





# 1

## 01

# Contract

香港：合約

內地：合同

台灣：契約

根據 *Black's Law Dictionary* (Garner, 2009:365)，“contract”一詞指雙方或多方訂立之**協議**，其包含**法律可執行或承認之義務**，而在《元照英美法詞典》（薛波，2003:312），“合同”泛指「法律上可強制執行之協議」。兩岸三地法律有關“contract”之概念大致相同，唯中文翻譯有異。香港多用「合約」，內地多用「合同」，台灣則多用「契約」。

### 1 「合約」、「合同」及「契約」之由來

三地名稱，古已有之。「合約」者，唐人顏師古（公元581–645年）注《漢書》，釋「共為要契也」（《漢書·趙充國傳》）。

「契（約）」最早見於《周禮》。據古書《說文解字》（許慎著），「契，大約也。」「約，纏束也。」學者俞江（2003:139）考證，「約」只是「契」的一種，「契」、「約」並非「並列」概念，是以「契約」一詞於古代甚為罕見。西周（公元前1122–前771年）時，契（約）共分五種，分別為「傅別」（借貸關係）、「質劑」（買賣、抵押關係）、「書契」、「判書」及「約劑」（最廣泛使用的一種）（賀衛方，1992:94；《周禮·天官·小宰》，引自俞江，2003:135）。

魏晉（公元220–589年）之時，「書契」逐漸演變成「合同」，即訂約後，為求取信和對質，雙方在契約併合處大書一個

「同」字，復將契書一分為二，由雙方分管。若遇爭議，雙方將契書併合，以示雙方所持契書為原契。此為「合同」一詞之源也（張傳璽，1995:27）。至清朝（公元1644–1911年）年間，「合同」意指締約雙方地位相等之協定，「單契」則是締約雙方地位不相等之協議，例如租賃協議等，兩者皆屬「契（約）」的種類。換言之，當時「契（約）」包含「合同」之概念，兩詞意思不同（俞江，2003:139）。

清朝中葉，傳教士紛紛來華，帶來西方新知識。馬禮遜（Robert Morrison）於1819年出版的《華英字典》（*A Dictionary of the Chinese Language*），將「合同」和「契」分別譯作“instrument”和“written agreement”（馬禮遜 2008），而非“contract”，顯示三者並非對等概念。其實，中國傳統以來法律主要體現於刑事範疇，合約之效用一般不為國人所重視（Chen, 2011:18; Chen, 2003:455）。真正規管民間交易之「執法系統」，乃是人之「關係」，唯其效能實與人民的流動性成反比。隨着交通系統日益完善，人民流動性與日俱增，「關係」所發揮之效能漸漸消滅（Li and Li, 2013:25–26）。反之，觀乎西方世界，誠如諾貝爾經濟獎得主 Douglas North 所言，近代歐洲多國經濟得以蓬勃發展，實有賴「合約權利之執行」（enforcement of contractual rights），制約民間各類經濟行為（North and Thomas, 1973）。此正填補中國法律傳統之不足。故此，百年來中國法制在現代化進程中，吸收學習了不少西方「合約法」之精髓（Chen, 2011:1–2）。譬如，清政府於「晚清改革時期」（1901–1911）推出《大清民律草案》第513條<sup>1</sup>，即與德國民法所確定之「合約原則」非常相似（陳自強，2012:151）。

---

1. 該條文規定：「依法律行為而債務關係發生或其內容變更消滅者，若法律無特別規定，須依利害關係人之契約。」

今日，兩岸三地合約法之概念皆源自西方。香港承襲英國普通法 (common law)，合約法學理論取自英國法。陸台兩地的合約概念則可追溯至民國初年。其時中國「以日為師」，制定法律時每每參照日本法律；日本則借鏡德、法兩國的民法 (civil law，又稱大陸法，continental law)。「契約」一詞，乃日人對應德文 *kontrakt* (或 *vertrag*) 和法文 *contrat* (或 *pacte*) 兩詞之翻譯 (見《大日本百科辭書・法律大辭書》1909，925-926；引自俞江，2003:140)。中國參照日法時，該詞復為國人採用。1949年中華人民共和國成立後，「契約」一詞漸為「合同」所取代 (賀衛方，1992:98)。然而，國府遷台後仍沿用民國時期的法律術語，故「契約」一直為台灣主要採用之譯詞。

