

“一國兩制”下中外雙邊投資條約 在港澳台適用性問題研究

劉京蓮*

一、問題的提出

“一國兩制”，即“一個國家，兩種制度”。按照鄧小平的論述，“一國兩制是在一個中國的前提下，國家的主體堅持社會主義制度，香港、澳門、台灣保持原有的資本主義制度長期不變。”“一國兩制”是中國政府為實現國家和平統一提出的基本國策。在這一國策下，中國政府於 1997 年 7 月 1 日恢復對香港行使主權，澳門也於 1999 年 12 月 20 日順利回歸祖國。但是，這一制度創新不可避免的出現法律適用和銜接上的問題。其中，中國政府與其他國家簽訂的雙邊投資條約(Bilateral Investment Treaty, 以下簡稱“中外 BIT”)能否適用於香港、澳門和台灣地區成為實踐中亟待解決的問題。

雙邊投資條約是資本輸出國與資本輸入國就投資保護和促進簽訂的國際條約。1982 年，中國與瑞典簽訂首個雙邊投資條約。在此後的三十多年實踐中，中國成為世界上簽訂雙邊投資條約最為積極的國家之一。目前，中國對外簽訂雙邊投資條約 130 個¹，是德國之後簽訂此類條約排名第二的國家。中國在締結大量雙邊投資條約的實踐中經歷了香港和澳門的回歸。但是中國政府沒有意識到中外 BIT 對香港和澳門的適用問題，因此在中外 BIT 中沒有對這一問題做出處理。惟一的特例是 2006 年中國與俄羅斯雙邊投資條約，第 1 條規定：“除非締約雙方另行商定，該協定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。”

雙邊投資條約的締約疏漏導致國際投資仲裁實踐的爭議。2007 年香港居民謝業深訴秘魯案成為涉及中外 BIT 是否適用於香港特別行政區問題的第一案。2012 年澳門世能公司訴老撾案再次聚焦中外 BIT 能否適用於澳門特別行政區。謝業深案仲裁庭通過解釋中秘雙邊投資條約投資者定義條款，將中秘雙邊投資協定擴及香港投資者，從而巧妙的迴避了這一問題。世能案經過仲裁管轄權異議，新加坡高等法院一審，新加坡上訴法院二審，最終通過適用《維也納條約法公約》第 29 條和《關於國家在條約方面的繼承的維也納公約》第 15 條的規定，確定新老雙邊投資條約適用於澳門投資者。謝業深案和世能案的裁決在中國政府層面引起了強烈的抗議，在中國學者層面亦引發了大量的爭論。

台灣經濟較為發達，在國際上投資眾多，台灣政府以中華民國的名義對外簽訂 23 個雙邊投資協定。²可以預見的是，台灣投資者在海外投資過程中如果投資利益遭受重大損失，如果台灣政府與東道國政府之間沒有簽訂雙邊投資條約，也有訴諸中外 BIT 的可能性。中外雙邊投資協定能否適用於台灣，中外雙邊投資協定能否為台灣投資者提供投資保護也有可能成為實踐中必須面對的問題。

本文擬在介紹謝業深訴秘魯案和世能訴老撾案的基礎上，通過分析中國官方和中國學者的不同觀點，提出解決這一問題的新思路。

* 浙江工商大學法學院副教授

二、謝業深案和世能案

(一) 謝業深案

香港居民謝業深是秘魯 TSG 公司的大股東，享有公司 90% 的股權。TSG 公司主要面向亞洲市場從事魚粉貿易。2004 年，秘魯稅務機關對 TSG 的財務進行了審計，認為 TSG 存在着未申報銷售額的行為並對其採取了臨時措施。此後，TSG 的銷售業績受到不良影響，並於 2005 年 3 月進行了債務重組。謝業深據此於 2006 年 9 月 29 日向國際投資爭端解決中心提起仲裁申請，主張秘魯政府的行為違反了 1994 年中國與秘魯簽定的《中華人民共和國和秘魯共和國政府關於鼓勵和相互保護投資協定》(以下簡稱《1994 年中秘 BIT》)第 4 條有關徵收的規定和第 3 條有關公平與公正待遇的規定，給投資者造成了巨大的損失。謝業深向秘魯政府提出 2,500 萬美元的求償。

