

【国际经济法】

论中国海外投资治理中的软法方案

梁咏

【摘要】统筹推进国内法治和涉外法治是习近平法治思想的核心要义之一,表明中国将强化不同场域法治实践的包容互鉴。中国海外投资是统筹推进国内法治和涉外法治的重要场域,关涉中国海外投资利益乃至中国整体主权、安全和发展。然而,传统全球化范式中的政治互信和经济合作两大基石同时发生震荡,各国短期内达成有强制约束力“硬法”的可能性不高,以“软法”为切入口可能成为中国海外投资规制的重要手段。探究软法在投资治理中的应然价值和演进需求,以及在突出其特殊价值的基础上,透过硬法巧执行、软法强执行、软法软执行等检视中国海外投资治理中的软法实践及存在问题,借助国际投资软法的理念价值完善、软法与硬法的衔接创新、国际投资软法的双向推进、硬法规则适度强化和其他配套措施完善等方法加以应对,有利于中国在新一代国际投资规则中话语权的强化。

【关键词】软法;统筹推进国内法治与涉外法治;中国海外投资

【作者简介】梁咏,复旦大学法学院。

【原文出处】《法学》(沪),2022.11.174~192

【基金项目】本文系2020年度国家哲学社会科学后期资助项目“大数据时代信息安全保障机制研究”(20FFXB069)和2020年度上海市哲学社会科学一般项目“后疫情时代国际投资争端调解机制的中国创新研究”(2020BFX020)的研究成果。

统筹推进国内法治和涉外法治,协调推进国内治理和国际治理,是习近平法治思想的时代逻辑和核心要义之一,^①其中国内法治是涉外法治的基础和前提,涉外法治是国内法治的延伸和保障。国际投资连通着国内法治与涉外法治,近年来随着中国海外投资(Outbound Foreign Direct Investment,以下简称OFDI)的全方位拓展,“海外中国”正在加速形成。中国在国际投资中的利益分布迅速转向本土和海外并重,促进和保护海外投资正成为中国统筹两种法治,维护主权、安全和发展的重要命题。

随着国际格局呈现相对东升西降,以1965年《华盛顿公约》为代表的现行国际投资规则与实践中的失衡不断显现,对传统资本输出国的“反身性”效果也日益加剧,^②国际社会普遍要求国际投资规则进行必要变革。美欧试图主导改革,继续维系其对新一代国际投资规则的主导权,并通过强化规则对中国等新兴大国进行遏制。有别于以往数百年间世界领

导权在西方国家之间“倒手”及贯穿的“国家中心主义”理念,^③中国引领构建的人类命运共同体和以整体性思维为特征的发展理念^④为国际投资规则的变革提供了一种新方法,且正在积极通过“一带一路”倡议、二十国集团(G20)、金砖国家合作等平台,以“软约束”方式对外输出并通过国际合作进行推广,已获良好效果。

然而,在如何更好地通过统筹推进国内法治与涉外法治,提升硬法和软法的包容互鉴和协同创新,尤其在如何提升软法功能方面还有待进一步完善。基于此,本文尝试以软法为“抓手”(springboard)切入,思考统筹推进两种法治在中国OFDI治理中的优化方案和具体路径。

一、统筹推进国内法治与涉外法治的内涵和路径

自习近平总书记在2020年11月召开的中央全面依法治国工作会议上明确提出“要坚持统筹推进

国内法治和涉外法治”治国方略以来,国际法学界不断完善相关理论和内涵,围绕国际法守正与创新、^⑤适时制定对外关系法、^⑥强化中国法域外适用、^⑦谋求进取型管辖权^⑧等具体问题进行了思考及创新,^⑨并凝练出国际法中国学派理论等智识,^⑩对理论创新贡献较大,但是对于以何种具体手段在中国OFDI中统筹推进两种法治尚未充分展开。

(一)两种法治之间的内在关联

国际投资连通着国内法治与涉外法治,是当下各国竞争和矛盾的集聚点。这固然与现行国际投资规则二元架构^⑪及投资者—东道国争端解决机制(Investor-State Dispute Settlement,以下简称ISDS机制)失衡加剧等内因有关,但也不能忽视因各国实力对比调整对权力的影响。^⑫少数国家整体实力相对衰落,但拒绝收缩反而采取更强硬的政策遏制甚至打击中国等新兴大国发展,^⑬将投资中的环境、劳工和人权问题与价值观混淆,^⑭不仅为其背离国际义务甚至采用单边制裁^⑮寻求正当性“借口”,^⑯还将其作为国家间战略竞争和对抗的工具,^⑰达到恶化中国对外投资环境、提高中国对外交往成本之目的。作为大国博弈中的主角,中国与美欧之间围绕国际投资规则的斗争将明显加剧。有别于以往新霸权以新兴大国崛起的“战争律”和“危机律”,^⑱中国在尊重各国主权及其对制度的自主选择权的前提下,运用不断提升的影响力,引领世界正向发展。这不仅可能根本性纠正目前国际投资体系的失衡,还可能为构建新一代更平衡的国际投资规则提供新范式,其中统筹推进国内法治和涉外法治正是中国针对国际投资规则变革中多元冲突的有效回应。

(二)统筹推进国内法治和涉外法治的主要场景

统筹推进国内法治和涉外法治可能形成四种运用场景:第一,国内法治的域外延伸,主要指国内法在反垄断、反腐败、商业合规领域的域外适用,但不得违背国际强行法规定;第二,国内法治的国际化,主要从双边或多边角度入手,确立国际法规范,推动规范的良好运行并被更广泛接受;第三,国际法治的中国化,主要包括涉外规范和国际法在国内的适用,以保障国际义务的落实;第四,对域外法律的国内管控,中国应对外国法域外适用合法性予以

分析,阻断外国法对中国企业、个人的不当适用,必要时采取反制措施^⑲予以坚决回击。^⑳统筹推进两种法治应将四种运用场景包容互鉴、协同创新,其中对国内法治是补强,对涉外法治是扶弱。^㉑党的十九届四中全会提出的“加快我国法域外适用的法律体系建设”目标的落实重点在于对中国法现在和未来域外适用的必要性、可行性及其影响进行全面评估和系统性准备,^㉒主要指向国内法治的域外延伸(主要从单边层面)和国内法治的国际化(主要从双边或多边层面)。

(三)统筹推进国内法治和涉外法治的软法化路径选择

国内法治的域外延伸和国内法治的国际化进程中,存在“硬法化”和“软法化”两种路径。按照前者逻辑,在国际法层面,中国应迅速提升规则制定能力、议题设置能力、舆论引导能力和统筹协调能力,积极推动双边、区域及多边规则的谈判,并尽力在规则中纳入有约束力的争端解决机制,^㉓进而保障缔约方最大限度地遵守相关义务;在国内法层面,中国应积极谋求进取型管辖权,推动国内反垄断、反腐败等法律的域外适用,必要时行使长臂管辖权。按照后者逻辑,则应主要依托软法规则,遵循共同体理念,着眼于可持续发展,融入中国传统法律治理情理、道德等软法规则,^㉔以主动性、最大善意创设中国“最佳实践”。

尽管硬法化路径有利于提升规范效率和未来统一化进程,但虑及国际投资法高度碎片化、各国对国际法强约束义务反思等现实,^㉕以及硬法推进隐含的“两分法”^㉖逻辑可能分化共识,所以使用软法规则能够更好地包容各方的差异化需求,更容易在不同发展水平的缔约方之间达成普遍同意,^㉗而且与中国推进的人类命运共同体、寻求最大公约数等合作理念存在高度共通性。

二、软法在投资治理中的应然价值和演进需求

随着经济全球化和全球公共治理理念的发展,20世纪90年代起软法迅猛发展并得到国际社会的高度关切。^㉘北京大学软法研究中心是国内最早对软法进行系统研究的机构,该中心出版的专著《软法亦法》对软法的研究具有重要的指引价值。

(一)软法的概念和价值

1. 软法的概念

关于“软法”的概念主要包括如下理解:“原则上不具有法律约束力但会产生实际效果的行为规则,如章程、规章、指引、倡议等”;^②“介于约束性、可强制执行的法律与道德规范义务之间,属于相对规范的概念范畴”;^③“具有规范性、没有法律约束力、仅通过自愿接受而得以适用的法律文件,其效力源于当事人自治”;^④“已确立的非肯定性法律规则,但不具备司法约束力”;^⑤“不是单纯法律、政治或道德表述,有时介于其中”;^⑥“有意的非强制性协议”^⑦等,其核心要义就是不以国家强制力保证实施的规范。

