

中国企业境外投资保护蓝皮书 (2022-2023)

任清 主笔

发布机构：北京市环球律师事务所、LexisNexis 律商联讯

支持机构：北京仲裁委员会 / 北京国际仲裁中心

前言

近年来，中国企业在境外的投资和工程承包快速发展。与此同时，中国企业在境外遭遇东道国政府征收或相似措施以及不公正对待的情况时有发生，境外投资或工程项目因为东道国政府不履行有关承诺或者东道国境内的战乱、动乱等而遭受损失的情况也不断出现。因此，中国企业有必要加强对投资条约和投资仲裁的掌握和运用。

环球律师事务所与律商联讯（LexisNexis）在北京仲裁委员会/北京国际仲裁中心的支持下，于2022年9-11月开展了“中国企业境外投资保护蓝皮书”问卷调研活动。根据收到的企业答卷，我们对中国企业在境外开展投资或工程承包活动中遇到的东道国政府不法/不公措施、采取的风险防控措施、投资争议解决方式的选择、对投资条约和投资仲裁的了解程度以及对仲裁员、代理人和代理方式的选择进行了汇总和分析。

在此基础上，我们撰写了《中国企业境外投资保护蓝皮书》（2022-2023），旨在帮助中国企业提高运用投资条约和投资仲裁维护境外投资合法权益的能力。蓝皮书分五章，分别是：中国企业境外投资保护概述，投资条约的适用（保护）范围，投资条约提供哪些实体保护，如何对东道国提起投资仲裁，与投资保护有关的几个重要问题。蓝皮书还有三个附件，分别是：对调研答卷的分析报告，中国签订的投资条约一览表，中国大陆投资者作为申请人提起的投资仲裁案件一览表。

感谢各界对本次调研活动的支持，希望蓝皮书对中国企业开展境外投资合作有帮助。

2023年6月

目 录

第一章 中国企业境外投资保护概述	1
第一节 中国企业境外投资持续快速增长	2
第二节 中国企业境外投资遭遇政治风险	5
第三节 投资条约为中国企业提供保护	8
第四节 投资仲裁是维护合法权益的有效途径	11
第二章 投资条约的适用（保护）范围	15
第一节 投资条约适用的时间范围	16
第二节 投资条约适用的地域范围	19
第三节 投资条约适用的“投资”范围	21
第四节 投资条约适用的“投资者”范围	26
第三章 投资条约提供哪些实体保护	31
第一节 对东道国征收投资的限制及补偿要求	32
第二节 要求东道国给予公平和公正待遇	39
第三节 要求东道国给予国民待遇和最惠国待遇	42
第四节 要求东道国提供充分保护和安全	45
第五节 要求东道国在战乱时提供保护或赔偿	48
第六节 要求东道国履行对投资者的承诺	50
第四章 如何对东道国提起投资仲裁	53
第一节 与东道国发生争议后的多种解决方式	54
第二节 可以提交仲裁的争议范围	56
第三节 提交仲裁的时效要求	59

第四节 仲裁与磋商（“冷静期”）、行政复议、法院诉讼的关系	60
第五节 仲裁机构和仲裁规则	63
第六节 从提交仲裁申请到仲裁裁决的执行	66
第五章 与投资保护有关的几个重要问题	71
第一节 政治风险评估和购买保险	72
第二节 投资者国籍筹划	75
第三节 签订“国家合同”的注意事项	78
第四节 仲裁员的选择	80
第五节 合理控制投资仲裁的费用	83
附件一 “中国企业境外投资保护蓝皮书” 调研答卷分析报告	86
附件二 中国签订的投资条约一览表	96
附件三 中国大陆投资者作为申请人提起的投资仲裁案件一览表	100
作者简介	102

第一章

中国企业境外投资保护概述

第一节 中国企业境外投资持续快速增长

一、境外投资流量和存量¹

近年来，我国对外直接投资持续增长。商务部公布的数据显示，2021年，中国对外直接投资净额（即流量）为1,788.2亿美元；截至2021年底，中国2.086万家境内投资者在境外设立对外直接投资企业4.6万家，分布在全球190个国家和地区，对外直接投资累计净额（即存量）达累计27,851.5亿美元（其中对外非金融类直接投资24,848亿美元），约为2002年对外直接投资存量的93.1倍。²

对外承包工程是中国企业开展对外经济合作的重要形式。据统计，中国企业2021年全年对外承包工程业务完成营业额1,549.9亿美元，新签合同额2,584.9亿美元。³2020年，中国企业共在184个国家和地区开展对外承包工程业务，新签订合同9,933份，合同额共计2,555.4亿美元，完成营业额达到1,559.4亿美元。2020年新签合同额在5,000万美元以上的大项目共904个，其中1亿美元以上的项目有514个。⁴

二、境外投资地域分布

就对外直接投资而言，我国大部分（63.6%）的投资存量集中在亚洲，主要分布在中国香港特别行政区（“中国香港”）、新加坡、印度尼西亚等国家和地区，其中中国香港占亚洲存量的87.5%；其次是拉丁美洲（占25%），主要分布在英属维尔京群岛、开曼群岛、巴西、秘鲁和阿根廷，其中英属维尔京群岛和开曼群岛合计存量6,770亿美元，占对拉美地区投资存量的97.6%；随后是欧洲和北美洲，投资存量分别占4.8%和3.6%；排在后两位的是非洲和大洋洲，分别占1.6%和1.4%。⁵

就对外工程承包而言，我国企业2020年对外承包工程业务主要集中在亚洲和非洲，新签合同额占比分别为56%和26.6%，完成营业额占比分别达57.2%和24.6%。除了亚洲和非洲，同年中国企业外承包工程业务还分布在：欧洲，新签合同额占8.2%，完成营业额占8.9%；拉丁美洲，新签合同额占5.8%，完成营业额占5.1%；大洋洲，新签合同额占3%，完成营业额占3.3%；北美洲，新签合同额占0.4%，完成营业额占0.9%。对外承包工程完

¹ 本蓝皮书中，“境外投资”包括对外直接投资和对外承包工程。

² 参见商务部《2021年度中国对外直接投资统计公报》，第4页、第21页。

³ 参见商务部《2021年我国对外承包工程业务简明统计》。

⁴ 参见商务部《2020年度中国对外承包工程统计公报》，第14页、第22页。截至2023年5月28日，商务部暂未发布2021年的中国对外承包工程统计报告。因此，本文沿用了商务部《2020年度中国对外承包工程统计公报》中的地域分布、行业分布、企业分类等相关数据。

⁵ 参见商务部《2021年度中国对外直接投资统计公报》，第23页。

成营业额前十位的国家和地区是阿联酋、中国香港、巴基斯坦、印度尼西亚、马来西亚、沙特阿拉伯、孟加拉国、阿尔及利亚、俄罗斯和澳大利亚。⁶

三、境外投资行业分布

中国企业对外直接投资覆盖了国民经济所有行业类别，存量规模超过千亿美元的行业共有六个，依次是租赁和商务服务业（占中国对外直接投资存量的40%）、批发和零售业（占13.3%）、金融业（占10.8%）、制造业（占9.5%）、采矿业（占6.5%）以及信息传输/软件和信息技术服务业（占5.8%）。⁷

中国企业对外承包工程业务行业分布广泛。交通运输建设、一般建筑、电力工程以及石油化工是主要领域，以上行业合计的新签合同额、完成营业额的占比均超过了75%。其他项目分布在通信工程建设（新签合同额、完成营业额分别占6.2%和9.5%）、工业建设（分别占5.4%和3.9%）、水利建设（分别占3.3%和3.6%）等行业。⁸

四、投资者分类

国有企业是我国对外直接投资的主力军。2021年末，在对外非金融类直接投资24,848亿美元存量中，国有企业占51.6%；非国有企业占48.4%，其中股份有限公司占10.2%，个体经营占6.1%，私营企业占6.1%。⁹

国有企业在我国对外承包工程中起着重要作用。2020年中国对外承包工程新签合同额前100家企业累计合同金额达到2,368.4亿美元，占全年总体规模的92.7%。其中，新签合同规模上百亿美元的企业有8家，7家为国有企业，1家为非国有企业。¹⁰2020年中国对外承包工程完成营业额前100家企业的累计营业额达到1,233.6亿美元，占全年总体业务规模的79.1%。其中，完成营业额在10亿美元以上的企业有26家，20亿美元以上的有12家（11家为国有企业，1家为非国有企业）。¹¹

五、省市分布

就我国对外直接投资而言，2021年，在京中央企业和单位对外非金融类直接投资流量为642.9亿美元，占非金融类流量的42.3%；地方企业的投资流量为877.3亿美元，占57.7%。在地方企业中，东部地区企业的对外直接投资遥遥领先。2021年末，地方企业对外非金融类直接投资存量达到8,504.5亿美元，其中东部地区6,996.9亿美元（占82.3%），

⁶ 参见商务部《2020年度中国对外承包工程统计公报》，第14页、第15页。

⁷ 参见商务部《2021年度中国对外直接投资统计公报》，第26页。

⁸ 参见商务部《2020年度中国对外承包工程统计公报》，第16页。

⁹ 参见商务部《2021年度中国对外直接投资统计公报》，第30页。

¹⁰ 参见商务部《2020年度中国对外承包工程统计公报》，第22页。

¹¹ 参见商务部《2020年度中国对外承包工程统计公报》，第22页、第23页。

西部地区 671.1 亿美元，中部地区 638.6 亿美元，东北三省 197.9 亿美元。广东以 1,657.2 亿美元的存量位列地方对外直接投资存量之首，其次为上海（1,515 亿美元）、北京、浙江、江苏、山东、福建等省市。¹²

就我国对外承包工程而言，2020 年在京中央企业新签对外承包合同金额 1,354.4 亿美元，占全年新签合同总额的 53%；完成营业额 597.6 亿美元，占全年完成营业总额的 38.3%。地方企业新签合同金额 1,201 亿美元，占 47%；完成营业额 961.8 亿美元，占 61.7%。在地方企业中，东部地区新签合同额居于首位，达到 651.5 亿美元，占地方的 54.2%；完成营业额 608.3 亿美元，占地方的 63.2%。中部地区合计新签合同金额 359.1 亿美元，占地方的 30%；完成营业额 198.7 亿美元，占地方的 20.7%。西部地区新签合同金额 147 亿美元，占地方的 12.2%；完成营业额 126.2 亿美元，占地方的 13.1%。东北三省新签合同金额 43.4 亿美元，占地方的 3.6%；完成营业额 28.6 亿美元，占地方的 3%。广东以 187.3 亿美元的新签合同额位列地方对外承包工程之首，其次为湖北和山东。完成营业额前五位的省市分别是广东、上海、山东、浙江和湖北。¹³

¹² 参见商务部《2021 年度中国对外直接投资统计公报》，第 19 页。

¹³ 参见商务部《2020 年度中国对外承包工程统计公报》，第 21 页。

第二节 中国企业境外投资遭遇政治风险

一、东道国政治风险概述

中国企业“走出去”面临多重风险，包括商业风险、政治风险、法律风险等。相较于商业风险和法律风险，政治风险具有突发性、破坏性和全局性的特点，造成的后果往往更为严重，可能导致投资失败或遭受严重损失。政治风险已成为我国企业“走出去”面临的首要风险。¹⁴

按照海外投资保险机构的分类标准，东道国政治风险一般分为征收、汇兑限制、战争及政治暴乱、违约等几类。其中，征收是指东道国采取国有化、没收、征用等方式，剥夺投资项目的所有权和经营权，或投资项目资金、资产的使用权或控制权；汇兑限制是指东道国阻碍、限制投资者换汇自由，或抬高换汇成本，以及阻止货币汇出该国；战争及政治暴乱是指东道国发生革命、骚乱、政变、内战、叛乱、恐怖活动以及其他类似战争的行为，导致投资企业财产损失或永久无法经营；违约是指东道国政府或经保险人认可的其他主体违反或不履行与投资项目有关的协议，且拒绝赔偿。¹⁵

按照投资条约中的实体保护条款，可以将企业遭遇的东道国政治风险分为国有化/直接征收、间接征收、不给予公平公正对待、不提供充分保护和安全、不给予战乱损失赔偿、不给予最惠国待遇或国民待遇、不履行协议或其他承诺等几类。每一类的具体含义请见下文第三章“投资条约提供哪些实体保护”。

二、中国企业遭遇东道国政治风险调研结果

基于我们在2022年9-11月开展的问卷调研（“本次问卷调研”）中收到的反馈，中国企业在境外投资中遭遇东道国政治风险的比例较高，需要引起重视。详情请详见附件一《蓝皮书调研答卷分析报告》。以下为调研结果概要。

21%的受访企业表示曾经历国有化/直接征收，具体形式包括：

- 在当地拥有的不动产和/或动产的所有权被东道国政府剥夺
- 持有的当地企业的股份被东道国剥夺
- 特许权在有效期内被提前取消
- 境外项目被强制要求无限期停工
- 开展项目所必需的许可证在有效期内被东道国政府撤销

¹⁴ 参见商务部对中国与全球化智库《中国企业国际化报告（2014）》内容的转引，链接：<http://fec.mofcom.gov.cn/article/ywzn/xgzx/zlyj/201511/20151101187409.shtml>。

¹⁵ 参见中国出口信用保险公司网站：<https://www.sinosure.com.cn/ywjs/xmxc/hwtzbx/hwtzbxjj/index.shtml>。

- 公司被强行接管、清算

约有 41% 的受访企业表示曾遭遇间接征收，具体形式包括：

- 被禁止向股东分配利润
- 公司银行账户被冻结
- 不合理的进出口限制
- 不合理的价格管制
- 不合理的高额罚款
- 东道国大幅提高所得税、流转税等税种的税率

41% 的受访企业反馈曾遭遇东道国不公平的对待，具体形式包括：

- 东道国政府针对其的行政许可或行政执法明显不符合正当程序
- 在招投标中的中标结果被东道国宣布无效
- 东道国政府对其采取的措施具有明显歧视性
- 东道国政府针对其的处罚或其他行为明显不符合比例原则
- 东道国法院在审理与其有关的案件中存在明显的司法不公
- 东道国政府取消税收优惠、补贴等违反公司开展投资时的合理期待
- 东道国修改法律、政策或标准导致公司开展投资时的合理期待落空

13% 的受访企业反馈称东道国未向其提供充分保护和安全的，具体表现为遭遇专门针对该公司的或专门针对中资企业的“打砸抢”或其他暴力行为，而东道国政府未向企业提供合理保护。

19% 的受访企业反馈曾经历战争条款所禁止的情形，具体表现为企业因东道国发生内乱或因东道国与第三国之间的武装冲突而遭受损失，且未获得合理赔偿。

17% 的受访企业表示东道国政府给予本国或第三国企业的待遇未给予该公司，并造成其严重损失。

29% 的受访企业表示东道国政府或者行使政府职能的国有企业不履行其签订的协议或以其他形式作出的承诺，或者东道国企业因东道国法律或政府要求而不履行协议。

三、中国企业遭遇东道国政治风险的其他案例

从既往仲裁案件和媒体报道等公开途径，我们还可以列举中国企业遭遇东道国政治风险的其他一些案例：

境外资产被东道国直接征收：2008年下半年，比利时政府对平安保险公司投资的富通集团实施国有化，随后将集团的核心资产富通银行剥离，并低价出售给法国巴黎银行，中国平安因此损失达 228 亿元。¹⁶

境外资产遭遇间接征收：2022年5月，印度执法局宣布扣押某中资企业在印度当地银行的 555.127 亿印度卢比的资产（约合 48 亿元人民币）；¹⁷2022年7月，印度执法局又冻结另一中资企业的 119 个银行账户，总额达 46.5 亿卢比（约合 3.86 亿元人民币）。¹⁸取决于相关措施的具体情况、后续发展等，印度执法局的行为有可能构成间接征收。

境外投资遭受不公正待遇：2015年3月，斯里兰卡科伦坡港口城项目被“叫停”；¹⁹2014年11月，墨西哥取消中国铁建联合体中标的高铁项目，²⁰后又宣布无限期搁置高铁招标计划，并勒令中资坎昆龙城项目停工。²¹

境外投资未得到充分保护或因战乱遭受损失：2014年5月，越南发生暴力排华事件，多家中资企业的工厂遭打砸抢烧；²²2011年初，利比亚内乱，中国企业 50 多个工程项目遭受损失。²³

东道国不履行合同义务：2018年，马来西亚新当选总理宣布，因“国债问题”取消中国企业承建的两条油气管道以及东铁项目，并拒绝按照合同约定支付违约金。²⁴

¹⁶ 参见新浪财经 2012 年 9 月 26 日文章“中国平安投资富通巨亏 228 亿 索赔比利时政府”，文章链接：<http://finance.sina.com.cn/stock/s/20120926/015013238832.shtml>。

¹⁷ 参见腾讯网 2022 年 5 月 7 日报道“印度扣押小米 48 亿资产，只因销量第一吗？如此行径还能吸引外资吗”，报道链接：<https://new.qq.com/rain/a/20220507A03KBW00>。

¹⁸ 参见财新 2022 年 7 月 8 日报道“印度政府冻结 vivo 的 119 个银行账户 约合 3.86 亿元资产”，报道链接：<https://www.caixin.com/2022-07-08/101909966.html>。

¹⁹ 参见英国广播公司（BBC）2015 年 3 月 5 日报道“斯里兰卡政府叫停中资港口城项目”，报道链接：https://www.bbc.com/zhongwen/simp/china/2015/03/150305_srilanka_china_portcity。

²⁰ 参见英国广播公司（BBC）2014 年 11 月 7 日报道“墨西哥宣布取消中国公司高铁投标”，报道链接：https://www.bbc.com/zhongwen/simp/world/2014/11/141107_mexico_china_transport_train。

²¹ 参见搜狐财经 2015 年 2 月 4 日报道“墨西哥高铁无限期搁置”，报道链接：<https://business.sohu.com/20150204/n408487925.shtml>。

²² 参见中国日报 2014 年 5 月 21 日报道“多家公司披露越南排华打砸事件影响”，报道链接：http://caijing.chinadaily.com.cn/2014-05/21/content_17527488.htm。

²³ 参见新浪网 2019 年 3 月 29 日报道“利比亚战乱，中国创造了世界撤侨奇迹，不过 1200 亿的损失也破了纪录”，报道链接：https://k.sina.com.cn/article_6388119490_17cc2f7c200100dddu.html。

²⁴ 参见网易 2022 年 7 月 1 日报道“中企走出去：承建马来西亚东海岸铁路项目”，报道链接：<https://www.163.com/dy/article/7B7B7FCE05526ZNR.html>。

第三节 投资条约为中国企业提供保护

一、投资条约与投资保护

本蓝皮书所称“投资条约”是指国家之间签订的、含有保护缔约一方投资者在缔约另一方境内的投资相关条款的国际条约，主要包括专门的投资保护协定以及含有投资保护条款的自由贸易协定等。

投资条约（或者其中与投资保护有关的内容）通常由三个部分组成：一是条约适用的时间和地域范围以及条约对“投资者”和“投资”的定义，起到划定投资条约保护范围的作用（详见第二章“投资条约的适用（保护）范围”）；二是投资保护实体条款，设定了东道国应当给予另一缔约国投资者的待遇标准，包括征收和补偿条款、公平和公正待遇条款、国民待遇和最惠国待遇条款、充分保护和安全条款、战乱损失条款、保护伞条款等（详见第三章“投资条约提供哪些实体保护”）；三是投资争议解决程序条款，规定了东道国与投资者之间发生的投资争议应当以何种方式解决，包括投资者如何以东道国为被申请方将争议提交至国际仲裁庭等（详见第四章“如何对东道国提起投资仲裁”）。

在投资条约规定了以投资仲裁作为争议解决方式的前提下，如果东道国未能履行投资条约规定的实体义务，对来自另一缔约国的投资者造成了损害，则该投资者有权将东道国作为被申请方诉至国际仲裁庭，向其索赔。

与商事仲裁需要双方当事人均同意将争议提交仲裁一样，外国投资者将东道国诉诸国际仲裁也需要东道国同意通过仲裁来解决投资争议。东道国对仲裁表示同意的形式主要有三种，在投资条约中表示同意仲裁是其中最主要的一种形式，其余两种分别是在东道国法律中表示同意仲裁以及东道国在其与外国投资者签订的具体投资协议中同意仲裁。

二、中国缔结的投资条约

自 1982 年与瑞典签署第一个双边投资保护协定（“BIT”）以来，截至 2023 年 4 月底，中国已累计与 132 个国家缔结了 146 个 BIT，其中现行有效的共有 107 个（其他 BIT 要么签订但未生效，要么已被终止或替代）。²⁵

²⁵ 数据是根据商务部公布的投资协定一览表（链接：<http://tfs.mofcom.gov.cn/article/NoCategory/201111/20111107819474.shtml>），并结合 UNCTAD 投资条约数据库（链接：<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/advanced-search>）统计得出。具体请见附件二《中国签订的投资条约一览表》。

地域范围上，现行有效的 BIT 共覆盖 39 个欧洲国家、34 个亚洲国家、20 个非洲国家、12 个美洲国家以及 3 个大洋洲国家。时间维度上，现行有效的 BIT 中，有 17 个签署于上世纪八十年代，55 个签署于九十年代，21 世纪以来签署了 35 个。²⁶

八十年代初至九十年代中期签订的 BIT，通常被归为第一代 BIT，其特点之一是为投资者提供的保护水平较低，例如要么不允许将投资争议提交国际仲裁，要么将可提交国际仲裁的争议限定为因征收引起的补偿款额争议。20 世纪 90 年代末至 21 世纪初签订的第二代 BIT 弥补了第一代的大多数缺陷，包括允许将与投资有关的任何法律争议提交国际仲裁等。随着中国逐渐成为资本输入和资本输出的“双料大国”，2010 年以来签订的第三代 BIT 试图在投资者保护和东道国规制权两方面找到更好的平衡点。例如，对间接征收作出更具体的规定，对于可提交国际仲裁的争议的范围限缩为因东道国违反投资条约的若干条款而引发的投资争议等。²⁷

除 BIT 之外，中国还缔结了 11 个含有投资保护内容的自由贸易协定，其中 10 个现行有效。²⁸这 10 个现行有效的协定覆盖 14 个亚洲国家、1 个美洲国家、2 个大洋洲国家以及 1 个非洲国家。²⁹

关于中国具体与哪些国家签订了 BIT 和/或含有投资保护内容的自由贸易协定，请见附件二《中国签订的投资条约一览表》。

三、中国企业获取投资条约保护的注意事项

虽然中国现行有效的投资条约网络已覆盖 110 多个国家，为中国企业的境外投资搭建起了较为周到的条约保护，但企业在寻求投资条约保护时，仍需注意以下问题：

首先，部分国家未与中国缔结投资条约，其中包括美国、巴西等重要的投资目的国。中国投资者开展境外投资时，应当查询中国与目的国之间是否存在有效的 BIT。

其次，部分投资条约虽已签署但尚未生效，因此投资者无法援引这类投资条约向东道国提起投资仲裁。例如中国和文莱于 2000 年签署的 BIT 至今未生效。

²⁶ 数据来源同上脚注。

²⁷ 详细讨论可参见 Norah Gallagher and Wenhua Shan, *Chinese Investment Treaties: Policies and Practices*, Oxford University Press (2009)。

²⁸ 不含内地与港澳台地区签订的经贸协议。

²⁹ 数据是根据商务部自由贸易区服务网（链接：

http://fta.mofcom.gov.cn/nicaragua/nicaragua_agreementText.shtml），并结合 UNCTAD 投资条约数据库（链接：<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/advanced-search>）统计得出。具体请见附件二《中国签订的投资条约一览表》。

第三，部分投资条约曾经有效，但目前已终止。例如，中国与印度签订的 BIT 于 2007 年 8 月 1 日生效，印方于 2018 年 10 月 3 日单方终止了该 BIT（需要说明的是，中国企业于终止日之前在印度进行的投资，在 2033 年 10 月 3 日之前仍然受该 BIT 的保护）。

第四，部分投资条约保护水平相对较低，特别是我国早期缔结的 BIT，存在保护标准不明确、可仲裁事项的范围过窄等问题。投资者在援引这些条约提起仲裁时需要充分留意。

第五，中国与某些国家（例如德国、比利时-卢森堡经济联盟）之间先后签订有多份投资条约，而后一条约取代了前一条约。投资者需要仔细研究，审慎判断案件在实体和管辖权两个层面分别适用哪一份条约。这正是“中国平安诉比利时案”中的焦点问题。

最后，中国与某些国家（例如韩国、新加坡）之间存在多份现行有效的投资条约。投资者需结合个案情况，谨慎选择最有利的投资条约据以提起仲裁。

如果不存在有效的投资条约，或投资条约保护水平较低，则应考虑通过投资者国籍筹划寻求高水平投资条约的保护。关于投资者国籍筹划的注意事项，请见第五章第三节“投资者国籍筹划”。

第四节 投资仲裁是维护合法权益的有效途径

一、国际投资仲裁案件的快速增长

国际投资仲裁是一种独特的争端解决方式。它解决的既不是作为平等主体的投资者与当地合作伙伴之间的商事争议，也不是投资者母国与投资所在东道国的政府间争端，而是私人投资者作为一方与东道国政府之间因投资而产生的争端。基于投资条约而提起的国际投资仲裁（此外还有基于投资合同等提起的国际投资仲裁），被称为投资条约仲裁。

如果从 1966 年《关于解决国家和其他国家国民投资争端公约》（又称“《华盛顿公约》”）生效起算，国际投资仲裁制度已经诞生了近 60 年。在相当长一段时间内，投资者很少对东道国提起投资仲裁，但近二十年投资仲裁案件数快速增长。据联合国贸易和发展会议（“UNCTAD”）对已公开的投资条约仲裁案件进行的统计，1966-1992 年累计仅有 1 起案件；1993-2000 年新提起仲裁的案件合计为 56 件，平均每年 7 件；2001-2010 年新提起仲裁的案件猛增至 352 件，平均每年 35 件；而 2011 年-2020 年的新提起仲裁案件数达到 725 件，平均每年高达 73 件。截至 2022 年底，全球范围内公开可知的投资条约仲裁案件累计达到 1,257 件，其中 782 件系向位于华盛顿的国际投资争端解决中心（“ICSID”）提出。³⁰

投资仲裁案件的快速增长，既有国际投资流量和存量增长、争端数量增加等客观原因，同时还因为投资仲裁机制的功能和效果逐渐被投资者所认识，投资者发现投资仲裁“好用”和“管用”。

二、主要使用者和主要被诉国

国际投资仲裁的主要使用者是欧盟和美国的投资者。在总共 1,257 件投资条约仲裁案件中，提起案件数量排名前四位的投资者母国分别是美国（214 件，占 17%）、荷兰（130 件，占 10.3%）、英国（101 件，占 8%）和德国（80 件，占 6.4%）。³¹这一特点与欧美国家作为主要资本输出国的地位相对应，同时还反映了欧美跨国公司的雄厚实力包括国际诉讼能力，以及习惯于“对簿公堂”的西方法治传统。

截至 2022 年底，共有 146 个国家被提起投资仲裁，其中被诉国为发展中国家或转型经济体的案件约占 62%。被诉案件在 10 件及以上的有 42 个国家，其中阿根廷和委内瑞拉分

³⁰ 数据通过 UNCTAD 投资条约数据库检索获得，数据库连接：
<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/advanced-search>。

³¹ 数据通过 UNCTAD 投资争议解决数据库检索获得。

别以 62 件和 59 件居前两位，西班牙、埃及、捷克、墨西哥、波兰、秘鲁、加拿大、乌克兰、印度、厄瓜多尔、俄罗斯、罗马尼亚、美国等分列第 3 至 15 位。³²

三、投资者胜诉比例不低，裁决可强制执行

据 UNCTAD 统计，截至 2022 年底，累计有 808 起投资条约仲裁案件结案（concluded）。其中，东道国政府的主张最终获得仲裁庭支持的案件有 321 起，占 39.7%；投资者的请求获得支持的案件有 271 起，占 33.5%；双方达成和解的案件有 127 起，占 15.7%；另有 89 起案件程序终止（discontinued），占 11.1%。³³如果将和解视为投资者在事实上实现或部分实现了仲裁目的，投资者的总体胜诉率接近 49%。虽然投资者的胜诉率在去掉和解案件后看似不高，但很重要的原因是相当比例的案件因为管辖权问题而被仲裁庭裁定驳回。换言之，在进入实体审理的案件中，投资者的请求获得支持的比例较高。

由于投资条约大多明确或变相规定了“充分、及时、有效”的补偿标准或者仲裁庭决定采用习惯国际法下的“完全赔偿标准”，加上仲裁庭对于“持续经营企业”倾向于采用“现金流量折现”的损失计算方法（即，估算企业未来存续期间每一年的现金收入和现金支出，得出该年度的净现金流量并进行折现，最后将每一年的“现值”累加），不少案件的仲裁裁决要求东道国政府做出数额惊人的赔偿。例如，在“尤科斯诉俄罗斯案”中，仲裁庭裁决俄罗斯政府向投资者赔偿约 500 亿美元；在“康菲诉委内瑞拉案”中，仲裁庭要求委内瑞拉政府赔偿 84 亿美元；在“Tethyan 诉巴基斯坦案”中，仲裁庭裁决巴基斯坦政府赔偿投资者约 41 亿美元。根据对 2013 至 2017 年间结案的投资仲裁案件的一项统计，在申请人胜诉的案件中，仲裁庭裁定东道国向投资者赔偿的平均数额达 1.71 亿美元。³⁴

《华盛顿公约》和绝大多数投资条约都明确规定，仲裁庭的裁决对于投资者和东道国双方具有约束力，败诉的东道国政府应当承认并执行裁决。对于《华盛顿公约》下的仲裁而言，如果东道国政府不执行裁决，投资者可以在《华盛顿公约》的任一缔约国申请强制执行东道国政府的财产，还可以依照《承认及执行外国仲裁裁决公约》（即“《纽约公约》”）像商事仲裁裁决一样获得执行。对于依据其他仲裁规则作出的仲裁裁决，可以依照《纽约公约》获得执行。

³² 数据通过 UNCTAD 投资争议解决数据库检索获得。

³³ 数据通过 UNCTAD 投资争议解决数据库检索获得。

³⁴ 参见 Global Arbitration Review 于 2017 年 12 月 14 日刊登的评论文章“Damages and costs in investment treaty arbitration revisited”，文章链接：<https://globalarbitrationreview.com/article/damages-and-costs-in-investment-treaty-arbitration-revisited>。

另据 ICSID 于 2017 年公布的一项调查结果，在超过 85% 的东道国败诉且应支付赔偿金的案件中，东道国政府履行了裁决，向投资者支付了赔偿金。³⁵

四、中国大陆投资者起诉的投资仲裁案件

截至 2023 年 4 月底，中国大陆投资者提起的投资仲裁案件有 14 件，³⁶其中 6 件已经审结、8 件审理程序尚未终结。³⁷在审结的案件中，“中山富诚诉尼日利亚案”的仲裁庭做出有利于投资者的裁决；“北京城建诉也门案”的仲裁庭做出有利于投资者的管辖权决定，双方当事人随后在实体审理阶段达成和解。

“中山富诚诉尼日利亚案”是中国投资者中山市富诚工业投资有限公司（“中山富诚”）根据《中国-尼日利亚 BIT》（2001）对尼日利亚政府提起的投资仲裁案件。2013 年，中富国际投资有限公司（中山富诚在尼日利亚设立的子公司，后简称“中富公司”）与尼日利亚奥贡州政府以及一家当地企业签署了一份建设、经营和管理“奥贡广东保税区”的合资协议。2016 年，奥贡州政府终止了该合资协议，接管了中富公司的权利和资产，并将中富公司驱逐出保税区。中富公司曾向尼日利亚政府寻求帮助，并在尼日利亚法院提起若干诉讼，但均未取得效果。2015 年 5 月，中山富诚提起了投资仲裁。2021 年 3 月，仲裁庭作出了支持中山富诚的裁决，判令尼日利亚向中山富诚支付 5,560 万美元赔偿金、75,000 美元的精神损害费，以及利息、仲裁费、律师费等费用。

“北京城建诉也门案”是一起涉及中国企业海外承包工程的案件。2006 年，北京城建集团（“北京城建”）中标也门萨那国际机场新航站楼工程，中标价为 1.15 亿美元。³⁸2009 年 7 月，也门政府动用军事力量和安防机构攻击和扣押北京城建员工，暴力阻止北京城建继续施工。2009 年 9 月，也门民航局向北京城建发出通知，以北京城建无法返回施工现场完成工程为由，要求终止合同。2014 年 12 月，北京城建依据《中国-也门 BIT》（1998）向 ICSID 申请仲裁。管辖权审理阶段，也门政府提出了多项管辖权异议，均被仲裁庭驳回。进入实体审理阶段后，北京城建与也门政府于 2018 年 6 月达成和解，该案终结。

³⁵ 参见 SURVEY FOR ICSID MEMBER STATES ON COMPLIANCE WITH ICSID AWARDS，链接：<https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Report%20on%20ICSID%20Survey.pdf>。

