

# 从中国企业视角 看海外公司 股东争议解决

时光无涯，聚散有时。不知不觉间，“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”已渐行渐远。即便如此，在整理各位律师演讲稿以备本期杂志出版的过程中，诸多场面、细节（尤其是专业知识的解读）又开始一一活泛起来。

特别是将目光聚焦在“海外公司股东争议的解决”这一核心问题上，我们发现尽管开曼、BVI、香港甚至中国内地有诸多不同，但仍有很多颇为一致的法律救济方式。当然，在具体的细节上，即便是同一种法律救济方式也会各有所侧重。在股东争议的解决方面，我们发现一些有趣的“关键点”：

1. 开曼、BVI 和香港等普通法下的衍生诉讼，其与中国内地的股东代表诉讼有异曲同工之处，但又略有差异；
2. 无论在中国内地还是海外，信息查询往往是解决纠纷、追踪资产或谈判角力的前提，对股东权益的跨境保障至关重要；
3. 相比于法律诉讼的繁琐和成本昂贵，仲裁成为解决股东争议的一大利器，因为仲裁更为灵活，互相认可与执行也相对容易；
4. 来自开曼、BVI 和香港的三位律师不约而同地提到了“镛记酒家争产”一案，那么，本案如何集中地体现普通法下股东争议的各种救济方式？

接下来，我们就基于上述几点一一展开，看看它们都有哪些特别值得关注的地方。

## | 衍生诉讼 VS 股东代表诉讼

在普通法下，衍生诉讼（Derivative Action）又称派生诉讼、代位诉讼，但是在中国，则被叫作股东代表诉讼。它是指当公司怠于通过诉讼手段追究有关侵权人员的民事责任及实现其它权利时，具有法定资格的股东为了公司的利益而依据法定程序代公司提起的诉讼。

衍生诉讼源于英国 1864 年“Foss v. Harbottle 案”（中文为：东潘多铅矿公司诉麦瑞威泽案）的判例。该案创设了这样一条规则：如果少数股东指控控制公司的人欺骗了公司，则该少数股东可以以自己的名义提起诉讼。

目前，世界上各主要国家都规定了股东代表诉讼制度。在美国，罗伯特·W·汉密尔顿专门论述了衍生诉讼制度；《特拉华州普通公司法》也明文规定了此种制度。在法国，法院于 1893 年即准许股东行使代表诉讼。在日本，1950 年修改《商法典》时规定了股东的代表诉讼。德国、西班牙、菲律宾、韩国，中国台湾地区亦有类似的规定。

《中华人民共和国公司法》（2013 年修订）也对股东代表诉讼有明确的规定，其分别为：

**第一百五十五条 董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。**

**第一百五十二条 董事、高级管理人员有本法第一百五十五条规定情形的，有限责任公司的股东、股份有限公司连续一百八十日以上单独或者合计持有公司百分之一以上股份的股东，可以书面请求监**

**事会或者不设监事会的有限责任公司的监事向人民法院提起诉讼；监事有本法第一百五十五条规定的情形的，前述股东可以书面请求董事会或者不设董事会的有限责任公司的执行董事向人民法院提起诉讼。**

**监事会、不设监事会的有限责任公司的监事，或者董事会、执行董事收到前款规定的股东书面请求后拒绝提起诉讼，或者自收到请求之日起三十日内未提起诉讼，或者情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害的，前款规定的股东有权为了公司的利益以自己的名义直接向人民法院提起诉讼。**

衍生诉讼也好，股东代表诉讼也罢，只不过在不同法系、不同国家下的叫法有所不同。从本质上来看，该股东救济诉讼主要是基于股东所在公司的法律救济请求权产生的。这种权利不是股东传统意义上的因其出资而享有的股权，而是由公司本身的权利传导来，由股东行使的。

