

NEWSLETTER

跨境争议解决 刊物

Cross-border Dispute Resolution

第 47 期 2026 年 7 月 31 日

JT&N 金诚同达

CONTENT
目录

美国 IEEPA 关税退税消费者集体诉讼风险与应对——以 Nintendo、Amazon 案为视角 01

李岚、罗雅青

浅析英国高等法院最新判决对于“Banking Days”的认定及影响 05

易旸、逄若鸣、袁常淇

美国反垄断刑事诉讼概览 07

林慕娟、杨茂艺、方含希

中国法院永久终止独立保函付款的法律原则：中国法和最高法院案例回顾（上篇） 13

金赛波

涉外用工视角下劳动争议典型纠纷剖析 23

李露、崔琪

ABSTRACT
摘要

1. 美国 IEEPA 关税退税消费者集体诉讼风险与应对——以 Nintendo、Amazon 案为视角

李岚、罗雅青

2026 年 2 月 20 日，美国联邦最高法院在 Learning Resources, Inc. v. Trump, 607 U.S. ___ (2026）案中裁定《国际紧急经济权力法》（IEEPA）未授权总统征收关税，随即引发大规模退税程序。与此同时，消费者集体诉讼在全美蔓延，原告主张进口商通过涨价将关税成本转嫁给消费者后，又向政府申请退税构成不当得利。本文结合该判决及 Nintendo、Amazon 等案件，分析此类诉讼的法律构造与风险防范方案。

2. 浅析英国高等法院最新判决对于“Banking Days”的认定及影响

易旸、逄若鸣、袁常淇

本文浅析英国高等法院商务法庭在 The Songa Coral〔2026〕EWHC 1559 (Comm) 案中对“Banking Days”（银行日）的最新认定。法院明确，Banking Days 仅用于筛选可计入期限的有效营业日，而非改变“一日”的通常含义或创造跨时区延长履约期限的效果。判决否定了将多个时区银行营业时间叠加为“超级日”的解释方式，强调履约期限仍应依据合同约定及履约地点判断。该案对 MOA 及期租租约中付款期限、宽限期条款的起草具有重要参考意义，提示当事人应明确约定适用时区、截止时间及资金安排，以降低跨境履约风险。

3. 美国反垄断刑事诉讼概览

林慕娟、杨茂艺、方含希

本文系统介绍美国反垄断刑事诉讼的制度框架与企业应对策略。文章首先梳理 DOJ 的调查手段，包括大陪审团程序、宽大处理政策及举报人奖励计划；继而分析核心卡特尔行为的定罪标准，即“本身违法原则”的适用与抗辩空间；随后从管辖权异议、诉讼时效、非法证据排除等方面阐述程序性抗辩路径，并论及实体层面否定“合意”要件等争点；最后说明不到案的法律后果。文章建议企业将反垄断刑事风险纳入日常合规体系，事发后及时评估宽大处理申请与高管个人责任暴露，形成诉前诉中的系统应对方案。

4. 中国法院永久终止独立保函付款的法律原则：中国法和最高法院案例回顾（上篇）

金赛波

中国最高法院 2016 年制定并颁布的《独立保函司法解释》第二十条设定了永久终止见索即付独立保函的严格的前提条件，审视这些条件特别是这些条件在中国最高法院本身审理的实际的诉讼案件中如何实际适用，特别是探究法官在真实案件判决中的分析意见和分析思路，对此及时进行总结，对于指导国际和国内的商业和银行实务实属必要，对于各级中国法院审理类似案件也提供了极为有益的指导意义。本篇为文章上篇。

ABSTRACT
摘要

5. 涉外用工视角下劳动争议典型纠纷剖析

李露、崔琪

本文结合《外国人在中国就业管理规定》《中华人民共和国出境入境管理法》《中华人民共和国劳动合同法》及最高法劳动争议司法解释，搭配典型司法判例，系统梳理外国人在华合法就业准入条件、劳动关系认定标准、违法用工法律责任及司法裁判分歧要点，明确涉外用工合规边界与裁判尺度差异。

美国 IEEPA 关税退税消费者集体诉讼风险与应对

——以 Nintendo、Amazon 案为视角

李岚、罗雅青

背景：IEEPA 关税无效的法律认定

2025 年 2 月，特朗普以应对毒品输入和贸易逆差为由，依据 IEEPA 宣布国家紧急状态，对加、墨商品加征 25%关税，对中国商品加征 10%-145%不等关税，并对全球贸易伙伴加征至少 10%的“对等关税”。相关诉讼合并为 Learning Resources 案，最高法院于 2026 年 2 月 20 日判决认定 IEEPA 未授权总统征收关税。Roberts 首席大法官指出，关税本质上属宪法赋予国会的征税权范畴，IEEPA 中“regulate...importation”不足以支撑无期限、无金额限制的关税征收，该案适用“重大问题原则”，重大经济决策须获国会明确授权。[1]

判决后，美国国际贸易法院于 2026 年 3 月 4 日在 Atmus Filtration 案中下令美国海关（CBP）停止清算 IEEPA 关税并对已清算条目重新清算，该救济适用于所有已缴关税的进口商。据 CBP 声明，此次退税涉及超 33 万家进口商、5300 万条记录，已征关税约 1660 亿美元，含利息约 1750 亿美元，系美国海关史上最大规模退税。[2][3]

一、消费者集体诉讼的缘由与请求权基础

判决解决了政府与进口商间的关税合法性争议，却引发进口商与消费者间的新争议：依美国海关法，退税请求权专属于进口商，消费者无权直接向 CBP 申请退税。这造成权利与负担的严重错位——消费者是关税实际负担者却不享退税请求权；进口商虽有权申请退税，但已通过涨价将成本转嫁消费者。这种错位成为此轮诉讼的根源。

判决后数月内，美国各地联邦法院已涌现数十起消费者集体诉讼，覆盖零售、消费电子、服饰、家居、食品等行业。尽管被告各异，原告逻辑高度一致，核心即“双重获利”主张：被告在关税期间通过提价将成本转嫁给消费者，关税无效后又向政府申请退税，若同时保有两部分利益即构成不当得利。

从已公开起诉状看，原告证据通常围绕三环节展开：证明被告进口商身份及产品属关税覆盖范围；通过价格数据、公开表态等证明关税成本已通过涨价传导至消费者；证明被告已申请或有资格申请退税且未向消费者返还。请求权基础主要包括不当得利、金钱已付与收受及州消费者保护法三类。

值得注意的是，原告的诉讼范围正持续扩张：早期案件仅针对“被告获退税后不予返还”，近期已将“被告有权申请退税但选择不申请”纳入攻击范围。Amazon 案中原告即主张，企业出于商业或政治考量放弃退税，不能由实际承担成本的消费者承担不利后果。[4]

二、典型案例

（一）Nintendo 案

Hoffert et al. v. Nintendo of America Inc., W.D. Wash., Case No. 2:26-cv-01360（2026 年 4 月 21 日起诉）是此轮诉讼的代表性案件。

原告主张，供应链上，Nintendo 几乎所有硬件均在中国、越南、柬埔寨生产，全部属 IEEPA 关税覆盖范围；价格上，2025 年 4 月以“评估关税影响”为由推迟 Switch 2 预售，随后上调配件价格（Pro Controller 从$79.99 涨至$84.99 等），8 月再次上调主机价格；关键的是，社长古川俊太郎在 2025 年 5 月财报会上公开表示“关税视为成本一部分并纳入价格”；判决后，Nintendo 于 2026 年 3 月 6 日提起退税诉讼。[56]

原告认为 Nintendo 一边通过涨价让消费者承担关税成本，一边向政府申请退还同一笔关税，构成典型不当得利。该案集体期间为 2025 年 2 月 1 日至 2026 年 2 月 24 日，覆盖全美购买 Nintendo 涨价产品的消费者，规模预计达数百万。

（二）Amazon 案

在 Markland et al. v. Amazon.com, Inc., W.D. Wash., Case No. 2:26-cv-01670-TL（2026 年 5 月 15 日起诉）中，Amazon 公开表示不申请 IEEPA 退税。但原告并未撤诉，反而提出更扩张的理论：通过价格追踪数据（如 Bissell 吸尘器从$41 涨至$45 等）证明 Amazon 已将关税成本转嫁给消费者；援引报道称 Amazon 曾考虑在结算页列示关税金额后因政治压力放弃，证明其能识别价格中的关税成分；最终主张，Amazon 放弃退税是为换取政治和商业利益，不能损害消费者权利，无论是否申请退税，均有义务返还多支付的部分。[7]

Amazon 案的警示在于，企业无法通过“不申请退税”规避集体诉讼风险。只要原告能完成“成本转嫁”证明，即使企业不申请退税，仍可能被判承担返还责任。

三、哪些企业更容易成为目标

截至 2026 年 6 月，已有至少 30 余起针对知名企业的集体诉讼被提起，覆盖运动鞋服、游戏硬件、消费电子、食品、家居零售、电商平台等领域。Nike、Sony、Del Monte、IKEA、Mondelez、Amazon、Temu、Nintendo 等均已涉案。从代理律所看，Emery Reddy、Hagens Berman、Milberg 等头部消费者集体诉讼律所均已进入该领域，表明这是有组织、有模板的批量化案件开发。

结合诉状与样本，下列企业更易被关注：1. 在美直接面向消费者销售自有品牌（线上 DTC、Amazon 自营、线下零售）；2. 高度依赖境外供应链，且在关税期间调整过美国零售价、平台价或进口费；3. 在订单、发票、结算页或客服说明中单独列示 tariff surcharge、import fee、duty 等；4. 曾在公告、财报、媒体采访中表示“关税导致涨价”“关税纳入成本/价格”；5. 已申请或有资格申请 IEEPA 退款，但尚未形成消费者返还机制。

需强调的是，原告不一定要求企业单独列示关税附加费。只要留下“因关税涨价”的公开痕迹，或价格曲线与关税时间高度重合，就可能被主张为转嫁证据。对中资出海客户而言，风险管理重点应从“是否真把关税转嫁消费者”扩展到“外部材料是否有可能被原告/消费者采用并提起诉讼”。

四、风险防范建议

（一）立即开展证据链排查

建议出海企业立即排查：一是清理对外材料（官网、新闻稿、社交媒体、客服话术、财报纪要）中“关税导致涨价”的单一归因表述；二是保存关税期间定价决策依据，包括汇率、物流、原材料、竞争状况等多重成本因素，打破原告“关税=涨价”的单一叙事；三是审查结算页费用列示，对“关税附加费”“进口费”等评估其法律性质和可返还性。

（二）善用仲裁条款阻断集体诉讼

对此类小额分散的消费者集体诉讼，最有效的程序防御是在消费者合同中设计完善的仲裁条款，明确排除集体程序。美国并非完全否定集体仲裁，但最高法院明确，仲裁庭无权在当事人未明确同意下命令集体仲裁。只要合同约定“仅个人仲裁”，法院就必须执行。单个消费者的关税差价损失通常仅几美元至几十美元，没有集体程序几乎无人有动力单独仲裁，此类诉讼的经济基础将被根本瓦解。

