

“一带一路”建设与公司准据法的确定

邢 钢*

内容提要 公司准据法确定的根本思路在于,将公司内部事务主义作为其基本规范立场以实现公司自治和投资自由化,通过非结论式正面清单合理界定内部事务主义的规范范围,同时在特定的条件下保留对内部事务主义的规范例外,形成对公司自治的限制和维护投资安全和利益。《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》相关规定的设计和表达未能完整体现这一思路,当文本表现出规范立场的摇摆不定和规范范围的模糊不清时,司法实践呈现出的就是裁判的乱象丛生。这也难以为“一带一路”建设提供公正高效权威的法律保障。解决上述问题的具体路径是,提炼公司准据法规范范围中所列举事项的内在关联性和分类标准,将现有的客观标准主观化,合理设定公司准据法的规范范围;在坚持将内部事务主义作为公司准据法确定的基本规范立场的同时,为防止法律的滥用和应对虚假外国公司,应明确针对内部事务主义的适用作出旨在保护第三方利益或者社会公共利益的限制性规定。

关键词 一带一路 公司准据法 内部事务主义 《涉外民事关系法律适用法》

引 言

“一带一路”倡议是以习近平总书记为核心的党中央主动应对全球形势深刻变化,统筹国内国际两个大局作出的重大战略决策。“桃李不言,下自成蹊”,4年来,全球100多个国家和国际组织积极支持和参与“一带一路”建设。2014年至2016年,中国同“一带一路”沿线国家贸易总额超过3万亿美元。中国对“一带一路”沿线国家投资累计超过500亿美元。中国企业已经在20多个国家建设56个经贸合作区。^①“一带一路”建设是双向的,包括了“走出去”和“引进来”两个方面。中国政府大力推进简政放权,放宽外资准入,加快推进自由贸易试验区建设,营造高标准的国际营商环境,吸引各国来

* 北京师范大学法学院副教授,法学博士。本文系教育部人文社科规划基金项目“中国涉外经济法律体系的重构”(项目批准号:15YJA820031)阶段性研究成果,同时获得“中央高校基本科研业务费用专项资金资助”。

① 参见习近平总书记在“一带一路”国际合作高峰论坛开幕式发言全文,载新华网 http://news.xinhuanet.com/2017-05/14/c_1120969677.htm,最后访问时间:2017年10月20日。

华投资。公司是“一带一路”建设的主要承载者和实施者,随着“一带一路”建设的深入推进,大量不同国家的公司在“一带一路”沿线国家之间从事跨国经营和投资活动,自然产生了涉“一带一路”建设的涉外公司纠纷案件,随之也出现了公司准据法确定的问题。在2015年7月7日最高人民法院发布的涉“一带一路”建设第一批8个典型案例中,第一个案例即2014年最高人民法院作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涉及公司准据法确定的问题。在该案中,最高人民法院首次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,也因此被评为最高人民法院建院65周年重大案例之一。由于“一带一路”沿线各国的公司法和国际私法不尽相同,选择适用不同国家的公司法律作为处理涉外公司纠纷的准据法,对当事人的实体权利义务会产生直接的重大影响,进而,公司准据法确定规则所存在的任何问题都会直接或者间接地影响“一带一路”建设的健康深入推进。因此,在“一带一路”建设背景下,加强公司准据法确定规则的研究,就不仅仅具有理论探讨的价值,更具有为“一带一路”建设提供公正高效权威的法律保障、平等保护中外投资者合法权益、优化外商投资法治环境的重要实践意义。

对于公司准据法确定的问题,《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》(下称《涉外民事关系法律适用法》)在制定过程中,从现在公布出的建议稿、草案和审议稿来看,几易其稿,不断调整 and 变化,可见分歧严重,^②从公布文稿可以看出学者和立法者在当时的纠结和面临的重大难题是:立法的规范立场究竟是采纳公司内部事务主义(下称内部事务主义)还是公司真实本座主义(下称真实本座主义),抑或在两者之间该如何进行协调,规范范围事项是否列举,又该如何列举。内部事务主义认为,公司成立地法

^② 《中华人民共和国国际私法示范法(第六稿)》(2000年)第68条规定“法人及非法人组织的权利能力,适用其成立地法或者主要办事机构所在地法。”第69条规定“法人及非法人组织的行为能力,除适用其成立地法或者主要办事机构所在地法外,还须适用行为地法。”第九届全国人大常委会第六十七次委员长会议审议的《中华人民共和国民法(草案)》(2002年12月)第九编涉外民事关系的法律适用法第23条规定“法人的民事权利能力,适用其成立地法律或者主要办事机构所在地法律。法人的民事行为能力,除适用其成立地法律或者主要办事机构所在地法律外,还适用行为地法律。”《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法建议稿》(中国国际私法学会2010年稿)第23条规定“法人和其他组织以其登记注册地国家的法律为其本国法律。法人和其他组织以其主要办事机构所在地法律为其住所地法律。法人和其他组织以其经营活动场所地法律为其营业所所在地法律。法人和其他组织具有两个以上营业所的,以与发生争议的涉外民事关系有最密切联系的营业所所在地法律为其营业所所在地法律。法人和其他组织没有营业所的,以其住所地法律为其营业所所在地法律。”第24条规定“法人和其他组织的民事权利能力和民事行为能力,适用其本国法律。法人和其他组织的内部事项,适用其本国法律。外国法人和其他组织在中华人民共和国领域内从事民事活动,应当遵守中华人民共和国法律。依照中华人民共和国法律设立的外国法人分支机构,其内部事项适用中华人民共和国法律。”《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法(草案)》(2010年6月10日修改稿)第18条规定“法人适用登记地法律,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。法人的分支机构适用登记地法律。”第19条规定“法人的惯常居所地,为其主营业地。”《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法(草案)》(2010年8月28日二次审议稿)第15条规定“法人及其分支机构的权利能力、行为能力、组织机构、股东的权利义务等事项,适用登记地法律。”第16条规定“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。”

决定公司法律人格的承认和公司的适用法。这意味着公司发起人可以自由选择公司成立地和适用于公司法律关系的法律。不管公司是按照哪国法律成立的,也不管公司是否在成立地国从事经营业务抑或设有真实本座(经营管理中心),其一旦有效设立就可以保持合法的身份地位,可以在任何地方得到承认。从冲突法的观点来看,至少在形式意义上,内部事务主义根源于意思自治原则。真实本座主义则认为,公司真实本座(公司实际管理中心或者主营业地)所在国的法律调整公司关系,这意味着只有一个国家对外国公司内部事务有规范权力,该权力属于公司真实本座所在地国家,公司的真实本座通常就是公司的经营管理中心或者主营业地。其强调公司成立地(法律本座)与经营管理中心或者主营业地(真实本座)的一致性。真实本座主义试图建立公司 and 公司成立地之间最密切的联系,以防外国公司法律的入侵,以此保护公司真实本座所在国的公司法律 and 政策的完整性,结果限制了公司发起人法律选择的自由 and 公司的自由流动。内部事务主义 and 真实本座主义之间的分歧反映出意思自治 and 本地利益优先保护之间的基本理论冲突。

