

学校编码: 10384

分类号_____密级_____

学 号: 13620121150118

UDC_____

厦 门 大 学

硕 士 学 位 论 文

国际投资仲裁中的投资者认定问题

The Identification of Investor in International
Investment Arbitration

张义雄

指导教师姓名: 蔡从燕 教授

专业名称: 国际法学

论文提交日期: 2015 年 4 月

论文答辩时间: 2015 年 月

学位授予日期: 2015 年 月

答辩委员会主席:_____

评 阅 人:_____

2015 年 4 月

厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下,独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果,均在文中以适当方式明确标明,并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范(试行)》。

另外,该学位论文为()课题(组)的研究成果,获得()课题(组)经费或实验室的资助,在()实验室完成。(请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称,未有此项声明内容的,可以不作特别声明。)

声明人(签名):

年 月 日

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

1. 经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，
于 年 月 日解密，解密后适用上述授权。

2. 不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）：

年 月 日

内容摘要

“投资者”认定在国际投资仲裁实践中有非常重要的作用，因为不同于着力于保护人权等公共价值的国际公约，投资条约只保护各自的合格投资者，只有合格的投资者才能获得条约保护，才能享有将投资争端诉诸国际仲裁庭解决的资格。法人（公司）是进行国际投资的主要主体，法人的投资者身份判断是投资者认定的主要内容，也是难点和争议所在。一方面，法人的国籍是判断法人投资者身份的主要依据，但国际法和实践都没有形成判断法人国籍的统一标准。另一方面，经济全球化下的法人的自身特点，给投资者认定带来了新的挑战。

本文除引言外，主体部分包括四章：

第一章主要内容分为两节：第一节部分是对国际投资争端仲裁的概念、产生背景和当今实践情况进行简要介绍；第二节部分是就投资者认定在国际投资仲裁中的重要意义进行简要说明。

第二章主要论述国际投资仲裁中的“间接股东”投资者认定问题。本章内容分为三节：第一节部分评析是关于“间接股东”投资者认定的仲裁实践案例介绍；第二节部分论述了“间接股东”给投资者认定带来的挑战；第三节部分则尝试提出一些应对上述挑战的建议。

第三章主要论述“国籍持续规则”在投资者认定中的适用问题。本章内容分为三节：第一节评析部分是关于“国籍持续规则”的相关理论介绍；第二节部分评析介绍了投资者国籍变更的两种情形及仲裁实例；第三节讨论部分则就“国籍持续规则”是否应适用于投资者认定问题进行了论述。

第四章主要论述我国关于外国投资者认定的立法实践。本章内容分为两节：第一节讨论我国有关外国投资者认定的国内立法实践，第二节讨论我国有关投资者认定的国际投资立法实践及完善。

关键词：投资者认定；间接股东；国籍持续规则

ABSTRACT

The identification of 'investor' is meaningful in international investment arbitration. Differing from those international conventions which focus on the protection of human rights and public values, international investment treaties only protect its 'eligible investor', and only 'eligible investor' enjoys the right to initiate an international arbitration to solve the disputes occurred between itself and the host country government. Since most international investments are made by corporations, the identification of corporations as investor is the main work of the determination of investor, and also the most difficult work of it. On the one hand, nationality is the major basis for the identification of investor, but there are no internationally accepted rules which are to be applied to the attribution of corporate nationality. On the other hand, the characteristics of corporation have brought new challenges for determination of investor under the economic globalization.

This dissertation consists of four chapters in addition to Preface and Conclusion.

Chapter 1 is divided into two parts. Subchapter 1 is a generation introduction of the concept, background and practice of international investment arbitration. Subchapter 2 contains a generation introduction of the identification of investor, including the definition of investor, the nationality of investor and ICSID practices.

Chapter 2 discusses issues of the identification of 'indirect shareholders' as investor in international investment arbitration. Subchapter 1 gives belief introduction of some cases related. Subchapter 2 discusses the crisis brought by the reorganization of indirect shareholders as investor, and some suggestions to solve the crisis are put forward in Subchapter 3.

Chapter 3 analyzes issues of whether the Continues-Nationality Rule should be applied to the identification of investor. The generation introduction of the Continues-Nationality Rule is given in Subchapter 1, and two cases related are placed in Subchapter 2. Subchapter 3 concludes that the Continues-Nationality Rule should not be applied to the determination of investor on the foundation of analysis from four

aspects.

Chapter 4 mainly discusses issues of Chinese legislative practices of the identification of foreign investor. The discussion about Chinese legislative practices can be divided into two parts, Subchapter 1 discusses the domestic legislation practice and Subchapter 2 discusses the international legislation practice.

