



# Transnational Law Review

## 国际法律观察

2023年5月 总第13期

深圳市律师协会  
Shenzhen Lawyers Association

## 目 录

编委会成员 .....	2
本期责编 .....	2
本期审校组 .....	2
名家灼见.....	3
提升粤港澳大湾区商事纠纷解决机制的国际竞争力 .....	3
涉外婚姻.....	7
从申请离婚到财产分割：内地与香港婚姻家庭事比较与思考 .....	7
数据出境.....	15
数据出境之合规纲要 .....	15
出口合规.....	26
中国国际货代企业垫付费用及承担过错责任的法律风险防范 .....	26
实务研究.....	32
我国加入《取消外国公文书认证要求的公约》的实务理解 .....	32
写好涉外商务信函的 5 个实务原则 .....	37
深圳市涉外律师/涉外法治服务团人员展示 .....	44
冯妍颖律师.....	44
王丹丹律师.....	46
韦 征律师.....	47

## 编委会成员

主 编：高文杰

执行主编：尹秀钟

副主编：封海滨、刘 怡、车艳梅

编委会成员：王偕林、陈 良、李 莉、彭杨姗、梁新越、冯妍颖、梁雯雯、  
张乙娇

## 本期责编

组 长：李莉

组 员：（以姓氏拼音为序）

郭 爽、孔 倩、马小鹭、谭劲松、易怀炯

叶炜璐、邹如斋、郑日宇

## 本期审校组

尹秀钟、车艳梅

投稿要求：就国际法律与实务问题论述充分，严禁抄袭、剽窃，中英文不限，稿件字数在 3000-5000 字（词）为宜。

本刊常年欢迎境内外法律人士踊跃投稿，请各位将文章发送邮件至：  
[guojifalvguancha@163.com](mailto:guojifalvguancha@163.com)（彭杨姗律师）或 [skf\\_lawyer@163.com](mailto:skf_lawyer@163.com)（苏家辉律  
师）。

## 提升粤港澳大湾区商事纠纷解决机制的国际竞争力\*

张淑钿



**作者简介：**张淑钿，深圳大学法学院教授，硕士生导师。主要从事国际私法、港澳基本法和涉港澳台区际法律问题的教学和科研工作。出版专著《香港特别行政区非全职法官制度研究》，主持完成多项省部级课题，合作论文“香港特别行政区法院的违反基本法审查权”获教育部第六届高等学校科学研究优秀成果奖（人文社科类）论文类二等奖。

粤港澳大湾区商事纠纷解决机制合作创新是指充分发挥粤港澳商事诉讼、商事仲裁和商事调解的不同特色与优势，创新合作内容和合作领域，共同打造大湾区独具特色且具有竞争力的国际商事纠纷解决机制，提升大湾区营商环境的全球竞争力。近年来，粤港澳大湾区商事纠纷解决机制合作呈现出合作层次拓展、合作领域扩大、合作路径多样和合作形式多元的发展特点，展示了粤港澳大湾区商事纠纷解决机制合作的勃勃生机和改革创新。

### 一、粤港澳大湾区商事纠纷解决机制合作的意义

（一）大湾区经济合作的保障需求。经济合作是粤港澳大湾区融合发展的重点，随着经济合作的深入，三地的人员往来和经济交流更为频繁，跨境商事纠纷的数量增加，类型多样化，市场呼吁建立更具竞争力的商事纠纷解决机制。粤港澳大湾区涉及三个不同的法域，良好顺畅的商事争议解决机制合作，有助于化解潜在的法律冲突，减少大湾区经济合作的制度障碍。

（二）“一带一路”建设的发展需求。“一带一路”建设参与主体多样、纠纷类型较为复杂，沿线各国立法、司法、法治文化差异较大，跨境投资和商事往来蕴藏法律风险，需要构建完善的国际商事纠纷解决机制。粤港澳大湾区法律体系多元，商事纠纷解决机制各具特色，粤港澳商事纠纷解决机制合作可以更好满

\* 原文刊载于《深圳特区报理论周刊》2023年4月25日。本文是深圳市哲学社会科学规划课题（SZ2020B023）“粤港澳大湾区商事纠纷解决机制的合作创新”阶段性成果。

足“一带一路”建设中当事人多元化纠纷解决的需求。

（三）涉外法治体系建设的重要构成。全面加强涉外法治体系建设是我国进一步加强对对外开放的保障。近年来，国际商事纠纷解决机制的国际立法发展迅速，我国签署了《承认与执行外国国民商事判决的公约》《选择法院协议公约》和《新加坡调解公约》，对我国国际商事纠纷解决机制的完善提出要求。对接国际条约推进粤港澳大湾区商事纠纷解决机制的合作创新，是我国加强涉外法治体系建设的重要构成。

## 二、粤港澳大湾区商事纠纷解决机制合作的挑战

（一）粤港澳商事纠纷法律服务业发展不均衡。香港法律服务业发展起步早、制度完善、分工细致、专业化程度高。作为亚太地区法律服务枢纽，香港汇聚本地、内地和海外专业人才，亦是很多重要法律组织的所在地。澳门法律服务业发展起步较晚，本地法律服务市场需求较为有限，法律服务业发展相对滞后，但澳门政府已逐步重视支持法律服务业的发展，致力于打造中葡商事纠纷仲裁中心。广东法律服务业近年来发展迅速，律师从业人数、律所数量和业务量等各个方面均有不俗表现，但国际化程度仍有差距。

（二）商事诉讼、商事仲裁和商事调解机制合作难度不同。粤港澳三地商事诉讼、商事仲裁和商事调解机制各有特点，发展基础各有千秋，合作难度存在差异。商事诉讼机制合作的难点在于区际司法协助制度优化、区际诉讼规则衔接和区际管辖权冲突协调，这些领域涉及到司法权和司法制度，面临着特区独立司法权和广东深化诉讼制度改革依据不足的双重制约，障碍较大。商事仲裁机制合作的难点是三地仲裁立法差异，仲裁制度发展不同步，仲裁市场共享的法律保障不周全，影响三地仲裁合作的深入开展。商事调解机制合作的难点在于三地尚无独立的商事调解立法，尚未确认商事调解机制的独立性，需要推动商事调解的法制化发展。

（三）商事纠纷解决机制的法律冲突激烈。商事纠纷解决机制属于程序法范畴，按照“程序依法院地法”的惯例，粤港澳三地各自根据本法域商事纠纷解决制度的相关规定解决商事纠纷。但香港特区、澳门特区具有独特的商事纠纷解决机制和制度，与内地法律存在全方位的法律冲突，大湾区商事纠纷解决机制合作

创新需要协调粤港澳三地的法律冲突。

（四）商事纠纷解决机制合作路径有限。根据香港基本法和澳门基本法的规定，港澳特区享有立法权，全国性立法在特区实施的路径有限，采用统一立法模式协调推进粤港澳商事纠纷解决机制合作缺乏可以实施的有效路径。而且，港澳特区行使独立司法权和终审权，粤港澳商事诉讼机制合作，三地对商事仲裁和商事调解的司法保障均与特区司法权与终审权密切相关。大湾区商事纠纷解决机制合作需要在香港基本法和澳门基本法的框架下探索合作途径。

### 三、创新大湾区商事纠纷解决机制合作的思路

（一）目标与定位。大湾区商事纠纷解决机制各有特色，合作也已在多个层面进行，创新大湾区商事纠纷解决机制合作不是对三地现有商事纠纷解决机制的推倒重建，而是在立足和充分发挥三地制度优势和特色的基础上，通过制度完善、市场开放和规则衔接，进一步推动大湾区商事纠纷解决机制的互联互通，形成制度合力，提升大湾区商事纠纷解决机制的竞争力。因此，在“一国两制”下，大湾区商事纠纷解决机制合作应立足于香港亚太国际商事争议解决中心、澳门中葡商事纠纷解决中心，广东涉外涉港澳商事纠纷解决中心的不同定位，通过对标国际、机制合作、规则对接、市场共享等不同路径形成制度合力，共同打造具有适应面广、制度多元、国际化程度高、互联互通等独特优势的大湾区商事纠纷解决机制。

（二）具体建议。粤港澳大湾区应构建以商事仲裁为核心，以商事调解为拓展，以商事诉讼为保障的商事纠纷解决体系。首先，推进商事仲裁的合作共享。商事仲裁在大湾区有着较好的合作和发展基础，仲裁的民间性与自治性可以回避较为敏感的司法权话题；仲裁的国际化思路契合大湾区营商环境国际化的发展方向；仲裁程序灵活、注重当事人意思自治和保密性以及充分的司法保障，符合大湾区商事主体对于有效且高效纠纷解决的需求。因此，应将商事仲裁确定为大湾区商事纠纷解决的核心机制，并以仲裁服务市场共享的制度保障为支点，从仲裁立法对接和仲裁司法保障两个方面创新大湾区商事仲裁合作。其次，实现商事调解的共商共建。《新加坡调解公约》推动商事调解逐步发展成为一种独立的商事纠纷解决机制，商事调解“以和为贵”的特点契合大湾区融合发展理念，应将商

事调解作为大湾区商事纠纷解决的拓展机制。《新加坡调解公约》推动商事调解机制的法制化发展，粤港澳大湾区迎来发展商事调解的机遇期，应以共商共建为目标，探讨对接《新加坡调解公约》，从商事调解立法、商事调解规则、调解员规则、商事和解协议直接认可和执行制度四个方面创新大湾区商事调解机制的合作。最后，深化商事诉讼的互信协作。商事诉讼作为一种较为刚性的争议解决机制，在定位上并不适合作为大湾区商事纠纷解决的核心机制，但诉讼机制的独立性与完整性也决定了商事诉讼可以对商事仲裁和商事调解机制的合作创新发挥补充和保障作用。因此，应将大湾区商事诉讼机制合作作为商事纠纷解决机制合作的保障机制，以进一步促进互信和协助为重点，推进司法协助制度的优化、诉讼规则的衔接和管辖权冲突的协调。

## 从申请离婚到财产分割：内地与香港婚姻家事比较与思考

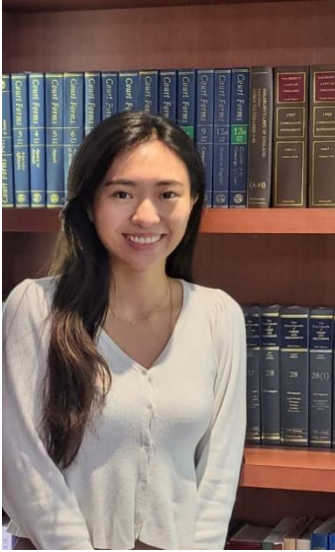
陈少彬 胡梦蝶 彭茵彤



**作者简介：**陈少彬律师，香港梁浩然律师事务所有限法律责任合伙的资深顾问律师、首批粤港澳大湾区律师、于1996年毕业于香港大学法律系，1997年取得香港法律专业文凭，1999年成为香港特别行政区执业律师，现时为香港律师会会员、香港婚姻监礼人、香港国际仲裁中心调解员、中国深圳前海合作区人民法院特邀调解员、中国委托公证人，在国际商事仲裁、民商法、公司法、婚姻家庭及继承法等领域具有丰富的执业经验。擅长处理内地与香港特别行政区跨境法律事务。通讯邮箱：[ben@hyleung.com](mailto:ben@hyleung.com)；联系电话：+852 3611 9790



