

doi:10.3969/j.issn.1674-117X.2023.02.009

非洲国际投资法演进的衡平路径选择与中国因应

银红武

(湖南师范大学 法学院, 湖南 长沙 410081)

摘 要: 非洲国际投资法的发展呈现出从“多边化”到“非洲化”的演进特色, 而衡平路径的选择称得上是“非洲化”国际投资法的革新特征之一。非洲国际投资法衡平路径的选择是国家经济主权行使与外国投资者权益保护的内在平衡需求, 是非洲国际投资法“多边化”与“非洲化”发展的衡平器, 是实现非洲国际投资可持续发展的“善治”路径。衡平路径主要表现为东道国监管权与投资保护义务的进一步明文细化, 外国投资者可持续发展义务的施加, 投资者-国家间投资争端解决机制的程序平衡性革新等。基于此, 应加强我国赴非投资监管制度的体系化与现代化建设, 提升我国在非投资者经营合规管理的自我能力, 凝聚各方合力贯彻施行可持续发展理念。

关键词: 非洲国际投资法; 衡平路径; 内外动因; 中国因应

中图分类号: D996.4

文献标志码: A

文章编号: 1674-117X(2023)02-0072-11

引用格式: 银红武. 非洲国际投资法演进的衡平路径选择与中国因应 [J]. 湖南工业大学学报(社会科学版), 2023, 28(2): 72-82.

The Balancing Approach Choice in the Evolution of African International Investment Law and China's Countermeasures

YIN Hongwu

(School of Law, Hunan Normal University, Changsha 410081, China)

Abstract: The development of African international investment law presents evolutionary characteristics from “multilateralization” to “Africanization”, with the choice of balancing approach as one of its innovative characteristics. The balancing approach meets the internal needs of striking a balance between the exercise of national economic sovereignty and the protection of rights and interests of foreign investors. The approach is also a balance instrument for the “multilateralization” and “Africanization” of international investment law in Africa, as well as a path of “good governance” to achieve the sustainability of Africa's international investment. The balancing approach mainly includes further specification of the host country's regulatory rights and obligations of protecting investment, the imposition of investors' obligations to promote sustainable development, and the procedural balancing innovation of the investor-state investment dispute settlement mechanism. Based on this, it is supposed to strengthen the systematization and modernization of China's regulatory system for Africa-bound investments, improve the management abilities of China's investors in Africa, and unite all parties to implement

收稿日期: 2022-12-20

基金项目: 湖南省教育厅科学研究重点项目“国际投资法语境下腐败应对的中国法治路径研究”(21A0059)

作者简介: 银红武(1973—), 男, 湖南武冈人, 湖南师范大学副教授, 博士, 硕士生导师, 研究方向为国际投资法与条约法。

the philosophy of sustainable development.

Keywords: African international investment law; balancing approach; internal and external motivations; China's countermeasures

一、从“多边化”到“非洲化”：非洲国际投资法衡平路径选择的时代背景

现今的国际投资法主要被“内嵌于”一个由双边投资条约(bilateral investment treaty, BIT)与包含投资条款的条约(treaty with investment provisions, TIP)所支撑起的“非系统性”框架之中。然而,国际投资法并非倾向于完全无底线地在“碎片化”道路上一路走下去,其正在发展为一个基于相同原则、几乎没有“狭隘性利益”偏离空间的统一的外国投资管理结构。换一种看似矛盾的说法就是,国际投资法正在双边条约的基础上实现多边化^[1]。实际上,双边投资条约既是国际社会多边投资谈判工作的历史成果,亦是建立在真正多边理念基础上起着平衡外国投资者利益与东道国主权作用的国际法律制度。

(一) 非洲国家是国际投资法多边化机制创设的助推者

解决投资争端国际中心(International Center for Settlement of Investment Disputes, ICSID)机制的创设称得上是国际投资法多边化发展的标志性成果。非洲成员国曾积极参与ICSID机制的创建,并在其中起着类似“催化剂”的助推作用。长期以来,非洲国家通常被描述为国际投资法“规则的使用者”(rule takers),但事实上,其对国际投资法律制度的形成,特别是ICSID公约的制定与通过,作出了卓越的贡献,因此将其列为“规则制定者”似乎更为确切^[2]。

在ICSID公约的草拟阶段,非洲国家均作出了不可磨灭的贡献。1963年12月至1964年5月,在亚的斯亚贝巴、智利圣地亚哥、日内瓦和曼谷举行了区域协商会议。亚的斯亚贝巴会议是当时对有关非洲国家在起草ICSID公约中所充当角色的全部报道的焦点会场。彼时,在国际复兴开发银行的101个成员国中有32个为非洲国家。亚的斯亚贝巴会议为非洲国家提供了更多参与讨论创

建国际投资争端解决多边机制这一倡议的机会。32个非洲成员国中有29个派专家参加了协商会议。由于取得了巨大成功,亚的斯亚贝巴会议因此举世瞩目,正如布罗奇斯后来向执行董事们所报告的那样,亚的斯亚贝巴会议“进行了漫长而富有成效的磋商,会谈期间代表们就原则和细节问题发表了大量意见”,所取得的成果在总体上“比他曾经敢于期望的更具建设性、更有帮助、更令人鼓舞”^[3]。

在推动ICSID公约的议定与生效方面,非洲国家同样也功不可没。在ICSID公约的文本被转交至国际复兴开发银行各成员政府后不久,非洲成员国突尼斯于1965年5月初成为第一个签署公约的国家。到1965年底,30个签署国中有一半是非洲国家;到了1966年,当时的49个签署国中23个为非洲国家;1966年8月,尼日利亚成为第一个批准公约的国家;此后又有14个非洲国家于同年批准了公约^[4]。

