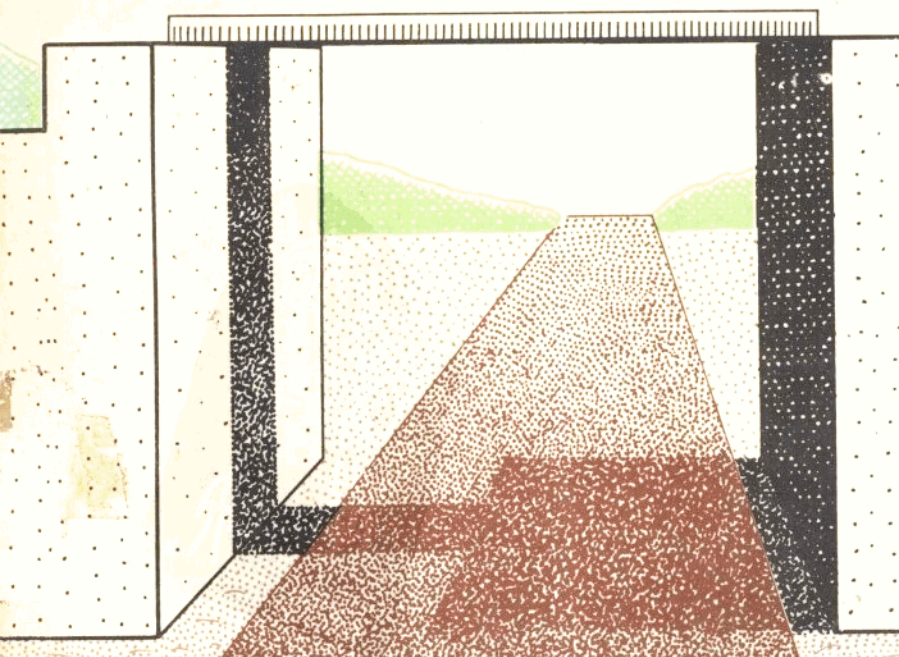


工商法學叢書⑥

國際借貸契約

黃慶源・主編
林石根・著



總序言

第二次世界大戰以後，自由國家無不以社會安定與經濟繁榮爲其追求之目標，以期厚植國力，抵禦共產勢力之擴侵，維護自由富足之生活環境。三十餘年來，自由世界不少國家均能經常保持某一水準之經濟成長率，人民生活水準賴以提高，社會福利日益改善與普遍，國家與人民同蒙其利。

我國在近二十年中，經濟蓬勃發展，成長率迭創高峯，自由國家莫不以「奇蹟」二字形容近年我經濟之起飛與猛晉。然社會經濟結構之轉變，隨經濟高度發展以俱來，從而使社會人際關係以及國際關係，亦轉趨密切而複雜。在如此複雜之經濟環境中，各種現代專業知識，逐漸步入專精之道路，無論工商業者、銀行業者以及政府主管部門之公務人員，非經常吸收新知，實不足以肆應複雜而多變之經濟環境，且其所應吸收之現代知識，屬於經濟之專業新知者，固屬必備，而超經濟之各項知識，亦不容忽視，其中尤以有關之法學專業，更與經濟學息息相關，舉凡政府經濟政策之研擬與執行，工商業之發展與管理及業者之經營等，在在均與法學有其關聯。晚近修習經濟貿易工商管理之學者專家，學有專長，時有專門著作發表，匡濟時艱，嘉惠工商，貢獻至大，然專從法學角度剖析工商貿易經濟之譯述論著，尚缺乏有系統之專集，供備研讀參考。

黃慶源先生卒業臺灣大學法律研究所，赴美深造，專攻商業

法及國際貿易法，學成歸國，執教中興大學及輔仁大學。邇來國步多艱，先生以其所學，為國効力，為工商業服務，其熱忱良堪矜式。先生最近計劃主編工商法學叢書一套，糾合碩彥，就工商法學範疇撰寫專文，分期陸續出刊，索序於余。余以為此一學術與實務并重之叢書，非僅必能為工商業者創業、經營及發展之南針，亦將為政府制訂財經政策與立法之重要參考。行見先生展布長才，從其報國之志，余故樂為之序。

