

法务英语实用指南

The Way to Lawyer's
Professionalism

范文祥 吴怡 著

英文合同 草拟技巧

The Art of Drafting
English Contracts



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

范文祥 吴怡 著

英文合同 草拟技巧

The Art of Drafting
English Contracts



图书在版编目(CIP)数据

英文合同草拟技巧 / 范文祥, 吴怡著. —北京: 法律出版社, 2008. 2

(法务英语实用指南)

ISBN 978 - 7 - 5036 - 8129 - 5

I. 英… II. ①范…②吴… III. 英文—合同—基本知识 IV. D913 H31

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 003524 号

©法律出版社·中国

责任编辑/林红

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京中科印刷有限公司

编辑统筹/法律应用出版分社
经销/新华书店
责任印制/陶松

开本/787×960毫米 1/16
版本/2008年2月第1版

印张/16.25 字数/255千
印次/2008年2月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

书号: ISBN 978 - 7 - 5036 - 8129 - 5

定价: 39.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

随着中国改革开放的不断深入和外资的大规模进入,英文合同在中国的应用越来越普遍。律师、企业法律顾问等法律从业人员不仅要能够读懂英文合同,在很多情况下还要能够用英文起草合同。合同是严谨的法律文件,对文字的要求非常高,稍有疏忽,便会出现差之毫厘谬以千里的情況。实践中用母语起草一份完备的合同都非属易事,何况用英语呢?笔者因为有幸兼修英语和法律两个专业,而且一直在外资领域从事法律工作,因此常常有朋友询问,“该怎么用英文起草合同呢?”也许,这也是许多刚刚开始从事涉外法律工作者的疑问。实践中大多数情况是,虽然许多人在学校学习了较长时间的法律英语,可能也读了很多英文案例和英文合同,可一旦真要自己起草一份英文合同,却不知道该如何下笔。见到有此困惑的朋友多了,因此就想到了写这个小册子,总结一下笔者作为一名母语是中文的中国律师在外资律师事务所和外资企业从事英文合同起草的经验,旨在帮助读者找到英文合同起草中一些规律性的东西,使读者能够比较轻松地完成英文合同的起草工作。

如果说,阅读与分析英文合同是在发现对方埋设的地雷,则草拟英文合同恰恰就是在不断地埋设地雷。这个地雷只有在产生争议时才会引爆。双方对合同修改的过程中也就是在不断地布雷和排雷。一旦签约,就无法排雷,双方只能尽可能地避开雷区或在雷区内小心行事。但无论如何,读者必须首先知道可能存在哪些雷区,可能有哪些地雷可埋,否则非但没能替别人设下陷阱,自己的客户倒反被套了进去。因

此,《英文合同阅读与分析技巧》教会你识别和掌控风险,而《英文合同草拟技巧》则将使你学会如何利用这些风险,为自己的客户服务。

《英文合同草拟技巧》是实际工作经验的总结,并非教材或者学术著作,因此难免零碎与疏漏,望各位读者见谅,并欢迎批评指正,共同提高。

目 录 Catalog

前言 / 001

第一章 起草合同前的准备工作 / 001

第二章 英文合同常见体例 / 005

第一节 母合同和子合同(伞形合同) / 005

第二节 标准条件和条款加订单 / 011

第三节 合同加附件 / 014

第四节 意向书加合同 / 016

第三章 英文合同常用条款 / 018

第一节 合同序言部分 / 018

一、签约方、签约时间和地点 / 018

二、签约背景 / 021

第二节 合同正文部分 / 024

一、定义(Definition) / 024

二、陈述与保证(Representation and Warranty) / 031

三、合同方的权利义务(Rights and Obligations) / 041

四、价格和付款条件(Price and Payment) / 042

目
录

001

Catalog

- 五、生效和有效期(Duration) / 043
- 六、终止(Termination) / 050
- 七、保密(Confidentiality) / 060
- 八、违约(Breach) / 075
- 九、不可抗力(Force Majeure) / 097
- 十、适用法律和争议解决(Governing Law and Dispute Resolution) / 101
- 十一、其他条款(Miscellaneous) / 108
 - 1. 全部协议条款(Entire Agreement) / 108
 - 2. 合同方之间相互独立条款(Non-partnership/Independent Relationship) / 108
 - 3. 变更和转让条款(Amendment and Assignment) / 108
 - 4. 禁止对外发布信息(No Publicity) / 109
 - 5. 禁止招揽对方雇员(No Solicitation) / 109
 - 6. 条款可分割性/条款独立性(Severance/Severability) / 109
 - 7. 弃权(Waiver) / 110
 - 8. 通知(Notice) / 110
 - 9. 合同附件(Appendix) / 111
 - 10. 合同原件份数(Counterparts) / 112
 - 11. 合同语言(Language) / 112

