

## 汉坤企业出海系列：条约保护及投资仲裁（一） — 概览篇

作者：孙伟 | 赵宇先

近年来，基于市场和地缘政治等多方面的原因，中国企业出海似乎成为一种普遍的发展共识。就出海模式而言，中国企业出海模式逐渐从“产品出海”、“资本出海”演进为“业务出海”。在“业务出海”模式下，“企业通过海外并购、建立海外分支机构、与当地合作伙伴进行合作、品牌授权等方式来扩大业务范围和市场份额”。参见《[汉坤企业出海系列：法律视角下的“出海”（一） — 出海演进概览以及出海架构选择](#)》。

“业务出海”模式下，中国企业在某目标国进行的相关交易有可能构成对该国的投资。该等投资除了受到该国法律保护之外，还受到该国签订的相关投资保护协定（Investment Treaty）的保护。这种基于条约的保护，相比基于目标国国内法的保护，在实践中有时更有利于维护投资者的利益，或者至少可以作为一种重要的谈判筹码。但这种维权工具实践中经常容易被忽略。

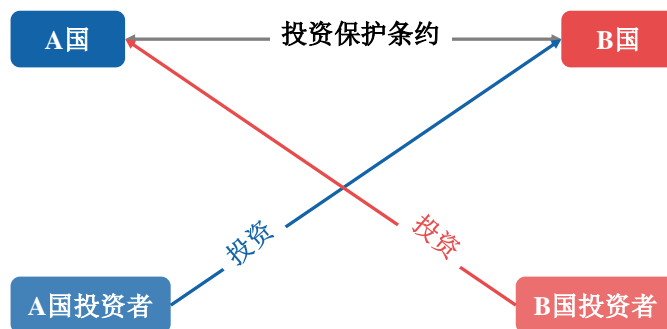
因此，我们拟通过一系列文章简要介绍中国出海企业如何利用投资保护协定维护自身利益。本文为该系列第一篇，旨在概括性介绍出海企业实践中可能关心的几个问题，例如：**投资保护条约是什么？通过投资条约寻求救济与一般法律程序有什么不同？获得的胜诉裁决如何执行？这些条约提供哪些具体的保护？**

在后续文章中，我们会针对中国企业出海的一些热门目标国作特别的介绍。

### 一、投资保护条约是什么？

#### （一）简介

投资保护条约通常指的是两个或多个国家之间签订的，相互承诺保护对方投资人在本国作出的投资的条约，例如 2024 年 5 月 22 日中国与委内瑞拉签署的《中华人民共和国政府和委内瑞拉玻利瓦尔共和国政府关于相互促进和保护投资协定》。



## （二）哪些投资受保护

既然投资保护条约保护的對象是“投资”，那么接下来的问题则是：哪些投资受保护？

投资保护条约一般都会包含对“涵盖投资（Covered Investment）”的定义，这些定义可宽可窄，但其范围通常超出一般商业活动中大家对“投资”的理解，例如包括特定合同权利（这也使得很多出海企业不知道自己的利益其实也受到投资条约保护）。

以 2024 年 6 月 29 日生效的《中华人民共和国政府和安哥拉共和国政府关于促进和相互保护投资协定》（“中安 BIT”）为例，该条约对“投资”的定义如下：

“投资”系指一个投资者直接或者间接拥有或控制的、具有投资特征的各种资产，该种特征包括资本或其他资源的投入、收益或利润的期待，或者风险的承担。投资的形式可能包括：

- （一）企业；
- （二）企业中的股份、股票和其他形式的参股；
- （三）债券、无担保债券、贷款和其他债务工具，包括缔约一方或一个企业发行的债务工具；
- （四）期货、期权和其他衍生品；
- （五）交钥匙总承包合同、建设工程合同、管理合同、生产合同、特许经营合同、收入共享合同以及其他类似合同；
- （六）知识产权；
- （七）执照、授权、许可和其他根据国内法授予的类似权利；以及
- （八）其他有形或无形财产，动产或不动产以及相关财产权利，如租赁、抵押、留置和质押。

