

NEWSLETTER

跨境争议解决 刊物

Cross-border Dispute Resolution

第 12 期 2023 年 8 月 18 日

JT&N 金诚同达

CONTENT

目录

国际商事仲裁中的费用担保制度浅析（上）	01
易旻、逢若鸣	
承认和执行国际商事仲裁裁决的管辖法院	04
李垒、李晨滔	
境内外仲裁对于仲裁员选任程序之比较	06
蒋硕、吴媚、李晶莲	
生成式人工智能产品跨境服务所涉集体诉讼风险概述	09
蔡硕	
国际仲裁中的“第一号程序令”	14
李露	
世界银行合规调查与制裁解禁实务研究（五）	16
郑丹妮	
当我们谈论仲裁员“独立”与“公正”时我们在谈论什么？ ——从泡泡玛特与阿迪达斯中国撤裁案浅谈仲裁员披露与回避问题	23
刘丁敏	
跨境破产重组（一）——中国债权人如何应对美国 Chapter 11 破产程序	27
李岚、岑琳	

企业注销后，仲裁条款继受方法律研究

30

杜越、周颖雯

电子证据开示在中国跨境争议解决中的应用（下）

34

李岚、陈霖、刘峻佐

ABSTRACT

摘要

1. 国际商事仲裁中的费用担保制度浅析（上）

易旻、逢若鸣

费用担保是被申请人在国际商事仲裁中的一项重要程序权利。若仲裁申请人未按仲裁庭的命令提供费用担保，其仲裁请求可能被驳回，被申请人不但可以全身而退，而且可以向申请人索赔法律费用。当然，如果滥用程序权利，提出不恰当的费用担保申请，仲裁庭亦会在厘定费用时作出不利于被申请人的裁决。本文将分为（上）（下）两篇，（上）篇将简要介绍费用担保制度，（下）篇则会结合笔者代理的英国、香港和新加坡国际商事仲裁案例浅析相关实务要点。

2. 承认和执行国际商事仲裁裁决的管辖法院

李垒 李晨滔

《纽约公约》对承认和执行仲裁裁决的管辖法院未作出明确的规定。实践中，申请承认和执行国际商事仲裁裁决，通常可向被申请人的住所地或者财产所在地法院提出申请。但具体到特定国家，就承认和执行国际商事仲裁裁决的管辖法院，仍需要根据其国内法的具体规定进行判断。本文结合新近纽约南区法院判例及中国案例，举例说明确定管辖法院方面需考虑的因素。

3. 境内外仲裁对于仲裁员选任程序之比较

蒋硕、吴媚、李晶莲

无论是境内仲裁还是境外仲裁，仲裁员的选任都是一项至关重要的程序，它决定着仲裁程序的质量和效率。近年来，虽然境内仲裁规则有逐步向国际靠拢的趋势，但是在仲裁员的选任上，境内仲裁与境外仲裁依然存在一定的区别。由于对境外仲裁程序流程不熟悉，在涉外纠纷中，许多国内企业面对境外仲裁依然存在抵触心理。本文将分别选取《北京仲裁委员会仲裁规则》和《香港国际仲裁中心机构仲裁规则》，从境内仲裁机构和境外仲裁机构的角度，就仲裁员的选任程序进行比较分析。

4. 生成式人工智能产品跨境服务所涉集体诉讼风险概述

蔡硕

生成式人工智能产品（AIGC），一般是指利用生成式人工智能技术向用户提供生成文本、图片、音频、视频等内容或服务产品。此类产品自进入公众视野起即不可避免地引发了若干集体诉讼。相关法律争议集中体现出生成式人工智能的广泛普及与既有的数据安全制度、著作权保护制度的碰撞与摩擦。就我国企业而言，在提供 AIGC 跨境服务时，可能会受到不同法域及司法辖区的监管规制。如何规避因产品侵犯众多不特定主体权益从而引发集体诉讼值得思考。本文拟梳理相关核心法规并对相应风险点进行提要。

ABSTRACT

摘要

5. 国际仲裁中的“第一号程序令”

李露

与国内仲裁程序较多依赖仲裁庭发布各项通知不同，国际仲裁往往案情繁复、仲裁周期较长、各类费用较高。涉及仲裁程序具体的细节问题，如果完全服从仲裁庭安排，可能各方在仲裁过程中均有各种异议；如果任由当事方协商，则仲裁程序可能无法顺利推进。因此，“程序令”这一工具应运而生。程序令（Procedure Order）是由仲裁庭发布的，与仲裁程序相关的一系列指令。其中“第一号程序令”（Procedure Order No.1）是程序令中的核心文件，会确定整个仲裁程序的时间安排，各个阶段的各方当事人任务，各类程序方面的细节要求和指引，相当于国际仲裁的程序剧本。

6. 世界银行合规调查与制裁解禁实务研究（五）

郑丹妮

世行制裁的基准线为期限三年的附条件除名，不同情形可获得的减轻制裁幅度各异。在调查、阶段结束后，被制裁方通常须与世行廉政合规办公室合作，采取合规措施以满足解禁条件。世行会鼓励合规整改表现优秀的企业成为其他被制裁企业的导师，这有助于转危为机，提升企业的商誉和品牌价值，将企业打造成为合规典范，获得更多商业机会。本文分析了制裁解禁的合规要点，梳理了截至目前已获制裁解禁的中国主体完整名单，并介绍了具体案例。

7. 当我们谈论仲裁员“独立”与“公正”时我们在谈论什么？

——从泡泡玛特与阿迪达斯中国撤裁案浅谈仲裁员披露与回避问题

刘丁敏

泡泡玛特早前因阿迪达斯中国抵制新疆棉事件要求推迟履行合同而被仲裁庭判赔近人民币1700万元。在申请撤销案涉仲裁裁决时泡泡玛特提出了包括“案涉仲裁的仲裁庭组成违反法定程序，仲裁员存在应当回避而未回避的情形，足以影响公正裁决”等事由。耐人寻味的是，泡泡玛特提出挑战的仲裁员恰是其指定的仲裁员，主要理由是该仲裁员未主动披露阿迪达斯中国是其所任职律所的主要客户，其担任本案仲裁员存在重大利益冲突，也剥夺了泡泡玛特对其提出回避的权利。法院最终驳回了泡泡玛特的撤裁申请。本文旨在尝试借由本案分享笔者对仲裁员信息披露与回避所涉实务问题的观察与思考，以期抛砖引玉。

8. 跨境破产重组（一）——中国债权人如何应对美国 Chapter 11 破产程序

李岚、岑琳

中国供应商作为卖家，可能会面临其美国客户提起第11章破产申请——希望通过重整以获得新生的情况。此时，中国供应商也以债权人身份介入第11章破产重整程序。本文从中国供应商的角度出发，介绍了其作为债权人在第11章破产重整程序中的涉及的重要概念和注意事项。

ABSTRACT

摘要

9. 企业注销后，仲裁条款继受方法律研究

杜越、周颖雯

企业注销后，原企业签订的仲裁条款的溯及力问题日益受到关注。本文从企业已经丧失独立法人资格的情况下如何确定适格当事人，以及企业注销后原企业签订的仲裁协议是否可以适用于上述扩张的当事人两个方面出发进行分析，明确不同阶段企业注销后当事人的确定方式，以期能够在最大范围内维护当事人利益。

10. 电子证据开示在中国跨境争议解决中的应用（下）

李岚、陈霖、刘峻佐

我们在下篇中详细讨论了在中国大陆进行电子证据开示中所面临的挑战，包括处理涉及中文字符的电子文件和市场上特定于中国的软件（如微信）的技术细节和数据存储格式。本篇还强调了违反证据开示规则的法律后果，可能导致支付费用、证据不被采纳、驳回诉讼、甚至被视为蔑视法庭。因此，企业应聘请熟悉中国情况的法证技术专家来处理电子证据开示工作，这不仅有助于满足技术需求和法律合规要求，还能降低证据收集和分析的风险和成本，更有力地维护企业的权益。

国际商事仲裁中的费用担保制度浅析（上）

易旻、逢若鸣

在国际商事仲裁中，存在一项国内仲裁并未设立的制度，即费用担保制度（security for costs）。费用担保是经仲裁被申请人的申请，仲裁申请人应就前者仲裁费用（costs of the arbitration）提供的担保，否则可能导致仲裁请求被撤销（dismiss）或中止（stay）的制度。作为一项足以影响案件发展及结果的程序，将要提起仲裁，或已处于仲裁程序中的当事方，特别是国内公司，需要了解该项制度的内容及相关实务要点。本文将结合制度本身以及笔者代理英国、香港和新加坡仲裁案件进行分析，分享相关实务经验。

一、费用担保制度概述

1. 费用担保制度的发展


在英国《1996年仲裁法》之前，仲裁员并没有法定的权利决定费用担保，而是需要当事方向英国高等法院提出费用担保申请，最早于《1934年仲裁法》即规定了法院的相关权利，后续又规定在《1950年仲裁法》section 12(6)(a)。为了弥补仲裁员的权利空白，如 LMAA 等仲裁员协会/机构的仲裁规则中作出了相关规定，但适用前提是双方选择适用该仲裁规则；另外，在法官决定费用担保时，亦适用一个重要的规定，即当时的英国最高院规则（Rules of Supreme Court）的 Order 23, rule 1，其中确立的原则是如果原告（亦包括仲裁中的申请人）是英国以外的，或者被告有理由认为原告无法支付费用，法官即可以决定适用费用担保。

《1996年仲裁法》的规定改变了上述制度，其 section 38 规定了仲裁员有权直接决定费用担保，且该规定取代了上述《1950年仲裁法》的规定，即仲裁案件费用担保的申请需直接向仲裁庭提出，不再由英国高院负责，但如果关于仲裁管辖权（jurisdiction）的问题，或仲裁员有严重不正常（serious irregularity）的情形，仍可以向法院提出申请；另外，仲裁庭不能以申请人是否位于英国以外为理由作出命令，使得费用担保命令申请的难度与早期相比明显增加。¹

香港和新加坡是适用《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法（UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration）》的地区和国家。与英国仲裁法类似，香港的《仲裁条例（Arbitration Ordinance）》和新加坡的《国际仲裁法（International Arbitration Act）》亦明确赋予了仲裁庭责令当事人提供费用担保的权利，并同样不能仅以域外当事人为由作出费用担保命令。

2. 担保的费用范围

如前所述，费用担保制度只允许仲裁被申请人要求仲裁申请人提供费用担保，因为提出仲裁请求的申请人是主动提出索赔的一方，被申请人是被动地进行抗辩，可以因为无法提供费用担保制裁申请人，但如果被申请人无法提供费用担保而剥夺其抗辩的机会则并不恰当。当然，如果被申请人提出了反索赔（counterclaim），则申请人亦可以要求被申请人就反索赔提供费用担保。



关于费用担保的具体范围，可参英国《1996年仲裁法》section 38 的规定，包括仲裁员费用及支出（arbitrator's fees and expenses），任何仲裁机构的相关费用及支出（the fees and expenses of any arbitral institution concerned），当事人之间的法律或其他费用（the legal or other costs of the parties）。²

3. 仲裁费用担保的形式及申请时限

一般情况下，仲裁费用担保的形式包括现金、银行保函、律师事务所的保函、船东互保协会（P&I Club）的保函，或是设立共管账户（escrow account）并将担保金额存入，或是申请人的董事或母公司提供担保等等。仲裁庭可以首先确定合理的费用担保数额，交由当事人商讨具体的担保形式。如果双方对于担保的形式和措辞有争议，仲裁员会作出最终的决定。


对于仲裁费用担保的申请时间原则上并不限制，但一般认为不能早于答辩状的提交。其中的原因并不难窥探，因为只有在提交答辩状之后，仲裁庭才会对双方争辩的案情有基本的了解，一项索赔的强弱往往是仲裁庭决定是否做出费用担保命令时需要考虑的因素。但费用担保申请不宜提出过晚，例如：如果仲裁庭确定了开庭的时间，而被申请人（或有反索赔时的申请人）不宜在临近开庭之前提出申请，需要考虑各方开庭的准备时间。因为费用担保具有较强的策略性，一般应于仲裁开始阶段提出，³即提交答辩状的同时或不久。

4. 仲裁庭作出费用担保命令的一般考量因素

仲裁庭作出费用担保命令时一般会考虑：（1）申请人的财务状况存在仲裁裁决作出后无法支付对方费用的风险。财务状况是仲裁庭必然会考虑的重要因素，因为费用担保即是为了防止申请人无法负担对方的费用而任意启动仲裁程序。对此，被申请人需要提供证据，而这通常来说是比较困难的。（2）如果只是书面仲裁（document-only arbitration）的话，一般不会允许费用担保申请，除非文书及证据内容非常复杂，或有其它需要特别考量的因素。（3）如果申请人的索赔明显不会得到支持，仲裁庭作出费用担保命令的概率会增加，但由于费用担保申请一般发生于仲裁开始阶段，仲裁庭不宜对于案件结果有深入的判断。（4）如果被申请人提出了同意申请人大部分索赔的和解方案，则仲裁庭有可能不会支持被申请人的费用担保申请。（5）如果仲裁庭有合理依据认为被申请人有故意为难或胁迫的意图，则亦不会同意费用担保申请。⁴