³⁶ 除了中国大陆投资者直接提起的案件外，还有一些中国大陆投资者借由其在海外独资或全资设立的子公司提起投资仲裁程序，其中较受关注的包括：正泰集团通过其注册于荷兰的子公司 Astronergy Solar Netherlands B.V. 于 2022 年 12 月 2 日向 ICSID 提起的以保加利亚为被申请人的仲裁案件，以及尚德电力通过其注册于瑞士的子公司 Suntech Power International Ltd. 于 2023 年 4 月 27 日向 ICSID 提起的以意大利为被申请人的仲裁案件。由于此类案件并不属于中国籍投资者作为申请人直接提起的投资仲裁案件，因此并未包括在本次统计中。另外，中国香港、中国澳门的投资者依照中国对外签订的投资条约提起投资仲裁的还有多起案件，例如“谢业深诉秘鲁案”、“澳门世能公司诉老挝（一）案”、“Junefield Gold 诉厄瓜多尔案”等，也未包括在本次统计中。

³⁷ 参见附件三《中国大陆投资者作为申请人提起的投资仲裁案件》。

³⁸ 参见民航资源网援引北京市国资委的报道，链接：<http://news.carnoc.com/list/64/64377.html>。

与欧美投资者相比，中国大陆投资者迄今提起投资仲裁的案件总体不多，但近几年呈增长趋势。我们预期，未来几年将保持这一增长趋势，原因在于：首先，近十年来中国企业对外投资的项目数量和投资金额快速增长，且很多投资位于政局不稳或法制尚不健全国家和地区，随着大批投资项目的陆续实施，与东道国政府的投资争端可能逐步显现和增多；其次，中国缔结的新一代投保协定大多承认了国际仲裁对投资者与东道国之间“关于投资的争议”或“关于投资的任何法律争议”的普遍管辖权；最后，中国投资者过去遇有争端时大多宁愿“忍气吞声”或寻求中国政府帮助，但随着经济实力增强以及“维权”意识和能力的提高，将更愿意使用法律手段寻求救济。

第二章

投资条约的适用（保护）范围

第一节 投资条约适用的时间范围

一、条约的生效及禁止溯及既往原则

投资条约均规定了生效日期。例如,《中国-德国 BIT》(2003)第十五条规定:“本协定自缔约双方以书面形式相互通知已满足此类生效所需的其国内要求之日一个月后生效。相关日期应为收到最后的通知之日。”有一些投资条约,虽然双方已经签订但一方或者双方未完成国内程序(例如立法机关的批准),尚未生效,例如中国和刚果民主共和国 2011 年签署的 BIT 就是如此。

生效的投资条约通常既保护在该条约生效之后作出的新投资,也保护在条约生效时既存的投资。例如,《中国-德国 BIT》(2003)第十六条规定:“本协定应适用于缔约一方的投资者在缔约另一方的境内的所有投资,不管其是在本协定生效之前还是之后作出的。”

投资条约原则上不适用于缔约一方在该条约生效之前的行为,这是禁止溯及既往原则的要求(该原则是一项习惯国际法,在《维也纳条约法公约》第二十八条和《国家国际不法行为责任条款草案》第十三条中均有体现)。但是,在存在持续行为和复合行为的情况下,禁止溯及既往原则的适用可能会受到限制。

就持续行为而言,东道国某一损害投资的措施在投资条约生效前开始实施,并且一直持续至条约生效后,那么投资者仍然可以援引投资条约,就条约生效后持续行为所引发的投资损失向东道国索赔;就复合行为而言,如果投资者所受损害是由东道国一系列行为共同造成的,且部分行为发生在投资条约生效之前,那么投资者仍然可以就条约生效后实施的行为所引发的投资损失向东道国索赔。

实践中,投资仲裁庭对于认定持续行为和复合行为一直很谨慎,以避免对条约的实体保护条款过度的追溯性适用。例如“Renco 诉秘鲁(二)案”的仲裁庭强调,为了不对条约生效前的行为的合法性作出判断,被指控的不法行为在条约生效后必须自身即构成可起诉的违反行为。³⁹“MCI 诉厄瓜多尔案”的仲裁庭指出,在条约生效之前的持续行为和复合行为仅能作为案件的事实背景。⁴⁰“Walter Bau 诉泰国案”的仲裁庭则强调,构成违反的行为以及相应的损害赔偿,仅限于条约生效后的行为。⁴¹

³⁹ Renco 诉秘鲁(二)案(The Renco Group Inc. v. Republic of Peru II, PCA Case No. 2019-46)初步反对裁定第 146 段。

⁴⁰ MCI 诉厄瓜多尔案(MCI Power Group LC and New Turbine Inc v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/03/6)裁决第 93 段。

⁴¹ Walter Bau 诉泰国案(Werner Schneider, acting in his capacity as insolvency administrator of Walter Bau Ag v. The Kingdom of Thailand)裁决第 13.1(a)、13.1(f)、13.2 和 14.1 段。

二、条约的终止及一定范围内的继续适用

投资条约往往包含一项终止条款。譬如，很多条约规定，在初始有效期（例如十年）届满后，缔约一方可以书面通知其他缔约方的方式终止条约。同时，很多投资条约规定，虽然条约已终止，但对终止之日前所作出的投资，该条约继续适用一段期限（例如十五年或二十年）。

例如，《中国-印度 BIT》（2006）于 2007 年 8 月 1 日生效，有效期为十年。根据该 BIT 第十六条，该协定有效期期满后缔约任何一方可以单方宣布终止，但终止之日前的投资将继续受该协定保护十五年。因此，虽然印度政府已于 2018 年 10 月 3 日单方终止了该 BIT，但终止日之前中国企业在印度的投资，在 2033 年 10 月 3 日之前仍然受该协定的保护。

三、新老条约的适用问题

随着我国老一代 BIT 的升级换代，迄今至少有 12 个“老”条约被“新”条约所替代。投资者需要依照“新”条约中关于时际管辖权的规定，确定其拟提起仲裁的投资争端适用“新”条约还是“老”条约。12 个“新”条约对时际管辖权的规定可以分为以下三类：

1. 我国与德国、芬兰、荷兰、西班牙、比利时/卢森堡、法国分别缔结的“新”条约规定：“本协定应适用在其生效之前或之后缔约任何一方投资者在缔约另一方领土内进行的所有投资，但是，不适用任何在本协定生效之前已经进入司法或仲裁程序的与投资有关的争议或请求。该争议或请求应当继续依照[老协定]解决。”⁴²（强调为后添加）

2. 我国与罗马尼亚、葡萄牙、俄罗斯、韩国、乌兹别克斯坦分别缔结的“新”条约规定：“本协定也适用于在其生效之前缔约任何一方投资者依照缔约另一方的法律和法规在缔约另一方的领土内进行的投资。但不适用于本协定生效之前已发生的争议。”⁴³（强调为后添加）

3. 我国与瑞士缔结的“新”条约规定：“本协定应适用于在其生效之前或之后缔约一方投资者依法在缔约另一方领土内的投资。但是，本协定不适用于在本协定生效之前已发生的事件所引发的请求或者争议。”⁴⁴（强调为后添加）

尽管有以上规定，具体案件中双方当事人对于新老条约的适用仍可能发生争议。在“中国平安诉比利时案”中，中国和比利时之间缔结的 2005 年 BIT 替代了原先的 1986 年 BIT，平安公司根据 2005 年 BIT 提起仲裁，比利时政府提出管辖权异议称，该争端不属于

⁴² 例如《中国-德国 BIT》（2003）第十六条。

⁴³ 例如《中国-罗马尼亚 BIT》（1994）第十一条。

⁴⁴ 参见《中国-瑞士 BIT》（2009）第二条。

2005年BIT的适用范围。对此，仲裁庭认为，虽然2005年BIT规定其不适用于“在本协定生效之前已经进入司法或仲裁程序的与投资有关的争议或请求”，但无法推导出其适用于虽未进入司法或仲裁程序但已经由投资者通知东道国政府的争端。最终，仲裁庭以平安公司在2005年BIT生效之前已经向比利时政府发出争端通知为由，裁定对该案缺乏管辖权，驳回了平安的全部仲裁请求。⁴⁵该案提示投资者需要准确评估新老协定的时际管辖权，以确定应当依据哪一个条约提起仲裁。

⁴⁵ 中国平安诉比利时案（Ping An Life Insurance Company of China, Limited and Ping An Insurance (Group) Company of China, Limited v. Kingdom of Belgium, ICSID Case No. ARB/12/29）裁决第 203-233 段。

第二节 投资条约适用的地域范围

一、投资条约适用于缔约方“领土”内的投资

投资条约适用于缔约一方的投资者在缔约另一方“领土内”的投资。换言之，缔约方 A 的投资者 X 在第三国 C 境内的投资，如果因为缔约方 B 的某一行为而遭受损失，X 不能援引 A 和 B 签订的投资条约向 B 索赔。几乎所有的投资条约都通过对“投资”或“涵盖投资”的定义来明确了这一点，前者如《中国-坦桑尼亚 BIT》（2013）第一条，后者如《中国-加拿大 BIT》（2012）第一条。此外，有些投资条约的实体保护条款也明确了这一点。例如，《中国-德国 BIT》（2003）的第二条第二款和第三款分别规定，“缔约一方投资者在缔约另一方境内的投资应享受持续的保护和安全”，“缔约一方不得对缔约另一方投资者在其境内投资的管理、维持、使用、享有和处分采取任何随意的或歧视性的措施”。

二、“领土”的定义

中国签订的大多数投资条约均没有对“领土”一词给出定义，而晚近签订的少数投资条约则界定了“领土”的含义。例如，《中国-加拿大 BIT》（2012）第一条规定，对于加拿大而言，“领土”包括加拿大行使主权的领陆、领空、内水和领海，以及加拿大“依照《联合国海洋法公约》（UNCLOS）第五部分由其国内法确定”的专属经济区和大陆架。《中国-尼日利亚 BIT》（2001）第一条将“领土”定义为：“缔约一方的陆地地区、内陆地区、领海以及有关国家根据国际法行使主权和管辖权的大陆架和专属经济区。”

根据上述条约的规定，中国投资者在相关国家的大陆架和专属经济区进行石油天然气勘探开采等投资活动的，也受到投资条约的保护。不过，实践中在援引上述条款时仍有可能存在问题，例如在《中国-尼日利亚 BIT》（2001）下，当事方可能就东道国是否对相关海域“行使主权和管辖权”以及主权和管辖权是否系“根据国际法行使”存在争议。为了避免不必要的争议，中国投资者如需在他国大陆架或专属经济区投资的，可以事先就投资条约适用问题与东道国政府协商，最好能在投资合同中将条约适用问题予以明确。

三、领土与“有效控制”

在一国 A 占领他国部分领土的情况下，尽管 A 国的占领并不被后一国以及国际社会所承认，但如果 A 国对该部分领土拥有“有效控制”，则 A 国缔结的投资条约可能适用于该部分领土。因此，中国投资者在该部分领土上的投资，受到中国与 A 国缔结的投资条约的保护。

在 2014 年俄罗斯吞并克里米亚后，乌克兰投资者针对俄罗斯提起 10 起国际仲裁，主张俄罗斯对克里米亚拥有“有效控制”，乌克兰投资者在克里米亚的投资受到《俄罗斯-乌克兰 BIT》（1998）的保护。目前，仲裁庭在至少 5 起案件中做出了管辖权决定，均认定乌克兰投资者在克里米亚的投资受到该 BIT 的保护。例如，在“Stabil and others 诉俄罗斯案”中，仲裁庭根据俄罗斯进军克里米亚、签订“克里米亚入俄条约”、宣称“克里米亚一直是俄罗斯不可分割的部分”、修订国内立法以实施“克里米亚入俄条约”等事件，认为俄罗斯显然已经通过实际控制和法律手段对克里米亚地区建立了“有效控制”，且俄罗斯明显在国内法以及国际社会层面均将克里米亚视为其主权领土，而乌克兰尽管不承认俄罗斯吞并克里米亚的合法性以及俄罗斯对克里米亚的主权，但也认同俄罗斯事实上已经有效控制克里米亚。⁴⁶随后，仲裁庭根据条约解释规则，从文义、上下文、目的和宗旨等角度分析了《俄罗斯-乌克兰 BIT》（1998）第一条第四款对“领土”的定义，指出“领土”并不仅限于缔约国拥有主权的区域，也包括缔约国有管辖权和实际控制的区域（即使在国际法下不享有合法权力）。⁴⁷

⁴⁶ Stabil and others 诉俄罗斯案（Crimea-Petrol LLC, Elefteria LLC, Novel-Estate LLC and others v. The Russian Federation, PCA Case No. 2015-35）管辖权裁定第 131-134 段。

⁴⁷ Stabil and others 诉俄罗斯案管辖权裁定第 135-176 段。

第三节 投资条约适用的“投资”范围

一、投资条约所定义的“投资”

投资条约对“投资”的定义，既厘清了投资条约的保护范围，亦划定了投资仲裁庭的管辖权范围。一项投资只有符合投资条约对“投资”的定义，围绕该投资产生的争议才能诉诸投资条约规定的争端解决机制。

大多数投资条约采用了基于资产的非穷尽列举定义方式。⁴⁸例如《中国-坦桑尼亚 BIT》（2013）第一条对于投资的定义如下：

“投资”一词系指缔约一方投资者依照缔约另一方的法律和法规在缔约另一方领土内投入的具有投资特征的的各种财产，包括但不限于：

- （一）动产、不动产及抵押、质押等其他财产权利及类似权利；
- （二）公司的股份、债券、股票或其他形式的参股；
- （三）金钱请求权或任何其他与投资相关的具有经济价值的履行请求权；
- （四）知识产权，特别是著作权、专利、商标、商号、工艺流程、专有技术和商誉；
- （五）法律或法律允许依合同授予的商业特许权，包括勘探、耕作、提炼或开发自然资源的特许权；
- （六）包括政府发行的债券在内的债券、信用债券、贷款及其他形式的债以及由此衍生出的权利；
- （七）合同权利，包括交钥匙工程合同、建设合同、管理合同、生产合同和收入共享合同。

由上述定义可见，投资条约所保护的投资并不仅限于通常所说的外商直接投资，还包括了承包工程等合同权利、能源资源开采等特许权以及债券等。不过，并非所有的资产都必然属于投资，还需要具有“投资特征”。《中国-坦桑尼亚 BIT》（2013）第一条规定，投资特征系指资本或其他资源的投入、对收益或利润的期待或者对风险的承担。因此，不符合投资特征的资产不属于投资。例如，仅源于销售货物或提供服务的商业合同的金钱请求权不属于投资。

此外，如果投资者将投资争端提交 ICSID 仲裁，则争端还必须是《华盛顿公约》第二十五条下的“直接因投资而产生的任何法律争端”。关于第二十五条中的“投资”一词的含义，《华盛顿公约》并未进一步明确，原因在于公约的缔约方认为投资的范围应由投资合同、

⁴⁸ 有一些投资条约采用的是基于企业的列举方式，例如《中国-加拿大 BIT》（2012）第一条。

东道国立法或投资条约来确定。在 ICSID 仲裁实践中，一些仲裁庭提出了认定第二十五条下的“投资”的标准。

二、仲裁实践中的“投资”

一些仲裁庭试图为《华盛顿公约》第二十五条中的“投资”确立认定标准。“Fedax 诉委内瑞拉案”的仲裁庭首次提出，ICSID 管辖的投资，不仅要符合投资条约对于“投资”的定义，还必须同时构成《华盛顿公约》下的“投资”。⁴⁹这一观点后被“Salini 诉摩洛哥案”的仲裁庭接受并发展。该仲裁庭提出，《华盛顿公约》下的“投资”应具备如下要素：

(1) 实质性的投入；(2) 风险的承担；(3) 具有一定的期限；以及 (4) 对东道国经济发展的贡献。⁵⁰上述四个要素后被称为“Salini 标准”。

随后的 ICSID 仲裁庭对“Salini 标准”持有不同立场：一些仲裁庭完全采纳了这一标准，并将该标准作为一项管辖权要求严格适用；⁵¹另一些仲裁庭则采取了更灵活的方法，倾向于只适用该标准的某些要素，他们认为关于期限和对东道国经济发展的贡献的要求过于主观，无法得到一致认可；⁵²还有一些仲裁庭选择将“Salini 标准”视为指南而非严格的管辖权要求；⁵³部分仲裁庭则拒绝适用该标准，认为投资条约中的“投资”定义应优先于《华盛顿公约》中“投资”的含义，因为前者是对缔约方的同意的最终表达。⁵⁴

在 ICSID 框架之外，“Salini 标准”也得到了个别仲裁庭的支持，其中包括“Romak 诉乌兹别克斯坦案”⁵⁵和“Alps Finance 诉乌克兰案”⁵⁶的仲裁庭。在这两个案件中，仲裁庭将“Salini 标准”的要素作为“投资的客观特征”加以应用，并得出结论认为自己没有管辖权。具体而言，“Romak 诉乌兹别克斯坦案”仅涉及小麦的销售，“Alps Finance 诉乌克兰案”则仅涉及应收款项的转让，尽管这两项活动从表面上看满足相关投资条约中的投资定

⁴⁹ Fedax 诉委内瑞拉案 (Fedax NV v. The Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/96/3) 管辖权裁定第 18-20 段。

⁵⁰ Salini 诉摩洛哥案 (Salini Costruttori SPA and Italstrade SPA v. Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4) 管辖权裁定第 50-52 段。

⁵¹ 例如 Bayindir 诉巴基斯坦案 (Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29) 管辖权裁定第 130-138 段。

⁵² 例如 Pantechniki 诉阿尔巴尼亚案 (Pantechniki Pantechniki SA Contractors & Engineers v. Republic of Albania, ICSID Case No. ARB/07/21) 裁决第 36、43 段。

⁵³ 例如 Ambiente 诉阿根廷案 (Ambiente Ufficio SPA and Others v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/08/9) 管辖权和可受理性裁定第 479、481 段。

⁵⁴ 例如 Salvors 诉马来西亚案 (Malaysian Historical Salvors v. The Government of Malaysia, ICSID Case No. ARB/05/10) 撤销裁定第 73-79 段。

⁵⁵ Romak 诉乌兹别克斯坦案 (Romak SA v. The Republic of Uzbekistan, PCA Case No. AA280) 裁决第 205-207 段。

⁵⁶ Alps Finance 诉乌克兰案 (Alps Finance and Trade 诉 AG v. The Slovak Republic, UNCITRAL) 裁决第 240-241 段。

义（“对金钱或任何其他具有经济价值的履行的请求权”），但仲裁庭引用“Salini 标准”将一次性商业交易排除在投资条约的保护范围之外。

在中国企业作为申请人的投资仲裁案件中，有仲裁庭对“投资”的定义进行了探讨。在“北京城建诉也门案”中，仲裁庭认定北京城建承包的航站楼工程属于投资。仲裁庭首先指出，《中国-也门 BIT》（1998）第一条对“投资”的定义并未超出“Salini 标准”所界定的《华盛顿公约》中的“投资”范畴。随后，仲裁庭认定，北京城建对萨那国际机场新航站楼工程项目的“投入”使其可主张“具有经济价值的行为请求权”，符合《中国-也门 BIT》（1998）第一条所定义的“投资”。仲裁庭进一步认为，即使适用“Salini 标准”，北京城建在也门的投资也符合该标准下的全部要素：（1）北京城建在工程建设过程中进行了资本或其他资源的投入；（2）这种投入明显地将北京城建置于被也门政府主权干预的风险以及其他商业风险之中；（3）建筑合同的执行必然持续一段较长时间；（4）该工程耗资巨大，无疑有助于也门的经济发展。⁵⁷

三、投资的合法性要求

有些投资条约明确要求投资必须符合东道国的法律，例如《中国-津巴布韦 BIT》（1996）第十条规定：“本协定适用于在其生效之前或之后缔约一方投资者依照缔约另一方的法律在缔约另一方的领土内进行的投资。”有些投资条约更进一步，要求投资必须经过东道国主管机构的书面批准。例如，《中国-东盟投资协议》第三条第三款规定：“就泰国而言，本协议仅适用于在泰国境内被确认并依据泰国适用的国内法律、法规和政策，获得其主管机构明确书面批准保护的另一方投资者的投资。”在这些条约下，如果投资不符合东道国法律或者未经东道国主管机关批准，可能无法得到投资条约的保护。

对于没有就合法性要求作出规定的投资条约，仲裁庭对于能否引入这一要求持有不同的观点。有些仲裁庭认为，符合东道国法律是投资条约和《华盛顿公约》第二十五条规定的受保护投资的隐含要求，即使条约中的投资定义对此没有提及，也应该适用该要求。⁵⁸其中一些仲裁庭认为，根据“净手原则”这一国际法一般原则，应拒绝对通过欺诈或腐败行为做出的投资提供保护。⁵⁹持相反观点的仲裁庭则认为，国家可以明确将遵守东道国法

⁵⁷ 北京城建诉也门案（Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Republic of Yemen, ICSID Case No. ARB/14/30）管辖权裁定第 129-138 段。

⁵⁸ 例如 Phoenix 诉捷克案（Phoenix Action Ltd v. Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5）裁决第 101 段。

⁵⁹ 例如 Plama 诉保加利亚案（Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24）裁决第 141、143-146 段。

律作为同意仲裁或提供保护的一项条件写入条约，如果国家没有这样做，那么遵守东道国法律就不能成为“投资”客观定义的一部分，也不能作为剥夺仲裁庭管辖权的依据。⁶⁰

值得注意的是，影响投资是否受到条约保护的是投资行为本身是否合法，而不是投资之后的运营过程是否存在违法行为。在“尤科斯诉俄罗斯案”中，仲裁庭指出，尤科斯公司在避税安排等方面的确存在不当行为，但不受保护的仅是以“恶意或违反东道国法律”的方式设立或获得的投资，针对的只是投资设立或获得过程中的不法行为；对于投资之后的不法行为，东道国可以依法处罚，但不能剥夺其受国际法保护的權利。⁶¹在“Metal-Tech 诉乌兹别克斯坦案”中，仲裁庭在判断以色列投资者的投资是否因向乌兹别克斯坦官员行贿的行为而不受保护时强调，其中个别官员是在投资之后才参与该投资项目，而《以色列-乌兹别克斯坦 BIT》第一条第一款仅规制“投资发生时”的行为，因而此等官员的受贿行为不足以导致投资不受《以色列-乌兹别克斯坦 BIT》的保护。⁶²

在中国投资者提起仲裁的案件中，东道国一方也曾基于投资的合法性要求提出管辖权异议。在“北京城建诉也门案”中，也门政府主张，北京城建的投资未经也门主管机关注册因而不受保护。对此，仲裁庭认为，《中国-也门 BIT》（1998）中并无注册要求，未经注册的投资即使不受《也门投资法》保护，也受到《中国-也门 BIT》（1998）保护。⁶³在“中山富诚诉尼日利亚案”中，尼日利亚主张，涉案合资协议是基于投资者的虚假陈述和隐瞒情况而签订，因此申请人无权索赔。最终，仲裁庭以证据不足为由驳回了尼日利亚的这一主张。⁶⁴

四、前期费用是否属于投资

取决于个案情况，投资者前期投入的费用可能属于受保护的投资。在“Mihaly 诉斯里兰卡案”中，申请人与斯里兰卡政府就建设热电厂项目进行谈判，先后签署了不具约束力的意向书、协议书和谈判延期书，但斯里兰卡政府最终没有批准该项目。仲裁庭认为，前期费用是否属于投资，取决于当事人的合意。例如，当事人可以约定“投资”始于公司成立之日，或者合同执行之日。鉴于本案属于后一种情况，仲裁庭裁决，申请人为了准备开

⁶⁰ 例如 Quiborax 诉玻利维亚（Quiborax SA, Non Metallic Minerals SA and Allan Fosk Kaplún v. Plurinational State of Bolivia, ICSID Case No. ARB/06/2）管辖权裁定第 226 段。

⁶¹ 尤科斯诉俄罗斯案（Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, PCA Case No. 2005-04/AA227）最终裁决第 1349-1356 段。

⁶² Metal-Tech 诉乌兹别克斯坦案（Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan, ICSID Case No. ARB/10/3）裁决第 370 段。

⁶³ 北京城建诉也门案管辖权裁定第 45-47 段。

⁶⁴ 中山富诚诉尼日利亚案（Zhongshan Fucheng Industrial Investment Co. Ltd. v. Federal Republic of Nigeria, UNCITRAL）最终裁决第 103-120 段。

展投资项目而支出的费用不属于 BIT 下的投资。⁶⁵而在“PSEG 诉土耳其案”中，申请人在土耳其境内建设燃煤电站的申请获得了土耳其政府批准并签订了《特许权合同》；后来，土耳其出台新法律，申请人在新法律下失去了建设燃煤电站的权利。申请人尚未开始电站建设，但在前期的可行性研究、后续研究以及与政府机构的谈判过程中花费了数百万美元。仲裁庭裁决，土耳其政府违反公平和公正待遇，应赔偿申请人在项目准备阶段和谈判阶段的开支。⁶⁶

⁶⁵ Mihaly 诉斯里兰卡案（Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/00/2）裁决第 51 段。

⁶⁶ PSEG 诉土耳其案（PSEG Global Inc. and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/02/5）裁决第 316-319 段。

第四节 投资条约适用的“投资者”范围

一、缔约一方的投资者——国籍判断

投资条约保护的是缔约一方的投资者在缔约另一方境内的投资。缔约一方的投资者包括该方的国民（自然人）和法人（实体）。因此，确定申请人是否属于东道国以外的缔约方的投资者，需要根据投资条约和/或《华盛顿公约》中规定的国籍判断标准，判断申请人是否属于该方的国民或法人。

（一）自然人投资者

投资条约通常规定，自然人的国籍依照申请人所声称国籍国家的国内立法确定。例如《中国-德国 BIT》（2003）第一条规定：“‘投资者’一词，（一）在德意志联邦共和国方面，系指：1、德意志联邦共和国基本法意义上的德国人…（二）在中华人民共和国方面，系指：1、根据中华人民共和国的法律，具有其国籍的自然人。”

各国国内法通常采取以下两个标准来确定自然人的国籍：（1）自然人的父母一方或双方的国籍（*ius sanguinis*）；或（2）自然人的出生地（*ius soli*）。就中国而言，《国籍法》就取得或丧失中国国籍作出了规定。例如，该法第四条规定：“父母双方或一方为中国公民，本人出生在中国，具有中国国籍。”

此外，一些投资条约在定义“投资者”时，除了缔约国国民，还将保护范围扩大到根据缔约国国内法获得永居权的自然人。一些投资条约在定义“投资者”时提出了额外要求，例如居所或住所要求。

在确定自然人国籍的过程中，一个比较复杂的问题是双重国籍者的地位判定。如果申请人的两个国籍均并非东道国国籍，则比较好处理。例如，在“Olguin 诉巴拉圭案”中，申请人同时拥有美国国籍和秘鲁国籍。仲裁庭认为，申请人的秘鲁国籍是有效的，因此可以援引《秘鲁-巴拉圭 BIT》。⁶⁷比较难处理的是，申请人拥有的双重国籍之一是东道国国籍的情况。《华盛顿公约》明确排除双重国籍者向其任何一个国籍国提起投资仲裁。⁶⁸对于非 ICSID 仲裁，如果投资条约对双重国籍问题没有规定，则这一问题只能留待仲裁庭解决。

⁶⁷ Olguin 诉巴拉圭案（Eudoro Armando Olguin v. Republic of Paraguay, ICSID Case No. ARB/98/5）管辖权裁定第 61-62 段。

⁶⁸ 《华盛顿公约》第二十五条第二款（a）项规定：“‘另一缔约国国民’系指：（a）在双方同意将争端交付调解或仲裁之日以及根据第二十八条第三款或第三十六条第三款登记请求之日，具有作为争端一方的国家以外的某一缔约国国籍的任何自然人，但不包括在上述任一日期也具有作为争端一方的缔约国国籍的任何自然人”。

在“Champion 诉埃及案”中，部分申请人同时拥有美国国籍和埃及国籍。仲裁庭认为，这部分申请人不能针对埃及提起仲裁。⁶⁹

（二）法人投资者

投资条约规定的法人国籍认定标准并不统一。不少条约采用公司注册地标准，即依据缔约一方法律在其境内设立的法人即为该缔约方的法人投资者。例如，《中国-德国 BIT》（2003）第一条规定：“[中华人民共和国的]经济实体，包括根据中华人民共和国的法律法规设立或组建且住所在华境内的公司、协会、合伙及其他组织，不论其是否营利也不论其为有限责任或无限责任。”

在注册地之外，一些投资条约还要求法人投资者与其声称的国籍国之间有实质性经济联系。例如，《中国-坦桑尼亚 BIT》（2013）第一条规定：“‘企业’一词，系指根据缔约任何一方可适用的法律和法规设立或组建，且住所在该缔约一方领土内并且有实际经营活动的任何实体，包括公司、商行、协会、合伙及其他组织，不论是否由私人或政府所拥有或控制。”依照该规定，在缔约一方境内成立的“壳公司”不能享受投资条约的保护。

除了在缔约一方境内注册成立的法人外，缔约一方的国民或法人所直接或间接拥有或控制的、在第三国境内成立的法人也有可能属于该缔约方的投资者。例如，《中国-坦桑尼亚 BIT》（2013）第一条规定，“按照非缔约方的法律建立”但是由缔约一方的国民或者企业直接所有或控制的法律实体属于该缔约方的投资者。依照这一条款，中国公民或企业在第三国直接设立或收购且控制的公司属于中国投资者，该公司在坦桑尼亚的投资受到该 BIT 的保护。

进一步地，在东道国注册成立的法人也有可能被视为缔约另一方的投资者。《华盛顿公约》第二十五条规定，如果被诉东道国同意将在其境内成立的受外国控制的法人视为另一缔约国的国民，则该法人可以作为另一缔约国的国民对该东道国提起 ICSID 仲裁。这里分别规定了一个客观标准和一个主观标准：客观标准为东道国境内的公司实际受到外国控制；主观标准为被诉国同意为公约目的将公司视为另一缔约国的国民，这种“同意”既可以在被诉国与投资者的订立的合同中表示，也可以在投资条约中表示。例如，《荷兰-秘鲁 BIT》第九条约定，在秘鲁（或荷兰）成立的、多数股权由荷兰（或秘鲁）国民或法人所有的法人被视为荷兰（或秘鲁）投资者。

⁶⁹ Champion 诉埃及案（Champion Trading Company and Ameritrade International, Inc. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/02/9）管辖权裁定第 10-17 页。

二、国有企业是否受投资条约保护

一些投资条约明确将国家拥有或控制的实体纳入条约保护范围，例如前文所述的《中国-坦桑尼亚 BIT》（2013）第一条对“企业”的定义中就强调“不论是否由私人或政府所拥有或控制”，而《中国-加拿大 BIT》（2012）第一条明确将“公共机构”纳入“企业”的范围。

在条约没有明确规定的情形下，不少投资仲裁庭认为国有企业在某些情况下也可以得到条约保护，可以根据投资条约向东道国提出 ICSID 仲裁或其他投资仲裁。

“北京首钢等诉蒙古案”涉及中国的国有企业是否属于《中国-蒙古 BIT》（1991）下的中国投资者的问题。该案中三个申请人中的两个——北京首钢矿业投资有限公司（“北京首钢”）和黑龙江国际经济技术国际合作公司（“黑龙江公司”）均为国有企业。被申请人蒙古国政府提出的管辖权异议之一是，这两家公司不是“经济实体”，因而不属于《中国-蒙古 BIT》（1991）第一条所定义的“投资者”。⁷⁰仲裁庭驳回了被申请人的管辖权异议。

仲裁庭首先指出，《中国-蒙古 BIT》（1991）第一条中的“经济实体”是指从事经济或商业活动的任何类型的法人实体，而北京首钢等申请人均从事经济活动，因此均属于“经济实体”，中国政府直接或间接拥有北京首钢和黑龙江公司与二者是否属于“经济实体”无关。仲裁庭的具体理由是：（1）《中国-蒙古 BIT》（1991）第一条并没有就组织形式、商业目的、所有权、控制等进行区分或作出限定；（2）被申请人提出的“经济实体”应当“独立于”中国政府的主张在《中国-蒙古 BIT》（1991）中找不到文本依据，被申请人也没有提出其他证据证明缔约双方有此共同意图；（3）被申请人列举了中国的某些缔约实践，但用中国在签订案涉 BIT 之后的单方缔约实践不能证明缔约双方存在限定“经济实体”范围的共识。⁷¹此外，仲裁庭指出，被申请人提交的证据⁷²不能证明北京首钢等系根据中国政府的指示为了中国的外交政策目标开展案涉投资活动。⁷³

“北京城建诉也门案”涉及到中国的国有企业——北京城建是否属于《华盛顿公约》的“另一缔约国的国民”的问题。也门政府提出管辖权异议称，北京城建不属于“另一缔约国的国民”，所以 ICSID 仲裁庭对该案缺乏管辖权。仲裁庭驳回了被申请人的这一异议。

⁷⁰ 《中国-蒙古 BIT》（1991）第一条将中国“投资者”定义为中国公民和“依照中华人民共和国的法律设立，其住所地在中华人民共和国领土内的经济实体”。

⁷¹ 北京首钢等诉蒙古案（Beijing Shougang and others v. Mongolia, PCA Case No. 2010-20）裁决第 412-417 段。

⁷² 就北京首钢而言，被申请人的证据主要是围绕北京首钢的母公司首钢集团有限公司（“首钢集团”）而提出，包括：（1）首钢集团是“受中国国务院直接监管的国有企业”，首钢集团的党委书记、总经理和董事长均由中国国务院任命；（2）中国政府能够直接干预首钢集团的规划和运营，首钢集团必须遵守中国政府制定的钢铁产业政策要求，被申请人为此列举了申请人投资蒙古时中国出台的一系列钢铁产业政策。参见北京首钢等诉蒙古案被申请人答辩状第 293-303 段。

