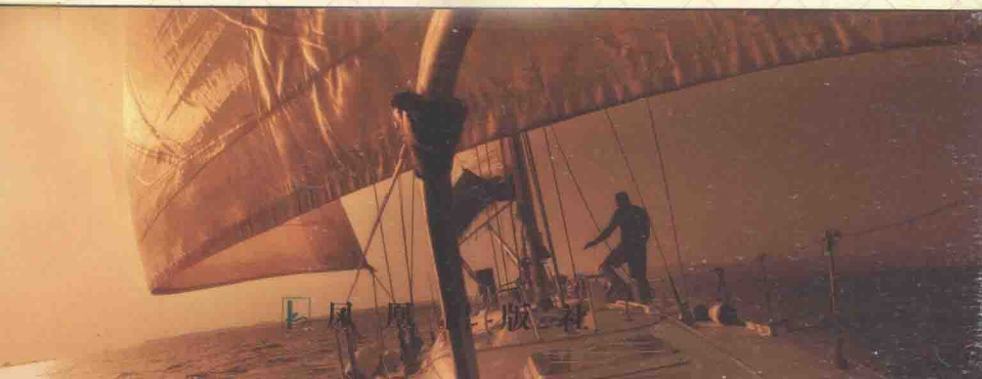


法律探索与追求——朱孔阳律师论文集

法律 探索与追求

朱孔阳 著





法律

探索与追求

朱孔阳律师论文集

凤凰出版社

图书在版编目 (C I P) 数据

法律探索与追求 / 朱孔阳著. — 南京 : 凤凰出版社, 2012. 9
ISBN 978-7-5506-1535-9

I. ①法… II. ①朱… III. ①法律—中国—文集
IV. ①D920.4-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第209405号

- | | |
|---------|--|
| 书 名 | 法律探索与追求 |
| 著 者 | 朱孔阳 |
| 策 划 | 常州凤凰文化发展有限公司 |
| 责 任 编 辑 | 傅 扬 |
| 出 版 发 行 | 凤凰出版传媒集团
凤凰出版传媒股份有限公司
凤凰出版社(原江苏古籍出版社)
发行部电话025-83223462 |
| 集 团 地 址 | 南京市湖南路1号A楼, 邮编:210009 |
| 集 团 网 址 | http://www.ppm.cn |
| 出版社地址 | 南京市中央路165号, 邮编:210009 |
| 经 销 | 凤凰出版传媒股份有限公司 |
| 印 刷 | 江苏省邮电印刷厂
江苏省常州市关河西路232号, 邮编:213002 |
| 开 本 | 889×1194毫米 1/32 |
| 印 张 | 9.125 |
| 字 数 | 181千字 |
| 版 次 | 2012年9月第1版 2012年9月第1次印刷 |
| 标 准 书 号 | ISBN 978-7-5506-1535-9 |
| 定 价 | 38.00元 |
- (本书凡印装错误可向承印厂调换, 电话:0519-86780909)

序 言

法律之谓专业，在上个世纪八十年代中叶，我参加高考时，尚不为人所熟知。在那个刚刚实行经济改革开放的年代，同学们大多热衷于报考经济管理类专业。记得在填志愿时，我最初填报的第一志愿是武汉大学国际金融和国际法专业，因为当时我的英语成绩好，而这两个专业均要求有较好的外语基础。但后来学校平衡志愿时，发现另外两个同学所填志愿与我一致，故我改报了第一志愿吉林大学，专业是国民经济管理和国际法，其他志愿均填报了财经类院校的经济类专业。最终的录取结果使人不得不相信，这一定是命运的安排，自己竟被当时填报的唯一一个与法律有关的专业——吉林大学国际法专业录取了。在接下来的四年大学生涯里，我深深地明白能够在当时中国仅有的开设国际法专业的三所著名大学^[1]之一的吉林大学学习，是我一辈子的幸运！母校吉大使我与法律结下不解之缘，母校吉大开启了我的法律人生，感谢母校吉大给予我的一切！

也许是命理轮回吧！四年大学本科生涯，最大的收获莫过于考取武汉大学国际法系国际经济法专业硕士研究生，我竟

[1] 是指吉林大学、武汉大学和北京大学。

然圆了高考时的最初梦想。在这所美丽而声名显赫的高等学府里，我尽情地在法律学术的海洋里畅游，敬爱的导师们的言传身教仿佛如影随形，让我终生铭记！在武大读研的一千多个日日夜夜里，自己不仅懂得了做学问的严谨清贫，而且体会到了做学问的成就感；不仅收获了让同学们羡慕的科研成果，而且觅得了让自己终生感到幸福的爱情。原来，我与武大的美丽约会竟成就了我一辈子的缘分！定当永存感激之情！

