

第二届

全国青年国际法学者研讨会

国际法文集

中国政法大学研究生院编

中国政法大学出版

国际法文集

*

中国政法大学出版社出版
新华书店首都发行所发行
怀柔渤海印刷厂印刷

*

787×1092毫米 32开本 9,625印张 213千字

1987年5月第1版 1987年5月第1次印刷

印数：1—2,300册

书号：6416·92 定价：2.00元

序 言

十一届三中全会以来，在邓小平同志的“必须加强国际法的研究”的号召下，国际法在我国有很大的发展。政法院校普遍开设了国际法课程，有些院系还设立了国际法专业或系。北京大学、武汉大学和外交学院创设了国际法研究所。中国国际法学会成立了，在学会主持下出版了《中国国际法年刊》。国内外学术交流增加了。国际法著作增多了。这些都是空前未有的现象。国际法在中国可以说进了一个黄金时代。

但是，目前，发展还没有达到应有的高度，还不能满足国家和社会的要求。青黄不接的现象还有待于克服。各方面的工作还要提高和深入。这是我国国际法工作者面临的严峻任务。

几年来，有一个现象是十分可喜的。那就是，在我国国际法学界出现一批年青的国际法工作者。他们工作积极，成果显著，成为一股新的力量。他们在政法院校的教学工作中开始成为骨干，在实际工作中逐步发挥作用，在科研工作中做出成就——在《中国国际法年刊》中，他们的文章已经占了相当的份量。

现在，这本书的出版就是很好的证明。在书里，可以看到不少的国际法工作进行研究的成果，他们都是年青的一代。他们的研究涉及国际法的许多方面，也都有一定的学术和实际价值。这是值得庆幸的。

当然，我们还不能满足于现状，还必须继续努力，推动我国国际法的发展，使我国站到世界各国的前列。

国际法工作者必须有高度的外语水平、广泛的基础知识和深入的专门研究。他们必须有深厚的理论基础，并紧密地联系实际；必须掌握丰富的材料，提出有充分根据的见解。我们必须在这些方面苦下工夫。

处在已经开始的黄金时代，有了一批奋发有为的年青一代，应该可以期望，在十年左右时间里，在我国产生以百计的合乎要求的国际法专家和以十计的达到世界水平的国际法学者。我希望，我们年老一代和年青一代齐心协力，为达到我们的目标共同努力。

王铁崖

1986.12.28

中国政法大学转

第二届全国青年国际法学者研讨会

各位青年同志们：

欣闻第二届全国青年国际法学者研讨会五月十五日在中国政法大学召开，谨致祝贺！

从你们的来信中得知，这届研讨会的议题，是围绕“对外开放”中出现的理论和实践问题进行的，我认为很有意义。对外开放是我国的一项基本国策，这个世纪要坚持，下一个世纪也要坚持。进一步加强对与对外开放工作有关的理论和实践（包括经济特区建设）问题的研究，从而进一步加强有关的经济法制建设，是保证我国对外开放工作进一步健康深入地向前发展的一项重要的基础工程。希望你们的研讨会能够在这方面作出积极贡献。

我因最近事情太忙，不能抽身出席你们的研讨会了，请予鉴谅。预祝你们的会议取得成功，并期待着能看到你们这次会议的工作成果！

顺致

敬礼

杨叔

1986年5月14日

目 录

浅析投资争端的范围与国际仲裁	段洁龙 (1)
论国际投资争端中的外交保护权与代位	
求偿权	夏国平 (15)
国际贷款协议中的否定担保条款	王晋瑜 (28)
对外国的资产征用: 当代国家实践与现行	
法律规则	林 毅 (41)
关于东西方贸易的若干法律问题	韩小鹰 (54)
国际公务员制度初探	黄惠康 (63)
试论我国特别行政区的法律地位	马京生 (77)
“一国两制”与区际法律冲突问题	张 默 (86)
我国涉外税收制度的理论与实践述评... 王选汇 张勇	(97)
关于签订涉外经济合同的几个法律问题	裴 蕾 (108)
我国涉外经济法制系统的运行及评价理	
论初探	李 泳 (118)
略论反倾销法和我国的对策	侯 放 (128)
美国反倾销法关于非市场经济的特殊规定和我	
国的对策	周国仿 (140)
试析《民法通则》关于涉外民事关系法律适用	
的规定	张明杰 肖 宇 (150)
试论国际私法的调整对象和性质	殷爱荪 (163)
国际私法中自然人属人法研究	徐国建 (173)
略论侵权行为的“自体法”	周海荣 (189)
试论海运国际私法中的冲突规范	朱 清 (200)