(二) 非洲国家是ICSID机制法理发展的践行者与反哺者

在构建ICSID机制进程中,非洲国家的积极参与至关重要,正如保罗·让·勒卡努所言,“非洲国家在塑造新生的ICSID系统方面所发挥的独特作用为它们对这一机制的后续发展作出持续贡献搭建了舞台”。换言之,除了在创建ICSID机制方面所充当的关键角色外,非洲国家也一直是推动ICSID法理发展的重要行动者与反哺者。鉴于非洲国家在ICSID争端解决机制中的“高出镜率”(截至2017年12月31日,非洲国家参与了ICSID仲裁庭审理的171起案件)^[5],由此衍生出的裁判法理不仅发展了国际投资法的实体概念,而且对有关程序性问题亦予以了澄清,为ICSID判例法及其程序方面的发展作出了突出贡献。

“反哺者”的称谓蕴含两层意义:一是指非洲国家大多作为被诉方参与争端解决的事实;二是指其所提出的庭审观点具有参考价值,为ICSID

判例法(进而为国际投资法领域)的理论发展作出贡献。作为ICSID多边机制法理的践行者与反哺者,非洲国家在绝大部分情形下并非是以申请方的身份介入争端解决的,其答辩方的角色注定了它们必须积极投身于具体的庭审程序之中。这些非洲国家所提出的辩护论点以及仲裁庭对其予以确认或拒绝的裁判文书促进了人们对国际投资法规则和概念的理解。

1. ICSID 第一阶段案例:20世纪70—90年代

ICSID系统的第一代案例无法与非洲国家较早寻求外国投资者—东道国投资争端的国际平台解决实践割裂开来。ICSID框架下非洲国家的“反哺者”身份真切地反映在:摩洛哥作为被申请方被诉至ICSID仲裁庭的案件为ICSID第一案(Holiday Inns SA and others v. Morocco, ICSID Case No ARB/72/1, 1972);ICSID第一份就事实予以裁判的裁决书来自涉科特迪瓦的一个案件(Adriano Gardella SpA v. Côte d'Ivoire, ICSID Case No ARB/74/1, 1977);几内亚共和国在ICSID庭审历史中第一次成功地提起反诉(Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea, ICSID Case No ARB/84/4);在喀麦隆作为被诉方的争端案中ICSID仲裁庭第一次就撤销问题作出决定(Kloßner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais ICSID Case No ARB/81/2);刚果民主共和国于1999年成为第一个申请修正ICSID裁决的争端国(这导致了ICSID公约下第一次调解程序的适用)等。ICSID第一代案件所揭示的一个重要事实是,作为机制的主要使用者,非洲国家通过其所参与的案件为ICSID制度的创新发展注入了强劲动能。非洲国家所涉身的第一代争端案对ICSID系统的头20年发展显得尤为重要。

2. ICSID 第二阶段案例:21世纪初—2010年

仔细观察自21世纪初非洲国家作为争端方所参与的案件,不难发现,这一阶段的争端解决实践不仅明晰了诸如“法庭之友”(如Biwater Gauff Limited v. United Republic of Tanzania案)和具体的投资待遇标准规则之含义,而且还将仲裁作为法治工具,有力地打击了国际投资中的腐败行为(如World Duty Free Company Limited v. Republic

of Kenya案)。这些争端解决实践阐释了关于“投资”的定义(如Salini Costruttori SpA and Italstrade SpA v. Kingdom of Morocco案),其事关国际投资仲裁的透明度(如BSG Resources Limited v. Republic of Guinea案)、超越纯粹的投资议题以及引起更广泛社会关注的程序等问题。

3. ICSID 第三阶段案例:2010年至今

涉及非洲国家的第三代投资争端始于2010年,并一直持续到现在。这一阶段的投资争端解决对ICSID裁判法理中诸多前沿问题进行了颇具价值的探讨,譬如,涉及非洲国家作为被告,其间牵涉到国际贸易法中最惠国原则与国际投资法中最惠国原则存在重叠问题的一个ICSID典型案例(Menzies Middle East and Africa SA and Aviation Handling Services International Ltd v. Republic of Senegal)就引起了各方的高度关注。此外,属于国际投资更广泛语境下的诸如可持续发展、人权、土著民权利的保护(Bernhard von Pezold and others v. Republic of Zimbabwe, ICSID Case No ARB/10/15)和环境标准等新主题被纳入争端解决进程中,由各争端方进行探讨与辩论。

纵观上述三个阶段涉及非洲国家的ICSID仲裁案件,它们对ICSID公约仲裁规则的适用以及如何阐释国际投资法与其他法律领域(如人权法、国际贸易法和广义国际公法)的关系具有重要意义。具体而言,在厘清有关投资概念、待遇标准与保护标准(征收、与可受理性有关的程序事项、救济措施、内国投资法、导致并影响ICSID仲裁规则后续修订的ICSID透明度问题以及腐败应对问题等)方面,这些年来主要作为被诉方的非洲国家充当着法理践行者与反哺者的角色^[6]。

(三) 非洲国际投资法演进的“非洲化”

非洲土地的殖民历史记忆和后殖民时代因素为非洲国际投资法的发展搭建了一个“非洲化”演进的独特语境。鉴于在ICSID机制的创建方面存在着以欧美为中心与以发展中国家为代表的两种力量的“失衡”局面,人们对机制的实践表示悲观,对争端解决机制方所标榜的平等对待各当事方之声明表示怀疑。一些学者就此展开了批判性研究,其结论是,非洲国家在国际法或国际法其他领域的演进发展中处于被“边缘”化的地位。正好比在国际法领域产生了“第三世界”路径的

