

将人权纳入投资规则：国际投资体制改革中的机遇与挑战

隽 薪

内容提要：国际投资体制自身存在的结构性问题以及后危机时代对于新自由主义的反思，使得投资规则制定与人权之间的相关性得到更加深入的理解。当前国际投资体制的改革共识为在投资规则制定过程中纳入人权议题提供了机遇。但近期的超大型区域协定表明，美欧等发达资本输出国不会轻易放弃高标准的投资保护，这使得人权继续面临风险。面对机遇与挑战，契合联合国新的2030年可持续发展目标，有必要在新一代国际投资规则制定过程中考虑投资规则的人权影响，注重基于人权的方法，确保经过重塑的国际投资体制在保护与促进投资的同时，增进而不是损害人权。

关键词：国际投资体制改革 国际投资规则 人权 可持续发展

隽薪，清华大学法学院博士研究生。

改革现有国际投资体制已成为当前国际社会的共识，越来越多的国家和区域组织正通过制订新的投资协定范本或签订新的国际投资协定，^{〔1〕}推动新一代国际投资规则的制订。除因国际投资协定体系缺乏内部协调而导致规则间存在诸多空白、重叠及相互矛盾之外，国际社会对现有国际投资体制的批判还主要包括：在投资者保护与确保国家公共政策空间之间缺乏应有的平衡；在为投资者提供保护的同时，缺乏对投资者应尽义务的规定，难以保证负责任的投资；国际投资争端解决机制面临偏袒投资者、欠缺透明度以及裁决缺乏一致性等合法性危机；国际投资协定在促进投资及便利化方面功能不足。^{〔2〕} 这些问题实际上是当前国际投资体制自身存在的结构性问题的集中体现，并进而导致该体制

〔1〕 这里所说的国际投资协定既包括专门的双边投资保护协定，也包括其他双边和多边的包含投资条款或章节的经济协定，如自由贸易协定、经济合作协定、区域经济一体化协定以及经济合作框架协议。根据联合国贸发会议《2016年世界投资报告》，截至2016年4月，国际投资协定总数已达3313个，其中双边投资协定2953个。参见UNCTAD, *World Investment Report 2016: Investor Nationality: Policy Challenges*, United Nations, 2016, p. 101。

〔2〕 *World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance*, United Nations, 2015, p. 128。

存在有损人权的方面,即以限制政府的规制权为代价加强对投资者利益的保护,导致国家规制利益与投资者投资利益失衡,限制了国家通过政策、立法、行政、司法等方式履行其尊重、保护和实现人权的义务,削弱了政府为了公共利益而应对人类发展和环境可持续性问题能力。

直至2008年金融危机爆发前,对于国际投资体制可能给人权带来负面影响的讨论在政府、政府间组织以及国际投资仲裁庭层面并未激起任何实质性的波澜。但随着金融危机演变为席卷全球的经济危机,新自由主义者倡导的过度市场化、私有化和自由化所导致的不公正和不平等问题暴露无遗,完全自由、去规制的新自由主义在很大程度上被证明失败。^[3]这场危机充分暴露出国家以往在经济政策包括投资政策制定过程中对人权影响的忽视,^[4]人权与经济政策制定之间的联系需要得到更加深入的理解。国家应当充分考虑国际投资规则的人权影响,包括适当引入包含人权的条款,从而“将人权纳入投资规则”。这里的“人权”对应的是东道国民众的人权,广泛涉及国际人权法律文件中所规定的经济、社会、文化权利以及公民权利和政治权利。

现今,人权已经成为公认的评价国际治理体制合法性的“全球公共标准”,^[5]将人权纳入投资规则既是为保障人权所必需,也是后危机时代重塑国际经济治理结构的内在要求。简言之,投资规则应当有利于推动人权发展,而非相反。基于这种认识,越来越多的国家和地区组织开始在调整或改革国际投资协定的过程中考虑国际投资规则的人权影响。尽管如此,作为新自由主义的既得利益者,美欧等主要资本输出国并不会轻易放弃对投资者的高标准保护。事实上,它们正试图通过《跨太平洋伙伴关系协定》(Trans-Pacific Partnership Agreement, TPP)等超大型区域协定,将自由化推向新的高度;这些协定尽管在有限范围内承认国家规制权,但同时赋予投资者更为广泛的权利并继续扩大保护范围,从而为投资者创造了更多挑战国家人权政策的机会。本文将分析国际投资体制改革背景下将人权纳入投资规则所面临的机遇与挑战,展望未来契合联合国可持续发展目标要求的新一代国际投资规则,强调有必要在规则的制定过程中充分考虑其人权影响,注重基于人权的方法,确保经过重塑的国际投资体制在保护与促进投资的同时,增进而不是损害人权的实现与发展。

一 将人权纳入投资规则主张的提出

(一) 国际投资体制自身的结构性问题

20世纪90年代以来,双边投资条约的数量急剧上升,并主要在发展中国家与发达国

[3] 参见韩秀丽:《后危机时代国际投资法的转型——兼谈中国的状况》,《厦门大学学报(哲学社会科学版)》2012年第6期,第17页。

[4] 从单个国家角度出发,国家的投资政策包括国内和国际两个层面,国际层面的投资政策主要体现在国际投资协定中的投资规则以及国家与投资者的合同条款当中。本文讨论的是由国际投资协定中的投资规则所承载的国家投资政策。

[5] Allen Buchanan & Robert O. Keohane, *The Legitimacy of Global Governance Institutions*, *Ethics and International Affairs*, Vol. 20, No. 4, 2006, pp. 419-420.

