

ONGGUO SHEWAIFA CONGSHU ZHONGGUO SHEW 中国涉外法丛书 ZHONGGUO

涉外工程承包 劳务合作 的法律问题

章尚锦 主编

同济大学出版社

FA CONGSHU ZHONGGUO SHEWAIFA CO

涉外工程承包 劳务合作 的法律问题

章尚锦 李 彪 张向东 编著

同 济 大 学 出 版 社

《中国涉外法》丛书

顾 问	王铁崖	朱奇武	陈 安	姚梅镇
	高尔森	高铭暄	端木正	
	(按姓氏笔划排列)			
统 筹	杨德溥			
主任编辑	洪建华	率蕴铤	张仲春	
组编单位	深圳大学编辑出版中心			
出版单位	中国政法大学出版社	同济大学出版社		
协作单位	香港雁鸣出版社			

涉外工程承包劳务合作的法律问题

章 尚 锦

☆

同 济 大 学 出 版 社 出 版
新 华 书 店 上 海 发 行 所 发 行
湖 南 环 境 保 护 报 社 印 刷 厂 印 刷

开本:850×1168 1/32 印张:8.82 字数:228千字

1988年8月第1版 1989年4月第2次印刷

印数:3001—12000册 定价:4.15 元

ISBN 7-5608-0201-X/C·20

《中国涉外法丛书》

序

我国实行开放政策，打破以往的封闭或半封闭状态。国际往来关系频繁了，涉及外国和外国人的问题也增多了。在这种情况下，势必对这些问题要在法律上加以规定，也有必要制定专门涉及这些问题的法律。因此，“涉外法律”的概念产生了，而研究涉外法律的学科被称为“涉外法学”。

国家不可能闭关自守，拒绝与其他国家发生关系，排斥与外国人的往来。因此，国家的法律要涉及到外国和外国人，也就是说，有涉外的因素。宪法中关于国家元首、缔约权、外国人的待遇等规定都具有涉外的性质。国籍法与外国有密切的关系，土地法可能禁止外国人的土地所有权而允许其使用权。甚至刑法，其中关于管辖权的规定直接与外国人有关。这样说来，“涉外法律”就有很广的范围。

但是，提出“涉外法律”这个概念，其着重点在于那些与涉外关系较密切的法律，特别是专门以涉外关系为规定对象的法律。现在，在我国，这样的法律已经不少，今后还会越来越多，特别是在经济方面有涉外关系的法律还会不断地增加。显然，对这类法律有必要加以研究。研究这类法律就是“涉外法学”的任务。

涉外法学与国际私法不同，涉外法学研究具有涉外因素的法律，而国际私法则主要以法律的冲突为研究对象。涉外法学与国际经济法不同，涉外法学所研究的是国内法律，不过有涉外因

素，而国际经济法则调整国家间经济关系。涉外法律不是比较法，比较法可以说是一种方法，即用比较各国法律的方法来研究法律。涉外法律不是统一法或划一法，统一法或划一法是通过国际公约的缔结（有时通过国际惯例）来使有关某些事项的各国法律统一或划一起来，以避免各国法律在这些事项上的冲突。最后，涉外法律也不是国际法，因为它不是国际的，而是涉外的。因此，对涉外法律的研究可以成为独立的法学的一支。

如果涉外法学成为法学的一支，它是新的一支，还没有达到成熟的程度。现在，还不能说它有什么样的体系，更不能说完整的体系，甚至它的范围也还难以确定。对于涉外法律，目前需要分门别类加以研究。这样的研究是“先驱性的”，但是，它对于涉外法学的建立和未来发展是会有帮助的。

深圳大学编辑出版中心在全国范围内组编“涉外法学丛书”，这是一项有意义的工作。丛书的出版毫无疑问会对涉外法律的教学和研究以及有关的实际工作有所帮助。同时，它也必然对涉外法学的未来发展作出贡献。

王铁崖

1988.5.5

北京大学国际法研究所

《中国涉外法丛书》

书 目

- 涉外法律适用原理
- 中国涉外经济法概论
- 中国对外贸易中的法律问题
- 中国外资法
- 涉外经济合同法
- 涉外税法
- 涉外金融法
- 涉外保险法
- 国际工业产权法通论
- 涉外经济贸易的诉讼与仲裁
- 涉外婚姻继承法
- 行政法中的涉外法律问题
- 海关法
- 海商法新论
- 中外双边经贸条约与协定概述
- 涉外工程承包劳务合作的法律问题
- 中华人民共和国的国际法实践
- 中国国际私法的理论与实践

(有○标记者，为已出版书)

