

学校编码: 10384

分类号 _____ 密级 _____

学号: 13620081150767

UDC _____

厦 门 大 学

硕 士 学 位 论 文

BIT 中“适格”投资的“合法性要求”

法律问题研究

Research on the Legal Problems of “Legality
Requirements” of “Eligible” Investment in BIT

张蓓蕾

指导教师姓名: 王海浪讲师

专 业 名 称: 国际法

论文提交日期: 2011 年 4 月

论文答辩时间:

学位授予日期:

答辩委员会主席: _____

评 阅 人: _____

2011 年 月

厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下,独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果,均在文中以适当方式明确标明,并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范(试行)》。

另外,该学位论文为()课题(组)的研究成果,获得()课题(组)经费或实验室的资助,在()实验室完成。(请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称,未有此项声明内容的,可以不作特别声明。)

声明人(签名):

年 月 日

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

1. 经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，
于 年 月 日解密，解密后适用上述授权。

2. 不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）：

年 月 日

内容摘要

“符合东道国法律”条款与 ICSID 仲裁管辖权的争议，即 ICSID 仲裁管辖权的确立是否要求所涉投资“符合东道国法律”及该条款的具体含义。此类争端最近几年发展迅速，且对 ICSID 是否具有未来可能发生的争议的管辖权影响颇大。

ICSID 仲裁庭在前期的数个判例中保持了相当的一致性，但近期案件的裁判结果却有所不同。这种不一致使得关于“符合东道国法律”条款的解释难以统一，对仲裁实践特别是 ICSID 管辖权的影响虽然模糊但确实存在。这种发展是对先例的推翻还是仅因为个案案情的不同，以及该条款对 ICSID 仲裁管辖的实际影响如何，十分值得研究。

我国对外签订的 BIT 中基本都包含“符合东道国法律”条款，研究该条款与管辖权的关系十分重要，直接关系到 ICSID 对我国涉案争议是否拥有管辖权，对我国监管外国投资者及其投资具有十分重要的意义。

本文分为四个部分：第一章是对 BIT 中“适格”投资的“合法性要求”的概述。首先梳理投资与 ICSID 管辖权关系的演进，然后从国际条约中对投资定义的措辞，试图分析投资应具有的一般含义，以及各国签订的 BIT 中对“符合东道国法律”条款的表述，分析该条款的重要性。

第二章分析国际法层面投资“合法性”，强调的是“符合投资的定义”，通过对相关案件裁决书的梳理与分析，ICSID 从宽泛解释到限制解释的转变，并结合 ICSID 公约的起草历史，试图得出投资应具有的一般要素。

第三章分析国内法层面投资的“合法性”，强调“投资行为符合国内法，而不仅仅是符合国内法上投资的定义。”结合 ICSID 相关裁决书，探讨投资行为在多大程度上违法会导致其排除 ICSID 的管辖。

第四章承接前面两章，从国际和国内两个层面分析中国缔结的 BIT 存在的问题与完善，以期对未来我国签订或修改 BIT 有所启示。

关键字：投资；合法性；双边投资条约

Abstract

The disagreement between the provision of "consistent with the host state law" and the jurisdiction of ICSID arbitration, which means whether the establishment regarding jurisdiction of ICSID arbitration is in accordance with the related investment and the definition for the provision "consistent with the host state law"; this kind of dispute increased dramatically recently, and will have great impact future possible disagreement on jurisdiction of ICSID.

ICSID arbitration tribunal has kept consistency in previous cases, however, in some recent cases, the judgment is different. The inconsistency makes it's hard to reach a unified definition for the provision "consistent with the host state law", though vague, the impact on arbitration practice especially ICSID jurisdiction still exists. It's quite worth studying to see if this development is the overthrow of the precedent or just individual case, as well as to see what the real impacts to the jurisdiction of ICSID arbitration are.

