



SHE WAI SHANG SHI FA LU
SHI WU TAN XI

杨峥嵘 / 著

涉外商事法律 实务探析

中国法制出版社

湖南商学院资助出版

涉外商事法律实务探析

杨峥嵘 著

中国法制出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

涉外商事法律实务探析/杨峥嵘著. —北京: 中国法制出版社, 2006. 6

ISBN 7 - 80226 - 239 - 9

I. 涉... II. 杨... III. 国际商事仲裁 - 研究

IV. D997. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 057124 号

涉外商事法律实务探析

SHEWAI SHANGSHI FALU SHIWU TANXI

著者/杨峥嵘

经销/新华书店

印刷/河北省三河市汇鑫印务有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

印张/9. 875 字数/229 千

版次/2006 年 6 月第 1 版

2006 年 6 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7 - 80226 - 239 - 9

定价: 20.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 66070042

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

作者简介

杨峥嵘，湖南商学院法学教授，湖南大学法学院硕士生导师，男，1958年12月24日出生，湖南邵阳人，汉族，中共党员，中国政法大学毕业。曾从事司法行政工作数年，后长期从事法学教育与法学研究。先后破格晋升法学副教授和破格晋升法学教授。多年来在《中国改革》、《国有资产》、《当代法学》、《法学杂志》等国家级和省级报刊上发表理论文章100余篇，出版学术专著3部，出版合著与法学教材14部，主持、完成省部级重点资助法学类立项课题9项，获省部级社科成果奖5项，20多篇论文在省级和全国性学术会议上获奖。

序

我国改革开放的继续深入和社会主义市场经济的壮大发展，国内市场日益与国际市场接轨，客观地促进了涉外商事现象的越发频繁复杂。现代市场的运行需要法治。因此，对涉外商事法律进行必要的探索与努力，是摆在我们广大法学工作者面前的共同任务。

杨峥嵘同志以其多年教学与实践的经验，借鉴和吸纳同仁们已有的研究成果，完成了这部《涉外商事法律实务探析》的书稿。

我仔细阅读其书稿，觉得具有如下鲜明的特点：

其一，实用。该书以实务性的方式，对涉外商事买卖、商事贸易货物运输、货物保险、商事加工装配、补偿贸易、商事工程承包、商事房地产、技术转让、商事投资、商事代理和结算等商事行为法律方面的问题进行阐述，内容具体，提出的问题比较实际，解决问题的办法与设想比较可行，也比较可靠，又具有可操作性，能产生较好作用和价值。

其二，简明。涉外商事的法律问题本来是一个庞大的系统性的问题，很不容易也不可能一本或几本书把它说明白。该书文字不多但能抓住几个重点问题进行研析，简单明了，效果好。

其三，新颖。从事教学和法律工作的同志大多知道，我们对公法与私法、经济法与民商法、民法与商法等理论上的划分、界定和制度体例上的构架等方面，往往存在争议。该书却匠心独运作了一番“超脱”，不拘泥于上述理论上的分歧，这与一些相近的业务书相比较，特色明显。

我认为杨教授的这本书，是能为广大涉外经贸法律工作者所欢迎的。

对外经济贸易大学法学院教授、博导

沈 四 宝

2006 年 3 月

目 录

序	(1)
第一章 涉外商事法律基本问题概述	(1)
一、商事与涉外商事	(1)
(一) 商事概念与构成要素分析	(1)
(二) 涉外商事概念与特征	(9)
二、涉外商事法律关系	(11)
(一) 涉外商事法律关系概念	(11)
(二) 涉外商事法律关系分类	(13)
(三) 涉外商事法律关系构成	(14)
(四) 我国当今涉外商事法律现象产生和发展 的原因	(16)
三、涉外商事法律渊源	(16)
(一) 涉外商事法律渊源概念与构成	(16)
(二) 两大法系商事法律结构与渊源	(18)
(三) 两大法系商事法的发展趋势	(22)
四、涉外商事法律适用原则	(23)
五、WTO 规则与涉外商事	(29)
(一) 世界贸易组织主要机构与职能	(29)
(二) 世界贸易组织法律规则体系	(31)
(三) 世界贸易组织法律规则种类和内容	(32)
(四) 适用 WTO 规则对中国涉外商事发展的有 益表现	(34)
第二章 涉外商事货物买卖法律实务问题探析	(37)

