

论“资本控制说”在国际投资法中的新应用

徐曾沧 李 华

“资本控制说”本是国际私法中确定法人国籍的学说主张之一。在确定法人国籍的各种学说中,“资本控制说”并不占主导地位,实践中除了非常时期很少有国家对其采用。^①然而,随着跨国经济交往,特别是国际投资活

动的蓬勃发展,“资本控制说”在国际投资法中得到新的应用。本文展现了其国际投资法中四个方面的新应用,重点探析了新应用的动因和影响,最后就其作出结论并指出其我国的启示意义。

一、“资本控制说”在国际投资法中的新应用

“资本控制说”在国际投资法领域的新应用主要表现在以下四个方面:

(一) 双边投资条约中采取“资本控制说”作为确定投资者的一种标准

双边投资条约作为国际投资法的国际法渊源,是投资法律保护的重要形态之一。投资条约中一般在某条文的开端对外国投资者作出界定。外国投资者可以是自然人,也可以是法人,投资者是法人时,如何确定其外国投资者身份显得十分重要。从以往一些双边投资中对投资者的界定看,“资本控制说”主要通过以下三种模式得到应用:

(1) 瑞士模式 其特点是双边投资条约中以“资本控制说”作为判断投资者的单一标准。瑞士与外国政府所签订的双边投资条约所用的范本(1986年版)对投资者(在瑞士方面)的定义是:瑞士国民在其中直接或间接拥有重要利益的法人或公司(无论该公司有无法人资格)。在瑞士与新加坡、斯里兰卡和埃及所签订的双边投资条约中,包括一个说明“重大利益”含义的换文,换文中指出,判断

“重大利益”的标准有二:第一,瑞士国民在该公司持有股份;第二,瑞士国民对该公司有决定性的影响。按照这种标准,位于东道国和投资者母国之外的第三国、但由瑞士国民所控制的公司进行海外投资时,将被视为瑞士投资者。例如,苏丹与瑞士投资保护协定中,对作为外国投资者的公司定义是“包括有法律人格的合伙,厂商或有限合伙和其他联合,其中缔约各方的国民直接或间接拥有多数股权。”^②

(2) 荷兰模式 其特点是在双边投资条约中采取其他标准同时兼采“资本控制说”标准确定投资者身份。在双边投资条约中规定,对于法人投资者,首先规定在一国成立的法人为该国的法人,然后再规定,如果该法人受另一国民控制,并且该法人与前一国约定,可将其视为另一国法人。这种采取成立地标准兼采“资本控制说”标准的方法旨在保护荷兰投资者控制的东道国公司。这种规定其实与华盛顿公约第25条第2款(2)的规定没有多大区别。^③

(3) 美国模式 其特点是在双边投资

条约中,在承认传统意义外国投资基础上采取“资本控制说”标准作为排除条款。传统意义上外国投资是指一国(私人)投资者到另一国进行(直接)投资。在美国提交对方缔约国的双边投资条约(供谈判的样本,1984年修订版本)中,对于投资者,采取成立地说,该条文第1条第1款(1)规定,缔约国一方的“公司”指的是“根据缔约国一方或其他政治分支机构法律和条例,合法组成的法人、公司、社团或其他组织,不问它是否为赢利目的而组织建立,也不问它属私人所有或政府所有”。第1条第1款(2)规定的投资是“在缔约国一方所属或所控制的领土内,由缔约国另一方的国民或公司直接地或间接地投入的各种形式的资本……”两者结合起来可以看出是传统意义上的投资。但美国同时采取“资本控制说”作为对一般意义上外国投资的排除。该样本第1条第2款规定“对于第三国国民控制的任何公民,缔约国各方均保留权利,可以拒绝它享受本条约规定的各种权益;对方缔约国的公司,如果在对方缔约国境内并无实质性营业活动,或由第三方国民控制,而此方缔约国与该第三国又无正常经济关系,则此方缔约国有权拒绝该公司享有本条约规定的各种权益。”从中我们看出美国仍坚持“资本控制说”,只是表现形式不同而已。

(二)《华盛顿公约》采取“资本控制说”标准判断“另一国国民”

