

国际法的人本化趋势与 国际投资法的革新

刘 笋^{*}

内容提要：国际法的人本化要求国际社会不仅要关注跨国经济交往带来的经济增长和社会福利的增加，而且要关注和解决经济活动所伴生的环保问题和人权问题。现有的多数国际投资条约，无论从实体法还是从程序法视角来考察，都无法适应人本化的需求，也无助于与投资相关的人权、环保等社会价值的实现，因而导致了近年来一系列的相关改革。改变现有投资条约过分偏袒投资者而忽略东道国管辖权及与投资关联的各种社会价值的立法导向，强化投资者的社会责任，给予东道国政府及其国民直接依据国际法追究跨国公司社会责任的权利和机会，将是未来国际投资法革新的重要内容。

关键词：国际法人本化 环境保护 人权保护 国际投资法 国际投资条约

一、国际法的人本化及其对国际投资法的影响

国际法的人本化，意味着国际法的理念、价值、原则、规则、规章和制度越来越注重个人和整个人类的法律地位、各种权利和利益的确立、维护和实现。人本化不仅已经成为应然国际法的一种新的理念，也越来越突出地体现于实在国际法之中。可以说，国际法的人本化已经成为日益凸显的一种发展趋势。

国际法的人本化是国际法及时应对经济全球化伴生的各种社会问题的需要。在过去的二三十年期间，席卷全球的经济全球化，在促进自由市场经济体制的全球推广和促成国际贸易与投资的迅猛增长的同时，也对国际经济法的发展演变产生了深远的影响。现代国际法开始关注经济全球化的负面影响，要求各国适当关注跨国贸易与投资等经济活动和经济价值之外的涉及环保、人权、公共健康等领域的公共利益和社会价值。世界范围内越来越接近于形成一个共识：以牺牲环境和人权为代价的跨国经济交往不值得提倡；损毁今代和后代生态环境、严重背离可持续发展理念、漠视经济发展中的代际公平和代内公平的经济发展模式应予以反对；片面追求眼前利益、偏

* 中南财经政法大学法学院教授。

本文为教育部“新世纪优秀人才支持计划”资助项目（NCET-08-0853）和国家社科基金重大项目“促进与保护我国海外投资的法律体制研究”（批准号：09&ZD032）的阶段性成果。本文亦受中南财经政法大学2009年度高校基本科研业务费青年教师资助项目资助。

袒性地保护少数商业性私人利益而无视国家公共利益和各国国内社会群体的社会利益的行为不值得颂扬。

从人权的角度来看，现代国际法日益重视对人的基本价值的尊崇。从环境的角度来看，经济活动对人类的影响不得不引起高度的重视。于是，近年来，国际环境法倡导的环境保护及可持续发展理念和原则、人权法关注的生命健康权、劳工权等权利和维护这些权利的相关理念、原则和规则开始在国际经济法领域受到重视。

例如，在国际贸易法领域，世界贸易组织（以下简称 WTO）正式将环境保护和可持续发展纳入其宗旨；WTO 体系下的许多协议也明确规定生命健康和环保问题。如《技术贸易壁垒协定》要求：“不应阻止任何国家在其认为适当的程度上采取必要的措施，以确保其出口货物的质量，或保护人类、动物或植物的生命或健康，保护环境。”《实施卫生和植物检疫措施协定》要求：“符合国际标准、准则或建议的卫生或植物卫生检疫措施应视为是保护人类、动物或植物的生命或健康所必需的，并推定为符合本协定和 1994GATT 有关条款的规定。”WTO 成立后的贸易争端解决实践也表明，WTO 的争端解决机构开始改变 GATT 时代专家组过分倾向于维护贸易自由的条约解释方法，金枪鱼案、石棉案等案例对环保立法的肯定和对人类及动植物生命安全的关注就是重要例证。同时，将核心劳工标准与贸易自由化挂钩，要求将劳工标准或人权纳入 WTO 体系的呼声自 WTO 成立以来就从来没有停息过。

又如，在知识产权领域，WTO 框架下的《与贸易有关的知识产权协定》（TRIPs 协定）实质性地提高了知识产权保护标准，对医药产品和方法实施前所未有的保护，导致受专利保护的基础药品价格迅速上升，加剧了发展中国家的公共健康危机，引发了全球范围内对作为个人权的知识产权和作为集体人权的公共健康权的保护孰重孰轻的激烈论争。在强大的舆论压力下，WTO 通过了《TRIPs 协定与公共健康的多哈宣言》，承认 WTO 成员方为保护公共健康而实施特殊措施的主权利优先于知识产权专有权利，并规定了一些弹性条款。为保证这些弹性条款的实施，WTO 还通过了《实施多哈宣言第六段关于 TRIPs 协定与公共健康的决定》和《TRIPs 协定修订的决定》，进一步从国际法的高度确定了作为集体人权的公共健康权优先于作为个人权的知识产权的原则。WTO 的上述行动虽然有被迫而为之的尴尬，但它表明，WTO 面临的现实选择实际上已经变得越来越清晰：国际贸易中因知识产权保护所能预期的经济价值不能肆意超越公共健康所体现的人权价值；而且，人权价值应有轻重之分，以私人或个人为取向的人权价值也无法凌驾于以公众或集体为取向的人权价值之上。

再如，在国际货币金融法领域，近年来，国际货币基金组织和世界银行的贷款项目也日益重视环境保护和人权问题。尽管不少受援国对西方国家掌控的这几个国际组织将贷款与人权挂钩的政治倾向表示不满，但贷款项目是否获得与环境和人权状况的改善之间的挂钩，的确在某种意义上有助于纠正许多国家经济利益至上的反人本化倾向。

还有，与跨国贸易、金融和投资等活动密切关联的跨国公司，近年来也越来越多地被要求承担人权与环保责任。在发达国家，跨国公司正日益受到政府约束以要求其对环境问题负责。^{〔1〕}跨国公司公开其环境责任信息已成为通行做法。^{〔2〕}环境记录不好的公司开始感受到越来越强大的社会舆论压力进而在商业利益方面受到消极影响。严重侵犯人权、维系血汗工厂生产模式的跨国公司也开始受到越来越多的指责。尽管目前运用国际法直接规定跨国公司人权责任面临着概念

〔1〕 Kristina Herrmann, *Corporate Social Responsibility and Sustainable Development: The European Union Initiative as a Case Study*, 11 Ind. J. of Global Legal Stud. 226 (2004).