值得注意的是，以上要点仅是一般考量因素，而非排他性要素。如前文所述，仲裁庭不能跨越的红线是不能以国籍论，这也是仲裁法的明确规定，但可以考虑除此之外的所有可能要素，其核心是将来针对申请人的费用裁决无法得到执行，最终的决定权完全在仲裁庭。在笔者代理国内当事人的案件中，曾多次遇到被申请人提出外国仲裁裁决在国内难以执行的情况。随着司法透明度的提高，以及国内法官审查域外裁决承认和执行案件经验的提升，绝大部分仲裁员均不会再接受这是一个可以继续坚持的理由。即便存在老生常谈，国内当事人也能够提交众多的国内法院判决，无论是执行或是拒绝执行的案例，均能证明国内法院在严格执行纽约公约和相互执行仲裁裁决的有关安排。

5. 违反费用担保命令的后果



如果未按费用担保命令提供担保，直接的后果便是仲裁庭可以以裁决（award）的方式撤销索赔或反索赔（dismiss claim or counterclaim）。不同于国内法院的驳回起诉，英国法下一旦撤销索赔，即不能再提出该索赔，并需要负担包括己方、对方、仲裁庭等全部费用。另外，如果所适用的仲裁规则中允许仲裁员中止仲裁，则仲裁庭也有可能中止，待提供费用担保后继续仲裁。⁵

¹ 见杨良宜、杨大明、莫世杰：《仲裁法——从 1996 年英国仲裁法到国际商务仲裁》，法律出版社 2006 年版，第 885-888 页。

² 见 Clare Ambrose, Karen Maxwell and Michael Collett KC, *London Maritime Arbitration*, 4th Edition 2017, p.282。

³ 见杨良宜、杨大明、莫世杰：《仲裁法——从 1996 年英国仲裁法到国际商务仲裁》，法律出版社 2006 年版，第 896 页、第 911-912 页。

⁴ 见 Clare Ambrose, Karen Maxwell and Michael Collett KC, *London Maritime Arbitration*, 4th Edition 2017, p.275-280。

⁵ 见 Clare Ambrose, Karen Maxwell and Michael Collett KC, *London Maritime Arbitration*, 4th Edition 2017, p.284-285。

承认和执行国际商事仲裁裁决的管辖法院

李垒、李晨滔

《纽约公约》对承认和执行仲裁裁决的管辖法院未作出明确的规定。实践中，申请承认和执行国际商事仲裁裁决，通常可向被申请人的住所地或者财产所在地法院提出申请。但具体到特定国家，就承认和执行国际商事仲裁裁决的管辖法院，仍需要根据其国内法的具体规定进行判断。本文结合新近纽约南区法院判例及中国案例，举例说明确定管辖法院方面需考虑的因素。

一、Zhongzhi Hi-Tech Overseas Investment Ltd. v. Wenyong Shi 案分析


Wenyong Shi (“史先生”)是 Link Motion, Inc. (“Link 公司”)的董事会主席兼首席运营官。Zhongzhi Hi-Tech Overseas Investment Ltd. (“Zhongzhi 公司”)2016 年与史先生、RPL Holdings Limited 签订合作协议，协议适用纽约法律在香港仲裁。2017 年，各方修订了之前的协议，其中将适用法律由此前的纽约法律调整为香港法律。后 Zhongzhi 公司认为史先生违约并提起仲裁程序，香港国际仲裁中心仲裁庭裁决史先生应向 Zhongzhi 公司支付约 1.45 亿美元以及利息、费用。2022 年 Zhongzhi 公司向纽约南区法院申请承认和执行外国仲裁裁决，但史先生以缺乏属人管辖权为由提出管辖异议。纽约南区法院通过分析，驳回了 Zhongzhi 公司的申请。

纽约法院对该案没有属人管辖权。根据纽约当地法律，如法院对在纽约境内无住所（non-domiciliary）的主体行使管辖权，则应当首先满足“长臂管辖法”（long-arm statute）的要求以及正当程序的要求。就“长臂管辖法”的规定来讲，如果自然人在纽约内提供过商品或服务，或自然人在纽约当地有财产，法院可对该自然人行使属人管辖权。然而史先生自 2018 年后就没有进入过美国，在美国亦没有财产。Link 公司在纽约证券交易所上市及开展证券方面的活动不足以被当作纽约法院可以承认和执行外国商事仲裁裁决的管辖连接点。且 Link 公司已于 2019 年从纽约证券交易所退市。双方根据新的管辖法律条款和争议解决条款，均同意在香港仲裁适用香港法律，史先生没有理由预计到在纽约就协议及相关问题再次诉讼，法院不应对史先生行使管辖权。

同时，法院认定若对该案行使管辖权则有违正当程序。在美国如果要援引特定管辖权，要求被告与法院有足够的“最低限度接触”，并且管辖权不违反传统的公平竞争和实质性正义观念。法院在本案中认定，若行使管辖权，史先生的负担将是巨大的，因为史先生从 2018 年后就没有去过美国，双方同意依据香港法律在香港仲裁。因此作为正当程序事项，法院不同意对史先生行使管辖权。

二、中国有关承认和执行境外仲裁裁决管辖权的实践

在东盛航运有限公司诉商行荣耀国际航运有限公司申请承认和执行外国仲裁裁决案中，上海海事法院依据“主要办事机构”的连接点对该案行使管辖权。该案申请人东盛航运有限公司作为船东与被申请人（注册在马绍尔群岛）签订租船合同，约定由被申请人租用申请人的船舶用于货物运输，双方如有争议通过伦敦海事仲裁委员会（LMAA）仲裁解决。后双方就该租船合同的履行发生纠纷，申请人提起 LMAA 仲裁并获得胜诉裁决，向上海海事法院申请承认



和执行上述仲裁裁决书。上海海事法院认定对该案具有管辖权，理由包括如下几点：第一，租船合同载明被申请人的地址为中国上海；第二，涉案仲裁裁决书也显示被申请人经营地在中国上海（*carrying out business in Shanghai, China*）；第三，在履行涉案航次期间，业务员发送给租船经纪人的邮件称，被申请人确认其与 HONG GLORY SHIPPING CO., LIMITED 是同一家公司，而 HONG GLORY SHIPPING CO., LIMITED 的办公地址与租船合同中被申请人地址一致。上述材料可以证明上海的该处地址为被申请人的主要办事机构所在地。

实践中，考虑到离岸公司在税务、保密等方面的便利，跨境航运实践中大量采用离岸公司作为商务主体。本案中，上海海事法院的裁定对类似案件提供了一种新的解决思路。除此之外，就海事案件来说，申请人还可以根据《海事诉讼特别程序法》第 11 条及司法解释的规定，通过向海事法院申请扣押船舶的方式，以“被执行的财产所在地”作为连接点而取得管辖权。

此外，《最高人民法院关于审理仲裁司法审查案件若干问题的规定》第 3 条规定，“外国仲裁裁决与人民法院审理的案件存在关联，被申请人住所地、被申请人财产所在地均不在我国内地，申请人申请承认外国仲裁裁决的，由受理关联案件的人民法院管辖……”该规定赋予受理关联案件的法院对外国裁决具有管辖权，但该规定仅涉及“承认”而不涉及“执行”，主要是考虑到实践中可能需要将境外仲裁裁决作为国内诉讼案件的证据使用，如双方争议较大，则可申请法院承认该裁决。在天津海事法院审理的“中源船务有限公司、康纳航运有限公司申请承认和执行外国仲裁裁决案”，即适用该规定对案涉的 LMAA 裁决进行了承认。

三、结语

在纽约南区法院审理的史先生一案中清晰认定，如单独基于 Link 公司的股票在纽约上市，则不足以成为法院行使管辖权的充分依据。假定该案中双方未将法律适用从纽约法调整为香港法，法院是否会认定对该案具有管辖权？再进一步，如果双方选择在纽约进行仲裁，那么纽约法院是否具有管辖权？按照法官在该案件中的判决逻辑来看，如果双方选定适用纽约法或在纽约进行仲裁，则法官有可能会认定对本案具有管辖权。因此，在早期选定仲裁机构、适用法律时，应考虑该裁决未来的承认和执行问题，综合交易对手特定的情形，拟定更有利于未来申请承认和执行裁决的仲裁条款。

此外，从“东盛航运有限公司诉商行荣耀国际航运有限公司申请承认和执行外国仲裁裁决案”案中可以看出，在合同订立前、履行过程中，获得并保存交易对手尽可能多的信息（包括但不限于财产所在地、主要办事机构所在地等）亦可能影响法院的管辖权。

境内外仲裁对于仲裁员选任程序之比较

蒋硕、吴媚、李晶莲

无论是境内仲裁还是境外仲裁，仲裁员的选任都是一项至关重要的程序，它决定着仲裁程序的质量和效率。近年来，虽然境内仲裁规则有逐步向国际靠拢的趋势，但是在仲裁员的选任上，境内仲裁与境外仲裁依然存在一定的区别。由于对境外仲裁程序流程不熟悉，在涉外纠纷中，许多国内企业面对境外仲裁依然存在抵触心理。本文将分别选取《北京仲裁委员会仲裁规则》（下称“《北仲规则》”）和《香港国际仲裁中心机构仲裁规则》（下称“《HKIAC 规则》”），从境内仲裁机构和境外仲裁机构的角度，就仲裁员的选任程序进行比较分析。

一、仲裁员选任程序概述

目前，仲裁已经成为商事纠纷中主要的争端解决方式。相较于诉讼程序，仲裁程序为争端当事方提供了更多参与空间，尤其在仲裁庭的组建上，相较于传统诉讼程序中法院将案件随机分配给法官，仲裁程序中每个案件都必须依据当事人约定的方式单独组建仲裁庭。仲裁界有一句广为流传的谚语：“仲裁的好坏取决于仲裁员的好坏”，因此，仲裁庭的组建是仲裁程序中至关重要的一环，对于当事人而言，仲裁员的选任不仅是当事人意思自治在仲裁程序中的延伸，更决定了仲裁程序的质量。

虽然不同仲裁规则对于仲裁员的选任程序的规定有所不同，但是大体而言，在仲裁程序下，仲裁员的选任程序可以分为以下几个步骤：在仲裁程序开始前，当事人可以对仲裁庭的组成进行约定，包括仲裁庭的人数、仲裁员的选任规则等。当事人可以在仲裁条款或仲裁协议中对此进行约定，也可以在仲裁程序开始前进行约定。


仲裁程序开始后，对于独任仲裁员，一般由申请人和被申请人共同选任一名仲裁员，如果在规定期限内未能选任，则通常由仲裁机构指定独任仲裁员。对于三人仲裁庭，则由申请人和被申请人各选任一名仲裁员，再由双方当事人或其选任的两名仲裁员共同选任一名首席仲裁员。如果在规定期限内，一方当事人未能选任仲裁员，或双方未能选任首席仲裁员，则通常由仲裁机构指定。

二、境内外仲裁规则下的仲裁员选任程序

1. 仲裁员的选择范围

仲裁员的选任方式可以分为两种，即名册制与非名册制。名册制，是指仲裁机构为当事人提供仲裁员名册，当事人从中选择仲裁员，境内仲裁规则大多采取名册制。例如，《北仲规则》第十八条规定，“本会制定有仲裁员名册，当事人从本会提供的仲裁员名册中选择仲裁员。”因此，当事人只能从仲裁员名册中选择仲裁员，而不能在仲裁员名册以外进行选择。

非名册制，则指当事人可以选择名册外的人员担任仲裁员，许多境外仲裁规则采取非名册制。例如，HKIAC 虽然同样备有仲裁员名册，但在仲裁规则中并未要求当事人一定要在仲裁



员名册中选任仲裁员。这意味着，当事人可以在仲裁员名册以外选任仲裁员，为当事人提供了更高的自由度。然而，这并不等于当事人可以随意选任仲裁员，依据《HKIAC 规则》第 9.1 条，“无论是由当事人还是仲裁员提名的仲裁员，均须得到 HKIAC 的确认。提名一经确认即为有效指定。”当事人提名的仲裁员需经 HKIAC 的确认才能生效。因此，即使当事人选择的仲裁员不在仲裁员名册之列，HKIAC 仍能监督仲裁庭的组建过程。

相较而言，名册制能够保障仲裁程序的公正性和专业性，仲裁机构通过设立仲裁员名册，可以确保所有的仲裁员都具有足够的专业背景和经验，保证仲裁程序的专业性。而非名册制则更加灵活，充分保障当事人的意思自治，使仲裁庭能够适应不同的需求。

2. 仲裁庭的人数

实践中，仲裁庭通常由一名或三名仲裁员组成，前者通常被称为独任仲裁员，一般适用于标的额不大、争议并不复杂的案件。对于标的额较大或争议较为复杂的案件，仲裁庭通常由三名仲裁员组成，但当事人也可以约定案件由独任仲裁员审理。


境内仲裁中，通常规定简易程序由独任仲裁员审理，而普通程序除非当事人约定，否则仲裁庭由三名仲裁员组成。例如，《北仲规则》第十九条第（一）款规定，“除非当事人另有约定或本规则另有规定，仲裁庭由三名仲裁员组成。”同时，第五十四条第（一）款规定，“适用简易程序的案件，由独任仲裁员审理。”因此，在普通程序中，当事人可以约定由独任仲裁员审理，但如果当事人没有特别约定，则仲裁庭由三名仲裁员组成。而在简易程序中，则由独任仲裁员审理。

