

涉外争议

谭家才 主编

法律实务



LAW AND PRACTICE
OF
INTERNATIONAL DISPUTE RESOLUTION



法律出版社 | LAW PRESS



涉外争议

LAW AND PRACTICE
OF
INTERNATIONAL DISPUTE RESOLUTION

法 律 实 务

谭家才 主编



法律出版社 | LAW PRESS



图书在版编目(CIP)数据

涉外争议法律实务 / 谭家才主编. —北京:法律出版社, 2015. 10

ISBN 978 - 7 - 5118 - 8567 - 8

I. ①涉… II. ①谭… III. ①法律—中国—文集
IV. ①D920.4 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 244954 号

涉外争议法律实务

谭家才 主编

编辑统筹 政务分社

策划编辑 张瑞珍

责任编辑 张瑞珍 崔 丽

装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 固安华明印业有限公司

责任印制 吕亚莉

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

印张 11.75

字数 117 千

版本 2015 年 10 月第 1 版

印次 2015 年 10 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

电子邮件/info@lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

重庆公司/023-65382816/2908

深圳公司/0755-83072995

第一法律书店/010-63939781/9782

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 8567 - 8 定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



谭家才

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中心主任，客座教授。谭律师先后毕业于中国社会科学院研究生院及美国天普大学比斯利法学院，获得法律硕士学位及法学硕士学位。主要业务领域：知识产权运营与管理、证券与资本市场及涉外争议解决。

联系方式：jiacai.tan@dachenglaw.com



周姣璐

北京大成（上海）律师事务所争议解决部律师。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，美国伊利诺伊州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。加入大成前，周律师在北京建元（上海）律师事务所工作。周律师曾于2011年作为访问律师在美国Ulmer & Berne LLP律师事务所工作。主要业务领域：企业兼并收购、商事争议解决等。

联系方式：jiaolu.zhou@dachenglaw.com



李新立

北京大成（上海）律师事务所争议解决部律师，国际律师协会（IBA）和中国律师协会会员，上海律师协会国际贸易研究会会员，南开大学经济学学士，华东政法大学法律硕士，持有中国报关员资格。曾被司法部选派到英国伦敦参加律师培训一年。主要业务领域：国际贸易纠纷处理、外贸法律风险管理、企业法律顾问。工作语言：中文、英文。

联系方式：li.xinli@dachenglaw.com



潘激鸿

北京大成（上海）律师事务所争议解决部律师。持有中国律师执业资格。潘律师先后毕业于日本大阪大学及中国人民大学，获得法学学士学位和法学硕士学位。潘律师曾前往美国华盛顿大学法学院交换留学。2009年加入大成律师事务所。加入大成前，潘律师服务于日本TMI综合律师事务所。主要业务领域：并购重组、劳动人事、公司业务。工作语言：中文、日文、英文。

联系方式：jihong.pan@dachenglaw.com



王 峰

北京大成（上海）律师事务所合伙人，兼任上海市律师协会刑事业务研究委员会委员、华东政法大学法律硕士学位论文答辩委员会委员。王律师毕业于华东政法大学，获法学硕士学位，执业之前曾先后在公安、检察机关担任警官、检察官多年，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。

联系方式：fengwang@dachenglaw.com



韦龙艳

北京大成（上海）律师事务所律师，兼任上海政法学院客座教授。韦律师毕业于美国南加州大学，获得法学硕士学位。持有美国纽约州律师执照、中国律师执业证、英语专业八级证书。主要业务领域：国际技术许可与转让、基础设施建设与项目融资、涉外争议解决等。

联系方式：longyan.wei@dachenglaw.com

团队合影



序

法律究竟是一门学问还是一项技术？这是一个开放的问题，答案随着时代的变化而变化。不过，今天，恐怕越来越多的人更倾向于同意后者。

回顾数十年前，当我们用理想勾画法律大厦的蓝图时，我们亟须为建立这座宏伟大厦打下坚实的理论地基。这时的法律在很大程度上是也必须是学问。但时至今日，当我们开始切切实实地使用这座业已矗立的法律大厦时，更需要的恐怕则是精巧的构思、精妙的安排和精确的计算。因为只有这样，才能充分利用这座大厦的功能。于是，对多数人而言，这便慢慢将法律转化成为一项技术。

法律越进步越完善，对技术的要求必然越高。有时候，尽管有许多把似是而非的钥匙，但真正能够打开大厦大门的钥匙往往只有一把，而这把钥匙只有真正具有高超的法律技术的人才能掌握。

怎样才能具有高超的法律技术？恐怕我没有发言权。但我愿意向读者推荐谭家才律师和他的同事们的这部作品，因为从中我至少得到了两点有益的启发：第一是实践，第二是总结。

臆想的情节永远无法超越真实的生活，实践才是最好的老师。法律并无二致。这部作品的作者都是法律实践前线的律师，专精于某一领域多年。他们在实践中的所见、所闻、所想、所为，以及以此为基础对法律作出的解读，其深度和广度无疑早已将我们捧着枯燥的法律条文在脑海中臆想出的所谓的种种可能抛到了千里之外。

我记得谭律师作为客座教授带领他的团队到上海政法学院为

学生教授《国际技术转让法》课程,整个学期的课程实际就是一个完整的案例操作,从尽职调查、谈判到签约、履约直到争端解决。对学生来说,这样的经历是难能可贵的,因为只有通过这样的经历,他们才能把死板的法律转化为工作的技能。学生如此,对于作为法律执业者的我们又何尝不是?

