

外国投资者与非洲国家之间的投资争议分析

——基于解决投资争端国际中心相关案例的考察*

朱伟东

内容提要 解决投资争端国际中心自成立至今 50 年来，受理了大量外国投资者与非洲国家间的投资争议。我们通过对这些案例的整理和分析可以看出，这些投资争议主要发生在接受外资较多，或易发生政治动荡的非洲国家，而提起此类投资争议的外国投资者主要来自英国、美国、法国、荷兰等传统上对非投资较多的西方国家。此类投资争议主要发生在石油、天然气、矿产、建筑业、交通运输业、生产、加工、运营等行业。此类投资争议解决程序中的仲裁员、调解员或临时委员会成员主要来自西方国家，其程序也主要是在西方国家内进行的。通过对比，中国投资者有利用该中心解决与非洲国家投资争议的现实必要性和实际可能性，但中国需要对中非双边投资条约的相关内容完善，尽量选择来自中非双方的仲裁员，选择在中非双方的地点进行仲裁，并尽量通过调解方式进行。从长远来看，中非双方可以考虑设立“中非投资争议解决中心”。

关键词 投资争议 解决投资争端国际中心 中非经济合作
“中非投资争议解决中心”

作者简介 朱伟东，中国社会科学院西亚非洲研究所研究员（北京 100007）。

近年来，随着对非洲投资的升温，有关外国投资者与非洲国家的投资争

① 本文是笔者所主持的国家社科基金课题“中非经贸投资纠纷的多元化解决机制研究”（13BFX158）的阶段成果。

议也呈现逐步上升的趋势，其中很多此类投资争议是在解决投资争端国际中心（International Center for the Settlement of Investment Dispute, ICSID，下文简称“投资争端中心”）解决的。作为国际上专门处理外国投资者与国家间投资争议的机构，与其他国际仲裁机构如国际商事仲裁院、瑞典斯德哥尔摩商会仲裁院等相比，该机构受理的案件更为广泛，更具有代表性，而且案件的相关信息更容易获取。基于此，本文希望在对投资争端中心成立 50 年来受理的涉及非洲国家的投资争议进行梳理和分析后，总结出此类投资争议的特点、涉及的主要法律问题，并在此基础上就中国投资者如何利用该机构解决与非洲国家间的投资争议提出有针对性的建议。

投资争端中心的发展与非洲的参与

投资争端中心是由世界银行根据 1966 年 10 月正式生效的《关于解决国家与他国国民间投资争端公约》（简称 1965 年《华盛顿公约》）而设立的。^① 1965 年《华盛顿公约》是南北双方既斗争又妥协的产物。第二次世界大战以后，一些新独立的发展中国家为维护本国经济主权、摆脱发达国家的经济殖民统治，纷纷对本国重要行业和部门的外资企业实行征收或国有化，导致发达国家与发展中国家之间的投资纠纷大量产生。为了妥善解决此类投资纠纷，世界银行时任总顾问布鲁歇（Aron Broches）建议各国可在联合国框架内就如何高效、快速解决此类纠纷达成协议。为此，从 1962 年起，世界银行组织专家开始起草《华盛顿公约》草案。经过多次激烈的讨论和修改，公约草案在 1965 年被正式通过，并于当年 3 月 18 日在华盛顿签署。1966 年 10 月 14 日，《华盛顿公约》开始生效，投资争端中心也开始运作。作为世界银行的常设机构，中心的办公地点设在华盛顿特区的世界银行总部内。

根据《华盛顿公约》的序言，签订该公约和设立投资争端中心的宗旨是为外国投资者与东道国政府之间的投资争端提供一种合适的国际调解或国际仲裁程序，但投资争端中心本身并不直接承担调解或仲裁事务，而只提供行政性的服务工作，协助为解决具体争议而专门组成的调解委员会或仲裁庭开

^① See <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsidocs/Documents/ICSID%20Convention%20English.pdf>, 2015-12-11.

展工作。根据公约的规定,中心可以受理的争端仅限于某一缔约国政府(东道国)与另一缔约国国民(外国投资者)因国际投资而直接引起的法律争端。^①对一些虽具有东道国国籍,但事实上却归外国投资者控制的法人,经争端双方同意,也可视同另一缔约国国民,享受“外国投资者”的同等待遇。^②公约的规定使得外国投资者包括外国公司和自然人可以直接针对投资东道国政府提起仲裁申请,这开创了历史的先河。此外,根据公约的规定,在中心的争端解决程序中,国家豁免权被严格限制,国际法可以适用于东道国和投资者之间的争议,中心的仲裁裁决可以直接在公约的所有缔约国内得到承认与执行,这些举措使得投资争端中心的设立成为有关外国投资保护国际合作历史中最具创新性的一步。^③

在《华盛顿公约》起草时,大部分非洲国家已经独立。作为发展中国家,它们积极参与到公约的起草过程。为了听取各国有关公约草案的建议,世界银行在非洲、南美、欧洲和亚洲举行了4次法律专家地区协商会议。^④在1963年12月16~20日在亚的斯亚贝巴举行的会议上,32个受邀的非洲国家中有29个国家派出了共计50名代表参加了此次会议。在此次会议上,来自尼日利亚、刚果(布)、喀麦隆、摩洛哥等非洲国家的代表分别就公约的宗旨和原则,投资争端中心的法律地位、管辖权、与世界银行的关系、秘书长选任等议题提出了许多富有建设性的建议。^⑤对于此次会议,当时的会议主席布鲁歇先生认为非常成功,他在向世界银行执行董事会提交的报告中声称:“我本来只是希望非洲国家能够对公约草案给予善意和富有同情的讨论,没想到它们的讨论比我预料得更具建设性、更有裨益、更令人鼓舞。”^⑥

实际上,虽然受邀的许多非洲国家代表对公约的相关议题提出了很多评

① 《华盛顿公约》第25条第一款。公约文本参见: <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsiddocs/Documents/ICSID%20Convention%20English.pdf>, 2015-12-11。

② 《华盛顿公约》第25条第二款(b)。

③ Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, p. 20.

④ 这四次会议分别是在亚的斯亚贝巴(1963年)、圣地亚哥(1964年)、日内瓦(1964年)和曼谷(1964年)举行的。

⑤ Won Kidane, “The China - Africa Factor in the Contemporary ICSID Legitimacy Debate”, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Vol. 35, Issue 3, 2014, pp. 586 - 591.

⑥ Amazu A. Asouzu, *International Commercial Arbitration and African States: Practice, Participation and Institutional Development*, Cambridge University Press, 2004, p. 223.

