

如何透過香港平臺解決 跨境爭議？

注：

本文基于香港柯伍陳律師事務所高級合伙人伍兆榮律師于 2012 年 10 月 23 日在“宏傑集團 2012 年基金和境外公司架構重組年會”所作專題演講《境外投資者在香港的爭議解決》和香港方少雲大律師于 2012 年 3 月 15 日在上海所作專題演講《從香港公司角度防止和解決公司爭議》整合、編輯而成。謹對伍兆榮律師和方少雲大律師為本文所作出的貢獻，特此致謝！

作為中國最重要的投資門戶，香港，一直是外國企業來華投資和中國企業“走出去”的最佳通道。無論是通過香港公司來投資控股，還是取道香港做三角貿易，或者是以香港公司作為上市主體，抑或憑藉香港稅收居民身份獲得股息、利息以及特許權使用費派回優惠，都與香港息息相關。

正是基于這樣的地緣優勢和良好的法律體制，香港往往成為跨境投資者解決爭議的最佳司法管轄區之一。那麼，境外投資者遇到爭議，該如何在香港通過法律來解決呢？基本上，這是一個復雜的問題，很難一言以蔽之，因為世界上怎麼會有“一把鑰匙開一千把鎖”的好事呢！

在這裏，我們不妨先從一個實際案例看起來。

案例分享：香港法還是內地法管轄？



First Laser Ltd. (簡稱“First Laser”) 是一家在中國澳門成立的公司。公司的股東是 Ngan In Leng 先生 (以下稱 Ngan 先生) 和他的妻子。Ngan 先生出生于福建，于 1980 年去澳門生活。他與福建省政府簽訂了合同并與後者從事貿易活動。

被告是福建省政府在香港設立的“窗口公司” Fujian Enterprises (Holdings) Co Ltd (簡稱“FEHC”)，該公司在香港和大陸從事貿易活動，并從 1992 年起就與 Ngan 先生進行貿易活動。

FEHC 和 First Laser 計劃在一個光電子投資項目中合營，于是，他們在香港簽訂了一份合作經營協議。該協議約定，FEHC 同意將若干國內公司的股份轉讓予 First Laser。但結果是，FEHC 違反了合約協議，并没有將約定的國內公司股份轉讓給 First Laser。為此，First Laser 在香港控告 FEHC。

本案的關鍵點：管轄法律約定模糊

本案從 2001 年開始，一直延續到 2012 年 7 月才由香港法院終審，歷時 11 年。在 First Laser 向香港法院上訴的過程中，FEHC 也沒有閉着，它在內地取得最高人民法院的判決，裁定合約協議無效。因為該合約協議涉及到內地企業股權變更，有關協議必須獲得內地政府部門批准；由于未能獲得批准，所以導致合約協議無效。

那麼，本案的最終結果如何呢？香港最高法院裁定：First Laser 與 FEHC 所簽訂的合約協議，并没有列明管轄法律和司法管轄地。因此，香港法院須先就合約協議的管轄法律作出審判，而審判的原則主要基于：

1) 法官采用普通法中法律衝突的原則，分析協議與香港的關聯是否最為緊密 -- 雖然合約協議在香港簽訂，但爭議的主體是一家內地公司的股份，其轉讓必須取得內地政府部門批准，且協議的履行必須在內地進行。

2) 法官的另一個考慮點是內地最高人民法院的判決，最後裁定合約協議由內地法律管轄，香港法院必須跟從內地法院的判決。

也就是說，由于合約協議沒有明確約定爭議解決的管轄法律，從而導致原告敗訴。

鑒于國際投資貿易的不斷發展，越來越多的中國企業卷入國際商事爭議中。其中不乏大宗、復雜的案件，特別是公司股權轉讓糾紛和合資糾紛。公司股權轉讓糾紛的復雜性在于，中外股東通過層層設立離岸公司安排交易結構；而合資糾紛的復雜性在于，糾紛涵蓋範圍廣泛，可能包括合資合同本身的履行、合資公司商標之爭、合資公司的經營權之爭、董事的忠實信賴義務問題、關聯交易問題等。

