

## 国际投资法中的社会许可问题与中国因应

张金矜

**内容提要:**近年来,海外投资中的社会许可问题作为事实背景和投资者责任进入国际投资仲裁程序,成为影响裁决的重要考量。在审查投资者社会许可责任时,主流实践认为应仅适用东道国国内法并考虑相关政府行为,其结果虽有利于投资者诉请获得支持,但无益于社区关系的良性发展。非主流实践参考其他国际法规范,其结果虽有助于发挥社会许可价值,但是面临规范供给不足且效力有限的困境。新一代国际投资协定纳入的社区关系条款与社会许可问题高度适配,具有潜力弥补既有实践不足。其中,印度缔约实践中的“投资者义务式”条款可为投资仲裁中东道国社会许可抗辩提供法律依据;巴西缔约实践可适用投资争端预防机制实施“投资者义务式”条款,为投资者获得社会许可提供制度路径。随着中国对外投资的深入发展,一方面中国海外投资者应认识到与当地社区建立积极关系的重要性,对社会许可问题采取防范为主,仲裁为辅的策略;另一方面,中外投资协定宜纳入“投资者义务式”的社区关系条款并引入争端预防机制予以实施。

**关键词:**国际投资仲裁 国际投资协定 社会许可 社区关系 争端预防机制

张金矜,首都经济贸易大学法学院讲师。

## 引言

“社会许可”(Social License)又可称为“社会经营许可证”(Social License to Operate)。该语词起源于采矿业,强调采矿项目要取得成功,仅获得法律许可是不够的,还需要获得利益相关者的接受或批准。<sup>[1]</sup> 利益相关者是指能够影响项目的人和受项目影响的人。<sup>[2]</sup> 其中,包括土著居民在内的当地社区(local community)是最关键的利益相关者,因

[1] See Jim Cooney, Reflections on the 20th Anniversary of the Term “Social Licence”, 35 *Journal of Energy & Natural Resources Law* 1, 3 (2017).

[2] See Lorraine de Germiny, Joachim Knoll & Timothy Foden, Introduction, in Cory H. Kent, Shaheez Lalani, Georgios Petrochilos & Andreas R. Ziegler eds., *Social License and Dispute Resolution in the Extractive Industries*, Brill, 2021, p. 3.

为他们不仅与项目的物理距离很近,而且最容易受到项目影响,也最有能力影响项目结果。<sup>[3]</sup> 与政府颁发的采矿许可证不同,社会许可并非以某种正式或官方形式颁发,而是企业通过与所在社区建立良好关系来获得并维持的。<sup>[4]</sup> 近年来,该语词已渗透到农业、能源、旅游、基础设施等其他产业,正发展成为协调外国投资者与东道国当地社区关系的关键概念。

近年来,越来越多因东道国当地社区的反对而导致项目失败的投资者开始诉诸国际投资仲裁寻求救济,社会许可问题也被愈发频繁地引入投资仲裁程序。长期以来仲裁庭很少提及这一法外概念。直至 2017 年, Bear Creek v. Peru 案仲裁庭明确使用“社会许可”概念处理与社会冲突相关的案件,并作出了不一致的裁决,开始引发国外学界关于如何更好地将社会许可纳入国际投资法的讨论。<sup>[5]</sup> 中国海外投资者在“一带一路”沿线国家的大型投资项目面临着较大的社会许可风险,不少项目因东道国当地社区抗议已被迫中止或取消。<sup>[6]</sup> 目前已出现中国投资者将相关争端诉诸投资仲裁的案例。<sup>[7]</sup> 然而,国际投资法中的社会许可问题对外资保护的影响及投资者责任的塑造尚未得到国内学界的广泛关注。<sup>[8]</sup> 有鉴于此,本文拟从社会许可问题进入投资仲裁实践的路径及可能影响入手,剖析仲裁庭审查投资者社会许可责任的法理逻辑并反思其不足,探讨适用国际投资协定(International Investment Agreements)中社区关系条款处理社会许可问题之可能,以期为中国海外投资保护提供应对策略,为中外投资协定对接高标准国际投资规则、扩大高水平对外开放建言献策。

## 一 国际投资仲裁中社会许可问题的浮现及影响

随着东道国社区居民维权意识的增强以及传媒信息技术的发展,社会许可对于外资项目影响的杠杆效应日益明显。<sup>[9]</sup> 本部分拟结合案例实践归纳社会许可问题进入投资仲裁的路径,并揭示其对裁决的影响。

[3] See Jason Prno & D. Scott Slocombe, Exploring the Origins of “Social License to Operate” in the Mining Sector: Perspectives from Governance and Sustainability Theories, 37 *Resources Policy* 346, 347 (2012).

[4] See Chilenye Nwapi, Can the Concept of Social Licence to Operate Find Its Way into the Formal Legal System?, 18 *Flinders Law Journal* 349, 349-350 (2016).

[5] See e. g., Nitish Monebhurrn, Incorporating the Social License to Operate into International Investment Law: Taking Stock from the Brazilian Experience, 24 *Journal of World Investment & Trade* 744, 744-765 (2023); Raúl F. Zúñiga Peralta, The Judicialisation of the Social License to Operate: Criteria for International Investment Law, 22 *Journal of World Investment & Trade* 92, 92-128 (2021); Mihaela-Maria Barnes, The “Social License to Operate”: An Emerging Concept in the Practice of International Investment Tribunals, 10 *Journal of International Dispute Settlement* 328, 328-360 (2019).

[6] 案例参见魏伟、黄世席:《中国企业海外投资中的原住民问题及应对》,《国际贸易》2020 年第 10 期,第 39-40 页。

[7] *Junefield Gold v. Republic of Ecuador*, PCA Case No. 2023-35.

[8] 相关研究仅散见于学术论文中,例如参见黄世席:《论国际投资条约中企业社会责任条款的强化》,《法学》2023 年第 3 期;刘俊梅:《晚近国际投资协定中的企业社会责任条款:国际趋势及中国因应》,《武大国际法评论》2023 年第 1 期;魏伟、黄世席:《中国企业海外投资中的原住民问题及应对》,《国际贸易》2020 年第 10 期。

[9] 参见姜殿红主编:《世界煤炭行业社会运营许可研究》,煤炭工业出版社 2016 年版,第 23 页。

### (一) 社会许可风险引发投资者—东道国争端

在国际投资领域,投资项目面临的社会许可风险,会成为引发投资者—东道国争端的导火索,经由投资者诉请引入仲裁程序,其原因主要可归结于如下两方面。

其一,东道国社会运动迫使投资者放弃项目,投资者指控东道国政府未能使其项目免受阻碍。实践中,投资项目反对者往往会通过社区抗议、工人罢工、道路封锁,以及对投资企业的财产和员工采取暴力行动等社会运动来表达不满,导致项目延期、停滞,甚至迫使投资者取消项目。对此,外国投资者主张东道国未能保护其投资免受当地社区反对活动的影响,违反了国际投资协定中的保护义务或合同承诺。<sup>[10]</sup>

