

# ICSID 仲裁中国有企业主体地位的认定

范思立

广东科技学院外国语学院 广东东莞 523083

**摘要：**本文主要探讨了国有企业在国际投资争端解决中心（ICSID）仲裁中的主体地位及其行为判断规则。首先介绍了ICSID的管辖权条件，对于“国民”的定义存在一定的模糊性。接着，讨论了投资条约中界定“投资者”概念的条款，关键在于国有企业是否被纳入“投资者”的范畴。第三，详细分析了“Broches测试法”和《国家责任条款草案》在判断国有企业是否具备ICSID仲裁主体资格以及其行为归属方面的应用。通过对比多个案例，如“CSOB案”、“北京城建集团诉也门”案、“Maffezini诉西班牙”案等，揭示了“Broches测试法”倾向于从具体情境出发评估企业的行为性质，而《国家责任条款草案》更加注重企业原始权利，从而影响国有企业行为的归属判断。

**关键词：**ICSID仲裁；国有企业；管辖权；《国家责任条款草案》

## 引言

随着全球化的加速发展，国有企业的海外投资活动日益频繁。然而，这些投资活动常常引发复杂的国际投资争端，其中一个关键问题就是国有企业在这些争端中的法律地位及其行为的归属。国有企业因其特殊的身份和背景，往往被视为国家的延伸，这使得其国际仲裁中的地位变得更为复杂。

解决这些投资争端的方式有很多种，包括利用东道国、投资者所在国或第三国的法院、行使外交保护或者仲裁程序。其中，国际仲裁具有中立性、专门性以及较高的可执行性等优点。国际投资争端解决中心（以下简称“ICSID”）是根据1966年10月生效的《解决国家与他国国民间投资争端公约》（以下简称《华盛顿公约》）成立的国际组织，其最重要的职能就是解决投资争议。

本文将以国有企业作为研究对象，基于ICSID仲裁中的典型案例，探讨国有企业在ICSID仲裁中的主体地位、行为的判断规则以及在实际应用中的情况。首先，概述ICSID管辖的条件；其次，考察投资条约中对“投资者”概念的界定；第三，通过分析具体的ICSID仲裁案例，探讨国有企业的主体地位，并整理国有企业行为的归属规则；最后，基于上述考察，尝试归纳ICSID仲裁中关于国有企业主体地位和行为归属规则的相互关系，分析这些规则的判断过程以及在不同情境下的适用特点。

## 1. ICSID 管辖权的构成要件

ICSID行使仲裁管辖权，必须满足第25条的要求：第一，必须是一缔约国政府与另一缔约国国民存在直接因国际投资而引起的法律争端，这里的“国民”既包括自然人也包括法人；第二，必须是因“投资”而引起的“法律争端”；第三，争端双方需出具将某一项投资争端提交“中心”的书面协议。

有关国有企业是否属于“法人”的问题，《华盛顿公约》第25条第二款第（二）项仅规定，在同意交付仲裁之日，该法人必须具有东道国以外的缔约国国籍，然而该条款并未详细定义“法人”的具体概念及范围。因此，仅根据公约条款的内容，无法明确判断国有企业是否属于“法人”的范畴。

为什么需要考察国有企业是否属于“法人”范围呢？这是因为第25条第一款规定的主体仅限于国家和国民，国家之间和国民之间的争端ICSID没有管辖权。因此，国家与国有企业的关系通常成为管辖权争议的焦点，这直接影响到相关争端能否通过ICSID解决。

## 2. 投资条约中的“投资者”

在ICSID仲裁中，鉴于投资条约——如多边投资条约或双边投资协定——关于国有企业申请人的规定，对于适格主体资格的判断有着重要意义，所以应考察这些条约中关于“投资者”的定义。

