

深度剖析 專業服務



宏傑亞洲有限公司主辦
www.ManinvestAsia.com

宏傑 MANIVEST

宏傑集團客戶刊物 非賣品 WINTER 冬季刊 2014
總第13期

INSIDE

SEMINAR 研討會

Q&A: “國際法律環境中的海外公司股東和董事權益保障研討會”

FOCUS 特別聚焦

開曼群島公司股東爭議及運用法院程序退出投資
如何利用BVI公司保障股東權益
香港新《公司條例》下股東爭議的解決

OBSERVATION 宏傑觀察

從中國企業視角看海外公司股東爭議解決

國際法律環境中的 海外公司股東和 董事權益保障

置身于全球經濟充滿不確定的大背景下，不少國家在2014年紛紛修訂法例（特別是公司法），對營商環境、產業導向、資金流動和稅務協調予以規管。面對復雜多變的國際法律環境，中國的股東和董事該如何最大程度地利用海外公司來保障自己的利益？

ISSN 22 19-9 543



9 772219 954009

宏傑集團客戶刊物 非賣品

宏傑 源於亞洲 基於亞洲 服務全球

人生的行動

不只是魯莽的「去啊」

沉著冷靜的選擇「去哪兒」

才是一種成熟的人生態度

旅行的意義

不在於明確的「去哪兒」

與誰攜手風雨同舟的一種

方不辜負她紫嫣紅的美好

投資的智慧

何止於 Show Me the Money

唯有彼此遠致通財和規勸之義

概不夫為 You Have Me at Hello

此事古難全

也許，高呼「去啊」猶言在耳

爭議、糾紛、猜忌，便紛還而至

股東爭議解決還能「去哪兒」……

季宏
刊傑

www.Manivestasia.com



宏傑季刊

MANIVEST QUARTERLY

宏傑集團客戶刊物 非賣品 2014 冬季刊 總第 13 期

總編輯	Rock Li	李磊
編輯	Shelley Xu	許佳瑩
美術編輯	Darcy Zhou	周丹
編輯顧問團	Horace Ho	何文傑會計師
	Simone Kong	江詩敏律師
	Sisi Kong	江秀惠特許秘書
	Laura Tang	唐文靜金融工程師

發行人	宏傑集團	
客戶主任	Joanna Wu	胡玉娜 (香港)
	Lily Zhang	張麗君 (上海)
	Judy Li	李進容 (杭州)

出版機構 宏傑調研出版有限公司

香港地址 香港九龍尖沙咀廣東道 30 號新港中心第一座
5 樓 511-512 室

上海地址 上海市靜安區愚園路 172 號環球世界大廈 A 座
2402 室

杭州地址 杭州市下城區潮王路 10 號領駿世界北座 622 室

客戶訂閱查詢

香港	+852 2851 6752
上海	+86 21 6249 0383
杭州	+86 571 8523 0717
電子郵件	Editorial@ManivestAsia.com



時序更替，忽爾歲末。這時間的節點有一種魔力，讓匆匆趕路的衆人驀然駐足，亦讓我得以稍作停留回頭來看看自己及《宏傑季刊》多年來走過的點點滴滴。

從大學讀市場與商業管理，到畢業後從教、教書育人，及至後來自學會計與數字打交道直到今日，我從未停止過以閱讀和寫作的方式與世界交往、與自己相處。像所有文藝過的青年一樣，內心深處我也有這一個夢想——擁有一家自己的出版社或書店，做自己喜歡的書，結有緣的人。但人生無法規劃，我和大多數同齡人一樣却最終走上了所謂“專業人士”的道路——我們理性、成熟、睿智、財務自由，但似乎總覺得有些“自由”還未曾觸摸。

直到2010年成立宏傑集團研究與出版部，我重拾舊夢，輕挽心情，帶着我們的Team策馬啓程——這似昨日重現但却已非單純的自在飛花，因為我們立足于境外專業服務這個領域已經二十多年，致力於傳播的不再是似有若無的青春氣息而是腳踏實地的專業智慧。如今，《宏傑季刊》已經連續出版一十三期，我們持續不斷地關注境外行業的變化與發展，不遺餘力地將深度的解析、全新的見解送達給讀者。擷英掬華的《典藏版》亦于今夏捧于有緣人前，一如顆顆鑽石被小心翼翼地裝入精美的盒子。

2014年，阿裏巴巴在美國上市驚艷世人，其領袖人物馬雲有句名言曰：夢想還是要堅持的，說不定哪天就實現了呢！誠哉斯言。《宏傑季刊》之于我，又何嘗不是“說不定哪天就實現了的夢想”呢？藉此羚羊昂首、砥礪前行之際，故記之以銘昨日、今朝與明天。

最後但并非最不重要的是，我很遺憾地告訴大家《宏傑季刊》的總編輯李磊女士（Ms. Rock Li）即將離開我們去追尋她全新的律師職業生涯。李磊女士雖然畢業于新聞學專業，但她已經通過中國國家司法考試，我們樂見李磊女士的個人成長，為她喝彩。事實上，李磊女士并非第一個也將不會是最後一個從宏傑走出去的專業人士，因為在過去的28年裏我們宏傑助力培養了至少5位律師、30位會計師。

在此，我代表宏傑向李磊女士所貢獻的專業服務和知識技能表示感謝，同時祝福她再接再厲、前程似錦。

像往常一樣，今天清晨我隨着人流，坐上了地鐵七號綫。一位香港口音的中年男子問我如何去浦東機場，告訴他須在靜安寺站換乘二號綫，可直達。說到“靜安寺”三個字，一時間竟有些異樣和不捨——突然意識到：不久後的每天我將不能再從靜安寺站出來，步行至百樂門，然後到路對面的宏傑 Office 忙忙碌碌。

彈指一揮間，我已經在宏傑工作了七年，在這七年裏，我得到了領導的指導提携，分享了同事的溫馨有愛，也收獲了職業的不斷進步。何德何能，如此有幸？在此，我要特別感謝我的老板何文傑會計師及其夫人方少雲大律師，他們不僅給我專業上的指導教誨，還與我分享人生體悟，于公于私都堪為吾師。

某種意義上，我之所以會轉行去做律師正得益于何會計師和方大律師的言傳身教——他們從來不給自己的職業和思維設限，分別從商科和社會學轉型為理性、成熟和不斷突破自我的專業人士。正是從他們身上我看到了榜樣的力量，也正是從他們分享的思想、推薦的書籍、甚至他們女兒的 Family Party 上獲得了眺望更遠方的力量。

我們中國人常說滴水之恩涌泉相報，本應不離不弃服務宏傑直至退休終老，此番離職時常愧疚于心，不忍開口。好在何會計師和方大律師作為前輩心有戚戚，不以此為意反倒鼓勵我心懷遠方，扶上馬後再送我一程。此情此景，讓我動容；此情此義，永記我心。

何會計師在 Email 中說：Remember That You Are Still One of Us, One of Manivest（請記得，你仍然是我們中的一員，仍然是宏傑的一員）。如其所言，無論從靜安寺站換乘哪一趟列車，也不管是否能夠直達目的地，我都會記得自己仍然是宏傑的一員，因為在這裏體驗過飛湍瀑流爭喧豔，也看到過夾岸桃花盛開，這裏更是船出長江口的新的出發點……

——《宏傑季刊》總編輯 李磊（Rock Li）

5 Preface 卷首語

8 News 新聞天下

Seminar 研討會

12 Q&A: “國際法律環境中的海外公司股東和董事權益保障研討會”

2014年10月28日，宏傑集團選擇了研討會的方式與新知舊雨歡聚一堂，慶祝28周年的生日。在現場提問和圓桌論壇環節中，觀眾與專家、主持人、嘉賓之間的交流互動思維活躍、火花四濺。現擷取部分中國企業家及律師集中關心的問題與相應專家意見，以饗到會及未到會之宏傑朋友。

Focus 特別聚焦

15 開曼群島公司股東爭議及運用法院程序退出投資

開曼公司一直以來都是中國企業到境外投資、上市控股主體的不二選擇；但祇要是投資就難免會存在風險，更何況素以情況複雜、充滿不確定性而著稱的境外投資。當中國投資者在境外遭遇到投資風險後，該如何運用開曼公司及當地法律來盡可能地控制風險，以保障投資回報？

24 如何利用 BVI 公司保障股東權益

BVI 一直深受世界投資者歡迎，是一個遠近知名的境外金融中心，註冊的 BVI 公司超過 1,000,000，估計占全世界境外公司的 41%。如何利用 BVI 公司來保障股東權益，我們將從不公平損害訴訟和資產追蹤等方面為您解答。



32

香港新《公司條例》下股東爭議的解決

2014年3月3日，醞釀了8年之久的香港新《公司條例》正式生效，掀開了香港公司立法和香港公司治理的新一頁。這對香港公司的股東爭議解決有何影響，請看香港方少雲大律師一一解析。

Observation 宏傑觀察

40

從中國企業視角看海外公司股東爭議解決

將目光聚焦在“海外公司股東爭議的解決”這一核心問題上，我們發現盡管開曼、BVI、香港甚至中國內地有諸多不同，但仍有很多頗為一致的法律救濟方式。當然，在具體的細節上，即便是同一種法律救濟方式也會有所側重。在股東爭議的解決方面，我們發現一些有趣的“關鍵點”……



2015 年度《宏傑季刊》選題

- FATCA 圍追堵截下，中國企業路在何方？
- 全球主要 OFCs 的私人基金及其中國之路
- 海外信托：中國企業境外 IPO 的理性選擇
- 2014/2015 全球主要 OFCs 動向及發展趨勢

2014年，全球經濟波譎雲詭，局勢錯綜複雜。世界各國都不得以其特有的方式來治療2008年金融風暴所遺留的創傷。

一方面，歐美經濟復蘇的勢頭有所上揚，高端製造業加速回流歐美市場（特別是美國市場），英國金融時報稱之為“重回鍍金時代”，能實現嗎？另一方面，中國正在經歷一場巨大的、全新的變革。“直升機”式的快速增長已然停止，穩中有降、不唯GDP馬首是瞻正日益成為官方和民間的共識。

繼中國的政府採購對外資作出限制後，2014年的反壟斷“大棒”再次讓外資企業心有餘悸，外資資本正在不動聲色地流向東盟等新資源窪地。與此同時，“反腐敗”的達摩克利斯之劍高懸在貪官或者財產來路不明巨富的頭上，“獵狐”行動、不動產登記實施箭在弦上、加入美國FATCA，這些都成為“習李新政”對付外逃資金的恢恢法網。

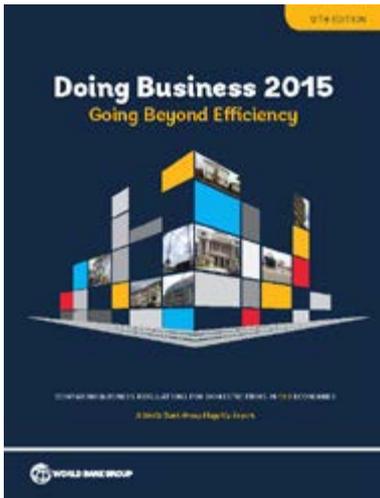
當我們為阿裏巴巴在美國上市所創造的2314億美元巨額市值和28個億萬富翁而驚嘆時，却鮮有人注意到阿裏巴巴的上市主體祇是一家開曼群島公司。除了去海外上市圈錢，更多的人正把三十年累積之財富源源不斷地“運到”境外，以投資的名義也好，并購的方式也罷，所圖的不過是給帶有原罪的資本原始積累找個避風港。

在即將到來的2015年裏，以BVI、開曼群島、澤西島為代表的境外金融中心是否還能在境外IPO、跨境投資和兼并收購中屹立不倒？這些境外金融中心所提供的特殊目的公司（Special Purpose Vehicles，簡稱“SPVs”，比如，公司、信托、基金、基金會等）又將在FATCA和AEOI下如何自處并艱難生存？

……

“濯足長流，抽足再入，已非前水”，世界從來都在改變。可以預見，2015年的世界和中國都將更加變化多端，更加充滿不確定性。面對變化的世界，我們提供的不祇是知識，還有我們為你提供的全球視野、本地智慧，以及世界範圍內的執行力。

2015 年全球營商環境報告



《2015 年全球營商環境報告》

2014 年 10 月 29 日，在世界銀行發布的《2015 年全球營商環境報告》中，新加坡連續 8 年名列第一。排名前 10 的依次為：新加坡、新西蘭、香港、丹麥、韓國、挪威、美國、英國、芬蘭和澳大利亞。

該報告從中小企業在東道國經營所遇到的法律環境和管制規則角度，對全球 189 個經濟體的營商環境從 10 個方面做了評估。讓人詫異的是，中國（第 90 位）的營商環境還不如越南（第 78 位）；更讓人不

解的是，同為中國的特別行政區，香港仍然名列第 3 位，但澳門却不在此次的最新榜單上。

中國排名最為靠後的指標是“辦理施工許可證”，在全球排名倒數第 11 位。排在中國後面的經濟體包括敘利亞、利比亞、印度、阿富汗、阿根廷等。“辦理施工許可證”指的是建築行業的企業建設一個標準化倉庫需要辦理的所有手續。

表一 《2015 年全球營商環境報告》經濟體排名前十名

經濟體	營商環境便利度	開辦企業	辦理施工許可證	獲得電力	登記財產	獲得信貸	保護少數投資者	納稅	跨境貿易	執行合同	辦理破產
新加坡	1	6	2	11	24	17	3	5	1	1	19
新西蘭	2	1	13	48	2	1	1	22	27	9	28
香港	3	8	1	13	96	23	2	4	2	6	25
丹麥	4	25	5	14	8	23	17	12	7	34	9
韓國	5	17	12	1	79	36	21	25	3	4	5
挪威	6	22	27	25	5	61	12	15	24	8	8
美國	7	46	41	61	29	2	25	47	16	41	4
英國	8	45	17	70	68	17	4	16	15	36	13
芬蘭	9	27	33	33	38	36	76	21	14	17	1
澳大利亞	10	7	19	55	53	4	71	39	49	12	14

2

全球自動信息交換¹最新進展

2014年7月21日，經濟合作與發展組織（OECD）發布了各個司法管轄區之間信息自動交換完整版的國際標準。2014年9月20日至21日于澳大利亞凱恩斯市舉行的二十國集團財長和央行行長會議上，OECD正式提交這份關於信息自動交換的完整版國際標準。