《涉外民事关系法律适用法》在制定过程中,学者 and 立法者的纠结 and 难以决断直接反映在制定出的立法文本表达上,所存在的问题是规范立场的摇摆不定、规范范围的模糊不清 and 规范例外的随意不明。^③在“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”的立法构造之下,由于缺乏任何具体指引标准 and 对“主营业地”的准确界定,该法的规定始终处于内部事务主义 with 真实本座主义的摇摆不定之间,在准据法“回家化”的倾向下,司法实践中极有可能完全走向真实本座主义。同时,规范范围的高度概括、相关事项的有限列举以及缺乏主观审定的标准,这一切都增加了识别的难度 and 适用法律的困难,一定程度上也可能限缩内部事务主义的适用。^④

当今世界,贸易保护主义倾向抬头,“逆全球化”思潮涌动。“一带一路”是中国为解决当前世界局势提供的一条解决之道、破局之道。4年来,“一带一路”已逐渐从理念转化为行动,从愿景转变为现实,成果丰硕:政策沟通不断深化、设施联通不断加强、贸易畅通不断提升、资金融通不断扩大、民心相通不断促进,更多外国公司进入中国进行投资 and 中国公司在“一带一路”沿线国家从事经贸投资活动,一系列涉“一带一路”建设

^③ 《涉外民事关系适用法》第14条规定“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。”

^④ 在“宏智实业股份有限公司与陈孟榆、丁修智、武汉友谊特康食品有限公司股权转让纠纷再审民事判决书”(〔2014〕鄂民监三再字第9号)中,宏智公司是台湾地区注册的企业法人,就其董事长丁修智在涉案股权转让协议上签字行为的法律效力问题,是否应该适用《涉外民事关系适用法》第14条历经三审,可见适用之困难。

的涉外公司纠纷产生,更多有关公司准据法确定的问题需要中国法院裁判。^⑤在“一带一路”建设背景下,我国学界应从文本解释与司法考量两个维度,审视和深思《涉外民事关系法律适用法》中公司准据法确定规则是否能够真正为“一带一路”建设提供公正高效的法律保障。本文分别从公司准据法确定的规范立场、规范范围和规范例外三个维度进行分析,以探寻上述问题的答案和改进之路。

一、“一带一路”建设与公司准据法规范立场的确定

历史发展表明,公司准据法确定的规范立场一直存在着内部事务主义和真实本座主义的对立和争论,普通法系的国家遵循了内部事务主义,^⑥而大多数的大陆法系国家则选择了真实本座主义。^⑦其中,内部事务主义赋予了公司发起人选择公司准据法的自由,是对投资者跨国开业经营自由的保障,具有推动区域经济一体化的功效,这无疑高度契合了经济全球化及一体化的时代发展趋势。

也正是因为内部事务主义具有上述法律和经济上的优势和属性而奠定了在公司准据法确定中的主导地位,成为大多数国家的立法选择。从法律上来讲,内部事务主义赋予了公司发起人法律选择的自由,确定公司的自体法(*proper law*)相对简单,与公司发生争议的当事方可以轻易地事前确认支配他们关系的法律,具有法律的确定性、可预测性,结果一致性和保护当事人正当期望的特性。对公司设立自由选择权的尊重创设了公司法的统一交易市场,在该市场内,公司法被当作一种产品进行交易,这使规范竞争在各国展开,最终有利于提高公司法的效率和提供更为有效和优质的公司法律,换句话说,这对公司设立市场会产生积极效应,因为这促使各国立法机构优化自身的公司法,

⑤ 从“中国裁判文书网”上输入关键词“中华人民共和国涉外民事关系法律适用法第十四条”,共获得有效“样本案件”共有194例,通过仔细研判上述案件,可以发现在司法实践中所面对的突出问题是“公司准据法适用事项”的认定,“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”的理解“法人主营业地”的界定,这也构成了现实难题。在《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》有效实施之前也存在一定的现实问题,具体参见陈国辉、毛德龙《审理涉外股权确权纠纷的三个问题》,载《人民法院报》2004年9月8日;崔志伟、贺晓诩《关于审理涉外股权转让纠纷的法律思考》,载《人民司法》2010年第7期;蔡毅《论审理涉外股权纠纷案件之法律适用》,载《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》,载万鄂湘主编《探索社会主义司法规律与完善民商事法律制度研究——全国法院第23届学术讨论会获奖论文集》(下),人民法院出版社2011年版,第1329-1339页。

⑥ See Paschalis Paschalidis, *Freedom of establishment and private international law for corporations*, at 21 (Oxford University Press, 2012).

⑦ 前引⑥, Paschalis Paschalidis 书,第23页。

最终促使公司法走向竞优(race to the top) 而非竞次(race to the bottom) 的过程^⑧。从经济上来讲,内部事务主义所具有的宽松和自由的特性培育了经济贸易的发展,提高了公司的经营效率,鼓励了投资和促进一国和区域经济的发展,这种理论无可争议地最适合于成就单一市场的共同利益。这从内部事务主义产生、发展与形成的过程可见一斑。

19 世纪中期以来,美国工业化的发展与大规模的兼并运动,美国新泽西州率先突破了公司法的传统地域性,^⑨开始允许公司发起人自由设立公司而无需公司与设立地之间有任何实质经济联系。^⑩ 内部事务主义在自由开放经济需求的催生和作用下形成了公司发起人自由选择公司设立地和公司法的现代内涵。这也促使英美法系传统国家将内部事务主义作为确定公司准据法中的主导适用理论。而对于在大洋彼岸的大多数大陆法系传统国家,由于严格适用真实本座主义就是对欧洲共同市场的破坏。^⑪ 随着欧洲共同市场的建设和运行,真实本座主义与欧洲共同市场发展的目标背道而驰。于是,在 1999 年至 2003 年期间,欧洲法院作出的一系列裁决对欧洲公司法起到了变革性的作用,欧洲法院逐步否定了各国全面适用真实本座主义的法律效力,其中三个裁决 Centros、Überseering 和 Inspire Art 彻底终结了真实本座主义在欧盟内的全面实施。^⑫ 在 Überseering 一案裁决作出之后,德国在没有公司属人法成文立法的状况下,德国低等法院在实践中无一例外地转向了内部事务主义。德国联邦普通最高法院(BGH) 的民事委员会在 2005 年 3 月 15 日的判决中也遵循了该理论。^⑬ 2008 年 6 月 26 日,随着《有限责任公司法现代化与防止滥用法》改革法案的通过,彻底消除了以前德国实体法中对于公司自由迁移的障碍。^⑭ 有的国家如奥地利甚至转变的更快,在 Centros 案裁决作出的六个月之后,奥地利最高法院就开始对在任何其他成员国成立的公司不适用真实本座主义(GesRZ 1999,248)。^⑮ 法国法院首次适用人权公约来抵消真实本座主义的负面效

⑧ 在美国,人们经常形象地把公司设立的竞争描述为“趋向更好的竞争”(“race to the top”)或者“趋向更坏的竞争”(“race to the bottom”),这都源于人们对特拉华州的想法。如果人们认为特拉华州的法律与其他州相比是更好的,那么,人们就把公司设立竞争这场竞赛描述为趋向更好,如果人们认为特拉华州的法律与其他州相比是更坏的,那么,人们就把公司设立竞争这场竞赛描述为趋向更坏。然而,无论如何,人们在限定这条终线时,特拉华州无疑是必须首先跨越的一个州。

⑨ Christopher Grandy, *New Jersey and the Fiscal Origins of Modern American Corporation Law*, at 81-82 (Garland Pub. 1993) .