（三）审慎处理退税与对外沟通

对拟申请或已申请 IEEPA 退税的企业，建议提前制定退税利益处理方案：对直接收取了关税附加费的业务，可考虑建立返还机制（如购物积分、消费抵扣等）；对外沟通避免在退税问题上作绝对化表态，不主动将退税与价格调整挂钩；同时建立对各州法院相关案件的监测，提前选聘熟悉消费者集体诉讼和国际贸易的律师团队。

结语

IEEPA 关税退税引发的消费者集体诉讼，是判决后出现的新型诉讼浪潮，本质是原告律师利用关税制度中权利义务错位，将“关税无效”转化为“企业不当得利”向进口商施压。此类风险并非不可防控：短期应开展证据链排查，审慎处理退税与消费者沟通；中长期应在用户协议中植入完善的仲裁条款，从程序上阻断集体诉讼，从根源上化解批量诉讼风险。

需说明的是，目前所有消费者案件均处于起诉或早期程序阶段，原告诸多法律理论尚未经法院实体检验。但考虑到美国集体诉讼制度的内在威慑力，企业仍应秉持预防在先，在风险全面爆发前完成合规体系搭建。

参考资料：

1. Learning Resources, Inc. v. Trump, 607 U.S. ___ (2026).

2. Atmus Filtration, Inc. v. United States, No. 26-01259 (Ct. Int'l Trade Mar. 4, 2026).

3 Declaration of CBP Official in Atmus Filtration, March 12, 2026；另见 Skadden, Tariff Refund Mechanism Takes Shape After Supreme Court's IEEPA Ruling (April 8, 2026）。CBP 官方估算已征关税约 1660 亿美元，Penn Wharton 预算模型估算含利息总规模约 1750 亿美元。

4 Markland et al. v. Amazon.com, Inc., W.D. Wash., Case No. 2:26-cv-01670-TL, Complaint ¶¶ 1-15.

5 Hoffert et al. v. Nintendo of America Inc., W.D. Wash., Case No. 2:26-cv-01360, Complaint ¶¶ 40-46.

6 Nintendo Financial Results Briefing for Fiscal Year Ended March 2025 (May 8, 2025) at 3, 5.

7 同注④。

8 AT&T Mobility LLC v. Concepcion, 563 U.S. 333 (2011).

9 American Express Co. v. Italian Colors Restaurant, 570 U.S. 228 (2013).

浅析英国高等法院最新判决对于“Banking Days”的认定及影响

易旸、逄若鸣、袁常淇

一、“Banking Days”的现有法律实践

在英国航运法与国际海事实践中，“Banking Days”（银行日）是计算合同履约期限、付款节点及部分合同权利行使期限的重要时间概念。不同于按自然日连续计算的“Calendar Days”（日历日），“Banking Days”主要用于排除银行停止营业期间对付款、资金划拨及其他依赖银行业务完成的履约行为所造成的影响。在标准船舶买卖协议（如 Norwegian Saleform 2012）以及包含 Anti-Technicality Clause 或宽限期条款的现代定期租船合同（如部分 NYPE、Shelltime 格式）中，合同通常将 Banking Day 定义为指定金融中心、付款地或其他约定地点银行正常营业的营业日。该概念直接影响船舶买卖中的押金及购船款支付、托管资金释放、交船文件交付，以及期租租约中的租金支付期限、宽限期通知（Anti-Technicality / Grace Period Notice）的计算和相关合同权利的行使。在船舶买卖（MOA）实践中，由于交易通常涉及跨国银行付款、托管账户（Escrow Account）及多个司法辖区文件签署，合同往往会指定一个或多个金融中心或履约地点作为判断 Banking Days 的依据。是否属于 Banking Day，应根据合同定义及指定地点银行是否正常营业进行判断；如合同约定多个地点，则相关地点的银行营业状态均可能影响期限计算。其目的在于避免履约义务落在银行无法办理业务的日期，而非延长合同期限。

在定期租船（Time Charterparty）实践中，“Banking Days”通常与租金支付期限、出租人的撤船权（Right of Withdrawal）以及承租人的宽限期救济机制密切相关。当租约约定租金须于指定 Banking Days 内支付，或规定承租人在收到抗撤船通知（Anti-Technicality Notice）后须于若干 Banking Days 内完成补付时，相关计算将直接影响付款是否及时、宽限期是否届满以及出租人是否有权撤船。英国法下，“Banking Days”的核心功能在于确定哪些日期计入合同期限，而非改变合同约定的履约截止时间或创造跨时区延长履约期限的效果。无论是 MOA 下支付购船价款、释放托管资金，还是期租租约下支付租金或履行宽限期义务，在确定相关日期后，具体履约时点仍应依据合同约定，并结合付款地、履约地、收款银行所在地或通知规则等因素判断，而不能仅因远端时区仍处于同一日历日而当然延长期限。因此，“Banking Days”本质上属于合同期限计算机制，而非独立的跨时区履约制度。正确理解其适用范围，对于跨国航运交易中合理安排付款流程、控制履约风险及避免因迟延履约引发合同解除或撤船争议具有重要实践意义。

二、英国高等法院 Songa Coral 〔2026〕 EWHC 1559 (Comm）最新判决概述

本案源于 MT Songa Coral 轮的船舶买卖争议。卖方与买方基于修改后的 Norwegian Saleform 2012 签订船舶买卖协议（MOA），约定买方在收到准备就绪通知（Notice of Readiness, NOR）后，须“不迟于三个 Banking Days”内将存放于挪威 Nordea Bank 托管账户（Escrow Account）中的购船价款余额（balance of the purchase price）释放给卖方。MOA 将“Banking Days”定义为阿联酋、英国、美国、挪威等指定司法辖区内银行正常营业的日历日。在卖方于 2022 年 9 月 2 日提交 NOR 后，根据该定义排除周末及相关银行假日计算，2022 年 9 月 8 日成为第三个 Banking Day。然而，截至挪威当地时间 2022 年 9 月 8 日午夜，资金仍未进入卖方可支配范围，亦未完成释放。卖方遂于挪威时间 2022 年 9 月 9 日 00:09 发出取消合同通知

（Notice of Cancellation）。买方主张，由于 MOA 的 Banking Days 定义涵盖美国夏威夷等最西端时区，当挪威进入 9 月 9 日时，夏威夷仍处于 9 月 8 日，因此付款期限尚未届满，卖方取消通知属于提前发出（Premature Notice）并无效。LMAA 仲裁庭接受了该解释，认为 Banking Days 定义不仅决定哪些日期计入期限，也影响期限最后一日的终止时间，因此买方可在相关最西端时区 9 月 8 日午夜前完成履约。卖方随后依据《1996 年英国仲裁法》（Arbitration Act 1996）第 69 条，以法律错误为由向英国高等法院商务法庭提起上诉。

英国高等法院商务法庭副法官 Paul Stanley KC 推翻了仲裁裁决，并判定卖方取消合同合法有效。法院认为，仲裁庭在解释 Banking Days 条款时存在法律错误：该定义的作用仅在于确定哪些日历日计入合同期限，即排除周末及银行不营业日，而非重新定义“一日”（day）的持续时间，更不能将一个 Banking Day 扩展解释为跨越多个时区、持续 37 至 38 小时的特殊时间单位。法院指出，一旦依据合同定义确定 2022 年 9 月 8 日为第三个 Banking Day，该定义的功能即已完成；该日结束时间应依据合同履行的一般原则判断，即除非另有约定，履约期限通常按照履约地点当地时间计算。本案中，付款及资金释放地点位于挪威，因此买方须在挪威时间 2022 年 9 月 8 日结束前完成付款义务。当卖方于 9 月 9 日 00:09 发出取消通知时，买方已构成迟延履约，卖方据此行使取消权并不构成提前解除。本判决进一步明确，“Banking Days”本质上是期限计算中的“日历筛选机制”（calendar filtering mechanism），而非改变一天长度或创造跨时区履约窗口的工具。该判决对跨境航运合同期限计算具有重要参考意义，提示当事人在设计 MOA 或期租合同条款时，应明确约定 Banking Days 的适用地点、付款地点及截止时间规则，以避免因跨时区解释产生履约争议。

三、Songa Coral 〔2026〕 EWHC 1559 (Comm）案的参考意义

本案进一步澄清了“Banking Days”条款在航运合同期限计算中的法律定位与功能，并对船舶买卖合同及期租租约中类似时间计算问题提供了重要的解释参考。判决明确，多国司法辖区的银行营业日定义，其主要作用在于确定哪些日历日可以计入合同期限，即排除周末及相关银行不营业日，而并非改变履约期限本身的时间属性，也不会将多个时区中的银行营业时间叠加解释为一个跨越数十小时的“超级日”。法院通过否定该类跨时区延展解释，纠正了实务中可能将 Banking Days 误解为自动扩大履约窗口的观点。对于 MOA 下买方支付购船款的期限，以及期租租约下承租人支付租金、履行 Anti-Technicality / Grace Period Clause 项下补救义务的期限，当事人均不能仅以某一远端时区（例如美国西海岸或夏威夷）仍处于相关日历日为由，当然主张履约期限尚未届满。具体违约临界点仍应依据合同条款、付款地点、履约地点以及相关通知规则综合判断，而不能通过 Banking Days 的定义人为创造跨时区延长履约期限的效果。

此外，本案为跨国航运合同的起草与履约风险控制提供了重要指引。判决强调，商业合同解释应回归合同文字、商业背景以及交易确定性，而不能采用导致期限无限扩张或产生不合理商业结果的解释方式。在实务中，航运企业在拟定 MOA 或期租租约中的付款条款、Anti-Technical / Grace Period Clause 时，如希望避免因不同司法辖区银行营业时间或时区差异产生争议，应在合同中明确规定 Banking Days 的适用地点、付款地点以及具体截止时间，例如约定“17:00 hours Oslo time”或其他明确时区标准。同时，在涉及跨国资金清算、美元清算行、托管账户（Escrow Account）或多银行参与的交易安排时，买方及承租人应充分考虑不同金融中心的营业时间、清算周期及实际到账时间，提前安排付款流程，以降低因错误理解履约期限而导致卖方取消合同、出租人行使撤船权或产生其他违约风险的可能性。

美国反垄断刑事诉讼概览

林慕娟、杨茂艺、方含希

引言：《谢尔曼法》的域外效力与中资企业的现实挑战

长期以来，中国出海企业对美国反垄断法的认知多停留在民事索赔、行政罚款或合并审查等跨境合规层面。然而，随着地缘政治格局的深刻演变以及大国司法长臂的不断延伸。近期美国司法部反垄断局（DOJ）针对全球集装箱制造行业中资头部企业及相关高管提起的刑事反垄断诉讼显示 DOJ 可能愈发频繁且积极地将刑事诉讼作为反垄断执法的核心武器。

