

香港、澳门特别行政区投资者适用中外BITs之法律问题——“以案说法”庆祝香港回归祖国25周年

原创 秦波律师团队 万商天勤律师事务所 2022-07-04 17:21 发表于广东



— 案情介绍

1 香港谢业深诉秘鲁政府案

谢业深，中国香港居民，于2002年起通过其全额持有的公司对在秘鲁成立的TSG公司投资40万美元，从而间接掌控其90%的股份。2002年至2004年间TSG公司成为秘鲁鱼粉的12大出口商，每年销售额超过2000万美元。TSG公司在鱼粉出口上，主要利用自己的顾客资源和庞大的资金，充当总协调师，而其活动的关键是通过秘鲁银行进行交易，包括接收外国借贷，接收买家支付货款及记录公司的支付和应收账款信息。然而，2004年9月，秘鲁税务局SUNAT对TSG公司的税收审计情况签署报告，其后通知TSG公司应缴纳近350万美元的税款和惩罚金。并于2005年1月对TSG公司实施了“税收抵押扣押令”冻结了TSG公司的银行账户，迫使其无法继续经营。2005年3月TSG公司进行了债务重组，同时，TSG公司先后启动行政审核程序和税收法庭的司法审查对抗该扣押令，然后相关机构仅减少了应缴税金，并未撤销或停止该措施。至此，谢业深只得于2006年9月29日，基于《中国秘鲁双边投资协定》（《中秘BIT》）向解决投资争端国际中心(International Center for Settlement of

Investment Disputes,简称ICSID) 申请仲裁, 主张秘鲁政府的这一行为对 TSG 公司构成了不公正的间接征收, 违反了 1994年中国与秘鲁签订的《中秘BIT》。2007年2月12日, ICSID秘书处正式对该案立案受理, 并于8个月后组成仲裁庭。2009年6月19日仲裁庭做出管辖权裁决, 认为《中秘BIT》适用于属于中国公民的香港居民, 并在2011年7月7日做出秘鲁税务局SUNAT违背《中秘BIT》的裁决, TSG主张秘鲁政府赔偿各项损失包括精神损失费合计2,500万美元。但仲裁庭最终拒绝精神损失赔偿, 并调整赔偿损失和利息的计算防范, 只判处了786306.24美元的赔偿金及利息, 且要求双方平摊仲裁费用。不过, 此案是关于中外BITs是否在港澳地区适用问题的第一案。

2 澳门世能投资公司诉老挝政府案

申请人世能投资公司 (Sanum Investment Ltd, 以下简称世能) 于2005年7月14日在中国澳门地区注册成立。2007年, 世能通过与老挝当地企业ST集团合作投资酒店和博彩业, 投资总额超过8500万美元。2012年8月14日, 世能按照《管理协议》向常设国际仲裁院 (PCA) 提起投资争端仲裁, 主张老挝政府违反了《中老双边投资协定》(《中老BIT》)第3条第1款 (公正与公平待遇)、第2款 (最惠国待遇)、第4条第1款 (征收)、第2款 (征收补偿的汇兑和转移自由) 等方面的规定。老挝政府对仲裁庭管辖权提出异议, 认为《中老BIT》不应适用于澳门投资者。PCA经与当事双方协商后, 将仲裁地点在新加坡并适用2010年版联合国国际贸易法委员会(UNCITRAL)仲裁规则。2013年12月13日, 仲裁庭做出管辖权仲裁, 认为世能公司属于《中老BIT》下的合格投资者, 《中老BIT》适用于澳门投资者。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仲裁庭裁决, 并向法院提交了两份表明《中老BIT》不适用于澳门投资者的证据, 分别是注明日期为2014年1月7日老挝外交部致中国驻万象大使馆的函件和注明日期为2014年1月9日中国驻万象大使馆的回函 (简称“两封函件”)。2015年1月, 新加坡高等法院一审裁定, 撤销世能案仲裁庭的裁决, 认为《中老BIT》不适用于澳门投资者。但到了2016年9月29日, 新加坡最高法院上诉法庭判决认为, 《中老BIT》适用于澳门投资者且仲裁庭具有对此事管辖权, 决定撤销高等法院的判决。

1 香港谢业深诉秘鲁政府案

在谢业深案中，仲裁庭认为，应当依据1965年《华盛顿公约》和1994年《中秘BIT》来确定本案申请人是否有权将其在秘鲁发生的投资争议提交中心仲裁。仲裁庭认为，没有必要也不会分析《中秘BIT》是否适用于香港这一问题。《中秘BIT》第1（2）条中关于“投资者”的定义条款规定：“就中华人民共和国而言，依照中国法律规定具有中华人民共和国国籍自然人。”仲裁庭认为，尽管谢业深是香港居民，申请人仍是出生于中国大陆福建省的中国公民，因此申请人符合《中秘BIT》有关“投资者”的定义。而且仲裁庭没有在《中秘BIT》中找到把拥有中国国籍的香港居民排除在BIT适用范围之外的任何规定。《华盛顿公约》第25条就中心管辖规定，ICSID适用于缔约国和另一缔约国国民之间直接因投资而产生的任何法律争端，该项争端经双方书面同意提交给中心。仲裁庭认为，所有拥有中国国籍的公民，包括香港居民，都包含在《华盛顿公约》第25条所规定的范围之内。鉴于《中秘BIT》和《华盛顿公约》均未就居住于香港的中国公民提起仲裁的权利进行明确限制，因此仲裁庭认为本案申请人的仲裁请求有效。



