

# 欧盟内部的 公司法律竞争

梁 君

**摘 要：**有关公司法竞争的讨论通常集中在区际法律冲突问题较为突出的美国，但近年来，由于区域法律一体化进程的加快，这种现象也出现在欧洲。欧洲诸国之前所持的确定跨国公司法律系属的理论——特别是住所地说——受到欧洲法院的一系列判例的强烈冲击。欧洲法院对设立自由的扩张解释赋予公司设立者更多的法律选择自由，同时，欧洲法院对设立地说的进一步肯定使得各国纷纷调整公司设立方面的规定，以期增强本国法律对公司设立者的吸引力。本文试图对这一现象的产生、表现形式及成因进行分析，并在此基础上作出初步的评价与展望。

**关 键 词：**欧盟； 设立自由； 设立地说； 住所地说

**作者简介：**南京师范大学 法学院 讲师 南京 210023

**中图分类号：**D977.1

**文献标识码：**A

**文 章 编 号：**1005-4871(2016)01-0062-15

近年来,由于区域法律一体化进程的加快,欧盟内部公司法律的竞争日益加剧。之前在欧洲占统治地位的确定跨国公司法律系属的理论——特别是住所地说——受到欧洲法院的一系列判例的强烈冲击。欧洲法院对设立自由的扩张解释赋予公司设立者更多的法律选择自由,同时,欧洲法院对设立地说的进一步肯定使得各国纷纷调整公司设立方面的规定,以期增强本国法律对公司设立者的吸引力。这便是欧盟内部公司法竞争的源头。

## 一、公司法律竞争的缘起

### (一) 欧盟法上的设立自由

对于统一的内部市场的实现而言,企业的自由组建以及迁移是必不可少的条件。而设立自由(Niederlassungsfreiheit)也是法律主体在欧盟内部自由流动的重要内容。它是基础性欧盟法上公司法领域中最重要规则,堪称这一法律领域的基石。<sup>①</sup>企业可以无视各成员国间法律的差别,根据生产要素、基础设施以及销售市场的最佳成本比例——亦即从纯粹经济视角出发——选择住所,这即是设立自由的题中之义。

根据《欧盟运作方式条约》第49条,设立自由包括:在与引入国公民和企业同等的条件下开始或者从事个体经营以及建立或者领导企业。若设立人在其他成员国首次设立企业,并且该设立行为与企业的独立活动相关联,则称其为基础性设立(primäre Niederlassung);若基础性设立保持不变,而仅是建立一个在组织、经济方面依赖于基础性设立的组织,则构成从属性设立(sekundäre Niederlassung)。与此相对应的是基础性的设立自由和从属性的设立自由。《欧洲共同体条约》第43条第1款第1句意义上的基础性的设立自由(primäre Niederlassungsfreiheit)主要涉及将独立的经济活动(基础的设立,主要住所)迁往其他成员国境内并且在那里独立执业的自由。该目标可以通过迁出、迁入、新建或者收购一个企业等方式达成。若主要住所保持不变,只是在其他成员国以办事处、分支机构或者(在法律上独立的)子公司的形式进行从属性设立,这就涉及到《欧洲共同体条约》第43条第1款第2句中规定的从属性的设立自由(sekundäre Niederlassungsfreiheit)。<sup>②</sup>

---

<sup>①</sup> Günter Christian Schwarz, *Europäisches Gesellschaftsrecht. Handbuch für Wissenschaft und Praxis*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2000, S. 75; Marcus Lutter (Hrsg.), *Europäisches Unternehmensrecht*, 4. Aufl., Berlin u. a.: De Gruyter, 1996, S. 36.

<sup>②</sup> Torsten Körber, *Grundfreiheiten und Privatrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2004, S. 283—284; Eckart Brödermann/Holger Iversen, *Europäisches Gemeinschaftsrecht und internationales Privatrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1994, S. 120—121.

## (二) 欧盟范围内公司准据法的确定与设立自由的实现问题

如前所述,设立自由是建立欧盟内部市场的重要前提。但是,实现设立自由本身必然牵涉到公司的跨国经营问题。对这种跨国经营活动的法律意义进行判断,除非有欧盟层面的统一立法,否则必然涉及到多个成员国的法律,这时就必须通过冲突规范来决定适用法。然而,围绕应采取何种冲突规范这一问题展开的争论往往非常激烈,因为这一问题不但关系到与公司相关的法律主体的经济利益冲突,例如大股东和小股东的不同主张,有时国家的观念也会参与其中,例如资本输入国和输出国的不同主张。问题的核心在于一国想要通过其公司法的冲突规范实现何种目的。<sup>①</sup>

与冲突规范相对应的、判断和调整公司法律关系的实体规范的总和即公司准据法。传统上,与公司有关的所有关系都是根据某一特定的、统一的法律加以规制的,原则上该法律应涵盖对从公司设立到终止的所有法律问题的立法决断。<sup>②</sup> 公司准据法可以通过欧洲的(以条例的形式)、由国际条约产生的或者独立的内国法上的冲突规范决定。

在19世纪的时候,与公司准据法相关的“连接点”尚有很多种,例如公司设立地、公司住所地、公司资本认购地、股东国籍所在地等。经过长期的理论辩驳和实践发展,时至今日,公司设立地和公司住所地已经成为广为接受的、最重要的两个连结点。

### 1. 设立地说

设立地说认为确认公司身份的法律应为设立公司时所依据的法律。其基本思想在于:根据一国法律有效成立的公司其他国家也应被视为有效存在并且根据该国法律继续存在;即使该公司已经不再位于设立国也仍然如此。<sup>③</sup> 依照该理论,除非构成对某国公共秩序原则的违反,这种法律上的承认应及于一切法律问题。<sup>④</sup> 这一创立于18世纪英格兰的理论旨在因应当时经济社会发展的需求,即服务于海外殖民活动。设立地说使以下设想成为可能:根据设立人熟悉的母国法律设立公司,而在将公司住所移往它国后公司的法律身份保持不变,也因而不会失去母国对

---

<sup>①</sup> Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch, IP; (EG/I, IntGesR); Internationales Gesellschaftsrecht, 13. Bearbeitung von Bernhard Großfeld, Berlin; Sellier-de Gruyter, 1998, Rdn. 10.