内 容 简 介

作者就涉外工程承包和劳务合作的概念、特点、内容和法律关系的建立、合同的签订，以及对外国承包商承包工程的管理等一系列法律问题，从理论上和实际业务上作了全面、系统的阐述。本书的特点是，不仅进行理论探讨，而且紧密联系当前开展涉外工程承包和劳务合作的实际经验和法律问题，提供了大量的材料。因此，本书可供涉外法教学、研究工作者使用，亦可供从事涉外经济贸易工作者学习、参考。

作 者 简 介

章尚锦，中国人民大学法律系副教授，北京市第十律师事务所兼职律师，中国国际私法研究会理事。1926年12月生，1952年大学法律系毕业，1955年国际私法专业研究生毕业，一直从事教学工作。除编有大量教学材料外，参加了《国际法概论》、《国际私法》（上下册）的编写工作，编写了《国际私法教学大纲》，担任《特区经济法教程》副主编，发表论文多篇，并参加了国际私法、特区经济法学习材料选编工作等。

李 彪，法学士，国际经济法专业研究生毕业，发表论文多篇。

张向东，法学士，国际经济法专业研究生毕业，发表论文多篇。

前 言

目前,我国正进一步对外开放、对内搞活,积极参加国际经济大循环,其中包括继续大力开展涉外工程承包和劳务合作业务。实践表明,涉外工程承包和劳务合作中存在诸多法律问题。但是,我国对此至今仍缺乏专门的、较为全面的研究。为了满足教学、研究和实际工作的迫切需要,我们广泛地收集材料,进行初步探索和研究,现撰写成书奉献给各位读者。限于水平,也因时间仓促,书中难免有不妥之处,望读者指正。

本书由章尚锦主编。李彪收集大量的材料,承担了主要的编写工作。张向东除承担两章的编写工作外,还选编了附录部份。各章撰写人为:

章尚锦:第一章,第五章;

李 彪:第三章,第六章,第七章;

张向东:第二章,第四章。

作 者

1988年5月·北京

目 录

第一章 涉外工程承包和劳务合作概论	(1)
第一节 涉外工程承包.....	(2)
一、涉外工程承包的概念.....	(2)
二、涉外工程承包的特点.....	(3)
三、涉外工程承包的内容.....	(5)
第二节 涉外劳务合作.....	(6)
一、涉外劳务合作的概念.....	(6)
二、涉外劳务合作的特点.....	(8)
三、涉外劳务合作的内容.....	(9)
第三节 开展涉外工程承包和劳务合作的基本原则和 方针.....	(10)
一、基本原则.....	(10)
二、基本方针.....	(12)
第四节 涉外工程承包和劳务合作的立法、条约和 惯例.....	• (14)
一、涉外工程承包和劳务合作的主要法律问题.....	(14)
二、国内立法.....	(16)
三、国际条约和国际惯例.....	(20)
第五节 涉外工程承包和劳务合作的历史发展.....	(21)
一、国际工程承包和劳务合作的产生.....	(22)
二、国际工程承包和劳务合作的发展及其趋势.....	(22)
三、我国涉外工程承包和劳务合作事业的兴起.....	(25)
四、开展涉外工程承包和劳务合作的意义.....	(27)

第二章 涉外工程承包和劳务合作中的法律关系…………… (28)

第一节 涉外工程承包和劳务合作的主体…………… (28)

一、涉外工程承包的主体…………… (28)

二、涉外劳务合作的主体…………… (32)

第二节 涉外工程承包和劳务合作的客体…………… (32)

一、涉外工程承包的客体…………… (32)

二、涉外劳务合作的客体…………… (34)

第三节 涉外工程承包和劳务合作涉及的基本权利

义务关系…………… (35)

一、承揽关系…………… (35)

二、代理关系…………… (38)

三、雇佣关系…………… (42)

四、担保关系…………… (45)

五、借贷关系…………… (50)

六、保险关系…………… (53)

七、合伙经营关系…………… (57)

八、合资经营关系…………… (61)

第三章 涉外工程承包和劳务合作法律关系的建立…………… (64)

第一节 招标…………… (64)

一、什么是招标…………… (64)

二、招标的种类和方式…………… (68)

三、招标的一般程序…………… (74)

四、招标文件…………… (78)

第二节 投标…………… (85)

一、什么是投标…………… (85)

二、投标的一般程序…………… (89)

第三节 谈判和签约…………… (102)

一、开标…………… (102)

