

厦门大学国际经济法文库 总主编/陈安

阿根廷国际投资仲裁危机的法理与实践研究 ——兼论对中国的启示

Research on the Crisis of Argentine International Investment
Arbitration —— Lessons China can Learn

◎ 刘京莲 / 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

阿根廷国际投资仲裁危机的法理与实践研究

——兼论对中国的启示

Research on the Crisis of Argentine International Investment
Arbitration —— Lessons China can Learn

◎ 刘京莲 / 著

图书在版编目(CIP)数据

阿根廷国际投资仲裁危机的法理与实践研究:兼论对中国的启示/刘京莲著.

—厦门:厦门大学出版社,2011.5

(厦门大学国际经济法文库/陈安主编)

ISBN 978-7-5615-3114-3

I. ①阿… II. ①刘… III. ①国际投资-国际经济法-研究-阿根廷

IV. ①D996.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 095721 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编:361008)

<http://www.xmupress.com>

xmup@public.xm.fj.cn

厦门市明亮彩印有限公司印刷

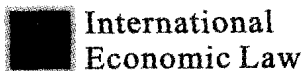
2011 年 5 月第 1 版 2011 年 5 月第 1 次印刷

开本:787×960 1/16 印张:17 插页:2

字数:272 千字 印数:1~2 000 册

定价:30.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换



序 言

国际经济法是发展中的边缘性法学学科。在世界范围,国际经济法作为独立的法学学科,已有近 60 年的发展史。在中国,经过 20 多年的发展,国际经济法已成为法学各学科中理论研究最活跃、实践性最强的学科之一。当前,在经济全球化和中国加入世界贸易组织的新形势下,国际经济法更呈现其鲜明的时代性和蓬勃的生命力。

得改革开放风气之先,厦门大学在我国较早开展国际经济法的教学和研究。经原国家教委批准,厦门大学于 1981 年和 1985 年在全国率先招收国际经济法专业硕士生和本科生,1986 年开始招收国际经济法专业(1997 年后调整扩大为国际法专业)博士生。1987 年成立厦门大学国际经济法研究所。1995 年,厦门大学“国际经济法及台港澳法研究”学科点被列为全国高校“211”工程重点建设项目。2002 年,厦门大学国际法专业由教育部批准为国家重点学科。长期以来,厦门大学国际法专业学术群体秉承“自强不息,止于至善”的校训,囊萤映雪,开展了一系列国家急需的国际经济法理论和实务研究工作,为我国的法治建设和学科发展作出了应有的贡献。同时,经过不断探索,本专业逐渐形成“出人才”和“创成果”相互促进、相辅相成的研究生培养模式,培养了大批“懂法律、懂经济、懂外语”的国际经济法专门人才。

把本专业建成我国国际法领域的重要研究基地和人才培养基地是我们的奋斗目标。“厦门大学国际经济法文库”的编辑出版,是本专业学科建设和发展的长期性工作。“文库”的宗旨是以系列学术专著的形式,集中展现国际经济法领域的专题研究成果,促进学术和社

会发展。“文库”立足出版厦门大学学者、校友在国际经济法领域的研究成果,更欢迎海内外国际经济法学者惠赐佳作。“文库”坚持作品的原创性标准,崇尚严谨治学,鼓励学术创新和争鸣。在出版国际经济法专家学者力作的同时,尤其关注国际经济法学界的新人新作,包括在优秀博士学位论文基础上发展的学术专著。我们期望“文库”成为国际经济法专家学者辛勤耕耘的园地,源源不断地产出智慧之果,启迪思想,弘扬学术。同时,更希望“文库”发挥国际经济法“智库”的功能,为我国的国际经济条约实践、涉外经贸立法以及涉外经贸实务提供有益的理论指导或参考。

“厦门大学国际经济法文库”编辑委员会

2003年6月2日

内容摘要

20 世纪初,阿根廷曾经是世界上最富有的国家之一。它吸收了大量的外资,经济发展迅速,国民收入颇丰。2001 年年底至 2002 年年初阿根廷却经历了历史上最为严重的经济危机,一半国民陷入贫困境地。为了缓解危机的冲击,阿根廷政府宣布全国进入“紧急状态”,国会颁布《公共紧急状态法》。阿根廷实施上述措施一方面促使了阿根廷经济的复苏,另一方面也使参与阿根廷私有化进程的外国投资者遭受了巨额损失。为了挽回损失,众多外国投资者向国际投资仲裁庭提起了以阿根廷为被申请人的国际投资仲裁申请。截止到 2010 年年底,仅在 ICSID 体制内阿根廷便涉案 49 起,且这些案件多半与阿根廷经济危机有关。在已经作出终局裁决的案件中,阿根廷半数以上以失败而告终。阿根廷现象在 ICSID 体制内前所未有,即使在整个国际投资仲裁历史上也属罕见。

