

企业海外投资的非政府性障碍及中国的对策研究

张晓君 孙南翔

(西南政法大学 重庆 401120)

摘 要: 除来自东道国政府的各种政治、法律和经济障碍之外,近年来中资企业在海外投资过程中也遭遇过大量非政府性障碍,其中,环境责任、劳工标准、文化保护、当地“经济贡献”和正当行政程序为其主要表现形式。东道国投资环境宽松、我国海外投资管理模式落后、中资企业逐利本性是产生非政府性障碍的主要原因。投资母国防范海外投资非政府性障碍风险的关键在于系统和灵活运用国际与国内两套规则,注重法律保护,我国在新签订或修订的双边或多边投资协定中应增加投资标准条款,督促东道国政府承担保护的责任,并通过构建企业海外信息披露制度,促使投资母国与当地民众、非政府组织实行“共管制”,此外,还要激励中资企业自觉遵守社会责任,进而在东道国树立起负责任的中资企业形象。

关键词: 非政府性障碍; 中资企业; 海外投资; 风险防范

中图分类号: DF96 文献标志码: A DOI: 10.3969/j.issn.1001-2397.2016.01.13

引言

2014 年 11 月,迫于国内压力,墨西哥总统培尼亚·涅托宣布取消由中国铁建公司牵头中标的墨西哥城至克雷塔罗的高速铁路项目(以下简称墨西哥高铁项目)。在该项目被取消前,墨西哥通讯与交通部部长埃斯帕扎公开强调该招标程序符合法律要求。墨西哥高铁项目事件在我国国内引起轩然大波,然而该情形并非个例。2011 年 9 月,根据

当地民众的意愿,缅甸政府表示在本届政府任内搁置兴建伊洛瓦底江密松水电站项目(以下简称密松水电站项目)。根据中缅政府签署的《关于合作开辟缅甸水电资本的框架协议》,密松水电站由中国电力投资集团以 BOT 模式投资建立。自从密松水电站开工建设以来,当地民众、非政府组织的抗议活动持续不断,迫于压力,缅甸政府紧急叫停密松水电站建设。除此之外,还有多起事件发生,如柬埔寨暂停中国公司承建的西南部地区水坝工程,缅甸北部蒙育瓦镇当地人抗议中缅合资的莱比塘铜矿,厄瓜多尔当地民众抗议中资矿业公司的商业行为,以上事件的发生与发酵已然构成中资企业新型的海外投资障碍。

上述类型的海外投资障碍可被归为“非政府性障碍”。“非政府性障碍”是指除当地法律政策规定

收稿日期: 2015 - 09 - 10

作者简介: 张晓君(1969),男,云南永德人,西南政法大学国际法学院教授,博士生导师,法学博士;孙南翔(1987),男,福建漳州人,西南政法大学国际法学院博士生。

与政府管制外的其他投资障碍,主要是由于超越法律之上的原因,东道国公民或非政府组织排斥、反对外国企业投资与运营的现象^①。例如,中国电力投资集团受到缅甸政府的欢迎和邀请而投资密松水电站项目,然而,当地民众和非政府组织对投资企业、东道国投资事项等产生强烈的不安心理,进而通过抗议等方式迫使缅甸政府主动违约,以尊重国内的“民意”。与传统的贸易保护主义、民族企业利益诉求、国家安全等东道国政府对投资者施加的投资障碍不同,近期中资企业在发展中国家投资的障碍主要源于企业与当地民众及非政府组织之间的紧张和矛盾关系,这是典型的非政府因素^②。鉴于此,下文拟以近期中资企业海外投资遭遇的非政府性障碍分析为出发点,探寻中资企业遭受非政府性障碍的主要成因,批判性地借鉴投资母国防范企业非政府性障碍风险的国际经验,最终提出保障海外投资者合法利益的应对之策。

一、中资企业海外投资非政府性障碍的表现形式

海外投资对我国经济发展具有重要的支撑作用,自进入21世纪以来,中资企业积极主动地开展对外投资活动。2014年,我国对外直接投资额就高达1160亿美元^[1],其中,绝大多数流向发展中国家。然而,在海外投资蓬勃发展的同时,中资企业遭遇当地民众抗议的情形不时发生。根据当前的客观实践,造成非政府性投资障碍的表现形式主要有以下五种:

(一) 环境问题引发的非政府性障碍

环境保护的中心价值要求尽可能地减少使用自然资源,特别是不可再生资源^[2]。自然资源开发具有高收益、环境敏感和经济利益冲突等特点,甚至在一些非洲国家,自然资源还曾引发国内战争或武装冲突^[3]。自2010年7月起,我国已经取代美国成为全球最大的能源消耗国^[4]。相应地,我国对原材料需求旺盛,众多中资企业在世界范围内以获取资源为目的寻找合适的厂址,其所获资源多数直接服务于我国经济发展。我国投资者在发展中国家遭遇的抗议也集中反映在能源投资领域。具言之,遭抗议的投资领域主要分布在水利工程、采

矿业、制造业和基础工程建设等行业。部分东道国民众认定中资企业开采资源的行为是为了转嫁污染和治理成本,并对当地的生态环境构成威胁。环境保护威胁是引发中资企业非政府性障碍的主要形式。

