

新 编 合 同 实 务 丛 书

S H E W A I H E T O N G
S H I W U

涉外合同实务

邓 旭 主 编



 知识产权出版社

新编合同实务丛书

涉外合同实务

邓 旭 主编

知识产权出版社

图书在版编目(CIP)数据

涉外合同实务/邓旭主编. —北京:知识产权出版社,
2004.7

(新编合同实务丛书)

ISBN 7-80011-760-X

I. 涉… II. 邓… III. 涉外经济—经济合同—基
本知识—中国 IV. D923.65

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 064800 号

本书的所有版权受到保护,未经出版者书面许可,任何人不得
以任何方式和方法复制抄袭本书的任何部分,违者皆须承担全
部民事责任及刑事责任。

新编合同实务丛书

涉外合同实务

邓旭 主编

责任编辑:王润贵 汤腊冬

文字编辑:刘 睿

责任校对:韩秀天

装帧设计:王 鹏

责任出版:杨宝林

知识产权出版社出版、发行

地址:北京市海淀区马甸南村1号

通信地址:北京市海淀区蓟门桥西土城路6号 邮编:100088

http://www.cnipr.com

(010) 82000893 (010) 82000860 转 8101

知识产权出版社电子制印中心印刷

新华书店经销

2004年8月第1版 2004年8月第1次印刷

850mm×1168mm 1/32 印张:19.875 字数:528千字

印数:1~3000册

ISBN 7-80011-760-X/D·117

定价:32.00元

如有印装质量问题,本社负责调换。

内 容 提 要

本书共十七章，主要分析了涉外合同的订立、效力、变更、转让、解除、履行、违约责任及纠纷解决等法律问题，详细阐释了涉外货物买卖合同，国际银团贷款合同，涉外融资租赁合同，国际工程承包合同，涉外运输合同，技术进出口合同，涉外委托、行纪、居间合同，外商投资企业合作合同，国际特许经营合同的主要内容，并为每一类合同提供了可供参考的合同文本。本书的写作风格平实易懂，尤其注重突出“实务”的特点，具有较强的实用性。

本书可供法律工作者和研究人员使用，也是涉外合同当事人的必要参考书。

目 录

第一章 涉外合同概述	(1)
第一节 涉外合同的概念与类型	(1)
第二节 涉外合同的法律适用	(3)
第三节 《合同法》的颁行对涉外合同的影响	(6)
第二章 涉外合同的磋商与订立	(11)
第一节 涉外合同的磋商与管理	(11)
第二节 涉外合同的订立	(22)
第三章 涉外合同的有效性	(40)
第一节 涉外合同的生效	(40)
第二节 涉外合同的无效	(48)
第三节 合同的可变更与可撤销	(54)
第四节 合同的效力待定	(58)
第五节 合同无效、被撤销的法律后果	(61)
第四章 涉外合同的变更、转让与解除	(63)
第一节 概 述	(63)
第二节 涉外合同的变更	(65)
第三节 涉外合同的转让	(73)
第四节 涉外合同的解除	(98)
第五章 涉外合同的履行	(113)
第一节 合同履行概述	(113)
第二节 履行义务的种类和内容	(120)
第三节 履行中的抗辩权	(126)
第六章 涉外合同的解释	(135)
第一节 合同解释概述	(135)