理论应对一样,就非洲大陆的投资法而言,国际投资法的“非洲化”应运而生^[7-9]。

1. 非洲国家间双边投资条约与非洲区域经济共同体投资协定

截至2022年10月,全球共缔结3292部投资协定(包括2861部双边投资条约与431部内含投资条款的经贸条约);非洲国家共缔结超过882部双边投资条约,其中722部是与非洲大陆外国家签订的,160部是非洲国家之间订立的。除了双边投资条约外,非洲大陆也订立了一些区域投资协定。非洲众多区域经济共同体(譬如西非国家经济共同体、中非国家经济共同体、东南非共同市场、东非共同体与南部非洲发展共同体等)大多通过了关于监管外国投资以及加强外国投资领域合作与协调的法律文件。区域经济共同体制定的最新投资协定力求将吸引外国投资和实现可持续发展目标相结合。例如,东南非共同市场投资协议(2007年)是一个创新性文本,其中包含了一个重要的改革:纳入了第13条关于投资者义务的专门条款。此外,2006年南部非洲发展共同体金融与投资议定书以及2012年南部非洲发展共同体通过的投资条约范本都起到了很好的示例作用。

2. 非洲联盟《泛非投资法典》

本着加强经济一体化的精神,负责非洲大陆一体化的非洲各国部长们于2008年决定着手为非洲制定一部全面的、真正符合非洲实际需要的投资法典。该倡议宣布其目的是为非洲吸引更多投资,并促进投资在非洲内部跨境流动。《泛非投资法典》的制定工作是年正式启动。在2016年3月于亚的斯亚贝巴举行的部长级会议上,与会的非洲各国部长就《泛非投资法典》的文本取得了一致意见。在2016年11月于内罗毕举行的最后一次会议上,各国政府代表最终同意将《泛非投资法典》作为无约束力的投资协定范本予以通过。《泛非投资法典》是整个非洲第一个全大陆意义上的示范投资条约,其可以更好地确保整个非洲大陆在外国投资监管方面的制度协调与统一。尽管《泛非投资法典》不具法律约束力,但它将被用作非盟成员国国际投资协定谈判的指南^[10]。

值得注意的是,伴随着《非洲大陆自由贸易协定》的生效与非洲大陆自由贸易区建设的启动,《非洲大陆自由贸易协定》投资议定书的谈判也被列

入日程表。按照当初设想,磋商于2022年3月开始,2022年9月结束文本的起草工作。正如ICSID秘书长Meg Kinnear等专家预测,“如果(非洲)最近的投资条约革新倡议与实践表明了目前谈判的投资章节可能包含了其内容的话,那么新条约很可能既要在先前努力的基础上再接再厉,在投资者和国家之间达成新的平衡,又要在考虑到非洲大陆及其不同国家具体需要的情形下,通过确立创新性的权利和义务来达成这一目标。”^[11]

二、非洲国际投资法衡平路径选择的内外动因与具体表现

国际投资法的“非洲化”变革蕴含两方面的涵义:一是地域层面的涵义(即非洲本土化);二是特质概括层面的涵义(即非洲特色化)。首先,鉴于非洲大陆各国的地域相邻性、历史文化的相通性与法律制度的相似性,经济一体化发展的课题成为了非洲复兴与崛起的“希望工程”。鼓励、促进与保护资本在非洲大陆的跨境流动成为应有之义,地域意义上的国际投资协定因此顺势产生。其次,通过对非洲地域意义上的国际投资协定进行特征剖析与总结后可以发现,非洲大陆各国的国际投资法发展呈现出一些共性特色与整体性创新特征,具有鲜明的“非洲化”特色;其中,衡平路径的选择就称得上是“非洲化”国际投资法的革新特征之一。

非洲投资条约和相关法律的新近发展表明,各国希望在创制国际投资实体规范时实现“投资者和东道国权利和义务之间的更大平衡”^[12]。相关证据显示,就非洲国际投资法而言,无论是在国家层面,还是双边或区域以及整个大陆层面都不同程度表现出这一发展趋势^[13]——正如《泛非投资法典》序言中所强调的,法典意在实现“成员国和投资者之间在该法典下的权利和义务的总体平衡”。

(一) 非洲国际投资法发展进程中衡平路径选择的内外动因

1. 国家经济主权行使与外国投资者权益保护的内在平衡需求

尽管外国投资者在获得东道国特许的前提下可以在该国境内进行自然资源的勘探、开发与开采,但一国对其境内的自然资源享有永久主权为

一条国际习惯法原则。处于他国境内的外国投资者虽然可以在获得该国市场准入之后创设投资项目、从事经济活动,但东道国依据属地管辖权可对外国投资与投资者行使经济主权。国家对外国投资与投资者行使的经济监管主权实质上是国家主权在经济领域的具体表现形式。目前,越来越多的国家对外国投资的市场准入实施准入前国民待遇加负面清单管理模式。虽然国际投资法的“碎片化”特征依然显著,但就作为促进与保护外国投资有效法治工具的国际投资协议而言,出于吸引外国投资来加快本国经济发展的目的,对外国投资的实体与程序权益的保护向来都是其优先考虑与保障实现的基本价值部分。可以说,国际投资法的现代实践本质上就是一部在“国家行使经济监管主权”与“外国投资权益保护”之间寻求“平衡点”的“奋斗史”。

2. 投资者-国家间投资争端解决程序的平衡性是ICSID机制与生俱来的特征之一

非洲国家积极参与创建的ICSID机制本身就是国际社会审查东道国经济监管主权的行使与其保护外国投资权益的义务履行情况的一个类司法“平衡系统”。配备有效执行机制的ICSID旨在为东道国与外国投资者提供一个公正、平衡和自足的投资争端解决平台,以此力促最终形成相互信任的国际营商环境,从而刺激国际投资的跨国流动。时任尼日利亚总检察长兼司法部长的塔斯利姆·奥拉瓦尔·埃利亚斯博士曾这样评论ICSID公约草案:“ICSID目的在于实现投资者利益和发展中国家利益之间的平衡。……尼日利亚政府认为,该文件不仅代表了人们试图恢复投资者的信心,而且反映出他们对具体习惯法原则的编纂尝试,从而展现了他们参与国际法渐进发展工作的决心。”^[14]