同时,“学而思则罔”,重复的劳作,如果缺乏总结也只能造就熟练工人而不是真正能够举一反三的高手。法律更是如此。这部作品的作者尝试以案例实践为基础,剥茧抽丝地把相关联的重要法律问题及其分析过程逐一展示出来,并在此基础上总结出同一类型案件的一些通用技巧。尽管我的能力并不足以判断这种总结是否完善,但我能理解的一点一滴确实切中肯綮。

我同样记得谭律师和他的团队担任数次模拟法庭、模拟仲裁庭评委的情形。几乎每一次,谭律师和他的团队担任评委的场次总是最后一个结束的,原因无他,谭律师喜欢总结,也善于总结。通过学生在庭审现场的表现,谭律师能够总结他们每一个人的优缺点,深入挖掘这些优缺点的来源,并且在此基础上,总结出一套完整的庭审思路和流程,使学生不只是在游戏,而真正能从游戏中总结和提高。

这部作品中的问题、案例来自前线的实践,观点、结论来自深入的总结,其价值不啻一群掌握高超法律技术的人,手把手带着读者亲身经历实践。这样的阅读经历,对于这个时代中有志于成为掌握高超法律技术的法律人来说,无疑是大有裨益的。

是为序。

范铭超^①

2015年6月

^① 范铭超,上海政法学院副教授,美国杜克大学富布莱特访问学者,香港国际仲裁中心、大韩民国商事仲裁院、上海国际仲裁中心、上海仲裁委员会仲裁员。

目

录

第一章 商业贿赂与海外反腐败法实务

中国反商业贿赂国内法体系建设	谭家才(3)
刑法视野下的商业贿赂的界定	王 峰(11)
行政法视野下的商业贿赂的界定	谭家才(18)
企业反舞弊调查的策略与禁区	王 峰(24)
英国反贿赂法中商业组织不履行预防贿赂义务罪 评述	谭家才(31)

第二章 劳动争议案例分析

外资企业如何预防和处理罢工	潘激鸿(37)
浅析现行法律规定下的竞业限制补偿标准及 强制履行制度	潘激鸿(47)
关于带薪年假的补偿	潘激鸿(54)
中国法项下的规章制度制定误区及修订策略	罗 欣 潘激鸿(58)

第三章 公司法相关案例分析

从一起中外合资企业纠纷谈管辖及法律适用

条款的效力 周姣璐(65)

外国公司股东在中国境内进行派生诉讼案例评析 周姣璐(69)

从Walkovszky v. Carlton 到最高人民法院指导案例

“徐工集团诉川交工贸”

——揭开关联公司面纱 周姣璐(74)

第四章 新民事诉讼法解释解读及相关案例分析

从股权转让合同纠纷案例看协议管辖效力

及新民事诉讼法解释第18条的适用 周姣璐(83)

对2015年新民事诉讼法解释涉外民事诉讼程序

规定的简析 李新立(90)

合同适用法律可否作为仲裁条款的适用法律

——从最高人民法院公布仲裁协议效力纠纷典型案例看

中国相关司法实践 周姣璐(99)

第五章 跨境贸易纠纷法律实务

涉外民商事诉讼中如何办理公证认证 李新立(107)

无约定情况下外贸合同争议的管辖问题 李新立(115)

目的港无人提货怎么办

——托运人角度 李新立(123)

国际商事仲裁的优与劣	谭家才(127)
------------------	----------

第六章 文书起草

软件许可协议的起草及审核	韦龙艳(135)
--------------------	----------

国际专利许可合同中不质疑条款的规制与起草	韦龙艳(143)
----------------------------	----------

保密协议(一):保密协议必须走定制路线,

杜绝批量生产	韦龙艳(152)
--------------	----------

保密协议(二):保密协议模板的制作及常规性

风险的识别	韦龙艳(167)
-------------	----------

Chapter 1

第一章

商业贿赂与海外反腐败法实务

中国反商业贿赂国内法 体系建设

谭家才

2014年9月19日,长沙市中级人民法院判决,以对非国家工作人员行贿罪判处被告单位葛兰素史克(中国)投资有限公司(以下简称葛兰素史克中国公司)罚金人民币30亿元;判处被告人马某有期徒刑3年,缓刑4年,并处驱逐出境。30亿元的天价罚单让人们的眼光再度聚焦葛兰素史克事件。反商业贿赂问题在中国变得炙手可热,本文拟梳理中国现行有效的反商业贿赂法律法规并予以评述。

