

Journal of International
Economic Law

Volume 13, Number 1, 2006



国际经济法学刊

第13卷 第1期 (2006)

陈 安 主编 蔡从燕 执行编辑

BIT问题研究 (特刊)

本期要目

陈 安: 中外双边投资协定中的四大“安全阀”不宜贸然拆除

曾华群: 外资征收及其补偿标准

徐崇利: 外资征收中的补偿额估算

魏艳茹: 论我国晚近全盘接受ICSID仲裁管辖权之欠妥

王海浪: “落后”还是“超前”?

单文华: 卡尔沃主义的“死亡”与“再生”

蔡从燕: 不慎放权, 如潮官司

李万强: 晚近美国对国际投资争端仲裁机制态度的转变



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

国际经济法学刊

第13卷 第1期 (2006)

陈 安 主编 蔡从燕 执行编辑



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

国际经济法学刊. 第13卷. 第1期/陈安主编. —北京: 北京大学出版社, 2006. 5

ISBN 7-301-10644-0

I. 国… II. 陈… III. 国际经济法-文集 IV. D996-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 035878 号

书 名: 国际经济法学刊(第13卷第1期)

著作责任者: 陈 安 主编

责任编辑: 李 晨

标准书号: ISBN 7-301-10644-0/D·1483

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn> 电子信箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

排 版 者: 北京高新特打字服务社 82350640

印 刷 者: 北京汇林印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开本 18.5 印张 286 千字

2006 年 5 月第 1 版 2006 年 5 月第 1 次印刷

定 价: 31.00 元

未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有, 侵权必究

举报电话: 010-62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn



序言

《国际经济法学刊》(简称《学刊》,原名《国际经济法论丛》)是全国性、开放性的国际经济法专业优秀学术著述的汇辑,是国际经济法理论界与实务界笔耕的园地、争鸣的论坛和“以文会友”的平台。其宗旨是:立足我国改革开放与建立社会主义市场经济体制的实践,借鉴国外的先进立法经验和最新研究成果,深入研究和探讨国际经济关系各领域的重要法律问题,开展国内、国际学术交流,推动我国国际经济法教学与科研的发展,并为我国积极参与国际经济法律实践以及我国的涉外经济立法、决策和实务操作,提供法理依据或业务参考。

《学刊》主要设立以下栏目:国际经济法理论;国际经济法专题研究;世界贸易组织法专题研究;典型国际经贸案件评析;优秀国际经济法专业博士、硕士学位论文选登;国外优秀研究成果选译;学术评论;最新学术动态。

本期为《学刊》第13卷第1期,是专门就双边投资协定(BIT)相关法律问题而奉献给读者的一个特刊。

截至2005年9月1日,我国已经与112个国家缔结了BITs,对于吸引外资及实施“走出去”战略发挥了重要作用,目前还在与一些国家谈判签订或修订BITs。据悉,相关谈判过程中面临一些亟待解决的重要理论与实践问题。广泛、深入考察当今BIT实践的新动态、新发展、新经验对于我们正确面对并妥当解决这些理论与实践问题无疑是必要的。

诱使发展中国家大幅度放开甚至放弃对投资争端的管辖权,以 IC-SID 或其他国际仲裁机制取代之,是近来发达国家推动国际投资“自由化”的重要手段,新近美国及加拿大提出的 BITs 谈判范本就包含着这样的企图与内容,对此应如何对待?尤其中国应如何对待?在《中外双边投资协定中的四大“安全阀”不宜贸然拆除——美、加型 BIT 谈判范本关键性“争端解决”条款剖析》一文中,陈安教授认为,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,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;不考虑晚近国际实践的沉痛教训,不考虑晚近东道国有关立法的最新动向。陈教授认为,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,发挥应有的示范作用。

外资征收及其补偿标准问题向来是发展中国家与发达国家间的争议焦点之一,目前在此问题上出现了新的应予关注的趋势,在《外资征收及其补偿标准:历史的分野与现实的挑战》一文中,曾华群教授从历史和现实角度,分别探讨国有化或征收的概念及其新发展、征收的合法性问题、征收补偿标准之争及其新发展,以及中国关于征收及其补偿标准的立场与实践,强调征收是国家经济主权的正当行使,认为“赫尔”规则的要害是否定发展中国家的征收权,发展中国家,尤其是我国应当维护征收权和坚持适当补偿原则。

