

一般或特殊：跨国资产证券化中的外国法人认许

曾 远

摘 要：跨国资产证券化由许多相互独立的交易环节构成，对外国法人的认许是其中的重要一环。承认外国法人在内国具有相应的权利能力是在尚未出现相关国际统一实体法时从国内法入手解决跨国资产证券化过程中出现的法律冲突的重要手段。我国对外国法人的认许经历了有无到有、由紧至松的过程，这一趋势对资产证券化过程中外国法人在我国的直接运作或将起到一定的推动作用。

关键词：外国法人认许；跨国资产证券化；法人认许制度

中图分类号：D996

文献标识码：A

文章编号：1006-1894 (2015) 02-0082-07

一、外国法人认许的价值再审视

外国法人的认许是冲突法中的特殊问题。外国法人的认许是指内国根据本国的法律对外国法人资格进行审查、承认并允许其在内国从事民商事活动的过程。对外国法人的认许一般包括以下方面：第一，外国法人依有关外国法律是否有效成立；第二，依外国法已经有效成立的外国法人，内国法律是否也承认它作为法人在内国活动。对于前一问题，应当依法人的属人法加以决定，后一问题则显然应由内国的外国人法决定（肖永平，2007）。

传统冲突法中的外国法人认许存在4种形式：（1）特别认许，内国法以专门法形式对外国法人的内国法地位加以确认。（2）一般认许，内国法对外国法人不规定特别条件或程序一般予以承认其内国法地位。英美等国对一般商业性法人均采取这种制度。（3）相互认许，根据双边或多边协定的规定，缔约国彼此就缔约国法人在对方国家法人地位予以确认。（4）分别认许，内国法对外国法人的组织形式、经营业务进行分类，分别采取不同的标准，给予不同的内国法地位。例如，有的国家对商业性法人采取一般认许，对于非商业法人采取特别认许（于飞，2004）。

外国法人的认许关系到外国法人在内国是否具有民商事活动的主体资格，有些国家将经内国认许作为允许外国法人在内国经营的前提。从认许的根本出发点来看，其真实目的是承认外国法人根据内国法所具有的“法人资格”，以此来影响外国法人在内国行为的效力，从而限制外国法人的民商事行为对内国国家和国民造成不法伤害。外国法人在内国的商事行为会涉及内国的公共利益和法律制度。虽然外国法人在内国不会被否认其外国法人资格，但是在内国进行商事行为时，对外国法人适用的法律通常是内国法而不是外国法。从传统上看，外国法人认许源于英美法

系国家,英美法判例及学者在公司人格问题上主张法人拟制说。外国法人的认许逻辑起点也源于此,法人拟制说运用法技术将法人资格从无到有拟制为法律主体。因为法人的本质即为不具实体的观念存在,法人由于不具有独立的意思能力,参加民事活动需要自然人来代理(沈佳君,2008)。法人拟制说成为法人人格理论通说之后对一国法人在跨国经济交往中的资格确认产生了重要影响,使得对外国法人的认许成为其首先需要解决的问题。

在新自由主义主导下的经济全球化进程加深背景下,为寻求资本与技术跨国输出的便利,发达国家已经越来越放宽对外国法人的认许。在外国适当成立的公司,在英格兰也被承认为公司;相应地,外国公司可以在法院以公司名义起诉、被诉(莫里斯,1998)。各国对外国法人在内国法的问题也不再集中于对法人认许的关注,而转向法人制度适用的问题。但是,在以主权经济为基础的全球化经济中,基于从本国经济主权的宣示以及经济利益的维护角度出发,大部分国家在处理外国法人的内国法认许问题上,尤其是涉及本国核心利益时,会显得极为谨慎。因此,外国法人的内国法认许在这些领域的讨论有其特有的价值。

二、跨国资产证券化中外国法人认许的特殊价值

(一) 跨国资产证券化中外国法人认许的性质

在跨国资产证券化领域中,对于外国法人的认许具有复杂性和特殊性。其复杂性在于:首先,跨国资产证券化对外国法人的认许不仅是对外国法人民事主体权利义务能力与民事行为能力一般性的认许,还包括对外国法人构成形式的认许,因为每个国家的商事主体组织法是各不相同的,各国关于资产证券化各个主体的构成形式的要求也不同,对于外国法人构成形式的认许是跨国资产证券化得以产生的前提。其次,对外国法人在内国进行证券发行与交易资格与能力的认许是一国对本国金融发展做出的实际决定,在国际司法领域常见的“互惠”并不存在。

从全球化进程不断加深的趋势来看,对外国法人的认许尤其是严格认许,不适应经济一体化的需求,会加剧各国之间的法律冲突,也会增加内国的管理成本。我国学者丁伟(2005)认为,对外国法人的认许是内国行使主权的行為,除有条约规定外,应以内国法办理。

