

“一带一路”投资风险及其法律应对

——以“尤科斯诉俄罗斯案”为视角

刘 勇

内容提要:“尤科斯诉俄罗斯案”是由尤科斯公司及其股东分别向欧洲人权法院、海牙常设仲裁院、瑞典斯德哥尔摩商事仲裁院提出的多个争端所组成。该案源自俄罗斯政府对尤科斯公司采取的税务稽查以及与之相关的高额税款与罚金、财产冻结、强行破产等措施。欧洲人权法院判令申请人胜诉,认定俄罗斯的行为是对申请人财产权的非法干预,但海牙地方法院和斯德哥尔摩地方上诉法院以仲裁庭缺乏管辖权为由分别撤销了海牙常设仲裁院与瑞典斯德哥尔摩商事仲裁院的实体裁决。该案一方面展现了“一带一路”国家常见的投资风险以及投资者寻求多元法律救济的可行路径,另一方面也印证了管辖权问题在国际投资仲裁中的重要地位。鉴于该案申请人的经验教训以及“一带一路”国家投资风险的特点,中国投资者应重视投资条约项下的“管辖权风险”,必要时向欧洲人权法院寻求法律救济,适时进行国籍筹划,并采取适当措施避免投资条约中利益拒绝条款的适用。

关键词:尤科斯诉俄罗斯案 一带一路 投资风险 国籍策划 利益拒绝条款

刘勇,浙江财经大学法学院副教授。

一 问题的提出

自习近平总书记 2013 年提出“一带一路”重大倡议以来,国际社会予以广泛而热烈的响应。当前,全球 100 多个国家和国际组织积极支持和参与“一带一路”建设,联合国大会、联合国安理会等重要决议也纳入“一带一路”建设内容。“一带一路”建设逐渐从理念转化为行动,从愿景转变为现实,建设成果丰硕。截至 2016 年底,中国企业对“一带一

路”沿线国家投资累计已经超过 500 亿美元,为有关国家创造了大量的税收与就业岗位。^[1] 党的十九大报告也明确指出,应以“一带一路”建设为重点,坚持引进来和走出去并重,推动形成全面开放新格局。“一带一路”建设的重要内容之一是加强沿线国家投资领域的区域合作,致力于减少相互之间的投资壁垒与保护投资者合法权益。^[2] “一带一路”建设一方面给中国投资者带来了前所未有的历史机遇和“走出去”的重要动力,另一方面也促使其认真考量与评估沿线国家复杂多变的投资壁垒与风险。就此而言,通过研究典型国际投资仲裁案来揭示“一带一路”沿线国家投资风险的主要特点,并在现有国际投资法律框架下阐明中国投资者的应对策略,无疑具有重要的现实意义。

晚近以来,中国投资者在海外市场通过国际仲裁进行的维权之路并非一帆风顺。2015 年国际投资争端解决中心受理的“中国平安诉比利时案”以仲裁庭裁定无管辖权为由结案。^[3] 2017 年海牙常设仲裁院管理的“黑龙江国际经济技术合作公司等诉蒙古国案”(以下简称“黑龙江国际公司诉蒙古国案”)同样被仲裁庭以无管辖权为由驳回中国企业的全部诉求。^[4] 中国企业在上述两案的败诉有一个共同原因,即中国分别与比利时、蒙古国签订的双边投资协定(Bilateral Investment Treaty, BIT)中的特定条款均存在模糊或缺漏之处,而仲裁庭又对此类条款作了狭义的约文解释,导致仲裁庭行使管辖权缺乏必要的条件。例如,依据 1991 年中国—蒙古 BIT 第 8 条,缔约方仅同意将“有关征收补偿额的争议”提交国际仲裁,而“黑龙江国际公司诉蒙古国案”的诉争点是蒙古国政府取消中国企业的采矿权是否构成征收。仲裁庭据此认为,只有东道国法院才有权决定是否存在征收行为;只有当诉争点是有关征收的补偿额时,仲裁庭才有管辖权。代理蒙古国的 Milbank 律师事务所声称,该案的裁决可能会对中国在全球的海外投资产生深远影响,因为大量缔结于 20 世纪 80—90 年代的所谓中国“第一代 BIT”包含有相同的限制国际仲裁受案范围的条款。^[5] 在中国“第一代 BIT”被修正或取代之之前,投资者援引此类 BIT 来寻求国际仲裁的法律救济时仍可能面临仲裁庭无管辖权的窘境。

[1] 参见《习近平在“一带一路”国际高峰论坛开幕式上的演讲》,http://www.beltandroadforum.org/n100/2017/0514/c24-407.html,最近访问时间[2018-01-06]。

[2] 参见国家发展改革委、外交部、商务部:《推动共建丝绸之路经济带和 21 世纪海上丝绸之路的愿景与行动》,http://news.xinhuanet.com/gaogao/2015-06/08/c_127890670.htm,最近访问时间[2018-01-06]。

[3] 关于该案的详细评述,可参见刘勇:《中国平安诉比利时王国投资仲裁案——以条约适用的时际法为视角》,《环球法律评论》2016 年第 4 期。

[4] *China Heilongjiang International Economic & Technical Cooperative Corp., Beijing Shougang Mining Investment Company Ltd., and Qinhuangdao Shi Qinlong International Industrial Co. Ltd. v. Mongolia*, PCA. 该案裁决报告并未公开,本文对该案的分析主要参考以下文献:Milbank Secures Significant Victory for Mongolia over Chinese SOEs in Treaty-Based Arbitration, https://www.milbank.com/en/news/milbank-secures-significant-victory-for-mongolia-over-chinese-soes-in-treaty-based-arbitration.html;任清:《中企诉蒙古国政府败诉的警示》,http://finance.sina.com.cn/fawen/dz/2017-08-09/doc-ifyitamv7835084.shtml;漆彤:《败诉:黑龙江国际经济技术合作公司等诉蒙古国案》,http://fxy.whu.edu.cn/coil/ch/index.php/archives/373/,最近访问时间[2017-11-23]。

[5] 中国与部分“一带一路”国家签订的 BIT 也有此类限制性条款,如 1988 年中国—波兰 BIT、1989 年中国—保加利亚 BIT、1991 年中国—匈牙利 BIT、1992 年中国—乌克兰 BIT、1992 年中国—摩尔多瓦 BIT、1993 年中国—白俄罗斯 BIT、1993 年中国—克罗地亚 BIT、1993 年中国—立陶宛 BIT。

另一方面,“一带一路”沿线国家^[6]投资风险的复杂与多样性正日益凸显。“一带一路”国家的法治水平参差不齐,法律体系不够健全,执法程序多有瑕疵,相关政策与法律还经常因外部经济、政治环境的变化而不断调整,投资环境尚存在诸多不确定性因素。^[7]在西亚、中亚、南亚、东南亚、东欧等“一带一路”沿线国家,中国投资者正遭遇多样化的政治风险,包括政府审查(反腐败审查、环保审查、反垄断审查等)、本土化要求、群体性劳动纠纷、税务争议等。^[8]有关“一带一路”国家的投资风险及其应对策略,“尤科斯诉俄罗斯案”可为我们提供重要的借鉴和启示。

自2004年开始,俄罗斯石油巨头尤科斯公司及其股东分别在欧洲人权法院、海牙常设仲裁院与瑞典斯德哥尔摩商事仲裁院,就俄罗斯政府的同一“征收行为”提出了多项指控和赔偿诉求。因此,“尤科斯诉俄罗斯案”实际上由三个国际争端解决机构所处理的多个案件所组成。在国际投资争端解决史上,该案因申请人索赔金额之高(超过1140亿美元)、东道国被裁决赔偿金额之多(超过500亿美元)、耗时之久(欧洲人权法院与海牙常设仲裁院均耗费近十年之久才作出最终裁决)、案情演绎之“跌宕起伏”(海牙常设仲裁院与斯德哥尔摩商事仲裁院临时仲裁庭的裁决分别被仲裁地法院撤销)而颇为引人注目。另一方面,虽然俄罗斯政府对尤科斯公司采取征收行为有其特定的政治与经济原因,但该案所涉的东道国管制行为在“一带一路”国家仍具有一定共性,且俄罗斯通过管辖权异议成功挫败了申请人在海牙常设仲裁院和斯德哥尔摩商事仲裁院仲裁庭提出的多项诉求,与中国投资者在部分涉华仲裁案件的遭遇有相似之处。有鉴于此,本文拟从这三个投资争端解决机构的裁决报告中梳理出核心法律争议,并结合部分涉华投资争端案的审理情况,为中国企业事先预防与事后应对“一带一路”国家的投资风险提供借鉴。

