

[英] 帕特里克·赫恩 著

商业合同谈判指南



Successful
Negotiation of
Commercial
Contracts



上海翻译出版公司

商业合同谈判指南

〔英〕帕特里克·赫恩著

上海财经大学财经研究所译

上海翻译出版公司

Patrick Hearn

**Successful Negotiation
of Commercial Contracts
— A Businessman's Guide**

Reprinted 1982 by Gower Publishing Company
Limited, England

本书根据英国高尔出版有限公司1982年版译出

商业合同谈判指南

(英) 帕特里克·赫恩 著
上海财经大学财经研究所 译

上海翻译出版公司

(上海武定西路1251弄20号)

本书由上海发行所发行 苏州师专印刷厂印刷

开本787×1092毫米 1/32 印张4.5 字数102,500

1987年12月第1版 1987年12月第1次印刷

印数1—20,000册

ISBN 7-80514-062-6/F·52

统一书号:4311·52 定价:1.05元

译 者 的 话

《商业合同谈判指南》一书系英国律师帕特里克·赫恩所著。全书分十章：第一章概述商业合同谈判的基本知识和谈判应注意事项；第二～七章分别就不同类型的商业合同如独家代理、独家经销、工业产权许可证贸易、合资经营、私人公司的合并以及劳务合同等，论述如何进行谈判，应掌握哪些关键问题以及谈判人员应有的技巧和注意事项；第八～十章主要讲述商业合同谈判中涉及的法律问题，特别是介绍英国和欧洲经济共同体的有关法规和惯例。

本书作者从事国际商业合同谈判的法律咨询工作卅余年，他根据自己长期的实际经验，把各类商业合同谈判中经常遇到的问题和特别需要注意事项，以问题提纲的方式有针对性地进行阐述。本书内容比较实际、具体，资料也比较扎实，是一本比较好的国际商业合同谈判须知，可供我国从事对外经济贸易的实际工作者以及财经、商业和法律院校师生参考阅读。

本书由上海财经大学财经研究所翻译，参加人员有：作者序、导言、第三、四、十章：龚维新；第一、二章：于孝同；第五、六、七、八、九章：金慰祖。全书由何友诚、龚维新校阅、统稿。

1986年4月

作 者 序

这本指南是献给那些常驻海外对外从事复杂合同谈判的商业人员的。从任何意义上说它都不是一部法律方面的教科书。

本书的宗旨是向谈判人员提供一本随时可供参考的书，以帮助他弄清这类合同中通常需要包括进去的各种事项。这些事项以问题提纲的形式提出，并作为各章的一个组成部分，每一个问题中所涉及到的事项都是所通常要碰到的。在每一个问题下面我们都附上简短的评注，着重提出了谈判中的每个阶段所必须予以考虑的一些比较重要的因素。

必须强调指出，本书的内容决不是详尽无遗的。因为本书所论述的这类性质的合同中所需要加以考虑事项是非常多的。作者所面临的问题，倒不是怕遗漏掉什么，而是如何精简本书的内容，以免使本书的内容显得过于烦琐，加重读者的负担。

本书所采用的题材是根据作者本人参加工商业机构工作卅五年的经验。工作繁忙的商业经理人员应该掌握许多不同而复杂的经营本领，以适应现代社会的环境。当然不能指望他对那些与其业务有关的所有错综复杂的具体法律细节都能了如指掌。但另一方面，他确实也需要在工作中懂得如何运用某些法律和准法律方面的原则和惯例，因此就希望这本指南在这方面能成为一本对他很有帮助的参考书，至少是本书所论述到的那些问题。

当涉及到本书所论述的这一类性质的重要合同时，任何参考书也代替不了开业律师。在任何情况下都不应该把这本指南看作是一本“自助”的手册。起草合乎法律的文件是一项专业性很强的工作，因此是属于专家们的事情。

关于自己动手起草文件，有一个故事讲到了一位博学的法学家，花了多年时间写了一本厚厚的关于遗嘱问题的专著。人们可能认为，他自己来草拟自己的遗嘱和遗言是理所当然的。他是一位富翁，在他死后，法院在审理其遗产纠纷案件过程中用了多年时间，化了很多钱，才弄清了他的遗嘱的确切含意，从而才使遗嘱的受益者们得到了所应享的权利。

据说就在审理上述案件的过程中，（这个传说当然是不真实的）参与这个案子的律师中有一位律师对另一位律师说：“受益者们浪费掉的那些钞票想想真不值得！”。

如果这本指南，在它的特定领域内，能有助于使商业经理人员的任务轻松一点，甚至对某些开业律师可能也会有所帮助的话，那么即使这本指南只是一本供核对查阅的文集，它也将对促进工商业的发展起有益的作用，这样也就实现了本书的宗旨。

