

NEWSLETTER

跨境争议解决 刊物

Cross-border Dispute Resolution

第 24 期

2024 年 8 月 26 日

JT&N 金诚同达

CONTENT

目录

《外国国家豁免法》商业例外下中国企业起诉外国国家的路径分析	01
蒋硕、黎博思	
中国法院对外国法院判决承认与执行的考量与态度	06
李岚、岑琳、张煜	
无单放货纠纷中承运人的责任、免责与风险防范	10
何东闽、杨蕊	
英国法下的违约罚金制度分析（上）	15
易旻、南洋、袁常淇	
中国公司控制权之争系列分析——董监高任免规则	18
左天羽、郭帅、李佳蓉	

ABSTRACT

摘要

1. 《外国国家豁免法》商业例外下中国企业起诉外国国家的路径分析

蒋硕、黎博思

《外国国家豁免法》的实施标志着中国在管辖豁免政策上从绝对豁免向限制豁免的重大转变，特别为企业解决与外国国家的商业纠纷提供了新的法律依据。国际主要国家较早采纳了限制豁免原则，所积累的司法实践和判例经验为理解和应用《外国国家豁免法》提供了重要参考。本文通过参考外国法院的判例，探讨了在限制豁免原则下商业活动例外的适用，重点分析了如何界定商业行为、评估商业活动与司法管辖权之间的关联性，以及诉讼请求与案涉商业活动之间的关系。随着《外国国家豁免法》的逐步实施，该法律将为中国企业在国际商业争端中寻求救济提供更明确的法律依据，助力其在全球竞争中更加有效地维护自身权益。

2. 中国法院对外国法院判决承认与执行的考量与态度

李岚、岑琳、张煜

近年来，随着我国更高水平的对外开放，我国法律和司法实践层面对于外国法院判决的承认和执行在“准入”方面更加宽容，而外国法院判决中与我国法律规则“碰撞”的内容也越来越多。本文主要从《民事诉讼法》第 299 条的“互惠原则”和“不违反中华人民共和国法律的基本原则”（以惩罚性赔偿为例）切入，以察中国法院在承认和执行外国法院判决时的考量与态度。

3. 无单放货纠纷中承运人的责任、免责与风险防范

何东闽、杨蕊

在国际货物贸易中，“无单放货”是指承运人或货运代理人在收货人未出示正本提单的情况下交付所承运货物的行为。尽管这种做法可能在某些情况下满足交易双方的即时需求，但同样带来了不容忽视的法律风险和潜在的经济损失。

实务中，货物常在相关单据完成流转之前已经抵达目的港，具备交付条件。此时，如果正本提单尚未到达收货人手中，可能产生额外的码头滞期费等费用，如果运输的货物为生鲜食品，则货物还面临腐败、变质等风险。因此，承运人为了降低成本和促进交易，可能会选择无单放货。对卖方而言，在交易双方选择了 F 组贸易术语的情况下，实际由买方控制运输，如果买方与承运人串通无单放货，卖方还可能面临钱货两空的风险。

ABSTRACT

摘要

4. 英国法下的违约罚金制度分析（上）

易旻、南洋、袁常淇

在订立合同时，违约损害赔偿条款常被设立以明确违约方对守约方的损失承担赔偿责任。在中国法律体系中，违约金条款不仅用于经济补偿，还有惩罚性质。然而，根据英国合同法，具有惩罚性质的罚金条款将被视为无效，因此，准确判断赔偿条款是违约金还是罚金至关重要。守约方难以依据无效的罚金条款进行索赔，尤其在难以证明实际损失的情况下，索赔过程可能更加复杂。本文将结合实际案例探讨早期英国法院在判断赔偿条款是否构成违约金条款时所采用的标准，以及该标准形成的过程。

5. 中国公司控制权之争系列分析——董监高任免规则

左天羽、郭帅、李佳蓉

公司控制权之争不仅体现于少数股东与多数股东之间的权利博弈，更体现于各股东在公司治理方面的话语权争夺。通过对董监高及法定代表人职权和人员的安排，股东可以更加便利地参与公司日常经营和决策，实现对公司的有效控制。相比 2018 年《公司法》，2024 年 7 月 1 日新实施的《公司法》（“**新《公司法》**”）对董监高及法定代表人任免规则进行了调整完善，包括优化董事任免规则、提供更丰富的监督机构选项、全面开放经理职权、优化法定代表人任免等。本文将梳理和分析新《公司法》下董监高及法定代表人任免规则的亮点和变化，与各位读者共同交流。

《外国国家豁免法》商业例外下 中国企业起诉外国国家的路径分析

蒋硕、吴媚、李晶莲

一、中国立法沿革

中国曾长期坚持绝对豁免政策，即主权国家在他国的法院中享有全面的豁免权，不能因为任何行为或活动成为被告。尽管中国已于 2005 年加入《联合国国家及其财产豁免公约》（简称“《公约》”），该公约约定国家不得在商业交易引起的诉讼中援引管辖豁免，但中国并未通过立法将《公约》内容纳入国内法律，而且《公约》本身尚未生效，对中国不具有法律约束力。¹此外，中国在多个具有国际影响力的重大案件中明确表示，中国法院适用绝对豁免原则。例如，在美国 FG 公司诉刚果案中，全国人大常委会在香港法院提出释法请求后作出解释，表明中国在与其它主权国的关系上一直采用绝对豁免原则²，且香港的外交权完全归属中央，因此香港法院必须适用绝对豁免权原则³。

近年来，随着中国企业“走出去”的步伐不断加快，与外国政府部门或国有企业之间的商业贸易往来日益增多，相关冲突也时有发生。部分裁定显示，中国的司法实践已开始尝试对国家豁免的例外情况进行探索。例如，在 2019 年 2 月，中国水电建设集团国际工程有限公司诉埃塞俄比亚公路局侵权责任纠纷案中，北京市第四中级人民法院裁定中止银行向埃塞俄比亚公路局支付保函项下款项⁴。这一裁定表明，中国法院已开始对外国国家或国有企业实施司法管辖。


2024 年 1 月 1 日，《外国国家豁免法》的实施标志着中国在国家豁免权政策上的重大转变，即从绝对豁免向限制豁免的过渡。尤其是在涉及外国国家的商业纠纷中，根据该法第七条第一款的规定，外国国家在中华人民共和国的法院将不再绝对享有管辖豁免权，以外国国家为被告提起诉讼已成为有法律依据的维权途径。

“外国国家与包括中华人民共和国在内的其他国家的组织或者个人进行的商业活动，若在中华人民共和国领域内发生，或虽发生在中华人民共和国领域外但在中华人民共和国领域内产生直接影响的，对于该商业活动引起的诉讼，该外国国家在中华人民共和国的法院不享有管辖豁免。” -- 《外国国家豁免法》

二、全球限制豁免制度的发展及其对中国法律实践的参考

限制豁免原则已被国际主流国家广泛接受，并成为国家豁免立法的发展趋势。美国、英国、加拿大、澳大利亚、日本、新加坡、俄罗斯等国家通过国家立法实施了限制豁免原则；德国、法国、意大利、瑞典等欧洲国家则通过国内法院判例或加入《关于国家豁免的欧洲公约》及其附加议定书等方式，践行了这一原则。⁵

由于《外国国家豁免法》刚刚施行，中国法院在实践中如何具体适用限制豁免原则，仍需通过进一步的法律解释和案例来明确。研究外国国家实施的限制豁免政策、相关法律以及外国



法院对限制豁免的解释和判例，将有助于企业和个人厘清其在中国《外国国家豁免法》第七条项下的权利范围。

本文将以美国对于限制豁免原则的适用为例进行探讨。一方面，《美国法典》(United States Code, 以下简称 U.S.C) 第 1605 条 (即《外国主权豁免法》之规定, Foreign Sovereign Immunities Act, 以下简称 FSIA) 对管辖豁免商业活动例外的规定与《外国国家豁免法》第七条第一款相近, 并且自 1952 年《泰特公函》(The Tate Letter) 正式将限制豁免上升为美国国家政策以来⁶, 美国已积累了大量涉及商业纠纷中国国家管辖豁免的案例, 这些案例为 FSIA 的施行提供了补充与解释; 另一方面, 近年来美国对中国企业反复施加贸易限制与制裁, 使得中国企业在维护自身权利方面面临更多挑战, 管辖豁免政策的调整将为中国企业和个人提供新的维权途径。

三、美国法院对商业活动例外的适用

U.S.C 第 1605(a)(2)条规定:“(a) 外国国家在以下情形下, 不应享有美国联邦法院或州法院的管辖豁免权: ... (2) 诉讼基于该外国国家在美国境内开展的商业活动; 或基于该外国国家在美国境内与其在其他地方的商业活动相关的行为; 或基于该外国国家在美国境外与其在其他地方的商业活动相关的行为, 并且该行为在美国境内产生直接影响。”⁷

在该法规的实施过程中, 美国法院通过具体案例对条文进行了深入解读, 通常, 法院会重点关注以下三个核心问题: (1) 如何界定外国国家所开展的活动是“商业的”而非“政府的”; (2) 商业活动与美国之间应具备何种联系; (3) 诉讼请求是否“基于”与美国相关的商业活动。


