NEWSLETTER

跨境争议解决 刊物

Cross-border Dispute Resolution



第 39 期 2025 年 11 月 28 日

JT&N 金诚同达

CONTENT
目录

全球税收透明背景下的中国受控外国企业（CFC）规则深度解析与合规指引（下篇） 01
程杰、王雪阳

跨境 PPP 项目中独立工程师的法律地位与职权边界 06
李露

《海商法》时效章的修改对照及要点梳理 09
曹兴国

新仲裁法修订亮点分析 13
林慕娟、孙晓蓝

TikTok 5.3 亿欧元处罚启示：欧盟个人数据回传国内的合规路径分析（上） 17
蒋硕、李晶莲、吴媚、黎博思

美国信托的可撤销与不可撤销及其对债务执行的影响 20
李岚、岑琳、傅玄

最高人民法院“澳大利亚和新西兰银行集团有限公司马尼拉分行与中国电力工程有限公司、江苏银行股份有限公司等备用信用证纠纷案”民事申请再审审查裁定书（2024 年 10 月 24 日）判决缩写和点评 24
金赛波

ABSTRACT
摘要

1. 全球税收透明背景下的中国受控外国企业（CFC）规则深度解析与合规指引（下篇）

程杰、王雪阳

在全球税收透明化（CRS 与 BEPS）浪潮下，依赖信息不对称和避税天堂藏匿利润的传统模式已终结。本文深度解析了中国受控外国企业（CFC）规则。该规则旨在打击居民企业和个人利用实际税负低于 12.5%的境外实体、无合理商业目的而留存利润的避税行为。税务机关可通过“穿透”与“视同分配”原则，提前对未分配利润征税。面对监管，合规的核心已从“避税”转向构建“商业实质”。未来 BEPS 2.0 的全球最低税率将进一步强化这一趋势，合规自洽与回归商业本质是唯一出路。（本篇文章为下篇内容，接《跨境争议解决刊物》第 38 期。）

2. 跨境 PPP 项目中独立工程师的法律地位与职权边界

李露

在跨境 PPP 项目中，除社会资本方（投资者）与政府方（东道国政府）外，独立工程师作为关键第三方，居于重要地位。独立工程师通常是由具有专业经验的工程咨询机构所担任，核心职能不仅限于工程监理、提供专业咨询及对付款与竣工等关键节点进行核验签证，更在项目各方发生争议时，承担协调关系与处理分歧的重要职能。鉴于此，在 PPP 项目中，中方企业应重视独立工程师的任命程序。

3. 《海商法》时效章的修改对照及要点梳理

曹兴国

2025 年 10 月 28 日，经十四届全国人大常委会第十八次会议审议通过，新修订的《中华人民共和国海商法》（以下简称《海商法》）正式颁布，将于 2026 年 5 月 1 日起施行。当事人的诉讼请求是否超过法律规定的诉讼时效期间直接关系到其诉讼请求是否能够得到法院的支持，因此，诉讼时效制度是《海商法》相关制度中最受司法实践关注的内容之一。为此，本文对《海商法》时效章的修改要点进行梳理。

4. 新仲裁法修订亮点分析

林慕娟、孙晓蓝

本文章在新《中华人民共和国仲裁法（2025 修订）》即将施行的背景下，对本次修订的重点条文进行梳理与实务分析。文章重点解析在线仲裁入法、仲裁协会职责、仲裁协议认定方式扩大、撤裁期限缩短、仲裁地制度确立、特别仲裁机制设立以及法院支持力度强化等重大改革，旨在帮助读者准确把握核心条文的调整逻辑，提升对新法要求的响应能力。

ABSTRACT
摘要

5. TikTok 5.3 亿欧元处罚启示：欧盟个人数据回传国内的合规路径分析（上）

蒋硕、李晶莲、吴媚、黎博思

2025 年 4 月 30 日，爱尔兰数据保护委员会（“DPC”）正式作出针对 TikTok Technology Limited（“TikTok”）的处罚决定，认定 TikTok 在中国境内远程访问欧洲经济区（“EEA”）用户的个人数据的过程违反《通用数据保护条例》（“GDPR”），并处以 5.3 亿欧元罚款。这项决定对于中国企业出海欧盟具有重要的警示意义，也为之后中国企业将欧盟数据回传国内提供合规指导。因此，本文将分为上下两篇，上篇将着重介绍 DPC 处罚决定的背景，并分析 GDPR 下跨境传输个人数据的合规要求；下篇将分析 DPC 对 TikTok 处以罚款的依据及理由，并总结对中国企业的数据合规启示。

6. 美国信托的可撤销与不可撤销及其对债务执行的影响

李岚、岑琳、傅玄

本文介绍了美国信托的基本概念以及信托的可撤销性对于财产执行的影响。可撤销信托因设立人保留完全支配权，其财产在设立人生前原则上等同于个人资产，可直接成为执行对象。面对不可撤销信托，债权人一般不得直接追索信托财产，但不可撤销信托对于资产的隔离保护并非绝对，在欺诈性转移及衡平法穿透等情形下仍可被击破。

7. 最高人民法院“澳大利亚和新西兰银行集团有限公司马尼拉分行与中国电力工程有限公司、江苏银行股份有限公司等备用信用证纠纷案”民事申请再审审查裁定书（2024 年 10 月 24 日）判决缩写和点评

金赛波

本案涉及一项跨境保备用信用证纠纷，其重大意义在于最高院在本案判决中明确了具有担保功能的备用信用证应当适用独立保函司法解释。本案的基础交易是中国电工作为分包商的菲律宾工程项目，其通过江苏银行开立反担保备用信用证，由澳新银行马尼拉分行向受益人康松吉公司开立履约备用信用证，两证均约定适用 ISP98，但是 ISP98 规则中没有明确的准据法规则。因此最高法院首先需要决定的本案适用的准据法。其次本案的争议焦点还在于反担保备用信用证项下是否收到相符索赔及是否构成保函欺诈。本案此前经过最高法院第二商事法庭一审终审。但是败诉方申请最高法院再审。本案再审裁定首先对备用信用证的性质和法律适用进行认定，确定了一审适用中国法上的独立保函司法解释，此后法院认为澳新银行马尼拉分行与受益人的和解协议不构成独立保函司法解释第十二条规定的欺诈情形。因此，再审裁定确认一审判决中国电工应向澳新银行马尼拉分行支付反担保备用信用证项下 600 万美元及利息的结论正确应予维持，并驳回再审申请。金赛波律师在本案的点评中指出本案裁判从实体和程序均存在一定问题。其一，本案的法律适用不准确。仅凭备用信用证具备担保功能即认定适用独立保函

司法解释，不但与司法解释当初本意不一致，在备用信用证根据 UCP600 开立时应适用的法律可能会导致在未来的审判实务产生混乱；其二，本案一审和再审认定的法律关系错误。受益人通过和解协议已放弃备用信用证项下全部索赔权，反担保信用证开证行江苏银行的付款义务应随之解除；澳新银行提出的诉讼的诉错了当事人。其三，最高法院再审审查的程序安排的合理性存疑，由同一审判庭法官审查自身在先判决，可能无法确保再审审查的独立性与公正性

全球税收透明背景下的中国受控外国企业（CFC）规则深度解析与合规指引（下篇）

程杰、王雪阳

（本篇文章为下篇内容，接《跨境争议解决刊物》第 38 期。）

第三章：CFC 规则在转口贸易中的应用与合规架构设计

转口贸易是中国企业“走出去”的常见业务模式，其中大量利用了香港、英属维尔京群岛（BVI）等离岸金融中心的便利。然而，在 CFC 规则的审视下，许多传统的转口贸易架构已暴露出巨大的税务风险。

典型风险架构剖析：利用香港与 BVI 进行利润转移的税务风险

一个经典的、如今被视为高风险的转口贸易架构通常如下运作：

1. **利润转移**：内地生产企业 A 以一个较低的、仅覆盖成本和微薄利润的价格（即不符合独立交易原则的转让定价），将货物销售给其在香港设立的全资子公司 B。
2. **利润截留**：香港公司 B 再以市场公允价格将货物销售给最终的海外客户 C。由于进销价差巨大，绝大部分的贸易利润被截留在香港公司 B 的账面上。
3. **利润再转移与沉淀**：为进一步降低税负，香港公司 B 可能向其在 BVI 设立的母公司或关联公司 D 支付大额的“服务费”、“咨询费”或“特许权使用费”。这些费用在香港可以作为成本抵扣，从而将利润转移至零税收的 BVI。最终，资金沉淀在香港或 BVI 公司的银行账户中，不向内地母公司 A 分配。

在 CFC 规则下，该架构的税务风险点显而易见：

- **BVI 公司**：作为一个典型的“信箱公司”，BVI 公司通常没有实际经营、没有雇员、没有办公场所，其收入完全是被动所得。其注册地的实际税负为 0%，远低于 12.5%的门槛。因此，BVI 公司几乎必然会被认定为 CFC，其账面积累的利润将被 100%视同分配给中国股东，由股东补缴所得税。
- **香港公司**：香港的法定利得税率为 16.5%，高于 12.5%。然而，许多企业会为香港公司的离岸所得申请税务豁免。一旦豁免成功，该部分利润的实际税负即为 0%。如果香港公司缺乏足够的商业实质（如仅有几名兼职人员处理单据，无实际的采购、销售、物流管理职能），税务机关很可能认定其利润留存缺乏合理商业目的，从而将其认定为 CFC。苏州工业园区税务局处理的一起真实案例即是如此，一家内地母公司因其香港子公司滞留利润不分配，被认定为 CFC 并追缴税款逾 777 万元人民币。

合规架构的基石：商业实质的构建

面对 CFC 规则的挑战，转口贸易架构合规化的核心，在于从“形式驱动”转向“实质驱动”，即为境外贸易平台构建充分且可被证明的“商业实质”（Commercial Substance）。“实质重于形式”原则是税务机关进行 CFC 判定的根本指导思想。一个仅存在于纸面上的公司，无论其法律形式多么完备，都无法经受税务穿透审查。

积极经营所得的界定与证明

为了满足 CFC 规则下的“积极经营所得豁免”条款，企业必须采取一系列具体措施，将离岸公司从一个被动的“记账中心”转变为一个主动的“运营中心”。构建商业实质的关键证据链包括但不限于：

- **物理存在**：在当地租赁真实的、与业务规模相匹配的办公场所，而非仅使用秘书公司的虚拟注册地址。
- **人员配置**：雇佣本地全职员工，并赋予其真实的岗位职责，如采购、销售、市场、财务等，能够独立做出部分业务决策。
- **职能与风险承担**：境外公司应实际履行核心业务职能，如参与供应商谈判、管理客户关系、承担库存风险、信用风险和汇率风险等。相关的合同、邮件、会议纪要应能证明其决策过程发生在当地。
- **财务独立**：拥有独立的银行账户，并有与真实业务相匹配的资金流水。财务核算独立，能够出具完整的财务报表和审计报告。

转移定价的合规性要求与文档准备

CFC 规则与转让定价规则密切相关。如果境内外关联方之间的交易定价不符合独立交易原则，导致利润被不合理地转移至境外低税率公司，这本身就是税务机关质疑其“合理商业目的”的有力证据。因此，建立一套合规的转让定价政策并准备完善的文档，是证明商业实质和利润分配合理性的重要组成部分。

企业应根据《特别纳税调查调整及相互协商程序管理办法》的要求，准备三层转移定价文档：

1. **主体文档（Master File）**：描述集团全球业务的整体情况。
2. **本地文档（Local File）**：详细说明本地关联交易的定价原则和合理性分析。
3. **特殊事项文档（Country-by-Country Report）**：适用于大型跨国企业集团。

通过详实的转移定价文档，企业可以向税务机关证明，其境外公司的利润水平是其所承担的功能、使用的资产和承受的风险的合理回报，而非人为操纵的结果。

案例研究与合规路径建议

前述的苏州工业园区案例，为所有采用类似架构的企业敲响了警钟。该案中，税务机关正是抓住了香港子公司收入主要来自投资和股权转让（被动所得），且未在香港缴税（实际税负为 0%），同时利润留存缺乏合理解释等关键点，成功将其认定为 CFC。同样，一个中国税务居民 A 先生通过香港公司持有投资，利润留存不分配，也被视同分配并课以个人所得税的案

例，清晰地展示了个人 CFC 规则的适用逻辑。

基于此，合规的转口贸易架构路径建议如下：

- **强化香港/新加坡实体**：如果选择继续使用香港或新加坡作为贸易平台，必须投入资源进行实质化运营，确保其拥有真实的办公室、员工和业务决策职能。同时，应依法在当地申报并缴纳所得税，确保实际税负不低于 12.5%，或能够清晰地证明利润留存是为了具体的、已规划的商业项目。
- **采用“白名单”国家架构**：考虑在 CFC 地域豁免的“白名单”国家（如澳大利亚、新西兰等）设立子公司，利用这些国家的税收协定网络和稳定的法律环境开展业务。
- **合理利润分配策略**：实施渐进、定期的利润分配计划。即使无法将全部利润分配回国，也应根据合理的商业需求，制定年度分红政策并严格执行，避免利润长期、大额地在境外沉淀。
- **架构重组与职能定位**：重新审视整个集团的价值链，合理分配各实体的功能和利润。例如，可将香港公司定位为亚太区销售和市场中心，承担相应的职能和风险，并获取与之匹配的利润，而不是将其作为全部利润的“蓄水池”。

最终，合规的本质是让税务架构回归并服务于商业逻辑，而非扭曲商业逻辑以迎合税务筹划。在透明化时代，一个能够坦然展示其商业实质和价值创造过程的架构，才是最稳固和可持续的架构。

第四章：未来展望、风险提示与高级规划工具

全球税收监管的演进并未止步于 CRS 和现有的 CFC 规则。随着 BEPS 2.0 项目的推进和财富管理工具的日益复杂化，企业和个人面临的合规环境正变得更加动态和严峻。

BEPS 2.0 时代：全球最低税率对传统离岸架构的颠覆性影响

BEPS 2.0 是 OECD 领导下的新一轮国际税改，其核心是两大支柱方案。其中，“支柱二”（Pillar Two）对全球跨境架构的影响尤为深远。支柱二旨在通过“全球反税基侵蚀规则”（GloBE Rules），为大型跨国企业集团（通常指年合并收入超过 7.5 亿欧元的企业）设定一个 15%的全球最低有效税率。

这意味着，如果一个大型跨国集团在某个国家（地区）的有效税率低于 15%，其最终母公司所在国或其他关联公司所在国将有权征收一笔“补足税”（Top-up Tax），将该部分利润的最终税负提高到 15%。这一规则的颠覆性在于，它从根本上削弱了低税率地区吸引利润转移的动机。

对于中国的企业和个人而言，BEPS 2.0 的全球最低税率与现行 CFC 规则将形成一个双层监管体系：

1. **第一层：中国 CFC 规则（12.5%门槛）**：适用于所有由中国税务居民控制的境外企业，无论其规模大小。
2. **第二层：全球最低税率（15%门槛）**：适用于大型跨国企业集团。

这种双层结构将创造一个新的、更为复杂的合规局面。例如，一个大型集团的子公司设立

在某实际税负为 14%的司法管辖区，虽然它成功规避了中国 12.5%的 CFC 规则，但仍将面临全球最低税率下 1%的补足税。这使得传统的、仅仅旨在满足某一国 CFC 豁免条件的税收筹划变得不再充分。BVI、开曼群岛等零税率或极低税率地区，对于大型跨国集团而言，其作为利润存放地的价值将被彻底终结。企业必须重新评估其全球税务布局，确保在每个运营地都满足 15%的最低税负要求，这无疑将推动全球利润分配向更具实质和更高税负的地区转移。

离岸信托的角色与局限：资产隔离工具能否阻断 CFC 认定？

在日益严苛的税收环境下，离岸信托作为一种兼具资产保护、隐私和传承功能的法律工具，其在税务筹划中的角色备受关注。理论上，通过设立一个不可撤销的全权信托，并将境外公司的股权转让给受托人持有，原股东（委托人）在法律上可能不再直接或间接“持有”或“控制”该公司股权，从而可能打破 CFC 认定的关键链条之一——“控制权”。

然而，试图利用信托来完全规避 CFC 规则面临着重大挑战和局限性：

- **CRS 下的穿透申报**：信托并非信息黑箱。根据 CRS 规则，如果信托被认定为“消极非金融机构”，金融机构必须穿透信托架构，识别并申报其“控制人”（Controlling Persons）的账户信息。信托的控制人通常包括委托人、受托人、保护人以及受益人（特别是固定受益人或已确定可获得分配的酌情受益人。这意味着，即使股权在法律形式上已转移，税务机关仍能通过 CRS 信息交换掌握信托背后的实际利益方。
- **“实质重于形式”原则的适用**：税务机关在判定“控制权”时，会严格遵循“实质重于形式”原则。如果一个信托的设立和运作显示，委托人实际上仍然保留着对信托财产（即境外公司股权）的最终控制权或影响力（例如，通过担任保护人、向受托人发出有约束力的“意愿书”等方式），税务机关完全可能无视信托的法律形式，认定“实质控制”依然存在。
- **反避税总则的挑战**：即使一个信托架构在形式上规避了 CFC 的具体条款，如果其主要目的被认定为获取不当税收利益，税务机关仍可依据税法中的“一般反避税条款”（GAAR）对其进行纳税调整。

因此，虽然合规设立的、以资产保护和家族传承为真实目的的信托架构，在一定程度上可能降低 CFC 规则的直接适用风险，但将其作为纯粹的 CFC 规避工具，风险极高。信托的有效性，最终取决于其商业目的的真实性、控制权的实质性转移程度以及架构的整体合规性。

结论与核心风险提示：从“避税焦虑”到“合规自洽”的思维转变

在全球税收透明化的新时代，依赖信息差和法律漏洞进行跨境税务筹划的传统模式已经终结。以 CRS、CFC 规则和 BEPS 2.0 为代表的国际税收新秩序，正在构建一个“利润在哪里创造，税收就在哪里缴纳”的全球征管闭环。

对于中国的企业和高净值人士而言，核心风险已从过去的“被发现”转变为当前的“如何合规”。持续抱有侥幸心理，不仅面临补缴税款、滞纳金和罚款的财务风险，更可能损害企业和个人的商业声誉与信用记录，甚至在极端情况下触及刑事责任。

未来的跨境架构规划，必须完成一次深刻的思维转变——从被动的“避税焦虑”，即不断寻找新的政策洼地和法律漏洞，转向主动的“合规自洽”。这意味着：

1. **拥抱透明**：承认并接受全球税务信息透明化的现实，将所有境外架构置于阳光下进行审视和规划。

2. **回归实质**：确保所有境外实体都具备与其利润水平相匹配的商业实质，让税务架构真实地反映和支持商业运营。

3. **动态合规**：认识到国际税收规则在不断演变，建立持续的税务风险监控和评估机制，及时调整架构以适应新的法规要求，如即将全面铺开的全球最低税率。

4. **专业规划**：寻求专业的法律和税务意见，进行全面、前瞻性的规划。这不再是可有可无的成本，而是保障财富安全与基业长青的核心投资。

总之，在全球税收协同治理的浪潮中，合规不再是束缚，而是最坚实的“护城河”。只有那些能够构建稳健、透明且具有真实商业价值的全球架构的市场参与者，才能在这场深刻的变革中行稳致远。

跨境 PPP 项目中独立工程师的法律地位与职权边界

李露

在跨境 PPP 项目中，除社会资本方（投资者）与政府方（东道国政府）外，独立工程师作为关键第三方，居于重要地位。独立工程师通常是由具有专业经验的工程咨询机构所担任，核心职能不仅限于工程监理、提供专业咨询及对付款与竣工等关键节点进行核验签证，更在项目各方发生争议时，承担协调关系与处理分歧的重要职能。鉴于此，在 PPP 项目中，中方企业应重视独立工程师的任命程序。

一、独立工程师的基本要求

在 PPP 项目架构中，独立工程师的角色定位与 FIDIC 合同条件下所定义的“工程师”存在本质区别。在 FIDIC 体系中，“工程师”通常被视为业主方代表，其主要职责在于代表业主对 EPC 等项目执行过程实施专业监督，其法律地位源于业主与承包商之间的委托-代理关系。

而在 PPP 模式下，政府方与社会资本方之间建立的是一种基于特许经营权授予的长期合作关系。社会资本方通过获取政府授予的土地使用权、特许经营权等权益，实际承担项目业主的职能。这一合作结构决定了 PPP 项目中的独立工程师必须处于中立地位，其职责核心是公正、客观地协助项目推进，而非代表任何单一方的利益。

因此，独立工程师在履职过程中应严格独立于政府方和社会资本方，并与项目不存在任何可能影响其中立性的利益冲突。同时，其应具备与项目相匹配的技术能力、商业判断及合同管理知识，确保能够严格依据 PPP 项目合同体系履行监督、核验及其他合同所赋予的职责。

二、独立工程师的任免

为确保独立工程师在 PPP 项目中能够不偏不倚地履行职责，其在选聘、免职及报酬等程序性事项上，应有别于 FIDIC 合同的常规安排，作出符合 PPP 合作特性的特殊约定。

在选聘机制上，独立工程师的任命、免职、续聘均须经政府方与社会资本方共同同意。除任免权外，报酬支付方式亦直接关系到其中立性，因此通常约定由双方平均分担，以从经济基础上隔绝单方影响。同理，免职与续聘程序亦需双方一致决定，以保障其职位稳定性与独立性。典型的独立工程师任免程序可归纳如下：

1. 发布选聘广告。双方协商后，通过东道国全国性报刊或国际专业平台发布招聘信息，广泛邀请符合条件的咨询公司参与。
2. 拟定提名名单与选聘标准。社会资本方负责对意向机构进行初步筛选。若符合条件的候选机构少于 3 至 4 家，应延长或重新发布招聘。社会资本方须将最终提名名单及商务、财务评选标准提交政府方审核。
3. 确认名单与标准。政府方应在约定时限内对提名名单及选聘标准予以书面确认。如政府方未能在约定时间内完成确认或参与选聘，可约定由双方认可的第三方机构（如行业协会）

代为确认。

4. 共同选聘并订立合同。双方根据确认的名单与标准，共同对候选人进行商务与财务评审，并最终共同选定独立工程师，与之签署服务合同。

在完成独立工程师的选聘与任命后，对其免职程序亦应在合同中予以明确规定。原则上，为确保项目监督的连续性与独立性，若独立工程师不存在明确约定的重大违约或失职行为，任何一方均不得单方面要求将其更换。通常，合同约定的独立工程师免职事由可包括但不限于以下情形：

1. 严重违反独立工程师职责及合同约定；
2. 无能力履行合同所约定的职责、或存在重大疏忽、过失
3. 未经合同双方事先书面同意，擅自更换其关键委派人员；
4. 在收到合同双方联合发出的书面纠正通知后，仍拒绝或未能履行其核心合同义务；
5. 进入破产、清算、解散或类似法律程序，导致其持续履约能力丧失

值得提醒的是，在实践过程中，独立工程师的国籍也将影响其履职的中立性和客观性。采用第三国独立工程师似乎是一个可行的方案，但在实践过程仍非普适之选；其原因在于：各国工程标准与行业惯例存有显著差异，可能影响监督判断的适用性；且 PPP 项目多涉及东道国关键基础设施与国家安全，政府对此类核心岗位的国籍背景往往保有审慎考量。因此，建议投资方于项目初期即与东道国政府就独立工程师的国籍、资质等核心要求达成明确共识，并为后续的考察与选聘预留充足时间。

三、独立工程师的主要职责

独立工程师的职责由社会资本方与政府方共同商定，一般而言，独立工程师的职责包括几方面：

（一）基本职责

1. 熟悉合同内容，包括 PPP 合同，施工合同、运维协议、融资协议、政府付费协议等；
2. 定期向委托方（社会资本方和政府）报告并提交相应的资料；
3. 参与解决社会资本方与政府方之间的争议。
4. 在项目移交阶段，协助项目公司向政府方移交资产。
5. 在施工、运维阶段，需定期检查 PPP 项目。

（二）对社会资本方的监督职责

1. 监督社会资本方工程设计、施工进度；
2. 审查社会资本方提交的各项图纸是否符合 PPP 合同的约定；
3. 监督社会资本方施工、服务是否符合 PPP 合同的约定；
4. 出现危险情况时，向政府方提出建议要求社会资本方暂停工程；
5. 工程完工前，审核试运营计划
6. 参与 PPP 项目的试运营，并且出具测试报告；
7. 项目各项测试均满足 PPP 合同要求时，根据政府方的指示出具竣工证书；

8. 项目基本满足合同要求，可依据合同提出尾项清单，并与社会资本方协商确认尾项清单事项以及完善计划。

9. 检查社会资本方提供的运维手册，并督促其按约提供相关资料。

10. 在运维阶段监督项目公司接到的投诉。

（三）对政府方的监督职责

1. 监督政府方是否履行合同义务（如基础设施移交前的维护义务、土地提供义务）；

2. 监督政府方批准社会资本方变更情况，其作出的批准或拒绝的变更决定是否符合合同约定；

在 PPP 项目中，社会资本方承担着设计、建设、运营等核心义务，这决定了独立工程师的监督职责主要针对社会资本方的履约行为。然而，独立工程师作出的决定对合同双方均具有拘束力。因此，在 PPP 合同谈判中，一个核心议题即是明确界定独立工程师的决策权限：何种事项其决定具有终局约束力，何种事项其仅能提供专业建议。这一权限划分需审慎考量，以在保障监督效率与保留双方最终决定权之间取得平衡。

四、争议解决程序中独立工程师的角色

在境外 PPP 项目执行过程中，政府方与社会资本方之间常产生大量次要或技术性争议。若将此类争议直接诉诸仲裁或司法程序，将显著增加双方的时间与经济成本，不利于项目的持续稳定推进。

因此，境外 PPP 项目通常会在仲裁或诉讼之前，设置替代性或前置性的争议解决机制。在此类机制中，独立工程师扮演着关键角色。例如，在部分项目中，双方约定在进入仲裁前，须先经过磋商程序，并由独立工程师就争议事项提供中立、客观的专业意见。此外，在需要引入外部专家参与争议评估时，独立工程师亦需协助双方共同选聘合适的独立专家。

由此可见，独立工程师在争议解决过程中不仅承担协调沟通的职能，其在前置磋商阶段所提出的专业建议能否为双方所接受，更直接影响到争议能否高效化解，进而关乎项目整体的顺利履行。

五、给中国投资者的建议

综上所述，独立工程师在 PPP 项目中承担着执行监督与争议调处的关键职能：在项目履行阶段，其作为独立第三方对合同双方的履约情况进行专业监督；在争议发生时，其介入有助于促成双方以更经济、高效的方式化解分歧。因此，在参与境外 PPP 项目时，中方投资者应从任免程序伊始，即对独立工程师的选任予以充分重视。

实践中，部分投资者因工期紧迫、融资压力等原因，未能审慎处理独立工程师的任命程序，转而直接接受东道国政府推荐的咨询机构。此种做法可能导致所选任的独立工程师对项目合同内容理解不足，在后续履约监督或争议协调中难以提出专业、有效的建议，反而可能因其中立性或能力欠缺，加剧双方分歧，最终导致项目整体进度延误。

《海商法》时效章的修改对照及要点梳理

曹兴国

2025 年 10 月 28 日，经十四届全国人大常委会第十八次会议审议通过，新修订的《中华人民共和国海商法》（以下简称《海商法》）正式颁布，将于 2026 年 5 月 1 日起施行。当事人的诉讼请求是否超过法律规定的诉讼时效期间直接关系到其诉讼请求是否能够得到法院的支持，因此，诉讼时效制度是《海商法》相关制度中最受司法实践关注的内容之一。为此，本文对《海商法》时效章的修改要点进行梳理。

原条文	新条文	修改要点
	第二百八十三条【当事人提起诉讼和申请仲裁的权利】**发生海事纠纷的，当事人可以依法提起诉讼或者申请仲裁。**	新增条款，明确“发生海事纠纷的，当事人可以依法提起诉讼或者申请仲裁”，为海事纠纷化解提供清晰法律指引。
第二百五十七条 【海上货物运输赔偿时效】 就海上货物运输向承运人要求赔偿的请求权，时效期间为一年，自承运人交付或者应当交付货物之日起计算；在时效期间内或者时效期间届满后，被认定为负有责任的人向第三人提起追偿请求的，时效期间为九十日，自追偿请求人解决原赔偿请求之日起或者收到受理对其本人提起诉讼的法院的起诉状副本之日起计算。 有关航次租船合同的请求权，时效期间为二年，自知道或者应当知道权利被侵害之日起计算。	第二百八十四条【海上货物运输赔偿时效】海上货物运输**请求赔偿**的请求权，时效期间为一年。**其中，请求承运人、实际承运人赔偿的**，时效自货物交付或者应当交付之日起计算；**请求托运人、收货人或者运输单证持有人赔偿的，时效自权利人知道或者应当知道权利被侵害之日起计算。** **前款规定的时效期间已经届满或者至届满不足九十日的，被认定为负有责任的人对第三人享有的追偿请求权，**时效期间为九十日，自追偿请求人解决原赔偿请求之日起计算。	1.本条从原来只规定向承运人索赔的单向时效规定，改为承运方和货方的双方时效规定是考虑到船方和货方相互间索赔适用统一的时效起算点并不合适，故参照最高人民法院的司法答复，对两者间的时效起算点分开做出不同规定。但时效期间一致，都为一年。其中，请求承运人、实际承运人赔偿的请求权的时效自货物交付或者应当交付之日起计算；请求托运人、收货人或者运输单证持有人赔偿的请求权的时效自权利人知道或者应当知道权利被侵害之日起计算。 2.本次《海商法》修改将追偿请求的诉讼时效期间规定由原来的“被认定为负有责任的人向第三人

		提起追偿请求的，时效期间为九十日”，改为“前款规定的时效期间已经届满或者至届满不足九十日的，被认定为负有责任的人对第三人享有的追偿请求权，时效期间为九十日”。当追偿人解决原赔偿后，追偿的时效仍有六个月，则适用六个月的追偿时效；如果追偿的时效仅剩下两个月，则应适用九十天的时效。 3.结合航次租船合同规定的立法位置调整，有关航次租船合同的请求权时效，合并至第 287 条，实质内容未发生变化。
第二百五十八条 【海上旅客运输赔偿时效】 就海上旅客运输向承运人要求赔偿的请求权，时效期间为二年，分别依照下列规定计算： （一）有关旅客人身伤害的请求权，自旅客离船或者应当离船之日起计算； （二）有关旅客死亡的请求权，发生在运送期间的，自旅客应当离船之日起计算；因运送期间内的伤害而导致旅客离船后死亡的，自旅客死亡之日起计算，但是此期限自离船之日起不得超过三年； （三）有关行李灭失或者损坏的请求权，自旅客离船或者应当离船之日起计算。	第二百八十五条【海上旅客运输赔偿时效】海上旅客运输**请求赔偿**的请求权，时效期间为二年，分别按照下列规定计算： （一）有关旅客死亡的请求权，发生在运输期间的，自旅客应当离船之日起计算；因运输期间内的伤害而导致旅客离船后死亡的，自旅客死亡之日起计算，但是此期限自旅客离船之日起不得超过三年； （二）有关旅客人身伤害、行李灭失或者损坏的请求权，自旅客离船或者应当离船之日起计算。	本条款保留了原有向承运人要求赔偿的请求权的时效规定以保持与我国加入的《1974 年海上旅客及其行李运输雅典公约》的一致性，但在条文结构上进行了调整，以使条文表述更加简洁。
第二百五十九条 【船舶租用合同赔偿时效】 有关船舶租用合同的请求权，时效期间为二年，自知道或者应当知道权利被侵害之日起计算。	第二百八十六条【船舶租用合同赔偿时效】有关**租船合同**的请求权，时效期间为二年，自知道或者应当知道权利被侵害之日起计算。	由于修改后的《海商法》将航次租船合同的规定由第四章调整至第六章，故本条有关诉讼时效的规定也涵盖了航次租船

		合同，但规定的实质内容并未发生变化。
第二百六十条 【拖航合同赔偿时效】 有关海上拖航合同的请求权，时效期间为一年，自知道或者应当知道权利被侵害之日起计算。	保留原条文。	
第二百六十一条 【船舶碰撞赔偿时效】 有关船舶碰撞的请求权，时效期间为二年，自碰撞事故发生之日起计算；本法第一百六十九条第三款规定的追偿请求权，时效期间为一年，自当事人连带支付损害赔偿之日起计算。	第二百八十八条【船舶碰撞赔偿时效】有关船舶碰撞的请求权，时效期间为二年，自碰撞事故发生之日起计算。 本法**第一百七十八条**第三款规定的追偿请求权，时效期间为一年，自当事人连带支付损害赔偿之日起计算。 **依据本法第一百七十九条规定产生的请求权或者追偿请求权的时效，适用本条规定。**	考虑到“船舶碰撞”章规定了间接碰撞同样适用《海商法》，因此增加第三款补充规定了间接碰撞的诉讼时效同样适用本条规定。
第二百六十二条 【海难救助赔偿时效】 有关海难救助的请求权，时效期间为二年，自救助作业终止之日起计算。	保留原条文。	
第二百六十三条 【共同海损分摊时效】 有关共同海损分摊的请求权，时效期间为一年，自理算结束之日起计算。	第二百九十条【共同海损分摊时效】有关共同海损分摊的请求权，时效期间为一年，自**共同海损**理算结束之日起计算，**但是不得超过从共同航程终止之日起六年**。	本条最核心的变化是新增了“但是不得超过从共同航程终止之日起六年”，这是参考《约克-安特卫普规则》，补充了六年的最长诉讼时效，即无论是否理算以及理算是否结束，都应当在共同航程终止之日起六年内提起诉讼。
第二百六十四条 【海上保险合同赔偿时效】 根据海上保险合同向保险人要求保险赔偿的请求权，时效期间为二年，自	第二百九十一条【海上保险合同赔偿时效】根据海上保险合同向保险人**请求**保险赔偿的请求权，时效期间为二年，自	修改后将诉讼时效起算点由原来的“自保险事故发生之日”改为“自知道或者应当知道海上保险

保险事故发生之日起计算。	**知道或者应当知道海上保险事故发生之日**起计算。	事故发生之日”，与诉讼时效督促当事人尽快行使权利的初衷相符，也是与《保险法》的规定保持一致。
第二百六十五条 【油污损害请求权时效】 有关船舶发生油污损害的请求权，时效期间为三年，自损害发生之日起计算；但是，在任何情况下时效期间不得超过从造成损害的事故发生之日起六年。	第二百九十二条【油污损害请求权时效】有关**船舶油污损害**的请求权，时效期间为三年，自损害发生之日起计算，但是不得超过从造成损害的事故发生之日起六年。	参照相关国际公约以及新增船舶油污损害责任章的章名，对有关油污损害责任的请求权时效进行措辞上的修改，但实质内容未发生变化。
第二百六十六条 【时效中止】 在时效期间的最后六个月内，因不可抗力或者其他障碍不能行使请求权的，时效中止。自中止时效的原因消除之日起，时效期间继续计算。	第二百九十三条【时效中止】在时效期间的最后六个月内，因不可抗力或者其他障碍不能行使请求权的，时效中止。自中止时效的原因消除之日起**满六个月，时效期间届满**。	将诉讼时效中止的法律后果改为自中止时效的原因消除之日起满六个月，时效期间届满，与《民法典》的规定保持一致。
第二百六十七条 【时效中断】 时效因请求人提起诉讼、提交仲裁或者被请求人同意履行义务而中断。但是，请求人撤回起诉、撤回仲裁或者起诉被裁定驳回的，时效不中断。 请求人申请扣船的，时效自申请扣船之日起中断。 自中断时起，时效期间重新计算。	第二百九十四条【时效中断】时效因请求人**提出履行请求**、提起诉讼、**申请**仲裁或者被请求人同意履行义务而中断。 请求人申请扣船的，时效自申请扣船之日起中断。 自中断、**有关程序终结**时起，时效期间重新计算。	该条在诉讼时效中断事由上进行了较大的修改，增加了时效因请求人提出履行请求而中断的情形。该修改与《民法典》规定的时效中断事由中的第一项一致，主要指向的是诉讼外请求。该请求是权利人直接向义务人要求实现权利的意思通知，为准法律行为，无需债务人对此同意。诉讼外请求可以中断时效的理由在于其意味着权利人在积极行使权利，这导致继续计算时效期间的基础已经丧失。

新仲裁法修订亮点分析

林慕娟、孙晓蓝

《中华人民共和国仲裁法（2025 修订）》（“新仲裁法”）将于 2026 年 3 月 1 日正式施行，距今仅剩约 3 个月时间。在新仲裁法即将落地实施之际，笔者认为有必要对其核心修订要点进行梳理与回顾，为法律实务衔接做好准备。

下文笔者将围绕本次修订的核心亮点，结合法律实务场景进行简要梳理与深度解析，为读者精准把握新规适用要点提供参考。

1. 新增网络在线仲裁规则

新仲裁法	2017 版仲裁法
第十一条规定：“仲裁活动**可以**通过信息网络**在线**进行，但当事人明确表示不同意的除外。 仲裁活动通过信息网络在线进行的，**与线下**仲裁活动**具有同等**法律效力。”	无相关规定

据司法部统计，在线开庭已经是一种普遍的实践，2024 年全国有 93 家仲裁机构办理了网络在线的仲裁案件。[1]在线开庭不仅在仲裁实务中应用广泛，在诉讼实务中亦已成为普遍现象。此次立法将这一信息化纠纷解决趋势纳入法律框架，既是顺应时代发展的必然选择，也从制度层面明确肯定了该开庭方式的合法性；同时通过“当事人明确反对为例外”的规则设计，充分尊重了当事人的意思自治。

2. 明确中国仲裁协会的职责

新仲裁法	2017 版仲裁法
第二十五条规定：“中国仲裁协会是**社会团体法人**。仲裁机构是中国仲裁协会的**会员**。中国仲裁协会的章程由全国会员大会制定。 中国仲裁协会是仲裁机构的自律性组织，根据章程对仲裁机构及其组成人员、工作人员，以及仲裁员在仲裁活动中的行为进行**监督**。 中国仲裁协会依照本法和《中华人民共和国民事诉讼法》的有关规定**制定示范仲裁规则**。” 第九十一条规定：“仲裁机构依照本法和	第十五条规定：“中国仲裁协会是社会团体法人。仲裁委员会是中国仲裁协会的会员。中国仲裁协会的章程由全国会员大会制定。 中国仲裁协会是仲裁委员会的自律性组织，根据章程对仲裁委员会及其组成人员、仲裁员的违纪行为进行监督。 中国仲裁协会依照本法和民事诉讼法的有关规定**制定仲裁规则**。”

《中华人民共和国民事诉讼法》的有关规定，可以参照中国仲裁协会制定的示范仲裁规则**制定仲裁规则**。”	

新仲裁法进一步细化了中国仲裁协会的监督对象范围，明确其作为行业自律性组织，需对仲裁机构及其组成人员、工作人员，以及仲裁员在仲裁活动中的行为进行全面监督；同时厘清了仲裁规则的制定体系，规定由中国仲裁协会制定示范仲裁规则，各仲裁机构可参照该示范规则，结合自身实际制定本机构的仲裁规则，实现了行业规范统一与机构自主灵活的有机平衡。

3. 扩大仲裁协议的认定方式

新仲裁法	2017 版仲裁法
第二十七条规定：“仲裁协议包括合同中订立的仲裁条款和以其他书面方式在纠纷发生前或者纠纷发生后达成的请求仲裁的协议。 仲裁协议应当具有下列内容： （一）请求仲裁的意思表示； （二）仲裁事项； （三）选定的仲裁机构。 一方当事人在申请仲裁时主张有仲裁协议，另一方当事人**在首次开庭前不予否认的，经仲裁庭提示并记录，视为**当事人之间存在仲裁协议。”	第十六条规定：“仲裁协议包括合同中订立的仲裁条款和以其他书面方式在纠纷发生前或者纠纷发生后达成的请求仲裁的协议。 仲裁协议应当具有下列内容： （一）请求仲裁的意思表示； （二）仲裁事项； （三）选定的仲裁委员会。”

新仲裁法将仲裁委员会统一调整为仲裁机构的表述，同时规定若一方申请仲裁时主张存在仲裁协议，另一方在首次开庭前未予否认，经仲裁庭提示并记录后，即视为双方存在仲裁协议。这一修订扩大了仲裁协议的认定方式，进一步保障了仲裁程序的有效开展。

4. 缩短撤销仲裁裁决的时间

新仲裁法	2017 版仲裁法
第七十二条规定：“当事人申请撤销裁决的，应当自收到裁决书之日起**三个月**内提出。”	第五十九条规定：“当事人申请撤销裁决的，应当自收到裁决书之日起**六个月**内提出。”

新仲裁法将申请撤销仲裁裁决的期间从六个月缩短至三个月，这一调整旨在敦促当事人及时行使救济权利，既契合当下社会经济高效运转的节奏，也进一步强化了仲裁制度本身的效率优势。

5. 吸收仲裁地制度

新仲裁法	2017 版仲裁法
第八十一条规定：“当事人可以书面约定仲裁地。除当事人对仲裁程序的适用法另有约定外，以**仲裁地作为**仲裁程序的适用法及司法管辖法院的确定依据。仲裁裁决视为在仲裁地作出。 当事人**对仲裁地没有约定或者约定不明确的**，根据当事人约定的仲裁规则确定仲裁地；仲裁规则没有规定的，由仲裁庭根据案件情况，按照便利争议解决的原则确定仲裁地。”	无相关规定

在国际仲裁实务中，“仲裁地”是一个至关重要的法律概念：它不仅决定仲裁裁决的国籍与仲裁程序应适用的程序法，更直接关联到有权对仲裁程序进行监督（包括撤销裁决等）的管辖法院，进而对当事人的实体权利产生实质性影响。新仲裁法则进一步明确了仲裁地的确认规则及其对应的法律效果，填补了此前制度层面的模糊地带，也让我国仲裁规则与国际商事仲裁的通行实践更趋衔接。

6. 新增特别仲裁制度

新仲裁法	2017 版仲裁法
第八十二条规定：“涉外海事纠纷或者在经国务院批准设立的自由贸易试验区、海南自由贸易港以及国家规定的其他区域内设立登记的企业之间发生的涉外纠纷，当事人书面约定仲裁的，可以选择由仲裁机构进行；**也可以选择以中华人民共和国为仲裁地，由符合本法规定条件的人员组成仲裁庭按照约定的仲裁规则进行**，该仲裁庭应当在组庭后**三个工作日内**将当事人名称、仲裁地、仲裁庭的组成情况、仲裁规则向仲裁协会**备案**。 当事人申请财产保全、证据保全、请求责令另一方当事人作出一定行为或者禁止其作出一定行为的，仲裁庭应当依法将当事人的申请提交人民法院，人民法院应当依法及时处理。”	无相关规定

此次修订前，我国仲裁法仅确立单一的机构仲裁模式，新仲裁法在借鉴境外临时仲裁制度的基础上，增设了具有中国特色的特别仲裁制度，既实现与国际规则的融通，也为更多涉外案件当事人选择在中国仲裁提供了便利；该制度的适用范围限定于两类具有涉外因素的纠纷，即涉外海事纠纷，以及经国务院批准设立的自由贸易试验区、海南自贸港及国家规定的其他区域

内登记设立的企业之间发生的涉外纠纷，且仲裁庭组庭后三个工作日内，需将相关信息向仲裁协会备案，确保制度规范有序运行。

7. 加强法院在财产保全、行为保全、证据保全等方面的支持

新仲裁法	2017 版仲裁法
第三十九条规定：“一方当事人因另一方当事人的行为或者其他原因，可能使裁决难以执行或者造成当事人其他损害的，可以申请财产保全、请求责令另一方当事人作出一定行为或者禁止其作出一定行为。当事人申请保全的，仲裁机构应当将当事人的申请依照《中华人民共和国民事诉讼法》的有关规定提交人民法院，人民法院应当依法及时处理。 因情况紧急，仲裁协议的当事人可以在**申请仲裁前**依照《中华人民共和国民事诉讼法》的有关规定**向人民法院申请财产保全、请求责令另一方当事人作出一定行为或者禁止其作出一定行为**。当事人申请保全的，人民法院应当依法及时处理。 申请有错误的，申请人应当赔偿被申请人因保全所遭受的损失。”	第二十八条规定：“一方当事人因另一方当事人的行为或者其他原因，可能使裁决不能执行或者难以执行的，可以申请财产保全。 当事人申请财产保全的，仲裁委员会应当将当事人的申请依照民事诉讼法的有关规定提交人民法院。 申请有错误的，申请人应当赔偿被申请人因财产保全所遭受的损失。”
第五十八条规定：“在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，当事人可以申请证据保全。当事人申请证据保全的，仲裁机构应当将当事人的申请提交证据所在地的基层人民法院，人民法院应当依法及时处理。 **因情况紧急，仲裁协议的当事人可以在申请仲裁前**依照《中华人民共和国民事诉讼法》的有关规定向人民法院申请证据保全。当事人**申请证据保全的**，人民法院应当依法及时处理。”	第四十六条规定：“在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，当事人可以申请证据保全。当事人申请证据保全的，仲裁委员会应当将当事人的申请提交证据所在地的基层人民法院。”

新仲裁法在保全制度上进一步完善：不仅新增了行为保全类型，还明确当事人可在仲裁程序启动前申请财产保全与证据保全，通过丰富保全手段、拓宽保全启动时机，切实强化了对仲裁程序的保障与支持。

1 司法部新闻发布会（注：大部分内容符合新闻发布提示的重点）

TikTok 5.3 亿欧元处罚启示：欧盟个人数据回传国内的合规路径分析（上）

蒋硕、李晶莲、吴媚、黎博思

2025 年 4 月 30 日，DPC 正式作出针对 TikTok 的处罚决定，认定 TikTok 在中国境内远程访问 EEA 用户的个人数据的过程违反 GDPR，并处以 5.3 亿欧元罚款。这项决定是欧盟首次对欧盟个人数据传输至中国作出处罚决定，也是欧盟首次对个人数据“远程访问”问题进行认定，对中国企业出海欧盟提供了重要的合规指引。[1]本文将围绕 DPC 处罚决定，分析 GDPR 下跨境传输个人数据的合规要求，并总结分析对中国企业的合规启示。

一、DPC 处罚决定背景及范围

DPC 此次调查缘起于法国监管机构的协助调查请求及荷兰市场信息研究基金会的投诉。在与 TikTok 沟通过程中，DPC 获知 TikTok 位于中国境内的工作人员会访问 TikTok EEA 用户的个人数据，以便提供平台运营相关的支持服务。2021 年 3 月 26 日，TikTok 应 DPC 要求，提交了其针对中国的数据传输评估及其他相关文件。

2021 年 9 月，DPC 依职权启动对 TikTok 的调查。根据决定书，DPC 处罚决定仅针对 TikTok 在 2020 年 7 月 29 日至 2023 年 5 月 17 日期间，中国公司员工通过远程访问方式对 EEA 用户数据进行访问的情形。由于 TikTok 直至 2025 年 4 月才向 DPC 披露中国服务器确有存储 EEA 用户数据的情形，因此 DPC 强调，此次处罚决定限于远程访问的情形，后续将继续调查在中国服务器存储用户数据的情况。

二、GDPR 下跨境传输个人数据的合规框架

（一） 境外远程访问 EEA 用户个人数据构成数据跨境传输

调查过程中，TikTok 主张 EEA 用户个人数据在新加坡、美国等中国境外国家存储，远程访问不会导致个人数据在中国境内存储。该等远程访问是为了技术支持、研发、运营需求而进行的临时访问，相关个人数据仍然在中国境外被隔离保存。

然而，DPC 直接援引欧盟数据保护委员会（“EDPB”）指南强调，从 EEA 外的第三国远程访问数据本身就构成数据传输。DPC 认为，虽然相关个人数据未在中国存储，但中国员工在远程访问中国境外存储的 EEA 用户个人数据过程中，在中国的设备端形成暂时处理，这本身就属于 GDPR 第 4 条所规定的数据处理。

同时，DPC 指出，TikTok 的跨境传输是系统性、重复性、持续性存在，而非临时访问。DPC 认为，TikTok 进行的数据传输涉及中国集团执行的一系列大规模且复杂的任务，而这些任务对 TikTok 平台的运营十分重要。并且，当远程访问是为了特定业务目的授权时，授权最长达 12 个月，考虑到 TikTok 受欢迎程度，涉及个人数据的数量也十分庞大，DPC 认为这些因

素都需要被综合考量。

因此，DPC 认为，TikTok 中国员工从中国境内远程访问存储于中国境外的 EEA 用户个人数据构成数据传输，应适用 GDPR 有关数据传输的相关规定。

（二）DPC 在决定中明确个人数据跨境传输合规框架

1. GDPR 下个人数据跨境传输的合规路径

GDPR 的立法目的之一是为了保护《欧盟基本权利宪章》规定的两项基本权利——即第 7 条规定的隐私权和第 8 条规定的数据保护权。在此基础上，GDPR 在 EEA 范围内，为数据主体提供高水平保护。因此，对于转移至 EEA 范围外的数据，GDPR 规定了数据出口方的合规义务，以保证数据主体可以受到与欧盟同等高水平的保护。

GDPR 提供了三种个人数据跨境传输的合规路径：一是充分性决定，即对于欧盟委员会认定存在充分数据保护水平的第三国，可以任意传输个人数据，而中国不适用充分性决定；二是提供适当保障措施，在 GDPR 列举的措施中，对于中国企业具有普遍适用性的是 SCCs（标准合同条款）；三是特定情形下豁免。

本案中，TikTok 采用 SCC 传输工具。但需要明确的是，SCC 并非签署即完成合规义务的灵丹妙药，数据出口方必须保证数据主体实际上受到基本等同于欧盟的保护水平，这是 GDPR 及监管机构关注的重点，也体现在此次 TikTok 的处罚决定中。

2. 个人数据传输前必须开展数据跨境传输影响评估

DPC 明确，数据出口方在通过 SCC 传输数据前，必须开展数据跨境传输影响评估（“TIA”），对第三国的法律及司法实践进行充分评估，以确认是否会影响 SCC 的有效性，如果可能影响 SCC 的有效性，那么其必须采取额外保护措施，以保证达到同等保护水平。

欧盟法院在 Schrems II 判决中指出，在评估是否能达到同等保护水平时，必须考虑：（1）数据出口方和数据接收方间的合同条款；（2）与第三国公权力机构访问转移的个人数据相关的法律框架。欧盟法院明确，由于第三国公权力机构并非 SCC 当事方，SCC 条款无法约束该第三国公权力机构。因此，数据出口方在评估时必须特别关注与该第三国公权力机构访问转移的个人数据相关方面，并在评估时特别考量：（a）法治、对人权和基本自由的尊重、相关立法及实施情况、数据保护规则、职业规则、安全措施以及对个人数据主体有效的行政及司法救济途径；（b）是否存在一个或多个第三国或国际组织的独立监管机构并能有效运作；（c）相关第三国或国际组织是否已作出国际承诺，特别是关于个人数据保护方面。

欧盟法院明确，尤其在第三国法律允许公权力机构干预数据主体权利的情况下，SCC 可能不足以确保对传输至该国的个人数据提供同等保护水平，数据出口方需要采取进一步补充性措施，以确保数据主体能获得基本等同于欧盟的保护水平。同时，数据出口方必须对其开展的评估内容及采取的措施记录在案，并在监管机构要求时提交相关文件以供查阅。

从 DPC 处罚决定来看，在通过 SCC 传输个人数据前，数据出口方开展的 TIA 必须包括：

（1）对第三国法律及司法实践的充分评估，尤其与公权力机构访问个人数据相关的规定及执行情况、司法实践、独立监督机构设立及运行情况、救济途径等；（2）SCC 是否能够确保数据主体获得欧盟同等水平保护，尤其需评估第三国公权力机构访问个人数据是否符合欧盟关于必要性与比例性标准，如无法确保，应确定并论证补充保障措施；（3）形成结论，证明采取的措施能够确保数据主体获得欧盟同等水平保护；（4）留存文档记录。

3. 履行评估义务的主体为数据出口方

调查过程中，TikTok 提出，数据出口方未在先履行评估义务，并不必然导致个人数据传输违反 GDPR 规定，而应由 DPC 进行评估。如果数据出口方未能在传输数据前充分证实个人数据传输符合 GDPR 第 46 条要求，那么应当由 DPC 开展相关评估，DPC 只有在评估认为 SCC 无法被遵守的情况下，才能作出暂停数据传输的命令。

对此，DPC 明确，根据 GPDR 及 Schrems II 判决，开展跨境传输评估是数据出口方的责任，数据出口方在传输个人数据前，有义务首先确认并保证基本等同的保护水平，在此基础上再进行个人数据传输。DPC 负责调查个人数据传输的合法性，而强调数据出口方的评估义务并非免除 DPC 的调查责任，相反，DPC 在调查中已经多次给 TikTok 机会陈述其确认并保证传输的个人数据受到基本等同于欧盟的保护水平。因此，DPC 未接受 TikTok 提出的评估责任倒置的主张。

1 Simmons & Simmons. Irish Data Protection Commission Fines TikTok €530 Million[EB/OL]. Simmons & Simmons Publications, 2025-05-07. https://www.simmons-simmons.com/en/publications/cmaet4gdu00q0uqvg957rtvfu/irish-data-protection-commission-fines-tiktok-530-million.

美国信托的可撤销与不可撤销及其对债务执行的影响

李岚、岑琳、傅玄

在美国，各州均拥有自行制定信托法的权力。州信托法一般规定信托设立与形式要件、设立人、受托人、受益人的权利义务以及信托的撤销、变更与终止等。美国统一州法委员会于 2000 年颁布《统一信托法》（Uniform Trust Code，以下简称“UTC”），作为全国范围内的示范性立法模板。目前已有 36 个州和司法管辖区全部或部分采纳 UTC，[1]但仍有部分大州（如加州、纽约）保留独立体系。例如，加州的信托法主要载于《加州遗嘱认证法典》（California Probate Code，以下简称“CPC”）。

一、信托的基本概念

（一）信托的定义

在美国法体系下，信托是一种基于信义关系（fiduciary relationship）建立的财产管理结构。[2]信托设立人（settlor）将财产交由信托受托人（trustee）持有，并由信托受托人按照信托契约为信托受益人（beneficiary）的利益进行管理。根据 UTC § 402，信托的成立须满足设立人具有行为能力、设立信托的意图明确、明确的受益人、信托财产存在以及受托人承担职责等五项构成要件。[3]这些要件对于信托的成立和责任承担可起决定性作用。

信托的结构呈现出“名义所有权”与“实质受益权”分离的特点，受托人作为信托财产的名义所有人承担管理运营责任，而受益人享有经济利益。信托财产在后文所述的特定情形下可被债权人追索执行，[4]但其在执行程序中的处理方式与不动产、现金或证券等一般资产有较大差异。信托执行通常涉及对设立人与信托之间是否存在控制关系、受托人是否具有独立性、信托财产是否在形式之外本质上属于设立人以及信托整体是否符合衡平原则等问题的判断。

（二）信托的可撤销性

尽管信托具有多种分类方式，在债权执行中影响较为关键的是其可撤销与不可撤销性质的区分。根据 UTC § 602(a)，除非信托契约明确规定信托为不可撤销，设立人均可撤销或修改该信托。[5]在一些州，信托被推定为不可撤销，除非信托条款另有明确规定；而在另一些州，信托被推定为可撤销，除非信托条款另有明确规定。[6]

可撤销信托是设立人在信托存续期间保留修改或撤销权利的信托。设立人可在生前任何时候，通过符合信托契约或法律规定的方式，对信托内容进行更改、补充、部分撤销，甚至完全终止信托，取回信托财产。[7]在撤销方式上，可撤销信托可通过明示或默示撤销。

不可撤销信托是指一经设立并生效，设立人即放弃修改、撤销及取回财产的权利的信托。[8]信托财产独立于设立人个人财产，由受托人依照信托契约独立管理。除非经法院批准或受益人一致同意，否则不得变更或终止。[9]

可撤销信托与不可撤销信托的关键区别在于信托的可撤销性与控制权归属。相较于不可撤销信托，可撤销信托的设立人对信托享有更强的控制权，这种控制权上的差异可以直接导致两类信托在债权执行和资产保护方面呈现截然不同的法律效果。

二、可撤销信托与不可撤销信托对债务执行的影响

（一）可撤销信托——债权人可直接追索设立人撤销权限内的信托财产

可撤销信托在美国家庭财务管理和遗产规划中较为常见。其普及程度主要源于两方面：其一，设立人可在生前随时变更或撤销信托，使其成为灵活管理现金流和资产的工具；其二，可撤销生前信托能够避免遗嘱认证程序（probate），使遗产在设立人死亡后更快捷地进行分配。[10]尽管如此，可撤销信托在债权执行中几乎不具备任何资产保护效果。依据 UTC § 505(a)(1)，可撤销信托中的财产在设立人生前原则上视为设立人个人财产，可被设立人的债权人直接追索。[11]美国多个州的信托法均直接采用相同规则，例如马萨诸塞州和缅因州的信托法典均明确规定债权人可以追索可撤销信托财产。[12]

尽管在执行可撤销信托时可能会面临一些技术层面的障碍，但可撤销信托的执行难点主要来自程序，而非实体法律问题。例如，在已有判决或充分理由的前提下，法院**可以**应利害关系人的申请或依职权，命令受托人或相关金融机构披露信托记录，从而使债权人有机会评估信托是否被用于规避债务。[13]除此以外，还有需经额外程序向金融机构调取交易记录、跨州执行命令等，但这些障碍并不构成法律意义上的壁垒。

值得注意的是，设立人死亡后，可撤销信托会自动变为不可撤销信托，但这并不意味着信托立刻获得免于执行的保护。在多数州，包括加州在内的法律体系均要求遗产在设立人去世后经历一定期间的债务清偿程序。例如 CPC§19001 即规定了遗产代表及受托人在设立人生前债务清偿中的义务。[14]因此，可撤销信托的被执行风险不仅贯穿设立人生前，也延续至其死亡后的遗产阶段。换言之，只要债权人在法定期限内提起债务请求，可撤销信托的财产仍可能成为执行对象。

综上，由于可撤销信托从本质上而言不具备资产隔离效果。设立人对信托财产的强控制性决定了其在法律上仍属于设立人的财产，从而在债权人执行程序中具备执行可能性。

（二）不可撤销信托——债权人一般不得直接追索信托财产

在不可撤销信托中，设立人与资产的控制关系可以真正切断，使财产在法律上不再属于设立人，也不再由设立人支配。基于此原理，UTC § 505(b)(1)规定设立人的债权人不得直接执行不可撤销信托的财产，除非信托契约允许受托人为设立人利益进行分配。[15]然而，不可撤销信托的资产保护效果在法律上并非绝对。本文主要介绍两类能够击穿不可撤销信托结构的情形——欺诈性转移及衡平法穿透。

1. 欺诈性转移

欺诈性转移，是指债务人为逃避、阻碍或延迟债权人追索而进行的财产转移。《统一可撤销交易法》（Uniform Voidable Transactions Act, 以下简称“UVTA”）§ 4(a) 规定，若债务人（转

让方）在转让财产时已资不抵债或可预见将资不抵债，且转让的主要目的是阻碍、拖延或欺诈债权人，则该交易可被撤销。[16]在信托的具体情形中，若设立人在设立信托时存在阻碍、拖延或欺诈债权人的实际意图，该转移即可被撤销。法院通常依据“欺诈意图迹象”（badges of fraud）分析事实，包括转移是否发生在债务发生或诉讼前后、受让人是否为内部人（insider），如家属或自己担任的受托人、转移后债务人是否仍控制或使用财产、转移是否以明显不足的对价进行、债务人是否在转移后资不抵债、转移是否隐秘或未通知债权人、转移是否涉及全部或主要资产、转移是否在预期或已有诉讼的情形下完成等。[17]

一旦信托设立或财产转入被认定为可撤销转移，法院将依据 UVTA§7 授予以下救济：一、撤销转移，即转移信托财产的行为被撤销，财产恢复至转移前状态；二、追索信托财产，即债权人可直接执行信托财产，法院可命令受托人交付财产或其价值；三、法院可下达强制令或冻结令，防止受托人进一步处分、分配信托财产。[18]

2. 衡平法穿透

在信托形式上虽为不可撤销，但设立人仍保留“实质控制权”的情形下，法院将否定信托财产的独立性，使债权人得以直接触及原本被置于信托名下的资产。[19]此类情形通常有：设立人保留替换受托人的权力、以口头方式指示受托人进行分配、继续控制信托投资决策或使用信托银行账户。此时法院将认为信托仅为设立人的安排形式，而非真正意义上的独立资产实体。[20]

因此，不可撤销信托虽在法律上具有原则性的资产隔离效果，但一旦信托设立时具有不当目的、设立人继续掌控资产，或信托形式与实质不符，其保护效果均可能瞬间消失。
换言之，信托契约本身并不足以提供绝对的防护网。在衡平法审查下，只要设立人未真正放弃支配与享益，信托便无法被认定为一个独立运作的法律结构，其资产隔离功能在债权人救济及破产程序中都会被大幅削弱。司法机关在此类案件的基本立场为形式不可凌驾于实质之上。

三、结语

信托不是法律意义上的绝对保护墙，其保护力度取决于结构设计的稳健程度、控制权的真实移转以及设立目的的合法性等。执行信托财产通常不是一步到位的程序，而需要逐步识别和逐层击破。一般而言，执行信托财产的先后逻辑为：判断可撤销性、判断控制权、判断欺诈性，加之评估跨州法律适用问题（如有需要）。从业者应了解信托的架构以及其在执行中的风险潜在应对措施，以使在面临信托时能够有效规划和推进执行。

1 https://en.wikipedia.org/wiki/Uniform_Trust_Code?utm.com.

2 Cornell Law School Legal Information Institute, Trust, Wex Legal Encyclopedia, last reviewed Aug. 2022, available at https://www.law.cornell.edu/wex/trust.

3 Uniform Law Commission. Uniform Trust Code §402.

4 本文的探讨基于债务人为信托设立人的情形，不涉及债务人为信托受益人的情形以及债务人为受托人的情形。

5 Uniform Law Commission. Uniform Trust Code §602(a).

6 例如纽约州规定："生前信托除非明确规定其可撤销，否则默认为不可撤销"。而 UTC§602(a)以及加州等采取了相反的规则，即默认信托可撤销。

7 Cornell Law School Legal Information Institute, Revocable Trust, Wex Legal Encyclopedia, last reviewed June 2024, available at https://www.law.cornell.edu/wex/revocable_trust.

8 Cornell Law School Legal Information Institute. "Irrevocable Trust," Wex Legal Encyclopedia, last reviewed Mar. 2022, available at https://www.law.cornell.edu/wex/irrevocable_trust

9 Investopedia, "Revocable Trust vs. Irrevocable Trust: What's the Difference?", published July 16, 2015, available at https://www.investopedia.com/ask/answers/071615/what-difference-between-revocable-trust-and-living-trust.asp.

10 Anderson Advisors, Types of Trusts & When to Use Them: Trusts 101, available at https://andersonadvisors.com/blog/types-of-trusts-when-to-use-them-trusts-101/ (last visited Nov. 17, 2025).

11 Uniform Law Commission. Uniform Trust Code §505(a)(1).

12 Mass. Gen. Laws ch. 203E, § 505(a)(1); Me. Rev. Stat. tit. 18-B, §505(a)(1).

13 Jules M. Haas, Trust Accounting Disputes, LAW OFFICE OF JULES HAAS, ATTORNEY AT LAW, https://www.juleshaasattorney.com/practice-areas/trust-and-estates/undue-influence/trust-accounting-disputes/

14 California Legislature. California Probate Code §19001.

15 Uniform Law Commission. Uniform Trust Code §505(b)(1).

16 Uniform Law Commission. Uniform Voidable Transactions Act§4(a).

17 Uniform Voidable Transactions Act (as amended 2014), NAT'L CONF. OF COMM'RS ON UNIF. STATE LAWS, https://legislature.maine.gov/doc/5165 (uploaded Mar. 8, 2016).

18 Uniform Law Commission. Uniform Voidable Transactions Act §7.

19 In re Gillespie，269 B.R. 383 (Bankr. E.D. Ark. 2001)

20 In re Schwarzkopf, 626 F.3d 1032 (9th Cir. 2010).

最高人民法院 “澳大利亚和新西兰银行集团有限公司马尼拉分行与中国电力工程有限公司、江苏银行股份有限公司等备用信用证纠纷案”民事申请再审审查裁定书（2024 年 10 月 24 日）判决缩写和点评

金赛波 **

关键词：备用信用证的性质识别，备用信用证的法律适用，不可撤销备用信用证；反担保备用信用证；独立保函；相符索赔；独立保函欺诈，备用信用证不当拒付，不当拒付的利息和费用承担

案由：独立保函欺诈纠纷、独立保函付款和不当拒付纠纷案件

当事人：
(备用信用证)开证行：澳大利亚和新西兰银行集团有限公司马尼拉分行
(反担保备用信用证）开证行：江苏银行股份有限公司
(反担保备用信用证)申请人：中国电力工程有限公司
(备用信用证)受益人：D.M.康松吉有限公司

基础交易：菲律宾工程项目分包合同

备用信用证：金额为 22979687.50 美元的不可撤销备用信用证

适用法律规则：本案备用信用证适用 ISP98、具有担保功能的备用信用证应被认定为独立保函，适用《最高人民法院关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》的相关规定。

诉讼程序：

原审（案号：（2020）最高法商初 2 号 [1]）：最高人民法院第二国际商事法庭认为澳新银行马尼拉分行在《反担保备用信用证》项下的索赔不构成欺诈，判决澳新银行马尼拉分行胜诉。

再审申请（案号：（2024）最高法民申 2800 号）：中国电力工程有限公司依据《民事诉讼法》第二百一十一条第二项、第六项规定的情形，请求再审。

1.事实摘要

1.1 基础交易背景

2011 年 12 月 22 日，中国电力工程有限公司作为承包商与总包方康松吉有限公司等签订《项目工程合同》，各方约定中国电力工程有限公司应为自身履约向康松吉有限公司提供合同

总金额 10%的无条件见索即付的银行担保。为此，中国电力工程有限公司于 2012 年 6 月 12 日向江苏银行北京分行申请开立备用信用证，由江苏银行通过澳新银行上海分行指示澳新银行马尼拉分行向康松吉有限公司开立了编号为 S028048400 的《履约备用信用证》（以下简称《备用信用证》）。江苏银行作为反担保方向澳新银行马尼拉分行开立了案涉《反担保备用信用证》。案涉《备用信用证》《反担保备用信用证》具有担保性质，均为见索即付，并约定适用 ISP 98，与独立保函功能相同。各方当事人一致选择适用中国法律，并一致认为案涉备用信用证欺诈问题应适用《独立保函规定》。

1.2 诉讼争议

2015 年，澳新银行马尼拉分行向江苏银行提交了反担保备用信用证项下的付款要求，要求支付 600 万美元。

中国电力工程有限公司主张：（一）江苏银行在《反担保备用信用证》有效期内未收到相符索兑,《反担保备用信用证》项下的权利义务已到期终止。因澳新银行上海分行在《反担保备用信用证》项下没有任何权利基础,故《国际备用信用证惯例》（以下简称 ISP 98）第 5.03 条 b 款有关“没有及时发出拒付通知而在到期时有义务付款”的规则不适用于本案。（二）澳新银行马尼拉分行构成《最高人民法院关于审理独立保函纠纷案件若干问题的规定》（以下简称《独立保函规定》）第十二条第四项、第五项规定的欺诈情形。（三）即使澳新银行马尼拉分行主张的 600 万美元属于康某吉公司降低后的索赔金额,这也是康某吉公司针对中国电力工程有限公司及中国技术进出口集团公司（案外人）两份履约保函共同索赔的结果,澳新银行马尼拉分行不应要求中国电力工程有限公司承担全部金额。

2.争议焦点

（1）原判决认定江苏银行在《反担保备用信用证》有效期内收到相符索兑且未及时发出拒付通知，是否具有事实依据。

（2）原判决认定澳新银行马尼拉分行不构成《独立保函规定》的欺诈情形，是否具有事实和法律依据。

（3）原判决认定澳新银行马尼拉分行应要求中国电力工程有限公司承担《反担保备用信用证》项下 600 万美元及利息的全部金额，是否具有事实和法律依据。

3.裁定理由

3.1 江苏银行负有到期付款义务

2015 年 11 月 27 日，澳新银行马尼拉分行委托澳新银行上海分行向江苏银行交单，请求支付《反担保备用信用证》项下索赔。澳新银行上海分行作为受委托行代澳新银行马尼拉分行向江苏银行发送索兑通知。该索兑通知的措辞和付款指示不违反 ISP 98 的相关规定以及《反担保备用信用证》明确约定的索兑通知措辞要求。并且，中国电力工程有限公司在 2015 年 12 月 2 日收到江苏银行来函，江苏银行称已收到《反担保备用信用证》项下索赔，要求中国电力工程有限公司付款。中国电力工程有限公司以澳新银行上海分行提出索兑以及付款至澳新银行上海分行账户等为由主张江苏银行未收到相符索兑，缺乏事实依据。在澳新银行马尼拉分行提出索兑并交单后，依据 ISP 98 第 5.03 条 b 款规定，江苏银行在没有及时发出拒付通知的情况

下，负有到期付款义务。

3.2 澳新银行马尼拉分行的索赔行为不属于滥用付款请求权，不构成欺诈

中国电力工程有限公司再审申请主张澳新银行马尼拉分行在我国法院作出止付令的情况下与康松吉有限公司达成和解并付款的行为存在恶意；中国电力工程有限公司与康松吉有限公司和解后，澳新银行马尼拉分行向江苏银行的索赔行为属于滥用付款请求权，构成欺诈。

本院认为，案涉《备用信用证》与《反担保备用信用证》均系相互独立的独立保函。澳新银行马尼拉分行与康松吉有限公司达成的和解协议仅涉及《备用信用证》项下的付款事宜，未涉及《反担保备用信用证》，中国电力工程有限公司亦非《备用信用证》项下当事人，澳新银行马尼拉分行与康松吉有限公司达成和解并付款的行为，不构成串通虚构基础交易的欺诈情形。澳新银行马尼拉分行在向江苏银行提出相符索赔后与康松吉有限公司达成和解协议，亦不属于“确认基础交易债务已得到完全履行”的欺诈情形。

从案涉和解协议来看，在澳新银行马尼拉分行向康松吉有限公司支付 600 万美元后，康松吉有限公司才无条件且不可撤销地解除包括本案《备用信用证》项下对澳新银行马尼拉分行的相关索赔、主张、责任和诉讼。因此，600 万美元不属于康松吉有限公司撤销索赔的范围。澳新银行马尼拉分行在 2019 年 7 月 19 日向江苏银行提出《反担保备用信用证》项下 600 万美元和利息的付款请求，系在 2015 年 11 月 27 日提出相符索赔但并未获得全部偿付的情况下再次催促付款的行为，并不构成一项新的索赔，其自愿将索赔金额降至 600 万美元亦属于自身权益的处置，也不属于“明知没有付款请求权而滥用权利”的欺诈情形。

3.3 中国电力工程有限公司应向澳新银行马尼拉分行支付《反担保备用信用证》项下 600 万美元及利息

如前所述，案涉《备用信用证》和《反担保备用信用证》是相互独立的。澳新银行马尼拉分行请求中国电力工程有限公司支付 600 万美元及利息系基于《反担保备用信用证》项下的索赔，与《备用信用证》项下的和解协议无关，且未超出《反担保备用信用证》所涉金额。鉴于和解协议并非《反担保备用信用证》约定的应予审查事项，同时考虑到备用信用证交易的单据性、独立性之特征，中国电力工程有限公司以和解协议系一揽子解决案涉《备用信用证》与某 2 公司所涉《备用信用证》项下争议为由，拒绝向澳新银行马尼拉分行支付《反担保备用信用证》项下 600 万美元及利息的索赔请求，没有事实和法律依据，本院不予支持。

4.裁定结果

中国电力工程有限公司的再审申请不符合《中华人民共和国民事诉讼法》第二百一十一条规定之情形。裁定驳回中国电力工程有限公司有限公司的再审申请。

5.金赛波律师的点评

5.1 正如我在之前的关于本案一审的 Newsletter 中的点评意见，这个最高法院的一审（也是终审判决）是一个错误判决

首先，本案澳新银行起诉所依据的法律关系错误。本案的江苏银行并不是基础合同下的当事人，也为参与基础合同下各方当事人的和解进程，也未参与基础合同下和解协议的签署。因此该和解协议对江苏银行并无法律约束力。

其次,江苏银行也未参与备用信用证下申请人中电工和受益人以及澳新银行马尼拉分行就备用信用证的和解过程，也没有参与签署该有关备用信用证和解协议的签署。因此申请入中电工和受益人及澳新银行马尼拉分行之间各方当事人之间关于备用信用证的和解协议对江苏银行也没有任何法律约束力。

第三，受益人通过签署有关基础合同和备用信用证的和解协议下（江苏银行都不是该和解协议的协商当事人该协议也没有经过江苏银行的同意或同意受其约束）与放弃了备用信用证下的全部（注意是本案澳新银行开立的备用信用证下全部索赔权力）索赔权利，如果受益人放弃了针对澳新银行马尼拉分行在备用信用证下的全部索赔权利，则作为反备用信用证的受益人的澳新银行马尼拉分行自然就丧失了针对反备用信用证下的索赔权利，而作为开证行的江苏银行自然也有权对澳新银行马尼拉分行提出的在反担保函下的任何索赔。

最后，本案澳新银行起诉的被告主体诉错了。本案申请人中电工和受益人和澳新银行马尼拉分行三方之间和解协议约定的受益人有权获得澳新银行在备用信用证下的部分款项仅仅对三方当事人是有效的，其效力不能及于不是协议当事人的江苏银行。澳新银行真正应该起诉的是去根据三方和解协议这个法律关系去起诉三方协议的义务承担人中电工。澳新银行的诉讼请求的法律关系和请求权依据是三方协议，而不是江苏银行的反备用信用证。因为受益人已经放弃备用信用证项下的全部权利，澳新银行因此无义务再依据原先开立的备用信用证进行索赔和付款，进而导致江苏银行在反担保备用信用证下的付款义务也随之解除。澳新银行有权起诉的法律依据或请求权依据只能是申请人及受益人及澳新银行三方协议下约定的权利义务。

