

大成涉外争议解决法律资讯

Dacheng Newsletter Cross-border Dispute Resolution

2014年7月 JULY 2014



主编：谭家才

本期责编：李新立

编委（按姓氏拼音排序）：刘蓉蓉 刘逸星 李振宏 李飞鹏 黎智勇 马乃东 潘激鸿 王金一 韦龙艳 张冰 周姣璐

目录

★新法资讯

Laws & Regulations Update

一、上海国际仲裁中心发布《中国（上海）自由贸易试验区仲裁规则》

Shanghai International Arbitration Center Releases *The China (Shanghai) Pilot Free Trade Zone Arbitration Rules*

二、上海市第一中级人民法院发布《涉中国（上海）自由贸易试验区案件审判指引（试行）》

Shanghai No. 1 Intermediate People's Court releases China (Shanghai) Pilot Free Trade Zone related cases Trial directions (for Trial Implementation)

三、上海第二中级人民发布自贸区仲裁案件司法审查和执行工作意见

Shanghai No. 2 Intermediate People's Court Releases Guidelines for Judicial Review and Execution of Arbitration Cases Heard by China (Shanghai) Pilot Free Trade Zone Arbitration Court

四、世贸组织上诉机构裁定美国对华二十五起双反调查违反世贸规则

The Appellate Body of WTO ruled that 25 Countervailing and Anti-dumping Measures against China by US Violated Rules of WTO

★律师视点

Lawyer's Viewpoints

五、英国反贿赂法中商业组织不履行预防贿赂义务罪评述

Commentary on "Failure of Commercial Organization to Prevent Bribery" of UK Bribery Act 2010

六、从一起合资企业纠纷谈管辖及法律适用条款的效力

Validity of the Clauses Regarding Jurisdiction and Applicable Law at a Joint Venture Dispute

★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 Lawyers' Team

【新法资讯】

上海国际仲裁中心发布《中国（上海）自由贸易试验区 仲裁规则》

2014年4月9日，上海国际经济贸易仲裁委员会（上海国际仲裁中心）正式发布了《中国（上海）自由贸易试验区仲裁规则》，该规则于2014年5月1日起施行。

依照《仲裁规则》第三条，适用范围不限于涉自贸区的争议，无论争议是否涉自贸区，凡当事人约定适用该《仲裁规则》或者约定将争议提交中国（上海）自由贸易试验区仲裁院仲裁解决的，均适用该规则。

自贸区仲裁规则全文共10章85条，吸纳和完善了诸多国际商事仲裁的先进制度：如增加了“临时措施”和“紧急仲裁庭”制度；增设了“小额争议程序”；突破了当事人选定仲裁员的“名册制”限制，确立了仲裁员开放名册制；纳入了“友好仲裁”制度；细化了“合并仲裁制度”、“其他协议方加入仲裁程序”及

“案外人加入仲裁程序”等制度；通过设立仲裁庭组成前的调解员调解程序进一步完善了“仲裁与调解相结合”的制度；进一步强化了仲裁中的证据制度等。

目前该会已发布英文、日文、韩文、意大利文、法文等译本，并将陆续发布俄文、德文、西班牙文、葡萄牙文等译本。

（摘自上海国际仲裁中心官网

<http://www.cietac-sh.org/NewsEvents.aspx?tid=101>）

上海市第一中级人民法院发布 《涉中国（上海）自由贸易试验区案件审判指引（试行）》

2014年4月29日，上海市第一中级人民法院发布《涉中国（上海）自由贸易试验区案件审判指引（试行）》（审判指引），自5月1日起正式试行。上海自贸试验区地处浦东，属上海一中院辖区。

《指引》共一百条，包括总则、涉自贸区案件的立案与送达、

审理、执行、审判机制、审判延伸等七章内容，其中审理部分又根据合同、公司、金融、知识产权等八大类案件具体分节规定。该《指引》旨在为建设中的自贸区已经和可能出现的各类诉讼案件的受理、审理、裁判及执行等环节提供指引性思路。

