



第七十六届会议

临时议程\* 项目 75(b)

促进和保护人权：人权问题，包括增进  
人权和基本自由切实享受的各种途径

## 符合人权的国际投资协定

### 秘书长的说明

秘书长谨向大会转递人权与跨国公司和其他工商企业问题工作组根据人权理事会第 17/4 和 44/15 号决议提交的报告。

\* A/76/150。



## 人权与跨国公司和其他工商企业问题工作组的报告

### 摘要

在本报告中，人权与跨国公司和其他工商企业问题工作组讨论了《工商企业与人权指导原则》原则 9 对各国谈判新的国际投资协定或改革旧协定的影响。大多数现有的国际投资协定反映了投资者权利和义务之间的不平衡，这可能会产生非预期的效果，为不负责任的投资者行为提供便利，或使各国难以监管此类行为。因此，工作组建议各国确保所有现有和未来的投资协定符合其国际人权义务。各国还应援引国际投资协定，鼓励投资者进行负责任企业行为，并追究他们侵犯国际公认人权的责任。

## 一. 引言

### A. 背景

1. 在本报告中，人权与跨国公司和其他工商企业问题工作组讨论了《工商企业与人权指导原则》原则 9 对各国在国际投资协定方面的影响。根据这一原则，各国“应保持适当的国内政策余地，以在与其他国家或工商企业一道追求与企业相关的政策目标时，履行其人权义务，例如通过投资条约或合同”。对原则 9 的评论指出，“国际投资协议的条款可能限制国家充分执行新的人权立法，或使它们可能面临约束性国际仲裁风险”。
2. 原则 9 对希望谈判新的国际投资协定或改革现有协定的国家有直接影响。它还对利用此类协定提供的保护的外国投资者、裁决投资者与国家争端的仲裁员以及受投资相关项目影响的社区产生间接影响。因此，报告着重探讨《指导原则》的所有三个支柱：国家保护人权的义务、公司尊重人权的责任、补救途径。
3. 投资往往被认为是发展和实现人权所必需的。然而，吸引投资并不是包容性和可持续发展的充分条件，也不是实现人权从而不让任何一个人掉队的充分条件。需要一个政策框架，不仅促进负责任企业行为，而且将促进投资的努力引导到实现包容性和可持续发展上来。各国已将国际投资协定作为吸引外国投资的战略之一，尽管没有确凿证据表明此类协定与投资流动之间存在直接的正相关。<sup>1</sup> 不管关于这种联系的辩论情况如何，国际投资协定如果设计不当，可能会大大限制各国监管投资者及其投资的能力。它们还可能加剧投资者权利和义务之间已有的不平衡，破坏受影响社区要求投资者对侵犯人权和环境污染负责的努力。
4. 此外，在世界不同地区的大量外国投资似乎并没有真正推动解决普遍存在的经济不平等<sup>2</sup> 或普遍改善良政。<sup>3</sup> 此外，2019 冠状病毒病(COVID-19)大流行进一步引发了人们的担忧，即各国采取的与健康相关的措施或其他措施可能会违反国际投资协定。也有人呼吁暂停投资人与国家间争议解决机制，<sup>4</sup> 担心投资者可能

<sup>1</sup> Jonathan Bonnitca, Lauge N. Skovgaard Poulsen and Michael Waibel, *The Political Economy of the Investment Treaty Regime* (Oxford, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Oxford University Press, 2017), pp. 155-166.

<sup>2</sup> “政策制定者迫切需要认识到，当前的外国投资治理模式总是无法促进社会内部和社会之间公平分享经济活动带来的好处。目前的模式只专注于不惜一切代价实现企业盈利最大化。”见 Daria Davitti and others, “COVID-19 and the precarity of international investment law”, 6 May 2020; 可查阅 <https://medium.com/iel-collective/covid-19-and-the-precarity-of-international-investment-law-c9fc254b3878>。

<sup>3</sup> Mavluda Sattorova, *The Impact of Investment Treaty Law on Host States: Enabling Good Governance?* (Oxford, United Kingdom, Hart Publishing, 2018). 此外，在一次区域磋商期间，有人指出，由于国际投资协定，某些政府改革国家治理机构的动力可能较小。

<sup>4</sup> Columbia Center on Sustainable Investment, “Call for ISDS moratorium during COVID-19 crisis and response”, 6 May 2020; 可查阅 <https://ccsi.columbia.edu/content/call-isds-moratorium-during-covid-19-crisis-and-response>。另见 International Institute for Sustainable Development, “Agreement for the coordinated suspension of investor-State dispute settlement with respect to COVID-19-related measures and disputes”, 18 June 2020; 可查阅 [www.iisd.org/system/files/2021-02/suspension-isds-covid-19-en.pdf](http://www.iisd.org/system/files/2021-02/suspension-isds-covid-19-en.pdf)。

会对与大流行疫情相关的措施提出异议。<sup>5</sup> 即使各国能够为针对这些措施的申诉进行辩护，<sup>6</sup> 投资者提出此类申诉本身的适当性也会引发合理的公共政策问题。

5. 正是在这一背景下，工作组阐述了《指导原则》原则 9 对各国、投资者、投资仲裁员和其他相关行为者的影响。由于该原则是《指导原则》第一个支柱“确保政策的一致性”一节的一部分，因此本报告应定位在各级促进企业尊重人权和企业问责制所需的政策一致性的更广泛背景之内(见 A/74/198)。此外，如果外国投资者是国有企业(见 A/HRC/32/45)或在受冲突影响地区投资(见 A/75/212)，则应遵循工作组关于这些问题的具体指导意见。此外，应将性别观点纳入所有与投资有关的决定(见 A/HRC/41/43)。

## B. 目标

6. 工作组力求通过本报告实现三个目标。首先，向各国提供指导意见，说明为什么以及在谈判新的国际投资协定或改革现有协定时保持国内政策余地，以履行国际法或宪法规定的人权义务。通过这样做，各国应该能够按照《指导原则》原则 9 行事，因为国际投资协定的条款影响到各国监管外国投资者行为的能力。

7. 第二，工作组阐述了《指导原则》原则 9 和国际人权法所产生的国家义务对外国投资者的影响。虽然《指导原则》第二支柱规定的工商企业尊重人权的责任不具有法律约束力，但由于国家、区域和国际各级正在开展的国际投资协定或其他监管事态发展，这一责任可能会获得约束力。

8. 第三，工作组概述了国际投资协定在为受投资相关项目影响的个人和社区提供补救途径方面的“赋能”潜力。它还将强调，协定至少不应具有任何使受影响的权利持有人获得补救的“失能”潜力。

## C. 方法

9. 这份报告是工作组于 2016 年启动的一个关于国际投资协定和人权的项目的结晶。<sup>7</sup> 除了审查相关文献外，报告还参考了各利益攸关方响应公开征求意见而提供的意见，以及每年在日内瓦举行的工商业与人权论坛组织的各种会议。由于 COVID-19 大流行，工作组与伙伴机构合作，与各利益攸关方组织了几次虚拟磋商。除了非洲、美洲、亚洲和太平洋、西欧、东欧和中亚的区域磋商外，还专门为各国和私营部门组织了两次磋商。<sup>8</sup> 从这些磋商中获得的丰富见解为本报告提供了参考。

<sup>5</sup> Daniel Uribe and Danish, “Investment policy options for facing COVID-19 related ISDS claims”, South Centre Investment Policy Brief No. 22 (June 2021).

<sup>6</sup> Prabhash Ranjan and Pushkar Anand, “Covid-19, India, and investor-State dispute settlement (ISDS): will India be able to defend its public health measures?”, *Asia Pacific Law Review*, vol. 28, No. 1 (2020), p. 225.

