

公司国籍认定标准的制度演进与中国的法律调适

冯 硕

【摘要】公司国籍认定的成立地标准、住所地标准、实际联系标准和实际控制标准共存,使公司国籍认定标准在国内法中呈现出以实用主义为导向的多元复合化发展、在投资条约中则有向实际联系标准和实际控制标准倾斜之势。虽然我国投资条约中的公司国籍认定标准有多元化发展的倾向,但是我国国内法仍坚持单一的成立地标准。国内法与投资条约关于公司国籍认定标准的分化脱节对我国外资审查、保护海外投资利益和对接高标准国际规则形成掣肘。随着我国对外直接投资的不断增多和风险加剧,我国应通过国内公司法的修订完善公司国籍认定标准体系的架构,并在投资条约中重视实际联系标准和实际控制标准,实现国内公司法与投资条约的公司国籍认定标准体系的协调共进,以扩大保护我国海外投资的范围。

【关键词】公司国籍;公司法;投资条约;海外投资利益

【作者简介】冯硕,上海政法学院国际法学院讲师。

【原文出处】《法商研究》(武汉),2023.5.33~46

【基金项目】上海市教育发展基金会和上海市教育委员会“晨光计划”项目(22CGA80)。

2018年美国特朗普政府以国家经济安全为由通过《外国投资风险评估现代化法》扩大美国外资审查委员会审查范围等方式强化外资审查,对涉及美国关键基础设施、关键技术和公民敏感信息的投资行为进行严格审查,矛头直指有中国资本背景的收购项目。2020年特朗普签署对社交媒体平台海外版抖音(TikTok)的禁令,令中美经贸关系更加紧张。虽然拜登政府撤销了封禁海外版抖音平台的禁令,但是美国社会要求封禁海外版抖音平台的声音却从未消弭。2023年5月17日,美国蒙大拿州州长宣布禁止海外版抖音平台在该州继续运营,掀起了美国封禁海外版抖音平台的又一轮高潮。在海外版抖音平台首席执行官周受资接受美国国会质询时,尽管他反复强调海外版抖音平台已按照美国法律采取合规措施,管理总部和数据处理中心都位于美国本土且与中国不存在直接联系。但美国仍认为海外版抖音平台是由中国资本控制的中国公司,对美国国家安全形成威胁。在法律上,美国封禁海外版抖音平台的逻辑起点便在于公司国籍的认定。

国籍是作为投资者的公司与母国的纽带,以何

种标准认定公司国籍直接影响投资条约的适用范围。随着资本的全球流动和跨国公司的兴起,公司国籍认定标准更是直接影响着一国在国际直接投资领域的吸引力和控制力。现代国际投资法律体系在一定程度上是以美欧为首的发达经济体通过投资条约构筑起的“法律帝国”,^①西方国家的投资法发展更深刻地影响着包括中国在内的后发国家的法律体系完善。随着近年来国际投资体系走向限缩化,如何在维护我国海外投资利益和本国投资安全的同时不断扩大我国投资市场的开放亟须重视,公司国籍的认定标准在其中扮演重要角色。

一、公司国籍认定标准的理论基础

在经济全球化背景下,跨国公司的全球布局令公司国籍认定标准不断整合,形成了成立地、住所地、实际联系和实际控制4类标准,构成公司国籍认定的基础。^②

(一)成立地标准

成立地标准是以公司成立时所依据的法律和地点认定公司国籍。借鉴自然人国籍认定中的“出生地说”,成立地作为赋予公司法律人格之地,理应成

为其国籍国。实践中,公司的成立地往往只有一个,故其既易于辨识和操作,也有利于保持公司国籍的稳定。随着跨国公司的发展,成立地标准导致大量“假外国公司”涌现以规避本国法律监管或获取相应优惠。各国也开始在公司设立地上展开恶性竞争,许多离岸中心都通过放松监管吸引投资者到该国成立公司,阻碍了国际投资的良性发展。尽管如此,成立地标准仍具有基础性地位,国际法院和《关于解决国家与他国国民之间投资争端公约》(以下简称《华盛顿公约》)下的国际投资争端解决中心(以下简称中心)也通过判例重申了成立地标准的基础地位。早在20世纪的“巴塞罗那电力公司案”^③中,国际法院便强调了成立地标准在认定公司国籍中的重要性。《华盛顿公约》第25.2(b)条仅原则性规定“具有东道国以外国籍的法人”可以提起仲裁,令投资仲裁庭多以双边投资条约为依据进行裁判,并倾向于严格适用双边投资条约。^④例如,在“东京公司诉乌克兰案”^⑤中,申请人是一家成立于立陶宛的由乌克兰人控股的公司。《立陶宛和乌克兰双边投资条约》将立陶宛投资者定义为“依据立陶宛法律在立陶宛境内成立的任何实体”。对此,乌克兰政府认为申请人并非立陶宛实体,应根据实际控制认定为乌克兰公司。但该案仲裁庭多数仲裁员认为应严格依照双边投资条约认定该公司为立陶宛公司。该观点也在两年后的“萨鲁克投资公司诉捷克案”^⑥中得到延续。该案申请人是依荷兰法律成立的公司。虽然《荷兰和捷克双边投资条约》也要求投资者是“根据荷兰法律成立的法人”,但是捷克认为该公司是一家由日本公司控制的空壳公司,不应被认定为荷兰公司。最终仲裁庭依旧按照双边投资条约规定的成立地标准将其认定为荷兰公司。

(二)住所地标准

住所地标准通常根据公司的主要机构所在地或管理机构所在地等实际活动地点来认定公司国籍,其更关注法律实体的司法和经济一体性。该标准既可以防止“假外国公司”的出现,也有利于各国贯彻本国政策并行使管辖权,让政策福利切实落在位于本国的公司。不过,住所地概念的模糊性导致公司的管理机构或经营地难以判断。尤其随着跨国公司