埃利亚斯博士强调,“ICSID公约草案具有程序平衡性与创新性两个特征”,这一观点亦得到了其他起草者与专家的赞同。随附于ICSID公约的执行董事会报告指出,“公约条款在投资者和东道国的利益之间保持了谨慎的平衡。”正是这种经过“精心设计的”的平衡“使得公约成为一个精巧的争端解决方案”。ICSID机制“最具创新性的方面之一”在于“承认非国家当事方(即外国投资者)可以在国际层面以自己的名义直接与

一个国家争端方进行对话(而无要求其本国政府对其事业的支持)”^[15]。

3. 平衡路径是非洲国际投资法“多边化”与“非洲化”发展的衡平器

不难理解,国际投资法多边化发展背景下非洲国家因其地缘政治的同洲属性,共同经历的历史事件与所沿袭文化传统、法律制度的相似性,必然有着诸多共同关切,“非洲化”的出路策略不失为各国应对当今国际经贸规则变革浪潮下寻求抱团取暖的明智之举。

但毕竟“非洲化”并非万全之策。以集非洲国际投资法“非洲化”特色于一体的《泛非投资法典》为例,尽管它体现了现代国际投资法的最新发展态势,完全称得上是非洲独特立场的“集大成者”,但同时它亦将非洲大陆各国所面临的共同困境详细记录了下来。难道非洲各国能用几乎同样的国际投资立法模式来安排自己与其他经济伙伴的投资关系——不论对方处于非洲大陆之上,抑或来自非洲之外?另一个客观事实是,在独立后的几十年间,非洲内部的贸易和投资规模并不大,《泛非投资法典》作为旨在调整非洲内部经济关系与秩序的基础法律机制,其充分性和适当性缺乏足够的机会来进行有意义的辩论。此外从表面上看,《泛非投资法典》对投资者权利的限制和对东道国监管空间的扩展堪称是解决对来自发达国家的投资者(基于他们一直占据着优势地位)实行单方面投资保护制度的一个理想方案,但考虑到法典旨在促进非洲内部投资,拒绝把非洲长期对来自发达国家的投资者所赋予的优惠待遇同样地施加给非洲同胞的差别做法无异于是“因他方之明过而罚己”^[16]。再者,非洲各国在调整彼此之间的投资关系时,应考虑建立一套非洲内部跨国投资者专享的优惠待遇标准。然而根据《泛非投资法典》,在卢旺达的南非投资者受到的待遇反倒不如来自美国的投资者,原因在于美国-卢旺达双边投资条约对投资者更为友好。事实上,国际投资法的“非洲化”发展态势绝不能低估地方狭隘主义在阻碍非洲外投资进入非洲大陆方面的负面影响——毕竟,在非洲的外国投资总量中仅有10%至12%来自非洲内部其他国家。

因此,在面对这些困难、制定相关解决方案时,非洲各国应选择一种更为公平与平衡的路径,即

在为东道国创制更大监管空间和自由裁量权的同时，仍应注重对来自非洲内部与外部的商业与投资提供均衡的立法促进与制度保护。

4. 衡平方法是实现非洲国际投资可持续发展的“善治”路径

“可持续发展”是指既能满足当代人的需要，又不对后代人满足其需要的能力构成危害的发展。2021年11月中非合作论坛第八届部长级会议以“深化中非伙伴合作、促进可持续发展、构建新时代中非命运共同体”为主题，并通过了《中非合作2035年愿景》。

目前，非洲主要作为目的地亟需吸引国际投资来促进东道国经济与社会的发展，但这种发展有一个前提，即具有可持续性。譬如，投资不得侵害当地社区与居民的公共利益——不得以发展为由，牺牲环境或侵害人权，而要在两者之间寻求平衡点。非洲国际投资的可持续发展应注重有关人权保护、劳工保护、环境保护、反腐败与企业社会责任履行等法治理念的制度化建设。实践证明，衡平方法是实现非洲国际投资可持续发展的“善治”路径。

（二）非洲国际投资法发展进程中衡平路径选择的具体表现

1. 东道国监管权与投资保护义务的进一步明文细化

与早期制定的国际投资条约或内国外资法以更宽泛笼统的法律概念或术语对国家义务予以规定不同，非洲国际投资法逐渐转变为对诸如国民待遇或最惠国待遇之类的条款进行更详尽的阐释或采取限缩方式予以规范，从而尽可能避免解释与适用方面的分歧乃至冲突。例如，摩洛哥-尼日利亚双边投资条约（2016年）第7条关于最低待遇标准的详细立法；尼日利亚-新加坡双边投资条约（2016年）第4条关于最惠国待遇的规定；加拿大-布基纳法索双边投资条约（2015年4月20日签署，2017年10月11日生效）第17条和附件三对最惠国待遇的保留和例外情形的详细说明。

另外，某些条约还明确规定，东道国有权进行监管（譬如2003年埃塞俄比亚-法国双边投资条约第1条第6款，2007年东南非共同市场投资协议第20.8条，2012年南部非洲发展共同体双边投

资条约范本的序言和第20条，《泛非投资法典》序言，摩洛哥-尼日利亚双边投资条约第23条等），并将这一点“体现在平衡投资者（投资）和东道国的权利和义务问题上”（例如，南部非洲发展共同体双边投资条约范本第20.2条，摩洛哥-尼日利亚双边投资条约第23条等）。南部非洲发展共同体双边投资条约范本第26条与摩洛哥-尼日利亚双边投资条约第22条甚至还规定：“（i）缔约方有权拒绝向某些投资者提供条约利益”（这样的条款在非洲各国相互间的双边投资条约中并不常见，另见《泛非投资法典》第10.4条）；“（ii）东道国有权‘向潜在投资者或其母国寻求有关其作为投资者（包括在其母国）的公司治理历史与实践方面的信息’”（摩洛哥-尼日利亚双边投资条约第21条，2012年南部非洲发展共同体双边投资条约范本第12条）。

