

“一带一路”背景下对外投资风险规避的保障机制

孙南申*

内容摘要 随着“一带一路”背景下的对外投资发展,如何预防与应对中国企业面临的各种投资风险是当前的主要法律问题。对外投资面临的各类风险主要分为商业风险与政治风险两大类。对投资者而言,政治风险是最大的风险,需要通过特别程序与措施加以预防与规避。同时,对外投资企业应建立和强化企业风险管理机制,以有效规避对外投资中的各类风险,尤其是商业风险。对征收等政治风险的转移措施主要通过投资保险机制进行,包括本国商业保险机构或多边投资担保机构公约承保非商业性风险,实现跨境投资风险的转移。对已发生的非商业性投资风险,尤其是中国企业因被征收而遭受的损失,更有效的途径是诉诸国际层面的争端解决救济程序。其主要是依 ICSID 公约提起的国际投资仲裁程序,同时应关注其中的管辖异议规则与内部审查机制。

关键词 “一带一路”对外投资 风险规避 保障机制 投资仲裁

DOI:10.19404/j.cnki.dffx.2018.01.003

一、“一带一路”背景下的对外投资趋势

目前,中国正在推动“一带一路”倡议下对外基础设施的投资。“一带一路”沿线国家城镇化程度低、基础设施落后,对铁路、港口、机场、电力等设施存在巨量需求,这直接拉动了我国工程机械、电力设备、钢铁、建材等行业的发展。同时,中国是世界最大的能源进口国与消费国,中国对外投资的自然资源行业,如能源、矿业、电力、交通等,均涉及基础设施建设,这也与我国能源和资源安全密切相关。

“一带一路”包括“丝绸之路经济带”及“21世纪海上丝绸之路”,连结沿线65个国家,是中国政府推行的国际开放性倡议。中国在2015年已实现了世界第二大投资国的跨越,当年的对外投资总额已达1456亿美元,其增速已超过了外商直接投资。“一带一路”沿线国家的城镇化程度低、公用事业落后,对铁路、港口、机场、电信、公路等基础设施存在巨量需求,但缺乏资金与技术。据亚洲开发银行测算,亚洲国家需要每年7300亿美元的基础设施投资,这将直接推动我国电力设备、工程机械、钢铁、建材等行业通过对外PPP项目投资进一步发展。2014年11月,中国政府正式宣布成立44亿美元的“丝路

*复旦大学法学院教授、博士生导师,澳门科技大学特聘教授。

本文为作者主持承担的国家社会科学基金项目“国际投资争端解决程序的保障机制研究”(项目批准号:17BFX145)的阶段性研究成果。

基金”。2015年12月,中国发起设立的亚投行正式成立,构成落实“一带一路”建设的重要融资平台。2016年年初,中国同阿联酋、卡塔尔设立了200亿美元的共同投资基金,将联合投资中东传统能源、基础设施、高端制造业等领域。^[1]

中国经济发展进入新常态,传统行业也需要通过技术创新转型升级。为此,中国企业以购买先进技术、成熟品牌为目的“走出去”的趋势不减。2017年,中国企业对沿线国家的跨境投资并购也较活跃。同时,西欧、北美、东南亚和南亚仍是中企海外并购的主要目标国,收购与其核心业务直接相关的项目,尤其是与智能制造、数字经济相关的股权并购活动将成为对外投资重点,以获得成熟技术和供应资源。

不过,在并购对象涉及敏感性行业情况下,并购投资更容易引起东道国的安全审查问题。从中国近年对欧美投资的现状看,中国对欧盟的投资主要针对公用设施与能源领域,也有资金流向汽车、运输和机械行业。中国企业对美国投资则更多集中在矿产、金属和娱乐行业。2016年中美双边直接投资额已近600亿美元,创历史新高。中国2016年在美直接投资较2015年增加了3倍,达460亿美元,而2016年美国对华直接投资仅为该水平的四分之一。^[2]

在此背景下,中国企业也面临着各种投资风险以及如何预防与应对的法律问题。对此,笔者在分析投资风险现状与类型的基础上,从投资风险的预防措施、转移机制、救济程序三个方面,论述对外投资风险规避的保障机制。

