



D996/87

:3

2008



# 论·国·际·经·济·法·学

An CHEN on International Economic Law

第三卷

Vo1.III

陈安 / 著

# 目 录

## 第 三 卷

### 第三编 国际投资法(续)

- V 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 ..... (1079)
- 一、中国型 BITs 中争端解决条款与《ICSID 公约》相关条款的  
“接轨” ..... (1081)
- 二、美、加型 BITs 谈判范本关键性“争端解决”条款之基本规定  
..... (1085)
- 三、中国在 BIT 谈判中不宜贸然接受上述条款或其“变种” ..... (1088)
- (一) 此类条款背离了国际公约对东道国的授权 ..... (1089)
- (二) 此类条款不符合中国的现实国情 ..... (1093)
- (三) 此类条款无视于弱国 BIT 缔约实践的沉痛教训——阿根廷的前车  
之鉴 ..... (1099)
- (四) 此类条款无视于两类东道国的最新立法转轨 ..... (1101)
- 四、结论：有关今后中外 BIT 谈判的几点管见 ..... (1105)
- (一) 加强调查研究，“摸着石头过河” ..... (1105)
- (二) 善用公约授权，掌握“安全阀门” ..... (1106)
- (三) 坚持“下不为例”，“亡羊”及时“补牢” ..... (1107)

VI 区分两类国家,实行差别互惠:再论 ICSID 体制赋予中国的四大“安全阀”不宜贸然全面拆除	(1109)
一、问题的缘由	(1111)
二、中国型 BITs 中争端解决条款与 ICSID 公约相关条款“接轨”的简要回顾	(1113)
三、中国在 BITs 谈判中不宜贸然接受美国型的争端解决条款或其“变种”	(1115)
(一) 此类条款背离了国际公约对东道国的授权	(1116)
(二) 此类条款漠视了联合国权威机构的反复告诫	(1119)
(三) 此类条款不符合中国的现实国情	(1122)
(四) 此类条款无视于弱国 BIT 缔约实践的沉痛教训:阿根廷的前车之鉴	(1129)
(五) 此类条款无视于两类东道国的最新立法转轨	(1130)
四、有关今后中外 BIT 谈判的几点思考	(1133)
(一) 加强调查研究,“摸着石头过河”	(1133)
(二) 善用公约授权,掌握“安全阀门”	(1134)
(三) 区分两类国家,实行差别互惠,排除或限制 MFN 条款适用于争端程序	(1135)
五、区分两类国家,实行差别互惠的理论依据和实践先例	(1139)
(一) 区别对待的做法符合于“具体分析”的普遍哲理	(1139)
(二) 区别对待的做法符合于“公平互利”的基本法理	(1139)
(三) 区别对待的做法符合于“国家主权至高无上”的国际法基本原则	(1141)
(四) 区别对待的做法符合于 MFN 待遇原则的发展进程	(1142)
(五) 区别对待、排除或限制 MFN 条款扩大适用于争端程序,符合 UNCTAD 晚近的反复警示	(1143)
(六) 区别对待的做法符合于国际仲裁的最新实践	(1143)
(七) 区别对待、排除或限制 MFN 条款适用范围的做法已有若干先例可援	(1145)
六、结论	(1146)

