

国际投资法中国有企业的主体资格与中国因应

高 洁

浙江工商大学法学院, 浙江 杭州

收稿日期: 2023年5月30日; 录用日期: 2023年6月16日; 发布日期: 2023年8月28日

摘 要

随着中国等发展中国家的崛起和全球经济治理的变革, 国有企业及其行为在国际投资、贸易中的意义日益显现。国际投资法中各种投资协定和ICSID公约对投资者的规定方式各有特点, ICSID仲裁实践中逐渐形成了一套结合Broches标准, 用以审查国有企业是否具备投资主体资格的审查方法。这些认定标准目前仍存在模糊之处, 有待进一步完善。我国在国际投资中国有企业的投资主体资格认定标准存在不明确、不统一、不连贯的问题。因此, 我国应积极利用并完善ICSID仲裁机制, 更新BITs明确国有企业投资者身份, 深化国有企业市场化改革。

关键词

国有企业, 投资者地位, Broches标准, ICSID仲裁

Qualification of State-Owned Enterprises under International Investment Law and China's Response

Jie Gao

School of Law, Zhejiang Gongshang University, Hangzhou Zhejiang

Received: May 30th, 2023; accepted: Jun. 16th, 2023; published: Aug. 28th, 2023

Abstract

With the rise of China and other developing countries and the change of global economic governance, the significance of state-owned enterprises and their behaviors in international investment and trade is increasingly apparent. Various investment agreements and ICSID conventions in international investment law have their own characteristics in terms of investor stipulations. In the practice of ICSID arbitration, a set of review methods combined with Broches criteria have been

文章引用: 高洁. 国际投资法中国有企业的主体资格与中国因应[J]. 法学, 2023, 11(5): 3437-3443.

DOI: 10.12677/ojls.2023.115491

gradually formed to judge whether state-owned enterprises have the qualification of investment subjects. There are still some ambiguities in these standards and they need to be further improved. The qualification criteria of investment subject of Chinese enterprises in international investment are unclear, inconsistent and incoherent. Therefore, our country should take advantage of and perfect the ICSID arbitration mechanism, update BITs to clarify the investor identity of state-owned enterprises and deepen the market-oriented reform of state-owned enterprises.

Keywords

State-Owned Enterprises, Investor Status, Broches Criteria, ICSID Arbitration

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

2022年10月28日,加拿大联邦政府根据《加拿大投资法》实施了一项新政策。根据该政策,外国国有企业或受外国政府影响的企业对加拿大实体和关键矿产行业的投资将产生危及国家安全的影响,而后政府命令三家中国公司剥离其在加拿大关键矿产公司的投资。将国有企业受政府控制和所有的特征视为“原罪”,自然而然地设定为“政府代理人”认定标准。面对这样的情势,国有企业海外投资贸易风险在不断加大,同时外国也可能面临着违反投资条约义务的巨额赔偿的风险。

国际社会并没有统一“国有企业(State-owned enterprise, SOE)”的定义,但从相关规定表述中可以窥见国有企业的范围在不断扩大,这是国际组织背后各国政治经济力量较量的结果。中国国有企业的国际投资参与度较高,对国有企业的国际法治研究也是我国完善社会主义市场经济体制不可绕开的法治话题。因此,本文拟聚焦国际投资法中国有企业的投资主体资格,结合《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》(Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States,以下简称ICSID公约)、双边投资协定以及区域贸易协定系统地探清认定标准界限,结合我国国有企业规定的现状提出相关建议。

2. 国际投资法中国有企业投资主体资格的规定

2.1. 国际投资法中对“投资者”的规定

首先,现行的双边投资协定(Bilateral Investment Treaty,以下简称BIT)多为老式协定,大部分的双边投资协定模糊不清地界定了投资者的定义。例如在中国-法国BIT中,对于法人投资者的定义为依照缔约方法律在其境内组建并拥有总部或者被该国法人或自然人直接或间接控制的法人。这样的规定方式在初代BIT中很常见,对投资者的定义常常以“法人”“自然人”一语概之。而在现今的国际投资协定中注意到了法人作为投资者背后的所有权问题,本质就是考虑到国有企业的特殊性,产生了新的表述方法,如《北美自由贸易协定》(North American Free Trade Agreement,以下简称NAFTA)第201.1条将“企业”定义为“根据适用法律组成或组织的任何实体,无论其是否由私人或者政府所拥有”。后续更是有把一国政府纳为投资者,如阿联酋-英国BIT规定,“投资者”应包括“缔约一方的任何国家或公司或缔约一方的政府,或阿拉伯联合酋长国的任何酋长国政府”。乃至最新的《区域全面经济伙伴关系协定》(Regional Comprehensive Economic Partnership,以下简称RCEP)对法人的定义也有与NAFTA类似的表述。

