

## 中国公司如何应对国际投资中的政治动荡风险

近年来，在利比亚、叙利亚、伊拉克、乌克兰、南北苏丹等国家和地区相继爆发了一系列武装政治冲突，造成当地政治动荡、社会秩序紊乱。这些冲突的爆发与加剧给在这些国家和地区进行海外投资的中国公司造成了难以计数的巨大经济损失。投资所耗费的财力、人力、物力遭到破坏，投资收益无法实现。在这种情况下，如何有效地寻求国际法保护，向东道国政府主张损失，已经成为众多中国公司迫切希望了解的焦点问题。以下，我们通过对国际投资争端解决中心（简称“ICSID”）若干案例的分析和说明，简要介绍在政治动荡情形下，中国投资者寻求权益保护的主要方法以及所应依据的国际法原理。

### 一、 双边投资保护协定与国际投资仲裁

双边投资保护协定（简称“BIT”）是国际投资法律体系中的重要组成部分。它一般是由两个国家签署，旨在鼓励和保护对方投资者在东道国国内的投资活动，吸引外来投资，促进本国经济发展，便利国际私人资本流动。通常情况下，当一家中国公司在进行海外投资时与东道国政府发生争议，便可直接寻求中国与该国所签订的BIT的保护。截止到2012年底，中国已经与130多个国家签署了BIT。这些BIT均规定了多条权利救济条款，赋予投资者可因东道国政府实行征收或其他违约行为等向东道国政府主张赔偿的权

利。

国际投资仲裁是为解决投资者与东道国政府间有关投资争端的主要纠纷解决方式，也是绝大多数BIT所规定的争议解决方式。当投资争议发生后，投资者通常会依据BIT的规定选择ICSID作为“指定机构”，适用联合国国际贸易法委员会（简称“UNCITRAL”）制定的《UNCITRAL 仲裁规则》进行国际投资仲裁。ICSID具有自治和超国家性质的特点，它是世界银行在1966年依据《关于解决国家与其他国家国民之间投资争端公约》（简称“《华盛顿公约》”）而建立的世界第一个专门解决东道国政府与外国投资者之间争端的机构，具有相当丰富的国际投资仲裁实务经验。

### 二、 BIT 中对东道国发生政治动荡情形下政府承担责任的规定

大多数国与国之间的BIT规定了东道国政府在发生政治动荡情形下应当对投资者的损失承担责任。这其中，“完全保护和安全”以及“非歧视”条款通常是投资者们最常适用的可向东道国政府主张投资权益损失的国际法依据。

#### 1. “完全保护和安全”条款

所谓“完全保护和安全”条款，是指东道国政府应当依据国际法向外国投资者提供完全的保护和安全，避免投资者因东道国政府、组织或个

人的暴力行为遭到人身或财产的损失。比如，中国政府和加拿大政府于2012年9月9日签订的BIT第四条第（一）款就规定了：“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他安全。”“完全保护和安全”条款为东道国政府设立了较高的责任承担标准，它要求东道国政府尽到合理审慎的注意义务，为投资者提供尽可能多的全方位保护和安全。下面我们简要地介绍与“完全保护和安全”条款有关的几个经典国际仲裁案例。

在*英国亚洲农产品有限公司诉斯里兰卡政府*（1990年）一案中，斯里兰卡爆发了反政府武装冲突，在国家安全部队与叛乱军交火的过程中，该英国公司的虾养殖场遭到摧毁，20多名公司雇员丧生。英国公司就此将斯里兰卡政府告上ICSID，提起国际投资仲裁。然而在仲裁审理过程中，仲裁庭发现，无论是英国公司还是东道国政府都无法证明究竟是反叛者还是政府安全部门自身的行为造成了英国公司的损失。在这种情况下，英国公司方面主张，根据英国与斯里兰卡签订的BIT中的“完全保护和安全条款”，东道国政府应当对其损失承担严格责任；而斯里兰卡政府方面则认为，东道国政府已根据国际习惯法，尽到了尽职义务。由于始终无法查明过错的责任主体，仲裁庭最后认定，尽管东道国政府没有恶意和过失，但其并没有尽到足够的尽职义务，因此东道国政府应当承担赔偿责任。仲裁庭在其判决中进一步指出，判断一国政府是否达到尽职的标准应当考虑一个管理良好的政府在类似情况下应当做出的、为避免投资者遭受损失的合理行为。本案中，虽然斯里兰卡政府可能并不存在直接过错，但由于其没有采取所有可能的、合理的措施，避免人员误伤和损失发生，因此违反了“完全保护和安全”条款。

