

NEWSLETTER

跨境争议解决 刊物

Cross-border Dispute Resolution

第 17 期

2024 年 1 月 25 日

JT&N 金诚同达

CONTENT

目录

从国际投资仲裁角度看投资风险与规避	01
蔡硕、靳红宇、李庄仪	
定期租船货损责任承担主体再中英法下的差异研究	04
南洋、逢若鸣、易旸	
国际商事仲裁中的电子邮件送达问题	07
李露	
美国的早期中立评估机制介绍	10
李岚、罗雅青	
加入《海牙公约》对涉外诉讼的影响	13
赵振、沙桐	
浅析涉港离婚诉讼中大陆不动产分割的法律适用（上）	15
王雪阳	
新《公司法》对红筹企业控制权纠纷的影响	21
郑丹妮	

ABSTRACT

摘要

1. 从国际投资仲裁角度看投资风险与规避

蔡硕、靳红宇、李庄仪

近年国际贸易与投资环境愈发复杂多变，中国企业出海面对的投资风险增加。若将投资者与国家间的国际投资仲裁案件作为反映投资风险的指标，2020 年以来，中国投资者作为申请人提出的案件数明显增加，占历年案件总数的一半。本文从四个涉及我国企业、已经或可能进入国际投资仲裁的争议切入，试讨论近期国际投资风险特点，并从投资仲裁争端解决的角度尝试给出企业风险管理建议。

2. 定期租船货损责任承担主体再中英法下的差异研究

南洋、逢若鸣、易旻

目前，在国际航运中的定期租船领域，经营方多采用并入 NYPE46 或 NYPE93 的定期租船合同作为模板，规范确定船东和承租人之间的权利义务关系，这些合同和合同条款的解释和使用问题在英国法下已经较为明确很成熟，包括但不限于定期租船期间产生货损时的责任分摊等，因此合同各方也多倾向于适用英国法去作为适用的法律。但在合同没有并入 NYPE46 或 NYPE93，也没有并入法律适用条款的情况下，定期租船货损责任承担主体的判定会存在一定的不同。

3. 国际商事仲裁中的电子邮件送达问题

李露

电子邮件送达是主流国际仲裁机构普遍接受和认可的送达方式。2023 年 9 月 5 日，中国国际经济贸易仲裁委员会（“贸仲”）发布了新版仲裁规则（简称“贸仲 2024 版规则”），并于 2024 年 1 月 1 日正式生效。其中第八条第（二）款为新增：“仲裁文件可优先采用电子送达”。在《关于修订〈中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则〉的说明》中，贸仲指出：“优先采用电子送达可考虑如下情形：（1）受送达人在仲裁程序中以明示或默示同意电子送达方式；（2）当事人在仲裁协议中约定电子送达方式；（3）在双方当事人均有仲裁代理人，且不存在仲裁委员会仲裁院认为不宜进行电子送达的情形时，可采用电子送达。”实践中，电子邮件送达也出现了种种问题，应予注意。

4. 美国的早期中立评估机制介绍

李岚、罗雅青

中国企业在美国法院参与诉讼时，有时可能需要参与到美国法院的早期中立评估机制中，本文介绍美国法院早期中立评估机制的基本情况，并以《美国加州南部地区法院地方规则》和《美国加州北部地区法院关于替代争议解决的地方规则》为例介绍了该机制的运作，希望有助于中国企业更好地利用早期中立评估机制参与诉讼，达成有利案件结果并减少诉讼成本。

ABSTRACT

摘要

5. 加入《海牙公约》对涉外诉讼的影响

赵振、沙桐

《取消外国公文书认证要求的公约》（以下简称“《海牙公约》”）于 1965 年正式生效，该公约旨在简化公文书跨国流转程序，于 2023 年 11 月 7 日对中国大陆生效。中国大陆加入《海牙公约》后，主体信息、授权委托书、公文书、涉及身份关系的证据仅需海牙附加证明书（APOSTILLE），无需公证认证手续。根据中国大陆加入《海牙公约》保留声明，中国大陆与其不承认具有主权国家地位的《海牙公约》成员之间不适用《海牙公约》，因此中国大陆与中国香港、中国澳门、中国台湾间，《海牙公约》不适用。

6. 浅析涉港离婚诉讼中大陆不动产分割的法律适用（上）

王雪阳

近年来，随着粤港澳大湾区的建设与发展，涉港离婚案件数量日渐增多。实务中经常遇到夫妻一方或双方为香港居民，在大陆起诉离婚要求分割婚姻关系存续期间于大陆购置的不动产的法律问题。

在夫妻双方未对房产归属作出事先约定的情况下，多数当事人想当然地认为应当适用不动产所在地法律，根据大陆夫妻财产共有制对不动产进行分割。但事实上，针对该争议，《法律适用法》第二十四条与第三十六条存在潜在的法条竞合。根据不同的冲突规范指引适用不同的准据法，由于大陆与香港的夫妻财产制度的不同，可能会得出截然不同的判决。

经笔者进行研究发现，在司法实践中，对于涉港案件夫妻婚姻关系存续期间取得的不动产权属的认定，法院倾向于认为争议是基于夫妻法律关系产生而优先适用《法律适用法》第二十四条，从而导致法院可能根据香港法律在无法认定双方对房产归属另有约定或存在共同共有、推定信托的情形时，将房屋判给登记方，导致另一方难以保障自身在该房屋上的合法权益。

7. 新《公司法》对红筹企业控制权纠纷的影响

郑丹妮

2023 年 12 月 29 日修订发布的新《公司法》更新了与公司治理相关的法律法规，为创始人和投资人提供了重新审查融资文件完善度的契机。针对红筹企业控制权纠纷，新《公司法》至少会影响“境内外组合拳”中境内裁判机关的裁决。本文基于创始人非自愿退出集团公司的情形，着重讨论了创始人限制条款、董事委派权、保护性条款、多重表决权等条款。

从国际投资仲裁角度看投资风险与规避

蔡硕 靳红宇 李庄仪¹

一、近期涉及我国企业的国际投资争议

（一）中设集团诉特立尼达和多巴哥政府案

中国机械设备工程股份有限公司（简称“中设集团”）成立于 1978 年，是我国第一家工贸结合并以跨国业务为主的大型企业。2023 年 4 月，中设集团依据《中华人民共和国政府和特立尼达和多巴哥国政府关于鼓励促进和保护投资协定》在国际投资争端解决中心向特立尼达和多巴哥共和国提起国际投资仲裁²。2024 年 1 月 10 日，该案完成组庭。

尽管相关细节未被公开，但据推测，此争议可能与中设集团在该国投资的炼铝厂项目有关。2005 年，中设集团在该国投资建设炼铝厂及配套发电厂与港口设施。该项目遭当地环保团体反对，认为项目环境许可证基于不充分且有缺陷的信息取得，要求重新审查。2009 年，该国高等法院撤销项目环境许可证。2010 年中设集团投资的炼铝厂项目被取消，中设集团等中国承包商曾向该国政府请求 3.8 亿美元的赔偿。

（二）赣锋锂业与墨西哥政府关于锂矿特许权争议


江西赣锋锂业集团股份有限公司（简称“赣锋锂业”）为我国锂矿产业佼佼者，在海内外持有大量锂矿开采项目。2023 年 8 月，赣锋锂业公告称墨西哥矿业总局通知公司在墨西哥注册的三家控股子公司，取消其在墨西哥最大锂矿开采项目之一 Sonora 项目中持有的矿产特许权。公司向墨西哥经济部提起行政复议。同年 11 月，赣锋锂业发布公告称墨西哥政府维持该决定，赣锋锂业将通过子公司根据墨西哥法或国际法寻求应对措施，包括但不限于国际仲裁或行政诉讼。

（三）紫金矿业与哥伦比亚政府关于金矿安全的争议

紫金矿业集团股份有限公司（简称“紫金矿业”）为大型跨国矿业集团，主要经营金属矿产资源的勘查、开发及工程设计和技术应用。紫金矿业在哥伦比亚运营的某金矿曾多次遭当地非法采矿的武装组织攻击。在 2023 年 5 月的冲突中，有两名员工死亡并有包括哥伦比亚警察在内的十四人受伤。

据悉，2023 年 6 月，紫金矿业援引《中华人民共和国政府和哥伦比亚共和国政府关于促进和保护投资的双边协定》向哥伦比亚发出争端解决通知³，主张该金矿因非法采矿者袭击而无法运营，当地严重的公共秩序问题阻碍紫金矿业按计划活动，要求哥伦比亚按协定为金矿运营提供全面保护⁴。

（四）华为与哥斯达黎加政府就 5G 禁令的争议



华为是跨国大型信息与通信基础设施和智能终端提供商，近年在各国受到禁令限制，无法参与 5G 网络建设招标。2022 年华为与瑞典政府间便有就 5G 市场禁令的投资仲裁案件。2023 年，华为在哥斯达黎加共和国遭遇类似限制。

2023 年 8 月，哥斯达黎加政府规定只有参与《布达佩斯网络犯罪公约》的缔约国企业才能参与其 5G 招标，由于中国并非公约缔约国，华为被变相排除。2023 年 10 月，华为向该国宪法法院提起上诉，并表示在东道国内提起诉讼后，不排除通过国际仲裁争取权益。

