

doi:10.16060/j.cnki.issn2095-8072.2020.02.007

# 论投资者股权转让对投资仲裁管辖的影响

孙 颖

(澳门科技大学法学院, 澳门特别行政区 999078)

**摘 要:** 国际投资中投资者往往通过转让股权以求更充分地保护其投资利益, 但由于股权转让往往导致投资者国籍或投资合同主体的变更, 因此会对国际投资仲裁管辖构成要件产生影响。国际投资仲裁中因请求依据的不同可分为条约请求和合同请求, 两者管辖构成的要件也会有所区别。条约请求权下, 股权转让主要对属人管辖要件产生影响, 尤其发生在投资者通过股权转让而进行“国籍挑选”的情况下。合同请求权下, 股权转让后对仲裁合意效力的影响成为确认管辖权的关键, 而仲裁庭对于“仲裁条款自动转移”理论的不明确态度导致了对该问题的裁决不一致。对于因股权转让而导致投资合同中争议解决条款的效力瑕疵, 保护伞条款的存在可使合同之诉转化为条约之诉从而扩大投资仲裁管辖权。这虽然给投资者提供更多保护, 但也加重了东道国承担的义务, 有违国际投资仲裁制度中的公平或平衡原则, 需要加以解决与完善。

**关键词:** 投资仲裁; 股权转让; 属人管辖; 仲裁合意; 保护伞条款

**中图分类号:** D996.4

**文献标识码:** A

**文章编号:** 2095—8072(2020)02—0076—12

股权转让 (transfer of shares) 是投资者依法将自己的股东权益有偿转让给他人, 使其取得股权的法律行为。在企业中股权与企业控制权密切联系, 股权转让意味着受让人作为新股东可以继承出让方对于该公司的权利义务。在股权部分受让情况下, 受让方作为新股东加入特定法人组织; 在股权全部受让情况下, 则股权受让方取代股权出让方的股东地位。国际投资仲裁中由于《华盛顿公约》赋予了投资者股东直接提起国际投资仲裁的诉权, 如果股权转让导致股东的国籍发生变更则会对投资仲裁中的属人管辖产生影响。如果投资者与东道国存在投资合同关系, 投资者股权变动的直接后果是导致合同主体发生变更, 股权受让方获得股权出让方在投资合同中的权利义务。对于合同中已签订的仲裁争端解决条款而言, 合同主体变更产生了投资合同中仲裁条款的效力是否可以转移的问题。如果仲裁庭对该问题持否定态度, 那么股权受让方是否可通过投资保护协定中的“保护伞条款”将合同争端上升为条约争端从而获得保护, 也是影响投资仲裁管辖权的重要因素。

## 一、股权转让后投资者提起国际投资仲裁的依据

在股权转让过程中, 投资者往往依据其与东道国或行为可归因于东道国的企业所签订的投资合同中的仲裁条款, 或者依据投资者母国与东道国签订的投资协定而提起仲裁。在国际投资仲裁实践中根据请求基础的不同可以分为依据条约和依据投资合同而提起仲裁。无论依据哪种方式提起仲裁, 仲裁请求的管辖权成立都是以双方之间达成仲裁合意为基础。因此仲裁合意的认定是确认仲裁管辖权是否成立的重要因素。而

条约请求权与合同请求权又非绝对相互独立。一些国家在签订BIT（双边投资条约）时加入了保护伞条款，投资者可以利用该条款将合同之诉在一定情形下转化为条约之诉从而达到保护自身利益的目的，这对国际投资仲裁的管辖权产生了一定的影响。

### （一）条约请求权

从仲裁庭已裁决的案件来看，现代国际投资仲裁俨然已进入了以“无默契仲裁”为主要特点的条约仲裁阶段，这种“要约”式的达成仲裁合意的方式成为主流。<sup>①</sup>在《华盛顿公约》下成立的解决投资争议国际中心（ICSID）仲裁庭作为处理国际投资条约争端的主要仲裁机构，该公约第25条明确规定中心的管辖适用于双方书面同意提交的任何法律争端。因此公约设定了东道国可以基于多种形式“同意仲裁”。目前，在条约请求权下东道国同意仲裁的主要形式有与投资者母国签订的投资保护协定（BIT或MIT）中的同意。由于东道国的仲裁合意是在争端发生之前单方面承诺，投资者在向ICSID提起仲裁时表示同意仲裁从而在双方之间达成仲裁合意。在此种方式下，股权转让对投资者做出仲裁合意并无影响。但是条约仲裁中达成仲裁合意并非仲裁庭取得管辖权的唯一要件，因此下文主要探讨股权转让对条约仲裁下其他管辖权要件的影响。

### （二）合同请求权

合同请求权针对的是东道国违反了其与投资者订立投资者-国家合同（investor-state contract）中的承诺。投资者和东道国签订的国际投资合同中通常订有争议解决条款，这是表现“双方书面同意”最为典型的形式。需要注意的是，在现代国际投资实践中，投资者经常以与东道国政府部门签订投资合同的形式进入东道国投资。尤其是事关东道国经济命脉的某些领域（如石油开采等），政府则通过投资合同对这些关键和敏感部门保持控制。因此ICSID仲裁庭指出，外国投资实际上是在东道国的合同参与下进行的，合同请求权一直都是仲裁庭获得案件管辖权的重要来源。<sup>②</sup>在ICSID最新发布的2018年仲裁数据显示，以投资合同为基础的仲裁占比达16%，案件数量多达150余件，<sup>③</sup>这表明实践中虽然条约请求权是投资者提起仲裁的主要方式，但合同请求权仍占有重要的比重。由于合同请求权下当事人之间是否具有仲裁合意几乎是判定仲裁庭管辖权的决定性因素，因此股权转让对仲裁合意效力的影响至关重要。