## 2 現代法學合約觀念

不少學者認為，現代法律中合約之主要功能，在於調和 (reconcile) 締約各方的利益。法律之所以承認合約，其深層意義，是鼓勵社會各界制定協議時，訂立條款應對未來種種情況及事故 (future contingencies)，從而達到促進交易之目的 (Beatson, Burrows and Cartwright, 2010:3)。此外，合約也能保障交易各方獲得所合理期盼之事物 (Poole, 2010:16)。總括而言，合約具有四大作用：

- (1) 訂立交易價格 (value of exchange)、
- (2) 設定締約各方義務及行事標準 (standard of performance)、
- (3) 分配經濟風險 (allocation of economic risks)，及
- (4) 提供合約不履行各種解決方法 (contract may provide for what is to happen if things go wrong)(Beatson, Burrows and Cartwright, 2010:3)。

### 3 中港台合約概念異同

香港承襲英制奉行普通法，合約法沒有專門法典，法院判案多依據過往案例。普通法實行「遵循先例原則」(*stare decisis*)，法院審理案件，須遵從同級與上級法院之前所作判決，亦即法院之前判決為同級與下級法院之「先例」(*precedent*)，對其後來性質相同 (*identical*) 或類似 (*similar*) 案件具約束力 (*binding*)，是作出同等判決之理由<sup>[2]</sup> (Garner, 2009:1295–1296, 1537; Law and Martin, 2009:524)。該原則為案例法之根基。本書載有多個經典案例作參考，其中多發生於 19 及 20 世紀的英國，至今仍為香港法院跟從或參考。

內地與台灣基本屬於大陸法體系，兩地合約法比較相似。內地以《民法通則》為民事案件的訴訟根基，《合同法》為特定規管 (魏斐，2012:14–15)。台灣之《民法》，則涵蓋諸如契約的實體法及相關訴訟規則。然而，內地改革開放以後，制定《合同法》時雖以大陸法為綱，同時亦借鑒部分普通法原則，以配合社會主義市場經濟的需要 (王利明，2011a:VI, VIII; 梁慧星，2006:67)。故內地與台灣不少法律概念並不完全相同 (例子可參閱“Frustration”及“Force Majeure”兩章)。

兩岸三地合約法源於兩大法制，以下概述其中主要差異。

#### 3.1 合約要素

在普通法，合約定義為「具法律約束力之協議」(*legally binding agreement*)。協議若要獲得法院承認，必須符合下列條件 (Law and Martin, 2009:130–131)：

- 
2. 此須留意，香港終審法院 (Court of Final Appeal) 有權否定其本身及下級法院所定立之案例原則。假若法官因考慮失當而錯判 (*per incuriam*)，各級法院亦有權不理會其頒下之相關判詞。

- (1) 合約方之間存在「代價/約因」(consideration) (如法院認為原訴人能據「不容反悔原則」(estoppel) 提出訴訟，則不在此限)；
- (2) 合約各方均有「締結法律關係之意向」(intention to create legal relations)；
- (3) 各方具備「訂立合約之行為能力」(capacity to contract)；
- (4) 符合正式法律規定 (compliance with any formal legal requirements)；
- (5) 合法 (legal)，以及
- (6) 案例原則或法律條文不能使之失效 (must not be rendered void either by common law rule or statute)。

相對而言，根據大陸法系合約法原則，合約只須要約(offer)及承諾(acceptance)存在，締約人有訂約行為能力，內容無違反法律規定，即告成立（見“Offer”、“Acceptance”、“Capacity”及“Illegality”等章）。故此，在合約建構方面，大陸法系與普通法系最明顯之差別，在於有無“consideration”（代價/約因）要素。誠如法官Denning L. J. 在 *Combe v Combe* [1951] 2 KB 215 案判詞指出，“consideration”乃普通法系「合約不可或缺之重要部分」(cardinal necessity of the formation of a contract)。然而，在大陸法系，其為「對價」，並非合約之必要構件。換言之，「代價/約因」乃普通法系獨有概念（王作淵，2003:312–313）。以下兩案例釋其特點：

### ***Thomas v Thomas* (1842) 2 QB 851**

普通法的「代價」概念強調「受諾者」(promisee) 必須給予「承諾者」(promisor) 「有價值之代價」(consideration of some value)。 *Thomas v Thomas* (1842) 2 QB 851 案為顯例：