在全球的广泛布点,公司国籍游离或双重国籍问题便开始频繁出现。比较成立地标准和住所地标准,前者因注册成立程序的外观性令“假外国公司”泛滥,而后者恰为解决该问题提供了方案,使之成为成立地标准外的另一种深刻影响各国公司国籍认定的标准并被纳入双边投资条约。为克服住所地概念模糊性导致的公司国籍游离,各国在相关立法和投资条约中也尝试对住所地进行划分和具象化,通过主营业地、管理总部及代表处等概念对住所进行限定。相较于适用单一的住所地标准,将成立地和住所地进行结合能弥补二者各自的缺陷,故其也成为投资条约较多采用的模式。例如,《东盟关于促进和保护投资的协定》第4条就规定“缔约国‘公司’是指在成员国境内按现行有效法律成立,并在该国存在有效管理场所的公司、合伙或商业组织”。故在“昂智乌公司诉缅甸案”^⑦中,仲裁庭在认定申请人为新加坡成立的公司的同时一并审查其是否在新加坡存在有效的管理场所。

(三)实际联系标准

实际联系标准是指在判断公司国籍时,应考察该公司与某国之间存在真实且持续的联系,多强调公司在国籍国存在实际经营、实质性商业活动或实际利益等。该标准摆脱了成立地或住所地标准关注公司与国籍国表面联系的审查,赋予裁判者探求公司与国家真实联系的权力,帮助国籍国在进行外交保护等活动中真正维护本国公司的利益。早在1906年英国法院处理的“德比尔斯联合矿业公司诉豪案”^⑧中,德比尔斯公司作为依据南非法律成立的公司认为其并非英国公司而无须向英国纳税。英国法院则认为因该公司的董事会多在英国伦敦召开,公司的诸多管理与运营活动均以伦敦为中心,故其与英国存在实际联系而为英国公司。根据1985年英国颁布的《关于国际求偿的规则》第4条之评论,在确定是否对某一公司行使外交保护时,英国政府可能考虑该公司是否与英国有实际联系令该标准被纳入相关成文法。除英国外,奥地利、加拿大等国在决定是否对公司实施外交保护时也要求该公司与本国存在实际联系。实际联系标准在弥补成立地和住所地缺陷的同时,也在概念上存在较大的模糊性。一方面,

实际联系的表现形式多样,尤其在跨国公司全球布点的时代,公司的管理和运营往往会与不同国家产生联系,以何为标准确定公司国籍存在争论。故在具体的立法和条约设计中,规则制定者多会对实际联系的具体形式作出规定。另一方面,实际联系也需要对时间长度作出考察,故相关国家在判断实际联系时多强调持续性。

(四)实际控制标准

实际控制标准指依据公司实际控制者的国籍认定公司国籍,也是为防止“假外国公司”骗取成立地国政策优惠,激励国籍国切实保护公司利益而形成的标准。不过,公司具有独立人格且成员构成极为复杂,以成员的国籍认定公司国籍难以操作。因《华盛顿公约》第25.2(b)条规定在东道国同意的前提下允许“东道国内被外资控制的法人”起诉东道国,故有关实际控制标准的认定也在投资争端判例中被反复讨论,力图在弥补缺陷的基础上发挥其价值。在“冠军贸易公司诉埃及案”^⑨中,仲裁庭就在考察申请人国籍时对公司5位控制人的国籍进行审查。在“美孚公司诉委内瑞拉案”^⑩中,案涉投资是由该公司在美国和巴拿马完全控股的子公司作出,东道国认为荷兰公司对子公司不具有实际控制力。后因仲裁庭查明相关公司间均为完全控股,股权最终都归于荷兰公司,故认定申请人为荷兰国籍并行使管辖权。

在实际控制的判定上,仲裁庭往往要对股权、投票权和管理权等各方面因素进行考量。在“利比亚东部木材公司诉利比亚案”^⑪中,申请人作为由法国人完全控股的公司,无论在表决权还是交易决策上都由法国人主导,故其具有提起仲裁的权利。在“真空盐业公司诉加纳案”^⑫中,申请人为持股20%的小股东。在审理中,仲裁庭尽管认为股权比例并不必然表明控制,但至少是一项重要指标。在仲裁庭考察公司的管理和决策机制时,因申请人不能证明其受外国控制,故仲裁庭驳回了申请。

除了对持股比例的考察外,间接控制也值得关注,这便涉及“刺破公司面纱”制度。在1984年“贝通工业公司诉塞内加尔案”^⑬中,申请人作为在塞内加尔成立的公司,背后的控股人是一家由比利时人控制并成立于巴拿马(非缔约国)的公司。由此,塞内加

尔认为由非缔约国控制的本国公司并不具有提起仲裁的权利。仲裁庭根据属人原则认定该公司因最终控制者为比利时人而具有比利时国籍,并由此裁定仲裁庭的管辖权。但在2001年“特许公路公司诉委内瑞拉案”^⑭中,申请人作为一家由墨西哥公司在美国设立的子公司控制的企业,由于彼时墨西哥并未加入《华盛顿公约》,故“刺破公司面纱”会导致仲裁庭无管辖权。对此,仲裁庭认为,尽管在实际控制的判断上经济因素具有参考价值,但对直接持股人的认定更为重要,从而认定申请人是由美国子公司控制而无需进一步追溯到墨西哥。可见,实际控制标准尽管可以追溯公司与国家的真实关联,但公司经济权并不总是与控制权相一致,股东、董事、管理层均在一定程度上可能控制公司,依其认定国籍难度依旧较大。同时,许多公司背后的实际控制者是其其他公司,以此追溯极易导致国籍判断难以穷尽。在全球资本自由流动的今天,公司的控制人处在经常更换的状态,影响公司国籍的稳定性。这也导致在中心的投资仲裁中缺乏明确的标准,并成为扩张管辖权的工具。

1956年海牙《承认外国公司、社团和财团法律人格的公约》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,其他缔约国应予承认。”其对成立地标准的认可令该标准具有了对缔约国的普遍约束力,同时也随着时代的变化暴露出一些问题并引发争论。对此联合国国际法委员会开始对公司国籍认定标准进行研究,相关观点体现于特别报告员杜加尔德提交的系列《关于外交保护的报告》(以下简称《报告》)和2006年公布的《外交保护条款草案》(以下简称《草案》)中。

