

国际商法评判系列丛书

“一带一路”法律 / 国际商事争议解决

公司法律问题的 比较法与国际私法评判

INTERNATIONAL
COMMERCIAL LAW



邢钢 / 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



INTERNATIONAL
COMMERCIAL LAW



中国法制出版社
官方微信

上架建议 法学·国际私法

ISBN 978-7-5093-9317-8



9 787509 393178 >

定价: 48.00元

国际商法评判系列丛书

“一带一路”法律 / 国际商事争议解决

公司法律问题的 比较法与国际私法评判

INTERNATIONAL
COMMERCIAL LAW



邢钢 / 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

公司法律问题的比较法与国际私法评判 / 邢钢著. —北京:
中国法制出版社, 2018. 3

ISBN 978 - 7 - 5093 - 9317 - 8

I. ①公… II. ①邢… III. ①公司法 - 比较法 - 研究
IV. ①D912. 290. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 041095 号

法律资料分享, docsriver.com

策划编辑 杨 智 (yangzhibnulan@126.com)

责任编辑 吕静云

封面设计 杨泽江

公司法律问题的比较法与国际私法评判

GONGSI FALÜ WENTI DE BIJIAOFA YU GUOJISIFA PINGPAN

著者/邢钢

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

开本/730 毫米 × 1030 毫米 16 开

版次/2018 年 3 月第 1 版

印张/15.25 字数/256 千

2019 年 3 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 9317 - 8

定价: 48.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfs.com>

市场营销部电话: 010 - 66033393

传真: 66031119

编辑部电话: 010 - 66038703

邮购部电话: 010 - 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社印务部联系调换。电话: 010 - 66032926)

国际商法评判系列丛书总序

人生没有白走的路，每一步都算数

1998年，本人本科毕业于中国政法大学国际经济法系，转眼间到现在已经20年了。在这期间，本人一路在中国政法大学攻读硕士、博士学位，师从法学大师赵相林教授，一直从事国际法中私法和经济法相关领域的研究。赵老师所倡导的从司法审判与仲裁的角度来研究法律问题的观点对本人影响深远，这是本人学术的起点，也从此确定了本人研究法律问题的基本基调与走向，更为本人从事法学教育事业奠定了坚实的基础。

本人在攻读硕士和博士之时正值法律自考培训的繁盛期，因而从事了大量法律课程的讲授工作。那时可谓什么课都讲，现在想起来，本人曾经讲授过的课程就包括民法、商法、经济法、民事诉讼法、刑法、宪法、行政法、公司法、合同法、国际法、国际私法以及国际经济法，也就是除了法理与法制史之外，几乎讲授过所有法律课程。对这些课程的重新学习和讲授，不知不觉间使本人思考和解决法律问题时能打破法学学科界限和实现法律知识的融汇贯通，更为真正践行我的导师赵相林教授倡导的务实法学研究方法提供了方法和知识上的储备。当然，在此期间开始接触的司法审判和仲裁实践，更加丰富和加深了本人对法律的理解。

2006年起，本人进入北京师范大学法学院从事教学和研究工作。在此期间，也承担了大量的教学任务，相对固定地一直讲授国际私法、国际民事诉讼与仲裁、国际经济法、国际贸易法、国际投资法、国际金融法、海商法、模拟审判实践，算来也有12年了。在教学科研之外，本人有幸也从事了一些法律实践工作，对法律的理解和运用更为成熟和全面。本人一直有一个想法，就是把这十几年研习、讲授这些课程的内容逐一进行整理记录，但是，不是以教科书的方式，而是按照自己对相关问题的思考以评判的方法展现出来。如果条件允许，本人愿意在此评判体系中一本一本写下去，并在每年春天到来的时候令其