其二,社会许可风险导致东道国剥夺项目的法律许可。实践表明,东道国剥夺项目法律许可的方式主要有两种。一是东道国法院判决中止或吊销投资项目的法律许可。在一些案件中,东道国当地社区居民或其他利益相关者诉诸法律手段挑战投资项目的合法性,并获得东道国国内法院支持,判决中止或取消投资项目已获得的法律许可。<sup>[11]</sup>二是当地社区对项目的强烈反对引发东道国政府的直接干预。在不少案件中,面对社会压力或为平息社会动乱,东道国政府采取拒绝授予、撤销项目法律许可,或施加额外要求等不利于外资的干预措施。<sup>[12]</sup>针对上述东道国剥夺投资项目法律许可的相关情形,投资者通常在诉请中主张东道国相关措施构成对其投资的非法征收或违反了国际投资协定中的公平公正待遇条款。<sup>[13]</sup>

### (二) 社会许可问题作为东道国的抗辩事由

近年来,在由社会许可风险引发的投资者—国家间仲裁案件中,面对投资者诉请,东道国愈发频繁地将社会许可问题作为其抗辩事由。抗辩中提出的社会许可问题主要有两类。其一,投资项目遭受当地社区抵制甚至引发社会动乱足以证明其未获得社会许可。<sup>[14]</sup>其二,投资者及其项目未获社会许可是投资者不当处理社区关系行为导致的,理由包括但不限于,投资者不承认东道国当地居民的合理关切、社区外联不足、社区投资不足、未与社区成员进行有效接触、武力回应社区反对、采用分化社区的错误策略等。<sup>[15]</sup>由此可见,虽然投资者侵犯人权、破坏环境、侵害劳工权益等不当行为都可能使项目丧失社

[10] See e. g., *Lupaka Gold Corp. v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/20/46.

[11] See e. g., *Kappes v. Guatemala Daniel W. Kappes and Kappes, Cassidy & Associates v. Republic of Guatemala*, ICSID Case No. ARB/18/43.

[12] See e. g., *Discovery Global LLC v. Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/21/51.

[13] See e. g., *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/14/21, Award, 30 November 2017, para. 412; *South American Silver Limited v. Bolivia*, PCA Case No. 2013-15, Award, 22 November 2018, para. 634.

[14] See e. g., *Gabriel Resources Ltd. and Gabriel Resources (Jersey) v. Romania (I)*, ICSID Case No. ARB/15/31, Respondent's Rejoinder, 24 May 2019, para. 951.

[15] See e. g., *Copper Mesa Mining Corporation v. Republic of Ecuador*, PCA Case No. 2012-2, Award, 15 March 2016, paras. 6.40, 6.99-6.100; *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/14/21, Respondent's Counter-Memorial on the Merits and Memorial on Jurisdiction, 6 OCT 2015, para. 24; *South American Silver Limited v. Bolivia*, PCA Case No. 2013-15, Respondent Rejoinder, 21 Mar 2016, para. 653; *Gabriel Resources Ltd. and Gabriel Resources (Jersey) v. Romania*, ICSID Case No. ARB/15/31, Respondent's Rejoinder, 24 May 2019, paras. 951, 975-993.

会许可,但是东道国的社会许可抗辩主要聚焦于投资者的社区关系方案缺陷。在抗辩中,一方面,东道国将社会许可问题作为其被诉措施正当化、要求仲裁庭驳回投资者利润损害赔偿的事实依据。另一方面,东道国针对投资者的社区关系不当行为,试图从国内法、国际条约以及国际软法准则中寻找依据,提出管辖权、可受理性和促成过错(contributory fault/contributory negligence)抗辩;在一些案件中,东道国对投资者不当行为的指控也获得法庭之友意见的支持。<sup>[16]</sup>

### (三) 社会许可问题成为仲裁庭的重要考量

由投资项目遭到社会反对而引发投资仲裁案件并不少见,但是因国际投资协定中并未明确纳入“社会许可”语词,导致仲裁庭曾一度忽视对社会许可问题的关注与讨论。随着社会许可问题日益成为争端当事方及法庭之友意见的关注焦点,仲裁裁决开始明确提及“社会许可”语词,并积极回应东道国抗辩提出的社会许可问题。

首先,仲裁庭通常拒绝在管辖权和可受理性阶段处理社会许可问题。原因在于,投资者处理社区关系的行为通常是引发争端的事实背景,与东道国被诉措施直接相关,需要全面审查双方行为。而管辖权和可受理性问题的二元结果,无法顾及细致的事实,难以回应按比例分担责任或损害赔偿的诉求。因此,仲裁庭倾向于在实体审理和损害赔偿量化阶段审查社会许可问题。<sup>[17]</sup>

其次,在实体审理阶段,社会许可主要作为事实问题影响仲裁裁决。其中,仲裁庭的常规操作是,在审查东道国被诉措施是否违反国际投资协定中的征收、公平公正待遇条款时,考虑投资项目遭受社会反对的事实以及投资者的社区关系行为。例如 SAS v. Bolivia 案仲裁庭结合申请方项目遭受当地原住民社区反对、申请方社区关系计划存在严重缺陷导致冲突升级并造成人员伤亡等事实,认定东道国被诉措施符合该案基础投资协定征收条款中的公共目的要求。同样,该案仲裁庭在考虑投资者的相关行动加剧原住民社区分裂和冲突升级的事实后,认定东道国被诉措施未违反公平公正待遇条款。<sup>[18]</sup>此外,最新作出的 Gabriel Resources v. Romania 案裁决表明,投资项目缺乏社会许可这一事实可能切断东道国被诉措施与投资者违约诉请之间的因果关系。<sup>[19]</sup>

最后,在损害赔偿量化阶段,一方面,仲裁庭会基于投资者及其项目遭受社区反对的事实,驳回投资者的预期利润损失诉请。例如 Bear Creek v. Peru 案仲裁庭指出,由于涉案项目几乎没有希望获得必要的社会许可,项目的投机性和不确定性太大,无法采用考虑项目预期盈利的贴现现金流法(discounted cash flow)计算损害赔偿数额,因此应参照申请方

[16] See e. g., Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/14/21.

[17] See Johannes Hendrik Fahner, Assessing Investor Misconduct in Mining Disputes - Legality Requirements, Clean Hands, and Contributory Fault, in Cory H. Kent, Shaheez Lalani, Georgios Petrochilos & Andreas R. Ziegler eds., *Social License and Dispute Resolution in the Extractive Industries*, Brill, 2021, pp. 78-79.

[18] South American Silver Limited v. Bolivia, PCA Case No. 2013-15, Award - 22 November 2018, paras. 559-561, 610, 656-657.

[19] Gabriel Resources Ltd. and Gabriel Resources (Jersey) v. Romania, ICSID Case No. ARB/15/31, Award of the Tribunal, 8 March 2024, paras. 1310-1312.

