

論國際私法上契約之難題

陳 隆 修 *

目 次	
一、導論	七、標準格式的契約
二、已婚婦女訂立契約的能力	八、以契約作為侵權行為的抗辯
三、未成年者訂立契約的能力	九、以契約作為侵權行為的訴因
四、約因	十、高利貸法
五、形式上的效力	十一、結語
六、繼承與契約	

一、導 論

Leflar 教授很適切地寫著：「法律衝突論 (Conflict of laws) 在發展過程中，以有關契約之一般效力的法律範疇最令人困惑。而這種困惑是決不會終止的。三項主要的法則彼此間或多或少地相互對立，它們無論在過去或現在均被普遍地引述於判例及教科書中。」¹ 他所說的三項法則是指「契約訂立地法」(the law of place of making)，「契約履行地法」(the law of the place of performance) 及「當事人意思自主原則」(the intent of the parties should control)。

Morris 博士將這種困惑解釋得很得

體：「有兩個原因造成這種困惑。第一契約的種類繁多。經由機械式的法律選擇論 (mechanical choice of law methodology) 所引用的法律雖能適用於土地買賣契約卻未必能適用於他種契約，例如：僱傭契約或海上貨物運送契約。第二有關契約可能產生的問題難以數計，我們可由任何一本州內 (或國內) 契約法書籍的目錄中得知此一情況。機械式法律選擇的規則雖適用於契約實質效力 (essential validity) 的問題，卻未必能適用於要約與承諾 (offer and acceptance)，當事人行為能力 (capacity of parties)，契約形式 (formalities) 或不法行為 (illegality) 等問題。」²

※本文作者為本系副教授，英國倫敦政經學院碩士、博士，美國密西根法學院研究學者。

Morris 博士的上述言論證明我的看法亦為其他權威專家所認可，亦即，沒有任何一種機械式的標準能做為衡量所有衝突的社會價值（*conflicting social values*）的絕對標準。例如，如他所指出的，用以衡量買賣契約之衝突的社會價值。契約法是一個龐大的主題，其中包括了各種不同範疇的法律。這種情況在大陸法系（*civilian system*）或英美法系（*common law system*）國家都一樣。但我願在此下一個結論，即兩個法系彼此間，契約法的差異較侵權行為法（*tort laws*）的差異為大，縱使兩個法系仍要求同樣的價值（*values*）。無怪乎那種機械式呆板又獨斷的美國新理論無法在此契約法之領域內有太多的成就。

然而，契約法衝突論的未來展望是相當樂觀的。根據國際貿易行為的活潑（*dynamism*）來判斷，我們必須承認有「事實的國際衝突法」（*de facto universal conflicts law*）存在。實際上，正如其他所有的法律範疇，不同國家的契約法亦正努力地以不同的方式實行相同的價值。身為比較法學家的 *schlesinger* 教授寫道：「就我們所研究的所有法律體系而言，其契約法的概念是一致的。就其範圍，契約法的範疇或許不可能被所有的法律體系以相同的法律訂立出來，但就其核心（*core*）而言，契約法的意義所到之處皆同。在我們研究的所有法系中，依「契約」此一文字之中心意義，其構成契

約之第一要件，均係指協議（合意）（*agreement*）的存在，亦即兩人以上的當事人間一致同意的明白表示（*manifestations of mutual assent*）。契約事實上，是否為雙方當事人所共同約定，我們依其明示（*manifestations*）而視其契約係雙方共同一致之約定。在所有法系裏「同意」（*assent*）均可以文字或其他方式表示之。協議（*agreement*）是否可視為契約，有賴於法律的規定。倘法律認定協議係契約，則可循司法救濟（*judicial relief*）要求強制契約之履行；所有的法系均以不同的方式試圖制定「救濟」的形式及要件，目的在使合乎其要件而具有例外情況之案例中的雙方當事人能得到公正的救濟。」³

在國際情勢中，我們這些衝突法學者亦盡力要實行「保護當事人之正當期待」（*justified expectation of the parties*）的一般社會價值（*prevailing social value*），在法律衝突論中衝突法學者知道尊重「當事人意思自主」（*party autonomy*）的重要。假如雙方當事人並未決定其契約適用的法律，則英國法院採「適當法」（*proper law*）來解決爭議。一般言之，美國法院採「最重要的關係」（*the most significant relationship*）理論。少數大陸法國家採「契約訂立地法」（*lex loci contractus*）或「契約履行地法」（*lex loci solutionis*）。有些國家在稍較繁複的情

況下採用此二標準。⁴ 而這四種方式均有其優點 (merits) 及缺點 (demerits) 。它們亦是博學的著者們所詳細討論的⁵ 。而很明顯地，英國和美國的方式均較能實行保護雙方當事人「正當期待」之價值。

在 Mount Albert Borough Council v. Australasian etc , Assurance society Ltd.⁶ 中，Wright 法官解釋契約的「適當法」(proper law) 「係英國法院據以決定契約之義務的法律。英國法院在決定這些事項時，拒絕將其視為決定性的 (conclusive) 固定的 (rigid) 或獨斷性 (arbitrary) 的標準，如契約訂立地法 (lex loci contractus) 或履行地法 (lex loci solutionis) ；相反地，他們認為「適當法」應依幾項因素決定：由契約的約定款項來確定雙方當事人的意思；雙方當事人的處境及與契約有關的情形。有些案例中，雙方當事人會在契約中明白地約定以何種法律管理其契約，在這種情況下，法院將會依照他們明白的 (或表面證據 prima facie) 意願採用其所約定的法律來判決案例。但大多數的案例中雙方當事人並未如此做。或許他們從未考慮過這個問題。此時法院必須探討當事人的意願，或為他們決定一「適當法」法院在選擇適當法時須考慮到當一個公正合理的人於訂立契約時若想到選擇法律的問題他將會或必須做的選擇。」

美國「最重要的關係」(the most significant relationship) 的方式主

要是由第二新編 (Second Restatement) 所公佈的。第二新編第 188 條規定：

(1)就契約的爭點而言，倘一州依第 6 條所規定的原則對交易及雙方當事人有「最重要的關係」，則雙方當事人間與契約爭點有關的權利義務均將以該州之實體法 (local law) 決定之。

(2)倘雙方當事人未選擇一法律以為依據時 (參閱第 187 條) ，則依第 6 條的原則決定其準據法 (applicable law) 以解決其爭點，其考慮的因素包括：

(a)契約訂立地 (the place of the contracting)

(b)契約磋商地 (the place of negotiation of the contract)

(c)契約履行地 (the place of performance)

(d)契約標的所在地 (the location of the subject matter of the contract)

及(e)雙方當事人的住所 (domicile) 居所 (residence) 國籍 (nationality) ，公司成立地 (place of incorporation) 及營業場所 (place of business) 。

法院將依這些「關連點」(contacts) 對爭點的重要性，來衡量他們(指上述「關連點」) 。

統一商事法典 (Uniform Commercial Code) 基本上亦使用相同的方式。法典中有關概括性法律選擇的章節規

定：⁷

「當一項交易同時與這一州及他州或另一國有合理的關係存在時，其雙方當事人可以協議以這州或他州或另一國的法律做為管理其權利與義務的法律。假如沒有這項協議，則本法將適用與爭點有適當關係的法律做為其準據法。」

許多習慣法學者主張美國的方式（*approach*）較英國的方式客觀。而亦有一些關於客觀與主觀標準之利弊的爭論存在⁸。但就實務上而言，英、美兩國的法院通常在案例中有相同的判決結果且支持同樣的價值（*values*）。或許我們應致力於通用價值（*commonly shared values*）的確認。正如Morris博士所說的，契約法是一個涵蓋很廣的研究科目。它包含各種不同的社會價值（*social value*）。我認為採用Graveson教授的分類法才是較好的方式。他將契約分為兩大類：

「(1)有關商業或貿易的契約（*mercantile or commercial contracts*），如僱傭契約、買賣、代理或經銷契約（*contracts of agency*）或保險契約（*contracts of insurance*）；

(2)雙方當事人為產生某種身份資格（*status*），所成立的契約，如婚約（*contract of marriage*）⁹」。

本篇文章的重點將在於有關商事的契約。除非另有陳述，以下的討論將局限於商事契約方面。

我們都知道「當事人意思自主原則」

（*principle of party autonomy*）並不是絕對被付諸實行的。例如第二新編（*Second Restatement*）第187(2)條規定：

「即使雙方當事人無法以其契約中之明示規定解決某特定爭點，其為處理其契約上的權利義務所選擇的州法律仍應予以適用，除非：

(a)制定該「被選擇法」（*chosen law*）的州與當事人或該交易行為並無實質關係（*substantial relationship*）存在，且沒有任何足以做為當事人選擇該州法律的合理依據存在；或者

(b)適用「被選擇法」將與另一州的基本政策相違背，而政策被抵觸的州對於特定爭點較制定「被選擇法」的州有更顯著的利益，且依第188條規定，倘若當事人間並無有效的選擇法存在時，該州（政策被抵觸者）的法律將是準據法（*applicable law*）。」

我們可以下一個確信的結論，即雖然「當事人意思自主」是被普遍接受的價值，但多數國家均有其例外規定存在。所幸，這些例外規定通常（雖不是「總是」）是普遍一致的。例如，標準格式的契約中（*standard form contract*），保護交易能力較弱的一方當事人的價值通常超越「當事人意思自主」的價值。不同法律範疇的法學專家曾試圖以一句話來表達有關契約案例的共通價值（*common value*）。其中最引起爭議的是Ehrenzweig教授的「有效法則」（*rule of validation*）

。或許較慎重及客觀的措辭應屬 Schlesinger 教授依據許多國家的契約法，比較研究後所提出的說法。他很謹慎地下結論：雙方當事人間「正當的期待」（justified expectation of the parties）應被賦與效力。

「雙方當事人的正當期待應被賦與效力」，此一概括的說法已將「當事人意思自主」的價值及該價值的例外情況均包含於其中。顯然地，當事人意思自主的價值即在維護當事人間正當的期待。當事人意思自主原則的例外情況起因於「正當期待」之限制要件。「正當期待」（justified expectation）是個概括性的措辭，無怪乎 Schlesinger 教授以它做為結論。例如：契約可能含有詐欺（fraud），或者契約可能於當事人懷有違反「契約履行地」法的故意之情況下訂立；或者我們甚至可以說在「標準格式契約」（standard form contract）中交易能力（bargaining power）較強之一方可能有不公平的獲取交易能力較弱之一的利益的意念；或者，一個經驗豐富的商人和一個十四歲的小孩訂立契約，前者於賣後者一部跑車時，並無所謂「正當期待」的意念存在。

