

入乡随俗 入境问禁

——兼论中国企业走向海外所遇到的合同问题

周 汉 民

中国恢复在关贸总协定中的原始缔约国席位的努力已经取得了实质性的进展。目前,中国恢复原始缔约国席位的议定书已经递交给关贸总协定中国工作组。与此同时,全国各地、各部门对关贸总协定的基本法律原则、宏观运行机制,尤其是对关贸总协定给予发展中国家的特别优惠待遇和政策正在进行的全面的、分层次的、充分的研究。这是一个十分可喜的现象,也是中国社会主义市场经济得以全面实施不可缺少的

一个方面。与此同时,全国各地有能力、有实力、有远见的准备走向海外的企业正在跃跃欲试,聚集力量寻找机会,通过在海外投资设厂,以达到国际经济大循环的目的。但是,不容讳言,由于我国长期实行僵化的计划经济体制,闭关自守的时间过长,通晓海外事务的人才严重不足,因此,走向海外面临着一系列的困难和障碍。本文就中国企业走向海外所涉及到的合同问题进行研究和探讨。

一、投资东道国的法律体系问题

法律体系不但影响了各国的立法,同时也制约着各国的司法实践以及对法律的解释。今天,在国际商事活动中,英美法系和大陆法系仍然占据十分重要的地位,并起着十分重要的作用。在学习和研究两大法系时,以下几个问题值得重视。

第一,两大法系的渊源 “渊源”在法学中是指法律的表现形式。英美法系的渊源主要是判例法,法院通过判例形成法理,从而构成法律制度。但是,除了判例法以外,英美法同样存在着大量的成文法。例如,1893年英国《货物买卖法》、在49个州施行的1952年美国《统一商法典》都是典型的成文法。因此,我们在英美法系国家投资始终要关注法院成千上万的判例所逐步形成的具有拘束力的法律原则。在美国,司法体系分为联邦法系和州法系,联邦立法权是例外,而州的立法权是原则,但联邦立法仍然具有优于州立法的权利;美国法的第二个特点是强

调“先例拘束力”原则,所谓“先例拘束力”是指同级法院的先前判决对其以后判决具有拘束力,上级法院的判决对下级法院的判决具有拘束力,最高法院的判决对所有法院的判决具有拘束力,但最高法院也能更改它先前的判决。因此,我们不但要关心英美法系的共性,而且要重视美国法的个性。而大陆法系的渊源主要是法律,基本表现为三个形态:(1)宪法,但宪法的效力在各个国家又有所不同;(2)法典,如著名的法国五法典;(3)行政法规,主要由许多行政机关制订的成文法。另外,大陆法国家都承认习惯是法的渊源之一。

第二,两大法系的适用范围 英美法系的适用范围主要有英国、美国,还有加拿大、澳大利亚、印度、巴基斯坦及香港地区等。大陆法系的适用范围首先是在绝大部分的欧洲大陆国家,其次在拉丁美洲国家及非洲的部分国家,再次是近东的一些国家与地区。在属于英美法系

的国家中,某些国家的个别地区,如美国的路易斯安纳州和加拿大的魁北克省,也属于大陆法系的范围。

第三, 法院的组织结构 在英美法系中,英国的法院组织结构把法院分为两类,一类是高级法院,另一类是低级法院。有关商事诉讼,在高级法院里由商事法庭受理。而美国的法院组织结构是将法院分为联邦法院体系和州法院体系。联邦法院体系有三级;第一级是地区法院,全美国共有94个地区法院;第二级是上诉法院,共有13所;第三级是最高法院。州法院分为两级:第一级是初审法院,里面再分为有限管辖法院和普通管辖法院;第二级叫上诉法院,分为上诉审法院和最高法院。另外,美国还有联邦特别法院,主要涉及税收、国家责任和行政诉讼。与英美法国家法院组织结构相比较,大陆法国