如约而至，这也是一件美好而有成就感的事情。

习近平总书记强调指出，要以“一带一路”建设为重点，坚持引进来和走出去并重，遵循共商共建共享原则，加强创新能力开放合作，形成陆海内外联动、东西双向互济的开放格局。深化“一带一路”建设、推动形成全面开放新格局，是推动构建人类命运共同体的伟大实践，开辟了我国参与和引领全球开放合作的新境界，这自然需要国际私法与国际经济法提供相应的法律支持。在此重大背景下，本人将以往十余年对国际私法与国际经济法的所学、所思与所得进行整理，形成一个国际私法与国际经济法相关内容的评判系列丛书，这可能是一件有意义的事。时刻保持自我约束和克制，随时保持阅读和思考状态，发现并解决问题，应为学者之本分。

一路走来，本人不管是师从赵相林教授从事法学研究，还是在硕士和博士期间大量授课、在工作中的授课以及从事法律实践工作，都应是对该评判系列丛书的一种积累和积淀，人生没有白走的路，每一步都算数。

2018年注定是不平静的一年，唯有爱和奔跑伴我左右。面对世事多艰，依旧心存感恩，我爱你们，我的亲人和朋友！

绪 论

随着经济全球化的发展和中国“一带一路”倡议的全面推进，各国公司进行跨国经营和流动已经成为新常态。公司的跨国经营和流动必然带来一定的法律问题，如何系统全面地研究其中所涉及的公司法律问题，就具有重大的理论和现实意义。立足于比较公司法与国际私法的维度探讨比较公司法与国际私法交叉领域所涉法律问题，应是服务现实需要的最佳视角，这不仅可以为司法实践提供理论指导，更可以为“一带一路”建设提供法律保障。

公司进行跨国经营和流动必然与其母国和东道国产生法律上的联系，从比较公司法与国际私法的维度来看，有9个方面的公司法律问题。是本书论述的重点，也构成了本书的全部内容。

本书第一部分的内容是公司国籍的确定。在该部分中，分别就公司国籍的存在之争、公司国籍确定的一般标准以及我国公司国籍确定的标准做出了论述，这为之后相关内容的论述和制度构建提供了理论基础。

本书第二部分的内容是各国公司法律制度的对比分析。尽管由于世界经济交流的原因，整个商事法有着全球化的趋势，公司法在各国的差异在逐渐缩小，欧洲公司法改革也逐步采取宽松的态度，公司法的演变进程实际上是任意性规范在公司法上逐渐取得主导地位的演变进程，两大法系相互融合的趋势也很明显。但不可否认的是，在现阶段，各国公司法律制度还存在一定的差异，如英美国家的公司法更加强调公司自治，一般是任意性公司法或者授权性公司法，美国公司法作为任意性的公司法模型在英美法系公司法中具有代表性。美国的公司经营管理中具有很大的灵活性，在设立出资、股权转让等许多方面都是由任意性规范所构成，然而，欧洲的公司法模式建立在利益相关人保护的哲学理念上，公司法的规则是用来协调股东、债权人和雇员之间的利益冲突。因此，公司法在本质上属于强行性质的法律，如公司财务制度、公司资本制度、公司组织机构等的相关规范都有所体现。其中，德国的公司法是强行性规范的大陆法系典型代表。正是存在这样的差异，为公司准据法的确定提供了前提和基础，因此，在该部分中，着重就公司法律冲突中的公司设立制度、公司资本制度、公司股东制度、公司治理制度等几个核心问题进行了相应的对比分析。

本书第三部分的内容是公司管辖权的基本制度。从国际私法或者司法实践的视角来看，在发生涉外性公司法律争议时，首先需要解决的就是公司管辖权的确定问题，因此，这在国际私法或者司法实践中具有重要的地位。该部分重点论述了公司管辖权确定的一般制度，同时详细考察了美国与欧洲关于公司管辖权确定的具体规范，最后，就我国民事诉讼法中关于公司管辖权确定的规定做出了具体的阐述。

本书第四部分的内容是公司准据法的确定。历史发展表明，公司准据法的确定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，而大多数的大陆法系国家则选择了真实本座主义。内部事务主义认为公司成立地法决定公司法律人格的承认和公司的适用法；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。内部事务主义和真实本座主义之间的分歧反映出意思自治和本地利益优先保护之间的基本理论冲突。该部分详细论述了公司准据法的基本规范立场、公司准据法的规范范围、公司准据法的规范例外以及公司准据法的中国规定。