二 “尤科斯诉俄罗斯案”的案情概要与裁判要旨

(一) 案情概要^[9]

本案源自俄罗斯政府2003年7月至2007年11月期间对尤科斯公司(OAO Neftyanaya Kompaniya YUKOS)采取的税务稽查以及与之相关的高额税款和罚金、财产冻结、强行破产等措施。尤科斯主要从事石油、天然气产品的开采、生产和销售业务,苏联解体后被私有化,成为俄罗斯当时最大的石油公司。2003年7月开始,俄罗斯税务部门对尤科斯公司自2000年以来的交易与纳税情况进行了多次检查。税务部门认定,尤科斯公司在摩尔多维亚(Moldoviya)、下诺夫哥罗德(Nizhniy Novgorod)、卡尔梅克(Kalmykiya)等低税

[6] 据“中国一带一路网”公布的信息,“一带一路”国家共有70个。https://www.yidaiyilu.gov.cn/info/iList.jsp?cat_id=10037&cur_page=1,最近访问时间[2017-12-19]。

[7] 参见国家开发银行编著:《“一带一路”国家法律风险报告》(上),法律出版社2016年版,第3页。

[8] 参见律商联讯:《一带一路法律风险地图初现》,《进出口经理人》2017年第5期,第66-67页。

[9] OAO Neftyanaya Kompaniya YUKOS v. Russia, ECHR Application No. 14902/04, Decision on Merits, 20 September 2011. Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia, ECHR Application No. 11082/06 and 13772/05, Judgement, 25 July 2013. Yukos Universal Limited (Isle of Man) v The Russian Federation, PCA Case No. 227, Final Award, 18 July 2014. Quasar and others v. The Russian Federation, SCC, Award of Preliminary Objection, Award, 20 July 2012.

率地区设立了 27 家影子公司,并通过这些影子公司销售其石油产品,目的在于逃避纳税义务。另外,尤科斯公司在出口退税、证券交易等方面也有一定的欺诈行为。为此,尤科斯公司须补交增值税、利润税、财产税、能源销售税等税金,并须为其恶意逃税行为缴纳罚款,总额超过 100 亿美元。尤科斯公司曾分别在莫斯科地方商事法院、联邦商事法院与宪法法院寻求法律救济,试图阻止俄政府的指控与干预,但均被法院驳回。

在此期间,莫斯科地方商事法院还同意了税务部门的财产冻结要求,查封了尤科斯公司的部分财产。莫斯科地方商事法院于 2004 年 6 月 30 日发布强制执行令,要求尤科斯公司在 5 日内上交上述款项,否则将处以高额罚金。由于尤科斯公司未能在规定时间内履行义务,该公司的 24 家子公司也被查封,部分子公司的财产被政府强制拍卖。2006 年 3 月 9 日,尤科斯公司的破产程序正式开始,俄罗斯税务部门被纳入债权人名单。之后,尤科斯公司的全部财产(包括其拥有的子公司的股份)被估价并拍卖给两家国有企业(俄罗斯石油公司和俄罗斯天然气公司)。2007 年 11 月 23 日,在仍有大量债务无法偿还的情况下,破产程序终止,尤科斯公司被注销。

在上述行政程序进行的同时,针对尤科斯公司主要股东的刑事指控和强制措施也随之展开。2003 年 6 月,尤科斯公司的两名大股东霍多尔科夫斯基(Khodorkovskiy)和列别德夫(Lebedev)因涉嫌公司及个人逃税、挪用公司财产、欺诈、伪造交易等罪名被逮捕并羁押。2005 年 6 月,莫斯科地方法院认定上述指控成立,判处两被告 8 年监禁,并要求其缴纳尤科斯公司以及其个人未交的税款。

(二) 裁判要点

1. 欧洲人权法院的判决

2004 年 4 月 23 日,尤科斯公司向欧洲人权法院提出申诉,指控俄罗斯政府的行为违反了《欧洲人权公约》和《第一议定书》第 1 条(财产权的保护)。^[10] 法庭认为,《第一议定书》第 1 条项下政府对财产权的合法干预应满足三项条件,即符合国内法律规定、出于正当目的、行为与目的之间成比例。尽管俄罗斯对尤科斯公司债务的强制执行措施(包括查封公司财产、收取高额执行费、强制拍卖财产等)具有合法性和目的正当性,但未在正当目的与措施之间取得平衡。俄罗斯不合理地要求尤科斯公司在短期内支付高额的费用,也没有讨论执行程序之外的其他替代性方法,且执行程序过于仓促,完全无视尤科斯提出的给予宽限期的要求。因此,法院判决俄罗斯违反了《第一议定书》第 1 条。^[11]

2005 年 3 月 5 日,尤科斯公司的两名个人股东霍多尔科夫斯基和列别德夫分别向欧洲人权法院指控俄罗斯违反《欧洲人权公约》和《第一议定书》第 1 条。申诉人主张,俄罗斯法院要求申请人缴税属于《第一议定书》第 1 条所称的对个人财产权的干预,且依据俄罗斯国内法,公司的官员不应为公司未缴税款负责,因此这一干预不具有合法性。法院认

[10] 《第一议定书》第 1 条规定,任何自然人或法人均有权和平地拥有其财产;任何人的财产均不得被剥夺,除非基于公共利益并按照法律与国际法的一般原则所规定的条件来进行;但是,上述规定不得剥夺一国根据普遍利益而控制财产之使用,或者为确保税款或其他特别税或罚金的支付而认为有必要强制执行法律之权利。

[11] *AO Neftyanaya Kompaniya YUKOS v. Russia*, ECHR Application No. 14902/04, Decision on Merits, 20 September 2011, paras. 645 – 658.

定,对法人财产的合法干预首先应根据国内法来进行,而俄罗斯的民法、税法并未规定“揭开公司面纱”制度,即要求公司官员为公司债务承担责任。俄罗斯法院的判例也表明,不应要求股东支付公司税款。因此,俄罗斯的干预行为不具有合法性,被申请人违反了《第一议定书》第1条。^[12]

2. 海牙常设仲裁院的裁决

2005年2月,尤科斯公司的三名外国股东 Hulley Enterprises(塞浦路斯公司)、Yukos Universal(英国公司)和 Veteran Petroleum(塞浦路斯公司)分别依据《能源宪章条约》向海牙常设仲裁院发出仲裁通知并启动仲裁程序。申请人与被申请人一致同意在海牙进行仲裁。临时仲裁庭组成后三案被合并审理。^[13]

仲裁庭对俄罗斯政府的税务稽查、财产冻结、强制拍卖、破产程序等行为进行了审查,裁定被申请人违反了《能源宪章条约》第13条(征收),^[14]因为被申请人的行为并非出于公共利益的需要(真实目的是要实现国家对石油资源的控制),同时征收带有歧视性(其他同样在低税地区设立贸易公司的石油巨头未获如此严苛待遇),未按照法定程序进行(如在远离莫斯科的赤塔地区关押两名自然人股东并导致其难以与律师会面),且未给予补偿。^[15]仲裁庭要求被申请人赔偿 Yukos Universal 各项损失共约18亿美元。^[16]仲裁庭还裁定申请人 Hulley 与 Veteran 分别获得约400亿美元和82亿美元的赔偿。俄罗斯于2016年2月9日以仲裁庭无管辖权为由向海牙地方法院提出撤销之诉。具体来讲,俄罗斯主张本案具有《荷兰民事诉讼法典》第1065条第1款所规定的可撤销仲裁裁决的法定事由,包括缺乏有效的仲裁协议、仲裁庭越权、仲裁庭组成不合法等。最终,法院支持了俄罗斯的主张,以缺乏仲裁协议为由撤销了仲裁庭在上述三个案件中的所有裁决。^[17]

3. 斯德哥尔摩商事仲裁院的裁决

2007年3月25日,Quasar(西班牙公司)等拥有尤科斯公司在美发行的存托凭证^[18]的投资者向斯德哥尔摩商事仲裁院发出仲裁申请,指控俄罗斯非法处分尤科斯公司的财产并导致投资者遭受损失,构成1990年西班牙—苏联BIT项下的征收或国有化。仲裁庭认定,俄政府对尤科斯公司的征税行为是武断和任意的,政府冻结财产、强制拍卖等行为以及拒绝考虑尤科斯公司提出的偿还债务的替代性措施,是故意阻止其采用其他方法来

[12] *Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia*, ECHR Application No. 11082/06 and 13772/05, Judgement, 25 July 2013, paras. 858 – 885.

