

doi:10.16060/j.cnki.issn2095-8072.2017.03.001

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*

刘雪红

(华东政法大学, 上海 200082)

摘要: 国有企业是否具有私人投资者身份决定了国有企业可否诉请国际投资仲裁保护。ICSID 对此采取宽松立场。投资保护协定传统上会通过投资者界定条款来解决对国有企业仲裁救济保护的问题, 但新兴的双边和区域投资协定则通过“竞争中立”条款预先“塑造”国有企业的私人投资者身份。ICSID 仲裁实践中采用的“商业活动检测法”也逐渐由低标准朝综合评判行为性质和目的等多元要素之高标准发展。ICSID 相关的实践和发展趋向对中国国有企业参与国际投资活动和内部的改革具有重大启示意义。

关键词: ICSID 国有企业; 私人投资者身份; 判断标准; 仲裁资格

中图分类号: D996.1 **文献标识码:** A **文章编号:** 2095-8072(2017)03-0005-12

一、问题缘起: 反“国家资本主义”与国有企业的 投资救济保护困境

在国际经济领域, 如何规范以中国国有企业为主的全球国有企业并对其进行法律定性一直是各界敏感的热议话题。近年来, 西方不断批判中国国有企业是“国家资本主义”^①的集中体现, 中国政府利用国有企业操控市场为全球的经济和投资活动带来了重大风险。尤其是以美国为首的一些国家, 认为进行海外投资的中国国有企业是安插到其国内的“特洛伊木马”, 当前世界经济发展不平衡问题归因于中国国家主导的经济模式。^②这其实主要是基于意识形态差异和中美经济实力对比发生变化所致。与西方经济持续疲软相比, 中国经济发展迅猛、国际投资活跃, 2016年世界五百强中100多家为中国企业(大部分为国有企业), 其国家电网、中石油、中石化排名前五; 另外被戏称为中国企业“买买买”遍及全球的大量收购并购活动也造就了西方国家的不安。美国经济安全审查委员会2016年年度报告就向国会提议, 要求“(在反倾销或反补贴相关案件中) 直接将所有的中国国有企业或受国家控制的国有企业认定为

* 本文为2016年度国家社科基金青年项目“条约解释的新趋势和中国影响力研究”(16CFX066); 2016年中国法学会世界贸易组织法研究会课题《全球贸易管制标准提升及中国的法律因应研究——以TTIP合作机制为视角》的阶段性成果。

① “国家资本主义”主要被用以描述经济活动由国家主导的经济制度, 比如由国有企业组织和运营生产、国有控股公司在经济中占据主要地位等; 中国是当今“国家资本主义”之争的重点针对对象。——作者注。

② 2016 Report To Congress of The U.S.-China Economic and Security Review Commission(One Hundred Fourteenth Congress Second Session, November 2016), p.122.

国家代表”，^①这可以说是对国有企业法律属性和身份认定最为极端的认识。

事实上，尽管形式、形态和数量上存在差异，但各国几乎都拥有一定比重的国有企业，并且它们也积极参与当今的国际经济活动。根据联合国贸发会的统计，目前全球至少有550家跨国国有企业，它们拥有2万亿美元的外国资产，在国外的附属公司达15,000家；尽管这些国有的跨国公司数量还不足全球总数的1%，但它们却占全球对外直接投资量11%以上。^②可见，具有公共职能和经济职能的国有企业并非“历史的终结”，问题的关键在于如何通过明确的判断标准区分国有企业的“私”行为，进而对其经济行为予以有效规范。

由于国有企业天然具有政治和经济的混合特性，因而并不能简单依据表征对其性质进行“一刀切”的判断。盲目地将所有的国有企业认定为“国家代表”，不仅国有企业所参与的正常国际经济活动会受阻碍，各国庞大的海外国有资产也难以获得投资协定的保护进而导致国际经济秩序的混乱。最为典型的，如果国有企业投资者与东道国政府产生投资分歧并因错误的身份认定而无法获得包括投资仲裁在内的法律救济，那么就会导致原本正当的私人投资争端上升为国家间争端。尽管目前相关的实践案例并不多，但一些外国学者和仲裁律师很早就关注了国有企业投资者的投资仲裁资格问题。事实上，根据国际投资争端解决中心（International Center for Settlement of Investment Disputes，以下简称ICSID）每年的案例统计，大部分的仲裁案件都会因为管辖权问题或案件事实而被驳回；加上当前对国有企业法律性质的模糊认识和各领域不一致的实践操作，在未来很有可能出现大量的国有企业“私人投资者”身份认定纠纷和投资仲裁救济的可获得性之争。这对于中国近12万亿元的境外国有资产而言，^③更增加了保值增值工作的难度和压力。故而，本文研究选择以国有企业在ICSID中的仲裁申请人资格为主线展开，针对国际投资仲裁中对国有企业私人投资者身份认定标准进行探讨。