在这种情况下，投资者的定义慢慢扩大，国有企业独立成为跨国投资法人也更加普遍。

其次，ICSID 公约的规则是 ICSID 仲裁做出裁定的主要参考。因此对国有企业是否具有投资者资格的认定也应参考 ICSID 公约的规定，否则，如果 ICSID 公约不将国有企业视为投资者，则该企业丧失了向 ICSID 寻求仲裁救济的资格。ICSID 公约第 25(1)条规定，中心的管辖适用于缔约国(或缔约国向中心指定的该国的任何组成部分或机构)和另一缔约国国民之间直接因投资而产生并经双方书面同意提交给中心的任何法律争端。从文本上看，争端双方主体需为公约缔约国和其他缔约国的国民，该要件虽然现在已修改为不限于公约缔约国和国民，但该国民的范围是否包含国有企业仍没有具体的解释，留下了广泛的协商空间，同时也带来了空白立法下法律适用的问题。我们仍需结合具体案件及其涉及的国际投资协定，方可得出结论。

2.2. 国际投资法中对“国有企业”的规定

2.2.1. 美国认定标准的相关协定——CPTPP 和 USMCA

《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(Comprehensive Progressive Trans-Pacific Partnership, 以下简称 CPTPP)坚持美国、欧盟为首开始积极推行限制国有企业商业行为的立场，且 CPTPP 的溢出效应和示范效应不容忽视。在 CPTPP 中，对国有企业的范围采取了直接界定的方式，体现了股权加控制权的界定标准，即缔约方直接或间接拥有 50% 以上股权或 50% 以上表决权，或通过其他所有权利益控制，或拥有任命企业董事会或类似管理机构多数成员权利的主要从事商业活动的企业。《美墨加协定》(United States-Mexico-Canada Agreement, 以下简称 USMCA)也是延续了 NAFTA 对国有企业的界定方式，与 CPTPP 的标准是一致的，从股权、投票权、人事任命权三个角度界定，但其范围进一步扩张至“间接或少数所有权的情形”。这样规定方式在 2012 年美国的 BIT 范本中就有所体现，同步考量所有权和控制权，并且直接控制和间接控制都囊括其中，在定义上扩大国有企业的认定范围。有学者称这与欧美在经济合作与发展组织平台推广国有企业规则一脉相承，以所有权为认定标准，绕过了 WTO 对公共机构的认定方式^[1]。紧接其下的是 CPTPP 第 17.2 条规定“本章适用于国有企业在自由贸易区内实施的影响贸易或投资的活动”，第 17.4 条对国有企业要求“从事商业活动基于经济考虑”。通过规定国有企业的商业活动范围和商业考量义务，国有企业可以被认定为适格投资者。但 CPTPP 还为“具有商业性的国有企业”规定了具体的判断规则，如透明度条款，非商业援助条款，竞争中立条款非歧视待遇义务等约束国有企业的行为。

原本作为一般投资者须遵守的软法规范在国有企业章节中被赋予强制性，它们成为衡量是否从事商业性活动的考虑因素。一旦违反，可能会产生行为性质转变的效果，商业行为转变为政府职权行为，因此该国有企业也不能成为投资中的私人投资主体，无法获得投资协定中的保护，也无法通过 ICSID 获得程序救济的权利。