在第四次《报告》中杜加尔德共提出了7种公司国籍认定的方案,基本包含了成立地、住所地、实际联系和实际控制等,并倾向于通过复合标准认定公司国籍。^⑮最终《草案》第9条规定:“公司国籍国是公司依照其法律成立的国家。但当公司受另一国或另外数国的国民控制,并在成立地国没有实质性商业活动,而且公司的管理总部和财务控制权均在另一国时,则该国应视为国籍国。”该条文以成立地为基

础,以实际联系、实际控制和住所地(管理总部和财务控制)为例外,强调在3个例外条件同时满足时才不以成立地认定国籍。尽管例外适用比较严格,但也显现出对多元复合标准的认可,力图克服单一标准的局限性。

二、公司国籍认定标准的制度演进

由于成立地、住所地、实际联系和实际控制标准各具优劣,故相关规则多选择以复合标准认定公司国籍。公司国籍的认定标准集中体现于国际投资法,并在国内法和投资条约的演进中得以形塑。美国和欧盟作为国际投资规则形塑的引领者,在该问题上的规则设计反映了公司国籍认定标准的制度演进趋势。

(一)国内立法凸显多元复合的实用主义倾向

美国和欧盟作为战后国际经济秩序的主导者,其国内法深刻地影响着国际规则和后发国家法律的形塑。在公司国籍认定上,美国和欧盟基于自身在投资领域的现实需要,形成了多元复合的认定标准并凸显出实用主义倾向。

《美国示范公司法》深刻地影响着各州的公司立法,其将外国公司界定为“依据外国法律成立的公司”被诸多州借鉴。在公司法层面,成立地标准是美国公司法的主要标准,影响了美国其他部门法对公司国籍的认定。在税法上,美国认定公司国籍也主要依靠成立地标准。而在冲突法上,在美国法学会起草的《第三次冲突法重述》中,法人的连结点被推定为法人的主营业地。对于特定的法人,如公司、有限责任公司和有限合伙等,连结点也可能是其注册登记的机关所在地。^⑥由此可见,在美国冲突法领域,成立地和主营业地共同构成公司国籍认定的基础标准。在美国的外资监管体系中,美国外资审查委员会肩负着维护国家安全并审查外商投资交易的职责。针对公司国籍的认定,美国外资审查委员会依据2007年《外国投资和国家安全法》制定的《关于外国在美并购有关条例》(以下简称《条例》)中有着较为全面的规定。《条例》首先以原则加例外的方式对外国实体的判断进行规定。外国实体是指任何依据外国法律成立的公司或组织;若其主营业地在美国境外或其股票主要在美国以外的市场进行交易,则

该公司也将被认定为外国实体。该条款同时强调,若相关实体的主要财产由美国公民或法人拥有,则会被排除在外国实体外。可见,《条例》仍以成立地和住所地中的主营业地为基础判断外国公司,同时以实际控制作为例外适用。针对实际控制,《条例》强调任何被外国政府和实体控制的公司都会被列入审查范畴。在此基础上,其通过例举进一步明确在不同情况下外国公司的认定标准。在判定公司是否为美国外资审查委员会监管的外国公司时,除通过成立地和主营业地对目标公司进行识别外,更强调对目标公司控制者的审查。即使目标公司是依据外国法成立并在外国营业的,只要控制者为美国公民或公司则目标公司便会被视为美国公司;反之,即使目标公司是依据美国法在美国营业的公司,只要相关证据证明该公司的控制者是外国人,则其也应被视为外国公司。在对公司控制者的认定上,《条例》第800.216条更定准于股权和投票权,强调只要美国国民持股占50%及以上或掌握控制公司的投票权时,目标公司则为美国公司。这体现美国在对公司国籍的认定中强调实际控制并细化考察标准的倾向,凸显出高度的实用主义以提升规则的可操作性。美国财政部海外资产管理办公室作为对外实施经济制裁的执行机构,在对“美国人”的界定上既将注册于美国的企业(包括非美国企业的美国办公室和子公司)作为认定依据,也将美国个人及实体拥有或控制的第三国企业纳入规制范畴,凸显出在投资和国家安全领域对实际控制的关注。

欧洲作为公司国籍认定标准的主要诞生地,在其法律演进尤其是投资法的更新中更重视对相关标准的复合运用。虽然《欧洲共同体条约》第133条规定的“共同商业政策”赋予了欧共体统一有关商业领域政策与法律的权力,但是因条款主要针对贸易而令与投资有关事项被排除在外。2009年12月1日生效的《里斯本条约》将“外国直接投资”引入《欧洲联盟运行条约》的共同商业政策,使之成为欧盟的专属权能。在该领域只有欧盟才可以立法和制定具有法律约束力的文件,成员国仅在欧盟授权或为实施欧盟法令的情况下才能作出规制。^⑦《欧洲联盟运行条约》第54.1条明确成立地和住所地是欧盟判定公司

国籍的基础标准,基本符合欧盟成员国的法律传统。1998年欧共体向世界贸易组织发出的《关于建立欧共体条约的通知》(以下简称《通知》)表明,在上述标准外与成员国拥有“有效和持续的联系”的公司,尤其仅在欧盟设立办事处的公司,都享有与本国公司同等地位。^⑧这意味着实际联系标准也成为欧盟认定公司国籍的另一基准,令其获得审查公司真实联系的权力。2019年欧盟颁布的《建立外国直接投资监管框架条例》(以下简称《框架》)成为欧洲外资审查的支柱,表明欧洲在制度层面的共识。^⑨《框架》第2条对“外国直接投资”的定义除了延续实际联系标准外,更将实际控制标准纳入审查范畴。在具体的审查中,欧盟强调相关公司对外资持股比例等内容的披露,凸显出在新形势下欧盟开始并日益重视实际控制标准。

可见,美国和欧盟的法律均涵盖成立地、住所地、实际联系和实际控制4种标准,其中成立地和住所地作为基础标准贯穿主要部门法,并多选择以主营业地等类型明确住所地内涵。在投资领域,本着维护投资安全和利益的需要,实际联系和实际控制标准均得到重视,以期克服成立地和住所地的形式化缺陷,探寻公司与本国真实利益关联而显露出强烈的实用主义倾向。