<sup>②</sup> Staudinger/Großfeld, IntGesR, Rdn. 17.

<sup>③</sup> Karl F. Kreuzer, *Die grenzüberschreitende Mobilität von Gesellschaften im Gemeinsamen Markt*, Saarbrücken; Europa-Inst. d. Univ. d. Saarlandes, 1994, S. 14.

<sup>④</sup> Daniel Zimmer, *Internationales Gesellschaftsrecht*, Heidelberg; Verl. Recht und Wirtschaft, 1996, S. 28, 213ff.

该公司的法律保护。<sup>①</sup>由此可见，设立地说侧重于满足设立者对公司拥有较大国际流动性方面的诉求；强调设立者的意志和法律选择具有决定性意义。因此可以说，公司设立地是一个较为主观的连接点。

## 2. 住所地说

与设立地说不同，在大陆法系国家具有统治地位的住所地说将公司的事实管理地（即企业的决策中心）<sup>②</sup>作为确认公司身份的连结点。该说创立于19世纪的法国和德国，旨在阻止那些根据要求较低的法律设立的公司进入本国。其基本理念在于：从保护债权人、雇员以及少数股东的角度来看，公司实际管理地所在国与该公司的关系最为密切，因此须限制设立人的自由选择权。<sup>③</sup>值得注意的是，住所地说不是作为设立地说的对立面存在的；从一定意义上讲，甚至可以把住所地说看作是“具有更高要求的设立地说”。根据住所地说，对一个公司的存在的确认不但要求它的设立程序符合设立国法律，还要求其管理中心也在设立国。<sup>④</sup>因此，这种理论就限制了公司在不同国家间的流动。

## 3. 两种理论的比较分析

在上述两种理论中究竟该如何抉择呢？一般而言，这种选择主要取决于对以下三项因素的权衡：各国如何看待大企业的经济和政治势力，如何判断国家对这种势力加以控制的需要以及给当事人的私法自治留下怎样的空间。此外，公司准据法的确定在法律政策上也是非常重要的。例如，对德国而言，采用住所地说几乎是德国法制上最独特的雇员参与决定制度（Mitbestimmung）得以保留的前提条件，这也与德国这个国家及其商事法律制度参与全球竞争的问题密切相关。<sup>⑤</sup>

鉴于公司在理论上永久存续的可能性，住所地说刻意放弃了国际合同法上私法自治的连接点，更加强调公共利益保护。这种理论的优点是显而易见的：得以适用的是与公司活动最密切相关的国家的法律，适用法与法律事实两者更为切合，从而有利于促进国家对公司活动的有效控制，也可以最大可能地保护债权

---

<sup>①</sup> Bernhard Großfeld, *Die Entwicklung der Anerkennungstheorien im Internationalen Gesellschaftsrecht*, in Wolfgang Hefermehl (Hrsg.), *Festschrift für Harry Westermann zum 65. Geburtstag*, Karlsruhe: Müller, 1974, S. 199ff.

<sup>②</sup> Hans Jürgen Sonnenberger/Carsten Thomas Ebenroth, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 10, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1–46), Internationales Privatrecht, München: C. H. Beck, 2005, Art. 10 EGBGV, Rdn. 152, 179ff.

<sup>③</sup> Bernhard Großfeld, *Internationales Gesellschaftsrecht*, Rdn. 20.

<sup>④</sup> Jan Kropholler, *Internationales Privatrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, § 55 I, Fn. 1, S. 568 (m. w. N.); 参见 MünchKomm/Ebenroth, Nach Art. 10 EGBGV, Rdn. 177.

<sup>⑤</sup> Staudinger/Großfeld, IntGesR, Rdn. 25.

人的利益。此外,住所地说还具备一种对不当设立的公司的自动制裁功能,即不需要通过任何行政的或者司法的行动便可以避免或者纠正公司的错误设立,因而堪称一种社会成本较为低廉的理论。<sup>①</sup>住所地说最大的不足之处在于它会构成对公司迁移的限制。然而,对于那些不把公司的国际流动性奉为绝对价值的国家而言,这是可以承受的成本。

与此相对,设立地说最大的优点在于尊重公司设立人的法律选择自由。然而,“公司法应当是政治中立的组织法,应当赋予当事人更多的自治空间”这样的理念和国内、国际公司法的历史发展情况并不相符。<sup>②</sup>当今社会,企业章程中的利益趋于多元化,大企业扮演着更多的公共角色,鉴于它们对国民经济的巨大影响力,对这些大企业的有效监管必不可少,因此,对设立人的自由加以一定程度的限制是非常必要的。<sup>③</sup>

此外,设立人选择在某国设立公司后,从理论上讲,该公司的存在在其他任何国家都不应受到质疑。但这往往只是使得该公司披上了一件该国法律的“外衣”,在很多后续问题上,则往往要考虑到其他国家的公共秩序原则或者援引其他的特殊连接点,这就导致由统一的公司准据法发展到适用“混合规则”。由此可见,设立地说所能带来的法律稳定性也很有限。<sup>④</sup>

基于价值判断的不同,在下述欧洲法院的若干重要判决出台之前,欧陆国家大多奉行住所地说,英国持设立地说,瑞士也实行设立地说,但是以住所地说作为补充。

### (三) 典型案例对住所地说的挑战

“Centros”一案以及此后的“Überseering”案和“Inspire Art”案对欧盟法产生了深远的影响。基于欧洲法院对这三起案件的判决,就公司法的适用问题而言,通说逐渐从此前的住所地说过渡到了设立地说。<sup>⑤</sup>

---

① Carsten Thomas Ebenroth/Achim Sura, „Das Problem der Anerkennung im internationalen Gesellschaftsrecht, Feststellung der Rechtsfähigkeit und Bestimmung des Personalstatuts“, *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 43. Jahrgang 1979, S. 315 - 345, hier S. 342; Staudinger/Großfeld, *IntGesR*, Rdn. 38, 43.