2.2.2. 欧盟认定标准的相关协定——EVFTA 和 CAI

许多欧盟国家长期坚持资本主义体制，向来注重市场公平竞争的规制，但在对国有企业的规定上倾向于美式的所有权、控制权标准。《欧盟—越南自由贸易协定》(以下简称 EVFTA)于 2019 年签订，该协定是欧盟开拓新销售生产市场的尝试。近几年越南成为投资热点国家，不断进行经济改革和政治改革，以谋求发展中国家的加速发展。EVFTA 第 11 章同样采用了所有权加控制权的方式来界定国有企业，只要一方政府拥有企业 50% 以上的股权或投票权，或对一半以上管理人员有任命权，或者对企业决策有控制权，就可以认定为国有企业。越南在自己国内也不断加强国有企业改革，承诺于 2030 年不再成立国有企业，加速经济腾飞。尽管改革后阻力重重，但这种决心确实取得国际社会的肯定。

《中欧全面投资协定》(China-EU Comprehensive Agreement on Investment, 以下简称 CAI)是我国首个系统性纳入国有企业规则的双边投资协定, 尽管后期被欧盟决定冻结, 但相关事项的谈判仍在继续。该协定并没有直接使用“国有企业”进行表述, 而是在协定第 3 bis 条“涵盖实体”的定义项中明确列举了“由政府直接或间接所有的”和“受政府直接或间接控制的”企业, 这与以往欧美国际经贸规则中的定义是一致的, CAI 将受规制国有企业的范围扩张至脱离所有权要素受政府实际控制企业, 反映出欧盟对中国政府主导经济模式的担忧[2]。但 CAI 并不将国有企业限定于从事商业活动, 这在 CAI 国有企业章节的脚注中做了解释, 即界定涵盖实体的目的是确定本小节的适用范围。国有企业的定义方法仅适用于在本章节中的义务规范。这与上述的 CPTPP 等自由贸易协定的规定方式不同, CPTPP 中规定国有企业章节优先于投资章节, 因此国有企业在该章节中的定义会影响投资资格的认定。但 CAI 这样的规定也存在质疑之处, 当国有企业从事商业活动时, 该企业是否当然地成为适格投资者, 在争端解决中又是处于何种地位, 协定并没有给出答案。显然这种“实质性控制标准”改变了以往过窄的界定方法, 但也忽视了政府对经济的积极促进作用[3]。

2.2.3. 《区域全面经济伙伴关系协定》(RCEP)的相关规定

RCEP 是世界上最大、最具发展潜力的自贸区, 也是我们在国际经贸领域迈出的重要一步。RCEP 在第十章投资章节对法人进行了规定“法人指根据可适用的法律建立或组织的任何实体, 无论是否以营利为目的, 无论属于私营或政府所有, 包括任何公司、信托、合伙、合资企业、个人独资企业、社团或类似组织, 以及法人的分支机构”, 其中的“无论属于私营或政府所有”即是对国有企业包含在内。在 RCEP 的竞争章节中也规定“每一缔约方应当对所有从事商业活动的实体适用其竞争法律和法规, 而不考虑其所有权。”在这里 RCEP 都明确不采纳所有权标准, 也是要求国有企业遵守竞争中立原则。这里是考虑到 RCEP 包含东盟十国、中国等众多发展中国家, 为了达成协议采取更广泛兼容的原则性规定。

2.2.4. 总结

尽管在 BIT 中表述为“法人”或者“投资者”, 在 ICSID 公约中表述为“国民”, 但问题的本质是相同的, 即国有企业能否享有投资主体资格。越来越多国有企业成为国际投资协定中的考虑对象, 2015 年经合组织一项关于全球国际投资协定的调研显示虽然美国、澳大利亚、加拿大等发达国家所签订的多数 IIA 的投资者定义中肯定了国有企业的投资者资格, 但没有明确规定的仍有许多。对于明确规定或明确排除的国际投资协定没有讨论的必要, 对于没有提及国有企业的地位, 或仅一方明确规定国有企业的地位, 对另一方的国有企业应如何认定, 才是问题所在。有的学者主张用《维也纳条约法公约》第 31(1) 条的条约解释方法, 通过对 IITs 的上下文或目的和宗旨来评估国有企业的投资者地位保护。笔者认为这不失为在语境模糊情况下的一种方法[4]。但是对于国有企业而言, 仲裁庭的解释极具主观性和不稳定性, 因此光从相关协定文本中, 我们仍有无法界定之处, 还需要综合考量 ICSID 仲裁实践形成的判断标准, 进一步探析。