(二) 劳工关系引发的非政府性障碍

由于我国劳工制度与其他发展中国家的劳工制度存在差异,中资企业在海外投资中不擅长应对和解决海外投资中的劳工问题^[5]。因此,劳工关系在一定程度上加剧了中资企业与东道国当地民众之间的矛盾。少数中资企业与当地劳动者之间的劳动争议时有发生,稍有差池,极易导致群体性行为,如罢工、游行等。国外的工会组织大多能够影响企业的日常经营活动,甚至在劳动者罢工、抗议活动中发挥着举足轻重的作用,然而,多数中资企业未能搭建起与当地工会等组织有效沟通的平台。同时,国外的非政府组织经常在各大抗议事件中扮演主要角色,而中资企业也鲜少与相关的非政府组织沟通。在实践中,简单的劳工纠纷时常演变为具有巨大影响的抗议事件。

(三) 文化冲突引发的非政府性障碍

文化差异向来被视为投资领域法律外障碍的重要因素。由于语言障碍,我国海外投资者鲜少能全面了解东道国的文化传统。以缅甸水电站项目为例,克钦人将密松视为文明发祥地,“二水环山”的密松河曲形象在当地民众内心具有崇高的地位。当地民众反对密松水电站开工建设的理由包括项

① 其他概念包括“非法律政策障碍”、“超越法律的障碍”、“法律外的障碍”(extra-legal barriers)等。“非政府性障碍”并非“法律之外的障碍”,其不包括由东道国政府施加的非法律障碍,例如东道国政府实施的隐性环保标准、投资认证标准等。(参见:卢进勇、李锋、温丽琴.中资企业对外投资遭遇的非政策法律障碍分析[J].国际贸易,2012(9):11-12;周林彬,何朝丹.试论“超越法律”的企业社会责任[J].现代法学,2008(2):37;Jeffrey N. Lavine. Foreign Investment in Japan: Understanding the Japanese System and Its Legal and Cultural Barriers to Entry[J]. Boston University International Law Journal, 1991(9): 161-165.)

② 在对发达国家的投资中,中资企业面临的障碍主要是企业的身份认同。发达国家政府部门经常对我国国有企业、国有企业的身份问题百般纠缠,实为贸易保护,主要体现为东道国政府与企业的矛盾;在发展中国家,当地民众对我国投资企业的信任感缺失,主要表现为当地民众与中资企业之间的矛盾关系。

目建设将摧毁克钦本地文化、改变缅甸民众与河流相伴而生的传统文化^[6]。文化与民众日常生活休戚相关,在宗教国家中,相当一部分人还将宗教文化视为毕生的信仰。在海外投资过程中,中资企业由于缺乏对当地传统文化的关注和重视,不仅导致当地民众的内心反感,更直接引发民众对企业的抗议行动。

(四) 当地“经济贡献”引发的非政府性障碍

由于投资活动的跨国性以及设立企业的形式各异,当地民众对他国投资者的认同感普遍较低。若投资企业未能有力地推动地方经济发展,促进当地居民的就业,在贸易保护主义思想的鼓动下,民众经常会认为外国投资者抢夺本国资源,外国人抢占本国人的工作岗位。我国对发展中国家的投资多是从事能源开发和基础建设工程承包等项目,主要输出资本和技术,属于资源密集型和资本密集型产业。由于产业特性,当地民众的从业人员覆盖面较窄。同时,在海外投资中,中资企业多组成国内项目团,由多家国内企业共同控股,而较少与当地企业进行联合^[7]。例如,在墨西哥高铁投标中,中铁建公司牵头数家中资企业远赴墨西哥建设高铁。当地“经济贡献”不足易引发民众滋生对企业的负面情绪。

(五) 正当行政程序引发的非政府性障碍

借由经济全球化风潮,西方国家的“正当程序”概念和宪政文化观念传播至世界各地。在此背景下,发展中国家民众的“公民意识”不断觉醒。行政法层面的正当程序原则导出避免偏私、行政参与和行政公开三项基本内容^[8]。当前,多数发展中国家处于逐步政治转型阶段,由于缺乏西方文化的长期熏陶和完善的制度基础,在西方观念的冲击下,民众容易产生对东道国政府的信任危机,进而将负面情绪转嫁至与当地政府关系密切的海外投资企业。该情形主要表现为:在缺乏公众参与、透明度等机制的背景下,当地民众不信任政府的环境评估报告、调查报告、监管报告等。若未能及时处理并化解危机,投资企业与公众的矛盾随时可能被激化。在墨西哥高铁项目中,虽然根据法律规定,中资企业作为唯一投标方符合法定程序,然而当地民众仍对程序的正当性和合法性进行质疑,最终导致该项目被取消,无疑反映了当地民众对本国正当行政程序的疑虑^①。

二、中资企业海外投资非政府性障碍的成因

近期中资企业所遭遇的投资困境主要表现为超越法律的非政府性障碍,虽然中资企业的投资事项符合东道国政府的实体性和程序性法律规定,然而,我国海外投资企业时常忽略与东道国当地民众的交流和沟通,忽视当地民族文化以及民意诉求。毋庸置疑,非政府性障碍的成因是多层面的,包括外部政治势力的介入和国内政治集团的对抗。然而,在错综复杂的政治冲突外,东道国的投资环境、投资母国的监管模式以及投资者的自利驱动也是非政府性障碍存在的原因,并成了东道国国内外政治势力阻碍中资企业投资的“正当”借口。