因此,本文以阿根廷国际投资仲裁危机作为研究对象,探讨阿根廷国际投资仲裁危机的背景、原因以及阿根廷在国际层面和国内层面的应对措施。通过考察,本文指出阿根廷经济危机是阿根廷国际投资仲裁危机的直接原因,阿根廷国际投资法律自由化改革是阿根廷国际投资仲裁危机的根本原因。20 世纪 90 年代末期,阿根廷签订的双边投资条约背弃了“卡尔沃主义”,完全接受了国际投资仲裁机构的管辖权,并给予外国投资者以高标准的保护。正是阿根廷双边投资条约过于自由化的规定,导致阿根廷在国际层面的抗辩多以失败而告终。阿根廷试图通过国内司法审查的方式否定仲裁裁决在阿根廷国内的执行又蕴涵着极大的危险,这种救济方式将导致阿根廷违背《华盛顿公约》的规定,损害阿根廷在国际商业社会中的声誉。

中国与阿根廷同属于发展中国家,都面临着大力发展本国经济的重任。为了改善中国的投资环境,中国双边投资条约也出现了自由化的趋势。虽

然目前在ICSID体制内尚未出现以中国为被申请人的案件,但是这种可能性并非不存在。中国应当未雨绸缪,吸取阿根廷国际投资仲裁危机的教训,修改中国双边投资条约的规定,平衡投资者的财产利益与东道国的主权权利,防止中国重蹈阿根廷的覆辙。

除前言与结论外,本论文共分为六章。

第一章首先对阿根廷国际投资仲裁危机作出概要介绍。本章主要涉及三个问题,即国际投资仲裁的基本理论、阿根廷国际投资仲裁涉案情况和阿根廷国际投资仲裁危机的社会经济背景分析。

第二章对阿根廷国际投资仲裁危机作出法理分析。本章主要涉及阿根廷国内投资法律体制的自由化改革。文章首先对“卡尔沃主义”进行历史回顾,并对阿根廷传统国际投资法中有关“卡尔沃主义”的内容作出介绍。其次对阿根廷现代国际投资法制自由化改革作出评价,指出阿根廷国际投资法制对“卡尔沃主义”的背弃构成国际投资仲裁危机深层次的国内法原因。

第三章对阿根廷国际投资仲裁危机作出进一步的法理分析。文章首先对阿根廷双边投资条约的程序条款作出分析,指出阿根廷双边投资条约完全接受了ICSID的仲裁管辖权,背弃了“卡尔沃主义”。其次对阿根廷双边投资条约的实体条款作出分析,指出阿根廷双边投资条约赋予外国投资者高标准保护。正是阿根廷双边投资条约过于自由化的规定导致阿根廷在大量国际投资仲裁案件面前捉襟见肘,应对无门。

第四章对阿根廷国际投资仲裁危机在国际层面的应对措施作出了实证考察。文章在分析了阿根廷的主要抗辩理由后指出,阿根廷在国际仲裁庭抗辩的失败归结于阿根廷双边投资条约的规定。文章同时指出国际投资仲裁规则的缺陷对阿根廷仲裁案件也产生了不利影响。

第五章对阿根廷国际投资仲裁危机国内层面的应对措施作出了实证考察。阿根廷官员和学者对ICSID体制提出了严厉的批评,并试图采取措施阻止仲裁裁决在阿根廷国内的执行。阿根廷最高法院也通过判例表明,任何不合宪、不合法、不合理的仲裁裁决均须受到阿根廷国内法院的审查。在对上述措施进行考察以后,本文指出阿根廷国内的应对措施面临巨大的风险。

第六章在分析阿根廷国际仲裁危机的基础上对中国双边投资条约缔约实践作出分析与评价,并提出修改中国双边投资条约的意见和建议,寻求投资者财产利益保护与东道国主权权利行使的平衡。

关键词: 阿根廷;投资仲裁危机;启示意义

ABSTRACT

Argentina was one of the richest countries in the world in the early 20's century. Argentina experienced a very serious economic crisis from the late 2001 to the early 2002. In order to alleviate the effect of the crisis, the government announced that Argentina was in a state of emergency, the parliament promulgated the law of emergency. The actions taken prevented the breakdown of the economy, meanwhile the foreign investors suffered tremendous economic losses. So many foreign investors filed the request for arbitration against the Argentina Republic with the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID). Up to the late of 2010, there are 49 cases against Argentina in the ICSID, most of which related to the economic crisis. In most of the cases concluded, Argentina was defeated. Thus Argentina experiences another serious crisis in the field of international investment arbitration. The phenomenon of Argentina is unprecedented in the history of ICSID and in the history of international investment arbitration.

