

涉外经营管理法律实务

····· 刘弓强 著 ·····



北京市法学品牌专业实践课程系列特色教材
总主编 李仁玉



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

D922.291.91

31

2006

涉外经营管理法律实务

SHIWAI JINGYING GUANLI FALU SHIWU

刘弓强◎著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

涉外经营管理法律实务/刘弓强著. —北京:北京大学出版社, 2006. 9

(北京市法学品牌专业实践课程系列特色教材)

ISBN 7-301-10938-5

I. 涉… II. 刘… III. 中外合资经营-合资企业-企业法-中国-高等学校-教材 IV. D922.291.91

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 088054 号

书 名: 涉外经营管理法律实务

著作责任者: 刘弓强 著

责任编辑: 吕亚萍

标准书号: ISBN 7-301-10938-5/D·1540

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印 刷 者: 北京宏伟双华印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

730 毫米×980 毫米 16 开本 11.75 印张 209 千字

2006 年 9 月第 1 版 2006 年 9 月第 1 次印刷

定 价: 24.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

总 序

三十年前,随着改革开放序幕的拉开,中国的法学教育在高等教育中艰难地赢得一席之地,在没有教材、没有法规、没有专著、没有参考资料的艰难局面下,靠着我们前辈的无限热情和不懈努力而蹒跚起步。正如中国人民大学著名史学家戴逸先生所说,那时的法学教育是幼稚的,基本上处于法学教育的启蒙阶段。其表现为老师上课念讲稿,学生上课做笔记,考试背笔记。正如任何大学的长成需要经过幼苗阶段一样,老师的讲授也基本停留在对法学概念的阐释层面。

时至今日,法学学科和法学教育出现了一种全新的局面。目前,全国有近五百所高校设置了法学院系,全国每年招收全日制法学本科生共计十万人左右。在法律规范层面上,社会主义市场经济法律体系已经基本形成,全国人大及其常委会颁布的法律、国务院颁布的行政法规、国务院各部门颁布的政府规章以及最高人民法院、最高人民检察院所作的相关司法解释已经深入到社会生活、经济生活的方方面面,无法可依的局面已经得到彻底改观。在法律研究层面上,几乎有近万部专著出现,面对当下之形势,法学教育何去何从,已是摆在法学教育者面前的一道现实课题。

时值北京市实现教育跨越式发展,建设 100 个市级本科品牌专业的伟大构想之际,我院法学专业作为北京市市级品牌建设专业,提出本科法学教育强化基础,重视应用的教学理念,使学生做到学习平时化,目标具体化。为了实现这一理念,我们除了针对教育部核定的法学专业 14 门核心课程推出北京市法学品牌专业核心课系列特色教材之外,同时推出北京市法学品牌专业实践课系列特色教材,以达到重视应用之目的。

本特色教材的特色在于:第一,在教材的编写体例和内容上,以实务中发生的真实案例为基本素材,同时通过该案例启发学生思考的方向,并提出学生实践的具体要求和目标。从宏观意义上讲,法学是经邦治国之学,法学教育以培养经邦治国之才为己任;从微观意义上讲,法学是维护人权之学,法学教育以培养学生为民请命、为民排忧解难之品格和技能为内容。无论是经邦治国还是为民排忧解难都是解决形形色色的社会问题,而社会问题都集中体现在具体的案例中。因此,以实务中发生的真实案例为素材进行教学是使学生了解社会、认识社会、分析社会 and 解决社会问题的最佳途径。社会问题是复杂的,对年轻的学生来说,



