非洲研究　2023 年第 2 卷（总第 21 卷）
第 209—223 页
SSAP ©，2023

我国企业对非投资争端解决机制探析*

李祖华　段知壮

【内容提要】随着我国经济快速发展，对外投资也迅速走向全世界。21 世纪以来，非洲国家日益显现出巨大的市场潜力，被视为投资的热土，已成为中国企业对外投资的重点地区之一。但非洲地区存在政治动荡、恐怖活动频繁、法律易变等不利因素，给中国企业的投资带来诸多政治和法律风险，投资争端如雨后春笋般产生。如何有效地解决争端，最大化保护我国投资者的利益是我国较长时间内均需面对的一个难题。中非投资争端有政治方式、仲裁、国内诉讼三种解决途径，但根据实践以上途径均存在种种弊端。本文在剖析现有途径之优势及局限性的基础上，提出中非投资争端解决机制的新路径——建立以中非投资法院之司法解决为核心的争端解决机制。

【关键词】中非投资争端；政治途径；国际仲裁；中非投资法院

【作者简介】李祖华，浙江师范大学行知学院副教授，主要研究方向为诉讼法学；段知壮，法学博士，浙江师范大学行知学院副教授，主要研究方向为法律社会学（金华，321001）。

21 世纪以来，非洲国家日益显现出巨大的市场潜力，已成为中国企业对外投资的重点地区之一。截至 2020 年末，中国企业在非洲地区的 52 个国家开展投资，设立的境外企业超过 3500 家，主要分布在埃塞俄比亚、

* 本文系浙江省社科联项目“中国企业投资非洲的法律风险防控研究”（2017N01）、浙江师范大学非洲研究中心项目“中国民间资本投资非洲的法律风险及其防控研究”（15JDFZ07ZS）阶段性研究成果。

中国知网　https://www.cnki.net

赞比亚、尼日利亚、肯尼亚、南非等。[①] 但长期以来，非洲被认为是政局不稳定、社会治安状况恶劣的高政治风险地区，譬如 2011 年利比亚危机给中国投资带来的损失超 200 亿元。此外，一些非洲国家法制落后，对投资者缺乏保护，经常发生贪污腐败、投资和金融欺诈、劳资纠纷等。因此，如何建立完善的体制机制预防及妥善处理对非投资争端也就成为中国与非洲国家继续广泛而深入经济社会交往的前提。

中非投资争端类型主要有两种。一种是我国企业与其他投资者之间发生的，即投资者之间争端。该类争端主要是因投资合同引起的争议，属于商业风险，一般与东道国的国家行为无关。[②] 争端当事人法律地位平等，都是国内法意义上的主体，它们之间的争端可以根据私法原则解决。另一种是投资者与东道国之间的争端，即投资者—东道国争端。该争端多数源于政治原因下东道国的国家行为，比如东道国的征收、国有化、税收、政治危机、战争等。譬如，2014 年乍得政府称中石油将大量原油倒入矿坑违反石油业的环保法规，以此向国内法院提出 12 亿美元赔偿的诉讼，同时还向巴黎国际商会仲裁院提出仲裁申请。中石油否认违规并呼吁撤销索赔。与投资者之间争端不同，首先，该类争端主体之法律地位不平等，一方是私法上的主体，而另一方是公法上的国家；其次，投资者—东道国争端往往兼具私法与公法双重性质，涉及投资者、投资母国政府以及投资东道国政府各方的利益，是私人利益与公共利益的博弈与平衡，[③] 是故，对其解决的法律依据既有国内法也有国际法，它更类似于国内宪法、行政法及司法审查机制，而不同于私法、商事合同及商事仲裁机制。[④] 自投资者—东道国争端发生以来，如何完善解决它始终困扰着国际社会，对其解决经历了由政治途径走向国内司法和国际仲裁途径的转变。本文立足于中非投资现状，分别剖析各种争端解决途径的优势及局限，进一步提出改善中非投资争端解决机制的构想。

---

① 中华人民共和国商务部、国家统计局、国家外汇管理局编《2020 年度中国对外直接投资统计公报》，中国商务出版社，2021，第 46 页，http://www.gov.cn/xinwen/2021-09/29/5639984/files/a3015be4dc1f45458513ab39691d37dd.pdf。