(一) 东道国政府宽松的投资环境

我国对外投资主要流向地为拉丁美洲、非洲和东南亚等地区的发展中国家,甚至为最不发达国家,其经济水平相对落后,且面临着维护民族独立、发展经济的艰巨任务^[9]。由于面临多重压力,环境保护往往不是当地政府的首要任务,即使存在环境保护相关立法,也在执行和监管力度方面与发达国家存在显著差距^[10]。因此,东道国投资环境趋于宽松,具体体现为环境标准较低、薪资水平不高、政府疏于监管等方面。在特定情况下,东道国政府还倾向于降低本国环境、劳工等标准以吸引外商投资^[11]。另一方面,东道国政府的行政权力却往往较大,政府能够对国内经济、行政事项进行直接干预,外商投资审批很少有公开听证、公众参与等正当行政程序要求。

为吸引外资,东道国规定的环境保护、劳工标准相对宽松,甚至还向外国投资者提供“超国民待遇”,如企业税收减免等。然而,在国内民众抗议事

① 值得注意的是,随着对民族利益的关注,有些国家甚至提倡“资源国家主义”(resource nationalism),倾向于全面排斥与拒绝外资企业参与本国资源的开发活动。(参见:A. F. M. Maniruzzaman. The Issue of Resource Nationalism: Risk Engineering and Dispute Management in the Oil and Gas Industry[J]. Texas Journal of Oil, Gas and Energy Law 2009(5): 80-86.)

件发生后,东道国政府却不能有效履约,甚至不能承担保护外国投资者和投资财产安全的国家责任。东道国政府的投资优惠与事后违约相辅相成,是非政府性障碍产生的直接动因。

(二) 投资母国管制责任的缺位

投资母国对海外投资企业享有一定的管辖权^①。与管辖权相对应,投资母国对本国企业的域外行为负有国际法层面的母国管制责任。联合国贸易与发展委员会曾专门建议在双边投资条约中增加投资母国义务的规定。

作为对外投资的新兴大国,在现有法律体系下,我国尚未承担起应有的母国监管责任。例如,虽然我国将企业社会责任写入新修订的《公司法》,然而其无法规制对外投资的企业^②。截至目前,我国并没有一部系统的对外投资法,也没有完整的对外投资法律制度。监管海外投资企业的规定散见于零星的规范性文件和政策性文件中。以国务院国有资产监督管理委员会(以下简称国资委)的指导意见为例,2008年1月,国资委发布了《关于中央企业履行社会责任的指导意见》,该意见指出我国中央企业负有如下责任:坚持守法经营诚实守信;不断提高持续盈利能力;切实提高产品质量和服务水平;加强资源节约和环境保护;推进自主创新和技术进步;保障生产安全;维持职工合法权益;参与社会公益事业^[12]。国资委意见对中央企业对外投资也有指导意义^[13],然而,该指导意见并没有法律效力,性质为倡导式的企业自愿宣言。

显然,我国并未承担起对投资企业域外行为的监管责任,在东道国政府投资环境宽松的前提下,若投资母国不能对企业实施严格的要求,以利润最大化为目标的企业往往为降低运营成本,损害当地劳工关系、破坏生态环境,进而引发当地民众与中资企业的冲突。

(三) 海外投资企业社会责任的缺失

晚近以来,随着跨国公司数量的增加,企业社会责任问题愈发受到关注。通过将企业视为“公民”,作为“拟制人”的企业应承担服务社会的功能^③。然而在实践中,企业经营者对经济责任、法律责任的认同仍高于伦理责任和慈善责任^[8]。

我国海外投资企业也未能全面参与到当地社

会的发展进程中。大体而言,中资企业能够自觉以东道国的法制水平规范投资行为,但是,与当地企业相比,外商投资企业的社会责任感偏低,更何况中资企业习惯于“单打独斗”,甚至不了解东道国的风俗与习惯。由于文化差异、语言障碍和行业的特殊性,中资企业及其中国籍员工与东道国当地民众接触较少^[15]。例如,在非洲国家,当地居民指出,相比于西方国家企业的行为,企业社会责任并不是中国投资企业商业计划的内容之一;同时,中资企业鲜少参与社区事务或者当地社会活动,更没有公开或讨论环境保护和人权措施^[16]。

广义的企业社会责任包含企业透明度的要求^[17]。透明度原则的内涵要求利益攸关方能够获得与其利益相关的重要程序、计划和行为的信息,而不仅限于程序或计划的制定者和执行者。目前,国际人权保护组织积极推动跨国企业透明度建设^[18]。在我国对外投资中,企业的透明度问题比较突出^[19]。由于信息不对称,当地民众可能产生对中资企业环保标准、劳工标准的疑虑,进而迫使投资项目下马^④。当然,透明度要求不仅体现在企业运

① 从国际实践来看,普遍接受的国家管辖权原则有地域原则、国籍原则、保护原则。即使确定了管辖权,针对法人国籍的认识,不同国家或组织也采取不同的认定标准,有设立地规则、住所地规则、准据法规则、资本控制规则和复合标准规则等。总体而言,投资母国对海外投资企业具有合法的管辖权。