2.3. 国际投资法中国有企业投资主体资格的案例分析

2.3.1. Broches 标准

Broches 标准在仲裁实践中被用来作为判定国有企业适格主体的重要标准。该标准包括两方面内容: 以国有企业参与国际投资是否作为“政府代理人”的身份进行活动; 该投资活动是否在“履行政府基本职能”。在该标准中, 作为政府代理人可以理解为国有企业的行为直接归属于国家政府行为, 由政府授权、为政府控制, 因此不能以投资法人的独立主体作为 ICSID 中的“国民”。而履行政府职能是指在国家政府的政策推动下, 代表缔约国或其部门之一履行公共职能。但对于这两要件后续并没有进行详细的

文字说明解读，也没有附加判断标准。后续还需要仲裁庭在具体案件中赋予这个标准更鲜活的生命力。

2.3.2. 案例评述——以 CSOB 诉斯洛伐克案及北京城建集团诉也门案为例

CSOB 诉斯洛伐克案起源于一项贷款纠纷¹。CSOB 银行为捷克政府所有的公有银行。捷克和斯洛伐克两国财政部签订了 Consolidation 协议。协议规定 CSOB 银行将部分不良资产组合转让给两个分别由捷克政府和斯洛伐克政府设立的 Collection 公司。为确保转让顺利进行，CSOB 银行分别向两个“Collection 公司”提供特别贷款。而后，由于斯洛伐克政府拖欠偿还贷款，被 CSOB 诉至 ICSID，要求斯洛伐克履行整合协议并赔偿损失。在该案中，被申请人认为 CSOB 银行不是 ICSID 公约第 25 条中的“国民”，而是捷克政府代理人。经过仲裁庭分析，本案对申请人是否为一国国民，不能取决于其所有制形式。在本案中，CSOB 银行虽然作为国有银行，但其经济活动的行为性质为商业行为，仲裁庭强调，考察“行使基本政府职能”要件时，应该考察企业行为的性质而非行为背后的目的。因此申请人并没有在本案中履行政府职能，对于是否为政府代理人，仲裁庭并没有专门解释，仲裁庭认为 CSOB 是基于合同进行经贸活动，尽管 CSOB 的投资行动可能达到捷克政府的目的，但这里只需要认定这些活动本身属于商业性质即可。最终，仲裁庭认可了 CSOB 的主体资格，驳回了管辖权异议，受理了该争议。

北京城建集团诉也门案中北京城建集团是依照中国法注册成立的公司，该公司承包了合同额约 1.14 亿美元的也门机场航站楼建设项目，并与也门民航气象局签订建设合同。北京城建主张 2009 年 7 月也门当局通过一系列非法手段剥夺了北京建成的投资，导致北京城建无法按时推进工程建设，被申诉方也门政府主张北京城建违约²。因此，北京城建在 2014 年 11 月 4 日向 ICSID 提起仲裁。也门政府对仲裁庭提出了管辖权异议，主张申诉方不是 ICSID 公约项下缔约另一方的国民。仲裁庭坚持明确投资者公私身份的认定参照 Broches 标准，其核心是要求仲裁庭分析投资在特定情境中的商事功能。对于以政府代理人身份这一标准，也门政府的举证并不足以证明北京城建在航站楼建设中以任何意义上的中国政府代理人的身份行事，在该案中，北京城建也是遵循合同约定进行商业活动。对于履行政府职能要件，仲裁庭认为，并无证据证明北京城建行使了中国政府职能，以非商事功能的能力行事。北京城建“应接受中国对外经济贸易部的管理、协调和监督”并不足以证明中国政府是也门航站楼工程的“最终决策者”。最终裁决北京城建具有投资主体资格。

在这两个案件中，ICSID 仲裁庭更多是以投资者的行为属性是否是商业行为来判断仲裁庭是否具有管辖权。在 CSOB 诉斯洛伐克案中，即使 CSOB 代表国家实施相关行为并存在推动政府政策之目的，但该目的并不能掩盖 CSOB 行为的商业性本质。在北京城建集团诉也门案中，尽管被申诉进行了一系列举证，如北京建成的董事会由“国家利益代表组成”，接受北京市人民政府国有资产监督管理委员会的监管和调查等，仲裁员都坚持不能从人员、公司结构上判断国有企业是否在特定事实情境中以政府代理人身份行事或者履行政府职能。仲裁庭更多的是集中于行为性质和商事功能的实现，并不过多探究背后的行为目的。