(二)投资条约日益重视实际联系和实际控制

公司国籍的认定标准除了是一国国内法认定公司身份的依据,也决定着投资条约的适用范围。美欧作为现代投资条约体系形塑的重要推手,在其签订的投资条约中对公司国籍认定标准的选择反映了自身的利益诉求,更引领着国际投资条约体系的演进。故须通过实证研究的方法明确相关标准在其签订的投资条约中的占比和演进方向。

截至2023年7月,美国共签订了117份投资条约,其中包含47份双边投资条约和70份与投资有关的国际条约。由于本文侧重对条约文本的分析,故相关条约只要签订便在统计范畴而不论其是否生效,其中共有63份投资条约涉及公司国籍认定问题。在63份投资条约中,针对缔约方公司国籍的认定主要存在4种模式:(1)仅以“成立地”为标准,共37份,占比约59%;(2)以“成立地、住所和实际联系”为

标准,共16份,占比约25%;(3)以“成立地和住所或实际联系”为标准,共8份,占比约13%;(4)以“成立地和实际控制”为标准,共2份,占比约3%。总体上美国在成立地和住所地标准基础上,倾向于通过实际联系或实际控制认定公司国籍。从时间分布上,笔者以10年为跨度对样本进行统计。20世纪80年代美国对外签订的10份投资条约中,8份采用“成立地和住所或实际联系”标准,且集中于这一时期前半段。20世纪90年代,美国对外签订的投资条约数量急剧上升,在36份投资条约中有33份采用单一成立地标准并贯穿20世纪90年代。以“成立地和实际控制”为标准的1994年《美国和蒙古双边投资条约》(第1条)和1998年《美国和立陶宛双边投资条约》(第1条)也出现在该阶段。另外,该阶段唯一出现的同时以“成立地、住所和实际联系”为标准的投资条约是1992年签订的《北美自由贸易协定》(第1139条)。这体现出在投资保护上的高标准和前瞻性,以及缔约国之间投资监管模式的互认性。21世纪以来,除了2000年《美国和越南贸易关系协定》和2003年《美国 and 老挝贸易关系协定》中采用单一成立地标准认定缔约国公司国籍外,其余15份投资条约均采用了“成立地、住所和实际联系”标准。这其中除了2005年《美国和乌拉圭双边投资条约》外均为2003年后美国对外签订的自由贸易协定,并且美国一度主导的《跨太平洋伙伴关系协定》第9.1条和《美国-墨西哥-加拿大协定》(以下简称《美墨加协定》)第14.1条也都采用该标准。因此,美国基本形成了以成立地为基础,兼顾住所地、实际联系和实际控制的模式,呈现出从单一到复合的演进趋势,推动了国内法与投资条约的协调。

截至2023年7月,欧盟共签订了79份投资条约,其中共有34份涉及公司国籍认定。在34份投资条约中公司国籍认定标准存在下述4类:(1)“成立地和住所或实际联系”,共27份,占比约79%;(2)“成立地和实际联系”,共4份,占比约12%;(3)“成立地和实际联系或实际控制”,共2份,占比约6%;(4)“成立地和住所或实际联系或实际控制”,共1份,占比约3%。在时间分布上,20世纪欧盟对外签订的18份投资条约均采用“成立地和住所或实际联系”标准,

有关实际联系的认定主要强调与当地存在真实且持续的联系,凸显出对《通知》的遵守。21世纪以来,虽然仍有9份投资条约采用“成立地和住所或实际联系”标准而具有绝对优势,但住所地标准却逐渐式微。以2016年《欧盟和加拿大自贸协定》为界,之前签订的投资条约均含有住所地标准,之后签订的8份投资条约中仅有2017年《欧盟和亚美尼亚自贸协定》和2018年《欧盟和新加坡双边投资条约》保留了住所地标准。该阶段实际控制标准则呈现出增长趋势,体现出欧盟在公司国籍认定上对实际控制的重视。从欧盟签订的投资条约中公司国籍认定标准的演进看,由于《欧洲联盟转作条约》第54条对成立地和住所地的规定以及《通知》等对实际联系的强调,使成立地、住所地、实际联系成为欧盟认定公司国籍的主要依据。但随着跨国公司的蓬勃发展,住所的游离令住所地标准的作用愈发弱化。资本的跨境流动更令实际控制标准得到重视,尤其在欧盟与加拿大、中国等重要的资本输出国的投资条约中作用更加凸显。以实际控制为标准确定公司国籍更能扩大欧盟外资审查的范畴,提升投资法律规则的灵活度。

通过对美国和欧盟国内法和投资条约中公司国籍认定标准演进趋势的检视,可以得出以下结论:(1)国内法以实用主义为倾向全面涵盖了4类公司国籍认定标准,其认识到不同标准的优势与局限,希冀通过多元复合满足不同部门法在不同阶段的需求,实现保护本国公司海外投资利益和保障本国资本市场安全等多重目标。(2)投资条约在文本上也基本涵盖了4类标准,然而随着资本全球流动的加速,其更加重视对实际控制和实际联系标准的使用。比较而言,美国作为全球最大的资本输出国海外投资利益广布,且因技术等领域的优势而更为忌惮外国资本对其相关领域的染指,实际控制标准既可以有效维护海外利益也能保证本国安全。欧盟虽不及美国对国际资本的控制力,但因市场的广阔和开放令其与国际资本深度联系,故以实际联系标准认定公司国籍可以扩大投资条约保护范围。(3)从国内法和投资条约的关系看,一方面,国内法对4类标准的涵盖为投资条约基于与缔约相对方关系和利益诉求挑选标准提供支撑,尤其是欧盟对实际联系的重视很大程

度源于《通知》的规定,二者基本呈现出静态维度的相互应和;另一方面,美欧国内法近年来愈发重视实际联系和实际控制标准,也与其在投资条约中对两大标准的强调形成呼应,实现了动态维度标准演进的协调。

三、中国公司国籍认定标准的检视

基于不同公司国籍认定标准的优劣,美欧均在国内法和投资条约中进行标准的复合,并根据自身需求加强对实际联系标准和实际控制标准的适用。中国作为新兴的投资大国也应重视该问题,需要在检视中国公司国籍认定标准的基础上明确新形势下存在的问题。

(一)中国公司国籍认定标准的规则检视

1979年《中华人民共和国中外合资经营企业法》(已废止)第1条规定中外合资经营企业是“经中国政府批准、在中华人民共和国境内设立”的企业,采用的便是成立地标准。该标准在1986年《中华人民共和国外资企业法》(已废止)第1条和1988年《中华人民共和国中外合作经营企业法》(已废止)第1条得以沿用。1993年《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)第199条规定“本法所称外国公司是指依照外国法律在中国境外登记成立的公司”,仍为单一成立地标准,为我国公司国籍制度奠定了基调。^⑨进入21世纪以来,在我国境内从事商事活动的公司国籍愈发复杂。尽管该阶段相关部门法也开始关注实际控制标准、实际联系标准等标准,但在公司国籍的认定上仍坚持单一成立地标准。2019年颁布的《中华人民共和国外商投资法》(以下简称《外商投资法》)对标国际通行标准构建了新的投资法体系。尽管2015年商务部公布的《中华人民共和国外国投资法(草案征求意见稿)》第11条曾引入实际控制标准,^⑩但《外商投资法》第2条仍规定“本法所称外商投资企业,是指全部或者部分由外国投资者投资,依照中国法律在中国境内经登记注册设立的企业”。这沿袭了“三资企业法”和《公司法》的单一成立地标准,表明我国在公司国籍认定上的立场未曾改变。

截至2023年7月,中国对外签订了170份投资条约,包括145份双边投资条约和25份与投资有关的国际条约。其中涉及公司国籍认定条款的投资条约

共154份,主要分为下述5种类型:(1)仅以成立地为标准,共57份,占比约37%。尽管单一成立地标准仍为我国国内法认可的唯一标准,但在占比上却并未成为主流,一定程度上反映出国内法与投资条约的分化。(2)仅以住所地为标准,共2份,占比约1%。分别为1984年《中国和挪威双边投资条约》和2003年《中国和德国双边投资条约》,凸显了我国对欧洲发达国家公司国籍认定的特殊性规定。(3)成立地和住所地复合标准,共79份,占比约51%。在该模式下,由于住所地概念的模糊性令部分投资条约倾向于对住所类型进行限定。除了2015年《中国和澳大利亚自贸协定》投资章节将住所限定为分支机构以外,有6份投资条约将住所地限定为主营业地。^②(4)成立地、住所地和实际控制交叉复合标准,共9份,占比约6%。除了1982年《中国和瑞典双边投资条约》中以住所地或实际控制为标准、2009年《中国和秘鲁自贸协定》以成立地和实际控制为标准以外,其余投资条约多要求具有缔约国国籍的公司应依据该国法律成立并有住所,或者在第三国设立由前述公司实际控制。(5)成立地、住所地、实际控制和实际联系交叉复合标准,共7份,占比约5%。其中2008年《中国和新西兰自贸协定》投资章节、2008年《中国和墨西哥双边投资条约》、2020年《区域全面经济伙伴关系协定》是成立地和实际联系标准的复合;2000年《中国和文莱双边投资条约》在要求以成立地和实际联系(实际经营)为标准外,也将缔约国国民“享有实质或控制利益”的公司纳入调整范围,展现出缔约方对实际控制的关注;2010年《中国和乍得双边投资条约》则强调适格的乍得公司应同时满足成立地、住所地和实际联系标准;2008年《中国和哥伦比亚双边投资条约》以住所地、实际联系(实际经营)标准和实际控制标准的复合,凸显了缔约方对条约适用主体范围的限制;2019年《中国和毛里求斯自贸协定》则将成立地、住所地和实际联系并列,尽力囊括相关公司。从时间分布看,我国签订的投资条约中有关外国投资者国籍的认定也基本经历了从单一标准到复合标准的演进。20世纪80年代,以成立地或住所地为单一标准的占比较高,成立地和住所地的复合标准紧随其后。并且在与瑞典、法国和瑞

士的双边投资条约中尝试引入实际控制标准,体现出西方发达国家倾向于将其控制的公司纳入到双边投资条约的保护范围。进入20世纪90年代,成立地标准以及成立地和住所地复合标准同步提升并保持主导,该阶段引入实际控制的双边投资条约主要为中国与阿根廷、秘鲁和喀麦隆等发展中国家。进入21世纪后,尽管成立地标准和住所地标准仍占优势,但实际联系标准开始出现并与其他标准复合,且占比不断提升,并在《区域全面经济伙伴关系协定》等新型经贸协定中得到认可。

从上述统计看,成立地标准和住所地标准已成为中国签订的投资条约认定公司国籍的基础标准。在演进过程中,我们也看到了不同标准的优劣,选择对诸如住所地的类型进行限定。抛开前两种标准,对实际控制、实际联系的引入和复合更显现出中国已不再拘泥于长期的缔约惯性,并开始有选择地对原有标准进行改良以增强条约的灵活性,但仍然占比较小。总之,中国在投资条约中尽管也开始采用复合标准,但仍以成立地标准和住所地标准为主,早期对实际控制标准的有限引入也多基于欧洲发达国家的要求。即使在晚近的投资条约中试图引入实际联系标准和实际控制标准,但占比依旧较小,削弱了我国在公司国籍认定上的灵活性。在国内法上,不同于美欧全面涵盖各类公司国籍认定标准,为投资条约选择适当的标准提供支持并实现了国内法与投资条约协调共进。我国国内法在文本上仍坚持单一成立地标准,类型涵盖不全和国内法与投资条约分化脱节,令我国进行外资审查和保护海外投资利益缺乏国内法支撑。