**作者简介：**胡梦蝶律师，北京家理律师事务所合伙人，北京家理（深圳）律师事务所主任，中国法学交流基金会婚姻家庭研究专项基金顾问委员会委员，深圳市律师协会婚姻家庭法律专业委员会委员，北京市律师协会第十一届青联会委员，中央电视台《律师来了》主场律师，深耕婚姻家事领域十余年，在婚姻、继承、家族财富传承、私人财富管理等领域有着丰富的实务经验。通讯邮箱：[humengdie@jialilaw.com](mailto:humengdie@jialilaw.com)；联系电话：+86 138-1113-1653



**作者简介：**彭茵彤实习律师于2017年毕业于香港大学英语研究及比较文学专业，于2020年毕业于香港城市大学法律博士专业（等同于法律学士学位），于2021年取得香港法学专业证书资格。彭茵彤实习律师自于2021年8月至今，任香港梁浩然律师事务所有限法律责任合伙实习律师，有处理各类民事、刑事案件之经验。通讯邮箱：[heidi@hyleung.com](mailto:heidi@hyleung.com)；联系电话：[+852 3619 1879](tel:+85236191879)

## 摘要

虽然近些年的疫情令实际执行上跨境婚姻或离婚的办理数字下降<sup>1</sup>，但随着实施关口管制和检疫措施的解除，相信大湾区家事律师们未来将需要处理的两地婚姻或离婚案子只会有增无减。

内地实行成文法，法律原则及法院会考虑的因素都会清楚地写在法律条文上。香港则实行普通法，除了法律条文，更重要的参考依据是审阅历年来法院怎么审理类似案例。面对着两地截然不同的法律体系，分别在两地执业的律师在没有了解彼此的法律体制之情况下如何妥善把跨境婚姻的客户分流给同业，从而让自己的专业知识能够得到充分利用，相信将会是未来两地婚姻家庭专业融合的一大议题。

笔者会从申请离婚需要考虑的因素、条件到财产分割来浅谈内地与香港婚姻家庭事之比较，从而说明纵使两地法律体制存在着根本性的差别，但两地法院部分考虑点却有异曲同工之妙。

### 一．两地法院对两地婚姻离婚的管辖权

<sup>1</sup> 《香港统计月刊》：港人结婚率跌至近50年新低 疫情封关无阻港女「转嫁」内地男：  
[https://www.edigest.hk/335126/?utm\\_campaign=ED\\_ContentCopy&utm\\_source=Web-inventory&utm\\_medium=Content-Copy\\_ED](https://www.edigest.hk/335126/?utm_campaign=ED_ContentCopy&utm_source=Web-inventory&utm_medium=Content-Copy_ED)

接到两地婚姻离婚案子分流之第一步便是考虑在哪里开展离婚程序。很多人可能会误认为拟离婚之人士可选择的法院只受限于结婚登记地的法院，例如双方在内地结婚，便会认为只能在内地办离婚。其实并不然。

在内地有协议离婚跟诉讼离婚的分别。根据 2021 年 1 月 1 日起实施的《中华人民共和国民法典》（“民法典”）第一千零七十六条，如双方同意离婚、并在内地结婚，双方在签订离婚协议后，可到婚姻登记机关提交离婚申请。第一千零七十七条并订明在婚姻登记机关收到离婚申请之日起 30 日的冷静期内如任何一方没有申请撤回离婚申请并且双方于冷静期届满后 30 日内亲自向婚姻登记机关申请发给离婚证，便可完成离婚手续。民法典第一千零七十九条订明夫妻一方要求离婚的，可以由有关组织进行调解或者直接向人民法院提起离婚诉讼，如双方在外地或香港结婚，但又想在内地离婚，那便需要考虑结婚地、结婚双方现时的居住地，或如一方已移居外地便要参考国内最后居住地等来决定哪个法院拥有管辖权。<sup>2 3</sup>

如双方在内地结婚，但又想在香港离婚的话，那就要证明婚姻关系在其存续期间与香港有联系上的地方。香港与内地的不同之处在于：在香港，只有家事法庭对于离婚申请有管辖权，而家事法庭的离婚管辖权与香港婚姻登记处无关。香港法例第 179 章《婚姻诉讼条例》（“婚姻诉讼条例”）第三条阐明了香港法院对离婚案的司法管辖权。如属下列情况，法院对根据本条例进行的离婚法律程序具有司法管辖权：

- (1) 在提出呈请当日，婚姻的任何一方以香港为居籍，意即一方身在此地并有意以此地为家；或
- (2) 向法庭提出呈请或申请当日之前三年内，婚姻的任何一方惯常居于香港；或
- (3) 向法庭提出呈请或申请当日，婚姻的任何一方与香港有「密切联系」，例如双方在香港逗留了多久，有否在香港工作，朋友及家人是否在港，在香港有否资产等。

<sup>2</sup> 向荣律师：《内地关于离婚的程序规定》

<http://www.fredkan.com/wp-content/uploads/2021/07/%E5%86%85%E5%9C%B0%E5%85%B3%E4%BA%8E%E7%A6%BB%E5%A9%9A%E7%9A%84%E7%A8%8B%E5%BA%8F%E8%A7%84%E5%AE%9A.pdf>

<sup>3</sup> 《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》第十三至十七条

由此可见，两地皆有对于提出离婚时双方之居住地的考虑，因此两地法律同业在面对新的两地婚姻离婚案子时可留意如满足关于居住地的条件限制，婚姻登记地点并不会阻碍双方自由选择在内或香港提出离婚。两地法律同业也可通过分析两地对于离婚案件的管辖权，从而起到帮助客户将案件分流到正确法院的作用。

## 二. 两地法院对离婚的受理理由、程序及法院总体上之态度

民法典第一千零七十九条订明人民法院审理离婚案件，应当进行调解；如果感情确已破裂，调解无效的，应当准予离婚。内地对婚姻存续期间双方之道德及行为有较高的行为规范，对离婚有过错的一方或其行为在离婚诉讼中也有较严厉的对待。离婚双方如有下列情形之一，调解无效的，应当准予离婚：（一）重婚或者与他人同居；（二）实施家庭暴力或者虐待、遗弃家庭成员；（三）有赌博、吸毒等恶习屡教不改；（四）因感情不和分居满二年；（五）其他导致夫妻感情破裂的情形；或一方被宣告失踪，另一方提起离婚诉讼的，应当准予离婚。民法典第一千零九十一条再订明有下列情形之一，导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿：（一）重婚；（二）与他人同居；（三）实施家庭暴力；（四）虐待、遗弃家庭成员；（五）有其他重大过错。这规范为帮助家庭实现弘扬传统家庭美德，加强家庭文明建设的家风建设<sup>4</sup>提供了良好的法制基础，并在法院层面上对于婚姻中有过错的一方给予明确的指责，并对无过错一方给予实质上及精神上的照顾。<sup>5</sup>

在香港，根据婚姻诉讼条例第十一及十一 A 条，提出离婚呈请或离婚申请的唯一理由，须为婚姻已破裂至无可挽救，并可从五个事实中选一个以证明此理由，其中有两个以分居的时间及配偶之同意与否来支持离婚呈请，分别是分居一年且配偶同意，和分居两年，配偶无需同意。另外三个事实均与配偶的行为有关，分别是通奸、不合理行为及遗弃。

在香港办理离婚的手续要视乎案件的复杂程度而定。离婚案件一般分为三大部分处理：主要离婚诉讼（分为有抗辩跟无抗辩之案件）、附属济助及子女事务。

<sup>4</sup> 海丰县人民政府门户网站：《【家风建设】弘扬传统家庭美德 加强家庭文明建设》

[http://www.gdhf.gov.cn/gdhf/ztlz/cwmxc/content/post\\_616383.html](http://www.gdhf.gov.cn/gdhf/ztlz/cwmxc/content/post_616383.html)

<sup>5</sup> 家理律师事务所出品：《婚姻家事法律服务行业白皮书》，2023年出品

最简单的话，提交呈请书及送达予答辩人后，把案件交付特别程序表内，等待颁布暂准离婚令，再等六星期便可申请把暂准离婚令转为绝对离婚令。整个离婚过程最快也要一年左右。

如呈请人想在呈请书上指出婚姻期间配偶的过错行为，尤其以不合理行为为依据的离婚事实最为常见。但如果答辩人对呈请人在呈请书上陈述的不合理行为细节有争议，便须在主要离婚诉讼进行抗辩，进而拖长了离婚诉讼。香港的离婚理由及呈请人所依赖的行为上的事实理据确实与内地也有于离婚诉讼中体现有过错一方的意味，但是值得注意的是香港法院并不会“*[...] countenance [parties'] any attempt to engage in costly and often futile retrospective investigations of the failed marriage which tend to deplete the parties' [and the courts'] resources and to increase antagonism and discourage settlement*”，亦即法庭不会支持[双方]尝试对已破裂的婚姻进行代价高昂且往往徒劳无功的过错追溯调查，这往往会耗尽双方[和法院]的资源，并加剧双方对彼此的敌意并阻碍双方有效地进行和解。<sup>6</sup>而内地同业可能会很意外实际上有“过错”一方及其行为（除非异常地重大或明显）一般并不会影响财产分割。香港法院这较务实的态度与香港于2009年4月2日生效的民事司法制度改革有着相同的理念：提高须就在法庭席前进行的民事法律程序而依循的常规及程序的成本效益、确保案件在合理切实可行范围内尽速有效处理及利便解决争议<sup>7</sup>，因此尽量不会鼓励双方投入过多资源在过错的调查或惩罚里。

纵使两地法庭对于婚姻中有过错一方采取截然不同的态度，但其实均可体现法庭最终的关切点仍然是维护离婚双方的权益。内地法庭较为注重树立良好的家风，而香港法庭则对于一般家庭财产之分割较注重和采取较为务实的态度，尽可能避免家庭投放太多资源在谁是谁非的诉讼上而耗尽（大部分情况下）有限的婚姻财产。而内地同业在给予客户建议在哪法院提出离婚申请时也可提醒客户两地法院对于过错行为所采取的不同态度与处理手法。

### 三. 两地法院对财产分割的审理标准

两地婚姻的主轴在大部分情况下皆为财产分割。毕竟离婚时所带来的负面情绪、关系上的变化以及离婚之现实与结婚时山盟海誓的承诺形成强烈对比，双方

<sup>6</sup> *LWK v DD* [2010] 13 HKCFAR 537

<sup>7</sup> 民事司法制度改革 <https://www.civiljustice.hk/chi/home.html>

之情绪容易被牵引。常见的是双方把情绪上对对方之不满影射在双方诉讼的较量上，具体而言便展现在双方争夺夫妻间的财产之诉讼上。

内地实施夫妻财产共同财产制，即在双方没有约定的情况下，婚内所得财产为双方共同共有，《民法典》第一千零六十二条规定夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产，为夫妻的共同财产，归夫妻共同所有：

- (一) 工资、奖金、劳务报酬；
- (二) 生产、经营、投资的收益；
- (三) 知识产权的收益；
- (四) 继承或者受赠的财产，但是本法第一千零六十三条第三项规定的除外；
- (五) 其他应当归共同所有的财产。

