

法學叢書(五)
鄭炎生 著

國際契約法論

中國文化學院城區部
法律學系印行

法學叢書(五)
鄭炎生 著

國際契約法論

民國六十六年十二月

鄭炎生 敬序

中華民國十六年十二月初版

國際契約法論

定價：一二〇元

編著者：鄭炎生

台北市南京東路二段六二號四樓

電話：五五一一四四二號

發行者：中國文化學院城區部法律學系

台北市吉林路二〇號

總經理：三民書局

台北市重慶南路一段六一號

電話：三三一五九六九號

版權所有
禁止翻印

自序

我國歷年來在大有爲的政府領導之下發展經濟，開拓外銷，故國際契約之研究範圍不竟限於貿易契約，諸如代理商契約、外資合作契約、外國技術輸入合作契約、商標及專利涉外契約、內地收發信用狀契約等等其範圍不但複雜而且廣泛，不能以本國法或民商法之觀念加以推測，鄙人於本校城區部法律學系講授「國際私法」拾有餘年，除於早年著有「國際買賣之研究」及「國際買賣糾紛解決論」專就貿易契約實體法及程序法予以研究外，另就歷年來教學經驗及心得感想，並擴大研究範圍，現就國際契約之一般原則暨以基於比較法學之觀點予以研討，余歷年來曾往日本、美國各學術機構不斷收集資料加以整理研究後，而撰作本書，希能對實務界、及學術界提出管見，其志在於宏揚法治，啓發眞理。本書之撰作幸蒙本系洪主任玉欽兄諸多鼓勵，特此銘謝，另本書印刷前尙蒙鄭香林、鄭秀川兩位宗親幫忙校對，銘感心五中，然筆者學淺識薄，疏漏之處，敬祈諸先輩、專家，學者不吝指正爲禱。

中華民國六十六年十二月

鄭炎生 敬序

主要參考書籍

一、中文書籍：

何孝元著 民法債篇總論民國四十九年版

劉甲一著 公司法新論民國六十三年版

史尙寬著 債法總論三冊民國四十三年版

洪應灶著 國際私法民國四十三年版

呂光、楊禎著 英美契約法概論民國五十四年版

劉甲一教授著 國際私法民國六十年版

林樹埔編著 六法判解彙編民國六十四年版

陳開洲編著 六法理由判解大全民國四十七年版

王玉成等四人合編 最新民刑法判解彙編一、二冊民國六十四年版

拙著 國際買賣之研究民國五十三年版

拙著 國際買賣糾紛解決論民國五十九年版

二、日文書籍：

江川英文著 國際私法一九七〇年版

貿易與法律（貿易實務編集委員會）有斐閣一九六六年版

小町谷操三著 「海上買賣之發展」一九六九年版

我妻榮著 民法總則一九六〇年版

川島武宜著民法總則一九六二年版

日本六法全書（附判例）一九六八年版

海外商事法務（海外商事法務編集委員會）一九六九年版

高柳賢三、未延三次等合編 英法辭典一九七二年版

上坂西三著 海上買賣論一九四六年版

田中和夫著 英美契約法論一九五七年版

濱田一男著 商業信用狀之準據法一九六七年版

三、外文書籍：

Corbin : Contracts 1970 年版

劉甲一教授比較商法講義 1964 年版

Wigmore Evidence 1965 年版

BEVERLY G RUBENS : Contracts 1976 年版

GIBERT EVIDENCE 1976 年版

BEVERLY G RUBENS : EVIDENCE 1976 年版

WYATT & WYATT : BUSINESS LAW 1963 年版

GIBERT : CONFLICT OF LAWS 1976 年版

GIBERT : EQUITY 1976 年版

BEVERLY G RUBENS : TORTS 1976 年版

ANDREW LEE : CONTRACTS 1970 年版

CHEAT MAN & GRISWALD : CONFLICT OF LAWS 1972 年版

CRAMTAN & CURSIE : CONFLICT OF LAWS 1970 年版

FARNS WORTA, YOUNG & JONES : Contracts 1972 年版

國際契約法論目錄

第一章	緒論	一
第二章	國際契約預備同意之法律效力	九
第三章	國際契約預約之形式	一七
第四章	國際契約中要因之必要性	二三
第五章	合意成立國際契約之書面方式	二八
第六章	書面國際契約最後確定性	三三
第七章	國際契約與美國統一商法	四一
第八章	國際契約擬稿之基本問題	四八
第九章	國際契約之意思表示	五六
第十章	國際契約與法之習慣	六五
第十一章	國際契約與行政措施之效果	七二
第十二章	國際契約適用準據法問題	八〇