(二) 中国公司国籍认定标准的问题检视

公司国籍认定标准类型不全和国内法与投资条约的分化脱节,构成了目前中国在公司国籍认定上的两大问题。尽管上述问题主要停留在规范层面,但随着国际投资体系不断限缩化,相关问题将日益凸显。需要在检视当前中国在投资领域面临的新形势基础上,挖掘公司国籍认定标准存在的现实问题。

美国和欧盟主导下的国际投资体系限缩化构成新形势的总体特征。现代国际投资体系得益于战后美欧的推动,其既通过双边投资条约和《华盛顿公

约》的缔结促使东道国减少对投资活动的干预以保障投资自由;也通过建立投资者与东道国争端解决机制弱化争端解决的政治性,在实体和程序两方面保障投资自由化。^②2008年金融危机令美国和欧盟陷入周期性经济低迷,资本大举出境进入亚太发展中国家谋求利润,促使中国等亚太新兴国家加速崛起,百余年来经济中心首次东移。“东升西降”的权力对比变化,令发达国家开始走向去自由化的方向以维护本国经济利益。^③

在国际法层面,实体规则上,早在2004年《美国双边投资条约范本》(以下简称《美国范本》)中就显现出从强调对投资者保护向更加尊重东道国规制权的立场转变。2012年《美国范本》进一步突出了东道国在环境保护、劳工政策上的权力。正是在美国的影响和主导下,无论是《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》还是《美墨加协定》均加强了政府规制权。同时,西方国家在新近缔结的投资条约中也扩大安全例外条款适用并引入主观判断标准,为其基于国家安全干预投资背书。^④在程序规则上,美国和欧盟作为投资者与东道国投资争端解决机制的拥趸长期强调其正当性。但随着投资体系的限缩化,它们也走入了反对该机制的行列。^⑤在国内法层面,美国的《外国投资风险评估现代化法》和欧盟的《框架》均扩大了外资审查范围,意图防止他国染指其关键基础设施、高科技和军工等领域。为配合该目标,近年来美国和欧盟均在公司国籍认定上强调实际联系标准和实际控制标准,为外资审查“刺破公司面纱”找寻公司背后的主导者提供依据。因此,包括海外版抖音平台在内的公司即使在当地注册并设立住所,也无法打消美国和欧盟的顾虑而将之视为中国公司。

面对国际投资体系限缩的外部新形势,中国在投资领域的角色转变也令我们需要对投资规则作出调整。改革开放以来中国快速成为全球重要的资本输入国,进入21世纪中国也逐步扩大对外投资。尤其在“一带一路”倡议的推动下,2014年中国的资本输出超过资本输入,实现了从资本输入国向资本输出与输入并重的角色转变。^⑥中国的角色转变与美国和欧盟等对带有中资成分企业的定向制裁,使中国在国际投资领域的规则构建和政策制定需实现两

大目标:首先,中国需借助投资条约和国内法有效维护我国企业的海外投资利益,尤其在中国投资者遭受损失时支持其通过投资条约维权并限制诸如安全例外条款的滥用。其次,中国也需通过国内法和投资条约的协调,为中国资本市场的继续有序开放提供保障。既要继续吸引外资助力中国发展,也要加强和完善外资审查以保证总体国家安全。公司国籍认定标准则会在国内法和投资条约两方面发挥作用。国内法和国际法尽管力求在各自的法律系统内达到和谐一致,但在发展的过程中又在总体上相互关联、互为因果、互相渗透、互相促进。^⑦投资作为嵌入到东道国既有治理监管体系的经济活动,更会触及缔约国国内法的各层面,条约也多数指向国内法。在国际投资体系限缩化的趋势下,缔约国国内法在投资条约中的作用也将日益凸显,两者的关联性更进一步强化。^⑧无论是与投资相关的国内立法还是投资条约的起草,均应认识到国内法与国际法是高度关联的规则体系。国内不同的部门法会因定位和需求不同在规则上存在差异,但投资条约指向的国内法却是整体。虽然中国国内法零散的显露出对实际控制标准和实际联系标准的认可,但因缺乏完整涵盖4类认定标准的统一规定,而令该规则体系无法整合。基于维护我国海外投资利益和推进高水平对外开放的两大目标,相关问题也将进一步凸显。一方面,国内法类型涵盖不足既会进一步凸显成立地标准的缺陷,导致在外资审查等工作的推进中难以适用实际联系标准和实际控制标准甄别“假本国公司”;也会导致我国政府无法对与我国存在真实利益关联的公司展开保护,因相关工作的推进缺乏法律依据而减损我国海外投资利益。另一方面,国内法和投资条约的分化脱节会令我国在投资条约谈判中受限,即使突破国内法采用多元复合标准也可能遭到诟病。同时,规则的脱节也不利于我国对接新型多边经贸条约并削弱我国法律的域外适用,影响国内法治和涉外法治的统筹推进。

四、中国公司国籍认定标准的制度调适

面对新形势下公司国籍认定标准上的现实问题,我国应从国内法和投资条约两方面展开制度调适。要在完善我国公司国籍认定标准类型并促进国

内法和投资条约协调的基础上,进一步发挥公司国籍认定标准的功能,为我国保护海外投资利益和推进高水平对外开放提供支撑。

(一)完善我国法律公司国籍认定标准的类型

党的二十大报告强调加强涉外领域和关键领域立法,公司国籍认定标准的完善须聚焦国内法。虽然《外商投资法》施行后有关外国公司国籍的认定应由其调整,但是修法时机尚未成熟恐难度较大。当前正值《公司法》的修订阶段,《外商投资法》第2条实际上也援引了《公司法》的规定,故率先从《公司法》完善公司国籍认定标准并适时推动相关国内法的联动修改是现阶段更为现实的选择。2023年9月公布的《中华人民共和国公司法(修订案)(三次审议稿)》第243条仍沿用了现行《公司法》的单一成立地标准,可见对该问题的忽视。《外商投资法》取代“三资企业法”后将对外资企业的调整纳入到《公司法》的范畴,《公司法》便要兼顾外资企业的特殊性,公司国籍认定标准则决定了某公司应归入何种调整模式。^⑨基于对中国公司国籍认定标准演进趋势的检视,相关法律和投资条约已显露出对单一成立地标准的改良。同时,目前我国积极申请加入《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》等新型经贸协定。《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》第9.1条将公司国籍的认定标准规定为“根据一方法律成立或组织的企业,或位于一方境内并在该地区开展商业活动的分支机构”,凸显对住所地和实际联系的重视,这也要求我国在加入《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》的过程中调整国内法与之接轨。在《公司法》的修订中应改变单一成立地标准,将外国公司国籍认定条款修改为“本法所称外国公司是指:(1)依照外国法律在中华人民共和国境外设立的公司;或(2)在外国存在住所并与当地存在实质且持续联系的公司;或(3)依照中华人民共和国法律设立或在中华人民共和国境内存在住所,但由外国实体控制的公司”。该条款全面引入4类公司国籍认定标准并作出框架性规定,也能实现与《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》的对接。然后,应综合利用各层级法律规范的效力,形成层次化的公司国籍认定标准体系,实现稳定性、操作性和试验性的协调。《公司法》作为法律处于我国法律体系

