



争议解决

你起草的涉外争议解决条款有效吗？

跨境商事争议解决实务系列（一）：如何判断合同是否“涉外”？

陈湘林 | 朱奇敏

合同是否具有涉外因素，这是起草涉外合同争议解决条款前必须解决的首要问题。

如果合同不具有涉外因素，当事人：

1. 不得约定将该合同或者财产权益纠纷提请外国仲裁机构仲裁或者在外国进行临时仲裁。否则，人民法院应认定有关仲裁协议无效。¹
2. 不得约定选择境外法院管辖²。
3. 不得选择处理合同争议所适用的法律³（亦即只能适用中国法，不能约定适用境外法律）。

对于具有涉外因素的仲裁案件，其可撤销事由与纯国内仲裁案件不同⁴，法院裁定其仲裁协议无效、失效或者内容不明确无法执行的，或涉外仲裁裁决应当撤销或不予执行的，须报经本辖区高级人民法院审查，并最后报请最高人民法院答复后方可作出裁定。⁵

我们对认定合同是否“涉外”的法律依据、法律标准以及实务规则归纳如下：

¹ 参照最高人民法院民事审判第四庭于2004年颁布的《涉外商事海事审判实务问题解答（一）》，根据《民事诉讼法》（2017年修订）第二七十一条，《仲裁法》（2017年修订）第六十五条，涉外经济贸易、运输、海事中发生的纠纷，当事人可以通过订立合同中的仲裁条款或者事后达成的书面仲裁协议，提交我国仲裁机构或者其他仲裁机构仲裁。但法律并未允许国内当事人将其不具有涉外因素的争议提请外国仲裁。因此，如果国内当事人将其不具有涉外因素的合同或者财产权益纠纷约定提请外国仲裁机构仲裁或者在外国进行临时仲裁的，人民法院应认定有关仲裁协议无效。

² 根据《民事诉讼法》（2017年修订）第三十四条，合同或者其他财产权益纠纷的当事人可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的人民法院管辖，但不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定。

³ 具体法律依据包括《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第三条、《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》司法解释（一）第六条和第七条，以及《合同法》（1999年修订）第一百二十六条。

⁴ 《仲裁法》第五十八条规定了纯国内仲裁裁决的撤销事由，涉外仲裁裁决根据《仲裁法》第七十条，其裁决撤销事由依照《民事诉讼法》第二百五十八条第一款规定。

⁵ 具体依据为1995年颁布的《最高人民法院关于人民法院处理与涉外仲裁及外国仲裁事项有关问题的通知》和1998年颁布的《最高人民法院关于人民法院撤销涉外仲裁裁决有关事项的通知》。

一、 法律依据

如下三个最高院的司法解释是认定合同是否“涉外”的直接法律依据。

1. 最高人民法院《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）》（1988年4月2日 法（办）发<1988>6号，下称“《民法通则意见》”）第178条；
2. 最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》若干问题的解释（一）（法释〔2012〕24号，下称“《涉外关系适用法意见》”）第一条；
3. 最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释（2014年12月18日最高人民法院审判委员会第1636次会议通过 法释〔2015〕5号，下称“《民诉法司法解释》”）第五百二十二条。

二、 法律标准

按照三个司法解释发布的时间顺序，认定“涉外”的标准以2015年的《民诉法司法解释》为准。具体而言包括四个：

1. 当事人一方或者双方是外国人、无国籍人、外国企业或者组织的；当事人一方或者双方的经常居所地在中华人民共和国领域外的；
2. 标的物在中华人民共和国领域外的；
3. 产生、变更或者消灭民事关系的法律事实发生在中华人民共和国领域外的；
4. 可以认定为涉外民事案件的其他情形。

上述第（1）中的“经常居所地”是指：“自然人在涉外民事关系产生或者变更、终止时已经连续居住一年以上且作为其生活中心的地方，人民法院可以认定为涉外民事关系法律适用法规定的自然人的经常居所地，但就医、劳务派遣、公务等情形除外。”

三、 实务规则⁶

1. 认定主体“涉外”的实务规则

考察主体是否“涉外”，一看其国籍，二看其（自然人）经常居所地。

实务中，对自然人国籍或其经常居所地的认定争议较少。对外国企业或组织的国籍认定，中国采准据法主义，以依据哪国法律、在哪国登记为准确定其国籍⁷，实务中争议也不大。

通常，依据中国法成立、在中国境内登记的企业或者组织，即使其股东包含外国公司或自然人，该外资企业被认为是中国法人，该主体不具有涉外性⁸。

⁶ 由于我国不是判例法制度，本节中援引的案例，尤其是地方法院作出的判决，其形成的规则能在多大程度上影响以后的案件，存在较大的不确定性。

⁷ 《公司法》（2013年修订）第一百九十一条本法所称外国公司是指依照外国法律在中国境外设立的公司。

⁸ 比如：江苏省南京市中级人民法院在（2014）宁民辖终字第371号民事裁定书中认定：“上诉人南洲环艺公司虽系外商投资的独资公司，但其系依照我国法律在中国境内登记注册的法人型企业，不属涉外纠纷案件”；

但有下列特殊情形，需要引起实务注意：

1) 在我国自贸试验区内所设外商投资企业之间签署的合同可被认为具有涉外因素。

该规则形成于上海市第一中级人民法院在（2013）沪一中民认（外仲）字第2号案。

在该案中，西门子国际贸易（上海）有限公司（下称“西门子公司”）与上海黄金置地有限公司（下称“黄金置地公司”）于2005年9月通过招标方式签订了“中国上海市浦东新区陆家嘴贸易区B2-5地块黄金置地大厦高（低）压配电系统供应工程”合同文件。

合同履行过程中，双方产生争议，黄金置地公司在新加坡国际仲裁中心提起仲裁，要求解除合同、停止支付货款；西门子公司在该仲裁程序中提出了反请求，要求黄金置地公司支付全部货款、利息并赔偿其他损失。

2011年11月28日，新加坡国际仲裁中心登记做出了上述仲裁案的《最终裁决》，驳回了黄金置地公司的全部仲裁请求，并支持了西门子的各项仲裁反请求。西门子公司向上海市第一中级人民法院申请承认与执行该《最终裁决》。

上海市第一中级人民法院认为，该案中，“西门子公司与黄金置地公司虽然都是中国法人，但注册地均在上海自贸试验区区域内，且其性质均为外商独资企业，由于此类公司的资本来源、最终利益归属、公司的经营决策一般均与其境外投资者关联密切，故此类主体与普通内资公司相比具有较为明显的涉外因素。在自贸试验区推进投资贸易便利的改革背景下，上述涉外因素更应给予必要重视。”

除此之外，法院还认为，在诉争合同下，设备从境外运至自贸实验区进行保税监管，具有一定的国际货物买卖合同特征。依据此两点，法院认为前述法律标准第（4）项“可以认定为涉外民事案件的其他情形”成立。

上述案例出现后，最高人民法院于2016年12月30日发布了《关于为自由贸易试验区建设提供司法保障的意见》⁹，根据该意见：

- (1) “在自贸试验区内注册的外商独资企业相互之间约定商事争议提交域外仲裁的，不应仅以其争议不具有涉外因素为由认定相关仲裁协议无效。”
- (2) “一方或者双方均为在自贸试验区内注册的外商投资企业，约定将商事争议提交域外仲裁，发生纠纷后，当事人将争议提交域外仲裁，相关裁决做出后，其又以仲裁协议无效为由主张拒绝承认、认可或执行的，人民法院不予支持；另一方当事人在仲裁程序中未对仲裁协议效力提出异议，相关裁决作出后，又以有关争议不具有涉外因素为由主张仲裁协议无效，并以此主张拒绝承认、认可或执行的，人民法院不予支持。”

北京市第二中级人民法院在（2013）二中民特字第10670号民事裁定书中认定：“本案中朝来新生公司与所望之信公司（大韩民国自然人独资）均为中国法人，……不具有涉外因素，故不属于我国法律规定的涉外合同。”

⁹ 对该意见的解读请参见牟迪律师公众号（vincent2014mu）《域外仲裁、临时仲裁及域外机构——简评最高院涉自贸区仲裁的新举措》

2) 中国企业的海外分公司签署的合同可被认为具有涉外因素。

该规则形成于最高人民法院 2001 民四终字第 26 号案。

在该案中，1995 年 8 月 18 日，广东省银行新加坡分行（以下简称“**新加坡分行**”）为贷款人、惠州麦科特集装箱有限公司（以下简称“**集装箱公司**”）为借款人，共同签订了一份《贷款合同》。同日，麦科特大厦为抵押人，与新加坡分行签订了一份《抵押合同》。同日，麦科特集团公司（以下简称集团公司）向贷款人新加坡分行出具了一份不可撤销的《还款承诺书》。

贷款期限届满后，集装箱公司并未履行还本付息的义务。新加坡分行经多次催索上述款项未果，遂以集装箱公司、麦科特大厦和集团公司为共同被告，诉至广东省高级人民法院。该案由广东省高院一审、最高人民法院二审。

最高人民法院认为：“本案中，广东省银行新加坡分行系中华人民共和国银行在境外设立的分支机构，其营业地在新加坡，故本案具有涉外因素。当事人有权选择适用的法律。根据当事人的约定，本案应适用中华人民共和国法律。”

3) 外国主体为合同当事人，但不承担合同权利义务，不影响涉外因素的认定。

该规则形成于上海市第二中级人民法院（2008）沪二中民五(商)初字第 19 号案。

在该案中，利夫糖果（上海）有限公司（下称“**利夫公司**”）系荷兰 CSMN.V. 在上海设立的外商独资企业。上海联富食品有限公司（下称“**联富公司**”）系国内自然人出资设立的有限公司。2001 年 12 月 20 日，利夫公司与联富公司、案外人黄汉光（马来西亚籍）就出售和购买利夫公司的资产和糖果业务签订了一份《资产购买协议》。

该协议约定，黄汉光作为协议约定的买方购买利夫公司的资产和糖果业务，联富公司设立后作为协议约定的“代入买方”承接黄汉光的所有权利义务，该协议由联富公司继续履行。

利夫公司与联富公司因协议履行发生争议，诉诸新加坡国际仲裁中心，并由该仲裁作出最终裁决。利夫公司向上海市第二中级人民法院申请承认和执行该裁决。

在该案中，《资产购买协议》是否具有涉外因素为该案争议焦点之一。联富公司认为，《资产购买协议》的签约方虽然涉及到黄汉光（马来西亚籍），但其仅是协议约定的中间人，不承担协议约定的任何权利义务，故协议的实际签约方是均为中国法人的利夫公司和联富公司。因此，《资产购买协议》是一份不具有任何涉外因素的合同。

对此，上海市第二中级人民法院认为，本案所涉《资产购买协议》虽然是由联富公司和利夫公司最终实际履行，黄汉光在协议约定的“代入买方”即联富公司出现后也不承担任何权利义务，但黄汉光同样也是《资产购买协议》的签约方，且涉案裁决主文第二项亦将其列为仲裁当事人，故黄汉光作为马来西亚公民签署的《资产购买协议》具有涉外因素。

2. 认定标的物“涉外”的实务规则

标的物是合同权利义务指向的对象。通常，对标的物是否存在、标的物（如有）是否位于

中华人民共和国领域外，争议不大。

但实务中，有如下特殊情形需要引起注意：

1) 合同履行地在保税区，合同标的物未清关，合同具有涉外因素。

该规则形成于北京市第四中级人民法院（2015）四中民（商）特字第 00152 号案。

在该案中，美康国际贸易发展有限公司（下称“美康公司”）分别与案外人天成国际贸易有限公司（下称“天成公司”）签订《合同 A》与《合同 B》，约定天成公司向美康公司购买原产于境外的相应货物，交货方式为上海保税区现货。

天成公司将其合同项下的权利转让给宁波新汇国际贸易有限公司（下称“新汇公司”）后，新汇公司以美康公司未交付《合同 A》以及《合同 B》项下货物为由向中国国际经济贸易仲裁委员会提出仲裁申请。贸仲裁决作出后，新汇公司向北京市第四中级人民法院申请撤销该裁决。

由于我国对涉外仲裁裁决和纯国内仲裁裁决的撤销事由不一致，在该案中，是否具有涉外因素为争议焦点之一。

新汇公司认为本案无任何涉外因素。美康公司认为，对于本案争议合同项下的标的物涉及在保税区未清关货物的事实，双方没有异议。而根据《保税区监管办法》（1997）第十三条：“从保税区进入非保税区的货物，按照进口货物办理手续；从非保税区进入保税区的货物，按照出口货物办理手续，出口退税按照国家有关规定办理。海关对保税区与非保税区之间进出的货物，按照国家有关进出口管理的规定实施监管。”由这一规定可以看出，保税区是境内关外、由海关实施特殊监管的区域。由于本案合同货物为保税区内未清关货物，合同的履行也发生在境外，本案属于“标的物在中华人民共和国领域外”之情形。

北京市第四中级人民法院认为：“涉案《合同 A》以及《合同 B》均约定交货方式为上海保税区现货交付，按照海关管理制度保税区内未清关货物属于未入境货物，故此本案具有涉外因素。”

2) 标的物为软件程序，其运行平台在境外，不能视为标的物在境外。

该规则形成于上海市第二中级人民法院(2014)沪二中民认(仲协)字第 13 号案。

在该案中，上海科匠信息科技有限公司（下称“科匠信息”）与范丝堂（上海）文化信息咨询有限公司（下称“范丝堂”）签署《FansTan 平台外包合同》，由范丝堂委托科匠信息进行互联网网站和移动应用产品的设计和开发，软件程序的运行平台在香港。

其中，外包合同第 8.1 条约定“…如协商不成，双方同意在香港国际仲裁中心(HKSIAC)根据当时适用的仲裁规则解决双方就协议之任何争议”。双方因合同履行发生争议。科匠公司以本案无任何涉外因素为由，向上海市第二中级人民法院请求认定仲裁条款无效。

上海市第二中级人民法院认为，《FansTang 平台外包合同》确无我国法律所规定的涉港

因素。¹⁰而范丝堂公司辩称关于该合同标的物，即软件程序的运行平台在香港的意见，并不符合《中华人民共和国民事诉讼法》所称“标的物所在地”的规定。因此，本案双方当事人均为内地企业，将并无涉港因素的合同争议，约定由香港特别行政区的“香港国际仲裁中心（HKIAC）”进行仲裁，无法律依据，本院确认该合同约定的仲裁条款无效。

3) 境内企业之间的争议，与双方在境外投资的股权相关，部分标的物在境外，该争议具有涉外因素。

该规则形成于最高人民法院在（2013）执监字第182号案。

1995年11月13日，我国政府与加蓬政府达成《中华人民共和国政府和加蓬政府关于中国向加蓬共和国政府提供贴息优惠贷款的框架协议》。根据该协议，加蓬政府请求我国政府使用前述优惠贷款在加蓬建立制药厂，我国政府表示同意。

经两国政府协商一致，该项目由中国成套设备进出口（集团）总公司（以下简称“中成公司”）承担，由天津公司具体实施，与加蓬国际贸易公司合资经营。天津公司最终确定与山东新华制药股份有限公司（以下简称“新华股份”）合作共同实施加蓬药厂项目，并向中国进出口银行申请前述贷款作为项目投资建设款项。天津公司与新华股份签订了《合作合同》。

《合作合同》签订后，在办理银行贷款的过程中，由于加蓬药厂尚未成立而无法作为借款主体，新华股份同意以天津公司名义，向中国进出口银行申请优惠贷款。新华股份向天津公司出具《关于承担借款债务的承诺函》，承诺与天津公司各自承担贷款总额50%的还本付息责任，但此承诺的前提是天津公司将中方公司在合资公司中的股权的50%办理至新华股份名下。

双方后因《合作合同》履行发生争议，天津公司向中国国际经济贸易仲裁委员会提起仲裁，要求新华股份承担还款责任。贸仲作出裁决后，新华股份向法院申请不予执行。淄博中院和山东高院决定不予执行。天津公司申诉至最高人民法院。

在该案中，争议是否具有涉外因素为争议焦点之一。最高人民法院认为：“本案中，双方的争议与加蓬药厂项目及该药厂股权相关。在仲裁过程中，新华集团也一直强调，办理加蓬药厂股权的过户手续是其承担付款义务的前提，且在反请求中请求返还加蓬药厂股权红利和天津公司挪用的加蓬药厂资金及利息，说明双方争议民事关系的部分标的物在外国领域内，应属于涉外法律关系。……”

3. 关联合同“涉外”，对诉争本合同“涉外”属性认定的影响

复杂商业交易通常由多份关联合同组成。比如总包合同与多份分包合同、主债权合同与多份担保合同等。虽然多份合同相互关联以实现一个完整的交易，但每份合同又具有相对的独立性。每份合同的签约主体、同一主体在不同合同下的权利义务等各有区分。

¹⁰ 具有涉港因素的仲裁案件视同具有涉外因素的案件处理，其依据为最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释第五百五十一条：人民法院审理涉及香港、澳门特别行政区和台湾地区的民事诉讼案件，可以参照适用涉外民事诉讼程序的特别规定。

实践中，交易双方的争议可能仅涉及到整个交易多份合同下的一份或若干份合同。此时，可能出现的一种情形是，诉争的本合同不具有涉外因素，但与诉争合同相关联的其他合同具有涉外因素。

从下述案例中，可以看出，基于合同的相对性原则，关联合同的涉外因素通常不会影响诉争本合同涉外属性的认定。

1) 主合同履行发生争议，担保合同具有涉外因素，不因此认定主合同争议涉外。

此规则形成于江苏省苏州市虎丘区人民法院（2013）虎民辖初字第 0004 号案。

在该案中，于 2002 年，霍丁格包尔文（苏州）电子测量技术有限公司（下称“霍丁格包尔文”）与苏州市兴业环保设备有限公司（下称“兴业环保”）签订了《企业间合作协议》。

根据《企业间合作协议》中第 9 项“建造和使用厂房 2、3 的注意事项”第 4 款约定“从执行日期起三个月之内，甲方（本案被告）须向乙方（本案原告）提供 150 万美元的银行担保……须由甲方出具德国银行的担保证明”。

第 16 项“争议的解决”中约定：“任何因本协议引起的或与本协议有关的申诉、争论、或争议，都应由甲乙双方友好协商解决。除非当一方提出争议后 60 天内仍未能协商解决，则可根据规定的程序，将争议提交国际商会巴黎仲裁机构，仲裁地点为中华人民共和国的北京。仲裁判决就是最终决定，相关方必须遵守。”

后双方因合同履行发生争议。兴业环保以霍丁格包尔文为被告诉至江苏省苏州市虎丘区人民法院。霍丁格包尔文提出管辖权异议，认为该案应由仲裁管辖。

本案争议焦点是涉外仲裁约定是否有效。其中，争议问题之一是，《企业间合作协议》是否具有涉外因素。

霍丁格包尔文主张，根据《企业间合作协议》第 9 项，合同一方当事人具有在德国履行其在该项协议项下的部分义务，因此该争议系涉外纠纷，双方选择涉外仲裁机构进行仲裁合法。

对此，江苏省苏州市虎丘区人民法院认为，双方协议中虽有一条款约定一方当事人负有出具德国银行担保证明的义务，但是本案并非因该担保产生的纠纷，因此，本案所涉纠纷不具有涉外因素。

2) 连环转让债权，一个转让合同具有涉外因素不影响其余转让合同涉外属性的认定。

该规则形成于最高人民法院(2012)民二终字第 56 号案。

在该案中，于 2004 年 6 月 25 日，中国银行湖北分行与中国信达资产管理公司武汉办事处（以下简称信达公司武汉办）订立《债权转让协议》，约定：中行湖北分行将对借款人莲花湖旅游公司的债权转让给信达公司武汉办。

2006 年 10 月 10 日，中国信达资产管理公司（以下简称信达公司）将债权又转让给 Crosstown Hong Kong Investments Limited（高士通香港投资有限公司，以下简称高士通公

司)。银莲花湖旅游公司未偿还债权，高士通公司将其诉至湖北省高级人民法院。

诉讼期间，2010年11月2日，高士通公司与武汉世纪宏祥物业管理有限公司（以下简称宏祥公司）订立《单户资产转让协议》，约定：高士通公司将上述债权转让给宏祥公司，该转让于2010年11月2日完成并生效。

湖北省高院一审判决后，莲花湖旅游公司上诉至最高人民法院。

本案是否具有涉外因素是案件争议焦点之一。在高士通公司将债权转让给宏祥公司之前，高士通公司为境外主体，案件具有涉外因素。该涉外因素是否影响债权转让完成后宏祥公司与莲花湖旅游公司之间的债权债务关系的涉外属性的认定呢？

最高人民法院认为，首先，因高士通公司已将其对莲花湖旅游公司的民事权利转让给了宏祥公司，高士通公司对本案的诉讼标的无独立请求权，且本案的处理结果亦与高士通公司无法律上的利害关系，故高士通公司不属于必须追加的第三人。其次，本案当事人宏祥公司、莲花湖旅游公司等均为中国法人，涉案债权的转让的法律事实均在我国境内发生，故本案不属于涉外民事案件。

3) 主合同附件所附之担保及保修合同具有涉外因素，不影响主合同涉外属性的认定。

该规则形成于最高人民法院（2012）民四他字第2号案。

在该案中，于2005年12月23日，南通航天万源安讯能风电设备制造有限公司(以下简称南通航天公司)与艾尔姆玻璃纤维制品(天津)有限公司(以下简称艾尔姆玻璃公司)签订了风力发电机叶片的《贸易协议》。

该协议之外另有6个附件，就权利义务及合同争议解决方式进行了约定。该协议约定，争议事项可提交国际商会根据其仲裁规则仲裁。该协议附件C约定了丹麦艾尔姆公司对预付款的担保责任，担保关系适用丹麦法律；附件D约定了丹麦艾尔姆公司的保修责任；附件E约定了西班牙 ACCIONA ENERGIAS. A. 公司的担保责任，担保关系适用西班牙法律。

后双方因合同履行发生争议，南通航天公司向南通市中级人民法院请求确认《贸易协议》所约定之仲裁条款无效。南通中院和江苏高院认为应当认定无效，遂上报至最高人民法院。

江苏高院在其上报意见中认为，尽管江苏万源公司与艾尔姆天津公司间签订的《贸易协议》不仅涉及双方当事人之间买卖风力发电机叶片，还涉及各自母公司即外国法人的担保及保修责任，但由于担保及保修相对于风力发电机叶片买卖关系来说为相对独立的合同关系，故其并不影响《贸易协议》中买卖风力发电机叶片为国内民事关系的性质。

最高人民法院在其答复意见中认为，订立《贸易协议》的双方当事人均为中国法人，标的物在中国，协议也在中国订立和履行，无涉外民事关系的构成要素，该协议不属于涉外合同。由于仲裁管辖权系法律授予的权力，而我国法律没有规定当事人可以将不具有涉外因素的争议交由境外仲裁机构或者在我国境外临时仲裁，故本案当事人约定将有关争议提交国际商会仲裁没有法律依据。同意江苏高院认定仲裁协议无效的审查意见。

4. “涉外民事案件的其他情形”认定规则

相比《民法通则意见》，“可以认定为涉外民事案件的其他情形”是《涉外关系适用法意见》和《民事诉讼法司法解释》中新增加的规定。

口袋条款的设立释放出一个信号，法官可以基于其自由裁量，依据案件具体情况，在法律规定的三要素要件（法律关系的主体、客体和内容）之外，寻求认定“涉外因素”的特殊情形。比如，之前所述的西门子公司与黄金置地公司案，即为例证。此外，关于“世行贷款建设高速公路案”¹¹，有学者认为应认定为涉外案件¹²。

但需明确的是，现有案例表明，“合同文本为外文”、“合同约定适用境外法”、“约定在境外仲裁或者诉讼”，这些“涉外”因素本身都不是判断合同是否涉外的依据¹³。

¹¹ 林欣、李琼英：《国际私法》，中国人民大学出版社 1998 年版，第 4-5 页。

¹² 国际私法通讯于 2016 年 4 月 30 日刊登的《Banco Santander Totta 案：国内交易采用国际标准合同时涉外性的认定问题》提到，英格兰高等法院分析了金融衍生品交易市场的特性和行业惯例，认为此类合同的涉外性认定并不能单考虑合同要素，还需要顾及整个交易背景：“考虑到此类交易中合同让与境外银行的可能性、当事人选择国际通用格式条款的事实、交易方与境外其他银行维持联系的必要性、利率互换市场的国际性以及与银行与外国公司订立背靠背合同的行业惯例，本院认为《罗马条例 I》第 3 条第 3 款规定的涉外性已经满足。简言之，如果此处认定合同没有涉外性的话，将会摧毁整个行业交易的确定性。”

¹³ 辽宁省高级人民法院在(2010)辽民三申字第 11 号案件中认为，合同文本以何种文字制成，不是确定案件是否具有涉外因素的构成要件。合同准据法是法院在实体审理过程中经冲突规范指引用来确定合同当事人权利义务关系的实体法律规范，选择某一外国法作为准据法本身不能使案件具有涉外因素，而准据法的选择也不会影响到受案法院的管辖权。

特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国法律及实务的最新动态和发展，上述有关信息不应被看作是特定事务的法律意见或法律依据，上述内容仅供参考。

除两位作者外，争议解决组孙颖女士对此文亦有贡献。

如您对上述内容有任何问题或建议，请与汉坤陈湘林律师（+8610-85164166；xianglin.chen@hankunlaw.com）联系。