

研究生教学用书

国际经济贸易中的国际私法问题

*Private International Law Problems
in International Business*

杜涛 著



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

D997
47

研究生教学用书

复旦大学金苗项目研究成果
教育部留学回国人员科研启动基金资助

国际经济贸易中的国际私法问题

*PRIVATE INTERNATIONAL LAW PROBLEMS
IN INTERNATIONAL BUSINESS*

杜 涛 著

武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

国际经济贸易中的国际私法问题/杜涛著. —武汉: 武汉大学出版社,
2005. 9

研究生教学用书

ISBN 7-307-04657-1

I. 国… II. 杜… III. 国际私法—研究 IV. D997

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 080275 号

责任编辑:张 琼 责任校对:程小宜 版式设计:支 笛

出版发行: 武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件: wdp4@whu.edu.cn 网址: www.wdp.com.cn)

印刷: 武汉大学出版社印刷总厂

开本: 787×980 1/16 印张: 27.875 字数: 496 千字 插页: 4

版次: 2005 年 9 月第 1 版 2005 年 9 月第 1 次印刷

ISBN 7-307-04657-1/D·642 定价: 38.00 元

版权所有, 不得翻印; 凡购我社的图书, 如有缺页、倒页、脱页等质量问题, 请与当地图书销售部门联系调换。

目 录

导 论 国际经贸与国际私法	1
第一节 国际经贸纠纷的私法救济	1
第二节 国际私法的概念	5
第一章 国际经贸纠纷的民事诉讼管辖权	19
第一节 管辖权概论	19
第二节 国际民商事诉讼的级别管辖	21
第三节 国际民事诉讼的地域管辖	25
第四节 国际民事诉讼中的协议管辖	31
第五节 专属管辖	43
第六节 国际条约中的管辖权规定	45
第七节 平行诉讼问题与“不方便法院”原则	46
第二章 国际经贸纠纷案件的识别和先决问题	52
第一节 识别问题	52
第二节 先决问题	67
第三章 国际经贸纠纷中外国法律的适用	71
第一节 外国法的查明	71
第二节 外国冲突法的适用——反致问题	79
第三节 准据法的改变	86
第四节 外国法错误适用后的救济	88
第五节 法律规避	89
第六节 公共秩序保留	92
第七节 “强行规范”的适用问题	102

第八节 “例外条款”理论	111
第四章 国际经贸中的法人与公司	116
第一节 法人的国籍与住所	116
第二节 外国法人的认许	119
第三节 法人的属人法	121
第五章 国际经贸中的代理	130
第一节 代理的概念和法律冲突	130
第二节 代理的法律适用	132
第三节 我国关于代理法律适用的立法与实践	137
第六章 国际经贸中的物权纠纷	146
第一节 概论	146
第二节 物之所在地法原则	147
第三节 准据法的改变	156
第四节 有价证券的物权	158
第七章 国际经贸合同的法律适用总论	162
第一节 概论	162
第二节 当事人意思自治原则	163
第三节 当事人意思自治原则与《联合国国际货物销售合同公约》 在我国适用	180
第四节 当事人意思自治与准据法的改变问题	187
第五节 当事人没有选择法律时的法律适用	188
第六节 合同准据法的适用范围和特殊方面	192
第八章 国际经贸合同的法律适用分论	196
第一节 国际劳务合同	196
第二节 消费者合同	205
第三节 不动产合同	206
第四节 中外合资经营企业合作	207
第五节 交易所买卖合同	208
第六节 涉外保险合同	209

第七节 涉外担保合同	220
第八节 国际融资租赁合同纠纷	231
第九节 国际信托	235
第九章 国际贸易支付	242
第一节 涉外票据	242
第二节 国际经贸中的信用证	247
第三节 国际保理	262
第四节 国际托收	268
第五节 外币之债与利息	273
第十章 国际贸易运输提单	286
第一节 提单概论	286
第二节 提单纠纷案件的管辖权	292
第三节 提单的法律冲突与法律适用	301
第十一章 国际经贸中的侵权行为	303
第一节 概论	303
第二节 一般侵权行为的法律适用	304
第三节 特殊侵权行为的法律适用	308
第十二章 国际经贸中的知识产权	332
第一节 概论	332
第二节 商标权与专利权	336
第三节 著作权	345
第四节 知识产权合同的法律适用	358
第五节 中国的立法与实践	363
第十三章 国际经贸中的破产程序	368
第一节 破产程序概论	368
第二节 破产程序的域外效力	369
第三节 破产案件的国际管辖权	377
第四节 破产案件的法律适用	380