2.3.3. 总结

ICSID 公约对缔约国国民的范围没有明确说明，为投资者以及投资活动预留了广阔的空间但也存在立法模糊，适用困难的问题。而在争议双方涉及的国际投资协定中对投资者范围有无涵盖国有企业的界定也存在偏差。最后在争议解决的仲裁实践中，仲裁庭也没有对何为“充当政府代理人”、“履行政府职能”做出充分解释，在案件中依赖行为性质进行认定，忽略行为目的的考究，投资目的纷繁复杂，仅仅从行为的性质而不考虑行为的目的去考察投资为商业性抑或国家性，显然是不切合实际的[5]。因此，

¹CSOB v. Slovak Republic, ICSID Case No. ARB/97/4.

²Beijing Urban Constr. Grp. Co. Ltd. v. Yemen, ICSID Case No. ARB/14/30.

必须洞察国有企业行为背后的目的，而非仅仅观察其行为的表面属性。与此同时，目的是一种主观性极强的存在，不能过分作限缩解释，从而违背了公约的宗旨。在众多案件中，即便最终支持了管辖权，仲裁庭也是多次对中国国有企业的独特公司结构表达相对中立的好奇观察，并没有基于确切的认定方法，这对于投资者而言是一种不稳定的投资预期。

3. 我国对国际投资中国有企业定位存在的问题及完善建议

3.1. 我国在国际投资中国有企业定位存在的问题

中国企业奔赴海外投资，国有企业身份一直是焦点议题，不仅可能在投资准入阶段可能被拒之门外，而且在投资仲裁阶段还可能求诉无门，遭受所有制歧视。中国在内的所有国家都没有处理中国这种规模和性质的国有企业的国际法经验，如何定位和处理中国国有企业及其投资是一个国际法的难题。我国在国际投资中国有企业定位也存在以下问题：

3.1.1. 国际投资法中国有企业投资者地位不明确

我国绝大多数双边投资协定都没有明确国有企业的地位，大部分协定统一投资者定义但没有明确其范围是否包括或排除国有企业。有少数只有一方对国有企业投资者身份进行了肯定，而且肯定的一方不一定是我国，比如中国与卡塔尔签订的双边投资协议，卡塔尔明确将国有企业规定在投资者定义项下，而我国笼统规定投资者为“在我国国内依法成立的经济组织或经济实体”。国有企业是我国经济发展的重要力量，我国缔约的本意绝对不会排除对国有企业的保护，但是初代投资协定可能并没有考虑到这一方面，导致我国国有企业海外投资缺乏牢固的法律保护基础。

3.1.2. 国有企业的豁免主张摇摆不定

在投资协定中国有企业身份的定位决定了国有企业是否承担法律责任，将国有企业的正常的投资行为定性为履行政府职能的行为就可以赋予国有企业豁免资格。《联合国国家及其财产豁免公约》做了具体规定以明确国有企业的界定方式，防止国有企业借口国家豁免逃脱责任。而我国民法也明确规定国有企业作为独立法人，可以以自己的名义起诉应诉。但在现实中，我国国有企业主张豁免权的行为并不少见，例如中国航空工业集团有限公司在从美国通用汽车公司收购耐世特汽车系统公司的案件中，主张作为中国国务院国有资产监督管理委员会直属国有企业，不受美国管辖³。最后，美国法院最终认可了符合条件的中国国有企业有权主张豁免。但这带了许多后患，有学者的反对理由是政企分论下，中国国有企业并未行使政府权力，也有学者称这导致中国企业后续丧失了在美国公平公正待遇的议价空间。如果投资资格认定标准不能一以贯之，可能对国有企业投资者资格认定规则带来破坏，也使得我国国有企业的商业信誉极大受损。如中国国有企业不顾事实主张与国家一体，则中国政府可能被迫卷入诉讼，无论是中国国有企业还是中国政府都得花费巨大的政治、经济、外交、法律等各种资源去解决问题[6]。