正因为如此，衍生诉讼的原告<sup>18</sup>（即公司的股东）只是作为名义上的诉讼方，他们只是代表公司提起诉讼，其本身没有任何权利、资格或权益。也就是说，原告股东并不能取得任何权益，法院的判决结果直接归于公司承担。

## | 纠纷止于透明： 海外公司信息查询

身处一个信息化的时代，能否获得足够充分、可靠的信息，将在一定程度上决定少数股东法律救济实现的可能性大小。针对股东对海外公司信息的查询权利这一点，我们在本期杂志的前三篇专业文章中已有详细阐述。总的来说，在常见的司法管辖区大体情况如下：

注释：

18 一人或多人联合提起诉讼均可。但是，并非只要公司的股东就可以提出诉讼，不同的国家对此均有限制，以防某些恶意的股东滥诉。

开曼公司的股东无权获得公司信息。这一点和香港公司、BVI 公司有很大的不同；而 BVI 和香港公司一样，毋须法院授权，股东便可以查阅公司章程大纲和细则。但是，无论是在香港、开曼还是 BVI，没有法院命令都不能查阅公司的会计信息和商业合同等涉及到公司商业秘密的信息。

具体到中国，《中华人民共和国公司法》分别在第 33 条、第 34 条做了规定：



**第三十四条** 股东有权查阅、复制公司章程、股东会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议和财务会计报告，股东可以要求查阅公司会计账簿。股东要求查阅公司会计账簿的，应当向公司提出书面请求，说明目的。公司有合理根据认为股东查阅会计账簿有不正当目的，可能损害公司合法利益的，可以拒绝提供查阅，并应当自股东提出书面请求之日起十五日内书面答复股东并说明理由。公司拒绝提供查阅的，股东可以请求人民法院要求公司提供查阅。



我们可以看到，中国公司法对股东的知情权予以了非常具体、完备的保障。股东有查阅、复制公司章程、“三会”（股东会、董事会、监事会）决议，以及财务会计报告的权利。

当然公司可以拒绝。在公司拒绝的情况下，股东的救济途径是向法院请求，要求公司提供查阅。只要是出于正当目的，一般法院都会予以支持。由此，我们可以看到，对股东权益保护而言，境外金融中心的公司信息更趋于隐匿，而中国内地的公司信息则较为透明。

这主要是和境外公司大多为空壳公司并无实体内容，因此本身信息含量少有关。但更为重要的是，境外公司多用作控股、避税和关联交易，出于境外金融中心的牌照费、税收等利

益考虑，会从法律层面给予境外公司更多信息隐匿方面的保障。至于说，透明与隐匿，二者并没有绝对的好和坏、黑与白之分，关键看是谁想获得这些公司的信息，为我所用才是公司架构规划和信息查询的上策。

根据宏杰的实际操作经验，我们认为：大多数的股东争议，主要来源于其糟糕的公司组织细则（Article of Association）。从实务层面（而非法律层面）看，如果处理好以下几个方面，股东争议其实大多可以避免：

#### **考虑周详且计划完备的股东关系**

- 这可以通过拟定专业、严谨的股东协议来予以实现。

#### **每位股东和董事就如何管理公司事务达成一致，并详细约定**

- 则由完备的公司组织细则和股东协议来共同实现。

#### **争议解决机制**

- 藉由公司组织细则和其他法律文档来予以约定。

针对上述各项关键因素以及如何筹划专业周到的公司架构，有着 28 年丰富实践经验的宏杰集团可以助你一臂之力。

### **仲裁：解决股东纠纷的一大利器**

仲裁最大的好处是，执行比较容易。无论在香港、BVI 还是开曼群岛，执行起来都比较容易。因为，根据《承认及执行外国仲裁裁决公约》（简称“《纽约公约》”），仲裁裁决在公约成员间都可以互认和执行。截止到目前，《纽约公约》成员已经达到 147 个，覆盖范围非常广泛。