⁷³ 北京首钢等诉蒙古案裁决第 418-419 段。

仲裁庭首先明确《华盛顿公约》第二十五条不处理国家间争议，不受理以政府代理人身份行事或行使政府职能的国有企业提起的仲裁申请。⁷⁴尽管如此，仲裁庭指出，国有企业能否作为 ICSID 仲裁的申请人应参照“Broches 标准”，其核心是分析该企业在特定情境中是否为政府代理人或者是否行使政府职能。仲裁庭也认同“CSOB 诉斯洛伐克案”仲裁庭的观点，即应当重点考察投资者行为的性质而不是目的，尤其是“对投资的商业功能进行情境性分析”。⁷⁵在此基础上，仲裁庭分析了北京城建在案涉工程建设中是否为中国政府的代理人以及是否行使政府职能。

关于北京城建在案涉工程中是否为中国政府的代理人，被申请人主要提出了下列证据：第一，北京城建的董事会由“国家利益代表组成”，其决策机构有义务实现“国有资产的保值增值”；第二，北京城建应当接受北京市国资委的监管；第三，北京城建的党委会不仅监督人事任命、资金管理，也负责“监督科学发展观和国家政策的落实，促进企业在履行政治和社会责任方面承担主导地位”。⁷⁶对此，仲裁庭认为，被申请人列举的上述特征在中国国有企业的语境下并不鲜见，但问题的关键不是国有企业的公司结构，而是国有企业是否在特定事实情境中以政府代理人身份行事。仲裁庭认为也门政府的举证并不足以证明北京城建在航站楼建设中以中国政府代理人的身份行事。相反，仲裁庭认定，既有书面记录显示，北京城建以普通的商业化承包商的身份参与竞标，而也门政府也承认，合同终止的原因是北京城建未能以商业可接受的标准提供机场相关的商业服务。⁷⁷

关于北京城建在工程建设中是否行使政府职能，被申请人并没有提出额外的证据，还是围绕北京城建的“代理人身份”进行论述。仲裁庭指出，在中国国有控制经济的语境下，被申诉方的论点是可信的，但与本案不相关，应考查的焦点仍是北京城建在案涉航站楼建设这一“特定情境”中的职能。仲裁庭认为，并无证据证明北京城建行使了政府职能，以非商事功能的能力行事。⁷⁸例如，仲裁庭认为，北京城建“应接受中国对外经济贸易部的管理、协调和监督”远不足以证明中国政府是案涉工程的“最终决策者”。

以上案例一方面表明中国国有企业通常可以受到中国缔结的投资条约的保护以及可以提起投资仲裁，另一方面也给开展对外投资的中国企业以启示，即：为确保国有企业充分享受投资条约的保护，应尽量遵循市场化原则和商业考虑开展直接投资和承包工程等活动。企业应避免不当地将投资项目与国家战略、外交政策目标等相联系，避免不当地强调或突

⁷⁴ 北京城建诉也门案管辖权裁定第 31 段。

⁷⁵ 北京城建诉也门案管辖权裁定第 35 段。

⁷⁶ 北京城建诉也门案管辖权裁定第 37-38 段。

⁷⁷ 北京城建诉也门案管辖权裁定第 40-41 段。

⁷⁸ 北京城建诉也门案管辖权裁定第 42 段。

出国资委或其他政府部门对企业的监管，并尽可能避免由国资监管机构直接全资持股的企业直接地对外投资（而是更多地通过各级子公司尤其是混合所有制子公司或上市子公司开展境外投资）。

三、港澳投资者的条约适用问题

除中俄之间的 BIT 外，⁷⁹中国签订的几乎所有投资条约均未明确排除对香港、澳门的适用，这就导致一些仲裁庭认为港澳投资者受到中国签订的有关投资条约的保护。

在“谢业深诉秘鲁案”中，仲裁庭认定，香港居民谢业深属于中国公民，受到《中国-秘鲁 BIT》（1994）的保护。⁸⁰在“澳门世能公司诉老挝（一）案”中，仲裁庭认定，澳门世能公司属于中国投资者，可以适用《中国-老挝 BIT》（1993）。⁸¹老挝政府后来在新加坡法院申请撤销仲裁裁决。新加坡高等法院于 2015 年判决认为澳门特区不适用《中国-老挝 BIT》（1993）并撤销了该案仲裁庭的裁决，但新加坡最高法院于 2016 年又撤销了高等法院判决，认为《中国-老挝 BIT》（1993）应当适用于澳门企业。

不过，按照中国政府的一贯立场，中央政府缔结的投资条约并不自动适用于香港和澳门。在“澳门世能公司诉老挝（一）案”中，老挝政府就曾向新加坡高等法院提交两封由中国驻老挝大使馆出具的照会，其中声明：“根据[澳门]基本法[……]原则上，中央人民政府缔结的双边投资协定不适用于澳门，除非征求特别行政区政府的意见，并与缔约方协商后另行安排。”

因此，在未来的案件中，港澳投资者能否援引中国中央政府签订的投资条约提起投资仲裁仍然是一个开放的问题。对于中国内地企业经由香港开展的对外投资，在需要依据中央政府同外国订立的投资条约起诉时，应选择以内地母公司身份作为申请人提起仲裁，以免产生管辖权障碍。

⁷⁹ 《中国-俄罗斯 BIT 议定书》（2006）规定：“除非缔约双方另行商定，本协议不适用于中华人民共和国香港特别行政区和澳门特别行政区。”

⁸⁰ 谢业深诉秘鲁案（Señor Tza Yap Shum v. The Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/07/6）管辖权裁定第 67-77 段。

⁸¹ 澳门世能公司诉老挝（一）案（Sanum Investments Limited v. Lao People's Democratic Republic (I), PCA Case No. 2013-13）管辖权裁定第 370 段。

第三章

投资条约提供哪些实体保护

第一节 对东道国征收投资的限制及补偿要求

在投资条约中，“征收”（expropriation）通常与“国有化”（nationalization）一词一起使用，有些投资条约还采用了“查封或没收（sequestered or confiscated）”⁸²、“dispossession”⁸³、“requisition”⁸⁴或“depriving”⁸⁵等用语。虽然用语存在差异，但几乎所有投资条约（包括中国对外缔结的投资条约）都规定了征收条款。

征收条款的核心不是禁止东道国实施征收，而是规定东道国实施征收必须满足若干条件。对于不满足该等条件的征收，投资者可以要求东道国政府补偿或赔偿。

一、征收的客体

投资条约所定义的各种投资（包括表现为合同形式的投资）都受到投资条约的保护，都可能成为东道国政府征收的对象。因此，对各种投资的直接或间接征收（见下文）均应遵守征收条款的规定，满足若干条件。

二、直接征收和间接征收

征收分为直接征收和间接征收。⁸⁶在投资条约中，直接征收一般体现为“征收/国有化”，而间接征收通常体现为“间接地征收/国有化”“具有征收/国有化效果的措施”“效果等同于征收/国有化的措施”“其他类似的措施”等，例如：

《中国-阿联酋 BIT》（1993） 第六条第一款	缔约任何一国的投资者在缔约另一国领土内的投资不得被国有化、查封或没收、征收或采取与国有化或征收效果相同的措施。所有这些行为应被视为征收，除非[……]
《中国-柬埔寨 BIT》（1996） 第四条第一款	缔约任何一方不应对其缔约另一方的投资者在其领土内的投资采取征收、国有化或其他类似措施（以下称“征收”），除非[……]
《中国-德国 BIT》（2003） 第四条第二款	缔约一方投资者在缔约另一方境内的投资不得被直接或间接地征收、国有化或者对其采取具有征收、国有化效果的其他任何措施（以下称“征收”），除非[……]
《中国-坦桑尼亚 BIT》 （2013） 第六条第一款	缔约一方对缔约另一方的投资者在其领土内的投资不得采取征收、国有化或效果等同于征收或国有化的任何其他措施（以下统称为征收），除非[……]。‘效果等同于征收或国有化的其他措施’是指间接征收。

大多数投资条约并未进一步定义何为直接征收和间接征收，似乎认为这是不言自明的。不过，中国晚近缔结的一些投资条约对何为“直接征收”、如何判断是否构成“间接征收”等作出了更详细规定。

⁸² 例如《中国-阿联酋 BIT》（1993）第六条。

⁸³ 例如《法国-墨西哥 BIT》（1998）第五条。

⁸⁴ 例如《意大利-哈萨克斯坦 BIT》（1994）第五条。

⁸⁵ 例如《巴西-荷兰 BIT》（1998）第六条。

⁸⁶ 取决于东道国行为措施是否满足合法征收的条件，征收也可以被分为合法征收和非法征收（详见第三节“征收应满足的条件”）。

（一）直接征收

直接征收是指投资者对投资所享有的权利被直接转移或剥夺。中国晚近缔结的一些投资条约对此有明确的规定。例如《中国-日本-韩国投资协定》（2012）议定书第二条规定：“[……]第一种情形是直接征收，投资被国有化或通过正式的所有权转移或直接没收等其他方式直接征收；[……]”上述“直接征收”的定义在《中国-加拿大 BIT》（2012）第二部分第十条的附录定义“间接征收”时也有所体现：“间接征收源于缔约方采取的一项或一系列措施，该等措施与直接征收具备同等效力，但没有在形式上体现为转移所有权或直接没收。”（强调为后加）

在仲裁实践方面，“Sempra 诉阿根廷案”仲裁庭曾指出，直接征收的要件之一是存在所有权向另一方（特别是向东道国）的转移。⁸⁷该案仲裁庭认为，尽管该案投资者的经营活动因涉案措施（禁止调整关税和相关的许可证修订等）受到影响，由于该案投资者仍然是涉案企业和业务的合法所有人，涉案措施不构成直接征收。⁸⁸

虽然向东道国的权利转移可能属于最典型的直接征收，东道国的其他措施也有可能构成直接征收。在“Quiborax 诉玻利维亚案”中，玻利维亚政府通过发布总统令撤销了该案投资者名下的数个采矿特许权，仲裁庭认为上述措施实质上永久剥夺了投资者的权利，等同于将投资者的投资强制夺取或转移给国家，且该措施不能通过“警察权”理论正当化，故构成直接征收。⁸⁹“South American Silver 诉玻利维亚案”也涉及东道国通过法令撤销投资者当地子公司持有的采矿特许权，该案仲裁庭认为上述措施构成直接征收。⁹⁰

在本次调研中，约 21% 的受访企业表示曾遭遇涉嫌构成直接征收的东道国措施。其中，大多数企业遇到的情形是在当地拥有的不动产和/或动产的所有权被东道国政府剥夺，还有部分企业表示遭遇过特许权或许可证在有效期内被东道国提前取消或撤销、持有的当地企业的股份被东道国剥夺、当地公司被强行接管、清算等。上述东道国的措施均有可能构成直接征收。

⁸⁷ Sempra 诉阿根廷案（Sempra Energy International v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16）裁决第 280 段。

⁸⁸ Sempra 诉阿根廷案裁决第 281 段。

⁸⁹ Quiborax 诉玻利维亚案裁决第 200、228-234、227 段。仲裁庭在此援引了 Burlington 诉厄瓜多尔案（Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5）的裁决。

⁹⁰ South American Silver 诉玻利维亚案（South American Silver Limited v. Bolivia, PCA Case No. 2013-15）裁决第 551、619 段。

（二）间接征收

间接征收通常是指投资者对投资的权利和/或物理上的控制不受影响，但投资的价值被实质性剥夺。⁹¹即使东道国的措施不涉及权利的转移或者取得对投资的物理控制，甚至东道国未从中获得任何经济利益，其行为仍有可能构成“间接征收”。⁹²间接征收可能表现为东道国的税收措施⁹³、限制进出口的措施⁹⁴、调整货币和关税的措施⁹⁵、对环境和健康的管理措施⁹⁶、对许可证的管理措施⁹⁷、司法措施⁹⁸等。

中国晚近缔结的投资条约对间接征收作出了定义。例如《中国-日本-韩国投资协定》（2012）议定书第二条对间接征收的定义为：“第二种情形是间接征收，即缔约一方采取一项或一系列措施，未实施正式的所有权转移或直接没收，但效果等同于直接征收。”《中国-加拿大 BIT》（2012）第二部分第十条的附录将“间接征收”定义为：“间接征收源于缔约方采取的一项或一系列措施，该等措施与直接征收具备同等效力，但没有在形式上体现为转移所有权或直接没收。”而且，这些投资条约就判断某一措施是否构成“间接征收”应当考虑的因素作出了规定，例如：

<p>《中国-日本-韩国投资协定》 （2012）议定书第二条第二款</p>	<p>（二）关于缔约一方的一项或一系列措施在具体的事实情况下是否构成间接征收的认定，需以事实为依据进行个案调查，调查应考虑以下因素及其他因素：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 该措施或系列措施的经济影响，尽管仅凭该措施或系列措施对投资经济价值具有不良影响的事实本身并不能证明间接征收已经发生； 2. 该措施或系列措施对于投资的确合理预期的干扰程度；以及 3. 该措施或系列措施的特征和目的，包括该措施的手段是否与目的成比例。
---	---

⁹¹ 参见例如 Windstream Energy 诉加拿大案（Windstream Energy LLC v. Government of Canada, PCA Case No. 2013-22）裁决第 284 段。

⁹² Electrabel 诉匈牙利案（Electrabel S.A. v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/19）管辖权、适用法律和责任决定第 6.53 段；Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. 诉土库曼斯坦案（Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB/12/6）裁决第 810 段。

⁹³ 例如 Burlington 诉厄瓜多尔案；Manolium Processing 诉白俄罗斯案（OOO Manolium Processing v. The Republic of Belarus, PCA Case No. 2018-06）。

⁹⁴ 例如 Pope & Talbot 诉加拿大案；Grand River 诉美国案（Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et.al. v. United States of America）。

⁹⁵ 例如 Total 诉阿根廷案（Total S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/1）。

⁹⁶ 例如 Philip Morris 诉乌拉圭案（Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7）；Eco Oro 诉哥伦比亚案（Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia, ICSID Case No. ARB/16/41）。

⁹⁷ 例如 Crystallex 诉委内瑞拉案（Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB(AF)/11/2）；澳门世能公司诉老挝（一）案。

⁹⁸ 例如 SCB 诉坦桑尼亚案（Standard Chartered Bank (Hong Kong) Limited v. United Republic of Tanzania, ICSID Case No. ARB/15/41）；Manolium Processing 诉白俄罗斯案。

<p>《中国-加拿大 BIT》(2012) 第二部分第十条的附录第二段</p>	<p>判断缔约方一项或一系列措施是否构成间接征收, 需要在事实的基础上针对个案进行调查, 需要考虑的因素包括但不限于:</p> <p>(一) 该措施或该系列措施的经济影响, 虽然缔约一方的一项措施或一系列措施对投资的经济价值有负面影响这个单一事实并不表明间接征收已经发生;</p> <p>(二) 该措施或该系列措施在何种程度上干预了作出投资的明显、合理期待; 以及</p> <p>(三) 该措施或该系列措施的性质。</p>
<p>《中国-坦桑尼亚 BIT》(2013) 第六条第二款</p>	<p>在某一特定情形下确定缔约一方的一项或一系列措施是否构成第一款所指间接征收时, 应当以事实为依据, 进行逐案审查, 并考虑包括以下在内的各种因素:</p> <p>(一) 该措施或该一系列措施的经济影响, 但仅有缔约一方的一项或一系列措施对于投资的经济价值有负面影响这一事实不足以推断已经发生了间接征收;</p> <p>(二) 该措施或该一系列措施在范围或适用上对缔约另一方投资者及其投资的歧视程度;</p> <p>(三) 该措施或该一系列措施对缔约另一方投资者明显、合理的投资期待的干预程度, 这种投资期待是依据缔约一方对投资者作出的具体承诺产生的;</p> <p>(四) 该措施或该一系列措施的性质和目的, 是否为了公共利益和善意采取, 以及前述措施和征收目的之间是否成比例。</p>

虽然这些投资条约要求仲裁庭基于个案情况综合考虑多个因素以认定某个或某些措施是否构成间接征收, 但均将措施的“经济影响”规定为应当首要考虑的因素。在仲裁实践中, 尽管仲裁庭在认定“间接征收”时采用的标准并不完全统一, 但大多数仲裁庭均将“措施对投资者财产权利的实质或经济利益的影响”作为考虑的首要因素(有时甚至是唯一因素)。⁹⁹只有当东道国采取的措施构成对“合理期待的投资的经济利益”的“实质性剥夺”, 才可能构成“间接征收”。¹⁰⁰换言之, 东道国的措施导致投资价值的降低或减损, 并不必然构成间接征收。

此外, 不少投资条约明确规定, 东道国采取的“旨在保护公共健康、安全及环境等在内的正当公共福利的非歧视的管制措施”一般不构成间接征收, 但所采取的措施严重超过维护相应正当公共福利的必要限度的除外。¹⁰¹

在本次调研中, 约有 41% 的受访企业表示曾有相关遭遇。最常遭遇的情形为东道国对企业实施不合理的进出口限制和/或不合理的价格管制, 其次是东道国大幅提高所得税、流转税等税种的税率、对投资者处以不合理的高额罚款等。还有部分企业表示曾被东道国禁止向股东分配利润、被东道国冻结银行账户等。上述行为均有可能构成间接征收。

⁹⁹ 中山富诚诉尼日利亚案最终裁决第 131 段。

¹⁰⁰ Quiborax 诉玻利维亚案裁决第 238 段。

¹⁰¹ 例如, 《中国-坦桑尼亚 BIT》(2013) 第六条第三款, 《中国-加拿大 BIT》(2012) 第二部分第十条的附录第三段。

三、征收应满足的条件

投资争议中，如果仲裁庭判定存在征收（无论是直接征收还是间接征收），则需要进一步分析征收的合法性问题，即东道国征收投资者的投资是否符合投资条约所规定的条件。投资条约规定的征收应满足的条件通常包括：（1）为了公共目的/公共利益而实施；（2）在非歧视的基础上实施征收；（3）依照正当程序实施征收；以及（4）给予补偿。例如：

<p>《中国-阿联酋 BIT》（1993） 第六条第一款</p>	<p>一、缔约任何一国的投资者在缔约另一国领土内的投资不得被国有化、查封或没收、征收或采取与国有化或征收效果相同的措施。所有这些行为应被视为征收，除非征收是：</p> <p>（一）为了公共目的；</p> <p>（二）依照有关国内法；</p> <p>（三）非歧视性的；</p> <p>（四）给予合理、有效和非歧视的补偿。</p>
<p>《中国-柬埔寨 BIT》（1996） 第四条第一款</p>	<p>一、缔约任何一方不应对其缔约另一方的投资者在其领土内的投资采取征收、国有化或其他类似措施（以下称“征收”），除非符合下列条件：</p> <p>（一）为了公共利益；</p> <p>（二）依照国内法律程序；</p> <p>（三）非歧视性；</p> <p>（四）给予补偿。</p>
<p>《中国-日本-韩国投资协定》 （2012）第十一条第一款</p>	<p>一、任何缔约方均不得在其领土范围内对其他缔约方投资者的投资实施征收或国有化，或采取与征收或国有化等同的任何措施（下称“征收”），但遵循以下原则的除外：</p> <p>（一）为了公共目的；</p> <p>（二）在非歧视的基础上；</p> <p>（三）依照该缔约方的法律和国际标准的正当法律程序；以及</p> <p>（四）依据本条第二、三、四款提供补偿。</p>

不符合前三个条件之一的征收将构成非法征收，东道国应当对投资者给予赔偿（而非补偿）。对于第四个条件（即“给予补偿”）的性质，即不符合该条件是否导致征收非法，仲裁实践中有不同观点。“四要素”观点认为，仅凭没有给予补偿这一点就足以判定征收措施非法。¹⁰²“三要素”观点则认为，如果其他三个条件均已满足，投资者没有获得补偿本身并不会导致征收措施非法。¹⁰³例如“Tidewater 诉委内瑞拉案”仲裁庭认为：“一项仅缺少公平补偿的征收措施必须被考虑为一项暂时合法的征收措施，这正因为目前在审理该案的仲裁庭将就补偿作出决定和裁判。”¹⁰⁴

¹⁰² 例如 von Pezold and others 诉津巴布韦案（Bernhard von Pezold and others v. Republic of Zimbabwe, ICSID Case No. ARB/10/15）裁决第 491、497-498 段。

¹⁰³ 例如 Mobil and others 诉委内瑞拉案（Mobil Cerro Negro Holding, Ltd., Mobil Cerro Negro, Ltd., Mobil Corporation and others v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/07/27）裁决第 301 段。

¹⁰⁴ Tidewater 诉委内瑞拉案（Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A., et al. v. The

四、征收的补偿/赔偿标准

征收措施被认定为合法或非法的后果，主要体现在合法征收的补偿和非法征收的赔偿标准上。根据投资条约的规定，对于合法征收，一般应当按照实施征收或公开宣布征收（以二者中较早者为准）的前一刻的投资的公平市场价值进行补偿。此外，部分投资条约还规定对合法征收的补偿应当及时、充分和有效，例如：¹⁰⁵

<p>《中国-阿联酋 BIT》(1993) 第六条第三款、第四款</p>	<p>三、该补偿应按征收或国有化决定公布或为公众所知前一刻投资的市场价值为基础进行计算。如果市场价值不易确定，补偿应根据普遍承认的估价原则和公平的原则确定，尤其应把投入的资本、折旧、已汇出资本、更新价值及其他相关因素考虑在内。补偿应包括从征收之日起至支付之日按初始投资所用货币适用的通行利率计算的利息。投资者与东道国就补偿款额的确定不能达成协议，应提交仲裁。最终确定的补偿款额应以可自由兑换货币支付给投资者和允许汇回，并不得无故迟延。</p> <p>四、当缔约一国对在其领土内按其有效法律建立或特许的公司、商号或其他商业社团或商业团体的资产实行国有化或征收时，如缔约另一国投资者在其中拥有股份、股票、债券或其它权利或利益，则应保证其得到以可自由兑换货币支付的公平合理的补偿，并允许汇回。补偿应按国有化或征收决定公布或为公众所知前一刻公认的估价原则如市场价值为基础确定。补偿应包括自征收之日起至支付之日以初始投资所有货币适用的通行利率计算的利息。</p>
<p>《中国-柬埔寨 BIT》(1996) 第四条第二款</p>	<p>二、本条第一款（四）所述的补偿，应等于宣布征收前一刻被征收的投资财产的价值，应是可以兑换的和自由转移的。补偿的支付不应无故迟延。</p>
<p>《中国-日本-韩国投资协定》 (2012) 第十一条第二、三款</p>	<p>二、对被征收投资的补偿，应与被征收投资在公开宣布征收和实施征收中较早时间的公平市场价值相当。公平市场价值不应反映因公众事先知道征收所带来的市场价值的变化。</p> <p>三、补偿支付不得延误，且应根据实施征收到支付补偿的期间按照合理商业利率计算利息。补偿应可有效变现、自由转移，并可按照征收时的市场汇率自由兑换为相关投资者所属缔约方的货币以及可自由使用货币。</p>

公平市场价值是指，假如把该被征收的投资财产置于公开的流动市场上，由不受限制的卖方和买方进行交易所达成的成交价格。为确定公平市场价值，需要基于案涉投资的具体情况选择适当的估值方法。如果被征收的是单件财产（例如征收某一个地块），可以采用帐面价值法、重置价值法、实际投资法、可比价值法等估值方法。对于持续经营的企业（例如征收某个公司或者征收开采中的油田等），很多仲裁庭倾向于选择现金流量折现法。

Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/10/5) 裁决第 141 段。

¹⁰⁵ 强调均为后加。

对于非法征收，大多数仲裁庭认为，不应适用投资条约中征收条款关于补偿的规定，而应适用习惯国际法下关于国家应当就其不法行为造成的损失给予完全赔偿的规则。例如，投资者可以要求恢复原状，或者要求按照投资在仲裁裁决作出之日的公平市场价值给予金钱赔偿等。¹⁰⁶少数仲裁庭则认为，投资条约中关于征收补偿的条款同时适用于合法征收和非法征收，因此非法征收也应适用该条款规定的补偿标准。¹⁰⁷

¹⁰⁶ 例如 Magyar Farming and others 诉匈牙利案（Magyar Farming Company Ltd, Kintyre Kft and Inicia Zrt v. Hungary, ICSID Case No. ARB/17/27）裁决第 368-369 段。

¹⁰⁷ 例如 British Caribbean Bank 诉伯利兹案（British Caribbean Bank Ltd. v. The Government of Belize, PCA Case No. 2010-18）裁决第 260-262 段；Guaracachi 诉玻利维亚案（Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC v. The Plurinational State of Bolivia, PCA Case No. 2011-17）裁决第 613 段。

第二节 要求东道国给予公平和公正待遇

UNCTAD 统计显示，在 1959 年至 2016 年签订的投资条约中，95% 的投资条约均规定了公平和公正待遇（fair and equitable treatment）条款。¹⁰⁸ 公平和公正待遇条款也是投资者据以向东道国索赔的最常用条款之一，而且获得仲裁庭支持的比例较高。根据 UNCTAD 在 2012 年的一项统计，仲裁庭在 84 个进入实体阶段的案件中审理了申请人关于公平和公正待遇的主张，其中 45 个案件的相关主张得到了仲裁庭的支持。¹⁰⁹

一、投资条约的规定

关于公平和公正待遇，各国的缔约实践采取了不同模式，包括：（1）不规定公平和公正待遇，而将国民待遇等作为主要的待遇标准；（2）对公平和公正待遇不加限定；（3）将公平和公正待遇与（习惯）国际法下的外国人最低待遇标准相关联；（4）给公平和公正待遇规定实质内容，例如禁止拒绝司法，禁止武断、不合理或歧视性措施等。

中国缔结的投资条约基本上都规定有公平和公正待遇条款。其中大多数条约采取上述第 2 种模式，即不对公平和公正待遇做任何限定。举例如下：

《中国-阿联酋 BIT》（1993） 第二条第二款	二、缔约各国在任何时候都应保证给予缔约另一国投资者的投资和收益以公正和公平的待遇。投资者的投资在缔约另一国的领土内享有充分的保护和保障。
《中国-柬埔寨 BIT》（1996） 第三条第一款	一、缔约任何一方的投资者在缔约另一方的领土内的投资和与投资有关的活动应受到公正与公平的待遇和保护。
《中国-德国 BIT》（2003） 第三条第一款	一、缔约一方的投资者在缔约另一方的境内的投资应始终享受公平与公正的待遇。

晚近缔结的一些投资条约则将公平和公正待遇等同于习惯国际法下给予外国人的最低待遇标准，例如：¹¹⁰

《中国-墨西哥 BIT》（2008） 第五条第二款	一、任一缔约方应根据国际法给予缔约另一方投资者的投资包括公正和公平待遇以及完全的保护和安全的待遇。 二、本条规定将给予外国人的国际法最低待遇标准作为给予缔约另一方投资者投资的最低待遇标准。“公正和公平待遇”和“完全的保护和安全”这两个概念并不要求给予由国家实践和法律确信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。违反本协定的其他条款或其他国际协定的条款，不构成对本条的违反。
《中国-加拿大 BIT》（2012） 第四条第二款	一、任一缔约方应按照国际法，赋予涵盖投资公平和公正待遇并提供全面的保护和安全的待遇。 二、第一款“公平公正待遇”和“全面的保护和安全的”概念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。

¹⁰⁸ UNCTAD 网站：<https://investmentpolicy.unctad.org/pages/1031/mapping-of-iaa-clauses>。

¹⁰⁹ UNCTAD 关于公平和公正待遇的报告（2012）：https://unctad.org/system/files/official-document/unctaddiaia2011d5_en.pdf。

¹¹⁰ 强调均为后加。

<p>《中国-日本-韩国投资协定》 (2012) 第五条第一款</p>	<p>一、缔约一方应当对缔约另一方投资者的投资给予公平公正待遇和充分的保护及保障。“公平公正待遇”及“充分保护及保障”的概念不要求在依据公认的国际法规则给予的任何合理及适当标准的待遇之外或额外给予。对本协定其他条款或者对其他国际协定的违反并不必然导致对本条款的违反。</p>
---	---

还有少数投资条约对公平和公正待遇义务的具体内涵作出了规定，例如《中国-坦桑尼亚 BIT》(2013) 第五条第二款规定：“‘公正与公平待遇’是指缔约一方不得对缔约另一方投资者拒绝公正审理程序，或实行明显的歧视性或专断性措施。”¹¹¹

二、仲裁实践

据 UNCTAD 在 2012 年统计，投资者指控违反公平和公正待遇的东道国措施多达 6 大类、26 种，包括：¹¹²

1	与商业运营有关的措施	<ul style="list-style-type: none"> • 吊销或拒绝更新营业执照 • 拒绝颁发商业经营许可 • 由于新政府宣布相关商业活动不合法而关闭投资者商业机构 • 禁止特定化合物的边境运输 • 禁止生产及销售含特定成分的产品 • 强制审查并逐步淘汰农药产业
2	阻碍投资产业经济效益的要求	<ul style="list-style-type: none"> • 限制投资者产品出口数量 • 强制投资者使用本地原材料 • 环境敏感区附近采矿的土壤回填及土地等级分类 • 生产商配额数量变化 • 歧视性拒绝提供财政资助 • 取消免税待遇 • 违反投资合同拒绝报销增值税 • 更改货币平价制度 • 暂停公共事业公司调整公共设施税收
3	干涉合同权利的政府行为	<ul style="list-style-type: none"> • 单方面终止投资合同 • 拒绝更新投资合同 • 政府违反投资合同 • 就合同约定税率上存在异议
4	干涉所有权的政府行为	<ul style="list-style-type: none"> • 征收投资者资产 • 未能完成企业私有化进程
5	虐待投资者的政府行为	<ul style="list-style-type: none"> • 逮捕投资者雇员及家属，以身体强制或经济压力胁迫投资者签订不利协议 • 国家税收机构对投资活动及投资管理的持续干涉 • 不利于外国投资/投资者的政治声明
6	拒绝司法(司法不公)	<ul style="list-style-type: none"> • 东道国法院拒绝司法(审判不公) • 司法程序迟延及其他违反正当程序的行为

从案例来看，对于明确规定东道国按照“习惯国际法规定的最低待遇标准”提供公平和公正待遇的投资条约，仲裁倾向于采用较高的违反标准。以《北美自由贸易协定》(“NAFTA”)¹¹³相关案例为例，据 UNCTAD 在 2012 年的统计，仅有约 22% 的依据

¹¹¹ 《中国-乌兹别克斯坦 BIT》(2011) 第五条第二款也有类似规定：“‘公正与公平待遇’要求缔约一方不得对缔约另一方投资者粗暴地拒绝公正审理，或实行明显的歧视性或专断性措施。”

¹¹² UNCTAD 关于公平和公正待遇的报告 (2012)。

¹¹³ NAFTA 第 1105(1)条规定应当根据习惯国际法给予投资者的投资以公平和公正待遇。根据 NAFTA 委员

NAFTA 提起违反最低待遇标准的申请人的主张得到了支持（而依据其他 BIT 提起的公平和公正待遇主张获得仲裁庭支持的比例约为 62%）。例如，“Glamis 诉美国案”仲裁庭表示，只有“足够恶劣和令人震惊的”行为才违反最低待遇标准，这些行为可能表现为：粗暴拒绝司法，明显的武断性，公然的不公平，完全不符合正当程序，明显的歧视等。¹¹⁴

对于不加限定的公平和公正待遇条款，多数仲裁庭认为东道国在此类条款下的违反标准相对较低（如前所述，据 UNCTAD 在 2012 年的统计，依据非 NAFTA 投资条约提起的公平和公正待遇主张获得仲裁庭支持的比例约为 62%）。例如，“Mohamed 诉埃及案”所涉投资条约规定，东道国应当始终确保投资者的投资享受公平和公正待遇，被申请人主张该规定仅要求东道国符合最低待遇标准或不得拒绝司法。但仲裁庭驳回了被申请人的这一主张，认为涉案公平和公正待遇条款采用了更为宽泛的表述，通常被认为要求东道国保护投资者的合法期待、不得有恶意，以及要求东道国行为透明、一致、非歧视性，且不得基于不合理的区别对待或武断作出。¹¹⁵

从近年来的仲裁实践来看，常被仲裁庭认定违反公平和公正待遇的行为主要有以下几类：（1）使投资者的合理期待落空；（2）拒绝司法或违反正当程序；（3）决策过程具有明显的任意性；（4）歧视性措施等。

在本次调研中，约有 41% 的受访企业表示曾遭遇过东道国涉嫌违反公平和公正待遇的行为。其中，绝大多数受访企业表示，东道国政府取消税收优惠或补贴、宣布中标结果无效、修改法律、政策或标准等，导致企业开展投资时的合理期待落空；一些企业反馈，东道国政府针对企业的行政许可、行政执法明显不符合正当程序，或者东道国政府对其采取的措施具有明显歧视性或明显不符合比例原则（例如采取的处罚措施明显超出违法行为的严重程度）；还有部分企业称，东道国法院在审理与其有关的案件中存在明显的司法不公。对于东道国的上述行为，投资者可以依据投资条约进行索赔。

会 2001 年 7 月 31 日作出的说明，NAFTA 第 1105(1)条规定习惯国际法下外国人待遇的最低标准即是给予涵盖投资待遇的最低标准，该条不要求给予超出上述标准的额外待遇。