Most of the China-signed outbound BIT contains the provision of "consistent with the host state law", it's very important to study the relationship between the clause and the jurisdiction. It also decides whether ICSID has jurisdiction on disputes involving China. Lastly the study also plays a significant role in China's supervision of foreign investors and their investment practices.

This paper including four parts: part one is the introduction of "legitimacy requirement" of eligible investment in BIT. Firstly it states the evolution of the relationship between investment and ICSID jurisdiction, then summarizes the general definition of investment from the wordings in international provisions, finally indicates the importance of the clause "consistent with the host state law" through studying the definitions in BIT by many countries.

Part two is the analysis of "legitimacy" of investment at international laws' level. It emphasizes "consistent with the definition of investment", trying to get the general elements of investment by analyzing the judgment of related cases and the change of ICSID from broad interpretation to restrictive interpretation as well as the drafting history of ICSID convention.

Part three is the analysis of "legitimacy" of investment at domestic laws' level, which emphasizes that investment practice to be in agreement with domestic law, not just the definition of investment. To study with related ICSID cases, in what degree that the illegal investment practices will cause it excluding the jurisdiction of ICSID.

Part four is to follow up with the previous two parts, trying to see if any inspiration can be provided to our country's future signing or modification of BIT through the study of problems existed from both international and domestic levels.

Key words: Investment; Legitimacy; BIT

缩略语表 Abbreviations

英文简称	英文全称及中文含义
BIT/BITs	Bilateral Investment Treaty/Bilateral Investment Treaties 双边投资条约
ICSID	International Center for Settlement of Investment Disputes 国际投资争端解决中心
ICSID 公约	Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of Other Satates 《解决国家与他国国民间投资者争端公约》或《华盛顿公约》
OECD	Organization for Economic Co-operation and Development 经济合作与发展组织或经合组织
ICC	International Chamber of Commerce 国际商会
U. S. 2004 BIT Model	Treaty between the Government of the United States of America and the Government of [Country] Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment 美国2004年BIT范本
Canada 2004 BIT Model 或 FIPA	Agreement between Canada and [Country] for the Promotion and Protection of Investments 加拿大 2004 年 BIT 范本
NAFTA	North America Free Trade Agreement 北美自由贸易协定
UNCTAD	the United Nations Conference on Trade and Development 联合国贸易与发展会议或联合国贸法会

案例表 Table of Cases

名称	出处
Fedax v. Venezuela	ICSID Case No.ARB/96/3
COSB v. Slovak	ICSID Case No.ARB/97/4
Salini v. Morocco	ICSID Case No.ARB/00/4
Joy Mining v. Egypt	ICSID Case No.ARB/03/11
MHS v. Malaysia	ICSID Case No.ARB/05/10
Phoenix v. Czech	ICSID Case No.ARB/06/5
Bayindir v. Pakistan	ICSID Case No.ARB/03/29
Saipem v. Bangladesh	ICSID Case No.ARB/05/7
Kardassopoulos v. Georgia	ICSID Case No.ARB/07/6
Tokios Tokeles v. Ukraine	ICSID Case No. ARB/02/18
Inceysa v. El Salvador	ICSID Case No.ARB/06/2
Fraport v. Philippines	ICSID Case No.ARB/07/16
World Duty Free v. Kenya	ICSID Case No.ARB/00/7,

