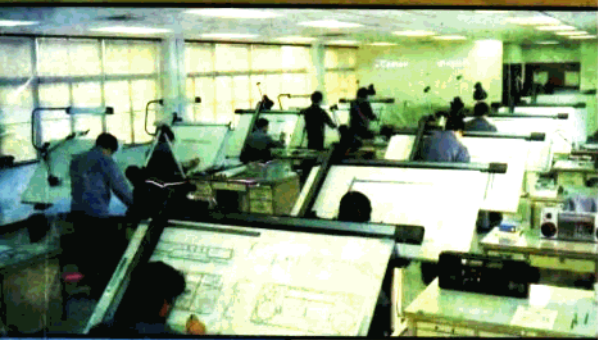


廖延豹 主编



6 常见涉外经济合同的 签订与履行

鹭江出版社

常见涉外经济合同的签订与履行

福建省法学会经济法研究会编写

主编 廖延豹

鹭江出版社出版

(厦门市莲花新村观远里19号)

福建省新华书店发行

三明市印刷厂印刷

开本850×1168毫米 1/32 9.625印张 223千字

1989年6月第1版

1989年5月第1次印刷

印数: 1—8300

ISBN 7-80533-151-0

F·25 定价 2.65元

序 言

涉外经济合同是我国在对外开放,发展对外贸易,吸收外商直接投资,以及开展各种形式的国际经济技术合作中所经常和大量使用的法律文件。近年来,随着我国对外经济技术关系的发展,我国的公司、企业和其他经济组织与外商签订和履行的涉外经济合同,数量也愈来愈多。这其中有成功的经验,也有失败的教训。因此,总结签订和履行涉外经济合同的经验,对加强法制建设,依法保护合同当事人的合法权益,是很有必要的。

福建省法学会经济法研究会组织许多专家、学者和长期从事涉外经济工作经验丰富的律师,编写和出版《常见涉外经济合同的签订和履行》一书,正是适应形势的需要、很及时、很有意义的著作。这本书,根据我国现行法律(包括最新公布施行的法律)及我国参加的有关的国际公约,理论联系实际,介绍每种合同的法律特征、适用的法律、合同的要点、签订和履行中应注意的问题,以及各种实例。可以相信,这样的书,对深入普及法律知识,提高涉外经济工作人员的谈判水准和法律素质,是大有裨益的。

签订与履行涉外经济合同是一项长期的工作,随着对外经济贸易的发展,还会产生许多新的问题。希望编者和读者继续关心这项事业,共同为建立和完善既适合我国特点又符合国际上习惯作法的涉外经济合同法体系而努力。

谨向闽厦法学工作者和法律工作者致以敬意。



1988年9月30日

前 言

长期以来的闭关锁国，我们发现反锁了自己的手脚。于是打开国门，吸引外资，引进国外先进的技术、设备。但是，我们对外经贸这一套不熟悉，要把它学到手，必须付出学费。出国考察、留学、请专家来讲学，花点钱是必要的，值得的。另外，还有一种学费不列预算，难以报支，事先算盘珠拨不出，计算器算不来，这就是外经贸业务上的失误，吃亏上当受骗所付出的学费。这种学费我们随时都在出，有时这个地方出过了，那个地方还得付。究其原因，毛病大多出在涉外经济合同上，内容不具体，条款不全，对外国的法律和国际惯例不了解，国际市场情况吃不准，间或是上了人家的圈套。有鉴于此，我们在召开涉外经济合同研讨会的基础上，组织有较深理论造诣又富有实践经验的专家、学者和实际工作者写了这本书，把外经贸工作者应该知道的有关涉外经济合同的知识集中起来。这本书实用性很强，细细地阅读它、研究它，可以避免在外经贸工作上吃亏上当，少付许多冤枉钱，也算我会为发展外向型经济尽一点棉薄之力吧！

