

## “一国两制”背景下港澳投资者适用中国 BIT 问题研究

随着中国经济的快速发展，海外投资热持续升温，2014年中国对外投资规模首次超过吸引外资规模，标志着中国已正式成为资本输出国，改革开放以来主要依赖出口、引进外资的发展格局已发生重大转变。作为中国内地企业走出去的桥头堡，港澳两地长期以来吸引着数量众多的中国央企赶赴当地开办公司，以港澳投资者的名义对外经营国际投资业务。然而，由于众所周知的“一国两制”政策的实施，导致出现中国 BIT<sup>[1]</sup>与港澳 BIT<sup>[2]</sup>“共同存在、分别适用”的现象。在当前中国 BIT 较港澳 BIT 存在巨大优势的情况下，港澳投资者是否能够有效适用中国 BIT 对其投资予以保护已成为不可回避且亟待明确的重要课题。本文拟通过对国际仲裁庭、国际法理论及专业学者观点的比较和研究，试图厘清目前港澳投资者适用中国 BIT 所存在的困境，并在论证适用中国 BIT 之现实必要基础上提出建议及可行性分析，以期对港澳投资者乃至内地投资者的对外投资权益保护有所裨益。

### 一、问题的提出

2007年香港居民谢业深诉秘鲁政府案<sup>[3]</sup>与

2013年澳门 Sanum 公司诉老挝政府案<sup>[4]</sup>是迄今为止仅有的两起港澳投资者诉诸国际仲裁庭主张适用中国 BIT 保护其国际投资权益的案例。在这两起国际投资仲裁案件中，尽管秘鲁政府和老挝政府均反对将中国 BIT 适用于港澳投资者，但仲裁庭最终都做出了确认中国 BIT 可以适用于港澳投资者的结论，并着重强调中国 BIT 的适用符合 BIT 签署的根本目的，即保护外国投资者与促进东道国的经济发展。

### 1. 谢业深案

2006年9月29日，香港永久居民谢业深依据《中华人民共和国政府和秘鲁共和国政府关于鼓励和相互保护投资协定》（下称“《中秘 BIT》”）将秘鲁政府告上国际投资争端解决中心（下称“ICSID”）。谢业深主张：自己持有设立于秘鲁的鱼粉生产公司 TSG 的 90% 股份，TSG 公司主要从事鱼粉的制造和有关进出口业务，并向亚洲市场批发销售。2004年12月，秘鲁国家税务机关指责 TSG 公司拖欠税款达 1200 万元秘鲁新币，并随后冻结了 TSG 公司的银行账户，迫使其无法继续经营。谢业深认为，秘鲁政府的行为违反了

[1] 本文所称中国 BIT 特指由北京中央人民政府对外所签署的双边投资保护协定。

[2] 本文所称港澳 BIT 特指由香港地方政府与澳门地方政府对外所签署的双边投资保护协定。

[3] Tza Yap Shum v. The Republic of Peru (ICSID Case No. ARB/07/6).

[4] Sanum Investments Ltd v. Lao People's Democratic Republic (PCA Case No. 2013-13).

公平公正待遇条款和全面安全与保护条款，构成对资本和利润转移的限制以及未进行补偿的征收。2007年2月12日，ICSID秘书处正式对该案立案受理，并于同年10月1日组成仲裁庭。2009年6月19日，仲裁庭做出管辖权裁决，认为谢业深属于《中秘 BIT》下合格投资者，《中秘 BIT》适用于具有中国国籍的香港居民。

在谢业深案确认管辖权裁定做出的前后，曾遭到诸多学者强烈反对。他们的主要观点在于：谢业深案的仲裁庭缺乏对中国“一国两制”政策的深入认识，仅一味强调谢业深是否具有中国国籍，而故意忽视香港居民和大陆居民在生活环境、经济环境等多方面存在的现实差异。学者普遍认为，即便香港居民具有中国国籍，《中秘 BIT》仍不应予以适用。笔者认为，上述学者的观点具有一定合理性。但若从另一角度而言，由于《中秘 BIT》没有专门条款明确规定排除对香港特区的适用，相反，《中秘 BIT》规定的合格投资者包括“依照中华人民共和国法律拥有其国籍的自然人”，因此仅从文义而言，却也不能断然认为 ICSID 仲裁庭的裁定存在明显错误。但总体上看，笔者认为，谢业深案对后续类似争端的示范效力存在不确定性。

## 2. Sanum 案

2013年8月14日，注册成立于澳门的 Sanum 公司依据《中华人民共和国政府与老挝人民民主共和国政府关于鼓励和相互保护投资协定》（下称“《中老 BIT》”）将老挝政府告上荷兰海牙常设仲裁院（下称“PCA 仲裁院”）。Sanum 公司主张：其在老挝投资、运营的酒店赌场综合娱乐城项目遭到老挝政府及其职能部门吊销经营许可和征收“歧视性”税款。Sanum 公司认为，老挝政府的行为违反了公平公正待遇条款、征收条款、最惠国

待遇条款，且构成对资本和利润转移的限制。PCA 仲裁院经与双方当事人协商后决定，该案仲裁地点设于新加坡，仲裁程序适用 2010 年版《UNCITRAL 仲裁规则》。2013年12月13日，依据《UNCITRAL 仲裁规则》组成的仲裁庭做出管辖权裁决，认为 Sanum 公司属于《中老 BIT》下合格投资者，《中老 BIT》可适用于包括 Sanum 公司在内的澳门投资者。

