

国际投资协定中投资者责任强化研究

吕欣莹

上海政法学院国际法学院, 上海

收稿日期: 2024年3月13日; 录用日期: 2024年9月28日; 发布日期: 2024年10月9日

摘要

传统和现行的国际投资协定十分强调投资者保护, 让东道国单方面承担义务而忽略了投资者对等的责任问题。具体而言, 存在投资者滥用权利、东道国追责被动化及企业社会责任条款任意化的问题。在国际投资协定实体规则方面, 应进一步加强投资者义务法定化, 守好合理承担责任的边界。在投资者-国家间争端解决规则方面, 应着重赋予东道国提请仲裁资格、提高投资者启动仲裁门槛及重视理性投资者裁量标准, 从而避免投资者和东道国的利益对立化, 实现二者之间的责任平衡。

关键词

国际投资协定, 投资者责任, 东道国

Study on Strengthening Investor Responsibility in International Investment Agreements

Xinying Lv

School of International Law, Shanghai University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Mar. 13th, 2024; accepted: Sep. 28th, 2024; published: Oct. 9th, 2024

Abstract

Traditional and current international investment agreements place great emphasis on investor protection, placing unilateral obligations on host countries while ignoring the issue of reciprocal investor liability. Specifically, there are problems of abuse of rights by investors, passive accountability of host countries and arbitrary corporate social responsibility clauses. In terms of the substantive rules of international investment agreements, the legalization of investor obligations should be further strengthened, and the boundary of reasonable liability should be maintained. In terms of

Investor-State dispute settlement rules, emphasis should be placed on granting the host state the right to submit arbitration, raising the threshold for investors to initiate arbitration and attaching importance to the rational investor discretion standard, so as avoid the antagonism of the interests of investors and the host countries and achieve a balance of responsibilities between the two.

Keywords

International Investment Agreements, Investor Responsibility, Host Country

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 国际投资仲裁中投资者责任认定的现状

随着国际资本流动的频繁，国际投资协定(International Investment Agreements, IIAs)越来越丰富，研究内容从传统投资待遇和投资争端解决条款向环境保护、企业社会责任、东道国利益保护等方面发展。然而，对于投资者责任的规制问题，各类协定缄口不言。当东道国对投资者提出承担 IIAs 所规定的义务和责任的诉求时，IIAs 的现行做法是通过投资者与东道国争端解决(Investor-State Dispute Settlement, ISDS)机制进行，通常以国际仲裁作为首要方式。只有在投资者主动提起投资仲裁，东道国进行反诉或者反请求时，仲裁庭才让投资者对某些不当行为或失职行为负责，最后落实在减少对投资者不当行为的赔偿。此方法专注于两个关键策略，一个是将诉诸仲裁的机会限制在投资者行为上，另一个是减少对投资者不当行为的赔偿。

事实上，东道国和投资者在责任认定实践上的不平等根源于国际投资法体系对投资者权利的倾斜性保护。这种保护深受新自由主义影响，IIAs 以保护和促进投资作为目标，始终把投资者利益放在首要位置[1]。在协定的内容和形式设定上着重强调投资者权利，却忽视东道国的利益；在此基础上，ISDS 的建构目的之一便是促使投资者毋需用尽东道国国内救济手段直接诉诸国际层面而避免东道国法院程序的怪异无常。但该目的也间接地构成对东道国行政行为的司法审查而破坏了东道国国内行政管理秩序。实践中，仲裁庭适用和解释协定也倾向于保护投资者利益，东道国对其在协定中仅受保护的公共、安全利益的例外条款主张很难得到支持[2]。目前，片面强调投资者利益的制度被“嵌入式自由主义”所影响，国际社会开始强调资本对社会的义务和责任，但对于投资者在协定中应当承担的义务规定亟需国际社会的重视。

2. 强化投资者责任的必要性

2.1. 对国际投资的可持续发展要求

跨国投资往往伴随着投资者在东道国境内设立生产实业为开端。而在目前的国际投资类型中，能源、采矿、油气、纺织等行业的企业比比皆是，在国际投资争端解决中心(The International Center for Settlement of Investment Disputes, ICSID)最常见的争端类型中提到对环境存在影响的投资争端也占了一大部分。尽管近年来企业社会责任条款被频繁适用，“鼓励”投资者对其在东道国的投资活动产生的环境保护义务负责，但实际情况是鲜少有东道国以此规定向投资者追责并成功。另一方面，东道国相信自身有权通过国内法和补救措施来解决这些负面影响。然而，东道国政府、法院或者相关部门通过国内法对投资者污染情况作出的措施又往往被认为是对投资者权利的损害[3]。此种情况下东道国在可持续发展方面的预防