比如，案件审理方面，针对注册资本实缴制度改为认缴登记制度防止出现“皮包”公司而对债权人合法权益保护进行专门规定；为加大自贸区知识产权保护力度“量身定制”的法院聘请技术专家辅助查明技术事实条款；为遏制不诚信当事人重复提起“撤销仲裁”和“不予执行仲裁裁决”诉讼而就仲裁司法审查的双重救济施以的规范，以及为提高执行效率，借鉴国外“执达员制度”将区内执行案件辅助性事务交由选聘的律师事务所等机构实施的规定等。

（摘自上海市第一中级人民法院官网

http://www.a-court.gov.cn/platformData/infoplat/pub/no1court_2802/docs/201405/d_2598575.html）

上海第二中级人民发布

自贸区仲裁案件司法审查和执行工作意见

2014年5月4日上海市第二中级人民法院发布《关于适用〈中

国（上海）自由贸易试验区仲裁规则〉仲裁案件司法审查和执行的若干意见》。该《若干意见》是针对自贸区仲裁案件司法审查和执行的专项工作意见。

对自贸区仲裁案件司法审查和执行，实现了前所未有的“全面提速”与“加大力度”。比如，在小额争议仲裁案件的立案方面，凡是当事人对仲裁庭适用小额争议程序作出的裁决提出立案申请的，做到当日审查，符合立案条件的，当日立案。在司法审查的期限方面，当事人申请确认仲裁协议效力或申请撤销仲裁裁决的，一般在立案之日起三十日内作出裁定，有关期限较我国《仲裁法》的规定缩短了一半；对于小额争议仲裁案件，一般在立案之日起十日内组织听证或询问当事人，并在立案之日起二十日内作出裁定；对仲裁庭适用简易程序或小额争议程序的仲裁案件，且事实清楚、仲裁程序争议不大的，以及当事人已以相同理由提起撤销仲裁裁决申请并被驳回的仲裁案件，当事人申请不予执行仲裁裁决的，可以采用简易听证程序或书面审查，一般在立案之日起十五日内作出裁定，进一步提高审判效率。

在保全、执行等法律措施方面，在法律规定的框架内，前所未有地加大了工作力度，努力做到多措并举，确保涉《自贸区仲

裁规则》案件得到公正、高效、便捷的司法审查和执行。

（摘自人民网

<http://sh.people.com.cn/n/2014/0505/c134768-21140454.html>）

世贸组织上诉机构裁定

美国对华二十五起双反调查违反世贸规则

2014年7月7日，世界贸易组织上诉机构7日裁定，美国商务部在2006年至2012年间对华发起的25起反倾销反补贴调查违反世贸规则。世贸组织当天公布了中国诉美国关税法修订案世贸争端案上诉机构报告，作出了上述裁决。

上诉机构驳回美方上诉请求，支持中方在双重救济方面的主张，认为美国商务部在2006年至2012年间对华发起的25起反倾销反补贴调查中未能进行避免双重救济的税额调整，违反世贸规则。上诉机构支持中方大部分上诉请求，认定专家组对《1994年关税与贸易总协定》第10.2条的解释和对美关税法修订案的适用存在

错误。但由于专家组对于案件事实分析不足，上诉机构未能完成对美关税法修订案是否符合世贸规则的分析。

2012年9月，中国就美关税法修订法案中违反世贸规则的错误做法，提出与美在世贸组织争端解决机制下进行磋商，正式启动世贸争端解决程序。

2012年11月，中国提请成立专家组，同年12月，专家组成立。

2014年3月，世贸组织专家组裁决，美25起反倾销反补贴措施违反世贸规则，但认为美关税法修订案未违反世贸规则。2014年4月8日和17日，中美双方分别就专家组裁决提出上诉。