鉴于我国国际经济法学界重视对外资征收补偿标准的研究,但忽视了对外资征收补偿额估算问题的深入探讨,在《外资征收中的补偿额估算》一文中,徐崇利教授对此进行了深入探讨。他认为,征收补偿额的估算问题与征收补偿标准问题同等重要。南北国家之间就征收补偿额估算问题的争议主要表现为“账面价值”方法与“现金流量折现”方法的对立。对于有关征收补偿额估算的各种问题,中国应按步骤采取相应的对策。

鉴于个别盲目放开投资争端管辖权的发展中国家近年来频频被推上国际仲裁庭,而我国在新近缔结的一些 BITs 中却一揽子接受了 IC-

SID 仲裁管辖权,认真评估其可能影响并探讨可能的补救显然颇为重要,在《论我国晚近全盘接受 ICSID 仲裁管辖权之欠妥》一文中,魏艳茹博士注意到我国缔结的一些 BITs 一揽子全盘接受了 ICSID 仲裁管辖权,认为 BITs 中的最惠国待遇条款可能导致对这种全盘接受扩大化,主张在未来 BITs 实践中不仅应重新坚持部分接受 ICSID 仲裁管辖权的立场,还应明确主张最惠国待遇条款不适用于争端解决程序。

同意是 ICSID 体制的基石,恰当地表达同意是中国合理利用 ICSID 体制的前提,反之则使国家主权无端受限,在《“落后”还是“超前”?——论中国对 ICSID 管辖权的同意》一文中,博士生王海浪考察了加拿大和美国等发达国家缔结的 BITs 中有关 ICSID 仲裁管辖权的同意方式,认为这些国家并未采取“全面同意”式,而采取“全面同意+重要例外”式,而中国从传统上采取“逐案同意”式和“有限同意”式已转变为目的以“全面同意”为主的接受方式,认为该同意方式不可取,而“逐案同意”式不能适应保护我国海外投资的需要,并非最佳选择,建议与发达国家签订 BITs 时采用“有限同意”式,在与能源、原材料丰富的发展中国家签订 BITs 时采用“全面同意+重要例外”式。此外,应该规定必要的例外。

在国际投资法实践方面,拉美国家颇为特殊,作为“卡尔沃主义”发源地的拉美国家 20 世纪 90 年代以来明显加快了投资自由化步伐,但近年来急剧增加的国际投资争端也成为一些拉美国家的难以承受之重,这一现象显然应该引起同样是发展中国家的中国的密切关注与认真思考。在《卡尔沃主义的“死亡”与“再生”——晚近拉美国际投资立法的态度转变及其对我国的启示》一文中,单文华教授注意到,曾经作为发展中国家,尤其拉美国家主张经济主权,反对国际干预的最鲜亮的国际法理论旗帜的“卡尔沃主义”似乎未能抵挡晚近国际投资自由化的汹涌大潮,以至于到 90 年代中期时被惊呼“死亡”了。他还注意到,近年来国际投资争端的急剧上升促使许多发展中国家,尤其拉美国家开始反思和检讨其国际投资自由化政策,“卡尔沃主义”似乎正在“再生”。单教授希望通过考察作为卡尔沃主义首倡者的拉美国家对这一理论的“否定之否定”的态度嬗变过程,探讨其对广大发展中国家,尤其中国的借鉴与启迪意义。

在短短的几年内,阿根廷三十余次被外国投资者诉至 ICSID 仲裁



庭,这在 ICSID 仲裁史上是前所未有的。目前,阿根廷面临着严峻挑战,可能要承受极大的法律、经济乃至政治风险,其教训极为深刻。在《不慎放权,如潮官司——阿根廷轻率对待投资争端管辖权的惨痛教训》中,蔡从燕副教授首先考察了阿根廷被诉的具体情况,进而以美国—阿根廷双边投资协定中的争端解决条款为例进行实证考察、分析了阿根廷频频被诉的原因。他同时也考察、分析了阿根廷政府采取及阿根廷学者提出的抗辩对策及其有效性,并提出了三种可供阿根廷考虑采取的抗辩对策。

