

Settlement for Expropriation Disputes in International Energy Direct Investment

Ying Li, Di Yu

North China Electric Power University, Beijing
Email: liying0289@126.com, yudixyz@163.com

Received: Feb. 28th, 2015; accepted: Mar. 9th, 2015; published: Mar. 13th, 2015

Copyright © 2015 by authors and Hans Publishers Inc.
This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY).
<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

Abstract

International energy direct investment is an important form of international investment. For the purpose of safeguarding national security and interests, the host country may seek to expropriation, limiting the private property rights of foreign investors to some extent. Expropriation may lead to the loss of foreign investors' legal income and their qualification, increasing the uncertainty to invest in the host country and even cause the friction between countries. In this paper, taking the local remedies of the host country, the remedies of the capital-exporting country in domestic law, the mechanisms of the International Centre for Settlement of Investment Disputes and other international arbitrations as a view, we discuss the issue of settlement for expropriation disputes and propose some ideas to deal with it.

Keywords

Energy Area, International Direct Investment, Expropriation, Settlement for Disputes

论国际能源领域直接投资征收争议的解决

李英, 于迪

华北电力大学, 北京
Email: liying0289@126.com, yudixyz@163.com

收稿日期: 2015年2月28日; 录用日期: 2015年3月9日; 发布日期: 2015年3月13日

摘要

国际能源领域直接投资是国际投资的重要表现形式，而国际能源领域直接投资中的征收是东道国以其公权力在某种程度上限制外国投资者私人财产权的一种行为，这种行为可能导致外国投资者主体资格丧失，合法收益被东道国吞噬，从而增加在东道国投资的不确定性甚至引起投资国与东道国的投资摩擦。本文以东道国的当地救济、投资国的外交保护、解决投资争端国际中心机制以及其他国际仲裁等方面出发，分析现行征收争议解决存在的问题，从而提出解决问题的构想。

关键词

能源领域，直接投资，征收，争议解决

1. 国际能源领域直接投资的征收风险

1.1. 国际能源领域直接投资的概念

国际直接投资是国际投资的主要方式之一，联合国贸易和发展组织(United Nations Conference on Trade and Development, 简称 UNCTAD)发布的《2014 年世界投资报告》显示，2013 年全球外国直接投资流入流量 1.45 万亿美元，年末存量 25.5 万亿美元。长期展望显示全球外国直接投资(Foreign Direct Investment, 简称 FDI)增势稳健，如不发生宏观经济动荡，在 2015 年将达到 1.75 万亿美元。

国际能源领域的直接投资是指具备一定资质的投资者(包括自然人、法人、国家和国际组织)为获取一定的投资收益，在能源领域以设立新企业或分支机构、收买或兼并东道国境内原有能源开发与利用企业等方式向东道国投资，取得全部或部分控制权、管理权并对所投资企业有重大影响的一种资本输出活动。

近年来，随着我国海外经济利益持续拓展，对外投资高速增长，能源投资的比例逐渐升高。2014 年 9 月，商务部、国家统计局和国家外汇管理局发布的《2013 年度中国对外直接投资统计公报》显示，2013 年中国对外直接投资 1078.4 亿美元，连续两年成为世界第三大对外投资国，能源类投资中采矿业对外直接投资为 3.65 亿美元，与能源资源相关的“电力、热力、燃气及水的生产和供应业”对外直接投资流量也超过了 20 亿美元。然而，近年来，我国以能源投资为背景的国际直接投资争议数量日益增加，征收争议的比例更是逐年上升。

1.2. 国际能源领域直接投资征收风险的概念

征收是国家以其公权力对私人财产权利进行限制或剥夺的一种主权行为，格劳秀斯对此也认为征收是国家行使的主权属性之一。目前，国际条约中尚没有对征收概念的明确定义，《多边投资担保机构公约》第 11 条¹和《多边投资担保机构业务细则》第 1.29 条²将征收和类似措施作为多边投资担保机构承保的政治风险之一，指出东道国政府的作为或不作为，剥夺了投资者对其投资的所有权、控制权或收益权，就构成了征收。