二、ICSID的机构管辖权：认可国有企业的私人投资者身份

尽管目前有很多可供投资者与东道国选择的投资争端仲裁解决机构和机制，但ICSID无疑仍是利用率最高、运作最成熟也最有执行保障的常设仲裁机构。ICSID是1965年由世界银行推动创设的、世界上第一个专门解决国际投资争议的仲裁机构，是《解决国家与他国国民之间投资争议公约》（Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States，以下简称《华盛顿公约》）的执行机构，截至2017年1月已有161个缔约国。很多新兴的投资保护

^① 2016 Report to Congress of the U.S.-China Economic and Security Review Commission (One Hundred Fourteenth Congress Second Session, November 2016), p.122.

^② UNCTAD, World Investment Report 2014, Investing in the SDGs: An Action Plan (United Nations 2014), p.ix.

^③ 国资报告：境外国资已超12万亿资产流失涉5宗最. 新浪新闻[2017-01-06].<http://finance.sina.com.cn/china/20150616/085522442830.shtml>.

协定在创设新型的投资保护仲裁机制时仍会提到，缔约方如若属于ICSID缔约国则可继续选择采用ICSID方式。所以，ICSID对于国有企业仲裁申请人资格的实践具有一定的示范意义。根据《华盛顿公约》第25条规定，提起ICSID仲裁的申请人必须是“另一缔约国国民”，即所谓的“私人投资者”。那么，国有企业能否被认定为私人投资者从而有资格将投资争端提交ICSID仲裁呢？《华盛顿公约》并未明确就其受案范围做进一步规定，但其条文规定的开放性不仅表明ICSID并不排斥国有投资者，还隐含了对国有投资者是否具有私人投资者身份的判断标准指向。

首先，从条约约文角度看，《华盛顿公约》明确规定其管辖范围仅限于“投资者与国家间争议”，直接排除了投资者与投资者、国家与国家间的争议，所以国有企业诉东道国的仲裁案件首先必然不能是国家与国家间争议。ICSID存在的基础是为了促进私人投资的发展以及投资争端解决的去政治化。在《华盛顿公约》谈判过程中，尽管曾有主张提出允许国家诉国家争议案件这一有限例外，但该提议后来遭到了强烈的反对。最后达成的《华盛顿公约》第27条明确表明ICSID争端解决“去政治化”的要求，即“缔约国对于其国民和另一缔约国根据本公约已同意交付或已交付仲裁的争端，不得给予外交保护或提出国际要求”。这意味着，ICSID的受案对象仅限于投资者和东道国，投资者的母国不能对案件的审理施压或产生其他政治性影响；并且，投资者不能是国家或国家的代言人。这点蕴含了在投资仲裁中对国有企业身份采用“非政府职能标准”的排除法逻辑，此点容后再述。

其次，从条约目的与宗旨看，《华盛顿公约》意在鼓励私人投资，故而国有企业的投资必须具有私人投资的特性。世界银行发起创设ICSID之初，目的是为了鼓励私人的国际投资而非公共的国际投资，所以其管辖范围只限于“私人投资者与国家”间的投资争端。《华盛顿公约》序言开宗明义指出，“考虑到为经济发展进行国际合作的需要和私人国际投资（private international investment）在这方面的作用”。在ICSID成立前的1965年，世界银行的执行总干事报告也指出，《华盛顿公约》是“为了经济的发展、为促进相互信任，刺激私人国际资本进入有意向的国家”。^①根据《维也纳条约法公约》第31条的解释通则看，对条约文本的解释必须要根据文本的通常含义、目的宗旨与上下文进行。那么，在解释《华盛顿公约》第25条关于“缔约国”和“国民”时，也需要建立在ICSID关于促进私人投资这一目的与宗旨基础之上。这一点意味着，国有企业要享有ICSID之下的管辖权，在实质内容上必须具有私人投资者的特性和效果，这正是21世纪新兴区域贸易协定通过创设竞争中立规则来改造国有企业的重要逻辑。

再次，从条约的谈判史看，《华盛顿公约》的模糊性规定很大程度上是为后来不同类型的投资者享有ICSID仲裁救济预留空间。可否依出资来源判断国有企业的法律性质向来是国际法和国内法最为棘手的法律问题。尽管《华盛顿公约》25条没有明

^① Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (18 March 1965), para 9.