針對投資者的仲裁申請，秘魯政府提出了管轄權異議。其中爭議的核心內容為：謝業深作為香港居民是否符合《1994 年中秘 BIT》有關投資者定義的規定。仲裁庭認為，應該根據《1994 年中秘 BIT》和 1965 年締結於華盛頓的《關於解決國家與其他國家國民之間投資爭端公約》(以下簡稱《1965 年華盛頓公約》)來確定投資者是否有權提起仲裁申請。《1994 年中秘 BIT》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依照中華人民共和國法律擁有其國籍的自然人。仲裁庭認為謝業深為中國福建出生的香港居民，具有中國國籍，因此符合《1994 年中秘 BIT》的規定，具有投資者的地位。至於《1994 年中秘 BIT》是否應適用於香港特別行政區，仲裁庭認為他沒有必要也不會分析這一問題。³

(二) 世能案

世能公司(Sanum Investment Ltd.)是一家在澳門註冊成立的公司。2007 年起開始與老撾當地企業 ST 以合資公司的形式在老撾投資 4 億美元的博彩和酒店業。其後遭到老撾政府吊銷經營許可證以及不公正的稅收待遇。2012 年澳門世能公司以 1993 年中國與老撾簽定的《中華人民共和國政府和老撾人民民主共和國政府關於鼓勵和相互保護投資協定》(以下簡稱

《1993 年中老 BIT》)為依據，以老撾政府為被申請人發起了仲裁申請，受理案件的仲裁機構為國際常設仲裁院(PCA, The Permanent Court of Arbitration)，仲裁規則為 2010 年《聯合國國際貿易法委員會仲裁規則》(UNCITRAL 仲裁規則)。本案經過了 PCA 的仲裁庭、新加坡高等法院和新加坡上訴法院的三次審理，最終由新加坡上訴法院於 2016 年 9 月 29 日做出判決，決定《1993 年中老 BIT》適用於澳門投資者。

在仲裁管轄權異議審理階段，PCA 仲裁庭依據《維也納條約法公約》(Vienna Convention on Law of Treaty)第 29 條“條約之領土範圍”和《關於國家在條約方面的繼承的維也納公約》(Convention on Succession of States in Respect with Treaty)第 15 條“對領土一部分的繼承”的規定論證中老雙邊投資條約是否適用於澳門投資者。《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，條約對每一當事國的拘束力及於其全部領土。”《關於國家在條約方面的繼承的維也納公約》第 15 條規定：“一國領土的一部分，或雖非一國領土的一部分但其國際關係由該國負責的任何領土成為另一國領土的一部分時：(a)被繼承國的條約自國家繼承日期時起停止對國家繼承所涉領土繼續生效；(b)繼承國的條約自國家繼承日期時起對國家繼承所涉領土生效，但從條約可知或另經確定該條約對該領土的適用不合條約的目的和宗旨或者根本改變實施條約時的條件時，不在此限。”

仲裁庭認為《維也納條約法公約》和《關於國家在條約方面的繼承的維也納公約》均構成習慣國際法，因此對本案具有拘束力。在《維也納條約法公約》第 29 條和《關於國家在條約方面的繼承的維也納公約》第 15 條的關係上，仲裁庭認為《關於國家在條約方面的繼承的維也納公約》第 15 條規制領土繼承時的條約適用問題，《維也納條約法公約》第 29 條規制領土繼承後的條約適用範圍問題。因此，仲裁庭將首先對《關於國家在條約方面的繼承的維也納公約》第 15 條進行分析。仲裁庭指出，如果要排除《1993 年中老 BIT》對澳門的適用，必須檢驗《關於國家在條約方面的繼承的維也納公約》第 15 條的例外條款是否成立。首先，對於《關於國家在條約方面的繼承