夫妻对共同财产，有平等的处理权。

只有符合特定条件才可被界定为夫妻一方的个人财产。《民法典》第一千零六十三条规定下列财产为夫妻一方的个人财产：

- (一) 一方的婚前财产；
- (二) 一方因受到人身损害获得的赔偿或者补偿；
- (三) 遗嘱或者赠与合同中确定只归一方的财产；
- (四) 一方专用的生活用品；
- (五) 其他应当归一方的财产。

内地法庭可见较为斟酌时间上财产究竟是在什么时候产生或获得的，所依据的原则也是较为清晰，只要是婚姻关系存续期间所得也会纳入为共同财产。只有婚前，或是清楚被划分为只归一方的赔偿或赠与等才会被界定为个人财产。

在香港，裁决怎样分割家庭财产时，法庭首先要考虑家庭之财产有多少。法庭并会把家庭财产分为：

- (一) 只足够满足双方需要之的案件（一般情况都是此类案件，意即满足了双方的经济需要后便无多余的财产剩下）；或
- (二) 财产可供分享的案件（亦即满足了双方的经济需要后仍有巨额婚姻财富剩余。）。

根据香港法律第192章《婚姻法律程序与财产条例》第七（一）条，法院在处理离婚财产分配及赡养费给付时，需要考虑因素包括：

- （一） 婚姻双方的收入、谋生能力、财产及其他经济来源；
- （二） 婚姻双方可预见的将来的经济需要、负担及责任；
- （三） 双方的生活水平；
- （四） 双方的年龄和婚姻的持续期；
- （五） 双方的身体或者精神状况；
- （六） 双方对家庭的贡献；
- （七） 因离婚而丧失的利益价值。

至于香港对于离婚财产分割的标志性案件非 LKD 诉 DD 莫属。案中香港终审法院对于迄今适用的处理财产分配和赡养费给付的普通法原则进行了详细的阐述。总的来说，法庭会以五个步骤，并以公平为首要考虑的原则处理财产分割。

#### 第一步：确立夫妻双方的财产

双方名下的财产包括夫妻双方婚前及婚姻存续期间的财富，法院在此时不宜把婚姻和非婚姻财产进行区分。此步的目的为让法庭知道双方及各自的经济状况、财政资产等。

#### 第二步：确定双方（及子女）在离婚后的财务需求

法庭会作粗略的考虑，并尽可能会以维持婚前生活水平为目标。

非婚姻财产并不会自动排除在法院的处置权之外。它代表了将它带到婚姻中的一方之贡献。法院会决定是否应该将之分配、分配的比例是多少。在做出这样的决定时，它体现到这样一个现实，即婚姻时间越长，非婚姻财产就越有可能与婚姻财产合并或纠缠在一起。相比之下，在短期婚姻案例中，除非需要，否则也不太可能会分割非婚姻资产。

如果财产净值满足双方财务需求外有剩余，则按照以下第三步分配。

第三及第四步：决定应否应用均分原则并考虑是否有充分的理由背离平均分配。如果双方财产在满足双方财务需求外还有剩余，则两人名下的财产将按照本步骤的原则进行分配。除非一方提出有其他考虑因素以背离均分原则，例如财产的来源、婚姻存续的时间长短、一方为婚姻作出的牺牲、对婚姻家庭的贡献等事实说明不进行平均分割更加公平，否则原则上以均分为目标。法庭如果决定不进行平均分割，需要明确的阐明其作出此等偏离的考虑因素和理由。<sup>8</sup> 同样地如上所述，跟内地不同的是婚姻期间婚姻双方的过错行为除非特别明显和服重，否则一般不会作为分割财产的影响因素。

第五步：香港法院根据案情可能颁布的命令种类

香港法庭根据第192章《婚姻法律程序与财产条例》可作出定期付款令、整笔付款令、财产转让令、变卖物业令等的命令。并且法庭会倾向于彻底分清的财产安排，以尽可能让双方能在离婚诉讼里得到最终及完满的和解方案。

综观上述，两地法庭虽然在体制及法律条文上并不是完全一致，但也可看到两地法院对于婚姻财产均有意识地把婚姻和非婚姻财产进行区分。在没有协议的情况下，内地法庭明显地注重在体制上的家风建设 - 正如对婚姻存续期间双方之道德及行为有明确的评价标准外，内地法庭也在财产分配上有惩恶、护弱之考虑。而香港法庭则相对下并不会关注婚姻中双方的对错，而是务实地关注实际上离婚后双方及，或孩子之经济需要有否被满足到。因此除了考虑两地法院的管辖权、受理理由和程序外，两地法院会倾向于怎样判决双方之财产也可是两地同业在跟客户制定离婚方案时可考虑到的因素，也可是和客户沟通有关两地法律体制差异的问题，从而替客户选择最适合的离婚地。

---

<sup>8</sup> 香港离婚和家事法，附属济助和财产分割； 2021年3月2日；  
<https://www.cnhklawyer.com/%E9%A6%99%E6%B8%AF%E9%9B%A2%E5%A9%9A%E5%BE%8B%E5%B8%AB-%E9%A6%99%E6%B8%AF%E9%9B%A2%E5%A9%9A%E8%B2%A1%E7%94%A2%E5%88%86%E5%89%B2%E5%8F%8A%E8%B4%8D%E9%A4%8A%E8%B2%BB%E7%B5%A6%E4%BB%98/>

## 数据出境之合规纲要

高文杰 顾倩 刘钰琳 黄步步

全球正加速迈入数字经济时代，数据已经成为驱动经济发展的关键生产要素。党的二十大提出了数字中国的建设，是构筑国家竞争新优势的有力支撑。数据跨境传输作为数字经济发展中的重要组成部分，涉及跨境贸易、个人隐私保护、司法管辖及国家安全等。因此，各国积极完善数据跨境传输和数据安全保护法律体系。本文梳理归纳中国和欧盟的数据跨境传输的基本法律体系和纲要，以资参考。

### 一、中国

中共中央国务院于 2022 年 12 月 2 日发布了《关于构建数据基础制度更好发挥数据要素作用的意见》，鼓励国内企业开展数据跨境流动业务。

根据《数据安全法》的规定，数据是指任何以电子或者其他方式对信息的记录。数据处理包括数据的收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开等。

#### 1 数据类型

国家互联网信息办公室(“网信办”)2022 年 7 月 7 日发布的《数据出境安全评估办法》(“《安全评估》”)中将数据类型简要分为个人信息和重要数据。

##### (1) 个人信息

根据《个人信息保护法》的规定，个人信息是指以电子或者其他方式记录的与已识别或者可识别的自然人有关的各种信息，不包括匿名化处理后的信息。

国家标准 GB/T 35273《信息安全技术个人信息安全规范》(“《安全规范》”)对个人信息的判定主要依据其两大特性，即可识别和相关联。包括从信息到个人，由信息本身的特殊性识别出特定自然人，或从个人到信息，如已知特定自然人，由该自然人在其活动中产生的信息(如位置信息、浏览记录等)，均为个人信息。

全国信息安全标准化技术委员会(“信安标委”)于 2023 年 3 月 16 日发布的国家标准《个人信息跨境传输认证要求(征求意见稿)》将个人信息定义为：以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人身份或者

反映特定自然人活动情况的各种信息，不包括匿名化处理后的信息。

《个人信息保护法》将个人信息分类为一般个人信息和敏感个人信息。敏感个人信息被定义为是一旦泄露或者非法使用，容易导致自然人的人格尊严受到侵害或者人身、财产安全受到危害的个人信息，包括生物识别、宗教信仰、特定身份、医疗健康、金融账户、行踪轨迹等信息，以及不满十四周岁未成年人的个人信息。该法还并进一步规定，只有在具有特定的目的和充分的必要性，并采取严格保护措施的情形下，个人信息处理者方可处理敏感个人信息。

## (2) 重要数据

根据《安全评估》的规定，重要数据是指一旦遭到篡改、破坏、泄露或者非法获取、非法利用等，可能危害国家安全、经济运行、社会稳定、公共健康和安全等的数据。信安标委于 2022 年 1 月 13 日发布的《信息安全技术重要数据识别指南(征求意见稿)》中将重要数据的定义为：以电子方式存在的，一旦遭到篡改、破坏、泄露或者非法获取、非法利用，可能危害国家安全、公共利益的数据。重要数据不包括国家秘密和个人信息，但基于海量个人信息形成的统计数据、衍生数据有可能属于重要数据。

工信部于 2022 年 12 月 8 日印发的《工业和信息化领域数据安全管理办法(试行)》第十条规定，危害程度符合下列条件之一的数据为重要数据：

对政治、国土、军事、经济、文化、社会、科技、电磁、网络、生态、资源、核安全等构成威胁，影响海外利益、生物、太空、极地、深海、人工智能等与国家安全相关的重点领域；

对工业和信息化领域发展、生产、运行和经济利益等造成严重影响；

造成重大数据安全事件或生产安全事故，对公共利益或者个人、组织合法权益造成严重影响，社会负面影响大；

引发的级联效应明显，影响范围涉及多个行业、区域或者行业内多个企业，或者影响持续时间长，对行业发展、技术进步和产业生态等造成严重影响；

经工业和信息化部评估确定的其他重要数据。

《网络安全法》中规定的关键信息基础设施包括公共通信和信息服务、能源、

交通、水利、金融、公共服务、电子政务等重要行业和领域，以及其他一旦遭到破坏、丧失功能或者数据泄露，可能严重危害国家安全、国计民生、公共利益的。

## 2. 数据出境

《安全评估》第 2 条规定，数据处理者向境外提供在中华人民共和国境内运营中收集和产生的重要数据和个人信息，即为数据出境。网信办于 2022 年 8 月 31 日颁发的《数据出境安全评估申报指南(第一版)》中说明，数据出境行为包括除了在境内收集和产生的数据传输、储存至境外以外，数据储存在境内，而境外的机构、组织或个人可以查询、调取、下载、导出等情形也属于数据出境行为。

### (1) 安全评估

根据《网络安全法》和《安全评估》的规定，如果企业向境外传输重要数据或是关键信息基础设施的运营者在境内运营中收集和产生的重要数据因业务需要，确需向境外提供的，其数据出境需要通过安全评估。对于触发《安全评估》申报门槛的数据处理者应当向相应网信办申报的内容包括法律文件中数据传输和存储约定、数据接收方的约束性要求、争议解决条款等。通过安全评估的数据处理者可开展数据出境活动，通过安全评估的结果有效期为 2 年。

值得注意的是，《网络安全法》第 37 条规定，关键信息基础设施的运营者在中华人民共和国境内运营中收集和产生的个人信息和重要数据应当在境内存储。

根据《安全评估》的规定，对于个人信息的数据处理者，若处理 100 万人以上个人信息的数据处理者向境外提供个人信息，或自上年 1 月 1 日起累计向境外提供 10 万人个人信息，或者 1 万人敏感个人信息的数据处理者向境外提供个人信息的，则触发安全评估的门槛。

### (2) 标准合同

对于未触发《安全评估》申报门槛的个人信息处理者，可以通过签订标准合同的方式向境外提供个人信息。《标准合同》内容是不可更改的，国家网信部门可以根据实际情况对其进行调整。《标准合同》要求适用中国法律，将仲裁机构的地域选择限定在《纽约公约》成员国中；若选择法院管辖的，要求将管辖法院