家之间缔结。发展中国家希望通过承诺保护外资来创造对外资友好的环境,以吸引更多外资;美欧等发达资本输出国则将双边投资条约视为保护投资的工具,以防止东道国对其投资采取产生不利影响的措施。因此,由发达国家主导缔结的双边投资条约普遍具有不平衡性,即赋予投资者广泛的权利和待遇,却缺乏关于投资者责任的规定,使东道国负有保护投资和投资者的义务却没有相应权利(包括提起投资仲裁的权利)。然而,东道国在根据国际投资协定负有投资保护义务的同时,还根据所参加的国际人权条约负有尊重、保护和实现人权的义务,这要求国家在其管辖范围内采取有效的政策、立法、行政、司法等措施促进人权发展,防止侵害人权。但在现实中,这类措施往往会因触及外国投资者利益而引发投资争端。

国际投资协定中还普遍规定了投资者-东道国争端解决机制(Investor-State Dispute Settlement, ISDS),使得投资者有权将争端提交独立的国际仲裁庭。脱胎于国际商事仲裁的国际投资仲裁倾向于将投资者提升到与东道国同等的地位,秉持私有财产神圣的信条,无视东道国为保障人权所采取措施的必要性和正当性,动辄判令东道国支付高达数千万乃至数百亿美元的巨额赔偿。^[6]高额赔偿裁决给被诉东道国特别给发展中国家带来了巨大的财政负担,削减了其在促进人权发展方面的预算,阻碍了经济、社会、文化权利的实现与发展。有的东道国因财政难堪重负,迫于被诉压力而选择主动放弃受到挑战的措施,形成所谓“规制寒蝉”(regulatory chilling)效应,压制了东道国保护和实现人权的政策空间。高额赔偿还促使投资者积极寻求在更容易利用协定条款提起仲裁的管辖地设立公司,乃至吸引机构投资者为一般投资者提供资金以提起对东道国政府的指控。

近20年间,在高标准的投资保护之下,投资者无视东道国保障人权措施的正当性而提起仲裁的案件层出不穷。例如,因阿根廷政府为化解经济危机采取的相关人权措施而引发的仲裁,一系列因东道国政府针对饮用水质量、价格与可获得性所采取的规制措施而引发的仲裁,以及在《北美自由贸易协定》下因东道国政府采取公共健康和环境等规制措施而提起的仲裁。^[7]近期著名的案例是2015年12月作出裁决的“菲利普·莫里斯公司诉澳大利亚案”。为解决吸烟问题对于公共健康的威胁,2010年澳大利亚政府公开宣布拟通过《香烟简易包装法》。菲利普·莫里斯亚洲公司为利用香港和澳大利亚之间的双边投资协定,于2011年2月收购了菲利普·莫里斯澳大利亚公司,并于2011年7月该法通过之前根据上述协定提起投资仲裁,以该法构成间接征收、违反公平公正待遇为由,要求予以撤销并索赔41.6亿美元。仲裁庭支持了澳大利亚提出的管辖权异议,指出投资者在争端可以预见的特定时间点改变企业结构以获得双边投资协定保护、并在此情形下启

[6] 2014年7月28日,海牙常设仲裁法院依《能源宪章》成立的专设仲裁庭判令俄罗斯政府向尤科斯石油公司前股东支付约500亿美元的赔偿金,成为迄今为止赔款最多的仲裁裁决。

[7] James D. Fry, *International Human Rights Law in Investment Arbitration: Evidence of International Law's Unity*, *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 18, No. 1, 2007; Ernst-Ulrich Petersmann, *Constitutional Theories of International Economic Adjudication and Investor-State Arbitration*, in Pierre-Marie Dupuy, Francesco Francioni and Ernst-Ulrich Petersmann, (eds), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press, 2009; Tamar Meshel, *Human Rights in Investor-State Arbitration: The Human Right to Water and Beyond*, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 6, Issue. 2, 2015.

动以该协定为基础的 ISDS,构成滥用权利,并由此驳回了原告的诉求。^[8]值得庆幸的是,该案结束在可受理性裁决阶段,未进入实质性议题审理。因为根据以往类似案例,即使东道国提出人权抗辩,多数仲裁庭也将根据双边投资条约中相应的保护投资者权利的条款,裁决东道国撤销相应的政策法令并作出巨额赔偿。正是这种担忧使得澳大利亚进一步坚定了反对 ISDS 条款的立场。

概而言之,国际投资协定中东道国与投资者权利义务的显著不平衡,以及放任投资者对 ISDS 的滥用,削弱了东道国为追求经济利益之外的人权和社会价值而采取措施的行动能力。这种对国家公共政策空间的压榨、对投资者活动的人权成本的漠视,提出了在投资规则制定中纳入人权的必要性。

(二)后危机时代对当前经济治理结构的反思

在传统观念下,经济与人权属于两个相互独立的范畴,制定经济政策是由经济专家垄断的技术性问题。对经济政策(包括投资政策)制定与人权间关系的深入理解源于后危机时代对于当前经济治理结构的反思。越来越多的人认为新自由主义是这场全球经济危机的直接诱因,也是其扩展、深化的罪魁祸首。新自由主义创造了一个资本横流的世界,政府干预与规制的缺位催生了大量泡沫,直至引发金融危机。联合国贸易与发展会议(以下简称“联合国贸发会议”)资深经济学家理查德·柯索尔-怀特(Richard Kozul-Wright)指出,全球经济危机根植于市场原教旨主义(新自由主义的实质)的主导政策范式,即广泛的自由化、去规制化和私有化;在市场原教旨主义的背后深藏着一种“权利序列”,将财产权置于人权之上,以牺牲一些群体的人权为代价去保护金融家和公司的经济利益,如降低税率、特殊补贴、私人部门过度借贷、通过对社会有害的投机来获取暴利的权利等。^[9]这场危机充分暴露出当前经济治理结构的缺陷,使人们认识到以往经济政策制定过程中对于人权的忽视,并愈加深刻地意识到这种不公正、不平等的经济体制本身是不可持续的。危机为经济体制的调整和改革提供了历史性机遇,反思以往经济政策带来的负面人权影响也迫切需要新的方法。事实证明,由新自由主义引发的这场经济危机,再利用新自由主义的经济信条加以干预将会收效甚微,甚至可能引发更为严重的政治和社会危机。这迫使经济学家与决策者们正视经济政策与人权之间的关系,提出市场利益应当向人民倾斜,在经济政策制定中考虑“人民的需求”,以刺激需求来抵消产能过剩。^[10]因此,后危机时代的经济体制改革,包括国际投资体制改革,应当体现促进人权之要求。

[8] *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, Award on Jurisdiction and Admissibility, PCA Case No. 2012-12, 17 Dec. 2015, paras. 585-589.

