

# NEWSLETTER

跨境争议解决 刊物

Cross-border Dispute Resolution

第 16 期

2023 年 12 月 22 日

**JT&N** 金诚同达

# CONTENT

## 目录

最高人民法院指导案例 196 号再分析及最新实践应用	01
曾胜	
在境内承认和执行伦敦仲裁裁决案例要点分享	04
易旸、南洋、逢若鸣	
解读《新加坡调解公约》下的和解协议	07
李岚、罗雅青	
《法律适用法解释（二）》要点解读	09
何东闽、李露	
跨境破产重组 香港法院清盘令对内地公司的影响（一）	12
左天羽、李庄仪	
投资人退出困境开曼公司之公司清算	16
王东	

# ABSTRACT

## 摘要

### 1. 最高人民法院指导案例 196 号再分析及最新实践应用

曾胜

2022 年 12 月最高人民法院发布指导案例 196 号，该指导案例阐述了仲裁条款可分性、当事人双方合意是仲裁基石等国内外仲裁界普遍接受的基本原则。本文将分析最高人民法院指导案例 196 号，以及其可商榷和探讨之处，并结合北京市第四中级人民法院的最新案例，讨论最高人民法院指导案例 196 号在司法实践中的具体运用。

### 2. 在境内承认和执行伦敦仲裁裁决案例要点分享

易旻、南洋、逢若鸣

《承认及执行外国仲裁裁决公约》也称《纽约公约》，是有关承认和执行外国仲裁裁决的国际条约中最重要、内容最广泛的一个，为外国仲裁裁决的跨境执行带来了极大的便利，但同时，各缔约成员国和地区对《纽约公约》的不同理解和不同尺度，也导致缺席仲裁下的外国裁决的跨境执行存在着一定的不确定性。笔者将通过自己参与案件，就伦敦仲裁裁决在境内的承认和执行的一些实务要点进行分享。

### 3. 解读《新加坡调解公约》下的和解协议

李岚、罗雅青

商事调解作为替代性争议解决机制的一个重要种类，因其兼顾友好与效率而日益受到重视。《新加坡调解公约》是商事调解领域国际公约发展的重大成果，它适用于经调解所产生的、当事人为解决商事争议而以书面形式订立的和解协议。本文首先对该公约所适用的和解协议进行概念解读，和解协议需要有国际性、商事性和可调解性的特点，且该公约所指的调解与和解的概念与国内的通常指称含义有所不同。本文还分析了各成员国对于《新加坡调解公约》下的和解协议法律性质的认定，虽然该公约明确了和解协议具有强制执行力，但是在执行性方面依然存在一些难题：如公约写明对和解协议的执行需依照缔约国本国程序规则进行、可能面临当事人的抗辩而主张不予执行的问题等。

### 4. 《法律适用法解释（二）》要点解读

何东闽、李露

近日，最高法院发布了《法律适用法司法解释（二）》，内容聚焦在准据法查明问题，可以称得上是一部“准据法查明指引法”。该部司法解释的正式颁布，有望对司法实践中长期以来存在的准据法查明乱象，尤其是草率变相直接适用中国法的问题，进行一次纠偏。实际效果如何，有待未来的司法实践检验。

# ABSTRACT

## 摘要

### 5. 跨境破产重组- 香港法院清盘令对内地公司的影响（一）

左天羽、李庄仪

基于文化、地理位置、法律制度、税收、资金融通便利性等多方面因素，香港一直是内地公司海外融资的首选平台，采用红筹架构赴港上市的内地公司屡见不鲜。然而随着境外融资规模的扩张，海外融资风险也在逐渐累积。据不完全统计，截至 2023 年 7 月 25 日的一年内，共计二十余家内地赴港上市房地产企业的境外主体在境外被债权人提起清盘呈请。过往，由于香港和内地跨境破产协助法律制度缺位，内地公司鲜少关注香港法院清盘令对其内地实体运营的影响。但近期，越来越多债权人选择在香港对内地公司的境外上市主体提起清盘呈请，加之内地和香港跨境破产协助法律制度也在持续发展，香港法院清盘令对内地公司实际运营的影响日益显著。因此，内地公司有必要充分重视这一问题。

### 6. 投资人退出困境开曼公司之公司清算

王东

一家人民币基金投资人所投资的开曼公司可能因为经济下行、板块轮换等种种原因无法上市，但是，如果基金期限即将届满，基金无法非现金分配所持有的境外公司的股权，此时，投资人要顺利完成基金清算，需先从开曼公司中退出，但投资人工具箱中的选择可能相当有限，其中，包括清算开曼公司。



## 最高人民法院指导案例 196 号再分析及最新实践应用

曾胜

2022 年 12 月最高人民法院审判委员会讨论通过并发布了一批仲裁司法审查指导性案例，其中指导案例 196 号为运裕有限公司与深圳市中苑城商业投资控股有限公司申请确认仲裁协议效力案。该指导案例所树立以及着重强调的裁判规则是，“仲裁协议与主合同是可分的，互相独立”，因此“在确定仲裁条款效力包括仲裁条款是否成立时，可以先行确定仲裁条款本身的效力；在确有必要时，才考虑对整个合同的效力包括合同是否成立进行认定”；“仲裁条款是否成立，主要是指当事人双方是否有将争议提交仲裁的合意，即是否达成了仲裁协议”。

指导案例 196 号发布以后，国内商事仲裁理论界及实务界对于其确立的上述裁判规则几无异议，因该等裁判规则所反映的仲裁条款可分性、当事人双方合意是仲裁基石等，系国内外仲裁界普遍接受的基本原则。我国《仲裁法》中虽然也提及了这些基本原则，但是指导案例 196 号对于相关原则的阐述和解释更为全面及透彻，也更便于该等基本原则在民商事审判实践中的理解与应用。指导案例 196 号的示范性从一个侧面可见一斑：其对应案号是（2019）最高法民特 1 号、（2019）最高法民特 2 号、（2019）最高法民特 3 号，是最高人民法院国际商事法庭成立以后受理及公布裁判文书的头三个案件。

然而指导案例 196 号并非无可指摘。尽管该指导案例中对于仲裁可分性、当事人双方合意的基石性的相关阐述堪称完美，但在运用到案件具体情况时，却出现了可供商榷和探讨的情形。

为便于讨论，本文先提炼指导案例 196 号的案情如下：

1. A 公司通过公开挂牌转让其子公司股权，B 公司摘牌成为唯一的意向受让人。A、B 公司就签订产权交易合同展开磋商。
2. 2017 年 5 月 11 日，在就合同条款磋商后，A 公司将合同草签版本发给 B 公司，并表示“现将修订后的合同草签版发送给贵司，请接到附件内容后尽快回复意见。贵方与我司确认后的合同将被提交至北交所及我司内部审批流程，经北交所及我司集团公司最终确认后方可签署（如有修改我司会再与贵司确认）”。
3. 同日，B 公司将 A 公司发来的合同草签版本打印、签署盖章，并发送给 A 公司，称“附件为我司签署完毕的《产权交易合同》（草签版）及《债权清偿协议》（草签版）、项目签约说明函等扫描件，请查收并回复”。
4. 2017 年 5 月 17 日，A 公司回复称“我司集团最终审批流程目前正进行中，如审批顺利计划可在本周五上午在北京维景国际大酒店举办签约仪式，具体情况待我司确认后通知贵司。现将《产权交易合同》及《债权清偿协议》拟签署版本提前发送给贵司以便核对。”A 公司发来的拟签署版本与 B 公司于 2017 年 5 月 11 日签署盖章的草签版本内容一致。

5. 后 A、B 公司一直未能签署产权交易合同，双方就未能签署的原因、各自的责任产生争议。

指导案例 196 号中，最高人民法院在阐述仲裁条款的可分性、当事人双方合意的基石性之后，进一步探究当事人究竟是否达成了合意并结合上述案情分析道：2017 年 5 月 11 日 A 公司发出合同草签版本（上述第 2 步），所包含的仲裁条款是 A 公司发出的要约；同日 B 公司打印及签署合同草签版本（上述第 3 步）是 B 公司对于仲裁条款的承诺；因此，仲裁条款于 2017 年 5 月 11 日在 A、B 之间形成合意并成立。