② 张磊：《海外投资的争端解决途径与中国的应对》，《探索与争鸣》2017 年第 8 期，第 92~97 页。

③ 李文怡：《“一带一路”投资争端解决机制研究》，博士学位论文，西南政法大学，2018，第 9~10 页。

④ 王彦志：《国际投资争端解决机制改革的多元模式与中国选择》，《中南大学学报》（社会科学版）2019 年第 4 期，第 73~82 页。

中国知网 https://www.cnki.net

一 政治途径：争端解决的传统方式

通过政治途径解决投资者—东道国争端是一种传统的解决方式，主要包括磋商、斡旋、调停、外交保护等。磋商、斡旋与调解等传统手段无须多言，外交保护则是基于20世纪发达国家认为发展中国家法制不完善，对发展中国家国内诉讼不信任，利用自身强大的影响力向东道国施加压力，迫使东道国让步、妥协，接受不公平解决方案的一种模式。其本质是片面追求保护本国投资者利益，藐视东道国主权和法律，滥用外交保护权，从而导致国家间纠纷不断，遭到发展中国家普遍反对。① 尽管如此，在投资争端解决实践中，外交保护手段并未退出历史舞台，国际社会也认识到外交保护手段无法完全禁止，不如顺势引导其向健康方向发展。例如，2006年联合国大会通过的《外交保护条款草案》中对外交保护手段的规定，不过与传统外交保护手段相比，现行外交保护的适用受到更多的条件限制，手段趋于和平化。

（一）政治途径解决中非投资争端的现状

首先，协商、磋商是诉讼或者仲裁的前置程序。虽然传统政治途径中的外交保护越来越受到各国特别是发展中国家排斥，但是现代意义上的磋商、调解依然受到普遍关注，只是其被赋予了新的内涵，更多地强调和平解决争端。② 此类政治途径符合我国和非洲国家之间的关系发展需要，因此，我国和非洲国家签订的双边投资协议中大多数对此加以肯定。③ 其次，调解融入了法律程序，现行国际仲裁机构的仲裁制度基本规定了调解程序及制度。④

政治途径解决争端易使经济纠纷上升为两国的政治问题，一旦使用外交保护解决争端，将会对投资母国和投资东道国之间的国家关系造成

① 姚梅镇：《国际投资法》，武汉大学出版社，2011，第348页。

② Coe J. J. Jr.，“Toward a Complementary Use of Conciliation in Investor-State Disputes：A Preliminary Sketch”，*Journal of International Law and Policy*，University of California，2005，12（7），pp. 40-43.

③ 如中国和乌干达、埃及等非洲国家签订的双边投资条约中均规定了协商解决争端程序。

④ 《华盛顿公约》《国际商会仲裁规则》等都规定了调解制度。

中国知网 https://www.cnki.net

影响。因此，在实践中政治途径主要适用于重大争端的解决或者作为法律途径的辅助，尤其是外交保护途径，投资母国会谨慎选择使用。事实亦显示，目前我国单纯地使用政治途径解决中非投资争端的实践极少。

（二）政治途径解决中非投资争端的启示

如上所述，政治途径解决争端易于损害正常的国家关系，尤其是外交保护，当争端解决发展到使用报复手段时，将会导致投资母国和东道国两败俱伤，两国外交可能走向严冬。因此，运用政治途径解决中非投资争端有诸多掣肘，其不仅和我国对非外交宗旨相左，甚至会阻碍“一带一路”建设的实施。长期以来，中国和大多数非洲国家互相尊重，真诚相待，与非洲各国建立密切的外交关系是我国一以贯之的方针，更不用说从战略层面我国和一些非洲国家兄弟般的友谊对世界格局的建构具有重要意义。

不过需要指出，未来在穷尽所有手段依然不能解决争端时，我国可以将外交保护作为最后的救济手段。我国对非投资中的资源投资、基础设施建设投资等许多涉及重大利益的投资，争端发生后可能穷尽其他手段仍然不能有效解决，那么我国企业的利益必将受到严重损害。在此情况下，无论基于我国民生大计还是借鉴西方国家 200 多年来的实践考量，在极端情况下启动外交保护措施来维护我国企业利益当为合理合法之选。

二 仲裁途径：广泛使用的争端解决方式

如何公平、迅速、有效地解决国际投资争端，人类一直在不断地探索，自 20 世纪中期以来仲裁越来越受青睐。“用仲裁方法解决国际争议，由来已久，是一种行之有效的合理的法律手段”；[①] “国际仲裁已经成为解决国家之间、个人之间、公司之间因国际贸易、商事和投资而产生的争议的最主要方式”。[②]

（一）仲裁途径解决对非投资争端的优势

仲裁方式之所以在国际社会被广泛使用，是因为其优越性十分显著。

① 姚梅镇：《国际投资法》，武汉大学出版社，2011，第 356 页。

② 〔美〕翁·基达尼：《中非争议解决：仲裁的法律、经济和文化分析》，朱伟东译，中国社会科学出版社，2017，第 324 页。

中国知网 https://www.cnki.net

其一，独立性。仲裁的基本原则要求仲裁员应保持中立和独立。其二，仲裁适用范围更广泛。仲裁机构对案件的管辖权不受国家主权豁免和个人出诉权①限制，因此与诉讼相比仲裁管辖范围更广。其三，仲裁裁决相比于判决更容易得到执行。例如，目前有45个非洲国家批准了《华盛顿公约》，根据该公约缔约国提交给国际投资争端解决中心（ICSID）仲裁的案件具有可执行性。另外，截至2021年非洲有41个国家批准了《纽约公约》，由各仲裁机构做出的裁决在这些国家原则上可以得到执行。如果当事人将争端向东道国以外的法院提起诉讼，判决在东道国几乎不能得到执行。②