二、评标·····	(104)
三、议标和定标·····	(108)
四、签约·····	(111)
第四章 涉外工程承包合同和劳务合作合同的种类·····	(122)
第一节 涉外工程承包合同的种类·····	(122)
一、按合同标的不同分类·····	(122)
二、按经营方式的不同分类·····	(125)
三、按计价方式的不同分类·····	(128)
第二节 涉外劳务合作合同的种类·····	(134)
一、单纯的涉外劳务合作合同·····	(134)
二、包工包料的劳务合作合同·····	(138)
第五章 涉外工程承包合同·····	(143)
第一节 涉外工程承包合同概述·····	(143)
一、涉外工程承包合同的概念和法律特点·····	(143)
二、合同文件的构成·····	(146)
第二节 涉外工程承包合同的主要内容·····	(152)
一、一般性条款·····	(153)
二、特殊性条款·····	(159)
三、不同工程项目具有不同的合同文件内容·····	(160)
第三节 几种常见的涉外工程承包合同·····	(160)
一、涉外工程总承包合同·····	(160)
二、涉外工程分包合同·····	(166)
三、涉外合伙承包工程合同·····	(169)
第六章 涉外劳务合作合同·····	(176)
第一节 涉外劳务合作合同的概念、特征和内容·····	(176)
一、涉外劳务合作合同的概念·····	(176)
二、涉外劳务合作合同的特征·····	(178)

三、涉外劳务合作合同的主要内容·····	(179)
第二节 涉外工程劳务分包合同·····	(180)
一、涉外工程劳务分包合同的概念·····	(180)
二、涉外工程劳务分包合同的特征·····	(182)
三、涉外工程劳务分包合同的内容·····	(184)
第三节 涉外劳务合同·····	(196)
一、涉外劳务合同的概念·····	(196)
二、涉外劳务合同的特征·····	(197)
三、涉外劳务合同的内容·····	(199)
第四节 涉外咨询服务合同·····	(212)
一、咨询服务及其主要类型·····	(212)
二、涉外咨询服务合同的概念·····	(214)
三、涉外咨询服务合同的缔结过程·····	(216)
四、涉外咨询服务合同的种类·····	(220)
五、涉外咨询服务合同的主要内容·····	(222)
第五节 对外提供劳务合同·····	(228)
一、对外提供劳务合同的概念和特点·····	(228)
二、对外提供劳务合同的内容·····	(231)

第七章 我国对外国承包商承包工程的管理····· (237)

第一节 我国开展建筑工程国际招标的基本原则·····	(237)
一、主权原则·····	(238)
二、平等互利原则·····	(238)
三、计划管理原则·····	(238)
四、国内优先原则·····	(239)
第二节 对外国设计机构承揽设计我国工程项目的 管理·····	(239)
一、外国设计机构承揽设计我国工程项目的方式 和范围·····	(240)
二、中外合作设计工程项目的一般程序·····	(241)

三、我国对外国设计机构从事工程项目设计的 税收管理·····	(244)
第三节 对外国承包商承包建设我国工程项目的管理	(249)
一、外国承包商承包建设我国工程项目的范围···	(250)
二、外国承包商在我国承包建设工程项目的一般 程序·····	(251)
三、外国承包商从事工程承包活动应当注意的 其他事项·····	(257)
附 录·····	(259)

第一章 涉外工程承包 和 劳 务 合 作 概论

在理论和实践中，不同国家和不同著作对国际工程承包和劳务合作的关系及其归类问题存在不同主张：一种意见认为，凡是到国外从事工程设计、测量、施工、工农业生产、文化教育、医疗卫生、交通运输以及法律、会计、检验、企业管理等项目的工作人员的体力劳动和脑力劳动都称为国际劳务；另一种意见认为，从事银行、保险、信息、旅游等工作也应列入劳务范围；而第三种意见则认为，涉外工程承包应被认为是涉外劳务的一个主要组成部份。

我们认为，涉外工程承包和劳务合作是一种综合性的国际经济技术合作方式，是国际经济大循环的重要组成部份。涉外劳务合作除单纯提供劳务的情形外，其基本形式是通过涉外工程承包来实现的，涉外工程承包是涉外劳务合作的主要组成部份和形式。正因如此，两者的法律问题有许多互相联系的地方。本书把阐述的侧重点放在涉外工程承包的法律问题上，同时并列介绍涉外劳务合作的法律问题。

第一节 涉外工程承包

一、涉外工程承包的概念

1. 涉外工程承包和国际工程承包

涉外工程承包和国际工程承包是从不同角度和标准来区分的两个既相联系又相区别的概念。涉外工程承包是从一个具体的国家出发来看待具有外国因素(涉外因素)的工程承包,而国际工程承包则是从整个世界范围来看待跨越国界的工程承包。可见,两者的含义在实质上是-一样的,只是着眼点不同而已。