本书第五部分的内容是外国公司的认许制度。外国公司的认许在理解上是存在争议的，有人认为外国公司的认许就是确认外国公司的法律人格，就是承认外国公司在内国具有权利能力；有人主张外国公司的认许是准许外国公司在内国从事营业活动，是涉及外国公司“准入”的问题。这样的争议需要澄清，在此基础上，认许的条件、认许的效力、认许的撤回或撤销等问题也是外国公司认许所涉及的所有内容。

本书第六部分的内容是外国公司的分支机构。公司进行跨国经营，可以实现的途径之一就是东道国设立分支机构。相对于东道国而言，这里涉及的问题有两个：其一，东道国是否承认外国公司的法律人格和相应的主体资格；其二，东道国是否允许外国公司在其领域内开展营业，开展营业活动需要办理何种程序以及对此营业采取何种监督管理措施。这在国际上，第一个问题就是对外国公司的“承认”，国际上通行的做法是依据公司成立地的法律来进行认定；第二个问题就是对外国公司的营业“准入”。在该部分中，具体对何为外国公司分支机构，外国公司分支机构的营业准入、设立、权利和义务、监督与管理、解散和清算以及欧洲共同体第十一号指令关于分公司设立的公开要件等做出了阐述。

本书第七部分的内容是公司准据法确定的国际统一化趋向。近年来，各国都寻求以国际条约的形式来统一承认在外国已经取得法人资格的团体在内国也具有相应的权利能力，这样就产生了一系列的国际公约，具体包括海牙承认外国公司、社团和财团法律人格公约、欧共体关于相互承认公司和法人团体的公约、美洲国家间关于商业公司的冲突法公约以及国际法协会制定的关于公司承认的公约，本部分对此做出了详细

的评介。

本书第八部分的内容是公司实体法律的国际统一化趋向。如上所言，实体公司法在各国的差异正在逐渐缩小，出现了法律趋同化的倾向，其中在欧盟内部体现得最为明显。在欧盟公司法中主要通过指令这一方式完成，在欧盟公司法中主要体现为公司法条例。欧洲公司法律制度一体化的重要内容是对成员国公司法律制度的协调和统一，其内容主要涉及公司设立、资本制度、国内公司的合并和分立、财务会计、跨境合并、一人公司、要约收购、公司治理以及跨境自由流动等事宜，这是本部分论述的重点。

本书第九部分的内容是与公司法上的请求有关的判决承认与执行。与公司法上的请求有关的判决如何得以承认与执行是本部分重点回答的问题，本部分通过论述与公司法上的请求有关的判决承认与执行模式、与公司法上的请求有关的判决不予承认与执行的分析来给出一定的答案。

公司法律制度博大精深，立足于比较公司法与国际私法的维度展开对其中部分法律制度和问题的探讨，旨在服务于司法实践，为“一带一路”建设提供法律保障，更为我国建立全方位的开放格局提供智力支持。

目 录

第一章 公司国籍的确定	1
第一节 公司国籍是否应该存在之争	1
一、否认公司国籍的主张	1
二、承认公司国籍的主张	2
第二节 确定公司国籍的标准	3
一、法人的本质	4
二、各国确定公司国籍的标准	5
三、条约及国际习惯法对外国公司国籍的认定	13
四、外国公司的附属机构的国籍问题	14
五、确定公司国籍标准的新的发展趋势	15
第三节 我国公司国籍确定的标准	16
一、资本实际控制说	16
二、注册登记国说	16
三、成立地和准据法复合标准	17
第二章 各国公司法律制度的对比分析	18
第一节 公司概述	18
一、公司的概念	18
二、公司的形态	19
三、公司章程	20
四、公司能力	22
五、经营范围	23
六、法人人格否认制度	25
七、公司的社会责任	27
第二节 公司的设立	28