明确规定是否应依出资来源对私人投资者进行判断，但相关的谈判历史却提供了重要线索。资料表明，当时谈判各方一致认为，混合所有制企业或政府所有的公司并不必然被排除在“另一缔约国国民”范围之外，除非其以政府代理人的身份行事或履行政府的基本职能。《华盛顿公约》草案评论印证，缔约方当时已注意到“另一缔约国国民”并不限于私有企业，是“允许政府所有或政府部分所有的企业以申请方与被申请方身份参与与另一缔约国的投资仲裁”。^①ICSID后来涉及国有企业仲裁申请资格问题的经典案例——捷克斯洛伐克银行诉斯洛伐克管辖权异议案（简称CSOB案）也指出，“《华盛顿公约》的制定过程确实表明了第25条的‘法人’（投资者）并不限于私有企业，还包括政府所有、或政府部分所有的公司，如此解释是被广泛接受的”。^②

无论《华盛顿公约》第25条在投资者界定问题上是否属于立法空白，但确实符合不断发展变化的经济和市场逻辑。当前活跃在国际经济舞台上的各类经济体形态和性质各异，既有公有企业、私有企业、混合制企业，还包括各类国家主权财富基金甚至非实体类的投资者。如果单纯从资本来源上划分“私”投资与“公”投资、私人投资者与国家投资者，不仅操作困难且没有实际意义。事实上，ICSID后来的实践对“投资”不断做扩大化解释，很大程度上印证了《华盛顿公约》所侧重的私人投资实质上是以商业化运作的投资。既然《华盛顿公约》条文本身并没有明确排除国有企业的投资，那么，只要国有企业是以商业身份运作，那么同样可以被认为等同于私人身份参与国际投资，自然也可以获得投资保护条约下的各项保护。ICSID之所以没有明确排除对国有企业投资者的管辖权，一方面是为了将投资争议解决去政治化进而促进投资和经济发展的，另一方面则意在给予缔约方充分的自由裁量权，由其在投资贸易协定中进行自由设置和安排。毕竟，国有企业如何才算是真正的私人投资者，其何种行为属于私人投资者行为，最终仍必须由国家协商处理判定。

三、投资保护协定：逐渐加强对国有企业私人投资者身份的“塑造”

与一般的商事仲裁一样，国际投资仲裁案件的受理，同样需要满足仲裁机构管辖范围和“同意仲裁”两要件。国有企业能否获得投资仲裁救济保护，很大程度上取决于投资保护协定的规定。传统的投资保护协定一般会通过投资者范围条款来确定是否给予国有企业投资者保护地位，新近发展的投资保护协定则通过发展竞争中立条款来“塑造”国有企业的私人投资者身份。

（一）传统规定：不触及国有企业私人投资者身份

作为投资仲裁的法律依据，投资协定中“投资者”的界定与“投资”概念一样

^① Christoph H.Schreuer, Loretta Malintoppi, August Reinisch, Anthony Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009: 161.

^② *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic*, No.ARB/97/4 (decision on objection to jurisdiction), para.16.

重要，直接决定了投资保护的范围及ICSID仲裁保护的可获得性。“投资”和“投资者”分别属于同意仲裁中的“对事管辖”（*jurisdiction ratione materiae*）和“对人管辖”（*jurisdiction ratione personae*）。由于一般的国际投资保护协定对“投资”多作宽泛定义，无论哪种主体进行的投资都很难进行实质上的区分，因而有效的区别仍需依属人管辖来进行。

国有企业能否获得投资保护和投资救济，很大程度取决于国际投资保护协定关于“投资者”范围的界定。如果投资保护协定规定了ICSID的争端救济方式，并同时规定“投资者”包括国家投资者，那么其就有资格向ICSID提起仲裁。目前各国的国际投资保护协定在处理国有企业投资者地位问题上，存在不同的实践。根据OECD的调查，近84%的国际投资协定没有明确提及国有企业、国有投资基金（比如国家主权财富基金）和政府投资者；仅有16%的投资协定明确规范投资者包括国有企业，主要是澳大利亚、美国和加拿大的投资协定。^①当然，在国际投资保护协定中明确将国有企业排除在“投资者”范围外则是极少的情形，比如巴拿马与英国、德国和瑞士分别签署的双边投资协定规定，“公司包括所有依据巴拿马法律设立的、住所地在巴拿马领土内的所有法人，但国有企业除外”。

显然，国际投资保护协定对投资者范围的不同界定，决定了国有企业获得投资保护的程度与范围，对于国有企业能否顺利参与国际投资活动具有深远的意义。但即使投资保护协定将国有企业纳入“投资者”范围，也没有从根本上解决国有企业是否具有“私人投资者”身份问题。随着国家投资者在国际投资活动中的深度参与及其特殊性的凸显，新兴的投资保护协定和区域贸易协定为国有企业获得“私人投资者”保护发展出前置条件——竞争中立条款。

（二）新发展：通过竞争中立条款“塑造”国有企业私人投资者身份

以美国和欧洲主导的新兴投资保护协定通过竞争中立条款为国有企业参与国际投资设置了准入门槛。任何国有企业意欲获得投资保护，首先必须满足竞争中立条件，这其实相当于通过一定的行为规范将国有企业“塑造”成真正的私人投资者。