的維也納公約》第15條的“不合條約的目的和宗旨”例外，仲裁庭指出《1993年中老BIT》序言表明“保護投資者利益和促進經濟合作”是中國和老撾締結雙邊投資條約的目的和宗旨，將條約的適用範圍擴及澳門並不違背這一目的和宗旨。相反，條約的適用範圍越廣，條約的目的和宗旨越能更好的實現。⁴其次，對於“根本改變實施條約時的實踐”例外，仲裁庭指出兩個計劃經濟國家間的條約適用於資本主義國家將根本改變條約的適用條件，但是本案顯然不是這樣的狀況。無法適用於澳門的僅是那些反映社會主義價值觀和制度安排的國際條約。本案被申請人無法證明《1993年中老BIT》適用於中國大陸與適用於澳門有根本性的不同。因此適用該例外的條件沒有滿足。⁵此外，被申請人老撾政府主張《中葡聯合聲明》和《澳門基本法》均表明“一國兩制”下，中國大陸簽訂的條約不能自動適用於澳門特別行政區。仲裁庭沒有接受老撾政府的抗辯，認為《中葡聯合聲明》屬於雙邊條約，對第三方沒有法律拘束力。《澳門基本法》作為國內法不能改變《1993年中老BIT》下的義務。⁶仲裁庭對於《維也納條約法公約》第29條的分析同樣集中於例外的條件是否滿足。仲裁庭指出《1993年中老BIT》對條約是否適用於澳門沒有明確約定，澳門擁有獨立締約權不能證明《1993年中老BIT》不適用於澳門。⁷因此，仲裁庭得出結論，《1993年中老BIT》適用於澳門特別行政區。⁸

老撾政府不服PCA仲裁庭的裁決，2014年1月10日向新加坡高等法院提出撤銷仲裁裁決的申請，並呈交註明日期為2014年1月7日老撾外交部致中國駐老撾首都萬象大使館的函件以及中國駐萬象大使館的回函。在1月7日的信函中老撾外交部提出《1993年中老BIT》不適用於澳門的觀點，並尋求中國對此觀點的支持。⁹2月19日，中國駐萬象大使館在給老撾外交部的回函中支持了老撾的觀點。回函原文為：根據《澳門基本法》，澳門特別行政區可以根據中央政府授權而單獨同其他國家或地區簽訂和履行投資協定；原則上中央政府締結的雙邊投資協定不適用於澳門，除非在徵詢澳門特別行政區政府的意見後及與其他締約方磋商後另有安排。¹⁰2015年1月，新加坡高等法院在進行司法複審後決定撤銷PCA仲

裁庭的管轄權裁決，裁定《1993年中老BIT》不適用於澳門。2015年11月，中國外交部照會老撾外交部，重申2014年中國駐萬象大使館外交照會中闡明的立場。

世能公司不服新加坡高等法院的判決，上訴至新加坡上訴法院。新加坡上訴法院於2016年9月29日做出最終決定，否決了老撾政府以2014年外交照會為新證據證明《1993年中老BIT》不適用於澳門的抗辯，認為2014年外交照會為關鍵日之後形成的證據，在本案中不具有證據效力。即使關鍵日之後形成的證據具有證據效力，在本案中，2014年外交照會同樣不能作為《1993年中老BIT》適用於澳門的法律依據。因為該外交照會依據的《澳門基本法》為中國的國內法，根據《維也納條約法公約》第27條的規定，不具有對抗國際法的效力。¹¹因此新加坡上訴法院最後判決《1993年中老BIT》適用於澳門特別行政區。¹²

三、中國政府的應對措施和中國學者的異議

(一) 中國政府的應對措施

對於“一國兩制”下中國中央政府簽訂的條約是否適用於香港和澳門問題，《香港基本法》和《澳門基本法》做出了明確的規定。根據《香港基本法》第153條的規定：“中華人民共和國締結的國際協議，中央人民政府可根據香港特別行政區的情況和需要，在徵詢香港特別行政區政府的意見後，決定是否適用於香港特別行政區。”《澳門基本法》第138條做出了類似的規定：“中華人民共和國締結的國際協議，中央人民政府可根據情況和澳門特別行政區的需要，在徵詢澳門特別行政區政府的意見後，決定是否適用於澳門特別行政區。”

