

“一带一路”倡议下中国对哈萨克斯坦的投资风险及解决方案

琶克古丽 李丹琳 译

【内容提要】 尽管中国对哈萨克斯坦的投资有回报的希望，但潜在的外国投资者在哈萨克斯坦都面临失去其财产的风险。同时，由于哈萨克斯坦双边投资协定没有规定与投资国之间的争端仲裁解决方案，因此，投资者只有一种选择，即向哈萨克斯坦地方法院提出诉讼。而如果哈地方法院偏袒地方政府，投资者获得正义的可能性极小。由此，在哈萨克斯坦缺乏所需仲裁条款的情况下，中国投资者可能为了获得对自己有利的仲裁条款而进行所谓的“挑选条约”（treaty - shopping）。

【关键词】 中国 哈萨克斯坦 投资风险 解决方案

【作者简介】 琶克古丽，清华大学法学院博士研究生。

【译者简介】 李丹琳，中国社会科学院俄罗斯东欧中亚研究所副编审。

一 引言

（一）哈萨克斯坦与“一带一路”倡议

“一带一路”是一个雄心勃勃的计划，欲重建“丝绸之路”传奇，为沿线地区带来繁荣。“一带一路”倡议的主要目的是改善中国与沿线国家之间的联系，增强地区合作并发展贸易和经济关系。该倡议旨在通过基础设施和其他项目的建设加深国家间的合作^①。

^① <http://english.caixin.com/2014-12-10/100761304.html>

2013年,中国国家主席习近平在出访哈萨克斯坦首都阿斯塔纳期间提出共建“丝绸之路经济带”的重大倡议。习近平主席提出倡议之后,哈萨克斯坦首先表示支持并迅速加入该倡议。经过几年“一带一路”框架内的合作,哈萨克斯坦已经完成中国西部—西欧高速公路计划的中亚部分2700公里建设^①。

(二) 中国投资哈萨克斯坦的现状和未来前景

哈萨克斯坦东部与中国西部相邻,与中国有1782公里的边界线,人口只有1700万,但领土面积却排名全球第九位^②。哈萨克斯坦于1991年独立,26年来取得了巨大的经济成就,政治上一直保持稳定。哈萨克斯坦是原苏联加盟共和国中第一个提前7年全部偿还国际货币基金组织债务的国家^③,这是该国的一项重要经济成就。

21世纪初,由于碳氢化合物出口价格居高不下,哈萨克斯坦经济发展迅速。2002年哈GDP为246亿美元,10年后的2013年几乎是原来的10倍,达到2319亿美元。2014年9月,哈外国投资总额为2115亿美元,其中外国直接投资净额为1293亿美元^④。经济增长使哈萨克斯坦达到世界中等国家水平,2013年人均国民收入达到1.155万美元。由于石油产量增加和石油价格上涨,2002~2014年哈萨克斯坦经济平均增长率为7%~8%^⑤。

虽然受近期油价下降影响而经济下滑,但哈萨克斯坦由于拥有政治稳定的基础,且几十年来因高油价获得的利润储备,仍将自己定位于一个地区经济强国。

在中亚地区,哈萨克斯坦被公认为投资环境最好的国家,大量的外国公司在哈设立了地区总部。根据2014年传统基金会的经济自由度指数,哈萨克斯坦被定为“适度自由”,排名位于其大多数邻国之前。2016年,在世界银行的《营商环境报告》中,哈萨克斯坦名列第35位^⑥。

① <http://astanatimes.com/2015/12/kazakhstan-china-sign-50-billion-worth-of-deals-in-2015-ambassador-in-beijing-says/>

② <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/kz.html>

③ Kazakhstan Country Program Evaluation, FY04-13, World Bank Group, p. 10.

④ <https://www.state.gov/documents/organization/241825.pdf>

⑤ Kazakhstan Country Program Evaluation, World Bank Group, FY04-13, p. 3.

⑥ <http://www.doingbusiness.org/data/exploreeconomies/kazakhstan>

表 1 2016 年哈萨克斯坦营商环境

项目	2016 年排名	2016 年前沿距离分数	2015 年前沿距离分数	前沿距离分数变化 (百分点)
总体	35	75.09	70.45	4.64
开办企业√	45	91.94	89.95	1.99
办理施工许可√	22	79.05	69.93	9.12
获得电力√	75	73.64	64.81	8.83
登记财产	18	83.72	83.59	0.13
获得信贷	75	55.00	55.00	—
保护少数投资者√	3	80.00	66.67	13.33
纳税	60	79.54	79.54	—
跨境贸易√	119	63.19	60.39	2.80
执行合同√	9	75.70	75.70	—
办理破产√	37	69.17	58.97	10.20

注：√得益于营商环境改革的指标。

资料来源：<http://www.doingbusiness.org/data/exploreeconomies/kazakhstan>

中哈两国友谊历史悠久。从 1992 年首个双边协定开始，两国就已签署了价值数千亿美元的交易合同。而最新的协定是在“一带一路”倡议框架内签署的，根据该协定，2015 年第一季度双方投资总额达到 236 亿美元，2016 年年初达到 500 亿美元。这些协定包括在钢铁、有色金属、平板玻璃、石油提炼、水力发电和汽车等行业的合作^①。两国还就铁路、核能、农业和文化交流等领域的合作举行了谈判。

根据哈萨克斯坦投资促进署资料，中国在哈萨克斯坦的投资主要集中在矿产开采、农业、基础设施建设和重金属生产。在哈投资的公司包括中国石油天然气集团公司、中国石油化工股份有限公司、中信投资银行和建筑公司中国葛洲坝集团等^②。