的选择限定在中国境内。《标准合同》同时规定个人信息主体<sup>i</sup>，即个人信息所标识或者关联的自然人，作为合同的第三方受益人，可以向有管辖权的人民法院提起诉讼。

网信办于 2023 年 2 月 24 日公布了《个人信息出境标准合同》（“《标准合同》”），或将成为个人信息跨境传输中应用最广泛的合规路径。《标准合同》罗列的主要条款包括个人信息处理者的义务、境外接收方的义务、当地个人信息保护政策法规对遵守标准合同条款的影响、个人信息主体的权利、救济措施等。《标准合同》只需在个人信息处理者所在地的省级网信办备案，无需审批。

### (3) 个人信息保护认证

如果个人信息处理者在认证范围内开展的个人信息处理活动符合认证要求的，企业可以通过指定机构<sup>ii</sup>进行认证实现数据跨境，这是与标准合同并列的个人信息合规跨境传输方式。与标准合同相比，其可以避免签订多份合同的繁琐，并为跨国集团内部的数据传输提供了便利。

现行有效的个人信息跨境处理活动认证的依据是《安全规范》以及 TC 260-PG-20222A《个人信息跨境处理活动安全认证规范》（“《安全认证规范》”）。申请认证的个人信息处理者需具有法人资格，认证机构综合评价后作出决定，有效期为三年。《安全认证规范》对个人信息处理者和境外接收方的责任义务作出了约束，与《标准合同》一样，要求在个人信息跨境处理的纠纷中适用中国法律。2023 年 3 月 16 日，信安标委发布了《个人信息跨境传输认证要求(征求意见稿)》。

## 二、欧盟

2020 年 2 月，欧盟在《欧洲数据战略》(A European Strategy for Data) 提出，对国际数据流动采取开放而又坚定的态度非常重要。欧盟的数据治理体系将数据区分为个人数据保护和非个人数据保护，分别由《通用数据保护条例》(General Data Protection Regulation, “GDPR”)和《数据治理法案》(European Data Governance Act, “DGA”)进行规范。

### 1. GDPR

GDPR 于 2018 年 5 月 25 日起适用于所有欧盟成员国。GDPR 适用于个人数据

的保护，第4条将个人数据定义为：与可识别的自然人（“数据主体”）有关的任何信息。可识别的自然人是可以通过某种标识符如姓名、证件号、位置信息、在线标识符，或与该自然人的身体、生理、遗传、精神、经济、文化或社会身份有关的一个或多个具体因素，直接或间接地被识别出来的个人（‘personal data’ means any information relating to an identified or identifiable natural person (‘data subject’); an identifiable natural person is one who can be identified, directly or indirectly, in particular by reference to an identifier such as a name, an identification number, location data, an online identifier or to one or more factors specific to the physical, physiological, genetic, mental, economic, cultural or social identity of that natural person)。由于该定义包括“任何信息”，则“个人数据”被尽可能广泛地解释<sup>iii</sup>。

与我国《个人信息保护法》将个人信息划分为一般个人信息和敏感个人信息相类似，GDPR将个人数据区别为一般数据与敏感数据。敏感数据就包含，揭露种族或民族起源的数据、揭示政治观点的数据、揭示宗教或哲学信仰的数据、揭示工会会员身份的数据、基因数据、为唯一识别自然人而处理的生物特征数据、关于健康的数据。相关违法行为涉及这些敏感数据的，则会招致GDPR执法机构的顶格处罚，即对违法主体处以2000万欧元或者全球营业额的4%的罚款。

值得注意的是，GDPR仅为欧盟各成员国以及挪威、冰岛、列支敦士登的通用性一般规则，即这些国家至少要遵守GDPR规定的这些通用规则，在此基础上，各国还可以规定更细甚至更严格的规则，例如德国和意大利等国家的保护力度和处罚严格程度就远远超出GDPR的规定。另外，英国脱欧前当然适用GDPR规则，英国脱欧后，英国当局对是否继续适用GDPR相关规则并未做出明确规定，但可以预计的是，GDPR规则将在相当长的时间内对英国社会产生影响。

GDPR第五章将数据出境定义为：向第三国或国际组织传输个人数据（Transfers of personal data to third countries or international organizations）。在GDPR下数据跨境传输的路径和要求主要有三种：充分性保护水平，标准合同条款，有约束力的公司规则。

## (1) 充分性保护水平 (Adequacy decision)

GDPR 中的“充分性保护水平”类似白名单制度：如果欧盟委员会决定第三国、一个地区或该第三国中的一个或多个特定部门或有关国际组织能确保充分的数据保护水平，则可不需要任何其他的许可或授权即可将个人数据传输到第三国或国际组织<sup>iv</sup>。截至 2023 年，欧盟委员会认定达“充分性保护水平”的国家和地区仅 14 个<sup>v</sup>，中国不在其列。

## (2) 适当性保障措施 (Appropriate safeguards)

GDPR 将数据控制者 (Controller) 定义为：单独或与他人共同决定处理个人数据的目的和手段的自然人或法人、公共当局、机构或其他机构<sup>vi</sup>；处理者 (Processor) 则被定义为：代表控制人处理个人数据的自然人或法人、公共当局、机构或其他机构<sup>vii</sup>。未被认定达到“充分性保护水平”数据控制者或处理者只有在提供了适当的保障措施的情况下，才可以将个人数据转移到第三国或国际组织。

GDPR 第 46 条认定的适当保障措施包括：(A) 标准数据保护条款；(B) 具有约束力的公司规则；(C) 公共当局或机构之间具有法律约束力和可执行的文书 (International agreements and Administrative arrangement)；(D) 批准的行为准则 (approved code of conduct)；(E) 批准的认证机制 (approved certification mechanism)。在现实中 (C)、(D)、(E) 途径比较困难，故本文仅就 (A)、(B) 途径作出讨论。

### A. 标准数据保护条款 (Standard Contractual Clause, “SCC”)

标准合同条款的目的是为确保个人信息在出境后的保护水平不低于本国标准，进而要求境内传输方与境外接收方签订的由监管机构统一制定的制式合同。欧盟在 2021 年 6 月 4 日公布了最新版本的 SCC，涵盖四种数据传输模型<sup>viii</sup>，即处理者和控制者之间四种不同的传输情况，具体包括控制者-控制者、控制者-处理者、处理者-处理者、处理者-控制者。该版 SCC 还规定了对基本数据保护原则<sup>ix</sup>、安全义务、第三方受益人权利和提交给欧洲法院的管辖权的承诺。

在控制者-控制者、控制者-处理者、处理者-处理者三种模型的数据传输中，

SCC 在争议解决条款中对管辖法院的选择作出了限制：“这些条款引起的任何争议应由欧盟成员国的法院解决(Any dispute arising from these Clauses shall be resolved by the courts of an EU Member State)<sup>x</sup>”，第 18 条(c)项则允许数据主体在其惯常居住地的成员国的法院对数据传输方或数据接收方提起诉讼。

实务中，SCC 采用的是政府监管要求相对宽松且效率更高的备案制，因此更受欢迎。SCC 是迄今为止欧洲公司使用最多的数据跨境传输途径。尽管 SCC 的合同主体是数据处理者和控制者，其制定旨在保护数据主体的利益。除必要的信息填入、选择管辖法院、监督机构等，SCC 的核心内容是不可修改的。

### B. 具有约束力的公司规则 (Binding Corporate Rules, “BCR”)

如果跨国企业内部制定了一套在处理个人数据时候遵守的数据保护规则，并通过了欧盟数据保护机构的批准，则该企业可以通过 BCR 的方式在企业内部向欧盟以外的地方传输个人数据<sup>xi</sup>。通过 BCR 方式进行个人数据传输的接收方限于企业内部，不可涉及第三方。想要申请 BCR 的公司应当向监管机构提交申请，监管机构再传达给欧洲数据保护委员会。

实务中，BCR 采用的是政府监管要求相对严格且效率更低的批准制。适用 BCR 使得跨国企业在不同法域的公司统一达到欧盟批准的数据保护水平，这增加了企业的合规成本。因此，适用 BCR 进行数据跨境传输的往往是大型跨国公司，如摩根大通、路易酩轩、英特尔、空客<sup>xiii</sup>等。

## 2. DGA

《数据治理法案》(European Data Governance Act, “DGA”)于 2022 年 6 月 23 日开始生效(enter into force),并将于 2023 年 9 月 24 日开始适用(apply)。

与强调个人数据保护的 GDPR 不同，DGA 旨在欧盟内部推动数据共享，促进数据流动。DGA 将数据的定义为：行为、事实或信息的任何数字表述以及此类行为、事实或信息的任何汇编，包括声音、视觉或音像记录的形式(‘data’ means any digital representation of acts, facts or information and any compilation of such acts, facts or information, including in the form of

sound, visual or audiovisual recording)。

只要涉及到个人数据，DGA 不得对抗 GDPR 的规定。在非个人数据方面，来自第三国的访问请求(access request from third countries)和向第三国转移(transfer to a third country)也有类似 GDPR 的保障措施：只应转移到对数据的使用提供适当保障的第三国，并接受相应的欧盟管辖权。

## 结 语

在数据融入到人民生活、生产中每个环节，尤其是我国出海企业越来越多、对外交流越来越频繁的当今社会，数据的跨境传输需求越来越大。而数据的跨境传输作为数据处理的其中一个重要环节，必然涉及到对相关管理当局数据合规方面法律法规的遵守及违法后果的承担。且数据跨境传输往往涉及不同法域的法律法规，管控强度并不统一，合规风险存在差异，需要谨慎对待。实务中，为了更好地保护相关权益，规避相关风险，数据合规、隐私保护与网络安全往往相辅相成，彼此交叉且有必要共同推进。



**作者简介：**高文杰 律师为天元律师事务所合伙人，目前担任国际商会仲裁与替代争议解决委员会中方代表，香港国际仲裁中心、深圳国际仲裁院、武汉仲裁委员会等多家仲裁机构仲裁员，深圳市贸促委企业国际化经营合规专家委员会专家委员，中南财经政法大学法律专业合作硕士研究生指导教师等社会职务。

高律师主要从事国际商事海事争议解决，国际合规与政府监管，跨境并购及投资等业务，拥有比较丰富的经验，并带领一支训练有素的专业法律队伍，以中文，英文等多种语言，为众多中外知名客户提供稳定而高质量的法律服务。

在国际仲裁领域，曾代理数十宗在境外的国际仲裁案件。作为牵头律师代理一宗适用国际商会仲裁院仲裁规则，由三位英国皇家御用大律师组成的仲裁庭审理的国际工程纠纷仲裁案，取得完美胜诉。该案入选《法制日报》第四届“一带一路”争议解决类法律服务典型案例。

在跨境诉讼领域，曾代理大量在国内外的诉讼案件。代理首例经最高院外国法查明中心查明并适用外国法确认涉外仲裁条款效力之诉。该案入选广东省高级人民法院首次统一发布的 20 例粤港澳大湾区跨境纠纷典型案例。

高律师担任仲裁员多年，作为独任仲裁员或首席仲裁员审理大量商事、金融以及涉外纠纷等各类案件。

高律师入选中国司法部“全国千名涉外律师”，2016 年被《商法》评选为“年度杰出大奖-国际仲裁”、2017 年和 2021 两度获评 The Legal 500 “争议解决-特别推荐律师”及 2021 年获评 Benchmark Litigation “诉讼之星等。