(一) 商业活动的性质

各国通常将管辖豁免的例外限定于商业性质或目的的行为。如果在商业活动中, 外国国家的行为被认定为公共行为, 那么该国对管辖豁免的主张通常会得到支持。国际上, 判断一个行为是否构成公共行为通常依据三种标准: 行为性质标准、行为目的标准和混合标准。⁸美国在立法层面明确采用了性质标准, 其核心判断依据是该国家行为与一般私人主体的商业行为是否存在区别。这也意味着, 即使外国国家的商业行为具有公共的或发挥政府作用的目的, 例如外国政府为军队购买装备或建设政府建筑, 仍可能不受管辖豁免的保护。⁹

U.S.C 第 1603 (d) 规定:“‘商业活动’是指常规的商业行为或特定的商业交易或行为。商业活动的性质应根据特定交易或行为的性质来确定, 而不是根据其目的来判断。”¹⁰

第九巡回上诉法院在审理尼日利亚大使馆租房案时, 对商业行为的性质判断标准进行了明确阐述。¹¹对于尼日利亚大使馆为使馆人员租房的行为是否构成商业行为的问题, 法庭虽然认可该行为的目的是为了保障政府员工福利, 但在性质上仍将其认定为与普通私人主体的商业租房行为没有区别。¹²法院首先否定了将主权国家的盈利动机作为适用商业活动例外的门槛, 并指出没有证据显示国会有此立法意图。¹³法院进一步强调, 如果主权国家在交易中的角色是私人主体可能扮演的角色, 那么政府实体与商业企业之间的交易将适用商业活动例外。¹⁴然而, 如果某一活动是只有主权国家才能执行的行为, 则该活动应被视为具有公共性质的“非商业”行为。¹⁵FSIA 通过采用性质判断标准, 显然扩展了国有企业商业行为的适用范围。因此, 外国国有企业在美国从事的活动行为多数被定义为商业行为。¹⁶

中国政府曾主张以行为目的作为判断商业行为的标准, 并在 2001 年向联合国大会秘书处



提交的关于国家豁免的报告中指出：“确定合同或交易是否属于商业交易时，必须要考虑国家从事交易的目的，以确保国家的公共目的不受损害。”¹⁷同时，中国政府强调，采用行为目的标准不是为了给国家的商业行为提供更多庇护，而是为了保护那些虽然在形式上具有商业交易性质，但实际上是基于公共利益或公共管理职能所进行的行为。¹⁸

目前，《外国国家豁免法》已将商业活动的判断标准调整为与联合国《公约》一致的混合标准。该法第七条第二款规定：“本法所称商业活动是指非行使主权利力的关于货物或者服务的交易、投资、借贷以及其他商业性质的行为。中华人民共和国的法院在认定一项行为是否属于商业活动时，应当综合考虑该行为的性质和目的。”然而，《外国国家豁免法》在实施过程中，如何具体适用混合标准来界定商业行为，仍需通过司法实践进一步明确。显而易见的是，采用混合标准将赋予法院更大的灵活性。

（二）有联系的商业活动

U.S.C 第 1603（e）规定：“‘外国国家在美国境内从事的商业活动’是指该外国国家从事并与美国有实质联系的商业活动。”¹⁹

在具有代表性的奥地利联邦铁路公司（以下简称“奥铁”）案中，一位美国公民通过美国的第三方代理网站 RPE 购买了奥铁提供的车票。尽管 RPE 的售票行为未获得奥铁的直接授权，但第九巡回上诉法院仍认定 RPE 在美国的售票行为构成了对奥铁的代理，从而符合 FSIA 第 1605 条的规定，确立了奥铁的商业行为与美国之间的直接联系。²⁰法院还指出，是否满足实质联系的要求需要结合商业活动的背景进行判断。²¹在本案中，奥铁在美国境内销售和推广欧洲铁路通票的行为足以满足实质联系的要素。²²美国最高法院在审理此案的上诉时并未再讨论直接联系的问题，这意味着最高法院基本同意第九巡回上诉法院对奥铁商业行为与美国存在实质直接联系的裁定。²³


由此可见，美国法院对“有联系的商业活动”的认定相对宽松，强调实际联系的存在，而非严格的授权关系。即使外国国家的商业活动并非直接在美国境内进行，只要与美国有实质性的联系，仍然可能被认定为符合 FSIA 的规定，进而使得外国国家不享有管辖豁免。这种宽松的认定标准为原告企业或个人在跨国诉讼中争取管辖权提供了更大的法律空间。

（三）“基于”的认定

FSIA 规定诉讼应该“基于”（based upon）外国国家开展的商业活动，《外国国家豁免法》虽没有使用一样的表述，但是规定了第七条针对的诉讼应当是由商业活动“引起”的，二者之间有共通之处。

同样是在奥铁案中，第九巡回上诉法院认为最高法院在沙特阿拉伯与 Nelson 案明确了“基于”这一措辞要求“超出与商业活动的简单联系或关联”，但并不要求整个诉讼请求都基于案涉商业活动。²⁴只要诉讼请求中有一个要素涉及在美国境内从事的商业活动，该诉讼请求就可以被视为“基于”该商业活动。²⁵

然而，最高法院对上述观点进行了否定，认为第九巡回法院“一个要素”理论是对 Nelson 案的过度解读。²⁶最高法院认为 Nelson 案明确的是诉讼请求应当“基于”构成诉讼“重心”的“特定行为”，而不是过程中的任意要件。²⁷换言之，发生在美国的售票行为与原告对于奥铁提出的侵权指控没有密切联系，构成原告诉讼重心的行为显然发生在国外，其所有诉讼请求都围



绕着在奥地利发生的事件²⁸，因此美国法院对本案没有管辖权。

由此可见，美国法院对商业活动例外的适用进行了一定限制，要求原告的诉讼请求与外国国家在法院管辖范围内的商业活动之间必须具备实质性的关联，而不仅仅是基于过程中的任意联系。这种限制性要求在《外国国家豁免法》的语境下同样适用。

（四）美国限制豁免政策的借鉴意义

综上所述，美国法院在认定外国国家的商业活动是否受到管辖时，采用了相对宽松的标准。法院不仅使用对企业或个人更有利的性质标准来判断商业活动，还重视活动与美国之间的实际联系。即使这些活动并非直接在美国境内进行，只要与美国存在实质性联系，法院仍可能认定其符合商业活动例外的规定。这种宽松的认定标准为原告在跨国诉讼中争取管辖权提供了更多机会。

宽松的管辖豁免例外政策使法院在更多情况下可以对外国国家的商业行为行使管辖权，使其在处理涉及外国国家的商业纠纷时更加灵活，避免因管辖豁免问题导致的不公正结果。然而，这种做法虽然在一定程度上促进了跨国诉讼中的企业维权，但也容易引发与主权国家之间的矛盾甚至冲突。美国法院的宽松标准可能导致更多外国国家被卷入纠纷，进而对国际关系产生负面影响。

相对而言，中国在制定《外国国家豁免法》时注意到了法律的平衡性。例如，在界定商业行为时采用混合标准，以保障主权国家在行使公共职能时享有管辖豁免权。这种做法不仅有助于维护国家间的友好关系，还能促进国际贸易往来，避免因对管辖豁免商业例外的担忧而导致商业合作机会的流失。通过平衡商业活动与国家主权之间的关系，中国的管辖豁免法律体系更有利于在保护企业权益的同时，维护国际合作的稳定与持续。

四、结论

随着《外国国家豁免法》的出台，中国的管辖豁免原则已从绝对豁免转向限制豁免，这大大改善了中国企业在国际商业纠纷中缺乏救济途径的局面，为中国企业提供了更为明确和有力的法律保障。毕竟，世界主要国家已普遍实施限制豁免政策，绝对豁免反而会限制中国的主权和管辖权，并且不影响实施限制豁免的国家对中国及其财产作为被告的民事诉讼受理。²⁹随着更多相关案例的积累和法律适用的逐步明确，《外国国家豁免法》将成为企业在国际商业争端中重要的法律依据，助力中国企业更加自信且有保障地参与全球竞争。

-
- 1 乔雄兵,郎雪.我国国家豁免立法现状及展望[J].长江论坛,2021,(05):76-84,第 77-78 页.
 - 2 終審法院.剛果民主共和國及其他人訴 FG Hemisphere Associates LLC[J].基本法簡訊,2012.12, (14):12-18,第 12 页.
 - 3 梁美芬.从刚果案看《基本法》框架下的国家行为[J].中国法律评论,2015,(01):120-126,第 123 页.
 - 4 乔雄兵,郎雪.我国国家豁免立法现状及展望[J].长江论坛,2021,(05):76-84,第 78 页.
 - 5 李庆明.论中国《外国国家豁免法》的限制豁免制度[J].国际法研究,2023,(05):28-55,第 30-31 页.
 - 6 徐颖颺.论美国主权豁免中商业例外条款对中国的影响与应对[J].中阿科技论坛(中英文),2020,(11):165-170,第 166 页.
 - 7 U.S.C s1605(a)(2): (a)A foreign state shall not be immune from the jurisdiction of courts of the United States or of the States in any case—(2) in which the action is based upon a commercial activity carried on in the United States by the foreign state; or upon an act performed in the United States in connection with a commercial activity of the foreign state elsewhere; or upon an act outside the territory of the United States in connection with a commercial activity of the foreign state elsewhere and that act causes a direct effect in the United States.
 - 8 郭镇源.国家主权限制豁免理论对我国企业的影响与应对[J].政法学刊,2022,39(05):121-128,第 123 页.
 - 9 Working Group of the American Bar Association. Reforming the Foreign Sovereign Immunity Act[J]. Columbia Journal of Transnational Law , 2002, (40): 492-595.
 - 10 U.S.C s1603(d): A “commercial activity” means either a regular course of commercial conduct or a particular commercial transaction or act. The commercial character of an activity shall be determined by reference to the nature of the course of conduct or particular transaction or act, rather than by reference to its purpose.
 - 11 徐颖颺.论美国主权豁免中商业例外条款对中国的影响与应对[J].中阿科技论坛(中英文),2020,(11):165-170,第 165 页.
 - 12 同上.
 - 13 Joseph v. Office of Consulate Gen. of Nigeria, 830 F.2d 1018, 1024 (9th Cir. 1987),
 - 14 同上.
 - 15 同上.
 - 16 徐颖颺.论美国主权豁免中商业例外条款对中国的影响与应对[J].中阿科技论坛(中英文),2020,(11):165-170,第 167 页.
 - 17 郭镇源.国家主权限制豁免理论对我国企业的影响与应对[J].政法学刊,2022,39(05):121-128,第 124 页.
 - 18 同上.
 - 19 U.S.C s1603(e): A “commercial activity carried on in the United States by a foreign state” means commercial activity carried on by such state and having substantial contact with the United States.”
 - 20 Sachs v. Republic of Austria, 737 F.3d 584 (9th Cir. 2013).
 - 21 Sachs v. Republic of Austria, 737 F.3d 584, 599 (9th Cir. 2013).
 - 22 同上.
 - 23 徐颖颺.论美国主权豁免中商业例外条款对中国的影响与应对[J].中阿科技论坛(中英文),2020,(11):165-170,第 166 页.
 - 24 Sachs v. Republic of Austria, 737 F.3d 584, 599 (9th Cir. 2013).
 - 25 同上.
 - 26 Obb Personenverkehr AG v. Sachs, 577 U.S. 27, 34 (2015).
 - 27 Obb Personenverkehr AG v. Sachs, 577 U.S. 27, 35 (2015).
 - 28 同上.
 - 29 李庆明.论中国《外国国家豁免法》的限制豁免制度[J].国际法研究,2023,(05):28-55,第 32 页.

中国法院对外国法院判决承认与执行的考量与态度

李岚、岑琳、张煜

一、介绍

外国法院判决的承认和执行是国际民事诉讼程序的最终环节，只有外国法院判决得到执行，涉外民商事纠纷才得以实际解决。如果判决不能被执行，即便获得胜诉，当事人的权益也未能得到完全保障。我国《民事诉讼法》¹对于外国法院判决的承认和执行构建了一定体系，主要见于，第 298 条明确了申请承认和执行外国法院判决的管辖法院和提起条件²，第 299 条规定了应当承认和执行外国法院判决的情形，也即中国法院审查外国法院判决承认与执行申请的原则³，第 300 条则规定了不予承认和执行的情形⁴。本文结合案例，主要从《民事诉讼法》第 299 条的“互惠原则”和“不违反中华人民共和国法律的基本原则”（以惩罚性赔偿为例）切入，以察中国法院在承认和执行外国法院判决时的考量与态度。


二、互惠原则

根据《民事诉讼法》第 298 条，在我国可依据国际条约或互惠关系申请承认和执行外国法院判决。就国际条约而言，我国目前尚未批准有关承认和执行外国法院判决的国际公约；截至 2024 年 8 月，我国也仅与 35 个国家签订了承认和执行外国法院判决的双边条约，其中不包括美国、新加坡和大部分欧盟国家。⁵在与作出判决之法院所在国没有有效国际条约的情况下，我国承认与执行外国法院判决主要依据互惠原则进行。对于互惠原则，《民事诉讼法》第 299 条仅规定“按照互惠原则进行审查”，而未规定互惠原则的具体适用标准。在长期以来的司法实践中，我国法院主要采用严苛的事实互惠标准，即以作出判决的法院所在国是否存在承认和执行我国法院判决的先例为依据。⁶在事实互惠原则下，如果判决法院所在国不存在承认和执行我国法院判决的先例，则该国判决在我国亦无法被承认和执行。

近年来，随着我国对外开放水平和格局的不断提升，法律和司法实践层面中对于互惠原则的适用标准也更加开放和包容，法律互惠标准亦被适用。2021 年 12 月 31 日，最高人民法院发布《全国法院涉外商事海事审判工作座谈会会议纪要》，其中第 44 条规定：“有下列情形之一的，可以认定存在互惠关系：（1）根据该法院所在国的法律，人民法院作出的民商事判决可以得到该国法院的承认和执行……人民法院对于是否存在互惠关系应当逐案审查确定”。该纪要体现了法律互惠的要义，即我国法院判决在对方国法律上存在被承认和执行可能，就可以认定为存在互惠关系，而不需要以对方国存在承认和执行我国法院判决的先例作为前提。

2022 年 3 月，在以上纪要公布后，上海海事法院在 SPAR 诉大新华申请承认外国法院判决案⁷中，适用了法律互惠的审查标准，裁定承认与执行英国法院判决。该案为中国法院首例依据法律互惠原则承认和执行英国法院商事判决的案例，也改变了中国法院在长期审判实践中以事实互惠作为单一互惠认定标准的限制解读。⁸

本案中，法院对互惠原则的解读要点主要有三：其一，根据我国《民事诉讼法》（2021 年修正）第 289 条规定⁹，法院认定我国与英国之间没有互相承认和执行法院民商事判决、裁定的国际条约，因此应当以互惠原则作为承认英国法院判决的审查依据。我国《民事诉讼法》（2021 修正）并未将互惠原则限制为事实互惠标准（“并没有将其限定为必须要有该外国法院对我国



民商事判决予以承认与执行的依据”),法院在本案中采用法律互惠标准,即“根据作出判决的外国法院所在国的法律,我国法院作出的民商事判决可以得到该国法院的承认和执行,即可认定我国与该国有存在承认和执行民商事判决的互惠关系”。其二,法院认可事实互惠标准的适用——“当然,若已有该外国法院对我国法院民商事判决予以承认和执行的先例,自是可以成为我国法院作出的民商事判决可以得到该国法院承认和执行的有力证明。”但在此节中,申请人所援引的[2015]EWHC 999 (Comm)号案中虽有对西霞口公司在中国诉讼中获得的判决及其保全裁定予以“承认”的表述,然申请人未能证明在英国法下,针对某一抗辩事由而对外国法院判决、裁定所表达的承认或引用,同样具有“承认和执行外国法院判决”意义上的“承认”效果,因此申请人未能证明英国法院有承认和执行我国法院民商事判决的先例。其三,法院考虑了英国法院是否有曾以不存在互惠关系为由拒绝承认和执行我国法院民商事判决的情形。被申请人认为[2015]EWHC 999 (Comm)号案驳回中国银行关于中止执行的申请,实质上否定了我国法院的判决、裁定,而法院认为,[2015]EWHC 999 (Comm)号案不是承认和执行外国法院判决之诉,英国高等法院更不是以中英之间不存在司法互惠关系为由驳回中国银行的中止执行申请。因此,法院认定[2015]EWHC 999 (Comm)不能作为英国法院拒绝承认和执行我国法院民商事判决的先例,也不能作为中国与英国不存在互惠关系的例证。

此案之后,北京一中院也紧随其后,适用法律互惠原则承认德国法院破产程序的裁定。¹⁰

三、惩罚性赔偿之不予承认

根据《民事诉讼法》第 299 条规定,“按照互惠原则审查后,认为不违反中华人民共和国法律的基本原则且不损害国家主权、安全、社会公共利益的,裁定承认其效力”。因此,即便外国法院判决已经通过法院的互惠原则审查,不代表其即可获得承认和执行,还需要审查其是否“违反中华人民共和国法律的基本原则”以及“损害国家主权、安全、社会公共利益”。本文于此主要探讨中国法院对于承认和执行外国法院判决中惩罚性赔偿部分的态度。

惩罚性赔偿广泛应用于英美等普通法系国家的侵权法、合同法、海事法等多个领域。惩罚性赔偿金的金额往往数倍于损害赔偿金,以示其惩戒性,例如在美国 *Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip* 案中,阿拉巴马州最高法院维持了 100 万美元惩罚性赔偿(高于所索赔和判决的补偿性损害赔偿金额的四倍)的判决¹¹;在 *TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp.* 恶意诽谤诉讼案中,西弗吉尼亚州最高上诉法院维持了针对 TXO 的 19,000 美元补偿性赔偿和 1,000 万美元的惩罚性赔偿¹²。然而,在中国法律下,民商事损害赔偿出于补偿目的,禁止受害人从侵害行为中获利¹³,赔偿仅限于“实际损失”范围,例如我国法律下违约赔偿的限制。¹⁴

《全国法院涉外商事海事审判工作座谈会会议纪要》第 45 条亦明确了中国法院面对外国法院判决中惩罚性赔偿部分不予支持的态度:“【惩罚性赔偿判决】外国法院判决的判项为损害赔偿金且明显超出实际损失的,人民法院可以对超出部分裁定不予承认和执行。”该规定也说明了我国法院可以部分承认和执行外国法院的民商事判决,可以仅就惩罚性赔偿部分的判决拒绝承认和执行。


在案涉金额高达 5000 万美元的 EB-5 移民诈骗美国 CIIF 案中,美国多家法院分别判决曾芳等被告向原告返还欺诈所得的投资款并承担数倍于投资款的惩罚性赔偿,并承担连带责任。¹⁵王安勤等多名胜诉原告得知被告之一曾芳在广州有可供执行的房产后,基于其关联的共三份美国法院判决分别向广州市中级人民法院申请承认和执行。¹⁶就惩罚性赔偿而言,被申请人曾芳在(2019)粤 01 协外认 3 号及(2019)粤 01 协外认 58 号案中提出一致的抗辩,认为损失应以直

接损失和间接损失为限，数倍于损失赔偿金额的惩罚性赔偿“明显违背了我国法律规定的基本原则”，不应被支持；其中，被申请人曾芳概括为“美国民事判决曾芳除赔偿王安勤投资款 56 万美元外，还需赔偿数额接近 3 倍的 124 万美元惩罚性赔偿”、“美国法院民事判决判令曾芳除赔偿蒋辉等六人投资款 5 万至 54 万美元不等外，还需赔偿蒋辉等六人各自数额接近 3 倍的 160 万美元惩罚性赔偿[笔者注：本案中美国法院判决对蒋辉等六位原告的损害赔偿金均各为 54 万元，惩罚性赔偿金均各为 160 万美元。]”。¹⁷在三份裁定书中，法院均一致认为，“可以根据互惠原则承认和执行案涉美国法院民事判决，但对其中明显超出实际损失的惩罚性赔偿金部分，不予承认和执行”；根据《民事诉讼法》（2021 修正）第 289 条¹⁸，经报请广东省高级人民法院、最高人民法院批复，法院对前述美国法院“民事判决予以部分承认和执行”，“承认和执行该民事判决部分主文”——被告应就偿付原告损害赔偿金（即返还投资款）承担连带责任，惩罚性赔偿部分不予承认与执行。

四、启示

当事人向中国法院申请承认和执行外国法院判决时，应核查该判决法院所在国与我国是否存在承认和执行判决的国际条约；如果不存在该等国际条约，则应考察该判决法院所在国与我国是否存在互惠关系——应查找该国是否有承认和执行我国法院民商事判决的先例，或判断根据对方国法律，我国法院判决在该国是否可以得到其承认和执行。对于包含惩罚性赔偿内容的外国法院判决，应当认识到中国法院有可能认为承认和执行惩罚性赔偿判决部分将“违反中华人民共和国法律的基本原则”从而对该部分不予承认和执行，而仅承认和执行外国法院判决中不涉及惩罚性赔偿的内容。

-
- 1 如无其他说明，本文中所提及的我国《民事诉讼法》（未特指版本）均指《中华人民共和国民事诉讼法（2023 修正）》。
 - 2 《民事诉讼法》第二百九十八条：“外国法院作出的发生法律效力判决、裁定，需要人民法院承认和执行的，可以由当事人直接向有管辖权的中级人民法院申请承认和执行，也可以由外国法院依照该国与中华人民共和国缔结或者参加的国际条约的规定，或者按照互惠原则，请求人民法院承认和执行。”
 - 3 《民事诉讼法》第二百九十九条：“人民法院对申请或者请求承认和执行的外国法院作出的发生法律效力判决、裁定，依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约，或者按照互惠原则进行审查后，认为不违反中华人民共和国法律的基本原则且不损害国家主权、安全、社会公共利益的，裁定承认其效力；需要执行的，发出执行令，依照本法的有关规定执行。”
 - 4 《民事诉讼法》第三百条：“对申请或者请求承认和执行的外国法院作出的发生法律效力判决、裁定，人民法院经审查，有下列情形之一的，裁定不予承认和执行：
（一）依据本法第三百零一条的规定，外国法院对案件无管辖权；
（二）被申请人未得到合法传唤或者虽经合法传唤但未获得合理的陈述、辩论机会，或者无诉讼行为能力的当事人未得到适当代理；
（三）判决、裁定是通过欺诈方式取得；
（四）人民法院已对同一纠纷作出判决、裁定，或者已经承认第三国法院对同一纠纷作出的判决、裁定；
（五）违反中华人民共和国法律的基本原则或者损害国家主权、安全、社会公共利益。”
 - 5 中华人民共和国条约数据库，参见 http://treaty.mfa.gov.cn/Treaty/web/list.jsp?nPageIndex=1&keywords=%E5%85%B3%E4%BA%8E%E6%B0%91%E4%BA%8B&chnltype_c=all，最后访问日期 2024 年 8 月 14 日。
 - 6 例如，《最高人民法院关于我国人民法院应否承认和执行日本国法院具有债权债务内容裁判的复函》，（1995）民他字第 17 号；北京市第二中级人民法院（2004）二中民初字第 12687 号民事判决书。
 - 7 SPAR 航运有限公司诉大新华物流控股（集团）有限公司申请承认外国法院判决案，（2018）沪 72 协外认 1 号民事裁定书。

- 
- 8 《海通案例 | 中国法院首次承认英国法院商事判决》，
<https://mp.weixin.qq.com/s/mlNwEIJqnqT309JxsdRWJA>。
- 9 《民事诉讼法》（2021 修正）第二百八十九条：“人民法院对申请或者请求承认和执行的外国法院作出的发生法律效力的判决、裁定，依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约，或者按照互惠原则进行审查后，认为不违反中华人民共和国法律的基本原则或者国家主权、安全、社会公共利益的，裁定承认其效力，需要执行的，发出执行令，依照本法的有关规定执行。违反中华人民共和国法律的基本原则或者国家主权、安全、社会公共利益的，不予承认和执行。”
- 10 (2022)京 01 破申 786 号民事裁定书。
- 11 Pac. Mut. Life Ins. Co. v. Haslip, 499 U.S. 1 (1991).
- 12 TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp., 509 U.S. 443 (1993).
- 13 宋连斌，陈曦：《外国惩罚性赔偿判决承认与执行的实践分歧与协调》，《江淮论坛》2021 年第 3 期，第 111 页。
- 14 我国《民法典》第 584 条规定“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，造成对方损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益；但是，不得超过违约一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违约可能造成的损失。”
- 15 美国加利福尼亚州中区美国地区法院 CV-17-08936-MWF(RAOx)民事判决、美国加利福尼亚州中区美国地区法院 CV17-7149-MWF(RAOx)民事判决及美国加利福尼亚州洛杉矶县高等法院 BC661793 民事判决。
- 16 (2019)粤 01 协外认 3 号、(2019)粤 01 协外认 22 号及(2019)粤 01 协外认 58 号民事裁定书。
- 17 (2019)粤 01 协外认 3 号及(2019)粤 01 协外认 58 号民事裁定书。
- 18 同尾注 9。

无单放货纠纷中承运人的责任、免责与风险防范

何东闽、杨蕊

在国际货物贸易中，“无单放货”是指承运人或货运代理人在收货人未出示正本提单的情况下交付所承运货物的行为。尽管这种做法可能在某些情况下满足交易双方的即时需求，但同样带来了不容忽视的法律风险和潜在的经济损失。

实务中，货物常在相关单据完成流转之前已经抵达目的港，具备交付条件。此时，如果正本提单尚未到达收货人手中，可能产生额外的码头滞期费等费用，如果运输的货物为生鲜食品，则货物还面临腐败、变质等风险。因此，承运人为了降低成本和促进交易，可能会选择无单放货。对卖方而言，在交易双方选择了 F 组贸易术语的情况下，实际由买方控制运输，如果买方与承运人串通无单放货，卖方还可能面临钱货两空的风险。

一、无单放货中的承运人责任

（一）承运人责任

提单可以流通因而具有金融属性，在提单流转过程中，很可能发生多人同时持有副本提单的情况，因此，承运人应当向正本提单的持有人交付货物，否则不但可能破坏交易和运输安全，还可能破坏金融系统的稳定性。

对此，《无单交货解释》第二条规定：“承运人违反法律规定，无正本提单交付货物，损害正本提单持有人提单权利的，正本提单持有人可以要求承运人承担由此造成损失的民事责任。”

关于承运人赔偿责任的性质，由于提单既是承运人与托运人之间运输合同关系的证明，又是货物的所有权凭证，兼具合同证明和物权凭证的属性，法院出于对提单性质理解的不同侧重，在过往历史上曾出现过以侵权责任认定为主和以违约责任认定为主的不同历史时期。


2009 年 2 月 26 日发布的《无单交货解释》基于提单的双重属性，将承运人的赔偿责任界定为违约责任的与侵权责任的竞合。自此，正本提单持有人可在违约责任和侵权责任中择一提起诉讼，主张赔偿。

需要注意的是，该规定并未将跟单信用证的开证行、具有商业利益的合作方等其他经合法流转持有正本提单的主体排除在外，因此，其同样享有提单持有人权利，可以根据提单法律关系向承运人索赔。¹

（二）承运人交付完成的认定

无单放货纠纷中，认定承运人是否交付货物，不应局限于货物是否完成了物理性的转移，而更应注重对货物支配权是否转移进行审查。如货物从承运人的控制下变更为在收货人的控制下，一般视为承运人完成了货物的交付。

例如，在〔2015〕沪海法商初字第 2888 号案中，买卖双方约定了整箱交货方式，但货物



到港后被立即拆箱，且收货人向客户推荐了涉案货物。

对此，原告主张，鉴于货物已被拆箱其收货人对外进行展销，应认定承运人已将货物交付收货人，已完成无单放货行为。承运人则辩称，案涉货物虽已进行拆箱，但一直在其控制之下，未交付收货人。

上海海事法院经审理认为，涉案货物已被交付，收货人已经取得货物控制权：

首先，承运人应当承担举证责任证明货物状态。承运人主张涉案货物拆箱后一直被存放于其关联公司租赁的仓库中，但该证据未有效证明涉案货物在拆箱以后的状态。

其次，如货物持续在承运人控制之下，应知悉货物状态。在托运人要求承运人告知货物状态的情况下，承运人不但未及时告知，反而将托运人的要求转发给收货人，要求收货人解决问题，可见承运人对货物状态不知情。

第三，关于承运人是否有控制货物的必要。涉案货物到港后不久，收货人就已付清了关税，并向承运人支付了海运费和码头滞期费等费用；

第四，货交收货人是其能够转卖货物的前提条件，收货人已实际具备转卖货物的条件。收货人给其客户展示了涉案货物，并称案涉“托运的所有货物存在隐藏问题”“货物已经受到损害”，最终收货人因转卖不成还明确指示承运人回运。

（三）实际承运人责任

根据《海商法》第 60 条，实际承运人受承运人（例如一些向托运人签发提单的货代公司）委托全部或部分开展运输工作。此种情况下，实际承运人是否需要承担无单放货的赔偿责任，应当结合承运人与实际承运人之间的法律关系进行判断。


1. 承运人与实际承运人之间存在货物运输合同关系

此种情况下，承运人在运输中扮演双重角色：一是托运人的无船承运人；二是实际承运人的托运人。此时托运人与承运人以及承运人与实际承运人之间分别成立两个独立的运输合同关系，根据合同相对性原则，应当在各自的运输合同关系中分别认定承运人和实际承运人是否构成无单放货。

例如，在〔2019〕最高法民申 4943 号案中，实际承运人按承运人指示，将提单重新签发给承运人的目的港放货代理人。承运人的代理人在没有收回承运人签发的全套正本提单的情况下，指示实际承运人对货物进行放行。根据代理关系的法律规定，承运人代理人的无单放货行为产生的法律后果自然应由被代理人即承运人承担。

该案的主要争议在于，根据《海商法》第 63 条“*承运人与实际承运人都负有赔偿责任的，应当在此项责任范围内负连带责任*”的规定，实际承运人在该案中是否应当承担连带赔偿责任。对此，法院从违约责任和侵权责任两个方面进行论述。

首先，基于合同相对性，在“承运人-实际承运人”这一运输合同关系中，承运人向实际承运人交回了全套正本提单并出具了“非起运港放单保函”，告知实际承运人将该提单签发给放



货代理人，直接导致放货代理人成为合法的提单持有人。实际承运人解锁货物的行为是应放货代理人的要求所为，不符合无单放货的构成要件。

其次，从侵权责任的角度看，没有证据证明实际承运人与放货代理人及实际收货人之间存在串谋，因此实际承运人也不存在侵权行为。

法院据此认为，实际承运人无需对货主因无单放货所遭受的损失承担连带赔偿责任。

2. 承运人与实际承运人之间存在委托关系或租船合同关系

此种情况下，由于实际承运人并不签发提单，与托运人之间也不存在合同关系，因此，正本提单持有人无权主张实际承运人承担违约责任。不过，如果实际承运人擅自实施了无单放货行为，基于侵权责任，则应与承运人承担连带赔偿责任。

承运人承担了赔偿责任后，还有权向实际承运人进行追偿，此时，法院将根据承运人和实际承运人之间的过错比例，对赔偿金额进行分配。

二、承运人的免责抗辩

承运人通常以《无单交货解释》第7条作为抗辩事由，该条规定：“*承运人依照提单载明的卸货港所在地法律规定，必须将承运到港的货物交付给当地海关或者港口当局的，不承担无正本提单交付货物的民事责任*”。

对此，最高院在〔2021〕最高法民申7603号案中明确，承运人援引该条解释主张免除其无单放货责任的，除必须证明卸货港所在地国家法律有必须将承运的到港货物交给当地海关或者港口当局的相关规定之外，还需证明其在向当地海关或者港口当局交接货物后丧失对货物的控制权。


例如，在目的港位于巴西境内的案件中，无单放货承运人往往主张，根据巴西〔2013〕1356号法令规定，在进口货物中执行先清关后提货的海关政策。因此，根据当地法律，承运人将货物交给当地海关的，不承担无单放货的赔偿责任。

此种抗辩仅是对货物物理性转移的说明，并未对货物的控制权是否发生变化进行论述，承运人并未完成抗辩。

原因在于，巴西海关政策的目的是为了提高货物清关效率，简化进口程序流程。承运人将货物交给海关后，并非直接将货物控制权交付海关，还需要承运人或其当地代理在海关系统对相关货物进行解锁后，进口商方能提取货物。说明承运人在物理上将货物交给巴西海关后，仍然对货物交付具有控制权。

因此，此种情况下，承运人仍需证明向海关交付货物后仍对货物持续行使控制权，或者货物在未经其允许的情况下被海关擅自交付给无单提货人。

在〔2019〕浙民终422号案中，案涉货物卸船后由巴西海关控制并封锁，后被他人提取。浙江高院认为，巴西海关系统显示案涉货物已交付，但船东对货物仍处于待定锁住状态，证实了承运人并未同意放行货物，且案涉全套海运提单仍在其掌握之下，因此承运人对无单放货没



有责任。

三、风险防范措施

（一）对于承运人的建议

1. 谨慎对待“提单副本+保函”

实务中，承运人在无单提货人出具提单副本并提供保函的情况下进行无单放货的情况比较常见，但提货人提供保函并不意味着承运人可以规避无单放货的法律风险。

首先，保函的作用是提货人承诺对承运人遭受的损失承担赔偿责任。承运人无单放货的，必须先对正本提单持有人承担赔偿责任后，才能向保函出具人主张追偿。

其次，提货人出具的保函一般属于商业信用保证，如提货人本身并不具备赔偿能力，则保函的风险承担作用极其有限。此外，实务中还存在保函的签字人未取得授权，无权代表保函出具方签名等情形。

第三，虽然法院一般认可无单放货保函的效力，但不排除在个案中，法院认定担保事项存在违法、对第三方（托运人）进行欺诈、恶意串通损害第三人利益等情形，认定保函无效的可能性。

因此，尽管“提单副本+保函”无单放货的情形在实务中比较普遍，但对承运人而言，仍存在较大的法律风险，需要审慎对待，尽量避免无单放货。

2. 开具电子提单

实务中发生无单放货，主要原因是提单流转时间超过货物流转时间。开具电子提单可大大提高提单的流转效率，尤其对航程较近贸易而言，优势更为明显。此外，由于电子提单仅需各方当事人通过电子数据交换系统进行流转，也可有效防止提货人提供提单进行欺诈行为的风险。

3. 审慎出具目的港位于特定国家的记名提单，提示托运人风险


例如，根据美国、加拿大等国的法律规定，记名提单的提货人仅需证明自己身份，无需提供正本提单即可提货。对承运人而言，遵守当地法律则意味着将承担无单放货的风险，严格要求提货人提供正本提单又可能在当地与提货人发生纠纷。

虽然承运人是按照托运人的指示出具提单，但当托运人要求出具目的港位于此类国家的记名提单时，承运人应尽量避免出具记名提单，或至少向托运人提示此类风险，以避免后续纠纷。此外，承运人还可出具电子提单以加快提单流转效率。

4. 固定对货物有控制权的证据

正本提单持有人主张无单放货的，在提供初步证据后，举证责任转移至承运人，承运人有义务证明在取得正本提单前，货物的控制权持续有承运人掌握。

在实践中，承运人提交的最常见的证据是存储案涉货物的仓单及其公证书。需要注意的是，



为了增加证明力，仓单应对货物状态进行详细描述，使货物特定化，且尽量避免将货物存储于收货人或其关联方的仓库。

此外，收货人因正当理由表示拒绝提货的记录、在托运人主张无单放货的节点之前办理货物回运的记录、收货人向当地法院申请要求放货的强制令等，也是承运人抗辩的有力证据，应予以妥善留存。

（二）对于托运人的建议

1. 谨慎选择单据形式和贸易术语

托运人在初次与相对方交易时可以使用记名提单，或者至少使用指示提单，以保证通知交付的权利保留在原始托运人的手中。托运人采取相对保守的交易模式，可以有效避免无单放货的情形发生，有利于在发生纠纷时及时找到责任主体。若长期交易，后续则可以通过对相对方的考量逐步放宽交付形式。

此外，托卖方应尽量避免 FOB 的成交模式，因为在 FOB 交易中，收货方指定的境外货代拥有更多控制权，容易与收货方串通进行无单放货。如果买方要求采用 FOB 术语，则可约定由卖方指定承运人，并由买方承担运费，将货物的运输环节掌握在自己手中。

2. 注意海商纠纷的特殊诉讼时效

正本提单持有人还应注意海上货物运输合同纠纷的特殊诉讼时效。《海商法》第 257 条规定：“就海上货物运输向承运人要求赔偿的请求权，时效期间为一年，自承运人交付或者应当交付货物之日起计算”，且诉讼时效的中断事由不仅要求权利人提出请求，还要求义务人明确表示或者承诺履行义务。

因此，正本提单持有人如未能与承运人协商达成赔付方案，应及时提起诉讼或者仲裁。

1 （2018）浙民终 624 号某银行与天津某海运有限公司等海上货物运输合同纠纷案——2018 年全国海事审判典型案例之二

英国法下的违约罚金制度分析（上）

易旻、南洋、袁常淇

在各类合同中，当事人通常会设立违约损害赔偿条款，以明确违约方在违约时应对守约方所遭受的损失进行赔偿。特别是在中国法律体系下，部分合同中的违约金条款不仅具有经济补偿功能，还兼具惩罚性质，旨在威慑合同相对方履行合同。然而，依据英国合同法，具有惩罚性的赔偿条款会被视为无效。因此，在英国法下准确判断这些赔偿条款是属于可执行的违约金还是不可执行的罚金具有重要意义。如果合同中的条款被认定为罚金，守约方可能难以依据该条款索取赔偿，特别是在难以证明实际损失的情况下，索赔过程可能变得更加复杂。本文将结合英国法下的实际案例，探讨英国法院在判断赔偿条款是否构成违约罚金时所采用的标准及标准的演变过程，并比较中英法律体系下相关规则的差异。

一、英国法下违约罚金和违约损害赔偿金的区别概述

在英国法中，违约损害赔偿金和违约罚金虽然都涉及对违约行为的赔偿，但二者的法律效力却大相径庭。违约损害赔偿条款（*Damages Clause*）是合同双方在合同中预先约定的一项条款，旨在规定一方违约时对另一方的损失进行赔偿。其实质是对合同履行过程中可能出现的损失进行合理的预估，并通常在合同订立时确定一定数额的赔偿金额。根据该条款，即使守约方实际损失低于合同中规定的金额，仍有权向违约方索取约定的赔偿金额。在这种情况下，守约方通常不需要证明实际损失，因为条款中的金额已经是预先确定的。

与此相对的是罚金条款（*Penalty*），其目的并非是对违约损害进行合理的预估，而是对违约方施加过度和不公平的“惩罚”，增加合同相对方的违约成本，从而确保其履约行为。在英国合同法下，此种罚金条款并不具备法律效力，也不可执行。因此，一旦合同中的某一条款被认定为罚金条款，守约方将无法根据该条款要求赔偿，代之以只能依据普通法获得实际损失的赔偿。在这种情况下，若守约方无法证明实际损失，将面临索赔困境。因此，在合同订立过程中，准确区分违约金条款与罚金条款至关重要。这不仅关系到合同的合法性和执行力，也直接影响到守约方在违约情况下的权益保护和赔偿能力。

二、早期英国法院对“罚金条款”的判断标准 - 传统区分标准

英国法院公布了“*Cavendish*”案的判决¹，该案的核心争议之一在于股权买卖合同中涉及卖方违反保护公司商誉条款后所应承担的违约责任条款是否属于罚金条款而无效。与该案共同被英国最高法院论述的“*ParkingEye*”案²，其争议焦点则是针对案件当事人在超时停车后被收取停车费的性质的认定。而这两个案件的终审判决标志着英国法院对违约罚金和违约损害赔偿金区分标准的最新确立。

19世纪时，法官通常依据当事人的意图来对合同条款进行解释。例如在 *Reilly v Jones* 一案中，法官指出当事人在合同中使用“损害赔偿金”的表述，而不是“违约罚金”，因此推定当事人没有此种意思，不应将合同约定理解为违约罚金。³此种解释方法非常主观，对债务人来说并不公平，导致适用空间不大。虽然在后来的发展中该标准不再是决定性的，但术语的选择仍是作出结论的参考因素。直到1829年的 *Kemble v Farren* 案中，法官开始考虑客观因

素，从而废止了上述主观区分方法。即使当事人使用违约损害赔偿的表述，仍可能被认定为是罚金。在该案中，法官认为当合同中对违约方应支付的金额明确约定时，如果约定的数额高于能够确定的损害赔偿的具体数额，则此种约定将被认为是罚金条款，从而无效。⁴

随着新案件的出现，区分标准逐渐完善。在 *Elphinstone v Monkland Iron and Coal Company* 案件中，Watson 法官认为，当合同中约定的赔偿金额是针对多个可能事件的一次性支付，其中有些事件可能导致重大损害，而有些事件可能导致轻微损害，这种情况下，约定的赔偿金额可能被视为罚金条款。也就是说，如果赔偿金额与实际损害的严重程度不相匹配，法院可能会认为这是对违约方的不合理惩罚，从而构成罚金条款而无效。⁵由此确定了一笔违约约定赔偿不能适用于数个损失程度不同的违约行为。

20 世纪初，在 *Castaneda v Clydebank Engineering and Shipbuilding Company Limited* 一案中，Halsbury 法官提出了更具科学性的区分标准，即违约罚金条款必须是不合理(unconscionable)和不切实际的(extravagant)，具体何为不合理、不切实际的则需要结合个案进行判断。此外，该案中也提到了对损失的预估算问题，当无法精确预估违约造成的损害时，事先约定的金额仍然可以被认定为合理的损害预估。⁶随后，*Public Works Commissioner v Hills* 和 *Rowland Valentine Webster v William David Bosanquet* 两个案件对损失的预估进行了分析，进一步确定了判断损害赔偿金和违约罚金的时间点，即合同订立时。“Public”案将违约损失赔偿金与违约罚金的区分视作合同的解释问题，判决时将约定的金额与合同订立时对真正损失的预估算进行对比，从而确定是否构成罚金条款。⁷“Webster”案中法官同样以合同订立时当事人所能预见的损失为基础，并结合具体案件事实作为判断争议中的约定金额是否构成罚金条款。⁸虽然这两个案件强调了应考虑合同订立时对损害的预估计，但在之后的 *Philips Hong Kong Ltd v Attorney-General of Hong Kong* 案中，法官认为订立合同后实际发生的事件也可以帮助判断可以合理预见的损失。

最终确立“传统区分标准”的划时代案件是 1915 年的 *Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v New Garage and Motor Co Ltd* 案。结合先例，该案的 Dunedin 法官总结出了以下区分损害赔偿金和罚金的“传统区分标准”：


(1) 合同中使用“违约罚金”或者“损害赔偿金”不能作为违约罚金还是赔偿金的唯一依据。

(2) 违约罚金的本质是作为对于违约方的威吓(in terrorem)而约定的应支付的金额；而损害赔偿金的本质是对于违约造成损害的金额的预估。

(3) 确定约定的金额是违约罚金还是损害赔偿金的问题，属于合同解释的范畴，应依据合同订立时的情况，而不是违约时，且要依据每个特定合同的条款以及每个特定合同所固有的情形进行判断。

(4) 为了协助解释工作，已提供了不同的区分标准。这些标准在审理案件时可能会证明有帮助，甚至可能成为决定性的依据：

- (a) 如果约定的金额相对于由于违约可能造成的最大损失（订立合同时能够预见和估计的损失）而言是过高的以及不合理的，那么该约定就会被认为是违约罚金。
- (b) 如果违约仅仅是因为没有支付一定数额的金钱，并且约定的(违约时支付的)金额多于



本应支付的金额时，那么该约定就会认为是违约金。

(c) 如果在处理不同严重程度地损害赔偿事件时，单独地一大笔数额被约定为应对损害赔偿应支付的金额，那么约定的单独的一大笔金额就会被视为违约金。

(d) 当违约使得无法准确地预估实际损失时，约定的金额不会被视为违约金。⁹

这一区分标准在未来相当长的一段时间内，成为判断合同条款是否构成罚金条款的关键依据。

1 [2015] UKSC 67-Cavendish Square Holding BV v Talal El Makdessi.

2 [2015] UKSC 67-ParkingEye Limited v Beavis.

3 朱凌珂：《英国违约约定赔偿制度研究及其启示》，西南政法大学 2019 年博士毕业论文，第 39 页。

4 [2015] UKSC 67 Page 96 para 220 (4)(b).

5 [2015] UKSC 67 Page 96 para 220 (4)(c).

6 [2015] UKSC 67 Page 9,97 para 220 (4)(d).

7 [2015] UKSC 67 Page 96 para 220 (3).

8 [2015] UKSC 67 Page 96 para 220 (3).

9 [2015] UKSC 67 Page 10 para 21.

中国公司控制权之争系列分析——董监高任免规则

左天羽、郭帅、李佳蓉

一、优化董事任免规则

(一) 调整董事会人数

新《公司法》对有限责任公司、股份有限公司董事会人数要求进行了调整。一方面，新《公司法》将有限责任公司董事会人数要求由过去规定的“三人至十三人”¹调整至“三人以上”²，取消了有限责任公司董事会人数的上限。另一方面，新《公司法》将股份有限公司董事会人数要求由过去规定的“五人至十九人”³，调整至和有限责任公司董事会人数要求一致，即“三人以上”⁴，在取消人数上限的同时降低了人数的下限。这些修改可以帮助有限责任公司和股份有限公司根据实际需求组建董事会。取消董事会人数上限也有助于中小股东获得董事会席位，参与公司治理。

(二) 明确董事的无因解任

新《公司法》实施之前，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（五）》（“《公司法解释五》”）第三条⁵对股东会无因解任董事进行了规定，并规定了董事因职务被解除有权就相关补偿问题提起诉讼的权利。

新《公司法》在第七十一条⁶将股东会无因解任董事制度上升为法律，规定了股东会可以决议解任董事，决议作出之日解任生效；但是，无正当理由在任期届满前解任董事的，该董事可以要求公司予以赔偿。这一新增规定进一步明确了股东会有权通过决议解任董事的法定权利，并且决议作出之日即发生解任的法律效力。需要注意的是，尽管股东会可以无因解任董事，相关股东会决议也必须是有有效决议，避免违反法律、行政法规、公司章程的规定，避免出现股东会决议效力瑕疵。

同时，为平衡无因解任可能对董事造成的损失，若在董事任期届满前无正当理由解任该董事的，该被解任的董事有权直接依据上述新《公司法》第七十一条向法院起诉要求公司赔偿。

二、提供监督机构多元化选择

新《公司法》对公司治理结构中的监督机构进行了优化调整，为公司治理提供了多样灵活的制度选择。

(一) 全面引入审计委员会制度

对于有限责任公司而言，根据新《公司法》第六十九条⁷，可以按照公司章程的规定在董事会中设置由董事组成的审计委员会行使监事会职权，不设监事会或者监事。需要注意的是，因新《公司法》第七十六条⁸规定，董事、高级管理人员不得兼任监事，而行使监事会职责的审计委员会就是要监督执行公司事务的董事和经理，因此执行公司事务的董事理论上不能作为

有限责任公司审计委员会的成员。

对于股份有限公司而言，根据新《公司法》第一百二十一条⁹，可以按照公司章程的规定在董事会中设置由董事组成的审计委员会行使监事会职权，不设监事会或者监事，且审计委员会成员要求三名以上，过半数成员不得在公司担任除董事以外的其他职务。需要注意的是，鉴于审计委员会的监督功能，组成审计委员会的董事不得与公司存在任何可能影响其独立客观判断的关系。

对于股份有限公司中的上市公司而言，根据新《公司法》第一百三十七条¹⁰、并结合《上市公司治理准则（2018 修订）》第三十八条¹¹、《国务院关于实施<中华人民共和国公司法>注册资本登记管理制度的规定》第十二条¹²，上市公司审计委员会属于上市公司董事会必须设立的专门委员会。

对于国有独资公司而言，根据新《公司法》第一百七十六条¹³，也可以在董事会中设置由董事组成的审计委员会行使本法规定的监事会职权的，不设监事会或者监事。需要注意的是，根据《企业国有资产交易监督管理办法》第四条¹⁴，国有独资公司仅指政府部门、机构、事业单位出资设立的国有独资公司，而不包括上述单位及国有独资企业直接或间接合计持股 100% 的国有全资公司。

(二) 允许满足条件的公司不设监督机构

新《公司法》允许规模较小或者股东人数较少的有限责任公司经全体股东一致同意，可以不设监事¹⁵，进一步降低公司治理成本。当然，新《公司法》仍然要求规模较小或者股东人数较少的股份有限公司在不设置监事会和审计委员会的情况下，至少设置一名监事行使监事会职权¹⁶。

(三) 总结：各类公司监督机构选项

公司类型	监督机构选项
有限责任公司	四选一 监事会 ✓ 规模较小或者股东人数较少的不设监事会，设一名监事 ✓ 按照公司章程规定在董事会中设置由董事组成的审计委员会 ✓ 规模较小或者股东人数较少的经全体股东一致同意，不设监事 ✓
股份有限公司	三选一 监事会 ✓ 规模较小或者股东人数较少的不设监事会，设一名监事 ✓ 按照公司章程的规定在董事会中设置由董事组成的审计委员会 ✓
国有独资公司监督机构	三选一 监事会 ✓

	监事 ✓ 在董事会中设置由董事组成的审计委员会 ✓
上市公司监督机构	二选一 同时设立监事会+不取代监事会的审计委员会（主要行使审计职责） ¹⁷ ✓ 一并行使监事会职权的审计委员会 ✓

三、全面开放经理职权

新《公司法》实施之前，我国公司法除赋予董事会和公司章程对经理职权范围方面的话语权之外，还以列举方式规定了经理的法定职权¹⁸，比如主持公司的生产经营管理工作、组织实施董事会决议；组织实施公司年度经营计划和投资方案；拟订公司内部管理机构设置方案；拟订公司的基本管理制度；制定公司的具体规章；提请聘任或者解聘公司副经理、财务负责人；决定聘任或者解聘除应由董事会决定聘任或者解聘以外的负责管理人员等。

新《公司法》删除了经理的法定职权，将经理的职权完全交由公司章程和董事会决定¹⁹，为公司和股东自由配置公司内部分工提供了保障。

四、完善法定代表人任免规则

（一） 扩大法定代表人选任范围

新《公司法》实施之前，我国公司法将法定代表人的人选限定为董事长、执行董事或经理²⁰。新《公司法》实施后，其第十条规定，“公司的法定代表人按照公司章程的规定，由代表公司执行公司事务的董事或者经理担任。”也就是说，除了经理可担任法定代表人的规定未作调整之外，法定代表人的任职人选不再仅限于该人选在公司治理结构中的特殊董事身份，而更多强调了有资格担任法定代表人的董事在公司中发挥的实际功能——即，代表公司执行公司事务、切实参与到公司管理。这一规定使得法定代表人的选任范围得以扩大，法定代表人除经理外可能是任何代表公司执行公司事务的董事，更加契合公司对于法定代表人这一重要角色的需求。

（二） 新增法定代表人辞任和补任规则

新《公司法》第十条新增了法定代表人辞任和补任的期限要求：“担任法定代表人的董事或者经理辞任的，视为同时辞去法定代表人；法定代表人辞任的，公司应当在法定代表人辞任之日起三十日内确定新的法定代表人。”

上述规定中的“辞任”，不仅应包括法定代表人请求辞任的情况，也应解释为包括公司对法定代表人解除任命的情况。同时，为了确保公司稳健经营，维护公司业务、管理的连续性与合法合规性，尽可能避免公司、股东、投资人、债权人等相关主体的利益遭受影响，新《公司法》第十条²¹要求限定时间内公司必须确定新的法定代表人。如果公司没有在法定期限内确定新的法定代表人，原法定代表人可以起诉要求公司办理涤除法定代表人职务的变更登记，实践中法院可能在支持上述涤除职务变更登记请求的同时，判决公司在限定时间内履行相关程序推举新的法定代表人并完成相应变更登记。²²

(三) 明确变更登记由新任法定代表人签署

在新《公司法》实施之前，关于法定代表人变更登记申请书由谁签署的问题。2016年修订版《中华人民共和国公司登记管理条例》（行政法规，现已废止）曾经在第二十七条明确要求公司申请变更登记，应当向公司登记机关提交公司法定代表人签署的变更登记申请书——这意味着法定代表人变更作为公司变更登记事由之一，应当由原法定代表人签署变更登记申请书。之后，《中华人民共和国市场主体登记管理条例》（行政法规）替代《中华人民共和国公司登记管理条例》，并删除了上述第二十七条的规定，但仍然在《中华人民共和国市场主体登记管理条例》第二十五条规定公司法定代表人如果任职期间发生了不得担任法定代表人的情形，应当向登记机关申请变更登记。

然而，《中华人民共和国市场主体登记管理条例实施细则》第三十三条²³却明确规定公司更换法定代表人由新任法定代表人签署变更登记申请。尽管，《中华人民共和国市场主体登记管理条例实施细则》的效力层级相较前述规定略低，为部门规章。

基于上述，在新《公司法》实施之前，部分登记机关要求法定代表人变更登记申请书需要由公司原法定代表人及新法定代表人一并签署。然而，由于实践中大量存在原法定代表人不愿意签署变更登记申请书的情况，进而导致法定代表人变更程序可能难以进行。

为解决上述难题，新《公司法》在第三十五条²⁴增加规定，公司变更法定代表人的，变更登记申请书由变更后的法定代表人签署，这一新增规定有效破除了法定代表人变更登记难题，也与《中华人民共和国市场主体登记管理条例实施细则》第三十三条的规定相呼应。

五、结语

新《公司法》下的董监高及法定代表人任免规则亮点突出，精彩纷呈：在董事任免方面赋予了公司更大的自由度，取消董事人数上限也能够在一定程度上鼓励中小股东提名董事积极参与公司运营；单双层公司治理结构并行，监事会/监事在满足特定条件下不再是公司必备的治理机关，进一步降低公司治理成本；全面放开经理职权，将经理的职权交由公司章程和董事会决定，突出董事会中心主义；完善法定代表人任免规则，为法定代表人的顺利更替提供法律支持。总之，新《公司法》下董监高及法定代表人任免规则的亮点和变化进一步推进了中国公司治理发展的进程、为公司“个性化”定制符合自身发展需要的公司治理结构在法律方面提供了更大的空间，也为公司控制权争夺提供了更多的路径选择。

1 2018年《公司法》第四十四条：“第四十四条有限责任公司设董事会，其成员为三人至十三人；但是，本法第五十条另有规定的除外。


两个以上的国有企业或者两个以上的其他国有投资主体投资设立的有限责任公司，其董事会成员中应当有公司职工代表；其他有限责任公司董事会成员中可以有公司职工代表。董事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生。

董事会设董事长一人，可以设副董事长。董事长、副董事长的产生办法由公司章程规定。”

2 新《公司法》第六十八条：“有限责任公司董事会成员为三人以上，其成员中可以有公司职工代表。职工人数三百人以上的有限责任公司，除依法设监事会并有公司职工代表的外，其董事会成员中应当有公

- 司职工代表。董事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生。
- 董事会设董事长一人，可以设副董事长。董事长、副董事长的产生办法由公司章程规定。”
- 3 2018 年《公司法》第一百零八条：“股份有限公司设董事会，其成员为五人至十九人。董事会成员中可以有公司职工代表。董事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生。
- 本法第四十五条关于有限责任公司董事任期的规定，适用于股份有限公司董事。
- 本法第四十六条关于有限责任公司董事会职权的规定，适用于股份有限公司董事会。”
- 4 新《公司法》第一百二十条：“股份有限公司设董事会，本法第一百二十八条另有规定的除外。本法第六十七条、第六十八条第一款、第七十条、第七十一条的规定，适用于股份有限公司。”
- 5 《公司法司法解释五》第三条：“董事任期届满前被股东会或者股东大会有效决议解除职务，其主张解除不发生法律效力的，人民法院不予支持。董事职务被解除后，因补偿与公司发生纠纷提起诉讼的，人民法院应当依据法律、行政法规、公司章程的规定或者合同的约定，综合考虑解除的原因、剩余任期、董事薪酬等因素，确定是否补偿以及补偿的合理数额。”
- 6 新《公司法》第七十一条：“股东会可以决议解任董事，决议作出之日解任生效。无正当理由，在任期届满前解任董事的，该董事可以要求公司予以赔偿。”
- 7 新《公司法》第六十九条：“有限责任公司可以按照公司章程的规定在董事会中设置由董事组成的审计委员会，行使本法规定的监事会的职权，不设监事会或者监事。公司董事会成员中的职工代表可以成为审计委员会成员。”
- 8 新《公司法》第七十六条：“有限责任公司设监事会，本法第六十九条、第八十三条另有规定的除外。监事会成员为三人以上。监事会成员应当包括股东代表和适当比例的公司职工代表，其中职工代表的比例不得低于三分之一，具体比例由公司章程规定。监事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生。
- 监事会设主席一人，由全体监事过半数选举产生。监事会主席召集和主持监事会会议；监事会主席不能履行职务或者不履行职务的，由过半数的监事共同推举一名监事召集和主持监事会会议。”
- 9 新《公司法》第一百二十一条：“股份有限公司可以按照公司章程的规定在董事会中设置由董事组成的审计委员会，行使本法规定的监事会的职权，不设监事会或者监事。
- 审计委员会成员为三名以上，过半数成员不得在公司担任除董事以外的其他职务，且不得与公司存在任何可能影响其独立客观判断的关系。公司董事会成员中的职工代表可以成为审计委员会成员。
- 审计委员会作出决议，应当经审计委员会成员的过半数通过。
- 审计委员会决议的表决，应当一人一票。
- 审计委员会的议事方式和表决程序，除本法有规定的外，由公司章程规定。
- 公司可以按照公司章程的规定在董事会中设置其他委员会。”
- 10 新《公司法》第一百三十七条：“上市公司在董事会中设置审计委员会的，董事会对下列事项作出决议前应当经审计委员会全体成员过半数通过：
- （一）聘用、解聘承办公司审计业务的会计师事务所；
 - （二）聘任、解聘财务负责人；
 - （三）披露财务会计报告；
 - （四）国务院证券监督管理机构规定的其他事项。”
- 11 《上市公司治理准则（2018 修订）》第三十八条：上市公司董事会应当设立审计委员会，并可以根据需要设立战略、提名、薪酬与考核等相关专门委员会。专门委员会对董事会负责，依照公司章程和董事会授权履行职责，专门委员会的提案应当提交董事会审议决定。专门委员会成员全部由董事组成，其中审计委员会、提名委员会、薪酬与考核委员会中独立董事应当占多数并担任召集人，审计委员会的召集人

- 应当为会计专业人士。
- 12 《国务院关于实施<中华人民共和国公司法>注册资本登记管理制度的规定》第十二条：上市公司依照公司法和国务院规定，在公司章程中规定在董事会中设置审计委员会，并载明审计委员会的组成、职权等事项。
- 13 新《公司法》第一百七十六条：“国有独资公司在董事会中设置由董事组成的审计委员会行使本法规定的监事会职权的，不设监事会或者监事。
- 14 《企业国有资产交易监督管理办法》第四条：本办法所称国有及国有控股企业、国有实际控制企业包括：
- （一）政府部门、机构、事业单位出资设立的国有独资企业（公司），以及上述单位、企业直接或间接合计持股为 100% 的国有全资企业；
 - （二）本条第（一）款所列单位、企业单独或共同出资，合计拥有产（股）权比例超过 50%，且其中之一为最大股东的企业；
 - （三）本条第（一）、（二）款所列企业对外出资，拥有股权比例超过 50% 的各级子企业；
 - （四）政府部门、机构、事业单位、单一国有及国有控股企业直接或间接持股比例未超过 50%，但为第一大股东，并且通过股东协议、公司章程、董事会决议或者其他协议安排能够对其实际支配的企业。”
- 15 新《公司法》第八十三条：“规模较小或者股东人数较少的有限责任公司，可以不设监事会，设一名监事，行使本法规定的监事会的职权；经全体股东一致同意，也可以不设监事。”
- 16 新《公司法》第一百三十三条：“规模较小或者股东人数较少的股份有限公司，可以不设监事会，设一名监事，行使本法规定的监事会的职权。”
- 17 对于上市公司而言，新《公司法》条文本身允许二选一。后续实践中是否会全面推行审计委员会替代监事会，仍需要进一步观察证监会、证券交易所等相关部门的意见。
- 18 2018 年《公司法》第四十九条：“有限责任公司可以设经理，由董事会决定聘任或者解聘。经理对董事会负责，行使下列职权：（一）主持公司的生产经营管理工作，组织实施董事会决议；（二）组织实施公司年度经营计划和投资方案；（三）拟订公司内部管理机构设置方案；（四）拟订公司的基本管理制度；（五）制定公司的具体规章；（六）提请聘任或者解聘公司副经理、财务负责人；（七）决定聘任或者解聘除应由董事会决定聘任或者解聘以外的负责管理人员；（八）董事会授予的其他职权。公司章程对经理职权另有规定的，从其规定。经理列席董事会会议。”第一百一十三条：“股份有限公司设经理，由董事会决定聘任或者解聘。本法第四十九条关于有限责任公司经理职权的规定，适用于股份有限公司经理。”
- 19 新《公司法》第七十四条：“有限责任公司可以设经理，由董事会决定聘任或者解聘。经理对董事会负责，根据公司章程的规定或者董事会的授权行使职权。经理列席董事会会议。”第一百二十六条：“股份有限公司设经理，由董事会决定聘任或者解聘。经理对董事会负责，根据公司章程的规定或者董事会的授权行使职权。经理列席董事会会议。”
- 20 2018 年《公司法》第十三条：“公司法定代表人依照公司章程的规定，由董事长、执行董事或者经理担任，并依法登记。公司法定代表人变更，应当办理变更登记。”
- 21 新《公司法》第十条：“公司的法定代表人按照公司章程的规定，由代表公司执行公司事务的董事或者经理担任。
- 担任法定代表人的董事或者经理辞任的，视为同时辞去法定代表人。
- 法定代表人辞任的，公司应当在法定代表人辞任之日起三十日内确定新的法定代表人。”
- 22 参考上海市第二中级人民法院(2023)沪 02 民再 23 号民事判决书。
- 23 《中华人民共和国市场主体登记管理条例实施细则》第三十三条：“市场主体更换法定代表人、执行事务合伙人（含委派代表）、负责人的变更登记申请由新任法定代表人、执行事务合伙人（含委派代表）、负



责人签署。”

24 新《公司法》第三十五条：“国家出资企业决定其子企业的增资行为。其中，对主业处于关系国家安全、国民经济命脉的重要行业和关键领域，主要承担重大专项任务的子企业的增资行为，须由国家出资企业报同级国资监管机构批准。

增资企业为多家国有股东共同持股的企业，由其中持股比例最大的国有股东负责履行相关批准程序；各国有股东持股比例相同的，由相关股东协商后确定其中一家股东负责履行相关批准程序。”

本期部分作者



蒋硕（北京）

+86 10 5706 8585
jiangshuo@jtn.com



李岚（深圳）

+86 755 2348 2627
lilan@jtn.com



岑琳（深圳）

+86 755 2223 5518
cenlin@jtn.com



何东闽（北京）

+86 10 5706 8369
hedongmin@jtn.com



易旻（大连）

+86 411 8442 6666 8005
yiyang@jtn.com



南洋（大连）

+86 411 8442 6666 8053
nanyang@jtn.com



左天羽（北京）

+86 10 5706 8458
zuotianyu@jtn.com



郭帅（北京）

+86 10 5706 8293
guoshuai@jtn.com



李佳蓉（北京）

+86 10 5706 8371
lijiarong@jtn.com



JT&N 金诚同达

www.jtn.com