⑩ 前引⑨, Christopher Grandy 书,第 43 页。

⑪ Gelter, M., Centros, *The Structure of Regulatory Competition in European Corporate Law*, 5 (2) Journal of Corporate Law Studies, 248 (2005); Mucciarelli, F. M., *Companies' Emigration and EC freedom of establishment*, 9 European Business Organization Law Review, 267-303 (2008) .

⑫ 前引⑥, Paschalis Paschalidis 书,第 33-95 页。

⑬ Jürgen Basedow (ed.), *The Max Planck encyclopedia of European private law*, at 290 (Oxford University Press, 2012) .

⑭ 参见 [德] 乌尔里希·诺亚克、米夏埃尔·博伊尔斯肯斯《传统与改变——德国有限责任公司面对欧洲竞争的现代化》,钟云龙译,载《中德私法研究》(总第 10 卷), 北京大学出版社 2015 年版,第 225-251 页。

⑮ Jan Wouters, *Private international law and companies' freedom of establishment*, 2 Eur. Bus. Org. Law Rev., 106 (2001) .

应。^{①⑥} 西班牙法律也认为应该按照内部事务主义处理公司跨国迁移的问题。^{①⑦} 德国国际私法委员会提议在欧洲层面适用内部事务主义。^{①⑧} *Überseering* 一案的裁决彻底改变了真实本座主义在欧洲的命运^{①⑨},虽然一些欧盟成员国在名义上还保留着真实本座主义的立法形式,但是,由于该法律已不能在欧盟和欧洲经济区范围内产生适用的效应。随着原本采用真实本座主义的国家纷纷转向了内部事务主义,内部事务主义最终也奠定了在欧洲大陆的支配地位。^{②①} 至此,内部事务主义成为大多数国家公司准据法确定的基本规范立场。

然而,2010年《涉外民事关系法律适用法》第14条在公司准据法规范立场的确定方面(具体实施内部事务主义方面)存在两大问题,为公司准据法规范立场的确定留下了待解的难题。

第一,选取登记地作为适用法的连结点会形成一定的法律漏洞。公司登记有设立登记和营业登记之分,在公司存在跨国经营的情况下,设立登记地与营业登记地就存在不一致的情形,因此,对登记地会产生歧义,对其进行准确限定是必不可少的。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释(一)》第16条对登记地作出限定,“登记地”指法人的设立登记地。依此解释,看似问题已经解决,但是,还是存在一定的缺陷。尽管现代国家立法逐渐趋向于采取强制登记原则,但是公司法人任意登记还是在一些国家客观存在,登记并非是每个国家法人成立的要件,对于那些不需登记就可成立的法人,如果在我国法院涉诉,涉及到公司法人内部事项等争议时,将会出现法律适用上的漏洞,即没有公司法人适用法的连结点。因此,似乎应该补充规定,如果公司没有或者还不曾在公共登记簿上登记,其应受其设立所依据的法律调整,这样更为合理。

第二,“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”的规定在一定程度上可能彻底瓦解和否定了内部事务主义,并最终完全倒向真实本座主义的阵营。《涉外民事关系法律适用法》第14条第1款规定“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。”旨在采用内部事务主义,这本没有任何理论和逻辑上的问题,但是,当第2款规定“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”时,在没有任何客观指导标准的情况下,“可以”

^{①⑥} 前引⑬, Jürgen Basedow(ed.) 书,第338页。

^{①⑦} 前引⑬, Jürgen Basedow(ed.) 书,第338页。

^{①⑧} 前引⑬, Jürgen Basedow(ed.) 书,第338页。

^{①⑨} B. Angelette, *The Revolution That Never Came and the Revolution Coming: De Lasteyrie Du Salliant, Marks & Spencer, Sevic Systems and the Changing Corporate Law in Europe*, 92 Va. L. Rev. , 1199-1201(2006) .

^{②①} See Michel Tison(ed.) . *Perspectives in company law and financial regulation*, at 124-131(Cambridge University Press, 2009) . See Kilian Baelz & Teresa Baldwin, *The End of the Real Seat Theory (Sitztheorie) : the European Court of Justice Decision in Ueberseering of 5 November 2002 and its Impact on German and European Company Law*, 3 German Law Journal, 12(December 2002) .

措辞的使用,无疑以一个主观标准将准据法的决定置于一种游离的状态,规范功能摇摆不定。实质而言,当法人的主营业地与登记地一致时,内部事务主义与真实本座主义之间并没有区别,只有法人的主营业地与登记地不一致时,才出现内部事务主义与真实本座主义之间的差异和分野。当法人的主营业地与登记地不一致时,适用登记地法律,可归入内部事务主义的阵营,适用主营业地法律,可归入真实本座主义的阵营。而《涉外民事关系法律适用法》文本的表达导致在司法适用中完全依赖于主观标准,即裁判者的逐案判断,在涉外民商事关系的法律适用方面本来就存在“回家化”的倾向,再加上外国法查明上的困难,可能出现的结果是,当遇到“法人的主营业地与登记地不一致的”情形时,无一例外地适用主营业地法律,最终否定内部事务主义,彻底倒向真实本座主义的阵营。

“一带一路”倡议本着伙伴精神,牢牢坚持共商、共建、共享,让政策沟通、设施联通、贸易畅通、资金融通、民心相通成为共同努力的目标。共建“一带一路”坚持在开放中合作,在合作中共赢,不画地为牢,不设高门槛,不搞排他性安排,反对保护主义。共建“一带一路”顺应世界多极化、经济全球化、文化多样化、社会信息化的潮流,秉持自由开放的合作精神,致力于维护全球自由贸易体系和开放型世界经济。共建“一带一路”旨在促进经济要素有序自由流动、资源高效配置和市场深度融合,推动沿线各国实现经济政策协调,开展更大范围、更高水平、更深层次的区域合作,共同打造开放、包容、均衡、普惠的区域经济合作架构。共建“一带一路”推动经济全球化进程向更加自由开放的方向发展。其中,在微观层面,公司作为“一带一路”建设的承载者和行动者在“一带一路”沿线各国自由开业和流动,自由开展跨国经贸投资活动,应是“一带一路”建设的最基本要求和必备条件。“一带一路”建设也要求将内部事务主义作为公司准据法确定的规范立场,这是深入推进“一带一路”建设的坚实法律保障。

“一带一路”是投资自由化之路,也是公司自由开业和流动之路。中国既是“一带一路”的倡导者,也是积极践行者,深化改革开放,实行更加积极主动的自由开放战略是我国坚定不移的发展方向。在对待外国投资者和公司准据法确定方面,坚定不移地实施内部事务主义应成为我国立法的基本规范立场。由于《涉外民事关系法律适用法》中公司准据法规范立场的摇摆不定,司法实践中极有可能导致,当“法人的主营业地与登记地不一致”时,裁判者会一边倒地适用“法人主营业地法律”,这最终会导致彻底否定内部事务主义的规范立场。这也完全与“一带一路”倡议的自由开放精神严重相悖,我国上述立法的缺陷也会直接或者间接阻碍“一带一路”建设的健康深入推进。上述缺陷的解决有赖于明确确定内部事务主义规范例外的条件和标准,具体解决方案的建议将在第三部分中一并提出。