尽管美国主导的《跨太平洋伙伴关系协议》（以下简称TPP）目前因美国新总统特朗普的原因而遭到失败，但新总统秉持的其实是更为严厉的贸易保护主义，对国有企业（尤其是中国的国有企业）进行遏制是其重要的施政内容之一。所以，TPP中关于国有企业投资者的竞争中立条款不容忽视。首先，TPP允许国有企业参与国际投资活动并获得ICSID及其他仲裁救济。尽管TPP在投资章节里并未明确界定国有企业是否属于正常的投资者范围，但其第17.1和17.2条关于“国有企业和指定垄断”规定了国有企业为“主要从事商业活动的实体”及相关适用范围。因而，具有商业特性的国有企业投资者也属于投资保护章节内的“投资者”，同样可以享用该章节下所

^① Y. Shima, “The Policy Landscape for International Investment by Government-controlled Investors: A Fact Finding Survey”, OECD Working Papers on International Investment, OECD Publishing, 2015: 5.

规定的国家-投资者争议解决机制（Investor-State Disputes Settlement，以下简称ISDS），包括ICSID仲裁方式。其次，TPP为“从事商业活动的国有企业”规定了具体的判断规则。TPP国有企业条款通过对缔约国政府提出义务性要求来实现国有企业的“商业性”。比如，第17.4条规定政府要对国有企业与非国有企业提供非歧视待遇；第17.6条规定禁止缔约方对其国有企业提供非商业援助，包括禁止通过对国有企业提供非商业援助而造成进口阻碍、国内市场销售阻碍和价格抑制等，以确保国有企业与普通的投资经营者在同一水平上竞争；第17.4条要求确保国有企业是在商业考虑的基础上从事经济活动。再次，从目的与效果上看，美国通过在自由贸易协定中加强对国有企业的纪律约束，确实有助于增强参与经济活动的国有企业的商业特性，进而有助于建立更为公平的竞争环境。对于违反国有企业条款要求的，TPP还设立了国有企业和指定垄断委员会来负责监督处理。尽管目前TPP发展受挫，但美国仍会通过其所缔结的双边投资协定及OECD的国有企业治理指南来推进对国有企业的纪律规范，以促进国有企业向私人投资者方向发展。

与美国做法不同，欧洲新兴的区域贸易协定并未侧重于创建新的竞争中立规则，而是继续通过适用欧盟竞争法来塑造国有企业的私人投资者身份。在国有企业私人投资者身份和仲裁救济方面，新的欧版投资协定呈现出自身的特点。首先，欧盟的《跨大西洋贸易与投资伙伴协定》（以下简称TTIP）和《全面经济贸易协定》（以下简称CETA）规定投资者与东道国的投资纠纷直接交由常设仲裁法庭和上诉庭解决，直接排除了ICSID的管辖权。不过，由于欧版的ISDS机制借鉴了ICSID很多规则和程序事项的内容，因而ICSID的相关实践亦可为其在国有企业投资者的身份认定上提供借鉴。其次，TTIP的定义条款中，只界定了投资而没有界定投资者，仅称保护的投资是指“任何具有投资特征的资产种类，包括具有期限性、资本或其他资源的投入、对收益或利润具有期待性，承担风险等特征”。在CETA中，也没有对投资者作明确界定，仅是在“定义与范围”条款第8.1条指出，“投资争端方中的投资者不包括缔约国”。再次，欧版的投资协定专门为国有企业创设的规范条款数量不多，而是通过欧盟原来的竞争法来对国有企业的竞争中立性提出要求。比如，CETA第17.3条规定，欧盟和加拿大国内的竞争法直接适用于进入其管辖范围内的国有企业。欧盟的“竞争中立”政策主要体现在欧盟条约第106条款上，该条规定：“国有企业与私营企业的经营活动均受欧盟条约中的竞争条款约束”，具体包括政府援助控制、政府采购、税收、透明度和竞争控制等方面的规则。对于相关国有企业违反竞争法规定的，欧盟委员会可以作出停止相关措施以及罚款的决定。

四、仲裁实践中的判断标准：发展变化的“商业活动检测法”

