

中国对外投资征收风险之法律分析

孙南申 王 稀

摘 要: 当前中国企业对外投资面临的主要风险之一为东道国征收风险, 因此对征收风险寻求救济至关重要。对外投资风险的救济途径主要为投资保险和投资仲裁, 尤以投资仲裁为主。本文针对ICSID仲裁中有关中国对外投资的案例, 讨论与分析征收风险中涉及的相关法律问题和应对措施。

关键词: 中国对外投资; 征收风险; 间接征收; 风险救济途径

中图分类号: D996.4 **文献标识码:** A **文章编号:** 1006-1894 (2015) 01-0050-09

根据联合国贸易与发展会议颁布的《世界投资报告(2013)》中的数据, 在吸收外资方面, 中国在2012年仍保持了发展中国家的第一东道国地位, 已成为全球仅次于美国的第二大东道国, 引入的外资高达1,210亿美元; 在对外投资方面, 中国在2012年也成为全球仅次于美国和日本的第三大投资输出国, 对外投资已达840亿美元。上述数据表明, 中国目前在国际投资领域中同时具备了东道国与投资国的双重地位。

但是, 近年来中国对外投资中有不少项目并未如预期获得高收益的回报。如2011年, 中国铝业与澳大利亚奥鲁昆的铝土矿资源开发项目中途折戟, 项目损失达3.4亿元人民币; 同年, 中国铁建投资沙特轻轨项目亏损更是高达41.48亿元人民币; 2009年, 中化集团在海外投资的3个油气田项目, 累计亏损达1,526.62万美元; 同年, 中铁在波兰A2高速公路项目也遭亏损, 合同总额达4.47亿美元; 此外, 中国三大石油公司近年在海外的亏损项目已达到项目总数的2/3。^①此外, 中国铁建、中国中铁和中国三大石油公司等投资或因为项目实际投资超过预期投资额, 或由于与相关东道国在履约中存在分歧, 均造成了重大亏损。

一般而言, 防止海外投资亏损首先应防患于未然, 提高中国企业海外投资决策能力, 做好风险防控。针对已发生的投资风险, 更有效的途径是为中国海外企业受到的损害提供国际层面的救济。从法律角度, 可用于为中国对外投资提供保护的依据主要为双边投资保护协定(BIT)与自由贸易协定(FTA)。截至2013年, 中国已经与131个国家签订了BIT, 与9个国家或地区签订了FTA。2012年10月, 中美重启BIT谈判。这些谈判进展表明了中国政府对海外投资保护的重视程度。以下从间接征收角度, 结合近年几起与中国海外投资相关的国际投资仲裁案例进行分析, 为中国

^① 福蒙蒙, 林晓. 中国企业海外投资亏损近千亿, 70%投资不赚钱 [EB/OL]. 新浪财经. <http://finance.sina.com.cn/china/hgjj/20120211/081311358170.shtml>. [2012-02-11] (2014-05-30).

企业海外投资的风险救济与防控提出相应的法律分析与应对措施。

一、对外投资的征收风险问题

对外投资面临的风险除了商业风险外,还包括非商业性风险,后者主要指国家风险,就是因东道国对外国投资采取的国家行为而产生的征收风险。国际投资领域中的国家风险或征收风险主要指与东道国政治、社会、法律有关的、人为的、非投资者所能控制的风险。^①国家风险和商业风险最大的区别在于前者由国家主权行为引起,因此传统商业风险规避措施无法用于征收风险的防范,基于此,通过投资条约的方式要求东道国事先给予投资者保护或不予征收的承诺,已成为防范国家风险的基本法律措施,BIT中的征收条款正是这种有效措施内容的反映。

