

“一带一路”倡议下双边投资协定对中国企业海外投资的保护

孙博^{1*}, 钟妮¹, 周家魁²

¹悉尼大学法学院, 澳大利亚 悉尼

²众成清泰(济南)律师事务所, 山东 济南

收稿日期: 2022年6月20日; 录用日期: 2022年8月26日; 发布日期: 2022年9月2日

摘要

随着“一带一路”倡议的提出,越来越多的中国企业在该区域内投资。然而“一带一路”沿线多为发展中国家,投资者进行投资时会面临政治和法律风险。双边投资协定对“一带一路”建设具有推动作用且对中国企业海外投资提供了法律保障。但中国与沿线国家签订的投资协定大多在20世纪八九十年代,条款内容陈旧且不细致,这在中国投资者对东道国提起投资仲裁时无法提供充分的法律保障。本文通过对国际投资仲裁中涉华案例进行研究,建议中国在日后更新双边投资协定时应注意对“投资者”身份、可提请仲裁的争端范围以及“间接征收”概念做进一步明确,从而降低中国海外投资者的败诉风险。

关键词

一带一路, 双边投资协定, 投资仲裁, 间接征收

Protection of Chinese Enterprises' Overseas Investments under Bilateral Investment Treaties under “The Belt and Road” Initiative

Bo Sun^{1*}, Ni Zhong¹, Jiakui Zhou²

¹The University of Sydney, Sydney Australia

²Jointide (Jinan) Law Firm, Jinan Shandong

Received: Jun. 20th, 2022; accepted: Aug. 26th, 2022; published: Sep. 2nd, 2022

*通讯作者。

文章引用: 孙博, 钟妮, 周家魁. “一带一路”倡议下双边投资协定对中国企业海外投资的保护[J]. 争议解决, 2022, 8(3): 509-518. DOI: 10.12677/ds.2022.83068

Abstract

With the Belt and Road initiative, more and more Chinese enterprises are investing in the region along the Belt and Road. However, as most of the countries along the Belt and Road are developing countries, the investors face political and legal risks when investing in the region. Bilateral investment treaties have been instrumental in the construction of the Belt and Road and have provided institutional safeguards for Chinese companies' overseas investment as well. However, such treaties between China and countries along the Belt and Road were signed in the 1980s and 1990s, and their provisions are old and not detailed, which does not provide sufficient legal protection for Chinese investors when they initiate investment arbitration against the host country. By studying cases involving China in international investment arbitration, this paper suggests that China should pay attention to further clarifying the identity of "investor", the scope of disputes that can be submitted to arbitration and the concept of "indirect expropriation" when updating bilateral investment treaties in the future, so as to reduce the risk of losing cases for Chinese investors.

Keywords

Belt and Road, Bilateral Investment Agreement, Investment Arbitration, Indirect Expropriation

Copyright © 2022 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

“一带一路”是中国提出的推动亚洲、非洲和欧洲实现互联互通的伟大倡议。中国政府承诺基于“一带一路”战略计划对外投资一万亿美元，其加速了中国对外投资的进程[1]。中国企业积极进行海外投资会增强自身国际竞争力，使中国经济国际化的同时促进国民经济发展。但中国企业参与海外投资时间较短，经验不足，加之国际投资法的迅速发展，国际投资争端解决机制的不断改革，使得中国企业在遇到国际投资纠纷时不能及时通过正当合理途径保护自身的利益。中国虽是国际投资协定(以下简称“IIAs”)签署大国，其中中国与世界 100 多个国家地区签订了双边投资协定(以下简称“BITs”) [2]，但中国企业对 BITs 的运用频率不高。这反映了两个问题：第一，中国签署的 BITs 存在许多不足之处，比如狭义的投资定义和管辖权，导致其不能有效保护企业的投资利益。第二，中国企业对国际投资法掌握程度不够，缺乏运用国际投资争端解决机制解决自身遇到的问题意识和能力。

本文将分为五个部分，首先，讨论涉及中国企业的国际投资仲裁案件，重点分析在仲裁过程中双方对于 BITs 的运用以及仲裁庭对于 BITs 条款的认定。其次，分析中国现行 BITs 条款的弊端。最后，结合前文讨论内容提出 BITs 的革新之策以及提出对中国企业保护自身海外投资利益的建议。

2. 中国投资者参与的国际投资仲裁案件

投资者—国家争端解决机制(以下简称“ISDS”)以仲裁作为主要手段，以国际投资争端解决中心(以下简称“ICSID”)为主要平台，是现行解决国际投资争端的主要方式之一。投资者可以通过国家之间签署的 BITs 提起 ISDS 仲裁。截止 2022 年 2 月，ICSID 记录的 ISDS 案件量为 896 件，其中中国投资者作为原告的有 10 件，作为被告的有 5 件[3]。中国参与 ISDS 仲裁较少与全球范围内 ISDS 仲裁日益增加形