为了便利解决东道国国家与外国私人间的投资争议,世界银行在1965年发起缔结了《解决国家与他国国民之间投资争端的公约》(订立于华盛顿,也称《华盛顿公约》),并据此设立了“解决投资争议国际中心”(即ICSID),作为实施公约的常设性机构。公约和ICSID在解决本东道国与外国私人投资者之间投资争议方面起着举足轻重的作用。根据公约,ICSID对“缔约国和另一缔约国国民之间直接因投资而产生的任何法律争端”有管辖权。

“他国国民”,在法人情况下,可以采取“资本控制说”标准。根据公约第1章第25条第2款规定:“另一缔约国国民”系指“在争端双方将争端交付调停或仲裁之日,具有作为争端一方的国家以外的某一缔约国国籍的任何法人,以及在上述日期具有作为争端一方的缔约国国籍的任何法人,而该法人因受外国控制,双方同意为了本公约的目的,应看作是另一缔约国国民。”由此可知:任何受“外国控制”的东道国法人,经双方同意,也可以被认为是东道国以外的缔约国国民,双方同意无疑是必须的,但双方同意的前提该法人受“外国控制”的事实。在实践中,国际中心也反复坚持了这一原则,这方面的典型案例有:1972年,假日旅馆和西方石油公司诉摩洛哥政府案,1981年,阿姆科·亚洲公司诉印度尼西亚共和国仲裁案等,在这几起案例中,国际中心采取“资本控制说”标准,把在东道国注册成立并没有营业地、但受外国控制的法人视为他国国民。

(三)海外投资保证制度中采取“资本控制说”确定合格的投资者

在国际投资活动中,投资者除面临正常的商业风险外,还会面临各种非商业风险(亦称政治风险),如国有化、征用战争、禁汇禁兑等风险,一些投资者母国为保护本国投资者利益,相继建立了海外投资保证制度,设立了官方或半官方性质的投资保险机构,以承保投资者海外投资的非商业风险。这种承保要符合一定的要件,包括合格投资者、合格投资、承保范围等几方面。就合格投资者而言,有的国家采取“资本控制说”作为合格投资者依据。美国是这方面典型。美国海外私人投资公司(OPIC)作为投资保证机构,对合格投资者的要求是:依美国法设立其主要权益属于美国国民所有的公司、合作企业以及其他社团;由一个或一个以上的美国公民、上述公司、合伙企业或其他社团全权拥有的具有外

国国籍的公司、合伙企业或其社团。但是此类具有外国国籍的公司,其部分股权由非美国人认购拥有者,如不超过已经发行并已被认购的资本股票总数的5%,不影响认定其投保资格。

(四)《汉城公约》中“资本控制说”是判断合格投资者的一种标准

1985年,在世界银行主持下,通过了《多边投资担保机构公约》(订立于汉城,也称《汉城公约》),据此设立了多边投资担保机构(MIGA),MIGA在分散投资者风险方面起着一般国内担保机构无法替代的作用。投资者向MIGA投保同样要符合一定的条件。就合格投资者而言,在法人方面,除采取复合标准(登记地兼主要业务地标准)外,还采取“资本控制说”标准。公约第13条规定,合格的投资者可以是“多数资本为一会员国或几个会员国,或这些会员国国民所有。”(在上述情况下,该会员国不是东道国)。这一规定表明:不但由会员国国民和私人投资者组成的法人,而且,由几个会员国作为投资者以及私人

投资者组成的法人,均被视为合格投资者,并且只要法人多数资本或会员国多数资本为会员国或其国民所拥有,其他资本属谁拥有无关紧要。

以上便是“资本控制说”在国际投资法领域中的应用。在实践中,还会面临这样一个问题:资本控制如何确定?(即其操作性问题),在国际私法中对其就屡次指责。但笔者认为,无论是用其确定法人国籍还是用其确定投资者身份,仍具有操作性。事实上,在实践中,一些特定条件的存在,“资本控制说”的操作性往往不成问题。《华盛顿公约》在采取“资本控制说”确定的“他国国民”要求是“在争端交付调停或仲裁之日”的资本控制。因而在实践中,操作性问题没有成为解决问题的阻碍。

