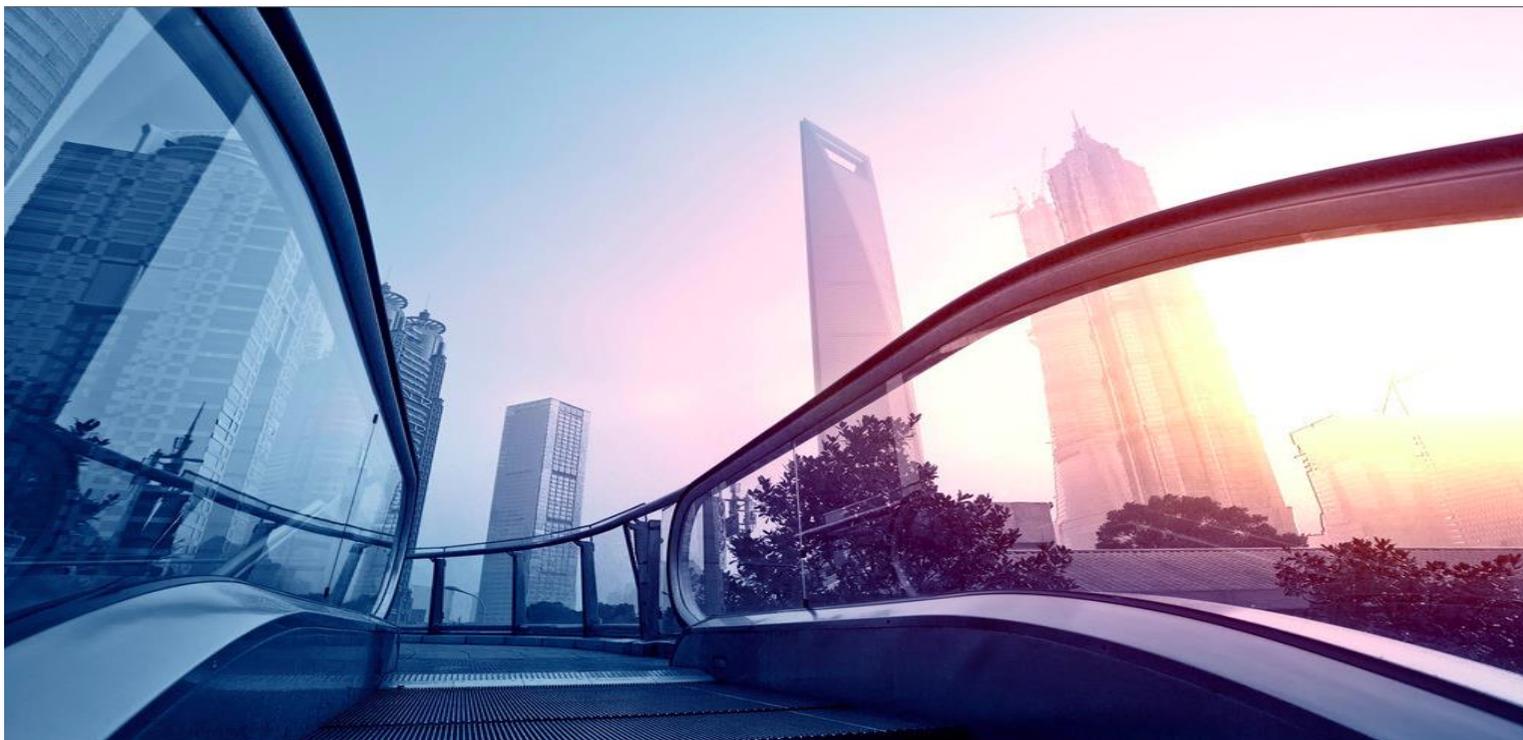


大成涉外争议解决法律资讯

Dacheng Newsletter Cross-border Dispute Resolution



2015年6月 JUNE 2015

主编：谭家才 本期责编：韦龙艳

编委（按姓氏拼音排序）：刘蓉蓉 刘逸星 李新立 潘激鸿 周姣璐 王峰

目录

★资讯

News

- 一、最高法院公开开庭审理涉外股权转让合同纠纷案
The Supreme People's Court held a public trial for a contract dispute over cross-boarder equity transfer.
- 二、上海法院首次引入外籍调解员 全国首份《调解优先承诺书》诞生
Foreigner Mediators were first introduced to Shanghai People's Court.
The Chinese 1st *Mediate-First Pledge* was signed.