[9] Human Rights Responses to the Global Economic Crisis, https://www.unngls.org/index.php/un-ngls_news_archives/2010/772-human-rights-responses-to-the-global-economic-crisis. 本文网络资料的最后访问时间均为2016年8月18日。

[10] Aldo Caliarì et al., *Bringing Human Rights to Bear in Times of Crisis: A human Rights Analysis of Government Responses to the Economic Crisis*, High-Level Segment of 13th Session of the United Nations Human Rights Council on the Global Economic and Financial Crises, Mar. 2010, pp. 4-8.

二 将人权纳入投资规则在国际投资体制改革中面临的机遇

在很大程度上,国际投资体制对于东道国人权的忽视是国际法碎片化(fragmentation)的结果。当前碎片化的全球治理体系存在于各不相同乃至相互冲突的体制中,导致国家在其贸易和投资义务与人权义务之间的不平衡。现实中,当投资法和人权法从不同角度处理相同问题时,冲突在所难免。例如,就水资源开发而言,投资保护视角关注的是开采者的利润追求,而人权视角重视的则是使用者的基本需求。根据联合国国际法委员会对于国际法碎片化的研究,不同条约间权利与义务的相互冲突只能通过“体系整合”来解决——一种使它们看上去成为一致而有意义的整体的推理过程。^[11]国际投资体制改革为在两个相对隔绝的体制之间进行整合提供了机遇,通过将人权纳入国际投资规则有助于在国家的投资保护义务与人权保护义务之间求得平衡。截至目前,这种改革主要体现在以下三个方面。

(一) 强化东道国的规制权

规制权本质上是国家主权的一部分,国家往往因为相信签订国际投资协定有助于拉动投资而不惜竞相限制主权来达到缔约目的。然而,并没有任何统计或个案研究证明双边投资条约对于外国直接投资流量的促进作用,只是越来越多的国际投资仲裁使得签署双边投资条约的代价变得明朗化——东道国的各项政策均可在仲裁庭面前成功挑战。^[12]与此同时,外国投资者往往将国际投资协定的保护条款视为供其合法敲诈国家的工具:只有政府付钱给外国投资者,该投资者才愿意消除由其行为造成的环境或健康威胁。^[13]因而,强化东道国的规制权以充分保障其政策空间不受投资仲裁挑战,使国家不必面临在人权保护义务与投资保护义务之间抉择的“双重约束”(double bind),就成为各国要求改革国际投资协定的重要方面。2010年,欧盟委员会倡导“综合性的欧洲国际投资政策”,号召尊重欧盟及其成员国的规制权,国际投资协定应当同欧盟及其成员国的环保、劳工、消费者保护以及文化多样性等政策目标相一致,投资政策应当以促进法治、人权与可持续发展为原则和目标。^[14]同年10月,欧盟理事会在其通过的《综合性欧洲国际投资政策决定》中强调,欧洲投资决策必须继续保障欧盟及其成员国采取和实施为追求公共政策目标所

[11] International Law Commission, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, UN Doc A/CN.4/L682, 13 Apr. 2006, p. 208.

[12] Jason Webb Yackee, *Conceptual Difficulties in the Empirical Study of Bilateral Investment Treaties*, *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 33, Issue. 2, 2008, pp. 459 – 460.

[13] Martin Wagner, *Trading Human Rights for Corporate Profits: Global Trade Policy Weakens Protections for Health, the Environment, Race Poverty & the Environment*, Vol. 11, No. 1, 2004, pp. 26 – 27.

[14] European Commission, *Towards a Comprehensive European International Investment Policy*, 7.7.2010 COM (2010) 343 final, Jul. 2010, p. 9.

必要的措施。^[15] 2011年,欧洲议会在《关于未来欧洲国际投资政策的决议》中强调“保护规制的权利”,要求欧盟未来签订的国际投资协定必须尊重公共干预的权利。^[16]

当前,为强化东道国规制权所进行的改革首先体现在对国际投资协定或投资协定范本中相关条款的措辞和适用范围的修改。在《北美自由贸易协定》下屡次成为被告的经历以及来自国内环保组织和劳工组织的压力,促使美国在《2004年双边投资条约范本》中首次引入环境与劳工标准。这些条款在客观上开创了将人权纳入国际投资协定的先例。为严防经济危机下谨慎的经济决策遭受投资仲裁挑战,新的《2012年双边投资条约范本》(以下简称《2012年范本》)将之前环境与劳工标准中“尽力确保”(strive to ensure)的软性规定改为语气更为强烈的确保(ensure),并明确承认国家对环境的规制权。其次,一些国家在谈判国际投资协定时,借鉴世界贸易组织一般例外条款来重申对本国政策的自主权。例如,2014年《澳大利亚—韩国自由贸易协定》第22条第1款规定:“本协定的任何规定不得妨碍缔约方采取或实施以下措施:为保护人类、动物或植物的生命或健康所必需的措施。”此外,限制投资者对ISDS的利用也具有扩大国家人权政策空间的作用:限制可用于提起投资仲裁的协定条款;限制协定范围,将一定类型的财产从投资定义中排除出去;明晰义务,更详细地界定公平公正待遇与间接征收,如美国双边投资条约范本中的间接征收例外条款;规定不得提交投资仲裁的一些政策领域,例如TPP规定与烟草有关的公共健康措施免于ISDS仲裁。据联合国贸发会议统计,近年来新签订的国际投资协定均包括加强东道国规制权及限制ISDS利用的条款。^[17]

以往认为,更平衡的双边投资条约,包括对人权条款的纳入,会增加投资成本,从而阻止潜在的投资者。这使得发展中国家对此问题的态度显得比发达国家更为消极。但现在发展中国家对于国际投资协定的需求正在发生转变——不仅在于单纯保护外资,还要求切实促进投资,使其成为实现国家发展战略的工具。以印度和巴西为代表的发展中国家正在积极寻求国际投资协定的转型,其中巴西提出的新型投资协定中强化东道国规制权的经验令人瞩目。20世纪90年代,由于担心间接征收和ISDS等条款将限制其制定对于发展至关重要的公共政策,巴西没有批准其签署的14个双边投资条约。因应本国公司全球扩张的需求,巴西于2013年提出了整体变革传统双边投资条约的方案——《合作与促进投资协定》,作为今后指导巴西对外签订双边投资条约的范本。《合作与促进投资协定》以为投资者提供具有吸引力的环境,同时保持东道国的公共政策空间为目标,包含非歧视、国民待遇、最惠国待遇、透明度、直接征收与补偿条件以及资金转移等条款,但未规定间接征收和公平公正待遇等解释宽泛、标准模糊的条款,减少了投资者滥诉的机会,强化了东道国的规制权;建立监察点作为投资者与东道国沟通的渠道,提高东道国的投资条

[15] Council of the European Union, *Conclusions on a Comprehensive European International Investment Policy*, the 41st Foreign Affairs Council Meeting, 25 Oct. 2010.

[16] European Parliament, *Resolution on the future European international investment policy*, 2010/2203(INI), 6 Apr. 2011, p. 23. 2009年《里斯本条约》将外国直接投资的管辖权从成员国转移给欧盟,作为后者专属的共同商业政策。这意味着自那以后由欧盟负责谈判和签署的国际投资协定将取代成员国的双边投资协定。

[17] UNCTAD, *Recent Trends in IIAs and ISDS*, United Nations, Jan. 2015, p. 4.

件;建立由东道国和母国代表组成的联合委员会,分享扩大相互投资的机会,解决争端和可能的分歧;摒弃 ISDS,采用以对话和磋商作为前置程序的国家-国家仲裁程序,投资者不再享有利用国际仲裁庭直接挑战东道国的权利。^[18]《合作与促进投资协定》作为代替传统双边投资条约的一种创新性选择,在兼顾投资者利益的同时,承认政府为投资构建积极环境的角色,使国家在对待外国投资者及其活动方面拥有更多权力,最大限度地保留了政府追求国内人权与发展的政策空间。自 2015 年 3 月至今,巴西利用该范本同莫桑比克、安哥拉、墨西哥、马拉维、哥伦比亚、智利等六国成功缔约。^[19]

(二) 确保负责任的投资

国际投资协定当中仅规定投资者权利,缺乏对投资者应尽义务的规定,使投资者无需顾虑其所造成的负面人权影响会减少东道国对其应负的赔偿,从而倾向于滥用 ISDS。随着国际投资协定和投资争端解决的公共利益维度日益提升,人权问题得以发声,呼唤更加平衡的投资机制。同时,在国际投资协定下缺少对投资者义务的规定也是联合国“工商企业与人权”议题所关注的内容,即如何处理包括跨国公司在内的工商企业对营业地人权的侵犯。2005 年约翰·鲁格(John Ruggie)被任命为联合国“工商企业与人权”议题特别报告员,他在任期内提出了以国家保护人权义务、公司尊重人权责任、受害者获得救济的机会为三大支柱的《工商企业与人权:“保护、尊重和补救”框架》以及《实施联合国“保护、尊重和补救”框架指导原则》(以下简称《指导原则》),指出尽管国家是人权义务的主要承担者,但公司也负有尊重人权的责任,并要求公司采取切实行动避免侵犯他人权利,并消除那些有其卷入其中的负面影响。^[20]国际投资体制改革将为各国政府在投资政策制定中考虑纳入《指导原则》提供机遇。

确保负责任的投资行为是当前国际投资体制改革的共识。普遍的改革实践是在国际投资协定中引入要求投资者遵守当地法律以及企业社会责任的条款,有的范本则更为直接地规定了投资者的人权义务。2005 年由国际可持续发展研究所发布的《关于为可持续发展进行投资的国际协定范本》(以下简称《可持续发展投资协定范本》)在第 14 条包含了令投资者承担人权义务的规定:投资者及其投资应当在工作场所及其所在的国家和社会维护人权;投资者不得采取或导致采取违反人权的行为;投资者及其投资不得串通或协助他人在东道国违反人权,包括由公共当局所从事或在内战期间的行为;投资者及其投资应当遵守《国际劳工组织关于工作中的基本原则和权利宣言》中所要求的核心劳动标准;投资者及其投资不得以规避东道国或母国作为缔约方的国际环境、劳工和人权义务的方式进行管理和经营。2012 年,由南部非洲发展共同体发布的《双边投资条约范本与评注》第 15 条参照了《可持续发展投资协定范本》第 14 条关于投资者人权义务的规定。2012

[18] Martin Dietrich Brauch, *Side-by-side Comparison of the Brazil-Mozambique and Brazil-Angola Cooperation and Investment Facilitation Agreements*, International Institute for Sustainable Development, Jun. 2015.

[19] UNCTAD, *International Investment Agreements Navigator-Brazil*, Investment Policy Hub, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/27>.

[20] John Ruggie, *2008 Report of the SRSG to the UN Human Rights Council on the Issue of Human Rights and Business*, 7 Apr. 2008, para. 12.

年联合国贸发会议发布了《可持续发展投资政策框架》，其中在为谈判和审议国际投资协定提供的框架政策选项部分提出应当增设“投资者的义务和责任”条款，以鼓励投资者遵守普遍原则和可适用的企业社会责任标准。^[21] 2012年英联邦秘书处制定的《将可持续发展纳入国际投资协定：发展中国家指南》（以下简称《英联邦指南》）中也包括了投资者尊重国际公认的人权并进行人权尽职调查的义务，并提及上述《指导原则》。TPP在第九章“投资”中规定了投资者的社会责任（第9.17条）：“缔约方重申各缔约方对于鼓励在其境内经营或属于其管辖之下的企业自愿将该缔约方签署或支持的国际承认的公司社会责任标准、指南和原则纳入其内部政策的重要性。”巴西对外签订的《合作与促进投资协定》中也规定了类似条款，要求投资者尽最大努力在其商业活动中促进公共价值，如保护环境、尊重人权、对当地社区的培训以及当地健康要求等。^[22]

另一种做法是从国家角度出发，规定各国在采取鼓励措施吸引外资时避免竞相降低环境、社会及其他标准，或者规定应当履行国际通行做法，以确保投资质量。美国在《2012年范本》中强调缔约方鼓励投资的政策不应减损有关法律、法规以及条约中的环境与劳工保护。^[23] 中国近年来签订的国际投资协定中也包含类似条款，如《中日韩关于促进、便利和保护投资的协定》第23条规定：“各缔约方均承认，通过放松环境措施来鼓励缔约另一方投资者进行投资是不适当的。为此，各缔约方均不得放弃或以其他方式减损此类环境措施去鼓励在其领土内设立、收购、扩展投资。”《中加投资保护协定》第18条第3款也规定：“缔约方承认，通过豁免、放松或以其他方式减损国内健康、安全或环保措施来鼓励投资是不适当的。”

