

好書搶鮮閱

當事人意思

一、當事人意思自主原則之選擇是否自由

有自由說與限制說兩說，多數說採自由說，認為不應限制當事人之選法自由，否則有悖當事人意思自主原則之精髓，至於當事人規避法律部分，則有規避法律等限制條款或理論予以處理，不需透過限制當事人選法反使當事人意思自主原則受限。

範題

中華民國人甲與韓國人乙在日本東京締結買賣契約，約定在美國紐約履行契約，該中華民國人與韓國人得選擇何國法律為準據法？ (A)僅得於日本與美國的法律間選擇準據法 (B)僅得於中華民國與韓國的法律間選擇準據法 (C)僅得於美、中、韓、日的法律間選擇準據法 (D)不限於日、美、中、韓四國法律之間，得依自由意思選擇其他國家的法律。

(88公證人)

【解答】

本題答案為(D)。

二、管轄條款可否用當事人意思自主原則約定其準據法

(一)肯定說（契約準據法說）

此說認為管轄條款本身亦透過當事人意思合致選定管轄地，故雖為訴訟上之管轄約定，但實際上亦為契約行為之一種，故亦有當事人意思自主原則適用。

(二)否定說（法庭地法說）

本說認為管轄約定為訴訟行為一種，既為訴訟行為即屬程序行為，應依法庭地法解決。

(三)結論

管轄之約定，雖非完全之契約行為，亦帶有訴訟行為之色彩，然因類似契約行為，故亦應類推適用涉外民事法律適用法第二十條規定，定其準據法。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

三、當事人意思自主原則解析

(一)所謂當事人意思是否包括明示、默示或推定的意思

限於明示：所謂明示，即指當事人明白表示約定準據法，如當事人未為約定，縱有默示亦不可，我國涉外民事法律適用法與陳榮傳老師均採此說。

(二)可否分別指定不同之成立要件及效力之準據法

1. 肯定說：有學者認為謂身分法上之法律行為，既承認其成立要件及效力可由不同之準據法規範，則採當事人意思自主之債權法上的法律行為，亦應援引適用，而許其適用不同之法律。

2. 否定說（通說）：債權法上之法律行為，性質上與身分法之法律行為迥異，其成立與效力，本屬原因與結果之關係，而不可分，況且成文法並無明文規定，成立要件及效力適用不同之法律，則應解釋不許當事人以自由意思擇定不同之法律予以解決。

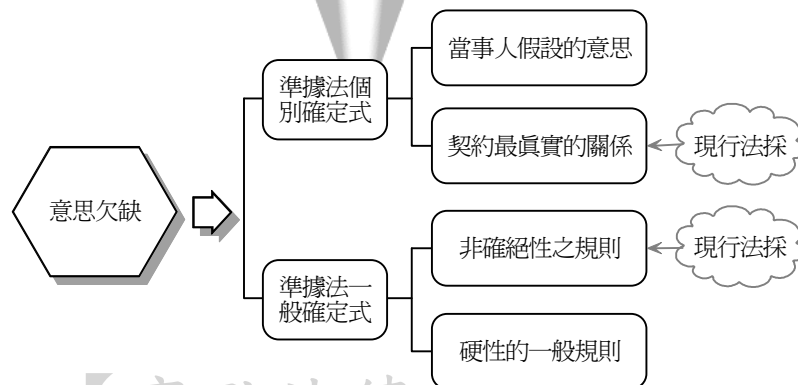
(三)意思欠缺之處理

1. 準據法個別確定式：即法官就個別契約，尋求應適用之法律，又區分如下：

- (1)當事人「假設的意思」（主觀說）：即法官尋求當事人「主觀」「假設的」意思。
- (2)契約「最真實的關係」說（客觀說）：即法官從「客觀」發現與契約「最真實的牽連法律」。我國涉外民事法律適用法採此說。