★律师视点

Lawyer's Viewpoints

- 三、《民事诉讼法》2015年新司法解释涉外民事诉讼程序规定简析
An Analysis Focuses on Civil Procedure of Cases Involving Foreign Element According to the *Interpretation of the Supreme People's Court on The Civil Procedure Law of the People's Republic of China* (effective 2015) .
- 四、企业反舞弊调查的策略与禁区
Investigation Strategy for Corporate Compliance & Anti-Fraud and Relevant Forbidden Zone.

★大成（上海）涉外争议解决律师团队介绍

Brief Introduction of Dacheng (Shanghai) Cross-border Dispute Resolution Team

【新法资讯】

最高法院公开开庭审理涉外股权转让合同纠纷案

6月11日上午，最高人民法院民四庭公开开庭合并审理了上诉人美国向艺实业有限公司、台湾万威实业股份有限公司、香港全通集团有限公司与被上诉人福建全通资源再生工业园有限公司股权转让合同纠纷两案。

最高人民法院民四庭庭长罗东川亲自担任本案审判长。该案当事人包括美国、我国台湾地区、香港特别行政区和内地企业，涉及复杂股权转让法律关系。合议庭围绕一审判决是否存在判非所请、当事人之间法律关系性质属于股权转让还是投资关系、诉讼请求是否超过了诉讼时效期间等焦点问题进行了审理。

本次开庭充分体现了司法便民的原则。鉴于两起案件纠纷性质、案件事实、争议焦点和当事人相同，为方便当事人诉讼、提高审判效率，合议庭在征得各方当事人同意后，安排在同一时间合并开庭，对两案进行合并审理。

在庭审中，合议庭注重从细节着手，体现庭审的亲合力。考虑到庭审时间较长、双方律师工作高度紧张，法庭准备了矿泉水和透明的玻璃水杯，中间休庭一次，以便休息调整。这些细节安排减缓了庭审的紧张情绪，受到出庭律师及旁听人员的称道。

据了解，最高法院民四庭为贯彻落实党的十八届四中全会和人民法院“四五改革纲要”提出的审判权运行机制改革要求，突出执法办案第一要务，践行“三严三实”，将6月定为“庭长办案示范月”。本次开庭开启了“庭长办案示范月”的序幕。

（摘自人民法院报）

上海法院首次引入外籍调解员 全国首份《调解优先承诺书》诞生

近日，来自上海经贸商事调解中心的澳大利亚籍调解员彼得·科恩（中）来到上海市浦东新区人民法院自贸区法庭，主持调解一起德籍自然人诉德国公司的股权转让纠纷，并当场调解成功。这是上海自贸区法庭首次邀请外籍调解员主持调解，也是今年以来该法庭通过诉前、庭前委托第三方调解机构成功调解的第43起案件。

6月24日，全国首份《调解优先承诺书》诞生。39家单位在浦东陆家嘴中国金融信息中心签约，承诺“公司及子公司、分公司、分支机构与其他主体发生争议时，愿意优先采用调解程序解决纠纷，调解不成的，才尝试其他争议解决方法。”本次签约由上海自由贸易试验区管委会、上海现代服务业联合会、上海现代服务业联合会商务服务专委会联合举办，此举将进一步推动自贸试验区形成法治化、国际化营商环境。

现场除签约单位外，还有20余家单位前来了解调解优先理念。记者从浦东法院了解到，自贸效应下区内企业数量井喷，注册数基本达到过去10年的总和，对商事纠纷的司法救济提出了更多需求。去年5月，法院启动了自贸区商事纠纷诉讼与非诉讼解决衔接机制。法院介绍，该机制强调的是“专业调解”、“意思自治”、“调判分离”、“程序规范”和“成本节约”。上海经贸商事调解中心就是首家进驻自贸区法庭设立调解室的社会组织。

该中心主任张巍介绍，上海经贸商事调解中心是我国第一家独立第三方专业的商事调解机构。专业化是其制胜法宝。调解中心有32名调解员，都是沪上知名的律师、法官和教授专家。他们既熟悉国际、国内商事法律事务，同时又深谙中华传统文化，为国内外企业和机构的商事纠纷提供服务。另外，时间、费用、保密性、中立性也是调解中心的优势。

“我们所作的是低调有效地帮助双方企业找到矛盾解决的平衡点。”张巍如是介绍。在调解中心，调解员一般调解1-2次，如果

不成将中止调解。调解员现场帮助双方企业找到纠纷症结，分析利弊。“我们所求的是双赢，促进当事人达成和解，进一步维系并加强当事人的合作关系。”张巍说。据悉，通过该调解中心达成调解的双方当事人均自行履约，履约率达到100%。张巍介绍，对企业而言，时间是最高成本，遇到纠纷，企业双方都希望快速解决，不留后患。