② Bernhard Großfeld, *Die rechtspolitische Beurteilung der Aktiengesellschaft im 19. Jahrhundert*, in Helmut Coing/Walter Wilhelm (Hrsg.), *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main; Vittorio Klostermann, 1974, S. 236 - 254, hier S. 236.

③ Bernhard Großfeld, *Aktiengesellschaft, Unternehmenskonzentration und Kleinaktionär*, Tübingen; J. C. B. Mohr, 1968, S. 179.

④ Staudinger/Großfeld, *IntGesR*, Rdn. 55 - 57, 62.

⑤ 张学哲:《欧洲法院在欧洲一体化中的作用——对欧洲法院有关公司法裁决的分析》,载《比较法研究》,2008年第1期,第38-52页。

“Centros”案<sup>①</sup>在欧洲公司法学界引起了前所未有的激烈讨论,学者间的意见差异极大。最初,一些学者认为本案是欧盟法对住所地说否定,<sup>②</sup>但是,鉴于英国和丹麦均持设立地说,所以这种观点渐趋式微。<sup>③</sup>另一些学者则认为该判决没有涉及到住所地说与设立地说之间的差别。然而,这种主张随着后面的“Überseering”<sup>④</sup>案判决的出台失去了市场,因为从“Überseering”案判决中可以

① 丹麦籍公民 Bryde 夫妇于 1992 年 5 月 18 日在英格兰和威尔士设立了一家名为 Centros 的“私人有限公司”(“privat limited company”)(以下简称 Centros Ltd),但该公司自成立之日起并没有在英国开展任何业务活动。1992 年夏天, Bryde 夫人向丹麦商业和公司中央管理处(Erhvervs- og Selskabsstyrelse)提出申请,希望在丹麦登记 Centros Ltd 的分支机构。中央管理处认为,该公司自成立以来并未开展任何经营活动,因此有逃避丹麦关于设立有限责任公司的出资义务的嫌疑,构成了对设立自由的滥用,因此拒绝了这一登记申请。Centros Ltd 就中央管理处的拒绝决定提起了诉讼。1997 年 6 月 5 日,丹麦最高法院依据《欧共同体条约》第 234 条(旧版《欧共同体条约》第 177 条)的规定向欧洲法院提出申请,请求欧洲法院就条约第 43 和 48 条(旧版《欧共同体条约》第 48 条)的解释问题做出先行裁决。欧洲法院的判决为:如果某成员国拒绝在另一成员国依法设立但没有进行业务活动的公司在其境内设立分支机构的申请,那么这一成员国就违反了《欧共同体条约》第 43 条和第 48 条的规定。其理由为:如果一个公司依某成员国法律设立,在该国拥有章程规定的住址,只要该公司想要在另一成员国设立分支机构,这种情形就适用欧盟法律。Bryde 夫妇在英国设立 Centros Ltd 是为了逃避丹麦法律所规定的公司最低注册资本的出资义务,这一点无论在书面说明还是口头辩论中都没有争议,但是这并不影响 Centros Ltd 在丹麦境内设立分支机构的自由属于《欧共同体条约》第 43 条和第 48 条意义上的设立自由,因而是受欧盟法律保护的。Centros Ltd 有权通过它在其他成员国的代办处、分支机构或者子公司开展业务。某成员国的公民依据会赋予其最大程度自由的一个成员国的法律设立公司,而在另一个成员国设立该公司的分支机构,这并不构成对设立自由的滥用。当然,成员国可以采取必要措施追踪或者阻止逃避出资义务的欺诈行为。判决详见 EuGH, Urteil v. 9. 3. 1999 — Rs. C-212/97 Centros. / Erhvervs- og Selskabsstzrelsen, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?isOldUri=true&uri=CELEX:61997CJ0212>, 访问日期:2015-06-06。另参见张学哲:《欧洲公司法理论与实务》,中国政法大学出版社,2013 年第 1 版,第 62-70 页;吴越:《公司身份法的规则及实践——兼谈“假外国公司”的法律防范》,载《现代法学》,2004 年第 3 期,第 81-85 页。

② 一些学者认为该案是欧盟法对住所地说否定,参见 Stefan Leible, „Anmerkung zum Urteil des EuGHs vom 9. 3. 1999 — Rs C-212/97 (Højesteret)“, *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG)*, 1999, S. 300-302, hier S. 302; Erik Werlauff, „Ausländische Gesellschaft für inländische Aktivität — Centros aus dänischer Sicht“, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)*, 1999, Heft 21, S. 867-876, hier S. 874-875。

③ Werner F. Ebke, „Das Schicksal der Sitztheorie nach dem Centros-Urteil des EuGH“, *Juristische Zeitung (JZ)*, 1999, S. 656-661, hier S. 660; Peter Kindler, „Niederlassungsfreiheit für Scheinauslandsgesellschaften? — Die Centros-Entscheidung des EuGH und das internationale Privatrecht“, *Neue Juristische Woche (NJW)*, 1999, S. 1993-2000, hier S. 1993。

④ Überseering 是一家于 1990 年 8 月 28 日在阿姆斯特丹和哈勒姆商事登记簿登记的荷兰法上的公司。这家公司于 1990 年 10 月得到了德国杜塞尔多夫市的一块土地作为商业用地后,与德国的一家建筑管理公司 NCC 签订了一份总承包合同(Generalübernehmervertrag),委托 NCC 对位于该土地上的一个车库和一座汽车旅馆进行整修。工程结束后,Überseering 主张 NCC 的油漆工程有瑕疵。1994 年 12 月,居住在杜塞尔多夫的两个德国公民获得了 Überseering 公司的全部股份。在要求 NCC 公司消除履行瑕疵的主张被拒绝后,1996 年 Überseering 向杜塞尔多夫地方法院提起诉讼,该法院驳回了起诉。此后,Überseering 的上诉又被杜塞尔多夫地方高等法院驳回,理由是在两个德国公民得到了公司的全部股份后,该 (转下页)

