

doi:10.13582/j.cnki.1672-7835.2019.02.017

# 公司属人法的确定:内部事务理论的规范路径<sup>①</sup>

邢钢

(北京师范大学法学院,北京 100875)

**摘要:**内部事务理论在公司属人法确定中获得了大多数国家的广泛接受。只有深入发掘内部事务理论的规范立场、规范范围以及规范例外,才能明晰其意义和未来发展方向,对我国的立法改进才有现实意义。历史演变中,内部事务理论实现了从尊重公司成立地地域主权到公司设立自由的价值转化,契合了私人自治的价值目标,由此得到各国的推崇。但是,内部事务理论在实施过程中出现了规范事项边界不清与特拉华州综合症、虚假外国公司以及对相关方利益保护不足的问题。内部事务理论只有依靠自身体系的补正来明确规范范围和借助体系之外的直接干预使其规范受到相关方利益维护的限制,才能真正发挥其正面效能和实现其价值目标。立足中国国情,我国有关内部事务理论的规范范围及规范限制的规定存在明显不足,通过借鉴和解释,寻求合理的改进意见成为必需。

**关键词:**内部事务理论;公司属人法;真实本座理论

**中图分类号:**D997

**文献标志码:**A

**文章编号:**1672-7835(2019)02-0112-13

## 一 内部事务理论规范立场的形成

### (一) 内部事务理论的历史流变

追溯历史,内部事务理论肇端于英国<sup>①</sup>,现代内涵发展、丰富和形成于美国。19世纪早期,美国法对公司的初始立场是,公司是法律创造物,在其成立地国之外不能有效存在。在此时,商业公司不但是国家的创设物,而且被视为国家的代理人,商业公司的形成是寻求公共的目的,并且被认为是国家政府的附属机构<sup>②</sup>。正是国家与其所创设公司之间的紧密关系,地域主权考量要求每一国(州)应该享有对公司内部事务的排它权力。正如一位评论者所言,早期的公司弥漫在公司成立地国主权渊源的光环之下……<sup>③</sup>地域主权理念帮助解释了美国内部事务理论为什么以后出现在

各国(州)之间,并被共同接受。此时的公司法也仅具有地域性的效力范围,每一个国家对本地的公司享有地域性的规范垄断。该理论尊重成立地国对公司内部事务的调整仅仅是确认了各国现存的规范垄断<sup>④</sup>。此时各国公司法的冲突是很少的,伴随着地域性的公司法,该理论排除了竞争。

从19世纪中期开始,随着工业化的发展,越来越多的美国公司活动开始跨越国(州)的地域边界,各国(州)迫使发展对待外国公司的政策。各国之间(州际之间)市场的出现,导致了跨国(州)公司的出现和有关各国对待外国公司的法律问题<sup>⑤</sup>。面对私人对更为自由公司法的需求,各国(州)继续适用地域性的公司法导致了所谓

① 收稿日期:2018-10-24

基金项目:教育部人文社会科学规划基金项目(15YJA820031)

作者简介:邢钢(1975-),男,山西吕梁人,博士,副教授,博士生导师,主要从事国际私法、国际经济法研究。

①早在18世纪,在英国的判例法中就可以寻见其踪影。参见J. BORG-BARTHET: *The Governing Law of Companies in EU Law*, Oxford: Hart Publishing, 2012, pp.52-69.

②Frederick Tung. "Before Competition: Origins of the Internal Affairs Doctrine". *Journal of Corporation Law*, 2006-2007(44).

③Louis M. Weintraub. "Forum Non Conveniens and the 'Internal Affairs' of a Foreign Corporation", *Colum. L.Rev.*, 1933(492):494-495.

④Henry N. Butler. "Nineteenth-Century Jurisdictional Competition in the Granting of Corporate Privileges". *Legal Study*. 1985(129):155.

⑤Frederick Tung. "Before Competition: Origins of the Internal Affairs Doctrine". *Journal of Corporation Law*, 2006-2007(56).

的“弱化形式”的公司设立竞争<sup>①</sup>。地域性的限制意味着公司并不能普遍地挑选公司法,这样公司的发起人只能在公司的重要经营活动场所或重要的经营场所所在国(州)选择设立,这自然与经济的发展背道而驰,于是在 1845 年,美国新泽西州率先突破了公司法的传统地域性<sup>②</sup>,开始推行公司自由设立制度,一种“强化形式”的公司设立竞争出现<sup>③</sup>。在 19 世纪晚期和 20 世纪早期,随着大规模的兼并运动,公司与成立地国的地域联系逐渐放松,正式开始了现代公司设立的竞争。美国内部事务理论在便利竞争方面首先承担起现代化角色。新泽西州和其他州已经许可公司发起人自由设立公司,并不要求公司与设立地之间存在某种实质经济联系<sup>④</sup>。尊重成立地国的法律已经促使了规范竞争。从经济和政治目的来看,外国公司是否与其成立地国(州)之间有重要的经济联系已经并不重要。这样就预示着地域性的公司法的彻底死亡,各国开始普遍承认外国公司的法律地位并且鼓励他们从事本地的商业活动,在此时政治经济的影响解释了美国内部事务理论的演进。

内部事务理论合理化的理由可以概括为:其一,它对公司和其投资者提供了可预测性,提供了对所有股东的同一对待。并且它确保了当事人对法律的选择。美国内部事务理论为公司和其投资者提供了可预测的和一致的法律选择,确保了最为关键的确定性,而且同一等级的股东享有相同的权利,在公司管理人员和股东之间的争议会适用相同的实体法。另外,该理论确保了默示选择即股东和公司的管理人员通过选择特定的公司成立国而选择了其适用的法律。其二,它促进了私人选择可预测的执行,并且最具效率。但是该理论的功能性结果并不能解释其原因。从功能上考虑美国内部事务理论表明了该理论背后的一些合理设计和其在便利国家对公司设立竞争方面的作

用。按照这样一种观点,该理论的出现就不可避免地成为一种历史上势不可挡的追求效率的结果。从效率观点来看,很难想象出一种公司法律选择的不同方法。该理论的存在产生于最适合的制度设计的延续,一种促进效率的手段。

与内部事务理论相对,真实本座理论的出现要追溯到 19 世纪,法国率先在 19 世纪 60 年代建立了真实本座理论。在 1999 年之前,大多数大陆法系国家采纳真实本座理论<sup>⑤</sup>。内部事务理论与真实本座理论之间的矛盾体现了意思自治与第三方利益保护之间的基本理论冲突,也反映出各国公司实体法的不同偏好,如赋予公司发起人广泛自治来拟定公司章程的自由公司法和以强制性规范为特征的严格公司法。真实本座理论尝试着建立公司和公司成立地之间最密切的联系,从而来保护公司真实本座所在国的公司法律以及政策的完整性,以实现与公司有最密切联系国家的经济和社会价值,维护公司真实本座所在国的经济利益,从而防止公司发起人通过设立虚假外国公司而规避本国公司法。除此之外,该理论的实施保护了与公司发生关联的相关利益方的利益,在客观方面更便于控制本国境内的所有公司,然而,也在一定程度上不利于公司发起人法律选择的自由和公司的自由流动,妨碍了各国公司法之间的竞争,进一步破坏了公司设立自由。自由设立是共同市场的必备因素,而严格适用真实本座理论破坏了共同市场<sup>⑥</sup>。随着欧洲共同市场的建设和运行,由于真实本座理论适用的效果是对公司经营管理中心自由转移的限制,进而是对公司开业自由的限制,违背了欧洲共同市场发展的目标。因此,在 1999~2003 年间,欧洲法院作出的一系列判决对欧洲公司法产生了深远的影响,依赖于欧共体条约第 43 条和第 48 条,欧洲法院开始否定支持真实本座理论的各国公司法的规定,Centros、Ueberseering、Inspire Art 这三个裁决就意味着真

①William Graebner. "Federalism in the Progressive Era: A Structural Interpretation of Reform". AM. HIST. 1977, 331.

