好像一般市井之徒只靠“臆断”、“想当然”或看双方谁“故事讲得好”去判断。而是要根据**一套细致与不断改进以针对人性与实际做法的“证据法”去认定“事实”**。
- 有说法是“打官司”就是“打证据”。“仲裁程序”也如同法院诉讼程序一样，被称为“**证据程序**”（evidential proceedings）。
- 随着科技与通讯方式发生巨大变化，产生大量“**当场文件**”（contemporaneous documents），让仲裁员在认定争议事实的真相时有了更优质的证据。因此今天寻找事实真相，再不是主要通过事实证人的**交叉盘问**，而是看文件证据。除了己方的程序，在仲裁程序中主要就是通过文件披露，大原则是无论是对己方**有利或不利**的文件都要披露，因为**事实真相往往是藏在黑暗面里**。

“走出去”或“开放”必须学习一套成熟的国际游戏规则：**国际规管**

- 孙子的教诲：“**知己知彼，百战不殆。**”
- **国际公法**如中国重视的WTO、CISG等，谈判、立法、执行、争议解决等的有关方都是**国家**，考虑与斗智角力着重针对的只是政治、宏观与长远的因素。
- 但公司/企业**密切相关是国际私法**，也就是**国际合同法**（国际商业关系全部是一个个合同串联起来的）、证据法与国际仲裁。有关方都是有国际“文斗”（商场如战场）经验的商人，考虑与斗智角力是为了私利（国际商人都是贪得无厌，美其名曰“要为公司股东利益着想”）。但必须符合（可以钻空子）国际合同法（因为争议最后是要去国际仲裁决定谁胜谁负、这表示整个商贸游戏都是在一个法治的环境下进行）的因素。国际上一般的情况是**最精明（商业与法律的结合）人才是在国际私法/商法**，因为财富集中在这块，不在国际公法。相信在100间全球最大的跨国律师事务所（英美为主），难去找到一位靠国际公法生存的合伙人，主要都在国际私法（诉讼律师或非诉律师，后者只是不熟悉国际仲裁）。
- **国际规管**是公私兼备，有关方是规管机构与商人，双方的“文斗”考虑与斗智角力也是与国际私法/商法大致相同。规管机构如果“技不如”精明的商人，就无法去好好规管了。所以不少规管机构的负责人是去聘用专业律师，规管机构的官员也会被吸引去做专业律师，也就是**西方国家的“旋转门”**。

“走出去”或“开放”必须学习一套成熟的国际游戏规则

- 涉及跨国的商业活动，适用的私法的主导是源于英国的普通法。在二战与全球化后，普通法系的国家和地区，如英国、新加坡、中国香港特区，相互吸收与借鉴，也吸收了传统大陆法系的欧洲的做法，形成了一套以普通法为基础的国际通用的“最佳行事方式”（best practice）。
- 在国际商业的范畴不熟悉国际私法（与这一套法律的“数理化”基础带来的超越性国际思维与判断力）是难以生存，更遑论发展壮大。
- 目前的现状是“走出去”的中国公司90%以上没有接受过国际游戏规则特别是国际合同法的系统培训，而面对的外国公司刚好相反，希望10年内能扭转这个劣势。

国际游戏规则：普通法/英国合同法

以中国合同法不明确/欠缺的两方面内容为例

- (1) 明示条文与默示条文
 - (2) 弃权与禁反言
-

过度强调所谓“公平合理”的危险（1）

- 中国法律有**诚实信用原则**。而诚实信用原则又被称为是民商事法律中的“**帝王条款**”或“帝王规则”，一切民商事活动都受到该帝王条款的约束。
 - 《中华人民共和国民法典》第7条规定：“民事主体从事民事活动，应当遵循诚信原则，秉持诚实，恪守承诺。”《中华人民共和国民法典》
 - 第151条规定：“一方利用对方处于危困状态、缺乏判断能力等情形，致使民事法律行为成立时**显失公平**的，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构**予以撤销**。”
 - 曾经的《中华人民共和国合同法》第54条更是规定可以变更合约：“下列合同，当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销：……（二）在订立合同时显失公平的。一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，受损害方有权请求**人民法院或者仲裁机构变更或者撤销**。”

