

如何利用 BVI 公司 保障股东权益

注：

本文基于衡力斯律师事务所（Harneys）合伙人 Ian Mann 律师及顾问律师 Arigen Liang 于 2014 年 10 月 28 日在“宏杰集团 2014 年国际法律环境中的海外公司股东和董事权益保障研讨会”所做专题演讲《如何利用 BVI 公司保障股东 / 董事权益》整合、编辑而成，录入本文时与演讲 PPT 略有不同。谨对 Ian Mann 律师和 Arigen Liang 律师为本文所做出的贡献，特此致谢！

英属维尔京群岛 (British Virgin Islands, 简称“BVI”), 位于中美洲加勒比海东侧, 波多黎各以东六十英里, 约由四十多个小岛组成。BVI 的总人口约 28,000 人。BVI 与中国有时差, 比北京时间慢 12 小时, 是英国的附属地, 官方语言为英语。

BVI 一直深受世界投资者欢迎, 是一个远近知名的境外金融中心, 注册的 BVI 公司超过 1,000,000 家, 估计占全世界境外公司总数的 41%。所有的 BVI 公司须根据《BVI 商业公司法 2004》成立。

BVI 公司根据《BVI 公司法》(BVI Business Companies Act 2004) 而设立, 具有境外公司 (Offshore Company) 的典型特点和优势:

- (1) 采用普通法法律体系;
- (2) 无资本利得税、无遗产税;
- (3) 公司注册处存档的信息有限;
- (4) 政治和经济稳定。

|BVI 公司查册及税收信息交换

公司信息查册

公司注册 (Company Register) 是获取 BVI 公司公开信息的主要来源, 提供的公开信息主要包括:

- ▶ 公司名称
- ▶ 公司类型
- ▶ 注册代理信息
- ▶ 公司注册地址
- ▶ 公司设立 / 注册日期
- ▶ 公司现状 (活动 / 不活动 / 剔除 / 解散)

但是, 由于 BVI 公司毋须向当地政府申报任何股东、董事或高级行政人员的

资料, 亦无须把公司年收益或账目资料存档。公司也不用向政府披露受益权。因此, 从公司注册册中一般不能够查到股东名称、董事名称、公司持有的资产情况等详细信息。在一般情况下, 除非董事授权或者法庭下达命令外, 第三方无法获取有关股东名册和董事名册资料。

税收信息交换 (TIEAs)⁸

鉴于 OECD 及国际社会的压力, BVI 政府通过了与反洗钱法、反恐怖主义、税收信息交换协议、以及加强金融监管等相关的法律法规。BVI 公司在信息隐私性的传统竞争优势已经不那么明显, 但其仍是最受欢迎的境外金融中心之一。

BVI 已经与 24 个司法管辖区签署了相关信息交换协议, 分别是: 阿鲁巴、澳大利亚、加拿大、中国、库拉索、捷克、丹麦、法罗群岛、芬兰、法国、德国、格陵兰、根西岛、冰岛、印度、爱尔兰、荷兰、新西兰、挪威、葡萄牙、圣马丁、瑞典、英国、美国。

2011 年 6 月, BVI 与中国政府签署的 TIEAs 已经生效, 中国政府有权要求 BVI 公司注册处提供 BVI 公司的以下税收信息:

1. 银行及其他金融机构掌握的信息;
2. 作为代理或委托人的个人掌握的信息;
3. 公司、合伙人、信托、基金及个人的法律和受益所有权的信息, 包括在同一所有权链条上一切人的所有权信息;
4. 信托公司委托人、受托人、受益人以及监管人的信息;
5. 基金公司创立人、基金理事会成员、受益人以及基金公司董事或其他高级

注释:

8 英文为: Tax Information Exchange Agreements, 简称“TIEAs”。

管理人员的信息。

【BVI 的股东保护机制】

BVI 法律允许衍生诉讼，但 BVI 和香港有一个很大的不同，即 BVI 法律不允许有多重衍生诉讼⁹。没有多重衍生诉讼并不意味着一定就是个劣势，关键是看站在谁的立场——如果从大股东角度考虑，没有多重衍生诉讼的 BVI 公司更有利于保障其权益¹⁰；反之，如果从小股东立场考虑，显然，有衍生诉讼的香港公司则多了一个法律救济途径。

尽管没有多重衍生诉讼，但 BVI 的股东保护机制仍可算相对完善、成熟，可以根据不同情况选择相应的救济方式，包括：衍生诉讼、不公平损害诉讼、资产追踪诉讼、清算等。在这一点上，BVI 和很多境外金融中心很相似。

