

國立臺灣大學法律學院法律學研究所

碩士論文

Graduate Institute of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

計畫趕不上變化？論長期商業契約中之風險控制與漏洞填補

—以契約之解釋為中心

Contractual Flexibility in a Changeable Economy:  
Filling Gaps in Long-Term Commercial Contracts

黃湘榆

Hsiang-yu Huang

指導教授：王文字 博士

Advisor: Wen-yeu Wang, S.J.D.

中華民國 97 年 7 月

July, 2008



國立台灣大學法律學研究所

碩士論文學位口試

論文題目：計畫趕不上變化？論長期商業契約中之風險控制與漏洞填補—以契約之設計與解釋為中心

指導教授：王文宇博士

研究生：黃湘榆

口試地點：法律學院暨社科院第四會議室

考試委員：

簡望行  
王政學  
林拍  
林仁光

中華民國九十七年六月十三日



## 謝辭

終於進行到了謝辭的部分了，寫完謝辭，意味著論文結束，筆者即將告別學生時代。曾有物理學家說過，時間是無法被測量的，我們想察覺時間的流逝，唯有透過事物的轉變。或許因為如此，在撰寫謝辭的此時，才清清楚楚的感受到，距離大學畢業，轉眼已是三年的光景，而論文的產生，是這三年時光裡，最具體的產物。

當然，這三年中，還有太多太多抽象的改變，是我無法一一細述的。首先要謝謝我的指導教授王文宇老師。在擔任老師助理的兩年中，不論是在學術或是待人處世上，均使我獲益良多。老師思考問題時，宏觀之角度與不預設立場的態度，讓我學到了如何從不同的面向觀察一個議題。也因為修習了老師開設的商法專題課程，使我對商業契約產生了濃厚的興趣。如果沒有老師的鼓勵與指導，提供我論文的寫作方向與參考資料，將沒有這篇論文的產生。

我也要謝謝在百忙中抽空擔任我的口試委員的林桓老師、林仁光老師以及簡資修老師，很慚愧我在繳交口試本時的拖拖拉拉，幸好三位老師對我都相當的包容。林桓老師對英美契約法及經濟學均有深厚之研究，在口試時指出我論文架構中的漏洞，讓我對我的論文有重新思考修正的機會；林仁光老師治學嚴謹，從大學三年級至今，對我都相當的照顧，口試時不只提醒我論文格式上之問題，更以其對英美契約法多年之研究，提供了相關之意見，使我的論文中所討論的議題能更深入；簡資修老師以其對經濟學豐富之學養，指出我論文中衝突矛盾之處，讓我發現自己的盲點，還進一步使我學習到了撰寫論文時應有的思考方式。因為三位老師的指點，讓我在學術研究的路程上，又邁進了一步。

我還要謝謝張文貞老師、羅昌發老師以及陳忠五老師在這三年中給我的指導。從張文貞老師身上，我看到了不同於傳統法律人的氣質，對生活永遠樂觀向前，對學生從不吝給予讚美，能被張老師指導參加國際人道法辯論賽，是我研究所最美好的回憶之一，我在老師身上所學到的，不只是法律方面的知識，更是一種對人生的態度。羅昌發老師給了我機會，讓我擔任 WTO 中心的助理，在那一年半中，我對國際貿易法有更進一步的了解，羅老師敦厚的處世態度，也使我提醒自己，要隨時保持這樣的態度，面對生活中的一切。在研究所時，修習了陳忠五老師的民法實例演習，兩個學期下來，在老師嚴謹的思考帶領之下，我學到了分析問題的方法，印象更深刻的，是老師對學生的包容以及寬厚。除了三位老師以外，對所有曾經關心過我、教導過我的老師，在此均致上最深的謝意。

而除了老師以外，這三年一路走來，當然還要感謝身邊所有的同學朋友，因為你們，我研究所的回憶有了不同的風貌。謝謝經濟法學組的大家，宜蘭的出遊，蘭嶼的畢旅，定時的慶生，都使我忙碌的生活，輕鬆了不少。皓芸高超的開車技術是我一定要提一下的；詩敏對每件事的評語總是精確又不失幽默；昆霖大大是電腦壞掉時的求救對象，和所有疑難雜症的解決者；巧筠總是帶著笑容聽大家說話；建良精湛的舞技也令人難以忘懷。而 308 研究室的大家更是我這半年與論文

大魔王奮戰時的最佳戰友。依琪對每個人的細心是我最感動的，看到你就知道我自己還有好多事要學習；人形安全氣囊刷哥號稱研究室最佳工具人，跑腿搞笑兼討論學術問題都在守備範圍之內；佩慶的貼心總讓人感到窩心，謝謝你平常對我們任勞任怨的付出；大師姊對我持續的鼓勵，讓我一直能夠相信自己論文有完成的一天；劉助教對我總是有滿滿的耐心，也是我棒球的同好。佛家說十年修得同船渡，能和大家同處一室這樣難得的緣分，讓我珍惜也感激。

除了研究室的同窗之外，當然也要謝謝在研究室的鄰居涵雯和大山。涵雯從準備小論文開始，便一路和我併肩作戰，能有一個人一起處理這些事情減少了我許多壓力，再緊張的時候都能很開心；大山的直率總能讓人會心一笑，和你、涵雯還有安宇、明慧一起唱歌是我有過最特別的唱歌經驗，你的合音真是太專業了。因為你們這些鄰居，我才能在最後論文寫到快崩潰的時候，還能有發洩的出口，和你們聊完天之後充電再出發。

這三年也要感謝 WTO 中心的每一位助理，不論是學長姊、學弟妹或是我的同學，與大家合作的經驗讓我學到了許多做事的方法，也交到了許多好朋友。昱安和冠潔，謝謝你們從研二以來的一路扶持，如果沒有你們，我研究所的生活將完全不同，你們對我的包容與關懷使我發現自己是多麼幸運，讓我知道總是有人支持著我；佳慧認真負責的態度，讓我和妳一起做事時永遠有安全感。中心的一切，不論是玩樂或是工作，都使我成長了許多。

我也要謝謝我的大學同學們。因為你們一直以來給我的友情與溫暖，讓我在這幾年中，得到許多珍貴的、課業以外的事。從高中就認識的哈哈、美女、盈雅、雅琇，我們一起經歷過了年少歲月，終於我也要脫離學生生涯了，希望你們的工作與感情都能順順利利；詩晴的善良與聰慧讓我知道，世界上還是有簡單的執著存在的；音樂劇研究社的大家，雖然聚會的時間不多，但是我們總能找到共同的話題聊下去，謝謝你們接納我這個意見很多又偏激的傢伙。

而家人的支持是我能一路走到現在，最大的原動力，雖然這有點老套，不過我真的對你們有說不出的感激。遠在美國的姊姊總在百忙之中不忘關心我，更提醒我人生的方向；感謝我哥哥，讓我發現了生活中不同的面向；妹妹總在我需要鼓勵的時候，不吝給我支持，情義相挺令人感動；而最後最深的謝意要獻給我的父母，對我百分之百的付出，毫無怨言而不求回報，你們對我這個固執小孩無條件的包容，讓我又完成了人生的另一個階段。謝謝你們，我畢業了！

黃湘榆 謹誌

於 2008 年 7 月 21 日 台北蔚藍的天空

## 簡 目

中文摘要.....	I
Abstract .....	III
第壹章 緒論.....	1
第一節 研究動機與問題之提出.....	1
第二節 研究方法.....	4
第三節 預期達到之目標與侷限性.....	5
第四節 研究範圍與論文架構.....	6
第貳章 長期交易之問題與交易治理.....	12
第一節 交易成本與新制度經濟學概說 (New Institutional Economics) .....	12
第二節 長期交易之特質—以投機行為為中心.....	24
第三節 交易治理機制之選擇與契約治理.....	39
第四節 小結：「交易成本工程師」.....	56
第參章 長期契約之特性：我國學說及比較法之研究 .....	58
第一節 我國學說對長期契約之討論.....	58
第二節 不完全契約理論.....	63
第三節 關係契約理論.....	72
第四節 契約與治理架構之結合.....	103
第五節 小結：從契約安排到契約解釋.....	107
第肆章 長期契約之契約解釋與漏洞填補.....	109
第一節 契約解釋與漏洞填補之原則.....	110
第二節 長期契約下之契約解釋與漏洞填補.....	130
第三節 契約是否成立？.....	146
第四節 誠信原則及其界線.....	150
第五節 商業上不能履行 (commercial impracticability) .....	177
第六節 任意法規之適用.....	198
第七節 我國實務判決檢討.....	201
第八節 小結：以「關係」解釋商業契約.....	213

第伍章 結論.....	214
第一節 「契約已死」？.....	214
第二節 契約：治理交易之工具.....	216
第三節 邁向更為多元彈性的司法解釋—兼論未來研究之展望.....	218
參考文獻.....	222



## 詳 目

中文摘要.....	I
Abstract.....	III
第壹章 緒論	1
第一節 研究動機與問題之提出.....	1
第一項 研究動機.....	1
第二項 問題之提出.....	3
第二節 研究方法.....	4
第一項 研究方法.....	4
第二項 進行步驟.....	5
第三節 預期達到之目標與侷限性.....	5
第四節 研究範圍與論文架構.....	6
第一項 研究範圍.....	6
第二項 論文架構.....	9
第貳章 長期交易之問題與交易治理	12
第一節 交易成本與新制度經濟學概說 (New Institutional Economics) .....	12
第一項 交易類型概述—從單點式交易到長期交易.....	13
第一款 交易類型概說.....	13
第二款 長期交易之定義.....	14
第二項 新制度經濟學以及交易成本.....	15
第一款 新制度經濟學之源起—和新古典經濟學之差異.....	15
第二款 新制度經濟學下對人類行為之基本假設.....	18
第一目 有限理性.....	18
第二目 投機行為.....	20
第三款 交易成本概說.....	21
第一目 交易成本概念之起源.....	21
第二目 交易成本之內涵.....	21
第四款 交易成本與風險控制之關連.....	23
第二節 長期交易之特質—以投機行為為中心.....	24
第一項 交易架構之分析.....	24
第二項 不確定性.....	24
第一款 風險分配的方式.....	25
第二款 風險分配方式的選擇.....	26
第三項 資訊不對稱.....	27
第一款 資訊不對稱之定義.....	28
第二款 長期交易中資訊不對稱之問題.....	29
第四項 套牢 (hold-up) 之困境.....	31
第一款 套牢之成因：特殊關係投資.....	31
第一目 特殊關係投資之定義.....	31
第二目 特殊關係投資之特色及原因.....	32

第三目 特殊關係投資之類型 .....	33
第四目 特殊關係投資之效果 .....	34
第二款 準租值之產生 .....	36
第三款 套牢之困境 .....	37
第五項 小結：投機行為風險下之交易 .....	38
第三節 交易治理機制之選擇與契約治理 .....	39
第一項 交易與賽局 .....	39
第一款 序列賽局與同時賽局 .....	40
第二款 合作賽局與不合作賽局 .....	40
第二項 交易治理機制的選擇 .....	43
第一款 從社會脈絡觀察治理機制 .....	43
第二款 交易治理的定義 .....	45
第三款 治理機制之種類 .....	45
第四款 依交易內涵選擇治理機制 .....	47
第三項 契約之定義 .....	49
第一款 我國學說 .....	49
第二款 比較法上之觀察：美國法 .....	50
第三款 契約在交易中之定位 .....	51
第四項 契約作為交易之治理機制 .....	53
第一款 契約治理之意義 .....	53
第二款 契約治理之內涵 .....	55
第四節 小結：「交易成本工程師」 .....	56
第參章 長期契約之特性：我國學說及比較法之研究 .....	58
第一節 我國學說對長期契約之討論 .....	58
第一項 繼續性債之關係 .....	58
第二項 長期契約之種類 .....	60
第一款 繼續性供給契約 .....	60
第二款 範疇契約 .....	62
第三款 架構契約 .....	62
第三項 小結：我國學說對長期契約觀察之不足 .....	63
第二節 不完全契約理論 .....	63
第一項 不完全契約之定義 .....	65
第二項 不完全契約理論之內涵 .....	66
第一款 不完全契約之成因—由交易成本之觀點切入 .....	66
第一目 不可預見之或有事件（unforeseen contingencies） .....	67
第二目 締結契約之成本—事前之交易成本 .....	67
第三目 執行契約之成本—事後之交易成本 .....	68
第二款 不完全契約之設計—交易成本之最小化 .....	70
第三項 小結 .....	72
第三節 關係契約理論 .....	72
第一項 理論起源及背景 .....	73
第一款 古典契約法 .....	73
第一目 議價理論（bargain theory） .....	74

第二目 現在化 (presentation) 及個別化 (discreteness) .....	74
第二款 新古典契約法 .....	76
第一目 理論源起 .....	76
第二目 理論內容 .....	77
第三目 理論缺失 .....	78
第三款 小結：關係契約理論之興起 .....	80
第二項 關係契約理論之內涵 .....	80
第一款 關係契約之定義 .....	82
第一目 學說介紹 .....	82
第二目 關係契約之本質與長期契約 .....	84
第二款 關係契約理論之建構 .....	85
第一目 關係之形成—重複賽局 .....	85
第二目 關係契約之特色—和個別 (discrete) 契約之相異處 .....	89
第三目 關係契約下所形成之非法律關係 .....	92
第四目 針對關係契約理論所提出之批評 .....	97
第三項 關係契約理論之適用 .....	99
第一款 契約設計 .....	99
第二款 契約解釋 .....	101
第四節 契約與治理架構之結合 .....	103
第五節 小結：從契約安排到契約解釋 .....	107
第肆章 長期契約之契約解釋與漏洞填補 .....	109
第一節 契約解釋與漏洞填補之原則 .....	110
第一項 契約解釋及漏洞填補之目的—法院之角度 .....	111
第一款 契約解釋及漏洞填補之必要 .....	111
第二款 法院透過契約解釋及漏洞填補所應達成之目標 .....	112
第一目 探求當事人之真意 .....	112
第二目 加速當事人創新契約之產生 .....	113
第三款 法院解釋契約填補漏洞時應採取之態度 .....	114
第一目 傳統理論 .....	114
第二目 經濟學理論 .....	114
第二項 契約解釋與漏洞填補之原則—我國法之觀察 .....	115
第一款 契約解釋 .....	115
第一目 探求當事人之真意而不拘泥於字句 .....	115
第二目 交易習慣以及誠信原則之考量 .....	116
第二款 契約漏洞之填補 .....	117
第三項 比較法下之觀察：以美國法為例 .....	119
第一款 契約缺漏之類型 .....	119
第一目 文義不清者 (vagueness and ambiguity) .....	120
第二目 漏未約定者 (omitted terms) .....	120
第三目 懸而未決者 (unresolved terms) .....	120
第二款 契約解釋與漏洞填補之方式 .....	121
第一目 契約解釋 (interpretation) 以及契約建構 (construction) ....	121
第二目 主觀與客觀之間：脈絡與文義衝突之導火線 .....	122

第三目 美國法下對契約解釋脈絡之相關規定 .....	123
第三款 契約解釋之流程 .....	126
第一目 參考脈絡之位階 .....	126
第二目 不同的規範方式 .....	129
第二節 長期契約下之契約解釋與漏洞填補 .....	130
第一項 長期契約下契約解釋之特色與法院之功能 .....	130
第一款 長期契約漏洞之特色 .....	130
第二款 法院在長期契約解釋中所扮演之角色 .....	131
第二項 長期契約解釋與漏洞填補之方法：脈絡與文義之爭 .....	132
第一款 脈絡解釋與文義解釋之別 .....	132
第一目 贊成脈絡解釋之主張 .....	133
第二目 贊成文義解釋之主張 .....	134
第二款 長期契約的解決之道 .....	135
第一目 法庭的被動解決方式 .....	135
第二目 特殊關係投資之解決方式 .....	137
第三款 配合商業交易：「關係」之契約解釋方式 .....	138
第三項 小結：長期契約下之約款設計及其衍生問題 .....	141
第一款 長期契約中常見之控制約款 .....	141
第一目 標準 (standard) .....	141
第二目 契約是否履行直接由第三人決定 (direct third-party determination of performance) .....	141
第三目 由締約之一方控制的契約約款 (one-party control of terms) .....	142
第四目 成本 (cost) .....	142
第五目 同意日後另為約定 (agreement to agree) .....	142
第二款 契約中之調整約款：以價格數量為例 .....	143
第一目 調整條款出現之原因 .....	143
第二目 適用調整條款之客體 .....	143
第三目 「take-or-pay」條款 .....	145
第三節 契約是否成立？ .....	146
第一項 問題之提出 .....	146
第二項 相關規定之探討 .....	146
第一款 我國法之規範 .....	146
第二款 美國法之觀察 .....	147
第三項 我國規範之缺失 .....	149
第四節 誠信原則及其界線 .....	150
第一項 誠信原則概說 .....	151
第一款 誠信原則之內涵及功能 .....	151
第二款 誠信原則在商業契約中面臨之問題 .....	152
第三款 誠信原則之義務是否隱含於契約中？ .....	153
第一目 誠信原則無所不在！ .....	153
第二目 誠信原則本身並非獨立之請求權基礎 .....	154
第四款 誠信原則應如何適用？ .....	156
第一目 我國學說及實務之見解 .....	156
第二目 美國法之觀察：反面排除法及奪取他人合理期待 .....	157

第三目 小結：以投機行為奪取他人合理期待之行為 .....	159
第二項 對裁量權之限制 .....	160
第三項 盡力條款 .....	162
第一款 盡力條款之態樣 .....	162
第二款 盡力條款之成因 .....	163
第一目 當事人面對之不確定性 .....	163
第二目 面對不確定性的解決之道 .....	165
第三款 法院應如何解釋盡力條款？ .....	166
第一目 「盡力條款」是否存在？ .....	166
第二目 是否盡力如何判定？ .....	167
第四項 契約終止 .....	168
第一款 契約終止條款之意涵及目的 .....	169
第二款 契約終止條款之限制 .....	170
第一目 如何限制當事人終止之權利？ .....	170
第二目 契約中有更新之約定時 .....	172
第五項 合作以及協商之義務 .....	173
第一款 合作之必要 .....	173
第二款 協商之義務 .....	175
第一目 再協商之約定 .....	175
第二目 可以進行再協商之情形 .....	176
第六項 小結：誠信原則做為契約解釋脈絡之一環 .....	177
第五節 商業上不能履行（COMMERCIAL IMPRACTICABILITY） .....	177
第一項 問題提出：長期商業契約面對外在變化之風險 .....	178
第二項 法院應否介入當事人之契約加以調整？ .....	179
第一款 贊成者之理由 .....	179
第二款 反對者之見解 .....	180
第三項 我國法之相關規範 .....	182
第一款 民法第二百二十七之二條以及相關學說討論 .....	182
第二款 我國法規範之缺失 .....	185
第四項 美國法以及國際商業契約準則之規範 .....	186
第一款 從不可能（impossibility）到無法實行（impracticability） .....	186
第二款 不同的法律規範模型 .....	186
第一目 美國統一商法典§2-615(a) .....	187
第二目 美國第二法律整編契約法§261 .....	188
第三目 國際商業契約準則§6.2.2 及 6.2.3 .....	188
第五項 「可預見性」（foreseeability）之爭議 .....	189
第一款 案例分析 .....	189
第一目 Eastern Air Lines v. Gulf Oil Corp. ....	189
第二目 Aluminum Company of America v. Essex Group, Inc. ....	190
第三目 Northern Indiana Public Service Co. v. Carbon County Coal Co. ....	192
第二款 學說討論 .....	194
第三款 小結：「關係」角度之解釋—從當事人之期待切入 .....	196
第六項 小結：在長期商業契約中的解決之道 .....	197

第六節	任意法規之適用 .....	198
第一項	法院應修正任意法規再適用 .....	199
第二項	法院應直接適用任意法規 .....	199
第七節	我國實務判決檢討 .....	201
第一項	欣多俐 vs. 聯合利華 .....	201
第一款	案件事實 .....	201
第二款	案件分析及判決評釋 .....	203
第二項	瑩圃電腦股份有限公司 vs. 倚天資訊股份有限公司 .....	205
第一款	案件事實 .....	205
第二款	案件分析及判決評釋 .....	207
第三項	三陽工業股份有限公司 vs. 林氏玻璃股份有限公司 .....	210
第一款	案件事實 .....	210
第二款	案件分析以及判決評釋 .....	211
第八節	小結：以「關係」解釋商業契約 .....	213
第五章	結論 .....	214
第一節	「契約已死」？ .....	214
第二節	契約：治理交易之工具 .....	216
第三節	邁向更為多元彈性的司法解釋—兼論未來研究之展望 .....	218
參考文獻		222



## 圖目錄

圖 1 論文架構圖 .....	10
圖 2 經濟學派之分類 .....	17
圖 3 解釋契約之過程 .....	128
圖 4 製造商與經銷商之例 .....	164



## 表目錄

表 1 交易型態之光譜 .....	13
表 2 經銷商與製造商之利益分配結果 .....	41
表 3 經銷商與製造商另一種利益分配之結果 .....	42
表 4 社會之經濟組織階層 .....	44
表 5 交易之分類 .....	48
表 6 買賣雙方不同策略下之損益 .....	86
表 7 代理人之重複賽局 .....	87
表 8 契約理論與治理機制之對照 .....	105
表 9 欣多俐 vs. 聯合利華案件爭點整理 .....	203
表 10 瑩圃公司 vs. 倚天公司案件爭點整理 .....	207



## 中文摘要

在過去的一個世紀中，隨著商業交易變得愈來愈複雜，商業契約也跟著發生轉變。個別交易盛行之時代已經過去，取而代之的是當事人關係更緊密、合作型態更多元之長期交易。傳統之契約法面對這些衝擊，應該如何因應，便成為本文所關注的問題。

本文擬從契約解釋之角度切入，探討此一問題。交易之觀察，可以從事實面以及法律面兩者為之，而兩者又相互影響。因此，在討論商業契約應該如何解釋之問題前，筆者將先從經濟層面觀察長期交易之特色，指出其特殊之處，再進入法律層面的討論。

在交易特色的描述上，筆者首先點出，長期交易在現代商業活動中已愈來愈常見，但其必須面對未來之不確定性、交易資訊無法驗證、與特殊關係投資之問題。未來之不確定性，使當事人在分配風險方式的選擇上，必須做出轉變；資訊無法驗證之問題，則使當事人面臨締約上的困難；為特殊關係投資之交易人，面臨可能在交易中被「套牢」的風險。對於這些問題，交易中必須設計一套治理機制，以確保交易在人類有限的理性下以及投機心態作祟時，還能克服上述問題，達成交易目的。契約，便是某一種型態的交易治理工具。

而以契約作為交易治理工具，會呈現何種風貌，經濟學家及法律學家均有對契約之特色，提出觀察。經濟學家提出所謂「不完全契約理論」，說明當事人所締結的契約大部分都是不完整的，以使契約保持彈性，面對未來可能產生的變化；法律學家則有「關係契約」之說，認為契約除了法律之約定外，尚會形成一法律以外之關係，而這層關係會隨著契約一起發展，成為維繫當事人交易之重要因素，也因為有這層非法律關係，使得當事人未必要完全依靠法律之機制，亦能使交易運作順暢。

上述這些契約的特色，在法院解釋契約時，將扮演重要的角色。契約是死的，但法院在解釋契約時，卻必須將其與當事人之交易結合，方能得到最符合交易實質之解釋結果。因此，本論文的第肆章，便是要探討法院應該如何在解釋商業契約時，做出最有效率而又符合當事人交易目的之解釋。考量商業交易之特性，筆者指出，法院在解釋商業契約時，必須採取一「關係」之方式，將當事人之契約放入交易關係中加以觀察，才能得出正確的解釋結果。法院應先確定契約是否成

立，接著則是理解交易之特色及內涵，透過考察當事人契約之文義、交易慣習、交易過程以及履行過程等，填補當事人契約之漏洞；任意法規及一般法律原則則是在上述填補契約漏洞的方式無法得出結論時，方得援引之。而不論法院以任意規定或交易慣習等填補當事人之契約漏洞，交易關係都必須為其所考量。

商業交易之型態千變萬化，本文所提出之商業契約解釋方式，僅是一原則而已。在不同類型的契約中，契約解釋之原則仍必須做出適度的修正，以符合個案之要求。而這也是未來我國學說對契約解釋之研究可發展之方向。

關鍵字：不完全契約，關係契約，商業契約，特殊關係投資，契約解釋，誠信原則



## Abstract

Contracts play an important role in commercial transactions. As more and more firms establish long-term relationships to conduct transactions, businessmen enter into long-term contracts more often than before. For circumstances change constantly, contracts must be flexible enough to facilitate transactions between two parties, or contracts will be useless. Therefore, how to keep a flexible contract in a changeable economy is a vital issue in contract law.

However, in Taiwan, the contract law scholarship does not pay much attention to this issue. On one hand, the scholarship has pointed out that some contract relationships last for a long time so that it should be regulated by different ways. On the other hand, it fails to find the connection between commercial transactions and commercial contracts.

In this thesis, I attempt to establish the connection. Since how courts interpret and supplement contracts will influence the contractual flexibility, I want to find an approach that can help the courts. A transaction can be divided into two parts: the exchange and the contract. Following this logic, firstly I will describe the features that differentiate long-term transactions from discrete transactions. Then I will move on to explain how these features influence the design and interpretation of contracts.

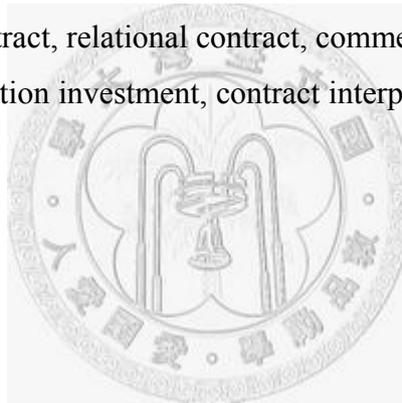
In the second chapter, I analyze the features of long-term transactions from the perspective of transaction cost. In long-term transactions, contractors will face uncertainty, observable but not verifiable information, and hold-ups resulting from specific transaction investments. To prevent contractors from taking opportunistic actions, transactions must be governed. If businessmen choose contracts to govern transactions, how contracts should be arranged and interpreted is an essential issue.

In the third chapter, I explain how economists and legal scholars describe contracts. For economists, most contracts are incomplete. It is because these contracts have to keep some flexibility so that they can be adjusted to fit the change. For legal scholars, they propose that most contracts are relational contracts. As two parties enter into a transaction, a relationship, which cannot be described by the contract, will autonomously be formed between these two, and the transaction is governed by this relationship.

Following the analysis in the third chapter, I try to point out how the theory of incomplete contracts and the theory of relational contracts influence contract interpretation and supplementation. I argue that since a commercial contract is a part of a transaction, contexts of the transaction, especially the relationship, must be taken into account when the court tries to fill the gaps in the contract. Only when the court can consider the contexts will the disputes over the contract be resolved efficiently and correctly.

To sum up, I conclude that because of the features of long-term commercial transactions, the court must adopt a more “relationship” approach to fill the gaps in long-term commercial contracts so that the flexibility of the contract can be retained in a changeable economy.

Key words: incomplete contract, relational contract, commercial contract,  
specific transaction investment, contract interpretation and supplementation,  
good faith



## 第壹章 緒論

### 第一節 研究動機與問題之提出

#### 第一項 研究動機

在一九七〇年代，美國之法律學者提出所謂的「契約已死」之理論，認為契約法這一門法律，將失去其獨立性，而淪為其它門法律之附屬品。<sup>1</sup>學者此一論點係著眼於：契約法過於重視允諾（promise），造成契約成立的困難，以至於許多原本應該以契約法解決的問題，將落入其他法律學門的範疇中，例如：侵權行為法，而這樣的趨勢將使契約法逐漸失去其地位。<sup>2</sup>再者，也有學者指出，契約法過去的發展，都是在一種相對穩定的市場中形成，而面對現代商業環境的複雜多變，契約法未必有能力適應此種情形。<sup>3</sup>蓋在商業交易下，當事人重視的是建立長期之關係、透過彼此協商來解決問題，法律則被當成一種最後手段，即便沒有契約存在於當事人之間，亦不會影響當事人所欲達成之交易—當事人可以透過其他的非法律手段，如商譽、互助之精神等，便可使交易確實完成。甚至有企業主認為，沒有無法透過協商解決的爭議—只要把律師和會計師都趕出協商過程即可。面對交易型態之變遷，契約法勢必要做出一些改變，以適應現代複雜之社會活動。

當商業活動中所進行的交易，經常是持續性、相互影響、且重視當事人彼此之間的合作時，對這種交易來說，傳統的契約法便有不足之處。因傳統的契約法假定：所有與契約相關的風險，在締約之時，皆可清楚地被當事人雙方所預見，故締約時應可將所有的風險加以考慮，而化為契約條款。然而，真實世界的活動並非如此單純—在瞬息萬變之現代商業活動中，許多風險都是當事人在締約之時始料未及的。因此，傳統的契約法在此處便出現了漏洞：當締約雙方發現契約無法配合外在狀況的變化時，通常會希望契約能夠隨這些變化加以調整，而傳統契約法在這方面所提供的工具並不足夠。

然而，即便傳統契約法之規範有其不足之處，學者提出「契約已死」此種對

---

<sup>1</sup> See GRANT GILMORE, THE DEATH OF CONTRACT (1974).

<sup>2</sup> See *id.*, at 95-112.

<sup>3</sup> See Steven R. Salbu, *The Decline of Contract as A Relationship Management Form*, 47 RUTGERS L. REV. 1271, 1294-5 (1995).

契約的觀察，是否完全可採？則仍有疑問。<sup>4</sup>或許，我們不應斷然認定契約已被判處死刑，而必須思考：究竟是契約法之本質無法合於商業活動之需求，或是契約法囿於過去之交易形態，未能與時俱進，而使契約法因新興交易型態之出現，交易架構益形複雜，而與交易實質產生脫節，故予人「契約已死」之印象？自一九七〇年代以降，許多學者紛紛針對新型態之交易，由不同之角度觀察這些交易下的契約，試圖提出一些新的理論，說明過去的契約法應如何轉型，方能符合現代商業交易之需求。發展至今，契約法非但沒有「滅亡」，其相關之議題討論反而有欣欣向榮之勢。顯見「契約已死」此一觀察，並非全然正確。

然而，學者所提出的「契約之死」的呼籲，或許更可以讓我們去理解，究竟法律和現實交易之間的鴻溝，應該如何彌補。隨著全球化的趨勢發展，商業活動對「效率」、「效益」、「彈性」的要求也越來越高，契約法如果不能稱職的扮演一「規劃」的角色—在現在與未來之間進行計畫及選擇之角色，其恐怕將真的和商業交易脫軌，而走入墳墓。

本論文即係基於此種想法下之產物。在我國法下，係採取「民商合一」之立法方式，<sup>5</sup>與商業契約相關之原則性規定，係規範於民法之中，而我國民法係制定於民國十八年，後雖迭經修正，但其基本架構仍無重大之變更。則我國之契約法是否也可能產生與商業交易脫節之問題？而如果確實有此種問題存在，我們又應該如何解決此類問題？亦即法律應該如何和商業交易互相配合，相輔相成，此即筆者最感興趣之部份。因此，本論文之寫作動機，即在觀察現代商業交易之特色，並企圖將這些特點放到我國之契約法下加以檢視，以發現我國契約法在面對新時代之交易上，是否有不足之處。

而本論文之研究目的，集中在探討契約之設計以及解釋—為何一個理性、追求極大化利益的人，會用這種方式來架構關係？而這背後的原因，又如何影響到契約的解釋、或契約法原則的建構？而隨著時間的經過，外在情況的改變，契約以及契約法應如何面對這個問題？

---

<sup>4</sup> 學者 Macaulay 即認為，Gilmore 為其著作所下之標題「契約已死」有誤導之嫌，畢竟契約仍然「大搖大擺」的在社會交易中運作，學者對契約法的討論也未曾稍減，see Stewart Macaulay, *An Empirical View of Contract*, 1985 WIS. L. REV. 465, 465-6 (1985).

<sup>5</sup> 關於我國係民商合一或民商分立、商法之發展以及其所面對的問題，可參考：陳自強（2006），《代

商業契約法對一個亟欲發展商業之國家來說，可謂相當重要。蓋商業契約法係一國發展商業活動之基礎，如果商業契約法能和商業交易之實質相配合，則不啻提供商業活動發展一個最佳的環境，對社會發展之助益亦極大。因此，本文之另一層研究目的，便是希望透過對交易實質之觀察，輔以經濟學之觀點，說明契約法應如何在穩定和變動間取得平衡？當衝突發生時，法院又應如何解釋這些契約約款，方能將契約所能創造之社會價值最大化？這些都是本論文所欲探討的問題。

## 第二項 問題之提出

我國過去已有文獻提出，繼續性債之關係所具有之特殊性，在法律上有必須被特別規範之需求。<sup>6</sup>此種觀察可謂已經邁出了一大步，也對我國實務在適用契約法上，提供了相當有力之參考，但其對繼續性債之關係的討論仍有其侷限性。蓋其欠缺從一個較為「交易」的觀點來觀察不同的契約，因此未能提出繼續性債之關係之經濟本質究竟為何；同時也未提出該種契約中可能具有的特別條款，以及這些特別條款應如何解釋。

亦有文獻從供應鏈關係之交易切入，說明現代商業活動中充斥許多信賴合作關係，法律在這些信賴合作關係上應該扮演何種角色，有何不足之處，應如何改進等等。<sup>7</sup>但是供應鏈管理是一種特殊的類型，本文要探討的，則是較為一般化的問題，即：長期契約風險分配的問題。長期契約未必是供應鏈管理契約（雖然供應鏈管理契約通常會是長期契約），因此，本文是從一種較為一般性的觀點，切入討論：長期契約可能具備之特色？產生之法律需求？契約如何成為商業策略之一部份？商業契約應該如何架構？而法院又應如何解釋？等問題。

商業交易之形態千變萬化，除了單點式之交易外，亦發展出長期交易、合資、策略聯盟等複雜之形態。而在這些商業交易中，決策往往是一連串的決定所形成，而契約之訂定，必須能夠反應出當事人之間對未來契約履行之信賴、同時契約尚必須隨著新資訊的產生而與外在變化相配合。亦即，契約必須在穩定與彈性之間，

---

理權與經理權之間—民商合一與民商分立》，頁 277-91，台北：元照。

<sup>6</sup> 盛鈺（1988），〈繼續性債之關係〉，台灣大學法律學系碩士論文。

<sup>7</sup> 邱正勳（2004），〈供應鏈合作協力關係相關法律問題之探討〉，世新大學法律學系碩士論文。

尋求一平衡點。因此，契約可以被描述為一種「跨期間的經濟選擇」。決策當然也可以等到資訊完全之後再進行，但是這需要成本。如果利益和成本由同一個人負擔，那這個人就會做一個經濟上最有利的決定；但是如果不是由同一個人負擔，這時就必須由契約出面來平衡這個狀況了。

再者，要達到利益平衡之狀況，還有一個困難在於：人們常常會為了達成自己的利益，而不惜犧牲整體利益之最大化。契約法所能提供的，就是建立調整的機制，或是將調整的權限交給某一方，由該方行使之，並設定某些限制，以確保交易目的的達成。<sup>8</sup>而本文所討論的，正是契約法要如何面對外在的變化，建立調整機制，而法官又應該如何透過契約解釋之方式，與契約法的此種功能相配合。

## 第二節 研究方法

### 第一項 研究方法

在本論文中嘗試以歷史分析法、比較分析法、整合研究法、及實地研究法作為本文之研究方法，以下分述之：

#### 1. 歷史分析法：

在歷史研究中，希望能透過對美國法以及我國法上對契約法認知的演變，理解現行契約法並非在設計之初便有固定的形態，而是經過時空之變遷，配合社會的需求而形成之產物。

#### 2. 比較分析法：

在比較分析法中，本文主要以美國法為比較對象，<sup>9</sup>亦有參考國際統一私法協會（UNIDROIT – The International Institute for the Unification of Private Law）之國際商業契約準則（Principles of International Commercial Contracts）。美國之商業契約，在過去的五十年蓬勃發展，已有相當多的議題被提出討論，亦累積了許多有趣的見解。本文希望透過分析美國法上對契約法之觀察，以及其所提出之相關理

<sup>8</sup> See Victor Goldberg, FRAMING CONTRACT LAW: AN ECONOMIC PERSPECTIVE, 9-12, Harvard University Press (2006).

<sup>9</sup> 本文主要參考之美國法規範，係美國統一商法典（Uniform Commercial Code）與美國第二法律整編契約法之部分（Restatement (Second) of Contract）。美國統一商法典是美國商法規範之大宗，幾乎已為美國各州所採用，極具參考價值；而第二法律整編契約法之部分則為美國普通法判例成文化之結果，因此亦具有參考之價值，故本文選取此二法做為參考對象。

論，說明長期契約所具備之特色，透過這些特色的分析，發現我國契約法在解釋上的不足之處，並參考美國法下對契約解釋之理論，提出我國法應該改進之方向。

### 3. 整合研究法：

在整合研究法中，本文嘗試透過經濟及策略之觀點，觀察長期交易中所欲達成之目標，及所遭遇之困境，而透過提出這些問題，回過頭來檢視在契約法中，應該如何面對這些問題，又應該如何解決這些問題，才能兼顧效率與合理性。

### 4. 實地研究法：

法律之研究不能脫離實務之運作而存在。因此，本文擬透過對實務判決之討論分析，實際將本文所提出之理論運用在判決中，以理解此理論之運用，能給實務上帶來何種幫助，而達成對整體社會來說最有效率之結果。

綜上所述，本文將以比較分析法以及整合研究法為主，以實地研究法及歷史分析法為輔，同時透過各種法學解釋方法，以嚴謹而有邏輯之方式，進行研究。

## 第二項 進行步驟

### 1. 資料之蒐集：

筆者進行研究之第一步，係先蒐集與筆者論文題目相關之期刊文章、博碩士論文、書籍及判決，以作為研究之基礎。

### 2. 資料之整理、分析、比較，並擬定論文大綱：

在資料搜集的過程中，筆者亦逐步著手進行資料整理。將閱讀資料所得之資訊、想法及心得進行整理分析，並在整理分析之過程中，著手擬定論文之大綱。

### 3. 提出理論並套用於個案中：

資料整理至一定程度後的下一步，便是著手撰寫論文，並由所蒐集之資料中，歸納出筆者對此一議題的看法；進而將此一看法，套用於筆者所蒐集之實務判決中，以解決實務上所面對之問題，並檢視筆者之看法是否有缺漏之處而進行修正。

### 4. 提出結論：

在提出理論並且實際運用於個案之後，本文歸納所蒐集之資料及適用在個案中之結果，提出筆者之結論。

## 第三節 預期達到之目標與侷限性

本文嘗試由不同的角度來觀察契約，希望透過不同的視角，理解新型態之商業契約設計以及運作的方式，以作為法院解釋契約、填補契約漏洞之基礎，使法院之實務工作，能和現代交易同步。然而，從不同角度觀察契約，固然可以得到不同的結果，但是接下來產生的問題便是：我們需要一些原則作為指引，特別是在當契約法背後的道理，如：效率、誠信等原則產生衝突時，更需要這些原則。本文所提出之原則，只是一初步對長期交易所累積之想法，因此，如面對不同產業或不同交易活動，這些原則可能必須做出一些修正，畢竟，交易之內涵千變萬化，非區區之幾個原則能夠掌握之。

再者，長期契約之面向相當廣泛，從締約、履約到違約，皆有許多值得探討的問題；本文囿於討論之主題及篇幅，筆者將討論之重點集中在長期契約之設計及解釋上，而非全面檢討長期契約的每一個環節。是故，本論文之研究成果，可能有其侷限性，即只能適用在契約之解釋上，而無法顧及所有長期契約在我國現行之契約法中所可能遇到的問題。

#### 第四節 研究範圍與論文架構

##### 第一項 研究範圍

在開始討論本文之研究內容以前，有必要先對本文之研究範圍作一限定。本文所欲討論之對象，係商業契約。而究竟何謂商業契約？在經濟學上，將參與交易之個體分為個人（individual）以及廠商（firm），而以參與交易之對象不同，交易<sup>10</sup>可以被分為以下四種類型：<sup>11</sup>

1. 廠商與廠商之間的交易。
2. 個人與個人之間的交易。
3. 廠商為賣方，個人為買方之交易。
4. 廠商為買方，個人為賣方之交易。

而第一種類型之交易，依參與交易之廠商的性質不同，又可被分為以下兩類：

1. 該廠商為老練的經濟人（sophisticated economic actors）：例如像台機電、

<sup>10</sup> 此處所稱之交易，其交易客體包含了財物以及勞貨。

<sup>11</sup> See Alan Schwartz and Robert E. Scott, *Contract Theory and the Limits of Contract Law*, 113 YALE L.J. 541, 544 (2003).

台塑等大型之公司。

2. 類似一般人之廠商：此種廠商雖然因為在商業之脈絡下活動，而被當成「廠商」加以看待，但就其實質言之，其更像是一般之個人，例如：由一個人所開設的雜貨店。

本文所要討論的契約，係集中在第一種交易類型下、老練的經濟人之間所訂定的契約。其理由如下：

1. 交易之參與者不同導致規範的需求不同：

在交易之參與者不同的情形下，當事人在交易所訂定的契約，應該要由不同的法規加以規範，因不同的交易客體，在契約中所產生的需求也不盡相同。在個人與個人之間的交易，常是屬於個別式之交易（discrete transaction）；而在廠商為賣方，個人為買方之交易中，因個人之談判能力，相較於廠商，係處一較為弱勢之地位，因此此種交易常會落入消費者保護法之範疇；而廠商為買方，個人為賣方之交易中，常見之交易形態為個人出賣勞務與廠商，因此多有勞動相關法規之適用。因此，不同之交易主體，應由不同之法律加以規範才是。

2. 廠商相較於一般個人，更有分配風險之能力與需求：

廠商與廠商之間所締結的契約，通常較之於一般個人之間所定的契約更為複雜，蓋商業之運作所面對的係瞬息萬變之大環境，是故，對廠商而言，訂定契約時，更有必要考慮到未來可能發生之風險，而在契約中予以事先規劃；而廠商相較於個人，亦更有承擔風險之能力，因其擁有更多的工具協助其在事前評估風險、或在事後分配風險。

因此，綜上所述，本文之研究範圍，係侷限在廠商與廠商之間所訂定的契約，本文即簡稱為「商業契約」。<sup>12</sup>

而本文為何採取交易主體限定之方式，來定義所謂的「商業契約」，而不從商業行為類型之角度，如：票據、買賣等，來定義商業契約？蓋商業之定義，雖可用商業行為、或交易主體加以定義，然本文希望，將交易之主體，限縮在廠商

---

<sup>12</sup> 我國民法學者陳自強先生，認為商事契約中，契約雙方當事人均為經濟力、談判力量對等之經營者。因此，從契約利害關係之不同與法律保護之必要性觀點，可以基於企業經營者是否為參與法律易之契約當事人，將契約分為商事契約與單純民事契約，而前者又可依是否僅契約一方當事人為企業經營者，區分為雙方商事契約與單方商事契約，請參考：前揭註 5，頁 295-6。

之間，以避免本文中所討論之商業交易，產生適用消保法之疑慮。如採商事行為之定義，則當一方交易當事人是消費者時，消保法之問題便可能產生，而使本文之討論失焦。因此，筆者採以交易主體來限定本文所指之商業契約。

而本文主要討論之商業契約類型，係廠商之間所訂定的長期商業契約上。而為何將研究之主題集中在長期契約上？長期契約最有趣的地方在於：即便長期契約之約款安排可能千變萬化，不一而足，然其卻有一共通點存在，即當事人必須同時面對外界之變化所產生的風險，以及內在的合作或衝突所產生的關係。長期契約之當事人如想要同時達成其締約上以及實質上之目的，便必須妥善處理外界變化產生的風險以及長期關係中所產生之合作或衝突。而法律在此究竟應扮演何種角色？本文認為，以當事人是否對契約發生爭議，可以分為「事前」以及「事後」而有不同：

#### 1. 「事前」：

在契約發生爭議之前，法律所能扮演之角色，在協助當事人規劃契約中所面臨的風險，提供締約雙方最大的履約誘因，以使雙方能共同創造最大之契約價值。特別是當契約所面對之外在環境發生改變時，要如何確保當事人繼續維持契約關係，而不會利用情事之變更而採取投機行為，為一重要課題。

#### 2. 「事後」：

而在契約發生爭議之後，法律所扮演之角色，便是由法院來進行定紛止爭之工作。過去之想法認為，法院的工作便是在解釋契約，決定當事人之間的權利義務關係；此種想法固然正確，但卻有不足之嫌。蓋此種想法係將法院之工作侷限在「法律」之觀點上，然而，從「社會契約」之角度言之，契約可以被分解為「法律」與「關係」兩個面向。長期契約中，當事人之間除了有法律上的「契約」存在外，因長期交易之互動，彼此之間亦產生一關係，而法院欲解決長期契約所產生之問題時，必須將契約之爭議放入交易之架構下，加以觀察，理解當事人為何會做此約定？又為何會產生爭議？方能得到最完整的答案，以創造契約最大之價值。例如：加盟店的業主和加盟的授與人訂定契約，取得經營某地區速食餐廳的權利，則兩者之間便存在了一加盟關係，而此一加盟關係將會產生許多契約上未提及之法律責任。因此，法院的工作，不應只是由法律的觀點界定當事人之間的權利義務關係，還必須從「關係」之觀點，檢視在此關係中所可能產生之法律責

任，而透過契約解釋之方式，使其涵蓋於契約之範疇中，方能避免流於字面解釋與概念法學之弊。

而廠商締結商業契約，有兩層目的：其同時具有締約上（contracting）以及實質上（substantive）之目的。就實質上的目的言之，是為了完成交易；而就締約上的目的言之，則是為了以最好的方式達成其實質上的目的。而何謂以最好的方式完成締約上之目的？第一，當事人會希望契約之價格和履約之交易成本兩者能相符合；第二，在有事實上不能履約之事由發生時，由契約之約定提供足夠的保護。<sup>13</sup>本論文對商業契約之探討，便是集中長期契約所擁有之特色，而其特色如何影響到契約的約定，又如何影響到法院解釋契約、看待契約的方式，以保護當事人實質上之交易目的。

本論文擬先觀察長期交易之形成原因、其所具備的特色及交易中所遭遇之困難，並重新檢視契約在交易中所扮演之角色；繼而從長期契約之特色出發，由經濟學所提出之「不完全契約理論」以及法律學者所提出之「關係契約」理論，說明長期交易下所締結之契約形態所具有之特色，已說明當事人面對長期交易所產生之問題時，如何透過契約之設計來加以解決問題，又如何能在契約法之外，產生契約中所未約定的關係，繼而對原本的法律約定產生影響。而「計畫趕不上變化」，即便當事人在事前進行完整之規劃，囿於效率以及成本二者之間必須達成平衡之考量，當事人既不可能、也不必在契約中進行「滴水不漏」的規劃。此時，當事人雙方間的爭議，如不能透過自行協商解決問題，便必須透過法院予以協助。筆者將指出，法院檢視當事人之間的約定時，應該儘可能將契約放在交易的架構脈絡下加以觀察，以理解當事人做此約定之動機及目的，方能不限於契約之文義，而以最妥適的方式，解決當事人之間的問題，填補契約之漏洞。本論文並輔以我國實務上之判決，說明本文所主張之解釋方式應如何適用在實際之案例中。

## 第二項 論文架構

學者 Williamson 將交易（transaction）分成兩部份：交換（exchange）以及契約（contract）。<sup>14</sup>透過此種分類方式，將交易分成經濟以及法律兩個層面。兩者或

---

<sup>13</sup> See Alan Schwartz, *Relational Contracts in the Court: An Analysis of incomplete Agreements and Judicial Strategies*, 21 J. Legal Stud. 284 (1992).

<sup>14</sup> See Oliver E. Williamson, *Transaction Cost Economics: The Governance of Contractual Relations*, 22 J.L. & ECON. 233 (1979).

許是以不同角度來觀察契約，但卻息息相關。本論文亦採此種方式，加以架構，並進行論述。以下為本論文架構之圖示：

本論文一共分為五章，其架構如下：

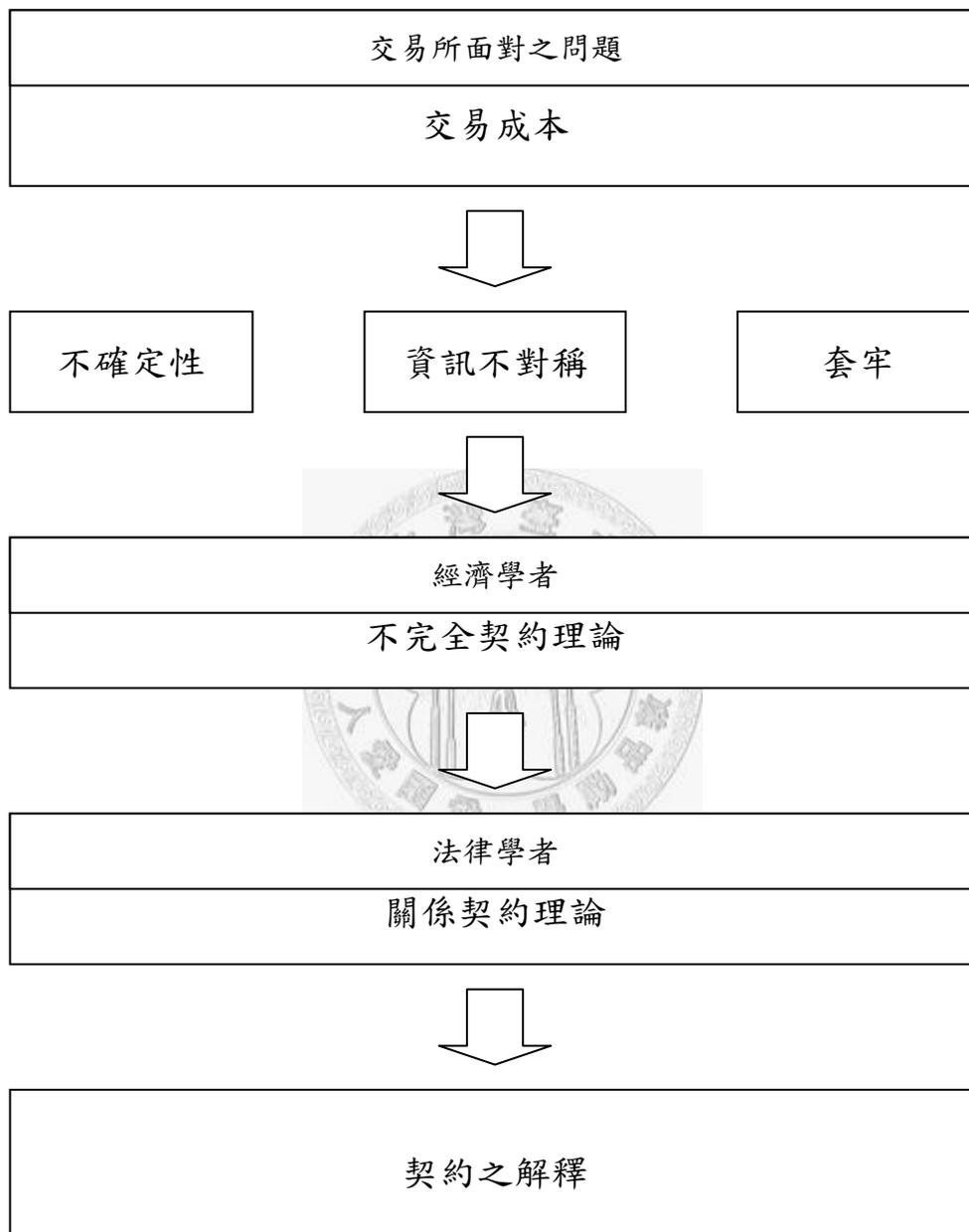


圖 1 論文架構圖

本論文一共分為五章，其架構如下：

第壹章先說明本論文之研究動機、研究目的、研究方法、研究範圍內容及其可能之侷限性、預期研究成果以及全篇論文之架構。

論文第貳章則針對長期交易之特色，透過經濟之觀點，進行觀察。先說明商業活動之需求造成長期交易之出現，即長期交易之成因；繼而以經濟之角度，分析長期交易中，交易雙方所面臨之挑戰。本文以交易成本之角度切入，說明交易必須面對不確定性、資訊不對稱、套牢之現象，而這些現象再加上人類之有限理性以及投機主義之心態，便成為長期交易所必須解決之問題。面對這些問題，筆者借用學者所提出之交易治理之概念，說明契約可以從監督交易之功能加以觀察，而在交易中扮演一種「治理」之角色，以解決長期交易中所面對的問題。

第參章則由經濟學之觀點，以及法律學之觀點，說明契約在長期交易中，如何扮演「治理」之角色，解決交易中之問題。第參章中先討論我國過去學說對於長期契約之觀察，包括所謂「繼續性債之關係」、「範疇契約」、「架構契約」等觀點，並指出其不足之處；再討論針對長期契約中之問題，法律以及經濟學者有何種觀察。由經濟學之觀點言之，契約在長期交易中，應如何被設計以解決其所面臨之問題，有所謂的「不完全契約」理論的提出；而由法律之觀點言之，美國法上亦有提出「關係契約」之理論者，認為交易可以被分為「法律」及「關係」兩部份，而契約不完全之部分，可以透過關係之運作被加以補充。筆者由這些理論中，歸納出契約法在長期交易關係下，所具備之特色及所應發揮之功能。

論文之第肆章則植基於第參章所提出之契約特色，說明法院在面對長期契約所具備之特色時，應該要採取何種解釋方式，方能填補長期契約中之契約漏洞。第肆章先說明契約解釋之目的，以及我國學說過去所提出之契約解釋方式；並說明長期契約下，脈絡與文義解釋之爭議，以及本文認為商業契約應當如何被解釋較佳；進一步則試圖將抽象的理論具體化，將之放入長期交易中，說明長期契約中常面臨之解釋問題，包括：契約是否存成立？誠信原則應如何適用？法院得否為當事人之契約進行調整？最後則提出三則我國實務上之判決，試圖分析其交易架構，並將本文所提出之解釋方法及觀點套用於其中，以使本文之論點更具體清楚。

論文之第五章則綜合前面各章中所提出之觀點，為本文提出結論。

## 第貳章 長期交易之問題與交易治理

在現代社會裡，沒有什麼事能比真實世界之交易更多樣化。<sup>1</sup>

在過去的半個世紀中，商業交易有愈來愈複雜之趨勢。由單點式交易、策略聯盟進化到商業組織，不同之交易中，架構交易之方法亦不同。然而，這些方法儘管看似有異，觀察其實質，仍可發現當事人是基於相同之考量，而為不同交易架構之選擇，而這基本的考量，通常便是交易成本，即交易成本對當事人之交易規劃，影響至深。因此，本文第貳章中，便是希望由交易成本之觀點切入，觀察不同之交易類型，以及長期交易下因為交易成本而必須面臨之問題，以作為全篇論文討論契約內涵及解釋之基礎。

本文第一節中先說明交易成本之概念內涵。交易成本分析其實是新制度經濟學學者分析不同制度之特色時常使用之工具，而本文所討論的「交易治理」其實也是新制度經濟學學者所提出之概念。因此，在第一節中說明交易成本時，亦一併簡述新制度經濟學之內容，以及其對人類行為之基本假設，這些基本假設將影響到我們如何看待當事人之間的交易安排。第二節則從交易成本出發，說明在長期交易中，當事人所面臨之問題，係由交易之不確定性、資訊無法被驗證以及套牢之現象所造成的。而為了解決方當事人在這些交易特色下，面臨另一方當事人為投機行為之風險，學者有提出「交易治理」之概念，認為交易中不同的特色，會使不同交易必須採用不同之方式被加以管理；當我們採用契約作為交易治理之工具時，進一步的問題便是契約應該如何在交易中扮演治理交易之角色，以達成交易目的。而本文擬從契約應如何設計之觀點，將此問題置於論文第三章中加以討論。

### 第一節 交易成本與新制度經濟學概說 (New Institutional Economics)

交易成本的概念是由寇斯 (Coase) 先提出的，在這之前，傳統的經濟學對這部份並沒有太多著墨。本節擬先介紹不同型態之交易，定義本文所要討論的長期

---

<sup>1</sup> 該句之原文為：“Nothing could be more diverse than the actual transactions which take place in our modern world.” See R. H. Coase, *The Nature of the Firm*, in *FIRMS, ORGANIZATIONS AND CONTRACTS: A READER IN INDUSTRIAL ORGANIZATION*, 40, 47 (Peter J. Buckley & Jonathan Michie eds., 1996)

交易；接著則說明新制度經濟學下對人類行為之基本假設，以及其用以分析不同經濟制度之「交易成本」此一概念內涵，並指出交易成本和本文所要討論的「風險控制」有何關連。在下一節中，則將以交易成本之概念為基礎，說明長期交易下所必須面對之現象。

## 第一項 交易類型概述—從單點式交易到長期交易

### 第一款 交易類型概說

在過去的一個世紀中，隨著商業活動的日益活絡，商業交易的形態也日趨複雜多樣。過去簡單之「一手交錢，一手交貨」的交易模式，早已不敷商場活動的需求。然而現實世界中的交易，雖然多樣，但如果從關係的角度切入觀察，交易之態樣可以以關係之關聯性，從鬆散到緊密，以如下之光譜表示之：<sup>2</sup>

個別交易 (discrete transaction)	重複發生之交易 (repeated transaction)	長期交易	類似夥伴之關係	策略聯盟 (strategic alliance)	網路組織 (network organization)	垂直整合 (vertical integration)
--------------------------------	-----------------------------------	------	---------	------------------------------	--------------------------------	--------------------------------

表 1 交易型態之光譜

而合作的程度，會因為當事人所採的合作模式不同而有差異，策略聯盟此種交易型態所產生的合作關係，便會大於重複發生之交易。即便都是重複發生的交易，也可能是因為透過信賴、或是契約加以維繫，而在合作之緊密程度上，有所不同。<sup>3</sup>

由個別交易到垂直整合，「合作」在這之間，扮演愈來愈重要的角色。而合作的機制為何逐漸重要？為何企業會從過去「單打獨鬥」之模式，進展到彼此合作，甚而出現垂直整合之商業組織？主要的原因，是因為現代企業有「協調」(co-ordination) 各種性質相容、但本質上不同之活動的需求。因為任何的生產都有一定的規模，一旦超過了這個規模之後，企業便無法以最有效率的方式，整合所有的交易活動。則企業便必須透過別種方式，來確保能以最有效率的方式，完

<sup>2</sup> See Fredrick E. Webster, Jr., *the Changing Role of Marketing in the Corporation*, 56 JOURNAL OF MARKETING 1, 1-17 (October 1992).

<sup>3</sup> See G. B. Richardson, *The Organization of Industry*, in *FIRMS, ORGANIZATIONS AND CONTRACTS: A READER IN INDUSTRIAL ORGANIZATION*, 59, 63 (Peter J. Buckley & Jonathan Michie eds., 1996)

成交易目的。<sup>4</sup>例如：某企業本身可能並不製造產品之原料，而為了確保貨物或原料之供給，而與其他企業合作；<sup>5</sup>或因為生產之商品日益複雜，而必須依靠其他廠商的幫助，方能完成。因此，企業除了必須管理自己內部的事務外，尚須透過市場，將自己的需求與別的企業互相配合，因此也產生了合作的現象。而企業透過合作，可以使當事人對未來的需求產生期待，而這種穩定的期待可以加速生產規劃；透過這些規劃，交易可能面臨的問題，便可先被控制在一個比較可以預期的範圍，因此可以進一步發展專殊化之產品。<sup>6</sup>

研究也顯示了，現代企業的許多策略，已經由敵對競爭轉向互相合作。因此，市場上的生態也產生轉變。競爭雖然仍然是市場的常態，但是更多企業會透過組成聯盟（alliance）的方式，以與聯盟外的其他企業競爭。<sup>7</sup>而透過此種聯盟合作的方式，企業得以降低其交易成本，增強其交易之彈性，同時加強企業面對全球化時的競爭力。<sup>8</sup>

而面對形形色色之交易態樣，究竟何種交易方會落入本文所欲討論之「長期交易」的範疇？以下即先定義本文所欲討論之「長期交易」。

## 第二款 長期交易之定義

由上述之討論可以得知，交易由個別交易進化到重複發生之交易或是長期交易，主要的原因在於合作關係的產生。亦即，在交易雙方有合作之需求時，當事人便不可能在單一之時點上，將交易完成—交易勢必會持續一段時間，而成為商業活動中，被觀察到的、所謂的「長期交易」。換言之，「長期」此一特質，其實是跟隨著交易之內涵而來，「長期」本身只是這種交易的附帶特色而已。

而當交易必須持續一段時間、且必須透過交易雙方的合作，方能完成交易之目標時，此種交易便會面臨到不同於過去之個別交易所面臨的問題，而這些問題正是本文想要探討的。當交易進行的時間拉得越長，越容易產生不確定性和風險。

<sup>4</sup> See *id.*, at 67-8.

<sup>5</sup> 關於企業出現合作型態之交易，更深入之討論，可參考：邱正勳（2004），〈供應鏈合作協力關係相關法律問題之探討〉，世新大學法律學系碩士論文。

<sup>6</sup> G. B. Richardson, *supra* note 3, at 60-1.

<sup>7</sup> See Steven R. Salbu, *The Decline of Contract as A Relationship Management Form*, 47 RUTGERS L. REV. 1271, 1298-1300 (1995).

而不確定性和風險正是交易中相當大的障礙。<sup>9</sup>如果沒有經過特殊的交易安排，當事人所期待的交易結果是不可能達成的。因此，綜合本文第一章所提出之對交易主體的限定，本文所欲討論的長期交易，係指在發生在廠商之間，必須持續一段時間、透過交易雙方之間的合作，方能完成之交易。而在此種定義下，所注重的是「交易」本身之實質，而非法律層面的安排。因此，即便當事人是以「重複締約」之方式，來進行長期交易，亦不影響其交易本質，該交易仍會落入本文所討論之範疇，<sup>10</sup>其所重複締結之契約亦是本文所要討論的長期契約。也因為本文將長期交易定義為當事人必須互相合作，故本文假定交易中之當事人在締約之初，均會以極大化共同合作之利益為目標。

而此種交易和個別式交易所面臨的問題究竟有何不同？本文已說明，企業為了以最有效率的方式，完成複雜之交易，常會傾向透過合作或比合作更緊密的方式為之。因此，進一步的問題是：究竟此種交易具備何種特色，使得當事人必須透過合作之方式，方能達成交易之目的？此一問題，已有許多學者提出討論。本文擬從交易成本之觀點切入，進行探討。因此，以下即先說明新制度經濟學之發展，其對人類行為之基本假設，再討論新制度經濟學下，交易成本之基本概念，以及其和本文所欲討論之長期交易之「風險」之間的關聯性。

## 第二項 新制度經濟學以及交易成本

### 第一款 新制度經濟學之源起—和新古典經濟學之差異

新制度經濟學的發展，可以追溯到制度經濟學（institutional economics）之出現。在制度經濟學之下，強調制度對人類活動的影響，並關注制度如何在社會中演進。<sup>11</sup>而新制度經濟學則可以說是在新古典經濟學之基礎上，將制度經濟學對制度運作之想法加以納入考量。

在過去之經濟討論中，廠商通常是被給定的，或者更精確的說，是被市場所

---

<sup>8</sup> See *id.*, at 1306-332.

<sup>9</sup> See ROBERT COOTER & THOMAS ULEN, *LAW & ECONOMICS*, 196 (4<sup>th</sup>, 2003).

<sup>10</sup> 雖然以重複締約之方式進行之長期交易，亦在本文所定義之長期契約中，但其實具備本文所指出之特殊關係投資此一特性的交易，多半很難用重複締約的方式，在交易之初達成最佳化投資之目的。此一問題將在本文第貳章第二節特殊關係投資之部分中說明之。

<sup>11</sup> See *A COMPANION TO THE HISTORY OF ECONOMIC THOUGHT*, 463-4 (Warren J. Samuels, Jeff E. Biddle

給定的，財產權之歸屬也已被預先設定，而紛爭解決是沒有成本的。<sup>12</sup>最重要的是，在新古典經濟學中，將廠商與個人當成是同一種類別，而未能將廠商視為與市場相同之類別。<sup>13</sup>因此，新古典經濟學解決問題便有其界線存在。而從其所採用之分析方法言之，新古典經濟學之最佳化模型，通常採取極大化、或極小化之技術，認定經濟行為人具備完全理性，能夠做出正確的選擇，而將假想的組織形式包含其中，因此忽略或排除了某些有趣的組織特徵。<sup>14</sup>

相較於新古典經濟學對經濟組織之忽略，新制度經濟學的核心思想，在於「制度對於經濟運作之績效是相當重要的」。<sup>15</sup>在新古典經濟學派中，雖然也有意識到制度對人類的行為可能造成影響，但其關注的重點，仍在如何促進「效率」，不同的制度安排，僅僅是為了完成柏拉圖最適（Pareto efficiency）<sup>16</sup>的一種手段。<sup>17</sup>換言之，對新古典經濟學來說，對制度的觀察，僅是將其視為一可能提昇效率的手段，其對制度的態度，基本上仍是中立的。

而在分析工具之使用上，基本上來說，新制度經濟學並非全然反對新古典經濟學派所使用之分析方式，其仍使用新古典學派所使用之邊際主義、效率或利潤最大化等概念。所不同者，在於新制度經濟學利用新古典經濟理論，來解釋制度安排的發展，而拓寬了個體經濟學的適用範圍及預測能力。<sup>18</sup>

而新制度經濟學之核心，為：交易成本、財產權、以及契約關係。<sup>19</sup>交易成本將在以下做更進一步的討論，而財產權之部分，英美法上所謂的財產權，範圍相當廣泛，不僅包括有形物品之財產權，尚包括無形之物品，如：版權、合約權等。

---

& John B. Davis, 2007).

<sup>12</sup> See Oliver E. Williamson, *A Comparison of Alternative Approaches to Economic Organization*, 146 *JITE* 61, 62 (1990).

<sup>13</sup> See *id.*, at 63.

<sup>14</sup> See Oliver E. Williamson, *Contested Exchange Versus the Governance of Contractual Relations*, 7 *J. ECON. PERSP.* 103, 107 (1993).

<sup>15</sup> Eirik G. Furubotn & Rudolf Richter 著，姜建強、羅長遠譯（2006），《新制度經濟學》，頁 1，上海：人民。

<sup>16</sup> 所謂的柏拉圖最適（Pareto optimality），係指在某一種經濟狀態下，如果我們無法在不損及他人效用（福利）的情況下，同時增加某些人的效用（福利），這種狀態便符合柏拉圖效率，而符合柏拉圖效率之經濟狀態，總稱為柏拉圖最適境界，請參考：毛慶生等著（2004），《經濟學上冊》，頁 223，台北：華泰。

<sup>17</sup> 請見前揭註 15。

<sup>18</sup> 請見前揭註 15，頁 2-3。

<sup>19</sup> 請見前揭註 15，頁 38。

<sup>20</sup>財產權亦可以分類為絕對財產權（absolute property rights）與相對財產權（relative property rights）。<sup>21</sup>前者是一絕對的權利，對任何人均可以主張之；後者則為相對之權利，僅賦予所有者能施加於一個或多個特定人身上的權利，<sup>22</sup>契約關係中所產生之權利即為一例。

綜上所述，對廠商以及市場之研究，依是否從組織之觀點切入，Williamson 將其做了以下的分類：

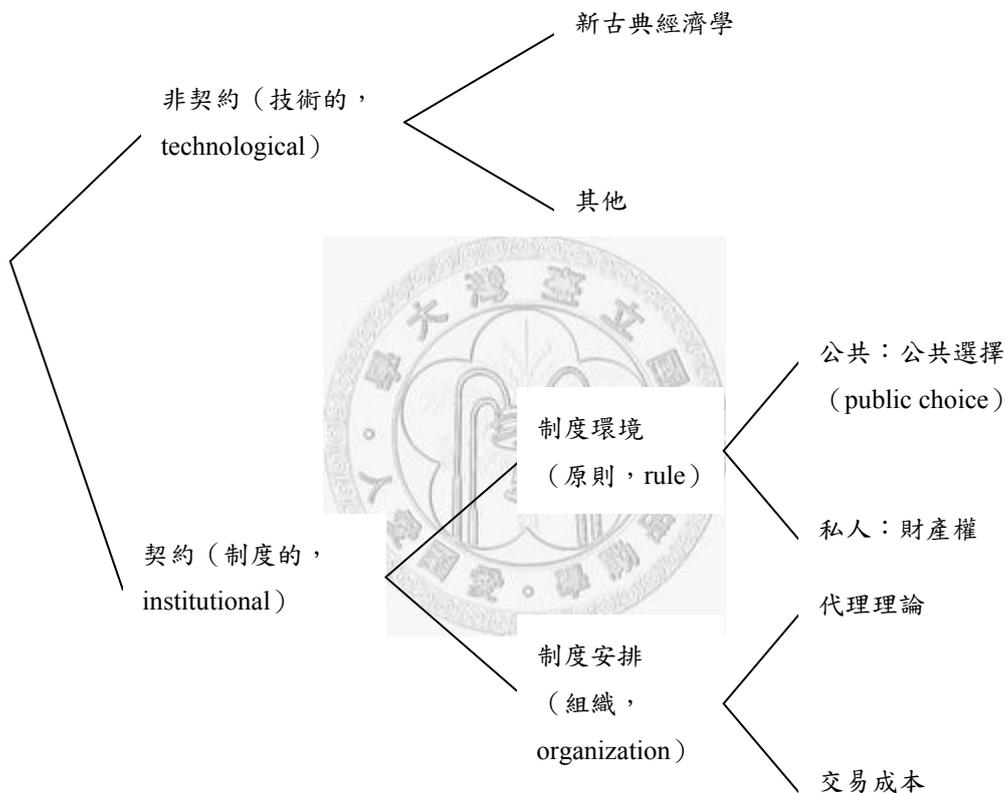


圖 2 經濟學派之分類<sup>23</sup>

由該圖中，可以看出 Williamson 將制度經濟學，依其討論之主題，又分為與制度中之規範及與制度之安排有關的兩類。在制度的安排中，代理理論和交易成本理論的差別在於：代理理論重視在事前，在契約中約定當事人履行交易之誘因；交易成本理論則認為不論契約如何設計，一定會有不完全之現象，因此重在契約

<sup>20</sup> 請見前揭註15，頁 102。

<sup>21</sup> See JOHN HENRY MERRYMAN & ROGELIO, THE CIVIL LAW TRADITION: AN INTRODUCTION TO THE LEGAL SYSTEMS OF EUROPE AND LATIN AMERICA, 73-4 (2007).

<sup>22</sup> See *id.*, at 74.

<sup>23</sup> See Oliver E. Williamson, *A Comparasion of Alternative Approaches to Economic Organization*, 146

應該如何治理。<sup>24</sup>

本文主要是以新制度經濟學下的交易成本學派為中心，亦即以交易成本為中心，討論交易中所遇到的問題。而由於新制度經濟學下對人的假設，與古典經濟學有極大的不同，而這些不同又影響到我們觀察交易時所必須考量的因素。因此，以下先說明新制度經濟學下對人類行為之基本假設，再進入交易成本之討論。

## 第二款 新制度經濟學下對人類行為之基本假設

在新制度經濟學中，強調每個個人都是不同的，因此在偏好、目標、想法上，也都會有不同。<sup>25</sup>然而，在新古典經濟學中，「人」都是一樣的。在 Williamson 之著作中，認為行為假設 (behavior assumption) 是交易成本分析對人之核心假設，而有限理性 (bounded rationality) 以及自利 (self-interest seeking) 是行為假設中之重點，而從自利此一假設中，便會導出投機主義 (opportunism) 之問題。<sup>26</sup>因此，以下先說明新制度經濟學中對人性之假設—有限理性以及投機行為。

### 第一目 有限理性

所謂的理性，Simon 在 J. Gould 及 W. L. Kolb 所主編的「社會科學字典」中所下的定義是：在既定條件及限制的約束下，一種能夠達成既定目標的行為。<sup>27</sup>在經濟學中，人類的理性能夠到達何種程度，從高到低，可以被概略分為以下三層：<sup>28,29</sup>

#### 1. 最大化 (Maximizing) 理性：

此一見解以新古典經濟學派 (neoclassical economics) 為代表。人類處理資訊的能力是完全的，亦即人類可以處理所有接收到的資訊，而沒有任何限制。

---

JITE 61, 62 (1990).

<sup>24</sup> See *id.*, at 67-8.

<sup>25</sup> 請見前揭註15，頁3。

<sup>26</sup> See OLIVER E. WILLIAMSON, THE ECONOMIC INSTITUTIONS OF CAPITALIZATION, 43-52 (1985).

<sup>27</sup> See A DICTIONARY OF THE SOCIAL SCIENCE, 573-4 (J. Gould & W. L. Kolb eds., 1964), in MODELS OF BOUNDED RATIONALITY, Volume 2, BEHAVIORAL ECONOMICS AND BUSINESS ORGANIZATION, 405 (Herbert A. Simon eds., 1982).

<sup>28</sup> OLIVER E. WILLIAMSON, *supra* note 26, at 44-7 (1985).