第十四章 国际经贸纠纷民事诉讼程序问题	386
第一节 国际民事诉讼程序的进行	386
第二节 外国裁判的承认与执行	413
第三节 我国的区际司法协助问题	421
案例索引	429
参考资料	435
后记	437

导 论

国际经贸与国际私法

第一节 国际经贸纠纷的私法救济

一、我国国际经贸的发展

自从第二次世界大战以后，国际社会的全球化趋势日益加强，国际民商事交往日益频繁，涉外的或国际的民商事交往日益深入，涉外民商事纠纷也越来越频繁和复杂，要求国际私法发挥越来越大的作用。尤其对中国而言，近二十年来中国的对外交往得到深入发展，为我国国际私法的发展创造了良好的基础条件。

1. 国际货物贸易

中国越来越成为世界举足轻重的贸易大国。自从中国加入世界贸易组织后，国际经贸发展更为迅猛。中国海关总署 2005 年 1 月 11 日发布的 2004 年全年中国外贸进出口统计情况显示，2004 年中国进出口总额高达 11500 亿美元，比上年增长 37.5%，净增 3000 亿美元，相当于“入世”前 2001 年全年贸易规模的 2.3 倍。2004 年中国进出口贸易规模分别突破 5000 亿美元，实现贸易顺差 319 亿美元。中国已经成为全球第三大贸易国。

2. 国际投资

中国是世界上对外国投资最有吸引力的国家之一。中国引进外资直接投资的数额一直位居世界前列。2002 年以来，中国更是以超过 500 亿美元的引资额超过美国成为世界上外国直接投资第一大国。2004 年 1~10 月份，全国新批设立外商投资企业 35202 家，比去年同期增长 7.66%；合同外资金额 1189.99 亿美元，同比增长 34.19%；实际使用外资金额 537.81 亿美元，同比增长 23.47%。截至 2004 年 10 月底，全国累计批准设立外商投资企业 500479 个，合同外资金额 10621.29 亿美元，实际使用外资金额

5552.51 亿美元。

同时,近年来,中国也加大了对外直接投资的力度。据商务部和国家统计局首次发布的《2003 年度中国对外直接投资统计公报》(非金融部分)显示,截至 2003 年底,中国企业已在 160 多个国家和地区投资设立 7470 家企业,中方直接投资金额累计超过 332 亿美元。中国的对外直接投资已经位居全球前列。

3. 国际服务贸易

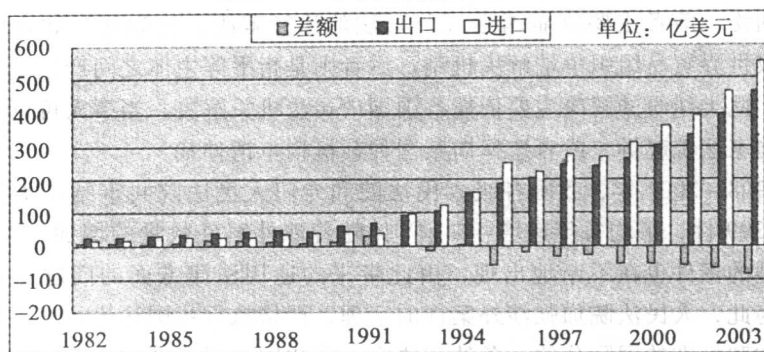
入世以来,中国相继颁布了 30 多个开放服务贸易领域的法规和规章,涵盖了金融、分销、物流、旅游、建筑等几十个领域,基本完善了服务贸易对外开放的法律体系,形成了服务贸易全面开放的格局。2004 年 6 月 1 日起实施的《外商投资商业领域管理办法》兑现了我国关于分销权的承诺,2004 年 7 月 1 日实施的《对外贸易法》提前半年兑现了外贸权开放的承诺。此外,我国还在银行、保险、旅游等领域提前履行了有关承诺。

