

海外直接投资中的 中国投资者认定之新探

——从解读 ICSID 数个著名案例的视角

梁咏

摘要:要对海外直接投资进行研究,首先要解决如何确认投资者国籍这个先决性问题,这个看似不是问题的将决定投资准入、投资待遇、国有化和征收、争端解决等所有与投资有关的问题。笔者将通过条约解读和对解决国家与他国国民之间投资争议(ICSID)有关案例分析的基础上对这个基础性概念进行解读。

关键词:海外直接投资;投资者;国籍

中图分类号: D996.1 **文献标识码:** A **文章编号:** 1006-1894(2008)02-0038-08

20世纪90年代以来,越来越多的中国投资者走出国门,进行海外直接投资。这不仅是经济全球化和我国经济发展的必然结果,而且也是解决目前我国国内生产能力相对过剩、部分重要资源短缺、减少国际贸易摩擦等一系列问题的有效途径。早在1997年,党中央就提出了“鼓励能够发挥我国比较优势的对外投资,更好地利用两个市场、两种资源”的战略方针;2002年,党的十六大把“走出去”战略明确地写进了十六大报告;党的十七大报告再次对此进行了阐述。近年来,中国投资者海外投资的研究也有很大发展,对投资准入、投资待遇、争端解决等问题也有了较多的论述,但应采用何种标准确认某投资者系“中国投资者”是摆在我们面前的一个先决性问题,这个概念认识不清,对投资准入、投资待遇、征收及国有化、争端解决等一系列问题的讨论都会存在问题。笔者将通过解读条约、分析数个ICSID重要案例,对这个基础性概念进行解读。

一、投资者的范畴

对“投资者”进行定义时会牵涉到两个问题,其一,什么样的人或实体可以被认定为投资者?其二,认定某一投资者是否受条约保护应采用什么样的标准?

“投资者”可分为两种,一种为自然人或个人;而另一种为法人,也可称法律实体。但有时,投资协定中并不用“投资者”的称谓,而代之以“国民”和“公司”,前者指代的是自然人,而后者则包括广泛的法律实体,^①但其中可能包括或排除了许多不同种类的实体,比如说,合伙企业的资格认定上就一直有争议,直至最近,仍然没有发展成统一的原则。^②一般而言,有些法律实体可能因为它们的法律形式、目的或所有关系而被排除在外。^③

1. 基于法律形式的排除 法律实体存在的不同形式可能导致债权人行使债权人权利和该实

体以其自己名义寻求救济等诸多方面存在差别,从而可能会对东道国存在重要影响,但基于法律形式对实体进行排除一般比较罕见。

2. 基于目的的排除 投资条约中可能会将如教育、慈善或其他非营利性实体排除在外,如《多边投资担保机构公约》(MIGA 公约)^④第13(a)(iii)条就明确规定“适格投资者仅仅是那些营利性法律实体”。

3. 基于所有关系的排除 一些法律实体可能因其国有的性质而非私有性质而被排除在“投资者”的范围之外。^⑤而小部分投资协定还对“所有”或“控制”条文进行了定义,如《服务贸易总协定》(GATS)第28条第n款(关于法人之条款)规定:“(i)由一成员的个人所‘拥有’,如该成员的人实际拥有的股本超过50%;(ii)由一成员的个人所‘控制’,如该人拥有任命其大多数董事或以其他方式合法指导其活动的权力;(iii)与另一成员具有‘附属’关系,如该法人控制该另一人,或为该另一人所控制;或该法人和该另一人为同一人所控制”。