5.2 本案将适用 ISP98 实务备用信用证仅仅根据其功能和独立保函类似来确定适用独立保函司法解释的理由也不具有说服力

首先，最高人民法院在当初起草独立保函司法解释的官方说明中，已经明确独立保函本身是信用证而不是“担保的功能”这样一般用于从属性担保的措辞。这一点与当初起草的本意不一致。最高人民法官担当本司法解释起草的法官在本司法解释发布之后发表的文章早已经明确，起草该司法解释的原则是独立保函性质属于信用证，而不是基于担保法[2]。因此在此案例中翻过来又说备用信用证有担保功能这样的将备用信用证几乎归类于从属性担保上的措辞，与起草独立保函司法解释的本意是前后不一致的。

其次，这个案件的一审判决说备用信用证因为适用 ISP98 而在性质上应该被判定属于独立保函。问题是中国国内的银行在很多的内保外贷的交易中有不少备用信用证交易是约定适用 UCP600 的交易，则一旦该等交易纠纷诉诸中国法院，则究竟该适用 UCP600 的备用信用证的性质究竟是应该被识别为信用证呢还是独立保函。以下是中国法院的一些判决，将备用信用证适用 UCP600 以及信用证司法解释。

（1）烟台市中级人民法院“友利银行（中国）有限公司深圳分行、中国长城资产管理公司济南办事处与首尔星宝置业（烟台）有限公司案”执行裁定书（2015 年 1 月 21 日）

在该早期的案件中，该案中的备用信用证是根据 UCP600 开立的。烟台中院在一审判决书中认为：

“…第二，根据《最高人民法院关于审理信用证纠纷案件若干问题的规定》第二条的规定，人民法院审理信用证纠纷案件时，当事人约定适用相关国际惯例或者其他规定的，从其约定；当事人没有约定的，适用国际商会《跟单信用证统一惯例》或者其他国际惯例。根据国际商会《跟单信用证统一惯例》（UCP600）规定的适用范围，《跟单信用证统一惯例》（UCP600）“适用于所有在正文中标明按本惯例办理的跟单信用证（包括本惯例适用范围内的备用信用证）”。

（2）烟台市中级人民法院“韩国产业银行广州分行执行异议案”裁定书（2015 年 1 月 21 日）

在同年的同一批的另外一宗相关案件中，烟台中院在一审判决中认为：

“…. 第二，根据《最高人民法院关于审理信用证纠纷案件若干问题的规定》第二条的规定，人民法院审理信用证纠纷案件时，当事人约定适用相关国际惯例或者其他规定的，从其约定；当事人没有约定的，适用国际商会《跟单信用证统一惯例》或者其他国际惯例。根据国际商会《跟单信用证统一惯例》（UCP600）规定的适用范围，《跟单信用证统一惯例》（UCP600）“适用于所有在正文中标明按本惯例办理的跟单信用证（包括本惯例适用范围内的备用信用证）”。根据国际商会《跟单信用证统一惯例》（UCP600）的规定，信用证是不可撤销的，且具有独立性，即信用证开证人义务的履行并不取决于：①开证人从申请人那里获得偿付的权利和能力；②受益人从申请人那里获得付款的权利；③信用证中对任何偿付协议或基础交易的援引；④开证人对任何偿付协议或基础交易的履约或违约的了解与否。《最高人民法院关于审理信用证纠纷案件若干问题的规定》第五条规定，开证行作出付款、承兑或者履行信用证项下其他义务的承诺后，只要单据与信用证条款、单据与单据之间在表面上相符，开证行应当履行在信用证规定的期限内付款的义务。当事人以开证申请人与受益人之间的基础交易提出抗辩的，除具有该规定第八条规定的情形外，人民法院不予支持。本案中，产业银行依据星宝公司的申请开立了以友利银行香港分行为受益人的备用信用证后，就应当履行备用信用证规定的期限内的付款义务，长城公司以产业银行未提供备用信用证所担保的基础借款合同为由进行抗辩，但未提供证据证明产业银行开立的备用信用证具有《最高人民法院关于审理信用证纠纷案件若干问题的规定》第八条规定的欺诈情形，故长城公司的该项主张，本院不予支持。”

（3）山东省高级人民法院“中国长城资产管理公司济南办事处、韩国产业银行广州分行与首尔星宝置业（烟台）有限公司申请承认与执行法院判决、仲裁裁决案”执行裁定书（2015 年 4 月 8 日）

在该同一年相关裁定中，山东省高级人民法院在裁定书中查明，该案备用信用证是根据“《跟单信用证统一惯例》（UCP600）开立的。法院查明国际商会于 2007 年修订的跟单信用证统一惯例，系国际上关于跟单信用证包括备用信用证适用的统一惯例。该法院二审判决认为：

“…第二，根据《最高人民法院关于审理信用证纠纷案件若干问题的规定》（以下简称《审理信用证纠纷规定》）第二条的规定，人民法院审理信用证纠纷案件时，当事人约定适用相关国际惯例或者其他规定的，从其约定；当事人没有约定的，适用国际商会《跟单信用证统一惯

例》或者其他国际惯例。根据国际商会《跟单信用证统一惯例》（UCP600）规定的适用范围，《跟单信用证统一惯例》（UCP600）“适用于所有在正文中标明按本惯例办理的跟单信用证（包括本惯例适用范围内的备用信用证）”。根据国际商会《跟单信用证统一惯例》（UCP600）的规定，信用证是不可撤销的，且具有独立性，即信用证开证人义务的履行并不取决于：①开证人从申请人那里获得偿付的权利和能力；②受益人从申请人那里获得付款的权利；③信用证中对任何偿付协议或基础交易的援引；④开证人对任何偿付协议或基础交易的履约或违约的了解与否。《审理信用证纠纷规定》第五条规定，开证行作出付款、承兑或者履行信用证项下其他义务的承诺后，只要单据与信用证条款、单据与单据之间在表面上相符，开证行应当履行在信用证规定的期限内付款的义务。当事人以开证申请人与受益人之间的基础交易提出抗辩的，除具有该规定第八条规定的情形外，人民法院不予支持。本案中，产业银行依据星宝公司的申请开立了以友利银行香港分行为受益人的备用信用证后，就应当履行备用信用证规定的期限内的付款义务，长城公司以产业银行未提供备用信用证所担保的基础借款合同为由进行抗辩，但未提供证据证明产业银行开立的备用信用证具有《审理信用证纠纷规定》第八条规定的欺诈情形，故长城公司的该项主张不予支持。”

显然，山东高院认为本案根据 UCP600 开立的备用信用证最终应该适用信用证的司法解释。

（4）广东省广州市中级人民法院“中国民生银行股份有限公司广州分行与广州亚铜金属有限公司、中国金属再生资源（控股）有限公司、环保钢铁有限公司、中环钢铁(澳门离岸商业服务)有限公司追偿权纠纷案”一审民事裁定书（2016 年 5 月 20 日）

在稍后裁定的法院案例中，中国民生银行是根据 UCP600 开立了一个备用信用证，但是申请人在《开证申请书》申请开立的是一份独立保函。因此双方就这个问题发生了争议。但是一审法院认为：

“…另外，无论原告根据广州亚铜公司的申请开具的文件在名称上是不可撤销的保函还是备用信用证，其实质上是一份担保性质的文件，不能因其名称或翻译的不同而免除中金公司的保证责任。”

（5）北京市第四中级人民法院“中国进出口银行与邱辉足、王巧儿等信用证融资纠纷”一审民事判决书（2018 年 6 月 6 日）

在另外一宗案件中，在该案进出口银行开立的备用信用证就是根据 UCP600 开立。但是该案一审法院的一审判决中未明确最终该适用信用证司法解释还是独立保函的司法解释。

在以上案例中，只有一个法院的未稳定的一审判决认定备用信用证的性质是独立保函。而其他案例中根据 UCP600 开立的备用信用证中国法院均适用了最高法院的信用证司法解释。

5.3 本案的再审审查程序也不具有说服力

本案再审审查的最高法院的庭室是最高人民法院的民四庭。而本案的一审的若干位法官本身虽然名义上是国际商事法院的法官，但是这五位法官本身就是民四庭的法官。让民四庭三位较为资浅的法官去再审审查并挑战甚至去否决包括该庭的庭长在内的五位资深法官的在先判

决，这个再审审查程序安排明显是不合适的，也是没有实际意义的，对提出申诉的当事人是不公平的。

** 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。国际保理商协会（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。团队林皓晟律师协助了本文的部分文字整理和英文翻译。

1 最高人民法院裁定书及关于本案的其他相关裁判文书的全文请查阅最高人民法院的裁判文书网，经过整理的电子书链接：https://jinsaibo.yunzhan365.com/books/ozoy/mobile/index.html

2 《<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》，张勇健 沈红雨 海商法研究中心。2017 年 4 月 3 日发表。来源：《人民司法（应用）》，2017 年第 1 期。该文章明确：“(二) 明确规定了独立保函的性质. 独立保函是商业实践逐步发展的产物，仅有少数国家专门作出立法规定，王要有两种模式：一种是认定为信用证，放入信用证章节进行调整，如美国的《统一商法典》，未实行专门立法的普通法系国家判例亦采该观点；另一种是认定为一类特殊的担保即独立担保，放入担保法进行调整，如《法国担保法》、《澳门商法典》、非洲统一商业法律协会《担保统一法》等。. . . 由于我国对独立保函缺乏相应的立法规定，长期以来司法实践中对于独立保函的性质形成两种意见，分歧较大。一种意见认为，独立保函的性质为独立担保。《中华人民共和国担保法》五条第一款关于“担保合同是主合同的从合同，主合同无效，担保合同无效。担保合同另有约定的，按照约定”的规定，为独立担保预留了空间，因此，独立保函应当适用我国担保法的规定。另一种意见认为，独立保函属于非典型担保，与担保法规定的保证有本质区别，其性质是以相符交单为条件的付款承诺，与信用证性质相同，应当将独立保函纳入信用证体系加以规定。. . .《规定》采纳了第二种意见。 . . . 但与担保法规定的保证有本质区别，而与信用证性质相同。 . . . 综上，《规定》将独立保函定性为一类特殊的信用证，参照最高人民法院《关于审理信用证纠纷案件若干问题的规定》的基本思路进行制定。. . . ”

本期部分作者



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



李露（成都）
+86 28 8324 7123
lilu@jtn com



蒋硕（北京）
+86 10 5706 8288
jiangshuo@jtn com



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



王雪阳（深圳）
+86 755 2223 5518
wangxueyang@jtn com



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



曹兴国（大连）
+86 411 8442 6666-8052
caoxingguo@jtn com



岑琳(深圳)
+86 755 2223 5518
cenlin@jtn.com



JT&N 金诚同达

www.jtn.com