根据征收的方式，可以将征收划分为直接征收和间接征收。直接征收，是指国家对投资者财产的直

¹《多边担保机构公约》第 11 条(a)(ii)：“东道国政府采取立法或行政措施，或懈怠行为，实际上剥夺了被保险人对其投资的所有权或控制权，或其应从该投资中得到的大量收益。但政府为管理其境内的经济活动而通常采取的普遍适用的非歧视性措施不在此列。”

²《多边投资担保机构业务细则》第 1.29 条：“根据公约第 11 条(a)(ii)，对于可归因于东道国政府的具有剥夺担保权人对其投资的所有权或控制权或从其投资所得的重大利益之效果的措施造成的损失，承保签署人可以提供担保。担保可以及于但并不限于对资产的征收、国有化、征用、扣押、查封、没收以及冻结措施。”

接剥夺，将投资者的财产归为国家所有，强调国家对投资者财产的取得。而间接征收体现为东道国政府的措施并没有直接剥夺外国投资者的财产所有权，然而此种行为的结果却严重干预或妨碍了所有权人对财产的使用，使财产所有人不能自由、充分地行使其权利^[1]。二十世纪九十年代以来，随着海外投资活动的日益频繁，海外投资公平化的呼声越来越高，投资东道国减少了对海外投资者的直接征收，取而代之的是越来越隐蔽的间接征收，在国际能源投资领域，更多的适用环境保护和公众健康等公共利益条款进行变相的征收。

国际条约、国际组织决议以及大多数国家的国内法都在原则上不实行征收，但并未放弃特殊情况的征收权。与此同时，为防止征收措施的滥用，这些法律文件也规定了进行征收的前提条件，这些条件包括：1) 为了社会公共利益；2) 非歧视；3) 遵守适当的法律程序；4) 对征收进行补偿。值得注意的是，并不是所有的法律文件将征收都限定为四个条件，有的文件规定较松，只纳入了四个条件中的三个甚至两个。1962年，联合国大会通过的《关于自然资源永久主权的决议》承认一国对其自然资源和经济活动的主权，但是，对征收仅限定为三个条件，包括为了公共目的、遵守适当法律程序和适当赔偿。2009年《老挝人民民主共和国外国投资促进法》则规定只需满足公共利益和补偿两个条件就可以征收。

2. 国际能源领域直接投资征收争议的主要解决途径

国际能源领域直接投资征收争议产生后，依据法律的规定，投资者可以通过以下途径寻求争议的解决：东道国的当地救济、投资国的外交保护、ICSID提供的救济和其他国际仲裁等。我国对外能源投资争议解决的方式包括以下七种：1) 协商；2) 国际投资担保制度；3) 海外投资保险制度；4) 东道国当地救济；5) ICSID机制；6) 其他国际仲裁；7) 外交保护。

2.1. 东道国的当地救济

当地救济是东道国属地管辖权的体现，2007年联合国大会通过的《外交保护条款草案》第14条第2款规定了当地救济的概念，当地救济是指受害人可以在所指应对损害负责的国家，通过普通的或特别的司法或行政法院或机构获得的法律救济。因此，当外国投资者遭受征收风险后，可以在东道国管辖的范围内，依据东道国的实体法和程序法，通过行政手段、仲裁手段和司法手段，以寻求救济。

2.1.1. 行政救济手段

征收发生在东道国与外国投资者之间，从国内法的角度来说，因征收而引起的争议属于东道国境内的行政争议。投资者认为东道国的征收行为侵犯其合法权益，有权向相应的行政主体提出请求，行政主体在法律许可的范围内受理并及时做出相关决定，这种救济手段即为行政救济手段。