② 我国《公司法》第5条明确规定“公司从事经营活动,必须遵守法律、行政法规,遵守社会公德、商业道德,诚实守信,接受政府和社会公众的监督,承担社会责任。”《公司法》第2条规定本法所规制的对象仅为“依照本法在中国境内设立的有限责任公司和股份有限公司”,同时,我国《公司法》主要规制企业的域内行为。

③ 企业社会责任理论的意涵在于企业追求利润之外,对其经营相关或受其经营影响的个人和集体所承担的超越法律的、道义的和公益的责任。(参见:Krista Bondy, Dirk Matten & Jeremy Moon, Multinational Corporation Codes of Conduct: Governance Tools for Corporate Social Responsibility [J]. Corporate Governance, 2008 (16): 295; Jennifer Oetzel, Kathleen A. Getz & Stephen Ladek, The Role of Multinational Enterprises in Responding to Violent Conflict: A Conceptual Model and Framework for Research [J]. American Business Law Journal, 2007, 44: 335; 卢代富. 国外企业社会责任界说述评 [J]. 现代法学, 2001(3): 143; 蒋建湘. 企业社会责任的法律化 [J]. 中国法学, 2010(5): 124.)

④ 如2011年在肯尼亚,当地民众由于不能与中资企业顺畅沟通,最终只能采取抗议的方式。(参见:Kirk Herbertson, Leading While Catching Up: Emerging Standards for China's Overseas Investments [J]. Sustainable Development Law & Policy, 2011(11): 22.)

营过程中,在企业先期筹备阶段,对环境影响的分析、预测、评估和结果公布过程也均应体现透明度。

近期中资企业海外投资屡遭当地民众和非政府组织的抗议,归根结底,成因主要体现在企业与当地民众的关系上。具而言之,由于中资企业的行为违背了当地民众的预期,企业与非政府组织、当地民众本为“荣辱与共”的关系才逐步恶化。

三、投资母国消除海外企业非政府性障碍风险的国际经验

中资企业面临的非政府性障碍或可直接归因于东道国政府的违约行为,然而,单独依靠东道国行政和司法救济无法消除中资企业面临的非政府性障碍的风险,更无法确保未来的中资企业不再面临相似的尴尬处境。从本质而言,处理中资企业海外投资的非政府性障碍不能仅依靠东道国政府,也应该从投资母国的角度考察防范和化解中资企业非政府性障碍风险的方式。

(一) 投资协定约束东道国管制责任

作为调整跨国投资行为的专门协议,双边投资协定(Bilateral Investment Treaty,以下简称BIT)或国际投资协定(International Investment Agreement,以下简称IIA)的关注点已从外商投资保护转向消除政府性投资障碍,发展至今,第三代投资协定则更强调国家管理社会或环境为目的约束企业行为的权利^①。申言之,第三代IIAs或BITs旨在实现投资者和当地民众的利益平衡,明确东道国政府的保护和管制责任,在投资决策中将当地民众的利益诉求纳入考量范围。具体有两种方式督促东道国政府履行对本国国民的责任:一是在不构成投资障碍的情形下,明文规定东道国政府对环境措施的规制权,例如,《北美自由贸易区协定》第1106条允许政府采取保护环境所必需的行为^②;其二为规定“标准不得降低”条款(“non-lowering of standards” clause),以避免东道国肆意降低环境措施或劳工标准以吸引外资^③。

在双边投资协定中,2012年《美国双边投资范本》第8.3(c)条和第12条分别规定了政府对环境的管制权和“标准不得降低”条款,第13条规定了劳工标准问题^[20]。将东道国政府的管制责任纳入

IIAs或BITs,平衡了投资者权利、国家管制权和当地民众的利益诉求,有利于形成三方互利共赢的局面。更为重要的是,将东道国管制责任纳入双边或多边协定能够产生管理和执行的法定依据,并督促缔约方善意履行承诺,能够有效实现投资者和当地民众间的和谐关系^[21]。

(二) 投资母国对海外投资企业的管理机制

1. 时兴的“共同管制”模式

投资母国对海外企业的管制主要存在三种模式:“国家管理”模式、“自愿规则”模式和“共同管制”(co-regulation)模式^④。投资母国管理海外企业极易损及东道国政府的主权,而放任自由的“自愿规则”模式则容易导致海外企业的社会责任危机。在全球治理的语境下,“共同管制”模式开始时兴,其含义是通过两个以上的利益相关者参与企业制定和执行社会责任标准的过程。通过利益攸关者与企业签订协定确保企业履行社会责任,与此同时,利益攸关者对海外企业进行监督。海外企业的利益攸关者包括投资母国政府、非政府组织和多边

① 参见: Federico Ortino, The Social Dimension of International Investment Agreements: Draft a New BIT/MIT Model? [J]. International Law FORUM du droit international 2005(7):243; Mary E. Footer, BITs and Pieces: Social and Environmental Protection in the Regulation of Foreign Investment [J]. Michigan State Journal of International Law 2009(18):38-43.

