

“解决投资争端国际中心” 述评 —— 专论、文档选要

陈安 主编



鹭江出版社

解决投资争端国际中心述评

——专论·文档选要

陈 安 主编

•

鹭江出版社出版·发行

(厦门市莲花新村观远里19号)

福州7228工厂印刷

开本850×1168毫米 1/32 12.875印张 2插页 249千字

1989年12月第1版

1989年12月第1次印刷

印数: 1—1300

ISBN 7—80533—262—2

D·14 定价6.10元

目 录

代 前 言

我们研究“解决投资争端国际中心”的现实动因和待决问题·····	(1)
一、在中国境内的涉外投资争端中,外国的“民”可否控告中国的“官”?·····	(2)
(一)中国国内法关于在华外商控告中国民间当事人的规定·····	(2)
(二)中国国内法关于在华外商控告中国政府机关的规定·····	(3)
(三)中——外国际条约中关于在华外商控告中国政府机关的规定——“中心”问题的提出·····	(4)
二、“解决投资争端国际中心”的由来和现状·····	(7)
(一)“中心”的出现及其基本体制·····	(8)
(二)“中心”与中国在现阶段的关系·····	(23)
三、关于中国应否参加《解决国家与他国国民间投资争端公约》、可否接受“解决投资争端国际中心”体制的分歧意见·····	(27)
(一)主张“促进开放、从速参加”者的主要论据·····	(28)

(二) 主张“珍惜主权、不宜参加”者的主要 论据·····	(30)
(三) 主张“积极研究、慎重参加”者提出的 各种待决问题·····	(36)
四、本书的编撰主旨和内容结构·····	(46)

第一部分 有关“中心”的专论

略论“解决投资争端国际中心”的管辖权以及我国的相 应对策·····	(53)
一、“中心”管辖权的必备条件·····	(56)
(一) 争端当事人的适格·····	(56)
(二) 争端性质的合格·····	(62)
(三) 争端当事人的同意·····	(66)
二、“中心”管辖权的认定·····	(73)
(一) 秘书长对“中心”管辖权的认定·····	(73)
(二) 调解委员会和仲裁庭对“中心”管辖权 的认定·····	(78)
三、“中心”管辖权与内国管辖权·····	(80)
(一) 用尽当地救济与“中心”管辖权·····	(81)
(二) 外交保护权与“中心”管辖权·····	(83)
(三) 有关“中心”管辖权与内国管辖权之关 系的几个实际问题·····	(84)
四、“中心”管辖权与中国·····	(90)
(一) 关于适格当事人问题·····	(92)
(二) 同意“中心”管辖的范围问题·····	(95)
(三) 同意“中心”管辖的形式问题·····	(97)
(四) 同意“中心”管辖的条件问题·····	(98)

(五) 地域限制的问题·····	(99)
论“解决投资争端国际中心”仲裁的法律适用问题·····	(103)
一、《公约》第42条立法史·····	(105)
(一) 《公约》产生的历史背景·····	(105)
(二) 《公约》第42条修改经过·····	(106)
二、“中心”仲裁法律适用的原则·····	(111)
(一) 当事人意思自治原则·····	(111)
(二) 国内法体系与国际法体系并存原则·····	(112)
(三) 禁止裁定不予处断原则·····	(114)
(四) 公平与正义原则·····	(114)
三、国际主要仲裁机构法律适用规则之比较·····	(116)
(一) 瑞典斯德哥尔摩商事仲裁院·····	(116)
(二) 国际商会仲裁院·····	(116)
(三) 联合国国际贸易法委员会仲裁规则·····	(117)
(四) 与“中心”规则之比较·····	(118)
四、“中心”实践中有关法律适用的若干问题·····	(119)
(一) 依据国际法裁夺国内法·····	(119)
(二) 绕开国有化、征用问题，片面强调国家 契约义务·····	(121)
(三) 从合同法角度处理赔偿问题，力求达到 “充分”赔偿·····	(123)
(四) 仲裁员的立场、素质对法律适用的影响 ·····	(125)
五、教训与建议·····	(126)
(一) 东道国在“中心”仲裁法律适用实践中 的主要教训·····	(126)
(二) 我国加入“中心”后，就法律适用问题	