二、对外投资风险现状与类型

(一)投资风险现状

“一带一路”沿线65个国家的自然资源丰富,但经济增长缓慢,尚处发展阶段,时有社会冲突发生,政治风险度较高。据经济学人智库2015年风险评估报告,除了新加坡、马来西亚、文莱以外,东盟10国基础设施风险超过50%,其国内局势亦存在不稳定性,近年来政治和社会骚乱也时有发生。此外,“一带一路”沿线不少国家在劳工、土地、融资、财政、产业政策方面的法律制度也不健全。

基础设施投资具有投入大、风险高、回报慢的特点,如何防范与规避投资风险,是中国企业对外投资中所面临的首要问题。《2017年中国海外投资风险评级报告》给出了沿线主要35个国家的投资风险评估结果,认为“一带一路”沿线地区的投资风险较高,其中政治风险为最大潜在风险。沿线国家多为经济新兴体或发展中国家,经济基础薄弱且结构单一,政治运作不够透明,外资政策稳定性差,部分国家地缘政治复杂,政权更迭频繁,政治风险较高。独联体和中亚地区的投资环境相对较差,这些国家的经济基础、政治风险、偿债能力等指标排名靠后;伊拉克、伊朗等地区,政局动荡,常有军事冲突,社会不稳定,经济基础较弱,投资风险较高。^[3]其中能源、金属矿石、交通是投资受挫的三大行业,自然资源属于敏感性行业,大规模能源投资易引起东道国的防备或干预,因而面临一定政治风险。

中亚国家中,阿联酋、沙特阿拉伯、哈萨克斯坦等国石油资源丰富,投资开放度高,政治环境相应稳定,投资风险程度较低。比较而言,伊朗、土库曼斯坦、吉尔吉斯斯坦等国,因经济发展水平不高、政治环境不太稳定,投资风险相对较高。2015年1月,希腊左翼激进党联盟大选获胜,新政府随即叫停了中远集团对比雷埃夫斯港的股权收购进程。此外,中国与墨西哥政府的高铁合作,与泰国政府的密松水电站建设合作项目也均因政局动荡而被中止。^[4]

[1] 阴医文、王宏新、张文杰:《“一带一路”背景下我国对中东投资 战略意义、政治风险与对策》,《国际贸易》2017年第4期。

[2] 张琪:《赴美并购遭遇CFIUS阴影》,《财新周刊》2017年8月7日。

[3] 中国社科院世界经济与政治研究所:《2017年中国海外投资风险评级报告》。

[4] 参见郭建鸾:《“一带一路”倡议下国际产能合作风险与对策研究》,《国际贸易》2017年第4期。

从中国对外投资风险的总体情况看,“一带一路”沿线地区尚不存在异常的投资风险,与中国对外整体投资风险基本持平。2006-2016年,中国在沿线国家投资受挫的大型项目数量为56个,受挫项目的投资金额为742.5亿美元,占中国投资受挫的大型项目的份额为24.5%。与此同时,我国与“一带一路”沿线的多数国家均保持比较友好的政治关系,经贸往来关系密切,这就在客观上有助于通过政府间的协议安排缓解中国企业所面临的国别投资风险。截至2016年9月,中国已与20多个国家与地区达成了“一带一路”建设对接的联合声明。^[5]

(二)投资风险类型

对外投资面临的各类风险分为商业风险与非商业风险两大类。非商业风险主要指政治风险或国家风险,通常是指东道国政府对外国投资采取的国家行为而产生的征收风险^[6]以及政策与法律不透明或频繁变动、严格限制投资、政府违约等风险。此外,政治风险的范围也体现为战争、动乱、恐怖袭击、国有化等风险。

如2010年5月,中石油收购叙利亚油气开发公司35%股权,后因叙利亚内战爆发、局势动荡,而被迫撤离叙利亚。同时,中国企业投资于苏丹、南苏丹边境地区油田开发项目,金额高达200万美元。2011年7月,苏丹南北分裂,战火不断导致石油生产陷于停顿,中国企业蒙受重大损失,此外,中石化在也门的投资项目,也因2015年以来也门的政治危机持续升温而基本停滞。

商业风险一般分为两类:一是指因投资交易中的一方,或关联方原因而导致的风险,如信用风险、违约风险、侵权风险等;二是指由于经营环境、经营决策的变化导致的投资损失,包括自然风险、违约风险、侵权风险等。