2. 外国投资者可持续发展义务的施加

近年来，非洲国际投资法规范体系建设除了一般性地将可持续发展作为一项中心政策目标外，在某些情况下，甚至将其作为投资定义的一个组成部分（摩洛哥-尼日利亚双边投资条约第1条以及2017年土耳其-布隆迪双边投资条约第1条就是最好的示例）。规范外国投资者的可持续发展义务主要通过纳入包括环境标准（2012年南部非洲发展共同体双边投资条约范本第13~15条，2014年加拿大-喀麦隆双边投资条约第15条，《泛非投资法典》第30条和37条，摩洛哥-尼日利亚双边投资条约第14条和第18条）、预防和打击腐败（2008年西非经共体投资法案第13条，2012年南部非洲发展共同体双边投资条约范本第10条，摩洛哥-尼日利亚双边投资条约第17条，2013年加拿大-贝宁双边投资条约第16条，2013年日本-莫桑比克双边投资条约第10条）、人权保护（2008年西非经共体投资法案第14条，2012年南部非洲发展共同体双边投资条约范本第13条与第15条，《泛非投资法典》第24条，摩洛哥-尼日利亚双边投资条约第18条，加拿大-贝宁双边投资条约第16条，尼日利亚-新加坡双边投资条约第11条）、劳工标准（2008年西非经共体投资法案第14条，2012年南部非洲发展共同体双边投资条约范本第15条，《泛非投资法典》第24条，摩洛哥-尼日利亚双边投资条约第18条，日本-

莫桑比克双边投资条约第24条,加拿大-贝宁双边投资条约第16条)、公司治理和行为守则(摩洛哥-尼日利亚双边投资条约第19条与第20条,2008年西非经共体投资法案第15条,2012年南部非洲发展共同体双边投资条约范本第17.1条)以及企业社会责任(2008年西非经共体投资法案第16条,《泛非投资法典》第24条,摩洛哥-尼日利亚双边投资条约第24条,巴西-马拉维双边投资条约第9条,尼日利亚-新加坡双边投资条约第11条)等条款来实现。其中,关于公司治理和行为守则,摩洛哥-尼日利亚双边投资条约第20条明确规定:“位于母国的投资者也须对与投资有关的行为或决定承担责任,如果此类行为或决定在东道国导致重大损害、人身伤害或生命损失。”

3. 投资者-国家间投资争端解决机制的程序平衡性革新

如同其他许多国家在致力于投资协定的程序性条款更新和设计新的实体性投资标准的同时还侧重于对争端解决程序进行改革一样,非洲地区各个国家也在这些方面采取积极行动,寻求对投资者-国家间投资争端解决机制进行程序的平衡性革新。总体而言,这些变革围绕如下核心目标和原则展开。

首先,投资者-国家间投资争端解决机制寻求进一步扩大争端解决方法的范围。ICSID除了考虑提高附设机构(additional facility)的可获得性之外,还希望制定一套新的调解规则,并对原有的调解和事实调查规则予以更新。这也意味着修改后的规则可适用于那些既未签署亦未批准ICSID公约的非洲国家(在49个非洲缔约国中,批准公约的国家为45个)。此外,新的附设机构规则还允许区域经济一体化组织(非洲拥有数量众多的区域经济一体化组织)参与附设机构程序制定。

其次,投资者-国家间投资争端解决机制在保持投资者和国家之间程序性平衡的同时,必须增强效率。在为实现这一双重目标而提出的众多措施中,非洲国家通过自身经验成功演绎了效率和程序平衡如何做到齐头并进。其第一个举措是出台关于合并仲裁程序的新规则。合并程序的创新性特征在于,其能以同样的方式和尽可能有效的成本对类似案件进行裁判,从而确保程序经济,

最终实现正义的高效与衡平管理。在ICSID实践中,最早同意采纳全面合并方法的第一批非洲国家已经尝试采用了协调和合并方法;非洲国际投资条约(比如,2007年东南非共同市场投资协定第11条,2012年南部非洲发展共同体双边投资条约范本第29.18条,2016年摩洛哥-尼日利亚双边投资条约第29条)也表明,合并是非洲国家希望提供的一种仲裁方法选择。第二个效率和平衡措施是制定费用担保规则。在关于费用担保的40项ICSID仲裁庭决定中,最近的4项涉及非洲国家,这表明非洲国家日益倾向于诉诸这一程序手段。在ICSID起草关于规则修订项目的《纲要一》(即成员国和公众对2018年8月3日第1号工作文件的评论)时,虽然会员国提出了各种起草建议,但获得一致支持的是主张引入一项新的独立规则来解决费用担保问题的建议。

再次,投资争端解决规则修定的第三项组织原则是增加避免利益冲突的条款。这至少可以通过三种方式予以实现:扩大仲裁员的披露义务;要求各方披露在程序中提供资助的非争端方名称(第三方资助或TPF);更新仲裁员资格的取消程序。在这三个重要议题中,第三方资助问题得到了最广泛的讨论,而非洲国家也贡献了许多非常重要的观点。第三方资助的问题亦出现在涉及非洲国家的多个仲裁案件中。在Interocean Oil Development Company and Interocream Oil Exploration Company v. Federal Republic of Nigeria案(ICSID案件编号ARB/13/20)中,仲裁庭曾就原告对来自Volterra Fietta律所的律师们代表被告的权力和资助被告辩护的资金来源与条件问题所提出的请求发布了第5号程序令。