### （三）股权转让引起的仲裁管辖争议

股权转让在国际投资过程中时有发生，尤其是作为投资者的跨国公司进行结构调整，或是为了更有利的投资待遇而进行“国籍架构”安排，股权变动都是实现其目的的有效方式。管辖权又是限定仲裁机构审理范围边界的依据。<sup>④</sup>由于股权转让会对仲裁请求的管辖权产生一定影响，东道国也会据此提出相应的管辖异议。如果股权转让双方分属不同的国籍，那么转让行为将导致股权受让方是否具备提起仲裁的属人管

① 张建. 对无默契仲裁管辖权正当性的反思——以中国参与国际投资争议解决的实践为视角[J]. 西部法学评论, 2017(5): 110.

② Velimir Zivkovic, "Contracts, Treaties and Umbrella Clauses: Some Jurisdictional Issues in International Investment Arbitration", *Annals FLB - Belgrade Law Review*, Year LX, 2012(3): 345-346.

③ ICSID, The ICSID Caseload-Statistics (Issue 2019-1), 2019.

④ 江伟, 肖建国. 仲裁法（第三版）[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2016.

辖要件的问题。如果涉及投资合同,那么股权转让意味着合同主体发生变化,原合同中的仲裁条款效力是否可以从股权转让方延伸至股权受让方。国际投资仲裁庭对于该问题采用了更为保守的“严格遵守合同相对性”的理论,这与国际商事仲裁中存在的“仲裁条款自动转移理论”有所不同。但投资仲裁中,“合同相对性”理论也未得到一致性的认可与适用,如果股权转让发生于集团内部之间,仲裁庭的态度就截然相反。如果仲裁庭“仲裁条款自动转移”理论持否定态度,投资者是否可以利用保护伞条款将合同之诉涵盖在条约之诉中从而扩大仲裁庭的管辖权,也值得进一步讨论。

## 二、投资者股权转让对条约请求仲裁管辖的影响

### (一) 条约请求权下投资仲裁管辖的一般构成要件

ICSID作为处理投资者与东道国之间的专设仲裁机构,受理了绝大多数的条约请求之诉,其所呈现的管辖规定也较有代表性。国际投资ICSID仲裁管辖权的确立具有一定的特殊性,ICSID公约作为一般原则,管辖权的取得必须符合《华盛顿公约》第25条中所涵盖的三个要素:仲裁合意—双方“同意”仲裁管辖;属物管辖—双方之间的争议是直接因“投资”而产生,以及属人管辖—东道国为缔约国且投资者为另一缔约国国民。实践中东道国往往要求投资者以在本国设立企业的方式开展投资,为了阐述“另一缔约国国民”这一概念,ICSID公约第25条第2款对具有东道国国籍但受外国控制的情况进行了规定,将其视为“另一缔约国国民”。尽管如此,由于ICSID公约的规定比较原则,根据公约第25条第4款的规定,公约允许各国立足于国情的基础上对公约的管辖权做出一定的限制,因此各国之间所签订的BIT、MIT中的争端解决条款应视为ICSID管辖权的特别规定,与公约中的管辖条款一同构成仲裁庭的管辖构成要素。在股权变动过程中,由于投资内容并未发生变化,股权转让法律上并未对投资本身产生实质性的影响。因此股权变动对管辖权的影响主要体现在国籍变动所带来的属人管辖以及特殊条款导致管辖权的扩大两方面。

### (二) 投资者股权变动后对属人管辖要件的影响

#### 1. 国籍变动对属人管辖要件的影响

国籍的意义主要是判断投资者是否为投资条约缔约国国民,以及适用哪一国的投资条约对其进行保护。在ICSID仲裁中,有权依据BIT的争端解决条款提出仲裁请求的适格主体,只能是符合条约定义的外国投资者,而有权要求受到BIT保护的财产,亦只能是符合条约定义的外国投资。<sup>①</sup>根据ICSID公约的规定,法人投资者必须具备ICSID缔约国的国籍,或者其虽然具有东道国国籍但由于受另一缔约方的控制,经东道国同意将其视为另一缔约方的国民。由于股权转让主要发生在股东之间,因此股权转让对投资者的影响也是通过股东国籍的变更从而直接或间接影响到投资者国籍的变化。通过股权转让改变投资者国籍主要通过以下两种途径:第一,由于ICSID中并未

<sup>①</sup> 张建:《国际投资仲裁中投资者国籍的认定标准探析》[J],《长江论坛》,2018(3): 63.