过度强调所谓“公平合理”的危险（2）

- 这与国际商业社会的做法与预期是**矛盾**：
 - 法官或仲裁员只能严格限制在解释合同，而**绝对不能“改写合同”**（rewrite contract），因为他不是订约方。而且有关的合同会被许多第三人依赖（如融资的银行），如果法官或仲裁员改写，会颠覆肯定性与目前整个国际商业社会的认知和做法。**缺乏肯定性才是最不公平合理的法律**。
 - 法官、仲裁员不是无所不知的神仙；他们每一个人也有自己对何谓公平合理不同的一把尺。只关注**个案的公平合理**，是**不会建立起一套可遵循的法律制度**，太不肯定而令国际商业人士无所适从。
 - 法官、仲裁员有太大的裁量，违反法治大原则之**“法律，不是裁量”**（Law not Discretion）。
- 因此英国法或香港法下并没有像中国内地的“诚实信用”的“帝王规则”。相反，英国法下**主要通过两种理论**确保商业的公平交易：“默示条文/默示地位”（implied terms/implied position）、“弃权与禁反言”（waiver & estoppels）。

明示与默示条文

- “明示条文”（express terms/clauses）与默示条文
 - 合同的**明示条文**是订约方以书面或口头形式明确做出同意的意思表示的条文，也覆盖了绝大部分订约方的权利与义务。是“**意思自治**”与“**订约自由**”的体现
 - 无论订约方如何精明谨慎，花费多少时间与金钱在订立合同上，也**做不到事无巨细的预测**并涵盖所有将来在履行中可能发生的事情与争议
 - 当合同双方发生争议时，如果**明示条文不能充分地解释**合同下的权利义务，就需要考虑是否存在订约方没有明示的内容也构成合同的组成部分，即用**默示条文填补合同中的空白**
 - “明示条文”**超越**“默示条文”，默示条文作为明示条文的补充
 - **只有违反公共政策、违反法律强制性规定的时候“明示条文”才会无效**。除此以外，即使**再不合理、完全对单方面有利的内容，也可以用清楚的“明示条文”予以约定**。相比之下“默示条文”要追求**整体合理**，特别是事实默示要求**假设在订约时提出的话双方都会接受**。
- 不同类型的默示条文
 - **法律的默示**（implied by law）
 - **事实的默示**（implied by fact）

不同的默示条文：法律的默示

• **法律的默示**

- 一致适用在某种**特定类别的合同**
- 法律上的默示地位由法院案例与立法条文确定。有些地位已有数百年历史，在近50年更是由于商业活动全球化而快速发展，针对的细节越来越多、也越来越复杂。
- 除非公共衡策禁止或法律强制性规定，否则允许在**订约自由下用清楚与明确的“明示条文”超越**。例如明示条文无论写的有多么清楚与明确，不能约定对欺诈/欺骗免责，因为这违反公共政策。
- **法律默示**的例子
 - 保险合同的“**最大善意**”（Utmost Good faith）要求：见《Marine Insurance Act 1906》
 - 关系合同（relational contract）中的“善意”要求：见Yam Seng Pte Ltd v. International Trade Corp Ltd (2013) EWHC 111 (QB)先例
 - 货物买卖的默示地位是卖方保证有“产权”（title）：见《Sale of Goods Act 1979》。在拍卖行出售悠久历史的古董文物，会加上明示条文不保证产权

法律默示例子：船舶适航义务

- 普通法规定航次租船、提单、付运买卖合同中船东要承担“船舶绝对适航义务”。
- 但实力雄厚且精通法律的船东利用明示条文，在提单、租约等合同中通过“明示条文”免除了该义务。
- 这给依赖于转让或转手属于物权凭证的提单的国际贸易带来了混乱。主要是货方的美国对完全放任给订约自由的英国法地位感觉不满，于是在1893年制定和通过了《哈特法》（Harter Act 1893），规定提单上减免船东“恪尽职责使船舶适航”（exercise due diligence to make the ship seaworthy）责任的条文均属非法，该条文无效。
- 《海牙规则》Article III r.8: “Any clause, covenant, or agreement in a contract of carriage **relieving the carrier or the ship from liability** for loss or damage to, or in connexion with, goods arising from negligence, fault, or failure in the duties and obligations provided in this Article **or lessening such liability** otherwise than as provided in this Convention, **shall be null and void and of no effect**. A benefit of insurance in favour of the carrier or similar clause shall be deemed to be a clause relieving the carrier from liability.”
- 但《海牙规则》只适用于提单，不适用于租约。因此，租约中通常会加入“首要条文”（Paramount Clause）以合并《海牙规则》，从而确保与提单背靠背。