<sup>29</sup> 如果單純以人類之理性是否有限制以區分，可以將對人理性的假設蓋分為完全 (complete) 個人理性以及不完美 (imperfect) 個人理性。前者認為人有能力預測到所有可能發生的事件，並在所有可能之行為中進行評估並做出最佳選擇，不需耗費任何成本，see DAVID M. KREPS, A COURSE IN MICROECONOMIC THEORY, 745 (1990)。後者則希望能將對人類理性的假設，修正到較為符合真實世界之情形。

## 2. 有限理性：

人們雖然會想要盡量保持理性，但是只能在有限的程度下達成此一目標。有限理性和傳統經濟學之理性假設最大的不同在於：人類處理資訊的能力是有限的。人類受到的限制，並不完全來自於外在的資源有限，而是人類本身處理資訊的能力有限，因此人類所能接收到的資源也是有限的。<sup>30</sup>

## 3. 過程理性（process rationality, organic rationality）：

採過程理性的學者認為，在複雜的世界中，當事人所認知到的情況，與真實之情況，兩者之間必然存有一差距。因此，即便影響某一決策的因素可能非常多，當事人真正能考慮到的卻很少。而究竟能考慮到哪些因素，還隨著當事人持續認知到的外在世界，不斷的加以調整。因此，當事人是透過不斷的學習，以及所認知到的外在環境的變更，做出自己認為最理性的決定。<sup>31</sup>例如：在過去沒有電腦的時代，企業經營者為決策時所能考慮到的因素相當有限；然而，電腦發明之後，決策者所能考慮到的因素便增加了。此種現象便是過程理性的展現。而這種當事人在人類認知能力之限制下，選擇決策之過程中所具備的理性，即為過程理性。

在經濟學理論發展的初期，對人類理性的假設，多半是：有能力知悉所有和環境相關的資訊，擁有固定的偏好，並且能夠很精密的計算出自己在有限的資源和偏好之下，要如何決策才能對自己達到最大之效益。<sup>32</sup>亦即多半採取最大理性之假設。

在新制度經濟學發展之初期，亦有學者主張人擁有完全之理性；但其後許多學者已逐漸偏向不完全理性之假設，特別是當新經濟制度之學者體認到「交易成本」之存在時，便能夠進一步認知到人要考慮到所有未來的發展，即便在客觀上有可能，實際上也會因為必須付出太過高昂之成本而必須作罷。<sup>33</sup>因此，對人類理

---

<sup>30</sup> See Herbert A. Simon, *Theories of Bounded Rationality*, in *MODELS OF BOUNDED RATIONALITY*, Volume 2, *BEHAVIORAL ECONOMICS AND BUSINESS ORGANIZATION*, 408-11 (Herbert A. Simon ed., 1982)。Herbert Simon 也指出了：限制理性的因素可能有：風險、不確定性、對選擇所具備之資訊不完全、或是因為要達成完全理性的成本太高。

<sup>31</sup> See Herbert A. Simon, *Rationality as Process and as Product of Thought*, 68 *AM. ECON. REV.* 1, 8-9 (1978)。

<sup>32</sup> See Herbert A. Simon, *A Behavioral Model of Rational Choice*, 69 *QUARTERLY JOURNAL OF ECONOMICS* 99, 99 (1955), in *MODELS OF BOUNDED RATIONALITY*, Volume 2, *BEHAVIORAL ECONOMICS AND BUSINESS ORGANIZATION* (Herbert A. Simon ed., 1982)。

<sup>33</sup> 請見前揭註15，頁5。

性之假設偏向不完全之理性，可被認為是意識到交易成本存在而必然產生之結論。<sup>34</sup>

而在交易成本的概念中，係採取有限理性之概念，承認人的認知能力並非萬能而有其侷限。而這樣的假設，正是促成交易成本理論發展，最重要的根基之一。

## 第二目 投機行為

投機主義是來自於人類自利的天性。經濟學理論中，不論是哪一學派，幾乎都是奠基於「人是追求自己利益極大化」的這點上。<sup>35</sup>而所謂的投機主義（opportunism），係指以一種不正當的手段（如：欺騙）追求自我利益的行為。<sup>36</sup>更具體的說，是一種利用他人之不幸，而追求自己利益的行為。因此，當事人利用很微妙之欺騙形式以追求自己利益的行為，亦為投機主義的一環。保險法下即有「事前」之投機行為—反向選擇（adverse selection），以及「事後」的投機行為—道德風險（moral hazard）的存在。

而投機行為之假設對交易成本此一概念之重要性在於：如果沒有投機行為的存在，當事人的交易根本不需要經過事前的規劃以及事後的調整，因此也不會有交易成本的發生。因為，當交易外在之狀況發生改變、不符合當事人交易之初的預期時，當事人都不會想要從中獲取自身的利益，而會思考如何透過合作來進行調整，以極大化雙方之利益。<sup>37</sup>再者，訊息的不完全，或訊息披露不真實，也是投機行為的一環，而資訊之揭露以及資訊品質的問題，正是資訊不對稱此一問題的「源頭」。因此，沒有投機行為，也不會有資訊不對稱問題存在。

新制度經濟學對人類之假設，即建立在有限理性以及投機主義之上，而交易

---

<sup>34</sup> 但亦有學者指出，「有限理性」在新制度經濟學下所扮演的角色，並不如我們所想像的巨大。通常學者會將交易當事人無法完全考慮到未來所有的情形之狀況，歸類為人類有限理性的展現，但其實當事人只是無法完全描述這些狀況，使契約可以被交易以外的第三人加以驗證，因此與其說這是人類有限理性的展現，毋寧說是一種溝通能力的不足，see Oliver Hart, *Is "Bounded Rationality" an Important Element of Atheory of Institutions?*, 146 JITE 696 (1990).

<sup>35</sup> 然而，許多最近的研究顯示，人類行為不完全是自利的，也有許多是從互利之角度出發，關於這一點，本文將於以下第參章中討論關係契約時說明之。

<sup>36</sup> OLIVER E. WILLIAMSON, *supra* note 26, at 47-50. 因此，投機行為和單純之自利行為不同，當事人為自利行為時，會以正當之手段極大化自己的利益，而不會為欺騙、背信之類的行為。

<sup>37</sup> 學者 Posner 在其法律經濟分析一書中亦指出，投機行為是契約中常出現的問題，而在具有連續特質之經濟活動中，更容易發生投機取巧之問題。See RICHARD A. POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW*, 94-5 (6<sup>th</sup>, 2003).

成本分析為新制度經濟學派之大宗，許多因交易成本而生之問題，皆是來自於這兩點對人性的假設。以下即進入對交易成本之說明。

### 第三款 交易成本概說

#### 第一目 交易成本概念之起源

交易成本，顧名思義，就是為交換（exchange）時所耗費成本。<sup>38</sup>此一概念最早係由一九九一年諾貝爾經濟學獎得主寇斯（Ronald Coase）所提出，在此之前的經濟學家，多半將討論焦點集中在廠商內部—廠商應該如何最佳化其生產成本，而創造最大之利潤。然而，此一現象在一九三七年寇斯提出其「廠商之本質」（The Nature of the Firm）<sup>39</sup>之後有了轉變，許多學者逐漸開始注意到交易成本的問題。寇斯在「廠商之本質」一文中所要探討的問題是：如果「術業有專攻」這句話是對的話，這世界上應該不會有廠商出現才對，因為廠商所從事的活動顯然相當多樣，而不只集中在某種特定的生產活動上。則為何會有廠商的出現？寇斯的理由是：使用「市場機制」（market）是有成本的，例如：想要找到最低價格之生產原料時，就必須付出蒐集資訊的成本；締結契約也必須付出協商和談判成本。因此廠商的出現，其實是為了解決交易成本的問題。有學者將生產成本比喻為物理學中的「摩擦力」，會影響交易之進行。

而在寇斯提出其廠商理論之後，許多學者針對交易成本提出更進一步的討論，而發展出不同的議題，而許多議題和法律機制的設計均息息相關。以下即進一步說明交易成本此一概念，以及從該理論所衍生之問題。

#### 第二目 交易成本之內涵

學者 Kenneth Arrow 將交易成本定義為：經濟體系之運作所必須耗費之成本。<sup>40</sup>而除了 Arrow 所說的「經濟制度運作」的成本之外，還包括建立、改變以及維持制度所必須花費的成本。<sup>41</sup>

<sup>38</sup> ROBERT COOTER & THOMAS ULEN, LAW & ECONOMICS, *supra* note 9, at 91.

<sup>39</sup> R. H. Coase, *supra* note 1, at 40.

<sup>40</sup> OLIVER E. WILLIAMSON, *supra* note 26, at 18.

<sup>41</sup> 請見前揭註15，頁59。

因此，交易成本依其發生之原因，可被分為：<sup>42</sup>市場型交易成本（market transaction costs，即使用市場之成本）、管理型交易成本（managerial transaction costs，企業內部進行管理所必須花費之成本）<sup>43</sup>、政治型交易成本（political transaction cost，體制中對制度進行調整以及安排所付出之成本）。<sup>44</sup>

本文所討論之重心，主要在於市場型交易成本上，蓋本文所討論的是當事人為市場交易所必須付出之成本，因此考慮之焦點主要放在市場型交易成本上。其所發生的時點，又可分為：事前（*ex ante*）以及事後（*ex post*）之交易成本。事前之交易成本包括了：尋找交易對象、協商、擬定協定；事後的交易成本則可能以以下的幾種型態出現：<sup>45</sup>

1. 適應不良成本（maladaption cost）：交易後續所發生情形和原先之預期不同，因此雙方逐漸產生對原先之約定適應不良的問題。

2. 討價還價成本（haggling cost）：雙方在如何調整交易上產生爭執所支出之成本。

3. 治理機制的設定以及運作成本（setup and running cost）：交易當事人為了確保交易之進行而付出之監督成本。

4. 約束成本（bonding cost）：在代理問題中，約束成本係指代理人為了向本人保證，其絕對不會為傷害本人利益之行為，或確保本人會因為其為該種行為而獲得賠償，所支出之成本。<sup>46</sup>因此，在一般之交易中，可以將此種成本看成：交易一方之當事人為了取得另一方當事人之信任，所付出的成本。

亦有學者以交換（exchange）發生之階段不同，將交易成本分成以下三部份：<sup>47</sup>

1. 搜尋成本（search cost）：為交易進行準備，在市場上尋找交易對象。

<sup>42</sup> 請見前揭註15，頁 59-60。

<sup>43</sup> 管理型交易成本，考慮的是企業和其員工之間的雇傭契約進行執行所花費之成本。可以分為以下兩種類型：1. 建立、維持或改變一個組織設計的費用。2. 組織運作的費用，請見前揭註15，頁 63。

<sup>44</sup> 政治型交易成本，可以被理解成：因為要提供市場及管理運作之制度，為提供此種組織以及與其相關之公共產品，顯然會產生之費用。因此包括建立、維持、改變一個體制中正式以及非正式組織所必須耗費之費用，請參考前揭註15，頁 64-5。

<sup>45</sup> OLIVER E. WILLIAMSON, *supra* note 26, at 21.

<sup>46</sup> See Michael Jensen & William Meckling, *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, 3 J. FINANCIAL ECON. 305, 308 (1976).

<sup>47</sup> ROBERT COOTER & THOMAS ULEN, *supra* note 9, at 234.

2. 協商成本 (bargain cost)：交換對象決定之後，彼此之間必須協商、決定進行交易之模式。

3. 執行成本 (enforcement cost)：執行成本包括監督締約雙方執行、處罰違約之行為。

此兩種分類方式雖然不盡相同，但其所包含的概念內涵並無實質差異。因此，本文以下之討論，仍以「事前」以及「事後」之交易成本分類為準，下文中所出現的「事前」及「事後」交易成本之內涵，即為以上所描述者。

#### 第四款 交易成本與風險控制之關連

本文所要討論的主題是長期交易下的風險以及控制，而風險控制和交易成本有何關聯？為何本文擬從交易成本之角度切入，討論風險控制的問題？以下先說明「風險」之概念，以及本文所欲討論的「風險」究係為何，再討論本文選擇以交易成本之角度切入的原因。

所謂「風險」，其實是相當不確定的概念。可以以其發生的原因加以分類，亦可以其係由內部 (endogenous) 或由外部 (exogenous) 發生而加以分類。亦有學者探討每個人對風險的接受程度不同，而將交易之當事人分為是風險中立 (risk neutrality)、風險趨避 (risk aversion)、或風險偏好 (risk preference)，<sup>48</sup>而探討當事人可能會以不同的方式，來達成交易之目的。<sup>49</sup>因此，「風險」其實是一個相當流動的概念。

而本文所欲討論的風險，係指長期交易因不同於個別交易，所產生之風險。而如欲控制這樣的風險，便必須先了解個別交易和長期交易之差別所在，方能對長期交易所產生之問題有進一步的認識，而交易成本是一個能夠貫穿長期以及個別式交易之間差異的重大因素，因此，本文選擇以交易成本的角度切入，來理解不同交易型態之間的差異，以理解長期交易下的當事人所面對的問題。進一步言之，本文所欲討論的風險控制，其實是在長期交易中，當事人應如何解決因交易

<sup>48</sup> 當有能夠達到相同期望值、但內容不同的方案存在時，對風險中立者來說，他們只在乎最後所能達到的期望值，至於過程中所必須負擔的風險是大是小，當事人並不在意；風險趨避者則會希望採最安全的方式以達到相同的期望值；風險偏好者則會採最危險的方式。See STEVEN E. LANDSBURG, PRICE THEORY, 599-602 (6<sup>th</sup>, 2005).

<sup>49</sup> See *id.*, at 599-602.

成本所產生之現象，而隨之帶來的問題。以下，即以「交易」為分析單位，<sup>50</sup>以投機主義為中心，說明長期交易之當事人所面臨的問題。

## 第二節 長期交易之特質—以投機行為為中心

### 第一項 交易架構之分析

要了解長期交易之特質，必須先了解長期交易之交易架構。學者 Williamson 認為，以下三個特點，是分析交易架構時，所必須注意者：<sup>51</sup>

1. 交易之不確定性（uncertainty）。
2. 該交易再發生的頻率（the frequency with which transactions recur）。
3. 為特定交易所為之投資（the degree to which durable transaction-specific investments are incurred）的程度。

在此三項特質中，不確定性是相當重要的一環。而第一和第二個特點，都必須和特定交易投資之程度加以觀察。<sup>52</sup>特定交易投資之程度，會影響第一以及第二個特點在交易中所扮演的角色。而這三項特質，如果沒有「搭配」投機行為，恐怕也不會成為長期交易中之問題的源頭。以下即分述交易之不確定性以及特定交易投資此二特點，因為投機行為而在長期交易中所產生的問題。而不論在個別交易或長期交易中，「資訊」均扮演一項重要的角色，對交易之規劃以及調整均有影響。而在長期交易中，資訊影響交易之程度以及方式，與其在個別交易中有異，而與上述三項交易特質及投機行為亦有關聯。是故，以下亦一併說明資訊不對稱對長期交易之影響。

### 第二項 不確定性

長期交易中的不確定性，源自於外在環境的變化以及人類有限之理性。蓋外在環境將如何變化，在事前均難以預測；即便事情發生前已有蛛絲馬跡產生，人類限於自身之理性以及認知能力，亦未必能夠察覺未來將發生何種變化；或者即

<sup>50</sup> 以交易為分析單位，最早係由制度經濟學者 Commons 所提出，後為新經濟制度之學者繼續採用，see John Commons, *Law and Economics*, 34 YALE L. J. 371 (1925).

<sup>51</sup> See Oliver E. Williamson, *Transaction-Cost Economics: the Governance of Contractual Relations*, 22 J.L. & ECON 233, 239 (1979).

<sup>52</sup> See *id.*

便能夠察覺，也無法做出完全正確的評估。此為不確定性此一現象形成之主因。<sup>53</sup>

而交易中的不確定性可以概分為以下三類：

1. 買方對交易客體的需求或要求可能改變。<sup>54</sup>
2. 進行交易所必須耗費之成本不確定。<sup>55</sup>
3. 當事人如何執行交易之過程難以被觀察到。<sup>56</sup>

不確定性對長期交易來說，最大的影響在於：事前的風險分配變得相當不容易。此處的風險，指的是交易面對未來不可預見之事項，使交易當事人受到損失的可能性。在個別交易中，雖然也會有風險存在，但是因為個別交易交易架構較為單純，交易期間一般來說也較短，因此當事人比較容易在締約前預測到可能產生何種風險，而將風險予以分配。然而，在長期交易中，因為未來發生之或有事件，其事件發生之原因可能很複雜，<sup>57</sup>加上交易期間拉長，使得當事人更難以前預測可能之情形。以下先說明交易當事人一般分配風險的方式，再說明不確定性對長期交易中風險安排的影響。而對交易投資之程度與不確定性有何關聯，將於第四項套牢困境中，一併論述。

### 第一款 風險分配的方式

交易中的風險可以分為兩種，一種是透過交易之安排可以分散之風險，一種是無法透過交易加以分散，因此只能對其進行「管理」之風險。<sup>58</sup>因此，當事人必須要分散可以分散的風險，對不可分散的風險做出管理。

交易中可能面對之風險，究竟應由那一方負擔？或者有其他負擔的方式？由風險究係由一方當事人負擔，或是由雙方當事人分攤，可以將風險分配的方式分成兩類：

1. 由交易當事人一方控制風險：

---

<sup>53</sup> See George G. Triantis, *Contractual Allocations of Unknown Risks: A Critique of the Doctrine of Commercial Impracticability*, 42 U. TORONTO L.J. 450, 468-74 (1992).

<sup>54</sup> See Arthur L. Stinchcombe, *Organizing Information Outside the Firm: Contracts as Hierarchical Documents*, in INFORMATION AND ORGANIZATIONS, 194, 208-215 (1990).

<sup>55</sup> See *id.*, at 215-9.

<sup>56</sup> See *id.*, at 219-22.

<sup>57</sup> 也有學者認為，長期交易中的或有事件發生的頻率，未必會比個別交易中來的多，舉例言之，一次性的房屋買賣，如果發生爭議，而爭議過程延續數個月，則在這段期間中也會有許多或有事件發生。See Eric A. Posner, *A Theory of Contract Law under Conditions of Radical Judicial Error*, 94 NW. U. L. REV. 749 (2000).

這種方式又可以分成兩種。一種是「風險控制」(risk control)，由較有能力控制風險的一方來負擔風險。<sup>59</sup>因為該方對風險較有控制能力，將風險交由該方負擔是最有效率的作法，同時此種方式也相當單純，沒有任何複雜之處。<sup>60</sup>另一種則是「風險移轉」(risk transfer)：因為當事人對風險的偏好可能不同，因此，可以將風險發生的結果由對風險控制付出較少的一方承擔，同時給予該方一定的補償。<sup>61</sup>

## 2. 由交易雙方一起分攤風險：

「風險分攤」(risk-sharing)係交易雙方均接受風險發生之結果的一部分，也就是由兩方當事人一併承擔風險。<sup>62</sup>

### 第二款 風險分配方式的選擇

當事人應該採取何種方式來分配風險？我們可以從分配風險之方式能夠為當事人帶來的效益以及所造成的成本兩者加以考量。當事人所必須考慮的成本可能包括：事前設計風險分配機制之成本、交易執行中之監督成本、以及執行交易中設計之風險分配條款的成本等等。<sup>63</sup>必須採行該種方案所能得到的利益大於成本之總和，當事人才有誘因採行。而原則上言之，風險控制以及風險移轉兩種方式，因為是將風險完全交由當事人一方負擔，因此在風險分配機制之設計上及執行上，相對於風險分攤來說，都是成本較小的一種分配機制。而這兩種分配方式在執行上的便利之處，為當事人未必要對未來可能發生的或有事項，有很深入的了解，亦可以將風險分配給交易當事人中的一方，同時也能收到風險分配的效果。<sup>64</sup>

然而，上述之原則仍有例外。當風險發生的原因並不單純，而有交互影響的因素牽涉其中時，由單一當事人來負擔風險，就未必是一個最符合成本效益的選擇，反而必須由當事人透過風險的分攤才能達到最佳控制風險的結果。蓋因風險發生的因素較複雜，其中可能有適合由一方加以負擔者，同時亦存有適合由另一

---

<sup>58</sup> George G. Triantis, *supra* note 53, at 454.

<sup>59</sup> See Robert E. Scott, *Conflict and Cooperation in Long-Term Contracts*, 75 CAL. L. REV. 2005, 2013-4 (1987).

<sup>60</sup> 從經濟效率之角度言之，交易中發生之風險，應由當事人中能以較低費用消化該風險之一方負擔，而該當事人即為具有優勢之風險承擔人，即能以較有效率之方式承擔已發生之風險，請參考：陳彥希（1994），〈契約法之經濟分析〉，頁 45，台灣大學法律學系碩士論文。

<sup>61</sup> Robert E. Scott, *supra* note 59, at 2014.

<sup>62</sup> Robert E. Scott, *supra* note 59, at 2015.

<sup>63</sup> Robert E. Scott, *supra* note 59, at 2015-6.

方負擔者。因此以風險分攤之方式，對當事人來說是最有效率控制風險的方式。<sup>65</sup>舉例言之，在製造契約中，生產成本的增加，可能同時有買方或賣方可控制的因素牽涉其中，此時，由雙方一同負擔此一風險，會是最有效率的控制風險的方式。<sup>66</sup>而即便不從效率的觀點切入，考量長期契約中的某些風險，其發生之原因並無法歸責給契約中的任何一方，因此由風險分攤取代由特定之一方承擔風險，會是較合理的作法。<sup>67</sup>

因此，長期交易所面對的不確定性，使得風險分配一事變得很不容易。單一的風險分配方式所能達到的效用，相較於風險分攤，因為不確定性之提升，使得其所能達成之效用較小。因此，長期交易所面對的不確定性，將使當事人在設計交易時，必須採用和個別交易不同之方式，方能達到最大之效率。

或許有人會質疑，不確定性的提昇，應可增加人們的「危機意識」，使人們更積極的面對風險？有些人雖然意識到有風險存在，但是樂觀的認為，該風險可以被控制、或是不會發生。<sup>68</sup>尤其是對遠期的、發生機率相當小、但是一旦發生便會產生難以彌補之損失之風險尤然；再者，當事人之危機意識可能並沒有提升，反而使當事人為投機行為之可能性增加；蓋外在環境變更時，締約當事人可能會利用此一變更為投機行為。長期交易中面對之外在環境變更更為複雜，正使當事人之投機行為更難控制，而加深了不確定性之問題。

### 第三項 資訊不對稱

如果交易中沒有資訊品質的問題，當事人其實也可以訂定連續短期交易，不必為長期契約，因為交易雙方都完全可以預測到下一期另一方的行為，所以就不必有長期交易之約定，只要重複地締結短期契約即可。然而，現實世界中的資訊，

---

<sup>64</sup> Robert E. Scott, *supra* note 59, at 2017-8.

<sup>65</sup> Robert E. Scott, *supra* note 59, at 2017.

<sup>66</sup> 但亦有學者會認為，即便風險發生的原因無法在事前被預料到，因此當事人無法在事前最初最有效率的預防措施，但這並不意味著當事人無法透過其他的方式，例如：保險，來將這個風險加以控管。這就好像財務管理中，即使市場的風險是無法控制的，投資人仍然可以透過分散投資，以避免只投資一家公司、而必須面對公司倒帳之巨大風險，*see* Richard Posner & Andrew Rosenfield, *Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis*, 6 J. LEGAL STUD. 83, 90-1 (1977)。此一問題，在本文第四章中討論法官面對當事人主張因為事前締約時無法確定之風險，而主張解除契約或免除契約義務時，應如何解釋契約，會有更深入討論。

<sup>67</sup> *See* CHARLES FRIED, *CONTRACT AS PROMISE: A THEORY OF CONTRACTUAL OBLIGATORY*, 70 (1981).

<sup>68</sup> *See* Clayton P. Gillette, *Commercial Relationships and the Selection of Default Rules for Remote Risks*,

不論是在取得或處理上，均有其成本及限制。以下即先說明資訊不對稱之現象，再說明此一現象所產生之問題。

### 第一款 資訊不對稱之定義

在現實社會中，資訊的取得，以及資訊的驗證，均是有成本的。而所謂資訊不對稱，係指交易之雙方，各握有關於交易之不完整資訊；而一方手中可能握有另一方所沒有、但對交易來說，相當重要的資訊。而此種資訊不對稱之現象，因為交易型態以及交易階段之不同，可能會產生不同之問題。

而資訊不對稱之現象，依資訊可否被驗證，尚可將資訊分為「可驗證」(verifiable)或「可觀察到」(observable)的資訊。何謂「可驗證」或「可觀察到」的資訊？經濟學家 Hart 以一本書的內容為例，描述何謂「可驗證」的資訊。書的內容人人可以看到，所以是「可觀察」到的資訊；但書的出版社和作者，如果以書的「品質」為基準，來決定作者可以得到多少權利金，可能會產生爭議。因為「品質」一事是難以被驗證的資訊，一旦有爭議發生時，很難有人可以輕易決定，什麼是好的或壞的品質。<sup>69</sup>此即為可被驗證及可被觀察到資訊的差異。因此，所謂可以被「驗證」的資訊，可以說是一旦被揭露後，便可以加以檢驗的資訊。

70

我們可以以一個案例，來說明資訊可否被驗證在真實交易中的重要性。在 *Alaska Packer's Association v. Domenico*<sup>71</sup> 一案中，原告水手主張，他們所能得到的報酬，是依他們的漁獲量多寡計算，而漁網是由被告罐頭業者提供的。因為罐頭業者提供的漁網很差，所以導致水手們的漁獲量減少，因此水手們所能得到的報酬應該要增加才對。罐頭業者一開始也答應了，但之後又反悔，水手們便將此案告上法庭。而本案最困難的地方在於：漁網品質的好壞對法院來說是一個較難被驗證的資訊。如果法院可以很容易驗證漁網的狀況，則罐頭業者會面臨水手告上法庭的威脅，而且這個威脅是確實存在的（因為法官可以驗證漁網的好壞），則罐頭業者就會老實地買好漁網。然而，當法庭無法驗證漁網的好壞時，交易中約

---

19 J. LEGAL STUD. 535, 557 (1990).

<sup>69</sup> See Oliver Hart, FIRMS, CONTRACTS AND FINANCIAL STRUCTURE, 37-38 n.15 (1995).

<sup>70</sup> See DOUGLAS G. BAIRD, ROBERT H. GERTNER & RANDAL C. PICKER, GAME THEORY AND THE LAW, 89 (1994).

定「罐頭業者要買好漁網」的這種條款，對罐頭業者來說就失去威脅的功能了。<sup>72</sup> 由此可以看出資訊可否被驗證對交易所造成之影響。

然而，資訊可否被驗證，其中的界線並非涇渭分明。經濟學家有時會假設資訊可否被驗證，是「外部」所決定的，因此資訊不是可以驗證，就是不可以被驗證。然而，資訊可否被驗證，其實是一個「相對」而非「絕對」的問題，<sup>73</sup>取決於驗證資訊所必須耗費之成本，以及驗證之後所能得到的利益，兩者是否能對當事人帶來總體的利益。例如：必須耗費很多成本才能驗證的資訊，可能因為驗證之後所能得到的好處很大，而成為可驗證資訊；但驗證成本很小的資訊，卻可能因為驗證之後對當事人來說沒有好處，所以成為不可驗證之資訊。此外，當事人在未來可以選擇的解決爭議的方式，也是決定資訊可否被驗證的一個因素。例如：「合理」與否在法庭上可能是一個不可驗證的資訊，但是在仲裁中卻可能是「可驗證」之資訊。<sup>74</sup>因此，資訊可否被驗證，其實只是一個相對的概念。

資訊可否被驗證，在資訊不對稱之問題中，佔有相當重要的地位，特別是在當事人之間有爭議，必須尋求外界之解決時。以下即說明在長期交易中，資訊不對稱所帶來的問題。

## 第二款 長期交易中資訊不對稱之問題

長期交易中資訊不對稱的現象，因為交易之階段不同，可以分為交易協商及交易執行時，而產生不一樣的問題。以下即以此分為兩部份論述之。

### 一、交易協商階段：

在交易之前，雙方都必須蒐集與交易相關之資訊，以進行交易之協商。此時，握有一方所沒有資訊的他方，特別是當該資訊與交易相當攸關時，擁有該資訊的他方可能會隱瞞該資訊，以增加自己在交易中所能得到的利益。<sup>75</sup>最有名的例子便

---

<sup>71</sup> See *Alaska Packer's Association v. Domenico*, 117 F. 99 (1902)。

<sup>72</sup> DOUGLAS G. BAIRD, ROBERT H. GERTNER & RANDAL C. PICKER, *supra* note 70, at 110.

<sup>73</sup> See George G. Triantis, *The Efficiency of Vague Contract Terms*, 62 LA. L. REV. 1065, 1069 (2002), see also Alan Schwartz, *Relational Contracts in the Court: An Analysis of Incomplete Agreements and Judicial Strategies*, 21 J. Legal Stud. 271, 279 (1992).

<sup>74</sup> George G. Triantis, *supra* note 73, at 1073-4.

<sup>75</sup> See Ian Ayres & Robert Gertner, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, 99 YALE L.J. 87, 94 (1989).

是在二手車市場中，二手車的賣主很清楚的知道自己的車子的性能好不好，然而買方卻無法得到這方面的資訊，也因此買賣雙方產生了資訊不對稱之問題。<sup>76</sup>

而此種問題在長期交易中又會比在個別交易中嚴重的原因在於：長期交易中，當事人必須互相合作持續一段時間，以完成交易，因此，當事人在進入交易之前，所面臨的風險也會比在個別交易中來得大——在個別交易中當事人可以隨時轉換交易對象，但在長期交易中卻較為困難。<sup>77</sup>此為資訊不對稱之現象在交易協商階段所產生的問題。

## 二、交易執行階段：

交易進行中，因為資訊不對稱所產生之問題，主要會發生在交易調整以及有爭議發生時：

### 1. 交易調整：

長期交易中，因為無法預期未來可能之情況，因此會希望透過事後發生的某些事情，再來對交易進行調整。然而，事後所發生的資訊，未必對當事人雙方來說都是「可觀察到」資訊，因此，可能會產生一方比另一方更熟知某一對交易來說相當重要的資訊，而為投機行為之問題。<sup>78</sup>例如：在調整契約對整體交易來說較有利益、但對握有資訊之一方來說未必較有利益時，當事人可能會傾向不將該資訊公開，而使交易停留在較無效率的狀態。

### 2. 爭議發生時資訊驗證之問題：

再者，締約雙方在締約之前，因為對未來之狀況並不清楚，所以會希望透過事後發生的一些事情所流露出來的資訊，而在事後做決定。然而，事後所發生的事情所流露出來的資訊，在締約雙方也許彼此知悉，卻未必為第三人所知情（除非該第三者是從交易一開始就在現場觀察該交易，但這在現實中較不可能），則在締約人和第三人之間，也會產生資訊不對稱的問題。而這樣的問題在爭議發生時，將使解決爭議之第三人無法完全了解問題，而造成握有資訊之一方可以為投機行為的機會。

---

<sup>76</sup> See George A. Akerlof, *The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, 84 QUARTERLY JOURNAL OF ECONOMICS 488 (1970).

<sup>77</sup> 此一轉換交易對象困難的問題，在以下「套牢」之問題中，會有更詳細的說明。

<sup>78</sup> OLIVER E. WILLIAMSON, *supra* note 26, at 82.

而在長期契約中，當雙方締結長期契約後，彼此都會知道對方很多資訊，而這些資訊大部分是不可驗證的—更精確的說，驗證必須花費大量成本、且未必能得到結果。<sup>79</sup>例如：在製造契約中，對貨物的設計要求、員工的合作程度等等，對第三人來說，都是相當難以驗證的資訊。而在外在情勢發生變化時，當事人會知道另一方有無依原先之交易期待為行為，但第三人也很難知情。<sup>80</sup>因此，在長期交易之執行階段，可能因為資訊之不可驗證，而產生當事人之投機行為。

而上述之資訊可驗證性的問題，因為長期交易中的特殊關係投資，可能變得更為複雜。以下，即說明長期交易中因為特殊關係投資所造成之「套牢」問題。

#### 第四項 套牢 (hold-up) 之困境

1919年時，通用汽車 (General Motors) 和費雪車體製造廠 (Fisher Body) 簽訂獨家供應契約，約定由費雪專門供應通用汽車所需之汽車車體。然而，締約之後，市場上汽車之需求量大增，費雪公司提高車體之價格，同時拒絕將製造廠設立於通用汽車之組裝廠附近，使通用汽車生產汽車之成本大幅提昇。通用汽車為了解決此一問題，與費雪製造廠展開再協商，而最終於1926年收購了該汽車製造廠。<sup>81</sup>

本例中，有趣的問題在於：為何通用汽車願意與費雪訂定獨家供應契約？而費雪公司又為何能夠輕易地提高契約之價格？這些問題都涉及交易中所發生之特殊關係投資。在長期交易中，特殊關係投資的運用，可以說是一種雙面刃，可能使為特殊關係投資之一方擁有競爭優勢，也可能使其面臨套牢之困境。以下即先說明特殊關係投資之定義、特色、內涵以及效果，再說明準租值之形成與套牢問題的產生。

#### 第一款 套牢之成因：特殊關係投資

##### 第一目 特殊關係投資之定義

<sup>79</sup> 在長期交易中，資訊特別難以驗證的原因，可能和因該交易所為之特別投資程度相關。

<sup>80</sup> DOUGLAS G. BAIRD, ROBERT H. GERTNER & RANDAL C. PICKER, *supra* note 70, at 111-2.

<sup>81</sup> See Benjamin Klein, *Why Hold-Ups Occur: The Self-Enforcing Range of Contractual Relationships*, 34 ECONOMIC INQUIRY 444, 445-6 (1996).

所謂的特殊關係投資 (relationship-specific investment)，係指當事人因為特定之交易關係所作的投資。從會計之觀點，當事人為特定交易所付出之成本，可以分為固定成本 (fixed cost) 以及變動成本 (variable cost)，然而，所謂的特殊關係投資，並非由固定或變動成本加以判斷，而是由該資產是否能夠再被有效使用而定。<sup>82</sup>如果一方所為之投資，並不完全是針對特定之交易所為，則該項投資便具有較大之流通性，因為買方可以很容易從市場上取得相同的替代物，賣方也可以很容易把已投入之投資轉售、或將所產出之成品，轉賣給市場上的其他需求者。此時這種投資所面對的、因為未來不確定所造成的風險便較輕微。<sup>83</sup>而交易中發生因交易當事人之特殊性所為之投資時，便會出現該項投資及所生產之產品無法轉讓的問題。此種交易便具有特殊性 (idiosyncratic)。<sup>84</sup>

## 第二目 特殊關係投資之特色及原因

特殊關係投資具有以下之特色：<sup>85</sup>

1. 針對特定交易所作的耐久性 (durable) 投資，而該投資之機會成本 (opportunity cost) 較低。如果該投資移轉給其他使用者，該投資便不能完成其目的。
2. 參與交易之個體有其個別性，因此交易關係的維繫是很重要的。
3. 有特殊投資之交易中，便有設計防衛措施 (safeguard) 的必要。

而值得注意的是，特殊關係投資之特點—特殊性 (specificity)，必須和稀少性加以區別。特殊性的重點係在於：該投資不易移轉。當其移轉到別的交易中之後，便無法產生其原應具備之價值，或是其所能產生的價值降低。而稀少性只是該項投資較少存在，但其和特定交易之關連性，不若特殊性一般密切。

為何當事人甘冒可能無法移轉該項投資之風險，而為與該項交易相關連之特

<sup>82</sup> See Benjamin Klein & Keith B. Leffler, *The Role of Market Forces in Assuring Contractual Performance*, 89 JOURNAL OF POLITICAL ECONOMY 615, 619 (1981).

<sup>83</sup> 有學者將特殊關係投資分為可逆之投資 (reversible investment) 以及沈沒成本之投資 (sunk cost investment)。前者係指該投資可以從該交易中抽離而再被消費或再投資；後者則係指該投資無法在別處被消費，兩者最大的差別在該投資於交易關係之外還能產生多大之價值，see Vincent P. Crawford, *Long-Term Relationships Governed by Short-Term Contracts*, 78 AM. ECON. REV. 485, 485, 494 (1988)。本文所指之特殊關係投資為後者。

<sup>84</sup> Oliver E. Williamson, *supra* note 51, at 239-40.

<sup>85</sup> OLIVER E. WILLIAMSON, *supra* note 26, at 55.

殊投資？學者透過了實證研究發現，如果我們將當事人在整筆交易中必須耗費的成本分為交易成本與生產成本，當事人有誘因提高交易成本以換取較低之生產成本，最常出現的原因是因為交易中供應鏈（supply task）的本質。當某一產品所需要的零件或配備具有特殊性時，就很可能有特殊投資出現。<sup>86</sup>而當該產業變化相當快，沒有統一的標準出現時，也容易有特殊投資的出現。<sup>87</sup>更一般化的說，當外在環境對當事人造成的不確定性較高時，就容易有特殊投資出現。因為透過這樣的合作關係可以確保廠商面對市場的狀況可以快速做出反應。這正是為何在本文所討論的長期交易中，常會出現特殊關係投資的原因。而除了此一從市場角度觀察所能得到的原因之外，特殊關係投資所能帶來之功用，也是當事人願意為特殊關係投資的誘因之一，此將在以下第四目中討論之。

### 第三目 特殊關係投資之類型

特殊關係投資可以被分為以下四類：地點（site specificity）、實體資產（physical asset specificity）、人力資源（human asset specificity）、專屬性資產（dedicated asset）。<sup>88</sup>其實不論在個別交易或長期交易中，都可以將當事人所為之投資分為上述四種類型，只是在長期交易中，因為長期交易之特性，會使這四類投資會產生和在個別交易中不同之特色，以下及說明此四種特殊投資在長期交易中的樣貌。

#### 1. 地點：

與地點相關之特殊投資，係指該投資於特定之地點所為，而該地點對交易當事人來說有其重要性。以煤礦廠及發電廠的關係為例，對於大部分的發電廠來說，煤礦必須由生產地透過交通工具，運送到發電廠。而有少數的發電廠，便是設在煤礦礦源的附近，如此一來可以節省運輸費用。這種為了節省運輸費用，而將場地設在原料供應商附近的作法，便是一種地點特殊性。<sup>89</sup>又如本文前述通用汽車以及費雪汽車之例子，通用汽車希望費雪汽車將車體製造廠設置於汽車組裝廠附

<sup>86</sup> See M. Bensaou & Erin Anderson, *Buyer-Supplier Relations in Industrial Markets: When Do Buyers Risk Making Idiosyncratic Investments?* 10 ORGANIZATION SCIENCE 460 (1999)。該文是以美國及日本之汽車產業為研究對象，但是其中所發現的結論，對其他產業，特別是複雜的產品，仍具有一定程度的啟發。

<sup>87</sup> See *id.*

<sup>88</sup> See Oliver E. Williamson, *Credible Commitments: Using Hostages to Support Exchange*, 73 AM. ECON. REV. 519, 526 (1983).

<sup>89</sup> See Paul L. Joskow, *Contract Duration and Relationship-Specific Investments: Empirical Evidence from Coal Markets*, 77 AM. ECON. REV. 168, 170-1 (1987).

近，亦為地點特殊性之一例。

## 2. 實體資產：

係為了生產交易中特定的產品所為的實體投資。同樣以上述之發電廠為例，在設計燃燒煤礦的設備時，必須因為不同的煤礦而有不同的設計。在發電廠建設完成之後，如要改用別種煤礦發電，便必須付出改建成本。<sup>90</sup>

## 3. 人力資源：

所謂人力資源之特殊關係投資，係指為完成特定交易，而在該交易中付出培養人才之成本，如：訓練員工、徵募新人等。而人力資源特殊投資最可觀的效果，便是所謂的「學習效果」。在管理學中，有所謂的「學習曲線」（learning curve），係指生產每一單位的產品所需要的人工小時數，隨著生產數量的增加，將逐漸減少，同時產品的品質也會逐漸提昇。因為員工在生產的過程中會逐步學習而做的更好。<sup>91</sup>再者，當某種工作需要特殊之技能或經驗方能勝任時，此種必須經過特殊訓練之人力資源，將很難在市場上找到代替的生產力。

## 4. 專屬性資產：

該筆投資看起來雖然是一般性的投資，但是，該投資其實是為了特定客戶之需求所為。換言之，如果沒有這種特定的客戶需求，即便該投資是一般性的，當事人亦不會為之。<sup>92</sup>

而上述之特殊投資，在交易所產生的問題，又比一般的特定實體投資的問題，更為嚴重。在特殊交易之投資中，當事人所投入的不只實體的資本，還包括人力資源、地點等，皆一併投入。除非這些投資能以相同的價格移轉給其他廠商，否則因為該投資所付出的成本便無法回收，或是必須賤價求售。所以在特殊投資中之當事人，除非一直維持著該交易關係，否則其所作之投資無法回收。<sup>93</sup>

## 第四目 特殊關係投資之效果

<sup>90</sup> See *id.*, at 171.

<sup>91</sup> See CHARLES T. HORNGREN, SPIKANT M. DATAR, & GEORGE FOSTER, *COST ACCOUNTING*, 331 (12<sup>th</sup>, 2006).

<sup>92</sup> Oliver E. Williamson, *supra* note 88, at 526.

<sup>93</sup> Oliver E. Williamson, *supra* note 51, at 240.

特殊關係投資對投資所造成的影響，依交易所發生之階段，可以分為交易協商階段以及交易執行階段：

#### 一、交易協商階段：

在交易協商階段，當事人必須決定要和誰進行交易。而在長期交易中，因為當事人必須透過合作完成交易，交易所經過的時間通常也較長，因此當事人進入交易時所面對的風險也較高。當事人要如何確保與其為交易之對象是「真心」而非只是一時之詐騙而已？特殊關係投資便可扮演此種「傳訊機制」（signalling）之角色。

在資訊經濟學中，有所謂的「傳訊機制」，即交易之一方，利用某種資訊之宣示，告訴交易對手自己所屬之類型，該資訊本身並不會創造任何的價值，然而資訊本身卻能對擁有該資訊的人帶來報償。<sup>94</sup>而交易前所為之特殊關係投資，便是告訴交易之另一方：

我是願意進入這個交易的，否則不會冒險為特殊關係投資。<sup>95</sup>

此處附帶一提的是，交易如係必須透過特殊關係投資方能達成其交易目的者，通常較難以重複締結短期契約的方式為之，而多半會透過締結長期契約以進行交易。這是因為長期契約方能確保在交易之初，當事人便為最有效率之投資，而不會產生投資不足的問題。<sup>96</sup>從此處可以看出，要解決長期交易之不確定性，可以使用特殊關係投資作為一種「取信」於交易相對人之手段。

#### 二、交易執行階段：

當一方與他方進入該交易，且他方因該筆交易而為了特定投資，則他方便因為這種特殊的投資，而必須面對被「鎖入」（lock into）該交易之效果。而這個效果是「對稱」的，也就是說，一方也無法與市場上其他的相對人為交易，因為其他的相對人可能因為交易之特殊性，而無法提供相同的產品或服務，或是必須以較高之價格，方能取得相同之產品或服務。<sup>97</sup>因此，交易雙方都被該交易「鎖入」

<sup>94</sup> STEVEN E. LANDSBURG, *supra* note 48, 310-2.

<sup>95</sup> Robert E. Scott, *supra* note 59, at 2033.

<sup>96</sup> Vincent P. Crawford, *supra* note 83, at 490-4.

<sup>97</sup> Oliver E. Williamson, *supra* note 51, at 240.

了。<sup>98</sup>換言之，在具有特殊性之交易中，必須當事人為特定之投資，同時持續彼此的合作關係，而交易之當事人想要從該特定的投資中獲利，最好的辦法就是繼續維持這個關係，否則投資將無法回收。因此，即便該交易在一開始是處於「完全競爭」之狀態，隨著關係的發展，對交易雙方來說，也會成為雙邊獨佔（bilateral monopoly）之狀態。<sup>99</sup>

而一旦當事人有誘因要維持該交易時，其便可能面臨另一方利用此種心理所為之威脅。以下即說明在交易執行階段，特殊關係投資可能面臨之問題—「套牢」之困境。

## 第二款 準租值之產生

要說明套牢之問題，必須先說明租值（rents）以及準租值（quasi-rents）之概念。以下以一例說明之。<sup>100</sup>

M 是製造商，專門供應汽車之某一部份組件給車廠 F。假設 M 為了製造一百萬個產品，除了必須支出每個產品 C 元之變動成本外，尚必須建造新的廠房，因此 M 向銀行貸款，每年必須付出 I 之利息。而這筆支出是無法避免的，即便 M 停止出售零件給 F，M 仍然必須支付 I 元給銀行。因此，M 生產這批產品的成本總共是  $I+1,000,000C$ 。

M 如果將產品如預期地賣給 F，則 M 可以獲利。M 如果無法將這批產品出售給 F，也可以將其出售給其他的車廠，但這批零件必須經過改裝，以符合其他車廠的需求，而出售每個零件所能獲得的價格是 P ( $P>C$ )，因此出售給其他車廠，M 可以獲得  $1,000,000P$  之利潤。

假設 P 雖然大於 C，但  $I>(P-C)1,000,000$ ，亦即將該零件出售給 F 以外的車廠所得的利潤，無法彌補 M 所支出的所有的成本，因此，M 最好的選擇是將產品賣給 F。因此  $I-(P-C)1,000,000$  之部份，便是 M 為了該筆交易所為之特殊投資，如果

<sup>98</sup> 也有學者指出，未必特殊關係投資便一定會造成鎖入之效果，還必須依該交易相對人在市場上之地位、產業之性質、市場之狀況等等而定，see K. J. Blois, *Vertical Quasi-Integration*, in FIRMS, ORGANIZATIONS AND CONTRACTS 320, 325-331 (Peter J. Buckley & Jonathan Michie eds., 1996).

<sup>99</sup> Oliver E. Williamson, *supra* note 51, at 241.

<sup>100</sup> 此例係參考：DAVID BESANKO, DAVID DRANOVE & MARK SHANLEY, *ECONOMICS OF STRATEGY*, 153-4

M 最後沒有與 F 交易，該部份之差額將無法被彌補。

而所謂的租值，便是當事人預期因為該筆特殊投資所能獲得之利益。以本例言之，如果 M 將產品賣給 F，每個能夠得到  $P^*$  之價格，M 在此筆交易中所能得到的租值便是： $(P^*-C)1,000,000-I$ 。唯有租值為正值時，當事人才可能投資。

而準租值，則是指當事人為原訂投資計畫之交易所能獲得之利益，與為計畫之外的交易所能獲得之利益之間的差額。例如：本例中的 M 的準租值，便是： $[(P^*-C)1,000,000-I]-[(P-C)1,000,000-I]=(P^*-P)1,000,000$ 。如果一個投資並非為特定交易所為，則其準租值應為零。

### 第三款 套牢之困境

而從上述之「準租值」觀念出發，一方在另一方為特定關係投資之後，看準另一方不可能將該筆投資用到別的地方，也不可能在市場上找到另外替代的買主，或者即便找到，其所能發揮的價值和先前也差很多，所以就可以以此威脅另一方，讓另一方接受一些自己開出來的條件。而另一方在事前預期到這樣的結果，可能就不會做特定投資了。<sup>101</sup>以 M 和 F 的交易為例，F 可以威脅 M 降價，而降價的範圍只要在  $P^*-P$  之間，M 囿於已為之投資，都會答應 F。

因此，要發生套牢之問題，必須具備以下幾項要素：<sup>102</sup>

1. 一方當事人為特殊關係投資，
2. 他方當事人利用交易中之漏洞，
3. 奪取一方當事人在特定交易中所能得到的準租值。

此處再以另外一個例子，說明從特殊投資關係到套牢之問題。假設 S 是電腦軟體製造商，B 是買受人。S 可以生產兩種商品，一種是一般化、任何商店中都可以買到的商品；另一種是特殊化、必須另行生產的商品。一般化的商品，生產成本是 40,000，而因為是完全競爭市場，售價也是 40,000，對買方來說會值 50,000。而特殊化之商品，對買方來說值 100,000，而賣方必須花 70,000 生產它。因此，就整體市場所能創造的價值而言，為特殊投資對整體市場是較為有利的。然而，如

---

(2<sup>nd</sup>, 2000).

<sup>101</sup> See *id.*, at 155.

果沒有特殊的機制來確保買方為交易，賣方根本不可能為特殊投資。原因在於：假設賣方真的答應要以 85,000 之代價，將產品賣給買方，而也真的付出了 70,000 的成本來生產，則買方知道，如果他違約，他可以在市場上買到價值 40,000 的產品，而自己可以獲利 10,000，而賣方知道，如果買方違約，該特殊產品在市場上賣出，只能賣得 20,000，而將產生 50,000 的損失。在這種情況下，買方知道賣方一定會同意其再協商之要求。而這個再協商中可以創造出的利得有 80,000(100,000-20,000)，因此，再協商可能就是這筆例益均分，而達到最後的均衡價格 60,000。所以，如果沒有特殊機制來保護這個賣方的話，賣方根本不會想要投入該筆交易，因為他投入該筆交易後的下場是損失 10,000，賣方在一開始根本不會投資。<sup>103</sup>此例中的賣方便是因為特殊交易投資，而面臨套牢之困境。

而套牢和特殊關係投資兩者之關係，並非單純之因果關係，而係互相加強之關係。套牢會因為特殊關係投資之程度提昇而益形嚴重；相反地，特殊關係投資也會因為被套牢之原因，而使當事人必須為更多之特殊關係投資。因此兩者係「相輔相成」。長期交易中，因為可能產生的「套牢」問題，使其所面對的不確定性，又再加重一層。

#### 第五項 小結：投機行為風險下之交易

本節中說明了長期交易中，因為交易人之投機心理，以及交易中之不確定性、資訊不對稱之現象、以及特殊關係投資，而使長期交易之交易成本，可能高於個別交易之結果。這些問題，依交易進行之階段，可以分成：

1. 交易之前：交易當事人必須找出在不確定之狀況下，交易成本最小的風險分配方式，以避免事後的投機行為。
2. 交易執行：當面對狀況的改變時，契約必須加以調整，同時避免當事人利用情勢變更所為之投機行為。

在面對上述問題時，當事人勢必要透過某些工具，在事前或事後對這些問題

---

<sup>102</sup> Benjamin Klein, *supra* note 81, at 444-5.

<sup>103</sup> See Robert E. Scott, *The Law and Economics of Incomplete Contracts*, in 2 ANNUAL REVIEW OF LAW AND SOCIAL SCIENCE 279, 283-4 (Annual Review 2006).

加以解決。而從制度之角度言之，經濟學家認為，雙方必定要建立起某種治理機制，以管理交易關係，進而達成交易雙方之目的。<sup>104</sup>因此，下一節中即提出，「交易治理機制」之概念，以作為解決上述這些問題的架構。

### 第三節 交易治理機制之選擇與契約治理

在提出交易治理機制之概念前，本文擬先對長期交易中的合作情勢作一描述。長期交易之情勢，可以被描述為一個賽局，在此賽局中，雙方必須找到一定的方式來確保彼此的合作。以下先說明賽局之意涵，解釋交易和一些類型賽局的類似性，以點出這些交易中，當事人所必須處理的問題；再來則說明交易治理機制的概念以及內涵，指出當事人會因為交易之特色而選擇不同之治理機制；而當交易人選擇以契約之方式達成其交易目標時，契約便成為達成交易治理目的之工具，而產生「契約治理」之需求，也使得契約不只負有法律上之功能，更具備策略上之意涵。

#### 第一項 交易與賽局

所謂的賽局，係指決策制定者之行為會影響他人之行為，而反過來說他人之行為也會影響決策者之決策。在生活中，我們其實隨時都在被他人影響，他人的決策隨時都可能影響到我們。因此，當我們為決策時，必須思考：如何將不同決策間的衝突降到最低，而又同時將合作的效益放到最大。此種相互影響的過程便是策略性的，而對這種過程的計畫行為便是策略。<sup>105</sup>所以賽局中所謂的策略（strategy），便是對對手行動回應的行為。<sup>106</sup>在一個賽局中，有參賽者（players）、策略以及賽局規則（rules of the game）。參賽者是作決策的個人，每一位參賽者的目標都是藉由選取行動來極大化其效用。<sup>107</sup>賽局中有其規則，參賽者必須遵守其中之規則，依自己的偏好選擇策略。

而觀察現實世界中的交易，將可發現，交易本身便是一種賽局。交易中有當

<sup>104</sup> See Victor Goldberg, *Relational Exchange: Economics and Complex Contracts*, 23 THE AMERICAN BEHAVIORAL SCIENTIST 337, 341 (1980).

<sup>105</sup> See AVINASH K. DIXIT & BARRY J. NALEBUFF, THINKING STRATEGICALLY: THE COMPETITIVE EDGE IN BUSINESS, POLITICS, AND EVERYDAY LIFE, 1-2 (1991).

<sup>106</sup> ROBERT COOTER & THOMAS ULEN, LAW & ECONOMICS, *supra* note 9, at 38-9.

<sup>107</sup> Eric Rasmusen 著，楊家彥、張建一、吳麗真譯（2003），《賽局理論與訊息經濟》，頁 5，台北：五南。

事人（參賽者）、法律以及非法律之規範機制（賽局規則）、以及當事人之選擇（即策略）。因此，對賽局的基本理解，應可幫助我們對交易中當事人之互動有更進一步的理解。本文在此擬說明，長期交易其實便是一種序列賽局，當事人必須在其中找到對自己最有利的策略，以下即說明不同類型之賽局，及其對我們觀察長期交易所能得到之啟發。

### 第一款 序列賽局與同時賽局

賽局中的參與者會相互影響。其相互影響的方式分成兩種，一種是序列賽局（sequential game），參賽者依次行動，每一個參賽者為行為時，必須考慮到他的決策對其他人可能造成的影響，以及他未來應該如何對其他人的行為加以回應；另一種則是同時賽局（simultaneous game），參賽者同時為行為，因此參賽者不可能觀察到別人為何種行為，再做出自己的決策。也因此參賽者在考慮自己採何種行為時，必須思考對手可能的想法，將其一並納入考慮。<sup>108</sup>

而本文所討論的長期交易，可以說是一種序列賽局。在大部分的商業交易中，當事人履行他們的義務，都是透過「漸進式」（sequentially）的方式，而非同時為行為（simultaneous）。因此，交易當事人是透過觀察對方之行為後，再決定自己之策略。在這種情形中，當事人之間的互動又更為複雜，在下一章中討論關係契約時，本文將再更深入地說明，序列賽局與交易中之「關係」之間的關係。

### 第二款 合作賽局與不合作賽局

所謂的合作賽局（cooperative game），係指參賽者之間可以相互協調策略選擇、且做出可拘束承諾的賽局；而不合作賽局（non-cooperative game）中，參賽者則無法協調相互之間的選擇。而當事人彼此可否協調選擇，以及該協調是否有拘束力，對可否達成最佳之合作結果，有相當大的影響。而當賽局中出現多個均衡<sup>109</sup>時，當事人必須在賽局中選擇一結果，此即為協調賽局（coordination game）。以

<sup>108</sup> AVINASH K. DIXIT & BARRY J. NALEBUFF, *supra* note 105, at 33.

<sup>109</sup> 所謂的均衡，是指在賽局之內，由每位參賽者之最佳策略所構成的策略組合，1994年諾貝爾經濟學獎得主 Reinhard Selten 以及 John Nash 針對賽局的解決之道，曾提出所謂的「納許均衡策略」（Nash equilibrium strategy）以及（Selten's subgame perfect equilibrium strategy）。此二概念指出了：賽局的一方，會先預想另一方的最佳策略為何，然後在反推自己的最佳策略應該為何。請參考：Eric Rasmusen 著，楊家彥、張建一、吳麗真譯（2003），前揭註107，頁12，25。

下即以一例說明，<sup>110</sup>當事人之間的協調，與合作結果之間的關聯。

M 為汽車製造商，R 為獨立之汽車零售經銷商 (independent retail distributors)。M 希望 R 能盡力為其銷售，並提供售後服務，而不要為了提高自己零售業的利潤，而減少提供售後服務。同時，M 也承諾，會持續為這款車打廣告。如果售後服務好，加上又有廣告，顧客會願意接受比較高的零售價，因此會向零售商購買汽車，而不向中盤商購買。為了使 R 的利潤可以提高，M 也表示，會提高建議零售價格 (manufacturer's suggested retail price, MSRP)。如此一來，M 可以獲利\$5,000，R 可以獲利\$2,000。但是，如果零售價提高，而零售商沒有提供售後服務，最終會導致 M 以及 R 雙方都沒有任何利益可言。M 和 R 雙方的利益狀況可見以下之表 2。

		製造商 M	
		提高廣告支出	不提高廣告支出
獨立零售經銷商 R	不提供售後服務	\$0	\$2,000
	提供售後服務	\$5,000	\$0
		\$2,000	\$0

表 2 經銷商與製造商之利益分配結果

當 M 提高廣告支出時，R 的最佳策略是提供售後服務；而當 M 不提高廣告支出時，R 的最佳策略是不提供售後服務。因此，在此一賽局中，將有兩種均衡存在，當事人必須在其中選擇，此即為前述之協調賽局。而對整體社會來說，R 提供售後服務，同時 M 提高廣告支出，將能創造最大的利益 ( $7,000 > 5,000$ )。因此，由表二中可知，M 以及 R 之利益，處在一種互相消長的狀態。如果要極大化 M 的利益，則 R 的利益便無法極大化，反之亦然。因此如何使 M 和 R 互相合作，便成為這個賽局中的難題。

假設，M 必須先承諾，是否要提高廣告支出，而這個承諾是一個可以被觀察到的資訊，而且無法反悔。舉例言之，增加廣告支出和產品更新二事通常會接續發生，因此 R 可以很容易觀察到 M 是否要提高廣告支出。因此，一旦 R 觀察到 M

<sup>110</sup> 以下的例子係參考：JAMES R. MCGUIGAN, R. CHARLES MOYER, AND FREDERICK H. DEB. HARRIS, MANAGERIAL ECONOMICS: APPLICATIONS, STRATEGY, AND TACTICS, 549-555 (2005).

做了產品更新，R 就可以預測到 M 會提高廣告支出，此時 R 的最佳策略當然就是繼續提供售後服務—因為 R 可以因此獲利\$2,000，否則 R 將得到\$0。而就 M 來說，因為 M 知道：一旦自己做了更新產品這件事，R 就可以預期到自己將增加廣告支出，所以 M 為了達成自己最大的利益，就會增加廣告支出。換言之，對 R 以及 M 而言，此時最佳的策略，分別是提供售後服務以及增加廣告支出，而這正好是總體利益的極大化。

上述之交易中，M 和 R 並沒有透過特殊的交易安排，便達到了整體利益的最大化。其原因在於：M 是否提供廣告，對 R 來說是一個可以觀察到的資訊，所以 R 會採對自己而言最佳的策略。雙方的關係可以靠信賴維持，即便沒有做特殊的安排，也可以達到整體利益的最大化。也就是說，雙方雖然沒有透過法律，但是透過非法律機制—在本例中，為信賴關係—的安排，當事人亦能夠溝通，而達成最後最佳之交易。但是在某些情況中，彼此的關係不僅僅是依靠信賴可以維持的。以下，將上述之例子稍作修改，便可成為另一種情形。<sup>111</sup>

假設，R 在 M 提供廣告時，不提供售後服務，對 R 較有利益（銷售數量雖然減少，M 會受到損失，但是 R 因為可以調整自己的售後服務成本，所以利益反而可以上升），所以 R 會不提供售後服務；而 M 在事前便可以觀察到 R 會因此不提供售後服務，而使自己的收益成為\$0，所以 M 會採不提供廣告的策略，使 R 的收益成為\$3,000，M 的收益成為\$2,000，此為本例中唯一的均衡。此時，兩人之利益狀態可以以下表 3 所示：<sup>112</sup>

		製造商 M	
		提高廣告支出	不提高廣告支出
獨立零售經銷商 R	不提供售後服務	\$0 \$2,500	\$2,000 \$3,000
	提供售後服務	\$5,000 \$2,000	\$0 \$0

表 3 經銷商與製造商另一種利益分配之結果

<sup>111</sup> 以下的例子係參考：see *id.* at 674-5.

<sup>112</sup> 在此例中，R 擁有優勢策略，不論 M 為何種行為，不提供售後服務對 R 來說都是最有利的。

雖然這個結果，看似對雙方都相當有利，但卻不是總體利益最佳的結果（對總體利益最佳的結果應為 $\$2,000+\$5,000=\$7,000$ ）。此時，要促成 R 和 M 之間的合作，必須讓 R 分享多出來的 $\$2,000$ ，否則 R 便沒有誘因要採對社會整體利益極大化的策略。在此例中，當事人無法在透過某些信賴機制為溝通，則便有必要由法律介入，建構一種溝通機制，使此一情形能成為一合作賽局，而達成對整體社會最有利之情形。

理論上，合作對大家來說都是比較有利的，所以當事人應該會傾向合作。但為何還是可能有不合作的情形產生？從上述之例子中可以看出，當事人可能是因為看不出另一方也會盡力合作的跡象（signal），因此不願意和另一方合作。也可能是因為合作之結果，所能創造出來的利益有分配不均的問題，使當事人沒有誘因要採取對社會整體利益來說最有利的合作方式。<sup>113</sup>然而，合作之約定，亦非達成社會效率最大的萬全之策。該約定可能會使原本較有能力承擔風險的一方，因為有合作之條款，而較不積極地承擔自己的風險。<sup>114</sup>

綜上所述，長期交易中當事人彼此的互動，其實便是一種賽局。而透過觀察不同之賽局類型可以得知，在長期交易下，如果雙方當事人能夠在交易過程中，不斷地進行溝通，則兩方能夠達成最有效率的交易。由上述之例子中亦可看出，有時必須透過一些交易的安排，使當事人有合作的誘因。而這些都必須透過交易治理機制的設計，來加以完成。以下，便依序說明交易治理機制之概念、選擇、以及以契約作為交易治理機制之情形。

## 第二項 交易治理機制的選擇

### 第一款 從社會脈絡觀察治理機制

交易治理機制的概念，可以被放到社會之經濟組織此一較大的脈絡下加以觀察。社會之經濟組織可以被分為四層，其圖示如下：

---

<sup>113</sup> Clayton P. Gillette, *supra* note 68, at 549-50.

<sup>114</sup> Clayton P. Gillette, *supra* note 68, at 550.

	階層 (level)	形成時間 (年)	目的
L1	非正式組織、習慣、風俗、宗教等	100~1000	通常是自發性的
L2	組織環境 (institutional environment)：競賽 (game) 的正式規則，如：所有權 (property)	10~100	使組織環境適當 (right)
L3	治理 (governance)：競賽之運作，如：契約 (治理架構與交易一致)	1~10	使治理機制適當
L4	資源分配與工作 (employment)：價格、數量、誘因	持續	使邊際條件 (marginal condition) 適當

表 4 社會之經濟組織階層<sup>115</sup>

第一層組織通常是透過社會自行發展而來，並非透過外力所得，如：社會文化風俗等，而這些通常是社會學家所關心的議題。<sup>116</sup>第二層組織環境的規則，部分是由社會發展而得，部分則是從行政、立法、司法等機構所設計。組織環境之規則應如何設計，是政治學家以及經濟學家所討論的問題。<sup>117</sup>而組織運作之規則被確立之後，下一步的問題便是應如何確保這些原則的運作，因此治理之機制因應而生，此即第三層組織之出現。<sup>118</sup>至於第四層組織，則是新古典經濟學所關注者。新古典之經濟學者將廠商當成一個生產財貨之個體，而以邊際分析之方式，探討廠商應該如何以最有效率的方式生產。<sup>119</sup>這四個階層並非彼此獨立，而係互相影響，形成一緊密不可分的整體。

因此，透過上述之階層分析，可以發現對新制度經濟學之學者來說，觀察經濟現象，可以從一組織之角度切入，而當組織之遊戲規則確立之後，下一步的問

<sup>115</sup> See Oliver E. Williamson, *The New Institutional Economics: Taking Stock, Looking Ahead*, 38 JOURNAL OF ECONOMIC LITERATURE 595, 597 (2000).

<sup>116</sup> See *id.*, at 596-7.

<sup>117</sup> See *id.*, at 598-9.

<sup>118</sup> See *id.*, at 599.

<sup>119</sup> See *id.*, at 600.

題便是應該如何確保此一組織之運作，這也就引出了以下所要討論的交易治理之問題。

## 第二款 交易治理的定義

治理機制是新制度經濟學下所討論的主題之一，新制度經濟學嘗試由組織之觀點、而非單純生產成本之觀點，檢視市場上所存在的組織。<sup>120</sup>

過去的這幾年中，組織之治理機制被討論最多的，便是「公司治理」。所謂的公司治理，便是思考應該如何透過內部以及外部監控機制的設計，以保護公司股東以及債權人之利益，確保公司的運作順暢。其實，治理便是針對某項事務之監督管理，因此，治理機制其實無所不在，並不只有公司才需要治理機制，在交易中，也會產生對治理機制之需求。

本文於已於前一節中說明，當事人在交易開始之前以及交易執行之時，均有不同的問題要解決。當有限理性、投機主義、以及特定投資同時存在交易中時，交易就不可能透過單純的規劃而實現其目的，必須有一治理機制，來確保交易進行順暢，而不受到上述這些問題的影響。<sup>121</sup>而這就必須藉由交易的架構，考量人的有限理性，對投機行為加以限制，以達到交易利益之最佳化。因此，所謂的交易治理，便是要透過在交易中設置某些機制，遏止當事人為投機行為的可能性，並確保當事人的合作。以下便說明治理機制之種類。

## 第三款 治理機制之種類

交易之治理機制，可以粗略的分為內部以及外部。所謂內部，係指透過交易雙方自行於交易中設計監督機制，法律之監督機制如契約者，亦有非法律之監控方式，如：名譽、互助等。而內部監督機制，學者 Goldberg 又依這些機制是內部自行執行或必須透過外部執行，將其分為「主動」與「被動」，被動者例如：契約中的價格調整約款，當事人雙方可以自行調整之，主動者則例如：處罰違約的約款，必須尋求外部機制而加以落實。<sup>122</sup>而最「純粹」的內部治理，便是成立獨

<sup>120</sup> 對治理機制有更深入之討論者，可參考：OLIVER E. WILLIAMSON, *THE MECHANISMS OF GOVERNANCE* (1996).

<sup>121</sup> See Oliver E. Williamson, *Assessing Contract*, 1 J.L. ECON. & ORG. 177, 181-4 (1985).

<sup>122</sup> Victor Goldberg, *supra* note 104, at 341-3.

立之商業組織以進行交易。而所謂的外部治理機制，最大宗的一環便是市場。學者 Mariti 和 Smiley 在 1980 年代所作的實證研究發現，當事人合作協議的目的，可能是為了技術移轉 (technology transfer)、技術互補 (前面這兩者的目的都是在資訊的交換)、行銷 (可能目的是要進入某個新市場)、風險分擔、規模經濟等因素，而這些合作協議從法律層面來說，可能是透過合資 (joint venture)、或協議來達成。前者是由雙方出資，成立一個公司來進行計畫；後者則只是單純的合作協議專案。<sup>123</sup> 因此，當事人可以用不同之方式，達成相同之交易目的，其原因之一便在於不同的交易方式能夠提供不同的治理架構。因此，當事人可以選擇成立一商業組織進行交易，則所有的交易問題都可以透過「內部」之管理自行解決，交易之治理也就轉換為經濟組織之內部治理；而當事人亦可以透過其他形式之交易安排，例如契約等，而可以某程度藉由市場之力量，監督契約中當事人之行為—因為當事人違背交易之宗旨時，可以在市場上找到其他的替代人。

而純粹採用「內部」或「外部」之治理機制所為的交易其實相當少見。大部分的治理機制都是混合的，即交易內部的監控以及外部之監督並行。契約便是一種「折衷」方案，當事人在契約中創造可信的承諾，使雙方都能在交易中得利。<sup>124</sup> 而當事人究竟是以何種標準選擇治理機制？此一問題可以從交易成本以及產業之層面加以考量。

#### 一、從交易成本之面向考量

本文已於第一節中說明交易成本之概念。學者 Williamson 在文章中將廠商進行交易所必須面對的成本分為交易成本以及生產成本。而交易架構的兩個目的，便是要降低生產成本以及交易成本。如果當事人完全不考慮交易成本，只考慮生產成本，則廠商應該將自己所需要的每一項生產活動都外包給其他廠商為之，如此方能達到規模經濟之效用。但是，如果我們考慮到交易成本，外包就未必是最好的選擇了。因為外包必須耗費交易成本，還要考慮交易對象可能為投機行為。因此此二者互為消長，當外包時，生產成本低，但是交易成本高；而自製時，交

<sup>123</sup> See P. Mariti & R. H. Smiley, *Co-operative Agreements and the Organization of Industry*, in FIRMS, ORGANIZATIONS AND CONTRACTS, 276, 279-287 (Peter J. Buckley & Jonathan Michie eds., 1996)

<sup>124</sup> OLIVER E. WILLIAMSON, *supra* note 26, at 163.

易成本低，生產成本高。<sup>125</sup>

亦有學者提出，當交易中之準租值愈高時，當事人愈有可能以合併之方式為交易，而不透過契約之安排來避免投機行為。因為準租值愈高時，當事人愈容易面對被套牢的風險。而這種風險已很難以契約之安排降低之，因此當事人將傾向透過垂直整合來進行交易。<sup>126</sup>垂直整合的好處是：企業可以從一整體之角度出發，對所有的資源加以考量，而達到最佳化。如果達到最佳化所能帶來的利益，大於垂直整合之後所必須額外支出的監督成本，則垂直整合將會是一個好的選擇。然而，垂直整合之後，當事人亦必須面對組織中的層級問題，新的管理成本將會出現，因此，即便準租值很高，當事人也未必一定會採用企業合併之方式為交易。

## 二、從產業之面向考量

學者 Macaulay 認為，不同產業的人，不同位置的人，對治理機制的需求可能會不同。例如，在製造業中，長期之供應關係下，雙方可能傾向不使用法律方式，而用一般日常生活中的相處模式來解決；而在金融業中，當事人則會傾向訂定完整的契約，而不單純依賴彼此的信賴關係。<sup>127</sup>而在許多的產業中，當事人也不能以垂直整合之方式為交易，因此必須透過別種方式方能達成交易。

除了上述交易成本以及產業面向之考量外，學者 Williamson 以其認為交易中應加以注意之三項特點，即以交易成本為中心，提出一套在何種交易中應適用何種治理機制的架構，以下說明之。

### 第四款 依交易內涵選擇治理機制

在每一種關係之下，因為其交易內容不同，因此所以會採取不同的治理模式（governance structure），而 Williamson 以此為出發點，提出其治理架構。此處先提出 Williamson 對交易架構分類，至於其對何種交易應適用何種治理架構的論述，因和關係契約有關，故本文將留待第三章最後一部分中說明。

<sup>125</sup> Oliver E. Williamson, *supra* note 51, at 245-6.

<sup>126</sup> See Benjamin Klein, Robert Crawford & Armen Alchian, *Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process*, 21 JOURNAL OF LAW AND ECONOMICS 297, 307 (1978)。學者 Oliver Hart 認為，套牢之問題，可以透過資產所有權之配置方式，來加以解決，而在企業垂直整合後，資產所有人都是同一人，就不會有套牢的問題產生了，see OLIVER HART, FIRMS, CONTRACTS, AND FINANCIAL STRUCTURE 5 (1995).

在其理論中，Williamson 假設：<sup>128</sup>

1. 交易中之供應方會繼續營業，不會出現一夜倒閉之情形；
2. 市場上有許多潛在的供應商，所以在締約之前，供應市場上不會有特定獨占的出現；
3. 交易發生頻繁與否與市場上買方之活動相關；而特定投資到何種程度則屬於供應方所控制。

而交易依其發生之頻率，可以分為：一次、有時（occasional）、與重複發生（recurrent）三個層次；因特殊交易所為之投資的程度則可以分為：不特定（non-specific）、混合（mixed）、與特定投資（idiosyncratic）。以這些標準，Williamson 提出以下之表格，認為交易型態可以依發生之頻率以及投資之特性區分為以下六種，如表 5 所示：

		投資特性		
		不特定	混合	特殊
交易發生之頻率	有時	購買標準化之設備 (equipment)	購買客製化之設備	建構廠房 (plant)
	重複發生	購買標準化之原料 (material)	購買客製化之原料 (material)	在連續之生產過程中，半成品於特定之地點間移轉

表 5 交易之分類<sup>129</sup>

而治理架構依投資是否特定，可以分為：非交易特定（non-transaction-specific）、半特定（semi-specific）、高度特定（highly-specific）。第一種之治理架構的典型就是市場，在一般市場上，交易對象為何人並不特別重要，但在高度特定的投資中，治理架構便必須考量交易的相對人為何人。<sup>130</sup>不確定的程度也會影響治理架構。在沒有特定投資的情形中，不論未來的情況是否不

<sup>127</sup> See Stewart Macaulay, *Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, in FIRMS, ORGANIZATIONS AND CONTRACTS 339, 355 (Peter J. Buckley & Jonathan Michie eds., 1996)

<sup>128</sup> Oliver E. Williamson, *supra* note 51, at 246.

<sup>129</sup> Oliver E. Williamson, *supra* note 51, at 246-7. Williamson 分析契約治理架構的方式，和過去新古典個體經濟學派最大的不同在於：他並非從個人利益最大化的觀點切入，而是從締約雙方整體利益最大化的角度來觀察問題，see Ian R. Macneil, *Economic Analysis of Contractual Relations: Its Shortfalls and the Need for a "Rich Classificatory Apparatus"*, 75 NW. U. L. REV. 1018, 1022 (1981).

