

“一带一路”上的风险应对

文 中国社会科学院国际法研究所研究员、北京大学法学博士 廖凡

企业海外投资在东道国面临的风险大致分为政治风险和非政治风险。一旦政治风险发生,可通过投资者-国家争端解决机制国际仲裁。而防范商业风险和法律风险,在决定开始投资或启动项目之前,一定要对可能的风险进行梳理和总结,并在合同文本的设计中有所体现,万一风险发生,则要寻求适当的争议解决途径,其中更有可能的选择是进行国际商事仲裁。

“一带一路”给中国企业“走出去”带来了前所未有的巨大机遇,也带来了更多、更复杂的挑战。面对可能发生的各种风险和争议,中国企业应当背靠强大国家,善用法律武器,充分防范风险,妥善解决争议。

“走出去”过程中面临的风险

企业海外投资在东道国面临的风险可以大致分为两类,即政治风险和非政治风险。

非政治风险是指不是源自东道国政治因素的、投资者(企业)大体可控的风险。又可以分为商业风险和法律风险。

商业风险是指与企业经营、管理、决策等有关的风险,如企业经营不善的风险、商业决策失误的风险、技术研发失败的风险、交易对手违约的风险等。这些风险与企业的经营水平和管理能力等密切相关,属于商业运作的范畴,在此不予赘述。法律风险则是指海外投资不符合东道国相关法律要求或者违反其相关法律规定而无法顺利进行的风险。

较为常见的法律风险,首先是准入风险,即海外投资因为不符合东道国相关法律要求、无法通过东道国相关审查机制而不能进入东道国市场的风险。这方面比较突出的例子,一是外商投资国家安全审查机制,二是外商投资反垄断审查机制。而由于社会制度和意识形态等方面的原因,东道国外商投资国家安全审查机制对中国企业的适用更为频繁,影响也更多。2012年

三一集团收购美国俄勒冈州风电场项目被美国外国投资委员会以涉嫌威胁美国国家安全为由叫停,就是一个典型的例子。

其次是合规风险,即中国企业进入东道国市场开始经营后,因违反东道国相关法律法规,特别是对于中国企业而言不甚熟悉的环境、劳工、人权等方面的法律法规,而受到处罚或制裁的风险。

尽管非政治风险多种多样,但相对而言,都属于企业可以不同程度地预测和控制的非政治风险。

政治风险是指因为东道国国内政治、政策变化而导致的风险。主要的政治风险有四类:战争风险,即东道国发生战争、内乱及其他类似战争行为的风险;汇兑限制风险,即东道国实行外汇管制,禁止或限制投资者将投资所得转移出东道国的风险;征收风险,即东道国对投资者的财产实行征收或国有化的风险;政府违约风险,即东道国不履行或拒绝承认与投资相关的特定担保、保证或特许协议的风险。

总体而言,政治风险属于企业难以预测、不可控制的风险,商业保险机构一般也不予承保政治风险。

非政治风险的防范和应对

对商业风险和法律风险,预先防范极为重要。在决定开始投资或启动项目之前,一定要对东道国的相关法律制度和规则进行细致深入的尽职调查,对可能的风险进行梳理和总结,并在合同文本的设计中有所体现。

而一旦风险发生,例如交易对手不履行合同或者不按约定履行合同,则要寻求适当的争议解决途径。如果不能通过协商解决争议,则可以诉诸东道国国内诉讼或仲裁。但由于投资者往往不熟悉东道国国内司法程序或者因为“外国人”的身份而对其缺乏足够信任,因此更有可能的选择是进行国际商事仲裁,即双方共同同意将争议提交国际商事仲裁机构,依照其仲裁规则进行仲裁。

世界主要的国际商事仲裁机构包括国际商会仲裁院(巴黎)、伦敦国际仲裁院、瑞典斯德哥尔摩仲裁院、美国仲裁协会等。从受案量和争议金额看,我国的中国国际经济贸易仲裁委员会现在也已跻身世界主要仲裁机构之列。

政治风险的防范和应对

对政治风险,预先防范同样重要。在决定开始投资或启动项目之前,有必要对东道国的国内政治经济状况有较为全面和深入的了解,一般情况下尽量回避政局动荡或者政府信用不佳的国家。

另外,可以考虑投保海外投资保险,即投资者母国为了鼓励和促进对外投资,专门针对海外投资中的政治风险而由专门的海外投资保险机构承保的风险。就我国企业而言,目前中国出口信用保险公司开设有海外投资保险业务。

而一旦政治风险发生,协商解决争议或者诉诸东道国国内诉讼或仲裁都较为困难,因为争议双方在主体地位上存在显



埃及金字塔 人类文明的重要地标

著的不对等,一方是私人投资者(企业),另一方则是主权国家。较为可行且在国际实践中也日益普遍的作法,是通过投资者-国家争端解决机制,将争议提交国际仲裁。投资者-国家争端解决机制允许投资者直接对东道国提起仲裁,从而在很大程度上将作为私主体的投资者(企业)与作为主权者的东道国置于平等地位,以有效保护投资者的利益。

要想有效约束作为主权国家的东道国,投资者-国家争端解决机制显然不可能依赖东道国或母国的国内法来维系和支撑,而必须通过具有国际法上约束力的条约或协定来实现。实践中,各国签订的双边投资条约或自由贸易协定中都普遍规定了投资者-国家争端解决机制,作为国际投资保护的一个重要环节。根据这些双边条约/协定,缔约一方投资者在出现条约/协定规定的情形时,可以对缔约另一方(东道国)提起仲裁请求,而缔约另一方根据其在此条约/协定中的承诺,必须接受并参与仲裁。仲裁通常在国际投资争端解决中心(ICSID)进行,如争议双边同意也可以在其他仲裁机构进行。ICSID是根据1965年《解决国家与他国国民间投资争端公约》(简称《华盛顿公约》)成立的常设争端解决机构,也是世界银行集团下属

的五大机构之一。

事实上,投资者私人权益与东道国主权利益之间的冲突与协调,是国际投资法上永恒的主题。国际投资法律制度中的实体性内容如投资者待遇、国有化与征收,程序性内容如投资者与东道国争端解决机制,均是围绕投资者与东道国之间的利益权衡而构建和展开。

早期的国际投资流向单一,即从传统发达国家流向发展中国家;谈判地位和议价能力上的差异使得双边投资条约中的权利义务安排呈现单向性,即单方面强调投资者的权利和东道国的义务。体现在投资者-国家争端解决机制中,即是主要着眼于为投资者诉东道国提供程序性保障和便利,而罕有考虑维护东道国权益。但自20世纪90年代以来,国际投资领域呈现多样化特征,资本输入国与输出国之间的关系不再一成不变或是泾渭分明。不仅发达国家与发展中国家之间的投资走向双向化,发达国家相互之间、发展中国家相互之间的投资也快速增长,导致越来越多的国家兼具资本输入国和输出国的双重身份。这客观上要求在双边投资条约或者自由贸易协定的投资章节中,对投资者和东道国的权利义务作出更加平衡的安排。

我国已于1993年加入《华盛顿公

约》,并同意将与外国投资者之间的有关投资争议提交ICSID解决。我国虽然传统上对投资者-国家争端解决机制持慎重态度,并在1993年加入《华盛顿公约》时作出保留,仅同意将因征收和国有化而产生的有关补偿的争议提交ICSID仲裁,但1998年以来态度有所转变,在所签订的第三代双边投资条约中基本上放弃了这一保留,转而全面接受ICSID的管辖权。我国近年对外签署的双边投资条约或自由贸易协定中,均规定了投资者-国家争端解决机制。因此,中国企业应当充分利用投资者-国家争端解决机制应对政治风险,维护自身权益。

“一带一路”顺应世界多极化、经济全球化、文化多样化、社会信息化的潮流,秉持开放的区域合作精神,致力于维护全球自由贸易体系和开放型世界经济,符合国际社会的根本利益,彰显人类社会共同理想和美好追求,是国际合作以及全球治理新模式的积极探索,将为世界和平发展增添新的正能量。

“走出去”的任务虽然艰巨,但前景必然光明。正如习近平主席在印度尼西亚巴厘岛出席亚太经合组织工商领导人峰会发表演讲时引用的诗句所言:“浩渺行无极,扬帆但信风。”E&CT