第十三章	國際契約強制履行問題	八五
第十四章	外銷（輸出）契約與製造廠商之責任	九〇
第十五章	國際交易上之債務保證與信用狀	九七
第十六章	遺失在海外發行之有價證券救濟手續	一〇一
結語		一〇五

第一章 緒論

一、國際契約之特質與獨立性：

(一)序說：國際契約與一般國內契約的相比有其特殊要素，此特殊性有法律問題及實際問題。爲使國際契約特殊因素容易明瞭起見須研究該契約之概括規定，諸如美國獨占禁止法第六條從其目的及相對觀念來概括認定國際契約，換句話說，國際契約者須符合本條文之目的。

國內契約與國際契約最大的分別爲國際契約有涉外要素（transfer nationally）卽爲當事人之一方係外國人或外國法人，契約爲涉外交易。

(二)國際私法的涉外要素：本要素爲國際契約之獨特性，按傳統國際私法依據法的選定與有關準據法國家之國內契約無異，如美日交易契約以日本法爲準據法者視同日本國內契約，若以美國法爲準據法者與該州契約相同。但就理論上而言，係乃不可否認之國際契約之獨立性（註一）

(三)比較法學之研究方向：國際契約除有其獨立性外法律上也具有四種理由：

第一：各國之準據法如不明瞭，在美國卽適用各州準據法則（美國衝突法學Conflicts of

laws) 來裁量，準據法係按具體事實及有關判例認用，在預防法學立場加以事前預防，實爲困難，日本法例第七條採行爲地主義，如同我國涉外民事法律適用法第六條第二項，但實務上非爲如此單純，如有當事人明示或默示選定準據法之意旨時，則可排斥本條文之適用，何種情況爲明示與默示，事實須依有關判例加以認定，又如能在國際契約中明文規定合意準據法者最爲適合，然實務上可能吻合者，極爲少數，故雙方當事人均希以該國內法爲準據法，極難取得明示旨意。若以契約中不加以明白規定，按各國之審判藉以有效認定準據法之意旨，其含意選擇法規之範圍如何？須加以研究（註二）。因此訂立國際契約時，須事先明瞭準據法國之法律內容極爲重要，且更須慎重研究該準據法國之法律內容後，針對有關規定加以擬訂契約條款。所以契約當事人除熟悉準據法則外，尤須以比較法學之觀點慎重研究準據法國之實體法內容。

比較法學之觀點，不僅須研究各關係國之契約法，爲防止國際契約之糾紛，更須研究法制全體之有關規定，如救濟方法及時效，大陸法系之市民法係實體法，英美法則認爲手續法，故須瞭解各有關國家之訴訟制度，實體法適用異同之處，而針對各關係國之法律體系，及司法過程有深切瞭解之必要也。（註三）

第二：須考慮有關國家準據法之衝突，因各國準據法均有相異之規定，如國際契約有發生糾紛時應由何國之法院審判，法庭地法之準據法規定如何？則可左右實體法規定，

故須加以精細研究，以資保障各該當事人之權益（本問題詳述於拙著國際買賣之研究第二章第二節）。而國際契約糾紛之審判籍應歸何國法院管轄，應向何國法院起訴，務須考慮外尤應考慮外國（法）人之當事人能力問題（註四）。

第三：國際契約之獨立性及其法的來源如何？即爲世界各國之條約及國際商事習慣來源頗不一致，而如何認定法之習慣，須研究法庭地法之有關規定，尤在國際貿易契約商事習慣上有重要之使命，故法之淵源須加以研討外，國際契約應適用何國法律，則須用比較法學觀點加以研究清楚（註五）。

