



## 哥伦比亚外商直接投资展望

哥伦比亚 Vale 可持续国际投资研究中心

关于局部地区外商直接投资事宜的观点

系列 65 2012 年 4 月 16 日

主编：Karl P. Sauvant ([Karl.Sauvant@law.columbia.edu](mailto:Karl.Sauvant@law.columbia.edu))

执行编辑：Jennifer Reimer ([jreimer01@gmail.com](mailto:jreimer01@gmail.com))

国际投资争端解决中心公约框架下国家控制实体

的地位：两点重要考虑

Mark Feldman\*

根据第 25 款第 1 条，国际投资争端解决中心公约只适用于一缔约国和另一缔约国的“国民”之间的投资争端。鉴于这种限制，加之国家控制实体(SCEs)<sup>1</sup>外商投资金额的显著增长，国际投资争端解决中心(ICSID)法院可能需要更频繁地

---

\* Mark Feldman ([mef31@columbia.edu](mailto:mef31@columbia.edu))是北京大学国际法学院的助理教授，他曾担任美国国务院法律顾问办公室北美自由贸易协定、中国-东盟自由贸易区仲裁主任。文章观点并不代表美国政府或者美国国务院的意见。笔者要感谢 Tom Johnson, Bart Legum & Jeremy Sharpe 对文章早期版本的有益建议。**作者观点并不代表美国哥伦比亚大学及其合作伙伴和支持者的意见。《哥伦比亚外商直接投资展望》(ISSN 2158-3579)是同行评鉴刊物。**

<sup>1</sup> 请参阅 Karl P. Sauvant & Jonathan Strauss, “国家控制的实体控制近 2 万亿美元的外国资产”, 《哥伦比亚外商直接投资展望》, 2012 年 4 月 2 日第 64 期。

强调一个重要议题，即国家控制实体的投资争端是国际投资争端解决中心公约框架<sup>2</sup>之内的投资者与国家之间的争端，亦或是公约框架之外的国与国之间的投资争端。

国际投资争端解决中心仲裁法庭发现，由于第 25 款第 1 条中未对如何区分投资者——国家之间和国家——国家之间的争端作出规定<sup>3</sup>，因此，国家控制实体(SCEs)提交的仲裁索赔一贯符合条款中“国民”的要求。

然而，一场裁决已经突出了差别所在。捷克斯洛伐克贸易银行与斯洛伐克共和国的争端案中，法庭首先发现第 25 款第 2 条规定“另一缔约国国民”包括“自然人”和“法人”，但公约未对这两项条款作出规定<sup>4</sup>。于是法庭转而采取 Aron Broches 发明的“接受测试”——旨在分析“混合经济公司或国有企业”是否符合“国民”要求：这些实体是担当政府代理，亦或是本质上不具备政府职能<sup>5</sup>。

根据这一测试，捷克斯洛伐克贸易银行的仲裁员认为，即使索赔人的活动受政府政策驱使，或者实体受政府控制以至于按照政府意志行事<sup>6</sup>，只要国有控股

---

<sup>2</sup> 为充分讨论这一议题，请参阅 Mark Feldman,“投资协定框架下的国有企业地位”，刊载于 Karl P. Sauvant 编辑的《2010/2011 国际投资法律与政策年鉴》（纽约：牛津大学出版社，2011）。

<sup>3</sup> 请参阅 Hrvatska 与 Slovenia 的争端，国际投资争端解决中心案例第 ARB/05/24 号，关于条约解释事宜的决定（2009 年 6 月 12 日）；疾病预防控制中心与塞舌尔之间的纠纷，国际投资争端解决中心案例第 ARB/02/14 号，仲裁裁决（2003 年 12 月 17 日）；挪威电信与匈牙利之间的争端，国际投资争端解决中心案例第 ARB/04/15 号，仲裁裁决（2006 年 9 月 13 日）。

<sup>4</sup> 捷克斯洛伐克贸易银行与斯洛伐克共和国的争端案件，国际投资争端解决中心案例第 ARB/97/4 号，关于反对审判权的决定（1999 年 5 月 24 日），16。

<sup>5</sup> 出处同上，17。

<sup>6</sup> 出处同上，20 和 24。

索赔人的活动是商业性质，争端就没有升级到国家之间的争端。依据捷克斯洛伐克贸易银行仲裁员的意见，从本质上作为区分，在判别索赔人是否符合第 25 款第 1 条的“国民”要求时<sup>7</sup>，国有控股索赔人的活动目的与之无关。

这一发现与国际投资争端解决中心公约框架的两个重要方面冲突。首先，国际投资争端解决中心公约旨在适用于私人的，而非公共的外商投资。第二，国际投资争端解决中心公约旨在回应国家之间的争端(联合国国际法院可以解决)和私营实体之间的争端(本国法院或商业仲裁都可以解决)存在的程序上的差别<sup>8</sup>。当判定索赔人是否符合第 25 款第 1 条的规定时，这两方面支持同时考虑国有控股索赔人的本质和其活动目的。