第二节	我国法律对合同解释的规定	(136)
第三节	外国法关于合同解释的规定	(140)
第七章	涉外合同中的违约责任	(153)
第一节	违约责任概述	(153)
第二节	违约责任形式概述	(159)
第三节	违约责任的适用条件	(163)
第八章	仲裁方式解决涉外合同纠纷	(174)
第一节	仲裁概述	(174)
第二节	我国的涉外仲裁机构	(176)
第三节	涉外仲裁协议	(178)
第四节	示范性仲裁条款	(185)
第五节	涉外仲裁程序	(187)
第六节	涉外仲裁的承认与执行	(196)
第九章	涉外货物买卖合同	(201)
第一节	涉外货物买卖合同概述	(201)
第二节	涉外货物买卖合同的订立与起草	(212)
第三节	涉外货物买卖合同的履行	(231)
第四节	涉外货物买卖合同中的风险及其防范	(241)
第十章	国际银团贷款合同	(249)
第一节	国际银团贷款概述	(249)
第二节	国际银团贷款合同的主要条款	(257)
第十一章	涉外融资租赁合同	(270)
第一节	涉外融资租赁合同概述	(270)
第二节	涉外融资租赁合同的订立和履行	(276)
第三节	融资租赁合同参考文本	(293)
第十二章	国际工程承包合同	(307)
第一节	国际工程承包合同概述	(307)
第二节	国际工程承包合同的履行	(315)
第三节	国际工程承包合同参考文本	(330)

第十三章	涉外货物运输合同	(360)
第一节	涉外货物运输合同概述	(360)
第二节	海上货物运输合同	(364)
第三节	涉外铁路货物运输合同	(385)
第四节	涉外航空货物运输合同	(394)
第五节	国际多式联运合同	(402)
第十四章	技术进出口合同	(420)
第一节	技术进出口合同概述	(420)
第二节	技术进出口合同的主要条款与订立	(423)
第三节	技术进出口合同的履行	(428)
第四节	补偿贸易	(431)
第五节	专有技术许可合同示范文本	(434)
第十五章	涉外委托、行纪、居间合同	(446)
第一节	涉外委托、行纪、居间合同概述	(446)
第二节	委托、行纪合同与我国外贸代理	(457)
第三节	外贸委托、行纪合同参考文本	(480)
第十六章	外商投资企业合同	(487)
第一节	外商投资企业合同概述	(487)
第二节	中外合资经营企业合同	(497)
第三节	中外合作经营企业合同	(525)
第四节	中外合资经营企业合同参考文本	(538)
第十七章	国际特许经营合同	(549)
第一节	国际特许经营合同概述	(549)
第二节	国际特许经营合同的内容	(560)
第三节	国际特许经营合同的履行与终止	(569)
第四节	国际特许经营合同参考文本	(584)
附录：	国际贸易中常见典型问题答复	(602)
一、	可否按客户要求随便打品牌	(602)

二、如何签订海外代理合同	(603)
三、验货质量不合格，去其他厂买货，工厂要没收定金 是否合理	(606)
四、出口款式相同或类似的产品，会否导致侵权	(608)
五、买家以境外不动产抵押担保付款的风险和问题	(610)
六、船务公司出了问题引起客户要求退货，该怎么办	(612)
七、开证行不付款怎么办	(614)
八、如何安全地做银行托收	(615)
九、客户在信用证中要求 1/3 提单出货后单独寄给他， 是否有风险	(617)
十、信用证付款时单证一致就能保证收款吗	(619)
十一、如何避免客户与船公司串通，欺骗出口商企业	(621)
十二、产品质量有问题，代理是否应承担责任	(622)
十三、客户在无正本提单的情况下提走了货物怎么办	(624)
十四、如何理解留置权	(626)
 后记	 (628)

第一章 涉外合同概述

第一节 涉外合同的概念与类型

一、涉外合同的概念

《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)于 1999 年 3 月 15 日经第九届全国人民代表大会第二次会议通过,并于 1999 年 10 月 1 日起实施。