2. 準據法一般確定式：一國立法者或法院應以明文規定或法院判例，樹立一些硬性規則，作為準據法確定之方式，又有二種立法例如下：

- (1)非確絕性之規則：在無法發現當事人明示或默示意思時，此種硬性規則給予部分標準使法官參考，輔佐法官做成判斷，如有更關連者適用更關連之準據法。
- (2)硬性的一般規則：以明文規定某些標準非僅給予法官參考，法官必須依照該硬性標準選定準據法，如我國舊涉外民事法律適用法第六條第二項即採此方式立法，規定當事人意思欠缺時，即須依照該法律硬性規定選擇準據法。



【高點法律專班】

四、我國法規定

(一)涉外民事法律適用法於認定當事人意思時採明示說，且於意思不明時並不採硬性的選法規則，而改用關係最切，以與契約最具真實的關係之關係最切原則當作準據法。我國法規定：

涉外民事法律適用法第20條

- I 法律行為發生債之關係者，其成立及效力，依當事人意思定其應適用之法律。
- II 當事人無明示之意思或其明示之意思依所定應適用之法律無效時，依關係最切之法律。
- III 法律行為所生之債務中有足為該法律行為之特徵者，負擔該債務之當事人行為時之住所地法，推定為關係最切之法律。但就不動產所為之法律行為，其所在地法推定為關係最切之法律。

範題

A國人甲授權我國國民乙代其向丙公司為大額採購。授權書中提到以B國法為準據法。現在乙超額採購，甲不願付錢給丙，請問下列陳述何者為正確？ (A)就甲與乙間代理權之效力，應依行為地法而定，本案中即發要約通知地之A國法 (B)丙就乙是否有權代理一事與甲發生爭執時，應先視甲、丙間有無明示或默示選擇之準據法，若無，則依與此代理行為關係最切之法 (C)丙對乙若主張越權代理之賠償責任時，應依我國法 (D)當甲與乙關於B國法之選擇被視為無效時，即以與代理行為關係最切之法為準據法。 (100律)

【解答】

本題答案為(D)。涉及涉外民事法律適用法第二十條。

例題研究

A國人甲經營地毯買賣生意，與中華民國國民乙有生意上的往來，甲基於商務上便利的原因，在中華民國設有住所。某日，甲自A國以郵件之方式對在中華民國的乙為地毯買賣之要約，要約到達乙之後，乙隨即收到甲撤回要約之信函。乙認為撤回之通知不生效力，不影響甲先前所為要約之效力，於是以前述之方式向甲為承諾之表示，並將買賣地毯之價金匯入甲在中華民國的銀行戶頭，日後乙要求甲交付地毯時，甲拒絕給付並且表示，根據A國之法律，在承諾意思表示發出前，要約人得隨時撤回其要約，主張契約並不成立，甲、乙兩人發生爭執。試問若乙在台北地方法院提起訴

訟，法院應以何國之法律作為解決爭端之依據？ (A)A國法，因當事人甲是A國人 (B)我國法，因當事人乙是我國人 (C)我國法，因與本案關係最切 (D)A國法，因發要約通知地為A國。

(改編自97公證人)

【解答】

本題答案為(C)。

【解題流程】

本題涉及契約成立之準據法，而本件應以A國法為準據法。

(一)按，涉外民事法律適用法第二十條規定：「法律行為發生債之關係者，其成立及效力，依當事人意思定其應適用之法律。當事人無明示之意思或其明示之意思依所定應適用之法律無效時，依關係最切之法律。法律行為所生之債務中有足為該法律行為之特徵者，負擔該債務之當事人行為時之住所地法，推定為關係最切之法律。但就不動產所為之法律行為，其所在地法推定為關係最切之法律。」

(二)經查，本件甲、乙因契約成立不成立發生爭執，應定性為「法律行為發生債之關係之成立要件」，依據前開條文依當事人意思定其應適用之法律，惟，當事人意思不明，則依照關係最切之法律，同時也要留意有無但書規定之適用。