业内专家认为，企业作出“调解优先”的承诺将极大地推动各经济主体高效妥善解决纠纷，有利于在全社会推广贯彻“调解优先”理念，也是进一步推动我国建立完善的多元化纠纷解决机制的重要步骤。

随着自贸区的建立和扩大，“一带一路”发展理念的提出，上海的经济发展面临新的机遇和挑战。双边贸易和多边贸易的发展成为必然趋势。因此现阶段，商事纠纷主体对纠纷解决方式和质量，如效率、效果和关系修复等方面有更高要求。专业调解作为诉讼、仲裁等既有的纠纷解决途径的必要和有益补充，在经济社会发展中存在很大的需求空间。

（摘自中国国际经济贸易仲裁委员会官网）

【律师视点】

《民事诉讼法》2015年新司法解释涉外民事诉讼程序规定简析

文/李新立

2015年施行的《最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释》（2015《解释》）第二十二章“涉外民事诉讼程序的特别规定”，相比较1992年施行的《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》（1992《意见》）第十八章“涉外民事诉讼程序的特别规定”，发现新增16条，修改8条，不变或基本不变的6条，删除3条，可以说是全面修订。笔者在这里对修订的主要条款作一简析。

《民事诉讼法》2015年新司法解释涉外民事诉讼程序规定简析：

一、增加了涉外民事案件的类型

2015《解释》第522条是对1992《意见》第304条的修改，

对涉外民事案件的类型重新作了定义。

其中第522条第(二)款是新增加的情形，也是对第522条第(一)款的补充，即不仅考虑国籍或者注册地因素，还考虑“经常居所地”因素。这一更改是考虑到全球化趋势下人员及组织的流动，比如一些中国籍公民到国外常住。这一思路与《民事诉讼法》第21条有关“住所地”和“经常居住地”的区分相似，2015《解释》将其扩展至域外。此外，增加了第522条第(五)款“可以认定为涉外民事案件的其他情形”，为继续扩展涉外民事案件的范围留出了空间。

二、认可当事方协议选择外国法院管辖

2015《解释》第531条是对1992《意见》第305条的修改。

本条第一款为增加内容。内容与《民事诉讼法》第 34 条类似，不同之处在于第 34 条中的“人民法院”改为这里的“外国法院”。这意味着我国法院认可当事人协议选择外国法院审理案件，如有此约定，当一方当事人再向我国法院起诉时，法院将不予受理。

三、对域内外当事人的上诉期重新做了规定

2015《解释》第 538 条是对 1992《意见》第 311 条的修改。本条规定内容比修改前更全面，不限于当事人为“双方”，可以是“多方”；不限于一方域内另一方域外，可以多方在域内或者多方在域外。域内当事人对于判决的上诉期为 15 天，对于裁定的上诉期为 10 天；域外当事人对于判决或裁定的上诉期均为 30 天。

四、对仲裁裁决执行中被执行人的抗辩及证据保全做了新的规定

（一）2015《解释》第 541 条删除了中止执行的内容

2015《解释》第 541 条是对 1992《意见》第 315 条的修改，删除了“中止执行”的内容，看似对被执行人不利，其实减少了被执行人提供担保的负担。因为法院在审查被执行人的抗辩时自然会中止执行，根据审查的结果决定执行或者不执行。既然如此，再让被执行人提供担保似乎多此一举。目前的修改更符合实情。