《合同法》的颁行具有非常重大的意义。从涉外贸易活动的角度看,这主要表现在:第一,《合同法》结束了我国法上合同法律三足鼎立的局面。在《合同法》颁布之前,我国合同领域并存有《中华人民共和国合同法》、《中华人民共和国涉外经济合同法》(以下简称《涉外经济合同法》)、《中华人民共和国合同法》。这三部合同法调整的主体不同、调整的合同类型不同、调整的合同内容也不同,导致了合同领域法律的不一致乃至抵触、冲突。《合同法》的颁布与实施结束了这个局面。因而在《合同法》颁布之初,人们称其为“统一合同法”。第二,《合同法》标志着涉外、涉内民商法分别立法的时代结束,并开始了一个统一化的时代。在《合同法》之前,我国法律事实上采取的是一种区别立法的模式,对于国内贸易和涉外贸易分别立法。《合同法》只是规定了涉外合同的特别性问题,而对于一般性问题,则未区分涉外合同和国内合同的差异。而《合同法》之后的立法活动,包括民法典的起草均未再区分国内和涉外。这实际上意味着我国已经走向了民商立法的统一化。第三,《合同法》表明我国立法活动逐步走向专门化、职业化。《合同法》采纳了大量的专业术语,且富有抽象性和逻辑性。因而,也体现了今后我国民商立法的一个走向,即法

律活动必将走向逐步的专业化和职业化。第四,重视对国际条约和外国法的移植和借鉴。《合同法》在各个方面都涉及国际条约和外国法的移植和借鉴。对国际条约的移植和借鉴主要是针对《联合国国际货物销售合同公约》、《国际商事合同通则》、《欧洲合同法通则》等;对外国法的移植和借鉴则跨越两大法系,德国法、法国法、日本法、意大利法、瑞士法等大陆法系固然是重要的借鉴对象,英美法的许多制度也成为合同立法的重要借鉴对象。因此,《合同法》在整体上维持大陆法系的体系,但是在具体制度上也吸纳了英美法的一些制度,同时国际条约的内容被大量借鉴。这使得《合同法》体现出多重复合继受的特征。

尽管我国合同立法不再区分涉外合同和国内合同,但实践中仍然存在两类合同的差异。何谓涉外合同,需要从涉外因素和合同两方面,对其予以界定。

《合同法》第2条规定,合同是平等主体的自然人、法人和其他组织之间设立、变更、终止财产性民事权利义务关系的协议。

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第304条规定,涉外因素是指法律关系具有如下三因素之一:(1)当事人一方或双方是外国人、无国籍人、外国企业或组织;(2)或者当事人之间民事法律关系的设立、变更、终止的法律事实发生在国外;(3)诉讼标的物在外国的民事案件。

同时,除具有前述涉外因素的合同外,涉港澳台合同因在处理中参照涉外合同处理,因此也属于涉外合同。

因此,依据我国法律,所谓的涉外合同,是指合同当事人一方或双方是外国人、无国籍人、外国企业或组织,或者合同订立事实发生在境外,或者合同标的物在境外的合同。

二、涉外合同的类型

从不同的角度,我们可以给涉外合同进行不同的分类。按照法律对该类合同是否有直接规定并予以特别规范,可以将涉外合同分为有名合同和无名合同。有名合同是指法律规定了合同的名称,并

为这些合同规定了一定的规则;无名合同,又称非典型合同,是指法律没有规定合同的名称,也没有专门规定具体规则的合同。

《合同法》规定的 15 种合同以及诸如《中华人民共和国中外合资经营法》(以下简称《中外合资经营法》)、《中华人民共和国中外合作经营法》(以下简称《中外合作经营法》)、《中华人民共和国担保法》(以下简称《担保法》)、《中华人民共和国海商法》(以下简称《海商法》)、《中华人民共和国保险法》(以下简称《保险法》)等所规定的合同,均属于有名合同。

从我国法院的司法实践而言,涉外合同纠纷可以分为典型的涉外合同纠纷和准涉外合同纠纷,后者是指涉外三要素之一为涉及港、澳、台的纠纷。

从交易内容而言,涉外合同范围更加丰富。包括货物买卖合同、合资经营企业合同、合作经营企业合同、合作勘探开发自然资源合同、借款合同、租赁合同、技术转让合同、工程承包合同、成套设备供应合同、加工承揽合同、劳务合同、补偿贸易合同、科技咨询或设计合同、担保合同、保险合同、仓储合同、委托代理合同、国际运输合同等。