对法人国籍的判断标准予以确认，因此在实践过程中仲裁庭对法人国籍的判断标准主要适用公司住所地（state of incorporation）、经营管理地（management of the company）以及控制地（control）。因此如果通过股权转让改变了其住所地或者控制地，则会导致公司国籍发生变更；第二，在ICSID中对于在东道国成立的法人国籍采用“实际控制”标准，但是何为实际控制却无清晰的定义。一般意义而言，如果某一股东的持股份额大于50%或者对公司重大事项拥有重大影响或对董事会或其他管理机构的成员任命有重大影响则可认定为实际控制。<sup>①</sup>如果A公司在东道国设立B公司进行投资，由于A公司对B公司具有控制权，在国际投资仲裁中B公司的国籍可根据ICSID公约第25条视为具有A公司的国籍。其后A公司将其对B公司的全部或大部分股权转让给另一国C公司，那么针对B公司而言，根据“实际控制”原则其就具备了C公司的国籍，从而可以根据C国的投资条约提起仲裁。在此种情形下股权受让人是否仍满足仲裁管辖中的“属人管辖”（*ratione personae*）要件则成为影响管辖的关键因素。

在股权转让中，如果股权出让方与受让方所属国同是ICSID的缔约国，则对于仲裁庭的属人管辖没有影响，其提起仲裁的权利不因股权转让而有所变动。如果出让方所属国是ICSID缔约国但受让方所属国并不是，那么受让方就可根据ICSID《附加便利规则》对投资争议进行仲裁。但是，如果东道国本身不是ICSID缔约国，而股权受让方所属国也非ICSID缔约国，就不可通过ICSID仲裁程序进行仲裁，因为这不再符合ICSID对于仲裁属人管辖的任一要求。

## 2. 股权变动引发的国籍挑选

不同国际投资仲裁实践中，某些投资者并不具有ICSID成员国国籍，其为了能够得到提起投资仲裁的权利，或者已经具备ICSID国籍的投资者为了得到其他BIT下更为优惠的利益，往往会进行“选购条约”（*trearty shopping*），以满足国际投资仲裁对于属人管辖的要求。投资法原则上承认国籍改变以利用另一国家的更为合理保护的有效性。在*Aguas del Tunali, S.A v. Republic of Bolivia*一案中，申请人是根据玻利维亚法律而成立的法人，其于争议发生之前转让55%所有权给一家荷兰公司而改变了上游所有权结构。仲裁庭在面对东道国的管辖异议时提到投资者将投资置放于一个能够提供有利法律保护环境的国家既是正常的，也是合法的。<sup>②</sup>合理的“国籍架构”是投资者利用其保护自身利益的一种形式，但是恶意的“国籍挑选”（*forum shopping*）会损害东道国的利益，同时违反“善意诉讼”的国际习惯法，构成对国际投资仲裁保护机制的滥用。根据ICSID公约规定，投资者在申请仲裁时或案件登记时必须具有投资者母国的国籍，而对何时取得该国籍才不视为违反善意原则的判断标准则存在异议。

通常而言“选购条约”与“国籍挑选”的关键在于投资者国籍变动的时间与投资者的意图。针对国籍的取得时间，目前国际投资仲裁庭普遍主张争端产生之前或合理遇见争端产生的这一“关键日”（*dies a quo*）之前的国籍变动是可以被接受的，而在此之

<sup>①</sup> Loukas Mistelis, *International Investment Arbitration Substantive Principles*, Oxford University Press, 2017.

<sup>②</sup> *Aguas del Tunali, S.A v. Republic of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/02/3, paras.330–332.

后则投资者普遍被认为其国籍变更行为是主观恶意的从而丧失诉权。在 *Banro American Resources v. Congo* 案中东道国的抗辩理由之一即是原投资者与申请人的股权转让行为发生于损害发生日之后, 仲裁庭认为其并不符合善意原则从而采纳了东道国的这一抗辩。<sup>①</sup>但“关键日”因素并非绝对的, 投资者国籍变动的意图与目的在一些仲裁案件中也成为仲裁庭衡量其是不是适格主体的因素之一。在 *Phoenix Action v. Czech Republic* 一案中, 申请人在争端产生之后单纯为了规避捷克国籍而获得以色列国籍。仲裁庭指出根据 ICSID 判例, 公司在遭受损害之后不能仅仅为了获得 ICSID 管辖权而修改其结构, 仲裁庭有义务防止滥用国籍的行为。<sup>②</sup> *Mobil v. Venezuela* 案仲裁庭支持了前述观点, 认为申请人重组的主要目的 (如果不是唯一的目的) 是通过荷兰-委内瑞拉双边投资协定获得 ICSID 仲裁的权利, 但指出这种重组可能是“合法的公司计划”, 而不是“滥用权利”。<sup>③</sup>

与国籍挑选问题有关的另一个关键因素是国籍的持续时间 (continuous nationality), 国际仲裁庭对此方面的判断也存有较大的争议。针对国籍持续时间而言, 在 *Loewen Group Inc v. United States* 案件中仲裁员认为从投资受到侵害开始时直至争端解决结束都必须持有某缔约国的国籍, 但这一观点遭到了强烈批评。<sup>④</sup> 在 *Micula v. Romania* 案中, 仲裁员认为根据 ICSID 公约第 25 条的规定, 只要从争端开始之后直至案件登记之前保持缔约国国籍即可, 且与国际习惯法的规定并不相悖。<sup>⑤</sup> 关于投资者国籍是否可以在仲裁过程中发生变更, 目前并没有过多的讨论。本文认为投资者国籍在仲裁过程中发生变更并不影响其与东道国之间的仲裁。因为在投资者已根据相关投资保护条约提起仲裁, 即选定了其意图受到哪国条约的保护, 国籍的变更并不能影响投资者诉权的相关内容。

