

投资协定“征收补偿款额仲裁条款”的解释分歧及中国应对

黄世席

【摘要】“北京城建诉也门案”和“黑龙江国际经济技术合作公司等诉蒙古案”虽皆对中国投资协定中的“征收补偿款额仲裁条款”作出了解释,但得出的仲裁裁决结果却截然相反,由此反映出国际投资仲裁庭对于类似条款的不同解释会影响到涉及中国当事人的投资争端解决以及中国投资协定中类似条款的解释问题,并可能对中国国际投资政策的修改和完善产生影响。鉴于此,中国政府应在坚持狭义解释的基础上加快对国际投资协定的改革,对中国投资者而言,其为得到对已有利的广义解释,可在投资前进行投资重组以便挑选更有利于维护自身权益的条约。

【关键词】中国投资协定;征收补偿款额仲裁条款;国际投资仲裁;投资协定解释

【作者简介】黄世席,山东大学法学院。

【原文出处】《法学》(沪),2019.2.165~182

【基金项目】本课题系作者主持的司法部2016年度科研项目《ISDS机制的发展趋势与中国研究》(编号:16SFB2049)、山东大学2017年度人文社会科学重大项目《全球经济治理背景下国际投资规则的法治化革新与中国方案》(编号:17RWZD19)的阶段成果。

2017年6月30日,根据中国与蒙古双边投资协定(BIT)组成的仲裁庭裁定驳回了中国黑龙江国际经济技术合作公司等三家投资者的诉求,认为根据中蒙BIT的征收补偿款额仲裁条款,仲裁庭不对是否发生征收行为享有管辖权。^①该裁决与是年5月31日裁定的“北京城建诉也门案”^②享有管辖权的结果完全相反,这对其他试图根据类似BIT中征收补偿款额仲裁条款提起仲裁诉求的中国投资者而言不是一个好消息。据统计,至2017年12月底,根据中国投资协定已提起的投资仲裁争端共有9例,除了4例争端不涉及征收补偿款额

仲裁条款外,^③其余5例争端均涉及相关BIT规定的征收补偿款额仲裁条款的解释和适用问题,^④其中,根据中国与马来西亚BIT提起的“伊桂兰案”因当事人达成和解而无从查找仲裁庭对相关条款的解释意见,故此,目前依征收补偿款额仲裁条款作出裁决的案例只有4个。另外,此类管辖权条款不仅出现在中国上世纪八九十年代签订的诸多投资协定中,而且也出现在俄罗斯以及若干东欧国家签订的协定中,并且有了相关的仲裁裁决。

由于历史原因,国际投资协定中的征收补偿款额仲裁条款曾是一些社会主义国家维护主权和

反对国际仲裁的工具,但近些年因为间接征收的增加也引发了不少争论,主要是仲裁庭的解释是狭义(仅仅限制在征收补偿款额争端)还是广义(包括征收补偿款额争端和是否发生征收的问题),不同的解释将给当事人带来完全不同的结果。针对国际投资仲裁实践中出现的一些完全不同的裁决,我们需要在分析国际投资协定发展尤其是征收补偿款额仲裁条款的发展演变的基础上,探讨国际投资仲裁庭对该条款的不同解释意见,同时结合中国投资协定中类似条款的解释实践,提出中国政府和投资者应对征收补偿款额仲裁条款的策略。另外,类似中蒙BIT中的“征收补偿款额仲裁条款”也出现在许多与非洲和拉美国家签订的投资协定中,这些发展中国家曾经并且仍是中国对外投资的重要地区,故而也有对此类条款进行研究的现实必要。

一、投资协定“征收补偿款额仲裁条款”的发展及改革之必要

投资协定“征收补偿款额仲裁条款”是作为投资者与国家争端解决机制的一部分而存在的,是国际投资争端解决机制发展早期一些社会主义国家与西方国家角力后妥协之产物,因此原则上只存在于苏联/俄罗斯、中国以及东欧一些国家签订的投资协定中。作为特定历史时期的产物,其已随时代的变迁弊端迭出,迫切需要改革之。

(一)中国双边投资协定及征收补偿款额仲裁条款的发展

目前我国生效的双边投资协定有111个(包括中日韩三边投资协定),含有投资保护的贸易协定有16个,是世界上签署此类投资协定最多的国家之一。^⑤其中对协定中投资者与国家争端解决机制的文本规定大致可分为4个阶段:(1)阶段一(1982年到1984年),协定中未规定投资者与国家争端解决机制;(2)阶段二(1985年到1997年),协定中规定有限制的争端解决机制,即只有征收补偿款额争议才能提交仲裁;(3)阶段三(1998年至2012

年),协定中全面接受投资者与国家仲裁机制;(4)阶段四(2012年后),协定在加强国家监管权的同时详细规定了投资者与国家争端解决机制的程序问题。当然,时间段的划分并非绝对,一些1984年以后签订的投资协定仍然没有规定投资者与国家争端解决机制,如1985年中国与泰国BIT和1992年中国与土库曼斯坦BIT等。而且即使一些1998年后签订的投资协定,也并未全部规定投资争端的仲裁解决机制,如1999年中国与卡塔尔BIT和中国与巴林BIT等。

改革开放之初,立法的目的在于引进和保护外国投资,以及维护中国作为资本输入国的主权国家的利益。^⑥早期中国缔结双边投资协定的对象主要是欧洲的一些工业化或资本输出国,如瑞典、德国、法国和芬兰等,后随中国海外投资的增加和保护海外投资人的需要,以及诸如“南南合作”等政治上的需求,1992年后中国与发展中国家签订的BIT开始增多,但重点依然是保护和促进资本输入而非资本输出。

具体而言,中国坚持国家主权利益至上,在争端解决中坚持国家主权绝对豁免。中国认为,根据国际法,中国作为一个主权国家享有国家豁免,中国本身及财产不受任何外国法院的强制性管辖。在司法实践中,中国法院从未受理过以外国国家及政府为被告或针对外国国家及政府财产的案件,当然也不接受外国法院以中国国家及政府为被告,或针对中国国家及政府财产的案件的管辖权。^⑦据此可推知,除非中国政府同意,原则上中国政府不能在国际性的仲裁机构作为被申诉方,涉及国家间的争端主要通过双方谈判和协商解决,故在上世纪80年代早期的一些中外双边投资协议中,很多协议仅仅规定缔约国之间争端的解决方法,而未规定投资者与国家间的争端解决条款,^⑧尤其不能接受外国投资者将东道国政府诉至专设仲裁庭的做法,认为这无异于是放弃国家主权豁免的行为。而且,在中国境内的财产所有

权的认定问题只能由中国法院或主管行政部门解决,外国裁判机构无权管辖。例如,在较早的中外双边投资协定中,有些明确规定投资者与东道国政府之间的争端在一段时间内未能和解解决的,投资者可向接受投资缔约一方的主管行政当局或有管辖权的法院提起申诉。^⑨

但是在国际投资关系中,国际投资政策开始由上世纪80年代之前强化投资保护向促进投资自由化转向,尤其是上世纪90年代后,追求投资自由化成为当时国际投资协定的新目标,其主要特征包括国际投资协定开始确认征收应当予以充分、有效和及时补偿的标准,并且允许外国投资者自由地将与投资有关的争端诉诸国际性的争端解决机构等。其时,中国还处在改革开放初期,基于100多年来的沉痛历史教训,对于事关国家司法主权的涉外争端管辖权部分地向外“让渡”的问题,仍然秉持严肃认真和慎之又慎的态度。^⑩而且,鉴于中国签订双边投资协定的目的重在保护外来投资以及东道国主权利益,故在不损害国家司法主权的基础上,紧跟国际投资协定的新发展,开始采纳一种妥协的方法,即在投资协定中规定“征收补偿款额仲裁条款”,并设立各种提交仲裁的前置条件,如把是否构成征收的决定权交给缔约国,发生争端后东道国法院有优先管辖权等。具体而言,1984年到1998年间中国签订的双边投资协定中的争端解决机制的主要特点是规定投资者与国家争端的协商和解程序;有关征收补偿款额的争议,在争端提出之日起若干时间内(通常为6个月)未获解决的,可提交东道国国内的法院或主管行政部门,或规定向专设仲裁庭提起仲裁诉请;至于国内法院与专设仲裁庭的关系,通常规定在投资者诉至东道国国内法院一定时间后,就不能再提起国际仲裁。但是,由于用词模糊,涉及“征收补偿款额仲裁条款”的解释可能会引起大的分歧,而且不同协定对于征收补偿款额争端享有管辖权的东道国法院诉讼与国际仲裁之间的关系规定不明,