〔2〕 Erik Assadourian, *The State of Corporate Responsibility and the Environment*, 18 Geo. Int'l Envtl. L. Rev. 571 (2006).

上、标准上、执行上的障碍，〔3〕但全球范围内要求跨国公司承担社会责任的呼声日益高涨。学者们也开始积极探讨如何运用国际法而不是仅仅依靠国内法规范跨国公司行为的可能性。依据国际法直接追究跨国公司社会责任的可能性正在加大。

可以说，在国际法近年来明显的人本化趋势的影响下，在国际人权法、国际环境法迅猛发展的推动下，在非政府组织为首的各种市民社会运动风起云涌的情势下，国际经济法已经开始进行着一场重大革新。这场革新强调国家、企业和个人等各类行为体在跨国经济交往中注重对人的尊严和权利的维护、对人类所赖以生存的自然环境的保护。这场革新已经波及到作为国际经济法重要分支的国际投资法。

在西方学者眼中，目前的国际投资法面临着严重的合法性危机。无论是国际投资条约还是诸多国家（特别是发展中国家）的外资法，都没有对与投资相关联的各种社会公众利益（突出地体现于人权、环境、公共健康等领域）予以应有的关注，这严重背离了现代国际法的人本化趋势。鉴于篇幅限制，以下本文选择从国际投资的国际法制，尤其是国际投资条约的视角，以国际投资法领域最为国际社会诟病的环保与人权问题为重点，分析目前国际投资法难以体现人本化需求的原因、投资法领域既已出现的相关改革实践和中国的对策。

二、现有投资条约的人本化缺失：难以保障环保人权价值

（一）投资条约立法导向及实体法视角的考察

1. 严重滞后于时代需求的实体法立法导向

20世纪80年代以前，国际投条约最主要的目标是消除发达国家投资者在发展中国家投资可能发生的政治风险，促进资本向发展中国家流动。因此，条约重点在于寻求合理外资待遇、政治风险防范和投资争端解决，对东道国外资管辖权反而没有做过分限制。然而，80年代后，利用发展中国家普遍出现债务危机、难以吸收外来资本以及经济全球化初露端倪等情势，以美国为首的一些发达国家开始推行自由化性质的投资条约谈判策略，将准入自由化、消除履行要求、提高投资待遇、强化争端解决机制作为目标。这类投资条约以1984年美式BIT范本及其后几经修改的美式BIT范本为缔约蓝本，迅速被以NAFTA为代表的含有投资章节或投资规则的一系列自由贸易协定仿效，在全球范围内得到推广，逐渐成为现代投资条约的主流形态。它在实体法方面的立法导向具有如下几个非常明显的特色：（1）凸显投资自由化的好处，忽视投资自由化的弊端及其防范措施；（2）强化投资者保护，弱化东道国外资管辖权；（3）重视投资者私权和经济利益，忽略与投资相关的社会价值和公共利益。

在为投资者提供体贴周到的实体性保护的同时，现代投资条约对那些受到国际资本消极影响的个人和社群的权利，包括个人的经济权利、与工作有关的权利、受教育和培训的权利、健康权和安全权、个人和社群卫生与安全的生存环境权等等，都采取了漠视的态度。〔4〕因此，这种立法导向是存在严重偏差的。在人权法和环境法于国际法中地位日益上升，主权国家参与缔结的人权条约和环保条约越来越多的情形下，上述立法导向的偏差导致东道国处于相当尴尬的处境：一方面，东道国承担着来自环保和人权公约方面的义务，不仅要制定立法或采取合适的措施以保护

〔3〕 B. Stephens, *The Amoral of Profit: Transnational Corporations and Human Rights*, 20 Berkeley J. Int'l L. 45, 82-89 (2002).

〔4〕 Jose Alvarez, *Critical Theory and the North American Free Trade Agreement's Chapter Eleven*, 28 U. Miami Inter-Am. L. Rev. 303,308 (1997).

人权和环境，〔5〕而且还必须承担保护投资者预期利益的义务，而这些义务往往与人权、环保条约下的义务存在冲突。

2. 待遇规则与征收规则：妨碍东道国社会价值追求的严重障碍

从目前投资条约中具体的实体法角度来分析问题，对与国际投资关联的人权和环保价值的实现威胁最大的两类实体法条款就是待遇条款与征收条款，或称待遇规则与征收规则。现代投资条约几乎都规定了东道国必须给予投资者公平公正待遇，许多还规定了国际法最低待遇标准。这些条约对东道国征收行为的约束也实现了从以遏制直接征收为目标到追究间接征收或管理性征收为重点的转变。然而，这些条约都没有对上述待遇标准和征收规则的含义、构成要素等给予明确的界定。从案例实践来看，投资者与东道国发生的争议，许多都起因于对这些规则的理解有显著的差异，〔6〕而仲裁庭对这些标准和规则的解释也是相当混乱甚至是前后矛盾的。

从维护自身经济利益的角度出发，投资者往往对上述待遇制度和征收规则的内涵和外延做无限扩大的解读，因此，东道国行为对投资者经济利益造成的任何减损或妨碍，都可能被投资者视为构成间接征收或违反公平公正待遇或最低国际法待遇标准。有时候，东道国政策法规缺乏透明度、投资者预期的市场份额没有获得等等，也成了投资者指控东道国违背公平公正待遇或构成征收行为的理由。〔7〕这些主张一旦得到仲裁员的支持，不仅会对东道国现存有关劳工、环保标准的立法或行政管理行为构成严重威胁，还会对其未来的相关立法产生阻吓效果，使东道国在决定是否颁布更高标准的环保和人权立法时不得不顾及未来的仲裁诉求及其伴生的经济和政治后果。〔8〕

3. 保护伞条款、稳定条款与准入自由化：对人权环保立法的阻却效应

令问题更为复杂的是，目前各国已经签订的 2000 多个双边投资条约中，有超过三分之一的条约包含保护伞条款。这些保护伞条款意在要求东道国遵守其与投资者签订的具体契约并试图将东道国在这些具体契约中承诺的义务提升为条约法上的义务。〔9〕投资实践中，投资者仍在不断与东道国签订投资契约，而投资契约中往往设定有稳定条款，这些稳定条款的目的在于免除投资者受东道国日后出台的新立法的约束或规定投资者有权就新立法给他们造成的损害要求赔偿。通过对 SGS 诉菲律宾案、Noble Ventures 诉罗马尼亚案等案例的实证研究，我们不难发现，许多稳定条款从设计上就有如下意图：允许投资者不受东道国有关环保、人权或其他追求社会价值目标的法律的约束，或在受到这类法律影响的情况下可以要求东道国赔偿。这些稳定条款确立的义务如果得到保护伞条款的支持，很可能就被仲裁员解释成条约法上的义务〔10〕。因此，早在十多

〔5〕 Andrea Shemberg, *Stabilization Clauses and Human Rights*, IFC/SRSG Research Paper, March 2008, paras. 38-41.

〔6〕 从 ICSID 和 UNCTAD 投资条约仲裁案例资料来看，起因于对公平公正待遇的不同理解而产生的争议迄今为止已超过 50 起。这些案件既包括发生在 NAFTA 下的一些知名案件，如 Metalcald Corporation 诉墨西哥案、Pope & Talbot 诉加拿大案、Loewen Group & Raymond L. Loewen 诉美国案等案件，也包括非 NAFTA 体制下由 ICSID 仲裁庭审理的双边投资条约争端，如 Wena Hotels Ltd. 诉埃及、Sempra Energy International 诉阿根廷、Noble Ventures 诉罗马尼亚等案件，还包括双边投资条约下依据联合国国际贸易法委员会仲裁规则审理的 BG Group 诉阿根廷、National Grid 诉阿根廷等案件，以及基于能源宪章条约由瑞典斯德哥尔摩商会仲裁庭或 ICSID 仲裁庭审理的案件，如 Petrobart 诉吉尔吉斯斯坦案、Plama Consortium Limited 诉保加利亚共和国案等等。

〔7〕 例如，目前已有的国际投资仲裁案件中，不同仲裁庭罗列的可被认为违反公平公正待遇的情形高达 11 种。有的案件中，东道国不仅要为投资者提供“国际法最低待遇”要求的程序正义，还要提供“良治”保证。徐崇利：《公平公正待遇：真义之解读》，《法商研究》2010 年第 3 期。

〔8〕 Vicki Been & Joel C. Beauvais, *The Global Fifth Amendment? NAFTA's Investment Protections and Misguided Quest for an International "Regulatory Takings" Doctrine*, 78 N. Y. U. L. Rev. 132-135 (2003).

〔9〕 K Yannaca-Small, *Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements*, OECD, Working papers on International Investment, Number 2006, pp. 5-6, 7-8, 22.

〔10〕 Jernej Letnar Cernic, *Corporate Human Rights Obligations under Stabilization Clauses*, 11 German L. J. 211-215 (2010).

年以前,就有西方学者指出,投资契约中的稳定条款对于主权国家承担国际人权法上的义务具有重大消极影响。^[11]对于作为发展中国家的东道国而言,稳定条款对于环保人权立法的阻却效应尤为明显,因为这些国家正是那些过去没有充分重视投资伴生的环保和人权问题的国家,而在现阶段,这些国家又在市民社会越来越强烈的压力下不得被迫或主动制定新法以缓解社会矛盾。^[12]

投资条约中的投资自由化条款同样也对环保人权立法产生着消极影响。传统投资法将是否允许外国投资者进入以及以什么条件进入的权利保留给东道国,然而自上世纪80年代以来,美国、加拿大等国家开始在投资条约谈判中要求加入投资准入自由化的内容。换言之,这类条约寻求投资设业前的自由化,而非仅仅满足于要求东道国为外国资本提供设业后的国民待遇、最惠国待遇、公平公正待遇等等。这类含有设业前权利要求的条款,被称为投资自由化条款,通常可能包含两种内容,一种是要求东道国承诺在非歧视的基础上,像对待东道国本国投资者那样允许外资进入东道国相关行业和领域,这种准入权可能涉及所有行业和部门,也可能限于有限的行业和部门(如GATS中的服务业准入自由化),取决于谈判双方具体的谈判实力和意图。另一种是禁止或限制东道国对外国投资者施加某些履行要求。

值得注意的是,并非所有的外国投资都符合东道国经济发展战略目标,主动将东道国可持续发展、环境保护和人权等问题列入考虑范畴的外国资本更少。因此,对外国投资进行准入管理或设业前管理,适当设置履行要求作为允许或鼓励外资进入的条件,应当是东道国主权范围内的事情。而投资自由化条款对东道国上述权力的限制甚至剥夺,不利于东道国阻止环境污染型或有侵犯人权(尤其是劳工权利)危险的外国资本进入本国。

(二) 投资条约仲裁实践视角的考察

环保、人权等社会价值无法依赖投资条约来实现的另一个重要的原因,就是现有投资条约下的投资仲裁机制存在一系列缺陷。

首先,现有投资条约中的投资者对国家仲裁机制系专为投资者利益而设计。它使得投资者能够通过“直通车”性质的仲裁发起程序,绕过东道国当地救济的限制和母国外交保护的繁琐程序,直接依据国际条约对东道国发起仲裁,这是东道国及其境内的个人、市民群体无法享有的。在这种框架下,一方面,东道国自身作为主权国家,难以主动借助国际法保障本国维护人权和环保价值的立法、司法和行政管理权力,因为条约没有规定东道国对投资者侵权行为主动发起仲裁的权利;另一方面,东道国国民,无论是个人还是社会群体在受到跨国投资者人权、环保等方面的侵害时,也无法借助投资条约寻求国际法上的救济。

其次,现有投资仲裁体制下,仲裁在绝大多数情形下是秘密进行的。现有投资条约将投资仲裁视为商事仲裁,而商事仲裁的一个重要特征就是程序的保密性。整个仲裁程序,包括案件是否提交、书面诉状、答辩状、听证程序、审理和法律推理理由、裁决书等都可以对公众保密,当事方还可以通过相互之间达成的谅解阻止其他与仲裁程序有关的信息披露。^[13]这种保密性至今被ICSID体制之外的若干重要仲裁机构的仲裁规则如联合国国际贸易法委员会仲裁规则、国际商会仲裁规则等依循。即便ICSID在2006年进行仲裁程序的若干透明度改革,如允许第三方参与、

[11] Paul E. Comeaux & N. Stephan Kinsella, *Reducing Political Risk in Developing Countries: Bilateral Investment Treaties, Stabilization Clauses, and MIGA & OPIC Investment Insurance*, 15 N. Y. L. Sch. J. Int'l & Comp. 30-31 (1994).

