

論《ICSID 公約》在香港特別行政區的適用

漆彤*

一、問題的提出

《解決國家與他國國民間投資爭端公約》，又稱 1965 年《華盛頓公約》或《ICSID 公約》，現有 162 個成員國。¹ 1966 年，根據該公約設立了國際投資爭議解決中心(International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID)位於美國華盛頓，與該公約簡稱相同，是世界銀行集團五大機構之一。ICSID 主要職能是根據公約的規定通過調解和仲裁的方式解決東道國與外國投資者之間的投資爭端，歷經五十多年的發展，已成為國際投資爭議解決最常用機制，對國家主權和國際法實踐具有廣泛而深遠的影響。中國於 1992 年加入該公約。

由於歷史的原因，香港地區受英國統治一百多年。回歸以前，英國是《ICSID 公約》的初始締約國，且在其對外簽訂的雙邊投資協定(Bilateral Investment Treaties, BITs)中大都規定了 ICSID 機制，香港地區通過適用此類協定在理論上可利用 ICSID 機制。例如，1976 年簽署的《大韓民國與大不列顛及北愛爾蘭共和國關於投資促進和保護的協定》(簡稱為“英韓 BIT”)第 8 條規定雙方同意將一方與另一方國民或公司之間的投資爭議提交 ICSID 解決。“英韓 BIT”第 11 條(領土延伸)規定：“本協定簽署之時及之後，締約方可通過換文同意本協定的規定適用於英國在國際關係中所負責的地區。”在該協定的換文中，英國提出“根據第 11 條，該協定應延伸適用於香港”，韓國在回函中對此表示接受。由於香港回歸以前的國際投資仲裁案件整體數量較少，雖然存在上述機制，但並未實際發生案件。

1984 年 12 月 19 日，中國與英國簽署《中英關於香港問題的聯合聲明》，表示“香港特別行政區成立後不實行社會主義的制度和政策，保持香港原有的資本主義制度和生活方式，五十年不變。”² 香港回歸後實施的《香港基本法》第 5 條對此予以確認。自 1992 年香港與荷蘭簽署第一份雙邊投資協定，到 1997 年 7 月 1 日中國恢復對香港行使主權，香港在回歸前以自身名義共對外簽署 15 份雙邊投資協定。1997 年回歸後，根據《香港基本法》規定，香港特區政府享有部分立法權和對外締約權，又以特區政府名義對外締結了 5 份雙邊投資協定(其中 3 份已生效)，使香港對外簽署的 BIT 總數達到 20 份。不過，由於《ICSID 公約》僅對主權國家開放，受身份地位所限，香港對外簽署的 20 份雙邊投資協定雖分別就投資者與東道國爭議解決機制作出了安排，但均未涉及香港對 ICSID 機制的適用。由此產生《ICSID 公約》是否適用以及如何適用於港澳地區這一特殊的法律問題。

當前，香港正在致力於打造成為國際爭議解決的地區性中心。中國“十三五”規劃的港澳專章中特別提到了“支持香港建設亞太區國際法律及解決爭議服務中心”³，香港特區行政長官林鄭月娥在

* 武漢大學國際法研究所教授、澳門大學傑出訪問學者

施政報告中表示，律政司致力推動香港作為“一帶一路”的國際爭議解決服務中心，並已成立工作小組探討於香港成立具公信力和中立的“一帶一路”爭端解決機構，為世界各地的當事方提供“一站式”爭議解決服務，解決各類商貿和投資等跨境及國際爭議。⁴ 香港特區政府能否在其對外簽署的投資協定中納入 ICSID 機制？《ICSID 公約》能否適用以及應當如何適用於香港特區？這些問題不僅關係到香港特區在國際投資體系中的地位，也關係到中國“一國兩制”政策的具體落實以及如何從法治層面促進兩岸四地的和平統一大業。為解決這一重大理論現實問題，本文首先就香港對外投資協定締約與投資爭端解決概況進行必要梳理，並在此基礎上分別對香港與《ICSID 公約》的關係、香港特區政府能否依據現有中外 BIT 接受 ICSID 管轄、統一適用中外 BIT 利用 ICSID 機制的利弊及需要克服的障礙等問題進行深入分析並提出建議。

二、港澳地區投資協定締約與投資爭端解決現況

(一) 香港特區對外締結 BIT 狀況

截止目前為止，香港特區共與 20 個國家和地區簽訂有雙邊投資協定，其中 18 項已生效(表 1)。⁵

表 1 香港簽訂的投資協定及可適用的投資爭端解決機制

序號	相關締約方	簽署時間	生效時間	可適用的投資爭端解決機制
1	澳大利亞	15/09/1993	15/10/1993	UNCITRAL 仲裁
2	奧地利	11/10/1996	01/10/1997	UNCITRAL 仲裁
3	比利時—盧森堡 經濟聯盟	07/10/1996	18/06/2001	UNCITRAL 仲裁
4	加拿大	10/02/2016	06/09/2016	UNCITRAL 仲裁
5	丹麥	02/02/1994	04/03/1994	UNCITRAL 仲裁
6	芬蘭	02/07/2009	16/03/2014	UNCITRAL 仲裁或 訴諸當地法院
7	法國	30/11/1995	30/05/1997	UNCITRAL 仲裁
8	德國	31/01/1996	19/02/1998	UNCITRAL 仲裁
9	意大利	28/11/1995	02/02/1998	UNCITRAL 仲裁
10	日本	15/05/1997	18/06/1997	UNCITRAL 仲裁或訴諸行政或司法機關
11	韓國	30/06/1997	30/07/1997	UNCITRAL 仲裁
12	科威特	10/05/2010	14/09/2013	UNCITRAL 仲裁或訴諸法院
13	荷蘭	19/11/1992	01/09/1993	UNCITRAL 仲裁
14	新西蘭	06/07/1995	05/08/1995	UNCITRAL 仲裁
15	瑞典	27/05/1994	26/06/1994	UNCITRAL 仲裁
16	瑞士	22/09/1994	22/10/1994	UNCITRAL 仲裁
17	泰國	19/11/2005	18/04/2006	UNCITRAL 仲裁
18	英國	30/07/1998	12/04/1999	UNCITRAL 仲裁
19	智利	18/11/2016	未生效	UNCITRAL 仲裁，或當事雙方同意其他 仲裁機構或規則仲裁
20	東盟	12/11/2017	未生效	無(尚未談判確定)