[13] *Hulley Enterprises Ltd v. The Russian Federation*, PCA Case No. 226, Final Award; *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, PCA Case No. 227, Final Award; *Veteran Petroleum Ltd v. The Russian Federation*, PCA Case No. 228, Final Award, 18 July 2014.

[14] 该条规定,缔约一方的投资者在缔约另一方境内不得被国有化、征收或采取具有类似效果的措施,除非征收符合下列条件:基于公共目的;非歧视;根据法定的正当程序;给予充分、及时、有效的补偿。

[15] *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, PCA Case No. 227, Final Award, paras. 1375 – 1585.

[16] *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, PCA Case No. 227, Final Award, para. 1888.

[17] Judgment of Hague District Court, Case No. C/09/477160 / HA ZA 15 – 1, 15 – 2, 15 – 3, 20 April 2016, para. 4. 2, 5. 97.

[18] 存托凭证是指由一国之托存银行收集并保管本国投资者于境外投资所获的有价证券后,向该等投资者发行的代表投资者对原始有价证券享有所有权的可流通证券。参见叶林:《证券法》(第三版),中国人民大学出版社2008版,第20页。

缴纳税款,违反 1990 年西班牙—苏联 BIT 第 6 条并构成征收。^[19] 关于补偿金额,仲裁庭以 2003 年 12 月 9 日申请人购买托存凭证时的价格为依据,判决被申请人赔偿约 200 万美元。^[20] 之后,俄罗斯以仲裁庭无管辖权为由向斯德哥尔摩地方法院和上诉法院提出撤销上述裁决的要求,主张本案不属于 1990 年西班牙—苏联 BIT 第 10 条^[21]项下的可仲裁的事项,因为本案的争议是俄罗斯的干预行为是否构成一项征收而不是有关征收补偿的金额或支付方式。斯德哥尔摩地方法院驳回了该请求,但地方上诉法院最终支持了俄罗斯的主张。

三 案件核心争议:仲裁庭的管辖权问题

(一) 仲裁庭与法院对于诉争条款的不同观点

俄罗斯政府和法院对尤科斯公司采取的税务征收、财产查封与强制拍卖等行为毫无疑问构成了对后者的征收或对其财产权的不当干预,即使这些行为系基于正当目的并依据国内法而实施,但在实施力度与程序上显然与预期实现的公共政策目标不相吻合、不成比例。因此欧洲人权法院与海牙常设仲裁院、斯德哥尔摩商事仲裁院仲裁庭一致裁定其败诉并不令人意外。令人意外的是,海牙常设仲裁院和斯德哥尔摩商事仲裁院临时仲裁庭的多个裁决被仲裁地法院以仲裁庭无管辖权为由而撤销。法院的依据均在于案件所涉的国际投资条约中缺乏争端双方同意接受仲裁的规定,即缺乏有效的仲裁协议。

在海牙常设仲裁院仲裁庭的管辖权审理阶段,被申请人主张《能源宪章条约》对俄罗斯无法律效力,理由是尽管俄罗斯政府已于 1994 年签署了该条约,但议会一直拒绝批准。不过,《能源宪章条约》第 45 条为该条约的生效提供了一个“临时”途径,即只要缔约国没有明确声明拒绝《能源宪章条约》对其临时生效,且临时生效与该缔约国的宪法、法律或法规不相抵触,则《能源宪章条约》可在该缔约国立法机关正式批准前对其临时适用。仲裁庭认为,俄罗斯从未明确声明拒绝《能源宪章条约》对其临时生效,且从临时生效制度的目的来看,它是指《能源宪章条约》作为一个整体而不是某一条款对俄罗斯临时生效,因此无须审查《能源宪章条约》的每一个条款是否与缔约国的国内法相符;此外俄罗斯的国内法中也没有与《能源宪章条约》存在明显冲突的条款。最终,仲裁庭裁定《能源宪章条约》对俄罗斯有法律效力,且俄罗斯在《能源宪章条约》第 26 条^[22]表达了同意接受国际仲裁庭管辖的意愿。^[23] 海牙地方法院采用了更有利于俄罗斯的文义解释方法。法院

[19] *Quasar and others v. The Russian Federation*, SCC, Case No. 024/2007, Award, 20 July 2012, paras. 120 – 128.

[20] *Quasar and others v. The Russian Federation*, SCC, Case No. 024/2007, Award, 20 July 2012, paras. 187 – 190.

[21] 1990 年西班牙—苏联 BIT 第 10 条规定,如果投资者与东道国之间有关第 6 条项下应当支付的赔偿 (compensation due) 的金额和支付方式的争端,在一方发出书面争端通知后 6 个月内不能通过友好协商解决,则投资者可选择通过瑞典斯德哥尔摩国际商事仲裁院或依据联合国国际贸易法委员会仲裁规则成立的临时仲裁庭来处理。

[22] 该条规定,缔约一方与缔约另一方的投资者之间因投资发生的争端,应优先通过友好协商解决。一旦友好协商不能在任何一方发出通知之日起 3 个月内解决争端,则投资者可将其争端提交至东道国法院或国际仲裁机制。

[23] *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, PCA Case No. 227, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 November 2009, paras. 394 – 398.

主张,《能源宪章条约》第 45 条的通常含义表明,所规定的临时适用机制应取决于《能源宪章条约》具体条款(而非《能源宪章条约》作为一个整体)与俄罗斯法律的相符性;如果某一条款与俄罗斯的宪法、法律或法规不相符,则该条款不得俄罗斯临时适用。法院查明,俄罗斯的外国投资法并未明确允许投资者通过国际仲裁来解决其与东道国之间的投资争议,这与《能源宪章条约》第 26 条中的国际仲裁机制相冲突。因此,《能源宪章条约》第 26 条不得对俄罗斯临时适用。最终,法院以俄罗斯未在《能源宪章条约》中明确接受国际投资仲裁机制、本案缺乏仲裁协议为由撤销了仲裁庭在上述三个案件中的所有裁决。^[24] 在此,法院对于“相符性”的审查采用了十分严格的标准,亦即只有俄罗斯国内法中明确规定投资者与东道国之间的争议可以提交国际仲裁,才与《能源宪章条约》第 26 条中的国际仲裁合意相吻合。^[25]

在斯德哥尔摩商事仲裁院仲裁庭的管辖权审理阶段,被申请人同样辩称本案仲裁庭无管辖权,因为 1990 年西班牙—苏联 BIT 第 10 条仅将可仲裁的争端限于“有关征收的赔偿金额与支付方式”。仲裁庭通过有效解释与目的解释方法对系争条款进行了扩展解释。它认为,对于条约用词的解释不得导致该条款其他部分的内容没有积极的意义或者是多余的,而被申请人的解释将可能导致第 10 条项下的仲裁永远不能发生,只要东道国简单宣布无义务对征收进行补偿即可;BIT 的目的之一就是使缔约方在 BIT 项下的承诺获得国际化并强化对投资者的保护,而对第 10 条进行狭义解释将缩小西班牙或苏联的承诺,这违背了 BIT 的目的与宗旨。最后,仲裁庭驳回了被申请人的异议并裁定其对本案有管辖权。^[26]

在斯德哥尔摩商事仲裁院仲裁裁决的司法审查阶段,斯德哥尔摩地方法院对第 10 条进行了扩张性的目的解释,拒绝了俄罗斯的撤销之诉。^[27] 但地方上诉法院对诉争条款采用了严格的文义解释。它认为,与 1990 年西班牙—苏联 BIT 的前言相似的措辞在苏联签订的很多 BIT 中均存在,但这些 BIT 的争端解决条款却存在不同之处,可见 BIT 的每一个争端解决程序并非必须遵循前言中的条约目的与宗旨,两者并无必然联系;在缺乏明确用词的情况下,解释者不得通过参考条约的目的和宗旨来增加条约项下本来没有的义务。因此,上诉法院认定仲裁庭对本案无管辖权,并同时推翻了仲裁庭有关赔偿额的裁定。^[28]

(二) 仲裁庭与法院的条约解释方法之争

仲裁地法院之所以采取了与仲裁庭截然不同的立场,是因为前者与后者的条约解释方法存在本质不同:前者坚持使用最具确定性同时也是最为严格的约文解释方法(狭义解释),强调条约用词的通常含义要优于条约的目的与宗旨,且条约用词反映了缔约国的

[24] Judgment of Hague District Court, Case No. C/09/477160/HA ZA 15 - 1, 15 - 2, 15 - 3, 20 April 2016, paras. 5. 58 - 5. 97.

