

南非《投资促进与保护法案》评析*

朱伟东

内容提要 南非在废除种族隔离政策后的一段短时期内，为了吸引外资，重返国际社会，与一些国家特别是欧洲国家签署了双边投资保护协定。由于这些双边协定更多强调的是投资者的权利，而不太关注东道国为公共利益目的对经济进行监管的权利，因此，这些协定有的成为南非日后实施《黑人经济振兴法》的潜在障碍。在对这些双边投资保护协定进行审查后，南非政府决定终止同一些欧洲国家签订的双边投资保护协定，并决定制定一部新的投资法来对南非境内的所有投资进行规范。南非《投资促进与保护法案》就是在此背景下出台的，该法案的内容对南非此前签署的双边投资保护协定的内容作了较大调整。法案的出台意味着南非投资法律、政策将有重大转变。而这一转变已引起一些国家特别是欧洲国家的关注。南非作为中国在非洲的最大投资目的地，中国方面也应关注该法案的内容，并及时做出应对。

关键词 非洲法 南非 《投资促进与保护法案》 投资争议解决

作者简介 朱伟东，湘潭大学非洲法律与社会研究中心副主任、湘潭大学法学院教授（湘潭 411105）。

2013年11月1日，南非贸易工业部公布了经过南非议会批准的《投资促进与保护法案》（Promotion and Protection of Investment Bill, 2013）。^①在该法案

* 本文是国家社科基金课题“中非投资经贸纠纷解决机制研究”（13BFX158）的阶段性成果之一。笔者感谢匿名审稿专家提出的宝贵修改意见。

① 该法案全文发布在南非贸易和工业部网站：http://www.thedti.gov.za/news2013/Protection_Investment_Bill2013.pdf, 2013-11-05.

公布后的3个月内，南非国内的任何个人或企业都可针对该法案提出自己的建议。如果没有意外情况，该法案将在一年后经南非总统批准并在南非政府公报上发布而生效。该法案的颁布标志着南非将对外资政策做出重要调整，势必对南非的投资环境造成一定的影响。该法案颁布后已引起一些国家和外国投资者的关注。本文将简要分析该法案的出台背景、主要内容及其可能带来的影响。

南非《投资促进与保护法案》出台的背景

在1994年废除种族隔离政策并向民主政府过渡的一段时期内（1994～1998年），南非为了吸引外资，重返国际社会，在未经慎重分析和考虑的情况下，同一些西方国家主要是欧洲国家签署了大量双边投资保护协定。^① 这些双边投资保护协定都规定了投资待遇、征收、征收赔偿、投资争议解决等常见的一些条款。作为第一代双边投资保护协定，这些条约特别注重对投资者的保护，更多地强调投资者的权利而很少关注投资者对投资东道国的义务。例如，为了能够更好地保护外国投资者利益，这些双边投资保护协定都规定了投资者与东道国之间的国际仲裁条款。当出现投资争议时，外国投资者就可依据该条款提起国际仲裁程序。这就为南非此后推行《黑人经济振兴法》设置了潜在的障碍，而且这些双边投资保护协定为外国投资者提起针对南非政府的国际仲裁程序打开了方便之门。

新南非成立后，南非政府开始致力于逐步提高黑人等社会弱势群体在社会经济中的地位和实力，鼓励黑人逐步融入并掌控经济，缩小黑人与白人间的贫富差距，推动经济社会的全面可持续发展。为此，南非政府从2001年开始实施黑人经济振兴政策（Black Economic Empowerment, BEE）。此后，2003年11月南非议会通过《广义黑人经济振兴法》（Broad-based Black Economic Empowerment Act, 2003, B-BBEE），该法案于2004年1月经南非时任总统姆

^① 截至目前，南非与41个国家签订有双边投资保护协定，其中在1994～1998年间签订的双边投资保护协定有27个，在这27个双边投资保护协定中，有14个是与欧洲国家（除瑞士外，其他13个都是欧盟成员国）签订的，分别是比利时、卢森堡、奥地利、芬兰、丹麦、法国、德国、希腊、意大利、荷兰、西班牙、瑞典、瑞士、英国。以上数据是笔者根据解决投资争端国际中心网站上公布的信息统计得出，see <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>, 2013-11-06.