家的法院组织结构比较简单,和中国的法院组织结构接近。在大陆法系国家,普通法院有三个等级:第一级叫第一审法院;第二级叫上诉法院;第三级叫最高法院。此外,某些国家还设立了专门法院,如商事法院、亲属法院、劳动法院。有些国家除设有行政法院系统外,还设有一些独立的司法机关,如劳动法院、税法法院、海关法院、军事法院、社会保险法院等。

第四, 两大法系的演变 笔者认为,两大法系的演变有三个方面趋势:(1)大陆法系对判例的重视日趋明显;(2)英美法系对成文法的制订日益增多;(3)两大法系的发展趋于同一个目标,即在不同程度上重视成文法与判例法的作用,但两大法系的趋同将是一个漫长的过程,同时两大法系也不会失去自身的特点。

二、涉外经济合同必须注意的几个问题

任何一份涉外经济合同,若要有效成立,必须具备六个要件:

第一要件是合同得以协议为基础,而协议得以一方要约和他方承诺的方式达成 在这第一个要件中,我们须注意,在合同和协议中,要约和承诺是必须具备的,但在要约和承诺问题上,必须明确:(1)要约和“邀约”的区别;(2)明码标价和悬赏广告具有要约的性质;(3)要约的有效期应有明示或默示的表达;(4)要约是可以撤销的,在原则上也是可以撤回的。英美法认为要约在原则上是可以撤回的,而大陆法认为要约在原则上对要约人是有拘束力的。除要约之外,我们在承诺问题上必须明确:(1)非受要约人作出的承诺是无效承诺;(2)承诺原则上应在有效期内表示,但以下两种情况属例外,从而使一项逾期的承诺仍构成有效接受:A. 尽管承诺是逾期的,但已经要约人予以追认;B. 尽管承诺是逾期的,但逾期不是受要约人所造成。(3)承诺如对要约作实质性的添加和修改应视之为对要约的拒绝,我们在国际贸易实践中称之为“还盘”。承诺如对要约的添加和修改是非

实质性的,要约人可以接受其承诺,也可以拒绝其有效性;(4)承诺必须在有效期内作出。在有效期内作出,便涉及到承诺的生效问题。世界各国对承诺生效的原则主要有两种:英美法系国家主张承诺一经投邮,立即生效,即“投邮主义”;而大陆法系国家大多主张承诺须到达要约人时才发生效力,即“到达主义”,但法国法院往往推定承诺生效适用“投邮主义”。

第二要件是合同必须有对价或合法的约因 一项合同,如没有对价是不能有效成立的。没有对价的合同法律上称之为“没有诉权的合同”,即没有法律强制效力。有人认为对价就是合同的标的或是合同的货物价格,他们并没有认清对价的实质。对价的实质是合同一方得到的某种权益,或是对方当事人克制自己,不行使某项权利或承担某项损失和义务,因此,对价是一项法律代价。只要双方当事人间的合同不是在错误、欺诈、胁迫或在显失公允的情况下签订的,合同就是有效的。

第三要件是当事人必须具备订立合同的行为能力 在国际贸易实践中,大致有以下几

个方面值得我们注意。各个国家对自然人成年的法定年龄不同,有的国家规定为18周岁,而有的国家则规定为21周岁。成年人在法律上称为“完全行为能力人”,与此相反的是“无行为能力人”,此外,还有“限制行为能力人”。在订立合同的当事人能力确认问题上,大陆法在“无行为能力人”中有一类人叫“禁治产者”,应予特别注意。所谓“禁治产者”,指的是因精神病或因有酒癖不能处理自己的事务,或因浪费成性有败家之虞者,经其亲属向法院提出请求,由法院宣告禁止其治理财产。

除自然人的行为能力外,我们还要关注法人的行为能力。关于法人的行为能力有两个问题值得注意:(1)法人的概念。法人是指拥有独立的财产,能够以自己的名义享受民事权利和承担民事义务,并且依照法定程序成立的、具有法律人格的社会组织。(2)法人的行为能力受限于其经营范围,并受到公司章程的支配。根据各国公司法的规定,公司必须通过它授权的代理人才能订立合同,而且其活动范围不得超出公司章程的规定。

