

2017年7月13日

## 环球法律专递

### GLO Legal Updates



#### 海外投资须重视“国籍筹划”——中企诉蒙古国政府败诉的警示

作者：任清

据悉，中国投资者起诉外国政府的第一起案件——黑龙江国际经济技术合作公司等方于2010年针对蒙古国政府提起的国际仲裁案已于近日结案。仲裁庭裁定，鉴于蒙古政府仅同意将“涉及征收补偿款额的争议”提交仲裁，仲裁庭对本案无管辖权，驳回中国投资者的全部仲裁请求。【1】

该案所反映的是一个共性问题，关系到中国企业对约70个国家的投资的有效保护，其影响不应小视。该案的不利结果再次警示“走出去”的广大中国企业，在海外投资时应当着眼于投资保护，进行“国籍筹划”。

#### 一、案情简介

2010年1月，黑龙江国际经济技术合作有限公司、北京首钢矿业投资有限公司、秦皇岛秦龙国际实业有限公司等三家中国企业（以上三家企业名称均为音译，下称“申请人”），就其与蒙古国政府的矿业投资争端，请求依照《联合国贸易法委员会仲裁规则》设立临时仲裁庭。申请人认为，蒙古政府撤销其矿业许可证的行为违反了1991年签订的中蒙双边投资保护协定（中蒙BIT）和蒙古国的有关外资法律。

2015年末，以国际法院法官 Peter Tomka 为首席的三人仲裁庭在荷兰海牙开庭审理了本案。2017年6月底，仲裁庭作出裁决，一致裁定对本案无管辖权。

仲裁庭的理由是，中蒙BIT仅允许将“涉及征收补偿款额的争议”提交仲裁，因此关于东道国是否实施了非法征收的争议只能由东道国国内法院审理。

## 二、法律分析

### （一）问题的产生：东道国同意将哪些争议提交仲裁？

如同商事仲裁需要双方当事人均同意将争议提交仲裁一样，外国投资者将东道国诉诸国际仲裁的前提条件是东道国同意通过仲裁来解决争议。东道国对仲裁表示同意的形式主要有三种：国际投资条约（包括 BIT，含有投资保护条款的自由贸易协定（FTA），以及《能源宪章条约》（ECT）等区域性条约），关于具体投资项目的投资协议，东道国法律。而 BIT 是其中最主要的形式。

中国现行有效的 BIT 约有 110 个，其中约 70 个是上世纪八十、九十年代签订的所谓“第一代”BIT，其特点之一是将缔约双方同意仲裁的范围规定为“涉及征收补偿款额的争议”（英文为“a dispute involving the amount of compensation for expropriation”）【2】。后来缔结的 BIT 则将同意仲裁的范围规定为与投资有关的“任何争议”（约 35 个），或者规定为因东道国涉嫌违反该 BIT（或 BIT 某些条款）而产生的争议（约 5 个）。

本案所涉的中蒙 BIT 就属于“第一代”BIT，其第 8 条前三款具有很大代表性，抄录如下：

一、缔约国一方的投资者与缔约国另一方之间就在缔约国另一方领土内的投资产生的争议应尽量由当事方友好协商解决。

二、如争议在六个月内未能协商解决，当事任何一方有权将争议提交接受投资的缔约国一方有管辖权的法院。

三、如涉及征收补偿款额的争议，在诉诸本条第一款的程序后六个月内仍未能解决，可应任何一方的要求，将争议提交专设仲裁庭。如有关的投资者诉诸了本条第二款所规定的程序，本款规定不应适用。

简言之，所有投资争议均可以诉至东道国的法院，但仅有“涉及征收补偿款额的争议”可以提交仲裁，并且以投资者未将争议诉至东道国法院为前提。对于其他争议，蒙古国（以及中国）并未同意提交仲裁解决。

因此，关键问题在于“涉及征收补偿款额的争议”应当怎么解释？是指（1）仅仅涉及征收补偿款额、不涉及其他的争议，还是指（2）其中涉及征收补偿款额但同时也涉及其他问题如征收是否发生及是否合法的争议？

### （二）其他仲裁庭对“涉及征收补偿款额的争议”的解释

中秘（鲁）BIT、中老（挝）BIT、中也（门）BIT也属于“第一代”BIT，缔约双方也只同意将“涉及征收补偿款额的争议”提交仲裁。

对于这一用语，“谢业深诉秘鲁案”【3】、“世能公司诉老挝案”【4】、“北京城建公司诉也门案”【5】的仲裁庭作出了广义解释。三个仲裁庭按照《维也纳条约法公约》规定的条约解释方法，依次从文字、上下文、目的等角度进行分析，最后均认为“涉及征收补偿款额的争议”所指的并不是仅仅涉及征收补偿款的争议，而是也包括征收是否发生及是否BIT规定的条件的争议。