高律师经常在法律刊物上发表文章，意在推动法律职业的进步。

联系方式：[gaowj@tylw.com.cn](mailto:gaowj@tylw.com.cn) / +86 138 2880 8683



**作者简介：**顾倩 律师主要专业领域为争议解决及合规等。曾处理香港国际仲裁中心、新加坡国际仲裁中心、深圳国际仲裁院、中国国际经济贸易仲裁委员会华南分会、厦门仲裁委员会、深圳中院、深圳前海法院等审理的合同纠纷案和涉外案件。

联系方式：[guqian@tylw.com.cn](mailto:guqian@tylw.com.cn) / +86 135 5687 3404



**作者简介：**刘钰琳 实习律师主要专业领域为争议解决及合规等。参与处理中国国际经济贸易仲裁委员会湖北分会管理的各种民商事仲裁案件，为拟上市公司首次公开募股提供尽职调查服务。

联系方式：[liuyulin@tylw.com.cn](mailto:liuyulin@tylw.com.cn) / +86 138 2313 8784



**作者简介：**黄步步 先生，我国数据合规、隐私保护与网络安全资深法律专家、先行者和布道人，欧盟权威机构荷兰 EXIN 在华授予 DPO(数据保护官)证书并被特聘为授权讲师的法律从业者第一人，培养了一大批 DPO 执业者，入选深圳市贸促委企业国际化经营合规专家委员会数据合规法律专家，广东省佛山市高层次人才，北海国际仲裁院仲裁员。曾先后受聘为超大型央企中国建筑(三局)南亚片区总法律顾问，标杆民企碧桂园控股集团海外法总兼控股集团 DPO，头部互联网企业欢聚时代海外集团 BIGO 公司首席法务官，香港上市集团唐商集团助理总裁。

---

i 网信办发布的《个人信息出境标准合同》第一条：“个人信息主体”是指个人信息所标识或者关联的自然人。

ii 尚未公布具体认证机构产生的方式或名录。但实践中，中国网络安全审查技术与认证中心(CCRC)已经上线相关认证服务系统。

iii See: <https://gdpr-info.eu/issues/personal-data/>

iv GDPR Art. 45 Transfers on the basis of an adequacy decision

v 包括：安道尔，阿根廷，加拿大(商业组织)，法罗群岛，根西岛，以色列，曼岛，日本，泽西，新西兰，韩国，瑞士，英国，乌拉圭。来源：Adequacy decisions (europa.eu)

vi GDPR Art. 4(7) ‘controller’ means the natural or legal person, public authority, agency or other body which, alone or jointly with others, determines the purposes and means of the processing of personal data.

vii GDPR Art. 4(8) ‘processor’ means a natural or legal person, public authority, agency or other body which processes personal data on behalf of the controller.

viii See Decision (EU) 2021/914, Standard Contractual Clause, Clause 17

ix GDPR Chapter 2, Principles Art. 5~11

x See Decision (EU) 2021/914, Standard Contractual Clause, Clause 18(a)

xi GDPR Art. 47 GDPR Binding corporate rules

xii Approved Binding Corporate Rules | European Data Protection Board (europa.eu)

# 中国国际货代企业垫付费用及承担过错责任的法律风险防范

林凤 赖咏欣



**作者简介：**林凤律师，广东卓建律师事务所高级合伙人、涉外法律专业委员会主任、涉外法律事务部负责人。广东省涉外律师领军人才、深圳市涉外律师领军人才。深圳市律师协会国际贸易专业委员会副主任、前海一带一路法律服务联合会监事、香港特许秘书公会会员、广东外语外贸大学法律硕士研究生校外导师。联系电话:139 2744 3545  
邮箱: [linfeng@lawzj.cn](mailto:linfeng@lawzj.cn)



**作者简介：**赖咏欣律师，卓建涉外法律专业委员会委员。赖咏欣律师有丰富的民商事争议解决经验，擅长境内及涉外民商事争议解决、公司法律顾问、企业并购及破产重整等领域的法律服务。

## 摘要

中国国际货运代理企业在开展国际货代业务时常存在未与委托人签订书面合同的情形，在合同履行出现纠纷时，因缺乏完善的书面合同条款及规范管理的合同履行流程，合同履行较易产生争议，诉争发生的可能性较高。本文通过实践中的相关裁判案例，介绍国际货代企业在合同签订及履行管理时的需注意事项，并介绍在主张垫付费用及承担货代过错责任方面的法律风险防控内容。

## 一、国际货代合同关系的概述

《中华人民共和国国际货物运输代理业管理规定实施细则》第二条规定：“国际货物运输代理企业(以下简称国际货运代理企业)可以作为进出口货物收货人、发货人的代理人，也可以作为独立经营人，从事国际货运代理业务。国际货运代理企业作为代理人从事国际货运代理业务，是指国际货运代理企业接受进出口货物收货人、发货人或其代理人的委托，以委托人名义或者以自己的名义办理有关业务，收取代理费或佣金的行为。国际货运代理企业作为独立经营人从事国际货运代理业务，是指国际货运代理企业接受进出口货物收货人、发货人或其代理人的委托，签发运输单证、履行运输合同并收取运费以及服务费的行为。”国际货运代理合同关系是指国际货运代理企业作为进出口货物收货人、发货人的代理人或独立经营人，为委托人办理国际货运代理业务并收取相关费用的合同关系。在国际货运代理业务办理中，国际货运代理企业既是受委托人委托的受托人，亦是其再委托其他方办理事务的委托人。

## 二、国际货运代理企业在诉讼中常面临的法律风险及应对

国际货代业务因对时效性的要求较高，加之国际货运代理企业中常见小规模经营，运营管理难以达到规范的程度。因货代企业的合同保障不足及经营管理不规范，导致日常证据的收集、存储、整理不完善，如诉争发生至法院，货代企业承担的诉讼风险较高。笔者办理的案件均存在此类问题。经过梳理同类案件信息，笔者对国际货代企业与委托人的诉讼风险提示如下：

### (一) 注重签订书面合同的风险提示

在办理国际货代业务时，常常存在未与委托人签订书面合同的情形。在合同履行出现纠纷时，因欠缺书面合同、完善的合同条款，导致合同双方的权利义务约定不明，进而引致合同履行争议的发生。在未签订书面合同、没有充分证据的情况下，法院在裁判时较难直接支持货代企业或委托人一方的有利于自己的主张。在未签书面委托协议的情形下，货代企业可以通过双方QQ、微信、电子邮件的通讯沟通及相关业务事务履行情况，主张双方事实上存在国际货物运输代理关系。

深圳市中级人民法院在审理的罗显彬、深圳市志通天下货运代理有限公司货运代理合同纠纷二审民事案（案号：（2019）粤03民终376号）中，法院认为：罗显彬作为货物发运方将货物委托给志通公司办理国际货物运输业务，志通公司从中收取佣金，本案所涉法律关系为货运代理合同关系，故本案案由应为国际货运代理合同纠纷。

《中华人民共和国民法典》（以下简称“《民法典》”）第五百零九条第一款规定，当事人应当按照约定全面履行自己的义务。第五百一十条规定，合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同相关条款或者交易习惯确定。

如由法院审查案件是否存在相关双方交易习惯或行业惯例可作为认定依据，事实理解及认定结果存在不确定性，可能导致认定结果与货代企业认知、预期结果存在一定差距。如仅以QQ、微信、电话、电子邮件进行通讯沟通，这些沟通方式在语义表达、证据固定方面均存在不稳定性，容易引发合同后续履行的风险。

国际货代企业作为熟悉业务操作与行业情况的受托人和委托人，在接受国际货代业务委托时应重视将受委托的业务事项及有关权利义务以书面的方式进行明确。

## （二）国际货代企业主张垫付费用的法律风险

《民法典》第九百二十一条规定，委托人应当预付处理委托事务的费用。受托人为处理委托事务垫付的必要费用，委托人应当偿还该费用并支付利息。

在货代企业提供国际货代业务的过程中，会遇到向委托人主张垫付费用的情况。因货代企业通常在垫付费用确定并支付后，才向委托人主张偿付垫付费用，存在一定时间上的滞后性。如垫付费用的偿付发生争议，货代企业将面临垫付费用回款周期增加、承担诉讼中的举证证明责任的风险。法院在审理认定委托人是否应支付垫付费用时，将审查垫付费用是否系因委托业务而支出的费用，及垫付费用支出的必要性。如货代企业不能证明必要性，则货代企业的诉求可能得不到法院的支持。

**1. 若不能证明垫付费用是基于与货代企业委托人的业务而产生，费用将得不到支持。**

基于货代企业办理业务中常见的合同签订及履行的不规范的情况，垫付费用

无法对应具体业务的情况亦有可能发生。虽然从业人员熟悉业务操作情况，但诉争至法院时，需要有充足的证据予以证明，法院才能支持认定垫付费用是该案件所涉业务的垫付费用。为明确垫付费用所对应的具体业务及委托人，在垫付费用发生时，货代企业应注意留存证明垫付费用系基于某一业务发生的证据，并及时通知委托人以履行货代企业作为受托人的通知义务。如下案例中，因货代企业提交的证据无法证明超期费用系为其与被告之间的押箱业务而支出的费用，法院不支持原告货代企业的赔偿该费用的诉求。

青岛海事法院审理的青岛铭辰国际物流有限公司、青岛交运国际物流发展有限公司海上、通海水域货运代理合同纠纷一审民事案（案号：（2022）鲁72民初1086号）中，法院认为：原告提交微信聊天证据中的一方主体不明，法院不予认可其关联性与证明力。法院查明原、被告之间就押箱业务未签订书面合同，亦未对集装箱超期使用费的支付等内容进行明确约定。法院认为，根据庭审查明的事实，原告与被告之间存在押箱业务往来，但原告向案外人上海联骏公司支付38679元超期费的行为系基于原告与上海联骏公司之间的《集装箱进出口用箱协议书》，被告并非该合同相对方，现有证据亦无法证明原告向上海联骏公司支付的38679元超期费系为其与被告之间的押箱业务而支出的费用，因此，原告要求被告赔偿38679元的诉讼请求，缺乏事实与法律依据，法院不予支持。

**2. 货代企业主张委托人支付垫付费用，应当对垫付费用的必要性承担举证责任。法院还会综合考虑委托人可预见到的损失、货代企业的减损义务及是否存在过错情况等因素。**

《民法典》第五百九十一条规定，当事人一方违约后，对方应当采取适当措施防止损失的扩大；没有采取适当措施致使损失扩大的，不得就扩大的损失请求赔偿。

一般而言，如货物已运抵目的地并交付收货人，货代企业已履行完毕相关货代义务，则委托人理应支付相应费用。实践中发生的货代企业垫付费用包括，货运事务完成后确定金额的运费、仓储垫付费用、迟延清关提货导致的集装箱超期使用费和码头堆存费等。如货代企业与委托人未签订书面合同，货代企业在双方开展业务时未将具体垫付费用的产生、承担及其计算标准告知委托人，货代企业在垫付费用产生后需提供相应证据予以证明费用的必要性。如下两则案例，可以看出法院认定垫付费用的衡量标准。