同样，在*美国制造业贸易有限公司诉扎伊尔政府*（1997年）一案中，非洲国家扎伊尔首都金沙萨爆发了政治动乱，扎伊尔政府被认定为由于没有采取任何合理措施为美国公司提供人身和财产方面的安全保障，因此违反了“完全保护和安全”的义务。当时，该美国公司的财产在金沙萨发生的武装动乱中遭到人为破坏和灭失，东道国政府一方面没有采取任何行为阻止暴乱的发生，另一方面也没有为美国公司的财产提供任何保护。在这种情况下，仲裁庭认为扎伊尔政府违反了“完全保护和安全”条款，因为其应当认识到武装动乱很可能对美国公司的人身或财产产生非常不利的影他，但其并不作为，最终导致了美国公司的损失。

在*英国 Wena 酒店诉埃及政府*（2000年）一案中，埃及政府的雇员在没有经过正当程序的情况下，对英国投资者的 Wena 酒店进行了暴力搜索和查封，并对酒店人员予以扣押。英国投资者称，在这项非法暴力查封、扣押的行为中，埃及政府违反了“完全保护和安全”义务，同时也构成了非法征收。埃及政府辩称，政府本身并没有参与或授权此次袭击的发生。最终，仲裁庭认为，尽管政府本身没有参与或授权袭击的发生，但埃及政府未能阻止此次袭击的发生，也未能在此后通过相关途径保护投资者的资产安全，因此埃及政府违反了英国与埃及 BIT 中的“完全保护和安全”条款。

在*英国 Biwater 公司诉坦桑尼亚政府*（2008年）一案中，英国公司称坦桑尼亚政府对其资产的扣押行为构成了间接征收，同时，由于坦桑尼亚政府没有及时阻止其相关政府部门的间接征收行为，其构成了对于 BIT 中“完全保护和安全”义务的违反。仲裁庭支持了英国公司的仲裁请求。

仲裁庭认为，所谓“完全保护和安全”义务，是指东道国政府应当对投资者提供适当保护，这种保护不仅应当使投资者免受第三人行为的侵害，同时也应当使其免受政府机关本身或政府的代理人的侵害。因此，仲裁庭认为坦桑尼亚政府违反了“完全保护和安全”的义务。

除了提供人身和财产方面的“完全保护和安全”，随着 21 世纪以来全球经济与贸易的不断发展，国际仲裁庭现已将东道国政府应提供法律和商业上的保护和安全也正式纳入到了“完全保护和安全”义务当中。

在*英国国家电网公司诉阿根廷政府*（2007 年）一案中，2001 年底阿根廷经历了一场毁灭性的金融崩坍，在一天之内，阿根廷货币比索贬值了近 40%。随着货币的崩溃，金融危机最终演变成了政治危机，总统被迫辞职，政府垮台。为了应对危机，阿根廷政府采取了一系列措施，其中包括放弃固定汇率制等。然而，这些措施的施行给在阿根廷的海外投资者们造成了严重的损失。当时，英国国家电网公司与阿根廷政府签订了一份电气供应合同，约定以美元作为货币计价单位，支付电气费用。随着政治危机的突然爆发，阿根廷政府宣布废除以美元作为货币计价单位的固定汇率制，转而要求英国公司必须以比索作为计价单位。由于比索的严重贬值，英国公司遭受到了巨大的经济损失。在仲裁过程中，该英国公司提出，根据英国与阿根廷签订的 BIT 规定，阿根廷政府应当为投资者提供公平、公正的待遇以及完全的保护和安全。仲裁庭接受了投资者的观点，认定阿根廷政府擅自改变货币计价制度，违背了英国公司的信赖利益，造成了对投资者投资收益的影响，构成对 BIT 中所规定的“完全保护和安全”义务的违反。

