

刘弓强◎著

企业涉外经营管理 法律问题研究

QIYE SHEWAI JINGYING GUANLI
FALU WENTI YANJIU



知识产权出版社
全国百佳图书出版单位

北京工商大学学科与研究生教育—学科建设综合计划项目

企业涉外经营管理 法律问题研究

刘弓强 著

 **知识产权出版社**
全国百佳图书出版单位

内容提要

本书在充分考虑当今国际经贸活动实务的基础上,从我国企业参与国际经贸活动的角度出发,对该领域所适用的法律以及各形态的企业经营管理活动进行了系统的剖析。该书除可以作为研究人员把握涉外经营管理法律体系的引导书外,也可以作为相关实务工作人员研究该领域的向导工具书。

责任编辑:牛洁颖

责任校对:董志英

执行编辑:崔开丽

责任出版:卢运霞

图书在版编目(CIP)数据

企业涉外经营管理法律问题研究 / 刘弓强著. —北京:

知识产权出版社, 2012. 3

ISBN 978-7-5130-1109-9

I. ①企… II. ①刘… III. ①企业管理—涉外经济法—研究—中国 IV. ①D922.295.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第028179号

企业涉外经营管理法律问题研究

QIYE SHEWAI JINGYING GUANLI FALÜ WENTI YANJIU

刘弓强 著

出版发行: 知识产权出版社

社址: 北京市海淀区马甸南村1号

邮 编: 100088

网 址: <http://www.ipph.cn>

邮 箱: bjb@cnipr.com

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102

传 真: 010-82005070/82000893

责编电话: 010-82000860 转 8109

责编邮箱: niujieying@sina.com

印 刷: 知识产权出版社电子制印中心

经 销: 新华书店及相关销售网点

开 本: 787mm×1092mm 1/16

印 张: 12.5

版 次: 2012年3月第一版

印 次: 2012年3月第一次印刷

字 数: 200千字

定 价: 28.00元

ISBN 978-7-5130-1109-9/D·1426 (4017)

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

序言 FOREWORD

企业涉外经营管理法律问题研究

企业从事涉外经营管理活动在其具体表现形式上虽然具有多样性的特征，但是，从整体上可以将其划分为国际贸易与国际投资这两大种类。

在第二次世界大战结束后至 20 世纪 50 年代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企业从事涉外经营管理活动的核心内容。此后随着各国经济的恢复、发展以及科学技术的进步，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。

进入 20 世纪六七十年代，国际投资开始成为企业涉外经营管理活动中的一项重要内容。所谓国际投资，是指企业通过国际金融借贷，取得外国公司的股份，以在国外设立子公司、分公司等形式进行的跨越国境的资本转移活动。其中，诸如合资办厂等以参加企业经营活动为目的所进行的投资被称为直接投资，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。

国际贸易与国际投资构成了当今国际经贸活动的两大支柱。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。在欧洲、美国、日本等国家或地区成立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当今国际经贸活动的一个重要特征。

企业国际化是当今经济活动的潮流。从法律的层面进行探究我国企业面对如此形势应如何布局，如何应对企业国际化所带来的种种影响，成为当今我国法律学界一个急迫的现实课题。

企业国际化的核心问题在于企业如何从事涉外经营管理活动。企业从事上述活动会涉及国外企业的收购、国际债券的发行、国际工程的承包、知识产权的国际转让、国际贸易合同的签订等诸多法律问题。如何从我国企业的角度出发，系统地思考和解决企业国际化活动中所出现的上述问题，成为我国法律学界探讨和研究该问题的关键所在。

基于上述考虑，本书在写作中主要注意 3 个方面：

(1) 企业从事国外企业的收购、国际债券的发行、国际工程的承包以及国际贸易合同的签订等活动，必然会涉及国际私法中的冲突规范，私法和公法的国际条约、经济法、合同法、公司法、海商法、保险法、票据法以及民事诉讼法中的许多法律内容。如何构建起一个系统的、清晰的法律思路和体系，笔者从立法学以及法解释学的角度出发为此作出了特别的留意。

(2) 各国有各自的国情，如何从我国的国情出发思考企业国际化所

面临的法律问题，笔者从实证法学的角度出发进行了分析和探究。

(3) 伴随着国际经济形势的变化，企业的涉外经营管理活动也会出现和产生新的手法。注重和了解国际经济形势的动态，这对企业开展涉外经营管理活动具有重要意义。为此，本书从动态分析的角度出发对上述问题进行了较为深入的研究。