(三)本件，甲、乙間無明示本債權準據法應適用何國法律，此時依題示甲乙間有無成立買賣契約發生爭議，而買賣契約所生之債務足為特徵者，是出賣人有交付標的物使買受人取得所有權之義務，則依第二十條但書規定，以出賣人行為時之住所地法，推定為關係最切之法律。本件甲負有交付商品之義務，且甲在我國有住所，所以應該推定我國法為關係最切之法。縱使認為本題沒有但書的適用，然從題示甲為商務上便利的原因在我國設有住所，要約的對象乙也為我國人，且甲在我國也有開立銀行帳戶，顯然是要在我國境內從事商業交易行為，從前述的事實，可以知道，要判斷甲乙間有無成立買賣契約，我國法也應為關係最切之法。

1. 在國際私法上之特徵性履行理論評析方面，王志文教授¹認為，在最新的涉外民事法律適用法修正草案（編者按：現為現行法），保留原法第六條第一項之當事人意思自治原則，刪除第六條第二、三項硬性，而引進「關係最密切法則」，並輔以特徵性履行之推定原則。契約之準據法受到當事人意思自主原則之支配，然若當事人未擇定契約準據法時，此時契約之準據法應如何確定？羅馬公約認為此時應依「關係最密切法則」選擇當事人契約之準據法，而「特徵性履行」則係依據不同契約之特徵性質，來確定其法律適用之一種方式。不同種類之契約，均各有其特徵性，據

1 王志文，涉外債之關係法律適用規範之修正，月旦法學雜誌，第158期，2008年7月，頁16以下。

此再進而判定何種履行行為最能突顯該契約之特徵。因此在實際應用上，首先須區分契約之種類，再針對不同類型之契約特徵以確立其準據法。先確立某一契約之特徵性履行為何，再進一步指向某一特定之法域。

2. 特徵性履行之判定，究竟依據何種標準？有無共通之具體判定標準？關於此一問題，大致可歸納出兩種主要之觀點：第一種觀點認為，在一般雙務契約中，通常一方當事人須履行金錢給付之義務（如交付價金、給付報酬），另一方則係履行非金錢給付之義務；前者較為單純，且為一般雙務契約之共同點，後者則較為複雜，且在不同類型之契約其非金錢給付之義務亦各自不同。例如在買賣契約，出賣人之義務則係交付標的物於買受人並使其取得該物之所有權；又如在承攬契約，承攬人之義務則在為定作人完成一定之工作。買受人之義務與定作人之義務其同質性較高，但反觀出賣人之義務與承攬人之義務，事實上最能顯示出兩種契約之差異性，也最能反映兩種契約之個別特徵。倘依此一標準，在買賣契約中，出賣人之履行義務即成為該契約之「特徵性履行」；而在承攬契約，承攬人之義務即為該契約之「特徵性履行」。
3. 判定特徵性履行的第二種主要觀點，係從契約之社會目的及經濟面等角度進行分析，進而對該等契約之特徵性履行做出綜合判斷。換言之，此種觀點並非著眼於金錢給付與否，但在分析過程中卻又相對缺乏具體之判斷標準。每種契約之特徵性履行標準雖不明確而遭致批評，但此一理論符合關係最密切法則之精神，並輔助關係最密切法則，為關係最密切法則之應用提供較為具體客觀而得以預測之判定標準。
4. 修法採納了特徵性履行理論，王志文老師認為，根據羅馬公約，在若干特殊情形下，特徵性履行原則將不被適用。如特徵性履行無法加以判定時，則排除適用。而我國法院是否對於「所有」契約之特徵性履行皆能加以判定？修正草案並未明文規範，然王師認為依據羅馬公約規定，如特徵性履行無從判定時，則上述特徵性履行之推定原則即不予適用，而應回歸關係最密切法則。換言之，一旦契約之特徵性履行無從判定時，即構成特徵性履行推定原則適用上之例外。

期刊精選

問題

我國商人甲，某日自曼谷以書信向營業所在東京之乙公司發出要約，表示希望授權乙公司為其製品在日本的獨家代理經銷商，乙公司亦立即以書信向甲發出承諾之通知，雙方於契約中雖有約定如有糾紛由台北地方法院管轄，惟，對於契約之準據法則未為明文約定，嗣後，因該經銷契約發生糾紛，甲乃向台北地方法院提起訴訟，控告乙違約，試問，台北地方法院應該如何適用法律？