贝基签署后生效，以更好地推动黑人经济振兴政策的实施。南非政府实施该法的目的是通过加大政策倾斜力度，鼓励黑人发展中小型企业，积极参与国家大型企业的发展，并对各企业黑人持股比例、参与管理程度和接受技能培训等设定硬性目标，以期全面提高黑人融入经济的程度。^① 随后，南非政府又通过一系列的法律、法规以实现该法的要求。根据这些法律、法规的规定，南非境内的所有公司必须将其股份按最低比例 25% 出售给“黑人”及“历史上受到不公平对待”的人群。例如，南非 2004 年实施的《南非矿业和石油资源开发法》就规定，在南非的所有矿业公司必须在 2014 年以前将公司 26% 的股份转让给南非当地黑人，并增加黑人在公司管理层中的人数。如果南非境内的公司不遵守这些规定，南非政府就会对它们采取相应的制裁措施。为此，一些外国公司特别是欧洲国家的公司认为，这些政策违反了外国公司母国同南非签订的双边投资保护协定的规定，对他们的投资造成损害。所以，一些欧洲国家的公司就根据其母国同南非签订的双边投资保护协定，提起国际仲裁。例如，一家由意大利人在南非境内设立的矿石公司在 2007 年对南非政府提起国际仲裁程序，理由是南非政府根据《南非矿业和石油资源开发法》所实施的行为对其投资造成损害，从而违反了意大利和南非签署的双边投资保护协定的规定。^② 在该案之前，瑞士的投资者就曾经根据瑞士同南非签署的双边投资保护协定针对南非政府提起国际仲裁程序。^③ 此外，其他国家的投资者也曾表示会根据他们本国政府和南非签署的双边投资保护协定提起国际仲裁程序。

在此背景下，南非政府在 2007 年决定对以前签订的双边投资保护协定进行审查，以确定这些双边投资保护协定对南非经济政策所造成的影响。经过两年的工作，南非贸易工业部在 2009 年 6 月发布了最终审查结果：《双边投资条约政策框架审查政府意见书》。^④ 在该意见书中，南非贸易工业部认为，

① 《广义黑人经济振兴法》第二条。该法全文可参见南非政府信息网：<http://www.info.gov.za/view/DownloadFileAction?id=68031>, 2013-12-28.

② Piero Foresti, Laura de Carli & Others v. The Republic of South Africa, ICSID Case ARB (AF) /07/01.

③ Luke Eric Peterson, “Swiss Investor Prevailed in 2003 in Confidential BIT Arbitration Over South Africa Land Dispute”, *Investment Arbitration Reporter*, Vol 1, No. 13, October 22, 2008.

④ Department of Trade and Industry, *Republic of South Africa: Bilateral Investment Treaty Policy Framework Review Government Position Paper*, June 2009, <http://www.pmg.org.za/files/docs/090626trade-bi-lateralpolicy.pdf>, 2013-11-18.

签署双边投资保护协定与外资增长没有明显关系，例如，与南非签署有双边投资保护协定的一些国家如德国、西班牙等并没有在南非有太多投资，而与南非没有签署此类条约的国家如美国和印度却在南非有很多投资；南非签署的第一代投资保护条约与南非宪法和法律规定相冲突，例如，根据南非宪法，南非外国投资者和本国投资者应得到同样保护，而在双边投资条约中，外国投资者可以依据条约规定提起国际仲裁，南非国内投资者却不能提起此类程序；第一代双边投资保护协定中规定的投资者与东道国争议解决程序还存在很多争议，如仲裁庭对条约的解释不一致、仲裁庭没有遵循先例原则等；南非签署的第一代双边投资保护协定中的一些条款如“投资”、“投资者”、“征收”等还存在界定不清、含义模糊等缺点。此外，南非贸易和工业部还注意到其他一些国家如澳大利亚、巴西、加拿大、挪威、美国和瑞典等国家近年来也对投资保护条约进行了审查，其中一些国家如澳大利亚已决定在以后签署的双边投资保护协定中不再采用投资者与东道国争议解决条款，巴西也在考虑不再与其他国家签署新的双边投资保护协定。这些国家还都考虑在制定今后的投资政策时，应确保政府基于公共利益如环境、公共卫生等对外资进行监管的权利。

基于上述审查意见，南非议会决定终止南非政府与其他国家签署的第一代双边投资保护协定，或如果可能对此类条约进行重新谈判；今后不再考虑签署此类条约，除非存在重要的经济和政治原因；起草新的双边投资保护协定范本，作为今后此类条约（重新）谈判的基础；以及制定新的投资法，将双边投资保护协定中的一些典型条款如“投资”、“投资者”、“国民待遇”、“征收”等纳入国内法中，确保与南非宪法和法律的规定一致，并加强对投资者的保护。