或許必要的話，「保護當事人的正當期待」應能予以更明確的措辭。我們能將它更進一步地限制於「尊重交易能力相等之雙方當事人訂立一合法契約的誠意（good faith）。但如我們所知，「誠意」、「同等交易能力」（equal bargai-

ning power），及「合法契約」（lawful contract）的明確適用經常在不同國家的國內法中引起爭議。在國際間這些專有名詞的適用會更加的不明確。易言之，「保護雙方當事人的正當期待」的概括價值是全世界共有的一而這是在不考慮「不同國家使用不同的法律實行這項價值」的情況下所做的主張。我們無法確定這價值應被實行到什麼程度。身為衝突法學者，我們在此法律範疇內的工作是證實這價值已大致為世界各國所同意及儘可能對這價值應被普遍性實行的程度給予一明確的界限。

進行此工作時，我們必須切記：「保護當事人的正當期待」並不是表達契約案例之基本價值的唯一方式。我們亦能說「貿易的促長」（promotion of commerce）是契約的基本價值。但由於保護當事人的正當期待將有助於貿易的穩定性，所以貿易的促長與當事人的正當期待，二者的價值是大致相同的。在此情況下，我們最好使用具有較廣泛意義的措辭。

因此，「當事人意思自主原則」的適用及其遺留下來的「缺失」（gap）應依「保護當事人的正當期待」的概括價值（broad value）決定之。「適當法主義」（proper law doctrine）並不能給予法院一個解決商業爭議的明確方式，或許適當法是最能依據「保護雙方當事人的正當期待」的價值以解決爭議的法律。本文的討論範圍並不包括慎重的及基本的方式的適用。本文的重點在於「主要價值」（

prevailing value)。

在我們開始個案討論前，我國古代有一種處理方式是值得一提的。假如同業的當事人間發生爭議，則依照慣例，我國古代法院便依照該業公會的意見作判決。在現代國際商業，當事人往往同意在因任何爭議提起訴訟前，先將該爭議訴諸仲裁。而當事人通常指明仲裁者不得是律師。實務上仲裁者多是與當事人同業的商人。正如Morris 博士所說：這些商業仲裁者「是具有高度涵養及經驗」而有足夠的能力解決爭議¹⁰。在這現代商業實務基礎下，或許我們能使我國古代的上述習慣方式制度化。

假如法院所面臨的爭議的雙方當事人係其同業，則法院須查詢與其有關的商業公會（或其他類似具有權威的機構）的意見。在一個複雜的商業世界中，法官或衝突法學者經常不瞭解國際商業中的各種商業習慣。各種有關的商業公會遠較法官、律師熟悉其本身商業慣例。商業公會知道什麼是促進貿易最公正的方式（亦即保護雙方當事人的正當期待。）處理其他態樣的案例，法院經常聽取醫生、科學家或其他專家的證詞，在商業爭議中，法院須依據相關的商業公會的證詞。法院須向公會查詢什麼是有關該爭議事件的「主要商業與價值（prevailing commercial value）」。然後法院據以於相關之州法律中選擇與「主要商業價值」最一致的法律做為「適當法」（proper law）。

我國的傳統方式係侷限於同業當事人

間的爭議。其原因或許很簡單：當自己的公會會員與不同業之商人發生爭議時，該公會能否秉持公正、客觀的態度處理，是值得懷疑的。假如現代的公會能以公正客觀的態度面對自己的會員與非會員間的爭議，則或許法院會考慮聽取其證詞。

當同業當事人發生爭議時，倘法院能試著和商業公會商議，則法院的負擔便可大大地減輕。此種態樣的案例通常包含了商業爭議，法院往往很難依據法律的觀點解決這些爭議。毫無疑問地，法官及學者迫切地想達到公平（justice）的判決。但是很重要的一點即我們不可做得過分，而超出自己的工作範圍。我們的專門技術是法律而非商業。在解決商業爭議時，經驗豐富的商人，他的意見遠較我們的法律知識可貴而有價值。假如可能的話，下列的討論將盡力避開討論商業爭議的案件。

二、已婚婦女訂立契約的能力

時間的消逝經常能驗證我們過去的錯誤。Milliken v. Pratt¹¹是最適合我們做個案分析者，Currie 教授亦常據其以建立他個人的方法論（methodology）¹²。Milliken 的事實情況如下。Pratt 夫婦是畢生居住在麻薩諸塞州（Massachusetts）的居民。Pratt 先生向緬因州（Maine）合夥公司申請貸款以便向其購買商品。合夥直到Pratt 太太保證付款時才同意他的貸款申請。Pratt 先生取得他太太的書面擔保由麻薩諸塞州寄給在緬

因州的合夥公司，後者便將貨物賣給前者，並以限時專送由梅茵輸往麻薩諸塞州，運費由買受人負擔。嗣後Pratt 先生並未付貸款，緬因州的合夥公司便在麻薩諸塞州對提供擔保的Pratt 太太提起訴訟。在訂立契約當時，依麻薩諸塞州法Pratt 太太並無訂立契約的能力，如擔保契約等。而緬因州法律則准許已婚婦女有訂立契約的能力。麻薩諸塞州最高法院適用緬因州法因為緬因州是本案的契約訂立地，所以判決原告勝訴。

首先麻薩諸塞州法院遭到傳統管轄選擇法則（jurisdiction-selecting rules）的舊有典型的困境（classical dilemma），也就是決定何者為契約訂立地的問題。我們都知道偏好傳統方法論（traditional methodology）的法學者們一直未對此一問題做一個令人滿意的解決。第二、法院將面臨一項更困難的衝突（conflict），這項衝突係存在於下列兩者間：採用「契約訂立地法」（lex loci contractus）決定契約效力的原則及採用「住所地法」（law of the domicile）決定訂立契約能力的原則。法院認為「一旦契約訂立地法承認該契約係經由有行為能力人合法訂立的契約，則縱使該當事人依照自己的住所地法應為無訂立契約能力者，該契約在任何地方仍為有效契約」是英國及美國當局的一般趨勢。這種主張是無法令人滿意的。法院真正要做的是保護州際貿易及基於誠信（good faith）的無辜的當事人。這兩項價值是

眾所週知並為眾人所接受的，但法院在適用傳統法則（traditional rules）時，卻未充分地將真正的理由表達出來。

Milliken 案的真正爭點為Pratt 太太在這州際契約中應否被視為「具有同等交易能力」（equal bargaining power）的當事人，而此爭點可能會妨礙到對於「尊重同等交易能力之當事人的善意（good faith）」及「貿易的促長」（promoting commerce）價值的主張。而很明顯地，無論她的住所地法如何規定，她均應被視為具有完全之訂立契約能力。首席法官Gray 對於自己的推論結論如下：「在現在這個時代¹³，所有的文明國家均認為『已婚婦女完全沒有訂立契約的能力』的觀念是不真確的。現代立法的趨勢是擴張已婚婦女在契約方面的能力，甚至在許多州裏，她們擁有和未婚婦女近乎相同或完全相同的能力。在麻薩諸塞州，即使是在Milliken 之契約訂立當時，法律已賦與已婚婦女非常廣泛的能力，她能自行經營事業，就自己的財產、事業及所得範圍內與他人訂立契約使自己受到契約拘束，而且在本案提起訴訟前，此項能力更擴展到包含所有態樣的契約，已婚婦女能與所有的人（除了自己的先生外）訂立契約，一如其婚前所具有的能力。因此沒有任何公共政策（public policy）上的理由能阻礙本案訴訟的成立。」

顯然地，法院非常尊重婦女的州際地位及普遍性社會價值。因此在「貿易的促長」（promoting commerce）及契約

自由原則的尊重」的一般價值下，法院判決婦女與男士有同樣的訂約能力而解決了這件州際個案的真正爭點（但法院並未明白地說明其用意）。姑且不論法院的推論，本案很明顯地是一個好的判決且應適用於其他相同態樣的案例中。特別是在百年而後的今天，我們應已對女權平等的文明價值（civilized value）完全沒有懷疑而我們將推翻掉近百年來的法律進展，倘若我們仍讓 Currie 教授的方法論迫使我們做出與這已確立的女權平等的價值相抵觸的判決。

Currie 教授很自信地宣佈：「就該爭點而言，有誰能說緬因州或麻薩諸塞州是錯誤的？兩州法律相衝突的原因僅在於州立法機關以不同的結果來衡量競相存在的事項」¹⁴ 我們可以推斷即使是在 Currie 教授寫下其結論的當時（大約西元 1960 年），亦很少人能接受其對於婦女權利的價值判斷（value-judgment）。這正是為何我總是主張：探討基本的社會價值（social value）的根本差異是非常重要的。倘若這些差異無法解決或協調，則將如 Currie 教授於 Milliken 案中法律事實（law-fact pattern）態樣的十四種變化的分析所顯示，非但無法達成一致性，反而會導致不公平（injustice）的發生。

Currie 教授為自己的分析做了以下的結論：「十四種可能發生的法律衝突案例已被列入兩種類別中。歸於較大一類的十種案例並不具有真正的衝突問題，但他

們卻是無法以科學或衝突法方式解決的問題。認識這些事實後我們可提出一個原則（就我所知這是唯一的原則）以發展更令人滿意的方法以處理這些案件¹⁵。」大家都知道他的分析引導出一項結論，即有時緬因州的利益優先，有時麻薩諸塞州的利益優先，有時兩州對該案例均無利害關係，而有時兩州均具有利害關係，此時「法庭地的選擇」（forum shopping）成為爭議的當事人間最實際的法則。所有有趣的結果均在他的前提下產生：緬因州有保護它的債權人及其貿易的利益而麻薩諸塞州亦有保護該州已婚婦女的利益。而正如前所述及這項方法論正是以他的見解「有誰能說麻省是錯誤的」為基礎。

很明顯地，時間證明麻薩諸塞州是錯誤的。人類發展的過程確定了這一點。縱使是在一世紀之前，麻薩諸塞州法院亦默認其本身的立法政策是錯誤的。我們很難理解為何 Currie 教授對自己就「已確立之婦女平等的社會價值」的價值判斷如此地具有信心。無論在何種案例中，Currie 教授的價值判斷均導向錯誤的結果。這十四件假設的案例均須依照婦女平等的國際社會價值來決定，則緬因州法應適用於各個案例中。

有些贊成 Currie 學說的學者可能會主張縱使麻薩諸塞州的政策與婦女平等的普遍國際社會價值相違，法院亦無權過問一州內部的立法政策（legislative policy）。可是法院在 Milliken 的判決見解中對不合意願的州政策是否表現出任何耐心？，假