(一) 征收风险与赔偿救济

目前的国际投资法律文件均对投资者被征收的财产提供救济。世界上第一个BIT《德国—巴基斯坦投资保护协定》第3(2)条规定,“一缔约国的国民或公司在另一缔约国投资不能被征收,除非出于公益并支付了等同于投资的赔偿”。经济合作组织(OECD)也曾在1998年制定了《多边投资协定(MAI)》草案,试图推动国际投资规则的多边化进程。虽然MAI草案最后并未被通过,但其征收条款的内容反映了各国对征收的态度和对其进行界定时考虑的因素。其“征收和赔偿”条款规定,“缔约国不应直接或间接征收或国有化在其领土范围内的属于另一缔约国投资者的投资,或采取其他具有同等效力的措施,除非:(1)为了公共利益的目的;(2)以非歧视的方式为基础;(3)遵守正当程序;(4)提供充分、及时和有效的赔偿。”细究上述内容,不难发现其征收条款和如今大多数国家的BIT范本中的“征收”条款已基本无差别。^②可见,这类规定已形成被各国普遍接受的国际投资习惯法。

此外,《多边投资担保机构公约》(MIGA公约)也将征收作为承保的一种险种。其“承保险别”条款规定,MIGA承保的范围包括东道国政府采取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的立法或行政措施,或懈怠行为。^③

(二) 直接征收与间接征收的关系

近年来,“投资”定义的扩大化导致了投资者“财产”范围的扩大,征收的形式也在变化与发展。由于国有化浪潮已成历史,东道国政府管理水平提高,对外资的管制也多以间接、隐蔽方式进行。这些间接方式包括:(1)被迫出售财产;(2)被迫出售投资公司的股权;(3)本土化措施;(4)接管投资的管理控制权;

① 余劲松,吴志攀.国际经济法[M].北京:北京大学出版社、高等教育出版社,2009:277.

② 例如美国2012年BIT范本第6条、加拿大2004年BIT范本第13条、法国2006年BIT范本第5条、印度2003年BIT范本第5条。

③ MIGA Convention, Article 11(1)(d).

(5) 诱导他人直接接管财产; (6) 未对外国投资者受侵害的财产提供保护; (7) 吊销外国企业从业所必需的许可证和许可的行政决定; (8) 过高的征税; (9) 不按国际法驱逐外国投资者; (10) 冻结银行账户或造成罢工、停工和劳动力短缺的扰乱行为。^①以上发展趋势加大了对征收构成的判断难度, 其结果是投资争端解决中, 国际投资者、东道国和仲裁庭对征收风险的理解容易发生分歧而难以协调。间接征收的一个重要特征在于: 其在形式上并未转移投资者的财产所有权, 但往往具有与直接征收相同的效果, 或者在实质上“剥夺”了投资者的财产权。

值得注意的是, 在国际投资仲裁实践中, 无论是直接征收还是间接征收, 仲裁庭都强调政府措施必须对投资者财产造成了“实质性的”、“严重的”、“十分严重的”(substantial, serious or severe) 损害,^②使其从根本上丧失了财产全部或大部分经济价值。^③这种从“效果”(effect test) 上评判征收是否成立的方法, 曾在相当长时间内被仲裁庭用于判断“间接征收”是否成立, 因为间接征收具有相当程度的隐蔽性, 仲裁庭从“效果”上找到了直接征收和间接征收共通的根本点, 但其后果是几乎所有东道国的政府措施都被视为征收, 这就大大压缩了东道国的合法政策空间。基于此, 开始有仲裁庭不再单一考察“效果”要素, 也考察东道国行为的“目的”(purpose test)。例如在梅尔斯诉加拿大(Myers v. Canada) 案中, 仲裁庭明确提出注重实质而非形式, 应该看到涉及的真正利益的博弈和政府措施的目的与影响。^④