[12] 前引 [5], Andrea Shemberg 文, 第 138-147 段。

[13] Jack J. Coe, Jr., *Transparency in the Resolution of Investor-State Disputes—Adoption, Adaptation, and NAFTA Leadership*, 54 Kansas L. Rev. 1342-1343 (2006).

规定公开发表裁决摘要等,但这些改革仍然是不彻底的。例如,新的仲裁规则对于诉状、答辩状、证据等是否公开没有作出说明;当事人可以要求仲裁庭签发保密令,阻止案件公开;听证程序仍然是保密的等等。

在上述缺乏透明度的仲裁体制下,国际投资争端案件中那些权利直接或间接受到侵害的各种利害关系人,包括东道国境内的个人、社群、非政府组织和企业不仅难以进入仲裁程序以伸张自己的权利,甚至无法了解仲裁的进展、法律诉求的内容、适用法律的理由等等。这种状况显然有悖民主的原则,也不符合良法善治的时代要求。^[14]造成的后果往往是,东道国国民长期忍受跨国污染企业的环境危害,东道国中被跨国企业雇佣的员工长期忍受人权侵害,东道国市民社会无法对政府和跨国投资者实施监督和影响,而一旦东道国在仲裁中获得不利裁决而动用财政资源对外国投资者予以赔偿时,东道国全体国民成为最终意义上的付费者。

再次,现有投资条约对于仲裁员如何解释与适用法律没有给予明确的指引,而投资条约的实体法规范被设计成有意的模糊和过分的抽象,加上现有仲裁程序没有纠正法律适用错误的上诉机制,导致实践中仲裁庭随意解释条约的现象十分突出。另一方面,投资仲裁在一种临时性的基础上组建,也无益于形成投资条约解释方面的稳健的先例文化。^[15]上述现象的存在,更加剧了东道国政府及其国民的困惑,他们无法借助既已存在的案例,准确预见和推断什么情形下东道国维护社会公众利益的相关立法符合投资条约的规定。

第四,仲裁员偏袒投资者的现象普遍。为经济利益驱动的仲裁员往往丧失了职业道德。很多情况下,借助于自己拥有的广泛的自由裁量权,仲裁员往往对投资条约中模糊的实体法条款做出倾向于保护投资者的解释,而这种做法一方面很难被视为违背现有投资条约的目标与宗旨,另一方面,也为仲裁员今后更多地获得被投资者选任的机会奠定了基础。在这种体制下,很难指望仲裁员在裁决过程中,充分或适当地考虑与投资有关的环保和人权价值。

三、投资条约人本化的途径与方法

(一) 立法导向的转变

转变投资条约的立法导向,是投资法走向人本化、促进投资领域人与人、人与自然、跨国企业与当地居民和社会群体和谐共存的重要前提。国际社会可以在立法模式上更符合人的要求、在立法精神上更关注人民、在立法内容上更体现人权,在法律操作的过程中不是拘泥于现有规定或是考虑国家之间政治力量的角逐或军事力量的平衡,而是更多地从人的幸福与发展出发去解决问题。^[16]这种转变已经在一些投资条约中出现。

这种立法最早期的典型代表是美加墨三国于1992年签订并于1994年生效的北美自由贸易协定(NAFTA)。它不仅创造了将贸易问题与投资问题一并纳入自由贸易协定(Free Trade Agreement,以下简称FTA)的立法模式,^[17]还创造了将环保问题也纳入FTA的立法模式。NAFTA明确

[14] 有学者认为,按照全球治理的理论,随着经济自由化的与时俱来,资本逐利最大化的结果将导致市场的失灵,其中的一个重要的表现就是会损害应有的社会价值。由此,需要动员市民社会的参与来平衡商业力量。在国际投资仲裁程序中,东道国社会公共利益的真实代表者应是当地的市民社会。徐崇利:《晚近国际投资争端解决实践之评判:“全球治理”理论的引入》,《法学家》2010年第3期。

[15] 刘笄:《国际投资仲裁裁决的不一致性问题及其解决》,《法商研究》2009年第6期。

[16] 何志鹏:《人的回归:个人国际法上地位之审视》,《法学评论》2006年第3期。

[17] 虽然冠名为自由贸易协定,但事实上也是一种投资条约。

规定,吸引投资不得以牺牲环保为代价。这种立法模式已经在许多 FTA 中得以仿效,似乎成为一种重要的立法趋势:许多晚近签订的 FTA 和经济合作协定中含有环保条款或环保章节,有的甚至加入了环保附加协定。^[18]在地域范围上,这种立法模式也已经远远超越北美范畴而延伸到南美、欧洲、亚洲、环太平洋区域,参与国家也不仅仅限于发达国家相互之间或发达国家与发展中国家之间,发展中国家相互之间签订的 FTA 也开始纳入环保条款。^[19]

晚近出现的一些投资条约或条约范本,开始在序言中反映人本化需求的内容。例如,在美国、加拿大、日本、芬兰、瑞典、荷兰等国家近几年签订的投资条约序言中,开始涉及环保、健康、人权、动植物生命安全、可持续发展等人本化问题。这种立法方式显然受到了美式 BIT2004 年范本的影响。该范本序言中规定,条约所追求的促进经济增长等目标,必须以符合保护健康、安全、环境及促进国际上认可的劳工权利的方式去实现。

另一方面,明确提到人权保护的措辞,将人权保护与国际投资直接挂钩的投资条约也已经出现。最典型的例证有二:一个例子是 2002 年欧洲自由贸易区与新加坡协定的序言。其中明确规定:双方确认,有义务遵守联合国宪章和关于人权的普遍宣言中确定的人权保护义务。另一个例子是东南非共同体市场于 2007 年达成的东南非共同体市场共同投资区投资协定。该协定第 7 条第 2 款第 4 项提到了一系列社会问题,包括人权保护问题,要求成员国共同努力以制定议程,向共同体投资委员会提供建议,供共同体委员会制定相关政策以便共同体市场投资协定的执行。为此,协定要求,在与投资有关的领域,各国应当致力于在以下方面确定最低的共同标准:环境的影响及社会影响评估、劳工标准、尊重人权、反腐败、补贴等等。

笔者认为,上述两个投资条约的出现具有重要的意义。就 2002 年欧洲自由贸易区与新加坡协定而言,尽管直接将人权与投资问题挂钩的规定只是出现在序言中,还很难说该条约为东道国或投资者直接创设了具体的尊重人权的义务,但是这种序言性文字仍然应当被认为具有重要意义,因为它很可能在今后的条约解释中发挥作用,引导投资争议解决机构依照尊重人权的精神去解释投资条约。而东南非共同体市场共同投资区投资协定意义更为重大,因为该协议是世界上第一个在条约正文中明确提出人权保护要求的投资条约。虽然该协定第 7 条没有设立具体的人权标准,但是它明确确认了人权保护与国际投资之间的关联关系,而且它出现在一个发展中国家相互之间达成的投资条约之中,因而被西方学者认为具有重要的象征性意义。

当然,上述投资条约虽然确立了人权保护的义务,但条约约束的对象仅仅是缔约国政府,目前还没有投资条约将保护人权的义务直接施加在投资者身上。这不能不说是一种极大的遗憾,因为许多人权问题是由跨国公司直接引起的。

(二) 实体法的若干改革

为应对国内市民社会的强大舆论压力,也为了维护东道国必要的外资管辖权,美国、加拿大等国家近年来,特别是 2004 年以来,开始致力于对投资条约中的某些实体法规则进行改革,对东道国在追求环境、人权等社会价值方面的正当管辖权给予了适当保障。

例如,美国、加拿大等国近几年签订的 BIT 和 FTA 中,针对极易引发争议的间接征收条款,进行了限制性的界定。它明确规定,出于保护合法的公共福利之目的(如公共健康、安全和

[18] 除美国外,加拿大与其贸易伙伴签订的 FTA 也开始纳入环保条款。例如,加拿大—秘鲁 FTA 的序言和正文中都含有环保条款。该协定不仅含有环保专章(第 17 章),而且两国还根据该协定第 1702 条缔结了专门的环保附加协定。此外,欧盟近年来对外签订的 FTA 也十分重视环保、人权、劳工保护、公共安全、公众健康及可持续发展等问题。

[19] Chang-fa Lo, *Environmental Protection through FTAs: Paradigm Shifting from Multilateral to Multi-Bilateral Approach*, 4 Asian J. WTO & Int'l Health L. & Pol'y. 2009, footnote 21.

环境)而采取的非歧视性的规制行为,除罕见的情况外,不构成间接征收。^[20]这种规定的意义在于,它为今后仲裁庭将可予补偿的征收与正当的政府规制相区分提供了指南,使外国投资者关于任何种类的政府规制行为都构成征收的主张变得更为困难,特别是当这种规制行为关系到环境和公共健康时。^[21]

再如,这些条约开始反对对最低国际法待遇标准和公平公正待遇进行无限扩大的解释,要求将最低国际法待遇标准中的“国际法”限定做“习惯国际法”范围的理解,反对将公平公正待遇理解成习惯国际法之外的待遇标准。美国和加拿大新的BIT范本均明确指出,国际法最低待遇标准下产生的义务仅能理解为习惯国际法所赋予的保护程度;东道国对投资条约中最低国际法待遇标准条款之外的其他条款的违反或对投资条约之外的其他条约的违反,不能直接构成违反最低国际法待遇标准的理由。例如,美式BIT2004年范本第5条即规定:最低待遇标准即习惯国际法上给予外国人的最低待遇标准;公平公正待遇主要是指依据正当程序原则不得拒绝司法;违反BIT其他条款或其他独立国际协定的规定并不构成对第5条的违反。有学者认为,该范本表明,美国试图将公平公正待遇的理解侧重于投资者的程序权利方面,而范本中的其他待遇标准如国民待遇、最惠国待遇则侧重于实体权利方面。这样不仅使待遇标准之间形成协调关系,而且可以防止仲裁庭随意扩大公平公正待遇的内容,防止东道国被滥诉的情况。^[22]无论这种理解是否准确,有一点是不容置疑的:美国已经在公平公正待遇标准上有所后退,为违反公平公正待遇设置了较高的门槛。

上述做法不仅在美国及其经济伙伴的投资条约和自由贸易协定中日益频繁地出现,也在某些发展中国家的条约实践中得到效仿,即便中国也不例外。例如,2009年《中国与东南亚联盟的经济合作框架协议投资协议》即规定,公平公正待遇是指各方在任何法定或行政程序中有义务不拒绝给予公正待遇;违反该协议其他规定或单独的国际协定的规定,并不构成对公平公正待遇条款的违反。2009年《中国与墨西哥关于促进和保护投资的协定》也规定,公平和公正待遇和完全的保护与安全这两个概念并不要求给予由国家实践和法律确信所确立的国际法要求给予外国人的最低待遇标准之外或额外的待遇,违反本协定的其他条款或其他国际协定的条款,不构成对最低待遇标准条款的违反。中国正在拟定中的双边投资保护协定范本草案中也出现了类似规定。

除了在征收、待遇条款方面的改革外,人本化的价值取向还在晚近出现的投资条约中的某些其他实体法条款中得以反映。例如,美国BIT2004年范本第8条除致力于禁止多种履行要求外,还特别规定:第8条中的若干款不得解释成妨碍各缔约方采取或维持保护人类、动植物生命健康或与保护有生命或无生命的可用竭之自然资源有关的环境措施。该范本还专条论及投资与环境的关系,第12条即特意冠名“投资与环境”。它明确指出,以削弱或减少国内环保法提供的环境保护的方式激励国际资本的方式是不合适的。各缔约方有权采取措施确保本国境内的外资活动以一种顾及环境诉求的方式进行。

[20] 有学者认为,随着经济自由化给社会带来的“外部性”趋大,国家实施社会管理措施的行为会更加密集,其标准也会不断提高,外国投资者在东道国投资前对此种趋势应当有所预料,像东道国政府加强环保这样的做法很难对投资者会是一种意外之举,进而损害其“合理的期待”。徐崇利:《“间接征收”之界分:东道国对外资管理的限度》,《福建法学》2008年第2期。

[21] 余劲松教授指出,晚近出现的新一代双边投资条约凸显出的若干重要新特点和新趋势之一,就是开始注重如何让东道国的法规制度获得更多发展空间的问题,倾向于用特定的语言解释对健康、安全和环境的保护,以及对国际认可的劳工权利的改善,旨在明确,在追求投资协定所规定的投资保护和投资自由化目标时,不能以牺牲重要的公共政策为代价。余劲松、詹晓宁:《国际投资协定的晚近发展及其对中国的影响》,《法学家》2006年第3期。

