

# NEWSLETTER

## 跨境争议解决 刊物

Cross-border Dispute Resolution

第 11 期    2023 年 7 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（四）——共谋行为解构与中国案例	01
郑丹妮	
北京四中院关于申请承认与执行域外仲裁裁决和法院判决之十件典型案例的汇总（下）	05
杨柳青	
试论《纽约公约》第五条第一款（甲）项的理解与适用（上）	07
赵振、郝甜、沙桐	
当事人在中国是否有权单独申请承认外国仲裁裁决	09
林慕娟、边桐	
多层次争议解决条款的“攻”与“防”	12
李露	
从案例看投资人在开曼公司行使回购权的潜在障碍（下）	15
王东	
电子证据开示在中国跨境争议解决中的应用（中）	18
李岚、陈霖、刘峻佐	

## ABSTRACT

## 摘要

**1. 世界银行合规调查与制裁解禁实务研究（四）——共谋行为解构与中国案例**

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,共谋行为约占应制裁行为的20%。中国公司及个人在竞标世行项目的过程中存在构成共谋行为的较高风险,哪怕是高级知识分子亦不例外。但是,对世行制裁机制的充分了解与运用,有助于提前规避风险及事后最大程度地降低不利影响。本文针对共谋行为的概念进行解构,并介绍了中国近年的实务案例。

**2. 北京四中院关于申请承认与执行域外仲裁裁决和法院判决之十件典型案例的汇总（下）**

杨柳青

2022年12月28日,北京市第四中级人民法院召开新闻发布会,并公布了“申请承认和执行域外仲裁裁决和法院判决执行案件”之十件典型案例。本文汇总了剩余五个典型案例:6. 某能源有限公司与某空调股份公司申请承认和执行米兰仲裁院仲裁裁决执行一案;7. 某保险股份公司与某国际集团、某国际集团资本有限公司申请认可和执行香港国际商会仲裁院仲裁裁决执行一案;8. 某有限公司与吴某申请承认和执行法兰西共和国巴黎商业法庭裁定书执行一案;9. 某投资有限公司与某工程建设有限公司申请承认和执行瑞士商会仲裁院仲裁裁决执行一案;10. 某私人有限公司与某投资控股公司申请承认和执行新加坡国际仲裁中心仲裁裁决执行一案。

**3. 试论《纽约公约》第五条第一款（甲）项的理解与适用（上）**

赵振、郝甜、沙桐

尽管《纽约公约》第五条第一款（甲）项条文未明确表明不存在仲裁协议为不予承认和执行外国仲裁裁决的理由之一,但学理和司法实践通常都认可若仲裁裁决的被申请人以不存在仲裁协议为由向法院提出异议,受案法院应当对是否存在仲裁协议进行审查。在判断仲裁协议效力的准据法问题上,根据《第二次全国涉外商事海事审判工作会议纪要》的规定,仅约定了适用于解决合同争议的准据法,有可能被认定为该约定的准据法无法用来确定涉外仲裁条款的效力。为谨慎起见,建议当事人在约定解决合同争议的准据法之外,还需明确约定仲裁条款效力的准据法。

**4. 当事人在中国是否有权单独申请承认外国仲裁裁决**

林慕娟、边桐

在全球化的背景下,贸易和投资日益频繁。仲裁作为重要的争议解决方式,已经受到了广泛的认可。然而,实践中存在诸多情形导致申请人无需申请执行外国仲裁裁决等情形。在此情形下,能否在中国法院仅申请承认外国仲裁裁决而不申请执行,系属于被申请人惯常提出的一项抗辩事由。本文将从《纽约公约》的解释、中国国内法及司法实践,并结合笔者实操经验等角度对该问题进行探讨。



# ABSTRACT

## 摘要

### 5. 多层次争议解决条款的“攻”与“防”

李露

“因本协议发生或与本协议有关的任何纠纷，双方应当友好协商，若协商不成，应将争议提交至 XXX 仲裁机构仲裁解决”，类似约定在申请仲裁之前，当事方应当首先进行协商或调解等程序的条款，包括协商+仲裁、协商+调解+仲裁、调解+仲裁等多种形式，被称为多层次争议解决条款。看似平平无奇的约定，却经常成为败诉方撬动撤销仲裁裁决的武器。近期香港终审法院的判决，再次对该问题做了深入分析和阐述。厘清该问题，有助于当事人在面对类似情况时采取更有效率和有针对性的“攻”与“防”措施。

### 6. 从案例看投资人在开曼公司行使回购权的潜在障碍（下）

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。

### 7. 电子证据开示在中国跨境争议解决中的应用（中）

李岚、陈霖、刘峻佐

在上篇中，我们提到了证据开示的参考模型（EDRM）和证据开示的范围。在面对跨境争议解决涉及不同司法体系、语言障碍、数据法规差异等特殊需求和挑战的背景下，对于证据文件开示的全面而详细的安排也至关重要。此外，在解决跨境争议中，特别是涉及中国大陆当事方的案件中，我们需要关注中国的一系列重要法规，包括《网络安全法》《数据安全法》《个人信息保护法》等。这些法规对于中国境内数据的处理和传输设定了严格的要求和限制，对于涉及外国司法机构（如美国、英国或离岸法院）的跨境诉讼构成了重要的法律依据。

## 世界银行合规调查与制裁解禁实务研究（四）

### ——共谋行为解构与中国案例

郑丹妮\*

#### 引言

继本系列前三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、腐败行为的研究之后，本文将针对共谋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，共谋行为约占应制裁行为的 20%。

#### 一、共谋行为解构

世行对共谋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，对于共谋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》，共谋（collusion）指两方或更多方之间的安排，以实现不正当目的，包括不正当地影响另一方的行为。<sup>5</sup>据此，共谋行为的定义包括如下两个构成要件。

##### （一）两方或更多方之间的安排

该要件是对客观行为事实的要求，即两方或更多方之间存在某种安排（an arrangement between two or more parties）。根据对部分世行项目仍然适用的《咨询顾问指导方针》，“两方或更多方”是指采购或选拔过程的参与者（包括公职人员），该等参与者自身或通过不参与采购或选拔过程的另一人士或实体，试图假装存在竞争，或在人为的非竞争的水平上确定合同价格，或相互知悉各方的投标价格或其他条件。<sup>6</sup>

实务中，世行裁决机构曾将各种各样的事实模式认定为构成“安排”。例如，本应相互竞争的投标者共同拟订和协调投标，在投标者或其关联方之间披露保密的价格信息，以及世行项目执行机构的雇员与特定投标者分享招标要求草案、并在公布之前根据该等投标者的建议修订要求。<sup>7</sup>又如，世行项目执行机构的官员曾安排一个共谋“圈”，将大量合同授予其自己的公司和自己熟人的公司；为了实施该共谋活动，该官员对参与合同授予的地方官员施加了影响。<sup>8</sup>

世行裁决机构认为，即使共谋各方之间使用代理人或中介，仍然可能构成“安排”。可用于认定存在共谋的证据包括但不限于电子邮件通信副本、相关个人的证词，以及看起来类似、

相同或协调的标书。但是，被指控共谋的各方之间过去的共事历史不应作为证据被采纳。<sup>9</sup>

## （二）以实现不正当目的，包括不正当地影响另一方的行为

该要件限定了共谋行为的主观目的，即实现不正当目的，包括不正当地影响另一方的行为（designed to achieve an improper purpose, including to influence improperly the actions of another party）。《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。<sup>10</sup>

实务中，世行裁决机构认为，不正当目的反映在通过给予某一投标者某种竞争优势来扼杀公开竞争的安排，以及在明确为竞争性的招标过程中安排各投标者共享信息。关于期望的影响获实际实现的证据尽管有助于表明调查对象有意施加该等影响，但该等证据并非认定共谋行为的必要条件。<sup>11</sup>

## 二、中国近年案例

在世行涉及中国的共谋案件中，与欺诈行为案件的压倒性数量相比，涉及共谋行为的案件屈指可数，远未达到全部应制裁行为的两成。确切而言，自世行制裁体系于 2004 财年发布年度报告至今，明确涉及中国及共谋行为的案件共两件。