的实际投资额来计算。<sup>[20]</sup> 另一方面,投资者未能妥善处理社区关系的行为可能被认定为促成过错,根据其对损害的贡献程度相应地减少赔偿数额。例如 *Copper Mesa v. Ecuador* 案中,申请方面对东道国当地居民的挑衅,通过招募和使用武装人员,向平民开枪、喷射狼牙棒等暴力行为恶化社区关系,被认定应对其自身损失负有 30% 的责任,损害赔偿数额也相应减少 30%。<sup>[21]</sup>

综上所述,在由社会许可风险引发的投资争端中,投资项目遭受当地社区反对的事实以及投资者的不当社区关系行为,已成为影响仲裁裁决的重要考量。可以预见,社会许可问题极可能发展成为东道国抗辩的“新盾牌”,越来越多地进入投资仲裁程序。

## 二 投资仲裁庭审查投资者社会许可责任的法理逻辑

面对争端当事方提出的社会许可问题,在事实层面确定投资者及其项目是否遭受当地社区反对,以及投资者是否采取了不当社区关系行为,于仲裁庭而言并非难事。然而关键问题在于,投资者未能获得社会许可的相关行为是否存在过错,投资者是否需要为此担责。目前仲裁庭在审查投资者社会许可责任时发展出两种实践:一是仅适用东道国国内法审查投资者行为并考虑相关政府行为;二是参考其他国际法规范审查投资者行为。本部分拟分析两种实践的法理逻辑并反思其不足之处。

### (一) 适用东道国国内法并考虑政府行为

仲裁实践中的主流观点认为,在确定投资者社会许可责任时,应适用东道国国内法审查投资者社区关系行为,并强调东道国对于投资者行为负有监督、协助义务。例如在 *Abengoa v. Mexico* 案中,墨西哥指控投资者在处理社区关系方面存在疏忽,因此至少要为其自身损失承担部分责任。该案仲裁庭承认,投资者的社区沟通计划存在延误或不足,但是考虑到东道国国内法及其与投资者签订的“合作协议”中关于投资者的社会沟通义务不够具体明确,以及东道国政府对投资者行为的容忍,因此投资者不存在促成过错。<sup>[22]</sup> 与之类似,在 *Bear Creek v. Peru* 案中,秘鲁指控投资者与当地社区外联不足,违反了包括国际劳工组织第 169 号《土著和部落居民公约》(*Indigenous and Tribal Peoples Convention*) 在内的国际公认规范,应承担相应责任。仲裁庭多数意见认为,虽然投资者在社区外联方面存在不足,但是证据表明投资者开展的所有外联活动都为东道国当局所知悉,并在其批准、支持和认可下进行,因此投资者可以理所当然地认为其遵守了与当地社区开展外联活动的所有法律要求。同时,多数意见还指出,投资者不可能“不遵守”该公约,因为只有国家才是该公约的义务主体。<sup>[23]</sup>

[20] *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/14/21, Award, 30 November 2017, para. 600.

[21] *Copper Mesa Mining Corporation v. Republic of Ecuador*, PCA Case No. 2012-2, Award, 15 March 2016, paras. 6.98 - 6.102, 6.133, 7.30.

[22] *Abengoa, S. A. y COFIDES, S. A. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/09/2, Award, 18 April 2013, paras. 660-670.

[23] *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/14/21, Award, 30 November 2017, paras. 256, 409-412, 567-569, 664.

上述裁决遵循的基本逻辑为,投资者社区关系问题属于东道国国内事项,<sup>[24]</sup> 东道国政府是保护当地社区居民免受投资者侵犯、促进包容性可持续发展义务的最终责任方。据此,在社会许可问题上,东道国负有预见、预防以及解决投资者与当地社区纠纷的立法、执法、协助等责任,而投资者的相关行为只要遵守东道国国内法要求就不存在过错,也无须承担责任。<sup>[25]</sup>

主流实践的合理性在于,一方面,适用东道国国内法评估投资者社区关系行为,可降低社会许可给投资保护带来的不确定性。于投资者而言,社会许可是一种相当模糊、不确定且超出其控制范围的要求。因为社会许可的获得与丧失往往取决于东道国当地社区居民对项目的信念、看法和意见,无论其对项目的担忧是否合理,都可能使项目遭受抵制。<sup>[26]</sup> 社会许可还强调投资者根据具体情况为获得当地社区支持采取所有“可能”措施。<sup>[27]</sup> 有鉴于此,适用东道国国内法不仅可为投资者如何处理社区关系厘定相对明晰的行为标准,而且可防止投资者成为特定情况下社区利益的唯一保障者。另一方面,考虑东道国政府相关行为的必要性在于,虽然社会许可侧重于强调投资者为满足当地社区和其他利益相关者的期望而应采取的行动,<sup>[28]</sup> 但是不能否认东道国政府行为会影响项目社会许可的获得与丧失。除了协助、监督等积极影响投资者与当地社区关系的政府行为外,政府煽动民众抗议、未履行事先协商义务等作为或不作为也可能构成项目遭受社区反对的主要原因。<sup>[29]</sup>

然而,主流实践过度强调东道国政府责任,不仅减损了社会许可的引入价值,而且会损害投资者与当地社区的利益。具言之,投资项目的社会许可风险更常见于外资管理法制不健全的发展中国家。这些国家既缺乏经济、制度能力来设计并实施全面、复杂的国内法律和执行机制,又因担心丧失对外资的吸引力而缺乏严格立法、监管的意愿。<sup>[30]</sup> 当地社区对于政府及法制的不信任往往是加剧外国投资者与当地社区紧张关系的重要原因。社会许可概念的提出正是为了降低社区通过暴力方式阻止项目的风险。投资者通过自愿行动与当地社区充分接触、沟通,设法识别、理解和回应利益相关者在项目生命周期中的

[24] See Raúl F. Zúñiga Peralta, The Judicialisation of the Social License to Operate: Criteria for International Investment Law, 22 *Journal of World Investment & Trade* 92, 111 (2021).

[25] See Katia Yannaca-Small, Corporate Social Responsibility and the International Investment Law Regime: Not Business as Usual, 17 *University of St. Thomas Law Journal* 402, 407 (2021).

[26] See Laurent Develle, The Social License to Operate: Beyond Compliance and Risk Management, in Cory H. Kent, Shaheeza Lalani, Georgios Petrochilos & Andreas R. Ziegler eds., *Social License and Dispute Resolution in the Extractive Industries*, Brill, 2021, p. 188.

[27] See Raúl F. Zúñiga Peralta, The Judicialisation of the Social License to Operate: Criteria for International Investment Law, 22 *Journal of World Investment & Trade* 92, 101-107 (2021).

[28] See Henry G Burnett & Craig Miles, Key Mining Disputes in Latin America, GAR (21 August 2024), <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-arbitration-in-latin-america/third-edition/article/key-mining-disputes-in-latin-america#footnote-078-backlink>, 最近访问时间[2024-09-08]。

[29] See e. g., *Tecnicas Medioambientales Tecmed SA v. United Mexican States*, ICSID Case No ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, paras. 42, 147; *Junefield Gold Investments Limited v. Republic of Ecuador*, PCA Case No. 2023-35.

[30] See Mavluda Sattorova, The Foreign Investor as a Good Citizen: Investor Obligations to Do Good, in Jean Ho & Mavluda Sattorova eds., *Investors' International Law*, Hart Publishing, 2021, p. 57.