2014年1月10日，老挝政府依据新加坡《国际仲裁法》向新加坡高等法院请求撤销 Sanum 案仲裁庭的上述管辖权裁决。为举证《中老 BIT》不适用于澳门投资者，老挝政府向新加坡高等法院提交了一份注明日期为 2014 年 1 月 7 日老挝外交部致中国驻老挝首都万象大使馆的函件和一份注明日期为 2014 年 1 月 9 日中国驻万象大使馆的回函。在回函中，中国驻万象大使馆明确表示“《中老 BIT》不适用于澳门特别行政区，除非中老双方将来另行做出安排。”2015年1月，新加坡高等法院做出一审裁定，撤销 Sanum 案仲裁庭的管辖权裁决，认为《中老 BIT》不适用于澳门特别行政区。

Sanum 案的上述管辖权裁决结果发生重大逆转的直接导火索毫无疑问正是来自中国驻万象大使馆所做出的不利于 Sanum 公司主张的官方表态。如非有此表态，Sanum 案仲裁庭在审慎考察了老挝政府提出的中国“一国两制”政策下国内法律框架以及《维也纳条约法公约》等关于条约解释的种种抗辩后，仍坚持做出《中老 BIT》可以适用于澳门投资者的裁决。笔者认为，该裁决具有一定合理性，但老挝政府的抗辩理由也具备一定法律和事实基础。综上，与前述谢业深案高度相似，Sanum 案仲裁庭的裁决观点及论据不足以完全打消港澳投资者可适用中国 BIT 的担忧。

## 二、 港澳投资者适用中国 BIT 的困境与成因

尽管谢业深案与 Sanum 案的仲裁庭一致认为港澳投资者可以适用中国 BIT，但由于其论据存在争议，两例案件自始至终遭受到国内外许多学者、实务界的非议与反对。Sanum 案甚至在经新加坡高等法院审查后被裁定撤销。在充分考察和理解“一国两制”背景下中国国内法律框架与适用，并在深入研究国际公法、国际条约法及国际投资法下关于条约解释的规定后，笔者认为，业界反对谢业深案与 Sanum 案管辖权裁决的理由具有一定合理性，目前港澳投资者适用中国 BIT 仍存在不确定性，面临诸多理论困境。

### 1. “一国两制”背景下港澳对外缔结 BIT 的权力来源

#### 1) 《香港基本法》与《澳门基本法》相关规定

“一国两制”这一模式最早是由中国已故最高领导人邓小平于 1982 年首先提出的，经过 15 年的酝酿，于 1997 年 7 月 1 日开始在香港实施。根据这一模式，香港和澳门作为依据《中华人民共和国宪法》第 31 条设立的高度自治的特别行政区，能在社会主义中国主权下保持资本主义制度和生活方式至少 50 年不变。根据 1997 年 7 月 1 日起施行的《香港基本法》第 151 条规定<sup>[5]</sup>，香港享有独立的对外缔结 BIT 的权力。并且根据《香港基本法》第 153 条规定<sup>[6]</sup>，中央政府对外签订

的 BIT 如果要适用于香港地区，应首先征询香港政府的意见。与《香港基本法》相似，1999 年 12 月 20 日起施行的《澳门基本法》第 136 条<sup>[7]</sup>和 138 条<sup>[8]</sup>同样规定，澳门享有独立的对外缔结 BIT 的权力，中国 BIT 如要适用于澳门应首先征求澳门政府的意见。应当承认，《香港基本法》与《澳门基本法》对港澳投资者是否可适用中国 BIT 的规定是非常清楚的，也即如果中国 BIT 的适用未经港澳政府同意，中国 BIT 是不适用于港澳投资者的。

#### 2) 《中英联合声明》与《中葡联合声明》相关规定

事实上，早在“一国两制”政策制定初期，关于中国 BIT 在港澳地区的适用问题，1984 年 12 月 19 日签署的《中英联合声明》（全称“《中华人民共和国政府和大不列颠及北爱尔兰联合王国政府关于香港问题的联合声明》”）与 1987 年 4 月 13 日签署的《中葡联合声明》（全称“《中华人民共和国政府和葡萄牙共和国政府关于澳门问题的联合声明》”）就有过说明。《中英联合声明》附件一“中华人民共和国政府对香港的基本方针政策的具体说明”中第十一节规定：“中华人民共和国缔结的国际协定，中央人民政府可根据香港特别行政区的情况和需要，在征询香港特别行政区政府的意见后，决定是否适用于香港特别行政区。”在《中葡联合声明》附件一“中华人民共和国政府

[5] 《香港基本法》第 151 条规定：“香港特别行政区可在经济、贸易、金融、航运、通讯、旅游、文化、体育等领域以‘中国香港’的名义，单独地同世界各国、各地区及有关国际组织保持和发展关系，签订和履行有关协议。”

[6] 《香港基本法》第 153 条规定：“中华人民共和国缔结的国际协议，中央人民政府可根据香港特别行政区的情况和需要，在征询香港特别行政区政府的意见后，决定是否适用于香港特别行政区。”