中国的国际服务贸易发展迅速。2003 年,中国服务贸易进出口总额首次突破 1000 亿美元大关,达到 1020 亿美元,成为全球第 9 大服务贸易国,首次进入世界前 10 位。其中,服务贸易出口(收入)467 亿美元,同比增长 18%,占全球服务贸易出口的 2.7%,成为服务贸易出口最大的发展中国家,列全球服务贸易出口国第 9 位;服务贸易进口(支出)553 亿美元,同比增长 19%,占全球服务贸易进口的 3.2%,仍是服务贸易进口最大的发展中国家,列世界服务贸易进口国第 8 位。据国家外汇管理局公布的资料,2004 年上半年,中国对外服务收支总规模达到 586.5 亿美元,增长 31%;其中,服务收入 263.8 亿美元,服务支出 322.7 亿美元,分别增长 37% 和 27%。

值得注意的是,我国的国际计算机信息服务业发展迅速,计算机信息服务贸易逐步由逆差转为顺差。2004 年上半年,中国计算机信息服务项目收入增长 54%,对外的计算机和信息服务支出下降 9%,直接导致该项目的收支差额出现逆转,由 2003 年上半年的逆差 0.4 亿美元,转为顺差 2.7 亿美元。

国际旅游服务方面,我国已经成为世界上旅游大国之一。我国 2002 年的入境旅游人数接近一亿人次(参见下表);2001 年,中国公民出境人数达到 1213.31 万人次,比上年增长 15.9%,成为世界上增长最快的地区之一。2004 年我国国际旅游继续发展,国际旅游收入增长明显快于支出,导致旅游顺差增长 22 亿美元。我国的目标是在几年之后成为世界第一旅游目的地国。

1982~2003年中国服务贸易发展状况



资料来源: 中国国际收支统计年报、2003年中国国际收支平衡表

1978 ~ 2002 年我国入境旅游人数 (单位: 万人次)

年份	总计	外国人	港澳台侨胞	港澳同胞	台湾同胞
1978	180.92	22.96	157.96	156.15	-
1980	570.25	52.91	517.34	513.90	-
1984	1285.22	113.43	1171.79	1167.04	-
1986	2281.95	148.23	2133.72	2126.90	-
1988	3169.48	184.22	2985.26	2933.56	43.77
1993	4152.69	465.59	3687.11	3517.79	152.70
1996	5112.75	674.43	4438.32	4249.47	173.39
1998	6347.84	710.77	5637.07	5407.53	217.46
1999	7279.56	843.23	6436.33	6167.05	258.46
2000	8344.39	1016.04	7328.34	7009.93	310.86
2002	9790.83	1343.95	8446.88	8080.82	366.06

资料来源: 国家旅游局网站

二、国际私法在解决国际经贸纠纷中的作用

以上情况无不说明, 中国加入世界贸易组织对中国的国际经济贸易是一个巨大的推动。然而我们同时应当注意的是, 随着我国对外经济贸易的迅猛

发展,我国与其他国家、地区之间的经济贸易纠纷也随之大量增长。国际经济贸易纠纷包括两类性质的纠纷:一类是国家之间的纠纷;另一类是私人之间的纠纷。前者主要依靠国际(公)法的途径解决,比如通过联合国国际法院或世界贸易组织争端解决机制。后者则是指平等主体之间产生的民商事纠纷。此类纠纷的解决主要依靠各国国内司法机关解决。当事人可以选择向有关国家法院起诉,或者选择向某国仲裁机构申请仲裁。

1998~2002年,我国各级人民法院和专门人民法院共审结各类涉外案件26399件,平均每年递增4%。^①伴随着涉外案件数量的增加,新情况、新类型的案件也在不断地出现,由此带来的适用法律方面的问题也更加复杂。为此,人民法院加强涉外案件的审理,严格执行我国法律,认真履行我国参加和批准的国际公约、条约和协定,强化国家司法观念,充分行使我国的司法管辖权,依法维护了国家主权和法律尊严,平等地保护中外当事人、不同地域当事人的合法权益,赢得了国外当事人对中国司法制度和司法水平的信任,确立了我国涉外审判在国际上的影响和地位,同时也为促进国际贸易的发展做出了贡献。

