

# 国际经济贸易法律 与律师实务

郭国汀 高子才



中国政法大学出版社

# 国际经济贸易法律 与律师实务

郭国汀 高子才 著

中国政法大学出版社

(京)新登字 185 号

## 国际经济贸易法律与律师实务

★

中国政法大学出版社出版  
保定长江电脑印刷中心印刷  
新华书店 发行经销

★

850×1168 32 开本 10.25 印张 260 千字  
94 年 5 月第 1 版 94 年 5 月第 1 次印刷  
ISBN7—5620—1149—4/D·1101

---

印数:1—6000 定价:9.20 元

## 序

欣闻吾的忘年之交,青年学友郭国汀律师和高子才法官近日拟出版国际经济贸易法律与律师实务一书。在本书中,作者针对办案实践中遇到的法律问题,就合资、合作企业的立法、注册资本、承包经营、股权转让等问题;就国际贸易合同的订立、预期违约、外贸代理、不可抗力、违约金、拒收权、风险转移、证据分析、信用证、信托收据等问题;就海事海商和国际商事仲裁的管辖权、预借提单、担保提货、法律适用等问题,从律师业务出发,进行了比较深入的研究和探讨,并提出了一些颇具新意的见解。

我认识郭律师已近七载,他在逆境中的奋斗精神,对事业的追求和执着,对新见解的探索和对律师事业的忠诚均令人动容。这本书虽在体系上不够完善,对某些问题的研究尚不够精细,内容或有某些疏漏,但仍不失为一本比较好的书,特为读者推荐。本书的特点是理论与实践紧密结合,因而具有较强的参考价值。本书可以作为广大法律工作者、律师、涉外经贸、法律院校师生、国际经贸企业经济管理人员的颇有价值的参考读物。

朱 曾 杰

大连、上海海运学院客座教授

中国海事仲裁委员会副主席

中国远洋运输(集团)总公司法律顾问

一九九四年四月

## 内 容 简 介

国际经济贸易法律与律师实务一书由郭国汀律师、高子才法官合著,著名法学教授朱曾杰先生作序。

作者针对办案实践中遇到的法律问题,就合资、合作企业的立法、注册资本、财产清算、承包经营、股权转让等问题,就国际贸易中的合同成立、预期违约、外贸代理、不可抗力、违约金、拒收权、风险责任、证据分析、信用证、信托收据等问题;就海事海商及国际商事仲裁中的管辖权、预借提单、担保提货、货物固有瑕疵、适用法律等问题,从审判实务和律师实务角度出发,进行了深入细致的研究与探讨并提出了具有较强说服力的论点。

本书的特点是理论与实践紧密结合,对数十起全国重大涉外经济合同纠纷案从多角度进行了分析、研究。因而具有较强的借鉴、参考价值,本书适合于广大法官、律师、法律院校师生及涉外经贸工作者阅读与参考。



高子才，1965年6月生于福建省福清市，1987年毕业于厦门大学法律学专业，毕业后在福建省高级人民法院工作至今，现为助理审判员。

曾发表论文三十余篇，其中《中外合营企业承包经营的法律问题》一文获“金鹰杯”1992年度《法学》优秀论文二等奖。曾获全国法院系统优秀论文一等奖。



郭国汀，1958年1月出生于福建长汀，吉林大学国际法学士，现为福建经济贸易律师事务所涉外业务部主任。

著有《当代中国涉外经济纠纷案精析》，译有《现代提单的法律与实务》、《审判的艺术》，曾赴加拿大温哥华主办一起国际商事仲裁案，已主办20余起涉外经济大案。

## 作者的话

经过数十年的改革开放,我国已迅速成为国际贸易大国,国际投资也已取得令人瞩目的成就,同时不可避免地产生了大量经济纠纷,而且争议金额动辄数百万,如今上亿元的涉外大案亦时有所闻。

我有幸在我国法制春天到来之际接受高等法学教育,从事涉外律师业务,并十分荣幸地办理过数十起重大涉外经济纠纷案。无论是作为中方还是外方代理人,我每受理一起涉外纠纷案,便以认真负责的态度去工作,对具体案件中遇到的法律问题作了有针对性的研究与探讨,取得了良好的实际效果。我的挚友高子才法官是厦门大学的高材生,毕业后长期从事审判调研工作,对审判实践中遇到的涉外法律问题作了深入研讨,成为全国法官中发表论文最多的青年法官之一。