[7] 《澳门基本法》第 136 条规定：“澳门特别行政区可在经济、贸易、金融、航运、通讯、旅游、文化、科技、体育等适当领域以‘中国澳门’的名义，单独地同世界各国、各地区及有关国际组织保持和发展关系，签订和履行有关协议。”

[8] 《澳门基本法》第 138 条规定：“中华人民共和国缔结的国际协议，中央人民政府可根据情况和澳门特别行政区的需要，在征询澳门特别行政区政府的意见后，决定是否适用于澳门特别行政区。”

对澳门的基本方针政策的具体说明”第八节中也同样规定了完全一致的条款。由于《中英联合声明》与《中葡联合声明》分别是《香港基本法》与《澳门基本法》制定和实施的重要背景渊源，通过比较前后两者的相同规定，应当承认中国政府针对“一国两制”背景下中国 BIT 非自动适用于港澳地区的意图是明确的，更是一贯的。

## 2. 国际条约法对于条约适用的解释

### 1) 《维也纳条约法公约》关于“条约边界移动规则”的规定

1980年1月27日生效的《维也纳条约法公约》对于国际条约的缔结、解释、效力等问题做出了成文化规定，在此之前，国际条约法主要为习惯法。中国于1997年9月3日交存加入书，《维也纳条约法公约》于1997年10月3日对中国生效。《维也纳条约法公约》第29条确立了“条约边界移动规则”，即“除条约表示不同意思，或另经确定外，条约对每一当事国之拘束力及于其全部领土。”根据该规则，通常情况下，条约应适用于缔约国的全部领土，除非条约有明确但书或另经确认。前者“明确但书”又被称为“明示排除”，后者“另经确认”又被称为“默示排除”。

通过分析“条约边界移动规则”可以清晰地看出，中国 BIT 是否适用于港澳投资者取决于中国 BIT 是否存在“明示排除”或“默示排除”的情况，如果没有排除情况存在，那么中国 BIT 应被认为适用于属于中国领土的港澳地区。关于前者的“明示排除”，很显然，在包括如《中秘 BIT》、《中老 BIT》等在内的绝大多数中国 BIT 中并无此规定，中国 BIT 通常在文义上不提及港澳地区。而关于是否存在“默示排除”情形理论上则存在较大争议。

一方面，如 Sanum 案仲裁庭的观点，即没有

任何证据表明中国政府另有意图排除 BIT 对于澳门的适用，中国中央政府授权澳门特别行政区可以自主对外签署 BIT 并不意味着其自身的 BIT 就不再适用于澳门，而恰恰相反，这是对澳门投资者法律保护的补充。Sanum 案的仲裁庭进一步指出，就条约的解释而言，《维也纳条约法公约》优先于中国国内法，也优先于“一国两制”政策对于 BIT 适用的规定。在此前提下，由于中国政府没有明确告知《中老 BIT》只有经过按照《中葡联合声明》和《澳门基本法》相关程序须经征询澳门政府意见后才能对老挝发生延伸适用的情况下，老挝政府没有义务和理由认为《中老 BIT》对澳门投资者不适用。换言之，中国 BIT 必须经征询澳门政府意见后方可对澳门生效的主张对老挝不具有约束力，不构成“默示排除”。

另一方面，诸多学者反驳认为，Sanum 案仲裁庭的上述观点是牵强的。《中葡联合声明》、《中英联合声明》、《澳门基本法》、《香港基本法》已明确授予港澳有独立对外签署 BIT 的权力，并且中国中央政府对于中国 BIT 不自动适用于港澳的意图表达是相当明确的。学者们进一步认为，是否存在中央政府“默示排除”BIT 适用于港澳的意图需要结合条约缔结时的历史背景、特定环境来进行综合解读。由此，凡是在 1984 年《中英联合声明》签署后的中国 BIT 都不适用于香港；同理，凡是在 1987 年《中葡联合声明》签署后的中国 BIT 都不适用于澳门。

笔者认为，Sanum 案仲裁庭与反驳学者的观点都具有一定理论依据，但就两者相较而言，似乎反驳学者的观点更具有说服力。这也正是笔者认为港澳投资者无法直接适用中国 BIT 的理论困境来源。另外，需要说明的是，发现或推定“默示排除”情形的存在与否更为直接的方式是探寻中

国政府的意见。就此来说，在 Sanum 案中中国驻万象大使馆出具的回函无疑代表了中国政府的意思表示，可以被直接视作中国 BIT 不适用于港澳的重要依据。

## 2) 《维也纳条约法公约》关于条约解释的规定

《维也纳条约法公约》第 31 条确立了“客观解释”原则或称“用语解释”原则，即要求解释条约时根据条约的内容、目的与宗旨，对文意进行字面和系统的理解。与之相辅，《维也纳条约法公约》第 32 条还确立了“历史解释”原则，即当“客观解释”不足以解释清楚条约含义时，参考条约产生的历史背景、起草过程等有关历史性的内容对条约及某一条款进行解释。