为了改善国家的交通基础设施状况，减少对油气行业的依赖，2014 年 11 月，纳扎尔巴耶夫总统提出“光明之路”计划。“一带一路”倡议和“光明之路”计划具有相同的目标和互补的观点，都强调基础设施的建设和

① <http://astanatimes.com/2015/12/kazakhstan-china-sign-50-billion-worth-of-deals-in-2015-ambassador-in-beijing-says/>

② <http://www.kazninvest.kz/en/news/8942/>

发展。中国和哈萨克斯坦已经组建了一个联合工作组，就共同问题和具体项目进行磋商，以配合双方的工作。

2015年，在中国国家主席与哈萨克斯坦总理会晤期间，马西莫夫部长呼吁通过共同建设“一带一路”加强合作。马西莫夫说：“哈萨克斯坦与中国的几项经济规划都很好地结合在一起。‘光明之路’实质上是一项发展基础设施的倡议，而‘一带一路’的目标是复兴‘丝绸之路’。”^①

中国国家主席习近平认为，中国和哈萨克斯坦均处于发展的关键阶段。他建议两国建立命运共同体和利益共同体，将“一带一路”与“光明之路”进行对接。习主席邀请哈萨克斯坦在金融和制造能力转移等重大项目上加强合作。

二 中国在哈萨克斯坦投资的保护措施

（一）中国在哈萨克斯坦投资机遇与风险并存

中国国务院总理李克强2017年3月21日在国务院第五次廉政工作会议上谈到企业境外国有资产问题时说：“要确保企业境外国有资产安全运营和保值增值；要加大力度清理盘活沉淀的财政资金。”^②

尽管在哈萨克斯坦投资有希望得到回报，但中国投资者也面临失去国外资产的风险。在一些投资者与国家的仲裁纠纷中，哈萨克斯坦充当了被告，一些投资者指控哈萨克斯坦非法征收他们的投资资产而不给予任何补偿。

根据国际惯例，双边投资协定可作为保护外国投资的一种工具。双边投资协定的签约国一方投资者在另一国投资，被投资国（东道国）应给予一些保障措施，包括保证从东道国收回投资以及投资者与东道国发生征用争端情况下的解决方法。

（二）中哈双边投资协定中投资争端解决条款分析

中国与哈萨克斯坦的双边投资协定^③于1992年8月签署，于1994年8

① <http://thediplomat.com/2016/05/china-pushes-one-belt-one-road-in-central-asia/>

② 《李克强要求加大力度清理盘活沉淀资金》，<http://finance.eastmoney.com/news/1346,20170322722238245.html>

③ 《中华人民共和国政府和哈萨克斯坦共和国政府关于鼓励和相互保护投资协定》，<http://www.mofcom.gov.cn/aarticle/zhongyts/ci/200207/20020700032192.html>

月生效。该协定涉及投资不被征用或国有化的条款为第四条第 1 款：“缔约一方投资者在缔约另一方领土内的投资不得被实行国有化、征用或者对其采取具有类似国有化、征用效果的其他措施（以下简称“征用”），除非为了公共利益的需要，依照法律确定的程序，在非歧视性基础上给予补偿时才可采用此种措施。”

如果发生争端，协定第八条第 1 款和第 2 款规定了解决争端的途径。第 1 款规定，如果争端升级，应通过外交途径解决：“缔约双方对本协定的解释或适用所产生的争议应尽可能通过外交途径解决”；第 2 款规定：“如在缔约一方提出争议之日起六个月内通过该方式不能解决争议，根据缔约任何一方的要求，应将争议提交专设仲裁庭。”

第八条第 3 款陈述了签约双方成立仲裁庭的时间和仲裁员的人数：“仲裁庭由三名仲裁员组成，按下列方式设立：在缔约一方收到缔约另一方关于将争议提交仲裁庭的书面通知之日起两个月内，缔约双方应各任命一名仲裁员。这两名仲裁员应在第二名仲裁员任命之日起两个月内推举一名与缔约双方均有外交关系的第三国国民为第三名仲裁员，并经缔约双方同意担任首席仲裁员。”

第八条第 4 款规定了如果四个月之内仲裁庭尚未组成的解决方式：“如果在收到关于将争议提交仲裁庭的书面通知后四个月内仲裁庭尚未组成，缔约任何一方在无其他约定时，可以提请国际法院院长作出必要的任命。如果国际法院院长是缔约任何一方的公民，或由于其他原因不能履行上述职责，应请国际法院中非缔约任何一方国民的资深法官作出必要的任命。”

第八条第 4 款是中国所签署双边贸易协定中写明了解决争端的模式。在 1985 年中国与泰国签署的双边投资协定中也写入了同样条款。在《中华人民共和国政府与泰国王国政府关于促进和保护投资的协定》^① 中，涉及解决投资纠纷的第九条第 1 款规定：“缔约双方对本协定的解释或适用发生争端，如可能，应通过协商或谈判解决”；“如缔约双方间的争端 6 个月内不能按此解决，则可应缔约任何一方的要求提交仲裁庭。”关于设立仲裁庭，第九条第 3 款规定：“该仲裁庭应按下述方式逐案设立：缔约双方各委派一名仲裁员，该两名仲裁员推举一名与缔约双方均有外交关系的第三国国民，由缔约双方批准委派为首席仲裁员。上述仲裁员应自缔约任何一方通知缔

^① 《中华人民共和国政府和泰国王国政府关于促进和保护投资的协定》，<http://www.chinalawedu.com/falvfagui/fg23155/179392.shtml>