中安 BIT 还特别澄清了有些利益可能不属于“涵盖投资”：

为本定义之目的，缔约双方确认如下理解：

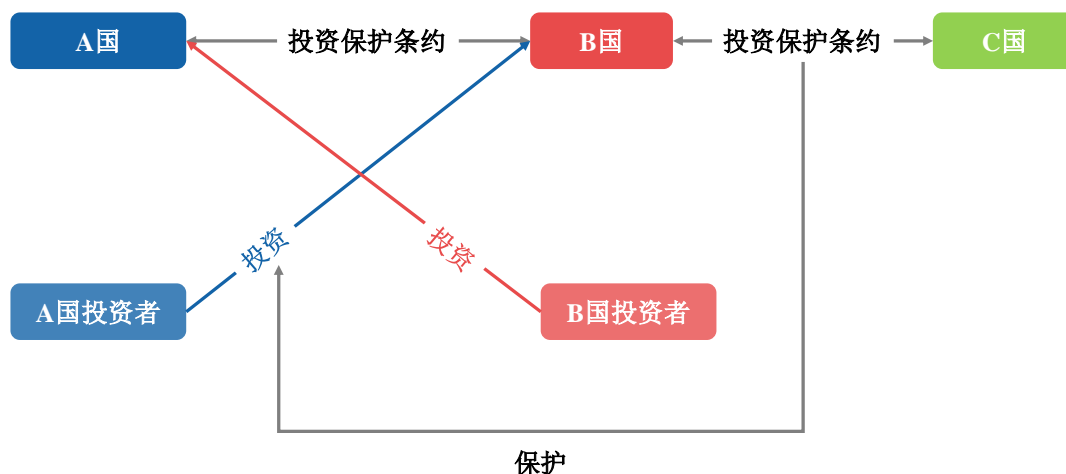
- 一些形式的债务，如债券、无担保债券和长期票据更有可能具有投资的特征，而其他形式的债务，如源于销售货物或服务而产生的立即到期的支付请求权则较不可能具有投资的特征。
- 一个特定类型的执照、授权、许可或类似文件（包括特许，但限于具有此类文件性质的特许）是否具有投资的特征，也取决于这些文件的持有者根据缔约方法律所拥有的权利的性质和范围等因素。那些不创设任何受国内法保护的权利的执照、授权、许可和类似文件，应属于不具有投资特征的执照、授权、许可或类似文件。为进一步澄清，前述规定不影响对任何与执照、授权、许可或类似文件相关的资产是否具有投资特征进行判断。

## （三）哪些条约可以利用

假设投资人是注册于 A 国的公司，投资的东道国是 B 国，值得注意都是，可以利用的条约可能并不限于 A 国和 B 国签订的投资保护条约。

第一，许多条约都包含“最惠国待遇（Most Favored Nation）”条款。这一条款使得 A 国投资者在

维权时有可能利用 B 国与其它国家签订的条约，如果该等条约可以提供更多保护。



以中安 BIT 为例，其关于最惠国待遇条款的规定如下：

#### 第四条 最惠国待遇

一、缔约一方给予缔约另一方的投资者在管理、经营、运营、出售或以其他方式处置该缔约方领土内的投资方面的待遇，应不低于相似情形下该缔约方给予任何非缔约方的投资者的待遇。

二、缔约一方给予涵盖投资在管理、经营、运营、出售或以其他方式处置投资方面的待遇，应不低于相似情形下该缔约方给予任何非缔约方的投资者在其领土内的投资的待遇。

三、本条第一款和第二款不得解释为缔约一方有义务将本协定生效之日前签署或生效的与投资有关的双边或多边国际协定所赋予的任何待遇、优先权或特权的待遇给予缔约另一方的投资者或涵盖投资。