关切,有助于提高社区居民对投资项目的信任度、接受度,以确保项目的可行性。<sup>[31]</sup> 由此可见,将投资者社会许可责任限于东道国国内法要求与社会许可的“法外”性质相冲突,且忽视了投资者可在没有国家参与下获得社会许可的事实。于投资者而言,主流实践固然有利于其在投资仲裁中的部分索赔获得支持,但是会导致投资者怠于履行对当地社区的法外责任,忽视妥善处理社区关系的重要性。这些忽视引发的社区抗议最终会产生反噬效应。投资者不仅需要为平息抗议、修复关系投入更多资金和人力,而且面临项目失败、丧失利润的风险。于当地社区而言,东道国国内法在很多情形下尚且不具备保护其权利的能力,更不用说确保其与政府、投资者开展真正的对话。<sup>[32]</sup> 在当地社区与投资者和政府的协商不存在或不充分的情况下,当地社区获得的利益可能极其有限,往往成为项目成本和风险的最终承担者。<sup>[33]</sup> 即便当地社区对项目的反对获得政府支持,投资者也可以利用投资仲裁维护利益而使东道国因法制缺陷承担经济责任,当地社区作为纳税人也要承担相应的经济后果。<sup>[34]</sup>

## (二) 参考其他国际法规范

基于对东道国国内法处理投资者社区关系能力之反思,且为使“社会许可”概念获得有意义的适用,<sup>[35]</sup> 桑兹教授(Phillippe Sands)在 *Bear Creek v. Peru* 案异议意见中提出参考其他国际法规范确定投资者社会许可责任的新思路。该案涉及当地土著居民根据《土著和部落居民公约》享有的“自由、事先和知情同意”(free, prior and informed consent)权利,其与社会许可均旨在确保特定项目开发获得当地社区支持。桑兹教授认为应适用《土著和部落居民公约》审查投资者的社区外联行为。这一推理包含两个关键步骤。第一,论证《土著和部落居民公约》这一外部人权规则可适用于投资争端。桑兹教授指出,该公约属于《加拿大—秘鲁自由贸易协定》(*Canada - Peru Free Trade Agreement*)第 837 条适用法条款中的“可适用的国际法规则”,仲裁庭有权予以考虑。第二,论证只对国家有约束力的《土著和部落居民公约》为何能对投资者产生法律效力。桑兹教授承认该公约可能不会直接对私人投资者施加义务,但指出这并不意味着公约对他们没有意义或法律效力,有必要在该公约提供的广泛规范性背景下评估投资者在秘鲁的行为。当地土著社区根据该公约享有的国际法权利并不低于申请方根据该案基础投资协定所拥有的权利。投资者未能根据公约规定行事以维护当地土著居民的权利,未能采取真正或充分的措施来解决当

[31] See Thiago Leite Cruz, Valente José Matlaba, José Aroudo Mota & Jorge Filipe dos Santos, Measuring the Social License to Operate of the Mining Industry in an Amazonian Town: A Case Study of Canaã dos Carajás, Brazil, 74 *Resources Policy* 1, 10 (2020).

[32] See Nicolás M. Perrone, Local Communities, Extractivism and International Investment Law: The Case of Five Colombian Communities, 19 *Globalizations* 837, 847 (2022).

[33] See Tuija Jarti, Tapio Litmanen, Justine Lacey & Kieren Moffat, National Level Paths to the Mining Industry's Social Licence to Operate (SLO) in Northern Europe: The Case of Finland, 7 *The Extractive Industries and Society* 97, 99 (2020).

[34] See Nicolás M. Perrone, Investment Treaty Law and Matters of Recognition: Locating the Concerns of Local Communities, 24 *Journal of World Investment & Trade* 437, 438-439 (2023).

[35] See Jean-Michel Marcoux & Andrew Newcombe, *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru: Two Sides of a "Social License" to Operate*, 33 *ICSID Review* 653, 658 (2018).

地社区的关切和不满,是引发社会动乱的重要原因,因此投资者应承担促成过错责任。<sup>[36]</sup>

桑兹教授异议意见遵循的基本逻辑与《联合国工商业人权指导原则》(*United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights*)的立场相契合。在论证国际法规范对投资者行为的可适用性时,桑兹教授认为,即使《土著和部落居民公约》可能未对外国投资者施加直接义务,但并不意味该公约对投资者没有意义或没有法律效力。<sup>[37]</sup> 这一观点旨在强调投资者尊重人权的责任独立于国家履行自身人权义务的能力或意愿,在遵守东道国国内法之外,还应尊重有关人权的国际法规范。<sup>[38]</sup> 据此,投资者负有独立于东道国行为获得社会许可的责任。这一主张的潜在实践价值在于,防止国际投资协定和投资仲裁机制成为投资者因自身准备不足而无法获得社会许可的“保险单”,<sup>[39]</sup>使投资者更有动力超越东道国国内法要求,在处理社区关系中主动遵守与人权、环境有关的国际法规范。这通常被视为投资者获得社会许可的要件之一。<sup>[40]</sup>

虽然参考其他国际法规范可在很大程度上弥补主流实践的缺憾,但也不能忽视其缺陷。一方面,可参考的其他国际法规范供给不足。桑兹教授参考的《土著和部落居民公约》中的“自由、事先和知情同意”要求仅适用于与土著居民打交道的一次性过程,以确保这些群体参与并融入影响其领土的决策过程。<sup>[41]</sup> 在所涉及的范围上,投资者的社会许可责任要远大于土著居民的自由、事先和知情同意权利,社会许可要求不仅可适用于所有需要获得社区支持的项目,而且贯穿整个项目期间。<sup>[42]</sup> 然而,目前尚不存在指导投资者与受项目影响的非土著社区接触的约束性国际法规范,<sup>[43]</sup>非正式文书因规范性问题通常不被视为可参考的国际法规范。<sup>[44]</sup> 由此可见,投资者尊重其他国际法规范不足以使其获得社会许可。另一方面,参考其他国际法规范作为一种解释性方案效力有限。<sup>[45]</sup> 虽然参考其他国际法规范审查投资者社区关系行为的主张具有案例法价值,但是因其逻辑与国际法主流观点相悖,尚属于少数观点,有待进一步论证。未来仲裁庭是否会参考其他国际法

[36] Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/14/21, Partial Dissenting Opinion of Professor Philippe Sands, 30 November 2017, paras. 11, 19, 37–39.

[37] See Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/14/21, Partial Dissenting Opinion of Professor Philippe Sands, 30 November 2017, paras. 9–10.

[38] See Mevelyn Ong, From Aspiration to Public Policy: Imprinting UNGP-Aligned Footprints of Corporate Responsibility and Accountability into the Shifting Sands of International Arbitration Practice, *ICSID Review*, siae 020 (5 June 2024), <https://doi.org/10.1093/icsidreview/siae020>, 最近访问时间[2024-10-01]。

[39] Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/14/21, Partial Dissenting Opinion of Professor Philippe Sands, 30 November 2017, para. 37.

[40] See Sally Wheeler, Global Production, CSR and Human Rights: The Courts of Public Opinion and the Social Licence to Operate, 19 *International Journal of Human Rights* 757, 758 (2015).