（二）仲裁途径解决对非投资争端的障碍

诚然仲裁与其他争端解决方式相比具有明显优势，但通过仲裁解决中非投资争端并非尽善尽美，事实上它存在诸多无法逾越的缺陷。第一，因适用仲裁程序的法律依据存在阙如，故通过国际仲裁解决中非投资争端的可能性极小。③ 首先，提请国际仲裁机构解决中非投资争端的法律依据原则上是我国和非洲国家签订的双边投资保护条约，而双方签订的具有效力的双边投资保护条约太少，目前中非之间生效的投资条约仅仅20份。其次，能够提起仲裁的案件范围也极其有限，如我国与非洲国家（除南非外）在2000年以前签订的双边投资条约规定只有征收补偿额争议才可以提起国际仲裁，这种情况在2000年后才略有改善。第二，裁决的不一致性。暂且不论不同仲裁机构的仲裁规则各异，④ 国际仲裁机构或者区域性仲裁机构的仲裁员常常来自五湖四海的不同行业，不同的来源

---

① 根据国际法，原则上只有国家才具有国际法主体资格，个人或者企业不具有国际法主体资格。能够向国际法院提起诉讼的适格当事人是国家，个人因不享有国际法主体资格无权向国际法院提起诉讼，即个人无出诉权。

② 目前，中国仅仅与摩洛哥、突尼斯、阿尔及利亚和埃及4个非洲国家签订了双边司法协助条约。

③ 如上文提及根据《华盛顿公约》成立的“国际投资争端解决中心”就长期因利用率过低而被质疑，参见Carlos G. Garcia，“All the Other Dirty Little Secrets：Investment Treaties，Latin America，and the Necessary Evil of Investor-State Arbitration”，*Florida Journal of International Law*，2004，16（1），pp. 301-338。

④ 更不用说类似诸如“安全例外条款”的不确定性，参见William W. Burke-White and Andreas von Stadan，“Investment Protection in Extraordinary Time：The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provision in Bilateral Investment Treaties”，*Virginia Journal of International Law Association*，2007，48（2），pp. 376-381。

中国知网 https://www.cnki.net

造就仲裁员的文化背景、价值理念相距甚远。实践中仲裁裁决的不一致性已经成为损害仲裁价值的致命缺陷。[①] 第三，程序不透明，缺乏监督机制。监督机制缺失是仲裁制度由来已久的沉疴，严重损害了裁决的公正。对内，仲裁程序实行“一裁终局”，既没有设置上诉程序亦没有复核程序，对仲裁过程中可能发生的事实认定或法律适用错误缺乏仲裁系统内部的有效监督；对外，因各仲裁规则普遍规定仲裁庭庭审应当秘密进行，[②] 所以社会对仲裁庭的庭审活动监督无法实施。第四，国际仲裁费用高昂。欧美地区的仲裁机构成立时间长，仲裁规则比较完善、先进，仲裁机构仲裁经验丰富，技能高超，然而向欧美地区仲裁机构提起仲裁费用高昂。例如，经合组织（OECD）调查显示，每一案件的仲裁费用需耗费 800 万美元到 3000 万美元。第五，少数非洲国家基于国内法规定对仲裁适用加以严格限制，法院有权干预仲裁，如果东道国与我国没有签订双边投资保护条约或者虽已签订但没有生效，那么运用国际仲裁解决中非投资争端必将处处受到掣肘甚至不能使用。比如，我国对安哥拉的投资在非洲地区多年位居前列，当争端发生时，依据安哥拉《私人投资法》，[③] 争端将不能通过国际仲裁解决。第六，仲裁期限比较长。据 2012 年相关统计数据，国际投资争端解决中心的案件平均审理时间大约为 5 年。[④]

三 国内诉讼：争端解决的司法途径

诉讼是最古老的解决争议途径之一，且在古代诉讼一般只能向国内法院提出。近代社会随着国际投资争端的出现，人类不断探索新型的争端解决途径。特别是国际投资争端解决途径的新贵——仲裁被广泛重视与运用，传统的诉讼途径也随之受到了各种各样的质疑与责难。然而需

① Susan D. Franck，“The Legitimacy Crisis in Investment Arbitration：Privatizing Public International Law through Inconsistent Decision”，*Fordham Law Reviews*，2005，73（4），p. 1521.

② 如《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》规定：“在没有相反的协议时，庭审应秘密进行……”

③ 安哥拉《私人投资法》规定，在安哥拉发生的投资争端可通过仲裁方式解决，但仲裁须在安哥拉进行，且适用安哥拉法律。

④ A. Raviv，“Achieving a Faster ICSID”，in J. E. Kalicki and A. Joubin-Bret，eds.，*Reshaping the Investor-state Dispute Settlement System: Journeys for the 21st Century*，Leiden：Brill Nijhoff，2015，pp. 657-659.