此后，南非政府于2012年9月~2013年11月期间，先后向比利时、卢森堡、西班牙、德国、瑞士和荷兰政府发出终止双边投资保护协定的通知。与此同时，南非贸易工业部启动了新的投资法的起草工作，并在2013年11月1日公布了《投资促进与保护法案》的文本。

南非《投资促进与保护法案》的主要内容

南非《投资促进与保护法案》由“序言”和13条规定组成。其中第1~4

条分别涉及一些术语的界定、法案的解释、目的及其适用，第 5~7 条涉及投资保护、投资待遇等问题，第 8~11 条分别涉及征收的原则、资金的转移、监管公共利益的主权权利以及投资争议解决，第 12 和第 13 条则分别涉及对规避该法的处理以及该法的名称及生效问题。该法值得关注的內容是对“投资”的界定、投资待遇、征收及补偿，以及投资争议解决等几个方面，因为这几个方面的规定与南非签署的双边投资保护协定中的有关规定相比，已有很大变化。也正是这些变化使一些外国政府对南非的做法提出异议，对南非的投资环境产生了担忧。

（一）对“投资”的界定

对“投资”的界定在国际投资法律制度中十分重要，它往往决定着仲裁庭的管辖权及所适用的法律。因此，各国之间签订的双边投资保护协定中都会有专门条款对“投资”做出详细界定。南非与其他国家签订的双边投资保护协定中也都有“投资”的界定，但双边投资保护协定中只是列举了一些可作为“投资”的财产的类型，并没有对“投资”做出全面的界定。为了对此进一步明确，《投资促进与保护法案》在结合所签署的双边投资保护协定内容的基础上，对“投资”做了更详细、全面的界定。该法案第一条规定，“投资”包括投资者在南非共和国内拥有的下列财产：实体；证券和公司股份；合同权利，如交钥匙合同、建设或管理合同、产品分成合同、特许合同或其他类似合同；动产和不动产，包括商业财产、租赁、抵押、质押或留置等；诸如商标权、著作权、专利权、实用新型、外观设计、商号、商业秘密等之类的知识产权；以及依法授予的从事经济和商业活动的权利，如许可证、执照、授权等。这一列举的财产名单与南非签订的双边投资保护协定中有关“投资”的界定是一致的，但该法接着规定，“上述投资必须与南非共和国国内的实质性经济投资有关或在南非共和国国内有重要的实际存在，如经营设施等；用于货物买卖或提供服务的商业合同以及与此类商业合同有关的信用证，包括根据此类合同提出的各种请求，不能被认定为本法中的‘投资’”。

该法案第一条有关“投资”的界定采用了肯定列举和否定排除的方式，有利于投资者和争端解决机构尽快确定有关争议是否是“投资”争议，是否可通过条约或法律规定的投资争议解决程序处理。在国际投资争议案件中，有很多案件因为“投资”的界定不清，导致争端解决机构在确定自己是否有管辖权时花费大量时间。不过，该法在明确列举了“投资”的种类后，特别

指出“投资必须与南非共和国国内的实质性经济投资有关或在南非共和国国内有重要的实际存在”，但何谓“实质性经济投资”（Material Economic Investment）以及何谓“有重要的实际存在”（Significant Underlying Physical Presence），该法并没有给予明确界定。这在该法的以后适用中，可能会产生对此如何解释的问题。根据该法第二条，在对该法进行解释和适用时，必须考虑“南非宪法；与南非宪法一致的国际法；与南非宪法一致的国际习惯法；以及南非共和国加入的其他任何相关国际公约或协议”。可见，南非宪法的规定将在该法案今后的解释中发挥重要作用。

（二）投资待遇

投资是一项长期的经济活动，它在东道国可能会面临各种难以预知的风险。因此，投资者母国与投资东道国之间签订的双边投资保护协定一般都会对外资的保护作出规定。根据这些规定，外国投资在投资东道国一般享有公平公正待遇（Fair and Equitable Treatment, FET）、国民待遇（National Treatment, NT）、最惠国待遇（Most - Favored - Nation Treatment）和充分的安全与保护（Full Protection and Security）等。南非与外国签订的双边投资保护协定也基本上规定上述几类投资保护标准，但南非《投资促进与保护法案》仅规定了国民待遇标准，而没有规定其他几类保护标准，这也许是因为该法案的目的是“确保外国投资者和南非共和国国内投资者依法得到平等对待”。

根据《投资促进与保护法案》第六条，南非共和国给予外国投资者的待遇不低于它在相同条件下（in Like Circumstances）给予本国投资者的待遇。这是国民待遇标准的典型规定。何谓“相同条件”，国际投资法实践在此方面并没有确立统一、确定的先例。在涉及国民待遇标准的国际投资争议案件中，国际仲裁庭对此有不同的解释。^①为了减少这方面的歧义，《投资促进与保护法案》第六条第四款专门规定：“‘相同条件’是指需要在个案的基础上，对一项外资的所有条件包括下列因素进行全面考察：外资对南非共和国的影响，包括所有投资的累积性影响；外资所进入的行业（Sector）；涉及外资的任何措施的目的；以及与相关措施所涉及的外国投资者或外国投资有关的其他因素。”这一补充规定与该法第十条所规定的“为公共利益进行监管的主权权

^① Ruldolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, p. 180.