[41] See ILO, Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169), Art. 15.2.

[42] See Mihaela-Maria Barnes, The “Social License to Operate”: An Emerging Concept in the Practice of International Investment Tribunals, 10 *Journal of International Dispute Settlement* 328, 359 (2019).

[43] See Mavluda Sattorova, The Foreign Investor as a Good Citizen: Investor Obligations to Do Good, in Jean Ho & Mavluda Sattorova eds., *Investors’ International Law*, Hart Publishing, 2021, p. 56.

[44] 参见黄世席:《论国际投资条约中企业社会责任条款的强化》,《法学》2023年第3期,第187页。

[45] See Mavluda Sattorova, Investor Responsibilities from a Host State Perspective: Qualitative Data and Proposals for Treaty Reform, 113 *American Journal of International Law Unbound* 22, 24 (2019).

规范很大程度上取决于仲裁庭的自由裁量。

综上所述,在审查投资者社会许可责任时,仅适用东道国国内法并考虑相关政府行为,虽然更有利于个案中投资者诉请获得支持,但是无益于投资者与当地社区关系的良性发展;参考其他国际法规范虽有助于弥补上述缺憾,但是面临规范供给不足以及效力有限的实践困境。

### 三 国际投资协定中社区关系条款 处理社会许可问题的未来可能

投资项目社会许可缺失引发的严重后果已引起缔约方对投资者处理社区关系行为的重视,当前越来越多国际投资协定开始明确提及“社区关系”语词或载入具体的社区关系行为指引。虽然仲裁庭在审查投资者社会许可责任时尚不存在适用社区关系条款的实践,但据本文考察,在尚未审结的案件中已有东道国关注到案涉基础投资协定中的社区关系条款,并将其作为社会许可抗辩的法律依据。<sup>[46]</sup>有鉴于此,本部分结合国际投资条约实践中社区关系条款的发展,探讨其适用于处理社会许可问题之可能。

#### (一) 社区关系条款及其与社会许可问题的适配性

据本文考察,国际投资协定中有关社区关系的规定多载于企业社会责任条款(或负责任商业行为条款)。在这类条款中“社区关系”开始与常见的人权、环境、劳工、反腐败等非经济利益并列出现,并且发展出更为具体的社区关系行为指引。例如“各缔约方宜鼓励在其境内经营的投资者或企业……与土著居民和当地社区进行并保持有意义的接触和对话”,<sup>[47]</sup>“投资者应努力……通过与当地社区密切合作,鼓励当地的能力建设;鼓励创造人力资本,特别是通过创造就业机会和为工人提供专业培训;制定并实施有效的自律做法和管理制度,促进公司与开展业务的社会之间的互信关系”。<sup>[48]</sup>此外,也有少数条约实践在公司治理与实践条款或投资者行为条款中要求投资者“应酌情建立并保持当地社区联络程序”。<sup>[49]</sup>

由上可见,虽然既有国际投资协定中的社区关系条款表述各异,但是其核心内容都旨在强调投资者需要与东道国当地社区接触、对话、合作、建立互信关系。这类条款与投资仲裁中社会许可问题所关注的投资者社区关系行为高度适配。诚然,投资者在处理社区关系方面的责任与其人权、环境、劳工、反腐败等方面的责任并不存在泾渭分明的界限。例如在 *Bear Creek v. Peru* 案中,投资者与当地土著社区外联不足的行为被异议意见认定为对土著社区人权的侵犯。也有学者将与土著社区协商以获其同意视为投资者履行人权

[46] See *Lupaka Gold Corp. v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/20/46.

[47] See *Canada - Ukraine FTA (2023)*, Art. 17.15 (3).

[48] See e.g., *Brazil - India BIT (2020)*, Art. 12.2 (c) (d) (e).

[49] See e.g., *Morocco - Nigeria BIT (2016)*, Art. 19 (b).

尽责的基本要求。<sup>[50]</sup> 但是,并非所有社区关系问题都能归结于人权、环境、劳工、反腐败等问题,与非土著社区的接触、沟通即为示例。可以认为,国际投资协定纳入社区关系条款是对投资者责任的发展与补充。社区关系条款可以适用于所有社区,可在很大程度上弥补其他国际法规范供给不足之缺憾。此外,通过条约文本明确投资者社区关系责任,相较于不确定的解释性方案而言,不仅可回避其他国际法规范适用于投资者行为的理论困境,而且可为投资者行为提供明确指引。有鉴于此,从社区关系条款内容本身来看,其在处理社会许可问题、弥合既有仲裁实践分歧方面具有较大潜力。

根据义务主体及执行方式的不同,既有社区关系条款大体可分为可适用投资仲裁执行的条款,以及可适用投资争端预防机制执行的条款。以下详述之。

## (二) 适用投资仲裁机制执行社区关系条款之可能

可适用投资仲裁机制执行的社区关系条款包括以加拿大缔约实践为代表的“缔约国义务式”条款和以印度缔约实践为代表的“投资者义务式”条款。

缔约国义务式条款主要见于加拿大与非洲、南美洲国家缔结的投资协定。<sup>[51]</sup> 根据相关条款措辞,缔约国是直接义务主体,有责任采取行动(如通过国内立法或出台相应政策)鼓励、促进外资企业遵行有关社区关系的国际公认标准。值得注意的是,大多数缔约实践明确将这类缔约国义务式条款排除在投资者—国家间仲裁之外。<sup>[52]</sup> 但这仅意味着,投资者无法根据该条款以东道国未鼓励其纳入国际公认标准为由,将东道国诉诸投资仲裁,并未排除投资仲裁庭在评估东道国实体责任时将该条款考虑在内。<sup>[53]</sup> 据此,理论上这类条款可为东道国规范投资者处理社区关系的不当行为预留政策空间,为东道国抗辩提供法律依据。然而实践中,东道国似乎担心缔约国义务式条款会引发国家责任,而对援引该条款有所顾虑。例如在 *Bear Creek v. Peru* 案中,基础条约《加拿大—秘鲁自由贸易协定》中即载有社区关系条款。面对违反投资者合理期待的指控,秘鲁本可以选择援引该条款,主张其中明确提及的“社区关系”表明投资者应合理预测到东道国当地社区对投资项目的反对会导致国家立法或投资监管政策的变化,因此未违反投资者的合理期待。然而,秘鲁不仅未选择这样做,甚至刻意避免提及条款中有关国家责任的措辞。<sup>[54]</sup> 值得关注的是,正在审理的 *Lupaka v. Peru* 案的基础条约同为《加拿大—秘鲁自由贸易协定》,该案东道国在抗辩时特别强调其中的社区关系条款,但仅将其作为申请方有责任获得社会许可的国际法依据之一。<sup>[55]</sup> 该案仲裁庭将如何考量社区关系条款虽值得期待,但是本文认为“缔约国义务式”条款的间接性及其引发的东道国顾虑可能使其实践价值远小于理

[50] See Ludovica Chiussi, *Legal Sources in Business and Human Rights*, Brill, 2020, p. 27.

[51] See e. g., Canada - Nigeria BIT (2014), Art. 16; Canada - Peru FTA (2008), Art. 810.