不同的默示条文：事实的默示

• 事实的默示

- 针对个别合同的默示。每一个合同的情况都千变万化，能默示哪些条文、条文的内容都要视乎具体的情况，并必须能够被**清楚表达**。默示条文也不能**与明示条文矛盾**。
- 默示**合理内容**，必须**满足商业效力**（business efficacy）、**好事第三人**（officious bystander）测试以假设订约双方应该同意。
- 法院或仲裁庭不能**重写**（rewrite）当事人的合同。
- 事实默示的**例子**：
 - **买方开出信用证**的时间，合同没有明示规定，通过默示条文确定履约时间，以确定是否违约。
 - 合同履行需要双方配合如**需要一方提供信息**后另一方采取行动，如果合同没有明示规定，就要通过默示条文确定需要提供哪些信息与何时提供信息。
 - 合同**没有明示约定价格**（如长期供应合同没有约定3年或5年后的价格），只约定“再商议”（to be agreed）。双方如果后来谈不拢，要求法院或仲裁员认定以价格为准，就要事实默示价格。一般有关货物有市场，就会接近市场价格，这对双方都客观来看合理。如果没有市场，就要看其他有关事实背景下能否认定可以假设双方在订约时都会接受的合理价格：见 Mamidoil-Jetoil Greek Petroleum Company SA v Okta Crude Oil Refinery AD (2001) 2 Lloyd's Rep 76 先例。如果不能，**法院或仲裁员不能拍拍脑袋，自说自话决定价格，这是重写当事人合同**。此时“协议将来达成协议”（agreement to agree）就因为“不肯定同意了什么”而无效，一份10年的合同只有3年或5年有效：见 May and Butcher Ltd v The King (1934) 2 KB 17 先例。

默示条文例子一：合同支付的合理时间

- 如果合同中没有写明对任何特定支付（租金、奖金、补偿、服务费用或货价的分期付款等等）的具体时间（如2023年12月31日）或期限（如收到发票的一个星期内），就只能默示是在合理时间内支付。合理时间是多长就变得至关重要，因为可能涉及到是否违约、利息如何计算等问题。在每一个不同案件的考虑因素包括：
 - 金额大小
 - 公司规模，支付是否需要总公司审批或经过一些双方都知道或应该知道的手续
 - 有没有外汇管制
 - 等等
- 测试是客观看是否对双方都公平合理，也代表在订约时双方在“好事第三人”的询问下，会异口同声说：“当然，还要你讲”（of course, it goes without say）。
- 拍拍脑袋，自说自话决定的决定是写不出理由。但通过事实的默示，就可以通过严谨的推理显示一个司法程序的决定的过程。

默示条文例子二：合同期限的合理时间

- 在约25年前，中国国营公司响应中央的号召，在当时为了学习美方的先进管理技术，与美国一家商业顾问公司签订“合作协议”，并约定将内地部分业务的利润与对方分摊。合作协议没有写明双方合作的期限或解约条文。
- 合作了没几个月，中方发觉吃大亏。不说学习管理技术很空泛，而即使要学也不必出这么高的代价。所以中方单方面宣告终止合同，而美方接受了中方的违约/毁约。由于协议没有明示期限，美方以50年来计算利润损失，向中方索赔4亿多美元（这已是从原先更长的期限与近10亿美元利润损失下调后的数字）。当时中国仍是贫穷，所以事件惊动了国务院的参与。
- 在仲裁后期我被中方委任为法律顾问，挑出并修改抗辩请求加上了一项重要的实体抗辩。这就是该合作协议既然没有明示条文针对合同期限，就只能去事实默示，而该合作协议应该为期很短。合同的本意、背景与订约意图只是为了学习美方的管理技术。这总不会50年或100年一直要学下去，死了也没有毕业。所以默示期限长则3年，短则1年也就足够了，毕竟去哈佛商学院学习也不会长过这个时间。
- 中方贸然终止合同，难以抗辩违约/毁约。但在损失计算上，如果能够缩短该合作协议的期限为1年左右，利润损失不再是美国公司根据50年计算出来的4亿美元，而是相对微不足道了，毕竟也已经是履行了好几个月。恐怕真要赔的话比中方已经支付的美国/英国律师费用更低。