福建省法学会

1988年9月20日

目 录

引论	(1)
一、对外开放与《涉外经济合同法》	(1)
二、对我国涉外经济合同的几点认识	(5)
三、涉外经济合同的主体	(6)
四、涉外经济合同的法律适用	(9)
五、涉外经济合同的订立、履行和违约责任	(11)
第一章 国际贸易合同	(15)
一、国际贸易合同的概念	(15)
二、国际贸易合同的特征	(20)
三、适用的法律、条约和惯例	(23)
四、国际贸易合同的主要内容	(34)
第二章 中外合资经营企业合同	(75)
一、中外合资经营企业合同的概念和特征	(75)
二、我国对中外合资经营企业的有关法规	(79)
三、中外合资经营企业合同的主要内容	(82)
四、中外合资经营企业合同签订和履行中值得注意的问题	(84)
第三章 中外合作经营企业合同	(98)
一、中外合作经营企业的概念和概况	(98)
二、我国对中外合作经营企业的有关法规	(101)
三、中外合作经营企业与中外合资经营企业的异同	(103)
四、中外合作经营企业合同的前期工作	(111)
五、中外合作经营企业合同的主要内容	(113)

六、中外合作经营企业的章程·····	(118)
七、中外合作经营企业合同签订和履行中值得注意的问题·····	(120)
第四章 涉外工程承包合同 ·····	(128)
一、涉外工程承包合同的概念与特征·····	(129)
二、我国对涉外工程承包的有关法规·····	(130)
三、涉外工程承包合同的主要内容·····	(132)
四、涉外工程承包合同签订与履行中值得注意的问题·····	(135)
第五章 涉外财产租赁合同 ·····	(140)
一、财产租赁的由来与发展·····	(140)
二、涉外财产租赁合同的概念·····	(142)
三、我国对财产租赁合同的有关法规·····	(144)
四、财产租赁合同的主要内容·····	(145)
五、金融租赁型的财产租赁及其合同·····	(148)
六、企业租赁经营及其合同·····	(150)
七、涉外财产租赁合同履行中值得注意的问题·····	(153)
第六章 涉外劳动合同 ·····	(156)
一、涉外劳动合同的概念与特征·····	(157)
二、我国对涉外劳动合同的有关法规·····	(160)
三、涉外劳动合同的主要内容·····	(162)
四、涉外劳动合同签订和履行中值得注意的问题·····	(166)
第七章 涉外土地使用权有偿转让合同 ·····	(171)
一、外商租用土地问题的客观需要·····	(171)
二、外商租用土地问题的理论依据和法律依据·····	(175)
三、各国关于外国人租用本国土地的法律制度与我国的实践 ·····	(177)
四、涉外土地使用权有偿转让合同·····	(180)
第八章 涉外抵押贷款合同 ·····	(189)
一、抵押贷款合同的概念·····	(189)
二、抵押贷款合同的主体·····	(193)

三、抵押贷款合同的标的物·····	(197)
四、抵押贷款合同的订立·····	(201)
五、抵押贷款合同的效力·····	(205)
六、抵押贷款合同的履行·····	(209)
第九章 有关“三来一补”的合同·····	(212)
一、来料加工装配合同·····	(212)
二、补偿贸易合同·····	(221)
第十章 涉外技术转让合同·····	(231)
一、技术转让的概念和特征·····	(231)
二、技术转让的方式·····	(232)
三、我国对技术引进工作的有关法规·····	(236)
四、技术转让合同的主要内容·····	(237)
五、签订技术转让合同中值得注意的问题·····	(240)
第十一章 涉外经济合同法律适用的兼容性·····	(250)
一、国际上合同法律适用原则的演变·····	(250)
二、《涉外经济合同法》的法律适用原则·····	(252)
三、涉外经济合同法律适用的几种情况·····	(253)
附录一、购销合同和商业合同·····	(259)
附录二、财产租赁合同参考格式·····	(268)
附录三、企业劳动合同和聘请外籍职工劳动合同·····	(272)
附录四、《厦门市国有土地使用权有偿出让、转让 办法》·····	(275)
附录五、《深圳经济特区抵押贷款管理规定》·····	(281)
附录六、加工装配合同参考格式和补偿贸易协议书的 参考格式·····	(286)
编后·····	(295)

引 论

立法的真谛在于实施。法律的价值检视其社会功效。然而“徒法不足以自行”；法律之中的国家意志和立法精神，只有转化成干部和群众头脑中的法律意识并见诸正确的法律行为，方能产生应有的社会效果。况且，法律自身也只有在实施中才得以检验、修订和发展。因此，研究并解决法律实施中的认识问题非常必要。这对于涉外经济合同法尤其必要，因为涉外经济合同当事人双方有中方和外方，对涉外经济合同法更应有一个共同和正确的认识，方能遵守执行。