第四章 英文合同常用词汇 / 113

- 一、shall / 113
- 二、subject to, notwithstanding, without prejudice to / 114
- 三、in one's discretion / 118
- 四、use one's best endeavors / 119

第五章 几种特殊的英文合同起草技巧 / 120

第一节 知识产权许可合同 / 120

- 一、国际专利许可协议 / 122
 - 1. 标题部分 / 123

2. 序言部分 / 123

3. 主文条款 / 125

二、国际商标许可协议 / 179

第二节 合资合同 / 194

一、合营公司的宗旨、经营范围和生产规模 / 194

二、投资总额和注册资本等 / 196

三、合营当事人的责任 / 196

四、技术与商标的许可 / 199

五、合营公司产品的销售 / 200

六、董事会 / 201

七、管理机构 / 202

八、劳动管理 / 203

九、三项基金和利润分配 / 204

十、合营公司的期限 / 205

十一、提前终止 / 206

十二、清算与解散 / 207

十三、违约责任 / 208

十四、适用法律 / 209

十五、争议的解决 / 210

第三节 保函和授权书 / 210

一、保函 / 210

二、授权书 / 218

第六章 英文合同形式的基本起草技巧 / 221

一、合同的封面 / 221

二、合同的目录 / 221

三、页眉和页脚 / 222

四、签署页 / 222

五、盖章和签字 / 223

六、签署日期 / 224

附录 合同范本 / 225

一、商标许可协议(范本) / 225

二、订单(范本) / 235

结束语 / 249

Chapter 1

第一章 起草合同前的准备工作

在起草合同之前,我们需要做好充分的准备工作。首先,在接到客户起草英文合同的要求后,第一件事就是和客户充分沟通,了解客户的需求。比如,客户是想要一份简单的意向书,还是要一份完整的合同?客户需要什么内容的合同,是采购合同还是销售合同、是股权转让合同还是实物转让合同、是专利转让合同还是专利许可合同?合同中需要包括哪些商务条款,比如,报价方式、支付方式等?合同只用英文起草还是需要中英文对照?在多长时间需要起草完毕?这些问题都是你在起草前需要了解的基础内容。尤其对于商务条款,最好的做法是口头了解一下这个项目或这单业务的有关背景,然后让客户把他想纳入合同的商务条款(例如,服务范围、价格、付款方式等)给你列一份书面清单。合同虽然是法律文件,但最终目的是为商务服务,所以这些商务条款是合同的核心内容,在起草前了解得越详细越好。清单不需要客户写成法律语言,以免写得过于复杂而词不达意。简洁的商务用语就好,甚至可以不是完整的句子而只写要点,关键把内容说清楚。如果你的客户完全没有经验,或在合同起草前还没有开始进行商务谈判,那么你就得根据自己的经验,把各种情况考虑在内,在合同中放入相应的条款,并将商务内容留空标注,等待客户谈判后再填入。在起草过程中,遇到某些商务问题或行业的特殊问题,你还需要随时保持和客户的沟

通。如果你是新手,或者至少对英文合同的起草还算不上精通,你最好在起草前找来同类合同的范本或先例作为参考,这样可以省去很多时间。合同范本可在网上找到,以下网址都提供一些合同范本,可供参考:

<http://www.flcourts.org/>

<http://www.flabarrptl.org/library.html>

<http://www.westgroup.com>

另外,一些国际组织也会提供合同的标准版本,如 FIDIC(国际咨询工程师联合会)就制定了《业主与咨询工程师标准服务协议书》(白皮书)、《土木工程施工合同条件》(红皮书)、《电气与机械工程合同条件》(黄皮书)、《工程总承包合同条件》(橘皮书)。这些合同和协议文本,条款内容严密,对履约各方和实施人员的职责义务做了明确的规定;对实施项目过程中可能出现的问题也都有较合理规定,以利遵循解决,因此被世界银行、亚洲开发银行等国际和区域发展援助金融机构作为实施项目的合同和协议范本,很多企业之间的项目也都以这些标准协议为蓝本。但多数情况下,你需要花钱购买一些合同范本的服务。这些范本通常比网上的免费范本质量要好,更重要的是比较有针对性。例如,LegalStudio 商务合同服务提供的合同范本就比较全面,该服务提供网上可以下载的电子版本,均为中英文对照,而且基本上都由在国内开业的律师事务所按照中国的立法和实践起草,附有详细的起草须知,并能得到及时更新,不失为一个好的数据库。如果你在律师事务所或者大型公司的法律部,那么你的事务所或者公司通常都会有很好的数据库,这些数据库提供各种合同范本。你应该熟悉这些数据库里的内容,并很好地加以利用。假如找不到范本,可以咨询同事以前是否起草过类似合同可供参考。如果你是公司内部的法律顾问,则可以直问客户以前是否签署过类似的合同来加以借鉴。

合同范本前或范本后一般都会附有起草须知,你在起草英文合同前务必仔细阅读这些须知。它们会告诉你在起草这类合同时需要注意哪些事项,有的甚至会告诉你应参考哪些法律。这些范本合同的某些条款通常会有几种不同的规定可供选择,在须知中往往也会告诉你在什么情况下应选择哪一种条款。如果你使用的是范本,请先把它另存为你自己的名字,取一个不同的文件名,然后再开始往里面填写内

容,这样可以保证你下次再使用范本时仍然是标准的空白范本,免去你删除旧合同内容的麻烦。如果你没有范本而不得不使用别人以前起草或签署的先例,那么你务必注意,一定要把原来的商务条款内容更新或删除,尤其是原来客户的名称,千万不能出现在你起草的合同里!建议你每次使用先例起草合同后,都利用 Word 的搜索功能搜索一下原来客户的名称或其他敏感内容,保证已经全部替换或删除干净。还有很重要的一个小技巧是,注意从 Word 的“文件 File”菜单中打开“属性 Property”这一项,看看“摘要信息 Summary”一项中是否还留有旧公司的公司名称和作者名称,如果有的话,一定要删除,否则你的对方当事人很容易知道你使用的是以前的合同,甚至可以从公司名称和作者名称知道是哪项交易以及谁起草的合同!这是很有损律师专业形象的事情,并且还可能涉及商业秘密等,虽是小节,却务必注意!

如果你的客户要求合同中英文对照,那么你就需要考虑先用哪一种文字起草。如果你的客户不懂中文,那么建议你用英文起草,这样你起草完第一稿以后就可以征求客户的意见,等到大家对合同内容达成一致以后再翻译成中文即可。这样可以省去每次修改两种文本的麻烦,也不容易搞错版本。如果你的客户中英文都精通,那么你可以选择用你自己最有把握的语言起草,然后再翻译成另外一种语言。笔者不赞成同时以两种语言起草,这样每次都要修改两种语言,造成时间和精力上的很大浪费,而且中英文版本还可能会搞错。当然,如果你一边需要用中文文本和中方进行谈判,另一边又要向只懂英文的客户征求对合同的修改意见,那么你就别无选择,只能同时起草并修改两个文本。这时候,一定要利用文件名或者页眉页脚(推荐使用)或者 Word 保存版本的功能标明每一稿的版本和日期,避免出错。谈到语言,客户经常会咨询的一个问题是,两家中国公司(在中国注册成立的外商投资企业都是中国公司)之间签署的合同是否可以用英文。只要合同双方同意,中国法律对合同的语言并没有特别要求(合资合同等极少数特殊合同除外),因此完全可以视合同当事人的意愿而定。

如果你有心学习并想迅速提高英文合同起草技能,而且有足够的时

间,那么你可以先不看合同范本或先例,自己从一张白纸开始学习起草。起草完毕后再与有关范本或先例对照,立刻可以找出自己的不足。

这样做几次,相信你的英文合同起草能力一定会很快提高。当然,这样做需要花费很多额外的时间。

合同起草时间安排也很重要。由于英文合同起草需要花费的时间相对较长,而且还要考虑到翻译和校对的时间,因此一定要事先了解客户的需求并合理安排你的时间。如果你无法满足客户的时间要求,应立即说明并作出适当安排,以免耽误项目或业务的进展。