（二）2015《解释》第 542 条增加了证据保全的内容

2015《解释》第 542 条是对 1992《意见》第 317 条的修改，增加了证据保全的规定，该保全有别于财产保全，法院可以视情况决定是否要当事人提供担保。

五、增加了外国当事人身份确认及授权的替代方式

2015《解释》第 523 条至第 526 条是有关外国当事人身份确认以及授权手续的办理的规定，均为新增条款，是本次修订的一大亮点。

（一）第 523 条规定了外国当事人参加诉讼应当出具的身份证明。

1. 首先，外国自然人直接提交护照等身份证件即可。注意，这里没有规定要对身份证件进行公证认证。但在提交证件复印件时或之后，应当提交一次证件原件让法院核对。

2. 其次，外国企业或者组织则需要对登记资料办理公证认证。

3. 再次，代表外国企业或者组织的代表人参加诉讼，应当提交其有权作为代表人参加诉讼的证明，且该证明应当办理公证认证。

注意，这里的代表人有别于“代理人”，一般是指公司的董

事长、董事、总经理等。所开具的证明类似于“法定代表人身份证明”。

4. 再次，本条还对“所在国”作了扩展解释，容许当事人选择在方便的国家办理。

需要说明的是，尽管此前法律并未规定身份证明文件需要公证认证，但实践中法院还是要求当事人提交的。本次修改是对这一做法作了确认。

(二) 第 524 条规定了外国当事人所在国与中国未建立外交关系的情况下，公证认证手续的办理。

(三) 第 525 和 526 条规定了两种变通的确认委托书真实性的方式

依照《民事诉讼法》第 264 条之规定，委托书需要公证认证，手续繁琐且时间长。可以采取的变通方式为：

1. 外国人或者外国企业或者组织的代表人可前往法院立案庭，在法官的见证下签署委托书。

笔者以为，这对于外国自然人确实带来便捷（并不一定省钱），但对于外国企业或者组织，意义不大，因为外国企业或者组织的身份证明本身要公证认证，正好委托书一起公证认证。单独省掉委托书的公证认证并不能带来便捷。

2. 由中国的公证机构公证。这一措施对外国自然人是很方便的，如果外国人正好来中国，可以顺便完成委托书签署的公证，而不必等到起诉时专门到法院。对于外国企业或者组织，便利很小。当然，如果企业或者组织的身份证明和委托书已经公证认证，而后续案件进行中发现需要补充授权，则应用这一方式很便捷。

六、规定了外文诉讼材料的翻译

2015《解释》第 527 条规定了外文材料的翻译。关于翻译，目前实践中各法院的做法不一。有的法院要求文件须法院指定的翻译公司翻译，有的要求有资质的翻译公司即可，有的接受当事人自己做的翻译件，比如上海海事法院。本条并未对此做出详细规定，从字面来看应该只要有中文翻译即可，是自行翻译还是专业机构翻译在所不问，但法院要求翻译公司翻译似乎也不违反规定，还是给各法院留了解释空间。本条还对翻译的异议规定了处理方式。

七、新增法院不方便管辖的规定

2015《解释》第 532 条对法院不方便管辖做了规定。依照该条规定，必须六个条件同时满足方可，可见适用该规定是很严格的。值得注意的是第（四）、（五）项的规定，意味着争议没有中国当事人，事实及法律与中国也没有实际关联。既然如此，这样

的案件在中国法院起诉都没有依据，而能够被法院受理的则一般不符合第（四）、（五）项规定的情形，也不具备被法院驳回的条件。因此，笔者预测该条规定在实践中应用的机会极少。

八、新增向外国当事人送达法律文书的变通规定

2015《解释》第 534-537 条是有关向外国当事人送达法律文书的规定，其中第 534 条与 1992《意见》第 307 条基本一致，其它为新增条款。

（一）第 535 条增加了送达方式的变通规定

随着经济全球化的发展，企业或者组织在域外，其负责人在域内工作或者生活，外国人来中国工作或者生活的情形越来越多，如果固守向住所地送达的方式，非常不合时宜。这一规定正是适应了这一发展。

问题是，如果受送达人比较配合，能够签收自然好。如果不配合，文件被退回，仍需向其住所地送达才具有法律效力。

（二）第 536 条对邮寄送达做了补充规定

本条是对《民事诉讼法》第 267 条第（六）项内容的补充，对送达日期的认定方式予以明确，与向域内当事人送达文书的规定是一致的。

按照笔者的经验，实践中有的法院对邮寄送达非常谨慎。如

果当事人没有应诉，也没有寄回送达回证，仅签收了邮件，那么这是否属于有效的送达？笔者在上海海事法院代理一国内公司起诉美国公司的案件，就遇到了这一情况。美国公司无人应诉，但邮寄文件有人签收。但法院仍坚持要依据《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》送达，理由是民事诉讼法规定，“受送达人所在国的法律允许邮寄送达的，可以邮寄送达”，所以原告需要首先证明“美国法律允许邮寄送达”。我和法官说，这个好办，提供美国联邦诉讼法关于邮寄送达的法条行不行？法官说，不行，这个问题看似简单，其实很复杂的，你不能仅从网上打印法条给我，需要美国律师出具意见。沟通了一番，没办法，还是依《公约》送达，逐级报到上海高级法院，最高人民法院，转司法部，转给美国对应部门，前后花了几个月。笔者以为，这个问题上法院应该大胆些。如果文件寄给国内当事人，当事人签收了算不算送达，算。那么对外国当事人一样，只要有人签收说明送达地址没有问题。如果法院不放心，可以再送一次，如果还有人签收，即便无人应诉，也可以认定送达有效，缺席审理。最高法院应当出台这样的解释，否则下级法院不敢这样操作，大大拖延了案件审理。