如从投资者与东道国政府、竞争对手之间关系的角度,则可将投资风险分为外来风险和自身风险两大类。其中,外来风险又分为政治风险、信用风险和市场风险三类,其内容相当于上述的商业风险与非商业风险。自身风险则分为管理风险与经营风险两类。其中,管理风险包括公司治理、合同管理、企业变动的风险,经营风险包括工程、产品、采购、融资、财务等风险。

上述各种投资风险中,政治风险对投资者而言是最大的风险,政治风险的规避需要通过特别的程序与措施,难度大且复杂。商业风险与自身风险的规避措施无法适用于政治风险的防范与救济,故应针对不同的风险类型采取不同的法律应对策略。

三、对外投资风险的预防机制

(一)投资风险管理机制

对外投资是一项长期事业,在既定投资和未来收益之间存在时滞,投资者在进行投资决策时必须对未来收益和可能增加的成本作出合理预期,未来的不确定性很难被预先量化为可控的风险。投资风险在理论上可区分为一般性风险与不确定性风险两类。因此,对中国海外投资风险进行管控的第一步是要将投资风险与不确定性加以一定的区分。对于前者,多数可以通过常规管理机制加以防范和管控;对于后者,应采取特别的战略管理机制来处理。

风险的防控可分为三个步骤:评估风险,即主体能够准确、及时和完整地识别与评估其面临的风险;传送风险信息,应当将评估后的风险信息准确、及时和完整地传送到有权决定风险承担的责任者手中;决定是否承担风险以及承担多少风险。投资风险评估是内部风险管理的基础,亦是项目可行性研究分析的重要组成部分。可资利用与收集的信息来源包括三方面:一是政府投资主管部门公布的

[5]如与哈萨克斯坦的“光明之路”、俄罗斯的“欧亚经济联盟”、蒙古国的“草原之路”、欧盟的“荣克计划”、越南的“两廊一圈”、澳大利亚的“背部大开发”、东盟的“互联互通总体规划”、波兰的“琥珀之路”等。

[6]孙南申、王稀:《中国对外投资征收风险之法律分析》,《国际商务研究》2015年第1期。

国别投资环境评估报告 ;二是专业服务机构与相关协会的信息服务平台 ;三是查询“一带一路”沿线投资信息数据库 ,尤其是对当地政治法律制度、产业经济政策与发展状况的调查与分析 ,并在此基础上得出准确的风险-收益报告。

风险管理的思路应从依赖临时性的干预措施 ,转向以市场化为基础的解决方案。对外投资企业应从公司治理角度建立和强化企业风险管理机制 ,并明确国有企业海外投资的风险监管问题。由于国有企业很少受制于被并购或破产的威胁 ,因而往往忽视较大的商业风险和体系风险 ,为此应建立相应的问责制与奖惩制 ,以限制国有企业过度冒险的投资行为。

对外投资企业应从公司治理角度建立和强化企业风险管理机制 ,并在公司章程中明确风险管理机制的地位 ,充实公司董事、监事和高管人员对公司的忠实和勤勉义务。同时分析这些措施能否抑制公司董事会的过度冒险倾向 ,从而将风险控制在公司股东所能承受的范围之内。风险管理的相应法律措施包括 :营运权的控制、项目完工风险的管控、对工程发展商的信誉调查等方面。

投资者首次进入陌生市场时 ,尽量采用合资或合作经营企业方式 ,以绕过投资准入壁垒。采用合资策略 ,与当地政府旗下的企业合作 ,无疑可减少相应投资风险。一般而言 ,本土化的外资企业更为成功。因此 ,可尽量雇用当地员工 ,以促进当地就业、缓解东道国经济压力。风险管理内容还包括海外所投资企业履行当地社会责任 ,并与当地行政机构保持良好社会关系 ,同时接触社会团体 ,适当参与社区公益活动 ,以获得当地社会对中国企业的认同度 ,则可大为降低可能面临的政治风险。

(二)通过双边协定机制

对外投资活动涉及投资国与东道国管辖 ,东道国对中国企业投资能否提供有效保护至关重要。在主权平等原则下 ,中国作为投资国唯有通过国际法来促使东道国尊重中国投资者的权益。当前 ,中国已与世界其他国家和地区签订了多达131个双边投资协定(BIT) ,但其中不少BIT并未虑及风险防控机制问题。为此 ,中国有必要从制定示范BIT文本起步 ,以风险防控为视角 ,逐步推进国际投资保护与合作机制。此前有关中国BIT的研究或集中于宏大叙事 ,或关注具体条款分析 ,而少有研究从风险配置的角度来解读BIT的功能。笔者认为 ,示范BIT文本的制定应从东道国、投资者、投资国之间风险配置的角度拟定BIT的重要条款 ,并特别关注其中有关投资者待遇、投资保护、征收与补偿和处理投资争议问题的机制 ,以及这些机制所带来的权利义务失衡问题。