¹¹⁴ Glamis 诉美国案（Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America, UNCITRAL）裁决第 22 段。

¹¹⁵ Mohamed 诉埃及案（Mohamed Abdel Raouf Bahgat v. Egypt, PCA Case No. 2012-07）最终裁决第 245-247 段。仲裁庭此处讨论的公平和公正待遇条款原文如下：“Each Contracting State shall, subject to its laws and regulations, at all times ensure fair and equitable treatment of the investments of nationals and companies of third States”。

第三节 要求东道国给予国民待遇和最惠国待遇

与公平和公正待遇属于绝对待遇不同，国民待遇（national treatment）和最惠国待遇（most-favored national treatment）属于相对待遇。前者是指东道国在相同（或类似）情形下给予缔约另一方投资者和/或其投资的待遇不应低于其给予本国投资者和/或其投资的待遇，后者指的是东道国在相同（或类似）情形下给予缔约另一方投资者和/或其投资的待遇不得低于其给予第三国投资者和/或其投资的待遇。

一、投资条约的规定

不是所有的投资条约都同时要求东道国提供国民待遇和最惠国待遇，且不同投资条约的国民待遇和/或最惠国待遇条款的详略程度、适用范围也有所不同。兹举中国签订的几个投资条约为例子予以说明：

<p>《中国-阿联酋 BIT》（1993） 第三条（仅有最惠国待遇）</p>	<p>一、缔约各国在其领土内给予缔约另一国投资者的投资和收益的待遇，应不低于其给予任何第三国投资者的投资和收益的待遇。 二、缔约各国在其领土内应给予缔约另一国投资者有关投资的管理、维持、使用、享有、取得或处置或其他与此有关的活动方面的待遇不低于其给予任何第三国投资者的待遇。</p>
<p>《中国-柬埔寨 BIT》（1996） 第三条第一、第二款 （仅有最惠国待遇）</p>	<p>一、缔约任何一方的投资者在缔约另一方的领土内的投资和与投资有关的活动应受到公正与公平的待遇和保护。 二、本条第一款所述的待遇和保护不应低于其给予任何第三国投资者的投资及与投资有关的活动的相关待遇和保护。</p>
<p>《中国-德国 BIT》（2003） 第三条第二、三款</p>	<p>二、缔约一方应给予缔约另一方投资者在其境内的投资及与投资有关活动不低于其给予本国投资者的投资及与投资有关活动的待遇。 三、缔约一方给予缔约另一方投资者在其境内的投资及与投资有关活动的待遇，不应低于其给予任何第三国投资者的投资及与投资有关活动的待遇。</p>
<p>《中国-坦桑尼亚 BIT》 （2013） 第三条、第四条</p>	<p>第三条 国民待遇 一、在不损害缔约一方适用的法律法规的前提下，对在其领土内投资的运营、管理、维持、使用、享有、出售或处分，缔约一方确保给予缔约另一方的投资者及其投资的待遇应不低于其在相同情势下给予本国投资者及其投资的待遇。 二、在不对缔约另一方投资者的投资和活动产生重大影响的前提下，缔约一方可以依据其法律和法规，为实现发展和激励本地企业之目的给予其国民奖励和优惠。 第四条 最惠国待遇 一、缔约一方就投资的设立、并购、扩大、运营、管理、维持、使用、享有、出售或处置所赋予缔约另一方投资者及其在其领土内的投资的待遇不得低于在相同情势下给予第三国投资者及其投资的待遇。 二、第一款所指待遇不应解释为缔约一方有义务将由下列原因产生的待遇、优惠或特权获得的利益给予缔约另一方投资者： （一）建立自由贸易区、关税同盟、经济联盟、货币联盟或类似组织、机制的协定； （二）与税收有关的国际协定或者国际安排； （三）任何便利边境地区小额边境贸易的安排。 三、本条第一款不适用于本协定或其他缔约一方签署的类似国际协定中规定的争端解决条款。</p>

二、仲裁实践

国民待遇条款的解释和适用很大程度上依赖于该条款的具体措辞以及具体案件的事实。一般来讲，仲裁庭需要依次判断：（1）缔约另一方投资者与本国投资者是否处于相同或类似的情形，（2）东道国给予缔约另一方投资者的待遇是否至少等同于其给予本国投资者的待遇，以及（3）如果东道国给予缔约另一方投资者的待遇低于其给予本国投资者的待遇，该待遇差异是否有正当理由。¹¹⁶如果国民待遇条款对其适用的情形有明确限定，仲裁庭还需首先判断涉案措施是否落入国民待遇条款的适用范围。¹¹⁷此外，有的仲裁庭认为，申请人须证明东道国具有歧视的主观意图，方能证明东道国违反了国民待遇条款；¹¹⁸有的仲裁庭则认为，判断是否存在歧视的关键在于措施对投资的影响，东道国的主观意图并非决定性或核心的因素。¹¹⁹

仲裁庭判断是否违反最惠国待遇条款所考虑的因素与国民待遇争议类似，即在相同或类似情形下，东道国给予缔约另一方投资者的待遇是否低于其给予第三国投资者的待遇，以及该待遇差异（如有）是否有正当理由。¹²⁰需要注意的是，最惠国待遇条款允许投资者援引东道国与第三国签订的投资条约中更优惠的实体条款来处理其与东道国之间的争议，从而获得更有利的实体保护（例如引入公平和公正待遇条款、¹²¹引入充分保护和安全感条款¹²²等）；但最惠国待遇条款是否允许投资者据此寻求其他条约中更优惠的程序性待遇（例如利用最惠国待遇条款扩大仲裁同意的范围、取消或缩短“冷静期”等）则存在争议（详见后文第四章第二节“可以提交仲裁的争议范围”、第四节“仲裁与措施（‘冷静期’）、行政复议、法院诉讼的关系”）。为避免疑问，中国晚近签订的投资条约（例如《中国-坦桑尼亚BIT》（2013））进一步细化了最惠国待遇条款的适用范围，并明确将争端解决排除在外。

在本次调研中，有约 17% 的受访企业称，东道国政府给予本国或第三国企业的待遇未给予该公司，给企业造成严重损失。这些企业或可直接主张东道国违反了中国与其签订的

¹¹⁶ 参见 Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* (second edition) (OUP, 2012) 第 VII.8(b) 节。

¹¹⁷ 例如 UPS 诉加拿大案 (United Parcel Service of America, Inc. (UPS) v. Government of Canada) 实体裁决第 83 段(a)项。

¹¹⁸ 例如 Genin 诉爱沙尼亚案 (Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia, ICSID Case No. ARB/99/2) 裁决第 369 段。

¹¹⁹ 例如 Siemens 诉阿根廷案 (Siemens A.G. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/8) 裁决第 321 段。另见 Feldman 诉墨西哥案 (Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1) 裁决第 181 段；Bayindir 诉巴基斯坦案裁决第 390 段。

¹²⁰ 例如 Parkerings 诉立陶宛案 (Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania, ICSID Case No. ARB/05/8) 裁决第 366-375 段。

¹²¹ 例如 Hesham 诉印度尼西亚案 (Hesham T. M. Al Warraq v. Republic of Indonesia, UNCITRAL) 最终裁决第 551-555 段。

¹²² 例如 OAO Tatneft 诉乌克兰案 (OAO Tatneft v. Ukraine, PCA Case No. 2008-8) 关于管辖权的部分裁决第 249-250 段、实体裁决第 362-365 段。

投资条约中的国民待遇和/或最惠国待遇条款。除此之外，因东道国政府的其他措施而遭受损失的受访企业，也可以考虑依据最惠国待遇条款，引入东道国政府与第三国签订的投资条约中的实体条款以享受更高水平的保护。

第四节 要求东道国提供充分保护和安全的

一、投资条约的规定

中国签订的大多数投资条约均规定有“充分保护和安全的”¹²³（full protection and security）条款。例如，《中国-缅甸 BIT》（2001）第二条第二款规定：“缔约一方投资者在缔约另一方境内的投资，应享受持续的保护和安全的。”（强调为后加）

一些投资条约还对“充分保护和安全的”的内涵予以明确，例如：

《中国-加拿大 BIT》（2012） 第四条第二款	第一款“公平公正待遇”和“全面的保护和安全的”概念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。
《中国-日本-韩国投资协定》 （2012）第五条第一款	一、缔约一方应当对缔约另一方投资者的投资给予公平公正待遇和充分的保护及保障。“公平公正待遇”及“充分保护及保障”的概念不要求在依据公认的国际法规则给予的任何合理及适当标准的待遇之外或额外给予。对本协定其他条款或者对其他国际协定的违反并不必然导致对本条款的违反。
《中国-坦桑尼亚 BIT》（2013） 第五条第三款	三、“充分保护与保障”要求缔约方在履行确保投资保护与保障职责时，采取合理的必要的治安措施，但在任何情况下都不意味着缔约一方应当给予投资者比该缔约国国民更优的待遇。
《中国-刚果民 BIT》（2011） 第三条第一、三款	一、缔约一方应该确保给予缔约另一方的投资者及在其境内的投资以公正与公平待遇，提供充分保护与保障，但在任何情况下都不意味着缔约一方应当给予投资者比该缔约国国民更优的待遇。 [...] 三、“充分保护与保障”要求缔约方在履行确保投资保护与保障职责时，采取合理的必要的治安措施。

二、积极义务和消极义务

“充分保护和安全的”义务包括积极义务和消极义务。前者要求东道国根据具体情形采取合理必要的措施以保护投资者的投资不受第三方的侵害。¹²⁴该义务并不要求东道国在尽到勤勉义务之外采取其他保护措施，也不要求东道国对一切损害承担“严格责任”。¹²⁵例如，在“Pantechniki 诉阿尔巴尼亚案”中，东道国发生动乱，申请人承包的工地被抢劫者占领和洗劫。仲裁庭认为，不能因东道国没有对发生时间、规模等都难以预见的事件制定预案而认定该国承担责任，判断东道国是否履行了保护义务需结合其发展水平和拥有的资源。

¹²⁶在“Cengiz 诉利比亚案”中，仲裁庭认为，积极的警戒义务并不要求东道国确保财产永

¹²³ 有时被译为“充分保护和保障”。

¹²⁴ 例如 AAPL 诉斯里兰卡案（Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3）裁决第 53 段；Saluka 诉捷克案（Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL）部分裁决第 484 段。

¹²⁵ 例如 AAPL 诉斯里兰卡案裁决第 53 段；TECMED 诉墨西哥案（Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2）裁决第 177 段；Noble Ventures 诉罗马尼亚案（Noble Ventures, Inc. v. Romania, ICSID Case No. ARB/01/11）裁决第 164 段；Saluka 诉捷克案部分裁决第 484 段。

¹²⁶ Pantechniki 诉阿尔巴尼亚案裁决第 78-81 段。

远不会被占用或扰乱，而是采取合理的手段保护外国财产；在衡量措施的合理性时，必须考虑到国家的手段和资源以及该国的总体情况。¹²⁷

消极义务是指东道国及其机构不得直接实施损害投资的行为。例如，在“Wena Hotels 诉埃及案”中，埃及国有企业员工占领了酒店，仲裁庭认定埃及违反了“充分保护和安全”义务。

三、治安保护和法律保护

东道国的“充分保护和安全”义务首先是指东道国应当对投资提供必要的治安保护，以免其受到来自公权力或私人的物理侵害。例如，在“AAPL 诉斯里兰卡案”中，申请人主张斯里兰卡政府军在对泰米尔“猛虎”游击队采取军事行动过程中，摧毁了投资者持股的当地公司的虾养殖场，且造成当地公司的员工的伤亡。仲裁庭认为，斯里兰卡政府应当在发起军事行动前采取必要的预防措施，其不作为违反了其勤勉义务，未能避免人员伤亡和财产损失，应当承担国际法下的责任。¹²⁸

除治安保护以外，有些仲裁庭认为充分保护和安全义务还涵盖提供法律上的保护。例如，“CME 诉捷克案”仲裁庭表示，充分保护和安全义务要求东道国既不得通过修订法律，也不得通过行政机关的行为，来撤回或减损对投资者投资的安全和保护。¹²⁹“Azurix 诉阿根廷案”仲裁庭认为，“充分”（full）一词意味着东道国应给予的保护和安全不仅限于提供治安保护，还包括为投资者提供一个安全稳定的投资环境，故即使投资未遭受物理意义上的损害，也可能涉及东道国违反充分保护和安全义务的问题。¹³⁰“Biwater 诉坦桑尼亚案”仲裁庭也认为，充分保护和安全义务要求东道国提供物理上、商业上和法律上的安全环境。¹³¹不过，另一些仲裁庭认为，充分保护和安全义务不包括法律上的安全，例如“Suez 诉阿根廷案”仲裁庭就持这一立场。¹³²

在本次调研中，有约 13% 的受访企业称东道国未向其提供充分保护和安全，包括曾经遭受过专门针对该企业或针对中资企业的“打砸抢”或其他暴力行为，而东道国政府未能提供合理保护。经历上述遭遇的企业，海外投资项目分布在西欧、北美、拉美和加勒比、大洋洲、中亚和蒙古等多个地区。如果中国与相关国家签署的投资条约中含有充分保护和

¹²⁷ Cengiz 诉利比亚案（Cengiz İnşaat Sanayi ve Ticaret A.S v. Libya, ICC Case No. 21537/ZF/AYZ）裁决第 406 段。

¹²⁸ AAPL 诉斯里兰卡案裁决第 85 段。

¹²⁹ CME 诉捷克案（CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic）部分裁决第 613 段。

¹³⁰ Azurix 诉阿根廷案（Azurix Corp. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12）裁决第 406-408 段。

¹³¹ Biwater 诉坦桑尼亚案（Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22）裁决第 729 段。

¹³² Suez 诉阿根廷案（Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/17）责任决定第 167 段、第 173 段。

安全条款，则这些企业可以要求东道国承担违反充分保护和安全义务的责任。如前所述，在判断东道国是否违反该义务时，有些仲裁庭会考虑该国的发展水平、稳定性和政府拥有的资源等因素。因此，在政局动荡、安全形势恶化的国家投资的中国企业不能对东道国的治安保护抱有过高期待，应自行采取必要的安保措施或者购买相应的保险。

第五节 要求东道国在战乱时提供保护或赔偿

一、投资条约的规定

投资条约中的“战乱条款”要求东道国在发生战争、内乱等情况时为投资者和投资提供保护，并就因此造成的损失给予赔偿。该赔偿义务通常被规定为一种“相对待遇”，即东道国给予缔约一方投资者的待遇不应低于东道国给予本国/第三国投资者的待遇。例如：

《中国-柬埔寨 BIT》 (1996) 第五条	缔约一方的投资者在缔约另一方领土内的投资，如果由于战争、全国紧急状态、暴乱、骚乱或其他类似事件而遭受损失，若缔约另一方采取补偿等有关措施，其给予投资者的待遇不应低于给予任何第三国投资者的待遇。
《中国-德国 BIT》 (2003) 第五条	缔约一方的投资者在缔约另一方境内的投资，如果由于战争或其他武装冲突、革命、全国紧急状态、或叛乱而遭受损失，缔约另一方给予其在恢复原状、赔偿、补偿或其他有价值的补偿方面的待遇，不应低于其给予本国或任何第三国投资者的待遇。
《中国-加拿大 BIT》 (2012) 第十一条	缔约一方投资者的涵盖投资，如果由于战争、国家紧急状态、叛乱、暴乱或其他类似事件而遭受损失，在恢复原状、赔偿、补偿或其他解决措施方面，另一缔约方给予该缔约方投资者的待遇，不得低于相似条件下其给予本国投资者或第三国投资者的待遇。

有的投资条约不仅要求东道国就战乱损失赔偿提供“相对待遇”，还规定了一种“绝对待遇”，即东道国应就其军队或当局非因战斗行动或情势必需而征用或损毁投资或财产所导致的财产损失给予合理补偿。例如：

《中国-阿联酋 BIT》 (1993) 第五条	一、缔约一国的投资者在缔约另一国领土内的投资，因后者缔约一国领土内发生战争或其他武装冲突、革命、全国紧急状态、叛乱、骚乱或暴乱而受到损失，缔约另一国在采取恢复、赔偿、补偿或其他解决措施方面给予缔约一国投资者的待遇，不应低于其给予任何第三国投资者的待遇。 二、在不损害本条第一款的情况下，缔约一国的投资者在缔约另一国领土内遭受的损害或损失是由于： (一) 该国军队或当局征用其投资或财产； (二) 该国军队或当局非因战斗行动或情势必需毁坏了其投资或财产。 则在财产被征用期间或因财产被毁坏而导致的损害或损失，应得到合理和有效的补偿，并不得无故迟延。由此发生的款项应是可以自由转移的。
《中国-坦桑尼亚 BIT》 (2013) 第七条	一、缔约一方的投资者在缔约另一方领土内的投资，如果由于发生在缔约另一方领土内的武装冲突、紧急状态、骚乱或其他类似事件而遭受损失，在给予其恢复原状、赔偿、补偿或采取其他措施的待遇方面，该缔约另一方应给予前一缔约方的投资者和投资不低于相似条件下其给予本国国民或者第三国投资者的待遇中最优者。 二、缔约一方的投资者在缔约另一方领土内的投资，在本条第一款所述的任何情况下因缔约另一方的军队或当局非因战斗行动或情势必需而征用或损害其全部或部分财产所遭受损失，应给予恢复原状或合理补偿。

二、仲裁实践

对于提供“相对待遇”的战乱条款，国际仲裁庭判断东道国是否违反该条款的分析框架与前文所述有关国民待遇和最惠国待遇的分析框架类似。例如在“Cengiz 诉利比亚案”

中，涉案“战乱条款”要求东道国就投资者因战乱遭受的损害给予不低于本国或第三国投资者的待遇，申请人认为利比亚政府未给予其和其他投资者相同的赔偿待遇，而被申请人则反驳称其未给予任何投资者战乱损失赔偿。¹³³仲裁庭认为，认定被申请人违反涉案“战乱条款”需要遵循三个步骤：（1）识别参照对象，即找到和申请人处于相似情形、同样因战乱遭受损失的投资者；（2）申请人必须证明东道国给予其的待遇低于给予参照对象的待遇；（3）该待遇差异缺乏合理客观的正当理由。¹³⁴按照上述步骤进行分析后，仲裁庭认定申请人未能证明歧视性赔偿待遇的存在，因而不支持申请人依据“战乱条款”提出的仲裁请求。¹³⁵

一般而言，要求东道国提供“相对待遇”并不以造成损失的具体措施可归责于东道国为前提，申请人只需要证明其损失是由于战乱或类似事件导致即可。而要求东道国提供“绝对待遇”的条款，通常会要求申请人证明导致其投资遭受损失的具体措施可归责于东道国政府，有时还会要求申请人证明东道国的相关措施是非战斗行动或非情势必需而采取的措施。¹³⁶

此外，在一些案例中，被申请人提出“战乱条款”具有“特别法”性质，据此主张排除投资条约中的其他条款的适用。对此，有的仲裁庭认同“战乱条款”具有“特别法”性质，并以此为由排除适用充分保护和安全条款；¹³⁷有的仲裁庭则认为，在投资条约没有明确规定“战乱条款”排除适用其他条款的情况下，其他条款仍然适用。¹³⁸

在本次调研中，有约 19% 的受访企业反馈曾因东道国发生内乱或因东道国与第三国之间的武装冲突而遭受损失，且未获得合理赔偿。这些企业的投资项目主要分布在拉美和加勒比、中亚和蒙古以及西亚和中东地区。取决于适用的投资条约所含有的“战乱条款”以及相关事件的具体情形，这些企业或可要求东道国就其损失给予“相对”和/或“绝对”的赔偿。

¹³³ Cengiz 诉利比亚案裁决第 454-456 段。

¹³⁴ Cengiz 诉利比亚案裁决第 459 段。

¹³⁵ Cengiz 诉利比亚案裁决第 460-470 段。

¹³⁶ 例如 AAPL 诉斯里兰卡案裁决第 65 段。

¹³⁷ 例如 LESI 诉阿尔及利亚案（L.E.S.I. S.p.A. and ASTALDI S.p.A. v. République Algérienne Démocratique et Populaire, ICSID Case No. ARB/05/3）裁决（法语）第 177 段。

¹³⁸ 例如 Strabag SE 诉利比亚案（Strabag SE v. Libya, ICSID Case No. ARB(AF)/15/1）裁决第 224-228 段。

第六节 要求东道国履行对投资者的承诺

一、投资条约的规定

保护伞条款（umbrella clause）是指缔约国保证遵守其对另一缔约国投资者所作承诺的条款。该条款将东道国履行对投资者的承诺提升为东道国在投资条约下的义务，使得东道国违反承诺的行为构成对投资条约的违反，进而投资者有可能据此提出投资条约仲裁。

中国缔结的很多投资条约纳入了保护伞条款，例如：

《中国-伊朗 BIT》（2000） 第十条	缔约任何一方应保证遵守其就缔约另一方的投资者的投资所作的承诺。
《中国-圭亚那 BIT》（2003） 第十条第二款	缔约任何一方应恪守其与缔约另一方投资者就投资所作出的承诺。
《中国-瑞士 BIT》（2009） 第八条	缔约一方应当遵守其对缔约另一方投资者在其领土内的投资所做出的特别承诺。
《中国-坦桑尼亚 BIT》（2013） 第十四条第二款	缔约一方应信守以协议或合同形式与缔约另一方投资者就其投资所作出的书面承诺。
《中国-乌兹别克斯坦 BIT》（2011） 第十三条第二、三款	二、缔约任何一方应恪守其以协议、合约或合同形式与缔约另一方投资者就投资所作出的书面承诺。 三、尽管有第二款的规定，缔约一方违反在商事性质的合同下所承担的义务不应被视为违反本协定。

可以看出，不同投资条约中保护伞条款涵盖的“承诺”的范围存在很大差异。有的涵盖了东道国就投资所做的各种承诺，包括了东道国政府以单方声明、立法、口头形式作出的承诺以及普遍适用于所有投资者的承诺；有的则限定了承诺的范围，限定为对某个投资者的“特别承诺”，或者限定为于“以协议、合约或合同形式”（如第五章第三节所述的“国家合同”）作出的“书面承诺”。

二、仲裁实践

仲裁实践中，双方当事人往往对保护伞条款适用的主体范围、义务范围存在争议。

就主体范围而言，现实中向投资者作出承诺的主体除了东道国中央政府，还有可能是东道国的地方政府、公共机构、国有企业等。那么，保护伞条款是否适用于这些主体作出的承诺呢？对此，仲裁庭通常依据《国家国际不法行为责任条款草案》所编纂的习惯国际法规则加以判断。在“Hamester 诉加纳案”中，Hamester 公司最初是与加纳一家国企签订了合作协议，后加纳国企违反合作协议项下的义务，Hamester 公司随后以加纳政府为被申请人提起投资仲裁，主张加纳违反了 BIT 中的保护伞条款。仲裁庭认为，加纳国企依照加纳国内法而言本质上是一家纯商业性质的企业，且该国企在与 Hamester 公司签订合作协议时既不受加纳政府的强力介入、干预和操控，亦没有行使国家职能，据此驳回了 Hamester

公司的主张。¹³⁹一个相反的例子是“Kardassopoulos 诉格鲁吉亚案”。该案仲裁庭支持了投资者 Kardassopoulos 的请求，理由是：（1）格鲁吉亚国家政府深度介入格鲁吉亚国有企业 JVA 与 Kardassopoulos 签订投资合同的过程，导致 Kardassopoulos 产生合理信赖，即认为该投资合同同时约束 JVA 和格鲁吉亚政府；（2）根据格鲁吉亚的国内法，JVA 属于行使公权力的组织，格鲁吉亚政府积极介入投资合同签订，使得 Kardassopoulos 有理由相信产生格鲁吉亚政府是投资合同的实际相对方。¹⁴⁰

就保护伞条款的义务范围而言，实践中同样存在争议。仲裁庭对于保护伞条款是否涵盖所有合同义务这一问题持有不同观点。一部分仲裁庭认为，应当将主权性质的合同与商业性质的合同相区分，保护伞条款仅适用于前者；¹⁴¹另外一些案件的仲裁庭则持相反观点，认为无需做此区别对待。¹⁴²

此外，保护伞条款和合同争议解决条款的适用关系，在实践中同样存在争议。具体而言，东道国在与外国投资者签订投资合同时，通常情况下都会在投资合同中约定关于该投资合同所产生纠纷的争议解决条款。在合同约定的争议解决方式与投资条约中的争议解决方式不一致的情况下，如果东道国违反投资合同义务，那么外国投资者是否可以跳过合同中约定的管辖条款，直接以东道国违反保护伞条款为由提起投资仲裁呢？仲裁庭对此有不同观点。“BIVAC 诉巴拉圭案”的仲裁庭认为，合同中的争议解决条款导致案件不具有可受理性，并认为合同当事方不能仅选择性地将合同实体条款纳入保护伞条款的适用范围、却将合同争议解决条款刻意排除。¹⁴³与此相反，“Garanti Koza 诉土库曼斯坦案”的仲裁庭则认为，如果当事方仅主张另一方违反了合同义务，那么则应适用合同约定的争议解决条款，本仲裁庭无管辖权，但如果当事方主张另一方违反了条约义务（包括保护伞条款），则本仲裁庭对此有管辖权。¹⁴⁴

鉴于合同争议解决条款可能引发的投资仲裁管辖权不确定性，我们建议投资者可以争取在投资协议中纳入投资仲裁条款，以便在争议发生时，可以直接据此提起投资仲裁。

¹³⁹ Hamester 诉加纳案（GUSTAV F. W. Hamester GmbH and Co KG v. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/07/24）裁决第 342-350 段。

¹⁴⁰ Kardassopoulos 诉格鲁吉亚案（Ioannis Kardassopoulos v. The Republic of Georgia, ICSID Case No. ARB/05/18）裁决第 273-280 段。

¹⁴¹ CMS 诉阿根廷案（CMS v. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/08）裁决第 299 段；EDF 诉阿根廷案（EDF v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/23）裁决第 940 段。

¹⁴² Pan American 诉阿根廷案（Pan American v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/13 & ARB/04/8）初步反对裁定第 84-87 段；El Paso 诉阿根廷案（El Paso v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/15）裁决第 112-116 段；SGS 诉巴拉圭案（SGS v. Paraguay, ICSID Case No. ARB/07/29）管辖权裁定第 168 段。

¹⁴³ BIVAC 诉巴拉圭案（Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. v. Republic of Paraguay, ICSID Case No. ARB/07/9）管辖权裁定第 148 段。

¹⁴⁴ Garanti Koza 诉土库曼斯坦案（Garanti Koza v. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB/11/20）裁决第 244-247 段。

在本次调研中，56%的受访企业表示没有签订国家合同，44%的受访企业则表示通常会签订国家合同。表示通常会签订国家合同的企业中，全球总营收超过100亿元人民币的企业占52%，超过10亿元人民币的企业占71%；这些企业的海外投资主要集中在制造业、可再生能源、金融和基础设施四个领域。

第四章

如何对东道国提起投资仲裁

第一节 与东道国发生争议后的多种解决方式

除投资仲裁之外，投资者还可以利用其他方式解决与东道国政府之间的投资争议，包括协商、调解、当地救济（例如在东道国法院诉讼）、外交保护等。投资者应当根据争议的实际情况，综合采用多种争议解决方式。例如，就“尤科斯诉俄罗斯案”所涉争议，除了尤科斯公司的股东提起投资仲裁外，尤科斯公司在俄罗斯国内法院提起了诉讼，尤科斯公司的实际控制人霍多尔科夫斯基还在欧洲人权法院起诉。另一方面，部分投资条约约定某一种争端解决方式是启动另一种方式的前提（如提起仲裁之前必须先进行友好协商），或者选择某种救济方式意味着自愿放弃另外的救济方式（如岔路口条款和禁止回转条款）。投资者在选择争议解决方式时应予注意。

协商：大多数投资者在与东道国发生投资争议后首先想到的是通过协商解决争议，包括与采取争议措施的政府机关（例如作出征收决定的机关）协商，与该机关的上级机关协商，与东道国主管外商投资的机关协商等。协商解决的优势是有利于维护与东道国之间的关系，有利于投资者在东道国境内继续从事经营活动，而且能够节约双方的时间成本和金钱成本。协商的劣势在于，能否进入真诚的协商以及协商能否取得成果主要取决于双方的共同意愿，而且即使协商成功，其结果也不具有法律上的约束力，而依赖于当事人的自愿履行。值得注意的是，许多投资条约将“友好协商”作为启动国际仲裁的前置条件（具体内容见本章第四节）。为了避免给后续仲裁埋下隐患，投资者应注意遵守协商条款的具体要求，包括与谁协商、提出协商的函件需包含哪些内容、协商的期限等，并做好证据留存。另需说明的是，启动投资仲裁之后双方仍然可以协商。实践中有约 16% 的投资仲裁案件就是以和解结案，这在一定程度上说明提起投资仲裁可以给东道国施加压力，促成和解。

调解：经投资者和东道国政府双方同意，可以由中立的第三人（即调解员）协助双方当事人达成和解协议从而友好解决投资争议。相较于诉讼和仲裁，调解具有成本低、效率高以及维护争议双方既有良好关系的优势。但调解依赖于双方的配合，任一方当事人均有权不参加调解或者随时退出调解程序，调解员也不能向双方强加解决办法（这与仲裁庭作出的仲裁裁决对双方具有约束力不同）。《华盛顿公约》除仲裁外还规定了调解（conciliation），但 ICSID 实际受理的调解案件很少。¹⁴⁵目前，ICSID 和其他机构均在大力推广投资调解。中国企业可以关注。¹⁴⁶

¹⁴⁵ 截至 2023 年 4 月底，ICSID 登记的投资调解案件累计仅 13 件，而其登记的投资仲裁案件累计达 939 件。

¹⁴⁶ 2021 年 7 月，ICSID 发布《投资调解背景文件》（Background Paper on Investment Mediation）对适用于投资者-东道国争端的调解机制进行了说明：

https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Background_Paper_on_Investment_Mediation_Oct.2021.pdf

当地救济：投资者还可以通过东道国当地的行政、司法等途径解决投资争议。当地救济的一大优势是，如果投资者获得有利的复议决定、判决结果，可以较容易地在东道国得到执行。不过，投资者可能对东道国法院/复议机关的中立性存有疑虑。此外，国内法院/行政机关在处理案件时一般仅适用本国法律，而不考虑或者很少考虑国际条约或习惯国际法下的保护标准，这可能导致投资者无法获得充分保护。另需注意的是，部分投资条约将当地救济作为启动国际仲裁的先决条件，另有一些条约规定投资者只能在东道国法院诉讼和国际仲裁之间“二选一”（具体内容见本章第四节），因此投资者在东道国法院起诉之前应当将未来是否提起仲裁考虑在内。

外交保护：外交保护是指一国针对其国民（包括公民或法人）因另一国的国际不法行为而受到的侵害，以国家的名义采取外交行动或其他合法手段以解决争端。外交保护一般以有关国民已用尽当地救济为前提。在投资条约赋予私人投资者直接针对东道国提起国际仲裁的权利之前，投资者在很大程度上依赖于母国的外交保护，但母国需要综合考量国际关系等多方面因素来决定是否以国家的名义采取行动，投资者能否获得外交保护存在不确定性。根据我们的观察和经验，中国企业遭遇投资争端后，大多会向商务部、外交部和中国驻外大使馆反映情况、寻求帮助，相关部门一般也愿意给予帮助，但具体能提供何种形式的帮助和支持则因案而异。

投资仲裁：后文将对投资仲裁进行详细介绍。在此仅对调研过程中发现的有关企业对投资仲裁的误解予以澄清。在被问到哪些因素导致公司不愿意诉诸国际投资仲裁时，部分企业担心中国政府不支持甚至反对。这种担心是完全不必要的。商务部于2021年发布的《企业利用投资协定参考指南》有专章介绍“怎样利用投资协定中的投资者—东道国争端解决机制”。¹⁴⁷此外，有近半数企业担心国际仲裁耗时长、费用高。首先，耗时长、费用高的案件主要是“打完全程”的案件，不少案件在申请仲裁后达成了和解，耗时相对较短，费用相对较低。其次，投资仲裁案件的争议金额往往很高，有的达到数十亿美元甚至数百亿美元，对比来看投资仲裁的费用并不高。此外，投资者可以通过寻求第三方资助、风险代理、中外律所联合代理等方式控制费用（详见第五章第五节）。

¹⁴⁷ 《企业利用投资协定参考指南》参见商务部网站：
<http://asean.mofcom.gov.cn/article/jmxw/202107/20210703173127.shtml>。

第二节 可以提交仲裁的争议范围

第二章介绍了投资条约适用的时间、地域范围以及投资条约所保护的投资和投资者的范围。企业在提起投资仲裁前，应当聘请专业律师审查投资条约是否有效、投资条约是否涵盖企业开展经济活动的地域、企业是否属于投资条约定义的投资者、案涉经济活动是否属于投资条约定义的投资等。除此之外，并非所有争议均可以依据投资条约提起仲裁。企业还需要聘请专业律师审查投资条约允许（或者说东道国在投资条约中同意）投资者提起国际仲裁的争议的范围（“仲裁同意范围”）。