根据上述说明，对中国 BIT 进行解释时，考察中国政府在签署 BIT 时的意愿应是极其重要的。具体来说，BIT 签署前后的历史背景、政治环境、嗣后惯例等特殊的地域性法律文化均应被纳入综合考察的范畴。就此而言，《中葡联合声明》、《中英联合声明》、《澳门基本法》、《香港基本法》中中国中央政府的立场和承诺毫无疑问应当被予以考虑。为此，笔者倾向认为中国政府在签署不特别提及港澳的中国 BIT 时意图应是排除 BIT 对于港澳的适用。

## 3) 条约解释中的“优先适用国际法规则”

近些年的国际仲裁案例中，仲裁庭已近乎形成一种国际法优先于国内法的共识，其中尤以 Wena Hotels v. Egypt (2002) 和 Siemens AG v. Argentina (2007) 两案最为明确。在后一起案件中，仲裁庭认为，其不仅有权在国内法与国际法中做出选择，更有权优先适用国际法。同样，在 Sanum 案中，仲裁庭也采取了这种观点。

然而，针对 Sanum 案仲裁庭采取的“优先适

用国际法规则”，笔者认为，其与前述条文“历史解释”原则并不矛盾。作为国内法的“一国两制”配套立法虽其效力不及于国际条约或公约，但其仍可成为解释不明确的中国 BIT 条文的重要资料渊源。Sanum 案仲裁庭认为：“老挝政府不应该错误地把中国与澳门按照《澳门基本法》这一中国国内法而做出的特别行政区安排曲解为中国意图将澳门排除在《中老 BIT》适用范围之外。老挝依赖于另一个主权国家内部不同地区的体制性安排的抗辩无法满足‘条约边界移动规则’的‘另经确定’这一但书标准。”尽管这个观点有一定的合理性，但笔者认为，该观点的说理力不强，表述有待商榷。

## 三、中国 BIT 适用港澳投资者的价值和必要性

如前文所述，目前港澳投资者适用中国 BIT 存在不确定性，面临诸多理论困境。通过比较中国 BIT 与港澳 BIT 可以发现，随着中国经济的不断发展，对外投资规模逐步壮大，中国 BIT 的内容已发生重大变化，从过去注重东道国主权独立转化为更多地关注投资者权益保护。进入 21 世纪以来，中国签订的 BIT 无论在数量上，还是在保护措施上相较港澳 BIT 都占有显著优势。在“一带一路”国家战略指引下，港澳两地作为中国企业对外投资的前哨站，将继续以其特有的亲商环境扮演吸引外资、对外投资的桥梁作用。在这种情况下，倘若尤以数量众多的大型央企为主要群体的港澳投资者无法适用中国 BIT，无疑将是巨大的遗憾。

### 1. 中国 BIT 相较港澳 BIT 存在优势

中国 BIT 无论在内容上还是数量上均比港澳 BIT 存在优势。截止目前，中国已与 150 多个国

家签订 BIT<sup>[9]</sup>，其中最新签订或重新修订的 BIT 均是以保护投资者权益为根本出发点。相反，迄今为止，香港仅与 17 个国家缔结了 BIT，而澳门更是仅签订了 2 个，并且这些 BIT 绝大多数是于上个世纪末签订的。

### 1) 中国新旧 BIT 对比

港澳回归初期，中国市场经济处于发展阶段，中国对外投资较少，更多地扮演投资东道国角色。当时，出于对国际投资仲裁的不熟悉以及为了避免外国投资者对中国主权的干预，中国在与他国签订 BIT 时往往在 BIT 内容上对投资保护做出一定限制。其中，尤以投资争议管辖限制最为明显。以中国于 1992 年和韩国签订的 BIT（下称“《中韩 BIT》”）为例，在《中韩 BIT》中，规定除了有关征收补偿的法律争端外，有关其他事项的争端必须经过双方的同意才可提交仲裁。

然而，随着中国经济的不断发展，中国与他国最新签订或更新签订的 BIT 在管辖权限制上有了极大的改变。同样以《中韩 BIT》为例，在中国于 2007 年与韩国重新签订的 BIT，以及此后于 2012 年与日本、韩国共同签订的投资保护协定中，均删除了除征收之外的争端必须经过双方同意才可仲裁的限制，规定发生争议时可由投资者选择，直接将争议提交至 ICSID 仲裁。

中国新旧 BIT 的上述变化在备受瞩目的“中国平安诉比利时政府”案<sup>[10]</sup>中也有清楚体现。在该案中，平安公司希望援引 2009 年中国与比利时签订的 BIT（下称“《中比 BIT》”），因为 2009 年《中比 BIT》相较于 1986 年《中比 BIT》在争端

解决条款的涵盖范围上更为广泛。尽管最终仲裁庭驳回了平安公司的此项主张，裁决 2009 年《中比 BIT》不适用于平安公司与比利时政府间争议，但从平安公司意图适用 2009 年《中比 BIT》不难看出，更新后重新签订的 2009 年《中比 BIT》能够更好地为投资者提供权益保护。

具体来说，1986 年《中比 BIT》规定，投资者将争议提交国际仲裁的范围仅仅涵盖“有关征收、国有化或其他类似措施的补偿额的争议”，而对于其他争议，只能受到东道国的司法管辖，即只能在当地通过诉讼解决。诸如此类的管辖限制条款，常被称为“分叉条款 (fork-in-the-road clauses)”，其在偏向保护东道国主权的 BIT 中非常典型。此类“分叉条款”对同一法律问题的不同部分赋予不同的争端解决方式，加重了投资者的争议解决成本和负担，对投资者而言是十分不利的。而 2009 年《中比 BIT》则对“分叉条款”做出了改变，规定国际仲裁可以适用于所有的“缔约一方投资者和缔约另一方间产生法律争议”。