本文作者认为，最高人民法院的上述分析有过于“仲裁友好”的倾向。

在探究当事人合意是否达成时，最高人民法院采用的是大陆法系“要约-承诺”的经典分析（此点并无问题，尤其是考虑到指导案例 196 号适用的是中国法律，在中国法下包括仲裁协议在内的合同是否成立即以“要约-承诺”分析作为出发点）。在此分析路径下，要约是希望与他人订立合同的意思表示，其内容应当具体确定，且表明经要约人承诺，要约人即受该意思表示约束；而承诺是受要约人同意要约的意思表示。


将“要约-承诺”分析适用于指导案例 196 号的案情，可能存在三种观点或结论：

第一种是，A 公司自始至终没有发出要约、也没有作出承诺。支持该结论的论述路径是，本案中 A 公司一直在强调包括仲裁条款在内的合同内容的不确定性、一直强调应在内部审批后确定合同内容，因此无论是要约（必不可少的要素包括内容具体确定、要约人有受要约内容约束的意思表示）还是承诺（必不可少的要素是同意要约且受要约内容约束的意思表示），均缺少要素。

第二种是，2017 年 5 月 11 日 B 公司签署合同草签版本是要约，2017 年 5 月 17 日 A 公司回复内容一致的拟签署版本是承诺，仲裁条款在此时成立。支持该结论的理由是，B 公司在合同草签版本上签署盖章的行为是明确无误的要约（内容具体确定、受约束的意思表示），而 A 公司回复发来内容一致的拟签署版本是承诺，即便 2017 年 5 月 17 日 A 公司还在称最终审批流程目前正进行中（该陈述似乎包含了 A 公司仍不受约束的意思表示），但综合考虑到 2017 年 5 月 17 日是周三（距离所谓的周五签约仪式不足两天）、此前双方修改合同内容的记录（仲裁条款双方并无更多修改），可以合理推断出，对于 A 公司此时所谓最终审批流程的理解，也应该是 A 公司表达的针对主合同内容的可能调整而不会是针对仲裁条款的修改，进而推断出至少 A 公司对于仲裁条款做出了承诺，因此，此时即 2017 年 5 月 17 日，无论如何仲裁条款已经在 A、B 之间成立。

第三种是即是最高人民法院在指导案例 196 号中的分析和结论，认为 2017 年 5 月 11 日仲裁条款成立。

上述三种结论可以按照“仲裁友好”的程度进行排列。第一种结论无疑是最不友好，因其过于严苛地认定当事人的意思表示，最终结论也是仲裁条款不成立；第三种结论最友好，因其将 A 公司一开始发出的合同草签版本以及当日 B 公司在该草签版本上的签字即认定为仲裁条款已经成立；第二种结论居中。



本文作者倾向于第二种结论。第一种结论无疑过于严苛，且不利于贯彻诚信原则（毕竟一方内部的审批流程不能凌驾于双方当事人的诚信协商之上）。而最高人民法院采用的第三种结论，其问题在于，在 A 公司发出合同草签版本时，其已经明确声称“……请接到附件内容后尽快回复意见”以及“……将被提交至……内部审批流程，经北交所及我司集团公司最终确认后方可签署（如有修改我司会再与贵司确认）”。该等内容其实非常明确地反映出，A 公司表明此时发出的合同内容（包括仲裁条款）还可能受到 B 公司、A 公司内部、第三人（北交所）的修改。此时即将之认定为是 A 公司已经发出了明确具体的、愿意受之约束的要约，似有操之过急、过于倾向仲裁条款成立的问题。

但瑕不掩瑜。本文的分析也仅是讨论指导案例 196 号裁判规则的适用，该而规则的适用通常是十分事实化和具体化的，而且对于相同的事实，不同人得出的结论可能也不完全相同。正如上述指导案例 196 号案情可以推导出的三种结论一样。

本文作者认为，指导案例 196 号所重申和强调的仲裁协议可分性、当事人合意的基石性，具有广泛的指导性和适用性，将不断地运用于司法实践中。例如最近北京市第四中级人民法院(2023)京 04 民特 284 号一案，该案中甲公司先是在一份合同（包含仲裁条款，简称“在先合同”）上盖章并发送给乙公司，乙公司针对商务条款提出修改意见，甲公司遂修订、盖章并发送一份新合同（包含一样的仲裁条款，简称“在后合同”），但乙公司又在在先合同上盖章并发送回甲公司。适用指导案例 196 号，该案仲裁条款的成立是清晰无误的，即乙方在在先合同上盖章后双方之间已经就仲裁达成了合意，至于主合同的成立、效力等在所不问。北京市第四中级人民法院也准确作出此结论，并根据指导案例 196 号的精神，进一步阐述道，“至于[主合同]的有效性及双方应遵照[在先合同还是在后合同]文本履约的问题，应在实体审查阶段予以处理”。

## 在境内承认和执行伦敦仲裁裁决案例要点分享

易旻、南洋、逢若鸣

### 一、基本案情

2021年8月2日，船东A公司（一家境外企业）与租家B公司（一家境内企业）签署了航次租船合同，并在合同中约定“任何争议应依据英国法在伦敦通过仲裁解决”。2019年3月16日，船舶到达卸货港时因为B公司原因产生了延误，船东A公司向B公司提起仲裁要求B公司支付滞期损失。

本案的伦敦仲裁程序是临时仲裁，全程由伦敦律师代表A公司参与处理。在仲裁程序当中，伦敦律师依据英国《1996年仲裁法》通过电子邮件向B公司发送了仲裁开始和组庭相关通知，也安排了邮寄送达，但B公司自始至终都未参与到仲裁程序中。最终，仲裁庭作出了缺席裁决，裁决B公司向A公司支付滞期损失并承担本案律师费和仲裁费。

与仲裁程序不同，B公司全程参与了境内法院的外国仲裁裁决承认与执行程序，并主张其未收到任何关于仲裁的邮件或邮寄通知，对仲裁完全不知情，认为本仲裁裁决违反了《纽约公约》的相关规定。B公司也确有证据证明在仲裁开始之前其原业务人员就已经离职以及办公室搬家，合理证明了其没有收到邮寄通知。而因本案系临时仲裁中的缺席裁决，法院对电子邮件的送达成功与否采取了极为谨慎的尺度标准，要求A公司至少应证明对方已经收到了电子邮件或电子邮件发送成功。因该举证要求与伦敦律师的办案实践有着极大差异，在负责仲裁的律师并未可以搜集和留底这些电子记录的情况下，事后补足的难度和成本极高，这也导致案件遇到僵局。最终本案以和解结案，A公司得到了大部分滞期损失的赔偿。

### 二、在境内承认和执行伦敦仲裁裁决的流程

外国仲裁裁决在境内法院承认和执行的要点在于该仲裁裁决是否符合《纽约公约》的要求，在实践中，主要是审查该外国仲裁裁决是否满足公约第四条规定的形式要件和第五条规定的要件，而第五条第一项中全部五款审查要件是在被申请人提出抗辩的情况下才会被法院审查<sup>1</sup>，第二项中全部两款审查要件则是由法院依职权主动审查<sup>2</sup>。

在类似案件中，案涉双方的争议焦点通常会外国仲裁裁决是否满足第五条第一项的规定，较为常见的争议是：被申请人是否收到关于指派仲裁员或仲裁程序的适当通知；仲裁庭的组成和仲裁程序是否符合仲裁协议或仲裁地所在国法律。

就本案伦敦仲裁裁决而言，仲裁协议约定“任何争议应依据英国法在伦敦通过仲裁解决”。根据英国《1996年仲裁法》第二条<sup>3</sup>的规定，双方虽未约定仲裁所适用的仲裁规则，但基于约定的仲裁地是英国的伦敦，因此全部仲裁程序包括指派仲裁员或仲裁程序通知、送达以及仲裁庭的组成和仲裁程序均应适用《1996年仲裁法》。即在境内申请认可和执行阶段，只要申请人能举证证明全部仲裁程序符合《1996年仲裁法》的规定，法院就会认为该伦敦仲裁裁决满足了《纽约公约》的要求，并进一步认可和执行该仲裁裁决。