## 2. “非歧视”条款

政治动荡情形下的“非歧视”条款，是指当暴乱发生后东道国政府向一国投资者提供的赔偿待遇不应低于其给予本国或任何第三国投资者的待遇。比如，中国和乌克兰政府于 1992 年 10 月 31 日签订的 BIT 第四条第（三）款就规定了：“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、紧急状态、国内骚乱和其他类似情况而遭受损失，若在其领土内进行投资的缔约一方采取补偿损失措施或其他有关措施，其给予该投资者的待遇不应低于给予任何第三国投资者的待遇。”

以下案例对“非歧视”条款的含义进行了说明：

在*美国 CMS 公司诉阿根廷政府*（2005 年）一案中，2001 年底由于经济危机恶化，阿根廷政府颁布了《紧急状态法》，采取了一系列不利于外国投资者的措施。当时，美国 CMS 公司与阿根廷政府签订了一份天然气运输合同，其中约定，运输管道使用的收费标准可根据美国生产商价格指数进行调整。然而，阿根廷政府却坚持《紧急状态法》中的规定，拒绝调整使用费。美国公司以阿根廷政府违反 BIT 规定为由向 ICSID 提起仲裁，其主张之一就是阿根廷政府对其投资采取了歧视性措施。仲裁庭在审理中认为：“非歧视条款，是旨在保护缔约国一方投资者，使其在紧急状况下所获得的相关救济程度等同于东道国国家公民、或其他外国人所获得的救济程度。”尽管根据本案的案情，美国公司的该项主张最终没有得到仲裁庭的支持，但是仲裁庭认可了“非歧视”条款可作为投资者向东道国政府索赔的国际法依据。

### 3. 东道国政府承担责任的例外

虽然东道国政府在政治动荡情形下有义务为外国投资者提供相应的保护和保障，但其责任的承担也是有限制的。这其中最为普遍的两项例外限制是“国家安全”和“公共秩序”。所谓“国家安全”例外，是指国家在紧急情况、国家及人民、机构等安全受到威胁时，可以采取有必要的相应措施，来保障和维护国家安全，该措施的执行不被视为是对 BIT 的违反。所谓“公共秩序”例外，是指国家在特定情形下，可以为保障其公共秩序而采取相应的措施，该措施的执行也不被视为是对 BIT 的违反。

上述两项例外限制往往是东道国政府在进行仲裁答辩时会提出的抗辩理由。比如在上文提到的*英国国家电网公司诉阿根廷政府*一案中，尽管阿根廷政府承认存在违约行为，但其认为这是出于“国家安全”的考虑，应该免于承担责任。最终，国际仲裁庭在综合考虑了各方面因素后，认为“国家安全”的例外限制不应在本案中得以适用，虽然阿根廷爆发了金融危机和政治危机，但该危机尚无在根本上影响到阿根廷的“国家安全”。

在*希腊 Pantechniki 公司诉阿尔巴尼亚政府*（2009 年）一案中，希腊公司主张阿尔巴尼亚政府由于未能在 2007 年发生的武装冲突中为其投资的项目提供保护，因而违反了阿尔巴尼亚与希腊 BIT 项下的“完全保护和安全”义务。阿尔巴尼亚政府辩称，在 2007 年的武装冲突中，国内秩序已经明显混乱，政府并没有能力向任何投资人提供保护。仲裁庭在分析事实后认为，在 2007 年的冲突中，政府已经倒台，成千上百人死亡，国家到处秩序混乱。在这种情况下，不管国家安全机构还是私人安全机构均无法为投资者提供有

效的安全保障。仲裁庭进一步认为，所谓“完全保护和安全”义务仅仅要求投资者政府尽到合理尽职的义务。在国家彻底动荡的情况下，阿尔巴尼亚政府并非不愿向投资者提供保护，而是无法向投资者提供保护。同时，投资者在向这些政府比较脆弱的国家投资时，理应注意到，政府所能提供保障的程度将会远远低于类似伦敦、纽约、东京这些地方。因此，仲裁庭判定，阿尔巴尼亚政府并没有违反“完全保护和安全”的义务。

### 三、 中国政府签订的 BIT 中有关“完全保护和 安全”和“非歧视”条款的规定

尽管中国政府已与 130 多个国家签订了 BIT，但在这些绝大多数签订于上个世纪 90 年代的 BIT 中，大多都没有规定“完全保护和安全”条款。这使得中国公司往往无法直接依据 BIT 条款向东道国政府主张其在政治动荡情形下的违约责任。这也是近年来中国公司在叙利亚、伊拉克、乌克兰、南北苏丹等政治动荡国家遭受巨额投资损失却无法向东道国政府直接索赔的根本原因所在。值得注意的是，在近年来中国与东道国政府最新签订或重新签订的 BIT 中，很多已将“完全保护和安全”条款纳入其中，这将给中国公司未来向这些东道国政府主张权益保护提供便利。

与“完全保护和安全”条款相比，“非歧视”条款在中国政府已经签订的 BIT 中有较多的体现。其中一部分 BIT 明确规定了投资者可在东道国发生政治动荡的情况下依据“非歧视”条款向其政府主张索赔。比如中国与乌克兰、荷兰、菲律宾等国签订的 BIT 即有此规定。另一部分 BIT 则是将“非歧视”条款具体体现在“国民待遇”或者“最惠国待遇”的规定上。比如中国与阿根廷签订的 BIT 规定：“缔约各方同意，在不损害其法律和法规的情况下，对缔约另一方投资者在其

领土内对投资的管理、维持、使用、享受和处置不采取任何不合理或歧视性措施。”“本协定项下所享受的待遇和保护应不低于第三国投资者的投资和与该投资有关的活动所享受的待遇和保护。”

#### 四、适用第三国 BIT 保护投资权益

虽然中国政府与叙利亚、伊拉克、乌克兰、南北苏丹等国家签订的 BIT 中没有规定“完全保护和安全”条款，但中国公司依然可以通过在第三国设立特殊目的公司，借助于第三国与这些国家之间的 BIT 来获得最佳投资保护。这对中国公司利用传统的“避税天堂”（例如英属维尔京群岛、百慕大、开曼群岛等），通过设立特殊目的公司统筹对外投资具有特别的积极意义。

上述做法已经得到 ICSID 的确认。在著名的 *康菲石油公司诉委内瑞拉政府*（2013）一案中，来自美国的康菲石油公司就利用了荷兰与委内瑞拉间的 BIT 来保护其在委内瑞拉的投资。美国公司通过其设立在荷兰的子公司在委内瑞拉进行投资交易，从而使得该子公司可以享受到荷兰与委内瑞拉间的 BIT 保护。投资过程中，美国公司遭受到了来自委内瑞拉政府的非法征收，进而在 ICSID 起诉委内瑞拉政府。仲裁庭最终认为，美

国公司的这种投资形式是有效的，裁决委内瑞拉应根据荷兰与委内瑞拉 BIT 的相关规定，为其非法征收承担相应赔偿责任。

#### 五、总结

一般而言，在发生政治动荡的情形下，东道国政府应对其境内的外国投资者提供一定程度的保护。这种保护义务来源于投资者本国与东道国之间的 BIT 规定。然而，由于中国与东道国所签订的 BIT 内容及保护程度各不相同，中国公司在进行海外投资时，往往会遇到 BIT 条款不明确、不清晰，甚至没有 BIT 的情形。在这种情况下，中国公司可以通过设立特殊目的公司的形式，借助于第三国与东道国之间更完善的 BIT，来对自身的投资进行保护。

对于提供海外投资保险的保险公司而言，由于东道国政府的保护义务均来源于 BIT 中，保险公司应当在签订保单时，把东道国与中国是否签订有 BIT 或者可适用第三国与东道国间的 BIT 作为一项必要条件，从而在未来可能发生争议时，更好地为自身以及中国公司的索赔主张提供保护依据。

陈鲁明 合伙人 电话：86 021 2208 6396 邮箱地址：chenluming@junhe.com

毕似恩 律师 电话：86 021 2208 6381 邮箱地址：bisien@junhe.com

陈雨崑 实习生 电话：86 021 2208 6337 邮箱地址：chenyuwei@junhe.com

---

本文仅为分享信息之目的提供。本文的任何内容均不构成君合律师事务所的任何法律意见或建议。如您想获得更多讯息，敬请关注君合官方网站“[www.junhe.com](http://www.junhe.com)”或君合微信公众号“君合法律评论”/微信号“JUNHE\_LegalUpdates”。

