
论三类特殊涉外合同之债准据法制度的转型发展

丁 伟

摘 要：三类特殊涉外合同的准据法制度产生于 20 世纪 80 年代，根植于计划经济的土壤，其浓厚的法律属地主义倾向与市场经济的本质要求及国际通行规则不相吻合。在全面深化改革的新时期，推动该制度的转型发展已势在必行。国家层面正在推进的民法典编纂工作为该制度的转型发展提供了切实可行的实现路径。

关键词：三类特殊涉外合同；准据法；转型发展

中图分类号：DF996

文献标识码：A

文章编号：1006-1894 (2017) 02-0022-12

当代中国冲突法的成文法规定肇始于 20 世纪 80 年代有关涉外合同之债法律适用的相关规定，经过 30 多年的嬗变，中国冲突法制度已经基本涵盖涉外民事法律关系的各个领域，其中，有关涉外合同之债准据法的规定出台时间最早，数量最多，散见在不同时期法律、行政法规、最高人民法院的司法解释及相关部门规章之中。从总体上讲，当代中国冲突法的制度顺应了当代国际社会冲突法的立法潮流，反映了当代国际私法领域理论研究的最新成果。纵观中国现行冲突法的规定，有别于国际通行规则的显性规定首推现行《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）第一百二十六条第二款的规定，即在中国境内履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同及中外合作勘探开发自然资源合同（以下简称“三类特殊涉外合同”）适用中华人民共和国法律。值得关注的是，三类特殊涉外合同一律适用中国法律的制度产生于我国改革开放、利用外资的初期，具有鲜明的计划经济的时代烙印，在中国推进计划经济向市场经济转型、中国经济日益融入全球化的进程中，这一制度安之若素，且适用范围有增无减。笔者认为，在全面推进依法治国的新时期，立法的功能、定位发生了显著的变化，立法决策者高度重视法律制度的顶层设计、转型发展，国际私法学界需要顺应国家立法工作重心转移的新趋势，更多关注新形势下如何实现中国国际私法的转型发展，如何发挥冲突法对于经济与社会发展的引领作用。鉴于民法典编撰过程中将对现行民事法律中不合时宜的规定作相应的修改完善，

作者简介：丁伟，上海市人大常委会法制工作委员会主任，上海市立法研究所所长，华东政法大学教授、博士生导师。研究方向：国际私法、立法法。

中国现行冲突法的修改完善面临难得的历史性机遇。

一、三类特殊涉外合同之债准据法制度的立法演变

我国有关三类特殊涉外合同之债准据法制度产生于改革开放初期。1979年《中外合资经营企业法》未就中外合资企业合同纠纷的法律适用作出规定,随着国外一些著名跨国公司进军中国,有关合资经营合同准据法制度的立法需求逐渐显现。1982年中德合资上海大众汽车有限公司谈判进入后期,德方派出庞大的律师团,谈判的焦点之一即为合同争议的法律适用。在谈判过程中,中德双方各执一词,中方坚持适用中国法,但缺乏相应的法律依据。德方则认为,根据贯穿《中外合资经营企业法》的平等互利原则,应当按照国际通行的做法,由当事人双方协商选择应予适用的法律。为了弥补合资经营合同准据法制度的立法空白,1983年颁布的《中外合资经营企业法实施条例》第十五条率先对合营企业合同必须适用中国法律作出了规定,嗣后,有关三类特殊涉外合同之债准据法制度的规定频频出现于不同时期、不同位阶的下列各种法律文件之中。

(一) 相关法律的规定

1985年《涉外经济合同法》第五条第二款规定:“在中华人民共和国境内履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同,适用中华人民共和国法律。”这是我国成文法律中有关三类特殊涉外合同一律适用中国法的首次规定。1986年4月12日六届全国人大第四次会议通过的《民法通则》第八章未就三类特殊涉外合同的法律适用作出规定。1999年《合同法》第一百二十六条第二款一字不差地移植了前述《涉外经济合同法》第五条第二款的规定。随着《合同法》的实施,《涉外经济合同法》失效。2010年《涉外民事关系法律适用法》未就三类特殊涉外合同的法律适用作出规定,按照该法第二条第二款的规定:“涉外民事关系适用的法律,依照本法确定。其他法律对涉外民事关系法律适用另有特别规定的,依照其规定。”有鉴于此,《合同法》第一百二十六条第二款的前述规定为我国现行法律中有关三类特殊涉外合同之债准据法制度的有效规定。