的较高位阶,在公司国籍的认定上应起到框架性作用。故将住所地标准、实际控制标准和实际联系标准的引入应保持原则性规定,不具体限定以何方式将上述标准复合,为下位法和投资条约的设计保留空间。在以《公司法》为代表的法律之下,行政法规、地方性法规应在不突破法律的前提下对外国公司国籍的认定标准进行细化规定。笔者认为,相关法规应在成立地标准和住所地标准的基础上,重点关注实际控制标准的运用。以期更全面地发现投资公司背后的控制者,保障关键领域的国家安全。对于实际联系标准和实际控制标准的认定,则可率先借助浦东新区法规、海南自贸港法规等地方的试验性立法,根据本区域外资企业的实际情况以及引进外资和外资审查的现实需求,对公司国籍认定标准中住所的类型、实际控制的股权或投票权的比重,以及实际联系中实质性商业活动表现形式的列举,作出更详细的规定。借助特定经济区法规的先行先试优势,在实践中发现并解决问题,不断调整规则并逐步将之推广到相关行政法规甚至法律中,^⑩形成完善的公司国籍认定标准体系。

(二)发挥投资条约公司国籍认定标准的功能

国内法建立包括成立地、住所地、实际联系和实际控制的公司国籍认定标准体系,将为我国在投资条约中确立适当的标准提供支持。随着我国成为资本输出与输入并重的投资大国,如何借助投资条约保护我国企业海外投资利益,不断扩大投资条约体系以促进我国与世界的接轨成为关键问题,对公司国籍认定标准的设计也是投资条约谈判中的重点。

从保护我国企业海外投资利益的角度,面对各国强化外资审查并可能滥用国家安全例外条款的现实,借助投资条约锁定缔约方的条约义务尤为重要。因为无论是美国还是欧盟的外资审查,其都通过灵活适用实际联系标准和实际控制标准找寻公司的真实国籍,实现对包括中国在内的相关国家企业的定向制裁。所以中资企业无论如何更换成立地或住所地,只要其仍为我国实体控制或具有实际联系便很难规避制裁。在包含我国实际投资利益的企业遭受他国侵害时,我国应主动利用条约帮助其维护合法权益。中国应在相关投资条约设计中引入并重

视实际联系、实际控制等标准,适度扩大投资条约的保护范围。这将明确公司与我国的真实联系,为企业的海外维权提供国家层面的力量支持。^③对于相关国家滥用国家安全例外条款逃避投资条约义务的情况,综合利用多种公司国籍认定标准并扩大投资条约适用范围也将发挥一定作用。因为公司国籍的确定是适用投资条约的前提,引入实际联系标准和实际控制标准后,将令那些与我国存在真实利益关联的企业纳入投资条约保护范围,为更多中资企业提供维权途径。在平行规制的丛林世界中对国际法的解释与适用也需要依托国家的实力。面对我国的经济体量和综合国力,东道国想要动用国家安全例外条款规避投资条约义务时也会有所顾忌。即使东道国在仲裁中提出抗辩,相较于小国企业“无声”的控诉,我国企业基于国家安全条款设置初衷对条款适用进行限缩解释的表达或许更为有力。在我国后续的投资条约设计中,相关条款建议采用如下表述:“缔约方法人指:(1)根据缔约任何一方可适用的法律和法规设立或组建,且住所在该缔约一方领土内并有实际经营活动的任何实体;(2)按照非缔约一方的法律建立,但是由缔约方国民或法人直接所有或控制的法律实体”。该条第1款将成立地、住所地和实际联系以“且”的方式加以复合,以确立公司与我国存在真实的联系。第2款则以实际控制为标准与前款并列规定,将由我国资本控制的公司涵盖进条约的规制范畴以保护海外投资利益。

从完善和扩大我国投资条约体系以推进高水平对外开放的角度,积极加入《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》、推动《中国和欧盟投资协定》尽快落地和中美双边投资条约等关键投资条约的缔结仍是未来工作的重点。虽然中美之间的分歧影响到当前国际经济形势的变化和体系的调整,但是中美依旧存在紧密的利益联系和巨大的合作空间,双边投资条约的谈判也将进一步让双方明晰共识与分歧而深化合作,为解决海外版抖音平台等企业的困境提供方案,更会对国际投资条约体系的演进产生结构性影响。因此,需要未雨绸缪对与美国缔结的投资条约中公司国籍认定条款进行设计。面对美国投资政策的限缩化,中国既要秉持多元复合的公司国籍认定

标准扩大条约适用范围,以有效维护我国在美投资利益;也应看到中美之间资本高度融合的现实,大量的企业存在中美共同持股的情况,若过度扩大范围将导致公司的双重国籍并引发问题。由此,中美在公司国籍认定上更应细化相关标准。同时,应考虑在部分双边投资条约中适用利益否决条款,减少国籍标准固定化带来的负面影响,防止“条约选购”“免费搭车”以及国际商业透明度缺失等问题,保护东道国的利益和公平的竞争环境。^④在与美国的投资条约后续谈判中,可以参照前述的建议条款进行细化。尤其应从公司住所的类型、实际联系的时间与方式、持股比例等方面划定何种公司属于本国,保证条约的可操作性。