John Thomas 生前曾表示，希望遺產執行人（即被告）在其過身後，能讓妻子（即原告）繼續居於現有房舍，條件是妻子必須為其守寡。John Thomas 離世後，遺產執行人與原告達成協議：執行人「顧及故人之意願」（“in consideration of such desire”），容許原告在守寡期間以一英鎊「租住」相關房舍。其後被告反口，指原告遵照丈夫遺願守寡不足成為「代價」，拒絕完成產權轉讓之程序。

主審法官Patteson J. 指出，代價須為法律眼中有價之物，單純遵從某人意願之「動機」（motive）並不視為代價。然而，按照原告與被告所訂立之「一鎊租住」條款，只要原告付出一英鎊，「有價值之代價」即存在。

### **Combe v Combe [1951] 2 KB 215**

在 *Combe v Combe* [1951] 2 KB 215 一案，原告因其前夫（即被告）承諾每年給予她 100 英鎊贍養費（maintenance），同意私下解決其離婚後生活事宜。然而，被告始終沒有給予原告分毫。事件最終交由法院處理。

上訴庭（Court of Appeal）裁定，縱使原告基於被告之承諾而沒有向離婚法院（Divorce Court）申請贍養令，此行為仍不足以構成「代價」：被告雖承諾給予原告贍養費，但無明示或暗示原告不要向法院提出贍養呈請，原告之承諾亦即毫無法律約束力。是故兩人之間並不存在「有價值之承諾交換」（exchange of promises with value）。

法官Denning L. J.再指出，原告之所以未向離婚法院申請贍養令，是由於知道自己的薪金比被告為多，離婚法院有關贍養費之裁決不會對她有利，此點足以證明被告絕無要求原告守諾之「意向」（intention）。自然，原告因守諾而蒙受之損失並不構成「代價」。

傳統大陸法系未有將“consideration”列為契約之必要構件（王作淵，2003:312-313）。然而，台灣《民法》第799條之一採用「對價」一詞：

規約之內容依區分所有建築物之專有部分、共有部分及其基地之位置、面積、使用目的、利用狀況、區分所有人已否支付對價及其他情事，按其情形顯失公平者，不同意之區分所有人得於規約成立後三個月內，請求法院撤銷之。

該概念亦為當地刑法吸納。譬如《釋字第666號》規定，「對於從事性交易之行為人，僅以意圖得利之一方為處罰對象，而不處罰支付對價之相對人。」（台灣司法院 2009）

此外，兩法系對締約「意向」(intention)亦有不同原則。普通法制度對締約意向設有兩種假定(presumption)：(1) 凡社交(social)或家事(domestic)協議，法律假定締約方沒有締約意向(*Balfour v Balfour* [1919] 2 KB 571)，及(2) 凡商業(commercial)協議，法律則假定各方存有訂約意向。當然，假定並非絕對，可以推翻（見“Intention”章）。內地《合同法》則沒有此等假定（陶凱元、張亞普，1997:60）。至於台灣，《民法》〈債〉編〈契約〉一款亦未見類似的假定條文。

### 3.2 違約歸責原則

學者任明琦(2010:16)指出，普通法系之違約歸責原則為「嚴格責任原則」(Strict Liability Principle)，大陸法系就以「過錯責任原則」(Fault Liability Principle)為主。因此，香港普通法制使用「嚴格責任原則」，違約方不論有無犯上主

觀過錯，亦須承擔賠償責任（王利明，2011b:428-432；任明琦，2010:16；薛楠，2011:271）。但在特定情況，如天災人禍等不可抗力事件，締約雙方則毋須繼續履行合約義務（見“Frustration”及“Force Majeure”兩章）。至於奉行傳統大陸法系的台灣，歸責法則建基於「過錯責任原則」，即是違約方有主觀錯誤，才須負上違約責任（蘇南，2011:40）。

內地皆採上述兩歸責原則。根據《合同法》第107條，「當事人一履行合同義務或者履行合同義務不符合約定的，應當承擔繼續履行、採取補救措施或者賠償損失等違約責任。」主觀對錯基本不予考慮。第109及111條亦就欠款及非金錢債務作類似規定。可以說，內地合同法大體的違約歸責原則，是以普通法「嚴格義務」為根基（王利明，2011b:436-449；薛楠，2011:271）。然而，《合同法》也包含大陸法系「過錯責任」之規定。例如第118條註明：「因不可抗力不能履行合同的，應當及時通知對方，以減輕可能給對方造成的損失，並應當在合理期限內提供證明。」被告有無主觀錯誤，仍是法院判案考慮因素。必須強調，第118條乃嚴格責任規定之補充條文，而非整體歸責原則之基礎。總的而言，按照《合同法》，歸責原則以「嚴格責任」為主，「過錯責任」為輔（薛楠，2011:271）。