过去十几年，提及国有投资者概念的投资条约逐渐增多，但是根据OECD的调查研究表明，在1800多个投资条

约中,只有16%规定了“国有投资者”的概念。明确将国有企业纳入投资者范围、并允许其作为投资者提起仲裁的,如2012年签署的《中日韩投资协定》,而在中国和科威特签署的《促进和保护投资协定》第一条第四款中,明确将公共机构与机关都纳入了“投资者”的范围内。

基本上,在美国、澳大利亚、加拿大、日本、阿联酋缔结的条约中,投资者都包括国有企业在内。其中一些条约还明确区分了国家投资者和私人投资者,但是如此区分的原因并不是为了保护外国的国家投资者,以美国为例,区分国有企业和私营企业的目的是为了保证非歧视待遇。此外在另一些条约中,如阿拉伯国家签署的条约,政府也被纳入投资者的概念里。而大多数的条约,例如欧洲国家签署的条约,都没有提及国有企业。与此相对的是,巴拿马德国和巴拿马瑞士的投资协定中,明确排除了国有企业作为投资者的地位。

### 3. 仲裁案例中国有企业的主体地位

关于国有企业主体地位的认定,Aron Broches曾指出:除非该混合所有制企业或国有独资企业在作出涉案行为时,其身份是政府的代理机构或在本质上履行政府职能,它们不应被剥夺作为“另一缔约国国民”的资格。这种判断方法被称为“Broches测试法”,其主要判断依据一是国有企业是否是政府的代理机构,二本质上是否履行政府职能。

在早期的“CSOB诉斯洛伐克”案(以下简称“CSOB案”)中,仲裁庭援引“Broches测试法”,从CSOB银行改善财务状况的行为性质出发,判断出其与一般私人银行的行为无异。作为新近案例“北京城建集团诉也门”一案中,仲裁庭依然沿用“Broches测试法”,聚焦北京城建具体履行的职能。此外,此案还提到了《国家对国际不法行为的责任条款草案》(以下简称《国家责任条款草案》)第5条及第8条的规定,反映出《华盛顿公约》第25条、“Broches测试法”及《国家责任条款草案》归属规则三者的关系。特别是“Broches测试法”被称为是《国家责任条款草案》归属规则的“镜像(mirror image)”。

但是,仲裁庭也并非一以贯之的援用“Broches测试法”,有些会着重适用《国家责任条款草案》第二章中属于一国家机关行为的规则。例如,在“Maffezini诉西班牙案”中,判断SODIGA是否是政府机构过程中参考了《国家责任条款草案》,将企业的所有权、管理权、性质、目的全部纳入考察

范围内,先是从构造上进行判断,再从职能上进行审查,得出结论SODIGA是代表西班牙的政府机构。

又如,“Nobel Ventures股份有限公司诉罗马尼亚案”中,在判断企业SOF及之后的APAPAS的行为是否可以归属于罗马尼亚时,考虑到《国家责任条款草案》第5条“行使政府权力要素的个人或实体的行为”及第7条“逾越权限”的规定,SOF和APAPAS虽不是法律意义上的政府机构,但其行动是根据私营化法案的权限做出的,与政府机构并无二致,最终仲裁庭确认其行为归属于罗马尼亚。

“EDF有限公司诉罗马尼亚案”中,仲裁庭在判断私人行为是否属于国家行为时,也是基于《国家责任条款草案》第8条“受到国家指挥或控制的行为”的规定,审查了企业ASRO及TAROM的行为是否是在国家指示、指挥或控制下实施的,结果是仲裁庭得出了这些行为归属于罗马尼亚的结论。

### 4. “Broches测试法”与《国家责任条款草案》的归属规则

那么,“Broches测试法”与国家责任条款的归属规则是否真的是“镜像”关系呢?另外,在“CSOB案”和“北京城建集团诉也门”案中,国有企业根据“Broches测试法”都被视为“国民”,而在“Maffezini诉西班牙案”等案件中,企业的行为均被视为属于国家。由此是否可以说存在这样一种倾向:适用“Broches测试法”企业更容易被认定为“国民”,而适用《国家责任条款草案》的归属规则更容易被判定为“国家”行为?