美国反垄断刑事追诉的实体法基石主要源于 1890 年通过的《谢尔曼法》（Sherman Act）。根据该法第 1 条及第 2 条，凡被认定构成刑事违法的行为，企业面临的最高法定罚金可达 1 亿美元（或根据替代量刑条款飙升至违法所得或造成损失的两倍），而个人则面临最高 10 年的联邦监禁及 100 万美元的罚金。

不同于民事反垄断诉讼中，原告与被告围绕“合理原则”（Rule of Reason）就市场界定、竞争效果、经济效益进行漫长抗辩的场景；在刑事反垄断诉讼中，DOJ 的执法对象被严格限缩于所谓的“核心卡特尔行为”（Hardcore Cartel Conduct）。此类行为一经证实，原则上直接适用“本身违法原则”（Per Se Rule），可供援引的商业合理性抗辩空间相对有限。因此，了解美国刑事反垄断诉讼的调查机制与定罪标准，并整体评估可用的程序性和实体性抗辩工具，对于出海企业而言具有切实的现实意义。

一、 刑事追诉的启动：调查、宽大处理、举报人奖励与大陪审团机制

（一） 调查的触发

在美国联邦法律框架下，具有反垄断执法权的机构包括司法部反垄断局与联邦贸易委员会（FTC）。DOJ 主要负责执行《谢尔曼法》和《克莱顿法》，是典型的行政机构。局长由司法部一名助理部长担任，经总统提名并由参议院批准。DOJ 具有提出包括刑事诉讼和民事诉讼在内的司法诉讼权力。FTC 主要负责执行《联邦贸易委员会法》和《克莱顿法》，其下设的竞争局（Bureau of Competition）与经济局（Bureau of Economics）等部门可对相关涉嫌违法行为展开调查，有权在执法过程中做出行政裁决。

然而，对于联邦反垄断法的刑事执法而言，属于 DOJ 的专属权力。DOJ 可以通过多种渠道获取有关潜在反垄断违法行为的信息，其中包括：来自竞争对手、供应商或客户的投诉；现任或前任员工的举报；针对特定行业的研究；其他政府机构及执法官员的移交线索；来自外国竞争法执法机构的线索；国会议员提供的线索等等。

不过，在调查的初步阶段（Preliminary Inquiry），DOJ 尚不具备强制性的传票权力，主要依赖公开资料、行业举报或涉案企业的自愿配合。然而，一旦 DOJ 在初步调查中积累了足够的证据，达到“有理由相信可能发生了反垄断刑事违法行为”的法律门槛，办案检察官即可向联邦法院申请将其升级为大陪审团调查（Grand Jury Investigation）。大陪审团一旦介入，即拥

有签发涵盖广泛的刑事传票（Subpoena）的权力，可强制要求个人出庭作证、强制公司披露内部机密文件。

（二） 宽大处理程序

DOJ 长期奉行“宽大处理政策”（Leniency Policy），实质上在涉案企业间制造了一种“先到先得”的囚徒困境式竞赛。根据 DOJ 最新的《反垄断局宽大处理政策手册》（Antitrust Division Leniency Policy Manual），宽大处理分为 A 类与 B 类。

类别	适用阶段	核心触发条件	对企业及个人的保护效力
A 类宽大处理	DOJ 收到举报或启动调查前	企业率先主动报告；DOJ 尚未从其他渠道获得该共谋的实质证据。	绝对豁免：企业免于刑事起诉；现任董事、高管和雇员全面获得非起诉保护（Non-prosecution Protection）。
B 类宽大处理	DOJ 已启动调查后	企业在调查阶段率先配合；DOJ 尚未掌握足以在审判中获得“可持续定罪”（Sustainable Conviction）的证据。	裁量豁免：企业可免于刑事起诉；但对个人的保护非自动适用，由 DOJ 根据其配合程度进行个案裁量。[1]

同一起卡特尔案件中，通常仅最先提交“标记申请”（Marker Request）的企业有机会获得完整刑事豁免；其后申请人即使时间差距较小，也可能丧失完整豁免资格。因此，在疑似卡特尔线索出现后，是否先行提交标记申请，往往应与内部事实核查同步评估。

值得注意的是，取得宽大处理资格并不当然终结相关风险。DOJ 近来明确要求申请人在获得附条件宽大处理函前，提出具体、可执行的赔偿方案并切实推进落实；若同时存在平行民事集体诉讼，企业通常还需同步推进和解和赔偿安排，以证明其持续配合意愿。否则，即便企业此前已取得宽大处理地位，DOJ 仍有权撤回该资格。

（三） 举报人奖励计划

除宽大处理机制外，美国执法机关近年来还推出了举报人奖励计划（Whistleblower Rewards Program）：2025 年 7 月 8 日，DOJ 反垄断局与美国邮政局（USPS）及其监察长办公室（USPS OIG）联合宣布设立首个针对反垄断犯罪的有偿举报人奖励计划[2]。

根据该计划，举报人提供的信息须为非公开、原创且具体可信的信息，已为执法机关掌握或可从公开渠道获取的信息不符合条件。若举报最终促成至少 100 万美元的刑事罚金（或等额的延期起诉协议、不起诉协议下的赔偿），举报人最高可获得该罚金金额 30%的奖励。2026 年 1 月 29 日，DOJ 宣布该计划下首笔实际支付[3]：一名举报人提供的线索促成一起涉及 328 万美元刑事罚金的案件，并最终获得 100 万美元奖励，表明该制度已进入实际执行阶段。

对企业而言，该计划与既有宽大处理制度相互叠加，改变了卡特尔内部的信息激励结构：企业如不主动报告，除面临同案企业抢先申请宽大处理的风险外，还需考虑内部员工直接向 DOJ 提交证据并获得奖励的可能性。因此，内部人参与举报奖励计划的现实可能性同样应被纳入企业的反垄断合规与风控体系。

（四） 大陪审团程序

在反垄断刑事调查中，大陪审团程序通常在 DOJ 正式启动调查后不久即开始运作。根据《联邦刑事诉讼规则》第 6 条，大陪审团由 16 至 23 名公民组成，通过闭门会议独立运作。大陪审团主要承担两项职能：其一，作为调查工具，获取证词与证据；其二，审查证据并决定是否起诉。如果大陪审团认定有足够证据，会签发起诉书，案件正式进入刑事审判程序。

大陪审团作证不同于一般政府访谈或行政问询程序。根据《联邦刑事诉讼规则》第 6(d）条 4，作证时房间内仅允许检察官、证人本人、必要时的翻译和记录人员在场，证人律师不得进入大陪审团室内。证人如需就具体问题咨询律师，通常只能暂停作证，并在室外与律师进行简短沟通后再返回继续作证。对于中资企业高管而言，上述安排与国内政府问询或行政调查程序差异显著。证人进入大陪审团室前的充分准备，包括对陈述边界、可援引特权及潜在风险的预判，通常具有较高的实务重要性。

在大陪审团程序中，宪法特权与作证义务的边界尤需关注：

第一，援引沉默权并非总能避免作证义务：个人高管虽然受美国宪法第五修正案“不得自证其罪”特权保护，有权拒绝回答任何可能使自己陷入刑事责任的问题，但检察官可以依据 18 U.S.C. § § 6002-6003[5]向证人授予“强制豁免”（Use Immunity）；一旦获得豁免，证人即便援引第五修正案也必须作答，拒绝回答将构成藐视法庭。

第二，主动提供陈述亦可能产生独立刑事风险：根据 18 U.S.C. § 1623 及 § 1001[6]，只要陈述内容与事实存在出入，即便证人本身并未参与共谋，也可能因伪证或虚假陈述单独承担责任。因此，在刑事程序中，证言纪律、事实核验及回答边界通常具有独立的重要性；未经充分准备的主动陈述，反而可能引发额外的程序与实体风险。

第三，“集体实体原则”（Collective Entity Doctrine）意味着，第五修正案特权仅属于自然人本人，公司等集体实体的组织记录不受其保护；即便提交文件可能使公司或文件保管人处于不利地位，公司仍须依传票要求提交相关文件。

此外，检察官在向大陪审团申请起诉书前，依据 Brady v. Maryland 案与 Giglio v. United States 案确立的规则 [7]，有义务向大陪审团披露其掌握的实质性无罪证据；如检察官明知存在此类证据却故意隐瞒，可能构成严重程序违法，并在后续程序中成为申请驳回起诉或撤销定罪的依据。

二、 有罪标准：本身违法原则与企业/个人量刑的二元结构

（一）本身违法原则

美国反垄断刑事诉讼在实践中主要集中于《谢尔曼法》第 1 条项下的核心卡特尔行为，包括固定价格（Price Fixing）、串通投标（Bid Rigging）以及市场或客户划分（Market Allocation）三类横向限制贸易行为。一旦法院认定涉案协议属于上述行为，案件通常直接适用本身违法原则：检方无需另行证明相关商品市场或地域市场范围，也无需证明实际损害或经济效果。民事反垄断合理原则分析中常见的市场界定、竞争效果、价格合理、稳定市场及效率提升等抗辩理由，在 “本身违法”框架下通常不会成为审查重点。

在此类案件中，抗辩主要集中于两个层面：其一，从事实层面否定协议或共谋存在；其二，论证涉案行为兼具真实纵向交易关系，不应被简单归入 per se 类别，而应转入合理原则分析。第四巡回上诉法院 2023 年在 United States v. Brewbaker 案中的裁判 [8]便提供了具有代表性的先例。该案中，DOJ 指控被告 Brewbaker 伙同其雇主 Contech 与经销商 Pomona 合谋操纵北卡罗来纳州交通部工程项目投标，一审依本身违法原则定罪；第四巡回法院认为，Contech 与 Pomona 之间同时存在制造商—经销商的纵向关系与投标层面的横向关系，构成“混合型限制”，并非传统意义上的纯粹横向竞争者合谋，因而不应当然适用本身违法原则，而应接受合理原则审查。DOJ 其后申请联邦最高法院调卷复审，最高法院于 2024 年 11 月未附理由驳回，该裁判由此维持。

（二）审判与量刑的二元路径

美国宪法第六修正案赋予刑事被告接受快速、公开陪审团审判的权利。个人被告与企业被告的出庭安排及审前限制有所不同：高管本人通常须亲自到庭，审前亦可能面临人身自由限制；公司作为法律拟制主体，通常通过授权律师参与诉讼。但无论主体类型如何，检方均须达到“排除合理怀疑”的证明标准。

一旦定罪，量刑阶段就会呈现出个人与企业两类主体不同的考量路径：

对个人被告而言，DOJ 在执法政策上长期强调监禁的威慑功能。根据《谢尔曼法》，个人最高可能面临 10 年联邦监禁及 100 万美元罚金。因此，涉案高管因此不仅面临企业层面的财务后果，更可能承担个人刑事责任并面临人身自由方面的实质风险。