一、公司设立原则	28
二、公司设立方式	29
三、公司发起人制度	30
四、公司设立条件及程序	33
五、公司设立瑕疵	33
第三节 公司资本制度及股东出资	35
一、各国资本制度的选择	35
二、公司最低资本额	36
三、股东出资形式	37
四、股东出资的缴纳	38
五、股东违反出资义务的法律責任	39
六、我国公司法的有关规定	40
第四节 股份发行和转让	41
一、股份发行	41
二、股份转让	41
三、有限公司出资的转让	42
第五节 股东权利的规定	44
一、股东权的内容	44
二、对中小股东的保护	45
三、股东资格	49
四、股东退股	50
第六节 公司治理结构的比较	50
一、公司组织机构概述	51
二、公司代表权的行使主体	52
三、高级管理人员的义务	53
四、员工在治理结构中的地位	54
五、公司治理中的利益相关者保护	55
第七节 公司债	56
一、发行公司债的概述	56
二、债券持有人会议	56
第八节 公司合并、分立与解散	58
一、公司合并概述	58

二、公司分立	59
三、公司形态的变更	59
四、公司解散和清算	59
第九节 一人公司的问题	60
一、一人公司的承认	60
二、一人公司的设立人	61
三、一人公司的机构设置	62
四、我国关于一人公司的规定	62
第三章 公司管辖权的基本制度	63
第一节 各国对公司行使管辖权的一般制度	63
一、对公司的内部关系行使管辖权的标准	64
二、对公司的外部关系行使管辖权的标准	68
第二节 美国公司管辖权制度	68
一、国内公司管辖权的确立	70
二、外国公司管辖权的确立	70
三、《美国冲突法第二次重述》确立的公司管辖制度	77
第三节 欧洲有关公司管辖权制度	80
一、欧洲各国有关公司管辖权制度	80
二、欧洲解决有关公司管辖权制度的国际公约	83
第四节 我国有关公司管辖权制度	86
一、2007年《民事诉讼法》关于公司诉讼管辖权的规定	87
二、2012年《民事诉讼法》关于公司诉讼管辖权的规定	88
第四章 公司准据法的确定	90
第一节 公司准据法的基本规范立场	90
第二节 公司准据法的规范范围	94
第三节 公司准据法的规范例外	103
第四节 公司准据法的中国规定	111
一、公司准据法确定的规范立场	112
二、公司准据法确定的规范范围	114
三、公司准据法确定的规范例外	117

第五章 外国公司的认许制度	121
第一节 外国公司认许的含义和内容	121
一、外国公司认许的含义	121
二、外国公司认许的学说和理论基础	122
三、外国公司认许的辨析	125
第二节 外国公司认许的条件和方式	126
一、外国公司认许的程序要件	126
二、外国公司认许的实质要件	127
三、对外国公司认许的方式	128
第三节 外国公司认许的效力	130
一、外国公司认许的效力之争	130
二、外国公司认许的效力	131
第四节 外国公司认许之撤回与撤销或废止	132
一、外国公司认许的撤回	133
二、外国公司认许的撤销或废止	133
第五节 外国公司在内国的法律地位	134
一、经认许的外国公司在内国法律上的地位	134
二、未经认许的外国公司在内国法律上的地位	135
三、立法实践	137
第六节 我国关于外国公司认许的规定	137
一、我国公司法中有关外国公司认许问题的规定	138
二、我国国际私法中有关外国公司认许的规定	139
第六章 外国公司的分支机构	142
第一节 外国公司分支机构的概述	142
一、外国公司分支机构的概念	143
二、外国公司分支机构法律地位的历史变迁	144
三、当今外国公司分支机构的法律地位	147
四、外国公司分支机构与外商投资企业、代理商的联系与区别	151
五、对外国公司分支机构中外国公司组织形式的限制	152
六、外国公司分支机构的诉讼主体资格	153
第二节 外国公司分支机构的设立与营业准入	154
一、外国公司分支机构设立的营业准入	154

