

# BITs 与海外投资利益保护

## ——基于中国与“一带一路”国家BITs的分析

韩 冰

**内容提要** 双边投资保护协定是各国保护企业海外投资利益的重要工具,也是中国构建海外投资利益保护机制的核心与关键内容。当前,中国与“一带一路”沿线国家之间的双边投资保护协定多是上世纪八九十年代签订的,这一时期中国主要从投资东道国立场出发,缔结的双边投资保护协定内容较为保守与谨慎,对投资者提供的投资保护程度相对较低。中国当前亟须与相关的“一带一路”国家启动双边投资保护协定的“升级”谈判,并在对中国与“一带一路”国家双向投资的实际情况及潜在趋势进行定量和定性评估基础上缔结“平衡范式”的双边投资保护协定。

**关键词** 一带一路 双边投资保护协定 海外投资利益保护

当前,国际格局正处于调整、变革、发展的关键时期,英国脱欧、恐怖主义持续发酵、欧洲难民潮和极端政治力量勃兴、亚洲地缘政治之争等均表明当今世界秩序正面临诸多挑战。与此同时,2008年国际金融危机的深层次影响继续呈现,世界经济总体低迷、增长乏力,民粹主义、贸易保护主义、反全球化的声音日渐增多。在此背景下,中国企业在参与“一带一路”建设时,需要更加重视对东道国政治、经济与法律风险的防范。双边投资保护协定(BITs)是保护企业海外投资利益的重要工具,分析梳理中国与“一带一路”沿线国家之间的BITs现

状以及BITs在保护海外投资利益实践中存在的问题,可以为中国进一步完善与“一带一路”沿线国家的BITs,以及提高海外投资利益保护水平提供参考。

### 一、BITs 与中国海外投资利益保护

#### (一)中国亟须构建海外投资利益保护机制

投资合作是“一带一路”建设的重点内容。中国自2004年以来,对“一带一路”沿线国家的直接投资持续增长。2013年提出“一带一路”倡议后,中国对“一带一路”相关国家和地区直接投资更是快速增长。截至2015年末,

中国对“一带一路”相关国家直接投资存量达到1156.8亿美元,在中国对外直接投资存量中占比为10.5%。商务部最新数据显示,2016年中国对“一带一路”沿线国家直接投资额为145.3亿美元,占同期总额的8.5%。“一带一路”国家成为中国对外直接投资的重要目的地。随着中国与“一带一路”沿线国家签订的投资合作项目不断落地,可以预见“一带一路”沿线国家未来的投资前景良好。

然而,有投资就有风险。共建“一带一路”必然会面临各种困难与风险,如何确保中国在“一带一路”沿线国家大规模投资的安全性成为当前亟需深入探讨的重要

课题。随着中国对外直接投资规模迅速增长,中国企业近年来在海外遭受东道国政变、动乱、征收、外汇管制、环境风险以及其他“非传统政治风险”的几率大幅增加。例如,中国石化、采矿、水电等领域的企业在缅甸、柬埔寨、蒙古国、印尼等国家的投资遭遇民众和环保组织的抵制,以及政府环境处罚等环境风险。再如,一些中国企业的海外并购因东道国监管部门的安全审查这一非传统政治风险而被迫终止。有关研究对2005年至2014年中国企业对外直接投资遭遇风险的216个案例进行分析显示,在这216个案例中,中国企业对外直接投资遭遇的政治风险案例最多,一共有90个,占比37%,而政治风险主要集中在国家安全审查风险和政治暴力风险上,这两种风险占政治风险案例的75%。国家安全审查风险在政治风险案例中超过一半,占比57%。

“一带一路”沿线国家和地区由于经济发展阶段、治理水平的差异,营商环境差别也较大。依照2017年世界银行发布的全球190个国家和地区的营商便利度排名,以目前吸纳中国对外直接投资存量前10位的国家(新加坡、俄罗斯、印度尼西亚、阿联酋、印度、土耳其、越南、老挝、马来西亚和柬埔寨)为例(截至2015年末),可以看出“一带一路”相关国家的投资环境可以大致分为三类:一是营商环境良好的国家,如新加坡;二是营商环境一般的国家,如哈萨克斯坦;三是营商环境相对较差的国家,如缅甸。中国

企业在营商环境仍待大幅改善的国家投资,其面临的投资风险也相应增加。

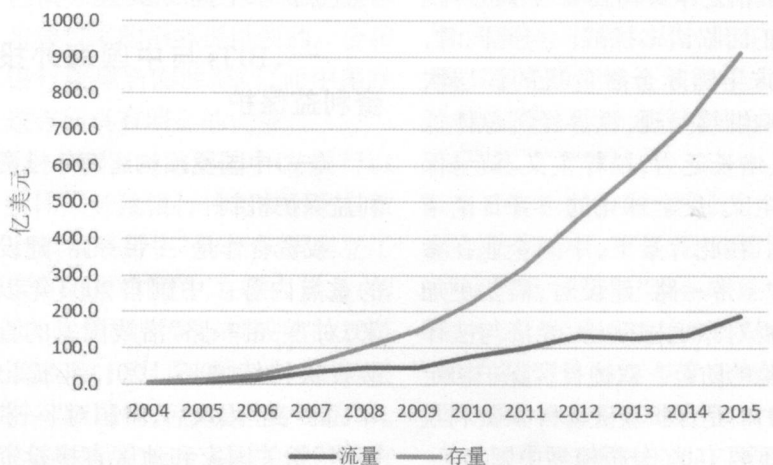
此外,在中国的对外直接投资中,央企一直发挥着主力军的作用。从投资存量来看,截至2015年末,央企投资在中国对外直接投资存量中占比为63.3%,而2006年时央企的比重高达82.14%。虽然近年来地方企业(包括地方国企和民营企业)对外直接投资存量规模逐年扩大,但央企的海外资产依然构成了“海外中国”的主体。中国海外投资所具有的独特性,更需要从国家层面上构建海外投资利益保护机制。

## (二)BITs是中国海外投资利益保护机制的重要内容

国际投资协定是国际上重要的投资规范、投资保护与投资促进工具,包括双边、区域和多边投资协定。其中,双边投资保护协定最受青睐,截至2016年底全球已缔结2969项BITs。BITs可以为投资者提供一个明确、稳定和

透明的投资法律框架,有助于为外国投资者对其在东道国的投资提供法律保护。特别是当投资者与东道国发生投资争端时,BITs为投资者提供依据其规定寻求国际救济的可能性。此外,缔结BITs有助于以“非政治化”的方式解决海外私人投资争端,即建立不需要任何政府干预而可以为投资者提供有效救济的机制。中国是发展中国家,又是新兴的经济大国,许多中国企业投资的东道国也是发展中国家,这致使中国与一些发展中国家之间形成了具有一定“南北”色彩的关系,中国需要考虑避免不时出现的私人海外投资争端破坏中国与其他发展中国家一些更为重要的关系,而BITs有助于中国政府在不削弱对投资者的有效救济的情况下,从对私人海外投资纠纷的参与中解脱出来。对美国、德国、日本、加拿大、韩国和新加坡六个对外直接投资大国的对外直接投资法律体系研究显示,这些国家主要通过对外商签的双、多边国际

图1:2004-2015年中国对“一带一路”相关国家直接投资情况



资料来源:CEIC数据库。

投资协定保护其对外直接投资。因此,BITs也应是中国构建海外投资利益保护机制的重要抓手与关键内容。

## 二、中国与“一带一路”国家BITs现状与问题

中国自20世纪80年代初开始对外商签BITs,目前已经与“一带一路”沿线的56个国家签署BITs。值得注意的是,中国已缔结的BITs多是在20世纪八九十年代签订的,在已签订的56个BITs中,1985年至1990年间签订生效的有7个,1990年至2000年间签订生效的有40个,2000年后签订生效的仅有9个。20世纪八九十年代,中国主要以吸引外资为主,在签订BITs时主要从资本输入国立场出发,缔结的BITs内容较为保守与谨慎,提供的投资保护程度相对较低。实证研究显示,双边投资协定对中国企业海外并购的区位选择和投资规模在总体上并无显著影响。这个研究结果也为实践所证实,对中国在非洲部分国家的中资企业的调研显示,双边投资保护协定无法为其提供有效保护。因此,从保护投资者角度看,当前中国在积极与更多“一带一路”沿线国家商签BITs的同时,更为重要的是与相关的“一带一路”国家启动BITs的“升级”谈判。

BITs主要包括投资与投资者定义、国民待遇、最惠国待遇、公正与公平待遇、征收或国有化的条件和补偿标准、外汇转移、解决投资争端的程序等条款,为外国投资者对其在东道国的投资提

供法律保护。

### (一)国民待遇

国民待遇条款是BITs中的核心条款之一。作为一种相对待遇标准,国民待遇一般以东道国投资者享受的待遇为参照对象,要求东道国政府在相似情况下给予外国投资者的待遇不低于其给予本国投资者的待遇,其主要针对东道国政府的法律、法规和其他措施。早期BITs中的国民待遇条款着重于对投资的保护,东道国一般会承诺给予准入后的外国投资者国民待遇,即外资运营阶段的国民待遇,以确保东道国对其征收行为的全额赔偿。随着经济全球化的推进,近来BITs中的国民待遇条款不仅是投资保护条款,而且逐渐成为促进投资自由化的核心规则。一些BITs中国民待遇义务延伸至准入前阶段,即外资准入阶段的国民待遇,具体而言就是在外资投资领域、设立过程以及相关的实体和程序条件要求等方面实现内外国国民平等对待。准入前国民待遇要求东道国放宽市场准入,有利于投资者进入东道国市场。

从中国与“一带一路”国家已缔结的BITs来看,对国民待遇条款的具体表述措辞不一、适用范围参差不齐。例如,1985年中国与马来西亚缔结的双边投资保护协定中,未承诺给予外国投资或投资者国民待遇,而1998年中国与也门签订的双边投资保护协定中规定了运营阶段的国民待遇原则。总体而言,中国对国民待遇一直持谨慎态度,对于运营阶段的国民待遇实行差别政策,对于

准入阶段的国民待遇义务则一直未接受。中国企业在没有约定给予运营阶段国民待遇的国家投资,将面临无法与该国内投资者以及其他享有国民待遇的其他国家投资者公平竞争的挑战。

### (二)最惠国待遇

最惠国待遇条款是BITs中至关重要的条款,一般与国民待遇条款结合使用。最惠国待遇要求缔约国给予对方投资者的待遇,不得低于其给予任何第三国投资者的待遇,其实质是要求缔约国将给予第三国投资者的优惠待遇无条件地给予缔约另一国的投资者和投资。正是基于最惠国待遇条款所具有的传递性,中美双边投资保护协定谈判才被称为“二次入世”。最惠国待遇条款旨在为不同国籍的投资者创造公平的竞争环境。

最惠国待遇条款适用于实体性事项已广为接受,但能否适用于争端解决等程序性事项,以及在何种情况下适用则存有激烈的争议。2000年“马菲基尼诉西班牙案”首先引发了各界对最惠国待遇条款适用范围是否扩展到程序性事项的讨论,中国政府首次成为国际投资争端解决中心(IC-SID)被告的“马来西亚伊佳兰公司诉中国”案也涉及最惠国待遇条款的适用范围问题。最惠国待遇条款的适用范围的扩张,使其日益发展成为投资者“挑选条约”的工具,有利于投资者利益保护,但对东道国而言,会导致投资者滥用BITs中的某些条款。

### (三)公正与公平待遇标准

公正与公平待遇标准(也被称



为最低待遇标准)与前述国民待遇和最惠国待遇条款依据东道国给予本国和第三国投资者的待遇决定的“相对”待遇标准不同,公正与公平待遇的含义不是参照其他待遇来确定的,而是参照所适用的具体情况确定的,被认为是“绝对的”、“无条件的”待遇标准。

近年来,相关国际投资仲裁实践表明,仲裁庭在对公正与公平待遇标准的解释和适用时,倾向于采取比传统国际最低标准更为宽泛的解释。有鉴于此,在仲裁庭的演绎下,与国际最低待遇标准存在历史渊源的公正与公平待遇标准已不再仅仅局限于国际最低标准所提供的保护程度,而是在其基础上逐渐演变为一种较国际最低标准更高的绝对待遇标准,进而使投资者向东道国索赔的门槛更低,而且赋予了国际仲裁庭更大的自由裁量空间,成为投资者将与东道国的争议提交国际仲裁的重要依据。但值得注意的是,为避免诉讼,近年来各国在一定程度上提高了投资者利用该项待遇标准条款寻求赔偿的门槛。

中国与“一带一路”沿线国家签订的BITs中多数包含公正与公平待遇标准的规定,并且该条款大多是独立的。但是,由于中国20世纪八九十年代签订的BITs多数仅同意将征收补偿数额问题提交国际仲裁,因此投资者在实践中并不能以公正与公平待遇标准为据索赔。

#### (四)资金转移

资金转移条款与外国投资者的利益直接相关,是东道国给予外国投资者及其投资具体待遇标

准的一个重要内容。通过转移条款的规定,外国投资者投资的经济利益才能得以自由转移或汇回本国。对东道国而言,既要通过资金转移条款达到吸引投资的目的,同时又要防止因放松外汇管制而可能给国内经济带来的不利影响。

中国已签订的BITs对于转移条款规定并不一致。例如,2003年中国与德国签订的双边投资保护协定中规定,“缔约任何一方应保证缔约另一方投资者转移在其境内的投资和收益”,并且规定上述转移应以可自由兑换的货币按照转移当日接受投资的缔约一方通行的市场汇率不迟延地进行。1994年中国与埃及签订的双边投资保护协定中规定,“缔约任何一方应在其法律和法规的管辖下,保证缔约另一方投资者转移在其领土内的投资和收益”,从而将“转移”条款的适用限定在符合“缔约国国内法律和法规”范围中,并且也没有约定转移应“不迟延地进行”。通过对比可以看出,中德双边投资保护协定为投资者转移投资收益提供了充分保障,相较而言中埃双边投资保护协定则保护力较弱,中国在埃及投资的企业如遭受投资收益无法汇回问题时,中国虽然已与埃及缔结双边投资保护协定,但却无法为其提供有效帮助。

#### (五)间接征收

征收或国有化问题是国际投资协定谈判的最重要议题之一。征收系指东道国政府基于公共利益的需要对外国投资者在东道国的部分或全部资产实行剥夺的行

为,包括直接征收与间接征收两种形式。直接征收通常指东道国以国有化、法律强制或没收等方式完全取得投资者财产的征收行为。随着经济全球化和投资自由化趋势不断加强,东道国实施直接征收的情况已较为少见,各国主要采取更为间接与隐蔽地间接征收措施干涉外国投资者。间接征收主要指未直接转移或剥夺投资者的财产权,但东道国政府以与征收具有“效果相同的措施”或“类似的任何其他措施”,干涉财产的使用或享用收益。

间接征收的表现形式多种多样,其中典型表现形式包括强制转让财产、完全禁止转让或支配财产、实质干预企业的管理控制权、过度或任意征税、取消许可或批准、违法驱逐外国投资者、冻结银行账户或推动罢工、停工和致使劳工短缺等,不一而足。实践中,出现上述表现形式未必一定构成间接征收,还要根据具体案例“逐案”考察分析。

间接征收是中国海外投资较易遭受到的政治风险之一,目前中国投资者在ICSID诉东道国的5起仲裁案中,有3起涉及间接征收问题。这与中国的海外直接投资存量大量分布在发展中经济体有一定关系,由于发展中国家的经济、政治和社会等各项制度往往仍处于形成中,发生调整或转型的风险较高,在客观上增加了这些国家发生间接征收的风险。然而,中国早期签订的BITs很多都未对间接征收做出明确约定,这为国际投资仲裁庭的自由裁量留下空间。

(六)投资者与东道国争端解决机制

投资者与东道国争端解决机制是投资者在投资争端发生后与东道国进行仲裁的法律基础,被形象地称为BITs的“牙齿”。通过这一机制,外国投资者可以在其认为东道国违反BITs义务时将争端提交到国际投资仲裁机构

解决,从而使BITs中的所有保护外国投资者利益方面的规定切实发挥作用。1966年,依照《华盛顿公约》成立的国际投资争端解决中心是世界上第一个专门解决政府与他国国民国际投资争端的机构。ICSID与其他国际仲裁机构相比,具有更强的执行效力,其裁决生效后可以在各成员国直

接执行,无需通过各国国内法院承认后再予以执行,这就确保了仲裁裁决的执行,为投资者提供了强有力的支持。目前已有161个国家和地区签署了该公约,其中153个国家和地区已批准正式加入。中国于1990年2月9日签署该公约,并于1993年2月6日正式生效。

表1:中国与“一带一路”相关国家缔结的BITs一览表

国家	签订时间	生效时间	国家	签订时间	生效时间
泰国	1985年	1985年	阿塞拜疆	1994年	1995年
新加坡	1985年	1986年	罗马尼亚*	1994年	1995年
科威特	1985年	1986年	以色列	1995年	2009年
斯里兰卡	1986年	1987年	阿曼	1995年	1995年
马来西亚	1988年	1990年	塞尔维亚	1995年	1996年
保加利亚*	1989年	1994年	柬埔寨	1996年	2000年
巴基斯坦	1989年	1990年	叙利亚	1996年	2001年
土耳其	1990年	1994年	黎巴嫩	1996年	1997年
蒙古	1991年	1993年	沙特阿拉伯	1996年	1997年
匈牙利	1991年	1993年	孟加拉	1996年	1997年
越南	1992年	1993年	马其顿	1997年	1997年
菲律宾	1992年	1995年	也门	1998年	2002年
希腊	1992年	1993年	卡塔尔	1999年	2000年
哈萨克斯坦	1992年	1994年	巴林	1999年	2000年
土库曼斯坦	1992年	1994年	伊朗	2000年	2005年
哈萨克斯坦	1992年	1994年	缅甸	2001年	2002年
土库曼斯坦	1992年	1994年	塞浦路斯	2001年	2002年
吉尔吉斯斯坦	1992年	1995年	拉脱维亚	2004年	2006年
乌克兰	1992年	1993年	捷克	2005年	2006年
亚美尼亚	1992年	1995年	斯洛伐克	2005年	2007年
摩尔多瓦	1992年	1995年	印度	2006年	2007年
老挝	1993年	1993年	俄罗斯	2006年	2009年
阿联酋	1993年	1994年	乌兹别克斯坦	2011年	2011年
塔吉克斯坦	1993年	1994年	约旦	2001年	
白俄罗斯	1993年	1995年	文莱	2000年	
格鲁吉亚	1993年	1995年	马尔代夫		
立陶宛	1993年	1994年	尼泊尔		
爱沙尼亚	1993年	1994年	不丹		
斯洛文尼亚	1993年	1995年	伊拉克		
克罗地亚	1993年	1994年	巴勒斯坦		
阿尔巴尼亚	1993年	1995年	波黑		
印度尼西亚	1994年	1995年	黑山		
埃及	1994年	1996年			

注:\*2007年6月26日中国与保加利亚签订保加利亚附加议定书,并于2007年11月10日生效;2007年4月16日中国与罗马尼亚签订附加议定书,并于2008年9月1日生效。

资料来源:作者根据商务部和UNCTAD数据整理

从中国与“一带一路”沿线国家签订的BITs来看,中国对于可以提交ICSID仲裁的争端范围,因BITs缔结的时间不同而有所不同。中国在20世纪八九十年代签订的BITs中,多未接受ICSID的仲裁管辖权。如果投资者无法将投资争议诉诸国际投资争端解决机构,意味着其只能在东道国国内寻求救济,而这往往是比较艰辛的,特别是当东道国法制不够健全时。

三、中国亟须对外商签“平衡范式”的BITs

前述分析充分说明,BITs是一把双刃剑。对BITs中的条款的分析会因基于东道国立场抑或是基于投资者保护立场,而有不同的评价。中国在20世纪八九十年代基于投资东道国立场签订的“保守主义范式”的BITs,适应当时中国作为吸引外资大国的国情,切实维护了中国作为投资东道国的监管权力与国家利益。2000年以来,随着中国对外直接投资规模迅速增长,中国商签BITs在内容上也有了较大的发展,与一些国家,如德国、荷兰、瑞典等国签署了新的协定或修改了原协定的议定书。新签订的这些

BITs呈现出投资自由化、对外资保护标准不断提高的态势,例如,扩大了国民待遇适用范围,放宽外汇转移限制,接受国际投资仲裁管辖权等。但是总体而言,中国与“一带一路”沿线国家的BITs“升级”较慢,保护水平亟待提高。因此,当前中国亟须“升级”与“一带一路”沿线国家的BITs,使之能适应中国与这些国家间双向投资的客观情况,助力中国企业在海外市场的公平竞争,为“一带一路”建设护航。具体而言,应着力从以下方面入手:

### (一)亟须与“一带一路”沿线国家启动BITs升级谈判,商签“平衡范式”的BITs

中国作为双向投资大国,客观上要求与“一带一路”沿线国家商签或启动BITs升级谈判中兼顾不同方面的利益。为确保中国与“一带一路”沿线国家签订“良好标准”的BITs,应对当前中国与“一带一路”沿线国家双向投资的实际情况及潜在趋势进行定量和定性评估,在此基础上做出战略选择。

### (二)秉持“开门立法”态度,广泛征求与整合各利益攸关方的意见

在过去十多年间,中国“走出去”的企业积累了大量的海外投资经验,当前亟需认真梳理总结这些经验与教训。中国与“一带一路”沿线国家的BITs谈判中,应对企业在实践中遇到的可以纳入BITs中解决的问题做出“必要”的回应与反映。BITs作为两国间特殊的投资方面的安排与约定,为此提供了方便。此外,国家

相关主管部门在对外谈判中,也应广泛听取、整合商会、行业协会、中介机构以及相关领域的国内外专家等利益攸关方的关切、意见和建议。

### (三)积极参与全球投资治理,为与“一带一路”国家BITs升级谈判营造良好的国际环境

BITs作为双边谈判机制,虽然会使谈判各方“强者更强,弱者更弱”,但是在当前全球投资治理处于转折点之际,中国积极参与全球投资治理仍然可以为中国与“一带一路”沿线国家BITs升级谈判营造良好的国际氛围。2016年中国作为G20峰会主席国,倡议制定的《G20全球投资指导原则》即为良好范例,向国际社会传达了我国将进一步改善投资环境,为投资者提供开放、非歧视、透明与可预见的营商环境的承诺。当前中国需要积极参与国际投资便利化议程、推动国际投资仲裁机制改革等全球投资治理改革的核心与关键问题,这既符合中国自身利益,又有利于促进世界经济复苏。

综上所述,BITs作为保护和促进国际投资的法律规则与中国对外投资实践发展具有时滞本不可避免,当务之急是中国需要根据已经变化的情势,及时升级中国与“一带一路”沿线国家缔结的BITs。否则,当前中国已缔结的BITs不仅无法为中国与“一带一路”沿线国家的海外投资提供有效保护,而且长此以往会影响中国海外投资的可持续发展。中国作为投资东道国与成长中的海外投资大国,需要认真深入研究

BITs问题,引导企业运用国际规则保护海外投资合法权益,在“守法”与“适法”中,使其“为我所用”。

(作者单位:中国社会科学院世界经济与政治研究所。本文得到2016年度中国社会科学院国情调研重大项目“中国海外利益保护调研”以及中国社会科学院创新工程项目“中国海外资产安全问题研究”的支持。)

#### 主要参考文献:

刘青、陶攀、洪俊杰:中国海外并购的动因研究——基于广延边际与集约边际的视角,《经济研究》,2017年第1期。

韩冰:二十国集团在国际投资领域的合作与前景展望,《国际经济评论》,2016年第4期。

单文华:外资国民待遇与陕西的外资政策研究,《西安交通大学学报(社会科学版)》,2013年第2期。

桑百川、靳朝晖:中美双边投资协定前景分析,《国际经济合作》,2011年第11期。

中国社会科学院世界经济与政治研究所与中债资信评估有限责任公司主编:《中国对外直接投资与国家风险报告(2017)》,社会科学文献出版社,2017年4月版。

太平、李姣:开放型经济新体制下中国对外直接投资风险防范体系构建,《亚太经济》,2015年第4期。

申林平:《中国〈境外直接投资法〉立法建议稿及理由》,法律出版社,2015年5月版。

韩冰、姚枝仲等:《冲突与趋同:中美双边投资协定谈判研究》,社会科学出版社,2016年6月版。

UNCTAD: World Investment Report 2016: Investor Nationality Policy Challenges. United Nations. UNCTAD/WIR/2016.