

無法翻譯的概念

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

多語言合同起草最深層的難題，在於某些法律概念在另一種語言中沒有確切對應，因為它們屬於不同的法律體系。一個詞在詞典意義上可能翻譯正確，卻仍承載著不同的法律內容。以下所舉的例子，是瑞士、德國、法國與普通法世界的當事人之間訂立合同時最常出現的情形。它們說明，合同翻譯是一項需要通曉兩種法律體系的法律工作；聯邦最高法院和德國法院在將外國法律術語的含義視為準據法問題時，也承認了這一點。¹

第一個例子是 *Treu und Glauben* 與 *good faith* 這對概念，前一節已作討論。第二個例子涉及擔保責任（*warranties*）。瑞士和德國的買賣法規定了一套法定的瑕疵責任制度，即 *Gewährleistung*，其中包含關於通知、解除合同、減價和時效的規則。在瑞士的買賣中，《瑞士債務法》（CO）第 197 條至第 210 條規範瑕疵責任，要求買方檢驗貨物並及時通知瑕疵，並對動產規定了兩年的時效期間。英國在股權和資產收購協議中的做法，是使用陳述與保證（*representations and warranties*），即合同上的事實陳述，違反時產生損害賠償請求權；就陳述而言，還可能產生針對虛假陳述的救濟。當適用瑞士法的股權收購協議的當事人使用這些英文術語時，法院必須判斷他們是有意設立一套獨立的合同制度，還是有意修改法定瑕疵擔保，這對通知要求和時效期間都會產生影響。²

無法翻譯的概念

瑞士實務在很大程度上已通過起草解決了這一問題。適用瑞士法的股權收購協議通常規定：陳述與保證構成一套排他且獨立的制度，《瑞士債務法》第 197 條至第 210 條不予適用，買方的請求受合同約定的通知期限、賠償上限、起賠門檻和時效期間的約束。將英文範本譯成德文的起草者必須保留這一結構。若將 representations and warranties 簡單譯為 *Gewährleistungen*，就有可能重新引入英文起草本意要排除的法定制度，因為這個德文術語正是該制度的名稱。³

第三個例子涉及違約金。瑞士法依《瑞士債務法》第 160 條至第 163 條允許約定違約金，即 *Konventionalstrafe*。根據第 163 條第 3 款，法院可酌情減少過高的違約金。德國法允許法院依《德國民法典》（BGB）第 343 條減少過高的違約金，但《德國商法典》（HGB）第 348 條規定，商人在營業中承諾的違約金不得減少。英國法傳統上拒絕執行罰金條款。2015 年，最高法院在 *Cavendish Square Holding BV v Makdessi* 案和 *ParkingEye Ltd v Beavis* 案中重新表述了這一規則：如果一項條款給違約方施加的不利，與守約方在強制履行主要義務方面的任何正當利益完全不成比例，該條款即屬罰金性質。因此，英國起草者使用約定損害賠償（liquidated damages）的表述，並將其構建為對損失的真實預估或對正當利益的保護。德文的 *Vertragsstrafe* 若譯為 penalty，在英國讀者看來就是不可執行的；而約定損害賠償條款若譯為 *pauschalierter Schadensersatz*，則可能觸發德國格式條款法對定額損害賠償所施加的限制。⁴

第四個例子涉及保證與擔保。瑞士法區分《瑞士債務法》第 492 條至第 512 條規定的保證合同（*Bürgschaft*）與第 111 條規定的獨立擔保。保證從屬於主債務，而擔保則設立一項為第三人履行負責的獨立義務。這一區分十分重要，因為保證須遵守嚴格的形式要求。根據第 493 條，保證需要保證人作出書面聲明，載明其責任的最高金額；如果保證人為自然人且金額超過法定門檻，該聲明必須以

公證書形式作出。第 494 條規定，在某些情況下須經配偶同意。由於第 111 條下的擔保不受這些要求的約束，聯邦最高法院已發展出在當事人表述不清時區分兩者的標準。⁵

英國法用 *guarantee* 一詞指稱類似於瑞士保證的從屬性義務，用 *indemnity* 一詞指稱獨立的主義務。根據《1677 年反欺詐法》（Statute of Frauds 1677）第 4 條，*guarantee* 必須有書面證明並由保證人簽署，而 *indemnity* 則不受此要求的約束。因此，英文的 *guarantee* 大致對應瑞士的 *Bürgschaft*，而英文的 *indemnity* 則更接近瑞士的 *Garantie*。譯者若在適用瑞士法的文件中將英文的 *guarantee* 譯為 *Garantie*，就顛倒了其含義。如果該文件實質上是保證，結果可能是一份因欠缺形式而無效的合同。巴塞爾的銀行實務通過使用見索即付擔保的標準格式來規避這一陷阱，這些格式明確表明義務的獨立性，並常常援引國際商會（ICC）的《見索即付保函統一規則》。⁶