Ⅶ 《中国—秘鲁 1994 年双边投资协定》可否适用于“一国两制”下的中国香港特别行政区——香港居民谢业深 v. 秘鲁政府征收投资案件的法理剖析	(1147)
一、本案案情梗概	(1149)
二、主要争议和初步看法	(1150)
(一) 主要争议	(1150)
(二) 初步看法	(1151)
三、关于申请人之中国国籍问题	(1151)
(一) 中国国籍的获得	(1152)
(二) 中国国籍的丧失	(1153)
(三) 《中国国籍法》对香港特别行政区的适用	(1153)
(四) 中国国籍的证明	(1154)
(五) 香港特别行政区护照对中国国籍的证明	(1154)
四、关于《中国—秘鲁 BIT 1994》适用于在香港享有居留权的中国公民问题	(1154)
(一) 香港回归中国前后的历史回顾	(1155)
(二) 《中英联合声明》确立的原则与规则	(1155)
(三) “中英联合联络小组”的工作	(1157)
(四) 《香港特别行政区基本法》以及中国法律、中—外协定(条约)对香港的适用	(1158)
(五) 《中国—秘鲁 BIT 1994》不适用于在香港享有居留权的中国公民	(1165)
五、关于《中国—秘鲁 BIT 1994》中仲裁条款的适用范围问题	(1166)
(一) 中国加入《华盛顿公约》的历史回顾	(1166)
(二) 中国对于双边投资协定(BITs)争端解决条款的基本政策	(1168)
(三) 《中国—秘鲁 BIT 1994》中仲裁条款的范围与性质	(1173)
六、关于《中国—秘鲁 BIT 1994》中“最惠国条款”的适用范围问题	(1175)
(一) 中国在“最惠国(MFN)条款”方面的历史教训	(1175)
(二) 《中国—秘鲁 BIT 1994》中 MFN 条款的固有涵义	(1178)
(三) 可否援引《中国—秘鲁 BIT 1994》中的 MFN 条款,创设新的 ICSID	

管辖权 .....	(1178)
(四) 当代国际法学界对 MFN 条款性质的共识: MFN 待遇只是国家主权的派生物 .....	(1182)
(五) 依据《维也纳条约法公约》对《中国—秘鲁 BIT 1994》中的 MFN 条款进行解释 .....	(1183)
(六) 联合国官方文件的反复警示以及当今世界对 MFN 条款的严格解释 .....	(1186)
(七) 目前国际缔约实践中对 MFN 条款的限制与排除 .....	(1189)
(八) ICSID 实践对 MFN 待遇的限制与排除(裁决案例) .....	(1190)
(九) 《中国—秘鲁 BIT 1994》中的 MFN 条款问题 .....	(1195)
七、结论 .....	(1195)
VIII 我国涉外经济立法中可否规定对外资绝不实行国有化 .....	(1197)
一、问题缘起 .....	(1198)
二、两种歧义 .....	(1199)
(一) 事关维护经济主权,不可立法规定绝不征收外资 .....	(1199)
(二) 事关大量吸收外资,不妨立法规定绝不征收外资 .....	(1200)
三、四点管见 .....	(1202)
(一) 从外资国有化问题的论战史来看,不适宜作此规定 .....	(1202)
(二) 从中外签订的双边投资保护协定来看,不必要作此规定 .....	(1204)
(三) 从西方国家对“国有化”的理解来看,不应当作此规定 .....	(1206)
(四) 从中国的宪法精神和现有政策来看,不容许作此规定 .....	(1207)
四、结论: 务必留权在手,但决不任意滥用 .....	(1209)
IX 是重新闭关自守? 还是扩大对外开放? ——论中美两国经济上的互相依存以及“天安门风波”后在华外资的法律环境 .....	(1210)
一、华盛顿: 最惠国≠最喜欢的国家 .....	(1211)
二、北京: 最惠国——中美同舟 .....	(1214)
三、燕子悄无声息,天暖翩然来 .....	(1216)
四、有利于外国投资者的中国法律多面体上又新增六面 .....	(1219)
(一) 修订了《合资经营企业法》 .....	(1219)
(二) 颁布了《成片土地开发办法》 .....	(1221)