利”是呼应的,^①这实际上是为南非根据《黑人经济振兴法》要求外国公司将一定比例的股权转让给黑人以及吸收一定比例的黑人进入管理层规定,再次提供了法律上的理由。在该法案公布之前,南非的一些外国公司就认为,南非政府所采取的上述措施违反了相关双边投资保护协定中所规定的国民待遇标准和公正、公平标准,从而提起国际仲裁程序。

需要注意的是,在国际投资法领域,能够获得国民待遇标准保护的外资必须是根据东道国法律进行的合法投资,即外国投资者不能根据国民待遇标准要求“非法的平等”(Equality in Injustice)。^②南非《投资促进与保护法案》也确认了这一原则。该法第六条第二款规定,该条款中的“国民待遇”标准仅适用于“符合南非法律的外国投资者和外国投资”。对于合法的投资,如果投资者因战争、武装冲突、革命、国家紧急状态、动乱、骚乱或暴乱遭受损失,他们会根据南非国内立法、国际法和国际习惯法得到平等的对待和救济。如果投资者因南非共和国军队或当局征用遭受损失,或非因南非共和国军队或当局的战斗行为或非因情势必需造成其财产毁损的,南非共和国应予恢复原状或适当补偿。

(三) 征收及补偿

征收是国际投资法领域一个极具争议的问题,一直引起东道国和外国投资者的极大关注,因为“征收是对外国投资者财产的最严重形式的干涉,如果投资被征收而没有获得相应的赔偿,外国投资者的所有期望就会付之东流”。^③根据国家主权的属地原则,国际法习惯法普遍认可国家对外国投资进行征收的权利,但为保护外国投资者的利益,亦对这种权利施加了一定的限制,即东道国对外资进行征收必须是为了公共利益目的,必须经过正当程序,必须是非歧视性的,并且应给予外国投资者相应的补偿。即使如此,征收在国际投资实践中仍引起很多争议,许多争议都是因征收特别是间接征收如何

^① 《投资促进与保护法案》第十条第一款规定:“共和国政府及其国家的任何部门可根据宪法采取措施——(a) 补救历史的、社会的和经济的的不平等;(b) 维护宪法第195条所规定的价值和原则;(c) 维护宪法所保障的权利;(d) 促进和保护文化遗产和实践、本土知识以及生物资源或民族遗产;(e) 推动经济发展、工业化和社会的提升;以及(f) 逐步实现社会经济权利。”该条第二款规定:“共和国政府及国家的任何部门可采取必要措施以履行共和国有关维护与恢复国际和平与安全或保护共和国基本保障利益包括有关财政稳定的义务”。

^② Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *op. cit.*, p. 183.

^③ *Ibid.*, p. 89.

界定以及补偿标准如何确定而产生。

南非《投资促进与保护法案》第八条专门对上述问题做了详细规定。根据该条第一款规定，南非政府只有在下列情况下才能对外资进行征收：征收必须根据南非宪法和普遍性适用的法律规定为公共目的或公共利益而进行；必须遵守正当法律程序；必须及时有效地给予公正、合理的补偿（Just and Equitable Compensation）。为了避免政府实施的某些监管措施被外国投资者认定为“间接征收”而产生争议，该法第八条第二款规定，下列措施（不限于）不应被认定为征收行为：南非共和国政府采取的对外资的经济价值产生偶然或间接不利影响的一项或一系列措施；旨在促进和保护诸如公共卫生或安全、环境保护或国家安全等合法公共福利目的的措施；因与知识产权有关或与此类权利的撤销、限制或产生有关的强制许可证的签发，只有此类措施符合所适用的有关知识产权的国际条约；以及会导致外国投资者的财产被剥夺、但南非共和国政府并没有获得此类财产的所有权的任何其他措施，只要此类措施没有对投资的经济价值造成永久的损害，或投资者有效管理、使用或控制其投资的能力没有被不当限制。该款规定显然是为了对“间接征收”进行限制，但该款规定的范围过于宽泛，内容还存在很多含糊、不确定之处。根据这样的规定，南非政府采取的很多行为可能会被认为不属于征收的范围，外国投资者会因此不能获得相应的补偿。