二、各国对外国分支机构营业准入的不同规定	155
三、我国关于外国公司分支机构设立的营业准入规定	156
第三节 外国公司分支机构的设立	158
一、外国公司分支机构设立的条件	158
二、外国公司分支机构设立的程序	165
第四节 外国公司分支机构的权利和义务	169
一、外国公司分支机构的权利	169
二、外国公司分支机构的义务	170
第五节 对外国公司分支机构的监督与管理	171
一、认许时, 对外国公司分支机构的监管	171
二、对外国公司分支机构营业方面的监管	173
三、对外国公司分支机构财产方面的监管	174
第六节 外国公司分支机构的解散和清算	174
一、外国公司分支机构的解散	175
二、外国公司分支机构的清算	177
三、外国公司分支机构的注销	179
第七节 欧洲共同体第十一号指令关于分公司设立的公开要件	180
一、概述	180
二、设立分公司的公开要件	182
第七章 公司准据法确定的国际统一化趋向	187
第一节 海牙承认外国公司、社团和财团法律人格公约	187
一、公约产生的历史背景	187
二、公约主要内容	188
三、结论	193
第二节 欧共体关于相互承认公司和法人团体的公约	194
一、概述	194
二、公约的主要内容	195
三、结论	201
第三节 美洲国家间关于商业公司的冲突法公约	201
一、公约适用的主体	201
二、商业公司的一般适用法	202
三、缔约国之间对商业公司的承认	202

四、商业公司适用行为地法的情况	202
五、在另一国设立管理中心事务所的情况	202
六、公共秩序原则	203
第四节 国际法协会制定的关于公司承认的公约	203
一、有关调整公司法律的规则	203
二、承认的规则	204
三、有关商业活动所在地的规则	205
四、其他规定	205
第八章 公司实体法律的国际统一化趋向	207
第一节 公司实体法律的国际统一化趋向产生的背景	208
一、经济背景	208
二、政治背景	208
三、法律文化背景	209
第二节 公司实体法律的国际统一化的表现形式	209
一、基础条约	210
二、二级立法	210
三、决定和建议	211
四、欧洲法院的司法裁决	211
五、非约束性文件	212
六、国内公司法立法的借鉴与融合	212
第三节 公司设立法律制度的统一化趋向	212
一、公司设立的条件	212
二、公司设立无效	213
第四节 资本制度的统一化趋向	214
一、最低资本	214
二、资本的维持	214
三、资本的变更	214
第五节 一人公司制度的统一化趋向	215
一、一人公司的历史发展	215
二、一人公司的基本含义、种类、法律特征	215
第六节 公司会计制度的统一化趋向	217
一、年度财务报告的统一化	217

二、合并财务报表制度上的统一化	218
三、审计员资格的统一化	219
第七节 公司合并与分立制度的统一化趋向	219
一、国内合并	219
二、跨境合并	220
三、合并的无效	220
四、分立	221
第八节 公司治理制度的统一化趋向	221
一、公司治理信息披露	221
二、股东权利不断增强	223
三、分公司信息披露制度的统一	223
第九节 欧洲公司	224
一、欧洲公司的基本含义	224
二、欧洲公司的设立	224
三、欧洲公司的登记与公示	225
四、欧洲公司的公司治理制度	225
第九章 与公司法上的请求有关的判决承认与执行	227
第一节 与公司法上的请求有关的判决承认与执行模式	227
一、《美国冲突法第二次重述》的相关规定	227
二、瑞士《国际私法》的相关规定	228
第二节 与公司法上的请求有关的判决不予承认与执行的分析	228

第一章 公司国籍的确定

公司是指自然人以外，由法律创设，享有权利和义务的团体，所以外国公司也是外国人的一种。与自然人不同的是，无论出于法律的拟制或对于既存团体的社会机能的承认，对自然人判断毫无困难的国籍标准，在公司层面都因其无生理学上的感情或意思，也无对国家的政治上的忠顺，产生解释上的困难。

公司虽然与国家间并无忠顺的关系，国家对于公司的控制不在人身的直接支配，表面上国籍对于公司并无特殊意义，但是公司国籍在国际私法上，至少在以下情况中有非常重要的意义：（1）是法律关系涉外性和外国公司的标准，也就是判断母国公司还是外国法人的标准，这是确定是否为涉外民商事关系的一个标准。（2）确定公司诉权的标准。如诉讼权利和义务、国民待遇问题和诉讼担保等，是对公司行使司法管辖权的一个标准。（3）是对公司认许时，需要具体申报的内容。（4）是公司是否享有优惠标准的一个前提。（5）是公司实体权利确定的标准，这主要涉及公司的属人法。