看出,即使“Centros”案的情形出现在一个持住所地说的国家,其判决结果也不会改变,即分支机构也可以登记,尽管这实际上意味着主要决策机构的迁移。<sup>①</sup>也正因为如此,有学者认为从这一判决开始共同市场才开始实现。<sup>②</sup>

欧洲法院对“Überseering”案的判决对公司法以及其他法律领域产生了持续的影响。<sup>③</sup>自此以后,在欧盟范围内设立的公司权利能力和诉讼行为能力都应得到承认,而且是和它们在其设立国所享有的同样的权利,而不受限于其实际管理机构所在地法律的规定。<sup>④</sup>由此,对于确定在其他成员国有效成立的资合公司的权利能力和诉讼当事人能力而言,其连结点变为设立地法律。欧洲法院在该案判决中(至少在该具体情形下)明确否定了住所地说,因为它禁止向 Überseering 公司施加违反其意愿的重新设立义务,而这正是住所地说的内在要求。

欧洲法院在“Überseering”案的判决中所持的基本观点在“Inspire Art”案<sup>⑤</sup>中没有改变,基本上是对从“Centros”案就开始涉及的从属性的设立自由的再次肯定。

(续上页) 公司的经营管理机构的住址已经变更。Überseering 作为一家荷兰法上的公司在德国没有权利能力,并因此不具备诉讼当事人能力。Überseering 又向德国联邦法院提起上诉。联邦法院中止了诉讼程序,向欧洲法院就《欧共体条约》第 43 条和第 48 条的解释问题提出先行裁决请求。欧洲法院认为:如果一个公司依某成员国法律设立,在该成员国领土有其章程规定的住所,而根据另一成员国的法律,该公司事实上的经营管理机构已转移到本国,因此否认其权利能力并进而否认其诉讼当事人能力,那么这种否认违反《欧共体条约》第 43 条和第 48 条的规定。在前述情况下,后一成员国应赋予该公司在设立国所享有的权利能力和诉讼当事人能力。判决详见 EuGH, Urteil v. 5.11.2002 — Rs. C-208/00 Überseering BV gegen Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC), <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?isOldUri=true&uri=CELEX:62000CJ0208>, 访问日期:2015-06-06。另参见张学哲:《欧洲公司法理论与实务》,第 70—89 页。

① Stefan Grundmann, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, Heidelberg: Müller, 2004, Rdn. 766.

② Peter Behrens, „Anerkennung, internationale Sitzverlegung und grenzüberschreitende Umstrukturierung von Gesellschaften nach dem Centros-Urteil des EuGH“, *Juristische Blätter (JBl)*, 2000, S. 341—355, hier S. 341, 348.

③ 该判决对税法的影响,参见 Rainer Deininger, „Körperschaftsteuerrechtliche Auswirkungen der Überseering-Entscheidung des EuGH“, *Internationales Steuerrecht (ISr)*, 2003, Heft 6, S. 214—216; Franz Wassermeyer, „Überseering aus der Sicht des Steuerrechts“, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)*, 2003, Heft 9, Editorial, S. 257.

④ Werner F. Ebke, „Überseering: ‚Die wahre Liberalität ist Anerkennung‘“, *Juristenzeitung (JZ)*, 2003, Heft 13, S. 927—933, hier S. 929.

⑤ Inspire Art 是一家于 2000 年 7 月 28 日在英国设立的有限责任公司(private company limited by shares)。其设立者也是唯一的公司领导人的住所地在荷兰海牙,自 2000 年 8 月 17 日起,该公司开始营业,并且在荷兰有一家分支机构。阿姆斯特丹商会(Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam)根据荷兰的《形式外国公司法》(“Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen”,简称 WFBV)要求 Inspire Art 在荷兰的分支机构在登记时补充说明其为形式外国公司并在日后的对外业务活动中始终附加这一称谓。Inspire Art 认为其登记已经是完整的,《形式外国公司法》的相关规定违反了《欧共体条约》第 43 条和第 48 条的规定。阿姆斯特丹地方法院就《欧共体条约》第 43 条和第 48 条的解释问题向欧洲法院提出先行裁决申请。欧洲法院认为:内国法对于根据其他成员国法律设立的公司在本国设立的分支机构所规定的公开义务违反了欧盟第 11 个《关于公司分支机构(受其他成员国法律规制的具有特定形式的公司在某 (转下页)

欧洲法院通过“Centros”“Überseering”和“Inspire Art”三个案件的判决强调并保障了公司的设立自由。就其效果而言,一个根据某成员国法律设立的资合公司,只要它在欧盟范围内拥有章程规定的住所,那么其他的成员国就应当依其设立国的法律对它进行法律判断。对设立自由的限制只在很有限的例外情况下才被允许,例如对这种自由的滥用、欺诈或者不利于公共利益的保护等,而对这几种情况的成功主张往往很难实现。自此,住所地说逐步被放弃,相应地,设立地说的适用范围逐步扩大。这就赋予了公司设立者较大的法律选择自由,而欧洲公司法领域的法律竞争也由此而生。<sup>①</sup>

#### (四) 典型案例判决的间接影响——公司法律的竞争

通常只有竞争是否在法律框架内有序进行这样的说法,法律本身似乎很少成为竞争主体。然而,在这个世界的某些地方、某些特定的领域中,法律的确成为了竞争的主体。从个人或者企业的角度来讲,他们会将相关法律制度作为设立公司时的一个重要的考量因素,以最大限度地利用不同国家法律规定的差异为自己谋得利益,同时避免或者降低法律风险。一个在柏林有住所的意大利籍的企业主可以成立一个英国法上的有限公司,这个公司可以通过借贷进行融资,从而受美国纽约州法律的管制,它可以将仲裁管辖地设定在瑞士,在企业破产时还可以在法国登记私人破产。这种例子不再是天方夜谭。<sup>②</sup>从国家的角度而言,在充分保护公司相关人利益的前提下,有意识地提高本国法律的竞争力也大有裨益。如果方法措施得当,则相关的行业——例如法律咨询业——甚至在国家税收方面都有可能获得丰厚的现实利益。欧洲各国已经开始致力于调整本国的法律规制以积极参与竞争,并开始着力宣传本国的法律。英国律师协会出版的宣传册《英格兰与威尔士——司法权的选择》中“列举了(他们)成功的原因,并且