## 中国内地股东代表诉讼案的标杆 ——小股东诉广厦控股一案

来源：法制日报

2007年-2008年，中国内地公司法修订后堪称标的最大（人民币500,000,000元）的一桩股东代表诉讼案经过一审判决、二审调解后结案。

本案案情焦点在于通和控股公司的大股东——广厦控股通过一系列资本运作涉嫌占用了公司巨资。于是，广厦控股的两个小股东浙江和信电力开发有限公司（持股4.81%）、金华市大兴物资有限公司（持股2.69%）冲冠一怒，将通和置业（第一被告）、上海富沃企业发展公司（第二被告）以及广厦创投公司（第三被告）告上了法庭。通和控股公司则作为本案第三人。

小股东往往实力较弱，按照目前中国的法律规定，为了防止部分股东滥用诉讼权，股东若提起股东代表诉讼，诉讼费等支出要由原告先行支出，经济压力大，风险自然也大。所以最好的办法应该还是通过协商解决问题为宜，本案最终在二审阶段以调解而结案便是一个明证。由于巨大的标的额，又涉及上市大公司，在股东为维护共益权而进行派生诉讼方面，此案具有相当高的标杆意义。



## 中国律师查询企业工商信息遭遇“紧箍咒”

即便是在以透明为价值取向的中国内地，也并不是说可以非常容易地获取公司的核心信息（主要指工商内档和财务报表），哪怕你是律师也会受到较为严格的限制。

2012年，北京、上海、天津、山东等地的工商局下发通知规定，律师受当事人委托，持法院立案证明原件及复印件、律所介绍信和律师执业证可查询与代理事项有关的企业登记档案资料。

在此之前，律师如果想要查询工商信息，并没有立案要求。律师受当事人委托，持律师事务所介绍信和律师证就可查询与代理事项有关的企业登记档案。这有利于企业聘请律师快速获取投资、并购所需的信息，以便决策。

但实际上，很多律师所代理的案子并不一定以诉讼为目的，但同样需要先期查询清楚被告的关联公司或实际控制人。现在，如不涉及立案诉讼，律师就无法查询。不少律师都认为此种规定是一种“退步”。

尽管反对声很大，但各地工商局回应称并未提高门槛。工商局认为，新规是依据《档案法》及国家工商总局2003年出台的《企业登记档案资料查询办法》而制定，因为“查询办法”规定“查询人员出示法院立案证明和律师证件，可以进行文书档案资料查询。”

2013年的两会上，中国内地知名律师施杰律师、王俊峰律师曾对此问题提出议案——“关于取消限制律师查询企业工商登记档案有关规定的建议”，但似乎并没有得到政策层面的回应。

能否及如何获取（或不被获取）企业工商信息，看来不光是企业要考虑的问题，同样也是政府监管部门和法律从业人员要关注的问题。如何在隐私和透明之间保持平衡，这将仍然是一个持续演进、各方博弈的待解难题……

香港于 1999 年与内地签订了《内地与香港特别行政区相互认可和执行仲裁裁决的安排》，内地的仲裁可以在香港执行，香港的仲裁可以在内地执行，涉及到两地仲裁裁决互认和执行已经有不少的案例，因此，执行比较有案例可循。

仲裁的第二个好处就是程序比较灵活。因为仲裁可以自己决定用什么规则，不用尊崇严格划一的法院规则。

相比诉讼，仲裁的一大好处是保密性高，这对于不希望争议信息扩散以维护公司品牌形象的客户来说非常重要。毕竟，好事不出门坏事传千里，大部分客户还是希望股东纠纷或合作纠纷等负面信息被越少人知道越好。

此外，如果只有一名仲裁员的话，仲裁一般比较快捷。值得注意的是，如果你的客户在香港签订一个仲裁协议，一方是国内，一方是香港，如果协议不明确约定只需要一名仲裁员的话，那么在香港仲裁，一般都委派三个仲裁员。因为这对香港来说是一个国际性（International）的仲裁，需要委派三个仲裁员。如此一来，仲裁的速度就被拖慢了，而且费用会比较高。

