

# 1

## 中國涉外合同基本原理

### 1

### 背景與特徵

#### 1.1 涉外合同的定義

隨着中國經濟快速發展，加上近年來「一帶一路」合作倡議，無論是內地企業透過海外投資「走出去」，還是境外資本「引進來」中國，市場開拓的雙向合作都越來越多。在合作過程中，締約一方一般為中國企業，另一方為境外公司，因而產生涉外合作合同。

在經濟活動中，交易各方為實現交易目的，就各方的權利義務意思表示而訂立合同。根據中國《合同法》第2條第1款規定，合同是指平等主體的自然人、法人、其他組織之間設立、變更、終止民事權利義務關係的協議。在英美法系中，合同是允諾的交換，合同各方根據合同的條款而付出，以換取其他方的給付，當中各方的「合意」（meeting of minds）非常重要。

合同分書面、口頭和行動形式，除一些按照法律規定必須以書面形式訂立的合同外，大部分合同理論上都能以口頭方式處理，較常見的口頭合同包括小額交易或能立即執行完成的交易，但發生糾紛時，口頭合同較難以證明。大家通常都希望把所有約定列寫出來，所以最常見的合同還是以書面方式簽訂，以文字形式在合同中顯示出來。各方把每一條條款都看一遍，考慮清楚後才最後簽字確認達成合同。書面合同能夠確定各方的權利義務，亦較符合現代商業交易的習慣。至於涉外合同，是指合同各方當事人簽訂的，具有涉外因素的民商合同。

根據最高人民法院《涉外民事關係法律適用法司法解釋（一）》第1條的規定，涉外民事關係，是指當事人一方或多方是外國公民、外國法人或者其他組織、無國籍人；合同當事人一方或多方的經常居所地在中華人民共和國領域外；合同標的物在中華人民共和國領域外；合同的訂立、變更或者消滅民事關係的法律事實發生在中華人民共和國領域外的民事關係。據此，可以認為，涉外合同是指在合同關係的主體、客體、法律事實等三個要素中至少有一個因素是與外國有關的合同。合同涉外因素的形式可能是各種各樣的，包括合同簽訂地在外國，或合同當事人一方為外國人，或合同標的在外國，或合同履行地在外國等。這裏的主體因素不僅涉及國籍，更涉及當事人的經常居所地，這意味着，即使客體、法律事實及當事人的國籍等因素均與外國無關，但只要合同當事人一方或多方的經常居所地在中華人民共和國領域外也構成涉外合同關係。

此外，涉港澳合同也是涉外合同的一種。按照《關於適用〈中華人民共和國涉外民事關係法律適用法〉若干問題的解釋（一）》

第19條，涉及香港特別行政區、澳門特別行政區的民事關係的法律適用問題，參照適用本規定。也即是說，涉港澳居民及企業的案件，按照涉外法律關係來處理。

涉外合同與一般內地合同在不同方面都有區別，其中包括以下特徵：

1. 涉外合同最明顯的特徵是主體涉外，當事人一方非中國公民或中國企業，因此合同也同時受到外國法律的管轄和支配，其資質和履約能力亦要參照外國法律規定來認定。
2. 涉外合同的標的或行為可能不在內地，跨越國境必然牽涉各種與進出口海關、行政許可、跨境結算、知識產權、跨境稅務、貿易保護等問題，部分合同更可能受國家之間的政治關係影響。
3. 涉外合同很可能適用於不同國家與地區的法律，受境外的法院和行政機構管轄。
4. 涉外合同適用語言與條款用語一般比較複雜，除一般內地起草合同所認知的法人法語外，亦需要符合合同相關涉外因素的法律，還要同時考慮引用國際法，並照顧可能因不同國家地方法律語言習慣引起混亂的含義，盡力達到各方對合同中使用的詞義無可爭議。
5. 由於合同各方的語言和文化背景存在差異，涉外合同對同一件事情、同一個標的、同一種服務的內涵理解都可能有所不同，需要特別處理。