[22] 张辉:《美国国际投资法理论与实践的晚近发展——浅析美国双边投资条约2004年范本》,《法学评论》2009年第2期。

又如,加拿大2004年BIT范本第10条冠名“一般例外”。^[23]该条规定,为了保护人类、动植物生命健康及可用竭之自然资源,各缔约方有权采取或加强环境立法措施,只要这些措施不是随意性的、歧视性的或构成对国际贸易或投资的隐蔽性限制。该范本第11条冠名“健康、安全与环境措施”。该条规定,通过放松国内健康、安全或环境措施的方式来吸引投资是不合适的。如果一缔约方认为另一缔约方采取了上述不合适的鼓励措施,则有权提出与另一缔约方协商以避免采取这种鼓励措施。

(三) 程序法方面已经进行的改革实验及进一步的改革建议

和实体法改革的背景一样,为维护东道国主权和应对环保人权团体的压力,以美国和加拿大为代表的一些国家近年来开始在对外签订的BIT和FTA中试探性地做出了若干程序法改革,主要体现在如下几个方面:(1)对仲裁的发起设置一些限制,尤其是阻却轻浮性仲裁;^[24](2)对仲裁庭的条约解释行为提供一些指引。例如,NAFTA就规定,缔约方有权成立委员会,对投资条约中的某些条款发布权威性的解释指南,要求仲裁庭必须依据这种权威性解释解读条约条文;^[25](3)增加仲裁程序的透明度,要求仲裁程序的公开,允许第三方以法庭之友形式参与案件审理;^[26](4)背离商事仲裁通行的一裁终决的传统,创设仲裁的上诉程序;(5)增加利益相关人参与争端解决的机会。^[27]

值得注意的是,为进一步推动投资条约程序法朝有利于实现人本化和维护社会价值的方向发展,西方国际投资法学界似乎并没有满足于上述已出现的改革措施,因为上述改革并没有从国际法上解决东道国政府及其国民无法主动发起仲裁程序的关键性问题。为此,西方学者近年来开始围绕如何在更大范围和更深层次上改革投资条约程序法展开了讨论,提出的改革建议主要包括:

其一,应当创设一种法律机制,以便由东道国主动针对投资者发起仲裁程序,主动追究外国投资者的社会责任。这些学者主张,有必要在投资条约中规定更明确的条款,允许东道国在仲裁程序中针对外国投资者提出反诉。^[28]目前,绝大多数投资条约没有提及这种反诉权,但已经出现了一个独特的例证。例如,东南非共同体市场共同投资区投资协定第28条第9款规定,作为

[23] 笔者认为,将环保人权等问题以一般例外条款的形式列入条约实体法范畴,将更加有利于仲裁庭考虑投资之外的人本化诉求。这种立法模式与GATT将人类和动植物生命健康问题作为一般例外条款纳入实体法框架那样的立法模式有类似之处。在这种立法模式下,仲裁庭所要处理的问题将不再是东道国维护人权环保价值的行为是否构成征收或违反公平公正待遇的问题,而是审查这些行为是否符合一般例外的实施条件。这样将更有利于人权环保价值在投资法领域的实现。如果人权环保问题能够在投资条约中被确定为东道国“自决定”的问题,则形势会对东道国更为有利。当然,这样做有导致东道国滥用人权和环保价值的风险。

[24] 例如,2004年美国与智利签订的FTA就规定,当被诉缔约国提出异议,认为从法律上看,投资者提出的诉求将无法获得条约法的支持进而无法获得胜诉裁决时,仲裁庭应将此异议作为先决问题进行判断并作出决定。

[25] 余劲松教授指出,为了使仲裁庭对投资条约的解释能够与缔约国缔约意图相一致,对其条约解释权适当限制,可以采取两方面的措施:一是在条约中对有关条款尽可能做出详尽的规定,二是在条约中规定由缔约国负责条约的解释,仲裁庭应依据委员会的解释来适用有关条款。在这方面,我国与新西兰签订的自由贸易协定第155条的规定是一种有益的尝试。参见余劲松:《改革开放30年与我国国际投资法制的发展与完善》,《理论前沿》2008年第21期。

[26] 另外值得一提的是,在美国2004年BIT范本中,有一项程序性的条款有助于推动仲裁庭关注环保人权诉求。范本第32条规定:在不妨碍仲裁庭依据仲裁规则对其他种类的专家的指派的情形下,除非另一缔约方反对,否则,仲裁庭可以应一缔约方请求或自己主动任命一名或更多的专家,要求他们针对有关环境、健康、安全或争端当事方提出的任何其他科学性问题向仲裁庭提交书面报告。

[27] 例如,美式自由贸易协定中开始出现如下规定:每一缔约方应确保利益相关人可以通过行政、司法或准司法的程序寻求缔约方环境法规的执行,只要这些程序是公平、公正和透明的。这种规定在美国—澳大利亚FTA第19条第3款、美国—智利FTA第19条第8款、美国—摩洛哥FTA第17条第4款、美国—阿曼FTA第17条第3款、美国—秘鲁FTA第18条第3款、美国—新加坡FTA第18条第3款等中都有出现。

[28] Todd Weiler, *Balancing Human Rights and Investor Protection: A New Approach for a Different Legal Order*, 27 B. C. Int'l & Comp. L. Rev. 426-427 (2004).