二、“一带一路”建设与公司准据法规范范围的确定

一旦公司准据法的规范立场确定之后,就有必要进一步明确其规范范围,即哪些方面或者哪些事项应属内部事务主义调整。依循一定的标准来确定归属于内部事务主义调整的事项并予以详尽广泛的列举,以此确保公司准据法有一个尽可能大的适用范围,这应成为公司准据法规范范围确定的一个基本思路。其优点在于一方面能够确保法律适用的一致性、准确性和可预见性,另一方面可避开冗长的识别环节所引发的复杂问题。简单地主张区分公司内部和外部关系的学说理所当然无法得到贯彻,因为它会导致在区分上的疑惑,并因此有损法律的稳定性^①,困难还在于确认一种法律关系是否应归属于公司法的问题上。某一事项究竟是否受内部事务主义调整,这取决于该事项的性质,即它是否或者在多大程度上应归属于公司法律关系,归根结底还应按照对该公司适用的公司法进行审查和评价,本质上还是要回归到公司的本质上来进行判断。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、功能及组成是由赋予其生命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。依据该标准和方法,公司有两个维度:一方面是内在维度。这一维度体现了公司创始合同各方当事人(主要是股东和董事)之间的关系;另一方面是公司作为法人的外在维度,这一维度的两项基本内容是公司的行为能力和责任。^②公司的内在维度和外在维度所涉及的所有事项应属于公司准据法规范的事项,通过包含若干事项的非结论式正面清单的方式进行规定,这应是在规范意义上有效实现合理限定内部事务主义规范范围的可行路径。这可以确保公司准据法有一个尽可能大的、明白无误的合理规范范围。

正是基于这样一个思路,里斯在其主持编撰的《美国冲突法第二次重述》中就公司成立地法所适用的范围作出了具体的规定,^③尤其将内部事务主义的适用分为绝对适用和相对适用最受启发。其中,绝对适用是指只能适用公司成立地法而不能适用其他法律,适用的事项主要包括公司的有效成立,公司存在的终止和中止,股东在对公司应缴份额,资产分担,以及对公司债权人所负债务方面应承担的义务及范围等。^④相对适用是指一般情况下适用成立地法,在特定情况下,可以依据最密切联系原则适用其他法律,适用的事项主要包括公司的股东,股东参与公司管理和分红,股东的表决委托,股份

^① 参见 [德] 托马斯·莱塞尔、吕迪格·法伊尔《德国资公司法》,高旭军等译,法律出版社2005年版,第914页。

^② 参见 [西] 阿尔弗雷泽《跨境上市国际资本市场的法律问题》,刘轶、卢青译,法律出版社2010版,第55页。

^③ Luther L. McDougal III & Robert L. Felix & Ralph U. Whitten, *American Conflicts Law*, at 315 (Transnational Publishers, 2001).

^④ 参见《美国冲突法第二次重述》第196-199条,第307条-308条;李双元、欧福永、熊之才编《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474-475页。

占多数的股东的义务,董事或高级职员义务等。^{②⑤}晚近的国际私法立法便开始采取这种清单列举事项的方式,规定出公司准据法调整的事项,并尽可能扩大公司准据法的规范范围,这尤其以1987年《瑞士联邦国际私法》为代表^{②⑥}。这种立法方式也为许多国家效仿。1992年罗马尼亚《关于调整国际私法关系的第105号法》第42条^{②⑦},1995年意大利国际私法第25条^{②⑧},2001年《俄罗斯联邦民法典》第1202条^{②⑨},德国国际私法委员会提出的欧洲条例建议稿的第3条规定了公司成立地法适用的范围,其所采取的方式也是提供了一份包含若干事项的非结论性清单。^{③⑩}

然而,我国《涉外民事关系法律适用法》对公司准据法规范范围的限定以高度抽象和概括的形式出现,并限于民事权利能力、民事行为能力、组织机构和股东权利义务等四项内容。在法律颁布之时,由于没有权威说明这四项内容的内在关联性和分类标准,结果这样的列举采用的完全是客观标准,实质在一定程度上限缩了内部事务主义的适用范围,同时增加了识别的难度和适用法律的困难。我国司法实践围绕公司准据法适用事项的争议也充分证实了这一点。从“中国裁判文书网”上收集到的有效“样本案件”中,就以下事项是否应适用第14条,不同法院作出了完全相反的裁判:

^{②⑤} 参见《美国冲突法第二次重述》第303条-306条,309-212条;前引^{②④},李双元等书,第474-475页。

^{②⑥} 如该法在第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。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。参见刘铁铮《瑞士新国际私法之研究》,台湾三民书局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。

^{②⑦} 该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。参见前引^{②⑤},李双元等书,第275页。

^{②⑧} 该条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:(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。See Rammeloo Stephan, *Corporations in private international law: a European perspective*, at 222 (Oxford University Press, 2001)。

^{②⑨} 该条规定,法人的属人法:1.法人以其设立地法为属人法。2.根据法人的属人法特别确定:(1)一个组织作为法人的地位;(2)法人的组织法形式;(3)对法人名称的要求;(4)法人设立、重组和清算的问题,包括权利继受问题;(5)法人权利能力的内容;(6)法人取得民事权利和承担义务的程序;(7)内部关系,包括法人与其股东的关系;(8)法人对自己的债务承担责任的能力。参见邹国勇编译《外国国际私法立法精选》,中国政法大学出版社2011年1月版,第30页。

^{③⑩} 该第3条公司适用法的范围:按照第二条公司适用法应该特别适用于下列事项:1.公司的性质,权利能力和行为能力;2.公司的设立,重组和解散;3.商号或者公司名称;4.组织和资金的章程;5.公司的代表权限;6.公司成员资格的取得和丧失,以及成员的权利和义务;7.公司的责任,公司的管理人员和股东对公司义务的承担;8.对公司法施加义务的违反所产生的责任;9.依据商法确定的标准制定公司清账,特别是年度财务声明及其内容,年度财务声明和形式的审计,财务披露和不遵守的法律后果,包括责任。除了上述第2项中的“重组”和整个第九项之外,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。See Eva-Maria Kieninger, *The Law Applicable to Corporations in the EC*, 73 *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 607-628 (2009)。

第一,公司证照返还。在最高人民法院作出的何智刚、陈颖与马耀基公司证照返还纠纷再审民事裁定书((2012)民申字第1205号)中,法院认为,本案是公司证照返还纠纷,依据《涉外民事关系法律适用法》第14条确定适用法。^③相反的是,在上海市高级人民法院作出的赵杰与上海菲尔德成衣有限公司公司证照返还纠纷一案二审民事判决书((2011)沪高民二(商)终字第48号)中,一审法院认为,请求返还公司证照实质系侵权纠纷。依据《涉外民事关系法律适用法》第44条关于规定确定侵权责任的适用法。

第二,股东损害债权人利益责任。北京市高级人民法院作出的国浩企业有限公司与陈薇光债权人利益责任纠纷二审民事判决书((2013)高民终字第1272号)中,一审法院认为,本案属于股东损害公司债权人利益责任纠纷。依据《涉外民事关系法律适用法》第2条,适用与该涉外民事关系有最密切联系的法律的规定确定适用法。而在广东省广州市中级人民法院作出的张礼忠与广州杨芳房地产发展有限公司债权纠纷二审民事判决书((2014)穗中法民四终字第22号)中,该院认为,本案为涉港股东损害公司债权人利益责任纠纷,依据有关规定,应参照涉外案件进行处理。依据《涉外民事关系法律适用法》第14条规定,故关于其股东的权利义务等事项,应适用我国内地法律。

