

双边投资保护协定：

中企对非投资的保护缺口与风险防范

■ 刘燕南

在国际投资领域，一国企业或自然人在其他国家直接投资往往具有较高的政治和法律风险。为避免可能出现的风险，有效解决投资争端，更好地保护本国企业在特定国家的投资利益，投资者母国往往会与东道国签订双边投资保护协定，明确规定所保护的投资范围、准予投资的行业、待遇标准、国有化及征收的补偿、禁止性行为、税收和利润的汇出以及争端解决等内容。近年来，一些区域自贸协定也会有保护和促进投资的相关内容。众多的双边和区域性投资保护协定一同构建起了便利国际投资、保护国际投资的基本法律框架。但我国企业在对非洲国家进行直接投资时还是需要加强对双边投资保护协定的法律尽调工作。

我国与非洲国家双边投资保护协定数量有限

虽然双边投资保护协定对于保护我国企业海外直接投资的正当权益具有重要作用，但双边投资协定在争端解决中发挥作用往往需要借助国际投资争端解决中心(ICSID)、海牙常设仲裁法院(PCA)、国际商会仲裁院(ICC)等仲裁机构。投资者与东道国在国有化及补偿等方面产生争端，投资者往往会按照双边或区域性投资保护协定的规定，向 ICSID、PCA、ICC 等申请仲裁。近年来，北京城建集团有限公司诉也门案、中山富诚实业投资有限公司诉尼日利亚案等著名案件，都是由中国投资者依据《关于解决各国和其他国家的国民之间的投资争端的公约》(以下简称《华盛顿公约》)，分别在《中国—也门双边投资协定》和《中国—尼日利亚双边投资协定》的法律框架下，在 ICSID 提出仲裁。最终，前者和解结案，后者取得了支持性仲裁裁决并在全球范围内广泛获得承认和执行。

但是，我国目前与非洲国家间的双边投资保护协定的数量还是有限的，只与非洲35个国家签署了双边投资保护协定，而且在签署的双边投资保护协定中，又有一些协定一直处于未生效的状态。这就

要求我国投资者在选择拟投资的非洲东道国前应当进行法律尽调，除了要充分了解该拟投资国的国内商事、税收、劳工法律外，还应认真考察该国是否与我签署了双边投资保护协定。如果该拟投资国与我国既无双边投资保护协定，又没有共同参加的任何区域性的贸易协定，甚至不是 ICSID 成员国，投资决策建议更加审慎处理。

部分双边投资保护协定保护力度不足

在中国与非洲国家已经签署的双边投资保护协定中，有些协定尚存在待修订完善之处。特别是签署年代较早的双边投资保护协定，或过于简单，或范围过窄，导致对我国海外投资保护力度不足。如一些早期的双边投资保护协定对可仲裁解决争端的事项，仅规定可就“有关征收补偿款额的争议”进行仲裁，这就使得可以根据双边投资保护协定将争端提交 ICSID 等机构进行仲裁的范围受到很大限制。这些都不利于我国企业在该非洲国家开展规模较大的投资。在这方面，北京爱德威通亮技术有限公司(又称“北京 BETL 公司”)诉加纳案非常具有代表性。加纳分别于 1965 年和 1968 年无保留地加入《华盛顿公约》和《承认及执行外国仲裁裁决公约》，加纳也是最早与我国签订双边投资保护协定的非洲国家。1989 年，加纳与我国政府签署了《中华人民共和国政府和加纳共和国政府关于鼓励和相互保护投资协定》(以下简称《中加双边投资保护协定》)，该协定于 1990 年正式生效。北京 BETL 公司诉加纳案，肇因于 2020 年加纳议会撤销了双方于 2012 年签署的由北京 BETL 公司为“阿克拉大会地区交通管理项目”进行采购、安装和试运行的合同。在案件被提交至 ICSID 仲裁后，争议的焦点聚焦于仲裁庭是否享有管辖权的问题。申请人(北京 BETL 公司)认为，《中加双边投资保护协定》第 10 条(1)款明确规定了“缔约国一方和缔约国另一方投资者之间有关征收补偿款额的争议可提交仲裁庭”。而被申