根據這項標準的要求，各國政府需從國內金融機構獲取個人和信託機構及基金會等組織所持有的賬戶信息，並與其他政府和轄區自動進行信息交換，需要交換的金融賬戶信息包括金融機構向政府上報的賬戶餘額、利息、股息和金融資產銷售收益。

目前，超過65個國家已經公開同意執行自動信息交換，包括重要的境外金融中心如盧森堡、瑞士、新加坡和英國海外領地等。其中45個國家同意從2017年開始實施，剩餘國家將在2018年開始執行。中國、香港、美國、BVI、開曼都公開承諾執行此項標準。將來，全球財稅自動交換信息化將會成為主流。

注釋：

1 Automatic Exchange of Information, 簡稱“AEOI”。



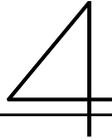
3

“滬港通”下兩地可互相投資股票市場

2014年11月17日，市場期待已久的“滬港通”正式開通，內地和香港的投資者可以直接投資H股和A股，這給投資者打開了新的投資渠道。滬港通開通一周，成交逾291億元人民幣，略低於預期水平。

對香港資本市場來說，通過滬港通中國內地股民及機構投資者可以自由參與國際化的股票市場。目前，香港是唯一一個可以和中國內地互相股票交易的司法管轄區，這肯定會增強香港市場對外的吸引力。

由于中國內地和香港兩地市場在對接上存在着諸多磨合之處，因此，滬港通開通後的前兩周基本處于一種“內冷外熱”狀態，即中國內地投資者持觀望態度者多，而境外投資者反而較為有興趣。但從長久看，一個國際基金的經理如果要在亞洲建立基地，祇要其看重中國內地市場，香港無疑將成為最佳選擇。



瑞士：簽署《多邊主管當局協議》

2014年11月19日，經濟合作與發展組織（OECD）發布消息：瑞士成爲第52個簽署《多邊主管當局協議》（The Multilateral Competent Authority Agreement，簡稱“MCAA”）的國家，成爲瑞士在國際合作應對逃稅方面邁出的重要一步。

OECD全球論壇年會於2014年10月29日在柏林舉辦，期間有51個國家簽署了《多邊主管當局協議》。根據該協議要求，在隨後的一系列公告之後簽約國雙邊信息交換將正式生效。前期簽約的國家承諾在2017年9月實現第一次信息交換，瑞士等其他國家將在2018年陸續跟進。

素以保密而聞名于世的瑞士如今也加入稅務信息交換的行列，更加預示着稅務信息交換將會成爲世界的主流。

表二 簽署《多邊主管當局協議》司法管轄區一覽

阿爾巴尼亞	安圭拉島	阿根廷	阿魯巴島	奧地利	比利時	百慕大群島	英屬維爾京群島
開曼群島	哥倫比亞	克羅地亞	庫拉索島	塞浦路斯	捷克共和國	丹麥	愛沙尼亞
法羅群島	芬蘭	法國	德國	直布羅陀	希臘	根西島	匈牙利
冰島	愛爾蘭	曼島	意大利	澤西島	韓國	拉脫維亞	列支敦士登
立陶宛	盧森堡	馬耳他	毛裏求斯	墨西哥	蒙特色拉特島		荷蘭
挪威	波蘭	葡萄牙	羅馬尼亞	聖馬力諾	斯洛伐克	斯洛文尼亞	南非
西班牙	瑞典	瑞士	土耳其和凱科斯群島	英國			



5

香港與南非簽訂全面性避免雙重課稅協定

一直以來，香港都致力於擴展和貿易及投資伙伴的全面性協定網絡。2014年10月香港與南非簽訂了其第三十一份全面性避免雙重課稅協定（Double Taxation Treaty, 簡稱DTT）。

香港與南非的全面性避免雙重課稅協定亦包含了資料交換條文。在該協定下，香港與南非之間的預提所得稅稅率如下：

項目	稅率
特許權使用費	≤ 5%
股息	5%–10%
利息	≤ 10%

香港與 31 個國家簽訂 避免雙重課稅協定一覽

- 2014: 韓國、南非
- 2013: 意大利、根西島、卡塔爾
- 2012: 澤西島、馬來西亞、墨西哥、加拿大
- 2011: 葡萄牙、西班牙、捷克、瑞士、馬耳他
- 2010: 文萊、荷蘭、印度尼西亞、匈牙利、科威特、奧地利、英國、愛爾蘭、列支敦士登、法國、日本、新西蘭
- 2008: 越南
- 2007: 盧森堡
- 2006: 中國內地
- 2005: 泰國
- 2003: 比利時



從左至右：衡力斯（Harneys）律師事務所合夥人 Ian Mann 國浩律師事務所合夥人 律師 黃寧寧 香港大律師 方少雲
英國御用大律師 Victor Joffe QC（鐘偉滔） 毅柏（Appleby）律師事務所合夥人 Eliot Simpson
浙江天冊律師事務所管理合夥人、浙江省杭州市律師協會副會長 王立新律師

Q&A “國際法律環境中的海外公司 股東和董事權益保障研討會”

2014年10月28日是宏傑集團28周年的慶典。有別於一般意義上周年慶典的載歌載舞，我們選擇了研討會這樣的學術交流方式來與宏傑的新知舊雨相聚，並與他們一起在知識交流和觀點碰撞中慶祝廿八周年的生日。

除却邏輯嚴密、正襟危坐的境內外專家演講，提問環節的現場觀眾與境內外專家、主持人、嘉賓之間的交流互動、你來我往，尤其顯得思維活躍、火花四濺。

此次圓桌論壇，不僅有深諳開曼群島和BVI法律的

Appleby、Harneys專業律師，亦有來自境內國浩和浙江天冊的合夥人，更有來自英國的御用大律師Victor Joffe。他們在香港方少雲大律師的主持、引導下，無不以最為專業的法律觀點和洞見示於眾人，妙語如珠不時引得現場嘉賓鼓掌喝彩。

現根據現場提問和圓桌討論環節整理擷取部分中國企業家及律師集中關心的問題與相應之專家意見，以饗到會及未到會之宏傑朋友。

Q 1 問王立新律師及其所在的天册所都使用哪些 SPVs？在使用這些 SPVs 時有哪些方面需要留意？

A 1 中國企業走出去，主要從兩個方面考慮：

一個是稅務架構，會考慮投資國的稅率，是否和中國簽署有 DTT。但稅收也祇是其中的一個方面，雖然非常重要但并不是全部。

另一個是資金的出入，主要是如何才能將資金合法地流入和流出，以滿足企業投融資和日常運營調配所用。

王律師認為應關注中國國內法對跨境交易的規管，比如，發改委規定 10 億元以上的境外投資才需要其核準，下放了核準權限；又比如，商務部僅對境外投資實行備案制，不再需要核準。這些都相應地降低了境外投資的門檻，提高了效率。

但無論是從投資者的角度、從律師的角度還是政府的角度看，中國政府目前監管存在的一個很大問題是——監管目的不明確。此前，中國監管的重點是資本安全，畢竟我們資本項目的資金流入流出還沒有完全解決。現在的歸管目的則處于新舊交換之際，有待明確。

Q 2 問黃寧寧律師，中國大陸是否存在不公平訴訟、衍生訴訟和清算等股東 / 董事權益救濟途徑？具體情況如何？

A 2 有。但是中國各級法院保障不到位，不能夠保證這些救濟方式真正得以實現。因為中國法治的不成熟，這些救濟方式有時候還可能會被濫用。拋開無限責任公司等公司中股東須承擔無

限責任，單就有限責任公司、股份公司來講，很容易因為股東之間的糾紛而將公司無節制地拖入泥沼。

中國公司的清算以自主清算為多，其中的稅務問題會比較突出。破產清算則比較難處理，而且清償率極低，可能低至千分之幾，即便是破產重整的案子清償率最多也不過達到百分之幾。由于清償率如此之低，真正進入清算程序的案子非常有限。

值得注意的一點是，中國內、外資的清算已經統一，外資清算不似以前有一些不同之處。

Q 3 一個客戶設立了 BVI 公司，如果想在香港利用香港公司提起不公平訴訟或衍生訴訟，該怎麼辦，Victor Joffe 御用大律師是否能以鑄記酒家為例做一分享？

A 3 衍生訴訟是一個非常複雜的法律問題，在不同的司法管轄區法律規定有所不同。在香港，法律允許多重衍生訴訟“Multi Derivative Claims”，也就是說股東可以降低起訴的組織架構層級，以起訴更低層次的 SPVs。

BVI 沒有類似的法律規定，不能進行衍生訴訟。但 BVI 和香港都有不公平訴訟。

回到是否能够在香港提起訴訟的問題，最關鍵的要點在于：境外公司是否與香港有足夠密切的關聯？那麼，怎麼來判斷與香港關聯的密切程度呢？核心在于，看該境外公司是否在香港有營業地址（Place of Business）。其中，對營業地址的判斷取決于很多事實（Facts），比如，是否在香港開立有銀行戶頭，是否在香港有辦公室及僱傭人員，交易行為是偶爾還是經常實際發生在香港等等，須視乎實際

案例的多種事實情況來一一認定。

如果一家 BVI 公司想在香港提起訴訟，其方法之一是：在香港申請成為《公司條例》下第 16 部的海外公司 (Branch Office)，從而與香港建立起緊密的聯繫。

當然，有人會擔心如此一來股東 / 董事信息可能會被公開，私隱性受到削弱。對此，不用擔心，申請成為香港的海外公司，僅有董事信息會在香港公司註冊處公開登記，而股東信息將不用公開。至于涉及到在香港的稅收問題，則要根據是否有源自香港的收入來具體加以判斷。

此外，除了訴訟，在香港，還可以在股東協議中約定通過調解或仲裁的方式來解決股東之間的爭議，在保護信息隱私和成本方面，都有一定的優勢。

Q 4 問 Eliot Simpson 律師，在開曼群島是否存在不公平訴訟的法律救濟？其和香港的不公平救濟，會有哪些不同？

A 4 Eliot Simpson 律師，從 19 世紀維多利亞時代的歷史發展角度分享了普通法和開曼法律對買賣股份申請的規管變遷。他認為，開曼公司真正進行不公平訴訟的不多，有實際判例的更少，大多數案子都是通過調解或仲裁的方式來加以解決。但這對客戶來說，倒是一件好事，試想中國客戶大老遠跑到開曼法院打官司，成本可想而知。

Q 5 問 Ian Mann 律師，中國客戶在 BVI 該如何申請禁制令，以支持法庭訴訟？申請禁制令大概會需要多長時間？

A 5 Ian Mann 律師認為，申請禁制令不用花錢，但是在 BVI 提起法律訴訟的成本較高，這一點和在開曼、香港都很相似。中國客戶

其實可以采取其他方法，比如仲裁、調解等。在 BVI 申請禁制令所需時間大約為 40 天。他建議在不同的司法管轄區僱傭不同地區的律師，這樣對接起來會比較方便，而且專業性也更加可靠。

Q 6 問黃寧寧律師，中國《公司法》對中國公司的註冊資本改為認繳制後，如果合作方的企業出現了資不抵債，股東是否可以逃避責任，該對其怎麼辦？

A 6 在中國，公司法對註冊資本的監管經歷了一個從嚴到寬的變化過程：最初是實行嚴格的實收制，到現在的實行認繳制，大為寬鬆。即便如此，一個很重要的原則從來沒有變過，那就是，股東需要在認繳範圍內承擔出資義務。盡管現在不需要資金實際到位，看似延緩了資金到位的時間，但如果出現資不抵債，債權人肯定會通過清算等方式，由法院來追究股東的未繳足資金責任。

Q 7 問方少雲大律師，一家香港公司已經有幾年沒有任何營運，股東想關閉這家公司。但是這家公司 2014 年沒有做年度審計，也沒有到公司註冊處做任何登記信息的更新，這家公司會像中國公司一樣被政府自動注銷嗎？

A 7 如果只是沒有做公司年報或沒有做登記信息更新，一般不會被自動注銷，但可能會被公司註冊處處長將公司予以剔除 (Strike Off)。香港公司一旦被剔除，其董事可能會被起訴，但對股東沒有實際的影響。針對這種情況，一般建議將該公司主動注銷 (Deregistration)。■

開曼群島公司 股東爭議及運用 法院程序退出投資

注：

本文基于毅柏律師事務所（Appleby）合伙人 Eliot Simpson 律師于 2014 年 10 月 28 日在“宏傑集團 2014 年國際法律環境中的海外公司股東和董事權益保障研討會”所做專題演講《離岸公司股東爭議及運用離岸法院程序退出投資》整合、編輯而成。為區分不同司法管轄區的各自側重，錄入本文時集中于開曼群島公司股東爭議及其解決方式，因此與演講 PPT 略有不同。謹對 Eliot Simpson 律師為本文所做出的貢獻，特此致謝！

開曼群島，一個遠在北美及加勒比海地區的小島。也許你沒聽說過它，但沒關係；你肯定對百度、阿里巴巴、分衆傳媒、人人網、奇虎 360 等中國 Top 的互聯網公司耳熟能詳，開曼群島就是這些公司在中國境外投資和上市的注册“聖地”。可以不誇張地說，中國企業到境外投資、上市，開曼公司是最終控股主體的不二選擇，頗有點“境外公司哪裏最強？開曼群島幫你忙”的意味。

開曼群島何以能够在衆多境外金融中心（Offshore Financial Centers，簡稱“OFCs”）

中獨樹一幟？

因爲，這裏有超過 1,900 家的共同基金（互惠基金）和接近 600 家的銀行和信托公司。世界上 50 家最大的銀行中就有 45 家在開曼群島有分行和分支機構。開曼群島證券交易所是世界上國際證券交易所中發展最快的一個。開曼群島受到權威信貸評級機構穆迪的肯定，其政府債券評級爲 Aa3，展望爲穩定。此外，開曼群島公司亦可以在美國、香港和新加坡的股票交易所上市。

.....