最后，本书的出版得到了北京工商大学学科与研究生教育一学科建设综合计划项目的资助。

由于作者水平有限，书中难免出现遗漏和差错，敬请读者批评指正。

作 者

2011 年 12 月

目 录

CONFENTS

企业涉外经营管理法律问题研究

第一章 涉外经营管理主体的法律研究 —— 001

- 第一节 自然人 / 002
- 第二节 企业 / 003
- 第三节 国家 / 006
- 第四节 国际组织 / 012

第二章 涉外经营管理活动法律适用研究 —— 014

- 第一节 国际私法 / 015
- 第二节 统一私法 / 015
- 第三节 涉外实体法 / 017
- 第四节 国际惯例 / 017
- 第五节 国际经贸活动的公法规范 / 019

第三章 企业从事国际贸易活动的法律分析和研究 —— 037

- 第一节 国际货物买卖合同法律研究 / 038

- 第二节 国际货物保险法律问题研究 / 057
- 第三节 国际货物运输法律问题研究 / 068
- 第四节 国际支付的法律 / 094
- 第五节 国际货物销售的代理与专卖法律问题研究 / 112
- 第六节 国际产品责任的法律 / 114

第四章 企业国际投资的法律分析和研究 —— 125

- 第一节 国际直接投资 / 126
- 第二节 国际间接投资 / 131
- 第三节 国际项目融资 / 134
- 第四节 调整国际投资的国际条约 / 136

第五章 国际工程承包的法律分析和研究 —— 142

- 第一节 国际工程承包的法律特征 / 143
- 第二节 国际工程承包合同的法律分析 / 144

第六章 企业从事涉外经营管理活动的国际经济环境的 分析和研究 —— 151

- 第一节 发展中国家谋求建立新的国际经济秩序斗争的历史 / 152
- 第二节 WTO 与发展中国家之间关系的法律分析 / 160

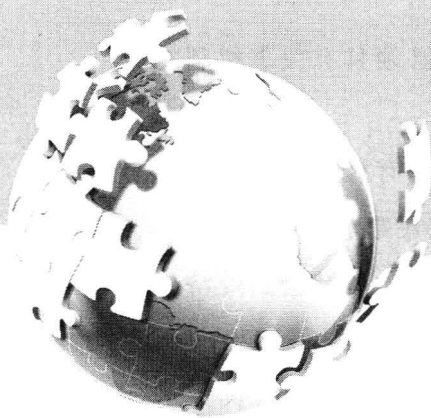
第七章 国际经贸活动纠纷解决的法律分析和研究 —— 162

- 第一节 国家间国际经贸活动纠纷解决的法律分析 / 163
- 第二节 国家与企业间国际经贸活动纠纷解决的法律分析 / 166
- 第三节 企业间国际经贸活动纠纷解决的法律分析 / 170

第一章 涉外经营管理 主体的法律研究

SHEWAI JINGYING GUANLI

ZHUTI DE FALÜ YANJIU



企业是从事涉外经营管理活动最为重要的主体，其中，以公司为代表的企业在国际经贸活动中发挥着重要的力量。除此之外，个人、国家以及国际经济组织在特定的条件下也积极参与国际经贸活动。上述主体在从事涉外经营管理活动中具有其各自不同的法律特征。

第一节 自 然 人

自然人从事涉外经营管理活动的前提条件是必须具有民事权利能力和民事行为能力。

民事权利能力，也就是指自然人在私法上所享有权利和承担义务的资格。现在，可以说任何国家都承认自然人具有民事权利能力。但是，在享有民事权利能力的具体内容上，由于各国受其本国社会、经济、政治等因素的影响，各国的立法并非一致。比如在能否取得土地的所有权、采矿权以及从事金融行业等方面，一些国家从法律上对外国人进行了限制。

自然人从事涉外经营管理活动，除涉及上述民事权利能力的问题外，同时还要求具有民事行为能力。自然人的民事行为能力，即自然人从事法律行为所应具有的能力。对于无民事行为能力者，许多国家通常作为禁治产者在法律上予以保护。

在民事行为能力制度方面，由于各国的法律规定并不一致，因此，如何确定当事人是否具有行为能力成为了解决问题的关键所在。大陆法系国家在解决上述问题时，通常采取依其本国法进行确定，该方法在保护交易的安全性方面存在着重大的缺陷。比如，甲为A国人，18岁，在我国国内与我国的企业进行经贸活动。根据A国的法律，年满20岁方具有完全行为能力。如果依照A国的法律，A与我国企业签订的合同应属效力待定合同。为矫正上述缺陷，包括我国在内的许多大陆法系国家，现在均采用依行为地法确定当事人是否具有民事行为能力。