3.2. 完善我国在国际投资中国有企业定位的建议

3.2.1. 积极利用并完善 ICSID 仲裁机制

ICSID 仲裁实践的“行使基本政府职能”和“充当政府代理人”要件判断标准有利于中国国有企业保护其合法投资权益。但该标准仍有模糊之处，还需要进一步阐明。这也提示我们中国国有企业应在具体商事及投资活动中以市场经济主体身份做出决策。北京城建集团诉也门案为更多的中国国有企业进入 ICSID 中心提供了先例，国有企业后续应积极利用这一机制以控制来自东道国的各种风险，维护正常的投资活动和国有资产价值。

³Global Tech., Inc. v. Yubei (Xinxiang) Power Steering Sys. Co., 807 F.3d 806 (6th Cir. 2015).

3.2.2. 更新 BITs 明确国有企业投资者身份

旧的投资协定已不能满足跨境投资行为的需求,相关条款亟待更新。投资双方所约定的争议解决条款也是对未来可能产生的争端诉至 ICSID 管辖的重要依据,在投资条约签订时我国政府可以采用详细的措辞对国有企业投资者的地位进行明确,以避免对国有企业的地位产生歧义,在源头处解决问题,将判断标准一以贯之。在国际谈判中,不断探索制定符合我国情况的国有企业投资协定规则,为国际法国有企业规则提供中国方案。还可以加强国际交流合作,探索合作共赢的新方案。

3.2.3. 深化国有企业改革和法治建设

在国内法中,我国国有企业的概念建立在法人财产权制度上,外延宽泛且实践中缺乏统一的界定,造成了我国在国际投资和贸易协定中对国有企业界定问题上主张的不一致。为了国有企业跨出国门、参与全球竞争,我们必须接受高标准规章的挑战,通过部门规章或规范性文件明确划定国有企业的范围和界限,对标 CPTPP 等国际高标准和 ICSID 实践中的判断标准。健全灵活高效的市场化经营机制,激活国有企业的活力,坚持政企分离。实现国有资产管理方式的转变,实现国有企业资产的保值增值关键还是要将国有资产管理向资本价值化推进[7]。

4. 结语

国有企业迈开了国际化的步伐,逐渐开展跨国经营投资活动,丰富了国际投资主体的多样性,促进了国际市场的互联互通。面对欧美在最新国际条约中对国有企业规则制定上的步步紧逼,中国对内应加快推进国有企业改革,赋予国有企业完备的独立法人主体资格,划清国有企业和国家的权利义务边界,逐步统一国内法和对外签订的投资、贸易协定中国有企业的界定理论和方式。对外应尽快衔接 CPTPP 等高标准协定,在 BIT 和自由贸易协定谈判,提出中国方案,对国有企业投资者地位进行明确,在国有企业界定及规则的适用上达到国际高标准。

参考文献

- [1] 沈铭辉. “竞争中立”视角下的 TPP 国有企业条款分析[J]. 国际经济合作, 2015(7): 20.
- [2] 张金矜. 《中欧全面投资协定》国有企业规则述评[J]. 国际经济法论, 2022(4): 63-79.
- [3] 刘彬, 魏薇. 中欧投资协定“涵盖实体”条款研究——兼析中国加入 CPTPP 的相关挑战[J]. 武大国际法评论, 2021(6): 116-134.
- [4] 陈嘉, 杨翠柏. 国际投资仲裁中的国有企业投资者地位认定: 构造、趋势与因应[J]. 经济法论坛, 2018(6): 119-127.
- [5] 伍穗龙. 国有企业在 ICSID 管辖权中的仲裁资格[J]. 中南民族大学学报(人文社会科学版), 2022(5): 107-115.
- [6] 李庆明. 论中国国有企业在美国民事诉讼中的国家豁免[J]. 江西社会科学, 2018(11): 168-256.
- [7] 章成, 杨嘉琪. “一带一路”视角下的国有企业 ICSID 仲裁申请人资格研究[J]. 西北民族大学学报(哲学社会科学版), 2022(5): 76-89.