我国各级党政领导机关越来越重视涉外司法审判制度建设。从2001年起,各级法院建立了专门化的涉外审判体系,对涉外的民商事案件实施集中管辖的制度,将以往分散由各基层法院、中级法院受理的涉外民商事案件集中由省会城市、计划单列市和经济特区的中级法院、部分经济技术开发区法院管辖。这不仅保证了办案质量,也有利于涉外司法的统一。同时,各级法院普遍加强了涉外民商事审判力量。据介绍,目前全国有950多名法官从事着涉外及海事审判工作,他们中有82%的人具有大学本科以上学历,其中的25%还具备了硕士学位或者是双学士学位,还有一些具有博士学位^②。他们中的许多人不仅懂国内法律和相关的国际公约、条约、惯例,还懂外语、经济,熟悉国际贸易规则。然而我们还应该看到,我国现行涉外民商事审判制度与我国国际经济贸易的发展并不完全适应,甚至还无法满足需要。其中一个重要因素是我国涉外审判机关和审判人员尚缺乏对涉外民商事法律理论的学习和理解。作为专门调整涉外民商事法律关系的一个法律部门,国际私法的重要性应当得到越来越高的重视。

^① 见最高人民法院院长肖扬在2003年3月11日第十届全国人民代表大会第一次会议上所作的《最高人民法院工作报告》。

^② 参见万鄂湘:《在全国涉外民商事海事审判工作座谈会上的讲话》,载《中国涉外商事海事审判指导与研究》第3卷,第1~2页。

第二节 国际私法的概念

一、国际私法的调整对象

(一) 涉外民事关系

从字面上来看,国际私法就是“国际的”“私法”,它调整的就是“国际的”“私法关系”,简称为国际私法关系。这里要注意对“国际”一词的理解。“国际”有广义和狭义之分。狭义的“国际”是在“国际法”意义上使用的概念,是指“国家间”。各国普遍的观点认为,国际法是国家间的法,其主体只有国家和国际组织以及类似于国家的政治实体;而广义上的“国际”是指任何与两个以上国家有联系的情形。国际私法中所使用的“国际”只能从广义上来理解,因为国际私法不是国际法,它所调整的不是国家间关系。国际私法关系从一国国内的角度看,就是“涉外的”私法关系。

在大陆法系国家,普遍将法律划分为公法(jus publicum)和私法(jus privatorum)。罗马法学家乌尔比安(Ulpianus)最早将造福于公共利益的法律认为是公法,而将造福于私人的法律认为是私法。这种划分一直被大陆法国家沿用。虽然对于公法和私法之间的区分标准仍存在分歧,^①但在大陆法系国家,私法与民法(bürgerliches Recht, droit civil)基本上是一个等同的概念,民法即私法。^②如此一来,国际私法所调整的国际私法关系或涉外私法关系也就是国际民事关系或涉外民事关系。

我国《民法通则》第八章的标题即为“涉外民事关系的法律适用”。其中第142条第1款规定:“涉外民事关系的法律适用,依照本章的规定确定。”因此,在我国,国际私法是以“涉外民事关系”为其调整对象的。德国《民法典施行法》第3条也有类似规定:“在与外国法律有联系的案件中,根据以下条款确定应适用的法律。”根据德国学者的解释,德国国际私法也是以有外国因素(Auslandsbeziehung)的民事关系为其调整对象的。^③在英格兰,情况也是如此。“英格兰法中被认为是冲突法这一部门法的,是

① 例如有利益说、服从说、主体说、目的说、强行法说等;参见沈宗灵:《比较法研究》,北京大学出版社1998年版,第124页以下。

② 参见艾伦·沃森:《民法法系的演变与形成》,中国政法大学出版社1992年版,第1章。在民商分立的国家,私法还包括商法。

③ Bernd von Hoffmann, Internationales Privatrecht, 2000, S. 4.

处理具有外国因素的案件的那部分英格兰法。”^①捷克斯洛伐克 1964 年《国际私法和国际民事诉讼法》第 1 条和 1966 年波兰国际私法第 1 条也是如此规定的。简而言之，我们可以认为，我国国际私法就是调整国际民事关系或涉外民事关系的法律部门。

（二）涉外民事关系的含义

1. 对“涉外”的理解

涉外民事关系中的“涉外”是指“涉外因素”（foreign element, Auslandsbeziehung）。民事法律关系包含三个要素，即民事法律关系的主体、客体和内容。因此，所谓的“涉外民事法律关系”就是在民事法律关系三要素中，至少有一个要素与外国具有联系，包括主体涉外、客体涉外、内容涉外。

最高人民法院在《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第 178 条中规定：凡民事关系的一方或者双方当事人是外国人、无国籍人、外国法人的；民事关系的标的物在外国领域的；产生、变更或者消灭民事权利义务关系的法律事实发生在外国的，均为涉外民事关系。

2. 对“民事关系”的理解

民事关系，也被称为民事法律关系。^②“法律关系”（Rechtsverhältnis）是德国学者发明的概念，也是现代大陆法系民法理论的核心概念。^③法律关系是由法律规定的人与人之间的关系。我国《民法通则》第 2 条规定：“中华人民共和国民法调整平等主体的公民之间、法人之间、公民与法人之间的财产关系和人身关系。”因此，在我国，民事法律关系就是指我国民法所调整的平等主体（公民、法人）之间的财产关系和人身关系。进一步讲，涉外民事法律关系，就是具有涉外因素的平等主体（公民、法人）之间的财产关系和人身关系。这一部分民事法律关系应当适用我国《民法通则》第八章的规定，即我国国际私法的规定。

“民事关系”与“民商事关系”在我国也是一个通用的概念。我国目前既没有《民法典》，也没有《商法典》，但实践中，我国《民法通则》对民

^① 莫里斯主编：《戴西和莫里斯论冲突法》，中国大百科全书出版社 1998 年版，第 2 页。

^② 我国《民法通则》使用的是“民事关系”的概念，我国主流民法学者均承认“民事关系”与“民事法律关系”是同等的概念，“民事关系”可以作为“民事法律关系”的简称。参见佟柔主编：《中国民法学·民法总则》，中国人民公安大学出版社 1992 年版，第 45 页。

^③ 参见龙卫球：《民法总论》，中国法制出版社 2002 年第 2 版，第 104 页以下。

事和商事法律关系都是适用的。而且,我国正在制定的《民法典》草案也采取了民商合一的立法体系,因此在我国,民事和商事法律关系均可统称为民事法律关系。本书所关注的就是国际经济贸易交往中的涉外民事法律关系,即国际私法关系。

(三) 涉外民事关系发生的前提

1. 各国间的交往。只有各国人民之间相互交往才可能产生国际民事关系。在全球化趋势日益加剧的今天,国际民事关系的产生越来越频繁。

2. 外国人在民事领域的平等法律地位。国际私法调整的是平等主体间的涉外民事法律关系,因此,国际私法的主体与国内民事法律关系的主体是一致的,包括自然人、法人和国家。但是,由于国际私法调整的是涉外的或国际的民事关系,不同国家间的自然人、法人或国家在进行国际民事交往中的法律地位与他们在进行纯粹国内的民事交往时是有所不同的。就本国的自然人和法人而言,他们在国内私法上的地位都是相等的,他们遵守同样的法律。但是对于外国自然人和法人,任何国家都不会完全将他们与本国自然人和法人同样看待,都会在法律上施加一定的特殊限制。因此,在任何国家,外国人都不可能要求享有本国人全部的权利。

国际私法的前提问题之一就是一个国家在民事领域给予外国人一定的法律地位。如果像在古代社会中那样,外国人的法律地位完全不被承认,那么,国际私法关系就无从发生。在当代社会,各国间普遍在民事领域赋予外国人以不歧视待遇,主要是互惠或最惠国基础上的国民待遇,这导致了国际民事交往的飞速发展,从而为国际私法的应用提供了条件。根据联合国国际法委员会 1978 年拟定的《关于最惠国条款的条文草案》第 5 条的规定:“最惠国待遇 (the most-favored-nation treatment, MFN) 是指授予国给予受惠国或与之有确定关系的人或事的待遇不低于授予国给予第三国或与之有同于上述关系的人或事的待遇。”而国民待遇 (National Treatment) 是指国家赋予外国人的待遇与给予本国人的待遇相同,即外国人在相同条件下与本国人享有同样的权利并承担同样的义务。国民待遇是当今国际社会进行国际交往的基石。国民待遇可以规定在国内法中,也可以规定在国际条约中。在不同领域,国民待遇的内容会有所不同。但现代各国并不实行无条件的国民待遇,国民待遇通常都要求互惠。另外,并非在所有领域都实行国民待遇,国民待遇不包括政治上的权利。最后,国民待遇通常也存在例外,国家可以在某些领域对外国人的权利进行限制,只要这种限制不违反国际法义务。