(二) 相关行政法规和部门规章的规定

1983年《中外合资经营企业法实施条例》第十五条规定:“合营企业合同的订立、效力、解释、执行及其争议的解决,均应当适用中国的法律。”该条规定系我国有关三类特殊涉外合同之债准据法制度的雏形,为《涉外经济合同法》的前述规定奠定了立法基础。1995年《中外合作经营企业法实施细则》第五十五条亦规定:“合作企业合同的订立、效力、解释、履行及其争议的解决,适用中国法律。”1990年《外资企业法实施细则》第八十四条规定:“外资企业与中国其他企业或者经济组织

签订经济合同,适用《中华人民共和国合同法》。”^①然而,在合作勘探开发自然资源合同方面,1982年《对外合作开采海洋石油资源条例》未就法律适用作出明确规定,该条例第二条第二款仅规定“为开采石油而设置的建筑物、构筑物、作业船舶,以及相应的陆岸油(气)集输终端和基地,都受中华人民共和国管辖。”第三条第二款则规定:“在本条例范围内,合作开采海洋石油资源的一切活动,都应当遵守中华人民共和国的法律、法令和国家的有关规定;参与实施石油作业的企业和个人,都应当受中国法律的约束,接受中国政府有关主管部门的检查、监督。”1993年《对外合作开采陆上石油资源条例》亦未就法律适用作出明确规定,该条例第四条第二款仅规定:“在中华人民共和国境内从事中外合作开采陆上石油资源活动,必须遵守中华人民共和国的有关法律、法规和规章,并接受中国政府有关机关的监督管理。”

除上述行政法规以外,我国相关部门规章中亦不乏有关三类特殊涉外合同之债准据法制度的规定。如2006年8月8日商务部等6部委发布的《关于外国投资者并购境内企业的规定》第二十二条规定:“股权购买协议、境内公司增资协议应适用中国法律”,第二十四条规定:“资产购买协议应适用中国法律”。2009年6月22日商务部发布的《关于外国投资者并购境内企业的规定》第二十二条、第二十四条亦作出了相同的规定。再如,中国银行于1987年4月24日发布了《中国银行对外商投资企业贷款办法》,该办法第二十五条规定:“除中国银行同意者外,企业与中国银行签订的借款合同及附件等法律文件的有效文字为中文,适用法律为中华人民共和国法律。”该办法已被2001年10月6日国务院公布并施行的《国务院关于废止2000年底以前发布的部分行政法规的决定》所废止。

(三) 相关司法解释的规定

最高人民法院关于三类特殊涉外合同之债准据法制度的司法解释最早见之于1987年10月19日《最高人民法院关于适用涉外经济合同若干问题的解答》(法[经]发[1987]27号),该解答的第二条(关于处理涉外经济合同争议的法律适用问题)第(三)项规定:“在中国境内履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同,必须适用中国法律,当事人协议选择适用外国法律

① 值得关注的是,《中外合资经营企业法实施条例》、《中外合作经营企业法实施细则》、《外资企业法实施细则》均出台于《立法法》之前,在当时情况下,我国立法对于行政法规的立法权限未作规定。随着《立法法》的实施,行政法规的立法权限已法定化,行政法规是否适合对法律适用事项作出规定值得商榷。依照《立法法》第六十五条第一款的规定,国务院根据宪法和法律制定行政法规。行政法规可以就两项事项作出规定,一是为执行法律的规定需要制定行政法规的事项;二是《宪法》第八十九条规定的国务院行政管理职权的事项。笔者认为,就前一事项而言,鉴于相关法律对于中外合资经营合同、中外合作经营合同适用中国法律已经作出原则性规定,为执行法律的规定行政法规作出细化规定应属于法有据。但相关法律并未就外资企业与中国企业之间的合同适用中国法律作出规定,《外资企业法实施细则》第八十四条的规定是否具有法律依据值得商榷。就后一事项而言,《宪法》第八十九条列举了属于国务院行政管理职权的十八项事项,其中并无就法律适用作出规定的事项。笔者认为,行政法规就法律适用事项作出的规定既是对自然人、法人具有约束力的行为准则,同时也是司法机关执法的依据,在全面推进依法治国、依宪治国的今天,应尽可能避免由行政法规规定对司法机关具有约束力的法律适用规则。

