

中外合资经营企业(以下简称合营企业)作为我国奉行对外开放政策的产物,十几年来获得了飞速的发展,已成为我国吸收外商直接投资的最重要企业形式。作为合营企业成立的基石,合营企业合同正日益显示出它的重要性,加强对与之有关的法律问题的研究具有重要的现实意义。本文拟就合营企业合同强制法律适用问题作些粗浅的探讨。

一、合营企业合同的概念及特点

合营企业是依照《中华人民共和国中外合资经营企业法》及其实施条例的规定,由外国的公司、企业或其他经济组织或个人同我国的公司、企业或其他经济组织,在中国境内并在平等互利的基础上,经我国政府批准,共同举办共同经营的企业。

合营企业合同是指合营各方为设立合营企业就相互间权利义务达成一致意见而订立的协议,也即合营各方就举办合营企业事项,合理分配它们之间的权利义务、收益风险的协议。其特点主要有:

1. 合同期限长,连续性强。一般都在10年左右,长的可达20年、30年甚至可以超过50年。
2. 合同的内容广泛复杂,涉及面广,灵活性大。涉及资产评估、技术引进、贸易、海关、外汇、税收和劳务等一系列经济法律问题。
3. 政策法律性强。合营各方分属政治文化等制度或传统各异的不同国家,必须熟悉和掌握双方国家的政策法律以及国际惯例和通行做法。

二、合营企业合同法律适用的规定及理由

法律适用是指在处理争议的过程中,当我国的法律与外国法律发生冲突时,依据我国冲突规则的指引,适用某一国的实体法。合营企业合同的特点表明在其履行的过程中难免会产生种种的争议,而双方国家法律矛盾冲突之处客观存在,这就必须依赖各国的法律对此作出明确的规定。

我国对合营企业合同法律适用问题的规定主要体现在《涉外经济合同法》、《中外合资经营企业法实施条例》以及最高人民法院《关于适用〈涉外经济合同法〉若干问题的解答》等有关条款中。《涉外经济合同法》第5条第2款:“在中华人民共和国境内履行的中外合资经营企业合同……适用中华人民共和国法律”。《解答》规定:“在中国境内履行的中外合资经营企业合同……必须适用中国法律,当事人协议选择适用外国法律的合同条款无效”。《实施条例》第15条:“合营企业合同的订立、效力、解释、执行及其争议的解决,均应适用中国的法律”。

根据这些规定,处理一切有关合营企业合同的争议,如关于合同是否成立、成立的时间、合同内容的解释、履约、违约责任以及合同的变更、中止、转让、解除及终止等争议,我国法律均采取单边冲突规范的作法,直接指向中国法,以中国法为合同的准据法,强制适用中国法律,完全排除了外国法在这一领域适用的可能性。

赞成这一作法的学者、专家列举的强制法律适用的两点根本性理由是:

1. 维护国家主权。认为从维护我国重大的根本性利益、不危害国家主权这一角度考虑,强制法律适用正是合营企业合同法律适用领域运用主权原则的必然结果。

2. 合营企业合同与中国有最密切联系。合营企业合同主体双方的共同履行地在我国,当事人一方是我国的企业或其他经济组织,多数情况下是在我国谈判和订立的,而且合营企业实质上是中国法人,强制法律适用正是遵循法律适用最密切联系原则的结果。

三、对合营企业合同强制法律适用的质疑

(一) 国家主权原则与强制法律适用

国家主权原则是合同法律适用的基本原则之一,合营企业合同法律适用必须贯彻这一原则。适用某一外国法必须以不危害我国的国家主权为前提,只有在这一前提下才能谈及适用外国法的可能性。但是主权原则与强制法律适用没有必然的因果联系,由主权原则导出强制法律适用是不当的。