中国知网 https://www.cnki.net

要指出，诉讼实际上仍然是一种无法回避的基本的投资争端解决途径。

（一）在中非投资争端中国内诉讼途径运用的必然性

首先，用尽当地救济原则[①]是被国际社会普遍遵从的一项国际法原则。非洲国家当然也不例外，许多国家的投资法明确规定，对于外国投资者和东道国发生的投资争端必须首先在东道国法院或东道国仲裁机构解决，譬如南非《投资促进与保护法案》[②]、安哥拉《私人投资法》[③] 等。其次，根据“卡尔沃主义”[④]，投资争议遵守属地管辖原则要求确保东道国管辖权的完整性，东道国对于在其领土内发生的投资争端具有当然的管辖权。[⑤]

实践也表明，国内法院对国际投资争议的解决是不可忽视的途径，我国司法部司法协助交流中心网站显示，仅 2021 年（截至 9 月底），我国接收国外司法协助送达文书请求 1754 件，调查取证及判决承认与执行请求 97 件，计 1851 件。在中非投资领域自然也不例外，“由于非洲国家在很多情况下是买卖合同或建筑合同的履行地，所以，在发生争议时，当事人经常在非洲国家法院或仲裁机构提起诉讼或仲裁”。[⑥]

（二）诉讼途径解决中非投资争端的利弊剖析

针对国际投资争端解决机制，虽然诉讼遭到诸多诟病，但是事物总是具有两面性的，其积极作用和消极影响共同存在。

1. 诉讼途径对中非投资争端解决的积极作用

首先，诉讼程序具有明确性、可预见性。总体观之，各国法律对审判程序的设置、审级制度和实施步骤等都有明文规定，适用的法律、审

---

① 根据国际法原则，一个国家不能代表其本国在外国民，向外国提出权利要求，除非本国国民已依外国国内法的规定，用尽可能利用的当地救济手段。

② 南非《投资促进与保护法案》第 11 条规定：“……或将此类争议提交给有管辖权的法院解决……”

③ 安哥拉《私人投资法》规定：“外国投资者与安哥拉政府之间的投资争议必须在安哥拉法院根据安哥拉法律解决……”

④ 卡尔沃主义认为国家基于主权平等原则不受任何形式的干涉；提倡外国投资者应与本国投资者被同等对待，不能享受不同于该国国民的权利和特权，只能享受无差别待遇的权利。

⑤ 姚梅镇：《国际投资法》，武汉大学出版社，2011，第 294 页。

⑥ 朱伟东：《非洲涉外民商事纠纷的多元化解决机制研究》，湘潭大学出版社，2013，第 9 页。

中国知网 https://www.cnki.net

判组织比较明确、稳定。其次，审判程序原则上公开进行。审判程序公开、透明，有利于监督。最后，各国审判程序均设有审判监督程序，可以避免“一裁终局”的弊端，“几乎所有非洲国家都有上诉法院和最高法院（或与此等同的法院）”，① 审判监督程序的设置更有利于公正的实现。

2. 诉讼途径对中非投资争端解决的消极影响

由东道国法院解决争端存在一定的积极作用，但弊端也是显而易见的。尤其中国企业在非洲国家进行诉讼，所面临的困境更加突出。首先，司法不公易于发生。② 有关国际组织调查显示，就世界范围而言非洲许多国家仍然是腐败发生最严重的地区。③ 其次，审理拖延，诉讼过程漫长。“即使是司法先进的非洲国家也存在延误的问题：在尼日利亚，商业案件的司法程序可能花费十年以上的时间。在埃及，执行程序通常比诉讼程序耗费更多时间。”④ 最后，在非洲国家诉讼，法律构成的复杂性和多元性也是外国当事人面临的困难。⑤ 非洲国家现行法律制度既深受独立前殖民国法律传统影响，又继承了一些土著部落的习惯法、宗教法。显然，非洲法律是世界法律的“万花筒”，这对我国投资者在非洲国家诉讼必然带来更多的障碍。

四 中非投资法院：完善中非投资争端解决机制构想

如前所述，政治途径作为投资争端解决手段，其适用范围较为有限。

---

① 斯蒂芬·布拉班特、约翰·奥吉威、保罗·豪吉斯：《非洲争议解决》，朱伟东、罗心甜译，转引自梁慧星主编《民商法论丛》第 61 卷，法律出版社，2016，第 254 页。

② Jacob Katz Cogan，“National Courts，Domestic Democracy，and the Evolution of International Law：A Reply to Eyal Benvenisti and George Downs”，*European Journal of International Law*，2009，20（1），pp. 1015-1019.