本来，在1992年7月研究生毕业时，选择留校或到其他大学从事教学科研工作顺理成章的，因为读研已经为自己打下了做学问的基础，而且科研能力强是自己的特长。然而，最终的选择让敬爱的导师和我的同学们都感到万分惊讶，我选择了律师这个在当时看来尚不热门的职业！促使自己如此选择的理由，一是因为喜欢律师这个自由职业，二是因为律师职业对自我能力的提高极富挑战性，特别是表达能力和人际交往能力，而这在当时也正是自己所欠缺的。现在回想起来，抛弃自己的强项，挑战自己的弱项，这需要何等的勇气！

所幸的是，弃学术研究而从法律实务的选择最终没有让所有支持我的人失望。毕业二十年来，凭借良好的专业素质和业务能力，我从律师助理开始做起，顽强而执着地追求律师事业，在法律实践中不断锤炼自己，探求法的真谛！先后获得“江苏知名律师”和“江苏省十佳优秀青年律师”的荣誉足以证明自己在律师实践中取得的骄人业绩。可以说，我的律师实践证明了自身价值，我的执着追求实现了自我超越！是法律选择了

我，我爱上了法律！是我选择了律师，律师成就了我！

诚然，自己为之奋斗二十年的律师事业取得了一些成绩，但始终不敢停止法律理论研究和探索的脚步。自上世纪九十年代开始，我陆续撰写了数十篇理论研究成果，这些文章大多与自己从事的法律实践密切相关，内容主要涉及外商投资成片开发土地、土地使用权有偿出让、外资国有化、外资企业转让定价、TRIMs 协议与中国外资法、台资企业的法律保护、国际贸易中的信用证、国际货物买卖合同担保、企业劳动规章制度、知识产权保护、资产重组等方面的法律问题；还有一些文章是自己在从事律师实务工作中形成的心得与体会、案例分析以及自己作为一名市政协委员在参政议政过程中形成的建议或调研文章等。在毕业二十年的今天，我终于按捺不住出书的冲动，鼓足勇气将这些文章收集汇著成书，以求教于法律界同仁，书中错漏难免，敬请不吝指正！

值此本书付梓之际，我首先要感谢敬爱的父母的养育之恩！感谢亲爱的妻子和女儿给了我全部的爱！我还要感谢律师事务所的同事朱敏霞、华鹏、朱向阳，是他们辛苦地为我输入书稿！感谢凤凰出版社的张秋玉女士及参与本书编辑的工作人员为本书的出版所付出的辛勤劳动！最后，必须特别感谢所有曾经关心、帮助、指导、教育和鼓励过我的人，是他们让我坚定信念、一路前行！

朱孔阳

2012 年 6 月 28 日于常州

目录

序言	1
----	---

求学篇

简论合资企业法关于国有化规定的根据	3
略谈外商投资成片开发的概念及法律特点	14
简析信用证交易中的严格符合原则	25
外商投资成片开发问题浅议	33
论国际法的发展对国际经济法的深刻影响	43
试论外商投资成片开发的法律问题	63
简论中国企业集团的跨国投资问题	139

实践篇

试论我国向外商出让土地使用权的几个法律问题	153
简论我国对外商转让定价策略的防范与管制	162
谈当前我国企业资产重组中存在的若干问题及对策	171
斡旋——律师不可或缺的工作技巧	179
TRIMs 协议及其对中国外资法的影响	183

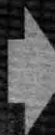
如何当好执业律师	196
律师为外商投资企业向境外机构借款出具法律意见书的具体做法、作用和意义	200
关于台湾同胞投资的法律规定综述	206
关于“傍名牌”现象引发的若干法律思考	215
谈谈律师从事涉外法律服务的体会	219
关于一起伪造票据诈骗案引起的法律思考	224
常州律师拓展国际业务的制约因素	229
论企业劳动规章制度的若干法律问题	232
简论国际货物买卖合同的担保	249

问政篇

关于优化立法和行政执法环境的意见和建议	259
关于进一步加强检察机关反渎职侵权工作的建议	262
关于法院对执行职务的律师统一实行验证登记放行的建议	266
附：江苏省常州市中级人民法院对提案的办理回复意见	
关于建立劳动保障电子信息档案系统的建议	270
附一：怎样从源头上减少用人单位和职工之间的劳资纠纷？	
政府部门有一种好办法	
附二：常州市人力资源和社会保障局对提案的办理回复意见	



