

# NEWSLETTER

跨境争议解决 刊物

Cross-border Dispute Resolution

第 27 期 2024 年 11 月 27 日

**JT&N** 金诚同达

# CONTENT

## 目录

美国大选落地后，中国企业出海怎么办？	01
杨晨	
美国法院对外国判决的承认	05
林慕娟、程菲悦	
香港法院在禁诉令审查中对外国制裁措施性质的认定	09
史强	
《仲裁法》历次修订中仲裁范围的变化	13
李露、崔琪	
中国国际商事法庭介绍	18
李岚、岑琳	
跨国企业员工信息出境合规要点分析（上）	22
蒋硕、黎博思	
国际货物买卖合同成立法律要点和风险防范建议	25
杨蕊、何东闽	

# ABSTRACT

## 摘要

### 1. 美国大选落地后，中国企业出海怎么办？

杨晨

2024 年 11 月 6 日，美国总统选举在激烈角逐后正式落幕，美国共和党总统候选人特朗普宣布在 2024 年总统选举中获胜。对于特朗普复辟成功早有心理预期，但却出人意料的干脆利落。特朗普当选后对中美经贸关系，尤其是对中国企业出海问题的影响将是必然的，关于可能对中国采取哪些措施，这方面的文章已经很多，不再赘述。本文将结合作者多年协助中国企业出海的经验，简单谈谈特朗普二次入主白宫后，企业出海在贸易、投资、合规及争议解决环节，需要进一步关注的相关法律问题。

### 2. 美国法院对外国判决的承认

林慕娟、程菲悦

美国法院对外国判决的承认在法律框架层面呈现各州自主的特点，多数州遵循《1962 年统一法》或《2005 年统一法》，少数州依据本州普通法。在实践中，各州的考量标准和解读存在差异。互惠关系虽未在统一法中列为拒绝承认的理由，但在部分州是重要的考量因素。在认定是否存在互惠关系时，如得克萨斯州法院所认为的，个案中判决未得到外国法院承认并不必然证明不存在互惠，关键在于判断外国法院是否会在“同等程度上”承认在其管辖范围内本州法院作出的判决。

### 3. 香港法院在禁诉令审查中对外国制裁措施性质的认定

史强

香港高等法院在 2024 年 9 月的 Bank A v Bank B 案中再次认为欧盟制裁不影响仲裁协议效力，支持了原告的禁诉令申请。在此案中，法院判决讨论了《香港特别行政区基本法》第 19 条下对香港法院司法管辖权的限制条件、对国家行为的审判原则以及中国反制裁立法适用性问题。在该案判决中，香港法院认为，仅存在外国制裁措施并不满足启动《基本法》第 19 条证明书程序的条件，而准据法所包括的制裁规定可能被仲裁庭适用在判断合同效力及当事人权利义务。香港法院进一步认为外国实体并不符合《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》所适用的条件。



## ABSTRACT

## 摘要

## 4. 《仲裁法》历次修订中仲裁范围的变化

李露、崔琪

《中华人民共和国仲裁法》自 1995 年施行以来，近三十年未进行全面修订。但在此期间，社会经济、国内外仲裁实践发生了显著变化，我国仲裁法律制度与国际仲裁发展状况产生了很大差距。根据中共中央提出的“完善仲裁制度，提高仲裁公信力”的指示，我国拟对仲裁法进行全面修订，进一步适应我国仲裁实践的发展需求。《中华人民共和国仲裁法（征求意见稿）》（2021 年）及《中华人民共和国仲裁法（修订草案）》（2024 年）两次修订中，在一定程度上扩大了仲裁的受案范围，但同时仍存在完善的空间。

## 5. 中国国际商事法庭介绍

李岚、岑琳

中国国际商事法庭（CICC）是最高人民法院设立的专门处理国际商事纠纷的常设审判机构，其中，第一国际商事法庭设立在广东省深圳市，第二国际商事法庭设立在陕西省西安市。CICC 凭借其独特的优势，包括处理程序、由法官团队和国际商事专家委员会在内的专业法律团队以及调解、仲裁、诉讼有机衔接的“一站式”国际商事纠纷多元化解决机制等，为国际商事纠纷提供公平、专业和高效的争议解决服务。

## 6. 跨国企业员工信息出境合规要点分析（上）

蒋硕、黎博思

跨国企业在企业管理过程中，往往通过全球系统统一管理所有员工信息，在此过程中不可避免地涉及员工信息出境问题。对于跨国企业向境外提供员工信息的，《个人信息保护法》设置了三条合规路径，即数据出境安全评估、个人信息保护认证或签订个人信息出境标准合同。而国家互联网信息办公室 2024 年 3 月 22 日出台的《促进和规范数据跨境流动规定》（下称《数据跨境规定》）则豁免了跨国企业在跨境人力资源管理下遵循该三条路径的要求，这一转变无疑减轻了跨国企业管理的负担。但是，《数据跨境规定》并非一概豁免跨国企业所有员工信息出境，企业仍需满足一定的前提条件。本文将分为上下两篇，上篇着重梳理现行法律下员工信息出境的监管要求，下篇则结合团队参与的多家大型跨国企业数据合规项目经验，分析《数据跨境规定》下跨境人力资源管理豁免的适用条件，并为企业开展合规工作提供建议。

# ABSTRACT

## 摘要

### 7. 国际货物买卖合同成立法律要点和风险防范建议

杨蕊、何东闽

在不同的法律体系、文化背景和商业习惯下，交易双方可能对合同成立的解释有不同理解，从而导致买卖合同成立与否的争议。国际货物买卖合同的成立，遵循民商事合同的一般成立条件，即买卖双方意思表示一致。由于国际贸易的特殊性，买卖合同的成立会涉及复杂的因素，造成贸易双方的风险。

## 美国大选落地后，中国企业出海怎么办？

杨晨

对于特朗普复辟成功早有心理预期，但没想到这么干脆利落。2018 年特朗普开始对中国进行 301 调查并征收高额关税的时候，我写过一篇文章，题目是《解读中美经贸摩擦的正确姿势》。现在看来，只有一个观点错误了——我原以为美国最高法院不会沦落为特朗普的“马仔”，但现在看来，我比美国最高法院保守派大法官更加保守。

在特朗普领导下的美国，没有不能交换的利益。特朗普在第一任期内提名的三名最高法院保守派大法官，在特朗普竞选总统时为其保驾护航。2023 年 7 月，美国最高法院以 6:3（保守派 pk. 自由派）给了特朗普刑事豁免权，一个年近 80 的老人为了余生不在监狱里度过，上演了逆风翻盘的大戏。假设特朗普不成为俄罗斯联邦安全会议副主席梅德韦杰夫口中的“第二个肯尼迪”，大概率可以在白宫安度晚年了——美国司法再独立，也不至于要特朗普在监狱里行使总统权力吧。更何况自 2025 年后，美国三权将不再分立，被特朗普改造成功的非建制派共和党一统江湖。

特朗普当选后没多久，我就陆续接到了好几个企业的电话，探讨中美经贸关系走向，尤其是未来中国企业出海的相关问题。

特朗普可能对中国采取哪些措施？这方面的文章已经很多了，不再赘述。我结合自身多年协助中国企业出海的经验，简单谈谈特朗普二次入主白宫后，企业出海在贸易、投资、合规及争议解决环节，需要进一步关注的相关法律问题。

### 第一，跨境电商。


自疫情以来，跨境电商业务增速非常强劲，尤其是对美国的出口，几乎占到中国对美出口的 10%。美国海关数据显示，2023 年有 10 亿个包裹通过“小额免税进口豁免”原则进入美国，是 2019 年的 2 倍。

2016 年，美国国会对《1930 年关税法》第 321 条进行了修订，将小额免税的最低额度从 200 美元提高到了 800 美元，即 800 美元及以下的商品无须缴纳关税和税赋。

美国的免税额度远远高于日本的 1 万日元（约 66 美元）和欧盟的 150 欧元（约 160 美元）。根据“小额免税进口豁免”原则进入美国的货物，中国是最大来源国，相当一部分企业采取化整为零的方式，充分利用了这个优惠措施。这一化整为零的出口模式，已经引起了美国海关的重视，美国议员也多次呼吁修改相关法律。

相信在特朗普上台后，将联合国会修改相关立法。依赖这种模式对美国出口的企业，需要尽快评估或调整其商业模式，否则其对美出口将受到较大冲击甚至可能被以逃避关税给予处罚。

### 第二，低价清关。



为提高配送效率，出口商往往与第三方物流公司合作，由物流公司负责从中国到美国的仓储、清关和配送等环节，或者是将商品提前运至美国境内的海外仓，然后从海外仓配送给消费者。

为减少美国 301 关税或其他税收造成的冲击，有些中国出口商往往会开出两张发票，一张发票用于向客户收款，而另一张发票用于物流公司或者空壳进口商进行清关。第二张发票金额是第一张发票金额的 10%~50%，从而达到减税的目的。

低开发票逃避关税，不仅可能会被要求补税并产生数倍的罚款，甚至会导致刑事责任。中国企业，尤其是经常出国的中国企业家或者是在美国有实体/资产的企业家，需要对这种低开发票的行为给予高度重视，尽快改变这种不合规的操作。

特朗普政府为了巩固其提高关税的“胜利果实”，必将增加打击力度。其逐步完善及加强的奖励“举报人”制度，也会帮助美国海关发现更多的低价清关行为并给予打击。

### **第三，转口贸易。**

在中国加入世贸组织后的 20 年，美国对中国发起了数百起反倾销和/或反补贴调查，导致很多从中国出口到美国的产品，被征收了高额的反倾销和/或反补贴税。

自特朗普第一任期开始依据 301 条款对中国产品征收高额关税后，叠加反倾销和/或反补贴税的产品，再出口到美国几乎已经无利可图，除非是美国产业存在空白或者是对中国产品依赖性很强或者是利润空间很高的产品。

在此期间，尤其是疫情期间，非常规的“转口贸易”大幅增加。这种非常规的“转口贸易”，实质是给产品换了个“假护照”（原产地证）。近几年来，美国海关加大了原产地调查的力度，并和美国商务部加强了联合执法。同样，这种类型的“转口贸易”会被要求补税并产生数倍的罚款，甚至会导致刑事责任。

对于上述情况，拜登政府关注到但受限于行政资源，没有进行大规模调查，相信特朗普上台后也会加大执法力度。


### **第四，海外工厂。**

中国企业出海设厂，最初是基于“鸡蛋不要放在一个篮子里”的考量，很早就关注到中美经贸摩擦可能带来的影响，开始积极拓展海外市场，比如福耀玻璃等企业，但更多的中国企业是因为双反税或 301 关税的影响，被迫在海外建厂，以寻求从海外继续向美国出口。

随着内卷加剧，中国企业甚至喊出了“不出海，就出局”的口号。从过去几年来看，企业在海外建厂存在的隐患主要有以下几方面。

1、海外工厂实际上是加工厂或者组装厂，这些工厂生产的产品，虽然依据当地法律或者通过其他方式获得了原产地证，但这些原产地证根据美国商务部或海关的相关规定，是不被认可的，近些年也促发了大量的美国海关原产地调查或者商务部的反规避调查。





即便是进行了深层次加工，也未必能满足美国原产地要求。比如，中国的光伏产业就是重灾区，有些海外工厂由于使用了中国硅片生产成电池和组件再销售到美国，这些产品最终还是被认定为“原产于中国”的产品。

美国的反规避调查一度导致有些企业关闭了海外工厂，大量的投资打了水漂。

2、投资目的国的选择。越南因为其与中国一衣带水的历史原因，包括其相对成熟的产业园、廉价劳动力以及地理位置优势，吸引了大量的中资企业扎堆，尤其是纺织业和服装业。但越南和中国一样，在美国的反倾销调查中并不被承认为“市场经济国家”，其生产成本不被认可，导致在美国对越南进行反倾销调查时，中国在越南的工厂依然被适用“替代国成本”，在某些案件中计算出了高额的反倾销税，出口美国再次受阻。

同样，很多中资企业也因为墨西哥和美国之间的自贸协定以及地理优势，扎堆到墨西哥建厂，尤其是汽车产业及其上游配套产业。可以合理预期特朗普再次入主白宫后，会加大对墨西哥产品的本地采购要求，阻止中国企业在墨西哥的产品进入美国市场。

3、在欧盟投资。欧洲一直被认为是美国的盟友，中国企业为了进入欧盟市场或者是以欧盟市场为跳板进入美国市场，加快了在欧盟建厂或者收购的步伐。

2023 年 1 月 12 日，欧盟《外国补贴条例》（Foreign Subsidies Regulation）（“FSR”）生效，对获得外国补贴的企业在欧并购、竞标及其他经济活动设置了新的监管机制。FSR 预计将对中国企业特别是国有企业在欧盟的并购投资产生直接的全面冲击，对已经在欧盟投资的企业，可能也会面临调查并被采取相关限制性甚至惩罚性措施。

2024 年以来，已经有多家中国企业因为欧委会启动 FSR 调查，放弃了在欧盟的投标或投资活动。此外，特朗普一直宣称会对其欧洲盟友的产品征收额外关税，使得中国企业在欧洲投资并以此为跳板出口美国，也蒙上了阴影。

## 第五，出口管制与制裁。

根据 Rhodium Group 的最新数据，截至 2024 年 7 月，已经有 1412 家中国企业被美国制裁，其中上了美国 SDN 清单的企业超过了 800 家。企业一旦被列入 SDN 清单，将面临资产被冻结和交易被禁止的严重后果，意味着他们与美国的商业和金融往来将被完全切断。

更严重的是，由于美国的长臂管辖，其利用美元结算也受到直接影响，导致被制裁企业及其关联企业的履约不能或者是合作伙伴以此为由拒绝支付价款，引发一系列的纠纷。

除了在美国通过提出申请、游说或者是诉讼获得从名单上移除之外，大量的被制裁企业往往束手无策。这也引发了一系列的法律问题，比如，被制裁是否构成不可抗力，是否可以据此拒绝履行相关义务？这些可能都需要结合个案情况以及企业签署的相关合同条款具体问题具体分析。

此外，在不能用美元进行结算的情况下，是否可以采取变通方式支付或者收取价款，不同的仲裁机构或者法院也作出了不同的裁定或判决。对于恶意利用美国制裁拒绝履行合同义务的合作伙





能想当然地放弃权利。

特朗普早在 2017 年，就在相关国家安全报告中将中国列为战略性竞争对手，预期在其重新入主白宫后，将会以国家安全的名义或者合规名义，对中国企业采取更加强硬的措施。

## 第六，供应链合规。

无论是美国还是欧盟，无论是以国家安全的名义还是以 ESG 或保护人权的名义，近几年都对中国产品加强了供应链管理。比如，美国海关多次对中国产品进口扣货，要求中国生产企业提供完整的供应链文件，证明其出口产品没有“涉疆”或者“涉俄”原材料。只有提供了完整供应链证明的企业，产品才得以放行，大量的钢铁、纺织、光伏产品都遇到了类似的问题。

EUDR（欧盟零毁林法案）于 2023 年 6 月 29 日生效（尚未开始执行），要求全球范围内的公司提升供应链透明度并实施大规模尽职调查，确保其符合有关土地使用、环境保护、人权和原住民权利的本地和国际法律，不遵守 EUDR 的处罚包括最高金额至少为运营商或贸易商在欧盟范围内上一个财年营业额 4% 的罚款，没收相关产品，没收所得收入等。

美国也在酝酿相关法律的出台，要求确保商品来源和地理位置数据的准确性和可靠性。由于全球供应链的多层次性质，涉及众多中间商、生产商和加工商，追踪和验证产品来源可能复杂，企业合规成本也大幅度增加。更重要的是，考虑到美国对中国产品，尤其是高科技产品的打压目的，类似的合规法规可能会被作为遏制中国企业出口的政治工具。

当然，特朗普重新入主白宫，对于中国企业出海而言也不是完全没有利好消息。

其一，特朗普是二战后唯一在任期间没有发动大规模战争的总统，而且共和党相比较民主党，对于发动战争往往持相对保守的态度。特朗普商人本性，加上马斯克的加持，可能未来更加侧重于在经济上遏制中国发展。对于能用钱解决的问题，都不是大问题，如果能维持相对和平的国际环境，对于已经出海或将要出海的中国企业，也算是重大利好消息。

其二，特朗普除了利益，并不看重盟友的“友谊”，也多次宣称其盟友占了美国便宜，要对盟友征收“保护费”或者是要盟友服从其“美国至上”的诉求。随着特朗普政府对多边体系乃至其盟友的打压，这也给中国创造了更多在国际社会交朋友的机会，也为中国企业出海提供了更多选择。

1996 年，在苏联解体后不久，亨廷顿在《文明的冲突与世界秩序的重建》一书中，对中华文明、西方文明、东正教文明等七大文明进行了分析，预见了过去近 40 年里国际政治和经济格局的诸多变化。他认为中华文明往往会在关键时刻产生强大的韧性，这种韧性令它在人类历史的大部分时间内处于世界的核心位置，按照以往的经验来看，中华文明显然会在与西方文明的冲突中获得最终的成功。

特朗普二次入主白宫，或许就是这个预言应验的开端，让我们拭目以待。

# 美国法院对外国判决的承认

林慕娟、程菲悦

## 一、美国法院承认外国判决的法律架构

美国并未参与任何有关承认与执行外国法院判决的多边或双边条约。作为联邦制国家，美国各州法院在其本州范围内拥有广泛的立法权，故而在判定是否承认与执行外国判决时，通常依据本州法律来决策。据统一委员会官方网站信息<sup>1</sup>，美国少数州（包括纽约州、佛罗里达州、得克萨斯州）决定采纳并适用美国统一州法委员会于 1962 年制订的《承认外国金钱判决统一法》（以下简称“《1962 年统一法》”）<sup>2</sup>，多数州（包括加利福尼亚州、哥伦比亚特区）则决定采纳《1962 年统一法》的更新版本，即 2005 年《承认外国金钱判决统一法》（以下简称“《2005 年统一法》”）<sup>3</sup>，其余少数州依据本州普通法规定行事。

## 二、美国法院承认外国判决的实践因素分析


就美国法院承认外国判决的司法实践而言，如前文所述，美国各州在判定是否承认外国判决时所考量的标准并非一致，即便在适用相同标准的州之间，对于具体法律要件的解读也可能存在差异。以下从美国各州的司法裁判视角出发，探讨美国部分州法院在承认外国法院判决案件中，适用《统一法》时的具体考量因素，以及在两版《统一法》规定之外，互惠关系的适用情形。

### （一）《统一法》的适用

《2005 年统一法》第 3 条 (a) 款规定，该法所适用的外国判决应当是准予或驳回金钱判决的，且依据判决作出国的法律，此判决须是终局性、确定性（结论性）和具有可执行性的<sup>4</sup>，《1962 年统一法》亦有相同规定。第 4 条 (b) 款和 (c) 款分别规定了州法院拒绝承认外国判决的三项强制性理由和八项任意性理由，申请不承认该外国判决一方当事人负有证明责任<sup>5</sup>。除“外国法院对案件无管辖权”“判决作出的情形可能引发对判决公正性的质疑”以及“外国法院作出判决的具体程序不符合正当程序要求”这三个理由外，《1962 年统一法》与《2005 年统一法》的规定相同。下文将针对外国判决在其作出国是否具备终局性、确定性和可执行性，以及判决作出国的司法体系能否保障正当法律程序与公正审判这两个常见理由展开剖析。

#### 1. 外国判决的终局性、确定性与可执行性之剖析

《2005 年统一法》第 3 条规定，被承认的外国判决应具备终局性、确定性和可执行性（final, conclusive and enforceable）。首先，终局性意味着被州法院承认的判决在判决作出地不得被推翻。多数州法院通常聚焦于判决作出国相关法律所规定的审级制度，以此判断涉案外国判决是否为终审判决以及有无上诉可能性，不过各州法院的具体标准存在差异。例如，加利福尼亚州法院在相关判决中指出，若判决作出国法律明确规定了上诉期限，当事人在上诉期内未提起上诉且未申请延长上诉时间，则该判决应被视为终审判决<sup>6</sup>。爱达荷州法院在其判决中认为，只要判决内容是明确的金钱给付数额，即便存在上诉可能性或未决上诉情况，仍满足《2005



年统一法》的要求<sup>7</sup>。值得注意的是，对于存在再审制度的国家，若当事人以外国判决存在通过再审被推翻的可能性为由，抗辩该判决不具终局性，佛罗里达州法院在相关判决中认为，依据此信息不足以判定再审是否会对该外国判决在本州的执行产生影响，因而驳回当事人不予承认的主张<sup>8</sup>。其次，确定性往往与第 4 条规定的拒绝承认事由相关联，例如，加利福尼亚州法院在某些判决中认为，若判决作出国的司法体系缺乏正当程序和公正审判，或者作出判决的法院对被告缺乏属人管辖权，则该外国判决不能被视为“确定性的”<sup>9</sup>。最后，加利福尼亚州法院在相关判决中指出，可执行性是指该外国判决依据其自身性质能够在判决作出国被强制执行<sup>10</sup>。

## 2. 判决作出国司法体系公正性之考量

《2005 年统一法》第 4 条规定，若判决作出国的司法体系无法保障正当法律程序与公正审判，则该外国判决可被拒绝承认<sup>11</sup>。美国上诉法院的案例表明，在判断外国判决作出国司法体系的正当性与公正性时，审查重点在于其整体司法体系与制度。在判断公正性时，无需以美国法律对司法公正的要求为标准，仅需达到“实质公正”（fundamentally fair）或“不违反基本公正”（do not offend against basic fairness）的程度，即足以符合描述一个文明国家正当法律程序的要求<sup>12</sup>。具体而言，通常考量的因素包括：判决作出国的司法制度健全程度（例如是否具备完善的法院层级结构、完备的审理制度，这些往往在国内诉讼法律中有相应体现）<sup>13</sup>；判决作出国司法体系是否具有独立性（例如是否受到政治力量干预、是否受君主独裁影响）<sup>14</sup>；判决作出国的司法秩序与环境状况（例如是否存在司法腐败、司法体系崩溃、战乱等问题）<sup>15</sup>；以及判决作出国对待外国当事人的态度（例如国内是否对涉诉美国人存在敌对情绪等）。在证据方面，任何能够反映判决作出国整体司法情况的材料（包括国家机关报告、新闻报道等）均可作为法院自由裁量的参考依据<sup>16</sup>。

## （二）互惠关系

尽管《1962 年统一法》和《2005 年统一法》并未将互惠关系列为拒绝承认外国判决的理由，但对于未纳入统一法适用范围的州而言，这一因素却是重要的考量内容。此外，即便对于部分适用统一法的州，其本州立法中也明确规定了互惠关系这一考量因素，例如得克萨斯州。得克萨斯州法院在相关判决中认为，互惠并非强制性要求，而是具有自由裁量性质，即便外国法院不承认本州判决，本州法院仍有可能选择承认外国判决。认定互惠关系的核心要点并非在于判断个案中是否存在互惠情况，而在于判断外国法院是否会在“同等程度上”承认在其管辖范围内本州法院作出的判决<sup>17</sup>。例如，在 *DeJoria v. Maghreb Petroleum Exploration* 一案中，申请人以摩洛哥法院从未执行过得克萨斯州判决为由，主张不存在互惠关系。然而，该案上诉法院认为，仅仅证明外国法院此前未曾承认过本州判决这一事实，并不足以证实不存在互惠关系，申请不承认的当事人还需证明，对于一个原本可以执行的本州判决，外国法院不予承认仅仅是因为该判决是由本州作出的<sup>18</sup>。在判断其他外国法院是否在“同等程度上”承认得克萨斯州法院作出的判决时，主要体现在以下两个方面：其一，外国法院是否会承认与本国承认外国判决类型相似的判决；其二，该外国法律所规定的承认外国判决的法定标准是否与本国相似，是否规定了更严格的适用门槛或更多的拒绝事由等。

## 三、结语

美国法院对外国判决的承认在法律框架层面呈现各州自主的特点，多数州遵循《1962 年统一法》或《2005 年统一法》，少数州依据本州普通法。在实践中，各州的考量标准和解读存在差异。互惠关系虽未在统一法中列为拒绝承认的理由，但在部分州是重要的考量因素。在认



定是否存在互惠关系时，如得克萨斯州法院所认为的，个案中判决未得到外国法院承认并不必然证明不存在互惠，关键在于判断外国法院是否会在“同等程度上”承认在其管辖范围内本州法院作出的判决。

---

1 <https://www.uniformlaws.org/committees/community-home?CommunityKey=ae280c30-094a-4d8f-b722-8dcd614a8f3e>

2 Uniform Foreign Money - Judgement Recognition Act (1962)

3 Uniform Foreign Money-Judgement Recognition Act (2005)

4 Uniform Foreign-Country Money Judgments Recognition Act (2015) Section 3. Applicability

(a) Except as otherwise provided in subsection (b), this [act] applies to a foreign-country judgment to the extent that the judgment:

(1) grants or denies recovery of a sum of money; and

(2) under the law of the foreign country where rendered, is final, conclusive, and enforceable.

5 Uniform Foreign-Country Money Judgments Recognition Act (2015) Section 4. Standards For Recognition Of Foreign-Country Judgment

(b) A court of this state may not recognize a foreign-country judgment if:

(1) the judgment was rendered under a judicial system that does not provide impartial tribunals or procedures compatible with the requirements of due process of law;

(2) the foreign court did not have personal jurisdiction over the defendant; or

(3) the foreign court did not have jurisdiction over the subject matter.

(c) A court of this state need not recognize a foreign-country judgment if:

(1) the defendant in the proceeding in the foreign court did not receive notice of the proceeding in sufficient time to enable the defendant to defend;

(2) the judgment was obtained by fraud that deprived the losing party of an adequate opportunity to present its case;

(3) the judgment or the [cause of action] [claim for relief] on which the judgment is based is repugnant to the public policy of this state or of the United States;

(4) the judgment conflicts with another final and conclusive judgment;

(5) the proceeding in the foreign court was contrary to an agreement between the parties under which the dispute in question was to be determined otherwise than by proceedings in that foreign court;

(6) in the case of jurisdiction based only on personal service, the foreign court was a seriously inconvenient forum for the trial of the action;

(7) the judgment was rendered in circumstances that raise substantial doubt about the integrity of the rendering court with respect to the judgment; or

(8) the specific proceeding in the foreign court leading to the judgment was not compatible with the requirements of due process of law.

(d) A party seeking recognition of a foreign-country judgment has the burden of establishing that this [act] applies to the foreign-country judgment.

6 Hubei Gezhouba Sanlian Industrial Co Ltd v Robinson Helicopter Co Inc., No. 2:06-cv-01798-FMC-SSx.

7 Pure Fishing, Inc. v. Silver Star Co., Ltd., 202\_F.Supp.2d\_905.

8 Armadillo Distribution Enterprises Inc v. Hai Yun Musical Instruments Manufacture Co Ltd., No. 8:12-cv-1839-T-33EAJ.

9 Shell Oil Co v. Franco, No. CV 03-8846 NM (PJWx).; Hubei Gezhouba Sanlian Industrial Co Ltd v. Robinson



- 
- Helicopter Co Inc., No. 2:06-cv-01798-FMC-SSx.
- 10 Hubei Gezhouba Sanlian Industrial Co Ltd v. Robinson Helicopter Co Inc., No. 2:06-cv-01798-FMC-SSx.
- 11 Uniform Foreign-Country Money Judgments Recognition Act (2015) Section 4. Standards For Recognition Of Foreign-Country Judgment
- (b) A court of this state may not recognize a foreign-country judgment if:
- (1) the judgment was rendered under a judicial system that does not provide impartial tribunals or procedures compatible with the requirements of due process of law; ...
- 12 Society Of Lloyd's v. Ashenden, 233\_F.3d\_473; John Paul Dejoria v. Maghreb Petroleum Exploration, S.A., 804 F.3d 373.
- 13 Society Of Lloyd's v. Ashenden, 233\_F.3d\_473.
- 14 John Paul Dejoria v. Maghreb Petroleum Exploration, S.A., 804 F.3d 373.
- 15 Bridgeway Corporation v. Citibank, 201 F.3d 134.
- 16 Society Of Lloyd's v. Ashenden, 233\_F.3d\_473.
- 17 Reading & Bates Construction Co. v. Baker Energy Resources Corp., 976 S.W.2d at 710
- 18 John Paul Dejoria v. Maghreb Petroleum Exploration, S.A., 804 F.3d 373.

## 香港法院在禁诉令审查中对外国制裁措施性质的认定

史强

在 2024 年 9 月 24 日，香港高等法院再次支持了涉及欧盟对俄罗斯制裁的仲裁禁诉令申请<sup>1</sup>（下称“*Bank A v Bank B* 案”）。这是在 2023 年 *LINDE GMBH AND ANOTHER V. RUSCHEMALLIANCE LLC* 一案<sup>2</sup>（下称“*Linde* 案”）后，香港高等法院在涉及欧盟对俄罗斯制裁问题的案件中再次做出了维持禁诉令效力的结论。两案中法官均认为涉案制裁措施不影响仲裁协议的效力 and 禁诉令的做出。但与 *Linde* 案不同，法官在 *Bank A v Bank B* 案中还讨论了《香港特别行政区基本法》（下称“《基本法》”）第 19 条适用的问题并涉及到内地反制裁立法的解读问题。本文将着重基于法院对《基本法》第 19 条的适用、国家行为的审理原则及我国反外国制裁立法可能会产生的影响对该案判决加以分析。

### 1. 外国制裁行为并不必然成为适用《基本法》第 19 条第 3 款的理由

不同于 2023 年 *Linde* 案，在 *Bank A v Bank B* 案中，被告方提出本案争议涉及“国家行为（act of state）”，并据此对香港高等法院的司法管辖权提出了异议，主张法院对此问题的认定应适用《基本法》第 19 条第 3 款规定证明书程序。但法院没有支持被告的观点，认为本案不符合证明书程序的适用条件。

首先，证明书程序适用前提是案件涉及“国家行为”，而国家所有企业的行为并不等于“国家行为”。

在 *Bank A v Bank B* 案中，被告主张其“正在针对包括欧盟制裁在内的国际制裁的影响寻求救济<sup>3</sup>”“针对德国政府（通过原告指定的清算人）对被告实施和执行欧盟制裁的行为寻求救济<sup>4</sup>”“俄罗斯法院面临的问题是针对欧盟制裁影响的救济，而不是执行《协议》下的合同条款<sup>5</sup>”“发出的原诉传票所寻求的救济构成对中华人民共和国外交政策的直接干涉，且不符合中华人民共和国的外交政策<sup>6</sup>”由此，被告认为本案属于《基本法》第 19 条所规定的证明书程序适用的情况，所以，在法院未获得证明书前，无权审理本案。

香港司法机构对有关“国家行为”的司法审判权的重要案例是“刚果案”<sup>7</sup>。在该案中，刚果（金）国家是案件当事方，且该案审理内容直接包含刚果（金）政府的行为，香港特别行政区终审法院根据《基本法》第 158 条第 3 款请求全国人大常委会对香港特别行政区应遵循的国家豁免原则以及《基本法》第 13 条和第 19 条有关内容做出相应解释<sup>8</sup>。在 *Bank A v Bank B* 案，香港高等法院法官认为，本案并不存在国家行为。虽本案被告之一是俄罗斯联邦政府 100% 控股的实体，但并不等于其行为是“国家行为”。案涉争议的性质也是私主体间的合同争议，不涉及国家行为或国家主体<sup>9</sup>。

其次，“刚果案”判例指出《基本法》第 19 条证书程序的适用还要求“对有关国家行为的事实问题存在争议或疑问”<sup>10</sup>。但本案中，“欧盟制裁的问题以及将被告列入受制裁实体的问题是明确确定的，从未引起争议。欧盟制裁的效力，至少对欧盟境内的资产和实体的效力，在双方之间也没有争议… 在没有争议或疑问的情况下，不需要第 19 条的证书”<sup>11</sup>

## 2. 香港法院对外国国家实施制裁行为的审判原则

香港法院基于普通法原则，将外国国家行为作为事实问题处理，一般会认可且不会质疑相关国家行为的事实<sup>12</sup>。法院不会对案涉制裁措施的“有效性、合法性或公平性”（validity, lawfulness or fairness），或其在该国领土内的运作作出裁定<sup>13</sup>。在上述观点基础上，法官在 *Bank A v Bank B* 案中也强调香港没有承认欧盟对俄罗斯的制裁，后者在香港并没有效力<sup>14</sup>。

但是，值得注意的是，法官指出英国法作为合同准据法是双方自由选择的结果，双方应对后果有预见：“如果根据英国法律，欧盟制裁在任何方面对《协议》或香港仲裁具有效力，那也是双方选择的结果。……《协议》的当事人肯定已经预见到制裁的风险及其对《协议》项下交易的影响。”<sup>15</sup>法官进一步认为“仲裁庭适用英国法律来解决香港仲裁案中与《协议》有关的争议，包括英国法律可能对双方在《协议》下的义务和权利产生的任何影响，并无不公之处”<sup>16</sup>。

笔者认为，合同缔约方应关注合同准据法的选择，尤其是准据法中可能存在的制裁规定。如双方主动选择的国家或地区存在影响交易合法性、交易履行等事宜的制裁措施，该准据法选择并不会因制裁措施的存在而失效，反而仲裁庭或法院仍可能依据准据法（包括有关制裁措施的法律规定）处理合同争议。所以，外国单边制裁虽然在仲裁地法律下未必存在效力，但仍可能作为合同准据法内容的一部分而对合同当事人的权利义务实现带来消极影响。

## 3. 我国反制外国单边制裁的问题

在 *Bank A v Bank B* 案中，被告曾基于《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》（下称“《阻断办法》”）的内容主张香港法院在外国制裁问题上应与政府保持一致态度“用一个声音说话”“和谐合作”。法官在判决中指出：“二者均不是中国的组织或法人。我不明白法院……的裁定如何会受到《商务部令》所反映的中国外交事务或政策的影响或与之相关。”<sup>17</sup>“……由于欧盟的制裁并不影响任何中国实体或香港实体的权利或财产，法院根本没有依据得出结论，认为给予原告所寻求的救济和维持《协议》中所载的仲裁协议将违背香港的公共政策。……”<sup>18</sup>

针对外国单边制裁，我国陆续颁布了《阻断办法》《反外国制裁法》等法律法规。如法官所指出，《阻断办法》的适用范围限于外国国家行为对我国公民、法人或其他组织活动实施限制的情形，而并未将上述情形扩大至针对他国公民、法人或其他组织的外国国家行为。因此，法官认为，尽管欧盟制裁在香港并无执行效力，本案中原被告所涉的欧盟制裁的相关问题并不涉及中国或香港当地的公共政策<sup>19</sup>。

笔者认为，假设仲裁案件当事方或禁诉令的申请方涉及到中国公民或组织，则不能排除香港法院可能做出不同解读。因《反外国制裁法》第3条第2款和第12条均在“歧视性限制措施”的表述中含有“对我国公民、组织”的措辞，若未来该法被纳入《基本法》附件三而成为适用于香港特别行政区的内地法律，则该法内容很可能构成香港特别行政区的公共政策。同时，即使目前该法尚未被列入附件三，但由于《反外国制裁法》相关规定适用于影响中国公民或组织的外国制裁措施，因此，不能排除当香港法院审理的案件涉及到针对中国公民或组织的外国制裁措施时，这类案件可能会被认为属于涉及中央政府的外交行为或存在需对《基本法》第19条解释的情形，从而符合类似“刚果案”中香港终审法院根据《基本法》第158条第3款请求全国人大常委会释法的条件。

## 建议：

企业在签订涉及多法域的跨境合同时，应审慎选择合同准据法和仲裁地，充分评估不同法律背景下的制裁风险及其对合同履行的潜在影响。在当前国际政治经济形势下，建议尤其注意美国、欧盟等地区对中国或第三国实施的单边制裁措施。如外国国家制裁措施影响到中国实体，则建议关注我国《反外国制裁法》等法律、公共政策对仲裁地（如我国内地、香港特别行政区、澳门特别行政区等不同法域）司法审查相关程序和实体争议可能带来的影响。

---

1 Bank A v Bank B [2024] HKCFI 2529.

2 *Linde GMBH and Another v. Ruschemalliance LLC* [2023] HKCFI 2409.

3 “... is seeking relief against the effects of international sanctions including the EU Sanction, ...” 第 40 段, *Bank A v Bank B*.

4 “... is seeking relief against the acts of the German state (acting through the liquidators appointed to the Plaintiff) of implementing and enforcing the EU Sanction against the Defendant, ...”, 同上。

5 “...the issue before the Russian Court is for relief against the effects of the EU sanction, rather than the enforcement of contractual terms under the TSA.” 同上。

6 “...the relief sought in the Originating Summonses before this Court constitute a direct interference in, and is inconsistent with the foreign affairs policies of the PRC.” 第 41 段, *Bank A v Bank B*.

7 *Democratic Republic of Congo v FG Hemisphere Associates LLC* (No 1) (2011) 14 HKCFAR 95.

8 基本法案例摘要. 香港律政司. 基本法简讯第十四期 (2012-12).

[https://www.doj.gov.hk/en/publications/pdf/basiclaw/cbasic14\\_3.pdf](https://www.doj.gov.hk/en/publications/pdf/basiclaw/cbasic14_3.pdf).

9 见第 45-49 段, *Bank A v Bank B*.

10 “... an Art 19 Certificate is required only when there is controversy or doubt about questions of fact concerning acts of state, and not when “the relevant facts have been authoritatively established and are not in dispute”. 第 55 段, *Bank A v Bank B*.

11 “...the issue of the EU and the inclusion of the Defendant as a sanctioned entity are clearly established and have never been in dispute. Nor is the effect of the EU Sanction, at least with regard to assets and entities within the EU, in dispute between the parties. ... , the Art 19 Certificate is not called for in such circumstances when there is no controversy or doubt.” 第 61 段, *Bank A v Bank B*.

12 第 57 段, *Bank A v Bank B*.

13 第 60 段, *Bank A v Bank B*.


14 第 60 段, 第 80 段, *Bank A v Bank B*.

15 “...If, under English law, the EU Sanction has effect on the TSA, or on the HK Arbitration in any way, that is a consequence of the parties’ choice. ... it is inconceivable that this could not have been envisaged as a risk at the time when the TSA was negotiated and concluded.” 第 78 段, *Bank A v Bank B*.

16 “There is nothing unjust for the tribunal to apply English law to the resolution of the disputes in the HK Arbitration in relation to the TSA, including any effect which English law may have on the parties’ obligations and rights under the TSA.” 第 79 段, *Bank A v Bank B*.

17 “... Neither is an organization or legal person of China. I fail to see how the Court’s determination of the rights and liabilities of the Plaintiff and the Defendant under the TSA and the arbitration agreement made between them can be affected by or be concerned with the foreign affairs or policy of PRC as reflected in the MOFCOM Order. ...” 第 63 段, *Bank A v Bank B*.





---

18 “...As the EU Sanction does not affect the rights or property of any Chinese entity or entity in Hong Kong, there is no basis at all for the Court to conclude that it would be contrary to the public policy of Hong Kong to grant the relief sought by the Plaintiff and to uphold the arbitration agreement contained in the TSA. ....” 第 103 段, *Bank A v Bank B*.

19 第 97 段,第 103 段, *Bank A v Bank B*.

## 《仲裁法》历次修订中仲裁范围的变化

李露、崔琪

2024年11月4日,《中华人民共和国仲裁法(修订草案)》<sup>1</sup>(下称“《修订草案》”)提请十四届全国人大常委会第十二次会议首次审议。这是《中华人民共和国仲裁法》<sup>2</sup>(下称“现行《仲裁法》”)自1995年施行以来的一次重要修订审议。本文将结合本次修订内容与现行《仲裁法》、2021年7月司法部发布的《中华人民共和国仲裁法(征求意见稿)》<sup>3</sup>(下称“《征求意见稿》”)中的相关内容进行对比。

### 1. 仲裁管辖范围仍限制在“平等主体”内

《仲裁法》(2017修正)	《征求意见稿》(2021年)	《修订草案》(2024年)
<p><b>第二条 平等主体</b>的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷,可以仲裁。</p> <p><b>第三条</b> 下列纠纷不能仲裁:</p> <p>(一)婚姻、收养、监护、扶养、继承纠纷;</p> <p>(二)依法应当由行政机关处理的行政争议。</p>	<p><b>第二条</b> 自然人、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷,可以仲裁。</p> <p>下列纠纷不能仲裁:</p> <p>(一)婚姻、收养、监护、扶养、继承纠纷;</p> <p>(二)法律规定应当由行政机关处理的行政争议。</p> <p>其他法律有特别规定的,从其规定。</p>	<p><b>第三条 平等主体的自然人、法人、非法人组织</b>之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷,可以仲裁,</p> <p>下列纠纷不能仲裁</p> <p>(一)婚姻、收养、监护、扶养、继承纠纷;</p> <p>(二)依法应当由行政机关处理的行政争议。</p>
<p><b>第六十五条 涉外经济贸易、运输和海事</b>中发生的纠纷的仲裁,适用本章规定。本章没有规定的,适用本法其他有关规定。</p>	<p><b>第八十八条</b>具有涉外因素的纠纷的仲裁,适用本章规定。本章没有规定的,适用本法其他有关规定。</p>	<p><b>第七十五条 具有涉外因素的纠纷</b>的仲裁,适用本章规定。本章没有规定的,适用本法其他有关规定。</p>
		<p><b>第八十九条</b> 仲裁委员会、仲裁庭可以依照有关国际投资条约、协定关于将投资争端提交仲裁的规定,按照争议双方约定的仲裁规则办理国际投资仲裁案件。</p>

《征求意见稿》删去了“平等主体”这一修饰词。普遍观点认为,该修改为我国仲裁机构受理我国政府机构作为当事人的投资仲裁案提供了明确的法律依据,避免了实践中直接以当事人主体性质作为是否可以仲裁的首要标准这一简单操作。

本次发布的《修订草案》中虽并未延续该修订内容,但特别增加了涉外仲裁案件的管辖(《修订草案》第七十五条、第八十九条),一定程度上明确了对涉外及国际投资仲裁案的管辖,拓

宽了我国仲裁案件的范围。

2. 仲裁协议对于“选定的仲裁委员会”的保留

《仲裁法》（2017 修正）	《征求意见稿》（2021 年）	《修订草案》（2024 年）
第十八条 仲裁协议对仲裁事项或者仲裁委员会没有约定或者约定不明确的，当事人可以补充协议；达不成补充协议的，仲裁协议无效。	第三十五条 当事人应当向仲裁协议约定的仲裁机构申请仲裁。 仲裁协议对仲裁机构约定不明确，但约定适用的仲裁规则能够确定仲裁机构的，由该仲裁机构受理；对仲裁规则也没有约定的，当事人可以补充协议；达不成补充协议的，由最先立案的仲裁机构受理。 仲裁协议没有约定仲裁机构，当事人达不成补充协议的，可以向当事人共同住所地的仲裁机构提起仲裁；当事人没有共同住所地的，由当事人住所地以外最先立案的第三地仲裁机构受理。	第三十八条 仲裁协议对仲裁事项或者仲裁委员会没有约定或者约定不明确的，当事人可以补充协议；达不成补充协议的，仲裁协议无效。

可能考虑到“临时仲裁”的适用，2021 年的《征求意见稿》中删去了对仲裁协议内容三要素的限制，同时对仲裁协议中仲裁机构没有约定或约定不明的情况给予了指引性的规定，以保障该情形下仲裁的顺利推进。

但《修订草案》中并未采纳该修订意见，仍然保留了仲裁协议三要素的相关规定（第二十四条 请求仲裁的意思表示、仲裁事项、选定的仲裁委员会）

3. 明确“仲裁协议模式存在”原则

《仲裁法》（2017 修正）	《征求意见稿》（2021 年）	《修订草案》（2024 年）
第十六条 仲裁协议包括合同中订立的仲裁条款和以其他书面方式在纠纷发生前或者纠纷发生后达成的请求仲裁的协议。 仲裁协议应当具有下列内容： （一）请求仲裁的意思表示； （二）仲裁事项；	第二十一条 仲裁协议包括合同中订立的仲裁条款和以其他书面方式在纠纷发生前或者纠纷发生后达成的具有请求仲裁的意思表示的协议。 一方当事人在仲裁中主张有仲裁协议，其他当事人不予否认的，视为当事人之间存在仲裁协议。	第二十四条 仲裁协议包括合同中订立的仲裁条款和以其他书面方式在纠纷发生前或者纠纷发生后达成的请求仲裁的协议。 仲裁协议应当具有下列内容： （一）请求仲裁的意思表示； （二）仲裁事项；

(三)选定的仲裁委员会。		(三)选定的仲裁委员会。  一方当事人在申请仲裁时主张有仲裁协议，另一方当事人在首次开庭前不予否认的，经仲裁庭提示并记录，视为当事人之间存在仲裁协议。
--------------	--	---

（2023）沪 0115 民初 100478 号<sup>4</sup>案件中，基于“仲裁协议默示成立”原则对该案件进行了裁判，该案件中，当事人并未签署含有仲裁条款的合同，但已实际履行了合同义务，法院认为，当事人以实际行动表明其接受了仲裁协议，双方之间存在有效的仲裁协议。

《征求意见稿》与《修订草案》也对“仲裁协议默示成立”这一处理规则进行了明确。不同的是，《修订草案》中还另外增加了“经仲裁庭提示并记录”这一确认程序，提高了该规则的适用条件。

4. 有限范围内的“临时仲裁”

《仲裁法》（2017 修正）	《征求意见稿》（2021 年）	《修订草案》（2024 年）
<p>第十六条 仲裁协议包括合同中订立的仲裁条款和以其他书面方式在纠纷发生前或者纠纷发生后达成的请求仲裁的协议。</p> <p>仲裁协议应当具有下列内容：</p> <p>（一）请求仲裁的意思表示；</p> <p>（二）仲裁事项；</p> <p>（三）选定的仲裁委员会。</p>	<p>第九十一条 具有涉外因素的商事纠纷的当事人可以约定仲裁机构仲裁，也可以直接约定由专设仲裁庭仲裁。</p> <p>专设仲裁庭仲裁的仲裁程序自被申请人收到仲裁申请之日开始。</p> <p>当事人没有约定仲裁地或者约定不明确的，由仲裁庭根据案件情况确定仲裁地。</p> <p>第九十二条 专设仲裁庭仲裁的案件，无法及时组成仲裁庭或者需要决定回避事项的，当事人可以协议委托仲裁机构协助组庭、决定回避事项。当事人达不成委托协议的，由仲裁地、当事人所在地或者与争议有密切联系地的中级人民法院指定仲裁机构协助确定。</p> <p>指定仲裁机构和确定仲裁员人选时，应当考虑当事人约定的仲裁员条件，以及仲裁员国籍、仲裁地等保障仲裁独立、公正、高效进行的因素。</p>	<p>第七十九条 涉外海事中发生的纠纷，或者在经国务院批准设立自由贸易试验区内设立登记的企业之间发生的具有涉外因素的纠纷，当事人书面约定仲裁的，可以选择由仲裁委员会进行；也可以选择在中国人民共和国境内约定的地点，由符合本法第二十条规定条件的人员组成仲裁庭按照约定的仲裁规则进行，该仲裁庭应当在组庭后三个工作日内将当事人名称、约定地点、仲裁庭的组成情况、仲裁规则向仲裁协会备案。</p>



	<p>人民法院作出的指定裁定为终局裁定。</p> <p>第九十三条专设仲裁庭仲裁的案件，裁决书经仲裁员签名生效。</p> <p>对裁决持不同意见的仲裁员，可以不在裁决书上签名；但应当出具本人签名的书面不同意见并送达当事人。不同意见不构成裁决书的一部分。</p> <p>仲裁庭应当将裁决书送达当事人，并将送达记录和裁决书原件在送达之日起三十日内提交仲裁地的中级人民法院备案。</p>	
--	--	--

临时仲裁，又称特设仲裁、特别仲裁，相较于由专业仲裁机构依其自身仲裁规则进行的机构仲裁，临时仲裁是当事人依据自己约定的规则或仲裁庭规定的规则进行的仲裁。一般来说，临时仲裁往往服务于商事纠纷，作出裁决后即告解散，不存在固定“仲裁机构”；选任的仲裁员并不限于仲裁员名册；当事人可以自主选择或指定仲裁程序、仲裁规则。

《仲裁法》中对仲裁协议三要素的规定似乎限制了临时仲裁在我国的发展，但近年来随着自贸区商事仲裁相关规定的制定，以及上海市高级人民法院发布的《关于涉“三特定”临时仲裁及“境外仲裁业务机构”仲裁司法案件集中管辖的规定》，《征求意见稿》及《修订草案》均对“临时仲裁”规则进行了一定的回应。

《征求意见稿》就规定，“具有涉外因素的商事纠纷”中当事人可以约定适用临时仲裁规则，同时也对其中可能存在的程序混乱进行了明确规定，即先由当事人约定，约定不成由人民法院参与，指定仲裁机构。

但本次发布的《修订草案》第七十九条却对临时仲裁制度的适用范围进行了缩小，在“涉外海事中发生的纠纷，或者在经国务院批准设立自由贸易试验区内设立登记的企业之间发生的具有涉外因素的纠纷”中的当事人可以约定使用临时仲裁。但结合上文所述的临时仲裁的特点，本次《修订草案》中的规定未能明确仲裁员选择范围是否受限，如不受限，仲裁委员会能否对临时仲裁裁决进行有效监督；临时仲裁在没有仲裁委员会的参与下，送达、开庭等各个环节的有效性如何保证，而且《修订草案》也未能明确临时仲裁制度下组庭僵局、撤销仲裁裁决等配套机制的使用。

因此，建议当事人在约定临时仲裁条款时，尽可能考虑周全，从适用规则、仲裁庭人数、选定方式及选择时间、仲裁地点、仲裁管理语言、仲裁程序等方面进行约定。同样的，我们也持续期待临时仲裁这一外来制度在我国的安全落地。

---

1 中国人大网法律草案征求意见

<http://www.npc.gov.cn/flcaw/userIndex.html?lid=ff808181927f0931019305ee4e0f7c4b>

2 中国人大网《中华人民共和国仲裁法》

[http://www.npc.gov.cn/npc/c2/c30834/201905/t20190521\\_278151.html](http://www.npc.gov.cn/npc/c2/c30834/201905/t20190521_278151.html)

3 司法部关于《中华人民共和国仲裁法（修订）（征求意见稿）》公开征求意见的通知

[https://www.moj.gov.cn/pub/sfbgw/lfyjzj/lflfyjzj/202107/t20210730\\_432967.html](https://www.moj.gov.cn/pub/sfbgw/lfyjzj/lflfyjzj/202107/t20210730_432967.html)

4 上海浦东法院 包鸿举《合同书因默示履行行为成立，其中的仲裁条款也同步成立？》

5 秦华代 《国际商事仲裁临时仲裁制度浅析》

6 汪丰 汪雪 何隽铭《临时仲裁制度近期在中国大陆的发展及展望》

7 牛磊 陈昊文 《从《上海市涉外商事海事临时仲裁推进办法（试行）》谈临时仲裁之发展路径与实践》

8 马林燕 陈正刚 《回顾与展望：《仲裁法（修订）征求意见稿》中的临时仲裁》

9 李清 周显峰 《《仲裁法（修订草案）》亮点简析》

10 何隽铭 《简评《仲裁法（修订草案）》修改亮点》

11 顾靖 叶晓蒙 《仲裁法（修订草案）全面解读》

## 中国国际商事法庭介绍

李岚、岑琳

在过去的二十年中，国际商事法庭在全球多个管辖区中蓬勃发展，比如，2004 年设立的迪拜国际金融中心法院（DIFC Courts）、2015 年设立的新加坡国际商事法庭（SICC）、2018 年设立的巴黎上诉国际商事法庭（ICCP-CA）以及 2018 年设立的中国国际商事法庭（CICC）。国际商事法庭的兴起反映了商业和贸易日益增长的跨国性质，以及良好的国际争端解决机制对巩固和促进商业发展的重要性。2018 年，最高人民法院（“最高院”）设立国际商事法庭（“CICC”）。CICC 以其独特的优势，为国际商事纠纷提供公平、专业和高效的争议解决服务。

### 一、概述

为保障“一带一路”建设下的国际合作以及确保稳定、公平、透明的法治化营商环境，中共中央办公厅、国务院办公厅于 2018 年 1 月印发《关于建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构的意见》（“《意见》”）。根据《意见》以及《最高人民法院关于设立国际商事法庭若干问题的规定》（“《规定》”），最高院设立了 CICC、国际商事专家委员会以及调解、仲裁、诉讼有机衔接的“一站式”国际商事纠纷多元化解决机制。

CICC 是最高院设立的专门处理国际商事纠纷的常设审判机构，目前设有两个国际商事法庭，由最高院民事审判第四庭负责协调并指导工作。第一国际商事法庭设立在广东省深圳市，第二国际商事法庭设立在陕西省西安市，均于 2018 年 6 月设立。选择在深圳和西安设立国际商事法庭，最高院的主要考虑是：深圳是辐射海上丝绸之路的重要经济支撑点，它毗邻港澳并在开放方面处于前沿地位，在深圳以及它辐射的粤港澳大湾区相应的涉外案件较多；西安位于古代丝绸之路的起点，是内陆型改革开放的新高地，从西安向中东欧辐射的经济活动日益增多，因此相应纠纷和案件也在增多。<sup>1</sup>

### 二、管辖

根据《规定》第二条，CICC 受案范围包括：


当事人依照民事诉讼法第二百七十七条<sup>2</sup>的规定协议选择最高人民法院管辖且标的额为人民币 3 亿元以上的第一审国际商事案件；

高级人民法院对其所管辖的第一审国际商事案件，认为需要由最高院审理并获准许的；在全国有重大影响的第一审国际商事案件；

选择“一站式”国际商事纠纷解决机制的仲裁机构进行仲裁，申请仲裁保全、申请撤销或者执行国际商事仲裁裁决的；

最高院认为应当由国际商事法庭审理的其他国际商事案件。<sup>3</sup>

《规定》第三条进一步说明如何界定“国际商事案件”——当事人一方或双方的身份、当事人一方或双方的经常住所地、标的物或者商事关系相关的法律事实有域外性质或在域外的（其一情形）。<sup>4</sup>



综上，CICC 主要受理平等主体之间在贸易、投资等领域产生的涉外民商事纠纷。其并不受理国家与国家之间的贸易或投资争端以及投资者与东道国之间的国际投资争端，后两种类型的争端按照现有国际规则解决。<sup>5</sup>

### 三、庭审与庭审后程序

CICC 的法官由最高院在具有丰富审判工作经验，熟悉国际条约、国际惯例以及国际贸易投资实务，能够同时熟练运用中文和英文作为工作语言的资深法官中选任。<sup>6</sup>CICC 的案件审理由三名或者三名以上法官组成合议庭进行，合议庭评议案件实行少数服从多数的原则。少数意见可以在裁判文书中载明，<sup>7</sup>这种做法在中国法院的裁判文书中是独有的。CICC 实行公开透明的审判原则，其公开开庭审理案件，法官队伍信息以及裁判文书都在 CICC 网站上公开。<sup>8</sup>

CICC 以其程序优势，在案件处理上得以更高效运转。CICC 作出的保全裁定，可以指定下级人民法院执行。<sup>9</sup>CICC 实行一审终审制，作出的判决、裁定是发生法律效力的判决、裁定，不得上诉。<sup>10</sup>CICC 作出的发生法律效力的判决、裁定和调解书，当事人可以向 CICC 申请执行。<sup>11</sup>尽管如此，对 CICC 作出的已经发生法律效力的判决、裁定和调解书，当事人可根据民事诉讼法的规定向最高院本部申请再审。<sup>12</sup>另外，CICC 亦通过电子诉讼服务平台、审判流程信息公开平台以及其他诉讼服务平台为诉讼参与人提供诉讼便利，并支持通过网络方式立案、缴费、阅卷、证据交换、送达、开庭等。<sup>13</sup>

### 四、适用法及证据

CICC 审理案件，依照《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》的规定确定争议适用的实体法律。<sup>14</sup>在中国法下，当事人可以在符合法律规定的情况下明示选择涉外民事关系适用的法律<sup>15</sup>，在这种情况下，CICC 应当适用当事人选择的法律<sup>16</sup>。对于在中国法院审理的涉外争议，还应当注意中国法律会强制性规定某些特定类型的纠纷应当适用的法律<sup>17</sup>，适用法的选择不应违反此等规定<sup>18</sup>。

当中国法院适用域外法律审理案件时，其应当“查明”域外法，即证明该外国法的存在以及确定其如何调整争议的关系。CICC 适用域外法审理案件时，可以通过以下途径查明域外法：

（一）由当事人提供；（二）通过司法协助渠道由对方的中央机关或者主管机关提供；（三）通过最高院请求我国驻该国使领馆或者该国驻我国使领馆提供；（四）由最高院建立或者参与的法律查明合作机制参与方提供；（五）由最高院国际商事专家委员会专家提供；（六）由法律查明服务机构或者中外法律专家提供；（七）其他适当途径。通过上述途径提供的域外法律资料以及专家意见，应当依照法律规定在法庭上出示，并充分听取各方当事人的意见。<sup>19</sup>

与其他中国法院审理涉外案件相比，CICC 通过简化公证认证以及翻译要求以及与技术的结合，使其举证环节更为高效和便利。对于域外形成的证据，CICC 不作强制公证认证要求。<sup>20</sup>当事人向 CICC 提交此等证据材料，不论是否已办理公证、认证或者其他证明手续，均应当在法庭上质证。在翻译方面，当事人提交的证据材料系英文且经对方当事人同意的，可以不提交中文翻译件。<sup>21</sup>从技术上看，CICC 调查收集证据以及组织质证，可以采用视听传输技术及其他信息网络方式。<sup>22</sup>

### 五、国际商事专家委员会与“一站式”国际商事纠纷多元化解机制



为保障与促进 CICC 审判工作的顺利开展，支持调解、仲裁、诉讼等多元方式解决国际商事纠纷，最高院于 2018 年 8 月 26 日成立国际商事专家委员会<sup>23</sup>，该国际化法律智库的建立亦为国际商事专家委员会的首创<sup>24</sup>。国际商事专家委员会由最高院聘任在国际贸易、投资等国际商事法律领域具有精深造诣并在国际上具有较高影响力的中外专家组成，他们来自不同法系和法域，包括重要国际机构负责人、法学专家、知名学者、资深法官、资深律师等。现任委员会成员的简历可在 CICC 官网查看。专家委员的职责包括接受 CICC 的委托为当事人解决国际商事纠纷提供调解等服务、接受 CICC 及人民法院的委托协助进行域外法查明、为人民法院审理国际商事纠纷案件所涉专门性法律问题提供咨询意见以及为最高院制定相关司法解释及司法政策提供意见和建议等。<sup>25</sup>

为更好地提供便利、快捷、低成本和优质的法律服务以及切实满足中外当事人多元化纠纷解决需求，最高院组建了国际商事专家委员会，并选定符合条件的国际商事调解机构、国际商事仲裁机构与 CICC 共同构建调解、仲裁、诉讼有机衔接的纠纷解决平台，形成“一站式”国际商事纠纷解决机制（“一站式”机制）。<sup>26</sup>截止目前，“一站式”机制已纳入包括深圳国际仲裁院、中国国际经济贸易仲裁委员会、香港国际仲裁中心在内的十家国际商事仲裁机构以及中国国际贸易促进委员会调解中心、上海经贸商事调解中心两家国际商事调解机构。<sup>27</sup>

“一站式”国际商事纠纷多元化解平台（“一站式”平台）是 CICC 于 2021 年 7 月在其官方网站上设立的全流程在线纠纷解决服务平台，旨在推动“一站式”机制落地见效。“一站式”平台目前设置了调解服务、仲裁服务、诉讼服务、辅助服务（比如中立评估）四个功能模块，连接 CICC 及人民法院多个服务系统以及纳入“一站式”国际商事纠纷多元化解机制的十家国际商事仲裁机构和两家国际商事调解机构的系统，实现多元化争议解决机制和机构的信息共享与有机衔接。<sup>28</sup>

在“一站式”机制下，CICC 在受理案件后七日内，经当事人同意，可以委托国际商事专家委员会成员或者国际商事调解机构调解。<sup>29</sup>经前述主持调解，当事人达成调解协议的，CICC 可以依照法律规定制发调解书；当事人要求发给判决书的，可以依协议的内容制作判决书送达当事人。<sup>30</sup>CICC 作出的调解书，经双方当事人签收后，即具有与判决同等的法律效力。<sup>31</sup>此等调解书的执行和再审申请程序，如前所述，同判决一致。

当事人协议选择“一站式”机制纳入的国际商事仲裁机构进行仲裁的，可以在申请仲裁前或者仲裁程序开始后，向 CICC 申请证据、财产或者行为保全。当事人向 CICC 申请撤销或者执行该国际商事仲裁机构作出的仲裁裁决的，CICC 依照民事诉讼法等相关法律规定进行审查。<sup>32</sup>

---

1 中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构的意见》；最高人民法院负责人就《关于建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构的意见》答记者问。

2 《中华人民共和国民事诉讼法（2023 修正）》第二百七十七条：“涉外民事纠纷的当事人书面协议选择人民法院管辖的，可以由人民法院管辖”。

3 《规定》第二条。

4 《规定》第三条：“具有下列情形之一的商事案件，可以认定为本规定所称的国际商事案件：

（一）当事人一方或者双方是外国人、无国籍人、外国企业或者组织的；

（二）当事人一方或者双方的经常居所地在中华人民共和国领域外的；

（三）标的物在中华人民共和国领域外的；

（四）产生、变更或者消灭商事关系的法律事实发生在中华人民共和国领域外的。”

- 
- 5 最高人民法院负责人就《关于建立“一带一路”国际商事争端解决机制和机构的意见》答记者问。
- 6 《规定》第四条。
- 7 《规定》第五条。
- 8 <https://cicc.court.gov.cn/>。
- 9 《规定》第六条。
- 10 《规定》第十五条。
- 11 《规定》第十七条。
- 12 《规定》第十六条。
- 13 《规定》第十八条。
- 14 《规定》第七条。
- 15 《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第三条。
- 16 《规定》第七条。
- 17 例如，见《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》。
- 18 例如，见《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第二条、第四条及第五条。
- 19 《规定》第八条。
- 20 《国际商事法庭简介》，<https://cicc.court.gov.cn/html/1/218/19/141/index.html>。
- 21 《规定》第九条。
- 22 《规定》第十条。
- 23 《最高人民法院成立国际商事专业委员会》，2018年8月26日，  
<https://cicc.court.gov.cn/html/1/218/226/239/index.html>。
- 24 同脚注 20。
- 25 《最高人民法院国际商事专业委员会工作规则（试行）》第三条；《最高人民法院关于成立国际商事专业委员会的决定》法〔2018〕224号，2018年8月24日，  
<https://cicc.court.gov.cn/html/1/218/149/192/947.html>。
- 26 《规定》第十一条。
- 27 《最高人民法院“一站式”国际商事纠纷多元化解平台简介》，  
<https://cicc.court.gov.cn/pc/user/aboutus?type=platformIntroduction>。
- 28 《最高人民法院“一站式”国际商事纠纷多元化解平台今天上线启动》，  
<https://cicc.court.gov.cn/html/1/218/149/192/2084.html>；《最高人民法院“一站式”国际商事纠纷多元化解平台升级改版上线》，<https://cicc.court.gov.cn/html/1/218/149/192/2461.html>。
- 29 《规定》第十二条。
- 30 《规定》第十三条。
- 31 《规定》第十五条第二款。
- 32 《规定》第十四条。

## 跨国企业员工信息出境合规要点分析（上）

蒋硕、黎博思

### 一、员工信息出境的监管要求

根据法律规定，企业员工信息出境必须满足以下要求：

#### （一）取得员工单独同意或其他合法性基础，并履行告知义务

如果企业根据《个人信息保护法》第十三条第一款第一项规定，基于员工同意处理员工信息，那么根据《个人信息保护法》第三十九条规定，企业向境外提供员工信息必须取得员工单独同意。而企业如根据《个人信息保护法》第十三条第一款第（二）至（七）项规定处理员工信息，则无需再取得单独同意。但无论基于何种合法性基础处理员工信息，企业向境外提供员工信息都应履行告知义务，向员工告知境外接收方的名称或者姓名、联系方式、处理目的、处理方式、个人信息的种类以及个人向境外接收方行使权利的方式和程序等事项。

#### （二）员工信息出境合规路径要求

《个人信息保护法》第三十八条规定，个人信息出境需满足三种合规路径之一，即通过国家网信部门组织的安全评估；按照国家网信部门的规定经专业机构进行个人信息保护认证；或订立个人信息出境标准合同。在此基础上，《数据跨境规定》根据出境信息规模，进一步细化信息出境合规路径要求，同时增加了豁免规定，具体而言：

##### 1. 不满 10 万人个人信息且不含敏感个人信息

根据《数据跨境规定》第五条第一款第（四）项，关键信息基础设施运营者以外的数据处理器当年累计向境外提供不满 10 万人个人信息且不含敏感个人信息的，豁免信息出境合规路径要求。

##### 2. 10 万人以上、不满 100 万人个人信息且不含敏感个人信息，或者不满 1 万人敏感个人信息

根据《数据跨境规定》第八条，关键信息基础设施运营者以外的数据处理器当年累计向境外提供 10 万人以上、不满 100 万人个人信息且不含敏感个人信息，或提供不满 1 万人敏感个人信息的，应当依法与境外接收方订立个人信息出境标准合同，或者通过个人信息保护认证。

##### 3. 当年累计向境外提供 100 万人以上个人信息（不含敏感个人信息）或者 1 万人以上敏感个人信息

根据《数据跨境规定》第七条，关键信息基础设施运营者以外的数据处理器当年累计向境外提供 100 万人以上个人信息且不含敏感个人信息，或提供 1 万人以上敏感个人信息的，应当通过所在地省级网信部门向国家网信部门申报数据出境安全评估。

#### 4. 为实施跨境人力资源管理确需向境外提供员工信息

根据《数据跨境规定》第五条第一款第（二）项规定，企业符合“按照依法制定的劳动规章制度和依法签订的集体合同实施跨境人力资源管理，确需向境外提供员工个人信息的”之情形的，可以豁免数据出境路径合规要求。同时，《数据跨境规定》第七、八条第二款均规定：“属于本规定第三条、第四条、第五条、第六条规定情形的，从其规定。”因此在符合第五条规定的适用条件之前提下，无论员工信息规模如何，企业均可以获得豁免。

需要注意的是，《数据跨境规定》第五条规定的“按照依法制定的劳动规章制度和依法签订的集体合同实施跨境人力资源管理，确需向境外提供员工个人信息的”，虽然用语与《个人信息保护法》第十三条第一款第（二）项规定的“...或者按照依法制定的劳动规章制度和依法签订的集体合同实施人力资源管理所必需”相似，但二者分别指向不同维度的条件：前者规定的是豁免数据出境合规路径的条件，而后者是处理个人信息的合法性依据。只有企业为实施跨境人力资源管理确需向境外提供员工信息的情形下，才符合《数据跨境规定》的豁免条件。但如果企业向境外提供员工信息并非出于人力资源管理需要，即使其处理员工信息是人力资源管理所必需，依然要符合前述数据出境合规路径要求。

#### （三） 个人信息保护影响评估

根据《个人信息保护法》第五十五条规定，企业向境外提供员工信息的，除满足上述条件外，还应当事前进行个人信息保护影响评估，并对处理情况进行记录。

结合《个人信息保护法》、《数据跨境规定》等规定，我们梳理企业员工信息出境的监管要求如下：

处理员工信息 合法性基础	员工信息出境规模	员工信息出境监管要求
基于员工同意处理个人信息；且员工信息出境不是跨境人力资源管理所确需	一年向境外提供不满 10 万人个人信息（不含敏感个人信息）	<ul style="list-style-type: none"><li>履行告知义务，并取得员工单独同意</li><li>进行个人信息保护影响评估</li></ul>
	一年向境外提供 10 万人以上，不满 100 万人个人信息，或不满 1 万人敏感个人信息	<ul style="list-style-type: none"><li>个人信息保护认证/签订个人信息出境标准合同</li><li>履行告知义务，并取得员工单独同意</li><li>进行个人信息保护影响评估</li></ul>
	一年向境外提供 100 万人以上个人信息，或 1 万人以上敏感个人信息	<ul style="list-style-type: none"><li>进行数据出境安全评估</li><li>履行告知义务，并取得员工单独同意</li><li>进行个人信息保护影响评估</li></ul>



基于员工同意处理个人信息；且员工信息出境是跨境人力资源管理所 <u>确需</u>	一年向境外提供不满 10 万人个人信息（不含敏感个人信息）	<ul style="list-style-type: none"> <li>履行告知义务，并取得员工单独同意</li> <li>进行个人信息保护影响评估</li> </ul>
	一年向境外提供 10 万人以上，不满 100 万人个人信息，或不满 1 万人敏感个人信息	
	一年向境外提供 100 万人以上个人信息，或 1 万人以上敏感个人信息	
基于《个人信息保护法》第十三条第一款第（二）至（七）项处理员工信息；且员工信息出境 <u>不是</u> 跨境人力资源管理所确需	一年向境外提供不满 10 万人个人信息（不含敏感个人信息）	<ul style="list-style-type: none"> <li>履行告知义务</li> <li>进行个人信息保护影响评估</li> </ul>
	一年向境外提供 10 万人以上，不满 100 万人个人信息，或不满 1 万人敏感个人信息	<ul style="list-style-type: none"> <li>个人信息保护认证/签订个人信息出境标准合同</li> <li>履行告知义务</li> <li>进行个人信息保护影响评估</li> </ul>
	一年向境外提供 100 万人以上个人信息，或 1 万人以上敏感个人信息	<ul style="list-style-type: none"> <li>进行数据出境安全评估</li> <li>履行告知义务</li> <li>进行个人信息保护影响评估</li> </ul>
基于《个人信息保护法》第十三条第一款第（二）至（七）项处理员工信息；且员工信息出境为跨境人力资源管理所 <u>确需</u>	一年向境外提供不满 10 万人个人信息（不含敏感个人信息）	<ul style="list-style-type: none"> <li>履行告知义务</li> <li>进行个人信息保护影响评估</li> </ul>
	一年向境外提供 10 万人以上，不满 100 万人个人信息，或不满 1 万人敏感个人信息	
	一年向境外提供 100 万人以上个人信息，或 1 万人以上敏感个人信息	

## 国际货物买卖合同成立法律要点和风险防范建议

杨蕊、何东闽

在不同的法律体系、文化背景和商业习惯下，交易双方可能对合同成立的解释有不同理解，从而导致买卖合同成立与否的争议。国际货物买卖合同的成立，遵循民商事合同的一般成立条件，即买卖双方意思表示一致。由于国际贸易的特殊性，买卖合同的成立会涉及复杂的因素，造成贸易双方的风险。

### 一、合同成立的关键条款

CISG 第十四条第（1）款规定：“向一个或一个以上特定的人提出的订立合同的建议，如果十分确定并且表明发价人在得到接受时承受约束的意旨，即构成发价。一个建议如果写明货物并且明示或暗示地规定数量和价格或规定如何确定数量和价格，即为十分确定”。在 CISG 的规范之下，发价需至少具备货物、数量和价格条款。

《民法典合同编解释》第三条规定：“当事人对合同是否成立存在争议，人民法院能够确定当事人姓名或者名称、标的和数量的，一般应当认定合同成立。但是，法律另有规定或者当事人另有约定的除外”。我国法律体系下，当事人姓名或者名称、标的和数量的是合同必备内容。

需要注意的是，虽然“质量”是关键的货物属性，但质量条款并不是合同成立的必备条款。部分案件当事人会援引《民法典》第四百七十条（原《合同法》第十二条）主张质量条款是影响买卖合同成立与否的条款。

如某仲裁案中，卖方主张质量条款是合同的重要和必备条款，卖方需根据买方要求对案涉钢材加工处理，机械性能要求、生产和热处理要求、表面处理要求、尺寸型号要求等质量条款未明确约定，买卖合同不完整，卖方无法履行。仲裁庭未采纳该观点，认为质量条款虽是合同主要条款，而非必备条款。买卖双方的可依照有关规定来填补质量条款的空白，如 CISG 第三十五条第（2）款规定，质量可以以同一规格货物通常使用的目的、买方通知卖方的特定目的或货物样品为准，因此未约定质量条款不必然导致合同不成立。

### 二、承诺与实质性变更

国际货物买卖合同的订立依赖于要约和承诺的有效交换，除非要约中有明确规定或双方有其他约定外，承诺必须与要约保持一致。对要约的内容作出实质性变更的，为新要约而非承诺，此时合同并未订立。要约的实质性内容是此类案件的争议焦点。

在 *Vicor Corp. v. FII USA, Inc.* 案中，买方美国 FII 公司、鸿佰科技股份有限公司等向卖方 Vicor 公司发送了若干份《订单》，大部分订单都包含同意就在中国发生的争议由中国贸仲仲裁的条款。卖方回复《销售确认书》载明了卖方的标准格式条款和条件，声明了以买方同意卖方的条款和条件为承诺的前提且无其他新增条款和条件，且不包含同意由中国贸仲仲裁双方争议的相关条款。没有证据表明买方拒绝了该还价。后卖方发送了货物，买方支付了货款，双方

出现纠纷。

在我国《民法典》和 CISG 中均规定，争议解决方式属于要约的实质性内容。本案卖方《销售确认书》关于争议解决方式的条款系对买方订单的实质性变更，其性质为新要约。

《销售确认书》也并不必然构成对双方有约束力的合同，仍然需要受要约的一方作出承诺，合同关系才能成立。根据交易习惯或者要约表明可以通过行为作出承诺的，构成承诺的该项行为需要在规定的期限内做出。如〔2022〕最高法民申 151 号判决书中，法院认为，某公司邮件虽然称“合同所有条款已经达成一致”，但该意思表示作出的时间距离 8 月 8 日的新要约已逾一月有余，超过了承诺的合理期限，亦不足以认定为对要约的承诺。

在 *Vicor Corp. v. FII USA, Inc.* 案中，法院最终认为，买卖双方均履行了主要义务，合同关系成立。暂无需认定该合同是《销售确认书》还是双方实际履约行为的事实合同，*Vicor* 公司因未同意仲裁条款，该争议解决条款对其无约束力而有权获得禁止令，避免强制性仲裁。

### 三、国际货物买卖合同管理与风险防范策略

#### （一）合同条款内容完整

交易的前提是与交易对手共同拟定并签署的交易合同，这标志双方权利义务的正式确立，条款内容的完整能够提前防范法律风险。条款应明确具体，按照 CISG 或准据法列明合同应包括的关键条款，如货物名称、规格、数量、质量、价格、交付方式、付款条件、违约责任、争议解决等，并尽可能做到明确、具体、无歧义。部分条款虽然如前述不影响合同的成立，但为避免双方因此产生争议，完整的买卖合同是交易顺利进行的基础。同时，应避免以单方制定的订单、《销售确认书》等缺乏双方确认过程的文件认定为交易的依据，经双方正式签名与盖章的合同文本是合同成立最有力的证明。


此外，为避免因买卖合同未成立导致包括仲裁条款在内的所有条款均不适用，可以签订独立于买卖合同的仲裁协议或双方及时、明确同意主合同项下的仲裁条款。

#### （二）准确把握合同成立的条件和时点

合同一旦成立，就要承担履约责任。在国际商业合作谈判的邮件或文件中，可以附上以下防范性表述，以明确合同成立的条件和时点：“No contract exists until all terms are agreed”（在双方就所有条款达成一致之前，不存在任何合同）这句话强调了合同成立的先决条件，即所有条款的协商一致。“Subject to XXX”（以 XXX 为条件/前提）。例如，“Subject to final approval by our legal department”（以我方法律部门最终批准为前提）。这类表述可以保留一方在特定条件下拒绝履行合同的权力，从而降低合同成立前的风险。

#### （三）保存交易单据

无纸质合同，如依据交易习惯以双方实际履行为订立合同，交易单据作为重要的书证，尤其是合同标的价格认定的基础。（2020）鲁 02 民初 872 号青岛某某公司诉北美某某公司国际货物买卖合同纠纷案中，原告与被告未签订书面合同，双方均认可交易惯例为：先行商定货物种类、数量价格，原告青岛公司将货物运输至加拿大，同时将提单、装箱单、盖有公司印章的



发票等通过邮件方式发送给被告北美公司办理入关手续，北美公司收到货物及相关材料后支付货款。

双方关于货物价格提供不同证据。青岛公司提供出口报关单、提单、发票等材料，其中报关单中载明的商品数量、总价、单号与提单、发票中载明的内容一致，主张货物的总价为 3162 万加元。北美公司主张货物总价值为 2491 万加元，并提供手写单据的复印件、进口报关单等证据。

法院认为：

1.该手写单据为复印件，且明显存在上下端大面积覆盖成分，且未提供证据原件，复印件亦未进行公证认证，因此不具备证据效力；

2.关于进口报关单及发票，系北美公司单方制作；

3.北美公司收到青岛公司的提单后，可以对提单中载明的货物价格、数量提出异议。但北美公司依据青岛公司发送的提单提货及收取发票后，并未提出异议。现在本案中北美公司对货物价格、数量提出异议，不符合常理。

综上，法院认为青岛公司提交的出口报关单、提单、发票中载明的货物价格、数量均一致，货物总价应为 3162 万加元。

买卖双方应妥善保存能够形成证据链、相互印证的单据。尤其是对方实际履行依据和收取的单据，如提单、发票等。进出口报关单系单方制作单据，证明力较弱，应结合其他证据予以补强。



## 本期部分作者



杨晨（北京）

+86 10 5706 8027  
yangchen@jtn.com



林慕娟（上海）

+86 21 3886 2367  
linmujuan@jtn.com



史强（大连）

+86 411 8442 6666-8057  
shiqiang@jtn.com



李露（成都）

+86 28 8324 7123  
lilu@jtn.com



李岚（深圳）

+86 755 2348 2627  
lilan@jtn.com



岑琳（深圳）

+86 755 2223 5518  
cenlin@jtn.com



蒋硕（北京）

+86 10 5706 8585  
jiangshuo@jtn.com



何东闽（北京）

+86 10 5706 8369  
hedongmin@jtn.com



**JT&N** 金诚同达

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