（三）第 537 条关于直接公告送达的规定

按照本条规定，二审时不需要先通过邮寄、外交送达等方式

送达文书，而直接公告，节省了时间。

九、明确了涉外民事案件的再审审限

第 539 条的规定意味着涉外民事案件的再审审查没有期限限制。加上涉外民事案件的一审、二审均没有审限限制，等于涉外民事案件所有审理阶段都没有审限限制。

十、较全面地规定了我国法院对外国法院判决、裁定或仲裁裁决的处理原则

2015《解释》第 543-548 条规定了我国法院承认和执行外国法院判决、裁定或仲裁裁决的处理原则，除第 544 条是对 1992《意见》第 318 条的修改外，其他均为新增条款，是本次修订的另一大亮点。

(一)第 543 条规定了申请人民法院承认和执行外国法院的判决、裁定所应提交的文件，即申请书、法院裁决文书和中文译本。

(二)第 544 条明确了我国法院对外国法院判决或裁定的处理原则

对外国法院判决或裁定，没有条约依据或者没有互惠关系，驳回申请，不予承认和执行。换言之，只有与中国签订了承认和

执行法院判决的双方或者多边国际条约，或者建立了互惠关系，才可以在我国得到承认和执行。唯一例外，就是无论哪国法院的离婚判决，在我国法院一般均能得到承认和执行。据我国司法部网站 2009 年公布的信息¹，截至 2009 年 6 月，我国与 30 个国家签订的《民事司法协助条约》和《民事和刑事司法协助条约》已经生效，其中包括一些与中国贸易往来频繁的国家，如法国、俄罗斯、西班牙、意大利、韩国、越南等。笔者逐一查看了司法部网站公布的 20 件中外“司法协助条约”¹¹，发现除新加坡和泰国两国外，承认和执行法院的民事裁决均为协助内容之一。这就意味着，这些缔约国的法院民事判决当事人可依据条约申请我国法院承认和执行，相应地，我国的法院判决当事人也可以向这些缔约国法院申请承认和执行。

(三)第 545 条是关于中国法院承认和执行域外的临时仲裁裁决规定

本条规定意味着我国法院承认和执行域外的临时仲裁裁决。《民事诉讼法》第 283 条限于机构仲裁裁决，本条解释将承认的裁决范围扩展，与国际接轨。由于我国的仲裁法未对临时仲裁做出规定，中国目前尚不存在有法律效力的临时仲裁。但既然法院承认域外的临时仲裁裁决，则将来也能承认中国的临时仲裁裁决。

(四) 第 546 条规定了先承认再执行的原则

外国法院的判决、裁定或者外国仲裁裁决，都是先申请承认，承认后再执行。

(五) 第 547 条规定了申请承认和执行的期间

依照本条规定，申请承认和执行的期间为 2 年。承认后再申请执行的期间也是 2 年。

(六) 第 548 条规定了承认和执行外国法院判决、裁定或者外

国仲裁裁决的程序

本条对承认和执行外国法院的判决、裁定或者外国仲裁裁决的程序作出了原则性规定：

- 1、合议庭审查
- 2、听取被申请人的意见
- 3、裁定一经送达即生效，没有上诉程序

-
- i. 司法部：中国与外国司法协助条约缔结情况，http://www.moj.gov.cn/sfxzws/content/2009-08/26/content_1144120.htm?node=7382，2015/6/14 访问
 - ii. 司法部：司法协助条约，http://www.moj.gov.cn/sfxzws/node_218.htm，2015/6/14 访问



作者简介

李新立律师，法律硕士，上海律师协会国际贸易与反倾销研究会会员，曾被中国司法部选派到英国参加律师培训一年。现任北京大成(上海)律师事务所执业律师，持有报关员资格。主要执业领域：外贸及投资争议解决、外贸法律风险防范、海关事务咨询。电子邮箱：li.xinli@dachenglaw.com

