

# 《投资条约仲裁评论》 第44章：建筑及建设工程

# Contents

<b>I. 引言</b>	<b>03</b>
<b>II. 建筑工程争议何时可采用“投资者与东道争端解决机制”</b>	<b>03</b>
<b>III. 建筑项目的合格投资者</b>	<b>04</b>
<b>IV. 属于合格投资的建筑项目</b>	<b>04</b>
<b>V. 归于国家的行为</b>	<b>04</b>
<b>VI. 实质性保护措施</b>	<b>05</b>
<b>VII. 保护伞条款、稳定条款及岔路口条款</b>	<b>05</b>
<b>VIII. 补救措施和执行</b>	<b>06</b>
<b>IX. 结论</b>	<b>06</b>

# 《投资条约仲裁评论》第44章：建筑及基建工程

李连君、马修 (Matthew Townsend)、庄伟鹏<sup>1</sup>

## I. 引言

国际建筑工程纠纷正与日俱增。举例而言，中国的“一带一路”倡议下，中国企业积极在亚洲、非洲和拉丁美洲国家物色建筑及基建项目，导致跨境建筑项目数量激增。然而，这些投资项目有不少是在经济或政治不稳的地区进行的，经常引发投资者与东道国之间的商业纠纷。

这些项目往往是大型且复杂的，因此当中的争议大多牵涉巨额的索赔。纠纷案件的增加，让大家开始关注投资条约为投资者所提供的补救措施。在这些旨在促进跨境投资的条约中，各国为投资者提供保障措施，而相关保障措施可通过在中立的司法管辖区进行国际仲裁来实现。

## II. 建筑工程争议何时可采用“投资者与东道争端解决机制”

投资者与东道国争端解决机制 (ISDS) 是投资者免于国家行为风险的保障机制之一，从而令其投资免受不利影响。其他的保障机制包括了外交保护、调解以及谈判。

通过ISDS，投资者可以根据投资者所在国与东道国签署的投资协议对东道国提出索赔，寻求实质性的保障。投资保障措施通常在双边投资条约 (BITs)、多边投资条约 (MITs)、自由贸易协议中的投资章节或与国家直接签订的合同中约定。这些条约和合同可能进一步约定，投资者可以通过在中立的司法管辖区进行仲裁来实现有关保障。

在中国一带一路投资的背景下，虽然投资者可以受益于中国的投资保障制度 (即中国与大多数一带一路国家签订了双边投资条约)，但该制度可能无法为投资者提供全面保障。

具体而言，要援引相关条约或合同中规定的保障措施，提出索赔的投资者通常必须证明：(1) 其是相关投资条约项下的合格的投资者；及(2) 投资项目是投资条约项下的受保障投资项目。



<sup>1</sup> 李连君与马修 (Matthew Townsend) 为礼德律师事务所有限责任合伙的合伙人，庄伟鹏为礼德律师事务所有限责任合伙的律师。



### III. 建筑项目的合格投资者

关于提出索赔的投资者是否为合格投资者的问题，通常取决于相关条约对“投资者”的定义。以中国为例，1993年《中国—老挝双边投资协议》第1(2)条对“投资者”的定义宽泛，包括根据投资者所在国法律成立或组建的公司。

在建筑工程的背景下，在东道国和母国注册成立的公司可能建立合资企业，以确保有效部署服务和资源。在之前的仲裁中，仲裁庭认为只有在母国注册成立的公司方可享受投资条约下的保障。<sup>2</sup>

倘若投资者本身是一家国有企业，那么在投资者与国家间的仲裁中也可能出现仲裁资格的问题，许多一带一路建筑项目（中国国企在海外基建投资中扮演着重要的角色）就是如此。在*Beijing Urban Construction Group v Yemen*<sup>3</sup>一案中，申请人北京城建集团是根据中国法律注册成立的国企。其与被申请人也门签订了一份建筑工程合同，为也门的机场建造新的航站楼。随后，申请人根据中国与也门之间的双边投资协议对也门政府索赔被征用导致的损失。被申请人提出，根据《解决国家与他国国民间投资争端公约》（ICSID 公约）第25(1)条，申请人不符合另一缔约国国民的资格条件，理由是申请人实际上是中国政府的代理人。考虑到申请人在这一特定情况下的职能，仲裁庭驳回了也门政府的主张，并认为申请人是以商业身份行事，并非担任中国政府的代理人履行政府职能。