此外,1981年佛勒克西—凡租赁股份有限公司(Flexi—Van Leasing Inc)诉伊朗共和国案也足以说明此问题。在该案中,尽管确定(Flexi—Van Leasing Inc)最终具有美国国籍共花费了8年时间,但它很好地说明在一定条件下,“资本控制说”仍具有操作性。^④

二、“资本控制说”在国际投资法中新应用的动因及影响

从上文可以看出:“资本控制说”新近在国际投资法领域的应用具有一定程度的普遍性,这种普遍性并非偶然,而是存在其发展的动因,这个动因便是:资本输出国加强对代表其本国利益的投资者的保护进而维护其蕴含在这些投资中的国家利益;资本输入国为了吸引更多的外资以推动本国经济的发展,对资本输入国扩大对其投资的保护进而维护其国家利益的做法,在利弊权衡和力量对比的驱使下,采取了礼让的态度。二者的共同作用使得“资本控制说”在国际投资法中得到一定程度的普遍承认和应用。

“资本控制说”在国际投资法领域的普遍采用反过来也影响国际投资活动;对投资者

保护扩大了,投资者母国的利益得到了维护。这种影响,具体来说,是通过以下方式完成:

(一) 投资者范围发生变化

采取“资本控制说”,使投资者的范围较传统意义有了变化。就双边投资条约三种模式而言:其一,扩大。在瑞士模式中,位于第三国由瑞士国民控制的企业向瑞士对方缔约国投资时被视为瑞士投资者;其二,投资者兼有东道国国民身份。在荷兰模式中,在对方缔约国(东道国)设立的企业,如果由荷兰国民所控制,该企业可以被视为荷兰投资者;其三,缩小。在美国模式中,在美国境内设立的由第三国国民控制的企业向对方缔约国投资

时,两国均不视其为投资者,或者在美国境内的企业,在美国境内无实质性营业活动或由第三国国民控制,但对方缔约国与该第三国无正常经济关系时,对方缔约国将不承认此企业为美国投资者。就《华盛顿公约》而言,“他国国民”的认定与荷兰模式对投资者的认定有异曲同工之妙,都是把东道国设立的由他国控制的企业视作他国投资者。多边投资担保机构对合格投资者的认定则显得奇特和绝妙,它不仅使得投资的性质可以公私混合,而且可以视多个会员国(或其国民)联合投资并能达到资本控制时,将其视为一个整体上的投资者,以便于 MIGA 承保。

(二) 投资者利益得到扩大保护

采取“资本控制说”便于扩大对投资者利益的保护。在瑞士模式中,在第三国设立的由瑞士国民控制的公司向对方缔约国投资被认定为瑞士投资者时,结果是该投资者获得双边条约对其提供的法律保护,这些保护包括:投资者待遇,关于政治风险的保证,关于代位权的规定,以及投资争议的解决等。《华盛顿公约》和荷兰模式对投资者的认定实际上赋予投资者在特定情形下的双重身份:既是东道国法人,又被视为他国国民(即外国投资者)。《华盛顿公约》中如此规定,使得 ICSID 管辖扩大了,受他国控制的东道国国民,可以就与东道国投资法律争端,向中心提交仲裁。在公约中这本是一种例外,但却在中心多次当作一般原则被采用。

(三) 投资者母国利益得到维护

资本输出国对投资者利益的保护进而维护其蕴含在投资中的国家利益。在美国模式中,一方面切实保护代表本国利益的投资者,另一方面又将表面上是本国国民但又不真实给本国带来利益的企业从投资者范围中剔除,这就使得投资者母国一方面从本国投资者的投资活动中获益,另一方面减少了因保护对本国没有真实利益的投资者而支付的成本和费用,美国海外投资保证制度很好地说明了这一点。OPIC 是官方性质的保险机构,由于它的非赢利特征,使得扩大合格投保者的范围就意味着本国在此方面成本和费用支出的增加。因此,OPIC 通过“资本控制说”将非代表美国利益投资者从合格投保者范围中剔除。