一、投资条约的规定

中国有关仲裁同意范围的缔约实践经历了三个阶段。早期的大多数投资条约（包括约 70 个 BIT）均仅允许将“与征收补偿款额有关的争议”提交仲裁，1990 年代末期开始签订的投资条约（包括约 35 个 BIT）允许将“有关投资的全部争议”、“任何有关投资的争议”提交仲裁，而晚近签订的投资条约则大多仅允许将因东道国违反投资条约的若干条款而引起的争议提交仲裁。这三种类型的仲裁同意条款分别举例如下：

<p>《中国-新加坡 BIT》(1985) 第十三条第三款</p>	<p>第六条关于由征收、国有化或其效果相当于征收、国有化的其他措施发生的补偿款额的争议，有关的国民或公司在诉诸本条第一款的程序后六个月内仍未能解决，可将争议提交由双方组成的国际仲裁庭。</p>
<p>《中国-瑞士 BIT》(2009) 第十一条第一、二款</p>	<p>一、为了解决缔约一方与缔约另一方投资者之间关于投资的争议，在不违反本协议第十二条（缔约双方间的争议）的前提下，争议双方应当进行磋商。 二、如果自书面请求磋商之日起 6 个月内上述磋商仍没有结果，投资者可以[……]将争议提交国际仲裁。</p>
<p>《中国-坦桑尼亚 BIT》 (2013) 第十三条第二款</p>	<p>对于缔约一方投资者主张缔约另一方违反本协定第二条至第九条，或者第十四条第二款项下的义务而产生的争议[……]投资者可选择将由于该违反行为而蒙受损失或损害的诉求提交： [……] (二) 依据 1965 年 3 月 18 日在华盛顿签署的《解决国家和他国国民之间投资争端公约》设立的“解决投资争端国际中心”，如果缔约双方均是《解决国家和他国国民之间投资争端公约》的成员； (三) 依据联合国国际贸易法委员会仲裁规则设立的专设仲裁庭； (四) 经争议双方同意的任何其他仲裁机构或专设仲裁庭。</p>

二、仲裁实践

（一）关于“与征收补偿款额有关的争议”

中国早期签订的大多数 BIT 仅允许将“与征收补偿款额有关的争议”提交国际仲裁。对于此类条款，仲裁庭通常认可投资者不能将与征收无关的争议提交仲裁，但能否将在征

收补偿款额之外的其他与征收有关的争议（例如征收是否存在、是否为了公共利益、是否依照法定程序等）提交仲裁，则有不同理解。

“澳门世能公司诉老挝（一）案”、“谢业深诉秘鲁案”和“北京城建诉也门案”的仲裁庭均采取了广义解释，认为“征收补偿款额有关的争议”不仅包括补偿款额争议，还包括与征收有关的其他争议。¹⁴⁸这些仲裁庭的核心观点是，如果其管辖权仅限于审理补偿款额争议，则有关征收本身的争议只能提交东道国法院，而根据涉案 BIT 的“岔路口条款”，投资者在将征收争议提交法院后，不得再将与征收补偿款额有关的争议提交国际仲裁。因此，若仲裁庭管辖权不包括征收是否发生的争议，则会在实际上导致该协定中的仲裁条款无效。仲裁庭因此决定对该条款采取广义的解释。

另一方面，“北京首钢等诉蒙古案”、“北京爱德威诉加纳案”、“新加坡亚化诉中国案”等仲裁庭则采取了狭义解释，认为基于条约解释规则，“与征收补偿额有关的争议”仅指东道国给予投资者的补偿金额是否符合投资条约规定的补偿标准，而不包括关于征收是否存在及其合法性的争议。¹⁴⁹

鉴于中国缔结的约 70 个 BIT 将仲裁同意范围限定为“与征收补偿款有关的争议”，而仲裁庭对如何解释该用语存在分歧，为避免未来仲裁案件结果的不确定性，中国企业可以考虑通过国籍筹划（详见第五章第二节“投资者国籍筹划”），选择适用仲裁同意范围更大的其他投资条约。

（二）关于“任何投资争议”

此类条款没有明确将可诉争端限定为因东道国违反投资条约而引起的争端。部分仲裁庭认为，基于此类条款，仲裁庭不仅对违反投资条约的主张有管辖权，对因投资合同产生的争议同样有管辖权。¹⁵⁰另有仲裁庭认为，即使基于此类条款，仲裁庭也仅对违反投资条约实体义务的主张有管辖权，对于有关违反合同的主张，仲裁庭无权管辖。¹⁵¹

¹⁴⁸ 参见澳门世能公司诉老挝（一）案管辖权裁定第 322-341 段；谢业深诉秘鲁案管辖权裁定第 151-188 段；北京城建诉也门案管辖权裁定第 48-109 段。

¹⁴⁹ 参见北京首钢等诉蒙古案裁决第 423-454 段；北京爱德威诉加纳案（Beijing Everyway Traffic and Lighting Company Limited v. Ghana, PCA 2021-15）管辖权裁定第 123-259 段；新加坡亚化诉中国案（AsiaPhos Limited and Norwest Chemicals Pte Ltd v. People's Republic of China, ICSID Case No. ADM/21/1）裁决第 55-187 段。

¹⁵⁰ 例如 Salini 诉摩洛哥案管辖权裁定第 61 段；Vivendi 诉阿根廷案（Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3）撤裁决定第 55 段。

¹⁵¹ 例如 SGS 诉巴基斯坦（SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13）管辖权裁定第 161 段。

（三）能否通过最惠国待遇条款扩大仲裁同意的范围

一些投资者主张通过最惠国待遇条款扩大仲裁同意的范围。具体而言，在案涉投资条约将可仲裁同意范围约定较窄的情况下，申请人主张通过援引案涉投资条约中的最惠国待遇条款，引入东道国与其他国家或地区签订的投资条约的争议解决条款，适用后一条款约定的仲裁同意范围。截至目前，绝大多数仲裁庭都不认可上述观点，认为最惠国待遇条款不能用来扩大仲裁同意的范围。¹⁵²仅在极个别案件中，仲裁庭支持了申请人的主张。¹⁵³

¹⁵² 例如 *Plama* 诉保加利亚案管辖权裁定第 227 段；新加坡亚化诉中国案裁决第 219 段。

¹⁵³ 例如 *UP and CD* 诉匈牙利案（*UP (formerly Le Chèque Déjeuner) and C.D Holding Internationale v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/13/35）管辖权裁定第 205 段。

第三节 提交仲裁的时效要求

中国签订的部分投资条约中，对提起国际仲裁的时效作出了规定。例如，《中国-韩国 BIT》（2007）第九条第七款规定：“尽管存在本条第三款的规定，如果从投资者首次知道或者应该知道其受到损失或损害之日起已经超过三年，则投资者不能根据本条第三款提起请求。”

在“韩国安城公司诉中国案”中，仲裁庭正是以仲裁时效届满为由，认定仲裁庭对该案不具有管辖权。具体而言，该案仲裁庭认为，仲裁时效自投资者首次知晓其遭受损失或损害的事实之日（而非确定损失或损害的金额之日）起算。根据安城公司在仲裁申请书中的相关表述（例如“2011年10月，安城公司别无选择，只能以远低于投资的价格将高尔夫球场转让给一个中国买家”等），仲裁庭认定安城公司在2011年10月之前已经知悉其遭受损失，因此时效“起算日”早于2011年10月。对于时效的“终止日”，仲裁庭认为应是提交《仲裁申请书》的日期（2014年10月7日（电子版）或8日（纸质版）），而非更早的投资者向东道国发出《仲裁意向通知书》之日，或更晚的ICSID秘书处立案登记之日。基于上述时间点，仲裁庭认定申请人提出仲裁请求时三年时效已经届满。¹⁵⁴

由此可见，在与东道国发生争议之后，投资者应当尽早评估投资仲裁可行性并作出决断，避免因犹豫不决错过仲裁时效而丧失胜诉机会。

¹⁵⁴ 参见韩国安城公司诉中国案（*Ansung Housing Co., Ltd. v. People's Republic of China*, ICSID Case No. ARB/14/25）裁决第105-144段。

第四节 仲裁与磋商（“冷静期”）、行政复议、法院诉讼的关系

一、磋商（“冷静期”）

中国签订的绝大多数投资条约要求投资者在提起仲裁前必须与东道国政府进行一段时间（通常为三个月或六个月）的磋商，该期限被称为“冷静期”。例如，《中国-意大利 BIT》（1985）议定书第四条规定：“若缔约一方和缔约另一方的国民或公司就征收补偿额的争议在提出要求解决之日起六个月内未得解决，应该国民或公司的请求，可以将争议提交[……]专设国际仲裁庭裁决。”

关于投资者在提起仲裁之前是否满足了“冷静期”要求，涉及以下几个问题：（1）投资者是否就“争议”向“缔约另一方”（例如是否必须向东道国的中央政府提出）提出了磋商要求（例如申请行政复议是否构成提出磋商要求），从而使“冷静期”开始计算，以及从提出磋商要求到提交仲裁申请书是否已经经过了“冷静期”？（2）如果“冷静期”要求未得到满足，仲裁庭是否对投资者提交仲裁的案件没有管辖权？（3）是否可以援引最惠国待遇条款来免除“冷静期”要求？

关于第（1）个问题，有的投资条约作出了明确规定。例如，《中国-日本-韩国投资协定》（2012）第十五条第二款明确约定了书面磋商请求应包含的内容以及磋商请求应递交的东道国主管部门。

关于第（2）个问题，多数仲裁庭认为，等待期仅仅是程序性和裁量性要求，而不是管辖权和强制性要求，不遵守该要求对仲裁庭的管辖权不产生决定性影响。¹⁵⁵但也有多个仲裁庭认为，等待期要求很重要，不遵守等待期将导致仲裁庭无管辖权，¹⁵⁶或者至少应中止仲裁程序以待等待期届满。¹⁵⁷面对不一致的仲裁裁决，有学者认为，关键问题可能是双方当事人是否存在达成和解的可能性。如果协商明显无效果，则不应该拒绝管辖而要求投资者进行徒劳的协商；如果存在达成和解的可能性，仲裁庭也不宜直接裁定无管辖权，而可以中止仲裁程序，给予双方协商的时间。¹⁵⁸另有学者认为，如果涉案投资条约对于协商解

¹⁵⁵ 例如 Ronald S. Lauder 诉捷克案（Ronald S. Lauder v Czech Republic, UNCITRAL）最终裁决第 187 段；Ethyl Corporation 诉加拿大案（Ethyl Corporation v. The Government of Canada, UNCITRAL）管辖权裁定第 85 段；例如 SGS 诉巴基斯坦案管辖权裁定第 184 段；Biwater Gauff 诉坦桑尼亚案裁决第 343-344 段；Occidental 诉厄瓜多尔案（Occidental Exploration and Production Co. v. Republic of Ecuador, LCIA Case no. UN 3467）管辖权裁定第 94 段。

¹⁵⁶ 例如 Burlington 诉厄瓜多尔案管辖权裁定第 312、315 段；Murphy 诉厄瓜多尔案（Murphy Exploration and Production Company International v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/4）管辖权裁定第 149 段。

¹⁵⁷ 例如 Western NIS 诉乌克兰案（Western NIS Enterprise Fund v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/04/2）2006 年 3 月 16 日令第 5 段。

¹⁵⁸ 参见 R Dolzer and C Schreuer, *Principles of International Investment Law* (2012), p. 270。

决作出了更为详细和具强制性的要求，则更可能影响管辖权。例如，有的 BIT 要求投资者须向东道国一方发出书面的磋商请求，并应说明争议的性质。¹⁵⁹

关于第（3）个问题，投资仲裁庭的裁决并不一致。多数仲裁庭认为，最惠国待遇条款适用于“冷静期”要求等程序性事项，即如果东道国与其他国家签订的投资条约中没有“冷静期”条款或者约定了更短的“冷静期”，则投资者可以援引最惠国待遇条款来免除“冷静期”要求或者适用更短的“冷静期”。¹⁶⁰

二、行政复议前置

中国签订的部分投资条约将行政复议约定为将争端提交国际投资仲裁的前置条件，只有在完成国内行政复议程序的情况下，才可将争端提交国际仲裁庭。

在有的投资条约中，是中国单方有此要求。例如，《中国-德国 BIT》（1983）议定书第六条规定：“关于在中华人民共和国的投资，德意志联邦共和国的投资者仅在下列情况下可以把争议提交仲裁：（一）投资者已经根据中国法律把争议提交行政复议程序，（二）投资者把争议提交复议程序三个月后，争议仍然存在[……]。”

在有的投资条约中，是缔约双方均有此要求。例如，根据《中国-缅甸 BIT》（2001）第九条第三款，将投资争议提交国际仲裁的“条件是争议提交上述仲裁程序之前，作为争议一方当事人的缔约方可以要求有关投资者用尽该缔约方的法律和法规所规定的国内行政复议程序”。

三、诉讼前置

有些国家签订的投资条约规定，投资者应当先将争议提交东道国国内法院，只有在一段时期届满后（通常为 18 个月）仍未解决的情况下，方可诉诸国际仲裁。¹⁶¹一些仲裁庭认为，投资者可以通过最惠国机制绕开前置的诉讼要求；¹⁶²另有部分仲裁庭则持相反的观点。¹⁶³中国缔结的投资条约基本上没有这种诉讼前置要求。

四、岔路口条款

中国签订的很多投资条约规定了“岔路口条款”，即投资者可以在东道国法院诉讼和国际投资仲裁中选择其一解决投资争端，且该种选择具有终局性。换言之，如果投资者选

¹⁵⁹ 参见 Norah Gallagher and Wenhua Shan, *Chinese Investment Treaties: Policies and Practices*, Oxford University Press (2009), p. 367.

¹⁶⁰ 例如 Maffezini 诉西班牙（Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7）管辖权裁定第 54-64 段。

¹⁶¹ 例如《英国-阿根廷 BIT》（1990）第八条第二款，《德国-阿根廷 BIT》（1991）第十条第二款。

¹⁶² 例如 Maffezini 诉西班牙管辖权裁定第 54-64 段；Siemens 诉阿根廷案管辖权裁定第 32-110 段。

¹⁶³ 例如，Wintershall 诉阿根廷案（Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentina, ICSID Case No. ARB/04/14）裁决第 197 段。

择在国内法院提起诉讼，则不得再将相同争议提交国际仲裁。例如，《中国-土耳其 BIT》（2015）第九条第三款规定：“如投资者将争议提交本条第二款所述争议解决程序之一，则该选择是终局的。”¹⁶⁴

实践中，大多数仲裁庭采用严格的“三重同一性”标准，仅在当事人相同、诉讼标的相同、法律依据相同的情况下适用岔路口条款否定管辖权。¹⁶⁵因此，仲裁庭基于“岔路口条款”认定缺乏管辖权的案例很少。

五、禁止回转（No-U-Turn）条款

根据禁止回转条款，投资者诉诸国际仲裁的前提条件之一是放弃在东道国国内法院、行政法庭或其他争端解决机制中针对东道国政府的同一措施提起或继续诉讼。中国晚近订立的不少投资条约采用了此类条款。例如《中国-芬兰 BIT》（2004）第九条第三款规定：“已将争议提交本条第二款（一）所述国内法院的投资者仍可诉诸本条第二款（二）和第二款（三）提及的任一仲裁庭仲裁，条件是该投资者在提交的争议判决作出前已经从国内法院撤回案件。”

仲裁庭通常认为，申请人应当在形式上和实质上均放弃东道国国内平行程序，方可满足禁止回转条款的要求。¹⁶⁶

¹⁶⁴ 《中国-土耳其 BIT》（2015）第九条第二款：“对于缔约一方的投资者主张缔约另一方违反第二条至第八条的义务而产生的争议[...]投资者可选择将该争议提交：（一）投资所在缔约一方有管辖权的法院；（二）依据《解决国家和他国国民之间投资争端公约》设立的‘解决投资争端国际中心’；（三）依据联合国国际法委员会仲裁规则设立的专设仲裁庭。”

¹⁶⁵ 例如 *Pey Casado and Allende Foundation* 诉智利案（*Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/98/2）裁决第 486 段。

¹⁶⁶ 例如 *Ethyl Corporation* 诉加拿大案管辖权裁定第 58 段。

第五节 仲裁机构和仲裁规则

一、主要仲裁机构和制裁规则

在投资仲裁领域，最主要的仲裁机构是 ICSID 和常设仲裁法院（“PCA”）。除此之外，一些主要处理商事仲裁案件的机构，如国际商会仲裁院（“ICC”）、英国伦敦国际仲裁院（“LCIA”）、斯德哥尔摩商会仲裁院（“SCC”）、新加坡国际仲裁中心（“SIAC”）等，也受理或管理国际投资仲裁案件。2019年，北京仲裁委员会/北京国际仲裁中心（“北仲”）颁布实施《北京仲裁委员会/北京国际仲裁中心国际投资仲裁规则》，开始受理或管理投资仲裁案件。

（一）ICSID¹⁶⁷及相关规则

ICSID 是依据 1966 年 10 月生效的《华盛顿公约》设立的政府间国际组织，是世界上第一个专门解决国际投资争议的仲裁机构。目前，《华盛顿公约》有 158 个缔约国（另有 7 个签字国）。中国于 1993 年成为公约的缔约国，中国此后签订的投资条约基本上都同意投资者将投资争议交由 ICSID 仲裁。需要注意的是，在中国企业投资较多的国家中，巴西、印度、南非和墨西哥尚未加入《华盛顿公约》，而玻利维亚、厄瓜多尔和委内瑞拉则先后退出了《华盛顿公约》。

ICSID 受理和管理的仲裁案件分为以下几类：（1）投资者母国和东道国均为《华盛顿公约》缔约国的情况下，投资者依据《华盛顿公约》和《ICSID 仲裁规则》（最新版本为 2022 版）针对东道国提起的仲裁案件，这被称为 ICSID 仲裁案件；（2）投资者母国和东道国中一方或双方不是《华盛顿公约》缔约国的情况下，投资者依据《ICSID 附加便利规则》（最新版本为 2022 版）针对东道国提起的仲裁案件；（3）投资者依据贸法会规则或其他仲裁规则提起的临时仲裁案件，指定 ICSID 担任案件管理机构。

对于 ICSID 仲裁案件，《华盛顿公约》在仲裁程序、裁决的做出和裁决的审查上设立了一种“完整的、排他的、封闭的与成员国国内法绝缘的管辖制度”，¹⁶⁸缔约国国内法院无权干涉 ICSID 仲裁程序，也无权审查或撤销 ICSID 裁决，¹⁶⁹并且应将 ICSID 仲裁裁决视同

¹⁶⁷ ICSID 网站：<https://icsid.worldbank.org/>。

¹⁶⁸ 参见 A.Broches, “Awards rendered pursuant to the ICSID Convention Binding Force, Finality, Recognition, Enforcement, Execution”, 2 ICSID Review-Foreign Investment Law Journal (1987), pp.287-288.

¹⁶⁹ 《华盛顿公约》第四十九至第五十二条。

为本国法院的生效判决予以承认和执行。¹⁷⁰当事人不服 ICSID 仲裁裁决的，只能向 ICSID 提出撤裁申请，由 ICSID 设立的专设撤裁委员会审理。¹⁷¹

对于 ICSID 管理的其他仲裁案件，仲裁程序的监督以及撤裁等将由仲裁地法院管辖，仲裁裁决的承认和执行则适用《纽约公约》。

截至 2023 年 4 月，ICSID 受理和管理的仲裁案件累计达 952 件。¹⁷²

（二）PCA¹⁷³

PCA 位于荷兰海牙，于 1899 年设立。虽然其名称中有“法院”一词，但其性质并非法院，而是为调解、仲裁等各类争议解决提供管理和协助服务。除私主体-国家之间的投资仲裁之外，PCA 还为政府间、国际组织间、私主体间的各类国际公法和私法争端提供服务。

PCA 的秘书处（即国际事务局）负责登记案件、为仲裁庭提供法律支持、处理文件、在当事方之间进行沟通以及组织听证会等工作。此外，在 UNCITRAL 仲裁¹⁷⁴中，PCA 秘书长通常担任指定机构（appointing authority）、负责直接指定仲裁员或者指定其他机构来指定仲裁员，并可对仲裁员的回避申请作出裁决。

（三）贸法会规则¹⁷⁵

《贸易法委员会仲裁规则》（“贸法会规则”）是联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）起草的一套程序规则，最初于 1976 年通过，后在 2010 年修订，此后另有：（1）纳入《贸易法委员会投资人与国家间基于条约仲裁透明度规则》的 2013 年版，及（2）纳入《贸易法委员会快速仲裁规则》的 2021 年版。

贸法会规则提供了一套全面的仲裁程序规则，可适用于私主体之间的商事争议、国家间争议以及投资者-东道国争议。贸法会规则本身不设立任何仲裁机构，适用该规则的仲裁为专设/临时（ad hoc）仲裁，当事人可以选择 ICSID、PCA 或其他机构提供案件管理服务。

（四）北仲及其投资仲裁规则¹⁷⁶

北仲在 2019 年发布《北京仲裁委员会/北京国际仲裁中心国际投资仲裁规则》（“《北仲规则》”），并于 2021 年发布了《北京仲裁委员会/北京国际仲裁中心国际投资争端仲裁员行

¹⁷⁰ 《华盛顿公约》第五十四条。

¹⁷¹ 《华盛顿公约》第五十二条。

¹⁷² 参见 https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/The_ICSID_Caseload_Statistics_2022-2_ENG.pdf。

¹⁷³ PCA 网站：<https://pca-cpa.org/cn/about/introduction/>。

¹⁷⁴ 即依据《贸易法委员会仲裁规则》进行的仲裁。

¹⁷⁵ 贸法会规则网站：<https://uncitral.un.org/zh/texts/arbitration/contractualtexts/arbitration>。

¹⁷⁶ 北仲网站：<http://www.bjac.org.cn/page/tz/guifan.html>。

为守则》和《北京仲裁委员会/北京国际仲裁中心国际投资争端仲裁员名册》，¹⁷⁷为开展投资仲裁业务奠定了基础。

《北仲规则》包括正文和六个附录。正文共六章、54条。六个附录分别是收费表、建议时间表、快速程序、紧急仲裁员程序、上诉程序规则及适用《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》程序指引。《北仲规则》在多个方面具有特色并有所创新：一是兼容机构仲裁和临时仲裁；二是引入了选择性上诉等纠错机制，增强裁决的正确性和一致性；三是通过引入快速程序等提高仲裁效率，合理确定机构费用和仲裁员报酬以降低当事人的仲裁成本；四是适当增强投资仲裁的透明度；五是对仲裁员的资质和行为准则提出了更高要求；六是对于第三方资助等其他问题专门做出了规定，以回应国际社会的关切。

上诉机制（第四十六条和附录5）是《北仲规则》最为突出的创新亮点。该上诉机制的核心在于任择性和限定性。首先，上诉程序并非强制，只有在各方当事人均同意的情况下方可提起。其次，上诉事由仅可基于法律适用或解释错误、明显且严重的事实认定错误或缺乏管辖权而提起，既可发挥纠错作用，又防止被当事人滥用。上诉机制不影响可适用的裁决撤销机制。

二、正确选择仲裁机构和仲裁规则

多数投资条约既允许投资者选择将投资争端依据《华盛顿公约》提交ICSID仲裁，也允许投资者依据贸法会仲裁规则提交专设仲裁庭仲裁。在此类条约下，投资者应结合个案需要，选择最有利的仲裁规则和仲裁机构。例如，ICSID仲裁的重要优势在于仲裁程序不受国内法院干涉、裁决结果不能被国内法院撤销，且可在缔约国自动承认和执行。

中国加入《华盛顿公约》之前缔结的投资条约未约定ICSID仲裁，投资者一般只能提起临时仲裁。实践中，曾发生将本应为临时仲裁的案件提起ICSID仲裁的案例，随后不得不予以纠正。在“吴振顺诉中国案”中，案涉《中国-新加坡BIT》（1985）第十三条约定的是临时仲裁，但投资者最初依据《华盛顿公约》提起仲裁，获得ICSID受理，且完成了组庭。立案近一年后，ICSID仲裁程序终止，¹⁷⁸案件作为临时仲裁移交PCA管理。¹⁷⁹

¹⁷⁷ 参见 <https://www.bjac.org.cn/page/tz/shouze.html>；<https://www.bjac.org.cn/page/tz/mingce.html>。

¹⁷⁸ 参见 ICSID 网站：<https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/20/34>。

¹⁷⁹ 参见 PCA 网站：<https://pca-cpa.org/en/cases/269/>。

第六节 从提交仲裁申请到仲裁裁决的执行

本节将主要以 ICSID 仲裁为例，介绍投资仲裁从提交仲裁申请到执行仲裁裁决的整个程序。必要时也介绍其他投资仲裁程序。

一、仲裁申请

拟提起投资仲裁的投资者，应当以书面方式提交仲裁申请。就 ICSID 仲裁而言，投资者应当将申请书提交 ICSID 秘书长，申请应以 ICSID 任一种官方语言（英语、法语、西班牙语）撰写，申请应包含争议的基本事实、当事双方的信息、仲裁同意的依据等。投资者还应缴纳立案费。ICSID 秘书长在进行形式审查后，将对案件予以登记（除非该争议明显不属于 ICSID 的管辖范围）。¹⁸⁰

二、组庭

仲裁庭通常由双方同意的三名仲裁员组成（独任仲裁员的情况很少见），当事双方各自指定一名仲裁员（边裁），第三名（首席仲裁员）由双方当事人协商指定。根据当事方合意，首席仲裁员也可由两名边裁协商指定。¹⁸¹

对于 ICSID 仲裁，为了防止因当事方（特别是被诉东道国）拒不指定仲裁员而导致程序拖延，如果当事双方在秘书长发出立案通知后 90 日内未能协商一致完成组庭，ICSID 行政理事会主席将任命尚未指定的仲裁员。¹⁸²当事人可以在 ICSID 仲裁员名册内指定仲裁员，也可以在名册外指定，但 ICSID 行政理事会主席只能在名册内任命仲裁员。

当事人均可基于“明显缺乏独立性和公正性”提出申请，要求仲裁员回避。¹⁸³是否回避的决定将由未被质疑的两名仲裁员作出，如果二人不能达成一致意见，ICSID 行政理事会主席将作出决定（要求独任仲裁员回避或者要求两名及以上仲裁员回避时，同样由 ICSID 行政理事会主席作出决定）。¹⁸⁴在 2013 年“Blue Bank 诉委内瑞拉案”之后，ICSID 案件一般采用“以第三方对证据的合理评估为基础的客观标准”作为当事方的证明标准。该标准不要求质疑方证明存在切实的不独立或不公正，仅须证明有足以确定存在不独立或

¹⁸⁰ 《华盛顿公约》第三十六条。

¹⁸¹ 《华盛顿公约》第三十七条。

¹⁸² 《华盛顿公约》第三十八条。

¹⁸³ 《华盛顿公约》第十四、五十七条。

¹⁸⁴ 《华盛顿公约》第五十八条。

不公正的表象（appearance）。¹⁸⁵在非 ICSID 案件中，普遍适用“正当怀疑”标准（“justifiable doubts” standard），¹⁸⁶与上述 ICSID 标准实质内含基本一致。

三、临时措施

在必要的情况下，投资者（或东道国）可申请仲裁庭采取临时措施，以保护其权利，保证审理程序顺利进行。投资仲裁中常见的临时措施包括证据保全、要求东道国停止对投资者的刑事调查、中止平行程序、提供费用担保等。《ICSID 仲裁规则》第四十七条第一款规定，在程序中的任何时间，一方当事人可请求仲裁庭建议保全其权利的临时措施。虽然此处用词为“建议”（recommend），但实践中仲裁庭通常认为其所采取的临时措施具有约束力。¹⁸⁷

仲裁庭对于是否采取临时措施享有较大的自由裁量权，考虑的要素通常包括：（1）如果当事方在仲裁庭作出管辖权决定之前提出临时措施请求，那么仲裁庭需要就其是否享有管辖权作出初步判断，采取临时措施应以仲裁庭具有表面上的管辖权为前提；（2）申请人提交的案件具有胜诉的合理可能性；（3）紧迫性，即临时措施具有紧迫的需要；（4）必要性，即如果仲裁庭没有作出临时措施的决定，申请人可能遭受金钱无法补偿的损害；（5）比例原则，即仲裁庭不仅需要考虑到不采取临时措施可能给申请人造成的损害，同意需要考虑采取临时措施可能对被申请人造成的不利影响；（6）可获得性，即临时措施希望实现的效果能够实现，例如考虑到投资仲裁的一方是主权国家，涉及限制主权利力的救济手段可能无法被实际履行。

四、案件管理会议和程序令

在组庭完成后，仲裁庭一般会与双方当事人举行第一次案件管理会议（在 ICSID 仲裁中被称为“第一次会议”）。该会议的主要目的是讨论第一号程序令，明确仲裁地、仲裁语言、书面陈述的数量和次序、书证和证人、开庭地点等事项。有些第一次会议还具有开庭的性质，以审理当事人提出的临时措施申请、早期驳回申请等。在案件审理过程中，仲裁庭根据需要可以再次召开案件管理会议，并作出新的程序令。

五、书面陈述和开庭

仲裁程序包括书面程序和口头程序（即开庭）。

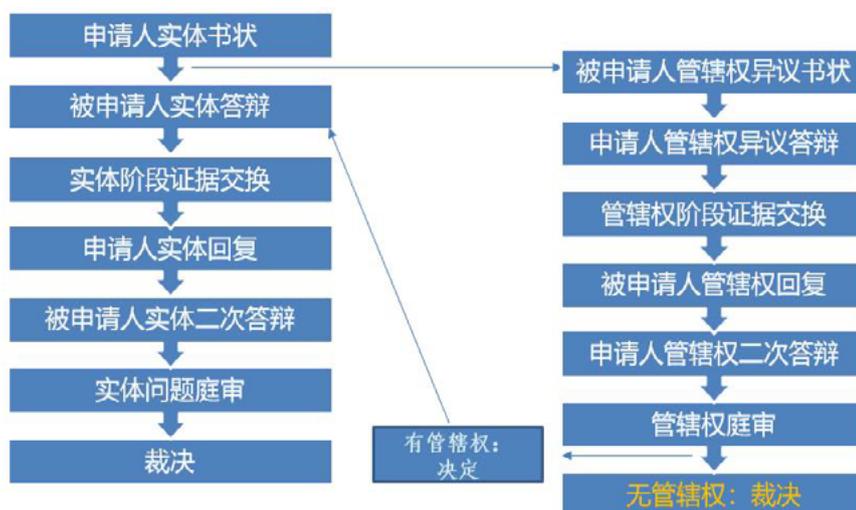
¹⁸⁵ Blue Bank 诉委内瑞拉案（Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB 12/20）关于当事方申请要求多数仲裁员回避的决定。

¹⁸⁶ 《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》第十二条及相关机构规则规定，若存在可能对独立性或公正性产生有正当理由怀疑的情况，即可要求仲裁员回避。

¹⁸⁷ 参见 Maffezini 诉西班牙管辖权裁定第 9 段。

书面程序，通常是申请人一方先提交实体书状（*memorial*），被申请人提交答辩状（*counter-memorial*），随后是申请人提交回复（*reply*）和被申请人提交第二次答辩（*rejoinder*）。如果被申请人对管辖权有异议且希望仲裁庭对此先予审理，一般在申请人提交实体书状之后不提交答辩状，而是提交管辖权异议书状和分步审理申请。仲裁庭可能决定分步审理，也可能决定与实体问题合并审理。如果决定分步审理，则申请人将提交管辖权异议答辩状，随后被申请人和申请人分别提交管辖权异议回复和管辖权异议第二次答辩状，然后就管辖权异议举行开庭。如果仲裁庭认为其不具有管辖权，则案件到此结束；如果仲裁庭认为其对全部或部分请求拥有管辖权，则继续推进至实体阶段。

以下是分步审理的相关步骤示意图：



当事双方提交的书状、答辩状等书面陈诉材料应包括对事实的陈述、对法律问题的说明以及当事方寻求的救济，通常附有事实证据（*exhibits*）和法律依据（*legal authorities*）。此外，当事方还可以提交证人证言和专家意见（例如国内法专家、估值专家、技术专家等）对相关问题进行说明。

证据交换又称文件披露（*document production*），是指一方当事人应另一方当事人的请求，主动或根据仲裁庭的命令，向对方披露本方所占有、保管或控制的文件材料。这一环节通常安排在第一轮书面陈述和第二轮书面陈述之间。证据开示通常使用“雷德芬表格”，其过程为：（1）每一方向另一方提出文件披露请求，并说明所请求披露的文件与案件的关联性和重要性；（2）被请求方对披露请求的答复，例如同意开示部分文件，但不同意开示其他文件并说明理由；（3）请求方予以回应，例如坚持原来的披露请求；（4）仲裁庭对双方存在分歧的披露请求作出决定；（5）被请求方按照仲裁庭的决定披露文件。

开庭主要包括开场陈述、盘问事实证人和专家证人以及结案陈词等环节。在开庭之前，仲裁庭一般会召开庭前会议，对开庭的程序事宜作出安排，双方当事人应当按照仲裁庭的安排提交庭审卷宗（包含案件书状、证人证言、专家报告、事实证据和法律依据、仲裁庭的决定和程序令等材料）、大事年表、待审问题清单、关键人物表等。开庭结束后，是否需要提交庭后陈述（post-hearing brief）由仲裁庭根据案件审理需要作出决定。此外，双方当事人应按照仲裁庭的指示提交案件费用说明（statement of costs）或者费用陈述（submissions of costs）。