### 3.3 違約補救方法

三地各個違約「補救」措施（陸台一般稱為「救濟」措施）之應用排序有所不同。香港奉行之普通法視「損害賠償」（damages）為首要補救措施，使受害方得到原合約履行後應得之利（Poole, 2010:340；*Robinson v Harman* (1848) 1 Ex 850, *Surrey County Council v Bredero Homes Ltd* [1993] WLR 961）。損害賠償包括違約造成的一般經濟損失、不便及信譽損失（*Malik v BCCI* [1998] 1 AC 20），只有在其未能提供充足補償的情況，法院

才會考慮實施「強制履行」(specific performance)。至於大陸法系，首要之救濟方式為「強制履行」(內地) / 「強制執行」(台灣)，損害賠償只屬補充救濟方式 (Beatson, Burrows and Cartwright, 2010:575)。陸台兩地的賠償原則基本相似。內地將賠償原則載入《合同法》(第110及112條)，而台灣並無特別明文規定(詳見“Damages”及“Specific Performance”兩章)。

### 3.4 其他方面

有法律界人士及學者認為，兩大法系在合約成立及解釋(formation and interpretation of contract)之準則存有差異，尤其是「真誠原則」(general concept of good faith)(陸台一般稱為「善意原則」)。據英國大法官Lord Steyn (1991:132)分析，普通法合約法之精髓，在於客觀(objective)剖析協議是否「可執行之約」(enforceable contract)，即主要使用「合理人之標準」(reasonable man standard)，判斷合約是否成立並解釋其內容。不可執行者將不獲法律承認。因此，普通法在大多數情況，不會採納大陸法系帶有主觀成份的「真誠」原則。相對而言，大陸法系較多採用主觀(subjective)標準，法院側重「意思表示一致」，即「當事人必須在平等自願的基礎上進行協商」(王利明，2011a:7)。締約各方表現「真誠」及「誠實」與否在多數情況是爭論焦點；假若締約一方據主觀標準有違誠信，其簽訂之合約可受到另一方挑戰。在中國內地，「誠實信用原則」是整個民法之基本原則(鄭強2000)。台灣方面，「誠實信用原則」含有「修正法律規定之內容及契約之內容」。倘若締約方違反該原則，另一方應獲解除契約之權利(姚志明，2011:231)。

此外，普通法與大陸法在合約解釋方面尚有一些差異。例如，在普通法中「免責條款」(exemption clause)可為明示，

亦可為默示 (*Alderslade v Hendon Laundry Ltd* [1945] 1 KB 189)，在內地和台灣則須為明示，法院不能推定默示免責條款存在（沈貴明，2002:319）。再如，在普通法，「欺詐失實陳述」(fraudulent misrepresentation) 要求表意者有故意或草率的主觀心態 (*Derry v Peek* [1889] 14 App Cas 337, 374)，而在內地與台灣，表意人須為故意才屬「欺詐」（台灣稱「詐欺」）（內地《最高人民法院關於貫徹執行中華人民共和國民法通則若干問題的意見》第68條；台灣最高法院93年度台上字第695號判決）。兩法系合約法尚有其他異同之處，詳見書中各章說明。

#### 4 結語

在實際層面，兩大法系於發展過程不時互相參照彼此合約法的概念。例如普通法「隱含合作責任條款」(implied duty to cooperate)，即與大陸法系德國法學之 *Mitwirkungspflicht* (virtue of his obligation to cooperate，合作義務) 概念互為影響 (Sims, 2005:297)。此外，普通法系借鑒大陸法系《拿破崙法典》(*Napoleon Code*) 之「不可抗力」原則 (*force majeure*) 解決紛爭，並發展出「不可抗力條款」制度，更是兩大法系交流之明證 (*Matsoukis v Priestman & Co* (1915), 1 KB 681；*Paulus and Meeuwig*, 1999:314)。詳參“Force Majeure”章。

雖然「契約」、「合約」、「合同」三詞於古代有別，現今中港台三地有關法律細節亦有不同，然而三者性質頗為一致，理可互通。其實三地不乏三詞互用之例：香港法例第26章《貨品售賣條例》(*Sale of Goods Ordinance, Cap 26*) 第21(1)條使用「合約」一詞，第341章《仲裁條例》(*Arbitration Ordinance, Cap 341*) 則用「合同」；中國內地《合同法》使用「合同」，但在《期貨交易管理暫行條例》及《公證暫行條例》分別使用「合約」和「契約」兩詞；台灣方面，其《民法》使用「契約」，《審計法》及《海上捕獲條例》則使用「合約」及「合同」，均表示「契約」之意。