### 三、遇到僵局的原因

遇到僵局的原因之一是：境内法院对临时仲裁特别是被申请人缺席状态下的仲裁裁决的承认和执行案件采取的是较为谨慎的态度。结合本案被申请人 B 公司所称的从未收到任何仲裁相关通知的抗辩，法院在主观上也比较担心 A 公司未严格履行仲裁通知的送达，致使 B 公司无法参与到仲裁中进行辩论，为排除合理怀疑，法院通过分配举证责任的方式，要求 A 公司进一步证明完成了妥善通知。根据英国《1996 年仲裁法》第 76 条的规定，允许申请人采取任何有效的方式向被申请人进行通知的送达，即仅通过电子邮件进行通知的送达也是完全可以的。我国法院也在[2006]民四他字第 34 号一案中表明“涉案申请人根据《1996 年仲裁法》的规定，通过案外人采用电子邮件方式向被申请人送达，该送达方式并非我国所禁止，在申请人能够证明被申请人已收悉送达通知的情况下，该送达应为有效送达”，即我国并不禁止通过电子邮件进行送达的方式，但同时最高院又对电子邮件送达的成功与否附加了更高判定标准：申请人还应提供被申请人确认收到电子邮件或者能够证明被申请人收到电子邮件的其他证据，证明被申请人得到指定仲裁员和仲裁程序的适当通知。在本案听证中，法院初步认为仅凭借 A 公司委托的伦敦律师提供的电子邮件往来并不足以证明申请人完成了适当通知，还应进一步举证证明对方成功收到邮件或至少证明邮件已经发送成功。

遇到僵局的原因之二是：不同法域的司法实践存在极大不同。伦敦律师可以处理好适用英国法的仲裁案件，但很难考虑周全后续该仲裁裁决在其他国家或地区的承认和执行。根据与伦敦律师的沟通，他们似乎从未遇到过需要证明电子邮件实际送到了对方电子邮箱的问题，因此也没有任何预案去规避此类风险，在发生此类情况后也没有任何有效的方案去进行解决，为后续该裁决在国内的承认和执行工作代理了极大的障碍，也再次说明在不同法域下的实践经验无法当然互相套用。

### 四、要点建议分享

在伦敦仲裁中，虽然可以采取电子邮箱的方式进行通知的送达，但都应再进行一次对应的邮寄送达，并做好相关记录和留底；如果邮寄送达被拒收，出于谨慎的考虑可以委托中国国内律师进一步线下送达并以签署送达收据、对送达过程录音录像或在营业场所张贴仲裁通知等方式保存送达记录。最好是在约定仲裁条款时，写明双方认可的通知送达的方式及通知地址、通知电子邮箱等，提供送达的确定性和说服力，至少在和本案相同境遇下更容易说服法院已进行了妥善的通知。

仲裁开始前，提前与将要进行外国仲裁裁决承认和执行的国家或地区的执业律师进行充分沟通，避免不同法域司法实践的不同带来不必要的负面影响。最好是委托我国本土律师一并处理仲裁程序和后续的承认和执行程序，减少法律成本，增加裁决得到承认和执行的确定性。

---

1 “《纽约公约》第五条：

一、裁决唯有于受裁决援用之一造向声请承认及执行地之主管机关提具证据证明有下列情形之一时，始得依该造之请求，拒予承认及执行：

（甲）第二条所称协定之当事人依对其适用之法律有某种无行为能力情形者，或该项协定依当事人作为协定准据之法律系属无效，或未指明以何法律为准时，依裁决地所在国法律系属无效者；

（乙）受裁决援用之一造未接获关于指派仲裁员或仲裁程序之适当通知，或因他故，致未能申辩者；

（丙）裁决所处理之争议非为交付仲裁之标的或不在其条款之列，或裁决载有关于交付仲裁范围以外事项之决定者，但交付仲裁事项之决定可与未交付仲裁之事项划分时，裁决中关于交付仲裁事项之决定部分得予承认及执行；

（丁）仲裁机关之组成或仲裁程序与各造间之协议不符，或无协议而与仲裁地所在国法律不符者；

（戊）裁决对各造尚无拘束力，或业经裁决地所在国或裁决所依据法律之国家之主管机关撤销或停止执行者。”

2 “《纽约公约》第五条

二、倘声请承认及执行地所在国之主官机关认定有下列情形之一，亦得拒不承认及执行仲裁裁决：

（甲）依该国法律，争议事项系不能以仲裁解决者；

（乙）承认或执行裁决有违该国公共政策者。”

3 “Arbitration Act 1996

2 Scope of application of provisions.

(1) The provisions of this Part apply where the seat of the arbitration is in England and Wales or Northern Ireland.

.....”

## 解读《新加坡调解公约》下的和解协议

李岚、罗雅青

2002年11月19日，联合国贸易法委员会（United Nations Commission International Trade Law, UNCITRAL）通过了《国际商事调解示范法》（以下简称《示范法》）。多年以来，随着跨国诉讼与国际仲裁案件数量攀升，人们逐渐发现这些跨境解决机制程序繁杂且耗时颇多，于是替代性争议解决机制（Alternative Dispute Resolution, ADR）便逐渐进入公众视野。意识到调解作为一种友好解决国际商事关系中产生争议方式所具有的价值，并深信一部可以为各国所接受的关于调解所产生的国际和解协议的公约将补充现行国际调解法律框架时，UNCITRAL在2018年12月20日通过了《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》（以下简称《新加坡调解公约》），于2019年8月7日在新加坡开放签署。截至目前，已有57个签署国，其中包括新加坡、日本、卡塔尔、白俄罗斯、沙特阿拉伯等13个缔约国<sup>1</sup>。


### （一）《新加坡调解公约》对和解协议的解读

《新加坡调解公约》含序言与十六条正文，适用于经调解所产生的、当事人为解决商事争议而以书面形式订立的和解协议<sup>2</sup>。《新加坡调解公约》下的和解协议有国际性、商事性和可调解性的特点。

首先，公约以“营业地”作为国际性的界定标准，要求“和解协议至少有两方当事人在不同国家设有营业地”，如果双方当事人的营业地在同一个国家或地区，则和解协议所规定的部分义务履行地所在国或和解协议所涉事项最密切联系国不是同一个国家，也同样具备国际性。其次，公约下的和解协议具有广泛意义上的商事性。《新加坡调解公约》没有对“商事性”和解协议的定义，而是采用负面清单的方式排除适用消费者个人协议、家庭协议、继承协议以及与家庭、继承、就业有关的协议<sup>3</sup>，同时还允许缔约国保留政府机构或者政府机构代表人为一方当事人的和解协议。而和解协议的可调解性则主要表现在协议应当是拥有一套完整的调解程序进行解决。和解协议不属于经由法院批准或者在法院相关程序下订立的协议，也不属于法院作为判决执行的协议或仲裁裁决执行的协议<sup>4</sup>。在当事人依赖和解协议向公约当事方主管机关寻求救济时，也需要提供调解员或调解机构的参与的证明文件。此处为避免与国内的“和解”、“调解”定义混淆，需要对《新加坡调解公约》下的“调解”进行说明，即调解是指由第三方调解员协助，在其无权对争议当事人强加解决办法的情况下，当事人设法友好解决其争议的过程<sup>5</sup>。“和解协议”是指通过调解所产生的、当事人为解决商事争议而以书面形式订立的协议。因此，《新加坡调解公约》语境下的和解协议属于第三方居中调解后形成的协议，并非是双方当事人自行和解约定的协议。

### （二）《新加坡调解公约》下的和解协议的可执行性

根据联合国贸易法委员会文件统计，各成员国对于和解协议法律性质的认定大致分为四类，（1）将和解协议视作双方订立的合同，对双方具有法律约束力。采用该种认定方法的国家有澳大利亚、波兰、韩国、德国、日本、新加坡、瑞士等；（2）将和解协议认定为被转化后具有法律执行力的文书，中国、卡塔尔、美国部分州、文莱、以色列、越南、奥地利、加拿大等国