第三,董事损害公司利益责任。在天津市高级人民法院作出的北方技术国际(亚太)有限公司、蒙涛损害公司利益责任纠纷二审民事裁定书((2016)津民终274号)中,一审法院认为,本案为股东起诉公司董事、高级管理人员损害公司利益责任纠纷,依照《涉外民事关系法律适用法》第14条第1款的规定,本案应适用中华人民共和国法律。二审法院予以确认。^④而在上海市第二中级人民法院作出的吴敏春、上海乐萌信息科技有限公司等与瓦纳特媒体网络有限公司损害公司利益责任纠纷二审民事判决书((2016)沪02民终1156号)中,二审法院认为,本案争议焦点在于三上诉人之行为是否损害了瓦纳特公司的公司利益,本案不应适用《涉外民事法律关系适用法》第14条的规定。鉴于董事、高管等损害公司利益的行为与普通侵权行为相较,系特别与一般之关系,即本案所涉损害公司利益责任纠纷仍属侵权责任纠纷范畴,故适用《涉外民事法律关系适用法》关于“侵权责任,适用侵权行为地法律”的规定。

第四,股东代位(代表)诉讼。在珠海市中级人民法院作出的凌继跃与陈建民损害公司利益责任纠纷二审民事裁定书((2016)粤04民终1109号)中,针对股东代位起诉股东损害公司权益的诉讼,究竟是否可归入第14条适用的范围,一审、二审法院作出了

^③ 该院具体分析为,马耀基以年富公司法定代表人的身份,要求何智刚、陈颖向其返还年富公司公章。马耀基是澳大利亚公民,何智刚是香港居民,本案属于与公司有关的涉外民事纠纷。《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第14条第1款规定“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。”年富公司在中华人民共和国上海市登记成立,一、二审法院适用我国法律处理本案争议,法律适用正确。

^④ 山东省泰安市中级人民法院作出的海力财富集团有限公司与方伟文损害公司利益责任纠纷一案一审民事判决书((2014)泰民四初字第2号)中,该院认为,本案系损害公司利益责任纠纷,依照《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第14条的规定,本院适用中华人民共和国法律解决本案实体争议。

完全相反的裁判。一审法院认为本案是损害公司利益责任纠纷,根据《涉外民事关系法律适用法》第44条“侵权责任,适用侵权行为地法律……”的规定确定适用法律。二审法院裁判认为,本案上诉人凌继跃以MI公司股东的名义提出股东代位权诉讼,故本案应当首先解决凌继跃是否具有起诉的资格问题。本案涉及公司内部治理以及股东权利义务,并非民法意义上的侵权纠纷,根据《涉外民事关系法律适用法》第14条的规定,因此,凌继跃作为股东是否享有代位权以及如何行使代位权均应当适用MI公司登记地法律予以确定。

第五,股权转让。上海市浦东新区人民法院作出的陈皓白与陈秋白股权转让纠纷一案民事判决书((2015)浦民二(商)初字第S3990号)中,该院认为,本案系涉港的股权转让纠纷,依据《涉外民事关系法律适用法》第14条的规定裁决。而最高人民法院作出的王桂生与香港中成集团有限公司、浙江中成实业有限公司等股权转让纠纷二审民事判决书((2016)最高法民终136号)中,一二审法院都认为,案为涉港股权转让合同纠纷。案涉《股权转让协议》第5条约定:本协议适用中华人民共和国法律管辖,按照《涉外民事关系法律适用法》第3条之规定,当事人依照法律规定可以明示选择涉外民事关系适用的法律,故一审法院认定本案股权转让合同适用内地法律正确。

第六,公司代表权。在湖北省高级人民法院作出的“宏智实业股份有限公司与陈孟榆、丁修智、武汉友谊特康食品有限公司股权转让纠纷再审民事判决书”((2014)鄂民监三再字第9号)中,该案历经三审,其中一个核心的争点是,宏智公司(注该公司系台湾地区注册的企业法人)董事长丁修智在涉案股权转让协议上签字行为的法律效力问题是否属于《涉外民事关系法律适用法》第14条适用范围的事项,一审法院认为,关于丁修智作为宏智公司的董事长权利能力认定的法律适用问题。因宏智公司系台湾地区注册的企业法人,应适用第14条第1款的规定,二审法院认为,一审判决的上述认定适用法律错误,因为,一审判决在此处是将丁修智的签字效力问题从股权协议效力问题中分割出来是错误的。再审法院认为,本案所涉《股权转让协议》是外商独资企业股份转让合同,应适用我国大陆地区法律判断该协议的效力。

在司法实践中之所以出现各个法院就同一问题是否属于第14条所调整的事项作出完全相反的认定,固然可能存在司法裁判水平的问题,但是,更为直接的原因是,第14条所列举的具体事项过于笼统和抽象,同时又没有规定出可资判断的主观标准,导致司法实践出现这样的乱象也不足为奇。于是,针对第14条规范不足和对相关事项没有明确规定的状况,一些法院开始尝试借助法理,确立主观标准来审定相关事项是否属于第14条调整。这在四川省高级人民法院作出的刘祥富与谭正敏、成都泰和电气有限公司、香港泰和电气有限公司、香港泰和有限公司损害公司利益责任纠纷二审民事裁定书((2013)川民终字第744号)中得到了一定程度的表达。

在刘祥富案中,原告刘祥富以被告谭正敏作为香港泰和公司的董事,违反对公司的忠实义务、侵害公司利益为由提起的诉讼,这里涉及依据什么法律认定香港泰和公司权

益受到董事侵害时寻求司法救济的途径,即刘祥富作为该公司股东是否有权代为提起诉讼以及提起诉讼的前提条件是否具备,以及被告谭正敏作为香港泰和公司董事,其是否对该公司负有忠实义务,该义务有何具体内容,谭正敏是否实施了违反这一义务的行为。一审法院针对法律适用问题以确立主观标准的方式进行分析并论证了适用第14条的理论依据。该法院认为,法人的行为包括内部治理行为和对外交易行为。公司高管损害公司利益责任纠纷即属于公司内部治理问题,则本案被告谭正敏作为香港泰和公司董事,其是否对该公司负有忠实义务,该义务有何具体内容,谭正敏是否实施了违反这一义务的行为,以及香港泰和公司针对谭正敏的行为如何获得救济等问题,都属于公司内部治理的范畴,因而应受到香港泰和公司登记地法律,即香港《公司条例》的约束。在最高人民法院作出的刘文武与信年发展有限公司联营合同纠纷申请再审民事裁定书(〔2014〕民申字第824号)中,也间接给出了审定的主观标准,也将公司内部治理作为认定《涉外民事关系法律适用法》第14条规范事项的主观标准^③。

共建“一带一路”倡议是促进全球和平合作和共同发展的中国方案。共建“一带一路”合作将欧亚非大陆及附近海洋联接起来,关联沿线65个国家。这些“一带一路”沿线国家的法律传统涉及大陆法系、英美法系,甚至伊斯兰法系,各国法律传统和法律制度各不相同。多元法律文化在各放异彩的同时,法律规则的差异也给经贸往来带来诸多不便,增加了贸易投资的成本和风险,降低了经济活动的可预期性,成为互联互通进程中无形的隔阂,阻碍了区域经济的深度融合,商法协调是“一带一路”建设深入推进的必然要求。^④随着“一带一路”建设的全面推进,沿线各国在经贸领域的合作将更加密切,由此,首先各国公司法会进一步聚焦于同一法律关系中,各国的公司法不再是孤立地静态存在,而是时刻处于激烈的冲突和竞争之中。其中,公司法律冲突的内容日益扩大和复杂化,公司法律冲突协调和解决的需求不断增强。公司准据法的合理确定可以减少或者消除跨国交往所产生的国际公司法律冲突,消除一带一路沿线各国当事人国际商事往来中的法律疑虑,稳定商业预期,降低交易成本,便利争议解决。在立法中除了确立公司准据法的规范立场之外,进一步明确公司准据法调整的具体事项和范围,即准确规定哪些事项或者哪些内容是由公司准据法调整,这关系到公司准据法的精准适用,直接决定了“一带一路”建设中能否平等保护投资者的合法权益,进而也影响到“一