因此，有效的爭議解決機制在股東協議、收購協議等法律文件中就顯得尤為重要。畢竟，不怕一萬就怕萬一，商業世界波詭雲

謫，今天還是合作伙伴并肩作戰，明天可能就已經是同床異夢、勞燕分飛。與其亡羊補牢，不如在法律文件的擬定上防範于未然，而將損失降到最低。

那麼如何草擬調解爭議的條文呢？

如何擬定“好”的調解協議條文？

每個人對“好”的定義可能都不相同，但具體到調解協議條文的擬定，無疑祇有專業、細致和考慮周到才能夠降低法律風險。具體說來，有以下幾個注意的要點：

1) 管轄權，是香港法院還是內地法院呢？——毫無疑問，管轄權和管轄法律聯系最為緊密。以香港為例，凡是涉及到香港的房地產和知識產權的相關案件，香港對此具有專屬管轄權，通常不能約定由內地法院或其它司法管轄區的法院來裁決。

2) 管轄法律是香港法律還是內地法律？——這一點在上面 First Laser VS FEHC 一案中體現得很充分，甚至成為決定訴訟勝負的關鍵點。此處不再贅述。

3) 解決機制是調解、仲裁還是訴訟？——這涉及到約定各方的具體偏好和平衡。總的來說，無論是調解還是仲裁或者訴訟，它們基本是各有優劣點，關鍵還要取決于各方平衡的結果。

那麼，接下來，我們就來簡單了解一下不同爭議解決機制的利弊吧。

爭議解決機制的利弊

仲裁

首先我們來看一下仲裁。

仲裁最大的好處是，執行比較容易。無論在香港還是在香港境外，執行起來都比較容易。因為，根據《承認及執行外國仲裁裁決公約》（簡稱“《紐約公約》”），仲裁裁決在公約成員間都可以互認和執行。截止到目前為止，《紐約公約》成員已經

達到 148 個，覆蓋範圍非常廣泛。

香港于 1999 年與內地簽訂了《內地與香港特別行政區相互認可和執行仲裁裁決的安排》，內地的仲裁可以在香港執行，香港的仲裁可以在內地執行，涉及到兩地仲裁裁決互認和執行已經有不少的案例，因此，執行比較有案例可循。

仲裁的第二個好處就是程序比較靈活。因為仲裁可以自己決定用什麼規則，不用尊崇嚴格劃一的法院規則。

相比訴訟，仲裁的一大好處是保密性高。這對於不希望爭議信息擴散以維護公司品牌形象的客戶來說非常重要。畢竟，好事不出門壞事傳千里，大部分客戶還是希望股東糾紛或合作糾紛等負面信息被越少人知道越好。

此外，如果祇有一名仲裁員的話，仲裁一般比較快捷。值得注意的是，如果你的客戶在香港簽訂一個仲裁協議，一方是國內，一方是香港，如果協議不明確約定祇需要一名仲裁員的話，那麼在香港仲裁，一般都委派三個仲裁員。因為這對香港來說是一個國際性（International）的仲裁，需要委派三個仲裁員。如此一來，仲裁的速度就被拖慢了，而且費用會比較高。

當然，仲裁也有它的局限性。最主要有兩點：1) 是仲裁員和場地費用須由雙方（或敗訴一方）承擔，費用較高。2) 是因為仲裁是終局性的，上訴機會有限。這是缺點也是優點，關鍵是看哪一方的勝算幾率比較大。如果你的客戶勝算幾率大的話，那麼，費用和終局性都是好事，而不是缺點。

訴訟

尺有所短，寸有所長。可以說，仲裁的長處就是訴訟的短處，反之亦然。對於訴訟來說，一大好處是費用比較低，因為法院是由政府撥款，也就是納稅人來發工資的，所以訴訟費用相對仲裁要低一些。同樣地，由於訴訟往往是從基層法院打到高等法院，其判決不是終局的，因此，有上訴的機會。





正因為如此，訴訟各方必須嚴格遵從劃一的法院規則，不能采用特定或自定的仲裁規則，因此一般需要的時間較長，有的案子一打就是十年八年也並不少見。而且訴訟都會公開審訊，庭審訊息很容易被傳播擴散，因此保密性較低。此外，訴訟在其它司法管轄區執行也比較困難。

香港和內地在 2008 年簽訂了《關於內地與香港特別行政區法院相互認可和執行當事人管轄的民商事案件判決的安排》。該安排規定一些香港的判決可以在內地執行，內地的判決也可以在香港執行。