二、近期争议反映出的国际投资风险

综合既往中国投资者作为申请人提起的投资仲裁案及近期争议，可发现涉及领域多为工程建设与能源矿业，信息通讯等先进领域也有投资争议。这映射出当下不同领域企业出海面对的风险：

在传统工业领域，特别是工程建设与能源矿业领域，投资目的地多是天然资源丰富或急需大型工程建设的发展中国家。早年这些国家投资政策相对宽松，已有项目进入当地市场较为顺利。但传统投资周期较长，从合同磋商、实地考察到项目开发和履约动辄十几年，期间当地法律法规很可能发生变更。同时在全球经济收缩、反全球化贸易壁垒提升及环境保护风潮的作用下，相关国家的投资政策逐渐收紧。这些因素会导致已有项目投资风险呈上升趋势，在国际投资仲裁中常表现为有关公平公正待遇的争议。

如在赣锋锂业与墨西哥政府的投资争议中，墨西哥政府认为赣锋锂业未达到新修订矿业法的相关投资要求，故撤销其的锂矿特许权。该争议涉及法不溯及既往及公平公正待遇原则的适用。

在新兴科技领域，受中美贸易冲突、国际技术竞争和地缘政治等影响，投资争议往往表现为基于国家安全等理由的市场准入限制，如华为、中兴等企业进入外国 5G 市场接连受阻。这类争议可能涉及违反最惠国待遇或公平公正待遇原则。

三、从国际投资仲裁角度出发的风险管理建议

由前述可见，当下中国企业境外投资面临的争议往往并非单纯的商业或法律争议，而受东道国法律法规变更、贸易保护主义抬头、环境保护要求提高等大环境影响，背后有经济、法律及政治等多重因素。但这并不表示企业无法主动规避相关风险。以下是我们从国际投资争端解决和仲裁角度出发的风险管理建议。

第一，建议企业在投资前对比分析相关投资协定，合理设计交易架构。企业在设计境外投资交易结构时，往往能考虑到税务等常见商业因素。需要提示，国际投资协定的内容往往会影响争议发生后投资者受到的保护和各项权利，具体而言：

- 首先，影响投资者是否有受保护的资格。我国签订的各国际投资协定对适格投资和适格投资者的定义不完全相同，如有的规定缔约国一方投资者直接或间接控制的企业亦为适格投资者，有的则将此排除在外。投资者可根据具体协定设计相应的交易结构。

- 其次，影响投资者的实体权利。例如投资者需考虑特定国际投资协定下是否存在援引最惠国待遇原则以获得更优惠的投资保护待遇先例，是否允许通过 TRIPS-plus 条款提高东道国对知识产权的保护标准等。
- 最后，影响投资者的程序权利。投资者需考虑相关国际投资协定是否要求穷尽当地司法救济。且如遇到当地“拒绝司法救济（denial to justice）”时，需考虑相关国际投资协定的约定，是否可以同时提起国际仲裁等。

综上，我们建议企业综合考虑，科学设计交易结构，合理利用国际投资协定，争取获得最大限度地保护。

第二，建议企业投资者严格遵守我国及东道国的投资审批制度，确保投资合法性，以获得东道国国内法及双边投资协定的保护。境外投资实践中企业可能为抓住商业机会而“抢跑”，但国际投资协定往往只保护“合格”投资者及“合格”投资，故企业需及时补全各法定程序，防止变故发生后已有投资得不到保护。

第三，建议企业在争议发生后综合相关国际投资协定内容考虑争端解决方式。首先应对比分析可用的国际投资协定，例如相关协定下是否要求投资者在国内法院诉讼和国际仲裁之间作出选择，是否要求投资者首先穷尽当地救济才能寻求国际仲裁。其次，结合案件背景考虑不同争端解决方式，例如为避免影响上市公司股价、最大限度保护商业和技术秘密、避免东道国保护主义倾向等，保密的国际仲裁是否优于其他方式；涉及国家安全等敏感问题时，是否更宜使用替代争端解决方式。

近年中国投资者提出的国际投资仲裁案件频发显示出国际投资环境的变化，也表明更多投资者意识到国际投资协定是维护自身权益、解决投资争议的有效渠道之一。我们建议企业出海投资时未雨绸缪，从国际投资协定角度全面评估投资可获得的保护和救济。

¹ 感谢实习生蔡咏洁对本文的贡献

² China Machinery Engineering Corporation v. Republic of Trinidad and Tobago, ICSID Case No. ARB/23/8

³ Zijin Continental Gold v. Republic of Colombia, available at <https://jusmundi.com/en/document/other/en-zijin-continental-gold-v-republic-of-colombia-notice-of-dispute-monday-12th-june-2023>

⁴ Zijin Mining Strongly Condemns Attack on the Buriticá Gold Mine in Colombia, available at <https://www.zijinmining.com/news/news-detail-119694.htm>; “Millionaire sues Colombia for not guaranteeing security in Buriticá mines”, Marcela Peña, Bluradio, 11/22/2023 and “Zijin sues Colombia over Buritica security”, Paul Harris, Mining Journal, 11/24/2023

定期租船货损责任承担主体在中英法下的差异研究

南洋、逢若鸣、易旻

一、争议概述

承租人以定期租船的形式租入了一艘船舶，租期是交船后从越南港口装货至中国港口卸货的一个载货航次，承租人则按照合同约定支付日租金。在装货时，工班以将要下雨为由停工换班，相关事实也已经在装货事实记录中有载明，而值班船长和船员因疏忽没有及时去关闭舱盖保护已装船的货物，最终导致突降的暴雨直接灌入船舱，将已装船的货物淋湿发生锈蚀。后收货人要求将已装船的货物重新卸船，经合理处置切割后重新装船。期间，收货人扣押了船东的船舶，要求船东提供担保才可以离港，船东提供足额担保后得以继续航行。

船东最终通过谈判与收货人达成和解，并在向收货人支付货损赔偿款后，转头要求承租人向船东承担货损赔偿责任，弥补其已经支付的赔偿款。船东认为在定期租船下，船东只负责将配妥船员的船舶交付给承租人去使用经营，货物装卸和货损赔偿等属于船舶经营相关的责任，应由承租人承担；承租人则认为货损发生的原因与经营无关，其没有任何违约或过错行为，因此仍应由船东承担货损赔偿责任。

本案中最为特殊的是，和常见的定期租船合同不同，双方的定期租船合同中没有并入 NYPE46 或 NYPE93 等任何格式条款，也没有约定任何其他关于货损责任分摊的条款，且没有约定合同所适用的法律，这为案件的结果带来了极大的不确定性。


二、定期租船合同中货损责任承担的常见条款和影响

实践中，双方通常会在定期租船合同中约定并入 NYPE93，而根据 NYPE93 的第 27 条，货损责任须由双方依据现行的 Inter-Club New York Produce Exchange Agreement（简称“ICA 条款”）去规制，或者通过 NYPE46 与附加条款并入 ICA 条款。现行最新 ICA 条款是 2011 的修正版，该条款包括以下内容：

根据 Inter-Club Agreement 第 8 条 a 款的规定，对于因船舶的海上航行（包括船舶的正常运转、船员的正常操作、船舶本身的缺陷等）导致的货损，出租人承担 100% 的责任；

根据 Inter-Club Agreement 第 8 条 b 款的规定，对于因装载、积载、搬移、绑扎、卸载导致的货损，承租人承担 100% 的责任；除非租约中明确规定相关操作应由船长负责，在此情况下，责任由出租人和承租人各承担 50%；但是，当承租人能证明无法适当装载、积载、绑扎、卸载或搬移货物是由于船舶不适航导致时，责任 100% 由出租人承担；

根据 Inter-Club Agreement 第 8 条 c 款的规定，对于船舶短量或者超载，出租人及承租人各自承担 50% 的责任，但如果明确证据证明货损是由于其中一方（包括其雇员或分包人）的“行为或疏忽”造成的，那么则由该方承担 100% 的责任；



根据 Inter-Club Agreement 第 8 条 d 款的规定，对于不属于上述 a、b、c 三款项下的货损，根据 d 款约定，船东和承租人应当平分货损索赔造成的损失，但如果明确证据证明货损是由于其中一方（包括其雇员或分包人）的“行为或疏忽”造成的，那么则由该方承担 100% 的责任。¹

“行为或疏忽”在 Inter-Club Agreement 中没有明确定义，但在英国法院和伦敦仲裁庭的案例中，一般认为包括以下行为：在装载、积载、搬移、绑扎、卸载货物时，未采取合理的措施防止货损；未提供适当的货物包装；未提供正确的货物信息；未对货物进行必要的检查；未采取合理措施防止货物遭受海盗、政府行为或其他不可抗力的影响。

就本案而言，双方如果并入了 NYPE93，那么根据 ICA 条款，因船长对货物操作负有一定责任，最好的结果是双方各自分摊 50% 的货损赔偿责任。

也有船东会额外在合同中约定如“船长视同租家的雇员、代理”或“租家须负责货物的装载”等条款去明确并规避定期租船合同下货损赔偿责任，但在中国法下，有案例表明这类并不能当然使得船东免责；再英国法下亦难以超越 ICA 条款第 2 条赋予的优先效力。²中国法院认为“船长视同租家的雇员、代理”不能理解为船长就是租家的雇员、代理，此理解与定期租船合同的性质和特征相矛盾，与合同中有关船员监督装卸、绑扎集装箱、定期检查绑扎牢固情况、积载并照料危险品及冷藏箱等一系列管货义务的约定相矛盾，与该条有关船东对因自身原因造成的货损事故承担赔偿责任的约定也相矛盾，最终依然判定船东承担最终的货损赔偿责任。如果是在英国法下，则可能会带来完全不同的结果。