第四要件是关于合同的形式 近代资本主义各国的法律在合同形式问题上都采取“不要式原则”,即法律上不要求按特定的形式和手续订立合同。但对某些合同要求必须按照法律规定的特定形式订立,这种要式合同属于例外情况。在众多国家的例外规定中,美国法的规定尤其值得注意。美国法认为下列合同必须以书面形式订立:(1)不动产买卖合同,如土地、房屋

的买卖;(2)从订约时起不能在一年之内履行的合同;(3)为他人担保债务的合同;(4)价金超过500美元的货物买卖合同。

第五要件是合同必须合法 我们讲合同必须合法,主要是指两个不得违反:第一,不得违反国家的法律和社会公共利益或公共政策。公共政策是英美法的概念。违反公共政策的合同指的是损害公众利益,违背某些成文法所规定的政策或目标,或旨在妨碍公众健康、安全、道德以及一般社会福利的合同;第二,不得违反法律规定的形式。

第六要件是合同当事人的意思表示必须真实 合同是双方当事人意思表示一致的结果,因此,在当事人意思表示上要防止三种情况的发生:一是双方当事人的错误。例如,一项合同的标的为10万美元,由于打字错误而打成1万美元;二是指欺诈。在订立合同过程中要防止欺诈行为的发生;三是要防止胁迫行为的发生。至于沉默能否足以构成欺诈,各国的处理办法略有差异,原则上沉默不足以构成欺诈,但在以下两种情况,沉默可以构成欺诈:一是在合同磋商中,如果一方对某种事实所作的说明原来是真实的,但后来在签订合同时已发现此项事实变得不真实了,却又不及时说明,这可以构成欺诈;二是在诚信合同中,如保险合同、公司分派股票的合同,由于往往只有一方当事人了解全部事实真相,如果当事人没有向对方披露真情,也可以构成欺诈。

三、涉外经济合同准据法的确定问题

合同准据法主要指合同的适用法律,它的选择主要有以下几项原则:

第一,国内法中的强制规定 某些国家法律规定涉外经济合同的准据法只能适用本国法律,不允许当事人之间选择别国法律。例如,我国《涉外经济合同法》规定:中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同和中外合作开采自然资源合同的准据法必须适用中国涉外经

济合同法。

第二,国际上十分通行的“意思自治原则”,即当事人通过协商自由选择合同准据法的原则 该原则给予当事人很大的余地,同时也增大了谈判的余地,这是法国法中“契约自由原则”的具体体现。