而《HKIAC 规则》第 6.1 条则规定，“若在仲裁启动前或被申请人收到仲裁通知后 30 天内，当事人未约定仲裁员人数，HKIAC 应考虑案件具体情况，决定将案件提交独任仲裁员或三位仲裁员。”第 42.2 条规定，简易程序“(a)案件应提交独任仲裁员，除非仲裁协议约定了三位仲裁员。(b)若仲裁协议约定了三位仲裁员，HKIAC 应建议当事人将案件提交独任仲裁员。若当事人不同意，案件应提交三位仲裁员”因此，在普通程序中，即使当事人没有约定，HKIAC 也会依据案件情况决定仲裁庭人数，而非直接决定由三名仲裁员组成。而在简易程序中，如果当事人约定，仲裁庭也可以由三名仲裁员组成。

3. 三人仲裁庭的组成

无论是境内仲裁还是境外仲裁，三人仲裁庭通常由双方当事人各指定一名仲裁员，再由双方当事人或其指定的仲裁员共同指定首席仲裁员，未能在规定期限内指定仲裁员的，则由仲裁机构指定。但是境内仲裁和境外仲裁在仲裁庭的组建流程的规定上略有不同。

《北仲规则》第十九条规定，“（二）双方当事人应当自收到仲裁通知之日起 15 日内分别选定或者委托主任指定一名仲裁员。当事人未在上述期限内选定或者委托主任指定仲裁员的，由主任指定。（三）双方当事人应当自被申请人收到仲裁通知之日起 15 日内共同选定或者共同委托主任指定首席仲裁员。”因此，双方当事人分别在收到仲裁通知之后选定仲裁员，当事人无法选定的由主任指定。首席仲裁员由双方当事人共同选定或共同委托选定。在收到组庭通知书之前，当事人无法得知对方选定的仲裁员信息。



《HKIAC 规则》第 8.1 条规定依据仲裁庭人数确定的时间，规定了不同的选任程序。如果在仲裁启动前，当事人约定仲裁庭由三名仲裁员组成，则由双方当事人各提名一名仲裁员，一方未提名的由 HKIAC 指定。如果在仲裁启动后，由当事人约定或 HKIAC 决定仲裁庭三名仲裁员组成，则先由申请人提名一名仲裁员，被申请人在收到申请人提名仲裁员的通知后，再提名一名仲裁员，一方未提名的由 HKIAC 指定。首席仲裁员由两名仲裁员共同提名，如果未能提名则由 HKIAC 指定。

4. 多方仲裁的仲裁庭组成

在多方仲裁中，由于申请人或被申请人存在多个当事人，可能出现因其利益不一致，导致当事人无法共同指定仲裁员的情况。对此，《北仲规则》第十九条第（五）款规定，“案件有两个或者两个以上的申请人或者被申请人时，申请人方或者被申请人方应当共同协商选定或者共同委托主任指定一名仲裁员；未能自最后一名当事人收到仲裁通知之日起 15 日内就选定或者委托主任指定仲裁员达成一致意见的，由主任指定。”因此，多个申请人或被申请人一方应共同选定一名仲裁员，如果未能就仲裁员选定达成一致意见，则由主任指定该方仲裁员。

而《HKIAC 规则》第 8.2 条规定“若争议涉及两个以上的当事人并应提交三位仲裁员，则除非当事人另有约定，仲裁庭应按下述方式组成：(a) 申请人或申请人集体和被申请人或被申请人集体，按所适用的第 8.1(a)、(b) 或 (c) 款的程序，各提名一位仲裁员；(b) 若当事人已按第 8.2(a) 款提名了仲裁员，则第 8.1(d) 款规定的程序适用于首席仲裁员的提名；(c) 若当事人未能依第 8.2(a) 款提名仲裁员，或未能就提名仲裁员一事而约定分为不同两方（即申请人和被申请人两方），HKIAC 可在考虑或不考虑任何一方当事人提名的情况下指定仲裁庭的所有成员。”因此，在 HKIAC 规则下，如果多个申请人或被申请人未能共同提名仲裁员，则 HKIAC 有权指定仲裁庭的所有成员，而非仅指定未能提名仲裁员一方的仲裁员。但这一规则并非强制性的，HKIAC 在指定仲裁庭成员时，同样可以考虑当事人的提名情况。

三、境外仲裁规则在仲裁员选任上的优势

依据前文分析，相较于境内仲裁规则，境外仲裁规则在仲裁员的选任程序上存在一定的优势。首先，境外仲裁在仲裁员的选择范围及仲裁庭的组成人数上更加灵活。相较于境内仲裁，境外仲裁允许当事人在仲裁员名册外选择仲裁员，提供了更大的选择范围。在当事人未约定仲裁庭组成人数时，境外仲裁也并非直接规定仲裁庭人数，而是由仲裁机构根据案件情况决定，更具灵活性。

其次，境外仲裁在仲裁员的选任过程中透明度更高。在境内仲裁中，只有当仲裁庭组建完成后，当事人才能通过组庭通知书了解对方当事人选任的仲裁员信息。但是在境外仲裁中，如果仲裁庭的人数时在仲裁程序开始后由当事人约定或仲裁机构决定的，被申请人则在收到申请人选任仲裁员的通知后再选任仲裁员，相较于境内仲裁的透明度更高。

因此，相较于境内仲裁，境外仲裁有其独特的优势，当事人在面对境外仲裁时不必因对规则的陌生而产生逃避的心理。在选择仲裁机构时，当事人应当充分认识到境外仲裁的优势，根据具体情况和需求，客观权衡各方面因素，根据仲裁需求选择适合的仲裁路径。

生成式人工智能产品跨境服务所涉集体诉讼风险概述

蔡硕

生成式人工智能产品（AIGC），一般是指利用生成式人工智能技术向用户提供生成文本、图片、音频、视频等服务的产品。此类产品自进入公众视野起即不可避免地引发了若干集体诉讼。相关法律争议集中体现出生成式人工智能的广泛普及与既有的数据安全制度、著作权保护制度的碰撞与摩擦。就我国企业而言，在提供 AIGC 跨境服务时，可能会受到不同法域及司法辖区的监管规制。如何规避因产品侵犯众多不特定主体权益从而引发集体诉讼值得思考。本文拟梳理相关核心法规并对相应风险点进行提要。

一、生成式人工智能产品新发涉诉案例

根据 France 24 新闻台于 4 月 13 日在 EU privacy watchdog sets up ChatGPT task force 一文¹中的报道，法国国家信息自由委员会（CNIL）在收到五项投诉后，将对 Chat GPT 开展调查。其中一份投诉来自国会议员 Eric Bothorel。该议员声称 Chat GPT 输出的内容中包含了错误的个人信息，包括但不限于他的生日和工作经历。

这并非偶然事件。根据英国新闻网站 The Telegraph 于 7 月 13 日的报道²，美国联邦贸易委员会（FTC）披露的用户投诉记录中，投诉人指责 Chat GPT 生成的内容中包含损毁他人声誉的评价，包含 Chat GPT 对他人做出的虚假、误导、诋毁或有害的内容。

根据美国华盛顿邮报 6 月 28 日报道，一家位于加利福尼亚州的律师事务所正在代理一起针对 OpenAI 及微软公司的集体诉讼，并向北加利福尼亚地区法院递交了起诉书。本案中，原告为十六人组成的团体，该团体声称 ChatGPT 使用从互联网上“窃取”的数据来训练其技术，此行为大规模侵犯了无数人的版权和隐私³。原告在起诉书中主张，Chat GPT 在用户不知情的情况下，获取了包括姓名、联系方式、登录凭证、账户和支付详情、交易记录、IP 地址、位置和社交媒体等在内的大量个人信息，并收集了用户的个人按键、搜索查询和聊天条目等详细数据。上述信息主要被集成 Chat GPT 的应用程序截获，且用户没有删除被收集信息的机会⁴。

二、生成式人工智能产品相关立法现状

（一）欧盟立法现状

在 AIGC 数据安全方面，欧盟对个人信息的保护主要可以分为三个层面：条约、法规、条例和指令，其中：1981 年欧洲理事会制定了《关于自动化处理的个人数据保护公约》（the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data），是全球范围内有关数据治理最早的国际条约。1995 年，欧共体在此基础上颁布了《保护个人享有的与个人数据处理有关的权利以及个人数据自由流动的指令》（Directive 95/46/EC on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, “95 号指令”）。鉴于 95 号指令本身不具备法律效力，指令在被成员国立法转化为国内法后才具备可实施性。各国因此存在适用不统一的问题。2018 年，欧盟通过《通用数据保护



条例》(General Data Protection Regulation, “**GDPR**”), 取代 95 号指令成为欧盟范围内直接适用的法律。欧盟由此迎来 GDPR 时代, 并在世界范围内对数据保护产生重要影响。

根据鉴于条款第二十二项⁵、第二十三项、第二十四项⁶及第三条⁷, 我们认为, 针对我国企业而言, GDPR 主要适用于以下两类情形:

1. AIGC 数据控制者或数据处理者在欧盟境内设有分支机构

在此情形中, 无论数据处理行为是否发生在欧盟境内, 数据控制者和处理者都受到 GDPR 的约束。

例如在我国成立的互联网企业, 同时在欧盟境内设立子公司或分公司, 无论用户数据处理活动发生在欧盟境内还是国内, 均受到 GDPR 的约束。

2. AIGC 数据控制者或处理者未在欧盟境内设立分支机构

在此情形中, 只要相关主体向欧盟境内的数据主体提供商品或服务, 或监控欧盟境内数据主体的行为, 亦受到 GDPR 的约束。

例如, 我国境内运营的人工智能企业, 将其上线的人工智能聊天软件设置法语、德语页面, 允许用户使用欧元支付并开通权限。该企业即属于向欧盟境内的数据主体提供服务, 需要适用 GDPR。


此外, 在版权保护方面, 2019 年 3 月欧洲议会通过了《数字化单一市场版权指令》(Directive on Copyright in the Digital Singles Market, “**版权指令**”), 对“文本挖掘 (data mining)”行为作出了限制。

(二) 美国立法现状

与欧盟 GDPR 不同, 美国目前并没有一部直接适用于全国的数据保护规则。相关规范分散在不同州、不同行业、不同领域的 AI 相关立法当中。

以加州为例, 作为全美第五大经济体, 加州是出海美国的互联网企业的重要市场。同时, 加州也是当前被公认为 AIGC 数据保护规则最严格的州。2018 年, 加利福尼亚州出台 California Consumer Privacy Act (“**CCPA**”), 该法案是美国首部关于数据隐私的全面立法, 旨在对加州消费者个人信息安全提供保护。2020 年 11 月 3 日, 加州选民投票通过 The California Privacy Rights Act (“**CPRA**”), 该提案对 CCPA 法案进行了修正, 进一步细化了消费者的权利和企业、服务提供商的义务, 与其他法案共同构成该州数据保护规则体系。

符合以下标准的企业, 应当受到 CPRA 的约束: 年总收入超过 25,00 万美元; 每年出于商业目的单独或累计购买、接收、出售或共享 100,000 及以上消费者、家庭或设备的个人信息; 其年收入的 50% 及以上来自出售消费者的个人信息。



此外，在版权方面，美国法院在实践中逐渐形成的“转化性使用（transformative use）”制度能否适用于生成式人工智能还有待于进一步观察。

（三）我国立法现状

在数据安全方面，2017 年我国《网络安全法》生效。2021 年，我国《数据安全法》《个人信息保护法》相继生效。三部法律共同搭建起了我国数据安全制度的框架。与此同时，各领域的专门规定也在进一步发展完善。《生成式人工智能服务管理暂行办法》自 2023 年 8 月 15 日起施行。上述规则将对生成式人工智能的发展产生重要影响。

此外，在著作权方面，我国的《著作权法》对人工智能产品因训练模型而使用作品是否构成合理使用、生成内容的著作权归属等问题尚无明确规定。

三、引发 AIGC 跨境服务相关集体诉讼的风险点例举

➤ 风险点一：不同法域对个人信息的界定差异

针对 AIGC 跨境服务所涉及的个人信息保护，当前立法例对个人信息保护普遍采用“普通信息+敏感信息”的双层结构进行管理，两类信息的划分标准在不同法域存在显著差异，值得给予特别关注。

➤ 风险点二：未经数据主体同意收集个人信息

人工智能产品“挖掘（data mining）”网络信息进行训练等行为可能侵犯数据主体的权利。无论是“嵌入”人工智能产品的程序还是产品本身，在获取个人信息时，应当及时通知用户，避免面临被认定大规模侵权的风险。

➤ 风险点三：未告知数据主体个人信息的收集情况


AIGC 企业可以结合不同法域的具体规定，向境外用户提供符合当地要求的格式文本，披露收集个人信息的相关内容。同时，建立用户知情权/访问权请求的提交机制，便于用户提交申请。

➤ 风险点四：未向数据主体提供删除被收集信息的方式

GDPR、CPRA 及我国《个人信息保护法》均规定人工智能产品用户享有“被遗忘权”或删除权。这体现了数据主体有权依法处分数据的权利。AIGC 企业建立相应的删除请求提交机制、依法定期删除信息机制具有必要性。

➤ 风险点五：未及时更正不准确信息

AIGC 用户数据主体有权请求修改不准确信息。我国《生成式人工智能服务管理暂行办法》也指出服务提供商应当采取措施提高数据质量，增强准确性。AIGC 企业宜建立相应的修改