<sup>7</sup> 见 [www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/IIAs.aspx](http://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/IIAs.aspx)。

<sup>8</sup> 同上。

10. 此外，本报告借鉴了联合国贸易和发展会议(贸发会议)、联合国国际贸易法委员会(贸易法委员会)、经济合作与发展组织(经合组织)、南方中心以及其他研究中心和民间社会组织在这方面所做的工作。报告中提出的建议还受到双边投资示范条约和选定的以某种形式纳入人权条款的进步国际投资协定的启发。

#### D. 范围和局限

11. 报告着重探讨国际投资协定，这些协定应符合各国根据国际法尊重、保护和实现人权的义务。本报告中的“国际投资协定”一词包括这些协定以及在双边、区域或国际环境下谈判达成的具有投资条款的其他条约。根据《指导原则》原则12，“人权”一词的解释是：所有“国际公认的人权，在最低限度上，可理解为《国际人权宪章》以及关于国际劳工组织《工作中基本原则和权利宣言》中所载各项基本权利的原则阐明的那些权利”。至关重要，企业经常需要考虑“一些补充标准”，正如对这一原则的评论中所指出的那样。<sup>9</sup>

12. 原则9还涵盖贸易协定和投资合同。然而，本报告并不重点讨论在这些情况下保持政策余地的问题。虽然报告没有直接关注贸易协定，但各国在谈判符合人权的贸易协定时仍可能从中得到启发。另一方面，“负责任的合同原则”已经为投资合同谈判者提供了具体指导(见 [A/HRC/17/31/Add.3](#))，因为这些合同与国际投资协定项下的申诉密切相关。

13. 由于国际投资协定只是更广泛的投资政策框架的一部分，<sup>10</sup> 因此应该从需要对这些框架进行更广泛的根本性改革的背景下来看待这份报告。除了谈判新的符合人权的协定和改革旧协定之外，各国还应制定投资政策框架，更加关注外国投资的“为了什么”和“为了谁”方面。<sup>11</sup> 它们还应寻求改革对其政策框架有影响的其他举措。例如，世界银行营商环境便利度指数根据“监管环境更有利于当地公司的启动和经营”的程度对各国进行排名，<sup>12</sup> 该指数不认为有利于企业尊重人权的条件与排名有关。因此，这种排名可能会促使各国放松劳工权利和环境标准，或者提供过于慷慨的税收减免。

<sup>9</sup> 例如，工作组强调，采用“性别观点在所有情况下始终适用于所有国家和工商企业(见 [A/HRC/41/43](#)，第31段)。

<sup>10</sup> London School of Economics and Political Science, Centre for the Study of Human Rights, “Guide to implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights in investment policymaking” (London, 2016).

<sup>11</sup> Surya Deva, “Managing States’ ‘fatal attraction’ to international investment agreements”, 13 August 2018; 可查阅 <https://investmentpolicy.unctad.org/blogs/75/managing-states-fatal-attraction-to-international-investment-agreements>。

<sup>12</sup> 见 [www.doingbusiness.org/en/rankings](http://www.doingbusiness.org/en/rankings)。目前正在审查该指数的方法(见 <https://consultations.worldbank.org/consultation/seeking-feedback-doing-business-methodology-review-external-panel>)。

## 二. 与国际投资协定有关的关切

14. 截至 2021 年 6 月 30 日，全部国际投资协定包括 2 852 项双边投资条约和 420 项带有投资条款的条约，其中分别有 2 298 项和 324 项有效。<sup>13</sup> 大多数协定都是在 1990 年至 2009 年之间缔结的。<sup>14</sup>

15. 国际投资协定，特别是 2010 年前缔结的第一代协定，体现了三个特点：不平衡、不一致和不负责任。两个说明性的实例足以显示此类协定固有的不平衡。首先，大多数协定赋予投资者法律上可执行的权利，但几乎没有任何关于人权和环境的义务或责任。其次，尽管投资者是协定的第三方，但投资者可以依赖它们对涉嫌违反投资保护标准的国家提起仲裁程序，包括使用“第三方资金”。<sup>15</sup> 但是，受投资相关项目影响的国家或个人和社区等其他第三方不享有这种选择。

16. 不一致是国际投资协定架构中的另一个因素。投资者和此类协定的支持者认为对投资人与国家间争议解决程序的需要是正当的，因为他们不信任东道国的法律制度。与此同时，当受影响的社区就侵犯人权情况向投资者公司提出索赔时，这些投资者却请求由他们认为不可靠和不合适的法律制度审理案件。此外，争议解决机制允许作为股东的母公司投资者向国家索赔“反射性损失”，而母公司在因其子公司的行为被起诉时则援引单独法人资格的原则。<sup>16</sup> 由当事方指定的仲裁员组成的针对争议的仲裁员小组作出的仲裁裁决也存在不一致之处，这些仲裁员不受任何先例制度的约束。<sup>17</sup>

17. 这些深植于国际投资协定中的不平衡和不一致助长了投资者的不负责任。协定提供的不对称保护以及投资人与国家间程序缺乏普遍透明度，促使投资者把重点放在保护其投资上，而不充分关注其根据当地法律和国际标准承担的人权责任。在某些情况下，投资者援引国际投资协定的保护措施，以挫败受影响社区要求他们对侵犯人权行为负责的企图。此外，鉴于协定中缺乏明确的投资者在人权和环境方面的义务，仲裁员往往将其视为一个自主和自成一体制度，凌驾于其他监管制度之上。

---

<sup>13</sup> 见 <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>。

<sup>14</sup> 联合国贸易和发展会议(贸发会议)，《2021 年世界投资报告：投资于可持续复苏》(纽约，2021 年)，第 122 页。

<sup>15</sup> Brooke Guven and Lise Johnson, “The policy implications of third-party funding in investor-State dispute settlement”, Columbia Center on Sustainable Investment Working Paper 2019 (May 2019).

<sup>16</sup> David Gaukrodger, “Investment treaties as corporate law: shareholder claims and issues of consistency”, Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) Working Papers on International Investment, No. 2013/03 (OECD Publishing, 2013).

<sup>17</sup> Lise Johnson and Lisa Sachs, “Inconsistency’s many forms in investor-State dispute settlement and implications for reform”, Columbia Center on Sustainable Investment Briefing Note (November 2018).

18. 对国际投资协定的三大关切概述如下：监管面临的制约、投资者没有相应义务的权利以及投资者获得补救的特权。这些关切可以分别与《指导原则》的“保护”、“尊重”和“补救”支柱联系起来。

19. 由于近年来新签订的国际投资协定的数量少于终止的协定的数量，<sup>18</sup> 而且大多数仲裁申诉都是根据 1990 年代之前签订的协定提出的，<sup>19</sup> 因此，解决旧协定中的三个特点(不平衡、不一致和不负责)也是至关重要的。此外，应该找到办法终止旧协定中的“存续条款”。

#### A. 监管面临的制约

20. 所有国家都拥有规范投资和投资者行为的主权。然而，对这种权利的主张隐藏了两个关键方面。首先，各国在实践中可能无法行使这一权利，因为它们采取行动的权力可能受到国际投资协定或对其提出的仲裁申诉的限制。<sup>20</sup> 例如，一些法庭对此类协定中的“公正和公平待遇”条款的解释非常宽泛，<sup>21</sup> 这反过来又可能损害各国追求合法公共政策目标的能力。此外，在冲突环境中，该条款可能会阻止或破坏过渡期正义计划，包括旨在解决冲突根本原因的措施。<sup>22</sup>

21. 就仲裁申诉对国家监管权利的影响而言，可以参考化石燃料公司利用《能源宪章条约》就政府旨在缓解气候变化的措施提出起诉的例子。<sup>23</sup> 过去，烟草公司还针对各国采取合法措施保护健康权提出仲裁申诉。<sup>24</sup> 即使有关国家最终能够为其措施辩护，这一过程也需要花费不必要的时间和资源来为一开始就不应该存在的主张进行辩护。此类申诉不仅对涉及申诉的国家，而且对旁观的国家，也往往造成监管方面的寒蝉效应。<sup>25</sup>

<sup>18</sup> 贸发会议，《2021 年世界投资报告》，第 122 和 123 页。

<sup>19</sup> 同上，第 130 页。

<sup>20</sup> Jesse Coleman, Kaitlin Y. Cordes and Lise Johnson, “Human rights law and the investment treaty regime”, in *Research Handbook on Human Rights and Business*, Surya Deva and David Birchall, eds. (Cheltenham, United Kingdom, Edward Elgar Publishing, 2020), p. 290, at pp. 297-298.

<sup>21</sup> Gus Van Harten, “Leaders in the expansive and restrictive interpretation of investment treaties: a descriptive study of ISDS awards to 2010”, *European Journal of International Law*, vol. 29, No. 2 (2018), p. 507, at p. 518.

<sup>22</sup> Tara Van Ho, “Is it already too late for Colombia’s land restitution process? The impact of international investment law on transitional justice initiatives”, *International Human Rights Law Review*, vol. 5, No. 1 (2016), pp. 60-85.

<sup>23</sup> *RWE AG 和 RWE Eemshaven Holding II BV 诉荷兰王国*，国际投资争端解决中心，第 ARB/21/4 号案件。另见 Nathalie Bernasconi-Osterwalder, “How the Energy Charter Treaty could have costly consequences for Governments and climate action”, 19 June 2018; 可查阅 [www.iisd.org/articles/how-energy-charter-treaty-could-have-costly-consequences-governments-and-climate-action](http://www.iisd.org/articles/how-energy-charter-treaty-could-have-costly-consequences-governments-and-climate-action)。

<sup>24</sup> *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, Permanent Court of Arbitration case No. 2012-12; *Philip Morris Brand Sàrl* (瑞士)、*Philip Morris Products S.A.* (瑞士)和 *Abal Hermanos S.A.* (乌拉圭)诉乌拉圭东岸共和国，国际投资争端解决中心，第 ARB/10/7 号案件。

<sup>25</sup> Jane Kelsey, “Regulatory chill: learnings from New Zealand’s plain packaging tobacco law”, *QUT Law Review*, vol. 17, No. 2 (2017), pp. 21-45.