根据其人生经验和社会阅历往往难以分析、判断,故在教材中编写了启发学生思考方向或路径的内容。学生实践的具体要求和目标使实践课程的目标具体化,是解决学生实践目的、实践步骤、实践内容和实践方法的意义所在。第二,在教材的使用上,不是传统法学教育模式下以教师为中心的讲授,而是以学生为主体的模拟实践行为,老师只是起到组织者和裁判者的作用。模拟实践行为的实现,必然要求学生在课下进行充分的准备,在准备过程中学生会不自觉地将所学理论知识和方法转化为自己的实践能力,这个过程是一个探究法学理论意义的过程,是一个法条分析和运用的过程,是一个剖析社会现象的过程,也是一个由概念法学向问题法学、由理论法学向实践法学转化的过程。学生通过课下的充分准备,将其所准备的材料在课堂上进行展示,这个展示过程必将使学生熟悉法律运用的程序,从而使学生综合运用法律的能力得到提升;在课堂展示过程中,通过老师的点评,指出学生的纰漏和错误,又必将使学生弥补所学之不足,从而进一步激发学生的学习动力。

本系列特色教材全部由北京工商大学法学院长期从事本科教学的教师所编写,是这些教师多年教学经验的总结和教学心得的提炼。本系列特色教材暂定14本,以后根据具体情况逐步增加,暂定的14本教材分别是《庭审实务》、《律师实务》、《税收法律实务》、《房地产法律实务》、《证据法律实务》、《涉外经营管理法律实务》、《法律文书写作》、《法律职业形象设计》(上述8本为中文版)、《国际贸易法律实务》、《国际投资法律实务》、《商标法律实务》、《专利法律实务》、《英美合同法律实务》、《WTO法律实务》(上述6本为英文版)。编写本系列特色教材是一项原创性的工作,没有多少经验可供借鉴,难免出现各种纰漏或不足,诚请社会同仁批评指正。

在本系列特色教材即将付梓之际,应当特别感谢北京市教委,他们对本系列特色教材的出版给予了经费支持。应当特别感谢北京工商大学校长沈愉教授,副校长李朝鲜教授、谢志华教授和张耘教授,教务处长黄先开教授以及文科实验中心的秦艳梅教授,他们对本系列特色教材的策划提出了宝贵意见,并给予了大力支持。应当特别感谢北京工商大学法学院的老师们,他们为本系列特色教材的编写贡献了他们的人生智慧和教学心得。

北京工商大学法学院

北京工商大学文科实验中心

2006年1月3日

序 言

法律本是一门实用的学问。但是,遗憾的是深受大陆法系教育理念影响的我国,在法学教育上存在着重理论轻实践之嫌。大陆法系国家业已意识到该问题的严重性,在教学以及人才的培养上,进行了诸多的改革。判例百选、演习、讨论等课程以及教材的推出,验证了此点。秉承大陆法系教育理念的我国,面对社会的需要以及时代的挑战,如何改革和发展我国高等院校的法学教育,时下成为了一个焦点。正是在此环境下,作为实践性教材系列丛书中的一个组成部分,笔者写作了《涉外经营管理法律实务》一书。

基于上述目的,笔者在本书的写作过程中着重把握了以下要点:

1. 涉外经营管理的法律活动来源于实务。了解和把握实务的现状和发展动态,是从事该活动的前提所在。

2. 本书的侧重点在于实用。为达到上述目的,本书对涉外经营管理活动中所发生的现实法律问题,在进行系统整理和归纳的基础上,从我国参与国际经贸活动的角度出发,培养学生思考以及实际参与的能力。

3. 从事涉外经营管理的法律活动,与一些非法律专业的实务知识密切相关。作为从事上述活动的基础,本书对此也进行了必要的解说和分析。

在本书的写作过程中,得到了笔者所在单位北京工商大学法学院同事们的帮助和鼓励。同时,法学院的研究生曹敏、黄伦同学为附录资料的整理和加工付出了大量的心血,谨在此一并表示诚挚的谢意。