（三）加强投资争端解决机制的合法性

当前，国际投资争端主要是利用ISDS提起仲裁程序解决，该机制因程序不公开、规则解释缺乏一致性、没有上诉机制、罔顾东道国公共利益等问题而面临着合法性危机。这种合法性危机究其实质是国际商事仲裁规则在解决国际投资争端方面不胜任而引发的信任危机。国际投资仲裁解决的多是因外国投资者诉称东道国外资管制措施违反国际投资协定义务而发生的争端，往往涉及东道国主权权力及其在实现本国经济和社会发展、环境和人权保护等方面的重大利益，关乎东道国政府对于保障各利益攸关群体相关权益的公共治理、民主决策和公开问责，本质上更接近公法争议。而发源于解决私人间商业利益纠纷的商事仲裁则以保密性和追求快捷著称，与关乎人权与公共利益的公法争议所要求的透明、公共参与、问责等理念相去甚远。事实上，透明度、公共参与和问责同获得信息权、参与权和诉诸司法权相对应，是以人权为基础的指导原则，也是衡量一项制度或程序是否符合人权要求的重要参数。

近年来，国际投资协定中关于ISDS条款的改革在透明度与公共参与方面取得了重大

[21] UNCTAD, *Investment Policy Framework for Sustainable Development*, United Nations, 2012, p. 45.

[22] 例如，参见《巴西和莫桑比克合作与促进投资协定》第10条及附件2、《巴西和莫桑比克合作与促进投资协定》第10条及附件2、《巴西与马拉维投资合作与促进投资协定》第9条。

[23] 《2012年范本》第12条第2款规定：“缔约方承认，通过削弱或缩减国内环境法保护以鼓励投资是不适当的。”第13条第2款规定：“缔约方承认，通过削弱或缩减国内劳动法保护以鼓励投资是不适当的。”

进展。就国际投资协定中透明度术语使用的语境以及适用主体来看,透明度既指提升 ISDS 的信息公开,也指提高对程序本身的公共参与。《联合国贸易法委员会投资人与国家间基于条约仲裁透明度规则》(以下简称《透明度规则》)于 2014 年 4 月 1 日生效,规定设立信息存储处,向公众提供关于争议双方相关信息;公开仲裁程序各阶段的文件和证据清单;接受非争端的第三方以及母国提交材料;审理应公开举行。需要说明的是,尽管早在 2006 年国际投资争端解决中心仲裁规则修改就对仲裁庭接受法庭之友文件作出规定,但与《透明度规则》不同的是,上述修改顺应的是仲裁庭的新兴实践而非来自国家成员方的倡议。^[24] 2015 年 3 月,旨在具体实施《透明度规则》的《联合国投资人与国家间基于条约仲裁透明度公约》开放签署。该公约在序言中再次强调,解决投资者与国家间基于条约争议的透明度规定需要考虑到此类仲裁中所涉及的公共利益,并扩大了《透明度规则》的适用范围。TPP 第 9.23 条对于仲裁程序透明度作出了规定,要求仲裁程序及有关文书需要公开且为公众所能获取,劳工组织、公民社会组织以及利益攸关团体可以提交法庭之友文书。

三 将人权纳入投资规则在国际投资体制改革中面临的挑战

当前在国际投资体制改革中倡导将人权纳入投资规则所面临的主要挑战正在通过国际投资协定的新形式——超大型区域协定集中体现出来。超大型区域协定(megaregional agreements)是一些跨区域国家之间签订的涵盖范围广泛的经济协定,其中投资是众多议题之一。当前已达成和谈判中的此种协定共有 7 项,涉及 88 个发达国家和发展中国家,其经济力量总和举足轻重。^[25] 就国际投资协定改革而言,许多人曾寄望于超大型区域协定谈判成为整合当前复杂的国际投资协定网络、重新评估国际投资协定内容的良机,以体现国家对于国际投资协定改革的诸多共识,构建国家和投资者的权利义务更加平衡的国际投资体制。然而,从备受瞩目的欧洲—加拿大《全面经济贸易协定》(Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA)和 TPP 可以看出,这些由发达国家主导的超大型区域协定中的投资章节一方面在有限承认东道国管辖权的同时试图将投资自由化推向新的高度,进一步强化投资者保护;另一方面缔约国之间的利益博弈正在销蚀投资规则对于人权的考量,从而使人权面临更大挑战。

(一) 自由化被推向新的高度

CETA 和 TPP 均推翻了谈判过程中的改革承诺,保留了投资者保护章节以及 ISDS 条款,并将自由化标准推向新的高度。

CETA 自由化程度的提升表现在:投资者与投资的定义进一步扩大;规定了对投资者

[24] Calamita N. Jansen, Dispute Settlement Transparency in Europe's Evolving Investment Treaty Policy: Adopting the UNCITRAL Transparency Rules Approach, *Journal of World Investment & Trade*, Vol. 15, 2014, p. 666.

[25] UNCTAD, *World Investment Report 2014: Investing in the SDGs: An Action Plan*, United Nations, 2014, p. 119.