但是對於中國中央政府已經簽訂生效的逾130個雙邊投資條約，中央政府並沒有徵詢香港特別行政區政府和澳門特別行政區政府的意見，沒有做出是否適用於香港特別行政區和澳門特別行政區的國內法決定。更沒有在國際法層面與雙邊投資條約的相對方進行溝通，就雙邊投資條約是否適用於回歸後的香港和澳門做出聯合解釋或安排。根據《維也納條約法公約》

第 27 條的規定，一當事國不得援引其國內法規定為理由而不履行條約。因此，《香港基本法》和《澳門基本法》作為中國的國內法，其所確立的原則不能對抗中國政府與外國政府簽訂的雙邊投資協定中條約。在中外 BIT 將條約的適用範圍擴及締約雙方全部主權領土的情況下，《香港基本法》和《澳門基本法》無法將香港和澳門排除在外。

《中英聯合聲明》和《中葡聯合聲明》，雖然均為主權國家間的國際協議，但是由於這兩個條約是雙邊國際協定，其法律拘束力僅及於締約雙方。因此其所確立的原則無法約束中外雙邊投資條約的相對方。

至於台灣，因為兩岸政治上尚未統一的現狀，中國中央政府尚未出台有關台灣問題的憲法性文件，亦沒有中外 BIT 是否適用於台灣的國內法安排。更遑論國際法層面的條約締約實踐。一旦出現台灣投資者利用中外雙邊投資條約起訴東道國的情況，中國現有法律體系將捉襟見肘，無法處理。

對於謝業深案仲裁庭將《1994 年中秘 BIT》擴及香港居民，中國政府沒有做出明確的表態。

對於《1993 年中老 BIT》是否適用於澳門投資者，中國外交部在老撾外交部的來函要求確認《1993 年中老 BIT》不適用澳門的前提條件下，才通過外交照會的方式回覆老撾外交部，中國政府認為根據“一國兩制”制度和《澳門基本法》，《1993 年中老 BIT》不適用於澳門。但是，這一外交照會的發出時間過晚，中國政府反應遲鈍。導致這一表明中國政府立場的文件因為晚於投資者提起仲裁申請的“關鍵日期”被認為沒有證據效力。

針對新加坡上訴法院有關世能案的判決，中國政府表達了強烈的不滿和批評。2016 年 10 月 21 日外交部發言人華春瑩在例行記者招待會上表示：新加坡法院對於《1993 年中老 BIT》是否適用於澳門這一事實問題的認定是錯誤的。因為確定《1993 年中老 BIT》的地域適用範圍取決於締約雙方自身意願，是涉及國家行為的事實問題，中方已先後兩次以外交照會形式確認《1993 年中老 BIT》目前並不適用於澳門特區。中方根據“一國兩制”方針和《香港基本法》和《澳門基本法》相關規定處理條約適用港澳特區問題。具體而言，中華人民共和國締結的國際協議，中央政府

根據情況和特區需要，在徵詢特區政府意見後，決定是否適用於特區。特區可根據基本法或中央政府具體授權在經濟、金融、貿易、投資等領域單獨對外締結協議。因此，中央政府對外締結的投資協定原則上不適用於特區，除非在徵詢特區政府意見並同有關締約方協商後另行作出安排。¹³ 但是代表中國政府的外交部的發言不具有法律意義，更不能為國際投資仲裁庭設立解釋的規則，對於解決中外 BIT 的適用範圍沒有更多的指導意義。

總結而言，無論是中國國內憲法性文件《香港基本法》和《澳門基本法》，還是中國政府與英國政府和葡萄牙政府的《中英聯合聲明》和《中葡聯合聲明》，均無法阻止國際投資仲裁庭將中外雙邊投資條約適用於香港和澳門。世能案的實踐表明中國政府在爭議發生後以外交照會的方式排除香港澳門適用中外雙邊投資協定的做法無法得到國際投資仲裁庭的支持。因此，中國政府如果希望對國際投資仲裁庭的自由裁量權進行限制，需與投資條約相對方通過締結補充協議或者聯合解釋條約的方式對這一問題做出明確的規定。