鉴于之前中国签署的BIT主要内容是立足于东道国角度拟定的 ,不利于有效保护中国作为投资国的对外投资权益 ,故应与“一带一路”沿线国家与所投资的其他国家修改与签订新一代的BIT ,以有效规避政治风险 ,保护中国企业的海外投资合法权益。在谈判签订BIT中 ,制定有利的市场准入清单 ,使中国企业海外投资享受东道国的准入前国民待遇 ,并通过相应条款规范东道国的安全审查行为。BIT谈判中 ,关键问题之一是如何简化外商投资的负面清单。“负面清单”的实质是准入前国民待遇原则的例外 ,国家安全审查措施在投资协定下亦是针对“负面清单”的 ,因而从法理角度 ,“负面清单”的内容属于国家安全审查的范围。^[7]

(三)安全审查风险的应对

2013年 ,美国外国投资委员会(CFIUS)阻止了一项华为的资产并购计划(涉及对关键技术的资产收购)。近期 ,阿里巴巴收购美国支付宝公司的交易 ,也因涉及金融安全而未能获得CFIUS的审查通过。而华为在欧洲的类似资产并购并未受阻 ,目前华为已占到欧洲移动网络基础设施市场的近25%。^[8]对中国企业来说 ,欧盟是更容易进入的市场 ,因其对中欧市场准入的审查比美国宽松。即使欧盟有成员国限制进入 ,中欧仍可进入其他成员国市场寻求投资机会。但中欧在欧洲的成功投资并非一劳永逸 ,也不表明今后在欧洲的投资交易不会有国家安全审查风险。实际上 ,中资赴欧并购交易的骤增已开始引起欧盟一些成员国的担忧。

[7]孙南申、彭岳 :《外资并购国家安全审查制度的立法改进与完善措施》,《学海》2014年第3期。

[8]育川 :《反思中国对外投资》,《财新周刊》2017年8月14日。

2017年已公布的中国企业并购美国公司的交易已达87宗,创下历史同期最高记录。但中企在美国的多起并购交易也因遭遇CFIUS国家安全审查受挫:蚂蚁金服与速汇金因未能在75天的审查期内获得CFIUS通过,已于2017年7月再次提交申请;有中资背景的私募基金Canyan Capital Partners出资13亿美元收购美国Lattice半导体公司的申请已第三次重新向CFIUS提交审查;此外,中国泛海控股集团拟以27亿美元收购美国保险公司Genworth Financial,华芯投资管理有限责任公司的子公司Unic Capital Management拟以5.8亿美元收购美国半导体测试设备公司Xcerra Corp等交易,目前也仍待CFIUS审查批准;中资TCL集团出资5000万美元收购美国电子产品厂商Inseego旗下的MiFi(移动热点)业务,在两次向CFIUS提交申请后,因未能解决对国家安全的忧虑而最终放弃。^[9]

对当前投资美国的中国投资者而言,最大风险在于CFIUS是否能在可预测的时间段内,得出可预测的审查结果,而非始终面临CFIUS审查流程的潜在拖延。从2017年年初开始,CFIUS已通知至少9宗交易的相关公司,并表示如仍以现有方式进行并购,这些交易(大多集中在科技行业)或将被禁止。在美国,容易触发国家安全审查风险的新领域包括人工智能、网络安全、个人数据收集、定位信息的行业(如保险、支付甚至酒店业)等。

应对CFIUS安全审查风险的策略方面,中国企业与目标公司的前期沟通更为重要。在交易完成前,应首先考虑将“不能获得CFIUS批准”作为一项退出机制;其次要尽量由美国目标公司共同承担如何通过CFIUS审查的工作任务。中方企业还需在早期作好潜在风险的分析,及审查过程中可能采取的缓解措施方案。例如涉及剥离某部分对中企有价值的资产的,要将缓解措施作为预案,并在与目标公司的并购商业谈判中事先加以考虑。