但是這個安排的適用範疇比較窄，它祇限于有關於商業合同的判決，且合同必須指明香港或內地擁有專屬司法管轄。

也就是說，合同一定要注明是專屬香港管轄或者專屬內地管轄，你不可以說是可以在香港，也可以在內地，或者也可以在其它司法管轄區。你不可以這樣約定，必須要作出個選擇。所以這個安排對兩地互相執行判決的幫助不是沒用，但不是太大。

調解

調解是雙方自願共同委任調解員，協助雙方解決問題，或收窄爭議，調解員并無權裁定對錯，但是調解達致的和解協議是有法律效力的，不過仍須經過法院執行。調解其實是一個非正式的解決爭議的方法。

2012 年 6 月，香港通過了《調解條例》，該條例將於 2013 年 1 月開始施行。《調解條例》旨在不妨礙調解程序靈活性的前提下，為調解定下法律框架，讓調解以條例為依據進行。

《調解條例》的適用範圍包括任何（全部或部分）在香港進行的調解，或者協議中列明香港法律或調解條例適用於該調解的情況（調解條例第 5 條）。根據《調解條例》第 8 條規定，在香港的調解通訊內容必須保密，通常擔任調解工作的為專業人士，比如外國律師、會計師等。當然，非專業人士也

可以，這取決於合約各方對調解人的信任程度。

合同外的法定權利與保障

除了收購協議和股東協議條款所約定的權利與保障，投資者在香港還擁有其它法律賦予的權利與保障。下述權利與保障一般不受仲裁條文限制。包括：

1) 資產凍結令

資產凍結令是什麼時候用呢？資產凍結令一般都是懷疑被告人的資產轉移，將來訴訟打官司在香港也拿不到賠償，就可以使用資產凍結令。假如香港合伙人違反協議，並試圖將資產轉移以逃避賠償責任，那麼，內地合伙人可以向香港法院申請資產凍結令將香港合伙人的資產凍結。

申請可以單方面提出，以盡快獲取臨時性的資產凍結令，但被告方也可提出撤銷申請。申請人須向法院證明一旦發現資產凍結令的頒布並不恰當，申請人有足夠資金向被告入賠償，也就是要提供擔保或保證。

事實上，內地法院也有資產凍結令，但要想拿到一個資產凍結令比較麻煩，要提供擔保、保證。香港也需要擔保但并不需要真的提供資產作為擔保，祇要能證明具備賠付能力即可。

2) 申請委任公司接管人或臨時清盤人

假如發現公司的資產陷入險境，如有證據顯示公司資產被濫用，而香港合伙人拒絕提供有關資料，內地一方可以向香港法院申請委任財產接管人或者臨時清盤人。在香港，接管人或者臨時清盤人是私人執業的專業人士，他們通常是會計師，以收費的形式應申請人要求出任的。委任申請可單方面提出，以盡快進行聆訊，並獲得法院批准。

在 Joachim Wolfgang Starke V GFT

Fashion Limited HCCW 203/2003 一案中，合資公司的一方對公司提出清盤，其後呈請人申請委任臨時清盤人；反對一方認為不能夠申請臨時清盤人，因為我們的股東協議裏面規定爭議必須使用仲裁解決，所以你不能到法院申請臨時清盤人。但是法庭的判決是，申請臨時清盤人的目的是為了保全公司資產，雙方的爭議雖然還是要用仲裁來解決，但不代表法院不可以頒令委任臨時清盤人。

3) 根據《公司條例》第 168A 條申請強制收購

香港《公司條例》第 168A 條規定：

(1) “指明法團的任何成員如投訴指明法團的事務現時正以或曾以不公平地損害普遍成員或任何部分成員（包括其本人在內）的權益的方式處理，則可根據本條藉提出呈請向法院申請作出一項命令…”

(iv) “…規定該指明法團的其它成員購買該指明法團的任何成員的股份或該知名法院本身購買該指明法團的任何成員的股份…”

通常，如果香港公司的合資方被不適當或不公平地從管理層中排斥，或者合資方被封鎖財務信息，或者違反股東協議，又或者管理層違反誠信，都可以申請強制收購股份。需要注意的是，如果股東協議已經列明強制收購股份的條款，法院會按照股東條款，而非公司條例 168A 處理。

