

领思

新兴市场研究简报

- ▶ 长远来说,中国须改善投资条约网络,从而加强对外国投资者的保障。
- ▶ 在短期和中期,投资者须仔细考虑投资保险产品,以保障自己在外地的投资。
- ▶ 投资者须认识现有的一带一路经贸纠纷解决途径,例如香港国际仲裁中心或中国国际经济贸易仲裁委员会以及新成立的中国国际商事法院。
- ▶ 以调解(mediation)去解决投资和商业纠纷愈见有效。

保障投入一带一路沿线国家的外国直接投资

迪尼·塞科



图片来源: Aditya Joshi / unsplash

议题

一带一路倡议(以下简称BRI)不断促进中国对一带一路沿线国家的外国直接投资(以下简称FDI)的增长。许多一带一路投资,特别是大型基础设施项目,都面临着巨大风险,因为这些投资的特点是前期资本支出大,需要较长时间才能产生回报。一带一路沿线国家之间差异性较大,经济发展水平和开放程度不同,法律制

度也不尽相同。一些国家腐败严重,治理不善,破坏了贸易、投资和总体商业环境。一些项目的复杂性及其跨越多个司法管辖区的地理范围增加了法律风险。在这种情况下,投资不仅受到经济和金融风险的影响,还面临严重的政治和监管风险。

参考文献

Bryan Mercurio and Dini Sejko, Holes in the Silk: Investor Protection under China's Belt and Road Initiative, *Global Trade and Customs Journal* 2019, Volume 14, Issue 5.

一带一路倡议并非基于例如监管和保障投资者权益的综合性投资协议等任何可强制执行的综合性国际法律文书。相反，一带一路依赖于一系列既不具有约束力也不可强制执行的谅解备忘录和声明。中国投资者必须依赖一套投资协议体系，这种体系往往是过时的，并且提供的保护措施有限。鉴于这一现实，中国企业在考虑投资一带一路国家时，需要了解不同一带一路国家的法律保护程度，并考虑应对这些风险的替代策略。中国政府应尽快优先改善这些保护措施，以更好地保护中国投资者的利益，这也能刺激更多的投资流动。

评估

我们对中国投资者在一带一路沿线国家的法律纠纷进行了系统评估，以评估影响中国投资者法律保护程度的关键问题 (Mercurio &

Sejko 2019)。中国国际投资协定(IIAs)的制度可以根据谈判的时间和提供的投资保护类型划分为三大类。这反映了随着中国转型并成为外国直接投资的主要来源，其政治和经济考虑的演变。第一代投资协定是在1982年至1989年期间谈判达成的，当时中国尚未加入《国际投资争端解决中心公约》(以下简称ICSID)，其特点是缺乏实质性的保护，获得投资仲裁的机会有限。1990年至1998年期间谈判达成的第二代协议提供了薄弱的实质性保护，但包括了更大(但仍有限)的仲裁机会。第三代投资协议自1998年开始谈判，其中包括与东盟成员国和乌兹别克斯坦签署的协议。这些条约提供了对投资的实质性保护，包括国民待遇和最惠国待遇，以及进入ICSID仲裁法庭的机会。

表一：为当前投资者提供的旧有案例与教训

| 起始年份 | 案例名称 | 投资者所在国 | 结果 | 关键问题 |
|------|---------------------|------------|-------|-------------------|
| 2017 | 赛南 (Sanum) 投资 v. 老挝 | 澳门特别行政区，中国 | 待定 | 投资者国籍 |
| 2014 | 北京城建集团 (BUCG) v. 也门 | 中国 | 解决 | 中国投资者的国有 / 国家控制性质 |
| 2012 | 中国平安 v. 比利时 | 中国 | 支持国家 | 新旧双边投资条约的关系 |
| 2010 | 北京首钢等集团 v. 蒙古国 | 中国 | 支持国家 | 中国投资者的国有 / 国家控制性质 |
| 2007 | Tza Yap Shum v. 秘鲁 | 香港特别行政区，中国 | 支持投资者 | 投资者国籍 |

资料来源：联合国贸易和发展会议投资政策中心提供的信息的说明

中国与一带一路沿线国家之间生效的绝大多数投资协定属于第一代和第二代投资协定，这类协定条款的特征是鼓励性而非必须性的。更重要的是，这其中包含了投资者国家争端解决(ISDS)条款，规定在征收时，投资者只能得到有限数额的赔偿。因此，中国早期签署的条约在有关国民待遇、最惠国待遇、公平合理待遇、充分保护和安全等条款中，大大减少了对外国投资者的重要保护。中国第一代和第二代双边投资条约(简称BITs)存在的另一个问题是执行问题。这些协定条款一般规定设立特设法庭(其中只包括有限的使用ICSID仲裁法庭)，只可裁决投资者资产被东道国征用时涉及赔偿数额的案件。此外，非ICSID仲裁法庭的裁决要求更为复杂的执行程序。

当条约没有说明国有投资者会否与私有投资者获同样的对待时，中国的国有投资者便可能会遇上麻烦。通常，有资质的投资者是“依照中华人民共和国法律设立并在中华人民共和国境内有一席之地经济实体”(中国-希腊双边投资条约 1992年 第3条)。而国有企业的投资如果并不完全追求经济目标，那么国有企业可能不盈利或在成本回收的基础上运作。在最近的条约中，中国改变了措辞，以提供更清晰的表述，并使用“投资者”一词来指代公司、厂商、协会、合伙企业和其他注册组织，而不区分它们是否为了盈利，还是国有或私有(例如，中国-乌兹别克斯坦2011年双边投资条约第1条)。