最后,也是最重要的一条:在起草英文合同前要事先确认合同适用的法律。因为这会影响到合同内容的很多方面,甚至会涉及合同是否应该由你来起草。我们拿到的英文合同范本或先例通常都是源于普通法系国家,因此从内容到形式都比较“西化”。即使像 LegalStudio 这样专门针对中国法律和实践起草的合同,也仍然脱不了“西化”的影子。但是,由于适用的法律不同,很多法律用语的含义会有很大差别,其法律后果也可能完全不一样。因此,我们在起草英文合同时时刻牢记合同的适用法律,对范本中不适用的条款进行调整或删除。如果合同的适用法律是外国法,笔者建议最好由精通该国法律的律师来起草。如果你别无选择,那么起草完毕后一定要请精通该国法律的律师审阅方可提供给客户。作为律师,执业范围只能限于自己受过训练并持有资格的领域,贸然涉足自己不了解的司法领域,会十分冒险,而且严格来说也有违职业道德,对自己对客户都有害无益。关于这一点,本书以后的各个章节中还会不断提到。在做完上述准备工作以后,我们就可以开始着手起草英文合同了。

Chapter 2

第二章 英文合同常见体例

在研究英文合同的具体条款和文字以前,我们先来考察一下英文合同常见的几种体例。

第一节 母合同和子合同(伞形合同)

很多大的跨国公司一方面为了节约采购成本,另一方面为了加强内部控制,常常会对集团内几宗大的货物或服务实行全球或区域性统一采购。在这种情况下,公司总部或地区总部负责该项采购的部门通常会和供应商谈妥一个总的协议,其中的条件和条款适用于集团在全球或该区域的所有子公司。笔者把这类合同称为“母合同”,即“Master Agreement”,很多这类合同的名称甚至就会包括“Master Agreement”这两个字。你在起草合同前应事先了解一下是否存在全球性或区域性采购母合同,并且该母合同已经涵盖了将要起草的合同内容。如果有,那么,你就不必要另起炉灶,而且通常情况下公司也不允许你另起炉灶,而是要求必须适用全球性或区域性的母合同。这时,你起草合同前的准备工作就多了一样——阅读母合同。

由于这类母合同采购量大,涉及的法律实体众多,面临的法律环境多样,为了防范这些风险,这类母合同通常都会是洋洋洒洒上百页,并

且还包含了很多附件。作为律师或法律顾问,你当然应该阅读母合同的全文,但由于时间所限,我们可能无法精读母合同的每一个条文。因此,在通读母合同全文的同时,还需要根据自己的经验来精读重点条款。下面,我们先来看一份母合同的目录,了解一下母合同的大致内容。

目录

1. Scope of Services 服务范围
2. No agency 不构成代理关系
3. Core Team and Regional Hubs 核心小组和区域性组织
4. Local Agreement 本地子合同
5. Term of Agreement 协议期限
6. Professional Fees 服务费用
7. Invoices/Billing 发票/账单
8. Taxes 税务
9. Intellectual Property 知识产权
10. Duties on Third Party Contracts 对第三方合同的义务
11. Confidential Information 保密信息
12. Service Provider and Service Recipient Personnel 服务提供商和服务接收方的人员
13. Records/Rights of Audit 记录/审计权利
14. Insurance 保险
15. Indemnification and Limitation of Liability 免责赔偿和责任限额
16. Service Standards 服务标准
17. Exclusivity 排他性
18. Conflict of Interest and Business Ethics 利益冲突和商业道德
19. Assignment and Sub-letting 转让和分包
20. Performance 义务的履行
21. Change of Control 控制权变化
22. Health, Safety and Environment 健康、安全和环境
23. Publicity 公开宣传
24. Compliance with Laws and Regulations 遵守法律和法规
25. Severability 可分割性
26. Governing Law and Jurisdiction 适用法律和管辖机构
27. Notices 通知
28. Termination 终止
29. Protection of Service Recipient's Property 服务接收方财产的保护
30. Entire Agreement 完整协议
31. Waiver 弃权

