

恶债在国际法中的沉淀与反思

——以中国的海外投资风险为视阈

王淑敏

摘要: 在历史的卷帙中探寻真实的恶债,藉以印证中国海外投资的合法与适格。尽管“恶债不予继承”的国际法使命有待提升,但其对于海外投资的负面影响同样不容睨视。恶债与海外投资保险之间既有牵连性、又具独立性,正面解读两者之间错综复杂的关系,是避免利益攸关方重蹈覆辙的良策。进而寻求海外投资政治风险的评估机制,顺理成章地成为中国政府亡羊补牢的措施。

关键词: 恶债 “恶债不予继承”; 海外投资风险

一、中国的海外投资风险触及恶债的诱因

(一) 独裁者债务与恶债的同日而语

1. 恶债理论的溯源

穿越历史的时光隧道,只要稍加穿凿,不难发现“恶债不予继承”的学说在国际法理论体系之中并不陌生,已成为一项涉及国家债务继承的国际法习惯法或基本原则。^①曾任沙皇俄国时期的大臣、后被布尔什维克革命罢黜的亚历山大·内厄姆萨克(Alexander Nahum Sack)被学界公认为此学说的创始人。1927年,萨克在巴黎讲学期间以法文发表了一篇题为《国家更迭时公共债务的效力问题》(Les Effets des transformations des Etats sur leurs dettes publiques et autres obligations financières)的论文引起轰动。^②1917年,苏维埃临时政府曾宣布将继承前沙皇政权欠下的所有债务。萨克指出这一行为的实质在于:“临时政府承认沙俄所有债务似乎并未意味着它在国家继承原则下是目的明确的,而是在特殊情形下的一种自我裁决。”^③果不其然,1918年,苏联政府正式发表声明拒绝偿还债务,直至解体之前始终未能清偿。萨克的评论是:苏联的原则是将前政权的债务仅视为个人债务,因此不能约束国家。^④国际法学界对萨克的评价极高,甚至将其学说与国际法的辅助渊源相提并论。^⑤萨克之后的国际法学者们,包括 Ernst Feilchenfeld^⑥、D. P. O'Connell^⑦、Fooman 与 Jehle^⑧、Günter Frankenberg^⑨和 Rolf Knieper 等不仅秉承了其理论的精髓,而且有所创新与发展。

至于国家债务继承能否等同于政府债务继承的论战,早在多年前烟消云散。O'Connell 是研究国家与政府债务继承问题的权威专家,他的评价是,“在某些实证中,两者之间的界限变化从十分微弱到最终消失了。除此之外,将其中一个

作者简介:王淑敏,法学博士,大连海事大学国际海事法律研究中心教授。

① Sarah Ludington & Mitu Gulati, *A Convenient Untruth: Fact and Fantasy in the Doctrine of Odious Debts*, Virginia Journal Of International Law, Vol. 48 2008, p. 595 - 639.

② A. N. Sack *Les effets de transformations des États sur leur dettes publiques et autres obligations financières* (Paris: Recueil Sirey 1927).

③ 同上,第52页。

④ 同上,第68页。

⑤ Seth Michael Reynolds, *Odious Debt: Modernizing Ancient Problems* available at http://works.bepress.com/seth_reynolds/1 依照《国际法院规约》第38条(四)规定,“在第59条规定之下,司法判例及各国权威最高之公法家学说,作为确定法律原则之补助资料者”。

⑥ E. Feilchenfeld *Public Debts and State Succession*, New York: Macmillan, 1931, pp. 450 - 860.

⑦ D. P. O'Connell *State Succession in Municipal and International Law Vol. I*, Cambridge: C. U. P., 1967, pp. 458 - 461.

⑧ J. Fooman & M. Jehle *Effects of State and Government Succession on Commercial Bank Loans to Foreign Sovereign Borrowers* (1982) Ill. L. R. 9, p. 21 - 25.

⑨ G. Frankenberg & R. Knieper *Legal Problems of the Over indebtedness of Developing Countries: The Current Relevance of the Doctrine of Odious Debts*, Industrial Bank of Kuwait (1984), p. 415.

领域适用的案例置于另一种领域也是屡见不鲜的。”^①Brownlie 持有相同观点。Foorman 和 Jehle 针对苏维埃拒绝偿还沙皇债务的举动评价说“显示出国家继承与政府继承的界限是如此模糊不清。”南非种族隔离政策、蒙博托之后的刚果共和国(前扎伊尔)等历史事件足以显示了国家与政府债务继承之间存在着惊人的相似性。美国、欧盟、联合国、国际货币基金组织和世界银行均做出声明,南非种族隔离政策所欠下的债务属于恶债,南非的继任政府可以不予继承。^②

总而言之,“恶债”的构成要件被归结为以下方面:首先,违背国家或人民利益;其次,未经债务国人民同意;再次,债权人知悉上述情形。^③至于何谓“违背国家或人民利益”,Jeff King 的解释是:个人的滥用职权、购买武器用以镇压人民、购买武器藉以发动战争、加强国家机器以稳固独裁统治、修建少数人受益的基础设施等。^④当然,Jeff King 的解释过于片面。

2. “恶债不予继承”的三种流派

觅踪“恶债不予继承”这一学说的轨迹,国际法学界流行着三大学派都是耐人寻味的。以萨克、Frankenberg 和 Knieper 等为代表的国际法学者完全表明支持的态度。^⑤萨克的理论最为简单,认为恶债主要是因暴君产生的债务。事实上的恶债起因错综复杂,政治、法律以及人权等因素均不可排斥,不同的国际法学者关注的角度有所侧重。

归咎于恶债的复杂背景,还有一部分学者虽然认可“恶债不予继承”理论的存在,但表明有保留地接受这一理论,以 O'Connell、Foorman、Jehle 和 Wood 等人为代表。^⑥O'Connell 将恶债划分为两类:敌对债务(hostile debts)与战争债务。并且列举了两个实证进一步解释何谓敌对债务。其一便是 1898 年古巴债务危机,此次债务专门镇压人民起义符合恶债特征。其二是圣多明各城再度被并入西班牙领土的债务。该项债务显然符合《凡尔赛条约》的豁免原则,依照这一原则,波兰独立后所欠德国与普鲁士的殖民统治债务被合法地豁免了。至于战争债务,O'Connell 亦列举了两个实例。之一,英国于 1900 年并入布尔共和国领土的债务。^⑦英国政府拒绝承认布尔因战争发行的债券,如同美国政府拒绝继承古巴债务,而且并未说明特殊原因。另一例证是第一次世界大战后签订的和平条约。一般而论,战胜国联盟通常拒绝领土曾处于被割让时期所欠下的债务,而应由战败国德国、奥地利和匈牙利负责债务。

对于饱受政治和经济动乱之苦的发展中国家而言,恶债颇具现实意义。^⑧随着 O'Connell 专著的出版,第三类恶债——“发展中国家违背人民利益的债务”逐渐浮出水面。不过对于发展中国家而言,并非一直扮演恶债纠纷之中的债务国角色。^⑨O'Connell 将恶债务共分为三类:其一,泛指敌对行动色彩的债务,即侵犯人民利益的那类债务,如征服、殖民统治、战争、镇压企图独立的民族主义者等。其二,专指战争债务,某一国家为了战争而借款,但最终沦为战败者,将其兼并的获胜者亦拒绝偿还债务。其三,为第三世界发展中国家的债务,此类债务与前两类债务不同,其本质在于成为国家沉重的负担而并非对人民有利。^⑩

埃塞俄比亚帝国皇帝孟里克二世(Yilma Makkonen 1889-1913)在分析因殖民统治而涉及的恶债时曾指出:只要关注第二次世界大战结束后新独立的国家,就会理解前任国家的公共债务不应自动转移给新独立的国家继承这一观点。事实上,以色列、几内亚、印度尼西亚及阿尔及利亚均明确地表明殖民统治遗留的债务作为殖民政权的债务;殖民政权已

① D. P. O'Connell *State Succession in Municipal and International Law* Vol. I (Cambridge: C. U. P, 1967) pvi.