年底以前发布的有关司法解释目录（第三批）》，该司法解释自2000年7月25日起废止。

2007年6月11日，最高人民法院审判委员会第1429次会议通过了《最高人民法院关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定》（法释〔2007〕14号），该司法解释第八条规定：在中华人民共和国领域内履行的下列合同，适用中华人民共和国法律：（一）中外合资经营企业合作合同；（二）中外合作经营企业合作合同；（三）中外合作勘探、开发自然资源合同；（四）中外合资经营企业、中外合作经营企业、外商独资企业股份转让合同；（五）外国自然人、法人或者其他组织承包经营在中华人民共和国领域内设立的中外合资经营企业、中外合作经营企业的合同；（六）外国自然人、法人或者其他组织购买中华人民共和国领域内的非外商投资企业股东的股权的合同；（七）外国自然人、法人或者其他组织认购中华人民共和国领域内的非外商投资有限责任公司或者股份有限公司增资的合同；（八）外国自然人、法人或者其他组织购买中华人民共和国领域内的非外商投资企业资产的合同；（九）中华人民共和国法律、行政法规规定应适用中华人民共和国法律的其他合同。根据《最高人民法院关于废止1997年7月1日至2011年12月31日期间发布的部分司法解释和司法解释性质文件（第十批）的决定》，该司法解释自2013年4月8日起废止。

值得关注的是，上述两件司法解释废止后，最高人民法院先后发布了《最高人民法院关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定（一）》（法释〔2010〕9号）、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释（一）》（法释〔2012〕24号），该两件司法解释均未就三类涉外经济合同的准据法制度作出规定。

综观我国现行三类涉外经济合同准据法制度的相关规定，全国人大及其常委会制定的现行法律仅对三类特殊经济合同一律适用中国法律作出原则规定，对适用中国法律的具体领域、范围未作出明确规定；相关行政法规明确规定中外合资、中外合作等特定合同适用中国法律的范围及于合同的订立、效力、解释、执行及其争议的解决等具体事项；相关政府规章的规定将适用中国法律的范围延伸至外国投资者并购境内企业的股权购买协议、增资协议、资产购买协议、中国银行对外商投资企业贷款的借款合同及附件等法律文件；相关司法解释更是将一律适用中国法律的范围扩大至九类涉外民事或商事合同，尽管相关司法解释已经废止，但仍将对我国司法及仲裁实践产生持续的影响。^①由此可见，三类特殊涉外经济合同一律适用中国法律的范围呈现出不断扩大的趋势。

^① 有关司法解释与立法的关系一直是国际私法学界关注的问题，2015年新修正的《立法法》在很大程度上回应了学者的意见，该法第一百零四条第一款规定：“最高人民法院、最高人民检察院作出的属于审判、检察工作中具体应用法律的解释，应当主要针对具体的法律条文，并符合立法的目的、原则和原意。遇有本法第四十五条第二款规定情况的，应当向全国人民代表大会常务委员会提出法律解释的要求或者提出制定、修改有关法律的议案。”相关司法解释将一律适用中国法律的范围扩大至九类涉外民事或商事合同，是否符合立法的目的、原则和原意，似有研究的空间。

二、三类特殊涉外合同一律适用中国法律法理上的功能定位

三类特殊涉外合同一律适用中国法律的规定,在法条的理解上属于准据法制度,这一点似乎没有争议,但是,对这一规定法理上的功能定位,中国国际私法学界莫衷一是,从不同的角度对其进行诠释,大致上有以下几种观点。

(一) 单边冲突规范说

有的学者将《中外合资经营企业法实施条例》第十五条、《涉外经济合同法》第五条第二款的规定列为单边冲突规范。^①从形式上看,三类特殊涉外经济合同一律适用中国法律的规定排除了任何其他国家的法律,符合单边冲突规范的特征。

(二) 意思自治限制说

有的学者将《涉外经济合同法》第五条第二款、《中外合资经营企业法实施条例》第十五条视为对当事人意思自治的限制。^②有的学者将《合同法》第一百二十六条关于三类合同适用中国法的规定、《外资企业法实施细则》关于外资企业与其他公司、企业或者经济组织或者个人签订的合同适用中国的《合同法》的规定、《中国银行对外商投资企业贷款管理办法》第二十五条等规定列为“不适用意思自治原则的例外方面”。^③