一、葛兰素史克事件

2013年7月11日,公安部的一则通报成为国内外医药界的一枚重磅炸弹:因涉嫌严重商业贿赂等经济犯罪,葛兰素史克中国公司部分高管被依法立案侦查。葛兰素史克中国公司为达到打开药品销售渠道、提高药品售价等目的,利用旅行社等渠道,向政府部门官员、医药行业协会和基金会、医院、医生

等行贿。涉案的葛兰素史克中国公司高管涉嫌职务侵占、非国家工作人员受贿等经济犯罪。旅行社相关工作人员则涉嫌行贿并协助上述高管进行职务侵占。继中国警方 2013 年 7 月拘捕了葛兰素史克的 4 名中国籍高管后,美国司法部也正在对此案进行调查,以查明该公司是否违反了《反海外贿赂法》。虽然葛兰素史克是一家英国公司,但因为股票在美国交易所挂牌上市,该公司的行为也受《反海外贿赂法》管辖,据此美国执法机构对该公司也享有司法权。2014 年 9 月 19 日,长沙市中级人民法院对葛兰素史克中国公司处以罚金人民币 30 亿元,这是迄今为止中国开出最大的罚单。马某等被告被判有期徒刑 2 ~ 4 年。

葛兰素史克中国公司之所以会发生这样的违规事件,并不是其公司内部没有明确的合规制度,主要是因为其相关制度的运行机制失灵,有制度不执行,最终导致不合规的行为发生,进而被处以 30 亿元的天价罚单。在探究其内部合规制度的同时,我们需要讨论中国的反商业贿赂法律体系。

二、中国现行反商业贿赂国内法体系

中国反商业贿赂的立法是分散式的,目前并无统一的《反商业贿赂法》或者《反腐败法》法典。就法律渊源而言,其主要包括国内立法及国际规定。国内部分主要集中在以下方面。

(一) 行政法下反商业贿赂

行政法下的商业贿赂主要集中在《反不正当竞争法》以及《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》的规定中。此外,《行政处罚法》《保险法》《商业银行法》《建筑法》《价格法》《政府采

购法》《税收征收管理法》《合同法》《国务院关于在对外活动中赠送和接受礼品的规定》《治理产权交易中商业贿赂工作实施方案》《中国保险业监督管理委员会关于明确保险机构不正当竞争行为执法主体的复函》以及《中国银行业监督管理委员会办公厅关于银行业金融机构不正当竞争有关问题的批复》等法律、法规甚至规范性文件也有相应的规定。

1. 《反不正当竞争法》

1993年12月1日生效的《反不正当竞争法》是一部旨在规范社会主义市场经济秩序,倡导公平有序竞争的法律。该法第8条规定:“经营者不得采用财物或者其他手段进行贿赂以销售或者购买商品。在账外暗中给予对方单位或者个人回扣的,以行贿论处;对方单位或者个人在账外暗中收受回扣的,以受贿论处。经营者销售或者购买商品,可以以明示方式给对方折扣,可以给中间人佣金。经营者给对方折扣、给中间人佣金的,必须如实入账。接受折扣、佣金的经营者必须如实入账。”该条明确界定了商业贿赂行为,同时该法第22条也规定了相应的行政处罚措施。例如,经营者采用财物或者其他手段进行贿赂以销售或者购买商品,构成犯罪的,依法追究刑事责任;不构成犯罪的,监督检查部门可以根据情节处以1万元以上20万元以下的罚款,有违法所得的,予以没收。

2. 《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》

1996年11月15日,国家工商行政管理总局公布并实行《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》,使商业贿赂的界定更具有可操作性。该规定第2条分别对“商业贿赂”以及“财物”“其他手段”进行定义。即“商业贿赂”是指经营者为销售或者

购买商品而采用财物或者其他手段贿赂对方单位或者个人的行为。“财物”是指现金和实物,包括经营者为销售或者购买商品,假借促销费、宣传、赞助费、科研费、劳务费、咨询费、佣金等名义,或者以报销各种费用等方式,给付对方单位或者个人的财物。“其他手段”是指提供国内外各种名义的旅游、考察等给付财物以外的其他利益的手段。此外,对“回扣”“折扣”“佣金”等进行了定义。该规定第5条中的“回扣”是指经营者销售商品时在账外暗中以现金、实物或者其他方式退给对方单位或者个人的一定比例的商品价款。第6条规定的“折扣”即商品购销中的让利是指经营者在销售商品时以明示并如实入账的方式给予对方的价格优惠,包括支付价款时对价款总额按一定比例及时予以扣除和支付价款总额后再按一定比例予以退还两种形式。第7条规定的“佣金”是指,经营者在市场交易中给予为其提供服务的具有合法经营资格中间人的劳务报酬,并明确经营者“可以以明示方式给予对方折扣”,但给予方以及接收方必须如实入账。

(二) 刑法下的反商业贿赂

刑法下的商业贿赂规定主要集中在是《刑法》以及相关的刑事立法解释、司法解释中。例如,《关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》,最高人民法院《关于审理单位犯罪案件具体应用法律有关问题的解释》,最高人民检察院、公安部《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》,最高人民检察院《关于行贿罪立案标准的规定》以及最高人民检察院《关于人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定》(试行)等。具体罪名如下: