

# 如何透过香港平台解决跨境争议？

注：

本文基于香港柯伍陈律师事务所高级合伙人伍兆荣律师于 2012 年 10 月 23 日在“宏杰集团 2012 年基金和境外公司架构重组年会”所作专题演讲《境外投资者在香港的争议解决》和香港方少云大律师于 2012 年 3 月 15 日在上海所作专题演讲《从香港公司角度防止和解决公司争议》整合、编辑而成。谨对伍兆荣律师和方少云大律师为本文所作出的贡献，特此致谢！

**作**为中国最重要的投资门户，香港，一直是外国企业来华投资和中国企业“走出去”的最佳通道。无论是通过香港公司来投资控股，还是取道香港做三角贸易，或者是以香港公司作为上市主体，抑或凭藉香港税收居民身份获得股息、利息以及特许权使用费派回优惠，都与香港息息相关。

正是基于这样的地缘优势和良好的法律体制，香港往往成为跨境投资者解决争议的最佳司法管辖区之一。那么，境外投资者遇到争议，该如何在香港通过法律来解决呢？基本上，这是一个复杂的问题，很难一言以蔽之，因为世界上怎么会有“一把钥匙开一千把锁”的好事呢！

在这里，我们不妨先从一个实际案例看起来。

## 案例分享：香港法还是内地法管辖？



First Laser Ltd. (简称“First Laser”) 是一家在中国澳门成立的公司。公司的股东是 Ngan In Leng 先生 (以下称 Ngan 先生) 和他的妻子。Ngan 先生出生于福建, 于 1980 年去澳门生活。他与福建省政府签订了合同并与后者从事贸易活动。

被告是福建省政府在香港设立的“窗口公司” Fujian Enterprises (Holdings) Co Ltd (简称“FEHC”), 该公司在香港和大陆从事贸易活动, 并从 1992 年起就与 Ngan 先生进行贸易活动。

FEHC 和 First Laser 计划在一个光电子投资项目中合营, 于是, 他们在香港签订了一份合作经营协议。该协议约定, FEHC 同意将若干国内公司的股份转让予 First Laser。但结果是, FEHC 违反了合约协议, 并没有将约定的国内公司股份转让给 First Laser。为此, First Laser 在香港控告 FEHC。

### 本案的关键点：管辖法律约定模糊

本案从 2001 年开始, 一直延续到 2012 年 7 月才由香港法院终审, 历时 11 年。在 First Laser 向香港法院上诉的过程中, FEHC 也没有闲着, 它在内地取得最高人民法院的判决, 裁定合约协议无效。因为该合约协议涉及到内地企业股权变更, 有关协议必须获得内地政府部门批准; 由于未能获得批准, 所以导致合约协议无效。

那么, 本案的最终结果如何呢? 香港最高法院裁定: First Laser 与 FEHC 所签订的合约协议, 并没有列明管辖法律和司法管辖地。因此, 香港法院须先就合约协议的管辖法律作出审判, 而审判的原则主要基于:

1) 法官采用普通法中法律冲突的原则, 分析协议与香港的关联是否最为紧密 -- 虽然合约协议在香港签订, 但争议的主体是一家内地公司的股份, 其转让必须取得内地政府部门批准, 且协议的履行必须在内地进行。

2) 法官的另一个考虑点是内地最高人民法院的判决, 最后裁定合约协议由内地法律管辖, 香港法院必须跟从内地法院的判决。

也就是说, 由于合约协议没有明确约定争议解决的管辖法律, 从而导致原告败诉。

鉴于国际投资贸易的不断发展, 越来越多的中国企业卷入国际商事争议中。其中不乏大宗、复杂的案件, 特别是公司股权转让纠纷和合资纠纷。公司股权转让纠纷的复杂性在于, 中外股东通过层层设立离岸公司安排交易结构; 而合资纠纷的复杂性在于, 纠纷涵盖范围广泛, 可能包括合资合同本身的履行、合资公司商标之争、合资公司的经营权之争、董事的忠实信赖义务问题、关联交易问题等。

因此, 有效的争议解决机制在股东协议、收购协议等法律文件中就显得尤为重要。毕竟, 不怕一万就怕万一, 商业世界波诡云

涌，今天还是合作伙伴并肩作战，明天可能就已经是同床异梦、劳燕分飞。与其亡羊补牢，不如在法律文件的拟定上防范于未然，而将损失降到最低。

那么如何草拟调解争议的条文呢？

---

## 如何拟定“好”的调解协议条文？

---

每个人对“好”的定义可能都不相同，但具体到调解协议条文的拟定，无疑只有专业、细致和考虑周到才能够降低法律风险。具体说来，有以下几个注意的要点：

1) 管辖权，是香港法院还是内地法院呢？——毫无疑问，管辖权和管辖法律联系最为紧密。以香港为例，凡是涉及到香港的房地产和知识产权的相关案件，香港对此具有专属管辖权，通常不能约定由内地法院或其它司法辖区的法院来裁决。

2) 管辖法律是香港法律还是内地法律？——这一点在上面 First Laser VS FEHC 一案中体现得很充分，甚至成为决定诉讼胜负的关键点。此处不再赘述。

3) 解决机制是调解、仲裁还是诉讼？——这涉及到约定各方的具体偏好和平衡。总的来说，无论是调解还是仲裁或者诉讼，它们基本是各有优缺点，关键还要取决于各方平衡的结果。

那么，接下来，我们就来简单了解一下不同争议解决机制的利弊吧。

---

## 争议解决机制的利弊

---

### 仲裁

首先我们来看一下仲裁。

仲裁最大的好处是，执行比较容易。无论在香港还是在香港境外，执行起来都比较容易。因为，根据《承认及执行外国仲裁裁决公约》（简称“《纽约公约》”），仲裁裁决在公约成员间都可以互认和执行。截止到目前为止，《纽约公约》成员已经

达到 148 个，覆盖范围非常广泛。

香港于 1999 年与内地签订了《内地与香港特别行政区相互认可和执行仲裁裁决的安排》，内地的仲裁可以在香港执行，香港的仲裁可以在内地执行，涉及到两地仲裁裁决互认和执行已经有不少的案例，因此，执行比较有案例可循。

仲裁的第二个好处就是程序比较灵活。因为仲裁可以自己决定用什么规则，不用尊崇严格划一的法院规则。

相比诉讼，仲裁的一大好处是保密性高。这对于不希望争议信息扩散以维护公司品牌形象的客户来说非常重要。毕竟，好事不出门坏事传千里，大部分客户还是希望股东纠纷或合作纠纷等负面信息被越少人知道越好。

此外，如果只有一名仲裁员的话，仲裁一般比较快捷。值得注意的是，如果你的客户在香港签订一个仲裁协议，一方是国内，一方是香港，如果协议不明确约定只需要一名仲裁员的话，那么在香港仲裁，一般都委派三个仲裁员。因为这对香港来说是一个国际性（International）的仲裁，需要委派三个仲裁员。如此一来，仲裁的速度就被拖慢了，而且费用会比较高。

当然，仲裁也有它的局限性。最主要有两点：1) 是仲裁员和场地费用须由双方（或败诉一方）承担，费用较高。2) 是因为仲裁是终局性的，上诉机会有限。这是缺点也是优点，关键是看哪一方的胜算几率比较大。如果你的客户胜算几率大的话，那么，费用和终局性都是好事，而不是缺点。

### 诉讼

尺有所短，寸有所长。可以说，仲裁的长处就是诉讼的短处，反之亦然。对于诉讼来说，一大好处是费用比较低，因为法院是由政府拨款，也就是纳税人来发工资的，所以诉讼费用相对仲裁要低一些。同样地，由于诉讼往往是从基层法院打到高等法院，其判决不是终局的，因此，有上诉的机会。





正因为如此，诉讼各方必须严格遵从划一的法院规则，不能采用特定或自定的仲裁规则，因此一般需要的时间较长，有的案子一打就是十年八年也并不少见。而且诉讼都会公开审讯，庭审讯息很容易被传播扩散，因此保密性较低。此外，诉讼在其它司法管辖区执行也比较困难。

香港和内地在 2008 年签订了《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行当事人管辖的民商事案件判决的安排》。该安排规定一些香港的判决可以在内地执行，内地的判决也可以在香港执行。

但是这个安排的适用范畴比较窄，它只限于有关于商业合同的判决，且合同必须指明香港或内地拥有专属司法管辖。

也就是说，合同一定要注明是专属香港管辖或者专属内地管辖，你不可以说是可以在香港，也可以在内地，或者也可以在其它司法管辖区。你不可以这样约定，必须要作出个选择。所以这个安排对两地互相执行判决的帮助不是没用，但不是太大。

## 调解

调解是双方自愿共同委任调解员，协助双方解决问题，或收窄争议，调解员并无权裁定对错，但是调解达致的和解协议是有法律效力的，不过仍须经过法院执行。调解其实是一个非正式的解决争议的方法。

2012 年 6 月，香港通过了《调解条例》，该条例将于 2013 年 1 月开始施行。《调解条例》旨在不妨碍调解程序灵活性的前提下，为调解定下法律框架，让调解以条例为依据进行。

《调解条例》的适用范围包括任何（全部或部分）在香港进行的调解，或者协议中列明香港法律或调解条例适用于该调解的情况（调解条例第 5 条）。根据《调解条例》第 8 条规定，在香港的调解通讯内容必须保密，通常担任调解工作的为专业人士，比如外国律师、会计师等。当然，非专业人士也

可以，这取决于合约各方对调解人的信任程度。

## 合同外的法定权利与保障

除了收购协议和股东协议条款所约定的权利与保障，投资者在香港还拥有其它法律赋予的权利与保障。下述权利与保障一般不受仲裁条文限制。包括：

### 1) 资产冻结令

资产冻结令是什么时候用呢？资产冻结令一般都是怀疑被告人的资产转移，将来诉讼打官司在香港也拿不到赔偿，就可以使用资产冻结令。假如香港合伙人违反协议，并试图将资产转移以逃避赔偿责任，那么，内地合伙人可以向香港法院申请资产冻结令将香港合伙人的资产冻结。

申请可以单方面提出，以尽快获取临时性的资产冻结令，但被告方也可提出撤销申请。申请人须向法院证明一旦发现资产冻结令的颁布并不恰当，申请人有足够资金向被告人赔偿，也就是要提供担保或保证。

事实上，内地法院也有资产冻结令，但要想拿到一个资产冻结令比较麻烦，要提供担保、保证。香港也需要担保但并不需要真的提供资产作为担保，只要能证明具备赔付能力即可。

### 2) 申请委任公司接管人或临时清盘人

假如发现公司的资产陷入险境，如有证据显示公司资产被滥用，而香港合伙人拒绝提供有关资料，内地一方可以向香港法院申请委任财产接管人或者临时清盘人。在香港，接管人或者临时清盘人是私人执业的专业人士，他们通常是会计师，以收费的形式应申请人要求出任的。委任申请可单方面提出，以尽快进行聆讯，并获得法院批准。

在 Joachim Wolfgang Starke V GFT

Fashion Limited HCCW 203/2003 一案中，合资公司的一方对公司提出清盘，其后呈请人申请委任临时清盘人；反对一方认为不能够申请临时清盘人，因为我们的股东协议里面规定争议必须使用仲裁解决，所以你不能到法院申请临时清盘人。但是法庭的判决是，申请临时清盘人的目的是为了保全公司资产，双方的争议虽然还是要用仲裁来解决，但不代表法院不可以颁令委任临时清盘人。

### 3) 根据《公司条例》第 168A 条申请强制收购

香港《公司条例》第 168A 条规定：

(1) “指明法团的任何成员如投诉指明法团的事务现时正以或曾以不公平地损害普遍成员或任何部分成员（包括其本人在内）的权益的方式处理，则可根据本条藉提出呈请向法院申请作出一项命令…”

(iv) “…规定该指明法团的其它成员购买该指明法团的任何成员的股份或该知名法院本身购买该指明法团的任何成员的股份…”

通常，如果香港公司的合资方被不当或不公平地从管理层中排斥，或者合资方被封锁财务信息，或者违反股东协议，又或者管理层违反诚信，都可以申请强制收购股份。需要注意的是，如果股东协议已经列明强制收购股份的条款，法院会按照股东条款，而非公司条例 168A 处理。

### 4) 根据《公司条例》第 177(1)(f) 条申请将香港公司清盘或者是根据第 327(3)(c) 条申请将海外公司清盘

对于香港公司的清盘，无可置疑，香港是理所当然的司法管辖区。但对于离岸境外公司，香港法院是否有权将其清盘呢？这主要取决于离岸境外公司是否和香港有足够强的联系。

## 案例分享一：香港法院是否有权将离岸境外（如 BVI）公司清盘？



香港终审法院

非香港公司（即离岸境外公司）清算受《公司条例》第 32 章第 327 条 - “非注册公司的清盘” 规管

“ (1) 在本部条文的规限下，任何非注册公司均可根据本条例清盘，而除本条所述的例外及增补规定外，本条例中所有关于清盘的条文均适用于非注册公司。

(2) 任何非注册公司不得根据本条例进行自动清盘。

(3) 非注册公司可被清盘的情况如下—

(a) 如公司解散或已停业，或只为将事务结束而继续营业；

(b) 如公司无能力偿付其债项；

(c) 如法院认为将公司清盘是公正公平的。”

因此，非香港公司在香港，被称作“非注册公司”（比如，BVI 公司）可以由香港法院予以清算。但是，具体到非注册公司是否可以被清算时，香港法院会采用不同标准予以考量。从法律角度看，我们可以说非注册公司是否可以被清算，主要根据《公司条例》第 32 章第 327(3)(b) 或 第 327(3)(c)

来决定。

采用《公司条例》第 32 章第 327(3)(b) 还是采用《公司条例》第 32 章第 327(3)(c)，这主要取决于该离岸境外公司是否资不抵债。

根据《公司条例》第 32 章第 327(3)(b)，公司无能力偿付其债项的情况下，离岸境外公司是否可以被清算主要看其与香港是否有足够的关联。也就是说，要看该离岸境外公司在香港是否有资产，或者其香港资产是否能够为债权人利益提供足够的合理可能性，或者资产是否足够确保独自向法院提交呈请。因此，只要你能够证明离岸公司（包括中国公司！）：

- (a) 无能力偿付其债项，且
- (b) 在香港有资产
- (c) 其香港资产有益于债权人

那么，该离岸公司就可以在香港被清算。

但是，根据《公司条例》第 32 章第 327(3)(c)，当公司无能力偿付债项时，情况却有所不同。

在 *Li Jianguo v Wei Wei and Gottinghen Trading Limited* (HCCW740/2009) 一案中，Li 和 Wei 是两家在香港注册的 BVI 和开曼公司董事和股东，各占 50% 股份。两家公司在香港没有办事处，业务与香港也没有关系，Li 和 Wei 都是内地人，不是香港居民。

BVI 公司开了一个私人银行账户以方便作外汇风险管制与投资用途，开曼公司的账户曾经用作认购 IPO 股票作投资。两人本来为情侣/合作伙伴，后来闹翻，Li 引用《公司条例》第 327(3)(c) 条申请以“公平公正”为理据将公司清盘。

但香港法院拒绝行使《公司条例》第 327(3)(c) 条下的权利将公司清盘，因为法院认定：

- 1) 离岸境外公司超出香港的地域界限；
- 2) 法院行使权力以“公平公正”的理据将离岸境外公司清盘前，必须确保有关案

情与香港有足够强的联系；

3) 在股东争议的个案中，法院考虑到公司的业务所在地、股东的背景，导致争议的事件等都和香港没有关联；

4) 公司在香港是否有资产（银行账户不能作为判定资产的唯一标准）只是其中一个相关的考虑因素，并不一定足以构成清盘的理据。

因此，最终香港法院认定本案与香港没有足够的关联，从而不予采纳将 BVI 公司清盘的诉求。

## 案例分享二：如何通过法律解决香港公司的股东争议？

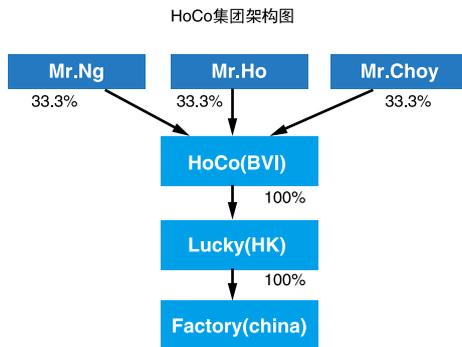
**30 年前** --Mr. Ng, Mr. Ho 和 Mr. Choy 三人成立了一家叫做 Ng Ho Choy Company 的香港有限公司，三人皆为合伙人，彼此信任、亲密无间。

**20 年前** --Ng Ho Choy Company 生意兴隆、蒸蒸日上，并将 Ng Ho Choy Company 的业务转移至一家叫做 Lucky Company Limited（简称“Lucky”）的香港有限公司。原来的三位合伙人之间的彼此信任亦水涨船高，他们协议三人是平等的股东和董事，共同参与公司管理。

**10 年前** --Lucky 公司业务仍在持续增长，Lucky 公司所有股权转入一家叫做 HoCo 的 BVI 公司，并根据公司章程第 XI 部在香港注册，实现了 HoCo 对子公司 Lucky 公司完全控股。三位合伙人仍然是 HoCo 公司平等的股东，也都是 HoCo 公司和 Lucky 公司董事。

**5 年前** -- 公司业绩仍然在增长，但 Mr. Ng 开始与 Mr. Ho 及 Mr. Choy 出现分歧和不合。未经告知 Mr. Ng, Mr. Ho and Mr. Choy 一直从 Lucky 公司挪用资金。

**最近** -- 在未获得 Lucky 公司决议的情况下，Mr. Ho 和 Mr. Choy 将



Mr.Ng,Mr.Ho和Mr.Choy均为HoCo集团董事

二人共同资产以高于 Mr. Ng 期望的溢价出售给 Lucky 公司（自利交易 – Self Interested Transaction）。在 Mr. Ng 未获通知及不知情的情况下，Mr. Ng 被 Lucky 及 HoCo 的股东大会剔除出董事局。Mr. Ng 打算引退，并希望将其所持有股份出售给 Mr. Ho 及 Mr. Choy，但遭到拒绝。

在这种情况下，Mr. Ng 该怎么办呢？

## 应对股东争议的补救方法

### 补救方法一：衍生诉讼

一般而言，股东不可就有人针对公司犯的过失提起诉讼，或对公司内部事务出现不合规则而提起诉讼。然而，犯了不当行为的人士，很多时候都是控制着公司大权的人士，不太可能让公司就不当行为提起诉讼。因此，普通法为股东保留了在有限情况下以衍生诉讼的方式代表公司向犯了过失的人士提起诉讼的权利。这为少数股东提供了重要的救济方法。

在本案中，Mr. Ng 拥有三分之一的股份，属于少数股东，且已经丧失了发言权。因此，他可以根据香港《公司条例》第 168BA 条至第 168BI 条提出衍生诉讼，以主张自己的权益。

### 补救方法二：不公平损害诉讼

根据香港《公司条例》第 168A 条 – 不公平损害诉讼，HoCo (BVI) 属于指明法团，采用半合伙制。Mr. Ho 及 Mr. Choy 挪用公司资产属于违反法定义务。

透过上面的公司架构图，我们可以看到 HoCo(BVI) 公司董事就是 Lucky 公司董事。作为 HoCo (BVI) 公司董事，Mr. Ho 和 Mr. Choy 对其子公司 Lucky 公司存在不当行为：即，未经 Lucky 公司决议通过，便将二人的共同资产以高价卖给 Lucky 公司

Mr. Ng 在被剔除出董事局上，受到不公平待遇，且 Mr. Ho 和 Mr. Choy 拒绝以合理、公平的价格收购 Mr. Ng 所持有的股票。因此，Mr. Ng 可以藉香港《公司条例》第 168A 条申请 Mr. Ho 和 Mr. Choy 强制收购其所持有股份。

### 补救方法三：清盘诉讼

Mr. Ng 可以根据《公司条例》第 171(1)(d) 条 – “公司无能力偿付其债项” 向法院申请将 Lucky 清算，但必须要一个前提：Lucky 负债于 Mr. Ng。Mr. Ng 也可以根据《公司条例》第 171(1)(f) 条 – “法院认为将公司清盘是公正公平的” 将 Lucky 清算，但这将会比较困难，因为 Mr. Ng 并不直接拥有 Lucky。

根据香港《公司条例》第 327 条 – 基于公正公平的非注册公司的清盘，Mr. Ng 拥有 HoCo 公司 1/3 股权，可以要求对 HoCo(BVI) 公司进行清盘，HoCo(BVI) 清算人可以要求对 Lucky 公司进行清盘。

虽然清盘并不是 Mr. Ng 的本心，毕竟 Lucky 公司的发展势头不错，将其清盘着实可惜。但正是因为 HoCo (和 Lucky) 公司具有偿付能力、经济状况良好，这也是维护 Mr. Ng 利益的一个选择。

## 方块知识 (十五)

### 镛记酒家争产案中的离岸公司清算

镛记酒家是香港非常知名的一个老字号，凭借明炉烧鹅蜚声国际，但最近却陷入了兄弟争产的纠纷之中。2012年10月31日，香港法院根据《公司条例》第168A条和第327(3)(d)条作出判决，其中便涉及到离岸公司的清算问题，详见：KAM KWAN SING v. KAM KWAN LAI AND OTHERS (31/10/2012, HCCW154/2010)。这个案件很有趣，因为它告诉我们合理公司SPV规划以避免香港成为专属司法管辖区的重要性。

镛记集团的公司架构（详见下图），从其“投资者层面”来看是非常简单的，它包括两层控股公司。第一层是Yung Kee Holding Ltd，设立于1994年，它是一家BVI公司，由两个人股东和两个公司股东持有。镛记控股有限公司的唯一功能就是对Long Yau Ltd进行控股，而后者也是一个BVI公司，该BVI公司持有镛记在香港的所有资产，并负责镛记的日常运营。

其中，股东A和股东D是兄弟。股东A负责镛记集团的日常管理，实际控制着镛记集团。由于股东A和股东D存在争议，最终股东D和股东A对簿公堂，向香港法院提出申请，要求股东A购买其全部股份，不然的话便要求将Yung Kee Holding Ltd清算。股东D的法律依据是：

(a) 根据香港《公司条例》第168A条，强迫股东A购买其全部股份；或者

(b) 根据香港《公司条例》327(3)(c)，Yung Kee Holding Ltd属于非注册公司，因此可以据此将其清算。

首先，香港法院要做的是，判定香港是否对该非注册香港公司拥有司法管辖权。

股东D最终输掉了官司。因为香港法院判定，根据《公司条例》第327(3)(c)条，只有没有偿债能力的离岸公司才可以被清算，而Yung Kee Holding Ltd与Li Jianguo一案类似，它具备偿债能力，所以不能被清算。此外，法院行使权力以“公平公正”的理据将离岸境外公司清盘前，必须确保有关案情与香港有足够强的联系。在本案中，香港法院并未能发现Yung Kee Holding Ltd和香港有足够的联系，甚至该离岸公司在香港连银行账户都没有（在Li Jianguo一案中，即便有香港银行账户，仍未能证明与香港有足够联系。）。

股东D在本案中亦未能依据《公司条例》第168A条赢得诉讼。相比《公司条例》第327(3)(c)条，《公司条例》第168A条的呈请则要复杂一些。但最基本的一点是，呈请人（即股东D）必须证明Yung Kee Holding Ltd是一家在香港有营业地址的公司。

由于Yung Kee Holding Ltd只是一家单纯的控股公司，因此，股东D并不能证明其有在香港有营业地址。但辩护律师却列出了19条理由，藉此来证明Yung Kee Holding Ltd和香港没有任何联系或其在香港并没有营业地址，包括：在香港没有银行账户、没有贸易和营业、唯一收入是股息，唯一资产是对Long Yau Ltd（一家BVI公司）控股。所有这些都表明，Yung Kee Holding Ltd和香港没有足够联系，也不必在香港有营运或在香港有营业地址。

香港高等法院的判决如下：

“从香港对此案是否有司法管辖权的角度看，根据香港《公司条例》第168A和第327(3)(c)，我将会遵从我的决定，即驳回呈请。我要强调的是，驳回呈请并不是基于第一被告和第二被告答辩清楚、技巧高超（尽管他们的答辩的确考虑广泛、富有技巧），而是基于Kam Senior（原告与被告的父亲，）有意识的安排。Kam Senior通过复杂的公司架构不将收入打回香港，达到了避免被香港政府征收遗产税的实际效果，从而将其资产最终拥有者和香港实现了有效隔离。”

由此可见，从避免香港具备司法管辖权的角度看，毫无疑问，镛记酒家的公司架构非常清晰明了，且发挥了实质性作用。

