

NEW ISSUES ON ICSID JURISDICTION AND
CHINA'S COUNTERMEASURES

ICSID管辖权新问题与 中国新对策研究

王海浪 著

面对因案件激增导致的管辖权方面出现的新问题，ICSID各种仲裁庭往往作出结果不同的管辖权决定。同时，中国近几年来在通过BIT同意ICSID管辖权的有关决策上出现了重大的转折，也导致中国的国家利益面临新隐患。但是，中国目前却没有采取有效的方法来应对这些新问题与新隐患。本书试图对这些新问题与新隐患加以探讨，提出管见。



厦门大学出版社 国家一级出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS 全国百佳图书出版单位

中央高校基本科研业务费专项资金资助 项目编号: 20720151240

Supported by the Fundamental Research Funds for the Central Universities

NEW ISSUES ON ICSID JURISDICTION AND
CHINA'S COUNTERMEASURES

ICSID管辖权新问题与 中国新对策研究

王海浪 著



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

ICSID 管辖权新问题与中国新对策研究/王海浪著. — 厦门: 厦门大学出版社, 2017. 4
ISBN 978-7-5615-6156-0

I. ①I… II. ①王… III. ①国际投资-国际争端-管辖权-研究 IV. ①D996.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 221351 号

出 版 人 蒋东明
责任编辑 甘世恒
封面设计 李夏凌
责任印制 许克华

出版发行 厦门大学出版社
社 址 厦门市软件园二期望海路 39 号
邮政编码 361008
总 编 办 0592-2182177 0592-2181406(传真)
营销中心 0592-2184458 0592-2181365
网 址 <http://www.xmupress.com>
邮 箱 xmup@xmupress.com
印 刷 厦门集大印刷厂

开本 720mm×1000mm 1/16
印张 14.75
插页 2
字数 268 千字
版次 2017 年 4 月第 1 版
印次 2017 年 4 月第 1 次印刷
定价 57.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换



厦门大学出版社
微信二维码



厦门大学出版社
微博二维码

序 言

王海浪博士的论著《ICSID 管辖权新问题与中国新对策研究》之主要内容形成于 2005 年前后。其时,正值中国所缔结之 BIT 全面转向于“概括同意”国际仲裁庭之管辖权的“开放”年代。不过,当时国内外不少声音认为中国所缔结之 BIT 过于“落后”,需要予以修改,需要接受国外更“先进”的保护标准,以便符合“国际潮流”。对于这一涉及中国重大利益的缔约方向性问题,本书的作者通过对美国、加拿大、印度与阿根廷等国家 BIT 范本的横向比较研究,认为我国当时缔结的 BIT 对外资的保护标准并不是“落后”,而是超越了美国当时 BIT“范本”对外资的保护标准,属于“超前”。在此基础上,本书作者主张应当根据“具体问题具体分析”^①的原则,分别按照缔约相对方与中国的具体投资情况,采取不同缔约策略。作者的这种主张显得务实并具较好的新颖性。

从本书主要内容的基本成型到现在修订,正式出版,历时十年。十年期间,发生了许多事情。例如,在中国,由于综合国力增强,外汇存量猛增,自然资源和原材料不足,地价、房价、能源价与人力成本飙升,运输费用昂贵和税收优惠差异等等,在多种因素的综合作用下,中国对外投资连年大幅度增速增量,不少国内企业已经把工厂搬到总体上“综合成本更低”的美国、加拿大、澳

^① 马克思主义最本质的东西,马克思主义的活的灵魂,就在于具体地分析具体的情况。这一论述参见列宁,共产主义[M]//列宁选集:第4卷,人民出版社,1960:308。毛泽东,矛盾论[M],人民出版社,1975:19。

大利亚等发达国家去。^②这在十年前看来显得有些不可思议。尤其是随着“一带一路”战略以及“亚投行”等措施的提出与推行,我国对外投资更是迅速增加。概言之,十年前中国海外投资额远远低于所吸收的外资额,经近年来不断追赶,而今巨额“入超”逐渐由“入出持平”进而开始“出超”。^③当前形势和发展趋势十分喜人!