第五個例子是信託。瑞士沒有本國的信託法，但自批准《關於信託的法律適用及其承認的海牙公約》以來，瑞士承認外國信託；該公約連同《瑞士聯邦國際私法》（PILA）中的新規定，於 2007 年 7 月 1 日對瑞士生效。瑞士法有 *Treuhand*，即一種受託關係：受託人基於委託合同，以自己的名義為委託人的利益持有資產。法國法於 2007 年引入了 *fiducie*。德國法有各種形式的 *Treuhand*，但沒有成文的一般制度。因此，將 *trust* 譯為 *Treuhand* 或 *fiducie*，暗示了一種並不存在的相似性。信託將法定所有權與受益所有權分離，併為受益人創設合同性受託安排無法複製的物權性權利。本書 E 部分以及有關私人客戶業務的文獻，闡述了這一差異對財富規劃的實際影響。⁷

還可以舉出許多其他例子。根據可追溯至 *Hadley v Baxendale* 案的一系列判例，英國法中的間接損失（consequential loss）是指屬於損害遙遠性規則第二分支範圍內的損失，而德文的 *Folgeschaden* 和瑞士

無法翻譯的概念

的間接損害概念則有不同的邊界。best endeavours 與 reasonable endeavours 在英國判例法中已獲得分級的含義，德文的 *nach besten Kräften* 無法再現這些含義。先決條件（condition precedent）、重大不利變化條款（material adverse change clause）以及衡平法上的實際履行救濟（specific performance），各自承載著一整套判例法，單個詞語的翻譯無法將其傳遞過去。起草者的任務，是及早識別這些術語，決定合同應當使用準據法的概念還是對借用的概念作出明確定義，並確保所有語言版本一致地使用同一個定義術語。⁸

1 註釋

1. 關於沒有對應概念的法律概念問題，參見比較法和法律翻譯文獻，例如 Zweigert 和 Kötz, *An Introduction to Comparative Law*，第 3 版，1998 年，以及有關法律翻譯理論的文獻。待核實。
2. 《瑞士債務法》第 197 條至第 210 條關於買賣合同中的瑕疵擔保；關於時效期間，參見自 2013 年 1 月 1 日起修訂生效的《瑞士債務法》第 210 條。關於瑞士併購實務中的陳述與保證以及《瑞士債務法》第 201 條的適用，參見聯邦最高法院的判例和瑞士併購文獻。待核實。
3. 關於在瑞士股權收購協議中起草排他性擔保制度，參見瑞士併購實務文獻，例如關於 *Unternehmenskauf* 的評註和手冊。待核實。
4. 《瑞士債務法》第 160 條至第 163 條；《德國民法典》第 343 條；《德國商法典》第 348 條；《德國民法典》第 309 條第 5 項和第 6 項關於格式條款中的定額損害賠償和違約金。Cavendish Square Holding BV v Makdessi；ParkingEye Ltd v Beavis [2015] UKSC 67。待核實。
5. 《瑞士債務法》第 111 條及第 492 條至第 512 條，特別是關於形式和配偶同意的第 493 條和第 494 條。關於 Garantie 與

Bürgschaft 的區分，參見聯邦最高法院的判例和評註。門檻金額待核實。

6. Statute of Frauds 1677 第 4 條。關於見索即付擔保，參見國際商會 Uniform Rules for Demand Guarantees (URDG 758)，2010 年修訂版。待核實。
7. 1985 年 7 月 1 日《關於信託的法律適用及其承認的海牙公約》，自 2007 年 7 月 1 日起對瑞士生效；《瑞士聯邦國際私法》(PILA, SR 291) 第 149a 條至第 149e 條。關於法國的 fiducie，參見由 loi n° 2007-211 du 19 février 2007 引入的《法國民法典》第 2011 條及以下各條。待核實。
8. Hadley v Baxendale (1854) 9 Exch 341。關於英國法中間接損失和努力義務條款的含義，參見有關合同起草的英國判例法和實務文獻。待核實。

僅供一般參考。本文不構成法律或稅務意見，不能取代針對個別情況的專業意見，亦不建立律師與客戶關係。本文反映截至 2026 年 9 月的法律狀況。

網上版本：hk.helveticaregister.com/basel-concepts-that-do-not-translate