確定，當事人都可以隨時在市場上轉換，因為沒有特定投資，當事人的轉換不需耗費成本。但是在有特定投資之情形中，未來狀況的變更便相形重要，此時當事人就必須找尋另外一種監督機制。<sup>131</sup>

而交易中如果特殊關係投資的成份愈重，愈有可能使當事人締結長期契約，而不依賴重複發生的交易。<sup>132</sup>此時當事人較難以連續締約的方式來進行這些交易，原因在於：這些交易需要在一開始的時候有投入特定投資，方能夠進行。如果是連續短期的締約不可能達到特定投資的目的，<sup>133</sup>因為當事人將會害怕在一開始的投資無法回收，故特殊關係投資在交易中的地位愈重要，當事人愈有可能締結長期契約。因此，標準化的交易，或許可以滿足重複不斷發生之契約關係的需求，但是在有特殊活動（idiosyncratic activities）牽涉其中時，這樣的交易架構對投資誘因來說，便顯得不夠。

本論文所要討論的主題是長期契約，而長期契約本身亦為一種交易的治理機制，其非完全藉由市場或內部監控，而係透過法律的支持，兼採外部以及內部之治理機制，可說是一種混合型態的監控制度。以下，即先說明契約之定義、在交易中之定位、以及契約治理之意義。

### 第三項 契約之定義

#### 第一款 我國學說

契約是法律的一種形式。民法中將契約當成債之原因發生的一種，旨在強調當事人自主決定其權利義務的重要性。契約被認為能達成各種社會交易活動，而其功能為何，過去的教科書不外乎提出以下兩種說法：<sup>134</sup>第一，契約具有倫理道德之性質，契約神聖，應予遵守。契約法上的規定，可在程序及實質上，確保交易的公平性，並使當事人得經由法院實現其契約上的請求權。第二，就經濟分析的觀點而言，契約法是經濟活動的潤滑劑，有助於擴大交易的數量及規模，增進

<sup>130</sup> Oliver E. Williamson, *supra* note 51, at 247-8.

<sup>131</sup> Oliver E. Williamson, *supra* note 51, at 253-4.

<sup>132</sup> Paul L. Joskow, *supra* note 89。在本文中，作者透過實際對煤礦產業加以分析，說明特殊關係投資之成份愈高時，當事人愈有可能締結長期契約。

<sup>133</sup> Robert E. Scott, *supra* note 59, at 2009-10.

<sup>134</sup> 王澤鑑（1999），《債法原理：第一冊》，1版，頁77-9，台北：自版。

分工及效率，減少交易成本。

我國法下，廣義之契約可以分為債權契約以及物權契約。本文中所討論的契約係集中在債權契約。我國學者一般認為，契約法基於私法自治原則，肯認當事人得以自己之意思，形成法律關係之內容。<sup>135</sup>因此，契約可以被定義為：當一件事務涉及兩個人以上之利益，其法律關係內容的形成，自應由當事人以一致之意思表示共同決定。該一致之意思表示，法律上便稱為契約。<sup>136</sup>亦有學者將其定義為：「雙方當事人以發生債之關係為目的，相互為對立之意思表示，趨於一致之法律行為。」<sup>137</sup>

而我國民法中對契約並沒有特別之定義，只有在民法第一百五十三條第一項中規定：「當事人互相意思表示一致者，無論其為明示或默示，契約即為成立。」而於立法理由中說明：「按契約者，由兩人以上意思表示一致而成立之雙方行為也。」

因此，由上述之說明可知，我國法下對契約的認知，係以當事人之意思表示為中心，而形成之一種法律關係。

## 第二款 比較法上之觀察：美國法

美國統一商法典（American Uniform Commercial Code, UCC）§1-201(b)(12)中，將契約定義為：「契約，和協議不同，係指受本法和任何其他可適用之法律規則影響的當事人之間的協議所產生的全部法律義務。」<sup>138</sup>而美國第二法律整編中契約法之部份，將契約定義為：「契約係一意思表示（promise）或一組之意思表示，於違反時法律予以救濟或其之履行法律在某些情況下視為義務。」<sup>139</sup>英美法下之學者，對契約的定義，亦多半為「法律可以執行的允諾（promise）」、<sup>140</sup>或

<sup>135</sup> 黃茂榮（2002），《債法總論：第一冊》，1版，頁139，台北：植根。

<sup>136</sup> 請見前揭註，頁39。

<sup>137</sup> 孫森焱（2003），《民法債編總論上冊》，新版，頁22，台北：自版。

<sup>138</sup> See U.C.C § 1-201(b)(12) (2004)。其原文如下：“‘Contract’, as distinguished from ‘agreement’, means the total legal obligation that results from the parties’ agreement as determined by [the Uniform Commercial Code] as supplemented by any other applicable law.”

<sup>139</sup> See RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACT § 1 (1981)。其原文如下：“A contract is a promise or a set of promises for the breach of which the law gives a remedy, or the performance of which the law in some way recognizes as a duty.”

<sup>140</sup> See EDWARD J. MURPHY, RICHARD E. SPEIDEL, & IAN AYRES, STUDIES IN CONTRACT LAW, 1 (6<sup>th</sup>,

是「一種在交易當事人之間交換允諾之溝通」。<sup>141</sup>

而由以上之說明可知，不論是在我國法或美國法下，法律人所思考的契約，注重的是「當事人在現在承諾未來會為何種行為」，且均是以當事人之意思表示為中心。因此，長期契約就類似跨期經濟選擇的問題—透過契約，在現在承諾未來會為何種行為。<sup>142</sup>以下將說明，在交易中，契約所扮演之角色。

### 第三款 契約在交易中之定位

法律人觀察契約時，不免將契約的範圍侷限在「法律」之下。然而，契約雖然是法律制度下的一個產物，但其實未必要全由法律的觀點加以審視。亦有學者認為，「契約」本身是一種社會合成物(artifact)，因此，應該以一種更多元的角度去觀察它，方能窺其全貌。<sup>143</sup>對不同的人來說，契約有不同的意義。對法學教授來說，契約扮演上述的角色；對經濟學家來說，契約是降低交易成本的一種工具；對訴訟律師而言，契約是一種證據；對規劃交易之律師而言，契約，是從規劃、締約、履約到監督之一連串的過程。<sup>144</sup>是故，契約不僅僅能從一種角度出發而已，還可以從不同的目的加以觀察，而得到不同的結果。

學者 Macneil 認為，契約的基礎來自於勞力以及交易的專殊化 (specialization)、<sup>145</sup>選擇 (a sense of choice)、<sup>146</sup>對過去、現在、未來自發性的注意 (conscious awareness of past, present, and future)、<sup>147</sup>社會母體 (social matrix)<sup>148</sup>等四項因素。而 Macneil 也嘗試從行為學的角度來觀察契約，而將契約定位為一

---

2003).

<sup>141</sup> See Charles J. Goetz & Robert E. Scott, *The Limits of Expanded Choice: An Analysis of the Interactions Between Express and Implied Contract Terms*, 73 CAL. L. REV. 261, 264 (1985).

<sup>142</sup> 契約正是因為在現在承諾，未來會為何種行為，因此，其承諾具有跨期間之本質，也就因此產生了風險。

<sup>143</sup> See Mark C. Suchman, *The Contract as Social Artifact*, 37 LAW & SOC'Y REV. 91.

<sup>144</sup> Oliver E. Williamson, *supra* note 26, at 182.

<sup>145</sup> See Ian R. Macneil, *The Many Futures of Contracts*, 47 SO. CAL. L. REV. 691, 696-701 (1974). 社會中因為會出現交換以及分工的需求，因此成為契約產生之契機。

<sup>146</sup> See *id.*, at 701-6. 因為人類擁有自由選擇之權利，因此也才有契約的產生。Macneil 在此處所提出來的概念，與締約自由相當類似，即肯任人有自由選擇之權利與能力。

<sup>147</sup> See *id.*, at 706-10. 人類和其他動物最大的不同，便是因為人類有對未來思考的能力，或者應該說成：有想像未來的能力。因此，能夠在事前便對未來可能發生的情形作規劃。

<sup>148</sup> See *id.*, at 710-2. 除了上述的三項要素之外，社會母體也是形成契約的基礎，特別是在語言的部份。而上述的四項因素，最早出現的是交易的專殊化，加上人類選擇之能力以及設想未來的能力，再輔以社會發展之脈絡，因此有了契約的出現。

種「契約行為」。他認為契約行為至少有以下幾種特色：<sup>149</sup>

1. 角色的正直性 (role integrity)。
2. 互惠主義 (reciprocity)。
3. 規劃之實施。
4. 合意之實施 (effectuation of consent)。
5. 彈性 (flexibility)。
6. 契約之團結性 (contractual solidarity)。
7. 回復原狀 (restitution)、信賴 (reliance)、以及期待利益 (expectation interest)。
8. 權力的創造以及限制。
9. 手段之正當性 (propriety of means)。
10. 符合社會母體 (harmonization with the social matrix)。

Macneil 提出上述對契約行為的觀察，不外乎認為契約是一種社會之合成物。而既然契約是一種社會合成物，其便必須放在社會脈絡下加以觀察運用，方能達到契約最大的功效。因此，傳統法學對於契約的觀察，不外乎侷限於契約內容應如何制定？發生糾紛時應如何解決？雖然不能說是錯誤，但在範圍上便已受到了限制。<sup>150</sup>學者 Macaulay 討論契約在商業交易上之功用時，便將契約定義為：對未來可能可以預見的或有事件，當事人以仔細規劃之契約約款，對該交易為理性的計畫；以實際存在的、或潛在的法律制裁手段，促使當事人履行交易、或對違約行為為補償。<sup>151</sup>

而本文認為，思考契約再交易中的定位，首先可以問的問題是：交易 (transaction) 和契約 (contract) 有何不同？過去法律人想像的契約，可能是比較平面式的、單點式的思考，但是如果從「交易」的觀點來看，契約就不只是一種技術層面的問題，而必須被放到社會之脈絡下——而此處交易便是社會脈絡，在契約設計上先考慮交易的目的和問題何在，再進一步設計契約的條款，使契約和交

---

<sup>149</sup> See Ian R. Macneil, *Relational Contract Theory: Challenges and Queries*, 94 Nw. U. L. Rev. 877, 880 (2000).

<sup>150</sup> 有學者將過去契約的討論分為“contract-as-doctrine”以及“contract-as-relation”兩種觀點，而認為這些討論的出發點將會侷限我們對契約的看法，Mark C. Suchman, *supra* note 143, at 94-97。

<sup>151</sup> Stewart Macaulay, *supra* note 127, at 340.

易的內涵能夠相輔相成。

因此契約在商業交易上來說是一種「工具」。對企業經營者而言，契約應該被當成一種幫助管理者更有效率地經營的一種工具。<sup>152</sup>契約本身和「交易」並不同，交易的概念比契約更廣泛。在交易中，從功能面之角度出發，契約可以被認為是一種規劃交易的工具，一種治理交易的機制。而契約一旦成為交易的治理工具後，交易治理便進入「契約治理」的階段。以下即說明之。

#### 第四項 契約作為交易之治理機制

假設一個例子：買方與賣方締結了一個五年期的契約，賣方同意會提供買方所需的貨物，每個貨物的單價是 100 元。賣方預期可以從中獲利 20%，而對買方來說，每一貨品則值 120 元。而締約三年後，如果該貨品價格漲至 200 元，則賣方在此交易中將貨品賣到市場上，將可獲得 100 元，高於其原本之期待 20 元，亦即其履約的機會成本大於其履約所能得到的利益；反之，如果貨品價格下跌至 50 元，則買方將有誘因直接從市場買進貨物，而不向賣方購買。因此，在 100 元之下的賣方，與在 50 元之下的買方，都有違約的誘因。<sup>153</sup>此一例突顯出當事人在交易中所面對的問題，也因此當事人如何透過契約處理這些問題，便益形重要。以下先說明契約治理之定義，再說明契約治理之內涵。

#### 第一款 契約治理之意義

所謂的契約治理，可以說是從一種經濟制度 (institution) 的觀點來觀察契約。<sup>154</sup>在這個組織的架構下，契約被締結、協商、監督、調整、執行、終止。<sup>155</sup>我們如將契約與組織之結構加以比較，便可以發現契約本身其實和任何一種組織一樣，都是有「階層」(hierarchy) 存在的。廠商 (firm) 內部之階層係由以下的五

---

<sup>152</sup> See Edward W. Jacobs, *Contracts as Management Tools: Insights on Transaction Cost Analysis, Contract Strategy and the Value Added Contract*, in NEW IDEAS IN CONTRACTING AND ORGANIZATIONAL ECONOMICS RESEARCH 107, 107 (Harvey S. James, Jr. ed., 2005).

<sup>153</sup> Alan Schwartz, *supra* note 73, at 284.

<sup>154</sup> 交易可以被分成在公司內部發生，或是在公司之間發生，然而，如果我們將所有的商業組織當成一張由契約所交織而成的網絡 (a nexus of contracts) 的話，不論是發生在商業組織外或商業組織內的契約都是契約關係光譜上的一環，不同的交易只是代表不同的契約關係的一環而已，see Oliver Hart, *An Economist's Perspective on the Theory of the Firm*, in FIRMS, ORGANIZATIONS AND CONTRACTS: A READER IN INDUSTRIAL ORGANIZATION, 199, 204 (Peter J. Buckley & Jonathan Michie eds., 1996)

<sup>155</sup> See Thomas M. Palay, *Comparative Institutional Economics: the Governance of Rail Freight*

種要素所組成：

1. 勞動契約。受僱人（employee）聽命於一組織內部的驗證系統（authority system）。<sup>156</sup>
2. 廠商之成員對股東或其他類型之委託人負有忠實義務（fiduciary duty）。<sup>157</sup>
3. 身份制度（status system，即組織中存有身份之差別）以及對不同表現的激勵制度。<sup>158</sup>
4. 透過生產計畫或標準作業流程控管組織內部之業務。<sup>159</sup>
5. 透過內部會以解決組織內部的爭議事務。<sup>160</sup>

而將此種階層套用到契約中，其對應如下：

1. 契約中存在自己的控制架構（command structure）以及驗證系統。<sup>161</sup>
2. 契約中設計誘因，以維繫控制體系，同時使履約人能履行其義務。<sup>162</sup>
3. 契約中存有一些雙方均必須踐行之例行公事（routine）。<sup>163</sup>
4. 契約內部自己有爭端解決的方式。<sup>164</sup>
5. 契約內部有自己對契約成本的估價方式（pricing）。<sup>165</sup>

當一個交易決定透過契約加以完成時，交易治理的重心，便集中到契約治理中，也就是交易目的必須能夠透過契約被加以達成。而從上述之比較中，可以得知契約中有自己的階層，也有自己的控制機制，因此在契約治理中，必須確保這些機制都順利運行，以使合作在交易中進行，同時避免投機行為之產生。<sup>166</sup>此即

---

*Contracting*, 13 J. LEGAL STUD. 265, 265 (1984).

<sup>156</sup> Arthur L. Stinchcombe, *supra* note 54, at 200-1.

<sup>157</sup> Arthur L. Stinchcombe, *supra* note 54, at 201-3.

<sup>158</sup> Arthur L. Stinchcombe, *supra* note 54, at 203-5.

<sup>159</sup> Arthur L. Stinchcombe, *supra* note 54, at 205-6.

<sup>160</sup> Arthur L. Stinchcombe, *supra* note 54, at 206-7.

<sup>161</sup> Arthur L. Stinchcombe, *supra* note 54, at 200-1。例如，鋼鐵買賣的契約中，會設計透過一些方式，驗證該鋼鐵的品質是否符合契約的要求。

<sup>162</sup> Arthur L. Stinchcombe, *supra* note 54, at 226-8。例如，許多營建契約（construction contract）中會約定，如果工程拖延一定的時間方完成，必須負擔損害賠償；如果提前完成，將可得到一定的報酬。

<sup>163</sup> Arthur L. Stinchcombe, *supra* note 54, at 228-9。例如，在投標契約中，通常會要求投標者提供其計劃書，以供決策時參考。

<sup>164</sup> Arthur L. Stinchcombe, *supra* note 54, at 229-30。例如，交易雙方會約定透過每週的會議，來解決彼此所面對的問題。

<sup>165</sup> Arthur L. Stinchcombe, *supra* note 54, at 230-1。例如：以交易中所耗費的成本加成一定之數額作為契約之價格。

<sup>166</sup> 也有學者從一種較為積極的角度來觀察契約，認為對商業活動而言，契約必須要能創造價值，而提出「創造價值契約」（value added contract）之概念。而其基本價值之創造，來自交易成本之分

為契約治理之定義。

## 第二款 契約治理之內涵

當我們從治理之觀點來觀察契約時，可發現當事人締結契約，是同時具有締約（contracting）以及實質上（substantive）之目的。實質上的目的，是為了完成交易內容；締約上的目的，則是為了以最有效率的方式達成其實質上的目的。這又包含了兩者：第一，希望契約之價格和履約之交易成本兩者能相符合。第二，在事實上不能履行時提供保護。<sup>167</sup>而這兩者正是契約治理之內涵。更具體言之，當事人透過締約，希望可以解決以下四個問題：規範雙方之義務、規範未來之或有事件對雙方義務之影響、規劃如有一方違約時會發生什麼事、規劃交易使其成為法律上所可以執行的。<sup>168</sup>以前述買方和賣方面對五年締約期間中，價格發生變動之問題為例，契約治理所要確保的便是：當事人履約的機會成本會一直低於履約所得到之利益，而當機會成本變得較高或無法確定時，能夠妥適地分配風險，以避免紛爭。

但從上述契約和組織階層之對照看來，契約治理本身不只包括了法律之機制，更包括了非法律之層面，可以說是一種「混合」的治理機制。<sup>169</sup>有學者將替代組織整合方案的長期商業契約分成兩類。一種是約定明確、有法律效果的契約，如一方違約將會受到法院或其他契約以外第三人的制裁。缺點是相當的耗費成本，因為未來會發生什麼事情並不確定。另一種則未明確約定的契約，因此法律效果不若第一種明確。當投機行為發生時，用以制裁投機行為的方式將是依賴市場機制（如：商譽），以及失去未來合作所能獲得之利潤的威脅。依靠市場作為制衡機制時，必須提供該可能詐欺之當事人因為未來的合作所能得到的好處（future premium），並且確保此種好處之淨現值，還能大於當事人在現在詐欺所能得到的好處，使可能詐欺之一方才會因為害怕因為契約被終止而失去利益，而不敢為投機行為。<sup>170</sup>只要當事人預期從未來的合作中所能得到的好處越大，則當事人為投

---

析以及契約策略之運用，see Edward W. Jacobs, *Contracts as Management Tools: Insights on Transaction Cost Analysis, Contract Strategy and the Value Added Contract*, in NEW IDEAS IN CONTRACTING AND ORGANIZATIONAL ECONOMICS RESEARCH 107 (Harvey S. James, Jr. ed., 2005)

<sup>167</sup> Alan Schwartz, *supra* note 153, at 284.

<sup>168</sup> Stewart Macaulay, *supra* note 127, at 341-2.

<sup>169</sup> 關於契約中有法律和社會關係互動之部份，本文將於下述第參章中說明關係契約時，再更深入說明之。

<sup>170</sup> Benjamin Klein, Robert G. Crawford, and Armen A. Alchian, *supra* 126, at 303-5.

機行為的誘因就會降低。

交易中更複雜之非法律因素，學者 Macaulay 很早便已觀察到了。其以製造業為對象，觀察商業交易的心得是：商人為交易時，常常並不會想到違約時雙方該如何、或是要讓該約定在法律上是可執行的，<sup>171</sup>而會傾向先透過談判等非法律之手段來解決問題，而不會一開始便以法律為中心來設計交易。<sup>172</sup>因此，透過契約治理交易時，必須一併注意到非法律之因素方能稱得上是完整。

因此，面對長期交易中不確定性、資訊不對稱以及套牢之問題，長期契約治理的重點便在於：確保當事人在交易前之信賴，而為特定投資；減少長期商業合作關係中之問題，設計適當的解決機制；且在交易執行階段，加強可能有套牢危機之一方，事後談判之地位的設計。<sup>173</sup>

#### 第四節 小結：「交易成本工程師」

學者 Gilson 曾提出：「交易成本工程師」之概念。Gilson 認為，商務律師在交易中的工作，就是要發揮法律技巧，降低交易成本。在實際世界中，交易成本確實存在，因此商務律師的工作便在此。<sup>174</sup>而 Gilson 之學說具體化言之，便是要減少投機行為，以及資訊不對稱的問題。

而觀察商業交易中的契約，有愈來愈複雜之趨勢。為何當事人會締結複雜之契約？這點可以從交易成本中得到解釋。本章即是從 Williamson 交易成本之觀點出發。先說明交易成本之概念，並定義本文所討論之長期商業契約；再將長期交易之交易成本具體化，指出交易當事人在長期交易中所面臨之問題。而為了解決這些問題，本文借用了 Williamson 所提出之交易治理架構，先說明長期交易中，交易當事人之互動，可以被描述成連續之賽局；而交易治理必須依不同之交易架構為之。當當事人之交易必須透過「契約」加以治理時，當事人所必須面對的問題，便是契約應如何治理之問題。本文在以下之第參章及第肆章中，便將說明契約設計之基礎理論，以及契約應如何被解釋，以達成契約治理之目的。

<sup>171</sup> Stewart Macaulay, *supra* note 127, at 347.

<sup>172</sup> Stewart Macaulay, *supra* note 127, at 347-9.

<sup>173</sup> See Scott Baker & Kimberly D. Krawiec, *Incomplete Contracts in a Complete Contract World*, 33 FLA. ST. U. L. REV. 725, 733 (2006).

<sup>174</sup> See Ronald J. Gilson, *Value Creation by Business Lawyers: Legal Skills and Asset Pricing*, 94 YALE L.J. 239, 255 (1984).

但 Macneil 認為，Williamson 的模型所能解決的問題有限。其只能解決「如何極大化締約雙方共同之利益」，但無法解決「該極大化之利益如何在當事人之間被加以分配」。因此，新古典經濟、交易成本、或 Williamson 所提出之修正理論，都無法涵蓋所有的契約關係，因此必須提出關係性契約理論作為修正。<sup>175</sup> 以下，即進入第參章之討論中。



---

<sup>175</sup> Ian R. Macneil, *supra* note 129, at 1025.

## 第參章 長期契約之特性：我國學說及比較法之研究

長期交易中，當事人必須面對未來之不確定性、資訊無法驗證以及套牢之問題，而契約便成為解決這些問題的一種工具。究竟契約應該要如何設計，才能夠治理交易、避免當事人為投機行為、確保雙方的合作？便是本章中所要探討的問題。

我國過去之學說，有提出所謂的「繼續性債之關係」，探討此種債之關係在適用法律時所會面臨之問題；但學說並未從契約設計之角度，說明當事人為何會決定進入長期的債之關係中，而交易之特色又如何會影響到當事人契約之設計及運作。此處本文將說明經濟學家觀察契約設計所提出之「不完全契約」理論，認為受限於外在環境的變化以及人類有限之理性，大多數的契約都是不完整的；而這些不完整的契約要如何確保當事人雙方皆會履行其契約義務？便有學者提出所謂的「關係契約理論」，認為當事人締結契約之後，便進入了一種非法律之關係，而這層關係可以彌補當事人契約中約定不足之處。因此，當事人之間的交易，並非完全靠法律所維繫，更多的時候，是透過彼此在交易中所建立的關係加以維持。而學者提出「關係契約」之觀察，又影響到了契約應如何被法院解釋之問題。而關於契約應如何解釋，本文將留待第四章探討。

### 第一節 我國學說對長期契約之討論

我國過去之學說，對適用法律時可能產生問題之長期契約，最多之討論是集中在所謂的「繼續性債之關係」此一類型上。繼續性債之關係的概念係繼受自德國，而除了此一概念之外，學說亦有提出其他的長期契約類型。然而，多半之討論仍然以繼續性的債之關係為中心。對長期契約在設計以及解釋上的問題，並沒有太多的著墨。以下即先說明我國學說上所提出之「繼續性債之關係」，並釐清其與本文所討論之「長期契約」之間的關係為何；在第二項中則說明我國學說過去曾提出之長期契約類型；在第三項中則說明我國學說對長期契約觀察之不足，以及有必要討論之處。

#### 第一項 繼續性債之關係

我國過去對長期性契約的討論是從「繼續性債之關係」加以出發，所涵蓋的範圍包括了廣義的債之關係。而此一概念係繼受德國民法學說而來。德國民法學者在此一方面之見解，最早可由德國學者 Otto von Gierke 所提出的繼續性債之關係談起。Gierke 氏認為，繼續性債之關係，應從構成債權債務內容之給付，是否須在某一時點、或於某一期限內履行，加以觀察。如果所負之義務，是在特定時點為集中給付者，則我們面對的是一個一時性的債之關係；如果給付之義務必須延續一段時間始能完成，則此為所謂的繼續性債之關係。<sup>1</sup>而義務的範圍，將由「時間」加以確定。因此，在一時的債之關係中，債務應於到期日履行，債務方能滿足；而後者之債務履行，則是於債務存續期間內為之。<sup>2</sup>而學者指出，繼續性債之關係，最重要的是在於：無限延續之概念內涵。當事人在締約時，並未設定期限、或契約履行後，未加終止者，契約關係通常可以無止境的存續而不消滅，而時間之長短涉及總給付義務的多寡。此種「繼續性債之關係的不可耗損性」為一時債之關係所不備。<sup>3</sup>

而此種理論出現的原因，除認為傳統契約法律只存在了「契約解除」而溯及既往回復原狀，而沒有「契約終止」不發生溯及效力一事，並不合理之外，尚考慮到契約法中屬人之因素，而發現許多繼續性債之關係中，均和人之行為有關，故人在此一類型的法律關係中扮演重要的角色。因此，學者有認為，繼續性債之關係的發展，與保護社會交易中之弱者，亦有關聯。<sup>4</sup>

而從繼續性債之關係出發，契約亦可以被分為一時之契約與繼續之契約。一時之契約，謂債之關係經當事人為一次履行即可實現者；繼續之契約，則除當事人為合致之意思表示以外，其契約之內容須經債務人的繼續履行始能實現。兩者分辨之準則，應以給付內容之具體情形斷之。<sup>5</sup>

還有學者並未使用「繼續性債之關係」此一用語，但亦提出與「繼續性債之關係」相當類似的概念，而指出在有些債之關係中，時間有相當重要的份量，因此，在這種行為中，時間決定了應履行給付的範圍。其將此種契約稱之為長期債

<sup>1</sup> 盛鈺（1988），〈繼續性債之關係〉，頁 7，台灣大學法律學系碩士論文。

<sup>2</sup> 請見前揭註 1。

<sup>3</sup> 請見前揭註 1，頁 13。

<sup>4</sup> 請見前揭註 1，頁 14-5。

之關係。例如：租賃契約中，出租人的給付請求權，和其將租賃物供承租人使用期間的長短成正比。<sup>6</sup>而瓦斯、電力、水、電話等的供應契約，其契約係由消費者使用數量，以及供應企業維持經常供應準備兩種要素所構成。這種供應就算無人使用，仍然要維持隨時可供應之狀態。因此，此類關係亦稱為重複債之關係，也就是在基本的關係架構內，就個別期間的消費成立債之關係，或至少在每一計算期間成立一新的債之關係。<sup>7</sup>

不論是上述繼續性債之關係的概念，或是長期債之關係的概念，與本文所討論之「長期契約」，均有些許差異。繼續性債之關係，債之內容係由時間加以確定，債之關係是否繼續是由延續時間之長短加以出發；而本文所定義的長期交易，是指發生在廠商之間，必須持續一段時間、透過交易雙方之間的合作，方能完成之交易。而為了達成此種目的所締結之契約，即為長期契約。本文已在第壹章中說明，「合作」才是此種契約的本質，交易延續時間的長短只是這種交易的「反射現象」。因此，繼續性債之關係對於本文所討論之長期交易中可能面臨的問題，只能涵蓋到不確定性之部份，而無法觀察到因合作之需求而產生之特殊交易投資的問題。更進一步的說，本文之長期交易，係一從商業交易之觀點所定義出來的概念，因此和從法律觀點觀察所得到的繼續性債之關係，有所不同。是故，繼續性債之關係概念的提出，雖然和本文所欲討論之長期交易有重疊之處，但對於本文所要討論的問題，則有不足。因此，本文仍採「長期契約」之用語。

## 第二項 長期契約之種類

我國學說中其實並沒有特別對長期契約之種類提出討論，然而，學者所提出之眾多契約類型中，雖然名稱各異，但究其實質，有許多類型其實會落入本文所討論的長期契約中範疇中。以下即討論我國學說上常見之長期契約類型。

### 第一款 繼續性供給契約

繼續性供給契約係目前我國法中，受到較多研究的一種長期契約類型。所謂繼續性供給契約者，係當事人約定一方於一定或不定之期限內，向他方繼續供給

---

<sup>5</sup> 孫森焱（2003），《民法債編總論上冊》，新版，頁46，台北：自版。

<sup>6</sup> 黃立（2006），《民法債編總論》，3版，頁5，台北：元照。

定量或不定量之一定種類、品質之物，而由他方支付一定或按一定標準計算價金之契約。<sup>8</sup>

繼續性供給契約的特色在於：<sup>9</sup>

1. 相互性原則：

出賣人負標的物數量自始不確定之供給義務，而買受人有依需求取用的權利，因此彼此間構成繼續性供給契約之相互性關係。

2. 確定性要求：

買賣之標的物、價金、個別之供給，可以透過一客觀的方法來加以確定。但其並非自始確定，給付以及相對給付係因契約時間之增加而增加，其總數量事前無法確定。<sup>10</sup>

在德國學說下，又將繼續性供給契約，區分為「分期交付契約」（給付範圍自始確定，而分期或遞次交付）與「長期供應契約」（契約以不定期限或較長期限訂立，且總給付量締約時無法確定，而須視日後訂購者之需求或供給者之產量決定之情形）。<sup>11</sup>而這兩者是否均屬於「繼續性債之關係」，學說上仍有爭議。本文認為，此種爭議對本文所要討論的長期契約來說，並沒有差異。分期交付契約雖然因為給付範圍在締約之初便已確定，因此看似不符合繼續性供給契約的定義，但是此種契約仍是以合作為其核心，而延續了一段時間，所以仍會落入本文所指稱之「長期契約」之範疇，而長期供應契約亦具備合作之特質。故上述兩種契約是否為繼續性供給契約，在學說上或有爭議，然在本文認為，此二類型之契約本質其實是相同的，因此也會面臨本文所指出之長期交易常常必須處理的問題。

<sup>7</sup> 請見前揭註6，頁 5-6。

<sup>8</sup> 王澤鑑（1999），《債法原理第一冊》，增訂版，頁 146，台北：自版；另有學者提出「繼續性買賣契約」，即「由當人決定給付之範圍與時間，並持續地加以實現其內容之單一契約，其交易型態大多係由賣方接受買方之訂貨並為給付，而買方則於受領標的物後始支付價金。」，陳洗岳（1999），〈繼續性契約下之阻卻給付遲延責任之事由一評最高法院八十七年度台上字第二二五九號判決〉，《月旦法學雜誌》，第 52 期，頁 148；實務見解之部分，請參考：最高法院 94 年度台上字第 1860 號判決：「...又繼續性供給契約，乃當事人約定一方於一定或不定期限內，向他方繼續供給定量或不定量之一定種類、品質之物，而由他方按一定之標準支付價金之契約。」；最高法院 89 年度台上字第 1904 號判決：「...按契約除當事人為合致之意思表示以外，須經債務人繼續之履行始能實現者，屬繼續性供給契約。」

<sup>9</sup> 請見前揭註1，頁 41。

<sup>10</sup> 請見前揭註6，頁 5。

<sup>11</sup> 請見前揭註1，頁 34。

## 第二款 範疇契約

當當事人間的交易所，不僅是偶發性或一次性的，而是具有經常性與多次性，則在個別契約成立之前，當事人常就特定共通事項，事先成立定型化契約條款，並約定該條款一律適用於將來成立的個別契約，此即為範疇契約。<sup>12</sup> 範疇契約之內容，不以買賣契約或製造物供給內容為限；當其後有個別契約成立時，範疇契約的內容，也會成為個別契約內容的一部。<sup>13</sup>

有論者認為，範疇契約並非繼續性供給契約。範疇契約者，係交易行為之當事人雙方，就一定期間內，將反覆繼續進行的交易，訂定基本事項以規範交易所成立之契約，因此，範疇契約本身沒有一當事人得請求給付交換之獨立基礎存在，僅能使當事人之一方或雙方，就後續的交易，反覆地負有締約之義務。是故，學者認為，範疇契約與繼續性供給契約之差別在於：範疇契約對某種交易條件下的交易關係，負「準備功能」的角色，而繼續性契約對嗣後發生的給付交換，卻是具有基礎功能的意義。<sup>14</sup>

## 第三款 架構契約

架構契約不是暫時存在的契約，而是長期存在的契約，為了雙方當事人間將來締結的同一類型的契約，提供契約的基本架構，在此架構契約的當事人間，或在契約架構的一方當事人與第三人間，或在第三人間成立契約時，這些個別契約均以架構契約確定其內容。<sup>15</sup> 亦即，架構契約是就個別契約的締結，確定其基本條件。<sup>16</sup>

而其實架構契約與範疇契約，二者相當類似，均是為了某一重複發生之交易，負有「準備功能」之契約。因此，兩者名稱雖異，實質上卻相同。而此二類契約因具有當事人必須在一段期間內互相合作之特質，因此也落入本文所討論的長期

<sup>12</sup> 例如：在最高法院 91 年度台上字第 1310 號判決之案件中，當事人之間的合約書約定，「本合約係規定甲乙雙方零組件訂購基本權利義務，適用於雙方所訂立之個別合約。」關於本案之探討，請見本文第肆章第七節之討論。

<sup>13</sup> 陳自強（2002），《契約之成立與生效》，頁 116，台北：學林；亦有學者將其稱為繼續性交易契約，請見前揭註 1，頁 39，台灣大學法律學系碩士論文。

<sup>14</sup> 請見前揭註 1，頁 40。

<sup>15</sup> 請見前揭註 6，頁 32-3。

<sup>16</sup> 請見前揭註 6，頁 33。

契約之內。

### 第三項 小結：我國學說對長期契約觀察之不足

我國學說提出繼續性債之關係的概念，對傳統之契約法來說，雖然是一項創舉，但是其仍有不足之處。學說對繼續性債之關係的討論，多半集中在契約履行之層面，包括契約應該終止或撤銷、終止或撤銷之效力應為何、同時履行抗辯應該如何適用等等問題上。本文所討論的長期契約本身是一種繼續性的債之關係，但其內涵遠比繼續性債之關係來得豐富；再者，我國法下討論繼續性債之關係，缺乏從「交易」觀點之觀察。因此，學說並沒有意識到，所有長期契約都會面對到的問題：不確定性、資訊不對稱、投機行為。而這些問題對長期契約有何影響，特別是在契約設計以及契約解釋上，契約解釋應該如何符合交易實質，更是一直為我國學說所忽略。

而我國學者有認為，債之關係，如其形成與履行期間，經過之時間較長，則此種較長期的債之關係，即便發生債務不完全履行的頻率也較高，但法律上對這種債之關係，並不需要給予特別之待遇，縱然長期債之關係的不完全履行發生頻率較高，法律上對於不完全履行的一般規定，也已足夠。<sup>17</sup>此種見解雖然並非錯誤，但有其不妥之處。蓋長期債之關係，發生不完全履行之頻率較高，將會影響到當事人如何在締約之初設計契約，以及產生對契約法在事後進行調整的需求，而這樣的需求，亦會對法院應該如何解釋這些契約，產生影響。在法律規範的設計上，或許並不需要作太多的修改，但是其應該如何彈性適用以符合這些長期契約的需求，則為必須解決的問題。

因此，本文認為，學說上雖然注意到了繼續性債之關係，但並沒有從實際交易的角度來觀察這種關係，也因此沒有意識到其所面對的問題。而這部份正是本文所要解決的。以下第二節先說明經濟學者觀察交易當事人面對不確定之情況時，設計契約之方式，而提出之不完全契約理論；再於第三節中，說明法律學者對此一現象之觀察，而提出之「關係契約理論」。

## 第二節 不完全契約理論

<sup>17</sup> 請見前揭註6，頁4。

在過去的半個世紀中，經濟學家已嘗試由許多不同的角度，來觀察契約之現象以及問題。有學者從廠商組織內部之觀點，觀察應該如何設計激勵制度、極大化利潤，而有代理理論（agency theory）產生；有學者對勞動市場中的契約應如何建構提出觀察；亦有學者從長期契約所面對之不確定性，而提出不完全契約理論之說。<sup>18</sup>因此，在此節中，本文將以不完全契約理論為中心，說明長期契約常會出現不完全契約之原因。

不完全契約理論發展的契機，在於學者透過觀察現實世界中的契約，發現了一個有趣的現象：如果我們認為交易當事人是喜歡確定感的，交易當事人應該會盡量在締約之時設想可能發生之問題，而將其納入契約之約定中，以防患未然，避免事後的紛爭。然而，學者們卻發現，真實世界中，約定不完全的契約，比比皆是。而這個現象似乎和我們的想像並不相符。究竟我們的認知出了什麼問題？

首先必須釐清的，是所謂的不完全契約或完全契約，其實是一個相對的概念。契約究竟是完整或不完整，必須透過比較方能斷定，亦即不完全契約是有程度差別的，其和完全契約並不是非黑即白、涇渭分明。有人認為，契約總是可以被認定為完整的、也從來不是完整的。<sup>19</sup>不完整，可能是因為實際執行上有困難，也可能是故意在事前做不完整的約定；完整，是因為法院總是可以執行這些契約。但是這種說法對解決問題—為何當事人會訂定不完全之契約—並沒有太多的實質幫助。以下即先說明不完全契約的概念，再說明不完全契約理論的內涵。

在討論不完全契約之定義前，必須先釐清經濟學家所指稱之「契約」為何。經濟學者所稱之契約和法律學者不同。經濟學家所指稱之契約，係雙方或多方當事人之間的交易安排，由互惠及期待維繫彼此之間的關係，而當事人會想要極大化自己的利益；但律師所稱之契約，則將重點放在其是否構成法律上的權利義務關係，因此要約、承諾等法律上有拘束力的行為便變得相當重要。<sup>20</sup>此種對契約所持之觀點上的差異，也造成經濟學家和法律學家對契約之解釋及設計由不同角度出發。

---

<sup>18</sup> See Oliver Hart & Bengt Holmström, *The Theory of Contracts*, in *ADVANCES IN ECONOMIC THEORY* 71, 72-3 (Truman F. Bewley ed., 1987).

<sup>19</sup> See Scott Baker & Kimberly D. Krawiec, *Incomplete Contracts in a Complete Contract World*, 33 *FLA. ST. U. L. REV.* 725, 725 (2006).

## 第一項 不完全契約之定義

對於何種契約應被稱為不完全契約，經濟學家和法律學家有不同的定義。簡言之，經濟學家的不完全契約，是「資訊上的不完全契約」（informationally incomplete contract，亦有學者以 contingently incomplete 稱之），法律學家的不完全契約，則是「權利義務上的不完全契約」（obligationally incomplete contract）。

對法律學者而言，所謂的不完全契約，係指未能仔細描述締約雙方在所有可能發生之情況下，權利義務關係的狀態，也因此此種不完全契約被稱為「權利義務」上的不完全契約。採用法律學者對不完全契約的觀點，雖然符合從法律觀點對此種契約的觀察，但缺點在於：從這種觀察中，並無法理解當事人為何要在契約中留下漏洞。畢竟，當事人要把契約設計成權利義務上的完全的契約也非難事，當事人只要設計一能夠廣泛適用的契約條款，例如：價格變動之風險全部由某一方承擔，即可將某一權利或義務完全分配給交易當事人中的一方。<sup>21</sup>然而，當事人並沒有採取這種約定方式，因此，法律觀點下所提出的不完全契約，只觀察到了一種現象，但無法對此種現象提出解釋。

但對經濟學家來說，所謂的不完全契約，只要當事人無法在所有可能發生的狀況下，提供一符合效率的權利義務分配關係，當事人便是締結了一「資訊上的不完全契約」，即當事人無法預測所有可能發生之或有事件而將風險妥適分配。<sup>22</sup>因此即便該契約在權利義務關係上看起來是完整的，對經濟學家來說，也未必是完整的契約。舉例言之，契約中可能作如下之約定：甲方必須在某年某月某日，以價格 10,000 元的代價，將某物賣給乙方。此一契約在法律上看來相當完整，至少當事人之間的權利義務關係相當清楚，但是在經濟學家的眼中看來，此一契約未必是完全契約。因為，當該物之成本大於 10,000 元，或其履約價值對買受人來說小於 10,000 元時，這筆交易的履行對雙方來說便不是最有效率的安排。因此，對經濟學家來說，這個契約便是不完全契約。<sup>23</sup>也因為經濟學家採用此種「嚴格」

<sup>20</sup> See Jeffrey N. Gordon, *The Mandatory Structure of Corporate Law*, 89 COLUM. L. REV. 1549, 1549-50 (1989).

<sup>21</sup> See Robert E. Scott & George G. Triantis, *Incomplete Contracts and the Theory of Contract Design*, 56 CASE W. RES. L. REV. 187, 190 (2005); see also Scott Baker & Kimberly D. Krawiec, *supra* note 19, at 730-1.

<sup>22</sup> Robert E. Scott & George G. Triantis, *supra* note 21, at 190.

<sup>23</sup> Robert E. Scott & George G. Triantis, *supra* note 21, at 190-1.

的定義，故從經濟學家的眼中觀之，鮮少有契約是「完全契約」，大部分的契約都是不完全的。

而究竟哪一種定義才是合理的？有經濟學家認為，如果採取法律學家的觀點，則不完全契約要成立將會很困難。因為交易當事人只要在契約中約定了一些「補遺條款」，如：盡力、誠信等條款時，該契約便可以宣稱其已對所有的或有事件作約定了。但是從經濟學家的角度、或者從解決問題實益之角度來看，即便有這種條款的約定，也不代表契約已對未來可能發生的事情，做了最有效率的安排。<sup>24</sup>而這種約定仍然必須透過契約的解釋或調整，方能實際運用於交易中。因此，從解決問題的實益言之，或許經濟學家所給予的定義是比較合理的，因為此種定義才能發現契約之漏洞，也較能從契約設計之角度思考此種漏洞應如何填補。是故，本文以下所稱之不完全契約，均是指「資訊上的不完全契約」。

## 第二項 不完全契約理論之內涵

### 第一款 不完全契約之成因—由交易成本之觀點切入

經濟學家認為，最好的契約，應該是「完全的契約」，這是當事人在締約時的最佳選擇，<sup>25</sup>因為其對整體社會帶來的的效用最大，資源配置也最有效率。因此，我們一般都會假設契約一定會反應當事人所認知到的狀況，換言之，當事人應該會採一個對他最有效率的締約方式—即完全契約—才對。但是事實上未必如此。當事人可能會故意締結一個不完全契約，來因應未來的狀況；或者可能是根本無法在事前訂定完整的契約。

而不完全契約的原因，可以從該原因係發生於外部，或從內部而來加以區分。從外部而來者，可能是當事人無法在事前做出預測，因為未來會發生什麼事情當事人尚不確定，所以無法在契約中做明確的約定，這就是因為外在原因所造成之不完全契約。所謂從內部而生之原因，係指當事人可能是故意的，就可以在契約中明確約定、成本低、可行且可驗證的措施，當事人也不在契約中約定。這就是因為內在的因素所造成的不完全契約。<sup>26</sup>

<sup>24</sup> See Benjamin E. Hermalin & Michael L. Katz, *Contracting between Sophisticated Parties: A More Complete View of Incomplete Contracts and Their Breach*, 9 J. L. ECON. & ORG. 230 (1993).

<sup>25</sup> See George G. Triantis, *The Efficiency of Vague Contract Terms*, 62 LA. L. REV. 1065, 1068 (2002).

<sup>26</sup> See Robert E. Scott, *A Theory of Self-Enforcing Indefinite Agreements*, 103 COLUM. L. REV. 1641, 1642 (2003).

然而，不論該不完全契約之成因是來自外部或內部，其實都可以從「交易成本」之角度加以解釋：因為交易成本的存在，使當事人為完全契約的成本，遠高於其所能得到的利益，對當事人來說，這是一種利益衡量的過程。因此，從交易成本切入，我們可以將交易分成兩階段，說明當事人在締約時以及交易執行時，所必須處理的成本。而資訊之可得性以及可驗證性的問題，在此處亦一併浮現。以下，即以資訊可否驗證，以及交易之過程，分成三個層次，說明不完全契約產生之原因。<sup>27</sup>

### 第一目 不可預見之或有事件 (unforeseen contingencies)

所謂無法預見之或有事件 (unforeseen contingencies)，係指交易雙方無法在事前預見是否會發生之事件。<sup>28</sup>而這種事件依其不可被預見之程度，又可以分成兩個層次。一種是完全無法預料到、當事人在事前完全沒有考慮過的事件；另一種則是當事人能夠察覺到其發生之可能性，但完全無法評估其可能性之高低。可能是因為外在情況之變動太複雜，使預測變得完全不可能；也可能是因為此種事件在過去從未曾發生過，因此當事人完全沒有察覺。此時，當事人面對這些不可預見的或有事件，便無法在契約中作完整之約定。<sup>29</sup>

### 第二目 締結契約之成本—事前之交易成本

而即便當事人可以獲得完全之資訊，當事人也未必會締結完全契約。其原因在於：取得完整資訊所必須付出的成本，撰寫完整契約所花費的勞力、時間、費用，與另一方協商之成本等等之總和，可能會遠高於當事人所能得到的利益。當事人當然也必須考慮到：締結不完全契約，在交易執行中所可能產生的風險和成本，是否有誘因使其為完全契約之締結。舉例言之，當事人在決定應該如何約定契約中之價格時，如果該價格是隨著某種情勢變動而改變，當事人究竟應該採取

<sup>27</sup> 也有學者指出，當事人可能只是不小心，忽略了某些契約問題而漏未約定。然而，這種情況畢竟屬於少數；再者，當事人會有疏忽產生，也多半是因為外在情勢之複雜，而使當事人漏未約定，因此，也可以說是交易成本的一種展現，see Alan Schwartz, *Relational Contracts in the Court: An Analysis of incomplete Agreements and Judicial Strategies*, 21 J. LEGAL STUD. 271, 278-81 (1992).

<sup>28</sup> See Jean Tirole, *Incomplete Contracts: Where Do We Stand?* 67 ECONOMETRICA 741, 743-4 (1999).

<sup>29</sup> 但亦有學者認為，不可預見之或有事件，和不完全契約之現象並沒有關聯。蓋即便當事人無法確切說明未來可能發生的事情，亦可以大概預測未來可能發生之事件對當事人可能會造成何種影響。詳細之說明，請見：Eric Maskin & Jean Tirole, *Unforeseen Contingencies and Incomplete Contracts*, 66 REV. ECON. STUD. 83 (1999).

固定價格或浮動價格，就必須考慮其對某種情勢必須付出的探測成本。<sup>30</sup>

再者，即使在資訊完全之情況下，如果該資訊是可以被觀察到、但無法被驗證的資訊時，則該資訊便是無法透過契約加以約定的（non-contractible），此時不完全契約的現象便會發生，而導致對社會最有效率的資源配置方式無法發生。<sup>31</sup>

### 第三目 執行契約之成本—事後之交易成本

本文已在第二章中說明，交易執行中可能產生適應不良、討價還價、設計治理機制以及約束成本等四種交易成本。而在契約執行中所面對的交易成本問題正是這些。當事人也必須考慮到，交易進行中如產生爭議，尋求法院解決時，法院還必須先了解契約之內涵，然後驗證外在資訊是否和契約之約款相符合，以執行契約；即便法院驗證資訊的成本在可接受的範圍內，當事人還必須考慮到，法院可能會發生判斷錯誤之風險。<sup>32</sup>而這樣的問題不只會發生在法院，只要當事人向交易以外之第三人尋求救濟途徑時，皆可能發生此類問題。

然而，如果當事人在事前無法準確衡量這些風險，或是認為這些風險發生之可能時點仍很遙遠，當事人便可能選擇不在契約中處理這些問題，或是以較簡略的方式做一初步規範，待風險更為明朗化後再另行協商，因此便有了不完全契約的產生。

當然，除了上述三個原因之外，也有經濟學家指出，因為交易成本所產生之不完全契約，這些眾多交易成本之成因，可以歸納至一個主要的因素，也可以說是問題的源頭：即複雜的締約環境（complexity of the contracting environment），其中包括潛在之未來交易機會。當複雜的程度升高時，撰寫完全契約所能達到的效用便越低，所必須支出的成本便越高，而使撰寫完全契約變得不符合成本效益法則。<sup>33</sup>其原因在於：當潛在之未來交易機會越多時，愈可能有沒有效率的狀況發

<sup>30</sup> Alan Schwartz, *supra* note 27, at 273.

<sup>31</sup> Oliver Hart & Bengt Holmström, *supra* note 18, at 134-7。在該文中，作者以一例子，說明在交易中，如需要買賣雙方皆為特殊關係投資，方能產生對社會最有效率之結果時，當賣方之成本以及買方之價格係可以觀察到、但無法被驗證的資訊時，將使買賣雙方無法在事前為最有效率的投資，因此交易所能創造的價值將小於價格及成本皆為可觀察到亦可驗證之資訊，而雙方均可為最佳投資時。

<sup>32</sup> See Robert E. Scott & George G. Triantis, *Anticipating Litigation in Contract Design*, 115 YALE L.J. 814, 825-34 (2006).

<sup>33</sup> 相關證明，可參考：Ilya Segal, *Complexity and Renegotiation: A Foundation for Incomplete Contracts*,

生，因此當事人就要耗費更多的締約成本來規範這些可能的沒有效率的行為。持這一派論點的學者也認為，光是從執行成本（enforcement cost）、無法預見之或有事件（unforeseen contingencies）、撰寫契約之成本（writing cost）、再協商（renegotiation）這四項因素本身，並無法推論出不完全契約為何會產生。因為：<sup>34</sup>

1. 執行成本：

即便當事人未來對交易的評價可能不同，但只要這些評價是可以被雙方初步觀察到的，他們便可以透過訂定或有契約來解決問題。所以執行成本這件事本身並不會使契約非得不完全不可。

2. 無法預見之或有事件：

很多採取不完全契約理論的學者，都假設當事人可以預見未來之或有事件，或是當事人可以設計特定之訊息，在締約後描述締約前無法描述的事件。只要當事人能運用這種方法，當事人並不會因為無法預見之或有事件，而必須訂定不完全契約。

3. 撰寫契約成本：

當撰寫成本，和從契約所能得到的利益比較起來，利益越高時，契約越可能完全。但是撰寫成本在現實世界中難以恆量，因此，此項原因亦難以成立。

然而這一派的學者只是從環境的複雜性——也可以說是環境的不確定性——來討論不完全契約的成因，其並沒有否定不完全契約的存在；對不完全契約的成因所提出之見解，亦和前述之三項原因相去不遠，只是更強調環境的不確定性對締約所帶來的影響。最後，也有學者從「策略」的角度來觀察這個問題。當締約中的一方握有另一方所沒有的資訊時，可能會為了隱瞞自己所擁有之資訊，而在事前不對所有可能發生之或有事件做出約定，因為如果在事前約定的話，可能會流露出自己擁有該資訊之事實，而使自己在契約中所能享有之利得變少。<sup>35</sup>

過去的學說都認為，契約應該要越明確越好，方能解決未來可能面對的問題。

---

66 REV. ECON. STUD. 57 (1999).

<sup>34</sup> See *id.*, at 72-3.

<sup>35</sup> See Ian Ayres & Robert Gertner, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, 99 YALE L.J. 87, 94 (1989).

但是觀察真實世界中發生的契約，充斥著以不明確文字約定的約款。以上提出不完全契約形成之原因，或許可以初步理解，為何我們在真實世界中常常會遇到約定不明確的契約。因此，我們過去對契約的認知，認為契約代表當事人之間完整的約定，是當事人和法院之間完全的溝通工具，未必是正確的；契約反而可能是當事人之間彼此溝通的工具，也就是透過這些明確與不明確的約定，彼此進行溝通。<sup>36</sup>

## 第二款 不完全契約之設計—交易成本之最小化

理解不完全契約之成因後，我們要如何判斷，當事人在何時會為完全契約，在何時又會為不完全契約？我們可以從事前風險以及事後損失的角度衡量之。不完全契約的目的便是要解決事前（ex ante）以及事後（ex post）之效率衝突。事前風險（ex ante risks）是指當事人在協商契約時，所面臨將來損失的風險。事後損失（ex post losses）是指在契約訂定後，實際發生之損失。而契約的當事人，必須在事前風險和事後損失之間，做一個選擇。<sup>37</sup>

而要如何將契約的交易成本極小化？我們從「分配風險」與「分配損失」時，兩者交易成本之差異切入觀察。如果當事人在契約中明白約定了分配風險的條款，他們便必須負擔交易成本；反之，當事人如果在契約中並未提到如何分配風險，他們就必須面對可能出現損失之交易成本。契約中未約定之事項的預期交易成本，等於損失可能形成之機率，乘上分配損失的成本。而當協商明定風險分配條款實際花費的成本大於未盡事項未來發生損失的預期成本時，當事人便會選擇在契約中留下某些事項，待日後決定，以節省交易成本。此一理論可以用以下之公式表達之：

風險分配之成本  $>$  分配損失的成本 $\times$ 形成損失的機率，則當事人會締結不完全契約。而如：

風險分配之成本  $<$  分配損失的成本 $\times$ 形成損失的機率，當事人會在事前締結完全之契約。<sup>38</sup>

<sup>36</sup> George G. Triantis, *supra* note 25, at 1072-3.

<sup>37</sup> Robert Cooter & Thomas Ulen 著，溫麗琪譯（2003），《法律經濟學》，3版，頁255，台北：華泰。

<sup>38</sup> 請見前揭註，頁255-6。

將此一公式放到長期契約中來看，本文所指長期契約中必須面對的風險，是當事人在情勢不確定、資訊不對稱以及特殊關係投資下可能發生的投機行為。因此，當事人如果認為分配投機行為之成本大於分配投機行為發生後所造成的成本乘以投機行為之機率，則當事人便會締結不完全之長期契約，反之則會在事前締結完全契約。

而如之前所述，契約完全與否，是一個相對的概念，因此經濟學家更進一步發展出了衡量當事人究竟會締結到何種程度的「完全契約」的方式。在經濟學中，廠商的最適生產量，是在邊際成本與邊際效益相等時。當交易中的不確定性升高時，締結完全契約的成本也會提高，而隨著對完全性要求的提昇，締約成本也會逐漸升高，因此邊際成本便逐漸升高；而締結完全契約所能得到的效益，則隨者對契約完全性的要求愈高，逐漸降低，因此其邊際效用也會逐漸降低，另一方面，當契約中的準租值愈高時，當事人締結完全契約的邊際效用則會提昇。<sup>39</sup>而當事人的締約究竟會完整到何種程度，便視邊際成本與邊際效用在何時能夠達到均衡。

而當契約「不完全」到一定程度之後，此種契約無法被當成一種可信賴的承諾，也因此當事人便不能依賴契約作為進行交易的工具，而必須另行尋求其他方式解決。Grossman 和 Hart 便認為，當無法透過契約之締結，達成交易目的時，另一種交易安排是：在雙方之間事先決定，哪一方對資本設備（capital equipment）有剩餘決策權，<sup>40</sup>也就是哪一方擁有所有權。因為所有權相較於契約，對於資本設備所能控制之範圍更大，亦即某些在契約中無法被約定的事項，當當事人能夠在事先約定誰擁有剩餘控制權時，此種剩餘控制權便能在或有事件發生時，決定應

---

<sup>39</sup> See Stéphane Saussier, *Transaction Costs and Contractual Incompleteness: the Case of Électricité de France*, 42 J. ECON. BEHAV. ORG. 189, 193-4 (2000).

<sup>40</sup> 所謂的剩餘控制權（residual rights of control），係由經濟學家所提出之概念，其可以用以下的例子表示之。A 想要使用 B 的機器，則 A 有兩種選擇， he 可以和 B 約定應該如何使用機器，請 B 將機器借給他使用；也可以向 B 購買機器。而如果這個世界是沒有交易成本存在的話，不論以何種方式為之，其結果都會相同。更具體的說，如果 AB 以不移轉所有權、僅僅約定 A 可以使用 B 的機器的方式來達成交易目的，則在沒有交易成本的情況下，AB 可以預測到所有未來可能發生的事情，而締結一完全契約，因此透過契約之執行，可以達到和 A 自己擁有該機器一樣的效果。然而，現實世界中不可能存在完全契約，因此當 AB 之間以締約之方式來達成交易目的，而契約中存在漏洞時，誰可以來決定這個漏洞應該如何填補，便必須回到所有權的問題上——有所有權的人，便可以決定該機器應該如何使用。因此，所謂的剩餘控制權，係指契約中未約定該機器應該如何被使用時，所有權人在不和契約中之約定、或過去之交易習慣相衝突之情形下，有權利決定該機器應該如何被加以使用，see Oliver Hart, *Residual Rights of Control*, in THE NEW PALGRAVE DICTIONARY OF ECONOMICS AND THE LAW, 3: 330-1 (Peter Newman ed., 1998)

該由誰、如何面對或有事件做出決策。<sup>41</sup>

### 第三項 小結

從以上說明中可以得知，雖然完全契約對當事人來說應該是最完美、最不會發生問題的一種契約，但此種契約在現實世界中，在人類有限理性、資訊不完全的限制下，可說是不可能存在。<sup>42</sup>因此當事人能做的便是在契約中留下某些空白，留待日後情勢較為具體之時，再思解決之道。<sup>43</sup>因此，不完全契約的產生，可以說是一種從契約設計上，面對複雜之交易，解決當事人可能面臨的不確定性、資訊不對稱、以及投機行為的方法。

因為有交易成本之存在，制度之設計不可能達到百分之百的完美。因此，即便有法律機制的存在，亦不可能百分之百確保能完成其交易目的，而必須透過彼此合作協力，才可能確保交易之達成。<sup>44</sup>制度的不完全性，也將導致制度在執行上並非百分之百完美。

然而，這種在契約中「留白」，不做完全約定的方式，也會造成另一種困難：即當事人在契約治理中，可以使用的「法律」工具便減少了。則當當事人一方發生違約之情形時，法律將難以介入解決契約所發生的問題，或者以法律解決問題的成本將會很高。此時，便必須依賴一些非法律機制的介入，方能以最有效率的方式，解決契約中所產生的問題。因此有學者便提出所謂的「關係契約」的觀察，將契約關係拓展到非法律的層面。<sup>45</sup>以下即進入「關係契約」之討論。

### 第三節 關係契約理論

關係契約理論係由 Ian Macneil 所提出。他將契約法之演進，分為古典契約法（classical contract law）、新古典契約法（neoclassical contract law）以及關係契約

---

<sup>41</sup> See Sanford J. Grossman & Oliver D. Hart, *The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration*, 94 JOURNAL OF POLITICAL ECONOMY 691, 700-9 (1986).

<sup>42</sup> 我們可以說，如果契約中無法設計出面對人類有限理性、資訊不對稱問題等「先天性限制」的辦法時，將產生「契約失靈」（contract failure）之現象。

<sup>43</sup> 至於當事人會採用何種方式來締結長期的不完全契約，本文將留待下一節中，說明關係契約理論之原則時，以及第四章中說明長期契約中常見的契約條款時，再一併說明之。

<sup>44</sup> Eirik G. Furubotn & Rudolf Richter 著，姜建強、羅長遠譯（2006），《新制度經濟學》，頁19-20，上海：人民。

<sup>45</sup> See Oliver E. Williamson, *Credible Commitments: Using Hostages to Support Exchange*, 73 AM. ECON.

(relational contracting) 三個時期。Macneil 認為，長期契約的兩個特色在於：進行事前之契約規劃時，可能會有漏洞產生；而契約的規劃者，會使用一連串的過程和技巧，來創造契約的彈性。契約之漏洞可能被置之不理，或是在事前被詳細規劃。<sup>46</sup>而他在觀察出長期契約的這類特色之後，提出其主張之關係契約理論，試圖說明契約中之脈絡<sup>47</sup>如何被形成，應該如何被理解，某些契約條款為何會出現，而法院又應該如何在關係的脈絡下理解這些契約，解決爭議。

而提出關係契約的目的，並不在創造一種新的契約類型。正確來說，契約本來就是一種法律的產物，Macneil 提出其對關係契約之觀察，為的是指出一種已經存在的現象。所以關係契約是提出一種新的觀察，希望透過這種新的觀察，提出法律應該提供何種規範或解釋方法，以解決契約法面對真實交易時所忽略的問題。

由於關係契約理論係 Macneil 認為：古典契約法及新古典契約法有不足之處，而加以提出，因此以下先說明古典契約法以及新古典契約法兩者有何缺漏之處，再進入關係契約理論的討論。

## 第一項 理論起源及背景

### 第一款 古典契約法

此處所指之古典契約法理論，係指美國普通法傳統，約從十八世紀至一九三二年之理論。美國法律整編第一整編契約法部份，即為古典契約法理論之明文化。從歷史之角度言之，在這段期間中，交易之態樣單純，商業環境的變動也不若今日劇烈，這些因素都影響了古典契約法的發展。

契約的目的是在促進交易。古典契約法中，強調交易的個別性 (discreteness)、以及現在性 (presentiation)。因此契約中會約定好所有未來可能發生的事情。而這兩個特色又是從議價理論中所演變而來。因此，以下先說明議價理論之內涵，再說明個別性以及現在性之概念，最後再點出為何古典契約法無法負荷二十世紀

---

REV. 519, 528 (1983).

<sup>46</sup> See Ian Macneil, *Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law*, 72 NW. U. L. REV. 854, 865 (1978)

<sup>47</sup> 其實「關係」在契約形成之前便已經存在，否則當事人難以進入契約中決定彼此的權利義務。例如：在締約之前，彼此之間其實有一些法律機制來控制彼此的行為，使雙方達成契約內容之合意。

中以降、商業交易活動之需求。

## 第一目 議價理論 (bargain theory)

古典契約理論的中心，即來自於所謂的「議價理論」(bargain theory)。該理論所要解決的問題是：何種允諾 (promise) 應該被法律加以執行？依據該理論，當承諾為協商之一部份時，該承諾應被合法的強制履行，否則即不應強制履行。而當事人的合意，包括要約、承諾、和對價，為形成協商之內涵的可能基礎，因此也成為契約權利義務之唯一來源。除上述要約、承諾與對價外，與當事人之身分、契約背景、締約時之環境等等相關之其他因素，皆非協商之一部分，亦即無法透過法律強制執行。<sup>48</sup> 議價理論的核心思想，在於相信：締約雙方可以很明確地、也確實會很明確地在協商的過程中，約定風險應該如何分配。<sup>49</sup> 而由此理論中，可以導出古典契約法中個別性之特色，以下即說明古典契約法中現在化以及個別化的特色。

## 第二目 現在化 (presentation) 及個別化 (discreteness)

古典契約法時代之交易單純，多半為個別交易，而個別交易的兩個核心要素，分別為「現代化」(presentation) 以及「個別化」(discreteness)。所謂的現代化，其實是一種看待事情的方式。一般人都會認為，未來事情將會如何發生，係受到現在的事件的影響；是故，我們可以透過在現在進行規劃，而對未來會發生的事情加以控制。而現在化，正是一種我們察覺到未來的事件如何對現在造成影響，而對之為反應的方式：我們想像在未來會發生什麼事情，然後儘量地將其納入現在的規劃中。<sup>50</sup> 至於個別化之內涵，則來自於議價理論，因此相信只有要約、承諾與對價會形成契約權利義務之來源。

而由於個別式交易之核心要素係現在化與個別化，故古典契約理論<sup>51</sup>採用了一

<sup>48</sup> 請見前揭註37，頁 225-7。

<sup>49</sup> See Robert E. Scott, *Conflict and Cooperation in Long-Term Contracts*, 75 CAL. L. REV. 2005, 2009-10 (1987).

<sup>50</sup> Ian R. Macneil, *supra* note 46, at 863.

<sup>51</sup> 此處所指之古典契約法理論，係指美國普通法傳統約從十八世紀至 1932 年之理論。美國法律整編第一整編契約法部份，即為古典契約法理論之明文化。

些方式來加強這兩項要素。針對個別性，古典契約法有以下之規範：<sup>52</sup>

1. 締結契約之對象：參與交易之對象為何人，對法律本身來說，並不會特別不同。因此，交易主體為何人對契約並不會有影響。
2. 締結契約之客體：將交易的客體儘量地「交易化」（transactionize）或「商品化」（commodify）。例如：在僱傭關係中，古典契約法會將「勞務之提供」當成一種商品，「屬人性」之因素在其中降低。
3. 締結契約之內容：只有當事人之合意，方可被當成交易之內涵加以考量；亦即只有當事人正式的合意才能被當成契約之權利義務的來源。例如：正式的溝通（如書面契約）永遠優先於非正式的溝通（如：口頭約定）。
4. 違約時之救濟方式：違約時的救濟方式有限。因此，當事人在一開始締約、進行契約之「現在化」時，便可以預期到未來如果產生違約時，會是何種情形。
5. 對「契約是否成立」有很清楚之分界：古典契約理論對於「當事人是否在交易中」，有很清楚的界線。例如：古典契約法對於要約、承諾有非常清楚的規範。

而這些相當帶有個別性色彩的規定，又導致了現在化的可能性大增。舉例言之：在古典契約法中，因為契約自由之原則，當事人之要約（offer）及承諾（promise）便會創造出具有拘束力之契約。也因為如此，古典契約法提供了締約當事人明確而可預期的法規範去處理交易的各個面向，使當事人可以思考未來可能發生之情況，進而將其「現在化」於契約約定中；而損害賠償方式的特定，也使當事人在締約時，有能力考慮到未來所有可能發生的各種風險，而將損害賠償之相關約定「現在化」。<sup>53</sup>

綜上所述，契約的目的是在促進交易，而在古典契約法中，強調法律的規範，重視由當事人的合意方能產生契約之權利義務。因此，上述之古典契約法看似相

<sup>52</sup> Ian R. Macneil, *supra* note 46, at 863-4; see also Oliver E. Williamson, *Transaction-Cost Economics: the Governance of Contractual Relations*, 22 J.L. & ECON 233, 236-7 (1979).

<sup>53</sup> Ian R. Macneil, *supra* note 46, at 864.

當確定，對交易當事人來說應該是最有效率的規範才是。然而，面對越來越複雜的商業交易，對古典契約法的批評聲浪為何愈來愈高？主要原因在於，在較為複雜的契約關係中，議價理論之假設未必符合現實。其可能造成的扭曲有二：

1. 締約之時：<sup>54</sup>

當事人在締約時，常會產生認知錯誤，而未必能夠衡量所有的事實狀況。也因此當事人可能會透過設計較為彈性之交易條款，以達成交易目的。這樣彈性的條款，未必符合「現在化」之要求。

2. 締約之後：<sup>55</sup>

當事人在締約後，發生和契約之約定有不符之事實時，可以進行再協商。因此，當事人未必要在締約時，在契約中作完整的約定。

為了解決古典契約法不夠彈性的問題，因此有了新古典契約法的提出。新古典契約法仍然是建構在過去的古典契約法所留下來的個別性以及現在化上，而這樣的契約法要如何面對新興經濟社會講究彈性的要求？以下即說明新古典契約法的發展及其所面臨的困境。

## 第二款 新古典契約法

### 第一目 理論源起

不論是古典契約法，或是新古典契約法，均是採新古典經濟（neoclassical economics）下之契約模型——也就是個別交易（discrete transaction）。Macneil 認為，此理論植基於以下兩個假設之上，因此未能將交易中之「關係」加以納入考慮：<sup>56</sup>

1. 靜態（static character）。<sup>57</sup>新古典經濟學的中心概念便是當事人的選擇。而所謂的選擇是將未來所有的選項納入現在的考量所做出的決定，而成為現在的一個選擇。
2. 沒有關係存在（zero relations）。<sup>58</sup>分析中忽略假設有兩種可能的原因存在：第一，單純認為，締約雙方之間沒有任何關係存在；即便有關係存在，該

<sup>54</sup> Robert E. Scott, *supra* note 49, at 2010.

<sup>55</sup> Robert E. Scott, *supra* note 49, at 2010.

<sup>56</sup> 而新古典經濟和新制度經濟對交易成本之態度不同，亦為此兩種理論對契約之觀察會得到不同結論之原因，請見本文第貳章第一節之論述。

<sup>57</sup> See Ian R. Macneil, *Economic Analysis of Contractual Relations: Its Shortfalls and the Need for a "Rich Classificatory Apparatus"*, 75 NW. U. L. REV. 1018, 1039 (1981).

關係對交易也不會產生影響。第二，認為「關係」會被反應在契約中約定中，因此毋需特別考量，例如透過價格便可能反應契約中之關係。

在此種交易中，契約形成之前，締約雙方之間不存在任何權利義務關係，締約雙方之權利義務關係直到契約形成時才被決定。<sup>59</sup>契約因為當事人之選擇而形成，因當事人之履約而消滅。而此種以「選擇」的角度來觀察契約的方式，也是此種理論遭致批評之原因。

為了解決古典契約法中所留下的、在適用上過於僵化的問題，新古典契約法嘗試放寬了古典契約法中現在性以及個別性的特色。新古典契約法認為，不是所有的契約都可以符合古典契約法的交易架構，特別是必須面對未來許多不確定性的長期契約，要在事前一一約定各種或有狀況，即便可能，也過於耗費成本。因為：

1. 未來可能發生的狀況無法一一評估。
2. 再來，對這些或有事項的解決之道，在其尚未發生之前，當事人通常也很難完全掌握。
3. 對或有事項的認定—即事實之存否及事實內涵之認定，都可能會引起爭議。因此，為了解決這些問題，另一種形態的契約因應而生。

## 第二目 理論內容

新古典契約法的具體化，可以以美國統一商法典以及美國第二法律整編契約法之部份為代表。新古典契約建構在古典契約法的架構上，但是相較於古典契約，新古典契約為了解解決個別性以及現在化的問題，放寬了許多古典契約法的假設。其中心思想在於：其意識到契約可能會發生一開始的計畫趕不上未來的變化的狀況，而必須隨狀況調整；而同時也試圖以更有彈性的方式解決契約中之爭議，不會只將重點放在損害賠償上，而會想辦法讓契約關係維持下去。<sup>60</sup>而這種中心思想，反應在以下之變化中：

1. 新古典契約法的規範方式更趨於彈性。

面對契約一開始的規劃以及之後出現的變化之間的衝突，契約所必須提供之

<sup>58</sup> See *id.*, at 1040.

<sup>59</sup> See Victor Goldberg, *Toward an Expanded Economic Theory of Contract*, 10 J. ECON. ISSUES 45, 49 (1976).

<sup>60</sup> Ian R. Macneil, *supra* note 46, at 876.

彈性，新古典契約提供的解決之道是：允許締約雙方另行透過協議，調整雙方之關係。<sup>61</sup>新古典契約法也提出了一些想法，來解決當契約發生爭議時，要如何一方面使爭議被解決，同時又能使契約持續的被履行。例如，在買賣或機械安裝之後，如果有瑕疵產生，給予一方調整其履行狀況的機會，而不直接以損害賠償等方式課與當事人法律責任。<sup>62</sup>然而，新古典契約法對於當事人彼此同意的契約終止權，即便是只有單方有終止之權利，亦沒有做太多的限制。<sup>63</sup>

## 2. 不要求在締約之初便必須確定所有的契約內容。

以個別性為例，承認某些契約約款，即便在一開始沒有個別性，在契約進行到一定程度後，可能會出現個別性，仍具有法律之可執行性。再者，有些契約調整方式是透過契約履行來加以具體化。例如：在僱用秘書之契約中，可能只有約定一方應履行其契約，至於履行的內容為何，則依之後的工作環境及面對之事項等再加以具體化，落實契約內容。<sup>64</sup>

## 3. 提供契約調整條款。

面對契約狀況的變更，當締約雙方無法透過自行調整而達成協議時，新古典契約法也提供了一些原則供其使用。例如：不可能履行（impossibility of performance），契約目的的挫敗（frustration of contract），或是一些解釋契約的原則等。但是 Macneil 認為，這些新古典契約提供的解決方法大都無法使契約關係延續。<sup>65</sup>而只是撿拾某些契約的碎片，試圖將履約不能之風險分配於某一方而已。

### 第三目 理論缺失

前已述及，不論是新古典契約法，或是古典契約法，均是植基於新古典經濟學之模型上。新古典契約法雖然放寬了古典契約法下的許多限制，但學者認為新古典經濟學的模型仍不敷新型態契約之使用。其原因如下：

## 1. 開始、經過、結束：<sup>66</sup>

在新型態的交易中，關係的重複開始，不符合新古典經濟學的假設，使此項分析工具無法被使用。通常關係的開始包含了一連串的選擇，而不是單一的選擇。

<sup>61</sup> Ian R. Macneil, *supra* note 46, at 873.

<sup>62</sup> Ian R. Macneil, *supra* note 46, at 879.

<sup>63</sup> Ian R. Macneil, *supra* note 46, at 880-3.

<sup>64</sup> Ian R. Macneil, *supra* note 46, at 873.

<sup>65</sup> Ian R. Macneil, *supra* note 46, at 875.

<sup>66</sup> Ian R. Macneil, *supra* note 57, at 1041-3.