求学篇



简论合资企业法关于国有化规定的根据^{*}

内容提要：国有化问题是国际投资法中的一个重要的理论问题，也一直是国际投资保护的重点问题。本文作者结合新修改的《中外合资经营企业法》第二条第三款关于国有化的规定，从国际投资法的理论角度，探讨了国家实施国有化的法律根据，认为国家对自然资源的永久主权原则、公益原则（或公共利益原则）和不可抗力原则是我国对外资国有化的法律根据，也恰恰是我国合资企业法第二条第三款关于国有化规定的根据所在。

^{*} 本文原载于《国际经贸与法》1990年第9期

第七届全国人民代表大会第三次会议审议了国务院关于《中华人民共和国中外合资经营企业法修正案（草案）》的议案，并于1990年4月4日通过了《全国人民代表大会关于修改〈中华人民共和国合资经营企业法〉的决定》。根据此决定修改后的《中外合资经营企业法》第二条第三款规定：“国家对合营企业不实行国有化和征收；在特殊情况下，根据社会公共利益的需要，对合营企业可以依照法律程序实行征收，并给予相应的补偿。”^[1]从这一修改来看，我国专门就国有化问题，继《外资企业法》之后，在引进外资的基本法律——《中外合资经营企业法》中作了补充规定，这无疑是有重大的现实意义的。一方面，它进一步强调了保护外资的重要性，表明了我国政府把保护外资放在首位，在一般情况下不行使国有化的权利，阐明了我国政府在国有化问题上的原则立场；另一方面，又针对去年春夏之交的那场风波可能给引进外资带来不利影响，我国政府通过这次修改，以立法形式表明了我国对国有化的态度，以消除外商来华投资的疑虑，增强外商来华投资的信心。而且，这一规定对到大陆投资的台商、港商和华侨商人尤具重大意义，使他们的产权有了更为充分的法律保障。总之，这一规定对于我国创设更好的投资环境，吸引更多的外商来华投资以及更充分有效地利用和保护外资起了很重要的作用。

关于国有化问题，这不仅是国际投资法中的一个重要的理论问题，也一直是国际投资保护的重点问题。所谓国有化，

[1] 下文所称的第二条第三款，如果无特殊说明，均指此条款。

是指国家基于公益或不可抗力等将其境内的本国或外国人财产的全部或一部收归国家所有的一种强制措施，是国家行使其主权的表现。国家在必要时依照法律程序对外资实行国有化，只要不实行歧视，就完全是合法的。现在，国有化的合法性已为世界各国所公认，无论是联合国大会通过的有关建立国际经济新秩序的决议还是本世纪^[1]六七十年代的一系列国有化实践，抑或是有关的国际判例，都充分肯定了国有化的合法性，就连西方主要资本输出国在正义和事实面前也不得不承认国家的国有化权利。可见，国有化合法性已是无可非议的。就我国合资企业法第二条第三款的补充规定而言，它一方面表明我国在一般情况下不征用外资，另一方面又充分肯定了国家的国有化权利，规定在必要时我国可以对外资实行征收，这与世界上许多国家的法律规定相一致。我国是发展中的社会主义国家，在国有化问题上的立场始终与其他发展中国家保持一致，对国有化的合法性予以充分肯定。既然我们肯定了国有化的合法性，那么国家行使这一权利有何法律根据呢？既然合资企业法第二条第三款的规定表明我国并没有放弃国有化的权利，那么我国可依法征收外资的根据何在？笔者认为以下三个原则可资为据。

一、国家对自然资源的永久主权原则

这一原则是在建立新的国际经济秩序的过程中由发展中国家最先提出来的，并分别在 1962 年和 1974 年联合国大会通

[1] 《求学篇》中如无特别说明，均指论文所作的 20 世纪。

过的决议中被进一步确认，从而成为建立新的国际经济秩序的一项重要原则，是国家主权原则的新发展。据此原则，每个国家对其自然资源和一切经济活动拥有充分的永久主权，为保卫自然资源，每个国家有权采取适合于自己的手段，对本国资源及其开发实行有效的控制，包括有权实行国有化或把所有权转移给其国民，这是国家充分的永久主权的一种表现。在1974年联合国大会通过的《各国经济权利和义务宪章》第二章第二条第二款中有更明确的规定：“每个国家有权：(a) 按照其法律和规章并依照其国家目标和优先次序，对在其国家管辖范围内的外国投资加以管理和行使权力……(b) 管理和监督其国家管辖范围内的跨国公司的活动，并采取措施保证这些活动遵守其法律、规章和条例及符合其经济和社会政策。跨国公司不得干涉所在国的内政……(c) 将外国财产的所有权收归国有、征收或转移……”。可见，国家据此原则有权实行国有化。