(1) 目的港费用单据可以证明费用与涉案货代事宜相关，且费用均系由目的港方面相关主体所收取，在被告未提供相反证据加以反驳的情况下，法院支持原告主张的实际垫付的相关合理费用。

上海海事法院审理的青岛崑鸿国际物流有限公司成都分公司诉绵阳志海进出口贸易有限公司海上货运代理合同纠纷一审民事案（案号：(2012)沪海法商初字第1501号）中，法院认为：本案中，目的港费用单据所载明的船名/航次、提单编号、集装箱编号等信息均与涉案货代事宜相关，在被告未提供相反证据加以反驳的情况下，应认定费用与涉案货代事宜的关联性；且上述费用均系由目的港方面相关主体所收取，其金额亦非原告单方所能确定，同样在被告未提供相反证据加以反驳的情况下，应认定费用金额的合理性。由此，原告已通过承运人崑航物流对外实际垫付的相关合理费用，被告理应予以偿还，但金额应以目的港所实际发生费用为限。

(2) 因货代企业主张的垫付集装箱超期使用费已超过重置同类集装箱投入运营的费用，该费用损失已超过委托人可以预见到的损失，法院对超出部分的费用不予支持。

广州海事法院审理的地中海航运有限公司与伟航集运（深圳）有限公司、图木舒克市托木尔进出口有限公司海上、通海水域货物运输合同纠纷一审民事案（案号：(2014)广海法初字第403号）中，法院认为：集装箱被超期占用给承运人造成的损失，一般为承运人因丧失正常使用集装箱的预期可得利益损失和向第三人租用或重置涉案集装箱的成本损失。但原告作为涉案集装箱的所有人，在得知因货物涉嫌虚假报关导致连同装载货物的集装箱被海关扣押、其在短期内不能取回集装箱的情况下，可采取重置同类集装箱的方式来避免损失的扩大。伟航公司已于2012年12月11日向原告支付集装箱超期使用费人民币81,925元，该笔费用足够原告重置同类集装箱投入运营。原告没有采取适当措施防止集装箱损失的进一步扩大。原告要求伟航公司支付2012年12月11日起至实际返还集装箱之日止的集装箱超期使用费的诉讼请求，法院不予支持。

### **（三）国际货代企业履行国际货代合同的建议**

#### **1. 重视书面合同的签订，明确约定费用承担条款。**

货代企业应重视书面合同的签订，明确将货代企业与委托人的有关权利义务

以书面的方式予以明确，同时应注意合同签订的内容。如基于时效性的考虑，合同履行过程中仅通过 QQ、微信、电子邮件沟通以确定权利义务条款的，应尽量全面准确地写明双方的权利义务。货代企业可以在与委托人 QQ、微信、电子邮件沟通后将已确定的权利义务内容再行签订合同，并就合同签订后、合同履行中发生的合同未约定事宜签订补充合同。

## **2. 注意货代企业作为受托人的通知义务、减损义务。**

货代企业作为向委托人提供服务的受托人，作为专业从业人员，比委托人更熟悉业务办理事宜和行业惯例情况，委托人与受托人之间存在信息差。货代企业应履行通知义务，将合同履行情况如垫付费用的发生情况及时地、完整地通知委托人，以减少承担过错责任的风险。货代企业还应注意费用是否满足必要性，注意履行减损义务，在费用产生时应及时向委托人释明费用的产生原因、标准，并留存规范完整的单据和相应证明文件，不能放任委托人的业务产生过高的、超出预期合理标准的费用损失。

## **3. 约定争议解决条款，关注裁判标准。**

为防范货代合同的潜在风险，可以在订立合同时约定合同适用的法律适用条款及争议管辖条款，选择更为熟悉的法律和适宜的争议管辖机构。同时，为更好地认定国际货代领域合同履行的法律性质、常见纠纷、合同履行行为的法律后果，货代企业应主动了解相关法律规定，关注国际货代合同纠纷案件的裁判标准，以规范合同履行的具体业务行为。

综上所述，虽然基于货代企业的长期行业习惯和业务办理的时效性，国际货代业务办理常有无书面约定和忽视证据固定的情况，但在当下货代公司与委托方纠纷多发、货代行业竞争激烈、宏观经济衰退的背景下，规范合同管理及防范诉讼风险对于国际货代企业是较为重要的，由此可以降低坏账损失风险并提升企业的生存力。

## 我国加入《取消外国公文书认证要求的公约》的实务理解



**作者简介：李 恒**

北京市盈科（深圳）律师事务所律师

司南国际贸易律师团队主办律师

主要领域：国际贸易法律

2023年3月8日，中国驻荷兰大使代表中方正式向《取消外国公文书认证要求的公约》保管机关荷兰外交部递交加入书，标志着中国正式加入《公约》。

《公约》主要作用在于简化公文书跨国流转程序、便利国际经贸和人员往来。加入《公约》是中方扩大涉外文书流转领域制度型开放的重要举措，将带来两大红利：

一是大幅降低文书跨国流转的时间和经济成本。对于普通公民而言，这意味着可以更加方便快捷地办理在海外可能需要的健康证明、驾照证明、学位证明、户口证明等文书。加入《公约》之后，办妥一份出国使用的文书，时间可从约20个工作日减少到几个工作日，费用也会大幅下降。每年可为中外人员和企业节省3亿多元人民币办证费用。缔约国间办理文书流转手续时间平均减少约90%。

二是优化营商环境。入约后，有意向中国投资、出口的外国企业无需为商业文书办理领事认证，中方超过70%的出口贸易所涉商事文书亦将因此受益。

（摘自 [http://www.gov.cn/xinwen/2023-03/10/content\\_5745904.htm](http://www.gov.cn/xinwen/2023-03/10/content_5745904.htm)）

加入该《公约》是一件好事，我们对此应该有更具体的实务认识。

### 一、《公约》的名称及成员国

该《公约》由法文、英文写成，并以法文为准。依据《公约》所属的国际私法协会（HCCH）官方中文译本，《公约》中文译文为《取消外国公文书认证要求

的公约》，英文名称为 CONVENTION ABOLISHING THE REQUIREMENT OF LEGALISATION FOR FOREIGN PUBLIC DOCUMENTS。《公约》又简称为《海牙认证公约》（Apostille Hague Convention）。

至 2023 年 3 月 8 日，《公约》现有 124 个成员国，具体名单可到该网址名单查询：

<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=41>。

## 二、《公约》针对的是公文书（public documents）

公文书是相较“由个人在其权利范围内签署的文书”而言，《公约》第一条列出了公文书的范围。根据该划定的范围，对我国而言适用该《公约》的公文可以包括法院或检察院盖章、工作人员签署的文书，政府部门的文件（比如出生证、结婚证、户口本、律师证、驾驶证），公证处的公证书，民政局盖章的离婚协议等等。

因此，我国个人签署的遗嘱、授权委托书、贸易主体之间签署的合同等等，其本身不是该《公约》的公文，在经过我国公证处公证或有权国家机关确认后，才是可以适用该《公约》的公文。

同时，第一条列举了两种不包含在本《公约》公文范围内的文件，其中我们应该注意的是“与商业或海关事务直接有关的行政文件”。我们应当特别注意“行政”与“直接有关”两个定语，比如原产地证书、进出口许可证等是在排除之列不适用该《公约》，而比如商标证书、专利证书等不是直接与商业或海关事务相关，是属于政府的文件，不在被排除之列。

## 三、加入《公约》的实际便利是简化流程，取消对外国公文进行认证的要求

我国加入该《公约》之前，对于要到我国使用的在外国形成的文件，首先要在当地由公证员进行公证（notarization），然后交到当地国家相关部门确认公证员签名的真实性（authentication），然后再到我国驻当地国家的领事馆或大使馆认证（legalization）该确认部门签章的真实性，然后才能拿到我国使用。比如我们经常遇到的外资注册过程中的公司登记信息、董事会决议，以及在诉讼案件中使用的授权委托书、外国当事人的主体信息。

反之，在我国形成的文书要在国外使用时也是遵循这样的程序。

在加入该《公约》后，外国公文在成员国使用时不用再进行公证+确认+认证的程序，成员国直接认可该外国指定机关对公文的确认（“签发附加确认书”）。对于某些本身即是公文的文件将不需要进行公证，公证程序也随之取消。而且《公约》明确了“附加证明书”的样式，指定机关需要将该“附加证明书”填妥后附于公文或附页之上。

比如，我们在实务中需要一份来自美国客户的授权委托书，需要将该授权委托书在美国进行公证，公证后的文书即成为该《公约》的公文，然后再将该公文交由美国州务卿签发“附加确认书”。

如果我们需要一份来自德国的结婚登记证明，就该证明本身已是政府部门文件，只需要将文件由德国 district councils 签发“附加确认书”。

#### 四、加入《公约》的程序，以及加入《公约》的保留及反对

我国于 2023 年 3 月 8 日向《取消外国公文书认证要求的公约》保管机关荷兰外交部递交加入书，但并不表明《公约》立即对我国与其它成员国之间生效。

依据该《公约》规定，成员国收到加入通知后的 6 个月期限内可以反对加入，在 6 个月后该《公约》对加入国及未提出反对的成员国之间生效。换言之，在 6 个月的反对期内任何成员国可以提出反对，如提出反对《公约》则不适用于加入国与提出反对的成员国（当然反对可以随时撤回）。

因此，该《公约》最早将于 2023 年 9 月 7 日对我国生效，而且理论上其它成员国可以反对我国加入。

依据《维也纳条约法公约》，在加入《公约》时加入国可以提出保留。我国在递交《取消外国公文书认证要求的公约》加入书时提出了声明，即“公约不在中华人民共和国与中华人民共和国不承认为主权国家的对象之间适用”。

实践中也不乏其它国家提出保留、成员国反对的情况。

印度尼西亚在 2021 年递交加入书时，声明其适用于《公约》的公文不包括检察官签发的文件，法国、荷兰、德国对该项保留表示反对，但接受《公约》对

印度尼西亚与其之间生效。

菲律宾在加入《公约》时，声明《公约》的效力不及于其《引渡法》，对其发出的引渡的请求的文件应当按照其《引渡法》规定的程序办理。德国、芬兰、奥地利对菲律宾加入《公约》表示反对，在菲律宾与这些国家之间该《公约》不生效。

蒙古国于2009年递交加入时，奥地利、比利时、芬兰、德国和希腊表示反对，其与这些国家之间不适用该《公约》。

印度加入《公约》时，比利时、芬兰、德国、荷兰和西班牙提出反对，其后比利时、芬兰、荷兰和西班牙撤回了反对，至今该《公约》在德国与印度之间不生效。

因此，我们应当留意该《公约》对我国生效时其它成员国的反对情况。

## 五、我国签发“附加确认书”的机关

依据该《公约》，每个成员国应当指定签发“附加确认书”的机关。我国指定的签发机关为外交部及外交部授权的各省、自治区和直辖市的外事办。

依据该《公约》，成员国签发“附加确认书”的机关应当对签发的“附加确认书”留底，并应当应相关人员的查询核实“附加确认书”的真伪。

## 六、《公约》在香港、澳门的适用

香港特别行政区、澳门特别行政区分别在殖民统治时于1965年、1969年适用《公约》，在回归后根据我国政府通知该《公约》继续在两地适用。

我国加入《公约》后，内地与香港、澳门之间的公文是否适用公约呢？笔者认为答案是否定的。首先，如上所述我国加入《公约》时明确声明排除与非主权国家之间的适用；其次，香港、澳门是我国的特别行政区，相互之间不属于“外国”，没有适用公约的前提；内地与香港、澳门通过一系列的《安排》对文书往来的要求做出了规定，这是内国法调整的范围。

