

● 主编 廖益新

涉外经济合同法

厦门大学出版社

D9

D922.29

113

53

SHEWAI JINGJI HETONGFA

涉外经济合同法

主 编:廖益新
撰稿人:廖益新 赵德铭
侯利标 肖 伟
张东平

[闽]新登字 09 号

涉外经济合同法

廖益新 主编

*

厦门大学出版社出版发行

惠安县印刷厂印刷

*

开本 850×1168 1/32 10.5 印张 2 插页 261 千字

1995 年 9 月第 1 版 1995 年 9 月第 1 次印刷

印数:1—3000 册

ISBN 7-5615-1104-3/D·82

定价:13.00 元

目 录

第一章 涉外经济合同	(1)
第一节 涉外经济合同的概念	(1)
第二节 涉外经济合同的种类和作用	(4)
第三节 涉外经济合同的法律特征	(6)
第二章 涉外经济合同法概述	(11)
第一节 涉外经济合同法的概念和范围	(11)
第二节 中国《涉外经济合同法》的基本原则 及其适用范围	(13)
第三节 外国合同法概况	(19)
第三章 涉外经济合同的成立	(23)
第一节 合同成立的涵义	(23)
第二节 涉外经济合同的成立	(24)
第三节 要约	(25)
第四节 承诺	(29)
第五节 涉外经济合同成立的若干实际问题	(33)
第六节 影响合同成立的因素	(35)
第四章 涉外经济合同的效力	(40)
第一节 合同效力的涵义	(40)

第二节	合同的失效因素	(41)
第三节	涉外经济合同无效的法律后果	(62)
第五章	涉外经济合同的履行	(67)
第一节	概述	(68)
第二节	涉外经济合同履行的基本原则	(73)
第三节	情事变更原则与不可抗力事件	(77)
第四节	条款欠缺不明的涉外经济合同的履行	(85)
第五节	涉外经济合同的担保	(93)
第六节	涉外经济合同的转让、变更、解除和终止	(107)
第六章	涉外经济合同的违约责任与违约救济	(114)
第一节	违约责任的构成	(114)
第二节	违约责任的形式	(118)
第三节	相对方的补救权利	(123)
第七章	涉外经济合同争议的解决	(129)
第一节	涉外经济合同的法律适用	(129)
第二节	涉外经济合同的争议解决方式	(138)
第八章	涉外货物买卖合同	(161)
第一节	涉外货物买卖合同的法律依据	(162)
第二节	涉外货物买卖合同的主要条款	(164)
第三节	买方和卖方的义务	(171)
第四节	货物所有权和风险的转移	(177)
第五节	涉外货物买卖合同的违约补救	(183)
第九章	中外合资、合作经营企业合作	(189)

第一节	中外合资、合作合同的法律特征	(189)
第二节	订立中外合资、合作合同的若干法律问题 ..	(190)
第十章	涉外技术转让合同	(206)
第一节	概述	(206)
第二节	涉外技术转让合同的订立	(214)
第三节	涉外技术转让合同中的限制性条款	(219)
第四节	涉外技术许可合同	(225)
第十一章	涉外工程承包合同	(236)
第一节	概述	(236)
第二节	涉外工程承包合同的订立	(244)
第三节	涉外工程承包合同的主要内容	(251)
第四节	涉外工程承包合同中的索赔条款	(258)
第十二章	国际融资租赁合同	(263)
第一节	概述	(263)
第二节	国际融资租赁合同	(272)
第三节	国际融资租赁合同实践中的若干问题	(280)
第十三章	涉外商业贷款合同	(288)
第一节	概述	(288)
第二节	涉外商业贷款合同的主要条款	(296)
第三节	涉外商业贷款合同的法律意见书	(309)
第十四章	涉外劳务合作合同	(314)
第一节	概述	(314)
第二节	涉外劳务合作合同的主要条款及其内容	(319)

第一章 涉外经济合同

中国自实行对外开放政策以来,对外贸易和经济技术合作关系有了蓬勃迅速的发展。在形式多样、内容丰富的中外经济交往和合作过程中,涉外经济合同发挥着关键性的作用。它是联结中外当事人之间经济往来和合作关系的法律纽带。涉外经济合同法调整的对象是涉外经济合同关系,我们学习和研究涉外经济合同法,首先也应该从了解和认识涉外经济合同这一对象本身入手。因此,在本章中,我们首先要讨论和说明的是涉外经济合同的概念、作用和法律特征等基本理论问题,它们是我们进一步学习和运用涉外经济合同法应该掌握的基本概念知识。