我们通常认知的法律多遵循“国家—控制”法范式,^⑧简言之,就是将运用国家强制力保证实施的法律规范视为法,即所谓“硬法”,^⑨而将与“硬法”概念相对的规范统称为“软法”。由于制定主体多元、程序要求相对宽松,软法在数量上占有绝对优势。国际社会的“平权结构”导致国际法对软法的兼容性和接受度明显更高。国际组织和国际会议达成的大部分决议、决定、宣言、建议和标准都属于软法规则,它们不直接创设国家权利和义务,即便违反规则也并不引致国家责任,但因相关规则代表了国际社会的主流意见和未来趋势,通过舆论、声誉和政策引导可能形成倡议性或自律性准则和指引。《国际法院规约》第38条第1款b项提及一般惯例和法律意见是国际习惯法的两个传统要素,国际法院也经常将口头行为,^⑩诸如宣言等视为惯例;《维也纳条约法公约》(VCLT)第59条第2款中与“后订条约”并列的“另经确定当事国有此意思”,显然不是指条约而是指惯例、法律意见或其他行动等,这些宣言、惯例很多作为软法在国际法渊源中得到普遍接受。

2. 软法的价值

“国家—控制”法范式与传统国家治理模式契合度高,实施中以硬法为主、软法为辅。然而,伴随全球化和全球治理理念的不断推进,环境保护、气候变化、劳工保护等诸多问题都突破了一国管辖权,^⑪法治化更多转向一种软硬并举、包容互鉴的混合模式。^⑫具体表现为:第一,以软法填补硬法空白。软法通常不需要严格的授权和程序,造法效率较高。

当有新问题需要法律调整而硬法供给滞后时,授权灵活、程序简便的软法有利于以开放态度接纳新问题并及时进行压力测试。^⑬第二,以软法拓展硬法内容。软法达成通常需要共同体全体成员共同协商和广泛同意,可最大限度地顾及各方的差异化需求,有效弥补了硬法多着眼于社会整体公平和效率、对个体差异关注不够的缺陷。第三,以软法补强硬法执行。软法根植于当事人意思自治,主要依据诚信原则^⑭或禁反言予以执行,^⑮可以更灵活的替代性争端解决机制(ADR)补强依靠国家强制力执行的硬法。第四,以软法丰富硬法效果。实践中,最务实的答案都需要在各方利弊之间达成微妙的平衡,^⑯对一些尚处于发展中的新问题,不创设刚性义务的软法可以提供更多的弹性选择。

(二)软法在国际投资治理中的价值及演进

1. 软法在国际投资治理中的价值

ISDS 机制赋予了私人投资者对东道国措施的“直诉权”,淡化了东道国在国际投资法中的作用,使仲裁庭成为控制 ISDS 机制的主导力量。^⑰尽管 ISDS 机制在实践中被广泛援引,^⑱但近年来在现行 ISDS 机制失衡及其根植的国际投资协定(IAs)高度碎片化^⑲等多重因素的叠加下,ISDS 机制及其根植的国际投资规则都面临系统性改革,涉及国家实力对比、价值观认同、仲裁成本(时间和费用)、透明度和互信等诸多问题。^⑳目前联合国国际贸易法委员会(UNCITRAL)第三工作组、解决投资争端国际中心(ICSID)及欧盟等多个国际组织推动的国际投资规则谈判推进乏力,期望短期内依赖硬法化路径达成有约束力的硬法成果可能性微乎其微。尽管软法没有强制约束力,然而 ISDS 实践已反复证明软法等习惯法可能影响仲裁庭,^㉑可能用以解释 IAs 中的抽象条款、填补现有国际投资规则的空白,并佐证其他法律调查结果。^㉒在面对国际法新问题时,先由一个或数个国家或组织牵头制定软法规则,吸引更多的主体参与或取得共识回应现实挑战,再通过实践探索和经验总结,提升执行效果甚至将其中部分内容抬升为硬法,在实践中已经得到广泛认同。

2. 现有国际投资软法的不足

由于软法规则制定主体多元、授权和程序相对

宽松,加上当事人意思自治,在规范事项上存在一定的交叉甚至重复,^⑤可能形成“令人困惑的软法律规范之网”甚至“密密麻麻的丛林”。^⑥此外,国际投资软法还存在一些明显弊端:第一,仅确立原则性标准,但对执行效果缺乏公允的第三方评估机制,部分软法规则虽然关注投资中的环境、劳工等非经济因素,但仅作出迎合社会的价值判断,赢得舆论的正确性,对实际履行和效果缺乏客观公允的评估。第二,国际投资软法尽管倡议建立“最佳实践”标准,但实践中基本参照东道国标准,当东道国相关标准较低甚至无相关标准时,“最佳实践”标准实际下降为从低的东道国标准,无法达到倡导的约束效果。第三,国际投资软法通过实践探索后应及时进行编纂甚至适度硬化,而现行国际投资软法“政出多门”、内容交叉或重复,大多没有常设机构和定期审议机制对软法规则及其实施效果及时跟进,难以实现优化和硬化。第四,由于议题设置能力和谈判主导能力的差距,大部分软法规则由发达经济体主导,可能被滥用为对他国投资者“污名化”宣传的工具,^⑦使他国投资者面临更多怀疑,甚至还可能被异化为斗争工具,^⑧对后发国家海外投资进行围堵。

3. 国际人权法对国际投资软法的包容互鉴

传统 IIAs 未对投资者设置义务,也未对投资者母国对投资者可能违反人权、环境等方面义务设置监管责任。自 20 世纪 70 年代开始,联合国致力于跨国公司的人权责任问题,近年来跨国公司人权规则制定正在提速。2011 年通过《工商企业与人权:实施联合国“保护、尊重与补救”框架指导原则》(以下简称《指导原则》)^⑨后,联合国人权理事会下设的跨国公司和其他工商企业与人权问题的开放型政府间工作组(以下简称“工作组”)自 2018 年开始连续 3 年发布了《在国际人权法中规范跨国公司和其他工商企业活动的具有法律约束力的文书》(以下简称《法律文书》)零号草案、修订草案和第二修订草案。^⑩其中,第二修订草案已经突破了《指导原则》在人权责任上的保守规定,通过要求国家和企业对域外人权风险承担责任,强化母国对跨国公司的法律义务和责任。^⑪特别是近年来缔结和谈判的 IIAs 中多将可持续发展、减缓气候变化义务以“记笔记”方式^⑫纳

入,未来国际人权法的硬化将可能对 IIAs 义务的落实和救济机制产生影响。

三、中国强化海外投资软法治理的特殊价值

OFDI 的迅猛发展已使中国从引资大国转化为双向投资大国,随着双向投资利益的日渐增长和实践问题的日益突出,要求中国在国际投资治理中迅速从“跟跑者”转化为“并跑者”甚至是未来的“领跑者”,所以此时的中国比以往任何时候都要关注软法在海外投资治理中的特殊贡献。

(一) 国际投资软法对中国现行投资硬法的矫正作用

以 IIAs 为代表的中国现行对外投资硬法无法满足中国 OFDI 的需求,具体表现如下:其一,IIAs 中东道国导向与中国 OFDI 投资者导向不契合。IIAs 明确将相互促进和保护投资作为宗旨,条款设计中缔约方承担等价的东道国义务,但在特定 IIA 适用场景中(以 BIT 为例),缔约双方之间投资基本呈单向流动,即其中一国主要承担东道国义务。中国在以往 IIAs 缔约中多从东道国视角出发,避免在 IIAs 承担过高责任,然而,随着中国双向投资大国地位的形成,特别是在“一带一路”倡议和《区域全面经济伙伴关系协定》(RCEP)及二十国集团等合作中,更多扮演的是资本输出国的角色,东道国导向的 IIAs 无法对中国 OFDI 提供充分的保护。其二,IIAs 条款的抽象模糊与争端解决的具体要求不契合。IIAs 谈判各方为就投资关键事项尽快达成共识,多会将非关键性、非必然发生且各方分歧明显的问题在文本中作模糊性甚至“留白”处理,这是将政治妥协隐藏在法律文本中的外交技巧,^⑬从而在各方利益之间达到微妙平衡。然而,在面对具体争端时,这些模糊性、“留白”甚至粗糙便无法为争端解决提供明确的裁量标准,加剧了 ISDS 机制的“正当性危机”。

(二) 国际投资软法对中国海外投资治理的补强作用

除了现行 IIAs 与中国对外投资政策和实践不契合外,中国 OFDI 的部分特征更要求补强中国 OFDI 治理。其一,中国 OFDI“被围堵”效应加剧。当下,中国与美欧的关系整体已转向“全面竞争与对抗”关系,^⑭美、欧、日对围绕“中国特征化议题”(如政府补

贴、国有企业、价值观投资等)协同性加强,对来自中国的投资审查和监管持续收紧。随着近期美国、德国的供应链尽责立法的颁布和实施,围堵效应将更加显著。少数国家和组织还对中国 OFDI 进行“标签化”“污名化”宣传,恶意歪曲中国所推进的合作模式的内涵,^④恶化中国 OFDI 的整体环境。现行 IIAs 中无法纳入对环境和社会利益综合考量的指标,也不可能作出制度性安排预案,^⑤这无疑会增加个案应对成本,也难以以为构塑中国话语权提供智识支撑。

