

# 中国特色话语

陈安论国际经济法

陈安著



奮不  
息

第三卷

The Discourse with  
Chinese Characteristics

An CHEN on International Economic Law



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

# 中国特色话语

第三卷

陈安论国际经济法

陈安著



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

# The Discourse with Chinese Characteristics

An CHEN on International Economic Law

## 第三卷

第三编 国际投资法(续)	1415
第4章 ICSID与中国:我们研究“解决投资争端国际中心”的现实动因和待决问题	1417
第5章 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	1470
第6章 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	1499
第7章 “南北矛盾视角”应当“摒弃”吗?——聚焦“中—加 2012 BIT”	1536
第8章 国际投资法中“身份混同”问题之宏观剖析与中国应对	1559
第9章 全球治理背景下有关“国际投资法庭”提议臧否之中国观	1591
第10章 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	1609
第11章 我国涉外经济立法中可否规定对外资绝不实行国有化	1659
第12章 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“1989 年政治风波”后在华外资的法律环境	1672
第13章 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	1690

第 14 章	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 .....	1708
第 15 章	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 .....	1718
第 16 章	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) .....	1743
第 17 章	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) .....	1772
第 18 章	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 .....	1790
<b>第四编</b>	<b>国际贸易法</b> .....	<b>1839</b>
第 1 章	某些涉外经济合同何以无效以及如何防止无效 .....	1841
第 2 章	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 .....	1868
第 3 章	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 .....	1882
第 4 章	指鹿为马 枉法裁断 ——评香港高等法院“1993 年第 A8176 号”案件判决书 .....	1917
第 5 章	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 .....	1949
第 6 章	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 两家公司案件述评 .....	1967
第 7 章	中国中禾公司采购巴西大豆含毒案件专家意见书:含毒可能致癌 依法严禁进口 .....	2000
第 8 章	论英国 FOSFA 裁决严重枉法、不予执行 ——中国中禾公司采购巴西大豆含毒案件述评[专家意见书] .....	2014

第三编 国际投资法(续)

<b>第 4 章 ICSID 与中国:我们研究“解决投资争端国际中心”的现实动因和待决问题</b>	1417
一、问题的提出: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”	1419
二、“解决投资争端国际中心”的由来及其仲裁体制	1424
三、中国与“解决投资争端国际中心”早期关系的发展进程	1432
四、关于中国应否参加《华盛顿公约》、可否接受“解决投资争端国际中心”仲裁体制的分歧意见	1435
五、中国参加《华盛顿公约》、接受“解决投资争端国际中心”仲裁体制后面临的新形势和待决问题	1447
六、《国际投资争端仲裁——ICSID 机制研究》一书的内容结构	1468
<b>第 5 章 中—外双边投资协定中的四大“安全阀”不宜贸然拆除</b>	
——美、加型 BITs 谈判范本关键性“争端解决”条款剖析	1470
一、中国型 BITs 中争端解决条款与《华盛顿公约》相关条款的“接轨”	1472
二、美、加型 BITs 谈判范本关键性“争端解决”条款之基本规定	1476
三、中国在 BIT 谈判中不宜贸然接受上述条款或其“变种”	1479
四、结论:有关今后中外 BIT 谈判的几点管见	1495
<b>第 6 章 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</b>	1499
一、问题的缘由	1501
二、中国型 BITs 中争端解决条款与《华盛顿公约》相关条款“接轨”的简要回顾	1503

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” .....	1505
四、有关今后中外 BIT 谈判的几点思考 .....	1522
五、区分两类国家,实行差别互惠的理论依据和实践先例 .....	1528
六、结论 .....	1534
<b>第 7 章 “南北矛盾视角”应当“摒弃”吗?</b>	
——聚焦“中—加 2012 BIT” .....	1536
一、中国国家的科学定性:迄今仍是发展中国家——仍属于南方国家 范畴 .....	1538
二、南北矛盾的源与流 .....	1540
三、“中—加 2012 BIT”的缔结乃是南北利益交换和互相妥协的典例: 聚焦“征收补偿”条款 .....	1543
四、“中—加 2012 BIT”的缔结乃是南北利益交换和南北互相妥协的 典例:聚焦“争端解决”条款 .....	1548
五、多哈回合谈判是构建国际经济规则不能“摒弃南北矛盾视角”的 最大明证 .....	1556
六、结束语 .....	1557
<b>第 8 章 国际投资法中“身份混同”问题之宏观剖析与中国应对</b> .....	1559
一、身份混同非均衡化的表现 .....	1560
二、身份混同非均衡化的成因 .....	1565
三、身份混同非均衡化引发的问题 .....	1568
四、身份混同非均衡化的国家应对——中国视角 .....	1573
<b>第 9 章 全球治理背景下有关“国际投资法庭”提议臧否之中国观</b> .....	1591
一、全球治理背景下国际投资法庭模式的浮现 .....	1592
二、欧盟版国际投资法庭体制的关键内容 .....	1597
三、中国关于国际投资法庭模式的应对 .....	1600
四、几点结论 .....	1608
<b>第 10 章 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?</b>	
——香港居民谢业深 v. 秘鲁政府征收投资案件的法理剖析 .....	1609
一、本案案情梗概 .....	1611
二、主要争议和初步看法 .....	1612