2.1.2. 仲裁救济手段

根据投资者与东道国政府达成的仲裁协议，在东道国境内以仲裁方式解决国际能源领域直接投资的征收争议，容易得到东道国的认同，有利于征收争议的解决和裁决在东道国的执行。

但是有些国家认为凡该国认为争议事项关系该国社会公共利益的，不允许以仲裁方式解决，而社会公共利益是各国征收的必备条件之一，这在很大程度上反映了不得将征收提交国内仲裁这一措施的依据，如英格兰法规定触及公共秩序的，索赔不能作为仲裁解决的内容。而沙特阿拉伯在1963年第58号部长会议决议规定，政府机构同私人之间的争议必须服从沙特的投诉委员会管辖，不得提交仲裁或任何国外司法机构处理。甚至在1983年的新仲裁条例中规定，除非得到部长会议主席的批准，任何政府机构不得签订仲裁协定。因征收行为引发的行政争议也可通过行政程序或行政诉讼等方式解决，如我国《仲裁法》规定，依法应当由行政机关处理的行政争议不能仲裁。当出现因征收问题引起的行政争议时，一方当事

人可通过行政复议，也可向人民法院提起行政诉讼。

2.1.3. 司法救济手段

司法救济手段指外国投资者与东道国政府产生征收争议后，依法向法院提起诉讼，法院依法定程序审查东道国政府行为的合法性，经法院审理作出裁决的司法活动。司法救济手段包括普通法院救济手段和行政法院救济手段。英美法系国家崇尚司法权威，强调对行政权的控制，因此将所有的行政争议都归入本国普通法院管辖。而大陆法系国家则设立专门的行政法院处理行政争议。以法国、德国为典型，征收争议的所有权转移问题由行政法院管辖，补偿金额的确定由普通法院管辖。各国多将司法救济手段作为对外国投资者在本国投资的救济手段，塔吉克斯坦共和国 1992 年《外国投资法》第 8 条规定：“有关征收赔偿数额、期限和支付方式发生争执时，可以在塔吉克斯坦共和国法院依照该国法令来解决。”2006 年生效的《越南投资法》第 12 条第 4 款规定：“在越南，外国投资者与越南行政机关涉及投资活动的争议应通过越南法院，或仲裁机构解决，除非外国投资者与越南有关部门签订的协议，或越南社会主义共和国作为成员国参加的国际条约另有规定。”

2.2. 投资国的外交保护

2007 年联合国大会通过的《外交保护条款草案》将外交保护定义为一国对于另一国国际不法行为给属于本国国民的自然人或法人造成损害，通过外交行动或其他和平解决手段援引另一国的责任，以期使该国责任得到履行。

投资国在投资者遭遇征收风险后，需满足一定的条件，才可以提起外交保护。第一，投资者国籍持续。国籍持续是投资国行使外交保护前外国投资者需满足的首要条件，反映了投资国的属人管辖权。外国投资者请求外交保护，必须持续不断地具有投资国的国籍，从发生损害之日到正式提出求偿之日持续拥有投资国的国籍，则推断其国籍是持续的。第二，投资者需用尽东道国的当地救济。根据《外交保护条款草案》第 14 条的规定，外国投资者与东道国因征收引起争议时，需用尽东道国法律对其可以适用的所有法律救济手段，包括行政手段、仲裁手段、司法手段。第三，东道国的征收行为违法。由于目前国际上尚无统一的征收规范，违法即指东道国的征收行为违反了有关征收的实体性或程序性规定的国内法或生效的双边或多边投资协定。通过投资国的外交保护，使东道国的责任得到履行，投资者的权益得到救济。

2.3. ICSID 提供的救济

1965 年，为解决东道国与另一国国民之间的投资争端，在世界银行的主持下出台了《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》，“解决投资争端国际中心”(International Center for the Settlement of Investment Disputes, 简称 ICSID)也因此而成立。经缔约国与另一缔约国国民之间双方书面同意并提交给 ICSID 的争端，其就享有管辖权。

外国投资者需符合 ICSID 仲裁对投资者的规定。对于自然人，在同意与东道国将征收争议交付 ICSID 之日和 ICSID 将该争议请求登记之日，都需具有除东道国以外的任一缔约国国籍。对于法人，在将征收争议提交 ICSID 仲裁之日需具有除东道国以外的任一缔约国国籍。