尤其是对东道国法院救济能否前置问题的规定较为模糊,极易引起争议。

中国投资协定中“征收补偿款额仲裁条款”的规定也与中国谈判和加入《关于解决各国和其他国家的国民之间的投资争端的公约》(以下简称《ICSID公约》)的态度密切相关。尽管《ICSID公约》于1966年生效,但直到1993年2月6日起才对中国生效,此时距离中国签署第一份双边投资协定已经过了近十年。除了在批准《ICSID公约》方面的谨慎外,中国还在加入该公约的批准书中对征收补偿款额的争端解决问题作出了专门解释,声明“中国政府允许提交ICSID仲裁的案件目前仅限于关于征收、国有化补偿款额的争议。”^⑪该批准书可以视为是中国加入该公约的保留,即除缔约国另有约定外,提交ICSID解决的争端仅限于征收补偿款额的争议。另外,公约序言也表明,“不能仅仅由于缔约国批准、接受或核准本公约这一事实而不经其同意就认为该缔约国具有将任何特定的争端交付调解或仲裁的义务”,因此加入该公约并不意味着ICSID对缔约国的所有投资争议都有管辖权。根据中国加入时的声明,当时中国政府允许提交ICSID仲裁的案件仅限于关于征收或国有化引起的补偿款额的争议。但是,在ICSID官方公布的消息中,中国批准书中提交仲裁的相关争端为“征收或国有化引起的补偿争端”,^⑫而不是中文中的“征收或国有化引起的补偿款额争端”,缺少了“amount”这个词,这是一个在解释时可能会对中国政府不利的表述。

中国批准《ICSID公约》时作出声明的主要目的是保护国家的经济发展主权,虽然有点保守,但是当时中国经济发展所必须的。而投资协定中首先由东道国相关机构裁定是否发生征收的规定则将投资者与东道国争端最终演变成国家与国家间的争端,重新又回到了外交保护的轨道,这是在《ICSID公约》通过前许多投资者不得不依赖之方式。^⑬但自1998年中国与巴巴多斯签署BIT之后,

中国签订的大多数国际投资协定中都规定缔约国一方投资者与另一方之间因投资而生的争端都可以提交国际仲裁,而且不限于ICSID仲裁。这种自由化的争端解决机制不仅出现在中国与发展中国家签订的投资规定中,而且亦出现在与发达国家签订的投资中,尤其是与一些发达国家签订的投资协定经过修改后规定了类似的争端解决条款。^⑪此一方式的转变可能与1998年前后我国开始实施“走出去”战略和为我国的对外投资保驾护航有关,同时也可通过确立高标准的保护水平增加我国对外资的吸引力。^⑫

目前我国已是世界上最重要的资本输出国和输入国之一,^⑬海外投资成为现阶段中国经济发展的新常态和重要引擎,同等保护本国的海外投资和资本输入国的公共利益成为当前双边投资协定的重要目标。中国签订的投资协定也开始顺应这一趋势,在实体标准和争端解决机制方面作出了重大改革,其中最为明显的就是2012年的中国与加拿大BIT。^⑭此外,欧盟在对外投资协定谈判中也抛出了“国际投资法院”(International Investment Court)的概念,^⑮并希望用于与其他国家签订的投资协定,包括中国与欧盟BIT。这种创新性的国际投资争端解决机制能否适用于中国与欧盟BIT以及其他的投资协定,除了需要实力强大的博弈能力外,还需要学术界的理论论证。

尽管如此,虑及目前生效的含有“征收补偿款额仲裁条款”的中国双边投资协定仍有70个(其中与欧洲国家签订的BIT有22个,^⑯与非洲国家签订

的BIT有10个,^⑰与美洲国家签订的BIT有7个,^⑱与亚洲和大洋洲国家签订的BIT有31个^⑲),尤其是除了传统的一些中国投资者海外投资的目的地亚非拉国家外,还有近些年中国投资者广泛涉足的欧洲地区。中国海外投资的增加也提高了中国投资者与东道国之间发生投资争端的几率,凸显出对相关投资争端解决机制进行研究的必要性。

(二)中国投资政策改革之必要性

作为双向投资大国,中国双向投资^⑳的快速发展在促进中国与其他国家共同发展的同时,也对投资的政策规制包括争端解决提出了新要求。另据UNCTAD近几年出版的《世界投资报告》公布的数据(参见表1),无论是对外投资还是引进外资,中国近五年的资本输出入总量都居世界前三,尤其是2016年,中国对外投资的总额首次超过中国引入的外资,开始成为资本净输出国。双向投资大国尤其是资本净输出国地位的确立意味着中国的对外和对内投资政策和法律规制也需跟上实践的步伐,应及时对国内法律制度和国际投资协定进行起草、制定和修改。

在国内立法方面,上世纪七八十年代为引进外国资本和技术而颁布的《中外合资经营企业法》《外商独资企业法》《中外合作经营企业法》三法并行的局面存在了数十年,及至本世纪已开始慢慢显示出其不与时俱进之缺陷,在一定程度上限制了政府引入和监管外国资本的问题。尤其是,我国要进一步减少外商投资准入的限制性措施,积极引导鼓励外商投资于新兴的产业,继续完善投

表1 2012~2016年度中国吸引外资和对外投资总量及排名

时间	中国引进外资		中国对外投资	
	总量(亿美元)	世界排名	总量(亿美元)	世界排名
2012(24)	1210	2	880	3
2013(25)	1240	2	1010	3
2014(26)	1290	1	1230(1160) ^㉑	3
2015(28)	1360	3	1280	3
2016(29)	1340	3	1830	2

资环境,以进一步增强外资对华投资的信心,并把利用外资同转变经济发展方式和调整产业结构等紧密结合起来。为此,商务部提出了加强外商投资法律体系建设和拟订外国投资法的建议,2015年初公布了《外国投资法》(草案征求意见稿),规定“准入前国民待遇+负面清单”的管理模式,确立“有限许可+全面报告”的管理制度,完善外资国家安全审查制度,以进一步深化体制改革,为外国投资者来华投资创造稳定、透明和可预见性的法律环境。

在对外投资的保护方面,中国签订的近一百三十个有效的国际投资协定为中国海外投资提供了法律保障,但在目前国际投资的法治化改革和可持续发展等背景下,也需要进一步修改和完善中国双边投资协定,废除传统投资协定中过度保护投资自由化和投资者、东道国权益失衡的国际投资机制,承认和加强东道国对公共利益的监管权,同时改革国际投资争端解决机制。尤其是,上世纪八九十年代制定的包含“征收补偿款额仲裁条款”的中外双边投资协定,在中国作为双边投资大国的当下,亟需进行改革或重订。

二、“征收补偿款额仲裁条款”的实践检视

如前所述,除了中国在许多投资协定中规定了不同形式的“征收补偿款额仲裁条款”外,俄罗斯和一些东欧国家也签订了许多含有类似条款的投资协定。此类条款是仲裁庭能否根据相关投资协定中的实体保护标准裁定投资争端的障碍,因为其前提是要先行裁定自己对相关的征收问题是否有管辖权。而在国际投资仲裁实践中,包括俄罗斯和捷克在内的一些国家都曾因含有类似限制性仲裁条款的投资协定而被诉至仲裁机构,仲裁庭解决问题的关键是:除了征收补偿款额外,能否对是否出现征收的问题也享有管辖权?对此,有广义和狭义两种解释。

(一)广义解释

广义解释意味着仲裁庭不仅对单独的征收补

偿款额的争端享有管辖权,而且对东道国是否实际上进行了征收行为也享有管辖权。较早的由瑞典斯德哥尔摩商会仲裁院(SCC)于1998年作出的“Franz Sedelmayer案”^⑩涉及1989年德国与苏联BIT第10条有关征收补偿的款额或支付方式的争议问题提交仲裁的规定。仲裁庭多数意见认为,俄罗斯政府行为构成征收,应向申请人支付补偿,但并未在裁决中阐述自己是否有权裁定征收行为,而是以实际行动支持了广义解释。

2006年的“Telenor案”的仲裁庭认为,根据匈牙利与挪威BIT中的争端解决条款,其对是否实际上已经出现征收的行为享有管辖权。但同时认为,申请人未能证明有关争端是相关BIT规定的表面上证据确凿(a prima facie case)的征收案件,裁定对申请人根据相关BIT规定提起的征收诉求没有管辖权。^⑪该案仲裁庭采纳的也是一种广义的观点,即其对征收是否发生以及如何进行补偿的争端都享有管辖权,只是因为当事人未提供足够的证据而驳回了诉求。

2007年“Saipem案”^⑫的申请人根据1990年意大利与孟加拉国BIT提起仲裁,认为自己与东道国石油公司的天然气管道建设合同争端的仲裁裁决未能得到被申诉国法院的承认和执行,损害了自己的投资权益。有关BIT规定因征收引起的补偿款额争议可提起仲裁,但仲裁庭在管辖权裁决中并未就其对是否发生征收的问题进行裁定,而是在最后的裁决中就有关被申请国的行为是否构成征收以及最后的补偿款额问题进行了裁判。从该案的裁决过程可以看出,仲裁庭不但对征收补偿款额享有管辖权,而且对东道国政府的行为是否构成征收也享有管辖权。

2007年“European Media Ventures SA案”的仲裁庭指出,首先需要解决的问题是根据1989年捷克比卢联盟BIT第3条的规定,对申请人提出的东道国征收的行为是否享有管辖权。东道国认为,协定明确将仲裁庭的管辖权限制在存在征收情况

下的补偿款额争端,因此仲裁庭对是否存在征收行为无权管辖,而且在签订投资协定时,捷克属于捷克斯洛伐克,当时与所有的社会主义国家签订的投资协定都拒绝将征收和其他类似的法律问题的裁判权交由仲裁,而仅仅规定可在确定责任后,将补偿款额争端提交仲裁。而申请人认为,将仲裁庭的管辖权限制在征收补偿款额争端有违投资协定的简单语言规定和其宗旨。^③仲裁庭从协定规定的征收定义与争端解决条款的关系、是否提交国内法院诉讼、条约语言规定以及条约序言和目的等方面作出解释后,裁定其对是否存在合法征收的问题享有管辖权。^④