第四：國際私法除對國際契約有準據法適用問題之關連外，涉及各國之公法規定適用如經濟、統制法規等在法庭地法國係強制法規與國際私法領域不涉及也。至於法庭地法國適用與否外國的公法問題係乃該國之公序良俗法律政策及制度問題（註六）。

第五：國際契約須適用外國法之證明問題大陸法系與英美法系有不相同之處，如中日法制採職權調查輔助制度，英美法則當事人須負完全舉證責任視爲事實問題不視爲法律問題。尤在美國各州外國法之證明，須詳爲查考法庭地法之判例爲依據，而各州有排除適用外國法之趨勢，務必採用訴訟技術克服（註七）。

總之爲防範國際契約糾紛之發生，除在契約上訂定以某國實體法爲規範外，應廣泛研究各國司法制度、法律制度及實體法規定者，須基於比較法學之觀點加以研究。且在預防法學之觀點上亦應研究國際契約外，實務上只依法庭地法之準據法爲根據

適用有關國之實體法。故不論在理論或實務上比較法學之研究在國際私法及國際契約之範圍內有其獨特之重要性，吾人必須徹實瞭解，以免發生糾紛。

二、國際契約法源的特殊性

(一) 涉外契約實體法說問題：凡有關國際契約法之法源有「涉外交易實體法說」表明其法之特殊性，但各國之立法否認涉外交易爲法外之另外一環，仍然將涉外契約視爲國內法之一環，不承認其獨立性。雖在一般法學見解上將涉外買賣有其獨特性，但不能擺脫國家主權範圍之國際私法範疇。所以說國際契約法之來源仍爲各國之立法及習慣也。

理論上國際交易係乃超越國境，然事實上不能見到具體之法例，如擺脫國家主權之力量，則不可能完全保障國際契約之強制履行，唯據有關當事人擬約時具體訂定條款，該項國際契約係爲私人立法之文書，既然國內契約爲在既存法制下之私人立法文書，國際契約亦同爲準據法國法制下之私法立法文書，此獨特性爲國際契約所能具備（註八）。

(二) 國際實體私法之統一問題：私法之統一問題廿世紀以來各國均在極力提倡，然據實而言各國之訴訟制度、證據法各有差異，僅爲統一實體私法規不可能獲得各國法院之統一判決，其問題重點在中世紀意大利商業都市中心有單一的裁判機關（*merchant Consuls*）來處理國際商業糾紛適用商事習慣法，故國際問題商事糾紛之處理不僅統一其實體法、訴訟法、證據法，更須有統一的裁判機構來負責處理，以求商事糾紛之統一判決。目前涉外契約之糾紛由各國之司法機關處理者，務必研究各國之訴訟、證據、實體法等

制度，加以比較分析，以利防止其糾紛及迅爲公平解決。最佳理想之辦法，係統一各國之手續、證據、實體法等爲世界大同之理想（註九）。

三、國際契約之違約概念：

(一) 契約概念與違約觀念：國際契約之訂定，須比較研究各國之法制，本文於中日法制及美國法制爲中心加以比較研究，基本的契約觀念，中日法制與美國法制均有差異之處，中日契約法之概念，以雙方當事人合意之表示行爲內容於法強制履行稱爲契約。英美法爲將雙方當事人談判同意之內容於法加以確保持制履行謂爲契約。故大陸法系、英美法系之契約基本思想有所不同，東洋人與英美人之契約觀念亦有出入之處。

東洋人對契約之基本觀念，係雙方當事人同意之意思表示行爲的約定視爲契約，至於意思同意內容之程度以意思表示之解釋原則處理，同意內容如不明確須按誠實信用原則加以釋明。契約當事人受誠實原則之拘束者在學理上有封建契約及近代契約之分別，若意思內容不明之解釋，按誠實信用原則者，則失去近代契約之觀念，因此東方對封建社會觀念即爲遵守約定之道德觀與法律觀之近代契約觀念權利義務觀念不可混淆。一般近代契約觀念與當事人之間均有相對之利害關係爲契約之基本原則。