由于笔者水平有限,书中难免出现遗漏和差错,敬祈读者批评指正。

刘弓强

2006年3月

目 录

基 础 编

第一章 涉外经营管理的法律内容及其特征	(3)
第一节 涉外经营管理的法律内容	(3)
第二节 涉外经营管理活动的法律特征	(4)
第二章 如何把握国际商机	(5)
第一节 如何发现国际商机	(5)
一、通过向国外派遣人员寻找国际商机	(5)
二、通过企业名录寻找国际商机	(5)
三、通过国际商会以及政府的相关机构寻找国际商机	(6)
四、通过参加国际贸易洽谈会等国际性的会议寻找国际商机	(6)
五、通过国际互联网上所发布的信息寻找国际商机	(6)
第二节 如何进行国际商务活动的调查	(6)
一、企业从事国际贸易活动所进行的调查	(7)
二、企业从事国际投资活动所进行的调查	(10)
第三节 如何进行国际商务活动的谈判和签订合同	(30)
一、如何进行国际商务谈判	(30)
二、如何签订国际商务合同	(31)
讨论	(33)

总 则 编

第一章 涉外经营管理适用的法律	(37)
第一节 私法的适用	(37)
第二节 公法的适用	(40)

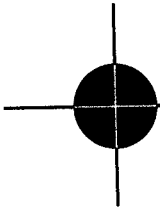


一、国内公法的适用特征	(40)
二、我国以及其他主要国家的公法	(41)
三、公法的国际协调	(45)
讨论	(50)
第二章 企业组织的法律构成	(51)
第一节 法人准据法的确定	(51)
第二节 外国法人的地位	(52)
一、外国法人的认许	(52)
二、对外国法人的监督和管理	(53)
讨论	(54)
第三章 解决企业间国际经贸活动纠纷的法律	(55)
第一节 国际民事诉讼	(55)
一、国际民事诉讼管辖权与诉讼管辖权的竞合	(56)
二、国际民事诉讼程序	(59)
三、外国法院判决的承认与执行	(62)
第二节 国际商事仲裁	(63)
一、国际商事仲裁的特点	(63)
二、国际商事仲裁的种类	(64)
三、国际商事仲裁协议	(65)
四、国际商事仲裁的程序	(66)
五、仲裁的判断标准	(66)
六、本国以及外国仲裁裁决的承认和执行	(67)
讨论	(69)

实 务 编

第一章 国际贸易的法律实务	(73)
第一节 国际货物贸易的法律	(73)
一、国际货物买卖合同的基本条款	(73)
二、国际货物买卖合同的法律适用	(116)
三、《联合国国际货物销售合同公约》	(118)
讨论	(126)

第二节 国际贸易中的特殊法律问题	(126)
一、国际技术贸易的法律	(126)
二、国际产品责任的法律	(139)
三、代理与专卖的法律	(146)
讨论	(147)
第二章 国际投资的法律实务	(148)
第一节 国际直接投资的法律	(148)
一、国际直接投资的原因	(148)
二、对国际直接投资形态的法律分析	(149)
三、促进国际直接投资自由化的国际条约	(152)
第二节 国际间接投资的法律	(154)
一、国际借贷	(154)
二、国际证券	(155)
第三节 国际投资中的特殊法律问题	(156)
一、国际项目融资的法律	(156)
二、国际工程承包的法律	(157)
讨论	(163)
附录	(164)



基础编

- ◆ 第一章 涉外经营管理的法律内容及其特征
- ◆ 第二章 如何把握国际商机

第一章 涉外经营管理的法律内容及其特征

第一节 涉外经营管理的法律内容

国际贸易与国际投资构成了当今国际经贸活动的两大支柱。

在 20 世纪五六十年代前后的世界经济恢复时期,以货物买卖为代表的国际贸易以及与此相关联的海上货物运输、海上货物保险以及国际支付构成了当时国际经贸活动的核心。此后随着各国经济的恢复和发展,以及科学技术的进步,运输、保险、金融、信息、宣传等服务贸易活动作为一项独立的贸易形态日益受到人们的关注,而今服务贸易在国际经贸活动中占据着举足轻重的地位。