如我們認為法院對於婦女平等的價值的支持已於一世紀前予以確認，我們就不會相信那種辯論。此外，如 *Paley v. Bank of America National Trust and Saving Association* ¹⁶ 所顯示的，假如自己的州政策與普遍性被接受的價值相違背時，美國法院並不至於盲目地遵守自己不公平的州政策。*Paley* 案中，加州法院以憲法為託辭使自己的州法律無效。*Milliken* 案終結之百年後，我們不難以憲法基礎（constitutional grounds）推翻麻薩諸塞州的法則。婦女解放運動的支持者比我更瞭解為何婦女應得到平等待遇。*Milliken* 案百年後的今天，我不認為有關婦女平等的國際價值（international value）會再有任何嚴重的爭議。前所提及，身為法學者，我們的任務是促使公開承認已建立的社會價值以避免不必要的進化延滯及不公平判決的發生。*Currie* 教授的州利益分析（state interest analysis）便是不必要地拖延了對於婦女平等的神聖價值的公開接受並導致不必要的困惑及不公平。

三、未成年者訂立契約的能力

有關訂立契約能力的另一種態樣的案例即未成年人的訂約能力。這類案例的通用價值是所到之處皆同的，無論國內、州內或衝突案例（conflicts cases）皆相同。*Treitel* 教授寫道：「處理未成人的契約的法律是基於兩種原則而訂的。第一

點，也是較重要的，即保護未成年人免於因缺乏經驗而受到不平等待遇。所以一旦該契約對未成年之一方不公平抑或不合理（例如：價錢雖合理但卻超乎來成年人的經濟能力—縱使契約本身是公平的）。第二種原則即法律不得使與未成年人公平交易的成年人遭受不必要的損害。在這原則下，1. 有些當事人之一方為未成年的契約是有效的，2. 而有些契約是無效的，倘若未成年人受到契約的拘束而須負擔義務除非他拒絕履行；3. 未成年人亦可能須負侵權行為法準契約法（quasi-contract）及衡平法（equity）（倘有詐欺時）上的責任 ¹⁷。」

事實上這一類案例的衝突價值（conflicting values）均在保護未成年人（倘一方於訂約時並不具善意，則另一方不具同等交易能力者須受到保護），以及貿易的促長（promotion of commerce）。這兩種衝突的價值都有很好的理由支持它們。這是一個很難解決的衝突情況。我們必須做的是協調這兩種衝突價值。易言之，我們必須在正當與不正當的期待間給予明確的劃分。

如前所提及，大陸法系與習慣法系的契約法各不相同，但卻各有相同的法律概念的中心（common core of legal concept）。在處理涉及未成年人之訂約能力案例時，大多數的國家均盡力協調「保護未成年人」的價值及「保護交易」的價值。

在詳細研究英國法院的判例後，Sm-

ith 先生做了下列結論：

1. 對於涉及未成年人之案例，其保護未成年人的程度主要依行為人的屬人法（personal law）決定之。

2. 倘一方當事人在合理情況下並不知道行為人的屬人法與其行為地法不同時，則上述（第一項）的保護不得引以為判決的依據。

因交易事由之不同而有合理的變化，最顯著的例子是：商人供應外國人不十分昂貴的物品時不須對購買者進行調查；反之，當一家銀行接受一個年輕人的擔保時，它必須調查得很清楚，而唯有在該年輕人所編的是一則合理且令一般人相信的謊言這家銀行方能據以為已盡調查責任的辯解。倘若雙方當事人彼此認識而契約亦僅為當事人間私人的約定，則沒有任何事由得做為其疏忽的託辭¹⁸。」

基於協調兩種相衝突價值（conflicting values）的相同意圖，我國民法第 77 條規定限制行為能力人有合法的訂約能力倘契約的內容係依其年齡及身份，日常生活所必需者¹⁹。

一般說來，英國法院的判決及我國民法第 77 條的規定均將衝突價值協調到相同的程度。但通常大陸法的成文法規較能簡明並廣泛地涵蓋多數的此類案件。所以我國民法第 77 條規定應較適合做為解決此類衝突案件的準則。

例如：一個五歲的美國男孩到倫敦旅遊，在店裏買一支棒棒糖，這項契約是有效的。但若是一個十四歲的孩子要買一枚

鑽戒，則契約無效；反之，一個十四歲的阿拉伯公主要買一枚鑽戒並向店主出示其身份則契約有效。一個十六歲的孩子買一個足球，其契約當然有效，反之，向銀行借錢以開創其事業則契約當然無效。

各國的契約法均不相同。一州中視契約為有效或無效的處理方式未必符合其他州的州法律。而法院判決契約無效僅表示就該特定案例中，「保護未成年人」的價值超越「貿易促長」的價值。因此在保護未成年人的價值超越貿易促長的價值時，法院須於涉及該案之諸州法律中選擇一較有利於未成年人的法律。假如被選擇的管轄法律（chosen governing law）規定契約生效與否由未成年人的法定代理人決定，而法定代理人決定契約有效，則理所當然地代理人的行為須是在保護未成年人的利益而為者。

四、約 因

在討論這一類型的衝突案例之前，我們先來看兩件記載在 Calamari 及 Perillo 教科書²⁰ 中的國內案例。Haigh v. Brooks²¹ 一案中，被告基於特定約因（consideration）立下證書為第三人對原告 10,000.00 鎊債務作擔保。後來他答應只要原告歸還該擔保字據他便付與原告 10,000.00 鎊。原告接受他的要約並歸還字據。但被告並未履行其約定，原告提起訴訟要求強制被告履行其約定，被告主張他對原告提出的承諾並不因原告受傷害而

生效，因為原告所歸還的擔保字據本身是不生效力的一該字據並未蓋印，依據英國現行法該字據是無效的。被告辯論的前提為拋棄一紙不具任何價值的字據並不構成損害。在判決原告勝訴時法院表示證據顯示被告確實對該字據有所期望（即被告係基於某約因而立該擔保字據）。法院並指出有關立該字據所約定的約因是否足夠並不是法院的職務。在 *Newman & Snell's State Bank v. Hunter* ²² 一案中，一個寡婦（在本案中是被告）答應原告償還她先生生前的債務（她先生的遺產已不足償付債務）。基於此一承諾，銀行將先生的字據歸還被告。法院判決被告勝訴時指出放棄沒有價值的字據並不構成約因（*consideration*）。

對於上述兩件判例在法律上的一致性（*consistency*）是令契約法專家頭痛的事情。在慶幸這不是我們的困擾之餘，我們禁不住要自問假如上述兩件案例的實際狀況延伸在不同國家時將會如何？尤其是在大陸法系中並不要求契約的訂立須有約因存在，倘若涉及該案例的國家之一為大陸法系國家時，結果又將如何？

或許判決結果會與上述二判例相同。在 *Haigh* 中，原告對被告的承諾的「正當的期待」（*justified expectation*）應受到保護，而且我們很難想像被告是基於「善意」（*good faith*）而不履行其承諾。倘被告的行為仍受到法律的保護，那麼州際甚至國際的貿易將不會有良好的秩序和發展。在 *Newman* 中，密西根最高法

院（*Michigan Supreme Court*）下結論：「被告在本案中所得到的只是死者的一紙字據，而死者遺留下來的只有債務和不足以償還債務的遺產。」既然被告並未就該契約取得任何代價，她的承諾便僅是一種無償的贈與行為。而事實上，或許雙方當事人，尤其是被告，並沒有成立一個贈與契約的意思。因此本案中，雙方均無所謂「正當的期待」需要保護，再者，我們也很難說原告是善意的當事人 ²³。

在討論其他案例前，我們必須先瞭解習慣法（*common law*）上約因要件（*requirement of consideration*）的背景。Calamari 教授及 Perillo 教授寫著：「習慣法經常要求雙方當事人間須有口頭或非正式的承諾以助長其約因，此亦為契約強制履行的要件之一。這項要件的沿革是迂迴曲折混淆，且眾議紛紛的。有些人甚至認為約因主義所包含的一些奇異事物阻擾了現代社會的需求 ²⁴。」Treitel 教授亦就約因發表了大致相同的意見：「不承認約因主義的蘇格蘭法規定，要約人一旦公開提出其要約，便受到該要約的拘束，此規則較英國法規更適宜，在後者（英國法規）規定的情況下，被要約人的「合法期待」（*legitimate expectation*）往往無法受到保護 ²⁵。」這項習慣法上的約因要件似乎不是非常適合於現代的貿易活動 ²⁶。習慣法系亦盡力要減少約因要件所導致的麻煩結果，而習慣法的「口頭證據主義」（*doctrine of parol evidence*）便是一個例子。因此在涉及國

際性的案例中，法院須著重於一個問題——即有無「正當的期待」存在以取消約因之要件。

在 *Re Bonacian*²⁷ 案中，一個義大利國民在英國做生意，他在西元 1897 年破產並於西元 1901 年取得債務消滅 (discharge) 之裁定。在他破產的當時，他亦對一名義大利國民負有債務，但這筆債務並未在破產程序中提出，而該債權人亦不知道此事。在西元 1906 年債務人簽署了一份義大利格式的文件 (*privata scrittura*) 其中他對債權人承認其債務之存在並將於五年內將債務併利息還清。西元 1908 年三月，債務人死亡，在執行債務人在英國的財產的訴訟中，債權人要求確定債務的總額。依義大利法，不須有約因的存在來支持答應償還舊債務的承諾。償還債務的道義責任經由 *privata scrittura* 的履行而轉變為有效的拘束。英國高等法院判決 1906 年的文件構成一個新的契約而具有強制力縱使該契約並無約因存在。這個判決是公正的，英國的約因要件在本案中被取消以便使債權人「正當的期待」 (*justified expectation*) 能受到保護²⁸。

然而，我們必須特別注意贈與契約 (*gratuitous contract*)。基於它的特殊性質，習慣法系與大陸法系均有其主要價值 (*prevailing value*)，即贈與人 (*donor*) 必須明白地慎重地表示其贈與意思。例如：依照英國法，假如 A 答應給 B 100 鎊做為禮物，這項承諾因為不具有約

因所以是沒有強制力的；除非這項承諾是經過簽署的契據 (*deed*)——正式的文書。依法國法，該承諾仍是無強制力的，除非它是載於公證人 (*notary*) 起草的文件中——民法 (*civil code*) 第 931 條規定贈與行為須以此方式為之。我國民法第 408 條亦規定除非是立有字據的贈與，否則於贈與物未交付前，贈與人得撤銷其贈與。似乎許多法律體系均努力以不同的方式推行同樣的價值。