所谓国家主权乃是指一国固有的在国内的最高权力与在国际上的独立权力,体现的是国家最为重大和根本性的利益。合营企业合同直接反映的是一般性利益的民间经济关系,主体双方权利义务分配的方式和结果并不直接涉及国家主权问题。因此双方在履行合同过程中产生的争议,应更多地借助于民商法的方法来解决,以任意性规范为主要的调整手段,而不能把这种争议与国家主权简单地并提,从而援引主权原则作出强制性的规定。

有人认为,合营企业合同虽然不直接反映国家主权,但不能否认它从根本上而言还是或多或少地牵涉国家主权问题,需要援引国家主权原则。笔者认为,这种观点所指的“牵涉国家主权问题”无非是指合营企业在其组织与活动中与国家或其代表者所发生的管理被管理关系牵涉国家主权。但是,我们不应忽视以下几点:首先,这种经济上的管理被管理关系是经济法调整的不平等关系,不是合营企业合同直接规定的,因而不能把调整经济法上的不平等关系的主要手段即强制调整方法来调整民商法上的平等关系。其次,在多数情况下尽管中外双方国家的法律规定有矛盾和冲突之处,但也只是对法律关系调整采用了不同的方式和手段而已。即使适用了外国法也只是换了一种调整方式和手段罢了,而不会损害我国的主权。最后,在适用外国法时我们也不是毫无保障的,相反,我们可以通过公共秩序保留、反法律规避等手段作为后盾,对那些在少数情况下出现的可能有损于国家主权的法律规范,排除其适用。

总之,把合营企业合同的方方面面与国家主权问题相并提,一律强制适用中国的法律,是对国家主权原则的不当运用。

(二) 意思自治原则与强制法律适用

意思自治原则以当事人协议选择适用于合同的法律作为合同的准据法。这一原则在当今世界范围内已得到普遍承认。在我国也不例外,意思自治原则也是作为合同法律适用的首要原则提出

的。《民法通则》规定涉外合同当事人“可以选择处理合同争议所适用的法律”。但是在合营企业合同法律适用领域却完全排除了意思自治原则的运用,这就有悖于受到普遍尊重的国际做法,实际上也是对我国法律适用首要原则的彻底否定。

意思自治原则是在“契约自由”的口号下产生的,在本质上体现了市场经济发展的内在要求,有利于价值规律、竞争规律和供求规律等无形之手发挥作用,是民商法观念的核心所在。发展社会主义市场经济,要求作为市场主体的企业享有高度的意思自治权,因此,国家应尽最大可能去满足企业的这种要求。诚然,国家制定出的法律规范不能缺乏应有的强制力,但同时也必须尊重私人间的合意和选择自由,即意思自治。这样,市场才能充分发挥出配置资源的基础性作用。在合营企业合同法律适用问题上,只要无悖于国家主权原则,就应考虑外国法适用的可能性,尊重当事人的意思自治。

当然,主张意思自治并不排斥对它施加一定的限制,以防止市场无形之手的盲目性和无序性,维护正常的社会、经济秩序。例如,反垄断、反不正当竞争等就不能由当事人的意思自治而加以排除。

(三) 平等互利原则与强制法律适用

平等互利原则既是发展国际经济合作又是合同法律适用领域的一项基本原则。合营企业的发展及其合同的法律适用都必须切实遵循这一原则。

平等互利意味着经济上的彼此有利和法律上的相互平等。法律上的相互平等表现在当事人双方法律地位的平等以及法域平等上,因而要求在立法上赋予中外国家民商法律以平等的地位,互相尊重互相承认对方国家的法律效力。强制法律适用使得我们在处理有关合营企业合同的争议上,一味强调了我国法律的优越性,排斥了外国法的适用,不考虑外国法的效力,与国际正义和我国的改革开放政策似有不合。因此,一国的冲突规范不应一律强制适用本国法。既然在合营企业合同法律适用上适当考虑外国法的适用无损于国家的主权,我们就应该为外国的民商法律提供一定的适用机会,为双方提供最为平等的法律保护,以促进合营企业的发展。