② Seema Jayachandran & Michael Kremer, *Odious Debt*, 96 AM. ECON. REV. 82 (2006).

③ Sarah Ludington & Mitu Gulati, *A Convenient Untruth: Fact and Fantasy in the Doctrine of Odious Debts*, *Virginia Journal Of International Law*, Vol. 48 2008 p. 597.

④ Ashfaq Khalfan, Jeff King, Bryan Thomas *Advancing the Odious Debt Doctrine*, available at <http://www.cisdll.org/pdf/debtentire.pdf>, p. 43.

⑤ C. C. Hyde, *International Law Chiefly as Interpreted and Applied in the United States* 2nd. Ed., (Boston: Little Brown, 1945) at 400ff (cited by G. Frankenberg & R. Kneiper, "Legal Problems of the Overindebtedness of Developing Countries: The Current Relevance of the Doctrine of Odious Debts" (1984) 12 *Int'l J. of the Sociology of Law* 415 p. 428).

⑥ D. P. O'Connell, *State Succession in Municipal and International Law*, Vol. I (Cambridge: C. U. P, 1967) p. 458-462. J. Foorman & M. Jehle, *Effects of State and Government Succession on Commercial Bank Loans to Foreign Sovereign Borrowers* (1982) III. L. R. 9 p. 21-25. P. Wood, *The Law and Practice of International Finance* (London: Sweet & Maxwell, 1980) p. 120-121.

⑦ 第二次布尔战争发生于 1899 年 10 月 11 日至 1902 年 5 月 31 日期间,指英国与德兰士瓦共和国和奥兰治自由邦之间的战争。战争结束后,独立的德兰士瓦和奥兰治国家灭亡,南非布尔人全部沦为英国的臣民。

⑧ Altvater, E., et al., eds, *The Poverty of Nations: A Guide to the Debt Crisis - From Argentina to Zaire*, (New Jersey: Zed Books, 1991) p. 160.

⑨ Léonce Ndikumana and James K. Boyce, *Measurement of Capital Flight: Methodology and Results for Sub-Saharan African Countries*, *African Development Review*, Volume 22, Issue 4, December 2010 p. 147.

⑩ Ashfaq Khalfan, Jeff King, Bryan Thomas *Advancing the Odious Debt Doctrine*, available at <http://www.cisdll.org/pdf/debtentire.pdf>, p. 9.

经充分认识到他们所负有责任并履行上述义务。^①著名的英国国际法学者 Ian Brownlie 教授曾赞扬联合国国际法委员会(International Law Commission of the United Nations ,ILC)的立法值得一提。^②毋庸赘言,由该委员会起草的1983年《关于国家对国家财产、档案和债务的继承的维也纳公约》(1983 Vienna Convention on Succession of States in Respect of State Property , Archives and Debts)是迄今为止惟一涉及国家债务继承的国际公约,尽管由于某种原因并未涉猎政府继承问题。起初,联合国国际法委员会在设计公约草案时曾试图设计一个恶债定义:恶债指由前任国家通过契约承受,但与继承国根本利益相抵触或违反国际法的债务。^③令人遗憾的是,精心策划的定义最终被排除在公约之外,但公约至少揭示了国际社会接受这一原则的重要性;而且这一结局表明:不仅在继承国与被继承国之间,即使委员会自身,接受该项原则仍存一定的障碍。令人鼓舞的是,公约最大的成就之一是为新兴独立国家免除殖民统治债务提供了法律依据。尽管公约试图建立一种良好机制,免除新兴独立国家继承任何债务的义务,但显然,公约关于订立债务协议的机制十分不足。^④

除此之外,国际法学者 Frankenberg 和 Knieper 等曾呼吁应当特别关注负债过多的发展中国家中的恶债。James Foorman 和 Michael Jehle 亦警告那些潜在的债权人如何谨慎从事,以避免潜在的恶债。^⑤

尽管 O'Connell 等人对“恶债不予继承”做出了详尽解释,但并非绝对支持这一学说,而保持中立立场。值得一提的是,此学派建立在“不当得利”的理论基础之上。相对而言,笔者更倾向于第二种流派,即有保留地接受恶债学说。其主要原因在于这一学说过于笼统,缺乏具体裁判标准。

第三学派的观点不可小觑。他们并非否定“恶债不予继承”,而是否认“恶债”作为法律事实的前提。Feilchenfeld 是此种学派的代表。他全面评价和比较了两大法系的观点,并清晰地表明自己的理论,恶债作为正义性而非法律事实的争议。例如他对古巴与美国债务纠纷的评价是“并非是法律上的争论而是公平层面上的争论。”^⑥不过他亦不排除使用法律手段解决纷争“尽管如此,独立地调查债务的正义性而脱离其合法性是可能的;此外基于未来法律应当或不当证明债务合法性的调查也是可能的。”^⑦不难看出,Feilchenfeld 的学说则自相矛盾,一方面否认恶债是法律层面争议的实质,另一方面又表示借助司法途径解决的可能性。从古至今,法律与政治彼此之间相互感应、相互作用的关系是不容置疑的。

(二) 罔顾政治风险的中国海外投资

回眸历史,“恶债不予继承”滥觞于近代国际法,但其精髓被现代国际法继承并运用得淋漓尽致。我国学者曾指出:“恶债与当代的国际法不相符,尤其是不符合《联合国宪章》中规定的国际法原则”^[1]。《国际法院规约》(Rules of Court 1978)第38条将国际法的主要造法方式归结为三种:条约、国际习惯法和为各国承认的一般法律原则。“恶债不予继承”究竟归入何种造法方式,或者三种方式兼而有之?以一己之见,其经受了历史考验,顺理成章地被各国所承认,特别是已被植入国际公约,足以彰显其强行法、而非可以任意选用或者废弃的国际法本色。事实证明,萨克的“恶债不予继承”规则已跃居国际习惯法的高度。^⑧这一规则至少被十余个国家直接或间接运用,并辅之以例外情形。毫无疑问,调整国家条约的国际法首推《维也纳条约法公约》(Vienna Convention on the Law of Treaties Done at Vienna on 23 May 1969)。该条约全面阐明了无效条约的具体情形,一言以蔽之,诈欺、贿赂、强迫或者与一般国际法强制规律抵触之条约可以导致恶债的后果。

经济大萧条曾使拉美国家陷入几十年的债务危机。^⑨2008年12月13日,厄瓜多尔总统科雷亚在瓜亚基尔宣布延缓支付到期的38亿美元不合法的全球债券利息。此部分债务占该国外债的39%。理由是其由独裁者发行、与人民的利益违逆。^⑩2003年,伊拉克萨达姆政权被美国推翻之后,美国决策者和巴黎俱乐部着手研究伊拉克高达1200亿美元的外债难题。鉴于萨达姆被指控将上述贷款用于购买武器、豪华游艇和别墅,瑞士银行拥有220万美元的账户,其债务被

① Y. Makkonen *International Law and the New States of Africa* (Paris: Ethiopian National Agency for UNESCO ,1983) p. 375 , citing D. P. O'Connell , *State Succession in Municipal and International Law* , Vol. I (Cambridge: C. U. P ,1967) p. 431 (Israel) ,444 (Guinea) ,472 (Indonesia and Algeria) . See also K. Zemanek , *State Succession after Decolonization* ,(1965) 116 *Recueil des Cours of the Hague Academy of International Law*.