五、形式上的効力

在我們討論契約的形式要件應以契約成立地法 (*lex loci contratus*) 或契約的適當法 (*the proper law of the contract*) 為管轄法律前，我們首先要知道什麼是形式要件的基本價值。Treitel 教授寫著：「法律之所以要求形式要件有幾點原因。第一，使用這種設計好的程式能使契約更加明確，使我們更易於辨認契約的訂立時間、條件、約定內容是什麼及契約的態樣為何……等等。第二，防止當事人輕率地訂立契約。一在蓋印是契約履行所必須時，這亦是蓋印文件的功用之一。形式要件尚具有第三種功用，即給予交易能力較弱的一方書面契約以做為對其交易的保護。類似的立法亦存在以保護如，住戶 (*tenants*) 及受僱人 (*employees*) 以及任何可能被給予載有詳細契約約定內容之書面文件者²⁹。」但在描述完形式要件的價值後，他接著陳述：「雖然有許

多好的理由於案例中強制要求形式要件；但無論是英國法或蘇格蘭法，其一般規則為契約可以完全不正式，不具形式的方法訂立。儘管一般的看法是正好相反的，但契約的訂立有時甚至不需要以書面為之。這種規則的主要原因是大家認為形式要件造成貿易上麻煩。在有分秒必爭的必要時，形式要件顯得太費時間。又形式要件易於蹈入技巧上的陷阱中，致當事人之一方（惡意者）因技巧而免於契約之履行。這些因素確定了一般原則，但英國法和蘇格蘭法仍依該一般原則確認許多例外情況的存在³⁰。」

因此，似乎除了保護某些交易能力較弱的人們外，形式要件在大多數貿易契約中均無法達到很好的貿易促長作用。法院應著重於探討雙方當事人實際上是否已達成協議。在許多大陸法系國家中，僅是雙方當事人意思的一致即足以產生有拘束力的契約³¹。當然這只是一項概括的原則。而這項概括的原則卻應是法院引以為找尋適當法（proper law）的指南³²。

在 *Lama v. F.H. Smith Company*³³ 案中，一家德拉瓦（Delaware）公司賣證券給原告。買賣契約是在紐約訂立及履行的。賣方的代理人（agent）曾以書面告知買受人有三年的「再賣」（resale）選擇權。買受人行使其選擇權時，Delaware 公司拒絕買回，買受人因之在 Delaware 法院提起訴訟。被告主張依照 Delaware 「防止詐欺條例」（Statute of Frauds）凡在一年內未能完成之

約定須由履行該約定的一方在契約上簽署該書面備忘錄（written memorandum）或由取得書面合法授權者為之。但紐約法並不要求代理人的授權須以書面為之。因此本案的書面備忘錄合乎紐約法的規定，但不符合 Delaware 法的規定。Delaware 法院判決本案應適用紐約法，因為紐約是契約訂立地。

*Emery v. Burbank*³⁴ 一案中，原告主張立遺囑人（testatrix）曾在緬因州（Maine）訂立一口頭契約（oral agreement）。契約內容為原告將在麻薩諸塞州（massachusetts）照顧立遺囑人，而後者會將其財產遺贈（bequeath）給原告。但立遺囑人並未履行其承諾，原告便在麻薩諸塞州（即立遺囑人的住所地）提起訴訟要求強制履行契約。麻薩諸塞州規定遺囑契約須以書面為之，但緬因州無此規定。麻薩諸塞州判決本案應適用其本身的法律。但它的推論並不明確。它指出「麻薩諸塞州的法規，其程序的規則不論明示或默示均足以涵蓋本案。」它又進一步指出：「立遺囑人的住所地法即處理遺囑的法律為立遺囑而訂的契約即表示有效的遺囑。因此遺囑應適用立遺囑人之住所地法無論是履行地或違約訴訟的法庭地均是在立遺囑人的住所地。」

在 *Bernkrant v. Fowler*³⁵ 一案中，立遺囑人（testator）曾在內華達州（Nevada）遇見原告，並口頭答應他們只要他們以在內華達州的不動產再貸款並預先償還主要部份的債務（原告對立遺囑

人的債務)，他將在遺囑中規定在他死時原告所負的一切債務均取消。而死者（立遺囑人）的遺囑中並未包括該項約定，於是原告就死者的遺產提起訴訟要求強制履行死者生前的口頭承諾（oral promise）。加州法律不同於內華達州的法律，加州法律規定立遺囑的契約必須以書面為之。加州最高法院判決加州的「防止詐欺條例」（Statute of Frauds）不適用於本案。雖然死者死時的住所地為加州，但究竟死者在契約訂立時其住所地為何並未決定。Traynor 法官代表法院說明：「在決定系爭契約是否須受加州「防止詐欺條例」支配時，我們必須同時考慮到保護雙方當事人之「合理期待」（reasonable expectation）及防止詐欺的政策。本家中除非Granud（死者）一直居住在加州，否則加州並不因適用自己的防止詐欺條例而有什麼利益，而原告亦不須知道加州法律可能是最後引以為對抗他們的法律。除非他們能引用自己的法律，否則原告必須認識所有Granrud可能居住的地方的管轄法律而不問Granrud在契約訂立時的住所地法。」

在Lams與Bernkrant兩案中，權利受到侵害之一方當事人（aggrieved party）的「正當期待」（justified expectation）得到救濟而法院的判決亦促進了州際貿易的穩定性，又由於兩案中，當事人間均已達成協議（agreement）所以判決是公正的。然而在Emery案中，當事人間亦已達成協議，但法院仍做了契約無

強制力的判決。究竟Emery與Lams和Bernkrant有何不同？

很明顯地，Lams和Bernkrant兩案均為貿易契約的案例。為了促長貿易，一方或雙方當事人的「正當期待」（justified expectation）是值得保護的。因此當事人間的協議是法院從事判決的重要考慮因素之一。而Emery一案的情形則不同。它本身並不是一個貿易契約，其契約本質使得道德的考慮成為法院判決的重要因素。或許在一個世紀前道德標準較現在嚴謹，Emery的判決便不致違反當時的道德觀感。依照當時的道德標準，原告在Emery中似乎不被認為具有「正當的期待」。倘若相同的案例發生在現在無論它是否具有貿易性質，雙方當事人的期待應被視為「正當」（justified）的，而其間之協議應具有強制的效力。

六、繼承與契約

在Wyatt v. Fulrath這個案子中，Duke與Duchess均為西班牙國民及居民。他們從未到過紐約，但在西班牙長期的政治動盪不安期間（自西元1919年到國內戰爭（Civil War）結束）他們將現款及證券寄到紐約保管並投資。他們以共同管理帳戶（joint custody account）將現款及證券轉入紐約銀行。他們彼此間的帳戶協議中約定共同所有權之生存者取得權（survivorship）。在西班牙這項協議是無效的而契約仍保持其

原來的共有性質 (community character)。而依紐約法這項協議是有效的。Duke 先死亡。接著 Duchess 亦死亡。Duke 的遺產 (estate) 基於「共有財產權」主張 1/2 的財產權，而 Duchess 的遺產 (estate) 則基於「生存者取得權」主張取得全部的財產。原告以 Duke 在紐約的副財產管理人的身份提起訴訟主張二分之一的財產權。被告是 Duchess 的遺囑執行人紐約高等法院判決：本案應適用紐約法以決定財產的所有權³⁶。

Bergan 法官代表法院的多數意見：「本案的爭議並非產生在管理人間，而是在財產所有權人的繼承人間，因此本案須依 Duke 和 Duchess 的合法行為能力而定。Duke 及 Duchess 乃西班牙的公民及居民，而他們就其共同財產 (community property) 所做的協議係與西班牙法相抵觸。」易言之，本案的爭點為夫妻間在訂立一項違反其屬人法的協議時是否有「正當的期待」。

Leflar 教授對此一判決下評論：「我們不難預料紐約法院會認為自己的法規一准許夫婦間在財產及契約事項方面的自由一優於西班牙有關使這類協議無效的法規。西班牙法規畢竟是非常過時的一雖然法官可能與此意見不合。而美國大多數法院亦可能確定紐約法是較合適的法律³⁷。」大多數人均贊成他的看法一即許多美國法官均認為西班牙法劣於紐約法。但這並不是一個美國案例。這是一個有關一對西班牙夫婦違反西班牙法的法律行為能力的

國際案例。

Leflar 教授並沒有很明顯地說明他所謂的「夫婦間在財產及契約事項方面的自由」 (marital freedom in property and contract matters)。我們不能認為他是在批評共有財產制度。共有財產制度與各別財產制度 (separation of property regime) 均有維護夫妻間正當財產關係的相同價值。他很可能認為禁止夫婦間處理他們夫妻間的財產的西班牙法不如紐約法。本文較 Leflar 教授更直截了當地將重點置於價值的衡量。本文同時亦強調須依案例的實際情況衡量價值，而不著重於單純的法律因素。

法律是用以履行相關社會中的社會價值。美國是現代自由經濟的象徵。尊重每個人的重要性亦是美國經濟的基礎。因此在美國個人處理自己的財產的自由遠較在西班牙受到尊重理所當然地，Leflar 教授會認為大多數美國法官都會保護「尊重夫妻間處理自己辛苦賺得的財富的權利」的價值。但就這一點，在西班牙是不同的。事實正如 Leflar 教授所指出的，西班牙法規具有強烈的「中世紀精神」。假如 Duke 與 Duchess 所得的財產並非經由其努力而是由傳統的繼承所得，則美國所重視的美國價值便沒有適用於此爭議案件的必要。而西班牙的「中世精神」法律反將更適合於西班牙的中世紀社會結構。換句話說，西班牙法規所表現的社會價值不能以美國現代社會的自由進步標準來衡量。「傳統」西班牙社會的「傳統」社會價值

在這個國際案例中是值得尊重的。

除了西班牙「親屬法」(family law) 的價值外，促進國際貿易的價值亦包含於本案中。如 Leflar 教授所寫：「適用紐約法可鼓勵這一類型的國際交易；反之，適用西班牙法則將阻止這類國際交易的發展³⁸。」如 Bergan 法官所言：「當外國人選擇將財產置於紐約以便保管及投資時，基於公共政策 (public policy)，紐約有權決定是否適用自己的法律於該外國人在紐約的財產，並依據紐約法決定是否將財產所有權人的形式協議或建議付諸實現³⁹。」

因此，促長貿易的價值與西班牙親屬法似乎是相衝突的。這項衝突是該案真正的爭點所在，亦為該案被視為難解的案例的真正原因。兩種價值都是值得保護的。紐約法院判決決定基於顯著的理由，促長貿易的價值應超越西班牙親屬法的價值。而基於同樣顯著的理由，西班牙法院可能決定其自己的親屬法的價值超越促長貿易的價值。無論是何種情況，國際間的衝突法在法律上的一致性均陷於危機中。