第二节 涉外合同的法律适用

一、涉外合同法律适用的一般原则

《合同法》第 126 条第 1 款规定:“涉外合同当事人可以选择处理合同争议所适用的法律,法律另有规定的除外。涉外合同当事人没有选择的,适用与合同有最密切联系的国家的法律。”

依据该规定,我国法律对于涉外合同的法律适用原则为“意思自治原则”和“最密切联系原则”。

(一)意思自治原则

意思自治原则,是指当事人可以通过协商一致的方式选择支配合同关系的准据法。允许当事人协议选择适用的法律,有利于当事人预见其行为的后果,维护当事人之间法律关系的稳定,也有利于迅

速解决纠纷。

依意思自治原则确定涉外合同的准据法,涉及选择法律的方式、选择的时间、选择法律的范围等问题。

选择法律的时间,各国法律一般均允许当事人在订立合同之时或者订立合同之后选择,亦即对当事人选择法律的时间不予以严格限制。

当事人选择法律的方式有明示和默示两种方式。明示的选择,是指合同当事人在订立合同之时或者发生争议之后,以文字或者语言的方式明确作出选择合同准据法的意思表示。通常的做法就是在合同中规定法律适用条款。默示的选择,就是当事人在合同中没有明确选择合同准据法,而由法官或者仲裁员根据当事人的缔约行为或者一些因素来推定当事人已经默示地同意该合同受某一特定法律的支配和管辖。我国法院的态度是只承认明示选择,不承认任何形式的默示选择。

近年来,存在一种限制意思自治原则的趋势和倾向,认为某些特殊的合同,例如雇用合同、消费合同、不动产合同等,只能在规定的连接点内进行法律选择或者不允许选择,如我国即采纳“不动产合同适用不动产所在地法”的原则。

另外,当事人选择法律的范围仅限于实体法,而不能选择程序法。

(二)最密切联系原则

最密切联系原则是意思自治原则的补充,即以合同当事人意思自治为第一原则,只有当事人未行使意思自治原则确定适用的法律时,才由法院或者仲裁庭适用最密切联系原则。

最密切联系原则是由法院或者仲裁庭在与系争合同有联系的国家中,选择与合同关系有本质上的重大联系、利害关系最密切的国家的法律予以适用。最密切联系原则的核心在于通过合同以及与合同有关的各要素进行综合分析来寻找与合同有最密切联系的法律。

运用最密切联系原则,需要对合同要素进行分析,并根据合同的

特征性履行来确定准据法。法院或者仲裁庭考虑的连接因素有:合同缔结地、合同谈判地、合同履行地、合同标的物所在地、当事人的住所地、居所、国籍、公司成立地和营业地。通过对这些因素于合同的重要程度予以考量来确定准据法。特征性履行也是最密切联系原则的具体运用方式,是大陆法系国家采纳较多的方法。特征性履行,主张按照合同的特殊性质,以某一方当事人履行的义务最能体现合同的本质特性来确定合同的准据法。按照特征性履行的方法,最终应适用的法律是反映该合同特征的义务履行人的住所地、惯常居住地或者营业所在地的法律。

二、涉外合同法律适用的特别规则

《合同法》颁行之时,最高人民法院曾经颁发对涉外经济法律适用的一个解答,该解答对各种涉外合同法律适用的规则予以了明确规定。尽管《合同法》颁行后,该司法解释失效了,但是该司法解释对涉外合同适用的司法指导意义,却一直存在并且还将继续影响下去。依照该解答,如果当事人未选择合同适用的法律,对于下列涉外经济合同,人民法院按照最密切联系原则确定所应适用的法律:

1. 国际货物买卖合同,适用合同订立时卖方营业所所在地的法律。如果合同是在买方营业所所在地谈判并订立的,或者合同主要是依买方确定的条件并应买方发出的招标订立的,或者合同明确规定卖方须在买方营业所所在地履行交货义务的,适用合同订立时买方营业所所在地的法律。
2. 银行贷款或者担保合同,适用贷款银行或担保银行所在地的法律。
3. 保险合同,适用保险人营业所所在地的法律。
4. 加工承揽合同,适用加工承揽人营业所所在地的法律。
5. 技术转让合同,适用受让人营业所所在地的法律。
6. 工程承包合同,适用工程所在地的法律。
7. 科技咨询或设计合同,适用委托人营业所所在地的法律。
8. 劳务合同,适用劳务实施地的法律。

