

国际契约

INTERNATIONAL
AGREEMENT

国际契约 INTERNATIONAL AGREEMENT

刘斌斌 编著
Liu bingbing bianzhu

甘肃人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

国际契约 / 刘斌斌编著. —兰州: 甘肃人民出版社,
2008. 1

ISBN 978-7-226-03601-3

I. 国… II. 刘… III. 国际贸易—贸易合同—研究
IV. D996. 1

中国版本图书馆CIP数据核字 (2007) 第200813号

责任编辑: 陈拥军

封面设计: 马吉庆

国际契约

刘斌斌 编著

甘肃人民出版社出版发行

(730030 兰州市南滨河东路 520 号)

兰州新华印刷厂印刷

开本890毫米×1240毫米 1/32 印张13.75 插页2 字数330千

2008年1月第1版 2008年1月第1次印刷

印数: 1~3 100

ISBN 978-7-226-03601-3 定价: 28.00 元

目录

CONTENTS

INTERNATIONAL
AGREEMENT 国际契约

第一部分 国际契约的基本知识

第一章 国际契约的成立 / 003

第一节 契约的成立 / 004

第二节 要约与承诺 (Offer and Acceptance) / 007

1. 要约 (offer) / 007

2. 承诺 (Acceptance) / 009

3. 合意 (Agreement) / 011

第三节 约因 (Consideration) / 013

1. 未履行约因 (Executory consideration) 和既履行约因 (Executed consideration) / 014

2. 约因的适当性 (Adequacy) / 015

3. 过去的约因 (Past consideration) / 016

4. 约因要求由对方提供 / 017

5. 约因不要求由约定人提供 / 017

6. 既存义务的履行 / 017

第四节 契约意思 (Contractual intention) / 018

1. Mere puffs / 018

2. Honour clauses / 018

3. Agreement subject to contract / 019

4. Social and domestic arrangements / 019

5. Letter of intent (预备性合意书) / 020

6. Gentlemen's agreement / 024

第二章 国际契约的「读·写·译」 / 025

第一节 国际契约中独特用语之解读 / 025

第二节 制作国际契约书需注意的问题 / 033

第三章 国际契约的特征与构成 / 040

第一节 国际契约的特征要素 / 040

1. 定义 / 040

2. 价格与接受条件 (Price and delivery terms) / 041

3. 贸易惯行中常用的交易条件 / 042

4. 信用证 (Letter of credit) / 044

第二节 国际契约的构成 / 044

1. 国际契约的构成要素 / 044
2. 英美法的几个基本概念 / 045
3. 契约书的目的和必要性 / 045
4. 契约的成立要件 / 045
5. 契约书的基本构成和“型” / 046
6. 契约的类型 / 048
7. 英文契约中的一些英语表现形式 / 049

 第二部分 英文国际契约条款实例汇集

1. 所有权与危险负担条款 / 054
2. 所有权保留条款 / 054
3. 品质保证 / 054
4. 知识产权条款 / 058
5. 不可抗力 / 061
6. 延迟利息条款 / 066
7. 竞业回避条款 / 067
8. 契约期间 / 068
9. 契约解除条款 / 069
10. 期限的利益丧失约款 / 074
11. 解除后的权利和义务 / 074
12. Indemnity / 077
13. 损害赔偿额的约定 / 078
14. 间接损害 / 078
15. 规定契约条款的部分效力在契约终止后继续生效的条款 / 079
16. 解除权的放弃 / 080
17. 仲裁条款 / 080
18. 裁判管辖条款 / 081
19. 支付通货条款 / 083
20. 专家鉴定 / 084
21. 规定在纷争解决程序中契约依然依照以前进行履行的条款 / 087
22. 定义条款 / 087
23. 解释原则条款 / 088
24. 效力发生的要件 / 092
25. 转让 / 093

26. 关于赋予同意的条款 / 094
27. Representations and Warranties / 095
28. 视为Representations被重复的条款 / 101
29. Affirmative Covenants / 101
30. Negative Covenants / 105
31. 修正条款 / 106
32. Proprietary Rights / 107
33. 秘密保持条款 / 108
34. 权利放弃条款 / 112
35. 累积性权利条款 / 113
36. 费用负担条款 / 113
37. 规定必须用金钱支付债务的条款 / 114
38. Net Payment条款 / 115
39. 抵消条款 / 116
40. Entire Agreement Clause / 117
41. 通知条款 / 118
42. Severability / 120
43. 准据法 / 122
44. Good Faith / 122
45. 标题 / 122
46. 语言条款 / 123
47. Counterparts / 123