三、本案在中国法下的解读和研究

本案随着船东在国内有管辖权的海事法院提起诉讼，对于法律适用部分，已经明确是适用中国法律去审理，随着对案件的深入分析，我们认为本案面临的问题主要是：1、定期合同中没有任何关于货损责任相关的约定；2、《海商法》中也没有法条明确合同没有约定时货损责任如何承担；3、中国法下没有太多类似指导性案例、惯例或解释可供参考和遵循。

为了维护承租人的权益，本案仍需基于最朴素的底层逻辑去分析，即船东要求承租人承担货损责任的合同依据、法律依据和事实依据是什么。经深入分析，我们认为承租人不存在任何违约或过错，无论是根据双方的合同条款、适用法律还是所掌握的实际情况，承租人从未对船长和船员对船舶的具体操作提出任何干涉，也没有法律或合同条款去规定承租人应该负责船舶的操作，此外合同约定全部装卸作业都应在船长的监督下进行，又基于船长和船员是船东所属雇员的事实，未及时关闭舱盖导致的货损责任，属于船东雇员的过错，可归因于船东对船舶和货物的管理责任。最终，中国法院也认可了承租人的观点，并判决驳回了船东的全部诉讼请求。庭后，船东也表示这个结果他认知相左，也就是适用英国法时所预计的结果应是承租人承担货损赔偿责任，但结果却完全不同。

定期租船合同中的双方应谨慎审阅双方所约定的条款和并入的条款，准确写明合同所适用的法律，避免想当然。也应注意同样或类似的条款在中国法下和英国法下存在完全不同的解读，避免错误选择适用法域，最终面临和预计完全不同的结果。

¹ Inter-Club New York Produce Exchange Agreement 1996 (as amended September 2011)

“The apportionment

(8) Cargo Claims shall be apportioned as follows:

(a) Claims in fact arising out of unseaworthiness and/of error or fault in navigation or management of the vessel:

100% Owners

save where the Owner proves that the unseaworthiness was caused by the loading, stowage, lashing, discharge or other handling of the cargo, in which case the claim shall be apportioned under sub-clause (b).

(b) Claims in fact arising out of the loading, stowage, lashing, discharge, storage or other handling of cargo:

100% Charterers

unless the words "and responsibility" are added in clause 8 or there is a similar amendment making the Master responsible for cargo handling in which case:

50% Charterers

50% Owners

save where the Charterer proves that the failure properly to load, stow, lash, discharge or handle the cargo was caused by the unseaworthiness of the vessel in which case:

100% Owners

(c) Subject to (a) and (b) above, claims for shortage or overcarriage:

50% Charterers

50% Owners

unless there is clear and irrefutable evidence that the claim arose out of pilferage or act or neglect by one or the other {including their servants or sub-contractors) in which case that party shall then bear 100% of the claim.

(d) All other cargo claims whatsoever (including claims for delay to cargo):

50% Charterers

50% Owners

unless there is clear and irrefutable evidence that the claim arose out of the act or neglect of the one or the other (including their servants or sub-contractors) in which case that party shall then bear 100% of the claim.

² (2020)沪 72 民初 1751 号

国际商事仲裁中的电子邮件送达问题

李露

一、电子邮件是国际商事仲裁中普遍认可的送达方式

电子邮件送达是主流国际仲裁机构普遍接受和认可的送达方式。例如，ICC 仲裁规则规定，“秘书处和仲裁庭发出的所有通知或通讯都应发往通知或通讯所针对的当事方或其代表的最新地址，该地址可由相关当事方或任意其他当事方通知。该通知或通讯可以通过签收交付、挂号邮寄、快递、电子邮件或任何其他提供发送记录的电信方式进行。”又如，香港国际仲裁中心机构仲裁规则规定，“在下述情况下，依本规则发出的任何通知或其他书面通讯，视为已送达当事人、仲裁员或香港国际仲裁中心……通过传真、电子邮件或其他能提供传送记录（包括传送日期及时间）的电子通讯方式。”

2023 年 9 月 5 日，中国国际经济贸易仲裁委员会（“贸仲”）发布了新版仲裁规则（简称“贸仲 2024 版规则”），并于 2024 年 1 月 1 日正式生效。其中第八条第（二）款为新增：“仲裁文件可优先采用电子送达”。在《关于修订〈中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则〉的说明》中，贸仲指出：“优先采用电子送达可考虑如下情形：（1）受送达人在仲裁程序中以明示或默示同意电子送达方式；（2）当事人在仲裁协议中约定电子送达方式；（3）在双方当事人均有仲裁代理人，且不存在仲裁委员会仲裁院认为不宜进行电子送达的情形时，可采用电子送达。”

二、电子邮件送达的主要问题

实践中，电子邮件送达也出现了种种问题，主要有以下几种：

（一）如何确定电子邮件地址

首先，仲裁协议中约定用于仲裁程序的电子邮件地址可以认为是有效的送达地址。《贸易法委员会仲裁规则》第 2 条第 1 款规定，“凡一方当事人已为此目的专门指定某一地址，或者仲裁庭已为此目的同意指定某一地址的，均应按该地址将任何通知送达该当事人；照此方式递送的，视为收到通知。使用传真或电子邮件等电子方式的，只能将通知递送到按上述方式指定或同意指定的地址。”因此，如果仲裁协议选择的仲裁机构允许使用电子邮件送达，那么在合同订立时就约定仲裁程序使用的电子邮件地址，可以避免后期被认定送达地址无效的风险。

其次，在仲裁协议未约定电子邮件地址的情况下，需要谨慎确定电子邮件地址，原因在于：第一，要看仲裁机构对于如何确认电子邮件地址的具体规定。例如，前述《贸易法委员会仲裁规则》仅允许使用仲裁协议中的电子邮件地址，前述贸仲 2024 版规则中也强调须在仲裁协议中约定电子邮件地址，在仲裁规则已经规定的情况下，若使用合同约定的通讯地址，则存在不构成有效送达的风险。第二，要注意仲裁规则对于电子邮件地址的优先顺序。例如，虽然香港国际仲裁中心认可多种电子送达方式，但之间有优先顺序，即仲裁中告知>当事人之间协议约

定>其他对外使用的情形。第三，若一个当事人存在多个员工的电子邮件可供送达，那么更高的管理人员的电子邮件地址优于基层员工。

近期具有代表性的案例是香港高等法院陈美兰法官在[2023] HKCFI 2173 案的判决。该案中存在两个电子邮件地址：xyz@china.hk 和 XYZ@CHINAT.HK。前者是当事方所签订的补充协议中载明的邮件地址，补充协议亦约定了仲裁条款，且该补充协议作为本案证据提交。后者是一份贷款申请书上的电子邮件地址，但该份贷款申请书并未作为本案证据提交。而该案仲裁裁决提到，“《仲裁通知书》已于 2022 年 11 月 7 日通过电子邮件发送至贷款申请书中列出的联系方式，即电子邮件地址 XYZ@CHINAT.HK，向被申请人提供在网上平台接受的用户名和密码。”

在这种情况下，陈美兰法官认为，由于补充协议是仲裁裁决的基础，故裁决书中关于送达地址的描述应与补充协议相一致。如果裁决书中有任何印刷错误，仲裁庭理应自行或根据当事人的申请予以纠正，但在本案中没有出现这种情况。由于没有证据显示仲裁通知发送到被申请人正确的电子邮件地址，“XYZ@CHINAT.HK”也不应视为香港仲裁公会网上仲裁规则第 2.1 条（a）款（ii）项规定的“任何适用的仲裁协议，或任何协议中规定的，或在本合同交易项下的网站注册或交易中填写或使用的电子邮件”，自然也不属于该规则第 2.1 条规定的推定送达的情形。


（二）如何发送电子邮件

要完成电子邮件送达，不仅是点击“发送”按钮那么简单。实践中可能出现各种问题，例如，附件过大导致被对方邮箱拒收，发送后被对方邮件系统退回，发送后邮件系统显示对方并未打开等等。最高人民法院在“关于是否裁定不予承认和执行英国伦敦 ABRA 轮 2004 年 12 月 28 日租约仲裁裁决的请示的复函”（[2006]民四他字第 34 号）中提到，“在仲裁过程中，涉案申请人根据《1996 年英国仲裁法》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。但申请人未能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。”

不同于邮寄送达，有送达记录，电子邮件并没有业界统一的送达标准，不同邮箱系统的设置也不同，不同国家之间的网络畅通程度也不尽相同。因此，即使各机构的仲裁规则中，也未对该问题规定。国际商会仲裁院在 2017 年发布的《国际仲裁中的信息技术》报告中提出了针对电子送达凭证的建议，包括（1）通过激活邮件程序的回执功能，在发送成功以后自动产生送达凭证；（2）通过协议要求受送达人回复邮件确认收件；（3）网络存储系统或者资料库可以跟踪传输路径等。