我總認為法院應把自己視為一個國際法院，以客觀的態度衡量相衝突的價值，如此方能選出一項最適合於有關的國際社會間的價值。假如法院認為自己無法如此做，那麼它必須進行衝突價值間的協調。

就我個人的意見，我認為該案中西班牙親屬法的價值應超越促長貿易的價值。亦即該對夫婦 (Duke & Duchess) 並沒有「紐約法較西班牙法優先適用」的「正

當期待」(justified expectation)

。尤其在考慮到西班牙法律是用以維繫特殊的西班牙社會結構時，Duke 和 Duchess 的期待便不能視為「正當的」(這是在假設 Duke 及 Duchess 想要尋求紐約法的保護而違反西班牙法的情況的看法)。身為國際社會的成員，紐約不應幫助其他國家的國民違反其國家的法律。除非該國的法律並不適合該國的社會狀況，我們才可能認為紐約適用自己的法律是合理的。

假如法院對於價值所做的評價無法令人滿意，那麼我建議法院進行協調這兩種相衝突的價值。我的建議是基於大陸法的方法提出的。Duchess 的遺產 (estate) 自紐約銀行取得所有財產的權利和 Duke 的向 Duchess 的遺產 (estate) 要求一半的財產是沒有關係的。易言之，Duchess 的遺產可以向銀行要求全部的財產，而 Duke 的遺產亦能向 Duchess 要求一半的財產。如此的結果，則紐約「促長貿易」的價值在表面上亦被確認，而西班牙親屬法的價值亦受到支持。

我們必須注意；西班牙的社會結構自 Wyatt 案後便已改變許多。同時這種保護親屬的規則並不侷限於封建式的社會中，我們亦可於許多現代國家中發現這類規則。或許我們很難拒絕某些社會中這類法規 (即保護親屬的法規) 的現代價值。所以即使 Wyatt 一案發生在現在，我的意見還是一樣的。

七、標準格式的契約

如Gluck教授所為：「契約的理論起源於十九世紀前半期之資本主義及自由的社會。當契約的理論已能適合於個人的商議契約時，卻在世紀的轉變時間開始毀壞或逐漸地不適合於標準格式契約的發展⁴⁰。」事實上，國內契約法的發展並不有利於雙方當事人訂立標準格式契約的絕對自由。當然這種實體契約法的進展亦影響到衝突契約法的進展。

在 *Siegelman v. Cunard White Star Ltd.*⁴¹ 一案中，一個美國人在其由紐約到法國的旅途中，於搭乘英國輪船時受傷。被視為契約的船票中有一項固定的消滅時效 (statute of limitation) 約定任何有關人身傷害 (personal injuries) 的訴訟須在受傷日起一年內提起。它又規定：「所有有關本契約的問題均須依英國法 (即據以訂立本契約者) 解決。」一年的「固定時效」 (built-in limitation) 依美國法及英國法均為有效之約定。本件訴訟是在一年屆滿後在紐約提起的，原告主張船公司的代理人曾向其保證沒有提起訴訟的必要因此有關時效的規定應視為取消。依英國法，代理人的行為不能視為船公司的棄權 (waiver) 而美國法卻正好相反。美國聯邦法院第二巡迴法院多數認為本案應適用英國法，因為雙方當事人自始即選擇英國法訂立契約。Frank 法官特反對見解。他說：「船票是一種「附合的契約」 (contract of adhesion) 或「要就是無條件接受否則拒絕的契約」 ('take-it-or-leave-it'-

contract)。在這種標準的或大量生產的協議中，由單方面控制契約條款而另一方當事人並沒有真正的交易能力 (bargaining power)，致使無法合理地適用基於「契約自由」 (freedom of contract) 概念所訂的一般法則。這類契約是賣而非買的契約，由一方指定條款內容而另一方卻沒有任何選擇餘地來決定條款內容正如其無法決定天氣的陰晴一般。」

在 *Fricke v. Isbrandtsen Co.*⁴² 一案中，一個不識英文的德國國民在德國買了一張到美國的船票。船票內容全部以英文書寫，其中規定有關船票之各種事項均以美國法處理之，並規定一年的「固定時效」 (built-in limitation)。該名德國人在船上受傷。她便控告船公司，她主張依照德國法，船票的內容是無效的。倘本案適用美國法，則原告便無法主張任何權利。美國聯邦地方法院判決本案應適用德國法。法院極力排除 *elman sieg* 案的法則。它指出：「本案中，買賣船票有關的一切事由均發生在德國。原告所能想到的必定是以德國法處理事務。或許德國法並不考慮當事人對船票的條款的「客觀期待」 (objective expectation) 而賦與原告保護。」它進一步指出：「單方面訂立這類條款是無效的，除非訂立條款之一方將有關條款之內容告訴不識字的一方。」

如第二新編 (Second Restatement) 第 187 條註釋 6 (comment 6) 所寫：「法律選擇的規定一如契約之其他規定

，假如當事人之一方將法律選擇方法以不正當的方式併入契約，例如，虛偽陳述（*misrepresentation*），脅迫（*duress*），或不當壓力（*undue influence*），或者錯誤（*mistake*）。擬定條款的一方是否以不適當的或錯誤的方式取得另一方的同意，將由法庭地（*forum*）依其本身的法律原則（*legal principles*）決定之。法庭所考慮的因素之一為法律選擇（*choice-of-law*）的規定是否包含於附合契約（*adhesion contract*）中，亦即由佔優勢的一方（*dominant party*）單獨擬定後才以「要就無條件接受否則拒絕」（*take-it-or-leave-it*）的方式提出給交易能力較弱的一方（*weaker party*）；而事實上，後者並無真正的機會能和擬定條款的一方商議契約內容。契約中法律選擇的約定通常會被遵照執行。但法庭會非常慎重地檢查契約；倘若適用契約中之法律選擇，條款的結果將對另一方交易能力較弱之當事人造成實質上之不公平時，法庭將拒絕依照該「法律選擇」條款適用法律。」

Siegelman 及 Friche 兩案均涉及標準格式的契約（*standard form contract*）。如第二新編（*Second Restatement*）所指出的：法院在判決此類案件時必須避免導致另一方當事人遭受實質的不公正（*substantial injustice*）。依照這項準則（或社會價值 *social value*），*siegelman* 的判決是不公平的，而 *Friche* 的判決是公平的。理所當然地，船公

司的營運成本中應包含投保其自身之意外險的保險費。倘若在兩件案例中，法院均能公然接受第二新編的意見或 *Ehrenzweig* 教授的類似建議，那麼不但能達成法律的一致性（*legal consistency*），連 *Siegelman* 一案令人不愉快的結果亦可避免。

八、以契約作為侵權行為的抗辯

在法律相衝突的情況下，我們通常須處理一些案例，那些案例具有難解的爭點——契約條款能否做為侵權行為的抗辯？這類案例包含了契約及侵權行為法。在這類國際案例中，不同法律體系常有不同的法律規則，最重要的是我們必須著重於爭議案件中的基本價值。實務上這類案例多包含有附合契約（*adhesion contract*）。

*Sayers v. International Drilling Co., N.V.*⁴⁴ 一案顯示倘忽略未解決的案例的基本價值將會導致非常繁複的法律爭議⁴⁵。在本文裏，我不對傳統的法律爭議表示任何意見，我所討論的重點在於該案（*Sayers*）所包含的社會價值（*social values*）。

Sayers 案中，原告是英國人，他和一家荷蘭公司（即本案之被告）訂立僱傭契約（*contract of employment*），他將受僱在被告的鑽油台（*oil rig*）工作。原告被送到奈及利亞領海內的鑽油台（*rig*）工作。由於他的工作同伴的過失導致原告受傷害。契約上有一項規定，即

除了契約明定者外，其他類似本案的傷害均不得請求賠償（remedy）。就國際性契約而言，系爭條款依荷蘭法是有效的約定，依英國國內法則為無效的約定一此乃基於西元 1948 年（人身傷害 personal injuries）修正法（Law Reform Act 1948）。原告就所受之傷害要求賠償（damages）。英國高等法院一致判決原告不能因所受之人身傷害據以要求賠償。Salman 和 Stamp 兩位法官將案例的審查侷限於一個問題，即決定契約的適當法（proper law），從而決定荷蘭法須適用於本案。正如 P. M. North 的評論：「這種處理方式是很不適當的；正如我們已觀察到的，侵權行為責任免除條款的生效將同時產生侵權行為法的爭點及契約中責任免除條款的效力問題⁴⁷。」和其他兩位法官不同地，Denning M. R. 首席法官考慮到侵權行為法的準據法（applicable law），因為雖然僱傭人據契約以為抗辯但受僱人係就侵權行為請求賠償。他進一步考慮到：「我們無法同時適用兩個法律制度的法律（一適用於侵權行為的請求賠償，另一適用於契約的抗辯），我們必須適用一種制度的法律來同時決定原告的主張及被告的抗辯。在決定適用那一種法律制度時，我要問一個問題：解決本案爭點的適當法是什麼？我的答案是與本案爭點有最密切關連（closest connection）的法律制度即是。」而他決定本案的適當法是荷蘭法。North 博士很恰當地指出這項處理方式的缺點：「該方式假設決定侵

權行為的適當法與契約的適當法的標準是相同的一即「牽連的組合」（grouping of contacts）的標準⁴⁸。」

Ehrenzweig 教授認為這種僱傭契約是另一種形式的附合契約（adhesion contract）⁴⁹。我贊成他的看法。正如第二新編（Second Restatement）所指出的，附著契約的主要價值（prevailing value）在於附合的契約不得致使交易能力較弱之一方當事人受到任何實質的不公平（substantial injustice）。本案亦涉及勞工賠償（workman's compensation）的範疇。我們都知道在工業國家，勞工賠償案例的主要價值為受傷的受僱人須得到迅速且合理（swift and proper）的賠償。今天沒有任何法學者能否認十九世紀的口號：「產品的成本中必有勞工的血汗」（The cost of the product must bear the blood of the worker）。

因此 Sayers 一案中包括有兩種社會價值：一、契約的約定條款不得導致原告遭受實質的不公平；二、原告須得到最迅速及合理的賠償。本案中，兩種價值導向同一個結果，亦即原告須得到迅速及合理的賠償。所以，就理論而言，法院必須選擇英國法來處理本案的爭點，因為英國法不同於荷蘭法，它較能擔保原告得到迅速及合理的賠償。