第三,“关系最密切地原则” 在合同没有明示选择或规定准据法的情况下,一旦产生

合同纠纷,由仲裁院或法院确定合同准据法的基本法律原则。对于一项涉外经济合同,下列地点可以推定为最密切联系地:订约地、履约地和争议发生地,还有仲裁院地和法院地。

第四, 参照国际条约和公约 有些国家

法律规定涉外经济合同准据法的选择可以参照国际条约和公约。

此外,有些国家法律规定还可以参照国际惯例。

四、涉外经济合同争议解决方法的选择问题

涉外经济贸易合同在整个执行过程中,由于国际贸易的复杂性,各国法律的不同规定以及贸易上的各种因素,合同发生争议在所难免。国际上解决合同争议的途径大致有四种。

第一, 协商 如果双方当事人关系已经非常紧张,就会失去友好协商的基础,协商就不会有所进展和收效。

第二, 调解 即由第三方调和双方当事人间的争议,但调解往往因缺乏法律上的拘束力而被合同当事人推翻。由于国际贸易纠纷的发生往往过于突然,从而缺乏调解的有利时机。

第三, 仲裁 在我们许多涉外经济合同中,都订有仲裁条款,但关键是仲裁条款应包括哪些内容。笔者以为,仲裁条款的下列几个方面是极为重要的:(1)仲裁协议。值得指出,仲裁协议可以是合同中的某个条款,也可以是独立于合同之外订立;既可以在争议发生前订立,也可以在争议发生后再订立。(2)仲裁地点的选择。在我国国际贸易实践中,仲裁地点的选择也是当事人之间的自愿选择,主要有:A. 选择在我国。我国国际贸易促进委员会下设的对外贸易仲裁委员会和海事仲裁委员会在国际上都享有很高的信誉,而且富有经验,因此仲裁地选择在我国对于我方当事人是明智的;B. 选择在被诉国。笔者认为,被诉国是个不确定因素,而在合同中规定不确定因素往往压制了当事人或某个仲裁机构的仲裁自觉性和主动性;C. 选择在第三国。在国际上有些仲裁机构是非常值得推荐的,如瑞典斯德哥尔摩商会仲裁院、瑞士苏黎世商会仲裁院、英国伦敦仲裁院、香港仲裁中心、美国仲裁协会、日本国际商事仲裁

协会、意大利仲裁协会等。(3)仲裁机构。国际上仲裁机构分为两种:临时性仲裁机构和常设性仲裁机构。我们主张选择常设性的仲裁机构。(4)仲裁的程序法的适用。国际上主要有两种做法:A. 选择某一常设性的仲裁机构,同时选择该机构的仲裁程序;B. 选择某一常设性的仲裁机构,而适用另一仲裁机构的程序法。应该特别指出,当事人一旦选择仲裁,即排斥了法院对于案件的审理权。但在某些情况下,法院有权监督仲裁机构的审理过程:①仲裁事项本身不具备可仲裁性;②仲裁过程在程序上有缺陷;③仲裁员行为严重不当。此外,我们还要明确仲裁的最终效力和裁决具有拘束力。(5)仲裁裁决的域外执行问题。涉外经济合同,顾名思义是指合同当事人中至少有一方是外方,那么,如果裁决在国外作出,特别是败诉一方是外方当事人,就涉及到仲裁裁决在外国的执行问题。对外国裁决的承认与执行,国际司法中主要有两大原则:A. 以有关条约的规定为前提,特别是1958年6月在联合国主持下在纽约制定的《承认和执行外国仲裁裁决公约》,我国是该公约的成员国。B. 互惠对等原则,许多国家要求在互惠的原则下,按照本国的法律规定,承认和执行外国的仲裁裁决。

第四, 诉讼 涉外诉讼在很多情况下是不可避免的。首先,诉讼是强制行为,不论当事人是否自愿,司法机关对于案件具有强制管理权;其次,诉讼程序也十分重要,我们许多涉及到反倾销和产品责任的案件,之所以屡屡败诉的主要原因是我们对外国的诉讼程序不够了解,对诉讼中的环节准备不充分,对外国的司法协助不够重视。

五、订立涉外经济合同文字的选择问题

涉外经济合同的文字选择主要有两种办法,一种是选择当事人国家的官方文字,一种是由于当事人国家的两国文字在转换上有问题,往往共同放弃本国的文字而采用第三国文字表

达。如合同采用文字表达,在发生歧义时应以何种文字为准,不必强调以哪国文字为准,应坚持所采用的文字具有同等的效力。

六、涉外经济合同的条款问题

涉外经济合同必须具备完备的条款,宁详勿简,不能留于形式。合同条款中有关当事人的权利、义务必须明确、肯定,不能留有余地。合同要做到文字表达清楚,用词准确,法律文件的制作要强调简洁、明了、肯定、完整。有些合同看上

去象意见之表达,政策之重复,都是应避免的,制作合同时,应该用共同理解的概念,所以合同必须有完整的定义,所指的内容有确切的边际。

总之,涉外经济合同的法律问题是艰难的复杂的,需要认真研究,仔细谈判才好。



(上接第28页)

西哥相类似的亚洲国家来说更是如此。

欧洲统一大市场和北美自由贸易圈的发展加速了世界经济区域化、集团化的进程,一些发展中国家迫于形势也纷纷寻找伙伴企图建立起与己有利的贸易区域。可以说,世界贸易区域化和集团化的趋势将会进一步发展。