20 世纪 90 年代以来,较之一些发展中国家盲目放开投资争端管辖权,以往鼓吹东道国放开投资争端管辖权最力的美国却强调本国对投资争端的管辖权,这值得发展中国家深思。在《晚近美国对国际投资争端仲裁机制态度的转变——以 NAFTA 为例》一文中,李万强副教授认为,在 NAFTA 体制内,美国作为资本输入国面临的投资仲裁压力日益显现,为此一改以往从资本输出国角度强调保护外国投资的立场,强调从资本输入国立场考虑保护美国利益。以往被美国视为“不合时宜”的发展中国家的主张,反而被其用来质疑 NAFTA 投资争端解决机制的合理性。

适格投资者认定是 ICSID 行使仲裁管辖权的基本条件之一,在《ICSID 仲裁机制中法人国籍认定的理论与实践》一文中,朱炎生副教授认为,在 ICSID 实践中,仲裁庭在法人国籍认定方面存在着扩大 ICSID 管辖权的倾向。他认为,目前我国对外缔结的 BITs 在法人投资者国籍认定方面也采取宽泛的做法,这种做法与我国对于 ICSID 管辖权采取不设限同意的做法相结合将产生扩大管辖权的效果,值得深思。

在《双边投资协定的仲裁管辖权、最惠国待遇及保护伞问题》一文中,林一飞副研究员认为,BITs 中的 ICSID 仲裁条款是 ICSID 管辖权的依据。当 BIT 与有关投资协议在争端解决方面做出不同规定时,ICSID 倾向于根据 BIT 确认其具有管辖权。投资者能否根据 BITs 或相关国际条约中的最惠国待遇条款诉诸 ICSID 尚无定论,这使得 ICSID 享有广泛的自由裁量权。保护伞条款可能导致合同义务转变为条约义务,为投资者增加救济途径的同时加重了东道国的负担。中国的 BITs 实践应该审慎考虑上述风险。

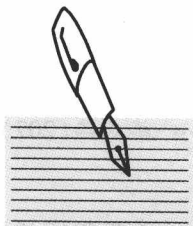
缔结 BITs 系以其有助于吸引外资为重要前提,但 BITs 是否及多

大程度上有助于吸引外资?较之法律学者,经济学者对该问题的讨论也许更具说服力,在《双边投资条约引资效果的经验分析》一文中,张晓斌副编审介绍了近年来采用定量方法分析 BITs 对外资区位选择的影响的学术进展,研究了 BITs 数量与外资整体流入水平间的关系,探讨 BITs 对缔约方间双边投资活动的影响,认为在吸引外资方面完善内部制度比缔结 BITs 更重要。

在本刊发表的论文,其所论证的各种观点,未必是本刊编辑部所持的立场和见解。乘着“百家争鸣”的方针,欢迎持有不同见解的学界同仁惠赐佳作,以本刊作为平台,针对各有关问题,各抒己见,深入探讨,互相补益,共同提高。

《国际经济法学刊》编辑部

2006 年 1 月 20 日



目 录

BIT 问题研究(特刊)

作者/编者说明 (1)

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 陈 安 (3)

外资征收及其补偿标准:历史的分野与现实的挑战 曾华群 (38)

外资征收中的补偿额估算 徐崇利 (70)

论我国晚近全盘接受 ICSID 仲裁管辖权之欠妥 魏艳茹 (109)

“落后”还是“超前”?

——论中国对 ICSID 管辖权的同意 王海浪 (145)

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 单文华 (183)

不慎放权,如潮官司

——阿根廷轻率对待投资争端管辖权的惨痛教训

..... 蔡从燕(207)

晚近美国对国际投资争端仲裁机制态度的转变

——以 NAFTA 为例 李万强(235)

ICSID 仲裁机制中法人国籍认定的理论与实践 朱炎生(244)

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 林一飞(258)

双边投资条约引资效果的经验分析 张晓斌(269)

附 录

《国际经济法学刊》稿约 (282)

《国际经济法学刊》书写技术规范(暂行) (284)



Contents

BIT Problems(Special Issue)

Note by Authors and Editing Board	(1)
Four Great Safeguards in Bilateral Investment Agreements	
Shouldn't be Rashly Dismantled during Sino-foreign	
Negotiation—Comments on of Critical Provisions	
concerning Dispute Settlement in the U. S. and	
Canada's Model BITs text	Chen An (3)
The Expropriations of Foreign Investment and the	
Standards of Compensation; Historical Division	
and Practical Challenge	Zeng Huaqun (38)
Damage Valuation in the Expropriation of Foreign Investment	
.....	Xu Chongli (70)
On the Impropriety of China's Recent Complete	
Acceptance of ICSID Jurisdiction	Wei Yanru(109)
Falling Behind or Going Far Beyond the Limit? —China's	
Consent to the Jurisdiction of ICSID	Wang Hailang(145)