论,包括建议与批评,但没有一个非洲国家对公约的基本原则及其实质规定提出反对意见。^① 非洲国家代表之所以对《华盛顿公约》的草案给予支持,是因为他们希望能够获得迫切需要的外国投资。在此次地区协商会议上,来自塞拉利昂的代表乐观地表示:“如果所有的投资协议中都含有将投资争议提交投资争端中心解决的条款,发展中国家就能更为容易地获得它们所需要的投资。”^② 正是出于此种考虑,非洲国家在《华盛顿公约》草案正式通过后,对该公约的签署和批准表现出十分踊跃的态度。例如,突尼斯在1965年5月5日就签署了该公约,成为该公约的第一个签署国;而尼日利亚在1965年8月23日就批准了该公约,成为该公约的第一个批准国。随后一大批非洲国家在很短的时间内批准了该公约,例如,在1965年8月至1979年之间共有38个非洲国家批准了该公约。^③

截至2015年12月31日,在《华盛顿公约》的152个缔约国中,非洲国家有45个。这些非洲国家在加入《华盛顿公约》时,没有根据公约第25条第四款的规定对可以提交给中心解决的事项做出任何限制。另外,有3个非洲国家已签署但尚未批准该公约,分别是几内亚比绍、纳米比亚和埃塞俄比亚。目前,非洲仅有6个国家既没签署也没有批准该公约,它们是安哥拉、南非、利比亚、厄立特里亚、吉布提和赤道几内亚。这些非洲国家之所以没有加入《华盛顿公约》,可能是出于不同的原因和考虑:有的国家认为由世界银行倡议设立的投资争端中心只是为了维护发达国家的利益,有的国家由于有巨额的石油收入因而感觉无需加入该公约来吸引外资,还有的非洲国家因担心加入公约后与投资者之间的争议可能适用国际法而拒绝加入,如安哥拉和利比亚,在这些国家投资合同排他性地适用本国法律规定。^④ 虽然大多数非洲国家为吸引外资而加入了《华盛顿公约》,但对于一些非洲国家来说,这并没有给它们带来发展所急需的外资,反而让它们官司缠身,这也许是它们当初加入公约时所始料未及的。

^① ICSID, “History of the Convention”, per Broches, in Amazu A. Souza, op. cit., p. 227.

^② Ibid., p. 255.

^③ 笔者根据中心官方网站上的数据整理, See <https://ICSID.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/about/Pages/Database-of-Member-States.aspx?tab=AtoE&rdo=BOTH>, 2015-12-31.

^④ 对于一些非洲国家没有加入《华盛顿公约》的原因的分析, see: A. A. Agyemang, “African States and ICSID Arbitration”, *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, Vol. 21, No. 2, 1988, pp. 181-182.

外国投资者与非洲国家间投资争议的主要特点

投资争端中心自 1966 年 10 月运作以来,在前 30 年内受理的投资争议极为有限,至 1996 年底,它受理的投资争议仅有 38 件。从 1997 年开始,中心受理的投资争议开始显著上升,从 1997 年初至 2015 年底不到 20 年的时间内,它受理的投资争议已达 557 件,其中在 2015 年一年内受理的投资争议就达到 52 件,成为截至目前受案数量最多的一年。^①从投资争端中心受理的投资争议数量来看,它已经成为解决投资者与国家间投资争议的重要平台。

作为《华盛顿公约》最初的积极支持者和参与者,非洲国家也许没有想到的是日后它们竟然成为中心的“常客”,而且创造了投资争端中心受案历史上的多项第一。例如,中心在 1972 年受理的第一起案件就是外国投资者针对摩洛哥提起的,^②加蓬政府在 1976 年针对一家公司提起的仲裁申请成为中心受理的第一起政府针对私人公司提起的案件^③;1982 年投资争端中心受理的德国一家公司与马达加斯加政府之间的投资争议是第一次请求通过调解程序解决的案件^④;而投资争端中心在 1986 年受理的一位沙特阿拉伯国民与突尼斯之间的投资争议成为第一起发展中国家与自然人投资者之间的投资争议。^⑤截至 2015 年 12 月 31 日,在投资争端中心受理的 557 起投资争议案件中,涉及非洲国家的投资争议有 127 起,其中只有两起是非洲国家主动针对投资者提起相关程序的。^⑥在其他 125 起争议中,非洲国家都是作为被申请人被动参与到中心争议解决程序中来的。这一情况一方面说明投资者善于利用中心程序来解决与非洲政府发生的投资争议,另一方面也可能表明,在很多情况下

① ICSID, The ICISD Caseload—Statistics (Issue 2016 - 1), p. 7. 如没有特别指明,本文中的相关数据都是笔者根据投资争端中心历年案件数据报告以及中心官方网站上的案件数据整理而成,参见投资争端中心官方网站: <https://ICSID.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/AdvancedSearch.aspx?gE=s,2016-01-15>。

② Holiday Inns SA, Occidental Petroleum Corp. et al. v. Government of Morocco (Case No. ARB/72/1).

③ Government of Gabon v. Société Serete SA (Case No. ARB/76/1) .

④ SEDITEX Engineering Beratungsgesellschaft für die Textilindustrie m. b. H. v. Democratic Republic of Madagascar (ICSID Case No. CONC/82/1) .

⑤ Ghaith R Pharaon v. Republic of Tunisia (ICSID Case No. ARB/86/1) .

⑥ 这两起投资争议分别是赤道几内亚 (Republic of Equatorial Guinea v. CMS Energy Corporation and others (ICSID Case No. CONC (AF) /12/2)) 和加蓬 (Gabon v. Société Serete S. A. (ICSID Case No. ARB/76/1)) 提起的。

非洲国家采取的有关措施违反了它根据投资条约所承担的相关义务，从而使投资者可以借助中心程序来维护自己的权益。

通过对投资争端中心受理的 557 起投资争议案件的分析，我们可以看出：外国投资者与非洲国家间的投资争议体现出如下几个主要特点：

（一）作为被申请方的非洲国家覆盖范围广泛

在这 557 起投资争议中，共有 108 个国家作为被申请方出现，其中作为被申请方的非洲国家有 37 个。在这 37 个作为被申请方的非洲国家中，只有南非、利比亚、赤道几内亚不是《华盛顿公约》的缔约国。这似乎表明，即使不是《华盛顿公约》缔约国的一些非洲国家，也愿意通过中心的《附加便利规则》程序来解决与外国投资者之间的投资争议。在非洲 45 个《华盛顿公约》的缔约国中，只有贝宁、博茨瓦纳、乍得、科摩罗、莱索托、马拉维、毛里求斯、塞拉利昂、索马里、斯威士兰、赞比亚、圣多美和普林西比等 12 个国家还没有因投资争议被投资者提起相关程序。这可能是因为这些国家有的面积狭小、国内市场有限、接受的外资较少，如乍得、索马里等，有的是政局稳定、法律投资、法律环境相对完善的国家，如毛里求斯、博茨瓦纳等。

截至 2015 年 12 月 31 日，在中心受理的 557 起投资争议中，已经做出裁决的投资争议有 351 件，涉及非洲国家的投资争议有 87 件，其中非洲国家作为申请方的案件有两起，非洲国家作为被申请方的争议有 85 起。在这 351 起案件中，共有 95 个国家作为被申请方出现，其中作为被申请方的非洲国家有 30 个。在作为被申请方的 30 个非洲国家中，外国投资者针对埃及提起的申请最多，共有 17 起；其次是刚果（金），有 8 起；并列排在第三名的是几内亚、阿尔及利亚、刚果（布）和喀麦隆，分别有 4 起；而投资者针对冈比亚、突尼斯、加蓬、中非共和国、摩洛哥提起的申请分别为 3 起；针对尼日尔、塞内加尔、加纳、尼日利亚、多哥、坦桑尼亚、布隆迪、利比里亚、科特迪瓦、和马达加斯加提起的案件分别有 2 起，针对乌干达、赤道几内亚、卢旺达、南非、津巴布韦、塞舌尔、马里、肯尼亚、布基纳法索各为一起。从排在前几名的被诉次数较多的非洲国家来看，它们基本都是资源比较丰富、吸收外资较多的非洲国家。从地理位置来看，这 30 个国家分布在非洲各个地区，除南非和赤道几内亚外，其他国家都是《华盛顿公约》的成员国。