和救济路径微乎其微。从另一个层面讲，环境保护的第一责任人即是跨国投资者本身，从源头减少污染物质和发展符合可持续发展目标的投资是重中之重^[4]。正如 2023 年联合国贸易和发展会议(United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD)发布的《世界投资报告》¹所呼吁，从融资机制到投资政策等，要以可持续能源作为优先活动，加强符合可持续发展目标特别是清洁能源的投资。

2.2. 维护国际投资相关主体权益的需要

尽管东道国与投资者之间在国际投资协定层面并不存在直接法律关系，但东道国负有直接义务的对象便是投资者。因此，IIAs 乃至国际投资法体系对投资者权益的保障始终放在首位。反之，投资者也需要对东道国、其他法律主体和国际社会的法益进行保护。对东道国而言，其权益的维护需要投资者尊重东道国的主权，同时保护社会公共秩序、环境及人权等的公共利益。这是普遍存在且认可的投资者需要承担的义务和责任；当然，退一步讲，投资者责任的强化也是对投资者母国的法益保护。投资者的发展与投资者母国的财政息息相关，尽管二者的责任关系并不体现在 IIAs 内，但对于投资者在东道国义务和责任的规范便是其对母国财政稳定贡献的背书；另外，从国际社会而言，也需遵照人类命运共同体的号召，对人权保护、反腐败等问题进行明晰，对跨国投资者的责任进行明确和强化。

3. 目前规范投资者责任存在的问题

3.1. 投资者权利呈现扩大和滥用趋势

在投资者的保护上，国际投资法体系设定了公平公正待遇、充分保护和安全、保护伞条款等标准原则，旨在从协定的根本上捍卫投资者权利的地位。可以说，这是经济发展时代下的产物，对于经济稳定发展和推动外商投资是极具吸引力的。但随着资本流动的发展和投资仲裁对投资者利益的愈发偏袒，投资者的权利日益扩大甚至出现滥用的情况。从资本准入之时，投资者可能需要承担相应的准入义务并受到东道国的法律约束，如果投资者不遵守，它就有可能失去 ISDS 的使用权。但这种要求在设立阶段之后便不复存在。换句话讲，投资者在投资运作期间因违反“合规”条款并不能剥夺仲裁庭的管辖。因此，该机制成为投资者手中的一把利刃，以 IIAs 对投资者的保护为名，随时可以对东道国的相关法律或政策修改进行攻击，以巩固甚至扩大相关权利，而东道国往往以投资者违反“合规”条款进行辩诉也以被驳回而告终。仲裁裁决对双方利益的把握失衡，加上一直存在的仲裁裁决不一致性的问题，以澳大利亚²为例的部分国家计划退出 ISDS 机制，这也意味着国际投资仲裁制度面临正当性危机。

3.2. 东道国追责被动化

加拿大和欧盟订立的全球经济贸易协议(Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA)提出了设立上诉法庭和未来设立国际投资法庭的目标³，但该目标短期内并不能实现。于东道国而言，根据国际投资协定追究投资者责任仍然是一件难事。大多数 BITs 条款都明确规定，只有投资者才能向东道国提起仲裁索赔。这也就意味着投资者提起投资争端是东道国索赔的前提，其追责路径被动化。在投资合同层面，东道国有权以合同主体，依据投资者违反投资合同下的义务条款提请仲裁或诉讼；而在 IIAs 层面，投资者单方请求权的机制无疑是将东道国请求权的资格扼杀在摇篮之中。即使通过投资者提起仲裁程序进入争端解决阶段，东道国对于投资者在成立后的违法行为的责任认定标准也只是共同过失。如果投资者对造成的损失做出了贡献，并且对其贡献存在过错，那么东道国可以利用共同过错原则将部分责任转

¹<https://unctad.org/publication/world-investment-report-2023>

²2022 年 11 月，澳大利亚贸易部部长宣布联邦政府将在未来的自由贸易协议中取消 ISDS 条款，并将试图削弱该条款对现有协议的影响。

³Section F, Chapter 8 of CETA.

移给投资者。可见，这种追责途径也仅仅以东道国减轻自身对投资者的赔偿为结果，从本质上讲仍然以东道国败诉告终，东道国依旧是赔偿主体。在这种仲裁程序缺陷背景下，“寒蝉效应”的发生也不足为奇[5]。