### （一）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>12</sup>，宣布通过谈判解决协议（Negotiated Resolution Agreement，简称“NRA”），针对一家名为“Voith Hydro Shanghai Ltd.”的中国公司在巴基斯坦项目中实施的腐败与共谋行为予以制裁，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）。

前已提及，在世行制裁体系下，调查对象有权在调查或制裁程序的任何阶段寻求通过 NRA 解决争议，尽管在多数情形下发生于制裁程序开始之前。世行廉政局（Integrity Vice Presidency，简称“INT”）负责 NRA 的起草、谈判和执行，经世行法律顾问（General Counsel）及 OSD 审查核实自愿且符合《制裁指导方针》后，方可签署生效。因此，NRA 具有终局效力。

公开资料显示，被制裁公司的中文名为“上海福伊特水电设备有限公司”（简称“福伊特上海公司”），注册地址及世行登记的通讯地址均为上海市闵行区江川路 555 号。根据前述新闻稿，福伊特上海公司与其德国母公司 Voith Hydro Holding GmbH & Co. KG（中文名为“福伊特水电国外投资有限公司”，简称“福伊特母公司”）、在德国注册的关联公司 Voith Hydro GmbH & Co. KG（简称“福伊特德国公司”）均为国际水电设备制造商，三家公司共同被世行制裁。

具体而言，2012 年至 2016 年期间，在巴基斯坦的塔尔贝拉水电站四期扩建工程中，福伊特上海公司、福伊特德国公司通过安排商业中介，以获得不正当的竞标优势，例如提前从公职人员之处获得机密信息，构成共谋行为；该两家公司在履约过程中曾三次向商业中介支付不当款项，以获得公职人员的有利决定，构成腐败行为；福伊特母公司未能充分监管其两家子公司。此外，2012 年，在刚果民主共和国的 AFCC2/RI 区域和国内电力市场发展项目中，福伊特德国公司未能在其标书中披露拟支付给商业中介的款项，构成欺诈行为。





鉴于三家公司配合世行调查、自愿采取补救措施，包括对相关责任主体采取内部措施、开展内部调查、在谈判期间自愿限制参与世行项目、向受影响国家退款（Restitution）1,766,198.22 欧元，NRA 在默认采取的制裁措施基础上酌情减轻了制裁措施。其中，除福伊特上海公司受到的前述制裁外，福伊特德国公司受到的制裁措施是 15 个月的附条件除名（Debarment with Conditional Release）及随后 6 个月的附条件不除名；福伊特母公司受到的制裁措施是 21 个月的附条件不除名，该制裁范围涵盖福伊特母公司直接或间接控制的全部主体（福伊特上海公司、福伊特德国公司除外）。该 NRA 对福伊特上海公司、福伊特德国公司的制裁已触发其他多边开发银行的交叉制裁。

## （二）伊世特案

根据《世界银行制裁体系 2019 财年年度报告》<sup>13</sup>及世行制裁委员会出具的第 113 号决定书<sup>14</sup>，2018 年 11 月 14 日，世行针对一家名为“ESD China Limited”的中国公司及一位名为“Dr. Gong Yuyang”的中国公民在菲律宾项目中实施的共谋行为予以制裁，制裁措施均为在世行官网公开发布为期 6 个月的斥责信（Reprimand），期间不影响二者参与世行资助项目的资格。作为世行内部的第二级裁决机构，制裁委员会的决定书具有终局性。

公开资料显示，被制裁公司的中文商号为“伊世特”（简称“伊世特公司”），目前的注册地在香港，在北京、上海、深圳、武汉、重庆均设有办公室，主要从事环境、能源和工程咨询服务。被制裁个人的中文名为龚宇阳博士，本科及硕士毕业于北京大学环境科学专业，后于美国获得工程博士学位，曾任美国路易斯·伯杰公司副总裁中国区主任、中循环（北京）环境技术中心主任、世行和亚洲开发银行技术顾问和专家组长，时任伊世特公司的董事总经理。

根据前述决定书，2011 年，在菲律宾的持久性有机污染物综合管理项目中，世行项目执行机构就一份技术援助和培训咨询服务合同招标，伊世特公司与一家当地公司联合投标（简称“联盟”）并于 2013 年初获得了价值约 211 万美元的项目合同。伊世特公司、龚宇阳博士与相关个人达成安排，以不正当地为联盟获取项目合同，故构成共谋行为。

具体而言，INT 主张，世行项目执行机构的一名顾问与其他公职人员向当地公司的总裁披露了机密信息（包括世行项目执行机构的预算和具体合同条款），当地公司的总裁进而向时任伊世特公司的董事总经理龚宇阳博士披露了机密信息。由此，伊世特公司在投标时获得了不公平的竞争优势。INT 认为，共谋行为的定义并不要求呈现行为人之间的“协议”或合意，只要调查对象明知（knowledge）或理解（understanding）其共谋者所从事行为的不公平和反竞争的性质，便足以构成“安排”。

伊世特公司与龚宇阳博士辩称，共谋安排仅发生在世行顾问与当地公司总裁之间，其本身并没有利用机密信息获取项目合同；当世行顾问、当地公司总裁与 INT 通过 NRA 针对对应制裁行为结案时，并未牵连龚宇阳博士。二者进一步辩称，共谋行为的定义应受限于定价与围标的情形；假如龚宇阳博士在收到预算时知悉其来源于政府机构，则构成共谋行为。

OSD 原本建议针对伊世特公司、龚宇阳博士均采取为期至少 4 年的制裁，由于二者均未在 90 天期限内申诉，OSD 于 2017 年 10 月 27 日出具了《无争议制裁程序通知》。但是，2017 年 10 月 30 日，伊世特公司、龚宇阳博士对制裁措施提出异议，向世行申请了具有溯及力的延期申请，制裁委员会两度批准延期，最终定于 2018 年 2 月 2 日之前提交申诉。2018 年 10 月 1

日，制裁委员会在世行总部开庭，伊世特公司的外聘律师及龚宇阳博士均现场出席。

最终，制裁委员会支持 INT 对共谋行为定义的解释，认为龚宇阳博士与当地公司总裁（不包括世行顾问）达成了共谋安排，并根据当地公司总裁提供的机密信息修改了标书中的报价。龚宇阳博士在其职责范围内为雇主的利益从事共谋行为，故伊世特公司应承担雇主替代责任。

本案的加重情节包括伊世特公司领导人参与不当行为及在证据面前反复否认违规事实，减轻情节包括配合调查、主动采取合规改进措施、已被采取临时暂停资格的期间、行为发生与制裁决定的间隔周期（从 2011 年实施共谋行为，至 2017 年 OSD 出具《无争议制裁程序通知》，已间隔六年多）。特别地，制裁委员会认为初犯只是一个中性的事实，不构成减轻情节。与 OSD 最初的建议相比，制裁委员会作出的决定显著降低了制裁措施的严厉程度，彰显了积极应对世行调查与制裁程序的必要性。

## 结语

结合共谋行为的最新定义、构成要件及中国案例，可以看出，中国公司及个人在竞标世行项目的过程中存在构成共谋行为的较高风险，哪怕是高级知识分子亦不例外。但是，对世行制裁机制的充分了解与运用，有助于提前规避风险及事后最大程度地降低不利影响。在本系列的后续文章中，笔者将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。

<sup>1</sup> 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>.

<sup>2</sup> See World Bank Group, *Procurement Regulations and Anti-Corruption Guidelines*, <https://www.worldbank.org/en/about/unit/sanctions-system#3>.

<sup>3</sup> See Sanctions Board Decision No. 131, paragraph 10.

<sup>4</sup> 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>.

<sup>5</sup> A “collusive practice” is an arrangement between two or more parties designed to achieve an improper purpose, including 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>.

<sup>6</sup> See World Bank Group, *Guidelines on Selection and Employment of Consultants by World Bank Borrowers* (revised as of July 2014), paragraph 1.23(iii), Washington, D.C., <https://thedocs.worldbank.org/en/doc/894361459190142673-0290022014/original/ProcurementConsultantHiringGuidelinesEngJuly2014.pdf>.