默示条文例子三：原油宝的争议

- 在2020年中国银行原油宝理财产品穿仓事件中，原油宝理财产品投资的实际是风险很高的原油期货交易。2020年4月15日，芝加哥商品交易所（CME）修改交易规则，原油期货价格可以为负数，这项改革是史无前例的，对有经验的交易者来说，应该对规则的变更引起重视，必要时作出应对措施。接下去，WTI原油2020年5月期货合约在2020年4月20日要实物交割时，由于当时油价处于历史低位，各国纷纷都抄底储备原油，美国也不例外，这导致用于储存原油的油库没有能力再接受更多的现货，于是之前做多的期货合约在交易日期界临时需要卖出而没有买方接手，价格一路下跌（因为接手现货是要涉及运输与储存的费用），最后的交割价格跌至负数的-37.63美元/桶。这令购买原油宝理财产品的散户投资人不仅本金亏完，甚至在负数交易金额下还倒欠银行（有的高达数百万），总损失据悉不少于90亿人民币。
- 由于原油的交易价格为负数是史无前例，显然合同不会有明示条文针对，也不会有立法或先例确立法律的默示地位。这一来，就涉及了事实的默示，也就是投资人是否有合同责任按照“负油价”（negative oil prices – obligation to pay negative amount）来进行结算？这问题不在中国散户投资人与中国银行之间，而在于中国银行作为投资人参与适用英国法的期货交易，这法律问题至关重要了。
- 据知，为此问题双方均向多名英国著名的御用大律师获取法律意见，不少意见是对中国银行有利，也就是答案为“否”。去分析也会认为去要求投资人为“负油价”支付“负数差价”很难说是合理，更难是满足“好事第三人”的测试。由于最后中国银行与做空/代理中国银行参与期货交易的外国投行达成和解，也就不了了之，这十分高昂的法律问题也就没有肯定的答案了。

弃权

- “弃权”（waiver）必须满足的**两个要件**：
 - 弃权人**知道（或应该知道）**自己有两种相反的权利的权利与有关的事实；
 - 弃权人作出**清楚与无可争议的表述**。
- **合同约定的权利与责任必须被严格履行**，一旦**对方试图不按照合同约定履行**，就**必须抗拒**。
 - 一般履行需要双方合作，所以己方拒不合作，就可令对方知难而退。
 - 但如果**言行被解释为允许对方不严格按照合同履行**的宽容与合作，就会构成“**因选择而弃权**”（waiver by election），也就是不再坚持要求对方严格履行合同有关义务。
 - 但也有纯粹是单方面履行的义务，例如合同要求对方准时支付一笔钱，或开出信用证或提供担保（例如货物买卖要求买方在订立合同后**10天**或付运前**15天**等开出信用证）。
 - 此时对方**不按照合同约定履行**，己方的合法抗拒除了空叫几句“我抗议”外，就只能寻求**法律救济**。
 - 如果己方希望息事宁人，特别是估计对方会是有真困难而不是不安好心，向对方催促说“**请你尽快开信用证，我付运的货已经备妥**”，就会**构成弃权**，**不再坚持合同约定的信用证期限**了。

弃权（2）

- 对方不严格履行合同责任时的法律救济：

1. 诉讼或仲裁，申请“履约指令”或“禁令”（例如买方不开出信用证是因为卖方的竞争对手承诺以更低价出售）。
2. 终止合同，索赔损失：
 - 国际货物买卖合同不准时开出信用证是违反法律规定的“条件条文”，后果是卖方可以终止合同。在 Bunge Corporation New York v. Tradax SA (1981) 2 Lloyds Rep 1 的贵族院先例，明确了在这类合同下即使没有明示条文，时间也被视为“重要”（of essence），任何违反时间规定，都导致对方有权终止合同。
 - 但要在合理的时间内尽快行使权利，一拖延也会构成弃权。违约/毁约行为如果没有被接受并行权终止合同，就是“没有发生过的镜花水月”，不再有权终止合同。

- 最后通牒

- 如果言行构成弃权，如催促买方开信用证，买方依然不开信用证但是也没有明示拒绝。卖方可以通过合理通知回复到原本的合同/法律地位，或者更准确地说制造一个新的违约/毁约（旧的违约/毁约已经因为过了合理时间而被弃权），才可以接受对方的违约/毁约与终止合同。
- 发一个通知/最后通牒给买方说“如果在3天的合理时间内再不开信用证，就代表依然拒绝履行合同”。3天后，如果买方还是不开信用证，卖方就可以终止买卖合同了。但如果**没有通知就终止合同，就是卖方的违约/毁约**。