在投资争端中心受理的、等待做出裁决的 206 起投资争议中，非洲国家作为被申请方的案件有 40 起。在这 206 起待决投资争议中，共有 75 个国家作

为被申请方，其中非洲国家有 24 个。非洲国家被诉情况如下：埃及被诉 9 起，^① 几内亚被诉 3 起，肯尼亚、塞内加尔、乌干达、布隆迪、津巴布韦、坦桑尼亚各被诉两起，被诉 1 起的非洲国家有利比亚、佛得角、毛里塔尼亚、莫桑比克、苏丹、马达加斯加、尼日利亚、马里、阿尔及利亚、南苏丹、赤道几内亚、利比里亚、刚果（布）、冈比亚、突尼斯和喀麦隆。在这些非洲国家中，利比亚、佛得角、毛里塔尼亚、莫桑比克、苏丹和南苏丹是首次被投资者起诉到投资争端中心，这表明投资者与非洲国家的投资争议覆盖的国家范围进一步扩大，利比亚、莫桑比克、苏丹和南苏丹都是近年来因其丰富的石油资源吸引外资较多的国家，因此，上述国家发生投资争议也在意料之中。

（二）作为申请方的外国投资者主要来自西方国家

在非洲国家作为被申请方的 85 起已决投资争议中，来自英国的投资者针对非洲国家提起的中心程序最多，共有 14 起。其他依次为来自美国（12 起）、意大利（9 起）、法国（7 起）、荷兰（6 起）、德国（5 起）、瑞士（4 起）、比利时（3 起）和约旦（3 起）的投资者，而来自澳大利亚、卢森堡、丹麦、挪威的投资者各 2 起，其他 13 起投资争议的投资者分别来自西班牙、阿联酋、希腊、科威特、沙特阿拉伯、埃及、几内亚、尼日利亚、加纳、马里等国（各有 1 起）。我们可以看出，针对非洲国家提起中心程序最多的投资者主要来自欧美西方发达国家，这些国家一直是非洲的主要投资来源国。另外，虽然有一些投资者来自非洲国家，但这些投资者基本上都是在非洲国家注册而由西方投资者控股的公司。很多非洲国家与其他投资方签订的双边投资条约授予此类投资者可以享有“外国投资者”的待遇，《华盛顿公约》第 25 条第二款（b）对此有明确的规定。

在 40 起待决案件中，外国投资者的来源情况与已决案件中投资者来源情况相似：投资者主要来自欧美西方国家，如英国 6 起，美国 4 起，荷兰和法国各 3 起，西班牙、德国和卢森堡各两起。

（三）投资争议主要发生在一些传统行业

根据世界银行的经济行业分类标准，这 85 起外国投资者与非洲国家间的投资争议所涉及的经济行业按照排名分布情况如下：涉及石油、天然气和矿

^① 2016 年伊始，投资争端中心又登记了两起分别由美国和卡塔尔投资者针对埃及政府提起的程序：Champion Holding Company and others v. Arab Republic of Egypt (ICSID Case No. ARB/16/2)；Al Jazeera Media Network v. Arab Republic of Egypt (ICSID Case No. ARB/16/1)。

业的案件有 27 起，涉及其他行业（如加工、生产、运营等）14 起，交通运输业 9 起，建筑业 8 起，旅游业有 7 起，农业、渔业和林业 5 起，服务与贸易业以及水、公共卫生和洪水防护业的案件各有 4 起，电力及其他能源行业以及金融行业各有 3 起，信息与通讯行业 1 起。这些投资争议所涉及的行业与非洲传统的接受投资较多的行业是相符合的。从非洲今后的投资发展情况来看，涉及电力及其他能源行业、交通运输行业、建筑行业、金融行业以及信息与通讯行业的投资争议可能会呈上升趋势。

在 40 起待决案件中，所涉及的经济行业分布情况如下：石油、天然气和矿产行业（15 起）、其他行业（5 起）、建筑业、信息与通讯行业、电力与其他能源行业、农林渔行业（各有 3 起）、服务与贸易行业、金融业以及水、公共卫生和洪水防护行业（各有 2 起）、交通运输业、旅游业（各有 1 起）。从中心新受理的投资者与非洲国家的投资争议来看，传统的建筑业、其他行业（加工、生产、运营等）以及石油、天然气和矿业仍是投资争议频发的重点领域，但非洲近年来大力发展的信息与通讯行业、电力与其他能源行业以及农、林、渔行业的投资争议已经呈现上升趋势。

（四）仲裁员、调解员等来自非洲国家的较少

有学者早就注意到，虽然中心受理的投资争议中有很多涉及非洲国家，但非洲人作为投资争端中心仲裁庭仲裁员、调解委员会调解员或临时委员会成员的人数相对于来自其他地区的人士来说还非常少。外国投资者基本上没有指定来自非洲的人士作为仲裁员或调解员的，而作为被申请方的非洲国家也很少指定非洲人作为仲裁员或调解员。^① 以上述非洲国家作为被申请方的 85 起投资争议为例，^② 在这些案件的仲裁庭、调解委员会或临时委员会的组成中，共有来自欧洲国家的 148 人被指定为仲裁员、调解员或临时委员会委员，其他依次为北美洲（美国、加拿大）35 人、非洲 26 人、南美洲 16 人、亚洲 10 人（但没有来自中国的仲裁员）、大洋洲（澳大利亚、新西兰）8 人。由此，在非洲国家作为被申请方的投资争议中，仲裁员、调解员或临时委员会委员却主要来自西方国家。

在来自非洲的 26 名人士中，其中非洲国家指定作为仲裁员、调解员或临

^① A. A. Agyemang, *op. cit.*, pp. 183 – 184.

^② 在 40 起待决案件中，很多案件的仲裁庭尚未组成。所以，此处仲裁庭、调解庭或临时委员会的组成情况只能根据已决案件的情况进行分析。

时委员会委员的人数只有13名,其他大多是由投资争端中心行政理事会主席指定的。这一结果与上述学者的结论十分吻合。在这位学者看来,造成这种情况的原因有两个:一是非洲国家对来自西方国家的仲裁员的中立和公正充满信心,它们希望利用这些人士的专业技能来解决投资争议;二是受过投资争议解决方面专业培训和具有实际经验的非洲人数量有限,非洲国家不得不从欧洲和北美具有此方面专业技能的人士中选择。^①但是这种状况对于非洲来说非常不利,它会使非洲国家在国际投资法的发展中被边缘化,使非洲国家失去对投资条约进行“补缺”(fill gaps)或完善的机会。^②

(五) 仲裁或调解程序基本是在西方国家内进行

仲裁庭审所在地的确定也是仲裁程序中的一个重要考虑因素。仲裁地点不但会影响当事方参与仲裁程序的费用,也可能对案件的结果产生一定的影响。^③根据《华盛顿公约》的规定,仲裁和调解程序应在投资争端中心所在地进行,但如果当事方有其他约定,并经仲裁庭或调解委员会与中心协商后批准同意,也可在其他地方进行。但对于上述85起涉及非洲国家的投资争议的仲裁或调解程序基本上都是在华盛顿、海牙或巴黎进行的。虽然亚非法律协商组织倡议设立的开罗地区国际商事仲裁中心与拉各斯地区商事仲裁中心都与投资争端中心签署有协议,以便当事人可以约定利用这些地区商事仲裁中心的设施进行仲裁或调解程序,但截至目前,尚未有涉及非洲国家的仲裁或调解程序在非洲进行。这种情况可能会让非洲国家对投资争端中心争议解决程序逐渐失去信心,甚至会产生抵触情绪,它们会认为在发达国家进行的中心仲裁或调解程序对自己不利。

(六) 非洲国家更倾向于通过调解解决投资争议

这里还需要指出的是,在这557起投资争议中,有9起案件的当事方选择通过中心调解程序解决它们之间的分歧,而在这9起通过调解程序解决的投资争议中,有8起案件涉及非洲国家,其中有7起案件的被申请人是非洲

^① AA Agyemang, "African States and ICSID Arbitration", *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, Vol. 21, No. 2, 1988, p. 184.