9. 成套设备供应合同,适用设备安装运转地的法律。
10. 代理合同,适用代理人营业所所在地的法律。
11. 关于不动产租赁、买卖或抵押的合同,适用不动产所在地的法律。
12. 动产租赁合同,适用出租人营业所所在地的法律。
13. 仓储保管合同,适用仓储保管人营业所所在地的法律。

第三节 《合同法》的颁行对涉外合同的影响

一、《合同法》对涉外合同产生影响之概述

《合同法》对涉外合同产生了重大影响。一方面,《合同法》全面规范了自合同磋商到违约责任的各事项,并且以总则、分则的体系分别规定了合同所涉的一般性问题和各种典型性合同的特殊问题;另一方面,《合同法》增加许多原来未曾规定的新制度,使得合同观念发生重大变化,这也将导致合同实践产生重大变化。这表现在:

(一)合同责任类型的扩张

《合同法》除完善了违约责任类型、从而使我国的违约责任体系趋于完善之外,还增加了反映当代合同法理论和实践发展的新的责任类型,即先合同责任和后合同责任。依照先合同责任,当事人在订立合同过程中即负有依照诚实信用原则进行磋商的义务,违背此义务应当承担缔约过失责任;依照后合同责任,在合同义务终止时,仍然负有保密、协助的义务,违反此义务应承担后合同责任。这种责任的前后延伸,使我国合同法上所规定的民事责任并不限于合同存续过程,而向前延伸到合同磋商阶段,向后延伸到合同终止之后。商界普遍存在的“无合同无责任”的观点,显然不符合《合同法》的规范。

(二)合同形式的自由得到全面承认

先前我国合同立法强调合同需要采用书面形式,但是《合同法》对合同的成立形式一视同仁地认可书面、口头和行为的方式。照顾到商界惯常认同的书面形式,《合同法》明文规定,当事人要求书面形

式的,合同自合同书签字或者盖章之时成立。但是,即便当事人事先要求书面形式而最后未采纳书面形式,如果一方当事人已经履行其义务且为对方接受的,合同仍然成立。

合同法对合同形式要求的宽松,与我国涉外货物买卖合同实践有可能会产生冲突。依照我国加入《联合国国际货物销售合同公约》时的保留,我国要求对公约缔约国当事人之间的买卖合同采用书面形式。因此如果在涉外买卖合同中未采用书面形式,其对合同成立与否抑或有效与否的影响,将依赖通过冲突规则而确定的准据法(国内法)予以判断。不过,如果适用我国法,则仍然将认定为合同成立。

(三)合同成立时间的变化与表见代理

依照我国企业的惯常观念,合同需要签字并盖章才能成立。如果只是签字而未曾盖章,依先前的观念,往往认为合同尚未成立。而依照《合同法》的规定,合同只需双方签字即可成立而无需盖章。

不过,由于表见代理制度的完全确立,使得在事实上,合同仅需业务人员的签署也得以成立。所谓的表见代理,就是一方当事人有理由信赖对方作出意思表示的人具有代理权,尽管事实上该人不具有相应的代理权,但产生与有权代理相同的法律后果,即合同的后果由该人代理的公司承担。实务中,如果公司业务人员对外签署了前述合同,那么公司不能以合同没有盖章或业务员没有被授权为由而否定合同已经成立。

由于书面形式可以包括合同书、传真、电子邮件等方式,实践中传真未曾盖章、电子邮件无公司电子签章的事例大量存在,而这种情况在法律上也是最容易被认定为表见代理的。

因此,《合同法》的规定事实上使得合同更加容易成立,当然同时也给企业带来了合同风险控制的新问题。

(四)要约与承诺制度的增加

我国法律以前没有关于合同订立过程的规定,而只是笼统规定依法成立的合同受法律保护。《合同法》则全面规定了当事人如何实现意思表示一致的过程。《合同法》的要约、承诺制度基本上借鉴和

