

国际投资保护协定在跨境PPP项目中的应用

原创：段向威 张晓慧等 国际工程与劳务杂志 1周前

作者：段向威 张晓慧 林君瑞



有人说，PPP项目就像是政府与社会资本的一场婚姻。在“走出去”的PPP项目中，中国公司作为来自东道国境外的社会资本，需要确保在几十年的项目生命周期内拥有一场融洽、稳定的婚姻，并在婚姻出现危机的时候处于一个比较主动的地位。因此在踏入“婚姻”之前，中国公司就应该未雨绸缪，在项目架构前期从法律尽职调查、合同起草谈判以及境外投资架构设计三个方面把好关。

在境外投资架构设计工作方面，除了从税务和商业角度进行策划之外，从法律角度充分考虑如何利用国际投资保护协定，为项目长期合作过程中的政治风险防范留下空间，是当前所有积极参加“一带一路”建设的中国公司所需研究的重要课题。关于投资保护协定和条约仲裁的基本概念业界已有很多介绍，本文主要从过往国际跨境投资利用国际投资保护协定的实践出发，谈一些观察和要点体会，希望能为中国公司的“一带一路”探索提供启示。

投资保护协定和条约仲裁

为了鼓励外商投资，许多国家之间签订了双边投资保护协定（Bilateral Investment Treaty 或者BIT）和/或多边投资保护协定（Multilateral Investment Treaty 或者MIT），承诺互相对对方

国家的个人或公司在自己境内的投资进行保护和支持。投资保护协定的性质是国际条约，给缔约国创设了国际法层面的义务，是外国投资人或者项目公司在与东道国政府之间就项目达成的具体合同（如特许经营合同）之外的更高一层的保护机制。如果东道国违反其在国际投资保护协定中所做的承诺，来自协定缔约国的投资人将有权根据国际投资保护协定中规定的投资争议解决机制将东道国政府诉诸条约仲裁。该等争议解决方式与外国投资人与东道国政府/国有公司签订的合同中约定的合同争议解决机制是相互独立的。外国投资人如基于投资保护协定向东道国提起条约仲裁，将在国际上对东道国的外商投资环境产生巨大的影响。条约仲裁能够成为外国投资人对抗东道国不当干预其投资的一项强有力的武器。

谁可以享受投资保护协定的保护？

国际投资保护协定的一般原则是，只有以“投资人”的身份，在东道国境内进行了“投资”，才能获得投资保护协定的保护。而在产生投资争议的时候，也只有“投资人”具备根据投资保护协定对东道国提起条约仲裁的适格资格（Standing）。对“投资人”通常的定义是，在国际投资保护协定缔约一国（东道国）进行投资的，根据另一缔约国的法律在另一缔约国设立的法人或具有另一缔约国国籍的公民。

有些投资保护协定对“投资人”的定义则更为宽泛。比如荷兰与马拉维签订的双边投资保护协定中，“投资人”还包括了被在另一缔约国设立的公司或公民直接或间接控制的法律实体。这就意味着，如果一家设立在第三国的公司，被设立在荷兰或者马拉维的公司所“控制”，那么该第三国公司也可以构成荷兰与马拉维签订的双边投资保护协定下的“投资人”，并享受其保护。该等对“投资人”宽泛的定义，为境外投资架构的设计带来了灵活的运作空间。例如，为了享受到税务方面的优惠，在马拉维设立的项目公司的直接股东需要设立在荷兰或马拉维之外的第三国。

在这种情况下，如果在境外投资架构中包含一家在荷兰设立的控股公司，并由该荷兰公司持有项目公司直接股东的全部股份，那么该设立在第三国的股东，同样可以构成荷兰-马拉维双边投资保护协定下的“投资人”。

更进一步，在某些投资保护协定的定义下，设立在东道国的项目公司同样能够构成“来自另一缔约国的投资人”。比如瑞士-孟加拉国投资保护协定中关于“投资人”的定义中的（c）段表示，一个法律实体即使不是根据瑞士法律设立，但只要其被瑞士法律实体有效控制，那么该设立在第三国的法律实体仍然可以构成瑞士-孟加拉国投资保护协定下的“投资人”。根据该定义，如果设立在孟加拉国的项目公司的控股股东是设立在瑞士的公司，那么从法律角度，对孟加拉国作为东道国而

言，孟加拉国项目公司也将能够构成瑞士-孟加拉国投资保护协定下的“来自另一缔约国的投资人”。

这样宽泛的定义无疑对外国投资者是相当有利的。如果项目公司能够成为“投资人”，那么直接享有的各种合同权利、财产、收益等通常而言均可以作为“投资”获得投资保护协定的保护。另外，由于项目公司是直接参与签订特许经营合同的一方，相关投资保护协定中如含有保护伞条款，该条款也将能够最大限度发挥作用。

孟加拉国投资保护协定中“投资”包含什么？

对“投资”的定义通常包含了投资人直接或间接控制下的各种形式的财产，包括有形的财产，例如工厂或者油田，以及无形的财产，例如特许权、股权、知识产权等。

“投资”的定义往往还包含“金钱请求权”或“合同权利”，包括投资人向项目公司提供的股东贷款、特许经营协议中的权利等等，均可以纳入“投资”的范畴。另外，外国工程承包商在工程承包合同下的权益同样可以依据类似的定义被认定为是“投资”。有些双边投资保护协定甚至将工程承包合同下的权益明确列举到“投资”的定义中。