②Christopher Grandy. *New Jersey and the Fiscal Origins of Modern American Corporation Law*. Garland Pub. 1993, pp.81-82.

③“强化形式”的公司设立竞争意味着,公司可以不再顾忌其营业地,发起人的住所或者其他地域因素而任意选择公司法。

④Christopher Grandy. *New Jersey and the Fiscal Origins of Modern American Corporation Law*. Garland Pub. 1993, p.43.

⑤Borg-barthet J. *The Governing Law of Companies in EU Law*, Oxford: Hart Publishing, 2012, pp.49-51; Becht, M. & Mayer, C. & Wagner, H. F. "Where Do Firms Incorporate? Deregulation and the Cost of Entry", *Journal of Corporate Finance*, 2012, 14 (3): 243.

⑥Gelter M, Centros. "The Structure Of Regulatory Competition In European Corporate Law", *Journal of Corporate Law Studies*, 2005, 5(2): 248. Mucciarelli F M. "Companies Emigration and EC freedom of establishment", *European Business Organization Law Review* 9, 2008(9): 267-303.

实本座理论在欧盟内的实施寿终正寝<sup>①</sup>。在这之前采纳真实本座理论的国家都选择了内部事务理论,内部事务理论最终奠定了在欧洲大陆的支配地位<sup>②</sup>。

## (二) 内部事务理论的思想基础

内部事务理论之所以获得理论上的优势,一举确立了在公司属人法确定中的主导地位,离不开其身处的特定时代与社会经济环境的孕育,更离不开对人类社会具有根本意义的思想激发。内部事务理论采取的是自由的合同方法,其背后的基础是公司法律理论。从理论上进行归纳和总结,内部事务理论源于合同和经济学两个维度的阐释来证成其正当性的。

### 1. 内部事务理论的解释

经济学中将公司性质理解为公司合同,其主张公司为“一系列合同的联结”。公司是法律的虚拟物,发挥着联结与公司有关的各项合约的功能。根据该观点,个人(各个合同方)为公司合同的基本分析单位,股权只是公司这一合同联结体的诸多“投入”要素(包括资本、经理才能、劳动力和原材料等)之一。市场竞争即为最优的合同安排,因此无需国家法律介入。把公司合同理论引入合同自由中,可以发现此理论与哈耶克所提倡的“自发秩序”观是相辅相成的。公司仅仅是一组合同的结合,意思自治就是合同的内核。另外,从词源学和历史学的角度考察,长时期公司完全由当事人依契约自由原则任意创设,与国家法令没有任何关系<sup>③</sup>。人们将公司合同理论引入公司法律适用领域,并将此理论作为论证内部事务理论正当性的基础。

在 Powell Duffryn 案中,欧洲法院裁决认为,公司内部关系类似于合同,并作出了如下推理论证:公司的建立其实就是股东为了追求共同的目

标而建立起来的社团。为了实现这一目标,在公司的章程以及规章制度中,股东的地位、公司各个部门以及相应的权利和义务都会体现在其中。为了能够在跨国业务纠纷中合理地援引布鲁塞尔公约,公司的法规必须被视为是能够解决股东之间以及股东和公司之间关系的契约<sup>④</sup>。尽管 Powell Duffryn 一案的判决所关注的是扩大管辖权而非法律选择,但是该案对于公司自治来说,有明显的价值意义。因为欧洲法院的判决支持了公司法律选择中意思自治原则的适用<sup>⑤</sup>。美国某些州的法律以及欧洲法院的判决都强调了公司法规的合同特性。而所提议的欧洲闭合公司法案也指出,在选择公司经营管理层和公司适用法方面应给予股东最大化的合同自由<sup>⑥</sup>。

### 2. 内部事务理论的经济解释

除了合同的解释之外,适用内部事务理论,促进设立自由也是基于经济效率的原则。赞成公司内部事务理论的人们认为,根据经济学的观点,达到比较优势和利益最大化的基础是意思自治,自由市场的基本要求是市场主体的自由流动。根据内部事务理论,在市场主体(特指公司)的可自由流动方面并没有法律上的限制,由此,发起人可以自由选择设立公司,从而选出最佳的法律。与此同时,公司也是自由流动的,公司的中心事务管理和活动场所也可以不经公司的解散而自由转移,因为这样不会担心公司准据法的更迭,同时达到适用法的连续性和确定性。此种做法也是效率最高和最经济的,避免了多次解散和注册公司。

一般认为,公司法律选择规则应该确立公司与适用法之间明确的直接对应关系,而无需通过复杂的查明过程来确定公司适用法,因为一旦启动查明程序必将带来法律适用的不确定性和相应的成本。内部事务理论被认为可以最大程度实现法律的确

<sup>①</sup>Paschalis Paschalidis. *Freedom of establishment and private international law for corporations*, Oxford University Press, 201, p.23.

<sup>②</sup>Eugene F. Scoles, Peter Hay: *Conflict of Laws*, 2nd ed., West Publishing Company, 1992, pp.322-349. 美国《冲突法第二次重述》明确指出,公司成立地州的法律决定公司的设立要件,并且诸如公司的股东、内部管理和分红、表决委托、股份占多数的股东人的义务、普通股股东的义务、董事或高级职员的责任等问题原则上由公司成立地国法律决定。Dicey and Morris on the Conflict of Laws by Collins of Mapesbury, 13th ed., London Sweet & Maxwell, 2000, p1179. 英国法认为,公司成立国法调整公司的成立、公司章程事务、谁是有权代表以公司名义行为的公司成员、对于公司债务或负担的个人成员的责任范围和公司的合并和解散等。

<sup>③</sup>罗培新:《公司法的合同解释》,北京大学出版社2004年版,第6-20页。

<sup>④</sup>Case C-214/89 Powell Duffryn plc v Petereit [1992] ECR I-01745 para 10.

<sup>⑤</sup>然而,欧盟法院本身承认这一判决受到实用主义的驱动,是为了促进确定性并且在《布鲁塞尔协议》的语境下避免多元管辖权。Case C-214/89 Powell Duffryn plc v Petereit [1992] ECR I-01745 para20.

<sup>⑥</sup>Commission (EC), Proposal for a Council Regulation on the statute for a European private company COM (2008) 396/3 recital3.