③ 根据国际透明组织（Transparency International）针对全球 177 个国家和地区发布的 2013 年全球清廉指数，许多非洲国家的排名非常靠后。参见韩良主编《非洲商事法律制度精析》，中国法制出版社，2015，第 59~60 页。

④ 斯蒂芬·布拉班特、约翰·奥吉威、保罗·豪吉斯：《非洲争议解决》，朱伟东、罗心甜译，转引自梁慧星主编《民商法论丛》第 61 卷，法律出版社，2016，第 256 页。

⑤ Leon E. Trakman and Kunal Sharma，“Jumping Back and Forth between Domestic Courts and ISDS：Mixed Signals from Asia-Pacific Region”，in Steffen Hindelang and Markus Krajewski，eds.，*Shifting Paradigms in International Investment Law*，Oxford：Oxford University Press，2016，pp. 332-334.

中国知网 https://www.cnki.net

如果通过诉讼解决争端，受制于国际法的通行原则，诉讼只能向东道国法院提起。基于非洲法院诉讼现状，中国企业在东道国法院进行诉讼确非良策。正因为如此，仲裁途径越来越被倡导，“仲裁是解决中非贸易投资争端的最佳选择”。[①] 但是，仲裁解决中非投资争端亦面临重重障碍。首先，仲裁程序存在的缺陷其实是国际社会将传统解决商业争议的程序直接套用在投资者—东道国的争端之上。以私法裁判解决公法争端，片面强调效率、保密等商事仲裁的价值，忽视了公平、公开等公法裁判的价值，从而造成了投资仲裁的合法性危机。[②] 其次，从中国与非洲国家投资争端解决的历史看，对国际仲裁接受度不容乐观。截至 2015 年底，我国投资者向国际仲裁机构提起仲裁的案件只有 8 起，其中 2 起向海牙常设仲裁法院提起，另外 6 起由国际投资争端解决中心管辖。[③] 国际投资争端解决中心自 1966 年 10 月运作以来到 2015 年 12 月 31 日，受理的国际投资争端案件达 557 起。其中，非洲国家提起的只有 2 起。[④] 上述数据对比，一目了然地说明中国与非洲国家利用国际仲裁解决投资争端的消极现状。[⑤] 是故，改革中非投资争端解决机制，创建新的争端解决途径——建立中非投资法院实乃箭在弦上！

（一）现行国际投资法院之借鉴

20 世纪 80 年代阿拉伯联盟首创国际投资法院，对推动国际投资争端解决机制改革具有里程碑意义。不过，阿拉伯投资法院制度与国际仲裁制度相比，改革力度太小，不能革除现行国际仲裁存在的缺陷，影响甚微。自 2015 年以来，欧盟为建立国际投资法院做出了不懈努力，并取得了显著成果。

---

① 朱伟东：《中国与非洲民商事法律纠纷及其解决》，《西亚非洲》2012 年第 3 期，第 73~89 页。

② 王彦志：《国际投资争端解决机制改革的多元模式与中国选择》，《中南大学学报》（社会科学版）2019 年第 7 期，第 73~82 页。

③ 漆彤：《论中国海外投资者对国际投资仲裁机制的利用》，《东方法学》2014 年第 3 期，第 89~96 页。

④ 朱伟东：《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》，《西亚非洲》2016 年第 3 期，第 138~160 页。

⑤ Gus Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, New York: Oxford University Press, 2007, p. 11.

中国知网 https://www.cnki.net

1. 阿拉伯投资法院

阿拉伯投资法院作为先驱者于 1980 年 11 月依据《阿拉伯国家阿拉伯资本投资统一协议》（简称《协议》）而设立，1985 年随着《阿拉伯投资法院规约》生效，阿拉伯投资法院正式运行。2003 年沙特地产巨头坦米亚公司（Tanmiah）与突尼斯政府之间发生纠纷，寻求司法解决，其成为阿拉伯投资法院受理的第一个案件。①

阿拉伯投资法院有以下特点，第一，投资法院作出的判决在各成员国具有可执行性。《协议》规定投资法院的判决效力与各成员国最高审判机构作出的判决效力相同。第二，调解或仲裁设置为前置程序，投资法院享有强制管辖权。第三，《协议》规定了岔路口条款②来解决投资法院和国内法院管辖权冲突，当事人对投资法院和国内法院只能二选一。第四，受案范围特别广。法院对成员国之间的投资争端、成员国政府机构与成员国间的投资争端、不同成员国的政府机构间投资争端和成员国投资者与成员国间的投资争端都拥有管辖权。第五，实行一审终审。

阿拉伯联盟改革投资争端解决机制取得的成功之处在于，首先，裁判的可预见性有一定改善。投资法院设立的目标是建立一套一致性、综合性高的国际投资法律体系，据此法院适用法律更加明确，有利于当事人对裁判结果的预见。③ 其次，解决了判决执行难的问题。外国法院的判决在东道国几乎不能得到执行，国际仲裁裁决在东道国执行也会受到各种阻碍，但依据《协议》投资法院的判决在成员国能够得到执行。④