(续上页) 成员国设立的分支机构)公开义务的指令》第2条的规定。荷兰《形式外国公司法》中的规定与《欧共体条约》第43条和第48条规定的设立自由相违背,因为它为在其他成员国设立的公司荷兰设立分支机构的自由附加了一定的前提条件。判决详见 EuGH, Urteil v. 30.9.2003 — Rs. C-167/01 Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam gegen Inspire Art Ltd, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?isOldUri=true&uri=CELEX:62001CJ0167>, 访问日期:2015-06-06。另参见张学哲:《欧洲公司法理论与实务》,第89-115页。《关于公司分支机构公开义务的指令》参见 Elfte Richtlinie 89/666/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 über die Offenlegung von Zweigniederlassungen, die in einem Mitgliedstaat von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen errichtet wurden, die dem Recht eines anderen Staates unterliegen, ABl. Nr. L 395/36 vom 21. Dezember 1989.

<sup>①</sup> Horst Eidenmüller, „Mobilität und Restrukturierung von Unternehmen im Binnenmarkt“, *Juristenzeitung (JZ)*, 2004, Heft 1, S. 24-33, hier S. 24.

<sup>②</sup> Horst Eidenmüller, „Recht als Produkt“, *Juristenzeitung (JZ)*, 2009, Heft 13, S. 641-652, hier S. 641.



让人们知道为什么选择英国法律以及在英国解决纠纷是符合自身利益的”。<sup>①</sup>而德国司法部长齐普里斯在对应的出版物《法律——德国制造》的前言中更是言简意赅：“‘德国制造’的法律是成功的保障。”<sup>②</sup>这种法律政策层面的考量在那些与经济交往的关系较为密切的法律领域——如公司法、破产法以及合同法等——较为突出和明显。

谈到公司法的竞争,通常第一个进入人们视野的是美国特拉华州的公司法。自20世纪初以来,美国特拉华州一直以“公司的注册圣地”著称:将近100万个企业实体以特拉华州为法定注册地;世界财富500强中,有一半以上是在这里注册的。特拉华州之所以能在美国联邦各州中脱颖而出,究其原因:“一是《特拉华州普通公司法》是美国最先进、最灵活的公司法规之一;二是特拉华州法院体系,尤其是公司法庭——衡平法院备受尊敬;三是立法体系非常注意在保持公司法和其他商业法律与时俱进时扮演积极的角色;四是州务卿办公室的思维与工作模式更像公司,而非政府官僚机构。”<sup>③</sup>除上述较官方的说法之外,学者罗曼诺(Roberta Romano)还给出了一个富有启示的线索:只有极少数设立者选择在特拉华州新设公司,大多数情形下是已经存在的企业将其注册地迁往特拉华州。这样做往往是为了为进行企业交易——特别是那些在法律上较为复杂的、容易引起纠纷的交易——作前期准备。这凸显出投资者对特拉华州司法体系的信赖。<sup>④</sup>

然而,对于美国各州法律之间的这种竞争,有学者提出了“竞次(race to the bottom)”的担忧。<sup>⑤</sup>这涉及到这种法律竞争得以维系的一个前提,即联邦法律对于债权人和投资者的保护。实际上,对投资者的保护在很大程度上是美国联邦证券交易委员会(SEC)的责任,而对债权人的保护则在很大程度上依赖于联邦的统一的破产法。<sup>⑥</sup>

① “England and Wales — the jurisdiction of choice”, [https://www.haitz-rechtsanwaelte.de/de/newsarchiv/data/newsarchiv\\_56\\_2.pdf](https://www.haitz-rechtsanwaelte.de/de/newsarchiv/data/newsarchiv_56_2.pdf), 访问日期:2015-06-06.

② “Law — Made in Germany”, [http://www.lawmadeingermany.de/Law-Made\\_in\\_Germany.pdf](http://www.lawmadeingermany.de/Law-Made_in_Germany.pdf), 访问日期:2015-06-06.

③ Delaware Department of State Division of Corporations, *Why Corporations choose Delaware*, p. 1, [http://www.corp.delaware.gov/whycorporations\\_web.pdf](http://www.corp.delaware.gov/whycorporations_web.pdf), 访问日期:2015-06-06.

④ Roberta Romano, “Law as a Product: Some Pieces of the Incorporation Puzzle”, *Journal of Law, Economics and Organization* (JLEO), 1985, pp. 226—227.

⑤ William L. Cary, “Federalism and Corporate Law: Reflections upon Delaware”, *83 Yale Law Journal*, 1974, p. 705.

⑥ Mark J. Roe, “Delaware’s Competition”, *117 Harvard Law Review*, 2003, pp. 596—598, 644; Christoph Teichmann, *Wettbewerb im Gesellschaftsrecht als neues Element der Binnenmarktintegration*, in Peter-Christian Müller-Graff/Christoph Teichmann (Hrsg.), *Europäisches Gesellschaftsrecht auf neuen Wegen*, Baden-Baden: Nomos, 2010, S. 43—56, hier S. 45.