在平安案中，平安公司提出的主张请求包括：

（1）比利时政府未能给予平安的投资予以保护，违反了平安关于比利时稳定、透明、可预期的法律和营商环境的正当期待；（2）比利时政府对平安的投资进行了征收；（3）比利时政府对平安的投资进行不正当干预，并在干预中不当得利；（4）比利时政府对平安的投资未能正常对待，且任意地、不合理地歧视平安的投资。可见，平安公司的仲裁诉求不仅仅包括“征收、国有化或其他类似措施的补偿额”，更包括违反完全保护和安全义务、不正当和歧视待遇等。针对这些诉求，平安公司

[9] 参见中国国家统计局网站：

[http://www.stats.gov.cn/tzjc/ztfx/kxfzcjhh/201208/t20120821\\_72840.html](http://www.stats.gov.cn/tzjc/ztfx/kxfzcjhh/201208/t20120821_72840.html)

[10] Ping An Life Insurance Company of China, Ltd and Ping An Insurance (Group) Company of China, Ltd v. Kingdom of Belgium (ICSID Case No. ARB/12/29).

只能通过 2009 年《中比 BIT》提交仲裁，而不能通过 1986 年《中比 BIT》提交仲裁。通过上述比较，显然平安案仲裁庭最终裁决 2009 年《中比 BIT》不适用的结论对平安公司提出的投资权益保护主张是非常不利的。

除取消管辖权限制外，中国签订的新 BIT 在许多其他方面相较旧 BIT 也有很大改变。比如 1986 年《中比 BIT》中没有有关国民待遇原则的表述，而 2009 年《中比 BIT》则增加了国民待遇条款。又如 2012 年中、日、韩三国三边投资保护协定增加了“透明度”的规定，约定各缔约方应及时公布或用其他方式公开提供该方普遍适用的法律、法规、行政程序、行政裁决、司法判决，以及该缔约方加入的、与投资行为有关或影响投资行为的国际协定。各缔约方政府应让公众容易获得主管该法律、法规、行政程序及行政裁决的机关的名称及地址。而 1986 年《中韩 BIT》中则没有此类规定。

## 2) 中国 BIT 与港澳 BIT 比较

随着中国越来越多地参与到国际投资领域活动，中国签订的 BIT 数量正在逐年增加。就推进 BIT 签订的初衷，中国政府的态度异常明确：要为中国投资者对外投资提供法律保护武器。截止目前，中国已与 150 多个国家签订了 BIT。而与之相反，港澳 BIT 数量则非常有限。迄今为止，香港仅与 17 个国家签订了 BIT<sup>[11]</sup>，包括澳大利亚、奥地利、卢森堡、丹麦、芬兰、法国、德国、意大利、日本、韩国、科威特、荷兰、新西兰、瑞典、瑞士、泰国和英国。而其中仅有与芬兰、卢森堡、科威特及泰国的 BIT 签订于 21 世纪，

其余则均是在 1997 年香港回归前后时期内签订的。与此同时，澳门更是仅与葡萄牙及荷兰两国签订了 BIT<sup>[12]</sup>。

特别需要强调的是，目前与港澳签订 BIT 的国家绝大部分并不是“一带一路”沿线国家。换言之，如果无法适用中国 BIT，港澳投资者在“一带一路”沿线地区实施对外投资将失去任何 BIT 的保护，这对投资者而言是非常不利的。

除了在数量上占据绝对优势，中国 BIT 相较港澳 BIT 在条约保护措施上也更为有利。比如，如前述所言，2012 年中、日、韩三边签署的投资保护协定中规定有“透明度”条款，但香港与日本在 1997 年签订的 BIT 中则没有类似规定。在这种情况下，如果日本违反“透明度”条款，中国投资者可依据 2012 年的三边协议向日本政府主张权利，而香港投资者则无法依据 1997 年 BIT 保护自己。又如，就仲裁这一争端解决方式而言，由于香港和澳门并没有加入 ICSID 公约，大部分港澳 BIT 约定的争端解决方式是临时仲裁，而非像中国 BIT 规定的 ICSID 仲裁。相比 ICSID 在处理国际投资仲裁上拥有的较多实践经验，临时仲裁往往存在诸多不确定性，其裁决结果的可预见性较 ICSID 仲裁偏弱。

## 2. 避免因设立 SPV 可能导致的“条约滥用”风险

在国际投资中，SPV 的设立与使用具有独特的价值，其中包括可以间接地借助他国间 BIT 来保护对外投资。然而，由于 SPV 的使用越来越普遍，当发生投资争议时，东道国政府很有可能以主张“条约滥用”来抗辩国际仲裁庭

[11] 参见香港特别行政区律政司网站：  
<http://www.doj.gov.hk/chi/laws/table2ti.html>.

[12] 参见澳门特别行政区印务局网站：  
<http://cn.io.gov.mo/Legis/International/2/22.aspx>.