爭點

- (一) 涉外民事法律適用法第二十條第一項所稱之當事人意思是否包含「默示之意思」？
- (二) 同條第二項「關係最切之法律」應該如何判定？「最重要牽連關係原則」於契約準據法之決定中扮演何種角色？
- (三) 第三項之特徵性履行指何種情形？如何判定各類契約之「特徵性債務」為何？

分析

- (一) 涉外契約準據法規範之修正：涉外民事法律適用法修正後，有關涉外契約之準據法，包括該法第十六條之契約「形式之準據法」與第二十條「契約之實質準據法」，契約形式（方式）指契約成立所需具備之外觀形式，例如：書面、公證，而契約之實質則包括：契約內容之確定與適法、意思表示之健全與合致、契約之效力，修法引進所謂「最重要牽連關係原則」、「特徵性履行理論」，以使相關選法規則更具彈性與周延。
- (二) 當事人之意思僅限於明示之意思：現行涉外民事法律適用法第二十條第一項所稱之當事人意思，針對修正前舊涉外民事法律適用法第六條第一項是否包含默示之意思表示之爭議，明文僅限定於「明示」，而不包含默示之意思，修正理由指出，此一修正係為了減少本條適用上之疑義。涉外民事法律適用法施行前，實務明確肯定該條包含默示之意思表示，在涉外民事法律適用法施行後，有關此一部份之舊實務見解應不再援用，在當事人無明示之意思表示，即使當事人間存在默示之意思表示，此默示之意思表示僅能於依據第二十條第二項判斷「關係最切之法」時，與其他契約相關因素並列，作為其中一種衡量因素。
- (三) 當事人未約定準據法時，以最重要牽連關係作為契約之選法規則：修法前，我國舊涉外民事法律適用法第六條第二項之規定，分別規定硬性之選法規則，然偶然成立之契約締結地與履約地，在各案中皆可能與係爭契約不具備密切關聯性，有鑒於硬性選法規則之不合理處，涉外民事法律適用法採取最「重要牽連關係原則」，針對當事人無明示合意的情形，提供了「關係最切」此一能與個別契約相對應之客觀基準，另外有鑒於法安定性與當事人之預見可能性，涉外民事法律適用法第二十條第三項採用特徵性履行理論，依據契約類型而設置「推定」之規定，以確保法之確實性，希望藉由最重要牽連關係原則與特徵性履行理論之結合運用，以同時兼顧選法之彈性與明確性。
- (四) 推定關係最切之法：
 1. 涉外民事法律適用法第二十條第三項但書針對不動產所為之法律行為，推定不動產所在地法為其關係最切之法，但如有其他法律與該法律行為之牽連關係更為密切，當事人仍得舉反證推翻本項但書之推定，而適用該關係更密切之法律。
 2. 其次，針對不動產交易以外之其他契約以及法律行為之債，依同項本文參考羅

馬公約，採用之特徵性履行理論作為推定之方法，我國民法之有名契約，一般認為可依特徵性履行理論判斷其特徵性債務之契約者羅列如下：

- (1)動產租賃契約：依出租人住所地法。
- (2)動產質權契約：依質權人住所地法。
- (3)消費借貸契約：依貸款人住所地法。
- (4)承攬契約：依承攬人住所地法。
- (5)有償委任契約：依受任人住所地法。
- (6)居間契約：依居間人住所地法。
- (7)行寄契約：依行寄人住所地法。
- (8)寄託契約：依受寄人貨倉庫營業人之住所地法。
- (9)保證契約：依保證人之住所地法。