開曼群島的各級法院系統

樞密院司法委員會（Judicial Committee of the Privy Council）

此上訴機構于 1833 年由英國議會成立，至今仍然是大多數英聯邦（包括開曼群島）的最終上訴法院，是英聯邦國家的終審法院。

上訴法院（Court of Appeal）

它是大法院的上訴法院。如同大法院一樣，上訴法院是一個高等“記錄”法院（Superior Court of Record²）。但是上訴法院不同于大法院的是，上訴法院是由法規和憲法創造的，而不使用固有的司法管轄權（Inherent Jurisdiction）。

大法院（Grand Court）

它是受理下級法院或者其他法庭上訴的法院，是高等法院的第一審記錄法院，擁有無限制的刑事與民事權利管轄權。主要分爲以下三個分院：

- ▶ 海事分院（Admiralty Division）：專門處理海事方面案件
- ▶ 家庭分院（Family Division）：解決家庭因結婚和離婚引發的案件
- ▶ 金融服務分院（Financial Service Division）：專門處理金融案件

即決法院（Summary Court）

行使民事和刑事的管轄權，但民事管轄權在索賠金額上不能超過 20,000 美元。即決法院亦處理家庭暴力等家庭糾紛。

死因調查庭（Coroner Court）

主要調查那些不合理的突然死亡或者因暴力而引發的死亡案件，詳情請見：<https://www.judicial.ky/courts/coroners-court>。

注釋：

2 它意味着所有的法律訴訟都是被記錄的。

| 法院之外和法院之內

即便擁有如此得天獨厚的投資和金融環境，但祇要是投資就難免會存在着風險，更何況素以情況複雜、充滿不確定性而著稱的境外投資。當中國投資者在境外遭遇到投資風險後，該如何運用開曼公司及當地法律來盡可能地控制風險，以保障投資回報？

通常，這可以從兩個層面予以考慮：

一是，**法院之外** — 這主要是指從商業運作的角度來考慮，主要包括出售業務、出售股份、首次公開發售（Initial Public Offering, 簡稱“IPO”）、私有化或合并等方面的安排。

二是，**法院之內** — 這主要是指從法律層面的角度來考慮，主要包括協議安排、少數股東訴訟、公司清算、衍生訴訟等方面的合規安排。

在本文中，我們將主要從“法院之內”（即法律層面）來看看當開曼群島公司股東之間出現爭議時該如何通過法律和法院來保障股東權益。

| 公司法 VS 公司清盤法規

開曼群島的法律是普通法和成文法的混合體，以英國法律為基礎，呈現出古老與現代共存的鮮明特色。

作為領先的境外金融中心，開曼群島的公司法、破產法、銀行法、信託法、保險法和其他相關法例都是非常現代的成文法。其它領域，比如家庭法，則非常的古老，以至于在現代社會時常會遇到難題。

還有一些領域的法律，比如國際法，則基本由位于倫敦的英國外交和聯邦事務部（Foreign and Commonwealth Office）予以規管。開曼群島法律的主體部分由普通法組成，并一直在其境內和其他普通法司法管轄區與時俱進。

在這些開曼群島的法律體系中，對公司股東爭議規管的法例主要是：

開曼公司法 — 最早的開曼公司法頒布于 1961 年，已經有 53 年的歷史，并于 2013 年 10 月 11 日最新修訂生效，對不同類型的開曼公司進行規管，包括：本土公司、非本土公司、豁免公司、外國公司、



有限期公司、有限合夥公司、有限合夥豁免公司和信託。

其中豁免公司是最為常見、也是國際投資者最為常用的一種公司形式。豁免公司的活動必須在開曼群島以外的地方進行，但公司可擁有島內外的投資項目。本文所說的開曼公司，即是指開曼豁免公司。

開曼公司法以英國的普通法為基礎，像很多其他境外金融中心一樣做了一定的簡化。但是，相比 BVI 的公司法，開曼公司法則較為複雜，理念也較為現代，對股東、債權人和公眾等利益方權利與義務的平衡保護更加到位。

開曼公司清算條例 — 開曼公司的清算條例主要根據開曼公司法（2009）第 155 條制定，最近更新日期為 2010 年 3 月 1 日。在最新修訂的開曼公司法（2013）版本中，主要於第 V 部予以呈現，其標題為“公司和法團的清算”（Winding up of Companies and Associations），主要由以下內容構成：

- ◆ 簡介（Introduction）
- ◆ 法庭清算（Winding up by Court）
- ◆ 官方清算人（Official Liquidators）
- ◆ 法庭的主要權力（General Power of the Court）
- ◆ 自願清算（Voluntary Winding up）
- ◆ 基於法庭監督的清算（Winding up Subject to the Supervision of the Court）
- ◆ 欺詐犯罪（Offences of Fraud, etc.）
- ◆ 基本條款（General Provisions）
- ◆ 公司解散（Dissolution of a Company）
- ◆ 破產規則和條例（Insolvency Rules and Regulations）

而在最新的開曼群島清算條例（2010）中則通過 25 個命令（Order）的方式進行了細化，並附錄了公司清算過程中可能用到的

各種表格形式，總計達 162 頁，各種規定非常詳細。

| 解決股東爭議的相關法律

開曼群島的公司法和清算條例總計 245 條，英文版有厚厚的 168 頁，涉及公司從設立到運營、再到解散的方方面面。在這裏，我們將介紹對股東爭議解決的相關法律：

1. 法律實體層面 —
 - a. “異議者的權利”（第 238 條）
 - b. “協議安排和重組”（第 86 條）
2. 法律操作層面 —
 - a. 獲取公司資料的權利
 - b. 公平公正的清算
 - c. 衍生訴訟
 - d. 不公平損害訴訟

法律實體層面 — 主要由開曼公司法的“第 XVI 部 – 合并及整合條文”下的“異議者的權利”³（第 238 條）和“第 IV 部 – 公司和法團管理和行政”下的“協議安排和重組”⁴（第 86 條）來予以規管。

現在，我們就來具體看看開曼公司法賦予了股東什麼樣的權利以保障自己的利益。

▶ “異議者的權利”（第 238 條）

根據開曼公司法所註冊的公司，其附屬公司股東 / 成員有權對公司的兼併或合并表示異議，且所持有股份有權獲得公平對價。

如欲行使此等權利，股東 / 成員應當在兼併或合并投票前向附屬公司提出書面反對意見。提出反對意見時，須同時提交一份“若兼併或合并決議獲得投票通過，附屬公司須按照股東建議的對價回購其所持有股份”的聲明。

兼併或合并獲投票通過 21 天內，附屬公司須給每一位提出書面反對意見的股東 /

注釋：

3 Section 238– Rights of Dissenters.

4 Section 86 – Arrangements and Reconstructions.

成員發出書面通知。若股東 / 成員對附屬公司所發出的書面通知有異議，須在接下來的 20 天內提出書面異議，包括：

- (a) 姓名和地址；
- (b) 異議股東的股數和股份類別；
- (c) 針對其持有股份所認為的公平對價。

提出書面異議的股東 / 成員，其對異議股份的任何權利在被以合理對價支付前都將會停止。

書面異議指定的日期屆滿後 7 天內，或兼併 / 併購在金融管理局登記後 7 天內（以日期靠後者為準），附屬公司 / 存續公司或合併後公司須對每一位異議股東 / 成員發出書面要約，同意在要約發出後 30 天內，以公司認為公平的特定價格回購相應股份。如果異議股東 / 成員同意要約，公司將會在指定日期內支付價款。

如果在指定日期內公司和異議股東

未達成一致，那麼，在指定日期屆滿後 20 天內：公司（和任何異議股東）向法院提起呈請，以求確定異議股東所持有股份的公允價值。

聆訊呈請後，法院將會確定異議股東所持有股份的公允價值，並考慮其他利益的公允度，在此基礎上由公司支付給有異議股東。任何提出異議的股東，可以參與公允價值確定的全過程。

無論該公司是否根據開曼群島法例而成立，該呈請所引致的法庭判決結果和其他法庭審判結果，都可以在開曼群島得到執行。

► “協議安排和重組”（第 86 條）

公司⁵ 與其債權人或股東（任何類別的股東）之間建立的妥協或安排，或公司正在被清算，法院可頒令召開會議。

若價值 75% 以上的股東 / 債權人（或其代表人）出席並投票通過，表示同意

注釋

5 在此處，所謂“公司”包括任何將被清算的公司；此處的安排也包含公司合併後的不同類別股份的合併、分立或者同時進行合併分立。



開曼大法院批准賽維 LDK 的安排計劃

信息來源：北極星太陽能光伏網

2014 年 11 月 7 日，開曼群島大法院批准了賽維 LDK 及其子公司賽維 LDK 硅化學科技有限公司（簡稱“賽維 LDK”）的開曼群島安排計劃，這兩個公司的開曼計劃均已在 2014 年 10 月 16 日舉行的債權人會議上獲批准。

2014 年 10 月 17 日，賽維 LDK（處於臨時清算狀態）及其聯合臨時清盤人 Zolfo Cooper Limited (Cayman) 及 Eleanor Fisher 宣布，開曼群島大法院批准了賽維 LDK 的安排計劃，這表明賽維 LDK 的海外重組又邁出了重要的一步。

賽維 LDK 是一家曾經在美國上市的企業（紐交所上市代碼：LDK），為領先的垂直一體化光伏（PV）產品制造商。賽維 LDK 的公司註冊地在開曼群島，主要生產基地位於中國江西省新餘市高新技術產業園區，美國子公司則位於加利福尼亞的桑尼維爾，可謂是一家真正意義上的跨國企業。

但目前賽維 LDK 處於臨時清算狀態，其重組計劃由開曼和香港兩部分組成。隨着開曼部分重組計劃獲得開曼大法院的通過，賽維 LDK 的關注重點將是推動香港高等法院批准其香港部分的安排計劃。

開曼和香港的重組計劃將成為賽維 LDK 在美國破產重組的重要依據。據悉，美國破產法院將於 2014 年 11 月 21 日舉行聽證會，考慮確認重組預定計劃及認可賽維 LDK 的開曼群島和香港的安排計劃。

該等妥協或安排，且該等妥協或安排經法院批准後，會對所有債權人或股東（或相關類別的股東）以及公司具有約束力。

法院的判令及每份判令的副本須附在公司的章程組織大綱中，並在送達公司註冊處後方才生效。

法律操作層面 — 基于上述法律實體層面賦予的權利，股東可以通過不同的方式來保障自己的權益。從法律操作的角度看，主要有以下四種途徑：

獲取公司資料的權利

開曼公司的股東可以從公司註冊處獲取到公司存檔的相關信息，比如，公司註冊證書、備忘錄和公司章程、注册代理機構的身份及其注册辦公地址和可能存有董事人員的詳情。

公司股東可以藉由法院命令通過公司註冊處等公開的渠道查閱公司的會計賬目、合同往來、資產債務等信息。通常，這些會計賬目方面的信息須在公司註冊處保存五年，祇要在五年內都可以查詢到相應信息。

作為普通法的司法管轄區之一，開曼公司法允許開曼公司股東藉由“Norwich Pharmacal 令”所體現的原則來獲取訴訟前的信息披露。

“Norwich Pharmacal 令”又稱“第三方披露令”，于 1974 年由英國法院的判例而得以確定。這是一個關於信息文檔披露的法庭命令。“Norwich Pharmacal 令”在英國、香港、愛爾蘭及其他普通法司法管轄區被廣泛認可。

該法令賦予公司股東向被動牽涉犯罪行為的“無辜”第三方（通常是注册代理機構或中介銀行機構）獲取文檔或信息的權利，以應對訴訟。通常，要求被告的銀行披露被告在銀行的交易記錄、銀行流水等。而且，一般會要求銀行不得告知被告，以防其財產

轉移。

公平公正的清算

開曼公司在五種情況下會被法院予以清算，分別是：

- (1) 公司通過特別決議，同意由法院將公司予以清算；
- (2) 公司注册後一年未開展業務；或已停止營業一年；
- (3) 公司章程約定的公司存續期間到期；或章程約定的任何公司清算情況出現；
- (4) 公司資不抵債；
- (5) 法院有合理理由相信將公司清算是公平公正的。

其中，第(5)種情況便是公平公正的清算。如屬根據公平公正理據的呈請，呈請人必須在出具呈請的同時提交要求作出指示的傳票。該等指示包括：

- ◆ 公司是否合適、有能力參與法律程序；
- ◆ 送達呈請書；
- ◆ 刊登呈請書廣告（如有）；
- ◆ 送達呈請的任何抗辯書；
- ◆ 文件證據、文件披露和文件查閱方面的指示。

公平公正的清算是普通法下很常見的一種清算形式，比如，香港和 BVI 都有此類清算的存在。



但開曼公司法並沒有對何謂公平公正進行詳細界定，其中的關鍵是說服法院讓其相信將公司清算是公平公正的，因此這就需要提出呈請的股東搜集到足夠多的證據和信息。

對於信息的獲取，我們在上面已有說明，此處不再贅述。

除了公平公正地將公司予以清盤外，根



開曼群島對清算的司法管轄權

信息來源：開曼群島公司法（2013）

開曼公司法對何種類型的開曼公司具有司法管轄權做了明確的規定，並對文件如何送達、以及如何任命清算人等都做了相應的規定。

第 92 條 – 無償債能力（現金流）或公平公正

根據開曼公司法註冊的公司，在下述四種情況可予以清算：

- (a) 公司通過特別決議，同意由法院將公司予以清算；
- (b) 公司註冊後一年未開展業務；或已停止營業一年；
- (c) 公司章程約定的公司存續期間到期；或章程約定的任何公司清算情況出現；
- (d) 公司資不抵債。

第 91（d）條 – 有關外國公司的清算令

一家公司註冊於開曼群島之外的世界其他地方，如果符合以下條件，也可以對其享有司法管轄權，並將其進行清算：

- 在開曼有財產；
- 在開曼有營運；
- 是有限合夥企業的普通合夥人；或
- 根據公司法第 IX 部註冊。

開曼法院可以在清算呈請遞交後且發出清算令前的任何時間，指定一位臨時清算人或正式清算人。正式清算人必須是居住在開曼群島的合資格持牌破產業執業者。外國破產業執業者也可以作為正式清算人，但需要與合資格破產業執業者聯席共同負責清算。

債權人或公司的股東亦可以根據第 104（1）條申請指定臨時清算人：

- 這是一個顯而易見的（A Prima-Facie Case）需要發出清算令的案子；且
- 指定一位臨時清算人是必要的；以方便於
 - (i) 防止公司資產的耗費或濫用；
 - (ii) 防止對小股東的打壓；
 - (iii) 防止公司董事在管理或行為上的不當。