目 录

前言	10
第一章 BIT 中“适格”投资的“合法性要求”概述	1
第一节 管辖权异议理由的转变	1
第二节 “合法性要求”中投资定义的类型及不足	2
一、以资产为基础的投资定义	2
二、以企业为基础的投资定义	3
三、以交易为基础的投资定义	3
第三节 “合法性要求”中投资行为合法的规定	4
一、投资定义条款项下的规定	4
二、其他条款项下的规定	5
第二章 国际法层面投资的“合法性”：符合投资定义	7
第一节 对投资定义作宽泛解释	7
一、Fedax v. Venezuela 案：首次解释投资定义认为涉案本票构成投资	7
二、CSOB 案：进一步宽泛解释投资定义认为涉案贷款构成投资	8
第二节 对投资定义做限制解释	9
一、Salini v. Morocco 案：明确“适格”投资必须具备 4 要素	9
二、Joy Mining v. Egypt 案：发展为 5 项强制性标准	10
三、MHS v. Malaysia 案：全面分析 5 要素	11
四、Phoenix v. Czech 案：明确“适格”投资必须具备 6 要素	13
第三节 评析	14
一、限制解释的确立	14
二、限制解释的缺陷	16
第三章 国内法层面投资的“合法性”：投资行为合法	19
第一节 “投资行为符合国内法”的强调	19
一、Salini v. Morocco 案：首次把“符合东道国法律”作为其管辖权基础	19
二、Bayindir v. Pakistan 案：继承 Salini 案的投资解释标准	20

三、Saipem v. Bangladesh 案：与前案一脉相承	21
第二节 准入及后续行为的合法性规定	22
一、Kardassopoulos v. Georgia 案：明确违法主体必须是投资者	22
二、具体违反类型	23
第三节 评析	27
一、“符合东道国法律”具体标准存在的分歧	27
二、解决该分歧的尝试	28
第四章 我国在国际与国内层面相关规则中存在的问题与完	
善	29
第一节 国际法层面的问题与完善	29
一、明确界定投资“标准”的必要性分析	29
二、投资“标准”的构建	30
三、BIT 中“符合东道国法律”条款的完善	30
第二节 国内法层面的问题与完善	31
一、完善的法治化环境	31
二、体系完善的外资立法	31
三、其他部门法与外资法的衔接	32
结语	33
参考文献	34

Contents

Introduction	10
Chapter 1 Introduction on "Legitimacy Requirement" of Eligible Investment in BIT	1
Subchapter 1 Change of Reasons for Objections to Jurisdiction	1
Subchapter 2 Types of Definition of Investment in "Legitimacy Requirement" and the Deficiency	2
Section 1 Asset-based Definition of Investment.....	2
Section 2 Enterprise-based Definition of Investment.....	3
Section 3 Transaction-based Definition of Investment.....	3
Subchapter 3 Definitions of Legal Investment Practices in "Legitimacy Requirement"	4
Section 1 Provisions under the Terms Regarding Definition of Investment.....	4
Section 2 Provisions under Other Terms.....	5
Chapter 2 "investment legitimacy" at international laws' level: Consistent with Definitions of Investment	7
Subchapter 1 Broad interpretation of the definition of investment	7
Section 1 Fedax v. Venezuela: For the First Time Explaining the Definition of Investment Agrees that Promissory Notes Constitute Investment	7
Section 2 CSOB: to Explain Broadly in Further the Definition of Investment Agrees that Loans Constitute Investment.....	8
Subchapter 2 Restrictive interpretation of the definition of investment	9
Section 1 Salini v. Morocco: State Clearly the Four Key Elements of "Eligible Investment"	9
Section 2 Joy Mining v. Egypt: Developed into Five Mandatory Standards..	10
Section 3 MHS v. Malaysia: Comprehensively Analyze the Five Key	

Elements.....	11
Section 4 Phoenix v. Czech: State Clearly the Six Key Elements of "Eligible Investment"	13
Subchapter 3 Comments	14
Section 1 Establishment of Restrictive Interpretation	14
Section 2 Deficiency of Restrictive Interpretation.....	16
Chapter 3 “Investment Legitimacy” at Domestic Laws’ Level:	
Legitimate Investment Behavior	19
Subchapter 1 Emphasize Investment Practice in Agreement with Domestic Laws	19
Section 1 Salini v. Morocco:For the First Time Put "Consistent with the Host State Law" as the Foundation of Its Jurisdiction.....	19
Section 2 Bayindir v. Pakistan:Carry on the Explanation Standards of Investment from Salini Case.....	20
Section 3 Saipem v. Bangladesh: in the same Strain with the Previous Cases	21
Subchapter 2 Provisions of Legality on Access and Follow-up Practices	22
Section 1 Kardassopoulos v. Georgia: State Clearly Illegal Subject Must be Investor	22
Section 2 Specific Types of Violation.....	23
Subchapter 3 Comments	27
Section 1 Disputes on Specific Standards of "Consistent with the Host State Law"	27
Section 2 Attempts on Solving the Disputes.....	28
Chapter 4 Problems Existed and Improvements of Relevant Rules at International and Domestic Levels in China.....	29
Subchapter 1 Problems and Improvements at International Law Level....	29
Section 1 Study on the Necessity of Clear "Standards" about Investment	29

