

傳真及郵遞函件

香港夏慤道18號
海富中心第1座18樓
香港特別行政區政府
財經事務及庫務局
財經事務及庫務局首席助理秘書長(財經事務)
林雪麗女士

林女士：

**對《2003年公司(修訂)條例草案》附表4及
財經事務科就我們分別於
2004年1月12日及2004年2月5日提交的意見書
作出的回應的意見**

謝謝妳分別於2004年2月11及19日發給潘松輝資深大律師的兩封函件。然而，我們驚悉法案委員會建議對展開法定衍生訴訟施加取得許可的規定。由於事關重大，我們想先就此事項發表意見。

展開法定衍生訴訟須取得許可的規定

如妳所知，公司法改革常務委員會(“常委會”)由來自社會各界的不同代表所組成，而他們經常與公司法打交道。除了非官方成員以外，常委會亦有來自財經事務、會計及法律專業的代表；其主席亦是備受尊重，而且在公司法方面具備豐富經驗的上訴法院法官。常委會根據其眾多成員的經驗認為，與英國不一樣，香港的小股東絕不會濫用有關程序(法案委員會恐怕他們會這樣做)，因為所涉及的訟費及時間令股東不欲展開這類訴訟(見(2001年7月)關於第一階段檢討的建議諮詢文件(“諮詢文件”)第15.14段)。正如我們較早前所提述，如為公司提起訴訟，樂於行善的小股東須承擔風險，自費支付大額訟費。

鑒於在英國施加取得許可的規定後，訴訟數目大增，常委會的即時反應是，建議在已編纂為成文法則的衍生訴訟中指明，“不須為確定申請人能否代表公司發起衍生訴訟而進行“審訊內加審訊””(諮詢文件第15.25(a)段)。常委會的建議“旨在除去任何不明確之處或程序上的障礙，並利便提出衍生訴訟”(諮詢文件第15.29段)。

所以，法案委員會的建議完全違背常委會建議的目的。有關建議為小股東設置更多障礙，而不是除去展開衍生訴訟的障礙，並要求他們參與兩場而不是一場戰事，以及自己承擔所有風險。沒有任何證據證明，香港的小股東一直濫用衍生訴訟。如法案委員會的建議獲得採納，我們非常懷疑有關法例會否被援引。

接着，我們會就財經事務科對我們於2004年1月12日及2004年2月5日提交的意見書作出的回應(妳兩封來函的附件)發表意見。由於我們已在此等意見書中載明我們的意見，而我們的意見至今沒有改變，所以，我們只會參照財經事務科的回應的段次，在下文載述我們認為有需要提出的進一步意見。

財經事務科於2004年2月11日就我們於2004年1月12日提交的意見書作出的回應

第2段

我們想指出，英國的立場是，不公平損害的補救方法(《1985年公司法》第459條)不適用於未經註冊的公司，也不適用於海外公司。因此，把香港的不公平損害的補救方法擴大至海外公司，但不擴大至未經註冊的公司(不論原因為何)，並不能參照英國的情況下證實為合乎理由的。

第3至4段

上述回應顯露當局對《公司條例》的格式及結構瞭解不足，特別是源自英國《公司法》對應條文的各個部分的起源。我們提出建議的基礎是：《公司條例》的各個不同部分目前已涵蓋香港公司及海外公司的清盤條文。在適用於未經註冊的公司或海外公司的各部加入一項條文，令此等公司可採用不公平損害的補救方法，是簡單地遵循相同邏輯的做法。我們認為，這樣做令該條例更方便，讓使用者一望而知該條例有關部分哪些條文適用於外國公司(未經註冊的公司或海外公司)。

第6至7條 —— 附表4第4(3)段擬議第168A(2A)條

第168A條下有一項有關濟助的法定規定，就是“為了結所投訴的事項”。我們已研究常委會的建議，但卻未能提出廢除這項規定的論點，更遑論建議。因此，我們質疑在“為了結所投訴的事項”的字眼之前加入“不論是否”的字眼的建議有否根據。

此外，自我們提交意見書後，香港的上訴法院曾就第168A(2)(d)條是否授權法院向成員作出損害賠償的命令，作出一項判決：見2004年2月20日的 Re Chime Corporation Limited, CACV 124 of 2003(未編入案例彙編)一案判詞的第14至36段。尤其是在第26(1)段，上訴法院述明 ——