英美法認爲契約之成立爲雙方當事人談判同意的結果內容，可依法強制履行，若無談判交涉過程，契約不能成立。片面之約定於法不生效力，故英美法系之要因法學思想（請參照第四章第一項概說）。英美契約的觀念爲雙方當事人交涉具體結果須客觀確定始可

依法強制履行，不得將契約模糊處變爲具體化（請參照第二章第一項概說及第七章第二項第二段美國統一商法有關買賣契約具體明確原則），總而言之，英美契約觀點即爲將交涉結果合意成立之契約意思，受法律之保障及拘束，故此契約意思除主觀意思外，客觀上之內容亦須具體確實，雙方當事人同意受法律保障及拘束此係私人立法，所以在契約交涉過程中，就有預先同意及最後同意之分別。總之東方契約之觀念與英美契約之觀念，均有天淵之別，故訂立涉外契約時應特別注意（註十）。

（二）違約概念與契約意識：查考日本人契約意識之淡泊按學者未弘教授所云：「日本人根本不想契約之法律觀念，比起英美契約觀念大不相同。日本人只認爲要守信於約定之諾言」。吾人似可稱此契約觀念非近代文明之規範，吾國人民亦有同感；反觀英美契約法許多精密規定，訂立涉外契約如不謹慎，且以美國各州法爲準據法者，中日國家之契約當事人勢必吃虧，難以申辯。

英美契約法中有相當嚴格之契約概念須具備當事人同意要件數項，始能依法成立契約，因此本法中認定同意（約定）範圍比中日法狹小。如此本法不僅如違約法時，只能要求損害賠償，除非該契約之不履行違反衡平正義外不得請求強制履行，在中日民法也有可請求強制契約履行之有關規定（註十一），而英美一般概說爲付賠償金有違約自由之權利，可芬教授（Prof. Corbin）稱爲「違約之權利」。往往在涉及交易契約上訂出許多危險條款，違約時只付部份賠償金依法拒絕履行契約，如此方面的趨勢甚爲流行，因此中

日兩國人民，容易上當，故須預先注意。

至於如何防止糾紛之發生與契約擬訂技術有相當密切關係（請參照第八章第二項第四段違約之預防），於契約上如何束縛當事人與違約糾紛爲一體關係，而英美人契約上大小任何事項均須訂明於契約內以書面爲之將來一有糾紛時，以此爲據，故與東方社會之觀念互相比較，其基本、思想社會行動法律技術均有莫大差異，於是國際契約中利害關係之對立，最具現實。歐美人在企業行爲上，認爲訂約與糾紛之防止處理爲一連串之問題，東洋人根本不具備這種思想，皆以契約之根本爲講究誠實信用，不主張法律技術及權利義務觀念者根本不是歐美人士之對手，加上歐美人士均用法律專業人員或律師爲幫手，故東方人與歐美人訂立契約在技術上，實難相提并論，故常在盲目觀念中簽訂國際契約事後吃虧上當，後悔莫及（註十二）。

【註釋】

- 註一：拙著國際買賣之研究第八頁至第十一頁。
- 註二：拙著國際買賣之研究第十三頁至第十五頁。
- 註三：拙著國際買賣糾紛解決論第七十二頁至第七十三頁。
- 註四：拙著國際買賣糾紛解決論第四十四頁至第四十五頁。
- 註五：小町谷操三著「海上買賣法之發展」第十二頁至第十五頁。
- 註六：日本國貿易實務講座判行會編著「貿易與法律」第八編第一章第二節、第二章第三節第二項、第

二章第二節第二、四項。賀屋俊雄著海上買賣研究及貿有業務第二七七頁至第二八四頁。

註七：劉甲一教授國際私法研究譚義第卅一頁至卅三頁。

註八：江川英文著國際私法第六頁。

註九：江川英文著國際私法第十九頁至廿一頁。

註十：拙著國際買賣之研究第十七頁至第廿頁。

註十一：「貿易與法律」第五編第一章。

註十二：拙著國際買賣糾紛解決論第四頁至第廿頁。