李國鼎 識 民國六十八年二月六日

主編序言

中華民國三十年來在臺灣的經濟發展被世界公認為一項「奇蹟」，這是全世界中國人引以為傲的一件事。不過，隨着工商業的迅速發展，以及經濟活動的日益複雜化，在繁榮的同時也出現了許多問題，比如一方面要鼓勵資本的形成與投資，另一方面又要防止企業的兼併或獨占；一方面要鼓勵外國人投資，他方面却不能不防範多國籍企業過份操縱國內經濟與逃避租稅；一方面要盡一切可能推廣外銷，突破貿易障礙，另一方面自己却不能不在某種限度內採取貿易保護措施；一方面要鼓勵大量設廠，另一方面却不能不注意自然環境的保護；一方面要防範經濟犯罪，另一方面却不能因噎廢食，過份約束工商活動的自由，凡此工商經濟政策問題，筆者深信我們能夠克服而使經濟繼續成長，但這需要集合各階層人士的智慧，以理性與專業精神來尋找答案。在這團隊的努力過程中，法律人扮演不可或缺的角色，因為在一個法治國家，工商活動的獎勵與弊端的防治均須透過立法為之，政府如何將政策變成法律，以及如何執行法律以達成政策目標，在在需要法律人直接參與。

再者，歐美國家的工商界人士對法律問題較為重視，從而對律師的倚賴程度亦高，任何重要工商交易均有律師參與，在任何重大投資計劃之前亦必有經濟可行性與法律可行性的研究，其在我國，由於傳統觀念的影響，企業界對法律問題並不太重視。然

而隨着歐美經營方法的引進，以及政府經濟管制的增加，此種態度已逐漸轉變，工商界人士對法律知識的需求亦逐漸增加。

筆者有見於以上兩種發展趨勢（亦即政府與民間對財經法律知識的需求），在美國密西根大學及哈佛大學深造時即致力國際商事法及經濟管制立法的研究，一九七七年學成回國後，一方面自己為文分析我國工商界所遭遇的各项法律難題（如各項貿易障礙），並提出因應之道，就教國人，一方面商得聯經出版公司王董事長楊吾先生的同意，着手編輯本叢書，期以深入淺出的方式，探討工商界當前所關切的法律與政策性問題，對法律、工商界及政府提供一套專業性的研究報告，以為業者經營與政府制定與執行法律的參考。

編者非常感謝王董事長不計盈虧的鼎力支持此一計劃，他對學術的關心與實際行動，令人欽佩。在我國經濟發展過程中有重大貢獻的李政務委員國鼎先生，在百忙中賜序，更使後學的青年人振奮。另外我更感謝本叢書第一輯的作者：李復甸、曹競輝、高大鈞、蔡之中、陳松卿、林石根及周治正等七位先生，沒有他們的埋頭苦幹，本叢書便沒有誕生的可能。本叢書是一繼續性的出版計劃，希望讀者隨時指教，以便在叢書內容及體裁上隨時調整改進。

黃慶源

序於國立中興大學法律研究所
中華民國六十八年十一月六日

自序

外資之利用，對一國之經濟發展有很大之貢獻，而對外借款於可資利用之外資中占有相當重要之地位。我國在過去十年，對外國銀行之中長期借款，到目前為止，餘額仍有三十多億美元，這對我國之經濟發展與十大建設之進行貢獻甚大。展望未來，我國仍然必須繼續借用外國資金以彌補國內資本之不足，從而加速我國之經濟建設，據行政院經建會六十七年十一月編印之中華民國臺灣經濟建設六年計劃後三年（六十八年至七十年）修訂計劃之估計，資金需要計一一三九九億，其來源國外資金占一三七一億，當中僑外投資占六七億，而國外貸款及其他資本流入則占一二六六億之多，足證對外借款對我國經濟發展之重要性，對其所生之法律問題自不能不注意及之，惟國人就此方面之專門論著仍較少見，筆者有鑑於此，乃於就讀國立臺灣大學法律學研究所期間，選擇國際借貸之若干基本問題作法律上之研究，草成「國際借貸契約之研究」一文作為碩士論文，今再加修正予以出版，期能拋磚引玉，引起學者專家之重視，而能就各有關之問題再作深入之研究，俾有助於今後我國之對外借款也。

本書乃就筆者之碩士論文改寫而成，在該論文寫作期間，承蒙王仁宏教授悉心指導，惠賜資料，仔細核閱全文並加斧正，始得順利完成，其後又蒙黃慶源教授之熱心推介出版，並對內容糾謬指誤，提供寶貴之意見及惠借最新資料以供參考，謹於此致最高之謝意。又家父、家母之一再鞭策鼓勵，內子美月照顧小女，