“[純粹]就解釋而言，第168A(2)條措辭的適用範圍，旨在涵蓋金錢上的補償，作為可判給的補救方法……但原則上，本人未能明白為何判給金錢補償的做法應自動被豁除”。

根據上訴法院的論據，由於“為了結所投訴的事項”的現有字眼並沒有排除損害賠償的補救方法，“不論是否”的字眼並非必要。

然而，我們必須指出，上訴法院的決定似乎與常委會就第168A(2)條的適用範圍所表達的意見並不一致。常委會在諮詢文件第16.24段表示，“不管[第168A(2)條]的適用範圍為何，關於法院可否根據本條文作出一項命令，把賠償判給成員，卻沒有清楚說明。”此外，關法官就同一案件於2003年5月6日作出初審的決定時卻有相反的效果。據我們瞭解，當事人現正就該案件，申請許可向終審法院提出上訴。

第9段 —— 附表4第4(3)段擬議第168(2B)條

現有成員享有的地位不應與過去成員所享有的地位相同，因為後者已自行選擇不再擁有該公司的任何權益。因此，除非《公司條例》如此訂明，否則過去成員無權就公司的事務作出投訴，尤其是有關該公司日後應如何處理其事務方面的問題(如上文所述，即第168A條的補救方法的目的)。我們是基於這個原因建議“為維護司法公正，應就過去成員根據第168A條尋求補救的做法設定時效期”。

第12至15段 —— 附表4第5段 —— 第IVAA部：代表指明法團提起或介入法律程序

把衍生訴訟編纂為成文法則的唯一目的是澄清及“除去不明確之處，並提供更有效的方法，以強制執行董事的責任和處理有關公司的其他失當行為。”(諮詢文件第15.27段)。由於財經事務科已承認，“有關[Foss v. Harbottle法則的]例外情況難以(如非不能)編纂為成文法則”(第14段)，政府當局應考慮，不論常委會的建議為何，提出法定衍生訴訟的做法可否達到任何有助益的目的。

我們認為，不論如澳洲和新加坡般訂定外部“指導原則”，抑或如條例草案目前所載，容許展開訴訟並留待法院其後決定訴訟是否屬於Foss v. Harbottle法則的例外情況，兩種做法都是不能接受的。第168BB條的措辭不但未能如常委會建議般，澄清有關衍生訴訟的原則，更會對此類別的法律造成更多不明朗因素，以及令整個情況混亂。我們懷疑，此類法例怎能談得上方便使用者？

財經事務科於2004年2月19日就我們在2004年2月5日提交的意見書作出的回應

附表4第5段擬議第168BB條(2)款 —— 文件的披露

當局的回應並沒有釋除我們的疑慮，就是關乎法院無力判給小股東訟費或判其須支付訟費的疑慮。然而，當局的回應特別提到異常的情況，即進行法律程序的人士(成員)並非對公司的文件享有權利或控制權的人士(董事局)。目前，由於公司一直以名義上的被告人的身份加入衍生訴訟，當成員(以個人名義)負責提起訴訟時，通常由獨立的律師事務所代表的公司會負責有關文件的披露；因此，在文件披露方面並不存在問題。

“對公司文件確實有控制權的人應促使該公司履行披露的責任”此話說來容易，但此等人士往往本身就是被告人。因此，根據擬議的條文，被告人似乎亦須就原告人所作的披露負責(因為公司是原告人)。

如公司是原告人(因為有關訴訟是以公司的名義提起)，實在令人懷疑，有關成員是否有權根據《高等法院規則》第24號命令第7、12及16條規則，向法院申請任何命令，以指示該公司或該公司的高級人員作出或不作出任何作為。同樣地，有關人員或許並非此訴訟或事宜的一方，法院對有關人員並沒有司法管轄權。

香港中環置地廣場
告羅士打大廈
1904室
潘松輝資深大律師

香港金鐘金鐘道88號
太古廣場第1期16樓
林雲浩大律師

香港金鐘金鐘道88號
太古廣場第2期1501室
陳靜芬大律師

2004年3月9日

m5318