不过,根据本书作者的深入研究和务实的论证与推理,即使中国对外投资额远远超过海外投资额,至少在以下几项前提条件没有完善之前,仍然不宜采用已持续多年的“全面同意”式 BIT。前提条件是:第一,中国经济转型期顺利渡过并稳定发展,不用担忧经济危机的打击;第二,中国法治完善,法院在资金、人事等方面能摆脱地方行政机构的制约并对后者能进行有效监督;第三,中国各级政府严格依法行政,透明度与可预见性等方面能让人满意,不会再出现“以权压法”“以言代法”这些负面情况。简言之,面向现实,居安思危,未雨绸缪,方能立于不败之地!

本书作者论证过程中强调实事求是,以广泛收集到的资料与自己的深入研究和层层剖析为准,不盲目附和“国际潮流”和“时髦当令”之说。这在当今常以洋人权威名言“奉为最高圭臬”的“惯性积习”下,尤为难能可贵。例如,在第二章第四节“是否有必要坚持当地救济”这一部分内容中,作者对国际投资法权威学者 Christoph H. Schreuer 教授反对当地救济的观点持不同意见,并就其提出的四点理由,针锋相对、有理有据地逐一反驳。^④这又一次表明:不少所谓的“国际潮流”貌似公正,实属陷阱。值得注意的是,印度 2016 年开始适用的 BIT 范本,有多项修改与本书作者 2006 年提出的相关建议,具有“不谋而合”的雷同性。例如,该范本完全删除了岔路口条款与最惠国条款,要求

^② 有关这方面的介绍,请参见:人民日报驻美国记者吴成良,人民日报记者王晓越,俞懿春,中企投资,促成美国纺织工业回归[N/OL],<http://world.people.com.cn/n/2014/0704/c1002-25236614.html>,2014-07-04. 中国纺织民企在美国的“逆袭”[N/OL],<http://m.news.cntv.cn/2015/09/19/ARTI1442619678905289.shtml>,2015-09-19. 王爽,把工厂搬到美国去[N/OL],http://www.fortunechina.com/column/c/2014-01/28/content_192572.htm,2014-01-28.

^③ 参见本书第三章第四节及其有关注解。

^④ 参见本书第二章第四节第二目“是否有必要坚持当地救济”下的内容及其有关注解。

当地救济必须“至少持续5年期间”等。^⑤本书作者在十年前就已提出过应该抛弃岔路口条款、限制最惠国条款、强化当地救济等类似建议。^⑥

就我国BIT缔约实践来看,本书作者十年前在学位论文中的诸多建议已体现于近年的BIT当中。例如明确规定最惠国条款不适用于争端解决规则,增加了包括“拒绝授惠条款”“重大安全例外条款”在内的诸多例外与限制。换言之,中国谨慎地“摸着石头过河”,自2011年开始由“全面同意”式BIT逐步转向了“全面同意+重要例外”式BIT。不过,近年来缔结的BIT表明我国把这种“全面同意+重要例外”式广泛运用于与发达国家缔结的BIT。本书则建议此种“全面同意+重要例外”式更应运用于“与中国经济更具互补性的发展中国家”缔结BIT,与那些资本输出强劲的发达国家则以不缔结BIT为宜。

当然,“实践是检验真理的唯一标准”,目前此种缔约实践之利弊得失,时间和新的实践会告诉我们与时俱进、不断完善的答案。作为以“知识报国、兼济天下”为职志的研究人员,自应心甘情愿地“板凳再坐十年冷,文章不写半句空”,敢于和善于继续独立思考,甘于清贫,耐得寂寞,及时分析新情况,对原有建议予以强化或予以补充、修正,从而更好地为中华之继续崛起和全球弱势群体之趋利避害,献计献策。谨以此种学术信念和学术追求与本书作者共勉。

陈 安

2016年9月

^⑤ 印度2003年BIT范本就已有一些重大例外规则,但其2016年范本增加了更多例外。与2003年范本相比,2016年范本最为引人注目的不同就是这三项修改。关于印度范本的具体修改内容请参见本书第三章第三节及其有关注解。

^⑥ 关于“抛弃岔路口条款”与“强化当地救济”之建议及理由,请参见本书第二章第四节及其有关注解。关于“限制最惠国条款”之建议及理由,请参见本书第四章第三节及其有关注解。这些建议均已于当年学位论文中提出,并得到当年专家学术评语的重视。这些专家学术评语的内容请参见本书“附录”文档。