但随着电子邮件送达的普及，可以预见电子邮件送达效力问题会逐渐增多。这种情况下，建议在发送电子邮件时，将电子邮件系统设置为可发送“送达成功”回执的模式，作为电子邮件送达的送达记录。

（三）慎用电子邮件送达仲裁裁决



需要特别注意的是，即使程序文件可以通过电子邮件送达，裁决书也不完全可以同样发送电子邮件。原因在于，在申请承认与执行仲裁裁决的过程中，提供仲裁裁决的正本或原件，是各国程序法的必然要求。前述国际商会仲裁院《国际仲裁中的信息技术》的报告也指出：“出于上述原因，在目前的情况下，裁决书可能还需要通过纸质方式签署并通过线下方式送达当事人，但这并不意味着根据相关国家法律产生的电子裁决书复印件，或者加盖有效电子签章的原始裁决书不能被送达或者用于其他目的。”

以贸仲 2024 版规则为例，虽然第八条第（二）款规定了“仲裁文件可优先采用电子送达”，但第五十二条第（十）款又特别规定，“向双方当事人送达的裁决书应为纸质文本。如双方当事人约定，或仲裁委员会认为有必要的，裁决书可以电子文本送达。”可见，减少裁决不被承认与执行的风险，裁决书在通过电子邮件发送的同时，还是应当尽量采用邮寄形式投递纸质版本。

美国的早期中立评估机制介绍

李岚、罗雅青

一、早期中立评估机制的定义

早期中立评估机制（Early Neutral Evaluation，简称“ENE”）最早由美国法院开创，经实践取得了显著效果，以至于后来延伸到仲裁程序中，并被其他国家借鉴使用。对于 ENE 的概念，科罗拉多州将其定义为“指由法院指定的评估员对诉讼进行早期干预，以缩小、消除和简化问题，并协助案件规划和管理。在早期中立评估下，案件可能会和解。¹”犹他州认为“‘早期中立评估’是指与中立专家举行秘密会议，以确定争议中的问题、探讨和解方案并评估索赔的是非曲直。²”弗吉尼亚州则将早期中立评估与调解画上了等号，州法律并未对早期中立评估进行定义，而是将“中立”单独解释为“在进行争议解决程序和提供争议解决服务方面受过培训或有经验的个人³”。


美国律师协会对早期中立评估的定义比较全面，即“在案件提交法院后不久进行的一项程序。案件被提交给一名专家（通常是律师），要求其对争议进行平衡、公正的评估。双方或提交书面意见，或亲自与专家会面。专家会指出双方的优缺点，并对审判的可能结果进行评估。该评估可帮助双方评估其案件，并可能推动双方达成和解⁴。”

二、早期中立评估机制的发展历史

早在上世纪 80 年代，随着诉讼案件数量的增多，美国法院及其仲裁机构便已经开始摸索建立替代性争议解决（Alternative Dispute Resolution，简称“ADR”）方式。1982 年，美国加州北区法院时任首席法官 Robert F. Peckham 任命了一个特别工作组，负责制定了一套程序用以减少加州北区诉讼当事人的审前费用和案件延误的问题。特别工作组确定了以下审前费用和程序延误的几大重点问题：（1）诉状内容繁杂，难以厘清纠纷所涉及的核心问题，从而增加法官的前期工作量；（2）律师和当事人未能在早期阶段对案件进行全面而冷静的评估；（3）当事人和律师对案件胜诉抱有不切实际的期望；（4）当事人对法律程序产生疏离感；（5）诉讼双方之间沟通不畅；（6）代理律师因担心被委托人或对方律师视为软弱而不愿提出和解⁵。

该特别工作组设计 ENE 的目的是鼓励各方在诉讼初期正视和分析自身的情况，并使每位诉讼当事人和律师都能听取对方陈述案情。ENE 还旨在帮助各方确定真正存在一致意见和争议的领域，并帮助他们制定证据开示方法，以便立即将重点放在核心问题上，并披露关键的证据。此外，ENE 的目的是为所有律师和诉讼当事人提供一个保密、坦诚和深思熟虑的评估平台，以确定他们的立场、相对优势和案件整体价值。最后，特别工作组还希望 ENE 能为各方提供一个早期和解的机会。

北区法院于 1985 年制定了一项 ENE 试点计划。当时负责管理该计划的地方法官 Wayne Brazil 在 ENE 计划下处理了十几起案件。对该试点计划的早期研究显示，该计划取得了可喜的成果⁶。在第二阶段的 ENE 试验中，法院向该计划分配了 150 个指定学科领域的案件，其中 67



个案件实际通过了 ENE 程序⁷。对这些案件的研究得出结论，大多数 ENE 参与者认为 ENE 是值得的。基于在试点 ENE 计划取得明显成功的基础上，北区法院分别在 1988 年和 1989 年进一步扩大和完善了 ENE 计划。

1990 年，美国为了缓解日益增长的诉讼案件数量与司法资源不足之间的矛盾，颁布了《民事司法改革法案》（Civil Justice Reform Act of 1990，简称“CJRA”），美国加州北区法院因其早期中立评估程序的实践，被列为试点法院。此后，ENE 被美国多个州采用并纳入立法。

三、早期中立评估机制的程序设计


在 ENE 的适用案件范围上，美国各州之间的早期中立评估机制不尽相同。笔者曾协助中国客户在美国加州南区法院起诉的案件，并经历了 ENE 程序。根据《美国加州南部地区法院地方规则》（以下简称“南区规则”）的规定，除非法院另有规定，一般民事、海事案件均需要经过预审（pre-trial），而 ENE 便会在预审中进行，并且属于强制性程序。但 ENE 并不适用（1）涉及人身保护令的案件；（2）审查行政裁决的案件；（3）社会保障案件；（4）拖欠诉讼案件；（5）大量被告未答辩的案件；（6）执行判决的诉讼和（7）破产诉讼案件⁸。

ENE 的目的是通过和解、处置性动议或审判，使案件尽早得到解决，因此在程序的安排上是十分紧凑的。《南区规则》要求 ENE 会议必须在提交答辩后的 45 天内举行⁹。根据《美国加州北部地区法院关于替代争议解决的地方规则》（以下简称“北区规则”）的规定，ENE 会议的时间必须在法院发出 ENE 指令后的 90 天内召开。代理律师至少在 ENE 会议前 10 天交换书面陈述并提交给评估员。此外，法院在任命评估员后，该评估员应在 ENE 会议前与将出席 ENE 会议的律师安排一次简短的联合电话会议，讨论诸如 ENE 会议的时间安排、应遵循的程序、评估员的报酬、案件的性质、书面 ENE 陈述的内容以及哪些客户代表将出席等事宜。评估员可酌情安排额外的会前联合电话会议¹⁰。

在《北区规则中》，评估员在整个程序中的职责是：（1）允许每一方当事人（通过律师或其他方式）以口头、文件或其他媒介提出其主张或抗辩，并说明其所依据的主要证据；（2）评估各方争议和证据的相对优势和劣势，并仔细解释支持这些评估的理由；（3）在可行的情况下，估计责任的可能性和损害赔偿的金额范围；（4）帮助当事人制定计划，共享重要信息和/或进行关键证据披露，使他们能够尽快进行有意义的和解讨论，或通过其他方式处理案件；（5）帮助当事人实事求是地评估诉讼费用；（6）如果当事人有兴趣，通过私人核心小组或其他方式，帮助他们探讨和解的可能性；以及（7）确定会议的某种形式的后续行动是否有助于案件的发展进程或和解¹¹。

早期中立评估机制同时设置了严格的保密制度。《北区规则》要求参与 ENE 会议的法官、律师、当事方都应对会议内容保密，并不能向他人、其他法官披露。需要强调的是，ENE 的主要目标并不是和解，但其过程对和解具有促进效果。因此 ENE 并非是强制合意的程序，在 ENE 的任何阶段下，当事方都可选择退出，但若存在恶意滥用制度的情形，评估员也有自行终止评估的权利。ENE 终止后，案件将继续进入法院的诉讼程序。¹²《南区规则》也强调，在 ENE 会议上讨论的内容是“非正式的、无记录的且具有保密性”¹³。

在费用的安排上，北加州的 ENE 评估员应自愿提供至多两小时的准备时间和 ENE 会议的



前四小时。在四小时的 ENE 会议后，评估员可以继续自愿提供时间或让各方选择结束程序或支付评估员费用。只有在所有各方和评估员都同意的情况下， ENE 程序才会继续。如果各方同意继续进行，评估员可按小时或各方同意支付的其他费率收费。如果需要评估员做更多的实质性准备工作，各方可与评估员讨论其他适当的付款安排¹⁴。

中国企业在参与 ENE 程序时，需考虑如何选择在 ENE 阶段应该对哪些重要事实进行评估才能尽可能促成双方尽早和解，以减少律师费的开支。比如，在产品责任案件中，一般来说，在 ENE 阶段对原告遭受的各项损失进行评估就对于促进双方和解有所帮助。

¹ Colorado Revised Statutes Annotated C.R.S. 13-22-302.

² Utah Code Annotated Utah Code Ann. §78B-6-202.

³ Code of Virginia (Annotated) Va. Code Ann. §8.01-576.4.