二、国籍的定义和功能

国籍是表示个人(自然人)具有某个国家的公民或国民资格或身份,与该国保持着永久的法律联系,处于该国的属人优越权之下。^⑥在国际投资法中,国籍发挥着至关重要的作用,第一,国籍是确定一个投资者法律地位的重要依据,是区分本国投资者和外国投资者的依据;第二,国籍是一国给予其境内投资者不同待遇的主要依据,东道国可能会给予外国人以最惠国待遇、国民待遇、超国民待遇、对等待遇等不同待遇。确定某一投资者具有何种“国籍”,就可以决定该投资者是否可以享受东道国给予外国投资者的何种待遇和何种水平的保护;第三,国籍是国籍国行使管辖权和确定属人法的重要依据。当某个投资者在国外遭受非法侵害而不能在当地获得公平的救济时,它可以向其国籍国请求外交保护,国籍国也可以主动给以保护;^⑦第四,国籍是投资者寻求多边投资协定(Multi-lateral Investment Treaty, 简称 MIT)和双边投资协定(Bilateral Investment Treaty, 简称 BIT)救济的基础,可以说,任何的 MIT 和 BIT 都不会对非缔约国的投资者提供相应的救济。

国籍属性的争端被转化为私方之间的直接争端体制是现代投资协定的一个核心特征。在此之前,国籍问题主要就是一个国家是否可以支持为其受到损害的国民行使外交保护权。在 Nottebohm 案^⑧中,国际法院将国籍问题阐述如下:“国籍是一种法律束缚,其基础是一种依附的社会事实,一种真正的生存、利益和情感联系,并伴随着相互的权利和义务。可以说,它构成这种事实的法律表述,即,或直接被法律或为政府当局行动之结果所授予的个人实际上与整个具有该国籍的居民,较之与任何他国之居民,有更密切的联系。如果它构成一种个人与使其成为他的国民的国家之间的关系的法律术语的说明的话,那么,被一国授予国籍仅仅赋予该国行使针对另一国的保护的權利”。^⑨

三、投资协定对“国籍”的新发展

在投资仲裁的情况下,因为申请人是私人,相比传统国际习惯法中的外交保护,争端解决机制更具优势,在这种情况下,虽然国籍不再发挥判定一个国家是否可以支持一种争议的功能,但关于国籍的管辖问题成为“投资”的先决性问题,引发了更多来自被申请人的管辖权异议。

投资保护体制是建立在对为缔约国国民的投资者保护而非对东道国国民的投资者保护的基础上的。申请人的国籍是决定其是否能获得公约保护的基础,反过来,也就决定了仲裁庭是否有管辖权。^⑩这一原则是非常明确和清楚的。目前世界上最重要的多边投资协定——ICSID 公约第25条第1款就规定仅解决成员国和另一成员国的投资者之间的争议。^⑪如果争议的两个国家在争议提交到

ICSID 中心之前尚未批准 ICSID 公约,即使在投资合同中有规定发生争议后提交 ICSID 仲裁的条款,ICSID 中心也不会受理。^⑫

但是,尽管这一原则非常明确,但由于实际适用中会存在许多情况,导致确定投资者的国籍在有些情况下非常困难。尤其在一些双边的投资协定中,由于对投资规定得比较宽泛加上投资者希望得到明确的保护,使得投资保护体制是建立在为缔约国国民的投资者保护而非对东道国国民的投资者保护的基础上的原则发生了一定的延伸。这种延伸主要表现在两个方面,一方面是一旦某个公司投资者只要与某个缔约国有任何一点甚至是牵强附会的关系,就将此公司投资者认定为该缔约国的国民;另一方面是某个公司投资者与东道国之间有密切关系的时候,将该投资者仍认定为外国国民。

综合来说,有关国籍管辖权争议主要有以下几类:

(1) 国籍是一个在具体案件中判定有效申请人的标准?还是一个普遍适用的用于判定有效申请人的标准?如何来进行判定?

(2) 如果国籍是普遍适用的用于判定有效申请人的一种标准,那么采用何种法律来判定国籍?究竟是采用东道国的国内法、投资来源国的国内法、相关投资协定的特别规定、国际习惯法还是综合这些法律规定?如果是采用综合这些法律规定的话,它们之间层级关系如何?

(3) 公司设立地和实际控制地两者之间采用何种标准判定某实体国籍?

(4) 必须在什么时候判定国籍?是争端出现的时候还是争端在提起的时候?争端一旦被提起后,国籍是否要一直持续到仲裁庭作出裁决之日为止?