在少数几个与中国没有任何投资协议的国家，投资形势更为严峻。中国投资者在阿富汗、不丹、伊拉克、黑山、尼泊尔、巴勒斯坦等接受中国对外直接投资的国家没有任何条约保护。中国投资者在其中一些国家已经面临法律上的困难，在投资此类市场时应格外谨慎。

表1总结了近期涉及中国投资者的投资案例分析，为当前和未来的中国投资者提供了有益的借鉴。中国平安的案例说明了新旧投资协议

之间的差异。根据旧协议和2005年达成的新协议，中国投资者向比利时提出了索赔要求。投资者声称，比利时政府为拯救金融服务公司富通集团(Fortis Group)而进行的干预，违反了《直接征用条款》(direct expropriation clause)和《公平与公平待遇条款》(fair and equitable treatment clause)。中国平安依据旧的双边投资条约来确定索赔的实质内容，并依据目前使用的新条约来确定法庭的管辖权，因此它可以受益于后者改进的争端解决条款，该条款不仅提供赔偿数额，还提供管辖权。仲裁庭不同意中国平安的立场，并解释说，新修订的双边投资协定不包括索赔人与比利时之间的争端，因为争端在新的双边投资协定生效之前就已成熟。

北京城建集团(简称BUCG)是一家中国省级国有企业，曾获得在一带一路沿线国家也门萨那国际机场(Sana'a international Airport)建设部分工程的国际双边投资项目，但此案实际上发生于一带一路建设之前。也门军方阻止北京城建集团工人进入工地，并逮捕了一些拖延施工的工人。随后，也门航空当局宣布打算终止该建筑合同。当北京城建集团提出ICSID索赔时，也门辩称，由于国有企业的国家所有权和控制权性质，北京城建集团无权提起ICSID索赔。然而，仲裁庭认定，虽然北京城建集团是中国大型国有经济的一部分，但更重要的是，法庭认识到，中国的控制程度与案件的事实相去甚远，因此，不能判定在与该项目相关的关键管理、运营和战略决策方面，中国政府才是最终的决策者。接着仲裁庭澄清说，北京城建集团不是一个政府机构，也没有在也门行使政府职能。随后，仲裁庭授予国有投资者管辖权。

同样，在北京首钢案中，仲裁庭认为在蒙古投资的国有企业集团是经济实体，符合中蒙投资协定(1991)对投资者的定义。这为保护一带一路国家国有企业投资提供了一个积极的先例。然而，投资者与国家之间的仲裁并不建立在正式的判例体系之上，因此，从裁决结果中无法推论，未来参与一带一路基础设施项目的中国国有企业将在ICSID法庭上获得原告申索地位。

本研究简报原以英文撰写。
请访问本网站参阅原文。



<http://iems.ust.hk/tlb>

其他与中国国际投资协议有关的重要问题，包括可扩大争端解决范围的最惠国条款适用范围有限，以扩大争端解决范围；以及中国投资协议是否适用于香港特别行政区或澳门特别行政区的投资者，这是表1中老挝和秘鲁案中的关键问题，更多细节详见参考文献Mercurio & Sejko(2019)。

建议

中国需要完善与“一带一路”国家的贸易投资框架。这个需求已在2015年由中国政府发布的《关于共同建设丝绸之路经济带和21世纪海上丝绸之路的愿景与行动的通知》中被认可。习主席还倡导就支持一带一路沿线贸易、投资和加强一体化的新国际协议进行谈判。

新条约的谈判是长期战略的一部分。现有的《区域全面经济伙伴关系协定》、《中国-海湾合作委员会自由贸易协定》、《欧盟-中国投资协定》等谈判平台有望解决一些最重要的问题，但由于投资环境不同，企图与所有一带一路国家谈判采取相同的投资战略和模式并不会有效。

在短期和中期，投资者在现有条约提供有限保护时，需要依靠其他选择，如保险来保护投资。国有和私人投资者可以增加投资保险的使用，例如多边投资担保机构提供的保险。有一些中国企业，如中国信保，为一带一路投资提供量身定制的保险产品，但购买此类保险会增加投资成本。大型国有投资者和中国企业很容易支付这些成本，因为这些企业拥有依靠昂贵的咨询和法律服务的专业知识和资源。另一方面，中小企业在参与一带一路建设过程中，可能根本没有意识到法律保护的缺失，也没有意识到自身所面临的风险。

中国投资者应该意识到，越来越多的争端解决机制正在向他们开放。2018年6月，中国最高人民法院成立中国国际商事法院(CICC)，为国际商事案件提供一带一路争端综合解决平台，包括调解、仲裁和诉讼。**香港国际仲裁中心(HKIAC)或中国国际经济贸易仲裁委员会(CIETAC)**可能对关注中金管辖权、语言和执法问题的非中国当事人更具吸引力。

中国投资者和非中国投资者也应考虑调解，以解决投资和商业纠纷。自2019年8月，各方还可以依靠《联合国关于调解所产生的国际和解协议公约》(United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation)来执行和解协议。



电话：(852) 3469 2215

电邮：iems@ust.hk

网址：<http://iems.ust.hk>

地址：香港科技大学卢家骢楼

支持机构



作者简介

迪尼·塞科(Dini Sejko)是香港科技大学新兴市场研究所的博士後研究员，也是塔夫茨大学(Tufts University)弗莱彻商学院(Fletcher School)的研究员。他在香港中文大学法律系的博士论文研究主权财富基金的跨国治理。他的研究兴趣包括国际投资法和国家资本主义治理。

迪尼在博科尼大学(Bocconi University)获得法学学士和硕士学位，并在香港中文大学获得国际经济法硕士学位。