⁴ 引用 American Bar Association 网站：

https://www.americanbar.org/groups/dispute_resolution/resources/disputeresolutionprocesses/early_neutral_evaluation/，最后访问时间：2023 年 10 月 20 日。

⁵ 参考 Wayne D. Brazil, A Close Look at Three Court-Sponsored ADR Programs: Why They Exist, How They Operate, What They Deliver, and Whether They Threaten Important Values, 1990 U. CHI. LEGALF.

⁶ David I. Levine, Early Neutral Evaluation: A Follow-up Report, 70 JUDICATURE 236 (1987).

⁷ David I. Levine, Early Neutral Evaluation: The Second Phase, J. Disp. RESOL. 1, 48.

⁸ S.D. Cal. CivLR 16.1 c.e.

⁹ S.D. Cal. CivLR 16.1 c.1.

¹⁰ N.D. Cal. ADRLR 5-4.

¹¹ N.D. Cal. ADRLR 5-11(a).

¹² N.D. Cal. ADRLR 5-12(a).

¹³ S.D. Cal. CivLR 16.1 c.1.(b).

¹⁴ N.D. Cal. ADRLR 5-3(b).

加入《海牙公约》对涉外诉讼的影响

赵振、沙桐

《取消外国公文书认证要求的公约》（以下简称“《海牙公约》”）于 1965 年正式生效，该公约旨在简化公文书跨国流转程序，以更便捷的证明方式取代传统使领馆的领事认证。2023 年 3 月 8 日，中国大陆加入《海牙公约》，并于 2023 年 11 月 7 日《海牙公约》在中国大陆及其他未对中国大陆加入提出异议的缔约国之间生效。《海牙公约》生效后，中国大陆开始签发附加证明书，加贴附加证明书的文书可在《海牙公约》缔约国之间使用，无需办理外国驻华使领馆的领事认证。

一、中国大陆加入《海牙公约》后，主体信息、授权委托书、公文书、涉及身份关系的证据仅需海牙附加证明书（APOSTILLE），无需公证认证手续

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第五百二十一条规定：“外国人参加诉讼，应当向人民法院提交护照等用以证明自己身份的证件。外国企业或者组织参加诉讼，向人民法院提交的身份证明文件，应当经所在国公证机关公证，并经中华人民共和国驻该国使领馆认证，或者履行中华人民共和国与该所在国订立的有关条约中规定的证明手续。代表外国企业或者组织参加诉讼的人，应当向人民法院提交其有权作为代表人参加诉讼的证明，该证明应当经所在国公证机关公证，并经中华人民共和国驻该国使领馆认证，或者履行中华人民共和国与该所在国订立的有关条约中规定的证明手续。”

《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第十六条规定：“当事人提供的公文书证系在中华人民共和国领域外形成的，该证据应当经所在国公证机关证明，或者履行中华人民共和国与该所在国订立的有关条约中规定的证明手续。中华人民共和国领域外形成的涉及身份关系的证据，应当经所在国公证机关证明并经中华人民共和国驻该国使领馆认证，或者履行中华人民共和国与该所在国订立的有关条约中规定的证明手续。当事人向人民法院提供的证据是在香港、澳门、台湾地区形成的，应当履行相关的证明手续。”

根据上述规定，中国大陆加入《海牙公约》前，主体信息、授权委托书、涉及身份关系的证据需要公证加中国使领馆认证；公文书证需公证，无需中国领事馆认证。

而根据《海牙公约》第二条“缔约国对适用本公约且需在其领土内出示的文书应免除认证要求。就本公约而言，认证仅指文书出示地国的外交或领事人员为证明签名的真实性、文书签署人签署时的身份，以及在需要时为确认文书上的印鉴属实而履行的手续”的规定，中国大陆加入《海牙公约》后，主体信息、授权委托书、公文书、涉及身份关系的证据仅需海牙附加证明书（APOSTILLE）。

文书类型	举例说明	加入《海牙公约》前的跨境流转要求	加入《海牙公约》后的跨境流转要求
身份证明文件	代表人身份证明、授权委托书材料等	公证加中国使领馆认证	仅需海牙附加证明书（APOSTILLE）
涉及身份关系的证据	出生证明、死亡证明、亲属关系证明、结婚证等	公证加中国使领馆认证	
公文书	判决书、裁定书、公证文书等	公证	

二、中国大陆与中国香港、中国澳门、中国台湾间，《海牙公约》不适用

虽然中国香港和中国澳门为《海牙公约》的成员，但根据中国大陆加入《海牙公约》保留声明，中国大陆与其不承认具有主权国家地位的《海牙公约》成员之间不适用《海牙公约》，即中国大陆和香港、澳门特别行政区之间的公文书转递仍依靠指定转递机构，而不是办理附加证明书。

根据现有规定，中国香港内形成的文书，需经司法部委托的香港律师公证，并经中国法律服务（香港）有限公司盖章转递；中国澳门形成的文书，需经司法部派驻澳门的中国公证员公证，并经中国法律服务（澳门）有限公司盖章转递。

此外，中国台湾没有加入《海牙公约》，中国台湾内形成的文书通过领事认证程序后才能在中国大陆使用。

浅析涉港离婚诉讼中大陆不动产分割的法律适用（上）

——《法律适用法》二十四条与三十六条竞合下的实务研究

王雪阳

一、我国大陆与香港地区夫妻财产制度

在大多数国家的婚姻立法中，夫妻财产制度均包括两类——法定财产制和约定财产制。在这两种夫妻财产制上，约定财产制往往优先于法定财产制，即在确认夫妻财产归属以及法院在处理夫妻财产分割时，应先遵循双方间的约定，若夫妻双方未对财产作约定时，则根据法定财产制作出认定。

我国大陆地区与香港特别行政区在夫妻约定财产制的规定上均给予夫妻双方较高度意思自治权。大陆地区自从 2001 年《婚姻法》的修改即在法律上确定了夫妻之间可以约定婚前及婚后取得及受赠与、继承的财产的婚内归属。而香港地区对于约定财产制的立法沿袭了英国的做法，对约定财产制的立法限制较少，只要夫妻双方的约定不以欺诈为目的，不违背强制性法律的规定，或者是侵害到他人的合法权益即可。¹

但在夫妻法定财产制方面，大陆与香港地区则有较大差异。我国大陆地区实施夫妻共同财产制度，具体规定于《民法典》第一千零六十二条。相较于先前的《婚姻法》，《民法典》吸收了《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》的规定，将一方在婚姻关系存续期间取得的劳动报酬和投资所得的收益也纳为夫妻共同财产。

而我国香港地区则实施夫妻分别财产制。其一，根据香港地区《已婚者地位条例》第三条²和第四条³的规定，若夫妻间无特别约定，婚内所得全部财产为分别所有，不会基于婚姻而将一方配偶财产权利给予另一方，夫妻各自独立享有财产权。其二，根据第十条⁴的规定，夫妻各自独立承担财产责任，夫不因是妻子的丈夫身份，对妻子婚前或婚后所为之侵权行为、契约、所负之债务或义务而承担责任，也不因妻子所负之债务或义务收到起诉的责任。

另外，需要说明的是，香港地区法律并没有明确表达夫妻在婚姻关系存续期间取得财产为各自所有，而仅明文规定已婚女性的财产权利，是因为立法者鉴于女性在婚姻中的相对弱势地位，侧重对女性一方的权益保障，故予以重点规定。《已婚者地位条例》第四条改变了之前女性不享有独立财产权利的历史，如果一项财产权利对男性没有限制，那么也不能限制女性，实现了男女财产地位上的平等。⁵

基于上述我国大陆与香港地区关于夫妻财产制度的不同，在处理涉港离婚案件时，若根据冲突规范的指引而适用不同的准据法，则会以不同方式处理夫妻财产的分割问题。下文将以不动产分割为重点，分析涉港离婚案件中位于大陆的不动产分割的法律适用问题。

二、涉港离婚案件中不动产分割的法律适用

（一）《法律适用法》中涉及财产关系的规定

《法律适用法》第二十四条规定：“夫妻财产关系，当事人可以协议选择适用一方当事人经常居所地法律、国籍国法律或者主要财产所在地法律。当事人没有选择的，适用共同经常居所地法律；没有共同经常居所地的，适用共同国籍国法律。”该法第三十六条规定：“不动产物权，适用不动产所在地法律。”

由此可见，《法律适用法》的第二十四条依次以意思自治、共同经常居所地、共同国籍国作为涉外夫妻财产关系冲突规范的连接点。第三十六条则以物之所在地作为解决不动产物权关系的冲突规范的连接点。

（二）法条竞合下引发的涉港离婚案件中不动产权属纠纷的识别问题

如前所述，《法律适用法》的第二十四条与第三十六条均对涉及财产问题的法律适用作出了规定。因此，当夫妻双方均为香港地区居民，离婚时对在大陆购买的房产的权属产生争议时，第二十四条与第三十六条则存在潜在的法条竞合。若法院将此识别为夫妻财产关系法律问题，则根据第二十四条会指引适用香港地区法律的夫妻财产分别所有制，而若法院将此识别为不动产物权关系问题，则根据第三十六条会指引适用大陆地区法律的夫妻财产共同所有制。由此可见，在涉港离婚案件的不动产权属认定问题中，根据不同的冲突规范指引适用不同的准据法，可能会得出截然不同的判决。