第8条规定中引起很大争议的另一个内容涉及征收的补偿标准及计算方式。围绕着征收的补偿标准及计算方式，发达国家和发展中国家在20世纪60年代至90年代之间展开过激烈争论。现在各国一般都会在双边投资保护协定中对此作出规定。南非与其他国家签订的双边投资保护协定中一般都采用了“充分、及时、有效”（Prompt, Adequate and Effective）的补偿标准，这种补偿标准一般被认为应等同于征收时被征收财产的“市场价值”、“公正的市场价值”或“至少与市场价值相同”。^①为了与南非宪法的规定保持一致，《投资促进与保护法案》没有采用“充分、及时、有效”的补偿标准，而是采用了“公正、合理”（Just and Equitable）的补偿标准，并且这种补偿必须在考虑包括投资的当前使用情况、投资的征用和使用历史、投资的市场价值以及征收的目的在内的所有相关因素后，在公共利益和其他受影响的当事人的利

^① 如南非同英国、土耳其、芬兰、坦桑尼亚等国签订的双边投资保护协定中就有此类规定。

益之间进行合理的平衡。许多学者认为，这样的规定可能会使投资者获得的补偿额“低于被征收财产的市场价值”，特别是在征收涉及重大公共利益目的时，如为了进行土地改革或为了实施《黑人经济振兴法》而对南非历史上受到不公正待遇的人给予补偿。^①当然，根据该法案的规定，如对征收或征收补偿额有异议，投资者有权要求南非有管辖权的法院进行审查。

（四）投资争议解决

有评论认为，南非《投资促进与保护法案》的一个最大变化是，该法不允许投资者将有关投资争议提交国际仲裁解决。^②在国际投资中，由于投资者担心东道国政府会对东道国法院程序进行干涉，一般都会要求在双边投资保护协定中约定通过国际仲裁程序解决他们之间的投资争端。南非在 1994 年结束种族隔离政策后，为了吸引外资、增强投资者的投资信心，在所签订的双边投资保护协定中都约定了投资争端的国际仲裁程序。例如，南非与英国在 1994 年签订的双边投资保护协定第八条规定，投资者与东道国之间的投资争议可提交给国际投资争端解决中心（ICSID）按照其《附加规则》通过仲裁解决，也可提交给国际商会仲裁院（ICC）或根据双方指定设立的临时仲裁机构通过仲裁解决。南非随后与其他欧洲国家签订的双边投资保护协定也有类似的争议解决条款。当时南非的一些官员认为，这样的条款并不会使南非的外国投资者处于比南非本国的投资者更为有利的地位，因为这些双边投资保护协定都规定在南非发生的投资争议的解决应适用南非法律。但正如有学者指出的，虽然这些条约规定外国投资者与南非政府之间发生的投资争议应适用南非法律，但如果南非法律与双边投资保护协定的规定相冲突，双边投资保护协定的规定就可能优先适用。此外，外国投资者可通过国际仲裁程序绕开南非国内法院，而南非本国投资者却只能通过南非法院程序解决争议，这实际上也使南非的外国投资者与南非本国投资者处于不平等地位。^③当瑞士和意大利的投资者分别在 2004 年和 2006 年将与南非政府之间的投资争议提交国际仲裁后，南非政府决定改变这一状况。

^① Luc Eric Peterson, *South Africa's Bilateral Investment Treaties: Implications for Development and Human Rights*, Dialogue on Globalization, Occasional Papers, Geneva, No. 26, November 2006.

^② Mattew Weiniger, Gitta Satryani, and Hannah Ambrose, "Dawn of a New Era for Investment Protection in South Africa", <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=96d40965-04ff-4c22-9025-d23fc78d467d>, 2013-12-30.

^③ Luc Eric Peterson, *op. cit.*, p. 20.