请人(加纳)则主张第 10 条(1)款仅仅是将仲裁庭的管辖权限制在确定征收补偿的数额方面，而未包括是否有权征收的问题。最终，2023 年仲裁庭以缺乏管辖权为由驳回了申请人北京 BETL 公司提起的仲裁请求。该案件的裁决结果，一方面对我国政府提出了要求，应尽早修订完善早些年间签署的低保护水平的双边投资保护协定；另一方面，对我国企业也是很好的警示，要求我国企业加强对拟投资国与我国双边投资保护协定的尽调工作，在双方协定未能修订完善之前，应通过加强合同条款设计、改变连结节点等方式补充双边投资保护协定的不足，以便更有效地维护自身正当的权益。

重视非洲国家与我国双边投资保护协定的最新发展

近些年来，不少投资东道国对于国际投资法对东道国国家权利的限制不断表示不满，纷纷采取措施，改革双边或多边投资保护协定，加强东道国规制权利，限制以 ICSID 等为代表的投资争端解决机制的运用，限制仲裁庭的解释权等。不仅如《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》这类区域性协定中的很多规定体现了这种发展趋势，我国与非洲国家新近签署的双边投资保护协定中对此也有直接的反映。本文仅以我国与安哥拉共和国政府于 2023 年 12 月 6 日签订并于 2024 年 6 月 29 日生效的《中华人民共和国政府和安哥拉共和国政府关于促进和相互保护投资的协定》(以下简称《协定》)为例进行说明。

《协定》共 37 条和 4 个附件，总体可分为 4 个部分：关键术语界定、投资保护、投资便利化和争端解决。与我国早期签署的双边投资保护协定相比，《协定》在条文的设计、内容的详细程度、立法技术的成熟度等方面，都反映了国际投资法缔约实践最新的发展状况。《协定》明确了涵盖投资(Covered investment)的含义。所谓涵盖投资，又称为受保护的投资者，是指对于缔约一方而言，协定生效之日已在

缔约一方领土内存在的缔约另一方的投资者的投资，或者缔约另一方的投资者在协定生效后在缔约一方领土内设立、取得或者扩大的投资。同时，《协定》指出“投资”系指一个投资者直接或者间接拥有或控制的、具有投资特征的各种资产，该种特征包括资本或其他资源的投入、收益或利润的期待，或者风险的承担。投资的形式可能多种多样，但不包括单纯的货物销售或者服务买卖合同。

在争端解决的内容方面，《协定》主要从以下几个方面对仲裁进行了限制：首先，《协定》规定了明确的冷静期制度。即，当发生投资争端时，若申请人有意将该争端提交仲裁，其应在将争端提交仲裁之前至少 180 天向被申请人递送一份磋商请求。该磋商请求应满足以下要件：申请人的名称和地址；申请人是受《协定》保护的投资者的证据；被指控违反的协定或投资合同的条款及其他相关条款；列出引发诉请的措施或事项；有关法律和事实依据的简短概要；明确所寻求的救济以及估算的赔偿金额。《协定》明确规定，只在 180 天期满，且争端双方不能达成解决合意的情况下，一方才可以将争端提起仲裁。其次，《协定》对提起仲裁规定了严