略论涉外经济贸易合同案件管辖权的

确定	宣增益 (213)
试论我国涉外无人继承案件财产	金彭年 (226)
我国法院涉外民事诉讼文书的送达	佟晓鄂 (232)
试论国际贸易惯例在国际贸易中的	
法律地位	罗 伟 (240)
论船舶国际航行的权利	金祖光 (250)
关于海难救助立法发展的若干评价	陈毓江 (260)
现代航空活动中的犯罪问题初探	张 锴 (271)
《国际法》教科书中几个值得商榷的问题	万鄂湘 (281)
附录:	
第二届全国青年国际法学者研讨会在京举行	(293)
第二届全国青年国际法学者研讨会综述	(294)

浅析投资争端的范围与国际仲裁

段洁龙

引进外资在我国还处于起步阶段，要想巩固、扩大这一成果，需要解决的问题很多。关于投资争端的范围及其解决方式，就是法律上亟待研究的课题之一。

一、问题的提出

从历史上看，国际投资的形式是多种多样的。进入本世纪以来，私人直接投资方式盛行。特别是在二次大战后，跨国公司成为国际投资主体的情况越来越多。这些公司在资本、技术、经营管理等方面拥有优势，并凭借这种优势乘一些发展中国家对外资有一定需求之机，攫取特权、进行经济渗透；还有的公然将触角伸向所在国的政治领域，干涉内政、颠覆政权的事件时有发生，严重地损害了东道国的国家主权。以往的历史和面临的现实使发展中国家意识到政治上的独立与经济上的自主相结合方能给国家主权奠定一个坚实的基础。为此目的，一个将外资国有化的运动在这些国家逐渐兴起。据统计，从五十年代始至七十年代初国有化事件发生的高潮阶段，就有近 1,700 起东道国对外资宣布国有化或征

收的案例。^①

对外资实行国有化不仅反映了发展中国家要求对旧的，不平等的国际经济关系予以否定的主张，而且也体现了他们向维护这种关系合法存在的法律基础提出挑战的决心。在外资法律地位问题上，一些西方学者从投资输出国立场出发主张：在传统国际法上“尊重既得之私权利的原则，不仅也适用于物，而且也适用于一切财产的价值，因而也适用于特许权”。^②换言之，也就是说一国的法律秩序（包括国有化措施）对内国人具有完全的支配作用，但对外国人的支配则由于国际法的上述原则而受到限制。所以，当外国人无论是基于条约或是契约在一国已经取得的私权利受到侵害时，该国因此被要求承担国际法上的责任。还有学者主张：现代国际关系并不象以往那样仅建立在国家关系的基础上，更多的则是以与外国人之间的关系为主要内容的。特别是考虑到反映投资关系的各种协议（无论是传统的租让制还是新近盛行的契约式或股权式方式）使国家成为其中一方当事人的法律特点，为了维护投资关系的稳定性，应视这类协议类似于国际条约，因此要服从于象“约定必须遵守”那样的国际法原则。^③有关国际投资法律关系的理论在西方学者的著述中还可找到不少形似各异、实则相同的学说。归根结底，无非是要将这种法律关系纳入传统国际法的调整范畴。

发达国家同发展中国家的投资关系基本上反映的是国际资本的单向流动关系，所以发展中国家在许多问题上与西方

① 联合国跨国公司中心：《跨国公司在世界发展事业中的作用》第272页。

② 阿·菲德罗斯：《国际法》第436页。

③ 李·杰宁斯：“国际法上的国家契约”载《英国国际法年鉴》第37卷第175页。

国家持截然相反的态度。他们主要强调：根据国际法上属地优越权原则，国家对位于本国领土范围内的人、物以及存在的法律关系行使管辖是它无可争辩的权利。国家与外国投资者的关系早在1929年国联常设法院对“塞尔维亚国债案”、

“巴西国债案”的判决中已有明确规定。该判决承认：任何契约只要不是作为国际法主体的国家间订立的，均基于特定国家的国内法产生。^① 1974年，在广大发展中国家的共同努力之下，联合国通过了《各国经济权利和义务宪章》，再次肯定了每个国家对其全部财富、自然资源和经济活动享有充分的永久主权。并有权按照其法律和规章、依照其国家目标和优先次序对在本国管辖范围内的外国投资加以管理和行使权力。依据上述原则，越来越多的发展中国家相继颁布各自的外资法，将这种投资关系置于本国法支配之下。