定性,进而减少不必要的成本<sup>①</sup>。这是因为内部事务理论在确认公司成立及适用法方面只要简单检查就可一目了然。这种检查只是确认公司设立行为完成的地域,也就是只要找到公司创设的正式行为在什么地方完成即可判断出公司的成立及适用的法律。公司成立地法调整与公司相关的整个事项,这包括内部组织和外部能力等。内部事务理论适用的简单易行被认为是不证自明的。那些怀疑该理论的人也会承认该理论增进了法律的确 定性:“可能内部事务理论的最大优势就在于法律规则的确 定性和法律适用的简便性。”<sup>②</sup>

总之,通过对内部事务理论进行合同和经济学的解释进一步论证了内部事务理论在实现公司设立自由方面的正当性基础,因此,在此意义上,内部事务理论奠定了在外国公司治理中的主导地位也是一种必然,其发挥着促进自由竞争、保护交易秩序的作用。

## 二 内部事务理论规范范围的合理限定

早期国际私法立法对于法人准据法的确定深受自然人属人法的影响,体现在立法形式上就是参照自然人属人法,仅笼统模糊地规定法人权利能力和行为能力的适用法。随着时代的发展,公司跨国经营已经成为常态,公司法内容也日益丰富复杂,公司准据法所面临调整的事项也逐渐增多和复杂化。如何合理限定内部事务理论的规范范围不仅有利于实现内部事务理论适用的确定性、可预测性、准确性和有效性<sup>③</sup>,更关乎内部事务理论适用的合理边界和限制。这无疑就摆在了立法者的面前。

内部事务理论的普适性已经得到了广泛的承认,但是,公司成立地法的规范范围却是一个具有争议的问题,对于该规则(理论)的准确规范范围

并不清晰。简单地主张区分内部和外部关系的学说显然是站不住脚的,因为它会导致在区分上的疑惑从而不利于法律的稳定性<sup>④</sup>,判断某种法律关系是否属于公司法也是一大难点。关于内部事务理论规范范围的边界确定,董事和股东的责任与公司债权人和公司自身保护的问题最集中突出这其中的严重分歧。董事或者股东的错误行为,甚至是欺诈行为导致公司破产或者由此损害了公司债权人的利益就会产生责任承担的问题。这里产生的问题就是这样一种责任是否只按照公司成立地国法律确定还是可以按照公司真实本座地国法律确定。这就涉及到识别的问题,使用不同的识别方法就可能有不同的结果。比如,在英国,董事或者股东的错误行为或者欺诈交易应受破产法第 213 条和第 214 条调整,这样所适用的破产法就由债务人主要利益中心(COMI)<sup>⑤</sup>所在地法来决定,在虚假外国公司的情况下,一般就是由公司真实本座地法律决定。另外一种结果就是识别为侵权法调整。德国联邦最高法院将股东抽逃出资而对公司产生的责任就限定为侵权,有关侵权行为的适用法律在大多数情况下会导致公司真实本座地法。同样,如果公司管理人员和股东应对公司债权人直接承担责任,在虚假外国公司的情况下,大部分的债权人都位于公司管理中心所在国境内,这依旧会导致公司真实本座地国法律的适用<sup>⑥</sup>。

要对内部事务理论的规范范围作出合理限定,其中首要的是必须厘清对于内部事务理论的规范范围,人们在哪些事项方面已经形成广泛共识,在哪些事项方面还存在分歧,亟需进一步识别、归属及澄清,唯于此才能消除分歧,在更大范围内形成新的共识,实现对内部事务理论规范范围的合理限定。深入考察理论主张和实证法规是有效确定公司“内部事务”理论规范范围边界的

<sup>①</sup>J Isra? I, European Cross-Border Insolvency Regulation: A Study of Regulation 1346/2000 on Insolvency Proceedings in the Light of a Paradigm of Co-operation and a Comitatus Europaea (Oxford, Intersentia, 2005) 125.

<sup>②</sup>Ebke, “centros—Some Realities and Some Mysteries”, *The American Journal of International Law*, 2000, pp.623-635.

<sup>③</sup>如能合理限定内部事务理论的调整事项并进行列举,这就可以在具体适用中避开复杂冗长的识别环节,做到节约成本,提高适用效率和准确性。

<sup>④</sup>(德)托马斯·莱塞尔(Thomas Raiser), (德)吕迪格·法伊尔(Rudiger Veil):《德国资合公司法》,高旭军等译,法律出版社 2005 年版,第 914 页。

<sup>⑤</sup>The Centre Debtor's Main Interests.

<sup>⑥</sup>Eva-Maria Kieninger, *The Law Applicable to Corporations in the EC Labels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 2009, pp.607-628.

正确方法。

### (一) 归纳公司内部事务理论规范范围的共识

对公司内部事务理论规范范围进行准确的限定远比认识它来得困难。也许正是因为这一点,尽管内部事务理论被各国法律所采用和确认,但是,时至今日大多数国家立法均没有给公司内部事务理论的规范范围作出明确的限定。因此,在理论分析和实证考察的基础上,进行经验主义的分类型概括,提炼广泛共识是准确限定公司内部事务理论规范范围的第一步。美国最高联邦法院在给内部事务理论定义时,作出了这样的解说,公司内部事务就是有关公司、它的现职管理人员、董事和股东他们之间各自相互关系的事项<sup>①</sup>。该解读是从公司及其内部主体之间的关系来限定公司内部事务,依此思路,股东的投票权、公司财产和红利的分配、管理层的诚信义务等应属此类事务。里斯在其主编的《美国冲突法第二次重述》中就公司成立地法所适用的范围进行了详细的规定<sup>②</sup>,特别是将内部事务理论分为绝对适用和相对适用影响最深。总之,上述从主体关系、章程事项和绝对适用等角度来限定内部事务理论规范范围,其核心出发点是将公司法作为一种组织法来确定公司的纯粹内部性事项,并将此类事项作为内部事务理论的规范范围。尽管此种限定并不具有立法上的意义,但是具有理论上的合理性和逻辑自洽性,也充分代表了学理上人们对内部事务理论规范范围的基本共识。

从各国实证法对内部事务理论规范范围的规定来看,其中,一种立法例仅规定,公司的能力或地位,或公司的存在由公司成立地法支配,而对于

公司内部事务理论的具体规范范围并未明确,而是将其规范范围留待法官在司法实践中针对具体问题而自由裁量。这既有客观上的原因,也有主观上的刻意为之。另一种立法例则除了规定一般性的适用法原则之外,还对于公司内部事务理论规范范围进行了列举,这为我们归纳内部事务理论规范范围的广泛共识提供了实证的基础。1995年意大利国际私法第25条在首先规定了公司由其成立地所在国法律支配后,接着规定该法律尤其适用的九种情形<sup>③</sup>。1987年瑞士国际私法也在第10章155条中规定,除第156~161条外,适用于公司的法律特别支配的几种事项<sup>④</sup>。很显然,第156~161条规定事项就是公司成立地法规范范围的例外事项,这主要是:公开发行股票或债券,名称和商号的保护,对代理权的限制,对公司所负的责任,公司在瑞士的分支机构及公司的转移等<sup>⑤</sup>。1992年罗马尼亚《关于调整国际私法关系的第105号法》第42条规定,适用于法人之组织章程的法律特别适用于九个方面<sup>⑥</sup>。仅从上述规定的表象来看,我们可能会失望地发现,上述关于内部事务理论规范范围也仅限于简单列举的水平,并且各国之间列举的事项也存在一定的差异,实际尚未形成完全意义上的共识。同时值得注意的是,在上述几个国家的立法中,就内部事务理论适用的范围,几乎都使用了“尤其”或者“特别”等语词,这说明这些法律都一致表明,由支配公司关系的法律所调整的任何类别的问题都没有穷尽。这都是我们归纳和限定内部事项理论规范范围的难点所在。但是,我们从积极的角度来看,此种立法例第一次相对系统地列出了内部事务理论规范

①Edgar v. Mite Corp., 457 US 624, 645 (1982).

②Luther L. McDougal III, Robert L. Felix, Ralph U. American conflicts law, Transnational Publishers, 2001, pp.230-246.

③1995年意大利国际私法第25条规定该法律尤其适用于:(1)法律性质;(2)商业或社团名称;(3)成立转让及解散;(4)能力;(5)组织的编制、权力及运作方式;(6)机构;(7)取得或丧失组织成员资格的方式以及由此产生的权利和义务;(8)商业负债的法律责任;(9)违反法律或公司章程的后果。Rammello, Stephan. Corporations in private international law: a European perspective Oxford, New York: Oxford University Press, 2001.