格的时限。时限从两个方面进行了设定。一个是知道和应当知道的主观标准。即自申请人首次得知或应当首次得知引发提交仲裁申请的违反协定的事项以及申请人或企业已遭受损失或损害之日起不满 3 年。一旦已逾 3 年，则不得再将任何诉请依照《协定》提交仲裁。另一个是客观标准，《协定》第 34 条又规定，如引发争议的事件最初发生之日起已超过 4 年，则任何诉请均不得提交仲裁。再其次，《协定》将公平公正原则具化，避免仲裁庭时仲裁庭将公平公正原则作为“帝王条款”任意扩张解释。《协定》将公平公正原则局限于最低标准待遇。要求中安两国彼此应给予另一方投资者符合习惯国际法中给予外国人的最低标准待遇，包括公平公正待遇和充分保护和安全的义务。并且，《协定》明确规定，所谓的“公平公正待遇”和“充分保护和安全的义务”并不要求缔约方给予额外的或超出上述标准要求的待遇，且并不创设额外的实体权利。所谓“公平公正待遇”包括依照正当法律程序，不得在刑事、民事或行政裁定程序中拒绝司法的义务；“充分保护和安全的义务”则要求缔约方提供达到习惯国际法要求的水平的治安保护，且最低标准待遇应依

照习惯国际法进行解释。最后，《协定》明确规定，最惠国待遇不包括国际投资或贸易协定中规定的争端解决机制或程序。这与前述北京 BETL 公司诉加纳案中仲裁庭的意见是一致的。该案中申请人北京 BETL 公司也曾以最惠国待遇为依据要求仲裁庭行使管辖权，但未获支持。

除了上述几点非常明显的对投资争端申请仲裁的限制，《协定》还从仲裁申请的形式要件、仲裁地和仲裁规则、仲裁庭的组成、专家报告、准据法、仲裁的进程程序、裁决等一系列方面，对双边投资仲裁进行规范和限定。总之，《协定》对于仲裁的规定，与近期投资争端仲裁实践以及如 CPTPP 协定等的相关规定存在类似性。这一发展趋势值得我国海外投资企业关注。

随着我国企业全球化发展日益深入，非洲以其尚未完全开发的优质资源和广阔的市场空间吸引着我国企业前往投资。但在进行投资决策时，双边投资协定的保护有一定的局限性，且处于不断的变动之中，这要求我国企业在进行投资决策时要有清醒的认识。

(作者单位：对外经济贸易大学法学院)



中国贸促会专利商标事务所
CCPIT PATENT & TRADEMARK LAW OFFICE



贸促专商微信公众号

广告

我国人工智能专利数占全球总量 60% 数据企业数量超 40 万家

■ 王云杉

记者日前从国家数据局获悉：经过多年持续攻坚，数字领域突破了一批关键核心技术。我国人工智能综合实力实现整体性、系统性跃升，人工智能专利数量占全球总量的 60%，人形机器人、智能终端等领域不断取得突破；集成电路加快布局，形成覆盖设计、制造、封装测试、材料和装备的完整产业链。

“十四五”时期，我国数字基础设施实现长足发展。截至今年 6 月底，5G 基站总数达 455 万个，千兆宽带用户达 2.26 亿户，算力总规模位于全球第二。

我国数据产业快速发展，市场空间大，已成为数字经济发展的新增长点。国家数据发展研究院的研究数据显示：2024 年，全国数据企业数量超过 40 万家，数据产业

规模达 5.86 万亿元，较“十三五”末增长 117%，预计未来几年仍将保持较高的增长水平。以数据深度挖掘和融合应用、算法算力和数据高度集成为主要特征的产业生态正在形成。据测算，2024 年，上市数据企业平均研发投入较“十三五”末增长 79%，产业链创新活力持续增强。

(来源：人民日报)

服務四海 誠信天下

中國專利代理(香港)有限公司
CHINA PATENT AGENT (H.K.) LTD.
www.cpahkltd.com

广告

六部门部署进一步规范光伏产业竞争秩序

工业和信息化部、中央社会工作部、国家发展改革委、国务院国资委、市场监管总局、国家能源局日前联合召开光伏产业座谈会，进一步规范光伏产业竞争秩序。

会议提出，光伏产业各方要深刻认识到规范竞争秩序对光伏产业高质量发展的重要意义，共同推动产业健康可持续发展。加强产业调控，强化光伏产业项目投资管理，以市场化、法治化方式推动落后产能有序退出。遏制低价无序竞争，健全价格监测和产品定价机制，打击低于成本价销售、虚假营销等违法违规行。

会议还要求，规范产品质量，打击降低质量管控、虚标产品功率、侵犯知识产权等行为。支持行业自律，发挥行业协会作用，倡导公平竞争、有序发展，强化技术创新引领，严守质量安全底线，切实维护行业良好发展环境。

(来源：新华社)

售卖软件“破解包”构成侵犯著作权罪

■ 李文茜 陶瑜 邵李鸣

不法人员自制破解插件工具，免费使用付费软件，还在网上宣传售卖，以为“一本万利”，没想到等来的却是法律的惩处。近日，广东省深圳市南山区人民法院审结一起侵犯著作权案，判处两被告人有期徒刑并处罚金。

法院查明，“某智软件”是 AA 科技公司独立研发的一款航测软件。AA 科技公司拥有该软件著作权，用户需付费购买激活码使用软件功能。AA 科技公司同时推出“某智软件”免费试用版，可供用户免费使用一个月。为防止用户以试用方式长期使用软件，AA 科技公司设置了限制同一电脑绑定试用激活码使用次数的技术措施。为确保用户使用软件获得授权，AA 科技公司对正式版软件设置了离线使用时长和次数的限制，用户如超时或超过使用次数，需联网校验。

2023 年 9 月，AA 科技公司报警称，有人在“朋友圈”及二手交易平台发布“某智软件”破解插件广告，公开销售破解工具。

公安机关侦查发现，2022 年起，王某在二手交易平台售卖名为“大眼睛”的破解插件。该插件可规避“某智软件”关于一台电脑只能绑定一个同类型激活码的限制。张某则通过某平台售卖“PT 助手”破解插件，该插件可解除“某智软件”(试用版)离线后使用次数和离线时间的限制。两人在网络上相识后，张某利用从王某处得知“某智软件”漏洞，又委托他人开发了一款插件，该插件可规避“某智软件”一台电脑只能绑定一个同类型激活码及每次只能处理 500 张图片的限制。两人通过销售相关插件分别获利 6 万余元。

法院经审理认为，AA 科技公司为保护其软件的著作权及相关权利，为其软件设置了技术保护措施及访问控制技术措施，保护目的合法、方式合理，在正常情况下足以有效阻断普通用户侵权的可能性，属于刑法意义上的技术保护措施。被告人王某、张某以营利为目的，未经著作权人许可，故意避开权利人对其作品采取的技术措施，不仅侵犯了 AA 科技公司的著作权，导致 AA 科技公司损失巨大，也破坏了正版软件的正常市场销售秩序，情节严重，其行为均已构成侵犯著作权罪。

庭审中，两被告人自愿认罪并退赃，张某在案发后积极与 AA 科技公司沟通，帮助 AA 科技公司修复软件漏洞。综合考虑两被告人的

非法经营数额、认罪态度、犯罪情节以及被告人张某积极阻止损失扩大等情节，法院判决：被告人张某侵犯著作权罪，判处有期徒刑 8 个月，并处罚金 6 万元；被告人王某侵犯著作权罪，判处有期徒刑 6 个月，并处罚金 6 万元。目前，该判决已生效。

承办法官表示，根据刑法第二百一十七条规定，以营利为目的，未经著作权人许可，故意避开或者破坏权利人为其作品采取的

保护著作权或者与著作权有关的权利的技术措施，违法所得数额较大或有其他严重情节的，构成侵犯著作权罪。司法实践中，关于“技术措施”的认定主要从设立目的、正当性、有效性等方面综合考量，而认定避开或破坏技术措施的行为是否构成侵犯著作权罪，还需要考量行为是否具有犯罪主观故意、是否以营利为目的、情节是否严重等要件。

(来源：法治日报)

中国国际经济贸易仲裁委员会
CHINA INTERNATIONAL ECONOMIC AND TRADE ARBITRATION COMMISSION

广告