企业反舞弊调查的策略与禁区

文 / 王 峰

舞弊的汉语定义是指用欺骗的方式做违法乱纪的事情，而企业管理学上的舞弊则是一个约定俗成的概念，它是指企业的管理人员及普通员工利用自己职务上或工作中的便利条件，违背对企业的忠实义务，为自己或利益关系人谋取私利的行为统称。实践中，企业的舞弊行为通常包括商业贿赂、贪污侵占、滥用职权、关联交易以及侵犯商业秘密等具体方式。自上世纪 90 年代以来，舞弊已经逐步成为影响全球经济的焦点问题。1995 年美国发布的威尔斯报告称，美国每年因企业舞弊行为而导致的直接经济损失就高达 4000 亿美元。ⁱⁱⁱ随着社会经济的发展与科学技术水平的提高，现今舞弊行为的规模之大、手段之隐蔽，都已远非昔日所能及，舞弊行为的严重危害也日益引起国内企业的重视和警惕。2015 年 6 月 18 日，阿里巴巴、碧桂园、复星、美的、顺丰、万科、世茂、中集等国内知名企业在上海共同发起成立了“中国企业反舞弊联盟”，旗帜鲜明地对舞弊行为宣战。

但现实存在的问题是，针对企业的舞弊行为展开调查的能力却远远无法满足企业的反舞弊需求，甚至在不少案例中还出现反

舞弊的调查者未能查获舞弊行为的证据或线索，反倒因踩踏了法律的红线而“出师未捷身先死”的尴尬场景。上述问题存在的原因是多方面的：

首先，绝大多数调查资源掌握在国家的刑事侦查机关手中，侦查人员也大多训练有素，但由于我国刑事立法在关联交易、滥用职权等领域对非国有企业的利益保护存在明显缺失，部分舞弊行为上升不到刑法规制的层面，无法通过国家公权力的介入来追究法律责任；即便是现已入罪的舞弊行为也因多数与股东纠纷、劳资纠纷相互牵连，侦查机关在接到举报控告后一般也囿于公安部严令禁止公安机关插手经济纠纷的规定而极为慎重，不会轻易立案侦查；纵然是毫无争议的犯罪行为，有时也会因为企业自行收集的证据材料达不到法定立案条件而被侦查机关拒之门外。

其次，国家对信息安全及公民隐私保护日益重视，专门针对以非法手段获取、买卖公民信息的“出售、非法提供公民个人信息罪”、“非法获取公民个人信息罪”都已写入《刑法》。2014 年

8月8日，全国首例外籍人士在华非法调查案宣判，两名外籍被告人即以非法获取公民个人信息罪被判处有期徒刑。反舞弊调查不可避免地要涉及相关人员的个人信息，调查活动的合法性因此也与调查主体的资质以及调查手段的正当与否密不可分。因此，调查主体不仅应当对相关领域的经济犯罪了如指掌，而且必须对侵犯公民人身权利犯罪的界限烂熟于心，否则稍有不慎便有触犯刑律的可能。然而，目前多数从事反舞弊调查的企业人员、咨询机构人员、审计人员甚至部分律师，要么缺乏调查资质，要么在刑事诉讼领域的实践经验有所欠缺，所以调查活动的合法性往往饱受质疑。

最后，反舞弊调查是对企业人员的违法违规行为展开的调查，归根结底类似于侦查活动，但由于缺乏国家侦查资源的保障，故而对调查者的个人业务素质要求极高。调查者不仅必须通晓相关领域的法律规定，而且必须具备细致入微的洞察力、缜密的逻辑推理能力和证据的收集判断能力，此外还应当掌握犯罪心理学、侦查讯问、文件检验、笔迹鉴定、财务会计等领域的基本技能。但是与此相反的是，目前反舞弊调查者由于缺乏专业培训，因此普遍难以适应市场的需求。

一、反舞弊调查的策略

1. 先秘密，后公开

反舞弊调查最初应当秘密进行，仅限于负责人员、调查人员及协助人员等小范围知情，不宜高调宣扬。有企业认为，公开调查可以起到敲山震虎的作用，即便查不出问题也能对相关人员进行威慑。但是根据笔者经验，没有结果的威慑是无谓的，只有舞弊行为得以追究，才能真正起到警示作用。因此，调查初期应当秘密进行，一则避免打草惊蛇，防止舞弊人员相互包庇、毁灭证据，甚至辞职走人，使调查陷入僵局；二则防止调查无功而返，从而导致涉案人员更加猖獗，甚至引发其他人员纷纷效仿，舞弊行为愈演愈烈。待核心证据收集完毕后则有必要适时适度公开，形成舆论攻势，给被调查者制造心理压力，为后期的正面访谈创造条件。