4) 根據《公司條例》第 177(1)(f) 條申請將香港公司清盤或者是根據第 327(3)(c) 條申請將海外公司清盤

對於香港公司的清盤，無可置疑，香港是理所當然的司法管轄區。但對於離岸境外公司，香港法院是否有權將其清盤呢？這主要取決於離岸境外公司是否和香港有足夠強的聯繫。

案例分享一：香港法院是否有權將離岸境外（如 BVI）公司清盤？



香港終審法院

非香港公司（即離岸境外公司）清算受《公司條例》第 32 章第 327 條 - “非註冊公司的清盤” 規管

“ (1) 在本部條文的規限下，任何非註冊公司均可根據本條例清盤，而除本條所述的例外及增補規定外，本條例中所有關於清盤的條文均適用於非註冊公司。

(2) 任何非註冊公司不得根據本條例進行自動清盤。

(3) 非註冊公司可被清盤的情況如下—

(a) 如公司解散或已停業，或祇為將事務結束而繼續營業；

(b) 如公司無能力償付其債項；

(c) 如法院認為將公司清盤是公正公平的。”

因此，非香港公司在香港，被稱作“非註冊公司”（比如，BVI 公司）可以由香港法院予以清算。但是，具體到非註冊公司是否可以被清算時，香港法院會採用不同標準予以考量。從法律角度看，我們可以說非註冊公司是否可以被清算，主要根據《公司條例》第 32 章第 327(3)(b) 或 第 327(3)(c)

來決定。

採用《公司條例》第 32 章第 327(3)(b) 還是採用《公司條例》第 32 章第 327(3)(c)，這主要取決於該離岸境外公司是否資不抵債。

根據《公司條例》第 32 章第 327(3)(b)，公司無能力償付其債項的情況下，離岸境外公司是否可以被清算主要看其與香港是否有足夠的關聯。也就是說，要看該離岸境外公司在香港是否有資產，或者其香港資產是否能夠為債權人利益提供足夠的合理可能性，或者資產是否足夠確保獨自向法院提交呈請。因此，祇要你能夠證明離岸公司（包括中國公司！）：

- (a) 無能力償付其債項，且
- (b) 在香港有資產
- (c) 其香港資產有益于債權人

那麼，該離岸公司就可以在香港被清算。

但是，根據《公司條例》第 32 章第 327(3)(c)，當公司無能力償付債項時，情況却有所不同。

在 *Li Jianguo v Wei Wei and Gottinghen Trading Limited* (HCCW740/2009) 一案中，Li 和 Wei 是兩家在香港註冊的 BVI 和開曼公司董事和股東，各占 50% 股份。兩家公司在香港沒有辦事處，業務與香港也沒有關係，Li 和 Wei 都是內地人，不是香港居民。

BVI 公司開了一個私人銀行賬戶以方便作外匯風險管制與投資用途，開曼公司的賬戶曾經用作認購 IPO 股票作投資。兩人本來為情侶 / 合作伙伴，後來鬧翻，Li 引用《公司條例》第 327 (3) (c) 條申請以“公平公正”為理據將公司清盤。

但香港法院拒絕行使《公司條例》第 327 (3) (c) 條下的權利將公司清盤，因為法院認定：

- 1) 離岸境外公司超出香港的地域界限；
- 2) 法院行使權力以“公平公正”的理據將離岸境外公司清盤前，必須確保有關案

情與香港有足夠強的聯系；

3) 在股東爭議的個案中，法院考慮到公司的業務所在地、股東的背景，導致爭議的事件等都和香港沒有關聯；

4) 公司在香港是否有資產（銀行賬戶不能作為判定資產的唯一標準）只是其中一個相關的考慮因素，并不一定足以構成清盤的理據。

因此，最終香港法院認定本案與香港沒有足夠的關聯，從而不予採納將 BVI 公司清盤的訴求。

案例分享二：如何通過法律解決香港公司的股東爭議？

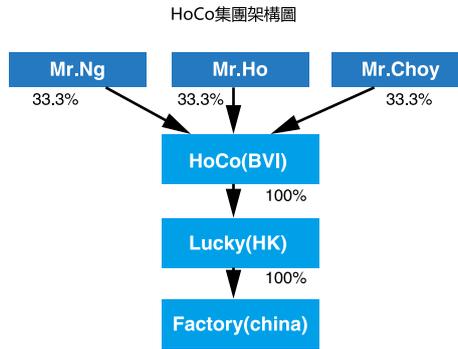
30 年前 --Mr. Ng, Mr. Ho 和 Mr. Choy 三人成立了一家叫做 Ng Ho Choy Company 的香港無限公司，三人皆為合夥人，彼此信任、親密無間。