对其争议无管辖权。

### 1) SPV 的设立与使用

SPV 通常由投资者在非投资国、投资者母国的第三国设立，其价值是利用投资国、投资者母国、第三国的相关法律法规，以达到降低税负、防止破产、方便资金流动、保护投资等目的。SPV 公司的资产和负债通常相等，其通常为空壳公司，即没有实际运营或资产，仅有资金流动。

在国际投资中，SPV 可以被用作投资者适用他国间 BIT 的媒介，从而更好地保护其投资。举例来说，倘若投资者母国并没有与东道国签订 BIT，或其签订 BIT 对投资者保护较差的情况下，投资者可以考虑在另一与东道国签订了较好的 BIT 的第三国设立子公司，由该子公司向东道国进行投资。如此就可以在争议发生时适用第三国与东道国签订的 BIT，以达到保护投资的目的。

### 2) “条约滥用”原则的介绍

所谓“条约滥用”，是指当事人或国家以不正当手段获取其本不应当享有的条约便利。“条约滥用”在国际投资仲裁中常常被东道国政府用来作为其在管辖权上抗辩的理由。如果投资者最终被仲裁庭认为构成“条约滥用”，则投资者将不被视作第三国与投资国间 BIT 下的“适格投资者”，进而将因无法适用该 BIT 而遭受败诉的风险。

在目前世界各国签订的 BIT 中均规定有法律适用条款，即只有当事国的合格投资者在东道国进行的投资才可援引 BIT 进行保护。非 BIT 项下合格的投资者在东道国进行的投资无法援引 BIT。但由于设立 SPV 具有一定的目的性，且 SPV 通

常并没有实际经营，因此，当出现国际投资纠纷时，仲裁庭很可能会认定投资者设立 SPV 的行为不正当，进而认定投资者构成“条约滥用”，剥夺其相关的 BIT 的权利。

### 3) “条约滥用”的判定标准

关于“条约滥用”的判定标准，著名的康菲案<sup>[13]</sup>仲裁庭有过详细的阐述。在该案中，由于美国与委内瑞拉并无 BIT，而荷兰与委内瑞拉签订了较好的 BIT，美国康菲公司在荷兰设立了三家 SPV，通过这三家 SPV 在委内瑞拉进行投资。康菲称，由于这三家 SPV 都是荷兰公司，而荷兰与委内瑞拉签订了 BIT，根据荷兰和委内瑞拉 BIT 的相关条款，这三家 SPV 构成合格“投资者”。委内瑞拉政府抗辩称，康菲设立这三家荷兰 SPV 的唯一目的就是在出现投资争议时，可以利用荷兰与委内瑞拉 BIT 中的相关条款将相关争议提交国际仲裁。因此，这三家 SPV 仅仅是“为方便而设立的公司 (corporations of convenience)”，不应构成荷兰与委内瑞拉 BIT 中所称的“投资者”。

仲裁庭认为，是否构成“条约滥用”，需要综合考虑公司设立的目的、公司运营以及当事人意图等。仲裁庭进一步分析认为，虽然有证据证明这三家 SPV 设立的目的之一是防范可能发生的投资争议，使其能够依据荷兰与委内瑞拉的 BIT 进行投资仲裁，但是从事实上来说，康菲公司在这三家 SPV 设立后，对这三家 SPV 不断进行注资，由这三家 SPV 持续对委内瑞拉进行投资。从这点来看，康菲在设立这三家 SPV 时，并没有预计到任何投资争议发生的可能，同时也并不希望投资争议的发生。相反，康菲通过注资的形式希

---

[13] ConocoPhillips Company and others v. Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/07/30).



望使投资项目得以有序地进行下去。从这个角度而言，康菲设立这三家荷兰 SPV 的主要目的并不是为了适用 BIT，因而不构成“条约滥用”。

尽管在康菲案中，仲裁庭从康菲设立三家荷兰 SPV 的主要目的、此后的行为等方面综合分析，最终确认了其不构成“条约滥用”，但这并不意味着设立 SPV 不存在被认为构成“条约滥用”的风险。客观上，康菲设立荷兰 SPV 的行为之所以不构成“条约滥用”，是因为其在设立时并没有产生投资争议或预计到投资争议的产生。然而倘若某一公司在设立 SPV 时，就已经预计到相关投资争议可能会产生，则该设立 SPV 的行为很有可能会被仲裁庭认为构成“条约滥用”。

#### 4) 港澳投资者适用中国 BIT 可避免“条约滥用”风险

如上所述，设立 SPV 固然可以通过借助适用第三国与东道国之间更好的 BIT，对投资者提供保护，但同时也会面临“条约滥用”的风险。因此，就投资者而言，最稳妥和最希望看到的是其投资母国已经与东道国签订了 BIT，倘若如此，投资者就不必再煞费苦心通过设立 SPV 间接地对其投资进行保护了。

从港澳投资者的角度来看，如果其在投资时只能适用港澳 BIT 而不能适用中国 BIT，则由于港澳 BIT 在数量和保护措施上的局限，投资者在向与港澳没有签订 BIT 或 BIT 保护不佳的国家进行投资时，便不得不需要通过设立 SPV 的方式来保护投资。此时，“条约滥用”的风险将是不可避免的。而与之相反，如果港澳投资者能够适用中国 BIT，则将不再有此烦恼，此时投资者可直接将港澳作为平台对外投资，如此既能降低投资成本，也能减少因临时设立 SPV 而可能带来的不确定