更加友好开放的公平公正待遇条款,该条款是 ISDS 下投资者用于挑战国家公共政策的最常见、胜诉率最高的一项;间接征收和最惠国待遇条款在定义上有了细微调整,但仍然模糊,有被仲裁员扩大解释的风险;投资章节没有提及规制权,在环境章节中规定的规制权在结构上则是一种“自我否认”条款(self-cancelling provision)——其要求环境政策应当以与成员方所参加的多边环境协定和该协定相一致的方式实施,亦即东道国实施的环境政策不得违反 CETA,包括不触犯 CETA 中规定的投资者权利,这与其说是对规制权的加强倒不如说是一种限制;ISDS 中纳入了透明度条款,但在其他实体和程序方面则没有任何实质进展。

TPP 的投资章节主要以美国双边投资条约范本为蓝本,致力于推进投资自由化,其同样没有兑现缔约方曾经在谈判过程中承诺的对投资者权利及 ISDS 条款的“实质性改革”。TPP 自由化程度的提升表现在:以负面清单为基础,实行准入前国民待遇和最惠国待遇,使各缔约方充分对外开放;极力扩大“投资”的定义,^[26]扩展了投资者通过 ISDS 可以挑战的国家政策的范围;在美国的推动下将关于政府采购合同、陆地自然资源特许经营合同和经营公用事业合同等原本由所在国法院管辖的事项纳入 ISDS;第 9 章第 15 条“投资、环境、健康和其他规制目标”涉及国家规制权,但结构上同样是一种“自我否认”条款。^[27]

应当肯定的是,TPP 在附件与例外章节中引入了一些申明国家规制权的规定,包括“间接征收例外”条款(附件 9-B 第 3 条 b 项)、“根本安全”条款(第 29.2 条)、临时保障措施(第 29.3 条)、烟草控制措施(第 29.5 条)等,能够在防止投资过度自由化方面发挥一定作用。但需要警惕的是,实践中东道国为安全、环境、健康等公共福利所采取的措施尽管可归于“间接征收例外”,但投资者仍有机会利用国民待遇、公平公正待遇等标准挑战国家所采取的措施;TPP 对于临时保障措施的采用仅适用于严重经济困难等情形,且规定了严格的适用条件,包括不得违反国民待遇、最惠国待遇等,从而使东道国在采取相关措施时面临被投资者挑战的风险;与烟草相关的公共健康措施免除 ISDS 仲裁是一项承认东道国规制权的新规则,但除了与烟草相关的措施以外,东道国采取的其他公共健康措施仍可能被投资者提起仲裁;TPP 对国民待遇条款(第 9.4 条)和最惠国待遇条款(第 9.5 条)中的“相似情况”这一术语作出了解释,还增加了“不相符预期”(第 9.6 条第 4 款)和“取消受惠”(第 9.6 条第 5 款)两种不违反“最低待遇标准”的情形,以避免国家在相应情况下采取的措施构成对投资保护义务的违反。总体而言,尽管以上规定体现了 TPP 向东道国规制利益所做的一些倾斜,但从另一个角度来看,更多地只是在一定范围内或特定情形下对国家投资保护义务所做的某些具体限缩,而避免给国家规制权以普遍尊重。

此外,TPP 在增加仲裁程序中立性方面对 ISDS 作出了一些有益调整,表达了纠正 ISDS 失衡的决心,包括提出诉求的时效、非争端方意见书、法庭之友意见书、滥诉简易审查

[26] TPP 第 9.1 条将投资定义扩大至包括股票和衍生品等金融工具、监管许可、知识产权等。

[27] TPP 第 9.15 条规定:“本章不得解释为阻止成员方采取、维护或执行任何与本章相一致的,只要其认为对于确保其领土上的投资活动以一种对环境、健康或其他规制目标敏感的方式实施是合适的措施。”

程序、程序透明度、缔约方有约束力的联合解释、禁止平行诉讼、临时裁决的审议程序,以及可要求赔偿的律师费等。然而,这些措施中除了“可要求赔偿的律师费”以外,其他措施几乎逐字复制于2005年美国同中美洲五国以及多米尼加签署的《中美洲自由贸易协定》。近10年来,该协定之下若干关乎东道国公共利益的案例表明,这些程序性保障措施并未能够约束仲裁庭,所发挥的作用有限。^[28]而除了以上程序性调整外,TPP对于导致ISDS合法性遭质疑的其他实质方面并未触及,特别是未能限制仲裁庭对投资者权利条款的扩大解释以及对投资者所作的赔偿,从而未能解决ISID之下的“规制寒蝉”效应。

(二) 缔约国内部的利益博弈

早期典型的双边投资条约主要是在发达国家与发展中国家之间签订。由于两类国家在资本流动中扮演的角色不同,签订条约的出发点也不相同。作为资本输出国的发达国家希望双边投资条约为海外投资者提供强有力的保护,作为资本输入国的发展中国家则希望创造具有吸引力的投资环境,最后缔结的双边投资条约适用哪一方的范本是双方博弈的结果。而到了超大型区域协定阶段,缔约国之间的利益博弈较之传统双边投资条约变得更为复杂,各缔约国的不同要求只能通过更多的妥协来解决,人权条款在此过程中更加易于被销蚀。

TPP谈判时美国希望加入环境章节,但遭到其他11国反对,理由是不认为保护环境的重要性胜过保护投资者利益的重要性。一些国家原本已在各自的双边投资条约范本中推行的保护人权政策的条款,例如加拿大促进本国文化的条款、澳大利亚确保药物可获得性的公共卫生政策条款等,在各方利益博弈之下最终在文本中均被删除。CETA谈判时欧盟希望加入人权条款,但加拿大政府认为贸易协定中不应出现人权。这一分歧严重阻碍了谈判进程,妥协的结果是在序言部分加入人权,而未能纳入欧盟原本希望的在一方违反人权时另一方可中止协定的操作条款。^[29]与此同时,在错综复杂的政治现实和经济关系相互交织的背景下,CETA和TPP延续“新自由主义风格”还包含着美欧为世界范围内其他投资协定设立模板,从而维持其作为世界规则制定者地位的野心。CETA和TPP被视为欧盟与美国为双方之间更大规模的贸易协定——《跨大西洋贸易与投资伙伴协定》(Transatlantic Trade and Investment Partnership, TTIP)所设立的模板。而美国在TTIP中坚持ISDS条款,也并非源于对欧洲强化财产权的担忧,而是想要通过创造世界级的贸易协定,为中美双边投资条约谈判设定先例。根据联合国贸发会议对2015年全球外国直接投资流动情况的统计,在这三项超大型区域协定中,美、欧与加合计约占到全球外国直接投资流出量的48.5%和流入量的49%。^[30]这种经济政治影响力势必影响其他国家的投资政策走向,亦即偏向投资者权利保护而牺牲国家保护人权的公共政策空间。

[28] Initial Analyses of Key TPP Chapters, <https://www.citizen.org/documents/analysis-tpp-text-november-2015.pdf>. 案例如2007年“TCW公司诉多米尼加案”、2007年“RDC公司诉危地马拉案”、2008年“TECO Guatemala 控股公司诉危地马拉案”、2008年“Pac Rim Cayman公司诉厄瓜多尔案”、2009年“Commerce Group公司诉厄瓜多尔案”等。

[29] EU Wins Political-deal Clause that Could Suspend Trade Deal, <http://www.czechtrade-canada.ca/news/eu-wins-political-deal-clause-that-could-suspend-30079/>.