22. 其次，各国实际上有责任规范投资者的行为，使其投资不会导致侵犯人权或污染环境。与国家监管投资和投资者的自由裁量权不同，采取行动保护人权的义务是一项强制性义务。<sup>26</sup> 例如，各国可以通过规定投资者的人权义务并有效执行这些义务来履行这一责任。

23. 一些国家已经开始终止旧的国际投资协定，以摆脱其对管制的限制。巴基斯坦<sup>27</sup> 最近加入了厄瓜多尔、印度、印度尼西亚和南非等其他国家的行列，单方面终止了它们不平衡的国际投资协定。<sup>28</sup> 此外，2020年5月，欧洲联盟23个成员国签署了一项协定，终止它们之间缔结的协定。这一终止是由欧洲联盟法院2018年3月在斯洛伐克共和国诉 *Achmea BV* 案(C-284/16号案件)中的一项裁决引发的，法院在该裁决中认为，欧洲联盟内部国际投资协定中的投资人与国家间争议解决条款对欧洲联盟的自主权产生不利影响，因此不符合欧洲联盟法律。

## B. 投资者没有相应义务的权利

24. 大多数国际投资协定不包含为投资者规定人权责任或义务的条款。<sup>29</sup> 甚至并不是所有2010年后的新一代协定都包括这样的具体条款，或者将投资者的义务与他们的权利相提并论。东南亚国家联盟与澳大利亚、中国、日本、新西兰和韩国达成的2020年《区域全面经济伙伴关系协定》就是一个例子。另一方面，2021年《中欧全面投资协定》说明了后一种情况：虽然该协定包含了几项关于可持续发展、企业社会责任和劳工标准的条款，但所有这些条款都被排除在为解决投资争端而建立的国家间争端解决机制的范围之外。<sup>30</sup>

25. 国际投资协定中的这种普遍空白，甚至在此类协定中象征性地插入人权条款，加剧了投资者权利和义务之间现有的不对称。它还有助于仲裁员忽视投资者的人权责任，这些责任在国际法其他领域中已有明确规定，但在相关协定文本中却没有。

<sup>26</sup> 见《公民及政治权利国际公约》第二条和《经济社会文化权利国际公约》第二条；另见经济、社会及文化权利委员会，第24号一般性意见(2017年)。

<sup>27</sup> Mushtaq Ghuman, “Most of BITs to be scrapped”, 25 March 2021; 可查阅 [www.brecorder.com/news/40077403](http://www.brecorder.com/news/40077403)。

<sup>28</sup> International Institute for Sustainable Development, “Terminating a bilateral investment treaty” (Winnipeg, Canada, 2020), pp. 7 and 8; 可查阅 [www.iisd.org/system/files/publications/terminating-treaty-best-practices-en.pdf](http://www.iisd.org/system/files/publications/terminating-treaty-best-practices-en.pdf)。

<sup>29</sup> 对贸发会议2021年7月12日国际投资协定数据库的搜索显示，在2575个协定中，40个在正文中包含企业社会责任条款，112个包含劳工标准，120个包含关于不降低标准的条款，317个包含关于健康和环境的条款(见 <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/ii-a-mapping>)。

<sup>30</sup> 见 <https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2237>。



### C. 投资者获得补救的特权

26. 尽管当地社区在外国投资项目以及与这些项目相关的纠纷中有很大利害关系，但“当前的国际投资协定体系”对它们“视而不见”。<sup>31</sup> 国际投资协定助长了这种不公正。缔结此类协定的国家赋予作为这些国家间协定第三方的投资者绕过所有正常补救机制的特权，并通过具有约束力的仲裁寻求针对国家的快速补救。此外，投资者还能够援引这些协定作为抵御侵犯人权指控的盾牌。<sup>32</sup> 另一方面，作为此类协定的另一组第三方的受影响社区仍然被排除在协定以及投资人与国家间争议解决机制之外，或者，如果被允许提交法庭之友书状，最多也只能处在此类协定以及解决机制的边缘。

27. 这种通过特权获得补救的模式显然是不公正和站不住脚的，发展中国家本可以将这种模式合理化，作为吸引投资和实现经济发展的途径。<sup>33</sup> 如果要设立专门的争端解决机制，就不应该是单向的。相反，它还应允许各国和受影响社区在平等的基础上解决与投资有关的不满。换言之，在国际投资协定下运作的争端解决机制应加强所有受影响当事方的国家法治，而不是仅为选定的少数当事方加强国家法治。<sup>34</sup>

## 三. 人权与国际投资协定问题现状

28. 第三节讨论在各种论坛和环境中为改革国际投资协定并使其符合有关人权、劳工权利和环境的国际法所作的努力。

### A. 联合国贸易和发展会议

29. 贸发会议在《2012 年世界投资报告》中指出，旨在系统性融入可持续发展的“新一代”投资政策已经开始出现。<sup>35</sup> 同时，报告着重指出国际投资决策方面的挑战(包括国际投资协定如何可能不适当地约束国家经济发展决策)，需要在投资者的权利和义务之间取得平衡，并确保与其他公共政策的有效政策一致性。<sup>36</sup> 该报告还就可持续发展投资决策的 11 项核心原则提出了建议，<sup>37</sup> 并帮助推出《可

<sup>31</sup> Nicolás Perrone, “The ‘invisible’ local communities: foreign investor obligations, inclusiveness, and the international investment regime”, *American Journal of International Law Unbound*, vol. 113 (2019), pp. 16-21.

<sup>32</sup> 哥伦比亚可持续投资中心和人权与跨国公司和其他工商企业问题工作组，“国际投资制度对诉诸司法的影响”，圆桌会议成果文件(2018 年 9 月)，第 11 和 12 页；可查阅 [www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/CCSI\\_UNWGBHR\\_InternationalInvestmentRegime.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/CCSI_UNWGBHR_InternationalInvestmentRegime.pdf)。

<sup>33</sup> Muthucumaraswamy Sornarajah, *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment* (Cambridge, United Kingdom, Cambridge University Press, 2015).

<sup>34</sup> Sergio Puig and Gregory Shaffer, “Imperfect alternatives: institutional choice and the reform of investment law”, *American Journal of International Law*, vol. 112, No. 3 (2018), p. 361.

<sup>35</sup> 贸发会议，《2012 年世界投资报告：建立新一代投资政策框架》(纽约，2012 年)，第 102 页。

<sup>36</sup> 同上，第 103 和 104 页。

<sup>37</sup> 核心原则包括投资促进可持续发展、政策连贯性、平衡权利与义务、监管权以及公司治理和责任。

持续发展投资政策框架》。<sup>38</sup> 可以认为，这些建议为贸发会议今后几年改革国际投资协定的建议奠定了基础。

30. 在以往工作的基础上，贸发会议在 2015 年制定了一份“行动菜单”，涵盖国际投资协定改革的实质性、程序性和系统性方面。<sup>39</sup> 报告提出了实现五项改革目标的具体选择：保障监管权、改革投资争端解决机制、投资促进和便利化、确保负责任的投资和加强系统一致性。报告还概述了八种改革工具，包括在国际投资协定中增加新条款、取消或省略某些现有条款、想方设法限制协定的范围、以投资者行为为条件提供保护、加强协定的可持续性方面以及参照其他法律以提高一致性。<sup>40</sup> 此外，贸发会议强调，强有力的保护条款和缔约方的有效灵活性可以并存，以“达成满足不同投资利益攸关方需求的平衡协定”。<sup>41</sup>

31. 2018 年，贸发会议汇总了国际投资协定改革的三个阶段路线图：设计面向可持续发展的协定(第一阶段)、使现存协定现代化(第二阶段)和促进协定与其他投资决策方面之间的一致性(第三阶段)。<sup>42</sup> 由于老一代协定包含对投资者广泛而模糊的保护，并通过提供寻求仲裁申诉的依据“咬住”国家，贸发会议提出了改革这些协定的 10 个备选方案。<sup>43</sup> 这些备选方案包括联合解释条约条款、修改条约条款、取代过时的条约、参考全球标准、放弃未批准的旧条约和终止现有的旧条约。

32. 2020 年，贸发会议启动了“国际投资协定改革加速器”，以协助各国实现老一代协定的现代化，因为“目前生效的现存 2 500 项老一代条约的”改革“尚未大规模启动”。<sup>44</sup> “改革加速器”侧重于协定中最需要改革的八个方面：投资定义、投资者定义、国民待遇、最惠国待遇、公平和公正待遇、充分保护和安全、间接征用和公共政策例外。<sup>45</sup>

## B. 联合国国际贸易法委员会

33. 贸易法委员会第三工作组自 2017 年以来一直就投资人与国家间争议解决方面的可能改革开展工作(见 A/72/17, 第 264 段)。然而，贸易法委员会甚至在 2017 年之前就开始处理这一问题。例如，它起草了 2014 年“投资人与国家间基于条约仲裁透明度规则”，以解决对投资人与国家间争议解决过程缺乏透明度的关切，并认识到公共利益的考虑。尽管第三工作组被赋予了广泛的授权，但它主要侧重于涉及以下方面的各种程序或体制改革：(a) 法庭、特设机制和常设多边机制；(b) 仲裁员和仲裁员的任命方法和操守；(c) 条约缔约方对条约解释的参与和