禁反言理论

- “禁反言”（estoppels）理论是在The “Kanchenjunga” (1990) 1 Lloyd’s Rep 315贵族院先例才逐渐系统性明确下来。禁反言在普通法是被视为是可以类比大陆法的“善意原则”。
- 这些年来禁反言的理论也发展很快，有了许多不同类别的禁反言如“陈述性禁反言”（estoppel by representation）、“承诺性禁反言”（promissory estoppel）、“共识性禁反言”（estoppel by convention）、“沉默性禁反言”（estoppel by silence）、“合同性禁反言”（contractual estoppel）、“产权人禁反言”（proprietary estoppel）等以针对各种不同的情况，也各有各的特殊要求。
- 除了“合同性禁反言”外，都要求**被禁反言一方的言行**（不需要言行不当，也不需要知道自己权利与后果）**被对方所“依赖”**（reliance）**并因此受到“损害”**（detriment）。后果是禁反言一方**禁止以事实真相或权利**（如合同权利）**去反言**，但通常可以用通知恢复合同地位。
- 据悉**中国法下没有详细理论**，只有泛泛的**诚实信用原则**。在该原则下可以说**禁止出尔反尔**，但普通法的禁反言绝不仅仅只针对出尔反尔。而且中国法目前也缺少像这些重要理论一样在千变万化的情况中细分，确立成立要件与划分红线等细节，这就难逃被认为不明确、不肯定、欠缺可预测性、不成熟、无法适用在实际案件。

陈述性禁反言例子一：提单对装船货物错误陈述

- **装船提单**作为货物的“**物权凭证**”（document of title）是会通过背书与交出而流转到**无辜与不知情的提单持有人**手中。在提单的流转过程中，**所有潜在的提单持有人**（无论是信用证的开证人、开证行、议付行、转售的买方、卸港的收货人等）都会**依赖提单上对装船货物的描述/陈述来决定是否支付货价**。这就要求提单对货物的描述/陈述必须是绝对可靠、可信赖，否则这套已经建立了上百年的国际贸易与“付运单证买卖”（documentary sale）的做法就会崩溃，因为再也不会有人只依赖一份装船提单就去支付成百上千万美元的货价。由此，签发提单的船东/承运人被严禁去否定提单上对货物的描述/陈述。这也正是**最早建立“陈述性禁反言”理论**的领域。
- The “Johnstown” (1928) 32 Lloyd’s Rep 218先例，虽然在托收时买方手中同时持有一份清洁提单与一份船长的书面抗议指称货物受污染与有污泥，但法院仍判买方是依赖提单上的不准确陈述，船东要对错误陈述负责。**Wright**大法官指出要下结论说提单持有人没有真正依赖提单上的陈述，需要严格考察事实：针对这两份都是出自船长、但内容相异的文件来说，即使船长的抗议书是写得明明白白，但因为提单的法律地位与权威性要高得多，所以半信半疑的货方（收货人）完全可以依赖提单上对货物表面状况的描述（也就是清洁提单）。
- 要求有绝对明确的事实来证明提单持有人（主要是买方）是没有依赖提单不准确的陈述也是完全公平合理的，因为买方如果是通过其他渠道知道或怀疑提单有不准确的陈述，就不能再依赖陈述性禁反言以对抗船东/承运人，这对开了不可撤销信用证的买方来说不公道，也会影响商业社会对提单这份重要付运单证与物权凭证的信心。

陈述性禁反言例子二：表见授权

- “**表见授权**”（apparent authority）是源于“**陈述性禁反言**”理论
- 授权方A（公司法人）以言行表达了某人B有权代表它，并被对方合理依赖。所以如果A反言指没有授权B代表它做某件事情，这是“**事实**”但也被禁反言，因为B会蒙受损害。
- Covington Marine Corp v. Xiamen Shipbuilding Industry Co (2006) 1 Lloyd's Rep 745先例
 - 厦门船厂在与希腊船东的谈判中，被邀请去希腊一游。副厂长带队一行7-8人，在船东的接待后，签署了共4艘船舶的造船合同。当时市场价格急涨。
 - 船厂事后指双方仍在谈判，因为涉及两个问题尚未解决：（a）当局的批准与（b）主机向谁订购。
 - 希腊船东坚持认为合同已经签署是双方谈判已过渡到有合同关系与约束的最明确不过的事实证明。
 - 副厂长在伦敦仲裁开庭作为证人的解释，是双方说好要在前述两个问题上谈妥才有合同，签署只是为了向领导更好交代。这种解释西方人不会相信，首席仲裁员的第一稿草拟裁决书也是判造船合同订立与被有“表见授权”的副厂长签署，船厂否定合同是拒绝履行的违约/毁约行为。
 - 我提出异议，因为副厂长飞回厦门后部分与希腊船东的电文往来，双方明显仍在对主机订购讨价还价，不像已达成合同。如果已达成，精明的希腊船东应该是强势地位，不会采用谈判与处在弱势方的措辞/文字。结果扭转其他两位仲裁员（都是英国退休法官）的看法，一致作出船厂胜诉的裁决。
- 但此裁决书后来因其他理由被高院推翻，据悉后来厦门船厂也赔了钱给希腊船东和解了事。