^③ 本案争议的问题在于汤耀全是否有权代表信年公司签署上述协议。信年公司系在香港特别行政区设立的公司,汤耀全是该公司的董事,汤耀全是否有权代表信年公司为意思表示,涉及信年公司的行为能力问题,根据《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第十四条“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”的规定,应当适用信年公司登记地法律即香港法律予以认定。根据香港公司法以及信年公司章程的规定,应当由公司董事会授权的人签署合同,且只有经过公司董事会决议并在一位公司董事面前才能加盖公司印章。上述协议签署时,汤耀全是信年公司的董事,但没有证据证明信年公司董事会授权汤耀全签署上述协议。因此,根据香港法律,汤耀全无权代表信年公司签署上述协议。然而,上述规定属于公司内部治理的规定。信年公司董事违反公司内部治理规定与内地相对人签署协议的法律后果还应当适用内地法律。

^④ 参见《加强商法协调 促进“一带一路”建设》,载《人民法院报》2017年9月27日第4版。

带一路”相关参与主体对投资及贸易环境的评价,最终决定了能否形成一个稳定、公平、透明、可预期的营商环境。

在“一带一路”建设推进中,更多涉“一带一路”建设的涉外公司案件进入我国法院,在此类案件的审理过程中,也需要合理确定公司准据法的规范范围。科学、合理和准确的限定公司准据法的规范范围可以增强案件审判中公司准据法适用的统一性、稳定性和可预见性,最终增强投资者参与“一带一路”建设的信心。由于《涉外民事关系法律适用法》中公司准据法规范范围的限定边界不清,这在一定程度上也不利于在“一带一路”建设中平等保护中外投资者合法权益、保障股东选择管理者的权利、优化外商投资法治环境。

针对第14条规范范围限定所存在的缺陷和问题,可借鉴上述确立公司准据法规范范围的标准和方法来解决。依据该标准和方法,在未来的司法解释中可以考虑如刘祥富案和刘文武案那样首先确立第14条规范范围限定的主观标准——公司的内在维度和外在维度,然后在现有列举事项基础上进一步扩展和具体化,具体可以包括如下事项:(1)公司的设立、重组和清算;(2)公司的名称;(3)公司的法律性质、权利能力和行为能力;(4)内部机构的代表权;(5)内部运作、组织和财务体系;(6)会计账目、审计和信息披露;(7)公司股东出资、股东身份、股东享有的权利和承担的义务以及上述权利义务的取得和放弃;(8)公司的责任以及公司管理层和股东对公司的责任。^⑤

三、“一带一路”建设与公司准据法规范例外的确定

严格适用内部事务主义意味着公司发起人可以自由选择并决定公司准据法,这种对公司准据法的自由选择与决定会直接或者间接地影响公司债权人、员工和非控股股东等第三方的利益或者社会公共利益。公司发起人为了作出对自身最有利的公司准据法的选择而更有可能不会考虑其他第三方的利益,甚至损害债权人、非控股股东的利益以及违背公司真实本座所在国监管政策。在各国公司法还存在基本理念和具体制度的根本差异时,如果一国一味全面适用内部事务主义,就意味着纵容滥用公司成立地法,损害第三方利益或者社会公共利益。同时,内部事务主义允许公司的发起人依据更为宽松的公司法来设立公司,而公司的主要管理和活动中心在其他地方,这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,这会产生大量的虚假外国公司。纵容法律的滥用和虚假外国公司(邮箱公司)的产生被认为是该理论最大的缺点。一国为了保证本国区域内经营的公司财务上的稳定性以及保护小股东和债权人等相关方的利益免受欺诈,保持在一定条件下对内部事务主义适用的例外和限制应是有效的应对之策。

^⑤ 参见前引^⑤,练长仁文。

正如 Inspire Art 一案所表明的那样,^{③⑥}采取内部事务主义的国家也同样对过度宽泛的适用公司成立地法表示出忧虑,于是,在适用该理论时总是保持着某种程度和范围的限制和例外,在某些领域总是优先适用保护债权人和少数股东或者应对虚假外国公司的本地规则。在一定条件和范围内排除公司成立地法的适用而执行本地的强制性规则表明,在公司法的某些领域对于该国来说至关重要,这可以在选择准据法时排除公司发起人的自治。选择公司法的特定领域作为内部事务主义适用的例外也同样表明,确定公司准据法的方式并不是纯粹中立的国际私法问题,决定公司的准据法往往处于相关国家公司法律政策和利益考量的范围内。一些国家可以倾向于对公司施加最低资本要求,而另一些国家则会侧重于股东的保护。《美国冲突法第二次重述》所使用的“最密切联系”的考查就是在例外情况下对适用公司成立地法的干预。^{③⑦}《瑞士联邦国际私法典(1987年)》第154条确立了内部事务主义的规范立场,接着该法第156条-159条规定了四项其他例外,与第154条所确立的原则形成了一般与例外的关系。其中,有两项例外均旨在充分保护第三方的利益。第一项例外是该法第158条关于公司行为能力和代理权的规定,第二项例外是该法第159条关于公司责任的规定。^{③⑧}荷兰《公司冲突法(1998年)》第一章第二节确认了以内部事务主义来确定公司准据法的原则。除了《公司冲突法(1998年)》的规定外,荷兰还制定了《虚假外国公司法(1998年)》,专门针对那些在荷兰开展全部或者接近全部业务且与其设立地国无实际联系的公司作了一些强制性的规定。^{③⑨}

然而,《涉外民事关系法律适用法》第14条“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”的规定能否在维系内部事务主义作为公司准据法确定规范立场的同时,又能在一定条件下形成对内部事务主义适用的限制和例外,还需要作出具体的理论分析。

尽管没有找到任何官方的权威说法,但是,有学者认为,《涉外民事关系法律适用法》的上述规定似乎借鉴了意大利立法经验^{④①}。1995年意大利国际私法第25条第1款一般性地规定,公司受公司成立地国法律支配,初看,意大利国际私法遵循了内部事务主义,但是,在该款的第二段又规定,当公司的管理中心或者活动中心位于意大利时,该

^{③⑥} Werner F. Ebke, *The European Conflict of Corporate Laws Revolution: Übersserring, Inspire Art and Beyond*, 16 Eur. Bus. L. Rev. 35 (2005).