采用此类认定方法；（3）将和解协议视为可直接执行的法律文书，这种认定方法就近似于《新加坡调解公约》，采用这种认定方法的国家有瑞典、西班牙、泰国、菲律宾、俄罗斯、厄瓜多尔、葡萄牙、智利等国；（4）最后便是未对和解协议的法律效力作出规定的国家，有塞浦路斯和亚美尼亚。

《新加坡调解公约》明确了和解协议具有强制执行力，即和解协议自订立之时就具有执行力，无需经过审查或批准。缔约方需要按照其本国程序规则执行和解协议，而如果当事方就和解协议内容产生争议，则缔约国也应当允许当事方依照国内法规则援用和解协议，以此来证明和解协议中的事项已经得到妥善解决<sup>6</sup>。这样的规定毫无以为突破了各国对传统调解制度的认知，同时《新加坡调解公约》还写明对和解协议的执行需依照缔约国本国程序规则进行，这种类似于《纽约公约》一样的框架性公约还需要缔约国通过国内立法进行有效衔接。

当然，同法院判决和仲裁裁决一样，和解协议也可能面临当事方的抗辩而主张不予执行的问题。《新加坡调解公约》第5条列举了主管机关不予救济的情形，包括（1）因当事人处于某种无行为能力的情况下而拒绝救济；（2）因和解协议无效、失效或无法履行；（3）因和解协议不具有约束力或非终局性；（4）准予救济将有悖于和解协议内容；（5）因调解员原因而被拒绝救济（包括调解员严重违反调解员守则、调解员缺乏公正性或独立性等原因）；（6）执行和解协议将违反缔约国的公共政策；（7）根据缔约国法律规定，争议事项不能通过调解方式解决<sup>7</sup>。在制度设计上，《新加坡调解公约》一方面尝试创新，另一方面兼顾了各国法律制度的多样性，给予缔约国以及签署国较大的选择空间。

### （三）《新加坡调解公约》在中国的适用

中国较早积极参与到《新加坡调解公约》的国家之一，也是第一批签署《新加坡调解公约》的国家，但目前中国尚未批准加入《新加坡调解公约》，因此《新加坡调解公约》尚未对中国生效。考虑到《新加坡调解公约》对调解协议跨境执行所提供的巨大支持，一旦《新加坡调解公约》对中国生效，《新加坡调解公约》可能会对中国商事调解的发展起到积极推动作用，当然，《新加坡调解公约》的相关条文和机制如何在中国获得具体执行和落地仍然有待观察，包括境外和解协议是否可以直接在中国法院申请执行或者仍需在中国法院获得“承认”后才可申请强制执行，在中国签订的基于中国调解机构调解或法院调解后签署的和解协议如何在境外法院获得执行等等。

---

1 来源于：[https://uncitral.un.org/zh/texts/mediation/conventions/international\\_settlement\\_agreements/status](https://uncitral.un.org/zh/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements/status)，最后登录时间 2023 年 12 月 10 日。

2 《新加坡调解公约》第 1 条第 1 款。

3 《新加坡调解公约》第 1 条第 2 款。

4 《新加坡调解公约》第 1 条第 3 款。

5 《新加坡调解公约》第 2 条第 3 款。

6 《新加坡调解公约》第 3 条。

7 《新加坡调解公约》第 5 条。



## 《法律适用法解释（二）》要点解读

何东闽、李露

2023年11月30日，最高人民法院向社会发布了《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释（二）》（简称《解释（二）》），并确定于2024年1月1日起正式施行。

本次发布的《解释（二）》，内容聚焦在准据法查明问题，可以称得上是一部“准据法查明指引法”。该部司法解释的正式颁布，有望对司法实践中长期以来存在的准据法查明乱象，尤其是草率变相直接适用中国法的问题，进行一次纠偏。实际效果如何，有待未来的司法实践检验。

本文谨就解释（二）的要点进行解读，以飨读者。

### 一、明确外国法的查明主体

这本不应该成为一个问题。《法律适用法》第10条第1款规定：“涉外民事关系适用的外国法律，由人民法院、仲裁机构或者行政机关查明。当事人选择适用外国法律的，应当提供该国法律。涉外民事关系适用的外国法律，由人民法院、仲裁机构或者行政机关查明。当事人选择适用外国法律的，应当提供该国法律”，已经明确了裁判机构是外国法的查明主体。

据此，只有当事人协议选择适用外国法院的案件，当事人才负有提供外国法律的法定义务；其他根据国际私法规则应当适用外国法律的案件，裁判机构负有查明外国法的义务，当事人不提供外国法律的，不免除裁判机构查明外国法的法定义务。


然而，在过往的司法实践中，裁判机构为减轻自身查明责任、出于避免适用法律错误等诸多考虑，并未严格执行上述规定。在相当数量的案件中，将查明外国法的责任直接分配给当事人，尤其是主张应当适用外国法律的当事人。

一旦安排查明外国法义务的当事人无法提供外国法律，甚至虽然提供了外国法律但无法达到裁判者要求的标准，则裁判机构可能径直适用《法律适用法》第10条第2款“不能查明外国法律或者该国法律没有规定的，适用中华人民共和国法律”的规定，直接适用中国法律，导致很多案件不当适用了中国法进行审理。

对此，《解释（二）》再次重申，查明外国法律的义务在裁判机构。

### 二、限制“不能查明外国法律”的适用

如前所述，裁判者出于适用自己熟悉法律的倾向（不止中国，各法域普遍存在此种倾向），对“不能查明外国法律”要件的适用存在一定的随意性。《解释（二）》的一大亮点就是对“不能查明外国法律”的情形进行了严格的限制。



对协议选择适用外国法的案件，由于当事人负有提供外国法的义务，因此，《解释（二）》规定在法院确定的期限内无正当理由未提供外国法的，可以认定为不能查明外国法律。

对因冲突规则指引而应适用外国法的案件，《解释（二）》一方面规定由法院负责查明外国法，另一方面虽将“当事人提供”作为法院查明外国法的首选途径，但进一步规定不得仅以当事人未予协助提供为由认定外国法律不能查明，限制了法院使用中国法的随意性。

### 三、对查明外国法的路径提供指引

如何查明外国法，如何使裁判者确信与案件有关的外国法已经查明且穷尽，一直是涉外案件的难点之一。对此，过往一些审理涉外案件经验较丰富的法院曾出台过一些地方性的法律文件，对外国法查明路径提出了指引，也为最高院起草制定司法解释提供了宝贵的裁判经验。

《解释（二）》第2条提供了查明外国法的6种主要途径，包括：

- 1.由当事人提供；
- 2.通过司法协助渠道由对方的中央机关或者主管机关提供；
- 3.通过最高人民法院请求我国驻该国使领馆或者该国驻我国使领馆提供；
- 4.由最高人民法院建立或者参与的法律查明合作机制参与方提供；
- 5.由最高人民法院国际商事专家委员会专家提供；
- 6.由法律查明服务机构或者中外法律专家提供。

此外，第2条还规定了“其他适当途径”作为查明外国法的兜底途径。以笔者的经验而言，所谓其他适当途径，主要是指在其他生效法律文书中已经被认定并适用的外国法律，而这往往是实务中最经济、有效、没有争议的查明外国法途径。

值得注意的是，通过生效裁判文书查明外国法虽未在第2条中明确列举，但在第8条关于如何准确理解外国法的规定中，《解释（二）》给予了肯定：“外国法律的内容已为人民法院生效裁判所认定的，人民法院应当予以确认，但有相反证据足以推翻的除外。”