阿拉伯联盟作为投资争端解决机制改革的开拓者，其改革是尝试性的，改革力度甚小，就改革目标而言，改革确有缺憾。首先，将仲裁设置为审判的前置程序，改革目标无法实现。《协议》规定：一个案件可先进行仲裁，仲裁失败，再进行审判。该模式将仲裁和诉讼置于同一程序，仲裁和审判交织，审判程序基本沿袭仲裁程序的模式，使投资法院设立的目的落空。其次，未设上诉审程序。上诉程序的缺失是造成仲裁裁决不一致的重要根源，阻碍了仲裁公正的实现。建立投资法院的目的是利

① 朱伟东：《“一带一路”背景下中阿投资争议的解决途径》，《西亚非洲》2018 年第 3 期，第 3~22 页。

② 《阿拉伯国家阿拉伯资本投资统一协议》第 31 条。

③ 《阿拉伯国家阿拉伯资本投资统一协议》前言。

④ 《阿拉伯国家阿拉伯资本投资统一协议》第 34 条。

中国知网 https://www.cnki.net

用诉讼的上诉审程序优势来消除仲裁的弊端。从国际投资法院设立的宗旨看，阿拉伯联盟的改革是不彻底的，与改革初衷相去甚远。

2. 欧盟投资法院

欧盟委员会于2015年11月首次在《跨大西洋贸易与投资伙伴关系协定》（TTIP）中设立了两审终审的投资法院制度。随后，又相继在《欧盟—加拿大全面经济和贸易协定》（CETA）、《欧盟—越南自由贸易协定》（EVFTA）、《欧盟—新加坡投资保护协定》（EUSIPA）和《欧盟—墨西哥全面经济伙伴协定》（EUMTA）等文件中进一步推广了投资法院制度。2018年3月，欧盟对外公布了《制定一个建立解决投资争端的投资法院国际公约的协商指令》，由此将建立双边投资法院向建立多边投资法院推进。目前，欧盟的改革已经取得了瞩目的成就。

第一，提升了裁决的一致性和可预见性。首先，对涉及实体问题的法律规定力求明确化。欧盟在相关协定中常常采用列举立法技术对一些问题极尽其详地细致表述，① 这种立法模式可以为法官提供相对明确的判案标准，有利于判决走向统一，也有利于当事人对争端解决结果的预见。其次，构建常设争端机构。投资法院设有初审法庭和上诉法庭，常设法庭和全职法官制度促进了投资法院前案判决对后案判决的引导，有利于建立先例制度，避免类似或相同案件自相矛盾的判决结果。

第二，通过全面改革提高公正性。首先，增设上诉程序在利于裁决一致的同时又极大提高了裁决结果的正确性。其次，欧盟对法官制度的构建是其改革投资争端解决机制的又一项重要创新，既有利于提升程序价值又能促进实体公正的实现。其一，提高法官的独立性和公正性。初审法庭和上诉法庭均设全职法官，受聘法官专职从事法庭业务，不得从事其他工作；② 法官薪酬不再与案件挂钩，聘用费为固定薪酬；③ 审理案件的法官随机分配，④ 而在仲裁程序中投资者对仲裁员的选择有较大的决定权。其二，对法官的专业素养要求高。除具备国际公法的专业知识以外，还要有用国际投资法、国际贸易法和国际投资条约或国际贸易协定

① 譬如，TTIP建议文本第2章第2节以列举方式详细描述了违反公平公正待遇的情形；TTIP建议文本的附件还列出了关于征收的详尽解释，并对间接征收的范围加以限定，“明确除非明显过分，一方为保护合理政策目标所采取的非歧视性措施不构成间接征收”。

② CETA第8.30条第1款。

③ TTIP建议文本第2章第3节第9.11条；EVFTA第8章第3节第12.13条。

④ TTIP建议文本第2章第3节第9.7条；EVFTA第8章第3节第9.7条等。

中国知网 https://www.cnki.net

解决争端所需的专门知识，特别要求上诉法庭的法官应具有本国最高司法机关法官资格或者应为公认有能力的法学家。其三，对法官的职业道德标准提出了更高要求。法官必须从具有毋庸置疑独立品格的人群中选拔；不得隶属于任何政府；不得就争端事项服从任何政府或组织的指令；不得处理有直接或间接利益冲突的争端；一旦接受任命，法官不得在未决或新的投资争端中担任律师；等等。①

第三，提高了程序的透明度。欧盟在投资争端解决程序中采用了联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）的《投资者与国家间基于条约仲裁透明度规则》，确保投资法院的审理过程公开、透明。欧盟对公开的内容甚至以列举的形式不厌其烦地详加叙述，比如协商请求、调解协议、对法庭组成人员提出异议的决定、合并审理的申请、专家报告、证据清单中涉及的物证等都属于公开的对象。

