

中国企业投资拉美之争议解决的法律与实践

目前，伴随中国企业逐年拓展的海外投资，作为投资者的中国企业与东道国政府之间的投资争议也随之增加。下面，我们将讨论一下中国企业在拉美地区的投资争议解决问题。

一、 中国企业在拉美的投资情况及其面临的挑战

近年来，中国企业在拉美地区的投资持续增加，中拉贸易增速超过中国与其它地区的贸易增幅。近 10 年来，中拉贸易额增长了 12 倍，占中国对外贸易比重由 2.9% 提升至 2010 年的 6.1%。2011 年，在因金融危机导致的世界贸易整体下滑的大环境下，中拉贸易仍保持较快增长，贸易额达到 2,415 亿美元。根据联合国拉美经委会发布的数据，2010 年中国向拉美地区的直接投资明显增加，当年的投资额超过 150 亿美元，是过去 20 年投资总额的两倍多。2011 年，中国已跃居为拉美地区的第三大投资国，拉美成为中国对外投资的第二大目的地。

目前，中国企业在拉美国家的投资领域十分广泛，包括能源矿产、基础设施、农业、汽车和高科技产业等多方面。在走出去的中国企业中，既有大型国有企业，也有新兴民营企业。举例而言，仅 2010 和 2011 两年，中石化、中化国际、国家电网等大型国企在巴西一国的市场投资就超过 120 亿美元；2011 年 9 月，奇瑞汽车在巴西圣保罗投资 4 亿美元建立新工厂。

由于拉丁美洲是新兴市场地区，许多拉美国家的法治环境尚不成熟，同时，进入 21 世纪以来，拉美国家政治左翼化，给外国投资者带来了政治和法律风险，其形式包括国有化征收、政府违约、法律变化等。因此，中国企业投资拉美，在获得收益与回报的同时也面临风险和挑战。随着中国对拉美国家的投资额迅猛增加，随之而来的风险也在迅速扩大。面对风险，中国企业有必要认真思索，如何采取预防措施，应对与拉美国家政府之间可能发生的争议与冲突。由于存在司法腐败、地方保护、语言障碍、文化差异等问题，事实上，中国企业难以通过拉美地区当地法院妥善解决其与当地政府之间的争议。对于潜在争议，中国企业务必做好准备，寻求更好的解决途径。

二、 保护对外投资的国际条约对中国企业投资拉美的积极作用

实践中，包含“投资者—东道国争议解决条款”的投资保护条约使得中国投资者在选择争议解决机制时处于相对有利的地位。在这些投资保护条约中，双边协定是最常见的规范性文件之一。

双边协定是规定缔约国双方和两国投资者对等权利和义务的双边协议。如果双边协定中约定允许投资者将其与东道国政府之间的投资争议提交东道国之外的第三方仲裁机构仲裁，这将使投资

者获得更加中立和公正的裁决。

目前，中国已经与世界各国签订了 100 多个双边协定，其中有 11 个双边协定是中国同拉美国家缔结的，分别为：波利维亚、阿根廷、乌拉圭、厄瓜多尔、智利、秘鲁、牙买加、古巴、巴巴多斯、特立尼达和多巴哥及圭亚那。

应当注意，中国与一些拉美国家（例如圭亚那）的双边协定约定，投资者可以不经与东道国政府达成一致即可将投资争议提交第三方仲裁机构仲裁；中国与一些拉美国家（例如智利）的双边协定则约定，除涉及征收补偿款的投资争议外，投资者应当经东道国同意后方可将投资争议提交第三方仲裁机构仲裁；而中国与另一些拉美国家（例如牙买加）的双边协定约定，投资者仅能将其与东道国政府之间涉及征收补偿款的投资争议提交第三方仲裁机构仲裁。

根据上述后两类双边协定的约定，实践中，如果投资者与东道国政府发生投资争议后，东道国政府可能不同意投资者向第三方仲裁机构提起仲裁。在此种情况下，投资者可选择单独向第三方仲裁机构提出仲裁申请，如果第三方仲裁机构经过审查后认为，东道国政府拒绝仲裁解决投资争议的行为缺乏适当理由，则其可根据“同意不得被无理拒绝”的国际法原则受理投资者的仲裁申请并作出裁决。

在第三方仲裁机构的选择方面，这些双边协定中，除古巴以外，其余 10 项双边协定中的“投资者—东道国争议解决条款”均将解决投资争端国际中心（即 ICSID）或临时仲裁庭作为仲裁机构，两者对于投资者提供的保护有所区别。下面，我们将分别对解决投资争端国际中心和临时仲裁庭予以简要介绍。

1. 解决投资争端国际中心

解决投资争端国际中心是依据 1965 年在美国华盛顿制定的《关于解决国家与其他国家国民之间投资争端公约》（“《华盛顿公约》”）而建立的世界第一个专门解决国际投资争议的仲裁机构，专为解决政府与外国私人投资者之间的争端而设立。