由于“塑造”国有企业私人身份的竞争中立相关规则仍旧在发展中，相关探讨仍需回归到投资仲裁实践中来。ICSID对国有企业是否属于适格的私人投资者及仲裁资

格问题，目前主要采用了商业活动检测法。该检测方法来源于Broches标准和国家行为归因法，具有与其他领域不同的特征以及发展趋向，值得密切关注。

（一）“商业活动检测法”的渊源：Broches 标准与国家行为归因法

“商业活动检测法”（commercial transaction test）是指国有企业在国际投资活动中以商业身份行事而非政府身份行事，会被认定为私人投资者并可以获得ICSID下的仲裁申请资格。但该方法在具体操作时采用的是排除法逻辑，即首先排查国有企业的活动是否构成对政府职能的行使。这主要是因为该检测法起源于Broches标准和国家行为归因法。Broches标准最早是由ICSID“设计师”——《华盛顿公约》主要起草人Aron Broches提出，指除了国有企业投资者作为政府代理人或履行基本政府职能的情形外，国有企业投资者所提起的投资仲裁申请都可以被接受，^①即仲裁申请方如果是政府代理人或履行了基本的政府职能，就会被认定是以政府身份而非商业身份行事，其所提起的投资仲裁申请就会被拒绝。Broches标准在数个ICSID仲裁案中都被作为国有企业私人投资者身份和仲裁资格的判断标准，CSOB案的当事双方就一致同意采用Broches标准来判断国有企业是否为适格的仲裁申请人。^②

然而，由于Broches标准太模糊，无法为实践提供具体的指引，ICSID在适用Broches标准时会寻求《国家对国际不法行为的责任条款草案》（下文简称《草案》）相关条款来发展操作细则。《草案》是国际法委员会所编纂的专门规范国家对其不法行为之责任的公约，其中很多条款是国际习惯法的反映，因而尽管目前尚未生效却仍旧具有普遍约束力。《草案》中关于国家行为归因标准的第5条和第8条也被认为是对国际习惯法的反映，^③在内容上与Broches标准高度相似，故而在国际投资仲裁案例中常为争议各方和仲裁庭援用。

《草案》第5条、第8条和Broches标准的核心要点都在于“政府职能的行使”。《草案》第5条规定，依授权而行使政府权力要素的个人或实体行为会被视为国家行为，此点类似于Broches标准中的“政府代理人”；第8条规定个人按照国家指示或在国家指挥、控制下之所为会被认定为国家的行为，该点则类似于Broches标准中的“履行基本政府职能”。不过，与Broches标准相比，经过长期编纂和研究而形成的第5条和第8条，在规则内容上更为明确，也更具有实践指引意义。

一方面，《草案》第5条规定了非政府实体行为可归因于国家行为的通常情形，要求必须同时具备“政府授权”和“行使政府职能行为”两要素。比如，铁路公司被授权行使特定治安管理权的行为会被认为是国家行为，但铁路公司销售车票或购买火车车辆的行为则不是国家行为。在“博世公司诉乌克兰案”中，仲裁庭认为，尽管国立基辅大学根据乌克兰第1496/99号总统令与乌克兰教育法提供高等教育服务、管理

^① Victor Essien, Aron Broches, *Selected Essays, World Bank, ICSID, and Other Subjects of Public and Private International Law*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 1995: 202.

^② *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic*, No.ARB/97/4(decision on objection to jurisdiction), paras.16-17.

^③ Srilal M. Perera, “State Responsibility: Ascertaining the Liability of States in Foreign Investment Disputes”, *Journal of World Investment and Trade*, 2005, 6(4): 499.

其治下的国有资产行为构成行使政府权力的行为，但由于其自主订立、终止合同的行为无需政府授权，并且涉案合同也是纯商业合同，因而并未同时满足第5条的政府授权和行使政府职权行为的两个要件。^①

另一方面，《草案》第8条补充规定了不存在政府授权行使政府职能但却受到政府指示、控制而行事的情形，与第5条属于并行的国家行为归因条款。《草案》第8条评注进一步指出，个人、集团与国家机器间存在真实联系的联接点是国家的指令、指示和控制。^②比如，政府将所雇佣的私人或“志愿者”派遣到国外执行特定任务，尽管他们既不属于政府正规的警察或军事力量也未受到政府正式的委任或授权，但如若其行为是在政府控制或指示下进行，那么这些政府雇佣人员的行为仍可归于国家行为。在EDF(Services)Limited v. Romania 一案中，仲裁申请方EDF公司指控罗马尼亚政府通过其所设立的国家航空公司间接损害了它的投资利益，仲裁庭需要就罗马尼亚是否要为其设立的国家航空公司行为负责。仲裁庭依据《草案》第8条规定认为，罗马尼亚政府通过一系列的命令和指示利用其在航空公司的所有权和控制权来实现政府利益，故而航空公司的行为即为罗马尼亚的国家行为。^③

不过，由于国际投资领域具有侧重经济和投资等私法内容的特性，在判定国有企业私人投资者身份问题的适用过程中，仍然呈现出与反补贴、国家豁免等公法领域不同的特征与发展趋势。

（二）走向综合判断的“商业活动检测法”