我国在处理外资法律问题方面基本上与其他发展中国家持同样立场。首先，我国宪法及有关投资的法律（如合资经营企业法、涉外经济合同法、海洋石油开采条例等）都规定：外国人在中国的投资活动受中国法律支配。所谓受我国法律支配，不仅仅是一项原则性规定，也包含特定的具体内容：（1）它意味着外国投资者必须承认我国有关法律对投资基本关系的性质、形式、内容及其履行等各方面具有独立的支配地位；（2）我国法律中属于强制性的规定必须严格遵守，不得规避，更不能违反；（3）对我国法律的理解必须遵守我国主管部门所做的解释；（4）在投资关系发生争议的情况下，外国投资者必须承认我国法律在解决争端程序中是应当优先适用的法律关系准据法。国际惯例或其他法

^① 尤哈·库什：《东道国与跨国公司》第9页。

律或原则只是在我国法律允许或对有关问题未做规定的情况下方可采用。其次在投资争端的处理问题上，我国采取依争端的不同性质、以不同方式加以解决的态度。我国一贯主张根据国际法，国家对内拥有最高统治权，对外享有独立权。作为主权者，国家与个人无论从国内法还是国际法上讲彼此的地位都是不平等的。实践中，我国也从不以自己的名义与外国投资者产生直接的经济权利义务关系。引进外资一般通过国内具有法人资格的经济实体与外国投资者订立契约的方式实现。这些经济实体与外国投资者的争端，按照我国法律规定在调解不成时，当事人即可在我国法院通过司法程序解决，亦可在我国或双方同意的其他仲裁机构仲裁解决。至于国家因主权行为影响外国投资者利益的情况，我国则坚持国家主权的绝对豁免，认为非经主权国家明示放弃其豁免，国家不得以任何方式被诉，财产也不得被执行。

主权原则和国家豁免的理论在以往的对外关系中为维护我国的独立和尊严发挥了重要作用。随着时间的推移，尤其是在当今国际投资的绝大多数集中于发达国家、而我国为完成本世纪末的既定目标需要进一步吸收外资的情况下，有必要以主权原则为指导，对外资法律制度的某些环节重新研究探讨。因为我们在做引进外资工作的过程中，注意到外国投资者对于在华投资的风险特别是非商业性风险表示忧虑。他们一方面表示可以接受我国法律对投资关系的支配地位，另一方面又强调允许投资者将与东道国之间的投资争端提交国际仲裁是增加投资者安全感的有效方式。从国际环境看，投资者与东道国同意将争端交付国际仲裁的案例日渐增加、一些以解决或防止此类争端为宗旨的国际机构的相继设立（如根

据 1965 年华盛顿公约建立的解决一国与他国国民之间投资争端的国际中心），也成为外国投资者如此主张的客观原因。外国投资者如此强调以国际仲裁解决争端，无非是认为只有这样他们的投资利益在法律上才有所保障，即可以借助某些国际因素，限制东道国由于外资政策方面的变化给他们带来的影响。^①为此，在许多正式或非正式场合，外国人都向我们表示希望考虑参加 1965 年《关于解决国家与他国国民之间的投资争端公约》。这样的情况我有关部门在与一些外国政府商谈投资保护问题的过程中也遇到不少。从实际需要出发，我国也相应地采取了一些变通做法，譬如在我国与法国、比利时——卢森堡经济联盟以及芬兰、挪威等签订的投资保护协定中都规定：缔约一方投资者与缔约另一方有关征收、国有化或其他类似措施的补偿额的争议，可以提交国际仲裁。这样规定虽然在一定程度上照顾了投资者的利益，但还不能满足他们的要求。一些主要的资本输出国仍然坚持东道国与投资者之间所有的投资争端都应允许以国际仲裁解决。这与我方立场就有较大差距，以至于影响到双方在投资保护问题上达成一致。面对这种情况，如果我们既要做好引进外资工作，又能不失原则，不盲目迁就外国投资者的过分要求，就需要做到心中有数、把握住原则性与灵活性的尺度。由此，投资争端的性质与范围、国际仲裁的益处与弊端，也就成为亟待解决的问题。