本书是我与高法官首次合作的结晶,我们将长期合作,不断充实、完善本书的内容,我们都有年青人的朝气和勇气,都有为繁荣我国涉外法律研究献身的精神,我们都期望将来能成为法学家,我们都希望以文会友,结交天下有志于法学的青年朋友,为中国的法治而共同努力。

我要感谢我的老师朱曾杰教授,他在我处于最艰难的时期,给予了我真诚、无私的关怀,鼓励和支持。他的渊博学识,严谨的治学态度,对晚辈的谆谆教诲,永远都是我学习的楷模。本书得以问世,得到了中国政法大学出版社的大力支持,在此一并表示衷心的感谢。

郭 国 汀

一九九四年四月十日

## 目 录

|                                                    |       |
|----------------------------------------------------|-------|
| 论中外合资经营企业法的完善·····                                 | (1)   |
| 中外合作经营企业的法律问题·····                                 | (13)  |
| 中外合资经营企业承包经营的法律实务·····                             | (29)  |
| 中外合资经营企业注册资本的法律问题·····                             | (48)  |
| 中外合资经营企业股权转让若干法律问题探讨·····                          | (59)  |
| 外商投资企业财产清算中的法律问题·····                              | (73)  |
| 简论涉外经济合同成立的问题——兼谈我国<br>《涉外经济合同法》关于合同成立部分的修改完善····· | (85)  |
| 试析涉外经济合同中违约金的法律问题·····                             | (98)  |
| 涉外经济合同中不可抗力的认定、范围及其法律效力·····                       | (108) |
| 外贸代理制的法律问题探析·····                                  | (119) |
| 技术引进合同纠纷案件的审判实务·····                               | (134) |
| 信用证实务的几个法律问题探析·····                                | (141) |
| 浅析国际货物买卖中的拒收权·····                                 | (149) |
| 国际货物买卖合同的风险责任·····                                 | (156) |
| 对一起重大国际货物买卖合同品质纠纷案的证据分析·····                       | (165) |
| 从一起重大国际商事仲裁案析国际商事<br>仲裁的几个法律问题·····                | (177) |
| 析一起国际商事仲裁案·····                                    | (187) |
| 试论国际商事仲裁的管辖权·····                                  | (193) |
| 试论信用证交易中的严格相符原则·····                               | (199) |
| 国际跟单信用证交易中买方的开证责任·····                             | (209) |
| 信托收据若干法律问题探讨·····                                  | (215) |

|                                                  |       |
|--------------------------------------------------|-------|
| 海洋污染案的管辖权.....                                   | (221) |
| 论预借提单的法律性质.....                                  | (228) |
| 代理一起重大涉外海商诉讼案的体会.....                            | (235) |
| 担保提货的几个法律问题.....                                 | (244) |
| 评一起涉外海商纠纷案的判决.....                               | (251) |
| 论货物固有瑕疵.....                                     | (260) |
| 国际反倾销诉讼与中国律师.....                                | (268) |
| 福建宁德地区经济技术协作公司诉日本国日欧<br>集装箱运输公司预借提单案.....        | (276) |
| 厦门国贸(原告)诉香港联中公司(被告)进口 5000 吨<br>鱼粉质量纠纷案的代理词..... | (288) |
| 厦门国贸诉香港联中进口智利鱼粉品质纠纷案<br>第二次开庭的代理词.....           | (306) |

## 论中外合资经营企业法的完善

我国中外合资经营企业(下称合营企业)经过十三年的发展,已经成为我国吸引和利用外资、引进先进技术和管理经验的重要形式之一。1990年4月4日第七届全国人大三次会议根据《中外合资经营企业法》(下称《合资法》)施行十年的情况,对该法中关于董事会人选、合营企业的期限、合营企业财产的国有化和征收等问题作了修改,使之更加适应我国改革开放的形势。另一方面,国家有关部门还抓紧修订、增补《合资法》的一系列配套规定,在我国已经初步形成了一个较为完备的中外合营企业法律体系。但是,随着改革开放政策的进一步深入,我国引进外资又进入了一个新的阶段,现行《合资法》及其配套立法在适用过程中也出现了许多问题。对这些问题,应当如何解决,如何谋求新的突破和发展,就成为亟待理论界和实务界共同研究的重要课题。本文试对现行《合资法》及其配套立法的修改进行一些初步的探讨。