② 根据《北美自由贸易区协定》第1106条第6款之规定,在遵守关于此类措施的实施不以恣意的、不公正的和不构成对国际贸易和投资的变相限制的情形下,第1(b)、(c)款和第3(a)、(b)款不应理解为阻止成员方采用或维持以下措施,包括环境措施:(a)为保证与本协定不相抵触的法律或法规得到遵守所必需的;(b)为保护人类、动植物生命或健康必需的;(c)为保护生命的或非生命的可耗竭自然资源所必需的。

③ 如《北美自由贸易区协定》第1114条第2款规定“成员方认为通过降低国内健康、安全或环境措施而鼓励投资的行为是不恰当的。因此,成员方不应免除或毁损上述措施,或提议免除或毁损,以鼓励投资者在其领域内设立、收购、扩张或保留投资。”

④ “国家管理”模式盛行于20世纪70年代,投资母国采用本国规定管理跨国公司的行为。在这个时期,全球范围内出现了制定国际法和建立世界经济新秩序来管制跨国公司行为的呼吁。其后,对跨国企业的管制从以政府主导转为“自愿规则”模式。在联合国放弃《跨国企业行为准则》的磋商和谈判之后,1999年时任联合国秘书长安南提议制定并在全球范围内实施具有自愿色彩的《全球契约》,通过企业自律与自愿的行动承担企业社会责任,《全球契约》即是“自愿规则”模式的典范。当前,西方国家对海外投资社会责任的规制多为“共同管制”模式。

国际组织^[22]。

“共同管制”模式的创新之处在:其一,引入利益相关者参与企业社会责任标准的制定和执行过程;其二,通过签订协议等形式保证企业履行职责,从而将企业的自愿行动转化为受监督的有拘束力的合同事项^①。在实践中,通过国内政府部门或非政府组织与海外投资企业签署协议,超越法律的社会责任和道德责任将转化为合同义务,进而形成多方治理的“共同管制”局面。

2. 拓张的管辖权

传统上,东道国政府单方排他地监督和管理外商投资企业在该国的活动,但晚近以来,由于经济活动趋于交织化,基于“效果原则”(effects doctrine)的管辖权理论得到了以美国为代表的西方国家的承认和重视。其主要观点在于赋予投资母国对投资特定事项的管辖权,进而克服地域管辖权的局限。

美国《对外援助法》、《海外反腐败法》等立法专门对投资企业域外行为的监管和惩罚进行了规定。以《海外反腐败法》为例,美国多次对海外企业的腐败行为开展调查,并认定海外企业的域外活动违反本国域内法,进而给予惩罚,其中,绝大多数案件都涉及发展中国家的直接投资。加拿大等发达国家也都出台了相似的法律规定,通过对特定事项的域外管辖,投资母国能够有效消除严重违反国际道义的投资行为。

3. 广泛的国际知情权

增加海外投资企业透明度建设是帮助企业获得当地民众信任的有效方式。国际知情权(the international right to know)制度在推进美国跨国企业承担社会责任方面具有显著功效。根据国际知情权制度的要求,总部位于美国的公司或在美国金融市场筹集资本的公司及子公司、主要的承销商应披露在国外运营的信息,包括环境信息、人权和劳工权益相关的信息^[23]。与美国《紧急事故应急计划和社区知情权法案》中有害物质排放清单的信息披露相似,美国中心数据库存储跨国企业的数据,并要求企业提交电子数据,以降低透明度的公开成本。在美国,企业数据发布在国务院支持并维护的网站中。

诚然,国际知情权制度的成功或失败并不依靠诉讼行为,而凭借公众对网站上公布的信息的反应。除美国国务院支持的网站公布企业海外投资信息外,美国存在众多非政府组织对企业施压,从而推动企业社会责任进程^[24]。因此,愈来愈多的美国企业通过广告、年度报告和新闻发布会,发布域外经营活动的相关信息。除美国外,在法国、英国和挪威等其他发达国家,企业均有向股东和社会公众披露企业社会和环境表现的义务^[25]。

(三) 海外投资企业的“公民”身份认知及行为规范

投资母国应该激励具有“公民”身份的企业主动承担起道义责任和公益责任。欧盟委员会认为:当前,越来越多的企业认识到通过实施市场导向的负责任的“公民”行为,而不是追求短期利润最大化,才能实现企业的持续发展和股价持续攀升的目标^[26]。

为协同投资利润和社会责任,部分跨国企业建立起自愿性行为准则来确定劳工、人权和环境标准。第一个全球性的企业行为准则为“苏利文原则”,其要求签约的公司遵守非歧视性的工作条件并增加“受压制的种族群体”的机会原则^[27]。如今,“苏利文原则”关注的重点转移至员工自由结社权、适当的健康和环境标准、可持续发展等领域^[28]。投资母国的主要作用在于建立起良善的外部条件以激励企业履行社会责任。例如,《挪威双边投资范本(草案)》曾规定:缔约方同意鼓励投资者的投资行为符合经济合作与发展组织的《跨国企业指南》并积极参与联合国《全球契约》^[29]。

国外的企业间组织和跨行业的合作组织也是推动企业提高责任标准的外部力量。例如,在商业协会的协调下,特定行业能够产生统一的专有规则、标准和管理方式。行业间或跨行业统一的标准

① 对“共同管制”的模式并没有统一见解,劳拉将企业社会责任机制分为自我管制、行业合作和共同管制,其中共同管制是指企业除外的相关人参与到制定和执行企业社会责任标准中,而不问标准的拘束力,在此广义的定义下,企业参与全球契约也构成“共同管制”的模式。(参见:Laura Albareda, Corporate Responsibility, Governance and Accountability: From Self-Regulation to Co-Regulation [J]. Corporate Governance, 2008(8): 435.)