二、投资争端的性质与范围

关于投资争端的性质及其范围问题，比较有影响的解释

① 约翰·史密特：“解决投资争端国际中心的仲裁程序”，载：《哈佛国际法杂志》第17卷 第90—109页。

见于联合国跨国公司中心 1978 年的一份报告。报告回顾了七十年代以来的国际环境、各国投资政策、投资者的经营策略以及他们与东道国之间关系的发展变化过程，并将投资纠纷概括为合同纠纷、技术纠纷和政策纠纷三种类型。^①合同纠纷是合同的当事人双方因对合同条款理解上的差异而产生的对合同内容的解释或实施上的争议。技术纠纷实际上只是合同纠纷的进一步精确化，指的是合同双方在实施投资项目中在一些专业技术性问题上（诸如工程项目应使用的技术手段的确定、费用的预算及回收等）见解相左，以致于合同不能继续履行的情况。技术纠纷区别于合同纠纷的意义在于后者往往以技术专家直接决定的方式消除纠纷。政策性纠纷则是东道国政府与投资者之间有关投资问题的任何纠纷。此类纠纷产生的原因不一定基于双方之间的协定、而受东道国政治，经济政策影响的因素较多。它涉及面广、解决起来也较为困难。

理论上讲，合同纠纷（包括技术纠纷）只是发生于合同当事人之间的争议。大多数国家的立法对解决此类纠纷的方式都有明确的、而且是比较灵活的规定。当事人双方在程序选择方面有章可循，也比较容易达成一致。问题的解决相对来说也简便迅速。我国涉外经济合同法规定：发生合同纠纷时，当事人可通过协商、调解消除争议，也可选择仲裁或司法程序解决，就是最好的证明。由此，本文拟不就这一问题赘述。

政策性纠纷的问题则较为复杂，由于各国政治、经济乃至法律制度上的差异，至使各国特别是不同经济发展程度的国家间在一些关键问题上很难相互理解，有时甚至尖锐冲突。依照我国在国际经济交往中所掌握的法律原则，政策性

^①联合国跨国公司中心：《再论世界发展中心的跨国公司》

的投资纠纷应该具有如下特点：（一）纠纷的主体是外国投资者和外国人投资的所在国。这里所说的所在国的主体资格仅限于该国那些对外以国家或政府名义行使职能、以国家年度预算为活动经费的非赢利性机构，并不包括国营企业及特别设立的各种国家公司；（二）纠纷产生的原因源发于投资所在之国家机构行使其职能的行为；如颁布命令、条例、变更法律、行使司法权力等等。而且国家这种行为的后果直接影响到原投资关系的合法存在。那种国家虽有上述行为（譬如宣布实行新的投资制度），但原投资关系继续有效的情况不得作为证明此类纠纷存在的依据；（三）由于投资活动是在东道国境内进行的、投资关系必须置于东道国的法律管辖之下，所以与东道国在地域上有着直接的联系。那么，政策性纠纷作为投资关系的非正常形式也就同样不能摆脱这种联系。因此纠纷的解决首先应适用东道国的法律。从各国实践来看，这一点是得到普遍认可的。①一些拉美国家奉行“卡尔沃主义”，拒绝将此类争议交付国际仲裁的事实，以及一九六五年华盛顿公约第二十五条的有关内容均可资证明。②

政策性纠纷的法律特点如上所述，那么这一纠纷包含的内容又应怎样确定？由于这一问题的解决对以国际仲裁方式解决争端关系密切，所以各方面的态度也不尽一致。投资方的立场自然是希望最大限度地将一切可能与东道国产生纠纷的情况统统纳入这一范围，以争取所有问题都能在有利于己的法律环境中解决。但接受投资的国家则往往希望既要做到吸引外资，又要不失对其进行控制，为此就得使纠纷的范围