交易期間延長，結束之期間不確定，也造成了分析上的困難。這也是為何當我們用新古典經濟學的模型去分析當事人的行為時，可能會覺得當事人的行為不合乎理性，而這樣的結果非常合理：因為在長期之交易中，當事人的行為本來就是為了要配合未來的不確定所做的，因此看起來自然是不理性的。

## 2. 衡量（measurement）以及明確性（specificity）：<sup>67</sup>

新古典經濟分析的模型要能有效運作，必須取決於現在所能取得的資訊。但是當資訊越來越不確定的時候，這個模型的分析就未必能夠達成目標。換言之，當選擇越來越受到「有限的理性」的限制時，新古典的模型分析所得到的結果就離現實越遠，而新古典模型解決這個問題的方法是透過風險的分配。但是當契約的關係越來越複雜的時候，風險分配所能得到的效益也沒有原來預期得高，有時反而必須透過猜測和直覺性的判斷才能達成降低風險的目的。再者，許多契約「關係」部份的因素，無法透過量化來計算，因此，也無法被納入新古典經濟模型的分析中。

## 3. 規劃（planning）：<sup>68</sup>

在新古典經濟模型中，囿於靜態假設，在長期契約關係的規劃上會有困難。長期契約關係中因為外在環境的變化而會不斷產生新的結果，而使契約在事前無法預先規劃。且新古典經濟分析也忽略了選擇在真實世界中，未必是「一選定江山」，其不一定具有百分之百的拘束力，而可能在之後都還有變更的空間。

## 4. 利益之分配：<sup>69</sup>

新古典經濟的模型對利益分配的假設相當明確，認定只要有一方受益，必然有另一方受害。但是在真實交易中，當事人可能可以犧牲自己的利益，以達成交易關係的存續，因為當事人可能預期到：關係的存續能夠為自己帶來未來的利益。

## 5. 相互依存性（interdependence）、未來之合作、以及團結一致（solidarity）或信賴（trust）：<sup>70</sup>

每個交易都有自己的特殊性，所以新古典經濟很難以此做成本分析，交易中關係的特殊性：合作、團結、信賴等等，只能透過觀察而得知。而當事人在交易

<sup>67</sup> Ian R. Macneil, *supra* note 57, at 1043-4.

<sup>68</sup> Ian R. Macneil, *supra* note 57, at 1044-6.

<sup>69</sup> Ian R. Macneil, *supra* note 57, at 1046.

<sup>70</sup> Ian R. Macneil, *supra* note 57, at 1046.

中考量的不完全是「極大化」自己的利益，還可能要犧牲自己的一些利益，以達成整體交易關係運作之順暢，以間接增進自己的利益。

#### 6. 參與者之人際關係以及參與者之數量：<sup>71</sup>

交易中不只要考慮到人際關係，還要考慮到組織中的階層關係。而這也是新古典經濟模型所無法考慮到的。

#### 7. 權力 (power)：<sup>72</sup>

經濟學中分析權力關係時，是由交易雙方切入，因為經濟學的假設是，人可以自由的選擇，因此雙方都有選擇的權力。然而，在單方的權力中，人並不是可以自由選擇的，而是被另一方所擁有的權力所影響，因此，這種選擇無法被放入經濟模型中分析。其產生的困難可以被分為以下幾個面向加以觀察：

第一，擴散而複雜 (diffuseness and complexity) 的單方權力。因為複雜，所以很難被放在模型中加以預測。

第二，單方權力關係會隨著時間改變。因為會隨時改變，也使事前的規劃變得不可能。

第三，單邊和雙邊權力會有互動關係。

第四，交易當事人可能會想要擴大自己在交易中的權力，而對交易產生影響。

### 第三款 小結：關係契約理論之興起

透過提出上述的七點缺失，Macneil 認為，新古典契約法雖然已經對古典契約法的僵化做出一些修正，但是這些修正主要仍是奠基在過去的個別性及現在性之上，而忽略交易中關係的成份，也因此無法全面性的解決契約中的問題。因此，Macneil 便提出其關係契約理論，希望在契約法中，加入「關係」的成份。以下即說明此理論之內涵。

## 第二項 關係契約理論之內涵

學者為何要提出「關係契約」理論此一概念？本文認為，其主要的目的，是希望從不同觀點，提供觀察契約之方式，讓我們在締結契約以及解釋契約時可以從不同的面向思考以及解決問題。特別是在現代交易中，資訊不對稱以致於事前

<sup>71</sup> Ian R. Macneil, *supra* note 57, at 1048-9.

<sup>72</sup> Ian R. Macneil, *supra* note 57, at 1052-5.

無法預料；或者情況過於複雜無法預料，因此有必要透過關係契約來避免當事人締約後的投機或策略行為。因此，關係契約理論之提出，並非為了要創設一種新的契約類型，只是要提供某一種觀察的觀點。

而為何有了交易成本之理論，還有關係理論提出之必要？Macneil認為，從交易成本之角度來看，交易成本的定義是：契約關係的運作所產生的成本。則承認交易成本，便可以一併考慮到契約關係。但是，光是交易成本並不可能將所有的契約關係納入。因此，交易成本的分析必須分成兩種：考量到納入關係的交易成本和未納入關係的交易成本。而這也使得關係契約理論之提出有其必要性及獨特性。

採關係契約理論的學者認為，契約很像管理一段交易的「憲法」，而這個概念也正好和本文所要探討的「交易治理」以及「契約治理」相符合。交易關係中，未必其中每一件事都必須透過契約明文規定，可能是社會的習慣所形成的不成文規定。<sup>73</sup>因此，法律和社會的關係交錯，應該對契約法有何種影響，為此一理論主要想要觀察的現象。在交易中，交易雙方都會希望，當某種經濟情況發生時，自己能從中得利，因此都試圖將契約架構成可以有誘因使另一方分享該交易的利益的情形。而透過關係契約理論的架構，提供了締約雙方都可以利用某種經濟狀況極大化雙方利益的可能性。

以下將依序說明關係契約之定義、關係之形成、特色，以及學者對關係契約的批評。但在進入實質的討論之前，必須先說明關係契約的假設，其和過去之契約法有些許之不同。第一，我們是處在資訊不足的社會中。人並非無所不知；再者，資訊之取得與處理是有成本的。因此進行決策時，我們所擁有的資訊未必完全充足。第二，人性本惡。在關係開始之後，就可能有投機行為出現。所以關係的設計，必須考量到人性的這點弱點。第三，上述這兩點弱點，未必是透過第三人來執行契約，就可以解決的問題（因為此時還必須考慮到有資訊無法被驗證之現象）。<sup>74</sup>而這三項假設，正好符合本文第二章中對長期交易中所面對之問題的描

---

<sup>73</sup> See Victor P. Goldberg, *Regulation and Administered Contracts*, 7 BELL JOURNAL OF ECONOMICS 426, 428 (1976).

<sup>74</sup> See Victor Goldberg, *Relational Exchange: Economics and Complex Contracts*, 23 THE AMERICAN BEHAVIORAL SCIENTIST 337, 339 (1980).

述。

## 第一款 關係契約之定義

「關係契約」<sup>75</sup>最早於一九七〇年代中期，由 Macneil 提出之後，即在學界引發廣大的討論。而對於關係契約之定義，也眾說紛紜，此係學者由不同角度觀察此一概念使然。以下即說明，關係契約之主要定義，並提出筆者自己的觀察。

### 第一目 學說介紹

#### 1. 「契約」即為一種交易關係：

在討論關係契約之定義前，Macneil 先將契約做了另一番定義。在關係契約理論下，Macneil 賦予了契約一個和過去之契約法所陳述者完全不同的定義，將契約定義為一種「交易關係」（exchange relations），是已經進行交易、正在進行交易、或希望在未來進行交易的人們彼此之間的關係。<sup>76</sup>此和過去對契約的定義，最大的不同在於：以「關係」為核心，因此，其並非從法律的角度出發，而是從一較為社會學的角度來觀察契約，這也影響了 Macneil 提出關係契約理論的原因，因在其眼中，所有的契約本是關係的一環。

再者，Macneil 對「關係」此一用語加以探討。其認為「關係」（relational）其實包括了兩個層面的意涵。第一層意涵係指所有交易發生時所存在的關係。這種關係無所不在，在任何交易中都有，因為只要有交易存在，就會有關係產生。第二層意涵則特別是指和個別交易（discrete transaction）相對之「關係」交易。<sup>77</sup>

綜合以上對「契約」以及「關係」之描述，Macneil 認為，其實不論關係契約的定義如何分歧，其特性終究不脫以下四點：

- (1) 所有交易都是在複雜的關係脈絡中進行。
- (2) 不論要了解何種交易，首要之務便是先了解與該交易關係相關的所有要素。

<sup>75</sup> 在行銷學中，也有學者提出「關係行銷」（relational marketing）之現象，包括即時供貨契約、廣告公司和其客戶之間的關係、不同商業組織之間的策略研盟或合夥合資等等，因此關係契約的提出，可以說是觀察社會現象所得出的一個結果，see Robert M. Morgan & Shelby D. Hunt, *The Commitment-Trust Theory of Relationship Marketing*, 53 JOURNAL OF MARKETING 20, 21 (1994).

<sup>76</sup> Ian R. Macneil, *supra* note 46, at 878.

(3) 要能有效分析交易，必須認知且考慮到所有會重大影響交易的關係的要素。

(4) 相較於不在脈絡下分析交易，綜合交易以及關係之脈絡，將可使分析更有效率，且可得到更完整而明確的分析成果。<sup>78</sup>

## 2. 締約後所產生之某種非法律關係：

有學者將關係契約描述為：當事人締結契約後，常會產生某種關係，而這種關係又會產生非規定於契約中的法律責任。例如：加盟店的業主和加盟的授與人訂定契約，取得經營某地區速食餐廳的權利，則兩者之間便存在了一加盟關係，而此一加盟關係會產生了許多契約上未提及之法律責任。<sup>79</sup>因此，長期契約關係中，當事人通常會採用非正式約定的方法，以保全合作關係，而不會採用可強制履行的規定。

## 3. 契約中之權利義務關係無法在事前被明確界定者：

亦有學者從契約之權利義務可否在事前被明確界定而加以區分。Goetz 以及 Scott 認為，締約雙方如無法將協議中的條款簡化為明確的權利義務，則在此種程度上，契約即為關係契約。因為當事人在事前無法預知可能發生的風險為何，因此無法在締約時便將契約中的權利義務關係約定清楚。<sup>80</sup>而為何不採「長期契約」之用語？主要原因在於長期契約此一用語，會使人誤以為時間就是造成契約中風險不確定的主要因素。但時間的長度這件事本身，其實並不會導致風險不確定。故不採之。

## 4. 以描述之方式定義關係契約：

學者 Speidel 認為關係契約難以用一句話定義之，因此嘗試用描述的方式來定義關係契約。他主張關係契約至少有以下三點特色，是已經為大家所認同的：

(1) 關係契約並非單點式的交易，而是一長期供給之契約。

(2) 因為契約之存續時間較長，因此交易中的某些細節在締約之初難以被明確定義。

---

<sup>77</sup> Ian R. Macneil, *supra* note 46, at 894.

<sup>78</sup> Ian R. Macneil, *supra* note 46, at 881.

<sup>79</sup> 請見前揭註37，頁 274。

<sup>80</sup> See Charles J. Goetz & Robert E. Scott, *Principles of Relational Contracts*, 67 VA. L. REV. 1089, 1091 (1981).

(3) 締約雙方之間的相互依存性，在任何時點上都可能延伸到其他的社會關係中。<sup>81</sup>

#### 5. 從「契約」之本質出發：

Eisenberg 認為，要理解關係契約，必須先從契約的本質出發來討論這個問題。契約，其實就是一種協商（bargain），而協商是一種雙方當事人分別以自己的履約行為為對價，以交換他方之履約行為。因此，關係契約就是一種同時包含了關係（relationship）與交換（exchange）的契約。而個別交易與此不同之處在於：個別契約中只有「交換」，而沒有關係存在。<sup>82</sup>

過去契約法對交易的假設都是建立在「個別交易」之基礎上，但 Eisenberg 認為，不能將關係契約當成一種例外，而必須將其當成一種原則，因為其實所有的契約都或多或少有關係的成份存在。

### 第二目 關係契約之本質與長期契約

上述學者對關係契約不同的定義，其實只是從不同角度來描述契約所得到的結果。關係契約，不外乎便是注意到契約中存有關係之要素。因此學者從不同角度對關係契約所提出的描述，並無所謂的對錯，只要注意到契約中會存有關係，而法律關係可能會受到這些非法律關係的影響，便是關係契約之本質。

而為何本文將討論之中心以「長期契約」稱之，而非關係契約？前已述及，學者有認將關係契約稱為長期契約，將容易使人產生誤會。因為時間這件事雖然和當事人所必須面對的風險有關聯，但其本身並不會使當事人必須面對更多的風險，也不會就使個別契約變成關係契約。然而，筆者認為，本文所指的長期契約，其實便是關係契約的一種。關係契約的中心思想是：關係之脈絡必須成為觀察契約的重點，而非存續時間的長短。然而，時間確實是造成不確定性提高以及關係發展的因素，因此，關係契約所存續的時間可能比較長，然而從法律上來觀察，它可能是：個別交易，重複交易很多次；也可能是一個長期的交易。而本文所定義的長期交易是當事人之間以合作為目的，持續一段時間的交易。其中已有了關

<sup>81</sup> See Richard E. Speidel, *The Characteristics and Challenges of Relational Contracts*, 94 NW. U. L. REV. 823, 823-4 (2000).

<sup>82</sup> See Melvin A. Eisenberg, *Relational Contracts*, in GOOD FAITH AND FAULT IN CONTRACT LAW 291,

係的成份存在，因此，為此種交易所訂定的長期契約其實是關係契約的一種。則本文為何不在一開始便使用「關係契約」此一用語？原因在於，關係契約的範圍過於廣泛，與本文所要討論的長期契約並不完全相同；再者，關係契約的本質為何雖已有相當多的討論，但其定義之內涵仍相當不明確。因此，本文仍採用「長期契約」此一用語。

綜上所述，在關係契約理論下，契約可以依其中關係的成份排列之，從個別契約到關係契約，其中關係之元素所佔的成份逐漸提高，而契約既然必須被分為交易以及關係兩個層面加以觀察，下一個問題便是：契約中的關係如何形成？又會形成何種關係？以下即進入關係契約理論的架構中。

## 第二款 關係契約理論之建構

在本款關係契約理論的建構中，本文將先以重複賽局為例，描述當事人交易中的關係如何被形成；接著則以描述及對比的方式，透過說明關係契約理論和個別契約之不同，呈現關係契約理論的內涵；再說明關係契約之關係特性對契約造成的影響以及其所提出之一些原則；最後則說明學者對關係契約理論所提出的批評。

### 第一目 關係之形成—重複賽局

當事人之間，如何在法律之外，形成非法律、甚至合作之關係？本文認為，透過長期賽局的模型，可以理解關係如何在當事人的交易往來中形成。以下，先以囚犯困局，先說明當事人在無法進行協商與溝通的單次交易中，所面臨的困難；再將交易的期數拉長，成為重複賽局，觀察當事人之間重複的行為，如何成為協商與溝通之基礎，進而在重複賽局中形成合作關係。

#### 一、單次的事件：囚犯困局

假設買方和賣方簽訂一長期供應契約。在簽約之後，發生無預警的罷工，使賣方提供產品的成本上升。如果雙方可以立刻進行調整，延遲出貨的時間三個禮拜，兩方都可以將損失壓在 20,000 元以下。然而，如果賣方趁此機會退出契約，

主張不可抗力因素，拒絕再繼續提供產品，則賣方的損失為 0 元，買方則必須負擔 50,000 元之損失。相反地，如果賣方想繼續合作，但買方堅持要退出契約，則賣方將受到 50,000 元的損失，買方則不會有任何損失。而如果雙方都堅持退出契約，尋求法律途徑解決問題，雙方都會損失 30,000 元，因為雙方皆已在該交易中為特定投資。則雙方的策略與相關之損益可以以下表示之：<sup>83</sup>

		買方	
		調整	退出
賣方	調整	-20,000 / -20,000	0 / -50,000
	退出	0 / -50,000	-30,000 / -30,000

表 6 買賣雙方不同策略下之損益

當當事人無法彼此進行溝通時，雙方都不會知道對方的策略是什麼，但是不論對手為何種策略，對賣方來說，其優勢策略就是退出交易，對買方來說亦然。因此，在此種情形中，當事人所面對的是一個典型的「囚犯困局」，對兩者來說，最佳的策略組合應該是彼此進行交易調整，但是因為雙方無法進行溝通，故導致此種兩敗俱傷的結果。

以下，我們仍假設當事人無法面對面的進行協商溝通，但是，調整或合作的選擇，將在交易中不斷發生，則當事人之間的關係將會發生改變。以下敘述之。

## 二、重複之行為形成關係之一部份：以重複賽局為例

本文將先以一代理人的重複賽局，說明當事人在無限回合的賽局中，如何自行形成合作關係。再回到上述供應契約的例子，說明調整或合作的選擇在交易中不斷發生時，對當事人的關係將會造成何種改變。而當交易是有期限的時候，當事人的合作關係是否會被破壞？以下將一併說明之。

### 1. 代理人的重複賽局

<sup>83</sup> Robert E. Scott, *supra* note 49, at 2023.

代理人之策略	回合	n-1	n	n+1	n+2	n+3	n+4	n+5	n+6
	侵占	...	1	0	0	1	0	0	...
合作	...	0.5	0.5	0.5	0.5	0.5	0.5	0.5	

表 7 代理人之重複賽局<sup>84</sup>

在代理人賽局中，第一與賽者投資了一些資金給第二與賽者，由其負責掌控。經濟學家稱負擔資金風險的第一參與者為「委託人」，而操控該委託者基金的第二參賽者為代理人。此即「委託者—代理人關係」之經濟模型。第二與賽者可以決定，究竟要合作，或侵占該資金。合作時，該合作會具有生產力，而可能創造投資之利潤、交易的剩餘、或貸款之利息等；反之，如代理人侵占委託人的資產，當事人的資產將重新分配，第一與賽者的權利將被犧牲，使第二與賽者獲益。而在重複賽局中，委託者—代理人之關係不斷的重複（repeated game），每一回合的委託者出錢投資，代理人若侵占之，則可獲得立即的利益，但委託人可以在隨後賽局回合中報復代理人以為懲罰。

假設代理人在賽局第  $n$  回中侵占，則他可在第  $n$  回中得到 1 單位的報酬。然而他在  $n+1$  及  $n+2$  回中，將面對到委託人不投資之報復。則代理人在  $n+1$  及  $n+2$  回中，將不會得到任何的報酬。因此，採侵占策略將使代理人從第  $n$  回到第  $n+2$  回所得到的總報酬為一單位。反之，如果代理人在每一回合的賽局中，均採用合作的策略，則當代理人合作時，委託人便以投資回報之。則代理人在每一期的回報均為 0.5 單位，從第  $n$  期到第  $n+2$  期之回報總共為 1.5 單位。1.5 單位的報酬大於 1 單位，則代理人將會以合作取代侵占。因此，由本例中可以看出，在長期契約中，當事人未必要透過法律，而可以用非法律的手段解決不合作的問題，進而透過該非法律手段，建立長期合作關係。<sup>85</sup>

我們可以將此一代理人與本人之間的交易抽象化到一般的交易中加以觀察。在一般的交易中，當事人如果在本期交易時，能夠知道有很大的機率，交易將持續進行下去，則當事人著眼於未來能從交易中獲得之利益，便很有可能依靠「信賴」，維繫彼此之間的交易關係。<sup>86</sup>

<sup>84</sup> 請見前揭註37，頁 275。

<sup>85</sup> 請見前揭註37，頁 275-7。

<sup>86</sup> See David M. Kreps, *Corporate Culture and Economic Theory*, in PERSPECTIVES ON POSITIVE POLITICAL ECONOMY 90, 100-2 (James E. Alt & Kenneth A. Shepsle eds., 1990)

## 2. 長期供應契約之例

回到上述的長期供應契約中，假設當事人仍然無法面對面的溝通協商，當事人唯一的溝通管道，便是透過其在面對每一次調整之機會時，所表現出來的行為。而因為交易很長，在期限中將會出現很多次調整的機會，故當事人在面對每一次的調整機會，思考自己究竟要與對方合作、亦或為投機行為時，必須考慮到這個決策對未來的合作關係所造成的影響為何。<sup>87</sup>

如同第貳章中所提過的，當事人交易的過程中，會先預測對手的行為，來決定自己應該如何行為。因此，當事人會先思考，對對手而言，何種策略方是其最佳策略？如果對手考慮到這是一筆長期交易，因此未來還會發生很多次調整或退出的選擇時，對手就會採取長期來說最有利的策略，也就是合作。當事人考慮到對手會採取合作策略後，考量到自己的利益，也會採取合作策略。當然當事人其中一方也可能退出，但在經過多次之嘗試錯誤後，當事人雙方便能夠達成對彼此利益來說都是最大的合作調整模式。

## 3. 有期限之賽局：合作關係之限制？

但是即便是長期賽局，也有結束的一天。而在接近尾聲時，當事人的合作常會遇到困難。如果交易是有期限的，在最後一回合的交易中，委託人無法報復代理人。因此，在賽局的最後一回合中，代理人會知道：在該期採侵占策略，並不會受到委託人任何的報復，因此代理人將會為侵占行為，則委託人和代理人在賽局的最後一局便無法合作，因為委託人可以預期到代理人將會為侵占行為。

更甚者，委託人和代理人在交易中的每一回合都將無法合作。假定最後一期是第  $n+3$  期，則委託人不會在  $n+3$  期投資，所以委託人也無法處罰代理人在  $n+2$  期的侵占行為，因此代理人可以放心的在  $n+2$  期進行侵占，則因此又導致了委託人不會在第  $n+2$  局投資，以此類推，成為一種惡性循環，當事人根本在一開始就不可能締結合作契約。<sup>88</sup>

在此種有期限之交易中，應該如何解決當事人不合作的問題？從法律之方式言之，可以在一開始的時候於契約中明確約定違約時之處罰，則當事人可能便會

<sup>87</sup> Robert E. Scott, *supra* note 49, at 2023.

<sup>88</sup> 請見前揭註37，頁 279-80。

因為考量到法律之處罰而為合作行為；<sup>89</sup>從非法律之角度言之，不論在有限或無限期之交易中，當事人都會受到交易「關係」的拘束，而這種「關係」最常見的便是商譽或名譽，使當事人不必透過法律，也能確保合作關係的維持。這一部份本文將於以下第三目中說明之。

不過，大部分的商業關係都是「開放式終結」(open-ended)，其並非預先決定何時結束關係，而可無限期存在亦可無限期結束。此時代理人的策略仍有兩種，一為持續和委託人合作，一為侵占；侵占會得到委託人以終止合作關係為報復，導至代理人可能只能在幾個回合中找到合作夥伴，而得到 1 單位的報酬，找不到合作夥伴時，報酬則為 0 單位。因此，在平衡的競爭狀態下，在長期關係中採取合作的策略，必須與只進行一次交易即結束的關係中採取侵占的策略，有相同的報酬。

透過上述說明，可以發現：在重複進行的交易中，當事人可以透過一再重複的關係達成合作目的，然而，此處仍然有一個問題存在：當事人為何一定會採取合作？當事人是否有可能採取投機行為？此一問題和法律關係中的名譽相關，因此，本文亦將其留至以下第三目中說明之。

## 第二目 關係契約之特色一和個別 (discrete) 契約之相異處

個別性和現在化兩個特色，導致了古典契約法的僵化，但是個別性和現在化在關係契約中並沒有消失。現在化是所有契約規劃中必然會經歷的過程，而個別性也是分工專殊之經濟下，必然會發生的現象。再加上人本來就有依現在的狀況，將未來現在化的傾向，因此必然會強烈期待未來所發生的事情和自己的預期相吻合。是故，個別性和現在化在新古典契約法中仍然持續存在，<sup>90</sup>而成為關係契約理論中的一部分—關係契約理論嘗試調和現在性以及個別性在面對變化時所產生的衝突，同時維持關係的存續。<sup>91</sup>

而 Macneil 對關係契約理論的內涵，是以「描述」之方式呈現：透過描述關係契約和個別契約之間的差別，說明關係契約理論之特點。何謂個別交易？所謂的個別交易，沒有合作之要素牽涉其中，在交易中沒有發生現在的關係，甚至在過

<sup>89</sup> Victor Goldberg, *supra* note 74, at 74-5.

<sup>90</sup> Ian R. Macneil, *supra* note 46, at 887-8.

去、未來也不會有關係存在，它是發生在陌生人之間的一次性交易，該次交易結束後，也不會預期將有另一次交易產生。<sup>92</sup>

以下即為個別交易（discrete transaction）和關係契約的相異之處：

1. 契約的開始、經過、以及結束：

個別契約之開始和結束都非常明確，經過的時間也很短。但在關係契約中，契約的存續時間較長，契約關係沒有特定的結束時間，可能透過更新或其他方式而存續，因此契約經過的時間不確定。<sup>93</sup>

2. 衡量（measurement）以及明確性（specificity）：

個別契約中，標的之價格及數量都必須被明確約定；而相較於個別契約在契約訂定之初便必須將價格、數量加以明確約定，關係契約則在一開始時較不確定，甚至可能直到最後才會確定下來，例如：依買方之需求決定供給量之契約（requirement contract）。而關係契約中有許多無法被明確界定的事物，例如：心裡上的滿足、名譽等，也是個別契約下所沒有的。<sup>94</sup>

3. 規劃（planning）：

在個別契約中，契約規劃的焦點集中在交易之實質部份，例如：交易之標的、數量、價格等。而在關係契約中，進行交易之過程的規劃與契約執行中可能產生的一些問題都有同等的重要性；許多實質部份的發展是隨著關係的逐步發展而浮現的。而也因為交易所面對的不確定性較高以及經過期間較長，關係契約中有些契約約款無法在一開始就很明確的被約定，也因此規劃時必須有某程度的彈性存在。<sup>95</sup>

而交易當事人在規劃中的參與程度與契約規劃對當事人產生的拘束力，也因個別契約以及關係契約有所不同。在個別契約中，市場力量主導了契約的規劃；但是在關係契約中，當事人的共同參與則非常重要。而在規劃的拘束力方面，個別契約希望能夠完全拘束契約之雙方；相較之下，在關係契約中，雖然也會希望

---

<sup>91</sup> Ian R. Macneil, *supra* note 46, at 895.

<sup>92</sup> Ian R. Macneil, *supra* note 46, at 856, Macneil 將此種關係形容為：“sharp in by clear agreement; sharp out by clear performance,” see Ian R. Macneil, *The Many Futures of Contracts*, 47 S. CAL. L. REV. 691, 738 (1974).

<sup>93</sup> Ian R. Macneil, *supra* note 57, at 1027.

<sup>94</sup> Ian R. Macneil, *supra* note 57, at 1028-9.

契約中的約定可以拘束締約雙方，但是為了保留契約之彈性，已經明文化的約定也被承認可以透過協議或其他的方式加以改變。且此種提出協議或改變的權力，常常只有賦予契約之一方，而非雙方均可為之。<sup>96</sup>

#### 4. 利益之分配：

利益、風險以及負擔的分配，在個別交易中非常明確。但在關係契約中，契約的風險、利益、負擔，則必須由雙方共同承受。<sup>97</sup>因此，「廠商會想要極大化自己的利益」，這個假設也許應該做某程度的修正。在大部分的情況下，廠商的確是追求自身之利益極大化，但在很多的情況中，廠商追求自己利益極大化的同時，也能夠達到當事人合作效率的最大化。

#### 5. 相互依存性（interdependence）、未來之合作、以及團結一致（solidarity）或信賴（trust）：

在個別契約中，參與者也有互相依存的關係，但是因為契約存在的時間相當短，所以互相依存之關係較不明顯；再者，在個別契約中，重要的其實是市場，所以參與者所依賴的其實是市場——一個隨時可以提供相類似替代服務的地方。但在關係契約中，契約存續之時間較長，因此當事人之間的依存關係會轉為複雜，其中包含了許多雙方對未來的規劃以及選擇。而相互依存之風險又帶來了團結一致（solidarity）的結果。因為相互依存關係會產生一種彼此信賴的基礎，使其進行經濟活動。<sup>98</sup>當然相互依存這件事本身並不能維繫整個交易關係存續，還是必須有一些外在的加強力量方能成此一目的，例如：法律在當事人違規時產生的拘束力，或是非法律的社會拘束力。<sup>99</sup>

#### 6. 參與者之人際關係以及參與者之數量：

在個別契約中，參與者彼此的關係是社會學家所說的「非基礎關係」（non-primary relation）——參與此一關係之主體為何並不重要，因為這些人都是隨時可以被市場上其他類似的主體所替代，因此沒有其特殊性；但在關係契約中，則存有「延伸之基礎關係」（extensive primary relation），此種關係是交易的中心，因為有此種關係的存在，才使關係契約能存續。當然，參與者的人數多寡未

---

<sup>95</sup> Ian R. Macneil, *supra* note 57, at 1029-30.

<sup>96</sup> Ian R. Macneil, *supra* note 57, at 1030-1.

<sup>97</sup> Ian R. Macneil, *supra* note 57, at 1032.

<sup>98</sup> Ian R. Macneil, *supra* note 57, at 1032-3.

必會造成延伸之基礎關係存在，但是人數增加之後，確實比較容易形成複雜的關係。<sup>100</sup>

### 7. 權力 (power)：

在關係契約中，單邊及雙邊之權力不斷相互交替產生，因此會不斷產生新的權力平衡關係；個別契約中的契約關係比較不會影響到契約中的權力關係。此處所稱之權力，是指一方將其意願加諸於他方之能力，不論他方是否願意。而此種權力又可被分為單邊 (unilateral) 權力以及雙邊 (bilateral) 權力。<sup>101</sup>前者係指一個人可以向他人主張之權力，不論其他人是否願意，例如財產權者是；後者則是指當交易的可能性存在時，透過雙邊權力之運作，兩者可以將彼此從因為他方之單邊權力所造成的限制中釋放出來，例如：在一僱傭契約中，受僱者放棄自己的自由（這是受僱者可以對任何人加以主張的自由），以換取原本應是屬於僱用人的金錢所有權，僱用人則放棄其對金錢之所有權（這也是單邊權力的一種），以得到僱用人的服務。<sup>102</sup>

Macneil 透過對照個別契約以及關係契約，說明了關係契約的特性。而關係契約除了具備上述特點之外，究竟非法律的關係在交易中係如何運作？如何確保交易雙方信守承諾？以下說明之。

### 第三目 關係契約下所形成之非法律關係

關係契約理論之中心，便是要從關係之角度，理解交易之運作。其實，在關係契約中，會同時形成法律及非法律的關係，但因為過去的學說中，對法律之關係已經有相當多的討論，因此，此處將重點放在非法律關係之部份，這也是關係契約理論所關心的。

在本章第二節說明不完全契約時，曾指出當事人在衡量締約之成本以及可能遭受的風險後，會採取不完全締約之方式，來確保契約面對未來之變化，能保持彈性，以最有效率的方式解決問題。然而，不完全契約亦有其缺點。因為契約之

<sup>99</sup> Ian R. Macneil, *supra* note 57, at 1032-4.

<sup>100</sup> Ian R. Macneil, *supra* note 57, at 1034-5.

<sup>101</sup> 筆者認為，Macneil 在此處所稱之「單邊」及「雙邊」之權力關係，很類似民法中所討論的權利的對世效力及相對效力的概念。單邊權力可以對任何人主張之，因此具有對世之效力；雙邊之權力則只能對特定之人主張之，因此只有相對的效力。

約定鬆散，只依靠法律，恐怕無法完全解決問題，亦即不完全契約可能無法被第三人所執行。因此，契約中非法律的關係在契約的治理上，便扮演一種重要的角色，使契約能夠「自我」執行，而不必依賴法律。此種「自我執行」之特色，係關係契約理論中的一環，以下先說明何謂「自我執行」契約，再說明其運作之方式以及常見之機制。

### 一、「自我執行」(self-enforcing) 契約<sup>103</sup>之定義

對「自我執行」契約的觀察，其實可以追溯至學者對所謂私人規範機制(private ordering)的研究。學者發現，許多產業中存有許多小的團體或組織(例如：鑽石業)，許多交易的執行是透過這些小的團體組織運作，確保大家會信守承諾。而這些機制的得以運作的核心原因在於：當事人期待能從未來的交易中得到利益，因此其有遵守現在契約中之義務的誘因。<sup>104</sup>而當事人尋求私人機制而非公權力的運作，來確保交易的自我執行，可能的原因有兩個：第一，在某些情況下，公權力的運作機制不可得；第二，公權力運作的成本，高於私人機制。<sup>105</sup>

而將此種想法套到契約法中，學者觀察美國契約法的發展，發現有非常多的不完全契約的訴訟。而這些訴訟法官常常以契約未為明確約定(indefiniteness doctrine)，而將訴訟駁回。但是實證研究發現，仍然有非常多人願意約定不完全契約，這有兩種可能的原因。第一，當事人也許根本沒有發現「可執行的不完全契約」及「不可執行的不完全契約」兩者之間有何差別，但是這個原因在商業契約中比較不可能存在，特別是商業交易中的當事人多半是相當有經驗而有能力協商者，較不可能沒有察覺到此兩種契約的差異；第二，當事人所約定的不完全契約是可以「自我執行」(self-enforcing)的契約，所以當事人認為，即便契約約定之內容不確定，亦可以透過其他非法律之因素，例如：名譽、互助等，來維持契

---

<sup>102</sup> Ian R. Macneil, *supra* note 57, at 1036-8.

<sup>103</sup> 其實，此處有一個有趣的問題是：不依賴法律確保其執行力的契約，是否還能算是契約？畢竟，觀察美國法學者對「契約」所提出之定義(請參考本文第貳章第三節中之說明)，契約的一個要素便是法律的可執行性。然而，本文認為，在關係契約理論定義下的契約，不會有此種問題。因為關係契約理論試圖打破法律之界線，擴大契約所能涵蓋之範圍，因此其所指稱之契約也會大於傳統之契約法所稱之契約，而能自我執行之契約仍可以落入契約之範疇中。

<sup>104</sup> See Barak D. Richman, *Firms, Courts, and Reputation Mechanisms: Towards A Positive Theory of Private Ordering*, 104 COLUM. L. REV. 2328, 2339 (2004).

<sup>105</sup> See *id.*, at 2335.

約。<sup>106</sup>

契約之自我執行機制，建立在一個和過去之經濟學之利己主義不同的假設上：利他正義（reciprocal fairness）。不同於過去人是自利的假設，經濟學家最近開始發現，人的行為未必是完全是出於自利，也會出於正義以及利他之心理。透過實證研究發現，每個人的特性都不同，有些人會主動想和他人合作，有些人則不會；有些人只會顧慮自己的利益，有些人則會考慮公平、正義、互惠等其他因素。而這兩種人的比例，在現實世界中大致上是一樣的。<sup>107</sup>因此，契約中的「互惠主義」（reciprocity），將會使大約一半的交易當事人出於互惠之理由而與他人合作，而使契約之自我執行成為可能。<sup>108</sup>

因此，透過上述的觀察，我們可以將自我執行契約定義為：未必要透過法律機制，而可以透過非法律的因素來確保當事人信守承諾的契約。

## 二、自我執行機制之運作與名譽

自我執行機制之運作，不依賴法律來確保當事人履行承諾，有以下三項優點：<sup>109</sup>

1. 當事人在有爭議發生時，解決爭議的人多半也都是和該交易相關之人，因此較之法院，能對交易內容有更多的認識。
2. 這種自我執行機制可以隨交易之需求不同，而有較彈性的變化。
3. 能夠快速地對契約中所產生的問題找出解決之道。

而除上述三項優點之外，在本文所討論的長期契約中，透過契約中的自我執行機制，作為一種對付未能在契約中明確說明的契約條款、但雙方當事人都心知肚明的手段，可以處理套牢之問題。其運作之方式為：非法律之處罰方式，可以間接增加為套牢行為之當事人的資本成本。當交易當事人之一方為套牢行為時，另一方可以終止其和為套牢行為之當事人之間的交易關係。此種處罰方式將產生以下的兩種效果：<sup>110</sup>

<sup>106</sup> Robert E. Scott, *supra* note 26, at 1644.

<sup>107</sup> Robert E. Scott, *supra* note 26, at 1665.

<sup>108</sup> Robert E. Scott, *supra* note 26, at 1644.

<sup>109</sup> Barak D. Richman, *supra* note 104, at 2341-2.

<sup>110</sup> See Benjamin Klein, *Contracts and Incentives: the Role of Contract Terms in Assuring Performance*, in *CONTRACT ECONOMICS*, 149 (Lars Werin & Hans Wijkander eds., 1992)

1. 該為套牢行為之一方，失去未來獲利的機會。
2. 該為套牢行為的一方，將承受市場聲譽貶值所造成的損失。而這種貶值損失將使交易當事人在未來交易中，必須負擔更多的交易成本。蓋未來之交易相對人，在和此一聲譽有問題的交易人交易時，將會尋求更明確的契約約定，而不會願意只有成立口頭約定。

在此種處罰方式所造成的效果中，可以發現名譽在交易關係中扮演一個重要的角色。學者有謂，非法律系統的運作，主要是依賴名譽。因名譽受損所付出的代價，遠高於從訴訟系統中會受到的損失，蓋訴訟系統損害賠償的原理是：有損害方有賠償，故賠償之數額有其定量；但名譽受損之後果，可能是失去未來所能擁有的商機，其損失量將難以估計。再者，名譽和當事人在社會中的關係亦有關聯，因此，名譽可以創造當事人在契約中，自我執行之誘因。<sup>111</sup>如果該交易是一次性的，未來再也不會發生，則或許當事人不太會考慮名譽方面的問題；但如果該交易在未來可能重複發生，則名譽就會變得相當重要了。<sup>112</sup>我們可以說，當事人如果想要繼續進行交易，便必須在現在維持其名譽，因為未來的商機都繫於當事人在未來與來之前所為之行為。<sup>113</sup>因此，在重複發生的交易中，名譽可以使當事人的承諾，即便沒有法律機製作為後盾，依然有其可信度存在。

而學者 Macaulay 透過實證之研究，亦發現在商業交易中，許多當事人不必依賴法律機制，交易便能夠進行，主要的原因便是來自於商譽。當事人有誘因要維持自己的商譽，如果現在做不好，不只會造成眼前的損失，連未來交易機會也將一併失去。由此可見商譽在商業交易中之重要性。<sup>114</sup>有學者的實證研究指出，在汽車產業中，何時賣方會較願意為特殊投資？當買賣雙方的交易內容很廣，該供應關係只事廣大交易內涵的一部分時，這種關係就變成保護契約利益的一種機制，使當事人敢於為特定投資之交易。<sup>115</sup>

<sup>111</sup> Barak D. Richman, *supra* note 104, at 2344.

<sup>112</sup> See AVINASH DIXIT & BARRY NALEBUFF, *THINKING STRATEGICALLY: THE COMPETITIVE EDGE IN BUSINESS, POLITICS, AND EVERYDAY LIFE*, 145 (1991).

<sup>113</sup> David M. Kreps, *supra* note 86, at 106.

<sup>114</sup> See Stewart Macaulay, *Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, in *FIRMS, ORGANIZATIONS AND CONTRACTS* 339, 349-53 (Peter J. Buckley & Jonathan Michie eds., 1996).

<sup>115</sup> See M. Bensaou & Erin Anderson, *Buyer-Supplier Relations in Industrial Markets: When Do Buyers Risk Making Idiosyncratic Investments?* 10 *ORGANIZATION SCIENCE* 460, 475 (1999).

然而，名譽對當事人來說，雖然是一種信守承諾的誘因，但是當事人為套牢行為所能得到的利益也可能相當大，如果當事人不完全是個利他主義者，則當事人在何種情況下會採取違約，何種情況下又會信守承諾？亦即，契約在何種條件下能夠「自我執行」？簡言之，當事人會比較現在違約所能得到的利益，以及信守承諾之後所能得到的利益，比較兩者之淨現值，決定何種方案對自己來說最有利。是故，從成本之角度言之，如果毀約所能得到的利益，小於繼續執行契約所能獲得的利益，則當事人不會毀約，契約也能夠成功的自我執行；再者，如果毀約之後所能得到的利益小於對聲譽（reputation）所造成的傷害，則契約也會自我繼續執行。<sup>116</sup>因此，在本文前述之代理人重複賽局一例中，代理人為侵占將可得到1單位之利益，合作將可在接下來的三期中得到總共1.5的利益，這樣的數字來必須將當事人的「折現率」一併考慮進去，而折現率可以說是一個當事人在考慮所有利弊得失之後，所呈現出來的偏好。

而為何本文在前述賽局之例子中，指出當事人在長期交易中容易形成合作關係，而非衝突關係？此亦和當事人之名譽有關。通常在商業交易中，名譽佔了相當重要的角色，因此，當事人在衡量違約所可能帶來的不利益之後，通常會傾向選擇合作，而非衝突。此即前文所說合作關係較之衝突關係更容易在重複之交易中被形成的原因。

### 三、法律在關係契約理論下的角色

如果，關係契約中，許多契約可以透過自我執行而達成交易目的，為何法律仍有其存在之必要？而如果交易關係只要透過非法律之機制，便能夠自我執行，這些非法律的機制又能以比較有效率的方式，將交易管理的相當好，則為何我們還需要法律？

關於這點，學者指出，契約的自我執行是有界線的。當契約關係相當複雜，而契約履行彼此之間互動相當多時，因為未來的不確定性增加，契約能夠自我執行的程度便會降低，此時便有法律介入的必要，以解決問題。<sup>117</sup>

<sup>116</sup> See Alan Schwartz & Robert E. Scott, *Contract Theory and the Limits of Contract Law*, 113 YALE L.J. 541, 546 (2003).

<sup>117</sup> See Robert E. Scott, *The Death of Contract Law*, 54 U. TORONTO L.J. 369, 386 (2004).

至於名譽無法取代市場的原因，在於：第一，因為名譽不是在所有的地方都有。必須是在一些特定的商業活動底下，才会有名譽的問題產生，名譽本身才夠運作的很好。但是如果一個社會光是靠名譽運作，對整體社會來說是相當不利的。因為名譽運作的經濟體系只吸納了特定的大公司，在匿名市場的市場交易品質就會下降。第二，即便有名譽此種社會網路存在，一般的交易也還是存在的，而在這種交易中，名譽通常較不重要。<sup>118</sup>

而即便法院判斷案件之能力可能受到質疑，學者仍然認為，法院有可能能夠有效地遏止當事人之投機行為，但是必須是在以下之條件符合時才能達成：第一，決定是否要為投機行為的人，必須能夠得到一定的報酬，而這筆報酬，大於其從投機行為中所能得到的利益以及必須付出之訴訟成本兩者之總和。第二，其必須能夠從維持其名譽中，得到較多之利益，相較於其避免訴訟所付出的成本。第三，為判斷之第三人，必須能夠對於誰為了投機行為有一定的資訊。第四，法院判斷當事人是否願意被法律拘束的正確率必須大於零。<sup>119</sup>因此，簡言之，當當事人在交易中為投機行為所能帶來之利益較大時，當事人便可能違約，而必須透過法律之力量對之加以制裁。<sup>120</sup>

因此，我們也可以解釋，為何國家在某些情況中，必須扮演一種鼓勵投資的角色。<sup>121</sup>當契約不能夠自我執行，也沒有名譽問題存在時，如果沒有法律的介入，事前的交易根本不可能存在，因為賣方在沒有法律規範的情形下，根本無法合理相信買方會依照之前的約定去行為，所以也無法做特定的投資，以致於不可能有對社會利益最佳的投資出現。因此，契約條款的約定，可以看成：是為了避免自我執行失效，而設定的監督機制。

#### 第四目 針對關係契約理論所提出之批評

關係理論雖然從一個嶄新之角度觀察契約，但仍不免遭受到學者之批評。學

<sup>118</sup> Alan Schwartz & Robert E. Scott, *supra* note 116, at 558.

<sup>119</sup> See Eric A. Posner, *A Theory of Contract Law under Conditions of Radical Judicial Error*, 94 NW. U. L. REV. 768-9 (2000).

<sup>120</sup> 即便是被 Gilmore 稱為「契約已死」過程之執行者的 Macaulay, 亦於其 1985 年發表之文章中表示，隨著經濟活動的變動愈來愈多，商業契約中出現的訴訟也逐漸增加，過去以信賴維繫的許多交易，今日已經逐漸減少。因此可知，法律在商業交易中，仍然佔有一席之地，see Stewart Macaulay, *An Empirical View of Contract*, 1985 Wis. L. Rev. 465, 471-2 (1985).

<sup>121</sup> Alan Schwartz & Robert E. Scott, *supra* note 116, at 559-561.

者認為，Macneil 的理論缺失有三項：<sup>122</sup>

1. 將同意（consent）當成允諾（promise）：採用一種更為主觀的方式來認定是否有同意存在。
2. Macneil 總是主張，在所有的關係契約背後，都有一個依社會執行的系統的財產（socially-enforced system of property）。這點觀察雖然正確，但是 Macneil 並沒有將之納入其契約理論中。
3. Macneil 總是將「契約自由」解釋為「契約的權力」。也因此忽略了「從契約之中」產生的自由，同時也忽略了契約自由在社會中所扮演的角色。

因此，綜合以上三點，學者指出，Macneil 最大的缺失在於：關係契約理論無法明確的區別法律上可以執行及法律上不可執行的契約，而只有觀察交易的特色及功能而已；同時在討論契約法時，沒有將財產法（property law）一併納入觀察，<sup>123</sup>因此沒有能夠將可能影響交易關係最重要的因素考慮進去。

對關係契約理論可能的疑慮，還有關係契約理論中的法官必須能夠體察契約中的任何事情。但是法官真的能夠做到這種程度嗎？這點是有疑問的。Posner 認為，法官其實是沒有能力做出這些判斷的。<sup>124</sup>法官即便是在短期的交易中，也無法判定當事人之間的關係，因為法官通常沒有這方面的專業。<sup>125</sup>

對於上述之批評，本文認為，其雖言之成理，但仍無損關係契約理論之價值。蓋 Macneil 能觀察到此種契約現象，並提出傳統契約法在此一部份之問題，便是一大貢獻。至於後續之問題應該如何解決，便必須留待學說以及實務的累積。至於學者認為 Macneil 之理論在法律上難以操作，Macneil 在晚年時認為，關係契約（relational contract）此一用語造成了許多的誤解，因此提出所謂的必要契約理論（essential contract theory）。其所造成的誤解包括了：認為關係契約是一種理論，因此導出該理論是否有存在實益的爭執，而忽略了該理論其實是描述契約的一些特色，因此重點應該放在：該描述是否很正確的說明了契約的特殊之處？而這些

---

<sup>122</sup> See Randy E. Barnett, *Conflicting Visions: A Critique of Ian Macneil's Relational Theory of Contract*, 78 VA. L. REV. 1175 (1992).

<sup>123</sup> See *id.*, at 1181.

<sup>124</sup> Eric A. Posner, *supra* note 119.

<sup>125</sup> Eric A. Posner, *supra* note 119, at 758-9.

說明是否可以得到不同的解釋結果？方為討論之重心。<sup>126</sup>是故，學者對關係契約理論的批評雖相當中肯，但 Macneil 能點出契約法過去忽視之面向，其理論仍值得肯定。

### 第三項 關係契約理論之適用

學者 Eisenberg 指出，在文獻中提出了一些應該適用於關係契約的原則，Eisenberg 認為，這些原則可以分為：應該適用於一般契約法之原則以及適用於個別類型之關係契約的原則。而就一般契約法原則之部份，Eisenberg 列出以下之原則：<sup>127</sup>

1. 不確定性 (Indefiniteness)。
2. 再協商之義務 (agreement to negotiate in good faith)。
3. 廣泛之誠信原則 (A broad obligation to perform good faith)。
4. 增加契約無法履行之狀況，如：情事變更、契約無法實行 (impracticality) 等。
5. 盡力條款 (best effort) 與單方終止之約定。
6. 將關係契約當成類似合夥之關係。
7. 依誠信原則為協商與價格調整。
8. 同意法官可以因為情事之變更，修改契約條款，以調整契約中利益分佈之狀態。

上述這些放寬的原則只是例示，其主要之目的都是讓契約在做約定及解釋時，能有更大的彈性。然而，也有不確定性之問題產生。此問題將在下一章中加以解決。以下先分別說明關係契約理論在契約設計以及契約解釋中所提出之看法。

#### 第一款 契約設計

關係契約可以約定無法讓第三者事後驗證、但締約雙方都可以觀察到的條款。在一般契約中，因為可能有第三人在未來執行此契約（法院、仲裁人），所以設計契約條款時，必須考慮到此種條款在事後是可以被第三人執行的。否則此

<sup>126</sup> See Ian R. Macneil, *Relational Contract Theory: Challenges and Queries*, 94 Nw. U. L. Rev. 877, 892 (2000).

<sup>127</sup> Melvin A. Eisenberg, *supra* note 82, at 298-9.

種約定便會無效。也因為這種特性，使得關係性契約較之其他種契約，更具有彈性，因其可使締約雙方使用他們在特定情況下所知悉的資訊，同時隨資訊而變更雙方的行為。<sup>128</sup>

關係契約中，能以非常一般而寬鬆的文字（general terms），約定契約中應履行之義務。<sup>129</sup>契約文字，依其明確之程度，可以分為較為明確之原則（rule）以及較模糊之標準（standard）兩種。<sup>130</sup>此兩者的區別最早是來自法規，但之後在契約的設計中也被廣泛的討論。當事人可能使用標準或原則，也可能兩混和使用，以達到較有效率的效果。使用模糊約定的原因在於：當事人在締約時，對於未來可能發生之情形無法完全掌握，因此契約的一部份必須留待日後交易關係的發展，方能被補足。<sup>131</sup>也可以說，此種方式下所設計之契約，將隨著交易關係的發展一起變化。

再者，如果當事人考慮到法院在爭議發生時，可能必須對這些交易內容做出判斷時，模糊之契約約款亦相當符合當事人之需求。模糊的文字，是在事前交易成本及事後交易成本之間，達成妥協。因為如果當事人要在事前詳細約定可能的狀況的話，對當事人來說事前交易本太大；但是當契約進行到後半部時，法院卻只要決定「該事實」是否能夠落入契約約定的文字中即可，相較於當事人事前所必須耗費的成本，法院所付出的成本顯然較小。因此，對當事人來說，會寧願把文字訂得較為模糊，而將可能的訴訟留到事後由法官來決定。即便法官未必能有完全的資訊，其所擁有的資訊也比締約之初的當事人來的多。<sup>132</sup>但此處法官能夠為當事人做出最佳解釋的前提在於：法官必須在解釋契約時考量到當事人雙方之間所建立的交易關係，否則面對許多的概括約定的交易條款，法官如不考慮交易關係，未必能夠得出合理之解釋。

---

<sup>128</sup> See George Baker, Robert Gibbons, and Kevin J. Murphy, *Relational Contracts and the Theory of the Firm*, 117 QUARTERLY JOURNAL OF ECONOMICS 39, 40 (2002).

<sup>129</sup> Charles J. Goetz and Robert E. Scott, *supra* note 80, at 1092-3.

<sup>130</sup> 所謂的標準（standard），係要求適用法律者判斷事實，並決定該案之事實是否符合該標準；而原則則通常較為具體，當事人之行為是否符合該原則，通常只要檢視其行為是否符合該原則之要件即可，而不需適用法律者另行做出判斷。亦即標準通常是較為抽象的規範，例如：善意，而原則則較為具體，see WARD FARNSWORTH, *THE LEGAL ANALYST: A TOOLKIT FOR THINKING ABOUT THE LAW*, 163-4 (2007).

<sup>131</sup> See Stewart Macaulay, *The Reliance Interest and the World Outside the Law Schools' Doors*, 1991 WIS. L. REV. 247, 263 (1991).

<sup>132</sup> Robert E. Scott & George G. Triants, *supra* note 21, at 197-8.

當然當事人也可以透過某些方式來限定這些模糊的文字，例如「commercially reasonable manner」，這些文字可以使當事人在訴訟中，較容易證明何謂「誠信原則」。<sup>133</sup>這些限定也是使法官在解釋契約時，必須考慮到關係的脈絡。

模糊的契約文字具備三種特色：第一，模糊的契約文字，將未來世界可能發生之情形，區分成比相關可驗證資訊所允許還要少的情形，因此契約會變成不完全契約。第二，模糊的契約文字，可能讓締約雙方必須在事後耗費資源，說服法院相信一些無法驗證的事實。第三，模糊之契約文字，在法院認為判斷案件相關之因素（不論是可驗證或不可驗證的）上，產生不確定性以及分配權重（weight）的不同。<sup>134</sup>

這些模糊的文字無法被適用，所以關係契約相較於傳統的契約必須有更有效的控制機制。所以這類契約便會有額外支出，確保契約履行的成本，也是確保契約能夠自我執行。例如：賦予本人一方監督他方的權利。或是設置約束條款。所謂約束條款，係指代理人保證其不會為傷害本人利益之行為，或保證如果他為了這類的行為，本人將可得到賠償。例如：清算損害賠償條款（liquidated damage provision）或單方終止條款（unilateral termination clauses）

而契約中概括之約定，亦可能是面對未來的變化，用以調整之工具。當當事人預期到，事前的合作是最有效的時候，當事人就會想要用廣泛的文字（如：誠信、盡力等等），來分配風險，以利事後或有事件發生時，能夠彈性的調整。（因為當事人都發現這是最節省成本的調整方式。）<sup>135</sup>而透過這些彈性的文字，契約中的風險是分攤的，而不是完全由任何一方負擔。<sup>136</sup>

## 第二款 契約解釋

關係契約法和新古典契約法，對契約解釋之方式不同。當因為外在的變化發生改變，而有爭議發生時，新古典契約法會回到原始的契約中，檢視原先的契約約定為何，以解決爭議。而關係契約則可能會、也可能不會回到原始的契約中，

<sup>133</sup> Robert E. Scott & George G. Triantis, *supra* note 21, at 197-8.

<sup>134</sup> George G. Triantis, *supra* note 25, at 1069-70.

<sup>135</sup> Robert E. Scott, *supra* note 49, at 2020-1.

<sup>136</sup> Richard E. Speidel, *supra* note 81, at 829.

重點在檢視契約之關係在整個變化中有何改變，這其中可能會、也可能不會牽涉原始的契約。<sup>137</sup>關係契約也會重視契約脈絡中，因為從屬關係，而造成之改變。例如僱傭關係中，因為上司之命令，而造成之改變。關係契約之體系，會將之置於整體契約之脈絡下加以檢視。<sup>138</sup>

再者，過去古典契約法以及新古典契約法可能會認為，有一些既定的準則必須遵守，例如：書面契約效力必然大於口頭約定。但是在關係契約法之理論下，並非是要否定上述的這些原則。這些原則是對的，只是必須被放在特定的脈絡下，才能成立。因此，關係契約強調的事情是：必須先觀察契約的脈絡，然後再對該契約下解釋。因此，在關係契約法下，書面契約，不必然便導出書面契約之效力大於口頭約定之原則，而必須先理解：該書面約定，在該等契約脈絡之下，是否已經反應出了當事人真正的想法？<sup>139</sup>

而 Macneil 認為，交易和脈絡的分析可以分成兩種方式。第一，關係性途徑 (relational approach)。<sup>140</sup>此法可分為三個步驟：首先，對該交易為其一環之重要關係，有全面的了解。再來，透過對關係的瞭解，理解該交易的限制。第三，在交易成本以及關係的限制下，分析交易。Macneil 認為，關係途徑的分析方式與交易成本的分析方式，最大的差別在關係途徑的分析方式有在交易一開始時，將交易的關係先做一個完整的考量，這會影響之後交易解釋的方向。交易成本之分析方式也會考慮到「關係」。但是交易成本的分析方式和關係性分析方式之不同在於：交易成本的分析未能以一種全面的方式檢視契約中之關係，因此未必能完全得到契約關係的全貌，甚至可能忽略了一些重要的因素。<sup>141</sup>而美國統一商法典及美國第二法律整編契約法之部份，均有提及契約之解釋必須考慮到商業交易之脈絡，並且表示，交易習慣、先前之交易過程 (prior course of dealing) 等，皆可能成為契約解釋的一部份。此於下一章中介紹契約解釋時，再詳細說明之。

因此，當法律在解釋關係契約時，要拿捏到何種尺度，就變得相當重要。必須考慮到這些非法律的關係，又必須考慮到維持這些非法律關係的效力，不要將

<sup>137</sup> Ian R. Macneil, *supra* note 46, at 889-90.

<sup>138</sup> Ian R. Macneil, *supra* note 46, at 890.

<sup>139</sup> Ian R. Macneil, *supra* note 46, at 893-4.

<sup>140</sup> Ian R. Macneil, *supra* note 46, at 888.

<sup>141</sup> Ian R. Macneil, *supra* note 46, at 888.

法律介入這些關係太多，否則這些關係就沒有它的作用存在了。

而發現契約之中需要更多的彈性，是否意味著，立法必須朝向更彈性之方式加以規範？學者認為這一點是有疑問的。首先，商業交易千變萬化，法規不可能窮盡所有交易而規範之。再者，即便有這種可能性，也會使立法之成本過於高昂。

142

而即便提高法律之彈性，採用標準（standard）取代原則（rule）加以立法，亦有其缺點，其中最重要的一點便是不確定性的增加，而這又可以具體化為以下兩個問題。第一，增加締約當事人的不確定性。當事人在進行交易時，很重要的一點便是必須對自己未來可能負的義務有相當清楚的認識，以事先進行規劃。如果法律規範過於模糊，無法使當事人在事前有一個明確的預期，將使當事人難以進行交易。<sup>143</sup> 第二，法規的模糊性，變相的使不確定性增加，使得當事人為投機行為的機率大增。<sup>144</sup>

因此，使用更彈性的立法，未必能夠達到立法之初所希望之目的。如欲促成契約之彈性，透過契約之設計以及解釋來確保這件事情，所耗費之成本應較立法來得小。

#### 第四節 契約與治理架構之結合

關係契約本身是否可以被「適用」？它是法律嗎？還是只是一項透過觀察所能得到的現象描述？而這個問題又帶到了：是否需要特別為關係契約立法的問題。

Macneil 認為，其所提出之「關係契約」，最重要的功能是在描述一種現象。而所謂的關係性契約法（relational contract law），係指法律能夠將關係契約所具有之「關係」特色納入考量，則此種法律便可稱之為關係契約法。<sup>145</sup> 因此，這些觀察並不是要說個別交易的法律在關係契約中完全不可能適用。這些觀察也不是要提出一些法律原則可以被共通適用在所有的關係契約中，<sup>146</sup> 只是指出法律將關係契約之特色納入考量。不同種類的關係契約，故有其不同的特色，也會導致不

<sup>142</sup> Robert E. Scott, *supra* note 117, at 372.

<sup>143</sup> Robert E. Scott, *supra* note 117, at 374-5.

<sup>144</sup> Robert E. Scott, *supra* note 117, at 375.

<sup>145</sup> Ian R. Macneil, *supra* note 46, at 897.

<sup>146</sup> Ian R. Macneil, *supra* note 46, at 899.

同的規範方式，但是重點在於：這些特色，並不是因為他們是關係契約所導致的，而是因為他們每一種契約有屬於自己的特色，而導致的。所以，不應該為關係契約設置特別的規範。而應該是為特殊類型，如：營建、加盟店等，設置不同的契約規範方可。<sup>147</sup> 學者 Scott 甚至認為，所有的契約都是關係契約，而且現在進一步的問題是：契約法的本質究竟在哪裡。<sup>148</sup>

契約之本質究竟在哪裡？從不完全契約理論與關係契約理論來說，契約扮演一種現在與未來之間的協調，一種當事人與當事人之間的溝通工具，以及當事人與法官之間，就交易相關事件，所為之溝通。透過關係契約理論，我們更看清楚了：契約是一種關係，也是一種治理機制。換言之，當事人之間有一種事實上的關係存在，而因為這個事實上的關係存在，而導致有規範的需求存在。契約正是設定了一種治理機制，而這種治理機制會影響當事人的行為模式。

而關係契約對契約解釋所提出之貢獻，係指出了：契約時間越長、越來越複雜，則契約的調整方式必須轉向一更為交易特定 (transaction-specific)、持續管理 (ongoing administrative) 之方式加以調整。<sup>149</sup> 在新古典契約法下，契約進行要調整時，參考的點是原先契約中的約定，但是如果是一個完全「關係」導向的調整方式，應該是將整套關係納入原先的契約中考量，也就是「原先契約」的範圍可能會擴大。<sup>150</sup>

關係契約理論亦提出了：內部關係會自行創造出內部之法律，這點和契約必須完全遵從外部法律之規範不同。這些由內部創造出的規律—例如：信賴、互惠、合作等，可能也會變成彼此契約義務的一部份。<sup>151</sup> 契約也可能變成一個內部溝通的工具，<sup>152</sup> 例如：公司的銷售經理以及律師和客戶擬好了契約，契約中約定了商品應有之規格，則製造經理便必須依照此種規格生產產品；製造經理也不必和客戶再討論生產的細節。契約的這些關係也是法官日後解釋契約時，可能要面對的問題：是否應該考慮契約內部的特殊關係？或是只要參考一般任意法規，對契約

<sup>147</sup> Eisenberg, *supra* note 82.

<sup>148</sup> See Robert E. Scott, *The Case for Formalism in Relational Contract*, 94 NW. U. L. REV. 847, 852 (2000).

<sup>149</sup> Ian R. Macneil, *supra* note 46, at 901; see also Oliver E. Williamson, *supra* note 52, at 238.

<sup>150</sup> Ian R. Macneil, *supra* note 46, at 890.

<sup>151</sup> See Ian R. Macneil, *Relational Contract Theory as Sociology: A Reply to Professor Lindenberg and de Vos*, 143 J. INSTITUTIONAL & THEORETICAL ECON. 272 (1987).

加以解釋補充即可？而這個問題，本文留待下一章中說明之。

本文第貳章中，曾提到 Williamson 主張，必須依特定投資之程度，適用不同的治理架構，然而這只是 Williamson 所提出理論之半；Williamson 進一步將所提出之依特定投資之程度所畫出之治理架構，和契約法演進之配合，如下表所示：

		投資特性		
		不特定	混合	特殊
交易發生之頻率	有時	市場治理—— 約理論 —— 古典契	三方治理——新古典契約理論	
	重複發生		特定交易治理——關係契約理論	

表 8 契約理論與治理機制之對照<sup>153</sup>

透過這張表格，可以將治理架構說明如下：

1. 市場治理——古典契約理論：<sup>154</sup>

針對有時或重複發生之非特定投資交易，市場是最好的交易治理工具。因為商品很標準化，所以買賣雙方要轉向他人為交易也都很容易，所以買賣雙方是誰也不是很重要。但要如何防止投機行為呢？在有時發生的交易中，當事人很難透過自己的經驗去評估買方或賣方是否會為投機行為，但是可以透過一些市場機制，例如：同業評比，來達成評估買方賣方行為之目的。既然買賣雙方是誰不重要，則也意味著買賣雙方可以隨時退出彼此之間的關係，另尋一段關係，所以法院之判決不必考慮到要替當事人雙方維持交易關係——反正他們很快就可以找到另外一段關係。

2. 三方治理（trilateral governance）——新古典契約理論：<sup>155</sup>

混合或特定投資有時發生之交易，適合三方治理之交易架構。在此種交易中，因為有特定投資，所以一旦交易發生，當事人就會希望將交易完成，否則該特定投資所能發揮之價值將大大降低；再者，將資產移轉給後續之供應商，將造成資

<sup>152</sup> Stewart Macaulay, *supra* note 114, at 354.

<sup>153</sup> Oliver E. Williamson, *supra* note 52, at 253.

<sup>154</sup> Oliver E. Williamson, *supra* note 52, at 248-9.

<sup>155</sup> Oliver E. Williamson, *supra* note 52, at 249-50.

產估價上的困難。因此，對交易雙方來說，維持關係就變得很重要了。

而在這種交易中，市場無法扮演一個好的監控機制角色，過去的古典契約法又不重視關係的維持，此時勢必就要有另一種監控機制出現。新古典契約法不會尋求法院的幫忙（因為法院的解決方式可能會是直接切斷關係），而會轉而尋求仲裁、獨立專家等方式，加以解決。而契約法中的特定履約補償方式（specific-performance remedy）則是實現關係繼續的好方法。

### 3. 特定交易治理（transaction-specific governance）－關係契約理論：<sup>156</sup>

重複發生、有混合或特殊投資的交易，通常便適用特殊交易治理下的關係契約理論。通常此種交易的問題是：因為交易都不是標準化的（也就是每個交易都是客製化的），所以此種交易不可能依賴市場提供監控機制。而因為此種交易牽涉特殊投資，投資之後所能回收的利益極大，所以也有足夠的成本，讓在此種交易中的雙方，設計一種特殊的機制去監控。

此種特定交易治理的型態又可以分為兩種，第一種：雙邊治理（bilateral governance）；第二種：統一治理（unified governance）：

#### （1）雙邊治理：有義務的契約的締結

有特殊投資存在時，不可能依賴市場產生規模經濟；但是在投資是混合型態時，市場可能就可以發揮一定的監控機制。透過市場，雙方可以知道最適的成本在哪裡，但是透過市場也是有危險的：有適應的問題（adaptability）以及契約支出成本的問題。如果是垂直整合的商業組織，要面對外部環境的改變作調整，就只要透過內部的指令就可以達成；但是在非商業組織中，就必須透過外部市場機制來加以調整，也就是締約雙方必須自己調整。除非當事人在事前就已經想好要如何面對外部的變化加以調整，否則，當事人都必須在事後透過協議來調整—而這通常就是問題所在。一方面，雙方都會想要維持關係；另一方面，雙方各自堅持自己的利益，而很難達到同意。因此，此種交易治理中的問題，便是契約後續調整時，可能會面臨困難。

#### （2）統一治理：內部化之組織

---

<sup>156</sup> Oliver E. Williamson, *supra* note 52, at 250-3.

優點是面對外部的變化可以很快的調整，不必一直協商、更改契約條款等等，而可以確保創造最大的利益。所以在有特殊投資之情況中，統一治理機制就可以取代雙邊治理。

綜上所述，本文中所討論的長期商業契約，係屬於一種關係契約，因此，應該以一種特定交易治理之方式，對其契約為治理。而在此種契約治理中，所會遇到的最大的問題是：契約之約定必須面對未來的不確定性，而可能在契約調整上產生困難，以及必須面對當事人對外在變化可能採取之投機行為。

### 第五節 小結：從契約安排到契約解釋

在本章中，筆者首先討論我國法下對繼續性債之關係所提出之觀察。我國之學說雖然有意識到繼續性債之關係以及一時性債之關係之間的差異，也承認此種差異有其規範必要，但僅僅透過繼續性債之關係，無法說明為何契約中會出現許多漏洞。因此，筆者擬從當事人在交易中所面臨之問題切入，說明當事人如何設計契約以避免這些長期交易中的風險。

經濟學者與法律學者，對此一問題，均提出了說明。經濟學者指出，當事人之間的契約約定，甚少有「完整」的，特別是在交易必須面對未來的不確定性以及變化時，當事人可能傾向設計「不完全」之契約，以使交易能夠靈活的面對外在事物的變化；而法律學者則提出「關係契約理論」：Macneil 從法律之角度，觀察現代型之交易，認為當事人在交易中，會發展出無法完全被書面契約所描述的「關係」，而這層關係對於交易之進行以及維持又相當重要，因此，契約應該被放在一種廣義的交易脈絡下，加以觀察，而不能將其獨立切割，否則將會看不到契約中原本相關聯的脈絡關係，也就無法真正對契約進行治理。

關係契約理論與不完全契約理論最大的貢獻在於：使我們意識到了過去忽略的現象。如果契約在設計上常常是不完全的，則表示當事人發生爭議時，法院必須面臨到契約應該如何解釋之問題。而法院應該如何解釋這些契約，則必須回到當事人之交易關係中，此時關係契約理論所提出之觀察，便可提供法院之解釋一方向可循。

因此，在不完全的世界中，面對眾多不完全的商業契約時，法官應該如何解

釋契約、填補漏洞，以定紛止爭、促進商業交易之達成？便成為法院重要之課題。  
而下一章中，便將進一步探討契約應如何解釋以及漏洞應如何填補之問題。



## 第肆章 長期契約之契約解釋與漏洞填補

本文已於前一章中指出，交易當事人基於交易成本之理由，在契約中可能不會為完整之約定；這些約定不完全之部份，可以透過交易所產生的關係來加以補足。而在本文所討論的長期契約中，當事人為了使契約能夠更有效率地面對未來的不確定性，多半會以較為彈性的文字，對交易事項做出約定。因此，從長期契約的這項特色出發，長期契約其實可以被歸類為一種不完全契約，也是一種關係契約。

而當長期交易中，產生問題時，雖然當事人可以透過自行協商之機制而加以調整，然而，調整機制可能會「失靈」。本文已於前一章中指出，契約中之自我調整之機制亦有其限度，當其失效時，當事人之間的爭議便必須由法律出面解決。因此，本章中所要討論的問題便是：當長期契約中產生爭議時，當事人尋求法律途徑定紛止爭，此時法院應該以何種方式解釋契約，填補漏洞？

本論文已於第貳章中，說明長期商業交易中，具有不確定性、資訊無法被第三人驗證、以及特殊關係投資等特色。而面對這些特色，契約法的目的以及功能之一，便是盡可能使交易能夠以最有效率的方式進行，而契約法可以從法規的設計以及對契約的解釋，來幫助交易的達成。然而，何謂最佳效率？效率並不是一個可以憑空想像的概念，而是必須被放到不同的交易脈絡（context）下加以解釋，方能得到的結果。<sup>1</sup>因此，法院應該如何解釋長期契約，以使契約能夠達到最大之效用，便是本章所要討論的問題。

我國過去之學說，對於法律領域中關於「解釋」之問題，多半集中在法律條文應如何解釋，而較少注意到契約應該如何被理解。<sup>2</sup>學說上對於契約應該如何解釋，雖然也有一些討論，但這些討論多半僅提出一些較為一般性的原則，而沒有

<sup>1</sup> See Victor P. Goldberg, *Relational Exchange: Economics and Complex Contracts*, 23 THE AMERICAN BEHAVIORAL SCIENTIST 337, 342 (1980).