在为数不多的中国投资人通过条约仲裁诉东道国的案例中，北京城建诉也门一案，当事人双方便对工程承包是否属于适格投资发生了争议。也门政府主张北京城建仅是建筑工程承包商，其行为并不构成在也门适格的“投资”。而北京城建则认为其投资由涉案建筑合同项下的权利组成。最终仲裁庭支持了北京城建的主张，认为建筑合同项下的权利符合中国-也门双边投资保护协定对“投资”的界定。

中国企业需要特别留意的风险点

东道国如果违反了投资保护协定中一项或多项标准，外国投资人就可以根据投资保护协定中提供的争议解决机制向东道国主张恢复原状和/或赔偿损失的要求。在过往的基于投资保护协定的投资争议案例中，许多外国投资人通过对东道国违约行为提起条约仲裁，给东道国施加了很大的压力，并最终获得了可观的赔偿。

然而，有些双边投资保护协定中的争议解决机制对外国投资人并非十分有利。比如中国与津巴布韦的双边投资保护协定中规定，对于除征收以外的争议，外国投资人只能通过向当地法院起诉的方式进行解决。又比如，南部非洲发展共同体之间签订的金融与投资多边协定中，外国投资人必

须穷尽东道国当地的一切司法救济后，才能将争议提交国际仲裁进行裁决。这些争议解决机制对
外国投资人而言既不便捷，又无法确保程序和结果的中立和公正。

一个比较理想的投资争议解决方式是在国际投资争端解决中心（ICSID）进行仲裁。ICSID是依据
《解决国家与他国国民间投资争端公约》（《华盛顿公约》）而设立的世界第一个专门解决缔
约国与其他缔约国国民之间就国际投资产生的争议的仲裁机构。其为外国投资人在东道国国内司
法程序之外，提供了中立的国际调解和国际仲裁程序。

中国国有企业在跨境投资中设计境外投资架构时，可以考虑选择一个与东道国签订有以ICSID仲裁
作为条约争议解决机制的投资保护协定的国家来设立项目公司的控股公司。但即使获得了这些投
资保护协定的保护，也并不代表中国企业可以毫无障碍地通过ICSID 来解决所有投资相关的争
议。

ICSID解决的是国家与外国投资人之间就投资产生的争议，但ICSID对国家与国家之间的争议并不
具有管辖权。因此，中国的国有企业想要通过ICSID解决投资争议，首先就需要考虑其是否具备他
国投资人（National of another Contracting State）的身份。

根据主流观点，如果某国有企业构成其所有国政府的代理，或者该国有企业实际上在执行其国家
的政府功能，那么该国有企业可能会丧失“他国投资人（nationals of other contracting
states）”的身份，从而无法依赖ICSID条约仲裁来解决其与东道国之间的投资争议。在这一问
题认定上，投资行为是否具有商业盈利属性将是一个非常重要的衡量标准。因此，明确投资行为
的商业盈利属性，从法律角度是跨境投资风险防控的一个有效措施。而中国国企跨境投资人由于
其所有权性质，应特别注意管理该等风险，避免其在东道国的投资行为被认定为是代理中国政府
行为，或者是执行中国政府政策功能的行为。

从这个角度出发，如何在境外项目的公共社区关系管理角度宣扬中国企业与东道国的友谊、帮助
东道国减少贫困和促进当地社会进步的同时，在法律文件中明确中国国有企业在东道国投资的商
业属性，是“一带一路”倡议下积极探索跨境投资的众多国企的新课题。

什么是“好”的投资保护协定

在中国投资人“走出去”的项目中，从考虑或者利用投资保护协定的角度出发，通常首先需要考量中国与投资东道国之间是否已经签有生效的投资保护协定。如果有，那么还应进一步考量该投资保护协定是否对投资人而言比较有利。

中国目前已经与132个国家签订了双边投资保护协定。但如果纵观中国签订投资保护协定的历史，大家可能会留意到相当一部分的投资保护协定是在中国改革开放初期签订的。彼时，在跨境投资领域，中国的角色主要是投资所在“东道国”。相应地，在那个年代中国签订的投资保护协定往往从有利于东道国的角度进行设计，从而对投资人而言并不一定有利。比如中国-阿联酋双边投资保护协定于1993年签订，根据其中的争议解决机制，中国投资人只能将与赔偿金额相关的争议或双方同意进行条约仲裁的争议提交国际仲裁，而其他投资争议必须提交阿联酋当地行政机关申诉或当地法院诉讼。因此，即使存在中国与东道国之间生效的投资保护协定，未必适合当前“一带一路”大背景下中国转变为投资输出国的现实需求。因此，从国家层面，一个比较重要的课题是对我国的国际投资保护协定进行系统梳理和必要更新，以适应时代的发展。

（作者单位：段向威，中国机械设备工程股份有限公司法律与风险管理部总经理；张晓慧，英国史密夫斐尔律师事务所合伙人，英国执业律师；林君瑞，英国史密夫斐尔律师事务所顾问）