### (三) 股权变动下投资者获得条约仲裁管辖的特殊途径

以条约请求权为基础的仲裁应以东道国行为违反了条约中所规定的实体义务为限, 单纯的违反投资合同的行为是不能提起条约之诉。股权转让过程中, 如果投资合同的仲裁条款因其独立性而未自动转移, 投资者为了获得投资仲裁诉权往往希望将合同之诉转化为条约之诉。因此合同请求权在保护伞条款 (umbrella clauses) 的作用下, 可以将合同义务转化为东道国所应承担的条约义务, 从而将东道国违反合同的行为转化为违反条约义务的行为, 进而扩大仲裁庭的管辖权。<sup>⑥</sup> 在国际投资中, 合同义务是对每个投资中的具体问题进行详细的安排, 但条约义务不同, 其所针对的主要是投资者待遇等较为宏观的问题。根据不同的判断标准, 对合同义务的违反所带来的后果远远小于违反条约的后果。那么在保护伞条约的作用下, 是否所有违反合同的行为都应上升为违约行为? 从仲裁合意角度出发, BIT 中的仲裁合意是否可以延伸至对合

① *Banro American Resources v. Congo*, ICSID Case No. ARB/98/7, para.7. 相关案例: *EnCana Corp v. Ecuador* (Award), LCIA Case UN3481, IIC 91.

② *Phoenix Action v. Czech Republic*, Case No. ARB/06/5, para.92. 相关案例: *Lao Holding v. Lao*, Case No. ARB(AF)/12/6; *Pac Rim Cayman LLC v. El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12.

③ *Mobil Corp Venezuela Holding BV v. Venezuela*, Case No. ARB/07/2, para.204.

④ *Loewen Group Inc v. United States*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, para.225.

⑤ Loukas Mistelis, *International Investment Arbitration Substantive Principles*, Oxford University Press, 2017.

⑥ 保护伞条款并没有固定的形式, 如中国—缅甸 BIT 第 10 条第 2 款规定“缔约任何一方应恪守其与缔约另一方投资者就投资所做出的承诺”。中国—泰国 BIT 第 4 条第 2 款规定“缔约各方应恪守根据其法律对缔约另一方国民和公司的投资所作的除本协议定以外的任何承诺”。

同的管辖？如果在投资合同中签订了专属管辖条款，例如规定将合同争议诉诸国内法庭解决，那么投资合同中的专属管辖权与BIT中的仲裁管辖权关系如何？这些问题仲裁庭在*SGS v. Pakistan*案与*SGS v. Philippines*案中分别得出了不同的结论。

对于是否可以在保护伞条款的作用下将全部的合同义务转化为条约义务，*SGS v. Pakistan*案仲裁庭给出了否定的答案。在裁决书中仲裁庭主要从分析仲裁合意的角度出发，认为瑞士与巴基斯坦BIT第9条第2款规定的保护伞条款仅是对争端的事实性描述，而不涉及任何创立新诉权的含义，因此不应该将合同义务包含在条约义务中。但*SGS v. Philippines*案的仲裁庭从条约解释的角度否定了前述仲裁庭的观点。其认为从理论分析来看，ICSID公约第25条对于争端范围限制在“因直接投资而产生的任何争端”，而并未将合同争端和条约争端进行明显的区分。因此ICSID仲裁中包含了对于合同争端的管辖权。

对于BIT与合同中的争议条款关系而言，两案的仲裁庭给出的结论也截然不同。*SGS v. Pakistan*案仲裁庭认为合同中存在专属管辖条款，那么相对于BIT而言合同中的争议解决条款处于特别法的位置。从仲裁合意角度来说，合同中的争议解决条款的存在，证明双方之间并无提交给ICSID管辖的仲裁合意，而是希望提交给其所选定的争端解决机构，因此ICSID仲裁庭缺乏管辖要件。<sup>①</sup>*SGS v. Philippines*案仲裁庭则根据条约解释的一般规定，从上下文、目的及宗旨的角度出发，瑞士—菲律宾BIT中第8条关于保护伞的规定并未排除含有专属管辖条款的合同争议。<sup>②</sup>由于ICSID公约允许东道国在BIT中对管辖权的取得进行限制，例如一些国家在BIT中将管辖范围限定在与征收有关，因此如果东道国有意在适用保护伞条款的时候排除具有专属管辖的合同，其可以在签订BIT时做特殊说明。又例如NAFTA采取了类似的规定，投资者只能就东道国违反NAFTA第十一章之规定提起仲裁。这一观点得到了*Enron Corp. and Ponderosa Assets, LP v. Argentina*案<sup>③</sup>和*Continental Casualty v. Argentina*案<sup>④</sup>仲裁庭的支持。从国际投资仲裁的宗旨出发，仲裁庭认为区别于合同相对性理论，无论是合同订立方是不是投资仲裁的申请方，只要是投资的所有人且其义务本身与投资相关，就应该适用保护伞条款以维护投资者的利益。<sup>⑤</sup>因此，投资者可以依据保护伞条款就合同纠纷提起条约之诉。

在国际投资仲裁中，由于仲裁庭对于投资合同管辖条款效力过于严苛的态度，使得保护伞条款的存在是投资者寻求自身利益保护的一种途径。保护伞条款存在的意义在于将东道国在投资合同中的承诺纳入到条约义务中，如果过分严苛地适用该条款将使得其失去原本保护投资者利益的目的。与此同时，当存在合同中管辖条款与保护伞条款并行时，由于合同诉讼和条约诉讼的请求权基础不同，因此将合同中的仲裁条款视为特殊的争议解决合意并不恰当，保护伞条款不应因存在合同争议解决条款而失去效力。

① *SGS v. Pakistan*, ICSID No. ARB/01/13 Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, para.161.