② Ian Brownlie , *Principles of Public International Law* , 5th ed. (Oxford: Oxford University Press ,1998) pp. 11 - 12.

③ P. Wood , *The Law and Practice of International Finance* (London: Sweet & Maxwell ,1980) pp. 120 - 21.

④ E. G. Schaffer & R. I. Snyder *Contemporary Practice of Public International Law* ,(Dobbs Ferry: Oceana Publications ,1997) pp. 123 - 124.

⑤ P. Adams , *Odious Debts , Loose Lending , Corruption and the Third World's Environmental Legacy* ,(London: Earthscan ,1991) p. 77.

⑥ E. Feilchenfeld *Public Debts and State Succession* ,(New York: Macmillan ,1931) p. 701 p. 714.

⑦ 同上 第701页。

⑧ Sarah Ludington & G. Mitu Gulati , *A Convenient Untruth: Fact and Fantasy in the Doctrine of Odious Debts* , *Virginia Journal Of International Law* , Vol. 48 2008 p. 599.

⑨ Buckley , R. *Emerging Markets Debt: An Analysis of the Secondary Market* ,(Boston: Kluwer Law International ,1999) p. 8

⑩ Seth Reynolds *Odious Debt: Modernizing Ancient Problems* , available at http://works.bepress.com/seth_reynolds.

宣布为恶债不予继承。^①

在伊拉克天文数字的债务中,不乏萨达姆政权与中国企业之间的投资合约。“从 1986 年两国签订延期贸易协议至今,伊方已欠我方 13.46 亿美元,其中贸易欠款 4.66 亿美元,劳务承包欠款 8.8 亿美元。倘若伊拉克政权造成所欠中国债务化为泡影,那时中国的直接损失据估计将达到 450 亿到 550 亿人民币。”^[2]无独有偶,卡扎菲时代的中国投资一度飙升。时值利比亚新旧政权交替之际,关于在利比亚的中国投资是否安全,是否与恶债挂钩的忧虑仍在蔓延。众所周知,利比亚局势依然波谲云诡,虽然中方宣布承认利比亚国家过渡委员会,利方承诺履行与中国合约,但归咎于这场战争已演变为法英美主导的多国部队与利比亚之间的国际战争,但不排除尘埃落定之后,欧美操纵的新政府对中国政府和企业制衡。利比亚“全国过渡委员会”副主席阿卜杜勒哈菲兹古贾曾声称,利比亚反对派欢迎中国企业重回利比亚,并希望中国能够在利比亚的战后重建工作中发挥作用,但亦强调将对所有之前签订的合约进行检查,以查看是否存在腐败。^②

继利比亚战争之后,目前叙利亚的局势一触即发,巴沙尔政权的垮台似乎不可逆转。中国是叙利亚的第四大贸易国。截至 2010 年,中国对叙非金融类直接投资存量为 1 681 万美元。此外,截至 2011 年底,中国企业在叙累计签订承包工程合同额 18.2 亿美元。在叙开展合作业务的主要中资企业有中石油、中石化、中纺、中材建设、北方公司、湖北宏源电力、中兴、华为、四川机械设备公司等。^③以西方学者尊崇的国际法“恶债”理论将在很大程度上影响着上述政权发生变更后的合同履行与债务索赔。

不容回避的现实是,中国海外投资的屡遭折戟,其日益频繁的政治风险与恶债的催化作用息息相关。据商务部统计,截至 2009 年底,我国对外投资存量 2 457.5 亿美元,其中 75.5% 投入亚洲,12.5% 投入拉美。两者合计占 88%,投入发达地区只有 181.7 亿美元,占 7.4%。世界总格局则相反,发达国家是资本流入的最大目的地。我国境外投资主要是金融业(占 18.7%)和采矿业(占 16.5%),制造业只占 5.5%。获取资源和能源供应是我国境外投资的首要目的,因此多在政局冲突、军事外交形势复杂处寻找资源,忽视了当地极高的政治风险。不仅如此,世界跨境直接投资的主体是私人企业,而我国境外投资的主体是国企,2009 年境外投资总存量中,来自国企占 69.2%,而民企只占 1%。同时,来自央企和中央单位占 80.2%,来自地方占 19.8%。^④或许选择不安全地缘投资存在某种苦衷。站在发达国家的立场,崛起的中国一直被视为强有力的挑战者,无论是被称为“欧洲堡垒”的欧盟,还是美国的《埃克森-弗洛里奥修正案》,无不阻碍着中国方兴未艾的海外投资步伐。特别是在发达国家严格和透明的上市监管制度下,中国概念股的海外上市屡遭重挫。归根结底,以上投资模式的弊端在于,投资主体的风险被迫由国家和政府买单;而强权政治下东道国政府制定的决策与法律,无不潜伏着恶债的隐患,征收、国有化、战争、政府违约和延迟支付及恐怖活动等政治风险频发便不足为奇了。

二、中国海外投资绝非恶债的抗辩

(一) 恶债的构成要件与中国海外投资的甄别

1. 债权人知悉

史海钩沉,“未经债务国人民同意”要件并非只体现在萨克的著作之中,而是隐含在其关于恶债的定义之中。站在萨克的立场,凡是与国家或地区利益明显抵触的债务,一旦主权发生变更,例如通过革命方式实施这一行为,不应产生财政负担的后果,此种债务脱离了债权人的本意。^⑤相对而言,他更重视“债权人知悉”在恶债构成要件中的份量,其观点几乎得到所有国际法学者和司法实践的认同。尽管如此,债务国在订立合同时对于是否发生政权更迭以及继任国承认债务均处于未知状态,因此放松警戒的情形时有发生。

古巴一案被称为“第一起直接运用恶债不予继承的案例”。^⑥西班牙政府于 1880 年对外举债,部分债务以古巴岛的收入为担保。美国于 1898 年战胜西班牙后,古巴由美国军事政府接管。1898 年召开的巴黎会议的主要议题便是统治古

^① Lee C. Buchheit, G. Mitu Gulati and Robert B. Thompson, *The Dilemma of Odious Debts*, 56 DUKE L. J. 1201, 1202 (March 2007). See also Sarah Ludington, G. Mitu Gulati and Alfred L. Brophy *Applied Legal History: Demystifying the Doctrine of Odious Debt*, 11 Theoretical Inquiries IN L. p. 159-160 (2008).