H·P·赫恩

1978年9月

导 言

怎样使用这本指南

本书的前七章是专为商业谈判人员在正常情况下从事谈判工作中所很可能碰到的哪几种合同方面提供些指点和信息。由于充分的理由，我们把重点放在合同谈判的涉外问题方面，特别是关于那些在欧洲经济共同体国家内进行的交易。

这几章中的每一章都分为三部分：第一部分是绪论，这部分旨在引起读者注意那些与本章所论述的具体问题有关的而必须予以考虑的主要事项；第二部分则提出了一组问题来作为最后签订的合同中所可能包括进去的各个事项的标题；第三部分是对每一个标题的评注，其中提出了几点谈判人员在商业谈判过程中应该会感到有用的重要指点。

后三章是关于法律对签订合同和从事商业活动所附加的法定先决条件和限制，其中包括英国和欧洲经济共同体的法规和惯例。

本书的第一章向读者介绍了一些应小心对待的事项，旨在提醒谈判人员对初次从事谈判中的那些容易上当的事要加以警惕，为此作者才在本章中附上一份提纲，否则的话作者可能已经将这份问题提纲放到本书末尾的那个比较合适的地方去了。作者之所以这样安排是由于这些问题只包括许多合同中都会出现的一些比较普通的事项，这些问题不同于第一

章后面那六章中所举的那些问题，它们并不涉及到任何一种特殊类型的合同。

如果这本指南的读者，想就制订一份法律上有约束力的合同进行谈判的话，那末可以先熟悉一下第一章中的绪论部分，然后再去阅读同他所打算签订的那一类合同有关的那一章。谈判人员在研究了该章中所提出的问题后，可以再回过头来阅读一下第一章中所提出的问题和评注。这样的阅读次序，加上专家们所可能给的任何帮助，谈判人员就能掌握好谈判中有关事项的全部内容，并能在适当的时刻向他的法律顾问提出一个比较全面的协议提纲，以便据此起草一份可用作正式合同文本的初稿。

至于最后的三章，在论述那些对签订各种商业合同都很重要的法律资料时，作者已尽量做到简单扼要，把内容限制在商业谈判人员所应该熟悉的，而且必须了解的那些重要课题。在这方面，读者应该特别注意欧洲经济共同体的那些变幻莫测的法律，这些法律至今还处在形成阶段，因此甚至比一般法律更为多变。在处理那些受经济共同体法律制约的合同时，往往就需要听取那些能反映最新情况的法律咨询意见。

目 录

作者序	1
导 言	1
第一章 商业合同的谈判	1
第二章 独家专营代理	12
第三章 独家专营经销关系	25
第四章 工业产权的许可证贸易	38
第五章 合资经营	64
第六章 私人公司的合并	77
第七章 劳务合同	90
第八章 英国限制性商业作法概述	101
一般评论(101)	立法问题(102)
1976年的法规(102)	限制事项(104)
例外(106)	符合公众利益的豁免(106)
结束语(107)	1968年的法规(109)
强制执行(109)	
第九章 欧洲经济共同体竞争规则概述	111
一般评论(111)	第85和第86条(112)
欧洲经济共同体委员会的权力(113)	
第85条的若干规定(114)	第85条第1款中的禁律(116)
第85条第3款中的豁免事项(119)	
分批豁免(120)	专利许可证协议(122)
授予独占许可证和地区限制(123)	
商标的注册用户(124)	第86条(126)

某些滥用市场支配地位的实例(127)

结束语(128)

第十章 货物销售合同中的要件和保证…………… 130

1893年货物销售法案(130)

默示条件和保证(130) 违约的后果(131)

1977年法案的作用(133) 总结(134)

保护消费者利益的补充(134)

第一章 商业合同的谈判

合同法的应用范围非常广泛，所以也很复杂。因此，在起草所有重要合同文件和在最后定稿时，一定要请一位合法的开业律师来参与其事。在双方进行谈判的最初一些阶段上，请律师来参加可能不太适合，或者也无此必要，因为这些阶段往往会拖得很长，而所谈内容又大多限于商业上需要考虑的各种细节。但是，参加谈判的企业主管人员必须对基本法律原则心中有数。

如果当事人的一人向另一方提出一项不附任何条件的建议，另一方又无条件地接受了该项建议，在这种情况下，合同就算正式成立，并具有法律上的约束力。英国法律还要求必须同时说明双方同意签订合同的约因，亦即愿意承担合同所规定的各项义务是出于价格的考虑或其他动机。不过，在别的国家中，通常不提这一要求。

在双方或多方之间签订一份具有法律约束力的合同，并不需要有什么特殊的手续。它可以通过书面的方式或口头交换意见的方式来进行，也可根据有关各方或其中一方行为中的暗示来进行。事实上，商业方面绝大多数的日常业务合同，尤其是那些日常的商品购销合同，都是用非正规的方式来进行的。不过，长期经营这类货物的供应商，一般都把标准销售条件印在订货单或提货单上醒目的地方，或以其他方式来提请客户注意。这些条件在交货或提货时是有约束力的。