② *SGS v. Philippines*, ICSID No. ARB/02/6 Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, paras.131–132.

③ *Enron Corp. and Ponderosa Assets, LP v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/3.

④ *Continental Casualty v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/9.

⑤ 邓瑞平, 董威颀. 论中国双边投资条约中的保护伞条款[J]. 河北法学, 2018(2):17.

### 三、投资者股权转让对合同请求权下仲裁管辖的影响

#### (一) 合同请求权下投资仲裁管辖的一般构成要件

根据 ICSID 公约第 25 条的规定, ICSID 仲裁庭并未排除对投资合同纠纷的管辖。在这种情况下, 以合同中的仲裁条款为基础而提起的 ICSID 仲裁也需符合公约和投资合同中全部的管辖要件。但是由于在合同请求权下仲裁合意只能由合同中的仲裁条款体现, 因此仲裁庭主要审查是否存在“双方书面同意”来判断是否存在 ICSID 公约第 25 条的要求。如果双方之间选定了非 ICSID 仲裁机构, 那么合同中的仲裁条款则是非 ICSID 仲裁庭取得管辖权的重要来源。因此在合同请求权下, 对仲裁条款效力的审查是制约仲裁庭管辖权的关键。在商事仲裁中, 各国对于此也基本从形式审查和实质审查两方面来判断。具体而言主要是当事人之间是否存在书面的仲裁合意、当事人之间约定的事项是否具有可仲裁性、当事人是否具有相应的行为能力。<sup>①</sup>由于在股权转让后股权受让人需要承担股权出让方在投资合同中的权利义务, 那么仲裁条款是否可以对变更后的合同主体存在约束力是判断双方之间是否存在有效的仲裁合意的关键。

#### (二) 投资者股权转让对仲裁合意管辖要件的影响

##### 1. 股权转让中仲裁条款自动转移理论

意思自治原则是仲裁制度的精髓, 而仲裁合意是意思自治最为核心的表现。传统商事仲裁中, 合同中的争端解决条款是特定主体之间就某一纠纷预先达成的合意, 只约束合同签订主体, 此即仲裁理论及实务中的仲裁条款独立性原则。随着商事仲裁的不断发展, 上述理论形成的仲裁条款仅仅约束合同签字方的传统理论逐步受到了挑战, 仲裁合意可以随着合同权利义务的转让而转移已形成了肯定的观点, 出现了“仲裁条款自动转移”理论, 并在得到了理论界和仲裁庭的支持。仲裁条款“自动转移规则”(automatic assignment rule)认为, 合同的转让人经合同另一方或者其他当事人的同意, 将其在合同中的权利义务概括转让给受让人, 如果原合同中订有仲裁条款, 该仲裁条款对合同的受让人与合同的其他方当事人具有约束力, 除非受让人或债务人在合同转让时或得到合同转让通知时明确反对仲裁条款的继续适用。<sup>②</sup>

仲裁条款“自动转移”的支持者认为, 合同中的仲裁条款满足了双方对于争端解决的“可期待性”。由于仲裁条款的存在排除了法院的救济, 当事双方充分享有对于争议解决的私密性以及高度自治等特点。合同权利义务转移后除非当事人明示放弃, 否则不能通过任意一种方式剥夺当事人的这种“期待可能性”。这一观点也得到了瑞典最高法院在 *Ms Emja Braack Shiffahrts KG v. Wärtsilä Diesel AB* 案中的支持。<sup>③</sup>与此同时, 该理论的支持者还认为仲裁条款的独立性仅仅是在判断其效力时存在。仲裁条款

① 当事人之间约定事项的可仲裁性体现在投资仲裁中约定的可仲裁事项必须是和投资有关的事项, 如果是纯商事纠纷则不属于可仲裁范围。

② 周立胜: 论国际商事仲裁对第三人的效力[J]. 求索, 2012(6): 152-153.

③ 转引自赵秀文: 国际商事仲裁案例解析[M]. 中国人民大学出版社, 2005.

并不具有“属人”性，其仅仅是当事人选择争议解决的一种方式。随着民商事法律关系发展，合同相对性原则的突破及国际民商事活动的复杂化，传统的仲裁协议相对性理论受到了极大的挑战。加上合同涉他性理论的提出，仲裁条款自动转移理论似乎更符合利益均衡原则的实现。

就我国仲裁立法实践而言，早在1997年12月召开的仲裁业务协调会议确认了如下规则：合同权利义务全部由继承人继承或代位求偿的，其中仲裁条款对继承人和代位人有效。之后2005年12月26日，最高人民法院正式通过了《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》，其中第9条明确规定“债权债务全部或者部分转让的，仲裁协议对受让人有效，但当事人另有约定、在受让债权债务时受让人明确反对或者不知有单独仲裁协议的除外”。随着2017年我国仲裁法进行修订，第19条明确规定仲裁协议独立存在，合同的变更、解除、终止或者无效，不影响仲裁协议的效力。以上立法实践均表明我国对于仲裁效力的扩张给予认可，其本质上与仲裁效力自动转移理论并无差异。在审判实践中，该观点在我国香港龙海（集团）有限公司（下称龙海公司）与武汉中苑科技公司（下称中苑公司）合资经营纠纷案中得以充分体现。<sup>①</sup>湖北省高级人民法院认为龙海公司在与中苑公司签订的新的合资协议书中，仅对股权转让前的东湖公司与龙海公司的原合资协议书的部分内容进行了变更，原合同的其他条款依然有效。由于东湖公司与中苑公司并未对争议解决有新的约定，因此原合同中的争议解决条款继续有效。