^② 郭文静“利比亚反对派称欢迎中国企业重回利比亚”,<http://world.huanqiu.com/roll/2011-08/1922232.html>. 最后访问日期: 2011-09-03.

^③ 于盟、张涵“欧盟计划加大对叙制裁 中资企业着手应对准备”,载《21 世纪经济报道》<http://www.21cbh.com/>, 最后访问日期: 2011-12-02.

^④ “观察: 中国海外投资与世界跨境投资特点出现三方面的背离”,<http://topic.ec.com.cn/topic/zhongguoqiye/index.shtml>, 最后访问日期: 2011-09-21.

^⑤ A. N. Sack, *Les effets de transformations des états sur leur dettes publiques et autres obligations financières*, (Paris: Recueil Sirey, 1927) p. 158.

^⑥ Ashfaq Khalfan, Jeff King, Bryan Thomas, *Advancing the Odious Debt Doctrine*, available at <http://www.cisd.org/pdf/debtentire.pdf>, p. 32.

巴的美国军事政府是否应该继承前古巴政府的债务。西班牙政府援引了一条国际习惯法:国家债务属于其国家及其人民,而不属于政体。据此,西班牙以其前主权国的身份以及设定抵押的法律性质,主张古巴对其债务仍继续有效。而美国认为,首先,美西战争后,古巴发生了政府变更的法律事实,即其统治政府由西班牙政府变成了美国军事政府,所以其债务继承的性质是政府继承中的债务继承;其次,美国主张该笔贷款非为古巴利益所举,实际上违背了古巴利益,因此该债务属于恶债;最后,西班牙政府知悉该笔贷款的真正用途大部分是用于镇压古巴人民的起义,因此该债务属于恶债之中的征服之债。所以,美国拒绝承认古巴对西班牙的债务,该实践得到了当时国际社会的认同。关键在于,美国仲裁员强调债权人“必须欣赏贷款的用途”。^①

自20世纪末以来,世界银行的高管们坦承,对于恶债,已习惯于视而不见。^②越来越多的银行高管追求从借款国收取的高利率和预付金,仅仅关注改善其资产负债表,推动银行股票价格上涨的光鲜外表。美国花旗银行集团总裁甚至充满自信地预言“国家永远不会破产。”^③事实胜于雄辩,自2009年12月全球三大评级公司下调希腊主权评级以来,包括比利时及欧元区内经济实力较强的西班牙等国整个欧盟陷入危机,如果危机无法化解,国家的破产绝非危言耸听。反思中国投资者在海外的折戟沉沙,长期以来,中国较多的官员和专家热衷于发展与卡扎菲等统治者私人之间的关系,关注其政局合法性与稳定性的表象,忽略了这些地区潜伏着的长期执政、强势、独裁、严重腐败、失业率高、政治性风险,为日后的投资风险埋下了隐患。由此而来,中国政府和企业对海外强权轰然倒塌“多米诺骨牌效应”的浑然不知才是最重要的诱因。另一方面,亦可以洗刷掉所谓“债权人知悉”的恶债罪名。即便如此,殷鉴不远,中国政府建立更加全面、细致的风险监控和预警机制,强调投资决策之前的法律咨询,才是确保投资地区的经济安全与政治安全及防范恶债之根本。

2. 未经债务国人民同意与违背国家或人民利益

Ernst Feilchenfeld的理论则比较全面,补充了“未经债务国人民同意”对于恶债认定的意义,而这一要件正是萨克所忽略的方面。Feilchenfeld则总结了几个世纪以来对于大多数文明国家而言的实在法中公共债务的必要条件:一是出于公共目的借贷;二是基于侵权行为的赔偿;三是取得债权人的同意;四是债权人从中获得利益。^④换言之,对于违反上述标准的债务则可能归入恶债序列。

在特定语境下“未经债务国人民同意”既然作为“恶债”的构成要件之一,随之而来的难题便是举证责任。Feilchenfeld的结论并未令人信服。他的结论在于,“事实上的‘未经债务国人民同意’的认定在许多案件中的举证提升了难度,除非建立一种特殊机制,强有力地应对在国际金融实践中的任何同意与抗议。”^⑤一旦债务国举证存在着债务有悖人民利益情形,也就推导出“未经债务国人民同意”的事实,举证责任移至债权国,后者须证明双方的协议确有此事。无可厚非,善意取得的债权国可以获得充分的保护,但须对恶债保持高度警觉。萨克亦未能解决这一问题,因为他将“恶债”适用于独裁者的情形,显然萨克时代的纯粹的“独裁者”标准比较清晰。Jeff King在阐述“选举”因素对于认定民意的真实性时,曾表示“首先,在准民主国家,即使公开选举,并不能表达公众的真实意图;其次,民众仅仅通过选举同意某官员的腐败行为是十分荒谬可笑的。”^⑥进而言之,Jeff King视野中的准民主与民主国家是如此划分的:“一个民主国家是指通过规范的选举程序,以及来拥有普通选举权的选民选举出来的政府;而准民主国家是指代表也通过惯常程序产生,但是选民得到的相关信息十分匮乏。而且实行垄断性政党体制,有限的选举权及不具有普遍性的少数集团制。”^⑦

对于“违背国家或人民利益”构成要件的衡量,较为经典的案例是“Verisimo Vasquez Vilas v. City of Manilai”。1565年西班牙入侵菲律宾,并在马尼拉湾大规模修筑城堡和炮台,从此成为西班牙殖民者统治的首府。西班牙对菲律宾长达300多年的殖民统治。1898年美西战争爆发,美国亚洲分舰队与西班牙太平洋分舰队在马尼拉湾进行的一场以强压弱的搏斗,战争以美国的胜利而告终。西班牙战败后签署《巴黎条约》(The Treaty of Paris),将菲律宾割让给美国,随后美国又征服了附近的尼格罗族,将其所属区域并入马尼拉。重新组合后的马尼拉市遭遇了债券持有人的起诉,要求其赔偿他们的损失。马尼拉市政府的抗辩是,依据《巴黎条约》,应当解除所有西班牙统治时期前政府的债务。菲律宾最高法院做出了被告负责的判决,但指出如果依据《巴黎条约》,原告应起诉西班牙王国。^⑧因为涉及条约的解释,美国最高法

① D. P. O'Connell, *State Succession in Municipal and International Law*, Vol. I (Cambridge: C. U. P., 1967) p. 460.

② Ashfaq Khalfan, Jeff King, Bryan Thomas, *Advancing the Odious Debt Doctrine*, available at <http://www.cisdll.org/pdf/debtentire.pdf> p. 12.

③ A. N. Sack, *Les effets de transformations destats sur leur dettes publiques et autres obligations financières* (Paris: Recueil Sirey 1929) p. 157.

④ E. Feilchenfeld, *Public Debts and State Succession* (New York: Macmillan, 1931) pp. 701 - 714.

⑤ E. Feilchenfeld, *Public Debts and State Succession* (New York: Macmillan, 1931) at 450 ff. and 860ff pp. 704 - 705.

⑥ Ashfaq Khalfan, Jeff King, Bryan Thomas, *Advancing the Odious Debt Doctrine*, available at <http://www.cisdll.org/pdf/debtentire.pdf> p. 43.

⑦ Supra note p. 44.

⑧ Vilas v. City of Manila 220 US (1911) p. 355.