一、对外开放与《涉外经济合同法》

当代国际经济关系日益扩展，任何国家都不可能在封闭状态下求得本国经济的大步发展。我国在经济落后的基础上建设社会主义，尤其要发展对外经济技术交流和合作，努力吸收世界文明（包括法制建设）成果，逐步缩小同发达国家的差距。党的十三大从社会主义初级阶段的实际出发，把“必须坚持对外开放”确立为具有长远意义的指导方针之一，并在经济发展战略着重要解决的三个重要问题中提出：“今后，我们必须以更加勇敢的姿态进入世界经济舞台，”“进一步扩大对外开放的广度和深度，不断发展对外经济技术交流与合作。”

国际间的经济技术交流与合作，绝大多数通过各种形式的合

同来进行的。不同国家的当事人（包括法人、非法人经济组织和自然人），以合同为契合的纽带，靠合同这种双方都能理解和接受的形式，互通有无，调济余缺，取长补短。依据合同维持国际经济秩序的相对稳定。因而，“合同”这个法律概念，成为一般商品交换关系的法律行为具有极大的共性。调整国际经济合同的法律规范，必然具有普遍的适应性。1988年1月正式生效的《联合国国际货物销售合同公约》，（以下简称《公约》），在其序言中声明的基本精神，即是一例：（该公约序言基本上采纳了我国提案的案文）“认为采用照顾到不同的社会、经济和法律制度的国际货物销售合同统一规则，将有助于减少国际贸易的法律障碍，促进国际贸易的发展。”该《公约》总则第七条进一步明确：“在解释本公约时，应考虑到本公约的国际性质和促进其适用的统一以及在国际贸易上遵守诚信的需要。”可见，要求建立和发展国际经济新秩序以及发展中国家要求加强涉外经济贸易活动，已经成为当前世界经济发展的趋势。

这种基本趋势在不同程度上反映在调整国际经济合同的国际公约或是双边条约、协定之中。而调整一国涉外经济合同的国内法规范，也必然会反映这种趋势，这与国际经济合同的广泛适应性相吻合，否则，就不易于被国外当事人所接受和选择适用，也就不利于本国的对外经济技术合作的开展。

在社会主义国家与资本主义国家之间进行经济合作和技术交流，由于国家的社会制度不同，经济体制各异，更需要在差别之中求同存异。社会经济制度的差异并不妨碍经济合同法律领域内的普遍适应和相互借鉴。若是没有可供相互理解，可资选择接受的合同法规规范，要共同签订合同并完满地履行，是不可能的。既“合”又“同”，合而相同，方成其为合同。过去我们曾经不适当地强调了社会制度的根本差异和阵营的对峙，而忽视了沟通不

同社会制度国家经济交往的法律制度的探求。甚至把某些并非社会主义本质属性的东西或者只适合于某种特殊历史条件的东西，当作原则来固守，严重束缚了我国对外经济交往的发展，以致有些外商误认为中国没有完善的、可以准确把握的合同法律制度，甚至认为中国人的合同观念（或称契约意识）与他们相去甚远，这种误解和偏见至今并未完全消除。

党的十一届三中全会以来，我国确立了对外开放的基本国策，并且载入了国家的根本大法——1982年宪法的总纲，使我国对外经济的发展进入了一个崭新的时期。1984年5月中央总结了兴办经济特区的经验，作出了进一步开放14个沿海港口城市的决定。1985年2月又决定了开辟3个沿海经济开放区，基本形成了一个多层次对外开放的新格局。1985年3月全国人大常委会通过的《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》），概括了这个历史进程中在涉外经济合同方面取得的主要经验，并参照了有关国际公约、惯例和外国立法，是我国对外经济活动进一步法制化的重要标志。