<sup>38</sup> 贸发会议，《2012 年世界投资报告》，第 107-110 页和第 143-159 页。

<sup>39</sup> 贸发会议，《2015 年世界投资报告：国际投资治理的改革》(纽约，2015 年)，第 120-171 页。

<sup>40</sup> 同上，第 132-135 页。

<sup>41</sup> 贸发会议，《可持续发展投资政策框架》(纽约，2015 年)，第 89 页。

<sup>42</sup> 贸发会议，《贸发会议的国际投资制度改革一揽子计划》(纽约，2018 年)，第 9 页。

<sup>43</sup> 同上，第 72-92 页。

<sup>44</sup> 贸发会议，“国际投资协定：改革加速器”(纽约，2020 年)，第 2 页。

<sup>45</sup> 同上，第 9-28 页。

管控机制；(d) 争端的预防和缓解；(e) 费用管理；(f) 第三方出资。<sup>46</sup> 贸易法委员会和国际投资争端解决中心也在为仲裁员制定行为守则，以加强其独立性和公正性，包括披露利益冲突。<sup>47</sup>

34. 2019年3月，几位联合国人权专家致信贸易法委员会，强调指出需要对投资人与国家间争议解决的“架构进行系统性结构改革”。<sup>48</sup> 然而，第三工作组声称，“对于投资协定中实质性标准存在的关切”不在其任务范围内，尽管工作组应当保持灵活性，以适应有关国际投资协定实质内容的发展变化（见A/CN.9/WG.III/WP.166，第7段）。这一立场引发了对贸易法委员会改革进程的关切，该进程主要侧重于程序方面，或采用“单一承诺”谈判原则来批准改革。<sup>49</sup> 据指出，在第三工作组的拟议工作计划中，“某些跨领域问题，包括损害赔偿方面的工作和解决[投资人与国家间争议解决]可能对非当事方权益产生的负面影响的努力，根本分配不到任何时间”。<sup>50</sup> 如果人权不能成为投资人与国家间争议解决这一多边改革进程的核心，那将错失一个改革的机会。

### C. 工商企业与人权国家行动计划

35. 工商企业与人权国家行动计划“是政策文件，各国在这些文件中概述战略和文书，以履行国际人权法规定并在《指导原则》第一和第三支柱中重申的预防和补救与公司有关的侵犯人权行为的职责。<sup>51</sup> 工作组“大力鼓励所有国家制定、颁布和更新”国家行动计划，“作为传播和实施”《指导原则》“的国家责任的一部分”。<sup>52</sup> 因此，这些国家行动计划应该让人了解各国如何设想执行原则9。

36. 截至2021年6月30日，已有25个国家通过了一项单独的工商企业与人权国家行动计划。除四个国家(智利、秘鲁、斯洛文尼亚和美利坚合众国)的国家行动计划外，其余计划包括一些关于国际投资协定与人权之间关系的具体规定。<sup>53</sup> 这些条款的性质各不相同，从一般的期许性条款，到强调实现政策一致性或保留

<sup>46</sup> 见A/CN.9/WG.III/WP.166，第5和6段；另见[https://uncitral.un.org/en/working\\_groups/3/investor-state](https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state)。

<sup>47</sup> 联合国国际贸易法委员会(贸易法委员会)和国际投资争端解决中心，“国际投资争端仲裁员行为守则草案”，第2版。

<sup>48</sup> 见[www.ohchr.org/Documents/Issues/Development/IEDebt/OL\\_ARM\\_07.03.19\\_1.2019.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Development/IEDebt/OL_ARM_07.03.19_1.2019.pdf)。

<sup>49</sup> Daniel Uribe and Danish, “UNCITRAL Working Group III: moving forward towards consensus or loosing balance?”, South Centre Investment Policy Brief No. 23 (July 2021).

<sup>50</sup> Lisa Sachs and others, “The UNCITRAL Working Group III work plan: locking in a broken system?”, 4 May 2021; 可查阅<https://ccsi.columbia.edu/news/uncitral-working-group-iii-work-plan-locking-broken-system>。

<sup>51</sup> Daniel Augenstein and others, “The UNGPs in the European Union: the open coordination of business and human rights?”, *Business and Human Rights Journal*, vol. 3, No. 1 (2018), p. 1, at p. 2.

<sup>52</sup> 见[www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/NationalActionPlans.aspx](http://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/NationalActionPlans.aspx)。

<sup>53</sup> Surya Deva, “International investment agreements and human rights: assessing the role of the UN’s business and human rights regulatory initiatives”, in *Handbook of International Investment Law and Policy*, Julien Chaisse, Leila Choukroune and Sufian Jusoh, eds. (Singapore, Springer, 2021), pp. 11-16.

监管空间的重要性、对国际投资协定进行人权影响评估以及与受影响社区和民间社会组织磋商。一些国家还承诺使其现有和未来的协定符合国际人权法。

37. 例如，丹麦的国家行动计划指出，《经合组织跨国企业准则》等有关负责任企业行为的原则和标准“反映在包括投资领域的自由贸易协定谈判中”。<sup>54</sup> 同样，意大利认为，“在国际条约和协定谈判方面”促进执行现有国际标准是一个优先事项。<sup>55</sup> 其他一些国家行动计划更具体地包括了此类承诺。例如，瑞典的国家行动计划指出，该国将采取行动，确保欧洲联盟“在其双边和区域贸易协定、投资协定以及伙伴关系与合作协定的可持续性章节中”提及《指导原则》。<sup>56</sup> 挪威还寻求“确保在双边自由贸易和投资协定中纳入尊重人权(包括工人的基本权利)和环境的条款”。<sup>57</sup> 法国在其国家行动计划中同样承诺“在与其他国家的贸易关系中”促进《指导原则》，“并确认其在签署贸易和投资协定时对规范等级的承诺”。<sup>58</sup> 日本政府在其国家行动计划中承诺继续努力缔结“不仅惠及产业，而且惠及包括工人在内的广大人民”的投资协定。<sup>59</sup>

38. 实现政策一致性或保留监管空间的重要性体现在一些国家行动计划中。例如，瑞士“主张在谈判投资保护协定时纳入一致性条款”。<sup>60</sup> 它还指出，“联邦政府应确保这些协定提供足够的国内政策空间，以履行瑞士和缔约伙伴的人权义务”。<sup>61</sup> 丹麦在其国家行动计划中同样承认保留空间的现有做法，“以采取和执行必要的措施，追求合法的公共政策目标”。<sup>62</sup>

<sup>54</sup> Denmark, “Danish national action plan: implementation of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights” (March 2014), p. 31; 可查阅 [www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/Denmark\\_NationalPlanBHR.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/Denmark_NationalPlanBHR.pdf)。

<sup>55</sup> Italy, “Italian national action plan on business and human rights 2016–2021” (December 2016), p. 25; 可查阅 [http://cidu.esteri.it/resource/2016/12/49117\\_f\\_NAPBHRENGFINALEDEC152017.pdf](http://cidu.esteri.it/resource/2016/12/49117_f_NAPBHRENGFINALEDEC152017.pdf)。

<sup>56</sup> Sweden, “Action plan for business and human rights” (August 2015), p. 29; 可查阅 [www.government.se/contentassets/822dc47952124734b60daf1865e39343/action-plan-for-business-and-human-rights.pdf](http://www.government.se/contentassets/822dc47952124734b60daf1865e39343/action-plan-for-business-and-human-rights.pdf)。

<sup>57</sup> Norway, “Business and human rights: national action plan for the implementation of the UN Guiding Principles” (October 2015), pp. 26 and 27; 可查阅 [www.regjeringen.no/globalassets/departementene/ud/vedlegg/mr/business\\_hr\\_b.pdf](http://www.regjeringen.no/globalassets/departementene/ud/vedlegg/mr/business_hr_b.pdf)。

<sup>58</sup> France, “National action plan for the implementation of the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights” (April 2017), p. 21; 可查阅 [www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/NAP\\_France\\_EN.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/NAP_France_EN.pdf)。

<sup>59</sup> Japan, “National action plan on business and human rights: 2020-2025” (October 2025), p. 21; 可查阅 [www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/Japan-NAP.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/Japan-NAP.pdf)。

<sup>60</sup> Switzerland, “UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Swiss national action plan 2020-23” (January 2020), p. 19; 可查阅 [www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/Beilage01PrincipesdirecteursdeONUrelatifsauxentreprisesdroitshomme\\_Suisse.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/Beilage01PrincipesdirecteursdeONUrelatifsauxentreprisesdroitshomme_Suisse.pdf)。

<sup>61</sup> 同上，第 18 页。

<sup>62</sup> Denmark, “Danish national action plan: implementation of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights”, p. 31.