四、确定自然人投资者国籍的原则

对于自然人来说,确定国籍这个问题要简单得多。在自然人作为投资者的情况下,主要涉及的两个问题就是时效和双重国籍的问题。

对“国民”的定义或“个人投资者”,在双边投资协定中缔约国双方一般会作出一致的定义,在少数情况下,对缔约国一方或双方也可能作更具体的定义。中国双边投资协定范本中将“中华人民共和国投资者”明确定义为“根据中华人民共和国法律具有中华人民共和国国籍的自然人”。^⑬美国双边投资协定范本(2004年版)中,还包括了对双重国籍的规定,其中第1条规定如果一方投资者是具有双重国籍的自然人,应将其“显著和有效的国籍”认定为该投资者国籍。也就是说当一个自然人有两个或两个以上国籍的时候,应当加入一个有效国籍的标准,从而将国籍“搭便车”的行为尽可能最小化。^⑭有些双边投资协定中还将居住地作为附加标准,如以色列就在以色列-德国双边投资协定中规定“以色列国民”须为以色列永久居民,在丹麦-印度尼西亚的双边投资协定中也有类似的规定。

ICSID 公约第25条第2款(a)规定,自然人作为另一缔约国国民,必须是在双方同意将争议交付调解或仲裁之日和请求予以登记之日,具有争端当事国以外的缔约国国籍的任何自然人,但不包括在上述任一日期亦具有争端当事国之缔约国国籍者。必须注意到 ICSID 公约规定具有当事国国籍的自然人没有资格成为中心主持下程序的当事人,这种不合格性质是绝对的,即使在争端当事国同意的情况下也不能改变。从而彻底排除一国国民或拥有双重国籍者利用“中心”程序对其国籍所属国提起诉讼的可能性。但 ICSID 并未对国籍本身作具体定义。但根据 MIGA 公约的规定,原则上自然人应当是东道国以外一会员国国民,^⑮但同时又有例外,如所投资产是从东道国国外移入,且根据投资者和东道国的联合申请,董事会经特别多数票通过,可将合格投资者扩大到东道国国民的自然人。^⑯

五、确定法人投资者国籍的原则

公司的国籍这一问题在国际投资仲裁中一直是个极具争议的问题。对于上市的大公司来说,要证明资本的国籍是非常困难的。^①对于这个问题,BIT 范本主要采用设立地国、控制国和管理中心所在国 3 项标准。在 2004 年英国 BIT 范本第 1(d)(i)项中规定,英国公司系“根据在英国任何一地有效的法律设立或组建的公司、事务所和协会”;在德国 BIT 范本中就采用公司实际管理地或董事会所在地的标准;^②荷兰 BIT 范本则要求采用设立地或控制地的标准。^③

在多边投资协定中,《北美自由贸易协定》(简称 NAFTA)规定公司国籍因其组建或组织所根据某缔约国的法律或其主要在哪个缔约国境内开展业务来定。^④《能源宪章条约》(Energy Charter Treaty,简称 ECT)定义“投资者”既可以根据缔约方所适用的国内法下的自然人,也可以是根据缔约方所适用的国内法所组建的公司或其他组织。^⑤东南亚国家联盟(Association of Southeast Asian Nations 简称 ASEAN)中,当公司要求公司组建和公司管理中心均在具体某个成员国境内的时候,各个国家根据其“各自的宪法和法律”对“投资者”进行重新定义,“公司、合伙企业或其他业务组织根据在某个缔约方的境内所实施的法律设立或组建,同时其有效管理地也位于该缔约国境内。”

而依 ICSID 公约第 25 条第 2 款(b)项,法人作为另一缔约国国民,必须是“在争议双方同意将争议交付调解或仲裁之日,具有作为争议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议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”。可见对法人资格的认定,采用两种标准,其一:对具有争议一方缔约国以外国籍的法人,依其具有的国籍;其二:对具有争议一方缔约国国籍的,但由外国人控制的法人,依双方特别约定。ICSID 公约的规定意味着法人国籍的一般标准是成立地说,但这一原则有所例外,并不完全限于成立地说,还可以使用控制说,即对成立于非缔约国但由缔约国国民控制的公司,双方也可以约定其具有该缔约国国籍。在多边投资担保机构公约中规定的适格的法人投资者,应当是在一会员国注册并在该会员国设有主要业务地点,或其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。在上述任何情况下,该会员国都不是东道国的这样一个法人实体。^⑥但同自然人一样,也有例外,“根据投资者和东道国的联合申请,董事会经特别多数票通过,可将合格投资者扩大到东道国国民的自然人,或在东道国注册的法人,或其多数资本为东道国国民所有的投资者。但是,所投资产应是从东道国国外移入的”。^⑦