约另一方建议将争端提交仲裁庭之日起两个月内委派，首席仲裁员在4个月内委派。”第九条第4款规定：“如在本条第三款规定的期限内未能作出必要的委派，且无任何其他有关协议时，缔约任何一方可请求国际法院院长作出必要的委派；如该院长是缔约任何一方的国民或因其他原因不能履行此项职责，则应请求副院长作出必要的委派；如副院长是缔约任何一方的国民或也不能履行此项职责，则应请求非缔约任何一方国民的国际法院资深法官作出必要的委派。”

关于争端解决，中国与哈萨克斯坦双边投资协定的第八条同中国与泰国双边投资协定的第九条一样。本条款涉及的是缔约国之间有关协定本身的解释或适用，而不是投资者与国家解决争端的模式。而另一方面，中国与哈萨克斯坦双边投资协定第九条第1款关于仲裁的规定如下：“缔约一方与缔约另一方投资者之间任何有关征用补偿金额的争议可提交仲裁庭。”第3款规定了仲裁的程序规则：“仲裁庭应自行制定其程序规则，在此种情况下仲裁庭在制定程序时可以参照斯德哥尔摩商会仲裁院规则。”

根据第九条第1款的解释，该条款对涉及征用补偿金额的争端进行仲裁。条款内容与目前缔约方在投资协定中经常使用的投资者同国家的纠纷解决条款不同。将中国与哈萨克斯坦和哈萨克斯坦与荷兰王国^①签订的双边投资协定进行比较，“各缔约方特此同意将缔约一方与缔约另一方国家之间就投资所发生的任何法律争端……交给国际投资争端解决中心……裁决。”条款内容的不同在于，没有具体说明中国与哈萨克斯坦投资协定第九条第1款提到的仲裁究竟是由于投资产生的争端还是只涉及征用补偿金额的争端。

早在1993年年初，中国向国际投资争端解决中心（ICSID）通报，提出中国提交国际投资争端解决中心进行仲裁的争端类型可能会影响中国与其他国家谈判争端解决条款的解读，可以发现，这一通报非常关键：“根据公约第二十五条第4款，中国政府只考虑向国际投资争端解决中心提交涉及征用和国有化造成的赔偿问题。”^②

通过这一通报，中国明确表示，其只是打算就因征用或国有化造成的赔偿金额问题向国际投资争端解决中心提出仲裁，而任何其他争议都不得

^① 《哈萨克斯坦共和国政府和荷兰王国政府关于鼓励和促进相互投资的协定》，<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1784>

^② 该通报于1993年1月发布，至今仍然保留。

不交给投资国有管辖权的地方法院。

中国与哈萨克斯坦的双边投资协定于 1992 年 8 月签署。中国在那段时间签署的协定所包含的仲裁条款与中哈双边投资协定第八条第 1 款的内容相同。根据这些协定，投资者与国家之间的争端首先由双方直接协商解决，如果投资者与东道国无法达成协议，则须向东道国有管辖权的法院提交争议^①。

哈萨克斯坦与中国在双边投资协定中有关国际仲裁的协议仅限于涉及“征用的赔偿金额”的争端。这意味着，所有其他的争端，包括如果哈萨克斯坦作为东道国将投资征用或实行国有化的问题，都必须提交哈萨克斯坦地方法院仲裁^②。

综上所述，中国与哈萨克斯坦之间的双边投资协定没有关于解决国际投资争端的仲裁途径。第八条提到，根据协定本身的解释或适用范围，双边投资协定所指的是签约国，而不是投资者与国家之间争端的解决。虽然第九条规定了国际仲裁，但提交仲裁的争端只限于征用的补偿金额以及投资者的资产是否被政府征用取决于哈法院的裁决。考虑到哈萨克斯坦各州法院对政府的偏向和依赖受到了批评，而且在国际法庭上被认定有偏见^③，因此，外国投资者在向哈地方法院提交案件时须谨慎。

三 “挑选条约”

哈政府受到国际社会的压力，要求其遵守国际秩序。例如，美国国务院的报告概述了哈国内的腐败和官僚主义，并认为这是对外国在哈工作者

① 与哈萨克斯坦的双边投资协定没有明确提到东道国的主管法院。

② <https://books.google.com.au/books?id=PNS6BQAAQBAJ&pg=PA358&lpg=PA358&dq=arbitration+clause+compensation+amount+of+expropriation&source=bl&ots=km-CoR6XRo0&sig=hYWjtEJQ28TUy0-s-85bkv09fo8&hl=en&sa=X&ved=0ahUKEwi3mrLon4fRAhUCU7wKHc00BNUQ6AEIGTAA#v=onepage&q=arbitration%20clause%20compensation%20amount%20of%20expropriation&f=false>

③ Rumeli Telekom A. S. and Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri A. S., V. Republic of Kazakhstan, ICSID Case ARB/05/16, July 29, 2008, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0728.pdf>. Also see SCC Arbitration V. The Republic of Kazakhstan. 19 December 2013. <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3083.pdf>

的挑战。为了改善这种状况，哈总统公开承诺为外国投资者创造有利的环境^①。最近，哈正在进行政策层面的努力，改善投资环境，对现行法律及其适用范围进行修改，包括该国应遵守国际裁决。这些变化表示，投资者在发生争议时可以提交国际仲裁庭裁决。