对企业被告而言，企业罚金计算遵循较为规则化的路径：法院依据《美国量刑指南》第 2R1.1 条及第 8 章 [9]，首先以涉案贸易额的 20%确定基准罚金，不以实际损失或违法所得为起点；随后根据企业罪责分数（考量高级管理人员参与程度、企业规模、合规体系、配合调查情况等因素）确定乘数，由此得出最终罚金区间。此外，企业罚金也可以根据《美国法典》第 18 编第 3571 条的替代计算方式，以违法所得或造成损失两倍作为上限。除罚金外，法院还可能指定独立合规监督员，由企业承担费用，并对其内部合规体系进行持续审查。

三、 抗辩架构：程序性路径与实体性争点

（一） 程序性辩护

1. 管辖权异议

对于业务、决策乃至被控共谋行为主要发生在美国境外的中资企业而言，首先需要判断美国法院是否具备域外管辖权。主要异议路径有二：FTAIA 和国际礼让原则。

首先，根据 1982 年《对外贸易反垄断改进法》（Foreign Trade Antitrust Improvements Act, FTAIA），纯粹发生在境外、且未与美国市场形成法定联系的商业行为，原则上不落入美国反垄断法范围，除非满足两项例外条件：（1）针对涉案行为本身构成对美国“进口贸易”的情形；（2）境外行为对美国国内商业产生“直接、实质且合理可预见”的效果。不过，FTAIA 在刑事语境下的具体适用判例稀缺，未来抗辩的司法不确定性较民事程序更强。

此外，普通法上的“国际礼让”原则也常被外国被告援引：若外国法律明确要求当事人实施美国法所禁止的行为（即“真实冲突”），则法院有可能根据国际礼让原则放弃管辖，以避免对外国主权立法和政策的不当干涉（参见美国最高法院 Hartford Fire Insurance Co. v. California 案[10]）。不过，一方面，DOJ 代表美国政府提起刑事诉讼，法院通常尊重行政分支对外交关系、国家利益及执法政策的分权判断。另一方面，绝大多数外国法律几乎不可能明确要求违法行为，导致难以构成与美国法的“真实冲突”。

2. 诉讼时效抗辩

根据《美国法典》第 18 编第 3282 条[11]，反垄断刑事犯罪的一般追诉时效为 5 年，为“持续性犯罪”，时效自共谋实质终止或特定被告有效退出共谋之日起算。实践中，辩护律师通常需要梳理通信记录、内部文件、价格政策变化等材料，证明当事人在起诉之日前 5 年内已以客观行为（如公开宣布退出、恢复独立定价、拒绝参与后续协调）切断与共谋的联系，并据此申请驳回起诉或限缩指控范围。

3. 起诉书含糊

根据《联邦刑事诉讼规则》第 7(c)(1）条对起诉书应载明“构成被控罪行之基本事实”的要求，以及美国宪法第六修正案告知条款所确立的原则，若起诉书仅概括援引法条文字、未能具体指明共谋的时间、地点、参与主体及核心手段，被告通常可据此申请驳回起诉，或要求 DOJ 提交罪状明细书以补充事实细节，并据此排除超出时效范围的历史指控。

4. 非法证据排除

辩护律师应当审查 DOJ 在电子取证、跨境数据调取、突击搜查等环节是否存在程序瑕疵，并依据美国宪法第四修正案及“毒树之果”原则申请排除相关非法证据。

（二）实体性辩护

在程序性抗辩之外，实体层面的争议通常围绕共谋、合意及主观故意展开：从事实层面挑战 DOJ 关于“合意”的证明不足、主张被告缺乏明知且故意参与共谋的主观要件、或者主张 per se 原则不应适用，案件应转入合理原则分析。然而，除非具备类似上述 Brewbaker 案中的具有明确纵向关系嵌套的特殊事实情形，否则主张 per se 原则不适用存在难度。

四、 不到案或不应诉的程序后果

面对美国刑事追诉，部分企业或高管可能选择不到案、不回应传票或暂缓参与程序。

对个人而言，大陪审团签发起诉书后，若涉案高管不到案，其可能被美国法院视为“在逃犯”（Fugitive）。根据“在逃犯权利剥夺原则”（Fugitive Disentitlement Doctrine）[12]，法院有权拒绝审理其提出的实体或程序性动议。DOJ 还可协调联邦调查局以美国国家中央局名义向国际刑警组织申请发布红色通报，从而增加涉案高管在相关法域被采取拘留或引渡措施的风险。

对企业而言，不到案或拒绝应诉亦不会阻止案件推进。法院可能裁定企业构成藐视法庭罪，并按日计收持续累积的罚金；DOJ 亦可协调其司法协助网络，对企业在境外的资产、应收账款

及金融账户申请查封与执行。

结语：程序应对与合规前置

美国反垄断刑事执法的强化，使中国出海企业有必要将刑事程序风险纳入反垄断合规和争议应对框架。企业一旦发现疑似卡特尔风险，通常需要同步判断调查阶段、宽大处理窗口及高管和员工个人的风险暴露等问题，并据此制定诉前和诉中应对方案。对企业日常合规而言，反垄断培训、销售沟通留痕、经销商及投标场景审查、突发调查应对预案等管理要求，不宜仅停留于一般性合规文本，而应被纳入跨境经营风控的核心机制之中。

---

1 U.S. Department of Justice, Justice Manual § 7-3.430 (Corporate Resolutions — Individual Accountability).

2 U.S. Department of Justice, Office of Public Affairs, Justice Department's Antitrust Division Announces Whistleblower Rewards Program (July 8, 2025); Memorandum of Understanding Regarding the Whistleblower Rewards Program and Procedures, at 3-4 (citing 39 U.S.C. §§ 2601, 404(a)(7)).

3 U.S. Department of Justice, Antitrust Division, announcement of first payment under the Whistleblower Rewards Program (Jan. 29, 2026).

4 Fed. R. Crim. P. 6(d) (persons who may be present while the grand jury is in session).

5 18 U.S.C. §§ 6002-6003 (use immunity for witnesses before grand juries).

6 18 U.S.C. § 1623 (false declarations before grand jury); 18 U.S.C. § 1001 (false statements to federal officials).

7 Brady v. Maryland, 373 U.S. 83 (1963); Giglio v. United States, 405 U.S. 150 (1972).

8 United States v. Brewbaker, 87 F.4th 563 (4th Cir. 2023), cert. denied, 145 S. Ct. 359 (U.S. Nov. 12, 2024).

9 U.S. Sentencing Guidelines Manual §§ 2R1.1(d)(1), 8C2.6 (U.S. Sentencing Commission).

10 Hartford Fire Insurance Co. v. California, 509 U.S. 764 (1993); F. Hoffmann-La Roche Ltd. v. Empagran S.A., 542 U.S. 155 (2004).

11 18 U.S.C. § 3282; Fed. R. Crim. P. 7(c)(1); Russell v. United States, 369 U.S. 749 (1962).

12 Molinaro v. New Jersey, 396 U.S. 365 (1970); Ortega-Rodriguez v. United States, 507 U.S. 234 (1993).

中国法院永久终止独立保函付款的法律原则：中国法和最高法院案例回顾（上篇）

金赛波 *

0. 总则：最高法院的明确立场：中国法院不能随意滥发针对独立保函的止付令

0.1 最高法院反对滥发针对独立保函的止付令（临时的中止付款裁定和永久的终止付款判决）

最高法院在独立保函司法解释通过并生效之后，负责起草该司法解释的张勇健庭长和沈红雨法官（均为当时的职位）在《正确理解和适用独立保函司法解释》一文中[1]，说明中国法院在针对独立保函的临时止付令的滥发问题时明确强调：

“…司法实践中随意止付独立保函的情况较为严重，已给我国金融机构开立的独立保函在各国之间的流通造成了影响，因此，严格规范独立保函的临时止付程序，是《规定》的重中之重。首先，《规定》第13条和第16条明确止付裁定的性质为行为保全，但相较于我国民事诉讼法规定的一般行为保全，又有自身的特殊性，兼具程序审查和实体审查的特点。除了要符合民事诉讼法关于采取保全措施的条件外，人民法院必须初步审查实体上是否存在止付事由，因此第16条规定，人民法院出具止付裁定必须包括初步查明的事实和是否准许止付申请的理由。”

“…其次，《规定》第 14 条从程序上对止付裁定设置了极为严格的条件。…司法解释对止付程序和条件的严格规范，既遏制受益人滥用权利，又避免止付程序被滥用，有力保障了独立保函的交易安全，保护了当事人的合法权益和正当预期，维护了程序公正和实体公正的统一。”

0.2 中国法院要在独立保函的独立性和欺诈例外及欺诈例外之例外之间保持精准平衡

司法实务中比较难的部分是法院在对独立保函纠纷案件作出判决的时候，要在独立保函法律制度的诸基本原则例如独立性原则、单据交易原则和表面严格相符原则之间与阻止独立保函的受益人滥用索赔权或甚至进行欺诈之间维持平衡，即要保持独立保函作为商业和金融工具的生命活力的同时，又不让利用独立保函进行欺诈或滥用索赔权的人得逞，同时又鼓励更多的善意第三人参与独立保函的交易时能得到适宜的保护。因此独立保函司法解释在第三条和第五条和第六条和第九条第十二条以及第十三条加上第二十条之间保持微妙的平衡。我独立保函法律的讲座中时常说独立保函司法解释第一条到第十条的制度安排是“纸变金”的游戏规则，而第十一条到第二十条的制度安排则是“金变纸”的游戏规则。[2]

0.3 本文的分析和结论也适用于备用信用证

最高人民法院商事法庭关于“澳新银行马尼拉分行诉江苏银行案”的一审终审判决和再审审查裁定作出之后，基于 ISP98 开立的备用信用证，因其“备而不用”的担保功能的性质与独立保函相似，因此判定该案的备用信用证的欺诈和止付问题最终适用最高人民法院制定和颁布的《关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》[3]。因此本文的分析和结论也适用于备用信用证。

1. 法律原则之一：备用信用证（独立保函）止付令诉讼（临时的和永久的止付令）的被告即备用信用证（独立保函）的受益人在备用信用证（独立保函）下的索赔存在恶意欺诈

1.1 独立保函司法解释的规定

独立保函司法解释第二十条规定："人民法院经审理独立保函欺诈纠纷案件，能够排除合理怀疑地认定构成独立保函欺诈，并且不存在本规定第十四条第三款情形的，应当判决开立人终止支付独立保函项下被请求的款项。"

司法解释第十二条规定："具有下列情形之一的，人民法院应当认定构成独立保函欺诈：（一）受益人与保函申请人或其他人串通，虚构基础交易的；（二）受益人提交的第三方单据系伪造或内容虚假的；（三）法院判决或仲裁裁决认定基础交易债务人没有付款或赔偿责任的；（四）受益人确认基础交易债务已得到完全履行或者确认独立保函载明的付款到期事件并未发生的；（五）受益人明知其没有付款请求权仍滥用该权利的其他情形。"