ICSID 解决国际投资争议的途径有两种，即调解程序和仲裁程序。调解无约束力，仲裁则具有最终的约束力。当事人对于适用调解还是仲裁可自行商定，可直接进行调解或仲裁，也可先调解后仲裁。ICSID 为调解与仲裁提供设施，如设调解人小组和仲裁员小组，供争议当事人之用。ICSID 的裁决是一裁终局，任何缔约国都应承认其效力，它不同于世界上任何一个仲裁机构的裁决，它相当于各国法院的终局裁决，国家法院无权对它进行任何形式的审查。

ICSID 成员国间签订的双边投资协定大多规定可以将有关征收补偿的争议或有关投资的一切争议提交该中心解决。如 2009 年《中华人民共和国政府和马里共和国政府关于相互促进和保护投资协定》第 9 条规定争议可选择提交到“解决投资争端国际中心”的仲裁庭。这一举措使得 ICSID 的仲裁得到广泛的运用，促进投资者与东道国政府的征收争议得到解决。

2.4. 其他国际仲裁

征收争议作为国际直接投资中引发的外国投资者与东道国政府之间纠纷，不同于一般意义的投资争议，其不适用于传统意义上的国际商事仲裁。当投资国与东道国非《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》的缔约国，外国投资者若运用国际仲裁解决征收争议，局限于其本国与东道国签订的双边投资协定或区域性多边投资条约中规定的国际仲裁条款。双边投资协定或区域性多边投资条约规定的仲裁主要有根据《联合国国际贸易法委员会的规则》(简称 UNCITRAL 仲裁规则)提交仲裁以及经争议双方同意的任何其他仲裁机构或专设仲裁庭。以 2002 年《日本国政府和大韩民国政府关于投资自由化、投资存进和投资保护协定》为例，其第 15 条第 2 款³就规定：“投资者可将争议提交根据联合国国际贸易法委员会仲裁规则或者经双方同意的任何别的仲裁规则设立的专设仲裁庭。”

3. 目前国际能源领域直接投资征收争议解决存在的问题

3.1. 东道国当地救济存在的问题

3.1.1. 东道国有关征收的立法存在缺陷

由于国际能源投资的特殊性，涉及环境保护和公众健康的问题比较多，各国行政部门对能源投资项目的审批比较严格，准入门槛比较高，但是立法却出现相对滞后的现象。一些国家颁布了本国的外国投资法，却未在其中规定专门的征收条款。以马尔代夫为例，其 1989 年《马尔代夫共和国外国投资法》将外国投资划分为与旅游相关的投资项目和其他投资项目，在第 5 条投资保障条款中只规定了国家安全例外条款，即当外国投资者涉入危害国家安全的活动时，马尔代夫共和国政府在考虑到安全利益的情况下，可以对该投资进行临时性的关闭。而临时性的关闭并不等同于征收，外国投资者寻求当地救济也不能以征收风险发生要求给与补偿，因此可能会出现无法可依的现象。

有些国家虽然在本国的外国投资法中对征收进行规范，但征收条款存在严重缺陷。征收条件的不透明会造成征收作出机关滥用国家权力，使外国投资者的投资缺乏安全性，随时面临征收的可能。东道国政府对征收有较大的自由裁量权，易引起东道国政府与外国投资者的征收争议，而外国投资者也无法借助更多的东道国国内法寻求征收救济。

3.1.2. 东道国征收救济手段存在缺陷

关于行政救济手段，由于行政机关是国家公权力的代表，而征收行为又是行政机关执行国家公权力的行为，其代表着一定的国家利益，为维护国家主权，裁决机关往往会作出维持原征收行为的决定，致使征收决定缺乏公正性与客观性。征收仲裁与东道国国内一般意义的仲裁差异较大，征收仲裁的双方地位不平等，一方为相对弱势的外国投资者，一方为相对强势的东道国政府。东道国政府通常为了自身的利益拒绝提供由其保存的对外国投资者有利的证据材料，仲裁程序也无相应机制约束东道国政府一方的行为，从而使仲裁庭难以作出公正的裁决。另一方面，很多国家并未将国内仲裁作为征收的救济手段之一。