但是，中哈双边投资协定中缺乏投资者与国家之间解决争端的仲裁条款，在缺乏条约或具体条款的情况下，会促使投资者采取“挑选条约”方式解决投资者与东道国之间的争端，投资者会试图寻求将潜在的条约索赔或索赔的一部分划拨和转让给另一个属于不同国家的法人实体，该国与东道国的双边投资协定已经生效或两国的双边投资协定包含了有利的条款，可保障投资者受双边投资协定的保护，如有必要，可以在仲裁庭开庭前提出条约索赔^②。

“挑选条约”一词适用于投资者提前对企业投资重组进行规划（即合法的企业规划），或利用双边投资协定中所规定的保护投资条款而滥用权利的行为。这是一种滥用国际投资保护制度规定的行为^③。这两种做法都没有被禁止，但采用第二种做法可能会被仲裁庭剥夺管辖权，从而不受法律保护。

“挑选条约”对投资者有很高的要求。如果投资者进行“挑选条约”，则须证明他们有实际投资。“KT”亚洲投资集团公司诉哈萨克斯坦案就面临这样的问题。阿勃尔亚佐夫先生拥有哈萨克斯坦国籍，在荷兰建立了“KT”亚洲投资集团公司作为控股公司，该公司持有图兰 - 阿列姆银行的股份。争端出现后，“KT”亚洲投资集团公司提交了荷兰与哈萨克斯坦之间的双边投资协定并诉诸解决国际投资争端中心仲裁庭。

（一）“KT”亚洲投资集团公司诉哈萨克斯坦案

该案的争端是东道国哈萨克斯坦对图兰 - 阿列姆银行的强行国有化涉及索赔人在该银行的利益。图兰 - 阿列姆银行当时是哈萨克斯坦最大的四家银行之一，由哈萨克斯坦商人穆库塔尔·阿勃尔亚佐夫先生拥有。

根据“KT”亚洲投资集团公司（荷兰法人）所诉，2009年1~2月，哈政府机构采取了一系列措施，目的是取消图兰 - 阿列姆银行股东的控股权。这些措施最终导致图兰 - 阿列姆银行被强制国有化，截至2010年8月31日，前股东只剩下该银行资本的0.02%，其中“KT”亚洲投资集团公

^① Kazakhstan Investment Climate Statement 2015, p. 3, US Department of State, <https://www.state.gov/documents/organization/241825.pdf>

^② William Lawton Kirtley, *The Transfer of Treaty Claims and Treaty - Shopping in Investor - State Disputes*, p. 461.

^③ Phoenix Action, Ltd V. The Czech Republic, Case ARB/06/5, para. 144.

司持有 0.001 82% 的股份。

作为案件的重中之重，解决国际投资争端中心仲裁庭开始分析该案的管辖权。根据解决国际投资争端中心依据的《解决国家与他国国民间投资争端公约》（或称《华盛顿公约》，以下称国际投资争端中心公约）第四十一条第 1 款的规定，“仲裁庭应是其本身权限的决定人”^①，仲裁庭确认，该公约明确规定仲裁庭有权决定案件的管辖权。

此外，为遵守解决国际投资争端中心公约的规定，仲裁庭应分析公约的履行情况并考虑合同、国内法和双边或多边投资协定关于向解决国际投资争端中心仲裁庭提交投资争议的条款^②。解决国际投资争端中心公约和协定的解释也参照《维也纳公约》中的国际习惯法。

然后，根据公约第二十五条，如果符合下列客观定义，仲裁庭就可以对一个争端案件拥有管辖权：

1. 属人原则：争议必须是缔约国相对于另一缔约国国民的纠纷；
2. 属事原则：争议必须是由投资产生的法律纠纷；
3. 自愿原则：缔约国和投资者必须书面同意解决国际投资争端中心的仲裁；
4. 时间原则：公约必须在相关时间适用。

为了查明“KT”亚洲投资集团公司是否满足属人原则，仲裁庭根据哈萨克斯坦与荷兰的双边投资协定和解决国际投资争端中心公约询问索赔人是否为荷兰国民。

两国签署的双边投资协定第一条将“国民”解释为在缔约国一方成立的实体，“‘国民’一词应包括缔约的任何一方：根据缔约方的法律组成的法人”^③。

由于“KT”亚洲投资集团公司是根据荷兰法律而组建的法人，仲裁庭认为索赔人是双边投资协定和解决国际投资争端中心公约中关于国籍规定的国民，因此，第一个客观定义得到满足。

第二个条件是属事原则。根据解决国际投资争端中心公约第二十五条第 1 款的解释：“该中心的管辖范围应扩大到缔约国……与另一缔约国国民

^① International Centre for Settlement of Investment Disputes, <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSID/StaticFiles/basicdoc/partA-chap04.htm>

^② Phoenix Action, Ltd V. The Czech Republic, ICSID Case ARB/06/5.

^③ Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Republic of Kazakhstan and the Kingdom of the Netherlands.

之间任何由投资直接产生的法律争议”。

对第二个条件的分析，仲裁庭提到最近的解决国际投资争端中心的案件，认为：“根据调查结果，如果合同不符合解决国际投资争端中心公约第二十五条关于‘投资’的定义而符合双边投资协定中‘投资’的定义，则仲裁庭确定该案件的管辖权是不充足的”^①。这种双重检验意味着仲裁庭的属事原则管辖权处于这两个定义的交叉点。

解决国际投资争端中心的判例法制定了各种标准，旨在确定与“投资”概念相关的内容，主要解释就是众所周知的“萨里尼测试 (Salini Test)”。根据这个解释，“投资”的概念包含以下几个要素：资金或其他具有经济价值的资产；有一定的期限；风险因素；对东道国发展的贡献^②。

通过对上述四个要素的分析，该仲裁庭认为，“对东道国发展的贡献”是“单纯地以投入、期限、风险要素”为基础的投资概念，并决定只分析资产、期限和风险。在塞戴尔梅耶尔 (Sedelmayer) 起诉俄罗斯联邦的仲裁裁决^③时也采用了同样的分析。

仲裁庭的结论是，解决国际投资争端中心公约和双边投资协定对“投资”的定义包括资产或资源分配、期限和风险要素，其中包括商业回报的预期（虽然不一定实现）^④。

关于第一个要素——资产，仲裁庭首先质疑，假设没有阿勃尔亚佐夫

^① Phoenix Action, Ltd V. The Czech Republic, Case ARB/06/5, para 74.