与此相呼应,自 20 世纪六七十年代后,国际投资开始成为国际经贸活动中的一项重要内容。所谓国际投资,也就是讲企业通过国际金融借贷、取得外国公司的股份、在国外设立子公司、分公司等以跨越国境所进行的资本转移活动。其中,以诸如合资办厂等参加企业经营活动为目的所进行的投资被称为直接投资,对此,而仅以获取利息、分红等为目的不参加企业的经营活动所进行的投资被称为间接投资或证券投资。国际投资,特别是国际直接投资,在当今的国际经贸活动中得到了迅猛的发展,以致在欧美日等国家产生了足以影响世界经济整体格局的跨国公司。

在国际投资发展的初期,国际投资往往被企业视为国际贸易的一种替代手段。时至今日,国际贸易的扩大引发国际投资,国际投资的增加反之又加大了货物的进出口,国际贸易与国际投资的协同发展成为了当今国际经贸活动的一个重要特征。

在此背景下,企业从事涉外经营管理活动,从国际贸易的范畴上看,企业可选择直接货物贸易与间接货物贸易,除此之外,对外贸易加工、技术贸易以及为推销和扩大自己产品销路的代理和专卖等经济活动也成为了企业从事涉外经营管理活动的重要内容。对此,在国际投资的领域中,在他国设立办事处、独资企业、合资企业以及从事具有国际投资活动特征的国际工程承包和国际项目融资活动等,在当今企业的涉外经营管理活动中也发挥着重要的作用。

第二节 涉外经营管理活动的法律特征

国际经贸活动同国内经贸活动一样,都是企业以获取利润为目的所进行的商业活动。但是,企业在从事国际经贸活动的过程中,或者是当事人间具有不同的国籍,或者是在他国开展经营活动等,因此,从法律的角度上看,企业从事涉外经营管理活动具有如下特征:

1. 从事国际经贸活动,其间所发生的纠纷应该适用哪一个国家的法律,这对企业的经营者来讲是一个首先面临的问题。比如,我国的一家企业向加拿大的企业出口货物,由于在货物的质量问题上发生了纠纷,在此情况下,解决其间的纠纷适用哪一个国家的法律,由于各国的法律规定并非一致,必然会对当事人带来不同的结果。正因为如此,企业的经营者在涉外经营管理活动中,有必要对解决纠纷所适用的法律问题予以充分的注意。

2. 为了解决各国法律规定的不一致对国际经贸活动所带来的不便,在此方面,很多国家签订了双边和多边的国际条约。在这些条约中既有私法性的条约,也有公法性的条约。由于这些条约对国际经贸活动产生着重要的影响作用,因此,企业的经营者除考虑适用某一个国家的法律之外,同时还有必要对国际条约有一个正确的认识。

3. 对各国的法律进行完全的统一,从目前来看依然还存在着许多的障碍。为弥补上述的缺陷,从实务中产生和发展起来的国际惯例在此发挥着重要的作用。熟悉和掌握国际经贸活动的惯例,在实践中具有重要的意义。

4. 企业从事国际经贸活动难免发生纠纷。在涉外经营管理活动中,就解决纠纷手段之一的诉讼而言,由于在当今的国际社会中,不存在一个就私法问题进行审判的国际审判机关,因此,采取诉讼的方式解决纠纷,当事人必须在某一个国家的法院进行起诉。但是,在此情况下,哪一个国家的法院对案件享有诉讼的管辖权,以及一国的法院所作出的判决能否在他国得到承认和执行,这往往涉及企业的权利能否得到实现这一重大问题,因此,任何一个国家的企业对此都会予以充分的关注。

5. 在国际经贸活动中,由于当事人间语言、思维方法以及习惯的不同,容易产生隔阂和纠纷。为避免由于上述问题引发纠纷,除培养企业经营者具有国际化的思维外,在国际经贸活动中尽可能地订立详尽的合同,也是避免纠纷发生的一个有效途径。在此方面,一些国际性的行业组织所制定的格式合同以及合同范本对企业的涉外经营管理活动具有重要的参考价值和指导作用。