陈述性禁反言例子二：表见授权（2）

- 大同小异的事件可惜仍不断在发生，不久前我被委任作为仲裁员的一个新加坡国际仲裁中心（SIAC）的仲裁案件中也有发生。
- 案件涉及一家国企在“一带一路”的一项工程中担任总承包商，就分包某工种而与一家澳大利亚公司谈判。期间国企派一名负责技术的高管前往该澳大利亚公司考察技术与标准等事项。该高管在澳大利亚停留期间，签署了一些文件。后来澳大利亚公司坚持签署的是合同，国企拒绝承认。澳大利亚公司指称国企违约/毁约，并启动仲裁索赔高达1亿多美元的损失。
 - 中方抗辩该高管没有订立合同的授权，澳大利亚公司也知道高管只是负责技术方面的人员。
 - 澳大利亚公司反驳该高管即使没有代国企订立合同的“实际授权”（actual authority），但对外人而言可认为该国企的高管是有表见授权。
- 结果在新加坡开庭前10天左右，双方达成庭外和解。事后澳大利亚公司委任的仲裁员（澳大利亚最高院的一位退休大法官）私下告知说中方在和解中赔付了接近1亿美元给澳大利亚公司。
- **如果系统学习了国际合同法的禁反言理论**，知悉成立的要件之一是“**依赖**”，就容易知道正确做法。例如简单的先以文字告诉澳大利亚公司派出委派的高管是**没有权签发任何有约束性的文件**、或说明有效的合同必须是先要董事局或政府某监管机构批准，澳大利亚公司就**无从依赖**，不会有表见授权。

承诺性禁反言例子一：承诺对方和解

- 在约30年前，一家新加坡公司欠了中国公司约20多万美元债务。中国公司不断自动让步（如逐步减到15万、10万不等）企望“友好”解决，直到只需要新加坡公司支付7万美元。新加坡公司同意在14天内支付这7万美元，但之后仍然迟迟不肯归还。
- 中国公司最终委任我开始伦敦仲裁。在伦敦仲裁中我提出索赔20多万美元债务，还要加上多年的利息（在当年利率非常高）与诉讼费用。新加坡公司提出的有抗辩有两点：
 1. 双方已经达成**和解协议**，顶多只需要支付7万美元；
 2. 中国公司已经承诺了只要还7万美元，构成“**承诺性禁反言**”，不得事后改口或反言。
- 我的答辩是：
 1. **没有对价**，构成不了有法律效力的合同；
 2. (a) 承诺性禁反言不成立：新加坡公司也没有蒙受任何“**依赖的损害**”（detrimental reliance）；
(b) 承诺性禁反言作为**衡平法救济**，要考虑是否公平。中国公司已经让步到7万美元，新加坡公司依然不肯支付，如果承诺性禁反言适用，才会对中国公司造成不公平。。
- 最后仲裁庭果然也判中国公司可以拿回全部的20多万，加上一大笔的利息与诉讼费用（包括我的收费）。这20多万加上利息与费用共达约50多万美元当年是一大笔钱，更重要明白是这20多万或50多万美元可以是20亿或50亿美元，决定胜败的争议仍是一样，不会因为金额的不同而有不同。

承诺性禁反言例子二：承诺对方更改合同

- **订立合同**与“**更改合同**”（视为订立新合同一样），需要“**对价**（consideration）”。
- 很多合同，特别是长期合同或一些复杂的合同（如工程合同）在履行过程中难免**需要更改或补充**。
- 在许多情况下，**市场波动或形势变化要求合同方给予让步或救援**，如降低运费、租金、商品价格、或不追究/减免他履行的严格责任。这类更改不涉及对价，且可随时**通过“合理通知”恢复至合同约定的费率**。
- 著名的Central London Property Trust Ltd v High Trees House Ltd (1947) KB 130先例可以适用到今天大量的同类型的争议。以中长期买卖、供应或租赁的合同为例，由于市场的波动与商业环境的急变，经常会带来受严重不利影响的合同方**B**在哀求、施压或威胁下，获得对方**A**的同意去加或减合同约定的货价、租金或费率。在**没有对价**的情况下，这不是一个有效的合同更改，所以**替代不了原来合同的权利、承诺与责任**。**A**的同意只能是“**暂停性**”（suspensive）的**承诺性禁反言**。

