

拥抱全球化的国际投资保护 — RCEP 投资章节实体规定亮点速评

作者：金立宇 | 赵宇先 | 刘央¹

2020年11月15日，中国与亚太地区十四国共同签署了《区域全面经济伙伴关系协定》（“RCEP”），标志着全球最大的自由贸易区的诞生。RCEP 包含了一整章关于投资的规定（第十章），其作用无异于一份小型的多边投资协定，其中包含了投资保护协定常见的各种保护标准，如国民待遇、最惠国待遇、公平公正待遇和充分保护和安全待遇等。目前该章尚未规定投资者与东道国之间的争端解决机制，缔约方也将在不晚于 RCEP 生效后的两年内对这一机制进行讨论。尽管如此，对比中国的第三代投资保护协定（如中国—加拿大投资保护协定）和《美国—墨西哥—加拿大协定》（“USMCA”），RCEP 投资章节确立的投资保护标准仍然亮点十足，充分体现了对投资的精细化保护以及投资者和东道国之间的利益平衡，必将对构建公平、可预见和稳定的外商投资环境作出巨大贡献。

一、受保护投资的范围

RCEP 明确了投资的特点。第 10.1 条第 3 款明确指出投资所具有的特征包括承诺资本或其他资源的投入、对收益或利润的期待、风险承担。这些可能成为缔约方审查是否构成投资的考量因素。特别地，该节明确了：

第一，合同权利可以构成投资。第 10.1 条第 3 款第 3 项明确提及了收入分享合同，包括交钥匙总包、工程、管理、生产等合同。这与当前最新的自贸协定，如 USMCA 中对投资的定义基本一致。

值得注意的是，USMCA 对投资的定义包含企业（Enterprise）本身。这意味着一旦企业的资产被征收，投资者便遭受了损失，而无需将企业的损失转化为股权价值的贬损。2012 年签订的《中日韩投资协定》第 1 条也规定了企业及企业分支机构构成投资。RCEP 中并未作该等规定，仅认可了股权作为投资形式，并未将企业本身也视作投资。

第二，关于投资回报是否构成投资，RCEP 第 10.1 条第 3 款规定“用于投资的投资回报应当被视为投资”。这一规定较《中日韩投资协定》有所缩减，该协定第 1 条规定，投资也包括投资产生的金额，包括利润、利息、资本利得、分红、费用等，并无要求这些投资所得应当用于再投资。

第三，服务也有可能受到投资保护。RCEP 第 10.2 条第 3 款规定，与投资相关的服务可以参照部分投资保护的标准获得保护，例如征收条款。这给予投资者以更为广泛的保护。

¹ 实习生马浩洋对本文的写作亦有贡献。

二、非政府实体行为的归责

RCEP 开创性地对“一缔约方的措施”进行了定义，这在当前的投资条约中并不多见。RCEP 第 10.1 条第 8 款列出了两种缔约方的措施。其一是缔约方中央、地区或地方政府和主管机关的措施；其二是由前述机构授权行使职权的非政府机构。该条款涉及国际法的行为归因问题。某一缔约国政府机关的行为显然可以直接归因于该国。对于非国家实体，联合国国际法委员会起草的《国家对国际不法行为的责任条款》（“《国家责任条款》”）第 5 条（构成习惯国际法规则）规定，经一国法律授权而行使政府权力要素的个人或实体，其行为应视为国际法所指的国家行为。RCEP 对非政府机构行为归因的规定与习惯国际法的规则相一致。

三、公平公正待遇（“FET”）和充分保护与安全待遇（“FPS”）适用习惯国际法标准

RCEP 第 10.5 条第 1 款规定：“每一缔约方应当依照习惯国际法外国人最低待遇标准给予涵盖投资公平公正待遇以及充分保护和安全的”。习惯国际法上的最低保护标准在中国签订的“第三代”双边投资协定中已有体现。例如，2012 年签订的中国—加拿大 BIT 第 4 条（最低待遇标准）规定 FET 和 FPS “并不要求给予由被接受为法律的一般国家实践所确立之国际法要求给予外国人的最低待遇标准之外或额外的待遇”。RCEP 同样包含该等表述。这意味着 RCEP 不在习惯国际法规定的最低待遇标准之上为缔约国创设新的义务。然而，何为最低待遇标准并无一成不变的答案²，而需要通过探寻国家实践得以确定。这意味着 FET 和 FPS 的适用将很大程度取决于“各国对法律义务的遵循而产生的普遍和一致的实践³”，而非裁判者对协定文本的解释，这在一定程度上削弱了 RCEP 未来可能设立的争议解决机构的解释权限。