(三) 政府措施与间接征收的关系

在投资协定中纳入征收条款并不意味着禁止东道国政府采取管制行为, 因各国都拥有经济主权, 这项理念早已根植于国际法理论和实践。^⑤事实上, 任何东道国都需要一定的政策空间来保证人民福祉的实现, 而并非只有发展中国家有此动因。甚至像美国这样的国家, 当其在《北美自由贸易协定》(NAFTA) 仲裁中被诉几次后, 也改变了长期奉行的“投资自由化”理论, 对“投资者”定义、“公平公正待遇”和“间接征收”等条款分别作出了澄清和限制。^⑥同样, 在《多边投资担保机构公约》(MIGA公约) 中, 其承保条款也指明排除政府为管理其境内的经济活动而通常采取的普遍适用的非歧视性措施。^⑦由此可见, 并非所有的政府措施均能构成间接征收。

那么, 政府措施与间接征收的界限究竟在哪里? 晚近的BIT中对此问题已有关关注, 美国自2004年范本就开始专门针对“征收”条款设置了附件, 附件中指明在衡

① Sornarajah, M. The International Law on Foreign Investment [M]. Cambridge University Press, 2010: 375.

② Suzy, H. Niki è ma, Best Practices: Indirect Expropriation[R]. The International Institute for Sustainable Development, 2012:14.

③ OECD Working Papers on International Investment, “Indirect Expropriation” and the “Right to Regulation” in International Investment Law[R]. OECD, 2004: 10.

④ S.D. Myers Inc. v. Government of Canada, NAFTA Case, Partial Award (Nov 13, 2000), para. 285.

⑤ 如联合国大会第 1803号《关于天然资源之永久主权宣言》明确宣告了各国的经济主权权利。

⑥ 单文华. 从“南北矛盾”到“公私冲突”: 卡尔沃主义的复苏与国际投资法的新视野[J]. 西安交通大学学报(社会科学版), 2008, 28(4).

⑦ MIGA Convention, Article 11(1)(d).

量“间接征收”时可以考虑的因素有“政府措施的经济影响”、“政府措施干预明显合理的投资期待的程度”及“政府措施的性质”等方面。^①不难看出,上述方法中的“政府措施的经济影响”遵循了以往国际仲裁实践中考虑“效果”的做法,但同时也明确指出“对投资的经济价值有负面影响其本身并不表明间接征收就成立”。由此可见,用政府措施的“目的”考察去纠偏仲裁庭奉行的“效果”原则,是晚近BIT征收条款的一大特色。

二、中国对外投资涉及的间接征收问题

(一) 厄瓜多尔征收石油暴利税案

2007年,由于石油价格的不断攀升,厄瓜多尔政府宣布将石油超额所得税率从50%提升到99%,这意味着当石油价格上涨到一定水平时,政府将收取超过签订合同之时的基础油价以上部分销售所得的99%,仅有1%属于企业。这一政府措施无疑使得在厄瓜多尔投资的外国石油公司包括中石油和中石化的收益遭受重创。西班牙石油生产商雷普索尔公司率先将厄瓜多尔政府告上了国际投资争端解决中心(ICSID)仲裁庭,认为厄瓜多尔政府的行为构成了间接征收。^②中国企业虽然没有成为ICSID仲裁中的共同申请方,但也曾一度表示打算采用投资仲裁作为争议解决方式。

该案中,厄瓜多尔政府征收99%的石油税对外国石油投资者的财产权造成了几乎“剥夺”的经济影响,其行为显然已构成间接征收,这是没有疑问的。厄瓜多尔政府声称颁布此法令的“目的”是因为石油资源归国家所有,此法令既符合国家利益,又不违反宪法及有关法律规定,还可增加政府收入。^③在“政府措施干预明显合理的投资期待的程度”的问题上,需要考察外国投资者与厄瓜多尔签订的合同,厄瓜多尔的国内法律等一系列与该项投资有关的文件才能做出判断。同样,判断政府措施“效果”和“目的”之间是否适当,也需要更多的事实才能进行判断。

值得注意的是,该案最后并非通过投资仲裁的方法予以解决。在厄瓜多尔政府宣布征收石油暴利税后,众多外国石油公司群起抗争,致使厄瓜多尔政府不得不向石油企业提出减税一年的条件,使这些公司不再继续追诉。^④中国安第斯石油集团和雷普索尔公司于2008年与厄瓜多尔政府达成协议,两家公司同意将与厄瓜多尔政府的分成合同改为服务合同,将抽出的石油全部交给厄瓜多尔政府,以获得一定的服务费用,而不再主张保留部分石油。^⑤2011年,雷普索尔公司和厄瓜多尔向ICSID仲裁庭请求中止(discontinuance)仲裁。^⑥由此可见,雷普索尔公司2011年的“撤

① 美国2004年BIT范本附件B和美国2012年BIT范本附件B。

② Repsol YPF Ecuador, S.A. and others v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador), ICSID Case No. ARB/08/10.

③ 厄瓜多尔征99%石油暴利税 [EB/OL]. 新浪财经. <http://finance.sina.com.cn/focus/egdesybl/>. (2014-05-30).

④ Ecuador Reaches Temporary Deal with Foreign Firms over Oil Tax Row [EB/OL]. 新华网 http://news.xinhuanet.com/english/2008-06/15/content_8371845.htm, [2008-06-15] (2014-05-30).

⑤ Repsol, China's Andes Agree to New Ecuador Oil Deals. <http://cn.reuters.com/article/companyNews/idUKN0847383520080808>. (2014-05-30).

⑥ <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>. (2014-05-30).

诉”多少可能与2008年达成的协议有一定关系，双方实际上是通过和解的方式最终解决了厄瓜多尔政府征收暴利税的争议。

（二）中国平安保险公司诉比利时政府案

2007年，中国平安保险公司以人民币238.38亿元购买了富通集团的股份，成为富通集团的最大股东。2008年的全球金融危机使富通集团陷入危机，比利时政府为救市，对富通集团进行了强制拆分，购买了富通集团下属的盈利能力最强的富通比利时银行的股份，后将该银行75%股份出售给法国巴黎银行，只给富通集团留下了有限的国际保险业务、出售子公司所得现金和价值堪忧的美国次级债券。由于比利时政府在救市时购买富通比利时银行的出价低于市价，后转卖给巴黎银行后因此获益16亿欧元，但比利时政府并没有向富通集团的所有股东公平分配转售富通比利时银行所得利润，仅对欧盟个人股东予以补偿，而对机构股东和非欧盟股东不予补偿，中国平安保险公司因此未获得任何补偿。^①

比利时政府强制拆分引发的争议主要涉及以下问题：（1）该强制拆分并非由富通集团股东大会决议作出，而是由比利时政府单方面决定作出；（2）该强制拆分使得中国平安保险公司拥有的富通集团股份的价值受到影响，是否已经构成了间接征收；（3）比利时政府分配转售利润时是否构成了对中国平安保险公司的歧视。

2012年9月19日，中国平安保险公司将比利时政府告上ICSID仲裁庭，认为比利时政府的行为构成了间接征收。目前该案已按ICSID程序组成了仲裁庭，案件目前还在进一步审理之中。

（三）谢叶深诉秘鲁政府案

申请人谢叶深是中国香港居民，其投资了秘鲁的一家TSG鱼粉公司，拥有该公司90%的股权。2004年，秘鲁国家税收管理总局认为TSG公司欠税1,200万秘鲁新币，并在发出欠税通知一个月后采取了临时措施冻结TSG公司的银行账户，致使该公司无法继续运营。谢叶深认为秘鲁政府采取的措施构成了征收且未予补偿，遂将其告上了ICSID仲裁庭。^②

在ICSID仲裁庭作出了对此案具有管辖权的裁定后，该裁定及案件引起了较大争议。争议的问题包括：（1）香港公民是否可适用中国政府与秘鲁政府签订的BIT；（2）仲裁庭受理的案件范围是否仅限于“与征收赔偿”有关的争议；（3）秘鲁政府采取冻结账户的临时措施是否构成间接征收；（4）征收补偿额应该如何计算。^③

该案于2011年审结，仲裁庭裁决秘鲁政府败诉，确认秘鲁政府采取冻结账户的临时措施构成间接征收，因此秘鲁政府需支付786,306.24美元的补偿，加上227,201.30美元的利息，共计1,013,507.54美元。

^① 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.

^② Señor Tza Yap Shum v. The Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/07/6.

^③ Señor Tza Yap Shum v. The Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/07/6, Summary of Award (from International Arbitration Case Law, IACL), July 7, 2011.

三、征收风险的救济途径

在国际投资领域,对征收风险的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。投资保险方式包括国内海外保险制度和利用MIGA的国际保险制度。

对中国企业海外投资风险而言,中国出口信用保险公司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。^①如果中国企业的海外投资项目购买了中国出口信用保险公司以上非商业风险的保险产品,一旦发生汇兑限制、征收、战争及政治暴乱、政府违约等国家风险事件,中国企业即可要求中国出口信用保险公司对其受到的损失先予赔偿,中国出口信用保险公司取得代位求偿权后再向导致上述风险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签订的BIT中含有此类代位求偿条款。例如《中日投资保护协定》的第7条规定:“缔约任何一方根据对其国民或公司在缔约另一方境内的投资财产和收益所承担的保证支付款项时,该缔约另一方应承认该国民或公司对此项投资财产和收益的权利或请求权因上述支付而转移给该缔约一方,并应承认该缔约一方由此产生的对该国民或公司的请求权和诉讼权的代位”。

关于第二种救济途径,因中国是《多边投资担保机构公约》(MIGA公约)成员国,理论上中国企业应可以寻求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,因此无法使之适用于中国企业对发达国家的投资保险。这在一定程度上阻碍了中国的海外投资向MIGA投保,因为中国目前海外投资的东道国有很多属于MIGA界定的“发达国家”,故投向“发达国家”的投资将不会得到MIGA的承保。基于以上原因,MIGA保险对中国企业的海外投资保护十分有限。

除了投资保险,国际投资仲裁也对中国的海外投资保护提供救济途径。在主权平等原则下,投资国主要通过国际投资条约促使东道国承担其对外国投资者权益保护的义务。投资国和东道国之间可以通过签订BIT的投资争议解决条款,约定采用ICSID仲裁作为投资者和东道国争端的解决方式。对于间接征收这一经常出现的投资风险,在现有国际投资保护体系下,投资仲裁也将是中国投资者海外投资的重要救济途径。

四、有关中国的间接征收法律问题析

(一) ICSID管辖范围是否仅限于“关于征收补偿额”

中国1998年以前与他国签订的双边投资协定均属于“第一代”BIT,其同意提交ICSID仲裁的争端都仅限于“关于征收补偿额”的争端,^②换言之,对于“征收是

^① 中国出口信用保险公司投资保险简介.[EB/OL].<http://www.sinosure.com.cn/sinosure/cpyfw/tzbx/gytzb主/gytzb主.html>.(2014-05-30).

^② Gallagher, N, Shan, W. Chinese Investment Treaties: Policies and Practice[M]. Oxford University Press, 2009: 35.

否成立”问题由东道国法院保留决定权，只有在东道国法院认为构成征收后，中方或外方就征收数额的争议可诉至ICSID仲裁庭。当时，中国作为经济刚起步的发展中国家，希望在吸引外资的同时保留足够的政策空间，故在BIT缔结时作出此限制。但在1998年以后签订的BIT中，中国已同意将仲裁的争端范围扩大至“所有与投资有关”的争端。

目前仅有谢叶深诉秘鲁政府案对此问题有所涉及，虽然中国与秘鲁的BIT签订于1994年，但仲裁庭并没有如中国希望的那样对争端范围作限制解释，认为其仅对“征收补偿额”有裁定权，相反，仲裁庭将“关于”（involving）解释为“包括”意思，认为“征收补偿额”与“征收是否发生”必然相关。^①

从文义上看，虽然仲裁庭在“关于”的问题上的理解有扩大解释之嫌，但其认为“征收补偿额”的判定必然会涉及“征收是否发生”应该说有一定道理。在衡量征收补偿额的问题上，征收是否发生及程度如何当然会影响补偿额的判定。由此可见，中国早期BIT对征收范围所做的限制在以后的仲裁案中也不一定能起到预期的限制效果，加上1998年之后中国缔结的BIT已放开了此限制，该问题的重要性也会逐渐降低。

（二）中国政府与外国所签订的BIT是否适用于香港投资者

在谢叶深诉秘鲁政府案的管辖权审查阶段，颇有争议的是仲裁庭认定中国政府与外国签订的BIT适用于香港投资者谢叶深，这涉及中秘BIT中对“投资者”如何界定的问题。

反对仲裁庭将中秘BIT适用于香港投资者的观点的依据是《中英联合声明》和《香港基本法》的规定，即香港可以“中国香港”的名义单独同各国、各地区及有关国际组织发展经济、文化关系（包括经济、贸易、金融、航运、通讯、旅游、文化、体育等领域），并签订有关协定。^②此外，中央政府可根据香港特别行政区的情况和需要，在征询香港政府的意见后，决定是否适用于香港。^③简而言之，香港在经济领域拥有独立缔约权，中央政府已缔结的条约并非能够直接适用于香港，而需要香港政府愿意才能适用于香港。

仲裁庭认为其有管辖权的依据主要是中秘BIT中的“投资者”定义，即投资者包括“根据中华人民共和国法律拥有其国籍的自然人”。^④仲裁庭认为虽然谢叶深是香港居民，但其拥有中国国籍，所以属于中秘BIT规定的“适格投资者”。

本案的一个特殊事实是，中秘BIT签订于1994年，生效于1995年，此时香港尚未回归，因此中秘BIT当初界定“投资者”时可能并未考虑香港居民的特殊身份。值

^① Señor Tza Yap Shum v. The Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/07/6, Decision on Jurisdiction and Competence (Jun 19, 2009), paras.151~152.

^② 《中英联合声明》，第1（10）条。

^③ 《中英联合声明》附件一第XI章。

^④ China-Peru BIT, Article 1(2).

得注意的是,该争论的核心似乎不是香港投资者是否可适用中国政府与外国签订的BIT,而是仲裁庭是否有权决定香港投资者是否可适用中国政府与外国签订的BIT。

本文认为,中国政府与外国签订的BIT可在特定情形下适用于香港地区,因为如香港未与该外国签订BIT,适用中国政府与外国签订的BIT有利于对香港投资者的保护。虽然在1995年中秘BIT生效之时香港尚未回归中国大陆,但英国政府早在中华人民共和国成立初期就已承认中华人民共和国中央人民政府为中国的唯一合法政府,根据国际法上的承认具有“法律上的溯及力”原则,香港居民早在中华人民共和国成立之时即享有中国国籍的地位。事实上,香港政府一直未与秘鲁政府签订BIT,在ICSID仲裁庭对“谢叶深诉秘鲁政府案”作出对谢叶深有利的裁决后,香港政府也并未对此提出过任何异议。因此,将中秘BIT适用于香港投资者,既不违反“一国两制”原则,也未剥夺香港作为特别行政区的对外独立签订条约的权力。

此外,当香港居民对未与香港签订BIT的东道国投资,也不一定就得不到国际法的救济,因为香港投资者也可以在与外国政府签订的投资合同中约定仲裁条款处理投资争议,并可自行约定适用的准据法。例如在SPP诉埃及政府案中,SPP公司是一家香港公司,与埃及政府建立了一个合资企业,目的是为了发展在埃及的一个国际旅游综合设施,但该项目在持续了4年后遭到了议会的反对而不得不终止,此时香港投资者对该项目已经投资了约500万美元。香港投资者首先根据合同仲裁条款,寻求了ICC仲裁并获得了裁决,但该裁决随后被法国法院拒绝执行。随后香港投资者SPP决定将同一事项告到ICSID仲裁庭,根据是埃及法中有ICSID仲裁条款。ICSID仲裁庭经过审理后认为埃及政府的行为构成征收并裁决埃及政府补偿约2,760万美元。在该案中,香港投资者就没有以BIT为依据获得求偿。

(三) 东道国退出ICSID公约的法律影响

在“雷普索尔公司诉厄瓜多尔政府案”进行过程中,厄瓜多尔政府根据《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》(ICSID公约)第71条规定,宣布其退出ICSID公约。那么,该行为是否具有中断仲裁的法律效果呢?

根据ICSID公约第71条规定,退出ICSID公约的通知自收到该通知6个月后开始生效。该条约第72条规定:“缔约国依照第70条或第71条发出的通知,不得影响该国或其任何组成部分或机构或该国的任何国民在保管人接到上述通知以前由他们其中之一所表示的同意受中心的管辖而产生的由本公约规定的权利和义务”。换言之,正在进行的仲裁案件不因此而中断。在该案中,厄瓜多尔发出退出通知的时间是2009年7月6日,那么该通知正式生效的时间为2010年1月7日,而厄瓜多尔和雷普索尔公司向仲裁庭申请仲裁的时间是2008年8月8日,也证明厄瓜多尔退出ICSID公约并不影响正在进行的仲裁。

东道国退出ICSID公约的第二个后续影响是,东道国必须废除其对外签订的BIT条款中的同意ICSID仲裁的条款。但值得注意的是,这并不意味着BIT立即失效,

例如委内瑞拉与荷兰的BIT就规定：除非一缔约方在BIT有效期届满前6个月发出终止BIT的通知，否则该BIT自动续期10年。任何在该条约终止前发生的投资，BIT条款对其继续有效15年，从条约终止之日算起。由此可见，退出ICSID公约或终止BIT，都并不能让东道国立即脱离ICSID仲裁体制。

对中国而言，中国与玻利维亚在1992年签订了BIT，此时中国尚未加入ICSID公约，而约定了临时仲裁作为争端解决方式之一。因此，玻利维亚2007年退出ICSID公约的行为对中国影响不大。此外，即使玻利维亚依据中国与玻利维亚BIT的规定终止BIT，BIT实体条款的内容对在BIT终止前的投资仍然在BIT终止后10年有效。

中国与厄瓜多尔在1994年签订了BIT，厄瓜多尔于2009年退出了ICSID公约。对厄瓜多尔情况的处理可以参照中国和玻利维亚BIT的情况来处理。在目前厄瓜多尔的11个水电投资项目中，有7个由中国公司承建。对于这些面临投资高风险的中国投资者，显然应该有所警觉，适时通过国际投资仲裁维权。由此可得出的结论是：一般情况下，中国企业今后不宜再向那些退出ICSID公约的国家进行投资。

作者信息：孙南申，复旦大学法学院教授、博士生导师，澳门科技大学特聘教授，研究方向：国际投资法、国际私法；王 稀，复旦大学法学院国际法专业博士研究生，研究方向：国际投资法。

Legal Analysis on the Risk of Expropriation in Chinese Outbound Investment

SUN Nan-shen WANG Xi

Abstract: The risk of expropriation is one of the major risks faced in outbound investment from Chinese enterprises. It's therefore of significance to resort remedies against the risk of expropriation. Both investment insurance and investment arbitration are two major approaches against the risk in outbound investment, especially the latter approach. Aiming at the dispute cases with Chinese outbound investment heard by ICSID, the article makes discussions and analyses on legal problems and dealing measures with the risk of expropriation.

Key words: Chinese outbound investment; risk of expropriation; indirect expropriation; approaches of remedies against risks

(责任编辑：金孝柏)