[52] See e. g., Canada - Mongolia BIT (2016), Art. 20; Canada - Guinea BIT (2015), Art. 21.

[53] See Julien Chaisse ed., *Handbook of International Investment Law and Policy*, Springer, 2021, p. 472.

[54] 秘鲁在抗辩中援引《加拿大—秘鲁自由贸易协定》第 810 条时,有意回避关于国家责任的部分,仅提及“缔约方……提醒这些企业将(国际公认的企业社会责任标准)纳入其内部政策的重要性”。See *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/14/21, Respondent's Reply Post Hearing Briefs, 15 February 2017, para. 5.

[55] *Lupaka Gold Corp. v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/20/46, Republic of Peru's Memorial on Jurisdiction and Counter-Memorial on the Merits, 24 March 2022, para. 104.

论价值。

相较而言,投资者义务式条款可能会在规制投资者社会许可责任中发挥更大作用。这类条款可见于《印度 2015 年双边投资条约范本》(*Model Text for the Indian Bilateral Investment Treaty*)及随后印度分别与白俄罗斯、吉尔吉斯斯坦缔结的双边投资协定之中,要求投资者应(*shall*)努力将国际公认的涉及社区关系的标准自愿纳入其实践和内部政策。<sup>[56]</sup> 尽管“努力”“自愿”语词的劝诫性及“国际公认”措辞的模糊性引发了学者对条款实践价值的质疑,<sup>[57]</sup> 但是不排除其成为确立投资者社会许可责任的“规范性”依据,并影响仲裁裁决。<sup>[58]</sup> 本文认为,相较于缔约国义务式条款,这类投资者义务式条款有助于打消东道国顾虑,有望被积极援引,并可能成为仲裁庭的考量因素。不仅如此,印度范本第 26.3 条要求仲裁庭在计算损害赔偿时,应考虑投资者“对当地社区造成的任何尚未补救的损害或破坏”等减轻损害的因素,并相应减少损害赔偿数额。据此,结合该范本第 12 条明确提及的投资者社区关系责任,当投资者因协商不足、策略不当导致东道国社区分化、社会动乱甚至人员伤亡时,仲裁庭极可能要求投资者承担相应的经济责任。<sup>[59]</sup> 由此可见,相较于参考其他国际法规范,在国际投资协定中纳入上述投资者义务式条款显然可为 *Bear Creek v. Peru* 案中东道国抗辩以及桑兹教授的意见提供更有力的法律支持。

### (三) 适用投资争端预防机制执行社区关系条款之可能

巴西投资缔约实践揭示了适用投资争端预防机制执行“投资者义务式”社区关系条款之可能。自 2015 年以来,巴西缔结的国际投资协定普遍要求投资者“应尽最大努力”遵守与社区关系相关的自愿准则和标准。该措辞虽不具有强制性,但包含尽责意味。据此,投资者负有行为义务,即需要证明自己为获得社会许可付出了一切努力,使用了一切资源。<sup>[60]</sup>

巴西投资缔约实践未纳入投资者—国家间争端解决机制,包含社区关系内容的企业社会责任条款也被排除在国家—国家间仲裁范围之外,但是不排除该条款可经由争端预防机制得以实施。例如根据巴西与摩洛哥缔结的投资协定,缔约双方成立一个管理该协定的联合委员会(*Joint Committee*),职责包括监督协定企业社会责任条款的实施和执行。如果缔约一方认为另一方采取的具体措施违反了该协定,可在联合委员会内启动争端预防程序。若争议措施涉及特定投资者,可邀请受影响投资者的代表出席联合委员会会议;在与审议有关措施相关的情况下,联合委员会可邀请包括受投资项目影响的东道国当地社区在内的其他相关利益相关方出席联合委员会会议并就该措施发表意见。<sup>[61]</sup> 诚然,该

[56] India - Kyrgyzstan BIT (2019), Art. 12.

[57] See Crina Baltag, Riddhi Joshi & Kabir Duggal, Recent Trends in Investment Arbitration on the Right to Regulate, Environment, Health and Corporate Social Responsibility: Too Much or Too Little?, 38 *ICSID Review* 381, 412 (2023).

[58] See Nitish Monebhurrn, Mapping the Duties of Private Companies in International Investment Law, 14 *Revista de Direito Internacional* 50, 59 (2017).

[59] See Nelson Goh, ESG and Investment Arbitration: A Future with Cleaner Foreign Investment?, 15 *Journal of World Energy Law and Business* 485, 500 (2022).

[60] See Nitish Monebhurrn, Incorporating the Social License to Operate into International Investment Law: Taking Stock from the Brazilian Experience, 24 *Journal of World Investment & Trade* 744, 762 (2023).

[61] Brazil - Morocco BIT (2019), Arts. 14.1, 14.4, 19.1, 19.3 (b), 19.4.

条款措辞表明,联合委员会有权自行决定是否邀请投资者和东道国当地社区参与协商。但是不可否认,这一机制为投资项目获得社会许可提供了制度上的开放性,因为它允许东道国政府、母国政府、投资者以及东道国社区等利益相关者友好协商并开展合作,有助于在投资关系中建立制度化信任。在多方参与过程中,受项目影响的当地社区有机会表达其担忧和反对意见,并提出接受投资的条件。对此,投资者可通过听取当地社区意见了解到自身处理社区关系方面的不足,并尽可能缓解、消除其担忧。<sup>[62]</sup> 这一制度超越投资保护和仲裁,使传统国际投资法中“看不见”的东道国当地社区有机会参与投资决策及争端预防过程,及时调和投资者与社区的纠纷,预防矛盾升级,有助于社会许可问题的妥善处理。

## 四 国际投资法中的社会许可问题之中国因应

根据前文分析可见,虽然获得社会许可并非投资者的法律义务,但是社会许可的缺失不仅会导致项目失败,还可能影响仲裁庭的责任认定及损害赔偿数额确定。同时,社会许可问题也引发了对投资者社区关系行为的审查,通过适用东道国国内法、参考其他国际法规规范以及在国际投资协定中设置社区关系条款,在不同程度上强化了投资者的社会责任。考虑到大量中国海外投资者在“一带一路”沿线国家开展容易引发社会许可风险的采掘业项目和公共基础设施项目,本文分别从中国海外投资者和中外缔约实践两个维度提供因应之策。

### (一) 中国海外投资者应对社会许可问题之策略

长期以来,中国海外投资因东道国当地社区反对而导致项目失败,造成巨大经济损失的案例并不少见。目前也已出现中国投资者将有关争端诉诸投资仲裁寻求救济的案例,2022 年中国某矿产企业对厄瓜多尔提起的诉请即为例证。<sup>[63]</sup> 在该案中,中国投资者在厄瓜多尔的金银矿项目虽然获得了厄瓜多尔政府颁发的法律许可,但因环境许可的有效性遭到当地社区的持续抗议与反对。当地法院作出支持抗议者的判决,即因东道国政府在授予采矿许可前未与社区进行事先协商,判决吊销该项目许可证。中国投资者与厄瓜多尔政府协商未果,遂依据《中国—厄瓜多尔双边投资条约》提起投资仲裁,向厄瓜多尔政府索赔 4.8 亿美元,包括约 2000 万美元的前期成本和约 4.69 亿美元的预期收益。<sup>[64]</sup> 然而,即便投资者胜诉,仲裁庭也可能遵循 *Bear Creek v. Peru* 案裁决思路,以项目难以获得社会许可为由仅赔偿投资者前期成本。若投资者的社区关系行为违反厄瓜多尔国内法或国际公认的人权、环境等规范,可能被认定存在促成过错,导致获赔数额进一步减少。

有鉴于此,在社会许可引发的投资争端中,投资仲裁虽然是弥补投资者经济损失的重

[62] See Nitish Monebhurrn, Incorporating the Social License to Operate into International Investment Law: Taking Stock from the Brazilian Experience, 24 *Journal of World Investment & Trade* 744, 756-759 (2023).