信息请求提交机制并采取有效措施增强收集信息、生成内容的准确性。

➤ **风险点六：个人敏感信息的使用**

承前所述，尽管不同法域对敏感信息的划分存在差异，但敏感信息的处理目的和处理行为会受到严格管制，特别在生成式人工智能领域。

➤ **风险点七：限制处理个人信息**

在 AI 数据准确性存在争议、超出收集时目的等情形中，信息的收集、使用、保留、共享等处理行为可能会受到限制。

➤ **风险点八：未响应数据主体拒绝处理个人信息的请求**

鉴于 AI 数据主体有权利撤回对信息处理的同意，甚至有权拒绝个人信息向第三方共享或出售，AIGC 企业应当尊重主体的意愿，依法不予处理相关信息。

➤ **风险点九：数据泄露后的通知义务**

欧盟、美国加州法律等均明确规定了数据泄露后，相关主体对用户的通知义务。AIGC 服务提供商可依据不同法域的规定，制定相应的数据泄露报告格式文本，并设立专人或专属网页作为联系渠道，及时处理 AI 数据泄漏事故后的通告事宜。

➤ **风险点十：未保障数据主体免受自动化决策的不利影响**

AIGC 服务提供商可将自动化决策相关事宜写入隐私政策，保障用户的知情权。同时，设立依法使用自动化决策的范围，着力避免因造成“法律影响或类似严重影响的决策”或“不合理的差别待遇”引发用户集体诉讼。另建议提供链接或联系人员为用户提交相关诉求提供便捷。

➤ **风险点十一：数据控制者形成“可携带”数据**

根据欧盟及我国法律，AIGC 服务提供商在特定情形下有义务将已收集的个人信息传输至用户指定的接收方，但由此可能引发法律争议；如原数据处理者将信息转入新数据处理者，发生数据泄露后的责任分担问题。目前，国内的相关实践尚不丰富，仍有待观察。

➤ **风险点十二：AIGC 产品以商用目的“挖掘（data mining）”版权作品内容作为训练素材**

在欧盟规则下，人工智能产品以商用目的“挖掘”版权内容作为训练素材可能被认定为侵权。在美国，AI 产品出于服务用户的目的收集的版权作品信息能否构成“转换性使用（transformative use）”，进而被认定为美国版权法下的“合理使用（fair use）”，仍然有待观察。在中国法下，人工智能援引受著作权保护的作品内容可能因无法适用例外条款被认定为侵权。

➤ 风险点十三：人工智能系统生成的作品著作权归属尚存争议

根据美国《版权登记指南：包含人工智能生成材料的作品》（Copyright Registration Guidance: Works Containing Material Generated by Artificial Intelligence）相关规定，人工智能产品生成的作品存在被认定为作品的可能；企业在美国申请作品版权时，应当证明人工参与的部分。

以英国为例，在《版权，外观设计和专利法》（Copyright, Designs and Patents Act）中规定：“对于计算机生成的文学、戏剧、音乐或艺术作品，作者应为创作该作品做出必要安排的人。”对计算机生成作品进行“必要安排”的人，我们可以理解为包括程序员、使用者，也可能是计算机系统或设备的投资者⁸。

根据我国《著作权法》及相关司法实践，在有“人”发挥主导作用下人工智能系统生成的内容可能被认定为作品；但目前尚不存在对此类作品著作权归属的直接规定。

有鉴于此，AIGC 服务提供商可以考虑在服务协议中就著作权问题提前作出说明或约定。

1 <https://www.france24.com/en/live-news/20230413-eu-privacy-watchdog-sets-up-chatgpt-task-force>，最后访问时间：2023/8/1。

2 <https://www.telegraph.co.uk/business/2023/07/13/chatgpt-investigation-fears-made-up-stories-ruin-reputation/>，最后访问时间：2023/8/1。

3 <https://www.washingtonpost.com/technology/2023/06/28/openai-chatgpt-lawsuit-class-action/>，最后访问时间：2023/8/1。

4 <https://www.classaction.org/blog/makers-of-chatgpt-facing-lawsuit-over-alleged-theft-of-consumer-data-reckless-deployment-of-ai-tech>，最后访问时间：2023/8/1。

5 根据 GDPR 鉴于条款第二十二项，在欧盟内的控制者或处理者在机构的活动范围内对个人数据的任何处理都应根据本条例进行，无论处理本身是否在欧盟内进行。

6 根据 GDPR 鉴于条款第二十三项、二十四项，数据的处理者和控制者向欧盟境内的数据主体提供服务时，条例应当适用。提供服务目的主要从数据处理者或控制者的网站、电邮或其他联系方式采用的语言、支持结算货币种类等因素判断。监控主要通过该自然人是否在互联网上被跟踪，包括随后的处理技术例如预测其偏好等因素判断。

7 根据 GDPR 第三条，欧盟境内设立分支机构主体的数据处理活动、向欧盟境内数据主体提供商品或服务、监控欧盟数据主体的行为、依据国际公法应当适用欧盟法情形时，本条例应当适用。

8 郝立军、田熔榕：《论人工智能生成内容的著作权问题探究》，载《上海法学研究》集刊 2022 年第 5 卷（2022 世界人工智能大会法治论坛文集）。

国际仲裁中的“第一号程序令”

李露

一、“第一号程序令”是国际仲裁的程序剧本

与国内仲裁程序较多依赖仲裁庭发布各项通知不同，国际仲裁往往案情繁复、仲裁周期较长、各类费用较高。涉及仲裁程序具体的细节问题，如果完全服从仲裁庭安排，可能各方在仲裁过程中均有各种异议；如果任由当事方协商，则仲裁程序可能无法顺利推进。因此，“程序令”这一工具应运而生。

程序令（Procedure Order）是由仲裁庭发布的，与仲裁程序相关的一系列指令。其中“第一号程序令”（Procedure Order No.1）是程序令中的核心文件，会确定整个仲裁程序的时间安排，各个阶段的各方当事人任务，各类程序方面的细节要求和指引，相当于国际仲裁的程序剧本。


二、“第一号程序令”的主要内容

“第一号程序令”发源于国际仲裁的实践，而非仲裁法律或者仲裁规则的规定。其权利来源是基于各方当事人赋予仲裁庭的权力，其指令内容是基于各方当事人协商一致，以及公平无偏私的裁判原则。其核心都是基于“当事人机会均等”和“程序正义”的理念，避免仲裁裁决在承认与执行过程中因程序问题被撤销或者被不予承认或执行。“第一号程序令”主要包括：

（1）各方当事人和代理人的基本信息和具体联络方式：这部分看似寻常，实际却至关重要。实践中，因为一方当事人未被正确通知而被撤销或者不予承认与执行的国际仲裁裁决的比例相当高。特别是在一方当事人处于清算或破产程序中的通知相对方，更换代理人的及时通知，所有邮件均需发送给仲裁庭和全部当事人等事宜均需要特别注意。

（2）仲裁庭管辖权及仲裁适用规则：管辖权是整个仲裁的基础，故程序令会明确该仲裁的管辖权及相关依据。此外，还会明确所适用的仲裁规则、实体法、仲裁地、仲裁语言等规则。

（3）文件提交及举证规则：不同于诉讼程序有国内诉讼程序法作为依据，国际仲裁中证据可能浩如烟海，但是仲裁规则中却没有明确的举证规则。因此，各方文件提交及举证规则，近年来逐渐成为“第一号程序令”的重要内容，并且随着国际仲裁的实践不断细化。例如，就证据规则而言，《国际律师协会国际商事仲裁取证规则》（IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration）在国际仲裁中广泛采用，因此程序令中经常会约定各方当事人适用该 IBA 规则，或者确定适用其他的证据规则。又如，程序令中也常见要求各方当事人使用雷德芬表格（Redfern Schedule）来提交文件披露请求。再如，虽然没有关于国际仲裁文件制作的相关规则或示范规定，但是业界实际上已经根据仲裁实践形成了相对标准化、统一化的文件制作惯例，并且随着实践发展仍然在不断完善。包括文书的格式、陈述方式、证据编排、段落编号、装订方法、文件命名要求等，均会在程序令中详细列明，以最大限度节约仲裁庭时间、提高仲



裁效率。因此仲裁当事人务必要仔细约定该部分要求，避免提交不符合规定的文件影响仲裁效率，承担不必要的仲裁成本。

（4）证人和专家：除书面证据外，证人和专家意见也是国际仲裁中的举证方式，因此就证人声明、专家意见的格式和内容，开庭时候的质证方式，程序令亦需要进行规范。

（5）开庭程序：开庭前的准备工作、开庭的具体顺序、各方发言时间、庭审记录等内容同样需要经各方当事人确认后，以程序令方式固定。

（6）程序时间表（**Procedural Timetable**）：时间表是“第一号程序令”诞生之初就存在的必备部分，详细记载了后续仲裁程序各个阶段的时间，以及各方当事人和仲裁庭在各阶段需要完成的工作。该程序时间表虽然经各方当事人协商确定，但其作为程序令的组成部分，一旦发布即对各方及仲裁庭产生约束力。

（7）其他事宜：根据各个仲裁庭的习惯，还有很多事宜可能出现在“第一号程序令”，或者在后续程序令中规定。例如开庭的后勤准备、文件的翻译问题（在文件过多的情况下，仲裁庭可以同意部分文件不需要翻译为仲裁规定的语言）等。近来的仲裁实践中，仲裁庭也越来越多的加入当事方免于追诉仲裁庭的声明，以及仲裁庭对各类可能出现的细节问题的强调，其最终目的也是最大限度保护仲裁程序合法性，尽量减少败诉方挑战仲裁裁决的理由。

三、违反“第一号程序令”的后果

违反程序令可能出现的后果包括：

第一，与诉讼类似，最常见的情况是，违反程序令的一方需要承担由此造成的不利后果。比如在没有任何正当理由情况下，逾期提交文件或证据，会被视为自动放弃提交该文件或证据的权利，除非得到对方当事人和仲裁庭的同意，否则没有补充提交的机会。

第二，违反程序令关于仲裁程序中一些细节的规定，例如没有按照程序令要求进行开庭后勤准备，提交的证据形式不符合程序令规定等，造成仲裁程序拖延或者各方当事人及仲裁庭工作量增加，那么大概率仲裁庭会裁决由违反的一方来承担由此增加的各方费用。

第三，可能引起仲裁庭的反感，从而降低仲裁庭对该当事方的信赖。仲裁庭对于各方当事人微妙的信赖感是仲裁中不能言明但又无处不在的事实。因此，有经验的律师和当事人通常会尽最大努力要严格遵守程序令的要求，给仲裁庭留下诚实守信的良好印象。

世界银行合规调查与制裁解禁实务研究（五）

——世行制裁解禁与中国案例

郑丹妮*

引言

继本系列前四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](#)、[共谋行为](#)的研究之后，本文将针对制裁解禁的合规要点与中国案例展开研究分析。前文提及，世行制裁体系存在为信义义务保驾护航的“三驾马车”，分别对应于调查、裁决、合规三个阶段。根据《世界银行制裁体系 2022 财年年度报告》，与上一财年相比，获得附条件制裁措施的主体数量略增 1.5%，而被制裁主体因未能满足解禁条件导致制裁期间延长的数量则从 29 个上升至 36 个（增幅约 24%），获得制裁解禁的主体则从 30 个降至 22 个（降幅约 27%）。¹因此，充分了解世行制裁解禁机制对于参与世行项目的主体而言显得尤为必要。

一、如何减轻制裁

世行的制裁期限一般为 2 至 8 年，基准线为期限 3 年的附条件除名。换言之，在不考虑任何加重或减轻情节时默认采取的制裁措施为期限 3 年的附条件除名。

根据世行的制裁程序²，世行裁决机构在确定制裁措施时，通常应考虑如下因素：(a)不当行为的严重程度，(b)不当行为造成的损害的严重程度，(c)被制裁方对世行调查的干预，(d)在可能适用交叉制裁的情形下，被制裁方曾受世行或其他多边开发银行裁决的不当行为历史，(e)减轻情节，包括被制裁方仅扮演次要角色、自愿采取纠正措施、配合调查或案件的解决（含谈判解决），(f)是否违反制裁程序的保密性，(g)在认定无责任的情形下，由总务部决定的不适格期限，(h)被制裁方已执行的临时中止资格期限，及(i)由世行裁决机构合理认为相关的其他因素。

《制裁指导方针》进一步规定了在基准线前提下，各类情形可获得的减轻制裁幅度，详见下表³。据此，为减轻制裁，合规措施更适宜起始于或早于调查、裁决阶段，因为制裁措施一旦确定则无法通过合规措施提前解禁，而调查、裁决阶段的合规措施则有助于从源头上减轻制裁。

降幅	减轻情节
上限为 25%	A. 在不当行为中扮演次要角色 <ul style="list-style-type: none"> 被制裁方仅作为次要、最低限度或外围的参与者；被制裁方中无具有决策权的个人参与、纵容或故意忽视不当行为。 实务中，若被制裁方对不当行为的参与是间接、被动、有限的，或低级雇员在管理层不知情的情形下从事不当行为，可被认定构成此项。
上限为 50%，特殊情形下可获更大降幅	B. 自愿采取纠正措施 （调查对象承担举证责任） 1. 终止不当行为：

	<ul style="list-style-type: none"> ● 采取措施的时间点可能表明改革意图，即是真正的悔改，还是为了减轻制裁的严厉程度而采取的有计划的步骤。 ● 实务中，及时终止与从事不当行为的其他主体的业务关系、正式修改内部流程，可被认定构成此项；若相关措施并非有效或及时的，则不被认定构成此项。 <p>2. 针对责任人员的内部措施：</p> <ul style="list-style-type: none"> ● 管理层采取一切适当措施解决代表其从事的不当行为，包括对相关员工、代理人或代表采取适当的纪律和/或补救措施；采取措施的时间点可能表明改革意图，即是真正的悔改，还是为了减轻制裁的严厉程度而采取的有计划的步骤。 ● 实务中，受认可的内部措施包括降职、谴责、扣发奖金、临时措施等；若所声称采取的措施并无证据佐证、不及时、欠缺针对性、无意义或未能与不当行为的严重性成比例，则不构成此项。 <p>3. 有效的合规计划：</p> <ul style="list-style-type: none"> ● 建立或完善并实施企业合规计划；采取措施的时间点、覆盖范围、数量、质量可能表明改革意图，即是真正的悔改，还是为了减轻制裁的严厉程度而采取的有计划的步骤。 ● 实务中，若调查对象出台专门针对被指控的不当行为的特定政策或程序，或与世行《廉政合规指南》原则相符的措施，可被认定构成此项。世行廉政合规办公室（Integrity Compliance Office，简称“ICO”）有权进一步评估合规措施的充分性及履行情况，而不受减轻情节认定的影响。 <p>4. 退款或经济补救：</p> <ul style="list-style-type: none"> ● 调查对象自愿改正履约过程中的不足之处，或退还通过不当行为获得的资金。采取措施的时间点可能表明改革意图，即是真正的悔改，还是为了减轻制裁的严厉程度而采取的有计划的步骤。 ● 实务中，若调查对象主动提出退款或免费完成工作，足以表明承担责任的意愿，可被认定构成此项。但若所谓的经济补救实际上是调查对象履行在先合同义务的结果，则不构成此项。
<p>上限为33%，特殊情形下可获更大降幅</p>	<p>C.配合调查或案件的解决（含谈判解决）</p> <p>1. 协助和/或持续合作：</p> <ul style="list-style-type: none"> ● 世行廉政局（Integrity Vice Presidency，简称“INT”）陈述证明调查对象在调查中提供了实质性协助，包括自愿披露，任何信息或证词的真实性、完整性、可靠性，协助的性质和程度、协助的及时性。 ● 实务中，若INT的会议记录、问询答复等书面文件可作证上述事宜，或调查对象协助组织证人访谈，可被认定构成此项。调查对象请求咨询律师或对批评调查行为，不视为不合作。若仅提供非实质性指控、与制裁程序不具有清晰的相关性或欠缺可靠性，则不构成此项。 <p>2. 内部调查：</p> <ul style="list-style-type: none"> ● 调查对象对不当行为及其相关事实自行开展有效的内部调查，并向INT分享调查结果；若调查对象的内部调查范围超出被指控的不当行为并与INT分享调查结果，也纳入减轻情节。 ● 实务中，世行裁决机构会考察内部调查的充分性、是否由独立且具资质的专业人士开展调查、是否发现与调查相关且具有重要性的证据并

	<p>与 INT 分享。</p> <p>3. 自认/承认违规/责任：</p> <ul style="list-style-type: none">● 调查对象在调查早期自认或完全肯定地承认违规或不当行为承担责任，相较于在调查后期或后续程序中自认或承认，应给予更大降幅。● 实务中，若调查对象对自身或雇员的不当行为承担责任，或对 INT 的明确或实质指控不提出抗辩，则可认定构成此项。若自认/承认不及时、不一致或不完整，则可能降低或抹消作为减轻情节的价值。 <p>4. 自愿限制资格：</p> <ul style="list-style-type: none">● 在调查结果出来之前，调查对象自愿限制自身参与世行项目的投标，也可被视为一种协助和/或合作形式。● 实务中，若调查对象可提供同时期的企业正式政策或在等待世行项目招标结果时撤回投标，可认定构成此项。
--	---

二、如何合规解禁

如前所述，世行制裁的基准线为期限 3 年的附条件除名。在调查、阶段结束后，若制裁措施为“附条件不除名”或“附条件除名”，则被制裁方必须与 INT 下设的 ICO 合作，采取合规措施以满足解禁条件。世行收到被制裁方的解禁申请后 30 天内，将由 ICO 审核解禁申请。若 ICO 认为解禁条件尚未满足，将给予不超过一年的附加制裁期限，此时被制裁方有权申请复核，若构成滥用职权，则 ICO 的决定将被撤销、被制裁方视为符合解禁条件；若不构成滥用职权，则 ICO 的决定继续有效。若 ICO 认为解禁条件已满足，则被制裁方获解禁。

（一）实施廉政合规计划

解禁条件一般包括制定和实施符合世行《廉政合规指南》⁴的廉政合规计划（Integrity Compliance Program）。2010 年 9 月，INT 任命 Michael R. Silverman 先生为首任廉政合规主管，除了监督被制裁企业的廉政合规情况（或者个人遵守行为准则的情况）外，廉政合规主管还负责断定合规条件和/或由制裁委员会（Sanctions Board）或者资格暂停与除名办公室（Office of Suspension and Debarment，简称“OSD”）确定的制裁条件是否得到满足。Silverman 先生就职后，领导起草了《廉政合规指南》，为被制裁企业制定符合世行要求的廉政合规计划提供指导，逐步成为判定被制裁企业能否解禁的重要标准。

在起草《廉政合规指南》的过程中，ICO 广泛参考了国际领先和受到认可的合规标准，包括美国《反海外腐败法》（FCPA）相关规则、英国《反腐败法》（Bribery Act）草案、经济合作与发展组织（OECD）合规指南、国际商会（ICC）合规建议以及各大跨国公司的合规政策，并总结出被诸多机构和组织认为是良好治理和反欺诈与腐败的良好实践的十一项原则，包括禁止不当行为、责任、计划的启动/风险评估和审查、内部政策、关于业务伙伴的政策、内部控制、培训和宣传、激励措施、报告、对不当行为的补救、共同行动。

廉政合规计划的制定，须逐一比对《廉政合规指南》的上述十一项原则要求，对企业现有规章制度进行合规审查、修改和补充完善，力求从形式到内容都能满足解禁条件。其中，应特别关注廉政合规计划的领导、合规管理组织的建立和有效履职、规章制度的合规审查与修改、合规培训与全体员工合规意识的培养、合规整改的各时间节点以及被世行制裁的违规行为的合规整改等，全套制度应覆盖员工行为守则、第三方尽职调查、投标、礼品与招待等企业经营的各个核心领域。国企的合规措施还应同步参考中国的法律法规（例如《中央企业合规管理指引

(试行)》《企业境外经营合规管理指引》《关于加强中央企业内部控制体系建设与监督工作的实施意见》),以达到一箭双雕的效果。廉政合规计划制定后,应报 ICO 批准,然后严格实施。

值得注意的是,实施廉政合规计划的过程中,应将文件记录科学分类、归档备查;例如,开展合规培训、宣传等合规活动时,须做好登记、摄影、考核等工作,确保留痕。此外,鉴于 ICO 的工作语言是英文,组建合规工作小组时建议配备多名英文水平较高的成员,以中文双语作为原始文件记录的语言版本,或至少针对向 ICO 提交的资料全部提供英文版本,否则可能减损相关资料的证据价值。笔者在世行任职期间,便曾协助以英文口述中文合规文件,该情形下 ICO 主管仅能领会文件要点、而难以知悉详情。

(二) 配合其他合规措施

- 1. 递交定期报告。**被制裁方应按照和解协议和/或 ICO 的要求,提交定期的合规整改报告。
- 2. 聘请监管人监督实施合规计划。**ICO 可以指定一名监管人作为独立的第三方,协助 ICO 对被制裁方的合规整改以及廉政合规计划的实施进行监督。实务中,监管人由被制裁方从具备资格和丰富经验、语言和沟通能力强的专业人员中挑选,经 ICO 同意后由被制裁方聘任。
- 3. 开展外部审计及检查。**ICO 可以安排对相关记录和文件进行外部合规审计、检查被制裁方的账簿和记录等。
- 4. 接受电话或现场访谈。**被制裁方在接受访谈时,须积极配合、实事求是,不得瞒报或者做任何虚假陈述,也不得有任何妨碍行为。笔者在世行任职期间便曾参与对一家被制裁的中国企业的电话访谈,核心是核实廉政合规计划的实施情况及解禁申请所附证据的存疑点。

三、中国近年案例

根据世行制裁体系年报⁵,自 ICO 设立至今,累计共 23 个中国主体(包括企业和个人,含港澳台地区)获得制裁解禁,详细名单整理如下。

序号	制裁文件	英文名称	中文名称	解禁时间
1	谈判解决协议	China National Electric Engineering Co., Ltd.	中国电力工程有限公司	2022/4/27
2	谈判解决协议	China Electric Design and Research Institute Co., Ltd.	中国电气设计研究院有限公司	2022/4/27
3	谈判解决协议	China Railway Construction Corporation Limited China Railway Construction Corporation (International) Limited China Railway 23rd Bureau Group	中国铁建股份有限公司 中国铁建国际集团有限公司 中铁二十三局集团有限公司	2022/3/4


4	谈判解决协议	China Railway First Group Co. Ltd.	中铁一局集团有限公司	2021/9/17
5	资格暂停与除名办公室 《无争议制裁程序通知》	Fujian Lugang (Group) Corporation Ltd.	福建路港(集团)有限公司	2021/7/8
6	谈判解决协议	China Energy Engineering Group Hunan Electric Power Design Institute Co., Ltd. (“CEEC-HEPDI”)	中国能源建设集团湖南省电力设计院有限公司	2021/5/10
7	谈判解决协议	Jiangxi Geo-Engineering (Group) Corporation	江西省地质工程(集团)公司	2021/2/19
8	谈判解决协议	Jiangsu Zhongtian Technology Co., Ltd. (“ZTT”)	江苏中天科技股份有限公司	2021/1/21
9	谈判解决协议	China Nuclear Industry Fifth Construction Co. Ltd.	中国核工业第五建设有限公司	2020/12/30
10	制裁委员会决定书	China Railway No.5 Engineering Group Co., Ltd.	中铁五局集团有限公司	2020/9/15
11	谈判解决协议	China Gezhouba No.1 Engineering Company Ltd. China Gezhouba No.5 Engineering Company Ltd. China Gezhouba No.6 Engineering Company Ltd.	中国葛洲坝集团第一工程有限公司 中国葛洲坝集团第五工程有限公司 中国葛洲坝集团第六工程有限公司	2020/9/14
12	谈判解决协议	Dongfang Electronics Co., Ltd.	东方电子股份有限公司	2020/9/11
13	谈判解决协议	Sieyuan Electric Co., Ltd.	思源电气股份有限公司	2020/8/13
14	谈判解决协议	AECOM Asia Company Limited	艾奕康有限公司 【香港公司】	2019/1/11
15	谈判解决协议	Guangzhou Artelia Environmental Protection Ltd.	广州市阿德亚环保咨询有限公司	2018/10/31
16	谈判解决协议	Mr. Simon Xiao Bin Sun	【中国内地个人】	2018/10/11
17	谈判解决协议	China Railway 20 Bureau Group Corporation	中铁二十局集团有限公司	2018/9/26
18	谈判解决协议	Mr. Travis Yau Chorng Chien	【台湾个人】	2018/8/10
19	谈判解决协议	China International Water & Electric Corp.	中国水利电力对外有限公司	2017/9/24

20	资格暂停与除名办公室 《无争议制裁程序通知》	China Hunan Construction Engineering Group Corporation (“CHCEGC”)	中国湖南建工集团有限公司	2017/6/29
21	资格暂停与除名办公室 《无争议制裁程序通知》	Mr. Zhu Hongfeng	【中国内地个人】	2017/5/24
22	资格暂停与除名办公室 《无争议制裁程序通知》	China Jiangxi Corporation for International Economic and Technical Cooperation	中国江西国际经济技术合作有限公司	2015/12/30
23	谈判解决协议	China Gezhouba Three Gorges Engineering Company Limited (formally known as China Gezhouba Three Gorges Industry and Business Company Limited)	中国葛洲坝集团三峡建设工程有限公司(曾用名:葛洲坝集团三峡实业有限公司)	2015/11/26

以 2017 年 6 月 29 日解禁的中国湖南建工集团有限公司（简称“**湖南建工集团**”）为例，该公司因在世行资助的道路翻修项目竞标中提交伪造公司经验的文件，被 OSD 裁决构成欺诈行为，而于 2013 年 10 月 1 日被制裁，制裁措施是为期两年的附条件除名，解禁条件包括两项：一是针对被制裁的不当行为采取适当的补救措施；二是建立并执行符合世行要求的、有效的廉政合规计划。⁶

世行的制裁给湖南建工集团造成了贷款融资上的困难，同时造成声誉上的重大损失。公开资料显示，为挽回声誉、避免更大损失、解除制裁，湖南建工集团采取了如下合规措施：⁷

1. **颁布合规政策和程序。**集团参照世行《廉政合规指南》的原则，制定并实施了《诚信合规政策和程序》及配套的《诚信合规管理办法》，使其成为公司内部的基础性规范。
2. **建立合规组织体系。**集团成立了直接隶属于董事会的诚信合规委员会。集团纪委书记担任该委员会负责人。集团主要高管为该委员会成员。集团决定由集团总法律顾问兼任首席合规官，并将集团及各附属公司原来的法律事务部改为法律合规部，下设合规处，分别负责集团及各附属公司的诚信合规体系的建立和实施工作。
3. **组织合规培训。**集团要求每位员工宣读、遵守《合规宣言》；每年接受定期合规培训，并签署《合规证书》。
4. **对商业伙伴加强合规管理。**集团在与第三方进行合作之前会进行合规尽职调查，要求其签署《反贿赂陈述、保证与承诺函》与《合规证书》，承诺在合同期内遵守集团《诚信合规政策和程序》以及有关反商业贿赂的法律。

- 
5. **展开合规风险评估。**由集团合规委员会对合规风险进行定期评估，对集团每个部门和附属公司进行“高”、“中”、“低”三类风险级别分类。
 6. **组织合规审计。**集团审计部每年对集团遵守反贿赂反欺诈法律以及执行《诚信合规政策和程序》的情况进行合规审计，尤其是对高风险的部门或附属公司进行重点审计。
 7. **建立举报制度。**集团及其附属公司设立咨询举报热线，鼓励员工或第三方对集团的任何欺诈、贿赂、腐败、共谋、胁迫和其他不符合合规政策的行为进行举报。
 8. **全面配合世行的合规审查和持续监督。**集团不仅定期向世行进行合规进展情况报告，而且数次接待 ICO 和监管人的现场检查，接受其有关改进合规体系的建议和要求。

结语

多边开发银行合规与制裁虽然属于小众的前沿专业领域，对于从事国际业务的中国企业而言仍值得重视，加强事前预防、做好事中应对、争取事后解禁。为世行制裁解禁而采取的合规改进措施，可以为企业的未来持续长远健康发展保驾护航。世行会鼓励合规整改表现优秀的企业成为其他被制裁企业的导师（Mentor），这有助于转危为机，提升企业的商誉和品牌价值，将企业打造成为合规典范，获得更多商业机会。

* 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>, page 59.

² World Bank Group, *Sanctions Proceedings and Settlements in Bank Financed Projects* (issued June 28, 2016), Section III.A, subparagraph 9.02.

³ See World Bank Group, *World Bank Group Sanctioning Guidelines* (issued January 1, 2011), Washington, D.C., <https://www.worldbank.org/content/dam/documents/sanctions/other-documents/osd/World%20Bank%20Group%20Sanctioning%20Guidelines%20January%202011.pdf>. See also World Bank Group Sanctions Board Law Digest 2019, pages 69-73.

⁴ World Bank Group, *Integrity Compliance Guidelines*, Washington, D.C., <https://thedocs.worldbank.org/en/doc/06476894a15cd4d6115605e0a8903f4c-0090012011/original/Summary-of-WBG-Integrity-Compliance-Guidelines.pdf>. See the Chinese official version at <https://thedocs.worldbank.org/en/doc/302151536766276403-0240022018/original/WBGIntegrityComplianceGuidelinesCH.pdf>.

⁵ See World Bank Group, *World Bank Group Sanctions System Annual Reports for Fiscal Years 2015-2022*.

⁶ See Notice of Uncontested Sanctions Proceedings, Sanctions Case No. 268.

⁷ 参见陈瑞华：《湖南建工的合规体系》，载《中国律师》杂志 2019 年第 11 期。

当我们谈论仲裁员“独立”与“公正”时我们在谈论什么？

——从泡泡玛特与阿迪达斯中国撤裁案浅谈仲裁员披露与回避问题

刘丁敏

引言

近日，由北京市第四中级人民法院（“北京四中院”）作出的《北京泡泡玛特文化创意有限公司与阿迪达斯体育（中国）有限公司申请撤销仲裁裁决民事裁定书》（案号：（2023）京 04 民特 464 号）一经公开，引发了热议。申请撤裁的北京泡泡玛特文化创意有限公司（“泡泡玛特”）因仲裁申请人阿迪达斯体育（中国）有限公司（“阿迪达斯中国”）抵制新疆棉事件要求后者推迟履行双方《合作协议》项下上市销售、推广联名产品而被仲裁庭判赔阿迪达斯中国近人民币 1700 万元。


就此，网络上有人替泡泡玛特为支持国家和考虑民族情感拒与阿迪达斯中国履行合同而被判高额赔偿打抱不平，纷纷感慨“自家的孩子都不爱，胳膊肘却往外拐”¹，“企业爱国为何如此艰难？”²。上述裁定作出后，阿迪达斯中国申请强制执行，泡泡玛特履行了案涉仲裁裁决项下的支付义务，并对外表示“该案件属于正常商业纠纷”。泡泡玛特虽然输了官司，却赢得了百姓对其爱国情怀的赞许。

虽说泡泡玛特与阿迪达斯中国均为在华外资企业，笔者无意揣测本案背后是否存在契约精神与爱国情怀的权衡与选择。单从法律程序角度，泡泡玛特在申请撤销案涉仲裁裁决时提出的事由颇为耐人寻味，其中包括本文想要讨论的“案涉仲裁的仲裁庭组成违反法定程序，仲裁员存在应当回避而未回避的情形，足以影响公正裁决”。有趣的是，撤裁程序中泡泡玛特提出挑战的仲裁员正是己方指定的仲裁员毛某某，主要理由是阿迪达斯中国是该仲裁员所任职律所的主要客户，其担任本案仲裁员存在重大利益冲突，却并未主动披露，剥夺了泡泡玛特对其提出回避的权利。本文旨在尝试借由本案从仲裁员信息披露与回避角度延伸探讨问题一二，以期抛砖引玉：

一、如何认定仲裁员与当事人、代理人有重大利益关系须要披露与回避的情形？

根据泡泡玛特陈述，仲裁员毛某某任职近三十年的律所在 2016-2022 年期间曾代理 Adidas AG（阿迪达斯有限公司）至少 8 起不同的诉讼案件，在案涉仲裁程序期间，该律所人在同时接受阿迪达斯中国 100%控股母公司 Adidas AG 多起诉讼案件的委托，为其持续提供法律服务。鉴于阿迪达斯中国为毛某某所在律所主要客户，泡泡玛特认为，该事实属于仲裁员应予回避的重大利益冲突情形，仲裁员毛某某不仅应当回避而未回避，也未主动向各方当事人披露，泡泡玛特因此无法在仲裁程序中对其提出回避。

诚然，仲裁员信息披露保证仲裁员独立性与公正性的法定义务，事关仲裁裁决的公正作出，乃至仲裁的公信力。《中华人民共和国仲裁法》（“**仲裁法**”）并未规定仲裁员披露信息的义务，但仲裁法第三十四条规定了仲裁员回避的义务，即仲裁员有下列情形之一的，必须回避，当事人也有权提出回避申请：“（一）是本案当事人或者当事人、代理人的近亲属；（二）与本案有



利害关系；（三）与本案当事人、代理人有其他关系，可能影响公正仲裁的；（四）私自会见当事人、代理人，或者接受当事人、代理人的请客送礼的。”可以看出，前述第（一）、（四）项的情形相对具体明确，也许为了给法律适用留下解释的空间，无论是仲裁法抑或《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》等司法解释均未对第（二）、（三）项中的“利害关系”、“其他关系”进行明确定义。


需要指出，案涉仲裁程序适用的中国国际经济贸易仲裁委员会（“**贸仲委**”）《仲裁规则》（2015 版）（“**贸仲规则**”）未定义或列举仲裁员应当披露的具体情形，该规则第三十一条仅原则性规定了仲裁员在被选定或被指定时以及履职时有义务向仲裁委披露可能引起对其公正性和独立性产生合理怀疑的任何事实或情况。针对仲裁员回避事项之一的仲裁法第三十四条项下可能影响公正裁决的“其他关系”，贸仲规则虽未作进一步规定，但在贸仲委《仲裁员守则》4 和《仲裁员行为考察规定》5 分别作了细化规定。

可见，即便法律、仲裁规则并未对如何认定仲裁员与当事人、代理人存在须要披露与回避的“其他关系”进行具体界定，我们仍然可以从仲裁员行为道德规范中寻找依据。本案撤裁程序中泡泡玛特援引了《仲裁员行为考察规定》第六条第一款第一项（即存在“仲裁员、所在工作单位与案件有关联，或者与当事人、代理人及其关联单位两年内有业务往来的”），来证明仲裁员毛某某因其所在律所与阿迪达斯中国的关联导致当事人对其仲裁员的独立性、公正性产生合理怀疑，毛某某不仅应当回避而未回避，也未主动向当事人披露，影响了案涉仲裁裁决的公正性。

笔者注意到，北京四中院在审查案涉仲裁裁决的仲裁庭组成是否“违反法定程序，仲裁员存在应当回避而未回避的情形”时，似乎仅考虑了仲裁法、仲裁规则的规定，并未考虑相关仲裁员行为道德规范的要求。法院在判断重大利益关系时，似乎仅关注 Adidas AG 与阿迪达斯中国是否存在直接的持股关系，阿迪达斯中国是否系毛某某所在律所的客户，以及毛某某是否曾与 Adidas AG 进行合作。具体而言：

- （1）法院在论述仲裁员毛某某回避事由时认为，毛某某任职的律所在 2016-2022 年期间服务的客户均为 Adidas AG，并非本案当事人或当事人的股东，且泡泡玛特未提交证据证明毛某某曾与 Adidas AG 进行合作，也就无法证明毛某某任职的律所与本案当事人阿迪达斯中国有重大利益关系。
- （2）对于仲裁员毛某某是否应披露泡泡玛特所谓的“重大利益关系”，法院更多倾向于认为：阿迪达斯中国并非毛某某就职律所的客户，毛某某系泡泡玛特己方指定仲裁员，理应提前进行背景调查，且泡泡玛特在仲裁程序中并未对仲裁庭组庭提出异议，故不予采信泡泡玛特所谓因毛某某未披露信息导致其丧失申请回避权利的意见。
- （3）违反法定程序需可能影响案件公正裁决，方能撤销裁决。本案中泡泡玛特不能证明 Adidas AG 对阿迪达斯中国有决策控制权，足以影响仲裁员对案件公正裁决。

在笔者读来，法院该等论证逻辑严密，也颇具中国智慧，但细品一下不禁让人心生疑惑：本案仲裁员毛某某所在律所与 Adidas AG 的关联关系是否属于足以引起当事人或理性第三人对于毛某某担任仲裁员的公正性和独立性产生合理怀疑的事实或情况？根据贸仲规则，该仲裁员是否应当履行披露义务？法院在查明仲裁法第三十四条项下可能影响公正裁决的“其他关系”



时，是否应当或可以参考贸仲委有关仲裁员信息披露的行为道德规范？

二、仲裁当事人如何用好仲裁员信息披露与申请仲裁员回避的权利？

仲裁制度建立在当事人意思自治基础之上。就制度设置而言，仲裁员信息相关信息并不一定导致仲裁员回避，但一份公正仲裁裁决的做出需要有仲裁员回避制度作为保障，而仲裁员回避前必然需要允许仲裁当事人对仲裁员提出要求披露，抑或要求仲裁员主动披露，可能对仲裁员公正性和独立性产生有正当理由怀疑的任何情况。

从上述案例可以探知，仲裁当事人在选任仲裁员方面提前并持续了解仲裁员（候选人）的背景并适时申请相关仲裁员回避对仲裁程序的有效进行，仲裁裁决的公正作出乃至撤销和（不予）执行至关重要。笔者结合自身经验，在此分享几点浅见：

- (1) 在选定或指定己方仲裁员时，应尽可能详尽、全面要求仲裁员候选人披露有助于选任判断的信息，如候选人的专业特长、职业履历、教育背景、居住城市及学术观点等等。
- (2) 对于对方当事人指定的仲裁员，除了调查上述信息外，还应重点核查其与对方当事人、代理人及其他仲裁员（尤其是首席仲裁员）的关系，如（前）同事、同学、师生等等。
- (3) 仲裁员开始履职后，应持续、全面关注仲裁员是否存在应当披露的情形，适时提出异议，根据适用的仲裁规则、仲裁员行为道德规范等申请仲裁员回避，不能等到申请撤销仲裁和/不予执行仲裁裁决时再提出该等异议。
- (4) 在提出仲裁员回避要求前，要尽可能收集相关事实与证据，适度关注、权衡申请仲裁员回避对仲裁程序的影响以及仲裁员后续开展裁决工作的心态影响。

结语

诚如有识之士指出，当今国际上“大多数国家的仲裁法以及有影响力的仲裁规则均已将仲裁员对可能影响其公正性、独立性的事项的披露视为一项法定义务，设置仲裁员披露义务的广度与高度已上升至法律层面。”⁶值得庆幸的是，2021年7月我国司法部发布的《中华人民共和国仲裁法（修订）（征求意见稿）》第五十二条已首次写入仲裁员信息披露的义务。⁷笔者相信，若仲裁员信批义务写入仲裁法，必将进一步维护我国仲裁程序中仲裁员的独立性与公正性。

¹ 《泡泡玛特“被判赔”1600万，仲裁委：阿迪抵制新疆棉属普通舆情！》，载网易，<https://www.163.com/dy/article/IANRRSD60534S2B4.html>。

² 《泡泡玛特拒绝阿迪被判赔1700万，企业爱国为何如此艰难？》，载网易，<https://www.163.com/dy/article/IBGEUO8V0543D9PX.html>。