一般意义上，公司国籍的确定功能主要体现为两个方面：（1）判断和区别本国公司与外国公司；（2）发生国籍冲突的情况下，确定为哪国公司。

第一节 公司国籍是否应该存在之争

对于公司国籍的判断标准，可谓众说纷纭，有人认为公司应该认定其国籍，有人坚决否认公司国籍的存在，也有人认为应该依其法律关系的性质做个别的认定。因为公司是法律拟制的主体，国家对公司的控制不在人身的直接支配，公司也无对国家政治上的忠顺，所以，用自然人的国籍来套公司的国籍，在解释上确实存在一些困难，因而在理论和实践上就存在否认公司国籍和承认公司国籍的争议。

一、否认公司国籍的主张

持法人否认论主张的人们一般是否认公司国籍的，在他们看来，法人无人格存在的必要性，如果说有人格，也应归属于一定的自然人或者无主财产，而无须拟制想象中的人格。该说法虽然与拟制说出发点相同，却致力于法人实体的本质，因此，否认

法人的独立存在，进而否认法人的国籍。凯尔森是主张否认公司国籍的代表。在他看来，法人国籍有无源于人们在解决一国法律是否适用外国法人问题时，预先地提出该问题必须以法人国籍的有无为前提。他指出：“但这是在错误地解释问题。正如只有人才可以拥有义务和权利一样，只有人才可以是一个国家的公民。法人的义务和权利是作为法人出现的那一共同体的成员或机关的人的义务和权利。当所有那些个人，就如人们所说的，组成一个法人，如一个社团的法人，都是因一个国家的公民，而我们谈的也正是这个国家的只可以适用于本国公民的法律，那么问题是容易解决的。然而，该法人之所以从属这一法律，却并不是因为法人是这一国家的公民，而是因为所有那些其行为受法人章程所调整的、作为一个法人而出现的那些人，都是同一外国的公民，因而该法人就不能不从属于只适用于公民的法律。类似的情况是所有那些组成法人的人，都不是同一外国的公民；因而该法人就不能从属于只适用于公民的法律。当有关人一部分是该国公民而一部分又是外国公民时，问题就变得复杂了。它可能有不同的解决办法。如果组成法人的多数是这个国家的公民，或者在一个股份公司的情况下，多数股份掌握在一国家的公民之手，或者董事会设定在这一国的领土内，等等。那么，法人可能从属于只能适用这国家公民的法律。”总之，在凯尔森看来，国籍的确定最终要归结到自然人国籍的确定上来，法人是无人格的，其人格属于组成法人的所有自然人。如果组成法人的自然人是同一国的公民，那么，法人的国籍就是这些自然人共同的国籍，如果组成法人的自然人是不具有共同国籍的，那么，法人的国籍就无法得到确定。在坚持法人否认论的前提下，自然会否认法人的国籍，也会否认公司的国籍。

随着交通和通信技术的发展，经济全球化已成为一种势不可当的时代潮流，这样，作为经济交往中最为重要的一支力量——公司，其活动空间是前所未有的广大，其与任何一国之间隶属的紧密程度都很难确定，所以，套用自然人的国籍标准到公司身上确实有些力不从心，而且会导致确定的标准五花八门，难以统一，这样确实现实地为公司国籍的确定提出了一些挑战。不过，要肯定的是，确实需要确定公司与国家之间的隶属关系，因为只有这样才能判别本国公司和外国公司，由此才能解决一系列的国际私法问题，我们可以不称之为“国籍”，但确定公司与国家之间隶属关系的标准还是需要得到澄清。从现有的法律概念来看，只有国籍概念是最接近的，因此，认可公司的国籍，进而确定公司与国家之间的隶属关系，就成为一种必然。

二、承认公司国籍的主张

主张法人拟制说和法人实在说的人认为法人是通过法律创设而现实存在的一类主体，其具有法律人格的独立性，作为一种“法律上的人”，自然也有国籍以确定法人