关于司法救济手段，由于各国法院的审理期限较长，外国投资者很可能在判决还未作出的情况下就

³2002 年《日本与韩国关于投资自由化、投资促进和投资保护协定》第 15 条的规定：“有关投资者可将投资争议提交有约束力的国际仲裁机构解决：1) 若缔约双方均为 ICSID 公约的缔约者，提交‘中心’；2) 依照 UNCITRAL 仲裁规则；3) 若争议双方同意，提交任何其他仲裁机构或依照任何其他仲裁规则。”

已经被宣告破产。由于各国法院的审级存在很大差别，征收案件在很长一段时间都不能得到有执行力的裁决，外国投资者的合法财产可能已经被东道国政府执行完毕。同时，各国对于行政诉讼的举证责任，大多规定由双方当事人分担，这意味着外国投资者对征收争议起诉后，需承担一定的举证责任。如在日本，外国投资者就需对征收条件的滥用负举证责任，这无疑加重了外国投资者获得司法救济的难度。

3.1.3. 东道国当地救济不能的情形

东道国的当地救济存在着三种例外：1) 当地救济无可能性；2) 当地救济受到拖延；3) 应采取当地救济的国家主动放弃。在这三种情况下，东道国的当地救济难以实现或根本不能实现，例如在叙利亚发生武装冲突期间，法律秩序荡然无存，叙利亚当地救济手段失效。

3.2. 行使外交保护解决能源投资争议存在的问题

3.2.1. 国籍持续原则的局限性

国籍持续原则的主要目的是为了防止外国投资者按照不同国家外交保护的强度和实力而购买自己需要的某一国国籍。《外交保护条款草案》第5条和第10条将国籍持续定义为投资者从发生损害之日到正式提出求偿之日持续拥有投资国国籍。而非持续性国籍投资者不能得到投资国的外交保护，也得不到其他国家的外交保护，其有两种情况：1) 投资者受到损害之日具有投资国国籍，正式提出求偿之日丧失投资国国籍的，这种情况自然人得不到投资国的外交保护，而法人若由于损害的原因按照东道国法律终止存在的，投资国有权对其行使外交保护。2) 对于投资自然人在正式提出求偿之日具有投资国国籍但在受到损害之日丧失的，必须满足曾具有被继承国国籍或已丧失原国籍的条件，并且提出与征收求偿无关的原因，投资国才可进行外交保护。由此可见，国籍持续原则在一定程度上限制了外国投资者的外交保护。

3.2.2. 投资国存在不提供外交保护的情形

主权国家享有行使外交保护的权力，对本国投资者并无义务给予外交保护，当投资者财产被征收，在符合国籍持续和用尽当地救济的条件下，主动请求投资国提供外交保护时，投资国将权衡本国利益，考虑到本国与东道国的政治经济关系，做出是否给予投资者外交保护的决策。当东道国较为强势或投资国与东道国国际关系较为缓和时，投资国可能会放弃行使外交保护的权力，这对投资者无疑是巨大的打击，造成外交保护作为保护本国投资者的权利而变得不充分。

3.3. ICSID 解决能源投资争议存在的问题

关于管辖权规定的缺陷。根据《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》第25条的规定，ICSID享有经缔约国与另一缔约国国民之间双方书面同意并提交的案件的管辖权。在ICSID的实践中，投资国与东道国签订的双边投资协定也可以赋予ICSID对征收争议的管辖权。各国对《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》的保留事项，ICSID也不具有管辖权，这就意味着外国投资者并不能将涉及征收的所有争议都提交ICSID解决。根据《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》第25条第4款的规定：“任何缔约国可以在批准、接受或核准本公约时，或在此后任何时候，把它将考虑或不考虑提交给中心管辖的一类或几类争端通知中心，而此通知不构成东道国的书面同意。”如我国就在加入《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》时提出只将由于征收和国有化而产生的赔偿争议，提交ICSID解决，对于征收的合法性，ICSID则不具有管辖权。牙买加则将征收中涉及矿产或其他自然资源的争议不提交ICSID。