據開曼公司法第 95（3）條，法院還可對清盤令作出替代令，所涉及到的內容包括：

- 規管日後進行公司事務的命令；
- 規管公司停止作出或停止繼續由呈請人所作申訴的作為的命令，或規定公司作出呈請人申訴公司遺漏作出的作為的命令；
- 授權呈請人以公司名義代表公司按法院可能指示的該等法律條款提起民事法律程序的命令；或
- 由其他股東或公司自身購買公司任何股東的股份作出規定的命令，以及若屬於由公司自身購買股份的情況，公司的股本須隨之相應削減。

不公平損害訴訟

不公平損害訴訟（Unfair Prejudice Claims）是指，如果股東可以向法院證明自己受到了不公平待遇，那麼，他可以對其他股東提起不公平損害訴訟。不公平損害訴訟的“救濟”（Remedy）方式包括法院命令其他股東購買該股東的股份，或法院命令清算該公司。

和其他訴訟一樣，開曼群島對不公平待遇的訴訟也有很多規定。簡單地說，股東應當是少數股東，對公司沒有控制權，而大股東正在做有損於少數股東的事情。比如，無視小股東價值、不通知小股東就出售公司的主要資產等。

開曼公司對不公平損害訴訟的救濟方式基本上有以下幾種：

- （1）要求公司或任何其他他人購買受到不公平損害股東的股份；
- （2）要求公司或任何其他他人支付賠償；
- （3）為公司指定一位接管人；
- （4）為公司指定一位清算人（即清算公司）；
- （5）其他救濟方式（如：修訂公司記錄、限制公司行為等）。

但在實際操作中，開曼公司真正進行不公平訴訟的不多，法院有實際判例的更少。

大多數的案子都是通過仲裁或調解等其他方式來加以解決。這對客戶來說未嘗不是一件好事。畢竟，對中國客戶而言，大老遠跑到開曼法院打官司，其成本將非常高昂，反而不如仲裁或調解來得經濟、便宜。

衍生訴訟

衍生訴訟制度源于英美普通法。在英國普通法時代，判例法固守公司法的大多數規則，嚴格限制少數股東的訴訟提起權，更不允許他們提起衍生訴訟，這就是著名的“Foss v.Harbottle 案”所確立的規則。

在該案中，少數股東要求公司對董事的不適行為提起訴訟，公司大多數股東在就此問題進行表決時做出不對董事起訴的決定。少數股東不服從該種決議，向法院提起訴訟，要求法院強制該董事對公司承擔賠償責任。

法院認為，該董事的不適行為雖然已使公司遭受損害，但該行為已經因為公司大多數股東的追認而對公司產生了約束力，因此，少數股東不得再對此種行為提起訴訟。法院駁回了少數股東的訴訟。由於該案第一次將是否追究不適行為人法律責任的權利賦予了占公司 51% 表決權的大多數股東，所以，該案的規則亦稱為“大多數規則”。

Foss v.Harbottle 一案的規則後來被英美判例法不斷地援引，適用於各種案件，並最終成為公司法上的基本規則，對現代各國公司法產生了廣泛而深遠的影響。但是，如果嚴格執行這一規則，否定股東的訴訟提起權，則勢必將公司大多數股東置于一種絕對的、無可辯駁的地位，這是不公平的，也違反了公司大多數股東的意願。

為此，英國普通法在確立大多數規則的同時，又通過判例的方式逐漸軟化 Foss v. Harbottle 一案的立場，允許少數股東在例外的情況下以原告的身份對不適行為人提起訴訟。這些例外情況有四種：

(1) 公司所從事的行為是不法行為或越權行為；

(2) 公司行為不是根據正當決議通過後實施的；

(3) 股東的個人性權利受到侵犯時；

(4) 公司大股東對小股東進行欺詐時。

然而這些例外的情形並未包括衍生訴訟在內。

在美國，與英國 Foss v.Harbottle 一案等同的案件是後來的 Hawes v.City of Oakland 一案。該案亦像英國 Foss 一案那樣，否定少數股東的訴訟提起權，除非該種訴訟符合判例法規定的嚴格規則。Hawes v.City of Oakland 一案出現後不久即引起美國學者的廣泛爭論。

爭論的結果就是美國判例法廢除了英國判例法確定的原則；允許少數股東提起衍生訴訟，這就是 1881 年制定的公平規則 94(Equity Rule 94)。該規則規定：



少數股東在為公司提起衍生訴訟時必須首先向公司所有的股東提出正式請求，要求他們對致害人提起訴訟。至此，衍生訴訟作為 Foss v.Harbottle 一案規則的例外情況才開始真正得到法律界的認可。



開曼公司法中沒有專門的章節來對衍生訴訟予以明確的規管。但是作為英國的海外屬地，開曼群島“採用”(Adopted)了英國的普通法，也對普通法中的衍生訴訟予以承認。開曼群島對衍生訴訟的認可，主要是藉由 Foss v.Harbottle 一案規則的例外情況而加以應用的。■



開曼群島法院文件的送達和司法協助

鑒于絕大部分的開曼公司都是用作控股的境外公司（Offshore Company），並不在開曼群島有真正的營業。因此，開曼的公司法和大法院規則（Grand Court Rules）對如何送達法律文件（特別是送達至開曼群島以外的其他地區）做了非常明確的規定，詳見大法院規則第 11 號令。

在全球範圍內，國家或司法管轄區間的法律送達主要根據“海牙送達公約”來實現。海牙送達公約即《關於向國外送達民事和商事司法文書和司法外文書公約》，其英文為“The Convention on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters”。海牙送達公約于 1965 年 11 月 15 日擬定，并于 1969 年 2 月 10 日開始實施。

截止到 2014 年 9 月，簽署海牙送達公約的成員共計 68 個。中國于 1991 年加入了海牙送達公約；開曼群島尚不是海牙送達公約的成員國⁶。因此，開曼群島和中國之間尚不能根據海牙送達公約這一司法途徑來送達。儘管開曼群島不是海牙送達公約的成員國，但亦有不少 OFCs 已經加入了海牙送達公約，包括巴巴多斯、巴哈馬、塞浦路斯、盧森堡、馬耳他、塞舌爾、瑞士等。

根據中國司法部網站的訊息，迄今為止與中國締結司法協助條約、引渡和移管被判刑人的條約總計 63 個，其中，民商事司法協助的國家為 29 個，分別是：

法國、意大利、西班牙、保加利亞、泰國、匈牙利、摩洛哥、新加坡、突尼斯、韓國、阿聯酋、波蘭、蒙古、羅馬尼亞、俄羅斯、土耳其、烏克蘭、古巴、白俄羅斯、哈薩克斯坦、埃及、希臘、塞浦路斯、吉爾吉斯、烏茲別克、越南、老撾、立陶宛、朝鮮。

當我們在準備這篇方塊知識的時候，在開曼群島的法院官方網站發現了一個很有意思的事情：唯一出現在開曼群島司法協助名單上的法例竟然是 92 年前（1922 年 8 月 5 日）擴展適用於開曼群島的“Treaty Relating to Principles and Policies to be Followed in Matters Concerning China⁷”，要知道當時還是中華民國！這委實讓人有些意外，但細細一想倒沒有什麼值得大驚小怪的——這不正好印證了我們上文所說的開曼法律的古老與現代并存嗎？

注釋：

6 來源：英文維基百科中“Hague Service Convention”詞條，詳見 http://en.wikipedia.org/wiki/Hague_Service_Convention。

7 詳見：<https://www.judicial.ky/home/director-of-public-prosecutions/conventions-and-treaties/multilateral-treaties>。

如何利用 BVI 公司 保障股東權益

注：

本文基于衡力斯律師事務所（Harneys）合伙人 Ian Mann 律師及顧問律師 Arigen Liang 于 2014 年 10 月 28 日在“宏傑集團 2014 年國際法律環境中的海外公司股東和董事權益保障研討會”所做專題演講《如何利用 BVI 公司保障股東 / 董事權益》整合、編輯而成，錄入本文時與演講 PPT 略有不同。謹對 Ian Mann 律師和 Arigen Liang 律師為本文所做出的貢獻，特此致謝！

英屬維爾京群島 (British Virgin Islands, 簡稱“BVI”), 位于中美洲加勒比海東側, 波多黎各以東六十英裏, 約由四十多個小島組成。BVI 的總人口約 28,000 人。BVI 與中國有時差, 比北京時間慢 12 小時, 是英國的附屬地, 官方語言為英語。

BVI 一直深受世界投資者歡迎, 是一個遠近知名的境外金融中心, 注册的 BVI 公司超過 1,000,000 家, 估計占全世界境外公司總數的 41%。所有的 BVI 公司須根據《BVI 商業公司法 2004》成立。

BVI 公司根據《BVI 公司法》(BVI Business Companies Act 2004) 而設立, 具有境外公司 (Offshore Company) 的典型特點和優勢:

- (1) 采用普通法法律體系;
- (2) 無資本利得稅、無遺產稅;
- (3) 公司注册處存檔的信息有限;
- (4) 政治和經濟穩定。

IBVI 公司查冊及稅收信息交換

公司信息查冊

公司登記冊 (Company Register) 是獲取 BVI 公司公開信息的主要來源, 提供的公開信息主要包括:

- ▶ 公司名稱
- ▶ 公司類型
- ▶ 注册代理信息
- ▶ 公司注册地址
- ▶ 公司設立 / 注册日期
- ▶ 公司現狀 (活動 / 不活動 / 剔除 / 解散)

但是, 由于 BVI 公司毋須向當地政府申報任何股東、董事或高級行政人員的

資料, 亦無須把公司年收益或賬目資料存檔。公司也不用向政府披露受益權。因此, 從公司登記冊中一般不能夠查到股東名稱、董事名稱、公司持有的資產情况等詳細信息。在一般情況下, 除非董事授權或者法庭下達命令外, 第三方無法獲取有關股東名冊和董事名冊資料。

稅收信息交換 (TIEAs)⁸

鑒于 OECD 及國際社會的壓力, BVI 政府通過了與反洗錢法、反恐怖主義、稅收信息交換協議、以及加強金融監管等相關的法律法規。BVI 公司在信息隱私性的傳統競爭優勢已經不那麼明顯, 但其仍是最受歡迎的境外金融中心之一。

BVI 已經與 24 個司法管轄區簽署了相關信息交換協議, 分別是: 阿魯巴、澳大利亞、加拿大、中國、庫拉索、捷克、丹麥、法羅群島、芬蘭、法國、德國、格陵蘭、根西島、冰島、印度、愛爾蘭、荷蘭、新西蘭、挪威、葡萄牙、聖馬丁、瑞典、英國、美國。

2011 年 6 月, BVI 與中國政府簽署的 TIEAs 已經生效, 中國政府有權要求 BVI 公司注册處提供 BVI 公司的以下稅收信息:

1. 銀行及其他金融機構掌握的信息;
2. 作為代理或委托人的個人掌握的信息;
3. 公司、合伙人、信托、基金及個人的法律和受益所有權的信息, 包括在同一所有權鏈條上一切人的所有權信息;
4. 信托公司委托人、受托人、受益人以及監管人的信息;
5. 基金公司創立人、基金理事會成員、受益人以及基金公司董事或其他高級

注釋:

8 英文為: Tax Information Exchange Agreements, 簡稱“TIEAs”。

管理人員的信息。

■ BVI 的股東保護機制

BVI 法律允許衍生訴訟，但 BVI 和香港有一個很大的不同，即 BVI 法律不允許多重衍生訴訟⁹。沒有多重衍生訴訟並不意味着一定就是個劣勢，關鍵是看站在誰的立場——如果從大股東角度考慮，沒有多重衍生訴訟的 BVI 公司更有利于保障其權益¹⁰；反之，如果從小股東立場考慮，顯然，有衍生訴訟的香港公司則多了一個法律救濟途徑。

儘管沒有多重衍生訴訟，但 BVI 的股東保護機制仍可算相對完善、成熟，可以根據不同情況選擇相應的救濟方式，包括：衍生訴訟、不公平損害訴訟、資產追蹤訴訟、清算等。在這一點上，BVI 和很多境外金融中心很相似。

■ 不公平損害 (Unfair Prejudicial)

于 2005 年修訂的《BVI 公司法》(2004) 第 184I. (1) 條對不公平損害訴訟做了如下的界定：股東如認為在公司事務上已經、正在或可能被大股東不公平差別對待的、或不公平損害其利益的任何行爲，該股東可據此條款向法院提請大股東對公司不公平損害法令。要想成功地向法院申請到不公平損害法令，需要滿足以下幾個關鍵點：

◆ 壓抑股東的行爲 (Oppressive Conduct) 一是指對股東苛刻的、不當的，明顯偏離公平處理標準和違背公平競爭的行爲。

◆ 不公平損害 (Unfair Prejudice)

一是指損害是客觀的，而不是主觀的，具體的表現形式有：將股東排除在管理層 / 董事局外¹¹、大股東 / 大股東控制的其他公司盜用公司資產¹²、虛發董事酬勞¹³、不派發合理的股利¹⁴、股份和權利分配不當¹⁵等。

◆ 違反信義義務 (Breach of Fiduciary Duty) 一違反信義義務時是惡意的或非法的、有不可告人的目的¹⁶。

建立在上述不公平損害幾個關鍵點的基礎上，BVI 股東可以通過一些方法來對不公平損害向 BVI 法院申請法律救濟，以保障自身權益，包括：

- 要求公司或其他股東收購其股份；
- 要求公司或其他股東支付賠償；
- 爲公司指定一位接管人 (Receiver)；
- 爲公司指定一位清算人 (Liquidator)；
- 要求修正公司記錄 (比如，股東記錄) ；或
- 要求撤銷任何違反公司法 / 公司章程的公司決定 / 行爲。

那麼，問題來了：到底是否可以在香港申請將一家 BVI 公司予以清算？答案仍然是，要看這家 BVI 公司和香港是否有足夠的聯繫，比如：

▪ 在香港是否有資產、是否有營業地址，有無僱員、派發股息或股東會議等重大管理事項是否在香港進行，在香港是否開立有銀行賬戶等；

▪ 是否有合理可能使清算令有利于申請人；且

▪ 法院須確保對公司中一人或多

注釋：

9 衍生訴訟是指，股東可以就對公司有任何不當行爲的董事或第三方提起訴訟。通常，由于樞密院的關係，能够起訴董事的往往是公司本身。如欲了解開曼群島的衍生訴訟，請見本期雜誌的“開曼群島公司股東爭議及運用法院程序退出投資”一文之相關內容。