資料來源：根據香港工業貿易署網站所載投資協定統計

在投資者與東道國爭端解決事宜方面，上述 BITs 均規定首先以友好協商方式解決投資爭端，在 3 個月或 6 個月內未解決爭議的情況下可將爭議提交國際仲裁，且締約方同意根據《聯合國國際貿易法委員會仲裁規則》(《UNCITRAL 仲裁規則》)進行仲裁。香港—智利 BIT 規定還可以提交爭議雙方同意的其他仲裁機構或根據其他仲裁規則仲裁。另外，香港與芬蘭、日本、科威特之間的 BITs 還規定投資者可訴諸當地法院，或司法或行政機關。與中國中央政府對外簽署的投資協定(簡稱“中外 BIT”)大都包含 ICSID 機制顯著不同的是，香港對外簽署的所有投資協定(“港外 BIT”)均未規定利用 ICSID 機制解決投資爭端，外國投資者僅得利用《UNCITRAL 仲裁規則》進行臨時仲裁或選擇其他仲裁機構及仲裁規則進行仲裁。⁶

(二) 香港特區的投資爭端解決實踐

迄今為止，涉及香港特區的已知投資仲裁案件僅有兩起，均由香港投資者提起，一起為中國香港居民謝業深依據中國—秘魯 BIT 向 ICSID 提起的仲裁，一起為中國香港法人依據香港—澳大利亞 BIT 向 PCA 提起、根據《UNCITRAL 仲裁規則》行仲裁。

1. 謝業深訴秘魯案(Tza Yap Shum v. Peru)

謝業深在秘魯公司 TSG 擁有 90% 的股份。2004 年，秘魯稅務機關 SUNAT 對 TSG 進行常規審計，根據審計結果，向 TSG 收回了退稅款並處以 1,000 萬秘魯索爾的罰金。不久，SUNAT 又採取了一系列臨時措施，包括限制 TSG 的財產、指示秘魯銀行攔截與 TSG 交易有關的資金往來。TSG 通過秘魯法律規定的行政程序和司法程序對 SUNAT 的審計結論和臨時措施進行了申訴。由於資產和資金方面受到的限制，自 2005 年起，TSG 的銷售銳減，公司於 2005 年進行債務重組，從而暫停了臨時措施，重新開始經營。作為 TSG 的大股東，謝業深於 2007 年向 ICSID 提起針對秘魯稅務機關審計決定和臨時措施的仲裁請求，認為秘魯稅務機關的行為構成間接徵收，違反 1994 年中國—秘魯 BIT。ICSID 成立了仲裁庭審理此案，於 2009 年 6 月 19 日作出管轄權裁定，認為謝業深作為中國香港居民，擁有中國國民身份，可以根據中國—秘魯 BIT 向 ICSID 提起仲裁，且謝業深在 TSG 的投資構成中國—秘魯 BIT 中的“投資”，因此仲裁庭對本案具有管轄權。2011 年 7 月 7 日，仲裁庭作出最終裁決，認定秘魯稅收機關臨時措施的實施構成對謝業深投資的間接徵收，裁定秘魯給予謝業深 786,306.24 美元的補償以及利息。⁷ 2011 年 11 月 3 日，秘魯政府根據《ICSID 公約》第 52 條關於申請撤銷仲裁裁決的規定以及第 50 條關於仲裁程序規則的規定，以仲裁庭明顯超越職權、嚴重違反程序性規則和沒有闡明裁決作出的依據為由，提出針對 2009 年 6 月 19 日管轄權決定和 2011 年 7 月 7 日裁決的選擇性撤銷申請。2011 年 11 月 9 日，ICSID 秘書長登記了這一申請，並向當事方傳達了登記通知，建議由 ICSID 管理委員會指定臨時委員會審查這一申請。2015 年 2 月 12 日，臨時委員會作出決定，駁回了秘魯政府的申請。⁸

本案特點如下：(1)原告方為香港自然人居民；(2)援引法律依據為香港回歸以前中國中央政府與秘魯政府之間簽署的 BIT；(3)仲裁程序是依《ICSID 公約》進行的機構仲裁；(4)仲裁庭並未正面回答“中外 BIT”是否適用於香港特區的問題，而是以香港居民謝業深擁有中國國民身份符合 BIT 投資者定義條款作出肯定性裁決。

2. 菲利普·莫里斯亞洲集團公司訴澳大利亞案(Philip Morris Asia Limited v. Australia)

本案申請方菲利普·莫里斯亞洲集團公司是總部設在中國香港的一家跨國煙草公司。2012 年 12

月，澳大利亞頒佈的《香煙平板包裝法》(*Tobacco Plain Packaging Act 2011*)要求在澳大利亞出售的香煙採用不帶有商標和標誌的平板包裝。2011年6月22日，申請方依據1993年香港—澳大利亞BIT向PCA提起仲裁請求，申請按照《2010年UNCITRAL 仲裁規則》進行仲裁。申請方認為澳大利亞的香煙平裝措施侵犯了其在澳大利亞享有的特定知識產權利益，從而損害了其投資價值。2015年12月17日，仲裁庭對管轄權問題做出裁定，認為申請方在澳大利亞公佈即將實施平裝措施的情況下改變公司結構，意圖獲得條約保護。由於澳大利亞實施平裝措施對於申請方而言是可預見的。因此，申請方發起本案仲裁的行為屬於權利濫用。因此，仲裁庭裁決排除對本案進行管轄。⁹