[63] See *Junefield Gold v. Republic of Ecuador*, PCA Case No. 2023-35.

[64] See Wilder Alejandro Sanchez & Lucia Scripcari, *Ecuagoldmining v Ecuador: Mining, the Environment, and International Arbitration*, (4 June 2020), <https://www.bilaterals.org/?ecuagoldmining-v-ecuador-mining&lang=en>, 最近访问时间[2024-09-20]。

要途径,但是中国海外投资者也应认识到,即便胜诉,投资项目遭受当地社区反对的事实也可能导致其预期的利润请求被驳回。中国海外投资者应充分认识与东道国当地社区建立积极关系、获得持续社会许可是企业利益最大化的重要保障,对社会许可问题应采取预防为主、仲裁为辅的策略。

首先,投资者应严格遵守东道国国内法有关社区协商、参与等规范的要求,尊重人权、环境等方面的国际公认标准,并制定计划周密、互动性强的社区关系方案。投资者在寻求社会许可的过程中应结合当地情况主动遵循“最佳实践”,包括但不限于尽早与东道国当地社区居民充分接触,共同确定对话议程和时间表;使当地社区全面了解项目并解决其可能存在的顾虑;尽早使社区代表参与项目的实际规划过程,使社区居民能够参与项目的实施并从项目经营中获益;与当地社区建立合作伙伴关系,使其与投资者分担风险;加强当地能力建设,包括与非政府组织和其他专家的合作、对当地居民培训和教育等;投资者可与社区代表签署合同,并善意履行对当地社区有关就业、社会投资等方面的承诺。<sup>[65]</sup>虽然投资者遵循社区关系“最佳实践”需要时间和资金的投入,但是这些成本相较于大型项目的利润往往可忽略不计,而忽视社区关切的财务风险通常远超过这些成本。<sup>[66]</sup>

其次,投资者也应与东道国政府就社会许可问题展开积极合作。一方面,投资者可联合东道国政府共同开展社区关系计划。如 *Junefield v. Ecuador* 案所示,该案项目遭到当地社区抗议的部分原因在于厄瓜多尔没有履行其国际义务与当地社区就项目进行事前磋商,但项目失败的恶果却由投资者来承担。有鉴于此,未来投资者可考虑联合东道国政府共同开展社区关系计划,例如通过与受影响社区的代表签订具有法律约束力的三方协议,详细规定与社区协商、社区发展相关的合作方案,明确各自的法律义务等。另一方面,投资者应将其东道国社区关系方案及实施情况及时向东道国政府汇报,并做好相应记录。实践表明,仲裁庭倾向于认可东道国政府对投资者社区关系行动负有监督和协助义务。

再次,面对东道国当地社区的反对者,投资者不应采取分裂当地社区的策略、不应以恐吓为目的起诉反对者。如果反对者采取暴力措施,投资者不应以暴制暴。上述行为不仅会升级社区冲突、加速项目终止,而且在仲裁实践中容易被认定构成促成过错,导致损害赔偿被进一步削减。面对当地社区反对者,投资者应尊重当地社区的决策方式,与反对者真诚友好协商,了解并尽可能满足其诉求,并可积极寻求东道国政府支持和当地中国商会帮助。

最后,如果社区冲突确实无法解决,或者东道国根本没有采取任何行动,导致项目严重延期甚至永久停工时,投资者可通过诉诸投资仲裁寻求救济。若东道国以投资者及其项目未获得社会许可为由进行抗辩,投资者为争取最高赔偿金额,可采取的权宜之计包

[65] See Samuel O. Idowu ed., *Encyclopedia of Corporate Social Responsibility*, Springer, 2023, pp. 2227–2228; George K. Foster, Investor-Community Conflicts in Investor-State Dispute Settlement: Rethinking “Reasonable Expectations” and Expecting More from Investors, 69 *American University Law Review* 105, 172 (2019).

[66] See Chatham House, *Revisiting Approaches to Community Relations in Extractive Industries: Old Problems, New Avenues?* (4 June 2013), <https://justice-project.org/wp-content/uploads/2017/07/chatham-house.pdf>, 最近访问时间[2024-09-10]。

括：一方面强调其不负有获得社会许可的法律义务，但也应向仲裁庭证明其已通过开展社区关系活动，尽最大努力争取社会许可；另一方面，可考虑援引 *Bear Creek v. Peru* 案多数意见等主流实践，主张以东道国国内法作为投资者行为的审查标准，防范仲裁庭援引其他国际法规范带来的责任风险。

中国海外投资者处理好与东道国当地社区的关系，不仅有助于投资项目的顺利开展，也有助于中国企业在当地树立负责任的正面形象，有利于中国企业在当地的后续投资。

## （二）中外投资协定纳入社区关系条款之方案

据考察，在当前中国缔结的双边和区域投资协定中，尚未纳入社区关系条款。鉴于中国海外投资者如何处理社区关系对于其项目能否获得社会许可和经济利益、对于企业乃至国家形象都会产生重要影响，未来在磋商或修订中外投资协定时可考虑纳入社区关系条款。一方面，这可使中外投资协定更好地与东道国当地社区对中资企业的期望保持一致，通过国家“背书”的方式有助于矫正当地社区对中资企业的偏见，<sup>[67]</sup>降低后者获得社会许可的难度。另一方面，这可促使中国投资者正视自身妥善处理社区关系的国际责任，积极与当地社区接触、沟通，促进投资项目与当地经济的可持续增长，符合中国高质量“走出去”的政策要求。