（二）中國學者的異議

對於謝業深案管轄權裁定，大多數學者持有不同的觀點。這些觀點集中於以下方面：仲裁庭對於中外雙邊投資條約能夠適用於香港地區的判決是錯誤的，中外雙邊投資條約不能自動適用於香港。一方面這種做法違背了《中華人民共和國憲法》、《香港基本法》、《中英聯合聲明》的安排¹⁴，另一方面從條約解釋的角度，中國在長期實踐中形成的習慣做法符合《維也納條約法公約》第 29 條對於條約適用空間範圍例外的規定。¹⁵ 仲裁庭在確認管轄權時一味強調申請人是否具有中國國籍，未深入考慮中國的基本國情及香港居民和大陸居民在生活環境、經濟環境等多方面存在的現實差異對裁定可能產生的影響。事實上，首先，《1994 年中秘 BIT》是香港回歸前簽訂的，不應適用於香港，且該 BIT 中的中方投資者也不包括香港居民；其次，《中英聯合聲明》和《香港基本法》都早於《1994 年中秘 BIT》頒佈，其中都提到了香港作為特別行政區具有高度自治權，具有獨立的對外簽

訂雙邊投資條約的締約權；最後，《1994年中秘BIT》第5條規定，雙方約定的領土範圍是指“中華人民共和國的全部關稅領土，包括領陸、領水、領空，以及根據國際法和國內法，中華人民共和國行使主權權力和管轄權的專屬經濟區和大陸架”，而香港作為獨立關稅區不應涵蓋在《1994年中秘BIT》的範圍內。因此，謝業深並不能依據《1994年中秘BIT》取得適格的“投資者”身份。¹⁶

對於世能案，中國學者同樣對新加坡上訴法院的判決做出了否定性的評價。例如有學者認為：新加坡法院關於《1993年中老BIT》適用於澳門特區的判決是一項錯誤判決。首先，新加坡上訴法院判決的基本出發點錯誤。新加坡上訴法院判決的基本出發點是《關於國家在條約方面的繼承的維也納公約》第15條等反映的“移動條約邊界”這一“習慣國際法”。但是中國恢復對澳門行使主權並非“國家繼承”，葡萄牙逐步佔領澳門，期間迫使清政府簽訂的一系列條約都是不平等條約，自始無效，未改變澳門屬於中國領土這一基本事實。新中國成立後，中國政府多次強調澳門是中國領土。澳門回歸不是中國領土變更，不產生“國家繼承”問題。其次，中外BIT不適用於澳門特區是澳門回歸以來的一貫實踐。《澳門基本法》第138條規定中國對外簽訂的雙邊投資條約不自動適用於澳門。再次，新加坡法院無權質疑中國外交照會的證明效力。新加坡法院以“關鍵日期原則”排除中國外交照會效力，與中國“一國兩制”政策相違背。¹⁷

有學者從技術層面對新加坡上訴法院的判決進行了批判，指出新加坡上訴法院的判決的問題主要表現在三方面：對《維也納條約法公約》第31條的錯誤解釋，對“移動條約邊界規則”的性質定性錯誤，以及對“另經確定”證據證明標準的適用錯誤。正因為在這三個技術問題上出現了錯誤，這些錯誤累積之後，最終導致其判決在多方面的結論顯得不合理甚至荒謬，即在《1993年中老BIT》當事國雙方的中國和老撾都一致認同該協定不適用於澳門的背景下，新加坡上訴法院毫不理會該協定當事國的此明確“意圖”，依然一意孤行，我行我素，堅持將該協定適用於澳門，“有違直覺”(counter-intuitive)。¹⁸

中國學者對於謝業深案的批判主要基於中國國內法，即《香港基本法》和《澳門基本法》的規定，批判國際投資仲裁庭沒有考慮中國的“一國兩制”國策，沒有適用中國憲法性文件。此類批評堅持中國的立場，為中國國內法辯護。“一國兩制”是中國政府解決香港和澳門問題的基本國策，《香港基本法》和《澳門基本法》是中國的憲法性文件。中國學者以此作為依據要求國際投資仲裁庭尊重中國的基本國策，從感情上可以理解，但是在《維也納條約法公約》第27條明確規定一國不得以國內法對抗國際法，當中國雙邊投資條約沒有明確排除適用於香港和澳門的時候，以中國國內法為依據否定雙邊投資條約的規定，顯然不符合中國作為締約國的《維也納條約法公約》的規定。中國學者對新加坡上訴法院的判決進行技術層面的批判更具專業性，例如質疑“移動邊界原則”不構成國際習慣法，不能作為條約繼承的法律基礎。但是技術層面的批判仍然存在爭議。無法阻止新加坡上訴法院的判決成為先例，對後面的案件產生一定的影響力。