承诺性禁反言例子二：承诺对方更改合同（2）

- Ma Hong Jin v SCP Holdings Pte Ltd (2020) SGCA 106先例，新加坡上诉庭判认为可以在合同订立时通过清楚无误的明示条文免除更改合同需要对价的要求：

*“There is no reason, in principle, why contracting parties cannot, **by agreement, dispense with the doctrine of consideration with regard to the variation of that particular contract.** Any contractual term to that effect would not only be **part of the bargain** between the parties but would also be one that is part of a contract, which, **in its formation**, was in fact supported by valid consideration in the eyes of the law to begin with.”*

- 这样看来经常需要更改合同的交易，如工程合同，订约方可以考虑加入明示条文说明合同将来的更改无需对价以避免产生有无对价的争议。
- 美国《Uniform Commercial Code》之section 2-209说：

*“(1) An agreement **modifying a contract** within this Article **needs no consideration** to be binding.”*

所以如果是在美国法下让步就会变为**有效的合同更改**，无法回复到原本的地位。因此在**让步时必须明确**，如在给了7天通知后有权回复到原本的合同地位。

共识性禁反言例子： KB v S and Others (2015) HKCFI 1787 香港先例

- 超级汽车投资有限公司股权转让纠纷（2013）民四终字第3号也是同一个交易，一直打到最高院。
- 股权转让协议背后是土地买卖/转让的交易。该幅土地需要重建，不过因为涉及拆迁，需要当地政府批准。所以合同明示约定政府批准为“后续条件”（condition subsequent），6个月后不获批准，合同就自动失效，内地卖方S也须要马上退还香港买方KB预付的1亿港元押金。合同也约定双方可以书面同意延长原本6个月的期限，每次延长以3个月为限。双方也的确以书面延长了3个月，之后再也没有这样以书面或口头形式同意延期。但双方的言行一直视合同仍然有效，持续大量沟通往来与跟进政府批准的进展、原居民的搬迁与讨论重建计划等等。这样的关系维持长达约1年。期间该土地价格暴升，内地卖方突然委托律师向香港买方送回一张1亿多港元的银行本票，说是退还押金加上利息，因为合同早已自动失效。
- 在该香港仲裁，仲裁庭判内地卖方败诉，因为双方的言行构成“共识性禁反言”，卖方也没有作出合理通知结束共识性禁反言而回复到合同地位，也就是合同内需要取得当地政府批准的后续条件条文无法满足，合同就失效。这正是“一招不慎，满盘皆输”。
- 共识性禁反言只是“暂停性”（suspensive）的合理之处在此先例也可以看到，因为后续条件可能永远满足不了，而当地政府也一直拖着不说死。这一来，双方总不能这样永远拖下去，毕竟KB有1亿港元押金在S的手中，他就无法在上升的土地市场使用这笔钱买其他适合的土地。而S也不能去挪用这笔钱，更不能去发展该土地作其他用途，因为双方都锁死在“共识性禁反言”下令合同持续有效。所以，S可去向KB作出合理通知恢复合同地位，例如说明：“在接下去3个月内在大家努力下，如果政府仍不批准，合同就自动无效，我也会马上退回押金”去打破僵局也是完全有必要。

系统学习合同法、证据法与仲裁法的重要性

- 今天的国际诉讼/仲裁案件是可以进行买卖或资助并获得分红的价值连城的商品，而且会是一本万利。
 - 发展中国家或公司会无意或无知中订下一个“致命”的合同或错误履行合同：如 Nigeria v. Process & Industrial Developments Limited (2020) EWHC 2379 (Comm) 先例的110亿美元、National Iranian Oil Co v. Crescent Petroleum Co International Ltd (2016) EWHC 510 (Comm) 先例的24亿美元（两家公司还有一个320亿美元的ICC仲裁在进行中），另还要加上许多其他给英美律师、专家证人等也会是天文数字的费用。
 - 英国/普通法将参与国际商业活动的当事人视为是“平起平坐”，有同样的法律、商业知识与水平在谈判合同中保护自己，也有财力委任称职律师获取独立意见，不存在好像本地立法中保护消费者的《Unfair Contract Terms Act 1977》等立法去保护国际上贫穷、落后与（对国际商事游戏规则）无知的国家。也是因为同样道理，在英国本地社会中经常适用的衡平理论（equitable doctrine）如“不当得利”（undue influence）与“不合情理/显失公平交易”（unconscionable bargain）等也不适用在国际商业合同：见 Union Eagle Ltd v. Golden Achievement Ltd (1997) AC 514 先例。
 - 秃鹫基金（Vulture Hedge Fund）：见中国香港特区的FG公司诉刚果（金）案（2011）（涉及在中国香港要求截取中铁1亿多美元基建费抵债），到今天英美第三方资助基金的崛起：见苏禄苏丹（Sultan of Sulu）后裔诉马来西亚政府仲裁系列案（涉案金额超过150亿美元，背后是伦敦的第三方资助基金Therium，近期发展包括2023年6月23日法国Paris Court of Appeal 21/21386判仲裁协议无效）
- 今天的国际仲裁（商业或投资）主要控制在英美人士的手中（无论是仲裁员、专家、代表律师等），在今天的政治环境下，对作为世界第二大经济体与追赶美国科技的中国来说，是非常不适合的。所以中央呼吁要培养涉外法律人才（指能与英美一流法律人士匹敌）是非常正确的。要培养这种法律人才要走对路才有机会弯道超车。