学者们的早期研究曾发现，ICSID对国有企业私人投资者身份的认定标准相对较低，其在具体操作中除了采用排除法逻辑外，在个案分析时会更注重商业活动行为的特性。这主要体现在ICSID仲裁实践具体适用Broches标准与国家行为归因法时，不盲从于国有企业的出资来源和行为目的，不将它们作为判断国有企业私人投资者身份的决定性因素。

ICSID仲裁实践倾向于认为，出资来源在国有企业的私人身份属性判断上并非是决定性因素，真正起决定作用的是国有企业的活动性质。CSOB一案中，仲裁庭指出“所有权和控制因素并不会构成国有企业无法成为‘另一缔约国国民’的障碍”。该案被申请方斯洛伐克共和国指称，申请方捷克斯洛伐克商业银行是捷克的一个国家机构而非独立的商业机构，行使的是国家职能，不能成为适格的私人投资者，ICSID对其所提交的诉请没有管辖权。被申请方提出的理由之一就是，因为捷克以各种方式所拥有申请方65%的股份构成对其绝对控制，故申请方是一个公共机构而非私人部门机构。但是，仲裁庭经分析后认为，决定一个公司是否为“另一缔约国国民”的标准并非所有权归属，而在于公司是否像政府机构一样从事活动或实质上是否履行政府职能。^④CSOB案这一裁判思路与《草案》评注是相吻的，该评注曾提出，“可以依

^① *Bosh International, Inc. and Ltd. Foreign Investments Enterprise v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/08/11, 2012, paras. 176-177.

^② Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries 2001, p.47.

^③ *EDF (Services) Limited v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/13, para. 200.

^④ *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic*, No. ARB/97/4 (decision on objection to jurisdiction), paras. 15-18.

据某一法律制度标准、国家资本的参与度、国家财产所有权、是否受行政控制等标准，将一实体分为公有实体或私有实体，但这些事实对于判断该实体行为是否归因于国家却不是决定性的。”草案认为，第5条关键的指向是实体是否获得授权以行使政府权力，国有股的多少对于行为的定性并无决定性作用。^①对于该问题，学者Mark Feldman还进一步指出，“‘政府所有的企业’或‘国家企业’并非就存在国家控制……出资来源并不必然是对公司控制程度的可信指标，因为还存在着可影响决策权和控制权的其他各种投票杠杆机制。”^②Paul Blyschak也认为，国有股比重虽然重要但并非是决定性因素，少量的国家股也有可能产生重要的国家控制。^③当前的国际法实践也一再印证了此种认识，比如多数的国际投资协定并没有根据所有权形式来区分投资者，WTO反补贴案件中的上诉机构也一再表明，“政府所有权只是判断国有企业是否为‘公共机构’的证据之一，对国有企业的核心特征、企业与政府关系的认定必须综合所有证据作出。”^④可见，不能直接依据出资来源对国有企业的性质定性这一规则已逐渐被广泛接受。因而，美国仅依出资来源而直接将中国国有企业推定为国家代表，不符合国际实践和发展，是不正确的。

此外，对国有企业私人投资者身份的判断是采用性质说还是目的说问题上，ICSID的早期实践倾向于前者。国有企业的行为是否可归于国家，ICSID多数案例认为要依其行为性质而非目的作出判断。关于不采用目的说的理由，CSOB案作出了充分的分析。该案中，被申请人为了证明诉争属于国家与国家间的争议，指称申请方捷克斯洛伐克银行通过缔结整合协议实现私有化是在履行国家职能，故不构成适格的投资者。但仲裁庭并不同意其观点，具体理由有三点：第一，一个国家从计划经济向自由市场经济转型，难免会涉及到政府职能的行使；国家通过设计一些立法或行政措施来促进国有企业的私有化，并不表明国有企业利用国家政策或好处进行结构调整就是履行国家职能。第二，需要根据性质而非目的对一项措施进行定性。该案中的整合协议和贷款协议，是受政府私有化计划驱动还是出于加强其经济地位的商业决策考量，仲裁庭认为这些目的都是无关紧要的。第三，仲裁申请人的相关措施具有商业性。仲裁庭认为，为了改进帐目平衡、吸引更多的私人资本而将不良资产从帐目上剥离等行为，在性质上与一般的私人银行为加强自身经济地位而采取的措施在本质上并无不同；即使申请者是为了执行政策，也不会导致其交易业务失去商业特性。^⑤总之，在仲裁庭看来，ICSID判断的重点是CSOB从事活动的本质而非其目的，即使CSOB代表国家活动并存在推动政府政策的目的，但由于这些活动本身仍具有商业性故而并不影响将CSOB认定为适格的投资者。^⑥

① Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries 2001, p.43.

② Mark Feldman, "State-Owned Enterprises as Claimants in International Investment Arbitration", *ICSID Review*, 2016, 31(1): 28.

③ Paul Blyschak, "State-Owned Enterprises and International Investment Treaties: When Are State-Owned Entities and Their Investments Protected?", *Journal of International Law and International Relations*, 2011, 6(2): 48.

④ *United States-Definitive Anti-dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China*, WT/DS379/AB, para.317.

⑤ *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic*, No.ARB/97/4 (decision on objection to jurisdiction), paras. 21-25.

⑥ *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic*, No.ARB/97/4 (decision on objection to jurisdiction), para.12.

可见，在判断国有企业私人投资者身份问题上，ICSID实践更倾向于贯彻Broches标准和《草案》中的行为实质要素，即在判定某一国有企业是否属于ICSID所管辖的“国民”问题时，不以股权归属、身份代表、活动目的为判断标准，而以其行为的性质作为重要的判断要素。其中，不以股权归属直接判定国有企业的性质这一做法目前已获得广泛认可，但只重行为性质而忽略目的的做法，从发展趋势上看很难为国际社会所接受。首先，新时代下国有企业性质的界定更复杂，不能不考虑其行为的目的。CSOB案发生于苏联解体后一些东欧国家从计划经济向市场经济快速过渡的时期，国有企业的任何行为包括私有化在内的改制行为，都不可能不带有国家行政特性和目的，这一特殊背景可以作为当时仲裁庭忽略其目的而仅依据行为性质对其定性的重要原因。但是，在经过20世纪80年代的私有化和公司制改革后，尽管现有的国有企业在结构上与一般的私有公司无太大差别，却仍旧存在以私行为掩盖国家政策或策略执行的现象。加之当前参与国际经济活动的国有企业往往规模大、资金雄厚、运营周期长、行为复杂，这些特征使得国有企业的商业行为与国家主权行为更难以区分，更需要结合行为目的多种要素来对行为的属性做判断。其次，由国内法院发展而来的“商业活动检测法”对国际法领域认定国有企业的私人性质也具有重大的影响。尽管国际投资法领域不同于国内法领域，在确定国有企业的仲裁管辖权问题上，与国内法院处理对国家的管辖权问题具有高度相似性。国内法院普遍运用“商业活动检测法”来判断是否受理对外国政府行为及其实体行为诉讼的案件，如果外国政府（实体）所从事的活动具有“商业”性或“非主权”（*jure gestionis*）性，国内法院才能对它们的行为具有管辖权。^①尽管国内法院在运用“商业活动检测法”时曾侧重于国有企业的行为性质，但后来的司法实践都表明需要考虑甚至重视国有企业的行为目的。比如，美国上诉法院第五巡回法庭就曾指出，“如果不考察特定行为的目的，就无法确定行为的性质”；^②澳大利亚法律委员会也曾声明，“对行为的性质和目的做概念性的区分是不可能的，‘政府性行为’和‘商业性行为’的分类本身就是有目的（*purposive*）的行为。”^③再次，国际法的其他领域，比如反补贴和国家豁免领域都认为，在判断行为性质时要考虑行为的目的。《联合国国家及其财产管辖豁免公约》第2条第2款就规定，在确定一项合同或交易是否为“商业交易”时主要参考合同或交易的性质，但也应考虑相关的交易目的。WTO反补贴领域的新近实践也开始重视国有企业的行为目的，比如“中国诉美国反倾销和反补贴措施案”（DS379）的上诉机构在判断国有企业是否构成“公共机构”时发展出“有意义的控制”标准。^④“有意义”本质上属于主观性很强的判断问题，更倾向于行为的程度或目的。总之，尽管国

^① Malcolm N. Shaw, *International Law* (6th ed.), Cambridge: Cambridge University Press, 2008: 708–714.

^② *De Sanchez v. Banco Central de Nicaragua and Others*, 770 F.2d 1385 at 1393 (5th Cir. 1985), 88 I.L.R. 75 at 83.

^③ Report No. 24: Foreign State Immunity (1984). Australian Law Reform Commission Website [2017-01-10]. <http://www.austlii.edu.au/au/other/alrc/publications/reports/24/>.

^④ *United States—Definitive Anti-dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China*, WT/DS379/AB.

际投资法领域曾对国有企业私人投资者身份的判断采用了较低的门槛标准,但鉴于国有企业活动的复杂性和不同领域对统一判断标准的需要,这一判断标准必将会朝着个案判断、综合考量所有相关要素的方向发展。

五、ICSID 中国国有企业私人投资者身份判断规律对中国的启示

国有企业在ICSID投资仲裁领域中私人投资者身份的认定标准及发展演进,为中国国有企业有效地维护其海外投资权益,加强自身的国有企业改革,以真正的“私人投资者”身份参与国际经济活动具有重要的启示意义。

首先,从维护中国国有企业庞大的海外投资利益角度看,ICSID并不排除对国有企业的管辖,其仲裁申请的受理门槛和私人投资者身份认定标准都对中国有利。中国国有企业应该提升维权意识,改变以往很少利用ICSID机制的实践,^①积极有效地利用这一成熟的救济制度维权,并通过该机制来获得国际社会对中国国有企业私人投资者身份的认可。鉴于当前汹涌的反全球化浪潮和贸易保护主义,中国国有企业海外正常的投资活动与国有资产的保值增值将会面临更严峻的国际环境。以欧美为首的西方国家不仅会通过提高安全审查、反垄断审查等标准来阻碍中国国有企业的准入,甚至有可能对已经进入国际市场的中国国有企业采取征收等各种措施。正在进行的“一带一路”建设中,中国国有企业已率先在相对落后的沿线国家进行了很多海外投资,面临着一定的投资风险。对于中国国有企业海外投资过程中因东道国违反投资保护协定而引发的损害风险,国有企业必须积极利用包括ICSID仲裁在内的各种法律救济途径去主张索赔,尤其是在当前中国国有企业改革要求加强对国有企业境外资产专项审计及国有企业领导人终身责任制的规定出台后,类似于以往的国有企业巨亏现象将不能再被容忍。

其次,从ICSID对国有企业私人投资者身份判断标准的未来发展趋势看,中国国有企业要获得有效的投资保护和身份认可,还需要吸收和借鉴竞争中立规则中的合理内容来推进自身的改革,以真正的“现代企业”或“私人投资者”身份参与国际经济活动。在判断国有企业的身份和性质问题上,其行为是政府职能的行使还是真正的商业行为、是否符合竞争中立要求以及其行为目的都会构成重要的考量因素。2015年中国国有企业改革指导意见所提出的现代企业制度改革、混合所有制改革、将国有企业划分为公益类与商业类的措施等,都有利于国有企业以真正市场主体身份参与经济活动。但改革深水区难题仍需要进一步探索解决,比如,国有企业与产业政策的关系、以国资委为核心的监管制度、党组织的监督与经营自主权关系等问题。如果不能理顺上述问题,不仅会影响中国国有企业的身份定位与经济效能,还会严重影响中国的基本经济制度。

^① 截至2016年6月,在ICSID登记的案件已有570件。我国虽早在1993年加入《华盛顿公约》,但至今20多年的国际投资争端实践中,目前在ICSID中涉及中国的只有7个案例。

最后，从掌握国际话语权角度看，目前国有企业身份判断的国际规则仍处于形成发展过程中，中国应该充分利用各种场合促进客观、公正规则的形成和塑造。中国国有企业在国际经济领域确实占据很大的比重，是国有企业国际行为规范的重点规制对象。如果任由西方主导相关规则由双边、区域规则推进为多边规范，那么，不但中国的海外战略和国际投资活动会严重受阻，甚至中国的经济制度也会受制于外部规范。国际投资领域尤其是ICSID投资仲裁中关于国有企业私人投资身份判断侧重于商业活动实质的做法，可帮助中国国有企业有效参与国际投资活动。目前ICSID的实践还趋向于规则的统一解释和适用以及融合国际习惯法和国际公法规则的方向发展，因而完全通过在ICSID的积极实践以影响其他领域的认识和判断。要坚决反对在国际投资、反补贴、国家豁免等不同领域对同一行为采用不同判断标准的利己主义。当然，最为重要的是，中国应充分利用自身的经济实力和谈判技巧，引导当前正在进行的双边或区域协定纳入明确、合理的国有企业投资保护条款和行为规范，主动为国有企业的国际经济投资活动创设和发展规则。

【作者简介】刘雪红：法学博士，华东政法大学博士后。研究方向：国际经济法。

The Judgement on the Status of Private Investor of SOE and Relevant Implications ——From the Perspective of the Qualified Applicant in ICSID

LIU Xue-hong

(East China University of Political Science and Law, Shanghai 200082, China)

Abstract: That whether state-owned enterprises have the status of private investors is decisive for their availability to international investment arbitration. ICSID adopts a generous position on this issue. While investment protection agreements traditionally decide the availability of arbitration relief through investor-defined terms, the emerging bilateral and regional investment treaties promote the establishment of "private investor status" for state-owned enterprises through the rules of "competitive neutrality". The "commercial transaction test" adopted by ICSID practice is gradually developing from a low standard to a rigid one the judgement of which will comprehensively evaluate all relevant elements including the nature and purpose of activities concerned. The ICSID practice provides significant implications for the China's state-owned enterprises as to their participation of international investments and self-reform.

Keywords: ICSID; state-owned enterprises; status of private investors; standards; qualification to arbitrate

(责任编辑：黄志瑾)