^② 参见 See Salini Costruttori S. p. A. and Italstrade S. p. A. v. Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, July 23, 2001 p.52. Notes omitted. See also Joy Mining Machinery Limited v. The Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/03/11, Decision on Jurisdiction, July 23, 2001, p. 53; Jan de Nul N. V. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/04/13, Decision on Jurisdiction, June 16, 2006, p. 91; Helnan International Hotels A/S v. The Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/05/19, Decision on Objection to Jurisdiction, October 17, 2006, p. 77; Malaysian Historical Salvors SDN, BHD v. The Government of Malaysia, ICSID Case No. ARB/05/10, Award on Jurisdiction, May 17, 2007, pp. 73 - 74 .

^③ Sedelmayer v. Russian Federation, (Germany/Union of the Soviet Socialist Republics BIT), ad hoc arbitration under the Stockholm Chamber of Commerce arbitration rules, Award, July 7, 1998, p. 224.

^④ 在仲裁庭审议并同意该部分 2.3.1 的内容之后，2013 年 9 月 13 日，国际法学会发布了一项关于投资定义的决议，将“对东道国发展的贡献”予以更多重视。由于双方没有在案文上表达自己的意见，仲裁庭只是为了完整起见注意到了这一条，没有重新审议其意见。

先生在图兰 - 阿列姆银行中股份的原始资产，在购买图兰 - 阿列姆银行股票期间或之后，“KT”亚洲投资集团公司是否有自己的任何注资或任何其他原始（或随后）的资产？

根据仲裁庭的理解，阿勃尔亚佐夫先生本人并非提出索赔方的股东，而是通过代理人和他信任的个人通过直接或间接拥有（或控制）股份来控制许多公司。

此外，“KT”亚洲投资集团公司低价买入图兰 - 阿列姆银行股份，其中一部分股份甚至没有支付。仲裁庭的意见是，没有支付无法解释这样一个事实，即该公司获得了图兰 - 阿列姆银行的股份。因此，仲裁庭认为，“KT”亚洲投资集团公司对其所称的投资没有任何投入，也没有任何证据表明它有投资的意愿或未来有能力投资。随后，索赔人未能证明根据解决国际投资争端中心公约第二十五条第 1 款和哈萨克斯坦与荷兰之间签订的双边投资协定中定义的“投资”的存在。

第二个要素是投资的期限。解决国际投资争端中心判例法规定，最短期限在 2 ~ 5 年的项目可以满足对投资期限的要求^①。仲裁庭认为，应“根据各种情况和投资者的总体承诺来分析期限”^②。索赔人的“投资”本意是一个有限的期限，“KT”亚洲投资集团公司持有图兰 - 阿列姆银行的股份（至少 3/4），数周之后以私募方式出售给投资者。仲裁庭认为，将某一公司股份的所有权在特定的短时间内转让给“KT”亚洲投资集团公司，然后将其出售给第三方，这一点与“KT”亚洲投资集团公司有意在任何重要时间持有图兰 - 阿列姆银行的投资的说法相互不支持。

因此，仲裁庭的结论是，索赔人所称的投资并不涉及解决国际投资争端中心公约和哈萨克斯坦与荷兰之间双边投资协定定义的“投资”所设定的期限范围。

第三个要素是风险。通过收购一家公司的股权进行投资意味着股权价值下降甚至完全丧失的风险。根据解决国际投资争端中心公约和双边投资协定对于投资的定义，这样的风险当然可被定义为投资风险。

“KT”亚洲投资集团公司没有支付那部分股份，就谈不上失去那部分资产。通过对证据的分析，仲裁庭评估阿勃尔亚佐夫先生利用 KT 亚洲投资集团公司架构进行交易以保护该公司免受任何投资风险。

^① Schreuer, A Commentary, at p. 130, p. 162. Para. 208.

^② Romak, p. 225; Deutsche Bank, p. 303.

鉴于事实情况，仲裁庭认为缺乏投资风险因素，因此，仲裁庭的结论是对该案件没有管辖权。

凤凰行动有限公司（Phoenix Action）诉捷克案也得出了类似结论。仲裁庭认为，“投资”不是为了从事经济活动，而是将向捷克提起国际诉讼作为唯一目的^①。这种所谓的投资不是为了参与捷克的国内经济活动，只是为了参与国际法律活动。“投资”的独特目的是将已存在的双边投资协定中的国内争端转化为由解决国际投资争端中心裁决的国际争端。这种交易不是真正的交易，也是不受解决国际投资争端中心保护的“投资”。

投资者有权采取任何公司形式并自由重组，但是，投资者不能滥用他们的权利，仲裁庭必须考虑争端的所有事实，包括协定的内容和事实情况，以确定投资者是否存在滥用权利的情况。