.....应采取的一些对策.....	(127)
论我国加入《解决国家与他国国民间投资争端公约》之 对策.....	(133)
一、我国加入《公约》之必要性和现实倾向.....	(135)
(一) 我国加入《公约》之必要性.....	(135)
(二) 我国加入《公约》之现实倾向.....	(136)
二、我国对《公约》规定应作的保留和限制.....	(138)
(一) 关于“他缔约国国民”的确认.....	(138)
(二) 关于提交“中心”的投资争端的种类	(141)
(三) 关于同意“中心”仲裁的先决条件.....	(145)
(四) 关于“中心”仲裁的法律适用问题.....	(147)
(五) 关于《公约》适用的范围.....	(153)
三、我国根据《公约》规定应采取的其他相应措施	(154)
四、结束语.....	(157)

第二部分 有关“中心”的基本文献

《解决国家与他国国民间投资争端公约》.....	(162)
《解决投资争端国际中心行政和财务条例》.....	(185)
《解决投资争端国际中心提起调解和仲裁程序规则》	(203)
《解决投资争端国际中心调解程序规则》.....	(207)
《解决投资争端国际中心仲裁程序规则》.....	(220)
《解决投资争端国际中心标准条款》.....	(243)

第三部分 有关“中心”的裁决书

解决投资争端国际中心仲裁庭：对艾吉卜公司诉刚果人民共和

国一案的裁决.....	(255)
解决投资争端国际中心仲裁庭：对阿姆科——亚洲公司等诉印度尼西亚仲裁案管辖权的裁决.....	(280)
解决投资争端国际中心仲裁庭：对阿姆科公司诉印度尼西亚共和国一案（重诉案）管辖权的裁决.....	(307)

第四部分 有关“中心”的外国评论文章

“世界银行”首起仲裁案

——一些法律问题.....	(348)
---------------	-------

“中心”仲裁诉讼：实践之问题.....	387)
---------------------	------

代 前 言

我们研究“解决投资争端国际中心” 的现实动因和待决问题

陈 安

1989年7月

对外开放，吸收外资，以促进社会主义经济建设，是中国长期的基本国策。

觅利，是资本的本性和本能。外商来华投资的主要动力和终极目的，在于寻求最大限度的利润。利润的大小，除了经营管理方面的因素之外，主要取决于投资环境的良劣。有经验、有眼光的投资家历来重视东道国有关吸收外资的法律规定，把它作为他们综合判断投资环境良劣和日后获利厚薄的主要依据之一。

东道国有关吸收外资的法律规定，是一个比较复杂的综合体和多面体。它所涉及的诸多问题，大体上可以概括为四个主要方面，即：①对外资施加的保护是否充分、周到；②给予外资的待遇是否优惠、友好；③对外资实行的管束是否适度、宽松；④对涉外投资争端的处断是否公正、合理。这四个方面，历来是外国投资人所密切关注的四大关键。

本书所论述和评介的，是上述最后一个关键问题的重要组成部分。

一、在中国境内的涉外投资争端中， 外国的“民”可否控告中国的“官”？

东道国为处理涉外投资争端制订法律规范，一般采取两种方式，或通过两种渠道，一是实行国内立法，一是缔结国际条约。中国也不例外。兹分别简述如下：

（一）中国国内法关于在华外商控告中国民间当事人的规定

在中国，国内立法规定：中国境内中外合资经营企业的合营各方如在解释或履行合营合同时发生争议，应尽量通过友好协商或调解解决。如经过协商或调解无效，则提请仲裁或司法解决。①合营各方根据有关仲裁的书面协议提请仲裁时，可以在“中国国际贸易促进委员会”所设的“国际经济贸易仲裁委员会”，按照该会的仲裁程序规则，进行仲裁；如当事各方同意，也可以在被诉一方所在国或第三国的仲裁机构，按照该机构的仲裁程序规则，进行仲裁。②如合营各方之间没有关于仲裁的书面协议，发生争议的任何一方都可以依法向中国的人民法院起诉。③对于中国境内的中外合作企业各方当事人之间的纠纷问题，也有类似的法律规定。④