为此，南非《投资促进与保护法案》对投资争议解决没有再规定国际仲裁程序，而规定此类争议必须通过南非国内程序来解决。根据该法案第 11 条，外国投资者可将有关投资争议提交给南非贸易和工业部或其他职能部门通过调解方式解决，或将此类争议提交给有管辖权的法院解决，或根据南非 1965 年《仲裁法》将此类争议提交仲裁解决。但该法并没有明确是否必须在南非国内法院提起此类程序，以及仲裁程序是否必须在南非进行。从该法的制定背景及其目的来看，外国投资者似乎只能在南非法院提起争议解决程序，或者只能在南非通过仲裁程序解决投资争议。鉴于非洲国家的实际情况，笔者曾经撰文指出，仲裁是解决中非投资贸易争议争端的最佳选择。^① 但是考虑到南非 1965 年《仲裁法》为法院干预留下了太多空间，外国投资者在南非进行仲裁必须慎之又慎。^②

南非《投资促进与保护法案》的影响

为了消除种族隔离制度给南非历史上受到不公正待遇的人民所带来的经济影响，南非自 2000 年开始施行以《黑人经济振兴法》为主的一系列法律制度，希望通过强制南非国内的公司向黑人转让一定比例的股份、吸收黑人进入公司管理层的方式来提高黑人的经济地位，增强他们的竞争力。一些外国公司特别是欧洲国家的公司认为南非实行此类措施违反了它根据双边投资保护协定所应承担的义务，因此，他们根据其母国同南非签订的双边投资保护协定，提起国际仲裁程序，要求南非政府给予他们相应的补偿。还有一些外国公司也威胁会根据此类投资保护协定提起国际仲裁程序。这使得南非政府在推行其政策时面临极大障碍。为了顺利推行其政策，在对已签订的双边投资保护协定进行审查后，南非政府决定终止已经到期的双边投资保护协定，并通过立法形式对南非国内投资做出统一规定。南非政府希望通过这样的方式，对南非境内的所有投资者实行统一待遇，使有关投资的法律规定符合南非宪法。但南非政府的这一做法在国际社会上引起广泛反应，产生了一定的

^① Weidong ZHU, "Arbitration as the Best Option for the Settlement of China - African Trade and Investment Disputes", *Journal of African Law*, Vol. 57, No. 1, 2013, pp. 149 - 163.

^② 参见朱伟东著：《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 年版，第 392 页；朱伟东：《中非民商事法律纠纷及其解决》，载《西亚非洲》2012 年第 3 期，第 83 页。

影响。

首先，一些国家特别是欧盟成员国对南非的投资环境产生担忧。如前所述，南非已向欧洲的德国、西班牙、比利时、卢森堡、瑞士等国发出终止双边投资保护协定的通知，除瑞士外，这些国家都是欧盟成员国。作为南非最大的投资和贸易伙伴，欧盟对南非的这种做法十分关注。欧盟贸易专员德·顾希特先生（de Gucht）就表示，“这无疑会影响南非的投资环境”。^①虽然南非贸易和工业部长戴维斯（Davies）多次表示，南非会通过新的立法而不是“守旧的、过时的双边投资保护协定”来继续保护外国投资，但顾希特认为南非议会批准的《投资促进与保护法案》并不能为欧洲投资提供和双边投资保护协定同样水平的保护。“该法案中有关征收补偿的标准已经改变”，南非单方改变与欧盟成员国投资协定的做法“无论对欧盟还是南非都不是好事”。因此，顾希特担忧南非的这种做法会对南非和欧盟的贸易和投资关系产生“负面影响”。^②作为南非第七大投资来源国的瑞士在收到南非政府终止双边投资保护协定的通知后，其政府发表声明表示，“双边投资保护协定是瑞士在其他国家开展投资的一个重要支柱，瑞士十分重视健全的法律制度对于保护外国投资的重要性”，对南非单方终止两国间的双边投资保护协定的做法“感到遗憾”，“会继续与南非就外资保护的制度进行讨论”。^③其他一些国家如加拿大也认为，南非的做法“令人失望”。^④

其次，新的投资法案会造成南非国内在今后一定时期内存在并行的投资保护制度。南非与其他国家签订的双边投资保护协定中都有这样的规定，即对于双边投资保护协定终止前进行的投资，投资保护协定的规定会继续适用一段期间。例如，南非和英国的双边投资保护协定第 14 条规定：“对于本条约生效期间所进行的投资，自条约终止之日起，本条约的规定仍继续在 20 年内适用于该投资”。南非与中国的双边投资保护协定第 12 条第四款规定：“协

① <http://www.rh-arbitration.com/south-africa-terminates-bilateral-investment-treaties-with-germany-netherlands-and-switzerland/>, 2013-12-19.

② Mark Allix, “EU Steps up Fight to Have Treaties with SA Retained”, <http://www.bdlive.co.za/business/trade/2013/11/12/eu-steps-up-fight-to-have-treaties-with-sa-retained>, 2013-12-23.