国际工程承包是一种包括设备、技术、资金、劳务在内的,内容复杂的综合性国际经济技术合作形式。它指不同国家的当事人即承包单位和发包单位之间,承包单位为发包单位(建设单位、业主)完成一定的建设工程任务,发包单位提供必要条件、验收工程并给付费用和报酬的一种国际经济技术合作方式。建设单位称为发包人或业主,施工单位称为承包人。工程,包括勘察、设计、建筑、安装等任务,含供应原材料和机器设备、提供技术和劳力、培训人员、试车等等内容。国际工程承包关系是通过当事人之间签订国际工程承包合同来实现的。

2. 涉外工程承包

我国的涉外工程承包,是指从我国的角度看具有涉外因素的工程承包。具体说来,包括我国的承包公司到国外承包工程项目(含在国外的发包人的、中外合资或合作企业的及中国独资企业的工程)和外国承包公司在我国境内承包工程项目(含我国有、集体及私营企业的、中外合资或合作企业的及外资企业的工程)。从法律角度来讲,涉外工程承包是承包人和发包人之间就工程建筑所为的法律行为,并由此在他们之间形成的在主体、客体

或内容等方面具有涉外因素的法律关系。这种工程承包关系是通过签订涉外工程承包合同来确定的。其主体为发包人和承包人；其客体为一定的工程项目，包括咨询、设计、施工、安装等等；其涉外因素是指其主体、客体或者双方的权利义务至少有一项涉及外国，不是主体国籍不同，就是工程项目在外国，跨越国界进行工程项目建设。

二、涉外工程承包的特点

涉外工程承包具有自己的显著特点。从涉外工程承包业务来看，其特点为：

1.工程内容和贸易内容的广泛性与复杂性：这是涉外工程承包关系的主要特点。涉外工程承包的项目大、投资多、任务重，从筹备到建设完工要经过一个复杂的过程。其中包括：可行性研究、设计、谈判订约或招标成交、机器设备和物资采购、施工、试车、移交和处理善后事宜，等等。所以，在一项工程建设（筑）中，就其内容而论，无论是有形的还是无形的，都是十分广泛而复杂的。

2.工程技术水平和管理水平的先进性：在当前涉外工程承包业务中，对技术水平和管理水平要求较高。发包人发包的工程项目，一般都是技术水平和管理水平要求较高的工厂或工程项目，因而对承包公司的要求也就必然较高。当前，涉外工程承包总的发展趋势是从劳动密集型项目向技术密集型项目发展，从低、中级技术项目向中、高级技术项目发展，特别是自1987年以来，发包人发包的多是技术型、智力型工程项目。

3.营建时间的长期性：一般情况下，发包的工程项目规模都比较大，施工时间也就比较长，少则半年，多则十年八年，一般也得二至五年不等。这就要求当事人在承包或发包时就要充分考虑、估计到在这个期间可能产生的各种情况和可能遇到的各种问题。

4.工程投资的多量性：在涉外工程承包关系中，一项工程的

投资，少则十万、百万美元，多则千万、万万美元计。所以，在涉外工程承包关系中，往往涉及借款、信贷、保险等关系，法律关系非常复杂。

5.承包工程的风险性：涉外工程承包的工程项目涉及面广、投资多、时间长。在这个过程中，政治、经济情况的变化及自然条件的骤变等等风险，随时都可能发生，如地质条件、地理环境、交通运输条件等恶化的风险，三十万甚至上百万美元亏本的事都是难免的。

6.工程的赢利性：在涉外工程承包关系中，承包工程的交易额非常大。投资多、风险大，但利润也大。从商品、技术到劳动力，各国、各地区的成本与价格差距很大。承包人既可能冒风险而亏本，也可能从中获得大量利润，因而承包市场上竞争十分激烈。

除了从涉外工程承包的业务内容来分析外，从法律上来分析，则涉外工程承包关系还具有下列法律特点：

①**具有涉外性：**就是指这种工程承包关系必须具有外国因素或叫作涉外因素，或者双方当事人的国籍不同，或者工程项目在另一国，总之其法律关系的主体、客体或内容是涉及外国的，是跨越国界的工程承包。所以，涉外工程承包的主要法律特点就是具有涉外性。

②**是一种债权债务关系：**承包人和发包人之间的权利义务关系属于债的关系，因为按照承包合同，承包人要为发包人完成一定的工程项目，而收取价款和酬金，发包人则要支付价款和酬金从而取得工程建筑的所有权，这符合债的概念。

③**标的具有特殊性：**涉外工程承包的标的不是有形或无形的财产，也不是劳动力，而是一定的工程建设项目。

④**是一种工程贸易关系：**在涉外工程承包关系中，往往要由承包人来提供资金、技术、设备和劳务才能获得工程建设项目，因而往往被称为工程贸易关系。

⑤**承包人须自备资金、自冒风险进行工程建设：**涉外工程承包关系对承包人来说是一种风险性投资，因而这种法律关系的