[30] UNCTAD, *World Investment Report 2016: Investor Nationality: Policy Challenges*, United Nations, 2016, p. 196.

四 促进人权与发展的新一代投资规则展望

鉴于南非、印度尼西亚和部分拉丁美洲国家对双边投资条约的反对，CETA、TPP 等发达国家主导的超大型区域协定的通过将进一步加深国际投资体制的分裂，增加未来改革走向的不确定性。当前，印度、巴西等发展中国家或区域组织正努力推动国际投资协定的转型，成效显著；东盟主导、主要由发展中国家参与的《区域全面经济伙伴关系协定》^[31]正在加紧谈判之中，有望成为抗衡 TPP 的重要手段。这些行动都为化解 TPP 等超大型区域协定对人权的威胁提供了机会和路径。应以此为线索，在当下国际投资体制改革转型的关键时期把握机遇，着眼于改革和发展的行动方案，加快形成符合多数国家对于人权与发展要求的新一代国际投资规则。

国际社会制订新一代国际投资规则的努力正在持续进行之中。2015 年 9 月，联合国通过了包含可持续发展目标的《2030 年可持续发展议程》，确立了消除贫困、饥饿和不平等，提高健康和教育，应对气候变暖与环境问题等 17 项全球目标，联合国秘书长潘基文指出该议程是实现人权的一个关键步骤。联合国第三次发展筹资会议上达成的《亚的斯亚贝巴行动议程》呼吁为了可持续发展重新调整国际投资体制，^[32]主张新一代的国际投资规则应当反映可持续发展目标的要求。就可持续发展与人权间的关系而言，为使国际投资协定在国际经济治理中发挥更大的作用，以促进新的可持续发展目标，有必要强调在新一代国际投资规则制定中纳入人权，考虑投资规则的人权影响，对国际投资体制进行基于人权方法的革新。

（一）构建致力于实现人权与可持续发展的投资规则框架

早期对可持续发展的理解是一种注重长远发展的经济增长模式，但随着发展问题的进一步暴露以及对其认识的加深，人们对于可持续发展的认识早已不再局限于经济发展，更非单纯的经济增长。2008 年第七届亚欧首脑会议上发表的《可持续发展北京宣言》指出，经济发展、社会进步和环境保护是可持续发展的三大支柱，只有三个方面协调发展，才能实现可持续发展；而人民对人权的享有（包括公民权利与政治权利以及经济、社会、文化权利），同可持续发展的核心要义（经济、社会和环境的平衡）之间具有密不可分的内在联系。在国际投资领域，亚马逊热带雨林流域的巴西农民被外国投资者水坝项目赶离了土地；^[33]墨西哥民众曾因外国投资者建立垃圾填埋厂而面临环境污染威胁；^[34]玻利维亚

[31] 2013 年 5 月，《区域全面经济伙伴关系协定》谈判正式启动，包括中国、日本、韩国、澳大利亚、新西兰、印度和东盟 10 国共 16 方。缔约方人口约占全球人口 50%，国内生产总值、贸易额和吸引外资额接近全球三分之一，是当前亚洲地区规模最大的自由贸易协定谈判。

[32] Third International Conference on Financing for Development, Addis Ababa Action Agenda, United Nations, A/CONF.227/L.1, 15 Jul. 2015, paras. 87, 91.

[33] Corporate Developers Seize Indigenous Lands in Brazil and Hire Hit Men to Murder Residents, <http://www.truth-out.org/news/item/32553-development-projects-intensify-violence-against-indigenous-people-in-brazil>.

[34] *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, Award, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, 30 Aug. 2000.

人民曾因外国投资者提高水价而面临饮水危机。^[35]显然,通过违反人权的方式而实现的投资增长是与可持续发展目标相背离的,人权才是追求可持续发展的终极目标。因此,构建可持续的投资规则框架也应当以人权为指导原则与最终指向。

当前已经有许多框架或范本能够为制定反映可持续发展与人权目标要求的新一代国际投资规则提供指引,如上文提及的《可持续发展投资协定范本》、《英联邦指南》和《可持续发展投资政策框架》等。其中,《可持续发展投资政策框架》契合联合国最新的可持续发展目标,得到了许多国家与区域组织的肯定。^[36]联合国贸发会议在提出该框架的行动方案时指出,要规制投资朝向可持续发展迈进,保护人权是关键所在。^[37]意识到国际投资规则可能对人权带来的不利影响,联合国贸发会议与联合国人权高专办在2015年世界投资论坛上共同讨论“人权与投资政策制定的相关性与一体化”议题,以寻求更好的理解人权如何与投资政策相关以及对投资政策制定的意义。正如有论者所指出的,国际投资体制不应再被视为一个与其他国际法分支相隔绝的“自足体系”(self-contained regime)。^[38]新一代投资规则不仅应当致力于投资保护与促进,还应当以与更广泛的可持续发展与人权目标相和谐且有助于后者实现的方式来制定。

(二) 遵循基于人权的方法重塑国际投资体制

要构建致力于实现可持续发展的投资规则框架,使投资规则有助于国家利用投资达成实现人权和人类发展等至高目标,应当倡导在重塑国际投资体制的过程中注重基于人权的方法。尽管理论上并不存在阻碍人权法作为国际投资协定制定、解释和适用的一种法律渊源的内在障碍,但人权价值的制度性整合在投资领域却几乎是缺失的。以美加双边投资条约范本为例,其中不乏弥合投资体制和人权体制碎片化的条款安排,如“间接征收例外”条款。该条款规定,除少数情形外,缔约一方旨在保护公共健康、安全和环境等合法公共利益的非歧视性规制措施不构成间接征收。不难看出,这种为避免体制间冲突而设计的条款更侧重于条款本身的功能性。但是,避免体制间冲突是一回事,重塑国际法(包括国际投资协定)而使国家能够达成实现人权和人类发展等至高目标则是另外一回事。^[39]在致力于实现可持续发展的投资规则框架中遵循基于人权的方法,目的是达到第二种层次,使人权价值在体制间发挥制度性的整合作用,令国际投资协定更符合国家发展战略之需,以服务于更广泛、更复杂的可持续发展目标的实现。

[35] *Aguas del Tunari, S. A. v. Republic of Bolivia*, Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/02/3, 21 Oct. 2005.