涉外法律/国际仲裁的“数理化”系列课程

- 合同法

- 合同的成立；内容；解释；更改、弃权与禁反言；终止或撤销；错误、误述、胁迫、非法等影响合同效力的情况；损失赔偿与其他救济等等。合同法也涉及其他密切关联的学科如侵权法、衡平法、财产法、信托法等“一般法律”（general law）
- 海商法正如其他的工程法、保险法、货物买卖法、金融法等等只是在不同行业的分枝，本质上是合同法加上针对特定专业的内容。

- 证据法

- 举证责任与在诉讼程序外获得信息（搜查令、全球冻结令、资产披露命令等）；诉讼/仲裁程序中的披露；口头证据与开庭；专家证据；法律业务特免权，法律业务特免权的例外与弃权；无损害特免权，自证其罪特免权等其他特免权

- 仲裁法

- 仲裁协议；仲裁管辖权的质疑与程序；自然公正与程序公正，法院对仲裁的监督与协助；仲裁程序；仲裁费用；仲裁裁决；仲裁裁决的救济与执行

杨良宜主讲系列讲座

- **仲裁法**（与国资委、贸促会合作，共八讲）
- **合同法**（与国资委、贸促会合作，共八讲）
- **证据法**（共八讲，由司法部、国资委与全国工商联联合推荐）
- **视频回放与讲座课件下载**
 - 法治网、新华丝路网、上海国际仲裁学院



The banner is for the '涉外法治系列课程' (Cross-border Rule of Law Series Courses). It features the logo of the Shanghai International Arbitration Academy (SHAC) in the top left corner. The text '涉外法治系列课程' is prominently displayed in the center, with the subtitle '欢迎扫码学习课程' (Welcome to scan the QR code to learn the course) below it. Four QR codes are arranged in a row, each corresponding to a different platform: 新华丝路网 (Xinhua Silk Road Network), 法治网 (Rule of Law Network), 上海国际仲裁学院学习平台 (Shanghai International Arbitration Academy Learning Platform), and 上海市律师协会律师云学院 (Shanghai Association of Lawyers Cloud Academy). The background is a dark blue gradient with a stylized wave pattern at the bottom.

涉外法治系列课程

欢迎扫码学习课程

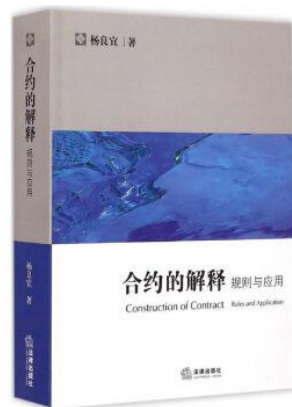
新华丝路网 法治网 上海国际仲裁学院 上海市律师协会
学习平台 律师云学院

书籍阅读

- 合同法

- 《损失计算与救济》
- 《合约的解释——规则与应用》
- 《合约的履行、弃权与禁反言》
- 《合约的效力：虚假陈述、错误、非法、胁迫等的影响》

- 杨良宜先生个人网站免费下载电子版 [://www.flyl.com/](http://www.flyl.com/)



书籍阅读

- 国际仲裁
 - 《仲裁法——从1996年英国仲裁法到国际商务仲裁》
 - 《仲裁法——从开庭审理到裁决书的作出与执行》
- 证据法
 - 《证据法——国际规管与诉讼中的证据攻防》
 - 《证据法——基础理论、口头证据与专家证据》