39. 泰国政府承诺“在签署国际贸易或投资协定和条约之前”考虑“对人权的影响”。<sup>63</sup> 同样，德国在其国家行动计划中指出，“应在谈判开始前进行全面影响评估，以保证评估结果能够影响谈判”。<sup>64</sup> 另一方面，荷兰<sup>65</sup> 和比利时<sup>66</sup> 承认在缔结国际投资协定之前与民间社会组织磋商的重要性。爱尔兰在其国家行动计划中更进一步，鼓励“在海外经营的公司在与当地社区的人权维护者和民间社会进行协商方面采取良好做法，特别是在环境和劳动条件方面”。<sup>67</sup>

40. 还有一些国家行动计划，其中各国承诺审查其现有和未来的国际投资协定，使其符合国际人权法。肯尼亚在其国家行动计划中承诺审查“现行的贸易和投资促进协定，并使其符合《宪法》和国际人权标准”。<sup>68</sup> 法国也承诺检查“所有贸易和投资协定是否符合国际人权法”。<sup>69</sup>

#### D. 新一代国际投资协定和双边投资示范条约

41. 近年来，新一代更平衡的国际投资协定开始出现。<sup>70</sup> 其中一些协定在正文中包括人权、企业社会责任或可持续发展条款，但大多是劝告性的，而不是具有法律约束力的条款。<sup>71</sup> 例如，《智利与香港特别行政区双边投资条约》第 16 条重申“各方鼓励在其区域内经营的企业自愿将该方认可或支持的国际公认的企业社会责任标准、准则和原则纳入其内部政策的重要性”。在哥伦比亚与法国双边投

<sup>63</sup> Thailand, “First national action plan on business and human rights (2019-2022)” (October 2019); 可查阅 [www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/NAPThailandEN.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/NAPThailandEN.pdf)。

<sup>64</sup> Germany, “National action plan: implementation of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights 2016-2020” (December 2016), p. 13; 可查阅 [www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/NAP\\_Germany.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/NAP_Germany.pdf)。

<sup>65</sup> Netherlands, “National action plan on business and human rights” (December 2013), p. 20; 可查阅 [www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/Netherlands\\_NAP.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/Netherlands_NAP.pdf)。

<sup>66</sup> Belgium, “Plan d’action national : enterprises et droits de l’homme” (23 June 2017), action point 17; 可查阅 [www.sdgs.be/sites/default/files/publication/attachments/20170720\\_plan\\_bs\\_hr\\_fr.pdf](http://www.sdgs.be/sites/default/files/publication/attachments/20170720_plan_bs_hr_fr.pdf)。

<sup>67</sup> Ireland, “National plan on business and human rights 2017-2020” (November 2017), p. 21; 可查阅 [www.dfa.ie/media/dfa/alldfawebsitemedia/National-Plan-on-Business-and-Human-Rights-2017-2020.pdf](http://www.dfa.ie/media/dfa/alldfawebsitemedia/National-Plan-on-Business-and-Human-Rights-2017-2020.pdf)。

<sup>68</sup> Kenya, “National action plan on business and human rights” (June 2019), p. 21; 可查阅 [www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/2019\\_FINAL\\_BHR\\_NAP.PDF](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/NationalPlans/2019_FINAL_BHR_NAP.PDF)。

<sup>69</sup> France, “National action plan for the implementation of the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights”, p. 22.

<sup>70</sup> 例如，所有“在 2020 年缔结的”国际投资协定“都包含以改革为导向的条款，旨在保留监管空间和促进可持续投资”；贸发会议，《2021 年世界投资报告》，第 131 页。另见 Kathryn Gordon and others, “Investment treaty law, sustainable development and responsible business conduct: a fact finding survey”, OECD Working Papers on International Investment, No. 2014/01 (2014), pp. 10-14.

<sup>71</sup> Barnali Choudhury, “Investor obligations for human rights”, *ICSID Review*, vol. 35, Nos. 1-2 (2020), p. 82, at pp. 88-92; and Isabella Seif, “Business and human rights in international investment law: empirical evidence”, in *Handbook of International Investment Law and Policy*, Julien Chaisse, Leïla Choukroune and Sufian Jusoh, eds. (Singapore, Springer, 2021), pp. 6-17; 可查阅 [https://doi.org/10.1007/978-981-13-5744-2\\_26-1](https://doi.org/10.1007/978-981-13-5744-2_26-1)。

资条约、巴西与墨西哥双边投资条约、欧洲联盟与格鲁吉亚联系国协定和加拿大与蒙古双边投资条约等最近的其他协定中也有这一条款的类似形式。然而，违反这一条款的行为往往被排除在具有约束力的仲裁的范围之外。

42. 最近的一些国际投资协定也侧重于为各国保留监管空间。例如，孟加拉国与土耳其双边投资条约第 4 条第(2)款规定，每一缔约方都有“在另一缔约方投资者的投资对其公共卫生或生命或环境造成损失、破坏或损害的情况下，行使一切法律措施的权利”。同样，布基纳法索与加拿大双边投资条约第 18 条第(1)款规定，缔约国可以采取或执行必要的措施，“以保护人类、动物或植物的生命或健康”。尽管最近的巴西与印度双边投资条约尚未生效，但第 22 和 23 条包含了广泛的公共政策依据，以维护对投资和投资者进行监管的权利。《泛非投资法》第 14 条还列出了允许各国采取非歧视性监管措施的一般例外情况。然而，应该指出的是，除非国际投资协定也限制投资者保护的广泛标准，否则这种监管条款的权利是不会有效的。

43. 为了应对逐底竞赛，一些国际投资协定的缔约国同意不降低标准来吸引投资。哥伦比亚双边投资示范条约和摩洛哥与尼日利亚双边投资条约就是一个很好的例子。还有一些协定旨在加强投资者遵守东道国有关劳工权利、健康和环境的法律的必要性。此外，最近的一些协定还包括建议投资者采用国际企业社会责任标准。例如，白俄罗斯与印度双边投资条约第 12 条规定，“在每一方领土内经营的投资者及其企业应努力自愿将国际公认的企业社会责任标准纳入其做法和内部政策”。

44. 摩洛哥与尼日利亚双边投资条约虽然尚未生效，但它让我们得以一窥国际投资协定如何在投资者的权利和义务之间取得更好的平衡。第 15 条承认，“通过放宽国内劳工、公共卫生或安全”标准“来鼓励投资是不合适的”。该条还规定，每一缔约方“应确保其法律和条例提供与其经济和社会状况相适应的高水平的劳动和人权保护”。条约第 18 条还对投资者规定了直接义务，使他们“应维护东道国的人权”，并“应按照核心劳工标准行事”。根据第 20 条，至关重要的是，“如果与投资有关的行为或决定在东道国造成重大损害、人身伤害或生命损失”，投资者“应在其母国的司法程序中就这种行为或决定接受民事诉讼的追责”。

45. 除已缔结的国际投资协定外，最近的双边投资示范条约还显示出投资决策朝着更全面的方式转变的变革之风。自 2011 年人权理事会认可《指导原则》以来，至少有 20 个国家通过了双边投资示范条约。<sup>72</sup> 在其中一些示范协定中，例如加拿大(2021 年)、荷兰(2019 年)和挪威(2015 年)的协定中，明确提到《指导原则》是负责任企业行为或企业社会责任的参考点。值得注意的是，双边投资示范条约中所载的进步的人权条款并不总是转化为各国谈判达成的国际投资协定中的实际条款，因为在谈判过程中有多种变数在起作用。

46. 虽然 2019 年荷兰双边投资示范条约尚未应用于与该缔约国缔结的任何国际投资协定，但它包含了有益的进步元素。第 7 条第(2)款重申了缔约方鼓励投资者“将

<sup>72</sup> 见 <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/model-agreements>。

国际公认的企业社会责任标准、准则和原则纳入其内部政策”的重要性。第7条第(3)款强调指出“投资者开展尽职调查程序以确定、预防、减轻和说明其投资的环境和社会风险及影响的重要性”。第20条第(5)款也很重要，因为它提醒指定机构“尽一切努力确保仲裁庭成员……拥有包括环境法和人权法在内的国际公法方面的必要专门知识”。此外，第23条规定，根据《指导原则》和《经合组织跨国企业准则》，仲裁庭“在决定赔偿金额时，应考虑投资者不遵守其承诺的情况”。

47. 对新一代国际投资协定和双边投资示范条约的简要回顾显示，尽管它们可能还没有“朝着列入清晰明确的、对投资者具有约束力的人权义务的方向发展”，<sup>73</sup>但投资者权利和责任之间重新平衡的一些证据是显而易见的。然而，正如下文所建议，迫切需要对国际投资协定进行更加雄心勃勃和全面的改革。

#### E. 体现人权问题的仲裁裁决

48. 近年来，人权问题在投资仲裁裁决中得到了越来越多的关注。在2014年的一项研究中，经合组织发现，在接受调查的1113项裁决中，有287项至少一次提到了一个负责任企业行为问题，如人权、环境、腐败和劳工问题。<sup>74</sup>其中一些裁决还提到了国际人权法或国际环境法文书。<sup>75</sup>虽然数据表明，国际投资协定制度可以与其他相关制度互相作用，但这并不一定意味着人权考量得到了仲裁员的足够重视。<sup>76</sup>即使在备受讨论的Urbaser案裁决中，仲裁庭最终也裁定，投资者没有向特许区居民提供水的积极义务。

49. 在解释国际投资协定时，仲裁庭——特别是如果他们包括人权专家的话——可以通过三种方式阐明投资者的人权义务：(a) 利用此类协定与“其他适用法律”的联系，嵌入与国际人权法有关的义务；<sup>77</sup> (b) 通过解释协定的某些条款，将人权纳入其中；(c) 以协定中明确的人权条款为基础。<sup>78</sup>在这些途径中，第三种选择可能在确保将人权纳入投资仲裁裁决的主流方面最为有效。国际投资协定中

<sup>73</sup> Markus Krajewski, “A Nightmare or a noble dream? Establishing investor obligations through treaty-making and treaty-application”, *Business and Human Rights Journal*, vol. 5, No. 1 (2020), p. 105, at p. 128.