在上述任一环节，当事双方均可达成和解而终止案件。双方可以请求仲裁庭作出裁决以记录双方签订的和解协议的内容（这种裁决被称为“和解裁决”），也可以由一方要求终止程序，仲裁庭在另一方无反对意见的情况下终止程序。此外，《ICSID 仲裁规则》规定，如果双方连续 150 天均不推进程序，仲裁庭应通知双方以作提示；在收到仲裁庭通知后的 30 天内双方仍未推进程序的，则仲裁程序终止。¹⁸⁸

六、仲裁裁决

当事双方的书面陈述和口头陈述结束后，仲裁庭将进行合议。合议以保密的方式进行，合议结束后仲裁庭作出裁决。裁决应当按照仲裁庭一致意见或多数意见作出，由赞成此裁决的成员签署。对裁决持不同意见的仲裁员可要求在裁决后附上其不同意见。¹⁸⁹仲裁裁决具有终局性且对当事双方具有约束力。

《ICSID 仲裁规则》（2022 年版）对裁决作出的期限作出了规定。根据第五十八条，对“早期驳回申请”的裁决应当在当事人提交最后一次陈述后 60 日内作出；对于分步审理的初步异议的裁决应当在当事人提交最后一次陈述后 180 天内作出；其他裁决应当在当事人提交最后一次陈述后 240 天内作出。根据第八十一条的规定，在快速仲裁程序中，裁决应当在开庭后 120 天内作出。

七、撤销裁决

针对 ICISD 仲裁裁决的撤销申请仅能由 ICSID 成立的专设委员会（ad hoc committee）审理。当事方应当在仲裁裁决作出后 120 日内向 ICSID 秘书长提出撤裁申请。秘书长对撤裁申请予以登记后，将由 ICSID 行政理事会主席在仲裁员名册中选择 3 人组成专设委员会。专设委员会的成员不得由审理该案的仲裁员担任，也不得与申请人为相同国籍或为被申请人国民。专门委员会仅能依据以下事由撤销决定或裁决：（1）仲裁庭的组成不当；（2）仲

¹⁸⁸ 《ICSID 仲裁规则》第五十七条。

¹⁸⁹ 《华盛顿公约》第四十八条。

裁庭显然超越其权限范围；（3）仲裁庭的成员有受贿行为；（4）仲裁有严重背离基本的程序规则的情况；（5）裁决未陈述其所依据的理由。¹⁹⁰

对于非 ICSID 仲裁，通常由当事双方约定的仲裁地的国内法院依据国内法审理撤裁申请，常见的仲裁地包括瑞士日内瓦、法国巴黎、英国伦敦、新加坡等地。各国法律对撤裁事由的规定不完全相同，但通常也限于非常有限的数个事由。

如果仲裁裁决被全部或部分撤销，当事方可就被撤销内容另行提起仲裁，对于未被撤销部分则不得再次仲裁。

八、执行裁决

根据《华盛顿公约》第五十三条，缔约国有义务承认 ICSID 裁决的拘束力，并且应当“如执行其本国法院的终审判决一样执行裁决中规定的金钱义务”。因此，如果败诉方不主动执行，胜诉方可直接向败诉方财产所在的任何缔约国的国内法院或有关机构提交裁决文本，而国内法院和机构不再对裁决进行审查，应当直接予以执行（有关执行裁决的程序应当遵守执行地的法律；此外，执行地关于国家豁免的法律仍应适用）。从实践上看，大部分败诉的东道国都主动履行了裁决规定的金钱义务。其背后的原因可能包括对国际声誉（特别是未来吸引外国投资者的信誉）的维护，以及世界银行的压力（世界银行在决定发放贷款时可能会考虑有关国家是否为 ICSID 仲裁当事方，及其是否履行了 ICSID 裁决等）。¹⁹¹

非 ICSID 裁决一般按照《纽约公约》的规定执行。此时，被申请执行的国内法院可依据《纽约公约》第五条对裁决进行审查。拒绝承认与执行的理由包括争议不具有可仲裁性、仲裁协议无效、仲裁庭组成不适当、仲裁程序违反基本的正当程序、仲裁庭超裁以及裁决的承认与执行违反了法院地公共秩序等。

¹⁹⁰ 《华盛顿公约》第五十二条。

¹⁹¹ 参见 World Bank, Operational Policies and Bank Practices, Sec.7.40。

第五章

与投资保护有关的几个重要问题

第一节 政治风险评估和购买保险

一、境外投资的政治风险评估

中国已成为世界上首屈一指的对外投资大国。然而，截至 2022 年底，我国累计约 2.9 万亿美元¹⁹²的对外直接投资存量中，有相当部分流向了政局不稳、法制不健全、非商业风险较高的国家和地区，又有很大一部分投向能源资源、基础设施等投资规模大、周期长、各种关系复杂敏感的行业，因此发生争议和遭受损失的项目并不少见。¹⁹³当前，国家大力推进“一带一路”战略，中国对外投资将继续快速增长，并将涌现一批大型甚至超大型的基础设施投资项目。许多“一带一路”沿线国家，既受到外部大国博弈、邻国政治风险传导等困扰，又深陷内部民族宗教冲突、权力交替频繁、社会治安恶化等多重问题，我们建议中国企业在投资前，应当更加谨慎地评估投资目的国政治风险。

对于中央企业而言，政治风险评估不仅是境外投资的一种商业需求，更是一项法定义务。根据国资委《中央企业境外投资监督管理办法》，中央企业应当建立健全境外投资风险管控制度。¹⁹⁴在境外投资前期，须开展风险评估并制订风控预案；在项目实施过程中，应实施风险监控、预警和处置。¹⁹⁵对于特别重大的境外投资项目，中央企业还须委托独立第三方咨询机构评估投资目的国的政治、法律、政策等风险。¹⁹⁶

根据我们本次调研的结果，46%的受访企业表示会委托专业机构评估投资目的国的政治风险，其中大部分（54%）的受访企业仅依赖自行评估的方式。¹⁹⁷目前，商务部建立了海外投资信息平台，并定期发布国别风险分析报告，中国出口信用保险公司（“中信保”）等国内外机构也提供海外投资的国别风险分析报告。这些报告可以为企业自行评估政治风险提供一定参考，但这些信息一方面比较宏观，对具体的企业或特定投资区域、行业而言针对性不强，另一方面也可能存在信息滞后的问题。因此，对于重大项目，我们建议企业聘用专业机构开展政治风险评估，并将评估结果作为投资决策的重要依据之一。

¹⁹² 该数据系通过商务部公布的公报和统计数据计算得出。商务部《2021 年度中国对外直接投资统计公报》显示，截至 2021 年底，中国对外直接投资存量累计 27851.5 亿美元；商务部官网公布的统计数据显示，2022 年中国对外全行业直接投资 9853.7 亿元人民币，链接：

<http://www.mofcom.gov.cn/article/tongjiziliao/dgz/202302/20230203384450.shtml>。

¹⁹³ 我国企业境外投资地域分布和行业分布的详细情况，参见第一章第一节“中国企业境外投资持续快速增长”。

¹⁹⁴ 国资委《中央企业境外投资监督管理办法》第七条第六款。

¹⁹⁵ 国资委《中央企业境外投资监督管理办法》第二十四条。

¹⁹⁶ 国资委《中央企业境外投资监督管理办法》第二十五条。

¹⁹⁷ 问卷调研结果的详细情况，详见附件一《蓝皮书调研答卷分析报告》。

二、购买境外投资保险

目前有越来越多的中国企业在开展海外投资时购买政治风险保险，当投保的政治风险发生并造成损失时，由保险机构向企业赔付。

中国企业购买境外投资保险的渠道通常有两种：一是向中国出口信用保险公司（“中信保”）购买；二是向多边投资担保机构（“MIGA”）购买。根据我们对 70 家境外投资企业的调研结果，有 30 家公司（占受访企业的 42.8%）表示会从中信保购买，12 家公司（占受访企业的 17.1%）选择从 MIGA 购买。¹⁹⁸

（一）中信保

中信保是国有政策性保险公司，主要业务之一就是为企业提供海外投资保险。

该公司提供的海外投资保险承保风险包括四类：（1）征收风险，指东道国采取国有化、没收、征用等方式，剥夺投资项目的所有权和经营权，或投资项目资金、资产的使用权和控制权；（2）汇兑限制风险，指东道国阻碍、限制投资者换汇自由，或抬高换汇成本，以阻止货币汇出该国；（3）战争及政治暴乱风险，包括东道国发生革命、骚乱、政变、内战、叛乱、恐怖活动以及其他类似战争的行为，导致投资企业资产损失或永久无法经营；（4）违约风险，指东道国政府或经保险人认可的其他主体违反或不履行与投资项目有关的协议，且拒绝赔偿。该公司对前述风险的保险期限最长不超过 20 年，赔偿比例最高不超过 95%。

在投保人资格上，以下三类主体可以投保：（1）在中国大陆境内注册成立的金融机构和企业；（2）在境外注册、但 95% 以上的股份在由中国大陆境内企业、机构控制的企业和金融机构，可由该境内控制人投保；（3）为项目提供融资的境内外金融机构。

关于保险费的收取方式，中信保根据国际惯例，采取差别化的保险费率策略，将国家风险分为 9 个等级，风险级别越高，保费也越高。

2021 年，中信保的海外投资保险承保金额共计 661.2 亿美元，承保项目覆盖印度尼西亚、巴基斯坦、越南、刚果（金）、哈萨克斯坦等 90 个国家和地区，业务主要分布在电力（34.7%）、制造业（19.5%）、采矿业（17.9%）等行业。¹⁹⁹

（二）MIGA

MIGA 于 1988 年根据《汉城公约》设立，是全球首个也是迄今唯一一个专门承保政治风险的国际经济组织。MIGA 旨在为投向发展中国家的外国投资提供政治风险担保。截至 2022 年底，MIGA 共有 182 个成员国，包括 28 个发达国家和 154 个发展中国家。中国于

¹⁹⁸ 问卷调查结果的详细情况，详见附件一《蓝皮书调研答卷分析报告》。

¹⁹⁹ 参见中国出口信用保险公司《2021 年年度报告》，第 30 页，报告链接：

<https://www.sinosure.com.cn/images/xwzx/ndbd/2022/07/01/614A436D74F31027D0FF4290DBC964F8.pdf>。

1988年加入MIGA。2021年，MIGA全年发放了总计52亿美元的跨境投资保险，以支持全球40个项目。²⁰⁰

就承保的风险范围而言，除了战争险、征收险、外汇险和政府违约险四类传统险别外，MIGA还设立了“不履行主权金融义务险”。该险别专门针对东道国中央政府、地方政府或国有企业对投资者的合法投资负有无条件财务支付义务而不履行这一情形。²⁰¹

就承保金额而言，MIGA区分了不同投资类型。对于股权类投资，MIGA承保金额可达投资总额的90%加上不超过出资额5倍的收益；对于贷款或贷款担保类投资，承保金额可达贷款本金的95%加上不超过本金150%的利息收益；对于技术援助或其他协议类投资，承保金额可达协议项下总支付价值的95%。

在投保人资质的要求上，MIGA准予投保的投资者为东道国以外的MIGA成员国的自然人和法人。对于东道国本国投资者，只有在其所投资产源于东道国以外，并与外国投资者共同投资的情况下，才具备投保资格。

在投资区域和投资性质上，MIGA仅对投向发展中国家的项目进行担保，要求投资项目与东道国发展目标一致，并且对东道国经济及社会发展有所贡献。

MIGA审批投保申请的一个重要环节是获得东道国就该项担保的同意。东道国政府的同意是企业获得MIGA保险的必要条件。这一要求虽然增加了购买投资保险的不确定性，但从另一个角度上讲，东道国是否认可MIGA承保，很大程度上可以反映出东道国对于投资项目的态度。如果承保投资项目获得了东道国的同意，则意味着投资项目面临较小的政治风险。

²⁰⁰ 参见MIGA官网介绍，链接：<https://www.miga.org/2021-annual-report/business-overview>。

²⁰¹ 关于不履行主权金融义务险（Non-Honoring of Financial Obligations）的详细介绍参见MIGA官网：<https://www.miga.org/product/non-honoring-financial-obligations>。

第二节 投资者国籍筹划

一、国籍筹划或“条约选择”

如第二章第二节所述，投资条约仅保护缔约一方投资者在缔约另一方境内的投资。只有投资者（无论企业还是个人）拥有投资条约缔约一方的国籍，才能依据该条约将缔约另一方诉诸投资仲裁。然而，中国并非与所有其他国家或地区之间均缔结了投资条约（例如，中国与美国之间就没有投资条约，而印度终止了《中国-印度 BIT》（2006）），而且中国与不同国家或地区之间缔结的投资条约的保护水平也存在差异。因此，开展境外投资的中国企业可以通过在第三国设立持股公司等方式进行国籍筹划，使本企业在最终目的地的投资获得第三国与最终目的地缔结的投资条约的保护（这被称为“条约选择”）。

例如，中国目前只是《能源宪章条约》（“ECT”）的观察员，中国投资者尚不能直接获得 ECT 的保护，²⁰²但中国投资者在 ECT 的某一缔约国成立子公司，然后由该子公司在 ECT 的另一缔约国境内投资，则后一投资受到 ECT 的保护。实践中已有这样的案例。2022 年 12 月 ICSID 登记的“Astronergy Solar 诉保加利亚案”系依据 ECT 提起，申请人是注册于荷兰的公司，其最终控制人是中国正泰集团。此外，2023 年 4 月 ICSID 登记的“Suntech Power 诉意大利案”也系依据 ECT 提起，申请人为注册于瑞士的公司，其最终控制人似为中国的尚德电力。从正泰集团或尚德电力的角度来看，两起案件中的投资可能分别受到中国与保加利亚、意大利缔结的 BIT 的保护；但投资者选择以荷兰子公司或瑞士子公司为仲裁申请人，可能是认为 ECT 的征收条款、公平和公正待遇条款、争议解决条款等对投资者一方更为有利。

二、国籍筹划与权利滥用的界限

国籍筹划并不是完全不受限制的。近年的投资仲裁实践表明，东道国往往会以“滥用权利”为由主张投资者不受投资条约的保护。东道国的主张得到了一些仲裁庭的支持。²⁰³

既往案例表明，企业的重组时间（即取得案涉投资条约缔约一方的投资者身份的时间）是仲裁庭判断国籍筹划是否构成权利滥用的首要因素。²⁰⁴具体而言，如果企业重组发生在投资者与东道国之间的争端变得可预见这一时间点之前，那么重组往往会被仲裁庭认可；

²⁰² ECT 是关于能源领域（石油、天然气、煤、风电、太阳能等）投资保护的重要国际协定，目前共有近 60 个成员国，主要是欧洲国家、中亚国家以及蒙古、日本和澳大利亚。投资者依据 ECT 起诉东道国的仲裁案件累计超过 150 起，从某种程度上体现出 ECT 的保护水平较高。

²⁰³ Mark Feldman, *Setting Limits on Corporate Nationality Planning in Investment Treaty Arbitration*, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 27(2), 2012, p. 282.

²⁰⁴ 例如 *Pac Rim 诉萨尔瓦多案*（*Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12）管辖权裁定第 2.99 段。

反之，若企业重组发生在争端已经发生或者可预见这一时间点之后，则很可能被仲裁庭判定为滥用国际投资保护机制，进而否认对争端具有管辖权。在较早前的“Banco 公司诉刚果案”²⁰⁵、“Phoenix 公司诉捷克案”²⁰⁶、“Mobil 诉委内瑞拉案”²⁰⁷以及 2015 年底作出裁决的“Philip Morris 诉澳大利亚案”中，申请人败诉的主要原因都是变更投资者国籍的时间太晚。以“Philip Morris 诉澳大利亚案”为例，仲裁庭认为，澳大利亚政府出台烟草平装措施在前，Philip Morris 公司将其在澳大利亚的投资转让给香港子公司在后，该转让的目的是为了取得香港投资者的身份从而依据《香港-澳大利亚 BIT》起诉澳大利亚政府，因此构成“权利滥用”。

除了重组时间外，一些仲裁庭还将企业重组的动机、重构企业是否与设立地存在实质联系作为考虑因素。例如在“Phoenix 诉捷克案”中，仲裁庭将重组的动机作为衡量因素，即企业重组是否为了在重组所在地的市场开展经济活动。²⁰⁸“Pac Rim 诉萨尔瓦多案”的仲裁庭认为，申请人作为一家在美国设立的公司，其子公司的主要经营活动却发生在萨尔瓦多而非美国，因此申请人并非一家“传统意义上的持股公司”，而是一家未在美国从事任何实质经营活动的壳公司。²⁰⁹

三、如何恰当地筹划国籍

企业在开展国籍筹划时，应当注意以下几点内容：

第一，尽早开始筹划。对于新的绿地投资或并购，在设计交易结构和投资路径时，不能仅考虑避税、退出的便捷性等，应当将投资保护作为重要因素予以考虑。对于现有投资，切忌在争议已经发生或者可以合理预见时才变更投资者国籍，因为“临时抱佛脚”的国籍变更可能被仲裁庭认定为“滥用权利”，导致仲裁请求不可受理。

第二，谨慎选择条约。东道国可能签订或加入了数十个投资条约，中国企业应当从两个方面选择合适的条约，取得该条约另一缔约方的投资者身份。一是要选择保护水平高的投资条约。保护水平的高低主要体现在投资待遇（如国民待遇、最惠国待遇、公平和公正待遇、征收补偿标准、资本汇进汇出等）和争议解决程序（如可仲裁事项范围、仲裁前置

²⁰⁵ 在该案中，加拿大（当时不是《华盛顿公约》缔约方）的一家公司将其在刚果的投资转让给在美国的关联公司。鉴于在转让之时争端已经产生且美国公司受让投资后几天内就启动 ICSID 仲裁程序，仲裁庭裁决其对该案无管辖权。

²⁰⁶ 在该案中，捷克投资者在已经与捷克政府发生争端的情况下，为了获得更好的 BIT 保护在以色列成立 Phoenix 公司并将其在捷克的投資转让给 Phoenix 公司，后者很快提起仲裁。仲裁庭认为，Phoenix 的投资不是为了在捷克从事经济活动，而是为了起诉捷克政府这一唯一目的，构成对投资保护制度的滥用。

²⁰⁷ 在该案中，仲裁庭认为有关特许权使用费、所得税的争议发生在重组之前，因而判定对这些事项没有管辖权。

²⁰⁸ Phoenix 诉捷克案裁决第 136-40 段。

²⁰⁹ Pac Rim 诉萨尔瓦多案管辖权裁定第 4.72-4.78 段。

义务、时效要求等)两个方面。理想的情况当然是选择两方面的保护水平更高的条约;在二者难以兼顾的情况下,可侧重考虑争议解决程序,因为投资的待遇往往适用最惠国待遇条款。二是要确保本企业能比较容易地符合拟选择条约的投资者定义(如有的条约只要求住所地在缔约一方境内即可,有的条约则要求在缔约一方境内有“实质性经营”),同时该条约不存在“拒绝授予利益”条款或者该条款对本企业不适用。

第三,重组完成后,应当通过为该重组企业建立董事会、在当地开立银行账户、举行董事会会议以及开展经营活动等,使重组企业与注册国之间建立尽可能多的经济联系,避免重组企业在未来仲裁程序中被仲裁庭视为“壳公司”,不被承认投资者身份。

第三节 签订“国家合同”的注意事项

一、什么是“国家合同”

“国家合同”是指一国投资者与另一国政府或行使政府职权的实体签订的合同。国家合同常见于在发展中国家投资能源资源或者基础设施的项目。其可能表现为石油天然气勘探开采的服务协议或分成协议、矿业协议、基础设施特许协议、法律稳定协议等。其可能是与东道国的外商投资主管部门签订，与东道国的矿业、交通建设等行业主管部门签订，或者与东道国法律授权的国有企业（例如国家石油公司）签订。

二、国家合同与投资仲裁

国家合同对于投资仲裁案件的影响主要体现在保护伞条款、公平和公正待遇条款和争议解决条款三个方面。

如第三章第六节所述，很多投资条约都纳入了保护伞条款。例如《中国-阿根廷 BIT》（1992）第三条第一款规定：“缔约各方应恪守其对缔约另一方投资者在投资方面可能承担的义务。”此处“其对缔约另一方投资者在投资方面可能承担的义务”就包括国家合同所约定的东道国所应承担的义务。因此，根据保护伞条款，东道国不履行其在国家合同下的义务，将不仅构成违约，而且构成对投资条约的违反。

如第三章第二节所述，公平和公正待遇条款是投资者最经常援引的投资条约实体保护条款。在仲裁实践中，仲裁庭往往将东道国是否违背投资者的合理期待作为判断东道国是否违反公平和公正待遇条款的重要考虑因素。²¹⁰如果东道国在国家合同中作出了给予税收优惠、提供土地、授予特定许可等承诺，投资者将比较容易地证明其在这些方面拥有合理期待以及东道国违反所做承诺构成对公平和公正待遇的违反。如果东道国在国家合同中向投资者承诺，国内法律法规的未来修改（例如税法的修改）不应用于该合同项下的投资项目（此类承诺被称为“稳定条款”），那么东道国后续修改适用于投资项目的法律法规就可能违反公平和公正待遇条款。

第四章第二节介绍了可以提交投资仲裁的争议范围。对于违反国家合同的争议，有的可以提交投资仲裁，有的则不然。首先，当投资条约明确排除国家合同争议时，投资者无法以东道国违反国家合同为由，将争议提交投资仲裁庭。例如，《中国-墨西哥 BIT》（2008）第十一条约定，可提交仲裁的争端仅限于因东道国违反该协定第二章下义务而引起的争议，

²¹⁰ 典型案例如：Tecmed 诉墨西哥案裁决第 172 段；CMS 诉阿根廷案裁决第 276 段；Occidental 诉厄瓜多尔案裁决第 183 段。

未允许投资者将国家合同违反之诉直接提交仲裁庭（以东道国违反国家合同进而违反保护伞条款或公平和公正待遇条款提交仲裁另当别论）。反过来，《中国-德国 BIT》（2003）允许将所有与投资有关的争端提交仲裁，因此涵盖了与违反国家合同有关的投资争端。其次，如果国家合同含有排他性争议解决条款，且该条款指向了国内法院或商事仲裁机构，则投资仲裁庭可能会认为投资者预先放弃了将合同争议提交条约仲裁的权利，进而判定自己缺乏对争议的管辖权。“SGS 诉菲律宾案”²¹¹就是一个例子。

三、签订国家合同的注意事项

为更好发挥国家合同保护中国企业境外投资的作用，建议中国企业在订立国家合同时注意以下几点：

首先，就缔约相对方而言，国家合同最好直接与东道国政府签订；如果是与国有企业签订，应事先确定该国有企业是否拥有签订国家合同的法定权限。

其次，就国家合同的实体条款而言，应当尽可能使东道国政府的承诺明确、具体、可执行，例如法律稳定条款涵盖的范围、有效期等。

第三，就争议解决条款而言，应当避免将东道国法院排他性的约定为国家合同下的争议解决机构，否则未来将国家合同争议诉诸投资仲裁时可能遇到障碍。在投资仲裁与商事仲裁之间如何选择，应基于个案情况而定。

第四，应当遵守东道国法律中关于国家合同签订的程序性规定。例如，如果国家合同须经东道国议会批准才生效，应当督促东道国一方完成议会批准程序。

²¹¹ SGS 诉菲律宾案（SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/02/6）管辖权裁定第 139-148 段。

第四节 仲裁员的选择

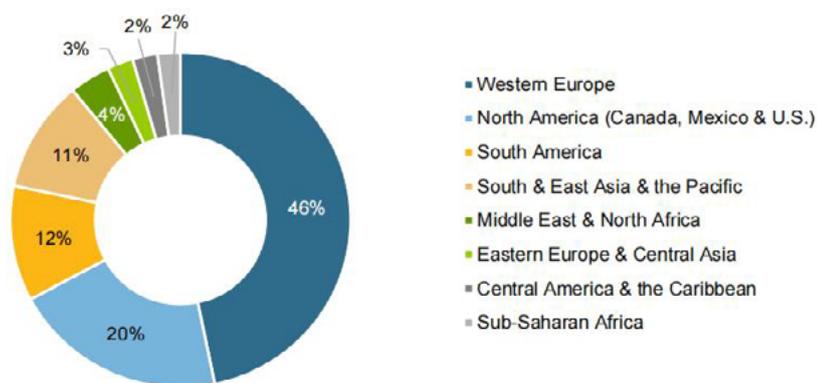
不论是机构仲裁（如 ICSID 仲裁）还是临时仲裁，投资仲裁案件都是由仲裁庭审理并作出裁决。仲裁庭是由仲裁员组成的，因此选择合适的仲裁员对于案件取得较好结果至关重要。

一、投资仲裁员的地域、国籍及性别分布

为便于当事方选择仲裁员，仲裁机构大多设立了仲裁员名册。ICSID 和其他一些仲裁机构设立了专门的投资仲裁员名册。名册上的仲裁员具有较广泛的代表性（以 ICSID 为例，每个缔约国均有权指定 4 名仲裁员），但迄今实际被指定担任投资仲裁员的仍然以来自发达国家（尤其是美国和西欧国家）的白人男性为主，²¹² 大部分的投资仲裁案件被极少数仲裁员垄断。²¹³

ICSID 曾对 1966 年至 2022 年受理的投资者-东道国争端案件的仲裁员、调解员和撤销临时委员会成员（以下统称“投资仲裁员”）的地域、国籍及性别分布进行过统计。²¹⁴ 统计结果显示，投资仲裁员的任命具有显著的地域不平衡性、国籍不平衡性以及性别不平衡性。

就地域不平衡性而言，投资仲裁员主要来自西欧（占 46%）和北美（占 20%），另有 12% 来自南美、11% 来自亚太东部和北部，其余分别来自中东和北非（4%）、东欧和中亚（3%）、中美和加勒比（2%）以及撒哈拉以南非洲（2%）。



就国籍不平衡性而言，按照被任命为投资仲裁员的人数可以将各国分为四个梯队。位于第一梯队（100 人以上）的，分别是美国（302 人）、法国（298 人）、英国（265 人）、加

²¹² A. Strezhnev, “Detecting Bias in International Investment Arbitration”, *57th Annual Convention of the International Studies Association* (2016), pp. 2, 8.

²¹³ 据投资仲裁员 Jan Paulsson 透露，这个小群体包括 15 个仲裁员。参见 P. Eberhardt & C. Olivet, “Who guards the guardians? The conflicting interests of investment arbitrators”, *Profiting from injustice. Corporate Europe Observatory*, Transnational Institute, Brussels (2012): 34-55; C. Giorgetti, “Who Decides Who Decides in International Investment Arbitration?” *University of Pennsylvania Journal of International Law* 35(431).

²¹⁴ ICSID Caseload – Statistics (Issue 2022-2), at: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/The_ICSID_Caseload_Statistics_2022-2_ENG.pdf.

拿大（165人）、瑞士（153人）、西班牙（144人）、德国（116人）和澳大利亚（114人）；位于第二梯队（50-100人）的，分别是阿根廷（94人）、墨西哥（86人）、意大利（81人）、比利时（78人）、智利（71人）、荷兰（62人）、新西兰（59人）、保加利亚（54人）和哥伦比亚（54人）；位于第三梯队（10-50人）的，共有21个国家；位于第四梯队（10人以下）的，共有50个国家。²¹⁵中国位于第三梯队，共有15人曾在ICSID受理的投资仲裁案件中，被任命为投资仲裁员。

就性别不平衡性而言，国际投资争议解决人士男女比例约为6:1。如果进一步细分，申请方（即投资者）指定的投资仲裁员和调解员男女比例失衡程度更为严重，约为20:1；相较之下，被申请人（即东道国）指定的投资仲裁员和调解员男女比例失衡程度较轻，约为4:1；双方当事人共同指定的投资仲裁员和调解员男女比例约为5:1。

二、如何选择投资仲裁员

不考虑在案件中的身份（是申请人还是被申请人），当事人在选择投资仲裁员时通常考虑的因素包括：

- 是否具备法律及相关专业知识；
- 是否具备充足的时间和精力审理案件；
- 仲裁员的声望和审理国际投资仲裁案件的经验；
- 仲裁员是否存在“支持东道国”或“支持投资者”的一般性倾向；
- 仲裁员过往审理的相关国际投资仲裁案件的结果及其推理；
- 仲裁员的职业（如教授、律师等）；
- 仲裁员的国籍；
- 仲裁员的性别；
- 仲裁员的语言能力；
- 仲裁员的中立性与独立性（是否存在利冲）。

根据我们本次调研的结果，中国企业如果提起国际投资仲裁，在任命投资仲裁员时会重点关注以下因素：²¹⁶

- 仲裁员是否具备法律及相关专业知识，这是最受普遍关注的因素，约67%的受访企业表示会考虑这一点；

²¹⁵ 上述统计截止日期均为2022年6月30日，且均排除双重国籍的情形。

²¹⁶ 详见附件一《蓝皮书调研答卷分析报告》。

- 较多受访企业表示会关注仲裁员的声望和审理国际投资仲裁案件的经验（占受访企业的 63%）、过往审理的相关国际投资仲裁案件的结果及其推理（占受访企业的 59%）以及是否存在“支持东道国”或“支持投资者”的一般性倾向（占受访企业的 57%）；
- 此外，仲裁员的中立性与独立性（占受访企业的 50%）、是否具备充足的时间和精力审理案件（占受访企业的 50%）、语言能力（占受访企业的 39%）、国籍（占受访企业的 31%）和职业（占受访企业的 30%）也受到一些企业的关注。

根据我们办理案件的经验，对于中国企业起诉外国政府的投资仲裁案件，我们建议中国企业应尽量选择符合以下条件的仲裁员：

- 无利益冲突，且对中国较友好（无针对中国的恶意或歧视性言论）；
- 具有较高的声望或口碑和较丰富的投资仲裁经验；
- 从既往案件或其著述来看，具有“支持投资者”的一般性倾向；
- 审理过与本案在事实或法律上具有相似性的案件，且案件结果对投资者有利；
- 拥有较充足时间和精力办理案件。

选择仲裁员需要仔细研究潜在人选的简历，并认真研读潜在人选既往的著述和案件裁决，需要花费相当的时间。在圈定若干名有意向的人选后，可以与这些人选联系，询问其是否存在利冲以及是否愿意接受指定，并可以对这些人选进行简短的“面试”。

第五节 合理控制投资仲裁的费用

一、投资仲裁费用概况

费用高昂是国际投资仲裁的特征之一。据统计，投资仲裁案件申请人（及投资者）一方承担的费用平均约为 443.7 万美元，被申请人（即东道国）平均约为 455.9 万美元。²¹⁷就个案来看，当事人一方的仲裁费用超过千万美元的并不鲜见。

投资仲裁费用主要由当事人法律代理费用、仲裁员报酬和费用以及仲裁机构管理费三部分组成。其中，第一部分占比最大。据 PCA 统计，律师费和专家费大约占投资仲裁总费用的 90%。²¹⁸

律师费如何收取，取决于当事方与律所之间的约定。投资仲裁中最常见的律师费收费方式是按小时收费（客户与律师约定不同资历律师的小时费率，根据实际工作小时收取律师费），其次还有按争议金额收费、风险代理收费（即在案件获得胜诉或者满足一定条件时，律师可以在基础律师费之外收取额外的律师费）等收费方式。

仲裁员报酬和费用的计算则取决于仲裁规则。以 ICSID 仲裁为例，投资仲裁员与争议解决有关的工作（包括参与开庭、会议等），按 500 美元/小时计算报酬；为跨城参与开庭和会议而耗费的差旅时间，按照 250 美元/小时计算费用；与争议解决相关的跨城差旅津贴为 900 美元/天，如果不需要过夜则为 200 美元/天。²¹⁹

关于仲裁机构管理费，由各机构自行规定。以 ICSID 为例，仲裁机构收取的费用主要包括三个部分：（1）2.5 万美元的案件登记费，由申请人（即投资者）在向 ICSID 提交仲裁申请书时或者任一方当事人申请撤销仲裁裁决时支付，且不可退还；（2）每年 4.2 万美元的案件管理费用；（3）其他案件管理服务费用，包括仲裁庭秘书出席会议的小时费（200 美元/小时）、在 ICSID 总部所在地之外举行会议时仲裁庭秘书的差旅费和生活费以及举办会议所需其他开支。除了上述费用，如果任何一方当事人请求对仲裁裁决作出解释或修正，或在裁决被撤销后请求将争议提交新的仲裁庭，则提出请求的一方需要向 ICSID 支付 1 万美元的登记费。²²⁰

²¹⁷ UNCITRAL Working Group III, Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) — cost and duration, A/CN.9/WG.III/WP.15, para. 48.

²¹⁸ PCA, Duration and Cost of State-State Arbitration Proceedings (Submitted to UNCITRAL Working Group III on 24 October 2018), at: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/pca_-_submission_-_duration_and_cost_-_20181024.pdf.