最后,关于投资争端解决机制的第四项革新工作是通过程序公开的优点与保护某些类别信息的需要进行平衡,进一步提高争端解决的透明度。实际上,非洲国家在ICSID的仲裁实践中一直充当推进这一规则发展的“排头兵”。在Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania案中,仲裁庭首次根据2006年《仲裁规则》允许非争议第三方向法庭之友递交意见。也正是在BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SARL v. Republic of Guinea案中,争端双方首次同意适用2014年联合国国际贸

易法委员会《投资人与国家间基于条约仲裁透明度规则》。同样地，毛里求斯成为第一个签署并批准《联合国投资人与国家间基于条约仲裁透明度公约》的国家^[11]。

三、非洲国际投资法衡平路径选择的挑战与应对：中国视角

我国对非直接投资一直保持强劲的增长势头。以商务部公布的数据为例，2020年我国流向非洲的投资为42.3亿美元，同比增长56.1%，占当年对外直接投资流量的2.8%，主要流向肯尼亚、刚果（金）、南非、埃塞俄比亚、尼日利亚、刚果（布）、尼日尔、赞比亚、塞内加尔等国家。非洲国际投资法律机制衡平路径革新无论是对中国政府还是对赴非的中国海外投资者，均带来一定的挑战，须予以积极应对。

（一）非洲国际投资法演进中衡平路径选择对中国的挑战

1. 中国政府层面：修订或新签中非投资协定的难度与挑战增加

中国已经与34个非洲国家签订了双边投资条约，其中生效的条约有20项。自中国和坦桑尼亚于2013年3月24日签署了最新的一项中非双边投资条约之后，立法的脚步停滞不前。总体而言，相较于新近非洲国际投资立法所呈现出的“可持续发展”范式，大多数中非双边投资条约略显过时。此外，由于中国在生产资料所有权的地位及其保护水平方面存在根本性的理论困境，中非双边投资条约缺乏统一性，很难说形成了中国化模式。再加之，鉴于中国在理论上作为南半球发展中国家，但在综合国力和长期发展目标追求上却又带有北半球发达国家的特征，这使得中国的“现实身份”模棱两可。以中国-马达加斯加双边投资条约（2003年）为例，该项条约似乎在许多领域都包含了北-南双边投资条约的特征，这主要体现在“投资”“待遇”和“争端解决”的定义方面。身为国际投资输入大国与输出大国的中国，在维持和促进与非洲国家的国际投资法律关系问题上，需要根据彼此的文化背景和国际投资法的新近发展特点，重新审视中非国际投资协定的实体条款内容与争端解决机制。

2. 中国赴非投资者方面：合规经营管理成本提

高与企业社会责任增加

非洲国际投资法衡平路径的采纳与可持续发展理念的强化，意味着非洲各国对中国赴非投资者提出了更高的要求，在遵守东道国法律法规的前提下进行合规经营管理、履行企业社会责任等方面更是如此。譬如，中国-坦桑尼亚双边投资条约在其序言中明确对投资者提出了“鼓励投资者尊重企业社会责任”的政策目标。部分中资赴非企业的现行做法与企业形象未达到这一目标。据媒体报道，部分中国企业在非洲经营时，由于不遵守当地法律，严重影响了中国投资者的整体形象；部分企业不与当地雇员签订劳动合同或不遵守劳工标准，随意解雇工人，对雇员支付的工资甚至低于当地的最低保障工资标准；部分中国企业向东道国政府官员或公共机构工作人员行贿。殊不知，在SGS v. Pakistan案后所出现的一些东道国提起腐败抗辩的典型ICSID案件中，如World Duty Free v. Kenya案、Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Republic of the Philippines案、Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador案、Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan案与MOL v. Republic of Croatia案等，鉴于东道国对外国投资者的腐败控诉得到了一定程度的证实，ICSID仲裁庭均采纳了东道国的腐败抗辩理由，认定仲裁庭对该投资争端无管辖权，遂驳回投资申请方的诉求^[17]。中国赴非投资者应从这些案例中吸取教训，提升合规经营管理自觉性与企业社会责任意识，防患于未然。

3. 投资者-东道国争端解决方面：警惕非洲“卡尔沃”主义抬头

现今，国际法学界在关于抵抗运动和反殖民主义（甚至出现在后殖民时代的非洲国家中）的研究中热衷于分析以欧洲为中心的先行主义以及发展中国家（特别是非洲国家）的参与度问题^[18-19]。非洲大陆的被殖民历史与其后来又跟ICSID产生联系的矛盾做法往往和以欧洲中心主义为基础的国际投资法微妙地纠缠在一起。翁·基达尼辩称，“历史记录清楚地表明，非洲国家接受ICSID的唯一原因是因为他们认为自己必须这样做，才能吸引私人外国投资来发展其羸弱的后殖民经济。”从这一层面讲，非洲国家批准ICSID公约的动因不仅在于其有可能增加外国投资，而且它还确

认了非洲国家在后殖民早期阶段非洲大陆上的主权地位。翁·基达尼进一步断言:“国际投资法带有一个非常古老且挥之不去的历史包袱,它继续造成理论上的混乱和公然的怀疑……”他甚至激进地认为,“国际投资法不是由非洲制定的,而是为非洲制定的:以此替代资本保护的殖民规则。”从历史的角度来看,非洲在后殖民时期一直都在努力争取和维持其作为主权者的经济监管空间——它签署了被要求签署的每一份法律文件(从《纽约公约》到ICSID公约,再到双边投资条约)——以此抗衡主要作为资本输出母国的“北半球伙伴”,但遗憾的是它从未成功过^[16]。