六、投资仲裁中对国籍的确认

由于多边投资协定、双边投资协定中对国籍的规定,尤其是对法人国籍的规定不统一,造成了实践中对国籍认定问题上产生许多争议,从而也导致了很多人管辖的异议。在协定规定不是很明确、统一的前提下,笔者希望通过结合 ICSID 的重要案例,来分析 ICSID 仲裁庭在仲裁中所遵循的原则和倾向。以下将结合 *Tokio Moku Kaisha v. Ukraine*^⑧(关于公司国籍与东道国)、*Loewen Group v. USA*^⑨(关于国籍的连续性)和 *Aguas del Tunari SA v. Republic of Bolivia*^⑩(关于公司重构)这 3 个最具争议性的案件之上来加以分析,这对于可能的投资争议中,确认投资者的国籍具有一定的借鉴意义。

1. **Tokios 案** 主要解决的就是一个国籍与东道国之间的关系问题。本案申请人 Tokios 是一个立陶宛公司,但是其 99%股份由乌克兰国民持有,而且,在管理层中,乌克兰国民占 2/3 之多,^⑪因此本案被申请人乌克兰政府认为虽然从表面上看来,Tokios 是一个立陶宛公司,但“透过公司面纱”考量,不论从所有权、管理权还是其控制中心坐落地来看,它实际上的国籍应是乌克兰而非立陶宛。

因此,实际上本案就转换为对实际控制和投资的公司的形式两者的权衡。

在乌克兰-立陶宛的 BIT 中没有对“控制”问题的明确规定,在对 ICSID 公约管辖权的要求进行解释的基础上,仲裁庭认定判定公司国籍问题上,公司形式优先,因此驳回了乌克兰对管辖权的异议。在裁决中,仲裁庭的大多数成员认为应当对乌克兰-立陶宛 BIT 的作文义解释,根据 ICSID 在 *Amco Asia Corp. v. Indonesia*^②案中的“经典”定义“国籍应当基于法律和设立地来确定”^③。不仅如此,在 *Tokios* 案中,仲裁庭中大部分成员还解释说,ICSID 的管辖权延伸到申请人是建立于资本流出国但是实际上为东道国的国民所控制的情况应当是国际法的一种趋势。^④*Tokios* 案的裁决进一步说明了 ICSID 公约中并不包括资本一定要来自非东道国的管辖权要求。当然,在 *Tokios* 仲裁庭中,仲裁员 Weil 表示异议,尽管他也认为 ICSID 公约中并没有对资本流出国明确的规定,但是他认为 ICSID 不应对此进行管辖,因为这种情况与 ICSID 的宗旨相悖。^⑤

2. Loewen 案^⑥和“持续的国籍” Loewen 案所争议的问题就是从提起争议起直至争议解决之时为止,申请人的国籍是否都不能发生改变。Loewen 案的仲裁庭指出持续的国籍“既是历史上也是现存的国际判例”的要求。它指出,NAFTA 条约中对提起争端的之时有国籍要求,但是对国籍是否要一直持续直至争端解决未作说明。由于 NAFTA 对此没有规定,因此,应当适用国际习惯法来解决这一问题。根据 ICSID 公约、美加 BIT 范本,均未对国籍持续到争端解决作出规定,至少在 Loewen 案的仲裁庭所作陈述中没有严格要求。仲裁庭采用其他条约和国际习惯法来看待持续国籍的问题,认为国籍必须从争端提起之日起直至争端解决一直存续。但是,仲裁庭用国际习惯法对持续国籍所作的解说可以说是过于严格和不能支持的,而且,仲裁庭采用这样的方式来对 NAFTA 进行解释也是存在问题的。^⑦