³ 据 Adidas Group（阿迪达斯集团）近年公开年报显示，阿迪达斯中国100%控股母公司应为注册地在荷兰的 Adidas International B. V.，后者的100%控股母公司系注册地位于德国的 Adidas AG，载 <https://report.adidas-group.com>。本文定稿刊发时，中国裁判文书网上已不见（2023）京04民特464号民事裁定书，不排除本案先前公开的裁判文书版本存在文本纰漏。

⁴ 贸仲委《仲裁员守则》第七条：“仲裁员与案件有利害关系或其他关系，可能引起对其公正性和独立性产生合理怀疑的，应当主动向本委员会披露。如果与当事人存在近亲属关系、财产与金钱关系、业务与商业合作关系等，仲裁员应当主动请求回避。”

⁵ 贸仲委《仲裁员行为考察规定》第六条：“仲裁员接受选定或指定时，应当如实填写接受选定或指定的声明书。存在下列可能导致当事人对仲裁员的独立性、公正性产生合理怀疑的情形之一的，仲裁员应当及时向本委员会书面披露：

1. 仲裁员、所在工作单位与案件有关联，或者与当事人、代理人及其关联单位两年内有业务往来的；
2. 当前或两年内，与同案仲裁员在同一个单位工作的；
3. 仲裁员与当事人、当事人的主要管理人员或代理人在同一社会组织担任专职工作，有经常性工作接触的；
4. 当前或两年内，仲裁员在与案件有关联的机构担任职务的；
5. 仲裁员或其近亲属与当事人或代理人有较为密切私人关系的；
6. 仲裁员两年内曾经接受同一当事人、代理人或律所选定担任仲裁员超过三次（不含三次）的，关联案件或同类型案件除外；
7. 其他可能导致当事人对仲裁员的独立性、公正性产生合理怀疑的情形。”

⁶ 杨赞、金文轩：《〈仲裁法〉修改背景下仲裁员披露义务制度研究——以我国法院撤销仲裁裁决实证研究为视角》，载《北京仲裁》2022年第3辑，总第121辑。

⁷ 《中华人民共和国仲裁法（修订）（征求意见稿）》第五十二条：“仲裁庭组成后，仲裁员应当签署保证独立、公正仲裁的声明书，仲裁机构应当将仲裁庭的组成情况及声明书送达当事人。

仲裁员知悉存在可能导致当事人对其独立性、公正性产生合理怀疑的情形的，应当书面披露。

当事人收到仲裁员的披露后，如果以披露的事项为由申请该仲裁员回避，应当在十日内书面提出。逾期没有申请回避的，不得以仲裁员曾经披露的事项为由申请该仲裁员回避。”

跨境破产重组（一）

——中国债权人如何应对美国 Chapter 11 破产程序

李岚、岑琳

近年来，美国公司根据美国法典第 11 章（Chapter 11）提起破产的案件并不少见，比如，美国著名零售商 Sears、美国快时尚零售商 Forever 21 和美国家居用品零售商 Bed Bath & Beyond 等都曾提起第 11 章破产申请。在今年，美国近年的厨电新秀品牌 Instant Brands 也提起了第 11 章破产申请。由于这些零售商和著名品牌往往从中国采购很多产品，而中国供应商向这些零售商和品牌商供货时也往往会提供一定账期，一旦有美国零售商或品牌商提起破产申请，就经常会出现大批中国供应商的应收账款被列为破产债权的现象，而这些中国供应商很有可能最终只能从有限的破产财产中获得很少部分的清偿。


第 11 章破产制度是为了使困境企业在提起第 11 章破产申请后通过“设计”或重整以获得“重生”，同时尽可能保障债权人和所有人利益。那么，中国供应商作为债权人得知其客户提起美国第 11 章破产申请后，应当如何最大程度维护其权益，需要注意哪些事项？

一、破产前应收账款应对处理：及时准确完成债权申报、及时向信用保险公司报损

美国破产法对于债权清偿的优先顺序可以归纳为：担保债权、行政费用（如律师费和破产财产管理费等）、优先无担保债权（如工资、税费等）以及普通的破产前无担保债权。一般来说，中国供应商在客户申请第 11 章破产前对客户产生的债权往往属于清偿顺序中最末位的普通无担保债权。如何能更好地收回该等破产前的应收账款？

一般而言，中国供应商在得知其美国客户提起第 11 章破产程序后应及时完成债权申报（to file a proof of claim），债权申报是破产程序中的重要环节，第 11 章破产下的债权申报可以影响债权人是否、如何以及何时从债务人处获得清偿。通常来说，在债务人提起破产申请后，债权人在收到破产通知（notice of bankruptcy）时也会收到一份第 11 章债权申报表（410 Proof of Claim）。破产通知会写明债权申报的截止日期（bar date）、如何申报债权以及提交至何处。如果债权人认为债务人对其的债务金额和性质描述不准确或对债务有争议，则应当在截止日期前申报债权。但债权人对债务金额和性质描述准确或对债务没有争议，仍然可以申报债权，申报债权也会有一定益处。例如，债权人申报的债权信息会取代债务人在其资产和负债表中描述的相关信息；如果没有在截止日期前申报债权，则债权人想再进行申报则会有很大难度，而对于及时申报的债权信息进行修改通常会比较容易获得准许。如果中国企业的债权金额较大，被列入债权人前二十名，一般还可指定一名代表进入债务人委员会。

在申报债权时，针对破产申请前 20 日内发出的货物，中国供应商可以提出 503(b)(9)请求（又称“20 日请求”），中国供应商应其申报为行政费用债权（该等债权的清偿顺位仅次于担保债权且高于所有的无担保债权），但要成功申报此等债权，货物必须是直接运输给债务人的。破产法典没有对此类申报规定形式或截止日期，一般程序为提起动议并以账单、运货单等文件提交作为支撑，但也有些案件设立了申报的截止日期，以及对货物的价值和运输作出要求。



此外，大部分中国供应商在向美国客户提供账期时，往往会购买信用保险来保障其收款，在得知客户提起破产申请后，中国供应商应第一时间通知信用保险公司完成报损。信用保险公司收到报损，信用保险公司也可能会向中国供应商提供追偿的服务，此时，中国供应商需要认真考虑是否委托信用保险公司代为追索，如果委托信用保险公司追索，也可能产生额外的佣金（如果追索成功）。

二、破产前应收账款处理：利用关键供应商制度实现无担保债权的优先清偿

即便中国供应商按时进行债权申报，如前所述，这些债权一般都属于无担保的破产债权，对于这类处于清偿顺序末位的债权，现实中一般获得清偿的金额极少——收回比例往往低于10%，但如果中国供应商合理运用美国破产法中的关键供应商（critical vendor）制度，也有可能获得更大比例的清偿。


通常来说，破产法不允许债务人在破产后继续支付破产前的债务，但第11章第105条允许破产法院“发布任何有必要或适宜执行破产法典的命令、过程或判决”。在实践中，债务人可以通过向法院提交申请，主张某些供应商的关键供应商地位（critical vendor status）——有必要提前清偿该等关键供应商的破产前债务以换取关键供应商的持续供货，从而维持债务人的持续运营以顺利完成破产重整程序。法院可以下令同意破产企业优先清偿该等关键供应商的破产前债务，因为该等命令是为了他们成功完成破产重整所“必要的”。一旦法院批准该等申请，债务人则可提前清偿该等关键供应商的破产前债务。

需要注意的是，债权人无法自己决定其获得关键供应商地位，相反，是否可以成为关键供应商取决于债务人，债务人可以决定谁作为其关键供应商并向法院申请批准；由于关键供应商可获得普通债务清偿的好处，债务人也会以此进行协商，要求一些“回报”，如获得更长的账期或更优惠的付款条件。一般情况下，中国供应商需要与债务人签署关键供应商协议以便债务人可以向法院提出申请，具体条款由双方协商。但是，由于第11章破产程序推进迅速，中国供应商需要及时和快速地与债务人进行关键供应商协议的协商以及进行决策，避免错过最佳时机。

三、破产程序进行期间的交易

根据美国法典第11章第105条，债务人提起第11章破产申请，则中止程序（automatic stay）针对所有主体自动启动，债权人必须立即停止其向债务人收回债权的任何企图。第11章对此的规定非常广泛，比如，针对债务人应中止任何试图启动或者继续的法律程序、中止已获得判决的执行、中止对破产财产的试图占有或控制、中止任何对破产前留置（pre-petition lien）的试图执行、中止对任何破产前债务的抵消等。换句话说，一旦债务人提起第11章破产申请，债权人不可再向其追讨任何破产前的付款义务。

然而，第11章破产程序实际上是重整程序，债务人在破产期间仍然免不了需要继续采购一定数量的产品以维持运营，此时中国供应商将面临是否要在破产程序期间继续向债务人供货的抉择。破产期间交易产生的新债权一般会被认为是行政费用债权，清偿顺位较高，但仍有一定的收款风险。另外，一旦债务人提起破产申请，信用保险公司很有可能不再承保，这意味着中国供应商需要自行承担收款风险。因此，中国供应商如果希望继续在破产期间与债务人交易，需要认真评估和考虑。



无论如何，中国供应商都应掌握破产案件动态，避免错过各类时限。在第 11 章破产程序中，往往伴随债务人向破产法院提交的各种申请，法院也会经常安排开庭（hearings）来审理各项申请（motions），并下达各类命令（orders），这些申请、开庭和法院命令也会对中国供应商的权益产生影响。因此，中国供应商应持续关注破产案件动态，把握破产程序中的各个截止日期，避免因错过期限致使权益受损，成为第 11 章破产程序的“受害者”。

企业注销后，仲裁条款继受方法律研究

杜越、周颖雯

导言

企业注销后，原企业签订的仲裁条款的溯及力问题日益受到关注。本文从企业已经丧失独立法人资格的情况下如何确定适格当事人，以及企业注销后原企业签订的仲裁协议是否可以适用于上述扩张的当事人两个方面出发进行分析，明确不同阶段企业注销后当事人的确定方式，以期能够在最大范围内维护当事人利益。

一、《仲裁法》项下的司法裁判趋势


本文聚焦的是在中国大陆登记注册的企业注销后，仲裁条款继受方的法律研究问题¹。该种情况下仲裁条款的溯及力，现行《中华人民共和国仲裁法》及最高法院出台的相关解释中并没有明确的规定。法院在判决中所依据的多为《最高人民法院〈关于适用仲裁法若干问题的解释〉》第八条规定，“当事人订立仲裁协议后合并、分立的，仲裁协议对权利义务的继受人继续有效。当事人订立仲裁协议后死亡的，仲裁协议对继承其仲裁事项中的权利义务的继承人有效。”但该条款并未涵盖法人在注销后的情形。实务中往往将此条作扩大解释，即企业法人的注销同样适用该条款的规定，公司签订的合同中的仲裁条款效力应当及于企业注销后的权利义务继受人。

如石胜利与上海鑫众通信技术有限公司申请确认仲裁协议效力一案一审民事裁定书²中，法院认为石胜利为该已注销公司在争议协议项下的权利义务的继受者，故协议中的仲裁条款可以约束石胜利。在曹县古营集镇人民政府与济南一建集团总公司建设工程施工合同纠纷审判监督(2021)鲁01民再50号民事裁定书³中，再审法院认为《仲裁法司法解释》第八条应作扩大解释。类似的判例还有北京德易达节能科技有限公司与王文利等买卖合同纠纷二审民事裁定书⁴、李森等与朱潇雅股东损害公司债权人利益责任纠纷二审民事判决书⁵等。

当然，也存在部分判决认为，企业注销后仲裁条款效力无法及于其继受人，理由主要为：因企业注销后的继受人仅要对原企业遗留的债权债务承担责任，已注销公司的继受人与仲裁协议相对方之间并没有达成新的仲裁协议，故原企业签订的仲裁协议效力不可基于其继受人。

同时，如果债权人以未履行清算义务要求原企业继受人承担责任，则属于侵犯债权的侵权责任，而非因违反合同产生的违约责任。

如在江苏德克环保设备有限公司与林澄勇、吴金泉管辖裁定书⁶中，法院认为，当事人采用仲裁方式解决纠纷，应当双方自愿达成仲裁协议。德克公司与柯林公司买卖合同中的仲裁条款可以证明双方存在争议解决提交仲裁的合意，但该意思表示并不能当然等同于德克公司与柯林公司的原股东间达成了仲裁协议，亦不能对原公司股东产生约束力。山西煤炭运销集团晋城有限公司与刘某、纪某合同纠纷管辖民事裁定书⁷中，法院认为仲裁条款因一方法人被注销已无效。类似的判例还有广州市同一方向建筑规划设计有限公司与广州市万合房地产有限公司股东损害公司债权人利益责任纠纷一审民事判决书⁸等。



我们认为，现行主流的观点为企业注销后由权利义务人自动承继原仲裁条款的效力。相反观点虽然在部分案件中得到了支持，但该类案件存在只有合同纠纷才能进行仲裁、侵权纠纷无法进行仲裁的误区。因此，应在新《仲裁法》修订中明确仲裁条款的效力在何时得到终止。同时，法院态度不一的部分原因在于企业注销后继受人继受方式的不同。如果继受人在公司清算时基于对财产的盈余分配继受了公司的债权债务，那么此时其在受让或承受相应的债权或债务时必然接受了相应合同的约束，此时参考适用《仲裁法司法解释》第九条“债权债务全部或者部分转让的，仲裁协议对受让人有效，但当事人另有约定、在受让债权债务时受让人明确反对或者不知有单独仲裁协议的除外”，仲裁协议应对继受人具有约束力。