④《1987年瑞士国际私法》第10章155条中规定,除第156~161条外,适用于公司的法律特别支配下列事项:(1)公司的法律性质;(2)公司的成立和解散;(3)公司的民事权利能力和行为能力;(4)公司的名称或商号;(5)公司的组织;(6)公司的内部关系,特别是公司与其成员间的关系;(7)违反公司法的规定所应承担的责任;(8)公司承担债务的责任;(9)为公司进行活动的人员的代表权限。

⑤刘铁铮:《瑞士新国际私法之研究》,三民书局1991年版,第171-185页。陈卫佐:《瑞士国际私法典研究》,北京法律出版社1998年版,第201-211页。

⑥1992年罗马尼亚《关于调整国际私法关系的第105号法》第42条规定,适用于法人之组织章程的法律特别适用于:(1)法人的权利能力和行为能力;(2)成员资格的取得与丧失;(3)根据成员资格而产生的权利与义务;(4)法人领导机关的选举方式、管理权限以及作用方式;(5)通过本身机构进行代理;(6)法人及其机关对第三人责任;(7)创立文件的改变;(9)法人的解散清算。李双元,欧福永,熊之才:《国际私法教学参考资料选编(上)总论·冲突法》,北京大学出版社2002年版,第275页。

的具体范围,这不仅为正确适用内部事务理论提供了明确的指向,在一定程度上避免了人们在适用内部事务理论时可能出现新的纷争,也实现了法律适用的确定性,而且,更为重要的是,这些列举的范围为我们正确认识 and 限定内部事务理论规范范围提供了一个可以修正和讨论的范本,这是正确认识 and 限定内部事务理论规范范围的重要一步。尽管还有差异和分歧,但是,从另一个角度来看,这些明确列举的内容应属在实证法上对于内部事务理论规范范围广泛共识形成的起点。

通过上述理论和实证的分析,比较确定的是,尽管对于内部事务理论的规范范围还存在一定的差异,但是,将公司法作为一部组织法这样的视角来审视公司自治的内部系统,并限定纯粹内部性事务时,剔除分歧,凝聚共识即可实现。依此路径,我们基本可以概括出对公司内部事务理论规范范围所形成的广泛共识为:(1)公司的成立、性质、权利能力和行为能力;(2)公司的组织运作、机构、公司与股东、管理人员相互之间的关系;(3)公司的解散。

## (二)厘清内部事务理论规范范围的分歧

公司内部事务是与公司外部事务相对,在此意义上,也就客观存在公司内部事务与公司外部事务之间的交织地带。公司外部事务(the “external affairs” of a corporation)一定是公司开展对外经营而产生的事务,如雇佣劳动力、购买原材料、融资、取得资产、进行商业交易及缴纳税费等,这些事项因是与公司之外的第三人发生法律关系,自然应由该法律关系所应适用的法律调整,与内部事务理论规范范围无涉。在公司事务方面,总是存在这样一些事项上,其直接与公司内部事务或者组织机构相关联,但是,由于公司跨国经营及社会经济环境的变化,原来已有的和新出现的一些事项不再适用或者不再完全适用公司内部事务理论。该类事项往往集中于公司内部事务与外部事务的边缘和交叉地带,公司内部事务理论规

范范围的分歧点往往就产生于该交织地带。我们对其进行归类大致包括如下三个方面,具体而言:

首先,该事项传统上属于公司内部事务理论规范的范围,但是,由于外国公司持续和规模性地在行为地经营和交易,行为地国出于维护本地交易安全和秩序,要求适用行为地法。如股东知情权、外国公司代表资格、外国公司的经营资格。

其次,该事项属于公司跨国投资和融资中新产生的与公司内部组织机构直接相关的事项,公司投资和融资所在地国要求适用本国法,如外国公司转移,公司并购、股票和债券的发行等。(1)外国公司的转移。当外国公司将其管理中心从一国转移到另一国时,这也会涉及到适用公司成立地法之外的其他国家的法律。主张“内部事务”理论国家和“真实本座”理论国家会有分歧。在采取“内部事务”理论的国家则不会因公司的管理中心(住所)迁移至另一国而发生适用法律的变化,例如,英格兰法就认为这种迁移不引起公司属人法的变更,因此,依旧受属人法决定。如果新的中心地如采取“真实本座”理论,则意味着公司必须按照当地的法律成立一个新的公司,所以必须适用新管理中心地法律的各项要求才能实现这种转移<sup>①</sup>。意大利 1995 年《国际私法制度改革法》第 25 条规定:“……企业注册办公地向另一国家的迁移,只有依据这些有关国家的法律进行方为有效。”<sup>②</sup>由此可见,意大利法要求重叠适用迁出地国和迁入地国的法律。(2)外国公司的并购。随着经济的全球化,跨国并购已经成为国际投资最为主要的方式。于是,本国公司与外国公司之间相互兼并(Mergers)和收购(Acquisition)已经成为一种常态。无论是兼并还是收购,该行为总是受到参与方各自属国法律的共同调整。倘若仅依一国法律进行,势必导致兼并和收购行为与相关另一国法律的不相符。从行为应受行为地法制约的传统冲突法原理来看分属不同国家公司之

<sup>①</sup>Rammeloo, Stephan. *Corporations in private international law : a European perspective*, Oxford University Press, 2001, pp.174-217. 意大利 1995 年《国际私法制度改革法》第 25 条规定:“……企业注册办公地向另一国家的迁移,只有依据这些有关国家的法律进行方为有效。”

<sup>②</sup>李双元,欧福永,熊之才:《国际私法教学参考资料选编(上)总论·冲突法》,北京大学出版社 2002 年版,第 346 页。

间的兼并和收购也应同时遵守数个相关国家的法律<sup>①</sup>。(3)外国公司发行股票和债券。公司进行跨国融资,资本市场的国际化,必然发生外国公司跨国发行股票和债券的问题。从各国有关公司证券和债券法律适用的规定来看,在判断公司证券以及债券法律适用时,已经开始偏离了公司成立地法,考虑适用行为地法、发行地法、交易所在地法和其他一些相关法律<sup>②</sup>。随着网络信息技术的飞跃式发展,在国际资本市场上,股票和债券的发行和交易早已实现了无纸化、电子化,证券发行体系也从传统的直接持有体系走向了间接持有体系,这使外国公司发行股票和债券所适用的法律也不再单一,也更显复杂化<sup>③</sup>。

最后,原属于公司组织结构方面的事项,基于对相关方利益的保护(公司自身利益以及实际经营所在国利益),要求适用相应被保护地国的法律。如外国公司名称和商号的保护,外国公司的解散和清算等。(1)外国公司名称和商号的保护。公司名称和商号一经登记,公司对其就具有了独占性,因而进入权利体系,受到法律的保护<sup>④</sup>。这是从公司人格权意义上确定公司排他性享有名称和商号的使用权<sup>⑤</sup>。此外,《保护工业产

权巴黎公约》所定义的工业产权包括商号权,知识产权法依法保护经过依法登记而取得的商号<sup>⑥</sup>。因此,从此角度来看,公司名称和商号受到双重法律的保护。在公司发生跨国经营的情况下,对外国公司名称和商号的保护就面临是纳入公司人格权还是知识产权保护体系下确定适用的法律<sup>⑦</sup>,但是,无论如何,出于对公司实际经营地利益的保护,适用被请求保护地国的法律来确定外国公司名称和商号的保护是一种立法趋势<sup>⑧</sup>。(2)外国公司的终止和清算。公司是法律创造物,生命来自于实证法,其生命的终结也取决于法律。公司是一个工具性的法律实体,如果不在终止之前了结财产关系,将为公司设立者滥用公司法人制度,损害相对人利益提供可乘之机,因此,公司终止之前必经过财产清理程序,即清算<sup>⑨</sup>。通过清算,公司得以了结一切财产关系。对于外国公司的解散,如前所述,各国已达成广泛共识,一般都由公司成立地法来调整<sup>⑩</sup>。对于外国公司的破产,因其受到破产法的专门调整,因此,各国都没有将其纳入公司一般法律适用体系中去,而是另外对其进行独立规范,其所涉及内容也更为复杂<sup>⑪</sup>。