现今，对于涉港离婚案件的不动产分割问题应当采用第二十四条的属人法法律规定抑或是第三十六条的物之所在地法法律规定，尚无明确的法律指导。而通过在北大法宝上检索现有判例，笔者发现，在司法实践中，法院对于涉港案件夫妻婚姻关系存续期间取得的不动产权属的认定，均倾向于适用《法律适用法》第二十四条。

1、徐韵凤诉张顺良所有权确认纠纷案，案号：(2016)沪 01 民终 2237 号

虽然该案中当事人并未离婚，案件为不动产所有权确认纠纷，而非离婚案件财产分割纠纷。但是本案中上海市第一中级人民法院对第二十四条与第三十六条的竞合问题的论述颇具参考价值。

该案中，上海市第一中级人民法院查明，上诉人徐韵凤与被上诉人张顺良于 1987 年 1 月 8 日在香港登记结婚，上诉人张梦欣系两人的女儿。三人均系香港特别行政区居民，系争房屋产权登记于徐韵凤、张梦欣名下，张顺良主张其基于与徐韵凤间的夫妻关系而对系争房屋享有权利。对于该案应选择适用的冲突规范，徐韵凤、张梦欣主张该案系夫妻财产关系纠纷，应当适用《法律适用法》第二十四条，而张顺良则主张，本案发生争议的标的物为不动产，应适用《法律适用法》第三十六条。

上海市第一中级人民法院认为：“双方就系争房屋权属产生的争议，从现有的法律规定看，若基于双方的特定身份关系，则落入《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第 24 条调整的夫妻财产关系纠纷范围，若基于标的物的属类，则又落入《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第 36 条调整的不动产物权纠纷范畴，优先适用哪一条的规定系双方争议的焦点。



双方就系争房屋产权归属发生的纠纷，从形式上看是对不动产权属的确认之诉，但张顺良是基于与徐韵凤的婚姻关系而主张对系争房屋享有利益，其实质是因婚姻关系所产生的财产争议，即具有合法婚姻关系的男女双方对财产的权利义务关系，或男女双方对合法婚姻关系存续期间取得财产的权利义务关系。双方的争议是基于确认当事人之间具有合法婚姻关系的基础上，具有更强的身份特征或属人特性。在处理夫妻财产关系的法律冲突时，遵循国际私法的基本原则，宜首先尊重当事人的意思自治，允许夫妻双方协议选择调整夫妻财产关系的法律，夫妻双方未选择的，选择与身份特征更具密切联系的连结点。基于上述分析，本院认为就本案争议之冲突规范的适用，应优先选择适用《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第 24 条之规定，而非 36 条之规定。”

2、伍某与阮某 1 离婚后财产纠纷案，案号：(2017)粤 0781 民初 2306 号

在该案中，广东省台山市人民法院查明，伍某与阮某 1 在台山市台城镇人民政府登记结婚，二人婚后因产生矛盾而于 2005 年 5 月分居。2008 年 9 月 3 日，香港特别行政区区域法院出具婚姻案件编号 FCMC9170/2007《暂准判令转为绝对判令证明书（离婚案）》，证明二人婚姻关系解除。系争房屋产权于 2006 年 7 月 4 日核准登记在阮某 1 名下，而伍某主张该房产在婚姻关系存续期间取得，为夫妻共同财产，离婚后应依法进行分割。另查明，伍某于 2001 年移居香港特别行政区，2008 年取得香港永久性居民身份。阮某 1 于 2006 年移居香港特别行政区，2013 年取得香港永久性居民身份。

就冲突规范的适用选择，伍某主张，本案发生争议的标的物为不动产，应适用不动产所在地法律。阮某 1 则主张，本案系夫妻财产关系纠纷，应根据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第二十四条之规定，而适用香港特别行政区的法律。而广东省台山市人民法院对该问题的分析，基本沿用了前述上海市第一中级人民法院的论述，认为双方的争议实质是因婚姻关系所产生的财产争议，故应当优先选择适用《法律适用法》第二十四条的规定。


3、谢亮森与李健敏物权确认纠纷案，案号：(2017)粤 03 民终 3385 号

在该案中，李健敏、谢亮森系夫妻，均为香港永久性居民，于 1961 年 12 月 4 日在香港登记结婚。涉案房产位于深圳市南山区，于双方婚后在 1997 年购买，于 2006 年 2 月 9 日登记至谢亮森名下。

深圳市中级人民法院认为：“由于涉案当事人均为香港居民，具有涉外因素，本案属于国际私法调整范畴，而国际私法案件的处理首先涉及对争议问题进行识别，即确定它是一个什么性质的法律问题。识别后才能确定适用何种冲突规范，进而运用冲突规范所指向的实体规范以规范当事人的权利义务。李健敏在本案中基于夫妻关系请求确认其对谢亮森名下的涉案不动产享有共有权，本院认为，本案争议问题即李健敏基于夫妻关系对涉案房产是否享有物权权益，属于夫妻财产关系。”

4、冯某与姚某 2 等继承纠纷案，案号：(2020)京 01 民申 298 号

在该案中，北京市第一中级人民法院认为：“本案虽为继承纠纷，但应当首先确定诉争房屋是否为方某某和姚某 1 的夫妻共同财产暨是否为方某某的遗产，实际上，双方在法律关系定



性及法律适用上的争议也是围绕上述问题展开的，因中华人民共和国香港特别行政区法律与内地法律在夫妻财产认定上存在差异，导致在同一法律事实的情形下，法律适用的选择直接影响诉争房屋是否为方某某的遗产、申请人是否有权依照遗嘱继承相应份额。因此，本案的争议焦点为原审法律适用是否有误，即，在诉争房屋购买于方某某与姚某 1 婚姻关系存续期间的情形下，应适用哪一法律对诉争房屋的权属进行认定，对此，结合申请人的申请理由，本院分述如下：从我国的法律关系分类体系看，《民事案件案由规定》系以民事法律关系分类为基础、以法律关系内容即民事权利编排体系，其中婚姻家庭、继承纠纷编排为第二部分，与作为第三部分的物权纠纷相互独立，婚姻家庭纠纷中涉不动产权属的争议并未因争议标的是不动产而定性为不动产纠纷，由此体现我国现行立法及审判实践中，对于夫妻间的财产纠纷定性，并未采取区分动产和不动产的分割主义，均定性为夫妻财产纠纷。因此，就本案而言，在诉争房屋权属确定这一问题上应属于夫妻财产纠纷，原审适用《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第二十四条并无不当。”

综合上述判例可知，在涉港案件中，夫妻婚姻关系存续期间取得的不动产权属的争议，法院一般识别为夫妻财产关系纠纷。对此，笔者表示认同。夫妻财产关系与不动产物权是两种不同的法律关系，对于离婚案件中的不动产确权法律问题，双方的争议是基于确认当事人之间具有合法婚姻关系的基础上，具有更强的身份特征或属人特性，而不应当简单的认定为物权法律关系，故在冲突规范的选择上，应当适用《法律适用法》第二十四条，而非第三十六条。

三、涉港离婚案件处理不动产权属问题引发的实务思考


在上述四起判例中，法院均通过《法律适用法》第二十四条的指引，适用香港地区的法律处理系争房屋的权属。而系争房屋虽取得于夫妻婚姻关系存续期间，但仅登记于夫妻一方名下，且夫妻双方之间并未对房产的归属另作约定，或并无其他证据可证明系争房屋为夫妻双方共同共有。据此，法院判决系争房屋归登记一方一人所有。

这又进一步引发了笔者的思考。曾有一位当事人向笔者咨询，其夫妻双方均为香港居民，婚后二人购买了一套位于内地的房屋，但仅登记于其丈夫名下，若离婚时需对该房产进行分割，应当如何维护其在该房产上的合法权益。

首先，根据香港《已婚者地位条例》第六条与第七条的规定，夫妻间因财产所有权或管有权发生的问题，丈夫或者妻子可用传票或简易程序向法官提出申请，要求裁决。申请一方应提供证据证明其对财产享有合法/合理的权益，包括提供证据证明其为购买该财产作出的贡献，或者因为该财产是用于婚姻家庭生活，或尽管该财产单独登记在一方名下，但通过协议约定该财产属于共同共有的情形，从而对财产享有合理权益。⁶

即，尽管香港地区实施夫妻财产分别所有制，但是对于权属的认定，也并非仅简单的依照登记这一形式上的认定方式，而是配偶一方可以向香港地区法院提供相关证据，证明其对该财产享有的权益，使法院在财产归属上作实质的认定与裁决。

此外，虽香港法律成文法中规定实行夫妻分别财产制，但在衡平法或判例法中，如存在财产推定信托，则可认定登记在夫妻一方名下的不动产为夫妻共有。在推定信托下，即使其中一方是财产的法定拥有人，但未必是财产的唯一实际权益拥有人或拥有全部实际权益，而是以受



托人的身份代实益人持有全部或部分法定权益。

在徐韵凤诉张顺良所有权确认纠纷案中，上海市第一中级人民法院对此问题作了详尽的论述：“对认定推定信托存在的构成要件，香港法律并无明确规定，结合当事人的主张及双方各自提交的法律意见书看，可从双方是否存在共有争议财产的合意、主张推定信托存在的一方是否存在使自己利益受损的行为或是否为取得争议财产作出贡献这两个构成要件来判断。”