(三) 广阔开放了“经济心脏”的周边地区——上海浦东 .....	(1222)
(四) 统一了针对外国投资者的税法并给予了更多优惠 .....	(1224)
(五) 实施了《行政诉讼法》 .....	(1225)
(六) 接受了 ICSID 体制 .....	(1226)
五、娃娃与洗澡水 .....	(1226)
<b>X 中国对欧洲在华直接投资的法律保护及其与国际惯例的接轨 .....</b>	<b>(1228)</b>
一、中国国内法对在华外资的保护 .....	(1229)
(一) 宪法给予的保护 .....	(1229)
(二) 基本民商法、经济法和诉讼法给予的保护 .....	(1230)
(三) 涉外投资立法给予的保护 .....	(1231)
(四) 东道国给予外资法律保护的约束力问题 .....	(1234)
二、中国吸收外资政策新近的重要发展及其相应的法律措施 .....	(1235)
(一) 逐步统一内外资企业政策 .....	(1236)
(二) 公布《外商投资产业指导目录》 .....	(1236)
(三) 做好外商投资特许权项目(BOT)等新投资方式的试点 .....	(1236)
(四) 大幅降低进口关税,取消进口关税的某些优惠 .....	(1236)
(五) 实施新修订的《外汇管理条例》 .....	(1237)
三、中国参加缔结的国际条约对在华外资的保护 .....	(1237)
(一) 双边协定给予的保护 .....	(1237)
(二) 国际公约给予的保护 .....	(1242)
<b>XI 外商在华投资中金融票据诈骗问题剖析——香港东方公司 v. 香港泰益公司案件述评 .....</b>	<b>(1246)</b>
一、本案案情梗概 .....	(1246)
二、本案讼争主要问题剖析 .....	(1247)
(一) 关于第 0163 号收款收据的真伪问题 .....	(1248)
(二) 关于第 0168 号收款收据的真伪问题 .....	(1250)
(三) 关于所谓 1985 年 9 月 15 日原告与被告的密约 .....	(1251)
(四) 原告在其发表的一系列文件中对被告“赖账”金额的表述信口雌黄,自相矛盾 .....	(1251)
(五) 原告曾书面和口头承认只付给被告 50 万港元 .....	(1251)

(六) 关于原告骗取被告第 0163 号和第 0168 号收款收据的动机 .....	(1252)
(七) 被告因原告诬告所遭受的损失及其索赔要求 .....	(1253)
附录 福建省高级人民法院民事判决书[(1986)闽法经民上字第 49 号].....	(1253)
<b>XII 外商在华投资中的担保与反担保问题剖析——香港上海汇丰银行有限公司 v. 厦门建设发展公司案件述评 .....</b>	<b>(1256)</b>
一、本案案情梗概 .....	(1257)
二、厦门建发公司答辩状 .....	(1259)
(一) 甲案 .....	(1260)
(二) 乙案 .....	(1263)
(三) 丙案 .....	(1264)
(四) 责任分析 .....	(1264)
三、本案讼争主要问题剖析 .....	(1267)
(一) 关于原告汇丰银行的欺诈行为问题 .....	(1267)
(二) 本案的“反担保书”等依法应属无效 .....	(1269)
(三) 关于造成“反担保书”等无效的责任分析 .....	(1272)
(四) 建发公司的请求 .....	(1273)
(五) 附件 .....	(1273)
附录 汇丰银行厦门代表处就外商资信提供中文证明篡改英文原意的具体情况 .....	(1274)
四、本案中方代理律师致香港汇丰银行中国业务部总经理罗素先生函 .....	(1278)
<b>XIII 外商在华投资“征收”索赔迷雾中的庐山面目——英商 X 投资公司 v. 英商 Y 保险公司案件述评(一) .....</b>	<b>(1282)</b>
一、本案案情梗概 .....	(1283)
二、咨询的问题 .....	(1284)
三、专家的看法和意见 .....	(1285)
(I) 1996 年签订的中外合作合同(以下简称《争端合同》)第 15 条关于利润分配的规定在当时是合法的、至今仍是合法的 .....	(1285)
(II) 1998 年 9 月《国务院关于加强外汇外债管理开展外汇外债检查的	