(三) 强制规则和公共秩序保留说

有的学者将三类特殊涉外经济合同一律适用中国法律归入“强制规则和公共秩序保留”,认为虽然当事人意思自治原则已为我国法律所承认,但并不是没有限制的。这种限制主要表现在强制规则和公共秩序两方面。《涉外经济合同法》第五条第二款和《中外合资经营企业法实施条例》第十五条通过强制规则对前述方式的适用进行限制。这样的规定主要是维护我国的主权和利益的需要。^④有的学者将《涉外经济合同法》第五条第二款等条款称为“积极(功能)的公共秩序保留条款”。^⑤有的学者将《涉外经济合同法》第五条第二款视为“一条不容当事人更改的绝对强制性规范”。^⑥

(四) 消极限制、间接限制说

有的学者将《涉外经济合同法》三类合同必须适用中国法律的规定视为对当事人选择合同准据法“消极的限制方式”。^⑦也有学者将《涉外经济合同法》第五条第

① 韩德培.国际私法(修订本)[M].武汉:武汉大学出版社,1983:50;韩德培.国际私法[M].北京:高等教育出版社,2000:94;黄进.国际私法[M].北京:法律出版社,1999:233~234;丁伟.冲突法论.法律出版社,1996:194.

② 韩德培.国际私法(修订本)[M].武汉:武汉大学出版社,1983:167.

③ 李双元等.中国国际私法通论(第二版)[M].北京:法律出版社,2003:325~326;李双元.国际私法(第二版)[M].北京:北京大学出版社,2006:304;徐东根.国际私法趋势论.北京:北京大学出版社,2005:442.

④ 韩德培.国际私法新论[M].武汉:武汉大学出版社,1997:309;韩德培.国际私法[M].北京:高等教育出版社,2000:204~205.

⑤ 李双元等.中国国际私法通论(第二版)[M].北京:法律出版社,2003:182~183.

⑥ 黄进.国际私法[M].北京:法律出版社,1999:428.

⑦ 董立坤.国际私法论[M].北京:法律出版社,1988:63.

二款视为公共秩序保留的“间接限制方式”。^①在限制外国法适用的制度中，优先适用本国法律，从而排除外国法的适用的制度，符合公共秩序保留的“间接限制方式”。

（五）特殊原则说

有的学者将“意思自治说”视为涉外合同之债法律适用的一般原则，将“最密切联系说”视为涉外合同之债法律适用的补充原则，而将三类特殊的利用外资的合同适用中国法律视为我国涉外合同之债法律适用的特殊原则，认为这是由三类合同的特殊性质所决定的。^②

（六）直接适用的法说

有的学者认为，《合同法》第一百二十六条第二款的规定属于我国立法中表现出来的“直接适用的法”，属于强行法的范畴。^③有关“直接适用的法”我国学者多有研究。^④在立法制度中，《涉外民事关系法律适用法》第4条首次明确了关于“直接适用的法”制度，即“中华人民共和国法律对涉外民事关系有强制性规定的，直接适用该强制性规定”。鉴于三类特殊涉外经济合同摆脱了传统冲突规范的窠臼，而直接适用中国的实体法规范，这种规定符合“直接适用的法”的特征。

（七）最密切联系说

有的学者认为，我国法律规定三类合同适用中国法，这是因为投资合同与东道国具有最密切的联系。^⑤有的学者认为，投资合同与我国有着最密切的联系，适用最密切联系原则被世界大多数国家承认和采纳。^⑥

综上所述，有关三类特殊涉外经济合同一律适用中国法的制度，在法理上的功能定位具有多重性，不同学者或者同一学者在不同场合，从不同视角对该制度进行学理解释，得出不尽相同的结论。这一现象折射了中国国际私法学界有关单边冲突规范、强制规则、公共秩序保留、直接适用的法等国际私法基本理论问题的研究有待进一步深化，目前鲜有著述对这些法律制度的异同及其相互之间的关系作出令人信服的阐述。

三、三类特殊涉外合同之债准据法制度转型发展的动因分析

三类特殊涉外经济合同一律适用中国法律的制度产生于我国国际私法立法初创

① 李双元等. 中国国际私法通论（第二版）[M]. 北京：法律出版社，2003:182~183；丁伟. 冲突法论[M]. 北京：法律出版社，1996:85.

② 丁伟. 冲突法论[M]. 北京：法律出版社，1996:197~199.

③ 黄进. 国际私法[M]. 北京：法律出版社，1999:428.

④ 徐冬根. 论“直接适用的法”与冲突规范的关系[J]. 中国法学，1990,(3).

⑤ 余先予. 冲突法[M]. 北京：法律出版社，1989:193.

⑥ 董立坤. 国际私法论[M]. 北京：法律出版社，1988:371.