目 录

引 言 / 1

- 一、研究背景 / 1
- 二、研究对象 / 8
- 三、研究意义 / 11
- 四、研究方法 / 12
- 五、体例安排和基本内容 / 13

第一章 ICSID 管辖权的三个必备条件 / 15

第一节 ICSID 管辖权概述 / 15

- 一、《ICSID 公约》的缔结背景及中国的加入 / 15
- 二、管辖权问题在《ICSID 公约》中的地位 / 17
- 三、ICSID 管辖权的必备条件 / 18

第二节 ICSID 管辖权必备条件之一——“争端”适格 / 20

- 一、关于“法律争端” / 20
- 二、关于“投资” / 23
- 三、“通知”的效力 / 25

第三节 ICSID 管辖权必备条件之二——“当事方”适格 / 27

- 一、《华盛顿公约》缔约国的认定 / 27
- 二、对“下属单位或者机构”的“指派” / 28
- 三、“另一缔约国国民”中的自然人 / 30
- 四、“另一缔约国国民”中的法人 / 32

第四节 ICSID 管辖权必备条件之三——当事方“书面同意” / 41

- 一、同意的表达形式 / 41
- 二、同意的撤销 / 45
- 三、同意的排他性 / 47

第二章 “同意”的前置条件——当地救济规则的利用 / 49

第一节 当地救济条款在 ICSID 体制下的适用 / 49

一、传统国际法中用尽当地救济原则的适用：“放弃需明示” / 49

二、《华盛顿公约》中用尽当地救济原则的适用：“要求需明示” / 51

三、“墨菲兹尼案”：对附有期限“当地救济”的分析 / 53

第二节 对当地救济条款的限制与架空：“岔路口条款” / 57

一、“岔路口条款”问题的产生 / 58

二、触发“岔路口条款”的条件 / 59

三、“岔路口条款”的两难困境 / 66

第三节 对当地救济条款的扩张适用：“洛文案” / 67

一、案情 / 67

二、仲裁庭的理由 / 69

三、批评意见 / 70

四、评论 / 73

第四节 中国的可采对策 / 75

一、中国缔结 BITs 中的相关规定 / 75

二、是否有必要坚持当地救济？ / 76

三、“用尽”还是“一定期限内”前置行政复议程序？ / 79

四、关于“岔路口条款” / 80

五、关于“当地救济”规则与“终局性”要求 / 83

第三章 中国对 ICSID 管辖权的同意 / 84

第一节 同意方式简介 / 85

一、“全面同意”式 / 85

二、“逐案同意”式 / 85

三、“有限同意”式 / 86

四、“全面同意+重要例外”式 / 87

第二节 国外同意情况之比较研究 / 87

一、加拿大 / 88

二、美国 / 93

三、印度 / 97

四、阿根廷 / 101

五、小结 / 102

第三节 中国同意方式之现状判断：“落后”还是“超前”？ / 104

一、1998 年之前对“逐案同意”和“有限同意”式的坚持 / 104

二、1998 年之后向“全面同意”式的转变 / 105

三、2005 年之后采纳“全面同意+重要例外”式的尝试 / 108

四、小结 / 111

第四节 中国可以采取的对策之具体分析 / 114

一、考虑之前提：在 BIT 中接受“中心”管辖权的作用 / 114

二、下策：“全面同意”式 / 119

三、中策：严格的“逐案同意”式 / 125

四、上策：区别对象采取“有限同意”或“全面同意+重要例外”式 / 127

五、小结 / 139

第四章 最惠国条款对“同意”范围的扩展 / 141

第一节 最惠国概述 / 141

一、最惠国待遇问题的提出 / 141

二、最惠国待遇不是一条习惯国际法规则 / 143

三、最惠国条款适用的范围 / 146

四、最惠国条款适用的例外 / 153

第二节 ICSID 仲裁庭关于最惠国条款的实践 / 157

一、“墨菲兹尼案”(2000 年)：有限适用 / 158

二、“西门子案”(2004 年)：完全适用 / 163

三、“赛利尼案”(2004 年)：基本不适用 / 165

四、“普莱玛案”(2005 年)：完全不适用 / 169

五、小结 / 171

第三节 关于“最惠国条款”的对策 / 174

一、中国 BIT 中 MFN 条款的缔约实践 / 174