### IV. 属于合格投资的建筑项目

针对东道国的索赔也必须符合投资条约对投资范围

的定义。以中国的双边投资条约为例，投资的定义通常很宽泛，涵盖各种资产，并在其后列举了合格投资的例子。<sup>4</sup>

在国际投资争端解决中心（ICSID）层面，投资者申请人还需要证明有关的投资符合ICSID公约第25条的要求。*Salini v. Morocco*一案涉及在摩洛哥修建高速公路的争议，仲裁庭提到，属于国际投资争端解决中心管辖范围内的投资，必须满足以下四项关键要素：大量投入资金或资产、承担商业风险、足够的投资项目持续时间、以及对东道国经济的贡献。<sup>5</sup>

上述标准在往后不同的仲裁裁决中被引用；然而，一些案例批评并拒绝采用该标准。无论如何，一般情况下，即使仲裁庭决定不遵从该标准，仲裁庭亦会应用较低的门槛标准，而且建筑项目一般会满足该标准。

正如使用当地子公司有时会引起是否为合格投资者的质疑一样，其有可能导致以当中并无合格投资项目为由的抗辩。在*Zhongshan v. Nigeria*一案中，尼日利亚提出反对意见，称中山富诚通过其在尼日利亚的全资子公司承包了相关投资，但由于没有投入自己的资金，因此不是真正的投资者，惟此论点遭到仲裁庭驳回。<sup>6</sup>

### V. 归于国家的行为

如果争议建筑工程合同中的雇主或其行为引起索赔的实体是一家国有公司，那么在其是否被视为国家机关的问题上可能会产生争议。在这方面，《国家对国际不法行为的责任条款》（ARSIWA）第8条列出‘有效控制’的标准，根据该标准，如果一个人或一组人的行为

2 *Tulip Real Estate and Development Netherlands BV v. Republic of Turkey*, ICSID案件编号ARB/11/28仲裁裁决, 2014年3月10日。

3 *Beijing Urban Construction Group Co Ltd v. Republic of Yemen*, ICSID 案件编号ARB/14/30管辖权裁决, 2017年5月31日。

4 参见《1993年中国-老挝双边投资协议》第1(1)条；《2001年中国-缅甸双边投资协议》第1(1)条；《2009年中国-马耳他双边投资协议》第1(1)条等。

5 *Salini Costruttori SpA and Italstrade SpA v. Kingdom of Morocco*, ICSID 案件编号ARB/00/4管辖权裁决, 2001年7月23日, 第52段。

6 *Zhongshan Fucheng Industrial Investment Co Ltd v. Federal Republic of Nigeria*, 临时仲裁, UNCITRAL仲裁规则, 最终裁决, 2021年3月26日(*Zhongshan*), 第79段。

是在一个国家的指示、指挥或控制下进行的,则根据国际法,该人或该组人的行为应被视为国家的行为。

在 *Jan de Nul v. Egypt* 案中<sup>7</sup>, 就索赔人与苏伊士运河管理局 (SCA) 之间的疏浚苏伊士运河协议, 仲裁庭考虑了上述问题。仲裁庭也提出确定一个国家何时拥有有效控制的两阶段测试: 该国是否对相关个人或实体拥有一般控制权; 以及该国是否对有关行为拥有具体控制权?<sup>8</sup> 在该案中, 仲裁庭裁定, 苏伊士运河管理局的非常具体的行为不能归于埃及。<sup>9</sup>

至于地方或地区性国家实体在涉嫌违反投资者保护方面的角色, ARSIWA 第4、5及9条将国家责任延伸至国家机关。在一带一路的背景下, *Zhongshan v. Nigeria* 一案涉及尼日利亚西南部奥贡州政府的行为。尽管如此, 仲裁庭裁定, *Zhongshan* 有权直接从尼日利亚联邦政府获得赔偿, 因为当地州政府的行为构成对 *Zhongshan* 投资的非法征用, 应归于东道国。<sup>10</sup>

## VI. 实质性保护措施

常见的保护措施包括:

- a. 防止非法征用: 一般情况下, 征用本身是允许的, 但必须给予及时、充分和有效的补偿, 为公共目的征用, 且以非歧视方式进行。征用可以是直接、间接或渐进的。
- b. 公平公正待遇: 一般而言, 这标准要求国家提供符合投资者合理预期的可预测投资环境。
- c. 国民待遇: 这标准规定外国投资者所受待遇不应低于本地投资者。