本案特點如下：(1)原告方為依據香港法律在當地註冊的公司法人；(2)援引法律依據是香港以特區身份對外簽署的“港外BIT”；(3)由於“港外BIT”僅提供ICSID以外仲裁機制，因此該案並非《ICSID 公約》項下仲裁，而是由PCA管理，依據《2010年UNCITRAL 仲裁規則》所進行的臨時仲裁。

以上兩案雖然僅為個案，但在一定程度上表明：(1)由於BITs在自然人身份的投資者定義上大多採用國籍標準，擁有中國國籍的香港特區自然人在利用含有ICSID機制的“中外BIT”尋求ICSID救濟方面一般不存在明顯制度障礙。¹⁰(2)“中外BIT”在法人身份的投資者定義上通常要求應“依照中華人民共和國法律設立”，由於中國實行“一國兩制”，此處的中華人民共和國法律有較大可能被解釋為中央政府制訂的法律(如《中華人民共和國公司法》)，因此，依香港特區法律設立的企業法人(或其外國股東)，在利用“中外BIT”尋求ICSID機制救濟方面存在一定的法律障礙。

以上兩案均為香港投資者訴外國政府。無論是基於投資協定，還是基於投資合同，實踐中均尚未出現外國投資者起訴香港特區政府的個案。換言之，香港特區政府能否作為投資仲裁中的被告，尚未被實踐所檢驗。理論上來說，外國投資者依香港特區法律在港設立的企業法人或其外國股東，依據已經生效的18個“港外BITs”，就香港特區政府的某類行政行為，將香港特區政府訴諸《UNCITRAL 仲裁規則》下的臨時仲裁，就仲裁庭管轄權而言並不存在明顯制度障礙。但是，由於目前沒有這方面的實踐，香港特區政府是否具有獨立承擔敗訴後果的意願、資格和能力尚未經檢驗。

綜合對香港投資條約及爭端解決實踐的分析來看，香港投資者和香港政府在利用國際投資爭端解決機制方面存在利用“港外BIT”和“中外BIT”作為依據的兩種可能。就“港外BIT”而言，現有的20個協定均未規定ICSID機制，但都同意根據《UNCITRAL 仲裁規則》進行仲裁；就“中外BIT”而言，大都同時規定了ICSID機制和根據《UNCITRAL 仲裁規則》進行的仲裁。目前，香港投資者對於上述兩種情形均已有所實踐，但尚未有香港特區政府作為被告的仲裁實踐。

三、香港能否依據《ICSID 公約》和“港外BIT”直接處理與他國民間投資爭議

外國投資者能否基於“港外BIT”提出ICSID仲裁請求？顯然，由於現有“港外BIT”僅提供了非ICSID仲裁，至少目前不存在此種可能。不過，香港特區作為中國的組成部分，存在直接利用ICSID機制的可能性。《ICSID 公約》第25條第1款規定：“中心的管轄權及於一締約國(或該締約國向中心指派的下屬單位或機構)與另一締約國國民之間因投資產生的任何法律爭議，爭議雙方通過書面形式同意將爭議提交給中心。雙方表示同意後，不得單方面撤銷同意。”該條第3款規定：“一締約國下

屬單位或機構的同意需經得該國的批准，除非該國通知中心不需批准。”據此，在滿足下列兩個條件的情況下，外國投資者方可基於“港外BIT”提出ICSID仲裁請求：(1)中央政府批准香港特區作為爭端一方通過ICSID機制解決投資爭端，或通知ICSID香港特區的同意不需要經其批准；(2)香港特區在此後簽署的投資協定中書面同意ICSID的管轄。

根據上述規定，《ICSID公約》締約國的下屬單位或機構可以作為爭端一方直接參與ICSID爭端解決。這一規定考慮到了，在有些國家處理相關外國投資者事務的並非中央政府，而是省市級或較低級別的其他機關，另外有些投資合同也並非由政府直接出面簽訂，而是其他行使公共職能但在法律地位上區別於國家政府的法人、機構和公共甚至公司。¹¹ 中國內地亦有學者認為，公約之所以這樣規定，是考慮到很多投資協議並非直接由東道國政府與外國投資者簽訂，而是直接由東道國的下屬單位或機構與外國投資者簽訂的，如果將這些實體排除在ICSID管轄之外，將會大大限制公約的適用。¹² 實踐中，向ICSID指派其領土組成部分或公共機構的做法均有不少先例。¹³ 相關下屬單位或機構被指派以後，在ICSID爭端中，其不是作為被訴締約國的補充單位或機構，而是直接以爭端一方身份參與ICSID爭端解決。而且，被指派的單位或機構不僅可以作為被訴方，還可以作為申請方提起爭端解決程序。例如，在TANESOC v. IPTL案中，申請人和被申請人均為在坦桑尼亞設立的公司，申請人為由坦桑尼亞全權控制的國有公司，被申請人為在坦桑尼亞設立但70%股權由馬來西亞公民控股的合營公司。¹⁴ 申請人經坦桑尼亞指派，直接提起了ICSID仲裁。