院有权审查此案。不可小觑的是,该法院最终推翻了菲律宾最高法院的判决。理由是两种债务必区分对待,一是纯粹为了满足西班牙政府所需的债务;二是为了马尼拉市政需要而欠下的债务。尽管美国最高法院并未明确指出如何判断两种债务,但至少解释了原告的诉求为何得到支持,即新政府从债务中获取了利益。

显而易见,Jeff King 的理论具有深厚的西方色彩。随着国际社会的发展变化,某些被西方国家认定为“准独裁”政权或“准民主”政府逐渐现身国际事务的舞台,其人权的策略迥异,以西方的模式裁决国家债务,涉嫌恶债的机率极高。自 20 世纪 90 年代中国成为石油净进口国以来,确保能源供应安全就成为中国的核心战略。众所周知,中国石油一半的进口来自中东,中东地区在中国海外投资者心目中的地位不言而喻,但中国投资者在这些地区的投资绝非仅仅为了石油。以利比亚为例,中国铁建是目前在利比亚承包项目金额最大的中资企业;此外北京宏福集团在利比亚承包了 5 000 套住房及其配套基础设施工程项目,因此中国海外投资符合东道国人民利益的目的亦不容置疑。至于美式民主的思想渗透催化了“茉莉花革命”的萌芽,某些国家被冠以“独裁”政权或“非民主”政府身份并非中国政府的过错。长期以来,中国奉行的是不干涉别国内政的政策,坚持民主并非西方的垄断与专利,多元化人类文明的演进进程为民主政体输送各种新鲜的血液,非基督教文明的国家完全有权利实践自身的民主发展道路。尽管如此,中国政府的“韬光养晦”政策正受到越来越多的非议。因为,我们必须面对的一个现实是,中国的海外投资项目大多是基于双边政治关系基础之上的行为,此种缺乏法律形式保障的投资行为极易遭遇政局动荡的冲击。

(二) 恶债在民法理论中的涵映及对中国海外投资的启迪

1. 不当得利

不当得利理论在英美法中的地位十分重要。鲜为人知的是,这一传统的民商法理论其实早已被成功地植入国际公法领域。J. F. O'Conno 曾简明扼要地声称“不当得利的意义如同善意取得原则的一部分”;^①O'Connell 则指出“体现合法性理由的最终原则是论证存在于习惯法之中的那些原则,诸如国际法中普遍存在的规则……,而不当得利就属于此类原则”;^②并且他补充说“不当得利是建立于既有权利理论基础之上的理念”^③,旨在阐明其作为国家债务继承的根基,由此产生的法人及其代理人的责任将被消灭。

将不当得利理论运用恶债争议,一旦债权人从债务人处得到清偿,债权人的行为则构成不当得利,理由是债务国的利益受损而且并未从中获得相应利益。对于债权人的权利而言,如果法律责任被识别为良好债务继承或并未涉嫌恶债因素,将依据债务国花费的金额所获取的利益为限予以补偿。如果再将上述理论导入中国的海外投资实践,中国政府可以获悉的启迪是:首先,不当得利的基础是缺乏法律责任的依据,如果债务人负有法律上的偿还义务,即不构成不当得利。^④显而易见,国家之间的债务协议应当以条约的形式表现,而债务国由此承担初步的举证责任,即条约是无效的。迄今为止,中国和世界上 130 多个国家签订了双边投资保护协定(Bilateral Investment Treaty, BIT),其中非洲有 31 个国家。令人遗憾的是,利比亚不包括在内。^⑤但值得庆幸的是,早在 1996 年 12 月 9 日,我国政府与叙利亚政府缔结了《关于相互促进和保护投资协定》为解决这一地区的投资债务提供了法律依据。其次,尽管不当得利在司法审判实践中尚易识别,但毕竟在法律上的规定比较笼统,而且涉及企图废除天文数字的巨大国家债务的争议,除非出现确有说服力的判例,否则此类争论仍将持续下去。

2. 权利的滥用

归结为“权利的滥用”被国内法律体系广泛应用,许多国家、法官和仲裁员以及学者越来越倾向将其规则引入国际法的习惯法。^⑥典型案例有“安巴蒂洛斯案”(Ambatielos Arbitration case)^⑦、“南斯拉夫种族灭绝案”(the Federal Republic of Yugoslavia in the Genocide Case)等。^⑧尽管如此,仍有些学者否认“权利的滥用”具有国际法上的效力,理由是其缺

① J. F. O'Connor, *Good Faith in International Law* (Brookfield, Vermont: Dartmouth, 1991) p. 40.

② D. P. O'Connell, *State Succession in Municipal and International Law Vol. I* (Cambridge: C. U. P., 1967) p. 34.

③ supra note p. 266.

④ C. H. Schreuer, *Unjustified Enrichment in International Law* (1974) 22 A. J. Comp. L. 281 p. 294.

⑤ 姚桂梅“中国和利比亚未签订双边投资保护协定”中国网 china.com.cn2011-04-20,最后访问日期:2011-12-02.

⑥ M. Whiteman, *Digest of International Law*, vol. 5 (Washington, D. C.: Government Printing Office, 1965) pp. 224-230; A. Kiss, *'Abuse of Rights' in R. Bernhardt*, ed., *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 1 (Amsterdam: North-Holland, 1992) p. 4-8.

⑦ (Greece, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland) (1956), 12 R. I. A. A. 83 p. 94 (Commission of Arbitration, Arbitrators: R. J. Alfaro et al). Greece argued that the withholding of evidence by the British government in national court proceedings in England constituted “an abuse of right which amounted to a denial of justice.”

⑧ Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Provisional Measures), Order of 13 September 1993, [1993] I. C. J. Rep. 325 p. 19. The Federal Republic of Yugoslavia argued that Bosnia-Herzegovina's request for provisional measures constituted an abuse of rights.

乏准确性的特质。Georg Schwarzenberge 和 E. D. Brown 指出“如何建立一个标准判断滥用程度,何谓恶劣而非合法的用途,以及拥有国际法上的权利是十分困难的”;但同时他们亦主张“此项规则在国际法中是十分有意义的,建议通过国家条约,特别是在国际组织的背景下运用。”

Frankenberg 和 Kneiper 认为,恶债之所以被排除在继承者的法律义务之外,并非缘于其加重了债务继承国的负担,而是基于它们是建立在“权利的滥用”理论基础之上的契约。滥用的目的在于违背人民的利益。O'Connell 主张“权利的滥用”理论在国际法中有着稳固的地位。^① Ian Brownlie 教授指出“总而言之,权利的滥用是推进法律进步的动力,但作为一般的法律规则,并未存在于实在法之中。”^②藉以裁决中国在海外投资引发的恶债争议,“权利的滥用”同样遭遇诘难:首先,国际法院或各国法院尚未产生一经典案例;其二,其运用的前提是合同当事人之间合法的法律关系,但在恶债中,债务国竭力否认这一关系;其三,如何判断事实上的权利滥用尚有困难。拭其所溢,纳其所遗,“禁止权利的滥用”将与国际法长期共存,尤其在协调国家权利的行使与滥用方面突现其独有的功能。