中国商务部说，本案涉案产品年出口金额逾72亿美元，涉及中方重大贸易利益，中方敦促美方尊重世贸组织裁决，尽快改正滥用贸易救济措施的错误做法，确保中国企业公平竞争的环境。

（摘自中国法院网

<http://www.chinacourt.org/article/detail/2014/07/id/1335349.shtml>）

【律师视点】

英国反贿赂法中商业组织 不履行预防贿赂义务罪评述

文/谭家才

2011年7月1日实施的英国《2010年反贿赂法》，被认为是迄今为止处罚最为严厉的贿赂犯罪立法。其不仅对商业行为中的“通融费”采取“零容忍”政策，还突破了传统刑事责任“等同原则”，采用“组织责任原则”。具体而言，要求商业组织承担预防行贿的责任，构建预防行贿体系，在其第7条专门规定了商业组织不履行贿赂义务罪。本文将简要叙述该罪的主要内容以及商业机构如何通过具体程序来构建预防行贿体系。

一、商业组织不履行贿赂义务罪主要内容

商业组织不履行贿赂义务罪是指商业组织疏于构建内部行贿预防制度而导致行贿行为发生，所需要承担与此相应的刑事责任。尽管相关人员发生了某个具体的贿赂案件，如果商业机构能够证

明其有适当的程序用于预防相关联的人贿赂，则构成减轻或免除其相应的处罚。

就适用范围而言，商业组织不履行贿赂义务罪仅限于预防行贿（包括《贿赂法》第1条普通行贿罪以及第6条行贿外国公职人员罪），不包括预防受贿。该罪的犯罪主体（即商业组织）包括了在英国注册的公司和合伙企业以及虽不在英国注册但全部或部分业务在英国的任何公司或合伙企业。比如，一个德国公司在英国从事经营活动，而该公司在中国的代理人有行贿行为，则该公司也要受到《贿赂法》的约束。

该罪有积极要件和消极要件两部分组成。其“积极要件”是指相关人员实施行贿行为。“消极要件”是指商业组织没有构建预防行贿的程序。该罪在客观行为上要求商业组织未能构建预防行贿的“充分程序”而导致“相关个人”为商业组织利益向他人行贿。“相关个人”是指为了或代表商业组织而提供服务的人员，该类人员需要根据具体情况予以确定，包括但不限于商业组织的雇员、代理人或分支机构。

二、商业组织预防贿赂程序指引

《贿赂法》没有具体规定“充分程序”的内涵。为了充分适用和理解该内涵，英国国务大臣于2011年3月颁布了《指南》，提出了构建“充分程序”的6项原则。即相称原则（商业机构预防相关人员贿赂的程序应当与其面临的贿赂风险和业务的性质、规模和复杂性相对称，应当清晰、务实、可行而且得到有效的观察和执行）、高层责任原则（商业机构的高层管理人员包括但不限于董事会、所有权人或其他任何其他同等的机构或人员有义务预防相关人员贿赂，应在商业机构培养杜绝贿赂的文化）、风险评估原则（商业机构应对其相关人员实施的内部和外部的潜在贿赂风险影响的性质和范围进行评估，并应当定期公告和记录）、尽职调查原则（为了减少可知的贿赂风险，商业机构应当采取一项基于风险的方法，对于那些为了或者代表机构履职或将要履职的人员适用尽职调查程序）、沟通原则（商业机构应当通过包括培训在内的内部和外部传达方式确保与风险相对称的预防贿赂政策和程序深入到整个机构且得到理解）、监督和复查原则（商业机构应当监控和检查预防管理人实施贿赂的程序，且在必要时加以改进），为商业组织构建“充分程序”提供了指导。此外，为使该指南具有可操作性，在充分聆听商业代表意见的基础上，该指南虚拟了11个案件给做需要指导意见以供商业组织在构建充分程序时参照。结合这11个案例可以看出加强，提供正式培训或教