<sup>7</sup> See World Bank Group Sanctions Board Law Digest 2019, page 52.

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> *Supra* note 7, pages 52-53.

<sup>10</sup> *Supra* note 8, page 3.

<sup>11</sup> *Supra* note 7, page 53.

<sup>12</sup> 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>.

<sup>13</sup> World Bank Group, *World Bank Group Sanctions System Annual Report for Fiscal Year 2019 (English)*, Washington, D.C., <https://documents1.worldbank.org/curated/en/980641572096094561/pdf/World-Bank-Group-Sanctions-System-Annual-Report-FY19.pdf>, page 14.

<sup>14</sup> See Sanctions Board Decision No. 113.



## 北京四中院关于申请承认与执行域外仲裁裁决和法院判决 之十件典型案例的汇总（下）

杨柳青

2022年12月28日，北京市第四中级人民法院（“北京四中院”）召开新闻发布会，并公布了“申请承认和执行域外仲裁裁决和法院判决执行案件”之十件典型案例。本文承接第5期《北京四中院关于申请承认与执行域外仲裁裁决和法院判决之十件典型案例的汇总（上）》，继续介绍余下5个案例。

### 6. 某能源有限公司与某空调股份公司申请承认和执行米兰仲裁院仲裁裁决执行一案

米兰仲裁院裁决某空调股份公司向某能源有限公司支付违约损害赔偿及按照意大利法定利率支付相应的利息等。在某能源有限公司向北京四中院申请承认和执行米兰仲裁院裁决并获准后，执行过程中，某空调股份公司以申请执行超过执行期间为由认为承认和执行的民事裁定错误及违法，要求撤销执行，并提出执行异议及复议。法院认为其异议理由并非针对具体的执行行为，因此不属于执行异议审查的范围，最终被裁定驳回申请。


本案是《纽约公约》与我国《民事诉讼法》等程序法有效衔接的典型案例。根据我国现行的法律规定，承认和执行域外仲裁机构的仲裁裁决经合议庭审查后，如果裁定承认和执行，裁定一经送达即生效，当事人没有上诉、复议等的救济程序。

### 7. 某保险股份有限公司与某国际集团、某国际集团资本有限公司申请认可和执行香港国际商会仲裁院仲裁裁决执行一案

香港国际商会仲裁院裁决某国际集团等公司向某保险股份有限公司支付数额相当于47,000多万美元的等值人民币及应计利息的全部托管资金。某保险股份有限公司遂向北京四中院申请认可和执行并获准。执行过程中，M国际银行以需要某国际集团、某国际集团资本有限公司和J公司发出联合指令函才能放款为由，认为付款指令不符合《资金托管协议》的约定，拒绝自动协助执行仲裁裁决和法院裁定书。北京四中院研究后认为J公司已注销，在客观上已不具备出具同意放款证明文件的可能，在仲裁裁决已经生效的情况下，M国际银行应当履行仲裁裁决书的裁决事项。

本案是对国际商会仲裁院在香港做出的裁决的承认与执行，是对《最高人民法院关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》有力贯彻。香港国际商会仲裁院做出的裁判判决得到北京四中院认可后，仲裁裁决具有绝对的执行效力，已生效的仲裁裁决效力高于合同约定的效力。

### 8. 某有限公司与吴某申请承认和执行法兰西共和国巴黎商业法庭裁定书执行一案



法国巴黎商业法庭出具裁定书，裁定吴某应当根据《交易意向书》向某有限公司支付 4,600 多万美元，赋予《交易意向书》执行力。因吴某未按照《交易意向书》规定的期限付款且吴某财产所在地在北京市，某有限公司向北京四中院申请承认与执行上述裁定书（包括其赋予执行力的《交易意向书》）。北京四中院审查后裁定承认和执行巴黎商业法庭作出的该裁定书。执行过程中，北京四中院冻结了被执行人吴某名下保险保单，经与其沟通无果后，强制解除保险合同并扣划现金价值 19 万余元，将案款全部发还申请执行人。

承认与执行外国法院判决对于国际民商事诉讼具有十分重要的意义和作用，法国是较早与中国缔结民商事司法协助条约的国家，本案是中法两国之间关于民事、商事司法协助协定的践行。

#### **9. 某投资有限公司与某工程建设有限公司申请承认和执行瑞士商会仲裁院仲裁裁决执行一案**

某投资有限公司向北京四中院申请和承认执行瑞士商会仲裁院作出的仲裁裁决并获准。在执行过程中，被执行人某工程建设有限公司认为仲裁裁决针对其作出的履行金额不明，依据瑞士法的规定其仅承担部分责任，而不应承担连带责任，因此提起执行异议。针对仲裁裁决中不存在争议的部分，某工程建设有限公司按照当日的外汇牌价，主动向法院缴纳了人民币 1,400 余万元。对存在争议的部分，某工程建设有限公司提供了足额的银行存款担保，要求中止执行。经申请执行人同意后，北京市第四中级人民法院依法冻结了某工程建设有限公司提供担保的银行存款，案件中止执行。

国际司法协助的目的是使域外的仲裁裁决、法院判决在不违背中国法律及公共利益等的情况下在中国境内予以执行。执行过程中，对于无争议的部分，法院应当先进行执行，对于仲裁裁决事项不明的争议部分，当事人提出执行异议要求执行中止的，法院可以要求提出异议的当事人提供足额的担保，在申请执行人同意的情况下，可以适用中止执行程序，待争议的仲裁裁决事项解决以后再恢复执行。该案的处理方式为此类案件的办理提供了解决思路。

#### **10. 某私人有限公司与某投资控股公司申请承认和执行新加坡国际仲裁中心仲裁裁决执行一案**

某投资控股公司未按照新加坡国际仲裁中心的仲裁裁决履行义务，某私人有限公司向北京四中院申请承认和执行该裁决并获准。执行过程中，北京四中院向被执行人某投资控股公司发出执行通知书、报告财产令。通过网络查询平台对某投资控股公司名下的银行账户、车辆、股权、证券、不动产等财产进行了查询，依法划拨某投资控股公司名下的银行存款 50 多万元，发还给了申请执行人。除此之外，北京四中院通过现场调查、到有关行政部门调查等多种方式进行了执行查找，但均未发现被执行人名下有其他可供执行的财产。本案因被执行人无财产可供执行，申请执行人的债权未能得到全部清偿，经申请执行人的同意，北京四中院依法裁定终结本案的本次执行程序。

执行过程中，法院及时将被执行人名下财产的查询和控制情况告知申请执行人，使申请执行人充分了解案件办理的整个过程，执行工作的过程和执行结果同等重要。

## 试论《纽约公约》第五条第一款（甲）项的理解与适用（上）

赵振、郝甜、沙桐

《承认及执行外国仲裁裁决公约》（以下简称“《纽约公约》”）是有关承认和执行外国仲裁裁决的最重要的国际条约，我国政府于 1987 年 1 月 22 日递交加入书，自 1987 年 4 月 22 日起《纽约公约》对我国生效。《纽约公约》第五条第一款（甲）项规定：“一、裁决唯有于受裁决援用之一造向声请承认及执行地之主管机关提具证据证明有下列情形之一时，始得依该造之请求，拒予承认及执行：（甲）第二条所称协定之当事人依对其适用之法律有某种无行为能力情形者，或该项协定依当事人作为协定准据之法律系属无效，或未指明以何法律为准时，依裁决地所在国法律系属无效者；”尽管该条文未明确表明不存在仲裁协议为不予承认和执行外国仲裁裁决的理由之一，但学理和司法实践通常都予以确认。实践中，被申请人可以申请人与被申请人之间不存在仲裁协议为由，主张不予承认和执行外国仲裁裁决。

### 一、不存在仲裁协议为不予承认和执行外国仲裁裁决的理由之一


最高人民法院民事审判第四庭法官杨弘磊认为：《纽约公约》中并未明确提及仲裁协议不存在的问题，但从内涵上说“仲裁协议无效包括了没有仲裁协议的情况”。<sup>1</sup>《商事仲裁国际理事会之 1958 纽约公约释义指南：法官手册》一书中亦表明：“一个相关的拒绝执行的理由是根本不存在公约所规定的仲裁协议。”<sup>2</sup>