《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》对非法征收和合法征收的补偿标准无明确规定。对于非法征收，仲裁庭多裁定东道国进行全部补偿。在阿姆科诉印尼案中，仲裁庭就认为应对受到损害的投资者进行国际法所要求的全部、有效的补偿^[2]。而在艾吉卜诉刚果案中，仲裁庭认定刚果政府的行为

属于非法征收，并裁定外国投资者进行全部补偿，但是对于利润损失部分，仅裁定支付 1 法郎的象征性补偿。而对于合法征收，仲裁庭多裁定进行适当补偿。如 LETCO 诉利比亚政府案中，仲裁庭做出的附带意见认为东道国应进行适当补偿，但并无进一步的阐述。Aminoil 案仲裁庭则认为应对合法征收采用适当补偿标准，仲裁庭以“合法期望”概念代替“预期利润”概念，裁定的补偿额(8300 万美元)远低于申请方的求偿额(30 亿美元)。由于《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》对补偿标准没有规定，使得仲裁庭具有很大的自由裁量权。

3.4. 其他国际仲裁存在的问题

运用其他国际仲裁机构解决外国投资者与东道国政府的征收争议不具有普及性。一方面，其他国际仲裁机构仅包括根据联合国国际贸易法委员会仲裁规则或者经双方同意的任何别的仲裁规则设立的专设仲裁庭，仲裁庭的设立对征收争议的解决没有针对性。另一方面，与 ICSID 的国际仲裁庭相比，其他国际仲裁庭缺乏一定的仲裁便利，其擅长的是解决私法主体之间的经济争议，而对于征收争议，其仲裁员对征收案件的处理专业性较低。

利用双边投资协定或区域性多边投资条约中的国际救济时，若投资者已将征收争议提交东道国国内法院，那么其是否还能将案件提交国际仲裁庭呢？对此争议，在实践中有两种做法。一种做法坚持只要提交至东道国国内法院解决，就不可以将争议再提交到国际仲裁庭⁴。另一种做法坚持已将争议提交投资所在地缔约一方有管辖权的国内法院的投资者仍可诉诸仲裁庭仲裁，条件是该投资者在提交争议后判决作出前，已经从国内法院撤回案件⁵。其实，这两种观点在本质上都强调同一个问题，即为了避免国际仲裁庭推翻国内法院作出的判决，从而有损东道国的司法独立性。而 1988 年《中华人民共和国和日本国关于鼓励和相互保护投资协定》将这一理念发挥到最大化，其第 11 条⁶指出只要缔约一方在缔约另一方境内求助于行政或司法解决时，那么争端就不得提交仲裁。

4. 解决国际能源领域直接投资征收争议的构想

4.1. 合理选择东道国的当地救济

东道国的当地救济是行使一些其他救济手段的前提要求，如外交保护的条件之一就是尽当地救济，而 ICSID 中东道国可以要求用尽当地各种行政或司法补救办法，作为其同意交付 ICSID 仲裁的条件。因此，外国投资者在遭遇征收风险后，可以在行政救济手段、仲裁救济手段和司法救济手段中进行合理选择。选择行政救济手段时，应注意到征收行为的作出机关和征收争议的裁决机关存在共同的利益链，其裁决结果可能对外国投资者不利。而仲裁救济手段不具有普及性，这就促使司法救济手段具有较为突出的优势。

当东道国国内法规定的三种救济手段不能同时适用时，例如有些国家规定或仲裁或诉讼，有些国家规定仲裁是终局性的，还有些国家规定行政救济手段是司法救济手段的必经程序，因此外国投资者在选择救济手段时，应当充分了解东道国对救济手段的规定，否则其合法权利很难得到保障。除此之外，双边投资协定或区域性多边投资条约往往规定，选择了东道国的司法救济手段就不能将征收争议提交给国际仲裁。因此，对于外国投资者来说，在东道国的司法救济手段和国际仲裁手段之间应当从其合法权益