### 一、投资主体范围问题

《合资法》第1条开宗明义地规定:“中华人民共和国为了扩大国际经济合作和技术交流,允许外国公司、企业和其它经济组织或个人按照平等互利的原则,经中国政府批准,在中华人民共和国境内,同中国的公司、企业或其它经济组织共同举办合营企业”。由此可见,在我国举办合营企业的外方投资者可以是外国公司、企业或其它经济组织或个人;举办合营企业的中方投资者却只能是具有法人资格的中国公司、企业或其它经济组织,除此之外,其它不具备法人资格的中国的经济组织(如合伙组织)和中国的自然人,就不能成为举办中外合营企业的中方投资者。这样,从法律上彻底排除了我国目前具有一定经济实力和生产规模的个体工商户成为中外合营企业中方投资者的可能性。随着我国改革开放的不断深入,

《合资法》的上述规定已经开始阻碍我国个体经济的进一步发展，不利于当前我们社会主义市场经济的培育、发展。因而，应当予以修改。这是因为：首先，我国《民法通则》明确将个体工商户列为民事活动的主体之一，并于该法第 26 条规定，个体工商户可以起字号。《民法通则》并没有规定个体工商户参与的民事活动仅限于国内，因此，个体工商户参与的民事活动当然也包括涉外的。1985 年 5 月 24 日国务院颁布的我国《技术引进合同管理条例》第 2 条也规定：“本条例规定的技术引进是指中华人民共和国境内的公司、企业、团体或个人，通过贸易或经济技术合作的途径，从中华人民共和国境外的公司、企业、团体或个人获得技术。……”上述规定表明，我国法律、法规早已允许包括个体工商户在内的自然人参与涉外经济活动，所以，修改《合资法》，明确将个体工商户列入该法的投资主体范围，符合作为我国基本法的《民法通则》和其他法规规定。第二，实践中，我国目前已有比如广东、江苏等一些地方政府机关允许个体工商户经过申报特批作为投资主体参加中外合营企业，但由于没有法律依据，我国大部分的省、自治区和直辖市尚不允许个体工商户参加中外合营企业。有些地方的个体工商户为了突破《合资法》的这一限制性规定，采用挂靠国营、集体企业的办法，以达到参加举办中外合营企业的目的。这样不仅导致各地方执法混乱，而且还给经济生活增加了不必要的纠纷。据此，亟待修改我国《合资法》，使个体工商户参加举办中外合营企业合法化，并鼓励其大规模、多方位地发展。第三，改革开放十多年以来，我国的个体工商户不论在人数上还是在经济实力和生产经营规模上都有了长足的发展，据权威部门的不完全统计，截至 1992 年底止，个体工商户资产逾百万的达 5000 人以上，其中还有上千万、近亿元的。个体工商户的投资范围，除了传统的与人民生活相关的第三产业以外，还开始涉足机械制造、房地产开发、经营和高精尖科技等各个行业。个体工商户生产、经营能力的不断增强，使其可以逐渐扩

大投资领域;相反,其投资领域的日益扩大也迫切需要通过吸引外资和引进技术,提高其自身的生产经营能力。因此,及早以法律的形式肯定个体工商户作为中外合营企业的投资主体,有利于个体工商户参与国际经济竞争,从而促进我国个体经济的不断壮大、发展。

当然,肯定个体工商户参与中外合营企业的活动,并不意味着所有的个体工商户都可以参与中外合营企业的活动,而只能是“有条件的个体工商户”,其中的“条件”可以在《合资法实施条例》中作进一步的说明,这主要是对其生产、经营能力的要求,如资金规模和技术水准等。