通知》(以下简称“国发[1998]31号通知”),其法律效力是不完备的	(1287)
(Ⅲ)“国发[1998]31号通知”不具备溯及既往的法律效力	(1288)
(Ⅳ)“国发[1998]31号通知”中的禁止性规定实质上已经在2002年和2004年一再被修改	(1289)
(Ⅴ)“国发办[2002]43号通知”不是“征收法令”;2003年中外双方《新协议》不是“征收行为”	(1293)
(Ⅵ)中国涉外投资法律以及中英双边投资协定中有关征收外国投资的规定	(1296)
四、结论	(1298)
<b>【附录】</b>	
(Ⅰ)国务院《关于加强外汇外债管理开展外汇外债检查的通知》(“国发[1998]31号通知”,1998年9月14日)	(1299)
(Ⅱ)国务院办公厅《关于妥善处理现有保证外方投资固定回报项目有关问题的通知》(“国发办[2002]43号通知”,2002年9月10日)	(1304)
(Ⅲ)国务院《关于投资体制改革的决定》(“国发[2004]20号决定”,2004年7月16日)	(1306)
<b>XIV 外商在华投资“征收”索赔中的“脚踩两船”与“左右逢源”——英商 X 投资公司 v. 英商 Y 保险公司案件述评(二)</b>	(1313)
<b>XV 外商在华投资中的“空手道”融资:“一女两婿”与“两裁六审”——中国深圳市中方四公司 v. 泰国贤成两合公司案件述评</b>	(1333)
一、本案案情梗概	(1334)
二、本案各方当事人的主张和仲裁庭对事实的认定	(1336)
(一)本案各方当事人的主张及其交锋	(1336)
(二)本案仲裁庭对事实的认定	(1350)
三、本案仲裁庭的合议评析和终局裁断	(1364)
(一)本案仲裁庭的合议评析	(1364)
(二)本案仲裁庭的终局裁断	(1370)

【附录】

(一) 中华人民共和国最高人民法院行政判决书[(1997)行终字第 18 号] ..... (1371)

(二) 《深圳特区报》新闻报道: 深圳贤成大厦事件始末(2004 年 4 月 7 日) ..... (1376)

(三) 《深圳商报》新闻报道: 贤成两合公司净欠深贤公司 3 211 万元(2004 年 4 月 6 日) ..... (1380)

第四编 国际贸易法

I 某些涉外经济合同何以无效以及如何防止无效 ..... (1385)

一、“合同必须信守”与“违法合同自始无效” ..... (1386)

二、“鳎苗”风波——数项合同一连串违法 ..... (1388)

三、合同主体不合格导致合同无效 ..... (1392)

四、合同内容不合法导致合同无效 ..... (1396)

五、两起涉嫌“欺诈”的涉外合同纠纷 ..... (1402)

六、无效合同的处理和预防 ..... (1409)

II 跨国商品代销中越权抵押和争端管辖权问题剖析——意大利古西公司 v. 香港图荣公司案件述评 ..... (1412)

一、本案案情梗概 ..... (1413)

二、本案民事诉状 ..... (1414)

(一) 两份代销合同的约定 ..... (1415)

(二) 一份销售合同的约定 ..... (1415)

(三) 香港图荣公司严重违约侵权 ..... (1415)

(四) 意大利古西公司请求参讼维权 ..... (1416)

三、本案争端管辖权问题剖析——对图荣公司《答辩状》的反驳 ..... (1416)

(一) 对本案实行管辖完全符合中国法律和国际惯例 ..... (1416)

(二) 对本案放弃管辖有损中国法律尊严和中国法院形象 ..... (1419)

四、本案讼争商品所有权问题剖析 .....	(1420)
(一) 本案讼争的标的物的所有权属于意大利古西公司 .....	(1420)
(二) 古西公司不能为图荣公司的过错负责 .....	(1422)
【附录】 .....	(1424)
一、古西公司财产保全申请书 .....	(1424)
二、古西公司先予执行申请书 .....	(1424)
III 外贸汇票承兑争端管辖权冲突问题剖析——美国约克公司 v. 香港 北海公司案件述评 .....	(1426)
一、本案案情梗概 .....	(1427)
二、关于约克公司与北海公司争议案件的专家意见书(1994年 3月10日) .....	(1427)
(一) 专家简况 .....	(1427)
(二) 咨询的问题 .....	(1428)
(三) 专家的看法和意见 .....	(1429)
(四) 基本结论 .....	(1441)
三、关于约克公司与北海公司争议案件专家意见书的重要补充 (1994年4月7日) .....	(1443)
四、评英国皇家大律师狄克斯(A. R. Dicks Q. C.)的书面证词 (1994年9月1日) .....	(1446)
IV 一项判决 三点质疑——评香港高等法院“1993年第A8176号” 案件判决书 .....	(1462)
引言 .....	(1464)
一、本案案情梗概 .....	(1464)
二、判决质疑之一：关于本案管辖权问题 .....	(1469)
(一) 把本案管辖权判归香港法院，根本违反了“有约必守”以及当事人 “意思自治”这两大法理原则 .....	(1470)
(二) 把本案汇票争端管辖权判归香港法院，拒不裁定中止本案诉讼 程序，根本违反了香港的《仲裁条例》 .....	(1474)