第一节 涉外经济合同的概念

在中国,涉外经济合同是一个与国内经济合同相区别的法律概念。所谓国内经济合同,是指具有平等民事主体地位的中华人民共和国的法人、其他经济组织、个体工商户、农村承包经营户相互之间,为实现一定的经济目的,明确相互权利义务关系而订立的合同。但是,关于涉外经济合同这一概念,目前在我国的法律理论和实践中,还没有一个统一明确的定义解释。

根据1985年3月颁布的《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》)第2条规定的涵义,可以说中华人民共和国的企业或者其他经济组织同外国的企业和其他经济组织或者个人之间订立的经济合同,是涉外经济合同。因此,目前国内出版的一些有关涉外经济合同法的文章著作,从《涉外经济合同法》的适用角度出发,将涉外经济合同定义为具有中国国籍的企业或者其他经济组织与非中国籍的外国企业和经济组织或者个人之间订立的明确相互间经济权利义务关系的协议,^①这样的概念定义,揭示了涉外经济合同区别于前述国内经济合同的主要特征,即作为合同主体的当事人一方是具有外国国籍的企业、经济组织或者个人,同时又将合同另一方主体的中国籍当事人,限制在中华人民共和国的企业和其他经济组织的范围之内。

但是,也有部分学者认为,上述《涉外经济合同法》第2条不是对涉外经济合同概念的定义解释,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。^②因此,将涉外经济合同的中方主体,限制在中国的企业和其他经济组织范围之内,并无充足的法律依据和道理。在特定情形下,中国的公民个人或非经济组织,也可以成为某些涉外经济合同的中方主体。^③

本书作者赞同后面这些学者的观点。随着中国改革开放的不断深化扩大,在对外经济交往实践中,涉外经济合同的中方主体突破企业和其他经济组织范围的现象已日渐增多。例如,一个拥有某种专利技术中国公民,根据《中华人民共和国专利法》有关专利

① 参见徐杰、庄惠晨主编《涉外经济合同法》,中国政法大学出版社,1993年版,第1—2页。陈蓓、丁耀堂编著《涉外经济合同法入门》,同心出版社,1993年版,第1页。

② 廖延豹主编《常见涉外经济合同的签订与履行》,鹭江出版社,1989年版,第8页。

③ 张晓森、乔欣著《中国涉外经济合同法律实务》,法律出版社,1990年版,第47—48页。

实施许可的规定,有权同在境内的外国公司签订转让其专利技术使用权的许可合同。另外,按照1990年5月国务院发布的《中华人民共和国城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第3、8、11条规定,市、县人民政府土地管理部门可以与外国的公司企业根据平等、自愿、有偿的原则签订有关出让境内土地使用权的合同。在海南、浦东等经济特区和开发区以及内地,这样的土地使用权有偿出让的合同在实践中已为数不少。上述两种情形下的合同的中方当事人,都不是企业和经济组织。因此,将涉外经济合同的中方主体,严格限定在企业和经济组织范围内,显然已不符合目前中国对外经济交往的法律现实。应该承认,随着中国改革开放的不断深入扩大和社会主义市场经济体制的建立发展,中国公民个人、个体工商户、事业单位和国家机关,在一定条件下,也可以成为某些特定的涉外经济合同的主体。

从反映我国经济和法律发展的实际情况出发,我们认为涉外经济合同作为一个与国内经济合同相区别的法律概念,应是指中国籍的当事人与非中国籍的当事人之间为实现一定的经济目的而订立的明确相互间权利义务关系的协议。这一概念定义,在涵括了区别于国内经济合同的主体具有涉外因素的各种合同的同时,又将其那些不具有经济权利义务关系性质和内容的涉外合同,排除在涉外经济合同范围之外。按照这种定义标准,涉外经济合同与国内经济合同,虽然同属于当事人之间明确相互经济权利义务关系的协议,但两类合同的区别在于前者的主体一方是外国的企业、经济组织、个人、政府机构或社会团体;而后的主体双方均为中国籍的当事人。另外,在主体具有涉外因素的各种合同中,只有那些中外当事人旨在实现一定的经济目的而订立的明确彼此间权利义务的合同,才属于涉外经济合同的范围。所谓实现一定的经济目的,是指当事人为取得某种经济价值或实现某种经营效果。中外当事人之间并非出自实现某种经济目的而签订的不具有经济权利义