[25] 参见张建:《能源宪章条约对签署国的临时适用机制研究——以“尤科斯诉俄罗斯仲裁案”为中心的探讨》,《甘肃政法学院学报》2016 年第 3 期,第 133 - 134 页。

[26] *Quasar and others v. The Russian Federation*, SCC, Case No. 024/2007, 20 July 2012, paras. 32 - 67.

[27] Judgement of Stockholm District Court, Case No. T15045 - 09, 11 September 2014, pp. 32 - 36.

[28] Judgement of Svea Court of Appeal, Case No. T15045 - 09, 18 January 2016, pp. 3 - 12.

真实意图,因此不得在条约文本之外为缔约国增加其并未明确接受的法律义务;后者则采用更加灵活的目的解释与有效解释方法(扩张解释),主张在条约用词的字面意思之外依据条约目的来探究其含义,并赋予每一个用词以特定的意义与效力,最终解释结果无须拘泥于条约的字面意思。条约的约文解释与目的解释是两个无法兼容的解释方法,采用不同解释方法必然得出互不相容的结果。而作为解释国际公法的通常规则,《维也纳条约法公约》第 31 条并没有为条约的约文、目的、上下文等解释性要素设定上下等级关系或强制性的先后顺序。^[29] 因此,法院与仲裁庭的解释结果最终要取决于它们给予这些解释性要素何种权重以及与之相关的价值取向的选择。相对于仲裁庭的“投资者偏好”和扩张管辖权的倾向,海牙地方法院选择给予东道国更多的尊重,强调仲裁庭拥有管辖权的前提之一是俄罗斯的国内法明确接受(而非不明确反对)国际投资仲裁机制,并在决定《能源宪章条约》是否临时适用时谨慎考查该条约的每一个条款(而非将《能源宪章条约》作为一个整体)是否与俄罗斯的国内法相冲突,以确保临时生效制度的适用是公正合理的。这一价值考量促使其固守《能源宪章条约》的约文并采用文义解释,因为约文通常被认为反映了缔约方的真实意愿,是缔约方意思的权威表示。

条约解释者给予上述解释性要素何种权重,属于其职权范围内的事项。从方法论的角度来说,尽管文义解释与目的解释皆有局限之处,但两者均未背离《维也纳条约法公约》中的条约解释通常规则,故其合法性不应受到质疑。这对投资者而言可能是一个难解的问题。故此,将投资条约中颇具争议或语焉不详的某一条款交给仲裁庭或法院来解释,本身就是一个有些冒险的举动。可资佐证的是,针对中国 BIT 中常见的“有关征收补偿额的争议”这一用词,“黑龙江国际公司诉蒙古国案”主要采用了约文解释方法,作出了对申请人不利的狭义解释并以无管辖权为由驳回了申请人的诉求;而“谢业深诉秘鲁案”“北京城建诉也门案”与“世能公司诉老挝案”的仲裁庭则依据有效解释原则与目的解释方法作出了对申请人有利的宽泛解释,裁定其有管辖权。^[30] 基于此,投资者应寻求更具确定性的法律救济路径,或援引内容更为清晰、保护更加有力的投资条约来提出仲裁申请。

四 对中国投资者的启示与借鉴

(一)厘清“一带一路”国家投资风险的特点

尤科斯公司被处罚、拍卖并最终走向破产,据悉与当时俄罗斯政府试图对石油产业进行国有化并最终控制能源产业命脉的政策导向有关。政府通过对尤科斯公司处以重税和

[29] 参见李浩培著:《条约法概论》,法律出版社 2003 年版,第 351、358 页。

[30] *Tza Yap Shum v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/07/6, Decision on Jurisdiction and Competence, 19 June 2009, paras. 30 - 40; *Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Republic of Yemen*, ICSID Case No. ARB/14/30, Decision on Jurisdiction, 31 May 2017, paras. 48 - 109; *Sanum Investments Limited v. Lao People's Democratic Republic*, PCA CaseNo. 2013 - 13, Award on Jurisdiction, 13 December 2013, paras. 322 - 334.

罚金、查封并低价拍卖尤科斯的核资产,最终由国有企业全盘接管尤科斯的资产。尤科斯公司破产、其资产收归国有将使得国际油价上涨,有助于俄罗斯获取经济振兴所需资金,并进一步提升俄罗斯彼时在国际石油战略格局中的话语权。^[31] 另一方面,尤科斯公司 CEO 霍多尔科夫斯基和其他股东长期资助俄政府的反对派,且多次公开指责俄政府的政策,与部分反对派议员交往甚密,政治声誉日隆,甚至有可能在 2008 年竞选总统,从而对俄罗斯政府造成了威胁。^[32] 由此,尤科斯公司遭遇了与其他石油公司不同的歧视性待遇。可资佐证的是,自 2004 年开始,俄政府同时对卢克伊尔(Lukoil)、西伯利亚(Sibneft)以及 TNK-BP 三家石油公司在低税率地区贸易公司的销售行为启动了税务调查,但最终政府与这三家石油巨头达成了和解,后者在缴纳高额罚款后可继续正常经营。^[33] 进而言之,“尤科斯诉俄罗斯案”凸显了“一带一路”国家投资风险的两个特点。

一是政治经济环境的改变极易导致投资政策导向发生变化。普京总统在 2000 年开始其第一个任期后,国家政策发生重大转折。他致力于打击因 20 世纪 90 年代初大规模私有化而产生的寡头集团,以防止他们向政治领域渗透、制裁经济犯罪和掌握国家经济命脉,确保国家政治与经济的稳定。^[34] 俄罗斯政治与经济政策的重大改变无疑是政府对尤科斯采取“间接征收”的重要原因。有研究显示,“一带一路”国家的政治风险经常来源于投资合同签署后东道国政治和社会经济环境的改变。^[35] 例如,2011 年缅甸政府因政府更迭及中央与地方政府之间政治斗争而单方面停止密松水电项目,迄今未见重启的迹象。^[36] 又如,蒙古国投资政策的连续性较差,每届新政府成员上任都要对上届政府未实施的决议进行重新审查。^[37] 中国企业对蒙投资经常要面对政府换届所带来的不利影响,目前至少有 30% 的中资企业因此在蒙古国市场遭遇失败。^[38] 另外,印度的政府决策反复多变、延宕日久是其民主体制最大的特点之一,新政府经常撤销旧政府与投资者签订的投资合同。^[39]

二是政府执法的对象选择以及程序有一定的随意性与歧视性,法治水平参差不齐。俄罗斯政府启动针对尤科斯公司的强制执行程序后,要求其在 5 日内履行高达 100 亿美元的债务,而通常情况下政府会给予债务人至少 3 个月的履行期。尤科斯公司还曾请求法院暂停强制执行程序或许可其分期付款,因其没有足够现金来补交税款和缴纳罚金,也难以寻求第三方的融资,且强制执行可能直接导致其破产。但上述合理请求均被法院驳

[31] 参见冯玉军:《尤科斯事件的多维透视》,《国际石油经济》2004 年第 9 期,第 5-7 页。

[32] Andrew Newcombe, Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation: An Introduction to the Agora, 30 ICSID Review 283, 284 (2015).

[33] Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia, Application No. 11082/06 and 13772/05, Judgment, 25 July 2013, paras. 8-19.