(三) 把本案汇票争端管辖权判归香港法院,拒不裁定中止本案诉讼程序,根本违反了对香港具有法律约束力的国际公约 .....	(1475)
(四) 把本案汇票争端管辖权判归香港法院,根本违反了举世公认的国际惯例 .....	(1476)
(五) 把本案汇票争端管辖权判归香港法院,是对已与国际惯例接轨的中国法律缺乏应有的尊重 .....	(1477)
三、判决质疑之二:关于中国法律“承认”本案汇票争端之“独立性”问题 .....	(1482)
(一) 中国法律中并不存在狄克斯生造的“汇票自治原则”和汇票至高无上的“独立性” .....	(1482)
(二) 狄克斯援引中国的《银行结算办法》时,使用了断章取义和化有为无的手法 .....	(1483)
(三) 狄克斯在转述郭锋先生的论文时,阉割前提、歪曲原意 .....	(1485)
(四) 狄克斯的见解与中国票据法学术著作中公认的观点、有关的国际公约以及中国票据法的具体规定都是背道而驰的 .....	(1487)
(五) 狄克斯在援引《中华人民共和国民事诉讼法》,以论证其所谓汇票的 autonomy 时,竟然篡改条文,无中生有 .....	(1490)
四、判决质疑之三:关于本案被告的答辩权问题 .....	(1491)
(一) 卡普兰法官的“为时太晚”论是站不住脚的 .....	(1492)
(二) 卡普兰法官不给予被告充分的答辩权,是违反公平原则、违反国际诉讼程序惯例的 .....	(1493)
V 外贸争端中商检结论暧昧、转售合同作伪问题剖析——中国 A 市 MX 公司 v. 韩国 HD 株式会社案件述评 .....	(1495)
一、本案案情梗概 .....	(1496)
二、A 市的商检证书结论暧昧,不足采信——韩国 HD 公司的答辩书及反请求书 .....	(1497)
(一) 反请求事项 .....	(1497)
(二) 基本事实 .....	(1498)
(三) 主要理由 .....	(1500)

三、MX 公司的“转售合同”涉嫌凭空伪造或逃税走私之一	1504
(一) 该合同没有编号,不盖公章,显然是一份无效合同	1504
(二) 该合同未按约定条件提交鉴证和交付定金,应属“从未生效”或 早已“自动失效”	1505
(三) 该合同极可能是一份走私逃税的违法合同	1506
四、MX 公司的“转售合同”涉嫌凭空伪造或逃税走私之二	1508
(一) MX 公司在定金“转账”和“进账”上弄虚作假	1508
(二) MX 公司在掩盖“内贸合同”走私逃税上信口雌黄	1510
(三) MX 公司的其他“损失”即使属实,也是咎由自取,无权索赔	1511
五、本案的仲裁庭意见和终局裁决	1511
(一) 仲裁庭对本案基本事实的认定	1511
(二) 仲裁庭对双方请求的判断和终局裁决	1512
VI 外贸代理合同纠纷中的当事人、管辖权、准据法、仲裁庭、债务人 等问题剖析——韩国 C 公司 v. 中国 X 市 A、B 两公司案件述评	1514
一、本案案情梗概	1515
二、关于当事人和管辖权的争议	1518
三、关于准据法的争议	1527
四、关于仲裁庭人数和人选的争议	1530
五、关于无单放货和货款债务人的争议	1537
六、本案终局裁决	1544
七、从本案实践看现行《ICC 仲裁规则》及其执行中的瑕疵	1545
VII 论英国 FOSFA 裁决之严重枉法、不予执行——中国中禾公司 采购巴西含毒大豆案件述评〔专家意见书〕	1549
一、专家简况	1551
二、本案案情梗概	1552
三、中禾公司咨询的问题	1557
(一) 关于中国国家质检总局上述禁令的法律依据问题	1557
(二) 关于中国国家质检总局上述禁令的法律效力问题	1557