^② Uche Ewelukwa Ofodile, "Africa and the System of Investor - State Dispute Settlement: To Reject or Not to Reject?", <http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=2043>, 2015-12-18.

^③ Won Kidane, *China - Africa Dispute Settlement: The Law, Economics and Culture of Arbitration*, Wolter Kluwer, 2012, pp. 283-284.

国家，一起案件的申请方是非洲国家。这一现象似乎表明，相对于其他国家来说，具有悠久调解传统的非洲国家更乐于通过调解的方式来解决与投资者之间的争议。

投资争议涉及的典型法律问题

根据外国投资者与非洲国家间投资争议中一些法律问题出现的频率、这些法律问题在有关国际投资法的论著中被评论的次数、它们对中心法理发展的影响以及考虑到非洲国家的实际情况，笔者认为下列几个法律问题在非洲语境下具有十分典型的意义：对“投资”的界定、对“投资者”的确定、对“充分保护与安全”（full protection and security）条款的理解、对“间接征收”的判断以及中心仲裁裁决的承认与执行。前两个问题是确定中心是否对案件具有管辖权的前提。考虑到非洲的政治环境，“充分保护与安全”条款的理解对于在非投资具有重要的现实意义。近年来，随着一些非洲国家“本土化”政策的实施，“间接征收”的问题多次出现。而中心仲裁裁决的承认与执行则涉及外国投资者的损失能否得到切实的赔偿。

（一）“投资”的界定

根据《华盛顿公约》第25条第一款，中心仅受理缔约国和另一缔约国国民之间直接因投资而产生的法律争议。因此，一项法律争议是否直接因投资产生将决定着中心仲裁庭的管辖权。但《华盛顿公约》并没有对“投资”做出明确界定，如何确定是否存在“投资”成为中心仲裁庭首先必须解决的问题。实践中，中心仲裁庭在判断是否存在“投资”时，一般都采用了以前一个案例中确定的双重标准（a two-fold test），^①即首先要确定法律争议是否产生于公约意义中的投资，其次该法律争议是否与双边投资条约或投资合同中所界定的投资相关。由于双边投资条约或投资合同中一般会对投资做出详细规定，因此，中心许多案例中有关“投资”的分析都是围绕公约意义中的“投资”进行的，在此方面，涉及非洲国家的中心案例为公约意义中的“投资”的界定提供了重要的参考标准和补充。

^① CSOB v. Slovakia (ICSID Case No. ARB/97/4) .

例如,在中心受理的萨利尼建筑公司诉摩洛哥案^①中,申请方是一家意大利公司,竞标获得在摩洛哥修建高速公路的合同,由于工程延迟交付,摩洛哥没有支付工程余款,意大利公司就根据意大利与摩洛哥之间的双边投资条约将案件提交中心解决。仲裁庭首先需要解决的问题是,修建高速公路的项目是否属于《华盛顿公约》中的“投资”。经过分析,仲裁庭明确指出,在确定是否存在一项“投资”时,必须考虑如下标准,即投资者必须有投入、项目要运行一定的期间、涉及一定的风险、有助于东道国经济的发展。该案所确立的萨利尼标准(Salini test)在其后的许多案例中得到适用,对于确定投资争议是否产生于“投资”发挥了重要的作用。

在其他的一些涉及非洲国家的中心案例中,仲裁庭明确指出,有关渔船设备的改装、^②运河的疏浚、^③高速公路的建设^④等活动均构成投资,但在另外一些涉及非洲国家的案例中,仲裁庭也明确指出,美国一家律师事务所在刚果(金)的活动不构成投资,^⑤外国投资者能否获得银行担保也不构成投资。^⑥

在萨利尼诉摩洛哥案中,仲裁庭还明确指出,一些双边投资条约中所规定的投资应“根据东道国法律做出”类似的规定,并不意味着“投资”的概念以及投资保护的范围应参考东道国国内法确定,此类短语仅仅涉及“投资”的合法性而不是对投资进行界定。在该仲裁庭看来,此类规定(要求投资符合东道国法律)只是提及投资的有效性,而不是投资的定义。说得更明白一点,此类规定只是为了防止双边投资条约保护那些因为非法而不应该得到保护的投資。

(二) “投资者”的确定

投资争端中心仲裁实践中经常出现的另一个重要的问题是“投资者”的确定,它也是仲裁庭能否确立管辖权的一个重要依据。在跨国投资中,一些东道国往往要求外国投资者必须在本地注册成立公司才能进行投资,这些本地公司显然不是外国投资者,因而很难获得《华盛顿公约》的保护。为了解

① Salini v. Morocco (ICSID Case No. ARB/00/4) .

② Atlantic Triton Group v Guinea (ICSID Case No. ARB/84/1) .

③ Jan de Nul/Dredging International v. Egypt (ICSID Case No. ARB/04/13) .

④ Salini v. Morocco (ICSID Case No. ARB/00/4) .

⑤ Mitchell v. Congo (ICSID Case No. ARB/99/7) .

⑥ Joy Mining v. Egypt (ICSID Case No. ARB/03/1) .

决这一问题,《华盛顿公约》第 25 条第二款 (b) 专门规定,对于在投资东道国本地注册成立但由外国投资者控制的公司,经当事人约定,也可视为是来自另一缔约国的投资者。但问题是如何判断当事方是否已经约定将此类公司视为外国投资者,以及如何判断此类公司是否被外国投资者控制?中心受理的很多涉及非洲国家的案例都凸显了这些问题。

在假日酒店诉摩洛哥案^①中,一家瑞士公司、一家美国公司以及它们的 6 家子公司(其中 4 家是在摩洛哥注册成立)分别以各自的名义针对摩洛哥政府向中心提起仲裁申请。对于这 4 家在摩洛哥注册成立的子公司,摩洛哥提出管辖权异议,声称摩洛哥没有同意将这 4 家子公司视为《华盛顿公约》第 25 条第二款 (b) 中规定的外国投资者。仲裁庭经审查后认为,对这 4 家子公司没有管辖权,因为当事人没有约定将它们视为外国公司。对于约定的形式,仲裁庭认为通常应采用明示方式,除非存在可以排除对当事人的意图做出任何其他解释的特殊情况,则可接受默示的约定方式。在随后的涉及喀麦隆和利比里亚的投资争议中,中心仲裁庭认为,当事方的此种约定可以包含在投资东道国和投资者的投资合同中,只要此种合同中加入了中心仲裁条款。^②

如果只有当事方将在投资东道国当地设立的公司视为外国投资者的约定,也不足以使中心行使管辖,还必须存在当地公司被另一缔约国的国民实际控制的情形。例如,在真空盐有限公司诉加纳案^③中,真空盐公司是一家在加纳注册成立的公司,一位希腊国民拥有该公司 20% 的股份,申请方据此认为,它是《华盛顿公约》第 25 条第二款 (b) 中规定的另一缔约国的国民。加纳对此提出异议,认为双方并没有约定将该公司视为外国国民,并且该公司不存在被外国国民控制的情况。仲裁庭审理后认为,当事方之间的中心仲裁条款表明它们同意将申请方视为外国国民,但“此种同意并不当然授予仲裁庭管辖权。公约第 25 条第二款 (b) 中的‘外国控制’为公约管辖权设定了一个客观界限,在此界限之外,管辖权便不复存在。”经过分析本案的具体情况,仲裁庭认为不存在外国控制的情形,因此拒绝对该案行使管辖。对于如何判断是否存在“外国控制”,该仲裁庭认为应根据个案的具体情况判断,拥

① *Holiday Inns v. Morocco* (ICSID Case No. ARB/72/1) .