Section 2 Construction of Investment "Standards"	30
Section 3 Improvement of the Clause " Consistent with the Host State Law " in BIT	30
Subchapter 2 Problems and Improvements at Domestic Law Level	31
Section 1 to Improve the Legalized Environment	31
Section 2 Well-constructed Legislation of Foreign Capital.....	31
Section 3 Connection of Legislation Between Other Departments and Foreign Capital.....	32
Conclusion	33
Bibliography	34

前 言

ICSID 仲裁庭在实践中已经认定 BIT 中投资的定义构成其管辖权基础，并对投资定义作限制性解释，但从《华盛顿公约》的起草历史分析，这种观点与起草过程中达成的意见并不一致。同时，仲裁庭认定 BIT 投资定义条款中的“符合东道国法律”也构成管辖权要件之一，但是对违法的认定标准及违法程度尚未达成共识，导致实践中存在结果不一致的裁决，这种个案结果的不确定性使得各国在 BIT 中约定该条款存在很大的法律风险。“符合东道国法律”条款在东道国管理监督投资者及其投资方面发挥重要作用，完全弃之不用会使东道国在管理外国投资者及其投资方面丧失优势，因而需要在继续坚持其重要性的同时规避个案风险。

仲裁裁决存在这种分歧的原因在于对“符合东道国法律”条款的理解缺乏统一的标准，在目前仲裁尚不一致的情况下，通过对 ICSID 仲裁庭已裁决的个案进行分析梳理，以求分析出在这些案件的裁决中，仲裁庭如何解释该条款。以及应用何种标准认定具体情形符合该条款，发生争端提交仲裁庭裁决时，仲裁庭的观点对案件结构影响重大。

首先介绍目前 ICSID 时间中被申请方的异议理由以及由争议行为不构成投资转向争议行为不符合国内法，国际条约中均有投资定义的表述。但这种表述的适用需要仲裁庭进一步加以解释，BIT 中也对“符合东道国法律条款”进行约定，但这种约定是比较笼统的，具体适用中容易发生争议。

接下来主要分析仲裁庭对投资定义的解释，经历了从宽泛解释到限制解释的转变。目前基本达成限制解释的共识，对投资定义加以外部的限制，但这种解释方式受到学者的批评。

在仲裁庭对投资定义基本达成一致的情况下，被申请方的异议观点开始转向投资不符合国内法，即投资的具体行为不合法导致其不应受 BIT 的保护，但是对违法程度仲裁庭仍未达成一致意见。

最后，通过对投资“合法性”国际和国内两个层面的分析，从定义到准入及后续行为“符合东道国法律”的具体含义和标准，并结合 ICSID 公约的起草历史分析裁决书，对我国在这两个层面存在的问题及需要完善的地方作可行性分析。

第一章 BIT 中“适格”投资的“合法性要求”概述

本章主要介绍管辖权异议理由的转变以及“适格”投资涉及的定义和“符合东道国法律”在国际条约中的表述和适用问题，分三小节详述。第一小节主要分析在 ICSID 仲裁实践中被申请方的管辖权异议理由从投资不符合国内法定义转变为投资行为不合法；第二小节主要概述投资在国际条约中的一般表述，定义的基础虽有不同，但都采用宽泛的定义方式，试图将各种资产都包含在投资当中；第三小节主要探讨“符合东道国法律”条款在 BIT 中的规定，包括投资定义条款和其他条款下的规定，ICSID 的仲裁实践表明了该条款的重要性。

