



浙江省哲学社会科学规划
后期资助课题成果文库

外资准入法律制度研究

Waizi Zhunru Falü Zhidu Yanjiu

项安安 著

中国社会科学出版社



浙江省哲学社会科学规划
后期资助课题成果文库

外资准入法律制度研究

Waizi Zhunru Falü Zhidu Yanjiu

项安安 著

RFID

中国社会科学出版社

图书在版编目(CIP)数据

外资准入法律制度研究 / 项安安著. —北京: 中国社会科学出版社,
2019. 6

(浙江省哲学社会科学规划后期资助课题成果文库)

ISBN 978-7-5203-4799-0

I. ①外… II. ①项… III. ①外商投资-涉外经济法-研究-中国
IV. ①D922. 295. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2019)第 156734 号

出 版 人 赵剑英
责任编辑 宫京蕾
责任校对 秦 婵
责任印制 李寡寡

出 版 中国社会科学出版社
社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号
邮 编 100720
网 址 [http: //www. csspw. cn](http://www.csspw.cn)
发 行 部 010-84083685
门 市 部 010-84029450
经 销 新华书店及其他书店

印刷装订 北京君升印刷有限公司
版 次 2019 年 6 月第 1 版
印 次 2019 年 6 月第 1 次印刷

开 本 710×1000 1/16
印 张 12. 5
插 页 2
字 数 211 千字
定 价 59. 00 元

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社营销中心联系调换
电话: 010-84083683
版权所有 侵权必究

目 录

第一章 导言	(1)
一 问题的提出	(1)
二 研究目标和意义	(2)
三 本书主要内容	(4)
第二章 外资准入制度的理论结构	(7)
第一节 外资准入的相关概念辨析	(7)
一 外资的界定	(7)
二 外资准入的概念	(11)
第二节 外资准入的主要内容	(13)
一 准入的范围	(14)
二 准入的条件	(14)
三 准入的审批	(15)
第三节 外资准入制度的法律体系	(16)
一 国际投资自由化对外资准入立法的影响	(16)
二 国际法体系	(18)
三 国内法体系	(24)
第三章 负面清单管理模式研究	(32)
第一节 国民待遇标准和清单模式的比较分析	(32)
一 国际投资协定中的国民待遇标准比较分析	(32)
二 国际投资协定中的清单管理模式比较分析	(34)
第二节 多边投资协定中的负面清单	(38)
一 《北美自由贸易协定》	(39)
二 《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》	(44)
三 《东盟全面投资协定》	(48)

第三节 各国负面清单实践	(52)
一 美国负面清单实践	(53)
二 加拿大负面清单实践	(56)
三 其他国家的相关实践	(59)
第四章 限制履行要求措施的趋势	(63)
第一节 履行要求概述	(63)
一 履行要求的概念	(63)
二 履行要求的种类	(65)
三 东道国实施履行要求的理由	(70)
四 履行要求减少趋势的原由	(73)
第二节 国际投资规则限制履行要求的实践	(74)
一 多边投资规则中对履行要求的限制	(74)
二 区域投资协定中的履行要求禁止条款	(77)
第三节 履行要求的国内法实践	(78)
一 四个发展中国家的相关实践	(79)
二 四个发达国家的相关实践	(87)
第五章 外资准入审批制度	(91)
第一节 外资准入审批制度理论问题分析	(91)
一 外资准入审批制度的概念和性质	(91)
二 外资准入审批的机构	(92)
三 外资准入审批的范围	(93)
四 外资准入审批的内容	(94)
第二节 各国国家安全审查制度新近发展及其存在的问题	(95)
一 各国国家安全审查制度的最新进展概况	(96)
二 安全审查制度存在的问题	(98)
三 国家安全审查的国际协调	(105)
第三节 各国外资准入审批制度的立法	(109)
一 加拿大外资审批制度	(109)
二 美国国家安全审查制度	(115)
三 印度外资审批制度	(117)
四 墨西哥外资审批制度	(119)
五 对各国外资准入审批制度的比较及评价	(120)