<sup>74</sup> Kathryn Gordon and others, “Investment treaty law, sustainable development and responsible business conduct: a fact finding survey”, p. 23.

<sup>75</sup> 同上，第24-25页。

<sup>76</sup> Peter Muchlinski, “The impact of a business and human rights treaty on investment law and arbitration”, in *Building a Treaty on Business and Human Rights: Context and Contours*, Surya Deva and David Bilchitz, eds. (Cambridge, United Kingdom, Cambridge University Press, 2017), p. 346, at pp. 352-361. 另见 Lorenzo Cotula and Mika Schröder, *Community Perspectives in Investor-State Arbitration* (London, International Institute for Environment and Development, 2017)。

<sup>77</sup> 见《维也纳条约法公约》，第三十一条第三款(丙)项。

<sup>78</sup> Markus Krajewski, “A Nightmare or a noble dream? Establishing investor obligations through treaty-making and treaty-application”, pp. 121 and 122.

“授权法庭在仲裁根据协定提出的申诉过程中审议人权问题”的明确规定，应该能够消除目前在接受投资仲裁中的人权论点、问题和规范方面的“瓶颈”。<sup>79</sup>

#### F. 具有法律约束力的国际文书草案

50. 国际投资协定与人权之间的关系也是拟订“一项具有法律约束力的国际文书，以在国际人权法中对跨国公司和其他工商企业的活动进行监管”谈判中的一个关键问题(见人权理事会第 26/9 号决议)。迄今公布的所有三份草案都有旨在使协定与拟议文书以某种形式协调一致的规定。例如，2020 年 8 月发布的草案第二次修改稿第 14(5)(a)条规定，各国“应确保……任何现有的双边或多边协定，……包括贸易和投资协定，其解释和执行方式不得削弱或限制其履行本(具有法律约束力的文书)及其议定书以及其他相关人权公约和文书规定的义务的能力”。条款(b)进一步规定，任何“新的双边或多边贸易和投资协定应符合缔约国根据本(具有法律约束力的文书)及其议定书以及其他相关人权公约和文书承担的人权义务”。<sup>80</sup>

51. 这一条款草案“似乎适用了国际法体系整合原则”，<sup>81</sup> 涵盖了现有的和新的国际投资协定，并提醒各国必须确保这些协定符合其国际人权义务。然而，它缺乏关于各国如何实现这一目标的细节，这或许是为了在这方面给予各国一定的灵活性。虽然现阶段尚不确定拟议的具有法律约束力的国际文书的谈判进程将如何展开，但该文书可鼓励各国以不同方式谈判符合人权的国际投资协定。<sup>82</sup>

## 四. 改革轨迹

52. 审查与国际投资协定有关的主要关切表明，国际投资法存在系统性和结构性问题。因此，一个雄心勃勃、具有变革意义的改革议程是可取的。<sup>83</sup> 本节概述这样一个议程的一些关键内容，并就实现这些监管目标的潜在途径提出建议。下面提到的建议既与谈判新协定有关，也与改革旧协定有关。

<sup>79</sup> Peter Muchlinski, “The impact of a business and human rights treaty on investment law and arbitration”, p. 361.

<sup>80</sup> 跨国公司和其他工商企业与人权的关系问题不限成员名额政府间工作组，“在国际人权法中对跨国公司和其他工商企业的活动进行监管的具有法律约束力的文书”，第 2 次修订草案(2020 年 8 月 6 日)；可查阅 [www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/OEIGWG\\_Chair-Rapporteur\\_second\\_revised\\_draft\\_LBI\\_on\\_TNCs\\_and\\_OBEs\\_with\\_respect\\_to\\_Human\\_Rights.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/OEIGWG_Chair-Rapporteur_second_revised_draft_LBI_on_TNCs_and_OBEs_with_respect_to_Human_Rights.pdf)。

<sup>81</sup> Daniel Uribe, “Bolstering human rights within international economic agreements: reconciling two ‘separate regimes’?”, *OpinioJuris*, 10 September 2020; 可查阅 <http://opiniojuris.org/2020/09/10/bhr-symposium-bolstering-human-rights-within-international-economic-agreements-reconciling-two-separate-regimes>。

<sup>82</sup> Markus Krajewski, “Ensuring the primacy of human rights in trade and investment policies: model clauses for a UN treaty on transnational corporations, other businesses and human rights” (Coopération Internationale pour le Développement et la Solidarité, Brussels, 2017)。另见 Peter Muchlinski, “The impact of a business and human rights treaty on investment law and arbitration”。

<sup>83</sup> Emma Aisbett and others, *Rethinking International Investment Governance: Principles for the 21st Century* (Boston, United States of America, Boston College Law School, 2018)。



## A. 重新定位投资目的

53. 实现人权应成为吸引外国投资的核心目的，而不是让人权仅仅成为国际投资协定中的一种例外情况，用来证明东道国对投资和投资者的监管是正当的。此外，各国应确保投资有助于包容性和可持续发展，并确保各项协定的规定旨在实现这一目标。例如，《泛非投资法》第 1 条明确指出，该法的宗旨是“促进、便利和保护促进每个成员国可持续发展的投资”。同样，“国际商会国际投资指导方针”第十一.1 段规定，投资者应“通过开发有助于东道国经济、社会和环境进步的商业机会，寻求创造共同价值”。

54. 某些宪法还明确要求各国谈判国际协定或吸引外国投资以促进可持续发展。《埃塞俄比亚宪法》第 43(3)条就是一个很好的例子。它规定，“国家缔结的国际协定或形成的关系应保障埃塞俄比亚的可持续发展权”。《纳米比亚宪法》第 99 条(与《纳米比亚投资促进法》第 2 节一起解读)规定，外国投资应促进可持续发展。

55. 然而，吸引有助于可持续发展的外国投资需要确保纵向和横向的一致性，并由包括民间社会组织、妇女组织和工会在内的所有利益攸关方切实参与，自下而上地制定一项投资政策。目前自上而下的投资模式没有特别考虑土著人民等边缘化社区的需要和偏好。因此，土著人民因与外国投资有关的发展项目而遭受特别严重的损害(见 A/70/301 和 A/HRC/33/42)。

56. 因此，各国不应将吸引外国投资本身视为目的，而应利用外国投资的潜力为实现可持续发展目标作出贡献。这将要求国际投资协定的设计不停留在不对人权造成损害的层面，<sup>84</sup> 而且还应该促进所有人的人权，从而不让任何一个人掉队。外国投资应该有助于弥合差距，以解决经济不平等问题，而不是进一步加深不平等。在这方面，值得指出的是，《泛非投资法》第 24(e)条规定，投资者应“确保公平分享来自投资的财富”。同样，外国投资有潜力为实现实质性的性别平等<sup>85</sup> 和减缓气候变化等其他共同的社会目标作出贡献。然而，现有的协定很少包含“旨在确保性别平等”的条款。<sup>86</sup> 这种情况在未来必须改变。

## B. 保持行使监管职责的空间

57. 根据国际人权法，各国义务——而不仅仅是权利——对投资者及其投资进行监管，以使所有国际公认的人权得到充分保护。因此，各国必须确保国际投资协定不会削弱它们履行这一职责的能力。这些协定只应提供必要的最低限度的保护，以阻止东道国的机会主义行为，而不应限制各国作出合法的法律和政策变革。<sup>87</sup>

<sup>84</sup> Mavluda Sattorova, “The foreign investor as a good citizen: investor obligations to do good”, in *Investors’ International Law*, Jean Ho and Mavluda Sattorova, eds. (Oxford, United Kingdom, Hart Publishing), pp. 45-69.

<sup>85</sup> 贸发会议，多国外企业与性别政策和做法的国际传播 (纽约，2021 年)。

<sup>86</sup> 贸发会议，《2021 年世界投资报告》，第 132 页。

<sup>87</sup> Emma Aisbett and Jonathan Bonnitcha, “A Pareto-improving compensation rule for investment treaties”, *Journal of International Economic Law*, vol. 24, No. 1 (2021), pp. 181-202.