二、中国 BIT 中两种 MFN 类型并存情况下所蕴含的风险 / 178

第五章 保护伞条款对“同意”范围的扩展 / 181

第一节 “保护伞条款”概述 / 181

一、问题的提出 / 181

二、保护伞条款的演进 / 181

第二节 ICSID 仲裁庭对“保护伞条款”的实践 / 183

一、第一个“SGS 案”(2003 年 8 月)及其评论：不构成违反 BIT / 183

二、第二个“SGS 案”(2004 年 1 月)及其评论：构成违反 BIT / 189

三、CMS v. Argentina 案：保护伞条款不能更改东道国义务的相对方 / 195

四、小结 / 196

第三节 分析与对策 / 197

一、对“保护伞条款”的扩大解释会带来打开“防洪大坝”的风险 / 198

二、“投资者自我限制”方案 / 199

三、“涉及政府权力”方案 / 199

四、“司法礼让”与(防止)“权利滥用”方案 / 201

五、中国的可采对策 / 203

结 论 / 205

缩略语表 / 209

参考文献 / 210

附 录 / 221

后 记 / 224

引言

一、研究背景

《华盛顿公约》^①生效迄今已 50 余年。近 10 多年来,在 ICSID^② 体制与 BIT(即“双边投资条约”,其英文是 Bilateral Investment Treaty,以下简称 BIT)体制的交错和互动中,围绕着 ICSID 的管辖权,出现了一系列新情况和新问题,国际理论界和实务界,见仁见智,众说纷纭。对于相似案情下的同一条款,各案仲裁庭作出结果刚好相反的管辖权决定颇为常见,并且个案仲裁庭往往会在分析前案仲裁庭的理由之后予以赞同或者批评。各国学者更是站在本国立场对这些管辖权决定予以批评或者褒扬,并且纷纷提出自己的意见。

中国参与 ICSID/BIT 的缔约实践,已近 30 年。随着国内外形势的迅猛发展,也在接受 ICSID 管辖权的有关决策上出现过多次重大转折,已经产生了一些新“隐患”。在当今新签 BIT 或者新修订 BIT 的谈判和缔约进程中,如何能在 ICSID 管辖权问题上最大限度地趋利避害并实行科学决策?对这一重大问题,在中国的学术界和实务界,也是视角各异,分歧不少。

2011 年,马来西亚投资者根据 1990 年中国—马来西亚 BIT 向 ICSID 申请仲裁,指控中国政府违反了该 BIT。^③ 这是中国于 1993 年正式成为《华盛顿公约》缔约方以来成为被申请方的第一个仲裁案件。该案件涉及中国海南省政府依法把马来西亚投资者未能按期开发之租赁土地予以收回的行政措

① 即 1965 年《解决国家与他国国民间投资争端公约》(Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States),简称《华盛顿公约》或者《ICSID 公约》。

② 即依据《华盛顿公约》成立的 ICSID(International Centre for Settlement of Investment Disputes),译为“解决投资争端国际中心”,简称为 ICSID、“国际中心”或者“中心”。

③ Ekran Berhad v. People's Republic of China (ICSID Case No. ARB/11/15)。

施。虽然海南政府声称其行为系依法行事,但根据笔者的分析,中国政府在该案中失败概率较大。两年后,该案当事双方通过协商方式解决了争端,同时申请正式停止该仲裁程序。双方都没有公布协议解决的详细方案。

2014年11月,韩国投资者根据2007年中国—韩国BIT向ICSID申请仲裁,声称其在江苏省射阳县设立的高尔夫球场与乡村俱乐部受到当地政府的不公正对待,从而违反了该BIT,要求中国政府赔偿1亿元人民币(约1630万美元)。这是中国加入《华盛顿公约》后成为被申请方的第二个仲裁案件。^①

虽然中国成为被申请方的案件至今只有两个,但这两个案件是中国经济处于稳定发展进程当中发生的。一旦中国出现经济危机,则此类案件很可能会大量增加。这些客观存在的危机迫切需要我们尽早采取相应的对策。所以,本书的主题就是紧扣上述新问题和新决策的交汇点,在学习前人已有成果的基础上,进行新的探索,提出管见,就教于同道。