抑制了企业间的无序竞争,国内团体的管制也能协助企业建立最佳商业模式^[30]。除外,商业协会也时常充当企业集体行动的代表,在与政府或国际组织的沟通和协商中捍卫企业方权益。对那些可能遭受社会和环境问题抗议的企业而言,搭建与当地企业、非政府组织合作的平台能构建起与当地企业和民众间的利益攸关体形象,切实有效化解企业的生存危机。

四、防范中资企业海外投资非政府性障碍风险的法律策略

2013年7月至8月,云南大学缅甸研究中心组织开展了针对中国赴缅投资与援助的调查问卷,其中76.7%的受访者仍认为密松水电站不能重启^[30]。由此可见,非政府性障碍对中资企业海外投资的影响非常深远,若单纯依靠企业的自律,显然无法及时有效地破解和避免中资企业在发展中国家遭遇的困境。在“一带一路”政策推动下,在中国牵头的亚洲基础设施投资银行未来的开发项目中,我国政府应有效防范和化解中资企业海外投资的非政府性障碍风险,实现我国海外投资又好又快发展的目标。

“统筹考虑和综合运用国际国内两类规则”是我国政府帮助中资企业克服东道国非政府性障碍的因循路径。在国际规则层面,我国应充分运用投资协定督促政府承担保护和管制责任,实现协定促进和保护投资的功能与效用;在国内规则层面,我国应制定投资母国对海外企业的监管责任规定,实现“国内法治”和“国际法治”的良性互动,进而提升中资企业的国际形象。

(一) 投资协定中添加“政府管理标准”条款

截至目前,我国已与100多个国家签订双边投资协定。以近期与尼日利亚、古巴等国签订或修订的IIAs和BITs为例,并未涉及投资东道国环境保护的专门条款;在我国与东盟各国签订的《中国与东盟全面经济合作框架协议投资协议》中,也并无相关规定^①。

由于未将环境、劳工标准纳入协定中,投资东道国政府可能迫于经济压力,选择降低劳工标准和牺牲国内环境,并放弃正当行政程序的理念,以吸

引外国直接投资。一味降低投资标准,可能在短时间内吸引外资,却容易引发并加深投资企业与当地民众的矛盾,最终使民众对投资企业的合规运营活动产生反感,不利于企业在当地的长期投资,甚至还会影响投资国在东道国公众中的形象。

由此,在近期签订或修订的BITs或IIAs中,宜适时添加“政府管理标准不降低”条款,并在承诺不降低环境标准、劳工标准之外,加入管理外资的正当行政程序的规定,以保障东道国以公平合理的投资条件和程序吸引外资,避免“社会倾销”,通过执行合理的标准和程序,减少当地民众对中资企业违规的疑虑,从而有效维护和谐的投资关系。

(二) 建立完善的海外投资法律体系

我国对海外投资社会责任承担的规定散见在《境外投资管理办法》、《上市公司治理准则》、《对外承包工程管理条例》中。然而,现有对外投资管理框架的缺陷在于:第一,规范级别较低,如国资委和证监会的文件只是规范性文件;第二,可操作性不强,如《对外承包工程管理条例》仅仅规定对外承包工程应“尊重当地的风俗习惯,注重生态环境保护,促进当地经济社会发展”;第三,适用范围有限,上述规定仅对上市公司、中央企业和对外承包工程具有指导意义;第四,自愿性的标准居多,国资委规定本质上为指导意见。

我国对外投资社会责任监管采取以“自愿规则”为主的模式,但在海外投资中,作为负责任的国家,我国应承担起对海外投资企业的母国监管责任。具体而言,在立法中,我国应明文规定所有海外投资企业应遵守当地的风俗习惯,并强制性地要求企业遵守国际上最低限度的劳工和环境标准,激励中资企业使用“苏利文原则”、“全球商业标准范本”等自治性国际性文件,避免当地民众对中资企

① 参见《中华人民共和国政府和尼日利亚联邦共和国政府相互促进和保护投资协定》、《中华人民共和国政府和古巴共和国政府关于促进和相互保护投资协定的修订》。笔者也发现我国与日本、韩国于2012年签署的多边投资协定已有环境标准不得降低的规定,但是,在与绝大多数发展中国家签署的投资协定中并无此规定。(参见:Japan's Ministry of Economy, Trade and Industry. Signing of the Japan - China - Korea Trilateral Investment Agreement [EB/OL]. [2014-11-25]. http://www.meti.go.jp/english/press/2012/0513_01.html.)