- The Death and Revival of "Calvo Doctrine"—Recent Changes
of Attitude of Legislations concerning International
Investment in Latin-American Countries and
Their Implications for China Shan Wenhua(183)
- Loosening Jurisdiction imprudently, A Tidal Wave of
Litigations Arising—Argentina's imprudent Attitude
towards investment Disputes Jurisdiction and
its Serious Lesson Cai Congyan(207)
- Some Comments on Recent U. S. A. 's Attitude towards
the International Investment Dispute Arbitration
—NAFTA as an example Li Wan Qiang(235)
- The Practice and Theory of the Identification of the Juridical
Person's Nationality in the ICSID Zhu Yansheng(244)
- Jurisdiction, MFN and Umbrella Clause in BITs Lin Yifei(258)
- Reviewing Empirical Studies of the Impact of the
Investment Treaty between Two Parties
on FDI Flow Zhang Xiaobin(269)

Appendix

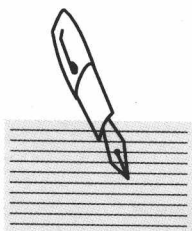
Notice to Contributors from the *Journal of International*

Economic Law (282)

Technical Rules of Writing Adopted by the *Journal*

of International Economic Law (284)

BIT 问题研究(特刊)



作者/编者说明

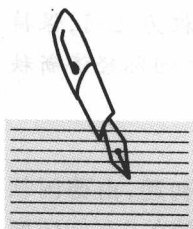
厦门大学国际经济法研究所接受中国商务部条法司委托,就“解决投资争端国际中心”(ICSID)机制以及“双边投资保护条约”(BIT)课题,组织国内同行学者,进行专题的探索和研究。刊载于本特刊的十篇文章,是针对上述专题的初步探索成果和研究报告。由于视角不同,见仁见智,因此,各文之间既有差异性,又有互补性。各文阐述的观点纯属各位作者的个人看法,并不代表厦大国际经济法研究所或《国际经济法学刊》编辑部的见解,也不代表商务部条法司的见解。

欢迎国内外同行学者通过本刊这个学术平台,就上述主题和有关见解,进一步开展有理有据的讨论和评析。

本课题研究过程中,商务部条法司惠予了充分信任、鼎力支持及具体指导,认为所提交的“研究报告立足我国国情,通过评述其他国家商签双边投资保护协定时在 ICSID 仲裁条款方面的经验得失,分析了我国双边投资保护协定中有关投资争端管辖权的应有开放幅度问题,并对与投资争端解决条款相关的法人国籍认定、最惠国待遇条款和保护

伞条款的影响以及双边投资保护协定的实际引资效果问题,进行了详尽的分析并提出建议”。“我们认为,该报告的分析 and 结论对于我国对外商签多边、双边投资协定具有不可多得的参考和借鉴意义。”

对于商务部条法司惠予的指导、鼓励和鞭策,谨此表示由衷的感谢之忱!



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

■ 陈 安

【内容摘要】 迄今为止,中国已经与一百一十多个国家缔结了“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,有些国家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,背离了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

闻”,趋利避害,在保护外资合法权益和维护中国主权利之间,保持正确的综合平衡,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,发挥应有的示范作用。

在国际社会的缔约实践中,自20世纪60年代之初起,由德国领先创新,把用以调整跨国投资关系的国际法规范,从传统的“友好通商航海条约”(Friendship, Commerce and Navigation Treaty,简称FCNT)之中分离出来,加以细化,自成一体,形成“双边投资条约”(Bilateral Investment Treaty,简称BIT或BITs),成为多种国际条约中独具一格的新模式。^①此种模式的条约,以促进和保护国际投资为宗旨,故往往冠以名称:“甲国与乙国相互促进和保护投资协定”或“甲国与乙国相互鼓励和保护投资协定”。由于此种模式的双边专题条约,其条款设计日趋细密和具体,在调整跨国投资关系的实践中确有实效,故许多国家纷纷师法仿效,互相缔结同类条约,四十多年来,其累计数目之多,居多种国际条约的最前列。