具体而言,以下情况的存在,使得我们极有必要专门对ICSID管辖权加以深入研究:

1. ICSID裁决会对东道国管理国民经济的能力造成很大负面影响

从20世纪80年代中期以来,发展中国家迫切需要引入外资,从而采取一系列的方法来增强对外资的吸引力。其中力度最大的措施就是改善外商投资的法律环境,提高对外资的保护水平,免除外国投资者的后顾之忧。所以,参加前述《华盛顿公约》的缔约国越来越多。^②在ICSID运作的早期阶段,缔约国主要通过投资合同的方式来对ICSID管辖权表示同意。这种逐项同意、个案审批的方式注定了当时提交ICSID的案件数量较少。随着各国吸引外资力度的加大,《华盛顿公约》缔约国越来越多地通过BIT的形式对ICSID管辖权表示“一揽子”同意。这就使得东道国同意提交ICSID管辖的争端范围急

^① Ansung Housing Co., Ltd. v. People's Republic of China (ICSID Case No. ARB/14/25).

^② 据最新统计,到2016年4月12日为止,《华盛顿公约》缔约国已达到161个,其中交存批准书的为153个。参见ICSID, List of Contracting States and other Signatories of the Convention [EB/OL]. <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsiddocs/Documents/List%20of%20Contracting%20States%20and%20Other%20Signatories%20of%20the%20Convention%20-%20Latest.pdf>, 2016-05-30.

骤扩大,东道国被诉之于 ICSID 的可能性大大增加。^①

由于被外国投资者诉之于 ICSID 的“不当行为”通常是东道国对国民经济的管理行为,所以,ICSID 仲裁庭对案件的裁决结果将影响到东道国相关管理国民经济的措施是否可以顺利推行,并将进一步影响到东道国的经济稳定。特别是当东道国发生经济危机后,东道国为了渡过危机而采取的措施极易被外国投资者认为损害了其利益并把该“不当行为”诉之于 ICSID 仲裁庭。这将使得东道国在本来就惨遭危机打击的基础上进一步“雪上加霜”。例如,大约从 2001 年开始,阿根廷金融危机日益严重,于是在 2002 年颁布了《公共紧急状态法》以及配套的法律规章,这些紧急措施难免会损害外商的利益。于是,外商纷纷以阿根廷为被申请方向 ICSID 申请仲裁。自 2001 年至 2005 年年底,阿根廷每年都多次坐上 ICSID 仲裁庭被申请方席位,短短 5 年间案件总数为 36 个。其中仅仅 2003 年仲裁案件数即达 17 个。如果把 2001 年以前的 5 个案件以及 2006 年至 2015 年年底期间的 12 个案件计算在内,至 2015 年年底为止,阿根廷被诉之于 ICSID 的案件总数为 53 个。^② 所以,在我国加入《华盛顿公约》后,如何才能做到既利用其能够免除外国投资者后顾之忧的优点,又能够尽量维持自己应有的政策调整空间? 要解决这个问题,就需要对其加以深入研究。

2. 管辖权制度是 ICSID 机制的核心

由于外国投资者认为东道国法院会偏袒东道国政府,所以通常会全力推动建立不受东道国政府控制的 ICSID 仲裁庭来裁决其与东道国政府之间的投资争端。因此,缔结《华盛顿公约》的核心问题就是如何在把东道国政府境内特定投资争端的管辖权转移到国际仲裁庭手中的同时,又能够妥当地照顾到东道国维护国家经济主权的需要。所以说,管辖权是 ICSID 机制的核心。它决定了 ICSID 调解委员会或者仲裁庭是否有资格对某具体案件进行调解或者仲裁。从 ICSID 的仲裁实践来看,管辖权问题往往是当事方之间、仲裁员之间、各国学者之间争论的焦点。在外国投资者把投资争端提交 ICSID 仲

^① 据最新统计,到 2016 年 6 月 30 日为止,ICSID 共受理了 570 个案件。参见 The ICSID Caseload—Statistics (ISSUE 2016-2) [EB/OL]. [https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202016-2%20\(English\)%20Final.pdf](https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202016-2%20(English)%20Final.pdf), 2016-06-30.