② *Klockner v. Cameroon* (ICSID Case No. ARB/81/2); *LETCO v. Liberia* (ICSID Case No. ARB/83/2) .

③ *Vacuum Salt v. Ghana* (ICSID Case No. ARB/92/1) .

有公司股份的比例并不能确定是否可对公司进行控制，应结合各种因素来判断是否存在控制性利益（Controlling Interest）。^①

（三）对“充分保护与安全”条款的理解

“充分保护与安全”条款最初来自于美国传统的条约实践。现在大部分双边投资条约与一些地区性或行业性投资条约中都包含了该条款，如《北美自由贸易协定》与《能源宪章条约》，只不过不同投资条约中有关该条款的措辞有所不同。非洲国家与其他国家签订的双边投资保护条约也大都规定了该条款，例如，刚果（金）与美国双边投资条约第四条规定：“缔约一方国民和公司在缔约另一方领域内的投资应总是被给予公平和公正待遇，并享有保护与安全。投资所获得的这种待遇、保护和应安全应符合所适用的国内法，不得低于国际法所认可的标准。”

投资条约中“充分保护与安全”条款的最初目的是为了投资东道国承担义务，采取必要的措施，保护外国投资者及其投资免受投资东道国私人或政府部门包括武装部队的侵扰而受到实际的或物理的（Physical）损害。^②因此，这种保护也称为“物理的保护”（Physical Protection）。来自投资东道国私人的侵扰包括由公司雇员、竞争对手所采取的行为，或因投资东道国发生的游行、内乱、暴动而对外国投资或投资者所带来的冲击。例如，在维娜酒店诉埃及案^③中，英国的投资者与埃及的一家国有企业签订了酒店租赁与开发合同，后来该企业的雇员强行占据了两家酒店，给英国投资者带来巨大损失。审理该案的仲裁庭认为，虽然埃及政府官员没有参与到强行占据酒店的行动中，但埃及政府在此次事件中的行为违反了埃及和英国双边投资条约中的“充分保护与安全”条款。这是因为埃及政府在获悉这些雇员会采取占据酒店的行为后，没有采取行动阻止他们。在酒店被强行占据后，埃及警察和埃及旅游部没有立即采取行动将酒店归还给投资者。此外，埃及政府没有对相关人员进行制裁措施。在高夫有限公司诉坦桑尼亚案^④中，仲裁庭明确指出，“充分保护与安全”标准并不限于国家未能阻止私人所采取的行为，它也适用于国家相关部门或代表所采取的行为。例如，在美国生产贸易有限公司诉刚

^① Amazu A Asouzu, op. cit., pp. 293 - 297.

^② August Reinisch, *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, 2008, pp. 131 - 132.

^③ Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt (ICSID Case No. ARB/98/4) .

^④ Bewater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania (ICSID Case No. ARB/05/22) .

果民主共和国案^①中，扎伊尔（今刚果民主共和国）军队人员洗劫了美国投资者的财产，仲裁庭认为，扎伊尔政府已违反了扎伊尔和美国双边投资条约中的“保护与安全”条款，因为它未能采取必要措施保护美国投资者在其领域内的投资，并确保投资的安全。

在后来的仲裁实践中，“充分保护与安全”条款的内容已从物理保护扩展到法律保护（Legal Protection），即投资东道国不得采取一些非法措施侵犯投资者的权利。例如，在中东水泥有限公司诉埃及案^②中，埃及政府扣押并拍卖了希腊投资者的轮船，但没有将拍卖一事通过适当方式通知希腊投资者。仲裁庭认为，轮船的扣押与拍卖事关重大，埃及政府应通过直接通讯的方式通知希腊投资者，其行为未能满足埃及和希腊投资条约中“充分保护与安全”条款的要求。在另一起意大利投资者与埃及政府的投资争议中，埃及警察根据行政部门的决定征收了投资者的财产，但埃及法院多次裁定这些征收行为是非法的。投资者多次请求警察归还被征收的财产未果后，将争议提交给中心仲裁庭。仲裁庭认为，埃及政府允许征收并在征收被法院裁定为非法后拒不归还投资财产的行为，已违反了意大利和埃及双边投资条约规定的“充分保护”条款。^③

从上述外国投资者和非洲国家间的投资争议来看，“充分保护和安全”条款在保护外国投资方面发挥着重要作用，因此，很多西方国家与非洲国家的双边投资条约都规定了此类条款。在中国与非洲国家已生效的18个双边投资保护条约中，只有和突尼斯、马里、尼日利亚、刚果（布）、赤道几内亚的双边投资条约将“充分保护与安全”内容单列为一个独立条款。中国与加纳、埃及、毛里求斯、津巴布韦、阿尔及利亚、苏丹、南非、佛得角、埃塞俄比亚、摩洛哥、加蓬签订的双边投资保护条约将公平和公正待遇与“充分保护与安全”内容规定在一起。^④而且这些条约中所使用的措辞极不统一，如中国

^① American Manufacturing & Trading, Inc. v. Democratic Republic of the Congo (ICSID Case No. ARB/93/1) .

^② Middle East Cement Shipping and Handling Co. S. A. v. Arab Republic of Egypt (ICSID Case No. ARB/99/6) .

^③ Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/05/15.

^④ Christoph Schreuer, “Full Protection and Security”, *Journal of International Dispute Settlement*, 2010, pp. 13 - 14.

和埃及双边投资条约使用的是“持久的保护和保障”，中国和摩洛哥的双边投资条约使用的是“全部与完整的保护与安全”，中国与马里的双边投资条约使用的是“持续保护与安全”，中国与加蓬的双边投资条约使用的是“充分和全面的安全保障”。此外，中国和马达加斯加的双边投资条约没有提及“充分保护与安全”的内容，只是规定了公正和公平待遇。

（四）对“间接征收”的判断

征收也是国际投资争议经常出现的法律问题之一。在现代社会，为了维护良好的投资环境，避免影响外资的进入，很少有国家会通过剥夺外国投资者的所有权来进行直接征收，而是常常采用间接征收。但对于间接征收，国际上没有统一的界定标准，投资争端中心仲裁庭也通常只是根据个案的具体情况来判断是否存在间接征收。中心受理的涉及非洲国家的案例很多就涉及这一法律问题。例如，在高兹诉布隆迪案^①中，由于布隆迪政府撤销了授予比利时投资者的自由贸易区许可证，这些投资者认为布隆迪政府的这一行为构成间接征收，将这一争议提交给投资争端中心解决。对于该案，仲裁庭认为，由于布隆迪政府的行为使得投资者不得不终止在自由贸易区内所有活动，这就使得投资陷于停滞，剥夺了投资者可以从投资中获得的利益，这一行为因而可以被视为征收措施。

在另一起投资争端中心受理的外国投资者与埃及之间的投资争议中，由于埃及政府发布了禁止进口水泥的禁令，导致投资者的营业活动陷于瘫痪。仲裁庭认为，如果一国政府采取的行为导致投资者不能使用自己的投资，以至于自己的投资利益被剥夺，那么，即使该投资者名义上对其投资还拥有所有权，此类行为也构成间接征收。^② 在中心受理的一起意大利投资者与摩洛哥之间的投资案件^③中，仲裁庭也采用了这样的“实际效果”标准来判断是否存在间接征收。

虽然在很多情况下采用“实际效果”标准可以容易地确定是否存在间接征收，但在一国为保护环境、维护公共健康或提高社会福利而采取管制措施，从而对外国投资造成影响时，如果仍采用“实际效果”标准而不考虑投资东道国政府采取此类措施的目的，就显得过于简单和武断，并会造成投资东道

① Goetz v. Burundi (ICSID Case No. ARB/95/3) .