而对于双方是否存在共有争议财产的合意，上海市第一中级人民法院认为：“系争房屋产权登记在徐韵凤、张梦欣名下后，产权证由徐韵凤保管，并由徐韵凤实际控制、利用，张顺良虽在内地特别是系争房屋所在地上海长期生活、居住，但没有证据证明张顺良此后经常性地参与了对系争房屋日常的管理与收益，或为持有系争房屋直接付出对价，徐韵凤、张梦欣显然是以单独所有的意思表示占有、使用、收益、处分系争房屋，并没有与张顺良共有系争房屋产权的意思表示。张顺良主张其曾实地看房、了解房屋的真实情况，并在 2005 年至 2007 年间居住过系争房屋，但其没有提供证据证明其上述陈述，即便存在上述事实，也不足以据此推定双方存在共有系争房屋的合意。张顺良陈述系争房屋购买后，其并不清楚系争房屋的产权登记状况，张顺良怠于了解系争房屋产权登记的行为也能印证其与徐韵凤间不存在共有系争房屋的合意，且至双方发生纠纷已近 14 年，张顺良从未主张系争房屋的所有权，从该情节看，张顺良显然对系争房屋持有非产权人的心态。综合上述分析，从在案证据反映的事实看，无法认定张顺良与徐韵凤存在共有系争房屋的合意。”

对于张顺良是否为取得系争房屋作出贡献或存在使自己利益受损的行为之争议，法院认为：“系争房屋的首付款由徐韵凤支付，银行贷款亦以徐韵凤名义归还，从目前的在案证据看，张顺良从未以自己的名义支付过购房款或归还过银行贷款，张顺良与徐韵凤间也不存在双方共同出资而仅以徐韵凤名义履行出资或还款义务的协议，故应认定张顺良对取得系争房屋并未作出贡献或者未作出使自己利益受损的行为。张顺良主张徐韵凤自婚后即没有职业收入，相应的家庭支出均由其承担，购买系争房屋时张梦欣未成年，不具经济能力，系争房屋购房款及银行贷款虽以徐韵凤名义支付，但均来源于张顺良的经济收入，故张顺良对取得系争房屋作出了贡献。对此，本院认为，依据双方各自提供的法律意见书看，香港法律规定实行夫妻分别财产制，但并未区分不动产与动产，故对于现金等动产，仍以名义人或持有人为所有人，徐韵凤名下账户支出或者以徐韵凤名义支出的现金，应认定为徐韵凤所有，与张顺良无涉，且张顺良也没有证据证明徐韵凤支付的购房款及归还的银行贷款与其有直接的关联，故张顺良的上述主张，亦不足以认定张顺良对取得系争房屋作出贡献或作出使其利益受损之行为。”

综上，在夫妻双方均为香港地区居民，而在内地购买房屋且产权仅登记在一方名下的情形下，笔者建议，双方应当事先对房产的归属作书面协议的约定，或是保有以自己的名义支付购房款或归还银行贷款、经常性地参与对房屋日常的管理与收益等证据，以证明夫妻双方对该房屋有共同占有、使用、收益、处分等的共同共有的意思表示或己方为取得该房屋的贡献。否则，当双方以诉讼方式提起离婚或离婚后财产纠纷之诉时，依照香港地区的夫妻财产分别所有制，法院在无法认定双方对房产归属另有约定或存在共同共有、推定信托的情形时，一般将房屋判给登记方，则另一方难以保障自身在该房屋上的合法权益。

¹ 贾宇.两岸三地夫妻财产制度比较研究[D].2012.重庆:西南政法大学

² 《已婚者地位条例》3.已婚女性的能力

(1)除本条例另有规定外,已婚女性在以下各方面,犹如未婚时一样——

(a)有取得、持有及处置财产的能力;

(b)就侵权行为、合约、债务或义务而言,有自我承担责任及被委以责任的能力;

(c)在侵权行为、合约或其他方面,有起诉及被起诉的能力;及

(d)受有关破产的法律及受判决与命令的执行所规限。[比照 1935 c. 30 s. 1 U.K.]

(2)已婚女性在各方面均可担任受托人或遗产代理人,犹如未婚时一样。

³ 《已婚者地位条例》4.已婚女性的财产

(1)除本条例另有规定外,凡——

(a)于紧接 1936 年 3 月 20 日以前,属已婚女性的专有财产或根据衡平法代其持有作其专用的财产;或

(b)于该日以后结婚的女性,在结婚时已拥有或正拥有的财产;或

(c)于该日以后,已婚女性已取得或正取得的财产,或已转予或正转予该已婚女性的财产,须全归该女性所拥有,犹如未婚时一样,该财产并可据此而予以处置。

(2)不论在本条例生效日期*之前或之后,女性在享有财产方面的预用权或让与权如受到限制,而该等限制不可能加诸男性对该财产的享有者,则该等限制概无效力。

⁴ 《已婚者地位条例》10.免除丈夫负起妻子在侵权行为、合约、债务及义务上的责任

除本条例另有规定外,某女性的丈夫无须纯粹因身为该女性的丈夫而就以下事宜负责

(a)该女性婚前或婚后所犯的侵权行为,或其婚前所订立的合约,或所负的债务或义务;或

(b)在上述侵权行为、合约、债务或义务的法律程序中被起诉或成为法律程序的一方。

⁵ 章磊.粤港澳大湾区婚姻法律规则比较与衔接研究[D].2022.广东省:广东外语外贸大学

⁶ 详见《已婚者地位条例》第 6 条、第 7 条,及徐韵凤诉张顺良所有权确认纠纷一案(案号:(2016)沪 01 民终 2237 号)中徐韵凤、张梦欣提交的经公证认证的香港何韦鲍律师行 HEATHFIELD LINDA CATHERINE 律师于 2016 年 4 月 18 日出具的《法律意见书》

新《公司法》对红筹企业控制权纠纷的影响

郑丹妮

2023 年 12 月 29 日，第十四届全国人民代表大会常务委员会第七次会议修订通过并公布了《中华人民共和国公司法》（简称“新《公司法》”），自 2024 年 7 月 1 日起施行。届时，现行有效的于 2018 年修正的《中华人民共和国公司法》（简称“现行《公司法》”）将被新《公司法》替代，与公司治理相关的法律法规也将相应变更。本文聚焦于新《公司法》对红筹企业控制权纠纷的影响，以供创始人及投资人参考。


根据中国证监会于 2018 年 3 月 22 日发布实施的《关于开展创新企业境内发行股票或存托凭证试点的若干意见》，红筹企业指注册地在境外、主要经营活动在境内的企业。对于主要经营活动在境内的创业公司而言，为便于获得外币投资、开展境外业务、实现境外上市并遵守中国对特定行业（特别是互联网行业）的外资股权比例限制，往往会选择搭建红筹架构而将整个集团的母公司兼融资主体设在开曼群岛（简称“开曼母公司”）。开曼母公司的股东通常为创始人在英属维尔京群岛设立的全资持股平台及境内外投资人；此外，部分创业公司会专设员工股权激励持股平台主体，另一部分创业公司则仅先预留员工股权激励的份额而不专设平台主体。为充分利用中港税收协定的优惠政策，开曼母公司通常会在香港设立全资持股的夹层公司（简称“香港公司”），再由香港公司在中国境内设立外商独资企业（Wholly Foreign Owned Enterprise，简称“WFOE”）。视乎创业公司所在行业对外资股权比例的限制，WFOE 与境内运营主体（简称“运营公司”）之间，要么采用直接持股架构，要么采用协议控制（又称“可变利益实体”，即 Variable Interest Entity，简称“VIE”）架构。“集团公司”则指开曼母公司、香港公司、WFOE、运营公司及前述公司的任何附属公司。

红筹企业控制权纠纷往往发生在创始人与投资人之间；笔者也曾遇到联合创始人之间发生分歧、二把手联合投资人与一把手对阵的案件。在创始人非自愿退出集团公司的情形下，对于控制权的争夺常常诉诸“境内外组合拳”。因此，尽管红筹企业的融资文件通常选择适用香港法在香港仲裁，新《公司法》至少仍会影响境内裁判机关的裁决。在红筹企业融资文件中，与前述控制权纠纷情形直接相关的常见条款包括以下四类。

（一）创始人限制条款

在红筹企业的融资文件中，创始人限制条款的核心内容通常包括：（1）创始人的股权在交割后于一定期限内（通常为四年）分期兑现，如果提前离职，未兑现股权应被开曼母公司回购；（2）在集团公司实现合格上市之前，未经投资人同意，创始人不得直接或间接处置其持有的股权；（3）创始人应将全部精力、工作时间投入集团公司的经营和管理；（4）在创始人任职于集团公司或持有集团公司股权期间（以较晚者为准）及其结束后的特定期限（通常为两年）内，创始人不得直接或间接从事与集团公司主营业务相竞争的业务。投资人可能主张创始人违反前述限制条款的一项或多项，要求创始人退出集团公司。

针对第 1、2 项，相较于现行《公司法》仅规定股份有限公司“公司章程可以对公司董事、



监事、高级管理人员转让其所持有的本公司股份作出其他限制性规定”，新《公司法》第一百五十七条进一步明确规定股份有限公司“公司章程对股份转让有限制的，其转让按照公司章程的规定进行”。因此，类推至有限责任公司，若在集团公司实现合格上市之前，创始人未经投资人同意处置其持有的运营公司股权，将较难获得境内裁判机关的支持。