第一，外国投资者无论是按国家特许从事开发自然资源的投资活动还是从事其他投资活动，都必须遵守东道国的法律和规章并符合其经济和社会政策，进行合法的投资活动，接受所在国的管理和监督。如果外国投资者的投资活动违反东道国的法律规定或基本政策，或者违反东道国的公共秩序甚或干涉东道国的内政等，东道国就有权采取制裁措施，包括行使国有化这一主权权力。譬如，1973年美国国际电话电报公司在智利的子公司因干涉智利内政而被国有化；美国阿纳康达和克内

柯特两家跨国公司在智利的子公司因违反智利法律关于限制利润率不得超过年率 20% 的规定而被智利政府收归国有等。在 1982 年 6 月我国对外经贸部与“联合国工业发展组织”联合召开的“中国投资促进会”上，对外经贸部副部长魏玉明也指出：“只要外国投资者不违反中国的法律，所举办的投资事业不损害中国的公共利益和公共秩序，对他们的投资我们不会没收。”

第二，国家对其自然资源和一切经济活动拥有充分的永久主权，对在其管辖范围内的投资有权进行管理和监督以确保这些投资活动符合其本国的国家目标和优先次序。如果外国投资者的投资活动不符合东道国的经济发展规划，不利于东道国的经济变革和发展，特别是当外国投资者在东道国的国民经济要害部门处于控制地位时，或者妨碍东道国对自然资源永久主权的行使时，东道国为了维护国家的主权和本国的经济利益，就有权对外资实行国有化，以消除外国资本的不利影响。如伊朗征用英伊石油公司以及其他一些石油国家的国有化措施等。1938 年墨西哥实行土地改革而征用其境内的美资地产和石油企业也是同一道理。此外还须指出，在本世纪六七十年代的特定历史条件下，许多第三世界国家依据主权原则和民族自决原则，对控制国民经济命脉的外资企业实行大规模征用，旨在摆脱外国资本的控制，维护国家经济主权，促进本国经济的发展。这种利用国有化措施以实现“经

济民族化”是国家经济变革的一种手段，是特定历史条件下的产物，可以设想今后不可能出现这种大规模征用外资的国有化运动。事实上，现在许多发展中国家对国有化权利的行使都持慎重态度。

总之，国有化是国家的主权权利，每一国家既有管理外资的权利，也有征用外资的权利，既可以在法律上明文规定不实行国有化，又可以保留在公共利益需要时实行国有化的权利，这是国家行使其主权的表现。但是，国家的国有化权利也并非不受任何限制。如果国家自愿承担条约义务来限制其对外资的征用权，那么国家就必须遵守条约的规定。因为，根据国际法上条约必须遵守原则，国家自愿缔结的条约必须诚实信守，忠实履行条约义务，不得违反条约的规定，否则违反条约义务，国家必须承担国际责任。而且，尽管我们承认国家的国有化权利，但是我们又承认国家有保护外资的义务，这是更重要的。国家在国内立法中规定不对外资实行国有化，这是符合主权原则的，除非基于公益或不可抗力，国家不应随意变更国内立法的规定。否则，任意地对外资实行征收，既不利于吸引和保护外资，不利于促进本国经济的发展和国际经济合作，亦可能招致外国投资者本国的反报措施。

二、公益原则（或公共利益原则）Public Interests Principle

何谓公益或公共利益？这在国内法或国际法上都没有

明确的定义，一般来说，公益或公共利益是相对于私益或私人利益（个人利益）而言的。在提法上，有的称之为“公共目的”（public purpose），或称为“公共福利”（public welfare）、或称为“公共事业”（public utility），甚或称为“国家利益”（national interests）等等，说法不一。因此，国家对于什么是公共利益有着无限制的自由裁量权。

公共利益原则是在资本主义发展到垄断阶段后，资产阶级国家为了保护其整体利益，在对私人经济生活进行广泛的国家干预包括对私营企业国有化的过程中逐步确立的。如在第一次世界大战前后这一时期，英国出现了所谓“合理使用”的学说，即对财产特别是不动产的所有权的使用，应当“合理”，以不与法律和社会公共利益相抵触为原则。在法国则出现了“所有权的社会化”趋势，这种趋势破坏了资产阶级无限私有制的原则。一些资产阶级法学家也开始从社会整体利益出发，主张私人利益必须服从社会公共利益。如有的学者曾指出：“世界范围的比较研究表明，一方面，每个国家承认拥有财产的权利，另一方面，每个国家又承认个人的权利可以受到社会利益的限制。”同时，在一些国家的立法中也可以发现这种限制私有财产权的规定，如德国魏玛宪法不再公开确认“私有财产神圣不可侵犯”，却极力标榜“社会化”的原则，对无限私有制原则实行限制。可见，公共利益原则和私有财产神圣不可侵犯原则一样为资本主义国家所确认，且对私有财产神圣不可侵犯原则