- d. 最惠国待遇: 这标准要求投资条约的缔约国向合格投资者提供的待遇, 必须不得低于该国签署的其他投资条约给予投资者待遇。
- e. 非歧视性措施: 这标准规定外国投资者不应受到歧视。

承包商和其他投资者根据投资协定享有的权利取决于该等协定的内容。

在一带一路背景下, 补救措施的范围取决于投资协定是哪一版的协定。中国第一版及第二版双边投资协定 (即20世纪80年代和90年代初签署的协定) 将仲裁范围限制在与征用补偿金额有关的纠纷。<sup>11</sup> 这大大限制了中国大多数协定对中国投资者的保护。尽管如此, 一些仲裁庭认为, 除了补偿金额外, 他们有必要首先处理是否存在违反相关投资协定的情况等问题;<sup>12</sup> 然而, 这方面的案例观点不是一致的。

## VII. 保护伞条款、稳定条款及岔路口条款

ISDS索赔的其他考虑因素包括保护伞条款、稳定条款和岔路口条款。

投资协定中保护伞条款约定, 东道国同意履行其对投资者的所有义务, 包括合同义务。<sup>13</sup> 因此, 保护伞条款可将违约索赔变成投资协定索赔。保护伞条款的适用范围 (包括在建筑工程合同) 存在争议, 国际仲裁庭对这些条款的处理态度也并非一致。

稳定条款出现于投资者与东道国之间的合同, 规定东道国同意不会采取某些会对投资者产生不利影响的

7 *Jan de Nul NV and Dredging International NV v. Arab Republic of Egypt*, ICSID案件编号ARB/04/13, 裁决, 2008年11月6日。

8 同上, 第173段。

9 同上。

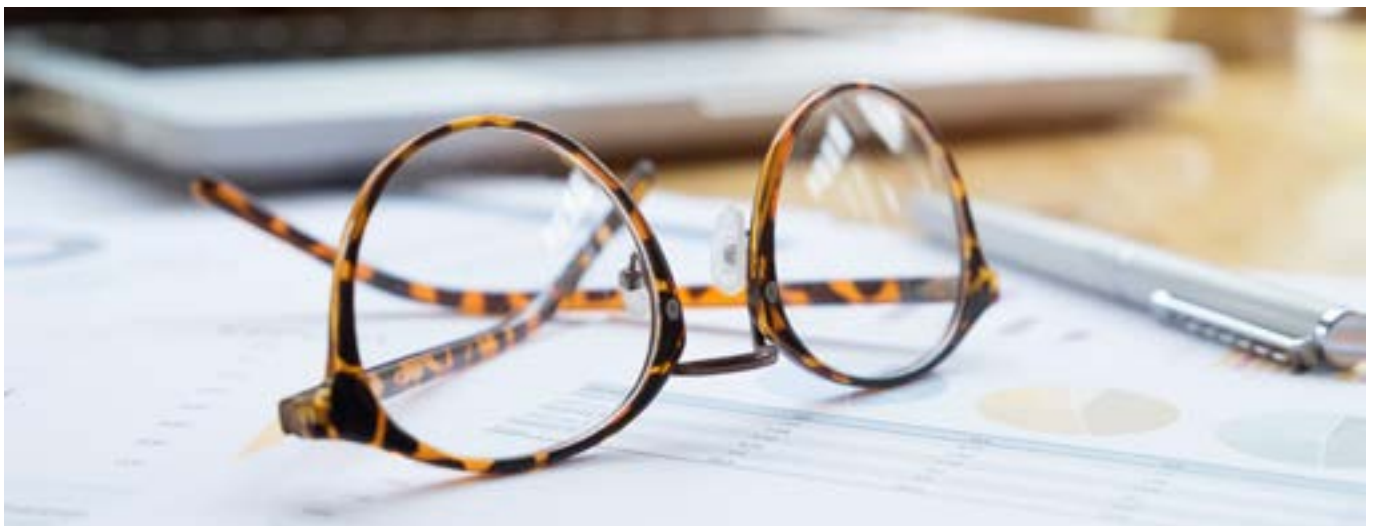
10 *Zhongshan*, 第72段。

11 参见 (例如) 《1993年中国-老挝双边投资协定》第8(3)条; 《1994年中国-秘鲁双边投资协定》第8(3)条。

12 参见 (例如) *Señor Tza Yap Shum v. The Republic of Peru*, ICSID案件编号ARB/07/6, 关于管辖权和权限的决定, 2009年6月19日。