四、中國雙邊投資條約適用於香港、澳門和台灣的建議

香港、澳門和台灣屬於經濟較為發達的地區，均擁有大量的海外投資。客觀上，需要雙邊投資條約為海外投資提供法律保障。根據《香港基本法》和《澳門基本法》的規定，除國防和外交事項外，香港和澳門享有獨立的締約權。但是截止到目前，香港對外簽訂19個雙邊投資條約¹⁹，澳門對外簽訂2個雙邊投資協定²⁰。有限的雙邊投資協定無法滿足海外投資者的需要。中央政府對外簽訂逾130個雙邊投資協定，且中國正在同世界上兩個最大的經濟體美國和歐盟分別談判雙邊投資保護協定。可以預見的是，隨着港澳台投資者大量走向海外，隨着中國中央政府構建的雙邊投資條約網越來越綿密，會有越來越多的港澳台投資者以中國中央政府簽訂的雙邊投資條約為依據提起國際仲裁，要求保護他們在東道國的投資利益。中外BIT能否適用於香港澳門甚至台灣地區，這一問題

將會一再出現。

《香港基本法》和《澳門基本法》要求中央政府就其所簽訂的國際條約是否適用於香港和澳門，在徵詢香港特區政府和澳門特別行政區政府意見的基礎上做出決定。兩部基本法對這一問題既沒有做出肯定性的回答，也沒有做出否定性的回答。因此，在實踐中，中央政府簽訂的雙邊投資條約是否適用於香港和澳門，有待於從“一國兩制”基本國策、港澳台保護海外投資的切實需要以及國際法層面做出決定。筆者認為，中外雙邊投資條約應該適用於香港、澳門和台灣地區。原因如下：

首先，中外 BIT 適用於香港、澳門和台灣是“一國兩制”國策中“一國”的要求。“一國兩制”國策是中國政府解決香港澳門回歸祖國，實現台灣與祖國統一的制度創新。“一國”是前提，“兩制”是基礎。“兩制”必須建立在“一國”的前提上。中國中央政府於 1997 年恢復對香港行使主權設立香港特別行政區，1999 年對澳門恢復行使主權設立澳門特別行政區，香港和澳門成為中國的一部分。台灣是中國的固有領土，更是國際上的共識。除了 2006 年中國與俄羅斯簽定的《中華人民共和國政府和俄羅斯聯邦政府關於促進和相互保護投資協定》(以下簡稱《2006 年中俄 BIT》)明確排除適用於香港澳門以外，其餘的中外 BIT 均規定條約適用於中國的全部領土。中國的全部主權領土顯然包括香港澳門和台灣，中外 BIT 應該適用香港澳門和台灣。《中華人民共和國國籍法》第 4 條規定，“父母雙方或一方為中國公民，本人出生在中國，具有中國國籍”。作為特別行政區公民，香港居民澳門居民當然擁有中國國籍。台灣作為中國一部分，台灣居民當然也擁有中國國籍。中外 BIT 為具有中國國籍的投資者提供保護，當然包括對香港投資者、澳門投資者和台灣投資者的保護。

在國際投資仲裁中強調“一國”這一要素，並不否認“兩制”的存在。兩制的本意在於強調保持香港澳門和台灣的資本主義制度不動搖，強調中央政府不會將大陸的社會主義制度推行至香港澳門和台灣。國際投資條約作為經濟領域的條約並無意識形態之分。中國作為社會主義國家所簽訂的雙邊投資條約與德國作為資本主義國家所簽訂是雙邊投資條約沒有

本質的區別。所追求的目標均為投資保護和經濟合作。所包含的主要條款均為投資待遇，徵收與國有化和爭端解決程序等。因此，將中外 BIT 適用於香港、澳門和台灣並不會影響其現有的資本主義制度。因此，根據“一國兩制”國策，中外 BIT 適用於香港、澳門台灣並無不妥，甚至更有利於中國在國際上一再強調的“一個中國”。