一、涉外商事货物买卖及其合同法律实务问题	(37)
(一) 买卖合同订立前的准备问题	(37)
(二) 买卖合同的谈判问题	(39)
(三) 买卖合同签订的法律实务问题	(44)
二、涉外商事货物买卖国际贸易术语及其应用	(53)
(一) 国际贸易术语含义与内容	(53)
(二) 对国际贸易术语解释的法律实务问题	(54)
(三) 国际贸易术语常用种类及其运用的法律内容	(59)
第三章 涉外商事货物运输法律实务问题探析	(65)
一、涉外商事货物运输法律问题的产生	(65)
二、涉外商事货物海上运输	(65)
(一) 关于提单法律问题	(66)
(二) 关于租船合同法律问题	(70)
三、涉外商事货物航空运输	(75)
(一) 涉外商事货物航空运输方式及相关国际公约	(75)
(二) 涉外商事货物航空运输法律规则的法律问题	(76)
四、涉外商事铁路货物运输	(78)
(一) 涉外商事铁路货物联运和港澳铁路运输法律 问题	(79)
(二) 涉外商事铁路货物运输赔偿与诉讼法律实务 问题	(81)
五、涉外商事货物多式联运	(82)
(一) 涉外商事货物多式联运可能引起的法律问题	(82)
(二) 涉外商事货物多式联运适用国际公约和中国 法律的问题	(83)
第四章 涉外商事货物运输保险法律实务问题探析	(86)
一、涉外商事货物运输保险的产生及特点	(86)
二、涉外商事货物运输所涉保险范围和险种	(87)

(一) 海洋货物运输保险范围和险别	(87)
(二) 其他方式货物运输保险的一般法律问题	(90)
三、涉外商事货物运输保险合同条款选择问题	(92)
四、涉外商事货物运输保险中的索赔法律实务问题	(96)
第五章 涉外商事加工装配和补偿贸易法律实务问题探析	(97)
一、涉外加工装配和补偿贸易的含义	(97)
二、涉外加工装配法律特征和优缺点	(98)
三、涉外加工装配应注意的法律问题	(100)
(一) 做好合同订立前的准备。	(101)
(二) 明确合同基本内容和问题	(102)
四、涉外商事补偿贸易	(105)
(一) 补偿贸易的方式和法律特征	(105)
(二) 在补偿贸易中要注意的法律问题	(109)
五、我国当前涉外商事加工贸易中存在的问题和对策	(115)
(一) 涉外商事加工贸易存在的主要问题	(115)
(二) 涉外商事加工贸易业的改革措施和对策	(116)
第六章 涉外商事工程承包法律实务问题探析	(117)
一、涉外工程承包的逐步商事化	(117)
二、涉外商事工程承包的前期工作法律实务问题	(119)
(一) 分析形势, 选择目标市场	(119)
(二) 收集信息, 掌握承包行情	(120)
(三) 根据自我实力, 确定工程承包方式	(121)
(四) 通盘运筹, 做好工程投标工作	(123)
三、涉外商事工程承包合同法律实务问题	(124)
(一) 明确涉外商事工程承包合同的法律特征	(124)
(二) 明确工程承包合同的主要内容	(125)
(三) 注意合同签订的重点法律问题	(129)
四、涉外商事工程承包争议解决和索赔	(132)