首先，关于私人外商投资，在采用国际投资争端解决中心公约之前，鉴于私人外商投资对发展的定量和定性的重要作用<sup>9</sup>，世界银行曾考虑如何改善投资环境。这种投资环境的改善，最终采取了国际投资争端解决中心公约的形式，该形式始于对“经济发展中国际合作的必要性，其中私人外商投资的作用...”的认识。序言条款亘古不变，“作为投资者的国家不能成为该中心的一员。”<sup>10</sup>

第二，关于国际投资争端解决中心公约在强调国家之间争端和纯粹私人争端在程序上的差别的作用，自其建立之初就达成“共识”，即国家之间的争端和纯粹私人之间的争端不在国际投资争端解决中心公约的管辖范围之内<sup>11</sup>。这种排斥权不仅反映在第 25 款第 1 条中，第 27 款也作出了规定，禁止外交保护，进而也禁

---

<sup>7</sup> 出处同上，21.

<sup>8</sup> 请参阅 Aron Broches,《选摘：世界银行、国际投资争端解决中心以及国际公法和国际私法的其他主题》(多德雷赫特：尼约夫出版社，1995 年)，第 167 页。

<sup>9</sup> 出处同上，第 193 页。

<sup>10</sup> Christoph Schreuer 等，国际投资争端解决中心公约：一个评论(剑桥：剑桥大学出版社，2009)，第 161 页。

<sup>11</sup> Broches，前引书，第 167 页。

止投资者所在国进入该中心<sup>12</sup>。此外，“若干政府”提议，对于国家之间争端的排斥，建立一种有限的例外情况：即允许缔约国向国际投资争端解决中心仲裁部门递交代位追偿权请求，但这一议题遭到“强烈”反对，最终“被迫放弃”。<sup>13</sup>

鉴于上述两因素，国有控股索赔人的活动动机应纳入第 25 款第 1 条的框架之内分析。如果不考虑席卷到国际投资争端解决中心仲裁机构的国家间的公共外商投资争端的动机风险，这将会超出国际投资争端解决中心公约的清晰框架。

(南开大学国经所李圆圆翻译)

转载请注明：“Mark Feldman, ‘国际投资争端解决中心公约框架下国家控制实体的地位：两点重要考虑’，《哥伦比亚外商直接投资展望》，2012 年 4 月 16 日第 65 期。转载需经哥伦比亚 Vale 可持续国际投资研究中心 ([www.vcc.columbia.edu](http://www.vcc.columbia.edu)) 授权”。[请将副本发送至哥伦比亚 Vale 研究中心 vcc@law.columbia.edu](mailto:vcc@law.columbia.edu)。

如需详细信息，请联系：哥伦比亚 Vale 可持续国际投资研究中心，Jennifer Reimer, [jreimer01@gmail.com](mailto:jreimer01@gmail.com) 或 [jreimer@lyhplaw.com](mailto:jreimer@lyhplaw.com)。

由 Ms. Lisa Sachs 女士领导的哥伦比亚维尔可持续国际投资中心 (VCC – [www.vcc.columbia.edu](http://www.vcc.columbia.edu))，是由哥伦比亚法学院和地球研究所联合建立的研究机构。它力图成为全球经济环境下的对外直接投资事务的领导者。VCC 致力于分析和传授基于公共政策和国际投资法视角下 FDI 的影响。

#### 最新哥伦比亚外商直接投资展望文章

---

<sup>12</sup> Schreuer 等，前引书，第 186-187 页。

<sup>13</sup> Broches，前引书，第 167 页。

- No. 64, Karl P. Sauvant and Jonathan Strauss, “State-controlled entities control nearly US\$ 2 in foreign assets,” April 2, 2012.
- No. 63, Miguel Pérez Ludeña, “Is Chinese FDI pushing Latin America into natural resources?,” March 19, 2012.
- No. 62, Karl P. Sauvant, Chen Zhao and Xiaoying Huo, “The unbalanced dragon: China’s uneven provincial and regional FDI performance,” March 5, 2012.
- No. 61, Clint Peinhardt and Todd Allee, “Different investment treaties, different effects,” February 20, 2012.
- No. 60, Alice Amsden, “National companies or foreign affiliates: Whose contribution to growth is greater?,” February 13, 2012.
- No. 59, Gus Van Harten, “The (lack of) women arbitrators in investment treaty arbitration,” February 6, 2012.
- No. 58, Stephan W. Schill, “The public law challenge: Killing or rethinking international investment law?,” January 30, 2012.
- No. 57, Seev Hirsch, “Nation states and nationality of MNEs,” January 23, 2012.
- No. 56, Tadahiro Asami, “Towards the successful implementation of the updated OECD Guidelines for Multinational Enterprises,” January 17, 2012.
- No. 55, Mira Wilkins, “FDI stocks are a biased measure of MNE affiliate activity: A response,” January 9, 2012.
- 所有前期的外商直接投资展望详见：<http://www.vcc.columbia.edu/content/fdi-perspectives>