第三部分 买卖契约书、license契约书、合资公司契约书的实例

买卖契约书的构成 / 127

1. 标题和前文 / 128
2. 定义 (Definitions) / 131
3. 销售与购入 (Sale and Purchase) / 134
4. 购入量 (Requirement) / 135
5. 检查和瑕疵担保责任 (Inspection) / 138
6. 价格 (Price) / 142
7. 支付 (Payment) / 143
8. 交付 (Delivery) / 144
9. 定货与出仓 (Firm order and Shipment) / 145
10. 保险 (Marine Insurance) / 147
11. 所有权与风险负担的转移 (Title and Risk) / 148

12. 信息提供 (Information) / 149
13. 品质保证 (Warranty) / 150
14. 产品责任 (Product Liability) / 152
15. 商标权 (Trademarks) / 153
16. 契约的违反和救济 (Events of Default) / 155
17. 不可抗力 (Force Majeure) / 157
18. 纷争解决 (Settlement of Disputes) / 159
19. 转让 (Assignment) / 160
20. 通知 (Notice) / 161
21. 完全合意 (Entire Agreement) / 162
22. 修正·变更 (Amendments) / 163
23. 放弃 (Waiver) / 164
24. 分离 (Severability) / 164
25. 准据法 (Governing Law) / 165
26. 合意裁判管辖 (Jurisdiction) / 166
27. 契约期间 (Term of Agreement) / 166
28. 后文与署名 / 167
29. 契约当事人之外者的署名 / 168

License契约书的构成

1. 前文 (Preamble) / 171
2. 用语的定义 (Definition of Terms) / 174
3. 权利及实施许可 (Grant of Rights and License) / 181
4. 技术援助 (Technical Assistance) / 186
5. 支付 (Payments) / 190
6. 帐簿、报告书及监查 (Records, Reports and Auditing) / 194
7. 销售促进 (Sales promotion) / 196
8. 竞合禁止 (Non-Competition) / 198
9. 秘密保持 (Confidentiality) / 199
10. 被授权方的技术修改与提高 (Modifications and Improvements by Licensee) / 203
11. 产品表示 (Product Identification) / 205
12. 保证及责任 (Warranties and Liabilities) / 211
13. 授权方的工业所有权 (Licensor's Industrial Property Rights) / 215
14. 契约期间及其终止 (Term and Termination) / 216
15. 契约终止的效果 (Effects of Termination) / 221
16. 不可抗力 (Force Majeure) / 223

17. 通知 (Notice) / 225
18. 法律遵守 (Compliance with Laws and Regulations) / 227
19. 契约转让 (Assignment) / 228
20. 权利不放弃 (No Waiver) / 229
21. 派生性损害赔偿 (Consequential Damages) / 230
22. 完全合意 (Entire Agreement) / 231
23. 纷争处理 (Settlement of Disputes) / 232
24. 准据法 (Governing Law) / 233
25. 后文与署名 (Testimonium Clause/Signature) / 233

合资公司契约书的构成

1. 标题·前文 / 236
2. 定义 (Definitions) / 238
3. 新公司的设立 (New Corporation) / 239
4. 股东大会·董事会·董事 (Meeting of Shareholders, Board of Directors & Directors) / 243
5. 资金调节 (Financing) / 250
6. 产品的开发和销售 (Development and of Products) / 253
7. 竞业禁止 (Non-Competition) / 254
8. 权益的转移 (Transfer of Interests) / 255
9. 事实表明·保证·免责 (Representation, Warranties and Indemnities) / 262
10. 准据法 (Governing Law) / 266
11. 仲裁 (Arbitration) / 266
12. 完全合意及变更 (Entire Agreement and indemnities) / 268
13. 记录·监查 (Entire Agreement and Modifications) / 269
14. 通知 (Notice) / 271
15. 后文 (结语) / 272

第四部分 几种契约书的雏形

1. CONFIDENTIALITY AGREEMENT (秘密保持契约) / 277
2. Exclusive Distributorship Agreement (独占销售契约) / 281
3. Sole Agency Agreement (中介代理契约) / 288
4. Letter of Intent (股份收买例) / 298
5. Confidentiality Agreement (股份收买例) / 303
6. Letter of Intent (合资公司例) / 309
7. Assets Purchase Agreement (资产收买例) / 315
8. Share Purchase Agreement (股份收买例) / 350

9. Shareholders Agreement (合资公司例) / 378

10. Joint Venture Agreement (合资公司例) / 392

▼ 参考文献 / 425

▼ 后记 / 429

INTERNATIONAL
AGREEMENT



▶▶ 第一部分 国际契约的基本知识

第一章 国际契约的成立

契约的成立

要约与承诺 (Offer and Acceptance)

约因 (Consideration)

契约意思 (Contractual intention)