其二,中国 OFDI 大量分布在发展中经济体。《2022 年世界投资报告》数据显示,截至 2021 年底,中国 OFDI 存量高达 25818 亿美元,位居世界第三,占全球 OFDI 的 6.18%。^⑥但是,2020 年末中国在发展中经济体的投资存量为 22998.3 亿美元,占 89.1%,^⑦而且近年来中国对“一带一路”沿线国家的投资规模也在持续攀升。^⑧中国 OFDI 流向地国多为发展中国家或经济转型国家,它们的法律体系多样且大部分缺乏良好的法治传统,其中中亚、中东等地区形势更是复杂多变,2022 年 2 月俄罗斯和乌克兰冲突爆发后,美欧与俄罗斯之间的制裁与反制裁博弈大幅提升了中国投资者在该地区的投资风险。^⑨

其三,中国公有经济在 OFDI 中表现突出。在 2020 年末非金融类 OFDI 的投资者中,国有企业仅占 5.3%,其中中央企业 181 家,仅占 0.6%,然而国有企业 OFDI 存量占同期中国 OFDI 存量的 46.3%,^⑩国有企业特别是中央企业的单体投资规模在投资者中占头部位置,其投资行为如有不当容易被污化为中国政府的不当行为。

其四,中国主导合作模式以政策导向为主。“一带一路”倡议是中国主动与周边国家通过强化连接度(connectivity)开展深层次合作的一种机制。^⑪开放性合作虽在初期可以吸引更多的国家参与,但在具体推进阶段,需要将政策主导模式转为政策和规则并重模式。加之倡议涉及的地域跨度大,在具体推进中必须结合有关国家特征进行差异化安排,短期内难以运用相对统一的范式推进。

其五,中国大多数 IIAs 内容陈旧无法适应“投资+”争端。尽管中国已签署了 132 项双边投资协定(BITs),但 2/3 以上的 BITs 签署于 21 世纪以前,内容

简单且相对陈旧,无法回应涉及环境、劳工、人权等软法规则考量的新型投资争端要求。^⑫随着“投资+”问题进一步向气候变化、消费者权益保护等方面拓展,陈旧的 IIAs 内容与新型投资争端之间的矛盾将可能激化。

其六,中国反对滥用长臂管辖,但无法有效约束少数东道国恶意违反义务。中国一贯秉承和平共处、互利共赢的外交政策,在 2022 年 4 月的博鳌论坛上,习近平主席倡导的全球安全倡议中明确反对滥用单边制裁和长臂管辖,尽管近年来中国已在立法中开始关注进取型管辖权,但对在实践中运用长臂管辖权和国内法域外适用依然会保持高度克制的态度,这种高度克制可能无法对少数恶意违反义务的东道国进行充分反制。

(三)国际投资软法对中国海外投资治理的引领作用

总体上,中国以开放积极的态度对待国际投资软法,但在系统性安排及话语权方面仍有待加强。

其一,系统安排、强化合力。在联合国《2030 年可持续发展议程》所列举的 17 项目标中,除了目标 4(确保包容和公平的优质教育)外,其他 16 项目标与国际投资法均有关联。近年来,部分中国企业也制定了企业社会责任(CSR)报告,内容涉及低碳投资、减缓气候变化、尊重人权、强化合规管理等,但是关注点比较零散,尚未形成合力。

其二,积极参与、正向塑造。中国投资者对较高水准的国际投资软法规则接受度不高。例如,纳入环境保护、社会责任等可持续发展因素的《赤道原则》(Equator Principles,以下简称 EPs)已被全球主要金融机构普遍采纳,覆盖项目融资占全球项目融资的 80% 以上。然而,中国仅有兴业银行等 9 家银行加入,^⑬市值居全球银行前五的“工、农、中、建”四家国有商业银行均未接受此原则。尽管接受 EPs 可能会增加合规成本,因此中国金融机构不能不加区分地接受 EPs,但鉴于其在金融行业的广泛接受度,以更务实的态度对待 EPs 而非采取回避态度,可以适度缓解东道国及社会团体对中国 OFDI 的疑虑。

其三,兼收并蓄、协同创新。中国当下积极推动的国际投资规则变革从 ICSID、WTO 和世界银行原

有规则中借鉴了很多内容,^⑩试图模仿并重新诠释原有的制度和规则。^⑪对软法规则的研究和实践更容易把握美欧主导的话语体系背后的深层逻辑。

其四,多维应对、主动合作。随着国际格局相对东升西降,中国OFDI将可能更多地成为大国博弈和地区矛盾的针对对象,但是为了尽量优化外部环境,应加强在保护环境、保护劳工、减缓气候变化等软法规则方面的合作,将其作为大国博弈和竞争合作中的“润滑剂”。特别是中国主导推进的“一带一路”倡议、G20等合作模式大多以综合政策沟通和规则保障方式予以推进,因此提升软法效果尤为关键和直接。

四、中国对国际投资软法的“三位一体”推进

结合中国对国际投资软法规则实践的场景,本部分尝试从硬法巧执行、软法强执行和软法软执行三方面进行探讨。

(一)硬法巧执行

在中国缔结的IIAs和部分国内硬法中虽已纳入保护环境、CSR等义务,但多未规定对应的法律责任及执行机制,不作简单“一刀切”,为投资实践中兼顾具体情形相对灵活执行提供了可能。

1.国际法层面

中国虽然在部分IIAs中纳入环境条款,但是对相关争端是否可诉诸ISDS机制未作明确,且部分IIAs仅在序言中有相关规定,巧妙地各缔约方尽快达成共识、未来执行留下了一定的回旋余地。在中国已经签署的132项投资条约(含2012年中日韩三方投资条约)中,18项BIT中纳入了环境事项,^⑫占比约为13.64%。但是,18项BIT中环境事项规定在结构安排、表现形式、表述内容、适用标准等方面差异明显,虽体现了中国对外缔约中较大的灵活性以及对相对方需求的高回应性,但同期签订的IIAs对环境事项存在明显差异也从侧面证明了中国对环境事项尚缺乏系统性考虑,在未来解释和适用中可能存在不一致性。相较而言,中国对外商签的19项自由贸易协定(覆盖25个国家,以下简称“FTAs”)基本都纳入了环境条款,且对涉环境事项争端解决予以了细化规定,与瑞士、韩国、格鲁吉亚、智利和新加坡等国签订的明确排除了诉诸国家间争端解决

机制,与澳大利亚的FTA则排除了诉诸ISDS机制,涉环境事项争端无法诉诸有约束力的争端解决机制,其实施效果主要取决于东道国的最大善意履行。

2.国内法层面

(1)社会责任法律化条款

现行国内法以社会责任法律化方式纳入了部分CSR条款,将其作为企业的强制法律义务,但未明确违反义务可能承担的法律后果。譬如,《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)第5条中“遵守社会公德、商业道德、诚实守信”是对公司道德义务的描述,2005年修订时加入的“承担社会责任”构成了公司承担CSR的直接法律依据,该条中的“必须”表明遵守CSR是公司的强制性义务。2020年《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)中也采纳了营利法人社会责任强制法律化规定。^⑬然而,《公司法》和《民法典》均未规定违反CSR的法律后果,接近于宣誓性条款,在执行中容易被“淡化”或“边缘化”,特别是上述条款未明确是否延伸适用于中国公司或营利法人的对外投资,对规制中国OFDI意义不突出。

(2)对外投资管理规范中的规定

尽管在严格意义上,只有全国人大和国务院制定的法律和行政法规才可以被称为“法”,但实践中,国家发改委、商务部、外交部等通过的行政规章也是规范中国OFDI的“硬法”,其中部分相关规定并未直接规定对应的强制性义务,体现了灵活而巧妙的治理理念(参见表1)。

(二)软法强执行

国际投资软法主要包括政府间国际组织直接围绕投资制定的无强制约束力的规范性文件,政府间国际组织围绕可持续发展、气候变化等可持续发展议题且与投资有关的规范性文件,以及非政府间组织制定的国际准则或标准等。前两类可通过国内法或ISDS机制予以适度硬化,第三类基本通过自律予以落实。

1.国际法层面

(1)与投资直接相关的规范性文件(参见表2)

(2)规范可持续发展但可能影响投资的软法规范

表1 中国对外投资管理规范中的硬法性规定

规范名称	发布单位	内容	效果
2014年《境外投资管理办法》	商务部	加强对企业境外投资的指导和规范,会同发布环境保护等指引,督促企业在境外合法合规经营	从投资促进和服务角度加强企业合规经营
2017年《企业境外投资管理办法》	发改委	倡导投资者尊重当地公序良俗、履行必要社会责任、注重生态环境保护等	倡导性义务,未规定强制性义务
2017年《关于进一步引导和规范境外投资方向的指导意见》	发改委、商务部等	限制使用不符合东道国技术标准的设备进行投资,禁止违反互利共赢和宏观调控政策的境外投资	主动尊重东道国技术标准