在跨国资产证券化中对外国法人的认许有其特殊性。首先,各国公司法规定的公司组织结构不同,内国允许外国法人在本国发行证券或上市交易,不仅是对外国公司一般权利能力的承认,还包含了对外国公司证券发行交易资格的承认。其次,一般意义上对外国法人的认许是对外国公司在内国“对外”经营能力的认可,承认外国公司在内国可以参加诉讼、缔结合约。发行证券则体现对依外国公司法成立的公司组织形式的认可,承认依外国公司法调整公司内部的成员之间、成员与公司之

间、公司与公司机构间的权利义务。再次，在跨国证券发行与交易领域内，对外国公司的认许并不需要国家间的互惠。金融活动对一国经济安全影响巨大，每个国家对于金融活动都会严格管理。各国金融市场的开放程度是根据本国经济发展水平决定的。对资产证券化的跨国发行与交易这样的特殊民商事行为在国际社会不可能成为一种普遍的惯例，只有经济发达国家或地区实行资本项下开放政策，才允许外国公司在内国发行证券并进行交易。最后，在任何国家申请证券发行，均要通过严格注册或审批，不存在一般意义上的认许。

（二）跨国资产证券化过程中对外国法人认许的立法逻辑

在跨国资产证券化过程中，对外国法人形式和治理的认许，是外国法人在本国发行证券的前提。外国法人的权利能力和行为能力一般由法人的属人法加以规制，而规定公司内部结构的准据法以美国1971年《第二次冲突法重述》为代表，其规定准据法调整的内容包括：公司设立的有效性、公司的终止或中止、公司股东的资格、股东对公司的管理和分红、表决委托、股份占多数的股东对小股东的义务、股东的义务、董事或高级职员义务。

外国法人能否在内国发行证券应由内国法律决定。由于在证券投资者构成与证券公开发行度有关，尤其涉及外国投资者时，其在内国证券投资利益维护成本往往高于其在本国同样或类似的情况。资产支持证券的跨国发行对内国的公共利益有较大的影响，内国政府需要对外国法人在本国发行资产支持证券的行为采取立法形式进行管理。此外，各国公司治理实践差别很大，这也反映了各国的法律、经济和文化传统存在较大差异。在该领域中对外国公司法人的认许包括了对依外国公司法所设立的外国公司的治理结构和内国公司治理结构差异“容忍”的限度内（孔玉飞，2009）。由此可知，在跨国资产证券交易过程中，外国法人认许的范畴有别于传统法人认许。

各国或地区对证券跨国发行的规定可以分为一般认许和特别认许两种情况。采取一般性认许规定的国家对外国法人的注册地没有具体限制，即只要满足其内国证券发行的条件，并且符合内国相应证券发行程序的法律规定，即可在内国公开发行证券。大多数实行资本项下外币自由流动的国家对于外国公司在本国发行证券采取的大多是一般认许态度，如美国《1933年证券法》第6章允许外国发行人或者外州居民在美国境内发行证券。《德国有价证券交易法》规定了外国公司法人可在内国进行证券交易，但负有信息披露和接受监管的义务。《日本证券交易法》对外国法人的证券发行也有类似规定。而特别认许则对外国法人在内国或地区发行证券的注册地进行限制，如香港仅允许注册地为香港、中国大陆、开曼群岛、百慕大等国家或地区的法人在香港联交所上市。

三、承认外国法人认许的国际协定对跨国资产证券化的影响

外国法人认许是基于外国法人在内国民商事活动对国家主权与经济安全产生的影响而考量所诞生的制度,由于各国社会背景、经济发展、法治化程度的差异对外国法人在内国民商活动接受程度不一,因此,对外国法人的认许也产生了一般与特别之分。一般认许与特别认许的最大不同在于,在社会较保守、对外开放度不高、法治化程度较低的国家立法上会选择特别认许制度以保护本国主权和经济安全,但与此同时,却形成了外国法人制度的法律冲突和跨国民商事活动的障碍。在这一背景下,针对各国不同认许制度的现实差异,海牙国际私法协会努力通过各国均能接受的国际协议来协调各国的态度,于1956年通过了《关于认许外国公司、社团和财团法律人格的协定》(以下简称1956年《海牙认许协定》)。