[34] 参见张颖:《普京向俄罗斯寡头出重手》,《中华工商时报》2003 年 11 月 13 日第 5 版。

[35] 参见陈文主编:《“一带一路”下中国企业走出去的法律保障》,法律出版社 2015 年版,第 272 页。

[36] 参见国家开发银行编著:《“一带一路”国家法律风险报告(上)》,法律出版社 2016 年版,第 6 页。

[37] 参见编委会主编:《一带一路沿线国家法律风险防范指引(蒙古国)》,经济科学出版社 2016 年版,第 55-57 页。

[38] 参见王玉柱:《蒙古国参与“一带一路”的动因、实施路径及存在问题》,《国际关系研究》2016 年第 4 期,第 73 页。

[39] 参见梅新育:《在印度直接投资的风险分析》,《国际经济合作》2014 年第 5 期,第 68 页。

回。当前,“一带一路”部分国家的行政执法程序十分复杂与随意,有时会基于政治利益与国家安全的需要,有选择性地对某些外国投资者进行执法。^[40] 例如,乌克兰政府经常通过国有化政敌资产的方式来打击反对派。^[41] 根据世界银行 2016 年营商环境指南提供的数据,印尼的合同执行率在全球 189 个国家中排名 170,远低于东亚及亚洲地区的平均水平。此外,印尼部分地方政府的腐败程度和自治权限均较高,执法标准经常前后矛盾,中国企业面临高度多变的投资环境。^[42]

据统计,1990 年至 2014 年间,捷克、波兰、俄罗斯、乌克兰、印度、哈萨克斯坦等 10 个“一带一路”国家被诉的案件数量均超过 10 起,在所有国际投资仲裁的被告方中位居前列。^[43] 对于这一投资高风险区域,中国投资者应及时关注东道国投资环境的变化,包括执政党、国内法以及所缔结的投资条约的改变,并准确预判可能发生的政治风险。例如,印度政府于 2015 年 12 月发布了新的 BIT 范本,新范本预示着印度外资立法与政策的重大转折以及对国际通行的投资保护标准的背离。目前印度已经向 47 个国家发出终止现有 BIT 的通知并要求与后者按照新范本重新签订投资条约。^[44] 新范本在以下方面作了重大修正:收紧了适格投资者的认定标准,要求投资者在东道国有真实和实质性的经济活动,例如有权任命东道国企业的董事会成员或其高级管理人员,且东道国企业的外国控股公司和小股东不再受到条约保护;适格投资的定义不再以“财产”为基础,而是以“企业”为表现形式,要求投资者在东道国设立法律实体,且对东道国经济有重大贡献;删除最惠国待遇条款与保护伞条款;为投资仲裁程序设置更加苛刻的前置条件和程序要求。^[45] 印度出台新范本的根本目的是通过调整 BIT 的结构与内容来构建投资者保护与东道国管制权之间的更佳平衡,并试图避免印度政府在今后的国际投资仲裁案中遭遇不利结果。^[46] 从上述各种严苛的实体标准和冗长复杂的法律救济程序来看,这种“再平衡”实质上就是单方面强化东道国的主权权力、强迫外国投资者使用印度国内拖沓低效的行政和司法程序,并削弱国际仲裁机制对东道国管制行为的审查权。上述明显偏向东道国利益的条款与中国促进和保护海外投资的“一带一路”倡议以及 2006 年中国—印度 BIT 形成强烈冲突,并很可能导致中印 BIT 终止,^[47] 故值得中国投资者警醒并提前

[40] 参见李玉璧、王兰:《“一带一路”建设中的法律风险识别及应对策略》,《国家行政学院学报》2017 年第 2 期,第 78 页。

[41] 参见国家开发银行编著:《“一带一路”国家法律风险报告》(上),法律出版社 2016 年版,第 6 页。

[42] 参见杨超:《印尼经济特区:中企投资的机遇和风险》,《国际经济合作》2016 年第 12 期,第 46-47 页。

[43] Rachel L. Wellhausen, Recent Trends in Investor-State Dispute Settlement, 7 *Journal of International Dispute Settlement* 117, 126 (2016).

[44] Grant Hanessian and Kabir Duggal, The 2015 Indian Model BIT: Is This Change the World Wishes to See?, 32 *ICSID Review* 216, 217 (2017).

[45] Model Text for the Indian Bilateral Investment Treaty, https://static.mygov.in/rest/s3fs-public/mygov_15047003859017401.pdf, 最近访问时间[2017-12-27]。

[46] Harisankar K. Sathyapalan, Indian judiciary and international arbitration: BIT of a control?, 33 *Arbitration International* 503, 515 (2017).

[47] 目前商务部条约司官方网站仍将 2006 年中国—印度 BIT 标注为生效状态,但已不再展示条约全文。参见“我国对外签订双边投资协定一览表”,<http://tfs.mofcom.gov.cn/article/NoCategory/201111/20111107819474.shtml>, 最近访问时间[2017-12-27]。

采取应对策略。

(二) 重视和化解中国 BIT 下的“管辖权风险”

以投资条约为基础建立的国际仲裁庭是否有权审理某一争端,取决于其是否同时拥有属事管辖权、属人管辖权和属时管辖权。^[48] 申言之,属事管辖权是指该争端属于投资条约的适用范围,包括争端属于投资条约项下可仲裁处理的对象、争端所涉投资属于适格投资等;属人管辖权是指争端双方符合投资条约项下适格当事人的条件;属时管辖权是指争端发生在投资条约已经生效且投资者已经完成投资行为后。任何一个条件的缺失都可导致仲裁庭无管辖权。

海牙常设仲裁院和斯德哥尔摩商事仲裁院临时仲裁庭的多个裁决被仲裁地法院以仲裁庭无管辖权为由而撤销,而且斯德哥尔摩商事仲裁院仲裁庭所审理的争端还涉及 1990 年西班牙—苏联 BIT 项下“关于征收补偿额的争议”之解释,而中国“第一代 BIT”也有大量类似条款。这就促使我们关注中国企业在 BIT 项下的管辖权风险。申言之,基于中国 BIT 部分条款的特点,仲裁庭至少有一定理由作出无管辖权的裁定并驳回投资者的仲裁请求,导致案件尚未进入实体审理阶段就被终止。

目前涉华投资争端解决实践已经给我们呈现了两个管辖权风险:一是中国与同一个国家签订的新旧 BIT 之间未做好衔接工作,或者说新约的过渡条款过于模糊,导致在新约生效前已经发生、尚未依据旧约启动仲裁程序的争端不能获得新约项下的可仲裁性,出现了新旧 BIT 之间的“仲裁空白”,导致仲裁庭以缺乏属时管辖权为由驳回投资者的诉求;二是中国于 20 世纪 80-90 年代中期签订的大量 BIT 在文本上将国际仲裁的受案范围限于“有关征收补偿额的争议”,就其字面意思而言,排除了仲裁庭对征收是否存在等其他事项的管辖权。一旦中国投资者未经东道国的国内司法程序就直接将东道国管制行为指控为征收并诉至国际仲裁,仲裁庭就可能以约文解释为由裁定其缺乏属事管辖权。以上两个管辖权风险事实上亦有关联之处,因为后一风险可能是导致前一风险的原因之一。例如,在“中国平安诉比利时案”中,尽管争端发生于 2009 年中国—比利时 BIT 生效之前,但申请人仍然选择该 BIT 作为仲裁庭有管辖权的依据,原因之一就是本案首要的争议是比利时政府对富通集团的干预行为是否构成征收,而 1986 年中国—比利时 BIT 规定的可仲裁的事项却仅限于“有关征收补偿额的争议”。因此,尽管面临属时管辖权缺失的风险,申请人仍然选择以 2009 年 BIT 为为由主张国际投资争端解决中心仲裁庭有管辖权,同时以 1986 年 BIT 为为由提起了赔偿要求。

对于上述第一种“管辖权风险”,即新旧两个 BIT 之间的“仲裁空白”,中国投资者可先行向东道国法院提起诉讼,待新约生效后再将东道国的管制行为以及法院的判决一并诉至国际仲裁机构,以便创造新约生效后发生的一个“新争端”,满足仲裁庭之属时管辖权的要求;且此争端在诉因上有别于之前向东道国法院提出的案件,故不受“岔路口条

[48] Tania Voon, Andrew Mitchell and James Munro, Legal Responses to Corporate Manoeuvring in International Investment Arbitration, *Journal of International Dispute Settlement*, 2014, No. 5, p. 44.

款”和“既判力原则”的约束。^[49]对于第二种“管辖权风险”，投资者则可考虑向投资仲裁之外的国际司法机构如欧洲人权法院寻求救济，或通过国籍策划来转变“身份”，以寻求比中国 BIT 更有利的投资条约的保护。

(三) 必要时向欧洲人权法院寻求法律救济

《欧洲人权公约》的《第一议定书》第 1 条将财产权也规定为基本人权之一。尤科斯公司及其两名股东均向欧洲人权法院指控俄政府与法院的行为侵害了其在《第一议定书》第 1 条项下权利并获得了法庭的支持。目前，《第一议定书》的批准国为 47 个，其中“一带一路”国家有 22 个。^[50]这些国家被判决违反《第一议定书》第 1 条的案件并不罕见。^[51]对于中资企业来说，如果因中国部分 BIT 的条款而面临仲裁庭“管辖权缺失”的风险，那么可以考虑援引《欧洲人权公约》第 34 条^[52]和《第一议定书》第 1 条向欧洲人权法院提起诉讼。不过，中资企业选择欧洲人权法院作为投资争端解决的场所有利有弊，尚需进行谨慎评估。