20 年前 --Ng Ho Choy Company 生意興隆、蒸蒸日上，並將 Ng Ho Choy Company 的業務轉移至一家叫做 Lucky Company Limited（簡稱“Lucky”）的香港有限公司。原來的三位合夥人之間的彼此信任亦水漲船高，他們協議三人是平等的股東和董事，共同參與公司管理。

10 年前 --Lucky 公司業務仍在持續增長，Lucky 公司所有股權轉入一家叫做 HoCo 的 BVI 公司，並根據公司條例第 XI 部在香港註冊，實現了 HoCo 對子公司 Lucky 公司完全控股。三位合夥人仍然是 HoCo 公司平等的股東，也都是 HoCo 公司和 Lucky 公司董事。

5 年前 -- 公司業績仍然在增長，但 Mr. Ng 開始與 Mr. Ho 及 Mr. Choy 出現分歧和不合。未經告知 Mr. Ng, Mr. Ho and Mr. Choy 一直從 Lucky 公司挪用資金。

最近 -- 在未獲得 Lucky 公司決議的情況下，Mr. Ho 和 Mr. Choy 將



Mr.Ng,Mr.Ho和Mr.Choy均為HoCo集團董事

二人共同資產以高于 Mr. Ng 期望的溢價出售給 Lucky 公司（自利交易 – Self Interested Transaction）。在 Mr. Ng 未獲通知及不知情的情況下，Mr. Ng 被 Lucky 及 HoCo 的股東大會剔除出董事局。Mr. Ng 打算引退，並希望將其所持有股份出售給 Mr. Ho 及 Mr. Choy，但遭到拒絕。

在這種情況下，Mr. Ng 該怎麼辦呢？

應對股東爭議的補救方法

補救方法一：衍生訴訟

一般而言，股東不可就有人針對公司犯的過失提起訴訟，或對公司內部事務出現不合規則而提起訴訟。然而，犯了不當行為的人士，很多時候都是控制着公司大權的人士，不太可能讓公司就不當行為提起訴訟。因此，普通法為股東保留了在有限情況下以衍生訴訟的方式代表公司向犯了過失的人士提起訴訟的權利。這為少數股東提供了重要的救濟方法。

在本案中，Mr. Ng 擁有三分之一的股份，屬於少數股東，且已經喪失了發言權。因此，他可以根據香港《公司條例》第 168BA 條至第 168BI 條提出衍生訴訟，以主張自己的權益。

補救方法二：不公平損害訴訟

根據香港《公司條例》第 168A 條 – 不公平損害訴訟，HoCo (BVI) 屬於指明法團，採用半合夥制。Mr. Ho 及 Mr. Choy 挪用公司資產屬於違反法定義務。

透過上面的公司架構圖，我們可以看到 HoCo(BVI) 公司董事就是 Lucky 公司董事。作為 HoCo (BVI) 公司董事，Mr. Ho 和 Mr. Choy 對其子公司 Lucky 公司存在不當行為：即，未經 Lucky 公司決議通過，便將二人的共同資產以高價賣給 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 拒絕以合理、公平的價格收購 Mr. Ng 所持有的股票。因此，Mr. Ng 可以藉香港《公司條例》第 168A 條申請 Mr. Ho 和 Mr. Choy 強制收購其所持有股份。

補救方法三：清盤訴訟

Mr. Ng 可以根據《公司條例》第 171(1)(d) 條 – “公司無能力償付其債項” 向法院申請將 Lucky 清算，但必須要一個前提：Lucky 負債於 Mr.Ng。Mr. Ng 也可以根據《公司條例》第 171(1)(f) 條 – “法院認為將公司清盤是公正公平的” 將 Lucky 清算，但這將會比較困難，因為 Mr.Ng 并不直接擁有 Lucky。

根據香港《公司條例》第 327 條 – 基于公正公平的非註冊公司的清盤，Mr. Ng 擁有 HoCo 公司 1/3 股權，可以要求對 HoCo(BVI) 公司進行清盤，HoCo(BVI) 清算人可以要求對 Lucky 公司進行清盤。