Key Words: Identification of Investor; Indirect Shareholder; Continues-Nationality Rule

厦门大学博硕士学位论文摘要库

案例表 (Table of Cases)

	名称和编号 (按引用顺序排列)	简称
1	Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia, ICSID Case No.ARB/81/1	Amco 诉印度尼西亚案
2	Soci�� Ouest Africaine des B��tons Industriels v. Republic of Senegal, ICSID Case No. ARB/82/1	Soci�� 诉塞内加尔案
3	Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia, ICSID Case No. ARB/99/2	Alex 诉爱沙尼亚案
4	CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8	CMS 诉阿根廷案
5	LANCO International Inc. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB /97/6	LANCO 诉阿根廷案
6	Siemens A.G. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/8	Siemens 诉阿根廷案
7	Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3	Enron 诉阿根廷案
8	Noble Energy, Inc. and Machalapower Cia. Ltda. v. The Republic of Ecuador, ICSID Case No.ARB/05/12	Noble 诉厄瓜多尔案
9	Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), I.C.J Case	Barcelona 机车案
10	Waste Management Inc .v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/98/2	Waste Management 诉墨西哥案
11	Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia, ICSID Case No. ARB/02/3	Aguas 诉玻利维亚案

12	Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12	Philip 亚洲公司诉澳大利亚案
13	Philip Morris Brands Sàrl v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7	Philip Brand 诉乌拉圭案
14	Mobil Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/07/27	Mobil 诉委内瑞拉案
15	Liberian Eastern Timber Corporation v. Republic of Liberia, ICSID Case No. ARB/83/2	Eastern Timber 诉利比亚案
16	EnCana Corporation v. Republic of Ecuador, LCIA Case No. UN3481	EnCana 诉厄瓜多尔案
17	Mondev International Ltd. v. United States of America, ICSID Case No. ARB/99/2	Mondev 诉美国案
18	Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America, ICSID Case No. ARB/98/3	Loewen 诉美国案

目 录

引 言	1
第一章 国际投资争端仲裁与投资者认定概述	2
第一节 国际投资争端仲裁	2
一、国际投资争端	2
二、国际投资争端仲裁	2
三、国际投资仲裁机制	3
第二节 投资者认定	4
一、投资者的含义	4
二、投资者的国籍	5
三、ICSID 投资仲裁中的投资者认定	8
第二章 间接股东的投资者地位认定	10
第一节 股东的投资者地位	10
一、股份与股东投资者地位的确认	10
二、间接股东的投资者地位	12
第二节 承认间接股东投资者地位带来的风险	15
一、原因	15
二、表现	18
第三节 完善间接股东投资者地位认定的建议	21
一、建立控股临界点	21
二、设置利益否决条款	23
第三章 国籍持续要求与投资者认定	25
第一节 国籍持续规则	25
一、外交保护中的国籍持续规则	25
二、国际投资法中的国籍持续要求	26
第二节 国籍变更与投资者认定实践	27
一、国籍相对变更与投资者认定	27
二、国籍绝对改变与投资者认定	29

第三节 国籍持续规则不应适用于投资者认定	31
一、国籍持续规则的习惯国际法地位争论.....	31
二、国籍持续规则内容不明确.....	33
三、国籍持续规则缺少适用基础.....	35
四、僵硬适用国籍持续规则有损国际投资条约目的实现.....	37
第四章 投资者认定与中国的国际投资法实践	39
第一节 国内法实践	39
一、现行国内法实践概述.....	39
二、现行国内法实践评论.....	39
第二节 投资条约实践	40
一、现行投资条约实践概述.....	40
二、新式 BIT 关于法人投资者国籍的判断标准.....	41
三、完善新式 BIT 中投资者认定规定的建议.....	43
结 语	45
参考文献	46
后 记	50

CONTENTS

Preface	1
Chapter 1 General Introduction of International Investment Arbitration and the Identification of Investor	2
Subchapter 1 International Investment Arbitration	2
Section 1 International Investment Dispute	2
Section 2 International Investment Arbitration.....	2
Section 3 Mechanism of International Investment Arbitration.....	3
Subchapter 2 The Identification of Investor	4
Section 1 Definition of ‘Investor’	4
Section 2 Nationality of ‘Investor’	5
Section 3 Practices of ICSID	8
Chapter 2 The Identification of Indirect Shareholders as ‘Investor’ ..	10
Subchapter 1 Shareholders as ‘Investor’	10
Section 1 Shareholdings and Shareholders as ‘Investor’	10
Section 2 Indirect Shareholders as ‘Investor’	12
Subchapter 2 Risks Caused by Recognizing Indirect Shareholders as ‘Investor’	15
Section 1 Reasons.....	15
Section 2 Manifestations.....	18
Subchapter 3 Suggestions for Improving the Identification of Indirect Shareholders as ‘Investor’	21
Section 1 Establish a Cut-off Point.....	21
Section 2 Install a Denial of Benefits Clause.....	23
Chapter 3 Continuous-Nationality Requirement in the Identification of Investor	25
Subchapter 1 Continuous-Nationality Rule	25
Section 1 Continuous-Nationality Rule in Diplomatic Protection	25
Section 2 Continuous-Nationality Requirement in International Investment Law	26