该案当事人选择的仲裁地是伦敦,捷克在英国法院起诉要求撤销该管辖权裁决,但被驳回。法院在判决中指出“涉及补偿”的一般意义不能被解读为“与补偿款额有关”,“补偿”这个词语明显限制了仲裁庭的管辖权,其将仲裁庭的管辖权限制在征收的一个方面。然而,“涉及”一词是广义的,其类似于其他仲裁条款中通常规定的表述方法,譬如“有关”和“产生于”,其通常意义包含有关争端的所有问题,因此也包括补偿的权利和数量。但根据该词语和征收其他条款的相互关联性,法院认为仲裁庭的管辖权并不限制在征收中的一个单独问题,而涉及更广的权益问题。^⑤因此,英国法院也承认仲裁庭享有就是否发生征收进行裁定的管辖权。

“Renta 4 案”是由几个西班牙籍小股东根据西班牙与俄罗斯 BIT 向 SCC 提起的仲裁,要求俄罗斯就投资的国有化支付补偿。该 BIT 第 10 条规定,仲裁庭对“缔约国一方和另一缔约国的投资者之间根据本条约第 6 条产生的有关补偿款额或支付方式的争端”享有管辖权。2009 年 3 月,仲裁庭裁定第 10 条允许仲裁庭不但对是否需要进行补偿(即是否出现征收)享有管辖权,而且对征收补偿款额的裁定也享有管辖权^⑥故此,俄罗斯应支付申请人 200 万美元和利息。^⑦尽管如此,俄罗斯在斯

德哥尔摩地方法院提起撤销之诉,但在被驳回后又提起上诉,最后上诉法院判决仲裁庭的管辖权裁定无效,支持了俄罗斯政府的主张。上诉法院认为,根据《维也纳条约法公约》进行解释时,条约用语明显限制了仲裁解决的实体问题的范围,其并没有授权仲裁庭可以解决所有的与投资协定有关的争议,其仅仅对根据第 6 条产生的“补偿款额或支付方式”的争端有管辖权。^⑧投资者上诉至瑞典最高法院,后者于 2017 年裁定不接受当事人上诉。至此,“Renta 4 案”裁决被正式撤销。^⑨

(二)狭义解释

一些仲裁庭认为,“征收补偿款额仲裁条款”仅仅涉及征收补偿款额争端,而不包括是否出现征收的问题。譬如,在斯德哥尔摩仲裁院 2006 年裁定的“Berschader 案”中,比利时投资者援引的 1989 年苏联与比卢联盟 BIT 规定在就征收补偿款额或补偿方式发生争议时可以提交仲裁。据此,仲裁庭认为,相关 BIT 的规定非常明确,根据《维也纳条约法公约》的上下文解释和条约的宗旨,该条规定的一般意义就是只有那些涉及征收补偿款额或支付方式的争议才可提交仲裁。该条用语明确将提交仲裁的争端种类限制在发生征收时予以补偿的款额或支付方式争端,是在已经确认征收的情况下,才能将有关补偿款额争端提交仲裁,排除了将是否存在征收争端提交仲裁的可能性。^⑩因为在仲裁之前还未确认是否出现征收问题,仲裁庭多数会拒绝行使管辖权。对此,仲裁庭的解释是,苏联在 1989 年和 1990 年签订的大多数投资协定都将提交争端的问题限制在征收补偿款额或支付方法的争端方面,是基于当时某些政治经济因素的考量。^⑪该案表明,在东道国拒绝承认征收的情况下,限制性的征收补偿款额仲裁条款可能会实际上剥夺投资者诉至国际仲裁的机会。

在 2007 年的“RosInvest 案”中,^⑫东道国指出,根据英国与苏联 BIT 的规定,仲裁庭的管辖权只能限制在与征收有关的补偿款额、方式或其他问

题的争议,因此只有先行确定存在征收的情况下,仲裁庭才对伴随征收发生的补偿款额或其他争端享有管辖权。^⑭仲裁庭指出,实践中非常肯定的意思就是仲裁庭对所有的征收问题都有管辖权,因此仲裁庭认为,有关征收补偿款额的管辖权条款所用语言并不包括对征收是否发生以及是否合法的管辖权。^⑮

在2009年的“Austrian Airlines案”中,相关BIT第8条规定投资者有权将征收的合法性争端提交实施征收的缔约方国内有管辖权的主管部门解决,将补偿款额和支付条件争端提交实施征收的缔约方国内有管辖权的主管部门或根据第8条规定的仲裁机构解决。据此,仲裁庭指出,根据上下文,第8条规定指出只有征收的补偿款额和支付条件争端可提交仲裁,关于征收的原则问题不属于协定的管辖范围。这些因素足以得出如下结论,即第8条没有规定仲裁庭对申请人征收诉求的管辖权。仲裁庭还援引国际法院判决指出:“如果某条约的相关用语的性质和一般意义在其上下文中是言之有理的,问题就结束了。”^⑯仲裁庭裁定对申请人的征收诉求没有管辖权。2012年的“European American Investment Bank AG(EURAM)案”对该BIT的同一条款进行了解释,同样得出仅对征收补偿款额或支付方式享有管辖权的结论。^⑰

(三)理论阐释

关于征收补偿仲裁条款,苏联/俄罗斯包括一些东欧国家签订的投资协定通常使用“涉及/有关征收补偿款额或支付方式”的语言规定明显体现的是一种国家政策,尤其体现了20世纪八九十年代实行国家主权豁免的社会主义国家面对外来资本私人投资时采取的应对措施。譬如,苏联在1989年和1990年签订的绝大多数双边投资协定中的仲裁条款的适用范围都是有限的,即缔约国同意提交仲裁的争端仅仅限于“与征收补偿款额或支付方式”有关的争端,如俄罗斯与比卢联盟、芬兰、西班牙签订的投资协定,也有一些投资协定

将仲裁庭的管辖权限制在“征收补偿款额”争端,如俄罗斯与奥地利、瑞士、德国、韩国、荷兰、英国签订的投资协定。这种规定与以苏联为代表的一些社会主义国家的豁免立场有关。在国家主权豁免问题上,苏联等国家一贯主张绝对豁免,主张国家及其机关即使经营商业原则上也享有管辖豁免,除非自愿放弃豁免。无论如何,苏联和东欧国家缔结的投资协定中规定的征收补偿款额和支付方式的仲裁条款是其国家政策尤其是主权豁免和司法管辖权政策的体现,这些国家政策应当被认为是缔约国同意特定的双边投资协定的决定性因素之一。

实践中,俄罗斯是根据此类征收补偿款额仲裁条款被诉的主要东道国,但是在针对俄罗斯的几起投资争端中,对类似条款提起仲裁诉求的结果却大相径庭,一些仲裁庭作出了对征收补偿款额和是否出现征收都享有管辖权的裁定,而根据同一仲裁机构规则组成的其他仲裁庭却作出了仅仅对征收补偿款额有管辖权的裁决。^⑱而且除了较早的“Berschader案”外,晚近的一些仲裁庭几乎都采纳了广义解释,认为仲裁庭对是否存在征收事实和如何进行合理补偿都有管辖权。事实上,尽管不同协定中有关征收补偿仲裁条款的规定相类似,但因具体案情不同、涉及相关协定的缔约国国情和缔约年代不同,以及仲裁庭组成人员的文化背景不同,导致对类似问题的理解出现偏差,是国际投资仲裁实践中十分常见的现象。另外,还需要理解的是,征收补偿仲裁条款与最惠国条款的结合问题,即投资者能否通过利用双边投资协定中的最惠国条款援引利用其他投资协定中的更优惠的争端解决条款,进而扩展仲裁庭的管辖权,这是一个在国际投资仲裁实践中颇有争议的问题。对于此问题,国际投资仲裁的实践做法也不尽一致,^⑲引关键要视双边投资协定中最惠国条款是如何描述的。就征收补偿款额仲裁条款而言,2007年的“RosInvest案”裁定不对是否发生征收行

为享有管辖权,但其仍然根据英国与俄罗斯 BIT 中的最惠国条款,援引丹麦与俄罗斯 BIT 中的仲裁条款,裁定自己对本案享有管辖权。该案申请人获得了成功。^⑨但是,“Berschader 案”“Renta 4 案”以及后面讨论的“Tza Yap Shum 案”仲裁庭皆拒绝了申请人提出的利用最惠国条款扩大限制性的仲裁条款的诉求。^⑩需要注意的是,虽然目前国际投资协定中有一种不得将最惠国条款适用于投资争端解决机制的趋势,但是有很多早期签订的没有对最惠国条款进行限制的协定依然有效,而实践中似乎也仍有一种将最惠国条款扩大适用于仲裁程序的趋势。

三、“征收补偿款额仲裁条款”的中国解释

中国投资协定中的“征收补偿款额条款”主要出现在 20 世纪末期签订的 BIT 中,虽然这些条款的主要内容相类似,但在一些具体的争端解决程序问题上,譬如“涉及”或“有关”的含义、岔路口条款以及国内救济前置等,相关规定存在差别。而且,针对中国投资协定中的征收补偿款额的仲裁问题,仲裁庭也无一致的解释意见。在近几年涉及中外 BIT 中“征收补偿款额仲裁条款”的 4 个裁决中,^⑪有三个仲裁裁决即“Tza Yap Shum 案”“Sanum 案”“北京城建案”对相关条款作出了广义解释,认为仲裁庭可以裁决与征收有关的补偿款额和其他争议。针对国际投资仲裁实践对类似条款的解释分歧,我们也需要根据具体案情对“征收补