最後，我必須要強調的是縱使我並不同意法院的判決方式，但並不就表示本案的判決是不公平的。Sayers 案中，我不認為原告會對英國衝突法的法律一致性（

legal consistency) 有任何興趣。他要的是得到他所期望的賠償數目。就他而言，無論適用何種法律，只要他能迅速地得到合理的賠償那麼判決便是公平的。Denning 法官坦白地推斷：「我相信公司將會公平地處理這件事情，並就原告所受的傷害給予合理的賠償。」或許我所說的「迅速及合理的」(swift and proper) 與 Denning M. R. 法官的「公平及合理」(fair and just) 相似。所以我無法批評法院的判決是不公正的。

我的討論的價值或許是在於揭露法院真正的理論基礎。實際上當我們考慮到與本案有關的兩個國家的國內法均使系爭契約條款無效時，給予原告「公平」(fair) 賠償的理論基礎便特別明顯⁵⁰。

和 Denning M. R. 法官不同地，我總是強調「公平賠償」(fair compensation) 的數額須依照與案例有關的國際社會（所有有關的國家）的經濟能力（economic capacity）而定。假如被告石油公司認為對它本身而言，對於英國籍受僱人的損害賠償額是過高的，那麼假如它能募集足夠的具有技術的人員，它有自由僱用低度開發國家的國民為受僱人。

九、以契約作為侵權行為的訴因

Levy v. Daniels U-Drive Auto Renting Co.⁵¹ 一案是美國教科書中典型的例子。Sack 在康乃狄克州（Connecticut）向被告公司租了一部汽車，

駛進麻薩諸塞州（massachusetts）後，由於 Sack 的過失（negligence）致使原告受傷。康乃狄克州法規規定：「任何人將自己所有的任何車輛租給他人時，縱使出租期間，他仍須負責，因操作該部車子所引起的一切損害（包括人身及財產）⁵²。」但麻薩諸塞州並沒有這種規定，亦沒有任何法律的理論根據令被告（汽車出租公司）須對因 Sack 的過失造成的損害負責任。康乃狄克州判決原告勝訴，被告汽車出租公司敗訴。Wheeler 首席法官代表法院說明如下：「契約是在康乃狄克州訂立的，在契約訂立的當時，康州法規即已成為出租契約的一部份，而使原告得據以要求強制被告履行其賠償責任。康州法規並未製造任何責任義務，僅在被告任意出租車輛時加諸其責任。被告是否成立出租契約是他個人的自由，但一旦他與他人成立出租契約，他便必須接受法律准許訂立此類契約的條件。」

Leflar 教授適切地評論：「倘若本案是在麻薩諸塞州提起訴訟的麻薩諸塞州法院是否會接受這種契約特性，是非常令人懷疑的⁵³。」事實上，在如此繁複的衝突法案例中有關的法律制度可能有不同的法律規則。辨別案例的主要價值（prevailing value）較易於達到法律的一致性及衝突法的統一。本案中，主要價值在於汽車出租公司在汽車出租期間仍須對他人因出租之車輛所遭受的傷害負責任，它須視該費用為整個營運成本的一部份並且對它自己加以保險⁵⁴。」

十、高利貸法

除非特別說明，否則以下的討論並不適用於附著契約（adhesion contracts）或消費者的保護（consumers' protection）。

在衝突法中有關高利貸法的案例並未解決得很好。Baxter 教授對這類案例提出解決方式。而他的解決方式。而他的解決方式反映出比較損害主義（comparative impairment doctrine）的協調方式（compromising approach）所導致的不良結果。他舉一個例子—X 州有高利貸法而 Y 州沒有高利貸法。X 州和 Y 州均知道「雙方同意的約定」及「儘可能接觸大多數的顧客」的貿易重要性。X 州與 Y 州的不同點在於 X 州決定在特殊情況下須有例外規定。X 州保護借用人（borrowers），借用人因其較弱的交易能力或不正確的判斷而導致某些後果，X 州為其後果的特性（characteristics）下定義。為了內部的目的（internal purposes）X 州可以或寬或狹地為「受保護的類型」（protected class）下定義，據其特徵借用人可或易或難地引用「受保護的類型」來辯護⁵⁵。」

依他的觀點，倘案例中沒有法規所要保護的當事人則 X 州的高利貸法將無從適用，因為若仍適用 X 州高利貸法亦無法促進 X 州保護借用人的目的，相反地，將迫使 Y 州的政策（與 X 州相反者）無法施行

，甚至 X 州有利於貿易自由及遵守約定的一般性政策（有限制的政策）亦將受到損害。X 州立法最關心的莫過於州內「受保護類型」的借用人。倘案例中包含有 X 州「被保護類型」之借用人，則基於法律選擇規則將適用 X 州法律，而 X 州政策的施行亦因此得到最大的滿足。但他亦認為包含 X 州「被保護類型」之借用人不應是唯一的重要考慮因素。Y 州政策亦有同樣被施行的機會。他做了合理的推論，即倘若法律選擇法則是以貸與人（lender）的州別為基準時，則將給予 Y 州政策極大的施行範圍，相反地，卻嚴重地破壞 X 州政策的施行。他指出 X 州提供的保護賦與借用人幾種影響。當地的貸與人可能就州法律於「受保護類型」所定之合法範圍內以最高之利率貸與借用人，該合法之最高利率係低於其原先可取得者貸與人雖因此無法獲得較高之利潤（即不依「受保護類型」之規定所訂之高利率），卻仍較全部放棄這部份之事業為妥。倘「受保護之類型」的借用人無法在當地借得貸款，他們便可能轉向他州的貸與人借款。若貸款成立地或付款地或貸與人的州法律係法律的選擇標準（choice-criterion）則 X 州立法者的目的將因貸與人跨越州界而受到實質損壞。以上的議論使 Baxter 教授於解決這些棘手的問題時，偏向於外觀無瑕疵的方法。

他指出：「以貸與人對借用人住所地及『受保護類型』之其他特性的認識為基礎所定之選擇法則（choice rule）將賦

與兩州的政策最大的完成可能。貸與人之「兩願同意的期待」(consensual expectations) 將會受到保護，除非他知道或理應知道這項交易是 X 州所禁止的。又 X 州(借用人的州籍) 保護借用人的目的將會受到保護而防止大量的規避：在此類案例中，交易的性質往往能使貸與人貸與款項時知道借用人的住所地，且在多數案例中，貸與人將會發現借用人所具之其他「受保護類型」特徵⁵⁶。」

說實在的，我們不得不佩服 Baxter 教授之能提出如此錯綜複雜的分析的能力。然而美國有五十州，每一州均有自己的法律。又「居所」(residence) 的定義是無法確定的。在某些情況下依照「居所」的功用，一個人可同時擁有數個居所。在法律相衝突時，有時當事人須到法院去查出其居所之所在。在高度流動性的商業社會，如美國，許多商人可能視 Baxter 教授的意見為可怕的惡夢。即使是一位訓練有素的律師也難免於辨別一個人的居所或多數居所或全部五十州的高利貸法時遇到困難。許多美國律師甚至不會在法學院修過法律衝突論(法) (conflict of laws)。更何況是一個對「居所」(residence) 不具任何概念的繁忙的商人，他如何知道所有五十州用以決定一個人的居所的不同且不確定因素？他又如何能知道五十州不同的高利貸法？

在這個國際活動的場所，這種情況只會變得更糟。美國西岸與景氣良好的遠東地區間的經濟活動在近二十年來快速地增

進。美國商人怎會知道大陸法系中屬人法(personal law) 的關連因素(connecting factor) 是國籍(nationality)。或許沒有多少美國律師知道我國及日本就居所之關連因素除了行政管理的目的外並沒有什麼意義。相反地，假設我國或日本的商人或者甚至衝突法專家在知道「居所」是重要的美國衝突法觀念時，他將如何能決定美國人的「居所」或「多數居所」？同時，他又如何能知道美國五十州的法律？到最後倘須將案子訴諸於法院。則每一個辯護律師都知道證明其對造對於州法律的認識是很不確定且困難的。Baxter 教授善意(well-meaning) 的處理方式—協調與爭點有關的州之間的衝突政策，似乎也無法幫忙社會解決這項國際或州際的問題。

對於「高利貸法須受到尊重，而高利貸契約必須判決非法，無效」的見解的主要支持者之一即 Ehrenzweig 教授。他說：「若因為貸與人有充分的交易能力以取得借用人印刷格式上(於格式上雙方約定以『更自由』(more liberal) 的法律管理其間的契約) 之簽名，便認為現代法院會允許貸與人免於法庭地(forum) 的高利貸法，這將是一個錯誤的想法⁵⁷。」他所堅定主張的「保護經濟上的弱者，打擊具有較強交易能力而唯利是圖的人」的崇高理論似乎是無懈可擊的。但事實上他的言論是非常含糊的，他辨別不清「附著契約」(adhesion contract) 與「高利貸契約」(usurious contract)。至

少就法律言之，這兩種類型的案例是不同的，而他們的社會價值亦不相同（雖然在實務上，它們經常構成混淆）。因此用以解決此二類案例的方法應該是不同的。如前所提及，對於「附著契約案例的主要價值是『契約條款不得導致交易能力較弱之一方受到實質不公平的待遇』的觀點並沒有多少法學者持反對意見或攻擊之。但高利貸契約案例的主要價值又應是什麼？

Hershel Sbanks 曾探討過維及尼亞州（Virginia）高利貸法的政策。他寫著：「維及尼亞州在西元 1730 年制訂第一個高利貸法規。一如美國其他高利貸法，維及利亞州的高利貸法反映出當時農業社會的道德觀念，借款一或者至少是無償借款（voluntary debt）是一種罪惡。正直的人們只有在迫不得已的情況下才會向人借錢。「借款類型」（borrowing class）包括多數貧窮的人及陷於困境的人（由於天生的不幸或錯誤的愚蠢行為），他們必須借錢以救助自己家人或他們的農場。在這種情況下，他們只得任憑貪心的貸與人擺佈，而貸與人和他們（指上述借用人）交易並不具良心或憐憫之心。「借款類型」尚包括流浪漢、賭徒、缺乏判斷力或辨別力的愚昧繼承人，以及投機者等具不道德個性的人。「借款類型」須受到保護而高利貸法自很久以前即以傳統的方式提供這種保護⁵⁸。」

在現代商業社會裏有些有關此方面的政策是落伍的。Sbanks 進一步下結論：「雖然立法機關有崇高的動機，但一般高利

貸法卻是社會約束的遲鈍工具。這些高利貸法都是笨拙且未經改善的，同時亦是不具功效的。他們未能達成他們的目的，反而造成有害的副作用。在沒有例外規定的情況下，這些法律將被毀壞掉；縱使有例外規定，這些法律所導致的壞處比造成的好處多⁵⁹。」