第十四条规定："人民法院裁定中止支付独立保函项下的款项，必须同时具备下列条件：（一）止付申请人提交的证据材料证明本规定第十二条情形的存在具有高度可能性；（二）情况紧急，不立即采取止付措施，将给止付申请人的合法权益造成难以弥补的损害；（三）止付申请人提供了足以弥补被申请人因止付可能遭受损失的担保。止付申请人以受益人在基础交易中违约为由请求止付的，人民法院不予支持。开立人在依指示开立的独立保函项下已经善意付款的，对保障该开立人追偿权的独立保函，人民法院不得裁定止付。"

备用信用证（独立保函）下受益人的索赔具有欺诈或滥用索赔权的故意和恶意是止付的前提条件。基础合同下的一般争议和纠纷不属于欺诈和滥用。并且在存在善意第三人时要绝对禁止裁定和判决止付。

1.2 最高法院权威判例：独立保函（备用信用证）下受益人的索赔必须属于"恶意欺诈"或"欺诈的故意"或恶意滥用独立保函索赔权才能止付（临时的和永久）

1.2.1 最高法院"澳新银行案"：备用信用证欺诈必须举证证明受益人索赔时的欺诈的"主观恶意"或"故意"

在最高法院商事法庭最新最权威的备用信用证案例"澳新银行诉江苏银行备用信用证案"中[4]，最高人民法院人民法院对独立保函司法解释中规定的欺诈的故意作出了如下详细的解释：

"（二）澳新银行马尼拉分行是否存在《独立保函规定》第十二条第五项规定的欺诈情形

《独立保函规定》第十二条第五项规定："受益人明知其没有付款请求权仍滥用该权利的，人民法院应当认定构成独立保函欺诈"。根据该条款，如果受益人的付款请求是在明知没有付款请求权的情况下提出，则属于滥用付款请求权，构成欺诈。本院认为，尽管严格来说，滥用付款请求权的欺诈情形下，对受益人主观恶意之判断时点也应限于提出索赔时，但实践中确实存在受益人主观知情状态发生变化的情形。如其索赔时善意相信自身有付款请求权，但其后知晓付款请求权已丧失的事实却坚持不撤回索赔请求的，可以认定构成欺诈，因为此时其已不具有应予保护的法益。然而，本案的情况是，江苏银行本应依据澳新银行马尼拉分行的索赔在《反担保备用信用证》项下支付 22979687.50 美元，但其仅支付了 7313543.30 美元，在法院止付令于 2019 年 5 月底解除后，江苏银行即负有继续付款的义务，澳新银行马尼拉分行对江苏银

行的付款请求权并未消灭。康松吉公司与澳新银行马尼拉分行于 2017 年 5 月 11 日签订《和解协议》，并于 2017 年 9 月 13 日出具《放弃函/证明书》承诺撤销《备用信用证》项下的索赔以及承认《备用信用证》已经过期、不再有效的行为，对澳新银行马尼拉分行在《反担保备用信用证》项下的付款请求权亦不产生影响。因为《和解协议》解决的是《备用信用证》而非《反担保备用信用证》的索赔问题，且《和解协议》约定的是澳新银行马尼拉分行应向康松吉公司支付 600 万美元后，再将案涉《备用信用证》及中技公司《备用信用证》两份备用信用证项下的索赔函加盖“取消”章退还康松吉公司，康松吉公司在收到 600 万美元后，才无条件且不可撤销地解除两份备用信用证项下对澳新银行马尼拉分行的索赔、主张、责任和诉讼。即康松吉公司承诺放弃向澳新银行马尼拉分行索赔是以澳新银行马尼拉分行支付 600 万美元的对价为前提，实质是索赔额降低至 600 万美元、撤销其余未获偿付部分的索赔，澳新银行马尼拉分行已经实际支付的 600 万美元实质并不属于撤销索赔的范围。由于《反担保备用信用证》独立于《备用信用证》，江苏银行在《反担保备用信用证》项下的付款义务并不因《备用信用证》的偿付安排而消灭。”

在该案中最高法院要求原告要举证证明受益人在备用信用证索赔时的欺诈的“主观恶意”或欺诈的故意。

1.2.2 最高法院在其二审和再审的“洛阳航建案”二审判决和再审裁定中明确“欺诈例外”的事实认定标准

在该案中最高法院强调[5]：

“其中与本案相关的第十二条第五项为明显滥用付款请求权的概括性兜底条款，即受益人明知其没有付款请求权，却故意隐瞒事实，仍出具并提交表面与保函条款相符的单据如付款请求书和违约声明，诱使开立人错误付款，故该种滥用付款请求权的行为属于保函欺诈。.....而本案中，UBAF 未收到韩国现代的相符索赔的情况下，一方面对韩国现代以不符点拒付《预付款保函》，另一方面又同时隐瞒事实，违反商业银行诚信，虚假提交表面与《反担保预付款保函》规定相符的索赔，该行为符合《独立保函若干问题规定》第十二条第五项规定的‘受益人明知其没有付款请求权仍滥用该权利’的情形，属于独立保函欺诈行为，原审对此认定有事实和法律依据。.....而本案情况为，UBAF 自身即存在欺诈行为，不构成‘善意付款’。本院认为，由于反担保保函中的开立人兼具‘受益人’的权利，故其有权向反担保人请求付款。该权利为追偿权，需要符合两个要件：即受益人有权依据独立保函向开立人索赔和开立人有权向反担保人追偿索赔。与此相对应，反担保保函欺诈也应存在两种情形：一是开立人明知受益人欺诈仍向受益人付款，并转而依据反担保保函向反担保人请求付款，该情形即为‘双重欺诈’；二是开立人并不以受益人欺诈为前提，而是基于其自身为反担保保函‘受益人’身份，独立向反担保人欺诈索赔，该情形应适用独立保函欺诈的一般规定，并不以‘双重欺诈’为要件。实践中，反担保保函欺诈多见于第一种情形，但本案 UBAF 的索赔属于第二种情形。”

1.2.3 最高法院在其二审判决“长江岩土公司诉建行案”中明确“滥用独立保函索赔权”的事实认定标准

最高法院在该判决中明确[6]：

“在长江岩土公司诉中博公司、建行温岭支行普通破产债权确认纠纷一案中，浙江省台州市中级人民法院作出 1355 号判决认定，涉案工程系因利比亚国内战争导致无法继续履行，属

不可抗力导致的合同履行不能，中博公司不存在违约行为。中博公司已完成工程量不低于26.695亿元，对长江岩土公司没有偿还预付款的义务。在1355号判决已对涉案工程量作出认定的基础上，原判决未依据施工合同和承包合同对涉案工程量进行认定，并无不当。长江岩土公司申请再审关于涉案工程量认定错误、中博公司存在违约事实的主张与1355号判决认定的事实相悖。原判决基于生效判决认定的事实，未支持长江岩土公司的付款请求权，符合《独立保函司法解释 》第十二条第三项关于‘法院判决或仲裁裁决认定基础交易债务人没有付款或赔偿责任的’以及第五项关于‘受益人明知其没有付款请求权仍滥用该权利的其他情形’的规定。”

2. 法律原则之二：不存在备用信用证（独立保函）交易中的善意第三人

2.1 独立保函司法解释的规定

根据《独立保函司法解释》第十四条第三款强调在如存在善意第三人的情形下，中国法院连临时止付令的裁定都不能颁发，该款规定：“开立人在依指示开立的独立保函项下已经善意付款的，对保障该开立人追偿权的独立保函，人民法院不得裁定止付。”在该条明确如果独立保函的“开立人已经善意付款的”，就不能裁定止付。同时独立保函司法解释在第二十条7再次强调的法院判决终止独立保函付款时，必须确保没有善意第三人的存在才能判决终止付款。该条规定：“人民法院经审理独立保函欺诈纠纷案件，能够排除合理怀疑地认定构成独立保函欺诈，并且不存在本规定第十四条第三款情形的，应当判决开立人终止支付独立保函项下被请求的款项。”一旦独立保函（备用信用证）的交易中存在善意第三人，即使经过对基础合同的有限审查后发现有欺诈，也不能中止或终止独立保函（备用信用证）的付款。

2.2 最高法院权威判例

2.2.1 最高法院在“卡玛朗加案”的二审判决意见和再审裁定意见

最高法院在司法解释颁布后的一系列权威案例中对此重要原则做了进一步的明确的阐述，例如在最高法院二审和再审的“卡玛朗加案”中判决[8]：

“山东电建在再审申请期间提交了仲裁庭对于案涉基础合同作出的《裁决书》以及能源公司的母公司《声明》的复印件，拟证明能源公司明知其没有付款请求权仍滥用该权利。根据《独立保函若干问题的规定》）第十二条规定的情形，基础合同的违约行为并不必然构成独立保函项下的欺诈性索款。因此，上述证据不足以认定能源公司要求兑付保函是滥用该权利恶意索兑，亦不足以推翻原判决。

2.2.2 最高法院在“俄罗斯建行再审案”中判决意见

最高人民法院在“俄罗斯建行再审案”中再次明确[9]：

“1，对《独立保函规定》第十四条第三款规定的“善意付款”的理解。
《独立保函规定》第十四条第三款规定：‘开立人在依指示开立的独立保函项下已经善意付款的，对保障该开立人追偿权的独立保函，人民法院不得裁定止付’。第二十条规定：‘人民法院经审理独立保函欺诈纠纷案件，能够排除合理怀疑地认定构成独立保函欺诈，并且不存在本规定第十四条第三款情形的，应当判决开立人终止支付独立保函项下被请求的款项’。本院认

为，在转开保函情形下，同时存在保函和反担保保函，《独立保函规定》第十四条第三款规定的“善意付款”，是受益人在保函项下的索赔有欺诈或欺诈的高度可能性，为了保护善意付款的保函开立人之合法权益，并在保函申请人、保函受益人、保函开立人及反担保保函开立人之间进行利益平衡而作出的规定。一方面，在决定是否作出临时止付令阶段，根据当事人的申请，在面临受益人在保函项下的索赔是否有欺诈的高度可能性时，只要没有证据表明保函开立人高度可能参与了保函受益人的欺诈行为，也没有证据表明保函开立人高度可能知晓保函受益人欺诈的事实而仍对保函受益人付款的，则对保函开立人的善意付款应予以保护，不得以保函受益人存在欺诈为由对保障保函开立人追偿权的反担保保函止付。另一方面，在已经排除合理怀疑，认定保函项下受益人构成欺诈而决定是否终止支付反担保保函项下款项时，只要没有证据表明保函开立人自身在反担保保函项下的索赔存在欺诈行为，没有证据表明保函开立人参与了保函受益人的欺诈行为，也没有证据表明保函开立人知晓保函受益人欺诈的事实而仍对保函受益人付款的，则对保函开立人的善意付款应予以保护，反担保保函项下的款项不应被止付。