BIT的主要内容,一般包括投资保护范围、投资待遇、征收与补偿、货币汇兑、业绩要求、高层人员国籍、政策法规公开透明、税收规则、争端解决等主要条款。本文集中探讨的,就是美国和加拿大型BITs中若干关键性的争端解决条款问题,特别是中国与外国缔结的一百一十多部BITs(以下简称“中国型BITs”)中的争端解决条款及其发展问题。

一、中国型BITs中争端解决条款与

《ICSID公约》相关条款的“接轨”

根据2005年12月“解决投资争端国际中心”(International Centre for Settlement of Investment Disputes)秘书长Roberto Danino披露的最新信息,晚近十五年来有关跨国投资的三项统计数字,十分引人注目:(1)在1990年至2004年底这段期间里,外国私人资本流入发展中国家的总额已从750亿美元迅速增加到4000亿美元;(2)相应地,世界

^① 参见[日本]横川新:《论国外投资与双边条约》,载于陈安编译:《国际经济立法的历史和现状》,法律出版社1982年版,第119~144页;并参见陈安:《国际经济法学刍言》,北京大学出版社2005年版,上卷,第459~465页。

各国相互间签订的双边投资条约,迄今已超过 2000 部,其中 1500 部以上选定 ICSID 作为解决投资争端的受理机构。(3)相应地,各类国际投资争端总数也迅速增加,以 ICSID 受案情况为例,10 年以前,ICSID 手中只有五起案件悬而未决,涉讼金额约共 1500 万美元,时至 2005 年底,ICSID 积案未决者多达 113 起,涉讼金额超过 300 亿美元。^②

上述信息及其相关数字,与中国都是息息相关的:(1)中国自实行改革开放国策以来,迄 2004 年底为止,已累计吸收并实际使用外资 5621.01 亿美元^③;近几年以来,其累计数和每年增长额,均居于全球发展中国家之首位。(2)自 1982 年中国与瑞典缔结第一部 BIT 以来,迄 2005 年 9 月为止,中国与其他外国分别签订的 BIT 已多达 112 部,目前还在继续与另外一些国家谈判缔结新的 BITs 或修订原有的 BITs。其所参加缔结的 BITs 数目,亦居全球发展中国家之冠。(3)但是,在 ICSID 受理的仲裁案件中,无论已决或待决,迄今尚无一例是以中国这个吸收外资最多的东道国作为“被诉人”(respondent,又译“被申请人”)。其所以然,除了其他有关因素之外,十分关键的原因在于:中国在参加《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 1965 年《华盛顿公约》或《ICSID 公约》)以及与外国缔结 BITs 的过程中,一直抱着十分谨慎的态度,十分注意把国际公约认可和授予的各种主权利——各种“安全阀”保留在自己手中。具体说来:

第一,自从 1840 年“鸦片战争”失败以来,在不平等条约的镣铐下,中国人民饱尝了丧权辱国的种种苦楚,其中包括对本国境内的涉外争端竟然无权管辖而被迫接受外国列强的“领事裁判权”,对此,中国人民是极端愤慨和深恶痛绝的。新中国建立后,中国彻底废除了列强

^② See Roberto Domino (Secretary General, ICSID), Opening Remarks at the Symposium Co-organized by ICSID, OECD and UNCTAD, December 12, 2005.

^③ 依据中国商务部外国投资管理司在 2005 年 10 月 19 日发表的统计数字:截至 2004 年底,中国内地累计批准设立外商投资企业 508941 个,合同外资金额 10966.08 亿美元,实际使用外资金额 5621.01 亿美元。中国香港(2415.74 亿美元)位居累计对华投资国家/地区之首位,占内地实际使用外资累计总额的 42.98%。位居对华投资前十位的其他国家/地区依次为:美国(480.29 亿美元)、日本(468.46 亿美元)、中国台湾省(396.05 亿美元)、维尔京群岛(368.95 亿美元)、韩国(259.35 亿美元)、新加坡(255.39 亿美元)、英国(122.31 亿美元)、德国(99.09 亿美元)和法国(68.04 亿美元)。at <http://www.fdi.gov.cn/common/info.jsp?id=ABC00000000000025847>, 2006 年 1 月 10 日。