10 詳情請見《宏傑季刊》第八期的第 37 頁“鏞記酒家爭產案中的離岸公司清算”之相關內容。

11 Re Hing Ming Gondola (HK) Company Ltd (HCMP 418/2008, 30.06.09)。

12 Re Texgar Ltd [2002] 1 HKLRD 687。

13 Re Cumana Ltd [1986] BCLC 430。

14 Re Wong Man Yin v Ricacorp Properties Ltd (2003) 6 HKCFAR 265。

15 Re Tseng Yueh Lee v Metrobilt Enterprise Ltd [1994] 2 HKC 684。

16 Re Hoffmann LJ in Re Saul D Harrison & Sons plc [1995] 1 BCLC 14, 18。



普通法下的忠實義務 / 信義義務

忠實義務，又稱信義義務，指董事管理經營公司業務時，毫無保留地代表全體股東為公司最大利益努力工作，自導利益與公司整體利益發生衝突時，後者優先。

它源于作為受信人的董事與作為受益人的公司之間的信任關係。公司由董事控制，是董事決策公司應採取的行動。就關於公司而作出的任何行為而言，董事處在如同受托人一般的信義地位。

依誠實信用原則，公司對董事在法律或事實上產生信任，有所信賴；董事因接受公司信任而負有誠信、忠實、謹慎與勤勉等義務。公司對董事個人素質與品德等充分信任，董事在此關係中具有極強人身性。

從權利義務一致看，法律及公司章程授予董事充分職權，董事應基于信任在法律上承擔忠實義務。這主要包括：

- 在法律和社會道德允許範圍內，遵守公司章程，董事為正當目的誠信行使職權，努力實現公司利益最大化；
- 盡力避免董事個人利益（含與其有利害關係的第三人的利益）與公司利益發生衝突，若兩者衝突，後者優先。

了解忠實義務，須明確公司與董事的法律關係。



從鑪記酒家爭產案看 BVI 公司是否可以在香港被清算

近期，香港的鑪記酒家爭產一案是非常典型的不公平損害及衍生訴訟案例。

鑪記酒家是香港知名的一個老字號，憑借明爐燒鵝蜚聲國際，但卻陷入了兄弟爭產的糾紛之中。2012 年 10 月 31 日，香港法院根據當時的《公司條例》第 168A 條和第 327（3）（d）條作出判決，其中便涉及到境外公司的清算問題，詳見：KAM KWAN SING v. KAM KWAN LAI AND OTHERS (31/10/2012, HCCW154/2010)。

在本案中，爭論的焦點是鑪記酒家的 BVI 控股公司是否與香港有實際聯繫，即該 BVI 公司在香港是否有營業地址。正是由于 BVI 公司祇作為控股而存在、與香港無實際聯繫，而導致原告敗訴。

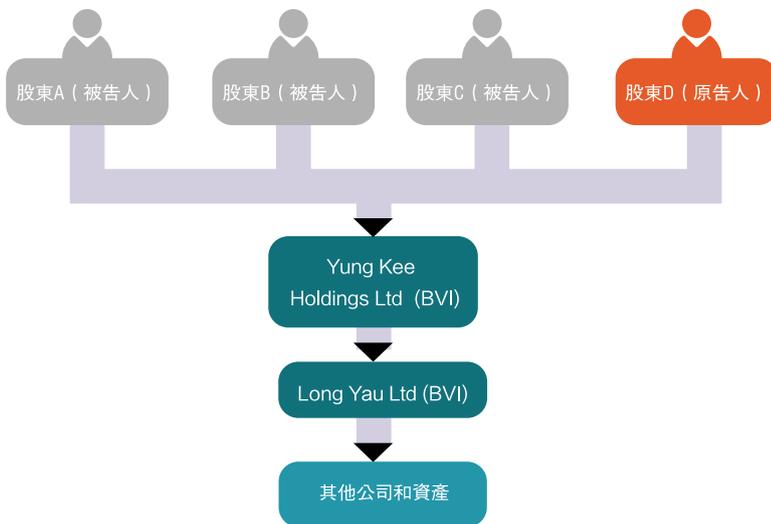


圖 1 鑄記集團的公司架構圖



人資產的處置有司法管轄權。

BVI 公司的資產追跡

除了不公平損害訴訟，資產追跡在股東權益保障的民商事訴訟中也是常用的救濟方式（有時甚至是不得不用“最後的選擇”），它主要用于公司資產/權益被隱匿、不當股東/董事拒絕協助清算人、公司資產已經被以合法形式瓜分殆盡、無法追討資產……

BVI 是一個普通法的司法管轄區，繼承了普通法的穩定性和高度的可預見性。開曼群島也同樣如此。在普通法下（包括 BVI）法院和法律都對資產追跡給予了保障，允許債權人或者利益受損股東通過資產追跡訴訟的方式來予以追跡、定位、追回資產。在 BVI 用作資產追跡的法律救濟方式有三種：

- (1) 資產追跡訴訟
- (2) 知情同意訴訟
- (3) 不誠實協助訴訟

首先，我們來了解一下資產追跡訴訟。

▶ 資產追跡訴訟 (Asset Tracing Procedure)

所謂的資產追跡，並不等同於資產追討（即討債），它是一個確定資產的過程，其本身並不承擔必須追討回資產的功能。資產追跡在英文中為“Asset Tracing”。在這裏，資產追跡 (Asset Tracing) 不同於資產跟蹤 (Asset Following)。針對二者的不同，Foskett v. McKeown [2001] 1 A.C. 102 一案中法官 Millet 勳爵有明確的解釋。他認為：

Following 是一個追跡同一筆資產幾易其手的過程；而 Tracing 則是一個定

位一筆新資產取代 / 混入舊資產的過程。當一筆資產向另一筆資產轉移時，申索人可以選擇追蹤該筆資產進入了新主人之手，亦可以選擇追蹤該筆資產在同一個 / 不同主人手中的新價值。資產追蹤定位了申索人資產的整個可追蹤過程，從而讓申索人用最終確定的新價值作為申索標的。

在資產轉移和轉化的過程中，可能引致 Following 和 Tracing 的因素很多，但是從資產變化的形態來看，大致可以有以下四種類型（詳情見圖 2-5）：

(1) A 將資產轉移至 B，B 將該筆資產又轉移至 C；或

(2) A 將資產轉移至 B，B 將該筆資產與其他資產混合，以至於使其喪失了原初面貌；或

(3) A 將資產轉移至 B，B 將該筆資產置換成了新資產；或

(4) A 將資產轉移至 B，B 將該筆資產與其他資產混合，然後以混合後的資產置換新資產。

針對這些不同類型的資產混合或轉移，大體而言有兩種處理方式。一種是：普通法追蹤（Common Law Tracing），此種方式僅適用於資產有清晰的替代物，比如，金錢被盜用後用來買車了，公司可以對該車進行追蹤。另一種應對方法則是：權益法追蹤（Equitable Tracing），其適用於資產已經同其他資產混合，但基於公平或資產間存在的信托和法律關係，仍然可以予以追蹤，不失為一種金錢損失的救濟。

總而言之，如果合適，法院通常會願意頒布金錢補償或賠償的命令。

在資產追蹤過程中，如果第三方的資產購買者是善意的、不知情的，那麼，法院可能會優先保護善意第三方購買者的利益。因為，此種情況下如果讓善意購買的



圖 2 資產追蹤類型一



圖 3 資產追蹤類型二



圖 4 資產追蹤類型三



圖 5 資產追蹤類型四

第三方恢復原狀（退款或者償付），這雖然能夠保護受損股東的權益，但無疑會損害善意第三人的合法權益，而這有悖公平、正義的法律基本原則。詳情參見：Lord Goff in *Lipkin Gorman v. Karpnale* [1991] 2 A.C. 548 一案。

►知情同意（Knowing Receipt）

知情同意是普通法下信托中的一個概念，是指如果某人在知情的情況下違反信托或受托義務而接受了屬於信托的財產，此人須為此承擔法律責任。通常，知情同意和顯失公平（Unconscionability）¹⁷有緊密的聯系，因為接受者的受益往往會造成申索人的利益受損。

假設賣方與買方為合同雙方，盡管其合同為真實意思的表示，且交易有合理對價。但由于買方明知道賣方違反信托或受托義務、有損于第三人的合法權益，這等于買方明知賣方為無權處分，屬於惡意知情。買賣雙方從交易中受益，造成第三方受損的法律後果。也就是說，買賣雙方之受益為不當得利，應該返還給第三方，法律會優先保障第三人的合法權益。

知情同意的規則主要是由 *El Ajou v. Dollar Land Holdings plc* [1994] 1 BCLC 464, 467, *Hoffmann LF* 一案所確立，其提出了認定知情同意的幾個要素，包括：

- (a) 資產屬於一個信托或受托關係；
- (b) 資產業已被轉移；
- (c) 資產轉移行為違反了信托 / 受托義務；
- (d) 資產（可追蹤收益）由被告接受；
- (e) 被告接受資產出于其自身利益；
- (f) 被告接受資產時明白該資產為信托資產，且資產轉移將違背信托 / 受托義務。

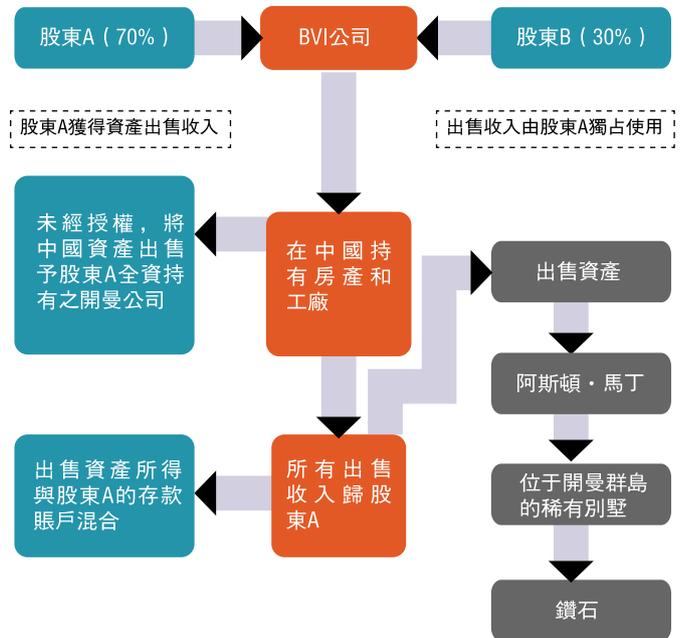


圖 6 BVI 公司的資產追蹤

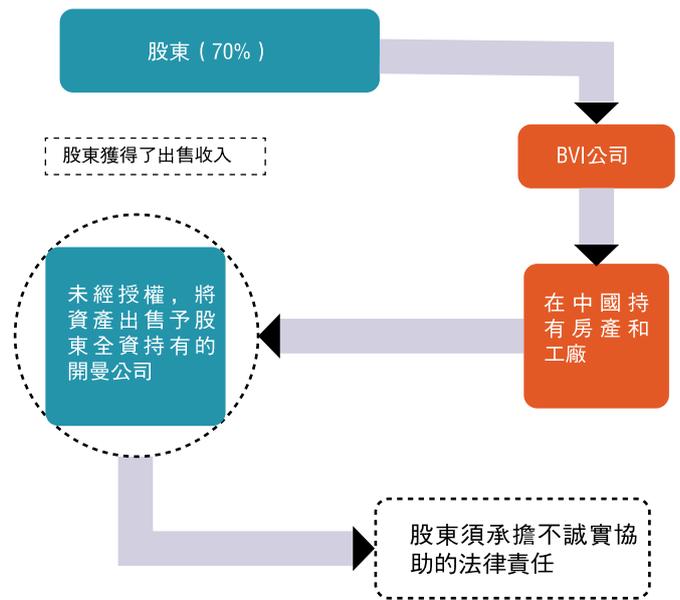


圖 7 BVI 公司知情同意

注釋：

17 “顯失公平”在澳大利亞又叫“Unconscionable Dealing/Conduct”，即“顯失公平的交易/行為”。大陸法也有這一概念。顯失公平是合同法中的一個概念，指的是一方在緊迫或缺乏經驗的情況下而訂立的明顯對自己有重大不利的合同。顯失公平的合同往往是當事人雙方的權利和義務極不對等，經濟利益上不平衡，因而違反了公平合理原則。

知情同意還有一個更為人熟知的說法，即“顯失公平的同意”，這一概念建立在顯失公平的基礎上。知情同意的一個很重要隱含意思便是，被告 A 所接受資產是一種以合法形式掩蓋不當得利的行為。因此，如果能夠證明知情同意上述要素的存在，原告有權要求被告 A 接受者將資產、收益或法律關係恢復原狀，並返還不當得利。

▶不誠實協助 (Dishonest Assistance)

不誠實協助是英國信託法中的一個概念，主要針對的是第三方在信託法下的責任。這一概念與知情同意都是藉由 Barnes v. Addy 一案所確立，後來亦拓展應用到 Twinsectra Ltd v. Yardley 一案中。構成不誠實的協助補救須具備以下幾個要素：

- 必須存在一個信託；
- 受托人必須違反了受托協議；
- 被告對受托人的違反受托協議行為提供了幫助；
- 被告必須是不誠實的或惡意的。

如果滿足了上述要素，則基本可以斷定被告的行為違反了信託的受托協議，第三方將需要為此承擔法律責任（見圖 8）。不誠實的協助補救主要用作保障海外信託中委託人意願得以實現，從而確保受益人權益的法律救濟機制。

不誠實協助訴訟常用於不誠實的僱員或專業人士所造成的損害救濟中。比如，僱員利用其專業知識幫助董事侵占公司資產；或專業會計師幫助管理層欺騙公司股東；或律師為不誠實董事欺騙股東；或為洗錢出謀劃策，即所謂的“白領犯罪”。■