使筆者得以專心寫作，亦均爲本書得以出版之主要動力，謹誌於此，以表謝悃。筆者學殖未深，參考無多，疏漏之處在所難免，尙祈學者先進不吝賜教是幸。

林石根 於中和寓所

中華民國六十八年十二月十三日

內容提要

本書計分八章，其內容大要如下：

第一章：「緒論」。泛論國際借貸對一國經濟發展之重要性。

第二章：「國際借貸契約之法律適用問題」。國際借貸，因其主體包括個人、公司法人、國家和國際組織等，故可適用之法律乃包括有不同國家之國內法以及國際法等，則當契約當事人發生爭議時，究應依何標準決定契約之準據法，以解決當事人間之爭議？在當事人對契約準據法無約定時，法律一般原則等第三種法律秩序得否適用於私人與國際法主體間之借貸契約？再者，準據法決定後，其適用之範圍如何？是否所有涉及該一契約之事項均應受該一法律所規範？抑或僅限於一定範圍內之事項始受該法之規範？準據法之內容改變時，對當事人之權義有何影響？凡此問題，均為本章研討之重點。

第三章：「國際借貸契約之簽訂」。本章首先探討公司、政府、政治分支機構以及國際組織等各種借款主體在為借貸時，應經由自己內部何種機關之核准，或應遵守何種法令規定？如有違反時，其效力如何？其次，就借貸實務，敘述有關簽字及契約生效之問題。

第四章：「國際借貸契約有關貸與人對融資計劃執行之監督規定」。在國際借貸上，貸與人除了資金提供之目的外，更負有經濟開發之任務，故對借款人之監督重點，除了注意本身之利益外，更重視借款人能否按照預定之計劃進行並能順利地完成，以

達到經濟發展之目的。本章乃就借貸金額之給付與使用、計劃之執行、借款人組織之健全與維持和財務狀況之維護等方面，探討貸與人為達前述目的而在契約中所課借款人應遵守之義務，此外，並敘述貸與人為確保該等義務之被遵守而於契約中所作之控制規定。

第五章：「國際借貸契約有關債權確保之規定」。貸與人為了確保其貸放之金額屆時能獲償還，除了要求借款人提供保證、共同借款人等人的擔保和設定質權、抵押權等物的擔保外，有時也採取所謂之比例擔保條款，或消極擔保條款，要求借款人在其資產或收入為任何新債權人設定擔保時，貸與人得按其債權額比例共同享受該優先受償之權利，或借款人之資產或收入未給予原債權人同等受償地位之擔保時，不得以之設定任何擔保物權與其他債權人，以確保其債權。本章乃就上述各種擔保型態探討其有關之法律問題。

第六章：「國際借貸契約有關貸與人避免特殊危險之規定」。國際借貸因涉及不同之國家與貨幣，致與國內借貸相比較，貸與人負有若干特殊之危險，如貨幣貶值、外匯管制、政權改變和戰爭等，對此危險所能造成之損害，貸與人應採何種措施以之避免，實有加以研討之必要，本章乃就上述各種特殊危險，分述借貸實務上貸與人採取之措施及其效力。

第七章：「國際借貸契約之法院管轄仲裁及其判決判斷之執行問題」。本章首就契約中有無管轄法院之約定探討管轄法院應如何決定，並就訴訟國之法律規定及管轄豁免等方面，研討管轄障礙之有關問題，並敘述實務上貸與人所採取之對抗措施。其次就國際法院及外國法院之判決分述有關承認與執行之法律問題。最後再分析比較借貸契約、解決國家與他國國民間投資爭端公約和解決爭端國際中心通過之附帶便利規則中有關仲裁之各種規定。

第八章：「結論」。本章以如何使貸與人負最低之風險，而

願以最優惠之條件提供更多之資金，且使借款人能對該筆資金作最有效之利用，以加速該國之經濟發展為前提，提出若干之建議與值得研究之課題，作為本書之結束。

目錄

總序言	1
主編序言	3
自序	5
內容提要	7
第一章 緒論	1
第二章 國際借貸契約之法律適用問題	7
第一節 準據法之決定	7
第二節 準據法適用範圍內之事項	36
第三節 準據法之內容變更	39
第四節 準據法適用範圍外之事項	44
第五節 時效期間之準據法	50
第六節 準據法約定之效力	52
第三章 國際借貸契約之簽訂	55
第一節 授權程序	55
第二節 簽字	69
第三節 契約之生效	71
第四章 國際借貸契約有關貸與人對融資計劃執行 之監督規定	75