根据上述情况，我们可以得出如下结论：如果是一笔颇为重大的交易，需要为它单独签订一份内容详尽的正式合同，那就应当谨慎从事。要确保在签约双方对合同中所拟列入的全部条款和条件表示完全同意之前，在将它委托给对起草合同非常内行的律师写成文字并经各方签署（签字或盖章）之前，嗣后绝不留下会引起争议的机会，这样，才不至于过早地把一份仍有疑问的合同当作业已成立的合同，从而使它对始终持勉强态度的一方具有约束力。

一封草草拟就、旨在向收信人提出商讨性建议的便函，可能会引起而且往往引起违约诉讼事件，造成多种麻烦和耗用大量诉讼费用。这个问题在任何情况下都是能够避免和应当加以避免的，其办法是由倡议谈判的一方书写一封内容简单明瞭、作为初步接触的函件，明确指出所要讨论的问题。此后，在所有来往信件上，在协议要点中，在草约以及双方拟交换的其他文件上，每次都要在开头的地方写上“以正式合同为准”的字样。它的作用是：在正式合同拟就、定稿和签字之前，任何一方都不能使另一方受任何义务的约束。

这种初步接触性的函件，其常用格式大致如下：

以正式合同为准

执事先生台鉴：

谨悉贵公司有意就贵公司在贵国担任经销本公司部分或全部产品的独家专营经销商一事的可能性，与本公司进行探讨。

在详细讨论有关问题之前，我想有必要强调指出：任

何这类商讨都只不过是初步的协商；在正式合同拟就之前，在贵我双方的法律顾问将合同确定下来并经贵我公司的代表签字之前，不管任何一封往来函件或其他文件涉及哪些内容，也不管今后可能举行的口头协商其有何种性质，谈判中的任何内容都不应被视为一种合同性的约束力而加诸任何一方。关于这一点，我确信您也是理解的。

本公司还认为应把下列条件作为各次谈判的附带条件，即在正式合同最终确定之前，贵公司和我公司在任何时候都应把双方正在进行的谈判以及所商谈的内容，视为我们两家公司的机密事项并严加保密。在合同签订之后，则按合同条款和条件的规定执行。

根据上述原则，我公司建议如下……

董事

× × × 谨上（签名）

我们已在前面提到过“协议要点”。这通常是指由参加谈判的有关人员或他的律师所起草的一份非正式文件，其内容是一些措词比较笼统的条款，其目的则在于确定各项建议的细节，以便在起草正式合同之前，为举行进一步的谈判提供一个依据或一份议事日程。这些要点通常并不代表任何一方的最终意图。在给这类文件加上标题时，要象我们所指出的那样，持特别谨慎的态度；同时也不要上面签名或写上姓名的词首字母。

这里，有必要提醒一下：除了最简单的合同外，不要使用标准的合同格式；即使要使用，也应慎重。只有在起草文件时打算使合同的内容能适用于某一特定领域（如建立代理关系）的情况这一条件下，才使用标准的合同格式，而在重

要的协议中是很少这样做的。商务律师经常（有时过于经常）查阅他们本人或其他律师以前所起草的合同，或查阅从许多大部头有关法律惯例的著作中能找到的、可供参考的那些合同。但这只是，或只能是为了从中得到启发而已，应对其中的每一条款仔细加以检查和进行修改，方能使之符合当前这项交易的需要。每份重要的合同都有自己的特殊要求，要根据这些特殊要求来处理。这种情况在国际性交易中最为突出。

最后的一点是，在一份准备拟定和签署的全面协议中，通常都要写上某些先决条件，只有在具备和实现了这些先决条件时，双方所作的保证才算有效。因此，要在某些人同意和批准或具备其他类似的先决条件之后，合同方能成立。以上这些条件都必须明确地写在合同的序文中，通常的做法是把它们写在合同的叙述性条款里。

本章在下面所论述的若干有关问题，列举了本书所提到的绝大多数协议中都应列入的一般事项。它们包括：合同当事人的认定；协议的有效期及终止日期；合同所规定的权利与义务的各种限制与保证；保密问题；合同是依据哪一个国家的法律；争议的仲裁；通知的递送等等。

关于绝大多数协议中的若干共同性问题

1. 什么是合同当事人的认定？

在商业企业间所签订的合同中，一开始就应确定和写明合同双方的确切名称、法定资格和地址。这看起来好象是不言而喻的事，但人们对这一要求的重要性往往缺乏足够的认识。

在协议的有效期内，可能发生不履行义务的事情，从而引起一方要求另一方归还到期和应付的款项，或要求对

方赔偿因未履行合同义务而造成的损失等这类问题。在这种情况下，除非是已对违约一方作了明确的认定，否则违约一方就会尽力回避另一方所提出的偿债要求。如果当时他是以独资经营商的身份来签订合同的，他就会以自己只不过是一家业已破产清理的股份有限公司的代理人（他也可能是这家公司的股东）为借口，而回避偿债问题。这样，索赔方就要受到重大损失。