3. Aguas del Tunari SA v. Republic of Bolivia 案^⑧ 主要解决的就是一个如何认定“控制”的问题。本案申请人 Aguas del Tunari SA(以下简称“AdT”)是一家在玻利维亚设立的公司,被申请人玻利维亚政府有一个特许权规定,在发生争议的时候排除 ICSID 的管辖权,而适用荷兰-玻利维亚 BIT 中的管辖权。AdT 的股份由 3 部分组成,其中 20%由数家玻利维亚公司持有,25%由一家乌拉圭公司持有,另外 55%均由一家名为 International Water 的注册在开曼群岛的公司持有,而一家 Bechtel 美国公司持有 International Water 公司的全部股份。但是设立数月之后,在特许权届满之前,这家名为 International Water 的开曼公司迁至卢森堡,变成了由一家荷兰公司 100%持股的公司,玻利维亚政府认为这些荷兰公司(在复杂的公司建构体系中涉及不止一家荷兰公司)都只是“壳”而已。因为玻利维亚和荷兰都是 ICSID 公约的成员国,申请人主张根据荷兰-玻利维亚 BIT 第 9 条第 6 款^⑨将争端提交 ICSID 仲裁。申请人声称根据其属于 BIT 第 1(b)条^⑩所规定的荷兰国民。

仲裁庭认为在差别并非存在于“控制”和“所有”之间,而是存在于“法律上的控制”和“实际行使控制”之间,仲裁庭认为不应将 BIT 作狭义解释,大部分仲裁员认为“直接或间接控制”应基于法律能力而非实际能力。

七、中国国内法对自然人国籍和法人国籍判断的标准

1. 对自然人国籍的判断 由于我国国籍法中不承认双重国籍,^⑪因此对于自然人投资者来说,如果该投资者要具有中国投资者身份,就只能拥有中国国籍这个唯一的国籍,所以在认定上不应存在太大的问题。

2. 对法人国籍的判断 中国国内法中对中国法人国籍的确定采用复合标准说,即注册登记地和住所地。也就是说,一个法人要想取得中国国籍不仅要在中国注册登记,而且住所地也必须在中国。我国《民法通则》第 41 条第 2 款明确规定:“在中华人民共和国领域内设立的中外合资经营企

业、中外合作经营企业和外资企业,具备法人条件的,依法经工商行政管理机关核准登记,取得中国法人资格”。2001年7月22日修订的《中华人民共和国中外合资经营企业法实施条例》第2条规定:“依照《中外合资经营企业法》批准在中国境内设立的中外合资经营企业是中国的法人,受中国法律的管辖和保护。”公司登记管理条例和企业法人登记管理条例及其实施细则、公司法等法律法规对法人国籍的取得虽然没有明确规定,但在实践中国家有关部门和理论界都认为确认中国法人的国籍采用注册登记地和营业地的标准。所以,我国以注册登记地和住所地相结合的标准确认中国法人,无论是在我国境内设立的“三资企业”,还是在我国境内设立的其他内资企业,都适用这一标准。笔者认为采用注册登记地和住所地确认法人国籍,在国际贸易领域是可以的,但在国际投资领域是大有问题的。^⑧中国有不少企业在海外注册子公司或上市,比如中石油、中石化等,这些企业在对外投资时,其资本主要也是来自中国境内,按照《民法通则》和《中外合资经营企业法》等国内法的规定,这些投资者就无法认定为具有中国国籍,这对于保护我国投资和投资者都是相当不利的。因此,笔者认为根据国际投资法的习惯做法,综合采用资本控制国标准来作为判断中国投资者的标准。采用资本控制国标准有利于正确判断投资者的身份,可以避免适用法律时,将形式上的外资,实际上的内资当作外资,或是将形式上的内资,实质上的外资当作内资;有利于避免规避法律行为的发生;也符合国际经济发展的趋势,并得到国际法院判决的支持,它既可以保护我国利益,也不损害他国的利益,更不违反国际法。