締約國同意其下屬單位或機構參與ICSID爭端解決只是滿足了中心管轄權的第一項基本要件。中心管轄權的另一項要件是爭議雙方的同意。一般而言，締約國的同意可以直接在其簽訂的投資協定作出。投資者根據其母國與東道國之間簽訂的含有ICSID機制的投資協定向ICSID提起爭端解決請求，可視為投資者的同意。國際投資協定是投資爭端雙方同意ICSID管轄的主要基礎，但不是惟一的法律基礎。仍以TANESOC v. IPTL案為例，中心對本案的管轄權並非坦桑尼亞和馬來西亞之間的投資協定，而是作為爭議雙方的兩家公司之間的《購電協議》(Power Purchase Agreement)。該協議第18條明確規定申請人同意與被申請人通過ICSID仲裁解決爭端，而在坦桑尼亞與被申請人的控股公司IPTL簽訂的《實施協議》中，坦桑尼亞明確表示批准這一爭端解決條款。¹⁵

由此可見，只要滿足書面同意中心管轄和經所屬締約國批准或由該締約國通知ICSID不需要批准這兩個條件，締約國所指派的下屬單位便可以作為爭端一方直接參與或提起ICSID爭端解決程序。而且，同意管轄的基礎並不局限於締約國簽訂的投資協定，因為《ICSID公約》第25條第1款所指的“同意”是“爭議雙方”的同意。換言之，被締約國指派的下屬單位或機構可以在其他書面法律文件(如投資合同)中表示同意。

《中英聯合聲明》第3條第1款規定：“中華人民共和國在對香港恢復行使主權時，根據中華人民共和國憲法第31條的規定，設立香港特別行政區。”第2款規定：“香港特別行政區直轄於中華人民共和國中央人民政府。”因此，回歸後的香港，作為中央政府直接管轄的特別行政區，可視為《ICSID公約》所稱的“下屬單位或機構”範疇。香港回歸以後，雖然《香港基本法》明確載明《ICSID公約》繼續適用於香港，但中國作為ICSID締約國，從未根據第25條第1款向中心發出任何指派“下屬單位或機構”的意思表示，也未根據第3款作出“下屬單位或機構的同意不需批准”的通知。¹⁶ 中央政府能否依據《ICSID公約》第25條第1款和第3款的規定同意香港特區政府作為爭端一方參與ICSID機制，需要考慮作出這種同意的國際法與國內法依據，以及作出同意後可能產生的法律後果。

根據“一國兩制”方針，香港特區享有自主決定內部經濟事務、對外經貿事務、簽訂經貿投資協定的權利。根據《香港基本法》第 151 條：“香港特別行政區可在經濟、貿易、金融、航運、通訊、旅遊、文化、體育等領域以‘中國香港’的名義，單獨地同世界各國、各地區及有關國際組織保持和發展關係，簽訂和履行有關協議。”事實上，香港在回歸中國以後，一直積極與各主要的貿易投資夥伴進行貿易和投資協定的談判和簽署。¹⁷ 根據其投資協定簽約權，香港可以與其締約方談判協商確定投資協定項下投資爭端解決的方式，相互同意對方投資者將投資爭端提交可適用的國際爭端解決機構和適用國際爭端解決規則解決，包括利用《UNCITRAL 仲裁規則》和其他機構及仲裁規則。此外，《香港基本法》附件也將《ICSID 公約》列入對香港地區適用的範圍之內。因此，就《香港基本法》的規定而言，香港在對外簽訂的投資協定中同意 ICSID 管轄不存在國內法上的障礙。

《ICSID 公約》提供了一締約國組成部分或機構參與仲裁的可能性，《香港基本法》也清晰地表明了《ICSID 公約》適用於香港特區的態度，換言之，無論是從國際法還是從國內法上來看，中央政府指派香港作為“下屬單位或機構”直接參與 ICSID 仲裁均不存在明顯障礙。接下來需要考慮的是，如果批准香港特區接受 ICSID 管轄，或通知 ICSID 香港特區的同意不需要經其批准，且香港特區政府在此後簽署的投資協定中作出將相關投資爭端提交 ICSID 解決的同意，將會產生甚麼樣的法律後果？假設香港特區政府作為被告在某一案件中敗訴，敗訴後果與賠償責任應由特區政府承擔，還是由中央政府承擔？

根據《ICSID 公約》的規定，締約國指派下屬單位或機構參加 ICSID 爭端和實際的責任由誰承擔是兩個問題。正如 Christoph H. Schreuer 指出，《ICSID 公約》第 25 條第 1 款規定的由締約國指派的下屬單位或機構作為爭端一方參與 ICSID 爭端解決的規則和國際法上關於將一機構的行為歸責於國家的原則是獨立的。¹⁸ 這一觀點也可從《ICSID 公約》的文本中得到佐證。考察《ICSID 公約》全文，“某一締約國的組成部分或機構”的表述僅出現於第 25 條第 1 款和第 3 款項下，其他條款均未使用這一表述。以第六節“裁決的承認與執行”為例，第 54 條第 1 款規定：“每一締約國應承認依照本公約做出的裁決具有約束力，並在其領土內履行該裁決所加的財政義務……”換言之，“某一締約國的組成部分或機構”僅擁有代表締約國參與爭端解決的訴權，並不能以自身名義獨立承擔公約項下的義務。也正是基於這一點，就不難理解第 25 條第 3 款為甚麼要規定“某一締約國組成部分或機構表示的同意，須經該締約國批准”了。因此，一旦香港特區政府在 ICSID 敗訴，就《ICSID 公約》本身規定而言，其法律後果仍將由中央政府承擔。