58. 由于国际法不成体系，国际投资协定规定的义务可能与各国根据国际人权法或环境法承担的义务发生抵触或冲突。为了最大限度地减少这种抵触或冲突带来的不利影响，各国应在国际人权法的指引下谈判达成协定。他们应该意识到自己对人类和地球的义务，“国际人权至少应该被视为在国际法不同分支之间居于首位”。<sup>88</sup> 投资者的合理期望应该与个人和社区的人权相平衡，并以此为依据进行解释。<sup>89</sup>

59. 国际投资协定下受保护的投资的范围应严格界定。<sup>90</sup> “最惠国”标准应明确表述，而“公平和公正待遇”条款应由更明确的投资者保护标准取代。此外，违反国家法律或国际人权标准的投资应被排除在此类协定的保护范围之外。各国可在协定中明确纳入“清白原则”：投资者没有进行切实的人权尽职调查或参与侵犯人权行为，可被禁止向各国提出强制执行其在协定下的权利的任何仲裁申诉。<sup>91</sup> 例如，哥伦比亚双边投资示范条约包括这一规定，如果投资者“犯下严重侵犯人权行为”、“对东道国领土造成严重的环境破坏”或“造成对东道国劳工法的严重违反”，缔约方有可能剥夺某一协定的利益。此外，协定可以规定，仲裁庭裁决的损害赔偿额将减去因投资者侵犯人权或污染环境而造成的损失。

60. 投资者的定义应适当调整，以避免非预期受益人通过诉诸“条约选购”的做法利用国际投资协定为自己谋利的风险。仅仅在母国设立空壳公司一般不应成为投资者主张国籍、进而根据协定受到保护的充分条件。相反，应该规定投资者在母国拥有“实际所在地”，表明一种真正的联系和实质性的活动，才能要求享受协定的好处。<sup>92</sup>

61. 在国际投资协定中明确规定公共政策例外情况也将有助于各国采取法律和政策措施来规范投资，以促进人权、保护环境或实现可持续发展目标。此外，援引这些例外情况的门槛不应过高：<sup>93</sup> 如果某些措施被认为是适当的，就应该足够了。

<sup>88</sup> Surya Deva, “Investors’ international law: beyond the present” in *Investors’ International Law*, Jean Ho and Mavluda Sattorova, eds. (Oxford, United Kingdom, Hart Publishing, 2021), p. 313, at p. 321.

<sup>89</sup> Peter Muchlinski, “Corporate social responsibility”, in *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Peter Muchlinski, Federico Ortino and Christoph Schreuer, eds. (Oxford, United Kingdom, Oxford University Press, 2008), p. 637, at pp. 640 and 641. 另见 Bruno Simma, “Foreign investment arbitration: a place for human rights?”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 60, No. 3 (2011), pp. 573-596.

<sup>90</sup> 贸发会议，“国际投资协定：改革加速器”，第 10-13 页。

<sup>91</sup> Isabella Seif, “Business and human rights in international investment law: empirical evidence”, pp. 18-20.

<sup>92</sup> Anil Yilmaz Vastardis, *The Nationality of Corporate Investors under International Investment Law* (Oxford, United Kingdom, Hart Publishing, 2020), pp. 230-243. 另见 Chin Leng Lim, Jean Ho and Martins Paporinskis, *International Investment Law and Arbitration: Commentary, Awards and Other Materials* (Cambridge, United Kingdom, Cambridge University Press, 2021), pp. 323-327.

<sup>93</sup> 贸发会议，“国际投资协定：改革加速器”，第 26 页。

62. 国际投资协定的谈判过程与保持监管空间也有关系。例如，如果“公民获取信息和参与公共决策的权利”在谈判协定时得到保障，<sup>94</sup> 应该会对在协定中取得正确的平衡大有裨益。此外，各国应对国际投资协定进行事前的人权和环境评估，并评估其根据国内法和国际法可获得的监管空间。此类评估也应在协定有效期内以及在延长或续签之前进行。根据《贸易和投资协定对人权的影响评估指导原则》(见 [A/HRC/19/59/Add.5](#))进行影响评估，应有助于各国保持履行国际人权法规定的职责所需的监管空间。

### C. 纳入投资者的人权义务

63. 国际投资协定应在外国投资者的权利和义务之间保持均衡。考虑到这些协定赋予投资者法律上可执行的权利，它们还应纳入有关人权和环境的法律上可执行的义务。<sup>95</sup> 将投资者的人权义务纳入协定的想法可以在历史背景、规范层面和新兴实践中得到支持。

64. 从历史上看，当联合国在 1970 年代中期开始制定《跨国公司行为守则》的进程时，它既包括外国投资者的权利，也包括外国投资者的责任。围绕该守则的僵局——同时经合组织和国际劳工组织制定了跨国企业的软责任，以及 1990 年至 2010 年间签订的国际投资协定数量急剧增加——导致投资者的权利和责任“脱钩”。<sup>96</sup>

65. 在规范层面，可以认为国际人权法至少隐含性地适用于投资者，<sup>97</sup> 因为认为非国家行为者可以做国家不能做的事情，会是一种反常现象。此外，国际投资协定下的投资者人权责任应与他们的权利相对等。因此，如果协定赋予投资者法律上可执行的权利，它们也应该为投资者规定法律上可执行的人权义务，而不仅仅是缺乏任何强硬手段的软责任。

66. 此外，在实践中，企业承担有约束力的人权义务的想法在各种情况下也越来越受关注。欧洲几个国家以及欧洲联盟一级出现强制性人权尽职调查法就是一个很好的例子。此外，近年来，法院裁定，在某些情况下，母公司可能对与其子公

<sup>94</sup> Lorenzo Cotula, “Rethinking investment treaties to advance human rights”, International Institute for Environment and Development Briefing (September 2016).

<sup>95</sup> Barnali Choudhury, “Investor obligations for human rights”; Nathalie Bernasconi-Osterwalder and others, “Harnessing investment for sustainable development: inclusion of investor obligations and corporate accountability provisions in trade and investment agreements”, 国际可持续发展研究所和弗里德里希·艾伯特基金会共同主办的专家会议的背景文件(2018 年); and J. Anthony VanDuzer and others, *Integrating Sustainable Development into International Investment Agreements: A Guide for Developing Country Negotiators* (London, Commonwealth Secretariat, 2013).

<sup>96</sup> Surya Deva, “International investment agreements and human rights: assessing the role of the UN’s business and human rights regulatory initiatives”, pp. 5-8. 另见 Nicolás M. Perrone, *Investment Treaties and the Legal Imagination: How Foreign Investors Play by Their Own Rules* (Oxford, United Kingdom, Oxford University Press, 2021).

<sup>97</sup> *Urbaser* 案仲裁法庭裁定，“不能再承认在国际上经营的公司可免于成为国际法的主体”。*Urbaser S.A. 和 Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia、Bilbao Bizkaia Ur Partuergoa* 诉阿根廷共和国案，国际投资争端解决中心，第 ARB/07/26 号案件，第 1195 段。

司有关的侵权行为负有直接注意义务。<sup>98</sup> 一些公司和投资者还公开支持民间社会呼吁企业承担具有约束力的人权义务，以在全球范围内创造一个公平的竞争环境。

#### D. 为受影响社区提供获得补救途径的机会

67. 仅仅将投资者的人权义务纳入国际投资协定是不够的：还应建立一个执行这些义务的有效机制。此外，社区应能够直接寻求针对投资者的补救措施，其原因是由于腐败或国家被企业所左右，依赖国家保护其权利的做法不是总能取得成果。

68. 正是在这种背景下，工作组在其 2017 年报告中概述的“通过一切补救途径”办法与解决国际投资协定在获得补救方面的不对称性有直接关系(见 A/72/172，第 55、56 和 75-78 段)。例如，作为跨国企业一部分的公司在根据国际投资协定寻求保护时会变得“有关联”，但当受到影响的社区就侵犯人权行为起诉它们时，它们却声称自己是“独立的”。<sup>99</sup> 同样，在投资者要求给予自己“公平和公正的待遇”时，它们会毫不犹豫地援引协定，挫败了权利持有人通过其他司法或非司法机制寻求正义的合法诉求。

69. 各国可以通过在国际投资协定范围内为受影响社区开辟补救途径来解决这种不对称问题。<sup>100</sup> 例如，各国可以通过谈判达成协定，明确允许受投资相关项目影响的社区(他们和投资者一样是协定的第三方)就侵犯人权行为向投资者提出国际仲裁申诉。如下文所述，虽然投资人与国家间争议解决机制可能不是解决与投资者有关的侵犯人权行为的理想机制，但这种临时改革是必要的，因为事实证明，目前各国向仲裁庭提出反诉或社区向仲裁庭提交法庭之友书状的机制不足以为受影响的权利持有人伸张正义。

70. 国际投资协定缔约各方的另一种选择可能是加入一项条款，“将其法院的管辖权授予其他缔约方的原告，这些原告声称受到由其管辖下的公司拥有或控制的子公司造成的损害”。<sup>101</sup> 《西非国家经济共同体投资补充法案》第 17 条以及荷兰双边投资示范条约设想了这种可能性。要使这些条款付诸实施，相关国家可能需要制定执行性立法，并消除在跨国背景下获得补救的其他障碍。根据《投资补

<sup>98</sup> 例如，见 *Chandler v. Cape* [2012] EWCA Civ 525; *Choc v. Highbay Minerals Inc.* 2013 ONSC 1414; *Vedanta Resources PLC v. Lungowe* [2019] UKSC 20; *Four Nigerian Farmers and Milieudefensie v. Shell* ECLI:NL:GHDHA:2021:132, ECLI:NL:GHDHA:2021:133 and ECLI:NL:GHDHA:2021:134; and *Okpabi v. Royal Dutch Shell Plc* [2021] UKSC 3。

<sup>99</sup> Pablo Agustín Escobar Ullauri, “Reconciling the rights of multinational companies under IIAs with the tort liability caused by their subsidiaries”, 19 December 2020.