四、对征收作出更为细致的规定

征收条款在任何投资协定中都是必备条款。RCEP 第 10.13 条规定，缔约方不得实行征收或国有化，除非为了公共目的、以非歧视的方式进行、支付补偿以及依照正当法律程序进行。在此基础上，RCEP 的征收条款有两大特点。

第一，关于补偿的支付，第 10.13 条特别规定了补偿款“不反映任何因征收意图提前公开而引起的价值变化”。这充分考虑了提前公开征收决定可能对投资的价值造成贬损，体现了对投资者更为精细的保护。然而，该条对关于征收土地的补偿作出了特别的规定，要求东道国在支付土地相关的征收补偿时应当依据该国现行的法律和法规。这意味着按照国内法、而非国际法的标准确定土地征收补偿的标准。这可能是一项有“东盟特色”的条款。早在东盟各国于 2009 年签订的《东盟综合投资协定》（ASEAN Comprehensive Investment Agreement）第 14 条中，就包含了类似的表述⁴。但我们注意到，RCEP 第 10.13 条同时也限制了东道国对上述法律和法规进行任意修订以减少补偿金额的权利，即只有“遵循土地市场价值的一般趋势”的修订才将得到执行。

第二，对征收的特征作出了明确的限定。第十章附件二（征收）第 1 条明确指出，“除非一缔约方的一项行为或一系列相关行为对一项涵盖投资的有形或无形财产权利或财产利益造成影响，否则不构成征收”。这表明征收的本质是剥夺投资的经济价值。如果东道国的行为没有造成任何经济价值的减损，则不构成征收。值得一提的是，这种经济价值也包括“财产利益”。这对数据驱动的新经济可能有深远的意义，因为它

² *DF v. United States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1 (NAFTA) (Award, 9 January 2003), para. 180.

³ 参见 RCEP 第十章附件一（习惯国际法）。

⁴ 参见 ASEAN Comprehensive Investment Agreement, Article 14, available at <http://investasean.asean.org/files/upload/Doc%2005%20-%20ACIA.pdf>, last visited on November 16, 2020.

可能会使得企业获取和提炼的数据构成 RCEP 项下受保护的投资。根据对该条的注释 1，财产利益指根据缔约方的法律法规可能被承认的此类财产利益。在中国法项下，我们留意到中国法院已有案例（（2018）浙 8601 民初 956 号⁵）认可通过努力获得的数据资源属于受《反不正当竞争法》保护的“财产性权益”，这就可能使得其它缔约方的投资者在中国境内拥有的数据受到 RCEP 的保护。相应地，中国投资者应关注所在东道国的法律和法规中是否有类似的规定，以获得更为广泛的保护。

第三，对间接征收作出了明确的规定。第十章附件二（征收）第 2 条提及了“一缔约方的……一系列相关行为虽未通过所有权正式转移后完全没收的方式，但具有与直接征收同等效果”。这紧跟了国际投资法对间接征收进行规制的趋势。投资仲裁实践中有“蚕食式征收”（Creeping Expropriation）之说，判断标准为东道国的有关行为是否对投资的经济价值产生重大负面影响甚至完全剥夺了投资的利⁶。投资仲裁庭还考虑行为效果的累积性。如果一系列逐步实施的行为具有关联性，其累积的效果最终对投资的经济价值产生重大负面影响，该等行为也被认定为征收⁷。

五、对投资者国籍规划的限制

国籍规划是指投资者通过改变国籍从而享受某一投资协定项下的保护。例如，A 国与 B 国之间存在双边投资协定，但某公司并非注册在这两国。其在 A 国设立子公司，并用该子公司向 B 国投资。由此该公司就间接地取得了 A 国投资者的身份，可以援引 A 国与 B 国之间的双边投资协定。投资协定大多并不会明文禁止国籍规划。但在 *Philip Morris Asia Ltd v Australia* 案中，投资者在可以预见东道国政府将要作出有损其权益的烟草“简易包装措施”（Plain Packaging Measures）的情况下进行了国籍重组，从而援引香港—澳大利亚 BIT 提起了仲裁。仲裁庭认为这种国籍规划构成了权利滥用⁸。