育、调查管理人员背景以及签署书面的合同强调遵守该法案是建立预防体系的重要措施。

三、评述

贿赂破坏了我们生活，事关商业前途、国家贸易以及世界发展。英国的反贿赂法反映了成熟商业社会治理贿赂犯罪的理性态度，是世界反对贿赂的重要法律制度。其不仅要求惩治行贿人，更要求与行贿人相关联的商业组织承担起预防行贿的责任。反观我国，据公安部的统计，在2000年至2006年6月间，全国公安机关共调查了2529件非国家工作人员收受贿赂案件，而同期调查的行贿案件仅有564件。从上述数据可以推断出，我国目前在司法层面上很少追究行贿人责任。这与我们依赖于行贿人员的配合来追究受贿人的刑事责任的侦查方法有一定的关联。“反腐倡廉，是中国共产党和中国政府的坚定立场”，但有关要求商业组织建立预防行贿体系的规定并未出台。随着社会转型的深入以及全球化的发展，我们将会面临越来越严重的贿赂犯罪局面，比照英国反贿赂法，我们现行的刑事立法仍有很大的改进余地。

作为中国企业，虽不在英国注册但全部或部分业务在英国也应受该法限制。我国虽然没有类似商业组织不履行贿赂义务罪的立法，但我国关于反商业贿赂的法律法规对相关企业也有一定的约束和限制。我国理应参照英国企业的做法，提供正式培训或教

育、调查管理人员背景以及签署书面的合同强调遵守反腐反商业 贿赂建立预防体系



作者介绍:

谭家才律师，毕业于中国社会科学院法学研究所，获法律硕士学位，后就读于美国天普大学法学院，获得该校法学硕士学位。现任北京大成(上海)律师事务所合伙人，上海政法学院东盟比较法研究中心主任、研究员。主要业务领域：公司法律事务、知识产权以及涉外争议解决等。

从一起合资企业纠纷谈管辖及法律适用条款的效力

文/周姣璐

一美国人与三名中国人签订《合资经营协议》，一致同意在香港特别行政区设立公司。该《合资经营协议》第8条约定，“公司各股东应严格遵守有关法律、法规，同心协力，共同经营发展公司业务。应本着友好协商，求同存异的精神解决矛盾和纠纷。如协商不能解决，交由公司注册所在地的机构仲裁或法院解决”。后因协议各方就股东利益分配产生争议，其他三名自然人在上海市某基层法院对美国人（被告）提起民事诉讼，案由为：合伙协议纠纷。

被告聘请北京大成（上海）律师事务所律师作为其代理人。代理人收案后，在举证期限内向法院提起管辖权异议，认为该《合资经营协议》第8条对本案争议解决的管辖已有明确约定，公司注册地，即香港特别行政区的仲裁机构或法院对本案具有管辖权，请求法院裁定驳回原告的诉讼请求。

（一）国际条约

中国尚未加入关于国际民事诉讼管辖权的国际公约，海牙《协议选择法院公约》。

（二）管辖适用法院地法

代理人认为，根据《中华人民共和国民事诉讼法》第34条的规定，当事人可以书面方式约定管辖法院。本案各方当事人已

经在《合资经营协议》中约定了公司注册所在地的机构仲裁或法院来解决矛盾的争议解决方式，该约定未违反中国法律有关专属管辖、级别管辖等的规定，应当被认定为有效。（注：在2012年《民事诉讼法》修改之前，原法第242条（涉外篇）规定，“涉外合同或者涉外财产权益纠纷的当事人，可以用书面协议选择与争议有实际联系的地点的法院管辖。选择中华人民共和国人民法院管辖的，不得违反本法关于级别管辖和专属管辖的规定”。新编《民事诉讼法》在修改时删除了原第242条，在新《民诉法》修改增加第34条，“合同或者其他财产权益纠纷的当事人可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的人民法院管辖，但不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定。”）

