

NEWSLETTER

跨境争议解决 刊物

Cross-border Dispute Resolution

第 22 期 2024 年 6 月 25 日

JT&N 金诚同达

CONTENT

目录

微信聊天记录是否能成立合同？ ——新加坡高等法院《独行月球》著作权侵权案例解析 吕斯琼、朱恩熙	01
文书“跨境”新时代——《取消外国公文书认证要求的公约》评析 郭帅、邢静予	05
规范与自律同行——美国国家广告司（NAD）广告自律机制 和程序解析（二） 李岚、刘峻佐	11
国际投资仲裁中的“合法投资”及其对仲裁庭管辖权的影响 曾胜、张浩平	15

ABSTRACT

摘要

1. 微信聊天记录是否能成立合同？——新加坡高等法院《独行月球》著作权侵权案例解析

吕斯琼、朱恩熙

在北京泰阁影视有限公司诉 Encore Films Pte Ltd 一案中，新加坡高等法院认定，由于原被告双方未通过微信和电子邮件协商达成有效著作权许可协议，被告 Encore Films 作为一家在新加坡注册成立的电影发行公司，侵犯了原告泰阁影视对中国一部高票房电影《独行月球》的著作权。

目前各国法院倾向于认定社交软件聊天记录可以成立有法律效力的合同。但在本案中，新加坡法院明晰了导致该合同无法成立生效的两个关键要素，即原被告双方是否有通过微信和电子邮件谈判建立法律关系的意图以及合同核心条款的确定性。

2. 文书“跨境”新时代--《取消外国公文书认证要求的公约》评析

郭帅、邢静予

2023 年 11 月 7 日，《取消外国公文书认证要求的公约》（Convention Abolishing the Requirement of Legalisation for Foreign Public Documents，又称《海牙认证公约》）在中国正式生效实施。这标志着中国同《公约》缔约国之间进行公文书的跨境流转时，由传统的“外交部门认证+使领馆认证”的“双认证”模式，简化为基于“附加证明书”的“一步式”证明，意味着公文书跨境流转大幅提速，开启文书“跨境”去繁化简新时代。

3. 规范与自律同行——美国国家广告司（NAD）广告自律机制和程序解析（二）

李岚、刘峻佐

本文重点介绍了 NAD 应对复杂案情的特别机制——复杂程序，以及标准与复杂程序的后续事项。针对案情特别复杂、争议激烈的投诉案件，NAD 在标准程序基础上设计了复杂程序。本文阐述了案件转入复杂程序的情形、启动条件，并介绍了复杂程序的关键环节，包括日程安排会议、广告主初步答辩、案件会议、投诉人回应、广告主最终答辩、补充资料提交与最终会议，以及 NAD 最终裁决。

4. 国际投资仲裁中的“合法投资”及其对仲裁庭管辖权的影响

曾胜、张浩平

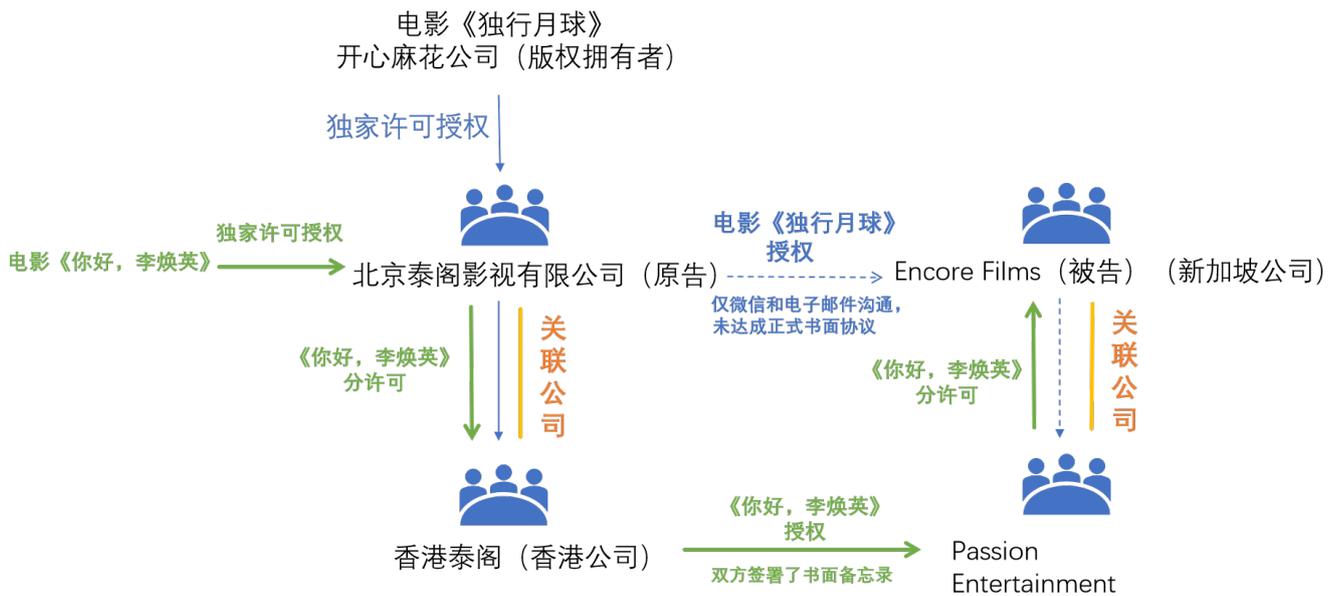
ICSID 近日发布消息，仲裁庭驳回了中国投资者对韩国政府的投资仲裁请求，理由是投资被认定为“非法”。该案提醒投资者，设立跨国投资时需严格遵守东道国法律。国际投资仲裁实践中关于“合法投资”及其对仲裁庭管辖权的影响建立起了一套充满细节的规则，本文将做简要介绍和讨论。投资者在投资时应符合东道国法律，并寻求专业律师的建议。

微信聊天记录是否能成立合同？

——新加坡高等法院《独行月球》著作权侵权案例解析

吕斯琼、朱恩熙

一、案件概要



2022年8月19日，北京开心麻花娱乐文化传媒股份有限公司将电影《独行月球》（“电影”）著作权许可授予北京泰阁影视有限公司（“泰阁影视”或“原告”）。泰阁影视根据协议将独家许可分授予香港泰阁。随后，原告公司总裁杨先生通过微信和电子邮件与 Encore Films Pte Ltd（“Encore Films”或“被告”）公司常务董事李女士，商讨电影《独行月球》在新加坡的发行事宜。尽管双方在宣传和广告计划方面存在争议，但原告于8月22日向被告提供了《独行月球》的数字影院包及其密钥。原被告双方于8月31日至9月7日期间持续交换发行协议草案，但并未达成共识。

2022年9月8日，泰阁影视和香港泰阁电邮警告 Encore Films 在达成书面协议前不得公开放映电影。然而，泰阁影视和香港泰阁随后又授予 Encore Films 允许其仅为预览的目的组织和放映《独行月球》的权利。9月13日，Encore Films 声称双方在2022年8月20日已成立合同，并宣称其将于2022年9月15日在新加坡公开放映该电影。随后，Encore Films 便在影院公开上映了《独行月球》。9月20日，原告律师通过电邮再次强调，除了预览放映外，双方没有达成电影的院线发行合意。

2022年12月16日，泰阁影视指控 Encore Films 侵犯了《独行月球》的著作权。但 Encore Films 否认侵权，并宣称双方通过微信和电子邮件谈判达成了《独行月球》在新加坡的发行协议。¹

二、新加坡高等法院裁判重点

就被告是否侵犯了原告著作权的审理中，法官 **Dedar Singh Gill** 认为双方是否签订了关于电影《独行月球》有效的发行协议是本案的重点和先决条件。法院经审理，判决原被告并未订立有效发行协议，就此，法院主要有以下关键考量和查明：

（一）双方是否有通过微信和电子邮件谈判建立法律关系的意图

1. 微信和电子邮件谈判显示双方缺乏建立法律关系的意图

在微信和电子邮件谈判期间，双方有签署书面合同的意图。被告在微信通话后通知原告，其员工将向原告发送书面合同。因此，被告亦并未意图通过微信和电子邮件谈判建立法律关系。

2. 所谓的合同条款显示双方缺乏建立法律关系的意图

若协议包含明确的交易基本条款，法院可能推断双方有意建立法律关系。相反，不确定和不完整的合同通常显示双方缺乏建立法律关系的意图。

（1）合同主体用哪个发行商发行电影并未明确：合同的基础是合同各方身份的确定。发行商的身份是电影《独行月球》发行协议的重要条款，但截至 2022 年 8 月 22 日，双方未能就此达成一致。因此，法院认为，未能就发行商身份达成一致足以说明协议缺乏确定性。

（2）合同主要条款不明确：双方在发行人身份、被告是否需要向原告提供宣传和广告计划、宣传收据、审计权、许可权的范围类型及许可期限等重要条款上也未能达成一致，进一步证明双方没有建立法律关系的意图。

3. 电影《你好，李焕英》的先前交易强化了双方缺乏建立法律关系的意图

法院认为，双方在电影《你好，李焕英》的交易过程中有共识，所有在电子邮件和微信中的讨论都仍取决于书面合同，且最终双方用书面交易备忘录的形式固定了交易条款。这是双方交易的惯例。而在《独行月球》的微信讨论过程中，双方并未明确同意不需要书面形式的协议。因此，先前交易进一步证实在《独行月球》的交易过程中需要签署书面协议的共同理解。

4. 后续行为亦不能反证双方缺乏由微信和电子邮件建立法律关系的意图

法院亦考虑了宣称的合同成立日之后的行为。虽然被告宣称其在认为合同成立后即开始了合同履行的准备工作，并认为原告不制止其合同履行的准备工作应视为承认合同的成立。

但并无证据显示原告就被告的准备行为知晓或应当知晓。因此，宣称的合同成立日之后的行为亦不能推翻双方并无由微信和电子邮件建立法律关系的意图。

（二）所谓的合同是否因缺乏确定性而无效

确定性和完整性是合同有效的要求。即使双方之间存在有效的要约和承诺，所谓合同仍可

能因不确定性和不完整性而无法成立。为了形成具有约束力的合同，双方必须就所有重要条款达成一致。本案中，原被告双方未能就电影《独行月球》发行协议的核心条款达成一致，因此，法院认定所谓合同未能满足确定性要求，双方之间没有达成有效协议。

综上所述，由于原被告双方在微信和电子邮件谈判中不存在建立法律关系的意图，且所谓合同缺乏确定性，双方未就电影《独行月球》的发行达成有效合同。法院据此判决，被告侵犯了原告在电影《独行月球》中的著作权。

三、评析

在跨境交易中，了解中国及其重要贸易伙伴（如新加坡、美国、英国）对合同成立及生效的规定，能有效减少商业合作障碍和纠纷。尤其是当下社交软件发达和使用率增加的背景下，微信、WhatsApp 等即时通讯软件被广泛用于商业往来中。那么，各国法院是否能够通过社交软件聊天记录认定双方订立了具有法律约束力的合同？如果可以，需要满足哪些条件才能在微信聊天中成立合同？

（一）国际上通行认为微信等社交软件的聊天记录可被认为是合同成立的载体

1. 中国法：由《民法典》第四百六十九条、《中华人民共和国电子签名法》第三条，可知合同形式自由已成为原则。只有在少数情况下，中国法律才会要求合同必须采用特定形式或将标的物的交付作为合同成立的要件。

2. 最高院在中山市竞高电器有限公司、慈溪市甬得电器有限公司买卖合同纠纷一案中，亦认定微信仅系双方订立合同时的交流沟通工具，故案涉买卖合同与传统买卖合同并无根本差别。²

3. 在本案中，新加坡法院也认为微信聊天记录具有构成有效合同的可能性，并对其实质性内容进行了审理。

4. 在美国，根据《全球和国家商业电子签名法》，短信可以成为法律文件。该法规定，“与交易有关的签名、合同或其他记录不得仅因其为电子形式而否认其法律效力、有效性或可执行性；且与交易有关的合同不得仅因其在形成时使用了电子签名或电子记录而否认其法律效力、有效性或可执行性。”³同时在 *Stanley Works Israel Ltd. v. 500 Grp., Inc.*⁴和 *Spilman v. Matyas*⁵ 案件中，美国法院也认为电子或短信交流可构成具有法律约束力的协议。

（二）社交软件的聊天记录成立合同必须包含哪些要件才能被认定为有效

就合同的成立和生效要件，主流法域的规则基本相似，不论以何种方式，传统书面或电子方式，以合同形式或是聊天记录形式，合同成立且生效必须包含以下要件：

1. 要约与承诺：一方必须提出要约，另一方对要约不做修改的同意；
2. 对价：双方必须具备有价值的交换，例如一方提供服务，对方支付服务费（在中国法下，并未将该要件作为合同生效的必要；但在英国和美国的法律中，却是合同成立生效的关键要件）；
3. 具有法律约束力的意图：双方必须有意使聊天记录成为具有法律约束力的合同；

4. 合意：双方就合同主要条款达成合意。

（三）在商业往来中使用微信等社交软件进行沟通的相关建议

在跨境交易中，若无意图在非正式沟通中被对方误认为合同成立，需要注意以下几点：

1. 在消息中明确声明沟通仅为讨论或交流，不构成合同或法律上的承诺。
2. 在讨论之后，明确具体合同条款将以书面的合同的形式确认。
3. 避免使用“合同”“承诺”等法律术语，改用“讨论”“建议”等非正式用语，用模糊措辞表达讨论内容。
4. 制定公司内部政策，并对员工进行培训，确保他们了解如何避免无意间形成了对公司有约束力的合同。

反之，若公司期望就社交软件中达成合同，则需注意聊天时需刻意符合上述合同成立并生效的要件。在进行重要商业谈判或讨论时，建议早期介入律师，确保符合公司意图，就微信沟通达成或不达成有约束力的条款，从而达到公司的商业目的。

1 [2024] SGHC 39

2 (2023) 最高法民辖 134 号

3 Electronic Signatures in Global and National Commerce Act, 15 U.S.C. § 7001 (2000). S.101(a).

4 Stanley Works Isr. Ltd. v. 500 Grp., Inc., 332 F. Supp. 3d 488 (D. Conn. 2018)

5 Spilman v. Matyas, 212 A.D.3d 859, 183 N.Y.S.3d 473, 2023 N.Y. Slip Op. 344 (N.Y. App. Div. 2023)

文书“跨境”新时代一

《取消外国公文书认证要求的公约》评析

郭帅、邢静予

2023年11月7日,《取消外国公文书认证要求的公约》(Convention Abolishing the Requirement of Legalisation for Foreign Public Documents, 又称《海牙认证公约》,以下简称“《公约》”)在中国正式生效实施。这标志着中国同《公约》缔约国之间进行公文书的跨境流转时,由传统的“外交部门认证+使领馆认证”的“双认证”模式,简化为基于“附加证明书”的“一步式”证明,意味着公文书跨境流转大幅提速,开启文书“跨境”去繁化简新时代。本文将结合中国加入《公约》的背景,对《公约》的适用范围、《公约》出台后公文书跨境流转的方式以及《公约》在中国的适用情况进行介绍和评析。

一、中国加入《公约》的背景

1961年10月,海牙国际私法会议在第九届会议上通过了《公约》草案,《公约》于1965年正式生效。《公约》目前有125个缔约国,包括欧盟各国、美国、日本、韩国、澳大利亚、俄罗斯等中国主要贸易伙伴及大多数共建“一带一路”国家。中国于2023年3月8日正式加入《公约》,2023年11月7日《公约》在中国生效实施。¹

《公约》是海牙国际私法会议框架下适用范围最广、缔约成员最多的国际条约,旨在简化公文书跨国流转程序。加入公约后,中国送往其他缔约国使用的公文书,仅需办理《公约》规定的附加证明书(Apostille),即可送其他缔约国使用,无需办理中国和缔约国驻华使领馆的领事认证。其他缔约国公文书送中国内地使用,只需办理该国附加证明书,无需办理该国和中国驻当地使领馆的领事认证。中外文书跨境流转的时间和经济成本将大幅下降,有助于进一步促进中外人员往来和经贸合作,推动中国的营商环境进一步优化。

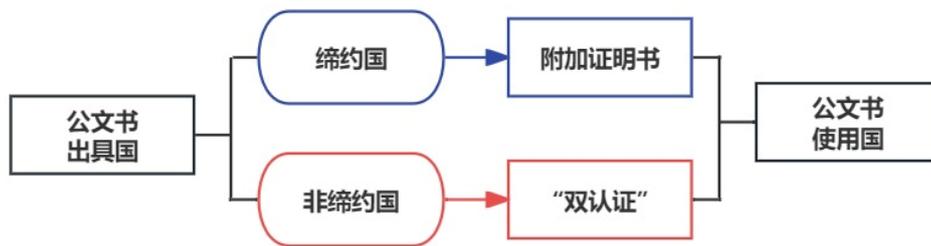


图1 不同处理方式对比图

二、《公约》的适用范围

根据《公约》第一条第一款的规定,《公约》适用于在缔约国之间流通的公文书,重点一方面在于适用范围限于“缔约国之间”;另一方面在于《公约》适用的客体为“公文书”,根据《公约》第一条第二款的规定,公文书的范围具体包括:

- a. 与一国法院或法庭相关的机关或官员出具的文书。此处的法院或法庭为广义理解，包括司法法院、行政和宪法法院或法庭。
- b. 行政文书。典型的行政文书包括出生、死亡和婚姻证明，公司登记、财产登记、人口登记、知识产权登记，教育证书、许可证书、医疗和健康证书，刑事犯罪和警察记录等。
- c. 公证文书。公证是公证机关或公证人以官方身份证明一定事实的活动。而公证书即为由当地公证机构或国际公证人出具的、记录一定事实发生的证明活动的文书。中国内地公证制度以公证机构为本位，公证员以公证处为执业场所办理公证业务。
- d. 对以私人身份签署的文件的官方证明，如对文件的登记或在特定日期存在的事实进行记录的官方证明，以及对签名的官方和公证证明。以私人身份所签署文件的证书不是指以私人身份作成的处理私人事务的文书本身，而是指附在其上的官方证明书。例如，对某个文件的注册或其在其日存在的事实进行记录的官方证书，以及对签字的官方证明和公证证明。而能否对个人以私人身份签署的文件发出官方证明书，则由出具国的法律决定。

《公约》第一条第三款排除了两类公文书的适用：一是外交或领事人员制作的文书。根据《维也纳领事关系公约》第 5 条的规定，一国驻他国的外交或领事机关具有其本国的公证职能。实践中，外交或领事人员做成的文书真实性本身就得到各国认可，即被视为已经证明的文书，不需要经过再次认证。故《公约》没必要适用该类文书。二是直接处理商业或海关运作的行政文书。这是世界贸易组织简化认证的要求。如签发国最常用的原产地证书或进出口许可证，往往不需要对这类文书的签字或盖章进行认证，而需要进一步对实质内容进行核实。

三、公文书跨境流转的新方式

《公约》核心内容可概括为“取消”和“附加”。“取消”指缔约国之间相互取消使领馆认证环节。“附加”指用文书出具国主管机关签发的“附加证明书”，来替代“双认证”，对文书上印鉴、签名的真实性进行确认。²

加入《公约》之前，外国公文书在中国使用通常需要由作出公文书的国家出具外交部门或委托机构办理的认证，并经过中国驻当地使领馆的领事认证，即需要经过双重认证程序。中国公文书在外国使用亦是如此。据此可知，“双认证”模式的流程较为繁琐，耗费的时间、金钱成本也相对较高。

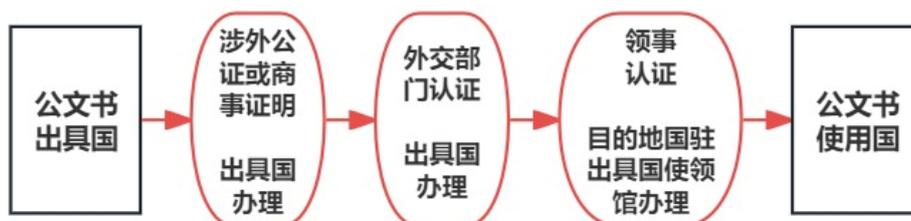


图 2 传统双认证程序

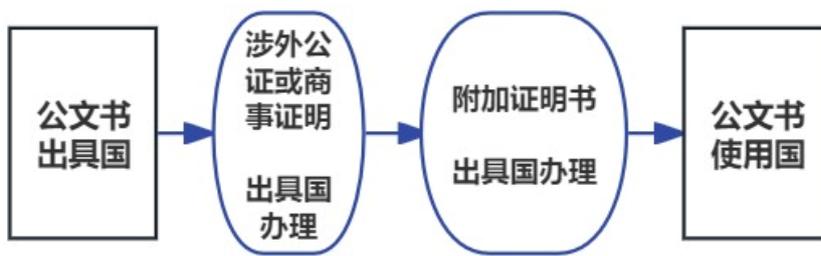


图 3 《公约》附加证明书程序

加入《公约》之后，外国公文书在中国使用，或中国公文书在外国使用，只需要办理“附加证明书”，无需办理该国和中国驻当地使领馆的领事认证。《公约》对附加证明书的格式进行了示范，该文件由公文书的出具国主管机关签发，用以证明公文书上的签名、印章的真实性，或文件签署人签署时的身份，具体内容包括文书出具国、签署人、签署人身份、印鉴名称、签发地、签发日期、签发人、附加证明书编号、签发机关印鉴、签名。

缔约国通常会指定外交部或内政部作为签发附加证明书的主管机关，如外交部即是中国签发附加证明书的主管机关。如果在司法程序中涉及办理附加证明书，建议就具体办理程序和要求咨询相关主管机构或专业人士，以便尽可能减少可能遇到的障碍。



图 3 《公约》附加证明书示例

四、《公约》对跨境争议解决的影响

《公约》生效前，对于涉外诉讼程序中的主体资格证明文件、授权委托书、证据材料等，需要办理公证、认证或者其他证明手续，较为繁琐。《公约》生效后，相关文件办理程序均得到简化，更加方便快捷。

（一）主体资格证明

《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）》（以下简称“《民诉解释》”）第 521 条规定“外国人参加诉讼，应当向人民法院提交护照等用以证明自己身份的证件。外国企业或者组织参加诉讼，向人民法院提交的身份证明文件，应当经所在国公证机关公证，并经中华人民共和国驻该国使领馆认证，或者履行中华人民共和国与该所在国订立的有关条约中规定的证明手续。代表外国企业或者组织参加诉讼的人，应当向人民法院提交其有权作为代表人参加诉讼的证明，该证明应当经所在国公证机关公证，并经中华人民共和国驻该国使领馆认证，或者履行中华人民共和国与该所在国订立的有关条约中规定的证明手续。”

《公约》生效后，当事人提供的主体资格证明文件属于缔约国之间公文书的（通常而言，当事人的主体资格证明文件，在性质上应当属于“行政文书”），仅需要文书出具国主管机关签发附加证明书，不再需要公证认证。

（二）授权委托书

《中华人民共和国民事诉讼法（2023 修正）》第 275 条规定“在中华人民共和国领域内没有住所的外国人、无国籍人、外国企业和组织委托中华人民共和国律师或者其他代理人代理诉讼，从中华人民共和国领域外寄交或者托交的授权委托书，应当经所在国公证机关证明，并经中华人民共和国驻该国使领馆认证，或者履行中华人民共和国与该所在国订立的有关条约中规定的证明手续后，才具有效力。”

《公约》生效后，对于域外寄交或者托交的授权委托书，仍然需要办理该国公证机关的公证，并办理该国主管机关签发的附加证明书，但无需再通过中国使领馆的领事认证。

值得注意的是，若外方主体在中国境内签署授权委托书，两种情况下可以免于公证认证程序：一是在法官的见证下签署，法律依据为《民诉解释》第 523 条。二是经中国公证机构公证，法律依据为《民诉解释》第 524 条。

为方便跨境诉讼当事人使用线上服务，根据《最高人民法院关于为跨境诉讼当事人提供网上立案服务的若干规定》，通过身份验证的跨境诉讼当事人委托中国内地律师代理诉讼，可以向受诉法院申请线上视频见证。线上视频见证由法官在线发起，法官、跨境诉讼当事人和受委托律师三方同时视频在线。在法官视频见证下，跨境诉讼当事人、受委托律师签署有关委托代理文件，无需再办理公证、认证、转递等手续。

（三）证据材料

涉外诉讼中常见的证据可以区分为三类，即公文书证、涉及身份关系的证据及其他证据。

1. 公文书证

《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定（2019 修正）》（以下简称“《证据规定》”）第 16 条第 1 款规定“当事人提供的公文书证系在中华人民共和国领域外形成的，该证据应当经所在国公证机关证明，或者履行中华人民共和国与该所在国订立的有关条约中规定的证明手续。”

2022 年 1 月 24 日实施的《全国法院涉外商事海事审判工作座谈会会议纪要》第 16 条【域外公文书证】规定“《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第十六条规定的公文书证包括外国法院作出的判决、裁定，外国行政机关出具的文件，外国公共机构出具的商事登记、出生及死亡证明、婚姻状况证明等文件，但不包括外国鉴定机构等私人机构出具的文件。公文书证在中华人民共和国领域外形成的，应当经所在国公证机关证明，或者履行相应的证明手续，但是可以通过互联网方式核查公文书证的真实性或者双方当事人对公文书证的真实性均无异议的除外。”

《公约》生效后，公文书证仅需要文书出具国主管机关签发附加证明书，不再需要公证认证等手续。

2. 涉及身份关系的证据

《证据规定》第 16 条第 2 款规定“中华人民共和国领域外形成的涉及身份关系的证据，应当经所在国公证机关证明并经中华人民共和国驻该国使领馆认证，或者履行中华人民共和国与该所在国订立的有关条约中规定的证明手续。”

《公约》生效后，对于涉及身份关系的证据应当区分对待，对属于缔约国之间公文书的，仅需要文书出具国主管机关签发附加证明书；对不属于公文书的，需要先办理该国公证，再办理附加证明书。

3. 其他域外证据

《证据规定》在 2019 年修改时，有意将原来所有域外形成证据一概公证认证，修改为将域外形成的证据区分为无需经公证认证的证据和需要公证认证的证据。需要公证认证的证据包括公文书证和涉及身份关系的证据，因此其他域外证据不再要求公证、认证。³

司法实践中，法院对一般域外证据，通常结合当事人的质证意见以及具体案件情况予以审核认定。

五、《公约》在具体案件中的适用情况

中国加入《公约》后，全国范围内已有多地法院对《公约》进行适用。

成都市中级人民法院审理的（2023）川 01 协外认 15 号案件是《公约》在中国生效后首次在司法案件中的适用，该案涉及中国公民文某与美国公民王某的离婚纠纷，二人于 2006 年 2 月在四川省民政厅婚姻登记处登记结婚。2009 年，美国加州圣玛特奥县高等法院审理二人离

婚纠纷一案，并作出离婚判决，判令二人婚姻关系结束。2023年，文某向成都市中级人民法院申请承认离婚判决，并提交了外国判决及附加证明书。成都中院经审理后认为，《公约》应依法适用，文某提交的有关公文书系在公约另一缔约国美国作出且该国有关主管机关已经按照公约要求签发附加证明书，故应免除认证手续并认可相关签名、印章的真实性以及身份的可靠性。经审查，案涉外国离婚判决符合中国法律规定的承认外国法院离婚判决的条件，不存在违反中国法律的基本原则和损害国家主权、安全、社会公共利益的情形，裁定承认美国法院作出的案涉离婚判决。

上海市徐汇区人民法院也同样适用《公约》对一起跨境股权纠纷进行审理⁴，该案当事人张某为证明已向某公司账户实缴出资提交了该公司的工商登记册、股东名册等证据，并附上了德国莱比锡法院公认证的《附加证明书》。徐汇区法院经审查认为，德国莱比锡法院已对C公司的工商登记册、股东名册等文件出具了公证文书，并均附上主管机关出具的《附加证明书》。因德国属于《公约》缔约国，根据《公约》第二条“缔约国对适用本公约且需在其领土内出示的文书应免除认证要求”及第三条“为证明签名的真实性、文书签署人签署时的身份，以及在需要时为确认文书上的印鉴属实，仅可能需要办理的手续是文书出具国主管机关签发第四条规定的附加证明书”的规定，徐汇区法院认定上述附《附加证明书》的公文书均真实且具有法律效力。

以《公约》的全称为关键词搜索已经公开的裁判案例，除上述提及的两起案例外，能够检索到河南省舞钢市人民法院在一起机动车交通事故责任纠纷⁵和江苏省昆山市人民法院在一起离婚调解案件中对《公约》的适用，可以预见《公约》将在中国司法实践中被更多地区的法院在各类纠纷当中进行更广泛的适用。

六、结语

《公约》在中国的实施将大幅度减少公文书跨国流转所耗费的时间，提高司法效率，也将为相关当事人节省时间成本和经济成本，有效减轻当事人诉累。《公约》在中国的适用充分展现了中国全面履行国际公约义务的司法担当形象，有利于进一步优化营商环境。

1 参见外交部官网，https://www.mfa.gov.cn/wjbxw_new/202310/t20231023_11165858.shtml#

2 参见《〈取消外国公文书认证要求的公约〉在华生效 简化文书跨国流转手续》，2023年11月7日，新华社发布。

3 参见最高人民法院民事审判第一庭：《最高人民法院新民事诉讼证据规定理解与适用》，人民法院出版社，第200页。

4 (2023)沪0104民初2301号

5 (2023)豫0481民初3123号

规范与自律同行——美国国家广告司（NAD）

广告自律机制和程序解析（二）¹

李岚 刘峻佐

四、复杂程序：应对复杂案情的特别机制

在广告业日益创新、消费市场日趋多元的背景下，NAD 往往需要应对一些案情特别复杂、争议极为激烈的投诉案件。对此，NAD 在标准程序基础上，专门设计了复杂程序，以更好地回应此类案件审理的特殊需求。

1. 案件转入复杂程序的情形与启动

NAD 程序规则明确规定了案件进入复杂程序的几种情形，主要包括：

- a) 案件涉及专业性极强的产品测试或效果验证，需要进行大量技术分析；
- b) 案件的审理需要专家证言或鉴定意见的支持；
- c) 投诉针对的是多个不同的产品或广告主张；
- d) 当事人提交的证据资料异常庞大，短时间内难以完成梳理和分析等。

NAD 在评估案件性质后，如认为符合上述情形，可以决定启动复杂程序，并告知投诉人和广告主。广告主如在提交答辩材料前即认为案件属于复杂程序，也可以向 NAD 提出申请。NAD 将根据案件实际情况决定是否批准广告主的申请。

2. 日程安排会议

为确保复杂程序案件的有序推进，NAD 将在案件受理后、广告主提交首份答辩材料前，组织召开日程安排会议。通过这次会议，NAD 和双方当事人可以共同商议案件审理计划，明确各环节的时间节点。

在会议中，如果当事人对案件审理日程达成一致意见，NAD 将按约定的时间表推进后续程序；如果当事人无法达成一致，NAD 将根据案件实际情况决定审理日程。总之，会议旨在为案件审理制定一个切实可行的“路线图”，便于各方有序互动。

3. 广告主初步答辩

参照标准程序，广告主需要在 NAD 指定的期限内提交书面答辩材料，就投诉人提出的问题作出回应，并提供相应证据支持其广告主张。与标准程序不同的是，考虑到复杂案件的特殊性，NAD 一般会给予广告主更长的答辩时间。

4. 案件会议



在广告主提交初步答辩材料后，NAD 将组织召开案件会议。与标准程序不同，复杂程序的案件会议一般采取当面形式，由 NAD、投诉人、广告主三方参加。会议将围绕双方当事人的主张和证据展开，以帮助 NAD 深入了解案情。

需要注意的是，案件会议原则上不接受新证据的提交。这是为了维护案件审理的严肃性和有序性。会议过程中，与会各方可以就已提交的证据进行质询和辩论，但不得借机引入新的争议焦点。

5. 投诉人回应

案件会议结束后，投诉人有权就广告主的答辩意见和会议辩论情况提交书面回应。回应期限由 NAD 根据案情确定，一般不超过会议结束后的 30 个工作日。

投诉人的回应意见应围绕案件争议焦点展开，对广告主已提交的证据和主张发表看法，并提供必要的补充证据。同样需要注意的是，原则上不得在回应意见中提出全新的主张和证据。

6. 广告主最终答辩

在收到投诉人的回应意见后，广告主有权提交最终书面答辩。与标准程序相似，最终答辩意见仅限于对前期已提出的论点和证据进行补充完善，不得超出原有争议范围。

7. 补充资料提交与最终会议

在双方当事人提交书面材料后，如 NAD 认为有必要进一步核实案情，可以要求当事人提交补充资料。同时，NAD 也可以根据需要在再次组织召开案件会议，与当事人当面沟通。与前期案件会议相似，最终会议同样不得接受新证据和新主张。

8. 最终裁决

案件审理进入尾声后，NAD 将综合全案证据、会议辩论情况，尤其是双方提交的专家证言和技术分析报告，在 30 个工作日内做出最终书面裁决。裁决将明确广告主的表述是否符合 NAD 关于真实性、准确性的要求。

裁决做出后，NAD 将及时将完整的裁决告知双方当事人。如果 NAD 认定广告中存在违反自律规范的内容，将建议广告主停止或修改相关广告。广告主应在 5 个工作日内向 NAD 提交答复，表明是否接受 NAD 的建议。

复杂程序兼顾了案件审理的灵活性与严谨性，既给予当事人充分的举证和辩论空间，也通过案件会议等机制加强了对专业性证据的质证力度。

可以预期，随着广告业创新步伐的加快，复杂程序将在 NAD 实践中发挥越来越重要的作用。从投诉受理到案情分析，从多轮质证到专家论证，NAD 以开放包容的态度对待行业创新，以专业严谨的作风对待复杂个案，展现了作为自律组织的能力与担当。

五、标准与复杂程序的后续事项

1. 裁决执行与披露

在独立评审小组做出最终裁决后，广告审查监督部门应确保裁决得到及时有效的执行。对于违反广告标准的案件，广告主应按照裁决要求进行整改或中止发布违规广告。同时，为体现广告自律机制的透明性，维护消费者知情权，独立评审小组的裁决结果应向社会公开，并通过官方网站、行业媒体等渠道进行披露。

2. 不服裁决的申诉

若广告主对独立评审小组的裁决存有异议，可在收到裁决书后的规定期限内（如 15 个工作日）向广告自律申诉委员会提起申诉。申诉委员会由行业协会高层人员、法律专家、广告学者等组成，负责受理和审理对独立评审小组裁决不服的申诉案件。

3. 申诉资料的提交

广告主提起申诉时，应提交书面申诉报告，详细阐述不服裁决的理由和依据。同时还需提供与案件相关的补充证据材料。申诉委员会秘书处在收到申诉材料后，应及时审核材料的完整性，若材料不全应通知并协助申诉人补充提交。

4. 评审小组的指定与组成

申诉委员会秘书处应根据案件的性质和专业程度，从申诉委员会委员库中选派 3-5 名委员组成申诉评审小组。评审小组成员应包含行业专家、法律工作者和消费者代表，以兼顾各方利益，确保申诉审理的专业性与公正性。

5. 评审小组程序

申诉评审小组应认真审阅申诉人提交的材料，必要时可约见申诉人陈述意见或提供补充说明。评审小组还可查阅案件在独立评审阶段的资料，并咨询原裁决的独立评审专家。整个申诉评审应在裁决期限内（如 30 个工作日）完成。

6. 评审结果的作出与报告

申诉评审小组经过审理讨论后，应形成多数人意见，作出维持原裁决、撤销原裁决或变更原裁决的评审结果。评审报告应包含案情回顾、申诉理由、评审意见和最终评审结果等内容。评审报告提交申诉委员会备案，并抄送独立评审委员会。

7. 案件结案

申诉评审结果生效后，先前的独立评审裁决即告终止。广告主应及时执行申诉评审的新裁决。此后，案件正式结案，进入存档管理阶段。独立评审委员会和申诉委员会都应留存完整的案卷资料，以备后续查阅。



8. 撤回申诉

在申诉审理过程中，广告主可随时向申诉委员会秘书处提交书面申请，要求撤回申诉。申诉撤回后，独立评审裁决恢复执行效力，广告主应按原裁决要求进行整改。对于恶意申诉或滥用申诉程序的行为，申诉委员会可视情节轻重给予训诫、警告等处理。

1 参考文献：BBB National Programs. *The Advertising Industry's Process of Voluntary Self-Regulation*. Revised effective January 9, 2024. Procedures for the National Advertising Division (NAD) and the National Advertising Review Board (NARB) .

国际投资仲裁中的“合法投资”及其 对仲裁庭管辖权的影响

曾胜、张浩平

近日，ICSID（国际投资争端解决中心）网站发布消息，仲裁庭已经于2024年5月30日就中国投资者诉韩国政府投资仲裁一案（以下简称“该案”）作出裁决。裁决的全文尚未公布，但据韩国官方新闻稿以及《环球仲裁评论》报道，仲裁庭系以没有管辖权为由驳回了仲裁请求。具体而言，仲裁庭认为中国投资者在韩国的投资构成“非法投资”。

该案中国投资者于2020年3月18日提交投资仲裁申请（据韩国官方新闻稿），历时四年余，最终未跨过管辖权关，殊为可惜。该案也提醒正在进行跨国投资的中国投资者们，在投资设立时遵守东道国法律对于日后获得投资条约的保护至关重要。

现代多数双边或多边投资条约中均有“合法投资”的要求。以中韩之间的投资条约为例。上述案件案涉的《中华人民共和国政府和大韩民国政府关于促进和保护投资的协定(2007年)》第一条对于“投资”的定义即明确“‘投资’一词系指缔约一方投资者依照缔约另一方在投资时的法律和法规在缔约另一方领土内所投入的各种财产……”其中“依照缔约另一方在投资时的法律和法规”表达即是十分明确的合法投资要求。

在国际投资仲裁实践中，东道国作为被申请人，以申请人“违法投资”因此其投资不应受到条约保护为由提出管辖权抗辩而获得仲裁庭支持的案件并不鲜见，上述中国投资者诉韩国政府投资仲裁一案仅是最新一例。例如，在 *Metal-Tech v Uzbekistan* 一案（该案的ICSID案号为ARB/10/3）中，仲裁庭认定投资者在进行投资时实施了贿赂和腐败行为。仲裁庭认为，东道国乌兹别克斯坦对仲裁争议的同意仅限于涉及“投资”的争议，而以色列-乌兹别克斯坦双边投资条约中“投资”的定义仅限于根据国内法进行的投资。由于投资者在进行投资时违背了乌兹别克斯坦的国内法，仲裁庭认定其没有管辖权。

即便投资条约中没有书面文字明确“合法投资”要求，也不排除仲裁庭仍有可能以投资非法为由否定管辖权，逻辑在于：首先，诚实信用（good faith）是普遍接受的国际规则，如果在进行投资时非善意地违背东道国法律进行投资，在投资受损时又要求东道国给予和合法投资一样的待遇，有违诚实信用原则；其次，国际投资仲裁庭管辖权的基石仍然是争议双方即投资者和东道国的同意（consent），投资者在前往东道国投资时即视为其应知晓相关投资条约中的争议解决条款并以作出投资的行为表明同意（或者退一步讲投资者作为申请人最迟在提交仲裁申请时也应视为承认仲裁庭的管辖权），而东道国的同意建立在签订投资条约时，此时东道国的同意只可能是对于合法投资的同意。

在国际投资仲裁实践当中，关于“合法投资”的如下若干问题值得注意。

其一，“合法投资”要求投资者在设立投资时遵守东道国法律，但一般而言在设立投资之后的运转施行过程中如果存在非法行为，该等非法行为不足以否定仲裁庭的管辖权。如在 *Saba Fakes v Turkey* 一案（该案的ICSID案号为ARB/07/20）中，仲裁庭区分了在投资进入东道国



时违背法律的行为与在经营业务过程中产生的违法行为，并认为如果投资者在经营过程中违反了东道国国内法律的要求，东道国可以在其国内立法框架内对该投资者采取适当的行动（而不是彻底否定投资者应享有的条约保护）。

其二，“合法投资”并不是要求投资者是“完美受害人”，换言之，即便是在设立投资时存在技术性或微小的违法行为，该等违法行为不足以否定仲裁庭的管辖权。在 *Tokios Tokelés v Ukraine* 一案（该案的 ICSID 案号为 ARB/02/18）中，东道国乌克兰试图以投资者的投资在根据乌克兰法律注册过程中存在各种技术缺陷为由，否认仲裁庭的管辖权。仲裁庭并未基于这些缺陷否定投资条约的保护，而是认为“基于这些小错误排除投资保护将与条约的宗旨和目的不一致”。

其三，即便是“非法投资”，也可能基于禁反言、诚实信用等原则而获得补正。就此 *Arif v Moldova* 一案（该案的 ICSID 案号为 ARB/11/23）的仲裁庭分析道，“该投资并非基于欺诈或腐败行为。在类似于本案的情况下，时间的推移和双方在互相假定合法性的基础上采取的行动在仲裁庭决定管辖权问题时不能被忽视。”

上述仅是对于国际投资仲裁领域关于“合法投资”的初步介绍。跨境投资无小事，仍以“合法投资”为例，在某些场合，投资者可能是从商业计划出发“善意”规避东道国国内法的规定，但如果该等规避行为在客观上违背了东道国的法律，也完全有可能导致最终投资得不到条约保护的后果。如笔者在近期遇到的一起跨境投资中，东道国为中东某国，该国外商投资法律要求外资持有公司的股权比例不得超过 49%，而投资者从商业安排上需要 100%持股该公司，如果投资者直接与当地的股东签订 51%股权的代持协议，该等 51%的股权有可能会被视为是“非法投资”而无法得到条约保护。此前已有案例为证，在 *Fraport v Philippines* 一案（该案的 ICSID 案号为 ARB/03/25），仲裁庭认定投资者通过秘密股东协议规避了东道国限制外资持股比例的相关法律，属于没有“依法进行的投资”，仲裁庭缺乏对案件的实体管辖权。投资者应充分理解，跨境投资中专业律师的提示和筹划十分必要。

本期部分作者



吕斯琼 (上海)

+86 21 3886 2246
lvsiqiong@jtn.com



郭帅 (北京)

+86 10 5706 8293
guoshuai@jtn.com



刑静予 (北京)

+86 10 5706 8390
xingjingyu@jtn.com



李岚 (深圳)

+86 755 2348 2627
lilan@jtn.com



刘峻佐 (深圳)

+86 755 2223 5518
liujunzuo@jtn.com



曾胜 (北京)

+86 10 5706 8208
zengsheng@jtn.com



张浩平 (北京)

+86 10 5706 8406
zhanghaoping@jtn.com



JT&N 金诚同达

www.jtn.com