第二章 如何把握国际商机

第一节 如何发现国际商机

随着我国加入世界贸易组织后对外开放力度的加大以及国内市场竞争的加剧,我国的许多企业开始将目光瞄准国际市场。国际市场本身是一个大舞台,国际市场可以为我国的企业提供广阔的活动空间。但是,如何寻找国际市场,发现国际商机,这对于受长期封闭影响的我国企业来讲,可以说是在新形势下所面临的一个新的课题。寻找和发现国际商机,不仅仅是勇气和激情的较量,更重要的是还需要掌握一定的策略和方法。掌握这些策略和方法,无疑会给我国企业提供一把打开国际市场之门的钥匙。正因为如此,寻找和发现国际商机成为了企业迈向国际经贸活动的第一步。

综观世界主要国家的企业寻找和发现国际商机所采取的通行做法,在此可以将其归纳为:

一、通过向国外派遣人员寻找国际商机

通过直接向国外派遣人员寻找国际商机,在寻找和发现国际商机方面可以说是最为理想的一种方法。通过该方法可以同对方的企业直接面谈,了解对方,在成功率和避免风险方面具有较高的价值。但是,直接向国外派遣人员,一是费用较高,同时,所派遣的人员涉及的地域无疑受到了限制,因此,采取上述方法必然有其不足。

二、通过企业名录寻找国际商机

通过企业名录查找对方的企业可以说是一种既简便又经济的方法,通过该方法可以不出国门发现大量的对方企业。但是,企业的名录容易过时,同时,对方的真实情况仅仅通过书籍难以充分把握。

三、通过国际商会以及政府的相关机构寻找国际商机

通过国际商会以及政府的相关机构寻找国际商机,也是一种可行的方法。现在基本上所有的国家都设有诸如国际商会这样的经济组织。同时,在政府机构中还建立起了促进国际贸易与投资的机构和驻外使领馆中的商务处。这些组织和机构往往免费为中外企业提供国际商务的机会。但是,通过上述组织和机构寻找国际商机,存在着如下的问题:

1. 对同一个企业往往有多家的企业希望与其进行商谈,这样容易加大企业间的竞争,削减本企业的优势。
2. 上述国际商会以及政府的相关机构所提供的商机资料往往来源于国外企业本身,在这些资料中难免出现鱼目混珠的现象。

四、通过参加国际贸易洽谈会等国际性的会议寻找国际商机

通过参加国际贸易洽谈会等相关的国际性的会议寻找和发现国际商机,也是国际上一种较为通行的做法。参加国际贸易洽谈会等活动,企业可以与大量的参会企业进行交往,直接了解对方的动态,在此方面,该方法具有无可比拟的优越性。但是,通过该方法与上述的通过国际商会以及政府的相关机构寻找国际商机所存在的问题相同,一是容易加大企业间的竞争,同时,为参会所花费的费用以及语言交流等问题,这往往也构成了企业的一个沉重负担。

五、通过国际互联网上所发布的信息寻找国际商机

通过国际互联网上所发布的信息寻找国际商机,是当今最为流行的一种新方法。国际互联网上所发布的信息较多,同时更新快,费用低,这些都是该方法所具有的优点。但是,国际互联网上所发布的信息,由于真实性较差,因此,对企业来讲具有较大的风险,这点企业在寻找国际商机的过程中应该予以充分的注意。

通过对以上各种方法的介绍和分析,可以发现,上述的方法在寻找和发现国际商机方面各有其特点。基于此,企业应根据各自的实际情况,灵活掌握并使用寻找和发现国际商机的方法。

第二节 如何进行国际商务活动的调查

企业从事涉外经营管理活动,与国内的商务活动同样具有风险。由于对方

的企业具有涉外因素,因此,在此更加大了该风险发生的可能。为保障国际商务活动能够得到顺利的进行,如何进行国际商务活动的调查,成为了企业从事涉外经营管理活动的一项重要内容。