③ Chantelle Benjamin, “Swiss Government Reacts to Termination of Investment Treaty with SA”, <http://mg.co.za/article/2013-11-01-swiss-govt-reacts-to-termination-of-bilateral-investment-treaty-with-sa>, 2013-12-18.

④ <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=daf93855-71f9-425e-92d3-5368d1048ff>, 2013-12-16.

定第1~11条的规定对本协定终止前进行的投资，继续适用10年。”这样，在南非《投资促进与保护法案》生效后，对于在投资保护条约被终止前所进行的投资就可能面临两种保护制度，即外国投资者既可根据之前的双边投资保护协定，也可根据《投资促进与保护法案》的规定要求南非政府给予保护。此外，对于《南共体金融与投资议定书》的某些成员国，当其国民在南非投资发生投资争议时，可能会面临更多的争议解决程序。根据该议定书附件一第28条规定，若某一成员国国民在2010年4月16日即该议定书生效之日后在另一成员国投资发生争议，投资者就可在用尽当地救济后提起国际仲裁程序。南非是该议定书的成员国，而该议定书成员国中的安哥拉、刚果（金）、毛里求斯、莫桑比克和坦桑尼亚又同南非签署有双边投资保护协定，这样，当来自这些成员国的投资者在南非发生投资争议时，他们既可选择利用《南共体金融与投资议定书》，也可选择同南非签订的双边投资保护协定规定的争议解决程序，还可选择利用南非《投资促进与保护法案》规定的争议解决程序。

再次，南非政府的做法可能在非洲引起连锁反应。笔者在与南非部分高校法学院的一些学者进行交流时，他们表示，南非对双边投资保护协定所采取的做法可能会在非洲其他国家引起连锁反应。这种担心是可以理解的，因为其他非洲国家和南非一样基本都是资本输入国，而且许多外国投资者把与其他非洲国家的投资争议多次提交国际仲裁程序解决。例如，根据国际投资争议解决中心提供的信息，笔者做了一个统计，截至2013年10月，在该中心已经做出裁决的269个案件中，有67个案件涉及非洲国家，在待决的168个案件中，有32个涉及非洲国家。^①不过，考虑到其他非洲国家的实际情况，笔者认为产生这种影响的可能性很小。这是因为虽然同为发展中国家，南非与其他非洲国家的情况差别很大。南非在非洲大陆是基础设施相对完善、法律制度相对健全的国家，南非所吸收的外资大概占整个非洲大陆吸收外资的1/5，即使南非废除与其他国家签订的双边投资保护协定，对其吸引外资也不会造成太大影响。而其他非洲国家由于基础设施落后，特别是法律制度很不健全，如果它们也废除所签订的双边投资保护协定，要求外国投资者在其本

^① 笔者根据国际投资争议解决中心网站上公布的案件统计，see <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ListCases> 2013 - 12 - 23.

国内解决投资争议，外国投资者可能就不敢贸然去进行投资。这样，其他非洲国家可能就不会像南非那样果断地终止与其他国家签订的双边投资保护协定。虽然双边投资保护协定的签订与外资的进入没有必然的联系，但是签订双边投资保护协定可以创造一个对投资友好的环境，有利于增强外国投资者的信心。^①

对中国投资的影响及应对措施

南非目前是中国在非洲的第一大投资目的地。根据我国商务部的统计，仅 2012 年，经商务部批准或备案的中国在南非的非金融类对外直接投资额为 1.7 亿美元。在南非成为“金砖国家”后，南非政府希望能有更多的中国企业到南非投资。但南非政府在投资法律、政策方面的变动显然会对中国投资者造成相应的影响。实际上，为了鼓励促进双边投资，两国在 1997 年 12 月 30 日签署了双边投资保护协定，该协定自 1998 年 4 月 1 日起生效。根据该协定第 12 条的规定，协定自生效之日起有效期为 10 年；如果缔约任何一方未在有效期满前一年通知缔约另一方终止本协定，本协定继续有效。从商务部条约法律司公布的双边投资保护协定信息来看，该协定仍在适用，则其第二个有效期会截至 2018 年 4 月 1 日。^② 如果南非决定终止该协定，根据该协定的规定，它应当在 2017 年 4 月 1 日前提出。^③ 有消息称，南非政府在决定终止同一些欧洲国家的双边投资保护协定时，也对中国和南非的双边投资保护协定进行了讨论。^④ 但现在还不清楚南非是否会决定终止中国签订的双边投资保护协定。

从南非和中国签订的双边投资保护协定的内容来看，该协定的很多规定，如投资待遇、征收及补偿、投资争议解决等，与新的《投资促进与保护法案》存在很大差异。因此，即使南非政府不会终止该协定，它也可能要求和中国

^① Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *op. cit.*, p. 22.