為甚麼香港特區政府能利用 BIT 尋求 ICSID 以外的臨時仲裁或機構仲裁，卻不能利用 ICSID 機制？從法理上作進一步分析，其主要原因應在於不同國際組織或國際協議在國際法性質上的差異性。香港特區政府由於得到中央的授權，在對外簽署 BIT 甚至某些類型的多邊公約(如 WTO)時，具有較為完整的權利能力和行為能力。但 ICSID 作為僅對主權國家開放的多邊國際組織，香港特區政府不具有合格的締約主體資格。正如《香港基本法》第 152 條所作劃分：對以國家為單位參加的、同香港特別行政區有關的、適當領域的國際組織和國際會議，香港特別行政區政府“可派遣代表作為中華人民共和國代表團的成員或以中央人民政府和上述有關國際組織或國際會議允許的身份參加，並以‘中國香港’的名義發表意見”；對於“不以國家為單位參加的國際組織和國際會議。香港特別行政區可以‘中國香港’的名義參加。”根據《香港基本法》第 152 條，香港特區政府政制及內地事務司網站分別列明了“以國家為單位參加的政府間國際組織”、“不以國家為單位參加的政府間國際組織”、

“適用於香港特別行政區的雙邊協議”以及“適用於香港特別行政區的多邊國際協議”。¹⁹《ICSID公約》列於“適用於香港特別行政區的多邊國際協議”列表之17“國際組織”欄目下，公約號碼為1722。²⁰換言之，由於ICSID屬於“以國家為單位參加的、同香港特別行政區有關的、適當領域的國際組織”，參考《香港基本法》第152條第一段之規定，香港特區政府僅得：(1)“可派遣代表作為中華人民共和國代表團的成員”參與活動；或(2)“以中央人民政府和上述有關國際組織或國際會議允許的身份參加”。結合《ICSID公約》第25條第1款及第3款規定及前文分析，《ICSID公約》僅可允許香港特區政府作為中國的組成部分或機構享有訴權，但無法獨立承擔公約項下之權利義務，其所參與的仲裁案件裁決結果概由締約國即中央政府承擔。

儘管在法律上來說香港不具有獨立承擔ICSID權利義務的能力，但是，如果香港特區政府有承擔敗訴後果的意願，是否可以採取某種變通方式？根據國際實踐，似可參考加拿大的做法，在聯邦政府和州政府之間簽署“賠償協議”，一旦地方政府對外敗訴，需要承擔由此造成的聯邦政府損失。加拿大的這一做法也有預防地方政府不負責任行為的潛在作用。《香港基本法》第13條將香港特區政府的外交事務劃分為兩類：中央人民政府負責管理與香港特區有關的外交事務，以及中央人民政府授權香港特區依照本法自行處理有關的對外事務。結合相關列表分類及前文分析，中央政府無疑可以授權香港特區作為爭端一方參與ICSID仲裁，但如要求香港特區政府獨立承擔ICSID敗訴後果，則既與現有《香港基本法》相關文件中的分類不符，也與《ICSID公約》性質與規定不符。而且，即便在中央政府和香港特區政府之間達成所謂“賠償協議”或類似安排，由於其性質屬於中央政府和特區地方政府對內部事務所作出的某種安排，嚴格來說也並不具有國際法上的對抗效力，勝訴方只會根據有關裁決承認與執行的具體規則向中央政府追償，而無須理會這類內部協議。²¹

就仲裁裁決的承認與執行來看，目前仲裁裁決通常劃分為《ICSID公約》下的裁決和非ICSID公約裁決兩類，前者的承認與執行依據是《ICSID公約》，後者的承認與執行依據是1958年《紐約公約》。通常來說，外國投資者基於“港外BIT”提出仲裁請求，被申請人應為香港特區政府；如外國投資者基於“中外BIT”提出仲裁請求，被申請人為中央政府。如按照第一種路徑，同意香港作為爭端一方直接利用ICSID機制，根據《ICSID公約》第54條規定，最終仍需公約締約國來“承認依照本公約作出的裁決具有約束力，並在其領土內履行該裁決所加的財政義務”。就非ICSID仲裁裁決而言，通常需要依靠1958年《紐約公約》進行承認與執行，該公約適用於包括港澳地區在內的中國領土。²²但是，由於香港特區不是公約的締約方，在外國投資者尋求裁決的承認與執行時，同樣只能由中央政府承擔相應權利義務。從這個層面來說，通過“港外BIT”賦予外國投資者起訴香港特區政府的救濟途徑，對於保護外國投資者利益並沒有任何實際意義。無論是ICSID還是非ICSID仲裁，裁決結果均無法僅通過香港特區政府得到執行。

根據以上分析，路徑一存在的問題主要是：經中央政府的特別授權香港特區可以作為爭端一方根據“港外BIT”中納入的ICSID機制直接處理其與他國國民間投資爭議，但在承認和執行ICSID裁決方面無法獨立承擔責任；如香港特區政府在案件中敗訴，中央政府需要承擔敗訴後果甚至代為賠償；即便借鑑加拿大的做法要求香港政府作出獨立擔責的書面承諾，也不具有國際法上的對抗效力。

四、香港能否依據現有“中外 BIT” 接受 ICSID 管轄

如果不採取第一個方案，那麼中央政府同意《ICSID 公約》繼續適用於香港的政策初衷如何得以落實？《ICSID 公約》究竟應如何適用於香港特區政府？另外一種可能的路徑是，明確香港直接適用“中外 BIT”中已有對 ICSID 管轄的同意。當然，從目前來看，儘管已存在謝業深案這一先例，這一路徑仍然存在較大的不確定性和技術操作難度。