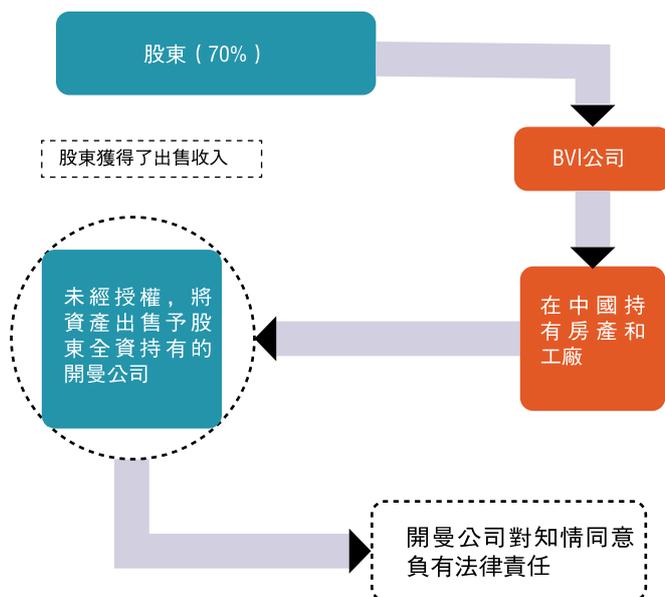


圖 8 BVI 公司用作信託主體之不誠實協助

香港新《公司條例》 下股東爭議的解決

注：

本文基于香港方少雲大律師于 2014 年 10 月 28 日在“宏傑集團 2014 年國際法律環境中的海外公司股東和董事權益保障研討會”所做專題演講《香港新〈公司條例〉下股東爭議的解決》整合、編輯而成，錄入本文時與演講 PPT 略有不同。謹對方少雲大律師為本文所做出的貢獻，特此致謝！

| 從第 32 章到第 622 章

2014 年 3 月 3 日，醞釀了 8 年之久的香港新《公司條例》正式生效，掀開了香港公司立法和香港公司治理的新一頁。香港新《公司條例》包含：

- 921 項條文（舊《公司條例》第 32 章為 470 項，內容增加近 1 倍）；
- 11 個附表；
- 12 條附屬法例；
- 新指明表格從 74 款增至 92 款（增加近 1/3）。

藉由此次修訂，香港的《公司條例》從原來的第 32 章改為第 622 章。其中最為重大的變化是：《公司條例》（第 32 章）改稱為《公司（清盤及雜項條文）條例》。除有關公司招股章程、清盤、公司無力償債及取消董事資格的條文不納入新《公司條例》（第 622 章）外，舊《公司條例》內所有影響公司運作的核心條文都予以廢除。

| 新《公司條例》對股東 | 權益的規管

新《公司條例》是一部大部頭的法律，中文全文多達 934 頁。在這龐大的法律信息中，亦對股東權益的保護做了規定，無論是在做公司架構規劃還是在進行法律補救時，或可從以下三個方面考慮：

第 9 部 - 賬目和審計

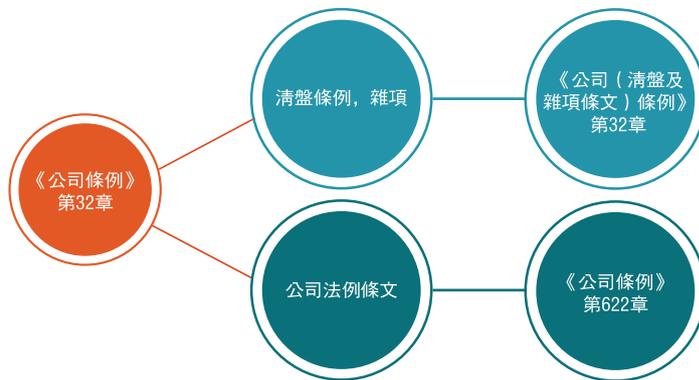
這是關於賬目編制和向股東披露賬目信息的規定，專業性非常強，需要會計師等專業人士來進行合規操作，此處不予贅述。

第 11 部 - 董事的公平處事

這是關於法定衍生訴訟的規定。舊《公司條例》祇準許某指明法團的成員就針對其法團而犯的【不當行為】代表法團提起訴訟或介入法律程序。

第 14 部 - 保障公司或成員的權益的補救

新《公司條例》是對股東權益進行



注：《公司條例》（第622章），于2014年3月3日生效。

圖 9 香港新公司條例 – 從第 32 章到第 622 章



香港原訟法庭

香港高等法院原訟法庭（英語：Court of First Instance）是香港特別行政區高等法院組成部分之一。原訟法庭是香港最高級的原訟法院，對民事和刑事案件均有無限的司法管轄權，因此原訟法庭一般審理最嚴重的罪行。例如，謀殺、誤殺、強姦、持械搶劫、販運大量危險藥物及複雜的商業詐騙等。

除有關中華人民共和國的國防和外交等國家行為外，原訟法庭可聆訊香港任何的刑事訴訟。至于民事索償方面，祇會聆訊金額多于港幣 \$1,000,000 元的案件；該庭亦處理來自各區的裁判法院、勞資審裁處、小額錢債審裁處和淫褻物品審裁處的上訴案件。

原訟法庭訴訟的任何一方若為有限公司，除非獲得法庭特別許可，否則必須聘請律師代表進行訴訟。原告人在原訟法庭開始民事訴訟，可以選擇以下任何一種方式：

- 傳訊令狀 (Writ of Summons)
- 原訴傳票 (Originating Summons)
- 原訴動議通知書 (Notice of Originating Motion) 或呈請書 (Petition)

提起訴訟後，如案中各方願意和解，法官會按照和解協議作出法庭命令。如雙方在審訊開始前達成和解協議，則可以把一份終止訴訟通知書送交法庭存盤，或把一份列出協議條款的同意令送交法庭存盤。

被告人如不服裁判官的決定，可在裁判官作出有關決定後 14 天內向原訟法庭提出上訴，經判定是否接納上訴後，由上訴法庭接受該案件。

保障和救濟的最直接法律規定，主要包括：

- ◆第 2 分部（S723–S727）對不公平地損害成員權益的補救；
- ◆第 3 分部（S728–S730）對於其他人就公司從事的行為作出的補救等；
- ◆第 4 分部（S731–738）就對公司所作的不當行為提出衍生訴訟以尋求補救等；
- ◆第 5 分部（S739–S743）成員查閱公司的記錄。

鑒于本文基于方少雲大律師的演講稿整理而成，因此，本文的重點將會從法律角度出發，主要將重點放在“第 14 部 – 保障公司或成員的權益的補救”上。接下來，我們首先來看香港公司的不公平損害。

不公平損害 (Unfair Prejudicial)

何時可做出補救？

《公司條例》第 724 條規定，原訟法庭如認為該公司的事務：

- ◆正以或曾以不公平地損害眾成員或某名或某些成員（包括該成員）的權益的方式處理；或

◆該公司某項實際作出或沒有作出的作為（包括任何代表該公司而作出或沒有作出的作為），或該公司某項擬作出或不作出的作為（包括任何代表該公司而作出或不作出的作為），具有或會具有 (a) 段所述的損害性，則可行使第 725(1) (a) 及 (2) 條所指的權力。

從上述規定可以看出，香港的不公平損害和 BVI、開曼等司法管轄區非常相似，要想法院啟動不公平損害，最重要的是原告須說服原訟法庭其本人或其

他成員在公司中的權益受到了不公平的損害，這取決於原告所掌握的證據完備程度。

誰可以申請？

在香港，可以申請不公平損害個案救濟的人主要是與公司利益密切相關者，主要包括：

- ◆ 成員（Member）；
- ◆ 過去的成員（該不公平損害的行為發生時，他是前度成員）；
- ◆ 任何人如果在去世時是某知名法團的成員或前度成員，其遺產代理人、或任何憑借該人的遺囑或因涉及該人的無遺囑遺產而成為該指明法團的股份的受托人或享有該指明法團股份的實益權益的人。

在這裏，有兩個很重要的概念股東（Shareholder）和成員（Member），這在香港公司中有什麼不同呢？一般說，香港公司的股東與成員之間，並不能完全地劃上等號。祇有當股東的名字被登記在成員登記冊時，他才成為該公司成員，享有其成員權利，如投票權、分紅權及分產權等。

即便在投票權、分紅權及分產權方面，相比成員的權利，股東權利有所限制。但是從法律救濟的層面看，香港新《公司條例》仍然對所有股東（不管其是否登記在成員登記冊上成為“成員”）的權益給予了平等的“不公平損害”法律救濟。

哪些公司可以得到救濟？

根據香港法例，可以得到不公平損害個案救濟的公司有：

- ◆ 公司 - 即依據《公司條例》在香港註冊成立的公司；或
- ◆ 非香港公司 - 指在香港以外地方成立為法團並符合以下條件的公司：

(a) 在第 16 部的生效日期當日或之後，

在香港設立營業地點；或

(b) 在該生效日期前，已在香港設立營業地點，並在該生效日期繼續在香港設有營業地點。

針對非香港公司，有一個非常重要的概念“營業地點”，它往往在很多案例中成為決定原被告勝敗的關鍵所在，比如，鑛記案【2014】HKLRD 313。根據香港《公司條例》第 744 條的規定，此處所說的營業地址包括股份過戶處及股份登記處，但不包括銀行在金融管理專員根據該條作出的批准下設立或維持經營的本地代表辦事處。

不公平的判定原則

作為具有判例法傳統的普通法司法管轄區，香港的不公平損害個案救濟原則主要遵循 O' Neill v. Phillips [1999] 1 WLR 1092 一案的原則，並通過 Wong Man Yin v. Ricacorp Properties Ltd, CFA [2003] 3 HKLRD 75 一案得以確立，其認為：



公司是出於經濟目的，通過一系列法律意見和設立程序而成立的法人組織，由公司章程大綱和股東之間的協議來予以規定。因此，處理公司事務的行為須受到股東一致同意之規則的約束。同時，公司法從合伙關係法的角度制定了公平處事條款予以規管，比如羅馬社會的誠信契約。作為一個獨立的司法管轄區，公平處事的一個傳統角色便是通過限制法律關係來限制可能違背誠信原則的行為。這些原則經過適度改良，已經為普通法所採用。

遵循公平處事原則會有兩大特徵：一是，公司成員祇有在對方行為違反一致達成（處理公司事務）的股東協議時，才能投訴不公平損害。二是，根據嚴格的法律規則，對方所作所有為失公平。因此，不公平可能包含違反公司法例 / 股東協議，也可能依據規則之所作所為將被認為有悖誠信原則。

基於誠信原則和公平處事原則，以下幾個方面是不公平損害行為的典型形態，可作為相應的考量因素：



- ◆從管理層排除，免去董事職務；
- ◆挪用公司的資產或轉移公司業務；
- ◆支付超額董事報酬；
- ◆未支付合理的股息；
- ◆不當的股份、股權發行。

如果是處于不正當目的的發行股權，將構成不公平損害。例如，稀釋少數股東持有的股權，特別是在該公司沒有直接的資金要求時。

不公平損害的個案之救濟

基于上述不公平損害行為成立的前提，根據《公司條例》第 751 條，香港法庭可作出它認為合適的命令，這些命令包括：

- ◆禁止有關的不公平損害行為；
- ◆命令以有關公司的名義，提起法律程序；
- ◆委任接管人或經理人，處理公司的財產或業務；
- ◆命令成員購買該公司另一成員的股份；
- ◆可命令該公司或任何其他人士向該成員支付合適的損害賠償；
- ◆可指明接管人或經理人的權力及責任，以及厘定其酬金；
- ◆前度成員祇能得到損害賠償，不能要求其出售或購買公司股份。

以公正公平 (Just and Equitable) 為訴因作出之清算

儘管不到萬不得已，股東不會起訴要求將香港公司予以清算。但如果真的遭遇到不公平待遇或者股東爭議陷入僵局，仍然可以尋求法律救濟，那就是以公正公平為訴因作出之清算。

如我們所知，由于香港《公司條例》

的修訂，關於清算的法律規定已經從舊的《公司條例》中剝離出來，獨立成為新的第 32 章——《公司（清盤及雜項條文）條例》。《公司（清盤及雜項條文）條例》（第 32 章）分別在第 177(1)(f) 條和第 327(3)(c) 條對香港公司和非香港公司的公正公平為訴因作出之清算做了規定。

誰可以呈請？

根據第 32 章第 179(1) 條，向法院提出將公司清盤的申請，須以呈請方式提出。呈請須由公司提出，或由任何一名或多于一名債權人（包括任何一名或多于一名或有或預期的債權人）、任何一名或多于一名分擔人 (Contributory) 或任何分擔人的破產案受托人或遺產代理人提出，或由所有或任何該等人士一起或分別提出。

對於債權人，我們都不陌生。那麼，這裏出現的“分擔人”是什麼意思呢？根據第 32 章第 171 條的規定，

分擔人 (Contributory) 一詞指每名在公司清盤時有法律責任分擔提供公司資產的人，而就所有為裁定何人須當作為分擔人而進行的法律程序，及所有在最終裁定前進行的法律程序而言，亦包括任何被指稱為分擔人的人。



值得注意的是，第 179(1)(a) 條規定，除非公司並無成員，或分擔人的股份原本已配發給他，或股份于清盤開始前的 18 個月內最少有 6 個月由他持有并以他的姓名登記，或由于前持有人的死亡而轉予他，否則，他不能提出呈請。



也就是說，分擔人不同于債權人，其想以公正公平為訴因作出之清算呈請，受到嚴格的法律限制：

表三 以公正公平為訴因作出之清算 VS 不公平損害的個案之救濟

以公正公平為訴因作出之清算		不公平損害的個案之救濟
司法管轄權	有重合，但不完全相同	有重合，但不完全相同
公司狀況	適用無償債能力的公司	有償債能力亦可
訴訟流程	較慢	更快
潛在後果	有并發問題，如，導致公司銀行賬戶被凍結	并發問題少

- ◆公司并無成員；或
- ◆分擔人已經獲發股份，成為了公司的股東 / 成員；或
- ◆分擔人已經實質上持有股份（清算前 18 個月內至少有 6 個月持有股份）并完成了股份登記；或
- ◆轉送股票給他的前持有人已經死亡，祇能由分擔人提出呈請。

起訴須滿足的條件

在知道誰是適合的原告之後，我們來看一下原告從哪些方面提供證據才能成功地提出以公正公平為訴因作出清算的呈請？換句話說，要想以公正公平為訴因提出清算呈請，需要滿足什麼條件，包括：

從管理層排除 – 這是很多小股東經常會遇到的問題。因為持有的股權份額較小，比較容易被大股東排除在管理層外，比如，依法定人數通過決議將小股東剔除出董事會，或者長久不分紅等。相對而言，比較容易舉證、證據的說服力也比較強。