第二章 国际契约的『读·写·译』

国际契约中独特用语之解读

制作国际契约书需注意的问题

第三章 国际契约的特征与构成

国际契约的特征要素

国际契约的构成

第一章 国际契约的成立

虽然世界上存在许多种语言，但是，近年来用英语作成的国际契约越来越多。其最大的理由可以认为是美国存在的因素。美国的经济实力在世界经济中所占有的比重和发挥的作用，促使英语成为国际契约的主要语言。即使母语不为英语的国家的企业之间，现在也常常出现使用英语来制作并签署契约的现象。比如，中国的企业同西班牙的企业缔结产品出口的契约，作为中方的企业来说，当然最希望使用中文来制作书写契约书，同样，我们可以想象西班牙的企业也希望用西班牙语，这样更为方便快捷。形成这种对立局面的时候，最容易想到的是双方都可以接受“使用英语”这一方式。英语作为国际语言得到大多数人的认可，从某种意义上讲，也可以说是一种公平的选择。

但是，使用了英语的国际契约书，原则上其许多法律用语的意义和来源都取自于英美法。这些法律用语的意思与我国以及传统的大陆法系的法律用语在很多地方有着很大差异和区别。所以，要正确读解国际契约书，应该从英国和美国发展起来的判例法（Common Law）的基础上理解契约的概念和契约用语，这一点是非常必要的。

第一节 协议的成立

在英国法中，协议（contract）成立必要要素主要有以下几点：

(i) 具有 Agreement。Agreement 是指一方当事人发出一个要约（offer），另一方当事人作出承诺（acceptance）的约定。（An agreement is made when one party accepts an offer made by the other）。

(ii) 就 Agreement 具有的法律性关系（legal relations）是当事人意图性做出的。也就是说具有“intention to enter into legal relations”。

(iii) 是否具有约因（Consideration），或者履行了被称之为 deed（捺印证书）的特别形式。

当然，当事者具有行为能力（capacity to contract）是必须的。

另外，就动产买卖协议，英国法中作了如下定义：“A contract of sale of goods is a contract by which the seller transfers or agrees to transfer property in goods to the buyer for a money consideration, called the price。”

同样，在美国法中，协议（contract）成立的必要要素为：

(i) 存在合意。

(ii) 当事者之间存在设定法律关系的意思。

(iii) 是否缔结捺印协议（contract under seal），除此之外的单纯协议（simple contract）的情形，必须要存在支持合意构成的约因（Consideration）。

当然，当事者具有协议能力、合意的内容不是违法或者违反公序

良俗（public policy）、当事人的意思表示不会产生瑕疵的错误（mistake）及不存在欺诈（fraud）等也是其成立所要具备的要素。

在词典当中与汉语的合同或者契约意思相同的英语单词罗列有“Contract”和“Agreement”。但是，需要注意的是，英美法中仅表示单纯的合意（Agreement）与契约（Contract）是不同的概念，有着明确的区别。

从上面的契约成立要素可以看出，一般的，契约（Contract）是被两个以上的当事人之间合意（agree），而该合意在法律上（通过法院）是可以进行强制（enforceable）的。根据美国统一商法典（Uniform Commercial Code: U.C.C.）的规定：“契约是当事人之间派生的通过此法以及其他一切应该适用的法规范而被付与的权利义务的总体。”（§1-201（11））也就是说，这与大陆法系中只要是不违反公序良俗、强行法规和当事人之间的合意，即作为契约而有效的法律是不同的。在英美法系中认为：仅当事人之间的合意，还没有达至契约这一阶段。

在英美法下，不给合意加上约因（Consideration）的话，契约不能成立。即针对发出的要约（offer），有了承诺（acceptance）就形成一个合意（Agreement），再加上一个约因后就构成契约。

所以，无论英美法下的契约还是大陆法下的契约，只要契约成立，都具有法律效力。即具有法律效力的合意。合意有千种万别，比如普通朋友之间的约会没有守时，就不可能向法院起诉获得损害赔偿，因为朋友约会的这个约定不是契约。那么，什么样的合意能成为具有法律效力的“契约”呢？现实当中，这就是一个非常困难的问题。比如，在社会生活中可以常常听到或者看到就某合意是否构成契约而形成的纷争。另外，即使是属于法律意义上的契约，如果不按其

遵守，也会发生纷争。因此，在现实当中，如果就某件事情希望达成某种合意的时候，最好不要抱有“这不属于契约，不刻意遵守也没有关系”的这种想法。

契约书是记载书写契约的文本资料。那什么样的文本资料可以作为“契约书”而具有法律效力？这也是一个难以简单回答的问题。暂且不说从学术上来分析的情形，就实务当中，比较安全的思考方式是：记载了合意事项并且签字署名了的文本就存在作为契约书来处理的可能性。相反地，最好不要认为“这不是契约书，遵守与否没有多大关系”，也许，通过法院的裁决，得出“该文本不是契约书”的判定，但是，发生纷争引起法院诉讼裁决，都会给任何一方当事人带来时间、金钱、精力等各种负担，高明的办法是避免这样的事态发生。