3.3. 企业社会责任条款任意化

企业社会责任即 CSR (Corporate Social Responsibility)，是企业在建设过程中承担法律义务的同时，还要承担对公共社会、消费者、和环境等的义务。IIAs 直接以条约的形式约束当事人不同，企业社会责任在大多数国家属于非约束力的“软法”，这也就意味着违反企业社会责任并不会受到法律的“硬法”处置，投资者也可以用该制度灵活应对跨国投资的不确定性和风险性。一定程度上，该制度符合东道国的国内法对社会公共利益的保护需要，但该制度与东道国国内法都不是能够在国际投资仲裁中约束投资者的直接方法[6]。晚近随着国际投资条约的发展，有部分国家将企业社会责任纳入投资条约中，例如 CETA 对可持续发展，劳工和环境进行了规定⁴。然而，企业社会责任条款仍旧以“自愿”、“鼓励”、“尽最大努力”等措辞存在于条约中，其本身的性质与 IIAs 的性质存在较大的矛盾。在此情况下，各国对于企业社会责任条款在条约中的存在形式规定也是五花八门，并没有相关的指引和规范。最新的发展中一些投资条约开始把“企业社会责任”概念延伸到“负责任的企业行为”(Responsible Business Conduct)，如加拿大外国投资促进和保护协定(Foreign Investment Promotion and Protection Agreement, FIPA)第 16 条，但仍旧对企业社会责任条款法律化、细致化帮助不大。

4. 强化投资者责任的路径

4.1. 国际投资协定实体规则的完善

1. 投资者义务法定化

包括联合国贸易和发展会议在内的国际组织与部分国家已经提出建议，在投资协定中加入投资者义务，分明列举以解决当前投资者权利与义务的失衡问题。可以说，直接在 IIAs 中引入投资者义务符合东道国对外资按照条约标准保护公共利益的合理期待，也是其对国内劳工、环境及公共利益等被破坏后寻求救济的法律依据[7]。尽管根据合同相对原则，合同第三方的义务约束须得到同意，而 IIAs 是东道国与投资者母国之间签订的协定，投资者并不是真正的缔约方，其承担义务的路径在合同领域不存在理论依据；但如果根据赋权附义务理论，权利的享有必然需要承担相应的义务，不需要第三方的同意，那么投资者义务即成为享受 IIAs 的权利所附带的内在限制。

从另一方面而言，完善企业社会责任条款，将关于信息披露、劳工和环境保护方面的企业社会责任上升为法律义务也是强化投资者义务的重要方面。企业社会责任标准最早出现于亚太经合组织《跨国企业准则》，自被提出之日起便被各国学者广泛讨论和认可。事实证明，国际投资者需要承担的不单是法律责任，更要承担相应的社会责任，这是《可持续发展投资框架》的规定也是国际投资持续健康发展的必然。进一步讲，由于企业社会责任标准并没有硬法的强制性与约束性，因此实践中出现过投资者以巨大的赔偿申请威胁东道国撤回对投资者没有遵守社会义务采取的国家措施。因此，对于部分较为重要的义务如人权、环境保护和反腐败，以列举的形式上升为法律义务便十分重要。可以说，综合投资者义务法定化是对东道国主权的尊重，更有利于构建综合性、普遍性的国际投资环境。

2. 守好合理承担责任的边界

尽管投资者义务和责任亟需得到强化，然而这并不意味着在 IIAs 中单纯增加规定，也不意味着对投资者设置严苛的法律责任。国际投资始终以稳定和促进投资为目标，如若没有足够公平公正甚至有所优

⁴Chapter 22-24 of CETA.

待的投资环境，即使东道国潜在的投资利益巨大，大部分企业并不会冒险进行跨国投资，这将与国际投资法的立法宗旨背道而驰。从权利和义务对应关系而言，目前投资者在 IIAs 中的义务并不与其应承担的权利相对应，但也并不意味着需要一味加强义务条款以严格规范投资者权利和责任的等同性。国际投资协定的模式和精神要求并不是把东道国和投资者的利益相对立，而是在投资者享受保护和权利的基础上承担相应的义务。因此，投资者承担责任的边界应依赖于重点权利条款，以附义务条款形式存在并以此追究相关责任[8]。综上，需要从投资各阶段进行界定和规范，在倾斜性保护投资者利益的基础上强化其责任，进而保护东道国利益，平衡跨国投资各方的关系，避免出现放任自流亦或是矫枉过正的局面。

4.2. 投资者 - 国家间争端解决规则的完善

1. 赋予东道国提请仲裁资格

目前，通过反诉的间接方式，东道国不得等待投资者对其提出索赔才能进行主张，但也并不是所有协定均允许东道国提起反诉[9]。相比于此，直接赋予东道国提请仲裁资格的方式对东道国而言更为主动和公平。这一路径使东道国在主体资格上具有合法性和合理性，是东道国实现直接追责的前提，可以为寻求追究投资者责任的东道国提供更好的司法途径。在实现方式上，最突出的前提是将投资者义务纳入 IIAs，在投资者未承担“一定义务”而直接违反 IIAs 时，东道国将直接向 ISDS 提起仲裁，对这种违反义务的行为进行控诉从而达到让投资者承担责任的作用。而“一定义务”的规定也仅限于违反东道国国内法的部分情形，如违反人权、金融审慎、环境规定等。在原有基础之上，投资者常常利用 ISDS 对东道国国内法的管辖进行排除，若东道国具有提请资格，那么便可以利用该规定先一步提请仲裁，在因投资者不当行为而对其提起国内诉讼却引起的拒绝管辖风险上争取了主动权。如果将投资者义务规定于 IIAs 中是事前预防的基础，那么赋予提请仲裁资格应当是发生投资争端后东道国寻求救济的基点。