另一个案例是投资者德文奇·豪拉尼先生以美国公民身份在哈萨克斯坦注册公司，而后当争议出现时，豪拉尼先生将哈萨克斯坦与美国签署的双边投资协定提交解决国际投资争端中心进行仲裁，声称哈萨克斯坦没收了其在哈萨克斯坦西部的石油公司的资产。然而，豪拉尼先生的资产与“投资”这个定义不符，因此，解决国际投资争端中心仲裁庭否认拥有管辖权。

（二）“Caratube International Oilcompany LLP”公司诉哈萨克斯坦案

“Caratube International Oil Company LLP”公司和“Consolidated Contractors Company”公司在黎巴嫩共同注册公司后，于2002年5月27日与哈萨克斯坦签署了《碳氢化合物勘探和生产合同》。合同总金额约为900万美元。2002年8月8日，“Consolidated Contractors Company”公司与哈萨克斯坦实体“CIOC”公司签署了地下资源使用权的“转让协议”，没有涉及价格问题。“CIOC”公司是哈萨克斯坦实体，于2002年7月29日注册，公司创始人是名为法迪·侯赛因的丹麦公民，他是索赔人的股东豪拉尼先生的远房亲戚。

2008年2月1日哈萨克斯坦发出《合同终止通知书》，要求“CIOC”公司首先交出合同土地，交回地质资料，履行未完成的义务并重新划定合同范围。根据索赔人介绍，2007年6~11月，“CIOC”公司受到许多调查、审计和投诉。索赔人将这些所谓的骚扰和恐吓与哈萨克斯坦政治事件联系起来，因为索赔人的股东豪拉尼先生与某政治事件有关。

^① Phoenix Action, Ltd V. The Czech Republic, ICSID Case ARB/06/5.

索赔人认为，哈萨克斯坦违反了哈方与美方之间的合同和双边投资协定中的许多义务。索赔人声称，哈萨克斯坦通过非法终止合同损害了“CIOC”公司的投资，对双边投资协定采取了不合理的或歧视性的措施。此外，被投诉人非法占用了索赔人的投资，既不是合法的公共目的，也不是无差别对待，同时，没有及时、充分、有效地进行补偿。被投诉人给予“CIOC”公司投资的待遇少于国际法所要求的投资待遇，因此也违反了国际法规定的最低待遇标准。

根据解决国际投资争端中心公约第四十二条第1款的规定，仲裁庭首先确定实体法。“仲裁庭应根据各方都能够同意的法律规则作出裁决。在没有这样的协议的情况下，仲裁庭应根据缔约国关于解决争议的法律（包括解决冲突的法律规则）以及适用的国际法规则进行裁决”。在此基础上，仲裁庭决定将哈萨克斯坦的法律作为适用的实体法以及将相关的国际法规则作为适用规则。后者特别包括双边投资协定、《维也纳条约法公约》和国际法惯例。

此外，仲裁庭进行管辖权的分析。根据解决国际投资争端中心公约第四十一条，第一，仲裁庭应是其本身权限的决定人；第二，争端一方提出反对意见，认为该争端不属于中心的管辖范围，或因其他原因不属于仲裁庭的权限范围，仲裁庭应加以考虑，并决定是否将其作为先决问题处理或与该争端的主要问题一起处理，同时参考“Aguas del Tunari”仲裁案件，其中“有权审议含糊不清或不明确的反对意见对管辖权可能造成的影响并酌情重申这些反对意见，以便对管辖权进行全面审查”^①，仲裁庭开始对本案的管辖权进行分析。

仲裁庭提出的第一个问题是，索赔人是否满足如下条件：为了到解决国际投资争端中心进行仲裁的目的，在争端一方成立的法人可以被看作另一缔约国的国民。

解决国际投资争端中心公约第二十五条第2款（b）规定：“在争端双方同意将争端交付调解或仲裁之日，具有作为争端一方的国家以外的某一缔约国国籍的任何法人，以及在上述日期具有作为争端一方缔约国国籍的任何法人，而该法人因受外国控制，双方同意为了本公约的目的，应看作

^① Aguas del Tunari, S. A. v. Republic of Bolivia, ICSID Case No. ARB/02/3, Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction of 11 October 2005, para. 78 (“Aguas del Tunari v. Bolivia”).

是另一缔约国国民。”

根据解决国际投资争端中心公约第二十五条第2款(b)规定,如果满足以上某项,在东道国的法人可以向东道国提出索赔。问题是由于受“外国控制”,一个法人是否可以被视为另一缔约国的国民,特别是由于“外国控制”,当事各方是否同意将索赔人视为另一缔约国的国民?

只有在问题解决后,仲裁庭才能转而分析解决国际投资争端中心公约第二十五条第1款的条件。

从第二十五条第2款(b)的措辞来看,条款的适用显然需要双方达成协议。争议当事人之间的协议是索赔人在其要求仲裁的情况下接受了被诉方将双边投资协定中包含的争议提交给解决国际投资争端中心的要求。然而,仲裁庭不同意仅凭该协议就让索赔人参加目前的仲裁^①。

在解决国际投资争端中心判例法中,第二十五条第2款(b)相关程序中的大部分适用于作为索赔人的当地注册公司与作为被诉人的东道国之间签署的投资合同^②。在这些案件中,东道国意识到对方是当地注册的公司,协议是由争端当事方直接谈判的。在这样的情况下,该协议明确或隐含地将当地注册的法人当作外国国民处理,从而使该公司处于争端之中。在目前的纠纷中,双方的投资合同都包含了解决国际投资争端中心仲裁的条款。但是,索赔人依靠的是双边投资协定而不是合同来确定仲裁庭的管辖权。而投资合同不同,接受投资合同的某项要求并不是索赔人必须完成该项要求的前提。