## 七、加入该《公约》是否影响对外国判决的承认和执行？

该《公约》只是简便了公证、认证程序，对于外国法院的裁判公文是否能得

到内国的承认与执行并不因为适用该《公约》的“附加确认书”而受影响。

\*部分信息来源（2023年3月26日）：

## 写好涉外商务信函的 5 个实务原则

张 然



**作者简介：**张然，ICC 国际商会“一带一路”委员会副主席、海隆石油工业集团法务总监。拥有近 20 年国际业务法务从业经验，先后服务于国际工程行业、装备制造行业、照明行业、电子与科技行业、能源行业，擅长处理中外合同、国际商事争议、海外仲裁/诉讼、IPO、反倾销与反补贴调查案件等，覆盖北美、中东、东南亚、南亚、非洲等地。公众号“**In House 天地**”主理人，威科先行法务宝专栏特邀撰稿人，CLECSS 2022 年十大杰出青年法务。

### 摘 要

涉外商务信函，在国际商业活动中之所以重要，有实践和法理两个层面的原因。然而，如何写好涉外商务信函，却经常是“走出去”的中资企业应对海外风险管理的一块短板。因为商务信函处理不慎，中资企业在海外遭遇纠纷、“交学费”的例子不胜枚举。本文从实务和法理角度出发，通过笔者观察到的中资企业处理涉外商务信函时的真实问题，介绍“如实记录、自我保护、效力适当、措辞得当、方便沟通”5 个实务原则，期望有助于国内从事国际业务和涉外法律业务的人士写好涉外商务信函，并能从“文件证据”的根源处——“文件制作”环节入手，做好风险防范，杜渐防萌，进一步帮助中资企业减少和化解国际商事纠纷。

在国际商业活动中，涉外商务信函的重要性不言而喻。实践中，如何写好涉外商务信函<sup>1</sup>，却是困扰许多中资企业（“中企”），特别是刚刚“走出去”的企业的一道难题。因为商务信函处理不慎，中企在海外遭遇纠纷、“交学费”的例子不胜枚举，有的因为文件效力产生争议，本想用来保护自己的文件成了纂在对

<sup>1</sup> 为了行文的方便，本文中所指的涉外商务信函，是指对外商事交往中制作的电子邮件、信函、会议纪要、备忘录等一般商务文件，而不包括律师函、合同、中标函、招投标文件、保函、承诺函等具有更高法律效力的特殊商务文件。

方手里的把柄；有的因为信中使用了不当言辞，在国际诉讼或仲裁的“证据披露”环节，为了不披露包含这些言辞的文件而大费周章；有的则不对开庭前的证据搜集抱有希望，而是将办案的重点放在证人证言和开庭听证环节，不但丧失了潜在的庭前和解机会，还增加了办案难度和法律费用。

为什么写好商务信函在国际业务中如此重要？原因来自于实践和法理两个层面。

从实践角度看，由于语言、文化、法律规则等的差异，国际业务的交易模式往往更为复杂，通过商务信函等书面文件进行沟通，有助于消除双方认识中的误区，提高沟通效率。同时，不少来自高端市场的外国公司，早已形成了通过书面文件、成文制度管理公司和从事商业活动的习惯，打入其市场并参与竞争的中企，不得不适应国际规则，“入乡随俗”。再者，从事国际业务的中企，多是脱离了“小作坊”模式、具备一定实力、甚至拥有庞大国际化队伍的规模企业，大型团队的运营，本就有赖于书面文件进行信息传递和团队沟通，而这些书面文件也作为公司经营的记录予以传承。

从法理角度看，首先，“大部分的商业诉讼/仲裁涉及的往往不是法律问题（issue of law），而主要争议是事实问题（issue of fact）。。。。。打官司是打证据，而商业诉讼/仲裁打的更是文件证据。”<sup>2</sup>涉外商务信函，作为记录和还原交易过程的事实证据，在“证据战”中注定要发挥重要作用。尤其是今天，国际诉讼和仲裁的大趋势是鼓励双方“在开庭前就把所有的底牌摊开在桌面上（all cards on the table），让双方都有时间针对对方的案件进行准备。”<sup>3</sup>能提供出对己方有利的书面文件，有时可以达到“止戈为武”的效果。其次，大陆法系和普通法系的“文件披露”规则有明显的不同。大陆法系下，一方不需要自动披露给对方一些对自己不利的文件和信息；而在普通法系下，争议双方则“被强制要求全面与坦率地相互披露（mutual disclosure）所有与诉讼争议有关的文件，”<sup>4</sup>，无论对自己有利的还是不利的。因此，当适用普通法系的“文件披露”规则时，除非文件享有特免权，否则含有对己方不利内容的信函难免被披露的命运。第三，国际业务从业者，面对的是“五花八门”的全球法律，认为“当

---

<sup>2</sup> 《证据法：国际规管与诉讼中的证据攻防》——杨良宜、杨大明、杨大志：P8.

<sup>3</sup> 《证据法：国际规管与诉讼中的证据攻防》——杨良宜、杨大明、杨大志：P11

<sup>4</sup> 《证据法：国际规管与诉讼中的证据攻防》——杨良宜、杨大明、杨大志：P8

场文件/记录(contemporary document)的重要性可以超越口头证据已是常识。缺少当场文件(争议的事实发生时制作的文件),特别是法院或仲裁庭认为应该有这种文件存在但偏偏缺少——指根本没有制作这份当场文件,经常会带来不利推断。<sup>5</sup>

那么,如何才能写好涉外商务信函?结合自身经验,笔者总结为5个实务原则:

### 原则1:如实记录原则

如实记录原则,是写好涉外商务信函最基本的原则,也是最容易实现的原则,而贯彻于实践中时,却经常出现遗漏要素、措辞不清等问题,进而引发争议。

以撰写一份会议纪要(Meeting Minutes)为例:首先,会议的时间、地点、人物(姓名、职务、公司)、议题是必须列明的内容。在处理争议案件时,一封好不容易找到的、对己方十分有利的会议纪要,由于时间、人物等信息没有记录清楚,无法还原三年前开会时的场景和出席的人员,不得不再搜集其他证据来支持这份文件,甚至这份看上去“很有用”会议纪要因无法确定真实性而不得被放弃。第二,会议中讨论过的内容,尤其是关键内容,需以结论性方式呈现在会议纪要中,比如“已达成一致(Agreed)”“未达成一致(Not Agreed)”“待定(TBD)”等。对尚未达成一致的讨论,需以简洁、清楚的措辞记录讨论过程。

“如实记录”原则,以“理解”为关键,而不是“死记硬背”。当懂得“记录”的目的是为了以后还原和确认曾经的交易场景,在制作文件时自然不易忘记该写清楚哪些要素。这一原则在撰写或回复信函时同样适用。不过,贯彻“如实记录”原则,要避免两个问题:

(1)为了“如实记录”,将会议或会谈的过程,做成“一字不漏”的文字记录,没有归纳和总结。这不仅浪费文件制作者和阅读者的时间,未来靠它还原当初场景时,仍需耗费同样的精力来甄别和归纳文件内容。有时,记录中包含了与谈者情绪化或阶段性的表达,反而引发误导。

(2)利用“如实记录”的原则,在描述事实时,对方有意将性质本不确定的事件或行为描述为对其有利的确定性事项,混淆概念。比如,在一封有潜在侵权纠纷的沟通信函中,对方业务人员将中方产品的“计划销售区域(planned sales

<sup>5</sup> 《证据法:国际规管与诉讼中的证据攻防》——杨良宜、杨大明、杨大志:P451-P452

territory—尚无销售额的地区)”描述为“销售区域(sales territory—有销售额的地区)”，中方如不及时指出其中的错误，将影响侵权行为损害赔偿的计算。

## 原则 2：自我保护原则

与“如实记录”同等重要的是“自我保护”原则。不注意做好“自我保护”的书面文件，有时还不如没有记录的好。

如何做好“自我保护”需“具体问题具体分析”，很难一概而论，以下三点值得关注：

Don't say yes if you want to no（想说不的时候，千万别说是）。如果我们对

某一事项仍持有疑问或有保留意见时，非常有必要在书面文件中提出声明或保留，至少将其作为一个尚未关闭的议题，留待下一步讨论，而不能急于或粗放的在书面回复中一概确认。实践中，一封商务函经常会包括多个需要讨论的话题，如果不认真甄别并区别回应，往往会构成对一揽子问题的确认。

第二，对于能体现己方“善意”或“忠诚履约”等信息，可以在书面信函中适当提及，以便在未来需要解释信函的意图和内容时，提供帮助。

第三，对于涉及和解方案、赔偿方案、整改方案等的阶段性协商，可以考虑通过法律人员进行沟通，并在书面信函中或信函标题中声明“Without Prejudice（无损害特免权）”，以限定信函的效力和能够接触到文件的人群，以尽量避免不必要的披露。当然，声明的特免权是否有效，取决于事件的具体情况和适用的法律。

## 原则 3：效力适当原则

一份书面信函，具有怎样的效力，经常是争议双方的焦点。

比如，业主发出的一封催促承包商追赶工期的信函，是否会构成对承包商的赶工指示？业主是否该承担因此而产生的额外费用？因为遭遇不可抗力，一封由乙方向甲方发出的、请示如何继续履行合同的询问函，是否会构成关于“不可抗力”的有效通知？是否会构成触发合同暂停、甚至提前解约的通知函？还有一个典型的例子，中外双方在商务互访后，为了表达合作的诚意、体现考察成果或避免错失商机，在合作细节尚未谈及的情况下，仍期望签署一份书面文件确认访谈

成果，那么，是否该签署这份文件，或者如何起草这份文件才能避免风险？

这都涉及到信函的效力问题，同样需要具体问题具体分析，以下三个技巧，或许有帮助：

第一，文件的标题，尽量不要引起歧义。比如，上文例子中因不可抗力而请示甲方该如何继续履行合同的信函，信函的标题要避免使用“不可抗力通知（Notice of Force Majeure）”或者“因不可抗力终止合同（Termination of Contract due to Force Majeure）”等字眼，除非信函内容和发送程序确实符合了合同中的要求。

第二，当不确定是否该发出一份可能产生重要影响的书面信函时，最好做好“事前沟通、事后确认”的工作。比如，涉及到付款责任、违约金责任、交期责任、合同暂停或终止等，可以先与对方电话沟通或面谈，再辅以书面函件确认的方式，或者采用分阶段通知的方式，先简单告知事项，然后尽快以正式通知的方式做出。采用分阶段通知的，尤为要注意不同信函中使用的措辞，以便区分不同信函的效力和影响。沟通后，正式通知函要尽快发出，以免空隙时间过长而引发争议。