那么,欧盟范围内这种由公司法领域的法律选择自由引发的各成员国公司法间的竞争在多大程度上可以与美国的情况相类比,而美国的经验又在多大程度上对欧洲有启示价值呢?对这一问题的回答需要对欧盟内部的公司法竞争的方方面面加以充分的研究和探析。首先需要说明的是,二者之间存在一个显著的不同,即欧洲的公司法竞争主要集中在中小企业领域,而美国各州的公司法则侧重于对大型的、上市公司的争夺。此外,欧盟的公司法竞争中还涉及到欧盟层面上的立法参与其中的问题。显而易见,欧盟的法律竞争有其特殊的历史背景以及运行环境。在下文中,笔者将具体探讨欧盟法律竞争的表现、成因以及各成员国相应的应对之策。

## 二、欧盟内部公司法律竞争的表现形式

根据艾登米勒(Horst Eidenmüller)的观点,欧盟内部的公司法竞争主要有两种表现形式:就现阶段而言,以各成员国对M公司设立者的吸引为主;从中期情况来看,对已经设立的企业的争夺将会逐渐加强。<sup>①</sup>

### (一)对公司设立者的竞争

在前述的三个案例中,为了实现设立自由的彻底保护并进一步实现欧盟的内部市场一体化,欧洲法院逐步确立了设立地说在确定公司准据法时的基础性地位。这些判决的间接作用就在于开启了各成员国在公司设立方面的法律竞争。能否吸引更多设立者选用本国的法律形式设立公司,一方面关乎本国法律影响力的维持与拓展,另一方面也和促进本国国民经济的发展有重要关联。

就美国而言,1894年新泽西州成为美国第一个将公司的设立从特许制转变为自由设立规则的联邦州。这一自由化策略取得了极大的成功,几年后,州政府即向该州的公民宣布,他们已经不用再为国家财政预算承担责任了,因为由公司登记获得的费用和税收足以覆盖必要的国家收入。而特拉华州的崛起尚在此之后。<sup>②</sup>

当前欧洲的公司法竞争也首要表现为吸引设立人在一国依该国法律设立公司。欧洲范围内,在对公司设立者的竞争中,英国毫无疑问取得了最好的成绩,而德国等对公司设立规定了较高门槛的国家就明显落后了。其原因在于,德国等传

<sup>①</sup> Horst Eidenmüller, „Die GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen“, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (ZGR)*, 2007, Heft 2, S. 168—211, hier S. 170.

<sup>②</sup> Markus A. Pappmehl, „Delaware Corporate Law: Entstehungsgeschichte und Gründe für den Führungsanspruch im US-Gesellschaftsrecht“, *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (ZVglR-Wiss)*, 2002, Band 101, S. 200—219, hier S. 200—202.

统的持住所地说国家对利益相关人的保护较为重视,这也体现在其国内法的一系列规定中,例如关于最低注册资本的要求、严格的债权人保护方面的规定以及企业层面上的雇员参与决定制度等。而传统的采设立地说的国家的法律却因为较低的公司设立门槛而备受青睐。举例来说,仅仅“Inspire Art”判决颁布后的两年内,由德国企业主设立的有限公司(Ltd.)就比之前多了5~6倍。到2007年,每四个由德国人设立的封闭资合公司中就有一个是有限公司,而不是德国法上的有限责任公司。<sup>①</sup>

贝西特(Marco Becht)等学者在探讨公司流动性的决定因素时,通过比较在欧盟26个成员国设立开放公司与封闭公司的不同情况,得出如下结论:在“Centros”案之后,与公司流动性直接相关的是最低注册资本要求以及设立费用方面的巨大差距。<sup>②</sup>这印证了对这一现象的法律上的判断。

## (二)对已经成立的公司的竞争

虽然目前欧盟各成员国对公司设立者的争取最为激烈,但从长远看,对已经设立的公司的争夺将具有更为重要的意义。而对于大型跨国企业的争取更是如此,因为这些企业无论在创造税收还是工作岗位等方面都具有举足轻重的地位,对于企业所在地周边服务业的带动作用也十分明显。

而这也是美国的历史经验的一部分。在对美国联邦州公司法律竞争的讨论中,“公司重新设立市场”(market for reincorporations)早已占据首要位置。<sup>③</sup>与欧洲的情况不同的一点是,在美国,公司的重新设立在法律上一直都是可能的——尽管伴随着适用法律的变化。就新近的发展来看,欧盟法——无论是基础性的欧盟法,如关于设立自由的规定及相应案例,还是从属性的欧盟法,如跨境合并指令<sup>④</sup>等——都在朝着促进公司流动的方向发展。

然而,这个层次的竞争对成员国法律的要求远已不限于诸如降低注册资本、降低设立成本以及提高设立公司的速度等方面。居于首要地位的将会是公司法和破产法中其他方面的重要规定,例如股利分配制度、一般融资规则和灵活的重组法

<sup>①</sup> Christoph Teichmann, *Wettbewerb im Gesellschaftsrecht als neues Element der Binnenmarktintegration*, S. 45. 也请参见 Horst Eidenmüller, „Die GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen“, S. 169–171.

<sup>②</sup> Marco Becht/Colin Mayer/Hannes F. Wagner, *Where Do Firms Incorporate? Deregulation and the Cost of Entry*, 2007, pp. 20, 34, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=906066](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=906066), 访问日期: 2015-06-06.

<sup>③</sup> Roberta Romano, *The genius of American corporate Law*, Washington D. C.: Aei Press, 1993, pp. 17–24.

<sup>④</sup> Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten, ABl. L 310 vom 25. November 2005.

等,属于这一范畴的还包括企业组织法方面的核心问题,特别是大型企业监事会的雇员参与等问题。<sup>①</sup>

### 三、法律竞争的成因分析

如前所述,欧盟成员国法律竞争的产生有其独特的背景。“Centros”案的主辩护人佩尔格拉(La Pergola)在其判决申请中将这一现象的根源归结于对《欧盟运作方式条约》的解释:如果说与丹麦法律相比较而言,在英国设立一个公司可以满足设立人较少资本投入的愿望,那么这也是《欧盟运作方式条约》所保障的权利的一个合乎逻辑的结果。<sup>②</sup>

而格伦德曼(Stefan Grundmann)则认为应当从从属性原则与基本自由的相互关系角度出发来解释这一现象。因为,如果从欧盟法的从属性原则出发,成员国的法律就享有优先地位,欧盟的立法者相应地就应该持保守的态度,那么各成员国法律的差异就是必然的、也是立法者所期待的结果。<sup>③</sup>