至于设在中国境内的外资独资企业，在企业内部并无中方合资经营人或合作经营人，如果它与企业外部的其他中国法人或自然人发生经济合同纠纷，双方协商不成，任何一方均可向中国国家规定的合同管理机关申请调解或仲裁，也可以直接向中国人民法院起诉。⑤这里值得注意的是：即使双方协商同意，也不得将争端提交中国以外的仲裁机构进行仲裁。因为，设立在中国境内的外资独资企业，符合中国法定条件的，依法

取得中国法人资格。⑥它和其他中国法人或自然人之间的经济合同纠纷，属于国内经济合同纠纷，并非涉外经济合同纠纷，从而理所当然地只能归由中国的合同管理机关或中国的人民法院管辖和处理。

以上诸项规定，概括起来说，就是：在中国的涉外投资争端中，外国的“民”（自然人、企业法人）可以告中国的“民”（自然人、企业法人）。

（二）中国国内法关于在华外商控告中国政府机关的规定

来华投资的外商，包括中外合资经营企业里的外商合营人、中外合作经营企业里的外商合作人以及外资（独资）企业里的外国投资人，如果他们在投资活动过程中发生争端的对方并不是中国的一般企业法人或自然人，而是中国的政府当局或其所属的各级行政机关，那末，来华投资的外商可否提请仲裁或径行起诉？应当归谁管辖处理？——这是外商所特别关注和担心的。因为，此时他们所面临的对手，不是“民”而是“官”，是主权国家的拥有行政权力和各种强制手段的各级政府机关。这就牵涉到在中国“民”可否告“官”、外国的“民”可否告中国的“官”、外国的“民”告中国的“官”归谁审理处断、审理机构根据什么原则和标准来判断是非、审理处断是否公正持平等一系列具体的法律问题。

“民”可以告“官”。中国的宪法对此已经作出明确的规定：中华人民共和国公民“对于任何国家机关和国家工作人员的违法失职行为，有向有关国家机关提出申诉、控告或者检举的权利”，“由于国家机关和国家工作人员侵犯公民权利而受到损失的人，有依法律规定取得赔偿的权利”。⑦根据这一基本精神，为了保护中国公民、法人和其他组织的合法权益，为了维护和监督各级行政机关依法行使行政职权，截至1989年3月底

为止,中国已有130多种法律和行政法规明文规定,公民和各种组织如不服行政机关处理,可以向中国的人民法院起诉。⑧ 1989年4月4日,中国的第七届全国人民代表大会正式通过了审议多年、反复修订的《中华人民共和国行政诉讼法》,对“民可以告官”的基本原则和具体办法,作了更加明确的统一规定:“公民、法人或者其他组织认为行政机关和行政机关工作人员的具体行政行为侵犯其合法权益,有权依照本法向人民法院提起诉讼。”⑨

那末,来华投资的外国的“民”是否也可以告中国的“官”?中国的现行宪法对此虽未作出正面答复,但已基本上从侧面给予肯定,即:“中华人民共和国保护在中国境内的外国人的合法权利和利益”;“在中国境内的外国企业和其他外国经济组织以及中外合资经营的企业,都必须遵守中华人民共和国的法律。它们的合法的权利和利益受中华人民共和国法律的保护”。⑩而新近通过的上述《中华人民共和国行政诉讼法》,则对实际上已经实行多年的原则从法律上和总体上加以更明确的肯定和固定,即“外国人、无国籍人、外国组织在中华人民共和国进行行政诉讼,同中华人民共和国公民、组织有同等的诉讼权利和义务。”⑪