中国于 1993 年加入《华盛顿公约》，但有所保留，即仅考虑把由征收和国有化产生的有关补偿的争议提交解决投资争端国际中心管辖。不过随着时间的推移，中国签订的双边协定中对“投资”的定义、争端的范围及投资主体的概念外延的界定都越来越宽泛，几乎涵盖了所有与投资有关的争端。目前，在拉美地区，除个别国家以外，大多数拉美国家都已经成为《华盛顿公约》的缔约国或签字国。

解决投资争端国际中心具有独立自主和超国家性质的特点，因此，在解决投资争端国际中心办理的案件中，不乏外国投资者胜诉东道国的成功案例。例如，2011 年，在一宗中国投资者起诉

秘鲁政府的案件中，解决投资争端国际中心裁定秘鲁政府败诉并赔偿中国投资者 100 万美元。该案起因是秘鲁国家税务局冻结了某中国国籍的个人投资者及其投资企业的数个银行账户。该中国个人投资者从事鱼粉出口，与当地数家鱼粉厂有加工合同。秘鲁国家税务局认为这些鱼粉厂有偷逃税的嫌疑，因此封存了该中国个人投资者投资企业约 400 万美元的银行资金。该投资企业聘请的律师称，秘鲁国家税务局的行为违反了中国和秘鲁的双边协定有关约定，而且没有考虑到该中国个人投资者不是当地鱼粉厂的经营者，只是销售商。最终，解决投资争端国际中心裁决秘鲁国家税务局的作法不当并裁决秘鲁政府赔偿 100 万美元。

与临时仲裁庭相比，解决投资争端国际中心的一大优势在于其裁决的承认和执行机制。所有《华盛顿公约》缔约国承诺将依据《华盛顿公约》作出的裁决视同其国内法院作出的最终判决，并承诺在其领土范围内承认和执行裁决中涉及的金钱赔付义务。这一机制有效地避免了东道国法院对裁决进行司法审查的风险。

2. 临时仲裁庭

如果在投资争议发生后，投资者与东道国政府通过临时仲裁庭进行仲裁，应当指出，临时仲裁庭与解决投资争端国际中心相比至少有一个很大的不同点，即临时仲裁庭裁决的执行依赖于东道国国内的仲裁机制，尤其是与东道国的仲裁法紧密相关。

由于存在受到东道国国内法干涉的风险，因此，临时仲裁庭的仲裁裁决能否得到东道国的承认与执行很大程度上取决于东道国是否采纳《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》（“《示范法》”）及参加 1958 年在美国纽约制定的《承认及执行外国仲裁裁决公约》（“《纽约公约》”）。

《示范法》由联合国国际贸易法委员会于 1985 年制定并于 2006 年修订。目前，已有智利等 10 个拉美国家采纳了示范法或其修订版本作为其国内仲裁法。

对于仲裁传统较为薄弱的拉美国家而言，采纳《示范法》可以减少对当地体制中仲裁活动不可预见性的担忧，《示范法》管辖领域内更为支持仲裁。《示范法》规定争议双方可以自主选择仲裁机构和适用法律，并且仲裁程序免受司法干涉。从潜在争议解决的角度看来，《示范法》也使得其管辖领域成为了更理想的投资目的地。

与此相反，在不受《示范法》管辖的领域内，则可能依然存在不支持仲裁的立法。例如，东道国法律可能规定投资争议仲裁必须在东道国国内进行并适用东道国法律，与此相悖的仲裁协议将被东道国法院认定为无效。

《纽约公约》则是在跨境执行仲裁裁决领域迄今为止最为重要的国际条约。其明确规定除非发生公约第五章中列明的情形（例如仲裁程序存在严重瑕疵、仲裁事项不具有可仲裁性或违反公共政策等），否则缔约国不得拒绝仲裁裁决的承认和执行。这对于临时仲裁庭作出的裁决在东道国能否得到执行具有至关重要的意义。显然，如果东道国是《纽约公约》的缔约国，临时仲裁庭作出的仲裁裁决将会更好地得到执行。

中国于 1987 年加入《纽约公约》。目前，在拉美地区，除极个别

国家之外，绝大多数拉美国家都已经成为《纽约公约》的缔约国。

如上所述，在双边协定中规定争议可提交临时仲裁庭解决的情况下，采纳《示范法》并加入《纽约公约》的国家，其投资风险显然会小于未采纳《示范法》或未加入《纽约公约》的国家。

三、 投资拉美的建议

1. 投资已经与中国签订双边协定的国家

如上所述，中国已经与 11 个拉美国家签订了有效的双边协定，其中的仲裁条款可以促使东道国政府履行其承诺。中国投资者应当利用这些双边协定对投资者和投资项目提供的保护。同时，中国投资者应注意这些双边协定在是否允许其未经东道国政府同意即可将争议提交解决投资争端国际中心或临时仲裁庭仲裁方面有所区别。

此外，其他一些因素，诸如东道国对《示范法》的采纳和加入《纽约公约》的情况，也十分重要。因为如果《纽约公约》或《示范法》适用于执行地，则仲裁裁决被执行地司法机关撤销或驳回的可能性将大大降低。

因此，我们建议投资者在向某个国家投资之前开展适当的尽职调查，以明确可以适用的双边协定。

2. 间接投资未与中国签订双边协定的国家

同时，我们建议投资者可间接投资未与中国订立双边协定的拉美国家，即通过与东道国签订双边协定的第三国的子公司向东道国投资，从而获得第三国双边协定对其在东道国投资的保护。