仲裁协议是各方当事人将仲裁作为争议解决途径的一种合意证明，而这种合意是各方当事人将国际商事仲裁作为自愿性争议解决方式的根本依据。没有这种合意基础，仲裁机构受理该案件便失去法律依据。因此，若仲裁裁决的被申请人以不存在仲裁协议为由向法院提出异议，受案法院应当依据公约及相关适用法律对是否存在仲裁协议进行审查。

司法实践中，也持上述态度。如《最高人民法院关于申请人瑞尔玛食品有限公司与被申请人湛江冠亚食品有限公司申请承认和执行外国仲裁裁决请示案的复函》（[2013]民四他字第 40 号）中，最高人民法院认为：“1. 关于涉案仲裁协议是否成立的问题。美国食品工业协会虽已确认案涉当事人之间存在仲裁协议，并据此行使管辖权和作出裁决，但申请人按照《纽约公约》申请承认和执行时，被申请人对仲裁庭的管辖权提出异议的，人民法院应当就仲裁协议是否成立的事实进行审查并作出判定。如果湛江冠亚食品有限公司能够提供证据证明其与瑞尔玛食品有限公司不存在合同关系和仲裁协议的事实，人民法院应依据《纽约公约》第 5 条第 1 款第(a)项的规定，拒绝承认和执行涉案仲裁裁决。”

又如，《最高人民法院关于申请人艾仑宝棉花公司与被申请人宁波雅戈尔国际贸易运输有限公司申请承认和执行外国仲裁裁决一案的请示的复函》（〔2014〕民四他字第 32 号）中，最高人民法院认为：“仲裁庭在裁决书中表明三份棉花协议中雅戈尔公司的印章与雅戈尔公司提交仲裁庭的二份文件上加盖的印章非常近似，并据此认为雅戈尔公司提交的这二份文件成为对其不利的证据。仲裁庭认为依据对英国法的理解与认知，仲裁协议有效，但未阐明具体理由与法律依据。当事人就通过仲裁解决争议达成合意是仲裁条款或者仲裁协议独立生效的前提，也是仲裁机构受理仲裁案件的前提。而本案中艾仑宝公司既无法证明三份棉花协议中雅戈尔公司





的印章的真实性，也无法证明吴倚恩有权代表雅戈尔公司，因此没有有效证据证明雅戈尔公司与艾仑宝公司之间就案涉棉花购销协议产生的纠纷交付仲裁达成合意。国际棉花协会受理本案缺乏事实和法律依据。综上，同意你院关于不予承认国际棉花协会于 2011 年 9 月 9 日就编号为 347450、347460、348990 的棉花购销协议纠纷作出的仲裁裁决的请示意见。”

综上所述，即使案涉外国仲裁裁决已确认案涉当事人之间存在仲裁协议，但依据被申请人的主张，我国法院仍会对是否存在仲裁协议进行审查。

## 二、判断仲裁协议效力的准据法

尽管各国理论界和实务界对于仲裁条款的法律适用问题存在不同的认识，但在我国法院申请承担和执行外国仲裁裁决时，判断仲裁协议效力的准据法可参考如下法律规定：

《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第十八条规定：“当事人可以协议选择仲裁协议适用的法律。当事人没有选择的，适用仲裁机构所在地法律或者仲裁地法律。”

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》第十六条规定：“对涉外仲裁协议的效力审查，适用当事人约定的法律；当事人没有约定适用的法律但约定了仲裁地的，适用仲裁地法律；没有约定适用的法律也没有约定仲裁地或者仲裁地约定不明的，适用法院地法律。”

最高人民法院发布的《第二次全国涉外商事海事审判工作会议纪要》第 58 条规定：“（一）涉外仲裁协议效力的审查 58. 当事人在合同中约定的适用于解决合同争议的准据法，不能用来确定涉外仲裁条款的效力。当事人在合同中明确约定了仲裁条款效力的准据法的，应当适用当事人明确约定的法律；未约定仲裁条款效力的准据法但约定了仲裁地的，应当适用仲裁地国家或者地区的法律。只有在当事人未约定仲裁条款效力的准据法亦未约定仲裁地或者仲裁地约定不明的情况下，才能适用法院地法即我国法律作为确认仲裁条款效力的准据法。”

由此可见，仅约定了适用于解决合同争议的准据法，有可能被认定为该约定的准据法无法用来确定涉外仲裁条款的效力。为谨慎起见，建议当事人在约定解决合同争议的准据法之外，还需明确约定仲裁条款效力的准据法。

---

<sup>1</sup> 参见杨弘磊：《中国内地司法实践视角下的〈纽约公约〉问题研究》，法律出版社 2006 年版，第 208 页。

<sup>2</sup> 参见杨帆译：《商事仲裁国际理事会之 1958 纽约公约释义指南：法官手册》，法律出版社 2014 年版，第 73 页。

# 当事人在中国是否有权单独申请承认外国仲裁裁决

林慕娟、边桐

在全球化的背景下，贸易和投资日益频繁。仲裁作为重要的争议解决方式，已经受到了广泛的认可。然而，实践中存在诸多情形导致申请人无需申请执行外国仲裁裁决等情形。在此情形下，能否在中国法院仅申请承认外国仲裁裁决而不申请执行，系属于被申请人惯常提出的一项抗辩事由。本文将从《纽约公约》的解释、中国国内法及司法实践，并结合笔者实操经验等角度对该问题进行探讨。

## 一、关于“承认”与“执行”的术语解释

我国于 1986 年 12 月正式加入《承认及执行外国仲裁裁决公约》（由于该公约于 1958 年在纽约通过，简称“《纽约公约》”），《纽约公约》也系我国承认和执行外国仲裁裁决的主要根据。

《纽约公约》本身未对“承认”与“执行”进行明确定义，但联合国贸易法委员会秘书处于 2016 年发布的《关于〈纽约公约〉的指南》中援引了某些法院的解释，即，“‘承认’系指承认裁决的法律效力，而‘执行’则指强制执行同一国家先前所承认的裁决”<sup>1</sup>。

在(2018)津民他 6 号案中，天津高级人民法院也对“承认”与“执行”进行了区分解释，“域外仲裁裁决的承认，主要解决域外仲裁裁决是否具有与我国法院判决相同既判力的问题。域外仲裁裁决的执行，主要解决域外仲裁裁决确定的给付责任能否得到实现、进而满足当事人私法上请求权的问题”。

## 二、《纽约公约》对于“只承认、不执行”的态度

关于当事人是否可以向缔约国法院仅申请承认外国仲裁裁决这一问题，前述《关于〈纽约公约〉的指南》中已有提及<sup>2</sup>，对当事人单独申请“承认”外国仲裁裁决持肯定态度：虽然德国最高法院在 1981 年的某案件中认为“承认”与“执行”系两项相互关联的程序，且不可单独提出申请，但包括不限于美国、葡萄牙、印度等大部分其他司法辖区均认为，当事人可以单独申请“承认”外国仲裁裁决，“这一做法在（纽约）公约准备工作材料和评注中得到了支持”。

## 三、中国国内法、最高院复函层面

现行《中华人民共和国民事诉讼法》第 290 条为外国仲裁裁决如何在中国得到承认和执行提供了基本法律依据，但未对当事人是否必须同时申请“承认和执行”作出明确规定。

关于这一问题，笔者理解下述相关司法解释、最高院会议纪要及最高院复函中已明确了当事人仅申请承认而不执行外国仲裁裁决的相关权利。

《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》（2022 修正）第 544 条规

定，“对外国法院作出的发生法律效力<sup>1</sup>的判决、裁定或者外国仲裁裁决，需要中华人民共和国法院执行的，当事人应当先向人民法院申请承认。人民法院经审查，裁定承认后，再根据民事诉讼法第三编的规定予以执行。当事人仅申请承认而未同时申请执行的，人民法院仅对应否承认进行审查并作出裁定”。