Subchapter 2 Change of Nationality and the Determination of Investor Practices.....	27
Section 1 Relative Change of Nationality and the Practice	27
Section 2 Absolute Change of Nationality and the Practice	29
Subchapter 3 Continuous-Nationality Rule Should Not Applied to the Identification of Investor	31
Section 1 Debate about whether Continuous-Nationality Rule had Become An Customary International Law	31
Section 2 The Content of Continuous-Nationality Rule are Not Clear	33
Section 3 The Lack of Foundation for Applying Continuous-Nationality Rule	35
Section 4 Blind Application of Traditional Continuous-Nationality Rule Would Likely Undermine the Basic Objectives of International Investment Agreement	37
Chapter 4 The Identification of Investor and the Practices of Chinese International Investment Law	39
Subchapter 1 Practices of Domestic Law of China	39
Section 1 Generation Introduction	39
Section 2 Review	40
Subchapter 2 Practices of International Investment Agreement of China.	40
Section 1 Generation Introduction	40
Section 2 Criterias for Determing the Nationality of Corporation in ‘New’ BITs.....	41
Section 3 Suggestions	43
Conclusion.....	45
Bibliography... ..	46
Postscript.....	50

引 言

自 1965 年缔结《解决国家与他国国民间投资争端公约》（下文简称《华盛顿公约》或《公约》）以及根据《公约》设立“国际投资争端解决中心”（下文简称“ICSID”）以来，国际仲裁已成为解决投资者——东道国投资争端的主要方式。“投资者”认定在国际投资仲裁实践中有非常重要的作用，因为不同于着力于保护人权等公共价值的国际公约，投资条约只保护各自的合格投资者；只有合格的投资者才能获得条约保护，才能享有将投资争端诉诸国际仲裁庭解决的资格。

法人（公司）是进行国际投资的主要主体，法人的投资者身份判断是投资者认定的主要内容，也是难点和争议所在。一方面，法人的国籍是判断法人投资者身份的主要依据，但国际法和实践都没有形成判断法人国籍的统一标准。另一方面，经济全球化下的法人的自身特点，给投资者认定带来了新的挑战。

首先，经济全球化下，法人的投资手段更加多样化。在国际投资实践中，外国投资者往往通过入股或控股多家中间公司以实现其在东道国境内的投资。这种通过多重控制关系实现对具体投资控制的投资者一般被称之为投资的“间接股东”或“祖父公司”。国际投资仲裁实践中，仲裁庭出于保护投资者的目的出发，往往承认这些“间接股东”的投资者地位，但却没有形成明确的认定标准，因而引起争论。

其次，经济全球化下，法人的资本流动性强，国籍变化更加频繁。就一项具体投资纠纷而言，从纠纷产生到解决，可能会持续很长一段时间。在国际仲裁实践中，往往会出现投资者在仲裁程序进行期间改变国籍的现象，因而产生“国籍持续规则”的适用争论。

第一章 国际投资争端仲裁与投资者认定概述

第一节 国际投资争端仲裁

一、国际投资争端

国际投资争端，是指“外国私人直接投资关系中的争端，具体说就是外国私人投资者同东道国政府或企业、个人因外国私人直接投资问题而产生的争端”。^①根据争端主体地位的不同，可以将国际投资争端区分为内外国私人投资者之间的投资争端和外国私人投资者同东道国政府（或其机构）之间的争端两类。前者发生在外国私人投资者与东道国境内的企业之间，争端双方都是国内法上的主体，具有平等的法律地位；争端涉及的一般是契约问题，多表现为投资合同纠纷。后者发生在外国私人投资者与东道国政府之间，争端双方的法律地位不平等；争端涉及的问题可能是契约问题（如投资协议纠纷），也可能是非契约问题（如征收）。投资者与东道国之间的投资争议因在主体、涉及问题和引起的后果三方面均具有特殊性，^②因而变得较为复杂和难以处理。国际上通常关注的投资争议即是这类争议，也是本文下文中所指投资争端。

二、国际投资争端仲裁

仲裁，是指“双方当事人通过协议将争议提交第三方，由该第三方对争议的是非曲直进行判断并作出裁决的一种解决争议的方法”。^③国际投资争端仲裁是以投资者——东道国投资争端为对象的仲裁。通过仲裁解决外国投资者与东道国投资纠纷具有以下优点：

（一）仲裁简便迅速，除少数例外，一般都能较快作出裁决。

（二）仲裁具有保密性，其程序一般是非公开的，除非双方同意，仲裁程序和文书一般不得公开。

^① 余劲松,主编.国际投资法(第三版)[M].北京:法律出版社,2007.309.