三、关于申请人之中国国籍问题 .....	1613
四、关于中—秘 BIT 1994 适用于在香港享有居留权的中国公民问题 .....	1616
五、关于中—秘 BIT 1994 中仲裁条款的适用范围问题 .....	1627
六、关于中—秘 BIT 1994 中最惠国条款的适用范围问题 .....	1636
七、结论 .....	1658
<b>第 11 章 我国涉外经济立法中可否规定对外资绝不实行国有化 .....</b>	<b>1659</b>
一、问题缘起 .....	1660
二、两种歧议 .....	1661
三、四点管见 .....	1664
四、结论:务必留权在手,但决不任意滥用 .....	1671
<b>第 12 章 是重新闭关自守,还是扩大对外开放?</b>	
——论中美两国经济上的互相依存以及“1989 年政治风波”后在 华外资的法律环境 .....	1672
一、华盛顿:最惠国≠最喜欢的国家 .....	1673
二、北京:最惠国——中美同舟 .....	1676
三、燕子悄无声,天暖翩然来 .....	1678
四、有利于外国投资者的中国法律多面体上又新增六面 .....	1681
五、娃娃与洗澡水 .....	1688
<b>第 13 章 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>1690</b>
一、中国国内法对在华外资的保护 .....	1691
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 .....	1697
三、中国参加缔结的国际条约对在华外资的保护 .....	1699
<b>第 14 章 外商在华投资中金融票据诈骗问题剖析</b>	
——香港东方公司 v. 香港泰益公司案件述评 .....	1708
一、本案案情梗概 .....	1709
二、本案讼争主要问题剖析 .....	1710
附录 福建省高级人民法院民事判决书 .....	1715
<b>第 15 章 外商在华投资中的担保与反担保问题剖析</b>	
——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 .....	1718
一、本案案情梗概 .....	1719
二、厦门建发公司答辩状 .....	1721

三、本案讼争主要问题剖析 .....	1729
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 .....	1740
<b>第 16 章 外商在华投资“征收”索赔迷雾中的庐山面目</b>	
——英商 X 投资公司 v. 英商 Y 保险公司案件述评(一) .....	1743
一、本案案情梗概 .....	1744
二、咨询的问题 .....	1745
三、专家的看法和意见 .....	1746
四、结论 .....	1757
附录 .....	1759
<b>第 17 章 外商在华投资“征收”索赔中的“脚踩两船”与“左右逢源”</b>	
——英商 X 投资公司 v. 英商 Y 保险公司案件述评(二) .....	1772
<b>第 18 章 外商在华投资中的“空手道”融资:“一女两婿”与“两裁六审”</b>	
——中国深圳市中方四公司 v. 泰国贤成两合公司案件述评 .....	1790
一、本案案情梗概 .....	1791
二、本案各方当事人的主张和仲裁庭对事实的认定 .....	1793
三、本案仲裁庭的合议评析和终局裁断 .....	1820
附录 .....	1827

## 第四编 国际贸易法

<b>第 1 章 某些涉外经济合同何以无效以及如何防止无效</b> .....	1841
一、“合同必须信守”与“违法合同自始无效” .....	1842
二、“鳗苗”风波——数项合同一连串违法 .....	1844
三、合同主体不合格导致合同无效 .....	1848
四、合同内容不合法导致合同无效 .....	1852
五、两起涉嫌“欺诈”的涉外合同纠纷 .....	1858
六、无效合同的处理和预防 .....	1864
<b>第 2 章 跨国商品代销中越权抵押和争端管辖权问题剖析</b>	
——意大利古西公司 v. 香港图荣公司案件述评 .....	1868
一、本案案情梗概 .....	1869
二、本案民事诉状 .....	1870