⁴1997 年《中华人民共和国政府和南非共和国政府关于相互鼓励和保护投资协定》第 9 条第 2 款：“在六个月内不能协商解决争议时，争议任何一方均可将争议提交国际仲裁庭仲裁，条件是涉及争议的缔约方可以要求投资者按照其法律、法规提起行政复议程序，并且投资者未将该争议提交该缔约方国内法院解决。”

⁵2004 年《中华人民共和国政府和芬兰共和国政府关于鼓励和相互保护投资协定》第 9 条第 3 款：“根据联合国国际贸易法委员会仲裁规则设立的专设仲裁庭，除非争议当事双方另有其他一致同意。”

⁶1988 年《中华人民共和国和日本国关于鼓励和相互保护投资协定》第 11 条第 2 款：“如果该缔约另一方国民或公司在该缔约一方境内求助于行政或司法解决时，该争端不得提交仲裁。”

是否能够得到充分保护出发作出选择。

4.2. 合理利用国籍持续原则，争取外交保护

一些国家在行使外交保护权时并未要求投资者国籍持续，如英国就在《国际求偿适用规则》第2条规定：“如果求偿人在损害发生之日之后成为或不再是联合王国国民，英国政府可在适当情况下，与求偿人先前或嗣后的国籍国协同提出求偿”，当投资者拥有这些国家的国籍时，可结合国籍国对外交保护的具体规定，请求外交保护。但是，国籍持续原则作为行使外交保护的条件之一已得到世界上大多数国家的认可，如何合理地适用国籍持续原则，成为外国投资者获得外交保护首先要解决的问题。

《外交保护条款草案》要求投资者从发生损害之日到正式提出求偿之日持续拥有一国的国籍，据此，外国投资者在运用国籍持续原则时可以有四种选择：

第一，投资者只具有一个国籍，且国籍在征收损害发生之日和正式提出征收求偿之日无变化。当投资者的投资国和投资东道国都为欧盟成员国，投资者的外交保护可由任何一个欧盟成员国行使。根据1992年《欧洲联盟条约》第8条c款的规定：“每一个联盟公民在他是国民的成员国没有驻在代表的第三国领土上，应受到任何成员国外交或领事机构的保护，就像保护该国的国民一样。1993年12月31日前，成员国应在他们之间建立必要的规则并开始为得到这种保护权所需的国际谈判。”欧盟理事会在1997年的《阿姆斯特丹条约》对《欧洲联盟条约》进行了修补和完善，其第10条指出，根据《欧洲联盟条约》第8条c款的规定，各成员国的外交和领事使团应加强合作，通过交换信息，开展联合评估和促进。而除此种情况以外，投资者的外交保护只能由一个国家行使，外国投资者可向其拥有唯一国籍的投资国请求外交保护或由投资国主动提起外交保护。

第二，投资者具有一个国籍，但征收损害发生之日和正式提出征收求偿之日国籍有变化。投资者受到损害之日具有一国国籍但在正式提出求偿之日丧失该国籍的，《外交保护条款草案》未予以明确肯定该种类型投资者的外交保护，而是规定了两种不能行使外交保护的情形：1) 当投资者受损害之日具有东道国的国籍，而正式提出求偿之日具有另一国国籍的，那么现国籍国不得对东道国行使外交保护；2) 若投资者在正式提出求偿之日后获得东道国的国籍，那么，投资国不可再为投资者行使外交保护。而投资者正式提出求偿之日具有一国国籍但在受到损害之日不具有该国国籍的，也分为两种情况：1) 若投资者在提出征收损害之日具有一国国籍，但在提出求偿之日具有了另一国国籍，提出与求偿无关的原因更换国籍且以不违反国际法的方式获得，那么，现有的国籍国可对除原有国籍国以外的国家行使外交保护；2) 若投资者在提出征收损害之日具有一国国籍，但该国籍国在投资者提出求偿之前合并或分离，使得投资者具有了另一国国籍，则后来的国籍国有权对投资者行使外交保护。