## 2. 投资仲裁中关于股权转让问题的实践分析

### （1）合同请求权下不支持股权转让后取得管辖权

在*Banro American Resources v. Congo*案中，Banro Resource是成立于加拿大的一家公司，该案的申请人Banro American Resource，是注册地位于美国的Banro Resource的全资子公司。<sup>②</sup>为了获得刚果民主共和国的采矿权，Banro American Resource依据刚果民主共和国法律成立了子公司SAKIMA。该案纠纷起源于刚果共和国对于SAKIMA公司资产的征收。起初，刚果民主共和国将基伏省与马涅马省的矿产开发权授予了基伏采矿公司（以下简称采矿公司）。合同届满时，采矿公司、Banro Resource同刚果民主共和国签订了一份《采矿合同》，合同约定将原属于采矿公司的采矿权转让给SAKIMA，且其中第35条为仲裁条款，约定双方因违反该合同产生的纠纷提交给ICSID解决。1998年7月被申请人废除了《采矿合同》和SAKIMA设立的法令。随后Banro Resource将其在SAKIMA的股份转让给Banro American Resource。Banro American Resource即作为申请人向ICSID提起仲裁，SAKIMA作为申请人申请加入程序。不久后东道国针对管辖权向ICSID仲裁庭提出异议。

本案在管辖争议阶段的争议焦点，在于申请方与东道国之间是否具有仲裁合意。

<sup>①</sup> 王刚，王联，仲裁协议对特定关联主体之效力问题研究，中国国际贸易委员会 [2019-10-4]。http://www.ccpit.org/Contents/Channel\_3488/2014/1215/435787/content\_435787.htm.

<sup>②</sup> *Banro American Resources v. Congo*, ICSID Case No. ARB/98/7.

由于 Banro American Resource 是根据《采矿合同》第 35 条所订立的仲裁条款提起仲裁,虽然合同约定将采矿权转移给 MAKISA,但《采矿合同》的缔约方是申请人的母公司以及采矿公司,并不包含本案中的仲裁申请人,因此仲裁庭认为双方之间不存在 ICSID 公约中要求的“双方具有书面的仲裁合意”的要求,因此不符合仲裁管辖权的要求。

该案表明在国际投资仲裁中股权转让后仲裁合意是否可以随之转移的争议处理结果与商事仲裁并不相同,当事人意思自治原则在国际投资仲裁中得到更为严格的解释和适用,仲裁庭否定了商事仲裁中的“仲裁条款自动转移”理论。究其原因,本案仲裁庭从两个角度做出了解释。首先,仲裁庭严格遵守了合同相对性原则,认为仲裁条款的签订主体是 Banro Resource 等与东道国,申请人并非是合同的当事方,因此申请人不能在派生的基础上享有 Banro Resource 根据第 35 条的规定所存在的仲裁同意。<sup>①</sup>其次,仲裁庭认为根据《维也纳条约法公约》(VCLT)的规定,在解释条约时应遵守善意原则,应根据使其生效的方式来解释。<sup>②</sup>但是,这一解释原则的作用不得使原本无效的条款变得有效。因为在案件发生时 ICSID 并未通过附加便利规则,且加拿大当时并非 ICSID 成员国,因此加拿大自始至终并没有通过 ICSID 解决争端的权利,因此合同第 35 条自始无效,不能通过合同主体的变更而使原本无效的条款变为有效,所以其权利不能从一个实体转移至另一个实体。<sup>③</sup>

## (2) 股权转让后支持仲裁庭取得管辖权

仲裁庭的以上分析给股权转让后“继承”仲裁合意仍保留了路径。实践中仲裁庭的意见表明,如果原仲裁条款继续有效,根据 VCLT 的善意解释原则规定条约的解释应以其生效的方式进行,股权转让之后仲裁条款随之转移仍存在可能。如果限缩适用仲裁意思自治原则,将会使仲裁条款的效力范围过于狭小。虽然国际投资仲裁与国际商事仲裁有显著的区别,由于国家身份的特殊性,当其参与到仲裁中便带有一定公法性质。但近年来,国家行为性质随着《联合国国家及其财产管辖豁免公约》的出台进而加以区别,国家有限豁免理论盛行,当国家在实行商业交易行为时可作为一般的民事主体。<sup>④</sup>在以投资合同为基础的仲裁中,国家作为合同一方当事人,此时并不作为公权力的主体,而是作为民事法律活动中的主体,与商事合同并无本质上的区别。就合同性质而言,部分学者认为国家投资合同仅仅是涉外经济合同的一种,在法律适用上不受公法原则支配,而受私法原则支配,因此将商事仲裁中“仲裁条款自动转移”理论适用于国际投资仲裁中并无不妥。

除此而外, Banro American Resource 案中仲裁庭认为在股权转让对仲裁合意的影响在集团公司中具有特殊性,其在裁决书的论述过程中突破了“严格恪守仲裁相对性”的原则。仲裁庭认为判断股权转让后的公司是否能够“继承”仲裁合意,主要是

① *Banro American Resources v. Congo*, ICSID Case No. ARB/98/7 Award of the tribunal of september1, 2000(excerpts) para.5.