第六章 我国外资准入相关问题研究	(122)
第一节 国际新形势对我国外资准入立法的影响	(122)
一 投资的逆全球化趋势	(122)
二 可持续发展的新一代投资政策	(123)
三 新形势下我国的应对措施	(125)
第二节 我国外资准入制度概况	(127)
一 我国外资准入法律体系	(127)
二 我国外资准入立法的发展历史	(129)
第三节 负面清单管理模式在中国的探索实践	(133)
一 我国负面清单制度的含义	(134)
二 我国外资准入负面清单的国内立法实践	(135)
三 我国新近签订的国际投资协定中的相关规定	(138)
四 我国负面清单管理模式的构建	(140)
第四节 限制履行要求对我国的影响及其应对	(147)
一 我国履行要求措施实施现状	(148)
二 合理应对中美 BIT 谈判可能带来的影响	(153)
第五节 改革中的我国外资准入审批制度	(161)
一 我国外资准入审批制度现状	(161)
二 我国国家安全审查制度	(166)
三 我国外资准入审批制度仍需改革的问题	(169)
四 我国外资准入审批制度的完善	(171)
结 论	(177)
参考文献	(180)
后 记	(192)

第一章

导 言

一 问题的提出

根据《2017 年世界投资报告》的统计,自 2015 以来,各国虽然仍然热衷于吸引和促进外国直接投资,但在所有新采用的投资政策措施中,放宽和促进外国投资的措施一直在下降,而监管或限制方面的措施则有所加强。^① 投资自由化措施的比例下降到了 79%,远低于 20 世纪 90 年代的 90% 以上的比例。而且采用投资放宽和促进政策的国家大部分是亚洲的发展中国家。事实上,自 20 世纪 90 年代以来,国际投资规则加快了自由化的发展趋势。发达国家通过将投资自由化纳入多边、双边投资协定向发展中国家推销:WTO 框架下的《与贸易有关的投资措施协议》(TRIMs) 规制了东道国对外国投资者所提的业绩要求,旨在减少或消除要求外国投资者在生产过程中使用本地产品的法律;1994 年《北美自由贸易协定》(NAFTA) 虽然只有三个成员国,但其关于投资的第 11 章更像是一项大胆的创新,涵盖了综合的、高度自由化的投资规则;2015 年《泛太平洋战略伙伴关系协定》(TPP) 获得签署,后来由于美国的退出,剩余的 11 个国家仍保留了绝大部分条款打算继续实施,并改协定名称为《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(CPTPP),被认为是目前最高标准的贸易投资自由化协定。

在经济全球化以及投资自由化的趋势下,如何使我国的外资法律体系在制度构建上对外国资本流入显得更具有吸引力? 这需要我们在外资准入制度、外资管理制度、外资激励制度等方面更加系统化、透明化。其中,外资准入自由化是发达国家推进投资自由化的重点,也是东道国外资监管

^① World Investment Report 2017: Investment and the Digital Economy, United Nations Publication, Sales No. E. 17. II. D. 3, p. 99.

的第一道门槛。因此,从准入的范围、条件和审批三个方面对外资准入制度进行系统性的阐述,完善我国外资准入制度对保证在经济全球化过程中我国利益的实现具有深远的意义。同时,中美 BIT 谈判也已经进入最实质性谈判阶段,但在负面清单、安全审查等方面仍存在明显分歧。为达成双方投资协定,我国不得不加快外资法政策的调整。

二 研究目标和意义

(一) 研究的目标

本书的研究目标是在梳理现阶段国际投资协定和具有代表性的部分国家在外资准入领域的发展动态的基础上,尝试界定外资准入制度的相关概念,分析评价负面清单管理模式、履行要求和外资审批制度的立法现状和存在的问题,探讨我国外资准入制度的现状与局限,最后针对国际外资准入实践对中国的具体影响,从国际法和国内法两个层面归纳出完善我国外资准入制度立法的对策思考,得出我国应当作出的应对方式。

(二) 研究的意义

长期以来,我国一直坚持积极有效利用外资的政策。党的十八大三中全会《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》在第 12 项《构建开放型经济新体制》中提出,放宽投资准入,统一内外资法律法规,保持外资政策稳定、透明、可预期。习近平总书记在 2017 年 7 月 17 日的中央财经领导小组会议上,提出凡是同国家对外开放大方向和原则不符的法律法规或条款,要限期废止或修订。8 月发布的《国务院关于促进外资增长若干措施的通知》中通知各省、自治区、直辖市人民政府,国务院各部委、各直属机构将全面实施准入前国民待遇加负面清单管理制度,尽快在全国推行自由贸易试验区试行过的外商投资负面清单,并进一步扩大市场准入对外开放范围。截至 2017 年,共建立了 11 个自贸试验区,出台了 2017 年版自由贸易试验区外商投资准入特别管理措施和外商投资产业指导目录。中国政府正在积极推进以我国为主导的区域经济一体化需求:加快跟本地区一些国家的“区域全面伙伴关系”(RCEP)进程,并推出和实施“一带一路”倡议,还尝试建立亚太自由贸易区(FTAAP)。因此,开展完善我国外资准入制度的相关研究,对保证在经济全球化过程中我国利益的可持续发展具有以下几方面的深远意义:

1. 我国参与区域经济一体化的需要

中国政府正在积极推进以我国为主导的区域经济一体化需求:加快跟

本地区一些国家的“区域全面伙伴关系”(RCEP)进程,并推出和实施“一带一路”倡议,还尝试建立亚太自由贸易区(FTAAP)。因此,开展完善我国外资准入制度的相关研究,有利于推进和加快中国自贸区战略的步伐,有利于为中国国际投资的发展创造一个更好的国际环境和更为有利的制度性保障,从而助推中国经济的健康和可持续发展。

2. 我国深化实施“引进来”战略的需要

长期以来,我国一直坚持积极有效利用外资的政策。党的十八大三中全会《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》在第12项《构建开放型经济新体制》中提出,放宽投资准入,统一内外资法律法规,保持外资政策稳定、透明、可预期。为了更好地实施“引进来”的国际投资战略,2014年12月28日,中国全国人民代表大会常务委员会授权中国国务院在中国(广东)自由贸易试验区、中国(天津)自由贸易试验区、中国(福建)自由贸易试验区以及中国(上海)自由贸易试验区扩展区域暂时调整有关法律规定。其中,2013年9月率先建立的上海自贸区首次在投资准入阶段探索采用负面清单管理模式,负面清单之外的投资项目和外商企业的设立都改审批制为备案制。2015年3月22日,商务部部长高虎城在中国发展高层论坛“新常态下的对外开放”分会场作出表示:“修订外商投资相关的法律,重点制定外国投资法,实现三法合一,实行准入前国民待遇加负面清单的管理方式。”2015年初,商务部发布《中华人民共和国外国投资法(草案征求意见稿)》,公开征求修改意见。习近平总书记在2017年7月17日的中央财经领导小组会议上特别强调,要加快统一内外资法律法规,制定新的外资基础性法律。

3. 维护国家安全的需要

2015年1月,联合国贸发会议发布《全球投资趋势监测报告》称我国的外资流入量首次成为全球第一。在看到这个喜人的结果同时,也意味着我国对外资监管的责任更加巨大,各种投资纠纷也在不断增加。在减少对外国投资的限制、加强对外资的保护的同时,如何维护国家安全和公共利益,保护国内企业和国民的利益,成为我国政府不得不面对的问题。即便是美国之类的西方发达国家,也未完全开放本国经济。投资准入的开放需要循序渐进,准入放开、加强监管。因此,如何平衡投资自由化趋势和国家利益,构建一套符合通行国际投资规则的外资准入法律体系至关重要。

4. 承担国际投资协定义务的需要

发展中国家历来在投资准入以及国民待遇问题上保持谨慎的态度，我国已是缔结双边投资协定最多的发展中国家，其中与 103 个国家的双边投资保护协定已经生效。从已生效的双边条约看，我国对外签订的协议中也只承诺准入后的国民待遇。但始于 2008 年的中美 BIT 谈判是以准入前国民待遇加负面清单为前提，如何把握双边投资协定中的权利义务，建立适合中国发展的外资准入制度尤为重要。

三 本书主要内容

联合国贸发会曾专门系统性阐述了国际投资中的准入和设立制度。文件根据准入的限制程度不同，指出外资准入措施的内容主要体现在三个方面：一是准入的范围，即禁止或限制外资进入的领域即涉及负面清单；二是准入的条件，包含履行要求如当地成分、技术转让的规定等；三是东道国根据自己特定的经济和社会标准对外资准入设置审查与批准制度等。因此，成果就主要围绕负面清单、履行要求和审批制度三方面展开。以参考和分析外资准入相关概念为起点，在比较研究多边投资协定、双边投资协定中涉及外资准入的条款和具有代表性的部分国家在外资准入领域的发展动态的基础上，分别对负面清单、履行要求、外资审批制度进行系统性阐述。最后，基于以上研究成果，针对国际外资准入实践对中国的具体影响，从国际法和国内法两个层面归纳出完善我国外资准入制度立法的对策思考，以期对我国外资准入制度的完善有所帮助。