2. 建信银行埃森特佩分行对拉森公司的付款行为与《独立保函规定》第十四条第三款规定的情形不同

本案中，一审法院在决定签发临时止付令之时，由于建信银行埃森特佩分行尚未对受益人拉森公司付款，因此无需考察《独立保函规定》第十四条第三款规定的是否善意付款的问题。而考虑最终是否终止支付两份反担保保函时，由于拉森公司于 2016 年 4 月 15 日向建信银行埃森特佩分行的索赔不构成欺诈，建信银行埃森特佩分行于 2016 年 4 月 19 日向建行辽宁省分行的索赔也不构成欺诈，则不满足《独立保函规定》第二十条规定的“能够排除合理怀疑地认定构成独立保函欺诈”之条件，而无需考虑本条的另一构成要件“并且不存在本规定第十四条第三款情形”。因此，沈阳远大以建信银行埃森特佩分行的付款行为不构成《独立保函规定》第十四条第三款认定的“善意付款”为由，主张应对建信银行埃森特佩分行在反担保保函项下的索赔予以止付，理由不能成立，本院不予支持。”

2.2.3 最高人民法院再审的“喜马拉雅案”再审裁定中的意见

在最高人民法院再审的“喜马拉雅案”中最高法院明确[10]：

“本案中，中铁十五局主张喜马拉雅银行、加德满都银行构成保函欺诈，应当举证证明喜马拉雅银行、加德满都银行明知马兰奇委员会存在独立保函欺诈情形，仍然违反诚信原则予以付款，并进而以受益人身份在见索即付独立反担保函项下提出索款请求。根据原审查明的事实，本案一方面没有证据证明喜马拉雅银行、加德满都银行在 2012 年向建行河南分行提出反担保保函索赔时明知马兰奇委员会的索赔系欺诈性索赔；另一方面尼泊尔国家银行已于 2015 年从喜马拉雅银行、加德满都银行账户中划扣了独立保函项下相应款项，喜马拉雅银行、加德满都银行的被动付款行为构成善意付款。根据《独立保函规定》第十四条第三款规定：‘开立人在依指示开立的独立保函项下已经善意付款的，对保障该开立人追偿权的独立保函，人民法院不得裁定止付。’原审判决据此认定中铁十五局主张喜马拉雅银行、加德满都银行对建行河南分行出具的反担保保函索赔构成欺诈的证据不足，认定事实和适用法律亦无不当。中铁十五局关于喜马拉雅银行、加德满都银行构成保函欺诈的再审申请理由不能成立。”

3. 法律原则之三：一审原告不存在其他可能的司法救济，如果不终止备用信用证（独立保函）的付款将使原告面临“不可挽回的损失”

3.1 独立保函司法解释的规定

独立保函司法解释第十四条规定“ 人民法院裁定中止支付独立保函项下的款项，必须同时具备下列条件：（一）止付申请人提交的证据材料证明本规定第十二条情形的存在具有高度可能性；（二）情况紧急，不立即采取止付措施，将给止付申请人的合法权益造成难以弥补的损害；（三）止付申请人提供了足以弥补被申请人因止付可能遭受损失的担保。

止付申请人以受益人在基础交易中违约为由请求止付的，人民法院不予支持。”

该条司法解释虽然是针对法院颁发临时止付裁定的独立保函中止支付的前提条件，但是在程序上和实体上，如果请求人民法院判决永久终止独立保函下的付款的话，除了必须满足第二十条设定的三个条件之外（第一，构成独立保函欺诈；第二，不存在善意第三人；第三，满足“能够排除合理怀疑地”的举证责任和举证标准）[11]，还需要满足第十四条设定的另外一个关键条件，即“（二）情况紧急，不立即采取止付措施，将给止付申请人的合法权益造成难以弥补的损害”，如果原告在基础合同或者独立保函下已经获得了足够有效的司法救济例如金钱赔偿（damage remedy），则在此情形下将不被视为存在“情况紧急”，以及如果不提供止付令救济的话将导致一审原告的“合法权益”面临“难以弥补的损害”。

司法解释第二十条虽然没有列明这个条件，但是因为来源于英美普通法制度的传统的“禁令（injunction）救济”属于“衡平法”上的救济，一般是在金钱补偿救济不能补偿的情形才提供的对人救济（remdedy in personam），因此在法院颁发禁令救济的前提条件要比一般的金钱救济的法律要求和举证要求要严格很多，通常英美普通法上要求给与禁令救济的四个测试条件之一就是所谓的“利弊比较（balance of interest）”。而且在信用证和独立保函领域法院提供的禁令救济的目的主要是为了要防止信用证或独立保函下的金钱不被转移出该法院的司法辖区、从而导致将来法院的终止付款的判决最终得不到执行从而最终损害法院的权威。因此尽管独立保函司法解释第二十条没有再次列明，但是在司法解释的制度设计的第十三条已经包含在内了。[12]

4. 法律原则之四：备用信用证（独立保函）必须遵循：“先付款，后争议”的原则

4.1 独立保函司法解释的规定

最高人民法院张勇健\沈红雨《〈关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定〉的理解和适用》一文中陈述了指定本司法解释的本意是：

“第三类是保函申请人等起诉要求法院中止或终止开立人支付独立保函项下款项的纠纷，主要涉及止付令的性质、对独立保函独立性原则及例外情形的认定、欺诈的认定标准等问题。…如何确定独立性原则的例外，平衡独立保函交易各方当事人利益，是《规定》制定的难点。一方面要切实尊重独立保函作为现金保证替代品的信用流通功能，维护当事人“先付款、后争议”的合同安排；另一方面又要防范和抑制受益人欺诈和滥用权利的情形。…”[13]

4.2 最高法院权威判例

根据最高院公布的第 109 号指导案例“安徽外经案”[14]、“卡玛朗加案”[15]，基础合同下受益人的违约，不能当然构成受益人在独立保函下的欺诈。

4.2.1 最高法院在“安徽外经案”再审判决中的立场

最高法院认为，即使基础合同仲裁裁决受益人违约在先，受益人仍有权在独立保函下提出索赔。判决引文如下[16]：

独立保函独立于委托人和受益人之间的基础交易，出具独立保函的银行只负责审查受益人提交的单据是否符合保函条款的规定并有权自行决定是否付款，担保行的付款义务不受委托人与受益人之间基础交易项下抗辩权的影响。东方置业公司作为受益人，在提交证明存在工程质量问题的初步证据时，即使未启动任何诸如诉讼或者仲裁等争议解决程序并经上述程序确认相对方违约，都不影响其保函权利的实现。即使基础合同存在正在进行的诉讼或者仲裁程序，只要相关争议解决程序尚未做出基础交易债务人没有付款或者赔偿责任的最终认定，亦不影响受益人保函权利的实现。进而言之，即使生效判决或者仲裁裁决认定受益人构成基础合同项下的违约，该违约事实的存在亦不必然成为构成保函“欺诈”的充分必要条件。（着重号为上诉人所加）

4.2.2 最高人民法院在“卡玛朗加案”案中判决立场

该案判决引述如下[17]：

山东电建在再审申请期间提交了仲裁庭对于案涉基础合同作出的《裁决书》以及能源公司的母公司《声明》的复印件，拟证明能源公司明知其没有付款请求权仍滥用该权利。根据《独立保函若干问题的规定》）第十二条规定的情形，基础合同的违约行为并不必然构成独立保函项下的欺诈性索款。因此，上述证据不足以认定能源公司要求兑付保函是滥用该权利恶意索兑，亦不足以推翻原判决。（着重号为笔者所加。）

4.2.3 最高人民法院作出的“中国水利水电第四工程局有限公司诉中工国际工程股份有限公司信用证欺诈纠纷”再审案

在该最高法院[18]再审的案例中，最高法院再次明确前引“安徽外经案”的明确立场：

“...四、受益人是否具有基础合同项下的违约行为并不必然影响其行使保函索赔权本院2017年12月14日就再审申请人东方置业房地产有限公司与被申请人安徽省外经建设(集团)有限公司、原审第三人哥斯达黎加银行、中国建设银行股份有限公司安徽省分行保函欺诈纠纷一案作出的（2017）最高法民再134号民事判决确立的原则是，受益人在基础合同项下的违约情形，并不必然影响其按照独立保函的规定提交单据并进行索款的权利。独立保函开立后，应视为保函申请人放弃了在基础关系项下对保函受益人违约的抗辩。因此，本案基础合同项下是否有违约事实及其因果关系，并不影响中工国际行使保函权利。中水四局关于中工国际自身在基础合同履行中存在的违约情形、与其索兑案涉保函所依据的事实存在逻辑上的因果关系、中工国际以该事由进行索赔构成独立保函项下的欺诈索赔的主张不能成立，本院不予支持。”（着重号为笔者所加）

* 金赛波，毕业于对外经济贸易大学法学院，相继获该院法律硕士学位以及该院国际法学博士学位。信用证纠纷案件处理专家，曾受邀参与最高院司法解释《关于审理信用证纠纷案件若干问题的规定》起草和修订项目。金赛波律师也是银行保函纠纷处理方面的专家，曾受邀参与司法解释《关于审理见索即付独立保函纠纷案件若干问题的规定》起草和修订。2023 年 8 月起被指定为国际商会（ICC）银行委员会（Banking Commission, BC）技术顾问（Technical Adviser, TA）小组成员，之前是见索即付保函工作组（Task force of Demand Guarantee）成员，也是 ICC 的 DOCDEX 信用证和独立保函纠纷裁决专家。美国国际银行法律与实务研究所（IIBLP）东亚委员会副主任，该所《备用信用证惯例（ISP98）》修改委员会委员成员，该所电子出版物《跟单信用证世界》（DCW）编辑委员会委员。ICC China 信用证和独立保函两个专家小组成员。金赛波律师办理了大量有关信用证和独立保函、大宗货物买卖包括钢铁、氧化铜、氧化铝、棕榈油、船舶买卖相关纠纷的诉讼和仲裁案件。连续两届获选为中华全国律师协会“金融证券专门委员会”副主任委员，中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员，北京国际仲裁院的仲裁员以及其他诸多仲裁机构仲裁员。曾获聘最高人民检察院民事行政监督案件专家委员会专家。曾受邀就《民法典》担保法部分司法解释的起草和修订提出意见和建议。是联合国贸易法发展委员会《动产担保交易示范法》和《破产法示范法》两个项目的第六工作小组和第五工作小组中国代表团成员。罗马国际私法协会（UNIDROIT）《保理示范法》（MLF）起草工作小组观察员。国际保理协会（FCI）法律委员会（LC）的委员。商务部服务贸易研究院商业保理委员会学术委员会委员。本文英文译本经过金典及金赛波律师团队顾浩然律师审阅修订。

1 《<关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定>的理解和适用》，最高人民法院张勇健\沈红雨.资料来源：《人民司法（应用）》，2017 年第 1 期。该文章链接：https://www.faxin.cn/lib/flwx/FlqkContent.aspx?gid=F497876 张勇健庭长为当时最高人民法院的职务，目前为新加坡国际商事法院的法官。沈红雨当时的职位，目前为最高人民法院民四庭庭长。