表2 与投资直接相关的国际软法规则

名称	机构	内容	效果
1962年《关于自然资源永久主权宣言》等文件(74)	联合国	东道国对本国的自然资源以及一切经济活动拥有永久主权。东道国有权国有化,但应予原主适当补偿	确认东道国具有征收和国有化权利,应予以补偿
1983年《跨国公司行动守则(草案)》	联合国	对跨国公司设置详尽义务,未明确东道国应予外资具体待遇	发达国家与发展中国家之间分歧明显,最终未通过
1999年《全球契约》	联合国	确立全球企业在公司运营中应遵守涉及人权、劳工、环境、反腐败的10项契约	确立国际经济软法的10项指导性规则
1992年《外国直接投资待遇指南》	世界银行	确立东道国对外国投资者的保护及待遇标准	《外国直接投资待遇指南》标准被IIAs较广泛采纳
1976年《跨国公司行为准则》	OECD	确立对外资国民待遇和投资者义务,禁止贿赂、雇佣歧视等	对跨国公司无直接约束力,但OECD成员国自愿遵守
2011年《经合组织跨国企业准则》	OECD	提出符合适用法律及国际公认标准的良好做法的原则和标准;遵守国内法是企业的首要义务,《经合组织跨国企业准则》不能替代国内法律法规	企业首先应遵守国内法,在不违反国内法的前提下,应最大程度地恪守相关原则和标准
2016年《二十国集团全球投资指导原则》	二十国集团	确立反对投资保护主义、可持续发展等9项核心原则	提出可持续发展要求,强化东道国对投资的监管权和企业社会责任

(参见表3)

2. 国内法层面

近年来,国家发改委、商务部、生态环境部等相关部门围绕可持续发展要求制定了大量指南或指引等“软法”,其中设置了软法性要求,由于有审批、备案、考核等保障,实际上有强制约束力(参见表4)。

《指引》是商务部、生态环境部制定的部门性规章,从其标题看“指引”二字似乎表明其具有软法属性,不能通过行政、司法体系来执行。然而,《指引》

抄送了国家发展银行、中国进出口银行和中国出口信用保险公司(以下简称“中信保”),这三家机构中的前两家是政策性银行,中信保则是承保中国OFDI非商业风险的政策性保险公司,因此《指引》不仅可能通过商务部和生态环境部的审批等发生作用,还可能通过政策性银行和保险机构的投融资和保险政策倾斜和支持促进中国企业更好地遵守CSR,发挥实际的约束力。

以《指南》为代表的规则鼓励中国投资者遵守东

表3 规范可持续发展事项的国际软法规则

事项	名称	机构	内容	效果
可持续发展	《2030年可持续发展议程》	联合国	涵盖经济、社会、环境等领域17项大目标和169项子目标	除了清洁用水外,均与投资有关
	2016年《落实2030年可持续发展议程中方立场文件》等文件 ^⑤	G20	牢固树立和贯彻可持续发展理念,协调推进经济、社会、环境三大领域的发展,实现人与社会、人与自然和谐相处	中国做好自身发展并深化南南合作,帮助他国推进可持续发展
气候变化	1992年《联合国气候变化框架公约》	联合国	确立应对气候变化的最终目标及“共同但有区别”的责任	共同但有区别责任,无强制约束力
	1997年《京都议定书》	联合国	设履约要求,发达国家在第一承诺期(2008-2012)比1990年减排5%	对发达国家有强制约束力
	2016年《巴黎协定》	联合国	将全球平均气温升高控制在2摄氏度之内,并承诺“尽一切努力”使其不超过1.5摄氏度	以自主贡献为核心的共同但有区别责任,有法律约束力,不得回退 ^⑥
	2021年《格拉斯哥气候公约》	联合国	推动《巴黎协定》全面实施。所有缔约方均提出了国家自主贡献(NDC),其中84%国家提高了NDC目标	基于公平、共同但有区别、各自能力原则,维护发展中国家的发展权
	2021年《中美关于在21世纪20年代强化气候行动的格拉斯哥联合宣言》	中美	双方承诺对甲烷控制和减排、二氧化碳减排、终止对未加装减排设施的国际煤电支持等	强化中美对减缓气候变化的国家责任和主要贡献
生物多样性	1992年《生物多样性公约》	联合国	保护濒临灭绝的植物和动物,最大限度地保护地球上的多种多样的生物资源。发达国家和发展中国家进行多方面合作	有法律约束力,以可持续利用为理念,认识到相关利用应惠及人类
环境保护 (臭氧层保护)	1985年《关于保护臭氧层的维也纳公约》	UNEP	明确指出大气臭氧层耗损对人类健康和环境可能造成的危害,呼吁各国政府采取合作行动,保护臭氧层,并首次提出将氟氯烃类物质作为被监控的化学药品	缔约国承诺针对人类改变臭氧层的活动采取普遍措施,公约不含约束性控制和目标
	1987年《蒙特利尔议定书》	UNEP	明确受控物质和产品,确立风险预防原则,明确削减目标和时间表,并规定履约监督程序和资金机制	明确受控物质种类、控制基准、淘汰时间表以及数据报告机制等
	2016年《〈蒙特利尔议定书〉基加利修正案》 ^⑦	UNEP	将氢氟碳化物(HFCs)纳入管控范围	扩大了受控物质范围以及削减时间表、进出口许可证管制和数据报告等
性别平等	1979年《消除对妇女一切形式歧视公约》、1995年《北京宣言和行动纲领》等	国际劳工组织(ILO)	将男女平等原则明确列入法律;禁止对妇女的一切歧视、废除构成对妇女歧视的现行法律、规章、习俗和惯例等;赋予妇女权力和她们在平等基础上充分参加社会所有领域的决策权和参与权	持续推动消除对妇女各种形式的歧视,依法保障妇女人权,积极推动性别平等

表 4

国内法中对投资的主动性指引

事项	名称	机构	内容	效果
框架性协议	2015年《推动共建丝绸之路经济带和21世纪海上丝绸之路的愿景与行动》	发改委、外交部和商务部	突出生态文明理念,加强生态环境、生物多样性和应对气候变化合作	强调绿色低碳化建设和运营管理,建设中充分考虑气候变化影响
	2015年《亚洲基础设施投资银行协定》	亚洲基础设施投资银行	促进亚洲经济可持续发展,将针对环境和社会影响政策作为银行业务原则	主动性接受最佳实践标准,纳入对环境和社会影响的考量,但未规定强制性义务
合规类	2013年《对外投资合作环境保护指南》(以下简称《指南》)	商务部、环境保护部	倡导企业积极履行环境保护责任、尊重东道国社区居民风俗习惯、保障劳工权益和促进协调发展等	以东道国标准作为强制标准,并对国际组织标准持开放态度
	2018年《企业境外经营合规管理指引》	发改委、外交部、商务部等	中国境内企业及其境外子公司、分公司等境外分支机构应确保经营活动全程合规	中国企业及其下设机构的境外投资应符合中国法要求
	2021年《对外投资合作绿色发展工作指引》(以下简称《指引》)	商务部、生态环境部	东道国没有相关标准或相关标准过低时,鼓励采取国际组织或多边机构通行标准或中国标准	保护标准的实质性升级,推动中国 OFDI 超越东道国保护标准
	2022年《对外投资合作建设项目生态环境保护指南》	生态环境部、商务部	企业应遵守东道国、中国标准或国际通行规则标准中的最高标准,持续跟进东道国气候变化和生物多样性规则演进	选择最高标准;对重点行业特殊关切;关注东道国规则动态发展
投融资	2020年《关于促进应对气候变化投融资的指导意见》	生态环境部、发改委等	积极开展气候投融资标准的研究和合作,推动中国标准在中国 OFDI 中应用	推动中国标准推广,对国际通行软法持开放态度
国有企业	2016年《关于建立国有企业违规经营投资责任追究制度的意见》	国务院办公厅	明确9个方面54种须追责的情形	发挥党组织、审计、财务、法律、人力资源、巡视、纪检监察等部门的监督,联动追责
	2017年《中央企业境外投资监督管理办法》	国资委	以管资本为主,要求企业遵守中国和东道国法律法规、商业规则和文化习俗,合规经营,履行社会责任	中央企业同时遵守中国和东道国法律和合规要求,并追究企业经营管理责任

道国法及相关要求,主要立足点在于获得东道国的许可和批准,体现了中国 OFDI 发展初期的母国治理能力,其弊端是当部分东道国环境标准过低甚至“空白”时,尽管中国投资者已经完全遵守可能略高于东道国的标准,依然可能因未达到中国标准或国际通行标准而被污化为中国责任。^⑧随着中国 OFDI 规模的迅速扩张和提升,继续遵循东道国标准已无法回应国际社会对可持续发展的进一步关切,也不符合中国 OFDI 的长远利益。特别是随着国际社会对跨国公司人权责任的强化,中国投资者面临跨国侵权

诉讼的风险日益增加,因此《指引》主动将对标标准从东道国标准提升为超东道国标准,可能会有效缓解针对中国 OFDI 违反可持续发展要求等方面的指责,比如,随着“双碳目标”的具体推进,中国在不断强化国内碳减排措施的同时,也逐步停止了对外投资的煤电项目。^⑨