當我在密西根作研究時，「底特律自由報」（Detroit Free Press）有一篇文章談到：「在中世紀末了時，借錢是一種自暴自棄的行為，而貸與人向不幸的借用人索取任何利息的行為則被視為不合法及不道德的。在現在這個喜歡借貸的社會中，這種苛責似嫌落伍了。然而在密西根州（及所有的州，除了七個州外）仍盡力限制金融機構所能向借款人要求的費用數額以便保護借款人⁶⁰。」

John Prebble 指出：「在美國高利貸款項發行時便已於法律選擇程序中提供了一個的處所。法院似乎並未如立法機關一樣客觀地考慮高利貸的利率，它非但未依反高利貸的準據法來阻止他們反而盡力支持他們⁶¹。」

他的言論是否毫無根據抑或言過其實？Fred C. Pedersen 及 John C. Cox 在詳細地研究過德州（Texas）法後很慎重地下結論：「如上述分析所顯示，在多數情況下，倘有明示的法律選擇。且其交易具有周密的結構，則就該交易言，可適用其雙方當事人選擇的州高利貸法。在德州，有關高利貸法的範疇內，至今尚無判例就有關明示法律選擇法院判決該被選擇的

法律不得付諸履行者⁶²。」

然而有些研究結果卻是較不明確的。mark R. Baker 在研究過紐約法後下結論：「在審查過判例法（case law）後，究竟那些衝突法規將適用於紐約高利貸訴訟仍不明確。但很可能在未來紐約法院（包括州法院及聯邦法院）都將適用傳統法規，依據傳統法規，倘若被申述為高利貸性質的契約在任何與爭點有關連的州管轄內被視為非高利貸者，則法院須判決該契約有效。假如契約在所有有關連的州管轄區內均被視為具高利貸性質者，則法院須適用有最嚴厲懲罰的法律⁶³。」

較明確的例子是美國教科書中的案例 Seeman v. Philadelphia Warehouse Co.⁶⁴。在本案中，美國聯邦最高法院主張契約是否為高利貸，須就契約訂立地及契約履行地中選擇適用較有利於借款人的法律判斷之。在後來的案例中，法院並不將自己侷限於契約訂立地法及契約履行地法，他們更審查並引用其他與爭點有關的州管轄法律⁶⁵。」

第二新編（Second Restatement）亦以很明顯的態度表示贊成確認高利貸契約的效力。新編第 203 條規定：

「倘契約中若約定的利率是為與爭點有關的州法律所許可；且依第 188 條「準據法」規則所引用的州一般高利貸法所許可的利率，契約利率亦不致過高於該利率；則法院將維持契約的效力，而使主張契約具高利貸性質之一方敗訴。」

第 203 條的註解亦規定：「…通常，

被許可的利率將因州別而有些微改變。…在這些情況下，維持契約的效力以便保護雙方當事人的期待（expectation）以及適用任何一州的高利貸法，法院認為二者應以前者為重。」註解 f 更規定：「若依與爭點有實質關連的所有州的一般高利貸法之規定，契約具有高利貸性質，則法庭地（forum）將適用加諸貸與人最輕刑罰的州高利貸法。」

似乎有確認高利貸契約的效力的「趨勢」（trend）。在「底特律自由報」抱怨自身落伍的高利貸法時，全美國只有八州有高利貸法。或許正如「家族內部免賠償法」（intra-family immunity law）慈善事業免賠償法（charity immunity law）及賓客法規（guest-statute），高利貸法亦將被取消。John Prebble 認為美國立法機關較美國法院更反對高利貸契約的存在，我們很難同意他的這種說法。而上述「趨勢」（指確認高利貸契約之效力）的理論基礎是什麼？通常我們這些衝突法學者能給予那些各種衝突法趨勢一個明確的理論根據。但是我們卻很難解釋目前這個趨勢的理論根據或基礎為何。為了探討高利貸案例中的主要價值（prevailing value），我們必須詳細地研究經濟狀態，而這項要求又將超出我們的專業能力。尤其經濟學的範疇並不是一門很穩固的科學。和其他學科不同地，我們很難從經濟學的範疇內得到完全具有決定性的證據⁶⁶。」

基於不幸而借錢的人須受到保護免於

高利率的負擔，此係多數法律體系的共同價值，而對此共同價值提出爭議的法學者並不多。因此，主要價值為處於不幸的困境而借錢的人須受到保護。（此點須和「附著契約」（adhesion contract）及訂約能力的爭點區分清楚）。倘高利貸契約係屬於上述價值之範圍，則顯然地爭點可以有利於借款人的方法很簡單地解決。法院可以任意選擇一項與爭點有關且又最有利於借款人的法律做為管轄法（governing law）。

倘若高利貸契約超乎上述範圍時，我們該怎麼辦？或許這種情況並不如我們所想的那麼艱難，因為前面提到過，現在有一種阻止過時的高利貸法的趨勢。如Sb-anks所寫：「在交易自由的市場上一具有競爭及不受價格限制的市場—當經濟法的供應及需求顯示出更高的比率時，高利貸法便無法限制利率的高低⁶⁷。」他進一步寫著：「我所提到的沒有一件是新的觀念。事實上我所說的都是舊的觀念，而且現在已被對此一主題採嚴肅態度的學者們所普遍接受⁶⁸。」無論是否同意他的看法⁶⁹，至少大家不得不承認廢除過時的高利貸法是目前極為普遍的趨勢。（不幸地，這種「普遍趨勢」並沒有給予明確界限來劃分陷於不幸困境而須借錢的人及為達到例行商務目的而借款的人）。

因此我的建議是法院應就與爭點有關之所有州法律中選擇最能確認契約效力的法律作為管轄法。當然這並不是一個創新的建議。如前所提及，有些美國法院已開

始進行這項工作。我的建議只是對這主要價值的一種認可。但我的建議與美國法院判決不同者，在於我的建議明白地排除有關下列事項的案例：陷於不幸的困境而借錢的人，附著契約及涉及訂約能力之爭點者。

和Baxter教授的建議亦不同地，我的建議不會造成有關例行商業交易的困境。多數商人能很輕易地區別一個人是否因面臨困境而借錢。而大多數的法律體系均有不同的法律規定來防止陷於困境的借款人成為斂財的犧牲品⁷⁰。因此，我的建議不致侵犯州的內部法。相反地，我的建議和促進世界貿易的社會價值是一致的。此外，訂有公定利率的國家均對外匯有嚴格的管制。而能流通到國外的資金可以須可以在整個國際金融市場自由地運用。在美國只有幾州仍有這種過去時代殘留下來的法律，現在的主要價值應和這種過時的法律相反。而立法機關必須瞭解借款人基於困境和基於正常交易而借錢之區別。

倘若固執的高利貸法擁護者不接受上述意見，那麼我們只得進行協調工作。這種情況或許可以借用一些大陸法系的規則⁷²：契約的效力是被確認的，但利率超過法定最高限制的部份無效。

最後一點是有關州際的小額貸款交易（small loan transaction）。事實上我不應在此討論這類的案例因為它通常屬於附著契約的範疇。但大多數教科書在高利貸契約的章節裏討論它。我要再度強調的是高利貸契約和附著契約，二者的價值

(values) 是極不相同的。假如爭點是
有關高利貸契約，法院必須保護因陷於困
境而借錢的人；而如果爭點是附著契約，
則法院須保護交易能力較弱的一方使不致
遭受「實質的不公平」(substantial
injustice)。而小額貸款交易所引起的
爭點通常須以上述兩種價值解決。

如 Baker 先生所寫：「高利貸法一
般是用以保護借款人一其因經濟上的困難
而為貪婪的貸與人所誘惑。在消費者信用
貸款交易 (consumer credit loan tr-
ansaction) 中，因為借款人是獲得一種
特別的顧客項目，而不是借來償付大宗債
務或供迫切之需求；大家相信在這種情況
下並沒有迫切的需求存在。更由於借款人
並不是在迫切需要錢的情況，他更能精確
地衡量該項目中所需要的貸款成本。而對
於許可利率的嚴格限制是不必要的⁷³。」
所以保護陷於困境而借款的人的價值通常
不是法院於這類案例中所考慮的因素。

此外，如「底特律自由報」所報導的
，它的州高利貸法 (指密西根州) 「只完
成拒絕消費者貸款」⁷⁴。在今天這個「樂於
借款的社會」(credit-happy society)
正如「自由報」所言，一件消費者小額貸
款往往所需的行政管理成本較大宗貸款所
需者高⁷⁵。假如法院決定以附著契約的爭
點來解決這類案件，它必須非常慎重地

決定 契約條款導致借款人遭受「實質的
不公平」，僅僅由於利率太高之故。在這競
爭的社會中，小額貸款的借款人往往拒絕
高利率貸款的要約而接受低利率貸款的要

約。

十一、結 語

於法律科學中我們幾乎可以肯定沒有
任何一門學科是死的，經常由於社會的變
遷，各國的法院不得不隨著進化中的社會
而修改其判例。二次大戰以來，歐洲由於
大量的移民所造成的問題及政治結構的變
遷 (例如共同市場的形成)，美國亦因其
工業文化的快速發展，歐美兩大西方文明
不約而同地在國際私法學科上有著突飛猛
進的演化。前者造成慣居地 (habitual
residence) 成爲一種新的連繫因素，此
種連繫因素爲歐洲國家及海牙會議廣泛地
採用。奧地利亦揚棄了類似我國及日本不
合時代潮流的機械式 (mechanical) 法
典，而採用類似英國 " Proper Law " 方
法及美國 Second Restatement 的新方法
(methodology) 之新法典，瑞士亦有跟
進的趨勢。後者則揚棄了機械式的 First
Restatement，而由 Reese 領導創造了
Second Restatement 的新方法，但是
Second Restatement 所採用的 " the
most significant Contact test " 受
到各州法院寵納的程度則遠不如 Currie
的 interest analysis "。近年來加州法
院更對 Currie 的學說稍加以修改，而採
納 " Comparative impairment inter-
est analysis "。

無論近年來國際私法科學如何的演進
，正如德國比較法學專家 Schlesinger

於比較大陸法系及英美法系之契約法後所下的結論：“all legal systems under consideration seek in various ways so to fashion the form and considerations of such relief that the justified expectation of the parties are given effect”的確地，正如Schlesinger 所謂於契約這一門學科中，歐美各國有著一個“Common core concept”，於研究國際私法契約上的難題，若我們能把握住這個共同的大原則，則不會迷失於近年來國際私法進化的大潮流中。