《最高人民法院关于印发<第二次全国涉外商事海事审判工作会议纪要>的通知》（法发〔2005〕26号）第82条，“对具有执行内容的外国仲裁裁决，当事人仅申请承认而未同时申请执行的，人民法院仅对应否承认进行审查。承认后当事人申请执行的，人民法院应予以受理并对是否执行进行审查”。

此外，最高人民法院在关于给陕西省高级人民法院的《关于对国外仲裁机构的裁决申请承认和申请执行是否应一并提出问题的请示的复函》（〔2013〕民四他字第43号）中也明确提出，“你院（2013）陕民三他字第1号《关于对国外仲裁机构的裁决申请承认和申请执行是否应一并提出问题的请示》收悉。经研究，答复如下：1. 对于外国仲裁裁决，法律没有规定当事人必须一并申请承认和执行，当事人可以选择仅申请人民法院承认，也可以选择申请人民法院承认和执行。当事人先申请人民法院承认外国仲裁裁决，人民法院经审查裁定予以承认的，当事人还可以申请人民法院执行该仲裁裁决…”

#### 四、中国司法实践层面

司法实践中，也存在诸多中国法院认可了当事人仅申请承认而不执行外国仲裁裁决的案例，其中比较典型的是：

##### 1、厦门海事法院：（2019）闽72民特1042号<sup>3</sup>

厦门海事法院在该案中裁定“承认新加坡国际仲裁中心作出的编号为2019年第023号的部分终局仲裁裁决以及编号为2019年第059号的终局仲裁裁决的效力”。

厦门海事法院在裁判文书中明确提及，“本案申请系由仲裁裁决的支付义务人招商银行提起，其在两份仲裁裁决项下的支付义务均已履行完毕，故申请人仅申请承认，而不申请执行。申请人提出申请，旨在使案涉两份新加坡仲裁裁决具有中国法下之效力，并用于本院关联的另案诉讼中。这一申请，系其自愿，也不妨碍对方当事人或第三人利益，更不违反公共政策，应予以准许”。

##### 2、天津高级人民法院，（2018）津民他6号<sup>4</sup>

天津高级人民法院在该案中明确提出，“当事人有权单独申请承认域外仲裁裁决。（一审法院天津海事法院关于）本案的相应处理是正确的”。

在裁判文书中，天津高级人民法院认为，“第一，域外仲裁裁决的承认与执行具有不同法律效力。域外仲裁裁决的承认，主要解决域外仲裁裁决是否具有与我国法院判决相同既判力的问题。域外仲裁裁决的执行，主要解决域外仲裁裁决确定的给付责任能否得到实现、进而满足当事人私法上请求权的问题。第二，在实践中当事人并不必然需要申请执行域外仲裁裁决。譬如，在域外仲裁裁决经人民法院承认后，各方当事人达成和解自动给付。又如，“仲裁裁决”



类型多样，确定仲裁庭是否有管辖权的仲裁裁决、确认当事人是否有财产权益的仲裁裁决等均不存在执行问题。再如，有的当事人申请承认域外仲裁裁决目的仅为行使相应抗辩权、抵销权，并不要求予以执行。**第三，依照《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》第五百四十六条（现第五百四十四条）规定，域外仲裁裁决需要中华人民共和国法院执行的，当事人应当先向人民法院申请承认。当事人仅申请承认而未同时申请执行的，人民法院仅对应否承认进行审查并作出裁定。**故而，依照上述规定，当事人有权单独申请承认仲裁裁决”。

笔者曾经处理过一起根据《最高人民法院关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》（“《内港执行安排》”）在中国内地法院**单独申请承认**香港仲裁的案件。**在该案中，对方以《内港执行安排》是内港之间关于“互相执行问题”的安排故而我方当事人无权向中国法院单独申请承认香港仲裁裁决为由，要求法院驳回我方当事人的承认请求。法院最终未采纳对方的抗辩理由，仍受理了我方当事人的承认请求。**

笔者在过往处理的案件中也遇到过被申请人认为，对已经在其他法域履行完毕的外国仲裁裁决，因不再具有执行必要从而导致在《纽约公约》下不应当单独承认该等外国仲裁裁决的答辩观点。对此，笔者认为，申请人应当有权向中国法院申请承认在其他国家已经执行完毕的裁决，且仅因该等裁决已经在别国执行不应当成为该等裁决不应当被承认的理由。如前所述，中国国内法层面已经明确了“承认”和“执行”的可区分性，未强制要求当事人必须同时申请承认与执行外国仲裁裁决，因此申请人应有权向中国法院申请承认已经执行完毕的外国仲裁裁决。另外，《纽约公约》也并未将仲裁裁决在国外已被执行作为不予承认的理由。此外，如前述厦门海事法院案例，已经明确在相关支付义务已履行完毕的情况下，申请人仅申请承认，旨在使案涉外国仲裁裁决具有中国法下之效力并用于另案诉讼中，该等申请不违反法律法规、公共政策亦不妨碍相关当事人及第三人利益，应予准许。

综上分析，《纽约公约》、中国国内法及司法实践中，均未强制要求当事人必须同时申请承认与执行外国仲裁裁决。

---

<sup>1</sup> 《贸易法委员会秘书处关于〈承认及执行外国仲裁裁决公约〉（1958年，纽约）的指南》第9页，第7段

<sup>2</sup> 《贸易法委员会秘书处关于〈承认及执行外国仲裁裁决公约〉（1958年，纽约）的指南》第9-10页，第8-13段

<sup>3</sup> 招商银行股份有限公司厦门分行、MK公司、新加坡星展银行有限公司申请承认与执行法院判决、仲裁裁决案件特别程序民事裁定书，（2019）闽72民特1042号

<sup>4</sup> 中源船务有限公司与康纳海运有限公司申请承认外国仲裁裁决案，（2018）津民他6号

## 多层次争议解决条款的“攻”与“防”

李露

“因本协议发生或与本协议有关的任何纠纷，双方应当友好协商，若协商不成，应将争议提交至XXX仲裁机构仲裁解决”，类似约定在申请仲裁之前，当事方应当首先进行协商或调解等程序的条款，包括协商+仲裁、协商+调解+仲裁、调解+仲裁等多种形式，被称为多层次争议解决条款。看似平平无奇的约定，却经常成为败诉方撬动撤销仲裁裁决的武器。近期香港终审法院的判决，再次对该问题做了深入分析和阐述。厘清该问题，有助于当事人在面对类似情况时采取更有效率和有针对性的“攻”与“防”措施。

### 一、C v D 案概要

近期颇具影响的 C v D 案，就是关于多层次争议解决条款的认定。本案中的仲裁条款是：

“双方同意，如果双方之间因本协议，或是因其违约、解释或是有效性问题，而产生或是出现与之相关的任何争议、争端或是索赔，双方应真诚地尝试迅速通过谈判去解决此类争议。任何一方均可通过书面通知另一方，将此类争议提交双方的首席执行官进行解决。首席执行官（或其授权代表）应在有关书面请求提出之日起十（10）个工作日内，在双方可接受的时间和地点进行会面，并在其合理地认为有需要的情况下，尝试通过谈判解决有关争议。

如果任何争议无法在一方提出书面请求协商之日起六十（60）个工作日内，或在双方可能商定的其他时间期限内友好地解决，则该争议应由任意一方根据仲裁开始时适用有效的联合国国际贸易法委员会仲裁规则（“规则”），在香港国际仲裁中心（“HKIAC”），通过具有排他性和终局性的仲裁进行处理……”

如同很多争议发生时一样，双方在发生争议后，D 公司的首席执行官向 C 公司的董事会主席发送了通知函，并抄送给了 C 公司的其他董事会成员。C 公司认为 D 公司未按仲裁条款约定发函，就合同相关问题应当致函 C 公司首席执行官。

后双方未再互致函件，D 公司于 2019 年 4 月 18 日申请了仲裁。仲裁过程中，C 公司对仲裁庭管辖权提出异议，认为由于 D 公司未履行前置协商程序，仲裁庭没有本案的管辖权。

仲裁庭认为，仲裁协议对于双方应当在仲裁前真诚地尝试以协商的方式去解决争议这一点，是强制性的（mandatory）；而将争议交由双方的首席执行官去解决只是选择性的（optional）。因此，通知函本身已经满足了有关的前置协商要求。仲裁庭驳回了 C 公司的管辖权异议，最终作出了有利于 D 公司的裁决。