② Joseph Weeramantry, *Treaty Interpretation in Investment Arbitration*, New York: Oxford University Press, 2012.

③ ICSID Case No. ARB/98/7, Award of the tribunal of september1,2000(excerpts), para.6. 由于案件发生时《ICSID附加便利规则》并未生效,仲裁庭认为原合同中约定的仲裁条款无效。

④《联合国国家及其财产管辖豁免公约》第2条,国家在实行商业交易时不享有财产豁免权,在该公约的第2条中对于“商业交易”有明确解释。

看原合同中是否包含继承公司的利益,判断标准在于原合同的签订主体是谁。仲裁庭较为倾向于母公司所签订的合同可以包含子公司的意思表示,反之则不行。因此在跨国集团公司中,仲裁庭认为母公司基于集团的利益与东道国签订了投资合同,而此时股权由子公司转让给母公司,一般子公司的同意可以视为母公司的同意。这是由于子公司之间特殊的商业地位而决定的。一般而言,母公司是对另一家公司享有一定比例以上的股份或者通过协议能够对另一家公司实行实际控制权,因此母公司对子公司的重大事项拥有实际决定权。如果是全资子公司,则这种影响更为明显。而由母公司转让给子公司,并不能当然地认为子公司具备了母公司的同意。除非可以证明原合同的签订是为了整体公司的利益,除此以外,子公司不具备提起仲裁所要求的“同意”的要件。在国际投资中,法人投资者往往具有复杂的公司架构,它们之间的关系错综复杂。投资者往往基于“条约选购”的目的在不同地区设立分支机构,以达到符合投资仲裁管辖要求或者得到更有利于投资条约保护的目的。跨国集团公司中母公司可以对子公司实行实际控制,因此子母公司相较于其他公司无论是在商业行为还是公司结构方面都有更为紧密的联系。这些因素的存在导致仲裁庭对于集团公司中的股权转让对仲裁合意的影响采取了和前述案件截然不同的观点。

东道国与投资者选择投资仲裁的本意是因国际投资仲裁所具备的高效、公正等优势,并非是由于投资者是谁而决定采用仲裁。因此在股权转让而产生的投资合同主体变更时,并未对仲裁协议本身的权利义务产生实质性的影响。从国际投资仲裁合意的特殊性来看,国际投资仲裁的价值取向在于保护投资者的利益,因此在以BIT为基础的仲裁中,投资者与东道国之间存在“默示的仲裁合意”,在投资者向ICSID提起仲裁时达成仲裁合意。由于以投资合同为依据是投资仲裁启动的一种方式,其本质上仍遵循了国际投资仲裁的基本原则及其价值取向,将这种灵活的仲裁合意的达成方式应用于投资合同为依据的仲裁中具有一定可行性。

#### 四、东道国应对股权转让对仲裁管辖影响的措施

股权转让本身属于投资行为,在国际投资过程中也起着重要的作用,对投资者与东道国的投资关系无疑会产生重要影响。对投资者而言,基于投资条约的特殊约定以及ICSID公约对仲裁合意的要求,尤其是投资仲裁庭对于“仲裁合意自动转移”适用的不确定性,在发生股权转移之后有必要及时与东道国补充约定争端解决方案以达成新的仲裁合意,从而避免仲裁庭无管辖权的风险。但股权转让更多的是对东道国造成影响,使其面临风险不确定状态。对东道国而言,更有必要采取一定的措施来应对股权转让中所带来的风险。因此有必要在投资合同以及BIT条款中通过设置一定的“安全阀”来确保自身权益,以预防仲裁庭对于管辖权扩大的趋势。

##### (一) 完善投资合同中股权变更问题的约定

股权转让意味着投资主体的变更,ICSID仲裁庭对于“条约挑选”行为并未予以规定,因此股权转让将导致不同国籍的投资主体,使得东道国所要承担的BIT义务具

有不确定性。为了防止自身利益受到损失,东道国应有权在投资合同中也会对股权转让加以一定限制,此时仲裁协议效力的转移必须以股权转让的东道国同意或优先权为前提条件。以 *Autopistas Concesionada de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela* 为例,由于原《特许经营协议》第7条约定了申请人的股权转让必须得到被申请人的许可。因此仲裁庭认为只要东道国同意了股份的转让,即表明原合同中的仲裁条款生效,双方之间达成仲裁合意,仲裁庭可以基于原合同取得管辖权。<sup>①</sup>

## (二) 在 BIT 中设置利益拒绝条款

诚信原则是 ICSID 机制运行中所适用的一般法律原则,投资者为了获得更为有利的条约保护所进行的“条约挑选”则与该原则背道而驰。但是在 *Phoenix Action v. Czech Republic* 案中,仲裁庭指出违反诚信原则的证明标准很高,单纯地依靠该原则来解决国际投资仲裁中的问题并非佳径。<sup>②</sup>利益拒绝条款的存在主要是针对国际投资仲裁中存在的“条约选购”问题而设置于 BIT 中,目的是对在东道国国内没有真实经济活动或者该实体由非缔约方拥有和控制的法人拒绝给予保护。在实践中,利益拒绝条款的适用标准仍存在一定争议,尤其是针对“拥有和控制”这类容易引起歧义的定义的解释。由于目前国际投资仲裁在管辖权的确认方面有扩大的趋势,因此东道国在设置利益拒绝条款时可参考 GATS 中的准则来进一步明确其适用标准。<sup>③</sup>