<sup>2</sup> 雖然，契約解釋之方法和法律解釋之方法，其實有相當多類似的部分。法律文義解釋之方法可以對應到契約文義解釋；法律之體系解釋方式，在契約解釋中便是要求解釋契約者必須考量該契約約款在整部契約中的地位；契約解釋中的立法史以及立法資料，便是締約時之相關資料；透過比較法之方式解釋法律，在契約解釋中便是以市場上同類型的交易互相比較；而締約之目的則類似法律解釋中所必須加以考察之立法目的，請參考：陳自強（2004），《契約之內容與消滅》，頁 79，台北：學林。

針對不同契約類型應如何解釋做出較為深入的探討，更遑論長期商業契約。本文認為，由於長期商業契約之交易特性和一般之個別交易不同，法院在解釋長期契約時，更必須從交易之觀點，將交易之特性納入考量，審酌當事人為何訂定此種契約，再對契約之內涵做出解釋、或填補其漏洞。而應該如何考量交易之特性，又應該如何將這些考量與契約解釋結合，便是本章所要討論的重點。筆者將指出，由於長期商業交易中，當事人彼此之間的信賴以及合作，對交易目的之達成扮演重要之角色，因此法院在解釋契約時，應盡可能將這些因素納入考量，方能使當事人的交易發揮最大的功效；又因為當事人不完全依賴約定明確之契約進行交易，因此將進一步產生契約是否存在、不明確之約定應如何被解釋或補充之問題，而此亦為本章所將討論的問題。

在第一節中，筆者將先說明我國學說對契約解釋與漏洞填補所提出之原則，並一併說明美國法下對此議題之討論；第二節則將問題聚焦至長期契約，說明長期契約中所產生之爭議的特色，並提出一法院在解釋這些爭議時應遵循之方向；第三節到第六節則將長期商業交易中常見之問題提出討論，包括契約是否成立？可否以及應如何透過誠信原則補充契約中之漏洞，使契約能透過解釋得到一較為合理之結果？當長期商業契約面對外在環境變化，使契約之履行有調整之必要時，法院應如何為之？又法院應如何適用任意法規填補契約漏洞？均為本文所欲探討之問題。第七節中則提出三則我國之案例，說明三則案例之事實，並分析其交易特色，嘗試將本論文從第貳章到第肆章中之論述套用於實例中，以檢討我國實務判決在契約解釋分析上的盲點。第八節則為本章之結論。

## 第一節 契約解釋與漏洞填補之原則

契約之解釋和契約漏洞的填補，兩者並不同。契約解釋是對已經存在的文字確認其意義；<sup>3</sup>而契約漏洞之填補，則係指在當事人意思表示受到拘束的範圍之內，存有亟待規範之事項，但由該意思表示之客觀規範內涵中卻無法找到解決之道，<sup>4</sup>亦

---

<sup>3</sup> 契約中之文字必須經過解釋方能確定者，其文字可概分為二種：一種是文意模糊（ambiguous）之問題，必須確定當事人所指之事究係為何；另一種則是因為該文意之不明確（vagueness）而產生是否要擴張解釋之問題，see RANDY E. BARNETT, CONTRACTS, 377 (2003)。本文在此節第三項中將針對美國法在這方面的討論做一說明。

<sup>4</sup> 陳彥希（1994），〈契約法之經濟分析〉，頁45，台灣大學法律學系碩士論文。

即當事人有漏未約定之事項，因此必須對當事人未約定之事項加以解釋。<sup>5</sup>雖然此二概念內涵不盡相同，但兩者在實際操作上，實不可切割而互有關連。<sup>6</sup>以下先從法院之角度，說明解釋契約及填補契約漏洞之目的，藉此提出法院在解釋契約時應達成之目標；再說明我國學說下對契約解釋以及漏洞填補所提出之原則；而為了補充我國學說在這方面討論之不足，以及為本章第二節所探討之長期契約解釋提供理論背景，在本項第三節中將說明美國法下對契約解釋以及漏洞填補之學說討論以及規範方式。

## 第一項 契約解釋及漏洞填補之目的—法院之角度

### 第一款 契約解釋及漏洞填補之必要

為何在法律體系中，會產生對契約解釋以及漏洞填補之需求？就契約解釋而言，當事人內心之真意與其外在所使用的語言，兩者未必完全一致，亦即當事人主觀之意思與客觀所被觀察到、表現於外的行為或文字，兩者可能產生落差，而當交易當事人因為此種落差而產生爭議時，契約便有解釋之必要。

而契約漏洞填補之需求，可以從經濟之角度來觀察。若當事人對於履約過程中所生之具體風險，並非已於契約中透過明示或默示之意思定其分派，<sup>7</sup>而當事人又無法透過事後自行協商加以調整時，契約法便有義務妥適分配該風險，不論是透過法院為當事人創設契約條款、或是援引任意規定為之。因此，契約漏洞填補之目的，在使實際上已存有缺陷之契約完整化，讓契約原有之利益分配不會因為風險之出現而遭到扭曲，進而能夠極大化契約之效用。<sup>8</sup>再者，新型態之紛爭層出不窮，任意法規之補充時有窮盡，縱然是典型之類型化契約，當事人之間亦可能發生意思不明、而法規之分派有不足之情形。<sup>9</sup>因此，契約漏洞之填補有其存在必

<sup>5</sup> 因此，契約漏洞即係依據契約之目的與計畫，契約本應有所約定而未約定之情形，請見：前揭註2，頁75，台北：學林。

<sup>6</sup> 契約解釋與漏洞填補兩者概念內涵雖然不盡相同，但在實際運作上卻有許多關聯之處，法官亦常常透過契約解釋填補契約之漏洞，德國法下即將契約解釋分為闡釋性之契約解釋以及擴張性之契約解釋，前者即本處所稱之契約解釋，後者即為契約之漏洞填補。或許區別這兩者最大的實益在於：決定法官何時能夠為當事人創設契約。對此項問題，本文將於此節第三項中有更深入的說明。

<sup>7</sup> 而為何當事人無法以明示或默示之方式，在契約中做出風險分配，可參照本論文於第參章第二節中關於不完全契約之論述。

<sup>8</sup> 請見前揭註4，頁45。

<sup>9</sup> 請見前揭註4，頁59。

要性。

而從上述契約解釋與漏洞填補之必要性中，可以看出過去學說認為：法官解釋契約之目的，只是要完全依照契約之內涵執行契約之時代已經不復存在。法官除了被期待必須依照契約之內涵執行契約外，當契約之內涵就某一問題不存在時，法官還必須依契約之內涵，做出最有效率的判斷。<sup>10</sup>以下便從契約解釋與漏洞填補之目的出發，說明法官在其中應達成之目標。

## 第二款 法院透過契約解釋及漏洞填補所應達成之目標

法院解釋契約時，並不是如同在刑事案件中，必須發現客觀真實（objective truth）。在民事案件中，法院的工作是發現「相對真實」—即所謂的事實，其實是透過「比較」而來的，而非透過純粹之調查而發現的絕對真實。因此，法院可能常常必須依據不完全的資訊—相對真實之事實—作為判斷基礎，以對契約做出解釋。<sup>11</sup>而法院透過解釋契約、填補漏洞，必須達成以下兩點目標：探求當事人之真意以及加速契約之創新。以下分述之。

### 第一目 探求當事人之真意

法院解釋契約之首要目的，便是要發現契約真正的約定究係為何。法官所要解決的問題是：當事人透過契約，企圖約定的內容究竟是什麼？而當事人之意圖，必須從客觀、<sup>12</sup>可能的角度加以檢視。依據契約自由原則，當事人原則上可以自己決定自己契約的內容，法院如要介入當事人之契約約定，必須具備一個正當理由方可。<sup>13</sup>而在契約解釋中，正當化法院介入契約的理由便是：法院要探求當事人之真意，而既然當事人已答應為特定之行為，則法院所作的，不過是要求這個人為其已經答應過的行為。因此，為了合理化法院之介入，法院應能從契約解釋中探

<sup>10</sup> See Alan Schwartz, *Legal Contract Theories and Incomplete Contracts*, in CONTRACT ECONOMICS, 97 (L. Werin & H. Wijkander eds. 1992).

<sup>11</sup> See Robert E. Scott & George G. Triantis, *Incomplete Contract and the Theory of Contract Design*, 56 CASE W. RES. L. REV. 187, 198 (2005).

<sup>12</sup> 此處所指之客觀，係指法官必須以一種公正而不偏袒的態度，決定當事人之真意，而與後述解釋契約之方法，有分為主客觀二說所稱之「客觀」不同。

<sup>13</sup> 其實「契約自由」是否真的是契約法中唯一之價值，是值得討論之問題。而討論這個問題，在契約解釋中的實益在於：如果契約自由不是契約法唯一之基本價值，法院介入當事人之契約時，便能以其他的價值正當化介入之行為。此問題在後面將有更進一步的討論。

求當事人之真意方是。<sup>14</sup>

再者，從效率之角度言之，這點也是最符合效率的作法。當事人締結契約之目的，是為了極大化自己的利益，如果法院不採當事人本來答應應為之行為做為解決方案的話，當事人想要極大化自己利益的目的便不可能達成。

## 第二目 加速當事人創新契約之產生

契約之架構，反映出當事人之間的交易。而當事人為交易之方式，隨著商業活動的日趨複雜，交易方式也逐漸創新，而這也影響了當事人設計契約的方式。因此，法院在解釋契約時，還必須注意到當事人面對交易時，在契約安排上所做出之創新，避免因為過去對契約約款之成見，而扼殺了契約創新的可能。

因此，法院進行契約解釋時，其實是扮演一種媒介角色：一種在當事人之真意、交易之實質與契約之文字中進行協調之工作。而希望透過這種角色，極大化交易之利益，活絡契約之創新。而法院理解契約脈絡、探求當事人真意以做出契約解釋的目的，可能和法院必須加速當事人契約創新之目的相衝突。<sup>15</sup>因此，法院在解釋契約時，必須注意平衡兩者之間的關係。

此外，附帶一提的是：在法院解釋契約時，不應該將契約正義的角色放得太大，以避免以法律之名，過度介入當事人之間的交易關係。蓋所謂的契約正義，係強調一方的給付和另一方之對待給付之間，必須有對價關係存在；<sup>16</sup>然而，何謂有對價關係存在，常常是因個案而異，而難以判斷，特別是在本文所討論的存在於廠商之間的長期商業契約中，當事人之間可能是以信賴或未來的合作等無法完全被充分衡量之未來利益所維繫；因此，如果法官動輒以契約正義之名介入當事人之間的交易，恐怕無法達成契約解釋原先所要達成之目的。

是故，從法院解釋契約之目的出發，我們對契約解釋的期待，不應該只是：

<sup>14</sup> See Alan Schwartz & Robert E. Scott, *Contract Theory and the Limits of Contract Law*, 113 YALE L.J. 541, 569 (2003).

<sup>15</sup> 此兩者會發生衝突的原因在於：法院會以過去累積下來的方式探究當事人之真意，然而當事人如採用創新之方式約定契約，法院未必能夠從過去之經驗去理解當事人之契約，see Charles J. Goetz & Robert E. Scott, *The Limits of Expanded Choice: An Analysis of the Interactions Between Express and Implied Contract Terms*, 73 CAL. L. REV. 261, 290 (1985).

<sup>16</sup> 王澤鑑（1999），《債法原理：第一冊》，1版，頁81-2，台北：自版。

法院應該如何解釋契約才能得到正確的答案？更精確的說法，應該修正為：法院究竟應該如何解釋契約，才能得到當事人所預期的結果？<sup>17</sup>蓋所謂「正確」與否並無客觀之判斷標準，而必須透過探究當事人之真意方可得，因此，或許我們可以說，能達到當事人原先所預期的結果，才是所謂的「正確答案」。

### 第三款 法院解釋契約填補漏洞時應採取之態度

雖然我們肯定，法官解釋契約，必須能夠達到當事人原先所預期的效果，但是法官應該以何種價值判斷對契約做出解釋，將會影響法官認定何為「當事人所預期之效果」。對法官解釋契約時應採取之態度，有以下兩種之價值取向：傳統理論與經濟學理論。

#### 第一目 傳統理論

傳統的理論在討論裁定方應如何提供公正的條文時，其法理建議法院在適用法律條款解釋契約時，應考慮以下因素：

1. 在貿易中公平交易的合理商業標準；
2. 遵循「良好信譽」；
3. 符合以下之目標：對達成的共同目標的忠誠、阻止對公平交易精神的侵犯、避免契約目的的受挫；
4. 「合作」之原則；
5. 避免「懲罰」或「喪失」權利；
6. 禁止經濟性浪費或不切實際的行為。<sup>18</sup>

#### 第二目 經濟學理論

經濟學理論的解釋並不贊同傳統理論的看法。經濟學理論認為，法官不應該直接以「公正」或「公平」作為判斷基礎，而應該在締約雙方意圖之基礎上，提供能降低交易成本的解決之道，且此解決之道亦可供後續類似之案件作參考。<sup>19</sup>蓋公正與否之問題，係隱含於效率之中，故上述二者可以調和彼此的目的，並不衝

<sup>17</sup> Alan Schwartz & Robert E. Scott, *supra* note 14, at 545.

<sup>18</sup> Alan Schwartz, *supra* note 10.

<sup>19</sup> Alan Schwartz, *supra* note 10.

突。因為對新康德主義道德理論者來說，只要對事業的追求不妨礙他人的權利，政府就應該幫助人們從事其事業；而既然人們通常偏愛有效率的商業契約，新康德主義者便認為法院應該幫助人們進行商業契約。因此兩種學說可以和平共處。<sup>20</sup>

在現代之契約法中，甚少有契約法完全立於此二種價值觀之一方，而多半以一種折衷的態度來看待此一問題。當交易雙方中有一方處於較為弱勢之地位，如消費者時，法律可能會傾向第一種價值選擇；但如在本文所討論之商業交易中，雙方均為地位、能力對等之商人時，法律便應該以第二種價值選擇為原則。因此，法院基本上是採一混合之角度，在個別交易中，依個案情形做修正。

## 第二項 契約解釋與漏洞填補之原則—我國法之觀察

本文前已述及，司法如要介入當事人間之契約，必須要有正當理由。而即便司法之介入有正當理由，其亦應遵守以下之原則：即成本之減少與利益之增加，使契約當事人之間的利益極大化。因此，法院原則上應該抱著「當事人之間，對於現在面對的風險，若於締約之際已經預見，則當事人會做何種約定」之想法，為當事人解釋契約，填補漏洞，解決風險分配之問題，<sup>21</sup>而這也是我國學說對契約解釋、漏洞填補之通說。以下，即說明契約解釋之原則，以及填補契約漏洞的方法。

### 第一款 契約解釋

我國法規範下，針對契約解釋所提出之原則，可以分為以下幾點：

#### 第一目 探求當事人之真意而不拘泥於字句

首先，我國法以主觀解釋為原則，法院解釋契約時，應探求當事人之真意，不得拘泥於當事人所使用之字句。蓋我國民法第九十八條，係參考德國民法第一百三十三條而制定，其明文表示對意思表示的解釋，應探求當事人的真意，不得拘泥於所用之辭句。<sup>22</sup>因此，對契約之解釋，自應作與雙方表明的意向相符的瞭解。

<sup>20</sup> Alan Schwartz, *supra* note 10.

<sup>21</sup> 請見前揭註4，頁45。

<sup>22</sup> 民法第九十八條：「解釋意思表示，應探求當事人之真意，不得拘泥於所用辭句。」但是契約中已明示當事人之意思，無須再探求時，便不得曲解契約之文字而另為解釋，請參考：17年上字第

而瞭解之過程中，必須以締約時之事實及其他一切證據資料為其判斷標準，而不能拘泥於契約中之文字。<sup>23</sup>而德國法下有所謂的「闡明性契約解釋」，係指契約中之概念及辭句之涵義，並非總是清楚。因此，法官必須特別注意，於澄清這些模擬兩可的語句，或以擴張或限制方式解釋時，不得有背於當事人曾表示的意思。<sup>24</sup>

而當事人真意之探求，必須以締約時之意思表示為準。<sup>25</sup>而在探求外部之表示或內心的意思時，有客觀解釋（表示說）與主觀解釋（意思說）之差別。<sup>26</sup>究竟必須採主觀之方式、或客觀之方法，從我國民法第九十八條之規定看來，由於其要求探求當事人之真意時，不得拘泥於其所使用的字句，因此可以推之，我國之立法例下，基本上是採取主觀說之立場。<sup>27</sup>

## 第二目 交易習慣以及誠信原則之考量

採主觀說之立場解釋當事人之真意，並非完全沒有界線。德國民法第一百五十七條規定，「契約應依誠實信用，並顧及交易慣例的要求而解釋。」<sup>28</sup>我國民法中雖然沒有類似規定，但學者認為應採相同之解釋。蓋契約乃社會行為，涉及他方當事人之理解與信賴，若嚴格採取主觀的判斷標準，將嚴重妨礙法律的安定及交易秩序，因此「意思」與「表示」兩項因素必須被加調和。<sup>29</sup>

是故，解釋契約時，除當事人之主觀意思以外，亦可能考慮到交易習慣及誠信原則。所謂交易習慣，係指在交易上實際存在，而為多數人遵行的行為。蓋契約文義的理解，在契約當事人均屬於相同的交易圈時，交易習慣扮演相當重要的角色。共同交易圈的交易習慣，通常也成為契約條文的背景與脈絡。<sup>30</sup>因此，其自

---

1118 號判例：「解釋契約，固需探求當事人立約時的真意，不能拘泥於契約之文字，但契約文字業已表示當事人真意，無須別事探求者，即不得反捨契約文字而更為曲解。」

<sup>23</sup> 90 年台上字第 2316 號判例：「解釋契約應以當事人立約時之真意為準，而真意何在，又應以過去事實及其他證據為斷定之標準。」

<sup>24</sup> 黃立（2006），《民法債編總論》，3 版，頁 76，台北：元照。

<sup>25</sup> 最高法院 49 年度台上字第 303 號判例：「解釋當事人立約之真義，除雙方中途有變更立約內容之同意，應從其變更以為解釋外，均以當事人立約當時的真意為準。」

<sup>26</sup> 請見前揭註 16，頁 236。

<sup>27</sup> 當然主觀說也並非沒有其界線。學者即提出，以表意人之主觀意思為準時，亦必須一併考慮到相對人了解的可能性，請參考：前揭註 5，頁 75，至於其他的限制，請參考下述之交易習慣與誠信原則。

<sup>28</sup> 請見前揭註 16，頁 237-8。

<sup>29</sup> 請見前揭註 16，頁 238。

<sup>30</sup> 請見前揭註 5，頁 75。

身雖非法律規範，但在契約解釋時，係有影響力的事實要素而能間接成為法律的內涵。至於誠信原則在我國民法中，雖無將其規定為解釋契約之基本原則，但從我國民法第一百四十八條<sup>31</sup>中可以推知，誠信原則為我國民法中之「帝王條款」，因此解釋契約時，自應受此原則之拘束，應無疑問。<sup>32</sup>

因此，綜上所述，解釋契約時，應該從探求當事人之真意出發，以文義解釋為基準，並將該約定在契約中之地位、締約之目的、交易之慣例以及誠信原則等，在解釋時一併納入考量，綜合考慮之。<sup>33</sup>

## 第二款 契約漏洞之填補

契約漏洞的存在，係契約補充性解釋的先決條件，因此在從事補充性契約解釋前，應先審查契約的規範有無漏洞的存在，並且確認此一漏洞若無補充性契約解釋，即契約漏洞填補，將危害契約目的的達成。<sup>34</sup>而契約漏洞的填補，亦應探求當事人之真意。然而，其所探求之當事人真意，不是事實上經驗的意思，而是「假設的當事人意思」，即雙方當事人在通常交易上合理所意欲或接受的意思。<sup>35</sup>假設之當事人意思是一種規範性的判斷標準，以當事人於契約上所作的價值判斷及利

<sup>31</sup> 我國民法第一百四十八條第二項：「行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法。」

<sup>32</sup> 有疑問的應是：援引誠信原則作為判決之基準或內涵，界線應在哪裡？此一問題在本章第四節誠信原則終將加以討論。

<sup>33</sup> 請見前揭註16，頁239，亦可參考：最高法院88年台上字第1671號判決：「按解釋意思表示應探求當事人之真意，不得拘泥於所用之辭句，民法第九十八條定有明文。意思表示不明確，使之明確，屬意思表示之解釋；意思表示不完備，使之完備，屬意思表示之補充。前者可減少爭議，後者可使意思表示之無效減至最低程度。意思表示解釋之客體，為依表示行為所表示於外部之意思，而非其內心之意思。當事人為意思表示時，囿於表達力之不足及差異，恆須加以闡釋，至其內心之意思，既未形之於外，尚無從加以揣摩。故在解釋有對話人之意思表示時，應以在對話人得了解之情事為範圍，表意人所為表示行為之言語、文字或舉動，如無特別情事，應以交易上應有之意義而為解釋，如以與交易慣行不同之意思為解釋時，限於對話人知其情事或可得而知，否則仍不能逸出交易慣行的意義。解釋意思表示端在探求表意人為意思表示之目的性及法律行為之和諧性，解釋契約尤須斟酌交易上之習慣及經濟目的，依誠信原則而為之。關於法律行為之解釋方法，應以當事人所欲達到之目的、習慣、任意法規及誠信原則為標準，合理解釋之，其中應將目的列為最先，習慣次之，任意法規又次之，誠信原則始終介於其間以修正或補足之。」

<sup>34</sup> 請見前揭註24。

<sup>35</sup> 但亦有學者認為，過去的假設當事人意思理論有不能解決問題之處。原因有三。首先，此理論的假設是大多數人締結不完全契約的原因是因為交易成本的考量，因此當有交易人的考量並非出於締約成本時，此理論便不能正確的填補契約之漏洞；再者，該理論並沒有說明，要如何將「當事人假設之意思」加以適用到個案中成為個別化之任意法規；最後，當事人事前不完全的約定，必須依賴法院事後之漏洞填補，則如果對法院來說，漏洞的填補相當耗費成本的話，我們設計任意法規時，在當事人事前約定成本較小的情形下，該任意法規應該要提供當事人誘因去做事前規定，see Ian Ayres & Robert Gertner, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, 99 YALE L.J. 87, 93 (1989).

益衡量、而非法官之價值判斷，為出發點，依誠實信用原則並斟酌交易慣例加以認定，以實現契約上之公平正義。<sup>36</sup>

再者，契約漏洞之填補，旨在補充契約之不備，而非為當事人創造契約。蓋法院與當事人之間，並非醫生與病人之關係，故應採最少介入原則，不能以補充契約之名，行變更契約內容之實，以致侵害當事人之私法自治權利。<sup>37</sup> 因此，漏洞的填補不能擴張契約的標的，亦不能與當事人已表示的意思相違背，只能於契約的架構內為之，且必須符合誠信原則。而誠信原則對於補充性解釋尤其具有重大意義，因為依據誠信原則，可以推定當事人間，就未協議之點，依善良方式原應如何，以及契約當事人間應忠誠合作的要求。<sup>38</sup>

填補契約之漏洞前，應該先審核此一契約可否適用法律上有規定的契約形態及其補充性法條而得到適當的規範，即以任意規定為優先適用。<sup>39</sup> 因為一般說來，當事人間契約規範的漏洞，可以透過任意法來補充，只要該契約行為符合法律規範的類型，規範的漏洞可以因此排除，因此就排除了補充性契約解釋的機會。如審查之結果有多種形態可以列入適用之考慮，再審查雙方的利益分配關係，使結果能符合此一利益關係。<sup>40</sup>

反之，如果有以下之情形發生，任意法就無法發揮其補充契約的功能了：<sup>41</sup>

- 1 任意法的規定顯然無助於規範漏洞的排除，因為對於待解決的問題，在任意規定中並未有客觀上適當的規範。
- 2 由雙方當事人有漏洞的行為顯示，當事人不願意接受任意法規則的適用者。
- 3 法定規範由於當事人錯誤的想法，致其效果與其所尋求者大相逕庭。

<sup>36</sup> 德國之判例以及學說之見解，認為重新建構完整契約之標準為：第一，法官應以當事人之間固有之價值標準為其唯一之依憑，不應滲入自己的價值取向。第二，假設當事人均是誠摯而合於理性之人，法院依誠信原則斟酌當事人之間的利害後，再設想誠實之契約當事人，對於現實之契約漏洞，究會為何種內容之約定，以為契約填補之基準。而此一基準，縱以經濟之觀點為標準言之，結果亦無不同。因契約雙方當事人事為了追求最大經濟效率而締約，故適用擴張解釋之結果，若能使填補後之契約，滿足雙方之最大利益，其結局便與有效率之經濟模型同其意義，請參考：前揭註4，頁 60-1。

<sup>37</sup> 請見前揭註16，頁 245-6。

<sup>38</sup> 請見前揭註24，頁 79。

<sup>39</sup> 請見前揭註16，頁 246-7。

<sup>40</sup> 請見前揭註24，頁 78。

<sup>41</sup> 請見前揭註24，頁 78 及前揭註 14，頁 246-7。

- 4 具體行為的規範大幅背離法定的行為態樣，以致於法定規範無法得出客觀合理的解決者。
- 5 任意法的規範不符合改變的經濟關係，以致於契約實務上均不採行時。

而當作為補充之任意條文亦無法解決問題時，為保護當事人之利益，此時法官應：<sup>42</sup>

- 1 依據民法第二百二十七條之二第一項，<sup>43</sup>加以解決。
- 2 依當事人的真意而為補充。此時，應澄清雙方當事人的利益關係，尋求自當事人利益衝突之立場上，以其若曾考慮此點，會如何公平合理的加以規範，作為決定。此時雙方當事人的關係已非解釋，而是漏洞的填補。

因此，填補契約漏洞時，原則上應先假設當事人如能在事前預料到漏洞之發生，會如何解決此種風險；再決定以任意法規或契約解釋填補之。

以上說明係我國學說及法規對於契約解釋以及漏洞填補所提出之一般性原則。以下將參考美國法上對此一議題之討論及規範，與我國之學說相對照，並做為本章第二節討論商業契約解釋原則之基礎。

### 第三項 比較法下之觀察：以美國法為例

在美國法下，關於契約解釋以及漏洞填補之討論相當多，本文此處只選取和長期契約之解釋較為相關者討論之。本文將先說明需要解釋之契約缺漏之類型，而由於本文以下將討論長期商業契約中兩派不同的契約解釋方式：脈絡解釋以及文義解釋，因此說明契約缺漏之類型後，本文將接著說明脈絡解釋以及文義解釋之源頭：主觀說以及客觀說之爭，並輔以美國統一商法典以及美國第二法律整編契約法中之相關規定，說明目前美國主要規範所採取的立場。

#### 第一款 契約缺漏之類型

在美國法下，學者將需要法院加以解釋或填補之契約漏洞分為以下四種類型。由於本文認為，契約漏洞之類型，將影響法院解釋契約時，所採用之方式，因此以下將先說明美國法下之四種分類，並在下一節中，說明在本論文所討論之

<sup>42</sup> 請見前揭註24，頁 78-9。

<sup>43</sup> 我國民法第二百二十七條之二第二項：「契約成立後，情事變更，非當時所得預料，而依其原有效果顯失公平者，當事人得聲請法院增、減其給付或變更其他原有之效果。」

契約型態下，常見之契約漏洞型態為何。

### 第一目 文義不清者 (vagueness and ambiguity)

所謂文義不清者，又可分為兩類：文義含糊不清 (vagueness) 或文義不明確 (ambiguity)。文義含糊不清者，係指文義不清、或者太過一般化，使該文義無法被確定。例如：在租賃契約中，約定租金以承租人收入合理 (fair) 之百分比計算之，<sup>44</sup>則何謂「合理」，並不清楚。

而所謂的文義不明確 (ambiguous) 者，則是指該字義有兩種以上可能的解釋，即將該字義放到一般社會中，大眾對之可能為之解釋，與該字義放到句子中所能得到的解釋兩者並不同。<sup>45</sup>而文字在一開始看起來很模糊，未必真的是有含糊不清或不明確之狀態存在，必須先將這些字義放到契約之脈絡下加以解釋後，仍然無法得到合理的結果時，才會得到這樣的結論。不論是含糊不清或者不明確，都將產生契約解釋之必要。

### 第二目 漏未約定者 (omitted terms)

漏未約定者，便是契約中對某件事之約定，存有漏洞。<sup>46</sup>當事人未約定的原因，可能一方面是因為雙方對這件事無法達成共識、或是因為雙方認為這件事實在是不證自明的道理，所以不需要特別約定、或是因為交易成本之原因。<sup>47</sup>而究竟當事人是因為何種理由而未規定，就必須觀察契約中的其他部份來加以判斷，<sup>48</sup>原因之不同，將會影響法院填補當事人契約漏洞之方式，因此確定契約漏洞之成因有其重要性。

### 第三目 懸而未決者 (unresolved terms)

所謂懸而未決者，係指契約中已經對某一議題提出討論，但並未對其做出結論。<sup>49</sup>通常是契約中的一些重要的條款，如：價金。而當事人也沒有要援引外部的

<sup>44</sup> RANDY E. BARNETT, *supra* note 3, at 377.

<sup>45</sup> RANDY E. BARNETT, *supra* note 3, at 377.

<sup>46</sup> See BRIAN A. BLUM, CONTRACTS, 257 (2004).

<sup>47</sup> 契約約定不完全之原因，可見本論文第參章第二節不完全契約之論述。

<sup>48</sup> BRIAN A. BLUM, *supra* note 46, at 257.

<sup>49</sup> BRIAN A. BLUM, *supra* note 46, at 257.

標準來填補契約漏洞的意思，而想要透過彼此之協商自行解決這個問題。只是在締約之初不知道怎麼解決而已。<sup>50</sup>

## 第二款 契約解釋與漏洞填補之方式

### 第一目 契約解釋(interpretation)以及契約建構(construction)

在美國法下，將契約之解釋分為契約解釋（interpretation）以及契約建構（construction），此種分類法類似我國將契約解釋分為解釋以及漏洞填補兩者。契約解釋者，可以以美國第二法律整編契約法§200 為例：「稱約定、協定或其中之一條款之解釋者，謂該等條款意義之確定。」<sup>51</sup>而建構契約，則係對於不確定的契約約款，在事實並不明顯時，由法院適用法律的原則為其創造意義。<sup>52</sup>美國第二法律整編契約法§204，就省略之必要條款的補充，其規範為：「一交易已被充分定義為契約，而其當事人雙方，就決定雙方權利以及義務所必要之條款尚未同意時，法院得依其情形，為合理之條款補充之。」<sup>53</sup>

解釋和建構契約兩者，其實正好位在契約解釋的一個光譜上，其並非截然不同的兩件事情，只是程度上的差別，因此很難將兩者做很清楚的切割。<sup>54</sup>而兩者的區別其實實益不大，因為最後都是必須為契約中的特定文字建立意義。<sup>55</sup>或許較大之區別意義在於：區別法院何時為契約解釋，何時為契約建構，可以決定法院何時能夠為當事人創設契約。<sup>56</sup>當事人很明確有想要訂定契約的意圖，但是未在契約中做清楚約定、或是當事人已有約定，但因為公序良俗、社會政策的考量，而被法院加以推翻時，法院便可介入為當事人建構契約。但其實在解釋契約時，也常常遇到必須為當事人填補漏洞之情況，因此兩者其實可以說是牽扯難分。本文認為，與其區分契約解釋或契約建構，重點應該放在契約漏洞之類型以及成因，

<sup>50</sup> BRIAN A. BLUM, *supra* note 46, at 257.

<sup>51</sup> See RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS § 200 (1981)。原文如下：“Interpretation of a promise or agreement or a term thereof is the ascertainment of its meaning.”

<sup>52</sup> BRIAN A. BLUM, *supra* note 46, at 263.

<sup>53</sup> See RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACT §204. 其原文為：“When the parties to a bargain sufficiently defined to be a contract have not agreed with respect to a term which is essential to a determination of their rights and duties, a term which is reasonable in the circumstances is supplied by the court.”

<sup>54</sup> BRIAN A. BLUM, *supra* note 46, at 259-60.

<sup>55</sup> BRIAN A. BLUM, *supra* note 46, at 260.

<sup>56</sup> BRIAN A. BLUM, *supra* note 46, at 258-9.

方能對契約做出最有效率的解釋。以下即說明美國法下對契約解釋所提出之方法。

## 第二目 主觀與客觀之間：脈絡與文義衝突之導火線

美國法下對於如何探究當事人內心之真意，亦有主客觀二說之爭。早期採客觀說之學者認為，解釋契約必須尊重其文義，因此法院解釋契約時，應嚴格遵守口頭證據法則（parol evidence rule）以及簡單意涵法則（plain-meaning rule），將契約解釋的重心，放在契約文本的本身。這種學說的假設在於：當事人有能力在事前就將所有可能發生之情形約定清楚，因此當事人沒有約定的部份，法院就不應該介入為之補充或執行。

所謂的口頭證據法則，<sup>57</sup>係指：當事人不得援引非約定於契約中（extrinsic evidence）、和契約之約定相衝突、且發生於締約之前的證據，<sup>58</sup>補充契約或替代契約中的某些約款。因此，當事人不得對交易中之另一方，主張交易雙方在協商過程中曾經討論過、但並未約定於書面契約中之條款。<sup>59</sup>此一原則係由普通法之傳統中發展而來，係為保護交易當事人雙方對契約約定之信賴，避免法院之過度介入。<sup>60</sup>而所謂的簡單意涵法則，則係指當某一契約條款，其字面上之意義（clear on its face）已經非常明顯時，法院即不得援引先前之談判資料等作為證據，對契約文

<sup>57</sup> See RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS § 213 (1981)。該條文規定如下：「(1) 一有拘束力之完整協定使前協定與其不一致之部分失其效力。(2) 一有拘束力之完全完整協定使前協定與其同範圍部分，失其效力。(3) 無拘束力或已撤銷之一完整協定，不使前協定失其效力。但一從無拘束力之完整協定得使一如未被包括將成為協定一部份之條款，不生效力。」 See also U.C.C. §2-202 (2004)。

<sup>58</sup> 此法則雖然名為口頭證據法則，但是其實其所涵蓋的證據範圍並不只包括口頭之部份，凡是未被納入最後契約的口頭或書面約定，均會落入口頭證據法則所要禁止之證據的範疇，see BRIAN A. BLUM, *supra* note 46, at 329。

<sup>59</sup> See E. ALLEN FARNSWORTH, CONTRACTS, 414-5 (4<sup>th</sup>, 2004)。

<sup>60</sup> 然而，觀察美國法下的規範，可以發現其口頭證據法則是有界線的。當書面的約定並非最終且完整的表達時，與當事人之書面契約一致（consistent）而沒有衝突（not contradictory）的證據是可以被允許的。在 *Alaska Northern Development, Inc. v. Alyeska Pipeline Service Co.* 一案中，阿拉斯加最高法院指出，要適用口頭證據法則，必須符合以下幾點要件：1. 當事人之間的書面契約約定是完整的，亦即當事人雙方均有意願將其當成最終之約定。2. 當事人締約之前的證據，和書面契約中的某一部份不相衝突，且並非當事人在締約時有意省略者，see *Alaska Northern Development, Inc. v. Alyeska Pipeline Service Co.*, 666 P. 2D 33, 37 (1983)。See also U.C.C. §2-202 (2004): “Terms with respect to which the confirmatory memoranda of the parties agree or which are otherwise set forth in a writing intended by the parties as a final expression of their agreement with respect to such terms as are included therein may not be contradicted by evidence of any prior agreement or of a contemporaneous oral argument but may be explained or supplemented (a) by course of dealing or usage of trade or by course of performance; and (b) by evidence of consistent additional terms unless the court finds the writing to have been intended also as a complete and exclusive statement of the terms of the agreement.” 從美國統一商法典之規定中亦可看出，口頭證據法則下存有例外之情形。

字另為解釋。學者認為這樣的作法有兩種好處。其一，訴訟之程序可以較為精簡，因為不會有額外之契約證據進入訴訟中。其二，法院可以將審判之焦點放在「法律」而非「事實」上。<sup>61</sup>

客觀說所採納的這些原則，背後的基本精神，在長期契約的解釋中，成為主張文義解釋者之理論基礎。但採用此說之學者所遇到的困難在於：堅持純粹從契約字義的形式對契約進行解釋，將會導致在某些情形中，得到相當違反常識的解釋結果，特別是當締約後的情況變更，非當事人在事前得以預料，因此契約中漏未約定者。<sup>62</sup>

相對的，採主觀說之學者則認為，法院探究當事人之真意時，必須從各種契約脈絡以及相關證據中，對契約文義加以解釋。此派學者背後之道理在於認為契約的不完全是必然的，因此法院應該以：能極大化當事人共同利益的方式，來填補契約的漏洞。但這一派的缺點在於：它假設法院一定能以最有效率的方式填補契約的漏洞，但這件事卻不一定正確。<sup>63</sup>然而，主觀說的想法，已部分被美國統一商法典以及美國第二法律整編契約法所加以接受。<sup>64</sup>以下即透過說明此二法律所規範之基本契約解釋法則，觀察美國法下對契約解釋所做之基本規範。

### 第三目 美國法下對契約解釋脈絡之相關規定

解釋契約時，必須衡量各種情況為之。而通常解釋契約時，可能考慮到的脈絡有四種：<sup>65</sup>締約雙方在締約時所使用之文字以及締約時之行為、契約之履行過程（course of performance）、交易過程（course of dealing）以及商業習慣（usage of trade）。此由美國第二法律整編契約法§202(1)：「語言及其他行為之解釋應就一切情勢考量後做成之，...」<sup>66</sup>及同法§202(5)：「於合理情況下，當事人雙方就一約定或協定所表示之意思，應以與雙方意思及與任何相關之履行過程，交易過程及

<sup>61</sup> E. ALLEN FARNSWORTH, *CONTRACTS*, *supra* note 59, at 462.

<sup>62</sup> See Harold Dubroff, *The Implied Covenant of Good Faith in Contract Interpretation and Gap-Filling: Reviving a Revered Relic*, 80 ST. JOHN'S L. REV. 559, 578-9 (2006).

<sup>63</sup> See Gillian K. Hadfield, *Judicial Competence and the Interpretation of Incomplete Contracts*, 23 J. LEGAL STUD. 159, 161-2 (1994).

<sup>64</sup> Charles J. Goetz & Robert E. Scott, *supra* note 15, at 306-7.

<sup>65</sup> BRIAN A. BLUM, *CONTRACTS*, *supra* note 46, at 263.

<sup>66</sup> See RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS § 202(1) (1981)。其原文如下：“Words and other conducts are interpreted in the light of all the circumstances, ...”

商業習慣(之解釋)一致者(為準)解釋之。」之規定,<sup>67</sup>及美國統一商法典§1-303<sup>68</sup>中可看出。以下,即分項說明此四種脈絡之內涵。

### 1. 締約雙方在締約時所使用的文字與締約時的行為

締約雙方在締約時所使用的文字,以及締約時的行為,可以說是與契約內涵最相關之脈絡,自應被加以考量。美國第二法律整編契約法§203(b)規定:「明示之條款優先於履行過程。」<sup>69</sup>而考慮當事人所使用之文字時,應該考量到整個契約中所使用的文字,而不是只看有爭議的部份。

### 2. 契約之履行過程(course of performance)

美國統一商法典§1-303(a)將契約之履行過程定義為:「就特定之交易,在交易當事人之間,所存在的一連串的行為,而:(a)當事人就該交易所締結之協定,包含了一方當事人必須重複履行(之狀況);且(b)另一方當事人,明知此種重複履行之情形,而且有機會對之加以反對,仍接受了此種履行方式,或默認而未對之提出反對。」<sup>70</sup>而在該法§2-208中則進一步規定:「在買賣契約中,一方之履約具有重複履行之性質,而另一方瞭解此種情形,且有機會對其提出反對者,此種履行過程為另一方所同意或未遭另一方提出反對,則在解釋協議之意義時,應以此種履行過程為準。」<sup>71</sup>

而在美國第二法律整編契約法§202(4)中,亦有類似之規定:「如當事人中任一方知曉履行之性質而他方當事人亦有表示反對之機會致使一協定含有反覆不定的履行時機時,則該協定之解釋應以任何未受反對表示或未經反對而被默許的履

<sup>67</sup> See *id* § 202(5)。其原文如下:“Wherever reasonable, the manifestations of intention of the parties to a promise or agreement are interpreted as consistent with each other and with any relevant course of performance, course of dealing, or usage of trade.”

<sup>68</sup> See U.C.C. § 1-303 (2004)。其條文內涵,將於以下說明各種契約解釋時應參考的脈絡時,再說明之。

<sup>69</sup> See RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS § 203(b) (1981)。其原文為:“(b) express terms are given greater weight than course of performance,…”

<sup>70</sup> See U.C.C. § 1-303(a) (2004)。其原文如下:“A ‘course of performance’ is a sequence of conduct between the parties to a particular transaction that exists if: (1) the agreement of the parties with respect to the transaction involves repeated occasions for performance by a party; and (2) the other party, with knowledge of the nature of the performance and opportunity for objection to it, accepts the performance or acquiesces in it without objection.”

<sup>71</sup> See *id* §2-208 (1)。其原文如下:“Where the contract for sale involves repeated occasions for performance by either party with knowledge of the nature of the performance and opportunity for objection to it by the other, any course of performance accepted or acquiesced in without objection shall be relevant to determine the meaning of the agreement.”

行為準。」<sup>72</sup>由上述規定可知，履行過程之所以可被當作參考證據，原因在於：當事人在履約過程中重複所為之行為，如果並未遭到另一方當事人的反對，則表示另一方當事人和為行為之當事人，對契約有相同的認識，是故解釋契約時，自應以此種共同之認識為基準。

### 3. 交易過程 (course of dealing)

在美國第二法律整編契約法§223中，將交易過程定義為：「(1) 當事人間就一得確實地視為用以解釋彼此表意及其他行為而建立共同瞭解基礎之協定，雙方以往交往行為之過程。(2) 除另有約定外，當事人雙方間之交易過程得賦予其協定意義，或補充或修改該協定。」<sup>73</sup>

而在美國統一商法典§1-303(b)中，亦有對交易過程做出類似之規定：「交易過程係指特定交易的當事人方之間先前做出的、可被合理視為構成解釋其意思表示和其他行為之共同理解之基礎的系列行為。」<sup>74</sup>從這兩個定義中，可以看出由於交易過程已持續一段時間，而為交易雙方當事人所接受，因此在解釋契約時，自應將此一既定之模式納入考量。

### 4. 商業習慣<sup>75</sup>

美國第二法律整編契約法§222(1)將商業習慣定義為：「謂於一特定地域、行業或商業中所被規則遵守而使人有就一時定協定亦產生其將被遵守之正常期望之習慣。商業習慣得包括一規律地被遵守之規則制度，縱使特別規則時常改變。」<sup>76</sup>

<sup>72</sup> See RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS § 202(4) (1981)。其原文如下：「Where an agreement involves repeated occasions for performance by either party with knowledge of the nature of the performance and opportunity for objection to it by the other, any course of performance accepted or acquiesced in without objection is given great weight in the interpretation of the agreement。」

<sup>73</sup> See *id* § 223。其原文如下：「(1) A course of dealing is a sequence of previous conduct between the parties to an agreement which is fairly to be regarded as establishing a common basis of understanding for interpreting their expressions and other conduct. (2) Unless otherwise agreed, a course of dealing between the parties gives meaning to or supplements or qualifies their agreement。」

<sup>74</sup> See U.C.C. § 1-303(b) (2004)。其原文如下：「A ‘course of dealing’ is a sequence of conduct concerning previous transactions between the parties to a particular transaction that is fairly to be regarded as establishing a common basis of understanding for interpreting their expressions and other conduct。」

<sup>75</sup> 有學者指出，當事人大部分都會採用商業習慣，是因為從過去的發展看來，這是最有效率的交易方式，see Eyal Zamir, *The Inverted Hierarchy of Contract Interpretation and Supplementation*, 97 COLUM. L. REV. 1710, 1753-4 (1997).

<sup>76</sup> See RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS § 222(1) (1981)。其原文如下：「A usage of trade is a usage having such regularity of observance in a place, vocation, or trade as to justify an expectation that it will be observed with respect to a particular agreement. It may include a system of rules regularly observed even though particular rules are changed from time to time。」

而在美國統一商法典§1-303(c)中亦有類似之定義。<sup>77</sup>該條規定之官方評論第4點中指出，美國統一商法典不再要求商業習慣必須具備「古老」、「不復記憶」(immemorial)、「共通性」(universal)等特質後，商業習慣之範圍將可被拓寬。

78

而商業習慣是否存在應如何決定，同法§222(2)表示：「商業習慣之存在及其範圍應依事實問題之方式決定。若習慣係規定於書面商業法典或類似書面中，該書面之解釋應由法院依法律問題之方式決定。」<sup>79</sup>

對商業習慣在契約解釋中所扮演之角色，依同法§222(3)表示：「除另有約定外，一當事人雙方所從事行業或商業中之商業習慣，或當事人雙方知或有理由得知之商業習慣，得賦予其協定意義或補充或修改該協定。」

上述四種脈絡，在解釋契約時，均必須被加以考量，因此，下一步的問題便是：此四種脈絡是否有檢視之先後順序存在？如果從這四種證據中所得到的結果互相衝突，法院又應該以何種證據所得到的結果為準？此種解釋契約時審查相關脈絡之順序，與本章第二節中所要討論之長期契約解釋息息相關，以下即說明此一問題相關之討論。

### 第三款 契約解釋之流程

#### 第一目 參考脈絡之位階

當法院面對四種解釋契約時必須參考的脈絡時，下一步的問題便是：這四種脈絡彼此之間是否有位階存在？即法官參考這四種證據時，是否有先後順位之別？而當其彼此衝突時，又是否有何種證據必須被優先考量？在美國法下，此一問題基本上有兩種不同的想法：一派認為參考這四種證據時，有嚴格之「階層」必須遵守，另一派則認為這四種證據之間並不存在適用上之先後順位。以下即分

<sup>77</sup> See U.C.C. § 1-303(c) (2004)。其原文如下：“A ‘usage of trade’ is any practice or method of dealing having such regularity of observance in a place, vocation, or trade as to justify an expectation that it will be observed with respect to the transaction in question.”

<sup>78</sup> See *id.* § 1-303 cmt. 4.

<sup>79</sup> See RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS § 222(2) (1981)。其原文如下：“The existence and scope of a usage of trade are to be determined as questions of fact. If a usage is embodied in a written trade code or similar writing the interpretation of the writing is to be determined by the court as a question of law.”

述此二種想法。

主張此四種證據彼此之間是有「位階」存在者，認為：

1. 當事人明示之意思（expressed agreement）是最必須優先考慮者。如果契約中的文字已經夠明確時，法官即必須謹守契約明訂之文字，而不得參考其他書面契約以外之證據。<sup>80</sup>此即前述之簡單意涵法則以及口頭證據法則。
2. 而當事人無明示之意思時，則必須從契約之內容、締約當時之情境（circumstances）推測當事人真正的意圖為何，亦即此時外部之證據便可作為解釋契約時參考的對象。<sup>81</sup>而外部之證據之間，契約之履行過程優先於交易過程，交易過程又優先於交易慣習而被加以考量。<sup>82</sup>
3. 如果仍然無法得知當事人的真意為何，則必須考慮適用任意法規填補契約之漏洞。至於一般之法律原則，如：誠信原則、信賴保護等，則是當上述做法都「失效」時，才會採取的最後手段。<sup>83</sup>

此種解釋契約的過程，是一種從具體到抽象、從當事人的交易價值逐漸抽離到社會一般價值觀的過程。<sup>84</sup>當第一順位的證據可以賦予契約明確之意涵時，第二順位的證據便不應該被考量；而當證據之間彼此有衝突發生時，先位之解釋永遠優於後位。此一理論可圖示如下：

---

<sup>80</sup> Eyal Zamir, *supra* note 75, at 1716.

<sup>81</sup> Eyal Zamir, *supra* note 75, at 1712.

<sup>82</sup> Eyal Zamir, *supra* note 75, at 1717.

<sup>83</sup> Eyal Zamir, *supra* note 75, at 1717.

<sup>84</sup> Eyal Zamir, *supra* note 75, at 1718.

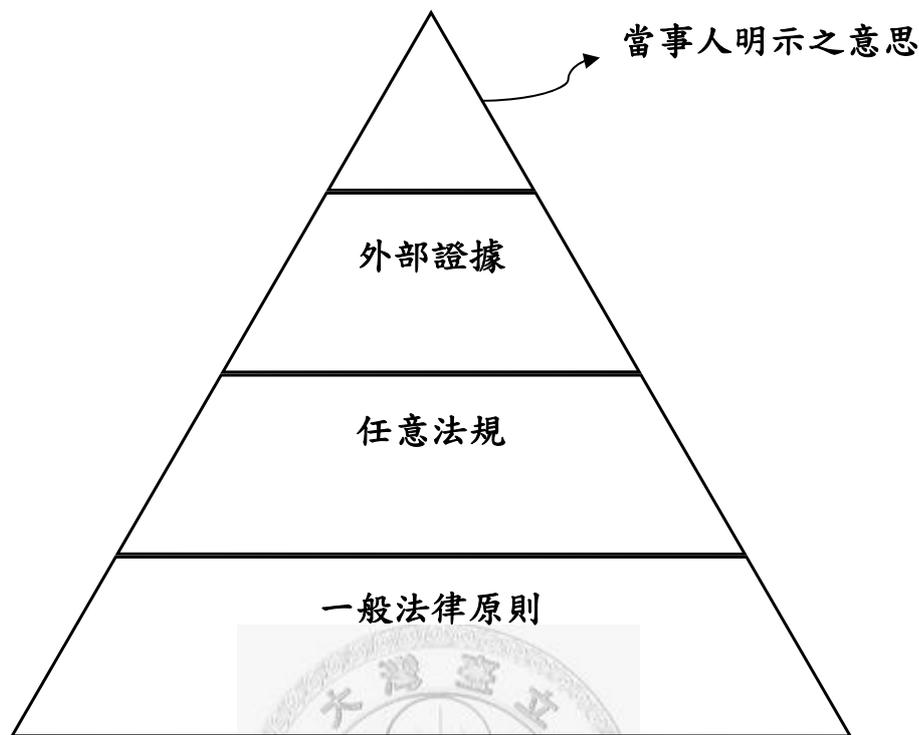


圖 3 解釋契約之過程

但亦有學者認為，從來就不存在「單純的文義」這種東西，文義必須和脈絡搭配觀察，才能得到結果。唯有將文字放到契約的脈絡中，而且不區分適用解釋原則的層次，才能夠得到最正確的解釋結果。因此這一派的學者認為，解釋契約時，要參考的重點，並非契約本身的文字，而應該將重心放在商業活動的脈絡上。<sup>85</sup>因此，此派學者主張，契約解釋的第一步，必須先由抽象的解釋原則開始，此和過去之學說正好相反；<sup>86</sup>再者，契約解釋必須具備一致性，因此必須解釋到該解釋在所有的證據之間都沒有衝突方可，此和過去的解釋方法認為文義優先於其他一切的證據，完全不同。<sup>87</sup>如果我們對照契約法的發展，從古典契約法到新古典契約法，既然其已經對契約之現在性以及個別性做出一定程度的放寬，則契約解釋會有不同於以往的發展也就可以想見。

而除了上述兩派學者對於四種證據位階的爭議之外，甚至有學者認為，從當

<sup>85</sup> Eyal Zamir, *supra* note 75, at 1719.

<sup>86</sup> Eyal Zamir, *supra* note 75, at 1731-2.

<sup>87</sup> Eyal Zamir, *supra* note 75, at 1733-4.

事人締約之習慣看來，法院填補契約漏洞時，應該先從一般性的原則，如：誠信原則等出發，再來才是任意條款、商業習慣、交易過程以及履行過程。亦即應採用一和過去完全「相反」的適用位階，才符合當事人在締結契約時的「實況」。<sup>88</sup>

## 第二目 不同的規範方式

面對學說對契約解釋參考對象階層不同的看法，究竟應該採取何種方式，較能達成法院解釋契約之義務？在美國第二法律整編契約法§203(b)表示：「明示之條款優先於履行過程，交易過程及商業習慣，履行過程優先於交易過程或商業習慣；且交易過程優先於商業習慣。」<sup>89</sup>而美國統一商法典§1-303(e)亦有類似之規定。<sup>90</sup>因此，從美國法之規定看來，似乎解釋契約時，所參考的證據彼此之間，確實有一「階層」存在。然而，在 Unidroit 所頒佈之「國際商業契約準則」中，雖亦表示契約解釋應該考慮到所有情況，但並未就這些情況區分階層，<sup>91</sup>亦即其適用於解釋時，所保留給裁決者的彈性較大。因此，雖然同樣是針對商事交易所制訂之規範，美國統一商法典和國際商業契約準則對此一問題便有不同的看法，也使得此一爭議在商業交易中更難解決。

從本節之論述中，可以到一個基本的結論：即不論是解釋契約，或是填補契約漏洞，首要之務皆是要探求當事人之真意為何。然而，當事人之真意應如何探究，應參考何種證據為之，則有爭議。而此種爭議在長期契約之解釋中，又變得更為嚴重，蓋長期契約所牽涉之交易複雜，所涉及的時間以及空間層面均相當廣泛，解釋契約時參考的證據有適用上之順序與無適用上的順序，所造成的差異將

<sup>88</sup> Eyal Zamir, *supra* note 75, at 1753-67.

<sup>89</sup> See RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS § 203(b) (1981). 其原文如下：“[E]xpress terms are given greater weight than course of performance, course of dealing, and usage of trade, course of performance is given greater weight than course of dealing or usage of trade, and course of dealing is given greater weight than usage of trade.”

<sup>90</sup> See U.C.C. § 1-303(e) (2004). 其原文如下：“Except as otherwise provided in subsection (f), the express terms of an agreement and any applicable course of performance, course of dealing, or usage of trade must be construed whenever reasonable as consistent with each other. If such a construction is unreasonable: (1) express terms prevail over course of performance, course of dealing, and usage of trade; (2) course of performance prevails over course of dealing and usage of trade; and (3) course of dealing prevails over usage of trade.”

<sup>91</sup> See International Institute for the Unification of Private Law [UNIDROIT], *Principles of International Commercial Contracts* § 4.3 (2004). 其原文如下：“In applying Articles 4.1 and 4.2, regard shall be had to all the circumstances, including (a) preliminary negotiations between the parties; (b) practices which the parties have established between themselves; (c) the conduct of the parties subsequent to the conclusion of the contract; (d) the nature and purpose of the contract; (e) the meaning commonly given to terms and expressions in the trade concerned; (f) usages.”

相當大。因此，以下即說明長期契約之契約解釋以及漏洞填補中所面臨之問題，以及法院應該採何種態度來解決此種問題。

## 第二節 長期契約下之契約解釋與漏洞填補

承接第一節中對契約解釋以及漏洞填補之基本原則的討論，在此節中，本文將討論的重心聚集到長期契約之爭議下。因此，以下先說明長期商業契約中，因契約約款所產生之爭議之特色，以此提出法院在長期契約之爭議中必須解決的問題，再說明學說對長期契約中之約款應如何加以解釋的爭議，並將此爭議與第一節中所討論的問題結合。筆者認為，在本論文所討論之長期契約下，法院解釋契約時，必須將「關係」之因素納入其中考量，而不能只將重心放在當事人所約定的文字。因此，法院解釋契約時，未必要嚴守文義、履行過程、交易過程、商業習慣之順序，而可以同時考量四者，如此方能真正觀察交易之全貌。又當四種證據彼此產生衝突時，還是應該先回到當事人締約之目的以及當時之環境，在當事人所創造的交易關係中，才能判斷究竟哪一種證據所得到的結果，是最能符合當事人之間交易實質的判斷，而沒有何種證據應優先採納之預設方是。說明完畢法院解釋長期契約時，應採之方式後，筆者將透過說明長期契約用以控制未來不確定性之約款，引出法院在解釋這些約款時常遇見之問題，以作為本文後續討論之基礎。

### 第一項 長期契約下契約解釋之特色與法院之功能

#### 第一款 長期契約漏洞之特色

本文於前一節中，已說明需要解釋或填補之契約漏洞可分為四種類型，而不同之漏洞可能會影響其被填補之方式。因此，以下有必要先說明，本文所討論之長期契約中，常見之契約漏洞之特色為何。

本文認為，長期商業契約下，其契約漏洞之特色在於：當事人未在契約中約定之事項、或在契約中以模糊文字約定之事項，常常是出於當事人之「故意」所為。當事人在締約之初已預想到契約存在漏洞：只是當事人未必清楚該特定問題發生後，會對契約造成何種程度之影響。因此，當事人基於交易成本之理由，會刻意在契約中留下可以協商解釋的空間。由此看來，長期商業契約之契約漏洞可

能是模糊不清 (vague) 之文字、漏未約定者、或懸而未決者之中任何一種，而這些漏洞的共通特點在於：他們可能都是當事人刻意所留下的漏洞。而這也將影響到法院應採何種方式、如何填補這些漏洞。以下即說明法院在長期契約解釋中所扮演的角色。

## 第二款 法院在長期契約解釋中所扮演之角色

法律要管理不完全契約時，必須扮演以下兩種不同之角色：

### 一、解釋之功能：

法律必須正確解釋締約雙方所用以分配契約風險之文字，且不論在哪一個法庭之下，解釋均必須統一。如此一來對當事人來說方有預測可能性。<sup>92</sup>

### 二、標準化之功能：

法律必須設定能被廣泛接受的任意法規。而法庭在此種解釋之功能中所扮演的角色是：法庭在解釋契約時，必須有一定之標準，使當事人能夠理解：他們所使用的文字，會遭到法官以何種方式來加以解釋。<sup>93</sup>而創造這種特定的契約條款的符號功能，可以透過法院援引任意法規來填補契約漏洞或法院過去之權威性解釋為之。

上述之兩種角色，前者要求法官必須對契約做字面的意義的解釋，如此一來方可統一不同法院下的解釋；後者，則強調功能性 (functionalism)，要求法官必須將契約放在脈絡下加以解釋，因為多半決定任意規定應如何適用，都是來自交易活動的脈絡。此二種對法律不同的期待，也引出了以下對長期契約解釋應採何種方法的不同看法。

我們在上一章中討論不完全契約以及關係契約理論時，曾說明當事人會在交易中形成關係，而因為這樣的關係，使得契約變成一種當事人之間的溝通工具。則法院在解釋契約時，應該要確保契約溝通以及治理的功能。更具體言之，法院解釋長期商業契約，應要能夠達成以下之目標：

---

<sup>92</sup> See Robert E. Scott, *The Uniformity Norm in Commercial Law: A Comparative Analysis of Common Law and Code Methodology*, in *THE JURISPRUDENTIAL FOUNDATIONS OF CORPORATE AND COMMERCIAL LAW* 149, 152 (Jody S. Kraus & Steven D. Walt eds., 2000)

<sup>93</sup> See *id.*, at 152-3.

一、阻止投機行為。<sup>94</sup>法院遇到的難題是：要決定何種行為是投機行為？換句話說，何時當事人所為的行為是利用他人之不幸圖自己之利益？

二、維持契約關係存續。<sup>95</sup>學者認為，如果當事人之契約中未約定契約可否終止，則由法院來宣告契約終止，通常是一個不智的做法。因為，當事人已為之投資，將全部付諸流水，對整體社會利益來說，並非利益最大之選擇。特別是在長期契約中，當事人所為之投資，通常是特殊關係投資，因此離開該特定交易之後，所能發揮之效用便將大大降低。

三、法院不只應該維持契約關係的存續，還應該要考慮到：如何維持契約當事人繼續談判的誘因，讓這個契約不只在法院干預的時點下存續，在未來也繼續存續。<sup>96</sup>因此，從第二、三點中亦可看出，長期商業契約中，法官不只要執行該契約，還必須修補當事人之間的關係。<sup>97</sup>

四、確保當事人以誠信原則為交易。<sup>98</sup>然而「誠信原則」此一概念，究竟能夠被具體化到何種程度，應如何適用，仍存有許多爭議。

而確定法院在長期契約之解釋中，必須發揮上述之四種功能後，以下即說明長期契約中脈絡與文義的解釋兩種不同的契約解釋角度，其爭議及可能的解決之道。

## 第二項 長期契約解釋與漏洞填補之方法：脈絡與文義之爭

### 第一款 脈絡解釋與文義解釋之別

長期契約契約解釋的困難在於：交易之脈絡很多，使用的文字很模糊，因此，在個別交易下時，採用脈絡解釋或文意解釋，所得到的結果差別並不大，但在長期契約中，差異便會浮現。蓋在填補契約漏洞時，法院仍應假定：當事人如果先

<sup>94</sup> See Richard E. Speidel, *the Characteristics and Challenges of Relational Contracts*, 94 NW. U. L. REV. 823, 838-9 (2000)。雖然 Speidel 在該文中說明的是法院在解釋關係契約時應達成之目標，但基於本文所討論之長期商業契約亦可落入關係契約之範疇中，故本文仍引用 Speidel 所提出之見解。

<sup>95</sup> See *id.*, at 839.

<sup>96</sup> See *id.*, at 839-40.

<sup>97</sup> See ROBERT COOTER & THOMAS ULEN, *LAW & ECONOMICS*, 234 (4<sup>th</sup>, 2003).

<sup>98</sup> Richard E. Speidel, *supra* note 94, at 840.

前已就該契約之漏洞加以協商，會得到何種結果？來填補契約的漏洞。<sup>99</sup>然而，填補漏洞之方式，卻有脈絡解釋與文義解釋兩者的差別。兩者之差別主要是在法院解釋契約時，對證據之允許程度有不同。<sup>100</sup>採脈絡解釋者，認為法官應該儘可能的考量到交易中所有的因素，以對契約做出解釋；採文義解釋之學者，則主張應該將解釋之焦點放在契約之文字本身。而兩者之差別係相對而非絕對，文義解釋者並非認為交易之脈絡可以完全忽略，只是認為文義應該優先於脈絡而被考量。

本文認為，文義與脈絡之別，可以從前一節所提出之契約解釋時應參考之證據之順位加以觀察之。在絕對之文義說之下，解釋契約時不應該參考其他種類之證據；而較為放寬之文義說，則認為解釋契約時應參考之四種證據是有順位存在的，且當事人明示之意思會優先於其他種類之證據；但在脈絡說之下，四種證據皆可以同時作為參考之脈絡，甚至在文義互相抵觸時，並沒有何種證據必須被優先考量之規定。由此觀之，美國統一商法典以及第二法律整編契約法之規定，似乎偏向較為放寬的文義說。<sup>101</sup>

## 第一目 贊成脈絡解釋之主張

採脈絡說或文義說之學者均有自己之主張。採脈絡解釋之學者，基於以下之原因，認為文義解釋理論不可採：

### 1. 契約並非獨立存在

契約是關係的一環，因此契約並非獨立存在，而是和其他交易之部分共存。<sup>102</sup>因此法院檢視契約時，必須將契約做「整體」之觀察，單純從契約之執行階段，檢視其是否符合效率、或是否違反公平，並不充足，必須將締約階段所發生的事情，一併納入考量。<sup>103</sup>不論是誠信原則或是盡力條款，都應該被放在商業交易的脈絡下來檢視，<sup>104</sup>方能得到最正確的觀察。

<sup>99</sup> ROBERT COOTER & THOMAS ULEN, *supra* note 97, at 214-5.

<sup>100</sup> Alan Schwartz & Robert E. Scott, *supra* note 14, at 571-2.

<sup>101</sup> 但對某些學者來說，美國統一商法典之規定已經偏向脈絡、而非文義解釋了，*see* Robert E. Scott, *The Death of Contract Law*, 54 U. TORONTO L.J. 369, 375-6 (2004).

<sup>102</sup> *See* Ian R. Macneil, *Relational Contract Theory: Challenges and Queries*, 94 NW. U. L. REV. 877, 886 (2000).

<sup>103</sup> *See* Oliver E. Williamson, *Credible Commitments: Using Hostages to Support Exchange*, 73 AM. ECON. REV. 519, 538 (1983).

<sup>104</sup> *See* VICTOR GOLDBERG, *FRAMING CONTRACT LAW: AN ECONOMIC PERSPECTIVE*, 100, 142 (2006).

## 2. 交易成本並不會因此而增加

脈絡解釋並不會增加交易人之交易成本。反對脈絡解釋者，認為法院考量過多之交易脈絡，將造成交易之不確定性而提升當事人之交易成本。但如果不採脈絡解釋，則可能導致難以得到正確之解釋結果，無形中將會使當事人必須負擔更大的交易成本。因此，即便脈絡解釋增加當事人之成本，其所創造之效益亦大於其增加之成本。

## 3. 法院有能力解決當事人之問題

認為法院沒有能力解決這些商業契約爭議的看法，並不正確。首先，法院解決這些問題只是必須要對契約的關係做更進一步的理解，而有很多基本的原則，可以幫助法官做此種進一步之理解。<sup>105</sup>再者，即便認為法院在理解時可能會出錯，此種錯誤亦非在長期商業交易中才會出現，法院在所有的案件中，包括產品責任、醫療問題等，都可能出錯，因此沒有道理認為法院在商業契約中所出的錯誤便會嚴重足以讓法官不應該對這些案子做出更進一步的判斷。更甚者，這些錯誤本來就是隨機發生的，採用脈絡解釋之方式，反而還能夠降低這些錯誤的機率。<sup>106</sup>將契約放在交易脈絡下加以觀察，或許是面對一個充斥著不完全契約之世界，最好的解決方式。

## 第二目 贊成文義解釋之主張

另一方面，主張文義解釋之學者，認為脈絡解釋可能會遇到以下之問題：

### 1. 當事人所面對之不確定性增加

當事人在訴訟前，由於法官在解釋契約時可能考慮各種脈絡證據，將無法確定法院將會如何解釋其契約，而增加當事人所面臨的不確定性，間接使當事人之訴訟成本提高。例如：法院可能在檢視契約之脈絡後，認定契約之文意並非字面上之解釋，也就是將隱含之文義認定大於明確表示之文義。而造成當事人約定無效。<sup>107</sup>

### 2. 商業交易中對「確定」之需求

<sup>105</sup> See Gillian Hadfield, *Problematic Relations: Franchising and the Law of Incomplete Contracts*, 42 STAN. L. REV. 927, 989 (1990).

<sup>106</sup> See *id.*, at 990.

<sup>107</sup> Charles J. Goetz & Robert E. Scott, *supra* note 15, at 290-1.

對商業契約法來說，原則上「確定」是比「正確」來的更重要的一件事。因此，當當事人無法確知法院會如何解釋契約時，契約執行的難度也會相對提昇。<sup>108</sup>是故，學者指出，在商業契約中，法官應該謹守文義解釋（textual interpretation）之分寸，亦即法官應該盡量尊重當事人之字義，除非當事人有要求法官擴大解釋。

## 第二款 長期契約的解決之道

前已述及，本文所討論的契約約款漏洞填補或約款解釋，其出現的原因常常是因為當事人「故意」所為，因此，在解釋上比較容易出現的問題在：當事人模糊的約款是為了適應以後的問題，因此故意所為的約定。而當我們意識到長期契約的設計和過去之契約不同時，應該要採取文義、脈絡、或折衷之方式來解釋契約，便成為本部份中值得討論的問題。以下分別介紹兩種學說，一為「法庭的被動解決方式」，另一為「特殊關係投資之解釋方式」，再提出筆者之看法。

### 第一目 法庭的被動解決方式

學者 Schwartz 認為，法院解決不完全契約的方式，可以依其依據何種「關係」加以解決，而分為以下三類：

#### 一、外部關係解決方式（external relational approach）：<sup>109</sup>

法院應該採用一些超越契約關係本身的原則，而依循一些社會原則的指引，如：正義、公平之類的原則，來對契約進行解釋。此說之缺點在於，原則不明，因此法院在適用時有困難。

#### 二、內部關係解決方式（internal relational approach）：<sup>110</sup>

法院應該由契約內部之關係中，推導出可以適用的原則。因為締約雙方在進入這個交易關係中時，彼此都懷有期待，或是已經對另一方做出承諾，而使另一方對做出承諾之一方產生信賴，所以法院應該保護這種期待才是。

此說係基於關係契約理論，把契約想像成一種小型的社會，當契約關係開始之後，在其關係中就會發展出某些不成文的原則，而法官應該遵守這些原則。因

<sup>108</sup> Robert E. Scott, *supra* note 101, at 376.

<sup>109</sup> See Alan Schwartz, *Relational Contracts in the Court: An Analysis of incomplete Agreements and Judicial Strategies*, 21 J. LEGAL STUD. 271, 275-7 (1992).

<sup>110</sup> See *id.*, at 275-7.

此，當在商業契約中，交易關係很薄弱時，法官便無法從特定之交易中抽繹出原則而加以適用。此時如果我們援引類似之商業團體所擁有的原則加以解釋，則我們便是回到了第一種解決方式，即援引外部之標準。

如果能由當事人的期待為何，來決定判斷標準，對當事人雙方來說通常都是最有利的，而且也最符合效率。因此，這種解決方式會落入第三種解決方式的範疇。是故，本說之缺點在於，其實際上並沒有提出具體的解決方式，而可能依法院所抽繹出之原則，落入第一種外部關係解決方式、或是第三種之法律經濟之解決方式。

### 三、法律及經濟之解決方式（the law-and-economics approach）：<sup>111</sup>

此一方式認為，法院應該選擇一個最有效率的解決方式。而為何法院應該採取最有效率的解決方式？第一，有效率的原則能夠降低交易成本（transactional cost），並極大化契約所能創造的價值。一些契約中本來設定的原則可能是很公平的，但未必是有效率的，則法院執行一些沒有效率的原則對當事人來說是相當不利的；第二，不完全契約有外部性。<sup>112</sup>契約紛爭發生時，成本不只由當事人分擔，社會也會要分擔，而因為法院負責解決問題，所以國家最好先設一些任意規定，然後由當事人自行決定要不要採納這些任意規定。第三，某些契約的解決方式是「公共財」。<sup>113</sup>當事人想出這些原則所花費的成本，可能比他們所能得到的利益還要高。而如果社會上大部分的人都有相同的問題，法院提供大家解決方式，對整體社會來說都是有利的。

Schwartz 認為，法院應該由「契約為何會不完全」之原因切入，以決定究竟應該採取何種策略來解釋不完全契約。契約會不完全，有可能是以下的五個原因所造成的：第一，契約文字通常很模糊。第二，當事人不小心忽略了某些契約問題。第三，解決該問題的成本超過當事人所能得到的利益。商業關係中當事人常常是已經意識到未來可能發生的問題，但是可能因為這些問題還很遙遠，或是在現在就解決這些問題的成本太高，所以採取現在不解決的方式。第四，契約會不

<sup>111</sup> See *id.*, at 275-7.

<sup>112</sup> 所謂的外部性，係指在經濟活動中，某些產品的消費或生產行為，會使得交易雙方以外的第三者，產生利得或損失，而這些受到影響的第三者，或者毋需為所獲利得負擔費用，或者無法就所受損失要求補償，請參考：毛慶生等著（2001），《經濟學》，3版，頁238，台北：華泰。

完全，是因為有資訊不對稱的問題。當事人常常會希望透過事後發生的一些事情來決定契約中的某些要件。例如：依市場的需求多寡來決定價格應定在何種位置。當資訊是可以被觀察到的時候，當事人可以約定特定的條件，但是這些條件通常是法律上無法執行的，因其資訊之內容無法被驗證。但是某些條件可能連被觀察到都不可能，這時候就無法做任何約定了。第五，只要至少市場的一方是異質的，且存在足夠數量之偏好壟斷經營之當事人時，契約就是不完全的。<sup>114</sup>

如果契約不完全的原因是上述一到三的話，則法律經濟的解決方式是有用的，法院可以決定一對當事人最有利的條款，因為法院在事後可以非常清楚的獲得這些在締約時尚不清楚的資訊。但是在第四種狀況中，法院就沒有辦法幫忙當事人找出解決之道。因為沒有足夠資訊讓法院判斷當事人的意圖。但是外部關係解決方式在資訊不對稱之情形中，還是可以要求法官要找到一個公平的解決方式，因此，即便資訊不對稱，法官仍然必須找到解決方法。但是第一種方法可能太過抽象。而第二種解決方法中，法院可能無法判斷當事人之間究竟從關係中發展出何種原則，因此，因為第四種原因所造成的不完全契約，法院的介入並非最佳解決之道。<sup>115</sup>

因此，綜合上述可能之不完全契約成因，Schwartz 提出「法庭的被動解決方式」(the court's passive approach)：將不完全契約當成是完全契約看待。<sup>116</sup>第一，法院應該直接執行契約中的條款，而不必顧慮外在之環境如何。因為如果法院替當事人寫了一個當初沒有約定的條款進去，等於是強加了一個當事人一開始不願意締結的契約條款。第二，當契約中並沒有很明確的約定一方的裁量權限可以到達何種程度時，法院應該假定這個權限是完全沒有限制的，或是完全有限制的。這樣的作法可以避免法院去設定一個規範當事人行為的細節規定。

## 第二目 特殊關係投資之解決方式

也有學者提出朝向特殊關係投資之解釋方式 (relationship-specific investment default, RSI default)，而這種解釋方式必須先理解契約的脈絡。即法官解釋相關的

<sup>113</sup> 所謂公共財，係指財貨同時具有消費之非敵對性與無排他性者，請參考：前揭註，頁 246。

<sup>114</sup> Alan Schwartz, *supra* note 109, at 278-81.

<sup>115</sup> Alan Schwartz, *supra* note 10.

<sup>116</sup> Alan Schwartz, *supra* note 109, at 282-3.

契約條文時，應盡可能朝向有利於已為特殊關係投資之一方為解釋。<sup>117</sup>因為此種解釋方式將有利於當事人從事對整體社會有利之特殊關係投資。這個道理和契約之任意規定一樣：可以降低交易成本，同時可以引出资訊。<sup>118</sup>這種基本的解釋取向，可以將其套用到所有的實質條款，例如：誠信原則等，以這種解釋方向，將能夠把抽象的誠信原則本身具體化。然而，此種解釋方式適用的前提是：必須有特殊關係投資存在，同時為特殊投資關係的一方，必須使另一方明白其已為了特殊關係投資。這是為了避免已經為特殊關係投資之一方，為過度之投資，或為投機取巧的行為，而反而導致未為特殊關係投資之一方受害。<sup>119</sup>

### 第三款 配合商業交易：「關係」之契約解釋方式

上述之解釋方式，不論是特殊關係投資之解決方式，或是法庭被動的解決方式，其實都還是要求法院必須先理解契約的脈絡為何，才能進一步做出正確決定。在特殊關係投資之解決方式中，法院必須先理解該交易中存有一特殊關係投資；而法庭被動之解決方式，雖然要求法院直接將不完全契約當成完全契約加以執行，但筆者認為此種解決方法在契約沒有相關約定或約款相當模糊時，將難以適用，蓋此時既然沒有當事人的約定存在，法院仍然必須對當事人之契約漏洞先進行填補，才能適用當事人之間的契約。因此，在解決此類約款時，法院仍須先理解契約的脈絡，才能夠填補契約之漏洞。如果僅從文義加以理解，便欲對契約做出完整之解釋，恐怕是緣木求魚。<sup>120</sup>在不完全契約充斥之商業契約中，除非法院決定不對相關之爭議做出判決，否則法院一定要面對如何解決這些不完全契約的問題。<sup>121</sup>

是故，筆者認為，在長期商業契約中，如果我們仍然肯認，法院解釋契約之目的，是要探求當事人之真意，則法院可以採用一「關係」之方式來對契約進行解釋。<sup>122</sup>蓋在本文所討論的契約類型中，當事人所形成之「關係」，例如：因為

<sup>117</sup> See Scott Baker & Kimberly D. Krawiec, *Incomplete Contracts in a Complete Contract World*, 33 FLA. ST. U. L. REV. 725, 728 (2006).

<sup>118</sup> See *id.*, at 730.

<sup>119</sup> See *id.*, at 728-9.

<sup>120</sup> Gillian Hadfield, *srpra* note 105, at 979.

<sup>121</sup> Gillian Hadfield, *srpra* note 105, at 979.