### 四、关于证实外国法律的程序要求

首先，外国法在涉外案件是否属于证据，在理论界和实务界一直存在一定争议。《解释（二）》虽未对该问题进行直接回应，但从相关条文来看，隐含的表明了外国法并非证据这一结论。例如，《解释（二）》仅将当事人提供作为法院查明外国法的途径之一，显然不符合“谁主张谁举证”的举证原则。因此，当事人向法庭提供外国法的，不属于提交外文书证证据，无需按照《关于民事诉讼证据的若干规定》第16条进行公证认证。

其次，明确当事人提供外国法，不但需要提交外国法具体规定，还需要说明外国法的获得途径、效力情况、与案件争议的关联性等。如外国法为判例法，当事人还应当提交判例全文。需要说明的是，虽然外国法并非证据，但如当事人提交判例法，可能需要通过公证认证手续，或通过使领馆、外国法专家等方式辅助证明判例法的真实性和有效性，否则法官可能难以采信判例作为外国法。

第三，如果采取法律查明服务机构、法律专家两种途径查明外国法的，除提交提供上述材



料外，还需要提交法律查明服务机构的资质证明、法律专家的身份和资历证明，以及无利害关系的书面声明。

第四，明确与外国法相关的材料应当在法庭上出示。据此，无论是一方当事人提供的外国法，还是法庭依职权查明的外国法，均需出示并听取双方当事人的意见，法院无权直接适用。

## 跨境破产重组-香港法院清盘令对内地公司的影响（一）

左天羽、李庄仪

基于文化、地理位置、法律制度、税收、资金融通便利性等多方面因素，香港一直是内地公司海外融资的首选平台，采用红筹架构赴港上市的内地公司屡见不鲜。然而随着境外融资规模的扩张，海外融资风险也在逐渐累积。据不完全统计，截至 2023 年 7 月 25 日的一年内，共计二十余家内地赴港上市房地产企业的境外主体在境外被债权人提起清盘呈请。过往，由于香港和内地跨境破产协助法律制度缺位，内地公司鲜少关注香港法院清盘令对其内地实体运营的影响。但近期，越来越多债权人选择在香港对内地公司的境外上市主体提起清盘呈请，加之内地和香港跨境破产协助法律制度也在持续发展，香港法院清盘令对内地公司实际运营的影响日益显著。因此，内地公司有必要充分重视这一问题。

本文作为本系列文章第一篇，将主要围绕以下四个方面进行讨论：

- 香港法院是否可以对非香港公司（包括内地公司或内地公司控股的境外公司）进行清盘；
- 香港法院清盘非香港公司的考量因素；
- 香港法院近期有关清盘内地赴港上市公司的案例；
- 香港法院有权清盘非香港公司对内地公司的影响。

### 一、 香港法院是否可以对在内地成立的非香港公司进行清盘

根据香港《公司清盘条例》第 327 条，如果在香港以外注册的公司无法偿还债务、法院认为将该外国公司清盘属公平公正之举，则香港法院可对该在香港以外注册的公司清盘。

虽然《公司清盘条例》明确规定了香港法院可以清盘非香港公司，但是普通法案例显示，香港法院对是否清盘非香港公司有酌定管辖权。一般而言，最适合受理清盘呈请的法院仍为公司注册地法院，向公司注册地以外司法辖区的法院提出清盘呈请需要有充分的理由。

### 二、 香港法院清盘非香港公司的考量因素

根据香港终审法院在 *Kam Leung Sui Kwan v. Kam Kwan Lai* (2015) 18 HKCFAR 501（“镛记案”）中确立的标准，香港法官在考虑是否对非香港公司清盘时，需要考量以下因素：

- 案涉公司必须与香港有充分关联（不限于在香港有资产）；
- 清盘令必须有合理的可能性使清盘呈请人受益；
- 香港法院必须有权对在公司资产分配中有利益的一人或多人行使司法管辖权。

### 三、 香港法院近期有关清盘内地赴港上市公司的案例

近几年，若干内地赴港上市公司在香港被境外债权人提出清盘呈请。香港法官通过一系列



判例，详细说明了其在考虑是否清盘该等类型的公司时，会如何适用以上标准。

### **[2017] 4 HKLRD 84 案**

在[2017] 4 HKLRD 84 案中，债权人获得了对某内地注册成立的公司的胜诉仲裁裁决，并获得了执行该仲裁裁决的香港法院判决。由于该内地公司拒绝支付仲裁裁决金额，债权人遂向香港高等法院呈请清盘该内地公司。该内地公司在港交所上市，主要资产均在内地。该案争议焦点为，香港法院是否能够以该内地公司在香港上市为由，对该内地公司作出清盘命令。

在判决中，主审法官围绕以上三项标准进行了详细的阐述：

- 首先，针对“案涉公司必须与香港有充分关联”，主审法官夏利士法官认为，该内地公司虽然在香港没有资产，但在香港上市已证明其与香港有充分关联。
- 其次，针对“清盘令必须有合理的可能性使清盘呈请人受益”，夏利士法官认为，虽然该内地公司在香港没有资产也未开展业务，但债权人可通过清盘命令或任命清盘人所产生的“杠杆效应”受益，即清盘人所采取的强制执行措施对该内地公司的名誉及海外业务的经营能力都会产生严重负面影响。
- 再次，针对“香港法院必须有权对在公司资产分配中有利益的一人或多人行使司法管辖权”，夏利士法官认为，该内地公司作为香港上市公司，其股东很多是香港法人和香港自然人，因此香港法院也能够对公司资产分配中有利益的多人行使司法管辖权。

据此，香港高等法院原讼法庭驳回该内地公司提出的关于禁止债权人提出清盘呈请的申请。


该内地公司不服香港高等法院原讼法庭的判决先后向香港高等法院上诉法庭<sup>1</sup>和终审法院<sup>2</sup>提出上诉，坚持认为本案不满足“清盘令必须有合理的可能性使清盘呈请人受益”这一标准。对此，香港终审法院强调“受益”并不一定是金钱或有形的利益，也包括清盘呈请所带来的商业压力。香港终审法院最终驳回了内地公司的上诉。

### **[2020] HKCFI 2940 案**

受经济下行的影响，香港法院近几年迎来了一波针对内地赴港上市公司的清盘潮。此类案件中内地公司的组织架构类似，多为控股公司在离岸司法辖区注册成立、香港上市，境外控股公司通过一系列境外实体间接持有内地公司的股份，而实际运营和收益均在内地。境外债权人为了收回债权，在香港提出清盘呈请。清盘呈请一旦获批，将对内地公司产生巨大的杀伤力。

不同于前述案件中被呈请人完全有付款能力，这些案件中被提出清盘呈请的内地公司大多资不抵债，正在通过重组的方式积极自救。为了避免个别债权人滥用清盘程序，损害更广泛债权人的利益，香港高等法院对于第二项标准的适用作出了更加严谨和限缩的解释。

本案就是其中的一个代表案例。案涉集团公司的控股公司在开曼群岛注册成立并在香港上市。该控股公司通过一系列在英属维尔京群岛注册成立的境外实体，间接持有多家内地公司股份。该集团公司实体运营均在内地，主要收入也来源于内地，在香港没有资产也未实际开展业务。



该案主审法官认为，由于该集团公司在香港上市，因此“案涉公司必须与香港有充分关联”和“香港法院必须有权对在公司资产分配中有利益的一人或多人行使司法管辖权”两项标准均可满足。案件的主要争议是“清盘令必须有合理的可能性使清盘呈请人受益”这一标准是否能够满足。

就此，主审法官认为“呈请人必须举证证明债权人有可能获得切实利益的真实可能性。”在判断是否满足此要求时，“法庭将采取务实的态度，呈请人不需要精确指明利益将是什么，也不需要精确量化利益的价值。但呈请人必须能够指出一个可辨识和真实的利益。”主审法官还特别指出普遍适用于各个案件的假设性利益不能满足标准，比如“清盘人对公司事务的调查就是一个例子，调查中可能会（但也可能不会）确定对公司高级管理人员提起的索赔，或者找到在提交呈请时尚未确认的资产，从而增加可分配给债权人的资产。”