其次，中外 BIT 適用於香港、澳門和台灣是港澳台投資者保護海外投資利益的現實需要。香港、澳門和台灣作為發達經濟體，海外投資體量巨大，海外投資者面臨各種風險，急需國際投資條約為他們提供投資保護。但是，正如前文所言，目前香港對外僅簽訂 19 個雙邊投資條約，澳門更是僅僅與荷蘭和葡萄牙簽訂了 2 個雙邊投資條約。台灣囿於其政治地位，到目前為止，也僅簽訂了 23 個雙邊投資協定。寥寥的條約無法滿足港澳台投資者的現實需要。中國作為世界上簽訂雙邊投資協定排名第二的國家，編織了綿密的雙邊投資條約網，能夠為海外投資者提供寬泛的保護。香港居民澳門居民和台灣居民作為擁有中國國籍的投資者理應享受中外 BIT 的保護。

再次，中外 BIT 適用於香港、澳門和台灣不會給中央政府帶來重大的不利影響。中外 BIT 適用於香港澳門和台灣，同時也意味着中國中央政府需要代表港澳台政府對外國投資者承擔國際法義務。一旦外國投資者不滿香港澳門和台灣政府管理外資的措施，可以依據中外 BIT 提起以中國中央政府為被申請人的投資仲裁。如果敗訴，中央政府需要向外國投資者承擔賠償責任。但是這一風險發生的可能性並不大，因為香港澳門和台灣實行獨特的資本主義法治，對外資的管理透明規範，發生投資爭議的可能性不大。即使發生投資爭議，特別行政區司法獨立，仲裁制度發達，當地救濟的方式能夠為外國投資者所信任，當地司法途徑即可以救濟投資者與特區政府的爭議。此外，根據《1965 年華盛頓公約》第 25 條第 1 款的規定，公約締約國可以向中心指定該國的任何組成部分和機構，該機構接受中心的管轄權，成為中心仲裁案件的主體。如果中央政府希望避免為香港澳門和台灣政府管理外資的措施承擔責任，可以將這三個地區指定到中心，成為中心的適格主體，一旦外國投資者提起仲

裁，香港澳門和台灣政府可以作為獨立的被申請人參與仲裁程序。

既然“一國兩制”要求中外 BIT 適用於香港澳門和台灣，既然香港、澳門和台灣的投資者需要中外 BIT 的保護，那麼中國政府應該如何應對這一實踐中的難題？筆者建議中國政府採取如下措施：

首先，最徹底的解決這一問題的方法為中央政府依照《香港基本法》和《澳門基本法》的規定，在徵詢香港特區政府和澳門特區政府的基礎上，決定中外 BIT 是否適用於香港和澳門。如果通過國內法程序決定個別中外 BIT 不適用於香港特別行政區和澳門特別行政區，需要中國政府在國際法層面與雙邊投資條約的締約對方通過聯合解釋的方式對這一問題進行明確。如果通過國內法程序決定中外 BIT 適用於香港特別行政區和澳門特別行政區，那麼中國政府在涉及香港、澳門的國際投資仲裁案件中，可以以此作為依據向國際投資仲裁庭提出法庭之友的意見。

其次，如果沒有辦法通過國內法程序徵詢香港特別行政區和澳門特別行政區的同意，中國政府可以在國際投資仲裁案件中保持沉默。在中國國內法對這一問題沒有明確規定的情況下，中外 BIT 適用於香港和澳門不存在國內法障礙。在中外 BIT 明確此類條約的適用範圍是中國全部領土的情況下，根據《維也納條約法公約》第 29 條和《關於國家在條約方面的繼承的維也納公約》第 15 條確立的“移動邊界原則”，中國恢復對香港和澳門行使主權的同時中國簽訂的雙邊投資條款自動推及香港和澳門特別行政區。至於台灣，因為其自古即是中國領土，中國 BIT 適用於台灣地區不存在任何法律障礙。在國際投資仲裁領域，雖然沒有“遵循先例”原則，但是國際投資仲裁庭都