## 1.2 涉外合同的背景

合同是依照法律調整，隨着社會關係越趨複雜而產生和發展的。根據記載，中國最早的合作（契約）始於西周時期，主要類型包括借貸契約、買賣契約等，當事人要求履行合同並普遍通過訴訟方式解決合同糾紛，一直發展至今。合同的作用是維護交易各方的合法權益、保證交易順利完成，達到各方的交易目的。處理合同工作需要法律知識與商業知識，例如在合同審核中除就合同的法律條款進行審查以確保交易安全外，還需要結合管理經驗，修訂商業條款，以確保交易效率和代表一方或各方得到最大的利益。

雖然中國近年的涉外合同文書格式與西方發達國家的越來越相似，但目前中國內地與外國合同的版本差異還是比較大。這不僅是整體質量上的比較，而是從起草習慣、處理問題的細節上，中國的涉外合同都相對簡化。目前中國本地合同，尤其未有經律師參與起草的，一般缺乏深度，其原因包括本地客戶只着重大方向，不願意把條款訂得太嚴格，擔心影響雙方合作和感情；亦有的是因為企業內部沒有執行相關合同經驗的同事，起草合同細節存在困難。本地一些較大型的企業喜歡使用「霸王條款」讓自己處於不敗之地，這容易造成交易上的障礙，實際讓各方處於兩難局面。另一方面，目前在中國內地的外資企業偏向使用複雜、翻譯自外文本的合同（一般來自其總公司、母公司）。這些外資企業長篇大論的合同條款在實踐上也遇到問題，例如中文不像中文的翻譯合同，讓人較難完全理解其原意，雙方對內容的解讀也只能各有各說。

傳統涉外合同包括：涉外貨物買賣合同、涉外運輸合同、涉外保險合同、中外合資經營企業合同、中外合作經營企業合同、中外合作勘探開發自然資源合同、涉外生產合同、來料加工合同、涉外貿易合同、涉外租賃合同、涉外技術轉讓合同、涉外科研合同、涉外工程承包合同、涉外勞務合同、涉外信貸合同等。近年國家不斷發展，「一帶一路」與「走出去」的政策使涉外合同更多元化，幾乎任何類型的合同都可以成為涉外合同。

### 1.3 涉外合同的淵源

為了保障涉外合同當事人的合法權益，促進中國對外經濟的發展，中國早於1985年3月21日頒布《中華人民共和國涉外經濟合同法》，自1985年7月1日開始實施，至1999年10月1日《中華人民共和國合同法》開始實施起失效。《中華人民共和國涉外經濟合同法》是中國建立現代涉外合同相關法律法規的開端。而目前涉外合同法律淵源包括：

1. 中國國內法一系列涉外合同有關法律法規及文件，包括《中華人民共和國外資企業法》、《中華人民共和國中外合作經營企業法》、《中華人民共和國中外合資經營企業法》、《中華人民共和國涉外民事關係法律適用法》、《中華人民共和國對外貿易法》、《內地與港澳關於建立更緊密經貿關係的安排》（CEPA）、《鼓勵台灣同胞投資的規定》、《海峽兩岸經濟合作架構協議》（ECFA）等。在論

及涉外民事關係的法律適用時，必須提及被廣泛援引的中國《民法通則》第142條之規定：「中華人民共和國締結或者參加的國際條約同中華人民共和國的民事法律有不同規定的，適用國際條約的規定，但中華人民共和國聲明保留的條款除外。中華人民共和國法律和中華人民共和國締結或參加的國際條約沒有規定的，可以適用國際慣例。」此項規定被視為中國司法機關及仲裁機構適用國際條約和國際慣例的內地法基礎和法律原則。

2. 國際慣例，其特徵是在大多數國家地區適用，並曾多次使用，具有一定法律約束力和效果。在國際貿易發展過程中，為約束與調節各方關係，一些約定形成有強制力的國際法條約、多邊條約或貿易慣例。主要領域包括貿易、海商與運輸、商品檢驗、銀行結算、仲裁安排、法律適用等。其中貿易術語，是指國際商會的國際貿易術語解釋通則；在支付方面，包括國際商會制定的商業跟單信用證統一支付慣例、託收統一規則等。在運輸和保險方面，國際商會制定的《聯合運輸單證統一規則》、國際海事委員會制定的《1974年約克—安特衛普規則》、英國倫敦保險協會制定的《倫敦保險協會貨物保險條款》等。其他亦有一些實踐中的約定俗成合同範本與標準，包括航運與租船行業。
3. 國際條約，國際法是平等主權國家之間的協議，在各國相互交往中起着重要作用，很多時候由習慣演化而成。改革開放以來中國也積極參與和制定國際經濟方面的法律工作。中國在1986年12月11日核准加入《聯合國國際貨物貿易銷售合同公約》（*Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, CISG; the Vienna Convention），這是中國涉外貿易合同的主要依據之一。其他中國

參與的國際經濟與貿易有關條約包括《國際支付協定》、《WTO》、《國際商品協定》、《聯合國國際合同使用電子通信公約》等，其他實務中較常引用的經貿公約主要集中在知識產權、運輸海商航空、金融支付等領域。

外國國家地區處理國際條約與內地法立法，一般可分為兩種情況。一是轉化方式，即當一國政府通過某一國際條約後，還需內地立法機關以立法形式將其轉變為內地法，從而在內地具體適用，其典型代表是英國和今天的香港。第二種是納入方式，又稱吸收方式，即一次性原則地在憲法性法律中規定條約是該國法律體系的一部分，一項條約在內地公布或在國際上生效時，亦在內地同時生效。

中國憲法中關於國際條約的法律位階目前尚未明確。從中國《立法法》第78條至83條的規定中可以看出，中國法律第一位階為憲法，第二位階為法律，第三位階為行政法規，第四位階是地方性法規、部門規章，但並沒有說明國際條約的法律位階。無論從法理研究還是司法實踐中，中國都接受了國際條約在內地適用。目前，中國有直接適用、間接適用及混合適用三種方式。對條約的直接適用主要在經濟領域，如在民事合同方面，其中包括1995年的上海振華港口機械有限公司訴美國聯合包裹運送服務公司國際航空貨物運輸合同標書快遞延誤賠償糾紛案中，上海市靜安區人民法院已在判決中依據中國加入的《統一國際航空運輸某些規則的公約》及《修改議定書》中第11條第2項規定，要求被告按修改議定書規定的承運人最高限額賠償原告經濟損失。此外，《聯合國國際貨物貿易銷售合同公約》更被中國法院在多個審判中直接引用。

對於國際條約、國際慣例的適用問題中，根據《法律適用法解釋一》第2、4、5條，而至《民法通則》第142條、《中華人民共和國票據法》第95條、《海商法》第268條、《民用航空法》第184條均對國際條約、國際慣例的適用做出了相應規定。以上種種都印證了中國對於國際條約、國際慣例適用的肯定。不過，亦需要注意在《法律適用法解釋一》第4條作出了「但知識產權領域的國際條約已經轉化或者需要轉化為國內法律的除外」的「除外」規定。

## 1.4 內地法與外國法

中華人民共和國屬大陸法系（civil law），又名羅馬法系、民法法系。大陸法系沿襲羅馬法，具有悠久的法典編纂傳統，重視編寫法典，具有詳盡的成文法，強調法典必須完整，每一個法律細節都在法典裏有明文規定。大陸法系崇尚法理上的邏輯推理，並以此為依據實行司法審判，要求法官嚴格按照法條審判，審理過程中，法官多採取審問訴訟方式，由法官主導案件審理，更有權依職權調查收集證據。

英美法系（common law）又稱普通法系。英美法系重視判例之法而非制定之法，根據法官對每次個案的判決，歸納總結形成一套適用於整個社會的法律體系，具有適應性和開放性的特點。在審判時，着重採取當事人主義和陪審團制度。英美法系的審判依從判例原則（case law），下級法庭必須遵從上級法庭以往的判例。在實行英美法系的國家中，法律制度與理論的發展依靠一個個案例的推動。大陸法系與英美法系作為當今世界主流的兩大法系，並不對

立，現在也多有交流和融合。判例法在一些大陸法系的國家中也開始具有比過往更重要的參考價值，像中國最高人民法院也開始發布指導性案例；另一邊普通法適用地區例如像香港也越來越多成文條例，包括個人資料（私隱）條例，公司條例等，而並非單依靠案例來發展法律。這種趨勢在世界各國都越來越普遍。當然，同樣是大陸法系或普通法系的國家由於不同的生活文化與經濟發展水平，有關民商合同的法律也不盡相同。

涉外合同有需要作為特別課題來學習研究，原因之一是中外法律在法理以至應用中均存在大量差異，而這些差異真正影響着涉外合同的執行與效力，以下嘗試舉例。

在英美法系中，對價（consideration，代價）是合同成立的必要件之一，直接影響到合同的效力問題。所謂對價，是指當事人一方得到某種利益、權利或好處，另一方損失某種利益、權利或好處，從而使各方都得到好處。該原則與中國合同法中的「等價有償」原則類似，但並不完全相同。普通法中的對價不一定具足夠價值，就算賣家或服務提供商以低於市價售出商品或服務，該賣家或服務提供商其後不可入稟法院追討差價。中國合同法中沒有為對價做特殊定義，反而有區分有償合同與無償合同。中國合同法中有要求公平原則，合同或合同當中的條款如果違反公平原則，合同就有可能被撤銷或無效。因此，起草涉外合同時必須特別留意有關概念，以免導致合同因無效或被撤銷而無法執行的情況。相反，普通法中饋贈承諾在法律上是沒有約束力的，因為饋贈缺乏雙方交換代價的基礎（但以契約形式簽訂的饋贈合同則屬例外），如以這種形式訂立合同，雙方未必需要互相給予代價。

另外，禁止反言（estoppels）亦是英美法系中對價的一項補充原則，出自於衡平法制度。簡單而言，即使一項無對價承諾，若該允諾有意地使對方產生信賴，並因此相信而遭受實質損害，基於公平正義原則，允諾人對自己的承諾不能反悔。也因此，在商業合同中一般首部分會有「鑒於」和「定義」條款。這與中國合同法中對商業合同談判中的先契約義務，或締約過失責任有近似但又不同不盡相同的內涵。

大家日常出國旅遊或在新聞中時有聽聞外國地區的不同規則，例如新加坡禁止吃口香糖，在意大利不允許餵鴿子，美加不准旅客攜帶月餅進口等。各地不同的生活習慣與違法的不同尺度都影響對合同關係的認定。在英美法系中，挑釁屬人身威脅，語言也屬暴力使用的一種，而中國法院暫時還不會用上這類對人行為要求那麼嚴格的標準。因此，正所謂入鄉隨俗，我們在訂立涉外合同前需要明白涉外合同中不同國家地區的因素，以及有關合同內涵與解釋，從而有所變化。

---

## 1.5 合同的基本功用

合同的目的是各方為了確認協議內容和交易留下證據，一般以白紙黑字方式寫成，免得日後口說無憑，有利增強交易可預見性，提高交易效率。對各方實踐最大的利益、對預計損失和未來爭議處理結果都有正面作用。合同應該是各方在公平自願的過程，通過反覆修改體現的結果，是各方利益的博弈。但有時候由於受各方議價能力與地位的影響，包括選擇性、市場地位、可替代性、緊迫性、技術