首先，現有“中外 BIT”未對這一路徑予以明確，存在法律模糊性。條約的適用範圍一般直接規定在條約的定義條款中。“中外 BIT”大都沒有明確規定協定適用的領土範圍，只通過“投資者”和“投資”的定義條款，間接確定條約適用的地域範圍。以 1994 年中國—秘魯 BIT 為例，其第 1 條第 1 款規定：“‘投資’一詞係指締約一方投資者依照締約另一方的法律和法規在締約另一方領土內所投入的各種財產……”；其第 1 條第 2 款規定：“‘投資者’一詞在中華人民共和國方面，係指：(一)依照中華人民共和國法律擁有其國籍的自然人；(二)依照中華人民共和國法律設立，其住所在中華人民共和國領土內的經濟組織……。”由於香港是中國的領土，根據“投資”的定義，中國—秘魯 BIT 適用於在香港的投資。但是，根據“投資者”的定義，情況會變得複雜：首先，自然人的身份相對容易確定，即擁有中國國籍的自然人屬於協定涵蓋的“投資者”；法人則需根據其設立所依據的法律判斷，而由於中國實行“一國兩制”政策，香港特區有獨立的立法權，包括公司法人制度方面的立法權，在香港設立的法人大都根據香港法設立。而香港法是否屬於中華人民共和國法律是有爭議的。因此，根據“中外 BIT”的規定本身難以判斷香港能否根據“中外 BIT”適用 ICSID 機制。

其次，從條約解釋的角度來看，可能會得出相互矛盾的結論。從條約適用的角度來看，根據《維也納條約法公約》第 29 條規定：“除條約表示不同意思，或另經確定外，條約對每一當事國之拘束力及於其全部領土。”作為《維也納條約法公約》的締約國，中國在履行國際條約義務方面受到該公約的約束。香港特區無疑屬於中國的領土，因此，根據該公約，“中外 BIT”理應適用於香港特區，除非締約方在協定中規定或另行確定中外投資協定不對香港適用。這種規定和另行確定的情況在中外投資協定中僅有一例，即 2006 年 11 月簽署的《俄羅斯聯邦政府和中華人民共和國政府關於投資的促進和互惠保護協議的擬定書》，該擬定書規定：“除非合同雙方另有協定，本協議不適用於中華人民共和國香港特別行政區和中華人民共和國澳門特別行政區。”因此，如根據《維也納條約法公約》關於條約適用的規定，中國需將除中國—俄羅斯 BIT 以外的中外投資協定適用於香港。但是，根據《維也納條約法公約》第 31 條(解釋之通則)第 1 款規定：“條約應依其用語按其上下文並參照條約之目的及宗旨所具有之通常意義，善意解釋之。”作為締約方權利義務關係的載體，投資協定體現的是全體締約方的共同意思，其解釋應當遵循文義，但同時也應考慮締約方的共同意思。“中外 BIT”是否適用於香港，取決於締約方的共同意思。而有的“中外 BIT”明顯不具有適用於香港的共同意思，例如在香港回歸以前便已簽訂甚至生效的協定，包括前述中國—秘魯 BIT。這部分協定客觀上不可能存在對香港適用的締約方共同意思。因此，這部分條約是否適用於香港需要締約方另行協商確定。但除了中國—俄羅斯 BIT 的締約方，其他“中外 BIT”的締約方並沒有對這些協定是否適用於香港作出過共同聲明或解釋。因此，根據《維也納條約法公約》的解釋通則，似乎除中國—俄羅斯 BIT 不適用於香港外，在香港回歸中國以前便已締結的協定至少目前也不適用於香港。

儘管存在上述不確定性，但統一適用“中外 BIT”的方案，較之授權香港作為爭端一方參與 ICSID

機制並利用“港外 BIT”尋求救濟的方式而言，仍具有諸多明顯優勢。

首先，統一適用“中外 BIT”賦予香港特區利用 ICSID 機制，不僅落實了中央政府同意《ICSID 公約》繼續適用於香港的政策初衷，也不會加大中央政府的責任和負擔。如前所述，即便中央政府同意香港以自身名義參與 ICSID 仲裁，其法律後果仍將由中央政府承擔，這與利用“中外 BIT”的法律後果是等同的。換言之，與授權香港作為爭端一方參與 ICSID 仲裁相比，在採取第二種路徑時中央政府的風險並未加大。從實際操作的層面來說，允許香港特區政府作為被告出庭，可能會減少中央政府出庭應訴的負擔。如中央政府因香港特區政府不當行政行為而在投資仲裁中敗訴，其財政損失也可以考慮與特區政府之間通過事先安排的“補償協議”予以彌補，無論此種仲裁是基於“港外 BIT”抑或“中外 BIT”。當然，中央政府如果提出香港特區政府應予補償的要求，可能違背了香港回歸前夕中央政府曾作出的“同意 ICSID 公約繼續適用於香港(所產生的國際權利和義務由中國承擔)”的意思表示。反之，如果香港特區政府要求獨立承擔敗訴後果，則是否意味着中央政府需要撤回此前對香港作出的承諾？因此，如果本次同意香港的請求，要麼意味着中央政府將承擔香港敗訴的後果，要麼意味着中央政府將違背香港回歸之前作出的承諾。

其次，“港外 BIT”與“中外 BIT”並行的局面，還存在着法律衝突的可能。如果允許香港在其此後簽署的投資協定中同意 ICSID 管轄，其未來簽署的協定和已有的港外投資協定在適用上會產生不同的法律效果，也會與“中外 BIT”之間存在法律競合，可能產生“挑選條約”、“雙重訴訟”等不利現象。假設同時存在一第三國與香港特區之間以及與中央政府之間的 BIT，對該國在香港地區開展投資的投資者而言，存在挑選條約甚至訴訟競合的可能，即投資者在兩個 BIT 中挑選對自己有利的一個，甚至同時依據兩份 BIT 分別起訴香港特區政府和中央政府。由於目前針對“港外 BIT”和“中外 BIT”關係的定位模糊，中國及香港特區有關投資仲裁的現有安排存在明顯的隱患。“中外 BIT”對香港特區的適用並非不可能，實踐中也有 ICSID 基於“中外 BIT”管轄香港居民所提起仲裁請求的先例，未來適用於香港的投資條約規則尤其是爭端解決規則會呈現加劇碎片化的現象。反之，如果明確將香港納入中外投資協定的適用範圍，則有助於提升中國內地和香港特區在適用投資條約規則體系方面的統一化程度。