《汉城公约》中采取“资本控制说”确定的投资者,使得不同国籍的投资者投资于同一项目的投资的承保成为可能,从而使投资者母国获益非浅。因为向发展中国家的投资,有些行业,如能源开发、矿藏开采等,非商业风险大,并且这些投资项目工程巨大,需要联合不同投资者,包括国籍不同的投资者方能完成,而本国投资保证机构因财力所限且受投资者国籍所限,往往很难承保,而公约通过“资本控制说”妥善地解决这一难题,在改善发展中国家投资环境,使投资者扩大对发展中国家投资同时,投资者母国利益无疑也得到了维护。

三、结 论

结合国际私法中“资本控制说”,笔者对其作出三方面结论:

(一) “资本控制说”在应用上存在差异性

其国际私法中的运用着眼于对法人国

籍的认定:即该法人究竟是本国法人还是外国法人。各国一般采取“登记地说”和“住所地说”标准确定法人国籍,“资本控制说”较少被采用,而在极少时候的被采用总是和非常时期联系在一起。而其新近应用则侧重于对某种特殊身份的法人的界定,这种应用在国

际投资法领域具有一定程度的普遍性。

(二) “资本控制说”的应用出于各国对国家利益的考虑

无论其是在国际私法中较少被采用,还是在国际投资法领域一定程度的普遍应用,各国都出于对国家利益的考虑。由于对法人国籍的认定,直接决定对该法人的管辖权、税收利益以及法律适用等有关问题,如果采取“资本控制说”意味着国家利益的丧失,因此各国对其较少采用。一些国家在非常时期的采用无不出于国家利益的考虑。在国际投资法领域采取“资本控制说”,可以使一些国家扩大对投资者的保护,从而维护其蕴含在这些投资中的国家利益。即国家利益的实现方式可以公式为:资本控制说的采取→投资者利益的扩大保护(主要表现为享受投资法律形态的保护)→国家利益的实现(主要表现为税收增加、利润增多等方面)

(三) “资本控制说”的应用体现了国家之间的意志关系

国际私法中较少采用其确定法人国籍的

最根本原因,笔者认为应在于:一个外国投资者在东道国设立企业,尽管该企业为外国投资者控制,但根据国际法中属地管辖优于属人管辖原则,东道国视该企业为本国企业并行使有效的管辖权是无可厚非的。按照国际法原则,当投资者权益受到侵害,“用尽当地救济”仍不能解决时,该投资者才能寻找外交保护。较少采用其确定国籍体现了资本输出国与资本输入国之间寻求合作与协调的一种意志关系。

法是国家意志的体现。“资本控制说”在国际投资领域新应用较多体现了资本输出国利益。正因为如此,“资本控制说”新应用发端于作为资本输出国的资本主义国家,如美国、瑞士、荷兰等。随后就有新兴资本输出国在立法、实践中的效仿,最后才出现在带有妥协折衷色彩的国际条约,如《华盛顿公约》之中。这种国家间接受与被接受的意志关系根源在于资本输出与资本输入国之间政治、经济上的事实的不平等。只要这种事实上的不平等客观存在,这种意志关系就有可能通过“资本控制说”在国际投资条约中表现出来。

四、对我国的启示

笔者认为,“资本控制说”的新应用,对我国国际投资的立法和实践,至少在两方面可能受到启示:

(一) 在双边投资条约中可以考虑采取“资本控制说”确定外国投资者身份

1980年以来,我国先后与一些国家签订了一系列双边投资协定,在这些双边投资协定中已有采取过资本控制说的先例:中瑞(典)双边投资协定第1条第2款规定:投资者,在瑞典方面,是指“符合瑞典法律规定的瑞典公民,及所在地在瑞典境内或由瑞典公民或瑞典企业控制的任何法人。”中法投资协