INTERNATIONAL CENTRE FOR
SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES

2 澳门世能诉老挝政府案

在世能案中，新加坡仲裁庭也做出了有利于投资者的管辖权仲裁，与谢业深案的不同之处在

于，老挝政府基于上文所提交的两封函件及《维也纳条约法公约》第31条(3)(a)款，向新加坡高等法院起诉并依此胜诉而撤销仲裁庭裁决。原审法庭对此的解释是，依据新加坡高等法院上诉庭的解释，老挝政府所提交的两封函件之证据符合纳入新证据的考量范围，并依据《维也纳条约法公约》第29条相关规定，两封函件属于对条约内容中“另经确定”的补充规定，依此排除《中老BIT》对世能公司的适用。随后，2016年9月29日，新加坡最高法院上诉法庭判决指出《中老BIT》适用于澳门。上诉法庭是基于《维也纳关于条约的国家继承公约》第15条和《维也纳条约法公约》第29条，这两条约定确立了国际法上的默认规则，即条约移动边界原则。根据这一规则，自澳门回归后，除非证明存在相反意图，中国缔结的条约将自动适用于澳门。一方面，从《中老BIT》本身来说，其并不存在排除澳门特区适用的相关规定，这或可理解为鉴于条约移动边界原则这一默认规则的存在，该协定不需要明文规定其适用于澳门；另一方面，即使中国通过1987年《中葡联合声明》表明了《中老BIT》不适用于澳门的立场，但没有证据表明老挝也支持这一立场；再者，依据国际法上的临界日原则，两封函件的效力不足以证明中老双方在缔约之时或者临界日之前存在该协定不适用于澳门的共识。



三 法律梳理

早在香港回归的过渡阶段，就中国内地所签订之条约是否适用于港澳地区的问题，中英联合联络小组声明，关于香港回归之前的过渡时期代表香港谈判和缔结的若干投资促进和保护协定均指向中国缔结的国际协定不自动适用于香港。《中英联合声明》和《中葡联合声明》的

附件也对中外BITs非自动适用于港澳特区明确表态。香港和澳门回归之后，《香港特别行政区基本法》第151条及第153条规定，香港享有独立的对外缔结BIT的权力，且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。《澳门特别行政区基本法》第136条和第138条进行了同样性质的规定。可以看出，我国对于“一国两制”下中外BITs非自动适用于港澳特区的态度是非常明确的。而《维也纳条约法公约》及《维也纳关于条约的国家继承的公约》与我国《宪法》及两部《基本法》对港澳地区投资者适用中外BITs的明确表态在实践中却存在着冲突。根据国际法基本原则，作为中国国内法的两部《基本法》并不具有修改或者优于国际法的法律效力，亦即条约解释中的“优先适用国际法规则”。而且，在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。

回到案例，尽管有学者进行系统论证，并以《香港特区基本法》、《中英联合声明》、《ICSID公约》、《中秘BIT》以及《维也纳条约法公约》为依据，得出结论认为，《中秘BIT》不是用香港特区，ICSID对此案行使管辖权的决定是错误的、不合理的、无法接受的。但《中秘BIT》以及《中老BIT》似乎并没有意图显示其不适用于港澳地区。首先，《中英联合声明》及《中葡联合声明》签订时间均早于《中秘BIT》以及《中老BIT》，按照移动边界原则的规定，且在当时中秘及中老明知港澳地区即将被移交主权，但BIT中并没有明文禁止其不适用于港澳地区。再者，按照BIT的审查原则，即使当时中秘及中老之间忽视了港澳被归还的问题，缔约双方本可在BIT审查的第一个10年到来之前对此问题进行规定与明确，但这一问题又被顺延至BIT的第二个有效期间。在宪法及我国相关法律及司法解释没有将BIT文本是否适用于港澳地区投资者这一问题说清楚的情况下，特别是BIT文本也没有将其是否适用于港澳地区投资者这一问题讲清楚，这就为代理律师围绕《中秘BIT》及《中老BIT》是否适用于港澳地区投资者进行仲裁策略的设计留下了空间。特别是在谢业深案中，香港不是ICSID成员，在无先例可循的情况下，律师给出的策略是向ICSID提起针对秘鲁税务局审计决定和临时措施的仲裁请求，认为秘鲁税务局的行为构成间接征收，违反《中秘BIT》。该案最终获得仲裁庭的有利支持，一方面，归结于律师的专业精深；另一方面，也不能不说是申请人的好运气。