2 关于独立保函接近手中的现金的英国普通法上的表述见金赛波、李健《信用证法律》第 115 页。法律出版社 2003 年 3 月第一版。关于“欺诈使一切无效”的法律原则的详尽论述见前引书第 208 页。

3 最高人民法院司法解释《关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》（法释〔2016〕24 号），已于 2016 年 7 月 11 日由最高人民法院审判委员会第 1688 次会议通过，现予公布，自 2016 年 12 月 1 日起施行。2016 年 11 月 18 日最高法院网站发布。链接：http://gongbao.court.gov.cn/Details/c18a4f45c4e9721e6b9151495bb325.html， 有关该案例的详细点评见本人中英文 Newsletter 第 26 期，电子书链接：https://jinsaibo.yunzhan365.com/books/fgzw/mobile/index.html

4 最高人民法院“中国电力工程有限公司、澳大利亚和新西兰银行集团有限公司马尼拉分行等信用证欺诈纠纷案”民事一审民事判决书（2023 年 8 月 24 日）【备用信用证定性和法律适用及欺诈和止付】。审判长沈红雨，审判员奚向阳，审判员孙祥壮，审判员余晓汉，审判员郭载宇。

5 2021 年 2 月 1 日最高人民法院作出（2020)最高法民申 6923 号阿拉伯及法兰西联合银行（香港）有限公司、凯迈（洛阳）航空防护装备有限公司信用证欺诈纠纷再审审查与审判监督民事裁定书，合议庭：王朝辉、贾劲松、张代恩。2020 年 5 月 6 日 最高人民法院作出(2018)最高法民终 1216 号阿拉伯及法兰西联合银行（香港）有限公司、凯迈（洛阳）航空防护装备有限公司信用证欺诈纠纷二审民事判决书，合议庭：马东旭、

郭载宇、陈宏宇。

6 2020 年 8 月 7 日最高人民法院作出的(2020)最高法民申 2578 号长江岩土工程总公司、中国建设银行股份有限公司温岭支行信用证纠纷再审审查与审判监督民事裁定书。合议庭：孙祥壮、郭忠红、王朝辉。2019 年 6 月 28 日 最高人民法院作出的(2019)最高法民终 302 号长江岩土工程总公司、中国建设银行股份有限公司温岭支行信用证纠纷再审审查与审判监督民事裁定书。合议庭：王淑梅、马东旭、郭载宇。

7 《独立保函司法解释》第十四条第三款：开立人在依指示开立的独立保函项下已经善意付款的，对保障该开立人追偿权的独立保函，人民法院不得裁定止付。

8 2020 年 4 月 7 日，最高人民法院作出的 (2019)最高法民终 513 号“印度ＧＭＲ卡玛朗加能源公司、印度国家银行班加罗尔分行涉外保函欺诈纠纷二审民事判决书”，审判长马东旭、审判员李桂顺、郭载宇。2020 年 12 月 29 日，最高人民法院作出的 (2020)最高法民申 6776 号“中国电建集团山东电力建设有限公司、印度ＧＭＲ卡玛朗加能源公司信用证欺诈纠纷再审审查与审判监督民事裁定书”，审判长郭忠红、审判员孙祥壮、王朝辉。

9 2020 年 8 月 26 日最高人民法院作出的(2020)最高法民再 265 号“建设信贷银行股份公司埃森特佩企业银行业务中心分行、沈阳远大铝业工程有限公司信用证欺诈纠纷再审民事判决书”，合议庭：马东旭、李桂顺、郭载宇。

10 2023 年 12 月 1 日，最高人民法院，案号：(2023)最高法民申 1393 号，中铁十五局集团有限公司）与中国建设银行股份有限公司河南省分行、喜马拉雅银行有限公司、加德满都银行有限公司、马兰奇供水发展委员会独立保函欺诈欺诈纠纷再审民事裁定书，合议庭：马东旭、陈宏宇、沈佳。

11 第二十条　人民法院经审理独立保函欺诈纠纷案件，能够排除合理怀疑地认定构成独立保函欺诈，并且不存在本规定第十四条第三款情形的，应当判决开立人终止支付独立保函项下被请求的款项。

12 有关英美法上禁令救济的四个测试的详细论述见金赛波、李健著作《信用证法律》，法律出版社 2003 年 3 月第一版。见该书第八章《信用证的欺诈和禁令问题》见第 488 页开始。第 7 节“关于信用证欺诈的程度和认定以及因欺诈而给与禁令救济时的‘安全测试’”，见第 574 页。以及第 11 节“英美法上给予信用证欺诈以禁令救济的普通法和衡平法原则”。见第 620 页。第 12 节“英美法上主张信用证欺诈而申请法院给予禁令救济的条件”，见第 632 页。特备是第 13 节“英美法院拒绝给与禁令的理由”见第 660 页。其中 13.1.3 分节下“申请人无法证明如果不给予禁令将会面临不可挽救的损失”或第 13.1.7 分节下所谓的“不可挽救的伤害”。有关英国法的相关案例请见杨良宜先生的书籍《信用证》，中国政法大学出版社，1998 年出版，见第 175-181 页，其中引用的信用证案件的先例。美国法上的规定见《美国商法典》（UCC）第五编第 109 条 b 款的规定，引述如下：5-109 (b) If an applicant claims that a required document is forged or materially fraudulent or that honor of the presentation would facilitate a material fraud by the beneficiary on the issuer or applicant, a court of competent jurisdiction may temporarily or permanently enjoin the issuer from honoring a presentation or grant similar relief against the issuer or other persons only if the court finds that:(1) the relief is not prohibited under the law applicable to an accepted draft or deferred obligation incurred by the issuer ;(2) a beneficiary , issuer , or nominated person who may be adversely affected is adequately protected against loss that it may suffer because the relief is granted;(3) all

of the conditions to entitle a person to the relief under the law of this State have been met; and(4) on the basis of the information submitted to the court, the applicant is more likely than not to succeed under its claim of forgery or material fraud and the person demanding honor does not qualify for protection under subsection (a)(1). （中文参考译本："申请人主张：单据伪造 / 实质性欺诈，或付款将助长受益人对开证行 / 申请人的实质性欺诈时，法院仅在同时满足以下 4 项，才可签发临时 / 永久止付令：（1）该救济不违反适用于已承兑汇票或开证行延期债务的法律；（2）可能受损害的受益人、开证行、指定行获得充分损失担保；（3）申请人已满足本州法律规定的全部禁令前置条件（如担保、管辖权）；（4）法院认为：申请人胜诉概率大于 50%，且付款请求方不属于善意受保护主体（§5-109(a)(1)）。）美国纽约州上最早的信用证止付案例例如：The Sztejn 先例。此后各州系列案件都强调这些 UCC 第五编中的成文法规定和法院先例。

13 《<关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定>的理解和适用》，最高人民法院张勇健\沈红雨.资料来源：《人民司法（应用）》，2017 年第 1 期。该文章链接：https://www.faxin.cn/lib/flwx/FlqkContent.aspx?gid=F497876 张勇健庭长为当时最高人民法院的职务，目前为新加坡国际商事法院的法官。沈红雨当时的职位，目前为最高人民法院民四庭庭长。

14 2017 年 12 月 14 日，最高人民法院作出的作出的(2017)最高法民再 134 号"东方置业房地产有限公司、安徽省外经建设（集团）有限公司保函欺诈纠纷再审民事判决书"。审判长陈纪忠、审判员杨弘磊、杨兴业。

15 2020 年 4 月 7 日，最高人民法院作出的 (2019)最高法民终 513 号"印度ＧＭＲ卡玛朗加能源公司、印度国家银行班加罗尔分行涉外保函欺诈纠纷二审民事判决书"，审判长马东旭、审判员李桂顺、郭载宇。

2020 年 12 月 29 日，最高人民法院作出的 (2020)最高法民申 6776 号"中国电建集团山东电力建设有限公司、印度ＧＭＲ卡玛朗加能源公司信用证欺诈纠纷再审审查与审判监督民事裁定书"，审判长郭忠红、审判员孙祥壮、王朝辉。

16 2017 年 12 月 14 日，最高人民法院作出的作出的(2017)最高法民再 134 号"东方置业房地产有限公司、安徽省外经建设（集团）有限公司保函欺诈纠纷再审民事判决书"。审判长陈纪忠、审判员杨弘磊、杨兴业。

17 2020 年 4 月 7 日，最高人民法院作出的 (2019)最高法民终 513 号"印度ＧＭＲ卡玛朗加能源公司、印度国家银行班加罗尔分行涉外保函欺诈纠纷二审民事判决书"，审判长马东旭、审判员李桂顺、郭载宇。2020 年 12 月 29 日，最高人民法院作出的 (2020)最高法民申 6776 号"中国电建集团山东电力建设有限公司、印度ＧＭＲ卡玛朗加能源公司信用证欺诈纠纷再审审查与审判监督民事裁定书"，审判长郭忠红、审判员孙祥壮、王朝辉。

18 2019 年 8 月 28 日最高人民法院作出的(2019)最高法民终 349 号"中国水利水电第四工程局有限公司、中工国际工程股份有限公司信用证欺诈纠纷二审民事判决书"，合议庭杨兴业、李桂顺、陈宏宇。

涉外用工视角下劳动争议典型纠纷剖析

李露、崔琪

一、 涉外用工关系的法律适用

根据《中华人民共和国劳动合同法》第二条：“中华人民共和国境内的企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织（以下称用人单位）与劳动者建立劳动关系，订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，适用本法”；以及《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第四十三条“劳动合同，适用劳动者工作地法律；难以确定劳动者工作地的，适用用人单位主营业地法律。劳务派遣，可以适用劳务派出地法律”。

由此推出，我国劳动法律适用于境内用人单位在境内的用工行为，包括境内用人单位雇佣外籍劳动者的应适用中国劳动法律。

需要注意的是，虽然存在《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第四十三条的规定，但对于境内用人单位雇佣员工在境外工作的情形，多数法院认为，根据《最高人民法院关于适用<中华人民共和国涉外民事关系法律适用法>若干问题的解释（一）》第八条的规定，涉及劳动者权益保护的相关规定系《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》项下强制性规定，应当直接适用我国劳动法律。

二、 认定为劳动关系的关键要素

按照我国目前的法律规定，外籍员工在我国境内合法就业的，除应具备（一）年满 18 周岁，身体健康；（二）具有从事其工作所必需的专业技能和相应的工作经历；（三）无犯罪记录；（四）有确定的聘用单位；（五）持有有效护照或能代替护照的其他国际旅行证件（以下简称代替护照的证件）条件外，还应当取得工作许可且在中国境内合法停留居留，或取得永久居留资格。