偿仲裁条款”进行解释。

(一)相关 BIT 中征收补偿款额条款之比较

目前,对中外投资协定中“征收补偿款额仲裁条款”进行解释的 4 例案件的根据分别是中国与秘鲁 BIT 第 8 条、中国与老挝 BIT 第 8 条、中国与也门 BIT 第 10 条以及中国与蒙古 BIT 第 8 条(参见表 2)。

通过比较可以看到,中国与蒙古 BIT、中国与老挝 BIT、中国与秘鲁 BIT 第 8 条的规定基本一致,即投资者和缔约国一方的争端先协商解决,6 个月内协商不成的将争端提交东道国法院,涉及征收补偿款额的争议,则可提交专设仲裁庭(中国与秘鲁 BIT 专门规定提交 ICSID 仲裁),但已提交国内法院的则不得提交仲裁。1998 年签订的中国与也门 BIT 的规定稍有不同,即有关争端当事人协商 6 个月后仍未能解决的,当事人可将争端提交国内法院或 ICSID,但又规定涉及征收补偿款额的争议必须提交仲裁,其中的“可提交东道国国内法院或 ICSID”是一个明显的岔路口条款。投资者在提起仲裁诉求时如何利用和分析相关的条款往往成为仲裁庭裁定其是否享有管辖权的关键,但该 BIT 并未明确规定提交仲裁与国内法院诉讼之间的关系,这也是产生相关争论的主因。

(二)具体案例对“征收补偿款额仲裁条款”的解释

“Tza Yap Shum 案”是根据中国与秘鲁 BIT 第 8(3)条“涉及征收补偿款额的争端条款”进行裁定

表 2 中国与蒙古、老挝、秘鲁、也门 BIT 中的“征收补偿款额仲裁条款”

条款内容		中国与蒙古 BIT (1991)	中国与老挝 BIT (1993)	中国与秘鲁 BIT (1994)	中国与也门 BIT (1998)
1. 争端当事方友好协商解决		√	√	√	√
2. 6 个月内未能协商解决	可以提交东道国国内法院	√	√	√	-
	可以提交东道国国内法院或 ICSID 仲裁	-	-	-	√
3. 征收补偿款额争议在协商程序后 6 个月内仍未能解决	可将争议提交专设仲裁庭	√	√	√	√
	提交国内法院的,不得再提起仲裁	√	√	√	-

的。^③仲裁庭认为,首先,当事人争议的核心是“涉及征收补偿款额”的解释问题,其是某些国家对民间资本投资的不信任或意识形态上的怀疑,也可能是对无法控制或不太熟悉的国际仲裁机构的担忧。^④其次,在根据《维也纳条约法公约》第31条规定的善意解释和上下文解释并考虑条约宗旨的基础上,结合中国与秘鲁BIT的相关条款以及专家证言等后,仲裁庭认为“涉及(involve)”一词根据牛津字典可以解释为“包括、卷入、包含”等意思,因此对“涉及征收补偿款额”的解释不应限制在补偿款额的确定上,还应包括任何其他征收本身所特有的问题,如确定是否实际上出现了征收财产的行为,以及若出现征收情况时补偿款额的确定问题等。另外,从中国与秘鲁BIT的“序言”可以看到缔约国将争端提交ICSID仲裁的目的在于促进投资,对“涉及”一词作限制性解释意味着投资者将永远不可能提起仲裁。^⑤秘鲁政府提出撤销申请,但被驳回。^⑥

紧追“Tza Yap Shum案”裁决,“Sanum案”的仲裁庭也对中国与老挝BIT第8(3)条作出了广义解释。仲裁庭指出,第8(3)条规定的“涉及征收补偿款额的争端”似乎将仲裁庭的管辖权限制在征收补偿款额方面,然而,也可能有其他的解释,其不仅仅指的是征收争端。“涉及”一词的含义较其他可能出现的术语更广,譬如若缔约国意图将仲裁庭的管辖权专门限制在补偿款额方面就会用“限制”一词。“涉及”意味着“包括”,其意思是包容性的而不是排斥的。仲裁庭同时指出,这种解释方法是与“Tza Yap Shum案”中中国与秘鲁BIT第8(3)条的类似规定相一致的。^⑦

尽管该案当事人在仲裁庭作出管辖权裁决后达成了和解,但老挝还是将其上诉至仲裁地新加坡的有关法院,认为只有征收补偿款额的争议可以提交国际仲裁,要求撤销该仲裁裁决。^⑧2015年1月,新加坡最高法院高等法庭撤销了该裁决,裁定第8(3)条仅适用于征收补偿款额的争议,不包括

投资人对老挝政府的征收诉求。^⑨此判决招致了诸多争议,投资者上诉至新加坡最高法院上诉庭,2016年9月底,上诉庭判决维持仲裁裁决。^⑩上诉庭指出,中国与老挝BIT第8(3)条中的“涉及”用语不能当然支持广义或狭义解释中的任何一种,无端指责该词语潜在的字典含义亦无助于我们解释该条规定。^⑪在对有关案例进行分析后,上诉庭认为,结合该条特定的上下文,对该条款可进行广义解释,且广义解释亦符合中国与老挝BIT的宗旨。^⑫

2017年5月底裁判的“北京城建案”所依据的中国与也门BIT的相关条款规定,缔约一方和缔约另一方投资者之间有关投资的任何争议如果在书面提出解决之日起6个月内不能由争议双方通过直接安排友好解决,那么该争议应按投资者的选择提交投资所在的缔约一方有管辖权的法院或者ICSID;为此目的,缔约任何一方对有关征收补偿款额的争议提交该仲裁程序均给予不可撤销的同意。^⑬仲裁庭认为,真正的问题是即使承认对“有关补偿款额的争议”词语所作的广义解释是正确的,第10(2)条的上下文也足以宽泛到支持仲裁庭对征收补偿的责任以及款额问题都享有管辖权,这是一个要求仲裁庭对争议词语出现的第10条的结构和上下文都要进行考察的问题,^⑭仅仅根据“补偿款额”词语的范围和一般意义不能确定其是宜作广义解释还是宜作狭义解释,而是应当依据上下文以及条约的宗旨。^⑮

关于条约的上下文,仲裁庭认为,也门政府的狭义解释将会导致否认条约的后果,而申请人的广义解释将会避免这一命运。实际上,根据也门政府给出的解释,除非自己承担责任,否则投资者别无选择而只得诉至“缔约一方有管辖权的法院”。如果其不承认所谓的征收或责任,那么投资者也只能诉至也门法院进行裁定。然而,结合“岔路口条款”的规定,如果也门法院解决了补偿数量问题,投资者就不能诉至ICSID进行仲裁。^⑯也就

是说,只有在也门首先承认自己责任并且在征收补偿数量方面限制当地法院裁判权的情况下,投资者才可以诉至ICSID进行仲裁。随后,仲裁庭援引“Tza Yap Shum案”和新加坡上诉法院作出的“Sanum案”的判决,指出中国与也门BIT第10条的目的是为其投资者提供一种实在的选择,对“有关征收补偿款额”词语的上下文解释应当包括是否发生征收的争端。^⑥

至于条约的宗旨解释,在援引中国学者的论文和“Rental 4案”裁决后,结合中国与也门BIT序言所规定的条约的宗旨,仲裁庭裁定同意东道国政府提出的解释有关用语的“平衡”方法,谨记不要用一般激励性的条约序言重写一个对投资者有利的狭义管辖权条款。既然有关条约的总体目的是促进外国投资的流动,东道国的狭义解释将会破坏条约宗旨的实现,而投资保护的缺乏将会阻碍投资,相关BIT也可能被视为粗心投资者的陷阱,而不是鼓励其在“缔约另一方”投资的激励措施。^⑦

总体而言,对于中国投资协定“征收补偿款额仲裁条款”的解释,无论是采广义还是狭义,“Tza Yap Shum案”“Sanum案”“北京城建案”的裁决都未能给出令人信服的解释理由。尽管这些裁决最终都支持了申请人主张的广义解释,但仲裁庭的解释并不完全合理,尤其是有关条约宗旨的解释有违中国缔结BIT的时代背景和真正意图。在目前仍有众多生效的中外BIT规定有“征收补偿款额仲裁条款”的情况下,仲裁庭对是否发生征收的争议能否享有管辖权变得难以确定,这对中国投资者而言并不必然就是一个利好消息。到目前为止,与中外BIT有关的4个案件中有3个案件的仲裁庭都对该条款作出了广义解释,国际投资仲裁实践中也有很多支持广义解释的类似案例,这对中国投资者而言无疑是有利的。但也应看到,任何事物都有两面性,对于东道国来说,对“征收补偿款额仲裁条款”的广义解释可能不是件“好事”,