四、对外投资风险的转移机制

当前,中国商务部、国家发改委、国家外汇管理局等部门已就海外投资颁布了相关的行政规章,内容涉及审批、监督、融资、外汇、税收等领域。这些规则大多以消除风险为主要规范目标,而未将重点集中在风险的转移和补偿方面。现行的监管机制并未虑及风险的不确定所导致的投资损失,从而在监管措施方面留下一定漏洞。对此,应从投资风险转移与救济机制的角度研究投资风险规避的保障机制。

在国际投资领域,对征收等政治风险的转移与救济措施主要通过投资保险和国际投资仲裁两种方式进行。投资保险方式既包括国内的海外保险制度,也包括利用《多边投资担保机构公约》(MIGA公约)的国际保险制度。针对的是投资项目可能发生的政治风险,通过本国商业保险机构或多边投资担保机构(MIGA)承保非商业性风险,实现跨境投资风险的转移。

(一)通过中国信保转移

对中国企业对外投资风险而言,中国出口信用保险公司(中国信保)可以为其提供汇兑限制险、征收险、战争及政治暴乱险、政府违约险和承租人违约险。如果中国企业的就外投资项目购买了中国信保的以上非商业风险的保险产品,一旦发生以上非商业风险事件导致投资损失,即可要求中国信保对其受到的损失先予赔偿,中国信保通过赔付取得代位求偿权后,再向导致上述风险损失的东道国政府追究赔偿责任。前提是中国政府与该东道国政府所签订的BIT中含有此类代位求偿条款。目前,通过中国信保转移投资风险方面仍存在一些障碍:一是承保规模有限;二是承保费率过高,使一些投资企业望而却步;三是对所承保风险缺少分保机制,没有一般保险机构的参与。

因我国企业对外投资投保成本高,不能完全覆盖损失,且索赔机制繁琐,故在“一带一路”建设投资中投保占比较低,80%以上企业并无出口信保,对外投资面临巨大风险敞口。相比而言,发达国家对

[9]前引[2]张琪文。

外投资保险覆盖率一般在30%左右。这表明企业投资多为利益驱动导向,风险认知明显不足,风险评估尚付阙如。究其原因,与投资企业的风险管理意识淡薄、风险管理水平不高有关,对海外投资项目可承保的风险产品类型、操作流程、保险费率等方面,知之甚少或缺乏必要了解。多数企业认为,海外投资保险所保障的只是一般情况下不一定发生的风险,但投保非商业性投资风险必然会增加企业的经营成本,从而减少应有的投资收益。

中国信保是我国唯一承办出口信用保险业务的政策性保险公司,其业务范围包含海外投资保险业务,中国信保自2001年12月成立以来,已陆续开设了海外投资政治风险保险业务。如2011年利比亚发生战乱,迫使多家中国投资企业撤离,中国信保为此向受损企业累计赔偿了1.34亿美元,但中企涉外保险以贸易类业务为主,投资类业务占比过低,2003-2013年期间海外投资承保额仅占其总承保额的9.52%,2013年以来,在服务于国家“一带一路”建设背景,中国信保对沿线64国的承包金额累计达到3438亿美元,承保范围覆盖了基础设施、矿业资源、信息通信、制造业、农业等投资领域。^[10]

2.通过MIGA转移

由于中国已是MIGA公约的成员国,因此中国企业也可寻求MIGA公约项下的投资保险。但MIGA公约下的“适格东道国”必须是发展中国家,故无法使之适用于中国企业对发达国家的投资项目。该公约下的MIGA将“征收和类似的措施”作为承保的一种险别,MIGA公约对此的规定为“东道国政府采取立法或行政措施,或懈怠行为,实际上剥夺了被保险人对其投资的所有权或控制权,或其应从该投资中得到的大量收益”。^[11]

对于投资中面临的政治风险,企业可在MIGA通过投保将因风险产生的损失转嫁给商业或国际保险机构。MIGA机制下提供担保(承保)的范围包括:征收和类似的措施、政府违约、限制货币汇兑、战争和内乱。