13 参见 (例如) 《1997年菲律宾-瑞士双边投资协定》第X(2)条 (经SGS Société Générale de

*Surveillance SA v. Republic of the Philippines*案讨论, ICSID案件编号ARB/02/06, 仲裁庭关于管辖权异议的裁定, 2004年1月29日)。



单方面行动。<sup>14</sup>这些行动可能包括修改法例或在不弥偿投资者的情况下修改法例。虽然该等条款并不构成直接的协定义务,但在投资者保护方面却具有重要意义,因为投资者可主张东道国违反了保护伞条款(如有),或者其行为违反了公平公正待遇的标准。

岔路口条款要求投资者就向国家提出索赔的途径作出选择,要么透过相关双边投资协定规定的仲裁机制,要么通过当地法院或相关合同规定的其他途径。<sup>15</sup>

## VIII. 补救措施和执行

建筑事宜通常涉及大型的长期项目。在这些情况下,高额赔偿并不少见,这通常代表相关投资可能在未来数年产生的高回报在国家行为特别恶劣的情况下,一些仲裁庭也曾给予非补偿性或精神损害赔偿。<sup>16</sup>在相关投资协定或投资合同没有明确禁止的情况下,仲裁庭亦可给予非金钱救济,包括要求国家采取或不采取某些行动的命令。<sup>17</sup>

许多投资保护文本都规定,投资争议可以通过ICSID解决,该中心是世界银行集团下的组织。由于《承认和执行外国仲裁裁决公约》在世界各地得到广泛的接受,其他非ICSID的仲裁裁决通常可以跨境执行。

## IX. 结论

对于建筑和基础设施项目的当事方而言,ISDS可以提供有力的保护。是否能够对违反保护措施的国家提起仲裁至关重要,尤其在根据本地法律无法向国家或国家机关提出索赔的情况下。

然而,正如中国承包商所知,国家投资保护制度的优劣,须视乎其投资协定框架。因此,ISDS索赔的当事方应密切留意协定本身的措辞,而在建筑和基础设施领域构建投资的当事方也应审阅相关协定,同时充分利用协定提供的保护。

完整出版物可在<https://thelawreviews.co.uk/title/the-investment-treaty-arbitration-review>上查阅

由 Law Business Research Ltd. 在英国出版。



14 参见(例如) *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID案件编号ARB/01/8, 裁决, 2005年5月12日。

15 参见(例如)《1997年意大利-黎巴嫩双边投资协定》第7(2)条(经 *Toto Costruzioni Generali SpA v. The Republic of Lebanon* 讨论, ICSID案件编号ARB/07/12, 管辖权决定, 2009年9月11日)。

16 参见(例如) *Zhongshan v Nigeria*。

17 参见(例如) *Mr. Franck Charles Arif v. Republic of Moldova*, ICSID案件编号ARB/11/23, 裁决, 2013年4月8日。



Reed Smith LLP is associated with Reed Smith LLP of Delaware, USA and the offices listed below are offices of either Reed Smith LLP or Reed Smith LLP of Delaware, USA, with exception of Hong Kong, which trades as Reed Smith Richards Butler LLP.

All rights reserved.

Phone: +44 (0)20 3116 3000

Fax: +44 (0)20 3116 3999

DX 1066 City/DX18 London

ABU DHABI  
ASTANA  
ATHENS  
AUSTIN  
BEIJING  
BRUSSELS  
CENTURY CITY  
CHICAGO  
DALLAS  
DUBAI  
FRANKFURT  
HONG KONG  
HOUSTON  
LONDON  
LOS ANGELES  
MIAMI  
MUNICH  
NEW YORK  
ORANGE COUNTY  
PARIS  
PHILADELPHIA  
PITTSBURGH  
PRINCETON  
RICHMOND  
SAN FRANCISCO  
SHANGHAI  
SILICON VALLEY  
SINGAPORE  
TYSONS  
WASHINGTON, D.C.  
WILMINGTON

**reedsmith.com**