二、《民诉法》项下的诉讼参照

对于《仲裁法》没有规定的事项，可参考民事诉讼法中的相关规定。根据《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》第六十四条“企业法人解散的，依法清算并注销前，以该企业法人为当事人；未依法清算即被注销的，以该企业法人的股东、发起人或者出资人为当事人。”

虽然《民诉法解释》对于企业法人注销后承继方有较为明确的规定，但向原企业的股东、发起人、出资人（通常出资人、发起人、股东是同一批人）内部求偿的前后顺序、负比例责任还是连带责任，没有进一步的规定。上述权利义务继受人的人选及数量，直接影响了仲裁员的确定方式。

我们看到，部分诉讼案件中存在以原企业股东为当事人或以该企业法人的股东、发起人或者出资人为共同当事人的情况，其中，以股东为承继人并令其承担一般连带责任的情形最为常见。如王秀兰、孙裔庭等劳务合同纠纷民事二审民事判决书⁹中，因云联公司非法注销，即以王秀兰、孙裔庭两位原股东为被告，判决其负清偿债款的一般连带责任。类似的判例还有安塞地方电力与陕西省地方电力承揽合同纠纷二审民事判决书¹⁰、孙颖超与屈绍武、辛福军买卖合同纠纷指定管辖民事裁定书¹¹、邓强与刘锋等劳动争议二审民事判决书¹²等。

三、企业登记制度项下的要求

企业登记注销时，市场监督管理部门对企业权利义务的继受存在规定。其中，根据《中华人民共和国市场主体登记管理条例实施细则》第四十六条规定了申请办理注销登记，应当提交清算报告、负责清理债权债务的文件或者清理债务完结的证明（相关样式参考下图）。

同时，根据《登记管理细则》第四十七条规定，企业还可以申请办理简易注销登记，此时应当提全体投资人承诺书。这里的承诺书是指《中华人民共和国市场主体登记管理条例》第三十三条规定的承诺内容。根据《工商总局、税务总局关于加强信息共享和联合监管的通知》（工商企注字〔2018〕11号）中的提供的《全体投资人承诺书》（如下图），是全部投资人（股东）对相应债权债务承担此后的法律后果和责任。

现向登记机关申请_____ (企业名称)的简易注销登记,并郑重承诺:

本企业申请注销登记前未发生债权债务/已将债权债务清算完结,不存在未结清清算费用、职工工资、社会保险费用、法定补偿金和未交清的应缴纳税款及其他未了结事务,清算工作已全面完结。

本企业承诺申请注销登记时不存在以下情形:涉及国家规定实施准入特别管理措施的外商投资企业;被列入企业经营异常名录或严重违法失信企业名单的;存在股权(投资权益)被冻结、出质或动产抵押等情形;有正在被立案调查或采取行政强制、司法协助、被予以行政处罚等情形的;企业所属的非法人分支机构未办理注销登记的;曾被终止简易注销程序的;法律、行政法规或者国务院决定规定在注销登记前需经批准的;不适用企业简易注销登记的其他情形。

本企业全体投资人对以上承诺的真实性负责,如果违法失信,则由全体投资人承担相应的法律后果和责任,并自愿接受相关行政执法部门的约束和惩戒。

全体投资人签字(盖章):

年 月 日

企业注销登记的原因不相同时,注销时需要的材料并不完全相同。由于个体工商户注销时不存在破产推进阶段的被迫收出资法律风险、国有资产保值增值问题,故其申请注销时可免于提供部分文件以提高工商管理的效率。而在合伙企业中各合伙人共同出资、共同经营、共享收益、共担风险,并对企业债务承担无限连带责任。故为确定注销企业是全体合伙人的意思表示,从而最大限保护合伙人权益。

因此,在公司未经依法清算即注销的情形下,若公司股东承诺在法律规定的范围内对公司未尽债务承担责任,实际上构成了免责式的债务承担。免责式债务承担情形下原合同仲裁条款对新债务人具有约束力,除非新债务人明确作出了相反的意思表示或者能够提供证据证明不知道该仲裁条款的存在。反之,如果继受人基于法律规定强制承担原企业遗留债权债务,则其并未对任何协议进行继受,故此时不应认为该产生债权债务关系的基础如约有仲裁条款对继受人也产生效力。

四、不同仲裁程序阶段的影响

此前的讨论事项的设定为在仲裁程序提起前,但若被申请人已经注销登记,仲裁程序该如何进行?如在仲裁过程中企业注销,是否可以依据《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》相关规定直接申请变更上文所列扩张全部或者部分当事人为仲裁主体尚未可知。我们认为,此种情况下,对于当事人来说更加稳妥的方式在于按照原企业主体继续仲裁程序,并在执行程序中将相应的股东、出资人等增加为执行人。

在裁决作出后当事人注销登记的,或在仲裁程序中注销登记但过程中未被发现并进入执行程序的,《民诉法解释》第四百七十条规定了“执行中作为被执行人的法人或者其他组织分立、合并的,人民法院可以裁定变更后的法人或者其他组织为被执行人;被注销的,如果依照有关

实体法的规定有权利义务承受人的，可以裁定该权利义务承受人为被执行人。”

如果注销后的当事人作为仲裁案件申请人的，不论是股东、发起人还是出资人，默认同意提起仲裁时的人选，均主动接收了仲裁条款的管辖，但其是否可能代表企业，后续还是会面临被申请人提出管辖异议的相关问题。

综上所述，我们认为，若企业在仲裁过程中注销，原则上应以其全部股东、发起人、出资人作为主体，承继原企业的仲裁条款，并通过仲裁方式解决相关争议。如不变更对当事人更为有利的，可以策略性的忽视企业注销的事实，继续仲裁程序，并在执行过程中进行变更。

¹ 如何判断准据法为中国大陆法，非本文的研究对象。

² (2020)沪 01 民特 360 号 上海市第一中级人民法院 2020.09.27 裁判

³ (2021)鲁 01 民再 50 号 山东省济南市中级人民法院 2021.03.26 裁判

⁴ (2017)京 03 民辖终 557 号 北京市第三中级人民法院 2017.04.17 裁判

⁵ (2021)京 02 民终 10086 号 北京市第二中级人民法院 2021.07.27 裁判

⁶ (2016)苏 0206 民初 2166 号 江苏省无锡市惠山区人民法院 2016.07.20 裁判

⁷ (2019)晋民辖终 70 号 山西省高级人民法院 2019.07.02 裁判

⁸ (2019)粤 0104 民初 20569 号 广东省广州市越秀区人民法院 2019.12.09 裁判

⁹ (2023)鲁 02 民终 9339 号 山东省青岛市中级人民法院 2023.07.19 裁判

¹⁰ (2023)陕 06 民终 551 号 陕西省延安市中级人民法院 2023.06.19 裁判

¹¹ (2023)吉 01 民辖 26 号 吉林省长春市中级人民法院 2023.04.19 裁判

¹² (2023)京 03 民终 898 号 北京市第三中级人民法院 2023.04.13 裁判

电子证据开示在中国跨境争议解决中的应用（下）

李岚、陈霖¹、刘峻佐

2.4 在中国大陆境内进行电子证据开示的挑战

除了将数据传输至中国大陆境外，在中国大陆进行电子证据开示工作还存在许多其他挑战。

中文语言是其中的首要挑战。法证技术专家不仅需要与中国客户有效沟通并了解当地文化，还需要擅长处理涉及中文字符（主要为简体中文，也包括繁体中文）的电子文件。由于中文是一种基于字符的语言，与西方语言有很大的区别，因此在整个电子证据开示过程中需要特别考虑以下问题：


- 支持中文字符的光学字符识别（OCR）；
- 支持中文搜索的搜索索引；
- 支持中文邮件信息的电子邮件线程；
- 支持中文字符的乱码修复；
- 支持中文短语的关键词搜索；
- 为中文母语的审阅者提供文件审阅技术支持；
- 语言翻译和文字转录，等等。

另一方面，市场上有许多针对中国大陆开发并在国内广泛使用的软件，这些软件在其它地区并不常见，微信就是其中之一。微信是中国大陆最流行的聊天软件，微信不仅被用于社交聊天，还作为一种替代电子邮件的沟通方式在商务交流中广泛使用。如今，跨境诉讼越来越频繁地要求披露微信消息。从技术角度来看，收集和披露微信消息可能会很困难，需要定制化的方案来解决这类软件的技术差异。例如，收集和分析微信消息需要对微信的数据存储和传输格式有深入了解，同时还需遵守相关的隐私保护和数据安全法规。在处理微信消息时，需要注意的技术问题包括如何对消息进行分类、如何保证消息的完整性和真实性、如何对消息进行时间线排序等。

3.违反证据开示规则的法律后果

在涉及跨境诉讼的法律背景下，美国的《联邦民事诉讼规则》（Federal Rules of Civil Procedure, 以下简称“**Rule**”）和其中的第37条经常被引用作为关于违反证据开示规则的标准，Rule 37 是法院强制要求当事人遵守证据开示规则的主要法源。根据这一规则，违反证据开示规则的法律后果可能会非常严重，值得我们重视。

- 申请获得强制证据开示的命令：根据 Rule 37(a)，一方可以根据通知其他方，申请获得强制性的证据开示。这个申请需要证明申请方已经真诚地尝试与拒绝提供证据的一方协商，以避免法院干预。这也适用于未按照 Rule 26(a)要求进行开示的情况。
- 逃避或不完整的披露、答复或响应：根据 Rule 37(a)(4)，任何逃避或不完整的披露、答复或响应都被视为未进行披露、答复或响应。
- 开支支付与保护令：法院可以根据情况，要求拒绝证据开示的一方支付申请方由于申



请而产生的合理开支，包括律师费。但在某些特定情况下，如申请方未在提出申请前真诚尝试获取证据开示，法院可以不下此命令。

- 不遵守法院命令的后果：根据 Rule 37(b)，如果一方或其代表不遵守证据开示的命令，法院可能会发出进一步的“公正（just）”命令。这些命令可能包括：让违反命令的当事人在庭审中就与该开示相关的问题提出证据、删除不服从命令当事人的与开示事项有关的诉答文书、作出对原告不利的撤销案件或作出对被告不利的缺席判决、裁定藐视法庭罪。
- 不被允许使用该信息或证人：根据 Rule 37(c)，未按照 Rule 26(a)或(e)要求提供信息或指明证人的一方，在诉讼中可能不被允许使用该信息或证人。
- 未能出庭作证、对质询作出答复、对检查请求作出答复：法院可能会对该方或其律师施以制裁，处罚可包括 Rule 37(b)(2)(A)(i)-(vi)所列的任何命令。
- 未能保存电子存储信息：如果在诉讼的准备或进行中应该被保存的电子存储信息由于未采取合理步骤而丧失，法院可以采取相应措施。若证明当事人故意剥夺其他方使用该信息，可能会对其产生不利的推定，或者指示陪审团对其不利，甚至可能会驳回诉讼或做出不利判决。
- 未参与制定开示安排：若一方或其律师未真诚参与制定并提交 Rule 26(f)要求的开示安排，法院可要求支付由此造成的合理开支，包括律师费。

总的来说，违反电子证据开示规则的法律后果是严重的，可能包括支付费用、证据不被采纳、驳回诉讼、甚至被视为藐视法庭。因此，在涉及跨境电子证据开示的法律程序中，当事方必须严格遵守相关规定，确保证据的完整性和可靠性，从而保护自己的合法权益。

4. 结语

随着中国企业日益积极参与全球化进程，跨境争议难免发生。当法律程序开始证据开示流程时（特别是在普通法司法辖区内），除了需要聘请经验丰富的律师，电子证据开示过程中法证技术专家的参与也至关重要。他们帮助企业有效履行证据披露义务，降低证据收集和分析中的风险和成本。

中国大陆对于数据的合规要求及技术因素有其独特性。因此，在跨境争议解决中，选择熟悉中国情况的法证技术专家尤为重要。他们能够根据中国特有的技术和法律环境，有效处理电子证据开示工作。这不仅包括技术支持，如对中文文档的技术处理，还包括理解和遵守中国的数据合规要求，确保电子证据的合法性和可靠性。

聘请拥有丰富电子证据开示经验及专业本地团队的法证技术专家能够帮助企业顺利完成电子证据开示工作，节省整个案件的时间和成本。通过高效的电子证据收集和分析，企业可以更有力度地维护自身权益，为整个诉讼过程中的策略制定提供坚实的证据基础，这最终将为企业和其代理律师带来更大的价值。

¹ 本文章作者之一，陈霖，系安迈（Alvarez & Marsal）企业顾问（上海）有限公司董事总经理。

本期部分作者



易旻（大连）

+86 411 8442 6666-8005
yiyang@jtn.com



逢若鸣（北京）

+86 10 5706 8445
pangruoming@jtn.com



李垒（北京）

+86 10 5706 8435
lilei@jtn.com



蒋硕（北京）

+86 10 5706 8585
jiangshuo@jtn.com



蔡硕（北京）

+86 10 5706 8270
caishuo@jtn.com



李露（成都）

+86 28 8324 7123
lilu@jtn.com



郑丹妮（深圳）

+86 755 2223 5518
zhengdanni@jtn.com



刘丁敏（深圳）

+86 755 2223 5518
liudingmin@jtn.com



李岚（深圳）

+86 755 2348 2627
lilan@jtn.com



杜越（上海）

+86 21-3886 2311
duyue@jtn.com



JT&N 金诚同达

www.jtn.com