① 同注④引书第123页

② 中国社会科学院法学研究所民法研究室：《外国仲裁法》第24页。

处于自己可以预料、也能够接受的限度以内。从现有的材料分析，各国基于不同原因在确定政策性纠纷的范围上一般采用两种方法：（一）一般概括的方法，也就是最大限度解释政策纠纷范围的方法；如英国与新加坡、瑞士与巴拿马、日本与斯里兰卡、日本与埃及等签订的投资保护协议中都载明：政策纠纷是“缔约国该方同缔约国另一方某一国民或公司之间发生的关于该国民或公司在缔约国该方领土内投资的任何法律争端”或“争执”。（二）具体列举的方法，即将政策纠纷分类逐一规定的方法：如美国与埃及、巴拿马签订的投资保护协定规定：缔约国一方与缔约另一方国民或公司的纠纷是指（1）缔约一方与缔约另一方国民或公司关于投资协议的解释或适用的争议；（2）违反投资保护协定中就某项投资所授予、创设的权利的争议；（3）缔约一方外资主管部门对缔约另一方国民或公司之投资许可的解释、适用的争议。从投资保护角度看，确定争议范围并非仅是一个方法问题，更重要的是它与争端的解决具有一脉相承的联系。在以国际仲裁解决东道国与外国投资者争端方式得到广泛承认的情况下，意义尤其重要。从法理上分析，投资保护协定一方面是一种以国家为主体的条约关系，另一方面它又是国家之间为作为第三人的民事法律关系主体的利益所为之约定。由此，国际法因素与国内法因素在这里相互交织。考虑上述特点，如果允许外国投资者将有关投资的任何分歧都以政策纠纷为由诉诸国际仲裁，其结果是很难预料的。而采取具体列举的方法并不当然意味着东道国就可以控制与外国投资者可能发生的争议，但允许对争端范围明确限制，也就提供了把握前途的可能性。

按照我国外资保护的实践，政策性争议的内容基本可以分为三种：（一）有关外国投资者及其投资的待遇问题；投资者的待遇问题是投资关系发生的首要前提。做为投资关系的主体，它的权利能力、行为能力如何、它的活动范围、活动方式有无限制、如何限制，既涉及到东道国的权力，也关系到外国投资者的利益。按照普遍承认的原则，一国是否允许别国公民或法人在本国从事经济活动以及赋予外国当事人何种法律地位属该国之主权利。如果认可上述活动，就应相应地对赋予之权利给予保护。国家与外国投资者在这一问题上的不同看法是争议发生的主要原因；（二）有关国有化、征收以及其他类似措施所造成损失的补偿问题。缔约国基于某些原因对外资采取国有化、征收等措施对外国投资者的实际利益造成损失时应当给予补偿，是已得到国际上普遍承认的原则。我国与外国政府签订的投资保护协定中也肯定了这一点。（三）有关外国投资者在我国境内的投资和利润的自由汇出问题。在外国投资者看来，取得利润，回收投资是减少或消除投资风险的最主要手段。所以，东道国对汇出的规定如何、有无任何限制，实际上关系到对他们的投资利益有无限制。我国在这一问题上的基本态度是允许外国投资者按照我国有关法规自由汇出其在我国境内的回收投资及所取得之利润。

除了上述情况以外，还有一些情况也应引起我们的注意，因为在外国投资者看来，这些情况也可能成为导致非商业性风险的不稳定因素；譬如（一）我国外资主管部门在有关投资许可的解释或适用方面可能与投资者产生的分歧；（二）我国的某些措施是否构成国有化或征收，国有化或征收是否依照，适当的法律程序并符合为公共利益之目的。当然，一

般说投资者与东道国的任何争议都可以归于政策纠纷的范围，但在我们看来上述问题却涉及主权特别是国家行使其管理职能的问题。如果在这些问题上允许外国人借助外国法或国际法因素与国家对抗，客观上可能会导致对国家行使其职能的损害，事实上也等于放弃了国家对外资的管理权。所以，在确定政策纠纷的范围时应将上述两点与其它内容加以区分。

三、国家主权与国际仲裁

以国际仲裁解决投资争端本世纪上叶已见诸实践，但作为一种普遍承认的争端解决方式则是伴随投资争端发生的高潮阶段而产生的。这种仲裁制度之所以被接受，不仅仅是由于它在程序上赋予当事人较多的自主权、有效地体现了当事人之间的合意以及特别适合于处理如投资等专业性、技术性较强的问题的特点；更为重要的是国际仲裁方式使个人（包括自然人、法人）与国家在同一诉讼程序中的诉讼地位相互对应成为现实。在越来越多西方国家转而奉行“有限豁免”原则的情况下，这一方式也被视为反映国际法上某种变化的一例实证。另外，由于仲裁制度的灵活特点，使争端的解决在一定程度上受到当事人之间利益和力量对比的影响。这种影响不但反映在仲裁程序、仲裁地点、以及仲裁员的选择方面，而且也反映在所适用的实体法的确定方面。从现有的案例分析，许多西方的法学观点、法律原则已被冠之以“国际法原则”、“文明各国承认之法律原则”纳入解决争端的准据法范畴^①。从而，不能不使人们在接受国际仲裁方式解决投资争端之前思忖

^① 同注④引书第59—81页。