## 參考文獻

- 王利明 (2011a)。《合同法研究》(第一卷)。北京：中國人民大學出版社。
- 王利明 (2011b)。《合同法研究》(第二卷)。北京：中國人民大學出版社。
- 王作淵 (2003)。〈香港合同法與大陸合同法若干觀念比較研究〉，鄧基聯編，《入世與司法對策》(頁312-313)。深圳：海天出版社。
- 台灣司法院《釋字第666號》(2009)。取自[www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03\\_01.asp?expno=666](http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03_01.asp?expno=666) (檢索日期：2013年12月23日)。
- 任明琦 (2012)。〈兩大法系違約責任歸責原則的比較〉，《法制與社會》。第35期，頁16-17。
- 姚志明 (2011)。《契約法總論》。台北：元照出版有限公司。
- 馬禮遜 (Robert Morrison) 編 (2008)。《華英字典》(*Dictionary of the Chinese Language*)。鄭州：大象出版社。
- 俞江 (2003)。〈「契約」與「合同」之辨——以清代契約文書為出發點〉。《中國社會科學》，第6期，頁134-148。
- 陳自強 (2012)。《契約之成立與生效》。台北：元照出版有限公司。
- 陶凱元、張亞普 (1997)。〈中國內地與香港地區合同法律制度若干問題比較研究〉。《法律評論》，第2期，頁56-62。
- 許慎。說典網《說文解字》。取自[www.cidianwang.com/shuowenjiezi/yue8055.htm](http://www.cidianwang.com/shuowenjiezi/yue8055.htm) (檢索日期：2013年9月15日)。
- 張傳璽 (1995)。《中國歷代契約會編考釋》。北京：北京大學出版社。

- 梁慧星 (2006)。〈中國民法：從何處來，向何處去〉，《中國改革》。第7期，頁64-67。
- 賀衛方 (1992)。〈契約與合同的辨析〉，《法學研究》。第2期，頁93-104。
- 鄭強 (2000)。《合同法誠實信用原則研究：帝王條款的法理闡釋》。北京：法律出版社。
- 薛波編 (2003)。《元照英美法詞典》(*English-Chinese Dictionary of Anglo-American Law*)。北京：法律出版社。
- 薛楠 (2011)。〈論中國合同法的違約責任歸責原則〉，《法制與社會》，第4期，頁271。
- 魏斐 (2012)。〈基於民法與合同法法律關係的研究與探討〉，《法制與社會》，第2期，頁14-15。
- 蘇南 (2011)。〈公共工程契約損害賠償責任之成立——以台灣地區「民法」及大陸《合同法》作比較〉。《廈門大學法律評論》，第1期，頁36-63。
- Beatson, J., Burrows, A. and Cartwright, J. (2010). *Ansons' Law of Contract*. New York: Oxford University Press.
- Chen, A. H. Y. (2011). *An Introduction to the Legal System of the People's Republic of China*. Hong Kong: LexisNexis.
- Chen, Z. (2003). "Capital markets and legal development: The China case", *China Economic Review*, 14: 451-472.
- Garner, B. A. (Ed.) (2009). *Black's Law Dictionary* (9th Ed.). St. Paul, MN: West.
- Law, J. and Martin, A. E. (2009). *Oxford Dictionary of Law*. New York: Oxford University Press.
- Li, Y. M. and Li, Y. L. (2013). "Is there a positive relationship between law and economic growth? A paradox in China", *Asian Social Science*, 9: 19-30.

- North, D. and Thomas, R. P. (1973). *The Rise of the Western World: A New Economic History*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Paulus, J. R. and Meeuwig, D. J. (1999). “Force majeure—Beyond boilerplate”, *Alberta Law Review*, 37: 302–315.
- Poole, J. (2010). *Textbook on Contract Law*. New York: Oxford University Press.
- Sims, V. (2005). “Good faith in Contract Law: Of triggers and concentric circles”, *King’s College Law Journal*, 16: 293–310.
- Steyn, J. (1991). “Role of good faith and fair dealing in Contract Law: A hair-shirt philosophy”, *Denning Journal*, 6:131–142.