八、结 语

判定国籍是投资的前提条件,通过上文的分析不难发现,虽然我国在国内法、双边投资协定和所参加的MIGA公约和ICSID公约等多边投资协定中都规定有如何认定国籍,但在实际认定国籍时,仍然会遇到困难,根据最近的案件、条约和2006年联合国国际法委员会关于外交保护的规定,^⑨如要确认某个投资者是否属于中国投资者,可以遵循以下的标准:

(1) 在判定申请人国籍上,申请人的假定的投资来源国可以提供法律上的判定,只要与国际习惯和认定国籍的普遍原则一致即可。

(2) 申请人如为自然人,一般情况下,其国籍根据资本来源国的国籍法来判定。

(3) 适用ICSID第25条第2款b项的情况下,在判定公司国籍问题上,根据Tokios案中大部分仲裁员的意见,通常将适用“正式”设立地的法律来判定国籍,除非BIT或者MIT有其他诸如如下规定:1)一些特别的情况下,当一个公司为其他国家的国民所控制,并且该公司在其设立地没有实质性的商业活动和管理机构,这时,该公司可能会被认定为实际控制和管理机构所在国的国民;2)一般来说,从损害发生之时起到正式提起仲裁请求为止这一期间中,公司应当持续地拥有资本来源国的国籍;3)公司股东的国籍不会被视作公司的国籍,除非根据公司设立地国的法律该公司并不存在,或在损害发生之时该公司具有东道国的国籍并且东道国声称对此损害负责,并且在东道国设立是在东道国开展经营的前提条件;4)在公司股东直接对其权利受到损害而非对公司所受损害提起诉讼,公司股东的国籍将有进一步的联系。

(4) 当投资条约将其保护延伸至由一缔约方国民直接或间接控制的法人而并不是根据另一缔约国法律组建的法人时,这时需要对“控制”是否由正式所有充分地建立或是最终的实质控制进行判定。目前来看,普遍的观点认为正式所有在判定国籍问题上理由更充分一些。

以上是笔者在条约解读和对ICSID案例分析的基础上,对中国投资者认定问题的一些见解,希望对中国投资者海外直接投资有所裨益。

(作者单位:复旦大学)

注释:

- ① See Scope and Definition, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, United Nations, New York and Geneva, 1999, pp.10-11.
- ② Christopher R. Drahozal, Christopher S. Gibson, *The Iran-U.S. Claims Tribunal at 25--The Cases Everyone Needs to Know for Investor-State & International Arbitration*, Oxford University Press, 2007, p.30.
- ③ See Scope and Definition, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, United Nations, New York and Geneva, 1999, pp.33-35.
- ④ 《多边投资担保机构公约》,1985年10月11日订于华盛顿,公约自1988年4月12日起生效。中国政府于1988年4月30日交存加入书,同日起对我国生效。网址:<http://www.miga.com>,最后访问于2007年11月19日。
- ⑤ The question whether State-owned or controlled enterprises are covered by an investment agreement has to be treated differently from the question whether State parties to the agreement themselves can act as investors. Usually, State enterprises are covered even if not explicitly stated while States themselves tend not to be unless this is expressly provided for.
- ⑥ 邵津主编:《国际法》,北京:北京大学出版社,高等教育出版社2000年版,第62页。
- ⑦ 孙效敏:“我国判断外国投资者国籍刍议”,《政法论丛》2005年8月号(第4期),第55页。
- ⑧ Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala), judgment made on April 6, 1955, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=26&case=18&code=lg&p3=4>, 最后访问于2007年12月19日。
- ⑨ Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala) (Second Phase) [1955] ICJ, Rep.4, <http://www.icj-cij.org/docket/files/18/2674.pdf>, 最后访问于2007年12月19日。
- ⑩ Campbell McLachlan QC, Laurence Shore and Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, 2007, pp.131-196.
- ⑪ ICSID 公约第25条第1款“The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally.”
- ⑫ Noah Robins, N. Stephen Kinsella, *International Investment, Political Risk and Dispute Resolution, A Practitioner's Guide*, Ocean Publication, Inc., 2005, p. 269.
- ⑬ China model BIT reprinted in UNCTAD, *International Investment Instruments: A Compendium*, Vol. III(1996) 151,152 Art.1(2).
- ⑭ Scope and Development, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, United Nations, New York and Geneva, 1999, p. 66.
- ⑮ MIGA 公约第13(a)(i)条。
- ⑯ MIGA 公约第13(c)条。
- ⑰ Christopher R. Drahozal, Christopher S. Gibson, *The Iran-U.S. Claims Tribunal at 25--The Cases Everyone Needs to Know for Investor-State & International Arbitration*, Oxford University Press, 2007, p.35.
- ⑱ Germany model BIT, Art. 1(3) (a).
- ⑲ Netherlands model BIT, Art. 1(b) (iii).
- ⑳ NAFTA Art. 201, 1139.
- ㉑ ECT, Art. 1 (7).
- ㉒ MIGA 公约第13(a)(ii)条。
- ㉓ MIGA 公约第13(c)条。
- ㉔ ICSID Case No. ARB/02/18 (Lithuania/Ukraine BIT).
- ㉕ ICSID Case No. ARB (AF)/98/3 (NAFTA).
- ㉖ ICSID Case No. ARB/02/3.