(一) 涉外商事工程承包争议的预防与解决	(132)
(二) 涉外商事工程承包索赔的法律实务问题	(133)
第七章 涉外商事房地产法律实务问题探析	(136)
一、涉外商事房地产租赁法律实务问题	(136)
(一) 涉外商事房地产租赁的含义及法律特征	(136)
(二) 涉外商事房地产租赁的种类及法律内容	(137)
(三) 涉外商事房地产租赁合同法律实务问题	(138)
(四) 涉外商事房地产租赁纠纷处理	(141)
二、涉外商事房地产买卖法律实务问题	(144)
(一) 涉外商事房地产买卖的含义及其法律特征	(144)
(二) 涉外商事房地产开发的情形	(145)
(三) 涉外商事房屋买卖主要法律内容	(147)
(四) 涉外商事房地产开发转让土地使用权法律 实务问题	(149)
(五) 涉外商事房地产买卖纠纷处理	(151)
第八章 涉外商事技术转让法律实务问题探析	(153)
一、涉外商事技术转让的含义和特点	(153)
(一) 涉外商事技术转让的含义和方式	(153)
(二) 涉外技术转让的特点及其作用	(155)
二、涉外技术转让的标的、形式和条件	(156)
(一) 涉外技术转让的标的	(156)
(二) 涉外技术转让的主要形式	(156)
(三) 涉外技术转让的条件	(158)
三、订立涉外技术转让合同的法律实务问题	(159)
(一) 涉外技术转让合同的主要形式——许可 证协议的种类和内容	(159)
(二) 涉外技术转让合同谈判要注意的问题	(163)
四、履行技术转让合同与运用引进技术的法律	

实务问题	(166)
(一)做好各项接受工作	(166)
(二)做好对方履约的验证和防范工作	(166)
(三)做好引进技术资料的转化工作	(167)
(四)加强对引进技术的消化与吸收及创新	(167)
第九章 涉外商事投资法律实务问题探析	(168)
一、涉外商事投资的含义和种类	(168)
二、拓展涉外商事投资的意义	(169)
三、涉外商事投资的方式和内容	(171)
四、涉外商事投资环境问题	(174)
(一)涉外商事投资环境的种类和内容	(174)
(二)涉外商事投资环境的评估与比较	(176)
五、涉外商事投资营运方式的法律实务问题	(180)
(一)股权参与下投资营运方式法律实务问题	(180)
(二)非股权参与下投资营运方式法律实务问题	(185)
(三)无形资产投资营运方式法律实务问题	(188)
六、涉外商事投资法律规则	(190)
(一)涉外商事投资法律体系的建立	(190)
(二)涉外商事投资法规基本内容	(193)
七、涉外商事投资争议解决	(196)
(一)确立涉外商事投资争议解决方法的依据	(196)
(二)解决涉外商事投资争议的常用方法	(196)
第十章 涉外商事代理法律实务问题探析	(198)
一、涉外商事代理的概念及制度比较	(198)
(一)涉外商事代理的概念与制度基础	(198)
(二)涉外商事代理权产生根据的区别	(199)
(三)涉外商事无权代理认定的差异	(202)
(四)涉外商事代理关系终止原因与后果的不同	(204)

(五) 涉外商事代理的相互间关系确认的不同	(206)
二、关于我国涉外商事代理制度问题	(211)
三、关于涉外商事代理制度的统一与适用问题	(214)
(一) 关于涉外商事代理制度的统一	(215)
(二) 关于涉外商事代理制度的适用	(217)
第十一章 涉外商事结算中的法律实务问题探析	(220)
一、涉外商事结算的概念	(220)
二、涉外商事结算的工具	(220)
(一) 关于汇票	(221)
(二) 关于本票	(222)
(三) 关于支票	(223)
三、涉外商事结算方式及其选择	(224)
(一) 汇付结算	(224)
(二) 托收结算	(225)
(三) 信用证结算	(226)
(四) 关于结算方式的选择	(230)
第十二章 涉外商事税收法律实务问题探析	(232)
一、涉外商事的关税法律实务问题	(232)
(一) 关税的概念、特点和分类	(232)
(二) 涉外商事的我国关税法律基本问题	(235)
二、涉外商事国际税收法律实务问题	(246)
(一) 涉外商事为何涉及国际税收	(246)
(二) 涉外商事所涉国际税收征税对象法律实务问题	(248)
(三) 涉外商事所涉国际税收管辖权法律实务问题	(253)
(四) 涉外商事所涉国际税收协定的法律实务问题	(261)
第十三章 涉外商事仲裁与诉讼法律实务问题探析	(270)
一、涉外商事仲裁法律实务问题	(270)
(一) 涉外商事仲裁机构及其仲裁规则	(270)