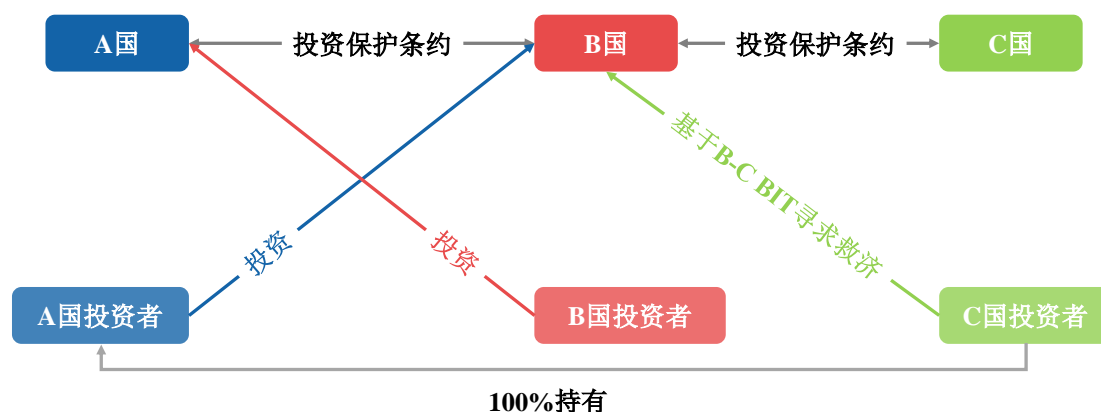
四、为进一步澄清，本条所提及的待遇不包括国际投资或贸易协定中规定的争端解决机制或程序，例如本协定第二节中的争端解决机制或程序。

因此，在出海企业与东道国产生纠纷时，从维权最大化的角度，建议将东道国签订的仍然有效的投资保护条约都研究一遍，以便更准确地评估自身的实体权利基础。当然，在审查这些条约时，需特别注意它们是否明确规定其仅适用于条约生效时已经发生的投资。

第二，投资可能涉及多层架构，跨越多个国家，进而可能涉及多个保护条约。实践中，除非条约明确排除，一般认为间接投资也受保护<sup>1</sup>。以中安 BIT 为例，其“涵盖投资”章节的表述是“投资者直接或者间接拥有或控制的……各种资产”，即明确涵盖间接投资。

假设 A 国投资者的母公司注册在 C 国，如 A 国投资者在 B 国的投资遭受侵害，也有可能由 C 国的母公司出面，利用 C 国与 B 国之间的投资保护条约寻求救济。以下图为例：

<sup>1</sup> 例如 *Deutsche Telekom AG v. The Republic of India* [2023] SGHC (I) 7。



当然，实践中，哪些主体可以作为申请人寻求救济可能涉及更为复杂的事实审查问题。仲裁庭可能会特别考虑投资方是否仅仅是出于利用某些条约的目的刻意搭建特定的投资架构，尤其重点关注投资者是否在争议发生后才开始重组投资架构。

## 二、通过投资条约寻求救济与一般法律程序有什么不同？

区别之处主要体现在实体权利、法律程序、和执行三个方面。

出海企业遭遇纠纷时，通常使用的维权工具可能包括在东道国法院起诉相关交易主体或政府机构、对相关交易主体提起仲裁（如有仲裁条款）、通过大使馆或外交部寻求外交沟通协助等。

### （一）实体权利

在实体权利层面，前述传统维权方式依赖的实体权利主要来自于合同、合同约定的管辖法律以及东道国当地法律。而通过投资保护条约维权的方式，依赖的实体权利则是相关条约规定的东道国的实体义务。

既然救济是基于东道国的实体义务，投资者首先要证明相关损失是由“国家行为”导致。出海企业经常遇到的情况是东道国政府机构直接没收投资者资产、收回投资者的某项许可、出具某些规定或政策导致投资者资产贬值等，这些情况下论证投资者损失由国家行为导致一般争议不大。实践中容易产生争议的问题是，如果损失是由某个国企或具有国资背景的交易主体的行为导致，相关主体的行为是否构成国家行为。这一问题通常不会在条约中明确规定，而是要参考条约仲裁的相关公开判例（无约束力，但有很高的参考价值），并结合事实具体分析。仲裁庭一般会从公司控制权角度进行考虑，重点关注的是相关主体的决策在多大程度上受到国家干预。

关于东道国的具体实体义务，尽管不同的条约有所不同，但最常见的义务基本包括提供公平公正待遇（Fair and Equitable Treatment, “FET”）、不得违法征收（Expropriation）等。下文将对这两项义务进行简要介绍。限于篇幅，本文并未涵盖所有常见义务及相关的热点争议问题。对于“转移”、“业绩要求”、“高级管理人员和董事会”这类在较新版本条约出现的义务，将在后续系列中特别介绍。

#### 1. 公平公正待遇（FET）

FET 是实践中含义边界最模糊、争议最多的义务之一，部分原因可能是“公平”和“公正”本身就是非常哲学和主观的概念。投资保护条约一般也不会对其进行详细定义。以前述中安 BIT 为例，该条约关于 FET 的相关规定如下：

## 第五条 最低标准待遇

一、各缔约方应给予涵盖投资符合习惯国际法的待遇，包括公平公正待遇和充分保护和充分安全。

二、为进一步澄清，本条第一款将给予涵盖投资的最低标准待遇规定为习惯国际法中给予外国人的最低标准待遇。“公平公正待遇”和“充分保护和充分安全”这两个概念并不要求缔约方给予额外的或超出上述标准要求的待遇，且并不创设额外的实体权利。本条第一款中的义务要求提供的：

**(一)“公平公正待遇”包括依照正当法律程序，不得在刑事、民事或行政裁定程序中拒绝司法的义务；**

以及

**(二)“充分保护和充分安全”要求各缔约方提供达到习惯国际法要求的水平的治安保护。**

三、被裁定违反了本协定其他条款或其他国际协定并不能证明存在对本条的违反。

四、为进一步澄清，**缔约一方采取或未能采取某一行为且可能违背了投资者的期待，仅这一事实不构成对本条的违反，即使涵盖投资因此而遭受了损失或损害。**

五、为进一步澄清，**缔约一方没有发放或继续发放、维持一项补贴或赠款，或修改或减少一项补贴或赠款，仅这一事实不构成对本条的违反，即使涵盖投资因此而遭受了损失或损害。**

六、本条应根据附件一（习惯国际法）进行解释。

值得注意的是，中安 BIT 关于 FET 的约定已经是一个相对详细的版本，因为其不仅从正面规定了哪些行为构成违反 FET，也从反面规定了哪些行为不违反。许多签署时间比较早的条约的规定会相对简略很多。

鉴于 FET 前述特征，FET 经常在仲裁案件中被投资者援引，也经常容易成为辩论的深水区。但需提示的是，这并不会使违反 FET 的证明门槛变得很低。相反，它的证明门槛非常高。投资通常需要证明东道国的行为达到了非常“离谱”、严重挑战人们对公平公正的一般观念的程度（例如法院故意不通知投资者而直接判其败诉）。为防止 FET 被滥用，很多时间较近的条约（如中安 BIT）都对 FET 进行了更详细的限定。

实践中，仲裁庭一般从东道国的相关司法和行政行为层面关注，相关程序是否正当、是否公平合理、投资者的程序权利是否得到保护、投资人的正当期待（Legitimate Expectation）是否得到合理保护等。得益于大量公开的投资仲裁裁决先例，仲裁庭一般会参考在过往先例中哪些行为被认定违反 FET，再将本案的行为与该等行为进行对比考虑。

过往案例中，被认定违反 FET 的常见行为例如任意更改影响投资者重要利益的相关法律（如相关行业的汇率规定）<sup>2</sup>、法院程序未能给与投资者公平审理（例如严重过高的赔偿金额、变相剥夺上诉权等）<sup>3</sup>、未能为投资者提供和充分解释相关法律要求及不同政府机构之间的行为矛盾<sup>4</sup>等。

<sup>2</sup> LG&E Energy Corp. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/1。

<sup>3</sup> Loewen Group, Inc. v. United States, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3。

<sup>4</sup> Metalclad Corporation v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1。

## 2. 不得违法征收

不得违法征收是条约仲裁中被援引的高频条款。事实上，就目前公开信息得知，东道国的涉嫌违法征收行为是中国企业遇到的最常见的问题之一。

以中安 BIT 为例，该条约关于不得违法征收的部分规定如下：

### 第七条 征收及补偿

一、各缔约方不得对涵盖投资进行直接征收或国有化，或采取与征收、国有化等效的措施对其进行间接征收或国有化（统称“征收”），除非符合以下条件：

- （一）为了公共目的；
- （二）以非歧视的方式进行；
- （三）按照本条规定的要求支付补偿；以及
- （四）根据正当法律程序进行。

.....

五、本条不适用于根据《与贸易有关的知识产权协定》发放知识产权强制许可，也不适用于符合《与贸易有关的知识产权协定》的撤销、限制或创设知识产权的行为。

六、为进一步澄清，缔约一方没有发放或继续发放、维持一项补贴或赠款，或修改或减少一项补贴或赠款，仅这一事实不构成征收，即使涵盖投资因此而遭受了损失或损害。

.....

前述规定与许多 BIT 关于征收的规定大同小异。由上可见，投资保护条约一般不绝对禁止东道国征收投资者的财产，而只是对征收行为进行了一定的限定。

实践中，争议的焦点往往集中在哪些财产可以构成征收的对象、一些非直接的行为是否有可能构成“间接征收”等问题上。

关于哪些财产可以构成征收的对象，股权、工厂设备之类的常见资产构成征收对象通常争议不大，一般容易引起争议的问题涉及合同权利和商业利益/机会的剥夺。

合同权利一般被认为构成征收的对象。例如在中安 BIT 中，“涵盖投资”非穷尽的列举项目中包括了特定合同权利，而第七条进一步规定东道国不得对“涵盖投资”进行违法征收。但是，违反合同本身并不必然构成对合同权利的征收。正如 *Parkerings-Compagniet v. Lithuania* 一案仲裁所解释，只有当违约行为涉及到了国家权力的行使时，才有可能使得违约构成征收<sup>5</sup>。

商业利益/机会是否构成征收对象实践中争议较大。实践中，出海企业有时遇到的问题并非东道国直接没收其股权或其他资产、或国企或政府机构直接违反合同，而是东道国出具一些法规或政策，使得投资者的产品或服务无法进入某一市场，或者使得投资者丧失了获得某种商业利益的机会。东道国这类行为是否构成征收，目前裁判者似乎倾向于持否定态度。以中安 BIT 为例，尽管中安 BIT 在“涵盖投

<sup>5</sup> *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, September 11, 2007, para. 443.

资”章节列举投资时，采用的是“可能包括”的表述，似乎显示“涵盖投资”远不止条约中的列举项。但在法律解释实践中，很多裁判者会认为其它未列举的项目应当仅限于与列举项目类似的项目，不应无限扩大。中安 BIT 已列举的项目都对应着相对明确的财产或权利类型，可能不会被认为包括像商业利益/机会这种较为宽泛的利益。当然，也有相反案例显示，仲裁庭认为进入某一市场的机会构成被征收的对象<sup>6</sup>。

关于“间接征收”，一般投资条约（例如中安 BIT）都会将“间接征收”纳入不得违法征收的考察范围当中。问题主要在于哪些行为构成“间接征收”，毕竟“间接”这个词的边界天然具有模糊性。实践中，出海企业有时遇到的问题是，东道国并非通过一个行为使得投资者的投资遭受侵害，而是由不同的主体、通过一系列的行为，陆续使得相关投资丧失价值。这种征收行为也被称为“蚕食式征收（Creeping Expropriation）”，往往也有可能被认为构成违法征收。在举证上，投资者需要着重证明相关行为具有互相关联、互相配合、与同一目标相关等。

## （二）法律程序

在法律程序层面，通过投资保护条约维权的程序一般更接近传统维权程序中的商事仲裁程序。因此，条约投资仲裁的从业者（包括仲裁员）往往通常也是商事仲裁的从业者。

对于仲裁规则，取决于相关条约的具体规定，仲裁规则通常是 International Centre for the Settlement of Investment Disputes（“ICSID”）的机构仲裁规则（《解决投资争端国际中心仲裁规则》），或临时仲裁规则例如 the Arbitration Rules of the UN Commission on International Trade Law（“UNCITRAL”）。实际上，类似于大多数仲裁机构的仲裁规则，这些规则更多是框架性的，具体的仲裁流程主要由仲裁庭通过 1 号程序令来规定。常见的流程包括提交申请书、指定仲裁员、程序会议、组庭、仲裁庭安排程序细节、各方交换书面意见、证据披露、开庭等。