[36] 联合国贸发会议《2016年世界投资报告》显示,当前约有100个国家(包括区域组织成员国)在审议其国际投资协定体系时适用该政策框架,其中约有60个国家利用该框架设计其条约条款。参见UNCTAD, *World Investment Report 2016: Investor Nationality: Policy Challenges*, United Nations, 2016, p. 109.

[37] UNCTAD, *World Investment Report 2014: Investing in the SDGs: An Action Plan*, United Nations, 2014, p. 215.

[38] Jan Wouters & Nicolas Haches, When Rules and Value Collide: How Can a Balance Application of Investor Protection Provisions and Human Rights Be Ensured? *Human Rights & International Legal Discourse*, Vol. 3, No. 2, 2009, p. 312.

[39] Olivier De Schutter, The Role of Human Rights in Shaping International Regulatory Regimes, *Social Research: An International Quarterly*, Vol. 79, No. 4, 2012, p. 796.

对此,人权与极端贫困问题特别报告员提交的《人权与极端贫困问题指导原则》^[40]可以作为基于人权方法的国际投资协定改革的基本参照系。具体而言,基于人权方法的改革要求以核心国际人权文件所载的国际公认人权标准为内容,以基本人权原则为支柱,搭建获得普遍承认的清晰框架,用以指导投资规则的设计和 implement,使人权为塑造投资的社会和道德维度提供规范性参数。由此,人权应当贯穿国际投资协定谈判的各个阶段,国家在谈判和签订国际投资协定时应当正确评估相关人权风险;在协定文本中应当注重国家与投资者权利义务的平衡,申明国家为履行尊重、保护与实现人权的义务而对投资采取规制措施的权利,禁止国家采取不计人权成本的投资促进措施,指导国家以促进人权正向增长为条件向投资者提供投资促进与便利措施,并确保政策的一致性;应当衡量国际投资协定中投资保护条款的人权影响,规定投资者对东道国当地社区负有广泛的人权责任;要求投资争端解决规则考虑投资争端的公共利益属性以及程序方面的透明度,将国际人权条约作为可适用的准据法,作出符合人权标准的条约解释;规定利益攸关者有权参与投资协定谈判,人权受害者享有参与投资争端解决程序并寻求救济的权利等。

此外,所有国际投资协定改革均应考虑如何使投资者承担与其权利相当的责任或义务,避免投资的负面影响。鲁格指出,国际投资协定在跨国公司人权治理问题上能够发挥重要作用。^[41]在使投资者承担国际法上的人权义务方面,尽管工商企业仍然以投资者并非国际法主体为由予以反驳,但《国际刑事法院罗马规约》中对私人承担国际刑事责任的规定令这种反驳并不牢固,并且该问题也一直处于动态发展之中。2014年6月,联合国人权理事会通过决议设立一个开放工作组,以便详细制定一个关于跨国公司和其他工商企业尊重人权的具有法律约束力的文件,改变跨国公司对其角色及活动的理解方式。^[42]尽管遭到来自大型跨国公司以及发达国家特别是欧洲和北美国家的反对,但至少关键一步已经迈出。联合国贸发会议也指出,在当前阶段,至少应当将《指导原则》以及经济合作与发展组织《跨国公司行为指南》中所承认的投资者人权责任纳入国际投资协定之中。^[43]

五 结 语

当前偏重投资者保护的国际投资体制未能充分反映东道国人权发展的要求,甚至往往给人权带来负面影响。在国际投资体制改革的关键时刻,为实现投资回报与人权发展的相互增进,应当使人权在影响与塑造国际投资规则方面发挥更大作用。尽管欧美等资

[40] Human Rights Council, *Final Draft of the Guiding Principles on Extreme Poverty and Human Rights*, A/HRC/21/39, 18 Jul. 2012.

[41] Howard Mann, *International Investment Agreements, Business and Human Rights: Key Issues and Opportunities*, International Institute for Sustainable Development, Feb. 2008, p. 5.

[42] Human Rights Council, *Elaboration of an International Legally Binding Instrument on Transnational Corporations and other Business Enterprises with Respect to Human Rights*, A/HRC/26/L.22, 26 Jun. 2014. 该决议获中国、印度、俄罗斯等20国支持,美、英、法、德等14国反对,巴西、阿根廷等13国弃权。

[43] UNCTAD, *Investment Policy Framework for Sustainable Development*, United Nations, 2015, p. 77.

本输出国在超大型区域协定中致力于将投资保护标准推向新的高度,继续对人权构成威胁,但国际社会对于民主、人权与可持续发展的追求足以形成与之抗衡的力量。在拥抱机遇与迎接挑战的同时,应当着眼于制定推动国际投资体制改革和发展的行动方案。应当认识到,国际投资协定不应仅限于作为投资保护的工​​具,还应成为国家发展战略的一部分,以服务于更广泛、更复杂的可持续发展目标与人权目标的实现。为契合联合国新的可持续发展目标的要求,应当强调在国际投资规则制定中纳入人权,致力于塑造符合人权和可持续发展要求的新一代国际投资规则。

[**Abstract**] The structural problem of international investment regime and the reflections on Neo-liberalism in post crisis era enable the international community to get a deeper understanding of the correlation between investment rule-making and human rights. The current consensus on reform of the international investment regime will provide opportunities for the integration of human rights into the process of investment rule-making. However, recent mega-regional agreements reveal that the United States, EU and other developed capital exporters will not easily give up the high standards of investment protection, and, as a result, human rights will still be faced with risks. This article points out that, faced with such opportunities and challenges and in order to achieve the SDGs embodied in UN 2030 Agenda for Sustainable Development, it is imperative for the international community to take into account of the impact of investment rules on human rights and lay emphasis on the human rights based approach, so as to ensure that the reshaped international investment regime could protect and promote investment while at the same enhance, rather than harm human rights.

(责任编辑:廖 凡)