因为如何在众多的国际投资仲裁裁决以及条约解释原则中找出支持自己的证据确实不是一件容易的事情,尤其是如何能够说服仲裁庭接受自己的抗辩意见也就更凸显其重要价值了。

(三)相关仲裁裁决对未来争端的影响

除了已作出管辖权裁决的4个案例外,目前还有1个正在受理的投资争端诉求涉及“征收补偿款额仲裁条款”的解释,即不满意和解协议而重新根据中国与老挝BIT提起仲裁诉求的“Sanum II案”^⑧。该案仲裁庭会对相关条约中的“征收补偿款额仲裁条款”作如何解释,值得关注。

从中国批准《ICSID公约》所作保留以及相关投资协定的规定来看,只有涉及征收补偿款额的争端可提交国际仲裁,但是“涉及/有关征收补偿款额争议”的确切含义可能会产生分歧。在前述中外BIT的相关案例中,尽管申请人和东道国都作了详细的解释建议,但除“黑龙江国际经济技术合作公司案”外,其他案件的仲裁庭最终都采纳了申请人对“涉及补偿款额争议”的解释方法,裁定对是否发生征收以及是否应当支付补偿等都享有管辖权,这一有利于投资者的广义解释是否合理尚待检验。但是,即使根据中方批准《ICSID公约》时所作的声明,相关争端(譬如,“Sanum II案”)仍有可能纳入ICSID管辖权的范围,毕竟中国批准该公约的英文声明较中国官方公布的声明少了“款额(amount)”这一单词,也即中国提交的英文声明是“征收补偿争端可以提交仲裁”。如果将来有根据“征收补偿款额仲裁条款”提起针对中国政府的诉求,中国以该声明作为拒绝仲裁庭裁定征收问题的依据可能不会得到仲裁庭的支持。

需注意的是,中国与蒙古BIT中未专门规定提交ICSID仲裁,“黑龙江国际经济技术合作公司案”的申请人提起仲裁诉求适用的是UNCITRAL仲裁规则,但仲裁庭仍然援引了中国批准《ICSID公约》的声明作为解释依据。^⑨另外,因中国与蒙古BIT和中国与老挝BIT对“征收补偿款额仲裁条

款”皆有规定,且“Sanum案”的仲裁庭已据中国与老挝BIT作出了对东道国不利之裁决,为此,基于道德方面的考虑,“黑龙江国际经济技术合作公司案”的原首席仲裁员 Peter Tomka 主动请辞,原因是前者所在的律所作为投资人的代理人之一参与了“Sanum案”,该案仲裁庭对相关投资协定“征收补偿款额仲裁条款”所作的广义解释引起了蒙古政府的担忧。尽管蒙古未提出该仲裁员回避的请求,但该仲裁员最后还是主动提出辞去首席仲裁员职务。从相关信息可以看出,作为东道国的蒙古还是非常担心仲裁庭会就“征收补偿款额仲裁条款”作出对自己不利的广义解释,而首席仲裁员的替换无疑有助于自己最终的胜诉。

类似地,澳门投资者就其在老挝的投资不满对方不执行和解协议而重新提起仲裁诉求,投资者当然希望仲裁庭能够作出广义的解释,可以就是否发生征收以及征收补偿款额享有管辖权。但是,本案中的另一个问题是中国与老挝BIT是否适用于澳门特别行政区的投资者。在新加坡最高法院就“Sanum案”作出确认有利于投资者的仲裁裁决后,中国外交部新闻发言人即就此说明:“中央政府对外缔结的投资协定原则上不适用于特区,除非在征询特区政府意见并同有关缔约方协商后另行作出安排。”^⑥而且,中国外交部条法司司长专门撰文指出:“新加坡法院的错误裁决也表明,确实仍然存在公众甚至法律界人士对中国关于条约适用港澳的法律和实践了解不够或理解不准确的情况,有必要采取措施予以进一步明确,以避免更多外国司法或仲裁机构误判。另外,如确有需要,中央政府亦可在征询特区政府意见后,决定将相关双边条约延伸适用于特区。”^⑦基于中国政府官方代言人发表的言论,将会大大降低中国与老挝BIT适用于澳门 Sanum 公司的可能性,从而导致仲裁庭可能在管辖权阶段就驳回当事人的诉求,而不用过多考虑中国与老挝BIT中“征收补偿款额仲裁条款”的解释是广义还是狭义的问题。

四、中国的未来应对方案

本世纪以来,随着经济全球化的迅猛扩张以及以“金砖国家”为代表的新兴经济体的集体性崛起,“二战”后建立的国际经济治理机制正遭遇调整和规则重构等问题。2008年国际金融危机后,改革国际经济治理机制的呼声日益高涨并走到前台。在此背景下,以中国为首的一批发展中国家和转型经济体在对外投资和吸引外资中开始占据越来越重要的地位,但是这些国家签订批准的投资协定带有鲜明的“时代烙印”。在国际投资规则重构和双项投资急速增加的时代,以印度、南非和巴西为代表的一些国家开始对传统的投资协定进行了改革,譬如通过国内立法修改投资管理政策,修改或终止原来的投资协定,^⑧或起草和制定新型的投资协定^⑨等。在此背景下,尽管中国也签订了一些符合时代发展的新的双边投资协定(譬如,中国与加拿大BIT),但更多的问题是,原来签订的双边投资协定能否以及如何应对新出现的投资争端,尤其是那些规定有“征收补偿款额仲裁条款”的投资协定,作为外国直接投资接受国的中国以及对外直接投资的中国投资者,如何根据《维也纳条约法公约》规定的解释原则找到合理的解释方法理解和适用相关BIT中的“征收补偿款额仲裁条款”,将是下一步需要重点解决的问题之一。

《维也纳条约法公约》第31条和第32条规定了条约解释的一般原则,即条约应按照其用语和上下文并参照条约宗旨在内的通常意义进行解释,并应考虑全体当事国因缔结条约所订与条约有关之任何协定,当事国嗣后所缔结的有关解释的协定或习惯做法,以及包括条约之准备工作和缔约情况在内的补充资料解释。几乎所有的投资仲裁庭在适用相关投资协定解决争端时都会根据《维也纳条约法公约》规定的解释规则作出自己的解释和法律适用选择,并根据条约法的解释原则对缔结条约的相关情况和条约文本进行解释。以中外投资协定“征收补偿款额仲裁条款”为例,不

同的解释可能会导致仲裁庭作出不同的裁决。

(一) 中国政府的应对方案

中国缔结的目前仍然生效的70个BIT规定有“征收补偿款额仲裁条款”,这也是中国签订的以吸引外资为主要任务的第一代BIT的主要特点。实践中已经出现了3起外国投资者起诉中国政府的投资争端,但是其中的2个案例(即“Ansung案”和“Hela Schwarz案”)并不涉及“征收补偿款额仲裁条款”,而涉及到相关条款的另一个争端(即“Ekran案”)也因双方和解而结案,故从现有案例中尚无法看到中国政府对待“征收补偿款额仲裁条款”的立场。即使中国政府在“Sanum案”的相关争端解决过程中出具的意见,也仅仅是指出中国与老挝BIT不适用于澳门特别行政区的投资者,并未探讨该BIT中的“征收补偿款额仲裁条款”。^③鉴于此,较佳的解释中国政府对待征收补偿款额争端仲裁的态度只能是考察中国政府的缔约实践。

首先,中国政府应坚持传统立场,即只有涉及征收补偿款额的争端才能提交仲裁。基于20世纪后20年中国签订国际投资协定的时代背景以及中国政府坚持的国家主权尤其是司法管辖权的立场,在迎合国际投资实践缔结国际投资协定的同时,仅同意将征收补偿款额争端提交仲裁,而将其先决问题即是否发生征收的争端按照传统保留给东道国的国内法院予以裁定。只有在东道国国内裁判机构认定对外国投资者的财产实施的行为构成征收后,对因补偿款额问题发生的争端才能够提交国际仲裁机构进行仲裁。这一立场与中国批准《ICSID公约》时所作的声明一致。譬如,在“黑龙江国际经济技术合作公司案”中,蒙古在仲裁中提交了中国缔结第一代BIT时历史上通过法令或法规实施正式征收的相关证据。该案是第一个东道国在答辩时提出只有在缔约国正式宣布征收(proclaimed expropriations)之后才能把征收补偿款额争端诉至国际投资仲裁庭的案件。^④蒙古政

府的抗辩立场得到了仲裁庭的支持。因此,中国政府可以在自己作为被诉国的投资者与国家仲裁中坚持传统的立场,即根据20世纪八九十年代签订的含有“征收补偿款额仲裁条款”的投资协定以及相关国内立法,只有征收补偿款额争端才能提交国际仲裁机构进行仲裁,至于是否存在征收的争端则由东道国国内有管辖权的法院或行政部门决定。

中国将是否存在征收的争端由接受投资的国家法院或其他部门裁定的做法与目前国际投资争端解决机制的最新发展趋势相一致。经过数十年的发展,国际投资争端解决机制的弊端已经显现,主要表现在投资者动辄就向国际投资仲裁机构提起东道国违反投资协定诉求的实践严重损害了东道国对于重大公共利益问题的监管权,其带来的“寒蝉效应”在一定程度上限制了东道国的主权。对此,一些国家开始终止、修改或重新制定新型的国际投资争端解决机制,譬如退出和终止含有传统的投资仲裁机制的投资协定(如拉丁美洲一些国家^⑤),制定新型的要求首先提交缔约国联合委员会后才能将争端提交国际仲裁机构进行仲裁的协定(如2016年尼日利亚与摩洛哥BIT^⑥),或者在新型的投资协定中放弃投资者与国家争端解决机制(如巴西^⑦)。