被诉对象的成员国，可以基于该投资者没有履行其在投资条约下应当履行的义务的理由，包括投资者没有履行其必须遵守东道国国内管制措施的义务或没有采取所有可以采取的步骤以便减轻可能造成的损失等理由，针对提起仲裁诉求的投资者提出抗辩、反诉、抵消之诉或其他类似的诉求。这一条款的独特意义在于，它克服了传统投资条约只规定投资者权利而不规定投资者义务的做法，使得投资者直接在投资条约下承担义务并为东道国提供了对投资者追责的程序性机制。但很可惜，这种立法方法为现有投资条约采用的情形只能用凤毛麟角一词来形容。

其二，在投资条约中设立与投资者对国家仲裁程序并行的一套程序性机制，允许东道国中受投资者侵权危害的个体或群体以利益相关者身份直接依据条约提出诉求。例如，加拿大学者 Todd Weiler 就提出，应当将允许东道国国民就人权侵权行为直接对跨国公司起诉作为未来投资条约的一个改革方向。^[29]

（四）跨国公司社会责任的落实

为更有效地推动国际投资法的人本化，减少跨国投资过程中可能产生的环境和人权危害，敦促跨国公司承担必要的社会责任，加强对跨国公司直接的国际法规制应成为一种重要的途径和手段。国际社会面临的已经不是跨国公司需不需要承担社会责任的问题，而是如何促使它们承担社会责任的问题。

如前所述，现有投资条约只关注对投资者的保护，缺乏对跨国投资者社会责任的规定。在这种条约构架下，东道国现存的维护社会价值的法律法规的贯彻实施存在着被投资者起诉进而索赔的风险，未来的相关立法也有被阻却之虞。二战以来，随着环境污染的日益严重和人权组织的日益强大及国际立法过程的日益民主化，主权国家参加的环保和人权条约越来越多，承担的国际人权和环保义务也相应增多，但绝大多数投资条约在跨国公司的人权和环保问题上保持沉默，这导致东道国履行其在环保和人权条约下的义务时缺乏投资条约上的依据和支持。

因此，直接在国际投资条约中规定跨国公司社会责任问题，既可以缓解东道国无法履行投资条约之外的国际义务的压力，也有助于直接敦促跨国公司履行其社会责任。尽管晚近以 NAFTA 为代表的一些 FTA 和不少 BIT 将保护环境和人权作为东道国的一项国际义务，但针对的对象只是东道国政府，不能直接约束投资者，因而这种立法模式发挥的作用是有限的。如果未来的投资条约能够直接规定跨国公司的社会责任，则可能导致投资条约的质的跃进，与投资相关联的社会价值的实现将具备有效的实体法保障，就如同目前投资者的实体权利能够从投资条约中获得强力保障一样。在此情势下，如果投资条约的程序法也同时赋予东道国政府及其国民以国际法上的诉权，目前国际投资法因无法顾及社会价值引发的合法性危机将会迎刃而解。

在这个关节点上，一个影响日益扩大的非政府组织——可持续发展国际协会拟定的投资条约范本中的相关条款具有重要的启示意义。该组织为未来投资条约设计出了专门针对投资者人权责任的模范条款：投资者及其投资应尊重其投资所在国家、社区和工作场所的人权，不得采取或导致采取侵犯人权的行为，不得在东道国内乱期间或与东道国公共权力机构合谋或协助这些机构侵犯其他人的人权。^[30]

四、投资条约的特殊作用及中国的缔约对策

（一）人本化过程中投资条约的特殊作用

[29] 前引 [28]，Todd Weiler 文，第 429 页。

[30] IISD Model Agreement, Article 14(B).

在响应乃至推动国际法人本化趋势的过程中,国际投资条约可以也应当扮演重要的角色。在促进跨国公司的人权与环境责任方面,投资条约比人权条约和环境条约更能直接发挥作用。目前跨国公司社会责任的实现更多地是依靠一些诸如指南或行动守则的软法规则,依靠跨国公司的自愿执行,其效果的不理想是可想而知的。国际人权和环境条约虽然是硬法规则,但这些条约往往缺乏强有力的执行机制,因而作用十分有限。但是,在区域层面,如欧洲地区的欧洲人权法院、欧洲法院、欧盟内成员国国内法院对欧盟境内有住所的公司在欧盟境外的人权侵权行为开始日益频繁地行使管辖权;美国的《外侨侵权求偿法》在休眠 200 多年后开始为追究跨国公司境外侵权行为的责任而启用,使人们零星地看到通过人权条约或国内法有时也可促使跨国公司尊重社会责任。一方面,国际社会日益明显的意识到传统国际投资条约不足以维护与投资关联的人权和环保价值,进行形成了强大的变革冲动,另一方面,实践层面上的改革已经开始有一些突破性进展,尽管效果还有待观察,涉及面还不广。

无论是在投资条约序言中对人权环保价值予以肯定,还是在投资条约中的实体法条款中将人权环保作为一般例外加以规定,或是对公平公正待遇和间接征收条款进行限制性界定以防这些条款的随意性解释过度挤压人权环保价值的合理存在空间;无论是将环保人权事项排除在可仲裁事项之外,还是对仲裁程序进行改革以规范仲裁庭的条约解释方法或确立可持续发展理念在投资仲裁中的作用,都是值得倡导的、引导投资条约法走向兼顾经济权利和社会价值之正确轨道的有益尝试。

环保规则向国际贸易体制的成功渗透、人权和环保价值在 NAFTA 和其他一些晚近签订的自由贸易协定及双边投资条约中的逐步引进,使人们看到了不同国际法分支学科的相互渗透和相互促进,也使人们认识到,在国际投资条约中纳入环保和人权规则的做法将越来越普遍,这将是国际法人本化时代国际投资法的一个重要改革方向。

(二) 中国现状与未来的缔约策略

从国际投资视角来看,经过三十多年的改革开放,中国已经不仅是世界上首屈一指的资本输入大国,也已经演变成资本输出的大国。这种身份地位的变迁决定着中国对待跨国资本的政策必须进行适当调整。

从引进资本的角度来看,几十年来,中国在引进外资中一直存在重数量轻质量、重经济利益轻环保人权的问题,引进外资取得的成就建立在严重污染环境和产品服务低附加值、劳动力成本长期低迷的代价之上。这种资本引进模式是一种典型的以牺牲环境与人权为代价的引资模式。

从环境污染角度来看,与跨国投资有关的几种主要的污染与损害发展中国家环境的情形在中国都有发生,有的甚至相当严重:(1) 在有毒或危险废物处理方面,全球每年生产的危险有毒废物数以亿吨,大部分产生于发达国家。这些物质的生产者往往是跨国公司,回收垃圾或废物的公司也往往是跨国公司或与跨国公司密切关联的公司。这些公司往往与发展中国家的不法中间商相勾结,将这些有害物质中的大部分生产与处理转移到了中国、印度等发展中国家。^[31] (2) 在高能耗产业转移方面,随着发达国家对该类项目的限制,发达国家跨国公司越来越多地以投资为名将能源消耗大、环境破坏严重的产业转移到以中国为代表的发展中国家。据统计,近年来,投资于污染密集型产业的在华跨国公司数量与实际投资额都占相当大的比例,而其中“三高”(高能耗、高物耗、高污染)又占污染密集型产业的 40% 以上。^[32] (3) 跨国公司的生产经营活动产生的工业废水对中国的水资源的污染相当普遍而严重。据统计,已经有数百家跨国公司被发现在华