有利之处首先在于，可以借此规避因中国部分 BIT 对受害范围规定狭窄而引发的仲裁庭“管辖权缺失”。其次，中资企业的身份（国籍）不会成为案件受理的障碍，因为根据《欧洲人权公约》第 34 条的规定，申诉人无须为欧洲理事会成员国的国民。^[53]再次，为了充分保障《欧洲人权公约》下的基本人权，欧洲人权法院对于案件的属人管辖权持比较宽松的态度，即使申诉人在案件审理过程中被东道国政府注销也仍然享有诉讼资格。例如，在“尤科斯诉俄罗斯案”的管辖权审理阶段，被申请人曾辩称，申请人已经于 2007 年 11 月被解散和注销，故法院缺乏属人管辖权。但法庭认为，尤科斯公司于 2004 年 4 月提出指控时尚未启动清算程序，《欧洲人权公约》第 34 条项下的“违法行为的受害者”标准不能采用机械、僵硬和不灵活的方式来适用，否则不仅将损害个人所享有的权利，还将鼓励政府剥夺个人在具有法律人格时提出申诉的权利。由此，法庭驳回了被申请人的异议。^[54]在“Capital Bank AD 诉保加利亚案”和“Karner 诉奥地利案”等案件中，欧洲人权法院也持

[49] “既判力原则”（*res judicata*）是指有合法管辖权的法院就案件作出终局判决后，在原当事人间不得就同一事项、同一诉讼标的、同一请求再次提起诉讼。该原则的适用需要具备当事人、诉因以及诉求三要素的一致性。参见薛波主编：《元照英美法词典》，潘汉典总审订，法律出版社 2003 年版，第 1189 页；傅攀峰：《国际投资仲裁中既判力原则的适用标准——从形式主义走向实质主义》，《比较法研究》2016 年第 4 期，第 146 - 147 页；Chiara Giorgetti, *Horizontal and Vertical Relationship of International Courts and Tribunals – How Do We Address Their Competing Jurisdiction?* 30 *ICSID Review* 100, 105 (2015)。

[50] ECHR, *Simplified Charter of Signatures and Ratifications*, <https://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/chartSignature/3>，最近访问时间[2017-12-20]。

[51] 欧洲人权法院自 1959 年成立至 2016 年，共发布了 19570 项判决。其中，被判决违反《第一议定书》第 1 条的案件共有 3098 起，占有所有案件的 11.93%。在这些案件中，“一带一路”国家的占比位居前列。其中，土耳其位居第一（21.07%），俄罗斯第二（17.68%），罗马尼亚第三（15.04%），乌克兰第四（10.91%），摩尔多瓦第五（3.42%）。参见 ECHR, *Violation by Article and by States (1959-2016)*, http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2016_ENG.pdf，最近访问时间[2017-12-20]。

[52] 《欧洲人权公约》第 34 条规定，欧洲人权法院可受理任何个人、非政府组织或个人团体指控缔约国违反其在公约或议定书中的权利。缔约方承诺不为这些权利的实施设置任何障碍。

[53] 参见王志华：《俄罗斯与欧洲人权法院二十年：人权与主权的博弈》，《中外法学》2016 年第 6 期，第 1562 页。

[54] *AO Neftyanaya Kompaniya YUKOS v. Russia*, ECHR Application No. 14902/04, *Decision on Admissibility*, 29 January 2009, paras. 439 - 443.

相同观点。^[55]

不利之处则在于,相对于国际投资仲裁的“投资友好”倾向,^[56]欧洲人权法院并不会关注投资者的全部财产损失,也不会作出东道国有征收行为的认定,《欧洲人权公约》也不可能像投资条约那样规定东道国必须为其征收行为给予“充分、及时与有效的补偿”。而这会影响到最终投资者能获得的赔偿金额。与海牙常设仲裁院、斯德哥尔摩商事仲裁院等仲裁庭相比,欧洲人权法院给予被申请人更多的尊重和司法克制。欧洲人权法院更多关注成员国干预行为的程序,集中于审查成员国行使其主权利力的过程是否符合《欧洲人权公约》的要求。例如,在“尤科斯诉俄罗斯案”中,法庭多次声称其不会审查缔约国的国内法本身,关键看缔约国的干预行为是否与其国内法相一致以及国内法的解释与适用是否与《欧洲人权公约》的原则相一致。对于俄罗斯征收行为的“核心环节”(拍卖尤科斯公司的财产),法庭并未予以审查而只是指出俄罗斯政府作出拍卖决定过于仓促、向申请人收取的执行费过于高昂、没有考虑其他可履行尤科斯公司债务并使其免于破产的替代措施,并裁定被申请人的行为与目的之间不成比例。这也充分体现了欧洲人权法院的“补充性角色”,因为它在监督缔约国履行公约义务时十分注重维护缔约国的主权以及政治、法律的多样性,并承认缔约国法律有权自主决定实施公约的具体方式。^[57]此外,尽管法庭判处了欧洲人权法院历史上最大金额的赔偿(约19亿欧元),但仍远低于海牙常设仲裁院和斯德哥尔摩商事仲裁院仲裁庭基于相同事实作出的裁决结果。原因在于,海牙常设仲裁院和斯德哥尔摩商事仲裁院仲裁庭依据国际投资条约认定俄罗斯实施了征收行为,并按照财产被征收时的实际价值来判处赔偿责任;而欧洲人权法院只判决俄罗斯的特定行为(罚金与强制执行程序)不成比例地干预了申请人在《第一议定书》第1条项下的权利,对于申请人财产被查封并拍卖的实际损失不予置理。^[58]最终,欧洲人权法院只要求俄罗斯赔偿申请人之前支出的罚金和执行费,而不是因为俄罗斯的行为而导致的全部财产损失。^[59]究其根本,欧洲人权法院在保护财产权时注重维护私人利益与政府管制权之间的平衡,^[60]从而与仲裁庭的“投资者偏好”有较大差别。前者承认成员国在管理私人财产方面拥有广泛的自主权,法庭的权力是审查成员国对该自主权的行使过程是否违反《欧洲人权公约》;后者则依据投资条约或协议来审查东道国的行为是否“违约”,很少

[55] *Capital Bank AD v. Bulgaria*, ECHR Application No. 49429/99, Judgment, 24 November 2005, paras. 74 – 80. *Karner v. Austria*, ECHR Application No. 40016/98, Judgment, 24 July 2003?, para. 25.

[56] 不少学者认为,国际投资仲裁有偏袒外国投资者的倾向。这主要是因为国际投资仲裁机制自产生之日起,就是以保护投资者为基本价值取向。它将因东道国公法行为而产生的投资争端进行私法化,并用私法审查标准来处理此类争端。东道国一有违反投资条约之行为,即被判承担赔偿责任,仲裁庭很少给予适当的尊重与司法克制。参见徐崇利:《晚近国际投资争端解决实践之评判:“全球治理”理论的引入》,《比较法研究》2010年第3期,第143–145页;王燕:《国际投资仲裁机制改革的美欧制度之争》,《环球法律评论》2017年第2期,第185–186页;朱明新著:《国际投资争端赔偿的法律问题研究》,中国政法大学出版社2015年版,第200–202页。

[57] 参见范继增:《欧洲人权法院适用比例原则的功能与逻辑》,《欧洲研究》2015年第5期,第102–103页。

[58] Conor McCarthy, *The Problems of Fragmentation and Diversification in the Resolution of Complex International Claims*, 17 *The Journal of World Investment & Trade* 140, 146 (2016).

[59] Eric De Brabandere, *Complementarity or Conflict? Contrasting the Yukos Case before the European Court of Human Rights and Investment Tribunals*, 30 *ICSID Review* 345, 352 (2015).