第三，投资者具有多重国籍。当投资者具有除东道国以外的多重国籍时，其任一国籍国都可单独或与投资者拥有的其他国籍国共同为投资者行使外交保护。若投资者既具有东道国的国籍又具有投资国的国籍，则投资国原则上不可对东道国行使外交保护，除非在发生征收损害之日和正式提出求偿之日，投资国的国籍均为投资者的主要国籍。

第四，投资者无国籍。当投资者在受到征收损害之日和正式提出征收求偿之日在一国具有合法和惯常的居所时，该国可为该无国籍的投资者行使外交保护。而无国籍人的流动性较大，当投资者在受到征收损害之日和正式提出征收求偿之日在一国不具有合法和惯常的居所时，未有相应法律对其进行保障，其无法获得任一国提供的外交保护。

当投资者符合国籍持续的条件并用尽当地救济后，对东道国征收行为造成的损失可请求投资国予以外交保护或由投资国主动对其进行外交保护。当投资者向投资国申请外交保护时，应将相关文件提交投资国的相关机构，由相关机构审查并决定是否对其实施外交保护。投资者申请的外交保护被批准后，即

可由投资国政府与东道国以外交方式对投资者进行救济。

4.3. 合理利用 ICSID 的国际仲裁

外国投资者可利用专门解决国家与他国国民之间投资争端的 ICSID 机制，将其与东道国政府的征收争议提交 ICSID 国际仲裁庭进行仲裁。

外国投资者需与东道国达成书面协议同意 ICSID 管辖，由 ICSID 对征收争议进行仲裁。东道国政府更倾向于将其与外国投资者的征收争议通过东道国国内法方式解决，而不愿交由 ICSID 国际仲裁庭审理，从而在征收争议发生后不与外国投资者签订同意 ICSID 仲裁的书面协议。即使外国投资者与东道国政府未直接签订书面的同意，只要东道国与投资国签订的双边投资协定中同意了 ICSID 的管辖权，外国投资者就可直接向 ICSID 国际仲裁庭提起仲裁。

《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》要求若外国投资者与东道国同意将征收争议提交 ICSID 仲裁，则视为同意排除任何其他法律救济手段。由 ICSID 仲裁庭做出的裁决是一裁终局，当争议双方同意将征收争议提交 ICSID 后，就不可再运用司法救济、外交保护等法律救济手段。外国投资者与东道国都应承认仲裁裁决的效力，遵守并执行仲裁裁决。外国投资者在面对此种冲突时，应考虑自身的经费情况，结合东道国的法制环境，综合考量，作出是否将征收争议提交 ICSID 解决的决定。

然而，目前 ICSID 中缺乏相应的征收规定，缔约国可根据《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》第九章的规定建议增加关于征收的规定，包括征收概念、条件、补偿标准等事项，将建议增加的文本在审议修改案的行政理事会召开会议之前至少九十天送交秘书长，并由秘书长立即转交行政理事会所有成员。

4.4. 其他国际仲裁的选择

双边投资协定或区域性多边投资条约规定的仲裁主要有根据《联合国国际贸易法委员会的规则》提交仲裁以及经争议双方同意的任何其他仲裁机构或专设仲裁庭。外国投资者可根据双边投资协定或区域性多边投资条约中规定的国际仲裁机制对征收争议进行救济。外国投资者与东道国政府应当协商签订仲裁协议，将争议事项提交国际仲裁庭仲裁。根据 UNCITRAL 仲裁规则第 1 条第 1 款的规定：“提交的争议应按照《规则》进行解决，但须服从各方当事人可能协议对本《规则》作出的修改。”由于除 ICSID 仲裁机制以外的国际仲裁救济手段不具有普及性，外国投资者应当谨慎采用此种救济手段。

基金项目

本文为 2014 年中国法学会部级法学研究课题“中国对外能源投资争议解决研究”（课题编号：CLS (2014) D118) 的阶段成果。

参考文献 (References)

- [1] United Nations Conference on Trade and Development (2004) Key terms and concepts in IIAs: A glossary. United Nations, New York and Geneva, 68.
- [2] 李万强 (2001) ICSID 裁决中的国家征收法律问题研究. *厦门大学法律评论*, 1, 332.