^② 其中,2001 年 3 次,2002 年 4 次,2003 年 17 次,2004 年 8 次,2005 年为 4 次,2007 年为 5 次,2008 年为 2 次,2009 年为 1 次,2012 年为 1 次,2014 年为 1 次,2015 年为 2 次。

裁之后,作为被申请方的东道国政府通常都会提出管辖权异议,双方往往针锋相对。在仲裁庭对管辖权问题作出决定之后,其中某一仲裁员对该管辖权决定发表其不同意见的情况也并不鲜见。由于各国学者的立场和出发点不同,对《华盛顿公约》管辖权规则在具体案件当中的适用也是见仁见智,甚至完全相反。因此,如果希望在 ICSID 仲裁庭的管辖权问题上澄清是非,就极有必要对 ICSID 管辖权问题加以深入的研究。

3. 在 ICSID 仲裁实践以及国际 BIT 实践中存在扩大 ICSID 管辖权的倾向

作为资本输入国的发展中国家与作为资本输出国的发达国家在起草《华盛顿公约》当中的管辖权条款时,争议甚多。对于两大阵营无法达成妥协的某些内容,起草人采用了非常抽象的用语,期待将来仲裁庭在个案中加以解释。然而,ICSID 仲裁庭在适用《华盛顿公约》第 25 条有关 ICSID 管辖权的必备条件时,却常常对其中抽象的用语作出有利于扩大 ICSID 管辖权的解释。^①另外,发达国家利用其谈判优势以及资金优势,在与发展中国家所缔结的 BIT 以及 FTA(Free Trade Agreement)当中对《华盛顿公约》中的抽象用语作出有利于扩大 ICSID 管辖权的详细规定。仲裁实践表明,“最惠国条款”与“保护伞条款”等条款可用来极大地扩展 ICSID 管辖权。ICSID 管辖权的扩大,将进一步对作为东道国的发展中国家管理国民经济的能力带来约束。

4. 中国已在 BIT 中概括同意 ICSID 管辖权

中国从 1993 年起正式成为《华盛顿公约》的缔约方之后,早期的 BIT 还比较保守,只是规定经双方另行同意才可以提交 ICSID 管辖,或者最多只是规定征收补偿争端可以直接提交 ICSID 管辖,这使得我国基本上保留了对可能提交 ICSID 管辖之争端加以逐案审查的权利。

不过,1997 年年底缔结并于 1998 年 4 月生效的中国—南非 BIT 就已规定“争议任何一方均可将争议提交国际仲裁庭仲裁”,但并没有规定提交 ICSID 仲裁。1998 年 7 月 20 日我国与巴巴多斯签订的 BIT 首次全面同意 ICSID 管辖权。此后,中国全面转向采纳“全面同意”式的 BIT。在这种“全面同意”式 BIT 中,只要发生了有关投资争端,在经过一定的协商期间与行政复议期间之后,投资者就可以直接把有关争端提交 ICSID 仲裁。而且,也没有严格限制可以直接提交 ICSID 管辖的“争端”范围。

^① 有关“中心”扩大其管辖权倾向的详细分析与结论,请参见陈安,国际投资争端仲裁——“解决投资争端国际中心”机制研究[M],上海:复旦大学出版社,2001:127.

这种转变可能产生巨大的影响,一方面,也许会极大地提高我国吸引外资的效果,促使外国对华投资迅猛增加,从而促进我国经济的发展;另一方面,也可能在吸引外资方面非但不会产生预期效果,反倒使我国陷于被动,如同阿根廷一样在短短几年内数十次被诉诸 ICSID,不仅致使其经济发展受到严重损害,而且国际形象也一落千丈。那么,哪一种情况更为可能发生?