在本案中，主审法官在考虑清盘呈请人是否有合理可能通过清盘令受益时主要考虑了两个问题。其一，假使香港法院作出清盘令，清盘呈请人是否有机会通过将上市公司上市地位变现的方式受益；其二，假使香港法院作出清盘令，是否能够使得清盘呈请人有机会接管内地公司及其资产，并据此受益。


针对清盘呈请人是否有机会通过将上市公司上市地位变现方式受益的问题，主审法官指出“法庭要求呈请人举证证明债权人确实可通过上市地位变现的方式获得实质性财务利益，从而满足第二个核心要求。仅让法庭假定上市地位可以变现，以及这种变现对债权人来说至少稍具价值，已不再足够...”主审法官还指出“如果未来有呈请人希望以上市价值作为满足第二个核心要求的利益，就必须对此举证。举证必须证实上市变现的真实可能性（而非假设的可能性），并且变现金额足以为债权人带来有意义的回报，而非可忽略的微小金额。”

针对清盘呈请人是否有可能通过任命临时清盘人的方式接管债务人内地公司及其资产的问题，主审法官认为，香港法院就非香港公司任命的临时清盘人很可能无法接管内地公司及其资产。为得出这一结论，主审法官结合案涉集团公司的股权架构，考虑了两个层面的问题：

- 其一，香港法院就非香港公司作出的临时清盘令及委任的临时清盘人是否能够获得内地法院的认可；
- 其二，香港法院就开曼群岛注册成立的控股公司、英属维尔京群岛注册成立的控股公司作出的临时清盘令及委任的临时清盘人是否能够获得开曼群岛和英属维尔京群岛法院的认可。

如果香港法院就非香港公司作出的清盘命令及委任的清盘人既不能在内地获得认可，也无法在开曼群岛或者英属维尔京群岛获得认可，则即便香港法院作出清盘命令，其委任的清盘人也无法接管内地公司及其资产，清盘呈请人也无法通过此路径受益。

针对香港法院就非香港公司作出的临时清盘令及委任的临时清盘人命令是否能够在内地获得认可的问题，主审法官认为“目前，即使相关公司的主要利益中心（COMI）位于寻求承认的司法管辖区，中国内地法院也不太可能承认由非该公司注册地的法院任命的清盘人。换句话说，中国内地法院将不会承认香港法院对在其他地区（例如开曼群岛）注册的公司指定的清盘人。”



针对香港法院就开曼注册成立的控股公司、英属维尔京群岛注册成立的控股公司作出的临时清盘令及委任临时清盘人的命令，在开曼群岛和英属维尔京群岛是否能够得到认可的问题，主审法官通过分析普通法案例，认为该两项命令将很难在开曼群岛或英属维尔京群岛获得认可。据此，主审法官认为，清盘呈请人未能证明其可以通过香港法院清盘令及委任临时清盘人的命令，接管内地公司及其资产并从中受益。

综上，该案主审法官决定押后处理清盘呈请。

值得注意的是，该案主审法官判决所依赖的其中一个前提假设是内地法院不会认可香港法院就非香港公司作出的清盘令。本判决于 2020 年 11 月 19 日作出，彼时《最高人民法院与香港特别行政区政府关于内地与香港特别行政区法院相互认可和协助破产程序的会谈纪要》（“《会议纪要》”）以及《最高人民法院关于开展认可和协助香港特别行政区破产程序试点工作的意见》（“《试点意见》”）尚未出台。根据《试点意见》第四条，内地法院在考虑是否认可香港破产程序时，应考虑香港是否为债务人主要利益中心所在地（COMI）。虽然“主要利益中心”一般是指债务人的注册地，但是内地法院应当综合考虑债务人主要办事机构所在地、主要营业地、主要财产所在地等因素。这意味着香港法院就非香港公司作出的清盘令日后未必不能在内地获得认可。在此情况下，清盘呈请人或将有机会通过证明香港法院就非香港公司作出的清盘令能够在内地得到认可的方式证明呈请人有机会通过香港法院清盘令受益，从而满足香港法院就非香港公司作出清盘令所需满足的第二项标准。

#### 四、 总结

从债权人角度来看，由于（1）香港法院有权对非香港公司（包括内地注册成立的公司和离岸公司）清盘；（2）香港法院的清盘令可能对内地公司的运营产生较大的影响（特别是对于内地赴港上市公司）；（3）香港法院清盘令在一定条件下可以在内地得到认可和执行，故向香港法院提出清盘呈请不失为一种有效的债务追索手段。

从债务人角度来看，特别是对于实际运营实体在内地，但通过红筹架构赴港上市的企业来说，一旦公司在香港被清盘，将可能导致交叉违约、影响上市公司的上市地位，从而影响公司再融资的能力。而融资的困难将进一步影响公司的履约能力，使得公司陷入恶性循环，带来一系列不利影响。此外，若香港临时清盘人的身份在内地获得认可，或者通过逐级接管的方式控制了内地公司，则内地公司的实体运营将受到进一步影响。因此对于香港清盘可能引发的风险，内地公司需予以充分重视。

在下一篇文章中，我们将展开分析内地赴港上市公司在香港被清盘后，对其内地实体运营可能产生的影响。

---

1 [2020] HKCA 670

2 [2022] HKCFA 11



## 投资人退出困境开曼公司之公司清算

王东

一家人民币基金投资人所投资的开曼公司可能因为经济下行、板块轮换等种种原因无法上市，但是，如果基金期限即将届满，基金无法非现金分配所持有的境外公司的股权，此时，投资人要顺利完成基金清算，需要先从开曼公司中退出，但投资人工具箱中的选择可能相当有限，其中，包括清算开曼公司。

### 1. 开曼公司清算的种类

根据《开曼公司法》的规定，开曼公司的清算包括无需经法院干预的自愿清算（Voluntary Liquidation）、法院裁定的强制性清算（Compulsory Liquidation）和经法院监督的清算（Court-supervised Liquidation），还有一种是除名（Strike off），通常不适用于红筹架构下开曼公司的注销，本文暂不介绍。

#### 1.1 自愿清算

##### 1.1.1 自愿清算的情形


根据《开曼公司法》的规定，开曼公司可以在任一下列情况下自愿清算：（1）通过股东会特别决议自愿清算；（2）公司章程规定的公司存续期限（如有）届满；（3）发生公司章程规定的公司应当清算的事件（如有），包括公司与其他法律实体吸收合并或新设合并而导致的公司清算；（4）公司在无法偿债的情况下，通过一般决议决定对公司进行清算。

##### 1.1.2 自愿清算的程序

如果开曼公司进入自愿清算程序，其需要完成如下步骤：


- 1) 准备事项。清偿债权和分配股息。如果有清偿能力，其需要清偿所有的债权，并且优先清偿法定优先债权和有担保的债权，并向公司所有的股东支付完毕股息；
- 2) 提名清算人。公司董事会通过决议提名拟聘任的清算人，交由股东会批准，如果公司章程规定了清算人，则不需要股东会的批准；
- 3) 准备清偿能力声明。公司全体董事需要签署一份偿付能力声明（declaration of solvency），确认公司能够在破产程序开始后的 12 个月内清偿所有的债权本息。如果公司董事无法在破产程序开始后的 28 天内签署并提交偿付能力声明，那么清算人将需要申请启动法院监督清算程序。实务中，清算人在被任命为清算人之前通常会要求公司董事出具清偿能力声明，以避免在被任命清算人之后，董事无法出具清偿能力声明；
- 4) 决议清算。公司股东会通过特别决议，批准公司清算。根据《开曼公司法》第 60 条对





于特别决议的定义，特别决议是指至少三分之二的股东通过的决议，换言之，如果公司章程规定了更高的标准，将需要按照公司章程的规定作出决议。根据《开曼公司法》第 117 条的规定，公司股东会作出特别决议之日即为清算开始日，相关的期间将从这一天开始计算。