泰希曼(Christoph Teichmann)的观点与此不同。他指出,人们很容易受到蛊惑而将欧盟内部市场发展的现有成果反过来归功于《欧盟运作方式条约》,因为大家都认为这种状态是特别适合于一体化的。但是,假设竞争是《欧盟运作方式条约》的应有之义,那么欧盟最初关于广泛的法律统一的纲领就是违反基础性欧盟法的,而这显然不可能。纵观欧洲公司法的历史发展,欧洲法院判决的爆破力只在最初的法律统一计划停滞不前的时刻表现出来。这方面的一个例证是第二个公司法指令,即资本指令(Kapitalrichtlinie)<sup>④</sup>,该指令的出台使得股份有限公司领域至今几乎不存在不同法律间的竞争。因此他认为,严格地说,现阶段公司法的竞争是对欧盟各机关的职能的不同解释造成的:欧盟立法者对进一步的法律统一持保守态度,而欧洲法院则通过“现代化的基本自由教义”推动这一进程。<sup>⑤</sup>

<sup>①</sup> Horst Eidenmüller, „Die GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen“, S. 175.

<sup>②</sup> Schlussanträge Generalanwalt La Pergola, EuGH, Rs. C-212/97, Centros, Slg. 1999, I-1459, I-1478 (Rdn. 20).

<sup>③</sup> Stefan Grundmann, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, § 5, Rdn. 158.

<sup>④</sup> Zweite Richtlinie 77/91/EWG des Rates vom 13. Dezember 1976 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Absatz 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter für die Gründung der Aktiengesellschaft sowie für die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten, ABl. L 26 vom 31. 1. 1977, S. 1-13.

<sup>⑤</sup> Christoph Teichmann, *Wettbewerb im Gesellschaftsrecht als neues Element der Binnenmarktintegration*, S. 47ff.

这与艾登米勒的观点一样：对于欧盟法律的形成起至关重要作用的两个主体——欧盟立法者和欧洲法院——在内部市场的实现方面，特别是在企业的流动性和改组方面，所奉行的基本思想不尽相同。无论是在实体法层面还是冲突规范层面，立法者都只是在很有限的程度上承认公司法上的法律选择自由。这在《欧洲股份有限公司(Societas Europaea, 简称 SE)条例》<sup>①</sup>上体现得最为明显，例如，虽然 SE 的设立者可以选择一元或者二元的领导结构(SE 条例第 38 条 b 项)，但是无论如何 12 万欧元的注册资本(SE 条例第 4 条第 2 款)是无法逃避的；此外，SE 章程规定的住所和主要管理中心必须在同一个成员国(SE 条例第 7 条第 1 句)。这都表现出立法者对公司设立者自由一定程度的限制。而欧洲法院却在一系列判决中赋予法律选择权以重要地位，这与立法者的保守态度形成鲜明对比。<sup>②</sup>

此外，也正是由于前文提到的欧盟法律的从属性原则，实际上各成员国对欧盟立法者的、会引起它们不满的干涉还有抵制的可能。这一方面解释了欧盟法律统一进程迟缓的现象，另一方面也说明了欧盟在决策过程中面临的一个现实问题，即欧盟的一体化系统中缺乏一个纠错机制。而这正是美国成功的法律竞争经验中展示出的不可或缺的一部分——一个有效的、独立于各联邦州自身利益的中央立法权。<sup>③</sup>

#### 四、欧盟各国的应对之策

如前文所述，由于股份有限公司法领域的法律统一进程较快，所以欧盟内部各成员国之间的公司法律竞争主要集中在中小企业的法律形式方面。因此，各国的应对之策也主要表现在对有限责任公司以及与此类似的公司形式的法律规则的改造上。

德国联邦司法部 2006 年发布的《有限责任公司法改革及防止滥用法报告草案》中提出：自 2003 年的“Inspire Art”判决颁布后，“德国的有限责任公司这种法律形式就陷入了与欧盟其他成员国类似的公司形式的竞争之中，因为采用这些形式的公司——基于欧盟范围内的设立自由——也可以在德国营业。与德国法相比，在设立一个有限责任公司时，许多其他成员国的注册资本金以及认缴股本的要求都较低”。在这种背景下，有限责任公司法改革的方向之一便是提高有限

<sup>①</sup> Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), ABl. L 294/1 vom 10. 11. 2001.

<sup>②</sup> Horst Eidenmüller, *Mobilität und Restrukturierung von Unternehmen im Binnenmarkt*, S. 24.

<sup>③</sup> Christoph Teichmann, *Wettbewerb im Gesellschaftsrecht als neues Element der Binnenmarktintegration*, S. 51.

责任公司相对于与之竞争的外国法中公司形式的吸引力。<sup>①</sup>当然,对有限责任公司制度的完善并不是唯一途径,可以想到的至少还有针对中小企业主的需求创设新的公司形式等。企业家公司(Unternehmergeellschaft,简称UG,也被称为Mini-GmbH,迷你有限责任公司)就是2008年11月1日生效的《有限责任公司法改革及防止滥用法》(简称MoMiG)<sup>②</sup>所引入的一种新的可能性。规定于《有限责任公司法》第5a条的UG不是一种新的公司法律形式,毋宁说它是对已有形式的一种补充,与传统的有限责任公司相比(注册资本25000欧元),设立一个UG所需的注册资本可以少到1欧元。

鉴于这种竞争局面的延续,其他欧盟国家也在立法上做出了相应的革新。西班牙引入了所谓闪电有限责任公司(Blitz-GmbH, Sociedad Limitada Nueva Empresa,即新的有限责任公司)。作为一个新的选择,这种新的有限责任公司的注册资本虽然比原来的有限责任公司还多一点,但是其设立过程却快要得多,只需48小时。而法国则选择将注册资本降低到1欧元,荷兰也紧随其后。<sup>③</sup>

