

无法翻译的概念

Dr Alexander Ressos, TEP
Attorney-at-Law (Switzerland), Solicitor (Hong Kong),
Solicitor (England & Wales)

多语言合同起草最深层的难题，在于某些法律概念在另一种语言中没有确切对应，因为它们属于不同的法律体系。一个词在词典意义上可能翻译正确，却仍承载着不同的法律内容。以下所举的例子，是瑞士、德国、法国与普通法世界的当事人之间订立合同时最常出现的情形。它们说明，合同翻译是一项需要通晓两种法律体系的法律工作；联邦最高法院和德国法院在将外国法律术语的含义视为准据法问题时，也承认了这一点。¹

第一个例子是 *Treu und Glauben* 与 *good faith* 这对概念，前一节已作讨论。第二个例子涉及担保责任（*warranties*）。瑞士和德国的买卖法规定了一套法定的瑕疵责任制度，即 *Gewährleistung*，其中包含关于通知、解除合同、减价和时效的规则。在瑞士的买卖中，《瑞士债务法》（CO）第 197 条至第 210 条规范瑕疵责任，要求买方检验货物并及时通知瑕疵，并对动产规定了两年的时效期间。英国在股权和资产收购协议中的做法，是使用陈述与保证（*representations and warranties*），即合同上的事实陈述，违反时产生损害赔偿请求权；就陈述而言，还可能产生针对虚假陈述的救济。当适用瑞士法的股权收购协议的当事人使用这些英文术语时，法院必须判断他们是有意设立一套独立的合同制度，还是有意修改法定瑕疵担保，这对通知要求和时效期间都会产生影响。²

无法翻译的概念

瑞士实务在很大程度上已通过起草解决了这一问题。适用瑞士法的股权收购协议通常规定：陈述与保证构成一套排他且独立的制度，《瑞士债务法》第 197 条至第 210 条不予适用，买方的请求受合同约定的通知期限、赔偿上限、起赔门槛和时效期间的约束。将英文范本译成德文的起草者必须保留这一结构。若将 *representations and warranties* 简单译为 *Gewährleistungen*，就有可能重新引入英文起草本意要排除的法定制度，因为这个德文术语正是该制度的名称。³

第三个例子涉及违约金。瑞士法依《瑞士债务法》第 160 条至第 163 条允许约定违约金，即 *Konventionalstrafe*。根据第 163 条第 3 款，法院可酌情减少过高的违约金。德国法允许法院依《德国民法典》（BGB）第 343 条减少过高的违约金，但《德国商法典》（HGB）第 348 条规定，商人在营业中承诺的违约金不得减少。英国法传统上拒绝执行罚金条款。2015 年，最高法院在 *Cavendish Square Holding BV v Makdessi* 案和 *ParkingEye Ltd v Beavis* 案中重新表述了这一规则：如果一项条款给违约方施加的不利，与守约方在强制履行主要义务方面的任何正当利益完全不成比例，该条款即属罚金性质。因此，英国起草者使用约定损害赔偿（*liquidated damages*）的表述，并将其构建为对损失的真实预估或对正当利益的保护。德文的 *Vertragsstrafe* 若译为 *penalty*，在英国读者看来就是不可执行的；而约定损害赔偿条款若译为 *pauschalierter Schadensersatz*，则可能触发德国格式条款法对定额损害赔偿所施加的限制。⁴

第四个例子涉及保证与担保。瑞士法区分《瑞士债务法》第 492 条至第 512 条规定的保证合同（*Bürgschaft*）与第 111 条规定的独立担保。保证从属于主债务，而担保则设立一项为第三人履行负责的独立义务。这一区分十分重要，因为保证须遵守严格的形式要求。根据第 493 条，保证需要保证人作出书面声明，载明其责任的最高金额；如果保证人为自然人且金额超过法定门槛，该声明必须以

公证书形式作出。第 494 条规定，在某些情况下须经配偶同意。由于第 111 条下的担保不受这些要求的约束，联邦最高法院已发展出在当事人表述不清时区分两者的标准。⁵

英国法用 *guarantee* 一词指称类似于瑞士保证的从属性义务，用 *indemnity* 一词指称独立的主义务。根据《1677 年反欺诈法》（Statute of Frauds 1677）第 4 条，*guarantee* 必须有书面证明并由保证人签署，而 *indemnity* 则不受此要求的约束。因此，英文的 *guarantee* 大致对应瑞士的 *Bürgschaft*，而英文的 *indemnity* 则更接近瑞士的 *Garantie*。译者若在适用瑞士法的文件中将英文的 *guarantee* 译为 *Garantie*，就颠倒了其含义。如果该文件实质上是保证，结果可能是一份因欠缺形式而无效的合同。巴塞尔的银行实务通过使用见索即付担保的标准格式来规避这一陷阱，这些格式明确表明义务的独立性，并常常援引国际商会（ICC）的《见索即付保函统一规则》。⁶