在争端解决方面,《泛非投资法典》的相关规定值得重视,尽管它们既不完善,亦不明确,但方向似乎显得很清晰,即主张用尽当地救济原则,倡议建立非洲仲裁机构。在这里,至少第一个方向不应被视为国际投资法关于投资者-东道国争端解决机制的一个渐进发展。实际上,东南非共同市场在2007年《共同投资区投资协定》中赋予投资者诉诸东道国法院或东南非共同市场法院的权利,根据ICSID、UNICTRAL或其他规则进行仲裁的选择权(“Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area”第28条)。南部非洲发展共同体解决争端的方法类似于东南非共同市场,它亦提供了诉诸南部非洲发展共同体成员国法院或根据ICSID或UNCITRAL规则进行仲裁的选择权。在仲裁情形下,争端双方甚至还有权选择仲裁机构(尽管国家方面的选择机制尚不明朗)(参见2006年8月18日“Protocol on Finance and Investment of SADC”第2条,附录1)。《泛非投资法典》似乎并未朝着这个方向发展。事实上,在强调当地救济方面它与《南非投资保护法》相向而行。

南非在投资者-东道国争端解决机制的设计与实操方面具有革命性。它不仅对国际投资法实体规则进行了大幅修改,而且完全摒弃了投资者与东道国之间的国际投资仲裁形式。《南非投资保护法》允许的唯一仲裁方式是针对投资者受损而设的东道国与母国间的仲裁机制。虽然其运作机制仍不明朗,但这一政治决定标志着传统国际法中政治解决国际投资争端方式的“复古”。最具讽刺意味的是,作为非洲大陆上最大的内部输

出投资者的南非,正在对非洲内部规则的制定产生对自己不利的“错位”影响——鉴于它有关的国际投资立法贡献是基于自身的投资接受国的“臆想”立场,而不是根据其主要作为资本输出者的实际身份为自己量身打造的。关于在投资者-东道国争端解决机制方面所表现出的非洲“卡尔沃”主义苗头^[20],《泛非投资法典》与《南非投资保护法》显得“意趣相投”。从某种意义上来说,这正是长久以来非洲在国际投资法实践中存在困境的一个极好证明。

(二) 非洲国际投资法衡平路径演进语境下的中国因应

1. 修订或新签中非投资协定

出于弥补现行中非双边投资条约在劳工标准、环境保护、抵制腐败、增强透明度以及企业普遍性社会责任履行等领域缺乏有效规定的种种缺陷之目的,再加之考虑到中国在非洲投资的性质以及日益增长的体量和范围,中国与非洲各国需重视并将修订或新签中非投资协定纳入近期日程表。《泛非投资法典》与即将面世的《非洲大陆自由贸易协定》投资议定书,以及世界范围内国际投资协定的一些最新立法成果或动态(包括最新的美国双边投资条约范本和国际可持续发展研究所的双边投资条约范本等),均可提供有益的立法参考与借鉴。

2. 赴非投资的中国立法监管、行业监督与企业自律的立体治理体系建设

我国在大力倡导赴非投资的同时,一直注重对赴非投资进行多层次、多维度与全方位的治理体系建设。(1)赴非投资监管与在非经营合规管理的国家立法方面。我国先后通过制定《中央企业境外投资监督管理办法》(2017年1月7日)、《民营企业境外投资经营行为规范》(2017年12月18日)、《企业境外投资管理办法》(2018年3月1日起施行)与《企业境外经营合规管理指引》(2018年12月26日)等,加强对包括赴非投资在内的海外投资从投资管理到经营管理体系等方面的立法引导和规范,促进赴非投资经营的可持续健康发展。(2)充分发挥行业监督与企业自律的积极作用方面。在对赴非投资经营进行立体治理体系建设的进程中,我们应充分发挥国际投资“软法”的约束作用,在接受行业监管“输血”

的同时，注重企业自律功能“造血”，满足投标管理、合同管理、项目履约、劳工管理、环境保护、连带风险管理、债务管理、捐赠与赞助、反腐败反贿赂等方面的具体合规要求。

3. 加强投资者－东道国投资争端解决能力建设

截至目前，虽然中非间还未出现诉诸 ICSID 的投资争端案，但众多中非双边投资条约规定了 ICSID 仲裁机制，比如中国－摩洛哥 BIT、中国－加蓬 BIT、中国－喀麦隆 BIT、中国－乌干达 BIT、中国－突尼斯 BIT、中国－赤道几内亚 BIT、中国－几内亚 BIT、中国－塞舌尔 BIT、中国－马达加斯、中国－埃塞俄比亚 BIT、中国－刚果（布）BIT、中国－博茨瓦纳 BIT、中国－塞拉利昂 BIT、中国－莫桑比克 BIT、中国－肯尼亚 BIT、中国－科迪瓦特 BIT、中国－吉布提 BIT、中国－贝宁 BIT、中国－乍得 BIT 与中国－刚果（金）BIT。ICSID 公约的目标是非政治化解决投资争端，并在投资者和国家之间营造信任气氛，鼓励资源流向发展中国家。显然，实现这一目标的一个方法就是在 ICSID 法庭上寻求越来越多多样化的国籍代表^[21]，但遗憾的是，目前中国籍仲裁员（或调解员）的数量在 ICSID 的裁判实践中显得严重不足。在投资者－东道国投资争端解决的能力建设方面，中国应为更多的中国本土律师参与案件创造条件并发挥他们对仲裁员任命的潜在影响，中国政府应更积极地参与 ICSID 仲裁庭的组成工作；中国理论与实务界应进一步加深对国际投资法和仲裁的了解与研究；以 ICSID 透明度的不断提升为契机，促进中国各方力量的全面参与；敦促包括 ICSID 在内的国际投资争端解决机构为促进仲裁员任命的区域多样性作出更大努力。此外，中国还应推进 ICSID 与中国仲裁机构（如中国国际经济贸易仲裁委员会与深圳国际仲裁院等）的合作，争取使中国大陆成为投资者－东道国投资争端解决程序的庭审地。