在涉外经济合同中,当事人由于不是很熟悉和了解对方国家的法律,加之对对方国家的法律缺乏信任,因而都不情愿适用对方国家的法律。合营企业合同由于其期限长,连续性强,内容广泛复杂,涉及面广等特点,外方投资者更是不情愿完全被强制适用对方国家的法律。既然双方都不情愿适用外国法,我们就应该发挥价值规律、竞争规律、供求规律等无形之手的作用,由当事人双方的实力和竞争优势等因素去促使双方妥协,最终选择某一国法律作为合同的准据法。这样选择出来的准据法双方当事人才能心悦诚服地适用,有利于争议的解决和双方进一步合作的开展。

尽管我国大力倡导吸引外资,并为外商提供较为可靠的法律保护,但并不能完全排除外方投资者的顾虑,强制法律适用更是造成了一种不平等保护的印象。为更好地贯彻平等互利原则,在合营企业合同强制法律适用领域,为外国法适用提供一定的可能性是很有必要的。

(四) 兼顾法律适用结果的确定性和合理性原则与强制法律适用

兼顾法律适用结果的确定性和合理性原则是法律适用的又一项基本原则。合营企业合同强制适用中国的法律,从而解除了法官、仲裁员和当事人在解决争议时对适用法律的选择权。一般而言,这种强制法律适用结果的确定性是有保障的,但是,在被剥夺了法律选择权之后,法官、仲裁员和当事人就不能针对每个案件的具体情况选择准据法,使法律适用结果的合理性失去了最为有效的保证。合营企业合同争议的具体情况纷繁复杂,涉及面广,对所有的争议不加区别和分析,笼统

规定必须适用中国法,很可能造成某些争议得不到最为公平合理的解决,从而影响双方当事人的友好关系,不利于国际经济合作的开展。

而且,强制法律适用结果的确定性在有些情况下依然是没有保证的。因为尽管经过改革开放十幾年来的努力,我国有关合营企业的立法已趋完备,但不可否认在某些个别领域的立法仍是空白或不健全。倘若在这些领域双方发生了争议要适用中国的法律解决,便造成了无法可依的困境。另外,现阶段我国法律还存在着可操作性低的弊病,仅作原则性的框定,因而合营企业合同的强制法律适用难以很好地贯彻兼顾确定性和合理性的原则。

(五) 最密切联系原则与强制法律适用

以与合同有最密切联系国家的法律作为合同准据法的最密切联系原则也是一项合同法律适用的基本原则,但在世界范围内它都是作为一项补充原则提出的。我国也是如此。《涉外经济合同法》与《民法通则》都规定:合同当事人没有选择处理合同争议所适用的法律,则适用与合同有最密切联系的国家的法律作为合同的准据法。所以最密切联系原则是作为意思自治原则的补充,是建立在尊重当事人意思自治基础上的法律适用原则。直接排除当事人意思自治而援用最密切联系原则来强制适用中国的法律,是不合乎最密切联系原则用意的。况且,合营企业合同内容广泛复杂、涉及面广、灵活性大等特点决定了它与外国也无可置疑地存在着密切的联系,牵涉到外国的法律。合营企业虽然是中国法人,但又有其特殊性、国际性,无视这些而完全排除适用外国法的可能性是不合理的。

四、不完全排除外国法适用的优越性

由上可见,在合营企业合同法律适用领域给外国法适用提供可能性,也是有其优越性的。

1. 可以在不危害我国主权的前提下,更好地贯彻意思自治原则、平等互利原则以及兼顾法律适用结果确定性和合理性原则。

2. 可以更好地吸引外商投资,发展合营企业。外商来我国投资需要良好的经济环境、政治环境、优惠政策环境以及法律环境,其中法律环境至为关键。我国对外商投资的保护虽已形成较为完善的法律体系,但强制适用中国法律总是令他们有所顾虑。如果我们在坚持原则的前提下,给外国法适用提供一定的可能性,就会极大地满足投资者的心理需求,使他们消除顾虑,从而为我们赢得更多的投资。

3. 可以改进我国的立法司法实践。给外国法适用提供一定的可能性,可以促使我们在立法上更加注重以民商法的方式去调整平等的民间经济关系,在司法上兼顾适用外国法。

4. 可以促进社会主义市场经济发展。社会主义经济是一种开放经济,要求建立与国际经济通行规则相适应的经济体制和运行机制,因而一个国家的法律仅仅拘泥于国内法是不够的,必须使国内法符合国际惯例,更多地与外国法融合贯通。对合营企业合同适用外国法提供可能,就有助于促进中外法律的沟通和外经贸人员对外国法律的研究,从而有助于市场经济的发展。

五、关于重整合营企业合同法律适用原则的建议

1. 以意思自治为合营企业合同法律适用的一般原则。意思自治应为明示的,又是有限的。施加的限制主要包括:(1)所选择的法律应与当事人之间存在实质性的联系,不得选择无关的第三国

法律；(2)不得违反我国的社会公共利益；(3)不得违反我国的强行法。这些强行法应集中在国家对社会经济生活的宏观管理和控制领域，以维护现行的社会、经济秩序，保护我国公民的基本权益，如金融、财税等领域以及反垄断、反不正当竞争等。在这些领域当事人不能通过意思自治而排除我国法律的适用。只有这样，才能既保护当事人的意思自治又不致危害我国的国家主权，维护我国的社会经济秩序。

2. 以最密切联系原则为补充原则。当事人若没有明示协议选择准据法则以最密切联系国法律作为合同的准据法。

3. 适用国际条约的原则。当事人可以协议选择适用我国参加的国际条约，但我国提出保留的条款除外。

4. 适用国际惯例的原则。为进一步适用国际惯例，即使我国法律也有相关的规定，如果不是强行法，当事人也可以协议选择适用国际惯例。

5. 可以采纳反致的作法。反致作为一种排除外国法适用的法律手段已为世界多数国家所承认和运用。在给外国法适用提供可能性时采纳反致的作法，就多了一个法律武器，只要不滥用就可以防止适用外国法可能带来的不利。

6. 公共秩序保留。法院或仲裁庭在适用外国法时如发现它违反我国的社会公共利益，可以拒绝适用。

7. 法律规避。当事人故意规避我国强行法的条款无效。

总之，在合营企业合同法律适用这一问题上，我们要解放思想，转变观念，围绕社会主义市场经济的本质要求，冲破过去条条框框的束缚，在坚持原则的基础上表现出更多的灵活性，给外国法的适用提供一定的可能性。这对于我们扩大吸引外资，中外法律的融合贯通，对于发展社会主义市场经济，都是不无意义的。



(上接第53页)

反观上海金融业，其有关立法、监管制度、人才及市场运作是近几年才重新建立，同时，金融业的发展与当地总体经济发展水平有着密切的关系。因此，笔者认为，在未来的相当长一段时期内，上海的金融业并不容易追上香港目前的水平。由于我国市场宽广且庞大，单靠上海或香港的金融市场并不能配合我国的整体经济发展。因此，上海与香港金融业的发展并不是互相排斥的，他们之间将不会出现谁代替谁的问题，相反，在我国经济快速稳步增长的带动下，香港与上海的金融业将南北呼应，相互促进，相

互补充。

3. 最后，金融对内改革和金融对外开放是相互促进的。国内金融是国际金融的基础。我们应不断深化国内金融改革，加快完善以中央银行领导的、国有商业银行为主体的、多种金融结构分工协作的金融组织体系，健全和发展公平、高效、统一、开放的全国金融市场体系，建立法律化、规范化、现代化的宏观调控和金融管理体系。这样，不仅有助于上海离岸金融市场的建立、完善、发展，更为实现中央部署的上海成为“一龙头、三中心”的战略意图提供坚实的基础。