The subject of the book is the crisis experienced by Argentina in the field of international investment arbitration. The book will introduce the background of the crisis, trying to find out the reasons, discussing the measures Argentina taken in the international arbitral tribunals, the means will be taken in the courts of Argentina. The book points out that the economic crisis directly caused the international investment arbitration crisis and the investment law reformation constitutes the basic reason. In the late 1990s, Argentina signed lots of Bilateral Investment Treaties

(BITs), which abandoned the Calvo Doctrine, accepted the jurisdiction of ICSID, and accorded the foreign investors high level protection. It is the BITs that caused the failure of Argentina in most of the cases. Trying to review the awards and denying them in the courts of Argentina is very unadvisable, which will lead Argentina to breach its international treaty obligation and will do harm to Argentina's reputation in the international business society.

Just like Argentina, China is a developing country. The primary task of China is to stimulate the development of the economy. In order to improve the investment environment, China has changed its attitude to the BITs, giving the foreign investors high level protection. Despite now there is no case against China in ICSID, China should make ready for it. China should amend the regulations of the BITs; balance the protection to the investors and the host state, thus avoiding the crisis.

Besides preamble and conclusion, the book comprises six chapters.

Chapter 1 introduces the Argentina's international investment crisis briefly, which composed of three parts. Part 1 introduces the fundamental theory of international investment arbitration. Part 2 gives out the cases now Argentina facing. Part 3 discusses the background of the crisis.

Chapter 2 analyzes the jurisprudential reason of the crisis. Firstly, the book explicates the history and the meaning of Calvo Doctrine, finds out that Calvo Doctrine is the most powerful weapon that the developing countries could use to oppose the jurisdiction of international arbitration tribunal. Then the book points out that Argentina abandoned the Calvo Doctrine when it signed the BITs, which caused the crisis.

Chapter 3 analyzes another jurisprudential reason of the crisis. According to the BITs, Argentina accepted the jurisdiction of the international arbitration tribunals; meanwhile Argentina granted the foreign investors high level protection. It is the regulations of the BITs caused the crisis.

Chapter 4 reviews the objections of Argentina to the cases in ICSID. The book explicates and appraises the objections to the jurisdiction and to

the merits, pointing out that the regulations of the Argentina's BITs caused the failure. The defects of international arbitration process aggravated the situation.

Chapter 5 reviews the measures Argentina will take in its own country. Because the awards released contradicted each other, Argentine officials and scholars sternly criticized the ICSID system. The supreme court of Argentina also said that any awards that are unconstitutional, illegal or unreasonable must be reviewed by the Argentine courts. After analyzing the measures above, the book indicates that it is unadvisable for Argentina to take such measures.

Chapter 6 compares the Bilateral Investment Treaties signed by China with that of Argentina, putting forward the suggestions to perfect the BIT of China to prevent China from experiencing such crisis.

Key Words: Argentina; International Investment Arbitration Crisis; instruction

目 录

内容摘要

ABSTRACT

绪言	(1)
一、研究背景	(1)
二、研究对象	(4)
三、研究现状	(5)
四、研究意义	(7)
五、研究方法	(8)
六、体例安排和基本内容	(9)
第一章 阿根廷国际投资仲裁危机概述	(12)
第一节 国际投资争端解决机制	(12)
一、外交保护	(13)
二、国家间投资仲裁	(14)
三、国际商事仲裁	(15)
四、国际投资仲裁	(17)
第二节 阿根廷国际投资仲裁危机	(18)
一、阿根廷经济危机	(18)
二、阿根廷国际投资仲裁危机	(19)
第三节 阿根廷国际投资仲裁危机社会经济背景分析	(27)
一、阿根廷谜题	(27)
二、初级产品出口型发展模式	(29)
三、进口替代工业化发展模式	(31)
四、经济自由化发展模式	(36)
本章小结	(42)