- 5) 任命清算人。一般在通过清算的股东会特别决议中，会同时任命一名或多名清算人。根据《开曼公司法》的规定，如果公司章程中规定了清算人，自清算程序开始之日，公司章程中规定的清算人将自动成为公司清算人，通常开曼公司的章程较少直接指定清算人。至于公司清算人的人选，根据《开曼公司法》第 120 条的规定，包括公司董事在内的任何人都可以被任命为清算人，实务中，由于清算涉及到专业的财会事项，常见的做法为聘请国际会计师事务所或律师事务所担任清算人。
- 6) 备案。根据《开曼公司法》第 123 条的规定，在清算程序开始后的 28 天内，清算人应向登记处提交清算通知、清算人签署的同意委任书、董事签署的清偿能力声明。
- 7) 登报。根据《开曼公司法》第 123 条的规定，在清算程序开始后的 28 天内，清算人应在《开曼群岛官方公报》（Cayman Islands Gazette）（“《官方公告》”）上发布一则有关自愿清算的通知，通告有关公司拟自愿清算，并通知债权人提交与应支付给债权人的款项相关的索赔和债务证明。债权人通常有三周的时间向清算人提交其债权的详细信息。如果该公司在开曼群岛经营受监管的业务，清算人还须向开曼群岛货币管理局（Cayman Islands Monetary Authority, “CIMA”）提交清算通知。
- 8) 收集财产。清算人应收集公司的所有资产用于清偿公司的所有债务，并核实所有债权人及其债权，以及有资格获得分配的所有股东，这一过程可能非常迅速，也可能耗时数年。
- 9) 分配财产。清算人收集和变现公司的财产后，应向公司的债权人分配公司的财产。如果有剩余财产，应根据公司章程和股东会决议在股东间进行分配。其中，需要注意的是，清算人的报酬优先于任何债权。同时，根据《开曼公司法》第 130 条的规定，清算人的报酬应是固定的，并且根据公司决议进行支付。
- 10) 年度股东大会（或有）。根据《开曼公司法》第 126 条的规定，如果公司的清算程序超过一年，自开始清算日起每满一年后的三个月，公司的清算人必须召集一次股东会，在股东会上，清算人应当向股东大会提交一份报告和账目，详细说明清算人在前一年内的的工作、交易以及清算的执行情况。根据《开曼公司法》第 130 条的规定，报告还应包括清算人的计费标准、计算方式、工作明细以供股东确定相关费用是否合理。
- 11) 准备清算报告。根据《开曼公司法》第 127 条的规定，一旦公司的事务全部处理完毕，清算人应立即制作一份关于清算的报告和账目，详细说明清算的进行情况以及公司的财产如何处置。随后，清算人应召集一次公司的股东大会，目的是向股东大会提交这份账目并对其进行解释。
- 12) 通知和公告。在清算人召集最后一次股东大会之前至少 21 天，清算人应通过公司章



程授权的任何方式，并在《官方公报》上发布通知，向每个公司股东发送一份通知，告知股东最后一次股东大会会议的召开时间、地点和目的。

- 13) 最后一次股东大会。清算人应按照通知的时间、地点召集股东大会，由股东大会通过清算报告。
- 14) 报告注册处。根据《开曼公司法》第 127 条的规定，清算人应在最后一次股东大会召开后 7 天内，向注册处报告最后一次股东大会召开的时间以及通过的决议。
- 15) 登记报告。根据《开曼公司法》第 151 条的规定，登记处应在收到公司清算人的报告后的三天内登记该报告。
- 16) 解散公司。根据《开曼公司法》第 151 条的规定，公司将在登记处登记报告后满三个月被视为解散。

## 1.2 法院裁定的强制清算


### 1.2.1 法院强制清算的情形

根据《开曼公司法》第 90 条的规定，开曼公司在下列情况下，法院可以强制清算公司：

（1）公司已经通过特别决议要求公司通过法院进行清算；（2）公司注册满一年未开业或停业满一年；（3）公司章程规定的公司存续期限届满或公司章程规定的清算事件出现；（4）公司无法清偿债务；（5）法院认基于公平公正清算公司。


### 1.2.2 法院强制清算的程序

- 1) 向法院提出清算申请。根据《开曼公司法》第 94 条的规定，公司、公司的债权人（含潜在债权人）、公司股东、以及在特定情况下 CIMA 可以向法院申请强制清算公司。如公司注册时间早于 2022 年 8 月 31 日，如果公司章程允许，公司的董事可以在不经股东会特别决议批准的情况下，向法院申请清算公司；如公司在 2022 年 8 月 31 日之后注册，如果公司无法偿债，董事可以向法院申请清算公司。如果股东向法院申请清算公司，则股东需要至少部分实缴完毕股份或至少在提交清算申请前持有公司股份已经满六个月。
- 2) 清算程序开始。根据《开曼公司法》第 100 条的规定，清算程序在申请人向法院提交清算申请时开始。但是，下列情况除外：公司是根据特别决议清算，或公司存续期限届满清算，或公司章程规定的清算事由出现，或法院已经任命了一名重组官员，在这些情形下，清算将在该等情形出现时启动。
- 3) 任命临时清算人。申请人在向法院申请清算公司的同时，可以申请法院任命临时清算人，法院可以在作出清算裁定之前的任何时间任命临时清算人。《开曼公司法》并未明确规定临时清算人的权限，但一般认为临时清算人的权限与法院正式任命的官方清算人的权限大致相同。

- 
- 4) 法院裁定。法院在受理清算申请后，可能裁定驳回、延期审理、作出临时裁定，或者作出其他裁定。如果公司被抵押的财产等于或超过公司的全部资产，或公司无资产，法院必须裁定公司清算。如果法院认定申请人根据合同义务，不得申请清算公司，法院将会驳回清算申请或延期审理。一旦法院作出清算裁定，未经法院裁定，任何对公司财产的处置、股份的转让以及股东地位的变更均属无效。
  - 5) 任命官方清算人。开曼法院在作出清算裁定的同时，可以任命一名或多名官方清算人。在实务中，官方清算人通常由清算公司或律师事务所等具备清算执业资格的个人担任。根据《开曼公司法》附件 3 的规定，官方清算人的主要权限是搜集和分配公司的财产，官方清算人对于任何公司财产的处分，必须经过法院裁定。
  - 6) 召集股东会或债权人会议。根据《开曼公司法》第 105 条的规定，官方清算人应在法院作出清算裁定后 28 天内召开公司股东会（如果是基于破产以外的原因申请清算），或债权人会议（如果是基于破产申请清算）。
  - 7) 备案和登报。清算人必须将法院的清算裁定副本向登记处备案，并在《官方公报》和任何已经刊登清算申请的报纸上发布清算通知。
  - 8) 调查。根据《开曼公司法》第 101 条的规定，官方清算人有权要求公司的董事、管理人员、专业服务提供者、公司清算程序开始前 12 个月内的公司员工提交一份财产情况说明，说明的内容包括公司资产、债务的明细、任何占有公司资产的人的姓名和地址、公司债权人的姓名和地址、债权人的已抵押资产。任何人应在清算人要求其提供说明之日起 21 日内提供说明，并且有义务配合清算人，否则构成犯罪。此外，清算人还有权调查公司的破产原因，以及公司的任何交易、业务情况。根据法院的授权，清算人还有权调查前述相关人士的行为，或提起针对该等人士的刑事指控。
  - 9) 收集财产。清算人应收集公司的所有资产用于清偿公司的债务，并核实所有债权人，以及有资格获得分配的所有股东。
  - 10) 召集股东会或债权人会议。根据《开曼公司法》第 115 条的规定，与清算有关的所有事项，法院应当考虑债权人（破产清算）或出资人的意愿（非破产清算），法院可以要求官方清算人准备报告，并召集债权人或出资人会议，听取债权人或出资人的意见。
  - 11) 分配财产。清算人收集和变现公司的财产后，应向公司的债权人分配公司的财产。如果有剩余财产，应根据公司章程和股东会决议在股东间进行分配。
  - 12) 裁定解散。根据《开曼公司法》第 152 条的规定，如果公司清算完毕，法院应裁定公司解散，公司将在裁定出具日或法院在裁定中另行指定的日期解散。
  - 13) 备案。根据《开曼公司法》第 152 条的规定，公司的官方清算人应在裁定作出之日起 14 天内将解散裁定提交给登记处备案。