[31] 余劲松:《跨国公司法律问题专论》,法律出版社 2008 年版,第 444 页。

[32] 刘小明:《跨国公司在华环境污染问题探析》,《理论学习》2008 年第 2 期。

造成水污染,涉及食品、电子、化工、机械制造等诸多行业,来自日本、美国、欧洲等国家的诸多跨国公司已经成为当地的污染大户。^{〔33〕}

从人权角度来考察,特别是在劳工权利方面,跨国公司在华的生产商及合同商侵犯劳工权利的现象也屡见不鲜,包括拖欠工资、不按最低工资标准支付工人报酬、不按法律规定支付加班费、随意克扣工资和罚款、禁止工人组织工会、抵制集体谈判、随意延长工作时间、强迫工人超时加班、工伤事故拒绝合理补偿等等。

从资本输出角度来看,中国对外资本输出快速膨胀的进程中也伴随着诸多劳资关系紧张、不严格遵守当地环保法规、单一追求利润最大化而忽视与当地社会构建稳健、和谐的关系、过度关注对所投资国的资源开发等问题。这些问题的出现不仅引起了当地人权与环境组织的抗议,也为西方国家给中国扣上“新经济殖民主义”的帽子提供了机会。

因此,无论从国际或国内环境来看,中国都需要推动自身的投资条约实践逐步接纳人本化的理念与原则:

从国际层面来看,中国的投资立法走向人本化,阻止或严格限制重污染轻人权的国际直接投资项目进入中国或拓展海外,有利于在全球范围内确立如下形象:中国愿意成为负责任大国、有意与全球同步共同遏制全球环境恶化、有意在发展经济的同时提升人权标准、有意反对经济殖民主义、有意敦促本国企业更多承担社会责任、愿意积极跟进国际立法变革主潮流。这些形象的确立有助于缓解中国当前在环境、人权等领域面临的国际压力,有助于改善中国的海外投资环境。

从国内层面来看,中国社会已经前所未有地感受到环境污染的严重危害,越来越迫切地需要改变投资结构、拒绝和淘汰环境污染型外资项目。同时,伴随着产业结构升级、劳动力成本快速增加、劳工维权意识加强等情势的变迁,中国加强对跨国投资者的人权侵权行为的规制成为大势所趋,也是缓解劳资矛盾、维护国内社会稳定的需要。

中国投资法的人本化发展进程,不能仅仅依靠国内外资法、环境法、劳工法等相关立法的进一步改革和完善,还需要中国及时从国际法层面进行调整。除更加广泛地参与全球性环保公约体系、人权条约体系和积极参与创建跨国公司全球性法律治理等活动外,中国还需要及时改进投资条约的谈判和缔约策略:

其一,今后的投资条约所追求的目标应当是多重性目标:投资者合法权益保护与东道国环保、健康、人权等领域的管辖权并重;投资者的权利与投资者的社会责任并重;投资者的私权与国际投资所涉所有利益相关者的权利并重。

其二,对于大量对华输出资本而中国对其投资较少或双方资本输出入均有大量发生的谈判对象,可以在投资条约中强化人本化因素,不仅可以将环保人权等问题纳入条约序言,还可以在实体法条款和程序性争端解决条款之中予以规定。同时,还可争取在条约中直接规定跨国公司责任条款。在这方面,前述有关发达国家的立法经验都值得研究和借鉴。

其三,对于投资条约中的某些实体法条款,如公平公正待遇条款,应致力于更具体地确定其内容和范围,将实践中已经被普遍接受或认可的某些规则或具体要素,如禁止差别待遇、保障正当法律程序、禁止拒绝司法等作为公平公正待遇的内容予以明确规定;或在条约中明确规定有碍东道国为保护环境、人权或公共秩序、公众健康等人本化立法和行政措施作为公平公正待遇的例外加以规定,也可以径直将公平公正待遇排除在可诉事项之外。

其四,进一步推动投资条约中的争端解决机制改革,倡导投资争议解决的形式多元化,给予仲裁之外的如协商、调解等选择性争端解决方法以应有地位,即便坚持仲裁作为解决投资者与东

〔33〕 参见《260家跨国公司在华致水污染3家遭环保总局点名》,《第一财经日报》2008年1月10日。

道国争议的最重要争议解决方式，也可以在条约中确定投资仲裁与一般商事仲裁在性质上的差异，进而构建有别于一般商事仲裁的独特的投资仲裁机制。这样，投资仲裁就可以强化那些传统商事仲裁不予支持甚至强烈反对的一些原则或制度，如增加仲裁透明度、加强对仲裁员自由裁量权的监督、建立仲裁上诉机制、增加关于缔约国主动行使条约解释权的条款等等。

Abstract: The humanization of international law means that the international community should not only concern the economic development and the growth of social welfare brought by transnational economic exchanges, but also pay attention to the environmental problems and human rights issues caused by economic activities. Whether from the perspective of substantive law or procedural law, most international investment treaties can't meet the needs of humanization.

From the perspective of substantive law, the investment treatment clauses and the expropriation clauses are designed obscurely and it is very easy for investors to interpret these clauses very broadly. This constitutes a serious threat to the exercise of legislative, judicial and administrative power of host countries in the field of human rights protection and environment protection. It can even produce "chilling effect" on the future legislation of host countries.

From the perspective of procedural law, the investment arbitration system under the current investment treaties has many obvious defects, and host countries have to face more and more economic cost and risks because of the more and more arbitration cases. The citizens of host countries can't protect their interests in the field of human rights and environment rights through the current dispute settlement mechanism and the legitimacy crisis of the investment arbitration system is becoming more and more prominent.

Therefore, reform is urgently needed and some reforms have been adopted in some countries in the field of international investment law. The tendency of international investment treaties which shows partiality for investors and ignores the jurisdiction of host countries and the social values associated with the international investment should be changed. Strengthening the social responsibility of international investors, and giving the governments of host countries and their citizens the chances and rights to call the multinational corporations to account for their social responsibilities directly according to the international law will be important contents of the innovation of the international investment law in the future.

Key Words: humanization of international law, environment protection, human rights protection, international investment law, international investment treaty