<sup>122</sup> Gillian Hadfield, *srpra* note 105, at 984-90。在該文中，作者檢視了加盟契約之特性，進而提出法院應該以一「關係」之觀點對加盟契約進行解釋。

特殊關係投資所形成之「套牢」現象，或是因為特殊交易需求而特別形成之履約方式，均為交易之一環，而形成當事人真意的一部份，而這一部份的當事人真意，恐怕無法單純透過對書面契約的檢視，便得到答案，特別是在長期契約中的許多漏洞，皆是當事人故意所為，僅透過文義無法完全掌握當事人交易之全貌。因此，「關係」可以做為一種探求當事人真意的補充，<sup>123</sup>而何謂考慮到雙方之交易關係？應如何將之具體化於契約解釋中？這恐怕必須依當事人之間不同的交易關係，例如：加盟、經銷、買賣等不同關係的特質，而加以認定。然而，其中有一些原則可以遵循。例如：本論文在第二章中所提出的交易特色，在長期商業關係中多半都存在。而法官在觀察交易時，除了考慮到交易特色外，還必須同時考慮當事人雙方之利益，不應偏袒任何一方。<sup>124</sup>

而回到本章第一節所留下的問題：究竟法院在解釋契約時所參考之證據，彼此之間有無先後順序之問題？而檢視證據彼此之間發生衝突時，是否應以特定之證據為準？如果我們認為，明示之意思優先於其他之證據，則此種方式便較偏向文義解釋；反之，如果解釋時所參考的證據之間，彼此沒有優劣順位存在，則此種方式便較為「脈絡」。筆者認為，由於本文認為，在長期契約中，法院必須採取一較為「關係」取向的解釋方式，方能真正瞭解當事人之交易內涵，做出最有效率之解釋，因此在參考相關之證據解釋契約時，不應該拘泥於適用之順位，亦即法院可以先檢視商業習慣或交易過程，以填補契約漏洞，而未必要以當事人明示之意思為優先，否則在長期商業契約中，可能會得出一些不合理的解釋。<sup>125</sup>

而當採用不同證據，將得到不同之解釋結果時，是否應該認為當事人之文義必然應優先於履行過程、而履行過程又應優先於交易過程、交易過程又應優先於商業習慣？本文認為在商業交易中，謹守此種層次未必能得到最符合效率的結果。仍然應該回到該交易之目的，理解當事人為何會訂定此種約定、為何會出現此種契約漏洞，再行做出決斷，而不應該一味的認為文義優先於其他證據。

---

<sup>123</sup> 例如，有學者指出，在加盟契約中，當事人如何運作契約，即當事人在運作契約之時所形成之關係，在契約解釋中，遠比契約原先約定之內涵來得重要，see Gillian Hadfield, *srpra* note 105, at 956-7.

<sup>124</sup> 例如：學者指出，在加盟契約之關係下，法院常常只考慮到要維護被加盟人的商譽與利益，而忽略了加盟者對加盟所抱有之期待，因此導致在考量雙方之關係時未能兼顧雙方之利益，see Gillian Hadfield, *srpra* note 105, at 980-1.

<sup>125</sup> 至於會得出何種不合理的解釋，本文將在以下幾節中說明之。

綜上所述，本文認為，法院對商業契約進行契約解釋或漏洞填補時，應該依循以下之步驟：

### 1. 確定交易存在

在本文所討論之長期交易中，由於當事人間之契約未必相當清楚，因此可能產生交易是否存在之問題。故法官第一步應該先釐清該交易是否存在。

### 2. 理解交易之特性

法院必須先進入交易之脈絡。以本文所討論之長期交易為例，必須先理解該交易是否面對未來之不確定性？到何種程度？交易條款是否包含有無法驗證之資訊？交易中是否有特殊關係投資存在？

### 3. 進行漏洞填補

理解交易特性之後，下一步便是要對契約進行解釋或漏洞填補。此時應綜合前述之交易特性，決定應以當事人之表示、履行過程、交易過程或商業習慣對契約內涵進行漏洞填補。

### 4. 任意法規之適用

如果透過當事人之表示、契約之履行過程、交易過程、或商業習慣，均無法判斷契約內涵應如何填補，此時應考慮是否適用任意法規填補契約漏洞，畢竟任意法規之設，便是要降低交易自行協商締約之交易成本。<sup>126</sup>然而，在某些情況下，法律會要求法院直接以任意法規填補契約漏洞，而不必考交易過程或商業習慣等等，這通常是為了達成對社會最有效率之交易，故有此種規定之設。然而，當法律並沒有明文規定任意法規應該優先適用於填補契約漏洞時，法院仍應該以當事人之約定及履行過程等為填補漏洞之優先選項。至於任意法規應該如何適用，本論文將於本章第六節中加以討論。

### 5. 一般法律原則之援引

當上述方式皆無法得到一合理的契約解釋結果時，法院便可以援引一般法律原則作為填補契約漏洞之方式。最常被援引為填補契約漏洞之法律原則便是誠信

---

<sup>126</sup> 究竟應該先適用任意法規填補漏洞，再考慮交易習慣、交易過程及履行過程，還是應該先考慮後者，再考慮任意法規之適用？本文認為，在商業交易中，每個交易多少都會有些不同，因此如果優先考慮任意法規，可能無法完全符合當事人的需求。因此，在商業交易下，本文認為，除非法律有特別規定，或是該種交易型態非常一般，否則法院還是應該先從交易慣習以及交易過程切入。

原則，這也是最有爭議的法律原則之一。本文將於以下第四節中說明誠信原則之內涵以及其相關問題。

### 第三項 小結：長期契約下之約款設計及其衍生問題

就長期契約之爭議應如何解釋，本文已提出由「關係」之方式，填補契約漏洞之想法，因此在以下第三到第六節中，本文將更具體化說明長期契約中產生之爭議，以及法院面對這些爭議的解釋之道。而在說明這些爭議以前，本文將先說明長期商業契約中面對不確定性及可能之投機行為時，所使用的一些控制約款，而從這些約款中，帶出本文以下所要討論的問題。並以契約中常見之價格數量調整約款為例，說明這些控制方式在調整契約之價格及數量上，如何發揮其功能。

#### 第一款 長期契約中常見之控制約款

學者 Macneil 指出，在長期契約中，當事人常常會使用以下之約款，以控制契約所面對之風險，說明如下。

##### 第一目 標準 (standard)<sup>127</sup>

使用非締約之任何一方可以控制的標準。例如：在針對薪資調整之集體談判協議中，約定薪資之調整必須反應消費者物價指數之變動。這種標準可以分為：標準的制定和締約雙方之任一方是否有相關之處。沒有相關者，例如前述之消費者物價變動；有相關者，例如在營建契約中，會要求必須符合聯邦住宅管理局 (Federal Housing Administration) 之相關規範及標準。

##### 第二目 契約是否履行直接由第三人決定 (direct third-party determination of performance)<sup>128</sup>

選擇一個和該契約無關之第三人 (可能是個人，也可能是機構，但都具備專業技能)，決定契約是否已履行。然而這種方式並不一定會確保契約很順利的被履行。常見的狀況是在契約中約定仲裁條款。仲裁中也常出現和履行契約之規劃 (performance planning) 相關者。即為和利益有關之爭議 (interest dispute)。此種仲裁約款所能得到的解決方式可能較和權利有關的爭議條款之仲裁所能得到的解

---

<sup>127</sup> See Ian R. Macneil, *Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law*, 72 NW. U. L. REV. 854, 866-70 (1978).

決方式，來得有彈性。

### 第三目 由締約之一方控制的契約約款 (one-party control of terms) <sup>129</sup>

契約中約定，締約中之一方，可以直接、或間接定義某一部份之契約關係。例如：賦予一方自由終止契約的權利，例如選擇權契約便是如此，這種由一方控制是否要進行交易的約款，在某些產業中相當重要，例如：金融業、商業上的不動產交易。此種約款所面對的困難在於：由於締約之一方擁有一定程度的裁量權，則另一方當事人便必須面對因為此種裁量權所帶來的不確定性，以及可能之投機行為風險。因此，在契約解釋中，應該如何對這種裁量權做出限制，便成為法院在面對此種約款時，所必須思考之問題。本文將在以下第四節說明誠信原則時，討論此一問題。

### 第四目 成本 (cost) <sup>130</sup>

約定商品或服務的報酬，由提供者之成本加上額外之費用而得，也可能會進一步約定成本應該如何計算。這種方式，可以說是前三種方式的「合體」，綜合了特定之標準、由第三人決定之事項、以及一方的控制權（一方可以控制成本）。綜合了三種決定方式，則也意味著在如何決定「成本」一事上，可能會同時必須面對三種決定方式都會遇到的問題。特別是在締約之基礎發生變更時，當事人一方可能會要求計算成本之基礎必須為相對應之變更，此時便涉及法院得否介入契約為當事人調整、以及商業上無法實行 (commercial impracticability) 此一原則適用之問題，本文將於以下第五節中討論之。

### 第五目 同意日後另為約定 (agreement to agree) <sup>131</sup>

這種約款的目的是要強調：當事人尚未在契約約定的細節作好規劃，但是彼此知道必須要出現一個解決方式，而且也願意在適當的時間參與協議。但是，如果雙方在事後無法達成協議，而契約又沒有提供其他的解決方式時，契約漏洞便

---

<sup>128</sup> See id.

<sup>129</sup> See id.

<sup>130</sup> See id.

<sup>131</sup> See id.

會產生了。因此，當事人可以在契約中約定，當雙方無法達成協議時該如何。此種約款是一種典型的例子：在事先不做明確的約定，以保留彈性，留待當事人事後之規劃。這種約定方式，不是要明確的分配風險給某一方，而是要由雙方來共同承擔風險。而此種約定可能面臨之問題在於：契約是否已經成立？如果當事人將契約中重要之約款留待日後決定，法官可否認定此一契約其實尚未成立而無法執行？本文將於以下第三節中討論之。

## 第二款 契約中之調整約款：以價格數量為例

### 第一目 調整條款出現之原因

在一九七〇到八〇年代，因為石油價格巨變，因此產生許多關於價格調整的爭議，也使學說開始注意到：契約應該如何設計方能面對未來之風險以及不確定性此一問題。當事人設定價格調整條款之原因可能有以下幾種：

1. 如同長期契約出現之原因，商品複雜化導出了價格調整條款。因為商品的複雜性，導致商品價格在締約初始無法確定。
2. 避免當事人因為價格變化而產生道德風險。
3. 降低締約時所必須付出之交易成本。
4. 減少締約後的投機行為。當事人如果在事前就要確定價格（也就是確定當事人利益分配之狀態），則當事人要支出許多成本來預測未來會發生什麼事情。對未來支出的成本越多，則從契約中所能享有的利益便越少。<sup>132</sup>

### 第二目 適用調整條款之客體

常見成為契約調整條款之客體，為交易中交易客體之數量以及價金。而不同之產業中，有不同之考量，因此可能設定不同之調整約款，以使契約能夠符合外在環境的變化。Williamson 認為，數量調整機制比價格調整機制更容易為當事人所接受。數量調整機制，在提供誘因這點上說來，比價格調整機制更能提供當事人誘因。調整價格是一種零和遊戲—全有或全無，同時調整價格還必須面對一種當事人為自己利益考量、而變更契約條款的風險，而數量調整一般就是面對外部風

---

<sup>132</sup> See Victor P. Goldberg, *Price Adjustments in Long-Term Contracts*, 1985 WIS. L. REV. 527, 531-3 (1985).

險所作的調整，交易當事人比較不會懷疑這點。<sup>133</sup>

買賣雙方可能約定，契約條款中不特別對數量或價金做約定，而留待日後之情況發展。例如：賣方承諾會提供買方所有其所需要的數量，而不特別約定確實的數量為何，此即所謂的需求契約（requirement contract）。又例如當事人對未來的期待有不同時（通常必須期待之差距很近，否則一開始契約便不會成立），當事人會不先約定契約中的某些條款，例如價金，而待該決定價金之或有事件發生之後，再行確定。例如：電視製作公司購買電視節目時，可能會約定某一部份的價金，繫於收視率之高低而決定。<sup>134</sup>透過此種解決方式，當事人可以不必擔心未來狀況變動之風險會導致對契約期待落空，而對契約躊躇不前。換言之，當事人對未來的狀況既然無法完全掌握，則乾脆將此種不確定性當作契約約定之核心，不對未來之狀況進行爭辯，而有此種契約條款之設。<sup>135</sup>此種約款可以免去冗長而沒有結論的對未來的爭辯；面對有資訊不對稱之問題時，亦可以使用此種條款解決資訊不對稱之風險，甚至可以使締約雙方共同分擔未來風險不確定之結果，同時此種契約條款還能創造誘因。然而，此種條款之限制在於：未來不確定的事情必須是可以被雙方或第三人所驗證的，否則此種約定便沒有意義。

另一種方式，是當事人約定買賣客體之價金或數量，與特定之標準連動，以符合市場之狀況，此時當事人可能採用指數條款（index clause）。所謂的指數條款，從需求面來說，係用一個指數將契約的價格和現在市場的價格連在一起。<sup>136</sup>將契約的價格和市場的價格做連動，因為市場的價格是一個很客觀的數字，在判斷上不容易產生爭議；再者，市場的價格通常也真的能夠反應出真正的供給需求之狀況。但是，這種指數通常很難找。因為產品多少都有一些異質性，要找到完全相同的指數是相當困難的。<sup>137</sup>解決之方法，是約定最惠待遇或不歧視條款。因此

<sup>133</sup> See Oliver E. Williamson, *Transaction-Cost Economics: the Governance of Contractual Relations*, 22 *Journal of Law and Economics* 233, 251 (1979).

<sup>134</sup> See Max H. Bazerman & James J. Gillespie, *Betting on the Future: the Virtues of Contingent Contracts*, *HARVARD BUSINESS REVIEW* 155, 156, September 1999.

<sup>135</sup> See *id.*

<sup>136</sup> 從美國統一商法典第 2-305 條中，可以看出市場上存有此種約定方式：「(1) 當事方有訂立買賣契約的意思時，即使價格未定，仍可約定契約。此種情形下，價格為交貨時的合理價格，假如：(a) 當事人未提及價格；或者 (b) 價格留待當事方約定，而當事方未能就此達成一致；或者 (c) 價格將根據第三人或機構制定，或者紀錄的某項雙方約定的市場標準或其他標準確定，而該第三人或機構未能制定或者紀錄該項標準。」

<sup>137</sup> Alan Schwartz, *supra* note 109, at 285; see also Victor P. Goldberg, *supra* note 132, at 533.

買方之後給付給其他類似賣方產品的價格也必須和先前的相同。<sup>138</sup> 或者也可以從供給面來決定。將契約價格和與賣方成本相關、可以被驗證的措施相連動。這個方法有兩個缺點。第一，忽略了賣方之成本將會受到需求面的影響；第二，關連性可能會逐漸下降。而這也凸顯出了，從供給面來決定價格可能會有資訊不對稱的問題。<sup>139</sup> 因此，價格調整機制雖然可以設計反映出市場狀況的公式，但是這些公式未必能夠配合市場的狀況。然而，如果發生的狀況是可以驗證的，而且價格調整也是可以和成本的變化作一個清楚連結的話，價格調整不失為一種好方法。

### 第三目 「take-or-pay」條款

而當指數之運作不完美之時，締約雙方可以約定用最高和最低價格、以及最高和最低數量來作控制。例如，當事人可能會約定所謂的 take-or-pay 之契約條款。所謂的「take-or-pay」之條款，係指契約中的買方必須購買到一定之數量，即便沒有購買，也必須支付該最低數量貨物的價格。<sup>140</sup> 對買方來說，可以視市場需求來變化自己的訂購量，而締結此種約款，供應商可以在締約之初便擁有比較特定的期待利益，也才能使供應商不畏事前的投資。<sup>141</sup> 在 *Universal Resources Corp. v. Panhandle Eastern Pipe Line Co.* 一案中，法院便指出，在天然氣製造商與運輸管廠商之間的此種約定，意味著由天然氣製造商負擔生產天然氣的風險，而油油館運輸業者負擔市場需求變動的風險。<sup>142</sup> 這種條款和或有契約不同，好處在於：或有契約還必須透過法院或第三人來確定這些或有事件是否發生，較耗費交易成本，而「take-or-pay」之條款則不必。在石油之製造商以及石油管線商之間，常常會簽訂此種條款。當然當事人也可能不採上述任何一種調整方式，而採混合指數、最高及最低限制、以及再協商約款之方式調整之。<sup>143</sup>

透過以上說明長期契約中約款之特色後，本文以下將分別說明法院解釋這些

---

<sup>138</sup> Alan Schwartz, *supra* note 109, at 288.

<sup>139</sup> Alan Schwartz, *supra* note 109, at 285.

<sup>140</sup> See Scott E. Masten & Keith J. Crocker, *Efficient Adaptation in Long-Term Contracts: Take-or-Pay Provisions for Natural Gas*, 75 AM. ECON. REV. 1083, 1083 (1985).

<sup>141</sup> See J. Harold Mulherin, *Complexity in Long-Term Contracts: An Analysis of Natural Gas Contractual Provisions*, 2 J.L. ECON. & ORG. 106, 108-9 (1986)。該文中說明天然氣開採之製造商和油管供應商的約定，以及其原因。

<sup>142</sup> See *Universal Resources Corp. v. Panhandle Eastern Pipe Line Co.*, 813 F.2d 77, 80 (1987).

<sup>143</sup> See Victor P. Goldberg & John R. Erickson, *Quantity and Price Adjustment in Long-Term Contracts: A Case Study of Petroleum Coke*, 30 J.L. & ECON. 369, 387 (1987).

長期契約約款所面臨之問題。首先檢討的是：契約是否成立？再來則是誠信原則之適用界線、法官介入調整契約之權限、以及任意法規之適用問題。

### 第三節 契約是否成立？

#### 第一項 問題之提出

在本文所討論的長期商業契約中，當事人控制未來不確定性的方法，便是透過模糊之約款，以使契約保持隨時能夠變更的彈性。如果當事人之間能夠一直維持彼此的合作，且透過彼此的合作使不確定之契約內容轉為明確，則交易自然能夠維持，不會有問題產生。

然而，當交易當事人無法透過彼此之協商使交易進行時，爭議便可能產生。而交易面臨爭議時，法院必須解決的第一層的問題便是：契約是否成立？例如：在一租賃契約中，當事人可能約定，租賃契約年年更新，而租金係每年更新時重新約定。如在某一年時，交易雙方就租金無法達成協議，一方起訴請求主張另一方違反其契約義務，另一方則主張租金尚未確定，故雙方之間從未曾有租賃關係存在。此時，法院面臨的第一問題便是：該契約關係是否存在？而契約關係是否存在，將影響雙方當事人所能主張之權利義務關係。

因此，此處所要討論的問題係：在長期契約中，當事人以不確定之約款締結契約時，法院應該如何決定當事人之間是否有契約關係存在？

#### 第二項 相關規定之探討

法院應如何判斷契約是否成立？以下先說明我國法之規範，再提出美國法下認定契約成立與否之標準，比較兩者規範之差異，並在下文第三項中說明我國法規範之缺失。

##### 第一款 我國法之規範

依我國民法第一百五十三條之規定：「1. 當事人互相意思表示一致者，無論其為明示或默示，契約即為成立。2. 當事人對於必要之點，意思一致，而對於非必要之點，未經表示意思者，推定其契約為成立。關於該非必要之點，當事人意

思不一致時，法院應依其事件之性質定之。」由此一規定看來，必須當事人對契約中必要之點意思達成一致，契約方會成立。

至於何謂契約中必要之點，則必須依各該契約之性質而定，而民法中類型化之契約則有明文化之規定。例如，在租賃契約中，我國民法第四百二十一即表示：「稱租賃者，謂當事人約定，一方以物租與他方使用收益，他方支付租金之契約。」則租賃契約的必要之點便是租賃物以及租金。<sup>144</sup>如果當事人就這兩點未達成意思一致，則法院通常會認定契約不成立。

例如：在臺灣高等法院 92 年度上字第 883 號判決中，<sup>145</sup>法院在認定當事人之間的契約關係，究竟是分次成立買賣契約、或是成立一繼續性供給契約時，所採用之標準，即為當事人就買賣契約之要件「標的」及「價金」是否有達成意思表示一致而定。然而，本文此處要提出的便是：在長期商業契約中，當事人依賴的是彼此之信賴以及合作，如果要求當事人必須要有非常明確的、對必要之點的合意，方可承認契約已經成立，是否有失之僵化之嫌？以下先提出美國法下對此一問題之看法，再說明本文之見解。

## 第二款 美國法之觀察

在美國第二法律整編契約法§33 規定：「（1）雖一意思表示乃在使人明瞭其為一要約，但除契約之條款係合理地確定外，該要約不得被承諾以做成一契約。（2）如契約之條款就違約之存否及適當之救濟提供予基礎時，則契約之條款為合理地確定。（3）一擬議交易之一以上之條款係未訂定或係不明確之事實，得顯示一意思之表示並不在使人明瞭其為一要約或承諾。」<sup>146</sup>從其用語「合理地確定」

<sup>144</sup> 其他類型化契約的必要之點，可參考我國民法債各之規定§345、§398、§400、§406、§464、§474、§482、§490、§514-1、§515、§528、§553、§565、§576、§589、§667、§700、§709-1、§729、§736、§739 等規定。

<sup>145</sup> 臺灣高等法院 92 年度上字第 883 號判決。其中法院表示：「...可知兩造於九十年八月間就購買系爭紡織原料事宜達成之所謂『合意』，僅雙方對於日後之買賣標的貨物以及價金預先協商，使上訴人對被上訴人系爭紡織原料之『庫存量』及『預定價格』為若干有所認識，然並未就買賣契約中必要之點即『價金』、『標的』有何合意可言。...」

<sup>146</sup> See RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS § 33 (1981)。其原文如下：“(1) Even though a manifestation of intention is intended to be understood as an offer, it cannot be accepted so as to form a contract unless the terms of the contract are reasonably certain. (2) The terms of a contract are reasonably certain if they provide a basis for determining the existence of a breach and for giving an appropriate remedy. (3) The fact that one or more terms of a proposed bargain are left open or uncertain may show that a manifestation of intention is not intended to be understood as an offer or as an acceptance.”

中可以看出，其並不要求當事人之契約條款必須完全確定，只要能夠合理地確定即可。而從其第二項規定，由救濟條款存否認定契約是否成立，可以看出其所重視的係當事人之間是否有要達成一契約之合意。

而在同法§34 中規定：「（1）契約之條款雖授權當事人一方或雙方於履行時得為條款之選擇，其仍得視為合理地確定。（2）依一協定所為之部分履行得除去不確定性且得確立一契約具有交易做成時之可執行性。（3）雖不確定未為除去，信賴一協定而為之訴訟得使一契約之救濟適當。」<sup>147</sup>從該條中亦可看出，其並不要求當事人在締約時便必須將契約中的每一點都確定下來，而可以透過後續之行為，建立契約之確定性。

而在美國統一商法典中，其重視當事人之間是否有要締結契約之意思，大於對契約確定性之要求，則更為明顯。§2-204 規定：「（2）足以構成買賣契約之協議，即使其訂立時間未能確定，仍可以認定。（3）當事人有訂立買賣契約之意思，並且存在著合理確定適當救濟之根據者，即使缺少一項或者多項條款而具有不確定性，契約仍可有效成立。」<sup>148</sup>本條第三項即明確指出，認定當事人之間是否存在一契約，重點應放在：當事人是否有締約之意思、以及契約中是否有合理適當救濟之根據。從同法§2-305(1)中亦可看出此種規範精神。<sup>149</sup>本文認為，是否有合理適當的救濟根據，其實也是被當成判斷當事人是否有締約意思的一環，因此，最需要判斷的核心問題仍然是：當事人之間是否有訂立買賣契約之意思。必要之點是否有意思合致，只是一個判斷的標準，但並不是絕對的標準。正如法官 Cardozo 在 *George A. Varney v. Isaac E. Ditmars* 一案中所表示的，契約中的條款未明確表達，不表示當事人之間沒有合意存在。<sup>150</sup>

---

<sup>147</sup> See *id* § 34。其原文如下：“(1) The terms of a contract may be reasonable certain even though it empowers one or both parties to make a selection of terms in the course of performance. (2) Part performance under an agreement may remove uncertainty and establish that a contract enforceable as a bargain has been formed. (3) Action in reliance on an agreement may make a contractually remedy appropriate even though uncertainty is not removed.”

<sup>148</sup> See U.C.C. § 2-204 (2) & (3) (2004)。其原文如下：“(2) An agreement sufficient to constitute a contract for sale may be found even though the moment of its making is undetermined. (3) Even though one or more terms are left open a contract for sale does not fail for indefiniteness if the parties have intended to make a contract and there is a reasonably certain basis for giving an appropriate remedy.”

<sup>149</sup> See *id* § 2-305 (1)。其原文如下：“The parties if they so intend can conclude a contract for sale even though the price is not settled.”

<sup>150</sup> See *George A. Varney v. Isaac E. Ditmars*, 217 N.Y. 223, 234 (1916).

在 *Eastern Air Lines, Inc. v. Gulf Oil Corp.* 一案中，Gulf 和 Eastern 約定，在特定之地點提供 Eastern 之飛機機油，雙方之合作關係，從 1959 年開始，到發生爭議之 1972 年，已維持了相當長的一段時間。而爭議發生時，Gulf 主張，該契約是無效的，因契約中的約款缺乏確定性—契約中並未明確約定，Gulf 應該提供多少石油給 Eastern，而是表示 Gulf 應該要提供 Eastern 所需要之汽油。但法院認為，從過去的交易過程中看來，雙方即便沒有約定明確的數字，也能夠維持交易關係。因此認定契約關係存在兩人之間，並不因為契約約款之模糊不清 (vague) 而無效。<sup>151</sup> 因此，從美國法之規定觀察之，可以發現其判斷契約是否成立的重點，並不在契約中的必要之點是否在當事人之間達成意思一致，而係在當事人是否有要締結契約之真意存在。而由此出發，本文以下即回到我國法之規定，說明我國法在這方面規範的缺失。<sup>152</sup>

### 第三項 我國規範之缺失

從本論文在第貳章以及第參章中說明，不難看出在長期交易中，當事人經常必須以不確定之契約約款來面對未來可能發生的變動。因此，如果法院在商業契約中，仍然堅持契約之成立，必須有當事人對契約之必要之點達成意思一致方可，將導致許多在商業上運做相當順暢的交易，在法律中反而沒有契約存在此一不合理的結果。

我國實務已有判決指出，當事人如合意以某一給付作為使用租賃物之對價，即應成立租賃關係，不以其給付數額確定為必要。<sup>153</sup> 此種看法，雖已較傳統之見解邁前一步，但仍有不足之處，蓋其仍要求當事人之間必須就契約必要之點有確定、或可得確定之合意存在方可。本文認為，合理的作法，可以參考美國法下之

<sup>151</sup> See *Eastern Air Lines, Inc., v. Gulf Oil Corp.*, 415 F. Supp 429, 434-6 (1975)。從本案中，亦可看出：如固守「契約文義」大於履行過程、交易過程及商業習慣，將導出「契約不存在」此種不合理的結果。

<sup>152</sup> 其實英美法下對「信賴」可否做為契約存在之基礎，尚有提出所謂「允諾禁反言」(promissory estoppel) 之原則，see RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS § 90 (1981)。所謂允諾禁反言，其基本精神是保護交易當事人在交易中所產生之合理的信賴，信賴利益自 Fuller 在違約損害賠償中提出後，在契約法下其他之部分也廣受討論。本文此處囿於筆者之能力及論文之篇幅，對此一原則並沒有著墨，有興趣之讀者可以參考：Charles L. Knapp, *Rescuing Reliance: The Perils of Promissory Estoppel*, 49 HASTINGS L.J. 1191 (1998)，中文部分對此一議題之相關討論則可參考：邱政勳 (2004)，〈供應鏈合作協力關係相關法律問題之探討〉，頁 162-70，世新大學法律學系碩士論文。

<sup>153</sup> 最高法院 86 年台上字第 1326 號判決。

規定：將當事人是否有締約之真意，當成判斷契約是否成立的要素。至於當事人是否就必要之點達成合意、是否有約定合理之損害賠償方式，均只是判斷當事人是否有締約真意之參考資料之一而已，法院仍必須將當事人之交易習慣、過程等一併納入考量，才能得到正確之解釋結果。

綜上所述，在本節中，筆者透過提出長期商業交易之特色，點出我國法在認定契約成立與否上之規範缺失，同時參考美國法在這一方面之規定，指出我國法在未來可參考之改進方向。

#### 第四節 誠信原則及其界線

誠信原則向來被認為是民法中的帝王條款，不論是行使權利或履行義務，均不得違反此一原則。然而，另一方面來說，此一原則也堪稱是民法中最「曖昧」的一個原則，其具體之內涵究竟為何，在實務案件中應該如何適用，可以說是「剪不斷，理還亂」，並沒有一統一的標準或原則。

本文在此非欲對誠信原則作一全面之探討，蓋其範圍太廣，且也非本文所討論之主題。<sup>154</sup> 本文在此討論誠信原則，擬將焦點放在誠信原則在商業契約中所能發揮的解釋功能。我國學者曾提出，誠信原則應為契約解釋的指導原則，蓋當事人在交易中所期待者，係雙方均能以符合誠實公平的方式，達成其交易目標。<sup>155</sup> 但其在商業中應如何被加以適用以發揮功能，則為未決之問題。因此，在本節中，筆者將討論之重心置於誠信原則之基本內涵及其於商業解釋中所扮演之角色，以及從誠信原則所衍生出之其他問題。

本節將先簡單說明誠信原則之基本內涵，再點出誠信原則在商業契約所面臨的兩個問題：當事人未將誠信原則明訂於契約中時，法院可否援引此一原則解釋當事人之契約、填補契約之漏洞？而如果我們認為誠信原則可以被當成契約「默示」約定之一部分，則誠信原則在商業契約中應該如何被適用？筆者認為，誠信原則應被承認存在於契約中，因此不論當事人是否有明文約定，法官均可援引之；而在本文所討論之商業契約中，可以將誠信原則之內涵透過反面定義，具體化為

---

<sup>154</sup> 若欲對誠信原則有更進一步之瞭解，可參考：林榮龍（1992），〈誠實信用原則在民法解釋學上功能之探討〉，中國文化大學法律學研究所碩士論文。

禁止「以投機行為奪取他人合理期待」，以做為實務判斷誠信原則之輔助。

而在商業契約中，當事人常常會以契約中之約定為基礎，主張另一方履行契約違反誠信原則之情形，包括：不合作、濫用契約中之裁量權、契約修改、違約以外之契約終止等等。<sup>156</sup>因此，在討論誠信原則應如何適用後，本文將分別討論由誠信原則中所衍生之問題，即包括：盡力條款、裁量權之限制、終止權之限制、以及協商及合作之義務。

## 第一項 誠信原則概說

### 第一款 誠信原則之內涵及功能

誠信原則之起源，可以追溯至羅馬法時代之善意與衡平之觀念。<sup>157</sup>所謂誠信原則，依我國學者黃立之定義，係指每人對其所為的承諾信守，而形成所有人類關係不可或缺的信賴基礎。簡言之，就是在善良思考的交易人間，契約相對人依公平方式所可期待之行為。<sup>158</sup>

美國法下對誠信原則之定義，則可見於美國統一商法典以及美國第二法律整編中。美國統一商法典對誠信原則之定義，係出現於§1-201(b)(20)及§2-103(1)(b)。其將誠信原則定義為：「善意指當事方的相關行為或者在相關交易中事實上誠實。」<sup>159</sup>及「善意，涉及商人時，指事實上誠實，並且遵守行業中有關公平交易的合理推測。」<sup>160</sup>而同法§1-302(b)<sup>161</sup>則特別表示，誠信原則之主張，不得以特約排除。顯見其對誠信原則之重視。而美國第二法律整編契約法第 205 條則將其定義為：「契約當事人就契約之履行及執行負誠信及公平交易之義務。」<sup>162</sup>此兩種不同的

---

<sup>155</sup> 請見前揭註2，頁 81，台北：學林。

<sup>156</sup> See EDWARD J. MURPHY, RICHARD E. SPEIDEL & IAN AYRES, *STUDIES IN CONTRACT LAW*, 658 (6<sup>th</sup>, 2003).

<sup>157</sup> 林榮龍 (1992)，〈誠實信用原則在民法解釋學上功能之探討〉，中國文化大學法律學研究所碩士論文，頁 7。

<sup>158</sup> 請見前揭註24，頁 343。

<sup>159</sup> See U.C.C § 1-201(b)(20) (2004)。其原文如下：“‘Good faith,’ except as otherwise provided in Article 5, means honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing.”

<sup>160</sup> See *id* § 2-103(1)(b)。其原文如下：“‘Good faith’ in the case of a merchant means honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing in the trade.”

<sup>161</sup> See *id* § 1-302(b)。其原文如下：“The obligation of good faith, diligence, reasonableness, and care prescribed by [the Uniform Commercial Code] may not be disclaimed by agreement.”

<sup>162</sup> See RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS § 205 (1981)。其原文如下：“Every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and its enforcement.”

定義方式，將使美國法下對於誠信原則應如何適用產生爭議，本文將於以下第四款中說明之。

而誠信原則在法律中之機能，抽象來說，包括了：在制定法之範圍內，補其規定不備之具體化機能；使行使權利能符合實質的正義衡平機能；使制定法適合時代社會需要進展之法修正機能；以及創設時代所需要法律之法創設機能。<sup>163</sup>然而，在契約解釋中，誠信原則又能發揮何種機能？對照其在法律中所能發揮之功能，我們可以說：誠信原則應該能夠補充當事人在契約中約定不完整之部分，同時發揮公正衡平之機能，創設交易當事人所需要之契約約款。

我國學者對誠信原則之適用，則進一步指出其三個方向：

1. 要求債務人履行債務時，不僅依相關債務關係的文句，亦應依其精神來履行，尤其是契約的意義以及基本的宗旨。<sup>164</sup>

2. 要求債權人行使權利時，依據現存特別約束的種類，依他方的正當信賴，及顧全債務人顏面的方式為之。<sup>165</sup>

3. 要求特別約束的當事人，以符合善良思考的方式，從事符合此項約束意義及目的的行為。<sup>166</sup>

觀察我國學者對誠信原則適用所點出的三個方向，雖然已使本來相當抽象的誠信原則較為具體，但其仍有不足。特別是在契約的解釋上，上述三個方向雖然說明了當事人在交易中應如何行為方會符合誠信原則之要求，但並未就誠信原則在契約解釋中應如何發揮其功能說明之。因此，以下先說明誠信原則之適用在商業契約中所面臨的問題，再分別說明此二問題的解決之道。

## 第二款 誠信原則在商業契約中面臨之問題

在本文所討論之商業契約下，當事人之約款具有不確定性之特質。因此，法

<sup>163</sup> 林誠二（2001），〈再論誠實信用原則與權利濫用禁止原則之機能—最高法院八十八年度台上字第二八一九號判決評釋〉，《台灣本土法學雜誌》，第22期，頁44-8。

<sup>164</sup> 請見前揭註24，頁344。

<sup>165</sup> 請見前揭註24，頁344。

<sup>166</sup> 請見前揭註24，頁344。

院在解釋當事人之契約時，如何確保當事人不會為投機行為，利用他人之不幸創造自己的利益，變成為解釋契約時的一個重要課題。在本章第二節中，筆者已指出，當法院用盡所有方式仍無法填補契約之漏洞時，便可以考慮以一般法律原則為之，而誠信原則作為民法中之帝王條款，自然是一般法律原則中最重要的一環，應在解釋契約時被加以考慮。

然而，正因為誠信原則是民法中的帝王條款，其在適用上也必須特別小心，否則將使此一原則流於形式，而無法發揮其真正之功能。而在商業契約之解釋中，誠信原則所遇到的問題可以分為兩個層次：第一，當事人未於契約中約定誠信原則時，法院可否援引誠信原則作為判決之基礎或參考？第二，如果法院可以援引誠信原則作為判決之基礎或參考，其具體之內涵為何？應如何判斷當事人之行為是否符合誠信原則之要求？以下即就此二議題分述之。

### 第三款 誠信原則之義務是否隱含於契約中？

#### 第一目 誠信原則無所不在！

當交易當事人就契約之內容產生爭議時，在當事人並未就誠信原則為特別約定之情況下，法官可否援引誠信原則填補當事人契約之漏洞？這個問題也可以從另一個角度來觀察：我們是否允許誠信原則以一種默示條款的身份，填補契約的漏洞？

如果從本文所討論的商業契約的特色觀之，筆者初步的想法是：誠信原則可以說是填補契約漏洞的最後一道防線。由於當事人不可能締結完整之契約，然而契約還是必須面對不確定性以及特殊關係投資所帶來之問題，因此交易中很可能有一方會抓住契約之漏洞而為投機行為。是故，法院如果完全不允許默示條款之存在，當事人很可能便會因為另一方之投機行為而受害。<sup>167</sup>論者或有謂：交易中存在著自我執行機制，可以避免投機行為產生；但是誠如本文第參章中所指出的：這樣透過締約加以調整之自我執行契約，有其侷限存在。當為投機行為所能得到之利益大於遵守契約時，當事人將會為投機行為，此時仍有法律介入的必要。

<sup>167</sup> See Daniel R. Fischel, *The Economics of Lender Liability*, 99 YALE L.J. 131, 141 (1989).

而從美國法之規定中，亦可看出其規範承認誠信原則係隱含於契約之約款中，而不待當事人明文約定。在美國統一商法典§1-304 中表示：「當事人應該善意履行或執行在本法範圍內之契約或義務。」<sup>168</sup>在 Unidroit 之國際商業契約準則中，亦肯認當事人在國際交易中，必須以誠信原則以及公平交易為行為。其於§1.7(1)中表示：「每一方當事人在國際貿易交易中應依據誠實信用以及公平交易之原則行為。當事人各方不得排除或限制此項義務。」<sup>169</sup>而在其注釋中更表示，誠實信用和公平交易是貫穿國際商業契約準則之通則的一項原則，即便在通則中並沒有明確規定的情況下，當事人在契約經過期間，包括在談判階段，都必須按照誠信原則行事。<sup>170</sup>同法§5.1.2 亦承認，默示義務可以源自於誠信以及公平交易之原則。<sup>171</sup>

在 *Kirke La Shelle Co. v. Paul Armstrong Co.* 一案中，法官更進一步指出，在每個契約中，不論契約是否明定，都隱含著誠信原則以及公平交易之義務。<sup>172</sup>綜合實務之意見以及實體法之規範，已有學者指出，在大多數的美國法院判決中，已承認所有契約皆隱含一誠信原則以及公平交易之義務。<sup>173</sup>

## 第二目 誠信原則本身並非獨立之請求權基礎

然而，雖然法院承認誠信義務無所不在，但「誠信原則」本身並無法成為獨立之訴訟原因（cause of action）。誠信原則通常必須和特定之契約義務加以連結，即當事人通常是因為在履行契約義務的過程中，有違誠信原則，因此違反特定之契約義務。<sup>174</sup>在美國統一商法典§1-304 之官方評論（official comment）中清楚地表示：該款規定並非要創設一獨立之誠信義務或公平交易之義務；反之，該款規定只是說明，當事人是否未能依善意原則履行或執行契約，法院在解釋契約時，

<sup>168</sup> See U.C.C. § 1-304 (2004)。其原文如下：“Every contract or duty within [the Uniform Commercial Code] imposes an obligation of good faith in its performance and enforcement.”

<sup>169</sup> See UNIDROIT, *Principles of International Commercial Contracts* § 1.7(1) (2004)。其原文如下：“Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade.”

<sup>170</sup> See *id.* § 1.7 cmt. 1.

<sup>171</sup> See *id.* § 5.1.2.

<sup>172</sup> See *Kirke La Shelle Co. v. Paul Armstrong Co.*, 263 N.Y. 79, 188 N.E. 163, 167 (1933)。該案之爭點在於：原被告在先前的契約中，約定被告演出原告的作品時，必須支付一半的演出收入給原告，以及讓原告對所有會影響到演出權的事項，有同意與否之權力，然而在約定之時，尚未有有聲電影的出現。因此被告爭執：其將演出權利售與他人演出有聲電影，並不需要得到原告的同意。

<sup>173</sup> See Burton, *Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith*, 94 HARV. L. REV. 369, 404 (1980).

必須在個案之商業脈絡下為之。<sup>175</sup>

然而，從脈絡解釋之角度言之，如果法官在解釋契約時，能夠盡量考慮到契約之脈絡，是否可以盡量減少對誠信原則之使用，也不必將誠信原則納入契約之默示條款中？有學者認為，如果法官在解釋契約時，能夠盡量理解當事人的交易脈絡，則便可已降低使用誠信原則作為填補契約漏洞的工具。蓋法官解釋契約時，必須先了解當事人的締約背景，以決定當事人之間對於契約中之權利義務應如何行使是否有共通之了解，或者從其他的交易脈絡中，亦可得出當事人的共識。則透過此種脈絡解釋，可以使契約之爭議，從「誠信原則」之問題轉為契約解釋之問題，便可避免援引誠信原則，降低法不確定性。<sup>176</sup>但筆者認為，其實從美國統一商法典之規範下看來，誠信原則本來便是被當成一種契約解釋時必須被加以參考的脈絡，而非獨立之請求權基礎，因此誠信原則之適用，並不會因此提高法不確定性，反而能夠深化誠信原則在契約解釋之脈絡中所扮演之角色。

甚至，Posner 認為，不論採用何種解釋方式，其在結果上來說並不會有太大的不同。Posner 在 *Market Street Associates Ltd. Partnership v. Frey*<sup>177</sup> 一案認為，不論我們主張，契約中應該隱含一誠信原則的義務，或者該契約使當事人有義務在履行契約時，必須本於誠信原則彼此合作以達成契約之目的，兩種解釋方式其實不會有太大的差別，<sup>178</sup>可以說是殊途同歸。

另一方面，也有論者認為，誠信原則在長期商業契約無法作為一般之請求權基礎，即有具體之誠信原則規定時，即不得適用一般化之誠信原則條款，將會造成誠信原則在商業契約中適用上的限制。<sup>179</sup>然本文認為，這樣的作法，應該是企圖在誠信原則之抽象、不可預測性以及其豐富之概念內涵之間，找到一平衡點，既不希望此一原則在適用上流於恣意，也不希望此一原則被過於限縮，因此將誠信原則依附於個別之契約義務下。是故，筆者並不認為這會對其在商業契約中的

---

<sup>174</sup> See *Northern Nat. Gas Co. v. Conoco, Inc.*, 986 S.W.2d 603, at 606 (1998).

<sup>175</sup> See U.C.C. § 1-304 cmt. 1 (2004).

<sup>176</sup> Harold Dubroff, *supra* note 62, at 583-4.

<sup>177</sup> See *Market Street Associates Ltd. Partnership v. Frey*, 941 F.2d 588 (1991)。在該案中，原被告之間的契約有約定，雙方必須以誠信原則進行協商。因此該案之爭點在於：在協商時，原告是否有義務提醒被告某一會影響其權利之契約條款？

<sup>178</sup> See *Market Street Associates Ltd. Partnership*, 941 F.2d at 596 (1991).

<sup>179</sup> 請見邱正勳，前揭註152，頁113-6。

適用造成限制，反而能深化其在商業契約中的地位。因此，即便如同 Posner 所指出的，將誠信原則當成一隱含之獨立義務或是一依附於特定義務下之原則，結果並沒有太大差別，筆者仍認為承認誠信原則存在於契約之中、為一依附於特定義務下之原則，是最能避免其被濫用、又能發揮其原則之功能的方式。

而當我們肯認誠信原則之義務不論是明示或默示，均存在於契約中時，下一步的問題便是：此一原則應如何被加以適用？在具體案件中，法院應如何判斷當事人的行為違反了誠信原則？對法官援引誠信原則進行契約調整採取較為開放態度之學者認為，當事人在契約中約定誠信原則，就是害怕有一天契約自我執行機制失效的時候，援引此一廣泛的原則，可以有「一網打盡」的效果。而在長期契約中，因為長期契約的特色，如果將誠信原則的角色過於限縮，將使許多長期契約中的義務無法達成；特別是在有特殊關係投資之長期交易中，法院適用誠信原則，將可使降低當事人為投機行為可以從契約中所獲得之利益，尤其是當事人雙方對未來之預期不同時。<sup>180</sup>而採較嚴格之態度者，則認為法官不應該任意引用誠信原則為契約之調整。因為當事人在事前其實都可以預見風險的存在，只是當事人未必能夠預測其強度如何。<sup>181</sup>因此，法官不應該任意介入調整。學者 Goldberg 即認為，法院如過於寬鬆的使用誠信原則來保護契約中一方之信賴利益，就可能忽略契約之當事人在契約訂定之初便曾經想過這個問題的可能性，只是當事人最後決定不採取該種方式來保護自己的利益而已。<sup>182</sup>以下即進入此一問題之討論，說明誠信原則應該如何在具體個案中被認定以及適用。

#### 第四款 誠信原則應如何適用？

##### 第一目 我國學說及實務之見解

我國學者認為，誠信原則在何種要件下可適用，在個案中，並無確定的規則，須於個案中加以判斷。於判斷時，應以一般需求及相關行業的法律意識為準則，此原則的適用並非僅依法律感覺或公平裁量，而是依據有待具體化、但仍可相當

---

<sup>180</sup> See Donald Vandegrift, *Asset Specificity, Long-Term Contracts, and the Good Faith Requirement*, 24 EASTERN ECONOMIC JOURNAL 475 (1998).

<sup>181</sup> Robert E. Scott, *supra* note 108, at 372.

<sup>182</sup> VICTOR GOLDBERG, *supra* note 104, at 102.

客觀決定的準則並斟酌個案的特殊情況。<sup>183</sup>此種說法的缺點在於：並未能提供一較清楚之適用原則，而只是將誠信原則做進一步的描述而已。

而實務上有判決指出，誠信原則是一種利益衡量的結果。最高法院 94 年台上字第 635 號表示：「按權利之行使，是否以損害他人為主要目的，應就權利人因權利行使所能取得之利益，與他人及國家社會因其權利行使所受之損失，比較衡量以定之。倘其權利之行使，自己所得利益極少而他人及國家社會所受之損失甚大者，非不得視為以損害他人為主要目的。」最高法院 93 年台上字第 1948 號亦指出：「且所謂誠實信用之原則，係在具體的權利義務之關係，依正義公平之方法，確定並實現權利之內容，避免當事人間犧牲他方利益以圖利自己，自應以權利人及義務人雙方利益為衡量依據，並應考慮權利義務之社會作用，於具體事實妥善運用之方法。」最高法院 91 年台上字第 754 號也表示：「而所謂誠信原則，係指一切法律關係，應各就其具體的情形，依正義衡平的理念加以調整，而求其妥適正當。」從這三個判決中，均可以看出，誠信原則的適用，是一種利益衡量的過程。然而，利益衡量是一種判斷的過程，其本身亦無法為誠信原則之內涵作一清楚的說明，因此亦無法提出一如何適用誠信原則的基本標準。以下即提出美國法上在這一方面對誠信原則之探討，以提供我國做參考。

## 第二目 美國法之觀察：反面排除法及奪取他人合理期待

### 一、反面排除法

由美國法對誠信原則之定義可知，誠信原則被當成交易之一環，也就是交易脈絡的一部分。<sup>184</sup>美國第二法律整編契約法 205 條的評論 a 認為，誠信原則的內涵必須依不同的脈絡，而有不同的解釋。「此原則在許多條文中出現，並有依各種不同情形使其意義稍有不同。」<sup>185</sup>有些學者認為，美國統一商法典對誠信原則的定義方式，是一種從反面加以排除的定義方式。蓋某些法律概念本身，無法以正面描述的方式被加以定義，而必須透過反面排除的方式才能夠被清楚的說明。

<sup>183</sup> 請見前揭註 24，頁 343。

<sup>184</sup> 學者認為，美國第二法律整編契約法 §205 條之規定，有以下之意義：1. 反映出誠信原則在過去案例中的發展。2. 揭示了法律中所承認的公平。3. 誠信原則之援引，可以將各種「惡意」(bad faith) 之行為加以排除。4. 誠信原則可被當成一種填補契約漏洞、或限制當事人權利義務的法律要件。5. 使誠信原則此一法律要件具備明確性及公開性，see Robert S. Summers, *The General Duty of Good Faith – Its Recognition and Conceptualization*, 67 CORNELL L. REV. 810, 811-2 (1982).

而誠信原則此一概念正是一個例子。我們瞭解誠信原則的方式，並不是透過其要件或內涵，而是透過什麼是「惡意」之行為，來瞭解何謂「誠信原則」。<sup>186</sup>因此，透過此種規範方式，法院必須在不同交易的情境中，理解當事人之行為是否為「惡意」，方能決定當事人是否違反了誠信原則之義務，而將「誠信原則」當成一種排除惡意行為的工具。

是故，在此種規範方式下，法官面對新的案子，決定當事人之行為是否違背誠信原則之義務時，應該先從規範之文字出發，並從其立法理由及說明中理解該立法之目的；而由於誠信原則本身並沒有任何的要件，因此法官在面對各種不同的案子時，均可以保持其分析及適用時的彈性。<sup>187</sup>

本文認為，此種分析方式，雖然看似能保留誠信原則最大的彈性，但其只說明了誠信原則必須由反面被加以認定，但並未明確說明何謂「惡意」，因此誠信原則在個案之適用上應如何應用仍不明確。再者，此種適用方式，也使誠信原則失去其自身之定義及內涵。<sup>188</sup>因此，反面排除法雖然可以廣納所有類型之「誠信原則」，但也同時使「誠信原則」變得更為難以捉摸。

## 二、奪取他人合理期待

而為了解決誠信原則在個案中應該如何加以被適用之問題，亦有學者提出「奪取他人合理期待」之判斷標準。Burton 認為，大部分和誠信原則有關的案件，可以用以下的原則說明之：契約中有一方擁有裁量權，並因此付出了某些成本，則該方行使其履行契約時之裁量權時，如係基於當事人在彼此的協定（Agreement）的合理期待之外的理由，則法院應該認定該方係惡意（bad faith）。<sup>189</sup>因此，法官判斷當事人是否有惡意時，只要判斷該擁有裁量權之一方主觀上是否有奪取他人之合理期待的意圖、以及另一方之合理期待究竟為何即可。

此說雖然看似提出「合理期待」此一較具體之標準，但是這一說的缺點仍在於：並未明確定義何謂「合理期待」，<sup>190</sup>因此，誠信原則之適用界線仍然不明；

---

<sup>185</sup> See RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS § 205 cmt. a (1981).

<sup>186</sup> Robert S. Summers, *supra* note 184, at 818-9.

<sup>187</sup> Robert S. Summers, *supra* note 184, at 823-4.

<sup>188</sup> Harold Dubroff, *supra* note 62, at 594-6.

<sup>189</sup> Burton, *supra* note 173, at 378-94.

<sup>190</sup> VICTOR GOLDBERG, *supra* note 104, at 103.

再者，僅以合理期待此一概念來界定誠信原則之深度，似乎並不足夠，蓋誠信原則之內涵並不僅止於「合理期待」而已；<sup>191</sup>也不是每一個案子中都會有裁量權存在。<sup>192</sup>

### 第三目 小結：以投機行為奪取他人合理期待之行為

不論是 Burton 和 Summers 的作法，有學者認為，都將使誠信原則成為一「空泛」的原則，而不具備屬於自身之具體內涵。<sup>193</sup>但筆者認為，如果能確定應如何判斷誠信原則，則其具體內涵應可在適用之過程中被加以確定，因此 Burton 以及 Summers 所提出之標準，仍皆具有參考價值。

而究竟哪一種標準能夠符合本文所討論之商業交易之要求？<sup>194</sup>筆者認為，在本文所討論的商業交易中，由於約定不明確，因此常會導致一方當事人擁有裁量權、而另一方當事人必須面對擁有裁量權之一方為投機行為之問題，故 Burton 所提出之「奪取他人合理期待」之模型，可能較之 Summers 之模型，更能符合商業交易之特色及需求。

而如果我們確定採用 Burton 的標準來決定當事人是否違反誠信原則，下一步要解決的問題便是：何謂當事人之合理期待？此時可以回到學者對誠信原則所下之定義觀之。有學者主張誠信原則便是禁止不誠實的行為；亦有另一方的說法認為，誠信原則必須納入公平交易、群體之價值觀等。<sup>195</sup>這兩種說法都有其過於抽象之缺點。因此，有學者提出，所謂的誠信原則，便是要避免投機行為。<sup>196</sup>如果將投機行為與 Burton 的模型加以結合的話，我們可以說：在商業交易中，有裁量權之一方，為投機行為，以致奪取他人在交易中合理之期待，便是違反誠信原則

<sup>191</sup> Robert S. Summers, *supra* note 184, at 832-3.

<sup>192</sup> Robert S. Summers, *supra* note 184, at 833-4.

<sup>193</sup> See Emily M.S. Houh, *The Doctrine of Good Faith in Contract Law: A (Nerely) Empty Vessel?*, 2005 UTAH L. REV. 1 (2005).

<sup>194</sup> 我國學者雖然沒有對長期交易中的誠信原則應該如何適用特別著墨，但對於此一原則在繼續性債之關係中應發揮何種功能則略有說明。蓋繼續性債之關係由於受時間限制，當事人一方之權利義務將廣受他方當事人所干預，因此，當事人雙方之間存在一信賴基礎，亦即一切的繼續性債之關係，因重視人之要素，故特別要求雙方盡「忠實義務」，以保護當事人因長期負擔債務所可能遭受之風險。盛鈺（1988），〈繼續性債之關係〉，頁4，台灣大學法律學系碩士論文。

<sup>195</sup> Daniel Fischel, *supra* note 167, at 141-2.

<sup>196</sup> See Charles J. Goetz & Robert E. Scott, *Principles of Relational Contract*, 67 VA. L. REV. 1089, 1139 (1981)；也有學者指出，在特別在有特殊交易關係投資之交易中，可以用「是否為投機行為」來界定是否有符合誠信原則。同時應該由非為特殊關係投資之一方，舉證證明自己符合誠信原則，*see*

之行為。

綜上所述，筆者認為，誠信原則即便在契約中沒有明文約定，當事人亦負有此一義務；而在商業契約解釋上，我們可以將以投機行為奪取他人合理期待之行為認定為違反誠信原則。然而，再更進一步具體之適用內涵，則必須有賴具體案例之類型化，畢竟誠信原則必須依附於特定之權利或義務之下。因此，以下即說明誠信原則在具體案例中適用之延伸：裁量權之限制、盡力條款、契約終止以及合作協商之義務。這些類型可說都是從誠信原則所具體化出來的下位概念。

## 第二項 對裁量權之限制

自羅馬法以來，所謂權利行使自由之原則，指行使權利不得含有加害意思及應以善意衡平進行訴訟程序之法理。<sup>197</sup>而這正是對裁量權限制的起源。大家逐漸意識到：權利的行使不應毫無界線，仍應受到某一程度之限制，而常被援引作為裁量權之限制者即為誠信原則。

在商業契約中，面對未來的不確定性，常常會賦予契約中某一方一定程度之裁量權，其可能是有限制的，也可能是毫無限制的。而沒有限制約定的裁量條款中，法官應該如何以誠信原則對之加以限制？前已述及，在商業交易中，本文認為，誠信原則係一隱含之義務，因此不論契約中是否有約定該裁量權必須受到誠信原則之限制，法官均得援引之。而進一步的問題則是：法官應如何適用誠信原則以避免擁有裁量權之一方濫用其權利？本文將誠信原則界定為禁止「以投機行為奪取他人合理期待」，此一標準放到裁量權之下，應如何適用？有學者提出，當裁量權愈強、愈沒有限制時，擁有裁量權之一方愈有可能為投機行為，反之則愈不可能。因此，法官在判斷當事人是否為投機行為時，必須將這一點考慮進去；<sup>198</sup>再配合個案之情形，觀察具有裁量權之當事人是否有奪取另一方當事人合理期待之行為。

以長期契約中常見之調整約款（包括價格及數量）為例，當調整約款中賦予當事人之一方一定程度的裁量權時，為了避免裁量權無限擴大，當事人必須對此

---

Scott Baker & Kimberly D. Krawiec, *supra* note 117, at 744.

<sup>197</sup> 請見前揭註163，頁43。

<sup>198</sup> Daniel R. Fischel, *supra* note 167, at 142.

裁量權做某程度之限制。美國統一商法典§2-306(1)即規定：「契約條款，用以衡量賣方之產量或買方之需求者，意指在誠信原則之下實際發生之產量或需求，但賣方之產量或買方之需求不得嚴重背離任何已設定之估計數量，而在沒有任何已設定之估計數量的情形下，不得背離任何正常的、或任何先前已存在的、可比較的產量或需求量。」<sup>199</sup>因此契約中之產量或需求量之衡量，必須在誠信原則之限制下為之。但該條規定並未說明，何謂「在誠信原則下實際發生的產量或需求」。

在數量沒有確定的契約中，學者 Silkworth 認為，法院考量這類的案子時，會考慮兩個因素。第一，法院如果發現了其認為有效的商業理由，足以正當化該數量變因，則法院便會支持此種契約條件。第二，如果法院發現有權決定數量之契約之一方，企圖透過契約價格和市場價格之差別，以影響契約時，法院通常會不承認該方在契約中決定數量之裁量權，轉而授與另一方損害賠償金。<sup>200</sup>雖然學者有批評，Silkworth 沒有明確說明何者是「有效」的商業理由，<sup>201</sup>但本文認為，Silkworth 所提出的第二個因素，已經有將誠信原則放到數量條款中加以觀察，而其所提出之標準，亦為將 Burton 所提出之「剝奪當事人合理之期待」加以具體化之後所得到的結果，故其所提出之見解仍具有參考價值。再者，誠信原則之解釋，必須被放到不同的交易脈絡下加以觀察，因此何謂「有效」之商業理由，並無法在事前被列舉出來，只能透過案例的累積而加以觀察之。因此，究竟何謂違反誠信原則之裁量權濫用，學說只能提供基本的判斷標準，至於實際上案例中所發生之情形應如何加以判斷，仍有待法官詳細審視個案之脈絡之後為之。

此處以一案例說明，在個案中法官應如何適用誠信原則對裁量權做出限制。在 *K.M.C. Co. v. Irving Trust Co.* 一案中，法院認為，當締約雙方約定一一定額度之借款契約時，如果借方請求貸款的數額仍在契約之約定範圍之內時，貸方如欲拒絕進一步貸款與借方，必須先為通知，方符合誠信原則。<sup>202</sup>如果套用上述之判斷

---

<sup>199</sup> See U.C.C. § 2-306(1) (2004)。其原文如下：“A term which measures the quantity by the output of the seller or the requirements of the buyer means such actual output or requirements as may occur in good faith, except that no quantity unreasonably disproportionate to any estimate or in the absence of a stated estimate to any normal or otherwise comparable prior output or requirements may be tendered or demanded.”

<sup>200</sup> See Stacy A. Silkworth, *Quantity Variation In Open Quantity Contracts*, 51 U. PITT. L. REV. 235, 236 (1990).

<sup>201</sup> Victor Goldberg, *supra* note 104, at 103.

<sup>202</sup> See *K.M.C. Co. v. Irving Trust Co.*, 757 F.2d 752, 759 (1985).

邏輯，法院係認為，貸方此時沒有合理的理由拒絕貸款與借方，因此如要拒絕貸款，必須先行通知，給予借方反應之時間。但學者認為，本案之法官並未考慮到此種結果，可能會反而將借方置於貸方之投機行為之下；再者，本案中的借方並沒有出現投機行為，故法官之判決也不符合誠信原則之意義。<sup>203</sup>筆者認為，本案之法官只有看到借方擁有裁量權此一現象，因此先入為主的斷定借方不得濫用裁量權。但其未能將「不得濫用裁量權」一事放到該交易之脈絡中檢視，因此也忽略借方在該案中已出現財務困難之現象。由本案中可以看出，即便肯認裁量權必須受到誠信原則之限制，法院在解釋契約時，仍必須謹慎觀察各種相關的證據，方可做出評斷。

而當事人已在契約中約定價格調整之條款，但一方於事後主張，因為外在環境發生改變，而此一風險為當事人在締約之初未曾料想到的，故要求法官介入調整契約、或主張免除給付之義務，亦即變相地限制了另一方所擁有的裁量權，則此時法院是否應允許當事人此種請求？此種問題於長期之商業契約中相當常見，本文將留待下一節中說明之。以下從對裁量權之限制出發，本文將繼續說明與其相關之盡力約定、終止條款、以及再協商之義務。

### 第三項 盡力條款

盡力原則其實可以說是誠信原則之延伸，也可以說是將誠信原則在某一方面加以具體化。當契約為了保留彈性，僅僅在契約中約定當事人必須「盡力」，但並未指出何謂「盡力」時，必須盡力之一方便擁有一定程度的裁量權，而這種裁量權也必須受到誠信原則的限制。「盡力」之核心意涵為「勤勉」（diligence），<sup>204</sup>即契約中負有義務之一方必須以勤勉之人所會努力之程度，履行其契約。因此盡力條款便是：雙方約定，一方為另一方之事物的處理，盡最大的努力（best effort）。

#### 第一款 盡力條款之態樣

<sup>203</sup> Daniel R. Fischel, *supra* note 167, at 143-4.

<sup>204</sup> See E. Allan Farnsworth, *On Trying to Keep One's Promises: The duty of Best Efforts in Contract Law*, 46 U. PITT. L. REV. 1, 8 (1984).

盡力條款可能以以下三種形式出現：<sup>205</sup>

1. 契約中明文約定，債務人必須盡力履行其契約義務。
2. 有些契約中會約定，債務人履行債務必須達到某種結果，而這樣的約定也會解釋成賦予債務人一盡力履行契約之義務。
3. 契約中並沒有明文指出當事人負有盡力履行契約之義務，但法院可能從契約約定之內容中，認定當事人負有一盡力執行契約之義務。

## 第二款 盡力條款之成因

### 第一目 當事人面對之不確定性

為何當事人要約定盡力條款，而不直接在契約中明確約定一個數額或標準？其原因在於：在未來的狀況不確定之情形下，當事人很難決定一個客觀的數額，因此寧願採取一在解釋上較有彈性的盡力條款。以下以一例子說明之。<sup>206</sup>



---

<sup>205</sup> See *id.*, at 4-5.

<sup>206</sup> Charles J. Goetz & Robert E. Scott, *supra* note 196, at 1095-1100.

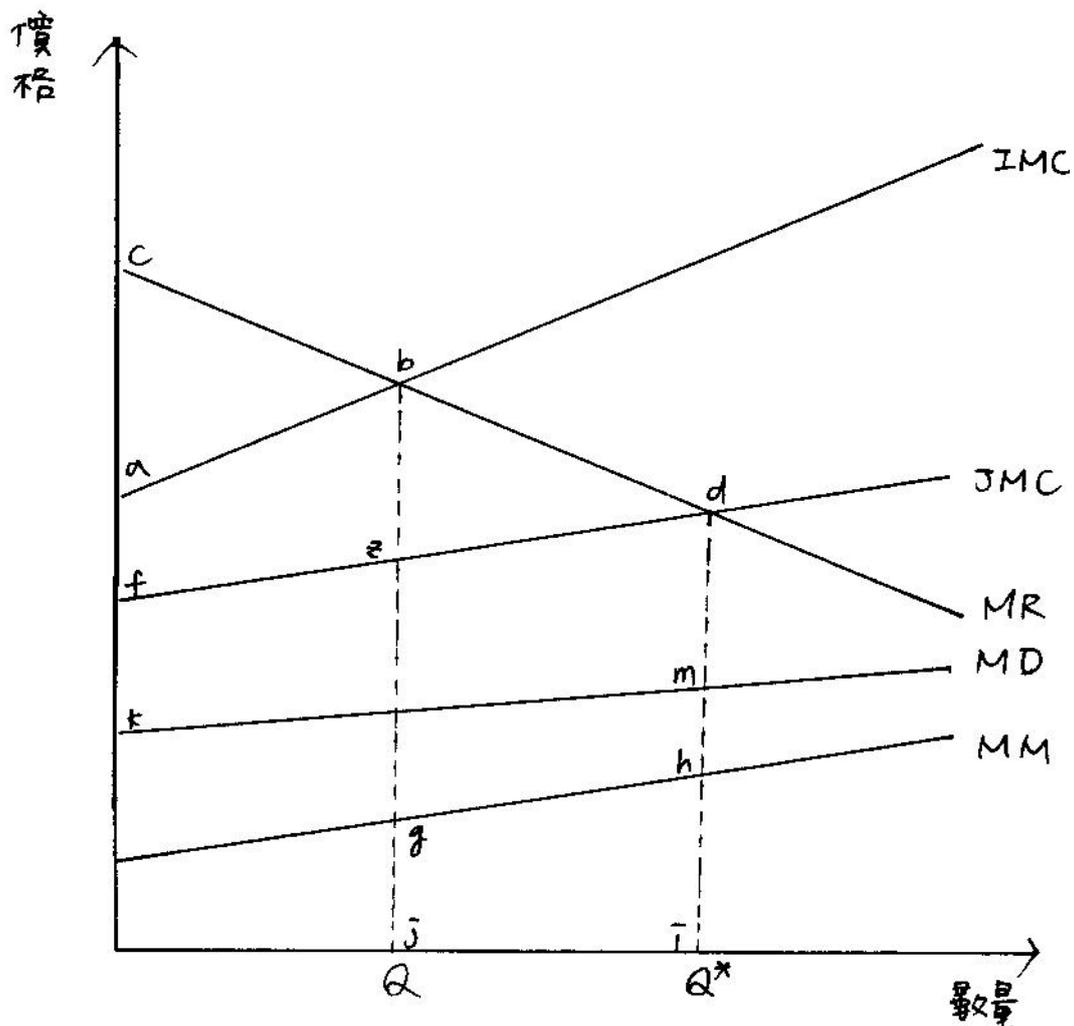


圖 4 製造商與經銷商之例<sup>207</sup>

M: 製造商

D: 經銷商

IMC: 當製造商和經銷商為同一人時，製造和經銷之總邊際成本

JMC: 製造商和經銷商為不同人，但是製造商和經銷商互相合作，而使其發生的製造成本和經銷成本之總額，如同在同一個經濟個體之下所會發生之邊際成本

MM: 製造商之邊際成本

MD: 經銷商之邊際成本

MR: 製造和經銷所能生產之總邊際效益

假設在一經銷契約中，M 製造商，而 D 為經銷商。唯一會影響銷售數量的因素，只有 D 的努力。而為了說明方便，在本例中，我們假設經銷商所為的努力，

<sup>207</sup> Charles J. Goetz & Robert E. Scott, *supra* note 196, at 1096.

可以透過銷售多少產品單位得知。<sup>208</sup>在交易開始時，M 和 D 都知道自己將支出多少成本，也知道在契約經過期間外部市場之狀況，但未必知道對方的成本。

而如上圖 4 所示，如果由製造商同時身兼經銷商，亦即一個公司同時經營製造和經銷，其邊際成本為  $IMC$ ，而  $IMC=MM+(IMC-MD)$ ；而如果二個公司分別經營製造和經銷的邊際成本= $JMC$ ，此時  $MD$  較小，則經銷商便有意願進入這個市場。而 M 和 D 分別履行所能創造的利益，誘使 M 和 D 都有意願進入締結經銷契約。而應該如何約定，才能確保這塊多出來的利益？應該如何善加利用這個多出來的利益？可能會產生以下之契約條款：

1. M 和 D 都生產在  $Q^*$  的地方，才會產生最大的利益。所以契約中必須確保生產在這個點上。

2. 契約中必須約定，即使 D 沒有賣這麼多，也必須支付 M 額外製造所多出的成本(ghij)，以及 M 本來應該因為 D 的銷售所獲得的利益(abc)。

如果 M 和 D 在事前就知道最適產量是在  $Q^*$ ，契約中就可以明白的約定該最適產量。然而，上述的例子是未來之狀況明確的情形。如果未來發生的狀況並不明確，不確定性和複雜性便會增高，如果當事人又在契約中約定了一定的數量，則只要狀況改變，就一定會有損失或利得產生。因此，有必要尋求別的方式來解決。

## 第二目 面對不確定性的解決之道

當事人要減少契約中的不確定性，可能採取的解決方式有以下幾種：

1. 以連續締約之方式取代長期契約<sup>209</sup>

縮短契約的時間，而改成連續的、短期的契約。但此種方案的缺點在於：短期之契約無法確保當事人在事前為長期之特殊關係投資，但此種投資在本文所討論的長期交易中常常是必須存在的。因此，此種解決方案可能並不適用於某些需要長期投資之交易。

2. 使用需求契約 (requirement contract)<sup>210</sup>

<sup>208</sup> 銷售單位是一個清楚明確的標準。但是如果將經銷商的努力換為以其他方式衡量，如：品質程度、廣告、或其他任何會影響利潤的活動，結果都會一樣。

<sup>209</sup> Charles J. Goetz & Robert E. Scott, *supra* note 196, at 1100-2

M 答應提供 D 所需要的貨，但是不給經銷商特定的經銷的權利。好處是可以透過市場的競爭來監督經銷商的要求，因為經銷商是隨時可以替換的，因此製造商不至於被經銷商所「套牢」。但壞處是：透過獨家經銷商才可以最大化彼此之利潤。

### 3. 約定盡力條款

此種約定的優點在於：面對未來之不確定性，盡力條款相當具有彈性，不必害怕契約之約定會和外環境「脫節」。如此一來，當事人可以在事前節省交易成本：因為當事人可以不必要在事前耗費成本，預測未來可能會發生何種事件、對交易產生何種影響；而只要在事情發生之後，調整雙方之協議即可。

然而此種模糊約定的風險在於：究竟應該由誰來確保當事人在履行契約時已「盡力」？<sup>211</sup>再者，如果當事人發生爭議，又應該如何來決定一方當事人是否真的已經「盡力」？亦即，模糊條款的好處在於降低了交易成本，然而相對來說，資訊不對稱之問題所產生的成本也提升了。當事人可以直接監督，也可以透過一些間接的監督方式，如：讓 M 和 D 分享彼此因為合作所創造出來的利潤。

而當事人亦可將此一條款轉為契約以外之第三人可以驗證的資訊，提升契約監督之效率。即在契約中約定最低數量限制。當事人既無法在事前做明確數量之約定—因為想要保留契約面對未來變動時所具備之彈性；又不願意使約定過於模糊到失去約定之目的，則最低數量限制可以說是在這兩者之間尋求一平衡點。

## 第三款 法院應如何解釋盡力條款？

### 第一目 「盡力條款」是否存在？

法院解釋盡力條款時，面臨的第一個問題是：當事人如果在契約中並未約定雙方必須盡力履行其義務，法院可否援引盡力條款認定當事人之一方違反其義務？從美國統一商法典§2-306(2)之規定看來，在獨家經銷之契約中，如果當事人

---

<sup>210</sup> Charles J. Goetz & Robert E. Scott, *supra* note 196, at 1102-3.

<sup>211</sup> 監督機制的設計，可以透過某些定價標準，使當事人可以共同分享因合作而創造出的利益，如：以銷售利潤、或以銷售數量為基礎來分享利益，與此議題相關之文獻，可參考：前揭註196，頁1117-9。

沒有特別約定，賣方必須盡力提供貨物，而買方也必須盡力為賣方銷售。<sup>212</sup>由該法之規定，可以推知「盡力義務」是否存在，必須依不同之交易類型而定，因此法官必須由交易之安排中加以觀察，而不能謹守契約之文義做字面解釋。

在 *Wood v. Lucy, Lady Duff-Gordon* 一案中，Cardozo 法官便認為，在獨家經銷之交易安排下，隱含一「盡力銷售」之義務，即經銷商（代理人）必須盡力為本人提供服務，否則將無法達成最有效率之獨家經銷的效果。<sup>213</sup>此即 Cardozo 能兼顧交易中之特殊安排、不拘泥於字面解釋所得到的結果。但亦有學者認為，此種解釋方式忽略了：既然當事人已經全權授與另一方處理其事務，則處理事務之一方便擁有完全之裁量權，而不應該受到盡力條款之限制。<sup>214</sup>但此種說法亦忽略了不論任何權利之行使，均有其界線，重點應在該界線是否合理，而非不得設限。因此，本文仍認為法官得突破字面之解釋，認定是否有盡力義務之存在。

而我國實務上相關之案例，可參考台北地方法院 89 年度訴字第 1031 號判決。<sup>215</sup>在該案中，原告為被告在臺灣之獨家總經銷商，該案爭點之一在於：雙方之間是否有約定最低銷售數量之限制？最低銷售數量限制可說是盡力條款的另一種型態，法院最後由雙方交易、締約之過程中，認定有雙方已對最低銷售數量此一義務達成合意。本文雖認為該判決值得贊同，但就判決理由之部分，筆者認為如果法官能夠注意到該交易係一獨家經銷契約，便能夠發現原告對被告應負有一盡力銷售之義務，而能夠正當化最低銷售限制之存在。

## 第二目 是否盡力如何判定？

早期普通法法院認為「盡最大努力」之含意過於模糊，所以不願意執行此種含意相當模糊的條款，蓋其模糊、不確定，故缺乏義務的相互性，而不應被承認。但近代法院之見解已有轉變，承認此種義務具有實質的意義，係法律上可執行的義務。但是對於盡力條款的定義為何，仍然有爭議。<sup>216</sup>

<sup>212</sup> See U.C.C. § 2-306(2) (2004)。其原文如下：“A lawful agreement by either the seller or the buyer for exclusive dealing in the kind of goods concerned imposes unless otherwise agreed an obligation by the seller to use best efforts to supply the goods and by the buyer to use best efforts to promote their sale.”

<sup>213</sup> See *Wood v. Lucy, Lady Duff-Gordon*, 222 N.Y. 88, 118 N.E. 214 (1917).

<sup>214</sup> E. Allan Farnsworth, *supra* note 204, at 7.

<sup>215</sup> 台北地方法院 89 年度訴字第 1031 號。二審判決請見：台灣高等法院 91 年度上字第 505 號判決。

<sup>216</sup> Charles J. Goetz & Robert E. Scott, *supra* note 196, at 1119-20.