(ㄟ)特徵性履行與最重要牽連關係之調和：實務上，除了單純之有名契約可依其特徵性債務判斷準據法，另有相當多之無名契約與混合契約，無法明確判斷出特徵性債務為何，當契約中特徵性債務不明時，即應回歸到最重要牽連關係理論，依照其他因素綜合判斷契約締結時與該契約最密切之關係，並以該地之法作為契約準據法，我國涉外民事法律適用法第二十條雖無類似規定，但依據該條第三項用語為推定，可知在無法判定契約之特徵性債務，或特徵性債務同時存在於雙方，以及有其他關係更切之法時，需排除特徵性履行理論之適用，而回歸同條第二項之最重要牽連關係原則，需注意的是涉外民事法律適用法第二十條之修正理由亦特別指出，若有其他關係更密切之法仍得適用之，惟其應說明比較兩法律與法律行為之牽連關係，以確保選法之確定性，以杜爭議。

(ㄨ)案例解答：本案乙為日本法人，就其在日本獨家代理經銷契約涉訟，故本案為一涉外私法案件，由於雙方約定如有糾紛由台北地院管轄，故台北地院對此有國際管轄權應無疑義，本件涉及甲、乙經銷契約之糾紛，應定性為經銷契約之債之關係，而甲、乙於締約時並未明示約定其準據法，自應依涉外民事法律適用法第二十條第二項，以關係最切之法作為其準據法，復依第三項，推定經銷商之住所地法為關係最切之法，故應以乙營業所在地法推定為關係最切之法，又本案並無較經銷人住所地法更密切之法存在，故本件應以日本法律為契約之準據法。²

2 何佳芳，契約準據法中推定的關係最切之法——以「特徵性履行」之判斷為中心，月旦法學雜誌，第197期，2011年10月，頁201～212。

(二)就票據行為的實質問題而言

涉外民事法律適用法第二十一條第一項及第二項規定：「法律行為發生票據上權利者，其成立及效力，依當事人意思定其應適用之法律。當事人無明示之意思或其明示之意思依所定應適用之法律無效時，依行為地法；行為地不明者，依付款地法。」

現行的涉外民事法律適用法第二十一條採取當事人意思自主原則，將票據的成立及效力依照當事人意思定其應適用之法律。

(三)此外，現行涉外民事法律適用法第十七條至第十九條有關代理行為法律關係之準據法規定，已為學界之多數共識，很可能變成考題。

1. 代理權授與之準據法：

涉外民事法律適用法第17條

代理權係以法律行為授與者，其代理權之成立及在本人與代理人間之效力，依本人及代理人所明示合意應適用之法律；無明示之合意者，依與代理行為關係最切地之法律。

2. 本人與相對人間代理行為準據法：

涉外民事法律適用法第18條

代理人以本人之名義與相對人為法律行為時，在本人與相對人間，關於代理權之有無、限制及行使代理權所生之法律效果，依本人與相對人所明示合意應適用之法律；無明示之合意者，依與代理行為關係最切地之法律。

3. 無權代理等行為準據法：

涉外民事法律適用法第19條

代理人以本人之名義與相對人為法律行為時，在相對人與代理人間，關於代理人依其代理權限、逾越代理權限或無代理權而為法律行為所生之法律效果，依前條所定應適用之法律。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

✈ 跟著劉韋廷律師，完整備妥國際私法

國際私法一本通



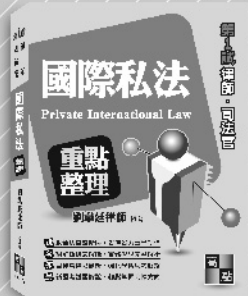
律師·司法官一試必備
法條理論+解題技巧全面掌握

- ◆ 依考點的角度，理解立法的原因何來
- ◆ 有趣的實例題，加強案例運用的記憶
- ◆ 最新期刊、學說、判決，脈動全掌握
- ◆ 考前快速複習，破解法條困難的背誦
- ◆ 收錄最新考古題，突破考試出題盲點

建議售價：360元

搭配作者「重點整理」、「圖解式法典」著作，
交互研讀、查閱法條，增強應試實力！

強化
基礎實力



建議售價：550元

快速瞭解
國際私法



建議售價：250元



高點文化事業
publish.get.com.tw