(二) 外国及国际性仲裁机构和仲裁规则	(274)
(三) 涉外商事仲裁协议法律内容	(275)
(四) 涉外商事仲裁裁决的效力与裁决的执行	(277)
二、海事仲裁	(281)
(一) 海事仲裁规则及其适用	(281)
(二) 海事仲裁的提起、财产保全、应诉及其法律后果	(283)
三、涉外商事民事诉讼法律实务问题	(288)
(一) 涉外民事诉讼及其特点	(288)
(二) 涉外民事诉讼管辖法律实务问题	(288)
(三) 在我国涉外民事诉讼起诉与受理的法律实 务问题	(291)
(四) 涉外民事诉讼的送达、期间和执行的法律实 务问题	(292)
后 记	(295)
主要参考书目	(298)

第一章 涉外商事法律基本问题概述

一、商事与涉外商事

(一) 商事概念与构成要素分析

1. 商事概念

商事也叫商业事务，或者叫做商务活动，有时也就叫做商。对于商事的解释，当代各国并未进行一般的抽象和概括，因此也没有一个统一的说法。一些国家试图通过列举的方式来确定其概念的外延和内涵，也有一些国家采取笼统的称谓和解释等等。商事这一概念，可以从社会学、经济学、法学等不同角度进行理解。从社会学的角度认为的商事是一个内涵随社会历史条件逐渐演变的概念。在我国古代，商事被理解为商品交换的活动，即买卖的活动。例如《汉书》称“通财鬻货曰商”。《白虎通》称：“商其远近，度其有无，通四方之物，故谓之商”。这些是我国古代基于当时的社会条件而对商事的最早理解。我国上古是商业发展的初期，主要实行以物易物的交换方法。因而，当时所谓的商事仅仅是指媒介货物直接交换的行为。这种将商视为买卖的理解反映了当时社会对“商事”的朴素认识。在英文中，也有对商事的类似解释。英文的“商”为 commerce。《新国际词典》将其解释为商品交换或买卖行为。随着商业的发展，产生了以货币为媒介的财货交易。尤其是到了近现代，交通逐渐发达，商品的种类和数量都大幅增加，商业日益繁荣，人们对商事又有了新的认识，即将商事视为“以营利为目的的各种商品交换行为”。从经济学的角度理

解，商事“乃指以营利为目的，直接媒介财货交易的行为”。换言之，“商事即介于农业、工业等生产者与消费者之间，直接媒介财货交易，调剂供需，而从中获取利润的行为”。

现代社会，商品经济进一步发展，以营利为目的的经济活动的范围不断扩大，除直接媒介财货交易的“买卖”外，营利性的行为还表现在金融业、运输业、服务业、信息技术贸易业、印刷业、出版业等领域。而经济学对商的概括并不能完全涵盖这些领域。从法学的角度理解的商事，其外延要比经济学角度理解的要广泛一些，法学上讲的商事，指的是营利性营业活动和事业的总称。

然而，现代各国的商事法律实践对商事的概括，各有所异，对商事的范围规定也不尽相同。比如《法国商法典》第 632 条规定，法律上认为买卖是任何出售商品；或制造出售商品；或因租赁而买入商品之事；或制造、保险、水陆运输之业；或物品的供给、行纪、居间、竞卖、金银汇兑、银行之业；一切营造船舶和船具之业，海上保险，海上贸易等。法国商法采取了列举主义的方法对商的范围加以规定。又如《德国商法典》第 1 条规定，以下方式作为交易标准的企业经营属于商事经营：动产物（商品）或有权证券的购置与转让；为他人承担加工、处理；保险业；银行和货币兑换业；从事货物或旅客海上、陆上、内水运输业；行纪仓储业；居间代理业；出版、图书及艺术品交易业；印刷业。此外，还规定企业虽不具备上述条件，但只要以商人方式进行经营，而且又在商事登记簿上进行登记注册，也被视为商事活动。可见德国法采取了列举与概括相结合的方法进行规定。再如《日本商法典》第 501 条、502 条亦规定，对动产、不动产及有权证券的转让；在交易所的交易；出租；为他人进行的加工、制造；供应电气煤气；运输；出版；保险；居间；代理等行为皆属于商事经营。联合国《国际商事仲裁示范法》中的商事包括但不限于下列交易：任何提供或交换商品或劳务的交易；销售协议；商事