其次,适时对相关投资协定进行修改或废除,构建全方位的对外投资协定体系。目前,中国规定了“征收补偿款额仲裁条款”的70个投资协定占到已生效投资协定数目的一半以上,故其重要性毋庸置疑。事实上,中国已经陆续开始修改或重订了一些含有“征收补偿款额仲裁条款”的投资协定,譬如,2007年11月26日重新签订的中国与法国BIT取代了两国于1984年签订的含有“征收补偿款额仲裁条款”的旧协定;类似地,中国与荷兰以及瑞士等国也签订了新的投资协定取代了含有“征收补偿款额仲裁条款”的旧协定。鉴于中国在国际投资仲裁中被诉的实践,中国理应对现有

的投资协定进行一次全面清理和修订,明确规定提起仲裁的投资争端的范围,可以在同意将所有投资争端提交国际仲裁机构进行仲裁的同时,规定公共利益或国家安全等例外条款,如此一来,既可扩大国家对外国投资的管制权,同时也维护了国家在公共利益方面的主权管辖权。另外,基于中国对外投资不断扩大的事实,可进一步加大对外投资的条约保障,构建全方位的对外投资协定体系,一方面要加强由专门的双边投资协定及相关多边公约组成的“核心条约”建设,另一方面也要重视经贸、司法协助、领事、军事等“辅助性条约”建设,从而形成一个完备的条约体系。^⑦

再次,重新考虑港澳投资者利用内地 BIT 的“搭便车”问题。承前所述,中国 BIT 不适用于港澳的投资者。但是在目前内地投资者不断到港澳地区投资以及借道港澳再到其他国家或地区进行投资的事例表明,将中国 BIT 适用于港澳特别行政区将会扩大对港澳投资者的保护。尤其是,内地的许多公司在香港设立了自己的平台公司,并把香港公司作为其投资到世界各地的平台。毕竟,与中国签订 BIT 的国家数目远大于与港澳签订投资协定的国家数目,^⑧将中国 BIT 扩大适用于港澳将会适当保护这些地区的海外投资者。但是同时,外国投资者也可能会利用这些投资协定就港澳特别行政区政府的相关投资管制措施提起仲裁诉求,也可能会出现意想不到的后果。

最后,中国政府应当在谈判和签订投资协定时,规定投资者可根据相关仲裁规则向中国常设仲裁机构提起投资仲裁,以减少对“征收补偿款额仲裁条款”的广义解释。同时鼓励具备条件的若干常设仲裁机构适当修改仲裁规则或制定专门的投资协定仲裁规则,扩大仲裁庭的受案范围,在受理普通商事仲裁案件之外还可以受理投资者与东道国之间的投资协定仲裁案件。在这方面可以借鉴的常设仲裁机构有瑞典的 SCC,目前其受理了超过 5% 的全球投资争端诉求,一些国家签订的投

资协定(比如俄罗斯)和一些多边投资协定(比如《能源宪章条约》)明确规定 SCC 是受理投资仲裁的机构之一。^⑨而且,SCC 作出的一些有关“征收补偿款额条款”的仲裁裁决也得到了瑞典法院的支持。目前,中国国际经济贸易仲裁委员会(CIETAC)专门制定了《国际投资争端仲裁规则》,中国深圳国际仲裁院 2016 版《深圳国际仲裁院仲裁规则》第 2(2)条规定“仲裁院受理一国政府与他国投资者之间的投资争议仲裁案件”,表明这两家仲裁机构可以受理东道国政府与他国投资者之间的投资纠纷。在“一带一路”倡议下,作为母国,随着对外投资增多、跨国公司实力增强,中国在走出去的过程中越发应注重保护海外投资的利益,但中国并未运用自己的经济权力来使得他国接受更多国际授权的争端解决机制。^⑩对外投资的增加会加强中国在条约制定方面的话语权,当然也可以在投资协定中规定解决争端的仲裁机构,CIETAC 和深圳国际仲裁院无疑开创了一个很好的先例。

(二)中国海外投资者的应对方案

任何事物皆有两面性,如果说投资协定“征收补偿款额仲裁条款”的狭义解释和政府意图对东道国政府比较有利,那么对其本国的海外投资者而言就可能是一种不利条件。目前在中国资本越来越多地输出国外以及东道国为公共利益而越来越多地实施间接征收的情况下,这种限制性规定的仲裁条款的适用可能会对中国投资者带来伤害,而首当其冲的便可能是那些其海外投资已受到东道国政府行为负面影响的投资者。可以想见,随着中国对外投资的不断增强,投资者能否利用投资协定中的“征收补偿款额仲裁条款”为己服务或如何规避此类条款便成为一个关键问题。

首先,中国投资者在进行投资前应对东道国与中国签订的投资协定中规定的争端解决机制有所了解,至少应知道其规定的是怎样的一种投资争端仲裁制度,明确仲裁庭的管辖权是包括所有的投资争端还是仅限于征收补偿款额争端。若为

后者,投资者可在进行投资前先行采取一些预防性措施,比如通过投资重组和国籍规划(nationality planning)而挑选对己有利的条约(treaty shopping),从而达到规避含有限制性仲裁条款的投资协定的目的。^⑤也就是说,投资者可通过在其他国家投资而创造一种能够适用该国签订的对己更加有利的投资协定的连接根据,比如通过在该国注册投资公司,成立管理中心,或者把住所设在该国,从而达到利用该国签订的投资协定的目的,以便在发生投资争端时可利用其规定的仲裁机制维护自己的权益。^⑥在国际投资仲裁实践中,根据投资协定条款用语、实际联系要求、投资安排的时间以及投资公司的持股比例等,仲裁庭对于挑选条约的认定也会有不同的解释。鉴于不同投资协定保护规定的差异以及不同国家对于外国投资法律规制的不同,投资者在进行海外投资前最好能征询专业人士的意见,对此问题有所知晓,以便决定是否通过投资重组和国籍规划而进行有目的的投资。

其次,依据一般国际仲裁中仲裁庭享有的“自裁管辖权”理论,根据国际投资协定组成的投资仲裁庭也应享有这种权利。^⑦因此,投资者在提起投资仲裁诉求时,可坚称在投资协定明确规定的征收补偿款额争端以外,投资仲裁庭对是否发生征收的问题也享有管辖权,以达到接受自己诉求之目的。但问题是,在当前实践中直接征收的案例较为罕见,国家一般不会进行公开的征收行为,当事人之间分歧较大的问题是东道国是否通过制定法律政策或采取实际行动而实施了间接征收。如果说直接征收产生的唯一争端就是补偿款额的话,那么在间接征收的情况下,有关争端不再仅限于补偿款额和支付方式,还包括东道国的行为或措施是否构成征收这一先决性问题。因此,补偿款额的计算通常也就与东道国有关措施是否构成征收这一问题联系在了一起。是故,除非仲裁庭有权先行裁定自己对是否出现征收享有管辖权,否则“征收补偿款额仲裁条款”的存在就无

任何意义。

最后,投资者在选择仲裁员时,应对仲裁员的法学背景以及过往的仲裁经历有所了解,尤其是要知晓自己所选的仲裁员对于“征收补偿款额仲裁条款”的解释和实践观点。若有关仲裁员对类似投资协定中的限制性征收补偿条款作了狭义解释,就可能会影响自己被投资者选择为仲裁员的机会,反之,则有可能会被东道国指定为仲裁员。当然这种情形并非绝对,因为仲裁员的前后观点有时也可能会因具体案情的不同而有所改变。无论如何,“黑龙江国际经济技术合作公司案”中首席仲裁员的更换无疑是一个很好的例证。

五、结语

如前所述,中国目前仍有70个含有“征收补偿款额仲裁条款”的投资协定尚未修改,争端在用尽东道国的国内救济后,投资仲裁仍是在这些缔约国的中国投资者寻求征收补偿的唯一途径,但可预料的是,其将会遇到同样的狭义或广义解释的问题。另外,因为晚近国家实践中直接征收现象的递减和仲裁庭对此的广义解释,这些条款的适用开始变得更加困难,给中国政府带来了较大的压力。在东道国对外国投资者进行直接征收的情况下,随后就有可能发生围绕补偿款额和支付方式的争端,根据“征收补偿款额仲裁条款”,仲裁庭可以对此类问题行使管辖权,此类问题比较简单,但更多的情况是征收是间接进行的,即东道国通过的一系列立法措施或政府行为间接侵害了投资者的权益或剥夺了投资者的财产,于此情形,“征收补偿款额仲裁条款”的适用就可能会产生问题,关键点在于仲裁庭能否对是否发生征收的问题享有管辖权,而东道国政府的解释和过往实践对于仲裁庭的裁量显得至关重要。从东道国的角度言,中国政府应当用一种更加平衡的方法来解释相关条约,尤其是条约的解释不能与其宗旨相冲突。但是,如果相关条约有更加明确具体的规定,譬如规定有征收补偿款额提交仲裁的条款,那

么对条约宗旨的考察就不能超越具体条款用语所表达的真正意涵,此际对“征收补偿款额仲裁条款”作广义解释就略显牵强。

在前述与中国投资者有关的4个征收补偿款额仲裁案中,“Tza Yap Shum案”的仲裁庭裁定享有管辖权的依据并不是相关条约中的征收补偿款额仲裁条款,“Sanum案”的短暂胜诉也因东道国拒不执行和解协议和重新提起仲裁诉求而失去其价值,“黑龙江国际经济技术合作公司案”的仲裁庭对相关条款作狭义解释而拒绝了投资者的诉求,只有“北京城建案”是首起中国投资者在管辖权阶段赢得胜诉的投资仲裁案件,可谓是中国投资者正确运用国际投资仲裁工具解决投资争端的典型范例。总体而言,中国投资者在进行投资前应当充分了解相关投资协定和东道国外资立法的规定,或通过合理的投资运作规避可能作出狭义解释的“征收补偿款额仲裁条款”,惟其如此,才能保护自己的合法投资权益。

注释:

①See China Heilongjiang International Economic & Technical Cooperative Corp., Beijing Shougang Mining Investment Company Ltd., and Qinhuaqdaoshi Qinlong International Industrial Co. Ltd. v. Mongolia, UNCITRAL, PCA, Award, 30 June 2017, paras. 423-452.