成鲜明的对比。本文将选取几个典型案例进行讨论。

2.1. Tza Yap Shum 诉秘鲁共和国

Tza Yap Shum 诉秘鲁共和国一案是由中国公民根据 BIT 向 ICSID 提起投资仲裁第一案。¹2007 年 2 月 12 日, ICSID 秘书长接受了 Tza Yap Shum 根据 1994 年中国 - 秘鲁 BIT(以下简称“中秘 BIT”)向 ICSID 起诉秘鲁政府的请求。中国香港公民 Tza Yap Shum 认为秘鲁税务局违反了中秘 BIT, 对其公司 TSG 采取了不法措施。但秘鲁政府对该仲裁提出了答辩意见认为 ICSID 对该案件没有管辖权。仲裁庭最终的判决结果是仲裁庭拥有管辖权并认定秘鲁的行为属于间接征收。许多学者对该案都提出过质疑和批评, 其中最多的问题集中于中秘 BIT 是否适用于港澳居民以及对于仲裁庭是否有对征收问题的管辖权。首先, 中秘 BIT 中对于“投资者”的定义为“在中华人民共和国方面, 系指: (一) 依照中华人民共和国法律拥有其国籍的自然人; ……”但 1994 年香港并未回归中国, 且回归后《宪法》赋予了香港高度自治权, 允许其独立对外签署 BITs, 因此在身份方面不应当适用中秘 BIT。其次, 中秘 BIT 第 8 条规定: “如涉及征收补偿款额的争议, 在诉诸本条第一款的程序后 6 个月内仍未能解决, 可应任何一方的要求, 将争议提交根据 1965 年 3 月 18 日在华盛顿签署的《关于解决国家与他国国民间投资争端公约》设立的‘解决投资争端国际中心’进行仲裁。”该条款的最大问题是“涉及征收补偿款额的争议”包不包括“涉及征收的争议”, 对于此秘鲁持反对意见并邀请了中国国际法专家陈安教授发表了专家意见, 然而, 仲裁庭均没有采纳秘鲁的意见, 对于 BIT 进行了扩大解释, 最终得出了有利于申请人的判决[4]。

2.2. 北京城建集团诉也门共和国案

2014 年北京城建集团向 ICSID 提交申请正式起诉也门共和国, 本案也成为中国投资者因对外承包工程起诉东道国第一案。²北京城建集团通过投标对也门民航气象局新航站楼项目进行承包建设, 然而, 也门方面并没有按照合同约定的付款节点进行付款。城建集团在建造完主体结构以后也门政府依然没有付工程款并扣除了履约保证金, 除此之外政府动用军事人员暴力阻止施工工人工作甚至采取了扣押人员的违法行为。在此情况下, 城建集团依据 1998 年中国 - 也门 BIT(“中也 BIT”)提起仲裁。本案争议焦点主要为: 第一, 城建集团作为国有企业能否具有投资者身份。第二, 本案中的间接征收的认定。首先, 也门政府主张城建集团作为国有企业同时具备商业与政府代理人的性质, 不属于 ICSID 公约第 25 条对于“国民”身份的要求。依据 Broches 标准(国有企业如果“作为政府行为的代理人”或“履行基本政府职能”便不被认为有投资者资格), 仲裁庭通过分析城建集团投资行为的性质认为城建集团虽为国有企业但对外承包工程属于商业性质, 并不能归属于履行政府职能或者代表政府行为, 因而具有投资者资格[1]。其次, 中也 BIT 对于征收的定义较为模糊, 并没有说明征收包含的具体行为, 但 BIT 第四条指明了征收包含与国有化具有同等效果的措施并且要符合(一) 为了公共利益; (二) 依照合法程序; (三) 不具有歧视性; (四) 支付补偿[5]。显然, 也门政府的暴力行为不符合公共利益以及合法程序, 并影响了中国企业正常的施工以及工人的人身安全。借鉴 Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran, 案, 仲裁庭认为: “投资者被剥夺其对投资的控制权且这种剥夺不是暂时的”, 这种行为便可以认定为间接征收。虽然双方最终选择了和解, 但根据上文分析加之 ICSID 保护投资者的趋势, 仲裁庭最终认定也门间接征收的可能性较大。该案对于中国企业特别是国有企业在海外承包项目具有里程碑的意义。

¹Tza Yap Shum v. Republic of Peru.

²Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Republic of Yemen.

2.3. 中国平安诉比利时王国

中国平安诉比利时王国案对于 ISDS 案例研究有重要意义, 他是中国内陆投资者提起的第一起 ISDS 仲裁, 同样也是比利时王国成为被申请人的第一起案件。³ 中国平安人寿保险股份有限公司、中国平安保险(集团)股份有限公司(以下合称“中国平安”)自 2007 年开始投资富通集团并占有 4.18% 的股份, 富通集团的银行业务由比利时、荷兰和卢森堡的子公司负责。受金融危机的影响, 富通银行业务的现金流出现了严重的问题。比利时通过两次干预措施获得了富通银行近 50% 的股份并用其向法国巴黎银行换取了价值 82.5 亿欧元的股票, 比利时的一系列举动导致中国平安的在富通集团的利益受到巨大损失, 而比利时从这一“非法征收”行为中获利超过 141.1 亿欧元[6]。2012 年中国平安依据 1986 年和 2009 年中国与比利时—卢森堡经济联盟 BIT (以下简称“1986BIT”和“2009BIT”)向 ICSID 提请仲裁。仲裁庭的最终结果是仲裁庭不具有管辖权因而驳回了中国平安的诉讼请求, 但本案的争议焦点为中国平安与比利时的纠纷发生于 2009BIT 之前, 在条约过度阶段能否适用新条约。仲裁庭采纳了 ABCI Investments v Tunisia 仲裁庭的观点, 认为 2009BIT 第 8 条中的“争议”一词只能限于现在或未来发生的不能做扩大解释。2009BIT 第 10.2 条规定, “本协定应适用于缔约任何一方投资者在缔约另一方领土内的所有投资, 不论其是在本协定生效之前还是之后做出的。但是, 本协定不得适用于在本协定生效前已进入司法或仲裁程序的与投资有关的任何争议或索偿。”对于该条款, 仲裁庭进行了宽泛的理解, 认为中国平安根据 1986BIT 进行通知但未进入司法程序这一行为条约中没有明确规定应当默认为不能根据 2009BIT, 此外如果允许申请者运用 2009BIT, 将会导致中国平安有权利援引新条约提供的更广泛的争端解决条款, 这对于被申请人是不公平的[7]。该案作为中国企业在 ICSID 的代表性案例, 为日后中国企业参与 ISDS 提供了两方面经验: 第一, 仲裁庭对于 BIT 未能严谨解释, 也未能根据《维也纳条约法公约》做到善意解释, 面对此种情况中国平安未能合理运用 BIT 进行决策。第二, 中国签订的 BIT 尚存诸多问题, 在以后更新条约时需要将细节完善, 用词需要更加精准[8]。

3. 中国 BITs 现状及问题探讨

BITs 对“一带一路”建设与发展有极大的助推作用, 对于中国的作用有二: 第一, 为外国投资者提供优惠的投资待遇和法律保护从而吸引外资。第二, 为中国的海外投资者提供法律保障。过去的三十年里, 中国签署双边贸易协定与区域贸易协定的速度十分惊人。1982 年以前, 中国还未加入单一的投资条约, 然而截止到 2022 年 2 月, 中国共签署 145 项双边投资协定, 仅次于德国成为签署 BITs 大国之一[9]。中国的投资条约发展大致可分为三代: 1982~1988 是第一代投资条约。中国与瑞典在 1982 年签署了第一份 BIT, 从此开启了通过 BITs 吸引外资的新时代。但由于中国经验的缺乏, 第一代 BITs 对于投资者的保护的是初级的, 比如中国平安案中的 1986BIT 对投资者提供的争端解决内容极其有限, 反映了中国签订 BITs 的谨慎[10]。1989~1997 中国开始签署第二代 BITs, 这一阶段中国加入了 ICSID 公约, 开始注重对投资仲裁的应用但条约中对于国际投资仲裁的限制较多, 如“只考虑将因征收和国有化造成的补偿纠纷提交 ICSID”等[10]。1997 年以后, 中国开始建立第三代 BITs, 通过包含更广泛的投资争端解决机制以及全面的最惠国和国民待遇原则对投资者提供更全面的保护。学界也有将中国 BITs 分为四代的说法(2008 年至今), 这一代 BITs 仍然较为开放, 因为这一阶段的涉及中美谈判, 且很多条约都在谈判过程中, 暂时还不能得出第四代投资协定的具体特征[11]。中国与“一带一路”沿线国家大多签订了 BITs, 但是在条约功能上尚有缺陷。

³Ping An Life Insurance Company of China, Limited and Ping An Insurance (Group) Company of China, Limited v. Kingdom of Belgium.

3.1. 投资者身份认定不清

ICSID 公约第 25 条对于“另一缔约国国民”的身份做出了说明,但是根据“双方书面同意”获得 ICSID 管辖权还需要当事人符合 BITs 中投资者的定义。于中国而言, BITs 中关于投资者身份的认定问题主要在两方面:第一,国有企业是否有资格参加 ICSID 仲裁。第二,港澳特别行政区的居民或者法人实体多大程度上能享受中国 BITs 的保护。

国际投资的舞台上可以越来越频繁的看到中国企业的身影,中国参与谈判时,特别是与美国,国有企业的身份问题从未消失过。虽然国有企业并不是中国独有,甚至在世界 500 强企业中中国也并不是国有企业数最多的国家,但在投资仲裁中国企业被质疑投资者身份时有发生,甚至华为都被贴上国有企业的标签被认为不应该有资格提起 ICSID 仲裁[12]。中国与“一带一路”沿线国家 BITs 中主要包含三种:未对投资者身份进行公有私有区分,仅外方对投资者身份进行公有私有区分,双方都对投资者进行了公有私有区分。在与“一带一路”国家签订的 58 个 BITs 中双方没有做区分的有 55 个,仅外方声明包含国有企业的有 2 个(分别是中国-阿联酋 BIT1993, 中国卡塔尔 BIT1994), 双方均声明包含国有企业的有 1 个(中国-乌兹别克斯坦 BIT2011), 由此可见中国与“一带一路”国家签订 BITs 中对于投资者是否包含国有企业规定较为模糊,这对中国企业参与 ICSID 仲裁造成了困扰[13]。以北京城建集团诉也门共和国案为例,也门政府就指控城建集团不符合 ICSID 公约第 25 条的对于“国民”的要求并认为公司行使政府职能应当将其行为归因于国家,从而不具有仲裁资格。此外, WTO《补贴与反补贴措施协议》中规定了补贴的三种主体:政府、公共机构和受前两者委托的私营机构。国有企业在被西方国家的反补贴调查中经常被定义为公共机构,特别是在中美贸易战期间,中美反补贴调查和诉讼经常把国有企业作为争议的核心,这也对日后国有企业参与 ICSID 仲裁的身份问题起到了警示作用[14]。

特别行政区居民或法人能否通过中国 BITs 进行投资仲裁的代表案件是 *Tza Yap Shum v. Peru* 和 *Sanum v Laos*, 这两个案件都涉及港澳还未回归之前中国缔结的 BITs。从属地管辖的角度看,根据《维也纳条约法公约》29 条“除条约表示不同意思,或另经确定外,条约对每一当事国之拘束力及于其全部领土”,《关于国家在条约方面的继承的维也纳公约》15 条“继承国的条约,自国家继承日期起,对国家继承所涉领土生效”香港和澳门分别于 1997 年和 1999 年回归中国,无疑应当属于中国的一部分。加之中国第一代和第二代 BITs 基本都没有对领土做出限制性规定,因而不应排除对港澳的管辖权。但抗辩者认为中国分别签署了《中英联合声明》和《中葡联合声明》同时《宪法》与特别行政区基本法赋予了特别行政区高度自治权并可以以自身的名义对外签署 BITs,因此应作为对领土的“不同意思的表达”。两案仲裁庭虽最终都支持了适用中国 BITs 的决定,但 *Sanum v Laos* 一案,经过了 UNCITRAL 仲裁庭确认了中老 BIT 的适用,新加坡高等法庭撤销了仲裁庭的裁决否定了适用中老 BIT,最终新加坡最高法院重新支持适用中老 BIT 的一波三折,这使得中国 BITs 能否在港澳使用更加难以捉摸,而 BITs 的适用日后必将继续被投资仲裁考验[15]。

3.2. 可仲裁事项条款较为保守

中国现生效 BITs 时间跨度较大,每一代 BITs 内容各有侧重点。虽然与“一带一路”沿线国家签订的 BITs 大多都包含 ISDS 条款(中国-泰国 BIT 和中国-土库曼斯坦 BIT 除外),但仲裁事项却不相同。其中 37 个 BITs 仅允许对“征收补偿款额”提起仲裁,6 个允许对“有关补偿额的争议或其他双方同意的”提起国际投资仲裁,13 个没有限制[13]。中国投资者很少提起 ICSID 仲裁与 BITs 的有限仲裁条款密不可分[16]。以 *Tza Yap Shum* 诉秘鲁为例,香港投资者对于征收事项对秘鲁政府提起仲裁,但是中秘 BIT 仅允许对“征收补偿款额”提起仲裁, BIT 第 8(2)规定“如争议在 6 个月内未能协商解决,当事任何一

方有权将争议提交接受投资的缔约一方有管辖权的法院”，也就是说征收纠纷需先经过法院审理，若当事人对补偿数额有异议才能进行投资仲裁。东道国法院是否会对征收行为采取公正的审理态度和仲裁庭对征收事项是否具有管辖权便成为了涉及该条款最重要的两个问题。显然，有限仲裁条款不能对中国的海外投资者提供充分的利益保障，但好在该案件中仲裁庭对该条款进行了扩大解释确立了管辖权。仲裁庭认为 BIT8(3)中“如涉及征收补偿款额的争议”中的“涉及”(involving)应当理解为包括(including)并非“排除”(excluding)，在 Mr. Franz Sedelmayer 案⁴、Telenor 案⁵和 Saipem 案⁶中仲裁庭都采取了扩大解释，不但受理了“征收补偿款额”的争议而且对“征收”事项一并进行了审理。需要注意的是扩大管辖权并非是值得提倡的，在 ICSID 仲裁庭愈加保护投资者的趋势下，很多案件的受害者都是发展中国家，因此中国也应对征收条款的扩大管辖权提高警惕。然而，不同的仲裁庭会做出不同的解释，比如仲裁庭在 2017 年黑龙江国际经济技术合作公司等诉蒙古案中驳回了中方企业的诉求，认为仲裁庭对是否发生征收问题没有管辖权。⁷

征收行为包含直接征收和间接征收，晚近国家很少出现明目张胆侵占外资企业利益的举动，更多的是通过间接手段，如立法、收税或加大管理力度等，逐渐侵蚀外资企业的合法利益[17]。中国 BITs 中没有明确间接征收的概念，而条款不清会导致仲裁庭对间接征收做出不同理解从而可能使得中国投资者承担败诉的风险。中国与“一带一路”沿线国家签订的 55 个带有 ISDS 条款的 BITs 中征收条款大致可以分为三类：第一类是中国 - 埃及 BIT 和中国 - 阿塞拜疆 BIT 等表述为“征收、国有化或其他类似措施”。第二类是中国 - 阿联酋 BIT 等表述为“与国有化或征收效果相同、的措施”。第三类就明确定义了间接征收事项，在 2006 年中国与印度 BIT 中第一次借鉴了美国双边投资协定对于间接征收的界定对该概念做出了较为细致的定义[18]。其中大部分的 BITs 都属于第一代和第二代，只有 2006 中国 - 印度 BIT 和 2011 中国 - 乌兹别克斯坦 BIT 对间接征收详细规定。然而，例如北京城建集团诉也门共和国案等，在很多涉及中国的投资仲裁案件中当事人双方都对政府行为是否属于征收提出了质疑，因而简单粗略的 BITs 条款对于投资者的利益无法起到有效的保障作用。

3.3. 新旧 BITs 过渡条款表述不清

ICSID 仲裁庭在中国平安诉比利时王国一案中以不具有管辖权为由驳回了申请人的诉求。中国平安根据 2009BIT 第 10.2 条“本协定应适用于缔约任何一方投资者在缔约另一方领土内的所有投资，不论其是在本协定生效之前还是之后做出的。但是，本协定不得适用于在本协定生效前已进入司法或仲裁程序的与投资有关的任何争议或索偿”认为该案在协议生效以前并没有进入争端解决程序因而应当适用 2009BIT。但仲裁庭对该条款做了广义解释，其主张“进入争端解决程序还应包括根据旧协议进行通知但还没有进入司法仲裁程序的情况，因为投资者在提起仲裁时已经知晓 ICSID 仲裁时间较长，而新 BIT 中又没有明确规定这种情况，所以在条约没有明确规定通知但未进入司法仲裁程序适用新条约时不能适用新约。”虽然仲裁庭的判决受到了学界的质疑，仲裁员单纯根据字面意思进行文义解释也不符合《维也纳条约法公约》善意解释的原则，但判决生效对申请人造成了不可挽回的损失。中国 BITs 正处于更新换代之中，商务部公布数据显示中国已经与 11 个国家签署过新旧 BITs，其中过渡条款有 5 种模式[2]。其中中国 - 葡萄牙 BIT 和中国 - 韩国 BIT 为代表的两种 BITs 过渡条款表达最为清晰，其表述为“旧约自新约生效之日起终止，且新约不适用于其生效前发生的(与投资有关的)争端”，然而其余种类大都只规定

⁴Mr. Franz Sedelmayer v. The Russian Federation.

⁵Telenor Mobile Communications A.S. v. The Republic of Hungary.

⁶Saipem S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh.

⁷China Heilongjiang International Economic & Technical Cooperative Corp., Beijing Shougang Mining Investment Company Ltd., and Qinhuangdaoshi Qinlong International Industrial Co. Ltd. v. Mongolia.

了模糊的过渡模式，给仲裁庭留有较大的解释余地，不利于投资者利益的保护，也增加了东道国被诉的可能性[8]。

4. 政策建议与解决思路

中国正在从传统的资本进口国转变为资本输出国，伴随“一带一路”倡议的提出中国还将会有更多的企业走向国外。虽然 BITs 并不是保护投资者的唯一方法也不能解决所有投资问题，但对可持续投资有重要作用[19]。截止到 2020 年，世界范围内 BITs 达到了 2943 个，而投资者根据各种国际投资条约提起的 ISDS 仲裁数超过了 1100 件，其中在一半以上的案件中仲裁庭驳回了投资者的诉讼请求[20]。在如此的大环境中，中国应当尽快更新 BITs 条款以减少中国成为被诉国，从而保护国家利益。中国企业也应该转变思维，拿起法律的武器维护自身权益。

4.1. 更新中国双边投资协定范本

随着全球经济形势的不断变化，国际投资法的发展也几经变革，特别是西方发达国家，由最初的国家保护主义侧重对东道国的保护到设立广泛的自由投资条约鼓励海外投资到现在“国家回归”主义的提出重新回到加强国家监管的立场[21]。与之比较，中国的国际投资条约的发展有所不同，中国的前两代 BITs 虽然大多都包含了 ISDS 条款但限制较，但是对投资者的保护是有限的。从 1998 年中国 - 巴巴多斯 BIT 开始，中国开始了新一代的投资条约，加强了对投资者的保护并加入了更广泛的仲裁条款。然而，基于中国在国际投资仲裁的经验较少，部分新条约中关于 ISDS 的条款规定并不细致且需要进一步精确。

4.1.1. 明确国有企业的“投资者”身份

基于北京城建集团案的前车之鉴加之美国对中国国有企业的安全审查对国有企业海外投资造成了巨大影响，进一步明确国有企业的“投资者”身份自然成为新一代 BITs 构建中的重要任务。在现行有效的中国 BITs 中，双方均明确包含国有企业的表述主要有两种：第一种通过列举如“公共机构、公司、基金会、社团等”对国有企业加以概括，第二种表述为“任何实体不论是否私有、是否由政府所有或控制。”在日后更新 BITs 的时候，可以继续沿用或者选择第二种表述以将国有企业明确为条约中的“投资者”。除此之外，在对“投资者”身份确认时应注明港澳投资者是否适用从而杜绝类似 Tza Yap Shum 案的发生。

对身份进行明确只是完成了确认“投资者”的第一步，若要确立国有企业是 ISDS 仲裁适格主体还需要对行为的认定进行规范。《华盛顿公约》的起草人 Broches 提出过区分公共投资与私人投资的理论，其认为排除国有企业“投资者”身份的行为有二：一是国有企业行使政府基本职能，二是国有企业作为政府的代理人。中国 BITs 可将其作为认定国有企业投资行为的标准从而防止类似美国“所有权或者控制权”将国有企业确认为国家公共机构的认定方法对国有企业参与 ISDS 造成妨碍。

4.1.2. 适度扩大可仲裁事项的范围

投资者利用 ISDS 维护合法权益首先要使仲裁庭拥有对争端的管辖权，在投资协定中明确投资仲裁的范围十分重要。初代 BITs 凸显了中国对于 ISDS 的不信任，中国虽然加入了 ICSID 公约但对可仲裁的事项进行了严格限制。以中秘 BIT 为例，只有“涉及征收补偿款额的争端”才可以提交仲裁，但是伴随着中国逐渐加大对外投资力度，该条款已经不利于海外投资者权益的保障，所以在实践中投资者希望通过援引“最惠国条款”或扩大解释仲裁条款以使仲裁庭获得管辖权，但这会导致仲裁结果的不确定性增加。值得注意的是，近年来，仲裁庭倾向于保护投资者的态度对于东道国来说是不利的，所以中国在修改 BITs 条款时需要平衡利弊不可完全取消对争端范围的限制，否则国家主权及利益会受到“寒蝉效应”的破坏[17]。

在新一代 BITs 修订的时候,一方面, BITs 可规定投资者可以将由投资引起的争端交由相关仲裁机构进行仲裁;另一方面,对于可仲裁事项可以折中规定为“有关补偿额的争议或其他双方同意的可以提交国际投资仲裁的争议允许进行仲裁”,这样的约定,既可以对海外投资者提供保障又不至于丧失国家对于征收的管辖权,防止中国频繁成为被诉国[13]。

4.1.3. 细化间接征收条款

由于间接征收行为的愈加隐蔽,在 BITs 更新的时候,就需要在 BITs 条款中进行尽可能的规定以免使中国海外投资企业承受更多不确定的风险。在制定条款时可以参考美国 2004 年双边投资协定范本对间接征收的规定将间接征收的目的与效果均考虑在内,例如中国 - 印度 BIT 在间接征收条款中较为严格的参照了美国标准。在中国签订的其他条约中,也可以参考 2012 年中国 - 日本 - 韩国条约,其同样以美国范本为基础在第 11 条中对间接征收的情况进行了规定,但较中印 BIT 不同的是三边条约规定了更为罕见的间接征收的情况使得该条约更加严密[22]。综上,中国在建设新一代 BITs 时适当参考现有的国际投资条约对间接征收的规定,尽可能的对间接征收行为进行更加细致的规定,为仲裁庭提供更加清晰的法律基础[18]。

4.2. 中国企业应善于利用规则

中国企业在海外陷入投资争端依据 BITs 提起仲裁时,除了依靠条约本身还应当善于利用规则来争取利益。ICSID 目前没有上诉机制,一裁终局也是仲裁的一大特点。尽管不能对仲裁结果进行上诉,但不代表投资者没有挽救的机会。ICSID 公约第 5 章规定了裁决的解释、修改和废止。首先对于不理解的判决可以要求法庭对于该判项进行解释,若解释不通仲裁庭则可选择终止裁决执行。其次 ICSID 公约第 52 条规定了 5 个撤销裁决的理由:法庭组成不当;仲裁庭越权;仲裁员贪污;严重偏离基本议事规则;裁决未能说明其依据。在实践中,如果确实存在可撤销事由的,中国企业应在接到裁决之后可以在规定时间内向秘书长以规定的撤销理由申请撤销裁决。

投资者在选择维权方式时还应注意“用尽当地救济”和“岔路口”条款。用尽当地救济要求投资者在提交仲裁以前要用尽国内的救济措施,通常有司法救济和行政救济。岔路口则是在投资者选择一种争端解决方式以后排出其他争端解决程序的启动,即在做出一种选择以后排除了其他的管辖权。在实践中有许多 BITs 条款是两者的结合,如在中国 - 德国 BIT 第 9 条规定了“如果争议已经被提交至中国法院,投资者可以根据法律撤回后方可进行仲裁。”因此投资者在陷入纠纷时需仔细研究 BITs 条款谨慎选择争端解决方式,若已经选择一种解决方式也可以及时掉头,选用最适当的方式进行维权,中富公司案便为中国企业维权积累了良好经验。

5. 结论

“一带一路”倡议的提出对国际投资和贸易产生了重大的影响,标志着中国外交政策变化的同时为沿线国家建立了一个更加公平、包容和充满机会的经济贸易平台,也巩固了中国作为一个经济大国的地位。2015 年习近平主席提出的共商共建共享全球治理理念将中国“走出去”和“引进来”战略更好的结合起来。中国承诺进一步建立更加开放的经济体制并实施全国统一的市场准入负面清单制度。在不断改革国内政策的过程中,中国从未放慢缔结国际投资条约的脚步,对于投资仲裁的态度也由保守逐渐开放。值得注意的是,中国已经完成了从传统的外资输入国到双向投资大国的转变,然而在国际投资法领域中国还未成为制度的制订者,更多的需要借鉴欧美等发达国家的经验,但中国也不再是一个规则的被动接受者,中国已经有能力用敏锐的眼光审视国际投资条约可能带给中国的风险[11]。

在反全球化和区域主义盛行的国际形势下,中国继续完善自己的 BITs 网络面临诸多挑战。首先,中

国作为一个双向投资大国，双边投资条约政策的侧重点需要改变，保护国家主权的同时需要保护中国的海外资本。其次，鉴于“一带一路”沿线国家中发展中国家居多，其中不乏宗教主义国家，文化、政治和法律稳定和透明度与发达国家相差甚远，因此条约的制订和谈判方式需要依据相对方的不同而改变，在必要时还需要设立特别条款防止危险的发生。最后，尽快构建中国 BITs 范式，并且在具体条款中对特定问题进行详细阐述，防止因仲裁庭不当解释导致国家或投资者的利益受损[23]。