代理或代表；租赁；咨询；设计；许可；投资；融资；银行业；保险；开采协议或特许权；合营企业或其他形式的工业或商业合作；客货航空、海洋、铁路或公路运输。

商法学界的理论家们把现代商事划分为以下四种“商”：第一种“商”，也叫“固有商”，是指直接媒介财货交易以及传统上被纳入商事活动，如交易所交易、买卖商交易、证券交易、票据交易、海商海事等活动。第二种“商”，也叫“辅助商”，是指间接以媒介货物交易为目的营业活动，如货物运送、仓储、代理、行纪、居间、包装等商事活动。第三种“商”，是指虽不具有直接或间接媒介货物交易的行为目的，但其行为性质与固有商和辅助商有密切联系或者为其提供商业条件的营业活动，如银行、融资、信托、承揽、制造、加工、出版、印刷、摄影营业。第四种“商”，是指仅与辅助商或第三种“商”有牵连关系的营业活动，如广告宣传、人身与财产保险、旅馆营业、饭店酒楼、戏院舞厅、旅游服务、娱乐营业、信息咨询等，此种商事营业已与固有商的联系极为间接。

总之，商事的概念是对社会生活中生产经营活动性质的概括，这一法律抽象的作用在于将整个社会具有重要意义的生产经营活动独立出来，使商事法律得以对由其形成的社会关系进行专门的法律调整。可以说，商事法律中关于商事主体、商事行为、商事能力、商事登记、商事责任等一系列概念、规则和制度均建立在对于商事的理解上。

2. 商事特征

商事作为一种事务，作为一种有目的活动，作为一种社会现象的存在与发展，是基于人的意志和愿望而产生和变化着的，也是通过人的作为来进行着的。我们把从事这种行为的人叫做商人，把这种人从事的行为叫做商事行为。人的意志和愿望与人的有目的的行为以及人的意志、愿望、目的和人的具体行为活动结合在一起并且作用于共同的对象——市场，通过市场这个特有的平台、

空间，以各种不同的手段和方法，获取其利润，这就是商事的本质属性。基于这种本质属性而表现出来的现象，即为其特征。因此，商事特征基本可以概括为两大点：一是具有经营性。经营性也叫市场交换性。经营的实现具有三个方面的要素或者叫做条件：其一，是要具备经营所需的空间（平台）即市场，包括有形市场和无形市场；其二，是要具备经营的对象即商品，包括有形商品（物）和无形商品（智力成果和技术，劳动能力和服务方式）；其三是人们和社会的存在与需求的对应。商事这一社会现象正是基于这些要素和条件而产生的，也是基于这些要素和条件的变化发展而变化发展的。二是具有获利性，或者叫做营利性。从客观现实的角度来说，获利性包括了正获利和负获利，而正常情况下的获利应当是正获利。没有获利就没有商事，就没有商事存在的意义和价值。获利是经济得以发展的必要手段，也是社会进步的重要途径和标志之一。

至于有观点认为，商事应当还具有连贯性的特点。这种观点解释为商事的连贯性表现在：其一是反复存在的；其二是连结存在的。商事作为人类社会分工之一而存在的事情，当然是长期地、反复地、连结地发展着的。如果只是偶尔一次或者为数不多的经营性和营利性的，不叫做商事。

从商人的角度来说，如果称专门、专职、专业商人所进行的经营、获利的活动为商事，是没有疑问的。但是，非专门、非专职、非专业商人的人偶尔进行一些参与经营的活动或者到一些特定的市场进行着一次或者几次交换行为，而且这些一次或几次的行为目的也是为了获利，如果不把这些行为叫做商事，那么又叫做什么才符合实际情况呢？比如农民在农闲季节，组织一批资金，从东边收货一批蔬菜水果或者牲畜，运到西边进入市场进行销售，交纳完各种税费后，从中尽量赚点钱回了家，回家后又继续务农。人们习惯地说他们做买卖赚了钱。过去我们把它叫做“长途贩运”，或叫“小商小贩”。总之它具备了交换性和获利性两个基本