四 港澳投资者适用中外BITs的必要性

迄今为止，我国已与150多个国家签订了BIT，其中包括58个“一带一路”沿线国家，其中不少国家与香港和澳门合作已久、关系密切，“一带一路”对香港和澳门来说是难得的机遇。但无论是回归前还是回归后，香港和澳门不是国际法主体，其作为地方实体享有的部分缔约权来自于中央人民政府的授权。截至2017年11月12日，香港特别行政区已单独签署20个促进和保护投资协定，截至2017年9月30日，澳门特区共签署两项此类协定。由此可见，港澳地区尤其是澳门特区缔结的双边投资条约少之甚少，不足以覆盖对澳门地区投资者权益的保护，且香港特区虽与20个国家缔结了双边投资条约，但保护范围还是甚为有限，且多数国家不在“一带一路”沿线范围。如果无法适用中国BIT，港澳地区投资者在包括但不限于“一带一路”沿线地区实施对外投资将失去任何BIT的保护，这对港澳投资者来说，是非常不利的。

五 律师建议

在宪法及我国相关法律及司法解释没有将BIT文本是否适用于港澳地区投资者这一问题说清楚的情况下，鉴于BIT文本也没有将其是否适用于港澳地区投资者这一问题讲清楚，首先，我们要从BIT协议本身着手，对于已经签订的中外BITs，可以在BIT文本审查期间以补充协议的方式对此问题进行明确；对于尚未签订的中外BITs，在协议本身对该问题进行交代。其次，在《内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排》和《内地与澳门关于建立更紧密经贸关系的安排》中对中外BITs适用于港澳地区投资者进行统一说明。建议采用附件的形式对CEPA的内容进行解释扩充，将CEPA的适用范围由内地与港澳间的投资合作拓展至“一带一路”领域内港澳地区投资者海外投资保护领域的合作，为中外BITs适用于港澳地区提供法律指引。我们相信，在港澳地区BIT不足以保护投资者权益的实际情况下，中外BITs适用于港澳特区不仅不是对“一国两制”和“高度自治”的否定，而且能够维护和促进港澳特区经济持久繁荣稳定，利大于弊。

2022年7月1日，在庆祝香港回归祖国25周年大会上，习近平主席指出：香港背靠祖国、联通世界，是香港得天独厚的显著优势。有伟大祖国的坚定支持，有“一国两制”方针的坚实保障，香港一定能够创造更大辉煌。



图片源自中新网

参考文献

1. 易在成 朱怡“港澳投资者适用中外BITs问题研究——以“谢业深案”与“世能案”为视角。
2. 陈安“对香港居民谢业深诉秘鲁政府案ICSID管辖权裁定的四项质疑”--《中国—秘鲁BIT》适用于“一国两制”下的中国香港特别行政区吗
3. 漆彤“论《ICSID》在香港特别行政区的适用
4. Fernando Cabrera Diaz, Chinese Investor Launches BIT Claim Against Peru at ICSID, Investment Treaty News, March 2, 2007, available at <http://www.iisd.org/investment/archive.asp>
5. <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-tza-yap-shum-v-republic-of-peru-decision-on-annulment-thursday-12th-february-2015>

本文作者

秦波

万商天勤律师事务所 合伙人

海口办公室

qinbo@vtlaw.cn

扫码查看律师简历



国云姗

万商天勤律师事务所 律师

海口办公室

guoyunshan@vtlaw.cn

张邯丽

万商天勤律师事务所 实习律师

海口办公室

zhanghanli@vtlaw.cn



V&T LAW FIRM
万商天勤律师事务所

诚信铸业 | 专业立身 | 精耕细作 | 工匠精神

CHAMBERS
AND PARTNERS

资本市场——债券及股权领域领先律所
中国建筑领域领先律所
建设工程年度最佳律师事务所
中国卓越建筑律师事务所大奖

CHINA BUSINESS 商
LAW JOURNAL 法

“房地产投资及REIT基金”卓越律所大奖
“结构性融资/资产证券化”卓越律所大奖
“境内资本市场”卓越律所大奖
“金融科技及区块链”卓越律所大奖
中国证券市场优秀律师事务所
外商投资及基础设施和项目融资杰出交易

LEGALBAND

“建设工程”领域中国顶级律所
“房地产”领域中国顶级律所
“资本市场：并购重组”领域中国顶级律所
“建设工程”领域中国顶级律师
“房地产”领域中国顶级律师
“房地产与建设工程”中国顶级律师

ASIAN LEGAL
BUSINESS

亚太50强
中国律所规模30强
中国最大30家律所
中国十佳成长律所
年度中国律师事务所20强

THE
AMERICAN LAWYER

中国律所创收45强
亚太律所规模50强

IFLR1000

北京地区“最具潜质律所”大奖
浙江地区“最具潜质律所”大奖
“资本市场”领域最受关注律所
“兼并收购”领域最受关注律所
“私募股权”领域最受关注律所
“项目开发”领域最受关注律所
“金融和企业”领域最受关注律所

LAWYER
MONTHLY

中国年度最佳资本市场法律顾问



www.vtlaw.cn

北京 · 深圳 · 上海 · 成都 · 武汉 · 西安 · 长沙 · 杭州 · 海口 · 南京 · 广州 · 香港（联营）