考虑到国际商务活动中风险所具有的特性,在此,可以将调查的方法分为从事国际贸易活动的商务调查与从事国际投资活动的商务调查这两大种类。

一、企业从事国际贸易活动所进行的调查

企业从事国际贸易活动,在调查上可以着重围绕以下三个方面进行:

(一) 对贸易国国情的调查

企业对贸易国国情的调查,一般应把握以下要点:

1. 地理环境的调查:对贸易国的气候、地形、商业区域以及商业中心的分布等的调查。

2. 社会的调查:对贸易国的人口、收入、生活水平、语言、风俗习惯等的调查。

3. 产业结构的调查:对贸易国是工业国还是农业国、有无资源、国家的开发状况以及开发计划、工业的种类以及工业发展水平的调查。

4. 商业以及经济状况的调查:对贸易国的商业流通、商业习惯、商品需求的季节以及国际收支的调查。

5. 对贸易国政府政策的调查:在该项调查中一般应留意:

(1) 贸易政策:贸易国的进口许可制度以及对进口产品的数量限制。

(2) 税收制度:对外国分支机构的税收制度的调查。

(3) 关税制度:对贸易国的关税制度、对进口产品所征收的率税以及征税的方法的调查。

6. 对贸易国的外汇、金融状况的调查:在该调查上应重点把握:

(1) 贸易国的货币以及外汇状况:对贸易国货币的种类以及货币的稳定性、贸易国的外汇管理制度以及外汇汇率的调查。

(2) 金融状况以及金融机构:对在贸易国筹集资金的难易程度、贸易国的利率、本国的金融机构是否在贸易国设立有分支机构以及在结算中银行是否发行信用证等的调查。

7. 对竞争对手的调查:对竞争对手的调查,主要包括以下内容:

(1) 对竞争对手在贸易国生产同种产品的产量、质量、价格以及进出口额的调查。

(2) 对贸易国本国的企业在其国内生产同种的产品时是否享有保护以及补

贴方面的调查。

(3) 对贸易国是否存在与本企业生产同类的商品以及是否有可能生产类似的商品的厂家的调查。

(4) 对贸易国在进口同类商品时,对价格、质量、数量、国别以及贸易国对外国产品是否采取差别措施的调查。

(5) 对竞争对手的销售方法的调查。

8. 对贸易国法律制度的调查:对贸易国法律制度的调查,一般应把握:

(1) 对贸易国基本法律制度的调查。

(2) 对贸易国加入国际公约的状况以及本国与贸易国是否签订友好通商条约的调查。

(3) 对贸易国度量衡制度的调查。

(4) 对贸易国在工业产权保护方面的调查。

(5) 对贸易国在进口外国商品时所要求的商品包装、商品内容的标识等方面的调查。

(二) 具体的市场调查

在对贸易国国情进行调查的基础上,有必要进一步摸清对方的情况,进行具体的市场调查。

通常,具体的市场调查包括以下内容:

1. 对产品的调查:对本企业所生产的产品的品质、重量、尺寸、花色、包装、商标等,是否能够满足当地消费者的需要进行调查。如果发现问题,应搞清本企业产品的缺陷,为今后提高本企业产品的竞争力提供信息。

2. 对销售渠道的调查:对销售渠道的调查应注意把握:

(1) 当地的同类商品通常所采取的销售渠道。

(2) 生产同类商品的厂家在什么地方建立了销售网点,这些销售网点的销售区域是如何划分的,销售经营人员的人品如何,当地有何销售习惯等。

3. 对结算方法的调查:调查当地通行的结算支付方法。

4. 对广告宣传的调查:在当地采取何种广告宣传手段效果最好,易于被消费者所接受。同时,该宣传方法是否与本企业的产品的品位相当。除此之外,还应慎重选择广告宣传的代理商。

5. 对销售价格的调查:本公司的产品在当地应确立什么样的价格体系,同时,还要留意该价格对今后本企业新产品的价格是否会带来负面的影响。

6. 对潜在市场的调查:对潜在市场的调查,其目的在于如何将潜在的顾客变为本企业产品的消费者。在此方面应注意把握: