

# NEWSLETTER



跨境争议解决 刊物

Cross-border Dispute Resolution

第 10 期    2023 年 6 月 20 日

**JT&N** 金诚同达

# CONTENT

## 目录

世界银行合规调查与制裁解禁实务研究（三）	01
郑丹妮	
从案例看投资人在开曼公司行使回购权的潜在障碍（上）	05
王东	
国际商事仲裁“非法获取的证据”排除规则	08
曾胜	
适用中国法还是外国法？浅析中国法院对涉外建设工程案件准据法的认定	10
杨晨、蔡硕、邢静予	
以 LCIA 仲裁案浅析伦敦仲裁证据披露程序相关要点	14
逢若鸣、易旻	
电子证据开示在中国跨境争议解决中的应用（上）	16
李岚 陈霖 刘峻佐	
仲裁协议效力扩张——以“公司集团理论”为例	20
李露	

# ABSTRACT

## 摘要

### 1. 世界银行合规调查与制裁解禁实务研究（三）

郑丹妮

2022 财年，在世行资格暂停与除名办公室审理的案件中，腐败行为约占应制裁行为的 30%。中国公司涉及腐败行为的高发领域为水电设备等基础设施行业，且腐败行为往往与欺诈行为、共谋行为相伴而生。本文针对腐败行为的概念进行解构，并介绍了中国近年的实务案例。

### 2. 从案例看投资人在开曼公司行使回购权的潜在障碍（上）

王东

在红筹项目中，境外交易文件通常会包含投资人的回购权条款。这些条款详细规定了回购的触发条件、回购价款的计算方法、回购程序、回购价款的支付方式，以及在公司资金不足时的应对措施。作为投资人最后的退出途径之一，回购条款的内容通常较为复杂，考虑周全。在解决争议的情况下，投资人能否成功退出将取决于回购条款的规定。本文将结合最近在开曼群岛大法院审理的一起红筹架构回购案件，对回购权条款进行分析，希望能为读者提供一些有益的启示。

### 3. 国际商事仲裁“非法获取的证据”排除规则

曾胜

我国民事诉讼法律有非法证据排除制度，但是在国际商事仲裁中，对于当事人非法获取的证据，其排除规则与民事诉讼并不相同。简言之，在非法证据排除上仲裁庭有充分的自由裁量权，这一点已被各国的仲裁法律、各仲裁机构的仲裁规则以及公认的取证规则所确认。而仲裁庭在考虑是否排除非法获取的证据时，既可能在证据的重要性与非法性之间平衡利益，也可能考虑到公平、平等、程序的经济性等原则。

### 4. 适用中国法还是外国法？浅析中国法院对涉外建设工程案件准据法的认定

杨晨、蔡硕、邢静予

随着中国企业对外承包工程项目数量的增多，随之而来的是相关法律纠纷数量的上升，中国法院审理涉外建工纠纷也面临更多的难题和挑战。本文从过往裁判案例的角度入手，主要对中国法院审理涉外建工纠纷案件中认定准据法的多种情形进行归纳总结，以期对中国企业在对外承包工程项目时签订合同以及在纠纷产生后如何应对准据法问题提供建议。

# ABSTRACT

## 摘要

### 5. 以 LCIA 仲裁案浅析伦敦仲裁证据披露程序相关要点

逢若鸣、易旻

与国内诉讼或仲裁程序不同，伦敦仲裁中的证据披露（document production/disclosure）环节非常正式，并往往能起到决定性的作用。虽然有些文件当事人在文书控辩阶段未作为证据提交，但只要与案件争议相关，后续仍会被命令披露，并允许对方当事人引用并发表观点。本文以笔者正在处理的某伦敦国际仲裁院（LCIA）仲裁案件为例，对于伦敦仲裁证据披露程序进行简要阐述。

### 6. 电子证据开示在中国跨境争议解决中的应用（上）

李岚 陈霖 刘峻佐

在如今的数字时代，电子数据越来越多地被用作诉讼证据。电子证据开示在普通法司法管辖区（包括美国、加拿大和英国等地）涉及电子文件或数据的法律程序时尤为重要。在其他司法管辖区，如澳大利亚、新加坡、开曼群岛、中国香港以及一些欧洲国家，诉讼/仲裁程序的文件开示阶段也存在电子证据开示或类似的要求。

### 7. 仲裁协议效力扩张——以“公司集团理论”为例

李露

“公司集团理论（Group of Companies）”是指，只要签订仲裁条款的一方是“公司集团”的成员之一，则仲裁协议的效力可以延伸至这一集团中的一个或者多个公司。在商事仲裁的众多理论中，“公司集团理论”是非常独特的存在。

## 世界银行合规调查与制裁解禁实务研究（三）

### ——腐败行为解构与中国案例

郑丹妮\*

#### 引言

继本系列前两篇文章对世界银行集团（The World Bank Group，简称“世行”）制裁体系的“三驾马车”进行概述及对[欺诈行为](#)的研究之后，本文将针对腐败行为的概念与中国近年的实务案例展开研究分析。根据《世界银行制裁体系 2022 财年年度报告》<sup>1</sup>，在 2022 财年世行资格暂停与除名办公室（Office of Suspension and Debarment，简称“OSD”）审理的案件中，腐败行为约占应制裁行为的 30%。

#### 一、腐败行为解构

与欺诈行为的定义沿革类似，世行对腐败行为的定义曾散见于《反腐败指导方针》（Anti-Corruption Guidelines）、《采购指导方针》（Procurement Guidelines）、《咨询顾问指导方针》（Consultant Guidelines）等不同文件，历经不同版本。<sup>2</sup>实务中，若融资文件与投标文件援引的文件及定义不同，则应优先适用投标文件援引的文件及定义。<sup>3</sup>

自 2016 年 7 月 1 日起，世行的新采购框架生效，对于腐败行为的定义亦已统一。<sup>4</sup>根据世行于 2016 年 7 月 1 日修订生效的《反腐败指导方针》，腐败（corruption）指直接或间接地提供、给予、接受或要求任何有价值物品，以不正当地影响另一方的行为。<sup>5</sup>据此，腐败行为的定义包括如下三个构成要件。

##### （一）直接或间接地提供、给予、接受或要求

该要件是对客观行为事实的要求，包括提供（offering）、给予（giving）、接受（receiving）或要求（soliciting），无论直接或间接进行（directly or indirectly）。《反腐败指导方针》并未规定违规行为必须已完成或达到其目的才构成应制裁行为；例如，提出向另一方支付腐败款项即构成腐败行为，无论对方是否接受或贿赂是否达到了目的，均可加以制裁。<sup>6</sup>

实务中，在评估是否存在“提供”时，世行裁决机构通常会考虑世行廉政局（Integrity Vice Presidency，简称“INT”）所提交证据和论据的总体情况（totality），包括书面协议、电子邮件、公司和私人记录、会计文件、INT 访谈记录、调查对象及其雇员/代表的陈述，以及间接证据，例如事件发生的相对时间和交易各方之间的通信。这不要求调查对象存在任何主动邀请行为（proactive invitation）；即使是因“被要求”（solicited）而承诺支付，也可构成“提供”。另外，“提供”的接受方不一定与拟影响对象相同。<sup>7</sup>

在评估是否存在“给予”时，世行裁决机构同样会考虑 INT 所提交证据和论据的全部范围，包括银行记录、公司/个人收入和付款记录、其他内部商务记录、通信副本以及有关个人的自认或详细证词。当关于被给予的物品、是否存在给予的证据存在冲突或缺陷时，世行裁决

机构会拒绝认定存在“给予”。“给予”的接受方亦不一定与拟影响对象相同。<sup>8</sup>

在评估是否存在“接受”时，世行裁决机构会考虑调查对象的银行记录，以及来自行贿方的可显示相关计划和意图的间接证据（例如内部电子邮件）。<sup>9</sup>

在评估是否存在“要求”时，世行裁决机构会考虑所有呈交的证据，包括同时期通讯往来和相关个人承认的事实。“要求”被支付的对象既包括自身，也可包括指定的第三方。但是，若记录中没有足够的证据表明调查对象的雇员请求、引诱另一方付款或试图向其施加压力，则世行裁决机构会拒绝认定存在“要求”。<sup>10</sup>

值得注意的是，上述四类行为之间是“或”的关系，即四选一。只要 INT 能提供足以证明其中一类行为的证据，则该要件满足。<sup>11</sup>

## （二）任何有价值物品

该要件规定了腐败行为的客观对象，即任何有价值物品（anything of value）。

实务中，世行裁决机构会将一系列事物和行为视为“有价值物品”，包括佣金、资金转移、现金支付、实物礼品、为收受人支付的某些费用（通常与旅行有关）、为收受人计划的娱乐活动，以及与收受人的雇员或亲属有关的雇用决定。其中，调查对象所提供的事物/服务的看法可能是具有决定性的。<sup>12</sup>

## （三）以不正当地影响另一方的行为

该要件限定了腐败行为的主观目的，即不正当地影响另一方的行为（to influence improperly the actions of another party）。根据对部分世行项目仍然适用的《咨询顾问指导方针》，“另一方”是指与选拔过程或履约有关的公职人员（public official），包括世行雇员以及负责或审查选拔决定的其他组织的雇员。<sup>13</sup>

实务中，以影响为目的，既可通过直接证据显示，也可以借助可合理推断目的的间接证据显示。具体而言：（1）对于与采购/选拔程序有关的指控，世行裁决机构会考虑调查对象是否要求或获得了有关采购/选拔要求的机密信息、影响投标规则的机会、采购/选拔中的优惠待遇、规避预定的采购程序、获得与执行机构直接签约的机会，或避免可能损害调查对象利益的干预/拖延。（2）对于与履约有关的指控，世行裁决机构会考虑加快支付账单的尝试、对调查对象在世行合同下的工作成果进行有利的评估、影响合同延期和有关报酬的谈判，或促使海关当局放行某些设备。特别地，该要件中“不正当”的性质并不要求另一方故意违反职责或从事违法行为；哪怕调查对象声称目的是为了“确保公职人员给予‘公平待遇’”，也会被世行裁决机构认定为“不正当”。<sup>14</sup>

## 二、中国近年案例

在世行涉及中国的制裁案件中，与欺诈行为案件的压倒性数量相比，涉及腐败行为的案件屈指可数，远未达到全部应制裁行为的三成。确切而言，自世行制裁体系于 2004 财年发布年



度报告至今，明确涉及中国及腐败行为的案件共三件，且均同时涉及其他应制裁行为。

### （一）福伊特案

距今最近的案件是 2022 年的福伊特案。2022 年 4 月 14 日，世行官网刊发了第 2022/055/INT 号新闻稿<sup>15</sup>，宣布通过谈判解决协议（Negotiated Resolution Agreement，简称“NRA”），针对上海福伊特水电设备有限公司在巴基斯坦项目中实施的腐败与共谋行为（collusion）行为予以制裁，制裁措施是为期 34 个月的除名（Debarment）及随后 6 个月的附条件不除名（Conditional Non-Debarment）。鉴于该案同时涉及共谋行为，将于本系列下一篇文章中展开介绍。

### （二）浙水案

本系列第（二）篇文章已初步介绍浙水案。2021 年 6 月 16 日，世行官网刊发了第 2021/168/INT 号新闻稿<sup>16</sup>，宣布通过 NRA 针对浙江省第一水电建设集团股份有限公司在中国项目中实施的欺诈与腐败行为予以制裁，制裁措施是为期 2 年的附条件除名。该案中，针对广西来宾水环境综合治理项目，浙水公司的实际代理人（de facto agent）和分包商向两名政府官员行贿，以换取世行合同，构成腐败行为。

具体而言，根据《世界银行制裁体系 2021 财年年度报告》<sup>17</sup>，广西来宾水环境综合治理项目金额为 8000 万美元。INT 通过当地媒体报道得知有关政府官员的刑事调查后启动世行调查，调查重点是据称被不正当地授予价值超过 4500 万美元的世行贷款合同的五家公司。经调查发现，若干知名建筑公司与人脉宽广的个人之间存在广泛的“品牌管理费”违规安排。在该等模式下，知名公司允许个人以公司的名义投标，并由个人承担与投标相关的所有费用。其后，个人通过行贿获得世行合同。中标后，世行合同则由知名公司分包给投标的个人，知名公司借此收取“管理费”。INT 认为，该等模式破坏了公平和透明的公开采购的基本原则。由于实际履约的分包商缺乏资质，合同履行存在重大风险，特别是建筑业的健康和安全事宜令人担忧。

### （三）阿尔斯通案

最早的关于腐败行为的中国案件是《INT 2012 财年年度报告》<sup>18</sup>披露的阿尔斯通案。在该财年，世行对一家名为“Tianjin Alstom Hydro Co. Ltd.”（中文名为“天津阿尔斯通水电设备有限公司”）的中国公司实施的欺诈与腐败行为予以制裁，制裁措施为期 3 年，但未明确类型为除名还是附条件除名，亦未披露具体的违规行为细节。目前，该公司已注销，在世行官网亦未能检索到相关的新闻稿、OSD 的《无争议制裁程序通知》或世行制裁委员会决定书。

### 结语

结合腐败行为的最新定义、构成要件及中国案例，可以看出，中国公司涉及腐败行为的高发领域为水电设备等基础设施行业，且腐败行为往往与欺诈行为、共谋行为相伴而生。

世行要求参与采购进程的所有各方，包括但不限于借款和子借款人（及世行融资的其他受益人）、投标人、咨询顾问、承包商和供应商、分包商、分包咨询顾问、服务提供商或供应商、任何代理人（不论披露与否）及其任何工作人员，在世行资助的合同的采购过程中遵守最高的

道德标准，以及避免欺诈和腐败。<sup>19</sup>因此，准确理解世行规定的应制裁行为，有助于中国主体评估自身行为的合规性、促进交易的圆满完成。在本系列的后续文章中，笔者将针对其余常见的应制裁行为进行研究，并展开介绍合规阶段的应对处理，敬请期待。

---

\* 本文作者郑丹妮是美国哈佛大学法学硕士，曾于 2015 年 9 月至 11 月在世界银行集团廉政局担任短期临时雇员，现任职于北京金诚同达（深圳）律师事务所。

- 1 World Bank Group, *World Bank Group Sanctions System Annual Report for Fiscal Year 2022 (English)*, Washington, D.C., <http://documents.worldbank.org/curated/en/099015010072236926/BOSIB0e55589950540afa70abefa9afb38a>.
- 2 See World Bank Group, *Procurement Regulations and Anti-Corruption Guidelines*, <https://www.worldbank.org/en/about/unit/sanctions-system#3>.
- 3 See Sanctions Board Decision No. 131, paragraph 10.
- 4 World Bank Group, *World Bank Procurement Regulations for Investment Project Financing Borrowers* (effective as of July 1, 2016), Washington, D.C., <https://www.worldbank.org/en/projects-operations/products-and-services/brief/procurement-new-framework>.
- 5 A “corrupt practice” is the offering, giving, receiving or soliciting, directly or indirectly, of anything of value to influence improperly the actions of another party. See World Bank Group, *Guidelines on Preventing and Combating Fraud and Corruption in Projects Financed by IBRD Loans and IDA Credits and Grants* (revised as of July 1, 2016), Washington, D.C., <https://ppfdocuments.azureedge.net/4039.pdf>.
- 6 See World Bank Group, *User-Friendly version of the Anti-Corruption Guidelines (Chinese)*, Washington, D.C., <https://www.worldbank.org/content/dam/documents/sanctions/other-documents/osd/Chinese112907.pdf>, page 3.
- 7 See World Bank Group Sanctions Board Law Digest 2019, page 48.
- 8 *Supra* note 7, pages 48-49.
- 9 *Supra* note 7, page 49.
- 10 *Supra* note 7, page 49.
- 11 *Supra* note 7, page 49.
- 12 *Supra* note 7, page 50.
- 13 See World Bank Group, *Guidelines on Selection and Employment of Consultants by World Bank Borrowers* (revised as of July 2014), paragraph 1.23(i), Washington, D.C., <https://thedocs.worldbank.org/en/doc/894361459190142673-0290022014/original/ProcurementConsultantHiringGuidelinesEngJuly2014.pdf>.
- 14 *Supra* note 7, pages 50-51.
- 15 See World Bank Group, *World Bank Group Sanctions German and Chinese Hydropower Companies*, April 14, 2022, <https://www.worldbank.org/en/news/press-release/2022/04/14/world-bank-group-sanctions-german-and-chinese-hydropower-companies>.
- 16 See World Bank Group, *World Bank Group Debars Zhejiang First Hydro & Power Construction Group Co.*, June 16, 2021, <https://www.worldbank.org/en/news/press-release/2021/06/16/world-bank-group-debars-zhejiang-first-hydro-power-construction-group-co>.
- 17 World Bank Group, *World Bank Group Sanctions System Annual Report for Fiscal Year 2021 (English)*, Washington, D.C., <http://documents.worldbank.org/curated/en/284891634566178252/World-Bank-Group-Sanctions-System-FY21>, pages 14-15.
- 18 World Bank Group, *Integrity Vice Presidency Annual Report for Fiscal Year 2012 (English)*, Washington, D.C., <https://thedocs.worldbank.org/en/doc/6043725e1a4649b04d777201344121f8-0090012021/original/INT-FY12-Annual-Report.pdf>.
- 19 World Bank Group, *Procurement Regulations for Investment Project Financing (IPF) Borrowers* (revised as of November 2020), Annex IV, paragraph 2.1, Washington, D.C., <https://thedocs.worldbank.org/en/doc/438a97b553d6f186dfcbe72445e858f9-0290032020/original/Procurement-Regulations-Chinese.pdf>.

## 从案例看投资人在开曼公司行使回购权的潜在障碍（上）

王东

### 一、案情简介

被告 Grand State Investments Limited（以下简称“乐嘟嘟开曼”或“公司”）是一家于 2008 年 4 月 2 日在开曼公司群岛注册成立的豁免有限公司，其主要营业场所在中国北京市朝阳区，乐嘟嘟开曼全资持有一家 BVI 公司 Precious Winwin International Limited（“乐嘟嘟 BVI”），乐嘟嘟 BVI 全资持有一家香港公司 Dawn Power Group Limited（“乐嘟嘟香港”），乐嘟嘟香港全资持有一家注册于北京市朝阳区的乐嘟嘟(北京)科技发展有限公司（“乐嘟嘟北京”），乐嘟嘟北京通过协议控制的方式持有中国内地若干幼儿园。原告是 D.E. Shaw Composite Investments Asia 10 (Cayman) Limited，根据名字判断和笔者初步检索应该是知名的对冲基金德邵基金（“德邵基金”）。

2013 年 2 月 7 日，德邵基金与乐嘟嘟开曼签署 C 轮优先股认购协议（“股份购买协议”），约定德邵基金以 2000 万美元的对价认购乐嘟嘟开曼 3,043,769 股 C 轮优先股，2014 年德邵基金再次认购了 608,754 股 C 轮优先股，本次认购完成后，德邵基金合计持有乐嘟嘟开曼 3,652,523 股 C 轮优先股。

2013 年 3 月 4 日，德邵基金支付了认购价款，并同时与乐嘟嘟开曼其他股东签署了股东协议（“股东协议”），股东协议第 12.3 条“C 轮投资人的回购权”规定，一旦出现回购事项，德邵基金有权利向公司发送回购通知，要求公司回购德邵基金持有的全部或部分公司股份。股东协议第 12.3 条的约定与乐嘟嘟开曼公司章程第 163 条的规定完全一致。根据股东协议第 12.3 条的约定，C 轮优先股的回购时间为以下日期孰早日：（1）2015 年 9 月 1 日，如果公司没有公开上市；（2）B 轮投资人发出回购通知的日期；（3）公司 2012 年审计报告出具日，如果 2012 年审计报告显示的公司的净收入、EBITDA、股东权益、现金实质上低于 2012 年管理账目显示的相应数据，并且差额足以影响 C 轮投资人是否决定购买公司的 C 轮优先股。一旦德邵基金发出回购通知，公司应立即以可用合法资金支付回购价款，在回购价款支付完毕之前，德邵基金仍是 C 轮优先股的所有人。

2020 年 9 月 30 日，德邵基金向公司发出回购通知，理由是公司未在 2015 年 9 月 30 日前上市，德邵基金主张的回购价款总计 71,098,887 美元，支付期限为 2020 年 12 月 30 日。

2020 年 12 月 9 日，德邵基金委托律师向公司发送律师函（Demand Letter）和法定索债函（Statutory Demand），

2020 年 12 月 29 日，公司委托律师向德邵基金发函，对德邵基金索债函中所述的债务是否已经到期和应该支付提出异议，并且希望德邵基金向公司作出如下承诺：（1）不会基于回购债务提出公司清盘的申请；（2）除非提前 10 天通知公司，否则不会提出清盘申请。

2021 年 1 月 12 日，德邵基金向开曼大法院申请公司清盘和任命清盘人。

## 二、德邵基金的主张

德邵基金要求法院立即任命临时清盘人并使公司进入清盘程序，其理由可以归纳为：公司未能对 C 轮投资款进行会计核算，且未按照股东协议的规定和投资人的要求对公司进行审计；公司创始人樊春存在虚假陈述；公司已经满足《开曼公司法》规定的公司清盘条件，即公司未清偿的债务达到 100 开曼元<sup>1</sup>；公司对回购提出异议，意在阻止公司清盘，是不诚信和不真实的。

## 三、公司的主张

德邵基金的申请应该被驳回或暂停审理，理由可以归纳为：根据股东协议的约定，回购不是自动的，而是有条件的；公司无法履行回购义务，是因为公司没有“合法可用资金”，而根据股东协议的约定，只有公司有合法可用的资金时，公司才有支付义务；根据股东协议的约定，任何争议应适用香港法律，并在香港国际仲裁中心进行仲裁；德邵基金的清盘申请构成程序滥用，争议的债务应由双方已经同意的仲裁程序审理后方可确定。

## 四、争议焦点

- （一）公司是否构成开曼公司法第 93 条规定的，无法履行债务（unable to pay its debts）
- （二）什么是公司的“合法可用资金”
- （三）公司是否有权从境内的协议控制实体调取资金。

## 五、开曼大法院的判决和理由


### （一）法院的判决

- （1）驳回德邵基金关于公司清盘的请求；
- （2）关于债务的争议，受限于香港国际仲裁中心的仲裁程序，该项请求暂停审理；
- （3）驳回德邵基金任命临时清盘人的请求。

### （二）理由

法院认为，如果涉及清盘申请的债务存在善意且实质性的争议，并且争议有充分的理由，法院的惯常做法是驳回清盘申请。法院引用了两个案例，Parmalat Capital Finance Limited v Food Holdings Limited et al [2008 CILR 202]，Camulos Partners Offshore Limited v Kathrein and Company [2010 (1) CILR 303]，即申请人不应滥用清盘程序，不应使用清盘程序为来威胁公司履行存在争议的债务，如果清盘申请涉及的债务存在善意且实质的争议（bona fide disputes based on substantial grounds），那么申请人应该首先证明债务的确实存在。

（1）本案中，股东协议规定，如果公司合法可用的资金不足以支付 C 轮投资人的回购款项，那么可用资金将按照相对比例分配至全部 C 轮优先股，不足部分将在公司有“合法可用资金”时支付。股东协议中未定义什么是“合法可用资金”，因此，根据惯常理解，“合法可用资金”要么是公司所有的资金，要么是公司可以通过行使合法权利获得的资金。根据股东协议的约定，



公司并不需要立即履行回购价款支付义务，因为其取决于公司是否有足够的可用资金。因此，德邵基金是附条件的债权人，在公司无足够的“合法可用资金”时，公司和德邵基金之间的债权债务并不存在。

(2) 德邵基金的投资额为 2000 万美元，但回购金额超过 7100 万美元，因此，双方未约定固定的回购期限，而是将回购期限约定为公司有足够的可用资金时，其实质上为一项关于宽限期的商业安排，因为投资人的回报率高达 18%。

(3) 根据股东协议的约定，公司仅应暂停其资本支出以支付回购款项，但是公司无义务暂停支付其日常业务开展所必要的开支。

(4) 根据股东协议的约定，公司有义务促使其他集团公司向公司分配资金以履行回购义务，该等资金也仅限于公司可以合法地从其他集团公司取回的除日程开支之外的资金。

(5) 根据路嘟嘟北京对于中国境内其他实体的协议控制，公司无法要求这些实体向公司支付资金，并且这些被协议控制的实体向公司分配利润可能是违法的。

(6) 公司提供的资产负债表显示，这些实体无法足额的资金支付回购款项。

(7) 公司提出了善意且实质的异议，因为公司与德邵基金存在有效的仲裁协议，并且仲裁已经启动。

(8) 德邵基金主张公司存在未按照股东协议和公司章程的约定履行义务，以及公司创始人樊春存在管理不善和不当行为，但德邵基金未提供有力的证据证明。

(上篇完)

本文章下篇中，笔者将向读者分享从该案中获得的几点启发，具体关于“合法可用资金” (“legally available funds”)、关于回购期限、关于回购债权的顺位等等。

---

1 开曼公司法第 93 条的规定，公司将被认为无法偿债，如果：(a) 个债权人通过转让或其他方式，向公司主张其在法律或权益上所欠的款项超过一百美元，并通过在公司注册办事处留下要求书的方式，要求公司支付该款项。在此要求书送达后的连续三个星期内，如果公司未能支付该款项，或未能以债权人满意的方式进行担保或偿还；(b) 根据债权人在法院中获得的判决、裁决或命令发出的其他执行程序，在完全或部分未能得到满足的情况下；(c) 已经向法院证明公司无力偿还其债务，以达到法院的要求为准。

## 国际商事仲裁“非法获取的证据”排除规则

曾胜

对于非法获取的证据可否作为证据使用，我国民事诉讼法律规定，“对以严重侵害他人合法权益、违反法律禁止性规定或者严重违背公序良俗的方法形成或者获取的证据，不得作为认定案件事实的根据”<sup>1</sup>。但是与我国民事诉讼不同，国际商事仲裁未有类似的排除非法获取证据的明确要求。


在排除非法获取的证据这一问题上，国际商事仲裁的仲裁庭有充分的自由裁量权。各国的仲裁法律一般都尊重仲裁庭接受或排除证据（当然也包括非法获取的证据）的权力。以联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法为例，按照示范法，除非当事人对于程序规则有特别约定，“授予仲裁庭的权力包括对任何证据的可采性、相关性、实质性和重要性的决定权”<sup>2</sup>。许多国际领先仲裁机构的仲裁规则也有类似规定。如新加坡国际仲裁中心仲裁规则规定，“仲裁庭应当决定所有证据的关联性、实质性和可采性。仲裁庭对证据的采信无需适用任何准据法所规定的证据规则。”<sup>3</sup>

仲裁庭有权自主决定是否排除非法获取的证据在《国际律师协会国际仲裁取证规则》中进一步明确。取证规则规定，“仲裁庭可应一方当事人请求或自行决定排除非法获取的证据”<sup>4</sup>。此处的用语是显而易见的“仲裁庭可”而非“仲裁庭应”。

既然仲裁庭自主决定是否排除非法获取的证据，随之而来的问题是，在国际商事仲裁的仲裁员们考虑这一问题时，影响他们作出决定的因素有哪些？答案可以在《关于〈国际律师协会国际仲裁取证规则〉（2020 年修订版）的评注》中一窥端倪。评注提到，在考虑非法证据是否应当被排除时，“仲裁庭也会根据提交证据的一方是否参与了不法行为、对于适当性的考虑、证据是否重要且对结果有决定性影响、证据是否已经通过公开‘泄露’进入了公共领域、以及不法行为的明确性和严重性等因素得出不同的结论。”

我们可以将上述评注归纳的因素总结为“利益平衡测试”。换言之，在考虑是否排除一份非法获取的证据时，仲裁庭平衡考虑两方面的利益：一方面是证据对于案件结果的影响即证据的重要性，另一方面是非法获取的证据的“不法性”（如提交证据的一方是否是“clean hands（干净的手）”、获取证据的非法行为的明确性和严重性、非法证据本身是否已经公开等）。如果仲裁庭认为天平已经倾倒向证据的重要性，将很可能将之采纳——即便该证据是以非法形式获取的。

从国际商事仲裁的案件实践而言，其实除了上述“利益平衡测试”之外，仲裁庭还可能从其他角度考虑是否排除非法证据。例如，在一起案例中<sup>5</sup>，仲裁申请人的代表非法潜入他人的办公场所，在垃圾箱中翻找，获取了私人通信和保密文件。仲裁庭最终排除了该非法获取的证据，理由在于，“仲裁的当事方对其他当事方和仲裁庭负有义务，该等义务既包括在仲裁程序中诚信行事，也包括尊重当事各方陈述案情的机会、尊重平等对待原则和程序公正原则。”在随后的另一起案例中，当事一方向仲裁庭提交了一份录音，该录音系在他人家中未征得其同意而偷录，按照当地国法律该录音为非法获取的证据。该案仲裁庭也排除了非法获取的录音证据，



理由与前述案例类似<sup>6</sup>。在阐述理由的过程中，该案仲裁庭进一步援引到《国际律师协会国际仲裁取证规则》第 9.2 条，即基于“程序的经济性、适当性和公平的考虑，以及平等对待当事人的考虑”排除证据。

最后，证明证据是“非法获取”的举证责任在于质疑证据合法性的一方。我们在实务中曾经遇到过一个有趣的案例。申请人是一家位于境外的拥有某商业秘密的企业，曾经将商业秘密授权许可予被申请人（一家中国境内的企业）在限定的时间和范围内使用。申请人得知被申请人为牟利将该商业秘密在申请人未同意的情况下使用于其他场合，于是通过香港的调查公司，获取了非公开的被申请人的内部文件。被申请人尽管可能怀疑调查公司以非法方式获取证据，但是却难以举证，加之该证据本身对于案件有决定性的影响，最后申请人的请求获得了仲裁庭的支持。

---

1 《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》第一百零六条

2 联合国贸易法委员会国际商事仲裁示范法，2006 年修正，第 19 条第 2 款

3 新加坡国际仲裁中心仲裁规则，第六版，2016 年 8 月 1 日，第 19.2 条

4 国际律师协会国际仲裁取证规则，2020 年修正，第 9.3 条

5 *Methanex v. United State of America*, NAFTA/UNCITRAL, 2005.

6 *EDF Services Ltd v Romania*, ICSID Case No. ARB/05/13

## 适用中国法还是外国法？

### 浅析中国法院对涉外建设工程案件准据法的认定

杨晨、蔡硕、邢静予

自全面建成小康社会、实现第一个百年奋斗目标之后，我国已转向高质量发展阶段。十九大报告提出推动形成全面开放新格局，以“一带一路”建设为重点，推动形成陆海内外联动、东西双向互济的开放格局，抓住全球大变局的发展机遇，进一步提升国际竞争力。

在基础设施建设领域，随着我国经济的高质量发展和“走出去”战略的进一步深化，中国企业国际化经营能力得到了显著提升。越来越多的中国企业走出国门，着眼于国际市场需求，投身以境外承包工程为代表的海外基础设施建设。据商务部统计，2023 年 1-4 月，我国对外承包工程业务完成营业额 2879.9 亿元人民币，同比增长 10.6%，新签合同额 4064.7 亿元人民币，同比增长 2%。

然而与高速发展相伴而来的，也有当事人之间日渐增多的法律纠纷。由于中国企业对外承包的工程项目基本位于中国境外，而中国境内的工程实践与境外存在显著差异，在此基础上形成的法律规定和原则也不尽相同。因此，在中国法院审理涉外建工纠纷的过程中，在理涉当事人之间的争议焦点问题之前，首先需要面临对实体问题准据法的认定。


#### 一、关于涉外建工纠纷法律适用问题的规定沿革

涉外商事合同的当事人可以在订立合同时或者订立合同后，通过协商一致的形式，以明示的方式选择合同产生争议时所适用的法律。因合同产生的争议通常包括合同是否成立、何时成立、合同效力、合同内容的解释、履行、违约责任，以及合同的解除、变更、中止、转让、终止等纠纷。

但很多时候，当事人在订立的合同中没有约定准据法，或者在诉讼仲裁过程中也无法就准据法达成一致，此时则需要以冲突规范的形式指明不同性质的涉外民事法律关系应适用何种法律确定当事人的权利义务。

我国对涉外建工纠纷法律适用问题的规范经历了近 20 年的发展变化。最高人民法院在 2005 年 12 月 26 日印发《第二次全国涉外商事海事审判工作会议纪要》，在第五部分“关于涉外商事合同法律适用”一节第 56 条规定：“人民法院根据最密切联系原则确定合同应适用的法律时，应根据合同的特殊性质，以及当事人履行的义务最能体现合同的本质特性等因素，确定与合同有最密切联系国家的法律作为合同的准据法。在通常情况下，下列合同的最密切联系地的法律是：……（11）建设工程合同，适用建设工程所在地法。……”明确将建设工程所在地法律认定为与建设工程合同纠纷有最密切联系的法律。

2007 年 7 月 23 日，最高人民法院颁布《最高人民法院关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件适用法律若干问题的规定》，在第五条规定：“当事人未选择合同争议应适用的法律的，适



用与合同有最密切联系的国家或者地区的法律。人民法院根据最密切联系原则确定合同争议应适用的法律时，应根据合同的特殊性质，以及某一方当事人履行的义务最能体现合同的本质特性等因素，确定与合同有最密切联系的国家或者地区的法律作为合同的准据法。……（十）建设工程合同，适用建设工程所在地法。……”正式以司法解释的形式对涉外建设工程合同的适用法律进行了明确规定，即应当适用建设工程所在地法。

2011年4月1日，《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》（以下简称“《涉外民事关系法律适用法》”）正式出台并一直适用至今，该法没有再单独针对涉外建工纠纷的法律适用问题进行明确，但仍然沿用了“最密切联系原则”的标准。第六章债权部分第四十一条规定：“当事人可以协议选择合同适用的法律。当事人没有选择的，适用履行义务最能体现该合同特征的一方当事人经常居所地法律或者其他与该合同有最密切联系的法律。”该条以具有一定弹性和兜底性的最密切联系原则作为在当事人没有选择合同适用法律的情况下，准据法的确定标准。

## 二、中国法院对涉外建工纠纷准据法的认定

通过前文呈现的演变过程可知，对于涉外建工纠纷准据法的认定，应首先判断当事人是否对准据法进行了协议选择，在没有选择或者无法协议一致的情况下，应适用最密切联系原则进行判断。然而一方面，当事人选择准据法存在多种情形，在没有明确约定的情况下，如何判断当事人是否就准据法达成了一致？另一方面，我国法律也没有进一步明确如何判断所谓“最密切”，导致针对该原则尚未形成较为统一的裁判尺度，法院在裁判过程中也具有较大的自由裁量权。

通过对涉外建工纠纷裁判案例的检索，中国法院在审理案涉工程位于中国境外的建工纠纷时，认定准据法主要存在以下几种情形：

### （一）当事人在所订立的合同中明确约定准据法。

当事人以意思自治原则订立的合同，在其约定有效的情况下，自然应当尊重当事人就争议解决方式、法律适用问题等达成的合意。因建工纠纷案件具有涉外因素的连接点通常在于案涉工程所在地位于中国境外，当事人在订立合同时也会对案涉施工合同所应当适用的法律进行专款约定，我国法律充分尊重当事人对准据法进行选择的权利（见《涉外民事关系法律适用法》第三条）。因此，在这种情况下，法院会认定以当事人一致选择的准据法进行案件实体审理。（详见（2017）川民终368号案、（2018）桂民终206号案）。

有些情况下，当事人没有单独在合同中设置法律适用条款，而是在合同其他条款的表述中隐含对履行合同应当适用的法律的约定。例如在（2015）苏民终字第00384号江河创建集团股份有限公司与中国建设银行股份有限公司徐州城中支行、鑫宏达集团有限公司建设工程施工合同纠纷案中，江苏省高院认为，在当事人签订的分包合同引言部分明确载明：“根据《中华人民共和国合同法》和《建筑安装工程承包合同条例》，经双方友好协商，沙特分公司将KAECSTATION的幕墙钢结构工程施工分包给鑫宏达公司……，双方就有关事项达成以下协议”，可以据此认定当事人就合同适用中国法已经达成一致意见（虽然该判决被（2017）最高法民再216号撤销，但最高院并没有对准据法问题给出相反认定）。（（2020）苏06民终4022号案也是相同情况）。

## （二）当事人在订立合同时没有约定准据法，但在庭审过程中达成一致。

这种情形主要是当事人在签订合同时并没有专门设置条款约定因合同产生的纠纷应当适用哪国法律，通过合同条款的解读也无法判断当事人对法律适用问题有暗含的一致意思表示。在这种情况下，法院通常会询问当事人对法律适用的意见，如果当事人能够在庭审过程中达成一致的，法院也会以双方共同选择的准据法进行实体审理。（详见（2021）最高法民再 68 号案、（2011）南市民三初字第 34 号案）

## （三）当事人就准据法无法达成一致，法院以最密切联系原则认定。

如果当事人在订立的合同中、庭审进程中均无法就法律适用问题达成一致，法院通常会以最密切联系原则认定涉外建工纠纷实体问题的准据法。判断的因素通常包括当事人住所地、国籍、合同签订地、合同履行地、标的物所在地等。例如在（2020）苏 12 民初 211 号案中，案涉工程的标的物即建设工程位于安哥拉共和国，法院认为该案中合同的各方当事人均为中国法人，因此中国法律与涉案合同有最密切联系。在（2021）粤 01 民终 11147 号案中，案涉工程位于乌干达，法院以案涉合同协议书在我国境内签订，与我国有最密切联系为由，确认中国法为准据法。在（2019）京 04 民初 941 号案中，案涉工程位于印度，法院认为涉案协议内容是四方当事人共同承揽位于印度共和国的 IISCO 钢铁厂项目，协议履行事项主要在印度共和国进行，因此认定与该案存在最密切联系的法律为印度法律。


由此可见，法院在适用最密切联系原则认定涉外建工案件准据法的过程中确实存在较大的自由裁量权，导致该原则的适用如何被具体化和规范化仍然是现阶段司法实践中的难点。有的判决在并没有充分推理和论证为何最密切联系法律为中国法律的情况下直接认定应当适用中国法，这种情况可能也与前几年我国法院在查明外国法方面缺乏指引有一定关联。

## （四）法院依据当事人一致选择外国法或认定适用外国法后，因当事人无法提供外国法，认定适用中国法审理。

实践中还有一种情形，是当事人在涉外建工纠纷中一致选择适用外国法律，或者在当事人无法达成一致时，法院以最密切联系原则认定适用外国法后，因当事人无法提供外国法，法院最终认定仍应适用中国法进行审理。例如在（2015）云高民三终字第 90 号、（2015）怒中民三终字第 3 号案中，案涉工程位于缅甸国，当事人认为涉案标的物位于缅甸国，因此缅甸国的相关法律为最密切法律。但法院在判决中指出，因当事人没有提交缅甸国的相关法律，法院认定为不能查明外国法律，因而依据《涉外民事关系法律适用法》第十条第一款的规定，认定适用中国法律。

## 三、对中国企业应对涉外建工案件法律适用问题的建议

鉴于中国境内的工程实践和法律规定与境外存在较大差异，例如在中国境内，转包和违法分包会导致涉案施工合同无效，而在某些国家和地区，转包和分包并不会违反当地的法律规定。因此在某些争议焦点问题的审理上，有可能出现适用中国法律对企业更为不利的情形。本文将从以下三点对中国企业应对涉外建工案件法律适用问题提出建议。



1. 针对涉案工程在中国境外的情形，如果能够确定适用中国法律对己方更有利，可以在订立合同初期就约定法律适用条款，与相对方就准据法问题达成一致意见，可以很大程度上避免如果相关合同涉诉之后各方在准据法问题上的扯皮。

2. 如果在订立合同时无法做出判断，后期与相对方产生纠纷的，可以在产生纠纷之后对建设工程所在地的法律相较于中国法律是否更有利于保护己方利益进行研判，可通过聘请当地有经验和资质的律师提供法律意见书的形式，如果适用外国法律确实更有利的，尽快向法院提交外国法查明的申请，并试图多建立境外的连接点来争取说服法院将境外法律作为最密切法律。

3. 有些法院在实践中可能出于避免麻烦、提高裁判效率的考虑，在即便有充分依据将外国法认定为准据法的情况下，也依旧决定以中国法进行审理。

值得一提的是，最高人民法院在 2021 年实施的《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉涉外民事关系法律适用法若干问题的解释（一）》中明确，查明外国法的途径包括由当事人提供、已对中华人民共和国生效的国际条约规定的途径、中外法律专家提供，在 2022 年发布的《全国法院涉外商事海事审判工作座谈会会议纪要》第 21 条进一步明确了查明域外法的途径：“人民法院审理案件应当适用域外法律时，可以通过下列途径查明：（1）由当事人提供；（2）由中外法律专家提供；（3）由法律查明服务机构提供；（4）由最高人民法院国际商事专家委员提供；（5）由与我国订立司法协助协定的缔约对方的中央机关提供；（6）由我国驻该国使领馆提供；（7）由该国驻我国使领馆提供；（8）其他合理途径。”该纪要一并要求法院应当充分听取当事人对查明域外法的意见，且不得仅以当事人对域外法内容存在争议为由认定不能查明域外法。

可见我国对域外法查明和以域外法审理案件的态度呈现更加明朗的趋势，积极并准确查明和适用外国法也是最高院在《关于人民法院为“一带一路”建设提供司法服务和保障的若干意见》中提出的明确要求，可以通过上述规定尝试打消法院对不愿触及外国法的顾虑，并在法院决定适用外国法后，在其限定的期限或合理期限内尽快通过上述途径提交外国法。

## 以 LCIA 仲裁案浅析伦敦仲裁证据披露程序相关要点

逢若鸣、易旻

伦敦仲裁中一般在文书控辩（written submissions）阶段提交的文件都会附有证据文件（supporting documents/exhibits），这是与国内诉讼或仲裁程序比较相似的，但不同的是伦敦仲裁一般有非常正式的证据披露环节（document production/disclosure），即将与案件有关但当事人未作为证据提交的文件披露给对方当事人，对方当事人后续可以引用以发表观点。这种披露包括标准披露（standard disclosure）以及特定披露（specific disclosure），前者是需要由一方先行将全部与案件有关的文件编制清单，然后由另一方在清单中选择需要披露的文件；后者是由申请披露方就所需要披露的文件直接提出特定的披露要求，指明需要的文件类型，日期和具体名称。笔者将以正在处理的某伦敦国际仲裁院（LCIA）仲裁案件为例，对于伦敦仲裁证据披露程序进行简要阐述。


### 一、伦敦仲裁证据披露程序的一般特点

伦敦仲裁中的证据披露程序，基本是沿用了英国法院诉讼程序中的证据披露，即相互披露程序（mutual exchange of documents），但有所区别的是由于仲裁中当事人及代理人更多来自世界各地，对于英国法程序法的相关规定并没有英国律师了解或熟悉，仲裁员对于披露程序的要求会有所放松。另外，由于仲裁员并没有与法院同等的权力，以及英国法院作为监督法院对于参与仲裁的外国律师没有管辖权等原因，会导致仲裁中的披露程序与诉讼相比有较大的差别，尤其体现在特定披露环节。双方当事人在该程序中会首先协商所需要披露的文件范围，该环节不需要仲裁庭介入；如未达成一致，则可以向仲裁庭申请命令，另一方可以就该申请发表观点并说明理由，最终由仲裁庭作出关于证据披露的命令，而该命令是取决于仲裁庭的裁量权。

除非当事人之间另有协议，仲裁庭可以参照《国际律师协会国际仲裁取证规则（IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration）》（下称“IBA 规则”）来确定证据披露的尺度，包括文件描述、关联性/重要性、披露标准/范围和异议等，并在程序命令中明确文件披露和证据规则受 IBA 规则的指引（guided by）。

### 二、LCIA 仲裁证据披露程序的主要内容

根据 LCIA 仲裁规则第 15.7 条，仲裁庭有权决定双方提交文书控辩、书面证据（written evidence）或专家意见（expert evidence）、事实证人证言（witness statement）的顺序和方式。在笔者代理的 LCIA 仲裁案件中，关于包括证据披露在内的由仲裁规则授权仲裁庭决定的程序事项，仲裁庭召集了双方当事人对于重要的程序问题进行讨论，即首先邀请当事人自行协商，仲裁庭亦可提出建议，并根据当事人在案件管理会议（case management conference）上提出的意见签发程序命令（procedural order），其中关于证据披露的内容包括：1. 在时间表（timetable）确定的期限之前向另一方提出特定披露的请求，不需要抄送仲裁庭；2. 所提出的披露要求应当足够明确，应能够与仲裁文书中某一具体的事实或陈述相关联；3. 另一方应在时间表确定的期限之前参照 IBA 规则提出反对意见，申请披露方可进一步回复；4. 披露应当以“雷德范申请表”（Redfern Schedule）的形式进行；5. 仲裁庭将基于双方的申请与陈述决定披露的范围，



考虑的因素包括双方的举证责任（burden of proof）以及所适用的法律规定。

案件进入到证据披露程序后，双方应同时在雷德范申请表中写明需要披露的文件名称、范围，并详细说明与本案的关联性（relevance）和重要性（materiality）；雷德范申请表填写完成之后在规定的期限内提交对方查阅，被申请披露方可以就是否同意披露发表意见及说明理由；针对反对意见，申请披露的一方还可以进一步回复；最后将由仲裁庭对于需要披露的文件作出仲裁命令（order），双方按命令的内容向对方及仲裁庭披露文件。

文件披露完成后，双方可以于后续阶段引用已披露文件的内容，包括向仲裁庭提出某些关于实体问题的申请（application）或救济（remedy）时、或在开庭阶段，也可以是在结案陈述中（closing submissions）。如果认为被申请披露方未按仲裁命令履行，可以向仲裁庭申请对其采取惩罚（sanction），包括对于其未披露证据对应的相关事实采取对被申请披露方的不利推断（adverse inference）、申请剔除（strike out）未披露证据涉及的相关主张、不得依据未披露的证据提出相关主张、由未披露方负担证据披露阶段以及后续因未披露而发生的其他程序的费用等。

### 三、从实际案件出发对于披露程序要点的办案分享

首先，证据披露程序的目的即是最大程度地还原案件事实，避免一方隐藏对其不利的文件，因此在提出披露请求时，需要在总结案件关键要点的基础上，有针对性地列出相应的文件，并尽可能的详细，最好能根据该要求直接对应具体的某一个或某一类文件，或至少能使得仲裁庭清楚他们在作出仲裁命令时需要针对哪一类文件；同时，披露请求必须与双方已在文书控辩中提出的主张有关，链接至文书控辩的相应段落，以便仲裁庭能够理解申请披露一方的诉求，并作出合理裁判。另外需要注意的问题是，仲裁庭在审查双方披露请求时将重点关注是否与案件有关及是否是重要的案件事实，因此关于披露理由的说明也需要围绕这两方面展开，力争仲裁庭能够最大程度地支持我方的披露请求。

其次，对方提出的披露请求可能会涉及到某些对于我方不利的事实，或者某些需要披露的文件中可能有不利的内容，可能需要采取策略性的披露方式，或等待对方的反应再做有关文件披露的进一步决策。在这个阶段需要与当事人进行密切沟通，让他们理解证据披露的目的、原则和规则，并最大程度地配合律师的取证工作。

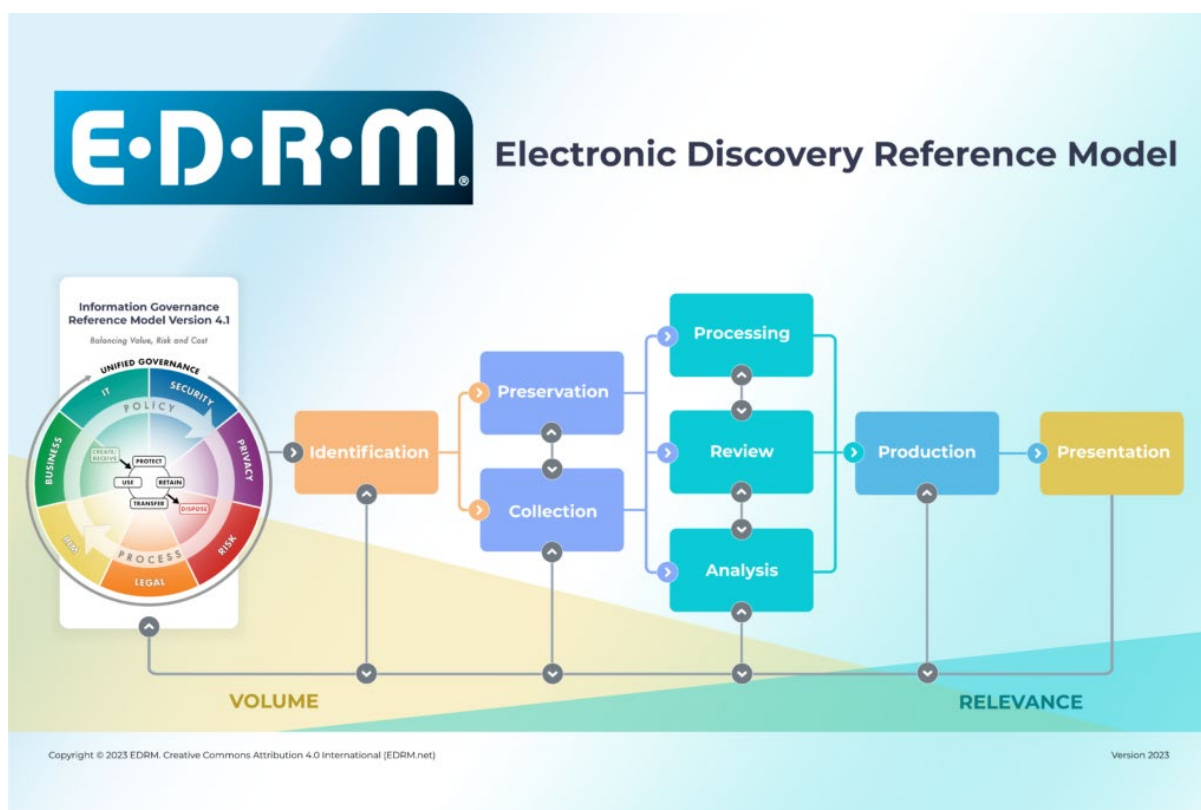
第三，关于对方按披露命令提供的文件，应当仔细阅读并辨别文件是否存在不完整、隐藏等影响文件内容的问题；对于有理由认为未完全提供或者对方明确拒绝提供的文件，一般可以向申请仲裁庭申请最终和惩罚性命令（final and peremptory order）以要求披露。如果仲裁庭签发了该命令而对方仍未披露，可以进一步申请对其采取上文所述的惩罚，特别是实体方面的不利推断、剔除观点等，将有可能改变案件的整体发展方向。

## 电子证据开示在中国跨境争议解决中的应用（上）

李岚 陈霖<sup>1</sup> 刘峻佐

### 一、介绍


在公正、高效地进行诉讼和仲裁过程中，电子证据的管理方式显得尤为重要。为了通过一致且可靠的方式执行、管理电子证据开示流程，促进诉讼和仲裁过程的公正性和效率，电子证据开示参考模型（Electronic Discovery Reference Model, EDRM）应运而生。EDRM 为诉讼和仲裁中的电子数据管理提供了一种结构化的方法，让电子证据从被识别、保全，到被处理、展示，每一步都有序、有迹可循。EDRM 的主要运作过程包括：识别潜在的电子证据（Identification），数据的保全（Preservation）和收集（Collection），进一步的处理（Processing）、分析（Analysis）和审阅（Review），最后根据法庭或仲裁庭的要求进行开示（Production）和展示（Presentation）。每一阶段都遵循一定的规则，同时又和其他阶段紧密相连，保证了整个流程的连贯性和效率。（见下图）。



电子证据开示参考模型（EDRM）<sup>2</sup>

我们可以以一个实际案例来解释 EDRM 的运作过程。假设在一个涉及知识产权的跨境诉讼中，可能涉及到大量的电子邮件、文件和图像等证据。

1. 信息管理：EDRM 的流程的起点是信息管理，这可能会涉及到各种电子存储信息



（Electronically Stored Information, ESI）的管理，涉及对整个电子证据开示的政策和过程的考量。

2. 识别：在这个阶段，需要定位潜在的 ESI 来源，并确定其范围、广度和深度。这是一个关键步骤，因为它决定了后续步骤需要处理的信息量。

3. 保全：一旦识别了 ESI，就需要确保它不会被不适当地修改或销毁。这是一个持续的过程，需要在整个电子开示过程中进行。

4. 收集：这个阶段涉及到为了进一步在电子开示过程中使用（如处理、审阅等）而收集 ESI。

5. 处理：在这个阶段，需要减少 ESI 的数量，并在必要时将其转换为更适合审阅和分析的形式。

6. 审阅：这个阶段涉及到评估 ESI 的相关性和特权。这通常涉及到法律团队，他们需要确定哪些信息是与案件相关的，哪些信息是受到特权保护的。

7. 分析：在这个阶段，需要评估 ESI 的内容和上下文，包括关键模式、主题、人物和相关讨论，这可以帮助理解信息的含义和重要性。

8. 开示：这个阶段涉及到以适当的形式和使用适当的交付机制将 ESI 交付给他人，这可能包括将信息转换为可以在法庭上使用的格式。

9. 展示：这是流程的最后阶段，涉及到在听证会、庭审等场合向在场人士展示 ESI，特别是以原始和近原始的形式，以获取更多信息、验证现有事实、立场，或说服观众。

通过这个案例，我们可以看到 EDRM 如何以结构化的方式处理电子证据，从而提高诉讼和仲裁的公正性和效率。尽管电子证据开示的概念在国内仍然较新且在不断f展，但我们注意到，EDRM 在跨境争议中的作用正在快速增长。这是因为在跨境诉讼或仲裁中，特别是在普通法司法管辖区立案的诉讼或仲裁案件中，电子证据开示常常成为一个关键环节。在这种环境中，EDRM 的重要性就体现得更为明显。由于涉及多个国家和地区，数据的识别、收集、处理和开示都可能面临更复杂的挑战。例如，语言和文化差异可能会增加数据处理的复杂性，而数据保护法和隐私法的差异则可能对数据收集和开示造成影响。在这种情况下，EDRM 为我们提供了一种标准化的流程，帮助我们应对这些挑战，有效地管理和开示电子证据。通过深入理解和熟练运用 EDRM，我们能够更好地为客户服务，促进诉讼和仲裁的公正性和效率。

## 二、在中国大陆进行电子证据开示的考量

对于法律程序中的取证及证据开示过程，普通法司法管辖区与中国大陆法律大相径庭，而电子证据开示是其中的一个主要不同。当跨境争议涉及到普通法体系且各方有义务使用电子证据开示技术来披露存储在中国大陆的电子证据时，有许多方面需要谨慎对待，以确保此类案件得以顺利解决。

## （一）证据开示范围

在涉及普通法体系的跨境争议中，证据开示的范围通常更广泛，各方需要以全面、相称且可靠的方式披露与诉讼中的主张(或抗辩)相关的所有信息。这与中国大陆的程序有很大不同，中国大陆相关程序要求的证据范围通常较窄，各方只需提供支持自己主张或抗辩的证据。

就证据开示过程而言，需要首先了解案件的时间范围及涉及保全的相关数据源（以及从何人、从何处）。在法律程序中，证据收集范围通常由案件所在司法管辖区的民事诉讼规则确定。此外，在取证过程中与经验丰富的律师合作也非常重要，这将确保获取所有与案件相关的所需信息，并适当限制证据收集范围，避免不必要的繁重工作及过度要求。如果双方对证据开示范围存在争议，可能需要向法庭提交申请，要求法官裁定。在这个过程中，双方需要详细解释自身的立场，并提供有力的论据来证明需要的信息的相关性和必要性，这可能包括引用案例法，解释为何这些信息对这个案件有重要的意义。


从电子证据开示的角度来看，一旦证据开示范围确定，则有必要聘请法证技术专家，安排与关键人员（包括但不限于 IT 管理员和数据保管人）进行电子存储信息（ESI）访谈，以了解相关信息可能存储的位置。一般而言，以下来源可能包含与电子证据开示相关的数据：

- 计算机（台式机/笔记本电脑）
- 移动设备（手机/平板设备）
- 聊天应用程序（微信/钉钉/微软 Teams/企业微信/其他）
- 便携存储设备（移动硬盘/U 盘）
- 电子邮件服务器（或电子邮件服务）
- 生产系统服务器（公司网盘/财务或 ERP 系统/PLM 系统/其他）
- 云存储或虚拟数据室（VDR）
- 备份存储介质
- 纸质文件扫描件（笔记簿、打印文件等）

## （二）法证数据保全

一旦确认了包含潜在相关文件的数据源，下一个挑战就是如何通过受法庭认可的专业手段来保全电子数据。中国客户经常询问是否可以使用其企业内部团队（如 IT 部门）来进行数据收集。尽管内部团队对其自身数据更熟悉，但需注意，数据保全过程可能相当复杂，并非简单的数据复制，而是一种需要特定技术知识、技能并遵循严格程序的专业工作，且需要以稳健、可靠和全面的方式完成。不恰当的保全手段可能导致电子数据丢失、破坏或变更，使其很难或不可能被用作法庭证据。

法律程序要求以法院可接受并能有效支持各方主张或辩护的方式收集和保全电子证据。法证数据保全涉及使用专门的技术和工具进行提取、收集和分析电子数据，以维持其完整性和真实性，如使用硬盘成像技术保证数据的完整复制，使用哈希值等技术确保数据的完整性等。更重要的是，使用适当的取证工具能妥善保全电子数据的元数据（例如时间戳、电子邮件发件人和收件人信息、作者等），这些元数据在法庭上对于确认数据的真实性、完整性以及作为证据的关联性有着至关重要的作用，可能是支持或反驳诉讼过程中的主张的关键。



法证数据保全过程的全程记录也至关重要，包括每一步操作的记录、签署和记录数据保管链表单等，此类记录在法庭上可能会被用来证明数据保全过程的正确性和数据的可靠性。

企业内部团队在法证数据保全过程中可以发挥重要的配合作用，比如提供数据的存储、访问和使用情况等信息，配合法证专家进行数据的定位、保全和提取等。但由于法证数据保全需要专业的技术和工具，以及严格的程序，因此，聘请法证技术专家，并通过他们进行专业、全面的数据保全，同时得到具备相关背景和权限的企业内部团队的支持，这才是真正能保护客户，减少来自对手的潜在挑战的方法。

---

<sup>1</sup> 本文章作者陈霖系安迈（Alvarez & Marsal）企业咨询（上海）有限公司董事总经理

<sup>2</sup> 参见 <https://edrm.net/edrm-model/current/>

# 仲裁协议效力扩张——以“公司集团理论”为例

李露

## 一、别具一格的“公司集团理论”

简单来说，“公司集团理论（Group of Companies）”是指，只要签订仲裁条款的一方是“公司集团”的成员之一，则仲裁协议的效力可以延伸至这一集团中的一个或者多个公司。在商事仲裁的众多理论中，“公司集团理论”是非常独特的存在。

仲裁协议相对性是仲裁的基本原则，要实现仲裁协议效力扩张的效果，大都需要有国内法律规则的支持。例如代理关系、合同权利义务转让、代位、继承等。而“公司集团理论”则是完全从商事仲裁的实务发展而来——随着大型公司集团的发展，集团针对不同业务不同职能分别设立公司，各个子公司之间虽然有独立法人人格和法人财产，但在商业上仍然需要服从集团的统一安排，实现集团利益最大化的目的。因此，公司集团理论“基于经济现实所作出的结论，并且与国际商务的需要相适应”，将仲裁协议的效力延伸至非签署方的公司集团其他成员。

## 二、“公司集团理论”的构成要件

从 1982 年的 Dow Chemical 案至今，公司集团理论逐步演化出一些具体的判断标准，通常涉及如下三个方面。

### 1、公司集团（同一经济实体）的存在


在首次提出公司集团理论的 Dow Chemical 案中，公司集团被称为“同一经济实体”，具有“紧密的集团结构”。具体的表现包括集团成员之间有显著控制、集团成员之间共享财产或资源、成员公司存在混同使第三人无法区分等。有些案件则侧重于成员之间的紧密程度，或是共同的财产、品牌、员工等。具体的判断标准较为主观，根据案件争议事实不同而各有侧重。

### 2、实质参与协议的磋商、履行或终止

相比前述主观标准，实质参与的要求相对客观。需要审查非签署方是否积极的、实质性的参与了不仅是协议的某个阶段，而是从协议的各个阶段，由此才能作为非签署方事实上同意被协议约束，从而被协议中的仲裁条款约束。2020 年，巴黎上诉法院在 Kout Food 案中进一步指出：“仲裁条款应当延伸适用至与合同履行直接相关的当事方，以及任何由合同所引发的争议，只要明确他们的合同情况，并且根据其行为可以推定他们已接受相应合同条款，尽管他们并非包括仲裁协议案涉合同的签字方。”2022 年 9 月，法国最高法院在该案的终审判决中支持了前述意见。

### 3、非签署方存在受仲裁协议约束的合意

这里的“合意”重在探究非签署方对于是否受仲裁协议约束的真意，而不是指非签署方在



仲裁发生后，是否同意加入仲裁程序。实际上，前面两个要件都是为该“仲裁合意”要件服务的，是探寻真意的手段和方法。另一方面，如果非签署方主动申请加入仲裁，也需要探寻其是否有同意受协议约束并参与仲裁的真实意思表示。

### 三、备受争议却迅速发展的仲裁实践

理论依据不足却又顺应了仲裁实践的“公司集团理论”，自然备受法律届争议。Kout Food 案就是其中的经典案例，英国最高法院和法国最高法院对该案的认定截然相反。

Kout Food 案的基本事实是，申请人 Kabab-Ji 与科威特 AHFC 公司于 2001 年签署了有效期为 10 年的《特许经营与开发协议》，授权 AHFC 公司在科威特经营 Kabab-Ji 餐厅。仲裁条款约定在 ICC 进行仲裁。AHFC 公司于 2005 年进行重组，成为 KOUT FOOD GROUP（“KFG”）的子公司。后发生争议，申请人 Kabab-Ji 将 KFG 作为被申请人在 ICC 申请仲裁。2017 年 9 月，仲裁庭在巴黎作出裁决，认为仲裁管辖权成立且仲裁条款对 KFG 也具有约束力，尽管 KFG 不是主合同和仲裁条款的签署方，但 KFG 直接涉及到了合同的履行。仲裁庭裁决 KFG 向 Kabab-Ji 支付拖欠的许可费以及机会损失赔偿金。


随后，仲裁双方的博弈才真正开始。仲裁胜诉方 Kabab-Ji 向英国法院申请执行仲裁裁决。败诉方 KFG 抗辩认为，仲裁协议的准据法为英国法。根据英国法律，KFG 不是仲裁协议的当事人，不受仲裁协议约束，仲裁庭不具有管辖权。与此同时，败诉方 KFG 以同样理由，以仲裁庭缺乏管辖权为由，向法国法院提起裁决撤销之诉。

英国上诉法院于 2020 年 6 月，英国最高法院于 2021 年 10 月，作出了判决，支持了裁决败诉方 KFG。关键理由有两点，第一，英国最高法院认为，在当事人对仲裁协议的适用法没有明确选择时，仲裁条款也是主合同一部分，应适用主合同本身的法律。这与英国近年来关于仲裁协议准据法的司法实践一致。第二，与本文直接相关的是，英国法院认为，根据英国法律的规定，仲裁协议不能约束未签署的第三方。因此仲裁裁决不能约束 KFG 公司，英国不予承认与执行该裁决。

巴黎上诉法院于 2020 年 6 月，法国最高法院于 2022 年 9 月，做出了相反的判决，驳回了败诉方 KFG 要求撤销仲裁裁决的请求。与英国法院的理由针锋相对，法国法院认为，第一，仲裁协议独立于其所存在的主合同，仲裁协议的准据法适用“仲裁所在地法”。从而本案仲裁协议应适用仲裁所在地也就是法国法。该观点亦符合大陆法系的一贯原则。第二，法国法院再次重申了法国法的实践，即第三方只要其实际参与合同的履行，并且十分清楚仲裁协议的存在和范围，仍可能受仲裁协议所约定。巴黎上诉法院认为，“仲裁条款应当延伸适用至与合同履行直接相关的当事方，以及任何由合同所引发的争议，只要明确他们的合同情况，并且根据其行为可以推定他们已接受相应合同条款，尽管他们并非包括仲裁协议案涉合同的签字方。”巴黎上诉法院还进一步指出，“仲裁庭无需就仲裁条款由 AHFC 转移至 KFG 作出决定，便可以恰当地得出案涉仲裁条款可延伸适用于 KFG 的结论。”

### 四、中国法的态度值得关注

虽然针对国内仲裁，但上海海事法院于 2020 年 4 月 30 日作出（2020）沪 72 民特 2 号关



于驳回撤裁申请的民事裁定书，值得关注。

该裁定书考察了母子公司的控制关系、具体业务的实质性参与程度以及争议双方的仲裁合意，认为，“金光公司通过直接或间接控股或持股，事实上控制或影响关联公司的业务经营。无论从合同订立意图还是从合同实际履行角度，金光公司及其关联公司是作为公司集团整体与立伟公司发生法律关系。”

不难发现，虽然存在相反意见，但“公司集团理论”因顺应国际商务实践发展，更利于探求当事人真意，更利于平等合理的保护各方当事人权益，逐步被业界接受，值得关注。当然，该理论也面临各个国内法态度不一，承认与执行存在不确定性等问题，有待进一步观察。

## 本期部分作者



郑丹妮（深圳）  
+86 755 2223 5518  
zhengdanni@jtn.com



王东（上海）  
+86 21 3886 2101  
wangdong@jtn.com



曾胜（北京）  
+86 10 5706 8208  
zengsheng@jtn.com



杨晨（北京）  
+86 10 5706 8027  
yangchen@jtn.com



蔡硕（北京）  
+86 10 5706 8270  
caishuo@jtn.com



逢若鸣（北京）  
+86 10 5706 8445  
pangruoming@jtn.com



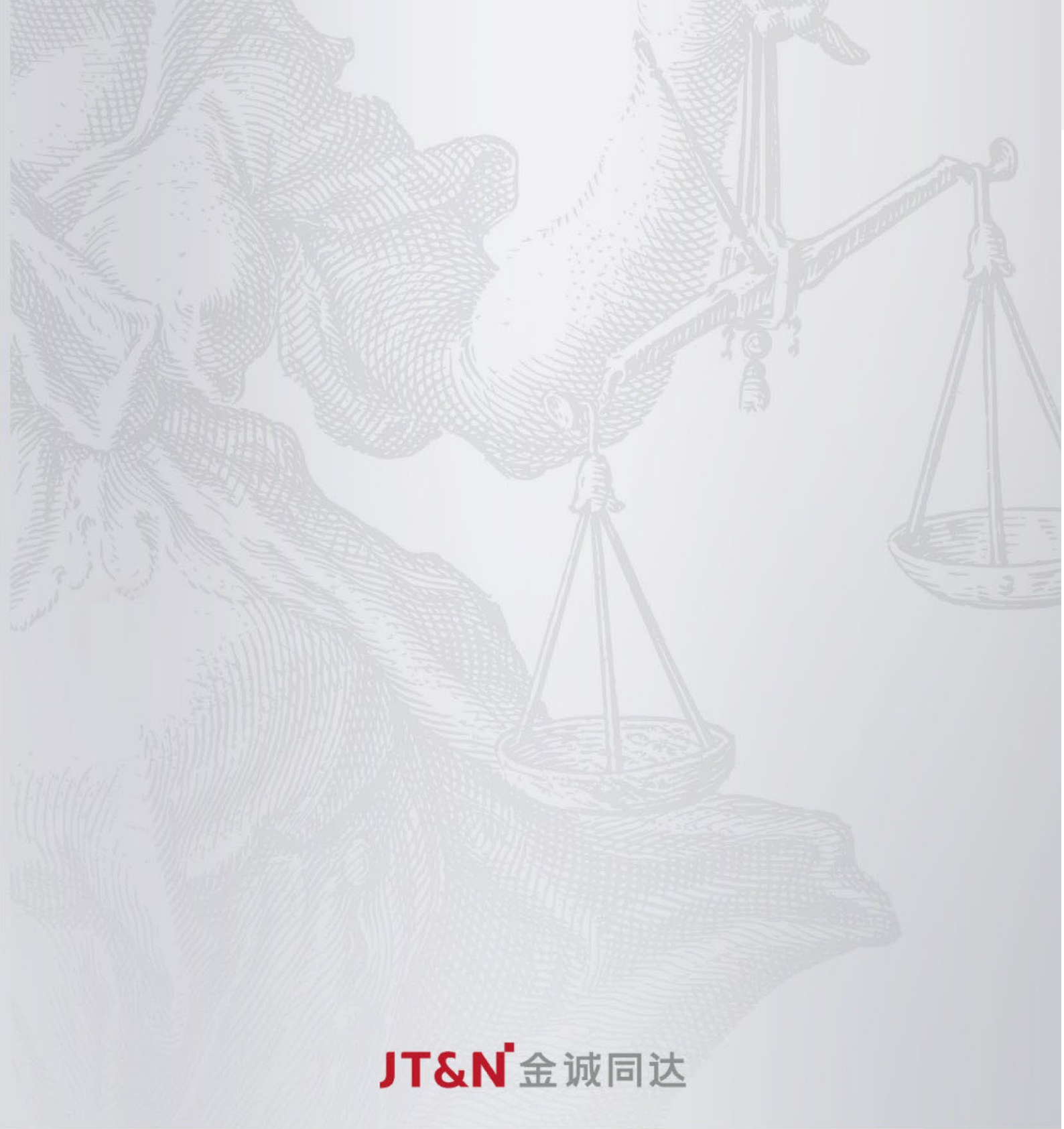
易旻（大连）  
+86 411 8442 6666-8005  
yiyang@jtn.com



李岚（深圳）  
+86 755 2348 2627  
lilan@jtn.com



李露（成都）  
+86 28 8324 7123  
lilu@jtn.com



**JT&N** 金诚同达

[www.jtn.com](http://www.jtn.com)