

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，原告股東並不能取得任何權益，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。