虽然在本书看来这种转变将使我国面临极大的风险,但国内外仍有观点认为我国有关同意 ICSID 管辖权的立场过于“落后”。^① 但问题是,我国在这方面是否真的落后? 我国是否可以对所有国家继续推行目前这种全面同意 ICSID 管辖权的做法? 如果采取其他方法,又应该如何对目前存在的全面同意 ICSID 管辖权的局面做出补救? 对这些问题加以研究,也许有助于我国今后在谈判和签订 BIT 时采取正确的方法,尽可能防患于未然,趋利避害。

5. 中国渐渐产生了保护海外投资的强烈需求

大约从 1997 年开始,我国政府开始实施“走出去”战略。1997 年 9 月,党的十五大确定了“鼓励能够发挥我国比较优势的对外投资,更好地利用国内国外两个市场、两种资源”的战略方针。^② 据商务部统计,我国 2005 年非金融类对外直接投资 69.2 亿美元,较上年同期增长 25.8%。截至 2005 年年底,我国非金融类对外直接投资累计总额达 437.2 亿美元。^③ 截至 2015 年年底,我国对外直接投资存量首次超过万亿美元大关,达到 10102 亿美元。其中,八成分布在发展中国家,两成分布在发达国家。^④ 2016 年 1—5 月,我国非金融类对外直接投资 735.2 亿美元,吸引外资额为 541.9 亿美元,我国对外直接投资已超过吸引外资的数据。^⑤

另外,如上所述,对外投资“八成分布在发展中国家”。而且,我国对外投资的主要领域非常容易受到当地政府特许协议的影响。中国发展和改革委员会

① 笔者主要在一系列的关于国际投资保护研讨会上了解到这些观点。

② 江泽民同志在党的十五大上的报告[EB/OL]. <http://www.shanghai.gov.cn/shanghai/node2314/node5737/node5742/userobject21110373.html>, 2005-10-10.

③ 参见国别贸易投资环境报告(2006)[EB/OL]. <http://gpj.mofcom.gov.cn/Accessory/200603/2006ch.pdf>, 2006-03-31.

④ 2015—2016 年中国对外投资回顾和展望[EB/OL]. http://www.ccpit.org/Contents/Channel_3781/2016/0307/590526/content_590526.htm, 2016-06-30.

⑤ 商务部. 我国对外投资超利用外资规模,符合市场发展规律[EB/OL]. http://news.xinhuanet.com/fortune/2016-06/17/c_129071088.htm, 2016-06-30.

会外资司有关负责人早在“2006 中国行业发展报告会”上就表明,中国支持企业走出去的重点领域包括能源、农林业、加工制造业、服务业、基础设施、工程承包等。^① 2005 年 9 月 1 日由商务部、国家统计局联合发布的《2004 年度中国(不包括香港、澳门特区和台湾地区)对外直接投资统计公报》(非金融部分)显示,在 2004 年对外投资行业中,采矿业占 32.7%。换言之,中国对外投资中相当部分是以国有企业为主体的对外能源、原材料投资。^② 2013 年,我国对外投资集中在租赁和商务服务业、金融业、采矿业、批发和零售业、制造业等五大行业,这五大行业占我国对外直接投资存量总额的 83%。^③ 其中的能源、农林业基础设施、工程承包、原材料投资等投资形式与东道国政府之间的特许协议往往息息相关,尤其容易受当地政府行政行为的影响,政治风险比较大。

因此,我国正在渐渐产生保护海外投资的强烈需求。国家也在不断强调为对外投资提供种种支持的重要性。ICSID 机制作为一个解决中国对外投资者与东道国之间投资争端的切实有效的方法,当然应该加以利用。问题在于 ICSID 是一把双刃剑,它在给予海外投资者高保护标准的同时,也会对我国管理国民经济的能力带来冲击。那么,如何才能把握好这中间的“度”并在利用其保护中国海外投资者的同时又能够克服其所带来的负面影响?这就需要我们对其加紧研究。

6. 对于 ICSID 管辖权,已有研究远远不能满足我国 BIT 实践的迫切需求

综上所述,目前极有必要对 ICSID 的管辖权制度加以深入研究。然而,虽然在国外有着许多学者研究 ICSID 并已有丰富成果,而且 ICSID 也定期出版刊物,^④但是,这些研究却不是以我国的利益为出发点,而往往是站在主要以资本输出国身份参与国际投资的发达国家之立场来考虑,其论证角度往往

① 国家发改委. 中国尚不具备大规模对外投资的条件[EB/OL]. <http://www.chinataiwan.org/web/webportal/W5267210/Uhuss/A134822.html>, 2005-11-14/2006-01-10.