(下转第77页)

外贸企业除通过合理运用以上介绍的方法外,还可运用掉期交易、外汇期货和外汇期权以及境外人民币无本金交割远期(NDF)工具,来减少和消除外汇风险及其潜在影响。由于现实的种种原因,近期内,我国的外贸企业还不能完全利用外汇期货和期权交易方式来回避汇率风险,比较切合实际的选择应该是远期外汇交易方式。另外,应看到风险控制是相对的,与企业的各种基本条件、现实环境、业务能力等各种不同因素紧密相关。因此,企业应当灵活掌握与运用各种汇率风险防范措施,有时还要几种方法配合使用,才能取得较好的效果。

(作者单位:南昌大学 上海对外贸易学院)



参考文献:

- [1] 冯正强,柳莺.企业国际贸易结算的风险及防范[J].中南工业大学学报,2001,(2).
- [2] 沈筱曼,王晓峰,夏春雷.人民币汇率改革对江西省进出口贸易及企业的影响[J].金融与经济,2006,(10).
- [3] 靖永慧.企业外汇交易风险防范[J].企业研究,2001,(11).
- [4] 李赞.人民币升值:外向型企业如何防范汇率风险[N].陕西日报,2007-02-09.
- [5] 师玉兴.国际金融[M].北京:对外经济贸易大学出版社,2003.
- [6] 程清波.人民币汇率均衡点探析[J].深圳金融,2007,(1).

(上接第44页)

- ②7 Tokios Case, para. 213. It was disputed whether Tokios had any substantial business activities in Lithuania and whether it maintained its administrative headquarters in Ukraine.
- ②8 ICSID Case No. ARB/81/1.
- ②9 Tokios 案, paras. 218-221.
- ③0 Tokios 案, paras. 221-225.
- ③1 Tokios 案, para. 205, 246, 252-53.
- ③2 The Loewen Group Inc. and Raymond L Loewen v. United States of America (Award), ICSID Case No. ARB (AF)/98/3.
- ③3 Campbell McLachlan QC, Laurence Shore, Matthew Weiniger, International Investment Arbitration: Substantive principles, Oxford University Press, 2007, pp.151-154.
- ③4 C.Aguas del Tunari SA v. Republic of Bolivia, ICSID Case No. ARB/02/3.
- ③5 Netherlands-Bolivia BIT, Art. 9(6), "any disputes that may arise from investment between one of the Contracting Parties and a national of the other Contracting Party" shall be submitted to ICSID for resolution.
- ③6 Netherlands-Bolivia BIT Art.1(b)(iii) "legal person controlled directly or indirectly, by nationals of that Contracting Party, but constituted in accordance with the law of the other Contracting Party."
- ③7 《中华人民共和国国籍法》第3条和第8条。
- ③8 孙效敏:"我国判断外国投资者国籍刍议",载于《政法论丛》2005年8月号(第4期),第58页。
- ③9 2006 International Law Commission Draft Articles on Diplomatic Protection, http://untreaty.un.org/ilc/guide/9_8.htm, 查询于2007年12月19日。