不公平损害 (Unfair Prejudicial)

于 2005 年修订的《BVI 公司法》(2004) 第 184I. (1) 条对不公平损害诉讼做了如下的界定：股东如认为在公司事务上已经、正在或可能被大股东不公平差别对待的、或不公平损害其利益的任何行为，该股东可据此条款向法院提请大股东对公司不公平损害法令。要想成功地向法院申请到不公平损害法令，需要满足以下几个关键点：

◆ 压抑股东的行为 (Oppressive Conduct) — 是指对股东苛刻的、不当的，明显偏离公平处理标准和违背公平竞争的行为。

◆ 不公平损害 (Unfair Prejudice)

一是指损害是客观的，而不是主观的，具体的表现形式有：将股东排除在管理层 / 董事局外¹¹、大股东 / 大股东控制的其他公司盗用公司资产¹²、虚发董事酬劳¹³、不派发合理的股利¹⁴、股份和权利分配不当¹⁵等。

◆ 违反信义义务 (Breach of Fiduciary Duty) — 违反信义义务时是恶意的或非法的、有不可告人的目的¹⁶。

建立在上述不公平损害几个关键点的基础上，BVI 股东可以通过一些方法来对不公平损害向 BVI 法院申请法律救济，以保障自身权益，包括：

- 要求公司或其他股东收购其股份；
- 要求公司或其他股东支付赔偿
- 为公司指定一位接管人 (Receiver)；
- 为公司指定一位清算人 (Liquidator)；
- 要求修正公司记录（比如，股东记录）；或
- 要求撤销任何违反公司法 / 公司章程的公司决定 / 行为。

那么，问题来了：到底是否可以在香港申请将一家 BVI 公司予以清算？答案仍然是，要看这家 BVI 公司和香港是否有足够的联系，比如：

- 在香港是否有资产、是否有营业地址，有无雇员、派发股息或股东会议等重大管理事项是否在香港进行，在香港是否开立有银行账户等；
- 是否有合理可能使清算令有利于申请人；且
- 法院须确保对公司中一人或多

注释：

9 衍生诉讼是指，股东可以就对公司有任何不当行为的董事或第三方提起诉讼。通常，由于枢密院的关系，能够起诉董事的往往是公司本身。如欲了解开曼群岛的衍生诉讼，请见本期杂志的“开曼群岛公司股东争议及运用法院程序退出投资”一文之相关内容。

10 详情请见《宏杰季刊》第八期的第 37 页“镛记酒家争产案中的离岸公司清算”之相关内容。

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。



普通法下的忠实义务 / 信义义务

忠实义务，又称信义义务，指董事管理经营公司业务时，毫无保留地代表全体股东为公司最大利益努力工作，自导利益与公司整体利益发生冲突时，后者优先。

它源于作为受信人的董事与作为受益人的公司之间的信任关系。公司由董事控制，是董事决策公司应采取的行动。就关于公司而作出的任何行为而言，董事处在如同受托人一般的信义地位。

依诚实信用原则，公司对董事在法律或事实上产生信任，有所信赖；董事因接受公司信任而负有诚信、忠实、谨慎与勤勉等义务。公司对董事个人素质与品德等充分信任，董事在此关系中具有极强人身性。

从权利义务一致看，法律及公司章程授予董事充分职权，董事应基于信任在法律上承担忠实义务。这主要包括：

- 在法律和社会道德允许范围内，遵守公司章程，董事为正当目的诚信行使职权，努力实现公司利益最大化；
- 尽力避免董事个人利益（含与其有利害关系的第三人的利益）与公司利益发生冲突，若两者冲突，后者优先。

了解忠实义务，须明确公司与董事的法律关系。



从镛记酒家争产案看 BVI 公司是否可以在香港被清算

近期，香港的镛记酒家争产一案是非常典型的不公平损害及衍生诉讼案例。

镛记酒家是香港知名的一个老字号，凭借明炉烧鹅蜚声国际，但却陷入了兄弟争产的纠纷之中。2012 年 10 月 31 日，香港法院根据当时的《公司条例》第 168A 条和第 327（3）（d）条作出判决，其中便涉及到境外公司的清算问题，详见：KAM KWAN SING v. KAM KWAN LAI AND OTHERS (31/10/2012, HCCW154/2010)。