《涉外经济合同法》的公布引起了国际舆论的重视，反响颇大，反映良好。有的外国法学家迅即评价说，这是外商期待已久的法律，与西方通行的合同法律制度以及国际经济贸易合同的普遍实践并无明显的重大差异，并说这是中国立法上的“突破”，给予了肯定的评价。1987年8月在北京召开的“中美贸易投资法律讨论会”，美方以司法部长米斯先生为团长，出席的美国律师近1000名。该讨论会分8个专题组，与会者自由选择，参加合同法组讨论的人数最多，发言最踊跃。由此可见，美国律师界对我国《涉外经济合同法》重视和感兴趣的程度之高。《涉外经济合同法》的制定，是我国对外开放的迫切需要。该法共43个条文，概括了调整涉外经济合同关系的最基本的原则。正确认识该法的立

法宗旨以及该法与《中华人民共和国合同法》（以下简称《经济合同法》）的异同，具有现实的意义。

《经济合同法》与《涉外经济合同法》是相互联系又相互独立，各在一定范围内适用的法律。在1981年底通过《经济合同法》时，考虑到国际商品交换不能完全适用计划经济的特点，而我国在涉外经济合同方面的实践经验尚不成熟，因此涉外经济合同法要“参照本法的原则和国际惯例另行制定。”这个做法，在国际上也不乏先例。民主德国和捷克也是在调整国内合同关系的立法之外，单独制定了国际经济或商业合同法。这样两种合同法并存，各有其适用范围，无论在立法表达或是适用的方便上都各有所长。

有的涉外合同实务工作者，由于急切希望颁布一些使用的具体细则，因而对这部法律本身的立法精神和主原则往往嫌其过于笼统而未予应有的注意和研究，甚至对立法的宗旨也失于肤浅、片面的认识。例如，有人认为我国在经济合同法之外单独另搞一个涉外经济合同法，主要是出于保护外商利益和改善我国对外法制形象的需要，以便招徕外商，昭信于国际。还有人认为，签订涉外经济合同只有适用国内的《经济合同法》才能保障中方的利益。或是认为，适用涉外经济合同法就必然会侧重于照顾外商的权益等等。这类认识上的片面性，常常是在签订和履行合同中产生争议的一种潜在思想因素。

应该明确，《涉外经济合同法》是我国的国内法。它的制定，是我国经济发展自身的需要，是我国对外开放历史进程的必然产物。该法第一条开宗明义：“为了保障涉外经济合同当事人的合法权益，促进我国对外经济关系的发展，特制定本法”。合同当事人不论是中方或外方，凡属合法的权益，均受到该法的保护。因此不存在什么侧重保护外方利益的问题，何况，保护外商

的合法权益，与发展我国对外经济关系的宏观利益也是一致的。脱离了这个前提，孤立地强调保护外商的一切权益，同样会犯片面性的错误。立持法平，法贵公允，对法的理解和应用，理应如此。

二、对我国涉外经济合同的几点认识

合同是一种古老的、普遍的社会行为。马克思说：“还在不发达的物物交换情况下，参加交换的个人就已经默认彼此是平等的个人，是他们用来交换的财物的所有者……这种通过交换和在交换中才产生的实际关系，后来获得了契约这样的法的形式。”

（马恩全集第19卷第473页）经济合同是商品生产和商品交换发展到一定历史阶段的产物。作为商贸沟通和社会交换的基本形式，合同随着社会经济的发达，自然会超越国界的局限。不同国家的人们在交往中逐渐形成可以共同接受的“合同”观念。任何国家关于合同的立法，都得尊重这个客观存在的事实和习惯。

经济合同法律制度的特点，在于经济合同法调整的是平等当事人之间的横向法律关系；因而它具有更多的任意性，赋予当事人更多的自决权和选择权。而经济行政法主要是调整国家经济管理部门和企业或经营者之间的纵向关系；因而它带有更多的强制性和约束性。调整国际经济合同关系的法律制度则带有前者的特点，它应当是最适宜于国际商品经济发展需要的法律形式，是商品交换超越国界的法律规范。

我国《涉外经济合同法》的条文，并没有对涉外经济合同明确规定一个定义式的概念。该法第二条仅规定其适用范围是中外当事人之间订立的“经济合同”，即以合同关系中的主体至少有一方来自境外，作为判断合同“涉外”的依据。至于“经济合同”，自应参照《经济合同法》第二条的规定，符合三个基本要

点。现将这三个基本要点与国际上有关合同的概念略作对照：

首先，合同必须是当事人双方（或多方）共同意思的一致表示，也即所谓“合意”。这一点不论大陆法系或普通法系的国家都确认无疑。我国《经济合同法》则规定经济合同必须是一种“协议”，是协商一致的产物。