专著主要内容共分为五个部分，具体内容如下：

第二章，外资准入制度的理论结构。本章首先从外资的界定、外资准入的基本含义展开，本书所指的外资是狭义的概念，即外国私人的直接投资，与国际投资的区别主要在于视角不同，即国际投资是基于国际视角，而外资则基于一个国家国内的视角。从而又延伸出两个核心要素：“外国投资者”和“投资”，同时，还有一个区分直接投资和间接投资的关键——“控制”。在外资准入概念部分，分析外资准入与市场准入、外资进入之间的区别。其次，本章介绍了外资准入的主要内容：准入的范围、准入的条件、准入的审批的基本含义，即下面三章的构成体系。最后，本章在分析了投资自由化对外资准入立法趋势影响的基础上，从博弈论的视角，指出在保护投资者利益的同时，也要保障东道国的监管权。为此，本

章分别从国际法和国内法两个角度,就有关外资准入的相关条款和立法模式进行了进一步的阐述,并指出联合国贸发会在近几年积极倡导建立的新一代投资政策体系。

第三章,负面清单管理模式研究。本章开始论述外资准入制度的实质性内容,即外资准入的范围。外资准入领域的自由化趋势是国际投资自由化中体现得最为明显的,首先面临的问题是准入的范围即哪些领域允许外资准入。本章首先比较分析了各种国民待遇标准和管理清单模式,通过与正面清单的对比说明负面清单的概念和特点。由于采用准入前国民待遇加负面清单模式的多边协定较少,主要就是 NAFTA 和 CPTPP,因此在多边投资协定领域重点介绍这两个协定中的负面清单内容。《东盟全面投资协定》也仿照美国 2012 年 BIT 范本采用了准入前国民待遇加负面清单模式,但规定较为简单,只规定了现有不符措施,对未来的不符措施,缔约国保留了制定的权力。其次,根据《世界投资报告》的排名,介绍了签署准入前投资协定前几位的国家在其国内法实践中的相关规定,对负面清单在国内法层面的发展所反映出的发达国家与发展中国家的差异进行评价分析。

第四章,限制履行要求措施的趋势。东道国除了对外国投资范围做出明确规定外,还可能规定在境内开展投资活动或接受特殊优惠的先决条件,这就是“履行要求”(Performance Requirement),也翻译成“业绩要求”。但学者关于履行要求的含义并不统一,本书采用联合国贸发会的定义,即东道国对外资准入的限制性措施。随着投资自由化趋势的进一步加强,西方发达国家倡导在国际投资立法中出现“履行要求禁止条款”。本章首先探讨了履行要求的概念、种类、实施履行要求的意义和履行减少的原因。其次探讨国际投资规则条款中关于禁止和限制履行要求的相关规定,认为虽然有不少多边条约都有禁止履行要求的相关规定,但基本没有超出 TRIMs 协议禁止的范围,除了美国主导的 NAFTA 和 CPTPP。这两个多边协定都是以美国 BIT 范本为模板,具有高度类似性,体现了高标准自由化的特征。最后,本章在联合国贸发会早期研究报告的基础上,更新相关政策的最新发展,对四个发展中国家和四个发达国家的国内履行要求措施进行了介绍。本书认为发达国家除了当地股权要求外,限制性履行要求已经几乎没有,更多采用激励性履行要求,而发展中国家也在逐渐减少对限制性履行要求的使用。

第五章，外资准入审批制度。外资准入包含实体和程序两个方面，审批制度规定了外资进入的程序，涉及由何种行政机关、依据何种程序对申请进入东道国的外资进行审批。同时也涉及实体内容，如采用何种审批标准区分是否允许投资进入。本章首先阐述了审批制度的概念和性质，外资审批的作用，审批的机构、范围和内容。审批制度是东道国调整外国投资的基本手段之一，可以起到规范、控制和管理外资，消除外资不良影响，保护国内经济的积极作用，但如果审批制度设置不合理，也会存在消极的作用。越来越多的国家包括中国正在逐渐减少普遍审批制度，只保留对部分特殊行业的审批。除了从保护民族产业的角度出发外，更多是从国家安全、公共利益的角度，有必要对这些特殊行业实施特殊的监管。国家安全审查制度作为一种特殊的外资审批制度而兴起，并获得越来越多国家的认可。美国以其最发达的外资并购国家安全审查制度为各国外资并购监管作了示范，加拿大、澳大利亚、俄罗斯等国家的国家安全审查制度也在最近几年进行了修改调整使之更符合国家利益。国际层面上，由于国家安全审查属于国内监管事项，受国际组织的影响并不大，经合组织在这方面关注较多，分别于2009年和2016年发布了两份关于国家安全相关投资政策的报告，提出非歧视、透明度、适度监管和建立责任追究作为东道国与国家安全相关的政策指导原则。最后，本章选取了两个发达国家加拿大、美国，两个发展中国家印度、墨西哥来进行重点分析，并在OECD 2016年《国家安全相关投资政策国别调查报告》的基础上，总结出各国外资审批制度的一些特征。

第六章，我国外资准入相关问题研究。该部分是全书的重点所在，探讨了我国外资准入制度存在的问题及其应对。首先提出在逆全球化投资趋势的影响下，中国在国内投资法和国际多边投资协定的努力方向，随后介绍了我国外资准入立法历程。后面三节，以维护国家安全和公共利益为外资监管标准，立足于本国国情，对我国在负面清单管理模式、履行要求和外资审批制度上的相关法律法规逐一展开论述，系统化研究外资准入制度，探讨可能存在的问题和风险，为我国完善具有自身特点的外资准入制度提供方案和建议。

第二章

外资准入制度的理论结构

第一节 外资准入的相关概念辨析

一 外资的界定

（一）国际投资与外资的关系

外资包括外国投资（Foreign Investment）和对外投资（Overseas Investment）。外国投资又分为外国直接投资（Foreign Direct Investment）和外国间接投资（Foreign Indirect Investment）。当前国内外学术界并没有严格区分外资和国际投资，并且在很大程度上经常将二者混用。笔者以为，外资和国际投资的区别主要在于视角不同：国际投资是基于国际视角，而外资则基于一个国家国内的视角。在法学上，政府投资，不论是直接投资还是间接投资，都属于国际公法调整的范围；私人的间接投资属于国际金融法下的国际证券法的调整范围；只有国际私人直接投资属于国际投资法的调整范围。“私人”总是有特定国籍属性的，因此私人投资只可能是外国投资或者对外投资。姚天冲教授在界定国际投资时就认为：“国际投资，又称对外投资或海外投资。”^① 因此，国内外理论界所称的外资通常是指“外国直接投资”。本书所指的外资也指其狭义的概念，即外国直接投资。

（二）外国投资者的界定

外资这个概念其实包含了“外国投资者”和“投资”这两个核心要素。任何国家的外资制度的重要内容之一是对外国投资者的待遇问题。要明确对外国投资者的待遇，就需要对“外国投资者”这一概念进行界定。外国投资者被定义为根据东道国的国籍法，在投资时以及整个投资期间，

^① 姚天冲主编：《国际投资法教程》，对外经济贸易大学出版社 2010 年版，第 2 页。

都没有取得东道国国籍的人。^① 当投资者是法人时, 成立地标准和住所地标准是两个常用的判断法人国际的标准, 实际控制标准也被一些国家所采用。^② 实际控制标准是指法人的国籍要由法人资本的实际控制者的国籍来确定, 即法人的多数资本被何国自然人或者法人所控制, 则法人的国籍就按照自然人或者法人的国籍来确定。^③ 这一标准曾在两次世界大战期间被用来决定一公司是否为敌国公司。^④ 英国和美国都曾经将德国控制的公司看作敌国公司, 即使这些公司都是依据英国或者美国的国内法而设立的。实践中, 多数国家同时采用复合标准, 即同时采用上述两种甚至三种标准。2015 年公布的《中华人民共和国外国投资法(草案)》(以下简称《外国投资法(草案)》) 第 11 条对外国投资者进行了明确界定。^⑤ 我国的外国投资法对自然人投资者采用不具有东道国国籍标准, 对法人投资者兼采成立地标准和实际控制标准。

(三) 投资的界定

如上所述, 本书采用狭义概念, 因此投资仅指直接投资。关于直接投资的界定, 从传统国际投资角度看, 可依投资者是否对企业享有控制权而区分为直接投资与间接投资。但在国际投资法律中, 其概念纷繁复杂, 并未有多边国际公约或有效国际习惯法作出明确统一的认定。从国内外学者理论定义看, 余劲松教授认为: “所谓直接投资, 是指伴有企业经营管理权和控制权的投资, 投资者在海外直接经营企业, 并对企业的经营管理有较大的控制权。”^⑥ 新加坡的 Sornarajah 教授认为: “当外国投资者将有形或无形资产输出到东道国, 并在其控制之下在东道国创造财富。”^⑦

从法律文本定义看, 在国际法层面, 现今全球有关投资的多边条约主

① 余劲松主编:《国际投资法》, 法律出版社 2014 年版, 第 17 页。

② 宁建文:《国际投资中的国民待遇问题新探》, 《政法论丛》2001 年第 6 期。

③ 王立君主编:《国际投资法》, 格致出版社、上海人民出版社 2010 年版, 第 20 页。

④ 姚天冲主编:《国际投资法教程》, 对外经济贸易大学出版社 2010 年版, 第 48 页。

⑤ 《中华人民共和国外国投资法(草案)》第 11 条规定: “本法所称的外国投资者, 是指在中国境内投资的以下主体: (一) 不具有中国国籍的自然人; (二) 依据其他国家或者地区法律设立的企业; (三) 其他国家或者地区政府及其所属部门或机构; (四) 国际组织。受前款规定的主体控制的境内企业, 视同外国投资者。”

⑥ 余劲松主编:《国际投资法》, 法律出版社 2014 年版, 第 1 页。

⑦ Sornarajah, M., *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 2004, p. 4.

要有《多边投资担保机构公约》《1965 年华盛顿公约》与 TRIMs 等。《多边投资担保机构公约》第 12 条仅在该公约项下的投资担保层面对投资作出定义：“（a）合格的投资应包括股权投资，其中包括股权持有者为有关企业发放或担保的中长期贷款，和董事会确定的其他形式的直接投资。（b）董事会经特别多数票通过，可将合格的投资扩大到其他任何中长期形式的投资。但是，除上述（a）款中提及的贷款外，其他贷款只有当它们同机构担保或将要担保的具体投资有关时，才算合格。……”《1965 华盛顿公约》与 TRIMs 虽涉及投资，但未对这一概念作出明晰且得到国际一致认可的定义。

区域性公约如《北美自由贸易协定》（NAFTA）在其第十一章的第 1139 条对投资列举了 8 种形式：“投资指（a）企业；（b）企业发行的普通股票；（c）企业发行的债权；（i）企业是投资者的隶属机构，或（ii）债权原始偿还期限至少为三年，但不包括国有企业发行的债权，不论其原始偿还期限的长短；（d）对企业的贷款：（i）企业是投资者的隶属机构，或（ii）债权原始偿还期限至少为三年，但不包括国有企业发行的债权，不论其原始偿还期限的长短；（e）在企业中的利益，所有者可居之分享企业的收入或利润；（f）在企业中的利益，所有者可居之分享企业解散后的资产，但不包括（c）项、（d）项之外的债券或贷款；（g）不动产或其他有形或无形的财产，且系预期所得或用于经济利益目的或其他商业目的所得；（h）源于向缔约一方境内的经济活动投入资本或其他资源的利益。”且投资排除了不在上述种类中的货币请求权。接着后面一款又提到所谓“缔约方投资者的投资是指为缔约方投资者直接或间接拥有或控制的投资”。

经济合作与发展组织在其《OECD 外国直接投资的标准定义 2008》第三章中对直接投资定义为：“外国直接投资反映了这样一个目标即为了获得持久的利益，一个经济实体的居民企业（直接投资者）在另一个经济体设立企业（直接投资企业）。持久利益是指直接投资者和直接投资企业存在长期关系，并且投资者对投资企业的经营管理有重大影响。”^①

2019 年公布的《中华人民共和国外商投资法》（以下简称《外商投资

^① OECD, “Main Concepts and Definitions of Foreign Direct Investment”, in *OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment 2008*, Fourth Edition, OECD Publishing, 2009, p. 48.

法》)第2条规定:外商投资是指外国的自然人、企业和其他组织(以下称外国投资者)直接或者间接在中国境内进行的投资活动,包括外国投资者单独或者与其他投资者共同在中国境内投资新建项目、设立外商投资企业,外国投资者取得中国境内企业的股份、股权、财产份额或者其他类似权益,以及外国投资者通过法律、行政法规或者国务院规定的其他方式在中国境内投资。

而从投资仲裁实践看,虽然《华盛顿公约》的制定者为确保公约可适用于随着经济发展而不断变化的投资而未在其第25条给予其明确定义,但ICSID的一系列裁决确定了判断适格投资的特征标准:是否构成投资取决于争议项目是否具有持续的时间段、稳定的收益和汇报、承担风险以及对东道国发展具有重要意义的实质贡献四项要素。^①1997年的Fedax NV v. Republic of Venezuela案中,仲裁庭结合《公约》第25条第1款与Schreuer教授的观点,确定了上述标准。这一标准被其后许多仲裁庭援引,如Salini v. Morocco案。^②从Fedax案至2014年,ICSID仲裁庭已在数十个案件中运用前述方法判断投资。^③

考察上述关于投资的定义,可以发现尽管学者理论、国际、国内立法和仲裁实践关于投资的定义不完全一样,也不管投资的方式有哪些,但都涉及下列特征:(1)投资时间比较长,投资者谋求的是长期利益;(2)投资者通过某种方式能控制被投资的企业,或对企业的经营管理乃至东道国经济发展有重大影响。因此,有学者认为虽然国际投资协定中“投资”的定义日益扩大,几乎囊括了国际投资实践的所有财产类型,但即使包含了若干所谓间接投资的资产,并不表明国际投资法的调整范围也扩大到了间接投资,大多数的国际投资协定明确排除对投机和短期资本的保护。^④

关于什么是“控制”?一些国际组织和国内法也做出了非常具体的界

^① Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2001, p. 140.

^② Salini Costruttori SPA and Italstrade SPA v. Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23 July 2001, para 52.

^③ 赵骏:《国际投资仲裁中“投资”定义的张力和影响》,《现代法学》2014年第3期。

^④ 张庆麟:《论国际投资协定中“投资”的性质与扩大化意义》,《法学家》2011年第6期。

定。这种界定，在理论上不仅是外资定义中的关键，也是区分直接投资和间接投资的关键。经济合作与发展组织在直接投资定义后接着提到“一个经济体的居民投资者在另一个经济体的企业中直接或者间接地拥有 10% 或以上的股权就可以证明这种投资关系的存在”。^① 虽然有学者认为，在某些情况下，拥有 10% 的股权不一定能对企业产生重大影响，而有些投资者即使股份不到 10% 也可能对企业管理产生有效发言权。但经合组织认为为了确保国家间的数据一致性，建议严格应用 10% 标准。^② 根据这个标准，如果投资者所持有的被投资企业的股权在 10% 以下的就属于间接投资，如果在 10% 或以上，则为直接投资。这一标准被一些国家采用，比如美国联邦法典第 15 章“商业与外贸”第 801 条中对直接投资的定义：“一个人直接或间接拥有或控制 10% 以上的公司股份或者在非公司企业中具有相当的利益。”^③ 而联合国跨国公司中心则采取了更加审慎的态度：只有持股 50% 以上的跨国并购才作为直接投资来统计。^④

我国《外国投资法（草案）》在第 18 条对“控制”进行了进一步的界定，采取的是 50% 以上股权标准，但股权比例标准并不是唯一的判断标准，第 18 条的第 2 款和第 3 款强调虽然持股不足 50%，但对企业股东会、董事会等决策机构有重大影响的或者对企业的经营、财务、人事或技术等施加决定性影响的，仍然构成“控制”。“控制”同时也是国家安全审查中的一个考量因素，在本书探讨国家安全审查制度时会再次涉及。

二 外资准入的概念

外资准入，“从东道国角度看，就是指一国允许外国投资进入的自由程度。包括允许接受何种投资、投资的领域、投资准入的条件以及对外国投资的审批等内容；从投资者角度讲，就是指国际直接投资进入东道国管辖领域的权利和机会”。^⑤ 外资准入又有狭义和广义之分。狭义上的外资

① OECD, “Main Concepts and Definitions of Foreign Direct Investment”, in *OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment 2008*, Fourth Edition, OECD Publishing, 2009, p. 48.

② Ibid., p. 49.

③ 15 CFR Section 801.2.

④ 孙南申等：《进入 WTO 的中国涉外经济法律制度》，人民出版社 2003 年版，第 436 页。

⑤ 徐泉：《国际贸易投资自由化法律规制研究》，中国检察出版社 2004 年版，第 273 页。