(三)软法软执行

1. 国际法层面

除了国际组织和国家间非正式合作机制制定的各类软法规则外,非国家行为体也积极主导或参与

制定相关示范性规则,并积极推广(与投资关系的相关规则整理参见表5)。

2. 国内法层面

国内标准化组织也已开始了对相关软法规则的探索和实践,但因起步相对较晚,相关规则的制定水平等还有待进一步提升。例如,现行国家标准GB/T 35770-2017《合规管理体系指南》是2014年发布的ISO19600的翻译和等同采用,未反映国际软法的最新发展,也未对不同主体进行差异化对待。

基于以上分析,中国已经围绕硬法巧执行、软法强执行和软法软执行三种场景建立起“三位一体”的软法架构,这既体现了中国在国际投资软法建设中的高度开放性和包容性,也充分展示了中国不同时期参与国际投资软法建设的“时代性特征”,相较于硬法巧执行主要发挥宣誓性效果、软法软执行主要发挥示范性效果,推动中国OFDI治理的重点应落在软法强执行领域。从软法接受的角度看,中国不仅参与了较多的软法规则,也接受了较高的标准,尤其从2021年《指引》开始,已经接受了超东道国标准——在国际通行标准、东道国法、中国法和国际社会“最佳实践”中选择最高标准。《指引》等规则虽为国内法,理论上存在回退之可能,但是结合中国近年来在减缓气候变化等强调国家自主贡献中的积极承诺和实践,中国国内软法中倡议性目标和要求也将以不可回退的棘轮机制推进,然而各项软法规则呈现议题性或碎片化分布,在法治实践中尚未将软法作为主要手段进行思考和系统性安排,对完善软

法规则作为经贸争端的润滑剂,以应对美国、德国供应链尽责法可能对中国产业链产生的不利影响也尚未予以高度关注。

五、中国海外投资治理中的软法完善

在全球化背景下,国内事务与对外事务高度互动,是包括中国在内的许多国家共同面临的问题。之前,中国发展水平较低,法治实践的影响主要体现在国内场域。随着中国整体实力的提升和法治理念的日臻完善,中国较以往更加积极地参与国际法构造。新规则对旧规则的替代并无统一范式,可以是硬法替代,也可以是软法替代。软法作为一种交流机制,可以促进各国之间沟通,共同推动软法规则创新并在时机成熟时向硬法转化。^④特别是以软法为抓手更符合中国秉承的人类命运共同体理念、中国传统法律治理特征以及中国推动的以政策驱动和政治互信为基础的投资模式,软法理论完善和实践积累可以为更均衡的国际投资规则贡献中国智识。^⑤

(一) 中国主导国际投资软法的理念创新

从优化海外投资治理的角度看,中国主导的国际投资软法必须始终坚持以人类命运共同体为主线,以可持续发展和包容互鉴理念为指导,推动其向更加公平合理的方向发展,平衡好数重关系。

1. 兼顾传统与现实。中国在统筹推进国内法治和涉外法治的过程中,应充分借鉴中国传统法治文化中包容性、软联通的价值理念和文化精神,使其在当今法治建设中焕发强大生命力,在引领未来制度方面发挥更大张力。^⑥中国传统法治中包含的天理

表5 非国家行为体制定的国际软法规则

名称	机构	内容	效果
2003年《赤道原则》	花旗集团、荷兰银行、巴克莱银行等金融机构	依据国际金融公司和世界银行的政策和指南建立在判断、评估和管理项目融资中环境与社会风险的金融行业标准	金融机构不需要签订协议,自行宣布加入和执行,没有强制约束力
SA8000	社会责任国际(SAI)	关注对童工、强迫性劳工、健康与安全、组织工会的自由与集体谈判的权利、歧视、惩戒性措施、工作时间、工资、管理体系等	全球首个道德规范国际标准,关注对人的保护,要求供应商供应产品符合社会责任标准
ISO26000(80)	国际标准化组织(ISO)	涵盖组织治理、人权、劳工实践、环境、公平运营实践、消费者议题、社区参与和发展等7个议题	对社会和环境的考虑融入组织决策的意愿,但隐含“人权高于主权”逻辑,对供应链中低端位置的组织不利

和人情体现了以人为本的关怀,这与国际投资软法中对可持续发展因素的关切具有共通性,同时也能拓展中国法治实践的应用场景。

2. 兼顾机遇和挑战。2015年以来,国际社会开始出现“以规则为基础的国际秩序”的言论并有甚嚣尘上之势,意在取代以《联合国宪章》和国际法为基础的国际秩序,这种危险的话语转向对中国已经形成了实质威胁。相较于对制定法(条约和国内法)通常有相对明确的解释规则,软法规则更容易受到语境的影响,若其中再被植入对中国不利的价值和意识形态,而又未能及时发现或应对,就有可能形成对我国不利的语境。中国主动提升对软法规则的认知和实践,争取话语权,可以更好地发挥环境、劳工等可持续因素作为经贸摩擦和大国博弈中的“润滑剂”作用。

3. 兼顾守正与创新。国际法的发展是在法的恒定性与现实的变动性相互张力中促生的,软法亦不例外。推动软法创新和良性发展符合国际法发展的内生需求,中国并非根本性推翻《华盛顿公约》和现行ISDS机制,而是从中借鉴部分内容,体现了“守正”特点,同时又试图从整体性思维重新诠释相关规则,以更适应国家主权和国家参与经济的方式,推进规则正向发展,又体现了中国的创新。

(二)中国对外投资立法软法与硬法的衔接创新

1. 软法与硬法功能的包容互鉴。平权结构和契约属性使国际制定法对主权国家的约束力普遍不足,软法反而可以更好地发挥对硬法的矫正、补缺或补强作用,在推进中国OFDI的治理中,软法与硬法不可偏废,应当包容互鉴、协同发展。

2. 软法与硬法实施的无缝对接。由于软法本身不具有强制执行力,其要发挥真正效果,离不开硬法的保障。例如,2020年瑞典邮政电信管理局(PTS)以保护国家安全为由,禁止中国华为和中兴等企业参与其国内5G建设。^⑧这一指令已构成投资准入限制或间接征收,不是软法可以解决的问题,必须要用硬法手段进行保障。近年来,中国投资者比以往更加积极援引ISDS机制寻求其对正当权益的保护,截至2022年6月底,中国投资者已经起诉12次,其中2018年以来启动9次,占75%。^⑨2022年1月22日,华为

依据1982年中国—瑞典BIT针对瑞典政府滥用国家安全对华为等中国企业参与5G建设的禁令提起仲裁,^⑩体现了以硬法作为兜底性安排的保障作用。

3. 软法实体和程序要求的有机平衡。软法规则对长远目标和抽象宗旨关切较多,对具体要求和标准以及如何解决潜在争端通常不作具体规范,这种抽象、凝练的实体要求在具体实施中可能会出现巨大差异,进而影响规则的相对统一和稳定性。尽管软法规则一般不对关键概念的内涵和外延进行明确规定,但建议应对判断标准和例外条款达成相对一致,并尽可能地纳入定期政策评审机制,通过实体要求和程序要求之间的平衡,适度提升软法的实用性和可执行性。

(三)国际投资软法的双向推进

在以软法为抓手统筹推进国内法治和涉外法治的进程中,应从国内软法的国际化和国际软法的国内化两方面进行双向推进。

1. 国内软法的国际化

(1)国内硬法巧执行的适度保留

《公司法》和《民法典》中的道德法律化条款尽管缺乏法律责任的规定,实践中可能被边缘化,但其法律位阶较高,不仅具有重要的宣誓意义,而且为未来相关规则的提升提供了法律依据。为了在规则稳定性和弹性之间达成适度平衡,不建议将此类条款与有强制执行力的规则完全对接并予以“一刀切”硬化,适度保持巧执行更有利于此类规则与当时的“最佳实践”结合,寻求动态的最优化发展。

(2)国内软法强执行的必要升级

相较于高位阶的道德法律化条款,国内软法硬执行是中国国际投资软法构建的重点内容。第一,参考标准明确化。相较于《指南》中遵守东道国标准,《指引》和2022年《对外投资合作建设项目生态环境保护指南》等新一代国内法则鼓励企业按照中国法、国际通行标准甚至是国际社会“最佳实践”开展相关投资活动,这是中国结合现实利益和未来需求、当前利益和长远利益、中国利益和他国利益后做出的务实选择,展示了中国政府和投资者对负责任投资的支持,也充分表达了中国政府和投资者的最大善意。这种对标准升级的整体立场应得到肯定,但

软法规则制定主体多元,加之受发达经济体主导,不作区分全盘接纳国际社会“最佳实践”特别是人权保护和社会正义等问题,由于受到话语权和引导力影响,反而可能形成对中国投资者的新“规索”,因此在接纳国际社会“最佳实践”等表述时应尽量明确其具体议题。第二,执行手段多样化。与中国OFDI关联较密切的规范性文件多设置了倡导性目标和标准,但对如何具体执行缺乏强有力的考核机制,建议可通过国有资产监管、会计审计、市场监管等途径执行,落实倡导性目标并发挥示范效应。具体执行手段可能包括如下方面:(1)将软法规则内化到企业内部审计规则中。2019年审计署办公厅《关于印发2019年度内部审计工作指导意见的通知》(审办内审发[2019]39号)中提及通过完善内部控制促进国有企业对外投资的科学决策,如果未来将保护环境、可持续发展等要求作为审计参考标准,那么不仅有助于完善对外投资的科学决策评估体系,也有助于以审计促进倡导性目标的有效落实。(2)将倡导性目标分解到国有资产监管及其负责人的考核机制中。2019年国资委《中央企业负责人经营业绩考核办法》(国务院国有资产监督管理委员会令第40号)将中央企业提升国际化经营水平作为对负责人经营业绩考核内容之一,如果将软法要求作为国有资产监管和对负责人考核的参考标准或指导标准,那么有助于将软法要求适度硬化并提升其实际约束力。(3)推动国家市场监督管理总局等推进标准和合作等,不仅应落实《“一带一路”计量合作愿景与行动》,还应该积极推进标准联通、认证互认、标准合作等工作,同时加大中国标准外文版的编纂和推广,从而扩大中国标准的认可和使用的范围,最终形成合力。

(3)国内软法软执行的及时优化

SA8000和ISO26000是通过第三方认证机构审核的国际标准,尽管在国际上认可度较高,但涉及的认证、审查、监督、翻译工作等增加的成本给中国中小投资者带来了不小的负担,而现行的国家标准GB/T 35770-2017未体现出当下中国OFDI的需求。基于此,建议中国领军企业在借鉴国际社会“最佳实践”标准的基础上,制定标准明确、符合OFDI特征且易于执行的CSR标准,必要时可按照企业所在行业、

经营规模和用工规模等进行差异化安排。

2. 国际软法的国内化

(1)对国际投资软法原则的转化和创新

由于缺少常设机构或定期审议机制,现行国际投资软法通常在效果评估和规则推升方面存在明显短板。建议通过建立定期谈判、政策评审、同行评议等制度,主动性推进国际投资软法规则在國內法中的落实和创新,这既是对高度抽象原则的具体化,也是将普遍性原则中国化。具体可从《赤道原则》、ISO26000等标准入手,结合中国已明确接受的联合国可持续发展理念等进行中国化塑造。

(2)对社会正义、劳工保护等事项“最佳实践”接受从严把握

CAI中将可持续发展问题以“记笔记”方式纳入第二章第四节(投资与可持续发展),涵盖了可持续发展、充分就业、社会正义等诸多可持续因素,创设了在投资协定中纳入可持续因素的新模式。相较于中国以往IIAs中抽象笼统的环境保护义务,CAI以更加开放和动态的方式纳入可持续发展因素,对东道国和投资者母国的治理能力都提出了更高挑战。“可持续发展”概念本身弹性极高,若不加区分全盘接受,中国投资者的正当期待很可能受到减损。因此,建议对可持续发展因素的环境保护、劳工保护、气候变化等已经得到广泛接受和相对明确判断标准的因素予以接受,但对社会正义、人权保护等尚未被广泛接受且易于植入价值观因素的纳入保持高度审慎态度。

(3)对援助等与投资相关概念的厘清和借鉴

实践中,对外投资与对外援助不仅表现形式有相似性,在软法规则上也有一定的共通性。比如,中国对外援助秉承尊重受援国主权、不附加政治条件、增强受援方自主可持续发展等原则与对外投资秉承的软法原则有一定的相通性,特别是对外援助中的优惠贷款^⑥与对外投资相似度更高,如果不作明确区分,一旦混同,可能对中国OFDI形成重大风险。

(四)适度强化硬法规则作为统筹推进两种法治的兜底方案

由于软法规则不具强制约束力,当东道国恶意滥用公共管理权或主权对中国OFDI产生不法损害

时,中国投资者应积极运用现行ISDS机制作为钳制东道国滥用权利的手段,但因可持续发展因素在IIAs和ISDS实践中的例外性有所增强,不能排除ISDS仲裁庭否认管辖权、不支持中国投资者正当权益,抑或东道国不履行裁决义务的情况,故而有必要通过强化单边硬法作为保护中国OFDI的兜底方案,这有助于推动中国法治实践从保守型转向进取型、从事后应对转向事先防范、从个案应对转向系统筹划,强化立法、行政、司法之间的协同互动,使软法与硬法形成相对闭环,强化法治体系的实际效力。

1. 立法中的硬法化。长期以来,中国对中国法域外适用和长臂管辖保持高度克制,立法中不仅严格限制了国内法域外适用场景,^⑩甚至对中国法院受理涉外民商事案件都进行了严格限制。现行的《反外国制裁法》是针对外国政府、组织和个人针对中国组织和个人采取非正常制裁行为后的被动性应激措施,并不具有一般意义上的域外适用效力。从保护海外投资利益的视角出发,中国应加速从传统保守型管辖权演进为进取型管辖权,主动强化中国在涉外法律斗争中的话语权。

2. 执法中的硬法化。执法既是中国强化海外投资利益的关键一环,也是检验工作实效的重要指标。具体而言,通过中国驻外使领馆增强对驻外机构、企业和公民领事保护是其中的重要内容,有助于将抽象立法转化为有效约束,从而将保护落实到位。

3. 司法中的硬法化。加强涉外审判体系和审判能力是形成相对闭环的最后屏障,其中可能包括对管辖机制、审判机制和国际商事纠纷多元化解机制的探索等。自2018年中国建立将诉讼、调解和仲裁有效衔接的“一站式”国际商事纠纷多元化解机制后,最高人民法院又在2021年7月21日启动了涵盖立案、调解、证据交换、开庭等纠纷解决的在线“一站式”国际商事纠纷多元化解平台,相关程序已比较完整,但是在真正行使管辖权、进行裁判以及最终的承认与执行问题上有待进一步硬化。

(五)统筹推进两种法治的其他措施

1. 及时跟进东道国软法发展并及时调整投资战略。东道国法律环境本质上属于东道国的国内法治范畴,但是对中国企业、公民在东道国的投资行为

中,对东道国法律的遵守与应用亦具有国际法治的意涵。中国投资者除了要遵守东道国关于投资、劳工、环境、税收等内容的国内法,中国政府和投资者还应关注东道国已经接受或正在审议并可能在未来接受的软法规则,对其可能引致东道国国内法和政策调整及早准备,有助于及时进行投资战略和投资方案的调整,并及时调增或调减投资合理预期。

2. 塑造企业良好社会形象。研究显示,企业经理人普遍认为相较于获得内部利益相关者的认同,履行CSR标准能够使企业获得更好的外部声誉。2021年5月,中石油参照全球报告倡议组织(GRI)最新发布的《可持续发展报告指南》(G2016版)、联合国《2030可持续发展议程》编写完成的《油气行业可持续发展报告指南(2020版)》,展现了中石油主动关注、回应和参与全球可持续发展议题的基本态度,也提供了一种全新方式。建议中国投资者在深入了解国际投资软法的基础上,通过企业网站、各类社交媒体等以国际通用语言或东道国官方语言宣传中国投资者对国际投资软法的开放和包容态度以及已采取或拟采取的相关行动,以塑造负责任的企业形象。对于确实不利于中国国家利益和企业利益的软法规则,则应尽量从不符合东道国法和国际通行惯例、技术性问题(而非意识形态、价值判断)角度寻找不遵从的理由。

六、结论

由于高包容、软联通、多元性特征,软法应在统筹推进国内法治与涉外法治中得以更多运用,进而发挥其对现行国际投资规则的矫正、补缺和补强作用。具体而言,中国应在理念创新、软硬法有效衔接的前提下,完善硬法巧执行、软法强执行和软法软执行三种运用场景,再通过强化硬法作为兜底性方案并辅以配套措施,将软法作为统筹推进国内法治与涉外法治的关键抓手,并通过实践探索、经验总结、适度硬化和积极推广的方式,最终提升中国在新一代国际投资规则中的话语权。

注释:

⑩2020年11月16日,习近平在中央全面依法治国工作会议上提出,要坚持统筹推进国内法治和涉外法治。要加快涉

外法治工作战略布局,协调推进国内治理和国际治理,更好维护国家主权、安全、发展利益。

②《2022年世界投资报告》统计显示,发达经济体成为破坏投资合作的主要力量。See UNCTAD, World Investment Report 2022, United Nations, p. 57-58.

③参见王鸿刚:《大国博弈2050》,中信出版社2021年版,第ix-x页。

④See Henry Gao, A New Chinese Economic Law Order, in Gregory Shaffer, Emerging Powers and the World Trading System: The Past and Future of International Economic Law, Cambridge University Press, 2021, p. 228.

⑤参见赵骏:《国际法的守正与创新——以全球治理体系变革的规范需求为视角》,载《中国社会科学》2021年第5期,第47页。

⑥参见霍政欣:《我国法域外适用体系之构建——以统筹推进国内法治和涉外法治为视域》,载《中国法律评论》2022年第1期,第41-51页。

⑦参见廖诗评:《中国法中的域外效力条款及其完善:基本理念与思路》,载《中国法律评论》2022年第1期,第52-63页。

⑧参见宋晓:《域外管辖的体系构造:立法管辖与司法管辖之界分》,载《法学研究》2021年第3期,第171页;宋杰:《进取型管辖权体系的功能及其构建》,载《上海对外经贸大学学报》2020年第5期,第6-22页。

⑨参见蔡从燕:《中国对外关系法:一项新议程》,载《中国法律评论》2022年第1期,第23-40页。

⑩参见何志鹏:《国际法中国学派的生成》,载《清华法学》2022年第3期,第165页。

⑪参见彭德雷:《论国际投资秩序中投资者保护与国家规制的二元结构——基于中国的实证考察与理论解释》,载《当代法学》2017年第4期,第86-90页;梁咏:《国际投资仲裁机制变革与中国对策研究》,载《厦门大学学报》2018年第3期,第160-172页; Susan D. Franck, The Legitimacy Crisis in Investment Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions, Fordham Law Review, Vol. 73, 2005, p. 1582-1585, 1587-1611.

⑫See Edward S. Cohen, Power and Pluralism in International Law: Private International Law and Globalization, Routledge, 2002, p. 154.

⑬参见[美]保罗·K. 麦克唐纳、约瑟夫·M. 培伦特:《霸权的黄昏》,武雅斌、郭晓梦译,法律出版社2018年版,第205页。

⑭参见《外交部:美方鼓吹的“国际秩序”是用“家法帮规”主宰世界的霸权秩序》, <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1734242166831514593&wfr=spider&for=pc>, 2022年6月18日访问。

⑮See Kenneth J. Vandeveld, U. S. International Investment Agreements, Oxford University Press, 2009, p. 37-39.

⑯《2018年美国国防战略报告》强调,“美国国家安全最核心的关注点是国家间的战略竞争而不是恐怖主义”,“长期以来对美国繁荣和安全最大的挑战来源于中国和俄罗斯这类修正主义国家”。See U. S. Department of Defense, Summary of the 2018 National Defense Strategy of the United States of America, <http://www.defense.gov/Portals/1/Documents/pubs/2018-National-Security-Strategy-Summary.pdf>, last visit on June 30, 2022.

⑰美国《2017年国家安战略报告》(2017 National Security Strategy)将经济安全作为国家安全的四大支柱之一,并作为“最高国家安全”。

⑱公元1500年大航海时代后崛起的葡萄牙、西班牙、荷兰、英国、法国、德国、日本、俄罗斯和美国等9个国家,无一例外都是在对外战争、殖民与国内周期性危机中崛起的。

⑲参见《阻断外国法律与措施不当域外适用办法》(2020)第2、8条和《中华人民共和国反外国制裁法》(2021)第13、15条的规定。

⑳参见何志鹏:《涉外法治:开放发展的规范导向》,载《政法论坛》2021年第5期,第180页。

㉑参见张文显:《习近平法治思想的新篇章》,载《法制与社会发展》2022年第1期,封二。

㉒参见柳华文:《论习近平法治思想中的国际法要义》,载《比较法研究》2020年第6期,第10-11页。

㉓WTO争端解决机制属于“既往不咎”型,ISDS机制属于损失填补型。参见梁咏:《全球化大变局下的中欧贸易治理:博弈、竞合和未来》,法律出版社2020年版,第217页。

㉔中国对外交往关系多通过利益来维护,在实践层面倾向于防止冲突,偏好对制度的维护,而不偏好主动进攻;偏好以经济、政治和文化的独特性和优越性,对邻近国家施加实际影响。参见费正清:《中国的世界秩序:传统中国的对外关系》,中国社会科学出版社2010年版,第10-13页。

㉕See Abram Chayes and Antonia Handler Chayes, The

New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements, Harvard University Press, 1995.

②⑥整个人类历史呈现两个世界思维模式的倾向,划分为发达经济体和发展中经济体是常见的一种方式。

②⑦参见[美]塞缪尔·亨廷顿:《文明的冲突与世界秩序的重建》,周琪、刘绯等译,新华出版社2002年版,第11页。

②⑧参见凌彦君:《软法理论与我国法的传统概念之修正》,载《烟台大学学报》2021年第4期,第52-59页。

②⑨Francis Snyder, The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques, The Modern Law Review, Vol. 56, 1993, p. 32.

③⑩Felix Dasser, "Soft Law" in International Commercial Arbitration, Brill Nijhoff, 2021, p. 30-31.

③⑪Michael Joachim Bonell, Soft Law and Party Autonomy: The Case of the UNIDROIT Principles, Loyola Law Review, Vol. 51, No. 2, 2005, p. 229, 251.

③⑫Henry D. Gabriel, The Advantages of Soft Law in International Commercial Law: The Role of UNIDROIT, UNCITRAL, and the Hague Conference, Brooklyn Journal of International Law, Vol. 34, No. 3, 2009, p. 658.

③⑬Andrea K. Bjorklund and August Reinisch, International Investment Law and Soft Law, Edward Elgar Publishing Limited, 2012, p. 40.

③⑭W. Michael Reisman, Soft Law and Law Jobs, Journal of International Dispute Settlement, Vol. 2, No. 1, 2011, p. 25.

③⑮参见[美]E. 博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第30页。

③⑯参见罗豪才、姜明安:《软法亦法:公共治理呼唤软法之治》,法律出版社2009年版,第2-3页。

③⑰Article 4 of the London Statement of Principles Applicable to the Formation of (General) Customary International Law (with commentary).

③⑱See Zhu Ying, Too Much of Two Good Things: Investment Protection and Environmental Protection in International Law, William S. Hein & Co., Inc. and Wells Information Services Inc., 2021, p. 37-39.

③⑲参见罗豪才、姜明安:《软法亦法:公共治理呼唤软法之治》,法律出版社2009年版,第7页。

④⑰参见姜明安:《软法的兴起与软法之治》,载《中国法学》

2006年第2期,第30-31页。

④⑱See Felix Dasser, "Soft Law" in International Commercial Arbitration, Brill Nijhoff, 2021, p. 47.

④⑲See Ignaz Seidl-Hohenveldern, International Economic "Soft Law", Kluwer Law International, 1999, p. 196; Christopher J. Brummer, Why Soft Law Dominates International Finance - And Not Trade, Journal of International Economic Law, Vol. 13, No. 3, 2010, p. 638; Malgosia Fitzmaurice and Olufemi Elias, Contemporary Issues in the Law of Treaties, Eleven International Publishing, 2005, p. 37; Daniel Thürer, Soft Law - Norms in the Twilight Between Law and Politics, in Daniel Thürer, International law as Progress and Prospect, Dike Verlag Ag, Zurich/St. Gallen, 2009, p. 172.

④⑳See Felix Dasser, "Soft Law" in International Commercial Arbitration, Brill Nijhoff, 2021, p. 29-30.

④㉑参见朱明新:《投资者—国家争端解决机制的革新与国家的“回归”》,载《国际法研究》2018年第4期,第16页。

④㉒See Edward S. Cohen, Power and Pluralism in International Law: Private International Law and Globalization, Routledge, 2022, p. 166.

④㉓截至2021年底,全球共签署了3288项IIAs,其中包括2861项双边投资协定(BITs)和427项含投资规则的贸易协定。See UNCTAD, World Investment Report 2022, United Nations, 2022, p. 65.

④㉔See Felix Dasser, "Soft Law" in International Commercial Arbitration, Brill Nijhoff, 2021, p. 22.

④㉕See Gabrielle Kaufmann-Kohler, Soft Law in International Arbitration: Codification and Normativity, Journal of International Dispute Settlement, Vol. 1, 2010, p. 1-3.

④㉖See Andrea K. Bjorklund and August Reinisch, International Investment Law and Soft Law, Edward Elgar Publishing Limited, 2012, p. 31.

④㉗See David Arias, Soft Law in International Arbitration: Positive Effects and Legitimation of the IBA as a Rule-Maker, Indian Journal of Arbitration Law, Vol. 6, No. 2, 2018, p. 30.

④㉘Toby T. Landau QC and J. Romesh Weeramantry, A Pause for Thought, in Albert Jan van den Berg (ed.), International Arbitration: The Coming of a New Age, Wolters Kluwer, 2013, p. 496; President's Message, The Sense and Nonsense of "Para-regulatory

Texts" in *International Arbitration*, ASA Bulletin, Vol. 28, No. 2, 2010, p. 201.

⑤参见徐蕾:《美国国务卿蒂勒森为拉美行演讲竟称中国为“新帝国主义列强”》,载观察网, https://www.guancha.cn/international/2018_02_03_445674.shtml, 2022年6月30日访问。

⑥参见廖凡:《中国企业“走出去”要重视国际经济软法》,载中国法学网, http://iolaw.cssn.cn/xxzp/201301/t20130110_4619796.shtml, 2022年6月28日访问;李鸣:《国际法的性质及作用:批判国际法学的反思》,载《中外法学》2020年第3期,第823页。

⑦See Guiding Principles for Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework. 第13项原则“尊重人权的责任要求工商企业:(a)避免通过其本身活动造成或加剧负面人权影响,并消除已经产生的影响;(b)努力预防或缓解经由商业关系与其业务、产品或服务直接关联的负面人权影响,即便并非它们造成了此类影响”。

⑧《零号草案》第3.1条规定“本公约适用于由任何违反人权的跨国商业活动”;《第二修订草案》第3.1条规定“本草案(具有法律约束力的文书)除另有规定外,应适用于所有商业活动,尤其是但不限于具有跨国性质的商业活动”。

⑨参见孙萌、封婷婷:《联合国规制跨国公司人权责任的新发展及挑战》,载《人权》2020年第6期,第79页。

⑩参见《中欧全面投资协定》(CAI)第二章第四节(投资与可持续发展)第1条(总体原则)之规定。

⑪参见韩逸畴:《国际法中的“建设性模糊”研究》,载《法商研究》2015年第6期,第171页;A. Wolfers, *National Security as an Ambiguous Symbol*, *Political Science Quarterly*, Vol. 67, No. 4, 1952, p. 498.

⑫参见冯并:《“一带一路”全球发展的中国逻辑》,中国民主法制出版社2015年版,第329页。

⑬See Shannon Tiezzi, *The New Silk Road: China's Marshall Plan?*, *The Diplomat*, November 6, 2014; Jonathan Pass, *American Hegemony in the 21st Century: A Neo Neo-Gramscian Perspective*, Routledge, 2019, p. 174-176; Agatha Kratz et al, *Data on the Debt Trap Question*, Rhodium Group, April 29, 2019.

⑭See Marie-Claire Argac, Simon Batifort, and Cyprien-Mathie share highlights from "Affaires d'Etats: Practical Considerations When Defending States in International Arbitration" on

Kluwer Arbitration Blog, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/author/argacmarie-claire/>, last visit on June 10, 2022.

⑮See UNCTAD, *World Investment Report 2022*, United Nations, 2022, p. 214-215. 文中的中国OFDI仅指中国内地OFDI,不包含香港地区、澳门地区和台湾地区的OFDI。

⑯参见中华人民共和国商务部、国家统计局、国家外汇管理局:《2020年度中国对外直接投资统计公报》,中国商务出版社2021年版,第23页。

⑰2020年中国对“一带一路”沿线的63个国家的OFDI达到225.4亿美元,同比增长20.6%,占同期中国OFDI流量的14.7%,主要流向新加坡、印尼、泰国、越南、阿联酋、老挝、马来西亚、柬埔寨、巴基斯坦、俄罗斯等国家。同上注,第17-18页。

⑱2022年4月26日,无人机制造商大疆创新科技宣布,公司内部正在重新评估不同司法管辖区的合规要求,在目前的审视期间,大疆将暂停在俄罗斯和乌克兰的所有业务活动。See DJI announces suspension of all business activities in Russia and Ukraine, <https://www.globaltimes.cn/page/202204/1260469.shtml#:~:text=Chinese%20drone%20manufacturer%20DJI%20said%20on%20Tuesday%20it,is%20internally%20reassessing%20compliance%20requirements%20in%20various%20jurisdictions>, last visit on May 22, 2022.

⑲参见中华人民共和国商务部、国家统计局、国家外汇管理局:《2020年度中国对外直接投资统计公报》,中国商务出版社2021年版,第31、42页。

⑳See Lutz-Christian Wolff and Chao Xi, *Legal Dimensions of China's Belt and Road Initiative*, Wolters Kluwer Hong Kong Limited, 2016, p. 105.

㉑截至2021年底,已知ISDS争端达1190起,在2021年提起的68起ISDS争端中,约75%是根据20世纪90年代签订的IIAs提起的,其中1994年《能源宪章条约》(ECT)涉诉145起,1992年《北美自由贸易协定》(NAFTA)涉诉76起,是被援引最频繁的两项IIAs。See UNCTAD, *World Investment Report 2022*, United Nations, 2022, p. 73-74.

㉒目前赤道原则已被128家金融机构所采纳,其中包括9家中国的银行,除兴业银行在2008年加入外,其他8家地方银行按加入时间先后为序,依次为江苏银行(2017)、湖州银行(2019年)、重庆农村商业银行(2020)、绵阳城市商业银行(2020年)、贵州银行(2020年)、重庆银行(2021年)、福建海峡银行

(2021年)、威海城市商业银行(2021年)。See <https://equator-principles.com/members-reporting/>, last visit on June 30, 2022.

⑩ See Henry Gao, A New Chinese Economic Law Order, in Gregory Shaffer, *Emerging Powers and the World Trading System: The Past and Future of International Economic Law*, Cambridge University Press, 2021, p. 224.

⑪ See Compare Ivan Krastev and Stephen Holmes, *The Light That Failed: Why the West Is Losing the Fight for Democracy*, Pegasus Books, 2020; Tom Ginsburg, *Authoritarian International Law*, *American Journal of International Law*, Vol. 114, 2020, p. 221-260.

⑫ UNCTAD 数据, See Investment Policy Hub, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/42/china>, last visit on June 30, 2022; 中国商务部条约法司数据, 参见《我国对外签订双边投资协定一览表》, 载商务部网站, <http://tfs.mofcom.gov.cn/article/Nocategory/201111/20111107819474.shtml>, 2022年6月30日访问。按照签署时间先后为序, 依次为新加坡(1985)、斯里兰卡(1986)、新西兰(1988)、毛里求斯(1996)、特立尼达和多巴哥(2002)、圭亚那(2003)、德国(2003)、马达加斯加(2005)、葡萄牙(2005)、印度(2006)、哥伦比亚(2008)、乍得(2010)、乌兹别克斯坦(2011)、刚果(2011)、中日韩(2012)、加拿大(2012)、坦桑尼亚(2013)、土耳其(2015)。

⑬ 参见《民法典》第86条之规定。

⑭ 此外还包括1974年《关于建立新的国际经济秩序宣言》和1974年《各国经济权利和义务宪章》等。

⑮ 相关文件还包括《二十国集团落实2030年可持续发展议程行动计划》《中国落实2030年可持续发展议程国别方案》。

⑯ 发达国家率先绝对量化减排, 中印等国逐步实现绝对减排或者限排目标, 采用棘轮机制。

⑰ 2021年6月17日, 中国常驻联合国代表团向联合国秘书长交存中国政府接受《〈关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书〉基加利修正案》的接受书。根据有关规定, 修正案将于2021年9月15日对中方生效。2021年9月29日, 生态环境部发展改革委工业和信息化部联合发布公告2021年第44号, 印发修订后的《中国受控消耗臭氧层物质清单》, 自发布之日起施行。

⑱ 中国在肯尼亚投资的拉穆煤电厂因环境影响评估受到质疑, 2019年被法院叫停; 印尼的巴丹托鲁水电项目因被指控会损害一种特有猩猩的栖息地而遭遇严重延期。

⑲ 中国投资者逐步退出了孟加拉国的煤电项目和津巴布韦的森瓦煤电厂项目。

⑳ ISO26000(Guidance on Social Responsibility)首次在全球范围内定义了社会责任, 将其定义为“一个组织用透明、合乎道德规范的行为, 对它的决策或者活动在社会和环境中产生的影响负责”。

㉑ See Andrea K. Bjorklund and August Reinisch, *International Investment Law and Soft Law*, Edward Elgar Publishing Limited, 2012, p. 38.

㉒ 参见《新时代的中国国际发展合作》白皮书, 载中国政府网, <http://www.scio.gov.cn/zfbps/ndhf/44691/Document/1696699/1696699.htm>, 2022年6月30日访问。

㉓ 参见王志强:《注重事理、情理、法理相结合》, 载光明网, <https://m.gmw.cn/baijia/2021-07/12/34986466.html>, 2022年6月30日访问。

㉔ PTS要求参与瑞典5G建设的运营商不得使用中国华为和中兴的设备, 并在2025年前移除已经使用的设备。华为曾在瑞典法院针对PTS此项决定提起行政诉讼, 但未获支持。See Shen Weiduo and Chen Oingqing, *Swedish court ruling on Huawei 'politicized', placing Ericsson in peril: analyst*, <https://www.globaltimes.cn/page/202106/1226867.shtml>, last visit on June 15, 2022.

㉕ 相对于中国投资者起诉的前两案(2010年黑龙江国际经济技术合作公司诉蒙古政府案、2012年中国平安诉比利时政府案), 仲裁庭以没有管辖权为由驳回起诉; 第三案(2014年北京城建诉也门政府案)和解; 第四案(2018年中国中山富诚诉尼日利亚政府案)是中国投资者胜诉的首案, 余下8起案件中, 除了第五案 *Jetion and T.Hertz v. Greece* 案已停止外, 其余7起案件均在进行中。

㉖ See *Huawei v. Sweden*, ICSID Case No.ARB/22/2.2022年6月该案仲裁庭已经组成。

㉗ 参见《对外援助管理办法》第16条。

㉘ 域外适用规则仅见于《证券法》第2条和《反垄断法》第2条等极少数的法律和行政法规之中。