援引“Broches测试法”,某种程度上可以说国有企业更容易被认定为“国民”,其原因正如“CSOB案”所表明的,判断一家公司是否在履行政府职能的重要因素是该公司当时活动中的性质及其在特定情况下发挥的作用;同样的,在“北京城建集团诉也门”案中,起决定作用的也是企业在“特定情况”或“在具体情形中”所发挥的功能。所以综上所述,可以说“Broches测试法”最为关注的是与案件有关联的特定时间点。

相比之下,在适用《国家责任条款草案》归属规则的“Maffezini诉西班牙案”中,SODIGA的属性是从构造和职能两方面来判断的,所有权、管理权、目的以及所履行的职能都在考虑范围内;“Nobel Ventures股份有限公司诉罗马尼亚案”也是从各个方面进行了广泛的审查,并特别考察了公司成立的背景和根据设立时的国内法赋予公司的原始权

利。可见,“Broches 测试法”侧重于具体情况,而《国家责任条款草案》的归属规则更侧重于公司原本的权利,可以说适用《国家责任条款草案》的归属规则,更容易将行为判断为“国家”行为的假设具有一定说服力。

## 5. 结语

关于 ICSID 仲裁中国有企业的主体资格,不仅需要分析《华盛顿公约》第 25 条对“国民”定义的规定,还应当考虑投资条约中对“投资者”身份的具体界定。对于第 25 条第一款中的“国民”,Aron Broches 提出了“Broches 测试法”,该标准适用于 1999 年的“CSOB 案”时,表明所有权和控制权并不能排除一家公司的“国民”身份,而应该以公司活动时的性质为中心。2017 年“北京城建集团诉也门”案中,不仅适用了“Broches 测试法”判断原告企业的资格,并增加了《国家责任条款草案》第 5 条、第 8 条作为判断依据。

另一方面,正如 2000 年“Maffezini 诉西班牙案”所表明的,判断国有企业的行为是否属于国家,构造标准并不是决定要素,根据“Broches 测试法”和《国家责任条款草案》,职能标准的重要性得到了更为充分的体现。

上述案例表明,ICSID 仲裁实践中对国有企业主体地位的认定标准并不统一,这种差异不仅反映了“Broches 测试法”与《国家责任条款草案》归属规则在适用上的不同侧重点,也体现了国际仲裁领域对于国有企业特殊身份认识的不断深化和发展。《国家责任条款草案》在确定国有企业行为属性方面将发挥越来越重要的作用,未来的发展值得关注。这种趋势对于积极进行海外投资的国有企业、以及国有企业

发挥重要作用的国家来说都是有利的,因为即使发生投资纠纷,国有企业也可以像私营企业一样在中立、公平、公正的环境下利用仲裁制度,因此,通过现有案例如何积极运用 ICSID 机制解决争端就显得尤为重要。

## 参考文献:

[1]Lauge N. Skovgaard Poulsen, “special focus issue note states as foreign investors:diplomatic disputes and legal fictions,” ICSID Review, No.1(2016), p.14.

[2]Mark Feldman, “special focus issue note state-owned enterprises as claimants in international investment arbitration,” ICSID Review, No.1(2016), p.26.

[3]刘雪红.论国有企业私人投资者身份认定及启示——以 ICSID 仲裁申请人资格为视角[J].上海对外经贸大学学报,2017,24(03):11.

[4]梁一新.论国有企业在 ICSID 的仲裁申请资格[J].法学杂志,2017,38(10) 105.

[5]顾宾,徐程锦.国际经济法视域下的国有企业公私主体地位认定标准[J].国际法学研究,2022(04)58-63.

[6]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(05) 77-78.

## 作者简介:

范思立(1990-),女,江西南昌人,广东科技学院助教,硕士学位,研究方向:国际法、法律翻译