法院解釋盡力條款，應如何認定當事人是否有勤勉履行其義務，可能有兩種標準：<sup>217</sup>

1. 假定本人和代理人為同一人時，該人會如何履行其義務；或
2. 假定一第三人處於代理人之位置時，會如何行為。

至於應採何種標準，應依交易之態樣不同而定。

法院常認為，該詞之意義必須由不同的情形(circumstance)加以建構。在 *Bloor v. Falstaff Brewing Corp.*<sup>218</sup> 一案中，Ballantine 係一紐約的啤酒廠。在 1969 年被賣給一家不動產公司 Investors Funding Corporation (IFC)。之後，IFC 留下啤酒釀造廠(brewery)，將其他部份賣給 Falstaff 經營，Falstaff 是一家大的啤酒廠，但是在紐約沒有據點。該約定要持續六年，Falstaff 並在契約中答應，將盡力為 Ballantine 推銷並維持其銷售額。Ballantine 在 IFC 持有時，每年可以賣出二百二十萬瓶的啤酒，但這個數字遠低於 Ballantine 在 1964 年時的四百四十萬瓶啤酒。依當時的市場上計算啤酒廠的方式，Ballantine 大概值八百五十萬到九百萬元。後來，原告起訴 Falstaff，主張其並未依契約中之約定盡力銷售。法院審理該案相關之情形後，認為被告推銷啤酒之花費，雖為其破產之原因，但契約中並未要求被告要大力推銷原告之產品到破產之程度。因此，法院認為，考量該案件之所有情形，該被告已違反盡力條款。

有學者認為，可以從經濟學的角度，將「可以最大化當事人共同利益」的行為，認定為符合盡力條款的定義。<sup>219</sup>此種作法至少可以稍微將盡力條款具體化，是一種值得參考之標準。

以上說明了盡力條款之成因，以及法院如何解釋盡力條款。盡力條款作為誠信原則之一環，法院在解釋盡力條款時，必須盡可能注意其具有一方擁有裁量權之特質，考慮到其為投機行為之可能性，在必要時對盡力條款做出限制，以使契約能維持其彈性，同時兼顧公平性之要求。

#### 第四項 契約終止

<sup>217</sup> E. Allan Farnsworth, *supra* note 204, at 9.

<sup>218</sup> See *Bloor v. Falstaff Brewing Corp.*, 454 F. Supp. 258 (S.D.N.Y. 1978), *aff'd*, 601 F.2d 609 (2d Cir. 1979)

<sup>219</sup> Charles J. Goetz & Robert E. Scott, *supra* note 196, at 1111-4.

## 第一款 契約終止條款之意涵及目的

對長期契約關係的法律規範，必須考慮到這種契約使當事人長期或不定期受到拘束之特性，於此期間中，交易之基本情況可能以無法預見之方式變動。例如這種長期交易關係常是以特別之信賴為前提，而此種信賴可能會消失。因此，長期契約關係中，常會約定交易得因重要之理由終止。<sup>220</sup>另一方面，就當事人終止之權利，可能也會做某程度之限制，而限制當事人終止之權利，可能是作為一種追求長期利益之手段。

舉例言之，在必須為特定投資方能實現其契約目的之場合中，必須為特定投資之一方，必然會擔心一旦投資之後，萬一市場上原本有的需求消失之後該怎麼辦。因此，在契約中，便必須在「一方提供服務之權利」以及「另一方退出購買該服務」之間取得一平衡。而當契約能夠持久、而所能創造的邊際利益以及所能降低的風險（提供服務一方之風險）能大於因彈性減少所增加的邊際成本時，雙方會發現，限制契約之一方退出契約關係、追求短期利益的作法，其實是為了確保契約長期的利益能夠達成。<sup>221</sup>

而終止之約款作為保護當事人利益之例子，可以以代理契約為例。在代理契約中，代理人為了取信於本人，可能會和本人約定所謂的「約束條款」（bonding agreement），而約束條款之類型包括了資本的分配、不競業條款、代理人的道德準則、以及所謂單方終止認可（unilateral termination authorization）。如果雙方採用單方終止條款作為控制手段，當被承諾人（即代理契約中之本人）發現承諾人（即代理人）違反其盡最大努力義務時，可以單方終止之，或者賦予被承諾人相當大的權限去決定在何種情況下可以行使終止權。然而，當約定「在何種情況下可以行使終止權」，則當被承諾人欲行使終止權時，就會有事實證明的問題產生，亦造成終止權的限縮。當終止的特權被限縮時，被承諾人為了確保自己的利益，就會要求承諾人必須在交易中多付一些報酬給自己。<sup>222</sup>因此，相較之下，單方終止之約定，在眾多之約束條款中，可能是一個最簡單、成本也最低的控制方式。

<sup>220</sup> 請見前揭註24，頁6。

<sup>221</sup> See Victor P. Goldberg, *Regulation and Administered Contracts*, 7 THE BELL JOURNAL OF ECONOMICS 426, 433 (1976).

<sup>222</sup> Charles J. Goetz & Robert E. Scott, *supra* note 196, at 1117.

例如：在加盟契約中，當事人與其在事前約定許多交易條件，可能還有漏洞產生，還不如直接約定一個「終止」的特權來得有效。<sup>223</sup>

是故，契約終止條款，可以被看成是一種當事人分配以及控制風險的方式。<sup>224</sup> 當事人執行契約，可以兼採明示以及隱含的執行機制：有些部份，契約應該如何履行已經被明確約定，則這部份的執行可以透過第三人；但有些部份則是透過威脅當事人將終止契約關係而得。<sup>225</sup> 然而，契約終止並非可以任意為之，仍有一定程度的限制，以下即進入契約終止條款限制之討論。

## 第二款 契約終止條款之限制

### 第一目 如何限制當事人終止之權利？

終止條款之限制應如何得出？初步的思考方向是：因為任意終止條款的存  
在，意味著擁有此種權利之一方，在行使此種權利時，也必須同時行使自己的裁  
量權，因此，可以從裁量權必須被誠信原則加以限制這一點出發，檢視當事人在  
行使終止條款時是否有濫用權利之情形產生。然而，有一點必須釐清的是：擁有  
任意終止契約之權利，並不同於惡意。在 *Zapatha v. Dairy Mart, Inc.*<sup>226</sup> 一案中，  
法院認為，契約中一方擁有任意終止契約之權利，此種權利本身並不意味著便有  
不公平之情事存在。<sup>227</sup> 也有一些法院認為，不應該在任意終止條款中，主張誠信  
原則。蓋任意終止條款本身，即可能被當成「惡意」（bad faith），因此任意終止  
條款本質上和誠信原則即有違。<sup>228</sup> 但筆者仍認為，任意終止條款本質上並非惡意，  
因此問題應在於法院解釋契約時要如何適用誠信原則，而非否定終止條款應有限  
制存在。

<sup>223</sup> See Benjamin Klein, *Transaction Cost Determinants of “Unfair” Contractual Arrangements*, 70 AM. ECON. REV. 356, 358 (1980).

<sup>224</sup> See Robert A. Hilliam, *An Analysis of the Cessation of Contractual Relations*, 68 CORNELL L. REV. 617, 620-9 (1983).

<sup>225</sup> Benjamin Klein, *supra* note 223, at 358.

<sup>226</sup> 在 *Zapatha v. Dairy Mart, Inc.* 一案中，Zapatha 先生加盟經營 Dairy Mart 之連鎖便利商店，而 Zapatha 主張，Dairy Mart 沒有任何理由，終止了雙方之間所簽訂之加盟契約，係違反誠信以及公平原則，即便該終止完全合法，亦不應被接受。一審判決認定 Zapatha 之主張有理，但二審則認定 Dairy Mart 的終止完全合法，並未違反任何誠信原則或公平原則，*see Zapatha v. Dairy Mart, Inc.*, 408 N.E.2d 1370 (1980)。

<sup>227</sup> *See id.*, at 1376.

<sup>228</sup> *See* 594 F.2d 129 (5<sup>th</sup> Cir. 1979).

也有一些法院企圖區分「惡意之履行」以及「惡意之終止」，來說明誠信原則應該如何被加以適用。在 *Sons of Thunder, Inc. v. Borden, Inc.*<sup>229</sup> 一案中，法院認為：當事人之終止契約，如果均符合契約中之約定，則不論當事人終止契約之動機為何，均不會被認定為具有「惡意」。法院進一步指出，所謂的默示條款（implied terms），不能夠取代明示條款（expressed terms）的效力。<sup>230</sup> 也就是說，當事人只要符合了契約中約定終止契約應該進行的程序，便不可能會有「違背誠信原則」之終止存在。但此種區分方式的缺點在於：架空了誠信原則在契約終止中所能發揮的功能，而可能導致當事人以形式規避實質之誠信原則要求，使當事人只要符合程序之規定，誠信原則便沒有被違反的可能性。如此一來將使終止條款沒有限制存在。

然而，沒有限制的終止條款可能產生三種風險：

1. 投機性的終止（opportunistic termination）：經銷商可能因為製造商想得到多餘的補償，或欺騙行為，受到傷害。<sup>231</sup>
2. 製造商因為或有事件發生而後悔進入長期契約中，而任意終止契約之可能性。<sup>232</sup>
3. 盡力行為失敗（best efforts failure），經銷商未達到契約中約定的標準，而使契約遭終止的風險。<sup>233</sup>

有鑑於上述三種可能發生的風險，終止條款仍應有一定的限制。而上述風險應該如何被控制？亦即應由誰來分擔？學者認為，原則上，製造商必須負擔惡意中止的風險（即第二種），而盡力的風險則由經銷商負擔，蓋此種風險是由經銷商可以自己掌控的。第一種風險對社會整體來說都是不好的，所以應該要由有可能為此種行為的人，負擔此種風險，即製造商。

而第二種風險，一般說來是由要終止契約的人負擔，但是在長期之商業契約中，因為當事人在事前很難預料到會發生什麼狀況，所以不可能事先將風險分配

---

<sup>229</sup> 在 *Sons of Thunder, Inc. v. Borden, Inc.* 一案中，原告主張，被告 Borden 違反了契約中約定的終止條款，同時亦違反了契約中暗示之誠信以及公平原則，或許這也是為何本案之法官將這兩部分分開討論之原因。

<sup>230</sup> See *Sons of Thunder, Inc. v. Borden, Inc.*, 690 A.2d 575, 586 (1997).

<sup>231</sup> Charles J. Goetz & Robert E. Scott, *supra* note 196, at 1142.

<sup>232</sup> Charles J. Goetz & Robert E. Scott, *supra* note 196, at 1142.

<sup>233</sup> Charles J. Goetz & Robert E. Scott, *supra* note 196, at 1142.

好。而 Scott 及 Goetz 提供了一個判準來決定誰應該負擔此種風險：締約雙方是否有為契約設定一固定的期限。如果雙方締結了無限期的契約，則應該由經銷商來負擔此種風險，因為這是最符合交易成本的解釋方法。因為契約沒有約定期限，締約雙方都可以針對自己想要毀約的或有事件進行調整。而這種終止契約的權利應該在有必要避免策略行為（strategic behavior）時才加以限制之。

反之，當契約是有期限的，這個風險就必須由製造商來承擔，而將本來很廣義的終止權加以限縮，不論是用善意、正當理由、或是不公平之理由。因為，當經銷商認定該契約是有期限的時候，經銷商會在事前為特定關係投資，而這些特定的投資將使製造商享受到利益，使為投資之一方面臨被套牢的風險，是故終止契約的風險應該由製造商負擔。<sup>234</sup>

## 第二目 契約中有更新之約定時

而契約終止之問題，在契約中有更新之約定時，又更為複雜。以下以兩個例子，說明契約中有更新約定時之狀況。

案例一：

Oliver 是一家汽車製造商。他委任 Rodney 擔任其 Cornwall 地區之汽車獨家經銷商(sole distributor of automobiles)。該契約在 1950 年一月一日生效，為期一年。契約中約定，如果 Oliver 不想續約，則必須在一個月前通知 Rodney。該契約就這樣每年更新，直到 1992 年底，Oliver 明年不想續約，所以在 1992.11.30 通知了 Rodney。該契約是否就此終止？Rodney 可否請求損害賠償？<sup>235</sup>

案例二：

Boris 提供 Cary 汽車可更換之部份。兩人在 1950.1.1 達成協議，依據契約之約定，該契約首先通行一曆年，之後年年自動更新，除非一方或他方事前通知另一方在次一年度要中止契約的意圖。而該通知必須在一曆年結束前之一個月為之。而在 1992 年 11.30，Boris 表示明年將終止該契約。該契約是否終止？Cary 可否請

<sup>234</sup> Charles J. Goetz & Robert E. Scott, *supra* note 196, at 1146.

<sup>235</sup> See GOOD FAITH IN EUROPEAN CONTRACT LAW, 532 (Reinhard Zimmermann & Simon Whittaker eds., 2000)

求賠償？<sup>236</sup>

案例一中的契約年年更新，因此 Rodney 可以在契約中預期到 Oliver 可能會在某一年終止契約。然而便在於：本案當事人之間的交易已進行了超過四十年，對當事人來說，幾乎每年都可以期待次一年度會繼續續約了。因此，經銷商可否以善意主張契約不應終止？本文認為，此時，法官即不應固守契約文字，認定當事人之交易中已明定終止之約款，故經銷商不得主張任何權利。而應該將當事人交易之過程納入考量，理解製造商終止契約之原因，是否有投機行為之因素在其中，當答案為肯定時，應可援引誠信原則，而限縮製造商之終止權，或給予交易相對人適當之補償；當沒有投機行為牽涉其中時，考量該交易已進行了一段相當長的時間，亦應要求製造商應以一個月以上之期限通知經銷商，以使其能提早做準備。

而在案例二中，和案例一最大之不同在於：該契約是年年自動更新，因此當事人可以有正當理由，期待該契約會年年持續下去。然而，兩案中之經銷關係，均延續一段相當長之時間，依筆者之看法，從關係契約理論之角度言之，當事人在此長期交易中所形成之關係，儘管契約約款不同，但實質上應相當類似。因此，仍可採取前述案例一中之解決之道。

契約終止約款是當事人控制與分配風險的一種方式，但是其在行使時，仍應兼顧誠信原則之信守，因此法官不能只以文義認定當事人是否擁有終止契約之權利，否則將導致一方當事人濫用裁量權、而使另一方當事人受害之風險。

## 第五項 合作以及協商之義務

### 第一款 合作之必要

在本論文之第二以及第三章中已經指出，在長期交易之下，當事人雙方的合作，對交易目的的達成，相當重要。且此種合作並非一時即可，必須持續於交易中進行，方可使該交易能夠面對外在環境的變化而不斷進行調整，而將交易維持下去；如果當事人中任何一方，利用情事之變更而為投機行為，拒絕合作，交易將面臨破局之困境。因此，我們可以說，沒有當事人彼此之間的合作，長期交易

---

<sup>236</sup> See *id.*, at 546.

之目的將無法達成，當事人所為之投資也不可能回收。

對法律來說，應如何確保當事人能夠合作，降低其為投機行為之機率？可以透過法律解釋、或是法律設計，來促進當事人之合作。<sup>237</sup>而當當事人未於契約中為明確之合作約定，法院解釋契約時，是否可主張當事人之間負有一合作之義務，以朝向盡可能維持當事人之間的合作關係的方向作解釋？在美國統一商法典以及美國第二法律整編契約法中，對於合作之義務並沒有做特別的規範，因此以下引用國際商業契約準則之規範討論之。

在國際商業契約準則§5.1.3中，表示：「當一方當事人在履行其義務，有理由期待另一方當事人的合作時，另一方當事人應與該方當事人合作。」<sup>238</sup>該條規定雖然明確要求當事人應該彼此合作，但其規範的狀況是在當事人履行義務時，至於在當事人面對情事變更、交易有調整之必要時，當事人是否有合作進行調整之義務，其並未指明。但從該條規範中，至少可以看出，國際商業契約準則贊同合作在契約履行中的重要性。而美國實務有法院認為，契約中隱含著合作之義務，當履約需要雙方的合作時，契約中自然隱含著彼此必須合作的要件。<sup>239</sup>

而在何種條件下，當事人負有必須合作之義務？以契約之修改為例，學者Speidel認為，在符合以下之條件時，該有利之一方應該要接受另一方所提出之契約修改：

1. 該不利之一方所提出的修正案必須是對有利的一方來說可以執行的。
2. 該不利之一方在締約前並未預料到該情事變更之存在。

Speidel認為，在此種情況下，因情事變更而獲有利益之一方，必須接受另外一方所提出之調整方案，可以說是出於誠信原則所為之考量。因為雙方在締約前都沒有考慮到此種風險發生的可能，因此只讓某一方承擔此種風險顯然是不公平的。<sup>240</sup>

<sup>237</sup> 請見前揭註152，頁66。

<sup>238</sup> See UNIDROIT, *Principles of International Commercial Contracts*, § 5.1.3 (2004)。其原文如下：“Each party shall cooperate with the other party when such cooperation may reasonably be expected for the performance of that party’s obligations.”

<sup>239</sup> See *Lowell v. Twin Disc, Inc.*, 527 F.2d 767, 770 (1975).

<sup>240</sup> See Richard Speidel, *The New Spirit of Contract*, 2 J.LAW & COMMERCE 193, 206-7 (1982).

從國際商業契約準則以及美國實務之見解看來，本文認為，契約中隱含一合作之義務，應為法院所承認，而這也是最符合交易實情的作法，至於合作之義務應符合何種要件，則必須依該合作事件之性質而定。在關係契約理論中，即強調法院在解釋契約時，必須注意維持當事人之間的合作，甚至還必須提供當事人合作之誘因。即便我們認為，法院未必要提供當事人合作之誘因，但我們至少應該承認，法院在商業契約之解釋中，必須注意促進當事人的合作，才能達成當事人最大之交易效益。因此，筆者認為，法院在解釋契約時，必須注意維持交易當事人之間的合作關係，應為一符合交易實際之作法。

## 第二款 協商之義務

而當我們肯認交易當事人負有一合作之義務時，是否也意味著：在交易情事出現變更時，當事人必須積極的負有再協商之義務？以下先說明再協商之目的以及意涵，再說明法院應該如何解釋當事人所約定之再協商條款，以及當事人未約定時又應該如何。

### 第一目 再協商之約定

從契約履行以及提供誘因的觀點來說，當事人應該不會想要在契約中約定可以進行再協商，而會想要盡可能在契約中仔細約定，來避免締約後的執行成本。但是如同本文在第二章及第三章中所描述的，不完全的約定，是面對未來的不確定性的一種解決問題的方式。而再協商之約定，通常是為了解決：事後之資訊無法被法官驗證的問題，因此當事人約定此一問題透過彼此之再協商加以解決，而不透過法院為之。

而締約之後的再協商，可以達成以下之目的：<sup>241</sup>

一、確保締約後的效率（ex post efficiency）。當事前無法、或必須以很高額之成本方能驗證的狀況確實發生時，當事人可以透過再協商，達到最有效率的解決問題的方式。但相對的，事後的效率也會造成事前效率的減損。因為為特定投資之人將被沒有為特定投資之人套牢。

二、再協商也能夠創設事後篩選資訊的機制。在交易之前，面對未來之不確

定性，將為特殊關係投資之一方，會面對投資後，交易狀況可能變更而被套牢之風險。為了避免事後發生的再協商中，已為特定投資之一方，被沒有為特定投資之一方套牢，當事人可以先在契約中約定好，再協商應該如何進行，以決定好如何分配契約中多出來的利益。

法院解釋再協商之條款時，必須注意交易之脈絡為何，而不能只單純由文義判斷當事人是否可以執行再協商之約定。蓋再協商約定背後之目的甚多，可能是為了解決未來之問題，但也可能不完全是為了符合未來之變化，而只是為了設定一種再協商時，雙方當事人的談判能力；在某些契約中，再協商雖然是合理的，但在契約訂定時，當事人未必會想要將此種約在契約中為約定。蓋如交易當事人事先約定再協商條款，則交易進行中，一方產生再協商之事由時，另一方可能會懷疑該方是否故意為投機行為，而不利締約雙方之再協商。<sup>242</sup>因此，法官在解釋再協商之約款、或面對當事人主張再協商時，不應囿於契約中所約定之文字，而應該理解當事人約定之目的為何，再進行決斷，以將再協商條款之功用發揮到最大。<sup>243</sup>

## 第二目 可以進行再協商之情形

在國際商業契約準則中，規範了三種當事人必須進行再協商之情形：

1. 契約中本有再協商之約定者，當事人即應為之。
2. 依該法§5.1.2之規範，所得出之默示義務。<sup>244</sup>
3. 依該法§6.2.3，明定當事人可以以履行困難（hardship）為由，提出再協商。該規定表示：「(1)若出現履行困難之情況，處於不利地位的當事人有權要求重新談判。但是，提出此要求應毫不遲延，而且應說明提出之理由。...(3)在合理時

<sup>241</sup> Robert E. Scott & George G. Triantis, *supra* note 11, at 192-5.

<sup>242</sup> See DOUGLAS G. BAIRD, ROBERT H. GERTNER & RANDAL C. PICKER, *GAME THEORY AND THE LAW*, 116-7 (1994).

<sup>243</sup> 在普通法之傳統下，為了達成最大之再協商效率，法院通常不會執行當事人在契約中所約定的：一方當事人違約時，必須支付罰金（penalty）之約定。通常法院會先檢視：該約款究竟是對違約之「處罰條款」（penalty）或是「約定的損害賠償金」（liquidated damages）。如果是前者，法院通常不會執行。有些學者對此提出的理由是：約定的損害賠償金，能使事後的協商所必須付出的成本降低，而增加當事人從再協商中所能達成之效率，因此法院應執行之，See Eric L. Talley, *Contract Renegotiation, Mechanism Design, and the Liquidated Damages Rule*, 46 STAN. L. REV. 1195, 1200 (1994).

<sup>244</sup> See UNIDORIT, *Principles of International Commercial Contracts*, § 5.1.2 (2004)。依該條規定，從契約之性質及目的、交易習慣、誠信以及公平交易原則、合理性中，可以推知默示義務之存在。

間內不能達成協議時，任何一方當事人均可訴諸法庭。」<sup>245</sup>

從國際商業契約準則之規定中可以看出，即便當事人沒有約定再協商之義務，在契約履行困難之情形下、或從契約之性質目的等，亦可以解釋之方式，得出當事人必須進行協商之義務。此種規範方式可供我國法院在解釋契約時，做為參考：法庭在解釋契約時，除當事人字面上之約定以外，尚應從交易之實質加以觀察，以得到最有效率的解釋結果。

況且，在我國民法第二百二十七條之二中，並未特別規範當事人在情事變更時，負有再協商之義務。<sup>246</sup>因此，在修法之前，恐怕只能透過法官對契約之解釋，賦予民法第二百二十七條之二更多的可能性。

#### 第六項 小結：誠信原則做為契約解釋脈絡之一環

誠信原則為民法中的帝王條款，這恐怕是法學院學生從大一開始便知道的事情。但此一原則在商業契約中應該如何被操作，在我國學說上則鮮少被討論。在本節中，筆者從誠信原則之意涵出發，首先界定誠信原則在商業契約中是否存在、應該如何被認定、而透過反面定義之方式，將其內涵定義為：有裁量權之一方以投機行為奪取他人合理之期待，則為違反誠信原則。並一併討論在實務上與誠信原則相關之契約約款類型，包括：盡力條款、終止條款、再協商之義務以及裁量權之行使，說明各該約款之內涵及意義，以及法院在實務上應如何解釋之。

誠信原則之適用，對法院來說，某程度仍是較為「被動」的解釋契約、填補契約漏洞，而法院可否更「積極」的介入當事人之間的交易？特別是在締約之基礎發生變更時，法院得否以履約困難、情事變更等理由，介入當事人之間的契約進行調整？下一節中即針對此一問題進行討論。

#### 第五節 商業上不能履行 (commercial impracticability)

<sup>245</sup> See *id* § 6.2.3 (1) & (3)。其原文如下：「(1) In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiations. The request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based. (3) Upon failure to reach agreement within a reasonable time either party may resort to the court.」

<sup>246</sup> 學者有認此為我國法規定之不足，請見：侯慶辰（2003），〈民法情事變更原則之研究〉，《法學叢刊》，第191期，頁124。

契約是一種調和當事人現在與未來之間估計的落差的工具，因此，勢必要面對締約之後外在情況所發生的變化，對契約所造成之影響。英美法上有所謂的「後續發生之事件」（supervening events），此種事件導致締約基礎的變更，而使當事人必須修改契約，或在當事人無法自行合作協商修該契約時時，必須藉助法院之介入來解決問題。此時所產生的問題便是：法院在何種情況下可以介入當事人之契約為當事人調整契約中之權利義務關係？某些原則，如不可抗力事件之發生，可免除當事人履行契約之義務，已廣為各國所承認，但某些處在灰色地帶之變化，例如：通貨膨脹、油價上漲等，法院得否介入為當事人修改契約？或免除一方之給付義務？便容易有爭議產生。

而在長期商業契約中，契約所面對之外在環境的變化，較之個別式契約，又來得更劇烈，因此，當事人得否主張締約基礎之變化，而豁免自身之契約義務？或法官得否為當事人調整契約？這些問題也就變得更加複雜。在本節中，筆者將先說明在長期契約中，外在環境變化對其所造成之影響，以及其在契約解釋上所造成的困難；再說明學者對於法院應否介入當事人之契約、為當事人進行契約調整，有提出正反不同的見解；而我國法對此一問題係如何處理，其處理方式又有何種缺失，再觀照美國法及國際商業契約準則之相關規範，希望藉由觀察比較法之規範演進及不同之規範方式，說明此一問題之癥結所在。本文認為，在長期商業契約中，不論是要適用不可能（impossibility）或不能履行（impracticability），會遇到的最大問題是對風險的可預測性。因此，如果我們可以修正對風險之可預測性的看法，同時將當事人之預期一併納入考量，則法院在面對締約後發生之後續事件應如何處理此一問題，應可得到相當程度之解決。

### 第一項 問題提出：長期商業契約面對外在變化之風險

所謂「天有不測風雲，人有旦夕禍福」，人類生活必須面對各種可能發生之問題，契約亦不例外。也因此，契約法中很早便已發展出了所謂不可抗力（force majeure）之原則，當締約當事人因為某些非人為的、不可抗力之事件之發生，如：地震、水災，而導致契約履行有困難時，當事人可以主張不可抗力原則免除自身之契約義務。

然而，本文此處所要討論的，並非不可抗力原則，該原則和「不能履行」雖

有部分之重疊，但在契約法上，卻代表著當事人尋求不同之救濟手段。主張不可抗力之風險者，通常是要求豁免自身之契約義務，而主張契約不能履行者，則多半是以契約重新談判為目的，以便使契約經過某程度之修改後能繼續存在。<sup>247</sup>因此，本文此處所要討論的問題雖然和不可抗力原則有重疊，但基本上仍是從不同之角度出發，因此筆者並不打算對此一原則有所著墨。

而為何不能履行原則，在長期契約之適用中會遇到問題？本文於第三章中所說明的不完全契約理論可以解釋之。蓋長期契約中，當事人面對為來的不確定性，可能會在契約中先「留白」，待日後該事件較為明確之後再做約定。然而，此時當事人並非沒有遇見風險之存在，只是當事人在當時無法處理該風險，因此決定將該風險留待日後解決。但此點作法在契約無法履行之適用上卻會遇到困難。不論是 impossible、契約不能履行、或契約履行困難（hardship），雖然對履行困難之範圍已經放寬，不再限定於自然力所造成之事件，但皆仍要求當事人必須是在事前無法預見該風險，方可主張契約不能履行而必須進行調整。因此，長期契約下，當事人主張不能履行之困難便在於：當事人通常在締約時是有預見該風險的，只是當時對該風險的控制能力尚不足，因此沒有做進一步的約定。這點造成了長期契約在適用不能履行此一原則時之困難。以下，即先說明對於法院得否介入當事人之契約進行調整，正反兩方不同之理由，再說明我國法及比較法上對此一問題的規範方式。

## 第二項 法院應否介入當事人之契約加以調整？

### 第一款 贊成者之理由

認為法官擁有較大之權限介入當事人之契約加以調整者，認為外在環境發生變化後，可能使當事人原先締約之目的無法達成，而當事人締約之基礎，形成契約中的一種「默示條件」（implied condition），當此種原先之締約基礎產生變更時，法官本應介入當事人之契約中進行調整，方符合公平原則。

然而此種介入是否會對當事人之契約自由或契約自主權<sup>248</sup>造成侵害？論者認

<sup>247</sup> See UNIDROIT, *Principles of International Commercial Contracts*, § 6.2.2 cmt. 6 (2004).

<sup>248</sup> 反對法官任意介入當事人之契約者，所持之理由之一為：如此一來將傷害當事人之自主性。基

為，以契約自由此種理由，認定法院介入當事人之約定將造成其自由及自主權之傷害，有其不合理之處。蓋當事人在進入契約之後，雙方以建立了一種較之平常的陌生人更進一步的關係，此種關係將使當事人隱含一互相合作的義務，而這樣的義務也包括了彼此共同分攤風險這一環。<sup>249</sup>而因為這樣的關係是當事人自行選擇進入的，因此並無害於交易人之自主權或締約自由。<sup>250</sup>

而對法官能力之質疑，此派之學者認為，法官是有能力對契約進行調整的，假定法官之能力不足並不合理。蓋長期契約即便相當複雜，法庭中也還存有更複雜的案子，<sup>251</sup>然而這些複雜的案件也都由法官加以判決，因此法官未必沒有能力解決之。即便是認為法官沒有能力調整的學者，也承認如果契約中現存之語句已經非常明顯的點出當事人的需求的話，法官就應該要介入調整。<sup>252</sup>

而從有限理性之角度，亦可得出法官應該可以介入當事人之契約為當事人進行調整之結論。蓋人類因有限理性之限制，將使當事人無法在締約之初便將所有契約可能面對之風險設想完全，因此，法院介入調整之作法，不只合理，還能夠降低當事人之交易成本。<sup>253</sup>

## 第二款 反對者之見解

然而，反對法官在此時介入調整的學者認為，首先，法官是否有能力對契約進行調整，相當令人懷疑。再者，如果是已經在契約中經過討論的風險，法官便不應再介入調整，因為既然已經經過當事人的討論，則表示當事人已經思考過這種問題了，也將其必須負擔的風險，以價格之方式，分配在契約中了。<sup>254</sup>則法官

---

於契約自由原則，當事人應該可以自行決定如何締結契約。這個問題牽涉到了契約最根本的價值，究竟契約之目的在哪裡？除了契約自由之理由外，還有學者主張契約應該被尊重，是因為私人的選擇可以達成柏拉圖最適之狀態。對於契約本質理論之討論，請參考：Melvin A. Eisenberg, *The Theory of Contracts*, in *The Theory of Contract Law* 206, 223-40 (Peter Benson ed., 2001)。從契約之本質看來，契約之本質價值應該是多元的，因為契約本身就是一種社會合成物，而想要將正義、公平等看似道德的理論與契約做完全的切割是不可能的。因此，法庭介入契約做補充時，當事人持契約自由之理論作為「護身符」，未必完全正確。對於契約中之多元價值之討論，請參考：*id.*, at 240-64.

<sup>249</sup> See CHARLES FRIED, *CONTRACT AS PROMISE: A THEORY OF CONTRACTUAL OBLIGATORY*, 72-3 (1981).

<sup>250</sup> See *id.*, at 73.

<sup>251</sup> See Robert A. Hilliam, *Court Adjustment of Long-Term Contracts: An Analysis Under Modern Contract Law*, 1987 DUKE L.J. 1, 25-6 (1987).

<sup>252</sup> See *id.*, at 19-20.

<sup>253</sup> See Donald J. Smythe, *Bounded Rationality, the Doctrine of Impracticability, and the Governance of Relational Contracts*, 13 S. CAL. INTERDISC. L.J. 227 (2004).

<sup>254</sup> See Clayton P. Gillette, *Commercial Rationality and the Duty to Adjust Long-Term Contracts*, 69

之介入調整，無異干預當事人之締約自由。即便契約中並沒有另行約定，也不表示當事人並沒有思考過這個問題，因為沈默也是締約的一環。當事人可能是想過這個問題，但是認為並沒有在契約中約定的必要。這在前述第三章中說明交易成本時已經有說明過這種可能性的原因。

況且，當契約中出現的條款多半是模糊的約定時，表示當事人想要透過未來的事件發生之後，再進行調整。因此，當事人通常都會預期到可能發生的風險類型，只是會發生到何種程度，當事人在事前無法做細節的約定。此時，當事人的模糊約定便應該可以正當化法院不介入調整的理由。學者甚至提出一種較為極端的想法：當事人進入長期契約之後，就像侵權行為法下的嚴格責任一樣，不論發生什麼事情，當事人都要自己承擔風險。<sup>255</sup>

學者亦有從法律機制與非法律機制兩者之間的互動，切入觀察此一問題，而認定法院不應任意介入調整當事人之間的契約，特別是在關係契約下。非法律機制與法律機制二者之間的關係可以分成以下三種：獨立、互補、以及互斥。<sup>256</sup>即法律機制和非法律機制之運作無關、或法律機制和非法律機制之運作可以相輔相成、或法律和非法律機制之運作呈現一種互相消長之關係。

學者發現，契約之自我執行機制彼此之間，是呈現一種互補的關係。即其中一種機制的運作，會加強另外一種的效果。<sup>257</sup>但是法律和自我執行機制之間，卻可能呈現互斥之關係。如果透過法律介入自我執行機制的運作，自我執行機制未必能夠有好的結果，一位當事人可能考慮到法律的後果而不再信賴這些機制。而一般的廠商，會希望法院解釋契約時，依據較窄的證據基礎，而通常這些較窄的證據基礎就是書面的契約。<sup>258</sup>

因此，Scott 認為，法院面對不完全契約時，是否應該替當事人將契約「補強」？法院可以有兩種方式。第一，執行此契約，而不管契約條款是否為不確定。因為既然這些不確定的條款創造了「互惠」之義務（reciprocal duty），法院便應該執

---

MINN. L. REV. 521, 532 (1985).

<sup>255</sup> See *id.*, at 545-6.

<sup>256</sup> Robert E. Scott, *supra* note 101, at 387.

<sup>257</sup> Robert E. Scott, *supra* note 101, at 387.

<sup>258</sup> Alan Schwartz & Robert E. Scott, *supra* note 14, at 569.

行這些義務。第二，法院也可以以「契約條款未明確約定」為由，駁回當事人的請求。<sup>259</sup>Scott 認為，在「互惠正義」（reciprocal fairness）的假設下，法官應該採第二種方式。原因如下：首先，如果當事人一開始就可以期待，法院可能會介入，當事人就很難去訂定這種會自我執行的契約了。因為此種自我執行的契約將面臨道德風險—當事人可能故意違約，以讓法官來決定什麼是「公平」的。另一方面面臨的這種風險相當實際，因為此種可以自我執行的契約的資訊是無法為法院所驗證的，因此導致一方可以威脅另一方，而另一方會面臨被「套牢」（hold-up）之困境。是故，法院如果嘗試以公平正義的角度切入，反而會壞事。<sup>260</sup>再者，如果一方預期到法院可能以此種方式介入的話，他在事前就不會跟另一方定這種契約了。而這種結果對整體社會來說是不利的，因為通常能「自我執行」的契約，對整體社會來說比較有利的。所以，如果法官任意的以各種理由介入不完全契約之解釋或填補其漏洞，將使當事人無法訂定對整體社會來說最有效的契約。<sup>261</sup>然而，此一「契約能自我執行」之理由亦不得被無限上綱。Schwartz 和 Scott 所合著之文章中認為：在契約能夠自我執行之狀態下，法官應該介入的情況有兩種。第一，在波動之市場情況中，一方違約威脅其契約夥伴之存亡；第二，如果雙方都對該交易為特定之投資，可導致契約剩餘（contractual surplus）最大化。<sup>262</sup>

法院應該如何兼顧非法律機制之運作，同時又能在適當之時機選擇介入當事人之契約？本文認為，要求法院完全不介入當事人之契約進行調整，有其難度，因為契約自我執行機制確實有失效的時候；然而，法院又應該如何確保當事人提起訴訟，主張法院應為其進行契約之更改，不是一種投機行為？筆者認為，這可以從設定法院何時可以介入，為當事人調整契約之要件下手解決。而其中爭議最大的要件，便是當事人在事前就該風險是否存在「可預見性」。以下即進入我國法以及比較法之說明。

### 第三項 我國法之相關規範

#### 第一款 民法第二百二十七之二條以及相關學說討論

<sup>259</sup> See Robert E. Scott, *A theory of Self-Enforcing Indefinite Agreements*, 103 COLUM. L. REV. 1641, 1686 (2003)

<sup>260</sup> See *id.*, at 1687.

<sup>261</sup> See *id.*, at 1688-9.

<sup>262</sup> Alan Schwartz & Robert E. Scott, *supra* note 14, at 569.

如當事人主張，締約後，外在環境發生變化，故契約中有未約定之事項，因此要求法院介入調整契約之狀態，如當事人在契約中並未做任何特別約定，則我國民法之下有何解決之道？可能的法律依據，在我國民法第二百二十七條之二第一項之規定：「契約成立後，情事變更，非當時所得預料，而依其原有效果顯失公平者，當事人得聲請法院增、減其給付或變更其他原有之效果。」而在德國民法下，第三百一十三條亦規定：「（1）契約締結之基礎，在締約後有重大變更，當事人若能預知其情事，即不會簽約或締結不同內容之契約，如斟酌個案之一切情況，特別是契約或法定危險之分配，無法期待當事人之一方維持原契約者，得請求為契約之調整。（2）若為契約基礎之想法事後確認非屬正確者，視同情事之變更。（3）如契約之調整並非可能或者對一方不可期待，蒙受不利之一方得解除契約。在長期債之關係，得以終止契約替代解除契約。」<sup>263</sup>此即我國法下所稱之「情事變更原則」。<sup>264</sup>

而學說上認為，情事變更原則之適用要件如下：<sup>265</sup>

第一，須為契約之行為基礎而未納為契約內容。<sup>266</sup>

行為基礎的情況，為當事人所明知；或當事人確信行為前提（基礎）的相關情況，仍將繼續存在或發生，致其未於契約中明定；或一方當事人主張行為基礎欠缺之事實，為相對人所承認。

第二，情事非締約當時所得預料。<sup>267</sup>

情況變更後蒙受不利益之當事人，若能預見此情況之發展，而希望將此情況之變化納入契約時，相對人仍將接受，或依善良思考方式必然接受此一看法。而如果情事變更為當事人所預見，則雙方對於應如何調整便會有所約定，毋須情事變更原則之介入。<sup>268</sup>其類型有：<sup>269</sup>

<sup>263</sup> 請見前揭註24，頁 82-3。

<sup>264</sup> 關於情事變更原則之理論依據，大致上有：約款說、相互性說、行為基礎說、法律制度說以及誠信衡平說，請參考：林誠二（2000），〈情事變更原則之再探討〉，《台灣本土法學雜誌》，第 12 期，頁 59-61。

<sup>265</sup> 請見前揭註24，頁 83-7；前揭註246，頁 112-3。

<sup>266</sup> 請見前揭註24，頁 83-7。

<sup>267</sup> 請見前揭註24，頁 83-7。

<sup>268</sup> 請見前揭註264，頁 62-3。

<sup>269</sup> 請見前揭註24，頁 84-6。

1. 權利義務關係失衡。給付與對待給付關係有顯著干擾者。當事人之出發點應為給付與對待給付間相互均衡，而一般性的通貨膨脹並不構成行為基礎的干擾。因為通常債權人應該負擔購買力喪失的風險。

2. 重大給付困難。應為之給付產生困難，以致於依據契約條件提出給付無可期待。在締約後產生之給付困難原則上屬於債務人之風險範圍，只有此種重大給付困難並非單純的屬於單方風險範圍者，一方當事人始得主張。

如果所承受的債務，對債務人過於沈重，或可能使其經濟上垮台，原則上均不足以使債務人免責，蓋若竟然允許債務人免除債務，而將經濟上風險由債權人轉接，等於阻礙了經濟競爭上必要且常見的淘汰程式。因此，只有由於較高的利益，尤其是債務人的生命、健康、或較高風俗上之義務存在時，才能以不可期待理由免除其義務。<sup>270</sup>

3. 目的之不達成：即契約之給付目的無法達成。

4. 雙方錯誤。如成為契約基礎之重要想法，經確認係屬錯誤，被視為與情況的變動相同。此處係指主觀行為基礎自始欠缺。主觀行為基礎的自始欠缺，係指原先即已斟酌，雙方當事人的締約意思，以雙方共同想法是否存在，繼續存在或未來特定情況是否發生為前提。

5. 不可期待性。一方當事人在斟酌個案之情形，特別是契約或法定風險分配的情況，信守未改變的契約無法被期待。

第三，依其原有效果顯失公平。<sup>271</sup>

因情況之變動，使雙方在義務上，極端的不成比例。此種干擾極為重大，以致於信守原契約係非可期待。另一方面，風險不得屬於當事人原應承受之範圍，否則不適用此原則。

至於適用情事變更原則後之法律效果，<sup>272</sup>我國法中並未明文規定。德國法下則有三種可能之效果：請求為契約之調整，解除契約，在長期債之關係中以終止

<sup>270</sup> 請見前揭註24，頁 82-3。

<sup>271</sup> 請見前揭註24，頁 83-7。

契約取代解除契約。我國則有學者認為，必須先嘗試透過調整解決產生衝突之問題，待無圓滿調整之可能性後，再以解除或終止之方式處理。而調整之方式，不得因此改變契約之目的，或根本重塑當事人之契約。<sup>273</sup>

而實務上認為情事變更之適用，必須具備以下之要件，其內涵和學說之主張大致相同：<sup>274</sup>

1. 有情事變更的事實存在：

即法律行為成立當時客觀基礎環境之事實有變更；惟若屬當事人主觀上於行為時已認識其事實之存在，或明示該事實之存在或繼續為其法律行為生效之要件，則應屬條件之問題，而非情事變更。

2. 該事件發生於法律行為成立後、法律效果消滅前，且須非當事人於法律行為為當時所得預料。

3. 必須情事變更係因不可歸責於當事人之事由所致。

4. 情事變更依其原有之效果顯失公平，及在客觀交易秩序上，認原有法律效果發生，將有背於誠信與衡平原則。

## 第二款 我國法規範之缺失

學者有認我國民法第二百二十七條之二的規定過於保守，未能納入情事變更時，當事人之再協商義務。<sup>275</sup>然而，本文此處所要指出之缺失，係：我國法此種規範，面對愈來愈複雜的商業活動，是否足夠？我國學說於討論情事變更原則之構成要件時，雖然肯定當事人必須在事前無法預測該風險的存在，方可主張情事變更原則，同時也指出一般性的通貨膨脹，並非不得預料，然而學說並未發現，在現代許多商業活動中，各種風險在「可預見」與「不可預見」兩者之間的界線，已經愈來愈模糊，因此，情事變更應該如何適用，也就變得相對不清楚。

更進一步言，除了未能將「可預見性」與「不可預見性」兩者之間的界線說明清楚，我國學說也未注意到某些情事變更所造成的影響，是契約「無法實行」，而非純粹客觀上「不可能實行」。忽略這兩者之間的界線，將使情事變更原則在

<sup>272</sup> 請見前揭註24，頁 87-8。

<sup>273</sup> 黃茂榮（2002），《債法總論：第一冊》，1版，頁 39，台北：元照。

<sup>274</sup> 台北地方法院 96 年度訴字 2577 號判決。

適用上的範圍遭到限縮，恐無法符合現代商業活動的需求。<sup>276</sup>本文以下將透過說明美國法以及國際商業契約準則之規範，以及相關學者對其要件之討論，試圖更深化我國情事變更原則之適用。

#### 第四項 美國法以及國際商業契約準則之規範

##### 第一款 從不可能 (impossibility) 到無法實行 (impracticability)

在契約法發展之初，契約之履行必須面對外在環境的變化，而大家最先注意到的，是情事之變更，導致客觀上、物理上不可能履行之情況。因此，在最初時，只要該變化導致契約履行不可能、而當事人在先前的契約中並未表明其有要承擔此種事件風險的意思，當事人便可以主張契約無法實行而豁免其契約義務。也就是說，在當時，當事人在事前可否預見該風險，並不是判斷當事人之履行義務可否被豁免的標準。<sup>277</sup>

然而，隨著商業活動之發展，物理上不可能此一標準，逐漸為「效率」所取代。人類發現，如果將標準限定在「物理不能」，將導致某些不合理之狀況產生。例如：雖然客觀上來說，履行仍然可能，但必須耗費不合理之高昂成本方能達成。因此，在 *Mineral Park Land Co. v. Howard*<sup>278</sup> 一案中，法官首先區分了「不可能」與「無法實行」二者。<sup>279</sup> 這種區分方式雖然進一步深化了情事變更原則之適用，但也產生了下一步之問題：究竟何者是客觀上無法實行，何者又是實行上不敷成本效益之考量？以下先說明美國統一商法典、美國第二法律整編契約法以及國際商業契約準則之規範，並指出，這些規範雖然放寬了情事變更原則的適用標準，但究竟應如何具體的適用其內涵，特別是在「可預見性」一事上，並不明確。

##### 第二款 不同的法律規範模型

---

<sup>275</sup> 請見本文第四節第五項第一款第二目相關之論述。

<sup>276</sup> 所謂的不可能以及無法實行，兩者的差別可以用以下的形容說明之：法律上所指的「不可能」是指現實上不可能做到的事，而無法實行則是指該件事情仍有可能做到，只是必須付出額外而不合理 (excessive and unreasonable) 的成本，see *Mineral Park Land Co. v. Howard*, 172 Cal. 289, at 293 (1916)。本文在以下將進一步說明這兩者之間應如何區別。

<sup>277</sup> See Sheldon W. Halpern, *Application of the Doctrine of Commercial Impracticability: Searching for "the Wisdom of Solomon"*, 135 U. PA. L. REV. 1123, 1131-2 (1987).

<sup>278</sup> 請見前揭註276之說明。

<sup>279</sup> Sheldon W. Halpern, *supra* note 277, at 1132-4.

## 第一目 美國統一商法典§2-615(a)

美國統一商法典§2-615(a)規定，如果當事方所約定的履行之實際不能係因一意外事件的出現，而其不出現係契約訂立時之基本假設，或者因善意遵守任何可予適用的外國或本國政府的規章或命令所致，無論其以後是否被證明為無效，則賣方遵守同條(b)項和(c)項之規定時，其遲延交付貨物或者不交付全部貨物或者不交付部份貨物不是為違反買賣契約之行為。<sup>280</sup>

美國統一商法典採取此種立法之理由，係因為造成當事人履行不能(impracticable)之原因，係當事人無法預見，因此，契約法的目的之一，便是當此種風險發生時，由法律來替當事人分配風險。從美國統一商法典的規定看來，其已將不能履行之範圍由客觀不能拓寬，但究竟拓寬到何種程度？並不明確。該條官方評論第4點指出，單純的成本上升，並不能豁免當事人履行契約之義務，除非該成本上升，係導因於當事人所無法預見之或有事件，且因為該或有事件使當事人履約之本質變更，而這點也為實務所承認，法院並不認為價格變更便會造成商業上不能實行、或是履約受到了阻礙，至多只能說，發生了當事人在事前未能預料到的事情；<sup>281</sup>再者，該評論還指出市場情況的變化也不算，因為這種風險應該是商業契約中，採用固定價條款本來就要避免的風險，亦即該風險已在締約時為當事人所分配。<sup>282</sup>

然而，雖然統一商法典的官方評論指出，單純價格變動並不能豁免當事人之契約義務，但其並未將「可預見否」此一條件界定清楚；再者，雖然統一商法典中有此種規定可以豁免當事人義務之規定，但是根據學者的觀察，願意採取介入調整的法院，其實相當少。<sup>283</sup>而法院如果不豁免當事人的義務，只是對當事人的義務進行某程度之調整，是否可行？在美國統一商法典中並沒有明說。因此，顯示了美國法在這個問題上，一直都沒有定論。

<sup>280</sup> See U.C.C. § 2-615(a) (2004). 其原文如下：“Delay in delivery or non-delivery in whole or in part by a seller who complies with paragraphs (b) and (c) is not a breach of his duty under a contract for sale if performance as agreed has been made impracticable by the occurrence of a contingency the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made or by compliance in good faith with any applicable foreign or domestic governmental regulation or order whether or not it later proves to be invalid.”

<sup>281</sup> See *Hancock Paper Co. v. Champion Intern. Corp.*, 424 F.Supp. 285 (1976).

<sup>282</sup> See U.C.C. § 2-615 cmt. 4 (2004).

<sup>283</sup> Clayton P. Gillette, *supra* note 254, at 522.

## 第二目 美國第二法律整編契約法§261

美國第二法律整編契約法§261 規定：「除所用語文或情況有相反之表示外，一契約做成後，因一其不發生係契約做成基本前提之事件發生，當事人一方之履行係因不可歸責於其之事由而『不能實行』時，該當事人實施該履行之義務消滅。」<sup>284</sup>其規定和美國統一商法典之規範相當類似，皆拓寬了當事人得豁免契約給付義務之範圍，但在適用此一原則之要件上，應如何判定，則並未明文。且亦未說明法院得否介入為當事人調整其契約之權利義務關係。

## 第三目 國際商業契約準則§6.2.2 及 6.2.3

相較於美國法之規範，國際商業契約準則之規範則較為完整。該法所使用的語言並非不能實行（impracticable），而是困難（hardship）。該準則§6.2.2 先定義何謂「困難」：「所謂的困難情形，是指由於一方當事人履約成本增加，或由於一方當事人從履約中所得之價值減少，而發生根本改變契約雙方均衡之事件，且（a）該事件的發生或處於不利地位的當事人，知道事件的發生是在締約之後；（b）處於不利地位的當事人，在締約之時無法合理預見該事件之發生；（c）事件無法為處於不利地位之當事人所控制；且（d）事件的風險不由處於不利地位之當事人承擔。」<sup>285</sup>

而對法院在此時得否介入當事人之契約為之調整，該準則§6.2.3 則表示：「（4）如果法庭認定有困難事件，只要合理，法庭可以（a）在確定的日期並按確定的條件終止契約；或者（b）為恢復契約之均衡而修改契約。」<sup>286</sup>

<sup>284</sup> See RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACT, § 261 (1981)。其原文如下：“Where, after a contract is made, a party’s performance is made impracticable without his fault by the occurrence of an event the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made, his duty to render that performance is discharged, unless the language or the circumstances indicate the contrary.”

<sup>285</sup> See UNIDROIT, *Principles of International Commercial Contracts*, § 6.2.2 (2004)。其原文如下：“There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party’s performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished, and (a) the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract; (b) the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract; (c) the events are beyond the control of the disadvantaged party; and (d) the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party.”

<sup>286</sup> See UNIDROIT, *Principles of International Commercial Contracts*, § 6.2.3 (4) (2004)。其原文如下：“If the court finds hardship it may, if reasonable, (a) terminate the contract at a date and on terms to be fixed, or (b) adapt the contract with a view to resorting its equilibrium.”

在本原則中，將「困難」界定為「根本改變契約均衡」之事件，而在其評論中指出，是否發生「根本性之改變」，必須依個案而定，然而在可以以金錢計算之履行中，如果價格變動的幅度超過 50%，應可認定為根本性之改變。<sup>287</sup>此種定義方式，比美國法下的「無法履行」，來得更具體；再者，其較美國法之規範更進一步的是：承認法院在此時得介入當事人的契約，為當事人進行調整。

然而，與美國法相同的缺點，是未能明確說明「可否預見」此一要件。從美國法或國際商業契約準則之規範看來，雖然在法院得否介入調整與履行困難之規定方式上有不同，但其規範之精神基本上是相同的，<sup>288</sup>所遇到的困境也相同。本文以下即舉出三則美國法上的案例，以說明美國法上在此一原則之「可預見性」之判斷上所產生的意見紛歧。

## 第五項 「可預見性」(forseeability) 之爭議

### 第一款 案例分析

#### 第一目 *Eastern Air Lines v. Gulf Oil Corp.*<sup>289</sup>

在 *Eastern Air Lines v. Gulf Oil Corp.* 一案中，Gulf 主張：其和 Eastern Air Lines 所訂定的契約中，雖然有約定石油價格調整條款，但其價格上漲的速度，已使該調整條款不符合市場之狀況；而石油價格飛漲，非締約雙方在締約之初所能預料。因此，當石油價格已上漲至現在之程度時，其應可主張自身之契約履行義務為商業上無法實行 (commercial impracticality) 者。<sup>290</sup>

針對此種主張，法院首先說明了，契約履行不可能之概念，係來自於契約履行不可能 (impossibility) 以及契約目的受挫 (frustration) 此二概念，<sup>291</sup>而被規範於美國統一商法典§2-615 中。而針對 Gulf 之主張，法院認為，Gulf 並未能夠證明，

<sup>287</sup> See *id.* § 6.2.2 cmt. 2.

<sup>288</sup> 本文此處並未將歐洲之相關法規提出比較，但基本上，面對因為外在環境的改變，使締約基礎發生變更之情形，歐洲法的規範模型是：區分一般的 (normal) 變化或劇烈而無法預見 (dramatic and unforeseeable) 的變化兩者。雖然各國之規範並不一致，但大致上都是在這兩者之間遊走，see *supra* note 235, at 576-7.

<sup>289</sup> See *Eastern Air Lines v. Gulf Oil Corp.*, 415 F. Supp. 429 (1975)。關於該案之基本事實，請參考本章第三節第二款中之說明。

<sup>290</sup> See *Eastern Air Lines*, 415 F. Supp. at 439 (1975).

<sup>291</sup> See *Eastern Air Lines*, 415 F. Supp. at 438 (1975).

石油價格上漲的程度，的確造成其履行契約上的困難；<sup>292</sup>即便 Gulf 確實能夠證明，價格上漲之程度，造成其履約困難，法院也認為，石油危機一事，並非當事人在締約之初無法預料到的事情，因此，認定 Gulf 之請求無理由。<sup>293</sup>

## 第二目 *Aluminum Company of America v. Essex Group, Inc.*<sup>294</sup>

### 一、案件事實

在 1966 年，Essex 決定拓展其在鋁製電線產品上的製造業務。所以，在 1967 年，Essex 和 Aluminum company of America(ALCOA)協議：ALCOA 長期提供 Essex 鋁，而雙方在 12/26 達成協議。在該協議中，Essex 表示，會提供鋁給 ALCOA，ALCOA 必須負責把鋁加工為鑄造鋁 (molten Aluminum)，ALCOA 加工完畢後，Essex 會將這種鋁再做進一步的處理。而加工地點在印地安納州 (Indiana) 之 Warrick。

在該契約中，價格計算是依以下的公式：每磅\$0.03，依工業產品躉售價格指數 (wholesale price index-industrial commodities, WPI) 變化；人工則每磅\$0.03，依 ALCOA 在 Warrick 之工廠給付給員工每小時之工資，乘以某個指數。<sup>295</sup> (ALCOA 主張，這樣的價格安排，是為了反應 ALCOA 在加工過程中，所支出的非勞工成本的變化。而 ALCOA 在訴訟中主張的一點就是：該契約中約定使用的工業產品躉售價格指數無法合理反應在 Warrick 鑄造廠的非勞工成本之的變化。) Essex 可以將該 1967 年的契約，延到 1983。此每磅價格的決定公式中每一個要件的計算方式，Essex 亦同意。ALCOA 預期的每一磅可獲得的淨利是 4 分錢。但是因為每個要件的內涵是用指數去計算的，因此所以每一磅的淨利可能會有一些波動。而這個波動的範圍大致上是正負三分錢。

對 Essex 來說，穩定的鋁的供給，是回收其很貴的機器投資的方式。同時也能維持其在市場上的競爭地位。而在 1973 年之前，價格的波動，對 ALCOA 來說，都還在預期的範圍之內。但是 1973 年之後，OPEC 調漲油價，加上事先未預期到的污染成本，使 ALCOA 的電力成本提高。而電力成本，是成本中的「非人工」成本的要素。使 ALCOA 的成本無預期的增加許多。

<sup>292</sup> See *Eastern Air Lines*, 415 F. Supp. at 439 (1975).

<sup>293</sup> See *Eastern Air Lines*, 415 F. Supp. at 439 (1975).

<sup>294</sup> See *Aluminum Company of America v. Essex Group, Inc.*, 449 F. Supp. 53 (1980).

<sup>295</sup> 學者對此一公式之批評，可以參考：VICTOR GOLDBERG, *supra* note 104, at 348-69.

而在這些年中，鋁的價格，則以比成本成長的速度更快的速度增加著。根據 Essex 的員工 Mr. Jones 的證詞表示，Essex 買進鋁的成本，一磅是 36.35 cent，賣出則可獲得 73.313cent，表示 Essex 從中賺到的淨利是 37.043 cent。這個事實表示 Essex 從該契約中獲利甚多。而 Essex 獲利的基礎，有很大一部份是建築在 ALCOA 的損失上。ALCOA 已證明了，如果沒有經濟調整或司法介入調整，在契約的剩餘期間，他將再損失 \$75,000,000。

而在本案中，ALCOA 起訴，基於履約不可能 (impracticability) 以及契約目的不達 (frustration of purpose)，主張自己應有調整契約的權利。便是希望調整該協議，就非勞工部份之生產成本的計算方式，加以變更，去掉工業產品躉售價格指數，換成以實際成本計價。而法院在綜合考量一切證據之後，判決認為 ALCOA 可以對該協議進行重新調整。

## 二、法院判決

法院同意了 ALCOA 的看法。法院認為，不論是實行上不可能、或契約目的不達，其核心概念均在於當事人於執行上產生履約障礙 (hardship)。在美國第二法律整編契約法 §261 有相類似之規定，其表示除所用語言或情況有相反之表示外，一契約作成後，因一其不發生係契約作成基本前提之事件發生，當事人一方之履行係因不可歸責於其之事由而「不能實行」時，該當事人實施該履行之義務消滅。<sup>296</sup> 如果只是難度改變，或只是費用因為工資、價格、原物料上漲而增加，除非已經超過了合理的限度 (beyond normal range)，否則不應構成契約不能實行。因為這種風險本來就是固定價格契約所應該包含的。至於在契約目的不達理論下也是相同。必須該目的不達嚴重到不是當事人應該合理接受的風險範圍之內。而此一標準在本案中已符合。因為 ALCOA 已經證明了：如果契約不做調整，其將再損失六十多萬美元，而這損失的六十多萬美元，法院認為在商業上來說是毫無道理可言的，因此認為 ALCOA 應該可以受到一定程度的補償。

但另一方面，Essex 主張，ALCOA 的損失，是因為市場價格的增加所導致，所以契約目的不達此一原則應該不適用。Essex 並援引美國統一商法典 §2-615 的官方評論表示，「該款可使賣方免於準時送達之義務，當此一義務之履行，因不可

---

<sup>296</sup> See *Aluminum Company of America v. Essex Group, Inc.*, 449 F. Supp. 53, 72-3 (1980).

預見之情況的發生，而成為不可能，而此一事件為締約雙方在締約時，無法預料到的。」但「單純的成本增加，並不構成不履行義務的理由。除非此種成本的增加，係導因於事前無法預料到的或有事件之發生，而此一事件已改變了履約的本質。市場價格的升跌，無法作為正當理由，因為這是約定固定價格之商業契約，本來就應該預期到涵蓋的部份。」<sup>297</sup>Essex 同時還援引了好幾個案例支持其論證。但法院認為，Essex 所引用的案例，和本案在絕對的和相對的損失數額上，都有很大的差別。因此不可和本案相提並論。

因此，法院認為，依據美國統一商法典的精神，法院必須決定，何時在可預期的契約執行中，必須面對契約的執行在商業上說來是沒有利益且不公平的。而法院的這些決定，必須考量到商業活動的特殊性，而不只是法條的抽象用語而已。

而法院應該如何補償 ALCOA？法院最後自己設計了一套價格計算方式，以便同時考量到現在和未來的狀況。然而，本案中的當事人，最後並沒有採用法官之公式，而是在庭外和解，結束了本案。

### 第三目 *Northern Indiana Public Service Co. v. Carbon County Coal Co.*<sup>298</sup>

#### 一、本案事實<sup>299</sup>

Northern Indiana Public Service Co. (NIPSCO)係一印第安那州的發電廠。在1978年，Carbon County 與 NIPSCO 約定：Carbon County 以每年一百五十萬公噸、連續20年、每公噸\$24之條件，供給煤給 NIPSCO，而該煤礦之價格由一公式加以調整。而在1985年，依該公式調整的結果，該煤礦每公噸的價格已到達了\$44。

NIPSCO 供應電的價格，係受到該州委員會的管制。在1983年，NIPSCO 要求調整電價，以反應煤價的上漲。一些 NIPSCO 的客戶不願意，認為 NIPSCO 只要向附近的發電廠買更多電，再轉賣給其客戶，本身少生產一點電，則 NIPSCO 的成本就可以降低。而雖然最後委員會同意 NIPSCO 提高其電價，但同時也要求 NIPSCO 應該努力去找，有沒有鄰近的發電廠，供應電的成本，低於 NIPSCO 自己發電的成本。同時 Commission 也表示，簽訂了這種長期、無法再協商契約的成本，

<sup>297</sup> See *Aluminum Company of America*, 449 F. Supp. at 72-3 (1980).

<sup>298</sup> See *Northern Indiana Public Service Co. v. Carbon County Coal Co.*, 799 F.2d 265 (1986).

<sup>299</sup> See *Carbon County Coal Co.*, 799 F.2d at 267 (1986).

應該由 NIPSCO 自己來負擔，而不應該轉嫁到消費者身上，因此 NIPSCO 無法透過提高其電價，彌補其發電成本之上漲。確實該契約可以再協商，但是依該契約之約定，只能以對 Carbon County 有利的方式來協商，底價是不可變更的。而且，更嚴重的是：該契約之數量和價格都已經定好了。

NIPSCO 提起訴訟主張，因為委員會之限制，使 NIPSCO 無法提高其電價，導致其無法向 Carbon County 繼續購買煤礦，而主張基於不可抗力、不可能或契約目的不達之理由，其契約義務應可被豁免。

## 二、法院判決

Posner 在本案中，首先指出，不可抗力條款的功能，並非用以杜絕正常(normal)之風險，而是幫助當事人避免不可預見之風險，而委員會之限制，應係 NIPSCO 在締約之前便已知曉的事情，因此不得以委員會不允許其漲價為由，主張不可抗力條款。

再者，這些原則的功能都是依當事人假定的意思，來移轉風險，以降低履約的成本（因風險所創造出的反效果亦包括在其中）。則當當事人有明確約定風險如何分配之條款時，法官便不應援引這些原則來重新分配當事人之間的風險。因此，就雙方之價格約定言之，雙方固定價格之約定，應使當事人可以在事前預期到契約可能面臨價格波動之風險，因此不應該以不可抗力條款，主張履約不行。<sup>300</sup> 契約中如已約定固定價格之約款，則表示當事人已經事先將可能發生的風險分配好了，本案中的固定價格條款，很明顯的是把「價格上升」的風險分配給賣方，把「價格下降」的風險，分配給買方，因此法院便不應該再任意介入當事人的契約中，而必須由當事人自行為預測錯誤付出代價。<sup>301</sup> 由此處可以看出，重點仍是在「當事人是否可以預見」之上，當當事人是可以預見未來所發生的情形時，法院便不應該介入當事人之間的契約。

從上述的三個案子中，可以看出美國之實務見解，對於何謂「可以預見」、「風險已經被分配」、「變化嚴重到契約無法履行」，似乎沒有定見。究竟爭點在哪裡？本文認為，其問題係出在風險之可預見性上。以下先說明學說對此一問

<sup>300</sup> See *Carbon County Coal Co.*, 799 F.2d at 275 (1986).

<sup>301</sup> See *Carbon County Coal Co.*, 799 F.2d at 278 (1986).

題之討論，結論時再提出筆者之看法。

## 第二款 學說討論

在 *Hadley v. Baxendale*<sup>302</sup> 一案中，法院認為：當事人不應該無法預見之損失負責。因此，「可預見性」此一原則很早便為普通法之法理所承認。然而，為何其在締約基礎發生變更時會產生爭議？

首先，學者在「因為當事人無法預見，所以便主張法院的介入是合理的」這一點上，有相當多正反不同的見解。主張法官在當事人沒有預見該風險時應介入契約調整者認為，「可否預見」之範圍應被拓寬。即便是已經在契約中經過討論的事項，也可能因為非常嚴重的事情發生，導致完全超乎當事人的預期。所以，贊成法官介入者的底線在於：當事人在締約時，是否有知道該風險發生的可能性。<sup>303</sup> 因此，有學者將風險分成「沒有預期到」以及「沒有約定到」（unidentified）兩種。當風險是沒有被預期到時，法官的介入便有正當理由，但如是沒有約定到的風險，便應由當事人自行承擔後果。<sup>304</sup>

而從當事人契約自主之角度言之，未經過當事人討論的事項，便沒有合意存在，則當事人便不應該接受這種風險安排，因為當事人先前的締約基礎已經改變了，所以，當事人不應該負擔這種沒有締約基礎的風險，此時便必須由法院介入，來重新分配當事人之間的利益衡平關係。主張法院之介入會造成當事人之自主性受損的人，忽略了一件事：在現在的訴訟體系下，法官其實常常在替當事人造法，因此，替當事人尋求新的衡平關係，本是法院工作的一環。再者，當事人的交易，創造出了一種當事人之間特別的「關係」，從這種關係中，應該可以推知當事人是希望契約經過調整的。<sup>305</sup>

但法院介入也會產生以下之問題：第一，法院其實沒有能力認知到風險應該如何分配比較好。第二，法官必須個案判斷，當事人對該風險是否有預見可能性，這就像英美法上所說的「標準」（standard），對當事人來說，不確定性相當大，

<sup>302</sup> See *Hadley v. Baxendale*, 9 Ex. 341 (1854).

<sup>303</sup> Clayton P. Gillette, *supra* note 254, at 534.

<sup>304</sup> See Richard Speidel, *Court-Imposed Price Adjustments Under Long-Term Supply Contracts*, 76 NW. U.L. REV. 369, 382 (1981).

<sup>305</sup> Clayton P. Gillette, *supra* note 254, at 533.

因此，當事人無法在事前對法官做出預測，法官會如何判決，也因此導致當事人在事前之風險分配將會發生困難。<sup>306</sup>如果法官不任意介入的話，商人其實常常為重複之交易，因此可以從交易中得到經驗，以免未來再繼續犯錯。然而法官的介入會使商人的學習中產生許多不確定性，而降低了重複交易中本來可以自己產生的效果。<sup>307</sup>

因此，問題是出在在「可預期性」（foreseeability）之上。通常我們會認為，當事人可以預期到可能會發生的事情，則該件事的風險便已經被當事人所加以分配，因此法院便不應該再介入。然而，在現代之商業交易中，問題似乎並不如此單純。即便當事人有可能預期到、也真的有預期到，但當事人仍有可能認定其不會發生因此並未對之加以約定，因此，「預期」不代表風險已經被當事人所分配，也不代表當事人有能力分配，此種風險難以在事前被完全控制之現象，是由於商業交易中不確定、資訊無法被驗證以及特殊關係投資之特質所致。

因此，在 *Specialty Tires America, Inc. v. The CIT Group/Equipment Financing, Inc.* 一案中，法院針對「可預見性」此一要件，便指出其不合理之處。法院認為，傳統上認為，「只要該風險是可以預見的，則當事人便能夠在事前做好風險分配」的想法是錯誤的。當事人往往可以預見到某些風險可能會發生，但是當事人未必能夠知道，此種風險發生之後果為何，是否值得在契約中對該風險加以考慮。<sup>308</sup>因此，將可預見性與風險分配一事畫上等號，是不合理的推斷。<sup>309</sup>

但即便不可將可預見性與風險分配一事劃上等號，是否就表示當事人對該風險完全沒有準備，需要透過法律來重新分配其利益狀態？Posner 即認為，當事人就算無法預防該風險的發生、或無法明確預期該風險發生之態樣，亦不必然表示當事人無法在事前採取其他措施，以因應該風險發生之後的結果。<sup>310</sup>因為「預防」只是處理風險的手段之一罷了，當事人還是可以透過其他方式來處理風險，例如：

---

<sup>306</sup> See George G. Triantis, *Contractual Allocations of Unknown Risks: A Critique of the Doctrine of Commercial Impracticability*, 42 U. TORONTO L.J. 450, 476 (1992).

<sup>307</sup> See *id.*, at 478-9.

<sup>308</sup> 如果我們承認，人類的理性是有限的，則人類對風險的掌控程度自然無法達到百分之百。

<sup>309</sup> See *Specialty Tires of America, Inc. v. The CIT Group/Equipment Financing, Inc.*, 82 F. Supp. 2D 434, 438-9 (2000).

<sup>310</sup> See Richard Posner & Andrew Rosenfield, *Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis*, 6 J. LEGAL STUD. 83, 90-1 (1977).

保險。<sup>311</sup>再者，在規劃如何面對風險時，當事人其實都知道，自己的計畫未必能夠解決所有契約將遇到的風險，未來必然會發生某些事情，是在我們的計畫之外的，因此，就當事人風險控管之方式而言，其會預留一部份的資源，面對不可知的風險。<sup>312</sup>因此，我們假定當事人無法完全預測到風險的發生，便無法在事前分配風險，這一點未必正確，<sup>313</sup>不可預見性與風險不能事先分配，兩者也不能劃上等號。

從以上討論中可以看出：在現代之商業活動中，可預見性與風險之可分配，兩者之連結已不若過去之緊密，則我們是否應該另尋出路，解決此一問題？

### 第三款 小結：「關係」角度之解釋—從當事人之期待切入

也許這個問題，可以從本文所討論的長期商業契約之特色切入觀察。本文已在第三章中提出，此類契約多半為關係契約之一種，其所面對的不確定性，將導致當事人在面對契約之風險時，無法完全清楚的切割應該由何方當事人來承擔風險較為合適，也沒有任何一方有過失、或是得到利益。而在此種情形下，法官應該注意到，當事人之間的關係已經非傳統所想像的債權債務人對立關係，而是一種某程度站在同一陣線的合作關係，此時風險便應該由雙方共同分擔。<sup>314</sup>

因此，或許主張應該放寬可預見性之範疇、認為法官應該介入當事人之契約為之調整者，所考量到的，不只是「可預見性」的問題。其真正在意的是：在此種發生外在環境變更之情況下，以當事人所建立之交易關係，當事人應該要互相合作調整，以面對此種變化才是；如此方符合雙方進行交易之基本精神，也才能使雙方的投資效率能夠極大化。而這也是關係契約理論者的解釋方式，其便主張：法院必須考慮到當事人的關係會創造出超越契約紙本約定的義務，來決定是否有為當事人調整契約之必要。<sup>315</sup>如果當事人從過去之交易中，可以得到另一方當事

<sup>311</sup> *See id.*

<sup>312</sup> 這個道理很類似在財務管理中，投資人為股票投資時，所面對的風險，一部份可以用分散投資去避免，一部份則是市場風險，無法用分散投資便能夠消去，*see* BREALEY, MYERS & ALLEN, CORPORATE FINANCE, 160-2 (8<sup>th</sup>, 2006)。可以用分散投資去除之風險，便類似此處所討論之可在事前進行規劃以避免之風險；而無法以分散投資去除之風險，便類似此處引發學者爭議，當事人是否可在事前預見、預防之風險。

<sup>313</sup> George G. Triantis, *supra* note 306, at 464-8.

<sup>314</sup> CHARLES FRIED, *supra* note 249, at 71.

<sup>315</sup> 但也有學者認為，關係契約理論只有指出，當事人在關係契約中會自行調整，但是並沒有說法院

人會在情事變更時為相應調整之合理期待，則只以契約中是否對該風險有預見或分配，來否定當事人主張另一方應該合作之權利，恐有失公平。

因此，本文認為，只由過去之「可預見性」判斷法院得否為當事人調整契約，是不足夠的，而可將當事人之期待納入考量，有學者將其稱為「可預期性」測試。<sup>316</sup>當一方可以合理預期到，另一方在有必須調整之情況出現時，會為相應之調整行為，學者將此稱為「可預期性」測試。這種想法是來自關係契約理論。交易中會形成契約約定以外之關係，因此法庭解釋契約時，應該將這層關係納入考慮。比如說，過去的交易情形、商業習慣等等。而且當事人應該是有一個隱含的誠信原則（good faith）而負有調整之義務。而當事人是否負有調整義務，法官必須從契約中其他之規定以及規定方式中觀察之。且當當事人有特別規定一些調整方式時，不代表當事人就不會想要法官介入。因為當事人設立調整方式的目的就是要分散風險，而如今這個公式已經不敷使用，法院當然有介入調整之必要。相反的，當事人沒有約定，也不代表當事人沒有預期，因為當事人可能是害怕當時風險分配會沒有效率，或是當時有約定之後再協商，所以現在不必太仔細約定。<sup>317</sup>

因此，當事人是否有約定，並不是一個太有鑑別度的判斷標準。重點還是在於：法院必須從當事人過去之交易習慣、履行過程、交易過程中，判斷當事人是否有懷抱著當情事變更時，另一方也會隨之為相應調整之合理期待，如果答案是肯定的，則法官便必須注意，在必要時，為當事人之契約進行調整，防止另一方在情事變更時，拒絕合作調整，為投機行為。至於當事人已經對該風險為約定、或是並未約定，充其量只是一種參考的輔助資料，而不能作為當事人是否預見該風險、或是否分配該風險之判準。

#### 第六項 小結：在長期商業契約中的解決之道

在本節中，筆者討論了長期契約中常遇見之問題：當發生情事變更時，法院得否介入當事人之契約為當事人調整？如果答案是肯定的，法院應該在何時介入？本文先說明在長期契約中，當事人分配風險之特色—當事人即便預見風險可

---

有義務介入調整當事人的契約，see Clayton P. Gillette, *supra* note 254, at 575.

<sup>316</sup> Robert A. Hilliam, *supra* note 251, at 4.

<sup>317</sup> Robert A. Hilliam, *supra* note 251, at 4.