<sup>100</sup> Penelope Simons and J. Anthony VanDuzer, “Using international investment agreements to address access to justice for victims of human rights violations associated with transnational resource extraction”, in *Corporate Citizen: New Perspectives on the Globalized Rule of Law*, Oonagh Fitzgerald, ed. (Montreal, Canada, McGill-Queen’s University Press, 2020), p. 279. 另见 Jose Daniel Amado, Jackson Shaw Kern and Martin Doe Rodriguez, *Arbitrating the Conduct of International Investors* (Cambridge, United Kingdom, Cambridge University Press, 2017)。

<sup>101</sup> Pablo Agustín Escobar Ullauri, “Reconciling the rights of multinational companies under IIAs with the tort liability caused by their subsidiaries”。

充法案》第 29 条，母国必须确保其法律制度和规则可能让投资者对其在东道国境内的投资造成的损害承担民事责任。

71. 除其他外，此类条款的理论依据是在获得有效补救机制方面的平等性。如果东道国的法院不足以让投资者执行他们的合法权利，受影响的社区不应该被迫在那里寻求补救措施。相反，应当允许他们选择在投资者母国提出申诉，而不必担心克服非适宜法院原则和独立法人原则所构成的障碍。

## E. 用对所有人都更公平的机制取代投资人与国家间争议解决机制

72. 虽然国家和投资者之间在投资方面的一些争端是不可避免的，但投资人与国家间争议解决机制并没有提供一个对所有各方都公平的途径。“仲裁员的任命制度产生了不正当的激励”，而且“没有上诉机制来提供一致性和对错误的裁决进行制约”。<sup>102</sup> “旋转门”的做法也引起了人们对仲裁员的诚信和独立性的担忧。<sup>103</sup> 仲裁庭似乎没有给予外国投资者明显违反国际标准的不负责任行为足够的重视。<sup>104</sup> 此外，该机制没有为受投资相关项目影响的社区提供任何直接获得补救的途径。投资仲裁也不是所有缔约国都负担得起的，平均费用超过 1 000 万美元。<sup>105</sup>

73. 因此，各国应采用其他制度取代投资人与国家间争议解决机制。国家间争端解决程序或设立国际投资法院是目前正在考虑的两个备选方案。<sup>106</sup> 然而，确保新机制不继承旧机制的缺陷将是至关重要的。新机制应满足几项关键原则：它能够处理所有与投资有关的争议，配备独立的审裁员，边缘化或弱势社区都有机会利用，通过全面看待争议来促进政策一致性，做出一致的裁决，并拥有内置的上诉系统。<sup>107</sup> 《指导原则》原则 31 中概述的有效标准也可为制定符合人权的争议解决申诉机制提供有用的指导(见 [A/HRC/44/32](#))。

## 五. 结论和建议

### A. 结论

74. 大多数国际投资协定保护投资者及其权利，但不包括对个人和社区权利的保护。它们还限制了各国采取有力行动履行其国际人权义务的监管能力。此外，它们为投资者提供了通过具有约束力的国际仲裁来强制执行其权利的特权，但没有

<sup>102</sup> Sergio Puig and Gregory Shaffer, “Imperfect alternatives: institutional choice and the reform of investment law”, p. 408.

<sup>103</sup> Malcolm Langford and others, “The revolving door in international investment arbitration”, *Journal of International Economic Law*, vol. 20, No. 2 (2017), pp. 301-332.

<sup>104</sup> Nicolás Perrone, “The ‘invisible’ local communities: foreign investor obligations, inclusiveness, and the international investment regime”, pp. 19-21.

<sup>105</sup> Jonathan Bonnitcha, Lauge N. Skovgaard Poulsen and Michael Waibel, *The Political Economy of the Investment Treaty Regime*, p. 87.

<sup>106</sup> 贸发会议，《贸发会议国际投资制度改革一揽子计划》，第 55-58 页。

<sup>107</sup> Surya Deva, “Investors’ international law: beyond the present”, pp. 324 and 325.

为受投资相关项目影响的权利持有人提供类似的权利。简而言之，国际投资协定，特别是代表大多数仍然有效的协定的老一代条约，不仅体现了不平衡和不一致，而且助长了投资者的不负责任。迫切需要对此类协定进行系统性、整体性和变革性的改革，以确保它们有助于实现包容性和可持续发展。

75. 国际投资协定应鼓励投资者尊重人权，若未能鼓励他们尊重人权则应追究他们的责任；当然，国际投资协定这样做的能力存在不少限制。然而，各国尚未充分利用此类协定的潜力，即使在这些限制的范围内也是如此。在本报告中，工作组阐述了《指导原则》原则 9 的影响，并就如何利用国际投资协定的力量促进外国投资者的负责任行为提出了切实建议。

## B. 建议

76. 工作组建议各国：

- (a) 避免将国际投资协定视为吸引外资或实现经济发展的灵丹妙药；
- (b) 利用国际投资协定的潜力实现人权和可持续发展目标，并促进负责任企业行为；
- (c) 根据贸发会议和本报告提出的建议，终止或紧急改革所有现有的国际投资协定；
- (d) 利用贸易法委员会第三工作组改革进程，在多边环境下对国际投资协定进行实质性和系统性改革；
- (e) 今后只谈判符合其国际人权义务以及国家发展需要和优先事项的国际投资协定；
- (f) 培养谈判国际投资协定的官员的能力，促进同行学习，使他们能够采取更全面的方式制定投资政策；
- (g) 根据《贸易和投资协定对人权的影响评估指导原则》，对国际投资协定对人权和环境以及根据国内法和国际法为其提供的监管空间进行事前和事后影响评估；
- (h) 严格界定受国际投资协定保护的“投资”和“投资者”的含义；
- (i) 国际投资协定的保护仅适用于那些遵守适用法律并按照《指导原则》以及其他相关国家、区域和国际标准从事负责任企业行为的投资者；
- (j) 在国际投资协定中明确列入详细的公共政策例外情况，为保护人权或更普遍的公共利益的监管干预提供依据；
- (k) 公布国际投资协定文本草案，并邀请所有利益攸关方，包括所有相关法域的民间社会组织，在缔结此类协定之前提供意见；
- (l) 用公平、透明、独立、可预测和各方可在平等基础上获得、一致运作的争议解决机制取代投资人与国家间争议解决机制；

(m) 任命在人权、劳工权利和环境方面具有国际法专门知识和经验的审裁员，并在作出这类任命时考虑不同的多样性层面；

(n) 将其在工商企业与人权国家行动计划中作出的有关改革国际投资协定的承诺付诸实践。

77. 工作组建议投资者：

(a) 树立“投资促进可持续发展”的心态；

(b) 在整个投资周期中认真对待他们的人权责任，无论投资地点或背景如何；

(c) 在对各国提出仲裁申诉时，或在援引国际投资协定，对受影响社区为寻求对指称的侵犯人权行为的补救而提起的诉讼提出异议时，按照尊重人权的责任行事；

(d) 在进行投资之前以及在投资的整个生命周期中，与所有相关利益攸关方进行有意义的协商，开展促进性别平等的人权尽职调查；

(e) 遵守所有与人权和环境有关的法律和其他相关国际标准。

78. 工作组建议与投资有关的争议的审裁员：

(a) 以整体方式解释国际投资协定，特别是考虑到各国的国际人权义务、投资者的人权责任和义务以及个人和社区的人权；

(b) 邀请受影响社区和民间社会组织或允许其请求提交关于投资相关项目对人权或环境的任何据称不利影响的法庭之友书状，并参加仲裁程序；

(c) 如有需要，请专家证人就投资争议的人权层面提供指导；

(d) 申报任何可能被视为有损其独立性和公正性的实际或潜在利益冲突。

79. 工作组建议民间社会组织：

(a) 积极与各国接触，促进谈判符合其人权义务的国际投资协定；

(b) 继续开展倡导工作，确保投资者认真对待其人权责任和义务，并追究对人类或地球造成任何伤害的责任。