①中国2007年8月8日起施行的《最高人民法院关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件适用法律若干问题的规定》第8条规定:“在中华人民共和国领域内履行的下列合同,适用中华人民共和国法律:……(六)外国自然人、法人或者其他组织购买中华人民共和国领域内的非外商投资企业股东的股权的合同;(七)外国自然人、法人或者其他组织认购中华人民共和国领域内的非外商投资有限责任公司或者股份有限公司增资的合同;(八)外国自然人、法人或者其他组织购买中华人民共和国领域内的非外商投资企业资产的合同;……。”从该规定的内容来看,应适用兼并和收购行为地法。另外,美国《示范公司法》对此种冲突采用重叠性适用两国法律的方法;意大利1995年《国际私法制度改革法》已明确地指出:不同国家的企业之间的兼并,只有依这些国家的法律进行才具有效力。

②萧凯:《跨国证券交易的国际私法问题》,武汉大学出版社2008年版,第33页。孔玉飞:《跨国证券发行与交易中的法律冲突》,知识产权出版社2009年版,第103页。

③赵威,仲伟光:《证券间接持有法律问题研究》,北京:中国检察出版社,2008年8月版。

④朱庆育:《民法总论(第2版)》,北京大学出版社,2016年4月版,第450-451页。

⑤张俊浩:《民法学原理(第3版)》(上),中国政法大学出版社2000年版,第190页。

⑥《保护工业产权巴黎公约》第8条规定:厂商名称应在本联盟一切国家受到保护,没有申请或注册的义务,也不论是否为商标的一部分。

⑦对此问题,从已有的立法例来看,都是将外国公司的名称和商号是纳入公司人格权的范畴内来制定适用法律的。如,瑞士联邦国际私法第155条便明确规定,除法律有特别规定外,适用于公司的法律调整公司的名称或商号。1995年意大利国际私法第25条在首先规定了公司由其成立地所在国法律支配后,接着规定该法律尤其适用于商业或社团名称等。

⑧在公司发生跨国经营的情况下,对于公司名称和商号的保护又不得不考虑经营地的法律。瑞士联邦《国际私法》第157条规定,(1)在瑞士商业登记簿上登记以免在瑞士遭受损害的公司的名称或商号名称的保护,适用瑞士法律。(2)公司未在瑞士商业登记簿上登记时,其名称或商号名称的保护,适用不正当竞争所适用的法律(第136条)或侵犯人格权的行为所适用的法律(第132条、第133条和第139条)。这样的规定就等于考虑公司行为地国家的相关利益的保护。

⑨朱庆育:《民法总论(第2版)》,北京大学出版社,2016年4月版,第442页。

⑩1995年意大利国际私法第25条第2款认可了公司成立地法来决定公司的解散问题。英国法实践也表明,公司是否解散必须由公司的成立地法决定,因为“主权者的意愿可以创建它也可以消灭它”。如果外国公司依成立地法的解散程序已经解散,则英格兰法院视该外国公司已经消亡。

⑪赵相林,杜新丽等著:《国际民商事关系法律适用法立法原理》,北京:人民法院出版社2006年版,第175-184页,在该部分中本人对破产法律适用作出了立法建议和分析。



随着公司跨国经营已经成为常态和公司法内容日益丰富复杂,面对内部事务理论调整事项的叠加交错,杂乱纷繁,尽管成文规范应该为司法适用留下解释空间,但是,既然立法者的权限并不是在个案基础上作出决定,那么,其至少尽可能地为规范的适用划出更为明确的界限和设想将来可能发生的情况。确定判别和衡量内部事务理论适用事项的主观标准,依此标准确定公司准据法的绝对适用范围,此外,通过包含若干事项的非结论性清单的方式进行详细规定,其属于在规范意义上达到对内部事务理论规范范围进行适当限制的恰当方式。公司是法律创设的,实证法赋予其生命,其设置、机构、组成、结构等都由包含在各国成文法规及公司文件(章程)中的实体及程序规则所设定,这是唯一以资衡量和判断的标准。里斯就是根据该思路在《美国冲突法第二次重述》中详细地规定上文所提到的适用公司成立地法的范畴<sup>①</sup>。

国际私法立法在近代时期就采取了这种清单列举事项的方式,对公司准据法调整的范畴进行规定,且在尽量使法人准据法的规范范围扩大,其中的典型代表就是 1987 年的《瑞士联邦国际私法》,如该法在第 10 章 155 条的规定<sup>②</sup>。其他许多国家也采用了此种立法方式。1992 年罗马尼亚《关于调整国际私法关系的第 105 号法》第 42 条<sup>③</sup>,1995 年意大利国际私法第 25 条<sup>④</sup>,2001 年《俄罗斯联邦民法典》第 1202 条<sup>⑤</sup>,以及德国国际私法委员会提出的欧洲条例建议稿的第 3 条也采用了提供一份包含若干事项的非结论性清单的方式规定了公司成立地法适用的范围。德国司法部关于新的民法实施法建议稿第 10 条中也有相同的清单<sup>⑥</sup>。

### 三 内部事务理论规范例外的设定

由于在法律和经济上的优势,内部事务理论在确定涉外公司关系法律适用准据法中具有主导

地位。多数国家都选择了这种理论。从法律方面来看,确定公司的适当法(proper law)相对简单,提供了完全的法律确定性和可预测性。从经济方面来看,具有较少约束的“内部事务理论”促进了经济贸易,这种理论无可争议地最适合于成就单一市场的共同利益,它有利于承认外国公司,而不会对公司的内部组织和功能施加限制。甚至,使公司的管理和控制中心进行跨境迁移成为可能,这样也不会丧失其身份地位。内部事务理论彻底实现了公司设立和流动的自由,是意思自治原则在涉外公司关系法律适用准据法确定中的胜利。但是,任何法律选择的自由并非不受限制,正如意自治原则必有其适用的范围和例外,这才构成意思自治原则的完整内涵,内部事务理论自不能例外。在决定公司适用法时,合同自由原则本身不能解决所有问题。如果承认公司法主要具有合同性质,那就依旧存在合同自由限制适用的部分。保护合同中弱者和保护善意第三方可以作为正当限制公司法律选择中意思自治的理由。同样的,公司的合同性质不应导致得出这样的结论,公司的发起人可以不受限制地自由选择公司适用法。这样的主张将合同法律选择过分简单化,忽略了意思自治绝不是完美无缺,也不是绝对适用。在公司法中意思自治也不是绝对的,因为公司的合同总是会被产生公司的公司法所补充和修改。承认公司组成文件的合同要素的同时,也需要认识到这样一个现实,国家赋予这些文件法律效力,并赋予公司虚拟法律人格和股东有限责任。

公司成立地国法律无限制的适用只建立在实体公司法达到最低限度的趋同化的基础上,尽管在各国公司法中股东本位的模式在更大范围趋同一致,在公司法冲突中自由主义获得广泛认可,但是,不同国家对公司、公司法的目标和具体设计存在差异。在欧洲,依旧有一些国家在公司治理中包括了工人的代表,超国家的公司法统一化和和谐化的进程中,依旧会考虑工人在公司治理中应

<sup>①</sup>Luther L. McDougal III, Robert L. Felix, Ralph U. American Conflicts Law, Transnational Publishers, 2001, p.315.