2020 年 5 月 21 日，C 公司向香港高等法院提出申请，要求法庭认定该案仲裁庭并无管辖权，并撤销有关裁决。

2021 年 5 月 24 日，香港高等法院在 C v D [2021] HKCFI 1474 案判决中指出，判断涉案双

方是否履行了争议解决条款中设定的前置义务（先进行真诚谈判），是有关仲裁诉求是否应被受理（admissibility）的问题，而并非仲裁庭是否拥有案件管辖权（jurisdiction）的问题。

2023年6月30日，香港终审法院就前述问题做出终审判决，裁定驳回上诉。多数派法官指出，案件双方是否履行仲裁条款中所设定的前置义务（如先行真诚谈判等），是有关仲裁诉求是否应被受理（admissibility）的问题，一般并不涉及仲裁庭对于案件的管辖权（jurisdiction）问题。因此，有关争议一方面一般最终应交由仲裁庭作出决定，法庭不会干涉，亦并不会重新审查仲裁庭裁断的是非曲直（merits）。同时，因其一般并不涉及仲裁庭的管辖权问题，香港法院亦不会以此为由撤销有关裁决。

## 二、攻方：以多层次争议解决条款未满足申请撤裁或拒绝执行的难度较大

谈及多层次争议解决条款，必然要提及“百事可乐”案。该案被认为我国“以协商期为由拒绝承认和执行外国仲裁裁决”的第一案。该案中百事可乐公司与四川百事可乐饮料有限公司在合同的仲裁条款约定：“如本合同的解决（解释）或执行（履行）产生争议，双方应尝试首先通过协商解决此项争议。如展开协商后45天仍不能以上述方式解决争议，任何一方皆可争议呈交中国国际经济贸易仲裁委员会或仲裁院根据该委员会或仲裁院的仲裁程序进行仲裁。”成都中院认为：双方在协议中明确了协商是仲裁的“前置程序”。而仲裁庭在百事公司没有向四川百事发出任何要进行协商的通知，也没有协商的行为的情况下受理其提出的仲裁申请“与当事人间的仲裁协议不符”。依据《纽约公约》第5条第1款第(丁)项的规定，拒绝承认和执行。最高人民法院在2007年的复函中确认成都市中院的裁决有效。

然而，普遍的观点认为，百事可乐案之前和之后都再未出现类似的判决，相反，越来越多的国内法院和外国更倾向于认为未履行多层次争议解决的约定不影响仲裁条款的有效性。


例如，2008年《最高人民法院关于润和发展有限公司申请不予执行仲裁裁决一案的审查报告的复函》提供了判断标准。最高院认为，“当事人虽然在仲裁协议中约定发生纠纷应当协商解决，但其未明确约定协商的期限，约定的内容比较原则，对这一条款应当如何履行和界定在理解上会产生歧义，而结合当事人订立仲裁协议的目的来判断该协议的真实意思，当事人约定的‘友好协商’和‘协商不成’这两项条件，前项属于程序上要求一个协商的形式，后一项可理解为必须有协商不成的结果，妈湾公司申请仲裁的行为，应视为已经出现了协商不成的结果，因此，在前一项条件难以界定履行标准，而后一项条件已经成立的情况下，仲裁庭有权依据该仲裁协议受理案件。”

由此可见，虽然有百事可乐案在先，但目前我国是司法实践也普遍认为，仲裁条款有效成立之后，仲裁庭的管辖权是恒定的，至于前置程序是否履行，仅仅影响仲裁庭行使管辖权时对受理时机的判断。基于对仲裁庭“自裁管辖”的普遍承认，一项争议“可否受理”应当由仲裁庭自行判断。

因此，作为攻方，应充分意识到该问题中司法倾向的态度转变，在以多层次争议解决条款未满足申请撤裁或拒绝承认与执行时，充分考虑可能不会获得法院支持的可能性。

## 三、守方：注意避免给仲裁庭留下不诚信履约的负面印象





另一方面，作为守方也并非高枕无忧。在漫长复杂的国际商事仲裁过程中，给仲裁庭展示己方诚信、可靠的形象，永远都是加分项。

第一，守方需要识别仲裁条款是否存在前置程序，前置程序是否具有可操作性和可执行性。如前所述，类似“应当”的表述，设立具体的协商或调解期限，指明协商或调解的具体程序，对接人员等，都是增加前置程序可操作性的方式。因此，守方通常作为申请方，需要根据具体仲裁条款来判断，直接申请仲裁还是履行前置程序后再申请仲裁，获得后续程序保障的可能性更大。

第二，在仲裁条款具有明确前置程序约定的情况下，守方应当注意，如果履行了前置程序，应保留相关证据。既包括进行协商或者调解的证据，也尽量收集协商或者调解失败的证据。由此证明前置程序已经满足。

第三，在特定情况下，例如协商或调解期限未满，但双方早已缺乏进一步协商或调解的可能性。作为守方，建议在前置程序中仍然保持积极主动的态度。同时收集对方不配合进行前置程序的证据，最终在仲裁庭面前展现因为对方的不配合且没有谈判意愿，前置程序已经事实上无法得到履行，再机械遵守协商期限将可能导致守方权利受损的状况。一方面可以加大得到仲裁庭后期支持的可能性，另一方面可以造成对方不诚信履约的形象。

## 从案例看投资人在开曼公司行使回购权的潜在障碍（下）

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<sup>1</sup>，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。

上篇文章中，笔者介绍到 D.E. Shaw Composite Investments Asia 10 (Cayman) Limited（以下简称“德邵基金”）和 Grand State Investments Limited（以下简称“乐嘟嘟开曼”或“公司”）股权回购一案（以下简称“乐嘟嘟回购案件”）的基本案情以及开曼大法院之判决和理由，本篇文章中笔者将与各位读者分享从该案中获得的几点启发。

### 六、 几点启示


#### （一） 关于“合法可用资金”（“legally available funds”）

“合法可用资金”这一“术语”在投融资、并购的交易文件中被广泛使用并被理所当然地认为具有确定的含义，实际上其内涵是模糊不清的，“可用”和“资金”的模糊性可能使回购义务是否应该得到履行处于不确定性的状态，导致回购债务成为附条件的债务。在美国特拉华州高等法院审理的“SV Inv. Partners LLC v. Thought Works Inc.”<sup>2</sup>中，原告主张合法可用资金是指没有任何法律使用限制的资金，等于公司的盈余（surplus），盈余是指公司的资产超过公司负债的部分，也就是公司的净资产，但裁判法官认为“合法可用资金”应该进行更加严格的限定，其不等于盈余，“合法可用资金”是指在符合法律的情况下，可供公司立即使用的资金，其中，符合法律是指根据普通法，回购股份不应导致公司破产，并且最终基于此驳回了原告的回购请求。

因此，为了避免受到关于“合法可用资金”解释的限制，我们认为，投资人可以采取如下两种路径之一：（1）在交易文件中清晰的界定什么是“合法可用资金”，“合法可用资金”不应限定于现金，而应包括公司采取一切资产处分措施、借贷、新发行股票融资等可以获得的资金，并且应约定公司董事会负有采取上述措施的义务；（2）删除“合法可用资金”的限制，仅约定公司有义务在规定的期限内向投资人足额支付回购价款，至于资金来源。但，笔者不能确定，受限于“合法可用资金”是否是一项普遍的普通法原则，即，即使交易文件未做约定，法官仍将审查公司的流动性是否满足“合法可用资金”。

#### （二） 关于回购期限

在乐嘟嘟回购案件中，开曼大法院认定该回购债务为附条件的另外一个主要依据是，股东协议约定的回购期限是“不时（from time to time）”，即履行回购义务取决于公司什么时候有



充足的资金。固定回购期限将产生固定债权的效果，一旦该回购截止期限来临，如果公司仍然未能履行支付义务，将构成公司不能履行债务，投资人可以以申请清盘来威慑公司。例如，可以约定在回购通知发出后 6 个月或 12 个月作为支付回购价款的最后期限。在本案中，投资人事后聘请律师发出了回购通知和回购履行期限，但该单方通知对于公司并不具有法律约束力，不能产生固定债权的法律效果。