应当注意，采取上述间接投资方式的前提是，东道国与第三国签订的双边协定同意保护间接投资，即东道国同等对待有第三国国籍的投资者和在第三国设立子公司的中国投资者。近年来，中国投资者习惯于利用传统的“避税天堂”，例如英属维尔京群岛、百慕大、开曼群岛、毛里求斯等，通过设立特殊目的公司（SPV）统筹对外投资，为此，我们建议投资者应咨询专业律师以明确上述国家或地区与哪些拉美国家订立有保护间接投资的双边协定。

3. 在投资合同中增加仲裁条款及“稳定条款”

即使东道国没有签订包含“投资者—东道国争议解决条款”的双边协定，中国投资者仍可以通过与当地政府签订包含仲裁条款的投资合同来保护自己。

起草投资合同中的仲裁条款时选择仲裁机构、适用法律以及程序规则是十分重要的，这甚至会影响到将来案件的胜诉或败诉。因此我们建议投资者在起草仲裁条款时向专业仲裁律师寻求法律意见，使仲裁条款能更好地达成投资者的目的，并在争议发生时保护其利益。

除了仲裁条款之外，在投资合同中约定合理的“稳定条款”也很重要。稳定条款是对东道国的一项合同义务，要求其一定时期内“冻结”针对投资者的立法，给予投资者保证并维持其可预见性。稳定条款确保东道国不会出现有碍投资或削弱其价值的立法变化。

4. 推荐选择的仲裁地点：新加坡或伦敦

国际投资仲裁是一项特殊的争议解决方式，它要求在可预测且稳定的仲裁程序体系下，受理争议的仲裁机构具备妥善处理案件的能力。当争议发生时，投资拉美的中国企业应当优先考虑具有处理投资争议经验的国际仲裁机构，例如国际投资争端解决中心，国际商会仲裁院（ICC）、伦敦国际仲裁院，以及中国企业在国外投资项目中熟悉的常设仲裁机构。

在选择仲裁地点时，还应牢记仲裁地法律将会影响仲裁程序和裁决执行。建议争议双方选择仲裁机制发展成熟的司法辖区作为仲裁进行的地点。其中，伦敦或新加坡更受推崇，原因是它们为正当程序和裁决的可预见性提供了强有力的保障，还具备成熟的国际仲裁立法结构，并且相对中国、拉美甚至香港而言更加中立。

5. 专业律师的尽早参与

专业国际仲裁律师尽早参与起草投资合同或设计投资交易结构是投资项目风险管理中的最重要部分之一。专业律师可以协助投资者：

- 对东道国当地投资法律和政策做事先调查；
- 根据当地法规和政策选择最合理的投资模式和交易结构；
- 对目标公司或项目进行尽职调查；
- 针对特定东道国的情况，起草最合适的仲裁条款；
- 一旦发生争议，在当地法院、行政机关或仲裁程序中作为投资者的代理人；
- 提供对东道国劳动法的咨询意见，避免投资者与当地劳工

发生冲突（在拉美的中国投资者此前已经遭遇类似问题）。

6. 注意留存证据

即便尚未发生投资争议，投资人也应当仔细留存在经营过程中、与东道国政府交往中的所有证据。另外，在投资之前或之后，东道国政府在商谈中给予的任何优待、承诺或保证的相关证据都应留存。商业计划、预期、规划和其他有关计划的证据也应当留存，与东道国发生争议发生后，这些都有可能成为索赔的证据。

另外，投资者还应当留存政府官员索取不正当金钱或其他利益的记录和证据，以便于将来争议发生时分清是非和责任。

7. 防范腐败风险

腐败是大部分拉美国家的一项严重问题。已经或可能向拉美投资的中国公司必须极其谨慎地开展腐败风险管理，因为在对东道国政府提起的仲裁程序中，指控贿赂将有可能彻底颠覆胜诉可能。

在仲裁过程中，政府腐败的证据是矛或是盾，取决于哪一方正在使用这一证据。一方面，由于行贿行为违反其国内法，东道国可以基于管辖权或事实本身要求驳回投资者的诉请。另一方面，投资者则可以根据有关双边协定，基于政府腐败行为另行提起仲裁请求。因为，造成投资者损失的腐败行为，属于“公平公正待遇”条款规范的范畴。

此外，虽然大部分拉美国家都已承诺对贿赂行为追究刑事责任，但是对于贿赂行为的定义却没有统一的认识。因此，投资者有必要在投资前期以及投资全程中，根据专业律师的法律意见建立和维持适当的内控机制和反腐败政策来预防贿赂行为。

陈鲁明 合伙人 Tel: 8621 2208 6396 Email: chenluming@junhe.com

崔文辉 律师 Tel: 8621 2208 6374 Email: cuiwh@junhe.com

刘啸森 律师 Tel: 8621 2208 6355 Email: liuxs@junhe.com

本报告仅为提供法律信息之目的，供参考使用，并不构成君合律师事务所的法律意见或建议。