定第1条第3款(2)规定:投资者系指“缔约国自然人,或由缔约国任何一方国民或依据该一方法律设立并在其领土内设立公司总部的各种经济实体或法人所直接或间接控制的各种经济实体和法人”;中芬双边投资协定第1条第2款(2)和(5)规定,投资者系指中国或芬兰的自然人或经济组织有“重要利益”的企业。中瑞(士)双边投资协定中,投资者指缔约国自然人,或由任何一方国民和经济实体直接或间接控制的所有经济实体或法人。从条约的具体规定看,有的由我国单方承认对方缔约国采取“资本控制说”确定投资者,有的对等采取“资本控制说”确定投资者。我

国既是世界上吸引外资的大国,又是海外投资大国,在日后签订双边投资条约时,可根据对方缔约国要求,相互投资状况等特点,适当考虑采取“资本控制说”,这样可以扩大对代表我国利益投资者的保护,从而维护我国蕴含在这些投资中的国家利益。

(二) 在建立我国海外投资保证制度时考虑采用“资本控制说”确立合格投资者

近年来我国的海外投资日益增多,海外投资会面临很大非商业风险,尽管我国于1988年加入了《汉城公约》,但其承保我国海外投资者的风险是十分有限的,而我国国内又无类似资本输出国的海外投资保证制度,这对我国海外投资的发展是十分不利的,因而建立我国的海外投资保证制度显得必要而迫切。在建立我国的海外投资保证制度过程中,考虑到海外投资保险本身的特殊性,可以

借鉴美国在此方面的立法和实践经验,采取“资本控制说”标准确定合格投资者:对于根据我国法设立的企业,要由我国国民拥有多数股权(51%以上),为合格投资者;对于根据外国法设立的企业,如果我国国民控制绝大多数股(95%以上),才能成为合格投资者。这样,既可以切实保护代表我国利益的投资者,又可以减少我国因保护非代表我国利益投资者支付的成本和费用。

注释:

- ① 韩德培主编:《国际私法》,武汉大学出版社 1989 年 3 月第 1 次修订,第 103 页。
- ② 埃尔希克:《苏丹和沙特阿拉伯关于外国私人投资的法律制度》第 17 页。
- ③ 德苏姆:《跨国契约:可适用的法律与争议的解决》,Booklet 16.2.1982 年,第 24—27 页。
- ④ 罗伯特·B·冯·麦仁:《伊朗美国仲裁庭》,载《美国比较法学报》,1983 年秋季号,第 31 卷第 4 期。

(作者单位:南京大学法学院)

✖ ✖ ✖ ✖ ✖ ✖ ✖ ✖ ✖ ✖ ✖ ✖ ✖ ✖ ✖ ✖ ✖ ✖ ✖

(上接第 18 页)

和发展提供基本方向。

创建中外合资企业价值观,应遵循以下几个原则:

1. 以人为本原则。企业兴衰存亡,关键在人。做好每个人的工作,调动每个人的积极性,是企业生存和发展的第一位要素。因此,中外合资企业要推崇敬业精神、团队精神、群体意识,调动人的积极性和创造性,使之成为企业文化主干。

2. 人际亲密原则。企业价值观的重要内容是尊重人、信任人,尊重职工的人格和要求,承认职工的贡献和利益。中外合资企业要以心理学和行为科学为指导,提高企业员工的思想文化素质和培养员工的现代心理,形成和谐协作、心心相印、礼貌谦让的企业精神。

3. 进取追求原则。在当代市场激烈竞争的条件下,企业生存和发展,不仅依赖于科

学技术进步和科学管理,而且更依赖于全体员工的责任心、积极性和创造性的充分发挥。中外合资企业要不断更新员工思想观念,培养勇于进取、不断开拓的精神。

4. 实事求是原则。一切从实际出发是企业文化的哲学基础。中外合资企业必须根据本企业的产品、人才、技术、管理、信息、市场、资源、地理条件和职业道德等各种优势和特点,创建具有本企业特色的价值观。

总之,中外合资企业是多国文化、东西方文化融合的一个侧面。在市场经济国际化、经济技术发展全球化的新形势下,研究如何加强中外合资企业文化建设,不仅有利于管理好中外合资企业,有利于进一步加快我国社会生产力发展和社会主义现代化建设,而且有利于中外合资企业以全新姿态迈向 21 世纪。

(作者单位:上海对外贸易学院)