定性。

### 3. 促进“一带一路”战略下的港澳投资

港澳投资者若能适用中国 BIT 将会极大程度上促进对外投资，高度符合“一带一路”国家战略的设立宗旨。2013 年 9 月，国家主席习近平首次提出“一带一路”战略构想。“一带一路”是合作发展的理念和倡议，是主动地发展与沿线国家的经济合作伙伴关系，共同打造政治互信、经济融合、文化包容的利益共同体、命运共同体和责任共同体。

香港和澳门在推进“一带一路”战略中具有特殊地位和优势，能作为内地政府和企业“一带一路”建设的平台和视窗，成为内地企业“走出去”的重要基地和跳板。作为中国对外贸易所必经的港口之一，港澳的“跳板、桥梁、视窗”功能是无法取代的。也正因如此，众多大型国企乐于选择将港澳作为对外投资的中转站和桥梁，以港澳投资者的身份间接地实施对外投资。然而，由于投资者对投资东道国的法律法规往往缺乏充分的认识，当出现投资争议时，如果没有合适的 BIT 保护，投资者的投资权益将无法得到保证。事实上，由于港澳签订的 BIT 数量极为有限，完全不足以覆盖“一带一路”沿线地区，因此，如果中国 BIT 不能适用，把港澳作为跳板的投资者未来很有可能面临投资权益无法得到保护的风险，这对“一带一路”战略的实施是非常不利的。相反，如果中国 BIT 可以适用于港澳投资者，则可大大消除港澳投资者在这方面的顾虑和担忧。

另一方面，港澳投资者若能适用中国 BIT 也将有助于港澳地区吸引外资。与对外投资相似，在吸引外国投资者赴港澳进行投资时，中国 BIT 的适用将会使得外国投资者拥有信心。中国 BIT

倾向保护投资者的价值取向将有效减少外国投资者的投资顾虑。

#### 四、 港澳投资者适用中国 BIT 的建议及其可行性

尽管港澳投资者能否适用中国 BIT 目前存在不确定性和困境，但鉴于中国 BIT 存在的巨大价值以及适用必要性，笔者建议，中国政府应当及时与港澳地方政府沟通协商，尽快相互明确中国 BIT 对于港澳投资者的可适用性。笔者认为，港澳投资者适用中国 BIT 并不与“一国两制”政策相违背、冲突或矛盾，相反完全符合当下国际仲裁庭倾向保护投资者的价值取向。

##### 1. 港澳投资者适用中国 BIT 的设想及建议

###### 1) 征询港澳政府意见

如上文论述，目前港澳投资者适用中国 BIT 所面临的最主要困境来源是“一国两制”政策下关于中国 BIT 适用港澳投资者须事先征询港澳政府意见的限制性规定。在此限制下，由于港澳政府从未官方表示同意适用中国 BIT，并且事实上，中国政府在《香港基本法》与《澳门基本法》颁布实施后也从未根据基本法规定，对任何包括中国 BIT 在内的中国缔结的国际条约的适用问题征询过港澳政府的意见，因此，中国 BIT 对港澳投资者的适用存在困境。

笔者建议，中央政府应当尽早寻求合适时机向港澳政府征询其对中国 BIT 适用的意见。与港澳政府达成中国 BIT 适用的共识是第一要务，而在未经与港澳政府沟通协商前，中央政府单独做出任何表态都是不适宜的。在 Sanum 案中，中国驻万象大使馆就曾在未经征询澳门政府意见前提下，直接表态《中老 BIT》不适用于澳门特别行政区。笔者认为，中国驻万象大使馆为了个别诉

讼做这样单方的表态是不适宜的，与《澳门基本法》相冲突。

###### 2) 明确中央政府态度

仅目前看来，中央政府对中国 BIT 适用港澳投资者并非持肯定态度。在 Sanum 案中，中国驻万象大使馆的表态清楚无误地表明了其对中国 BIT 不适用于港澳的立场。就对外效果而言，无论中国驻万象大使馆在做出该表态前是否征询过中央政府的意见，该等表态应被视为是中央政府的态度。除此以外，中央政府尚未在任何正式场合对中国 BIT 是否适用港澳问题做出过表态。

如本文讨论，中国 BIT 若不能适用于港澳投资者将对港澳对外投资和吸引外资产生严重不良影响，尤其会对那些长期在港澳驻足经营的大型央企的对外投资保护产生阻碍。据此，笔者建议，中央政府应当尽快明确中国 BIT 适用港澳的肯定态度，通过出台相关法律和政策的说明或解释，树立港澳投资者适用中国 BIT 的信心，加大条约适用的可预见性。

##### 2. 中国 BIT 适用港澳的可行性

笔者认为，中国 BIT 适用港澳符合大陆及港澳两地投资者的根本利益，不与“一国两制”政策相违背、冲突或矛盾。中国 BIT 的适用能够为港澳投资者提供港澳 BIT 之外的多一层投资保护，完全符合国际投资仲裁在“投资者保护”与“东道国主权”两个价值取向之间的取舍与权重。