2. 提高投资者启动仲裁门槛

如前文所言，即使企业社会责任条款在 IIAs 中未被明确规定性质，但其所规定的人权、环境、劳工及反腐败等的问题是不可忽略的，而“自愿”、“促进”、“鼓励”等方式显然不能使投资者主动承担其义务，并对不承担义务造成的后果负责。从另一方面而言，东道国国内法一直是投资者需要遵守的，然而由于 ISDS 机制使得很多情况下东道国的管辖被国际投资仲裁所排除，东道国并不能完全以国内法规制投资者的行为。尽管东道国可以以投资者违反例外条款进行抗辩，但其效果也是差强人意。对投资者进行保护不意味着其可以无限制地寻求仲裁保护。考虑至此，如若以启动仲裁条件作为约束，要求投资者在启动投资仲裁前必须遵守协定所规定的企业社会责任条款或与该条款所保护法益相同的东道国国内法，法律才能启动程序，那么在一定程度上对投资者的任意行为起到了威慑的作用，也间接消除了企业社会责任条款名为“条款”实无约束和强制性的消极作用。但在实践上，对投资者启动仲裁的前置条件进行预先审查是对仲裁庭的考验，具体的审查标准、程度和方式仍值得进一步思考。

3. 重视理性投资者裁量标准

通说认为，理性投资者标准借鉴了英美法系的“理性人”(reasonable person)概念[10]。该标准以客观和中性角度入手，既判断投资者是否具有救济资格及其范围，也对投资者在寻求救济过程中的合理性做出了规定。从这个层面而言，理性投资者标准贯穿了国际投资法律关系发展的各个阶段，对投资者责任认定的影响更加全面，因此对该标准在 IIAs 中的地位应予以重视。理性投资者裁量标准便是在国际投资仲裁阶段仲裁庭和被申请方所使用，以谨慎、理智、理性或勤勉投资者的标准判断投资者的义务责任，审查投资者在投资过程中的规范性要求包括但不限于在投资前对东道国开展尽职调查、基于调查的风险采取必要且合理的预防措施、及时调整投资决策、发生损害时采取措施补救并避免损害扩大和对东道国投资保护措施的合理期待等。值得注意的是，理性投资者裁量标准不是死板和固化的，需要仲裁庭结合

其他规则和 IIAs 的基本背景作出判断；由于该标准并未在国际投资条约和国际法原则中明确，因此需在 IIAs 中明确约定。不可忽略的是，该标准的适用受到仲裁庭自由裁量权的影响，存在适用的结果与目的不一致的可能性。

参考文献

- [1] [德]鲁道夫·多尔查, [奥]克里斯托弗·朔伊尔. 国际投资法原则(第二版) [M]. 祁欢, 施进, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2014.
- [2] 余劲松. 国际投资条约仲裁中投资者与东道国权益保护平衡问题研究[J]. 中国法学, 2011(2): 132-143.
- [3] 魏德红. 投资者-国家争端解决(ISDS)机制转型研究[D]: [博士学位论文]. 长春: 吉林大学, 2020.
- [4] Lahey, T. (2019) Using Bilateral Investment Treaties to Promote Corporate Social Responsibility and Stimulate Sustainable Development. *Rutgers Business Law Review*, **15**, 1-25.
- [5] 肖灵敏. 投资者与东道国争端解决机制的改革模式研究[D]: [博士学位论文]. 上海: 华东政法大学, 2019.
- [6] 刘俊梅. 晚近国际投资协定中的企业社会责任条款: 国际趋势及中国因应[J]. 武大国际法评论, 2023, 7(1): 134-157.
- [7] 黄世席. 论国际投资条约中企业社会责任条款的强化[J]. 法学, 2023(3): 178-192.
- [8] 黄丽萍. 国际投资条约中投资者义务法定化研究[D]: [博士学位论文]. 武汉: 武汉大学, 2022.
- [9] Jarrett, M., Puig, S. and Ratner, S. (2023) Towards Greater Investor Accountability: Indirect Actions, Direct Actions by States and Direct Actions by Individuals. *Journal of International Dispute Settlement*, **14**, 259-280. <https://doi.org/10.1093/jnlids/idab035>
- [10] 黄丽萍. 国际投资仲裁中的投资者责任: 促成过错与理性投资者标准[J]. 环球法律评论, 2022, 44(3): 179-192.