制作契约书的目的是为了明确当事人之间的合意事项，防止纷争的发生。口头的约定，常常不会规定得很细致。特别是口头约定容易发生遗忘，使对方以“没有做那样的约定”为由而正面逃脱，更容易引起纷争。为避免这样的纷争发生，实际当中越来越多的人选择将约定作成契约书的形式（我国称之为合同书）。

当事人之间发生纷争，引起诉讼的时候，法院是依照契约书来决定诉讼双方的胜负。因此，类似“契约书中是那样写的，而实际上却是不同的”这样的辩解，原则上是不被认可的。根据有关英美法的一些参考书，制作契约书在“法律上的”理由，有这样几个方面，比如，依照“Statute of Frauds（欺诈防止法）”，“一定种类的契约，不作成契约书就没有效力”、根据“parol evidence rule（口头证据法则）”的原则，契约书中没有记载的合意不认可其法律效力等。

翻开许多的英美法参考书，都会找到类似“Agreement”仅只是

合意、“Contract”是具有法律效力的合意即契约等这样的解释，而招致很多人造成混乱。因为在许多国际契约中会看到以“Agreement”为题的文本，依照英美法的契约原理，这样的文本是否会不具有法律效力呢？其实，这是法律上的概念和实务中所使用的语言不尽一致而产生的混乱。在实务当中，即使是以“Agreement”为题目的文本，也是作为契约书而具有效力，属于法律上所讲的“Contract”。它仅仅是一个记述的题目名称而已。除此之外，还有像用“Memorandum”、“Letter of Intent”等为题目名称的文本，它们是否属于契约书，要根据其内容来判断，而不是根据题目名称来决定效力的有无。

第二节 要约与承诺 (Offer and Acceptance)

1. 要约 (offer)

要约 (offer) 是指要约人 (offeror) 对被要约人 (offeree) 发出的希望缔结契约的意思表示。如果对此要约出现无条件的承诺 (acceptance) 之时契约就会成立。这是大多数国家一致的契约理论。也就是说，offer是通过获得acceptance而具有约束力的某合意中变化的作为或者不作为的意思表示。但是，在合意成立之前某当事人向对方所表示的一切并不能说都可以认为是offer。一方为了引发offer而向另一方所表示的语言、话语等，仅仅是没有意识性拘束的declaration of intent而已。在实际的交易当中，也很少见到没有任何询问、宣传、比较就马上发出一个offer，并且因迅速获得acceptance而达到双方合意的事例。一般情况下，首先做出要约的诱因 (an invitation to make

an offer) 行为,或者有发出an invitation to treat (treat是进行negotiate的意思) 的过程。

比如说,在英国法中,表示商品价格的牌子 (price ticket) 陈列悬挂于商店中的行为被视为invitation to treat。因为不是一个offer,即使客人挑选了物品并以该价格想要支付现金 (或者其他支付手段),商店也是可以拒绝的。如果陈列被视为offer,那么客人在选择了商品将要支付金额的时刻就形成acceptance,对商店一方来说,在客人选择了商品的时刻起已经受到契约的约束,在不违反契约的前提下就不能拒绝,英国法中不是这样去思维的。商品的陈列被看作要约的诱因的一个理由,称之为“a shop is a place for bargaining, not for compulsory sales”。除此之外的理由还有:若陈列商品的样品视为offer,客人发出了愿意购买的意思表示构成acceptance,那么只要仓库货物已空的下一个(客人问询)开始,卖方就陷入契约不履行的境地。

广告一般被视为是invitation to treat。同样,股票、债券的发行说明书(prospectus)以及餐厅的菜单等都是如此。但是,值得一提的是,在英国法中,也曾经出现过广告被视为offer的案例(Carlill v Carbolic Smoke Ball Co. [1893] 1 Q.B.256)。

什么是诱因(invitation),什么是要约(offer),对其区别是非常困难的。一般情况下,就某行为类型,只要不被证明有反对意思,原则上根据客观的基准视其为invitation。但是,依据判例也出现过统一规则中没有的事例。比如,铁路旅客运输契约的情形,将时刻表视为invitation的话,那么申请购票为offer,付钱获得车票构成acceptance。

在实际的交易当中还存在被称为引证(enquiry)的阶段。即确认对方的意思、劝诱对方订货等的阶段。在这一阶段中,主要实施劝诱