三个仲裁庭最主要的理由来自于上下文，即同一条中的“岔路口条款”。仲裁庭推理说，如果仲裁庭仅能审理补偿额争议，则有关征收本身的争议只能提交东道国法院；而由于“岔路口条款”的存在，投资者一旦将征收争议诉诸法院，将丧失随后将征收补偿额争议诉诸仲裁的机会。因此，仲裁范围应包括征收争议，否则投资者将不享有任何仲裁机会，将使仲裁条款归于无效。

在谢业深案中，秘鲁政府曾向ICSID申请撤销仲裁裁决，但未获得ICSID设立的三人撤销委员会的支持。在世能案中，老挝政府曾向仲裁所在地的新加坡法院申请撤销裁

决，在一审中获得成功，但在二审中失利：新加坡上诉法院支持了仲裁裁决。

经过这三起案件的“一致”裁决，很多人认为，无论谈判人员最初的意图为何，仲裁实践将对“涉及征收补偿款额的争议”进行广义解释，似乎已经板上钉钉。

### （三）本案仲裁庭对“涉及征收补偿款额的争议”的解释

据蒙古政府的代理律师介绍，蒙方在本案中提出了新的论据，向仲裁庭证明，将“涉及征收补偿款额的争议”解释为仅仅涉及征收补偿款额的争议，不会导致中蒙BIT中的仲裁条款无效。蒙方主张，在中国对外缔结“第一代”BIT的时代，中国政府以法令或命令的形式明确宣布（对某些财产）进行征收；在中国政府正式地宣布实施征收后，投资者与中方可能就征收的补偿款额发生争议，对于这类补偿款额争议可以按照BIT的规定提交仲裁。（Arbitration before an arbitral tribunal would be available in cases where an expropriation has been formally proclaimed [by the State] and what is disputed is the amount to be paid by the State to the investor for its expropriated investment）仲裁庭接受了蒙方的主张。

### 三、影响和建议

如前文所述，中蒙 BIT 中的“仲裁范围条款”并非个例，中国早期对外缔结的约 70 个 BIT 采用了几乎完全相同的条款。按照本案的仲裁裁决，当中国企业在这 70 个国家的投资被征收时，除非东道国明确宣布其行为构成征收，中国企业将很难通过国际仲裁向东道国政府索赔。中国企业的海外投资能否得到有效保护，被打上了问号。

#### 【6】

面对这一裁决，中国企业应该怎么办？理论上，可能有以下几种选项，分析如下：

**第一，寄希望于仲裁庭**，即在未来的案件中，说服仲裁庭回归广义解释。虽然投资仲裁的裁决不具有普通法系的“先例”地位、对后来的仲裁庭不具有约束力，但本案裁决在说理上的影响力不应被低估。此外，未来案件中东道国政府还可能提出适用“岔路口条款”应具备的“三重同一性”问题，以国内法院诉讼和国际仲裁在当事人、标的和诉因等三个方面存在差异为由，否认对“涉及征收补偿款额的争议”的狭义解释将导致仲裁条款无效。因此，寄希望于未来的仲裁庭，不确定性太大。而且，即使成功，也只能扩大到与征收有关的争议，无法扩大到与公平公正待遇、战乱损失补偿等有关的争议。

**第二，寄希望于缔约双方政府**，即中国政府迅速与 70 个国家更新 BIT，将同意仲裁的范围扩大到任何投资争议或因东道国违反 BIT 条款而产生的争议。且不说中国政府是否还要考虑中国作为资本输入国也可能被外国投资者提出仲裁请求这一因素，即使中国政府为保护快速增长的海外投资而下定了决心，BIT 的修订也需要缔约双方同意，缔约另一方（尤其是发展中国家）不见得会同意扩大仲裁范围。即使双方均有此意愿，更新 70 份 BIT 也非一朝一夕之功。

**第三，寄希望于最惠国待遇**，即基于中国与东道国 BIT 中的最惠国待遇条款，援引东道国与第三国签订的 BIT 中更优的争议解决条款，从而扩大可以提交仲裁的争议范围。尽管对于最惠国待遇是否适用于争议解决事项存在争议，但主流观点认为，除非另有明确约定，最惠国待遇仅能适用于有关程序性事项（如冷静期），而不能用来扩大仲裁庭的管辖权。因此，这条路也行不通。

《论语》说：“君子求诸己。”我们认为，要解决“第一代”BIT 中的仲裁范围过窄问题，即将、正在或已经在 70 个相关国家投资的

中国企业，应当尽快着手进行投资者“国籍筹划”，以寻求更高水平的投资条约保护。

“国籍筹划”的基本方式是中国企业先在第三国设立子公司，然后通过该子公司向最终目的地进行投资，或者将位于东道国的现有投资转让给位于第三国的关联企业，从而取得第三国投资者的身份，获得第三国与东道国签订的投资条约的保护。需要注意两点：