能發生，亦不表示當事人能夠在事前分配風險；再說明學者對此一問題之討論以及我國法和比較法不同的規範方式。筆者認為，在現代之商業契約中，過去之「可預見性」，將在適用上造成爭議，主張法院應該介入當事人之契約調整者，其實並非要否定可預見性此一標準，只是認為此一標準在某些情況中，不能完全反應當事人風險分配之狀況；因此，筆者主張，除了此一標準之外，法院應從關係契約之角度，將當事人之預期納入考量，當當事人從過去之交易中，可以合理期待另一方對情事變更為相應之調整，而另一方拒絕時，法院便應該替當事人調整契約，使契約回復到利益平衡之狀態。

## 第六節 任意法規之適用

任意法規之設，可以降低當事人自己訂定契約所可能造成的模糊與不確定性，<sup>318</sup>也可以避免法院可能對當事人的約定產生的誤解。因此，當法院無法從當事人之約定或其他參考證據中，得知當事人之真意時，便必須考慮透過任意法規填補當事人契約之漏洞。

從脈絡與文義之爭議出發，在長期商業交易下，其爭論可以延伸到任意規定應如何適用於契約漏洞填補之問題。蓋過去之交易較為單純，因此法規中所設定的任意規定能夠符合填補交易漏洞之需求；然而，隨著異質性的交易越來越多，法官是否應該援引任意規定來填補契約的漏洞？蓋法規範中的任意規定，隨著交易的異質性增加，其「規模經濟」效用將逐漸降低，因此法官是否還有援引任意規定填補契約漏洞之可能？再者，在長期契約之下，當事人常常故意在契約中「留白」，以使契約能夠靈活面對未來所發生的變化，則單純之任意規定，能否符合當事人之期待？這個問題的重要性在於，如果法官援用了不符合當事人需求的任意規定，對當事人來說，下次再約定契約時，便必須自行設計約款，則便必須支出額外的成本。因此，如果契約法中沒有好的任意規定，契約法將和商法漸行漸遠，也離現實交易愈來愈遠。

是故，學說上大致分為兩種看法，一種是法院直接適用簡單明瞭、適用於所有人的任意法規（*untailored*）；另一種認為，適用任意法規必須針對不同的狀況

---

<sup>318</sup> Eyal Zamir, *supra* note 75, at 1763.

有所修正 (tailored)。以下分述之。

### 第一項 法院應修正任意法規再適用

主張任意法規必須針對不同的狀況有所修正之學者，從脈絡解釋之思考出發，認為法院應將任意法規針對不同之交易做調整，而不只是一味地引用任意規定。因此，法院在解釋契約時，不可只是盲目地適用任意法規，而必須仔細檢視所有個案地特殊性，將締約時之特殊情形、當事人的特殊偏好、關係之脈絡，在適用任意法規時，一併納入考量。蓋任意規定之設，雖可迅速有效解決當事人之間的紛爭，但仍應維持其「補充」之本質，不得以其充作重建完整契約之模型。傳統學說為任意規定並非追求當事人單方之利益，而是追求當事人之間利益之平衡，兼及社會團體整體之利益。而從效率之觀點言之，規範之手段無從達成規範意旨所要求之目的、或者雖可能達成目的，但並非可選擇之途徑中最節省經濟資源之方式，皆為規範不符合目的之法規。因此，任意規定所能達成之效果，未必是最有效率的。<sup>319</sup>學者 Gillette 認為，法官如能將沒有效率的任意規定，替換為較有效率的任意規定，則法官可以極大化當事人的福利剩餘效果。<sup>320</sup>

再者，Gillette 亦從風險的角度切入，認為契約漏洞的填補，應該要適用更複雜的任意法規較妥適。因為簡單的任意法規系統，無法提供特定的風險分配策略；也就是說，因為每個人對風險的態度不同，所以應該要採用不同的任意法規來填補漏洞較為妥適。再者，當事人是風險趨避者，未必代表當事人會採取合作之方式來規避風險。<sup>321</sup>而其他學者也有類似見解。這些見解也大都是著眼於：每個人對風險之態度會以一種系統化及可預測之方式影響特定之契約關係。<sup>322</sup>例如，有人締結長期契約的目的，就是要完全避免掉所有的風險，則此時法院便不應該適用使當事人共同分擔風險的任意法規。

### 第二項 法院應直接適用任意法規

<sup>319</sup> 請見前揭註4，頁 58-9。

<sup>320</sup> See Clayton P. Gillette, *Commercial Relationships and the Selection of Default Rules for Remote Risks*, 19 J. LEGAL STUD. 535, 562 (1990).

<sup>321</sup> See *id.*, at 557-60.

<sup>322</sup> See Robert E. Scott, *A Relational Theory of Default Rules for Commercial Contracts*, 19 J. LEGAL STUD. 597, 600-601 (1990).

另一派之學者則從較為文義、客觀之角度切入觀察此一問題。在考量任意法規時，我們必須考慮該法規是否能妥適的規範未來所有會產生類似爭議的當事人。而能夠為大多數人所接受的任意法規，便可以降低大部分的人締約時的成本，同時因為任意法規在事前對締約人並沒有拘束力，因此不願意採用任意法規的人，可以在事前自行將任意法規做變更。因此，採用此理論者，認為法院直接適用簡單之任意法規，能使當事人所擁有的選擇增加、同時降低大多數人締約的成本。<sup>323</sup>

而究竟哪一種任意法規較為合適？學者 Scott 由關係契約之角度出發，認為還是採簡單明瞭之任意法規較佳，即便是在複雜之交易中。因為，不論法律之規範為何，充其量都只是一種讓雙方合作的機制；然而，讓雙方合作的機制除了法律之外，還有名譽、互助等無形的因素。而複雜之任意法規，反而可能使當事人畏懼可能帶來之法律效果，而無法互相合作。<sup>324</sup>再者，如果法官試圖將這些社會因素「法律化」，將使這些本來有效的社會因素成為無效。因此，法官不該將這些社會因素一般化為法律規範。也因此，法律規範反而應該是在一種「補充性」之角度。Gillette 主張較為複雜而個別化的任意法規，可能反而會阻礙了當事人雙方的合作關係——而這本來是 Gillette 所想追求的。<sup>325</sup>

而針對 Gillette 從風險之角度所得到的觀察，Scott 認為，如果我們假定：當事人都是理性的，則不論當事人對風險的態度為何，當事人都會想極大化自己的利益。<sup>326</sup>因此，對當事人雙方來說，如果雙方能夠同意針對契約締結後所發生之事件進行調整，對當事人雙方都會有利。但是，事後不會有人願意為了降低他人的成本來調整契約。然而，事前，如果有任何一方發現自己會比另一方背負更多風險，則該方便會透過提高價格之方式，來彌補自己所遭遇到的風險，而這便會降低了另一方所能享有的利益。所以，即便是最自我中心思考的締約者，出於自己之利益考量，為了降低未來之成本，也會同意調整風險分配的方式。<sup>327</sup>既然交易雙方已經在契約中做好風險分配了，法院便應該直接適用單純之任意規定，避免以調整過之任意規定將當事人之間的風險再分配一次。

---

<sup>323</sup> See *id.*, at 607.

<sup>324</sup> See *id.*, at 613-5.

<sup>325</sup> See *id.*, at 615.

也有學者認為，哪一種適用任意法規之方式較佳，並沒有一定的答案。如要在任意法規中很詳細的規定出當某一方有何種行為時應該如何，或要求法官必須一個案之狀況對任意法規做出調整，是相當困難的一件事；而當任意法規欲複雜時，就越難判定究竟是誰違約。然而，簡單明瞭的任意法規，或許是另一條路；然而簡單明瞭的任意法規，或許可以適用在某些商品相當單一化的產業中；然而，在商品有特殊化情形的市場中，簡單的任意法規卻無法符合此種需求，而必須有更靈活彈性的任意法規方可。因此，何種任意法規才會被認為是好的，必須視市場狀況而定。<sup>328</sup>

本文認為，由於筆者主張，在商業契約中，法院解釋契約時，應該先試圖由當事人之交易習慣、交易過程等填補當事人之契約漏洞，再適用任意法規，因此，法院在適用任意法規時，應可直接適用法律之規範，而不必做調整。蓋法院先前已經在契約之脈絡下尋找填補契約之方式而未果，因此當適用任意法規時，應該可以直接適用，重點是必須觀察適用之後的結果，是否會在當事人的交易中，造成不合理的現象，如果有不合理之現象產生，便必須要考慮援引一般法律原則填補契約之漏洞。

## 第七節 我國實務判決檢討

筆者於本章中，說明了長期契約約款之解釋以及漏洞填補之方法，並說明了一些在長期契約中，常在解釋上出現爭議之條款。以下，筆者即挑選三則我國實務上之案例，說明該案例中之爭點，分析交易之架構，並嘗試以本文上述之論述作為分析之工具，說明以下這些案例中，真正重要的爭點應為何，法院應該如何透過分析交易架構，看出這些重點。

### 第一項 欣多俐 vs. 聯合利華<sup>329</sup>

#### 第一款 案件事實

本案原告欣多俐，與被告聯合利華在民國九十三年十二月三十日簽訂生產合

<sup>326</sup> See *id.*, at 602.

<sup>327</sup> See *id.*, at 604.

<sup>328</sup> See *id.*, at 611-3

<sup>329</sup> 以下之案件事實、法律爭點、及法院判決，係整理自台北地方法院 95 年度重訴字 1300 號及台灣高等法院 96 年度重上 148 號此二判決。

約。締約之前，原告為製造該產品，而承租位於桃園縣之廠房，並新設一條生產線、添購新設備，經原告試車生產並經被告確認品質後，兩造方簽訂生產合約書。依據該合約，原告供應被告精油肥皂此一產品，為期兩年，年度交易量為一千六百公噸，且原告之生產線僅能生產被告之產品。而依系爭合約附錄六之「產品價格計算表」，雙方約定「雙方同意年度交易量為一千六百公噸，若數量增減為一百公噸以內，則維持原協議價格；但若數量增減大於一百公噸以上，則以下列方式折讓及補償：NT1,200,000×（增減噸數）/1,600 公噸」。例如：最終實際交易量介於一千五百噸到一千七百噸之間，則被告除依實際訂購數量乘以合約所定單價給付價金以外，兩造間別無其他任何折讓及補償；若兩造間之交貨量經結算為一千兩百噸，則被告除依實際訂貨量給付原告價金外，另應補償原告三十萬元即  $1,200,000 \times (400) / 1,600 = 300,000$ 。若交貨量為二千公噸，則原告應折讓被告三十萬元。

然締約之後的第一年（即民國九十四年），被告僅訂購一千零八十一公噸，第二年（即民國九十五年）亦僅訂購七十三公噸，且在九十五年一月十日，被告以市場需求大幅衰退、被告難以繼續銷售該產品為由，終止雙方之生產合約。原告主張被告之終止契約違法，起訴請求損害賠償。以下將本案較重要之爭點以表格列示如下：

	原告（欣多俐）	被告（聯合利華）
系爭合約是否經合法終止？	<p>被告之中止事由，未符合系爭合約第十三條之規定，因此不合法。被告兩年來均未達到合約中所約定之年度交易量，且於九十五年一月終止契約，未盡其契約協力義務，因此反而是原告可依民法第五百〇七條解除契約。</p> <p>縱認被告之中止合法，依民法第五百一十一條但書之規定，被告亦應賠償原告所受之損害。</p>	<p>被告既為承攬契約之定作人，則當然有權隨時終止契約，不因該契約是否訂有期限而有不同。再者，兩造既已不爭執該生產合約為承攬契約，則民法五百一十一條便有適用空間，被告得以此條規定之但書終止該契約。</p>

<p>原告是否得請求損害賠償？其計算基準為何？<sup>330</sup></p>	<p>原告得依民法五百〇七條、或五百一十一條但書請求損害賠償。</p>	<p>對原告而言，不論被告是否終止該生產合約，原告就其未製造生產之部份即無從請求報酬，難謂因被告終止合約而受有何等預期利益之損失。 即便有損失，損失範圍亦應在「實際訂購量」與「原預估合約訂購量一千六百公噸」間，依系爭合約附件六之公式計算之差額，逾此部份則無理由。</p>
---	-------------------------------------	---

表 9 欣多俐 vs. 聯合利華案件爭點整理

而台北地院就上述爭點之見解可大致整理如下：就契約終止是否合法之問題，法院認為被告解除契約之理由雖然不符合生產合約第十三條之終止事由，但契約之終止，有約定終止與法定終止之分，而無論何種終止，均有使契約關係自終止時起向將來消滅之效力；而就損害賠償之部份，地院既肯認被告得依民法五百一十一條終止契約，則後續之問題厥為原告是否受有損害。地院認為，在九十五年一月二十七日以前，原告因被告未達合約之生產量所受之損害，因該損害發生時，系爭生產合約書尚未因終止而失效，因此原告只能依系爭合約書附件六所約定之補償方式，請求補償。而契約終止之後所造成之損害，為原告之所失利益，即為未能取得所餘契約期間之承攬報酬。本案上訴二審後，高院大致上贊同地院之法律見解，只有在計算損害之基準上，和地院採取不同之標準，因此得出不同之損害賠償額。

## 第二款 案件分析及判決評釋

由本章第四節第三項之說明可知，最低數量限制條款之出現，係為了避免盡力條款所產生之文義模糊，因此將無法驗證之資訊，轉為可驗證的資訊。是故，

<sup>330</sup> 本案例中尚有討論損害賠償應如何計算、原告所受之設備折舊損失、固定成本損失、生產線裝置損失等是否和被告終止契約之間存有因果關係，然因該問題與本文此處所要討論的主題並無關係，故此處略而不提。

最低數量之約定，其實常常出現在某些有「代理問題」的情形中，以解決代理成本，確保一方會盡力為另一方為某種行為。

由此點觀之，在本案中，雖然有約定欣多俐和聯合利華之年度交量為一千六百公噸，但是其性質和為確保當事人之努力程度之盡力條款並不同，此點從該案中之價格調整公式中可以得知。該案所約定的一千六百公噸並非聯合利華之訂購義務，而是一價格調整之基準：雙方同意以一千六百公噸為準，而多於或少於一千六百公噸時，貨品之價金則有所調整。是故，該案之爭點其實並不完全在聯合利華是否未盡其訂購義務，而是在另一爭點上：聯合利華在一訂有固定二年期限的契約中，未依任何約定之終止事由，即在合約進行至一年有餘時，終止該契約，對欣多俐而言，是否有造成信賴利益上之損害而言？該終止權是否應受到一定程度的限制？

為何本文會認為本案之爭點應為該終止是否合法之問題？此點可由欣多俐以及聯合利華之交易架構加以觀察。欣多俐在與聯合利華簽約之前，已先投入資金購買廠房及設備，且這些廠房設備係特別為聯合利華要求的規格所設。因此，這些廠房設備可以被看成是一種「特殊關係投資」，而這樣的特殊關係投資也使欣多俐必須想辦法將其和聯合利華的交易關係維持下去，否則交易一旦終止，其所為之投資恐怕不能完全回收，換言之，欣多俐已被該交易所「套牢」，可能會因為聯合利華的投機行為而受到損害。

如果法官注意到了這項交易特性，則其在解釋契約時，便應該將重點放在聯合利華之終止是否合法這一點上，況且這個契約還是一個有固定二年期限的契約。法院應該注意，在當事人訂定了此種契約後，雙方便進入一長期的合作關係，必須透過彼此的協商互助，來達成交易目的，如果法院忽略了這一層關係，可能會得出相當奇怪的解釋結果。以下便分析法院判決的不合理之處。

法院認為被告解除契約之理由雖然不符合生產合約第十三條之終止事由，但契約之終止，有約定終止與法定終止之分，因此在本案中援引法定終止之規範，認定聯合利華之終止有理由。然而，本文認為，法院不應援引任意終止之規定適用於本案，而應完全適用當事人之間的約定。也因此欣多俐應可主張聯合利華違法終止該契約而請求損害賠償，其中應包括履行利益以及信賴利益之損失。

首先從兩造之間的契約觀之，本案之契約明確約定該契約之期限二年，因此，若聯合利華終止契約時，並未符合任何一款契約中約定得終止契約之事由，則其終止已違反契約之約定。此時法官應不得適用任意終止之規定，認定聯合利華得終止契約，蓋當事人既已另為約定，便是認為法定之終止事由並不符合該交易之需求，因此寧願支出額外的成本，另行約定終止事由，則此時任意法規便沒有適用的空間。從本章第二節所提出之契約解釋層次言之，當法官從當事人之契約、交易慣習、交易過程等證據中，可以得到契約解釋之結果時，便不應再適用任意法規。因此法官認為：當事人之任意約定，並不排除法律約定之適用，並無理由。

再者，從雙方之交易安排中，可以看出聯合利華之契約終止行為，係將原本自己在契約中應該負擔之風險，透過終止契約，轉嫁到欣多俐身上，而為一種典型之投機行為。蓋欣多俐在交易開始前，已先為聯合利華設置特定之生產設備，因此，欣多俐已投入資金及勞費為特殊交易投資。而這種情形便會導致欣多俐將必須面對聯合利華為投機行為之風險。本案中，聯合利華聲稱，因為生產之數量不如原先之預期，故終止契約；然而本章第四節第四項討論契約終止條款時已指出，此種聯合利華因或有事件之發生，後悔進入該契約而終止，終止之風險應該由聯合利華承擔，而非欣多俐。而證明這點，已不只表示該終止不合法（這點從單純之契約約定中便可得知），還顯示了聯合必須賠償欣多俐信賴該交易會繼續，因此為特殊關係投資而造成之損失。

綜上所述，本文認為，法院判定聯合利華之終止有理由並不合理，這點從契約中便可很清楚看出；而基於聯合利華應該自行承擔預期與實際發生之銷售量不符合之結果，欣多俐應可向聯合利華請求包括信賴利益之損害賠償方是。

## 第二項 瑩園電腦股份有限公司 vs. 倚天資訊股份有限公司<sup>331</sup>

### 第一款 案件事實

本案原告為瑩園電腦股份有限公司（下稱瑩園公司），與被告倚天資訊股份有限公司（下稱倚天公司），在民國八十三年八月一日，簽訂合作備忘錄（下稱備忘錄），約定由倚天公司經銷瑩園公司之電腦軟體產品，每月最低承銷量為新

<sup>331</sup> 以下之案件事實、法律爭點、及法院判決，係整理自：最高法院 87 年度台上字 362 號判決。

台幣五十萬元。備忘錄第三條並約定：「倚天（公司）每月之最低承銷量為五十萬元訂單，且必須於每月二十日以前下訂單，否則，BIC（指瑩圃公司）就根據下列貨物、數量、定價、五折價、訂購量、總價（另行列表）自動送貨，倚天（公司）不得異議。」

倚天公司於八十三年十月份僅訂購十七萬兩千五百元之產品，八十四年一月份僅訂購十八萬元之產品，同年二月份僅訂購二十二萬五千元，同年三月份至七月份均未再訂購，合計短定三百四十二萬二千五百元之產品。瑩圃公司於八十四年五月二十三日，依備忘錄中之約定，將合計二百零九萬五千元之軟體產品送至倚天公司，但遭倚天公司拒收。又依備忘錄之規定，瑩圃公司於每月二十五日結帳，倚天公司應於次二個月之第十日給付之，否則自次日即開始負遲延責任。瑩圃公司依履行契約之法律關係，起訴請求倚天公司給付，兩造之重要爭點整理如下：<sup>332</sup>

	瑩圃公司（原告）	倚天公司（被告）
兩造所簽訂之備忘錄性質為何？	買賣契約	代理承銷合約
備忘錄第二條所定之最低承銷量性質為何？	最低銷售量為倚天公司必須購買之數量，係倚天公司之契約義務。	該最低承銷量並非買賣契約之標的，雙方之買賣價金及數量仍以倚天每月所為之訂單為準。至銷售未達合約所定之最低承銷量，僅係瑩圃公司得否解除契約而已。
瑩圃公司自動送貨，倚天公司是否有收受之義務？	倚天公司必須收貨付款。	該約定係為防止倚天疏未訂貨，致市場上供貨不足而錯失商機，且備忘錄亦無約定，瑩圃公司自動送貨，倚天須照單買受並付款。 縱認有此義務存在，

<sup>332</sup> 本家中倚天公司尚有主張瑩圃公司產品降價三分之二，屬情事變更，依法自應調降每月最低銷售量五十萬元之三分之二。但因此爭點與本文此處所要討論之問題較無關連，因此此處略而不提。

		亦因瑩圃公司未按月自動送貨而消滅，瑩圃公司自不得再請求付款。
--	--	--------------------------------

表 10 瑩圃公司 vs. 倚天公司案件爭點整理

最高法院認為，社會上常稱之「經銷商契約」（或稱代理商契約、代理店器約），係指商品之製造商或進口商，將其製造或進口之商品，經由經銷商（或代理店或代理商），為商品之販賣，以維持或擴張其商品之銷路，而製造商或進口商與經銷商所簽訂之契約。至於其法律性質，依其契約之具體內容，可能有三種類型：買賣、行紀、或代辦商，而契約性質之不同，攸關當事人間權利義務之內涵。本案之備忘錄雖然在第一條載有「代理經銷」之用語，惟由其後各條之規定觀之，該備忘錄究竟性質為何，並不確定，故尚有探究之必要。原審（即高等法院）認該備忘錄為買賣與代理承銷混合之契約，稍嫌速斷。因此最高法院認為當事人上訴有理由，而將原判決廢棄發回。

## 第二款 案件分析及判決評釋

前已述及，最低數量限制條款之出現，係為確保一方會盡力為另一方為某種行為。筆者認為，本案中之最低數量限制條款，本質上便是所謂的「盡力條款」，係瑩圃公司為了確保倚天公司能盡力為其銷售而設，此可由觀察契約中之其他條款得知。因此，法院在解釋契約時，應該要注意到當事人之間最低數量銷售之約定，對當事人之關係所造成之影響。以下先說明本案中雙方約定之性質為何，再進一步說明該契約應如何定性之問題。

### 1. 約定之性質

本文認為，觀察本案中兩造所簽訂之備忘錄中其他的約定，本案中所約定之最低數量限制條款即為「盡力條款」之變形。首先，該備忘錄之第三條約定，倚天公司之訂貨量如未達五十萬元新台幣時，瑩圃公司得自行送貨至倚天公司處，倚天公司不得拒絕。倚天公司雖然主張該約定只是為了防止倚天疏於訂貨，而錯失市場良機而已，因此即便瑩圃送貨，倚天亦沒有收受之義務。然而，如依倚天之主張，瑩圃可以自行決定何時為市場良機而送貨至倚天處，則兩造又何必在備忘錄中約定每月最低承銷量為五十萬元？瑩圃公司可以和倚天公司簽訂「供應契

約」，由瑩圃公司供應倚天公司所需之數量即可。兩造既已約定倚天公司替瑩圃銷售軟體，且最低承銷量為五十萬元，則便是因為瑩圃公司恐怕倚天公司未能盡力銷售自己之產品，故做此約定，保障自己的收入；如果當事人中有一方在事後認為，該五十萬元之約定不符合市場需求狀況，亦為締約後外在環境變更、契約應如何調整之問題，而不影響雙方先前五十萬元之承銷量為最低銷售限制之事實。

再者，倚天公司主張，最低數量限制條款只會出現在獨家經銷契約中，而本案並非獨家經銷契約，瑩圃公司得隨時將承銷業務委託與其他之經銷商，因此瑩圃公司並沒有非要達成某一銷售數量不可之壓力，該條款不應被認定為最低數量限制條款。<sup>333</sup>然而，固然在獨家經銷契約中，常會約定最低銷售數量限制，但亦不表示在一般的經銷契約中，便不得約定最低銷售限制。蓋在一般之經銷契約中，供應商亦有確保經銷商一定程度努力之需求，最低銷售限制便是一種用以確保努力程度之手段。如果如倚天公司所言，該限制只是瑩圃公司得否解除契約之條件，而非未達該最低承銷量便得請求損害賠償，則兩造間此一約定的激勵作用便失去一大半了。因此，應認該約定為契約之要件，倚天公司之違反可作為瑩圃公司主張損害賠償之理由。

而瑩圃公司為何只約定倚天公司未達最低銷售量時，瑩圃公司得主動送貨，而未直接約定一定數量之違約金？本文認為，這點約定，並不影響最低銷售數量限制之性質之認定，只是讓瑩圃公司在契約中保留了更多的裁量權，蓋瑩圃公司為供應商，因害怕經銷商未能盡力替其銷售，因此在契約中保留了一些屬於自己的裁量權，以作為控制之手段。故倚天公司必須承銷一定數量此一義務，不因瑩圃公司有無自動送貨而改變，只是如瑩圃公司無自動送貨，可能被認係瑩圃公司行使裁量權決定承銷數量之結果，故倚天公司可能可以主張當瑩圃公司未主動送貨時，其該月之最低承銷義務便不復存在，然而這又是另一個層面的問題了。

## 2. 契約之定性

本案被最高法院駁回之原因之一，在於原判決未能仔細審酌該備忘錄中之其他約定，即認定原被告之間所簽訂的備忘錄為代理承銷契約與補充買賣契約之混合契約，已有未洽。最高法院的理由為：社會上所說的經銷商契約，在法律上可

<sup>333</sup> 台灣高等法院九十年度上更（二）字第二七一號判決，上訴人方之陳述。

能是買賣、行紀、或代辦商之性質，而此一性質之認定，攸關權利義務關係甚鉅，故認為下級審法院應在這一點上為進一步釐清。

契約定性之主要目的，在透過對契約類型之認定，決定契約漏洞應如何填補，亦即解決法律應如何適用之問題。<sup>334</sup>然而，在定性契約之前，當事人之間的具體約定，既為當事人彼此透過合意所為，其效力應優先於法律之規範。因此，將當事人之間的具體約定內容釐清，應是比契約定性來得更重要的事情。

況且，許多現代的商業契約，根本無法以傳統的方式來加以定性。我國過去有對供應鏈合作關係下所訂定之契約應如何定性進行研究，其結論認為：供應鏈關係中所訂定之契約，當事人之真意在於維持長期合作關係，以降低交易成本。因此，由當事人之交易目的與交易內容觀之，供應鏈契約無法單純以我國民法中之有名契約定性之，<sup>335</sup>而為一純粹之非典型契約。<sup>336</sup>再者，契約類型之形成，亦非將契約成立生效之要件，僵化列舉之後，便可得到結論；重點應在於：類型特徵之描述。<sup>337</sup>因此，即便法院一開始便要為契約之定性，亦應先從觀察該交易之特性開始。

因此，本文認為，最高法院之見解，有失之僵化之嫌。首先應該思考的是：為何我們必須為契約定性？如果契約中對締約雙方彼此之權利義務關係都已有明確規範，則法官只要依契約中之約定為判決即可，也不必為契約定性。因此，契約定性之目的，其實是因為無法單純透過文義以及其他相關證據，為當事人填補契約漏洞，因此決定適用任意法規，而在適用任意法規之前，先決定該契約為何種類型，以決定應適用何種任意法規。本案之法院應是認為該案之契約有漏洞，因此試圖為契約定性，以找到適當之任意法規填補其漏洞。最高法院著眼於社會上所說的經銷商契約，在法律上可能是買賣、行紀、或代辦商之性質，因此判決認定高等法院未將契約定性清楚，本文認為，最高法院是使用一不相干的理由，將高等法院之判決駁回。

在本案中，兩造之間的關係，可以分為兩個層次上來觀察：純就法律上而言，

<sup>334</sup> 請見前揭註2，頁 270-1。

<sup>335</sup> 請見前揭註152，頁 71-4。

<sup>336</sup> 請見前揭註152，頁 74-7。

<sup>337</sup> 請見前揭註2，頁 269。

倚天公司向瑩圃公司訂貨時，兩造在該時點確實成立一買賣契約，但成立該買賣契約是否便意味著其他的關係不存在？就商業上之關係言之，當兩造在一開始訂定銷售備忘錄時，彼此之間便存在一「為他人處理事務」之性質，而產生代理問題，也在兩造當事人之間產生一「必須為本人盡最大努力」之關係，而此一關係不論被定位為代辦商或行紀，此一代理問題均會存在，且可和法律上之買賣關係並存。是故，筆者認為，本案之法院認定兩造當事人間之契約定性不明，影響當事人之間權利義務關係之見解，並不完全正確。

綜合言之，當本案之法院發現當事人之間的契約並未約定：倚天銷售量未達約定時，瑩圃可否解除契約或請求損害賠償，則契約便有漏洞產生。法院要填補此一漏洞，應該先觀察當事人之間為何會有此一交易存在，該最低銷售量限制之目的為何，便可得知此一最低銷售量應是當事人之間在事前達成協議之分配風險方式，則只要締約之後沒有造成履約困難之事情發生，法官便應該認定這是一倚天應盡之契約義務，當其未能達成時，瑩圃應可依民法債務不履行之規定，請求終止契約及損害賠償。此案至此便可完全解決，也不必再為契約進行定性，蓋從當事人之約定及交易過程中，便可將契約的漏洞加以填補。即便法院仍然認為必須先為契約定性，正如筆者在前段中所述，定性為買賣契約，與定性為行紀或代辦商，兩者之間並不衝突，只是從不同角度觀察交易所得到的結果罷了；而不論定性為行紀或代辦商，此兩者均具有為他人處理事務之特質。因此，本案法院為契約所做之定性，對本案爭議之解決，其實並沒有實質幫助。

### 第三項 三陽工業股份有限公司 vs. 林氏玻璃股份有限公司<sup>338</sup>

#### 第一款 案件事實

本案之原告為林氏玻璃股份有限公司，被告則為三陽工業股份有限公司。原被告在 82 年簽訂零組件訂購基本合約（下稱基本合約），由原告提供被告因生產汽車所需的膠合安全玻璃。而原告主張，其自 84 年 1 月 10 日起，截至同年 2 月 22 日為止，共交付被告 6218 片玻璃，而被告就這些玻璃均未付款。原告將其中四百萬元的債權讓與訴外人，就剩餘之五百二十八萬餘元，起訴請求被告給付。

<sup>338</sup> 本案之事實係整理自最高法院 91 年度台上字第 1310 號判決。

依原被告之間的基本合約書約定，該合約書僅為規範雙方訂購零組件之基本合約，而適用於雙方所訂立之個別合約。被告向原告訂購零組件時，被告必須另以個別合約書向原告提出訂購需求。而合約中復約定，被告定期以「零件訂單」以及「交貨指示單」寄送原告定貨，原告如有異議，必須在三天之內向被告提出；如果沒有異議，即為承諾按期交貨，定貨經承諾後，除有必要且經被告同意外，不得取消。

因此，被告主張，其在 84 年 1 月 19 日及同年 2 月 17 日均曾向原告提出零件訂單總表及交貨指示單，向原告定貨，而原告均未異議；然而原告卻於同年 2 月 21 日宣布停工，導致被告未能如期收到貨物，還必須向日本緊急訂購相同之貨品應急，因此受有一千三百萬元之損害，應由被告負擔。

雙方之爭點其實相當簡單：當原告通知被告其永久停產時，被告即派人至工廠加以瞭解。原告之總廠長出面向被告之員工表示工廠已永久全面停工，則此告知是否為拒絕訂單之意思表示？為兩造所爭執之點。原告認此即拒絕訂單之意思表示，但被告則持相反之見解。

本案歷經多次最高法院以及高等法院之間來回，而法院審核本案之重點均放在：當事人之間是否成立個別之買賣契約？2 月 17 日之訂單，林氏玻璃是否如期收到？張簡清景說明工廠永久停產，是否為異議之意思表示？張簡清景是否為有權利提出異議之人？筆者認為，上述這些爭點固然重要，但卻不是決定本案之林氏玻璃是否應負損害賠償責任之關鍵。以下先分析本案之交易架構，在說明本案判決中法院之盲點。

## 第二款 案件分析以及判決評釋

本案中之三陽工業與林氏玻璃所締結的契約，屬本文所討論之長期契約，應屬無疑。蓋透過該契約，林氏與三陽工業進入一長期之合作關係中，林氏玻璃必須在三陽工業訂貨時，提供其所需之貨品。而不論其契約係存在個別之訂購中，或是基礎的合約之上，雙方之間都存在一長期交易關係。而這層長期交易關係，所導致的經濟現象便是：三陽工業必須倚賴林氏提供其所需之玻璃。因此，如果林氏玻璃因故無法提供三陽所需之貨品時，三陽勢必要付出額外的成本，尋找替

代之物品。我們可以說，三陽因為此種信賴關係存在，被「套牢」於該交易中；而林氏玻璃如係專門替三陽工業生產玻璃，而無提供其他廠商貨品（關於這點判決中並無法看出），林氏玻璃也被套牢於該交易中，蓋其無法任意更換交易中的賣方之故。

而筆者認為，全案最重要的，是三陽和林氏雙方之間所建立之信賴關係。在此種長期供應契約中，所倚重的是雙方的合作，而這層合作關係往往是無法用契約去約定清楚的，法院在解釋時應該注意到這點。本案中，如真如原告所言，被告2月17日所下之訂單，其於2月20日方收到，則其在2月21日提出停產之通知，仍在契約所約定的三天期限內，並不違法。但重點在於：停產之決定，通常不是一兩天的事情，而是必須通過一段時間的規劃，才能得到的結果。況且，在2月17日時，不論林氏玻璃有無接到三陽工業的訂單，其手上當時仍有三陽工業於1月19日所下之訂單，必須於2月28日出貨，則林氏玻璃應該在這之前，便可以預料到自己可能會停產。基於其和三陽工業之間的交易關係，如林氏玻璃早已經知道自己可能停產，便應該通知三陽工業，以給予三陽工業足夠的反應時間，將轉換廠商所生之損害降到最低。這點通知義務雖然並未在契約中約定，但是基於雙方之間的合作關係，應可推出林氏玻璃負有此種及早通知之義務。

因此，筆者認為，法院第一步應該將判斷的重點放在：林氏玻璃對於自己的停產究竟是早已知道，還是真的在2月20日才臨時決定的？如果林氏玻璃早已知道，卻遲遲未通知三陽工業，則應認林氏玻璃有過失，即便其得主張以2月21日之通知終止或解除契約，其亦應賠償三陽工業信賴其會繼續供貨所造成之損失；然而，如果林氏玻璃之停產，是林氏玻璃在事前也無法預見的話，下一步的問題才是該契約是否已超過得異議之期限？是否因為張簡清景之說明，而有異議存在？或是張簡清景是否有權異議等。

綜上所述，筆者認為，法院在本案解釋契約時，太過拘泥於該契約三天異議期限之規定，而忽略了交易雙方之間的信賴關係。通常這種信賴合作之義務，因為太過抽象，是無法被寫進契約裡的，因此法官如果執著於契約之規範，恐怕會造成一與常識相悖之解釋結果。如果法院解釋契約時，能將交易雙方之關係加以納入考量，便會發現真正重要的爭點應在於：林氏玻璃是否早就知道自己即將停

產？而其他的問題都是必須在此一問題確定之後，才有意義。

#### 第八節 小結：以「關係」解釋商業契約

現代之商業交易，較之過去已變得更為複雜，而這也使得實務上當事人所締結之契約變得愈來愈繁複，然而，不論約定多麼詳細的契約，終究會有漏洞產生。當事人也許是在事前疏忽，或者是因為事後的變化超乎當事人的預期，不論是何種原因導致契約不完全，當一樁案件走上法庭時，法院所必須做的，便是透過契約解釋以及漏洞填補，賦予該契約新生命，為當事人解決彼此之間的問題。因此，法院之解釋，可以說是重新賦予契約另一層意義的一種過程。

是故，我們也可以說，契約解釋實在是一門很精細的藝術。法院必須考量當事人所有的狀況，為當事人做出判決。而當在商業交易中，交易脈絡相當多又複雜時，契約解釋對法院來說，便是一項挑戰了：究竟應該如何填補當事人契約之漏洞，才是對商業交易說最有效率的？透過前二章對交易特性的鋪陳，本章中，筆者想要指出的，是在商業契約之解釋中，法院必須從一「關係」之角度，切入當事人之契約加以觀察。畢竟契約的約定有其侷限，當事人之間的關係，正可作為填補這些侷限的工具。如果法院解釋契約時不能將當事人的關係納入考量，則將使法律與交易之實質脫節，而使解釋產生不合理之結果。

因此，解釋契約時，法院必須先瞭解該交易之特色，再由當事人之契約、履行及交易過程、商業慣習等，找出填補契約漏洞之方式；如果無法得到結論，再以任意法規填補；最後才是一般法律原則的適用。本章中亦討論了長期契約解釋中常見之問題，包括：契約是否成立、誠信原則之援引、法院得否介入為當事人調整契約等，透過這些說明，期待作為法院解釋契約時，參考的方向。

## 第五章 結論

### 第一節 「契約已死」？

Llewellyn 在一九三〇年代時，曾指出法律契約之功能，是提供一種「架構」(framework)，此種架構是可調整的 (adjustable)，雖然無法完全正確的預測締約雙方關係的運作，但可提供大部分時候有用的指引。<sup>1</sup>顯然 Llewellyn 在很早已前，便已提出了契約是一種「架構」的想法，這種想法雖然和關係契約仍有差異，但本質上仍有相當類似之地方—兩者都嘗試從一般交易的觀點來觀察契約。因此，契約在交易中究竟是如何發揮其功能的，其實是契約法下長久以來被討論的問題。

一九七〇年代，Gilmore 所提出的「契約已死」之論，所造成的迴響，至今仍在法律學界、甚至經濟學界及管理學界引發熱烈討論。回顧過去的三十年，商業活動之發展迅速，在今日，其對法律所造成的衝擊，恐怕又比 Gilmore 提出「契約已死」之年代，來得更為巨大。蓋契約法之發展，係伴隨人類之社會活動而來，契約法下的原則，所反映出的是過去人類在歷史經驗下，對契約的認知。因此，契約法中的規範，並無絕對之對錯可言，必須視人類社會交易活動之需求為何而定。Gilmore 所提出之理論，從契約法後續之發展看來，未必完全正確，但是其確實提出了一個值得契約法思考改進的方向，提醒大家契約法必須與時俱進，否則終將為社會所淘汰而成為歷史之一部份。

本文所要討論的，便是契約法在面對商業交易之多元性時，應如何在契約之設計以及解釋上進行調整，以符合商業交易之需求。為避免討論失焦，本文將討論的客體放在廠商之間、有特殊關係投資牽涉其中、必須當事人持續合作方能完成之交易，即長期商業交易。而為了達成此種交易目的所締結之契約，即為本文所稱之長期商業契約。因此，本文所討論的交易主體，均非一般之個人，而為有能力進行長期交易之風險分配以及規劃的廠商。此種交易主體的不同，連帶也會影響到對契約法的需求，以及法律的適用，為避免本文所討論之問題落入其他法律之範疇，如：消保法，而失去討論焦點，筆者先將文中所討論之交易型態及主

---

<sup>1</sup> See Karl N. Llewellyn, *What Price Contract? – An Essey in Perspective*, 40 YALE L. J. 704, 736-7

體做此定義。

觀察商業交易時，可以分為兩個層次：交換(exchange)以及契約(contract)，亦即交易可以從實質面以及法律面兩者進行觀察。因此，筆者也以此種方式架構本文之論述，先在第貳章中說明長期交易之特色，並提出交易治理以及契約治理之概念，而在第參章中，說明契約法如何設計以因應長期交易之特色，並於第肆章中，討論法院應該如何解釋長期契約之約款以及填補契約的漏洞，方能符合長期交易之特性以及當事人之期待。

在第貳章中，筆者嘗試由「交易成本」之概念，分析不同交易型態之成因。以交易成本分析不同之組織及交易型態，為新制度經濟學派之作法。在新制度學派對人類行為的假設中，認為人類受制於有限理性以及自利心理產生之投機行為。而這兩項對人性的假設，也影響了在交易中產生的交易成本，使得交易型態的安排變得相對重要，如果沒有交易成本的問題，不論交易型態為何，對當事人來說都是一樣的，不會有差別。

而從交易成本的想法出發，在長期交易中，當事人首先必須面對的問題便是未來的不確定性。長期交易面對之未來不確定性，遠高於於過去的個別交易，蓋在有限理性之限制下，人類對未來之預測能力有限。而不確定性將會影響交易人控制風險之方式，由過去之「分配」風險轉為共同分擔風險，此因風險發生原因不明時，風險將難以於事前做出明確分配使然。

長期交易中另一個造成交易成本問題的因素是資訊不對稱之問題。資訊不對稱之問題雖亦可能發生於個別交易中，但在長期交易下，此一現象將更為明顯。除了在締約時，交易之一方可能握有另一方所無之重要資訊外，在交易進行中，亦會陸續發生許多與交易相關之重要資訊，為交易之一方所知、但另一方所不知的資訊。此時可能產生交易調整上之困難，蓋知道重要訊息之一方，即便交易進行調整，對整體利益來說較佳，亦可能會因為害怕另一方知悉此資訊而不為調整，而導致投機行為的產生；再者，資訊可能產生在交易內部人以及外部人之間不對稱的現象。蓋某一與交易相關之重要資訊，交易人雙方都知悉，交易以外之第三

人卻未必知悉，或即便可以觀察到此種現象，也未必能夠驗證之。因此，交易資訊可驗證否，亦為資訊不對稱現象在交易執行階段所產生之問題。

最後，長期交易中因為有特殊交易投資發生，故可能產生為投資之一方面臨被「套牢」的困境。蓋長期交易中，為達成交易目的，當事人會為與交易相關之有形及無形投資，這些投資由於與交易息息相關，為投資之一方為了確保投資能夠回收，最好的方法便是維持與另一方之交易關係，否則該投資無法達成最有效率的運用。此時，為特殊關係投資之一方，將面臨來自於另一方投機行為的威脅，而被「套牢」於交易中。「套牢」可以說是一種雙面刃，其可能為交易中取信於交易對象之工具，亦可能使交易當事人受到傷害。

而為了解決上述這些長期交易中的問題，交易中必須有一些機制，來確保交易能夠順利進行。長期交易可以被作為一種「賽局」來加以觀察，交易當事人在長期交易中，面對的是一種「連續賽局」，彼此可以觀察到對方之行為，來決定自己的行為，而上述不確定性、資訊不對稱以及套牢之問題，將影響當事人在賽局中所採取的策略，而不同之行為，必須由不同的交易架構來治理。因此，當事人可能選擇以成立公司、合夥、策略聯盟或締結契約的方式來進行交易，其原因無非都是為了面對不同交易中型態各異的問題。契約可以說是處於一種中間型態的治理機制，其同時面對來自市場威脅的管理，也同時擁有契約內部自身之管理模式。當交易人選擇以契約來管理交易時，契約之目的便要確保其治理能夠完善、妥適處理交易中產生之投機行為，確保交易目的之達成。而契約治理要能達成，可以透過契約設計以及契約解釋兩方面為之。

## 第二節 契約：治理交易之工具

我國之契約法過去曾提出所謂「繼續性債之關係」，說明此種給付與對待給付之內涵無法在締約當時便加以確定的債之關係，在民法之適用上可能會遇到何種問題。然而，過去之討論，未曾說明此種型態的債之關係出現之原因，亦未討論此種交易關係之本質，將使交易面對何種問題，而這些問題又會對交易之設計以及解釋產生何種影響。因此，本文在第參章中，立於第貳章中所提出之基礎上，說明經濟學家以及法律學家，對此種面臨不確定性、資訊不對稱以及套牢風險的交易，在契約設計上，提出何種看法。

經濟學家提出所謂「不完全契約」理論，說明契約面對未來不確定性時，所採用之設計契約之方法。在經濟學家眼中，只要契約無法以最有效率的方式面對未來發生的所有或有事件，契約便是不完全契約。由於不可預見的或有事件、事前之交易成本、以及事後之執行成本，將使當事人決定採取不完全契約之策略，一方面是因為當事人不可能締結完全契約，另一方面也希望透過不完全契約之約定，使契約可以靈活面對未來所有可能發生的所有狀況。因此，當事人將衡量自己所面對的投機行為風險以及事前分配風險所帶來的利益，決定契約應該要「不完全」到何種程度。然而，不完全契約的運用，亦可能使當事人面對這些契約無法完全被法律加以執行的窘境，此時，法律學家提出「關係契約」理論，說明此種契約在設計上之特點，如何彌補法律適用不足之問題。

法律學者 Macneil 認為，觀察契約，不能單從法律之觀點，還必須由「關係」之觀點加以觀察之，換言之，所有的契約，都必須被放在交易的脈絡下加以考量。過去古典契約法之下，面對的交易型態相當單純，因此，未來可能發生的事情在契約中皆可以被加以約定，使交易約款相當明確特定而容易執行。然而，古典契約法的此種假設，與現實中之交易逐漸脫節。蓋複雜之交易中，當事人在事前因為交易成本的考量，無法做出明確的約定；也因為交易型態的多樣化，產生了不同的規範需求，這些問題都不是傳統之古典契約法所能夠負荷的。

為了解決這些問題，故有新古典契約法理論之提出。新古典契約法仍植基於與古典契約法相同之假設上，只是這些假設被加以放寬。然而，學者認為，新古典契約未能從一種全新的角度觀察契約法，只是放寬了契約法之假設，並不能徹底解決問題，而必須從一更全面的角度，來觀察此一問題，方能得到解答。

因此，有了關係契約理論之提出。關係契約之定義為何，以及關係契約是否是法律上可以被執行之概念，雖然仍有爭議，但是基本上學者仍有達成一定之共識，認為交易中會產生某種非法律關係，而這些非法律關係與法律關係之間相互作用，彼此影響。特別是在長期之交易中，當事人會自動形成合作關係，使交易順利進行。甚至有學者認為，其實所有的契約都是關係契約，只是「關係」此一成份在每個契約中多寡不同，因此每個契約都必須被個別看待。

因此，關係此一要素，使得契約即便沒有被明確約定，也能夠自我執行。因

為當事人考量到交易中之關係，以及交易在未來所能創造的利益，即便沒有法律拘束當事人，當事人也會自動執行契約。此種關係在商業活動中最明確的例子便是名譽。由於名譽在商業交易中所能影響的利潤可能大於法律所能影響者，故此種機制可能是比法律更有效率的治理方式。也因為關係之故，在設計契約時，當事人不必對契約做太明確之約定，也能夠維持契約的執行。

然而，契約中的關係，不代表法律便無用武之地。當交易當事人為投機行為所能達到的利益大於其所付出之成本時，當事人便可能為投機行為。此時法律便有介入管理的必要。然而，由於關係契約中所約定之約款在文義上較為模糊，因此，法院應如何解釋此種契約，便成為新興交易型態下必須面對的問題。學者因此指出，在不同的交易中，必須採用不同的治理方式，而在此種交易中，便必須採用一種更交易導向之治理架構，才能解決問題。

因此，本文指出，長期商業契約因為必須面對未來之不確定性，多半會約定為不完全契約；再者，長期商業契約中，亦會形成一屬於交易之特殊關係，是故，我們可以說：長期商業契約也能被認定為一種關係契約，加以觀察。在此種思考脈絡下，便引出長期商業交易契約之約款應如何被設計，以及法院應如何解釋之問題。

### 第三節 邁向更為多元彈性的司法解釋—兼論未來研究之展望

當我們發現真實世界中其實充斥著不完全契約時，接著必須面對的問題便是：當這些契約爭議在法庭中出現時，法院應該如何解釋這些契約？當契約內部之自我執行機制失效，必須以契約外部之法庭來解決契約之問題時，法院應如何在不完全的契約下做出盡可能完全的判決？

本文從契約解釋以及契約漏洞填補之基本概念出發，作為討論長期契約中約款解釋以及漏洞填補的基礎。法院解釋契約時，首要之目的，必須探究當事人之真意，以達成當事人預期在交易中所能達成之效果。而在長期契約中，透過法院解釋契約，應可進一步達成阻止投機行為的發生、維持交易關係、以及確保當事人以誠信原則進行交易等目的。

我國學說在解釋契約上所採的基本原則，為不得拘泥於契約之文字，而必須

探究當事人之真意；在填補契約漏洞上，則有所謂「假設當事人意思」此一方法。而觀察美國法下對契約解釋以及漏洞填補的討論，對於如何決定當事人之真意，有所謂的主觀說以及客觀說之爭。採客觀說者認為，法院解釋契約時，必須謹守契約文本之界線，不得任意將契約以外之文字納入考量；採主觀說者則認為，法院必須考量各種契約脈絡以及相關證據，來解釋有爭議之條款，填補契約漏洞。此兩種不同的解釋方式，導致了長期契約中「脈絡」以及「文義」此兩派學說之爭執。

採脈絡說者，認為契約必須透過對契約相關脈絡之加以審查，方能達成發現當事人真意之目的；而採文義說者則認為，任意將契約以外之因素納入，擴張當事人之意思，將有違當事人契約自由原則，且將造成法律之不確定性，而不確定性，正是當事人在面對商業交易時的一大忌諱。兩種學說的差別，並非絕對，而係一種相對的概念，沒有純粹的「文義」或「脈絡」說者。兩種學說的差異，毋寧說是一種解釋契約時，對應參考之證據之順位，所採的不同見解。採脈絡說者，認為文義、交易習慣、交易過程以及履行過程這些證據，在解釋契約時，並沒有適用順序上先後的問題，彼此之間所得到解釋結果互相衝突時，也沒有哪一種證據應優先採用之問題；但採文義說者，便認為契約解釋時參考之證據，應以文義為優先，接著才是履行過程、交易過程、及交易習慣，當解釋結果有衝突時，也是以文義為主。雖然從美國統一商法典及美國第二法律整編契約法中看來，立法似乎有朝向「脈絡說」之趨勢，但在學界關於此一問題之討論，從未曾停止。

本文認為，在長期交易下，如要能達成個別交易治理之目的，法院勢必要考量交易之脈絡，蓋長期商業交易中，當事人常會故意在契約中留下某些漏洞，或是不得已必須在契約中留下某些漏洞，則法官如果不將交易之特性在解釋時予以考慮，恐怕難以理解當事人為何會訂定此種契約。因此，筆者主張，法院解釋契約時，可考慮採用「關係」之解釋方式，將契約中之關係納入考量，且從「關係」之角度切入，可發現解釋契約時，參考的證據之間，彼此並沒有先後順序存在。為了使法院在解釋契約時，注意到當事人契約中之「關係」，法院在確定契約是存在的之後，便應該先瞭解系爭契約所處之交易，該交易之特性為何，再來則是找出契約中是否有漏洞必須填補、契約是否需要被解釋。而解釋契約時，法院可以一併參考當事人表明之文義以及交易習慣等，並非文義優先於其他證據，最重

要的是應該要得到一和交易特質都不衝突的解釋結果。如果無法透過檢視當事人之契約找出填補漏洞的方式，又無可以適用的任意法規，法官才應該援引一般法律原則。

而誠信原則，作為契約法中之帝王條款，可以扮演阻止投機行為最後一道防線的功能。蓋當事人執行契約時，負有一誠信義務，為學說所不爭執；有爭議之處在於：法院以誠信之名，可以介入交易到何種程度。筆者首先指出，其實誠信原則在契約中無所不在，只是其本身並無法被當成一請求權基礎，而必須和其他義務合併主張之。而誠信原則在個案中應如何判斷？由於在商業交易中，常牽涉之問題是：一方行使其裁量權時，另一方之利益是否受到損害？因此本文提出，誠信原則應是要避免「以投機行為奪取另一方合理期待」之行為，希望能夠為我國之實務，提供一些判斷誠信原則時，能夠採用的具體標準。

在長期商業契約中，常遇到的另一個問題是：法院得否介入當事人之契約為當事人進行調整？如果完全不允許法院為當事人調整其利益狀態，則恐怕很多案件都無法被真正解決。然而不論是適用我國之情事變更原則、或英美法下「履行困難」之概念，在商業契約中所遇到的困難在於：無法通過可預期性之測試。在商業契約中，許多風險在事前可以預測，只是未必能夠完全被具體化，而風險之可預測性，已無法和風險可以被分配劃上等號；而風險無法被預見，亦不表示風險無法被控制。顯然可預測性此一標準在現實之適用中已有不足之處。故筆者指出，法院應可將「當事人之期待」納入考量，輔助「可預測性」原則在適用上的不足。

筆者最後提出三則我國實務上之案例，以說明我國法官在解釋契約時，所必須加以改進之處。本文認為，我國法官有時過於執著於從法律之角度，為契約定性，因此容易流於文義解釋，忽略交易之實質內容，也因無法將契約放在交易的脈絡下一體觀察，造成個別條款之解釋，看似合理，但被放在交易中加以理解時，便顯得不切實際。因此，本文認為，法官解釋契約中之不確定條款時，可以從契約之關係為出發點，先觀察該種條款之性質為何，以理解當事人透過締結此種條款，究竟想要達成何種目的；再依其觀察所得之結果，做出符合契約文義與脈絡之解釋。

商業契約法的發展，對欲發展商業之國家來說，可謂相當重要。我國過去由於「民商合一」，故商業交易常與一般個人之民事交易混為一談，而未受到應有之重視。本文企圖填補的，便是此種對商業交易法律的忽略。筆者試圖從一較為抽象而上位的角度，觀察長期契約之特色，說明交易當事人如何控制其風險，法院又該如何解釋長期交易之契約條款。然而，如同本文在第貳章開頭中所指出，交易型態千變萬化，其所面對之問題，恐非本文之一般性論述所能完全處理。因此，不同類型之交易，仍必須留待後續之學說及實務發展補足之。期待本文能收拋磚引玉之效，引發實務及學界對商業交易更多的重視與討論。



## 參考文獻

### 壹、中文資料

#### 一、中文專書

Robert Cooter & Thomas Ulen 著，溫麗琪譯（2003），《法律經濟學》，3 版，台北：華泰。

Eirik G. Furubotn & Rudolf Richter 著，姜建強、羅長遠譯（2006），《新制度經濟學》，上海：人民。

Eric Rasmusen 著，楊家彥、張建一、吳麗真譯（2003），《賽局理論與訊息經濟》，頁 5，台北：五南。

王澤鑑（1999），《債法原理：第一冊》，增訂版，台北：自版。

毛慶生等著（2001），《經濟學》，3 版，台北：華泰。

孫森焱（2003），《民法債編總論上冊》，新版，台北：自版。

陳自強（2002），《契約之成立與生效》，台北：學林。

陳自強（2004），《契約之內容與消滅》，台北：學林。

陳自強（2006），《代理權與經理權之間—民商合一與民商分立》，台北：元照。

黃立（2006），《民法債編總論》，3 版，台北：元照。

黃茂榮（2002），《債法總論：第一冊》，1 版，台北：植根。

#### 二、中文論文

林誠二（2000），〈情事變更原則之再探討〉，《台灣本土法學雜誌》，第 12 期，頁 57。

林誠二（2001），〈再論誠實信用原則與權利濫用禁止原則之機能—最高法院八十八年度台上字第二八一九號判決評釋〉，《台灣本土法學雜誌》，第 22 期，頁 36。

林榮龍（1992），〈誠實信用原則在民法解釋學上功能之探討〉，中國文化大學法律學研究所碩士論文。

邱正勳（2004），〈供應鏈合作協力關係相關法律問題之探討〉，世新大學法律學系碩士論文。

侯慶辰（2003），〈民法情事變更原則之研究〉，《法學叢刊》，第一九一期，頁 107。

- 陳彥希（1994），〈契約法之經濟分析〉，台灣大學法律學系碩士論文。
- 陳洸岳（1999），〈繼續性契約下之阻卻給付遲延責任之事由—評最高法院八十七年度台上字第二二五九號判決〉，《月旦法學雜誌》，第 52 期，頁 145。
- 盛鈺（1988），〈繼續性債之關係〉，台灣大學法律學系碩士論文。

### 三、其他

- 美國法律整編：契約法（1988），司法院、國立政治大學法律研究所合譯，司法院印行。
- 美國《統一商法典》及其正式評述（2001），孫新強譯，中國人民大學出版社。
- 國際統一私法協會：國際商事合同通則（2004），商務部條約法律司編譯，北京：法律出版社。

### 貳、英文資料

#### 一、英文專書

- Baird, Douglas G., Robert H. Gertner & Randal C. Picker, *Game Theory and the Law* (Harvard University Press, 1994).
- Besanko, David, David Dranove & Mark Shanley, *Economics of Strategy* (John Wiley & Sons, Inc., 2000).
- Blum, Brian A., *Contracts* (Aspen Publishers, 2004).
- Brealey, Richard A., Stewart C. Myers, & Franklin Allen, *Corporate Finance* (McGraw-Hill/Irwin, 2006)
- Cooter, Robert and Thomas Ulen, *Law & Economics* (Addison-Wesley Series in Economics, 2003).
- Dixit, Avinash K. & Barry J. Nalebuff, *Thinking Strategically: the Competitive Edge in Business, Politics, and Everyday Life* (W W Norton & Co Inc, 1991).
- Farnsworth, E. Allen, *Contracts* (Aspen Publishers, 2004).
- Farnsworth, Ward, *The Legal Analyst: A Toolkit for Thinking about the Law* (The University of Chicago Press, 2007).
- Fried, Charles, *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation* (Harvard University Press, 1981).
- Gilmore, Grant, *The Death of Contract* (Ohio State University Press, 1974).
- Goldberg, Victor, *Framing Contract Law: An Economic Perspective* (Harvard

- University Press, 2006).
- Hart, Oliver, *Firms, Contracts, and Financial Structure* (Oxford University Press, 1995).
- Hart, Oliver, Residual Rights of Control, in *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, 3: 330-1 (Peter Newman ed., Stockton Press, 1998)
- McGuigan, James R. R., Charles Moyer, and Frederick H. deB. Harris, *Managerial Economics: Applications, Strategy, and Tactics* (Thomson, 2005).
- Merryman, John Henry & Rogelio Pérez-Perdomo, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America* (Stanford University Press, 2007)
- Murphy, Edward J., Richard E. Speidel, & Ian Ayres, *Studies in Contract Law* (Foundation Press, 2003).
- Posner, Richard A., *Economic Analysis of Law* (Wolters Kluwer, 2003).
- Samuels, Warren J., Jeff E. Biddle & John B. Davis eds., *A Companion to the History of Economic Thought* (Blackwell Publishing Ltd., 2007).
- Speidel, Richard E., & Linda J. Rusch, *Commercial Transactions: Sales, Leases and Licenses* (West Group, 2004).
- Stinchcombe, Arthur L., *Information and Organizations* (Berkeley: University of California Press, 1990)
- Williamson, Oliver E., *The Economic Institutions of Capitalization* (The Free Press, 1985).
- Williamson, Oliver E., *The Mechanisms of Governance* (Oxford University Press, 1996).
- Zimmermann, Reinhard & Simon Whittaker eds., *Good Faith in European Contract Law* (Cambridge University Press, 2000).

## 二、英文期刊論文

- Akerlof, George A., *The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, 84 *Quarterly Journal of Economics* 488 (1970).
- Ayres, Ian & Robert Gertner, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, 99 *Yale L.J.* 87 (1989).
- Baker, George, Robert Gibbons, and Kevin J. Murphy, *Relational Contracts and the Theory of the Firm*, *Quarterly Journal of Economics*, February 2002.
- Baker, Scott & Kimberly D. Krawiec, *Incomplete Contracts in a Complete Contract World*, 33 *Fla. St. U. L. Rev.* 725 (2006).

- Barnett, Randy E., *Conflicting Visions: A Critique of Ian Macneil's Relational Theory of Contract*, 78 Va. L. Rev. 1175 (1992).
- Bazerman, Max H., & James J. Gillespie, *Betting on the Future: the Virtues of Contingent Contracts*, Harvard Business Review 155, September 1999.
- Bensaou, M. & Erin Anderson, *Buyer-Supplier Relations in Industrial Markets: When Do Buyers Risk Making Idiosyncratic Investments?* 10 Organization Science 460 (1999).
- Blois, K. J., *Vertical Quasi-Integration*, in *Firms, Organizations and Contracts* 320, 325-331 (Peter J. Buckley & Jonathan Michie eds., Oxford, 1996).
- Campbell, David & Donald Harris, *Flexibility in Long-Term Contractual Relationships: The Role of Co-operation*, 20 Journal of Law and Society 166 (1993).
- Coase, R. H., *The Nature of the Firm*, in *Firms, Organizations and Contracts: A Reader in Industrial Organization*, 40 (Peter J. Buckley & Jonathan Michie eds., Oxford Press, 1996).
- Crawford, Vincent P., *Long-Term Relationships Governed by Short-Term Contracts*, 78 Am. Econ. Rev. 485 (1988)
- Dubroff, Harold, *The Implied Covenant of Good Faith in Contract Interpretation and Gap-Filling: Reviling a Revered Relic*, 80 St. John's L. Rev. 559 (2006).
- Eisenberg, Melvin A., *Relational Contracts*, in *Good Faith and Fault in Contract Law* 291 (Jack Beatson & Daniel Friedmann eds., Oxford University Press, 1995).
- Eisenberg, Melvin A., *The Theory of Contracts*, in *The Theory of Contract Law* 206 (Peter Benson ed., Cambridge University Press, 2001).
- Farnsworth, E. Allan, *On Trying to Keep One's Promises: The duty of Best Efforts in Contract Law*, 46 U. Pitt. L. Rev. 1 (1984).
- Fischel, Daniel R., *The Economics of Lender Liability*, 99 Yale L.J. 131 (1989).
- Gillette, Clayton, *Commercial Rationality and the Duty to Adjust Long-Term Contracts*, 69 Minn. L. Rev. 521 (1985).
- Gillette, Clayton P., *Commercial Relationships and the Selection of Default Rules for Remote Risks*, 19 J. Legal Stud. 535 (1990).
- Gilson, Ronald J., *Value Creation by Business Lawyers: Legal Skills and Asset Pricing*, 94 Yale L.J. 239 (1984).
- Goetz, Charles J. & Robert E. Scott, *Principles of Relational Contracts*, 67 Va. L. Rev. 1089 (1981).
- Goetz, Charles J. & Robert E. Scott, *The Limits of Expanded Choice: An Analysis of*

- the Interactions Between Express and Implied Contract Terms, 73 Cal. L. Rev. 261 (1985).
- Goldberg, Victor, Toward an Expanded Economic Theory of Contract, 10 J. Econ. Issues 45 (1976).
- Goldberg, Victor, Regulation and Administered Contracts, 7 The Bell Journal of Economics 426 (1976).
- Goldberg, Victor , Relational Exchange: Economics and Complex Contracts, 23 The American Behavioral Scientist 337 (1980).
- Goldberg, Victor, Price Adjustments in Long-Term Contracts, 1985 Wis. L. Rev. 527 (1985).
- Goldberg, Victor & John R. Erickson, Quantity and Price Adjustment in Long-Term Contracts: A Case Study of Petroleum Coke, 30 J.L. & Econ. 369 (1987).
- Goldberg, Victor, Relational Exchange: Economics and Complex Contracts, in the Economic Nature of the Firm: A Reader (Louis Putterman and Randall S. Kroszner eds., Cambridge University Press, 1996).
- Gordon, Jeffrey N., The Mandatory Structure of Corporate Law, 89 Colum. L. Rev. 1549 (1989).
- Hadfield, Gillian, Problematic Relations: Franchising and the Law of Incomplete Contracts, 42 Stan. L. Rev. 927 (1990).
- Hadfield, Gillian, Judicial Competence and the Interpretation of Incomplete Contracts, 23 J. Legal Stud. 159 (1994).
- Halpern, Sheldon W., Application of the Doctrine of Commercial Impracticability: Searching for “the Wisdom of Solomon”, 135 U. Pa. L. Rev. 1123 (1987).
- Hart, Oliver & Bengt Holmström, The Theory of Contracts, in Advances in Economic Theory 71 (Truman F. Bewley ed., 1987).
- Hart, Oliver, Is “Bounded Rationality” an Important Element of Atheory of Institutions?, 146 JITE 696 (1990).
- Hart, Oliver, An Economist’s Perspective on the Theory of the Firm, in Firms, Organizations and Contracts: A Reader in Industrial Organization, 199 (Peter J. Buckley & Jonathan Michie eds., Oxford University Press 1996).
- Hermalin, Benjamin E. & Michael L. Katz, Contracting between Sophisticated Parties: A More Complete View of Incomplete Contracts and Their Breach, 9 J. L. Econ. & Org. 230 (1993).
- Hilliam, Robert A., Court Adjustment of Long-Term Contracts: An Analysis Under

- Modern Contract Law, 1987 Duke L.J. 1 (1987).
- Hilliam, Robert A., An Analysis of the Cessation of Contractual Relations, 68 Cornell L. Rev. 617 (1983).
- Houh, Emily M.S., The Doctrine of Good Faith in Contract Law: A (Nerely) Empty Vessel?, 2005 Utah L. Rev. 1 (2005).
- Jensen, Michael & William Meckling, Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure, 3 J. Financial Econ. 305 (1976).
- Joskow, Paul L., Contract Duration and Relationship-Specific Investments: Empirical Evidence from Coal Markets, 77 Am. Econ. Rev. 168 (1987).
- Klein, Benjamin, Robert Crawford, and Armen Alchian, Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process, 21 Journal of Law and Economics 297 (1978).
- Klein, Benjamin & Keith B. Leffler, The Role of Market Forces in Assuring Contractual Performance, 89 Journal of Political Economy 615 (1981).
- Klein, Benjamin, Contracts and Incentives: the Role of Contract Terms in Assuring Performance, in Contract Economics, 149 (Lars Werin & Hans Wijkander eds., Blackwell, 1992).
- Klein, Benjamin, Why Hold-Ups Occur: The Self-Enforcing Range of Contractual Relationships, 34 Economic Inquiry 444 (1996).
- Knapp, Charles L., Rescuing Reliance: The Perils of Promissory Estoppel, 49 Hastings L.J. 1191 (1998)
- Kreps, David M., Corporate Culture and Economic Theory, in Perspectives on Positive Political Economy 90 (James E. Alt & Kenneth A. Shepsle eds., Cambridge University Press)
- Llewellyn, Karl N., What Price Contract? – An Essey in Perspective, 40 Yale L. J. 704 (1931).
- Macaulay, Stewart, Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study, in Firms, Organizations and Contracts 339 (Peter J. Buckley & Jonathan Michie eds., Oxford University Press, 1996).
- Macaulay, Stewart, An Emperical View of Contract, 1985 Wis. L. Rev. 465 (1985).
- Macaulay, Stewart, The Reliance Interest and the World Outside the Law Schools' Doors, 1991 Wis. L. Rev. 247 (1991).
- Macneil, Ian R., The Many Futures of Contracts, 47 So. Cal. L. Rev. 691 (1974).
- Macneil, Ian R., Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations under

- Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law, 72 Nw. U. L. Rev. 854 (1978)
- Macneil, Ian R., Economic Analysis of Contractual Relations: Its Shortfalls and the Need for a “Rich Classificatory Apparatus”, 75 Nw. U. L. Rev. 1018 (1981).
- Macneil, Ian R., Relational Contract Theory as Sociology: A Reply to Professor Lindenberg and de Vos, 143 J. Institutional & Theoretical Econ. 272 (1987).
- Macneil, Ian R., Relational Contract Theory: Challenges and Queries, 94 Nw. U. L. Rev. 877 (2000).
- Mariti, P. & R. H. Smiley, Co-operative Agreements and the Organization of Industry, in Firms, Organizations and Contracts, 276 (Peter J. Buckley & Jonathan Michie eds., Oxford University Press, 1996).
- Maskin, Eric & Jean Tirole, Unforeseen Contingencies and Incomplete Contracts, 66 Rev. Econ. Stud. 83 (1999).
- Masten, Scott E. & Keith J. Crocker, Efficient Adaptation in Long-Term Contracts: Take-or-Pay Provisions for Natural Gas, 75 Am. Econ. Rev. 1083 (1985).
- Mulherin, J. Harold, Complexity in Long-Term Contracts: An Analysis of Natural Gas Contractual Provisions, 2 J.L. Econ. & Org. 106 (1986).
- Palay, Thomas M., Comparative Institutional Economics: the Governance of Rail Freight Contracting, 13 J. Legal Stud. 265 (1984).
- Posner, Eric A. & Rosenfield, Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis, 6 J. Legal Stud. 83 (1979).
- Posner, Eric A., A Theory of Contract Law under Conditions of Radical Judicial Error, 94 Nw. U. L. Rev. 749 (2000).
- Posner, Richard & Andrew Rosenfield, Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis, 6 J. Legal Stud. 83 (1977).
- Richardson, G. B., The Organization of Industry, in Firms, Organizations and Contracts: A Reader in Industrial Organization, 59 (Peter J. Buckley & Jonathan Michie eds., Oxford Press, 1996).
- Richman, Barak D., Firms, Courts, and Reputation Mechanisms: Towards A Positive Theory of Private Ordering, 104 Colum. L. Rev. 2328 (2004).
- Salbu, Steven R., The Decline of Contract as A Relationship Management Form, 47 Rutgers L. Rev. 1271 (1995).
- Saussier, Stéphane, Transaction Costs and Contractual Incompleteness: the Case of Électricité de France, 42 J. Econ. Behav. Org. 189 (2000).

- Schwartz, Alan, Legal Contract Theories and Incomplete Contracts, in *Contract Economics*, 76 (L. Werin & H. Wijkander eds. 1992).
- Schwartz, Alan, Relational Contracts in the Court: An Analysis of Incomplete Agreements and Judicial Strategies, 21 *J. Legal Stud.* 284 (1992).
- Schwartz, Alan & Robert E. Scott, Contract Theory and the Limits of Contract Law, 113 *Yale L.J.* 541 (2003).
- Scott, Robert E., Conflict and Cooperation in Long-Term Contracts, 75 *Cal. L. Rev.* 2005 (1987).
- Scott, Robert E., A Relational Theory of Default Rules for Commercial Contracts, 19 *J. Legal Stud.* 597 (1990).
- Scott, Robert E., The Case for Formalism in Relational Contract, 94 *Nw. U. L. Rev.* 847 (2000).
- Scott, Robert E., The Uniformity Norm in Commercial Law: A Comparative Analysis of Common Law and Code Methodology, in *The Jurisprudential Foundations of Corporate and Commercial Law* 149 (Jody S. Kraus & Steven D. Walt eds., Cambridge University Press, 2000).
- Scott, Robert E., The Death of Contract Law, 54 *U. Toronto L.J.* 369 (2004).
- Scott, Robert E., The Law and Economics of Incomplete Contracts, in 2 *Annual Review of Law and Social Science* 279 (Annual Review 2006).
- Scott, Robert E. & George G. Triantis, Incomplete Contracts and the Theory of Contract Design, 56 *Case W. Res. L. Rev.* 187 (2005).
- Scott, Robert E. & George G. Triantis, Anticipating Litigation in Contract Design, 115 *Yale L.J.* 814 (2006).
- Segal, Ilya, Complexity and Renegotiation: A Foundation for Incomplete Contracts, 66 *Rev. Econ. Stud.* 57 (1999).
- Silkworth, Stacy A., Quantity Variation In Open Quantity Contracts, 51 *U. Pitt. L. Rev.* 235 (1990).
- Simon, Herbert A., Rationality as Process and as Product of Thought, 68 *Am. Econ. Rev.* 1 (1978).
- Simon, Herbert A., Theories of Bounded Rationality, in *Models of Bounded Rationality, Volume 2, Behavioral Economics and Business Organization*, 408-11 (Herbert A. Simon ed., 1982).
- Simon, Herbert A., A Behavioral Model of Rational Choice, 69 *Quarterly Journal of Economics* 99, 99 (1955), in *Models of Bounded Rationality, Volume 2,*

- Behavioral Economics and Business Organization (Herbert A. Simon ed., 1982).
- Smythe, Donald J., Bounded Rationality, the Doctrine of Impracticability, and the Governance of Relational Contracts, 13 S. Cal. Interdisc. L.J. 227 (2004).
- Speidel, Richard, Court –Imposed Price Adjustments Under Long-Term Supply Contracts, 76 Nw. U.L. Rev. 369 (1981).
- Speidel, Richard, The Characteristics and Challenges of Relational Contracts, 94 Nw. U. L. Rev. 823 (2000).
- Suchman, Mark C., the Contract as Social Artifact, 37 Law & Soc'y Rev. 91.
- Summers, Robert S., The General Duty of Good Faith – Its Recognition and Conceptualization, 67 Cornell L. Rev. 810 (1982).
- Talley, Eric L., Contract Renegotiation, Mechanism Design, and the Liquidated Damages Rule, 46 Stan. L. Rev. 1195 (1994).
- Tirole, Jean, Incomplete Contracts: Where Do We Stand? 67 Econometrica 741 (1999).
- Triantis, George G., Contractual Allocations of Unknown Risks: A Critique of the Doctrine of Commercial Impracticability, 42 U. Toronto L.J. 450 (1992).
- Triantis, George G., The Efficiency of Vague Contract Terms, 62 La. L. Rev. 1065 (2002).
- Vandegrift, Donald, Asset Specificity, Long-Term Contracts, and the Good Faith Requirement, 24 Eastern Economic journal 475 (1998).
- Webster, Fredrick E., Jr., the Changing Role of Marketing in the Corporation, 56 Journal of Marketing 1 (October 1992).
- Williamson, Oliver E., Transaction-Cost Economics: the Governance of Contractual Relations, 22 J.L. & Econ 233 (1979).
- Williamson, Oliver E., Credible Commitments: Using Hostages to Support Exchange, 73 Am. Econ. Rev. 519 (1983).
- Williamson, Oliver E., Assessing Contract, 1 J.L. Econ. & Org. 177 (1985).
- Williamson, Oliver E., A Comparasion of Alternative Approach to Economic Organization, 146 JITE 61 (1990).
- Williamson, Oliver E., The New Institutional Economics: Taking Stock, Looking Ahead, 38 Journal of Economic Literature 595 (2000).
- Zamir, Eyal, The Inverted Hierarchy of Contract Interpretation and Supplementation, 97 Colum. L. Rev. 1710 (1997).