第二章 阿根廷投资法制研究	(44)
第一节 “卡尔沃主义”基本原理	(44)
一、“卡尔沃主义”兴起的背景	(46)
二、“卡尔沃主义”的基本含义	(49)
三、卡尔沃条款的效力	(51)
第二节 阿根廷国际投资法制	(56)
一、20 世纪初阿根廷投资法	(56)
二、庇隆政府时期的阿根廷投资法	(57)
三、20 世纪后期阿根廷国际投资法	(58)
本章小结	(65)
第三章 阿根廷双边投资条约研究	(66)
第一节 阿根廷双边投资条约程序规则	(66)
一、管辖权条款	(66)
二、当地救济条款	(73)
三、阿根廷双边投资条约接受国际投资仲裁管辖的风险	(77)
第二节 阿根廷双边投资条约实体规则	(83)
一、条约序言	(84)
二、投资定义条款	(86)
三、投资待遇条款	(89)
四、征收条款	(93)
五、例外条款	(95)
本章小结	(98)
第四章 阿根廷应对国际投资仲裁危机的国际法措施	(99)
第一节 程序抗辩	(99)
一、管辖权抗辩	(99)
二、仲裁员异议	(113)
第二节 实体抗辩	(124)
一、有关征收条款的抗辩	(126)
二、有关公平与公正待遇条款的抗辩	(131)
三、有关保护伞条款的抗辩	(136)
四、有关根本安全例外条款的抗辩	(137)

第三节 仲裁后救济程序.....	(153)
一、申请暂停执行仲裁裁决	(154)
二、仲裁撤销程序	(159)
本章小结.....	(173)
第五章 阿根廷应对国际投资仲裁危机的国内法措施.....	(175)
第一节 阿根廷困境.....	(175)
一、阿根廷面临的困境	(175)
二、阿根廷官员与学者对 ICSID 体制的批评	(176)
第二节 阿根廷国内的争论.....	(178)
一、国会讨论	(178)
二、法院判例	(179)
三、学者意见	(181)
四、小结	(183)
第三节 ICSID 裁决在阿根廷的执行	(184)
一、《华盛顿公约》承认与执行仲裁裁决规则	(184)
二、阿根廷不执行 ICSID 裁决后果分析	(188)
三、阿根廷政府与投资者有关执行的争议	(191)
四、阿根廷可以采取的应对措施分析	(196)
本章小结.....	(200)
第六章 阿根廷国际投资仲裁危机对中国的启示.....	(203)
第一节 中国双边投资条约的规定.....	(203)
一、管辖权条款	(205)
二、条约序言	(210)
三、投资定义条款	(212)
四、投资待遇条款	(213)
五、征收条款	(217)
六、根本安全例外条款	(219)
第二节 中国双边投资条约应有的转型.....	(221)
一、管辖权条款	(222)
二、条约序言	(223)
三、投资定义条款	(224)
四、投资待遇条款	(225)

五、征收条款	(227)
六、根本安全例外条款	(228)
本章小结	(229)
结 论	(231)
参考文献	(235)
附 录	(248)
后 记	(255)



绪 言

一、研究背景

国际投资法,历来是主要作为资本输出国的发达国家与主要作为资本输入国的发展中国家斗争的核心领域。在几乎每一个法律问题上,发达国家与发展中国家都存在着激烈的论争与对抗。^①

二战前,由于广大亚洲和非洲国家尚处于西方国家的殖民地地位或者尚处于战乱阶段,所以此时已经取得独立地位的一些拉丁美洲国家充当了发展中国家利益代言人的角色,在国际投资法律舞台上起到了“排头兵”的作用。

这一时期,阿根廷更是对国际投资法作出了巨大的贡献,其著名法学家兼外交官卡尔沃旗帜鲜明地反对外交保护;反对发达国家对发展中国家的武装讨债;反对外国投资者享有高于本国投资者的“超国民待遇”,反对外国投资者将其与东道国的投资争端提交国际仲裁,从而形成了著名的“卡尔沃主义”。

20 世纪 80 年代,经历了债务危机的发展中国家开始放弃敌视外国投

^① 徐崇利:《国际投资法中的重大争议问题与我国的对策》,载《中国社会科学》1994 年第 1 期。

资的传统。20世纪90年代,阿根廷接受了《华盛顿共识》,^①进行了以“自由化”为目标,以“私有化”为核心的经济、法律改革。改革使阿根廷吸收了大量的外国投资,逐渐摆脱了通货膨胀的困扰,实现了经济的稳定快速发展。但是,阿根廷的经济改革存在着与经济发展水平相脱节,过度自由化的弊端。这些弊端致使阿根廷经济在1998年出现全面衰退,并最终导致2001年年底至2002年年初严重的社会经济危机。

为了应对危机,2002年1月阿根廷国会通过《公共紧急状态法》(25·561号法令),废除“私有化”改革过程中,阿根廷政府给予外国投资者的一系列优惠条件与保护措施。该法案的实施使参与阿根廷私有化进程的外国投资者蒙受了重大的经济损失。针对阿根廷政府为克服经济危机所采取的管理措施,众多外国投资者向国际仲裁机构(ICSID和UNCITRAL)提出了大量的仲裁申请。截止到2010年年底,在ICSID体制内阿根廷共涉案49起,其中经济危机前涉案5起,经济危机后44起。^②此外,针对阿根廷管理经济危机的措施尚有5起案件根据联合国国际贸易法委员会仲裁规则