第四，投资法院管辖优先。投资者如果向东道国法院寻求司法救济后，又请求投资法院解决争端，那么该投资者必须放弃正在进行的其他程序。② 由此可见，投资法院不仅实现管辖权优先，而且也扩大了管辖权，管辖权规定更趋合理。

总体观之，欧盟投资法院制度可称为国际投资争端解决制度的典范。经由审慎设计的多边常设投资法院加上诉机构模式是全面平衡实现独立、问责、公正、透明度、一致性、仲裁员的独立性和公正性、效率等各项政策目标的比较理想的模式。③ 尽管令人瞩目的欧盟投资法院改革好评如潮，但是“金无足赤”。首先，它受到批评较多的是其制度的碎片化问题。随着拥有常设投资法庭条款的投资条约增多，投资法庭制度的碎片化也会日益凸显。④ 其次，投资法院制度未能完善地解决判决的执行问题。根据 TTIP 规定，当投资法院作出的裁决需要在成员国以外的第三国执行，因该第三国不是 TTIP 成员，所以它不受投资法院的裁决约束，裁决在第三国将难于被承认和执行。

---

① TTIP 建议文本第 2 章第 3 节第 11 条第 1 款、第 4 款；CETA 第 8. 30 条第 1 款等。

② CETA 第 8 章第 8. 22 条。

③ 王彦志：《国际投资争端解决机制改革的多元模式与中国选择》，《中南大学学报》（社会科学版）2019 年第 7 期，第 73~82 页。

④ 参见邓婷婷《中欧双边投资条约中的投资者—国家争端解决机制——以欧盟投资法庭制度为视角》，《政治与法律》2017 年第 4 期，第 99~111 页。

中国知网 https://www.cnki.net

（二）中非投资法院制度的构建

综上所述，笔者呼吁中国与非洲国家借鉴阿拉伯投资法院长期的实践经验和欧盟投资法院先进的制度，建立中非国际投资法院，即建立以投资法院之司法解决为核心的争端解决机制。中国与非洲国家应通过协商自愿缔结《关于中国和非洲国家投资保护的协定》，在协定中设立中非投资法院制度。本文对投资法院的制度构想如下。

1. 法院的性质

法院设立的宗旨是通过司法程序解决各缔约国和其他缔约国国民之间的投资争端，在性质上它是一个多边投资争端解决司法组织。法院具体制度统一规定，设立统一的中非投资争端解决的实体和程序规则，这样能够防止欧盟投资法院的制度碎片化缺陷发生。投资法院由中国和非洲国家共同建设，中国和愿意加入的非洲国家为投资法院的成员国，共同遵守法院的诉讼规则。投资法院司法审级与各成员国最高司法审级相同。

2. 法院的管辖权

投资法院管辖投资者—国家之间的投资争端，但对投资者之间因投资引起的争议不予管辖。如果当事人既向东道国（为投资法院成员国）国内法院起诉又决定选择向投资法院寻求司法救济，那么投资者必须放弃在东道国的诉讼，投资法院管辖优先。

3. 法院解决争端的程序

第一，中非投资法院引入调解制度，法院在案件受理后应当首先进行调解，调解不成功即进入审判。调解为审理的先行程序，是必经程序。法院设独立的调解庭，调解庭为非常设机构，调解员临时选任，但不得从法院的法官中选任。为了便于当事人选聘调解员，投资法院可以借鉴中国国际商事法庭组建一个国际投资专家委员会，当事人可从该委员会专家成员中选择调解员。调解成功的案件，调解结果和法院的裁判具有相同的法律效力。

第二，实行两审终审制，设初审法庭与上诉审法庭。其一，初审法庭、上诉审法庭皆为常设，初审法庭依法对首次提交的投资者—国家之间的投资争端案件以及上诉法庭发回的重审案件进行审理，并作出裁判；上诉审法庭负责审理当事人不服初审法庭审判提出上诉的案件，上诉庭审理的范围不包括案件事实。其二，两法庭的法官主要由成员国选任；

中国知网 https://www.cnki.net

少数法官向成员国之外地区招聘，初审庭和上诉庭分别招聘 3~5 人。每个案件的审判组织由 5 名或 7 名法官组成。来自当事人所在国的法官各 1 名；来自成员国外的法官 1 名，从已招聘的法官中随机选择；另外 2 名或 4 名法官从来自其他成员国的法官中随机选择。其三，诉讼程序的设置应当公开、透明，而且透明度不得低于 UNCITRAL 的《投资者与国家间基于条约仲裁透明度规则》及《投资者与国家间基于条约仲裁透明度公约》的要求。

第三，法官任职制度。除在成员国之外地区招聘法官，其他法官从所有成员国中选拔，每个成员国根据法官任职条件从本国选聘 2 名法官，一名加入初审庭，另一名加入上诉庭。欧盟投资法院对法官任命的资格条件、程序和法官的道德要求规定相当严格，对此中非投资法院应当借鉴。