## 二、完善合营企业的组织形式

我国《合资法》第4条规定:“合营企业的形式为有限责任公司”。这一规定表明:有限责任公司是我国合营企业法定的、唯一的组织形式。所谓有限责任公司是指依法设立的、由法定数量的股东组成的、股东以其认缴的出资额对公司负责、公司以其全部资产为限对债务承担责任的企业法人。有限责任公司虽然是国际间组织跨国公司的一种普遍形式。但是,它并非国际上组织合营企业的唯一形式。目前国际上组织合营企业的形式,除了有限责任公司以外,还有无限责任公司、股份有限公司和两合公司等形式。从发展的趋势看,无限责任公司这一形式在各国正在日益减少,两合公司的组织在各国也只是少量存在,大量产生和存在的是有限责任公司和股份有限公司。我国于1979年在制定《合资法》的当时,之所以选择有限责任公司作为合营企业单一的法律形式,当然有其客观的原因。其原因不外是:有限责任公司股东人数少且稳定、组织机构严谨、企业资本具有维持性和不变性(合营各方不能退股而仅可转让其出资,而且转让出资须经合营他方同意,并经审批机构批准)。有限责任公司的这些特点,十分适合在改革开放之初的我国国情。当时我国缺少与外商进行经济合作的经验,加上经济法建

设处于初始阶段,合营企业采用有限责任公司的单一形式,既便于中外各方合作,又有利于国家对合营企业的管理。然而,随着我国改革开放政策的不断深入,合营企业采用有限责任公司单一形式的局限性已逐渐地显露出来。其主要表现在:第一,有限责任公司最基本的特点就是募股集资的封闭性。它与股份有限公司的主要区别是:后者可以公开向社会募股集资,发行股票,帐目公开;而前者却不得向社会公开募股,不得发行股票,帐目不允许公开,对出资的转让也有较多的法律限制。有限责任公司筹集资金渠道的局限性决定了采用这一形式的合营企业,若要扩大再生产,唯一的资金来源是借款。但根据1987年3月1日国家工商局《关于中外合资经营企业注册资本与投资总额比例的暂行规定》之有关规定,合营企业的投资总额在300万美元以下、300万美元以上至1000万美元、1000万美元以上至3000万美元以上的,其注册资本分别至少应占投资总额的 $7/10$ 、 $1/2$ 、 $2/5$ 、 $1/3$ 。合营企业增加投资的,其追加的注册资本与增加的投资额比例,也应按这一规定执行。据此,400万美元注册资本的合营企业,其注册资本和借贷资本的比例关系为 $1:1$ ,若其要增资到900万美元,其最多仅能借到400万美元,余下100万美元无法筹借,这样,合营企业正常的扩大再生产明显受到影响;第二,我国有关的规章或政策已经突破了合营企业仅以有限责任公司为单一形式的限制性规定。1992年5月15日国家经济体制改革委员会颁布了《股份有限公司规范意见》,股份有限公司在我国得到承认和保护。同年6月15日,国家计划委员会、国家体改委随即颁布了《股份制试点企业宏观管理的暂行规定》,该规定明确指出:“在国家颁布的外商投资目录范围内,欢迎和鼓励外资入股组建股份制企业”。“已设立的中外合资企业转为股份有限公司,需经原审批机构会同有关部门批准。”这样,股份有限公司作为合营企业的另一组织形式就得到了国家的肯定和推广。事实上,随着我国证券、股票市场的兴起和完善,在深圳和上海

等地早已涌现出一批中外合营的股份有限公司。实践证明,允许举办中外股份有限公司,作为合营企业的又一种形式,是大势所趋,它有利于利用内外资,促进合营企业的发展。但由于我国目前尚无统一的公司法,合营企业举办股份有限公司尚无法可依,并与《合资法》第4条关于有限责任公司是合营企业单一形式的规定相矛盾。因此,尽快修改《合资法》的这一规定,增加股份有限公司作为合营企业又一组织形式。以供中外投资者根据其投资规模和扩大再生产的需要作为选择。

### 三、董事会问题

《合资法实施条例》第33条规定,董事会是合营企业的最高权力机构,决定合营企业一切重大问题。由此可见,对于合营企业而言,董事会制度是否健全、董事会能否充分发挥其职能作用,这是直接关系到合营企业生产或经营成败的关键。完全可以肯定,一个合营企业没有一套完善的董事会制度,合营各方共同经营管理的规定就会落空,企业生产或经营的目标也将难以达到。而就实际情况而言,合营企业董事会不健全,有的甚至名存实亡,不能正常行使其职能,使企业生产、经营受到破坏的现象并非罕见。总结《合资法》制定以来的实践,合营企业董事会制度实行中遇到的问题,除了工作失误造成的以外,也逐渐地反映出我国现行《合资法》及其配套立法有关规定的不完善之处。具体的有:

1. 法律对充任董事的人选条件没有规定标准。《合资法》第6条规定,董事由合营各方委任或撤换。董事会设董事长一人,由中国合营者担任;副董事长一人或二人,由外国合营者担任。《合资法实施条例》第34条的规定更为简单:董事由合营各方委派。董事长由中国合营者委派。由于法律没有规定董事人选条件,造成有的合营方委派出的董事素质差,甚至有的董事“不懂事”,中方合营者派出不懂或无暇顾及合营企业经营管理的行政领导人担任董事的情况更为普遍。《合资法》及其实施条例对董事的人选条件缺少严

格标准的规定,是董事会职能作用无法得以正常发挥的主要原因之一。

2. 董事会的职权缺乏保障。《合资法》第6条规定了董事会的职权,即按合营企业章程规定,讨论决定合营企业的一切重大问题。所谓“一切”,就是没有限制。所谓“重大”又难以界定,这样,有可能产生这样一个问题,凡董事长认为属于合营企业的重大问题,董事会都有权讨论决定,凡董事长认为非属重大问题,董事会可以不闻不问。由此较易发生董事长独断专行,自行其是,甚至违法犯罪行为,而不论董事长由中方或外方担任。另一方面,由于董事会不是常设机构,董事会作出的决议,应由总经理贯彻实施。《合资法实施条例》虽然规定了总经理的职责,但却无对总经理行使领导和监督的程序以及总经理越权代理时补救措施的相应规定。这样,对总理的越权代理行为及违法经营等,董事会往往无力及时予以纠正。

3. 董事会应有的职权与董事会会议制度不健全的冲突。《合资法》第6条规定董事会有权讨论决定企业的一切重大问题,《合资法实施条例》第35条却规定,董事会会议每年至少召开一次,而实际中,在通常情况下,合营企业也多每年只召开一至二次例会,难以真正解决企业的重大问题。遇有专权的董事长,甚至从不召开董事会,对此,也无应追究其责任的法律条款。

4. 董事会的议事规则可能削弱董事会的作用。在涉及合营各方重大权益的问题上,董事会会在决议中因适用“一致通过”的议事原则,从而使董事会在讨论中时常出现矛盾或陷入僵局。同样,“特别多数通过”的议事原则,也较易导致董事会在讨论重大问题时议而不决,从而影响了董事会的工作效率。

针对董事会在实行过程中遇到的上述问题,笔者认为,如要真正地体现董事会作为最高权力机构的性质,强化其职能作用,就必须从立法上增加下列规定:

1. 增订董事人选条件的规定。什么人可以作为董事的合适人选,我国法律尚未规定,各国立法也不尽相同。一般地说,投资者选派董事的标准,最基本的有两条:一是要对股东忠诚;二是必须具备企业经营管理的经验和能力。此外,笔者认为,在我国,为了确保合营企业能够正常地生产和经营,还应规定,董事主要应由合营各方编制内精通企业管理的人员和合营企业经理人员担任,或可直接规定,兼任董事不得超过多少人。这些条件是一个合格董事所必不可少的。

2. 进一步明确董事会的职能。《合资法》第6条虽然规定董事会的职权是按合营企业章程规定,讨论决定合营企业的一切主要问题,即企业发展规划、生产经营活动方案、收支预算、利润分配、劳动工资计划、停业、以及总经理、副总经理、总工程师、总会计师、审计师的任命或聘请及其职权和待遇等,但这些规定比较原则。外国公司法对董事会职权所作的规定比我国《合资法》中所列的职权范围更为详细、具体。如一般以金额来规定董事会签约或批准支付的权限,特别对企业借贷资金、同其他企业合作所引起的法律上和经济上的权利义务和责任等规定得很细。笔者认为,一些外国公司法以资金规模决定董事会取权的規定未必合理、科学,但其相对具体的规定在实践中可操作性强,却是可取的。董事会决定的重大问题应当列举为下列十四项:

- (1) 决定年度生产计划、销售计划及发展计划;
- (2) 批准年度财务预算、决算、测算以及年度会计报表;
- (3) 决定流动资金的最高限额和限额以上的借贷;
- (4) 决定年度利润分配方案;
- (5) 审查并批准总经理提出的年度经营报告;
- (6) 通过本公司的劳动合同及各项重要规章制度;
- (7) 讨论并通过修改后的合营企业章程(该章程须经中国的主管部门批准后方可生效);