参考文献

- [1] Ferdinand, P. (2016) Westward ho—The China Dream and ‘One Belt, One Road’: Chinese Foreign Policy under Xi Jinping. *International Affairs*, **92**, 941-957. <https://doi.org/10.1111/1468-2346.12660>
- [2] 中华人民共和国商务部条法司. 我国对外签订双边投资协定一览表 Bilateral Investment Treaty[EB/OL]. <http://tfs.mofcom.gov.cn/article/NoCategory/201111/20111107819474.shtml>, 2022-02-24.
- [3] ICSID [International Centre for Settlement of Investment Disputes] (2022, February 19). <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database>
- [4] 陈辉萍. ICSID 仲裁庭扩大管辖权之实践剖析——兼评“谢业深案”[J]. 国际经济法学期刊, 2010(3): 78-105.
- [5] 韩宝庆. ICSID 仲裁解决对外承包工程争议的可行性分析——以北京城建集团诉也门共和国案为例[J/OL]. 国际贸易问题, 2015(7): 168-176. <https://doi.org/10.13510/j.cnki.jit.2015.07.017>
- [6] 戴正清, 吴岚. 平安公司诉比利时案的裁决评析[J]. 国际商务研究, 2016, 37(5): 84-96. <https://doi.org/10.13680/j.cnki.ibr.2016.05.008>
- [7] Wilson, C. (2019) Protecting Chinese Investment under the Investor-State Dispute Settlement Regime: A Review in Light of *Ping An v Belgium*. In: Chaisse, J., Ed., *China's International Investment Strategy*, Oxford University Press, Oxford, 462-C25.P130. <https://doi.org/10.1093/oso/9780198827450.003.0026>
- [8] 刘勇. “中国平安诉比利时王国投资仲裁案”——以条约适用的时际法为视角[J]. 环球法律评论, 2016, 38(4): 162-178.
- [9] UNCTAD Investment Policy Hub (2022) International Investment Agreements Navigator. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/42/china?type=bis>
- [10] Hodgson, M. and Bryan, A. (2019) Investment Treaty Arbitration in Asia: The China Factor. In: Chaisse, J., Ed., *China's International Investment Strategy*, Oxford University Press, Oxford, 430-C23.T1. <https://doi.org/10.1093/oso/9780198827450.003.0024>
- [11] Levine, M. (2019) Towards a Fourth Generation of Chinese Treaty Practice: Substantive Changes, Balancing Mechanisms, and Selective Adaption. In: Chaisse, J., Ed., *China's International Investment Strategy*, Oxford University Press, Oxford, 205-221. <https://doi.org/10.1093/oso/9780198827450.003.0012>
- [12] Glinavos, I. (2019) Which Way Huawei? ISDS Options for Chinese Investors. In: Chaisse, J., Choukroune, L. and Jusoh, S., Eds., *Handbook of International Investment Law and Policy*, Springer, Singapore, 1-31. https://doi.org/10.1007/978-981-13-5744-2_113-1
<https://papers.ssrn.com/abstract=3418929>
- [13] 张晓君, 曹云松. “一带一路”建设中双边投资协定的功能发掘与范式构建[J]. 国际经济评论, 2021(4): 115-137.
- [14] 沈伟. 国际经济活动中的国有企业身份困境——国际规则的分析[J]. 华侨大学学报(哲学社会科学版), 2021(4): 103-118. <https://doi.org/10.16067/j.cnki.35-1049/c.2021.04.009>
- [15] 李妍婷. 中外 BITs 是否适用于“一国两制”下的澳门特别行政区?——以 Sanum 诉老挝政府案为视角[J]. 国际法与比较法论丛, 2019, 25(00): 102-118.
- [16] Bath, V. (2020) China's Role in the Development of International Investment Law—From Bystander to Participant. *Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy*, **2**, 359-398.
- [17] 黄世席. 投资协定“征收补偿款额仲裁条款”的解释分歧及中国应对[J]. 法学, 2019(2): 165-182.
- [18] 谷望舒. “一带一路”视角下中国双边投资条约中间接征收条款的完善[J]. 海关与经贸研究, 2019, 40(1): 108-122.
- [19] Chi, M. (2019) Addressing Sustainable Development Concerns through IIAs: A Preliminary Assessment of Chinese IIAs. In: Chaisse, J., Ed., *China's International Investment Strategy*, Oxford University Press, Oxford, 100-C6.P56. <https://doi.org/10.1093/oso/9780198827450.003.0007>
- [20] UNCTAD [United Nations Conference on Trade and Development] (2021) World Investment Report 2021. United Nations Conference on Trade and Development, Geneva.

- [21] Wei, S. (2021) Evolutionary Path of China's BIT Law in the Return of the State Paradigm: A Statistical and Textual Approach. In: Wei, S., Ed., *Decoding Chinese Bilateral Investment Treaties*, Cambridge University Press, Cambridge, 254-299. <https://doi.org/10.1017/9781108867146.009>
- [22] Choi, W.M. (2019) Substantive Provisions of the East Asian Trilateral Investment Agreement and their Implications. In: Chaisse, J., Ed., *China's International Investment Strategy*, Oxford University Press, Oxford, 222-C12.P46. <https://doi.org/10.1093/oso/9780198827450.003.0013>
- [23] Wei, S. (2021) By Way of Conclusion: Chinese BIT Law and Practice in the Jungle. In: Wei, S., Ed., *Decoding Chinese Bilateral Investment Treaties*, Cambridge University Press, Cambridge, 324-332. <https://doi.org/10.1017/9781108867146.011>