该协定第1条规定,凡公司、社团和财团按照缔约国法律在其国内履行登记或公告手续并设有法定所在地而取得法律人格的,其他缔约国当然应予承认,只要其法律人格不仅包含进行诉讼的能力,而且至少还包含拥有财产、订立合同以及进行其他法律行为的能力。公司、社团或财团的法律人格,如果按照其据以成立的法律规定无需经过登记或公告手续而已取得的,则当然应在与前款相同的条件下予以承认。显而易见,在协调各国认许制度的矛盾过程中,1956年《海牙认许协定》选择了一般认许制度。究其原因,一般认许对外国法人在内国进行民商事活动时的认许标准较其他特殊认许制度是最低的,这满足了该协定缔结时所考虑的达成为谈判方均能接受的需求。因此,努力减少法律冲突,促进国际民商事活动交流,进而影响各国认许制度的趋同,一般认许制度是这种考虑的最优选择。基于同样的思路,一些区域性协定也接受了一般认许制度,如1968年欧洲共同体《关于相互认许公司和法人团体的协定》、1979年《美洲国家间关于贸易公司法律冲突的协定》。

认许制度的核心是对外国法人认许的法律效力问题,它涉及到外国法人在内国法律上主体、权利行为能力范围等内容。1956年《海牙认许协定》就外国法人认许的法律效力内容从5个方面做出了规定:第一,外国法人在内国应当获得相应的行为能力与民事诉讼能力;第二,内国和外国在确定外国公司法人主体资格和权利行为能力产生分歧时,内国法律具有拒绝承认外国法人的效力;第三,协定对外国法人在内国能够掌握的财产权益的具体内容进行了限定;第四,协定承认外国法人的法定住所持续性地变动时以及在发生跨国兼并重组时的法律人格有效性;第五,协定确认了内国法律对外国法人认许的效力、外国法人在本国从事具体活动的效力问题。这些规定均是1956年《海牙认许协定》在努力促进各国选择一般认许制度时规定的较为宽松的认许标准。如何协调全球化进程中国家主权在外国法人认许多边协定中的地位,也是需要进一步思考的问题。

外国法人在内国发行资产支持证券首先需要获得发行主体资格条件。世界各国融资市场开放程度和本国法律与他国法律的冲突取决于本国的经济发展情况，在这样的背景下，形成了传统经济发达国家、新兴市场国家与亚非不发达国家间对资本项目的管制程度方面的巨大差距。因此，外国法人，尤其是发达国家法人在相对封闭保守金融市场发行证券的所受约束比之在开放市场的证券发行显得更多，发行难度也更大。另一个问题是外国法人在内国发行证券时所接受的金融监管限度问题。由于外国法人的证券发行与交易行为须经过内国金融监管机构的批准与监管，所以对外国法人的认许也直接影响到了其所接受的监管限度。如果依照1956年《海牙认许协定》所承认的一般性认许制度，其目的在于缓解各国在外国法人认许——确定外国民商事主体权利能力和行为能力范围的矛盾，因此，涉及证券的发行与交易问题时，一般认许制度能够缓解传统经济发达国家与新兴市场国家在这一问题上的法律冲突。但是，考虑到1956年《海牙认许协定》的制定年代，其主要目的是解决西方发达国家的法人认许制度冲突问题，没有考虑他国国情的不同。在全球化与反全球化的争论中，新兴市场国家在全球经济中地位越来越重要，而欠发达地区对本国经济保护的态度等因素，使得这一公约的局限性愈加明显，尤其是在发达国家、新兴市场国家与最不发达国家在法人认许上的法律冲突问题。

四、跨国资产证券化中外国法人认许的中国选择

随着我国对外交往程度的加深，对外国法人的认许经历了内容上从特殊认许到一般认许，形式上从无明文立法到立法上确立的过程。先前的观点是以1980年《管理外国企业常驻代表机构的暂行规定》、1983年《外国企业常驻代表机构登记管理办法》、1995年《审批和管理外国企业常驻代表机构的实施细则》作为我国在外国法人认许上选择特别认许制度的理由，实际上这是一种错误的理解（杜涛，2005）。这一原因在于当时对外国法人与外国法人分支机构在我国的权利行为能力范围存在争议，而经过长时间争论后得以明确的是，外国法人在内国法上的法人资格承认以及所具有的民商事权利行为能力是外国法人分支机构在内国得以设立的法律前提。但不能就此认为，我国对外国公司法人一律采取特别认许原则，原因不仅在于实践中对外国法人分支机构在内国的设立做出具体规定也存在于实行一般认许制的国家中，而且，理论上外国法人分支机构属于外国法人的组成部分，不具有中国法人资格，其行为效果也由外国法人承担。

就我国而言，在2011年《涉外民事法律关系适用法》颁布后，对外国法人的认许原则才得以确认。《涉外民事法律关系适用法》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，若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。”这实际上在立法上明晰了外国法人认许的基本态度，

承认了依外国法成立的外国法人所具有的民事权利能力、民事行为能力、组织机构等在内的外国法人的法律人格与行为能力,即在判断外国法人属人法标准时,首先采用了成立地主义,但也考虑了所在地主义。进一步而言,我国对外国法人的认许选择了一般认许的态度。此举不仅有利于减少法律冲突,也为优化投资环境提供了可靠的制度保障。这对涉外法律适用固然发挥指导性作用,但具体到跨国资产证券化中的外国法人认许,《涉外民事法律关系适用法》并未给出明确方向。