相较而言，RCEP 第 10.14 条直接切断了非缔约方的投资者通过改变国籍从而享受 RCEP 项下的投资保护的可能性。RCEP 第 10.14 条（拒绝授惠）列明了缔约方可以拒绝将第十章项下的利益授予另一缔约方的法人投资者及其投资的情形，其中包括该法人投资者被一非缔约方的人拥有或控制。这意味着非 RCEP 缔约方的投资者将难以通过在 RCEP 缔约方境内设立企业的方式获得 RCEP 的保护，极大地限制了投资者进行国籍规划的空间。

六、国家安全例外

RCEP 第 10.15 条规定了投资章节的安全例外，规定东道国可以采取为保护自身根本安全利益的措施。这种措施可能会构成对投资章节项下保护标准的违反。如成功援引该条，则可构成东道国的有效抗辩，该国的行为不构成对 RCEP 条约义务的违反。安全例外在投资协定中并不罕见，其通常以“非排除性措施”（Non-precluded Measures）的方式体现，并赋予东道国以自主判断（Self-judging）的权力。第 10.15 条亦是如此，其明确规定“本章的任何规定不得解释为……阻止一缔约方为下列目的适用其认为必要（that it considers

⁵ 在该案中，法院认为“某公司举证证明其通过宣传推广吸引经销商在某网站发布非公开的加盟意向，某公司经过简要加盟信息之后，通过人工审核方式深度核实并获取更多的加盟信息进行分析及整合，加贴特殊标签，最终加工形成较为完善的加盟信息。某公司认为单个的经销商数据库信息汇集成一定规模的数据之后，可以成为一种资源、要素、财产，涉案经销商数据库是某公司长期经营的劳动成果，为此投入大量劳动及成本，系其核心竞争资源，具有商业意义和商业价值，应当属于《反不正当竞争法》所保护的财产性权益。”

⁶ *CME Czech Republic BV v Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award of September 13, 2001; *Seismograph Service Corp v National Iranian Oil Co* (1988) 22 Iran-USCTR 3.

⁷ 参见 *Compañía del Desarrollo de Santa Elena SA v Costa Rica*, ICSID Case No ARB/96/1, Award, para 76.

⁸ *Philip Morris Asia Ltd v Australia*, PCA Case No.2012-12, Award on Jurisdiction and Admissibility, December 17, 2015, at paras 586-588.

necessary) 的措施……保护其自身根本安全利益”。根据 WTO 专家组在 *Russia—Measures concerning Traffic in Transit* 案中作出的报告，“其认为必要”并不意味着国家可以完全自主决定何为根本安全利益，相反专家组仍有权对其进行审查⁹。特别地，国家在将某一事项确定为其根本安全利益时必须善意的，而不得将纯粹的商业利益包装成国家安全利益，其采取的限制性作出也必须与其声称的根本安全利益有最低限度的合理联系¹⁰。该判例是国际裁判机构首次对国家安全利益的相关问题作出认定，对 RCEP 第 10.15 条项下的根本安全利益例外有较高的参考价值。

综上，RCEP 在投资保护方面采用了“实体先行”的策略，先就实体保护标准达成协议，其后再进一步协商确定投资者与东道国之间的投资争端解决机制，为制定投资保护对应的救济措施留足了展望空间，也充分彰显了协定的灵活性和包容性。

⁹ *Russia—Measures concerning Traffic in Transit*, Report of the Panel, WT/DSS12/R, April 5, 2019, at paras 7.132-7.133. 此外，另见 *Saudi Arabia—Measures concerning the Protection of Intellectual Property Rights*, Report of the Panel, WT/SD567/R, June 16, 2020, 该案适用了 *Russia—Measures concerning Traffic in Transit* 案中确立的分析框架。

¹⁰ *Ibid*, at para 7.138.

特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国或其他相关司法管辖区法律及实务的最新动态和发展，仅供参考，不应被视为任何意义上的法律意见或法律依据。

如您对本期《汉坤法律评述》内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所以下人员联系：

金立宇

电话： +86 21 6080 0968

Email: denning.jin@hankunlaw.com