根据《外国人在中国就业管理规定》，具体应当办理如下文件：

义务人	证件名称	豁免情形
用人单位	就业许可 《中华人民共和国外国人就业许可证书》	（一）由我国政府直接出资聘请的外籍专业技术和管理人员，或由国家机关和事业单位出资聘请，具有本国或国际权威技术管理部门或行业协会确认的高级技术职称或特殊技能资格证书的外籍专业技术和管理人员，并持有外国专家局签发的《外国专家证》的外国人； （二）持有《外国人在中华人民共和国从事海上石油作业工作准证》从事海上石油作业、不需登陆、有特殊技能的外籍劳务人员； （三）经文化部批准持《临时营业演出许可证》进行营业性文艺演出的外国人

		或 （一）按照我国与外国政府间、国际组织间协议、协定，执行中外合作交流项目受聘来中国工作的外国人； （二）外国企业常驻中国代表机构中的首席代表、代表
外国人	Z 字签证	\
	《外国人就业证》（用人单位协助办理）	（一）由我国政府直接出资聘请的外籍专业技术和管理人员，或由国家机关和事业单位出资聘请，具有本国或国际权威技术管理部门或行业协会确认的高级技术职称或特殊技能资格证书的外籍专业技术和管理人员，并持有外国专家局签发的《外国专家证》的外国人； （二）持有《外国人在中华人民共和国从事海上石油作业工作准证》从事海上石油作业、不需登陆、有特殊技能的外籍劳务人员； （三）经文化部批准持《临时营业演出许可证》进行营业性文艺演出的外国人。
	外国人居留证件	\

因此，仅在外国人取得中国境内永居资格，或依法取得就业证件的前提下，才能够与境内用人单位建立劳动关系；同时，劳动合同的期限最长不得超过五年，期限超过五年的可能面临约定无效的风险。

三、 未取得就业许可或就业证时的关系认定

尽管法律明确规定外籍人员在我国从事工作应当办理上述所需证件，但实践中仍存在未按要求办理相关证件的现象。一些外籍人士未依法办理就业证和居留手续，有些外国人在一个单位办理了就业证，却在其他单位工作，有的持有旅游和留学签证的人在境内打工。但未取得合法就业资质、证件信息与用工主体不符、违规约定合同期限等情形，均会导致产生劳动关系不成立、合同无效，甚至可能遭到行政处罚等严重后果。

(2024）沪 0120 民初 2245 号案件中，劳动者未取得就业证即与用人单位签订了劳动合同，虽然劳动者与用人单位签订了《劳动合同》，但因劳动者未取得外国人就业证，劳动关系不成立，劳动者基于劳动关系主张工资的请求也未能被支持。

（2019） 川 0105 民初 15226 号案件中，劳动者持有的《外国专家来华工作许可证》载明的工作单位为教育中心，与其实际工作单位狄邦公司不一致，违反了《外国人在中国就业管理规定》第二十四条关于“外国人在中国就业的用人单位必须与其就业证所注明的单位相一致”的规定，进而导致劳动合同无效。

需注意的是，根据《中华人民共和国出境入境管理法》第八十条，外国人非法就业、用人单位非法聘用外国人的，将处以罚款、居留等处罚。因此，如公司未注意外籍员工的就业许可或就业证期限的，可能构成非法就业、非法聘用等违法情形。

四、 就业许可到期对劳动合同的影响

《外国人在中国就业管理规定》第十七、十八条规定，劳动合同的期限最长不超过五年，

劳动合同期满时，外国人就业证即行失效。如需续订，该用人单位应在原合同期满前 30 日内，向劳动行政部门提出延长聘用时间的申请，经批准并办理就业证延期手续。

基于上述规定可知，我国就外国人就业采取许可制度，若外国人未取得就业证件的，其与公司建立的法律关系不被认可为劳动关系。然而，在实践中，由于种种原因，可能会出现外国人就业证到期日与劳动合同到期日不一致的情况。此时，公司能否选择在劳动合同未到期，而就业证到期时，不为员工续延就业证，而是终止双方劳动关系，需要进一步了解司法实践口径。

(2022)沪 01 民终 1965 号案件中，法院认为，我国法律法规并未明确规定用人单位有强制为外国人续展外国人就业证的义务，因此双方之间的劳动关系期限受到就业证期限的限制，现员工的外国人就业证至 2021 年 4 月 2 日到期，则根据法律规定，双方的劳动合同的有效期限至 2021 年 4 月 2 日届满，因此公司终止劳动合同符合法律规定。

但在(2018）京 02 民终 1661 号案件中，劳动者与用人单位签订无固定期限劳动合同，此后以劳动者不属于国内急需紧缺的专业人员而未获批准外国人就业证为由，通知劳动者劳动关系终止。法院则认为：虽然双方在该劳动合同中关于合同期限的约定违反了《外国人在中国就业管理规定》中的相关规定，但因《外国人在中国就业管理规定》为国务院部门规章，故无固定期限劳动合同不因违反该规定而无效；此外，公司应为聘用的外国人办理外国人就业证及延期，公司未能提交证据证明“不属于国内急需紧缺的专业人员，而未获批准外国人就业证”这一终止劳动关系的理由存在，系公司原因导致劳动合同不能继续履行，故公司应当向劳动者支付赔偿金。

五、 外国劳动者能否主张经济补偿金、赔偿金

《外国人在中国就业管理规定》规定，外籍在华就业人员的最低工资标准、工作时间、休息休假、劳动安全、社会保险适用国家法定标准，但未明确经济补偿、赔偿金是否强制适用，各地裁判口径不一：

(2023）京 02 民终 2931 号案件中，法院认为用人单位应当向外国劳动者支付经济补偿。

(2022）沪 0105 民初 24122 号案件中，法院则认为，“《外国人在中国就业管理规定》第二十一条、第二十二条规定了外国人在中国就业工资不得低于当地最低工资标准，工作时间、休息休假、劳动安全卫生以及社会保险按国家有关规定执行。当事人在上述规定之外约定或履行的其他劳动权利义务，可按当事人之间的书面劳动合同、单项协议或其他协议以及实际履行内容予以确定，若在上述政策规定及双方书面约定以及实际履行内容之外，任何一方提出适用国家有关劳动标准和劳动待遇要求的，均缺乏依据。”因双方未在劳动合同中约定经济补偿相关事项，用人单位无须向劳动者经济补偿金。

六、 合规意见

定期核查外籍员工就业许可、就业证、居留证件等有效期限，避免出现违规用工进而遭受行政处罚的风险。

细化劳动合同解除条款。外籍员工在境内就业受限于其在境内合法居留的身份以及就业证的有效期限。因此，建议约定在劳动者及用人单位用工许可相关证件到期时，用人单位可主动解除劳动合同。

本期部分作者



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



易旸（大连）
+86 411 8442 6666-8005
yiyang@jtn.com



金赛波（北京）
+86 10 5706 8012
jinsaibo@jtn com



李露（成都）
+86 28 8324 7123
lilu@jtn com



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



罗雅青（深圳）
+86 755 2223 5518
luoyaqing@jtn com



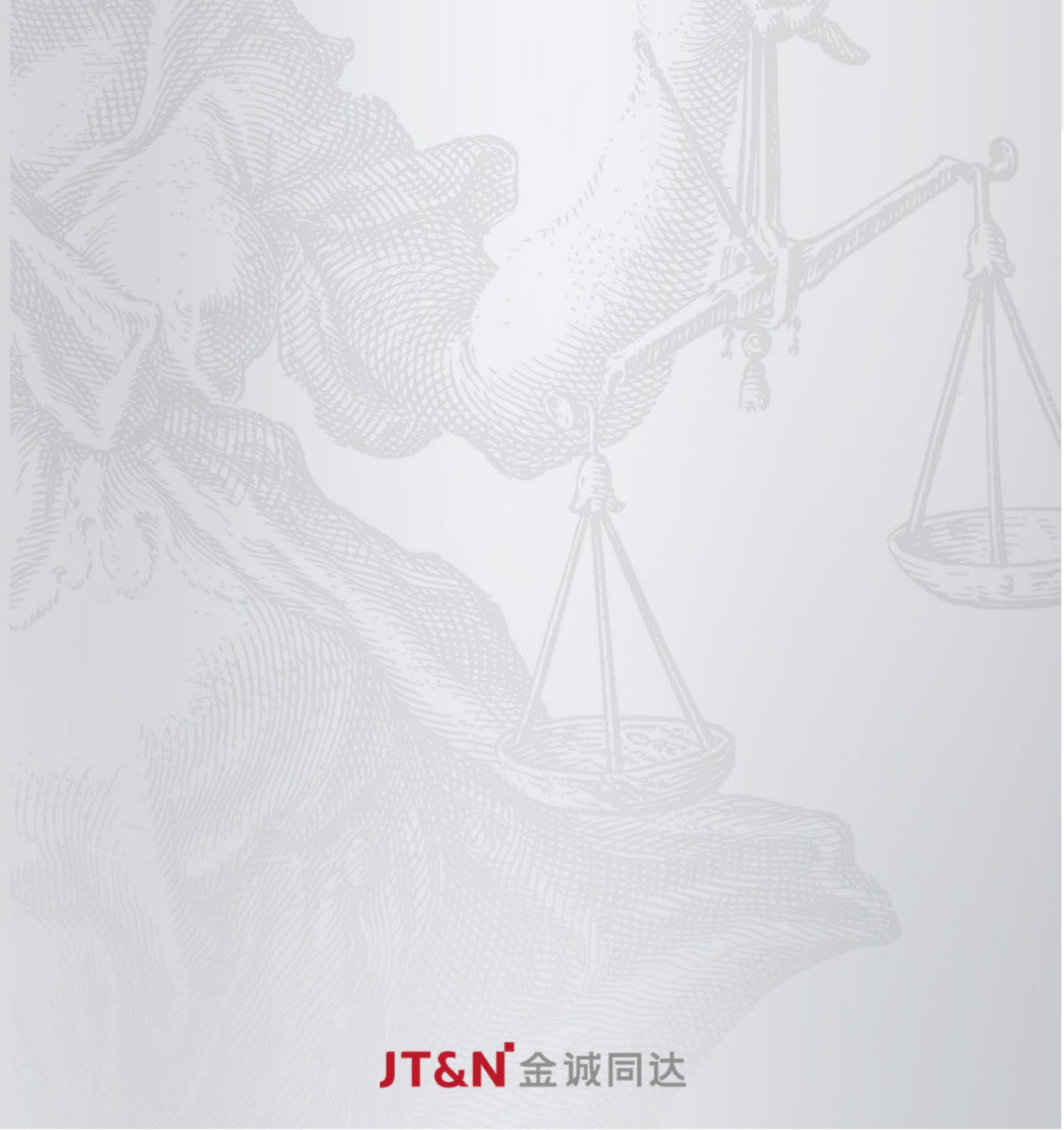
逄若鸣（北京）
+86 10 5706 8445
pangruoming@jtn com



杨茂艺（北京）
+86 10 5706 8265
yangmaoyi@jtn com



崔琪（成都）
+86 28 8532 1655
cuiqi@jtn com



JT&N 金诚同达

www.jtn.com