务关系性质的涉外合同,例如涉外收养协议、涉外捐赠或遗赠协议,不属于我们所讨论的涉外经济合同的概念范围。

第二节 涉外经济合同的种类和作用

随着中外经济交往的不断扩大发展,涉外经济合同的种类也日益繁多。例如,在商品贸易方面,除了传统的国际货物买卖合同外,还有成套设备供应合同、补偿贸易合同和易货贸易合同,以及与国际货物买卖相关的仓储、运输和保险合同。在国际投资方面,有中外合资经营企业合作合同、中外合作经营企业合作合同、中外合作勘探开发自然资源合同、涉外土地使用权出让或转让合同等。在中外资金融通领域,则有国际贷款合同和国际融资租赁合同。在中外科技交往方面,有技术引进合同、技术出口合同以及中外技术合作合同和技术服务合同。国际工程承包合同、劳务输出合同,以及来料加工、来件装配合同,则属于国际劳务服务合作方面的合同内容。本书将在后面有关章节中,对目前在我国对外经济交往实践中常用的几种主要的涉外经济合同,分别进行具体的阐述和说明。

在各种不同的中外经济交往合作方式中,上述各种涉外经济合同具有的具体功能作用可能不尽相同。但从法律角度上说,不同种类的涉外经济合同都具有一种最基本的也是最重要的作用,就是它将合同当事人之间的经济往来关系上升成为一种法律上的权利义务关系,为实现中外经济交易的稳定有序,提供了法律上的保障。通过涉外经济合同这种形式,中外当事人将彼此间的经济交易事项,以法律上享有的权利和承担义务的方式在合同中确定下来。如果当事人一方不履行合同义务或履行不当,经济权益因此而受到损害的合同另一方当事人可以通过仲裁或诉讼程序,要求法院强制对方履行义务或对其违约行为造成的损害给予经济补偿。

正是依靠涉外经济合同具有的这种法律上的强制约束效力，合同双方当事人可以合理地预期他们在合同中确立的经济目标和交易要求能够如期实现和得到履行。

其次，由于国家仍有必要对涉外经济交往活动实施一定程度的管理和监督，涉外经济合同也是政府部门对有关涉外经济活动进行管理监督的手段。国家通过法律和行政法规，要求中外当事人必须以书面合同的形式明确其经济交易的目的和内容，并根据合同性质的不同分别履行必要的审批、登记、注册、备案和检查等程序，以保证国家对有关涉外经济交易活动实行有效的监督管理，同时也促使合同当事人依法订立合同和正确适当地履行合同义务。在这种情形下，书面形式的涉外经济合同，也就成为中外当事人之间进行经济交易必须采用具备的形式要件。否则，中外交易双方之间的货物、资金和技术的转移，不能取得国家有关监督管理机关的认可和放行。

涉外经济合同的作用还体现在解决中外当事人之间的经济纠纷方面，它是一种重要的证据和依据。中外交易双方通过谈签合同，事先将交易事项要求明确载于合同之中，虽然不能保证双方在事后履行合同过程中不会产生经济纠纷，但是，一旦双方当事人发生争议，涉外经济合同中事先所作出的规定，就成为衡量判定有关当事人是非责任的证据和根据。

综上所述，涉外经济合同是对外经济交往中一种基本和重要的法律文件。我们应正确认识它的性质、意义和作用，在涉外经济交往中认真对待有关合同的谈判签约工作。在合同谈判前，要慎重地选择交易对象，仔细审查对方当事人的订约资格和履约能力等资信情况，以保证合同的有效成立和切实可行，预防利用合同进行经济诈骗行为的发生。对于交易涉及面广、内容复杂、标的数额大或是法律有特别规定的涉外经济合同，在正式谈判签约之前，还需要进行认真细致的可行性研究，对合同项目的合理性、有利性和可

行性,从经济、技术、社会环境和法律等方面进行调查、分析和论证。在商定合同条款时,要注意内容符合有关法律的规定,具体明确和相互衔接,避免矛盾和疏漏。双方权利义务应对等一致,责任制约要严格分明。合同文字措辞应力求准确明白,不留歧义。合同如用中外两种文字写成,还应注意两种文本的一致性,或明确规定以何种文本为准,以避免日后在合同解释上发生争议。

第三节 涉外经济合同的法律特征

与国内经济合同相比,涉外经济合同在法律上具有以下这样一些特征:

1. 涉外经济合同的主体具有涉外因素,这是涉外经济合同最主要的法律特征。所谓主体具有涉外因素,就是指合同的当事人中有一方是外国的企业、经济组织或公民。由于涉外经济合同的当事人具有不同的国籍,在合同主体的资格和缔约能力问题上,相应地要受到各自国籍所属国的法律管辖和支配,这就增加了在涉外经济合同实践中审查认定当事人的主体资格和缔约能力的难度和复杂性。这种难度和复杂性主要表现在以下诸方面:

首先,虽然各国法律上均规定,关于自然人和法人的合同主体资格和能力问题,原则上依属人法原则来确定。但是,在属人法的识别认定问题上,各国的法律规定和实践则有较大差异。例如,在自然人方面,大陆法系国家主张以自然人的国籍所属国法为属人法,而英美法系国家则多坚持以自然人的住所地所在国的法律为属人法。有些国家甚至根据法律关系性质的不同,规定不同的属人法。关于法人的属人法认定,同样亦有不同标准。有的国家以法人的注册成立地国法律为法人的国籍国法,有的认定法人的管理控制中心地所在国为法人的国籍国,有些国家则以法人的总机构(主

营业所)所在地法为法人的国籍国法。因此,在确定涉外经济合同当事人的主体资格和能力的法律实践中,必须注意考虑正确选择适用外方当事人的属人法进行审查认定。

其次,在有关当事人的属人法确定的情况下,还要了解查明其属人法的具体规定内容,这也是一件困难复杂的工作。因为各国法律关于自然人、法人的权利能力和行为能力的规定,亦不完全一致。尤其是在那些对国际经济贸易活动实行一定程度的政府管制的国家,对当事人签订涉外经济合同的资格能力,还有各种特别的规定或限制。以我国为例,并非任何国内企业和经济组织都有对外签订进出口货物买卖合同的资格。目前仅有那些在设立时根据特别法规或国家主管行政部门的审批,获得进出口经营权的企业,才有资格对外签订进出口销售合同。根据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当事人资格的通知》规定,签订中外合资、合作经营企业合同的中方当事人,必须是根据《民法通则》的规定依法成立的企业法人或取得法人资格的其他经济组织。因此,事业法人、社团法人以及国家机关和个人,不具备上述这两种涉外经济合同的主体资格。其他国家或多或少也有诸如此类关于特定合同主体资格的具体规定。

再次,近些年来,许多国家出于维护本国经济法律秩序的稳定和国民利益的考虑,在自然人、法人的合同主体资格和缔约能力问题上承认属人法原则的同时,也作出了一些限制,以防止外国人利用其属人法中有关权利能力和行为能力的限制规定来对抗本国法律规定,逃避其在境内所为法律行为应负的责任。例如,法国、日本、德国、波兰和捷克等国家在合同当事人的缔约能力上,主张选择适用当事人属人法或行为地法,如果按照合同当事人的本国法该当事人无缔约能力,但按行为地法有行为能力,则应适用行为地法认定其要对所签订的合同承担责任。而根据我国的《民法通则》

第8条和第143条规定,在中国领域内的外国人、无国籍人的权利能力与民事行为能力,均依我国法律规定。定居国外的我国公民的行为能力,可以适用定居地国的法律确定。这样在审查认定合同的效力和当事人的缔约能力时,还应注意合同的签订地和履行地国的法律规定等因素。

2. 涉外经济合同的标的往往涉及货物、资金、技术或劳务的跨越国境的移转,因此,合同的内容及其履行,受着有关国家的对外经贸管制措施和国家之间的政治经济关系的密切制约和影响。以单纯的国际货物买卖合同为例,合同的签订履行可能涉及到进出口国家许可证配额、海关、商检、卫生检疫、外汇管制和知识产权保护制度的管理约束。合同的内容或当事人履行合同的行为,如果触犯了有关国家的这类强制性规范制度,则可能导致合同无效不能履行或受到相应的行政处罚的严重法律后果。而两国之间政治经济关系变化引起的经济封锁、禁运以及贸易保护主义的制裁措施,影响两国当事人之间的货物买卖合同履行的事例,也是屡见不鲜的。

3. 由于涉外经济合同的主体和标的具有涉外因素,决定了涉外经济合同区别于国内经济合同的另一特征,即原则上允许合同当事人协议选择调整其合同关系的准据法或在当事人没有作出选择的情况下,由法院或仲裁机构根据合同的事实联系,适用与合同有最密切联系国家的法律来处理合同当事人之间的权利义务关系。合同当事人自行选择的合同准据法或者由法院或仲裁机构确定适用的与合同有最密切联系国家的法律,可以是中华人民共和国的法律或是外方当事人的本国法,也可以是第三国法律,或者是有关的国际条约、公约或国际商业惯例。^①