### (三) 关于回购债权的顺位

回购债权的顺位是指公司因为回购投资人的股份所形成的债务在公司所有债务中的顺位，换言之，回购债权是不是与公司的普通债权处于同一清偿顺位。根据《开曼公司法》第 37(7)(a) 条的规定，如果公司在清盘日前已经同意回购股份或有义务回购股份，那么债权人可以强制执行该项债权。根据第 37(7)(b) 条的规定，公司在支付回购债权之前，应优先支付公司所有其他的债务。换言之，在清盘日之前形成的回购债权劣后于公司的其他普通债权人的债权。

### (四) 关于控制协议项下的服务费

在乐嘟嘟回购案件中，法院审查了控制协议，认为公司无权要求中国境内的公司向公司分红，并且法官注意到了乐嘟嘟北京与内资公司之间签署的《服务协议》，该《服务协议》约定，作为乐嘟嘟北京向内资公司提供服务的对价，内资公司应按照《服务协议》的约定定期向乐嘟嘟北京支付服务费，但前提是内资公司有利润可供支付。该《服务协议》约定的服务费实际上是利润，公司主张内资公司无利润，因此，没有义务支付服务费。


在协议控制安排中，并表的前提是 WFOE 能够支配内资公司的资金，为实现资金的转移，通常 WFOE 和内资公司需要签署一份服务协议或咨询服务协议（或其他名称），由内资公司以服务费的形式支付资金给 WFOE，但在资金属性的界定上，实操中，有两种思路：第一种，将内资公司支付给 WFOE 的服务费等同于利润，并且内资公司向 WFOE 支付服务费的前提等同于中国《公司法》规定公司向股东分红的条件，这种情况下，服务协议实质上是利润转移协议；第二种，将内资公司支付给 WFOE 的服务费作为一项费用，即维持内资公司运营的一项成本，并且约定固定的支付频率和金额，例如每月支付毛收入的固定比例，而不问内资公司是否实际上存在利润。

乐嘟嘟回购案件为我们提供了一些启示，即从获取内资公司资金的可能性和便利性的角度来考虑，第二种路径是更佳的选择。这是因为第二种路径不会受到公司方面对中国《公司法》规定中关于分红前提条件的挑战。尽管实际上，在协议控制方面，无论选择第一种还是第二种路径，实际履行情况都未达到，但在发生争议的情况下，选择第二种路径能够为投资人追究公司责任提供更有力的理由。

### (五) 关于约定仲裁和开曼法院管辖的竞合

在红筹架构中，许多交易文件通常选择在香港国际仲裁中心（HKIAC）进行争议解决。然而，开曼公司的公司章程并没有约定有关公司章程引起的争议的管辖方式。这就引发了一个问题：如果投资人选择向开曼法院提起诉讼，是否会因为股东协议中约定了在 HKIAC 进行仲裁





而导致诉讼被驳回。这似乎基于这样的假设：在一项交易中，当事人天然地希望所有与该交易相关的争议都由同一家争议解决机构管辖。

在开曼大法院审理的 **Ren Ci & Ors (FSD 210 of 2022)**案中，开曼大法院认为股东协议约定的条款足够广泛，足以涵盖任何公司章程引起的争议。因此，除非各方明确约定其他机构管辖公司章程引起的争议，否则默认情况下，HKIAC 将管辖公司章程引起的争议。因此，除非开曼法院具有排他的管辖权，否则公司其他交易文件中关于争议解决的约定适用于公司章程。

然而，需要注意的是，对于公司章程和股东协议之间不存在竞合条款的情况，例如，如果只有公司章程约定了回购条款，而股东协议没有约定回购条款，那么关于公司章程中回购条款的争议是否适用于股东协议约定的管辖权就不明确。

---

<sup>1</sup> *D. E. Shaw Composite Investments Asia 10 (Cayman) Ltd. v. Grand State Investments Ltd.*, Cause No. :FSD 11 OF 2021 (RPJ).

<sup>2</sup> *SV Investment Partners, LLC v. ThoughtWorks, Inc.*, C.A. No. 2724-VCL (November 10, 2010).

## 电子证据开示在中国跨境争议解决中的应用（中）

李岚、陈霖<sup>1</sup>、刘峻佐

### 2.3 证据文件开示安排

在上篇中，我们提到了证据开示的参考模型（EDRM）和证据开示的范围。在面对跨境争议解决涉及不同司法体系、语言障碍、数据法规差异等特殊需求和挑战的背景下，对于证据文件开示的全面而详细的安排也至关重要。

在法律程序中，可以对证据文件开示进行安排以指导争议各方之间的信息交换，该安排的目的是确保信息交换的公正性、减少时间和成本，同时满足技术规范的要求。证据文件开示安排不仅是一份双方达成的文件，更是一种协调争议各方信息交换的工具，以及一个确保整个流程有效运行的约定。它的设计和 implement 是一个集技术、法律和谈判技巧于一体的复杂过程。尤其是在涉及电子证据开示的案件中，这些安排提供了一个灵活的框架，旨在减少争议，加速进程，节省成本。


然而，我们需要注意的是，这些安排并不会在整个证据开示过程中常态性存在。实际上，它们大多是针对特定问题而临时制定和达成的。在每一个具体的案例中，我们根据需求和具体情况，灵活地选择和设计这些安排，以最大程度地满足证据开示的目标。

在证据开示过程中，主要有两部分的安排：一是关于电子证据开示的安排，主要确定哪些文件应该开示，哪些不应该开示。比如“快速预览”安排（Quick-peek Agreements），这种安排允许一方在约定的筛选协议基础上快速预览对方的电子信息。快速预览并不会导致特权或保护权的放弃。在这个快速的初步审查之后，双方可以指定需要的电子信息。此后只需要对指定的文件进行特权、保密性或工作成果保护的筛选，从而节省对方的时间和努力。这种安排的主要优点在于它能快速有效地缩小证据的范围，减少不必要的开示成本。然而，它也可能带来一些风险，比如可能会不小心漏掉重要的证据，或者会导致过多的证据被开示，增加了后续的审查和管理工作。

二是关于保密的安排，明确哪些文件能给特定的人查看，哪些不能。比如“仅限律师查看”安排（Attorney-eyes-only Agreements），这种安排规定，请求的材料仅由自己一方的律师查看。任何对保密、特权或受保护信息的审查都不视为放弃特权或保护，对方仍然可以在后来提出特权或保护要求。这种安排的优点在于它可以保护敏感信息不被无关人员获取，同时也可以加快证据开示的进程。然而，这也意味着只有律师可以查看这些信息，可能会增加律师的工作量，而且一些复杂或技术性的信息可能需要专家的帮助才能理解和评估。

这些临时安排都是为了平衡证据开示的效率、成本和公平性，具体的选择和设计需要根据案件的具体情况和各方的需求。在实施这些安排时，需要明确规定开示的具体步骤、时间表、格式要求、特权和保护权的标识和处理规则，以及违约责任等内容。

同时，为了确保证据开示的有效性和合法性，虽然各方律师会讨论和协商证据文件开示安



排的条款，但在这过程中法证技术专家的参与也非常关键，法证技术专家可确保在文件开示过程中所要求的技术规范能被满足。

从电子证据开示技术的角度来看，了解文件开示安排中的以下内容至关重要：

1. 开示工作的时间表，包括各个关键阶段的截止日期。这是安排的基础，它决定了整个开示过程的节奏和时效性。开示工作的时间表不仅需要反映出各方对于争议处理的紧迫性，还需要考虑到数据处理、分析和审查所需的时间。这个过程需要各方的精细协调和一定程度的妥协，同时需要在法律和技术的规范和约束下进行。

2. 开示信息的格式和结构的规范。这包括如何标签、索引电子证据，以及对涂黑信息的要求。在跨境争议的背景下，这样的规范必须考虑到不同地区的法律和技术标准，同时需要尊重各方的利益。例如，涂黑信息可能涉及到隐私权、商业秘密等敏感问题，如何处理这些信息，需要法律和技术的双重保障。