再次，是否允許香港特區利用 ICSID 機制以及通過何種路徑實現，並不是一個獨立存在的問題，還需要從“一個中國”的整體性視角來看待。中國政府在這個問題上的立場和態度將直接影響澳門特區，甚至波及台灣地區。近年來，關於“中外 BIT”是否適用於港澳地區存在不確定性，並引起了許多爭議。目前，澳門在投資協定的簽署和談判上並不如香港積極，僅與兩個葡語國家和地區簽訂了投資協定，但世能案²³表明澳門同樣存在捲入國際投資仲裁爭端的可能。就澳門特區而言，通過談判簽署 BIT 接受 ICSID 管轄，從效率上來說遠遠不如中國政府明確中外投資協定適用於澳門。就台灣地區而言，目前兩岸局勢不佳，更加凸顯通過法律手段促進兩岸和平統一的重要性，在國際上得到了廣泛承認的“一個中國”政策，客觀上為台灣投資者援引“中外 BIT”至少提供了某種理論上的可能。港澳台地區對外簽署的投資協定數量極其有限，相反中央政府對外簽署的投資協定數量龐大，且提供了包括 ICSID 機制在內的充分的救濟手段，不僅有利於投資者保護，也有利於促進投資。反之，如果授權香港直接利用 ICSID 機制並在此後的“港外 BIT”中納入相關規定，將進一步加大兩地在投資協定和爭端解決事宜方面的政策分化，進而呼應近年來有所抬頭的“港獨”勢力，並對澳門、台灣地區產生不良的示範影響。

五、結論與建議

綜上分析，在利用 ICSID 機制方面，香港存在兩種可能的路徑。其一是根據《ICSID 公約》第 25 條第 1 款和第 3 款由中央政府授權香港作為爭端一方參與 ICSID 機制，同時在“港外 BIT”中納入 ICSID 仲裁條款。其二是統一適用“中外 BIT”對 ICSID 仲裁的同意。第一種方式存在較為明顯的弊端：(1)由於《ICSID 公約》和 1958 年《紐約公約》均只對主權國家開放，無論是否取得中央政府授權，香港均無法獨立承擔在國際投資仲裁中的敗訴後果；(2)“港外 BIT”與“中外 BIT”雙軌並行的局面存在明顯的法律衝突隱患，如果允許香港在此後簽署的“港外 BIT”中納入 ICSID 機制，將進一步加大碎片化和衝突可能。相反，如果統一適用“中外 BIT”來利用 ICSID 機制，則具有如下好處：(1)法理依據充分，既符合《香港基本法》的精神，又符合《ICSID 公約》的規定；(2)有助於避免新舊“港外 BIT”之間、“港外 BIT”與“中外 BIT”之間的法律衝突；(3)有助於促進法治統一，防止碎片化。²⁴ (4)有利於擴大保護範圍，惠及港澳投資者。

中央政府與香港特區政府應依據《香港基本法》，就香港特區利用 ICSID 機制處理投資爭端作出必要安排，同時妥善處理現有“港外 BIT”與“中外 BIT”的關係。在徵求香港特區政府意見的基礎上，中央政府應就“中外 BIT”能否適用於港澳地區作出明確表態，並就相應的配套工作和後續步驟作出安排。若採取第一種路徑，在操作上比較簡單，在中央政府根據《ICSID 公約》作出授權後，香港特區可自行與其他締約方協商確定，是否通過 ICSID 解決投資爭端。但是，採用此種路徑需慎重考慮前文所指出的諸多弊端。如採用第二種路徑，後續工作相對而言複雜一些，但好處顯而易見。由於“中外 BIT”涉及中國以外的其他締約方，中國政府需和其他締約方協商共同確定。雖然實踐中已有 ICSID 仲裁庭認可“中外 BIT”適用於香港的先例，但在投資仲裁領域這種先例並不構成對後案的約束，且各界在此問題上仍然存在重大觀點分歧和不同意見。這在前述謝業深訴秘魯政府案中已有涉及，在與之相似的世能公司訴老撾政府案中得到了更充分的體現。因此，只有在取得其他締約方同意的情況下，才能明確“中外 BIT”適用於香港。雙方需要對現有協定進行修改、作出聯合聲明或達成補充協議。²⁵ 就條約修改而言，應明確地域範圍涵蓋港澳地區，澄清協定中的領土、投資者等要素，從而彌補法律漏洞並壓縮仲裁庭任意解釋空間。由於現有“中外 BIT”有關法人投資者定義中的“依中華人民共和國法律成立”規定可能導致在香港成立的法人不能根據“中外 BIT”提交 ICSID 仲裁，也需作出相應修改。

[國家社科基金項目“國際投資仲裁視角下的海外中資利益保護研究”(14BFX191)、教育部人文社會科學重點研究基地重大項目“多元平衡視野下的當代國際投資法轉型與中國實踐”(13JJD820007)、國家社科基金智庫專項“一帶一路建設國際法問題研究”(17VDL021)的研究成果。]