[60] 参见蔡从燕、李尊然著:《国际投资法上的间接征收问题》,法律出版社2015年版,第163–164页。

关注该行为的公益目的或公法属性。

(四) 适时做好法人投资者的国籍策划

投资者拥有适格的国籍是仲裁庭行使管辖权的条件之一,这决定了谁有资格提起一项仲裁请求。在海牙常设仲裁院仲裁庭审理的争端中,俄罗斯曾主张申请人 Yukos Universal Limited 并非《能源宪章条约》意义上的适格投资者,因为它只是设在英国马恩岛的空壳公司,实际控制人是居住在以色列(非《能源宪章条约》缔约国)的若干石油寡头。但仲裁庭强调只要是依据《能源宪章条约》成员国的国内法注册成立的公司就具有适格当事人的资格,并驳回了此项异议。^[61] 国际投资条约通常适用以下标准来判断法人投资者是否具有缔约一方(母国)的国籍:公司依据其母国的法律而注册成立(注册地标准);公司的住所地、实际管理地或主要营业地位于母国(住所地或实际营业地标准);公司受母国国民控制(实际控制标准)。投资条约有时会采用上述一种标准,有时也会并用其中两种标准。^[62] 例如,波兰和英国缔结的 BIT 将法人投资者界定为依据缔约一方现行有效法律而成立的公司或其他实体,而伊朗和瑞士的 BIT 不仅要求投资者须按照缔约一方法律政策成立,还要求其在该缔约方有营业场所并进行实际经营活动。^[63] 目前 BIT 以及自由贸易协定(Free Trade Agreement, FTA)投资章节的趋势是通过开放式的定义将“投资者”的涵盖范围尽可能扩大化,而不是限制在一个有关投资者的种类列表中。^[64] 其中,在通常订有利益拒绝条款的情况下,对投资者最为宽松的单一注册地标准在 BIT 与 FTA 中再获青睐。例如,中国曾在以往的 BIT 中强调投资者须符合注册地与住所地双重标准,^[65] 但晚近签订的中国—加拿大 BIT、中—日—韩投资条约、中国—韩国 FTA 和中国—澳大利亚 FTA 均采用单一的注册地标准,将非自然人的投资者界定为依据缔约一方的法律所组建的法人或其他实体,不论其是否以盈利为目的,也不论其是否采用有限责任制。此外,单一注册地标准也为《能源宪章条约》、德国 2008 年 BIT 范本、美国 2012 年 BIT 范本和加拿大 2014 年 BIT 范本所采用。

目前公认的规则是,一个谨慎的投资者可以在进行投资时对法人结构(国籍)进行专门设计,以便使自己在多样化的投资协定下获得最大的保护;相应地,这也增加了其在国际机构提出诉求的机会。^[66] 因此,中国投资者可以考虑选择在与“一带一路”国家签订有数量庞大且内容宽松的 BIT 的第三国设立关联公司,然后再以关联公司的名义向“一带一路”国家进行投资,以寻求更优 BIT 的保护。例如,目前荷兰是全球范围内签订

[61] *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, PCA Case No. 227, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, paras. 420 – 425.

[62] Mark Feldman, Setting Limits on Corporate Nationality Planning in Investment Treaty Arbitration, 27 *ICSID Review* 281, 282 (2012).

[63] 参见[德]鲁道夫·多尔施、[奥]克里斯托弗·朔伊尔主编:《国际投资法原则》(第二版),祁欢、施进译,中国政法大学出版社 2014 年版,第 47 – 51 页。

[64] 参见[尼泊尔]苏里亚·P. 苏迪贝著:《国际投资法:政策与原则的协调》(第二版),张磊译,法律出版社 2015 年版,第 55 页。

[65] 参见 2003 年中国—德国 BIT 第 2 条、2004 年中国—芬兰 BIT 第 2 条、2005 年中国—葡萄牙 BIT 第 2 条、2009 年中国—瑞士 BIT 第 1 条。

[66] Emmanuel Gaillard, Abuse of Process in International Arbitration, 29 *ICSID Review* 627, 632 (2014).

BIT 数量最多的发达经济体之一,^[67]且这些 BIT 对于投资者的国籍认定十分宽松,荷兰国内法对于公司注册的要求也十分简单,从而吸引了大量外国企业到荷兰注册公司以获得荷兰 BIT 项下实体权利的保护并有权提起投资仲裁。^[68]荷兰与“一带一路”国家签订的 BIT 大多只规定了投资者国籍的注册地标准与实际控制标准,同时允许投资者将其与东道国的所有投资争端诉至国际投资争端解决中心,且这些 BIT 均无“利益拒绝条款”。^[69]新加坡与“一带一路”国家签订的 BIT 也具有此种特点,故也可作为关联公司的设立地。

中国企业的国籍策划还需注意时间要求,因为若国籍策划时间过晚,则有可能被仲裁庭认定为权利滥用或缺乏管辖权而驳回仲裁请求。一般而言,至少应在争端发生前或政府实施干预行为之前完成在第三国的公司注册或将资产转让给第三国公司,完成投资者的国籍转换。关于争端开始的时间,有些仲裁庭以投资者向东道国发出争端通知的时间为准,有些仲裁庭以投资者提出仲裁请求的时间为准,有些甚至以被指控的政府管制行为的实施时间为准。^[70]此外,如果在资产重组时政府的干预行为尚未正式实施但是争端已经可以合理预见,这种情况下仲裁庭也可能会驳回申诉。可预见性取决于争端何时开始,且资产重组与嗣后争端之间的关系越密切,两者间隔的时间越短,则争端的可预见程度就越高。^[71]关于合法的国籍策划与滥用程序的区分,关键是要看什么时候可以合理预见一项争端有高度的可能性即将发生,而不仅仅是一项可能的冲突。^[72]

(五) 避免利益拒绝条款的适用

利益拒绝条款也是投资仲裁案的被申请人主张驳回投资者诉求的理由之一。该条款是指投资条约的缔约一方保留在特定情况下拒绝给予缔约另一方的投资者在条约项下的部分或全部实体性权利,从而导致仲裁庭无管辖权,尽管从表面上看该投资者是缔约另一方的国民。投资条约中的利益拒绝条款通常与投资者国籍的单一注册地标准相结合,^[73]成为缔约方阻止非缔约方的企业通过在缔约一方设立所谓“空壳公司”或“邮箱公司”来获得 BIT 保护的重要手段。另外,利益拒绝条款也有助于协调缔约方对于没有开展实质性商业活动的“空壳公司”的国籍认定标准。采用单一注册地标准的中国—加拿大 BIT、

[67] 截至 2017 年 12 月,荷兰尚在生效的 BIT 共有 90 个,其缔约数量在发达经济体中仅次于德国(96 个)。BITs of Netherlands, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/148#iiaInnerMenu>, 最近访问时间[2017-12-27]。

[68] 参见黄世席:《国际投资仲裁中的挑选条约问题》,《法学》2014 年第 1 期,第 71-72 页。

[69] 参见 1985 年也门—荷兰 BIT、1994 年越南—荷兰 BIT、1995 年蒙古国—荷兰 BIT、1998 年克罗地亚—荷兰 BIT、1999 年保加利亚—荷兰 BIT、2002 年哈萨克斯坦—荷兰 BIT、2003 年老挝—荷兰 BIT、2003 年柬埔寨—荷兰 BIT、2005 年亚美尼亚—荷兰 BIT。BITs of Netherlands, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/148#iiaInnerMenu>, 最近访问时间[2017-12-27]。

[70] Tania Voon, Andrew Mitchell and James Munro, Legal Responses to Corporate Manoeuvring in International Investment Arbitration, 5 *Journal of International Dispute Settlement* 41, 48 (2014).

[71] Tania Voon, Andrew Mitchell and James Munro, Legal Responses to Corporate Manoeuvring in International Investment Arbitration, 5 *Journal of International Dispute Settlement* 41, 47 (2014).

[72] *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections, 1 June 2012, paras. 2.77-2.85, paras 3.31-3.44.

[73] Mark Feldman, Setting Limits on Corporate Nationality Planning in Investment Treaty Arbitration, 27 *ICSID Review* 281, 284 (2012).

中一日一韩投资条约均规定了利益拒绝条款,《能源宪章条约》、美国 2012 年 BIT 范本和加拿大 2014 年 BIT 范本也有此内容。利益拒绝条款的适用应具备以下条件:投资者由缔约一方的国民或非缔约方的国民控制或拥有,或由无外交关系的第三方控制或拥有,且在缔约另一方境内无实质性商业活动或与缔约另一方无实质性经济联系。^[74] 因此,投资仲裁案件的被申请人通常会提出的抗辩是投资者为非缔约国的企业所拥有或控制,且在缔约另一方(即所谓的投资者母国)境内并无实质性经济活动。考虑到跨国公司多层股权结构的复杂性,有时申请人的实际控制人或所有者难以确定,故各方争议的焦点往往集中于申请人是否在缔约一方从事了“实质性商业活动”。