移植了《联合国国际货物销售合同公约》的规定,体现了大陆法系和英美法系两大法系合同法的融合。

要约、承诺制度是合同法制度的核心制度,任何的合同纠纷,都需要建立在对合同是否成立的判断上。如主张合同无效,则需要对合同成立上判断,没有成立的合同无所谓有效无效,因为合同无效只针对已经成立的合同;对于主张违约责任,也需要从合同成立开始判断,因为违约责任只是因依法成立的合同没有得到履行或者没有得到正确履行,同样需要以合同已经成立并生效为前提。

在要约制度中尤其要注意要约的构成要件之要约内容应当具体。要约的内容与合同的内容是一致的,一旦要约被接受,要约的内容就成为合同的内容。依照《合同法》的规定,要约内容的具体是指要约包括了交易标的、数量即可,而无需包含价格。涉外合同也是如此。当然,对于国际货物买卖合同,因《联合国国际货物销售合同公约》要求要约内容的具体需要包括标的、数量和价格。但是对于其他合同,则无需就价格进行约定而成立合同,我国企业因此也需要改变观念,因为我国企业普遍存在的错误观念是,只有双方价格谈妥才能成立合同。

(五)关于合同的有效性

《合同法》全面规定了合同效力的问题,从无效合同、可撤销可变更的合同、无权处分的合同三大类型,全面规定了合同效力瑕疵的问题。

需要特别提及的是,《合同法》排除了以前规章、规范性文件规定的合同无效事由的适用,最高人民法院在司法解释中特别强调,人民法院只能以违反法律、行政法规的强制性规定,而不能以违反规章、规范性文件的强制性规定,来认定合同无效。

《合同法》的规定使我国无效合同制度得到重大改变。无效合同得以减少,国家公权力对合同的干预原则上不涉及当事人意思瑕疵引起的效力瑕疵,合同无效的事由得以限制。

在涉外合同领域,原来大量存在的规章和规范性文件对合同效

力的干预,因《合同法》的颁布与实施而受到限制,不能成为判断合同效力的依据。

(六)合同履行制度的变化

对合同履行添加了若干新制度,如同时履行抗辩权、不安抗辩权等。同时也完善了合同补缺制度。

与先前的合同立法不同的是,《合同法》添加了由第三人履行和向第三人履行的合同类型,这两个制度比较符合涉外合同的需要。在涉外合同中常常涉及由他人履行或者向第三人履行,如买卖合同下的付款义务由银行代为支付等。

(七)违约责任

违约责任制度为《合同法》最核心的制度。各种合同义务的履行,一方面依赖于合同的效力,另一方面则依赖违约责任制度的强制力。

《合同法》的违约责任制度吸收了两大法系以及国际条约的规定,并根据我国的司法实践和合同实践经验,而形成了具有我国特色的违约责任体系。

一方面,在违约形态上,我国《合同法》吸取了英美法系的规定,并结合大陆法系的规定,建立了预期违约和实际违约制度,从而全面规范了各种违约行为。另一方面,针对各种不同的违约行为,全面规定了各种不同类型的违约责任。

《合同法》的违约责任制度一方面延续了原合同法的有益规定,如以实际履行为原则以满足当事人的合同期望。同时采纳了当代合同法注重损害赔偿责任的适用,并较具体地规定了损害赔偿的计算方式,将现有利益的减少和可得利益的丧失明确纳入损害赔偿的范围。在责任类型上,除实际履行、损害赔偿外,还规定了违约金责任、修理、更换、重作、退货、减价的责任以及定金责任。

涉外合同中,违约责任是合同当事人特别关注的问题。我国《合同法》的规定,一方面体现了大陆法系的特点,如强调实际履行责任的适用,但是又对实际履行责任予以了限定,即对于如下三类债务不