註釋：

- ¹ 見 ICSID 締約國數據庫：<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/Database-of-Member-States.aspx>。
- ² 見《中華人民共和國政府和大不列顛及北愛爾蘭聯合王國政府關於香港問題的聯合聲明》附件一“中華人民共和國政府對香港的基本方針政策的具體說明”。
- ³ 見《中華人民共和國國民經濟和社會發展第十三個五年規劃綱要》第十二篇第五十四章第一節。
- ⁴ 林鄭月娥：《行政長官 2018 年施政報告》，第 132 段。
- ⁵ 由於中國實行“一國兩制”的地區不僅僅限於香港一地，還包括澳門特區。從 BIT 數量來看，香港近年來表現較為活躍，締約數量達到 20 個之多，但澳門卻僅有 2 個。此外，台灣地區作為中國不可分割的一部分，雖然目前尚未回歸，但也存在少量的 BIT 締約實踐和潛在的 ISDS 糾紛可能。因此，本文的研究雖然集中於討論香港與《ICSID 公約》關係問題，但對澳門乃至台灣也具有一定參考意義。
- ⁶ 2008 年 5 月 22 日澳門與荷蘭簽署的《相互鼓勵及保護投資協定》第 9 條第 2 款規定了爭議可依據公約及附加便利規則提交 ICSID 仲裁，這是港澳地區所有對外簽署的 BIT 中唯一例外。當然，由於缺乏中央政府依據《ICSID 公約》第 25 條第 1 款和第 3 款所做的授權，該條款實際上無法使用。
- ⁷ Tza Yap Shum v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/07/6, Summary of Award. Available at the website of itaLaw: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0882.pdf>. Retrieved on 20th August 2017.
- ⁸ *Ibid.* para 1-5 and 210.
- ⁹ Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, PCA Case No. 2012-12, Award on Jurisdiction and Admissibility. 17th December 2015. Para 5-9, 585-588.
- ¹⁰ N. Gallagher and W. Shan: *Chinese Investment Treaties: Policies and Practice*. Oxford: Oxford University Press. 2009. Pp. 78-79.
- ¹¹ C. H. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch and A. Sinclair: *The ICSID Convention: A Commentary* (2nd Edition). Cambridge: Cambridge University Press. 2010. P. 149.
- ¹² 史曉麗主編：《國際投資法》，北京：中國政法大學出版社，2005 年，第 286 頁。
- ¹³ 被指派到 ICSID 的下屬單位範圍很廣。在單一制國家可以是各級地方政府，而非單一制國家可以是省、聯邦州。比如，澳大利亞指派了新南威爾士、維多利亞、塔斯馬尼亞、昆士蘭、北領地和澳大利亞首都直轄區；英國指派了百慕大、英屬維京群島、開曼群島、福克蘭群島屬地、直布羅陀、蒙特塞拉特、安圭拉、聖赫勒拿、聖赫勒拿屬地、特克斯和凱科斯群島、根西島轄區、澤西島轄區和馬恩島。被指派到 ICSID 的機構一般是指“代表”國家或下屬單位的實體，比如，代為行使權利的國有公司或政府控制的公司。厄瓜多爾指派了 Corporación Estatal Petrolera Ecuatoriana 和 Consejo Nacional de Electricidad；尼日利亞指派了 Nigerian National Petroleum Corporation；蘇丹指派了 General Petroleum Corporation。
- ¹⁴ Tanzania Electric v. IPTL, ICSID Case No. ARB98/8, Award, 12nd July 2001, para. 1-3.
- ¹⁵ *Ibid.* para. 10-13.
- ¹⁶ 在 ICSID 官方網頁締約國的中國頁面中，“Designations of Constituent Subdivisions or Agencies and Notifications Concerning the Approval by the Contracting State of Their Consent to ICSID Jurisdiction [Article 25(1) and (3)]”欄目的狀態是“None”。
- ¹⁷ 《香港對外簽訂和談判貿易投資協定的進展》，見香港特別行政區政府新聞公報，2019 年 3 月 26 日。

- ¹⁸ C. H. Schreuer, L. Malintoppi, A. Reinisch and A. Sinclair: *The ICSID Convention: A Commentary* (2nd Edition). Cambridge: Cambridge University Press. 2010. P. 150.
- ¹⁹ 《香港特別行政區的對外事務》，載於香港政制及內地事務局對外事務網站：<https://www.cmab.gov.hk/tc/issues/external.htm>，2019 年 1 月 26 日訪問。
- ²⁰ 《適用於香港特別行政區的公約列表》，載於香港律政司網站：[https://www.doj.gov.hk/chi/laws/interlaw.html#Conventions Establishing International Organisations](https://www.doj.gov.hk/chi/laws/interlaw.html#Conventions_Establishing_International_Organisations)，2019 年 1 月 26 日訪問。
- ²¹ 考慮到香港法治化程度相對較高，從現實可能性來看，在投資仲裁中被訴的概率可能相對較低，由中央政府“買單”的風險似乎不大。
- ²² 1997 年 6 月 6 日和 10 日，《紐約公約》秘書長分別收到英國和中國政府關於香港地位的聲明。在恢復對香港行使主權後，中國通知秘書長，公約及中國作出的保留也適用於香港特別行政區。
- ²³ *Sanum Investments v. Lao People's Democratic Republic (I)* (PCA Case No. 2013-13).
- ²⁴ 將香港、澳門地區納入“中外 BIT”的適用範圍，有助於提升中國內地和香港在適用投資條約規則體系方面的統一化程度。“一國兩制”雖然是中國的長期政策，但終有期限。投資法治的統一也是粵港澳大灣區法治建設的重要內容之一，從法域統一的長遠角度考慮，應盡量相向而行，減少背道而馳，為逐步消除兩岸四地法律衝突、實現法治統一創造條件。
- ²⁵ 漆彤、蔣志誠：《論中外 BITs 在港澳特區的適用——以“謝業深案”和“世能案”為視角》，載於《福建江夏學院學報》，2016 年第 4 期，第 47 頁。