期,根植于计划经济的土壤,在国门初开,外资全然有别于以国营经济为主体的中国国内经济实体,且限制外国法适用的各项法律制度尚未建立的特殊背景下,这一制度的建立情有可原,且确有必要。然而,法律制度作为上层建筑的重要组成部分,其产生、变化与发展受制于社会经济基础,随着社会主义市场经济取代传统的计划经济,具有鲜明计划经济痕迹的三类特殊涉外合同之债的准据法制度与市场经济不相适应的状况引起了学术界的关注。我国著名国际私法学家李双元教授明确提出:为适应社会主义市场经济的新体制,促进三类利用外资的形式在中国进一步的发展,我国应该考虑三类合同适用中国法这条规定的存废问题。^①笔者认为,在我国市场经济实施20多年,以准入前国民待遇和负面清单为核心的我国投资管理体制与国际通行规则全面接轨的今天,有必要对实施30多年之久的三类特殊涉外合同之债的准据法制度存续的必要性、合理性、适当性进行科学的评估,在充分肯定该制度历史功绩的前提下,以与时俱进的科学态度积极推动该制度的转型发展。从立法、理论及实践等多个维度审视,该制度的转型发展具有以下动因。

(一) 现行制度系特定历史时期的产物

三类合同一律适用中国法律的制度起始于20世纪80年代,当时中国吸收外资起步不久,对外资缺乏驾驭能力,且有关外国法适用的相关制度尚未建立起来,在立法上有必要采取“双轨制”,将三类合同的法律适用与一般合同区别开来。从时间上讲,在1985年制定《涉外经济合同法》之前,《中外合资经营企业法实施条例》已经率先对中外合资经营企业合同一律适用中国法律作出规定,在这种情况下,“双轨制”立法模式势在必行。然而,时至今日,中国已经全面融入经济全球化,外资在中国从事经营活动已经常态化,以准入前国民待遇和负面清单为核心的投资管理体制的制度创新取得积极成效,并即将在全国复制、推广,外商投资合同严格的审批制度将不再存在,三类特殊合同的“特殊性”正在不断消失,外商投资合同与一般涉外合同已不存在实质性的区别。与此同时,中国“入世”以来按照WTO规则的要求开展法律、法规的清理,在实体法领域,我国原有的专门适用于外商投资企业的一些法律、法规逐步为普遍适用于各类市场主体的国内法律、法规所代替,有关外商投资领域“双轨制”的立法模式面临转型发展。在这一背景下,我国冲突法领域继续维持“双轨制”的立法模式似无多大必要。

(二) 现行制度与市场经济的本质要求格格不入

社会主义市场经济本质上是法治经济,在全面推进依法治国的新形势下,我国决策层高度重视市场在资源配置中起决定性作用,要求以保护产权、维护契约、统一市场、平等交换、公平竞争、有效监管为基本导向,完善社会主义市场经济法律制度,

^① 李双元,胡振杰.社会主义市场经济与我国国际私法的完善和发展[J].中国社会科学,1993,(3).

健全以公平为核心原则的产权保护制度,加强对各种所有制经济组织和自然人财产权的保护,清理有违公平的法律法规条款。^①在市场经济体制下,作为平等市场主体的中外自然人、法人及其他组织应该享有广泛的缔结契约的自由,其中包括中外投资双方在协商一致的基础上选择合同准据法的自由。鉴于一律适用东道国法律的制度排斥了当事人选择合同准据法的自由,这一具有浓厚法律属地主义倾向的制度与市场经济的本质要求相去甚远,对该制度进行调整似有必要。

(三) 现行制度与国际通行规则不尽一致

我国有学者认为,合资经营合同一律适用东道国的法律是国际通行的做法。^②笔者对此不敢苟同,经检索各国冲突法的成文规定,在国际私法立法中明文规定合资经营企业一律适用东道国法律的立法例微乎其微。^③笔者注意到,有关学者得出合资经营合同一律适用东道国法律系国际通行做法结论的依据是该规定符合最密切联系原则,笔者并不否定三类特殊涉外合同与中国法律的联系最为密切,但在中国现行涉外合同之债准据法制度中,三类特殊合同一律适用中国法律的原则与最密切联系原则是并列的,且前者作为特别原则排除了后者的适用,在意思自治原则、最密切联系原则之外另行规定三类特殊合同一律适用中国法律,恰恰是中国现行法律适用制度与国际通行规则最为显性的差异。