依据中国的上述国内立法,来华投资的外商在投资活动过程中如与中国的各级行政当局发生争端和纠纷,可以依法“提出申诉、控告或者检举”。但是,应当注意:有权受理、审理和处断的机构,却只限于中国的“国家机关”或中国的“人民法院”;判断是非、解决纷争所根据的标准和原则,只能是中国法律规定。换言之,即只能适用中国的有关法规来处断纷争,只能由中国的国家机关或人民法院作出最后决定。

(三) 中——**外国国际条约中关于在华外商控告中国政府机关的规定——“中心”问题的提出**

对于中国的这种国内立法规定，来华投资的外商难免心存疑虑甚至很不放心。尽管多年以来中国的国家行政机关、人民法院或专设仲裁机构在受理和处断涉外争端中，基本上做到了依法办事，公正持平，合情合理，但在外商看来，在涉外的行政讼争中，被告或被诉人是中国的行政机关或中国的行政官员，他们掌握着行政实权，而处断争端的管辖权以及处断时所适用的法律，又都是属于中国的，难道审理和处断中不会发生偏袒、护短和执法不公现象？一旦发生，如何补救？基于这种心理状态，他们理所当然地力图通过双边或多边国际条约的规定，把他们在对华投资过程中所卷入的涉外行政纠纷或行政讼争的受理权或管辖权，部分地乃至全部地转移到中国以外去，移交给争端双方当事人以外的国际性仲裁庭，适用“国际性”的法律规范和仲裁规则，实行国际裁断。

这里所说的双边国际条约，主要是指以中国政府为一方，以外国投资者国籍所属国家的政府为另一方，所缔结的关于互相保护国际投资的协定；这里所说的多边国际条约，则主要是指1965年3月开始出现、迄今已有90多个缔约国的《解决国家与他国国民间投资争端公约》，以及1985年开始出现、迄今已有40多个缔约国的《多边投资担保机构公约》。

实行对外开放国策以来，在1982年3月中国政府参加签订的第一个双边（中国—瑞典）保护投资协定^⑧中，并无片言只字提及业已出现17年的上述第一种多边公约。但形势发展很快，事隔一年多，在1983年10月中国政府参加缔结的第三个双边（中国—联邦德国）保护投资协定^⑨中，应联邦德国方要求并经中方同意，明文规定：东道国政府为了公共利益需要，可以对外商在东道国境内的投资加以征收，但必须按照法律程序办事，并给外商支付补偿金；如果双方（即东道国政府与前来

投资的外商)对于有关征收的补偿金数额有争议,开始协商后6个月内意见未获一致,则应外商投资者的请求,可以依约定程序组成国际仲裁庭,专对有关征收的补偿金额争端实行国际裁断,该国际仲裁庭应参照1965年3月的《解决国家与他国国民间投资争端公约》自行确定仲裁程序。^⑭特别值得注意的是:双方针对上述双边协定而互相送达的外交换文中,明文商定:

“缔约双方同意,在缔约双方都成为一九六五年三月十八日在华盛顿签订的《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》缔约国时,双方将举行谈判,就缔约一方的投资者和缔约另一方之间的何种争议如何按该公约的规定提请‘解决投资争端国际中心’进行调解或仲裁,作出补充协议,并作为本协定的组成部分。”^⑮

可以说,这是中华人民共和国建国三四十年以来,破天荒第一遭在双边国际协定及其有关外交换文中,正式地、明确地同意在对等互惠的基础上,把在中国境内发生的特定事项(有关征收外资企业的补偿金问题)上的涉外行政讼争(外国的“民”控告中国的“官”),依照一定的程序,提交给中国以外的国际仲裁庭,实行国际裁断。也是新中国政府第一次间接地表示:可以考虑在日后时机成熟之际参加《解决国家与他国国民间投资争端公约》的可能性,以及在某种程度上接受“解决投资争端国际中心”调解或仲裁体制的可能性。