②该案争议源于北京城建与也门政府签订的1亿美元的萨那国际机场航站楼建设合同。申请人认为,其1.14亿美元的投资被东道国政府征收,于是根据1998年中国与也门BIT向国际投资争端解决中心(ICSID)提起仲裁诉求。该BIT第10(2)条征收补偿款额仲裁条款规定:“缔约任何一方对有关征收补偿款额的争议提交该仲裁程序均给予不可撤消的同意。”仲裁庭裁定第10条适用于实际上是否发生征收的争议,因此对申请人的征收诉求享有管辖权。See Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Republic of Yemen, ICSID Case No. ARB/14/30, Decision on Jurisdiction, 31 May 2017.

③See Ping An Life Insurance Company, Limited and Ping

An Insurance (Group) Company, Limited v. The Government of Belgium, ICSID Case No. ARB/12/29, Award, 30 April 2015; An-sung Housing Co., Ltd. v. People's Republic of China, ICSID Case No. ARB/14/25, Award, 9 March 2017; Hela Schwarz GmbH v. People's Republic of China, ICSID Case No. ARB/17/19, pending.

④See Ekran Berhad v. People's Republic of China, ICSID Case No. ARB/11/15, Settled; Tza Yap Shum v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/07/6, Decision on Jurisdiction and Competence, 19 June 2009; 同前注①; Sanum Investments Limited v. Lao People's Democratic Republic, ICSID Case No. ADHOC/17/1, Award on Jurisdiction, 13 Dec. 2013; 同前注②。

⑤See UNCTAD, International Investment Agreements Navigator: China, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/Country-Bits/42#iialInnerMenu>, last visit on 14 June 2017.

⑥参见1979年《中外合资经营企业法》、1982年《宪法》第18条之规定。

⑦参见段洁龙主编:《中国国际法实践与案例》,法律出版社2011年版,第2页。但是中国香港特别行政区法院曾经受理过以外国主权国家为被告、要求执行相关投资仲裁裁决的案件,香港最高法院以国家豁免为由驳回了当事人的诉求。See FG Hemisphere Associates LLC v. Democratic Republic of the Congo, FACV Nos 5, 6 & 7/2010(On appeal from CACV 373/2008 & 43/2009).

⑧譬如,1982年中国与瑞典BIT、1983年中国与德国BIT、1984年中国与芬兰BIT、1985年中国与泰国BIT和1992年中国与土库曼斯坦BIT均未对缔约方与另一缔约方投资者之间的争端作出规定。

⑨参见1984年中国与法国BIT第8条、1984年中国与比卢联盟BIT第10(2)条、1984年中国与挪威BIT议定书第3条、1985年中国与意大利BIT第5(1)条、1985年中国与丹麦BIT第9(2)条、1985年中国与荷兰BIT第9(2)条等。

⑩参见陈安主编:《国际投资法的新发展与中国投资协定的新实践》,复旦大学出版社2007年版,第362页。

⑪See J. Y Willerns, The Settlement of Investor State Disputes and China: New Developments on ICSID Jurisdiction, S. C. J. Int'l L. & Bus. 8(2011).

⑫See ICSID News, China Ratifies the ICSID Convention, News from ICSID, Vol. 10, No. 1, Winter 1993, p. 1. [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/vol%2010%20winter%](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/vol%2010%20winter%20)

201993.pdf, last visit on 19 June 2017.

⑬参见单文华、娜拉-伽拉赫:《中外投资协定研究》,魏艳茹、李庆灵译,法律出版社2015年版,第35页。

⑭譬如,中国与德国BIT(2003)第9条、中国与比利时卢森堡BIT(2005)第8条、中国与法国BIT(2007年)第7条。

⑮同前注⑩,陈安主编书,第410页。

⑯根据2017年《世界投资报告》,中国是2016年世界上排名第二的对外直接投资大国,同时也是世界上利用外资存量排名第三的国家。See UNCTAD, World Investment Report 2017, Geneva: United Nations, pp. 12-14.

⑰中加BIT中的投资者与国家争端解决机制最重要的特征首先就是内容非常详细,争端解决程序具体到诉请提起仲裁的前提条件、地点、同意仲裁的方式、仲裁员的选任和同意、合并仲裁、非争端当事方的参与、公众参与、准据法、临时措施和裁决的效力等13个条款,远远超过了以往大多数投资协定用1个条款规定投资者国家争端解决机制的情况。参见中加BIT第20~32条。

⑱参见黄世席:《欧盟国际投资仲裁法庭制度的缘起与因应》,《法商研究》2016年第4期。

⑲这些BIT分别是:中国与挪威BIT议定书(1984)、中国与意大利BIT议定书(1985)、中国与丹麦BIT(1985)、中国与奥地利BIT(1985)、中国与英国BIT(1986)、中国与波兰BIT(1988)、中国与保加利亚BIT(1989)、中国与匈牙利BIT(1991)、中国与捷克斯洛伐克BIT(1991)、中国与希腊BIT(1992)、中国与乌克兰BIT(1992)、中国与摩尔多瓦BIT(1992)、中国与白俄罗斯BIT(1993)、中国与阿尔巴尼亚BIT(1993)、中国与克罗地亚BIT(1993)、中国与爱沙尼亚BIT(1993)、中国与斯洛文尼亚BIT(1993)、中国与立陶宛BIT(1993)、中国与冰岛BIT(1994)、中国与南斯拉夫BIT(1995)、中国与马其顿BIT(1997)、中国与塞浦路斯BIT(2001)。

⑳即中国与加纳BIT(1989)、中国与埃及BIT(1994)、中国与摩洛哥BIT(1995)、中国与毛里求斯BIT(1996)、中国与津巴布韦BIT(1996)、中国与阿尔及利亚BIT(1996)、中国与加蓬BIT(1997)、中国与苏丹BIT(1997)、中国与佛得角BIT(1998)、中国与埃塞俄比亚BIT(1998)。

㉑即中国与玻利维亚BIT(1992)、中国与阿根廷BIT(1992)、中国与乌拉圭BIT(1993)、中国与厄瓜多尔BIT(1994)、中国与智利BIT(1994)、中国与秘鲁BIT(1994)、中国与牙买加BIT(1994)。

㉒即亚洲:中国与新加坡BIT(1985)、中国与科威特BIT

(1985)、中国与斯里兰卡BIT(1986)、中国与日本BIT(1988)、中国与马来西亚BIT(1988)、中国与巴基斯坦BIT(1989)、中国与土耳其BIT(1990)、中国与蒙古BIT(1991)、中国与吉尔吉斯斯坦BIT(1992)、中国与亚美尼亚BIT(1992)、中国与菲律宾BIT(1992)、中国与哈萨克斯坦BIT(1992)、中国与越南BIT(1992)、中国与老挝BIT(1993)、中国与塔吉克斯坦BIT(1994)、中国与格鲁吉亚BIT(1993)、中国与阿联酋BIT(1993)、中国与阿塞拜疆BIT(1994)、中国与印度尼西亚BIT(1994)、中国与阿曼BIT(1994)、中国与以色列BIT(1995)、中国与沙特阿拉伯BIT(1996)、中国与黎巴嫩BIT(1996)、中国与柬埔寨BIT(1996)、中国与叙利亚BIT(1996)、中国与也门BIT(1998)、中国与卡塔尔BIT(1999)、中国与巴林BIT(1999);大洋洲:中国与澳大利亚BIT(1988)、中国与新西兰BIT(1988)、中国与巴布亚新几内亚BIT(1991)。

㉓譬如,2016年中国吸收外资将约达7850亿元人民币,连续25年居发展中国家首位;同时,中国对外投资继续快速增长,连续5年居世界三甲之列。参见邱海峰:《吸引外资有魅力对外投资利全球:中国双向投资迈向新阶段》,《人民日报海外版》2016年12月27日第3版。

㉔See UNCTAD, World Investment Report 2014-Investing in SDGs Reform: An Action Plan, Geneva: United Nations, 2014, p. 4, p. 7.

㉕同上注。

㉖See UNCTAD, World Investment Report 2015-Reforming International Investment Governance, Geneva: United Nations, 2015, p. 5, p. 8.