²¹⁹ 具体参见 ICSID 发布的 2022 年费用和开支备忘录（自 2022 年 7 月 1 日实施）：<https://icsid.worldbank.org/services/cost-of-proceedings/memorandum-fees-expenses/2022>。

²²⁰ 具体收费规则参见 ICSID 官网：<https://icsid.worldbank.org/services/cost-of-proceedings/schedule-fees/2022>；<https://icsid.worldbank.org/services/cost-of-proceedings>。

二、合理制定案件策略，避免“小案大打”

投资仲裁费用高昂的直接原因是代理律师的工作量大，在很多案件中高达数千个小时甚至数万个小时。为减少工作小时数，可以从以下方面着手：

第一，避免不必要的“多线作战”。也就是说，如果国内诉讼或者其他争议解决机制的成功把握很低，则集中资源推进投资仲裁。

第二，合理划定提交仲裁的争端范围。在事实层面，聚焦更容易证明东道国违反投资条约义务的、对造成投资者损失具有较强因果关系的那些措施；在法律层面，如果诉诸征收条款足以获得救济，则可考虑不诉诸公平和公正待遇等其他条款。

第三，合理控制法律论证的程度。例如，援引必要的既往仲裁裁决作为法律依据（legal authorities），而不必穷尽所有的既往案例。

第四，谨慎采取申请临时措施、提出仲裁员回避申请等程序性措施，避免因程序权利的“滥用”而增加费用。

要做到以上几点，需要代理律师对案件走向的准确评估，也需要当事人对律师的充分信任。

三、优化代理律师团队以降低律师费

英美顶级律所在国际投资仲裁领域无疑拥有更丰富的经验，但近年来中国一些领先律所也积累了国际投资仲裁案件的代理经验，包括单独代理并取得胜诉的经验（例如新加坡亚化诉中国案）。中国律所与中国当事人的沟通更为顺畅，更容易理解当事人的诉求，协助当事人制定综合性的维权策略。而且，在中国企业作为申请人的投资仲裁案件中，可能存在母语为中文的证人以及大量的中文证据文件，在这些方面中国律师也具有优势。此外，中国律所的收费显著低于外国律所。

因此，中国企业可以结合案件具体情况，采用中外律所联合代理的模式，或者由中国律所单独代理，以降低律师费支出。如果企业采用联合代理的模式，应合理确定中国律所和国际律所的分工。国际律所在书状撰写、开庭陈述和盘问证人等方面可以发挥主要作用，而中国律所则可以拟订案件的整体策略，促进当事人和国际律所之间的有效沟通和协调，研究中国法相关问题，整理中文书证，准备以中文为母语的事实证人和专家证人，并对国际律所撰写的书状提出意见。对于相对简单（例如既往案例已经对案涉的主要争议焦点形成一致观点）或金额较小的案件，企业可以考虑由中国律所单独代理。

根据我们对 70 家中国企业的问卷调查结果，大部分（42%）的受访企业都表示愿意选择中国律所和国际律所联合代理的模式，17%的受访企业表示会选择有代理业绩的中国律

所单独代理，10%的受访企业则倾向于选择国际律所单独代理，其余31%的受访企业则倾向于在个案中综合考虑案件复杂程度和律师费报价等因素确定。

四、通过第三方资助降低资金压力

第三方资助是指，第三方机构提供资金承担投资者将东道国诉诸投资仲裁所产生的全部或部分费用，以换取胜诉后的一部分赔偿作为回报。

为了解中国企业在投资仲裁中引入第三方资助的意愿，我们对70家在海外投资的中国企业进行了问卷调查。调研结果显示，36%的受访企业愿意使用第三方资助。²²¹

尽管第三方资助能够减轻投资仲裁给企业带来的经济压力，但仍然存在以下几点问题：

首先，就获取范围而言，第三方资助者往往只愿意考虑资助回报率十倍以上的案件。²²²达不到这个回报率的案件很难获得第三方的资助。

第二，一旦接受第三方资助，投资者很难再完全自主把控案件进程，因为案件索赔金额的确定、是否中止程序、是否申请撤销裁决以及是否接受和解的决定，都将受到第三方资助者的影响甚至牵制。

第三，第三方资助在投资仲裁中的合法性受到质疑。各司法辖区对第三方资助的监管态度存在差异：以阿根廷和阿联酋为代表的一些国家在投资条约中纳入了禁止第三方资助的条款；²²³ICSID、ICC等投资仲裁机构在各自的仲裁规则中纳入了当事方应当披露第三方资助信息的相关条款；²²⁴而联合国国际贸易法委员会第三工作组正在起草关于投资仲裁中使用第三方资助的规则草案。²²⁵

因此，投资者应当综合考虑案件情况和财务状况等因素，决定是否使用第三方资助。如使用第三方资助，应当遵守投资条约、仲裁地法律和仲裁规则的有关要求。

²²¹ 详见附件一《蓝皮书调研答卷分析报告》。

²²² 参见 Aceris Law 的评论文章 *The Cost of Investment Arbitration: UNCITRAL, ICSID Proceedings and Third-Party Funding*，链接：<https://www.acerislaw.com/cost-investment-arbitration-uncitral-icsid-proceedings-third-party-funding>。

²²³ 参见《阿根廷-阿联酋 BIT》第二十四条，该条约于2018年4月16日签署，目前尚未生效。链接：<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5761/download>。

²²⁴ 例如2022年《ICSID仲裁规则》第十四条、《ICC仲裁规则》第十一条第七款。

²²⁵ UNCITRAL Working Group III, *Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS) Draft provisions on procedural reform*, Note by the Secretariat, A/CN.9/WG.III/WP.219, paras. 62-74.

附件一 “中国企业境外投资保护蓝皮书” 调研答卷分析报告

2022年9-11月，环球律师事务所与律商联讯（LexisNexis）在北京仲裁委员会/北京国际仲裁中心的支持下，开展了“中国企业境外投资保护蓝皮书”问卷调研活动。根据收到的企业答卷，我们对中国企业在境外开展投资或工程承包活动中遇到的东道国政府不法/不公措施、采取的风险防控措施、投资争议解决方式的选择、对投资条约和投资仲裁的了解程度以及对仲裁员、代理人和代理方式的选择进行了汇总和分析。总体上看，中国企业遭遇不公正对待的比例较高，有必要采取更有效的风险防控措施，并加强对投资条约和投资仲裁的掌握和运用。

一、样本介绍

企业性质

本次问卷调研总共收到70份有效反馈。其中，47%的反馈（33份）来自国有企业，53%的反馈（37份）来自民营企业；上市公司的反馈占40%（28份），非上市公司的反馈占60%（42份）。

企业规模

按照2021年全球总营收划分，营收在人民币100亿元以上的共30家（约占43%），营收为人民币10亿元以上、100亿元以下的共15家（约占21%），营收为人民币1亿元以上、10亿元以下的共9家（约占13%），营收为人民币1亿元以下的共16家（约占23%）。

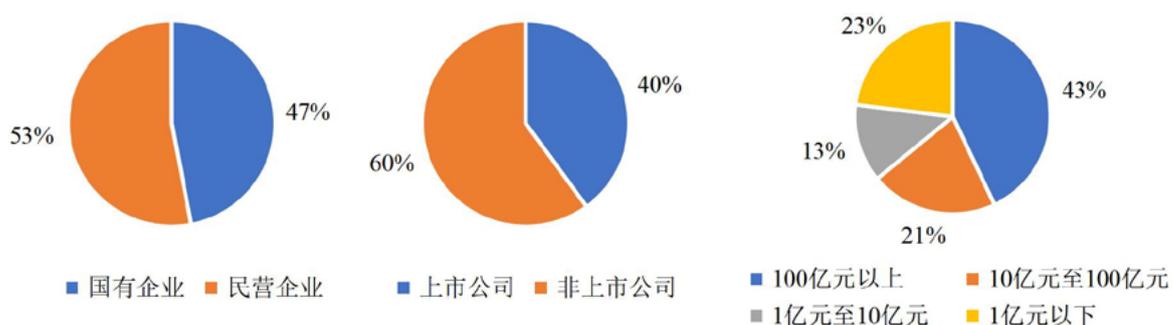


图1：受访企业样本构成

投资地域分布

就境外投资的地域分布而言，大多数的受访企业同时在多个国家或地区进行投资。在东南亚或东亚投资的公司最多，有39家；其次是在北美（美国、加拿大）投资的公司，共38家；在西欧、非洲投资的公司数量排在第三、四位，分别为26家、25家；排在第五位的是在西亚/中东地区投资的公司，共17家；在东欧（含俄罗斯）、中亚和蒙古、日本韩国

三个区域投资的公司数量一样多，均为 14 家；投资企业数量最少的两个地区是大洋洲、拉美和加勒比，均为 12 家公司。²²⁶

投资类型、行业

按照投资项目类型划分，填写问卷的 70 家公司均在海外有直接投资项目，其中 51 家公司还从事海外工程承包。

受访企业大多同时在多个行业和领域开展境外投资。从数量上看，投资制造业的企业最多，共 24 家；紧随其后的是投资可再生能源（太阳能、风能、核能、水能等）和金融业的企业，分别为 21 家和 19 家；随后是投资基础设施的企业，共 18 家；投资房地产的公司有 8 家；投资油气勘探开采、采矿业的公司数量均为 7 家。另外，还有 2 家公司投资半导体，2 家公司投资药品研发生产，1 家公司投资互联网，1 家公司投资农业。²²⁷

从事海外工程承包的公司中，承包一般建筑项目（承建民用、商用和公用建筑等）的公司数量最多，共 22 家；其次是承包电力工程项目（承建核电站、水电站、火电站、风力发电站、太阳能发电站等）、交通运输建设项目（承建公路、桥梁、机场、铁路、港口等）的公司，均为 14 家；紧随其后的是承包通信工程项目的公司，共 13 家；另外，还有 8 家公司承包石油化工项目（承建炼油厂和石化厂、油气管线、海上石油平台等）。²²⁸

投资路径

受访的 70 家公司中，共有 33 家公司表示系直接以注册于中国内地的主体在最终目的国开展业务，38 家公司经由注册于中国香港的子公司开展业务，28 家公司经由注册于英属维尔京群岛/开曼群岛的子公司开展业务，8 家公司经由注册于荷兰/卢森堡的子公司开展业务。²²⁹除了上述投资路径外，还有多家公司经由注册于新加坡、瑞士、以色列、阿联酋等第三国的子公司开展业务。

二、政治风险防范

为了解各公司在开展境外投资之前采取的政治风险防范措施，我们从政治风险评估、投资条约评估、购买政治风险保险、签订“国家合同”等方面进行了调研。

政治风险评估：本次受访的 70 家公司中，有 62 家表示会在投资前对东道国的政治风险进行评估，占受访企业的 89%。其中，有 51 家公司表示会在投资前采取自行评估的方式

²²⁶ 部分受访企业在多个地区开展境外投资。

²²⁷ 部分受访企业在多个领域开展境外投资。

²²⁸ 部分受访企业开展多类境外工程承包。

²²⁹ 同一企业可能同时采取多种路径开展境外投资。

衡量政治风险，有 32 家公司会委托专业机构评估政治风险。²³⁰企业对于政治风险评估方式的选择，与企业规模存在一定联系。委托专业机构开展评估的 32 家公司中，59% 的公司全球总营收超过了 100 亿元人民币。相比之下，自行评估政治风险的公司，仅有 43% 达到这一营收规模。

投资条约评估：34 家公司（占受访企业的 49%）表示会在投资前评估目的国签订的投资条约，从投资保护的角度规划投资路径。

购买政治风险保险：33 家公司（占受访企业的 47%）表示会在投资前购买政治风险保险，其中 30 家选择从中国出口信用保险公司购买，12 家选择从多边投资担保机构（MIGA）购买。²³¹购买政治保险的 33 家企业中，58%（19 家）是国有企业，67%（22 家）是上市公司；投资领域主要集中在制造业（13 家）、可再生能源（12 家）和基础设施（10 家）。²³²

签订“国家合同”²³³：39 家公司（占受访企业的 56%）表示没有签订类似协议。31 家公司（占受访企业的 44%）表示通常会签订此类协议，其中 18 家公司（占受访企业的 26%）表示会在协议中纳入“稳定条款”，以保障公司权益不因东道国的法律或政策的改变而受影响。协议中纳入“稳定条款”的 18 家公司中，有 8 家公司（占受访企业的 11%）表示协议经过了东道国立法机关的批准。是否签订国家合同，与企业的投资规模、投资领域存在一定联系。表示通常会签订国家合同的 31 家企业中，全球总营收超过 10 亿元人民币的共有 22 家（占 71%），其中有 16 家（占 52%）超过 100 亿元人民币；这些企业的投资领域主要集中在制造业（11 家）、可再生能源（10 家）、金融（10 家）和基础设施（9 家）。

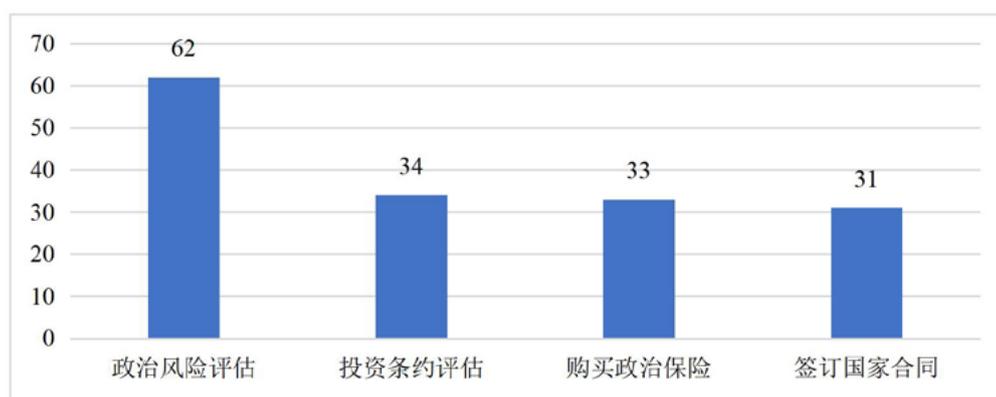


图 2：受访企业投资风险防范措施

²³⁰ 部分企业同时采取自行评估、委托专业机构评估两种方式评估东道国政治风险。

²³¹ 部分企业同时选择从中国出口信用保险公司和从 MIGA 购买保险。

²³² 同一企业可能同时在多个地区开展境外投资。下同。

²³³ 关于“国家合同”，请参见本蓝皮书第五章第三节。

三、东道国不法/不公措施

为了解各公司在境外的投资/工程项目遭遇的东道国政府不法/不公措施情况，我们从国有化/直接征收、间接征收、违反公平和公正待遇、未提供充分保护和安​​全或者违反战争条款、违反最惠国待遇或国民待遇、违反“保护伞”条款、导致投资者遭受严重损失的疫情防控措施以及东道国上述行为给公司造成的损失等八个方面进行了调研。²³⁴

国有化/直接征收：填写问卷的 70 家公司中，共有 15 家曾有相关遭遇，约占受访企业的 21%。其中，有 9 家公司表示，其在地拥有的不动产和/或动产的所有权被东道国政府剥夺，投资领域主要集中在能源（包括可再生能源、油气和矿石）以及制造业；3 家公司持有的当地企业的股份被东道国剥夺，2 家公司的特许权在有效期内被提前取消，这些公司均在能源领域从事海外投资；4 家公司的境外项目曾被强制要求无限期停工，其中 3 家公司均投资基础设施项目。此外，还有 4 家公司称，其开展项目所必需的许可证在有效期内被东道国政府撤销；4 家公司反馈，其投资的企业被强行接管、清算。这些公司的投资分布于能源、基础设施、金融、制造业、房地产、科技、农业等多个领域。²³⁵

间接征收：共有 29 家公司曾有相关遭遇，占受访企业的 41%。其中，19 家公司曾面临不合理的进出口限制，9 家公司表示曾遭遇东道国大幅提高所得税、流转税等税种的税率，8 家公司曾遭遇不合理的高额罚款，3 家公司曾被禁止向股东分配利润，这些公司的投资领域主要集中在能源（主要是可再生能源和油气勘探开采）和基础设施；11 家公司反馈面临东道国不合理的价格管制，投资领域主要集中在可再生能源和基础设施；4 家公司银行账户曾被东道国冻结，投资项目分布于基础设施、制造业、可再生能源、采矿业等多个领域。

违反公平和公正待遇：29 家公司（约占受访企业的 41%）反映曾有相关遭遇。其中，共有 18 家公司遭遇东道国政府修改法律、政策或标准导致公司开展投资时的合理期待落空，其中 7 家公司投资可再生能源项目，7 家公司投资基础设施项目；共有 9 家公司曾遭遇东道国政府取消税收优惠、补贴等，违反公司开展投资时的合理期待，其中 6 家公司投资可再生能源项目；9 家公司反馈称东道国政府针对其的行政许可、行政执法明显不符合正当程序，其中 7 家公司投资海外能源（包括可再生能源、油气和矿石）项目。另外，分别有 6 家公司称东道国法院在审理与其有关的案件中存在明显的司法不公，5 家公司在招投标中的中标结果被东道国宣布无效，5 家公司称东道国政府对其采取的措施具有明显歧视性，4

²³⁴ 关于何为国有化/直接征收、间接征收、公平和公正待遇、充分保护和安​​全条款、战争条款、最惠国待遇或国民待遇、“保护伞”条款，请参见本蓝皮书第三章。

²³⁵ 同一企业可能同时遭遇多项东道国不法/不公措施。下同。

家公司称东道国政府针对其的处罚或其他行为明显不符合比例原则（例如明显超出违法行为的严重程度），这些公司的投资项目分布于能源、金融业、房地产、制造业、基础设施、科技、农业等多个领域。

未提供充分保护和安全：9家公司（占受访企业的13%）表示东道国未向其提供充分保护和安全，占受访企业总数的13%。其中，4家公司曾遭遇专门针对该公司、6家公司曾遭遇专门针对中资企业的“打砸抢”或其他暴力行为，而东道国政府未提供合理保护。这些公司的境外投资项目分布在西欧、北美（包括美国和加拿大）、拉美和加勒比、大洋洲、中亚和蒙古等多个地区。

违反战乱条款：有13家公司（占受访企业的19%）因东道国发生内乱或因东道国与第三国之间的武装冲突而遭受损失，且未获得合理赔偿。这些公司的投资项目主要分布在拉美和加勒比（6家）、中亚和蒙古（5家）以及西亚和中东（4家）。

违反最惠国待遇或国民待遇条款：12家公司（占受访企业的17%）称东道国政府给予本国或第三国企业的待遇未给予该公司，并造成其严重损失。这些公司的境外投资分布在可再生能源、基础设施、制造业、金融业等多个领域。

违反“保护伞”条款：20家公司（占受访企业的29%）曾遭遇涉嫌违反“保护伞”条款的东道国措施。其中，有11家反馈东道国政府违反了其在与该公司签订的协议中做出的承诺，或否认协议的效力；9家公司称东道国政府违反或否认其以其他形式向该公司做出的承诺；12家公司称行使法律或政府授权职能的东道国国有企业未履行与该公司签订的协议，或否认协议的效力；6家公司称因东道国法律的修订或政府的命令，东道国企业拒绝履行与该公司签订的协议，或否认协议的效力。

新冠疫情防控措施²³⁶：20家公司（占受访企业的29%）表示东道国疫情防控措施对其投资产生了重大负面影响。其中，19家公司称东道国对人员入境或境内流动采取的限制措施对企业运营造成了严重影响；16家公司称东道国要求工厂、工地停工；10家公司称东道国采取的进出口限制措施对企业运营造成严重影响；8家公司称东道国要求餐饮、商场、娱乐场所等服务业停业；5家公司称东道国曾为了疫情防控而征收、征用该公司的设施、设备、物资等。这些公司的境外投资分布在可再生能源、基础设施、制造业、金融业、贸易等多个领域。

²³⁶ 如果疫情防控措施的实施构成国别歧视，则存在违反最惠国条款或国民待遇条款之嫌；如果措施以不正当、不合理、违反比例原则的方式实施，和/或导致投资时的合理期待落空，则可能违反公平和公正待遇条款；如果企业资产因上述措施而被东道国实质性剥夺，则可能构成征收，东道国应给予补偿或赔偿。

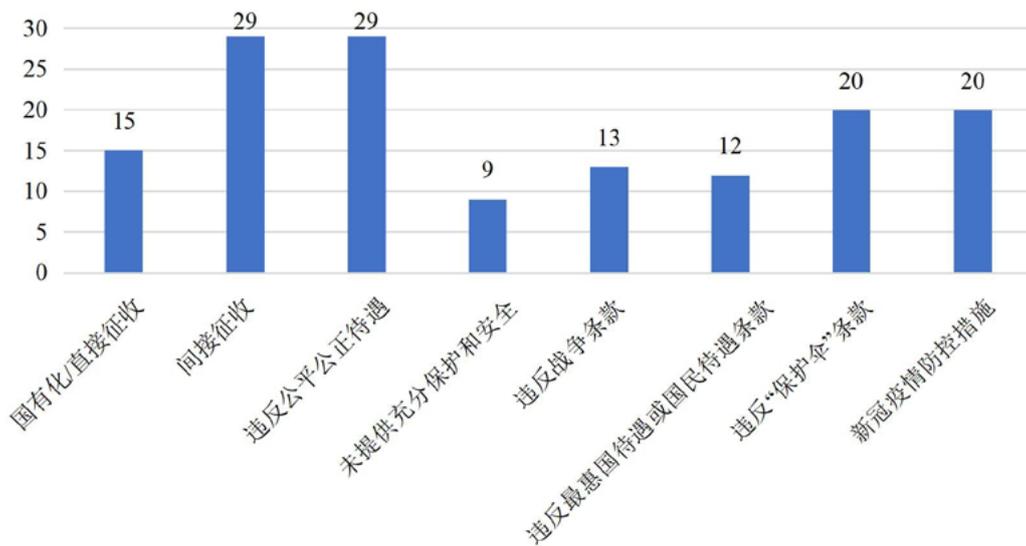


图 3：受访企业遭遇的东道国不法/不公措施

东道国上述不法/不公行为对企业的经济影响：39 家公司（占受访企业的 56%）的受访企业表示其境外投资东道国的上述不法/不公行为遭受损失。其中，4 家公司预估损失金额在 5 亿美元以上，4 家公司估计损失金额约 1 亿至 5 亿美元，5 家公司预估损失在 1,000 万至 1 亿美元之间，12 家公司预估损失约 100 万至 1,000 万美元，14 家公司估计损失在 100 万美元以下。预估损失金额超过 1 亿美元的 8 家公司中，6 家为国有企业、5 家为上市公司，投资领域主要是可再生能源、制造业和基础设施。

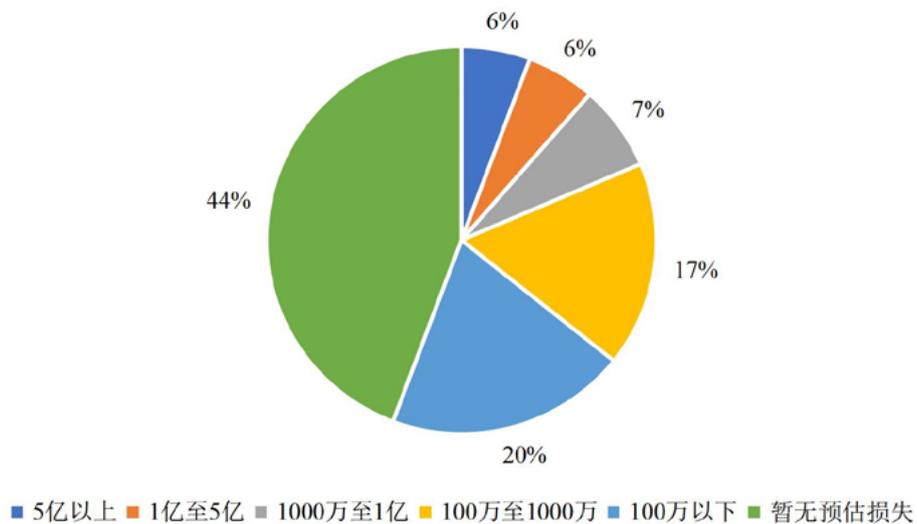


图 4：受访企业因东道国不法/不公措施而遭受的损失

四、投资争议解决方式的选择

我们调研了企业在与东道国政府发生投资争议时已采取或倾向于采取的争议解决措施。填写问卷的 70 家公司中，选择与直接做出有关行为的东道国政府部门或其上级部门协商解决的企业最多，共有 32 家（占受访企业的 46%）；其次是请求中国外交部、商务部等出面交涉，有 27 家（占 39%）；选择在东道国法院起诉的公司和选择以东道国政府作为被申请人提起国际仲裁的公司数量相同，均为 21 家（占 30%）；此外，11 家公司（占 16%）在东道国采用类似中国国内的行政复议方式解决争议，5 家公司（占 7%）请求第三方对投资争议进行调解。²³⁷

在被问到向东道国法院起诉前会不会评估起诉是否触发“岔路口”条款²³⁸进而导致无法诉诸国际投资仲裁时，33 家公司（占受访企业的 47%）表示会开展此类评估，10 家公司（占 14%）表示不会进行此类评估，27 家公司（占 39%）称不了解“岔路口”条款。

为了解企业诉诸国际投资仲裁的意愿受哪些因素影响，我们分别就激发企业意愿的积极因素和打消企业意愿的消极因素进行了调研。

积极因素：在被问到哪些因素促使公司倾向于将争端诉诸国际投资仲裁时，43 家公司（占 61%）提到的因素是东道国法院存在或可能存在“地方保护主义”、不公正的情况，32 家公司（占 46%）提到的因素是难以推进中国政府与东道国政府之间的交涉或者交涉未取得效果，21 家公司（占 30%）提到的因素是东道国态度强硬以至于企业无法与之协商解决，18 家公司（占 26%）提到的因素是国际仲裁庭曾在类似案例中判令东道国政府给予投资者赔偿。²³⁹

消极因素：在被问到哪些因素会导致公司不愿意诉诸国际投资仲裁时，34 家公司（占 49%）反馈称是因为担心东道国政府“报复”，影响其在东道国的其他项目；33 家公司（占 47%）是由于担心国际仲裁耗时长、费用高；17 家公司（占 24%）称是因为中国与东道国之间没有签订投资条约；12 家公司（占 17%）则是因为担心中国政府不支持甚至反对；9 家公司（占 13%）反馈是由于之前并不知道可以以东道国政府为被申请人提起国际仲裁。²⁴⁰需要澄清的是，上述因素中，“担心中国政府不支持甚至反对”其实是一种误解。中国政府将投资仲裁机制纳入 100 多个投资条约中，就已表示其对中国投资者利用投资仲裁机制

²³⁷ 同一企业可能同时采取或者倾向于采取多项争议解决措施。

²³⁸ 参见本蓝皮书第四章第四节。

²³⁹ 同一受访企业可能受多重因素影响。

²⁴⁰ 同一受访企业可能存在多项顾虑。

保护境外投资利益的支持。而且，中国商务部还曾发布《企业利用投资协定参考指南》²⁴¹，向广大企业介绍如何利用中国政府对外缔结的投资条约保护企业在境外的投资。

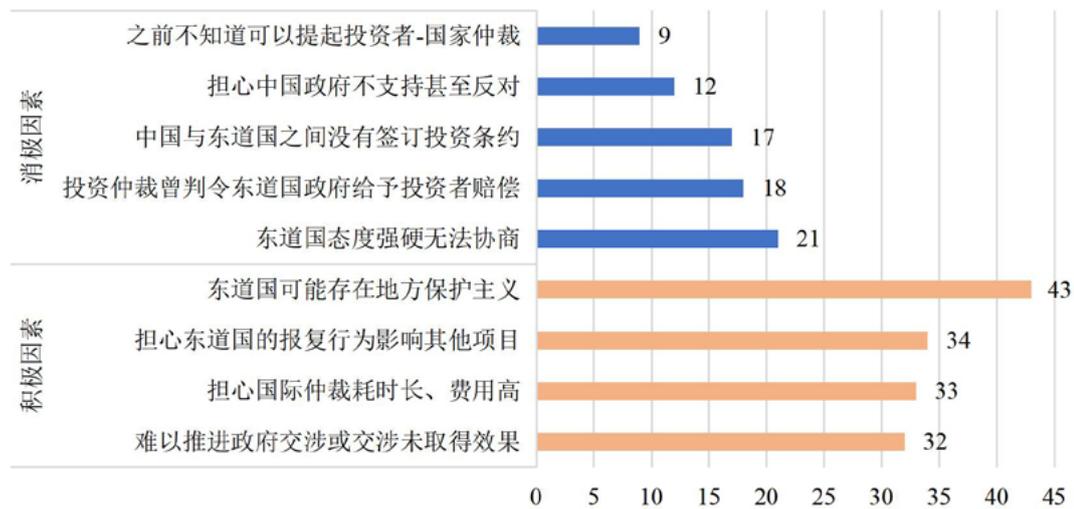


图 5：影响企业诉诸国际投资仲裁意愿的积极/消极因素

关于在规则允许的情况下是否会约定或者同意对国际投资仲裁裁决的上诉²⁴²这一问题，愿意约定或同意选择性上诉机制的公司共 31 家（占受访企业的 44%），表明不会引入此机制的有 8 家公司（占 11%），其余 31 家公司（占 44%）则表示现在还说不不好。

五、投资仲裁普及度

我们还调研了企业对于既往的投资仲裁成案尤其是投资者获得巨额赔偿的投资仲裁案件以及中国投资者针对外国政府提起的国际投资仲裁案件的了解程度。对于我们列举的 5 个赔偿金额超过 9 亿美元的投资仲裁案件，²⁴³48 家公司（占受访企业的 69%）表示至少听说过其中一个案件，其中知道 3 件及以上的公司有 9 家；其余 22 家公司则表示完全没有听说过这些案件。对于我们列举的 5 个中国投资者针对外国政府提起的投资仲裁案件，²⁴⁴有 49 家公司（占受访企业的 70%）表示至少听说过其中一个案件，其中知道 3 件及以上的公司有 17 家；其余 21 家公司则表示完全没有听说过这些案件。

²⁴¹ 《企业利用投资协定参考指南》参见商务部网站：

<http://asean.mofcom.gov.cn/article/jmxw/202107/20210703173127.shtml>。

²⁴² 2019 年 10 月 1 日，《北京仲裁委员会/北京国际仲裁中心国际投资仲裁规则》正式开始实施。该规则第四十六条和附录 5 中规定了上诉机制，允许在双方当事人均同意的前提下对投资仲裁裁决提出上诉。该规则全文请见：<http://www.bjac.org.cn/page/tz/guifan.html>。

²⁴³ 这 5 个案件分别是：（1）尤科斯诉俄罗斯案，仲裁庭裁决俄罗斯联邦政府赔偿投资者约 500 亿美元；（2）康菲诉委内瑞拉案，仲裁庭裁决厄瓜多尔政府赔偿投资者约 84 亿美元；（3）Oteghyan 诉巴基斯坦案，仲裁庭裁决巴基斯坦政府赔偿投资者约 41 亿美元；（4）Unión Fenosa 诉埃及，仲裁庭裁决埃及政府赔偿投资者约 20 亿美元；（5）Al-Kharafi 诉利比亚，仲裁庭裁决利比亚政府赔偿投资者超过 9 亿美元。

²⁴⁴ 这 5 个案件分别是：（1）中山富诚诉尼日利亚；（2）北京城建诉也门；（3）北京首钢等诉蒙古国；（4）平安保险诉比利时；（5）华为诉瑞典。

在被问到是否知道在哪里查找中国政府签订的投资条约时，57%的受访企业表示知道，43%的受访企业表示不知道。²⁴⁵

此外，我们还调研了企业对于受理国际投资仲裁的境外仲裁机构的了解程度。ICSID的知名度最高（50家公司表示知晓），其次是ICC（39家公司表示知晓），排在第三位的是SCC（30家公司表示知晓），位于最后的是PCA（18家公司表示知晓）。值得注意的是，虽然ICC是国际上主要的仲裁机构之一，但其主要受理的是商事仲裁案件，而受理或管理投资仲裁案件最多的仲裁机构是ICSID、PCA和SCC。

关于北仲制定了《国际投资仲裁规则》并设置国际投资争端仲裁员名册，²⁴⁶被调研公司中有43家（占受访企业的61%）表示知晓此事。其中33家（占受访企业的47%）公司表示，愿意在投资条约允许的范围内选择北仲，或者争取在与东道国签订的“国家合同”中选择北仲；另外10家公司表示更倾向于选择境外的仲裁机构。其余27家公司则表示未听说过此事。

六、仲裁员、代理人和代理方式的选择

我们还调研了国际投资仲裁中公司在选择仲裁员时的考虑因素、降低代理费用的方式以及代理模式的选择。

选择仲裁员时的考虑因素：受访企业最普遍关注的因素是仲裁员是否具备法律及相关专业知识（47家公司）。此外，较多受访企业会关注仲裁员的声望和审理国际投资仲裁案件的经验（44家公司）、仲裁员过往审理的相关国际投资仲裁案件的结果及其推理（41家公司）以及仲裁员是否存在“支持东道国”或“支持投资者”的一般性倾向（40家公司）。除了以上因素外，仲裁员的中立性与独立性（35家公司）、是否具备充足的时间和精力审理案件（35家公司）、语言能力（27家公司）、国籍（22家公司）和职业（21家公司）也受到一些企业的关注。另外，少数企业表示，在选择仲裁员时，性别也是考虑因素之一（5家公司）。

降低代理费用的方式：56%的受访企业（39家）希望采用“基本收费+成功费”的风险代理模式减少企业的财务压力；54%的受访企业（38家）希望通过由拥有投资仲裁代理

²⁴⁵ 关于投资条约的查询渠道，中国缔结的双边投资条约可以在商务部条约法律司官网 <<http://tfs.mofcom.gov.cn/article/Nocategory/201111/20111107819474.shtml>>找到，中国加入的含有投资保护章节的自由贸易协定则可以通过商务部“中国自由贸易区服务网” <<http://fta.mofcom.gov.cn/>>查询。此外，还可以通过联合国贸易发展会议（UNCTAD）的数据库 Investment Policy Hub