众所周知,中国有着一百多年饱受半殖民地屈辱、听凭“领事裁判权”摧残中国司法主权的痛苦经历,相应地,有着强烈的“闭关自守”的逆反心理和传统意识,举国上下对于多年苦斗、得来不易的国家主权无比珍惜爱护。在这种特定的、复杂的历史条件下,实行对外开放政策才三四年时间,就迈出了这样的第一步:同意把在中国境内发生的特定事项上的涉外行政

争讼，提交国际裁断，这需要何等的谨慎小心，何等的深思熟虑，何等的胆略气魄！

自此以后，在中国政府相继与外国政府（特别与发达国家的政府）分别签订的一系列双边保护投资协定及其有关换文中，几乎全都含有类似上述的条款和文字。1985年6月，中国与荷兰签订的相互保护投资协定又进一步明确提出：在缔约双方都成为上述《解决国家与他国国民间投资争端公约》的签字国后，“缔约双方将为扩大缔约一方与缔约另一方投资者之间的投资争议提交国际调解或仲裁的可能性开展谈判。”^{①⑥}这意味着在对外开放和吸收外资工作迅速发展的形势下，在对华投资外商的强烈要求下，中国政府愿意考虑在日后条件进一步成熟时，将在华外商与中国政府之间的投资争端提交国际仲裁的范围，从“有关征收的补偿金额”这个单一特定事项，扩大到其他某些事项，即将补偿金这一争端以外的其他若干种涉外投资行政讼争，也提交国际裁断。在这种情况下，适应着客观形势的现实需要，中国法学界近年来以更大的关注和精力，加强对《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）以及“解决投资争端国际中心”（International Centre for Settlement of Investment Disputes，简称ICSID）这一仲裁体制的探讨的剖析，俾便为中国政府当局的决策抉择提供有益的参考意见，这是理所当然和责无旁贷的。

二、“解决投资争端国际中心”的由来和现状

国际投资，是当代国际经济交往的常见形式。在国际投资

的实践过程中，资本输出国与资本输入国之间，外国投资人与东道国政府之间，外国投资人与东道国公民或公司之间，都有互惠互利的一面，也时有利害冲突的一面。前一面导致国际合作，后一面导致国际争端。

发生在资本输入国即东道国境内的涉外投资争端，应当归谁管辖或处断，可大体区分为三类。第一类，如果卷入纠纷的当事人双方都是主权国家的政府，通常可采取举行外交谈判、提交国际仲裁、诉诸国际法院等方式，谋求解决。第二类，如果当事人双方是不同国籍的公民或公司，一般应归东道国的行政主管机关、司法机关或仲裁机构受理处断；在东道国法律许可的前提下，涉讼双方也可协议将争端提交设在东道国以外的其他仲裁机构，进行裁决。这些原则，已被当代国际社会所广泛接受，歧议不多。但是，第三类，如果卷入涉外投资争端的当事人，一方是外国投资人，另一方却是有权管理国家（包括管理境内外商投资活动）的东道国政府或各级行政机关，外国投资人所遇到的问题不是一般的商业性风险，而是行政性风险或政治性风险（如国有化、征用、禁止兑汇外币、革命、暴乱、战争等，通常总称“非商业性风险”non-commercial risks），在此种场合，外国投资人除了可以在东道国境内采取行政救济手段或司法救济手段，按照法定程序，诉请东道国上级政府机关或司法机关依法处断解决之外，是否也可以在一定条件下，要求将有关的行政讼争，提交东道国境外的国际性仲裁庭，依照东道国法规以外的其他法律规范和仲裁规则，实行国际裁断？——这是一个事关东道国国家主权因而十分敏感的问题。围绕这个问题，在现代国际社会中，长期以来舌剑唇枪，争论激烈。