^② 同上,第310页。

^③ 同上,第326页。

(三) 仲裁具有较大的灵活性和自治性, 双方当事人可以自由任命仲裁员、约定仲裁地、选择仲裁程序法等其他事项。

(四) 仲裁专业性强, 双方当事人除了可以选择法律权威专家外, 还可以选择具备专业知识和丰富经验的专家参与仲裁程序。

三、国际投资仲裁机制

(一) 解决投资争端国际中心

根据《华盛顿公约》创设的 ICSID 机制是最具代表性的国际投资仲裁机制。1965 年, 一些发达国家和发展中国家在世界银行主持下拟定了《华盛顿公约》的正式文本, 并于同年 3 月 18 日开放接受各国签署参加。1966 年 10 月 14 日, 荷兰作为第 20 个国家完成了批准《公约》的全部手续, 满足了《公约》对缔约国数目的最低要求, 《公约》开始生效。ICSID 是根据《公约》第 1 条规定创设的, 作为根据《公约》授权负责组织处理具体国际投资争端的常设专门机构。

(二) “中心”产生背景——传统手段的不足

保护外国投资的传统手段主要有外交保护、国际商事仲裁以及当地救济等。

1. 外交保护。外交保护作为解决外国投资者与东道国投资争端的传统手段, 其效能发挥受到两方面的限制。首先, 国家对实行外交保护拥有自由裁量权。^①传统观念认为外交保护不是国家的义务, 而是国家的一项权力。投资者母国是否同意以及何时行使外交保护权, 往往是对政治因素的考虑多于法律因素的考虑。投资者因失去了对解决争议的主动权, 通常都处于不利地位, 这是因为“国家可能将追求更好的国际关系的价值置于为私人寻求赔偿的价值之上”。^②另一方面, 外交保护手段具有滞后性的缺陷。为了简便或减少成本, 国家通常会选择对一个时期内收到的本国国民外交保护请求统一处理, 而不是进行个案处理, 这会造成许多投资争端无法得到及时解决。

2. 国际商事仲裁救济。早期, 外国投资者进入东道国投资的主要形式是同东

^① 张卫华. 外交保护法新论[M]. 北京: 法律出版社, 2012. 137.

^② DUCHESNE, MATTHEW S. Continuous-Nationality-of-Claims Principle: Its Historical Development and Current Relevance to Investor-State Investment Disputes[J]. George Washington International Law Review, 2004, 36(4):789.

道国政府签订投资合同，特别是在自然资源开发领域，如石油勘探开发，普遍采用缔结特许协议的方式。因此，投资合同中的仲裁条款是早期平衡投资者与东道国地位、保护投资者利益的重要手段。^①但当东道国政府不合作时，该救济难以实现。

3.当地救济。根据国际法上公认的“属地优越权”原则，涉外投资争议原则上应当通过东道国“当地救济”予以解决，但投资者往往对当地救济的公正性持怀疑态度。

（三）“中心”实践

ICSID 产生于东西冷战、南北矛盾激烈时空背景下。作为发达资本主义国家“外交保护”和发展中国家“当地救济”博弈下的产物，ICSID 的创立实属不易。随着世界政治经济格局和国际形势的变迁，ICSID 机制因其独立性、高度法律化而为国际社会普遍接受。截至 2014 年 12 月 31 日，已签署《公约》国家数目达到 159 个，其中 150 个国家已正式批准加入；^②累积注册案件 497 件，其中 2014 会计年新增登记 38 件。^③我国在 1990 年 2 月 9 日签署《公约》，正式批准加入则是在 1992 年 7 月 1 日。

第二节 投资者认定

一、投资者的含义

ICSID 机制的创设目的，是要“为解决投资者——东道国投资争端提供调解和仲裁的便利，促进和保护外国投资者的投资活动”。^④当政府控制实体进行国际投资时，其应被视为私人主体从事商业活动；非营利性组织是否可以认作是“投资者”，对这一问题，国际实践并不明确，需要根据其活动性质进行判断。因此，本文所指投资者是指私人投资者。投资者既可以是个人（自然人），也可以是公

^① 参见王彦志.国际投资争端解决的法律化:成就与挑战[J].当代法学,2011.(3):20.

^② 参见 Database of ICSID Member States [EB/OL].

<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/about/Pages/Database-of-Member-States.aspx?tab=AtoE&rdo=BOTH,2015-03-02>.

^③ 参见 The ICSID Caseload – Statistics(Issue 2015-1) [EB/OL].

[https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202015-1%20\(English\)%20\(2\)_Redacted.pdf,2015-03-02](https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202015-1%20(English)%20(2)_Redacted.pdf,2015-03-02).

^④ 参见《华盛顿公约》第 1 条。

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

廈門大學博碩士論文摘要庫