3. 英美法中的代理

引人信服的是, Brownlie 教授将传统的民商法的代理理论引入国际公法领域,诸如外交代表、国家法律事务受托人等成为国家的代理人。他强调“一个国家官员的行为可分为对国家负责及纯粹个人的行为,政府的连续性在于之前提及的革命政权名义下的国家行为……。”^③概而言之,以代理的视角解释国家与政府之间的关系以及官员与政府的关系,政府如同国家的代理人,而官员即是政府的代理人。政府代表国家签订契约之后,无论政权是否发生更迭,这一本质并未改变。以此类推,官员代表政府的行为同样负有国际法上的义务。此项义务可以证明符合自我判断标准、国际人权规则和联合国宪章,并且与人民的利益相关。进而言之,一方面,中国政府的职能部门,尤其是外交和商务机构的官员,应当恪守各自的法定职责和职业操守;另一方面,亟待建立海外投资所涉国家与地区,尤其是在法制不完备、社会不安定或与中国存在潜在重大政治利益冲突的国家与地区的政府官员评估制度。如果证据表明,中国政府官员疏于履行职责,涉嫌接受贿赂或行贿等其他违法犯罪行为,明知我国海外投资的用途并非为了所在国家或地区人民或国家的利益仍然批准项目,官员将接受法律制裁,而政府须承担国际法上的恶债责任。据国际反腐败透明组织在全球 28 个有出口业务国家的 3 000 名行政人员进行了“透明国际行贿指数”调查,调查以 0-10 分为标准进行排名,得分越低的国家表明最可能有行贿行为,荷兰和瑞士企业均以 8.8 分的好成绩位居榜首。中国为倒数第二位,得分 6.5 分。^④

三、恶债对于中国海外投资保险的挑战及对策

(一) 合法保险利益的再三权重

1. 恶债肇始于海外直接投资与间接投资

不揣浅薄,以恶债理论的角度看待海外投资的政治风险并非易事,两者之间既有牵连性,又具有一定的独立性。其牵连性表现为,相当规模的恶债缘于海外投资,包括直接投资(Foreign Direct Investment, FDI)与间接投资(Foreign Indirect Investment, FII),其中投资的主体之一为东道国政府,另一方主体为外国投资者,与恶债争议的主体不谋而合。尽管哥斯达黎加拒绝返还前独裁政权所举之债与马尼拉市对抗债券持有人等案件均起因于债务国发行的债券,但并不等于所有的恶债均由贷款协议或间接投资引发,此种观点未免片面、狭隘,无异于授人以柄。以中国出口信用保险公司(以下简称“中国信保”)的投资保险为例,直接投资与间接投资均在承保范围之内:其一,股权投资,包括股权投资、股东贷款、股东担保等;其二,债权投资,包括金融机构贷款、其他各种形式的债权融资等;其三,租赁交易,包括融资租赁、经营性租赁、售后回租以及杠杆租赁等。最后,其他投资形式,包括合作经营、产品分成、管理合同、技术服务等投资形式。众所周知,大部分的外国直接投资的资金来源于私人银行贷款,足见直接投资与间接投资的分野越来越混沌,两者之间呈现交替重叠、相互策应的发展趋势。国家亦不例外地向私人金融机构借款,以规避国际货币基金组织和世界银行等国际金融机构审慎、严格的监管政策。据商务部初步统计,在利比亚开展投资合作的中资企业共有 75 家,涉及项目 50 个,合同金额约 188 亿美元,包括部分交通、公共设施、住宅、水泥、水电等建设项目目前全部被迫停工。中国铁建合同总额约 279 亿元未完成约 233.8 亿元,葛洲坝合同总额约 55.4 亿元未完成约 46.09 亿元,中国中冶合同总额 55.86 亿元未完成约 51.31 亿元;中国建筑合同总额 176 亿元未完成近 80 亿元;北京宏福合同总额 35 亿元至少亏损 4 亿元;中石油合同总额

^① D. P. O'Connell, *State Succession in Municipal and International Law Vol. 1* (Cambridge: C. U. P., 1967) pp. 458-461.

^② Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5th ed. (Oxford: Oxford University Press, 1998) pp. 11-12.

^③ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5th ed. (Oxford: Oxford University Press, 1998) pp. 457-458.

^④ 戴玥编译“海外投资 中俄企业贿赂行为最常见”,《欧洲时报网》<http://www.oushinet.com/172-4427-148346.shtml>,最后访问日期:2011-12-03.

约 25 亿元潜在损失 12 亿元; 中国水利水电建设集团合同总额 17.88 亿美元, 具体的资产损失有关部门还在统计中^[3]。在 75 家承建利比亚项目的企业中, 只有为数不多的几家企业投保出口信用保险; 其中海外投资保额仅占 5.68%。就所投保的险别而论, 一般属于商业险, 如工程设备、结算等方面的保险, 而并非政治风险^[4]。迄今为止, 这些未完成的投资项目仍笼罩在恶债的阴霾之下, 挥之不去。

2. 海外投资保险并非恶债的法律后果

政治风险非但不是恶债的法律后果, 恰恰相反, 恶债将导致海外投资保险承保的保单丧失效力。以多边投资担保机构 (Multilateral Investment Guarantee Agency, MIGA) 承保的五种政治风险为例, 在货币汇兑险、征收和类似的措施险、东道国政府违约险、战争和內乱险及其他非商业风险之中, 保险利益均须是合法的利益, “中国信保”所承保的汇兑限制汇兑险、征收险、战争及政治暴乱险、政府违约险、承租人违约险亦不例外地符合这一特征。

据统计, MIGA 已为亚洲 100 多个项目提供了将近 20 亿美元的担保, 其中中国的项目担保金额约为 20 万美元, 而同属发展中国家的菲律宾项目担保额高达 1 180 000 000 万美元。^① “皮之不存, 毛将焉附”, 为了规避恶债对于海外投资保险所造成的危机, 《多边投资担保机构公约》(Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency, 以下简称《汉城公约》) 第 12 条的承保条件是必须坚守的底线。该公约针对担保的对象——外国投资在条件、内容、形式和时间上作了种种限制, 只有满足法定要求的投资, 才有合格性和申请投保的资格。就实质内容而言, 投资的内容必须符合以下要件: 一是投资的经济合理性及其对东道国发展所作的贡献。二是符合东道国的法律条令。通常表现为投资者与东道国订有投资合同, 或东道国正式接受该项投资。无可厚非, 投资还须符合投资者本国的法律。三是投资必须与东道国宣布的经济发展目标和重点相一致。四是东道国的投资条件下, 包括该投资将受到有公平、平等的待遇和法律保护。毋庸讳言, 以上限制与恶债的三个构成要件存在着某种程度的巧合。即违背国家或人民利益及未经债务国人民同意的恶债绝非合法投资; 反之亦成立。

3. 人权标准的质疑

冷战结束后, 国际政治格局和经济秩序面临来自人权、新的科技革命、经济全球化一体化等多方面的挑战, 越来越多的发展中国家趋于放弃“恶债不予继承”赋予的拒绝权利。另一方面, 在某些情形下, 发展中国家债务被自然、合法地免除了, 而毋需放弃权利。^② 1996 年 9 月, 国际货币基金组织和世界银行通过了主要为非洲设计的“重债穷国减债倡议” (Heavy Indebted Poor Country Initiative), 旨在针对重债穷国实施减债战略, 将其债务降低到可持续的水平。参与这一计划的有多边机构, 如巴黎俱乐部 (十国集团) 和其他发达国家贷款人。类似的措施还有“千禧年前取消贫穷国家欠债计划” (Jubilee 2000), 意在免除发展中国家约 900 亿美元的债务。亚太经合组织 (OECD) 和许多发达国家加入这一计划, 如美国、英国、加拿大等国政府编制新预算方案, 以减免发展中国家债务。上述债务中不乏恶债之比重。^③