三、本案争端管辖权问题剖析——对图荣公司答辩状的反驳 .....	1872
四、本案讼争商品所有权问题剖析 .....	1876
附录 .....	1880
<b>第 3 章 外贸汇票承兑争端管辖权冲突问题剖析</b>	
——美国约克公司 v. 香港北海公司案件述评 .....	1882
一、本案案情梗概 .....	1883
二、关于约克公司与北海公司争议案件的专家意见书 .....	1883
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 .....	1898
四、评英国皇家大律师狄克斯(A. R. Dicks Q. C.)的书面证词 .....	1901
<b>第 4 章 指鹿为马 枉法裁断</b>	
——评香港高等法院“1993 年第 A8176 号”案件判决书 .....	1917
引言 .....	1919
一、本案案情梗概 .....	1919
二、判决质疑之一:关于本案的管辖权问题 .....	1924
三、判决质疑之二:关于中国内地法律“承认”本案汇票争端之“独立性” 问题 .....	1936
四、判决质疑之三:关于本案被告的答辩权问题 .....	1945
<b>第 5 章 外贸争端中商检结论暧昧、转售合同作伪问题剖析</b>	
——中国 A 市 MX 公司 v. 韩国 HD 株式会社案件述评 .....	1949
一、本案案情梗概 .....	1950
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 .....	1951
三、MX 公司的“转售合同”涉嫌凭空伪造或逃税走私(一) .....	1958
四、MX 公司的“转售合同”涉嫌凭空伪造或逃税走私(二) .....	1961
五、本案的仲裁庭意见和终局裁决 .....	1964
<b>第 6 章 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</b>	
——韩国 C 公司 v. 中国 X 市 A、B 两家公司案件述评 .....	1967
一、本案案情梗概 .....	1968
二、关于当事人和管辖权的争议 .....	1971
三、关于准据法的争议 .....	1979
四、关于仲裁庭人数和人选争议 .....	1982

五、关于无单放货和货款债务人的争议 .....	1989
六、本案终局裁决 .....	1995
七、从本案实践看现行《ICC 仲裁规则》及其执行中的瑕疵 .....	1996
<b>第 7 章 中国中禾公司采购巴西大豆含毒案件专家意见书:含毒可能致癌</b>	
<b>依法严禁进口 .....</b>	<b>2000</b>
一、专家简况 .....	2001
二、本案案情梗概 .....	2002
三、咨询的问题 .....	2004
四、专家的看法和意见 .....	2005
五、简短的结论 .....	2013
<b>第 8 章 论英国 FOSFA 裁决严重违法、不予执行</b>	
——中国中禾公司采购巴西大豆含毒案件述评[专家意见书] .....	2014
一、专家简况 .....	2016
二、本案案情梗概 .....	2016
三、中禾公司咨询的问题 .....	2021
四、专家的看法和意见 .....	2023
五、结论:英国 FOSFA 裁决严重违法,依法应不予承认、不予执行 .....	2053

---

# 第三编

## 国际投资法(续)



## 第4章 ICSID与中国:我们研究 “解决投资争端国际中心” 的现实动因和待决问题\*

### 内容提要

中国实行对外开放基本国策之后,20世纪80年代中期,外商对华投资逐步增多。但对中国政府部门能否公正处理投资行政争端,心存疑惧。在双边谈判中,许多外国(主要是发达国家)政府要求中国参加《解决国家与他国国民间投资争端公约》和接受“解决投资争端国际中心”(ICSID)仲裁体制。对此种要求,国内人士见仁见智,歧议甚多,可归纳为三种主张:(一)主张“促进开放,从速参加”,认为:为了认真贯彻对外开放基本国策,进一步改善外商在华投资的法律环境,解除外商来华投资的顾虑,从而更多更快地吸收经济建设急需的大量外资,中国应当当机立断,迅即参加上述公约和接受ICSID体制。(二)主张“珍惜主权,不宜参加”,认为:对中国说来,实行对外开放和大量吸收外资,确属十分必要。但是,维护主权,独立自主,是对外开放和吸收外资的前提和基础。上述公约和ICSID体制对东道国(主要是发展中国家)的司法管辖权施加限制,并尽量把它转交国外机构,此种体制颇有损于东道国主权。作为社会主义国家和发展中国家的中坚力量,中国不宜参加上述公约。(三)主张“积极研究,慎重参加”,认为:上述两种主张,针锋相对,都有重要的理论根据。主张“从速参加”者根据的是中国对外开放的基本国策,主张“不宜参加”者根据的是中国维护主权的一贯立场。但是,仅仅根据这些理论原则,还不能准确地和全面地权衡利弊得失,从而对中国应否参加上述公约以及在何种条件下参加该公约的问题,作出科学的决策。为了作出正确的判断,就必须在上述基本国策和一贯立场的