第二节 企 业

以有限责任公司和股份有限公司为代表的企业是从事涉外经营管理活动最为重要的力量。但是，在规范企业的组织方面，各国的公司法律制度并非一致。因此，也产生了如何确定法人的权利能力和行为能力的问题。

一、法人准据法的确定

在确定外国法人的权利能力和行为能力方面，目前主要有设立准据法主义和营业地法主义这两种立法模式。英美法系国家采取的是设立准据法主义，大陆法系国家则一般采取营业地法主义。所谓设立准据法主义，是指以成立法人所依据的法律为其准据法，以此确定法人的权利能力和行为能力。营业地法主义则是指以法人主要营业地所在的国家法律来确定法人的权利能力和行为能力。我国在此问题上采取的是设立准据法主义。

设立准据法主义便于确定法人的准据法，并同时为当事人选择适合自己情况的国家的法律成立公司提供了自由。但是，该立法模式在保护交易安全方面存在着重大隐患。在实务中，一些当事人往往利用上述法律制度，选择在诸如美国特拉华州（Delaware）、列支敦士登等公司法规范较为松散的国家或地区成立自己的公司，其后在世界各地开展经营活动。上述的立法模式无疑为当事人规避法律提供了可能。对此，营业地法主义在消除设立准据法主义所存在的上述缺陷方面具有其优点。但是，在该立法模式下，营业地的转移使业已建立的法律关系也随之产生变化，这无疑会对法律的安定性带来不利影响。同时，对在世界范围内

开展经营活动的企业来讲，如何确定该法人的营业地，这也可以说是一个难以解决的问题。

由上述可以看出，无论是设立准据法主义还是营业地法主义，在确定法人的准据法方面都存在着弊端。为解决上述两种立法模式的缺陷，在学术中出现了限制设立准据法主义（在法人与成立国之间无事实关联的情况下，以营业地法主义取代设立准据法主义）、重叠化主义（以设立准据法主义为基础兼顾适用营业地法主义）以及分割化主义（对法人的成立、内部组织关系等分别依据不同的标准确定其准据法）等观点。

由上述可以得知，在确定外国法人的权利能力和行为能力方面，目前主要有设立准据法主义和营业地法主义这两种立法模式。对于通过上述两种立法模式能够确定外国法人的权利能力和行为能力所包括的具体内容，换言之，哪些问题属于外国法人的权利能力和行为能力的问题，在我国的现行立法中对此没有作出规定。根据国外的立法以及国内外的学说理论，通常认为以下问题属于外国法人的权利能力和行为能力的问题：

（1）外国法人是否成立或已经解散。

（2）外国法人的经营范围。在这点上，如果依其所属的法律，法人的某项活动为超越公司章程的无效的经营行为，行为地国的法院为保证交易安全，通常以行为地法作为确定该法人的活动是否具有法律效力的依据。

（3）外国法人的内部事项。法人的内部事项，包括法人内部的组织结构、法人与股东的关系等。但是，对于超越公司权限所进行的活动，为保证交易的安全，行为地国的法院通常与上述同样，以行为地法作为确定该法人的活动是否具有法律效力的依据。

二、外国法人的地位

（一）外国法人的认可

根据外国的公司法所成立的公司为外国法人，在这点上不同于根据中国的《中外合资经营企业法》、《中外合作经营企业法》和《外资企业法》（以下统称“三资法”）所成立的企业。后者无论采取独资还是合资的形式，如果满足法人的条件，认定其为中国法人。

对于外国法人在本国所从事的经营活动，任何一个国家出于维护本国经济秩序的需要，都会对该外国法人采取必要的规范措施，其中最为重要的一点就是外国法人的认可问题。该问题也就是讲，对于在其本国开展经营活动的外国公司，本国是否承认该公司具有法人资格。在外国法人的认许问题上，各国采取了以下不同的方法：

（1）一般认许制。外国企业只需要根据本国法律的规定，办理法律所要求的登记或注册手续，便可以在本国以法人的名义开展经营活动。

（2）特别认许制。外国企业要在本国以法人的名义开展经营活动，必须按照本国法人的规定，重新进行设立。

（3）相互认许制。两国间根据双边条约，相互承认对方法人在其本国以法人的资格从事经营活动。在一些国家所签订的友好通商航海条约中往往也包括了相互认许的内容。

我国对外国法人的认许问题目前没有明确的法律规定。但是，在我国公司法中的“外国公司的分支机构”一章中，可以看出我国在外国法人的认许问题上，似乎带有一般认许制的倾向。