在哈萨克斯坦与美国的双边投资协定第六条第8款中说明,双方如果发生争端并适用解决国际投资争端中心公约的第二十五条第2款(b),“……根据缔约国一方适用法律和法规合法组建的任何公司……是另一方的

^① 索赔人认为:“通过条约第六条规定将争议提交仲裁,‘CIOC’公司在提出仲裁申请的要求时,根据解决国际投资争端中心公约第二十五条第2款(b),双方同意将‘CIOC’公司作为另一个缔约国的国民”。该索赔人得出结论,“‘CIOC’公司因此有权凭借第二十五条第2款(b)提起索赔(C-IV, paras. 25 and 40)。”

^② 仲裁庭不需要依赖缔约方尚未评论的具体案件,这些案件有: Holiday Inns S. A. 等诉摩洛哥案,解决国际投资争端中心案件号码 No. ARB/72/1 (投资协议); “Amco”公司诉印度尼西亚案(个人同意仲裁); “LETCO”诉利比亚案(特许协议); “SOABI”诉塞内加尔案,案件号码 ARB/82/1 (设立协议); 坦桑尼亚电力供应有限公司诉独立电力坦桑尼亚有限公司案,案件号码 ARB/98/8; “Vacuum Salt”诉加纳案(租赁协议)。

国民或公司的投资，应依照解决国际投资争端中心公约第二十五条第 2 款 (b) 的规定被视为另一方的国民或公司^①。因此，就目前的争议而言，如果争端是以双边投资协定为基础并涉及“投资”的具体要求的话，在哈萨克斯坦注册成立的法人可以通过解决国际投资争端中心公约的第二十五条第 2 款 (b) 确定管辖权。

为了分析对“投资”一词的解释，仲裁庭首先以《维也纳条约法公约》第三十一条第 1 款为指导，指出条约解释必须“真正地根据条约的目标和宗旨与协议内容的通常定义相一致”^②。然后，仲裁庭的分析转向双边投资协定。双边投资协定的序言部分强调了从一个国家到另一个国家的投资流动。序言部分的措辞清楚地表明，签约国之间的协定“是为了刺激私人资本的流动”^③，这意味着对双边投资协定的保护不仅限于投资者的任何正式控制的资产，还有作为资本流动结果的资产。换句话说，隐含了作为保护双边投资协定前提条件的资产的存在。

仲裁庭还提到了投资的客观标准并得出结论认为，仲裁庭和评论员确定的投资一词的固有含义包括在一段时期内的投入且须要承担某种程度的风险^④。

考虑到上述问题，仲裁庭提出，“CIOC”公司是否是德文奇·豪拉尼的投资？

由于购买股份所支付的名义价格是这次争端中涉及交易的唯一内容，因此，仲裁庭对其情况进行了严格审查。在对证据进行分析之后，仲裁庭没有发现任何直接证据表明豪拉尼先生实际上以名义价格完成了支付。即使豪拉尼先生以名义价格完成支付，也仅仅支付了 6 500 美元，而豪拉尼先生没有向“CIOC”公司提供任何资产，在仲裁中索赔的 11.45 亿美元不能视为一项经济资产。

仲裁庭认为，存在投资是指经济安排，有资产才能从投资中获得利润，因此也将产生失去投入的风险。由此说明豪拉尼先生的投资不是经济安排。

① <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1792>

② <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf>

③ <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1792>

④ 2004 年美国模式的双边投资协定也采用了这种方法，将“投资”定义为“投资者直接或间接拥有或控制的具有投资特征的各种资产，包括资本或其他资源、收益或利润的期望、或风险的假设”。

结果是，这种安排不在双边投资协定中使用的“投资”一词所涵盖的范围内，因此，这一安排不受双边投资协定的保护。关于豪拉尼先生的资产，他本人承认：“除了‘CIOC’公司总裁外，我还没有积极参与‘CIOC’公司的日常运作。”

由此看来，即使豪拉尼先生获得了对“CIOC”公司的正式所有权和名义控制权，也没有合理的经济动机来解释他购买股票所支付的微不足道的购买价格及其他资产，也没有任何证据显示豪拉尼先生有投入或承担了任何风险。他与“CIOC”公司之间没有任何资金流动，没有进行任何商业投资^①。

四 结论和建议

（一）结论

中哈两国有着悠久的友好关系。哈萨克斯坦是中国的石油进口国，现在是中国“一带一路”框架内进行投资的东道国。截至目前，中国已有500亿美元投资于哈铁路建设、农业和石油部门。同时，考虑到中国对新兴市场需求越来越大，哈萨克斯坦作为一个深度依赖外部资源进行发展的年轻国家，与中国的合作无疑具有广阔前景。

但是，必须指出，哈萨克斯坦在很多情况下发生违法征用投资资产的事情。在其中一些案件中，仲裁庭判定哈对拿走投资者资产负有责任并被责令其赔偿所损失的资产^②。例如，阿纳托利·斯塔提等人诉哈萨克斯坦案中，仲裁庭认定哈萨克斯坦对违法征用负有责任，责令哈向索赔人支付赔偿金5亿美元^③；“AIG”资本合伙公司（AIG Capital Partners, Inc.）和“CJSC Tema”房地产公司（CJSC Tema Real Estate Company）诉哈萨克斯坦案中，责成哈向外国投资者支付356万美元作为等额投资赔偿^④。

在考虑保护投资的时候，不应忘记签订投资保护条约。但是，在中哈就鼓励和保护投资达成协议的时候，1992年两国签署的条约没有投资争端解决仲裁的条款。虽然中哈鼓励投资的协议第九条提到国际仲裁，但该条款仅限

① Caratube International Oil Company LLP V. Republic of Kazakhstan, para 455.