###### 1) 符合“一国两制”的政治原意

如原国务院港澳办主任鲁平在其回忆录中的叙述：“一国两制”本意实际是维护香港资本主义制度不变。根据鲁平的回忆，当时香港回归的谈判极为艰难，中英两方对如何保证香港资本主义

制度不受大陆社会主义制度“侵蚀”争执不下。英国方面担心社会主义制度不利于香港的稳定和繁荣，因而坚持香港施行资本主义制度。经过长时间的谈判和磋商，最终在当时中国最高领导人邓小平决断下，“一国两制”模式应运而生。

从上述“一国两制”构想之初的政治原意可以看出，制定“一国两制”政策是为了保证香港的稳定和繁荣，保障资本主义制度在香港的实施。基于此，笔者认为，中国 BIT 适用港澳投资者非但不会危害香港资本主义制度和自由生活方式，相反更有利于港澳的长期稳定和繁荣。一方面，正如 Sanum 案仲裁庭所指出的那样，不适用于港澳的那些条约应是那些向港澳强加了社会主义价值观或机构特色、影响港澳的市场自由秩序的，而港澳投资者适用中国 BIT 与社会主义法律制度的适用无关。另一方面，由于中国 BIT 能够为港澳投资者提供更全面、更深层的投资保护，适用中国 BIT 毫无疑问将会对港澳经济带来推动促进作用。总体而言，港澳投资者适用中国 BIT 完全符合“一国两制”的政治原意，不应被视作是对“一国两制”政策的违背。

## 2) 不与港澳独立缔约权相冲突

与谢业深案仲裁庭的观点一样，笔者认为，港澳投资者适用中国 BIT 不影响港澳独立缔约权。首先，港澳投资者适用中国 BIT，并不当然意味着港澳丧失了对外签订 BIT 的权利；相反，港澳政府依然可以根据港澳地区的实际情况，与其他国家、经济体单独签订适用港澳的 BIT。第二，即便港澳和那些已经与中国签订 BIT 的国家、经济体单独签订 BIT，根据现有情况，该 BIT 的实质内容与中国 BIT 的内容并没有冲突，相反可以互相补充。第三，如果港澳政府与其他国家、经济体单独签订了 BIT，且其不愿意适用中国 BIT，

其可以选择与中国中央政府约定不适用某一部分的中国 BIT。总体而言，担心适用中国 BIT 会侵犯港澳独立缔约权的顾虑是不必要的。

## 3) 符合国际投资仲裁倾向保护投资者的价值理念

尽管谢业深案的仲裁裁决引发了许多争议和批评，而 Sanum 案的裁决已被新加坡高等法院撤销，但是通过仔细思考两例案件仲裁庭不约而至地做出有利于投资者的裁决结果及理由阐述，不难发现，在国际投资仲裁领域，偏向保护投资者利益是当今国际社会共同的价值理念和追求。笔者相信，谢业深案和 Sanum 案的仲裁庭正是出于对此种理念和价值的考量，在条约和相关法律对港澳投资者适用中国 BIT 问题规定并不清晰时，做出了有利于投资者的裁定。事实上，正如 ICSID 公约中所提到的，国际投资仲裁的设立目的正是为了保障在与东道国进行国际投资争议解决中处于不利地位的投资者的合法权益。综上笔者认为，港澳投资者可适用中国 BIT 符合国际投资仲裁的理念和价值，应是值得鼓励的。

## 4) 符合国际社会倾向与中国签订 BIT 的现实

在 1997 年 7 月 1 日和 1999 年 12 月 20 日中国政府恢复对港澳两地行使主权之后，港澳两地单独与他国签订的 BIT 不足 10 个。而与此同时，中国以主权国家的身份不断与全球各国签订新的 BIT 或更新旧的 BIT。目前，中国正在与全球第一大国美国协商签订 BIT。可以明显看出，随着中国经济的快速崛起，国际社会对中国市场的认识已远远超过港澳刚回归时期。正是对中国市场的趋之若鹜，国际社会乐于与中国签订 BIT，而与此同时，忽视了港澳独立对外缔结条约的能力并将继续如此。应该承认，正如 Sanum 案仲裁庭

指出的那样，港澳根据国际法缔结国际条约的能力是有待验证的。换言之，国际社会更认可、倾向与中国签订 BIT 而非港澳。因此，在港澳 BIT 数量有限且难以增加，而中国 BIT 数量巨大且不断增加的现实状况下，中国 BIT 适用港澳具有及

其重要的现实意义。笔者认为，随着中国对外投资的大量增加，港澳投资者适用中国 BIT 所面临的困境将会越来越显见，中国政府有必要也亟需对此困境的解决表明态度。

陈鲁明 合伙人 电话：86 021 2208 6396 邮箱地址：chenluming@junhe.com

毕似恩 律师 电话：86 021 2208 6381 邮箱地址：bisien@junhe.com

陈雨崑 律师 电话：86 021 2208 6197 邮箱地址：chenyuwei@junhe.com

---

本文仅为分享信息之目的提供。本文的任何内容均不构成君合律师事务所的任何法律意见或建议。如您想获得更多讯息，敬请关注君合官方网站“[www.junhe.com](http://www.junhe.com)”或君合微信公众号“君合法律评论”/微信号“JUNHE\_LegalUpdates”。