非洲国家通过展现其积极主动的一贯姿态，基本上实现了其在保护与促进国际投资而进行国家、双边和区域各层面的立法承诺。可以说，非洲正在成为以创新和可持续发展为导向的国际投资政策制定的“全球先行试验区”。虽然非洲各国的这些改革努力并行发生，有时甚至出现相互重叠

的境况，但在试图并实际采纳衡平路径从而确保非洲国家实现外资监管目标并反映可持续发展新兴理念投资政策制定方面，众多非洲国家表现得“口径一致”。秉持传承并续写中非深厚友谊的精神，加强我国赴非投资监管制度的体系化与现代化建设，提升投资者在非投资经营合规管理的能力，凝聚各方合力贯彻可持续发展理念，以携手构建新时代中非命运共同体。

参考文献：

- [1] SCHILL S W. The Multilateralization of International Investment Law: Emergence of a Multilateral System of Investment Protection on the Basis of Bilateral Treaties[J]. *Ssrn Electronic Journal*, 2010(2): 59-86.
- [2] MBENGUE M M. 'Somethin' 'ELSE' African Discourses on ICSID and on ISDS: An Introduction[J]. *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, 2019(2): 259-269.
- [3] ICSID. History of the ICSID Convention: Documents Concerning the Origin and Formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States[J]. ICSID Publication, 1968(2): 47.
- [4] PARRA A R. The Participation of African States in the Making of the ICSID Convention[J]. *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, 2019, 34(2): 270-277.
- [5] LE CANNU P J. Foundation and Innovation: The Participation of African States in the ICSID Dispute Resolution System[J]. *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, 2018, 33(2): 456-500.
- [6] AKINKUGBE O D. Reverse Contributors? African State Parties, ICSID and the Development of International Investment Law[J]. *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, 2019, 34(2): 434-454.
- [7] PAHUJA S. The Postcoloniality of International Law[J]. *Harvard International Law Journal*, 2005(2): 459-469.
- [8] OKAFOR O C. Critical Third World Approaches to International Law (TWAIL): Theory, Methodology, or Both?[J]. *International Community Law Review*, 2008, 10(4): 371-378.
- [9] OKAFOR O C. Newness, Imperialism, and International Legal Reform in Our Time: A Twail Perspective[J]. *Osgoode Hall Law Journal*, 2005, 43: 171-191.
- [10] MBENGUE M M, SCHACHERER S. The "Africanization" of International Investment Law: The Pan-African Investment Code and the Reform of the International Investment Regime[J]. *The Journal of World Investment & Trade*, 2017, 18(3): 414-448.

- [11] KINNEAR M, LE CANNU P J. Concluding Remarks: ICSID and African States Leading International Investment Law Reform[J]. ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, 2019, 34(2): 542-551.
- [12] MBENGUE M M. Special Issue: Africa and the Reform of the International Investment Regime: An Introduction[J]. The Journal of World Investment & Trade, 2017, 18(3): 371-378.
- [13] EL-KADY H, DE GAMA M. The Reform of the International Investment Regime: An African Perspective[J]. ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, 2019(2): 482-495.
- [14] ELIAS ADEBOWALE O, ELIAS O. Taslim Olawale Elias(1914—1991): A Biographical Note[J]. Leiden Journal of International Law, 2008, 21(2): 291-293.
- [15] ASOUZU A A. International Commercial Arbitration and African States: Practice, Participation and Institutional Development[M]. Cambridge: Cambridge University Press, 2001: 402-403.
- [16] KIDANE W. Contemporary International Investment Law Trends and Africa's Dilemmas in the Draft Pan-African Investment Code[J]. The George Washington International Law, 2018, 50: 523-579.
- [17] 银红武. ICSID 仲裁庭应对东道国腐败抗辩的困境及其解决: 以仲裁庭对涉腐投资主张无管辖权为切入点[J]. 湖南师范大学社会科学学报, 2019, 48(4): 73-82.
- [18] GATHII J T. International Law and Eurocentricity[J]. European Journal of International Law, 1998, 9(1): 184-211.
- [19] ANGHIE A. The Evolution of International Law: Colonial and Postcolonial Realities[J]. Third World Quarterly, 2006, 27(5): 739-753.
- [20] 银红武, 梁开银. 论非洲国际投资法规制的革新[J]. 时代法学, 2021, 19(3): 88-98.
- [21] SHIHATA I F I. Obstacles Facing International Arbitration[J]. Intl Tax & Bus Law, 1986(4): 209-210.

责任编辑: 徐海燕

.....

(上接第59页)

- [39] POUMANYVONG P, KANEKO S. Does Urbanization Lead to Less Energy Use and Lower CO₂ Emissions? A Cross-Country Analysis[J]. Ecological Economics, 2010, 70(2): 434-444.
- [40] 程广帅, 胡锦涛. 人力资本积累对环境质量的影响[J]. 城市问题, 2019(10): 46-52.
- [41] FU X L. Foreign Direct Investment, Absorptive Capacity and Regional Innovation Capabilities: Evidence from China[J]. Oxford Development Studies, 2008, 36(1): 89-110.
- [42] 沙依甫加玛丽·肉孜, 邓峰. 人力资本集聚对城市绿色经济效率的影响分析[J]. 生态经济, 2021(3): 53-60, 73.
- [43] DUL J. Necessary Condition Analysis (NCA): Logic and Methodology of "Necessary but Not Sufficient" Causality[J]. Social Science Electronic Publishing, 2016, 19: 10-52.
- [44] 齐绍洲, 林岫, 崔静波. 环境权益交易市场能否诱发绿色创新: 基于我国上市公司绿色专利数据的证据[J]. 经济研究, 2018, 53(12): 129-143.
- [45] RAGIN C C, FISS P C. Net Effects Analysis Versus Configurational Analysis: An Empirical Demonstration[J]. Rede-Signing Social Inquiry: Fuzzy Sets and Beyond, 2008, 240: 190-212.

责任编辑: 徐海燕