五、结语

因以成立地标准、住所地标准、实际联系标准和实际控制标准为主要类型的公司国籍认定标准在理论上各具优劣,故在实践中多元复合标准日益得到认可。当前美欧的公司国籍认定标准已从单一独立走向多元复合,并日益重视实际联系标准和实际控制标准的作用。而中国国内法公司国籍认定标准类型不全和国内法与投资条约的分化脱节的问题,在国际投资体系限缩化下将进一步凸显,这可能导致我国既无法有效开展外资审查,也难以利用投资条约保护海外投资利益。中国应完善国内法中公司国籍认定标准类型,借助《公司法》修订契机全面引入4类公司国籍认定标准,在多层次立法中形成符合我国实际需求的公司国籍认定体系。在投资条约中应基于我国资本输出与输入并重的地位,重视实际联系和实际控制标准以扩大其保护范围,在国内法和投资条约的协调中为吸引外资和保护海外投资利益提供法律支撑。

注释:

① See José E. Alvarez, Contemporary International Law: An "Empire of Law" or the "Law of Empire", 24 American University International Law Review, 832-836(2009).

② 参见李双元:《国际私法(冲突法篇)》,武汉大学出版社2016年版,第306~316页。

③ See *Bacelona Traction Light & Power Company Limited (Belgium v. Spain)*, Judgement of 5 February 1970, ICJ Report, 1970.

④ See Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, pp. 49-52.

⑤ See *Tokios Tokelés v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, 29 April 2004.

⑥ See *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, UNCITRAL Partial Award, 17 March 2006.

⑦ See *Yaung Chi Oo Trading Pte. Ltd. v. Government of the Union of Myanmar*, ASEAN I. D. Case No. ARB/01/1, Award, 31 March 2003.

⑧ See *De Beers Consolidated Mines, Limited v. Howe (Surveyor of Taxes)*, [1905] 2 K. B. 612.

⑨ See *Champion Trading Company, Ameritrade International, Inc. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/02/9, Decision on Jurisdiction, 21 October 2003.

⑩ See *Venezuela Holdings, B. V., et al (case formerly known as Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B. V., et al.) v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/27, Decision on Jurisdiction, 10 June 2010.

⑪ See *Liberian Eastern Timber Corporation v. Republic of Liberia*, ICSID Case No. ARB/83/2, 2 ICSID Reports, 351 (1994).

⑫ See *Vacuum Salt Products Ltd. v. Republic of Ghana*, ICSID Case No. ARB/92/1, Award, 16 February 1994.

⑬ See *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels v. Senegal*, ICSID Case No. ARB/82/1, Decision on Jurisdiction, 1 August 1984.

⑭ See *Autopista Concesionada de Venezuela, C. A. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/00/5, Decision on Jurisdiction, 27 September 2001.

⑮ See John Dugard, Fourth Report on Diplomatic Protection, Special Rapporteur, p. 11, http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_530.pdf, 2023-05-07.

⑯ 参见杜涛:《国际私法国际前沿年度报告(2017-2018)》,《国际法研究》2019年第3期。

⑰ 参见张庆麟、张惟威:《〈里斯本条约〉对欧盟国际投资法律制度的影响》,载武汉大学国际法研究所主编:《武大国际法评论》(第15卷第1期),武汉大学出版社2012年版,第255页。

⑱ WTO, Standard Format for Information on Economic Integration Agreements on Services European Communities and Their

(Twelve) Member States, WT/REG39/1, April 24, 1998.

⑲ 参见冷帅:《欧盟外资监管和安全审查立法的评估与应对——基于〈建立外国直接投资监管框架条例〉的分析》,《现代法学》2019年第6期。

⑳ 参见张磊:《论我国公司国籍制度的改革——以上海自贸区的负面清单为视角》,《东方法学》2014年第1期。

㉑ 《中华人民共和国外国投资法(草案征求意见稿)》第11条第2款规定“受前款规定的主体控制的境内企业,视同外国投资者”。

㉒ 参见1992年《中国和菲律宾双边投资条约》、1994年《中国和罗马尼亚双边投资条约》、1996年《中国和沙特阿拉伯双边投资条约》、1996年《中国和津巴布韦双边投资条约》、1996年《中国和赞比亚双边投资条约》和2004年《中国和乌干达双边投资条约》。

㉓ See Feng Shuo & Shen Wei, Calvo Is Back! Changing Sovereignty and Evolutionary Investment Law in a Leaving and Return of the State Paradigm, 13 Journal of East Asia and International Law, 314-317 (2020).

㉔ 参见梁咏、魏妮:《后疫情时代中国引领的投资争端调解机制创新研究——以中国对中亚五国投资实证研究为视角》,载刘晓红主编:《“一带一路”法律研究》(第3卷),中国政法大学出版社2021年版,第174~176页。

㉕ 参见沈伟:《国际投资协定中的安全例外条款:全球趋势与中国实践》,《比较法研究》2022年第6期。

㉖ 参见余劲松:《投资条约仲裁制度改革的中国选择》,《法商研究》2022年第1期。

㉗ 参见孔庆江、王荣华:《“一带一路”投资安全保障机制体系研究》,《上海政法学院学报》2022年第5期。

㉘ 参见李龙、汪习根:《国际法与国内法关系的法理学思考——兼论亚洲国家关于这一问题的观点》,《现代法学》2001年第1期。

㉙ See José E. Alvarez, The Return of the State, 20 Minnesota Journal of International Law, 230-231 (2011).

㉚ 参见刘志云、温长庆:《〈外商投资法〉与公司企业法的衔接与协调》,《南京大学学报》(哲学·人文科学·社会科学)2021年第3期。

㉛ 参见刘晓红:《推进高水平对外开放的法治维度》,《政治与法律》2023年第4期。

㉜ 参见冯硕:《TikTok被禁中的数据博弈与法律回应》,《东方法学》2021年第1期。

㉝ 参见张晓静:《投资条约中的利益否决条款研究——由“艾美特公司诉乌克兰案”引发的思考》,《法商研究》2012年第6期。