僵局 – 這裏的僵局很多時候指的是常年不召開股東會議或者董事會，小股東無法找到大股東進行協商或通過法定程序來維護自身利益。比如，法定人數為 2 人時，即便一方召集會議，若另一方不予響應，則會議便無法召開，從而陷入了僵局。

主要的目的已經實現或已失敗 – 這一點更接近客觀因素造成的有失公平公正。比如，公司章程或股東協議裏約定的經營期限屆滿，小股東希望將公司予以清算，而大股東拒絕或者修改公司章程讓公司繼續營業；又或者，投資項目目的實現 / 失敗，本應分紅或梳理資產債務，但大股東予以拒絕等。

其他補救方法 – 回購股份

為確保以公正公平為訴因作出之清算的法律救濟，第 32 章第 180(1A) 條規定：



凡呈請是由公司成員以分擔人身份提出，其理由是将公司清盤是公正公平的，法院不得僅以呈請人尚有其他補救方法而拒絕作出清盤令，但如法院同時認為呈請人尋求將公司清盤而不采用該其他補救方法屬不合理，則屬例外。



針對上述種種情況，除了提出以公正公平為訴因作出之清算的呈請外，還有什麼別的補救方法嗎？

答案是，有。那就是，法院會要求公司或其他成員以一個合理的價格購買呈請人的股份，可以算是一個其他補救方法。這一救濟方法是由 Re Kinong Group Ltd [1999] 4 HKC 100 一案所確立。事實上，這裏的意思是



說，如果呈請人與回應者就股份或購買要約達成了一致意見，則公司便可以不被清算。

非香港公司的清算

在香港，幾乎所有的“非香港公司”的清算，都是債權人的清算呈請。香港法院將外國公司以公正公平為訴因作出之清算比較罕見。如果一定要把非香港公司清算，則需要滿足三個主要的條件：

- ◆該外國公司與香港要有足夠的關聯；
- ◆有合理可能，清算將對申請人有好處；
- ◆法院對有份獲得分配的人有管轄權。

衍生訴訟 (Derivative Action) 和多重衍生訴訟 (Multiple Derivative Action)

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。

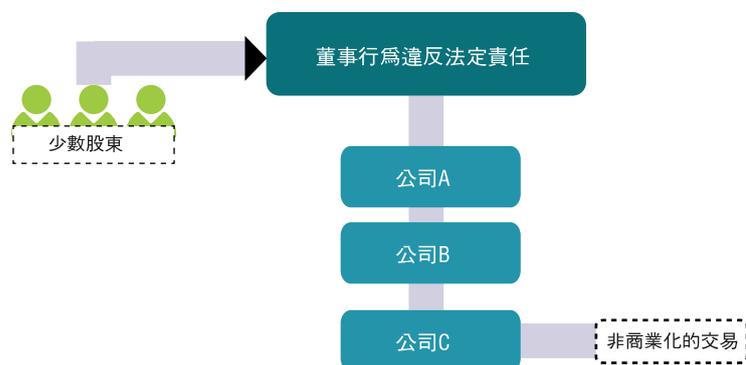
衍生訴訟是一個非常複雜的法律問題，有普通法的衍生訴訟和法定衍生訴訟之分。幾乎普通法的 OFCs 都有相關法律來規管衍生訴訟的操作，祇不過不同 OFCs 的要求會略有不同。

從本質上來說，雖然衍生訴訟是由個人股東起訴的案件，但程序上是由個人股東代表公司的訴訟，而不是個人的訴訟。訴訟必須加入公司作為名義上的被告。香港《公司條例》第 622 章第 732 條 – 公司的成員或有聯系公司的成員可提起或介入法律程序對衍生訴訟做了相應規定：

(1) 如有人對某公司作出不當行為，該公司的任何成員或該公司的有聯系公司的任何成員若獲得原訟法庭…的許可，即可代表該公司，就該行為在法院提起法律程序。

(2) 如因對某公司作出的不當行為，以致該公司沒有就任何事宜提起法律程序，該公司的任何成員或該公司的有聯系公司的任何成員若獲得原訟法庭…的許可，即可代表該公司，就該事宜在法院提起法律程序。

(3) 如因對某公司作出的不當行為，以致該公司沒有努力繼續進行或沒有努力中止任何法律程序，或沒有努力在任何法律程序中抗辯，該公司的任何成員或該公司的有聯系公司的任何成員若獲得原訟法庭…的許可，



Waddington Ltd V. Chan Chun Hoo(2008) 11 HKCFAR AR370中的多重衍生訴訟

圖 10 多重衍生訴訟

即可介入在法院進行的該法律程序，以代表該公司繼續進行或中止該法律程序，或在該法律程序中抗辯。

在香港，法律還允許“多重衍生訴訟”（Multi-Derivative Claims）。也就是說，股東可以降低起訴的組織架構層級以起訴更低層次的SPVs。Waddington Ltd v. Chan Chun Hoo (2008) 11 HKCFAR AR370 一案能夠很好地說明多重衍生訴訟是怎麼一回事。

在上圖中，如果公司C董事違反法定責任對公司所控股持有的資產做非商業化交易，則A公司的少數股東在一定情況下有權以股東個人的名義代表公司對公司和董事提起多重衍生訴訟，以維護公司和自身的合法權益。

除此之外，在 East Asia Satellite Television (Holdings) Ltd v. New Cotai LLC [2011] 3 HKLRD 734, CA 一案中，同樣確立了多重衍生訴訟所遵循的原則：

◆ 股東提起多重衍生訴訟的權利

受問題公司註冊地法院管轄，而非受法院地法院管轄；

◆ BVI 法律和澳門法律無多重衍生訴訟；

◆ 原告代表 BVI 公司和澳門公司提起多重衍生訴訟會被駁回。

法定強制令

如果香港公司或股東違反了香港《公司條例》和違反對公司所負的受信責任，根據香港《公司條例》第 729-730 條，公司的成員或債權人可以向法院申請法定強制令。香港原訟法庭可根據情況，作出以下任何或所有命令：

(a) 按原訟法庭認為合適的條款，授予強制令—

(i) 就第 728(1)(a) 或 (2) 條而言，禁止該人從事該行為，或規定該人作出任何作為或事情；或

(ii) 就第 728(1)(b) 或 (3) 條而言，規定該人作出任何作為或事情；

(b) 命令該人向任何其他人支付損害賠償；

(c) 宣布任何合約在該命令指明的範圍內屬無效或可致無效。

由此可以看出，香港的法定強制令既包含行為禁制也包含財產凍結，它既能禁止人做某事，也能是規定人必須做某事，權力非常大。非香港公司也可以在香港申請法定強制令。

在香港，呈請方可以單方面提出法定強制令；但被告方也可以提出撤銷法定強制令的申請。申請人須向法院證明一旦發現法定強制令的頒布並不恰當，申請人須有足夠的資金向被告賠償，也就是要提供擔保或保證。

事實上，內地法院也有訴前禁制令 / 訴前財產保全，但是要想拿到一個禁制令比較麻煩，一定要求提供擔保或保證。香港雖然也需要擔保，但并不需要真的提供資產作為擔保，祇要能證明具備償付能力即可。

成員查冊公司的記錄

除了上述種種法律救濟途徑之外，香港公司的股東還可以通過查閱公司記錄的方式實現自己的知情權，從而更加有效地維護自身權益。香港《公司條例》第 740 條規定，原訟法庭可命令查閱記錄或文件，其具體情況如下：

- 法庭可作出命令，授權申請人或其代表查閱該公司的任何記錄或文件；

- 有關申請是真誠提出的；及查閱有關記錄或文件是為正當目的而進行的。

- 申請成員最少要擁有 2.5% 的投票權；或最少有 5 名該公司的成員。

如原訟法庭作出上述命令，授權某人查閱有關記錄或文件，它可作出它認為合適的任何其他命令，包括一

(a) 規定有關公司或其高級人員向該人出示任何記錄或文件的命令；

(b) 指明該人可查閱的記錄或文件的命令；

(c) 規定申請人支付有關公司因該項查閱而合理地招致的開支的命令；及

(d) 準許該人或（如該人并非申請人）申請人向命令指明的任何其他人披露因該項查閱而取得的任何資料的命令。

股東在查閱有關記錄或文件後，其可復制該記錄或文件。也就是說，一旦獲得法院的授權，可以有很多途徑來全面獲取信息。

相比較而言，開曼公司的股東無權獲得公司信息。這一點和香港公司、BVI 公司有很大的不同；而 BVI 和香港公司一樣，毋須法院授權，股東便可以查閱公司章程大綱和細則。但是，無論是在香港、開曼還是 BVI，沒有法院命令都不能查閱公司的會計信息和商業合同等涉及到公司商業秘密的信息。■

從中國企業視角 看海外公司 股東爭議解決

時光無涯，聚散有時。不知不覺間，“宏傑集團 2014 年國際法律環境中的海外公司股東和董事權益保障研討會”已漸行漸遠。即便如此，在整理各位律師演講稿以備本期雜誌出版的過程中，諸多場面、細節（尤其是專業知識的解讀）又開始一一活泛起來。

特別是將目光聚焦在“海外公司股東爭議的解決”這一核心問題上，我們發現儘管開曼、BVI、香港甚至中國內地有諸多不同，但仍有很多頗為一致的法律救濟方式。當然，在具體的細節上，即便是同一種法律救濟方式也會各有所側重。在股東爭議的解決方面，我們發現一些有趣的“關鍵點”：

1. 開曼、BVI 和香港等普通法下的衍生訴訟，其與中國內地的股東代表訴訟有異曲同工之處，但又略有差異；
2. 無論在中國內地還是海外，信息查詢往往是解決糾紛、追蹤資產或談判角力的前提，對股東權益的跨境保障至關重要；
3. 相比于法律訴訟的繁瑣和成本昂貴，仲裁成為解決股東爭議的一大利器，因為仲裁更為靈活，互相認可與執行也相對容易；
4. 來自開曼、BVI 和香港的三位律師不約而同地提到了“鏞記酒家爭產”一案，那麼，本案如何集中地體現普通法下股東爭議的各種救濟方式？

接下來，我們就基于上述幾點一一展開，看看它們都有哪些特別值得關注的地方。

| 衍生訴訟 VS 股東代表訴訟

在普通法下，衍生訴訟 (Derivative Action) 又稱派生訴訟、代位訴訟，但是在中國，則被叫作股東代表訴訟。它是指當公司怠于通過訴訟手段追究有關侵權人員的民事責任及實現其它權利時，具有法定資格的股東爲了公司的利益而依據法定程序代公司提起的訴訟。

衍生訴訟源于英國 1864 年 “Foss v. Harbottle 案” (中文爲：東潘多鉛礦公司訴麥瑞威澤案) 的判例。該案創設了這樣一條規則：如果少數股東指控控制公司的人欺騙了公司，則該少數股東可以以公司的名義提起訴訟。

目前，世界上各主要國家都規定了股東代表訴訟制度。在美國，羅伯特·W·漢密爾頓專門論述了衍生訴訟制度；《特拉華州普通公司法》也明文規定了此種制度。在法國，法院于 1893 年即準許股東行使代表訴訟。在日本，1950 年修改《商法典》時規定了股東的代表訴訟。德國、西班牙、菲律賓、韓國，中國臺灣地區亦有類似的規定。

《中華人民共和國公司法》(2013 年修訂) 也對股東代表訴訟有明確的規定，其分別爲：

第一百五十條 董事、監事、高級管理人員執行公司職務時違反法律、行政法規或者公司章程的規定，給公司造成損失的，應當承擔賠償責任。

第一百五十二條 董事、高級管理人員有本法第一百五十條規定情形的，有限責任公司的股東、股份有限公司連續一百八十日以上單獨或者合計持有公司百分之一以上股份的股東，可以書面請求監

事會或者不設監事會的有限責任公司的監事向人民法院提起訴訟；監事有本法第一百五十條規定的情形的，前述股東可以書面請求董事會或者不設董事會的有限責任公司的執行董事向人民法院提起訴訟。

監事會、不設監事會的有限責任公司的監事，或者董事會、執行董事收到前款規定的股東書面請求後拒絕提起訴訟，或者自收到請求之日起三十日內未提起訴訟，或者情況緊急、不立即提起訴訟將會使公司利益受到難以彌補的損害的，前款規定的股東有權爲了公司的利益以自己的名義直接向人民法院提起訴訟。

衍生訴訟也好，股東代表訴訟也罷，祇不過在不同法系、不同國家下的叫法有所不同。從本質上來看，該股東救濟訴訟主要是基于股東所在公司的法律救濟請求權產生的。這種權利不是股東傳統意義上的因其出資而享有的股權，而是由公司本身的權利傳導來，由股東行使的。

正因爲如此，衍生訴訟的原告¹⁸ (即公司的股東) 祇是作爲名義上的訴訟方，他們祇是代表公司提起訴訟，其本身沒有任何權利、資格或權益。也就是說，原告股東并不能取得任何權益，法院的判決結果直接歸于公司承擔。

| 糾紛止于透明： 海外公司信息查詢

身處一個信息化的時代，能否獲得足夠充分、可靠的信息，將在一定程度上決定少數股東法律救濟實現的可能性大小。針對股東對海外公司信息的查詢權利這一點，我們在本期雜誌的前三篇專業文章中已有詳細闡述。總的來說，在常見的司法管轄區大體情況如下：

注釋：

18 一人或多人聯合提起訴訟均可。但是，并非祇要公司的股東就可以提出訴訟，不同的國家對此均有限制，以防某些惡意的股東濫訴。

開曼公司的股東無權獲得公司信息。這一點和香港公司、BVI 公司有很大的不同；而 BVI 和香港公司一樣，毋須法院授權，股東便可以查閱公司章程大綱和細則。但是，無論是在香港、開曼還是 BVI，沒有法院命令都不能查閱公司的會計信息和商業合同等涉及到公司商業秘密的信息。

具體到中國，《中華人民共和國公司法》分別在第 33 條、第 34 條做了規定：

第三十四條 股東有權查閱、復制公司章程、股東會會議記錄、董事會會議決議、監事會會議決議和財務會計報告，股東可以要求查閱公司會計賬簿。股東要求查閱公司會計賬簿的，應當向公司提出書面請求，說明目的。公司有合理根據認為股東查閱會計賬簿有不正当目的，可能損害公司合法利益的，可以拒絕提供查閱，並應當自股東提出書面請求之日起十五日內書面答復股東並說明理由。公司拒絕提供查閱的，股東可以請求人民法院要求公司提供查閱。