我国的《涉外经济合同法》规定,除少数几种特殊的涉外经济

① 见《中华人民共和国涉外经济合同法》第5条、第6条之规定。

合同外,合同当事人可以选择处理合同争议所适用的法律,这是贯彻平等互利原则,促进中外经济交往正常顺利发展的需要。涉外经济合同的当事人分属于不同国家的法律体系,合同的标的物往往要发生跨国的转移。如果一律只准适用中国法,可能使得许多不了解熟悉中国法律的外国当事人难以接受以致合同无法订立,从而不利于中外当事人之间在平等互利的基础上发展经贸合作关系。另外,目前我国有关法律制度还不尽完善,现行法规对有关问题可能缺乏明确具体的规定。在这种情况下适用中国法律也可能使合同争议问题难以获得合理有据的解决。在涉外民事关系中,有条件地承认和适用外国法处理当事人之间的权利义务关系,也是当今世界各国的普遍做法。允许合同当事人选择适用外国法或国际商业惯例来调整彼此间的权利义务关系,并非一定不利于维护中方当事人的权益。在有些情况下,适用外国法的结果,可能更好地保护中方当事人的正当权益。

4. 由于涉外经济合同主体和客体的涉外性,还决定了有关合同争议的处理,并非一定都由中国的法院或仲裁机构管辖受理,根据合同当事人的选择、合同的性质内容和事实联系等因素,也可能由某个外国的法院或外国仲裁机构管辖或受理。我国《民事诉讼法》第244条规定:“涉外合同或者涉外财产权益诉讼的当事人,可以用书面协议选择与争议有实际联系的地点的法院管辖。”另根据《涉外经济合同法》第37条第2款,在发生合同争议时,当事人可以根据事先在合同中约定的仲裁条款或事后达成的书面仲裁协议,将争议提交中国仲裁机构或者其他国家的仲裁机构仲裁。这种允许合同当事人协议将合同争议提交某国法院管辖或仲裁机构仲裁的做法,目前在各国法律上都得到了普遍的承认。因为涉外经济合同的当事人分属不同的国家,各国有关法院受理案件的管辖规定并不一致,合同争议案件的最终处理结果,可能需要得到对方当事人所在国家法院的承认和协助执行。实行协议管辖和选择仲裁

机构,有利于争议案件的及时审理和迅速解决;使当事人的合法权益及时得到保护,又能避免因各国管辖规则的不同而产生冲突,影响有关案件判决和仲裁裁决的最终执行。另外,各国法律上都有关于专属管辖的规定。涉外经济合同的内容、事实联系或争议性质,如果属于有关国家的专属管辖范围,其他国家法院或仲裁机构作出的判决或裁决,一般不能得到该国法院的承认和执行。

涉外经济合同的上述法律特征,说明它在法律上比国内经济合同具有更多的复杂性。在对外经济交往中,要掌握运用好涉外经济合同这一法律手段,不但要通晓我国有关对外经贸政策法规,尤其是涉外经济合同法律制度,还要了解熟悉与各种涉外经济合同有关的国际条约、公约和国际惯例,以及有关外国的合同、仲裁和诉讼法律的基本内容。这样在涉外经济合同的谈判签约过程中,就能做到心中有数,争取主动。一旦在合同履行过程中发生纠纷争议,就能依法采取措施保护自己的经济权益不受或少受损害。

第二章 涉外经济合同法概述

涉外经济合同法,是调整涉外经济合同关系的各种法律规范的总称。涉外经济合同法的主要任务,是规定中外当事人在经济交往中应该怎样订立合同,合同具备哪些条件才能对当事人双方产生法律效力,当事人应如何行使合同权利和履行合同义务,在什么情况下可以提出修改和解除合同,当事人在违反合同时应承担什么样的法律责任,以及因违约而受到损害的合同另一方当事人如何获得法律救济等。这些问题,是本书以后诸章所要阐述的内容。在本章中,我们主要阐述关于涉外经济合同法的概念、范围,以及中国《涉外经济合同法》的基本原则和适用范围等问题。

第一节 涉外经济合同法的概念和范围

在我国的涉外经济法律实践中,关于涉外经济合同法这一概念,也有广义和狭义的区别。狭义的涉外经济合同法,是指1985年3月第六届全国人民代表大会常务委员会第十次会议通过的《中华人民共和国涉外经济合同法》,是我国立法机关制定颁布的一部适用于调整涉外经济合同关系的专门法律。关于该法的主要内容和适用问题,我们将于本章第二节中具体说明。广义的涉外经济合同法,则是指可适用于调整中外当事人之间经济合同关系的各种