### 1.3 经法院监督的清算程序





根据《开曼公司法》第 124 条、第 131 条的规定，法院监督的自愿清算程序在下列情况下启动：（1）开曼公司的清算决议作出后 28 天内，开曼公司的董事无法出具清偿能力声明，清算人必须向法院申请监督清算程序；（2）公司的股东、债权人、清算人可以向法院申请监督清算程序，如果公司存在破产的可能；（3）公司的股东、债权人、清算人认为法院监督更加高效、经济和快捷。

法院受理申请后，应任命一名或多名官方清算人履行清算职责，除非自愿清算人被法院任命为官方清算人，否则自愿清算人应在法院作出监督裁定之日起 28 天内准备一份最终稿报告和账目。

## 2. 投资人启动清算的路径

### 2.1 自愿清算程序


根据前文对于开曼公司清算程序的介绍，简要分析一下常见的红筹架构下投资人清算开曼公司的路径：第一，假设公司可以清偿所有的债权，包括《开曼公司法》规定的法定优先债权、有担保的债权以及普通债权，这种情况下，公司清算方适用自愿清算程序。但根据《开曼公司法》的规定，清算需要至少三分之二股东所持表决权通过，如果公司章程规定了更高的比例，则适用公司章程的规定。因此，如果创始人持股比例超过 33% 并且不配合通过特别决议，或持股比例低于 33%，但是就清算享有一票否决权，投资人难以启动自愿清算程序。如果创始人持股比例较低并且没有否决权，理论上投资人可以联合其他投资人通过一份特别决议，强制启动自愿清算程序。如果投资人对公司享有债权，且公司无法偿债，在公司章程不存在相反规定的情况下，投资人可以联合其他投资人通过一份普通多数决议，即过半数股东决议即可启动自愿清算程序。但总体而言，自愿清算程序需要股东之间相互配合，方可实现顺利清算。

### 2.2 法院强制清算程序

如果投资人无法通过特别决议或普通决议启动自愿清算程序，根据《开曼公司法》的规定，股东可以向开曼法院申请清算，尽管《开曼公司法》第 94 条对有权申请公司清算的股东进行了一定的限定，大部分情况下，投资人股东均满足该条规定的条件。障碍在于找到合适的诉因，在公司存续期限未届满且公司章程未规定清算触发情形的情况下，投资人需要向法院阐述申请强制清算公司的理由，《开曼公司法》规定股东可以以“公平和公正”作为申请公司清算的理由，但是《开曼公司法》未规定公平和公正的内涵，一般认为，如果公司存在治理混乱、治理僵局、大股东侵害小股东利益、董事违反忠实义务、高管违反诚实信用、违法或不当行为被认为是违反“公平和正当”<sup>1</sup>，这需要投资人股东能够提交比较充分的证据证明存在签署不符合公平和公正的情形。

此外，如果根据股东间协议或公司章程的规定，公司在特定情况下需要回购投资人持有的公司股份，例如公司未能在规定的时间内上市或公司创始人有不当行为，则投资人可以通过发起回购形成对公司的债权，如公司未能在规定时间内支付完毕回购价款，将构成公司履行债务不能，投资人将可以以债权人的身份申请启动公司的强制清算。但不是所有的回购条款都能确保投资人在启动回购时可以形成对于公司的债权，进而导致公司履行不能，具体见笔者在“从一起案例看投资人在开曼公司行使回购权的潜在障碍”一文中的阐述。






如果投资人是可转债投资人，且可转债协议规定投资人的选择权，投资人由可转债投资人转变为公司的债权人，并根据《开曼公司法》第 93 条的规定，以公司不能偿债启动法院强制清算。

### 3. 若干建议

- a) 自愿清算和强制清算的优劣。自愿清算取决于公司股东、清算人、债权人之间的信任，如果各方之间不存在充分的信任，自愿清算程序可能产生争议并旷日持久，最终不得不转为强制清算程序。在清算人的选聘上，投资人和创始人可能产生严重的分歧，如果投资人在股东会的表决权较高，可能拒绝批准创始人提名的清算人，导致难以选聘合适的清算人。如果股东之间配合意愿较强，可以先行签署一份清算协议，以明确清算事项，包括清算期限、资产的处置、资金流转路径、分配时间、分配金额，以划分各方责任，确保程序可控。由于法定程序的限制，自愿清算可能比强制清算更为高效。但是，如果创始人和投资人之间的关系较为紧张，或不存在充分的信任，法院作为中立的第三方，由法院主导清算程序不失为一个较好的选择。
- b) 任命临时清算人。在强制清算程序中，根据《开曼公司法》的规定，债权人、股东在申请清算的同时，可以任命临时清算人，如果法院认为有利于避免公司财产的挥霍或滥用，或者对抗大股东对于小股东的压迫，或制止公司董事的不当行为，法院将会任命临时清算人，一旦法院任命了临时清算人，法院将会在裁定中明确其职责。由于法院可能不会很快作为清算裁定，因此，任命临时清算人确保在清算程序启动之初，即引入一个独立的第三方对公司及董事、高管的行为进行监督，防止公司的资产流失，有利于保护债权人和投资人。
- c) 任命联合清算人。根据《开曼公司法》的规定，境外具备同等执业资格的清算人可以被法院任命为联合清算人，中国大陆的投资人可以提议一位中国大陆或香港律师担任联合清算人，作为其在清算程序中的代表，确保清算程序的透明和公正，并且在沟通上更为快捷和便利。
- d) 将股权转换为债权。从清偿顺位的角度，投资人应尽可能在清算开始前，形成对公司的债权，包括回购债权或可转债项下的债权。例如，根据公司章程或股东间协议的规定启动回购，或通知公司放弃债转股，进而由投资人身份转变为债权人，根据开曼法院的案例，投资人回购形成的债权，优先于股东，但劣后与法定优先债权和担保债权。  
2
- e) 重视投后信息权和审计权的行使。交易文件中通常会约定详细的信息权，要求公司在投资交割后履行一系列的义务以向投资人提交其所需要的公司信息，但如果投资人投后管理未不到位，未要求公司及时提供相关财务信息，或未在平时行使审计权，在投资人启动清算程序的时候，缺乏相关的材料作为证据，导致无法启动清算程序。
- f) 重视清算过程的参与。自愿清算或强制清算，分别由股东会选择和法院任命的清算人主导，因此，投资人应积极与清算人保持沟通联络，协助清算人发现线索，包括财产线索、高管的不当行为，并要求清算人定期向股东会报告工作，以确保股东及时掌握



清算相关的信息，同时作为投后管理的一部分，投资人可以积极向清算人收集此前未掌握的书面信息，以便于撰写投后报告或采取其他法律行动。

---

1 Just and equitable winding-up – <https://www.franciswilksandjones.co.uk/just-equitable-winding-up/>, 2023 年 9 月 18 日访问。

2 Pearson v Primeo: Privy Council confirms redeemed investors are creditors, <https://www.mourant.com/news-and-views/updates/updates-2017/pearson-v-primeo--privy-council-confirms-redeemed-investors-are-creditors.aspx>, <https://www.franciswilksandjones.co.uk/just-equitable-winding-up/>, 2023 年 9 月 18 日访问。

.

## 本期部分作者



曾胜（北京）

+86 10 5706 8208  
zengsheng@jtn.com



易阳（大连）

+86 411 8442 6666-8005  
yiyang@jtn.com



南洋（大连）

+86 411 8442 6666-8053  
nanyang@jtn.com



逢若鸣（北京）

+86 10 5706 8445  
pangruoming@jtn.com



李岚（深圳）

+86 755 2348 2627  
lilan@jtn.com



何东闽（北京）

+86 10 5706 8369  
hedongmin@jtn.com



李露（成都）

+86 28 8324 7123  
lilu@jtn.com



左天羽（北京）

+86 10 5706 8458  
zuotianyu@jtn.com



王东（上海）

+86 21 3886 2101  
wangdong@jtn.com



**JT&N** 金诚同达

[www.jtn.com](http://www.jtn.com)