就欧盟层面而言,立法者也在不断完善从属性欧盟法律体系,以满足成员国公民对不同公司法律形式的需求,例如SE、SPE(Societas Privata Europaea,欧洲私人公司)等。由于具备灵活的迁移可能性,这些形式也具有相当的竞争力。特别是SE,自2004年10月以来数量逐年增加,到2014年3月已经有2125家SE在25个成员国注册,其受欢迎程度可见一斑。<sup>④</sup>

## 五、评价与展望

对外国公司法律人格的承认是国际公司法上的核心问题。从欧盟整体利益出发,为了促进成员国间的经贸往来,进一步实现内部市场的自由化,确实应当更进一步强调“公司自由迁移”和“减少跨国经营障碍”这两项价值。在欧盟关于公司法的第14个指令(即《关于资合公司章程住所跨境迁移的指令》)

---

<sup>①</sup> Bundesjustizministerium, *Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)*, S. 33, [http://www.uni-hamburg.de/fachbereiche-einrichtungen/handelsrecht/Sommersemester2008\\_/MoMiGRefE.pdf](http://www.uni-hamburg.de/fachbereiche-einrichtungen/handelsrecht/Sommersemester2008_/MoMiGRefE.pdf), 访问日期:2015-06-06.

<sup>②</sup> Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen, BGBl. I S 2026 (Nr. 48) vom 23. 10. 2008.

<sup>③</sup> 参见 Rembert Süß (Hrsg.), *Handbuch des internationalen GmbH-Rechts*, Baden-Baden: Nomos, 2006, die Länderberichte zu Frankreich (Karst), S. 809, zu den Niederlanden (Rademakers/de Vries), S. 1105, zu Spanien (Löber/Lozano/Steinmetz), S. 1556-1557.

<sup>④</sup> 最新数据参见 <http://www.worker-participation.eu/European-Company/SE-COMPANIES-News/Facts-and-Figures>, 访问日期:2015-06-06.

由于种种原因暂时搁浅的情况下,<sup>①</sup>公司只能援引设立自由条款来满足其跨国经营的需要。尽管从单个成员国,特别是传统大陆法系国家的角度来看,欧洲法院的一系列判决所表现出的对设立地说的偏爱不但从理论上讲有诸多不利之处,还在实践中迫使欧盟各国陷入实体公司法律间的竞争局面之中,各国公司法被迫做出相应调整,以吸引更多公司在本国设立,从而保证本国的税收收入及劳动力市场的稳定,但是,从发现最好的法律的角度来说,原则上应对这种竞争作积极评价。<sup>②</sup>

就公司法律竞争的具体成效而言,美国的公司法学者长期以来就本国的情况作了丰富细致的研究,而且这些研究以大量的经验数据为支撑。与此相对,欧洲的各方面情况则不甚明了,相关数据也堪称稀缺。撇开美国和欧陆国家在法学研究方法方面的差异不谈,欧洲相关研究的不发达最主要的原因还是在于这种法律竞争毕竟是新现象。泛泛地说,竞争有利于促进效率。然而各国公司法律间的竞争究竟能在多大程度上促进欧盟经济的发展、各国法律的彼此协调以及在公司立法领域的进一步统一,尚需时日加以证明。

责任编辑:郑春荣

---

<sup>①</sup> Commission of The European Communities, Commission Staff Working Document, *Impact assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office*, Brussels, 12. 12. 2007, p. 6, [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/docs/shareholders/ia\\_transfer\\_122007\\_part1\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/shareholders/ia_transfer_122007_part1_en.pdf), 访问日期: 2015-06-06.

<sup>②</sup> Horst Eidenmüller, *Recht als Produkt*, S. 653.

die Zusammenarbeit zwischen China und der EU bereits existiert, steht die erhoffte Synergie in der Umsetzung noch vor vielen Fragen und Herausforderungen: Wie positioniert die EU die OBOR-Initiative strategisch? Wie werden die strukturellen Probleme des EFSI gehandhabt? Wie wird mit der Unsicherheit der EU-Richtlinien und -Verordnungen sowie Markttrisiken umgegangen? Aus solchen Gründen ist es erforderlich, dass China und die EU politische Dialoge verstärkt miteinander führen, auf eine vielfältige Weise eine Mehrebenen-Synergie anstreben und die Verhandlungen zur bilateralen Investitionsvereinbarung beschleunigen sollten, um gegenseitig die Investitionsrisiken zu senken und die Nachhaltigkeit der auf Synergie abzielenden Zusammenarbeit zu gewährleisten.

### **Der Wettbewerb im Gesellschaftsrecht in der EU**

**Liang Jun**

Diskussionen über den Wettbewerb im Gesellschaftsrecht gibt es bekanntlich in den USA, wo interregionale Rechtskonflikte keine Seltenheiten sind. Mit der beschleunigten Integration der Regionen in den letzten Jahren lässt sich dieser Wettbewerb auch in der EU beobachten. Die Sitztheorie, die zuvor in vielen EU-Ländern in Bezug auf das für die Multis geltende Rechtssystem vertreten wurde, wird durch eine Reihe von Urteilen des Europäischen Gerichtshofs herausgefordert. Durch ausgedehnte Auslegung der Niederlassungsfreiheit räumt der Europäische Gerichtshof den Gesellschaftsgründern mehr Freiheiten in Rechtswahl ein. Als Reaktion darauf ist zu beobachten, dass Anpassungen der nationalen Rechtsvorschriften im Hinblick auf Unternehmensgründung unternommen werden, um die Attraktivität des jeweiligen nationalen Standortes für die Gesellschaftsgründer zu erhöhen. Im vorliegenden Beitrag werden das Entstehen, die Formen und die Ursachen dieses Phänomens analysiert, um auf dieser Grundlage ein vorausschauendes Urteil zu bilden.

### **Die sino-tibetischen Beziehungen aus der Perspektive des Westens : Eine Untersuchung zur Tibet-Literatur der deutschen Tibet-Reisenden**

**Zhao Guangrui**

Um Tibet — diese besondere Region in China — ist ein Tibet-Bild entstanden, das sich zum allgemeinen China-Bild komparativ, konstruktiv, aber auch negativ-dekonstruktiv verhält. Mit der