（<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>）查询，该数据库也可以用于检索其他国家之间缔结的投资条约。

²⁴⁶ 2021年，北仲制定并发布了投资仲裁员名册和投资仲裁员守则。北仲《国际投资争端仲裁员名册》链接：<http://www.bjac.org.cn/page/tz/mingce.html>；北仲《国际投资争端仲裁员行为守则》链接：<http://www.bjac.org.cn/page/tz/shouze.html>。

业绩的中国律所单独或联合代理的方式降低律师费；36%的受访企业（25家）希望使用第三方资助，由第三方资助者提供资金以支付全部或部分律师费和仲裁费用，在胜诉后从获赔金额中给予第三方资助者合理回报。

代理模式选择：受访企业中，42%（29家）选择中国律所和国际律所联合代理的模式，31%（22家）倾向于在个案中综合考虑案件复杂程度和律师费报价等因素确定，17%（12家）表示会选择有代理业绩的中国律所单独代理，其余10%（7家）则倾向于选择国际律所单独代理。

附件二 中国签订的投资条约一览表（截至 2023 年 4 月底）²⁴⁷

序号	洲别	国家	签署日期	生效日期	备注
投资保护协定（双边/多边）					
1	欧洲	阿尔巴尼亚	1993 年 2 月 13 日	1995 年 9 月 1 日	现行有效
2		爱沙尼亚	1993 年 9 月 2 日	1994 年 6 月 1 日	现行有效
3		奥地利	1985 年 9 月 12 日	1986 年 10 月 11 日	现行有效
4		白俄罗斯	1993 年 1 月 11 日	1995 年 1 月 14 日	现行有效
5		保加利亚	1989 年 6 月 27 日	1994 年 8 月 21 日	现行有效
6		保加利亚附加议定书	2007 年 6 月 26 日	2007 年 11 月 10 日	现行有效
7		冰岛	1994 年 3 月 31 日	1997 年 3 月 1 日	现行有效
8		波黑	2002 年 6 月 26 日	2005 年 1 月 1 日	现行有效*
9		波兰	1988 年 6 月 7 日	1989 年 1 月 8 日	现行有效
10		丹麦	1985 年 4 月 29 日	1985 年 4 月 29 日	现行有效
11		德国	2003 年 12 月 1 日	2005 年 11 月 11 日	现行有效
12		德国	1983 年 10 月 7 日	1985 年 3 月 18 日	已终止（被新协定替代）
13		俄罗斯	2006 年 11 月 9 日	2009 年 5 月 1 日	现行有效
14		俄罗斯	1990 年 7 月 21 日	1991 年 7 月 26 日	已终止（被新协定替代）*
15		法国	2007 年 11 月 26 日	2010 年 8 月 20 日	现行有效
16		法国	1984 年 5 月 30 日	1985 年 3 月 19 日	已终止（被新协定替代）
17		芬兰	2004 年 11 月 15 日	2006 年 11 月 15 日	现行有效
18		芬兰	1984 年 9 月 4 日	1986 年 1 月 26 日	已终止（被新协定替代）
19		荷兰	2001 年 11 月 26 日	2004 年 8 月 1 日	现行有效
20		荷兰	1985 年 6 月 17 日	1987 年 2 月 1 日	已终止（被新协定替代）
21		捷克	2005 年 8 月 12 日	2006 年 9 月 1 日	现行有效*
22		捷克和斯洛伐克	1991 年 12 月 4 日	1992 年 12 月 1 日	对斯洛伐克现行有效； 对捷克效力终止（被新协定替代）
23		斯洛伐克附加议定书	2005 年 12 月 7 日	2007 年 5 月 25 日	现行有效
24		克罗地亚	1993 年 6 月 7 日	1994 年 7 月 1 日	现行有效
25		拉脱维亚	2004 年 4 月 15 日	2006 年 2 月 1 日	现行有效*
26		立陶宛	1993 年 11 月 8 日	1994 年 6 月 1 日	现行有效
27		罗马尼亚	1994 年 7 月 12 日	1995 年 9 月 1 日	现行有效
28		罗马尼亚议定书	2007 年 4 月 16 日	2008 年 9 月 1 日	现行有效
29		马耳他	2009 年 2 月 22 日	2009 年 4 月 1 日	现行有效
30		马其顿	1997 年 6 月 9 日	1997 年 11 月 1 日	现行有效
31		摩尔多瓦	1992 年 11 月 6 日	1995 年 3 月 1 日	现行有效
32		南斯拉夫	1995 年 12 月 18 日	1996 年 9 月 12 日	现行有效
33		挪威	1984 年 11 月 21 日	1985 年 7 月 10 日	现行有效
34		葡萄牙	2005 年 12 月 9 日	2008 年 7 月 26 日	现行有效
35		葡萄牙	1992 年 2 月 3 日	1992 年 12 月 1 日	已终止（被新协定替代）
36		瑞典	1982 年 3 月 29 日	1982 年 3 月 29 日	现行有效
37		瑞典议定书	2004 年 9 月 27 日	2004 年 9 月 27 日	现行有效

²⁴⁷ 本表格是在商务部公布的投资协定一览表<<http://tfs.mofcom.gov.cn/article/NoCategory/201111/20111107819474.shtml>>基础上，结合商务部自由贸易区服务网<http://fta.mofcom.gov.cn/nicaragua/nicaragua_agreementText.shtml>和 UNCTAD 投资条约数据库<<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/advanced-search>>提供的信息制作而成。带*号的信息来自 UNCTAD 投资条约数据库<<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/advanced-search>>。我们不保证相关信息的准确性。

38		瑞士	2009年1月27日	2010年4月13日	现行有效
39		瑞士	1986年11月12日	1987年3月18日	已终止（被新协定替代）
40		塞尔维亚	1995年12月18日	1996年9月12日	现行有效
41		塞浦路斯	2001年1月17日	2002年4月29日	现行有效
42		斯洛文尼亚	1993年9月13日	1995年1月1日	现行有效
43		乌克兰	1992年10月31日	1993年5月29日	现行有效
44		西班牙	2005年11月24日	2008年7月1日	现行有效
45		西班牙	1992年2月6日	1993年5月1日	已终止（被新协定替代）
46		希腊	1992年6月25日	1993年12月21日	现行有效
47		匈牙利	1991年5月29日	1993年4月1日	现行有效
48		意大利	1985年1月28日	1987年8月28日	现行有效
49		英国	1986年5月15日	1986年5月15日	现行有效
50		比利时-卢森堡经济联盟	2005年6月6日	2009年12月1日	现行有效
51		比利时-卢森堡经济联盟	1984年6月4日	1986年10月5日	已终止（被新协定替代）
52	亚洲	阿联酋	1993年7月1日	1994年9月28日	现行有效
53		阿曼	1995年3月18日	1995年8月1日	现行有效
54		阿塞拜疆	1994年3月8日	1995年4月1日	现行有效
55		巴基斯坦	1989年2月12日	1990年9月30日	现行有效
56		巴林	1999年6月17日	2000年4月27日	现行有效
57		朝鲜	2005年3月22日	2005年10月1日	现行有效
58		菲律宾	1992年7月20日	1995年9月8日	现行有效
59		格鲁吉亚	1993年6月3日	1995年3月1日	现行有效
60		哈萨克斯坦	1992年8月10日	1994年8月13日	现行有效
61		韩国	2007年9月7日	2007年12月1日	现行有效
62		韩国	1992年9月30日	1992年12月4日	已终止（被新协定替代）
63		日本	1988年8月27日	1989年5月14日	现行有效
64		日本、韩国	2012年5月13日	2014年5月17日	现行有效*
65		吉尔吉斯斯坦	1992年5月14日	1995年9月8日	现行有效
66		柬埔寨	1996年7月19日	2000年2月1日	现行有效
67		卡塔尔	1999年4月9日	2000年4月1日	现行有效
68		科威特	1985年11月23日	1986年12月24日	现行有效
69		老挝	1993年1月31日	1993年6月1日	现行有效
70		黎巴嫩	1996年6月13日	1997年7月10日	现行有效
71		马来西亚	1988年11月21日	1990年3月31日	现行有效
72		蒙古	1991年8月25日	1993年11月1日	现行有效
73		孟加拉国	1996年9月12日	1997年3月25日	现行有效
74		缅甸	2001年12月12日	2002年5月21日	现行有效
75		沙特	1996年2月29日	1997年5月1日	现行有效
76		斯里兰卡	1986年3月13日	1987年3月25日	现行有效
77	塔吉克斯坦	1993年3月9日	1994年1月20日	现行有效	
78	泰国	1985年3月12日	1985年12月13日	现行有效	
79	土耳其	2015年7月29日	2020年11月11日	现行有效	
80	土耳其	1990年11月13日	1994年8月19日	已终止（被新协定替代）*	
81	土库曼斯坦	1992年11月21日	1994年6月6日	现行有效	
82	文莱	2000年11月17日	/	签订但尚未生效*	
83	乌兹别克斯坦	2011年4月19日	2011年9月1日	现行有效	
84	乌兹别克斯坦	1992年3月13日	1994年4月12日	已终止（被新协定替代）	
85	新加坡	1985年11月21日	1986年2月7日	已终止*	

86		叙利亚	1996年12月9日	2001年11月1日	现行有效
87		亚美尼亚	1992年7月4日	1995年3月18日	现行有效
88		也门	1998年2月16日	2002年4月10日	现行有效
89		伊朗	2000年6月22日	2005年7月1日	现行有效
90		以色列	1995年4月10日	2009年1月13日	现行有效
91		印度	2006年11月21日	2007年8月1日	已终止*
92		印度尼西亚	1994年11月18日	1995年4月1日	已终止*
93		约旦	2001年11月15日	/	签订但尚未生效*
94		越南	1992年12月2日	1993年9月1日	现行有效
95	非洲	阿尔及利亚	1996年10月17日	2003年1月28日	现行有效
96		埃及	1994年4月21日	1996年4月1日	现行有效
97		埃塞俄比亚	1998年5月11日	2000年5月1日	现行有效
98		贝宁	2004年2月18日	/	签订但尚未生效*
99		博茨瓦纳	2000年6月12日	/	签订但尚未生效*
100		赤道几内亚	2005年10月20日	2006年11月15日	现行有效
101		佛得角	1998年4月21日	2001年10月1日	现行有效
102		刚果	2000年3月20日	2015年7月1日	现行有效
103		刚果民主共和国	2011年8月11日	2016年11月17日	现行有效*
104		刚果民主共和国	1997年12月18日	/	已终止*
105		加纳	1989年10月12日	1990年11月22日	现行有效
106		加蓬	1997年5月9日	2009年2月16日	现行有效
107		吉布提	2003年8月18日	/	签订但尚未生效*
108		几内亚	2005年11月18日	/	签订但尚未生效*
109		津布巴韦	1996年5月21日	1998年3月1日	现行有效
110		喀麦隆	1997年9月10日	2014年7月24日	现行有效
111		科特迪瓦	2002年9月30日	/	签订但尚未生效*
112		肯尼亚	2001年7月16日	/	签订但尚未生效*
113		利比亚	2010年4月8日	/	签订但尚未生效*
114		马达加斯加	2005年11月21日	2007年7月1日	现行有效
115		马里	2009年2月12日	2009年7月16日	现行有效
116		毛里求斯	1996年5月4日	1997年6月8日	已终止*
117		摩洛哥	1995年3月27日	1999年11月27日	现行有效
118		莫桑比克	2001年7月10日	2002年2月26日	现行有效*
119		纳米比亚	2005年11月17日	/	签订但尚未生效*
120		南非	1997年12月30日	1998年4月1日	现行有效
121		尼日利亚	2001年8月27日	2010年2月18日	现行有效
122		尼日利亚	1997年5月12日	/	已废除
123	塞拉利昂	2001年5月16日	/	签订但尚未生效*	
124	塞舌尔	2007年2月10日	/	签订但尚未生效*	
125	苏丹	1997年5月30日	1998年7月1日	现行有效	
126	坦桑尼亚	2013年3月24日	2014年4月17日	现行有效	
127	突尼斯	2004年6月21日	2006年7月1日	现行有效	
128	乌干达	2004年5月27日	/	签订但尚未生效*	
129	乍得	2010年4月26日	/	签订但尚未生效*	
130	赞比亚	1996年6月21日	/	签订但尚未生效*	
131	美洲	阿根廷	1992年11月5日	1994年8月1日	现行有效
132		巴巴多斯	1998年7月20日	1999年10月1日	现行有效
133		巴哈马	2009年9月4日	/	签订但尚未生效*

134		玻利维亚	1992年5月8日	1996年9月1日	已终止*
135		秘鲁	1994年6月9日	1995年2月1日	现行有效
136		厄瓜多尔	1994年3月21日	1997年7月1日	已终止*
137		哥伦比亚	2008年11月22日	2013年7月2日	现行有效*
138		哥斯达黎加	2007年10月24日	2016年10月20日	现行有效*
139		古巴	1995年4月24日	1996年8月1日	现行有效
140		古巴议定书	2007年4月20日	2008年12月1日	现行有效
141		圭亚那	2003年3月27日	2004年10月26日	现行有效
142		加拿大	2012年9月9日	2014年10月1日	现行有效
143		墨西哥	2008年7月11日	2009年6月6日	现行有效*
144		特立尼达和多巴哥	2002年7月22日	2004年12月7日	现行有效
145		乌拉圭	1993年12月2日	1997年12月1日	现行有效
146		牙买加	1994年10月26日	1996年4月1日	现行有效
147		智利	1994年3月23日	1995年8月1日	已终止*
148	大洋洲	澳大利亚	1988年7月11日	1988年7月11日	现行有效
149		巴布亚新几内亚	1991年4月12日	1993年2月12日	现行有效
150		瓦努阿图	2006年4月7日	/	签订但尚未生效*
151		新西兰	1988年11月22日	1989年3月25日	现行有效
含投资保护条款的自由贸易协定（双边/诸边）					
152	非洲	毛里求斯	2019年10月17日	2021年1月1日	现行有效*
153	美洲	秘鲁	2009年4月28日	2010年3月1日	现行有效
154		智利	2012年9月9日	/	签订但尚未生效
155	大洋洲	澳大利亚	2015年6月18日	2015年12月20日	现行有效
156		新西兰	2008年4月7日	2008年10月1日	现行有效
157	亚洲	巴基斯坦	2006年11月24日	2007年1月7日	现行有效
158		格鲁吉亚	2017年5月13日	2018年1月1日	现行有效
159		韩国	2015年6月1日	2015年12月20日	现行有效
160		新加坡	2008年10月23日	2009年1月1日	现行有效
161		文莱、柬埔寨、印度尼西亚、老挝、马来西亚、缅甸、菲律宾、新加坡、泰国、越南	2009年8月15日	2010年1月1日	现行有效
162	亚洲、大洋洲	文莱、柬埔寨、印度尼西亚、老挝、马来西亚、缅甸、菲律宾、新加坡、泰国、越南、澳大利亚、日本、韩国、新西兰	2020年11月15日	2022年1月1日	现行有效

附件三 中国大陆投资者作为申请人提起的投资仲裁案件一览表（截至2023年4月底）²⁴⁸

序号	持续年份	案件简称	东道国	国家分类 ²⁴⁹	投资者类型	争议领域	管辖权依据	仲裁规则	机构参与	仲裁结果/最新程序进展
程序终结的案件										
1.	2010-2017	北京首钢等诉蒙古 ²⁵⁰	蒙古（东北亚）	发展中	大型企业	矿业权	中国-蒙古 BIT (1991)	贸法会规则	PCA 管理	仲裁庭以缺乏管辖权驳回投资者的仲裁请求
2.	2012-2015	中国平安诉比利时 ²⁵¹	比利时（西欧）	发达	大型金融机构	金融	中国-比利时卢森堡经济联盟 BIT (1984/2005)	ICSID 规则	ICSID 受理	仲裁庭以缺乏管辖权为由驳回投资者的仲裁请求
3.	2014-2018	北京城建诉也门 ²⁵²	也门（西亚）	最不发达	大型企业	建设工程	中国-也门 BIT (1998)	ICSID 规则	ICSID 受理	仲裁庭做出有利于投资者的管辖权决定，实体审理阶段双方和解
4.	2019-2019	Jetion 等诉希腊 ²⁵³	希腊（南欧）	发达	中小型企业	能源	中国-希腊 BIT (1992)	贸法会规则	不适用	案件程序终止
5.	2018-2021 ²⁵⁴	中山富诚诉尼日利亚 ²⁵⁵	尼日利亚（非洲）	发展中	中小型企业	不动产	中国-尼日利亚 BIT (2001)	贸法会规则	不适用	仲裁庭做出有利于投资者的裁决
6.	2021-2023	北京爱德威诉加纳 ²⁵⁶	加纳（非洲）	发展中	中小型企业	建设工程	中国-加纳 BIT (1989)	贸法会规则	PCA 管理	仲裁庭以缺乏管辖权为由驳回投资者的仲裁请求

²⁴⁸ 除了中国大陆投资者直接提起的案件外，还有一些中国大陆投资者借由其在海外独资或合资设立的子公司提起投资仲裁程序，其中较受关注的包括：正泰集团通过其注册于荷兰的子公司 Astronergy Solar Netherlands B.V. 于 2022 年 12 月 2 日向 ICSID 提起的以保加利亚为被申请人的仲裁案件，以及尚德电力通过其注册于瑞士的子公司 Suntech Power International Ltd. 于 2023 年 4 月 27 日向 ICSID 提起的以意大利为被申请人的仲裁案件。由于此类案件并不属于中国大陆投资者作为申请人直接提起的投资仲裁案件，因此并未包括在本次统计中。另外，中国香港、中国澳门的投资者依照中国对外签订的投资条约提起投资仲裁的还有多起案件，例如谢业深诉秘鲁、澳门世能公司诉老挝、June Gold 诉厄瓜多尔等，也未包括在本次统计中。

²⁴⁹ 即相关案件中的东道国是国际货币基金组织（IMF）认定的发达经济体或发展中国家；其中，国际货币基金组织认定的发展中经济体如果被联合国发展政策委员会认定为最不发达国家的，本表中根据联合国发展政策委员会认定的结果将其标注为最不发达国家。

²⁵⁰ Beijing Shougang and others v. Mongolia (PCA Case No. 2010-20) <https://pca-epa.org/en/cases/48/>, 最后访问时间：2023 年 5 月 11 日。

²⁵¹ Ping An Life Insurance Company of China, Limited and Ping An Insurance (Group) Company of China, Limited v. Kingdom of Belgium (ICSID Case No. ARB/12/29) <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/12/29>, 最后访问时间：2023 年 5 月 11 日。

²⁵² Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Republic of Yemen (ICSID Case No. ARB/14/30) <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/14/30>, 最后访问时间：2023 年 5 月 11 日。

²⁵³ Jetion Solar Co. Ltd and Wuxi T-Hertz Co. Ltd. v. Hellenic Republic <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/975/jetion-and-t-hertz-v-greece>, 最后访问时间：2023 年 5 月 11 日。

²⁵⁴ 根据该案仲裁庭 2021 年 3 月 26 日作出的裁决，该案申请人在 2018 年 8 月 30 日提交《仲裁申请》，启动仲裁程序。

²⁵⁵ Zhongshan Fucheng Industrial Investment Co. Ltd. v. Federal Republic of Nigeria <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-zhongshan-fucheng-industrial-investment-co-ltd-v-federal-republic-of-nigeria-final-award-monday-1st-march-2021>, 最后访问时间：2023 年 5 月 11 日。

²⁵⁶ Beijing Everyway Traffic and Lighting Company Limited v. Ghana (PCA 2021-15) <https://www.italaw.com/cases/10145>, 最后访问时间：2023 年 5 月 11 日。

序号	持续年份	案件简称	东道国	国家分类 ²⁴⁹	投资者类型	争议领域	管辖权依据	仲裁规则	机构参与	仲裁结果/最新程序进展
程序尚未终结的案件										
7.	2020年至今	Fengzhen Min 诉韩国 ²⁵⁷	韩国 (东亚)	发达	自然人	不动产	中国-韩国 BIT (2007)	ICSID 规则	ICSID 受理	仲裁庭于 2021 年 6 月 18 日作出关于“早期驳回”异议的决定; 目前处于文件披露阶段
8.	2020年至今	Wang Jing 等 诉乌克兰 ²⁵⁸	乌克兰 (东欧)	发展中	自然人	机械制造	中国-乌克兰 BIT (1992)	贸法会规则	PCA 管理	未公开, 但根据有关报道可知该案已完成组庭 ²⁵⁹
9.	2021年至今	Wang Jiazhu 诉芬兰 ²⁶⁰	芬兰 (北欧)	发达	自然人	物流 仓储、批发 分销	中国-芬兰 BIT (2004)	贸法会规则	不适用	2022 年 6 月 10 日, 仲裁庭驳回东道国提出的管辖权异议
10.	2021年至今	Qiong Ye 等 诉柬埔寨 ²⁶¹	柬埔寨 (东南亚)	最不发达	自然人	信息通讯	中国-东盟投资协议 (2009)	ICSID 规则	ICSID 受理	2022 年 9 月 1 日, 仲裁庭作出 2 号程序令
11.	2022年至今	华为诉瑞典 ²⁶²	瑞典 (北欧)	发达	大型民营企业	信息通讯	中国-瑞典 BIT (1982) 及 2004 年议定书	ICSID 规则	ICSID 受理	2023 年 3 月 13 日, 仲裁庭就是否分步审理管辖权和实体问题作出裁定 (裁定结果未公开)
12.	2022年至今	中国电建华东设计院等 诉越南 (一) ²⁶³	越南 (东南亚)	发展中	大型国有企业	建筑业	中国-东盟投资协议 (2009)	ICSID 附加便利规则	ICSID 受理	2023 年 4 月 26 日完成组庭
13.	2023年至今	中国电建华东设计院等 诉越南 (二) ²⁶⁴	越南 (东南亚)	发展中	大型国有企业	建筑业	中国-越南 BIT (1992)	ICSID 附加便利规则	ICSID 受理	2023 年 4 月 26 日完成组庭
14.	2023年至今	中设集团诉特立尼达和多巴哥 ²⁶⁵	特立尼达和多巴哥 (北美)	发展中	大型国有企业	钢铁	中国-特立尼达和多巴哥 BIT (2002)	ICSID 规则	ICSID 受理	2023 年 4 月 6 日立案

²⁵⁷ Fengzhen Min v. Republic of Korea (ICSID Case No. ARB/20/26) <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/20/26>, 最后访问时间: 2023 年 5 月 11 日。

²⁵⁸ 截至 2023 年 4 月, PCA 尚未公开该案件, 该案相关信息系根据 iareporter 相关报道总结, 并非仲裁庭发布的官方信息。WANG JING ET AL. V. UKRAINE <https://www.iareporter.com/arbitration-cases/wang-kin-g-et-al-v-ukraine/>, 最后访问时间: 2023 年 5 月 11 日。

²⁵⁹ 据报道, 该案件仲裁庭成员为 Pierre Tercier (首席仲裁员)、Klaus Reichert (申请人指定) 和 Zachary Douglas (被申请人指定)。

²⁶⁰ 该案信息系根据 iareporter 相关报道以及当事方提交的文件总结, 见: WANG JIAZHU V. FINLAND <https://www.iareporter.com/arbitration-cases/wang-jiazhu-v-finland/>; <https://jusunndi.com/en/document/other-wang-jiazhu-v-the-republic-of-finland-request-for-arbitration-friday-22nd-january-2021>; <https://jusunndi.com/en/document/other-en-wang-jiazhu-v-the-republic-of-finland-response-to-the-notice-of-arbitration-friday-19th-february-2021#other-document-22076>, 最后访问时间: 2023 年 5 月 11 日。

²⁶¹ Qiong Ye and Jianping Yang v. Kingdom of Cambodia (ICSID Case No. ARB/21/42) <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/21/42>, 最后访问时间: 2023 年 5 月 11 日。

²⁶² Huawei Technologies Co., Ltd. v. Kingdom of Sweden (ICSID Case No. ARB/22/2) <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/22/2>, 最后访问时间: 2023 年 5 月 11 日。

²⁶³ PowerChina Hualong Engineering Corporation and China Railway 18th Bureau Group Company Ltd v. Socialist Republic of Viet Nam (ICSID Case No. ARB(AF)/22/7), [https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB\(AF\)/22/7](https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB(AF)/22/7), 最后访问时间: 2023 年 5 月 11 日。

²⁶⁴ PowerChina Hualong Engineering Corporation and China Railway 18th Bureau Group Company Ltd v. Socialist Republic of Viet Nam (ICSID Case No. ADM/23/1), <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ADM/23/1>, 最后访问时间: 2023 年 5 月 11 日。

²⁶⁵ China Machinery Engineering Corporation v. Republic of Trinidad and Tobago (ICSID Case No. ARB/23/8), <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/23/8>, 最后访问时间: 2023 年 5 月 11 日。

作者简介

本蓝皮书由北京市环球律师事务所的任清、霍凝馨、程爽、周梦迪撰写，中国政法大学硕士研究生田镡钢亦有贡献。

任清是环球律师事务所合伙人。任清律师在商事争议、投资者与国家间争议、国家间争议领域均拥有丰富经验。任律师是北仲、中国贸仲、中国海仲、上海国仲、深圳国仲、海南国仲、重仲等多家仲裁机构仲裁员，审理或代理了大量国内和国际商事仲裁案件，涉及货物买卖、建筑工程、合资、股权转让/回购、房地产、油气、医药、保险、影视、游戏、软件等领域。任律师代理了多起国际投资仲裁案件，作为主要起草人之一协助北仲起草了国际投资仲裁规则，应邀参加联合国贸法会第三工作组关于投资仲裁机制改革的会议，并办理了多起 WTO 争端解决案件。任清律师在《中国法律评论》《国际经济法学期刊》《上海对外经贸大学学报》《ICSID 评论》《中国社会科学报》《北京仲裁》等刊物上发表专业文章数十篇。

霍凝馨是环球律师事务所的律师。霍律师参与办理了多起国际投资仲裁和商事仲裁案件，涉及房地产、矿产、货物买卖、投资并购、民间借贷等领域。霍律师参与撰写了 2021 年和 2022 年的《中国国际投资仲裁年度观察》，并曾在国际模拟投资仲裁（FDI MOOT）中国赛、JESSUP 国际法模拟法庭中国赛等赛事中担任评委。

程爽是环球律师事务所的律师（并拥有美国纽约州律师资格）。程律师参与办理了多起国际投资仲裁和商事仲裁案件，涉及房地产、矿产、货物买卖、股权收购、服务合同等领域。程律师参与撰写了 Investment Treaty Arbitration Review 的征收章节以及 2021 年和 2022 年的《中国国际投资仲裁年度观察》，并曾在国际模拟投资仲裁（FDI MOOT）中国赛等赛事中担任评委。

周梦迪是环球律师事务所的律师助理。她参与办理了多起国际投资仲裁和商事仲裁案件，涉及能源、采矿、货物买卖、建筑工程、股权转让等领域。她曾在国际投资争端解决中心（ICSID）实习，并在《国际经济法学期刊》、World Arbitration and Mediation Review、Tsinghua China Law Review 等期刊上发表中英文论文多篇。

环球律师事务所

环球律师事务所（“我们”）是中国改革开放后成立的第一家律师事务所，由中国国际贸易促进委员会在 1979 年设立。经过不懈地努力和发展，我们已成为中国律师业中优秀的大型综合性律师事务所之一。

我们的专业人士毕业于国内外一流的法学院，多数均拥有法学硕士及以上学历，同时也拥有出色的执业经历，许多曾供职于国内外一流律所、业界领先企业、政府部门或司法机关，其中很多还拥有美国、英国、澳大利亚、瑞士、新加坡、新西兰、香港等地的执业资格。

我们凭借精湛的法律知识、丰富的执业经验、高度的敬业精神以及良好的职业道德，向国内外客户展示和证明了我们的价值，也赢得了国内外客户的信赖。我们连续多年被《钱伯斯》《法律 500 强》《亚洲法律杂志》等国内外权威法律评级机构评选为高度推荐的优秀中国律师事务所之一。

环球的国际仲裁业务

自承办第一起中国企业在瑞典斯德哥尔摩仲裁院的仲裁案件以来，我们一直是国际仲裁领域最领先的中国律师事务所之一。我们成功代表国内外客户在国际商会仲裁院、伦敦国际仲裁院、美国仲裁协会、新加坡国际仲裁中心、香港国际仲裁中心等境外仲裁机构以及中国国际经济贸易仲裁委员会、中国海事仲裁委员会、北京仲裁委员会、深圳国际仲裁院、上海国际经济贸易仲裁委员会等境内仲裁机构办理了数量众多的仲裁案件。我们的多位合伙人是境内外领先仲裁机构的在册仲裁员。

我们是仅有的几家代理过投资条约仲裁案件的中国律所之一，也是迄今唯一一家独立代理投资条约仲裁案件并取得胜诉的中国律所。我们对于投资条约仲裁的程序、管辖权、责任和损害赔偿等问题等均有深入研究和宝贵实务经验，并深度参与了投资争端解决机制改革的议题。

律商联讯

律商联讯是一家全球内容和技术解决方案提供商，帮助法律、企业、税务、学术和非营利性组织的工作人员作出知情决策，实现更好的业务成果。作为数字化先锋，公司率先通过 Lexis®服务在网上提供法律信息。如今，律商联讯拥有先进的技术和优质的内容，帮助用户更快、更简便、更有效地工作。通过与客户密切合作，公司确保客户能利用其解决方案控制风险、改善生产力、提高盈利能力、促进业务发展。律商联讯作为服务于各领域客户的全球知名信息解决方案提供商—励讯集团（RELX Group PLC）的旗下公司，向全球客户提供服务，全球雇员人数超过 10000 名。

律商联讯在中国

律商联讯 1994 年进入中国香港，目前在内地设有北京、上海和广州办公室。凭借在全球法律信息服务市场的资源优势，律商联讯为中国客户提供既符合本土市场需求、又兼具环球先进理念的服务方案。中国用户通过我们的全球网络了解不同的法律体系，全球用户也可以通过律商的平台了解中国法治进程。

服务中国二十余年，我们已经引进多个产品落地中国,包括全球畅销的各类在线数据库，以及享有盛誉的进口原版图书，内容覆盖全球 135 个国家或地区的超过 600 亿数据。同时，律商联讯与中国的实务专家团队合作，依靠自主创新技术及大数据分析，相继开发了律商网和律商实践指引系列产品。我们提供的不再只是查询法律的检索工具，而是贴近法律人士的实务工作流程，帮助其处理实务问题、撰写法律文书和法律检索的 360 度解决方案。

北京仲裁委员会/北京国际仲裁中心

北京仲裁委员会 / 北京国际仲裁中心（简称北仲）是依据《中华人民共和国仲裁法》于 1995 年 9 月 28 日设立的常设仲裁机构，于 1998 年在国内率先实现了自收自支。成立二十余年来，北仲已逐渐成为国内领先并在国际上具有一定影响力的多元争议解决中心。截至 2022 年 12 月 31 日，北仲共受理仲裁案件 66,957 件，所涉争议金额共计人民币 7,199.85 亿元，拥有丰富的处理各类商事纠纷的经验。仲裁案件的当事人来自 63 个国家或地区。每年约 75% 的仲裁案件至少一方非北京当事人，约 25% 的案件双方均非北京当事人。除商事仲裁外，北仲还提供商事调解、工程评审等多元争议解决服务。

国际仲裁知名媒体《环球仲裁评论》（GAR）自 2013 年起持续将北仲列为亚太区域仲裁行业“重点关注对象”，并评价北仲为“中国 250 余家区域仲裁机构中的卓越之选”。北仲不仅竭诚为当事人提供优质、专业的仲裁服务，还通过各种研究、宣传及国际活动致力向世界展示中国优秀的仲裁实践。自 2013 年起，北仲组织行业专家编写中英版《中国商事争议解决年度观察》并于海内外发布，搭建了中外业界交流的重要平台。2017 年北仲受邀成为联合国国际贸易法委员会争议解决第二工作组观察员。2018 年北仲被最高人民法院首批纳入“一站式”国际商事纠纷多元化解决机制。

2019 年北仲正式施行《国际投资仲裁规则》，为国际社会讨论国际投资仲裁改革提供一份“中国方案”，2021 年发布了《国际投资争端仲裁员名册》和《国际投资争端仲裁员行为守则》，获得《环球仲裁评论》（GAR）的专门报道。自 2019 年起，北仲每年发布《中国国际投资仲裁年度观察》，全面介绍我国在国际投资争端解决方面的年度进展。

版权与免责

版权 作者保留对本报告的所有权利。未经作者书面许可，任何人不得以任何形式或通过任何方式复制或转载本报告任何受版权保护的内容。

免责 本报告不构成法律意见，任何仅依照本报告的全部或部分内容而做出的作为和不作为决定及因此造成的后果由行为人自行负责。如您需要法律意见或其他专家意见，应该向具有相关资格的专业人士寻求专业帮助。

联系我们 如您欲进一步了解本报告所涉及的内容，您可以通过下列联系方式联系我们。

联系人：任清 合伙人、律师

联系电话：86-10-65846563

电子邮箱：renqing@glo.com.cn