\* 本文系由笔者参撰和主编的《“解决投资争端国际中心”述评》一书(鹭江出版社1989年版)的“代前言”,以及《国际投资争端仲裁——ICSID机制研究》一书(复旦大学出版社2001年版)的“绪论”综合整理而成。前一本书于1994年获得“福建省人民政府第二届社科优秀成果奖”一等奖;后一本书于2002年先后获得中国司法部颁发的“第一届全国法学教材与科研成果奖”一等奖以及中国出版总署颁发的“中国图书大奖”。

综合指导下,积极地抓紧对这个公约和 ICSID 的历史、现状以及它们在实践中具体运作情况,开展全面、深入的研究,并且在充分了解有关实况和全貌的基础上,慎重地决定是否参加以及如何参加。

笔者自 20 世纪 80 年代中期起参加过有关的政策咨询和学术研讨,并先后主持了两个科研课题,对 ICSID 体制以及中国在其中如何趋利避害的问题,进行了较系统的和连续的集体攻关,提供了两本著作成果和有关建议。本文由两本著作的“代前言”和“绪论”综合整理而成,约 5.7 万字。为阅读方便,特在文首列明细目,俾读者在开卷时便可概见本文论述的内容、层次和脉络。

中国政府在多方咨询、研究的基础上,经过全面的利弊权衡,终于在 1992—1993 年完成了签署和提交批准书的程序,自 1993 年 2 月 6 日起,成为《解决国家与他国国民间投资争端公约》的缔约国,接受了 ICSID 体制。

## 目 次

- 一、问题的提出: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”
  - (一) 中国国内法关于在华外商控告中国民间当事人的规定
  - (二) 中国国内法关于在华外商控告中国政府机关的规定
  - (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——ICSID 问题的提出
- 二、“解决投资争端国际中心”的由来及其仲裁体制
  - (一) ICSID 出现的历史背景
  - (二) ICSID 仲裁体制的基本框架和运作原则
- 三、中国与“解决投资争端国际中心”早期关系的发展进程
- 四、关于中国应否参加《华盛顿公约》、可否接受“解决投资争端国际中心”仲裁体制的分歧意见
  - (一) 主张“为了促进开放,应当从速参加”者的主要论据
  - (二) 主张“为了珍惜主权,绝对不宜参加”者的主要论据
  - (三) 主张“积极加强研究,慎重考虑参加”者提出的各种待决问题
- 五、中国参加《华盛顿公约》、接受“解决投资争端国际中心”仲裁体制后面临的新形势和待决问题
  - (一) 十一年来《华盛顿公约》缔约国大幅度增加
  - (二) 十一年来 ICSID 仲裁体制的功能不断扩大
  - (三) 十一年来 ICSID 受理的国际投资争端案件急剧增多

#### (四) 在 ICSID 新形势下中国面临新的待决问题

### 六、《国际投资争端仲裁——ICSID 机制研究》一书的内容结构

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莠。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,将其作为他们综合判断投资环境良莠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:(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。这四个问题,历来是外国投资人所密切关注的四大关键问题。

本文所论述和评介的,是上述最后一个关键问题的重要组成部分。

## 一、问题的提出: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定法律规范,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。<sup>[1]</sup> 合营各方根据有关仲裁的书面协议提请仲裁时,可以按照“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”的仲裁程序规则,进行仲裁;如当事各方同意,也可以在被告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。<sup>[2]</sup> 如合营各方之间没有关于仲裁的书面协

[1] 参见《中华人民共和国中外合资经营企业法实施条例》第 109 条。

[2] 参见《中华人民共和国中外合资经营企业法实施条例》第 110 条。

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。<sup>〔3〕</sup>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。<sup>〔4〕</sup>

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,双方协商或调解不成,任何一方均可依仲裁协议向仲裁机构申请仲裁。当事人没有订立仲裁协议或者仲裁协议无效的,可以向中国人民法院起诉。<sup>〔5〕</sup>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。<sup>〔6〕</sup>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仲裁机构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,那么,来华投资的外商可否将争端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,有依照法律规定取得赔偿的权利。”<sup>〔7〕</sup>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,

〔3〕 参见《中华人民共和国中外合资经营企业法实施条例》第111条。

〔4〕 参见《中华人民共和国中外合作经营企业法》第26条。

〔5〕 参见《中华人民共和国合同法》第128条。

〔6〕 参见《中华人民共和国外资企业法》第8条。

〔7〕 《中华人民共和国宪法》第41条。