承認前案對本案的影響力。因此，在謝業深案和世能案成為前案的現狀下，後案仲裁庭在很大程度上會遵循相同的裁判路徑，並得出相同的結論。中外 BIT 可以通過國際投資仲裁案件明確其對香港澳門和台灣的適用。

五、結論

目前，除《2006 年中俄 BIT》外，中外 BIT 對於條約的適用範圍是否包含香港澳門和台灣均未做出明確約定。隨着謝業深案與世能案的出現，可以預見的是，實踐中會有越來越多的案件涉及這一問題。中國政府根據《香港基本法》和《澳門基本法》的規定反對中外 BIT 自動適用於香港和澳門。中國學者對中外 BIT 自動適用於香港和澳門大多也持反對意見。然而，中外 BIT 適用於香港澳門和台灣，不會將中央政府實行的社會主義制度施加於香港澳門和台灣，不會影響兩制的實現。反而可以突出強調中國堅持的“一個中國”的立場，可以為香港澳門和台灣投資者提供更為全面的保護，因此，中國政府可以通過國內法程序明確中外 BIT 的適用範圍。如果經與香港特別行政區政府和澳門特別行政區政府協商，確認中外 BIT 適用於香港和澳門，在國際投資仲裁實踐中，中國政府可以通過向仲裁庭提交法庭之友的報告明確中國的立場。如果經與香港政府和澳門地區政府協商決定中外 BIT 不適用於香港特別行政區和澳門特別行政區，則需要與締約對方通過條約解釋的方式對這一問題進行明確。此外，中外 BIT 適用於台灣地區並不存在任何國際法上的障礙。

註釋：

¹ 見聯合國貿發會網站：<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/42#iiaInnerMenu>。

² 同上註。

³ Taz Yap Shum v. The Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/07/6, Decision on Jurisdiction and competence, dated 19 June 2009, paras.52-66.

- ⁴ Sanum Investments Limited v. The Government of the Lao People’s Democratic Republic, PCA, Award on Jurisdiction, dated 13 December 2013, para.240.
- ⁵ *Ibid.*, para. 249.
- ⁶ *Ibid.*, paras. 250-269.
- ⁷ *Ibid.*, paras. 270-299.
- ⁸ *Ibid.*, para.300.
- ⁹ Originating summons No. 24 of 2014 between Sanum Investments Limited and The Government of the Lao People’s Democratic Republic, [2015] SGHC 15, para.39.
- ¹⁰ *Ibid.*, para. 40.
- ¹¹ Civil Appeals No 139 and 167 of 2015 between Sanum Investments Limited and The Government of the Lao People’s Democratic Republic, [2016] SGCA 57, paras.112-116.
- ¹² *Ibid.*, para.122.
- ¹³ 2016年10月21日外交部發言人華春瑩主持例行記者會，見中華人民共和國外交部網站：http://www.fmprc.gov.cn/web/fyrbt_673021/t1407728.shtml。
- ¹⁴ 陳安：《對香港居民謝業深訴秘魯政府案 ICSID 管轄權裁定的四項質疑》，載於《國際經濟法學刊》，第 17 卷第 1 期，第 6-19 頁。
- ¹⁵ 王海浪：《謝業深訴秘魯案管轄權決定書簡評——香港居民直接援用〈中國秘魯 BIT〉的法律依據》，載於《國際經濟法學刊》，第 17 卷第 1 期，第 59 頁。
- ¹⁶ 黃月明：《ICSID 擴大管轄權的途徑及其應對——從“謝業深案”切入》，載於《華東政法大學學報》，2013 年第 5 期，第 65 頁。
- ¹⁷ 傅鑄：《新加坡法院關於中老投資協定適用於澳門特區的判決是一項錯誤判決》，載於《中國國際法前沿》公眾號，2016 年 10 月 12 日。
- ¹⁸ 宋傑：《〈中老投資協定〉在澳門的適用問題——評新加坡上訴法院有關“Sanum 公司訴老撾案”判決》，載於《浙江工商大學學報》，2017 年第 2 期，第 62 頁。
- ¹⁹ 同註 1。
- ²⁰ 同上註。