MIGA所提供的主要服务除了政治风险担保外,还包括调解投资争端、提供投资项目对东道国环境、社会影响的专业评估、提供在发展中国家投资机会及发展条件的网上信息服务等。MIGA的担保申请及批准的流程颇为复杂,具体包括:(1)投资者向MIGA提出申请;(2)MIGA在3个月内进行审查;(3)通过核保后,再由东道国政府进行批准;(4)通过网上信息披露及项目审核委员会审查;(5)送交MIGA董事会批准;(6)投资者和MIGA双方签署担保合同。截至2015年,MIGA与国际投资者共签署了近1300个风险担保合同,支持了约800个国际投资项目,虽然经MIGA审查后所提供赔偿的案件仅有6起,但其成功解决了约100多起投资项目中的投资争端,涉及直接投资争议金额累计840亿美元。^[12]

根据MIGA公约,MIGA享有代为求偿权。一旦发生MIGA承保的风险事故并致使投资者遭到损失,在MIGA向投资者进行赔偿后,再由MIGA向东道国求偿。其实质是东道国间接承担对投资者的赔偿责任。如前所述,在MIGA承保的约800个项目中,迄今只赔付了6笔赔偿,其余纠纷在索赔前或索赔后,基本上都因MIGA的介入而得以解决。

同时应看到,MIGA的承保容量非常有限。MIGA单独承保的单个项目仅为1.1亿美元,对单个国家的净担保额只有4.2亿美元。通过与各国海外投资保险机构的分保与共保合作,MIGA对单个项目也只有2亿美元,对单个国家的净担保额则为6.5亿美元。^[13]如此看来,随着我国企业对外投资规模的扩大,为使对外投资利益得到的保障,加强与MIGA分保与共保的合作是必要的。

五、对外投资风险的救济机制

投资风险的救济机制将适用于企业对外投资中,如发生被外国政府征收而诉诸国际投资仲裁要

[10]前引[1],阴国文等文。

[11]参见MIGA Convention, Article 11(1)(b)。

[12][13]参见 MIGA Annual Reports(2000-2015),载<https://www.miga.org/resources/reports/annual-reports>,2017年6月8日。

求赔偿的争端解决程序。对于“一带一路”建设中对外投资风险的争端解决,中国企业通常情况下还是采用以预防为主的投资争议预防机制(Dispute Prevention Mechanism, DPM)为宜。因为DPM具有投资争端解决机制所不具有的效果。

虽然规避对外投资风险的措施首先是防患于未然,提高中国企业的对外投资决策能力,事先做好风险防控,但针对已发生的非商业性投资风险,更有效的途径当然是为中国企业受到损害的争端提供国际层面的救济。从法律角度,可为中国对外投资争端解决提供保障的依据为双边投资保护协定(BIT)和解决国际投资争端公约(ICSID公约)。

除了通过投资保险转移投资风险,国际投资仲裁是对投资者遭受的政治风险损失提供救济的主要途径。在主权平等原则下,投资国通过BIT安排促使东道国承担保护外国投资者权益的义务,并通过BIT中的投资争议解决条款,主要约定采用国际投资争端解决中心(ICSID)仲裁程序作为投资者和东道国争端的解决方式与补偿救济的途径。对于中国企业的对外投资的风险防范而言,重要的是如何熟悉与利用国际投资仲裁规则。对于我国引进外资中的纠纷处理而言,则应重视如何预防与应对国际投资仲裁带来的压力。

随着“一带一路”建设的推进,越来越多的国内企业投资海外,中外投资争端明显增多。中国企业因屡遭海外的投资征收风险,而开始诉诸国际投资仲裁程序。在现行国际投资争端解决机制下,投资者与东道国的投资争端,主要是通过ICSID仲裁程序解决。

在诉诸国际投资仲裁救济机制方面,应特别关注国际投资仲裁程序运行中存在的问题,主要反映为:仲裁门槛标准不一、程序不透明、同案不同判,存在越权、裁决不公正等。这些问题在中外投资争端解决程序中也会存在,并可能对我国企业投资权益的保护产生不利影响。因此,在通过国际仲裁机制解决投资争端时,应就如何应对不利裁决与保障投资利益提出前瞻性的可行方案。主要针对两方面的问题:一是仲裁管辖的条件与异议问题;二是仲裁的异议与审查问题。这两方面问题分别发生于投资仲裁的管辖程序与审理程序的阶段。