<sup>②</sup>刘铁铮:《瑞士新国际私法之研究》,三民书局 1991 年版,第 171-185 页。陈卫佐:《瑞士国际私法典研究》,法律出版社 1998 年版,第 201-211 页。

<sup>③</sup>李双元,欧福永,熊之才:《国际私法教学参考资料选编(上)总论·冲突法》,北京大学出版社 2002 年版,第 275 页。

<sup>④</sup>Rammeloo Stephan. Corporations in private international law : a European perspective ,Oxford University Press, 2001, p.222.

<sup>⑤</sup>邹国勇:《外国国际私法立法精选》,中国政法大学出版社 2011 年版,第 30 页。

<sup>⑥</sup>Eva-Maria Kieninger. "The Law Applicable to Corporations in the EC", *Rabel Journal of Comparative and International Private Law* ,2009 (7):607-628.



有的位置和其他非股东的利益相关者的保护。在美国的29个州也采取了公司利益相关者法规,旨在允许或要求公司管理人员在作出决策时考虑公司利益相关者的利益。英国作为另一个推崇股东价值的阵地也通过修订公司法来规定董事的责权并不限于完全为股东的利益服务。除了长期存在的分歧之外,新的分歧也在欧洲出现,这就是公司法中的性别问题。法国、西班牙和挪威等国家认为法律应该规定在公司董事会中性别的平衡,相似的发展也在欧洲其他国家出现。然而英国则认为平等性不应通过公司法来执行<sup>①</sup>。这证明对于哪些事项是公司法集中处理的问题,哪些应留给其他法律来处理继续存在分歧。相应的是,公司治理模式趋于一致将继续受到旧的和新出现的分歧的抗衡。对于公司采取合同观点的国家往往在公司的国际私法中限制合同自由,因为合同主义从来不是不受限制的。各个国家都乐于通过国际私法来保护这些差异和对公司法的选择,限定公司法中需要保护的重要领域范围。公司的国际私法与立法选择紧密关联而不是依赖于争议的原则。

公司成立地国法律无限制的适用带来了如下不利后果:其一,根深于内部事务理论的意思自治,公司的发起人可以将公司设立在一个约束较少的地域,规避了公司所从事经营活动地国的法律,尤其是对债权人和股东保护的规范,造成对公司成立地法的滥用;其二,这种做法也会导致一个公司与公司成立国除了在该地设立的事实之外再没有任何联系,其主要管理和活动中心在其他地方,存在许多虚假外国公司。该理论最大的不足就是纵容了对法律的滥用行为和包庇了虚假外国公司(邮箱公司)。出于对本国区域内经营的公司有稳定的财务以及股东和债权人免受欺诈的考虑,一些国家针对内部事务理论的缺陷作出的反应是虚假外国公司理论和反滥用政策,认可了内部事务理论的例外和遵循虚假外国公司理论,这

既有实体方法,也有冲突方法。

在实体法方法方面,一些国家的实体法中总是包含有一些本地化的规则专门调整涉外民事关系。这些本地化规则明确设定出其空间适用的范围来确保其适用于特定的涉外民事关系中,这些规则的存在实质上是直接排除了相应的法律选择规则。冲突法方面,新产生的冲突法方法主张完全抛弃传统冲突法的三大目标而实现其全新目标。新的冲突法方法主张按照对所有潜在的相关利益的考量来决定适用法,其中,法院地州(国)的利益和政策,特别是法院地居民的保护和重要性的估量被优先考虑,并在大多数情况下主张适用自己的法律——法院地法。新方法对所有领域的法律选择都产生了重要影响。新方法认为固定的、单个连结因素、内容盲目和中立的规则是令人厌恶的,因为它们自动的和完全的服从一种法律制度而不考虑相联系的其他州的利益和政策。受其影响,在美国,公司成立地国法律的地位在 *Western Air Lines V. Sobieski* 一案中开始动摇<sup>②</sup>。随后,在 *Mansfield Hardwood Lumber Company V. Lohson* 案中,美国第五巡回上诉法院主张在以下情况下适用法院地法律,即与成立地州仅有的联系点仅仅是成立事实,没有公司的章程以及成立地州的成文法可以适用<sup>③</sup>。上述案件全部都是有关董事或高级职员的责任,因此,存在所认定的内部事务规则的例外情形,但例外并不仅仅只是特定的事实模式<sup>④</sup>。总的来说,根据普通法,内部事务理论并非机械的,其存在解决问题的灵活性和例外性。实际上,美国法院存在适用法院地法律来调整外国公司的内部事务的情形。美国冲突法第二次重述恰当使用了“极少”和“另一州优先的利益”这样的词语来指向了成立地法可以规避的情况。随之,第二次重述中的对“最密切联系”的考查即为在例外情况下对成立地法的干预<sup>⑤</sup>。

美国冲突法革命对世界各国的国际私法产生

<sup>①</sup>Borg-barthet J. *The Governing Law of Companies in EU Law*, Oxford: Hart Publishing, 2012, pp.49-51.

<sup>②</sup>*Western Air Lines, Inc. v. Sobieski*, 191 CA2d 399 (12 Cal. Rptr. 719 Dist. Ct. Add. 1961).

<sup>③</sup>*Mansfield Hardwood Lumber Co. v. Johnson*, 268 F.2d 317, 321. (5th Cir. 1959). Note, *Conflict of Laws -- Duty of Director of Foreign Corporation to Shareholder Held to be Governed by Law of Forum when Corporate Activity Centers in Forum*, 108 (U. Pa. L. Rev. 742 (1960)).

<sup>④</sup>*Francis v. United Jersey Bank*, 432 A.2d 814, 820 (N.J. 1981).

<sup>⑤</sup>美国冲突法第二次重述第302条规定:与公司的权利和义务相关的其他问题:(1)301条规定以外的涉及公司权利和义务的问题,可适用据第6条原则所确定的与事件及当事人有最重要联系的州的本地法。(2)公司设立地州的本地法,决定此类问题。但是在非常情况下,就该特定问题,另一州与事件及当事人有更重要的联系时除外。在此情况下,依该另一州的本地法。

了深远的影响,拥有成文法传统的国家虽然没有像美国一些学者所主张的一样,在法律选择中彻底抛弃规则而使用方法,但是,实质正义的考虑被他们接受,并体现到结构上适合传统模式的法律选择规则中,这些规则就是结果为导向的规则,他们被设计为成就某种被认为值得优先考虑的实体结果的规则<sup>①</sup>。具体到外国公司的治理中,结果为导向的规则表现为,当公司的主要经营活动或管理活动并不在公司成立地时,符合一定条件下排除适用内部事务理论,适用公司经营管理中心所在地法来调整公司内部事务,其主要衡量的就是公司实际经营地国及相关方利益的保护,这被人们视为真实本座理论的重生<sup>②</sup>。1987年的瑞士联邦国际私法在第154条明确了内部事务理论的适用之后,在第159条又进行了规定<sup>③</sup>。该条规定被视为对内部事务理论的一项重要限制,为的是保护公司债权人的利益。但是,该条只是针对“活动的责任”产生对内部事务理论的例外适用。1995年12月意大利修订的国际私法典第3章第25条进行了相关规定<sup>④</sup>。该条款主要受瑞士国家私法典第155条的影响。该条虽然没有反对承认外国实体,但是第25(1)条第二句就对在意大利境内从事商业活动的外国法人形式的滥用形成了有效保护。从第25(1)条的最后一句的字面意义上可以清楚得出,如果外国公司仅是在外国设立,但是其管理活动中心主要在意大利,该公司的所有事项适用意大利法律,这实质上是完全排除了内部事务理论的适用,于是有人认为在意大利境内拥有经营管理中心的外国公司本质上适用的是真实本座理论<sup>⑤</sup>。