第一節	借貸金額之給付	75
第二節	借貸金額之使用	78
第三節	借貸計劃之執行	80
第四節	借款人組織之健全與維持	84
第五節	借款人財務之維護	85
第六節	違約事項與制裁之規定	88
第五章	國際借貸契約有關債權確保之規定	91
第一節	人之擔保	91
第二節	物之擔保	100
第三節	比例擔保條款或消極擔保條款	112
第六章	國際借貸契約有關貸與人避免特殊危險之規定	115
第一節	貨幣貶值之危險	115
第二節	外匯管制之危險	138
第三節	政權變更之危險	146
第四節	戰爭之危險	149
第七章	國際借貸契約之法院管轄仲裁及其判決判斷 之執行問題	153
第一節	管轄法院之決定	153
第二節	管轄之障礙	161
第三節	法院判決之承認與執行	176
第四節	仲裁	187
第五節	共同融資之管轄問題	200
第六節	債之移轉對管轄之影響	200

第八章 結論.....	203
參考資料.....	209
縮寫表.....	227
索引.....	229
案例索引.....	235

擔保權利平衡 平衡

第一章 緒論

欲提高人民生活水準之唯一途徑係迅速有效地發展經濟，可是從事經濟發展必須能够善用有生產力之勞工以及充分利用天然資源，亦即必須亟力地從事生產活動。然而要實現生產活動，一定需要資本^①，易言之，要增加生產、發展經濟，非努力增加資本之形成不可。

資本形成之資金來源，主要可以分爲三大類。第一爲國內之各種儲蓄，第二爲外銷收入（export earnings），第三則係國外之資金，所以要促進資本形成，就需增加國內儲蓄、拓展外銷，並吸引外資之流入。然而由於落後國家大部份國民之所得額極低，生活在生存線邊緣，國內儲蓄率一般皆極低，而且由於其國民總生產之低微，政府即使設法增加國內儲蓄，使儲蓄占所得比率與先進國家相等，其所能達成之儲蓄額也比先進國家相差很多^②。而在外銷收入方面，開發中國家具有最大比較利益之商品，乃屬初級產品（原料）及相對多用勞力之工業製品、半製品，且以已開發國家爲主要輸出對象。由於初級產品本質上相對缺乏需求彈性，其生產容易受自然環境限制，再加上人造替代品之發明，更重要的，已開發國家對之實施進口數量限制、農業剩餘出

① 王仁宏著「外國私人投資之獎勵與保護」（法律世界月刊社，六十四年五月初版），頁一、頁二。

② 張憲雄著「經濟發展與外資」，載於臺灣經濟金融月刊第二卷第七期，五十五年七月二十日，頁四。

口補貼及對於相當於國內產品之進口課以重稅等關稅及非關稅障礙，以阻止進口或降低供給價格，使得開發中國家初級產品之外銷收入，增加相當緩慢。一九六四年聯合國貿易暨發展會議（UNCTAD），雖決議實施「國際商品協定」（International Commodity Agreement）與「補償融資」（Compensatory Financing）兩項補救辦法，給予輸出國公正之市場條件及公平價格之保證，並補償開發中國家因貿易比率變壞結果致出口遭受之損失或其整個發展計劃遭受之損失。但因其實施範圍狹窄、融通數量太少、條件嚴格以及資金籌措困難等，使該兩辦法之可行性低微，開發中國家自無法依賴初級產品之出口，以增加外銷所得。而在工業製品及半製品方面，由於已開發國家為保護國內生產者之利益，亦實施關稅及非關稅障礙，以阻止開發中國家工業製品及半製品之進口，使得開發中國家仰賴工業製品及半製品以增加外銷收入之希望亦落空。一九六八年「聯合國貿易暨發展會議」雖決議通過，已開發國家就工業製品及半製品，給與開發中國家不歧視及不互惠性之一般關稅優惠，但因該項決議屬於建議性質，並無法律拘束力，有關關稅優惠之享有國家與適用商品，授與國得任意限制其範圍，甚至撤回全部或一部，受惠國毫無講價談判餘地，已使優惠計劃之價值相當有限，而授與國為保護國內生產者及防止受惠產品不當干擾市場起見，通常剔除開發中國家具有比較利益之製品於受惠產品範圍內，並採取各種防衛辦法，更嚴重貶損優惠計畫之價值，是開發中國家實無法充分享受該優惠計畫之實益。故除已開發國家願作較大讓步之外，開發中國家即無法仰賴國際貿易，獲得經濟發展所需之資本^③。綜上所述，

③ 以上詳見陳錦隆著「國際私人投資之法律問題」（嘉新水泥公司文化基金會，六十五年五月出版），頁三至頁八；王仁宏著「國際經濟組織及其規定與開發中國家之經濟發展」，載於政大法學評論第六期，六十一年六月，頁二三〇、頁二三一。

國內儲蓄及外銷收入既無法提供經濟發展所需之資本，則落後國家爲了加速資本形成，提高經濟成長率，以使及早趕上先進國家起見，除了加強利用國內資源外，還應設法增加外國資本之引用，外資對落後國家之經濟發展自有相當之重要性^④。

外資之重要性已爲各方面所重視，但其確切之益處究竟爲何？是不是也有不良之影響？簡單的說，外資對落後國家之貢獻主要有四，即提高資本形成率及經濟成長率，緩和經濟發展初期之外匯問題，提高國內工資總額和就業量，以及帶來外在經濟促使國內投資增加。相反的，外資也可能使落後國家發生下列四個問題，即使政府收入減少支出增加，使國內儲蓄發生不利影響，惡化貿易比率，以及引起外匯問題，只不過其所帶來之問題並不很大，而且能够設法預防或解決，所以在經濟發展初期，各國都把吸引外資列爲重要工作^⑤。

外資利用既如此重要，則外資又如何獲得呢？一般地說，約有兩大來源。一爲國外私人資本，一爲國外公共資本，在後者中又分爲國外政府資本與國際機構資本二種。國外公共資本之輸入通常採取貸款、贈與及投資等三種方式^⑥，而國外私人資本之輸入方式通常則可歸納成兩大類型，一爲直接投資（direct investment）又稱股本投資（equity investment），一爲間接投資（indirect investment）又稱證券投資（portfolio investment）。二者實際上之區別在乎投資者有無營業上之控制權（commercial control）。間接或證券投資包括借貸（loans）及證券買賣（purchase of equity securities），不必對企業掌握經營上管理

④ 張惠雄註②揭文頁四。

⑤ 張惠雄註②揭文頁八。

⑥ 施建生著「外資的來源及其利用」，載於臺灣經濟金融月刊第三卷第十二期，五十六年十二月二十日，頁一。以投資方式輸出資本者，可以國際銀公司（IFC）爲例，其自一九六一年九月開始得對私人企業公司從事投資，見王仁宏註③揭文頁二二八。

權；直接或股本投資則包括對企業經營之控制（control of the undertaking），一般採取分公司或子公司之經營方式。至於企業經營之控制必須達到如何程度始得稱之控制，決定於持股情形、投資雙方間之協約，以及投資企業之章則規程，甚至法令^⑦，祇要投資者能享有實質上之控制力，便可稱之為直接投資^⑧。

雖然近年來之私人直接投資有很大之進展，但不可否認地，借貸在外資中仍占有相當重之比例，根據紐約摩根保證信託公司（Morgan Guaranty Trust Company of New York）一九七九年五月之統計，非 OECD 及 OPEC 國家（不包括以色列及共產集團），在一九七七年之直接投資流入淨額為四十億美元，而國外借款淨額則為二三四億美元^⑨。又以最重要之資本輸出國——美國為例，根據一九七七年六月三十日一項美國對外貸款之統計調查，一百十九家資產在十億以上之美國銀行國內外分行對外國之非借款國貨幣貸款（cross-border and cross-currency loans）債權至統計日計有一千一百六十四億美元，以借款國當地貨幣出貨之債權有四百四十億美元（對我國之貸款債權有二十三億一千九百萬美元）^⑩，而第二次大戰後成立之國際金融機構如世界銀行

⑦ 例如法國一九六七年外匯管制法第二條第二款規定，投資者擁有公司股份百分之二十以上者，即屬直接投資，見 P. Jasinski, "The Control of Capital Movements in France", 3 *Journal of World Trade Law* (1969), p. 211 note 2；美國一九六八年「外國直接投資計劃」（Foreign Direct Investment Program）第三〇五條規定，投資者擁有公司股票權、盈餘分配權或資本的百分之十以上，即屬直接投資，見 Dominique G. Carreau, "The U. S. Balance of Payments Programs: New developments in the American regulations of capital movements", 2 *Journal of World Trade Law* (1968), p. 616。

⑧ 王仁宏註①揭書頁六至頁八。又以上所述外資之來源並可參閱櫻井雅夫著「開發援助的法制側面」，載於ツユリスト第六八一期，一九七九年一月一日，頁一八七至頁一九六。

⑨ 行政院經濟建設委員會經濟研究處編印「國際石油新情勢的發展與展望」（六十八年七月），頁二十八。

⑩ 王仁宏著「我國外銷融資制度之法規研究」，載於國立臺灣大學法學論叢第七卷第一期，六十六年十二月，頁七十六。