（一）“中心”的出现及其基本体制

第二次世界大战结束以后，亚洲、非洲、拉丁美洲许多弱小民族相继挣脱殖民统治的枷锁，成为政治上独立、但经济上仍很落后的发展中国家。它们为了巩固和发展政治独立，就必须进一步争得经济独立，即必须进一步从根本上改造国内原有的殖民地经济结构，摆脱外国资本对本国的经济控制，独立自主地掌握本国的经济命脉，充分地利用本国的自然资源，大力发展本国的民族经济。在这个过程中，这些国家对于原先根据不平等条约或在强弱地位悬殊条件下签订的投资协议、特许协议或合同，予以修改或废除，对某些涉及本国重要自然资源和国民经济命脉的境内外资企业，加以限制、征用或收归国有。这就触犯了外国投资家以及西方原殖民国家即发达国家的既得利益，时时引起矛盾纠纷，甚至尖锐对抗，激烈冲突。

对于外国投资者与东道国政府之间因投资问题引起的争端，究应如何处理？从外国投资者及其所属的发达国家这一方说来，传统的做法大体有四：

1. 由发达国家（资本输出国、原宗主国或其他殖民主义国家）以“护侨”为名，向发展中国家（资本输入国、原殖民地或半殖民地）采取经济制裁、外交保护、军事威胁等措施，索取巨金赔偿；甚至发动战争，兴兵索债（如1956年的苏伊士运河事件^⑩）。这种做法，严重侵犯东道国主权，粗暴干涉东道国内政，完全背离时代潮流，因而往往遭到众多发展中国家的共同抵制和国际舆论的严厉谴责，从而使发达国家在经济上和政治上都得不偿失。

2. 由发达国家的政府作为原告，以东道国政府作为被告，向国际法院起诉，要求司法解决。按《国际法院规约》第34条第1款规定：“在本法院得为诉讼当事国者，限于国家”。外国投资者本身不具备主权国家或相当于国家的国际法人资

格，不得自行向国际法院直接控告东道国政府，因而只能由其国籍所属的本国政府出面起诉。这种做法，随着时代潮流的发展，出于前述同类原因，也会给发达国家带来诸多不便和不利（如1952年国际法院对英伊石油公司国际投资争端一案的著名判决^⑥）。

3. 由外国投资者向一般的国际仲裁机构请求仲裁。此种途径，对于外国投资者即申诉人说来，碍难更多。因为作为被诉人的东道国，是主权国家而不是一般的商事组织，它可以主张主权豁免，拒绝参加仲裁程序或拒绝执行仲裁裁决。一般的国际仲裁机构虽擅长于解决国际商事组织之间的商事争议，但对于当事人之一方为主权国家的国际投资争端，往往显得无能为力，因为它在这方面缺乏有效的特定机制和有约束力的特定规则。

4. 由外国投资者向东道国的行政机关或司法机关提出申诉或径行起诉。此种途径，在外国投资者看来，乃是“下策”，他们担心东道国的受理机关难免有所偏袒，执法不公。

总之，从外国投资者及其所属的发达国家看来，上述四种传统的救济手段，都因形势的发展而存在重大缺陷，不能满足他们的现实需要。于是，他们的法学智囊们力图设计出一种新的、能够较为有效地约束东道国而又较少“副作用”的救济手段和国际机制，以弥补上述诸般缺陷。

但是，他们所提出的原有设计方案，不能不遭到吸收外资的东道国——众多发展中国家的抵制和反对。

一般说来，实行资本输出的发达国家为了保护本国海外投资家的利益，都极力鼓吹将前述第三类涉外投资争端，即外国投资者与东道国政府之间的投资争端，提交具有特殊机制和特定规则的国际性仲裁庭，按照他们惬意的“国际法”规范，实