在本案中，争论的焦点是镛记酒家的 BVI 控股公司是否与香港有实际联系，即该 BVI 公司在香港是否有营业地址。正是由于 BVI 公司只作为控股而存在、与香港无实际联系，而导致原告败诉。

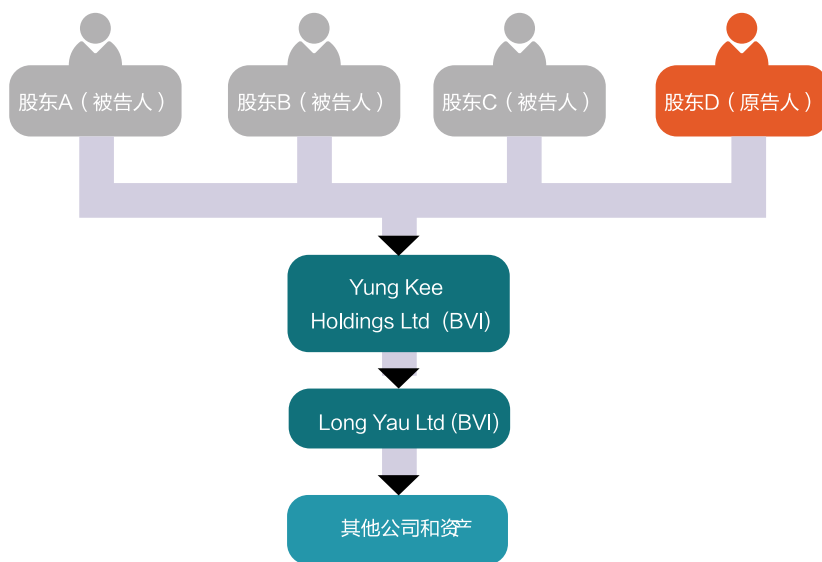


图 1 镛记集团的公司架构图



人资产的处置有司法管辖权。

BVI 公司的资产追踪

除了不公平损害诉讼，资产追踪在股东权益保障的民商事诉讼中也是常用的救济方式（有时甚至是不得不用的“最后的选择”），它主要用于公司资产/权益被隐匿、不当股东/董事拒绝协助清算人、公司资产已经被以合法形式瓜分殆尽、无法追讨资产……

BVI 是一个普通法的司法管辖区，继承了普通法的稳定性和高度的可预见性。开曼群岛也同样如此。在普通法下（包括 BVI）法院和法律都对资产追踪给予了保障，允许债权人或者利益受损股东通过资产追踪诉讼的方式来予以追踪、定位、追回资产。在 BVI 用作资产追踪的法律救济方式有三种：

- (1) 资产追踪诉讼
- (2) 知情同意诉讼
- (3) 不诚实协助诉讼

首先，我们来了解一下资产追踪诉讼。

▶ 资产追踪诉讼 (Asset Tracing Procedure)

所谓的资产追踪，并不等同于资产追讨（即讨债），它是一个确定资产的过程，其本身并不承担必须追讨回资产的功能。资产追踪在英文中为“Asset Tracing”。在这里，资产追踪 (Asset Tracing) 不同于资产跟踪 (Asset Following)。针对二者的不同，Foskett v. McKeown [2001] 1 A.C. 102 一案中法官 Millet 勋爵有明确的解释。他认为：

Following 是一个追踪同一笔资产几易其手的过程；而 Tracing 则是一个

定位一笔新资产取代 / 混入旧资产的过程。当一笔资产向另一笔资产转移时，申索人可以选择追踪该笔资产进入了新主人之手，亦可以选择追踪该笔资产在同一个 / 不同主人手中的新价值。资产追踪定位了申索人资产的整个可追踪过程，从而让申索人用最终确定的新价值作为申索标的。

在资产转移和转化的过程中，可能引致 Following 和 Tracing 的因素很多，但是从资产变化的形态来看，大致可以有以下四种类型（详情见图 2-5）：

(1) A 将资产转移至 B，B 将该笔资产又转移至 C；或

(2) A 将资产转移至 B，B 将该笔资产与其他资产混合，以至于使其丧失了原初面貌；或

(3) A 将资产转移至 B，B 将该笔资产置换成了新资产；或

(4) A 将资产转移至 B，B 将该笔资产与其他资产混合，然后以混合后的资产置换新资产。

针对这些不同类型的资产混合或转移，大体而言有两种处理方式。一种是：普通法追踪（Common Law Tracing），此种方式仅适用于资产有清晰的替代物，比如，金钱被盗用后用来买车了，公司可以对该车进行追踪。另一种应对方法则是：权益法追踪（Equitable Tracing），其适用于资产已经同其他资产混合，但基于公平或资产间存在的信托和法律关系，仍然可以予以追踪，不失为一种金钱损失的救济。

总而言之，如果合适，法院通常会愿意颁布金钱补偿或赔偿的命令。

在资产追踪过程中，如果第三方的资产购买者是善意的、不知情的，那么，法院可能会优先保护善意第三方购买者的利益。因为，此种情况下如果让善意购买的



图 2 资产追踪类型一

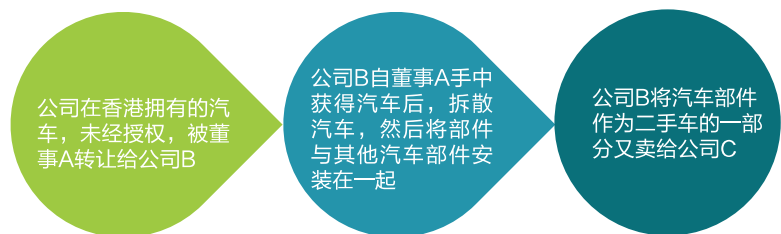


图 3 资产追踪类型二



图 4 资产追踪类型三



图 5 资产追踪类型四

第三方恢复原状（退款或者偿付），这虽然能够保护受损股东的权益，但无疑会损害善意第三人的合法权益，而这有悖公平、正义的法律基本原则。详情参见：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个概念，是指如果某人在知情的情况下违反信托或受托义务而接受了属于信托的财产，此人须为此承担法律责任。通常，知情同意和显失公平（Unconscionability）¹⁷ 有紧密的联系，因为接受者的受益往往会造成申索人的利益受损。

假设卖方与买方为合同双方，尽管其合同为真实意思的表示，且交易有合理对价。但由于买方明知卖方违反信托或受托义务、有损于第三人的合法权益，这等于买方明知卖方为无权处分，属于恶意知情。买卖双方从交易中受益，造成第三方受损的法律后果。也就是说，买卖双方之受益为不当得利，应该返还给第三方，法律会优先保障第三人的合法权益。

知情同意的规则主要是由 *El Ajou v. Dollar Land Holdings plc* [1994] 1 BCLC 464, 467, *Hoffmann LF* 一案所确立，其提出了认定知情同意的几个要素，包括：

- (a) 资产属于一个信托或受托关系；
- (b) 资产业已被转移；
- (c) 资产转移行为违反了信托 / 受托义务；
- (d) 资产（可追踪收益）由被告接受；
- (e) 被告接受资产出于其自身利益；
- (f) 被告接受资产时明白该资产为信托资产，且资产转移将违背信托 / 受托义务。

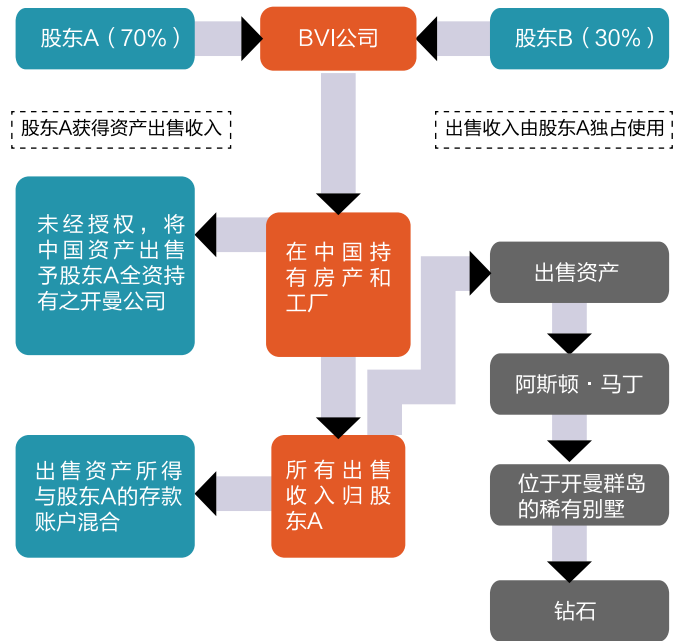


图6 BVI公司的资产追踪

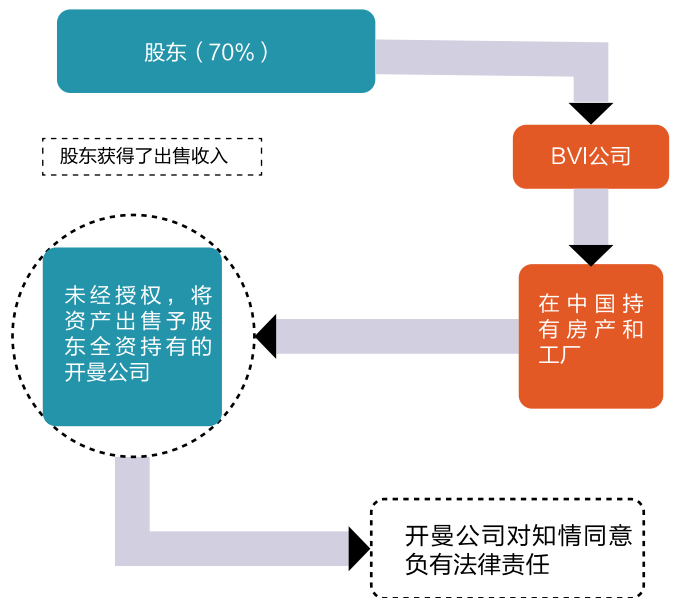


图7 BVI公司知情同意

注释：

17 “显失公平”在澳大利亚又叫“Unconscionable Dealing/Conduct”，即“显失公平的交易/行为”。大陆法也有这一概念。显失公平是合同法中的一个概念，指的是一方在紧迫或缺乏经验的情况下而订立的明显对自己有重大不利的合同。显失公平的合同往往是当事人双方的权利和义务极不对等，经济利益上不平衡，因而违反了公平合理原则。

知情同意还有一个更为人们熟知的说法，即“显失公平的同意”，这一概念建立在显失公平的基础上。知情同意的一个很重要隐含意思便是，被告 A 所接受资产是一种以合法形式掩盖不当得利的行为。因此，如果能够证明知情同意上述要素的存在，原告有权要求被告 A 接受者将资产、收益或法律关系恢复原状，并返还不当得利。

▶不诚实协助 (Dishonest Assistance)

不诚实协助是英国信托法中的一个概念，主要针对的是第三方在信托法下的责任。这一概念与知情同意都是藉由 Barnes v. Addy 一案所确立，后来亦拓展应用到 Twinsectra Ltd v. Yardley 一案中。构成不诚实的协助补救须具备以下几个要素：

- 必须存在一个信托；
- 受托人必须违反了受托协议；
- 被告对受托人的违反受托协议行为提供了帮助；
- 被告必须是不诚实的或恶意的。

如果满足了上述要素，则基本可以断定被告的行为违反了信托的受托协议，第三方将需要为此承担法律责任（见图 8）。不诚实的协助补救主要用作保障海外信托中委托人意愿得以实现，从而确保受益人权益的法律救济机制。

不诚实协助诉讼常用于不诚实的雇员或专业人士所造成的损害救济中。比如，雇员利用其专业知识帮助董事侵占公司资产；或专业会计师帮助管理层欺骗公司股东；或律师为不诚实董事欺骗股东；或为洗钱出谋划策，即所谓的“白领犯罪”。■

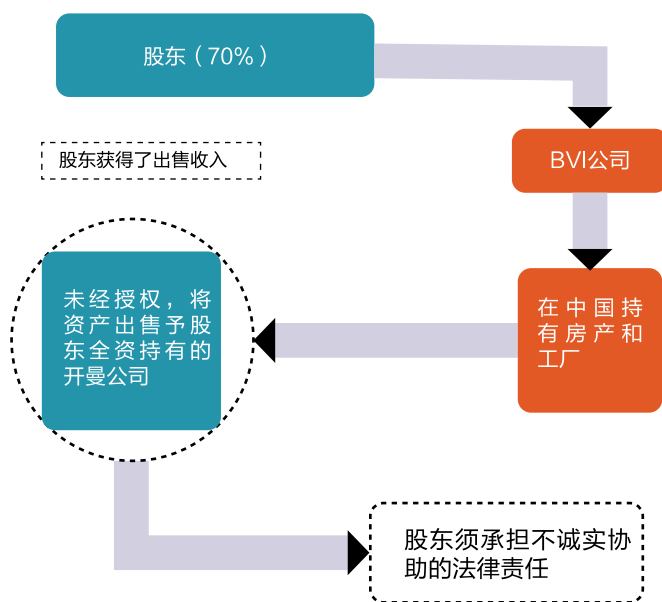


图 8 BVI 公司用作信托主体之不诚实协助