② <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3083.pdf>; <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3077.pdf>

③ <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3083.pdf>

④ <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3077.pdf>

于征用的补偿金额，哈萨克斯坦政府是否征用投资者资产由当地法院来决定。

哈萨克斯坦的司法机构非常依赖政府，现行法律没有为司法系统提供一个独立的平台。该国的检察官享有不同寻常的干预法庭的特权，经常打断法官的工作，而且当裁决不利于他们时，甚至会暂停法庭的裁决。另外，有人强烈批评哈萨克斯坦国内司法程序的每个阶段都存在腐败。因此，强烈建议中国投资者不要寻求哈地方法院的裁决。

关于哈地方立法，应该强调的是，哈萨克斯坦的地方立法与《纽约公约》（即《承认与执行外国仲裁裁决公约》）有根本的矛盾。哈法庭要求申请人告知被告人仲裁程序，由争议被告人而不是争议申请人进行举证。

不管现有风险如何，中国投资者对向哈萨克斯坦投资的潜在经济利益仍持积极乐观的态度，因此，中国投资者会去寻找替代的投资保护形式。一些投资者参与“挑选条约”以保护其投资，但并不排除“挑选条约”会带来风险。无论投资者获得什么样的看得见的优势，“挑选条约”都不是保障的方式。采取“挑选条约”方式，一方面，投资者有保护和规划他们投资的合法权利；另一方面，投资者可能被指滥用权利。为了确定投资者是否存在滥用权利行为，每个仲裁庭都会考虑争端的所有事实，包括协议内容和事实情况。本文参考了“挑选条约”的适用情况，认为投资者面临满足“投资”要求的困难。

（二）建议

由于哈萨克斯坦过去曾几次征用外国资产，中国投资者也要随时作好投资资产被征用的准备。

本文提出的解决方案是在投资者与哈政府直接签订的投资合同中加入仲裁条款，即合同条款，根据当事人的意愿，可能的争议由解决国际投资争端中心斯德哥尔摩商会仲裁院或国际商会仲裁院等仲裁。

例如，当事方可选择联合国国际贸易法委员会示范法和斯德哥尔摩商会仲裁院。斯德哥尔摩商会仲裁院是历史最悠久的仲裁机构之一，该机构于1917年成立，20世纪70年代被美国和苏联认定为解决东西方贸易争端的中立机构，自此，斯德哥尔摩商会仲裁院的权威性得到提升，服务领域也有所增加^①。

另一个可以作为投资争端管理机构的是国际商会仲裁院，这个机构被认为是第三个经常被提及的缔约方争端解决仲裁机构。与斯德哥尔摩商会

^① Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, http://en.wikimeditation.org/index.php?title=Arbitration_Institute_of_the_Swedish_Chamber_of_Commerce

仲裁院一样,当事人将争议提交国际商会仲裁院,根据自己的意愿采用仲裁条款。当事人可以选择仲裁员人数、语言和适用法律^①。

除了国际商会仲裁院和斯德哥尔摩商会仲裁院这样的仲裁管理机构外,世界上第一个投资争端解决机构是世界银行的国际投资争端解决中心。国际投资争端解决中心受理的案件大部分涉及有关东道国征用投资的争议案件。该中心的主要优势是其公约本身。哈萨克斯坦也加入了该公约,给予裁决的普遍权力。该公约的权力基础是强制执行国际投资争端解决中心的裁决,而不取决于当地法院,由此可使仲裁员的裁决在世界上每个国家都得到执行,这与《纽约公约》实施的仲裁裁决不同^②。

实践证明,各国普遍遵守国际法准则^③并真诚“履行和遵守”国际投资争端解决中心的裁决^④。这可能是因为各国不愿意采取可能损害其投资环境或其在国际社会的信誉的行为^⑤。国际投资争端解决中心的另一个优点是其裁决不像《纽约公约》的规则那样被搁置而只能被废止。重要的是,在国际投资争端解决中心的仲裁史上,只有极少数案例是特别委员会满足了索赔人的要求而取消裁决。

此外,国际投资争端解决中心关于合同争端解决条款是解决东道国与外国投资者之间一般合同的条款,该中心指出,这些条款是受到各方认可的。

总之,不管未来是否有高回报,中国投资者都应该意识到他们的资产既不受条约也不受任何其他组织协议的保护。因此,建议投资者在与哈萨克斯坦直接签订的合同中事先约定国际投资争端解决仲裁条款。

(责任编辑:徐向梅)

① International Chamber of Commerce, <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/arbitration-clause/>

② ICSID Convention, Regulations and Rules, Article 54 (1), <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSID/StaticFiles/basicdoc/main-eng.htm>

③ Vienna Convention on the Law of Treaties art. 26, May 23, 1969, 1155 U. N. T. S. 331 (Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith.) .

④ Stanimir A. Alexandrov, Enforcement of ICSID Awards: Articles 53 and 54 of the ICSID Convention, 6 (1) Transnat'l Dispute Mgmt. (2009), at 10.

⑤ Schreuer, supra note 19, at 2207; Georges R. Delaume, Sovereign immunity and transnational arbitration, in Contemporary Problems in International Arbitration 313, 322 (Julian D. M. Lew ed., 1986) (Refusal by a State to comply with an ICSID award would deprive that state of any credibility in the international community) .