(三) 关于中国国家质检总局上述禁令的持续时间问题 .....	(1557)
(四) 关于中国各家银行拒绝开出信用证的原因及其相关的法律责任 问题 .....	(1557)
(五) 关于适用英国法与中国是否开证义务的履行地问题 .....	(1558)
(六) 关于适用英国法与适用中国强制法的“法律冲突”问题 .....	(1558)
(七) 关于向中国主管法院申请对英国 FOSFA 仲裁裁决不予承认、 不予执行的问题 .....	(1558)
四、专家的看法和意见 .....	(1559)
(一) 关于中国国家质检总局上述禁令的事实依据和法律依据问题 .....	(1560)
(二) 关于中国国家质检总局上述禁令的法律效力问题 .....	(1564)
(三) 关于中国国家质检总局上述禁令的持续时间问题 .....	(1565)
(四) 关于中国各家银行拒绝开出信用证的原因及其相关的法律责任 问题 .....	(1567)
(五) 关于适用英国法与中国是否开证义务的履行地问题 .....	(1568)
(六) 关于适用英国法与适用中国强制法的“法律冲突”问题 .....	(1570)
(七) 关于中国的法学专家是否有资格评论英国法的问题 .....	(1583)
(八) 关于向中国主管法院申请对英国 FOSFA 仲裁裁决不予承认、 不予执行的法律依据 .....	(1586)
五、结论:英国 FOSFA 裁决严重违法,依法应不予承认、不予 执行 .....	(1592)

# 3

第三编

---

国际投资法(续)





## V 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

**内容摘要** 迄今为止,中国已经与 110 多个国家缔结了“双边投资协定”(BITs)。目前还正在进一步与一些国家谈判缔结新的 BITs 或修订原有的 BITs。据悉,在近期的上述谈判中,有些外国向中国提供的谈判文本,是以美国、加拿大的 BITs 范本作为蓝本,略加增删而成,其基本内容,大体相同。本文以美、加 BITs 范本为主要对象,针对其中若干关键性“争端解决”条款的设计,加以剖析,指出这些条款实质上要求吸收外资的东道国全盘放弃“逐案审批同意”权,放弃“当地救济优先”权,放弃“东道国法律适用”权,甚至放弃“重大安全例外”权。这些要求,不符合当代国际公约对吸收外资东道国的授权规定,不符合中国当前的现实国情,无视于晚近发展中国家实践的沉痛教训,无视于晚近东道国的最新立法转轨。因此,中国在有关谈判中,应当保持清醒头脑,立足于本国的现实国情,吸取国际实践的有关教训,增强忧患意识,坚持有关国际公约的授权规定,善于掌握四大“安全阀”,趋利避害,维护国家权益,进而在确立跨国投资合理规范和建立国际经济新秩序的过程中,发挥应用的示范作用。

\* 本文可简称为《一论中—外 BIT》,最初发表于陈安主编:《国际经济法学刊》第 13 卷第 1 期,北京大学出版社 2006 年出版。文章发表后,引起学界强烈兴趣,认同者固多,但也不无疑义。针对疑义,笔者又就后续研究心得,另撰新文,题为《区分两类国家,实行差别互惠:再论 ICSID 体制赋予中国的四大“安全阀”不宜贸然全面拆除》,可简称为《再论中—外 BIT》,再次陈述管见,辑于陈安主编:《国际投资法的新发展与中国双边投资条约的新实践》,复旦大学出版社 2007 年出版。两文实为“姊妹篇”,后文是前文见解的扩展与申论。两篇专论所述,均以撰写当时的官方媒体报道以及官方网站统计数字为据,如实反映了笔者对当时形势发展认识之逐步深化。现将两文一并辑入本书,分别列为本书第三编之 V 和之 VI,便于读者对照参考。两文所述的基本观点至今未变。但近来中国吸收外资和对外投资的对比态势和具体数字又有新的发展,阅读时请予留意。此外,这两篇专论的英文本,先后相继发表于 *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 7, No. 6, December 2006 以及 Vol. 8, No. 6, December 2007, 现均辑入本书,分别列为第七编之 III 和之 IV, 也可供有关读者对照参考。