^{③⑦} 《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)第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。

^{③⑧} 参见陈卫佐《瑞士国际私法典研究》,法律出版社1998年版,第207-209页。

^{③⑨} 参见前引②, [西]阿尔弗雷德译书,第41页。

^{④①} 参见杜涛《涉外民事关系法律适用法释评》,中国法制出版社2011版,第148页。《意大利国际私法》第25条规定,以公有或私有体制为基础的公司、社团、基金会及其他机构,即便尚不具备社团的特征,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。

公司应受意大利法律所规定条件的约束,这也意味着在此种情况下,真实本座主义就会取代内部事务主义。因此,人们普遍认为,意大利法律表面上看似采取内部事务主义,实为采取真实本座主义。如果《涉外民事关系法律适用法》的上述规定确实是借鉴了意大利立法经验,那么,就不能将其视为对内部事务主义作出的限制性和例外性规定,我国似乎就应该归入采取真实本座主义的行列。但是,仔细对比《涉外民事关系法律适用法》第14条和1995年意大利国际私法第25条规定的内容,两者之间存在根本性的不同,这就是,当公司的真实本座与其设立地不一致时,对于适用公司真实本座地法律,1995年意大利国际私法第25条的规定使用了肯定式的“应该”措辞,而《涉外民事关系法律适用法》的规定则使用了选择式的“可以”措辞。“应该”措辞完全表明了立法上的明确立场,因此,人们一致认为意大利法律采取了真实本座主义,但是,反观我国的规定,在“可以”措辞的使用下,按照文义进行解释,就是法人的主营业地与登记地不一致时,既“可以”适用主营业地法律,也“可以”适用登记地法律。在没有任何明确指引标准和对“法人的经常居所地”准确定义的情况下,该规定的整体规范立场不明,该规定是否构成在一定条件下对内部事务主义适用的限制和例外难以给出肯定式的判断。

探求《涉外民事关系法律适用法》上述规定的立法本意,还需进一步了解该法颁布之前的相关规定。在本法颁布之前,我国立法并没有相关规定,为适应司法实践的需要,最高人民法院制定的《民法通则意见》第184条规定: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。从该规定来看,我国将法人的登记地国法作为法人本国法,这表面上来看似采用了内部事务主义,但是,外国法人在中国境内的民事活动重叠适用其登记地国法和中国法。这里所称“民事活动”究竟所指为何,未予明确。一般而言,外国法人在我国境内进行的既有内部事务活动也有与第三人进行的外部活动,从这个意义上说,按照该条款的规定,当外国法人的主营业地在我国境内时,其在中国境内的所有活动“必须”适用中国法律,如作此解释,这就意味着,我国虽然表面上看似采取内部事务主义,但是,本质上采取的还是真实本座主义,与意大利的立法无异。

应该说,《涉外民事关系法律适用法》的上述规定意在上述司法解释和意大利立法基础上进行修正,通过对比发现两者存在如下差异:其一,《涉外民事关系法律适用法》对适用公司主营业地法进行了条件限定,这就是,只有外国公司的主营业地与登记地不一致的,才会涉及到公司主营业地法的适用;其二,即使外国法人的主营业地与登记地不一致的,《涉外民事关系法律适用法》也不是“必须”而是“可以”适用。应该说,《涉外民事关系法律适用法》之所以作出“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”的规定,应是修正上述司法解释和意大利立法的严格性,为内部事务主义的适用作出限制性和例外性的规定,即当外国法人的主要营业地与登记地不一致时,在一定条件下适用主要营业地的法律。然而,并不是简单地将“必须”的措辞改为“可以”的

表达,就可以直接达到这样的效果。缺乏深入的理论论证和现实考量,在没有任何指引标准的情况下,这样一种修正实质上将公司准据法的确定完全置于法官的主观判断之下,在国际私法中本身就存在适用法“回家化”的倾向下,司法实践可能无法达到对内部事务主义限制和例外适用的目的,会依旧重蹈真实本座主义的覆辙。以下对“法人的主营业地”的解释和限定和“法人的主营业地与登记地不一致的”法律适用两个层面的司法实践进行经验的考察,以检验理论上的判断。

第一,“法人的主营业地”的解释和限定。《涉外民事关系法律适用法》将法人的主营业地解释为法人的经常居所地,但是,何为法人的经常居所地,找遍我国现有的所有法规,都没有给出一个定义。由于立法上没有对法人的主营业地抑或法人的经常居所地赋予法律定义,也没有规定认定或证明的方法,直接的后果是在司法实践中没有统一的裁判尺度。在司法实践中,各个法院在认定“法人主营业地”方面标准不一,甚至出现了一定的随意性,这在一定程度上扩大了“法人的主营业地与登记地不一致的”范围。从“中国裁判文书网”上收集到的有关“法人的主营业地与登记地不一致的”^①例有效“样本案件”中就充分证实了这一点^②。其中具有代表性的有,在江苏省高级人民法院李国柱与姜文松、马红其股权转让纠纷二审民事判决书(〔2014〕苏商外终字第0011号)中,以公司章程约定成立目的是投资内地的医院,股东陈述公司日常经营管理均在内地,即认定主营业地在内地;在义乌市人民法院作出的曹仁贵与金晓光、金宏飞等货运代理合同纠纷一审民事判决书(〔2013〕金义商外初字第7号)中,将在义乌以公司的名义对外营业,即认定公司主营业地在义乌;在最高人民法院作出的王秀群、武汉天九工贸发展有限公司与中国农产品交易有限公司股权转让纠纷二审民事判决书(〔2014〕民四终字第33号)中,以公司在香港进行商业登记,即认定主营业地位于香港特别行政区;在浙江省高级人民法院作出的绍兴县泰霖纺织品有限公司与DLS有限公司、陈祥达国际货物买卖合同纠纷二审民事判决书(〔2015〕浙商外终字第50号)中,以涉案十四份合同的签订、履行均在中国内地进行,即认定内地作为DLS公司的主营业地;在深圳市福田区人民法院作出的深圳市东方美晨传媒有限公司与大中华网络电视台有限公司、钟艳玲广告合同纠纷一审民事判决书(〔2015〕深福法民二初字第1186号)中,以双

① 上海市杨浦区人民法院(2013)杨民二(商)初字第S883号民事判决书/上海市第二中级人民法院(2014)沪二中民四(商)终字第S1474号民事判决书,义乌市人民法院(2013)金义商外初字第7号民事判决书,湖北省高级人民法院(2011)鄂民四初字第00001号民事判决书/最高人民法院(2014)民四终字第33号民事判决书,广西壮族自治区高级人民法院(2013)桂民四终字第6号民事判决书,河北省高级人民法院(2011)冀民三终字第49号民事判决书,浙江省高级人民法院(2015)浙商外终字第50号民事判决书,江苏省高级人民法院(2015)苏商外终字第00029号民事裁定书,深圳市福田区人民法院(2015)深福法民二初字第1186号民事判决书,浙江省义乌市人民法院(2013)金辛廿三里民初字第9号民事判决书,江苏省高级人民法院(2014)苏商外终字第0010号民事判决书/(2014)苏商外终字第0011号民事判决书/(2014)苏商外终字第0012号民事判决书,最高人民法院(2013)民申字第1302号民事裁定书,佛山市南海区人民法院(2014)佛南法民三初字第1344号民事判决书/(2015)佛南法民三初字第566号民事判决书/(2015)佛南法民三初字第571号民事判决书/(2015)佛南法民三初字第538号民事判决书/(2015)佛南法民三初字第702号民事判决书,四川省高级人民法院(2013)川民终字第744号民事裁定书。