就条款设计而言，为展现中国海外投资者负责任行为之决心，促进投资项目持续良好运营，本文认为宜采用“硬性条款软实施”的模式纳入社区关系条款。其中“硬性条款”是指采用投资者义务式条款。相较于缔约国义务式条款，投资者义务式条款有助于强化投资者的责任感，引起其对东道国社区关系的重视并及时采取风险防范措施。投资者社区关系的义务内容应尽可能详细。正如学者所言，过于抽象的投资者责任条款不仅无益于我国企业在海外树立正面形象，而且有悖于中国新发展格局下高质量发展要求。<sup>[68]</sup> 本文认为，可通过清单列举的方式为投资者处理社区关系行为提供明确指引，以预防并缓解投资者与当地社区以及与东道国政府之间纠纷。例如可参考既有国际投资条约实践，纳入“通过与当地社区密切合作，鼓励当地的能力建设”；“制定并实施有效的自律做法和管理制度，促进公司与开展业务的社会之间的互信关系”；“与土著人民和当地社区进行并保持有意义的接触和对话”等相对明确的行为指引。在此基础上也可以考虑进一步细化行为指引，例如具体说明“进行有意义接触和对话”的评判标准，要求“投资者与当地社区签订社区发展合同”或借鉴国际组织就社区参与发布的实践指南。<sup>[69]</sup> 就投资者义务类型而言，本文建议采用“应努力遵守”或“应尽最大努力”等尽责性措辞。采用这类义务性较强的措辞不仅有助于敦促投资者采取负责任的行为，而且可向东道国当地社区展现中国

[67] See Luke Grenfell-Shaw & Kemel Toktomushev, *Social License to Operate: Gold Mining in Kyrgyzstan*, in Cory H. Kent, Shaheza Lalani, Georgios Petrochilos & Andreas R. Ziegler eds., *Social License and Dispute Resolution in the Extractive Industries*, Brill, 2021, p. 155.

[68] 参见刘俊梅：《晚近国际投资协定中的企业社会责任条款：国际趋势及中国因应》，《武大国际法评论》2023 年第 1 期，第 150-153 页。

[69] See e. g., OECD, *OECD Due Diligence Guidance for Meaningful Stakeholder Engagement in the Extractive Sector*, (2 February 2017), [https://www.oecd.org/en/publications/oecd-due-diligence-guidance-for-meaningful-stakeholder-engagement-in-the-extractive-sector\\_9789264252462-en.html](https://www.oecd.org/en/publications/oecd-due-diligence-guidance-for-meaningful-stakeholder-engagement-in-the-extractive-sector_9789264252462-en.html), 最近访问时间[2024-10-1]。

投资者与其发展长期关系的决心与诚意。

“软实施”是指,宜选择争端预防机制而非投资仲裁作为社区关系条款的执行机制。原因之一在于,投资仲裁并非处理投资者与东道国当地社区关系的最佳方式。一方面,在该机制中,东道国当地社区常处于“看不见”的维度。受影响的社区不仅无法参与仲裁程序,而且仲裁机制也不利于执行投资者对当地社区作出有关就业、利益分配等方面的承诺。<sup>[70]</sup> 另一方面,该机制为防卫性较强的事后救济机制,若投资者频繁诉诸投资仲裁可能会引起东道国当地社区更大的不满,不利于中国企业在当地的后续投资。此外,考虑到投资者义务条款尚未经过仲裁检验,贸然将条款置于投资仲裁之下,会产生较大的不可控因素。原因之二在于,争端预防机制可通过事前预防,为投资者、东道国当地社区、东道国政府,以及投资者母国政府提供协商平台,本质上更有助于妥善处理投资者与当地社区的纠纷。为保障利益相关方的参与,可考虑将巴西范式中“邀请利益相关方协商”从授权型规则修改为义务型规则,并赋予受投资项目影响的当地社区向联合委员会申诉的权利。<sup>[71]</sup> 当然,这并不意味着中外投资协定要排除投资仲裁。我国仍然是投资仲裁的支持者,只不过可以引入争端预防机制作为投资者社区关系条款的执行机制,<sup>[72]</sup> 为投资者及其项目获得社会许可提供制度支持。

## 结语

社会许可这一法外概念已经伴随着社会冲突逐步渗透到国际投资法领域,因该语词包含着信任、合法性、社会接受和公众参与等理念,具有解决和纠正该领域“合法性危机”的巨大潜力,对国际投资法的变革具有重要影响。投资者如何处理与东道国当地社区的关系不仅关乎项目的成败,而且会对投资保护以及企业形象产生重要影响。考虑到中国海外投资项目面临社会许可风险的案例并不罕见,从投资者利益最大化角度而言,中国投资者应以联合东道国当地政府与当地社区建立积极关系、防范社会许可风险为主,以投资仲裁为辅。从中外投资协定改革角度而言,为展示中国投资者开展负责任行为之决心、促进投资项目可持续发展,可考虑主动对接高标准国际经贸规则,采用“硬性条款软实施”的模式纳入社区关系条款,为实现可持续发展导向的国际投资协定改革目标作出中国贡献。

[本文为作者参加的2021年度司法部重点课题“习近平法治思想指导下涉外法治体系完善的结构化分析”(21SFB1006)的研究成果。]

[70] Nicolás M. Perrone, *Local Communities, Extractivism and International Investment Law: The Case of Five Colombian Communities*, 19 *Globalizations* 837, 848 (2022).

[71] See Samy Rais & Kabir Duggal, *The Evolution of Brazilian CFAs from 2015 to 2020: Like Wine, Does It Get Better with Time?*, 38 *Journal of International Arbitration* 215, 249 (2021).

[72] 参见王彦志:《“一带一路”倡议下中国国际投资协定实践:回顾与前瞻》,《武大国际法评论》2023年第6期,第38页。

## Social License Issues in International Investment Law and China's Response

[**Abstract**] Recently, in investor-state disputes arising from social license risks, host States have frequently invoked social license issues as a defense against investor claims. On the one hand, host States take the social license issue as the factual basis to justify the disputed measures and require the arbitral tribunal to dismiss the investor's claim for future profits. On the other hand, host States' social license defense focuses on the investor's misconduct in community relations and attempts to find legal sources from domestic law, international treaties, and international soft law norms, raising jurisdiction, admissibility, and contributory fault defenses. As a result, the social license issue enters into the international investment arbitration proceedings as a factual background and investors' responsibilities and becomes an important consideration that affects the award. An examination of investors' social license responsibilities shows that the mainstream opinion is to apply the national law and consider the relevant actions of only the host State. While this approach will help the tribunal conclude in favor of the investor, it is not conducive to promoting the positive development of community relations. Emerging minority opinion refers to other international legal norms, which helps to give effect to the value of the social license, but faces the practical dilemma of insufficient norm supply and limited effect. The "community relations" clauses incorporated in the new generation of international investment agreements have a wide scope of application. They are highly compatible with social license issues and have the potential to make up for the deficiencies of existing arbitration practices. Among them, the "investor obligation" clauses in India's treaty-making practice can provide a legal basis for the host State's social license defense in investment arbitration; and Brazil can apply the investment dispute prevention mechanism in its treaty-making practice to implement the "investor obligation" clauses and provide an institutional path for investors to obtain social license. Considering Chinese overseas investments in the countries within the framework of the BRI and the reality that large-scale extractive and infrastructure construction projects have encountered opposition from local communities in host States, on the one hand, Chinese investors should fully understand the importance of establishing positive relationships with local communities in host States to obtain and maintain social license. They should focus on prevention and take arbitration as a supplement mechanism when dealing with social license issues. On the other hand, China should incorporate "community relations" clauses as investors' obligation and introduce dispute prevention mechanisms into its foreign investment agreements to demonstrate the determination of Chinese investors to take responsible business conduct and to protect their interests.

---

---

(责任编辑:余佳楠)