业劳工标准和环境标准的质疑,在国际市场上树立起负责任的中资企业形象。同时,我国涉外立法可以参考基于效果原则的行政和司法管辖权,对企业域外腐败行为进行有效的监督和管理,从而树立起负责任的大国形象。

(三) 强化企业海外信息披露机制

透明度是消除中资企业非政府性障碍的关键环节。美国学者韦伯斯特研究发现,中资企业在非洲等地的投资对当地基础设施、医疗、教育和食物供给等领域做出了极大的贡献^[30]。然而,我国仅对上市公司披露企业社会责任或环境责任作出具体的要求^①,同时,透明度建设进程也较为缓慢。这也导致了国际透明组织(Transparency International)对中资企业评价不高。

提高中资企业社会责任意识的主要力量应是由政府保障利益攸关者和公众的国际知情权,其核心在于建设和运营公众参与性的透明度工程。良善的市场机制应建立在信息对称的基础之上,我国商务部可参照美国政府的做法,以政府投资的方式建设并运营中资企业透明度网站,鼓励企业在该透明度网站上及时发布履行社会责任的报告,相关的行业组织或商务部门可以定期发布行业透明度报告或中资企业透明度报告。我国政府部门应对企业信息披露的完整性、真实性、准确性和及时性进行监督。除此之外,中资企业还应加强在东道国国内的透明度建设,特别是用东道国官方语言宣传企业对当地经济的贡献和对公益事业的参与程度,在本地营造公开透明、正直友善的企业“公民”形象。

(四) 提高企业本土合作的溢出效应

实现企业合作的溢出效应包括两种路径:其一是提升行业协会的自治功能;其二是与东道国企业和民众建立起“利益共同体”的关系。国外存在众多的非政府组织监督企业的行为,基于我国的国情,短期内培育非政府组织对中资企业提供服务并进行监督的想法不切实际。我国应着眼于发挥行业协会的功能,行业协会对企业社会责任的作用主要表现在制定行业的社会责任标准,通过“共同管制”模式参与并监督中资企业的社会责任建设,进而维护企业的合法权益。

针对企业面临的文化冲突和当地“经济贡献”

不足的难题,除向当地民众公开信息外,我国政府应该激励中资企业构建与当地企业、民众、非政府组织间“休戚与共”的利益共同体。针对潜在的非政府性障碍风险,中资企业可以展开与当地企业进行合资、合营等合作方式。在技术密集型行业中,中资企业宜积极融入本地产业链,构建完整的上下游关联企业链条。与当地企业的合作不仅能够发挥本地优势和智力资源,也提供了与东道国公众直接交流和沟通的平台,能够有效化解信息不畅而导致的误解,也履行了企业在东道国的“经济贡献”等社会责任,进而将企业风险降至最低,产生企业合作的正外部性。

(五) 发挥司法机制的事后救济功能

在消除非政府性障碍方面,根据税收对价的理论,东道国政府应承担第一性的责任。非政府性障碍在本质上是超越法律的投资障碍。出于道义责任,企业应自觉维护良好和谐的投资关系,然而,中资企业面临的非政府性障碍还可能包括国际政治势力的介入和东道国国内反动派的利益主张,该障碍实难通过投资母国监管有效根除。此类型的非政府性障碍本质上为不合法的投资障碍,扰乱了公平正义的投资环境。面对不公正的政治诉求,中资企业应积极利用事后救济的有效途径,统筹运用东道国国内救济措施和国际规则维护自身合法权益。

针对东道国国内救济措施,中资企业应坚定立场,以东道国投资者的身份要求东道国政府机构承担保护责任,并履行约定。在未能按约履行并承担保护责任的情况下,中资企业应主动要求东道国政府承担违约责任。在国际规则层面,在本地救济途径未能解决争议时,我国可通过 BITs 或 IIAs 提请 ICSID 投资仲裁,也可根据合同主张临时仲裁或者第三方仲裁等。去政治化的国际司法机制是消除非政府性障碍的强有力后盾。^[ML]

参考文献:

① 参见:2006年施行的《深圳证券交易所上市公司社会责任指引》和2008年施行的《上海证券交易所上市公司环境信息披露指引》。

- [1] 商务部. 2014 年中国对外投资和经济合作情况 [EB/OL]. [2015-01-24]. <http://www.mofcom.gov.cn/article/i/jyj/k/201501/20150100877244.shtml>
- [2] 张晓君. 贸易自由化与环境政策协调发展论——兼评 WTO 贸易导向的协调模式 [J]. 现代法学, 2010 (6): 141.
- [3] Ibironke T. Odumosu - Ayanu. Foreign Direct Investment Catalysts in West Africa: Interactions with Local Content Laws and Industry - Community Agreements [J]. North Carolina Central Law Review 2012(35): 80.
- [4] International Energy Agency. China Overtakes the United States to Become World's Largest Energy Consumer [EB/OL]. [2014-11-25]. http://www.iea.org/index_in-flo.asp?id=1479.
- [5] 梁咏. 中国投资者海外投资法律保障与风险防范 [M]. 北京: 法律出版社 2010: 39-62.
- [6] Zuo Tao. The Inadequacies of Chinese Overseas Investment Regulations: A Case Study of the Myitsone Dam, Burma [EB/OL]. [2014-11-25]. <http://www.earthrights.org/sites/default/files/documents/land-water-rights.pdf#page=29>.
- [7] 张晗. 中企在缅电站陷政治漩涡 30 多亿投资可能打水漂 [EB/OL]. [2014-11-25]. <http://news.sina.com.cn/c/2013-02-06/085426219368.shtml>.
- [8] 周佑勇. 行政法的正当程序原则 [J]. 中国社会科学 2004(4): 121-124.
- [9] 张清敏. 中国对发展中国家政策的布局 [J]. 外交评论 2007(2): 22.
- [10] Ruth Gordon. The Environmental Implications of China's Engagement with Sub-Saharan Africa [J]. Environmental Law Reporter News & Analysis 2012 42: 11-114.
- [11] Mary E. Footer. BITs and Pieces: Social and Environmental Protection in the Regulation of Foreign Investment [J]. Michigan State Journal of International Law 2009(18): 38-43.
- [12] 国资委. 关于印发《关于中央企业履行社会责任的指导意见》的通知 [EB/OL]. [2014-11-25]. <http://www.sasac.gov.cn/n1180/n1566/n259760/n264851/3621925.html>.
- [13] 国资委研究室. 国资委负责人就《关于中央企业履行社会责任的指导意见》答记者问 [EB/OL]. [2014-11-25]. <http://www.sasac.gov.cn/n1180/n1566/n259760/n264866/3621552.html>.
- [14] 田虹. 企业社会责任效应 [M]. 北京: 经济科学出版社 2010: 1.
- [15] Kirk Herbertson. Leading While Catching Up: Emerging Standards for China's Overseas Investments [J]. Sustainable Development Law & Policy 2011(11): 23.
- [16] Louise Redvers. Angola: Questions about China's "Win-Win" Relationship with Nation [EB/OL]. [2014-11-25]. <http://allafrica.com/stories/201102030058.html>.
- [17] 李雪平. 企业社会责任的国际法律问题研究 [M]. 北京: 中国人民大学出版社 2011: 28-29.
- [18] William B. T. Mock. Corporate Transparency and Human Rights [J]. Tulsa Journal of Comparative & International Law 2001(8): 17.
- [19] 佚名. 全球跨国企业透明度: 中国公司排名垫底 [EB/OL]. [2014-11-25]. <http://data.163.com/12/0713/06/8698FPBA00014MTN.html>.
- [20] Alex Wawryk. Regulating Transnational Corporations through Corporate Codes of Conduct [M]. Oxford: Palgrave Macmillan 2003: 56.
- [21] 2012 U. S. Model Bilateral Investment Treaty [EB/OL]. [2014-11-25]. <http://www.state.gov/r/pa/prs/ps/2012/04/188199.htm>.
- [22] Edwin C. Mujih. "Co-deregulation" of Multinational Companies Operating in Developing Countries: Partnering against Corporate Social Responsibility [J]. African Journal of International and Comparative Law 2008(16): 249.
- [23] Abdallah Simaika. The Value of Information: Alternatives to Liability in Influencing Corporate Behavior Overseas [J]. Columbia Journal of Law and Social Problems, 2005, 38: 348.
- [24] 萨缪尔·O·艾杜乌. 全球企业社会责任实践 [M]. 杨世伟, 译. 北京: 经济管理出版社 2011: 193.
- [25] Lin Li - Wen. Corporate Social Responsibility in China: Window Dressing or Structural Change [J]. Berkeley Journal of International Law 2010(28): 74.
- [26] Communication from the Commission Concerning Corporate Social Responsibility: A business contribution to Sustainable Development 5 (COM(2002) 347 final, Brussels, 2 July 2002 (2006) [EB/OL]. [2014-11-25]. http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/february/tradoc_127374.pdf.
- [27] The Sullivan Foundation. The Global Sullivan Principles [EB/OL]. [2014-11-25]. <http://www.thesullivanfoundation.org/gsp/principles/gsp/default.asp>.
- [28] Barbara A. Frey. Legal and Ethical Responsibilities

of Transnational Corporations in the Protection of International Human Rights [J]. Minnesota Journal of Global Trade ,1997 (6) : 174.

[29] Mary E. Footer. BITs and Pieces: Social and Environmental Protection in the Regulation of Foreign Investment [J]. Michigan State Journal of International Law ,2009 ,18: 61.

[30] Timothy Webster. China's Human Rights Footprint

in Africa [J]. Columbia Journal of Transnational Law 2013 51: 649 - 660.

[31] Kevin T. Jackson. Global Corporate Governance: Soft Law and Reputational Accountability [J]. Brooklyn Journal of International Law 2010 35: 80.

[32] 卢光盛,李晨阳,金珍. 中国对缅甸的投资与援助: 基于调查问卷结果的分析 [J]. 南亚研究 2014(1) : 21.

The Research on Non-Governmental Obstacles in Foreign Investment and China's Strategy

ZHANG Xiao-jun , SUN Nan-xiang

(Southwest University of Political Science and Law , Chongqing 401120 , China)

Abstract: Recently , with the development of foreign investment , China's enterprises are sometimes encountered with the protests of NGOs and locals in the host countries. Environmental responsibility , labor standards , cultural preservation , local economic contribution and administrative due process together are urgent problems to China's enterprises. Clearly , the reasons are the flexible investment criteria in the host countries and the out-of-dated management of China's overseas investment , as well as the purpose of maximum profit of the enterprises. With the guidance of utilizing the domestic and international rules , China should add investment standard to new BITs and IIAs , build the legal overseas information disclosure system and encourage NGOs to supervise the investment. Additionally , our government should set the incentives for the enterprises abiding by the Corporate Social Responsibility in the host countries in order to establish responsible Chinese enterprise images globally.

Key Words: non-governmental obstacles; Chinese investment enterprises; foreign investment; risk prevention

本文责任编辑: 邵 海