诉诸于发展中国家涉嫌违反经济、社会及文化权利的恶债, 联合国人权组织在协调此类债务争议过程中所发挥的作用不可睨视。1985 年, 联合国机关经社理事会 (Economic and Social Council, ECOSOC) 决定设立“经济、社会及文化权利委员会” (Committee on Economic, Social and Cultural Rights), 要求会员国依据《经济、社会、文化权利国际公约》(International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 以下简称 ICESCR 公约), 每五年提供给该组织一份详细报告, 以说明会员国执行公约的具体措施。委员会作为公约监督机构, 负责审议各会员国定期提交的报告, 评估其执行公约的情况, 提出改进建议, 形成“结论性意见”, 虽然不具有法律拘束力, 但得到会员国的重视。尤其是上述活动见诸于新闻媒体的监督。^④ 如前所述, “重债穷国减债倡议”在监督债权国是否符合债务国公共秩序, 是否侵犯其经济、社会及文化权利等方面添加了举足轻重的砝码。委员会另一重要职责在于敦促会员国、各国际组织和联合国专门机构采取合作, 以应

① Asia and the Pacific, available at http://www.miga.org/projects/index.cfm?stid=1529&country_id=47&hcountrycode=CN.

② Commission on Human Rights, *Joint Report by the Independent Expert on Structural Adjustment Programmes and the Special Rapporteur on Foreign Debt*, UN ESCOR, 2000, UN Doc. E/CN.4/2000/51 p. 40

③ A Jubilee Call for Debt Cancellation and Economic Justice, Rome, 17 November, 1998 (First Jubilee 2000 International Conference) and Call to the G7 Leaders: Declaration of Jubilee 2000 movements, 21 July, 2000 (Okinawa International Jubilee Conference), cited in Canadian Ecumenical Jubilee Initiative Policy Forum, *Illegitimate Debt: Definitions and Strategies for Repudiation and Cancellation*, (Sheraton Hall, Wycliffe College, Toronto, 15-16 November, 2000) [unpublished] p. 21.

④ In relation to Canada's last report, see Toronto Star, *Canada faces U. N. Scrutiny: Committee wants Explanation on Social Conditions* September 28, 1998, Toronto Star, *Canada branded as 'inhumane' U. N. committee says workfare violates treaty* November 27, 1998, Calgary Sun, *U. N. Fails Canada on Social Front*, December 5, 1998, Toronto Star, *U. N. Committee Finds us Lacking*, December 8, 1998. Some reactions were negative, Financial Post, *Editorial: No Apologies on Human Rights*, December 2, 1998.

对债务危机,保护各国的经济、社会和文化权利。此项举措被誉为“主要债务减持计划(major debt relief initiatives)”^①。

ICESCR 公约第 2 条曾引起争议“每一缔约国家承担尽最大能力个别采取步骤或经由国际援助和合作 特别是经济和技术方面的援助和合作,采取步骤,以使用一切适当方法,尤其包括用立法方法,逐渐达到本公约中所承认的权利的充分实现”,发展中国家与发达国家在解释该条时各执一词。智利政府声称“对于发展中国家所提供的国际援助义务应当成为强制性责任”;美国则申辩“此项义务仅限于必需,并未扩展更多责任”;另有某些国家包括法国、前苏联、希腊等国追随其步,强调国际援助义务并非强制义务。^②在某些情形下,ICESCR 公约要求采取清除所有全球战略性障碍的紧急措施,无法清偿的外国债务即是其一。^③

无可争辩,人权标准可作为贷款双方订立协议时衡量债务性质的一种方法,同时成为合法保险利益的重要考量,由此受到“经济、社会及文化权利委员会”的监控。然而,西方世界在人权问题上实行双重标准,其结果损害了发展中国家尊严,同时为制造颠覆事件和对外掠夺制造了借口。如果鼓励以人权作为恶债诉讼的惟一尺度,显然背离了不同地域的国情,似有显失公平之嫌;而且此举无益于海外投资保险人的代位权实现。总而言之,ICESCR 公约背景下的义务如此含混不清,以至于应用至每一案件尚须具体分析。Wood 在这方面的见解比较深刻“近两个世纪以来,发展中国家时而推翻其国际债务,或许最易接受的解释是,所借债务并非为了债务国福祉;因此政府首脑批准的此类贷款或者为了前独裁者装饰的纪念馆债务都可能作为恶债被拒绝偿付。另一方面,对于主权国家而言,负有偿还符合人民利益债务的道德义务。追溯历史,今天的投资者更宁愿关注债务国信用所产生的经济效益,也就是道德层面抵制的那些利益。”^④

(二) 保险人代位权的剥夺

1. 相对豁免主义的演进

终结诉讼或仲裁程序之后的恶债,如果债权国胜诉,遭遇的法律后果之一是强制执行其境内的债务国财产。有人质疑这是乏力反击,因为可执行的财产不多,其中大部分还面临着主权豁免的挑战。^⑤但即使在绝对豁免主义盛行的时期,仍有某些国家的巨额债务对外支付了。^⑥直到 20 世纪中叶,私人债权人从未奢望过有朝一日能与某个主权国家对庭,国家完全豁免理论成为主权国家免除被诉的保护伞。Campbell 勋爵在 1851 年“De Haber v. The Queen of Portugal”一案中的判决书中写道“在某一地方法院传唤外国君主是与国家法律相抵的,针对此类无礼行为他有权表示愤慨。”^⑦1972 年《关于国家豁免的欧洲公约》的生效,以及英国、德国、法国、瑞士、瑞典、比利时、意大利、奥地利、美国、加拿大、澳大利亚、巴拿马、墨西哥,11 个欧洲国家和 2 个南美洲国家,以及英联邦成员国、法兰西共同体国家先后加入,预示着绝对豁免主义原则渐行渐远,限制豁免主义取而代之。1976 年美国《外国主权豁免法》、1978 年英国《国家豁免法》和 1982 年加拿大《国家豁免法》均反映了这一变化。值得一书的是,历经 27 年酝酿与反复修改,《联合国国家及其财产管辖豁免公约》于 2004 年 12 月 2 日第 59 届联大终获通过,并于 2005 年 1 月 17 日至 2007 年 1 月 17 日向各国开放签署。“该公约第一次以普遍国际公约的方式确立了限制豁免原则,规定国家在 8 种诉讼程序中不得援引管辖豁免,并允许法院地国在一定条件下对被诉外国判决后的财产采取强制措施。”^[5]限制豁免主义将国家财产区分为商业财产与主权财产区别对待,意味着签署国际贷款协议中的国家行为被视为商业行为。尽管如此, Lucas 认为“如果政府使用贷款用于基础设施建设,不与私人企业形成竞争,即可享受国家豁免。”^⑧但其观点尚未有案例加以佐证。受到上述立法的影响,绝大多数国际贷款协议亦抛弃了国家豁免条款。^⑨不过,国家绝对豁免主义并非“穷途末路”。进入 20 世纪 80 年代以后,债

① Committee on Economic, Social and Cultural Rights. General Comment No. 2 (1990), UN Doc. E/1990/23 p. 10.