其次，大陆法系国家导源于罗马法和法国民法典，沿袭使用了契约的原因（cause约因）的概念，作为任何合同必备的要素。订立一个合同，必须有合法的原因才能生效。“约因”是契约在法律上的目的，无原因的债不发生任何效力。对此，我国经济合同概念的表述是：“为实现一定经济目的……。”这是签订一个经济合同的前提和要旨。

第三，英美法系的国家强调对价（consideration）是一切合同必备的要素。对应的代价表现为双方各有一定的得益和受损。既有所得，又有所失；既有所取，又有所予。得与失，取与予，基本上对等并构成法律上的相互约束力。我国经济合同概念则表述为“明确双方权利义务”。当事人的权利与义务相互对应，彼此制约。

以上分析和对比说明，中国合同法关于经济合同的概念——“为实现一定经济目的，明确相互权利义务关系的协议”，实际上是包涵了国际上关于合同传统观念的基本要点，与西方诸国的合同观念并无根本差异。搞清这个认识问题，有助于排除涉外经济合同谈判实务中遇到的某些思想障碍，那种指摘中国的合同观念不易为外商理解和接受的论点，若非误解，即系偏见。

三、涉外经济合同的主体

《涉外经济合同法》第二条从该法的适用范围对涉外经济合

同主体作了限制性的规定。中华人民共和国的涉外经济合同法，它所指的“涉外”不是泛指合同的一般涉外因素，而是指合同的主体至少有一方是外方，另一方是中方。一个合同能否适用涉外经济合同法，要以合同当事人中是否具备外方主体为先决条件。因而在实践中往往首先需要判断是否存在外方主体的问题。

涉外经济合同必须有一方当事人是“外国的企业和其他经济组织或者个人”。这里所说的“外国”，依法人或自然人的国籍来决定。在中国境内设立的外商投资企业，是受中国法律管辖、经中国政府主管部门批准设立的中国法人；因此它们相互之间或者它们与中国企业、经济组织之间订立的合同，应执行《经济合同法》，而不适用《涉外经济合同法》。

有两种情况要注意：一是中国的企业和经济组织到外国去开设公司、企业，注册为外国法人；二是外国银行在中国开设分行，仅系分支机构，不属中国法人，这两类主体与国内签订的经济合同应适用《涉外经济合同法》。

港、澳、台同胞和海外华侨并非外国人，但由于历史的原因和现实所处的特殊情况，为鼓励他们加强与境内的经济合作、技术交流和扩大贸易往来，他们个人或者他们在境外开设的公司与国内企业和经济组织签订的经济合同，准用《涉外经济合同法》。《技术引进合同管理条例》第二条，明确把“受方”规定为“中华人民共和国境内的公司、企业、团体或个人”，把“供方”规定为“中华人民共和国境外的公司、企业、团体或个人”。以“境外的”、“境内的”代替了“外国的”或“中国的”，这样的表述贴切可行，能避免一些概念上的交叉。今后可否将涉外经济合同的主体比照这个条款的规定做广义的解释或适当的修改，是可以研究的。

实践中常见的另一个问题是：什么样的当事人可以成为涉外

经济合同的中方主体？《涉外经济合同法》和《中外合资经营企业法》在条文中都表述为：中华人民共和国的企业或者其他经济组织，并未提及国家机关、事业单位、社会团体和公民。诚然，依照我国《民法通则》的规定，前三者也具有法人资格，有权独立参加民事活动；然而他们并不具有直接从事生产、经营等经济活动的职能，不需要“为一定的经济目的”签订涉外经济合同。但是前几年这三类主体直接对外签约的仍不乏其例，由此带来了一些值得深思的教训。

1987年9月对外经济贸易部和国家工商行政管理局“关于严格审核举办中外合资经营企业中方法人资格的通知”再次重申，签订中外合资、合作合同的中方合营者，必须是根据《民法通则》的规定依法成立的企业法人或是取得法人资格的其他经济组织，要求各审批机构及主管部门严格把关。1987年2月中国人民银行关于境内机构提供外汇担保的问题，也从主体资格上作了严格的限制。这些都是涉外经济活动中有关中方主体资格的一些具体规定。