附 註

- 1.) R. A. Leflar , American Conflicts Law , 3rd ed. at 295 。
- 2.) J. H. C. Morris , conflict of Laws , and ed. at 209 。
- 3.) R. B. Schlesinger , Formation of contracts . at 71 。
- 4.) 參閱「日本衝突法」第7條第9條。
- 5.) 參閱Morris , Conflict of Laws , 第210 , 211 , 225 , 226 頁。
Leflar , American conflicts Law , 3 rd ed. 第297 - 303 頁。
- 6.) [1938] A. C. 224 。
- 7.) U. C. C. § 1 - 105, I. U. L. A. 23 (1976) 。
- 8.) E. J. Cohn , " The Objectivist Practice on the Proper Law of Contract " (1957) 61 C. L. Q. 373 ; cook , The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws at 418 。
- 9.) R. H. Graveson , Conflict of Laws , at 401 。
- 10.) J. H. C. Morris , Conflict of Laws 2nd ed. at 220 。
- 11.) 125 Mass 374 (1878) 。
- 12.) Brainerd Currie , Selected Essays on the Conflict of Laws , Chapter 2 : " Married Women's Contracts : A Study in Conflict-of-Laws Method "
- 13.) Milliken 案係西元 1878 年之判例。
- 14.) Currie , Selected Essays P. 85 。
- 15.) 同上。 P. 107 。
- 16.) 324 P. 2d 35 (1958) 。
- 17.) G. H. Treitel , The Law of Contract at 38 。
- 18.) J. A. Clarence Smith , "Capacity in the Conflict of Laws " , (1952) 11 C. L. Q. 446 at 470 。
- 19.) 有關詳細的規定，請參閱我國民法第 85 條及日本民法第 6 條。
- 20.) John D. Calamari and Joseph M. Perillo , Contracts , at 137 。
- 21.) 113 Eng . Rep . 119 K. B. [1839] 。
- 22.) 243 Mich. 331 , 220 N.W. 665 , 59 A. L. R. 331 (1928) 。
- 23.) 在 Haigh 一案中，被告基於特定約因立下證書為第三對原告的 10,000.00 鎊債務作擔保。其中雙方當事人真正的意願不應該由於忽略形式要件而受到阻礙。請參閱本文第五節：形式的效力。

- 24.) John D. Calamari and Joseph M. Perrillo, *Contracts*, at 133。
- 25.) G. H. Treitel, *An Outline of Contract*, at 20。
- 26.) 「儘管有約因主義的存在，習慣法處理契約問題正如處其他法律範疇的問題，它並不尋求簡易及公正的原則，而依據理論的特質，它依據邏輯論理而不依據經驗，因此習慣法不致傷害其達到實務上的公平的真正目的。它必須不斷地進展以配合經濟狀態及思想特性的變遷，它必須被塑造並改變以符合社會的變遷且成爲一般人的常識。假如它經不起時間的考驗，則如何解決這個問題將是議會的任務。」請參閱 K. C. T. Sutton, *Consideration Reconsidered*, at 264。
- 27.) [1912] 2 Ch 394。
- 28.) 我個人認爲，縱使當事人中有一方爲英國人，只要當事人間有真正的協議存在，則其結果應與 *Re Bonacina* 同。
- 29.) G. H. Treitel, *An Outline of the Law of Contract*, at 57858。
- 30.) 同上，at 58。
- 31.) 我國民法第 153 - 166 條；日本民法第 521 - 532 條。
- 32.) 請參閱 Arthur Corbin, *The Law of Contracts*, § 293, (1950) at 69。他指出：「倘使法院知道契約確實訂立，且沒有詐欺或偽證存在，則法院將判決契約成立，而不考慮另一方所提出的拒絕履行的唯一託辭——契約不具備法定形式要件。」
- 33.) 36 Del. 477, 178 A. 651 (1935)。
- 34.) 163 Mass. 326, 39 N. E. 1026 (1895)。
- 35.) 55 Cal. 2d 588, 12 Cal. Rptr. 266, 360 P. 2d 906 (1961)。
- 36.) *Wyatt v. Fulrsth*, 211 N. E. 2d 637 (1965)。
- 37.) R. A. Leflar, " *Conflicts Law: More on Choice-Influencing Considerations* ", 52 Cal. L. Rev. 1548 (1966), at 1590。
- 38.) 同上。
- 39.) 正如主席法官 Desmond 提出的反對見解：「Duke 與 Duchess 在西班牙簽署由紐約銀行提供的例行共同管理帳戶協議的表格，他們的行爲並不足以證明他們（事實上亦沒有任何顯著的理由使他們如此做）有意圖要廢棄自己國家有關係爭財產的古老社會法律」。事實上，Bergan 法官對於 Duke 及 Duchess 的訂約意念的判斷是值得爭議的。
- 40.) George Gluck, " *Standard Form Contracts: The Contract Theory Reconsidered* ", (1979) 28 1 C. LQ. 72 at 90。

- 41.) 221 F. 2d 189 (2d Cir. 1955) 。
- 42.) 151 F. Supp. 465 (S. D. N. Y. 1957) 。
- 43.) Albert A. Ehrenzweig , " Adhesion Contracts in the Conflict Laws " , 53 Col. L. Rev. 1072 (1953) 。事實上, Ehrenzweig 已很明確地將「運輸契約」(transportation contracts) 歸類於「附著契約」(adhesion contracts) 。
- 參閱第 1085 至 1086 頁。
- 44.) [1971] 3 All E. R. 163 ; [1971] 1 W. L. R. 1176 。
- 45.) Lawrence Collins 從傳統衝突法的觀點批評法院的判決論理。參閱 " Exemption Clauses , Employment Contracts and the Conflict of Laws " , (1972) 20 I. C. L. Q. 320 。
- 46.) 同上, P. 334 。Collins 引述 Kahn-Freund 教授的話: 「不論何時, 一旦技術性的法律辯論在知性上, 理論上非常引人注意時(雖公認須予以反駁, 但卻是很有力的主張), 則必有一項假設, 即法律本身一定有什麼缺失。」參閱 Kahn-Freund , " Delictual Liability and the Conflict of Laws " [1968] II 124 Hague Rec. 391 。
- 47.) P. M. North , " Contract As A Tort Defense in the Conflict of Laws " , (1977) 261. C. L. Q. 914 , at 924 。
- 48.) 同上。
- 49.) R. A. Ehrenzweig , 53 Col. L. Rev. (1953) , PP. 1086 - 1088 。
- 50.) 荷蘭法支持條款的成立 , 因為它是一個國際性契約。
- 51.) 108 Conn. 333 , 143 A. 163 (1928) 。
- 52.) Pub. Acts 1925 , C. 195 , § 21 , of Connecticut 。
- 53.) R. A. Leflar , American Conflicts Law , at 179 , 180 。
- 54.) 即使汽車是在麻薩諸塞州出租, 而意外事故在康乃狄克州發生, 判決結果仍與 L-euy 同。無疑地, 麻薩諸塞州的汽車出租公司有權利受到麻州法律的保護。然而, 我仍認為「汽車出租公司應將保險費做為整個營運成本的一部份」的現代社會價值。而這種判決在有緊急情況的案例可能造成不公平。倘若如此, 為了長期的緣故, 或許便需要以協調的方式解決。
- 55.) W. F. Baxter , " Choice of Law and the Federal System " , 16 Stan . L. Rev. 1 (1963) , P. 14 。
- 56.) 同上, at 15 。
- 57.) R. A. Ehrenzweig , " Contracts in the Conflict of Laws " , 59 Colum. L.

- Rev. 973 (1959) , at 1005 。
- 58.) Hersbel Sbanks , "Practical Problems in the Application of Archaic Usury Statutes" , 53 Va. L. Rev. 327 (1967) 。
- 59.) 同上 , at 329 。
- 60.) Detroit Free Press , May 10 , 1981 , C1 。
- 61.) John Prebble , "Choice of Law to Determine the Validity and Effect of Contracts : A Comparison of English and American Approaches to the Conflict of Laws" , 58 Cornell L. Rev. 635 (1973) , at 681 。
- 62.) Fred C. Pedersen and John C. Cox , "Choice of Law and Usury Limits under Texas Law and the National Bank Act" , 34 Sw. L. J. 755 (1980) , at 787 。
- 63.) Mark R. Baker , "The New York Conflicts Rule for Usury Actions : A Re-evaluation" , 14 Colum. J. L. & Soc. Prob. 309 (1979) , at 342 。
- 64.) 274 U. S. 403 (1927) 。
- 65.) 參閱 , 如 : Union & Planters Bank & Trust Co. v. Evans. 8 Tenn. App. 63 (1928) 。
- 66.) 身為經濟學的外行人 , 我曾請教過美國及英國的專家 , 無疑地他們並不贊成高利貸法。Edward Kuska 博士很坦白地告訴我 , 除了陷於困境而借錢的人外 , 高利貸法是極不受歡迎的。而 Morris Pearlman 博士使我得到較深刻的體驗。當我告訴他日本也有高利貸法時 , 他非常驚訝像日本如此進步的國家仍有高利貸法存在。經濟學創立者之一的 David Ricardo 寫著 : 「但在所有的國家 , 錯誤的政策主張 , 使得國家加諸苛刻及破壞性的刑罰於貸與人 (因他們自借款人取得高於法律規定之利率的利息) , 而國家的行為卻因此阻礙了公平及自由市場的利率。」 參閱 Principles of Political Economy and Taxation , Sraffa edition , at 296 。
- 並參閱 Adam Smith , The Wealth of Nations , 請由索引中 " Interest " 部份查。在西元 1769 年 , 一位法國經濟學家 , A. R. J. Turgot 在他的 M' emorie sur les prêts d' Argent 中發表他的議論而導致法國高利貸法的廢止。 在英國 , Jeremy Bentham 的 Letters In Defence of Usury 亦終致英國高利貸法於西元 1854 年被廢止。
- 67.) Sbanks , 53 Va. L. Rev. (1967) P. 329 。
- 68.) 同上 , at 330 。
- 69.) 我同意 Sbanks 的看法 , 因為他的見解和我的經濟學者的觀點相同。

- 70.) 我國民法第 74 條；日本民法第 1 條，第 90 條。
- 71.) GATT (General Agreement on Tariffs and Trade) 正盡力促進世界自由貿易。 參閱 Guardian , march 30 , 1982 。
- 72.) 我國民法第 205 條。
- 73.) Mark R. Baker , 14 Colum. J. L. & Soc. Prob. 309 (1979) , pp. 309 - 310 , footnote 5 。
- 74.) Detroit Free Press , May 10 , 1981 , C1 。
- 75.) Hersbl Sbanks , 53 Va. L. Rev. (1967) , P. 328 。