第三，对于项目细节有待商榷、但需要签署一份书面文件呈现双方商业成果的。正如前文中提到的第三个例子，签署备忘录（Memorandum of Understanding，“MOU”）可能是一个不错的方式。即便如此，MOU中只应确定双方议定的事项，而不应做出过度承诺。对尚未谈妥或需双方做出详尽约定的内容，可考虑暂不提及；当不得不提及时，需留下双方未来协商的空间。与构成一份更有约束力合同相比，达成一份效力松散的MOU会是更优选择。签订MOU后，双方最好尽快签署正式合同确定合作细节；在未达成合同或合作不再继续时，双方应就MOU的效力或其中的未尽事宜，做出书面澄清或确认。

#### **原则 4：措辞得当原则**

“措辞得当”是许多撰写涉外商务信函的人员首先会考虑的问题。不少高水平的商务信函，是团队智慧的结晶。由擅长文书撰写的律师、法务或资深商务人士执笔，由公司领导团队决策、由技术人员解释技术要点等。然而，公司日常业务中每天产生的绝大多数涉外商务信函，是由不同专业出身、负责不同工作的非法律人员撰写，出现的问题比较多样，比如以下这些问题，就是笔者在中企制作

的商务信函中经常发现的：

第一、中文式表达。这并不是指使用了中式英语,而是指：(1) 书面信函中, 有大量的中文式礼貌问候和联络感情的沟通, 实质问题只写了一小段；(2) 因担心“伤和气”或触怒对方, 信函中讲话只讲“三分”, 没有指明对方的问题, 也没有说明对方行为将带来的严重后果, 导致收件方没有理解中方的意图, 甚至以后指责中方没有尽到“通知义务”；(3) 用写中文文书的逻辑和结构起草涉外函件, 不适合外方的阅读习惯。不少中方人员认为, 写好中文稿子后, 直接照搬翻译成英文就可以了, 但是如果函件以中文的行文逻辑起草, 翻译往往要根据中文的意思, 按英文的逻辑重新撰写才能保证译文的准确, 尤其是在论述复杂问题时。

第二、商务信函中出现辱骂、诋毁对方人员或公司的言辞。这些文书将极大的破坏己方在外国法官或仲裁员眼中的印象, 至少表明己方人员的素质和管理水平存在问题。如果案件程序走到证据披露阶段, 为了不披露此类文件, 己方更可能会大费周章。更严重的, 在商业诉讼之外, 对方还可能针对文件的制作人、发件方提出诽谤、破坏声誉之诉。

第三、对会产生重要法律意义的词汇使用不当。举个例子, 合同中约定的是“liquidated damages (LD, 损害赔偿金)”, 但是中方业务人员在给对方的所有发函中, 并未使用“LD”这个词, 而是说要根据合同收取“penalty (罚金)”。在双方发生履约纠纷时, 外方主张合同中的“LD”实质上是“penalty”, 具有惩罚性质, “The innocent party can have no proper interest in simply punishing the defaulter. (无辜方不能仅仅惩罚违约者就有任何正当利益。)”<sup>6</sup>并且认为中方邮件中的措辞等于承认了合同的约定是“penalty”, 而不是LD。

第四、描述的事实不准确, 或者有不恰当的评判, 本是想从保护己方角度起草的文件, 反而授人以柄。比如, 中企拟与中东客户签署一份有关合作的备忘录(MOU), 中方有意委托中东客户作为当地的代理(Agent), 但是MOU中却将双方的合作关系描述为“Partnership (合伙)”而非“Agent”, 中东客户不仅没有指出这两者之间的差异, 而是据此起草了一份“Partnership Agreement (合伙协议)”而不是“Agent Agreement (代理协议)”发给中方, 两份协议的内容

---

<sup>6</sup> *Cavendish Square Holding BV v El Makdessi and Parking Eye Ltd v Beavis* [2015] UKSC 67

大相径庭。

对于“措辞得当”，不同的人有不同的理解，很难以一个具体的标准来量化。笔者认为写清楚、不犯错、体现诚意和礼貌，是最低标准，更重要的是每一位文件起草者都应树立重视“措辞得当”这一观念。

### 原则 5：方便沟通原则

方便沟通原则，是一个容易被文件起草者忽视的问题，无论是业务人员还是经验较浅的法律人员，无论是中方人员还是外籍员工。这虽与语言熟练程度有一定关系，但更多的是起草者是否重视了“书面文件将展示给第三方阅读”这一功能。第三方可能是没有参与事件沟通、但与事件有利益关系的人，也可能是发文方团队中负责其他工作的成员，还可能是未来争议解决过程中，凭借文件记录来还原、判断事实和法律适用的律师、法官或仲裁员。

“Arden 大法官在 *Wetton v. Ahmed* (2011)EWCA Civ 610 上诉庭先例中说，要小心文化差异，也不要太重视证人在举证时的表现(demeanour)，而是要多看当场文件。正因为如此，中国公司想扭转劣势，就必须注意制作与保存内容尽量完整并措辞上是西方法官或仲裁员会认同或接受与自我保护的当场文件/记录了。”

7

因此，起草者在撰写文件时，不应只注重完成自我表达，认为自己的话说明白了就可以，而是更要注重阅读者的体验，尤其是没有参与沟通的第三方是否可以看懂起草者要表达的内容。以此为出发点，起草者自然该介绍发函的背景、提出问题的原因、己方的担忧、希望对方想解决的问题，甚至列清必要的词汇缩写、条目等。写完一篇信函后，从第三方的角度来阅读，或者对其中没有把握的地方，交由团队其他成员复核，都可以较大的提升“方便沟通原则”的效率。正如白居易作诗，老妪能解。

其实，有助于写好涉外商务信函的技巧还有很多，因篇幅有限，不在此赘述。在国际商业活动中，我们常说，手中的笔就是掌中的枪。重视并写好、保存好恰当的商务信函，从文件证据的根源处——“文件制作”环节做好风险防范，杜渐防萌，是减少和化解国际商事争议的有效手段。正如杨良宜先生经常提到的，重视“文斗”（文件战斗，“documents fight”），“不战而屈人之兵”才是上策。

---

<sup>7</sup> 《证据法：国际规管与诉讼中的证据攻防》——杨良宜、杨大明、杨大志：P454

## 深圳市涉外律师/涉外法治服务团人员展示

冯妍颖

联系电话：13826599380

电子邮箱：winnie.feng@139.com/

fengyanying@longanlaw.com

工作语言：中文（普通话、粤语）、英语



### 个人简介

冯妍颖律师主要专注于为境内外机构及个人客户提供专业的民商法律师服务，在私募基金、跨境投融资、公司治理、企业国际合规、国际争议等领域有丰富的执业经验。

### 社会荣誉与职务

- 广东省涉外律师先锋人才库成员；
- 广东省律协跨境投资法律专业委员会委员；
- 深圳市律协国际交流与合作工作委员会副秘书长；
- 深圳市律协一带一路法律专业委员会委员；
- 深圳市涉外法治服务团成员；
- 深圳市律协首期企业合规讲师团成员；
- 拥有基金从业人员资格和上市公司独立董事资格。

### 教育与工作经历

澳门科技大学 民商法硕士

美国加州大学·尔湾分校（UCI）交流访问

北京市炜衡（深圳）律师事务所 律师助理

广东君言律师事务所 实习律师/律师

北京市隆安（深圳）律师事务所 律师

### 主要代表性案件及项目

### 1. 国际争议解决案件

- 先后处理过在香港国际仲裁中心、瑞典斯德哥尔摩商会仲裁院关于国际贸易纠纷的国际仲裁案件；
- 深圳市中级人民法院关于仲裁条款效力确认之诉的涉外诉讼案件；
- 江门市中级人民法院关于国际货物买卖纠纷的涉外诉讼案件。

### 2. 跨境投资项目

- 参与某境外公司全资收购境内公司的项目，全程提供法律服务；
- 参与某红筹回归项目，搭建交易架构、进行商务谈判，起草修订一系列协议；
- 参与某国内公司拟收购境外公司项目，撰写可行性报告，参与商务谈判；
- 主办资金 ODI 出境项目，策划资金出境路线，搭建架构，提供合规法律意见，撰写有关法律及交易文件。

### 3. 私募基金项目

- 参与某 PE 股权投资项目，涉及境外公司落地国内 PE 股权投资，参与商务谈判有关对赌、回购等重要条款的约定，修订一系列协议（包括资金端的基金合同及项目端的投资协议等）；
- 某已投项目的退出，就退出方式、收益分配方案等提出法律意见；
- 搭建海外并购架构，设立海外子公司，提供法律意见；
- 参与多项基金管理人设立、重大事项变更的处理，并出具法律意见书。

### 4. 公司治理及企业合规

- 处理顾问公司日常涉外合同，提出法律意见；
- 某国内股份公司就出口管制和经济制裁等事项，提供法律咨询服务，并协助其建立出口管制合规体系。



## 王丹丹律师 简介

香港城市大学法学硕士、澳门大学中文硕士

专业领域：企业合规领域、民商事诉讼与仲裁领域：  
民商事诉讼、仲裁及相关执行、替代性争议解决、  
国际仲裁和跨境诉讼

### 工作经验

广东省律协涉外律师新锐人才库成员；第二批深圳市涉外法治服务团成员；  
深圳市遗产管理人库成员；深圳市前海国际商事调解中心、中国中小企业协会调  
解中心调解员；深圳律协普法讲师团成员。

目前担任深圳市龙岗区人民检察院听证员；深圳市坪山区劳动人事争议仲裁  
委员会兼职仲裁员；深圳市龙华区劳动人事争议仲裁委员会兼职仲裁员。

系深圳市律师协会影视传媒法律专业委员会委员、广东省律师协会跨境争议  
解决委员会委员。

### 主要论著：

1. 《企业合规律师事务指南》（合著）；
2. 《涉外婚姻纠纷的管辖分析》；
3. 《涉案合同纠纷的管辖分析》；
4. 《影视传媒领域法律风险与法律服务分析》；
5. 《事业单位人事争议处理中的律师实务》；
6. 《劳动争议案件的律师实务》。

### 联系方式

手机：13128715874（微信同号）

邮箱：queendan86@163.com

## 韦征 律师

北京市炜衡（深圳）律师事务所 合伙人



韦征律师毕业于中山大学，获法律硕士学位，持有英国特许仲裁员学会国际商事仲裁文凭。韦律师现为英国特许仲裁员学会会员（MCIArb）及该学会 Young Members Group 中国（内地）大使、泰国仲裁中心（THAC）以及中国多家仲裁机构仲裁员、深圳市律师协会商事仲裁专业委员会委员、中英人工智能协会（CBAIA）研究员，入选广东省涉外律师先锋人才库、深圳市涉外律师领军人才库。

加入炜衡以前，韦律师曾担任某上市公司亚太与独联体区法律合规负责人，长期在东南亚、中亚、东欧等地工作，并在其后受聘于知名律师事务所。韦律师主办过多个投融资并购与合规项目，成功代理了多起标的金额巨大或颇具社会影响力的股权纠纷、知识产权纠纷与涉外商事纠纷等类型的案件。韦律师服务的客户涵盖通讯、互联网、医疗及医疗器械、私募、创投、金融、汽车制造、人工智能等行业以及中国香港、韩国、东南亚、中亚、欧洲、美国等国家或地区的企业或个人。

执业领域：投融资并购、知识产权、企业合规、争议解决

手机号：+86-138 2354 3791

电子邮箱：alexander-wei@hotmail.com