^② 参见中国商务部条约法律司网站：<http://tfs.mofcom.gov.cn/article/NoCategory/201111/20111107819474.shtml>, 2013 - 11 - 13.

^③ 中国和南非双边投资保护协定第 12 条第三款规定：“在本协定第一个十年有效期满后，缔约任何一方均可以随时终止本协定，但是至少应当提前一年书面通知缔约另一方”。

^④ “South Africa Terminates Bilateral Investment Treaties with Germany, Netherlands and Switzerland”, <http://www.rh-arbitration.com/south-africa-terminates-bilateral-investment-treaties-with-germany-netherlands-and-switzerland/>, 2013 - 12 - 12.

政府就协定的有关条款进行重新谈判。其实，从南非政府对双边投资保护协定的审查意见来看，南非政府并没有完全放弃在今后继续与其他国家签订双边投资保护协定，并且会考虑制定一个新的双边投资条约范本作为今后此类条约（重新）谈判的基础。^①显然，南非政府在以后与其他国家进行双边投资保护协定（重新）谈判或制定新的双边投资协定范本时，将在很大程度上考虑《投资促进与保护法案》的内容，会将公共卫生、环保、劳工等公共利益的内容纳入其中。前文曾提及，虽然其他非洲国家今后不太可能像南非那样终止与其他国家签订的双边投资保护协定，但它们可能也会考虑将环保、劳工等内容纳入到双边投资保护协定中，这是中国有关部门和投资者所必须关注的。因为截至目前，中国仅同 33 个非洲国家签订有双边投资保护协定，其中只有 16 个双边投资保护协定已经生效。而中非双方在第五届中非合作论坛部长级会议上通过的《北京行动计划 2013 年至 2015 年》第 4.2.2 条明确宣布：“（双方）继续推动商签和落实双边促进和保护投资协定，营造良好投资环境，保护双方投资者的合法权益”。

如果南非政府决定终止同中国政府签订的双边投资保护协定，中国投资者也不必过分担心。对于中国企业在该协定有效期内南非进行的投资，仍可根据该协定第 12 条第四款的规定，继续在协定终止后的 10 年内适用协定的规定，在出现投资争议时，仍可将争议提交给根据该协定第九条设立的临时国际仲裁庭解决。对于中国企业在该协定终止后在南非进行的投资所发生的争议，则必须适用南非《投资促进与保护法案》的规定，通过南非贸易工业部或其他机构调解解决，或通过南非国内法院程序，或根据南非《仲裁法》在南非通过仲裁解决。因此，这就要求中国企业必须了解南非国内的法律制度和仲裁制度，以便能够更好地维护自己的合法权益。总之，无论如何，中国企业应该了解南非《投资促进与保护法案》的内容，根据该法案的内容及时对投资结构进行审查并作出相应调整，在将来投资时选择合适的投资结构，如与南非当地黑人企业开展合资经营，遵守南非政府为实施《广义黑人经济振兴法》所通过的法律、法规，精心起草与南非政府之间的投资合同等等，以防患于未然，尽量避免在日后产生不必要的投资争议。

^① Department of Trade and Industry, Republic of South Africa: *Bilateral Investment Treaty Policy Framework Review Government Position Paper*, June 2009.

A Brief Analysis of “The Promotion and Protection of Investment Bill” of Republic of South Africa

Zhu Weidong

Abstract: The government of the Republic of South Africa concluded some bilateral investment agreements (BITs) with other countries especially those from Europe after the immediate period of its abolishment of apartheid policy in order to attract foreign investment and return to the international community. As the first – generation BITs focused more on the investors’ rights rather than the right of the host country to regulate its economy for public interest purpose, some of them constitute the obstacle for the government of South Africa to implement its Black Economy Empowerment Act. After an intense review of the existing BITs that it concluded with other countries, the government of South Africa decided to terminate some of the BITs that it concluded with some European countries and make an investment law to regulate all the investment in South Africa. As a result, “The Promotion and Protection of Investment Bill” of 2013 was published for public comments, with some of its provisions being quite different from those of the BITs. The promulgation of such a bill means a great shift of attitude of the government of South Africa towards foreign investment, which has aroused much concern from the European countries. South Africa is the largest destination of Chinese investment in Africa; therefore, much attention should be paid to such a shift from the Chinese side.

Key Words: African Law; Republic of South Africa; “The Promotion and Protection of Investment Bill”; Investment Dispute Settlement

(责任编辑:詹世明 责任校对:樊小红)