(一)关于仲裁管辖的条件与异议问题

中国企业因对外投资被东道国政府征收而提起ICSID国际仲裁,必须使其提起的仲裁请求符合ICSID公约规定管辖条件,并正确援引中外双边投资协定中有关投资争议解决的规定,以确保仲裁庭对争端行使管辖权。处理的管辖争议主要包括东道国提出的管辖异议能否成立,以及仲裁庭拒绝管辖的理由是否合理。虽然国际投资仲裁实践中仲裁庭的倾向是扩大管辖权,但也有提高管辖门槛而拒绝管辖的案例,如2015年ICSID处理的“中国平安诉比利时案”。

(二)关于仲裁裁决的异议与审查问题

所讨论的是,如果ICSID仲裁庭作出对中方不利裁决,如何通过ICSID公约有关内部审查的规定予以补救?对于ICSID仲裁庭所作出有损中方权益的不公正裁决,应当首先确定仲裁庭是否存在滥用权力或违反程序问题,并可通过ICSID内部审查规则,对仲裁裁决提出异议并申请撤销。虽然仲裁裁决具有终局性而不得上诉,但ICSID公约同时规定了仲裁裁决的修改及撤销的条款。如当事人对ICSID仲裁裁决有异议,则有权提出并采取ICSID公约规定的内部救济程序,以防止权力滥用。相应的推论是:ICSID仲裁裁决以一裁终局为原则、以内部救济为例外。涉及目前ICSID主导的投资仲裁程序规则修改意见征求进程,应关注其内部审查机制中的“裁决的撤销”的规则修改,适时提出“加强ICSID内部审查机制”和“简化撤销程序周期过长”的修改建议。

在ICSID公约下,裁决异议的内部救济形式主要包括裁决的修改和裁决的撤销。关于裁决的修改,任何一方可根据所发现的对裁决具有决定性影响的事实,提出申请修改裁决。但实践中,对决定性影响的事实难以发现与认定,这就极大限制了该形式的使用率。比较而言,以裁决的撤销作为异议裁决的方法,在实践中比较可行。根据ICSID公约的裁决审查规则,专门委员会可应当事人要求宣布裁决无效,裁决可依仲裁当事人申请经审查而撤销。

审查的范围取决于当事人申请撤销时主张的理由。从ICSID公约列举的理由看,具体包括:仲裁庭组成不当、仲裁庭显然越权、仲裁庭成员有受贿行为、严重背离基本程序规则、裁决未陈述所依据理由。^[14]仲裁庭越权是撤销裁决的主要理由,但需确定其表现形式。可重点从以下方面提出仲裁庭存在越权:背离仲裁协议或条约规定;不行使管辖权;未按当事人约定适用法律;适用法律错误。^[15]可见,仲裁庭管辖权缺陷和法律适用缺陷,是确定越权表现的主要理由。

结 语

中国企业近年来的对外投资行为具有“二元性”特点,不仅对欧美发达国家进行了直接投资,也包括对非洲在内的各发展中国家的绿地投资。但对发达国家是以并购投资为主的直接投资,对发展中国家是以基础设施建设为主的工程项目投资。中国企业对外投资所选择的国家一般风险较高,虽然也在尽量规避风险。客观上反映了投资收益与投资风险之间所存在的“收益高、风险大”的正比关系。中国企业对外投资表现出的“风险偏好”,主要是因为工程项目投资具有对外直接投资的屏蔽效应。^[16]“一带一路”沿线国家多为发展中国家,基础设施落后,投资建设面临巨大缺口,中国企业的工程项目投资对其具有竞争优势,但应事先对相关国家的政治风险和制度水平进行必要评估,尽量选择政治风险小、社会环境相对稳定的国家,以有效规避潜在的风险。

国际投资仲裁裁决碎片化,反映为投资仲裁程序中存在的裁决标准不一、缺乏可预见性问题。为了避免与应对其消极影响,有必要评估裁决碎片化的法律后果,尤其是对客观性、公正性的不良影响。作为东道国,中国有权力为合法的公共政策目的而管理外国投资,作为投资国,中国需要应对东道国采取的投资保护主义,充分保护投资者利益。如何处理两者的关系,不仅涉及相应的保障机制如何兼顾两者利益,还涉及建立开放共赢的中外投资合作机制的政策导向。

[14]参见ICSID公约第52(1)条。

[15]参见[德]鲁道夫·多尔查等编《国际投资法原则》,祁欢、施进译,中国政法大学出版社2014年版,第317-319页。

[16]张元钊:《东道国人类发展水平、政治风险与中国企业对外投资》,《投资研究》2017年第4期。