(四) 现行制度与现代国际私法的理念不尽吻合

国际私法作为调整涉外民商事法律关系的特殊规范,有别于通常意义上的国内法规范,相关的制度设计不但需要与国际通行的规则相衔接,而且需要体现现代国际私法的理念,顺应国际社会立法的发展潮流。从20世纪90年代末开始,李双元教授提出了“国际私法与法律趋同化”的命题,^④认为21世纪国际社会法律发展的突出走势是国际社会法律发展的协调性和趋同化趋势将不断增强,在国内、国际立法和司法活动中,国际社会本位的观念将大大提升,调控国际民商新秩序的法律决不能一味固守那种偏重地域性、封闭性和孤立性的传统惯例,必须关注全球性、开放性、普遍性的因子。在中国法律现代化的过程中,应当提升内含公正的法律效益观,在法律理念上彻底实现由权力至上到法律至上、由权力本位到权利本位的观念转变。^⑤毋庸讳言,三类特殊合同一律适用中国法律的规定排除了当事人选择合同准据法的权利,与权利本位的现代国际私法理念不尽吻合,这一制度的转型发展应当体现立法理念由权力本位到权利本位的转变。

① 引自《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》。

② 董立坤:《国际私法论》[M].北京:法律出版社,1988:371.

③ 《蒙古国民法典》(1994年11月1日通过,1005年1月1日起生效)第四百三十四条第4项规定:“涉及到外国法人或自然人的合资经营企业,应适用该合资经营企业营业地所在地的法律。”

④ 李双元:《走向21世纪的国际私法:国际私法与法律趋同化》[M].北京:法律出版社,1999.

⑤ 李双元,徐国建:《国际民商新秩序的理论建构》[M].武汉:武汉大学出版社,1998:11~20,41~42,144~146.

（五）现行制度的立法本意不甚清楚

前文述及，有关三类特殊合同一律适用中国法律法理上的功能定位，学界从不同的角度对其进行了诠释，无论是意思自治限制说、强制规则和公共秩序保留说，还是消极限制、间接限制说、特殊原则说或者直接适用的法说，均与维护我国国家主权、社会公共利益不无关联。笔者查阅了九届全国人大常委会第四次会议至第七次会议及九届全国人民代表大会第二次会议上有关《中华人民共和国合同法》（草案）的所有审议说明报告，立法机关对该法第一百二十六条第二款的规定没有任何说明。^①这表明三类特殊合同一律适用中国法律的必要性、合理性不言而喻，无需作出说明。那么是否可以断言该规定的立法目的就在于维护我国国家主权、社会公共利益呢？这一问题值得商榷。从维护国家主权的高度来审视，各国都在诉讼法中将与本国公共利益密切相关的法律关系无条件地隶属于本国法院专属管辖的范围之内。^②我国《民事诉讼法》第二百六十六条将在中国境内履行的三类特殊利用外资合同的争议列为中国法院专属管辖的范围，即便如此，我国法律也允许当事人以仲裁协议对中国法院的专属管辖加以排除，毫不顾忌中国的国家主权、社会公共利益会得到损害。毫无疑问，允许当事人以仲裁协议对中国法院的专属管辖加以排除是基于国际通行的做法，于国家主权无关。笔者认为，在讨论中国国际私法相关立法时不宜简单、武断地以维护国家主权、社会公共利益来臆测立法本意，国际私法规范调整的是涉外民事法律关系，倘若仅将维护本国的国家主权、社会公共利益作为立法目的，未免过于狭隘，不足以展现公平公正、豁达自信及法治昌明的大国风范。

（六）现行制度在冲突法层面徒有形式

从法律技术上分析，立法不作如此规定，在多数情况下仍然可以达到适用中国法律的目的。如果将三类特殊合同视为一般的涉外合同，按照我国冲突法的一般规定，允许当事人选择合同准据法，倘若选择的非中国法对我有利，似无必要一律抵制；倘若外方选择的非中国法律对我不利，或无法把握，可以不予接受。在当事人未作选择的情况下，按照各国的立法实践以及通行的国际惯例，一般都把合同缔结地法、合同履行地法或者与合同最有密切联系的国家的法律作为合同的准据法。在中国境内设立的中外合资、中外合作企业在中国注册登记，是中国的法人（一部分合作经营项目虽未取得中国法人资格，但属于经我国批准的经济实体，其中方合作者通常也是中国法人）；合营企业的合同是依照中国的法律在中国缔结，并经中国政府批准；合营企业的营业所位于中国；合营企业合同的主要履行地也在中国；合营企业合同的一方当事人又是中国法人。综观各种因素，合营企业合同无疑与中国的联系最为密切。鉴于中外合作勘探开发自然资源的方式同中外合资与中外合作经营具有许多相似之

^① 全国人大法制工作委员会：《中华人民共和国合同法》立法资料选[M]，北京：法律出版社，1999。

^② 韩德培：国际私法新论[M]，武汉：武汉大学出版社，1997：619。

处，与中国的联系最为密切。与此同时，这类合同本身还具有一个不可忽视的重要特征，即合同当事人勘探开发的对象是我国主权管辖下的自然资源，自然资源涉及到我国境内的不动产，而“不动产物权依物之所在地法”是各国普遍采用的冲突规范。这一切表明，三类特殊合同一律适用中国法律的规定徒具形式，不论法律是否规定，其结果都是适用中国法律，所不同的是，根据最密切联系原则适用中国法律更合情、合理，更令外商心悦诚服。

（七）现行制度在实体法层面缺乏实际意义

在经济全球化不断加剧的当今世界，各国外资领域的法律已经日益趋同化，尤其是中国加入 WTO 前后，按照 WTO 规则的要求以及中国入世的承诺书，我国对外商投资领域的法律、法规进行了系统清理，完成了“立、改、废”的工作，立法内容与以 WTO 规则为基轴的多边贸易法律体制已融为一体。^①与此同时，我国近年来积极推动自由贸易试验区的先行先试，以准入前国民待遇加负面清单为核心的外资管理体制的改革创新取得了积极成效，相关经验将在全国复制、推广，中美、中欧 BIT 谈判也取得了积极进展，这无疑将进一步促进中国外资立法与国际通行的规则接轨。这一切表明，在外商投资领域中国法律与外国法律并无多少实质性的差别，适用中国法律抑或外国法律，实际结果并无明显不同。

（八）现行制度可以被合法有效的限制外国法适用的制度替代

中国国际私法虽然起步较晚，但起点较高，继 1986 年出台的《民法通则》第八章对涉外民事法律关系的法律适用作出较为系统的规定，2010 年出台的《涉外民事关系法律适用法》以单行法的形式全面、系统地规定了冲突法律制度，辅之以最高人民法院一系列的司法解释，与国际通行规则并行不悖的限制外国法适用的一整套制度已经配套齐全，三类特殊合同一律适用中国法律的制度可以为合法有效的制度所替代。《涉外民事关系法律适用法》第四条规定：“中华人民共和国法律对涉外民事关系有强制性规定的，直接适用该强制性规定。”第五条规定：“外国法律的适用将损害中华人民共和国社会公共利益的，适用中华人民共和国法律。”2012 年 12 月 28 日，最高人民法院颁布了《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释（一）（法释〔2012〕24 号）》，列举了人民法院应当认定为涉外民事关系法律适用法第四条规定的强制性规定的具体情形。这表明在我国现行冲突法律制度框架内，适用外国法的风险能够得到有效的控制，现有三类特殊涉外合同之债的准据法制度转型发展的条件已经成熟。

四、三类特殊涉外合同之债准据法制度转型发展的方向与路径

^① 丁伟. 经济全球化与中国外资立法完善 [M]. 北京: 法律出版社, 2004: 181.

从1985年《涉外经济合同》到2010年《涉外民事关系法律适用法》，中国冲突法的立法经历了25年的发展变化，其体系结构、制度设计和立法技术日趋成熟，唯三类特殊涉外合同之债的准据法制度施行30多年来一成不变。应该说，在实行社会主义市场经济20多年的今天，根植于计划经济土壤的三类特殊合同之债的准据法制度已经完成了历史使命，该制度的革故鼎新、转型发展已势在必行。