32. Force Majeure 不可抗力

33. Third Party Rights 第三方权利

34. Attorney's Fees 律师费

附件 1: Scope of Services 服务范围

附件 2: Professional Fees 服务费用

附件 3: Service Recipient's Affiliates 服务接收方关联公司

附件 4: Service Provider's Affiliates 服务提供方关联公司

附件 5: Conflict Resolution Procedures 冲突解决程序

附件 6: Confidentiality Agreement 保密协议

附件 7: Local Agreement 本地子合同

从目录中你可以看到,母合同的内容十分全面,几乎包含了一份合同通常会有的所有条款。此外,你还会发现该母合同有一个附件叫做“本地子合同”(Local Agreement),这通常就是为母合同中服务提供商和服务接收方的各个子公司执行母合同而准备的本地子合同范本,由实际进行交易的两家公司签署,以便这两家公司都受到母合同条款的约束。如果母合同的起草人考虑周到而为你准备了这个范本,那么通常你要做的事情就是按合同进行填空。把相关的内容(如当事人双方的名称等)填到附件的范本里就完成了合同起草的一半工作了。为什么说只是一半呢?因为你作为本地律师,还需要做一些尽职调查和合同修改的工作。你要确认母合同(包括范本子合同)中的条款没有违反中国的本地法律,毕竟母合同的起草人不可能熟知世界上所有国家的法律,他们只能按照当地法律和通用的法律常识来起草这个合同以及子合同范本,真正要签署的时候,还必须依靠当地的律师把关,我们通常把这项工作叫“中国法的合规性审查”(Check for PRC law compliance)。你在作合规性审查时,不仅要检查子合同范本中的条款,还要检查母合同正文中可能会和中国法发生冲突的条款,因为虽然你签署的只是一两页纸的子合同,但是适用的却是上百页的整个母合同。

按照笔者经验,付款方式、税务、法律适用和争议解决等条款通常是重点考察的。母合同中通常会选择美元或其他通用外币作为计价和结算货币。但是,如果你的供应商是一家在中国注册成立的国际大集团公司的子公司,那么按照中国法律规定,两家中国法人之间是不允许以外币结算的。这时,你至少应该把结算货币改成人民币。为了避免汇率波动带来的问题,最好能把计价货币也改成人民币。如果总

部商定的美元(或其他外币)价格无法改变,那么你就需要加入与汇率有关的条款,说明结算时按怎样的汇率计算,这一点你应该和你的客户及时沟通,了解他们在商务谈判中是怎样约定的。如果你的客户之前没有考虑到这一点,你就要提醒他和合同对方沟通,并商定汇率的计算方法。因为外汇管理法规属于行政管理领域的强行法,即使合同适用其他国家的法律,中国的外汇管理规定也不可以违反。

类似地,税法也是中国的强行法。即使合同适用外国法律,双方仍然必须遵守中国的税法。因此,读者在草拟时必须考察。如果你的供应商是一家外国公司而你所在的是一家在中国注册成立的外资企业,那么,这项业务就涉及货物或者服务的进出口。如果是货物进出口,通常所选用的贸易术语里已经包括了对税务的处理,因此问题不大。但如果是服务,你必须仔细审查有关条文。按照中国的税法,如果外国服务提供商向中国境内公司所提供的服务是全部在境外完成的,那么可以免交预提所得税。如果是部分在境外完成,也可以相应减少应税金额。另外,如果外国的服务提供商派人到境内提供服务,这些人员在中国逗留时间的长短还可能影响他们的个人所得税缴纳。还有一点需要注意的是,由于中国和许多国家签有避免双重征税条约,所以,你的供应商的国籍也会对税收产生影响。这些规定,母合同起草人无法一一知晓。因此,母合同中通常不会考虑到这些特殊情况。但是,作为当地律师,你的作用就显示出来了。你需要对合同的相关条文进行修改,将公司的税务地位最优化。当然,在起草税务条款时,你也必须保持和客户的沟通,并且应该提醒他们按照中国税法的规定做好税务规划,并作出相应的商务安排(如服务人员的派遣),以达到合法避税的目的。

另外,如果合同对方是境外的法律实体,你还需要考虑到付款时间。外汇付款需要提供完税或免税凭证,还需要通过银行审核,因此需要的时间比人民币付款要长。你在起草合同时最好先与负责付款的财务部同事确认,以免到时无法按时付款而造成违约。

法律适用和争议解决条款是另一个需要考察的重点。通常母合同都会选择一个普通法系国家的法律作为适用于该母合同的法律,子合同一般都不会就此再另作规定。同样的,子合同通常也不会包括争议解决条款,而一概适用母合同的相关条款。但是,按照中国法规定,只