② P. Alston & G. Quinn, *The Nature and Scope of States Parties' Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* (1987) 9 Hum. Rts. Q. 156 p. 188 - 190.

③ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Poverty and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, UN ESCOR, 2001, UN Doc. E/C.12/2001/10 p. 21. *Debt repayments have at times amounted to between 69% to 200% of their combined health, education and social expenditure, as has been the case of Zambia, as stated in Commission on Human Rights, Joint Report by the Independent Expert on Structural Adjustment Programmes and the Special Rapporteur on Foreign Debt*, UN ESCOR, 2000, UN Doc. E/CN.4/2000/51 p. 17.

④ P. Wood, *The Law and Practice of International Finance* (London: Sweet & Maxwell, 1980) p. 51.

⑤ J. Hurlock, *The Way Ahead for Sovereign Debt* (1995) International Financial Law Review [July 1995] 11 p. 11.

⑥ Tsikata, *Sovereign Borrowers, Foreign Creditors and the Resolution of Sovereign Insolvency: A Legal Appraisal of Contemporary Practise*, Thesis submitted for the University of Toronto, 1993 [unpublished: on file with the National Library of Canada] p. 92.

⑦ P. Wood, *The Law and Practice of International Finance* (London: Sweet & Maxwell, 1980) p. 46.

⑧ V. Carrillo - Batalla Lucas, *Conflicts of Laws in International Lending Transactions - Governing Law and Choice of Forum* in D. Carreau & M. Shaw eds. *The External Debt/La dette extérieure* (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1995) p. 454.

⑨ R. MacMillan, *The New Latin American Debt Regime: Towards a Sovereign Debt Work-out System*, (1995) 16 J. Intl. L. Bus. 57, p. 72.

权人终于意识到,运用相对豁免主义起诉主权国家的行为无异于饮鸩止渴“妨碍了当事人之间的重新协调,借款国被逼入绝境。”^①

除了国家绝对豁免主义对恶债争议产生的影响外,国家不能破产的理论亦引发了严重问题。^②尤其是在欧债危机笼罩下的学者们日益关注这一问题。无论如何,在缺乏国家破产机制的前提下,恶债的司法运行机制是难以奏效的。不过对于投资者而言,采用谨慎模式(Due Diligence Model)识别恶债是避免重蹈覆辙的关键所在。这一模式在于利用有权威的国际组织裁决纠纷。^③

2. 保险人代位权面临的困境

饱受恶债困扰的不仅是濒临绝境的债务国,海外投资保险人的代位权亦可被侵蚀。作为保险法中古老而独具特色的制度,保险代位权亦不例外地繁衍于海外投资保险这一特殊领域,提供事后的法律救济,以补偿东道国政府的违约行为。保险人在补偿被债权国的损失之后,如果东道国(债务国)对于保险事故的发生或保险标的损失负有赔偿责任,保险人有权在已承担的保险补偿金额范围内向其追偿,而债权国必须将向第三人追偿的权利转让至保险人。再以 MIGA 为例,一旦其承保的各种政治风险发生,投资者即可根据与 MIGA 订立的协议向其求偿,同时承担下列义务:其一,寻求当地行政救济,但不要求“用尽”,仅仅是寻求且不包括司法救济。其二,遵守东道国的法律和法令,对其投资项目加以控制,以避免或减少可能的损失。其三,妥善保存求偿的文档记录,以备 MIGA 查阅。其四,只有在取得 MIGA 同意之后,才能转让其在担保合同或投资项目之下的权利或者从属于代位权的权利, MIGA 依协议向投资者迅速支付保险金,其数额不超过投资总额和投资者的实际损失。总之, MIGA 支付保险金之后,代位取得投资者在东道国的权利,但战争损失不能向东道国索赔。问题在于,上述结论均须建立在合法的保险利益基础之上,假设 MIGA 在投保之前的审查不力,而东道国认为投资项目有恶债嫌疑,撕毁双边投资保证协定,中止与保险人权益转让的合作的危险便近在咫尺,其代位权将陷入铤羽暴鳞的困境。反思“恶债不予继承”这一古老的国际法规则,虽然东道国依此原则成功地规避了某种债务风险,但其对国家未来所产生的负面效应,远远大于债务本身的威胁。

结束语

“恶债不予继承”始终是被国际法运用自如的“双刃剑”。早在中美建交之初的 1979 年,就有阿拉巴马州 300 多人对中国政府提起诉讼,要求偿还 1911 年清政府发行的湖广铁路债券欠款 1 亿多美元。因清政府修建湖广铁路的目的在于镇压正在兴起的南方起义,被中国政府以恶债为由断然拒绝继承。此外,袁世凯为维系独裁统治的“善后大借款”基于同一性质亦不被中国政府承认。沧海桑田,如今中国在利比亚等国家与地区的海外投资项目亦在经历着恶债的考验。中国的投资多属于基础能源设施建设,不仅符合双边或多边国家和人民的法律与利益,更满足《关于国家对国家财产、档案和债务的继承的维也纳公约》与《汉城公约》的实质要件与程序要件,如果仅以投资东道国的人道主义环境欠佳,或强权政治为由,将上述投资圈定为恶债,无疑背离了“恶债不予继承”的国际法初衷。再者,恶债与海外投资保险利益严重冲突,侵蚀着保险代位权的根基,对于跨国资本的流动遗患无穷。选择司法或仲裁解决争议的初衷可能令债权国事与愿违。单纯依赖法律手段平息国家之间的纷争未免简单、僵化,以双边或多边谈判为主、法律手段为辅,更助于实现“法无异辙,殊途同归”的境界,利用政治手段化解恶债危机或许能够取得实效。

参考文献:

- [1] 陈豪、陈换林“论恶债不予继承原则”,载《今日财富》2010 年第 3 期。
- [2] 张震“伊拉克战争对中国经济的影响”,载《现代经济探讨》2003 年第 6 期。
- [3] 顾安、邓明宇“中企在利比亚损失一览”,载《香港商报》2011 年 3 月 29 日。
- [4] 崔启斌“中国企业在利比亚受损 200 亿美元 保险赔付不足 4 亿元”,载《北京商报》2011 年 04 月 25 日。
- [5] 马新民“联合国国家及其财产管辖豁免公约评介”,载《法学家》2005 年第 6 期。

(责任编辑 寇 丽)

^① P. Wood, *The Law and Practice of International Finance* (London: Sweet & Maxwell, 1980) p. 53.

^② Buchheit & Jeremiah Pam, *The Pari Passu Clause in Sovereign Debt Instruments*, 53 EMORY L. J. p. 869, 872-877 (2004) and William Bratton, *Pari Passu and a Distressed Sovereign's Rational Choices*, 53 EMORY L. J. 823, p. 825-827 (2004).

^③ Jonathan Shafter, *The Due Diligence Model: A New Approach to the Problem of Odious Debts*, *Ethics & International Affairs*, Volume 21, Issue 1, March 2007 p. 58-59.