在国际经济贸易领域,随着我国加入世界贸易组织,我国也必须履行世界贸易组织法律框架下的非歧视义务。WTO 法律体系将原来 GATT 体系中

的国民待遇原则扩展到国际贸易中的所有领域,包括货物贸易中的原产地规则、技术法规和动植物卫生检验、与贸易有关的投资措施、服务贸易以及与贸易有关的知识产权保护等。可以说,在现代国际经贸领域,以最惠国待遇为基础的国民待遇原则已成为法律的基石。

3. 各国私法之间的平等性和互换性。在一个相互交往的国际社会,各国当事人之间进行各种交往,需要得到法律的保障。对国际社会而言,最有利的法律保障机制当然是各国法律的统一,即世界法。但是在当今主权国家为主导的国际社会,世界法仍然是一个“幻想”^①,尽管已经在某些方面取得了部分成功。与此相对立的另一个极端是各国法律的各自为政,彼此排斥,即各国法律的绝对属地主义。在此情况下,本国人到外国从事民事活动,就必须绝对依照该外国法律行事。由于各国之间存在的差异,会导致同一行为在甲国有效,而在乙国可能无效,这种法律上的不确定性导致当事人之间缺乏法律安全感,必然会抑制国际交往的发展。

为了适应国际交往发展需要,19世纪德国的伟大学者萨维尼提出了“法律共同体思想”,即在国际社会中“存在着一个由相互交往的民族构成的国际法共同体”,在这个共同体内,各国法律(私法)虽然是不同的,但具有等价性和可互换性,根据互惠原则,各国彼此承认对方的法律的效力,并通过国际私法的指引,来确定某一法律关系适用哪一国家的法律。“这一原则的充分采纳不仅会使外国人在每一国家都跟其本国国民一样,而且,在发生法律冲突时,无论案件在此国或彼国判决,都能得到相同的判决结果”。这就解决了由于各国法律间的歧异带来的法律冲突问题,为国际私法奠定了基础。^②

二、对国际私法调整对象的思考

(一) 如何区分“国际案件”与“国内案件”

对于把“涉外”或“国际”民事关系作为国际私法的调整对象,晚近一些学者开始提出质疑。他们提出的理由有:^③

^① 参见米海依尔·戴尔玛斯-马蒂:《世界法的三个挑战》,罗结珍等译,法律出版社2001年版,第2页。

^② 关于萨维尼的观点,参见杜涛、陈力:《国际私法》第三章,复旦大学出版社2004年版。

^③ See Bernd von Hoffmann, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. (2000), S. 4ff; Kegel/Schurig, Internationales Privatrecht, 8. Aufl. (1999), S. 4ff.

其一，如果说只有国际民事关系才是国际私法的调整对象，就意味着只有涉外案件才适用国际私法，即适用冲突规范来确定准据法；而纯国内案件只能适用国内法，那么这样做的逻辑依据是什么呢？为什么要对国际案件和国内案件进行区分？为什么国内案件必须先验地适用法院地法呢？涉外合同允许当事人选择准据法，而国内合同不允许当事人选择，这是否公平呢？

其二，在很多情况下，要区分某一案件到底是国内案件还是涉外案件并不容易；法官在审理案件前，要花很大精力去查明该案件是否为涉外案件，也是一件很麻烦的事情；由于案情的发展是逐步深入的，一开始被认为不具有涉外性的案件，很可能随着案件审理的进展，被发现具有涉外关系，此时案件是否要重新进行呢？例如，我国人民法院在审理国内民商事案件过程中，因追加当事人或者第三人而使得案件具有涉外因素，是否导致该案件成为涉外案件呢？依据最高人民法院《涉外商事审判实务问题解答（讨论稿）》的意见，该案件应当属于涉外民商事案件，并且符合集中管辖规定的，有关人民法院应当按照最高人民法院《关于涉外民商事案件诉讼管辖若干问题的规定》的规定，将案件移送有管辖权的中级人民法院审理。这样一来，势必导致司法资源的浪费、司法审判程序的繁琐和当事人的诉累。另外，对于外国银行中国分行与我国当事人之间缔结的合同是否属于涉外合同，在实践中也有争议。^①