^① 1990年,美国国际经济研究所在华盛顿召开了一个讨论80年代后期以来拉美经济调整和改革的研讨会。出席会议的有拉美国家的政府官员、美国财政部等部门的官员、金融界和企业界人士以及世界上若干高等院校和研究机构的经济学家。世界银行、国际货币基金组织以及面向拉美的美洲开发银行等国际机构的代表也参加了会议。在会议的最后阶段,该研究所前所长约翰·威廉姆斯说,经过讨论,与会者在拉美国家已经采用和将要采用的10个政策取向方面取得了较为一致的看法,甚至在一定程度上达成了共识。由于上述国际机构的总部和美国财政部都在华盛顿,加之会议又是在华盛顿召开的,因此这一共识可以被称作“华盛顿共识”。威廉姆斯在会后将会议论文汇编成册,并于同年出版。在这本题为《拉美调整的成效》的论文集中,威廉姆斯更加明确地阐述了拉美国家在经济调整和改革过程中应该采纳的“处方”。它包括以下10个方面的政策取向:(1)加强财政纪律,压缩财政赤字,降低通货膨胀率,稳定宏观经济形势。(2)把政府开支的重点转向经济效益高的领域以及有利于改善收入分配的领域(如文教卫生和基础设施)。(3)开展税制改革,降低边际税率,扩大税基。(4)实施利率市场化。(5)采用一种具有竞争力的汇率制度。(6)实施贸易自由化,开放市场。(7)放松对外资的限制。(8)对国有企业实施私有化。(9)放松政府的管制。(10)保护私人财产权。江时学:《新自由主义、“华盛顿共识”与拉美国家的改革》,载《当代世界与社会主义》,2003年第6期。

^② 参见ICSID网站,<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>, 2010-11-10。

(UNCITRAL)进行。^① 这些争端涉及供水、供气、石油、电力、信息服务、汽车、电信、租赁以及保险等多个行业,其中以公用事业为争端的“重灾区”。^②

“‘被告’如此集中于一国并导致‘群起而攻之’,此种现象,不但在《华盛顿公约》及其仲裁体制诞生四十年来所未见过,而且即使在近现代整个国际仲裁制度的发展史上,也可谓前所未有!”^③阿根廷作为“卡尔沃主义”的故乡,为什么会出现如此危机?其国内法根源和国际法根源分别是什么?针对阿根廷危机,ICSID 仲裁体制有什么反应?国际社会有什么反应?针对巨额索赔,阿根廷国内有什么对策?对上述问题的思考、求证与回答,无疑对国际投资法学者认识阿根廷国际投资仲裁危机这一国际投资仲裁史上的重大事件起到积极作用。

此外,阿根廷国际投资仲裁危机对包括中国在内的广大发展中国家具有重要的借鉴意义。自改革开放以来,中国经济日益融入世界。以国际投资为例,目前中国是世界上吸收外资最多的发展中国家。中国在发展经济的过程中,出现紧急状态的情况并非不可能。且与阿根廷一样,中国也与世界上 100 多个国家签订了双边投资条约(bilateral investment treaty,简称 BIT)。中国政府在慎重考虑的基础上,于 1993 年 1 月 7 日批准《解决国家和他国国民之间投资争端公约》(Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of other States)(简称为《华盛顿公约》或者《ICSID 公约》),1993 年 2 月 6 日中国正式成为《华盛顿公约》的缔约国。这就使中国政府有可能面临和阿根廷相类似的危机。居安思危、未雨绸缪是中国国际经济法学者,尤其是中国国际投资法学者应该具有的基本意识。因此,研究阿根廷国际投资仲裁危机的成因、阿根廷政府的应对措施和国际社会的反应都将对中国国际投资法制的发展和完善产生重大

① CMS Gas Transmission Company v. The Argentina Republic, (ICSID Case No. ARB/01/8), Decision on the Argentina Republic's Request for a Continued Stay of the Enforcement of the Award of September 1, 2006, Para. 23.

② CARLOS E. ALFARO, Argentina: ICSID Arbitration and BITs Challenged by the Argentine Government, <http://www.mondaq.com/article.asp?articleid=30151&2010-11-10>.

③ 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》,载陈安主编:《国际经济法学刊》第 13 卷第 1 期,北京大学出版社 2006 年版,第 27 页。