2. 先外围，后中心

调查活动应当从外围入手，即先从舞弊者不易察觉的部门或领域着手调查，然后逐步向舞弊者所在部门或关系密切者推进，最后再与舞弊者正面交锋。其目的也是为了避免过早暴露调查意图，防止舞弊者运用各种手段对抗调查。一般而言，调查初期可以先从财务报表、报销凭证、舞弊者的个人情况、任职履历、家庭成员及社会关系、关联公司的股东及高管情况入手，收集证据线索，其后再向相关经办人员、审核人员、关联公司业务人员了解情况，最后与舞弊者直接访谈。当然，个案中调查的顺序及调

查对象的选择必须结合具体案情制定方案。例如，在某企业高管与经销商勾结舞弊案中，我们选择从经销商的资质切入，在调阅了工商资料并实地查看了注册地、经营地之后发现了与该高管的关联。随后，走访该经销商的业务单位发现了相关合同上的公章及业务人员签名均系伪造。在外围证据收集完备的情况下，该高管只得供认不讳。

3. 先实物，后言辞

所谓实物证据，是指物证、书证、电子数据、视听资料、鉴定意见、审计报告等。言辞证据则是指证人证言及舞弊者的陈述。实物证据的特征是稳定不易变化，其证明力一般也高于言辞证据，但多为间接证据。而言辞证据会因为证据提供者的主观意志而多变，但通常多系直接证据。调查初期应当在舞弊者及其他涉案人员毫无准备的情况下先行收集实物证据，比如合同、财务凭证、发票、邮件、鉴定、审计等，因为在重要的实物证据已被企业掌握的情况下，舞弊者及其他涉案人员的心理防线更容易被击溃，证明舞弊行为的言辞证据也更易收集。例如，某企业采购舞弊案中，最初即对全部投标单位的标书纸张进行鉴定发现来源同一，进而突破此案。

4. 访谈是把“双刃剑”

反舞弊调查中最为关键也是最容易产生问题的环节当属访谈。多数案件在外围证据收集完毕之后不可避免地都要对舞弊者进行访谈，这是一个正面交锋的战场，双方都会尽可能地试探对方的底牌。企业希望从受访者口中获取更多有价值的信息，而受访者则希望摸清企业已经掌握的证据。舞弊者从来不会轻易承认舞弊行为，而有经验的调查者会在访谈中尽可能地利用信息不对称的优势，给舞弊者制造巨大的压力，从而突破其心理防线，供述舞弊事实。这就要求调查者必须掌握侦讯技巧，并且事先应当尽可能地了解受访者的性格特点、受教育程度、工作履历、家庭情况、抗压能力、舞弊行为方式等信息，从而在访谈中占据优势。相反，访谈如果经验不足或操作失误，不仅会使受访者摸清企业的套路对抗调查，而且容易踩踏法律红线被受访者倒打一耙。前不久，某企业员工向律师协会投诉某外资律所在访谈中的不当行为即为一例。

5. “污点证人”的运用

“污点证人”是英美法系中的概念，是较为特殊的一种证人，他是犯罪活动的参与者，有犯罪污点，但他可以为国家公诉机关作证，以换取免受刑事追诉或减轻、从轻处罚的待遇。舞弊的特征决定了很多时候参与者并非一人，当调查陷入僵局时，应当充分利用情节轻微的参与者渴望能留在企业继续工作的心理，鼓励

其检举揭发，或提供舞弊行为的证据，以换取企业对其既往不咎的处理结果。笔者在办理某外企反舞弊案中，员工在接受访谈时提出赔偿公司损失并指证其他舞弊人员以换取公司不予追究自己的责任，但由于公司未能果断决策贻误战机，导致其他数名舞弊人员未能有效处理，因小失大。

6. 善于寻求公权力协助

在查清案件基本事实，初步证据收集齐全的前提下，可以通过向侦查机关举报控告寻求公权力介入。因为舞弊案件立案要求较高，所以报案时应当通过厘清事实、编排证据、分析法理来说服侦查机关立案。如果认为侦查机关不立案的决定错误时，还可以通过复议、复核，向检察机关提请立案监督等程序寻求救济。某些案件在侦查机关立案前的受理初查阶段，企业甚至可以借助公权力介入的影响力，实现反舞弊的理想效果。