方合同上载明的被告营业地址位于深圳市,即认定被告的主营业地在中国。

第二,“法人的主营业地与登记地不一致的”法律适用。正如上所析,当通过对“法人主营业地”的认定,在扩大“法人的主营业地与登记地不一致的”情形下,由于立法规定并没有就何种条件和情况下“可以适用法人的主营业地法律”给出明确的指引和标准,司法实践中存在一种可能就是,裁判者在适用习惯和便利性的驱使下将不必然适用法人的主营业地法律直接转变成为必然适用法人的主营业地法律。我国司法实践充分印证了这一点。从“中国裁判文书网”上搜集到 21 例有关“法人的主营业地与登记地不一致的”有效“样本案件”,^{④②}其中有 14 例表明^{④③},一旦确定“法人的主营业地与登记地不一致的”,法院在裁判思路上一无例外地适用法人的主营业地法律。如在广西壮族自治区高级人民法院作出的潘秀飞、王丹、汇聚(中港)医学美容技术传播有限公司合伙协议纠纷二审民事判决书((2013)桂民四终字第6号)中,法院认定,汇聚公司的主要营业地在中国内地。根据《涉外民事关系法律适用法》第十四条的规定,汇聚公司股东的权利义务等事项可以适用中华人民共和国法律。深圳市福田区人民法院作出的深圳市东方美晨传媒有限公司与大中华网络电视台有限公司,钟艳玲广告合同纠纷一审民事判决书((2015)深福法民二初字第1186号)中,法院认定双方合同上载明的被告营业地址位于深圳市,根据《涉外民事关系法律适用法》第14条的规定适用了主营业地法律即《中华人民共和国公司法》。浙江省高级人民法院作出的绍兴县泰霖纺织品有限公司与DLS有限公司、陈祥达国际货物买卖合同纠纷二审民事判决书((2015)浙商外终字第50号)中,法院裁判认为,根据《涉外民事关系法律适用法》第十四条,DLS公司虽在香港特别行政区注册成立,但涉案十四份合同的签订、履行均在中国内地进行,DLS公司、陈祥达在本案诉讼过程中也认为DLS公司主要经营活动在内地进行,故内地作为DLS公司的主营业地,一审法院适用中华人民共和国法律并无不当。

“一带一路”是开放、自由和发展之路。习近平总书记在“一带一路”国际合作高峰论坛的开幕式上强调,“一带一路”各国要有“向外看”的胸怀,维护多边贸易体制,推动自由贸易区建设,促进贸易和投资自由化、便利化。“一带一路”倡议就是通过双向自由贸易与投资推动“一带一路”沿线国家和地区经济共同发展和共同繁荣。“一带一路”也是多元、包容和文明之路。“一带一路”建设承认人类文明多样性是世界的基本特征,也是人类进步的源泉。“一带一路”沿线65个国家不同历史和国情,不同民族和习俗,不同法律和政策,“一带一路”建设承认各国特色、地域之别,尊重和包容各国文明的多样性和法律的差异性,尊重各国彼此核心利益和重大关切。在“一带一路”建设中需要平衡自由、开放与多元、包容之间的关系。

公司准据法的确定秉承内部事务主义的规范立场,确实彰显了投资者法律选择自

^{④②} 前引④①。

^{④③} 前引④①。

由和开业自由的理念,无疑也契合了“一带一路”倡议的自由开放精神。但是,也应现实地看到,“一带一路”沿线国家大多是处于转型中的发展中国家,各国之间的公司法律制度存在较大差异,政策环境也较为复杂,各个国家都有需要优先保护的公司法律政策和利益。在各国公司法统一化之前,承认这种差异与需要优先保护的政策和利益,作出内部事务主义适用的例外或者限制性规定,在一定条件和范围内优先适用各自本国的公司法于涉外公司纠纷案件中也是“一带一路”建设的现实需要。这也是“一带一路”法律保障体系不可或缺的重要内容。

我国的司法实践表明《涉外民事关系法律适用法》第14条的规定非但未能实现在一定条件下对内部事务主义的适用作出限制和例外的意图,反而彻底否定了内部事务主义,发生了规范意图与效果之间的严重对立。这充分说明我国现有规定已经产生了反向规范功能。这不利于公正高效解决“一带一路”建设中产生的纠纷,不利于保护各方当事人正当权益和国家的社会公共利益并最终保障“一带一路”建设的顺利实施。

要真正实现在维系内部事务主义基本规范立场的同时,在一定条件下对内部事务主义的适用作出某种限制和例外的目的,在我国未来的立法修改或者司法解释中,可借鉴瑞士和荷兰的立法规定,采取冲突方法和实体方法相结合的模式,针对内部事务主义明确作出旨在保护第三方利益或者社会公共利益的限制性和例外性规定,这样才能避免上述规定的不足和缺陷,也才不至于危及内部事务主义作为公司准据法的基本规范立场。

结 论

“一带一路”建设是伟大的事业,需要伟大的实践。《涉外民事关系法律适用法》第14条的规定能否为“一带一路”建设提供公正高效的法律保障,上文的分析已经表明,上述立法规定在公司准据法确定的规范立场上摇摆不定,规范范围上边界不清,规范例外上随意不明,这些缺陷都将导致其难以承担起为“一带一路”建设保驾护航的重任。现实的改进之路在于,公司准据法的确定在牢固坚守内部事务主义的基本规范立场以实现投资自由化的同时,应明确针对内部事务主义的适用作出一些旨在保护第三方利益的限制性规定以保护投资安全和利益。具体设计上,一方面可借鉴瑞士的立法规定,具体规定防止法律滥用的(如行为能力及公司责任)限制性规定,另一方面又可借鉴荷兰的立法规定,针对虚假外国公司的问题作出要求虚假外国公司承担更严格的披露义务以及要求此类公司的管理人员承担更严格的个人义务。这既可以明确将内部事务主义作为公司准据法确定的规范立场,又可为内部事务主义的规范例外设定合理的界限。同时,通过提炼公司准据法规范范围中所列举事项的内在关联性和分类标准,将现有的客观标准主观化,立足于公司是法律创设之物的本质,将公司的内在维度和外在维度作为审定公司准据法规范范围的主观标准,尽可能扩大和细化列举事项的范围,以此明确

公司准据法的规范范围。惟于此,公司准据法确定规则才能为“一带一路”建设提供公正高效的法律保障,公司才能自由开业和跨国流动,中外投资者合法权益才能得到平等保护,“一带一路”建设才能行稳致远,我们才能将“一带一路”建成和平之路、繁荣之路、开放之路、创新之路、文明之路。

Abstract: In pursuing the Belt and Road Initiative, the underlying idea of applicable law of the corporation should be establishing the dominance of the internal affairs doctrine to achieve the autonomy of the corporation and liberalization of investment, setting a limit to the rational scope of the doctrine through the non-conclusion of a positive list, while maintaining the exception of the doctrine in the specific areas. The latter two forms the restriction on corporate autonomy and maintenance of investment safety and benefits. The design and expression of the relevant provisions of the Law on the Application of Law on Foreign-related Civil Relations of the People's Republic of China do not fully reflect this idea. When the text shows the vacillation of the normative position and the ambiguity of the normative scope, the response in judicial practice is the chaos in judgment. The general idea of solving the above-mentioned problems is to refine the inherent relevance and classification criteria of the items listed in the scope of applicable law of the corporation, subjectify the existing objective criteria, and set the reasonable scope of the applicable law of the corporation. In order to prevent the abuse of law and to deal with pseudo foreign corporations, we have made clear restrictions on the application of internal affairs doctrine to protect the interests of third parties while insisting on the internal affairs doctrine as the basic norm of the applicable law of the corporation.

(责任编辑: 陈贻健)