第五个例子是信托。瑞士没有本国的信托法，但自批准《关于信托的法律适用及其承认的海牙公约》以来，瑞士承认外国信托；该公约连同《瑞士联邦国际私法》（PILA）中的新规定，于 2007 年 7 月 1 日对瑞士生效。瑞士法有 *Treuhand*，即一种受托关系：受托人基于委托合同，以自己的名义为委托人的利益持有资产。法国法于 2007 年引入了 *fiducie*。德国法有各种形式的 *Treuhand*，但没有成文的一般制度。因此，将 *trust* 译为 *Treuhand* 或 *fiducie*，暗示了一种并不存在的相似性。信托将法定所有权与受益所有权分离，并为受益人创设合同性受托安排无法复制的物权性权利。本书 E 部分以及有关私人客户业务的文献，阐述了这一差异对财富规划的实际影响。⁷

还可以举出许多其他例子。根据可追溯至 *Hadley v Baxendale* 案的一系列判例，英国法中的间接损失（consequential loss）是指属于损害遥远性规则第二分支范围内的损失，而德文的 *Folgeschaden* 和瑞士

无法翻译的概念

的间接损害概念则有不同的边界。best endeavours 与 reasonable endeavours 在英国判例法中已获得分级的含义，德文的 *nach besten Kräften* 无法再现这些含义。先决条件（condition precedent）、重大不利变化条款（material adverse change clause）以及衡平法上的实际履行救济（specific performance），各自承载着一整套判例法，单个词语的翻译无法将其传递过去。起草者的任务，是及早识别这些术语，决定合同应当使用准据法的概念还是对借用的概念作出明确定义，并确保所有语言版本一致地使用同一个定义术语。⁸

1 注释

1. 关于没有对应概念的法律概念问题，参见比较法和法律翻译文献，例如 Zweigert 和 Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, 第 3 版，1998 年，以及有关法律翻译理论的文献。待核实。
2. 《瑞士债务法》第 197 条至第 210 条关于买卖合同中的瑕疵担保；关于时效期间，参见自 2013 年 1 月 1 日起修订生效的《瑞士债务法》第 210 条。关于瑞士并购实务中的陈述与保证以及《瑞士债务法》第 201 条的适用，参见联邦最高法院的判例和瑞士并购文献。待核实。
3. 关于在瑞士股权收购协议中起草排他性担保制度，参见瑞士并购实务文献，例如关于 *Unternehmenskauf* 的评注和手册。待核实。
4. 《瑞士债务法》第 160 条至第 163 条；《德国民法典》第 343 条；《德国商法典》第 348 条；《德国民法典》第 309 条第 5 项和第 6 项关于格式条款中的定额损害赔偿和违约金。Cavendish Square Holding BV v Makdessi ; ParkingEye Ltd v Beavis [2015] UKSC 67。待核实。
5. 《瑞士债务法》第 111 条及第 492 条至第 512 条，特别是关于形式和配偶同意的第 493 条和第 494 条。关于 Garantie 与

Bürgschaft 的区分，参见联邦最高法院的判例和评注。门槛金额待核实。

6. Statute of Frauds 1677 第 4 条。关于见索即付担保，参见国际商会 Uniform Rules for Demand Guarantees (URDG 758)，2010 年修订版。待核实。
7. 1985 年 7 月 1 日《关于信托的法律适用及其承认的海牙公约》，自 2007 年 7 月 1 日起对瑞士生效；《瑞士联邦国际私法》(PILA, SR 291) 第 149a 条至第 149e 条。关于法国的 fiducie，参见由 loi n° 2007-211 du 19 février 2007 引入的《法国民法典》第 2011 条及以下各条。待核实。
8. Hadley v Baxendale (1854) 9 Exch 341。关于英国法中间接损失和努力义务条款的含义，参见有关合同起草的英国判例法和实务文献。待核实。

仅供一般参考。本文不构成法律或税务意见，不能替代针对个案的专业意见，亦不建立律师与客户关系。本文反映截至 2026 年 9 月的法律状况。

在线版本: cn.helveticaregister.com/basel-concepts-that-do-not-translate