（三） 准据法的适用

针对《合资经营协议》中管辖权约定，当纠纷发生时，双方应当以仲裁还是诉讼解决纠纷，对第8条的约定适用哪个地区的法律作出解释？代理人认为应适用香港特别行政区的法律。根据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第14条之规定，“法人及其分支机构的民事权利能力、民事行为能力、组织机构、股东权利义务等事项，适用登记地法律。”鉴于此，我们特聘请香港律师就《合资经营协议》中协议管辖的约定是否有效，根据香港特别行政区法律出具了法律意见书。

香港律师认为，

（1）《合资经营协议》的当事人并未明文约定判断仲裁协议效力的准据法。因此，根据各国立法例以及学说上的探讨，应以“与协议最接近和有最实在关联的法律制度”作为准据法。根据其对于事实背景的判断，认为香港法律为“与协议最接近和最实在关联的法律制度”。

（2）第8条约定“将争议提交仲裁或诉讼解决”是否有效？香港律师认为，根据香港法律，该约定有效，当事人可以据之提请仲裁或诉讼。依据为实务案例 *William Co V. Chu Kong Agency Co Ltd & Anor*-[1993]2 HKC 377。在该案例中，争议双方约定“所有争议应依中国法律在中华人民共和国法院解决或在中国仲裁解决”，原告一方向香港特别行政区法院提起诉讼，被告对管辖提出异议。主审法官 Kaplan 在判决中这样写道，“我认为：本条约定应依据下列方式解释。当事人已合意在中国仲裁或诉讼。当发生争议时，申请人有权做出选择。他可以选择在中国仲裁或诉讼。一旦他做出了决定，这件事就确认了，被告无权拒绝。一旦一方选择了在中国进行仲裁或诉讼，这个选择就具有约束力，法院通常会认定这个选择的效力。但在本案中，原告选择了‘在香港诉讼’这个不在当事人约定范围内的争议解决程序。因此，要由被告来决定是否行使其选择权。鉴于被告现选择在中国仲裁。基

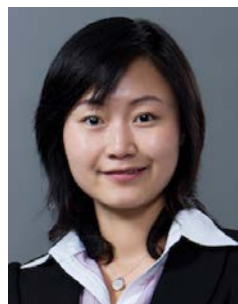
于此，原告的选择是无效的，因为原告所选择的并不在当事人约定的范围内。”

综上，香港律师认为，本案中其他三位自然人在中国大陆诉讼的选择是无效的。相反，我方当事人有权依据其约定，自行选择是否在香港仲裁或诉讼。

本案最终的法院裁定结果差强人意。虽然代理人适用中国法律推导出的结果与香港律师适用香港法律推导出的结果相同，皆认为本案交由香港的仲裁机构或者法院处理更为妥当；但事实上，本案的主审法院在裁判文书中对代理人提起的管辖权异议理由并未逐一分析便直接加以否定，转而适用国际法的一般管辖原则。法院认为各方当事人的经常居住地皆在中国上海，因此裁定驳回

管辖权异议，确认该法院具有管辖权。至于本案适用法律，主审法院对此也是只字未提，很自然地直接适用中华人民共和国法律。

当然，这样的结果对我方当事人也起到了提醒的作用。他曾表示自此以后所要签订的协议书，尤其是类似的涉外合同，无论是法律适用条款，还是管辖约定条款都会先请律师进行法律审核，出具法律意见后再做定稿签署。



作者介绍：

周姣璐，北京大成（上海）律师事务所律师。持有美国纽约州律师执照和中国律师执业证。华东政法大学法学学士，美国伊利诺伊理工学院芝加哥肯特法学院法学硕士。2008年加入大成律师事务所，2011年曾作为访问律师在美国 Ulmer&Berne LLP 律师事务所工作。主要执业领域：内、外商投资法律服务、商事诉讼及仲裁。

【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。