总之,放任内部事务理论的恣意实施,直接损

害的是外国公司相关方的利益。该方法既满足了法律的确定性,也全面关照和公平对待了合同和许可这两种法律选择理论的正当主张,才能最终在彰显自由和保护利益之间形成一种平衡。唯于此,各国根据各自的具体情况在立法和司法上,要么使用冲突法的方法,要么使用实体法的方法,无不对内部事务理论的适用作出例外的规定。

#### 四 内部事务理论的中国道路

上文关于内部事务理论的一般分析,具有启发意义,顺其脉络,已经可以决定我国关于外国公司治理的道路选择。我国因继承了大陆法系的传统,在1918年北洋政府制定的《法律适用条例》第3条规定:“外国法人经中国法认许成立者以其住所地法为其本国法”,采纳了真实本座理论。我国的国际私法立法——《民法通则》第四篇“涉外民事关系的法律适用”没有规定外国公司一般法律适用。之后,最高人民法院对《民法通则》所作的司法解释第184、185条中有所涉及。最高人民法院1988年《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》给出了相关的意见<sup>⑥</sup>。从上述规定可以看出,中国在对外国公司的治理中,转向了内部事务理论,只要依据外国公司的属人法具有权利能力,我们也予以承认。这也体现了社团自由设立的理念。法律永远是经济发展的产物,我们能够制定这样的立法,无不与我国当时的经济社会环境紧密相联。

随着我国改革开放的不断深入,我国对外开放的广度和深度有了质的飞跃。在我国经济飞速发展的同时,单纯的为了吸引外资而采取的优惠

<sup>①</sup>在成文的法律选择规则的体系内,冲突法律的内容也成为正式的法律选择标准,它要求设计内容为导向的法律规则,这样的规则要求在法律之间的选择作出之前,考虑冲突的实体法律的内容。

<sup>②</sup>Bratton W, McCahery J A, Vermeulen E P M. “How Does Corporate Mobility Affect Lawmaking: A Comparative Analysis”, *The American Journal of Comparative Law*, 2009, 57(2): 501-549.

<sup>③</sup>1987年的《瑞士联邦国际私法》159条明确规定:“如果依外国法设立的活动是在瑞士进行的或从瑞士开始进行的,以该公司名义进行活动的人的责任,适用瑞士法律。”刘铁铮:《瑞士新国际私法之研究》,三民书局1991年版,第171-185页。陈卫佐:《瑞士国际私法典研究》,法律出版社1998年版,第201-211页。

<sup>④</sup>1995年12月意大利修订的国际私法典第3章第25条规定:“1、以公有或私有体制为基础的公司、社团、基金会及其他机构,即使尚不具有社团的特征,应由其成立地所在国的法律支配。但是,如果其总部位于意大利或主要工作机构位于意大利,则应适用意大利法律。……”李双元,欧福永,熊之才:《国际私法教学参考资料选编(上)总论·冲突法》,北京大学出版社2002年版,第346页。

<sup>⑤</sup>Rammello, Stephan. *Corporations in private international law: a European perspective Oxford*, New York: Oxford University Press, 2001, p.230.

<sup>⑥</sup>最高人民法院1988年《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》作了如下意见:外国法人以其注册登记地国家的法律为其本国法,法人的民事行为能力依其本国法确定。外国法人在我国领域内进行的民事活动,必须符合我国的法律规定。

和自由政策也带来了许多负面的问题。由于各国公司立法的不同,以及少数国家在公司立法及其相关立法上进行恶性竞争,例如降低资本维持、放任对公司的监管、放松财务管制以及税收诱惑等,从而一些国家的公司法在国际竞争中不再具有比较优势,导致本国资本的流进和流出都不正常,而另外一些国家则从中获得不正当的利益。在这样的时代背景下,我国公司法的严格性和强制性,投资政策的管制以及我国吸引外资的优惠政策等因素,都诱发了中国投资者在其他国家设立公司,然而,该公司的主要管理机构和主要业务仍然在中国境内,并未在设立地国家开展任何的业务。于是,离岸公司、WIE模式、中概股以及假外国公司等法律问题大量产生。如不对此积极应对,从宏观层面上,其可能产生的后果是,规避我国公司法的现象将随着人民币资本项目的完全自由兑换而更加严重,也会产生更多的虚假外国公司。该现象不仅影响了中国资本的安全,导致中国税收的流失,也会导致其他方面的连锁反应。具体到微观层面上,在新的经济社会背景下,有关外国公司的股东出资、股东权侵权、股权转让、公司管理、解散和清算以及股权确权等争议案件不断出现,现有规范已经难以对我国司法实践中出现的问题作出明确有效的回应<sup>①</sup>。对于外国公司所涉及问题的解决确实需要多方面的综合治理,但是,从外国公司法律适用的角度再次审视和检讨现有规范的不足,并寻求规则的改进可能是最为基础的一步。

重新审视最高人民法院民通意见关于外国公司的规定,我们发现其中主要有如下缺陷:其一,在立法上采取内部事务理论,将连结点设置为注册登记地国家,存在指代落空的问题,因为有的国家公司的成立无需登记。另外公司注册登记可分为设立登记和商业登记。其二,在立法上只采取内部事务理论,而没有例外规定,难以应对虚假外国公司问题。在我国现有立法中,对虚假外国公司及“特拉华综合征”等规避法律行为的规定甚少。虽然《民法通则》第8条、《公司法》第197

条、《意见》第184条第2款等分别规定了民事活动不得损害社会公共利益以及外国法人须遵守我国法律,但此种规范并非针对虚假外国公司及对外国公司监管不利等问题,也不足以保护我国国内企业、股东、债权人、雇员及与在华外国公司进行交易的其他相对方的合法权益。其三,对公司内部事务理论规范的范围仅规定为法人的民事行为能力,明显存在规范范围狭窄,而且,按照国际私法理论,民事行为能力往往会受到行为地法的制约,绝对规定适用注册登记地法,此规定过于僵硬和机械,无法律适用的灵活回旋余地。其四,“外国法人在我国领域内进行的民事活动,必须符合我国的法律规定”此规定偏离了规范重心,此处首先解决的是内部事务理论规范范围的边界问题,而对于在我国领域内进行的民事活动实属于外国法人与第三方主体进行的相关交易活动,如签订合同等,自然应由相应形成的法律关系应适用的法律来调整,而非一概适用我国法律。

针对上述法律规定的缺陷,2010年通过的《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第14条就外国公司的法律适用问题作出了全新的规定<sup>②</sup>。这一规定意在解决以往立法方面的缺陷,采用了“内部事务理论”与“真实本座理论”相结合的外国公司法律适用原则,列举了适用法的调整范围,加强对虚假外国公司的规制,避免对离岸公司的监管漏洞。这无疑是一大进步,但是,从解释学角度来看,该规定也留下了大量可解释的空间,以下问题仍需要明确:

其一,为了践行内部事务理论,第14条规定将登记地作为公司适用法的连结点,然而,公司注册有设立登记和营业登记这两种情形,在公司跨国经营时,就存在设立登记地与营业登记地不一致的情形,从而会对登记地产生歧义,有必要对其进行准确限定。此外,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释(一)》第16条对登记地作出限定,