值得说明的是，上述策略是适用于多数案件的普遍性原则，但不代表所有反舞弊调查都应当严格遵循。在某些具体案例中，有时会出现各原则相抵触的情形，这就要求调查者必须具体问题具体分析。比如笔者曾办理的某反舞弊案，在确信舞弊高管持有的由公司配发的笔记本电脑里有一份关键电子表格的情况下，我们依据“先实物后言辞”的原则，建议公司直接在会议中扣留并封存了电脑，而没有机械照搬“先秘密后公开”、“先外围后中心”

的套路，使得调查工作势如破竹。

二、反舞弊调查的禁区

1. 严禁非法获取公民个人信息

如前所述，反舞弊调查中如果窃取或者以其他方法非法获取公民个人信息，情节严重的，构成非法获取公民个人信息罪。因此无论是调查者的资质还是收集信息的方法都应当合法，否则调查者及反舞弊企业直接负责的主管人员和其他直接责任人员均有可能构成此罪的共犯。

2. 严禁侵犯公民人身权利

访谈选择的时间、地点、参与人员、访谈的方式都应当合法合规，要保证受访者有充分的饮食、休息和人身自由。访谈时，应当允许受访者按照自己的真实意愿陈述，切勿通过暴力、威胁、引诱、欺骗等非法方式逼取陈述，更不能非法拘禁或者以其他方法非法剥夺受访者的人身自由。

3. 严禁敲诈勒索

任何时候不得以开除工作或向侦查机关控告等为由，逼迫舞弊者退赔明显高于其应当承担赔偿责任的钱款，否则有敲诈勒索的犯罪嫌疑。

4. 严禁伪造证据

舞弊行为如果触犯刑法则有可能启动刑事诉讼程序追究舞弊者的刑责，而刑事诉讼的证据要求、证据规格及证明责任都远远高于民事诉讼，因此调查中收集证据应当按照刑事诉讼的要求收集固定证据，防止证据的灭失。同时，即便舞弊情节恶劣，但

严禁通过伪造证据的方式来追究舞弊者的法律责任。

5. 严禁诬告陷害

指证舞弊行为的事实应当具体明确，绝不能捏造舞弊事实诬告陷害他人，意图使他人受到刑事追究，否则诬告者有可能因涉嫌诬告陷害罪而被追责。

i. William T. Thornhill, The Internal Auditor as Forensic Auditor, Internal Auditing, Fall 1995.



作者介绍

王峰律师，北京大成（上海）律师事务所合伙人，兼任华东政法大学法律硕士学位论文答辩委员会委员。王峰律师毕业于华东政法大学，获法学硕士学位，执业前曾先后在公安、检察机关担任警官、检察官七年，从事各类经济犯罪、职务犯罪案件的侦查、批捕、起诉工作。主要业务领域：企业合规、刑事争议解决。

电子邮箱：fengwang@dachenglaw.com

【大成（上海）涉外争议解决律师团队介绍】

我们的优势

- 团队中的大部分律师具有海外留学背景，部分律师获得了国外律师执业资格
- 核心律师皆具有 7 年以上诉讼执业经验，处理了大量涉外仲裁/诉讼案件
- 能够熟练运用英语、日语等作为工作语言。
- 部分律师具有在中国的法院、检察院、公安机关以及其他政府机关的工作经验
- 部分律师已被选聘为 CIETAC, SHIAC、SAC 等仲裁机构的的仲裁员

● 有广泛的全球网络，大成律师事务所在国内 42 家分所，海外 9 分所，是 World Services Group 的会员单位，且与世界很多中心城市的律师事务所建立了协作关系，可以为客户在全球范围内提供全方位、多层次的法律服务

大成（上海）涉外争议解决团队由 13 名核心律师组成，其中合伙人 4 名，律师 6 名，律师助理 3 名。伴随客户对法律服务的要求和需求不断提升，大成（上海）涉外争议解决团队不再仅仅提供传统意义上代理当事人/客户参加诉讼、仲裁等争议解决法律服务，而是在企业风险管理、交易框架规划，或在争议发生前尽早尽快地介入其中，以事前规划、协商、谈判等方式解决未来可能发生或者当前已经发生的争议。

主要服务范围

- 参与交易架构设计及相关文本起草
- 内资/外资企业风险控制
- 监管合规
- 诉前/仲裁前谈判
- 境内仲裁/诉讼
- 海外账款催收
- 国际贸易争议解决
- 跨境诉讼/仲裁

非常感谢您的阅读,

本资讯由大成（上海）涉外争议解决团队编辑。

如有任何问题, 请通过电邮 cdr@dachenglaw.com 联系我们。