第四，判决的执行。欧盟投资法院制度对执行问题未能很好地解决，这会在投资法院将来实施中留下隐患，削弱投资法院的影响力。对此中非投资法院应引以为戒，可以借鉴阿拉伯投资法院关于该问题的解决方法，投资法院作出的生效判决对成员国都有约束力，所有成员国的法院对投资法院作出的判决应当予以执行，不享有审查权。

4. 中非投资法院和成员国国内法院的衔接制度

为了解决这一问题，本文建议在中非投资法院之外专设一个司法协助庭。当投资争议案件在某一成员国国内进行诉讼时，需要另一成员国提供司法协助，而该两国之间没有相关的民商事司法协助条约，此时争端解决法院可以向中非投资法院提出申请，由投资法院将司法协助请求向另一成员国转交，另一成员国收到请求后经过审查，如果司法协助内容不违反国际法和本国公共利益，原则上应当执行。简而言之，司法协助庭依照规定在两个成员国之间架起桥梁，成为提供双方司法协助的中介。目前，在中非现有的法律背景下，设立司法协助庭对中非投资争端的有效解决意义深远。时至今日，中国仅仅和 4 个非洲国家签订了双边司法协助条约，中国和众多的非洲国家缺乏民商事司法协助条约是中非民商事争议难以通过诉讼有效解决的最大障碍。中非投资法院建立司法协助制度能够完美地弥补这一缺陷，为中非民商事司法协助的全面展开提供更便捷的渠道。

对我国在非投资企业而言，中非投资法院司法协助庭的设立对其影响更是意义非凡——我国企业选择由中国国际商事法庭解决中非投资争

中国知网　https://www.cnki.net

端成为可能。最高人民法院于2018年7月1日分别在深圳和西安组建了最高人民法院第一国际商事法庭和第二国际商事法庭。国际商事法庭的设立为我国投资者解决海外投资争端增加了一条比较优越的备选之径。然而，目前商事法庭对中非投资争端的解决几乎难以有所作为。因为我国投资者如果选择将争端诉诸国际商事法庭，即使最终赢得诉讼，判决结果在东道国也基本无法得到承认和执行。显然，如果建立了中非投资法院，我国企业可以回避在非洲东道国进行诉讼而选择向中国国际商事法庭起诉。通过司法协助庭，商事法庭作出的判决在非洲东道国执行难的问题就会荡然无存。

结　语

从中非投资特点看，以中非投资法院解决争端为核心的机制是最佳途径，优势突出。其一，签订《关于中国和非洲国家投资保护的协定》，一个多边投资条约代替中国和众多非洲国家分别制定的双边投资条约，显然协商制定条约的时间将缩短几十倍。其二，中非投资法院制度比欧盟投资法院制度更易于实现。一方面，中非投资法院是一个统一的多边司法机构，适用统一的法律规则；而欧盟投资法院包括多个法院，既有双边法院又有多边法院。另一方面，中国与非洲国家都是发展中国家，发展背景相似，差别不太大，易于达成共识；而欧盟投资法院的成员国发展状况、历史背景参差不齐。由是观之，基于现实的考量，构建以中非投资法院制度为核心的争端解决机制才是中国与非洲国家的睿智之选。

【责任编辑】李雪冬

中国知网 https://www.cnki.net

industry and commerce industries, enhance China-Africa's sustainable development potential, and enhance China-Africa's ability to achieve leapfrog development.

Keywords: Chinese Path to Modernization; Community with a Shared Future for China-Africa's Development; China-Africa Cooperation

On the Settlement Mechanism of Chinese Enterprises' Investment Disputes in Africa

Li Zuhua, *Duan Zhizhuang* / 209

Abstract: With the rapid development of China's economy, foreign investment has also moved to the world rapidly, the amount of foreign investment of China has leapt to the forefront of the world at present. Since the beginning of this century, African countries have increasingly shown great market potential. They are regarded as a hot spot for investment by investors and have become one of the key areas for Chinese enterprises to invest abroad. However, there are unfavorable factors such as political turmoil, frequent terrorist activities and changeable laws in Africa, which bring many political and legal risks to Chinese enterprises' investment in the region, and investment disputes have sprung up. How to resolve disputes effectively and maximize the protection of the interests of Chinese investors is a difficult problem that China needs to face for a long time. There are three ways to solve investment disputes: political means, arbitration and domestic litigation. However, according to the practice of investment dispute settlement, it can be seen that the above dispute relief measures have various disadvantages. Based on the analysis of the advantages and limitations of three ways of investment dispute settlement, this paper puts forward a new path of Sino-African investment dispute settlement mechanism-establishing a dispute settlement mechanism with the judicial settlement of China-Africa investment court as the core.

Keywords: Sino-African Investment Disputes; Political Approach; International Arbitration; China-Africa Investment Court

中国知网 https://www.cnki.net