在英国，缔结商业合同的法人一般是（国营或私营）的股份有限公司、合伙企业以及独资经营商。在同那些不以个人名义出面的合伙企业和独资经营商打交道时，就得小心谨慎，一定要做到不仅把有关人员的姓名在合同上写清楚，而且还要写明他们是代表（某某企业）来“洽谈交易”的。这可以防止在今后发生任何可能逃避责任的行为。企业名称注册处的负责人还可为企业提供进一步的保障，他手中有一本详细的商业企业主要股东的注册簿，而企业在以注册名称开展业务之前，有提供上述资料的法律义务。所有公众都可以查阅这本注册簿。

在国外签订合同可能会在这个方面碰到一些特殊的困难。这是因为：在有些国家里，人们也许要同各式各样的企业打交道。每类企业都受一套不同的法律管辖，而这些法律有可能使企业的缔约权受到限制，或以其他方式提出一些会影响合同执行的问题。因此，在国外进行重要的谈判时，往往有必要向当地的律师请教这方面的问题以及本书后面几章所提到的一些问题。

2. 什么是合同的有效期？

合同生效的日期并不都是签字的日期，也不全部是始于

某一固定日期。它可能要求根据某一事件的未来情况，而从一个待确定的日期开始。例如，在一项国际性交易中，在要求签约各方中的某一方进行投资的条件下，该协议通常就必须取得外汇管理部门的同意；当一个子公司参与签约时，该协议就必须经控股公司董事会的批准。工业产权许可证协议一般都规定有一个试行期，给予拟议中的受证人以取得该项许可的选择权，如果他在某一规定期间内对试产和试销的情况感到满意并将此意见通知对方的话。总之，无论在什么情况下，都一定要把各项条件写得清清楚楚。

合同有效期的长短取决于许多因素。不能单凭经验来行事。绝大多数劳务合同都规定有固定的时间期限。代理、经销以及工业产权许可证协议，则必须考虑到通常要花一笔巨大的期初资本支出、要花一段时间来开拓令人满意的市场等情况。这类合同的有效期一般都规定为三年、五年或七年，年限届满之后，如果打算延长其有效期，则可作一次回顾，看看双方是否都对合同的执行情况感到满意。

专利权使用许可合同，虽然并不总是根据专利权的有效期及其延长期来确定合同的期限，但通常是这样做的。另一方面，有些合同则规定任何一方如果打算终止合同，则必须在期满前若干时日提前通知对方。关于这方面的规定，我们将在第八个问题中进一步加以论述。

3. 在什么情况下合同可提前终止？

如果合同规定的是一个固定期限，那末在双方所同意的期限满期后，合同就自动终止。在一般情况下，合同上都有续订或延长的规定，它取决于缔约的各方在给另一方的通知中所表示的意向，因此，为了有助于调整计划或就最新的条

款和条件进行谈判，最好在合同期满前提前通知对方。

如果有一方违反了合同中的任一条款，合同可能提前终止，这要看违约的严重程度如何。但不管怎样，在违约情况尚能补救的情况下，通常都规定由受损害的一方向另一方递交违约通知，要求另一方在某一规定时间内加以纠正。受损害的一方如不采取这一行动，不管他是否向另一方提出过赔偿损失的要求，合同就算终止了。

在合同中应作如下规定：如果任何一方宣告破产或已开始办理清理手续，或者任何一方与第三方合并或被第三方接管，合同即告终止，这样也就维护了合同关系不涉及第三方的原则。最后，在所有的代理协议或经销协议中，最好写上有关终止合同的条款，不论出于什么原因，如果合同所规定的各项产品或部分产品停止生产，合同就全部终止或部分终止。当然，在出现这种情况时，必须发生合乎情理的通知。

这里还要注意一个问题，即在部分或全部终止国外代理合同和经销合同时，可能会而且往往会出现要求赔偿的问题。这个问题将在本书的第二章和第三章中详加论述。

4. 合同是否可以转让？

正在执行中的合同，通常都订有不准转让，或须经另一方（另几方）的同意才可转让或保留转让权的条款。这里所说的“同意”有时是以“不得无故不同意”的词语来表示的。但最好不要以这样的词语来表达，因为它可能会引起纠纷。

如果一个人或一家公司为了赚钱而打算把合同转让给第三方的话，那末一份重要的合同就可能成为他们手中的一项非常贵重的财产。但是，缔约双方通常都应记住合同关系不