3. 处理特权或保密信息的流程。处理特权或保密信息的流程是证据开示过程中极为关键的一环。它不仅涉及到对敏感信息的保护，也直接影响到证据的有效性和可使用性。在跨境争议解决的背景下，处理这类信息的复杂性和敏感性将进一步加剧。跨境争议解决通常涉及两个或更多的司法管辖区，这就意味着我们需要考虑多个司法管辖区对特权或保密信息的定义和处理规则。

4. 电子证据的搜索标准。电子证据的搜索标准也是一个复杂的问题，它涉及到搜索关键词的选择、搜索语法的设计和搜索条件的设置。在这个过程中，法证技术专家的参与至关重要，他们能确保关键词语法和搜索条件在技术上可行，并能适用于电子证据开示平台。他们的专业意见可以避免因技术问题导致的搜索结果偏差，也能确保各方的搜索需求得到满足。


在电子证据开示过程中，我们还可能需要使用基于人工智能的技术辅助审阅（Technology Assisted Review, TAR）。TAR 技术可以有效地优先处理潜在的相关文档，大大减少人工审阅的时间和成本。但这也涉及到一些新的问题，例如，如何评估 TAR 技术的效果，如何处理 TAR 技术可能产生的误差，以及如何在法律上接受和验证 TAR 技术的结果。对于这些问题，我们需要法证技术专家的专业意见和建议，以对相关的技术进行评估，并将其纳入文件开示安排。

## 2.4 数据开示以及向中国大陆以外跨境数据传输

在解决跨境争议中，特别是涉及中国大陆当事方的案件中，我们需要关注中国的一系列重要法规。这包括但不限于自 2017 年 6 月 1 日起生效的《中华人民共和国网络安全法》（以下简称《网络安全法》），自 2021 年 9 月 1 日起生效的《中华人民共和国数据安全法》（以下简称《数据安全法》），以及自 2021 年 11 月 1 日起生效的《中华人民共和国个人信息保护法》（以下简称《个人信息保护法》）。这些法规对于中国境内数据的处理和传输设定了严格的要求和限制，对于涉及外国司法机构（如美国、英国或离岸法院）的跨境诉讼构成了重要的法律依据。

特别地，《网络安全法》第 37 条、《数据安全法》第 36 条和《个人信息保护法》第 39、41 条，都强调了数据跨境传输的严格要求和限制。在涉及中国大陆当事方的大多数跨境诉讼中，会涉及中国大陆境外的电子数据开示和交换。对于在中国大陆收集的数据，我们需要特别关注





数据合规和隐私保护的问题。

从中国大陆向境外传输数据，应满足上述法规的要求，否则可能会面临一定的法律风险，包括罚款、业务限制甚至停业。为了保证数据传输的合规性，中国企业一般需要咨询具有中国大陆业务和法律经验的律师事务所，获取其法律意见。此外，我们也建议这些企业与中国主管机关进行沟通，并通过相关程序获得书面批准。这不仅可以确保数据传输的合法性，也可以提供一个清晰、可靠的操作路径。

从客户的角度来看，为了避免违反中国大陆法律的风险，了解所聘用的电子证据开示团队的能力非常重要。特别是该团队是否具有深厚在中国境内进行数据处理经验，是否在境内设有本地团队和电子证据开示平台（通过中国信息系统安全等级保护测评），以便执行和交付相关工作。此外，团队的具体技能和经验，比如与中国律师或其他国家律师协同工作的经验以及跨境数据传输的处理经验等，也是选择时需要考虑的因素。这些因素不仅可以提高数据处理和传输的效率，也可以确保数据的合规性和安全性。

---

<sup>1</sup> 本文章作者之一，陈霖，系安迈(Alvarez & Marsal)企业咨询(上海)有限公司董事总经理。

## 本期部分作者



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



杨柳青（深圳）  
+86 755-2223 8007  
yangliuqing@jtn.com



赵振（北京）  
+86 10 5706 8237  
zhaozhen@jtn.com



林慕娟（上海）  
+86 21 3886 2367  
linmujuan@jtn.com



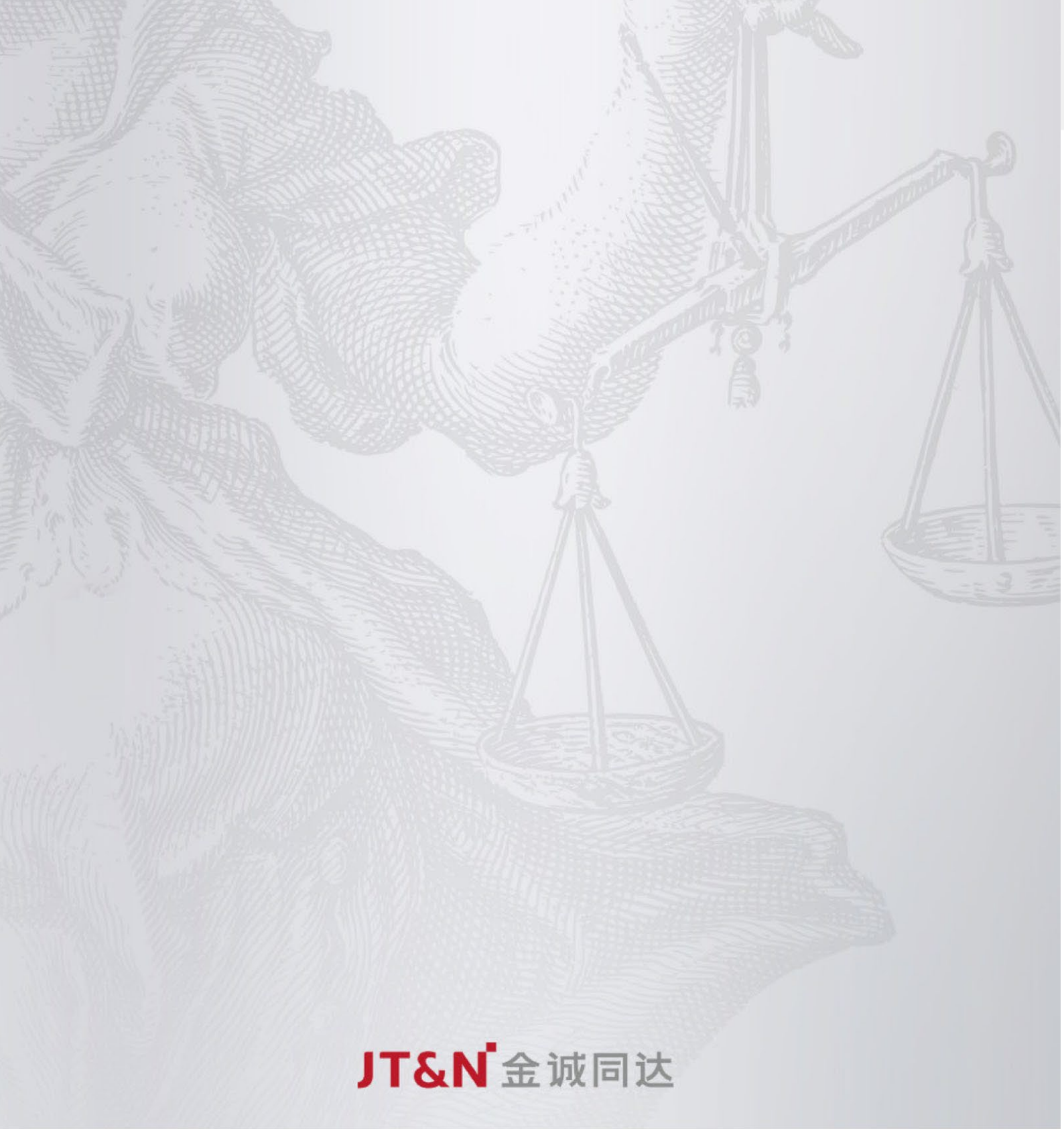
李露（成都）  
+86 28 8324 7123  
lilu@jtn.com



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



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



**JT&N** 金诚同达

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