第一节 管辖权异议理由的转变

近年来，随着 ICSID 投资仲裁案件增多，关于投资定义的争议也愈加明显。例如 MHS 案^①的被申请方就是以争议行为不构成投资作为其管辖权异议的主要理由，该案的争议焦点就在于“救助合同是否构成适格投资？”

产生这种争议的直接原因是 ICSID 公约没有明确定义投资，公约第 25 条（“中心的管辖适用于缔约国，或缔约国指派到中心的该国的任何组成部分或机构，与另一缔约国国民之间直接因投资而产生的任何法律争端”）是否构成 BIT（Bilateral Investment Treaty，即双边投资条约^②）“投资”定义的外部限制？由 Salini 案发展起来的投资的具体“标准”是否就是公约第 25 条暗含的“投资”定义？这两个问题构成了国际法层面投资是否“适格”的主要方面。

虽然国内外学者对 ICSID 仲裁庭关于投资的限制解释持不同的看法，但实践中，仲裁庭至少接受了限制投资的 4 项标准。在这种可以说达成共识的情况下，被申请方管辖权异议的理由开始集中于投资必须“符合东道国法律”，将这一条款与仲裁庭是否拥有管辖权相联系。而理论界更早注意到这一情形，如鲁道夫·道尔采和马格瑞特·史蒂文斯就曾经指出，限制 BIT 适用范围的一个重要条件是投资须依法进行，但是由于该限制完全可以排除某些投资，检视此类限制是否已被缔约国引入是至关重要的。^③也有认为投资条约中“符合东道国法律”条款并不影响管辖，如学者 E·盖拉德认为，“不符合国内法律和法规不会构成管辖障碍，因为它对条约的范围本身及向中立机构寻求投资争端解决的权利并不构成阻碍，只要该资产符合条约的投资定义；相反地，这种所谓的不符合可能构成对所涵盖的投资实体诉求的限制。”^④

^① Malaysian Historical Salvors SDN, BHD v. The Government of Malaysia, ICSID Case No.ARB/05/10 (Jurisdiction, 17 May, 2007).

^②根据通说，“双边投资条约”有广义和狭义之分。广义的“双边投资条约”包括友好通商航海条约、双边投资保证协定和双边促进与保护投资协定三种典型形式。狭义的“双边投资条约”则一般特指双边促进与保护投资协定或双边投资保护协定，即 BIT。

^③ See Rudolf Dolzer & Margrete Stevens, *Bilateral Investment Treaty* [M], Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p. 54.

^④ E.Gaillard, “Investments and Investors Covered by the Energy Charter Treaty”, in C.Ribeiro (n.169), 62. 转引自 OECD, p. 76.

近年的仲裁实践中，被申请人提出的管辖权异议理由开始出现由于投资“不合法”而导致仲裁庭没有管辖权。虽然产生较晚，但意义十分重大，不仅因为该条款在国际条约中应用的日益频繁，而且从仲裁实践看来，仲裁庭对该条款的解释标准并不一致，有驳回被申请人异议请求的，也有因此驳回申请方仲裁申请的。这种分歧使得争议投资“合法性”的判断标准扑朔迷离，对各裁决进行分析具有十分重要的实践意义。

从 ICSID 裁决的案件看来，被申请方的管辖权异议理由可以分为两类：第一类是被申请方辩称争议的经济交易行为与其国内法中的投资定义不一致；第二类是被申请方认为交易不合法，其中：有些被申请人并未对投资的合法性提出质疑，仅仅认为交易不符合其国内法上对投资定义；有些被申请人则辩称由于投资“不合法”，而必须将其排除在 BIT 保证的保护之外。可以看出：前者关注的是投资的“合法性”，后者关注的则是“合法性”的具体标准。

第二节 “合法性要求”中投资定义的类型及不足

一、以资产为基础的投资定义

国际投资条约，无论是美式双边投资条约，还是欧式双边投资条约，也无论是区域性国际投资条约，还是多边投资条约草案大多倾向于以资产为基础的投资定义。如 2001 年澳大利亚-印度 BIT 第 1 条规定：“投资一词系指缔约一方投资者依照缔约另一方的法律和法规在缔约另一方领土内所投入的各种财产。”^①又如 2004 年中国-芬兰 BIT 第 1 条规定：“投资是指缔约一方投资者依照缔约另一方的法律和法规在缔约另一方领土内所投入的各种财产。”^②就 OECD 而言，成员国与非成员国签订了至少 1240 个 BITs 以及 36 个包含投资调控的自由贸易协定，这一数目超过了现有国际投资条约的半数。而这些由 OECD 国家签订的国际投资条约大都采用了以资产为基础的投资定义，有人甚至因此认为“采用以资产为基础的投资定义已经成为标准做法。”^③

^① 2001“Agreement Between The Government of The Republic of Austria and The Government of The Republic of India for the Promotion and Protection of Investments”, at http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/austria_india.pdf.

^② 中国-芬兰 BIT, at <http://tfs.mofcom.gov.cn/aarticle/h/au/200212/20021200058416.html> 5 March, 2010.

^③ Novel Features in OECD Countries' Recent Investment Agreements: an overview, at <http://www.oecd.org/dataoecd/42/9/35823420.pdf> November 26, 2006.

二、以企业为基础的投资定义

目前，部分国际投资条约采用以企业为基础的投资定义，如 1990 年丹麦-波兰 BIT^①第 1 条规定：“投资是指符合接受国国内法规定的各种资产……第 1 款所指投资必须是对企业的任何投资，这些投资在投资者与被投资企业之间建立起持久的经济联系，并赋予投资者在被投资企业管理方面的控制权。作为投资的财产发生任何形式上的变化，不影响其作为投资的性质。”第 2 款的限制性规定实际上把投资缩小为投入企业的各种资产。1998 年《东盟区域投资框架协议协定》(Framework Agreement on the ASEAN Investment Area)也是采用的以企业为基础的投资定义。

三、以交易为基础的投资定义

以交易为基础的投资定义不涉及对投资资产的规定，代之以对交易的规定，例如 2006 年的《OECD 资本流动自由化守则》(OECD code of liberalization of capital movements)附件 D 第 1 条规定，“直接投资”被界定为可以建立持久经济联系，伴随着管理控制权的行为。^②但是，采用以交易为基础的投资定义的国际投资条约比较罕见。

国际投资条约采用以资产为基础的投资定义，原因在于这一缔约模式对资本输出国、资本输入国、投资者而言都利大于弊。资本输出国，以资产为基础的投资定义可以为本国各类资产提供保护；资本输入国，以资产为基础的投资定义可以改善本国的投资环境，吸引更多的外国资本进入本国市场。并且，资本一旦进入本国之后再区分它们的性质相当困难，从技术上讲东道国也有必要对已经进入本国市场广泛的外资提供保护；投资者，以资产为基础的投资定义可以使投资者享有高标准、广范围的保护，有利于投资者规避东道国的政治风险，获得最大的经济利益。

这种定义方式的不足在于规定的比较笼统，实践中，争议的资产是否构成投资，申请方与被申请方往往各执一词。仲裁庭在适用该定义解决争议时，需要运用自由裁量权，从而解释投资。本文将在第二章详细阐述仲裁庭对投资定义的解释标准。

^① 1990“Agreement Between The Government of The Kingdom of Denmark and The Government of The Republic of Poland for The Promotion and The Reciprocal Protection of Investment”, at http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/denmark_poland.pdf. 25 March 2010.

^② 2006 年《OECD 资本流动自由化守则》，at <http://www.oecd.org/dataoecd/10/63/4844455.pdf>. October 10, 2006.

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库