在“Pac Rim 诉萨尔瓦多共和国案”中,被申请人辩称,依据《中美洲自由贸易协定》的利益拒绝条款,缔约方可拒绝授予申请人该协定项下的所有利益。仲裁庭认为,申请人为非缔约方加拿大的企业所拥有,且在美国并无实质性商业活动,其在美国没有雇员、办公场所、董事会、有形财产和银行账户,也没有向政府纳税和从事任何采矿业务;以上情况满足了利益拒绝条款的适用条件。仲裁庭由此驳回了申请人的诉求。^[75] 在“AMTO 诉乌克兰案”中,被申请人声称,尽管申请人是一家成立于拉脱维亚(《能源宪章条约》缔约方)的公司,但申请人并未证明其未受非缔约方的控制或拥有。仲裁庭查明,申请人主要在乌克兰、芬兰、美国等多个国家从事金融投资业务,其在拉脱维亚拥有办公室和多个银行账户,并向政府缴纳居民所得税与增值税,还为其两个雇员支付社会保险金。因此,申请人通过其在拉脱维亚的场所实施了投资活动,并雇佣了少量却固定的员工;申请人营业活动的规模并非判断实质性商业活动的必要条件。仲裁庭由此主张自己并无必要再审查申请人是否为非缔约方的国民所控制或拥有,并驳回了被申请人的异议。^[76]

除上述实体判断标准外,仲裁庭还对被申请人援引利益拒绝条款提出了程序上的要求:利益拒绝并非自动适用的权利,被申请人必须采取积极的行动且应在申请人在东道国实施投资或争端发生前就通知投资者该权利,^[77] 且利益拒绝主张不具有溯及既往的效力,只对通知之日起的投资行为有拘束力。^[78] 但也有仲裁庭主张,利益拒绝条款的援引最晚可不迟于被申请人提出管辖权异议的阶段,且可以溯及既往地产生效力。^[79] 以上裁决意见的差异主要源自涉案的投资条约文本以及仲裁庭的条约解释方法的不同。^[80]

对于中国企业而言,要避免利益拒绝条款的适用,关键是要满足在投资条约的缔约一

[74] 参见漆彤:《论国际投资协定中的利益拒绝条款》,《政治与法律》2012 年第 9 期,第 98 - 99 页;贾怀远:《对外投资中的利益拒绝原则》,《国际经济合作》2017 年第 1 期,第 80 - 81 页。

[75] *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections, 1 June 2012, paras. 4. 60 - 4. 92.

[76] *Limited Liability Company AMTO v. Ukraine*, SCC, Case No. 080/2005, Final Award, 26 March 2008, paras. 59 - 70.

[77] *Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group SA and Terra Raf Trans Trading Ltd v. Kazakhstan*, SCC, Case No 116/2010, Award, 19 December 2013, para. 745.

[78] *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, PCA Case No. 227, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, paras. 457 - 458.

[79] *Ulysseas, Inc v. The Republic of Ecuador*, UNCITRAL, Interim Award, 28 September 2010, para. 172 - 174.

[80] Lindsay Gastrelland Paul-Jean Le Cannu, Procedural Requirements of “Denial-of-Benefits” Clauses in Investment Treaties: A Review of Arbitral Decisions, 30 *ICSID Review* 78, 80 (2015).

方有实质性商业活动这一实体性要求。基于此,中国企业可在第三国设立以进行跨国投资为目的的关联公司,同时应具备办公场所、雇员、纳税记录、董事会会议记录等条件,将抽象的“实质性商业活动”具体化和证据化,以便获得仲裁庭的支持。^[81]

五 结 语

“尤科斯诉俄罗斯案”充分表明,投资者可以利用不同国际条约所授予的权利来起诉东道国的不当管制行为。针对俄罗斯税务部门与司法机构的干预与强制行为,尤科斯公司及其股东分别援引《欧洲人权公约》的《第一议定书》、《能源宪章条约》、1990年西班牙—苏联 BIT,在欧洲人权法院、海牙常设仲裁院和斯德哥尔摩商事仲裁院仲裁庭等机构相继起诉俄罗斯。该案不仅涉及东道国行政机构与司法部门对尤科斯公司的税务稽查、强征税款与强制破产等措施,还涉及东道国对尤科斯公司自然人股东的刑事指控和强制措施。此类投资风险在“一带一路”国家具有一定代表性。同时,该案也为中国企业应对其与“一带一路”国家之间的投资争端提供了重要思路,特别是提醒投资者在中国部分 BIT 项下所面临的仲裁庭“管辖权缺失”的风险。

鉴于“一带一路”国家政治风险多发、法治水平不一、执法程序不尽人意等特点,同时考虑到中国与部分“一带一路”国家签订的 BIT 严格限制了可仲裁事项的范围,中国企业应在现有的投资保护法律体系内,汲取以往涉华投资仲裁案件的教训,重视中国 BIT 项下的“管辖权风险”,必要时向欧洲人权法院寻求法律救济,适时进行国籍筹划,并采取措施避免投资条约中利益拒绝条款的适用。

诚然,晚近以来,部分仲裁庭开始在投资条约文本之外,依据善意与禁止权利滥用等一般法律原则来判定投资者的仲裁资格,以阻止投资者采取不正当的“条约挑选行为”,维护仲裁程序的完整性,“确保当事人之间善意和公平地进行仲裁”。^[82]一旦认定申请人与其关联方(如母公司或子公司或家庭成员)之间进行资产重组的主要动机是为了获得投资条约下的申诉权,仲裁庭就会裁决该投资者及其投资不受投资条约的保护。但是,在国际投资条约对于投资以及投资者的定义日益宽泛的背景下,撇开条约的客观标准来区分合法的国籍筹划与滥用诉权并非易事,因为这涉及对投资者主观意志的判断,况且一般法律原则只能作为法律适用的补充手段,而仲裁庭也只在极少数案件中直接适用一般法律原则来驳回投资者的诉求。仲裁庭也承认,仅仅以权利滥用为由来拒绝投资者的仲裁请求只能在极少数情况下才能采用。^[83]更多的情况是,仲裁庭在根据案件事实以及投资条约的文本来评估投资者的行为时会提及善意原则,以进一步印证自己依据客观标准作出的结论。从这个角度来说,善意原则的适用与其他国际投资法律规范的适用之间并无

[81] 参见贾怀远:《对外投资中的利益拒绝原则》,《国际经济合作》2017年第1期,第80-81页。

[82] Tania Voon, Andrew Mitchell and James Munro, Legal Responses to Corporate Manoeuvring in International Investment Arbitration, 5 *Journal of International Dispute Settlement* 41, 64 (2014).

[83] Tania Voon, Andrew Mitchell and James Munro, Legal Responses to Corporate Manoeuvring in International Investment Arbitration, 5 *Journal of International Dispute Settlement* 41, 65 (2014).

实质性区别。^[84] 因此,该原则并不会对中国投资者通过合法手段来寻求多元化法律救济构成明显障碍。

总之,对于中国投资者而言,一方面应当努力学习和践行党的十九大报告精神和习近平总书记“一带一路”的重大倡议,秉承“开放合作、互利共赢”的基本原则,积极与沿线国家进行资本、人才、技术等深度合作,为“一带一路”建设进入全面实施阶段和沿线国家的经济社会发展作出自己的贡献;另一方面应当理性审视“一带一路”国家在历史传统、政治体制、法律体系以及执法程序等方面的多样性与复杂性,深入调研沿线国家的主要投资风险,在现有的法律框架下选择适当的投资方式与股权结构,并切实把握不同的争端解决机制的特点,为可能发生的投资纠纷预先确立合理的维权策略与路径。

[**Abstract**] The case of *Yokus v. Russia* consisted of a series of disputes submitted to the European Court of Human Rights, the Permanent Court of Arbitration in Hague and Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, respectively. This case originated from the tax assessment, burdensome taxation, extravagant fines, property preservation and compulsory insolvency imposed by the Government of Russia against *Yokus Company*. The European Court of Human Rights ruled in favor of *Yokus Company* on the ground that the measures taken by the Government of Russia constituted wrongful interference in the property right of the claimant. However, Hague District Court and Stockholm District Court of Appeal dismissed the decisions in merits of tribunals of Permanent Court of Arbitration and Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, respectively, ruling that the tribunals had no jurisdictions over those cases. The case of *Yokus v. Russia* has not only revealed the common political risks in “Belt and Road” countries and feasible ways for investors to seek multiple legal remedies, but also verified the importance of jurisdiction in international investment arbitration. Based on the experiences of the claimant in this case and considering the characters of investment risks in Belt and Road countries, Chinese investors should pay special attention to the “jurisdiction risks” under certain BITs, pursue the legal remedies by resorting to European Court of Human Rights if necessary, conduct timely nationality planning, and take appropriate measures to avoid the application of the “Denial-of-Benefits” clause.

(责任编辑:廖 凡)

[84] Eric De Brabandere, “Good Faith”, “Abuse of Process” and the Initiation of Investment Treaty Claims, 3 *Journal of International Dispute Settlement* 609, 636 (2012).