**第一，尽早开始筹划。**对于新的绿地投资或并购，在设计交易结构和投资路径时，不能仅考虑避税、退出的便捷性等，应当将投资保护作为重要因素予以考虑。对于现有投资，切忌在争议已经发生或者可以合理预见时才变更投资者国籍，“临时抱佛脚”的国籍变更可能被仲裁庭认定为“滥用权利”，导致仲裁请求不可受理。

在较早前的“Banco 公司诉刚果案”【7】、“Phoenix 公司诉捷克案”【8】以及 2015 年底作出裁决的“Philip Morris 公司诉澳大利亚案”【9】中，申请人败诉的主要原因均为变更投资者国籍的时间太晚。以后一案件为例，仲裁庭认为，澳大利亚政府出台烟草平装措施在前，Philip Morris 公司将其在澳大利亚的投资转让给香港子公司在后，该转让的目的是为了取得香港投资者的身份

从而依据香港-澳大利亚 BIT 起诉澳大利亚政府，因此构成“权利滥用”。

**第二，谨慎选择条约。**东道国可能签订或加入了数十个投资条约，中国企业应当从两个方面选择合适的条约，取得该条约另一方国家的投资者身份。一是要选择保护水平高的投资条约。保护水平的高低主要体现在投资待遇（如国民待遇、最惠国待遇、公平公正待遇、征收补偿标准、资本汇进汇出等）和争议解决程序两个方面。理想的情况当然是选择两方面的保护水平均更高的条约。在二者难以兼顾的情况下，可侧重考虑争议解决程序，因为投资的待遇往往适用最惠国待遇条款。

二是要确保本企业能比较容易地符合拟选择条约的投资者定义（如有的条约只要求住所地在缔约一方境内即可，有的条约则要求在缔约一方境内有“实质性经营”），同时该条约不存在“拒绝授予利益”条款或者该条款对本企业不适用。（完）

---

**尾注:**

1. 该案仲裁决定尚未公布，但被申请人蒙古国政府的代理律师就案件结果发布了一份新闻稿，见：<https://www.milbank.com/news/milbank-secures-significant-victory-for-mongolia-over-chinese.html>。
2. 各协定的具体措辞不完全相同，有的规定为“关于（concerning）征收补偿款额”，有的规定为“因征收发生的补偿款额（resulting from）”等。
3. Tza Yap Shum v. Republic of Peru, ICSID Case NO. ARB/07/6, Award, 7 July 2011.
4. Sanum Investments Limited v. Lao People's Democratic Republic, PCA Case No. 2013-13, Award on Jurisdiction, 13 December 2013.
5. Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Republic of Yemen, ICSID Case No. ARB/14/30, Decision on Jurisdiction, 31 May 2017.
6. 本案裁决或将有利于中国政府应对外国投资者的投资请求。因与本文主旨无关，按下不表。
7. 在该案中，加拿大（当时不是 ICSID 公约缔约方）的一家公司将其在刚果的投资转让给在美国的关联公司。鉴于在转让之时争端已经产生且美国公司受让投资后几天内就启动 ICSID 仲裁程序，仲裁庭裁决其对该案无管辖权。

8. 在该案中，捷克投资者在已经与捷克政府发生争端的情况下，为了获得更好的 BIT 保护在以色列成立 Phoenix 公司并将其在捷克的投资转让给 Phoenix 公司，后者很快提起仲裁。裁庭认为，Phoenix 的投资不是为了在捷克从事经济活动而是为了起诉捷克政府这一唯一目的，构成对投资保护制度的滥用。

9. Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, PCA Case No. 2012-12, Award on Jurisdiction and Admissibility, 17 December 2015.

任清为环球常驻北京的合伙人，其主要执业领域为争议解决、反垄断与监管合规、跨境投资并购。

邮箱：[renqing@glo.com.cn](mailto:renqing@glo.com.cn)

**版权.** 环球律师事务所保留对本文的所有权利。如需转载，请注明作者姓名、作者单位以及文章来源，并保证文章的完整性。

**免责.** 本文及其内容并不代表环球律师事务所对有关法律问题的法律意见，同时我们并不保证将会在载明日期之后继续对有关内容进行更新，我们不建议读者仅仅依赖于本文中的全部或部分内容进行任何决策，因此造成的后果将由行为人自行负责。如果您需要法律意见或其他专家意见，我们建议您向具有相关资格的专业人士寻求专业帮助。



微信号: [globallawoffice](https://www.glo.com.cn)