我們可以看到，中國公司法對股東的知情權予以了非常具體、完備的保障。股東有查閱、復制公司章程、“三會”（股東會、董事會、監事會）決議，以及財務會計報告的權利。

當然公司可以拒絕。在公司拒絕的情況下，股東的救濟途徑是向法院請求，要求公司提供查閱。祇要是出于正當目的，一般法院都會予以支持。由此，我們可以看到，對股東權益保護而言，境外金融中心的公司信息更趨于隱匿，而中國內地的公司信息則較為透明。

這主要是和境外公司大多為空殼公司並無實體內容，因此本身信息含量少有關。但更為重要的是，境外公司多用作控股、避稅和關聯交易，出于境外金融中心的牌照費、稅收等利

益考慮，會從法律層面給予境外公司更多信息隱匿方面的保障。至于說，透明與隱匿，二者並沒有絕對的好和壞、黑與白之分，關鍵看是誰想獲得這些公司的信息，為我所用才是公司架構規劃和信息查詢的上策。

根據宏傑的實際操作經驗，我們認為：大多數的股東爭議，主要來源于其糟糕的公司組織細則（Article of Association）。從實務層面（而非法律層面）看，如果處理好以下幾個方面，股東爭議其實大多可以避免：

考慮周詳且計劃完備的股東關係
- 這可以通過擬定專業、嚴謹的股東協議來予以實現。

每位股東和董事就如何管理公司事務達成一致，并詳細約定 - 則由完備的公司組織細則和股東協議來共同實現。

爭議解決機制 - 藉由公司組織細則和其他法律文檔來予以約定。

針對上述各項關鍵因素以及如何籌劃專業周到的公司架構，有着 28 年豐富實踐經驗的宏傑集團可以助你一臂之力。

仲裁：解決股東糾紛的一大利器

仲裁最大的好處是，執行比較容易。無論在香港、BVI 還是開曼群島，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，《紐約公約》成員已經達到 147 個，覆蓋範圍非常廣泛。



中國內地股東代表訴訟案的標杆 ——小股東訴廣廈控股一案

來源：法制日報

2007年-2008年，中國內地公司法修訂後堪稱標的最大（人民幣500,000,000元）的一樁股東代表訴訟案經過一審判決、二審調解後結案。

本案案情焦點在於通和控股公司的大股東——廣廈控股通過一系列資本運作涉嫌占用了公司巨資。於是，廣廈控股的兩個小股東浙江和信電力開發有限公司（持股4.81%）、金華市大興物資有限公司（持股2.69%）衝冠一怒，將通和置業（第一被告）、上海富沃企業發展公司（第二被告）以及廣廈創投公司（第三被告）告上了法庭。通和控股公司則作為本案第三人。

小股東往往實力較弱，按照目前中國的法律規定，為了防止部分股東濫用訴訟權，股東若提起股東代表訴訟，訴訟費等支出要由原告先行支出，經濟壓力大，風險自然也大。所以最好的辦法應該還是通過協商解決問題為宜，本案最終在二審階段以調解而結案便是一個明證。由於巨大的標的額，又涉及上市大公司，在股東為維護公益權而進行派生訴訟方面，此案具有相當高的標杆意義。



中國律師查詢企業工商信息遭遇“緊箍咒”

即便是在以透明為價值取向的中國內地，也並不是說可以非常容易地獲取公司的核心信息（主要指工商內檔和財務報表），哪怕你是律師也會受到較為嚴格的限制。

2012年，北京、上海、天津、山東等地的工商局下發通知規定，律師受當事人委托，持法院立案證明原件及復印件、律所介紹信和律師執業證可查詢與代理事項有關的企業登記檔案資料。

在此之前，律師如果想要查詢工商信息，並沒有立案要求。律師受當事人委托，持律師事務所介紹信和律師證就可查詢與代理事項有關的企業登記檔案。這有利於企業聘請律師快速獲取投資、并購所需的信息，以便決策。

但實際上，很多律師所代理的案子並不一定以訴訟為目的，但同樣需要先期查詢清楚被告的關聯公司或實際控制人。現在，如不涉及立案訴訟，律師就無法查詢。不少律師都認為此種規定是一種“退步”。

儘管反對聲很大，但各地工商局回應稱並未提高門檻。工商局認為，新規是依據《檔案法》及國家工商總局2003年出臺的《企業登記檔案資料查詢辦法》而制定，因為“查詢辦法”規定“查詢人員出示法院立案證明和律師證件，可以進行書式檔案資料查詢。”

2013年的兩會上，中國內地知名律師施傑律師、王俊峰律師曾對此問題提出議案——“關於取消限制律師查詢企業工商登記檔案有關規定的建議”，但似乎並沒有得到政策層面的回應。

能否及如何獲取（或不被獲取）企業工商信息，看來不光是企業要考慮的問題，同樣也是政府監管部門和法律從業人員要關注的問題。如何在隱私和透明之間保持平衡，這將仍然是一個持續演進、各方博弈的待解難題……

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裏，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



紐約公約與實踐中跨境仲裁的互認與執行

1958 年 6 月 10 日，在紐約召開的聯合國國際商業仲裁會議上簽署了《承認及執行外國仲裁裁決公約》(the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards)，這就是通常說的“紐約公約”。紐約公約處理的是外國仲裁裁決的承認和仲裁條款的執行問題。

中國于 1987 年成為紐約公約成員。但是，中國在加入紐約公約時作了互惠和商事兩項保留。也就是說，中國祇承認和執行來自締約國且所解決的爭議依中國法律屬於商事關係的仲裁裁決，不包括外國投資者與東道國政府之間的爭端。符合以下條件的境外仲裁裁決才可以向中國的中級以上法院申請互認和執行：

1. 被執行人為自然人的，為其戶籍所在地或者居所地；
2. 被執行人為法人的，為其主要辦事機構所在地；
3. 被執行人在中國無住所、居所或者主要辦事機構，但有財產在中國境內的，為其財產所在地。

目前，世界上已有 153 個國家和地區加入了紐約公約，這為承認和執行外國仲裁裁決提供了保證和便利，為進一步開展國際商事仲裁活動起到了推動作用。恢復對香港和澳門行使主權後，中國已經將紐約公約的領土適用範圍延伸至香港和澳門。此外，香港和澳門亦隨後分別與中國內地簽訂了區際仲裁裁決互認和執行的安排，已有不少實際案例可供遵循。

值得注意的是，2014 年 2 月 24 日，英國及北愛爾蘭聯合王國提交一項通知，將紐約公約的地域適用範圍擴展到 BVI。至此為止，BVI 可以與直布羅陀、馬恩島、百慕大、開曼群島、根西島、澤西島、英國之間適用承認和執行在另一司法管轄區內作出的判決。但這些境外金融中心本身并未獨立加入紐約公約，亦沒有與中國內地、香港簽署相應的雙邊條約。

機會有限。這缺點也是優點，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。

根據香港《公司條例》¹⁹第327(3)(c)，Yung Kee Holding Ltd 屬於非注冊公司，請求據此將其清算。



香港和上海都是知名的國際仲裁中心，它們所作出的仲裁裁決可以在世界上 140 多個國家和地區得到認可和執行，具有非常大的影響力。



| 鑪記酒家案為何一再被提及？

在“宏傑集團 2014 年國際法律環境中的海外公司股東和董事權益保障研討會”中，“鑪記酒家”這四個字一再被各位演講嘉賓和境外專業人士（他們有的來自開曼群島，有的來自 BVI，有的來自香港）提及并津津樂道。如果你參加了此次研討會，你定然已經注意到鑪記酒家爭產案的被告代理律師——英國御用大律師（英格蘭和威爾士）Victor Joffe QC（鐘偉滔）也位列其中。

香港法院要做的是，判定香港是否對該非注冊香港公司擁有司法管轄權。根據《公司條例》第327(3)(c)條，祇有沒有償債能力的境外公司才可以被清算，而鑪記酒家的 BVI 控股公司具備償債能力，所以不能被清算。

根據香港《公司條例》第168A條，強迫股東 A 購買其全部股份。

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，原告方必須證明鑪記酒家的控股 BVI 公司是一家在香港有營業地址的公司。但是，涉案 BVI 公司祇是一家單純的控股公司，因此，原告方并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

注釋：

19 鑒于“鑪記酒家爭產案”的判決發生在香港新《公司條例》生效前，因此，本文中鑪記酒家一案所引法條皆為舊的《公司條例》，僅供參考。

按說，對鑪記酒家案最有發言權的應該是被告代理律師 Victor Joffe，但似乎每一個演講嘉賓祇要說到股東救濟就必然會談到本案，其對法律界的影響可見一斑。那麼，是什麼讓鑪記酒家案如此受關注？在判例法下，該案又將對境外公司在香港的股東救濟產生什麼影響呢？



Victor Joffe QC 大律師畢業于英國劍橋大學，是英國公司法專家，以股東爭議訴訟聞名，擅長領域涉及商業法律、信托、婚姻、金融以及體育法律等，其著作多次被香港及英國法院引用。Victor Joffe QC 同時亦是著名“香港鑪記酒家爭產案”的出庭律師，該案于 2012 年獲得勝訴，在香港、英國、BVI 頗有影響。

2014 年 10 月 28 日，Victor Joffe QC 出席了在上海舉辦的“宏傑集團 2014 年國際法律環境中的海外公司股東和董事權益保障研討會”。他在圓桌互動 & 提問環節就鑪記酒家爭產以及股東爭議的解決等問題與來賓做了深入的交流和分享。



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，唯一資產是對另一家 BVI 公司的控股等。所有這些都表明，涉案 BVI 公司和香港沒有足夠聯繫，也不必在香港有營運或在香港有營業地址。

原告在本案中亦未能依據《公司條例》第 168A 條贏得訴訟。

根據香港《公司條例》第 327 條，法院行使權力以“公平公正”的理據將境外公司清算。

要實現這一點，必須確保有關案情與香港有足夠強的聯繫。在本案中，香港法院並未能發現涉案 BVI 公司和香港有足夠的聯繫，甚至該境外公司在香港連銀行賬戶都沒有²⁰。

從被告的角度看，在其對集團整體架構進行規劃時，有意識地將 BVI 公司作為控股公司，既達到避免被香港政府徵收房產稅又成功地將境外資產最終擁有人和香港實現了有效隔離。從避免香港具備司法管轄權的角度看，鏞記酒家一案是非常典型的境外公司股東權益爭議案件，涉及到香港、BVI 兩個司法管轄區。更為重要的是，本案集中體現了衍生訴訟、股權回購，以及以“公平公正”理由予以清算等多種不同的法律救濟方式，其確立的審判原則無疑將會對以判例法為傳統的香港、BVI、開曼群島、英國等普通法司法管轄區產生重要影響。

現在，越來越多的中國企業會在海外設立開曼公司、BVI 公司、香港公司等作為跨境併購、投資或 IPO 的特殊目的工具。但是，在法律風險的防範上往往做得不是特別到位，可能僅考慮了一時一地的需求，未能做全盤規劃和長遠展望，以至於遇到股東糾紛時措手不及。鏞記酒家一案或可為你及你的客戶提供參考，值得關注。

宏傑認為，公司架構規劃涉及到很多方面，需要多角度、全方位地考慮。但在過去，大多數企業祇重稅務而忽視了其他因素的考量。在此，我們列出了公司架構中所需考量的諸多因素，供你參考：



(1) 稅收 - 這意味着整個公司架構應當實現最低限度的稅收風險，包括：

- ◆ 集團公司的稅收；
- ◆ 投資者的稅收（包括房產稅、股息稅、所得稅等）；

(2) 息訟和爭議解決的機制；

(3) 明智的商業運營安排，包括避免使用那些上了各國政府黑名單的司法管轄區；

(4) 成本和會計因素 - 包括匯率、財務支出或其他財務成本；

(5) 便于管理 - 包括資金轉移，電子化管理工具（如電子郵件、視頻會議）等。



對此，我們持開放態度，歡迎你與我們做任何形式上的溝通和交流。■

注釋：

20 即便有香港銀行賬戶，也未必能證明境外公司與香港有足夠聯繫，因為法院會考慮多種因素做綜合判斷。

宏傑 源於亞洲 基於亞洲 服務全球



還等什麼？動動手指，掃描一下二維條形碼，來獲取本期《宏傑季刊》電子版吧！
您亦可通過下述鏈接來閱讀本期《宏傑季刊》：
http://www.manivestasia.com/library_quarterly_publication_chi.html

免責聲明：

本出版物所含資料及其所含信息乃宏傑就某個專題或某些專題提供的一般性信息，并非對此類專題的詳盡表述，謹作分享之用。

故此，本出版物所含信息不能構成會計、稅務、法律、投資、諮詢或其他專業建議或服務。讀者不應以本出版物中的任何信息作為可能影響其自身或者其業務決策的唯一基礎。在作出任何可能影響個人財務或業務的決策或行動前，請諮詢合資格的專業顧問。

版權聲明：

《宏傑季刊》由宏傑亞洲有限公司出版。版權所有，未經宏傑亞洲有限公司書面授權許可，不得以任何形式轉載、復制和編譯。宏傑亞洲有限公司版權所有，保留一切權利。

中國香港總辦事處	中國上海辦事處	中國杭州辦事處	中國澳門辦事處
宏傑亞洲有限公司 香港九龍尖沙咀廣東道30號新港中心 第一座5樓511室 電話:(852)2851 6752 傳真:(852)2537 5218 電郵:Enquiry@ManivestAsia.com 網址: http://www.ManivestAsia.com	宏傑興中(上海)商務諮詢有限公司 中國上海靜安區愚園路172號環球世界 大廈A座2402室 電話:(86 21)6249 0383 傳真:(86 21)6249 5516 電郵:Shanghai@ManivestAsia.com 網址: http://www.ManivestAsia.com	宏傑興中(上海)商務諮詢有限公司 中國杭州市下城區潮王路10號領駿世界 北座622室 電話:(86 571)8523 0717 傳真:(86 571)8523 2081 電郵:Hangzhou@ManivestAsia.com 網址: http://www.ManivestAsia.com	宏傑亞洲有限公司 澳門新口岸北京街174號廣發商業大廈 10樓E座 電話:(853)2870 3810 傳真:(853)2870 1981 電郵:Macao@ManivestAsia.com 網址: http://www.ManivestMacao.com