（一）三类特殊涉外合同之债准据法制度转型发展的方向

按照《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》的要求，发挥立法对于经济与社会发展的引领和推动作用，需要适应对外开放不断深化的新形势，完善涉外法律法规体系，促进构建开放型经济新体制，对不适应改革要求的法律法规，要及时修改和废止。鉴于三类特殊涉外合同之债的准据法制度已失去其赖以生存的必要性、合理性，推动该制度转型发展的方法无疑是对现行法律、行政法规及部门规章中的相关条款进行修改，转型发展的方向是：将现行的“双轨制”的立法模式转变为“单轨制”的立法模式，即改变为三类特殊合同量身打造“一律适用中国法律”的现行立法模式，对三类特殊合同与其他涉外民商事合同一视同仁，在合同争议的法律适用上依循同一套准据法制度。近年来我国外商投资领域实体法层面的转型发展取得了积极进展，相关的立法举措呈现出由“双轨制”向“单轨制”转变的发展趋势。如2007年3月16日十届全国人大五次会议通过了《企业所得税法》，同时废止了1991年4月9日七届全国人大四次会议通过的《外商投资企业和外国企业所得税法》和1993年12月13日国务院发布的《企业所得税暂行条例》，这一立法举措将内、外资企业所得税税率统一为25%，中国从此告别了企业所得税“双轨制”的时代。前述实体法层面成功的立法例子不但为冲突法层面的革故鼎新、转型发展提供了宝贵经验，同时也显示了“单轨制”的立法模式逐步取代“双轨制”的立法模式将成为中国涉外经济立法常态化的发展方向。

（二）三类特殊涉外合同之债准据法制度转型发展的路径

三类特殊涉外合同之债准据法制度的转型发展涉及对现有法律、行政法规及相关部门规章的整合修改，国家层面正在积极推进的一系列重大立法举措为三类特殊涉外合同之债准据法制度的转型发展提供了现成的实现路径。

目前，全国人大正式启动了民法典的编纂工作，这一重大立法活动将对我国现行国际私法规范的完善产生深刻的影响。编纂民法典的任务是对现行民事法律规范进行系统、全面整合，编纂一部内容协调一致、结构严谨科学的法典，不仅要去除重复的规定，删繁就简，还要对已经不适应现实情况的现行规定进行必要的修改完善，对社会经济生活中出现的新情况、新问题作出有针对性的新规定。立法机关需要应对民法典与现行有效的《涉外民事关系法律适用法》以及《民法通则》、《合同法》、《收养法》和《继承法》等相关法律中有关涉外民事关系法律适用条款如何整合的

问题,中国涉外民事关系法律适用制度将面临重新建构的历史性课题。^①在民法典的编纂过程中,现行《民法通则》将被《民法总则》所取代,其中有关涉外民事法律关系法律适用的第八章内容将整合进《涉外民事关系法律适用法》,现行《合同法》将被民法典的《合同编》所取代,其中第一百二十六条有关合同之债法律适用的第一款规定与《涉外民事关系法律适用法》的规定重复,将去除;第二款有关三类特殊涉外合同一律适用中国法律的规定因不适应现实情况可以考虑去除。与此同时,全国人大常委会已将“外国投资法(修改外资三法,即中外合资经营企业法、外资企业法和中外合作经营企业法)”列入2016年立法预备项目,视情在2016年或者以后年度安排审议。

在行政法规层面,国务院2016年立法计划已将外资三法修订列入“全面深化改革急需的项目”。值得关注的是,该立法计划未列入“外国投资法”及外资三法相关实施条例等立法项目。但是,无论是民法典的编纂,还是外国投资法的制定或外资三法的修改,均将引发相关行政法规相应的“立、改、废”工作。一俟相关法律中有关三类特殊涉外合同一律适用中国法律的规定调整后,现行《中外合资经营企业法实施条例》、《中外合作经营企业法实施细则》及《外资企业法实施细则》中有关三类特殊合同法律适用的规定及相关部门规章中的相关规定均应做相应的调整。鉴于含有三类特殊涉外合同法律适用条款的司法解释均已废除,在司法解释层面无需作出特别安排。

总之,在计划经济特殊背景下产生的三类特殊涉外合同之债准据法制度已经完成了历史使命,推动该制度转型发展的条件已经日趋成熟,我们应当抓住国家层面法律制度改革发展的历史性机遇,乘势而上,顺势而为,进一步放大民法典编纂及外资三法修法工作对于优化、完善我国法律体系的正面效应,积极促成三类特殊涉外合同之债准据法制度乃至整个中国国际私法立法的转型发展。

On the Transformation and Development of the Proper Law of Three Types of Special Foreign Related Contract

DING Wei

Abstract: The legal system of the proper law of three types of special foreign related contract enacted in the 1980s originated from the planned economy institution. Its strong tendency of the territoriality of law was unsuited to the innate character of the market economy institution and the prevailing international rules. In a new period of comprehensive deepening reform, the transformational development of this legal system will be inevitable. The codification of Civil Code will provide a feasible route of realizing the transformational development of this legal system

Key words: three types of special foreign related contract; the proper law; transformation and development

(责任编辑:金孝柏)

① 丁伟.论民法典编纂对我国国际私法立法的影响[J].暨南学报(哲学社会科学版).2015,(9).