值得注意的是，多数投资保护条约都规定了提起仲裁前的协商期。如果出海企业遭遇涉嫌东道国行为的投资纠纷，基于相关投资保护条约向东道国发送正式的仲裁协商通知，往往有利于引起东道国相关政府机构对纠纷解决的重视。事实上，大多数的投资仲裁纠纷都在仲裁前协商阶段或者仲裁的某一个阶段和解结案，只有少数案件走完仲裁的全部流程。仲裁程序很多时候主要被当作一种较为有效的谈判工具使用。

另外，需特别注意的是，有的投资保护条约包含一种被称为“岔路口条款（Fork-in-the Road Clause）”的特殊条款。该等条款一般要求投资者在法律程序上进行二选一：法院诉讼或投资条约仲裁。如果投资者选择了其中一条维权路径，则不能走另外一条。例如，《中华人民共和国政府和尼日利亚联邦共和国政府相互促进和保护投资协定》第 9 条第 3 款规定：“如果争议在诉诸本条第一款规定的程序后六个月内仍未能解决，可应任何一方的要求，将争议提交专设仲裁庭。如有关的投资者诉诸了本条第二款所规定的程序，本款规定不应适用”。这里的“第二款所规定的程序”指的是“争议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”。

因此，出海企业遭遇涉嫌东道国行为的投资纠纷时，在法院提起相关程序前，建议先研究对比相关投资保护条约项下的其它维权选项。

<sup>6</sup> *Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada*, Interim Award, June 26, 2000, paras. 81 – 96.

### （三）执行

执行可能是考虑通过投资仲裁维权的出海企业最关心的问题之一：毕竟仲裁对方是主权政府，如何能确保胜诉的裁决不是一纸空文？

事实上，投资条约仲裁裁决的执行在法律层面有相对清楚的规定（尽管实践的情况可能更为复杂）：

**ICSID 裁决：**如果东道国是 1965 Convention on the Settlement of Disputes between States and Nationals of Other States（《解决投资争端国际中心公约》，“**ICSID 公约**”）的缔约国且仲裁是根据 ICSID 规则进行，则裁决将根据 ICSID 公约的相关规定执行。根据 ICSID 公约第 53、54 等条款，东道国在执行裁决的金钱债务（Pecuniary Obligations）部分时，应当将其等同于该国的最终生效判决来执行。如果东道国希望阻碍裁决执行，只能根据 ICSID 公约第五节提供的相关理由（而非根据国内法律）尝试要求 ICSID 宣告裁决无效。相关理由主要是关于程序方面，包括仲裁庭没有合理组成、仲裁庭裁决显著超出其权利范围、任何一名仲裁员存在腐败行为、仲裁程序严重违反最根本的程序规则、裁决没有说理等。宣告无效的申请将由根据 ICSID 仲裁员名称指定的另外三名成员组成的临时委员会来审理。

**其它裁决：**如果仲裁是在其它仲裁机构[例如 the International Chamber of Commerce（ICC）]进行或者根据 UNCITRAL 规则以临时仲裁方式进行，则裁决的执行同一般商事仲裁裁决，将根据 1958 Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards（《纽约公约》）或东道国法律（如东道国不是《纽约公约》缔约国）执行。如裁决根据《纽约公约》执行，而东道国希望阻碍裁决执行，只能根据《纽约公约》第五条下的相关理由申请拒绝对裁决承认和执行。相关理由主要是关于程序方面，包括仲裁协议无效、仲裁组庭/程序方面没有给与裁决执行对象充分通知、裁决执行对象被剥夺了陈述权利、裁决事项超出了当事人同意仲裁的事项、仲裁程序违反当事人协议或相关法律等。

对比 ICSID 公约第五节和《纽约公约》第五条不难发现，ICSID 公约为拒绝履行裁决一方提供的救济理由显著少于《纽约公约》提供的相关理由。

需特别注意的是，由于裁决执行涉及东道国国家责任的承担，投资条约仲裁裁决的执行可能会涉及潜在的国家主权豁免问题。主权豁免的范围和相关规定通常由东道国国内法律规定。出海企业在考虑采取投资条约仲裁进行维权之前，建议先就东道国主权豁免相关问题咨询东道国律师意见，确保后续胜诉裁决不会因主权豁免问题而遭遇执行障碍。



## 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：

### 孙伟

电话： +86 21 6080 0399

Email: [wei.sun@hankunlaw.com](mailto:wei.sun@hankunlaw.com)