对没有经过认许的外国法人，不得以法人的名义在本国进行经营活动。但是，该点并不是禁止没有经过认许的外国法人在本国从事经营活动。

动。对于上述的外国法人，许多国家通常所采取的做法是，将其作为无独立权利能力的经济组织进行对待。

（二）对外国法人的监督和管理

为维护本国的经济秩序以及交易的安全，各国对在本国开展经营活动的外国公司，从法律上制定了多项监督管理措施。以我国为例，对在我国开展经营活动的外国公司，必须在规定的期间内提出申请，进行登记，并领取营业执照。同时还要求该外国公司必须在我国境内指定其代表人或代理人。外国公司撤离我国，必须清偿其债务，并依照我国关于清算程序的规定进行清算。除此之外，在外国法人经营活动的内容上，许多国家还制定了限定措施。比如禁止外国法人在本国从事运输、通讯、金融等行业。由于 WTO 的《服务贸易总协定》对成员国的上述措施进行了规范，该限制措施目前在一定程度上得到了缓解。

我国对外国法人经营活动的限制，主要表现在政府所制定的《外商投资产业指导目录》当中。

第三节 国 家

国家作为一方的主体积极参与国际经贸活动，是当今国际经贸活动的一大特点。这点最明显地表现在发展中国家的国际经贸活动当中。在此背景下，如何解决以下的法律问题成为规范国家从事国际经贸活动成败的关键：

（1）对于国家与企业间所签订的国际经贸合同，应如何确定解决该合同纠纷所适用的法律；

（2）对于国家的违约，他国的法院能否对合同当事人一方的国

家进行审判并执行其财产，这也就是讲，国家是否享有裁判豁免的权利。

一、国家契约

（一）国家契约的准据法

国家与外国的企业间所发生的国际经贸合同纠纷，适用一国的国内法进行解决，在这点上与解决其他的国际经贸合同的纠纷并无任何差异。但是，对于国家在开发本国的自然资源、基础设施的建设方面与外国公司所签订的国家契约（state contracts）或特许协议（concession），对其纠纷是否应该采取上述方法进行解决，在该问题上，发达国家与发展中国家之间产生了对立。

外国企业在他国从事自然资源的开发和基础设施的建设，需要投入大量的资金。同时，该类型的国际经贸活动还具有回报周期长的特点。除此之外，自然资源的开发和基础设施的建设与一个国家的经济产业政策密切相关，因此，在实践中经常发生东道国根据其本国的具体情况修订经济产业政策和法律而单方面修改、终止合同乃至行使国有化的情形。在上述情况下，如果依据东道国的法律在东道国的法院对纠纷进行审判，该司法审判能否公正成为悬念。基于此，发达国家强烈要求在解决国家契约（特许协议）纠纷的问题上，应以国际法以及文明国家法律所确定的一般原则作为审判的依据，并且极力促使国际组织建立的纠纷解决机构处理相关纠纷。

对于上述发达国家的主张，发展中国家认为，在联合国《关于自然资源永久主权宣言》以及《各国经济权利和义务宪章》中所确立的国家对外国企业享有规范的权利，业已为国际社会所承认。因此，上述问题

完全是一个国家国内法上的问题。

为打破上述两大利益集团在解决国家契约纠纷所适用的法律（准据法）问题上的对立，目前在实务中采取了如下的方法：

（1）为防止东道国随意修改法律对国家契约造成影响，在国家契约中约定，以合同签订时的法律为其准据法。合同签订后所修改的法律对该合同不具有溯及力。该条款往往也称为安定化条款（stabilization clause）。

（2）在双边友好通商航海条约以及投资条约中，就解决国家契约纠纷问题进行约定。最为常见的是约定通过仲裁的方式解决上述纠纷（《解决国家与他国国民投资争议的公约》）。

（二）国有化（nationalization）

国有化问题作为国家契约中的一个重要问题，受到了许多国家以及国际社会的关注。

什么是国有化，目前尚没有一个确定的定义。通常认为，国有化是指国家根据其本国社会公共利益的需要，无差别地对外国私人财产所采取的强制征收行为。国有化问题由来已久，传统的国际法认为，国有化是对外国人既得权的侵害，因此，该行为为非法行为。但是，通过广大的发展中国家的努力，国有化作为国家行使经济主权的一项重要内容，业已得到国际社会的承认。其理论基础是联合国《关于自然资源永久主权宣言》以及《各国经济权利和义务宪章》中所确立的国家经济主权原则。

一个国家出于社会公共利益的目的，对外国私人财产行使国有化，国际社会通常认为应必须同时满足以下条件：

（1）公共性原则（行使国有化应以社会公共利益的需要为前提）；