如前所述,外国法人在内国发行证券,不仅涉及到依属人法所具备的权利行为能力,而且也牵扯到内国法是否会允许外国法人在内国发行证券以及相应的发行条件。由于其行为关系到内国的金融融资市场正常运作,也因证券金融业会触及内国的国家经济安全,自然会受到严格的监管和限制。以我国涉及资产证券化运作联系紧密的金融业的有关规定为例,外国法人进入我国进行资产证券化活动受到了《外商投资产业指导目录》的限制。《外商投资产业指导目录》项下的限制行业中对证券公司的民事权利能力、民事行为能力、组织机构等作出了一定的限制:(1)证券公司一般限于从事A股承销、B股和H股以及政府和公司债券的承销和交易,外资比例不超过1/3;(2)证券投资基金管理公司的外资比例不超过49%。对外国法人在我国从事资产证券行业而言,此类限制的目的不仅在于保护国内金融产业,也意味着对从事资产证券化活动的外国法人的否定态度,与《涉外民事法律关系适用法》的规定是原则与例外的关系。实践中,资产证券化发起人在考虑证券跨国发行时会避开不利于证券跨国发行的地区或国家,并将特殊目的载体选择在法律环境较宽松的金融中心设立。对资产证券化发起人而言,这并不会形成证券发行的障碍,通过一定法律结构运作即可解决相应问题。但从我国发展资产证券化的跨国运作角度而言,对外国证券发行主体的内国法认许的否定政策则是无法回避的问题。相对于离岸金融中心便利宽松的法治环境,我国外国证券发行主体否定导致在这一问题上不存在外国法人认许情况。如果要放开相应规定,需要综合考虑公司法、国际税法等其他法律问题,因此,我国对外国证券发行主体的法人认许的态度受到了以上因素的干扰。

值得关注的是,2014年上海自由贸易试验区“负面清单”公布之后,各界对清单异议较大,认为与原有的《外商投资产业指导目录》的差别不大,依然在金融业领域列出了较宽泛的限制。但“负面清单”的公布至少意味着自贸试验区的行业准入由“登记核准制”转变为“备案制”,更深层次的影响则会随着清单范围的缩小而逐渐显现,进而可能涉及外国法人在我国各行业直接运作进入门槛的放开或降低,也就意味着外国法人在中国的资产证券化运作过程中,对外国法人的认许态度或将放开。虽然我国对外国法人进入我国从事资产证券化的行为仍处于严格管控的阶段,从现实法律制度环境变化过程中仍可见到对资产证券化的跨境运作管控的放松征兆。

所以，较为符合我国立法习惯的观点是：我国对外国法人的认许采取了国际通行的一般认许原则，只有在金融业这样的特殊行业中的规定持否定态度。我国金融市场开放程度受到了以TPP为代表的21世纪高标准新型贸易协定的挑战，意味着对于外国法人在我国从事资产证券化的行为，除了国家必须监管的项目外，只要其运作符合我国法律规定，其公司法人资格与权利行为能力应该得到合理的承认。

参考文献：

- [1] 丁伟. 国际私法学[M]. 上海: 上海人民出版社, 2005.
- [2] 杜涛. 国际经济贸易中的国际私法问题[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2005.
- [3] 孔玉飞. 跨国证券发行与交易中的法律冲突[M]. 北京: 知识产权出版社, 2009.
- [4] 莫里斯. 戴西和莫里斯论冲突法[M]. 李双元译. 北京: 中国大百科全书出版, 1998.
- [5] 沈加君. 法人拟制说与实在说对我国大学法人制的启示[J]. 辽宁教育研究, 2008, (12).
- [6] 肖永平. 国际私法原理[M]. 北京: 法律出版社, 2007.
- [7] 于飞. 中国国际私法理论与立法[M]. 北京: 中国法制出版社, 2004.

作者信息：曾远，西南政法大学经济法学院博士研究生，研究方向：经济法。

General or Special: The Foreign Legal Person Recognition in Transnational Asset Securitization

ZENG Yuan

Abstract: Transnational securitization transactions are constituted by a number of separate links. Recognition of foreign legal person is one of the important parts. It is an important means to recognize legal person of foreign countries owning the appropriate ability and rights in the inner country to solve the conflict of laws where starting from the domestic law transnational asset securitization process appears, when relevant international uniform substantive law has not yet appeared. Foreign legal person recognition in China has evolved from absence to presence and gone from tight to loose. Its asset securitization process or the operation of a foreign corporation will play a certain role.

Key words: foreign legal person recognition; transnational asset securitization; legal person recognition regime

（责任编辑：金孝柏）