再者，我国不同法律法规中对“国际”一词的定义也不同。例如，在国务院 2001 年颁布的《中华人民共和国技术进出口管理条例》中对于“技术进出口”的规定是“从中华人民共和国境外向中华人民共和国境内，或者从中华人民共和国境内向中华人民共和国境外，通过贸易或经济技术合作的方式，转移技术的行为”，这样一来，对于“国际技术转让合同”的理解就只能依据该法的规定。其中对“国际”的解释显然没有上述最高人民法院司法解释那么宽泛。

2004 年 2 月 12 日经由中华人民共和国商务部颁布的《关于外商投资举办投资性公司的规定》允许外国投资者根据中国有关外国投资的法律、法规及本规定，在中国设立投资性公司。因此，这种投资性公司显然是中国法人。但是，投资性公司可以作为发起人在中国发起设立外商投资股份有限公司^②，因此，投资性公司所投资金为“外资”。那么，投资性公司与我国国

^① 参见本书中所探讨的“中国钢铁投资公司诉日本劝业银行管辖权案”和“荷兰商业银行上海分行诉苏州工业园区壳牌燃气有限公司担保合同偿付纠纷案”等。

^② 《关于外商投资举办投资性公司的规定》第 13 条。

内的企业之间的合同是否属于涉外合同？

在涉外保险业务中，尤其难以判断保险合同的“涉外性”。我国保险业界对于涉外保险业务是做扩大解释的。除了保险关系当事人为外国人、保险标的位于国外之外，在中国境内设立的三资企业所投的各种保险也被视为涉外保险，外国人在中国境内承包的项目所投的保险也是涉外保险，中国保险公司与中国从事涉外活动的企业或个人订立的保险合同也是涉外保险。例如中国远洋公司与国内保险公司订立的货物运输保险合同，出国人员的人身保险合同等。^①

其三，有些案件一开始就被定性为所谓的“涉外案件”，但实际上并不是真正的涉外案件，并不需要适用冲突规范来选择应适用的法律。威希尔和诺斯认为，按照英国1977年《不公平合同条款法》第26条的规定，如果两个同国籍人，即使在外国缔结了一个纯粹是由他们双方在国内履行的合同，这份合同并不是国际合同。^②例如两个中国人在泰国旅游期间订立的一份在中国履行的合同。另外有一些案件，从性质上看并非“国际”案件。比如两个香港人在香港签订一份在香港履行的合同，双方发生纠纷后，自愿将案件提交中国内地法院审理，内地法院也是可以接受的。该案件如果在香港法院起诉，从香港法院角度来看，完全是一个没有涉外性的案件，不需要考虑冲突法，但仅仅因为在内地法院起诉，就变成了一个“涉外性”纠纷案件，就要适用内地的冲突法，这显然无法从法理上解释。

由此可见，以法律关系的“国际性”或“涉外性”来确定是否适用冲突规范选择准据法，这一标准具有很大的模糊性。

（二）冲突规范是否具有强制性

1. 冲突规范的强制性

任何国家的法律都可以分为两类：强制性法律和任意性法律。强制性法律是指法院在审理案件时必须绝对适用的法律规范，当事人不能通过彼此的协议排除其适用。而任意性法律是指不具有强制性，在法院审理案件时，可以由当事人排除其适用的规范。一般来说，冲突规范具有强制性，法院在审理涉外民事纠纷时，必须先适用本国的冲突规范来确定案件应当根据哪国法律审判。这一点得到大多数国家的承认，而且在很多国家都是一条不言而喻的法律信条。

一些学者甚至将冲突规范的强制性推至极端。他们认为，对于一个案

① 参见李嘉华主编：《涉外保险法》，法律出版社1991年版，第9页、第78页。

② Cheshire and North, *Private International Law*, 9th ed., pp. 233-234.