㉗关于2014年中国对外投资总量,2016年《世界投资报告》指出为1230亿美元,2015年报告指出为1160亿美元,排名都是第三位。

㉘see UNCTAD, World Investment Report 2016-Investor Nationality: Policy Challenges, Geneva: United Nations, 2016, pp. 5-6.

㉙see UNCTAD, World Investment Report 2017-Investment and the Digital Economy, Geneva: United Nations, 2017, p. 11, p. 14.

㉚See ML Franz Sedelmayer u The Russian Federation, SCC, Award, 7 July 1998.

㉛See Telenor Mobile Communications A. S. v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/04/15, Award, 13 September 2006, paras. 68-80.

②See Saipem S. p. A. v. The People's Republic of Bangladesh, ICSID Case No. ARB/05/7, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, 21 March 2007, paras. 120-121.

③See European Media Ventures SA v. The Czech Republic, UNCITRAL, Award on Jurisdiction, 15 May 2007, paras. 40-43.

④同上注,第59~68段。

⑤See Czech Republic v. European Media Ventures SA, Judgment on Jurisdiction, 2007 EWHC 2851(Comm), IIC 313 (2007), 5 December 2007, paras. 43-47.

⑥See Renta 4 S. V. S. A. et al v. Russian Federation, SCC Case No. 024/2007, Award on Preliminary Objections, 20 March 2009.

⑦Ibid, 20 July 2012.

⑧Ibid, Judgment of the Svea Court of Appeal-Svea Hovrätt, 18 January 2016.

⑨See Luke Eric Peterson, Swedish Supreme Court leaves in place lower court's declaration that Yukos arbitrators lacked jurisdiction over Spanish BIT case; set-aside of award now looks inevitable (Dec. 16, 2016), <https://www.iareporter.com/articles/swedish-supreme-court-leaves-in-place-lower-courts-declaration-that-yukos-arbitrators-lacked-jurisdiction-over-spanish-bit-case-set-aside-of-award-now-looks-inevitable/>, last visit on 21 June 2017.

⑩See Vladimir Berschader and Moïse Berschader v. The Russian Federation, SCC Case No. 080/2004, Award, 21 April 2006, paras. 152-153.

⑪同上注,第155段。

⑫See RosInvest Co. UK Ltd. v. Russian Federation, SCC Case No. 079/2005, Award on Jurisdiction, 1 October 2007.

⑬同上注,第77~78段。

⑭同上注,第110~114段。

⑮Austrian Airlines v. The Slovak Republic, UNCITRAL Ad Hoc Arbitration, Final Award, 9 October 2009, paras. 98-99.

⑯See European American Investment Bank AG (EURAM) v. Slovak Republic, UNCITRAL, Award on Jurisdiction, 22 October 2012.

⑰例如,作出广义解释的“Franz Sedelmayer案”和“Rental 4案”,作出狭义解释的“Berschader案”和“RosInvest案”。

⑱参见黄世席:《国际投资仲裁中最惠国条款的适用和管

辖权的新发展》,《法律科学》2013年第2期。

⑲See RosInvest Co. UK Ltd. v. Russian Federation, SCC Case No. Abr. V 079/2005, Award on Jurisdiction, 5 October 2007, paras. 73-74.

⑳同前注⑩,第159~208段;同前注⑪,第68~120段; See Tza Yap Shum v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/07/6, Decision on Jurisdiction and Competence, 19 June 2009, paras. 193-220.

㉑即“Tza Yap Shum案”“Sanum案”“北京城建案”“黑龙江国际经济技术合作公司案”。

㉒中国与秘鲁BIT第8(3)条规定,如涉及征收补偿款额的争议,在诉诸本条第1款的程序后6个月内仍未能解决,可应任何一方的要求,将争议提交根据1965年3月18日在华盛顿签署的《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》设立的解决投资争端国际中心(ICSID)进行仲裁。缔约一方的投资者和缔约另一方之间有关其他事项的争议,经双方同意,可提交该中心。如有关投资者诉诸了本条第2款所规定的程序,本款规定不应适用。

㉓See Tza Yap Shum v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/07/6, Decision on Jurisdiction and Competence, 19 June 2009, para. 145.

㉔同上注,第146~154段。

㉕Ibid, Decision on Annulment, 12 Feb. 2015, para. 113.

㉖See Sanum Investments Limited v. Lao People's Democratic Republic, ICSID Case No. ADHOC/17/1, Award on Jurisdiction, 13 Dec. 2013, para. 329.

㉗See Sanum Investments Limited v. Lao People's Democratic Republic, 2015 S. G. H. C. 15, para. 17.

㉘See Government of the Lao People's Democratic Republic v. Sanum Investments Ltd., 2015 SGHC 15, Judgment, 20 January 2015.

㉙See Sanum Investments Ltd. v. Government of the Lao People's Democratic Republic, 2016 SGCA 57, Singapore Court of Appeal, 29 September 2016, Award.

㉚同前注⑲,第126段。

㉛同上注,第150段。

㉜参见中国与也门BIT(1998)第10条。

㉝See Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Republic of Yemen, ICSID Case No. ARB/14/30, Decision on Jurisdiction, 31 May 2017, para. 69.

④同上注,第77段。

⑤同上注,第78~88段。

⑥同上注,第87段。

⑦同上注,第88~92段。

⑧See Lao Holdings N. V. v. Lao People's Democratic Republic, ICSID Case No. ADHOC/17/1, pending.

⑨See China Heilongjiang International Economic & Technical Cooperative Corp., Beijing Shougang Mining Investment Company Ltd., and Qinhuangdaoshi Qinlong International Industrial Co. Ltd. v. Mongolia, UNCITRAL, PCA, Award, 30 June 2017, para. 261.

⑩外交部:《新加坡法院关于中老投资协定适用于澳门特区的认定是错误的》, http://cn.chinadaily.com.cn/2016-10/21/content_27134676.htm, 2017年6月28日访问。

⑪徐宏:《国际条约适用香港和澳门特区的实践》,《法制日报》2016年10月23日。

⑫譬如,南非自2010年后先后终止了与欧洲比利时、丹麦、德国、荷兰和瑞士等国家缔结的双边投资协定,并于2015年12月通过了《投资保护法》(Act No. 22 of 2015: Protection of Investment Act, 2015),规定在南非的外国投资者与东道国政府之间的争端必须在用尽东道国的国内救济(国内调解)后,才可以在东道国同意的情况下诉诸国际仲裁,而且这种仲裁是在投资者母国与南非政府之间进行的国际仲裁,并非投资者与国家仲裁。See Republic of South Africa, Government Gazette, Vol. 606, No. 39514, 15 December 2015, <https://www.thedti.gov.za/gazettes/39514.pdf>, last visit on June 25.2017.

⑬See Nitish Monebhurrin, Novelty in International Investment Law: The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments as a Different International Investment Agreement Model, 8(1)Journal of International Dispute Settlement 79 (2017).

⑭Sanum Investments Limited v. Lao People's Democratic Republic, UNCITRAL, PCA Case No. 2013-13, Statement of the Chinese Foreign Ministry on the Applicability of the China-Lao BIT to the the Region of Macau, 21 October 2016.

⑮同前注⑨,第254段。

⑯See Alejandro Garcia Jimenez, On the Settlement of Investment Disputes Between China and Latin America, 5 China Legal Sci. 34. 47-50(2017).

⑰See Art. 26, Morocco-Nigeria BIT(2016).

⑱See Joaquim P. Muniz, Kabir A. N. Duggal and Luis A. S. Peretti, The New Brazilian BIT on Cooperation and Facilitation of Investments: A New Approach in Times of Change, 32(2)ICSID Review 404, 415(2017).

⑲参见孙劲:《论构建中国全方位对外投资协定体系》,《国际法研究》2017年第2期。

⑳根据UNCTAD的统计,目前香港签订有24个生效的国际投资协定(包括19个双边投资协定和5个含有投资章的自由贸易协定),澳门签订有4个生效的投资协定(包括2个双边投资协定和2个含有投资章的自由贸易协定)。

㉑See Celeste E. Salinas Quero, Investor-state disputes at the SCC, <http://sccinstitute.com/media/178174/investor-state-disputes-at-scc-13022017-003.pdf>, last visit on 28 July 2017.

㉒参见陈兆源、田野、韩冬临:《双边投资协定中争端解决机制的形式选择——基于1982-2013年中国签订双边投资协定的定量研究》,《世界经济与政治》2015年第3期。

㉓See Nils Eliasson, Investor-State Arbitration and Chinese Investors: Recent Developments in Light of the Decision on Jurisdiction in the Case Mr. Tza Yap Shum v. the Republic of Peru, 2 (2)Contemp. Asia Arb. J. 347, 376(2009).

㉔譬如,截至2013年年底,在荷兰投资者提起的61件(约占全球公开的投资争端总数的10%)投资争端诉求中,四分之三的申请人的最后所有者并不是荷兰公司或自然人。而且在这些案件中,有三分之二的海外投资集团公司似乎并没有在荷兰境内从事任何实质性的经济活动。See UNCTAD/DIAE, Treaty-based ISDS Cases Brought Under Dutch IIAs. An Overview, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Documents/treaty-based-isds-cases-brought-under-dutch-iias-an-overview.pdf>, last visit on 28 July 2017.

㉕See August Reinisch, How Narrow Are Narrow Dispute Settlement Clauses In Investment Treaties?, 2(1)Journal of International Dispute Settlement 115, 174(2011).