## (三) 审慎对待 BIT 中的“保护伞条款”

“保护伞条款”的存在是投资者将违反合同义务转化为违反条约义务的唯一途径,也是扩大东道国义务的来源。在股权转让过程后如果导致投资合同中管辖条款的效力存在瑕疵,基于投资合同而提起国际投资仲裁中存在仲裁合意的要件却难以被满足,但是投资合同中的权利义务能够随着合同主体的转让而转移,那么股权受让方完全可以依据所属国与东道国之间的“保护伞条款”寻求国际投资仲裁的保护。但是在国际投资仲裁中,鉴于违反条约和违反合同对东道国的不同影响,如果将全部的投资合同义务涵射到条约义务中,则导致东道国面临合同违约也要承担高额的条约索赔,这与国际投资仲裁程序设置的目的并不相符,仍然允许投资者无限制地运用保护伞条款则对东道国有失公平。在国家豁免理论中,《国家责任条款草案》中规定国家所应承担的赔偿也仅限于其违反了国际义务而产生的赔偿,国际义务的来源主要是国家之间签订的条约所创设的实体性义务。因此,将全部的合同义务纳入到条约中并不符合国际法的一般要求。但是鉴于国际投资仲裁庭目前对于管辖权扩张的支持以及东道国在国际投资仲裁裁决结果中所面临的不利局势,国家在签订保护伞条款时应审慎签订保护伞条款。即使为了承诺充分保护投资者利益而加入该条款,也应按照“明示规则”着重对“保护伞条款”的适用范围加以限制,具体方式可参考 NAFTA 的规定,仅仅将违反 BIT 中规定的义务作为可提起仲裁的因素。

<sup>①</sup> *Autopistas Concesionada de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/00/5.

<sup>②</sup> *Phoenix Action v. Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, para.275.

<sup>③</sup> GATS 第28条对于判断法人的“拥有或控制”有进一步的规定:(1)由一成员的个人所“拥有”,如该成员的人实际拥有的股本超过50%;(2)由一成员的个人所“控制”,此类人拥有任命其大多数董事或以其他方式合法指导其活动的权力。

## 五、结论

股权转让对于基于条约请求与合同请求所提起的仲裁管辖都会产生重要影响。但是由于两种模式下管辖构成的侧重点不同,因此不同情况下股权转让对于管辖影响也有所不同。在条约请求权下股权变动主要影响ICSID仲裁中关于属人管辖要件的构成,主要是投资者为了能够提起仲裁而意图取得ICSID缔约国国籍或者为了获得更为有利的BIT保护。在此种情况下,东道国应在BIT中设置利益拒绝条款谨防投资者“搭便车”的行为。由于投资合同依然是实现对东道国投资的重要形式,因此股权转让对投资合同中的仲裁条款效力的影响更为直接。鉴于目前在国际投资仲裁中大多数案件的仲裁庭对“仲裁条款自动转移理论”持保守态度,因此股权受让方作为投资者应与东道国重新签订争议解决条款,以解决原合同仲裁条款效力瑕疵的问题。与此同时,如果投资者所属国与东道国之间的BIT存在“保护伞条款”,那么投资者还可利用保护伞条款将东道国违反合同义务的行为上升为违约行为,将合同之诉转化为条约之诉,从而规避合同中管辖条款效力瑕疵问题。但对于东道国而言则是加重了其法律责任,因此东道国在BIT条款中应明确保护伞条款的适用范围及条件,从而达到ICSID所意图追求的平衡双方利益的根本目的。

【作者简介】孙 颖:澳门科技大学国际法博士研究生。研究方向:国际经济法。

### Study on the Impact of Investor's Equity Transfer to the Jurisdiction of Investment Arbitration

SUN Ying

(Law Faculty of the Macau University of Science and Technology, Macau 999078, China)

**Abstract:** In order to obtain more adequate protection of investment interests, investors often achieve this by transferring equity in the process of international investment. Since the equity transfer often leads to the change of the investor's nationality or the subject of the investment contract, it will have an impact on the international investment arbitration. Request in international investment arbitration can be divided into treaty request and contract request, and the requirements of the two jurisdictions will be different. Under the right of treaty request, the transfer of equity mainly affects the requirements of personal jurisdiction, especially in the case of “nationality selection” by investors through equity transfer. Under the contract request, the effect of the equity transfer on the validity of the arbitration agreement becomes the key to confirming the jurisdiction, and the arbitral tribunal's unclear attitude towards the theory of “automatic transfer of arbitration clauses” leads to inconsistency in the decision on the issue. For the effect of the dispute settlement clause in the investment contract caused by the equity transfer, the existence of the umbrella clause can transform the contract request into a treaty request and thus expand the investment arbitration jurisdiction. Although this gives investors more protection, it also aggravates the obligations of the host country and violates the principle of fairness or balance in the international investment arbitration system, which needs to be resolved and improved.

**Keywords:** investment arbitration; equity transfer; personal jurisdiction; arbitration agreement; umbrella clause

(责任编辑:黄志瑾)