② Middle East Cement Shipping v. Egypt (ICSID Case No. ARB/99/6) .

③ Consortium RFCC v. Morocco (ICSID Case No. ARB/00/6) .

国的不满和反感、甚至抵触。例如，在弗莱斯蒂诉南非案^①中，南非政府为实施黑人经济振兴战略，提高黑人社会福利，根据2004年的《矿产和石油资源开采法》收回了国内矿产资源的所有权，要求所有矿产开采人必须申请新的许可证，同时将矿产公司一定比例的股权由南非当地黑人所有。一些原来拥有矿产所有权的意大利国民和一家卢森堡公司认为南非政府的这一措施构成间接征收，它们根据意大利和卢森堡同南非签订的双边投资条约的相关规定，将此争议提交给中心解决。南非政府声称不存在征收，因为申请方的矿产权利并未完全丧失，而且政府的管制措施是合理的、符合比例原则的；即使存在征收，它也是合法的，因为这一举措是为了公共目的，提供了充分和公正的补偿，是非歧视性的，并且是根据法律正当程序实施的。^②

虽然这一案件最终是通过和解解决的，但这一案件之后，南非开始对其以前签订的双边投资条约进行审查，认为条约中约定的将投资争议提交给中心解决的条款不利于其为公共目的实施管制措施。南非目前已决定终止同一些欧洲国家签订的双边投资条约，而且南非议会也已制定了《投资促进与保护法案》，以适用于南非境内的一切投资。新的法案对于投资争议没有规定国际仲裁程序，投资者只能在南非法院或南非仲裁机构通过诉讼或仲裁解决。^③

（五）仲裁裁决的承认与执行

投资争端中心仲裁庭做出的仲裁裁决有两种：一是仲裁庭根据《附加便利规则》作出的仲裁裁决，二是仲裁庭根据《仲裁规则》作出的仲裁裁决。前一种仲裁裁决的承认和执行与一般的外国仲裁裁决的承认和执行一样，可以根据《纽约公约》的规定向其他国家申请承认和执行。本文所指的仲裁裁决是后一种。对于此类仲裁裁决的承认与执行，《华盛顿公约》第六节专门做出了3条规定。^④ 根据这些规定，每一缔约国应承认根据本公约作出的仲裁裁决具有约束力，并在其领域内执行裁决中的金钱义务。被请求执行的缔约国

^① Foresti v. Republic of South Africa (ICSID Case No. ARB/07/1) .

^② Annalisa M. Leibold, "The Friction Between Investor Protection and Human Rights: Lessons from Foresti v. South Africa", <http://ssrn.com/abstract=2612506>, 2016-02-01; Andrew Friedman, "Flexible Arbitration for the Developing World: Piero Foresti and the Future of Bilateral Investment Treaties in the Global South", *Brigham Young International Law and Management Review*, Vol. 7, No. 37, 2011.

^③ 对南非《投资促进与保护法案》的出台背景及内容的分析，参见朱伟东：《南非〈投资促进与保护法案〉评析》，载《西亚非洲》2014年第2期，第4~18页。

^④ 参见《华盛顿公约》第53、54、55条。

应根据本国有关判决执行的法律规定，像执行本国最终判决一样执行中心仲裁裁决，但这种执行还要受制于被请求执行的缔约国有关国家豁免的法律规定。为了便于中心裁决的承认与执行，《华盛顿公约》还要求每一缔约国应指定一个专门受理承认与执行中心仲裁裁决的主管法院或其他部门，并将指定的机构通知中心秘书长，而且每一缔约国应制定专门立法或采取专门措施使公约的有关规定在其本国领域内得到实施。^①

从上述规定来看，《华盛顿公约》为中心仲裁裁决的承认与执行规定了一套非常便利的程序。在批准《华盛顿公约》后，很多非洲缔约国都立即根据公约的要求指定了相应的机构来受理有关中心仲裁裁决承认和执行的申请。大部分非洲国家都指定了法院作为主管机构，如肯尼亚、利比亚、马拉维、毛里求斯等，还有些非洲国家指定了其他部门负责人作为主管方，如莱索托（外交常务秘书）、埃及（司法部长）、博茨瓦纳（高等法院书记官）、几内亚（总检察长）。^②此外，很多非洲缔约国还专门制定立法或在某些立法中通过专门条款对中心仲裁裁决的承认与执行做出规定，如毛里求斯、尼日利亚、赞比亚、喀麦隆、博茨瓦纳等。^③从非洲缔约国的行为来看，它们最初对中心仲裁裁决的承认与执行是持一种非常积极的态度。然而，在后来的实践中，一些非洲国家却对中心仲裁裁决的执行持一种消极、拖延的态度，不主动承认或执行裁决义务，导致外国投资者不得不根据《华盛顿公约》的规定提起有关程序。

例如，截至 2011 年，因中心仲裁裁决败诉国不主动履行裁决义务而被外国投资者提起的 5 起有关承认和执行的案件中，有 4 起案件都是因为非洲国家不主动履行中心仲裁裁决而提起的。^④这些案件对于理解《华盛顿公约》有关中心仲裁裁决的承认与执行的规定提供了有益的材料。例如，在法国法院审理的本邦有限公司诉刚果（布）案^⑤和西非混凝土工业公司诉塞纳加尔

① 参见《华盛顿公约》第 54 条第二款第 69 条。

② [https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsidocs/Documents/ICSID% 208 - Contracting% 20States% 20and% 20Measures% 20Taken% 20by% 20Them% 20for% 20the% 20Purpose% 20of% 20the% 20Convention. pdf](https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsidocs/Documents/ICSID%208-Contracting%20States%20and%20Measures%20Taken%20by%20Them%20for%20the%20Purpose%20of%20the%20Convention.pdf), 2016 -02 -18.

③ Amazu A Asouzu, op. cit., pp. 370 -378.

④ 另一起案件是英国法院审理的艾格资本合伙诉哈萨克斯坦（AIG Capital Partners v. Kazakhstan）案。参见肖芳：《国际投资仲裁裁决在中国的承认与执行》，载《法学家》2011 年第 6 期，第 98 页。

⑤ *Tribunal de grande instance, Paris*, 1 ICSID Reports 368.

案^①中，一家意大利公司和一家比利时公司因刚果（布）和塞纳加尔拒不执行中心仲裁裁决而分别在法国法院提起承认和执行的申请。在这两起案件中，法国法院指出，中心仲裁裁决的承认和执行是两个不同的程序，在裁决的承认阶段，作为被申请方的缔约国提出的主权豁免抗辩不会得到支持。在美国法院审理的东方木材公司诉利比里亚案^②和斯雅格公司诉埃及案^③中，意大利投资者和法国投资者因利比里亚和埃及不执行中心仲裁裁决而分别在美国法院提起申请。在执行阶段，利比里亚和埃及分别提出了执行豁免的抗辩。审理案件的美国法院根据美国《外国主权豁免法》对两案的情况进行了分析，在第一个案件中，美国法院认为利比里亚用于政府行为的基金享有执行豁免，而其用于商业行为的财产不得享有执行豁免。在第二个案件中，埃及政府提出的执行豁免没有得到法院的支持。

我们从上面的案例中可以明显看出，虽然非洲国家都是败诉方，但没有一个外国投资者在非洲国家的法院提起仲裁裁决承认与执行的申请，上述所有案件都是在欧洲国家和美国的法院受理的。对此，一些非洲学者认为，外国投资者之所以更愿意在欧洲和美国的法院而不是非洲国家的法院申请执行仲裁裁决，是因为他们对欧洲和美国的法院更加信任，他们担心非洲国家的法院会受到来自政府的压力。^④ 由于目前非洲法院还没有受理有关中心仲裁裁决的承认与执行的案件，尚不清楚非洲国家法院对此类申请的态度。但无论如何，考虑到投资争端中心仲裁裁决的特殊性及复杂性，外国投资者在中心获得针对非洲国家的胜诉仲裁裁决时，如何使此类裁决得到执行是他们必须关注的一个现实问题。

对解决中国投资者和非洲国家间投资争议的启示

上文对投资争端中心成立至今 50 年来所受理的外国投资者与非洲国家的投资争议的特点和涉及的主要法律问题进行了分析。那么，这些案例对于中

① Court of Appeal of Paris, 2 ICSID Reports 337.

② LETCO case, 2 ICSID Reports 385.

③ Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/05/15, Award, 1 June, 2009.

④ [英国] 安马苏·A·阿绍苏 (Amazu A. Asouzu): 《非洲国家与仲裁裁决的执行: 几个重要问题》, 朱伟东译, 载《仲裁与法律》2006 年第 102 辑, 第 98 页。

国投资者利用投资争端解决与非洲国家间的投资争议会有哪些启示呢?

根据中国商务部发布的2014年度《中国对外直接投资统计公报》,截至2014年底,中国对非投资额已达323.5亿美元,在非洲国家和地区投资的中国企业超过3000家,投资项目遍及非洲52个国家和地区。^①现在中国已成为非洲重要的投资来源国,非洲也已成为中国第四大海外投资目的地。中国企业投资较多的非洲国家依次为南非、阿尔及利亚、尼日利亚、赞比亚、刚果(金)、苏丹、津巴布韦、安哥拉、加纳、纳米比亚、刚果(布)、肯尼亚、埃塞俄比亚和埃及等国,而这些国家显然也是与外国投资者发生投资争议较多的国家。^②中国在非洲直接投资存量前5位的行业依次为建筑业、采矿业、金融业、制造业、科学研究和技术服务业,^③这些行业显然也是外国投资者在非洲投资时发生投资争议较多的投资领域。随着2015年12月中非合作论坛约翰内斯堡峰会上提出的中非“十大合作计划”的逐步落实,中国在非洲的基础设施、金融、公共卫生等领域的投资必然会进一步增加。

从上面中国与其他国家在非洲投资情况的对比来看,中国投资者与非洲国家发生投资争议的概率很大。实际上,近年来媒体和研究文献中有关中非投资争议的报道屡见不鲜。从相关报道来看,这些投资争议也主要集中在建筑、矿业、信息通讯等行业。例如,中石化与加蓬政府因石油开采合同发生过法律纠纷,最后以中石化向加蓬政府支付4亿美元和解解决。^④加拿大卡尔顿大学商学院教授基贡度在其论文中也提到加纳政府和中国开发银行的贷款合同争议、尼日利亚政府和中兴公司有关建设国家通讯安全网络的合同争议以及乌干达政府和中国进出口银行有关贷款合同的争议。^⑤此外,开罗地区国际商事仲裁中心也曾经受理过有关中国企业在非洲的投资争议。^⑥虽然中国投

① 根据笔者统计,截至2014年末,在非洲60个国家和地区中,中国境外企业未涉及的国家地区只有8个,分别是加纳利群岛、赛卜泰、留尼汪、索马里、梅利利亚、斯威士兰、马约特和西撒哈拉,中国企业在非洲覆盖比率已达86.7%。参见中国商务部:2014年度《中国对外直接投资统计公报》第39页, <http://fec.mofcom.gov.cn/article/tjsj/tjgb/201512/20151201223579.shtml>, 2016-01-28。

② 根据商务部2014年度《中国对外直接投资统计公报》第49~50页的数据整理而成。

③ 中国商务部:2014年度《中国对外直接投资统计公报》,第24页。

④ 《4亿美元赔偿加蓬油田:中石化为“走出去”买单》, <http://www.chinaminig.org.cn/index.php?m=content&c=index&a=show&catid=34&id=7041>, 2016-01-08。

⑤ [加拿大]莫西·N·基贡度(Moses N. Kiggundu):《法律制度在中非商事关系中的作用及其完善》,朱伟东译,载《民商法论丛》2014年第54卷,第350页。

⑥ 朱伟东:《中国与非洲民商事法律纠纷及其解决》,载《西亚非洲》2012年第3期,第74页。

投资者与非洲国家已发生过多起投资争议，但目前尚未有中国投资者利用投资争端中心来解决与非洲国家的投资争议。不过，这种状况可能很快会发生变化。这是因为中国与其他国家在非投资及投资争议的相似性，为中国投资者利用投资争端中心解决与非洲国家的投资争议提供了现实必要性，而中国作为中心的缔约国以及中国与一些非洲国家间投资条约的存在，又为此类争议解决方式提供了实际可能性。就像投资争端中心前秘书长童柯永先生（Ko - Yung Tung）就中国香港居民谢业琛利用中国和秘鲁的双边投资条约在中心起诉秘鲁政府案时所指出的，该案只是中国有关投资条约仲裁案的第一起，未来必将有源源不断的此类案件被提交给中心。^①

中国投资者如果要利用投资争端中心来解决与非洲国家经济合作中出现的投资争议，首先需要中国同更多非洲国家商签双边投资保护条约并将已签署的双边投资条约尽快落实生效。中国目前仅同 18 个非洲国家的双边投资条约已经生效，^② 同刚果（金）、纳米比亚、赞比亚、莫桑比克等投资较多的非洲国家签署的双边投资条约尚未生效，同安哥拉、南苏丹等中国投资较多的非洲国家尚未签署此类条约。其次，需要根据外国投资者与非洲国家在投资争议中发生的主要法律问题，对中非双边投资条约的内容进行完善，例如，中非现有双边投资条约有关“投资”、“投资者”界定、有关“征收”条款的内容等方面还存在许多缺漏，不能反映中非投资的实际情况，不利于中国投资者的保护，需要做进一步的细化和完善。^③ 再次，考虑到非洲一些国家的政治环境，中国在同它们签订双边投资条约时，一定要加入“充分保护与安全”条款，并对该条款的内容进行统一和完善。最后，中国投资者在利用投资争端中心解决与非洲国家的投资争议时，可考虑选择在非洲国家或中国的城市

^① Ko - Yung Tung, “Arbitral & Judicial Decision: The New Generation of China BITs in Light of TZA Yap v. Republic of Peru”, *The American Review of International Arbitration*, vol. 17, p. 481. 此案以后，又有多起中国投资者利用中心解决与所在国投资争议的案例，如中国平安公司与比利时之间的投资争议、中国城建集团与也门政府之间的投资争议。

^② 这 18 个非洲国家分别是阿尔及利亚、埃及、加蓬、加纳、赤道几内亚、马里、马达加斯加、毛里求斯、摩洛哥、尼日利亚、南非、苏丹、坦桑尼亚、突尼斯、津巴布韦、佛得角、埃塞俄比亚和刚果（布）。

^③ 有关中非双边投资条约存在的问题及其完善，参见朱伟东：《中非双边投资条约存在的问题及完善》，载《国际经济法学刊》2015 年第 22 卷第 1 期，第 149 ~ 168 页。在这篇论文中，笔者对中非双边投资条约中“投资”和“投资者”的界定、征收补偿条款以及争议解决条款存在的问题进行了分析，并就如何对它们进行完善提出了相应的建议。

进行,尽量选择来自中国和非洲国家的仲裁员。这是因为来自中国和非洲国家的仲裁员更能了解彼此的社会现实、法律制度以及文化习惯,也有助于降低仲裁费用,减少仲裁成本。另外,考虑到中非双方都有深厚的调解传统和文化背景,中国投资者可尽量考虑通过调解方式来解决与非洲国家的投资争议,这样可以减少双方的对抗,保持双方的友好关系,有助于进一步开展投资合作。

如果中国投资者选择通过投资争端中心解决与非洲国家之间的投资争议,在中心做出有利于中国投资者的仲裁裁决而非洲国家不愿意执行裁决时,中国投资者也必须面对如何使此类裁决得到执行的问题。由于中国在实践中坚持绝对的主权豁免原则,中国投资者在中国申请承认和执行中心针对非洲国家做出的仲裁裁决是不现实的。在此情况下,中国投资者可能必须考虑在作为投资东道国的非洲国家或其他《华盛顿公约》的缔约国如美国、英国等采用相对主权豁免原则的国家提起此类执行程序。为了避免投资东道国以主权豁免为由拒不执行中心仲裁裁决,一些学者建议,外国投资者在与投资东道国签订投资合同时,可要求投资东道国在合同明确做出放弃主权豁免的声明。但此类条款是否有效要取决于投资东道国的相关法律。^① 在实践中,大部分败诉国迫于世界银行的压力或为了维护良好投资环境的声誉,一般都会主动执行中心仲裁裁决。

从上面的分析来看,通过投资争端中心程序解决中国投资者与非洲国家间的投资争议并不是一种最佳选项,它可以作为选项之一。我们需要关注国际上有关中心投资争议解决程序的最新进展,以及非洲国家对待中心投资争议解决的新动向,尽早从长远谋划如何设计一套更能符合中非实际情况、更能为中非双方接受的投资争议解决机制。近年来,国际上有关投资争端中心合法性的争论和对其进行改革的呼声一直不绝于耳。一些国家认为,投资争端中心投资争议解决机制更注重保护发达国家投资者的利益,但对发展中国家为保护环境、提高社会福利、改善民生等公共目的而采取管制措施的利益没有给予应有的尊重。因此,已有一些国家退出了中心投资争议解决机制,如玻利维亚、厄瓜多尔、委内瑞拉,还有一些国家正在考虑退出中心机制,

^① Amazu A. Asouzu, *International Commercial Arbitration and African States: Practice, Participation and Institutional Development*, Cambridge University Press, 2004, p. 388.

如阿根廷、印度尼西亚等。

在非洲国家中，南非率先对投资争端中心有关投资者与国家投资争议解决机制表达了不满，已决定终止与一些欧洲国家签订的双边投资条约，并制定了《投资促进与保护法案》，将此类投资争议排除在国际仲裁程序之外。随后，埃及在 2015 年 3 月新修订的投资法也没有规定投资争端中心投资争议解决程序，而是规定了 3 类庭外友好解决方式。^① 考虑到上文提到的非洲国家在投资争端中心程序中的情况，今后可能还会有其他非洲国家放弃该机构的争议解决机制。这些情况表明，同为发展中国家的中国和非洲国家可以考虑今后在中非合作论坛机制下设立“中非投资争议解决中心”（China - Africa Center for the Settlement of Investment Dispute, CACSID），其争议解决方式应尽量考虑中非双方的社会现实、文化传统和法律制度等因素，注重通过谈判、协商、调停、调解等友好解决方式解决投资争议。

结 语

本文通过对投资争端中心成立 50 年来所受理的涉及非洲国家的投资争议的梳理和分析，我们可以大致看出外国投资者与非洲国家间的投资争议的特点、涉及的主要法律问题，以及为中国投资者利用投资争端中心程序来解决与非洲国家间的投资争议所带来的启示。通过比较外国投资者与非洲国家间的投资争议情况，我们可以看出，在现阶段利用中心解决中国投资者与非洲国家间的投资争议不但具有现实必要性，而且存在实际可能性。但通过分析我们也可以看出，通过中心程序解决中国投资者和非洲国家之间的投资争议只是可行的选项之一。考虑到中非之间的传统友谊和法律文化传统，特别是中非之间经贸投资关系的长期友好发展，中国投资者应尽量通过谈判、协商、调停、调解等友好方式解决与非洲国家间的投资争议。作为长远考虑，中非之间可以考虑设立一套既符合双方实际情况、又能为双方接受的投资争议解决机制。

^① 即申诉委员会（Complaint Committee）专门处理投资者针对投资总局做出的行政决定而提出的异议，投资争议解决委员会（Committee for the Resolution of Investment Disputes）专门解决投资者和政府之间因投资法的实施而产生的争议，而投资合同争议解决委员会（Committee for the Settlement of Investment Contract Disputes）专门解决投资者与政府部门因投资合同而产生的争议。

Analysis on the Investment Dispute Settlement between Foreign Investors and African States: A Survey Based on the ICSID Cases

Zhu Weidong

Abstract: In the past 50 years since its creation in 1966, ICSID has accepted a large number of investment disputes involving African states. It can be seen from the analysis of the investment dispute settlement between foreign investors and African states that such investment disputes mainly occurred in the African countries which received more foreign investment or were prone to political unrest; the investors that instituted such dispute procedures are mainly from Britain, the US, France, Netherlands, etc., traditionally the Western countries that have more investments in Africa; these investment disputes mainly happened in such economic sectors as oil, gas, mining, construction, transportation, production, manufacturing and operation, etc.; the arbitrators, conciliators and members of the ad hoc committees in such dispute settlement procedures are mainly from Western countries, and arbitration or conciliation mainly proceeded in Western countries. By comparison, it is necessary and possible for the Chinese investors to settle their investment disputes with the African countries through ICSID. However, the China – Africa BITs should be improved, the arbitrators or conciliators from China or African countries should be designated, the proceedings should be held in either China or Africa, and the dispute should be settled through amicable ways of negotiation, consultation, mediation, and conciliation as long as possible. In the long run, the establishment of a “China – Africa Center for the Settlement of Investment Dispute” (CACSID) may be taken into account in future.

Key Words: Investment Dispute; ICSID; Sino – African Economic Cooperation; “China – Africa Center for the Settlement of Investment Dispute”

(责任编辑: 詹世明 责任校对: 樊小红)