至于中国公民能否成为涉外经济合同的中方主体，《涉外经济合同法》对此未作允许的规定，实践中存在不同见解。从权利能力和行为能力来说，中国公民与外国公民应具有平等的法律地位和资格。至于中国公民在行使这项权利时是否受其他具体条件的限制，则是另外一个问题。正如中国的公司并不一概享有对外经营进出口业务权限一样。

必须指出的是《涉外经济合同法》第二条仅仅规定了该法的适用范围，并未对涉外经济合同的主体作限制性的强制规定，它并不是一种禁止性的规范。所以在其他法律、法规另有专门的特殊规定时，不应视为与该条款相抵触。例如《技术引进合同管理条例》规定受方可以是中国境内的公司、企业、团体或个人。涉

外经济合同的种类繁多，近几年来发展已不下数10种，每一种具体的涉外经济合同是否需要就中方的主体资格做出明确的规定，有待于今后研究解决。

四、涉外经济合同的法律适用

处理合同的争议应以哪个国家的法律为准据？这乃是涉外经济合同最敏感的问题。国内经济合同都是中国当事人，当然适用中国法律，不发生法律效力选择 and 适用问题。而涉外经济合同的当事人既有中方也有外方，在发生合同争议时，任何一方都没有理由也不可能把自己国家的法律硬性强加于对方。如果有一方唯我独尊，无异于作茧自缚。我们在实践中要正确处理好法律适用的问题，开放的意识要增强，传统的观念要更新。

《涉外经济合同法》第五条和第六条，对法律适用问题分别做了几个不同层次的规定：

1. “合同当事人可以选择处理合同争议所适用的法律”。

“可以选择”即法律允许、承认当事人对此有自决权。原则上尊重当事人的意思自治，双方可以协商选定，可以选择适用的中国法，可以选择适用的外国法，也可以选择适用有关的国际公约或国际惯例。如果外商同意写上：“本合同适用中华人民共和国法律”，那就是双方共同作出了选择，这固然很好。但有的外商坚持不肯接受这一协议条款，洽谈往往因此而“卡壳”。有的中方当事人急于求成，盲目迁就了外商的要求。其实，真正无法取得一致意见时，也不一定非要事先共同作出选择，可留待实际发生了争议再行处理。该条款只是规定当事人“可以”选择，而并未要求当事人必须事先作出抉择。

2. “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”。即由仲裁机构或法院确定与合同争议事项有最密切联系的国家的法律作为处理合同争议的依据。其中，合同签订地、履行地、标的物所在地、仲裁机构或法院所在地等等，都可能成为最密切联系的因素。值得注意的是，有的涉外经济合同明明可以在国内签订，却要跑到国外去签。经办人对签约地的法律并无所知，对其可能产生的潜在的法律后果也掉以轻心，一旦发生争议需要适用合同签订地的法律，则心中全然无数。

3. 特定类型的合同，必须适用中国法律，当事人不得自行选择。即中外合资经营企业合作合同、中外合作经营企业合作合同和中外合作勘探开发自然资源合同，这三类合同在中国境内成立企业或在中国境内进行基本的生产经营活动，涉及中国的国土资源，其社会经济影响比较广泛和深远，这几类合同需经中国政府批准后才能生效，并且只能适用中国法律，当事人无权另作其他选择。实践中有时遇到外方投资者要求中外合资（合作）合同笼统地适用“国际法原则”或适用第三国的法律，或适用合资（合作）当事人双方的法律，这在实际上是排除了或干预了对中国法的适用。这些有损我国主权的条款即使写进合资（合作）合同，也不会得到审批机关的批准。至于这三类合同的附件，如贷款合同、技术转让合同等等的法律适用问题，可根据附属合同的性质另作区别对待。

4. 中国法律未作规定的，可以适用国际惯例。这是对前款的重要补充。因为我国的立法尚不完备，许多外商常常以此为借口，不愿选择适用中国法。其实，任何国家的法律无论怎样完备，也不可能针对复杂多变的国际经济贸易活动细节规定得条条有据。允许适用国际惯例，则可弥补立法的不足。“国际惯例”是在国际经济交往中逐步形成的一些原则、规则 and 做法，为同类合同当事人广泛了解并普遍接受、沿用和经常遵循的成文或不成文的惯例。合同