当然，仲裁也有它的局限性。最主要有两点：

（1）是仲裁员和场地费用须由双方（或败诉一方）承担，费用较高。

（2）是因为仲裁是终局性的，上诉



## 纽约公约与实践中跨境仲裁的互认与执行

1958 年 6 月 10 日，在纽约召开的联合国国际商业仲裁会议上签署了《承认及执行外国仲裁裁决公约》(the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards)，这就是通常说的“纽约公约”。纽约公约处理的是外国仲裁裁决的承认和仲裁条款的执行问题。

中国于 1987 年成为纽约公约成员。但是，中国在加入纽约公约时作了互惠和商事两项保留。也就是说，中国只承认和执行来自缔约国且所解决的争议依中国法律属于商事关系的仲裁裁决，不包括外国投资者与东道国政府之间的争端。符合以下条件的境外仲裁裁决才可以向中国的中级以上法院申请互认和执行：

1. 被执行人为自然人的，为其户籍所在地或者居所地；
2. 被执行人为法人的，为其主要办事机构所在地；
3. 被执行人在中国无住所、居所或者主要办事机构，但有财产在中国境内的，为其财产所在地。

目前，世界上已有 153 个国家和地区加入了纽约公约，这为承认和执行外国仲裁裁决提供了保证和便利，为进一步开展国际商事仲裁活动起到了推动作用。恢复对香港和澳门行使主权后，中国已经将纽约公约的领土适用范围延伸至香港和澳门。此外，香港和澳门亦随后分别与中国内地签订了区际仲裁裁决互认和执行的安排，已有不少实际案例可供遵循。

值得注意的是，2014 年 2 月 24 日，英国及北爱尔兰联合王国提交一项通知，将纽约公约的地域适用范围扩展到 BVI。至此为止，BVI 可以与直布罗陀、马恩岛、百慕大、开曼群岛、根西岛、泽西岛、英国之间适用承认和执行在另一司法管辖区内作出的判决。但这些境外金融中心本身并未独立加入纽约公约，亦没有与中国内地、香港签署相应的双边条约。

机会有限。这缺点也是优点，关键是看哪一方的胜算几率比较大。如果你的客户胜算几率大的话，那么，费用和终局性都是好事，而不是缺点。

根据香港《公司条例》<sup>19</sup>第 327(3)(c)，Yung Kee Holding Ltd 属于非注册公司，请求据此将其清算。



香港和上海都是知名的国际仲裁中心，它们所作出的仲裁裁决可以在世界上 140 多个国家和地区得到认可和执行，具有非常大的影响力。



## | 镛记酒家案为何一再被提及？

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”中，“镛记酒家”这四个字一再被各位演讲嘉宾和境外专业人士（他们有的来自开曼群岛，有的来自 BVI，有的来自香港）提及并津津乐道。如果你参加了此次研讨会，你定然已经注意到镛记酒家争产案的被告代理律师——英国御用大律师（英格兰和威尔士）Victor Joffe QC( 钟伟滔 ) 也位列其中。

香港法院要做的是，判定香港是否对该非注册香港公司拥有司法管辖权。根据《公司条例》第 327(3)(c) 条，只有没有偿债能力的境外公司才可以被清算，而镛记酒家的 BVI 控股公司具备偿债能力，所以不能被清算。

根据香港《公司条例》第 168A 条，强迫股东 A 购买其全部股份。

相比《公司条例》第 327(3)(c) 条，《公司条例》第 168A 条的呈请则要复杂一些。但最基本的一点是，原告方必须证明镛记酒家的控股 BVI 公司是一家在香港有营业地址的公司。但是，涉案 BVI 公司只是一家单纯的控股公司，因此，原告方并不能证明其在香港有营业地址。

但辩护律师却列出了 19 条理由，藉此来证明 Yung Kee Holding Ltd 和香港

注释：

<sup>19</sup> 鉴于“镛记酒家争产案”的判决发生在香港新《公司条例》生效前，因此，本文中镛记酒家一案所引法条皆为旧的《公司条例》，仅供参考。

按说，对镛记酒家案最有发言权的应该是被告代理律师 Victor Joffe，但似乎每一个演讲嘉宾只要说到股东救济就必然会谈到本案，其对法律界的影响可见一斑。那么，是什么让镛记酒家案如此受关注？在判例法下，该案又将对境外公司在香港的股东救济产生什么影响呢？



Victor Joffe QC 大律师毕业于英国剑桥大学，是英国公司法专家，以股东争议诉讼闻名，擅长领域涉及商业法律、信托、婚姻、金融以及体育法律等，其著作多次被香港及英国法院引用。Victor Joffe QC 同时亦是著名“香港镛记酒家争产案”的出庭律师，该案于 2012 年获得胜诉，在香港、英国、BVI 颇有影响。

2014 年 10 月 28 日，Victor Joffe QC 出席了在上海举办的“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”。他在圆桌互动 & 提问环节就镛记酒家争产以及股东争议的解决等问题与来宾做了深入的交流和分享。



没有任何联系或其在香港并没有营业地址，包括：在香港没有银行账户、没有贸易和营业，唯一收入是股息，唯一资产是对另一家 BVI 公司的控股等。所有这些都表明，涉案 BVI 公司和香港没有足够联系，也不必在香港有营运或是在香港有营业地址。

原告在本案中亦未能依据《公司条例》第 168A 条赢得诉讼。

根据香港《公司条例》第 327 条，法院行使权力以“公平公正”的理据将境外公司清算。

要实现这一点，必须确保有关案情与香港有足够强的联系。在本案中，香港法院并未能发现涉案 BVI 公司和香港有足够的联系，甚至该境外公司在香港连银行账户都没有<sup>20</sup>。

从被告的角度看，在其对集团整体架构进行规划时，有意识地将 BVI 公司作为控股公司，既达到避免被香港政府征收房产税又成功地将境外资产最终拥有人和香港实现了有效隔离。从避免香港具备司法管辖权的角度看，镛记酒家一案是非常典型的境外公司股东权益争议案件，涉及到香港、BVI 两个司法管辖区。更为重要的是，本案集中体现了衍生诉讼、股权回购，以及以“公平公正”理由予以清算等多种不同的法律救济方式，其确立的审判原则无疑将会对以判例法为传统的香港、BVI、开曼群岛、英国等普通法司法管辖区产生重要影响。

现在，越来越多的中国企业会在海外设立开曼公司、BVI 公司、香港公司等作为跨境并购、投资或 IPO 的特殊目的工具。但是，在法律风险的防范上往往做得不是特别到位，可能仅考虑了一时一地的需求，未能做全盘规划和长远展望，以至于遇到股东纠纷时措手不及。镛记酒家一案或可为你及你的客户提供参考，值得关注。

宏杰认为，公司架构规划涉及到很多方面，需要多角度、全方位地考虑。但在过去，大多数企业只重税务而忽视了其他因素的考量。在此，我们列出了公司架构中所需考量的诸多因素，供你参考：



(1) 税收 - 这意味着整个公司架构应当实现最低限度的税收风险，包括：

- ◆ 集团公司的税收；
- ◆ 投资者的税收（包括房产税、股息税、所得税等）；

(2) 息讼和争议解决的机制；

(3) 明智的商业运营安排，包括避免使用那些上了各国政府黑名单的司法管辖区；

(4) 成本和会计因素 - 包括汇率、财务支出或其他财务成本；

(5) 便于管理 - 包括资金转移，电子化管理工具（如电子邮件、视频会议）等。



对此，我们持开放态度，欢迎你与我们做任何形式上的沟通和交流。■

注释：

20 即便有香港银行账户，也未必能证明境外公司与香港有足够联系，因为法院会考虑多种因素做综合判断。