雖然清盤并不是 Mr. Ng 的本心，畢竟 Lucky 公司的發展勢頭不錯，將其清盤着實可惜。但正是因為 HoCo (和 Lucky) 公司具有償付能力、經濟狀況良好，這也是維護 Mr. Ng 利益的一個選擇。

方塊知識 (十五)

鑪記酒家爭產案中的離岸公司清算

鑪記酒家是香港非常知名的一個老字號，憑借明爐燒鵝蜚聲國際，但最近却陷入了兄弟爭產的糾紛之中。2012年10月31日，香港法院根據《公司條例》第168A條和第327(3)(d)條作出判決，其中便涉及到離岸公司的清算問題，詳見：KAM KWAN SING v. KAM KWAN LAI AND OTHERS (31/10/2012, HCCW154/2010)。這個案件很有趣，因為它告訴我們合理公司SPV規劃以避免香港成為專屬司法管轄區的重要性。

鑪記集團的公司架構（詳見下圖），從其“投資者層面”來看是非常簡單的，它包括兩層控股公司。第一層是Yung Kee Holding Ltd，設立于1994年，它是一家BVI公司，由兩個個人股東和兩個公司股東持有。鑪記控股有限公司的唯一功能就是對Long Yau Ltd進行控股，而後者也是一個BVI公司，該BVI公司持有鑪記在香港的所有資產，並負責鑪記的日常運營。

其中，股東A和股東D是兄弟。股東A負責鑪記集團的日常管理，實際控制着鑪記集團。由于股東A和股東D存在爭議，最終股東D和股東A對簿公堂，向香港法院提出申請，要求股東A購買其全部股份，不然的話便要求將Yung Kee Holding Ltd清算。股東D的法律依據是：

(a) 根據香港《公司條例》第168A條，強迫股東A購買其全部股份；或者

(b) 根據香港《公司條例》327(3)(c)，Yung Kee Holding Ltd屬于非注册公司，因此可以據此將其清算。

首先，香港法院要做的是，判定香港是否對該非注册公司擁有司法管轄權。

股東D最終輸掉了官司。因為香港法院判定，根據《公司條例》第327(3)(c)條，祇有償債能力的離岸公司才可以被清算，而Yung Kee Holding Ltd與Li Jianguo一案類似，它具備償債能力，所以不能被清算。此外，法院行使權力以“公平公正”的理據將離岸境外公司清盤前，必須確保有關案情與香港有足夠強的聯系。在本案中，香港法院並未能發現Yung Kee Holding Ltd和香港有足夠的聯系，甚至該離岸公司在香港連銀行賬戶都沒有（在Li Jianguo一案中，即便有香港銀行賬戶，仍未能證明與香港有足夠聯系。）。

股東D在本案中亦未能依據《公司條例》第168A條贏得訴訟。相比《公司條例》第327(3)(c)條，《公司條例》第168A條的呈請則要複雜一些。但最基本的一點是，呈請人（即股東D）必須證明Yung Kee Holding Ltd是一家在香港有營業地址的公司。

由于Yung Kee Holding Ltd祇是一家單純的控股公司，因此，股東D並不能證明其在香港有營業地址。但辯護律師却列出了19條理由，藉此來證明Yung Kee Holding Ltd和香港沒有任何聯系或其在香港並沒有營業地址，包括：在香港沒有銀行賬戶、沒有貿易和營業、唯一收入是股息，唯一資產是對Long Yau Ltd（一家BVI公司）控股。所有這些都表明，Yung Kee Holding Ltd和香港沒有足夠聯系，也不必在香港有營運或在香港有營業地址。

香港高等法院的判決如下：

“從香港對此案是否有司法管轄權的角度看，根據香港《公司條例》第168A和第327(3)(c)，我將會遵從我的決定，即駁回呈請。我要強調的是，駁回呈請並不是基于第一被告和第二被告答辯清楚、技巧高超（儘管他們的答辯的確考慮廣泛、富有技巧），而是基于Kam Senior（原告與被告的父親，）有意識的安排。Kam Senior通過複雜的公司架構不將收入打回香港，達到了避免被香港政府徵收遺產稅的實際效果，從而將其資產最終擁有人和香港實現了有效隔離。”

由此可見，從避免香港具備司法管轄權的角度看，毫無疑問，鑪記酒家的公司架構非常清晰明了，且發揮了實質性作用。