② 2000 年,我国最大的境外投资项目是位于赞比亚的谦比希(Chambishi)铜矿。在 2003 年中国对外投资流量中,采矿业占 48%,达到 13.8 亿美元,其中主体又是石油和天然气开采业。参见中国对外贸易经济合作部《中国对外经济贸易白皮书》编委会. 中国对外经济贸易白皮书(2001)[Z]. 北京:中国金融出版社,2001:99;中国商务部国际贸易经济合作研究院. 中国对外经济贸易白皮书(2004)[Z]. 北京:中信出版社,2005:122.

③ 中国对外投资新趋势:集中五大行业,央企占比下降[EB/OL]. <http://business.sohu.com/20150113/n407745597.shtml>, 2016-06-30.

④ “中心”出版物可参见 <http://www.worldbank.org/en/publication/reference>, 2016-06-02.

着重于如何为扩大 ICSID 管辖权提供理论支持。作为发展中国家的中国,现在既需要 ICSID 机制来增加外国对华投资者的安全信心,又需要警惕 ICSID 机制带来的负面影响。我国正处于改革进程当中,现存的“环境政策”“劳工保护政策”“超国民待遇政策”等都势在必改,^①而这些政策的更改又势必影响到外国在华投资者的既得利益,由此又可能带来被诉之于 ICSID 的风险。另外,如上所述,我国也正在产生保护海外投资者的需求。所以,对于我国这么一种特殊国情,需要专门根据我国的这些实际情况来对 ICSID 管辖权加以研究并提出“趋利避害”的建议。

然而,与这种现实需求相反的是,目前我国研究 ICSID 机制管辖权的学者并不多,已有成果也不是很多,^②尚不足以解决中国在 BIT 中全盘同意 ICSID 管辖权所带来的巨大风险。其中也有论者分析了会对 ICSID 管辖权产生极大“扩展”作用的“最惠国条款”“保护伞条款”等。^③ 这些论者的研究成果非常有助于中国日后在 BIT 中处理 ICSID 管辖权问题时趋利避害,然而,上述观点由于存在以下特点从而并不能完全满足中国签订 BIT 实践的迫切需求:(1)从整体上对 ICSID 管辖权问题讨论不足。上述观点分别讨论了 ICSID 管辖权中的个别问题,并没有把 ICSID 管辖权作为一个体系从整体上加以考

① 有关这方面的讨论,请参见陈安,《中外双边投资协定中的四大“安全阀”不宜贸然拆除——美、加型 BITs 谈判范本关键性“争端解决”条款剖析》[M]//陈安,《国际经济法学刊》,北京:北京大学出版社,2006,13(1):24,25。

② 有关此方面的研究成果,请参见陈安,《国际投资争端仲裁——“解决投资争端国际中心”机制研究》[M],上海:复旦大学出版社,2001;陈安,《国际投资争端案例精选》[Z],上海:复旦大学出版社,2001;李万强,《ICSID 仲裁机制研究》[M],西安:陕西人民出版社,2002;陈安,《国际经济法学刊》(BIT 问题研究特刊)[C],北京:北京大学出版社,2006,13(1)。

③ 请参见以下论文:陈安,《中外双边投资协定中的四大“安全阀”不宜贸然拆除——美、加型 BITs 谈判范本关键性“争端解决”条款剖析》[M]//陈安,《国际经济法学刊》(BIT 问题研究特刊),北京:北京大学出版社,2006,13(1);魏艳茹,《论我国晚近全盘接受 ICSID 仲裁管辖权之欠妥》[M]//陈安,《国际经济法学刊》(BIT 问题研究特刊),北京:北京大学出版社,2006,13(1);单文华,《卡尔沃主义的“死亡”与“再生”——晚近拉美国家对国际投资立法的态度转变及其对我国的启示》[M]//陈安,《国际经济法学刊》(BIT 问题研究特刊),北京:北京大学出版社,2006,13(1);林一飞,《双边投资协定的仲裁管辖权、最惠国待遇及保护伞条款问题》[M]//陈安,《国际经济法学刊》(BIT 问题研究特刊),北京:北京大学出版社,2006,13(1)。