<sup>①</sup>陈国辉,毛德龙:《审理涉外股权确权纠纷的三个问题》,《人民法院报》2004年9月8日。崔志伟,贺晓翎:《关于审理涉外股权转让纠纷的法律思考》,《人民司法》2010年7月。蔡毅:《论审理涉外股权纠纷案件之法律适用》,《法律适用》2006年第7期。练长仁:《乱象与统一:涉外公司关系法律适用问题之实证分析》,《探索社会主义司法规律与完善民事法律制度研究——全国法院第23届学术讨论会获奖论文集(下)》2011。

<sup>②</sup>《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第14条就外国公司的法律适用问题作出了全新的规定:“法人及其分支机构的民事权利能力、民事行为能力、组织机构、股东权利义务等事项,适用登记地法律。法人的主营业地与登记地不一致的,可以适用主营业地法律。法人的经常居所地,为其主营业地。”

“登记地”指法人的设立登记地。根据该解释,好像已经解决了问题,然而,尽管现代国家立法逐渐趋向于采取强制登记原则,但还是存在公司法人任意登记的倾向,各国法人成立的要件并非都包括等级,针对那些不需登记就可成立的法人,如果在中国法院涉诉,涉及到公司法人内部事项等争议时,将会出现没有公司法人适用法的连结点的法律漏洞。由此可知,将登记地变更为国际通用的成立地似乎更为妥当。

其二,第 14 条规定为了加强对虚假外国公司的规制,避免对离岸公司的监管漏洞,引入了公司主营业地法律的适用,这弥补了以往法律规定的不足,当予赞许。但是,第 14 条将主营业地限定为法人的经常居所地。而在以往的法律规定中尚未有对法人经常居所地的限定,此种解释也未能起到明示的作用。法人经常居所地这样的称谓在国际范围内确实是鲜见的,徒增概念反而使解释陷入无限循环之中。其实,法人主要办事机构所在地是兼采管理中心所在地和营业中心所在地,因为主要办事机构所在地既可能是管理中心所在地,也可能是营业中心所在地。如第 14 条选择以主要办事机构所在地作为连结点,一方面可以保持与上述立法内在法律规范之间的一致性,另一方面可以为加强对虚假外国公司的规制,避免对离岸公司的监管漏洞提供更多的选择余地,似乎更为合理。

其三,第 14 条规定,对于法人的主营业地与登记地不一致的,可以适用主营业地法律,从该规定的字面含义可以解读为,当法人的主营业地与登记地不一致的,既可以适用主营业地法律,也可以适用登记地法律,至于究竟在何种情境下,如何选择适用,这属于法官自由裁量的范围。这确实为解释留下了无限的空间。其实,这里需要着重解释的是,在何种情境下适用主营业地法律。在公司成立所依据的法律与公司事实上的管理中心和活动地国法律之间存在不一致时,通常可根据最密切联系原则决定公司应由何国法律支配,其中,利益的分析 and 考量必不可少,尤其是,如果涉及虚假外国公司,股东权利的保护,股东责任的限制,债权人的保护,雇员的保护,董事等高级管理

人员的责任等特定事项时,适用主营业地的法律就成为对相关权益保护的主要手段和方法。

其四,关于公司法人适用法调整的范围,我们以往的法律没有相应的规定,第 14 条对此予以明确,并将适用法的范围作出了列举式的限定。这样的规定本身符合各国国际私法立法的趋势,从立法内容上来看,其部分借鉴了《美国冲突法重述(第二次)》和《瑞典国际私法》的相关规定。但是,由于借鉴的不完全性以及高度概括,这直接导致的后果是,在司法实践中经常出现适用不足和适用扩大的问题,这自然为法律解释预留了空间<sup>①</sup>。首先,从该条的立法本意上来看,其应是将内部事务理论规范范围限定在公司纯粹的内部事务上,对此类事务应是在一般情况下适用公司成立地法,但是,公司的内部事务显然并不限于所列举的三项,此种列举在一定程度上等于是制约了法院选择适用公司成立地法。因此,可以考虑在列举事项上作进一步扩展,如将法人的性质和成立,公司的组织运作、机构、公司与股东、管理人员相互之间的关系,公司的解散也纳入其中,同时设立一个兜底性条款如有关法人的其他事项,这为未来的司法适用留下空间。其次,该规范在调整范围之外,未有规定例外条款,此实属立法上的不足。因为对于内部事务理论规范范围所列举的事项也非绝对的适用。如法人行为能力必然会考虑行为地法,股东权利义务中的股东知情权也需要考虑法人营业地法,没有例外条款,等于是认肯了公司成立地法对列举事项的绝对适用,这太过于僵硬和机械。最后,条文中的用语,如组织机构太过笼统,给法院判定是否适用公司成立地法带来了不便,可以考虑调整为,公司的组织运作、机构、公司与股东、管理人员相互之间的关系。

## 五 结论

公司是法律创设之物,是实证法赋予其生命,其设置、结构、机构、功能及组成都由包含在各国成文法规及公司文件(章程)中的实体及程序规则所设定。内部事务理论完全契合了私人自治的理念,最大限度地实现了私人利益保护的价值目

<sup>①</sup>2014 年我国最高人民法院做出终审判决的新加坡中华环保科技集团有限公司与大拇指环保科技集团(福建)有限公司股东出资纠纷案就明确了外国公司的司法管理人及清盘人在中国境内民事权利能力和行为能力的认定规则和公司代表权争议的区分规则,该案也因此而被评为最高人民法院建院 65 周年重大案例之一。

标。但是,内部事务理论在其自身体系内也并非完美无缺,内部事务理论的适用随之产生了公司法的竞争,“特拉华州综合症”“走向底部”和虚假外国公司等负面效应。内部事务理论的适用必须受到其规范事项范围和为维护特定利益而进行保留适用的限制,只有合理确定内部事务理论的规范范围和规范例外,才能真正发挥内部事务理论的真正价值,坚持适用和适度限制共同构成了内

部事务理论在外国公司治理中的完整规范体系。立足中国国情,在中国不断深化改革开放的时代大背景下,内部事务理论自然成为我国立法的必然选择,这在我国2010年涉外民事关系适用法中已有体现。但是,对于内部事务理论的规范范围及例外限制的规定存在明显不足,通过借鉴和解释寻求其规范的合理性成为应对离岸公司、WIE模式和中概股等法律问题的必需。

## Determination of Personal Law of the Corporation: the Normative Path of the Internal Affairs Doctrine

XING Gang

(School of Law, Beijing Normal University, Beijing 100875, China)

**Abstract:** The internal affairs doctrine has been widely accepted by most countries in the determination of the personal law of the corporation. Only by a thorough exploration of the normative position, normative scope and normative exceptions of internal affairs doctrine can we clarify its meaning and future development direction, and have practical significance for China's legislative improvement. In the historical evolution, the internal affairs doctrine realized the value transformation from respecting the territorial sovereignty of the country where the company was established to the freedom of establishment of the company, and it was in line with the value goal of private autonomy, which was highly praised by all countries. However, in the implementation of the internal affairs doctrine, there are problems in the boundary of the normative matters, the Delaware Syndrome, the false foreign companies, and the insufficient protection of the interests of related parties. The internal affairs doctrine can only truly exert its positive performance and achieve its value goal by relying on the correction of its own system to clarify the scope of the norm and the direct intervention outside the system to make its norms restricted by the interests of the relevant parties. Based on China's national conditions, there are obvious deficiencies in the normative scope and normative restrictions of China's internal affairs doctrine. It is necessary to seek reasonable improvement opinions through reference and explanation.

**Key words:** the internal affairs doctrine; personal law of the corporation; the real seat doctrine

(责任校对 王小飞)