针对第 3 项，在现行《公司法》规定的董监高的忠实义务和勤勉义务基础上，新《公司法》进一步明确：忠实义务是一种消极义务，即“不得利用职权谋取不正当利益”；勤勉义务是一种积极义务，即“执行职务应当为公司的最大利益尽到管理者通常应有的合理注意”。此外，新《公司法》新增“公司的控股股东、实际控制人不担任公司董事但实际执行公司事务的，适用前两款规定”，进一步强化了对控股股东和实际控制人的规范。这与第 3 项要求创始人全职、避免存在体系外的公司的精神遥相呼应，故境内裁判机关倾向于认定第 3 项条款为有效约定。


第 4 项的竞业限制应视为基于股权关系由创始人对投资人股东作出的承诺，性质与基于劳动关系由创始人对集团公司作出的承诺不同，无需支付经济补偿金。在现行《公司法》规定的竞业禁止义务基础上，新《公司法》将该义务的法定主体扩张至监事，并增设董事会作为例外许可的机关。境内裁判机关也将倾向于将创始人对投资人股东的承诺认定为有效。

（二）董事委派权

控制董事会多数席位的股东通常享有对红筹企业的经营决策控制权。在红筹企业的每一轮融资中，董事会成员人数为奇数，通常由创始团队享有多数董事的委派权，至少每一轮的领投资方会享有一名董事的委派权；有时投资人也可能争取到该轮多数投资人共同享有一名董事的委派权，或者不享有董事委派权的投资人享有董事会观察员的委派权。创始人通常担任各集团公司的执行事务的董事/董事长兼总经理，以及 WFOE 和/或运营公司的法定代表人。

投资人要求创始人退出集团公司时，一般会同时要求创始人退任每一家集团公司的董事、经理和/或法定代表人，这很可能引起非自愿退出的创始人的反抗。新《公司法》第十条扩大了法定代表人的选任范围，即“公司的法定代表人按照公司章程的规定，由代表公司执行公司事务的董事或者经理担任”。根据新《公司法》第五十九条、第六十六条、第六十七条、第七十三条，选举和更换董事、修改公司章程属于股东会的职权，前者应当经代表过半数表决权的股东通过，后者应当经代表三分之二以上表决权的股东通过；聘任或解聘经理则属于董事会的职权，应当经全体董事的过半数通过决议。特别地，新《公司法》第七十一条新增无因解除董事的规定，即“股东会可以决议解任董事，决议作出之日解任生效。无正当理由，在任期届满前解任董事的，该董事可以要求公司予以赔偿。”

在红筹企业中，WFOE 的唯一股东通常是受开曼母公司全资持股的香港公司，假设投资人能够通过股东会和/或董事会决议实际控制开曼母公司，则借香港公司之手决议变更 WFOE 或其直接持股的运营公司的董事、经理及法定代表人并非难事，但难点恰恰在于 VIE 架构下的运营公司与开曼母公司、香港公司或 WFOE 并无直接持股关系。实践中，创始人通常持有运营公司的多数股权，WFOE 与运营公司及其股东之间通常会签署全套 VIE 协议，包括独家业务合作协议、独家购买权协议、授权委托书、股权质押协议等。根据前述协议，WFOE 有权以名义价格要求运营公司的股东转让其所持的运营公司股权、有权代表运营公司的股东在股东会上行使表决权、有权行使其对运营公司股权的质押权利等。然而，WFOE 实现前述权利均需创始



人配合（包括公司证照及财务资料的移交）；当创始人不予配合时，只能以 VIE 协议约定的方式（通常为境内仲裁）解决争议。

当创始人拒不配合退出的期间，继续以运营公司法定代表人、董事或经理的身份行事时，相关行为的效力如何认定呢？新《公司法》第十一条借鉴、吸收了《中华人民共和国民法典》第六十一条、第六十二条的立法，明确规定“法定代表人以公司名义从事的民事活动，其法律后果由公司承受；公司章程或者股东会对法定代表人职权的限制，不得对抗善意相对人”。新《公司法》第三十四条进一步规定“公司登记事项未经登记或者未经变更登记，不得对抗善意相对人”。不过，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（2022 年修正）第五十条、第五十一条规定，“法定代表人已经变更，但未完成登记，变更后的法定代表人要求代表法人参加诉讼的，人民法院可以准许。”“在诉讼中，法人的法定代表人变更的，由新的法定代表人继续进行诉讼，并应向人民法院提交新的法定代表人身份证明书。原法定代表人进行的诉讼行为有效。”

值得注意的是，上述讨论的前提假设是投资人能够通过股东会和/或董事会决议实际控制开曼母公司。实践中，由于融资文件中可能存在保护性条款及多重表决权，投资人要在开曼母公司层面实现对股东会和/或董事会的实际控制并通过一系列决议，并非易事。若前述前提假设不成立，则创始人有机会主张人事任免的有效性应当穿透层层公司架构来考虑开曼母公司的意志，即不应仅凭某一集团公司的股东会或董事会决议进行人事任免。

（三）保护性条款

保护性条款俗称“一票否决权”，包含股东会和董事会两个层面。该等条款通常要求集团公司的重大事项必须经过投资人或投资人委派董事的事先同意，而重大事项通常分为两类：（1）涉及集团公司资本运营或者基本治理结构的重大事项，例如修改章程、增资/减资、清算；（2）涉及集团公司日常运营的重大事项，例如董事会人数或成员的变更、高管的任免。

红筹企业控制权纠纷中，一旦融资文件存在保护性条款，创始人往往难以凭借一己之力或联合多数股东选择解散集团公司、办理增资/减资、修改章程或变更董事等，因为投资人或投资人委派董事对于该等重大事项享有一票否决权。相反，投资人有机会联合起来通过对重大事项的决议，前提是创始人不享有多重表决权。

根据新《公司法》第二十六条，“公司股东会、董事会的会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规或者公司章程，或者决议内容违反公司章程的，股东自决议作出之日起六十日内，可以请求人民法院撤销。但是，股东会、董事会的会议召集程序或者表决方式仅有轻微瑕疵，对决议未产生实质影响的除外。未被通知参加股东会会议的股东自知道或者应当知道股东会决议作出之日起六十日内，可以请求人民法院撤销；自决议作出之日起一年内没有行使撤销权的，撤销权消灭。”

对于 VIE 架构下的运营公司而言，投资人通常不是直接持股的股东，但董事会中可能有投资人委派董事。若运营公司的公司章程未约定投资人委派董事对于重大事项享有一票否决权，则开曼母公司层面的约定可能无法获得境内裁判机关的支持。

（四）多重表决权

通常情形下，拥有一家公司最多股权的股东或一致行动协议下代表多数表决权的牵头股东被视为拥有控制权。但创业公司的股权经过数轮融资后往往被稀释，此时即使创始人的股权比例不高，一旦拥有多重表决权，创始人仍可以被视为公司的实际控制人。在红筹企业中，开曼母公司的股东之间一般会签署股东协议，并在某一轮融资时新增关于创始人多重表决权的约定（例如创始人的每一票代表相较于投资人的十倍表决权），使得创始人仍然有机会针对非重大事项单独或牵头通过股东会决议和/或董事会决议。

根据新《公司法》第二百六十五条，实际控制人是指通过投资关系、协议或者其他安排，能够实际支配公司行为的人；出资额或者持有股份的比例虽然低于百分之五十，但依其出资额或者持有的股份所享有的表决权已足以对股东会的决议产生重大影响的股东，亦为控股股东。

新《公司法》亦明确允许表决权“同股不同权”的安排。第六十五条规定有限责任公司“股东会会议由股东按照出资比例行使表决权；但是，公司章程另有规定的除外”；第一百一十六条规定股份有限公司“股东出席股东会会议，所持每一股份有一表决权，类别股股东除外”；第一百四十四条规定股份有限公司可以按照公司章程的规定发行与普通股权利不同的类别股，包括“每一股的表决权数多于或者少于普通股的股份”。

因此，若融资文件赋予创始人多重表决权，在红筹企业控制权纠纷中，创始人可能自上而下占据优势地位，除非投资人有充足证据证明创始人基于故意或重大过失违反融资文件。

结语

在红筹企业控制权纠纷中，局面究竟对于创始人还是投资人更有利，很大程度上取决于融资文件及日常管理的完善程度，以及所聘请律师团队的专业度及配合度。除本文着重讨论的条款外，融资文件及潜在争议还可能涉及对赌条款、清算优先权、反稀释权利、领售权/拖售权、优先认购权、优先购买权和共售权、信息权和检查权等。本次《公司法》修订恰好提供了重新审查各条款及文件完善度的契机，值得未雨绸缪、防患于未然。

本期部分作者



蔡硕（北京）

+86 10 5706 8270
caishuo@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



易旸（大连）

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



李露（成都）

+86 28 8324 7123
lilu@jtn.com



李岚（深圳）

+86 755 2348 2627
lilan@jtn.com



赵振（北京）

+86 10 5706 8237
zhaozhen@jtn.com



王雪阳（深圳）

+86 755 2223 5518
wangxueyang@jtn.com



郑丹妮（深圳）

+86 755 2223 5518
zhengdanni@jtn.com



JT&N 金诚同达

www.jtn.com