

双边投资条约可持续发展原则研究

张文恺

宁波大学, 浙江 宁波

收稿日期: 2022年8月1日; 录用日期: 2022年8月17日; 发布日期: 2022年9月1日

摘要

可持续发展原则自1987年在《布伦特兰报告》中首次提出后, 通过历次环境会议和相关文件逐渐扩大了影响力, 已然成为一项国际法原则。与此同时, 双边投资条约作为国际投资法的重要渊源, 纳入可持续发展原则的呼声越来越高。无论是条约序言中可持续发展目标的明确表达, 抑或是传统条款完善可持续发展的例外情形, 乃至是条约中新增环境条款、人权条款, 无一不彰显了双边投资条约对于可持续发展原则的积极态度。我国作为兼具“投资输入国”、“投资输出国”双重身份的新兴经济体, 在双边投资条约的订立过程中, 也愈来愈注重可持续发展原则的体现。

关键词

双边投资条约, 可持续发展原则, 条款革新

Study on the Principles of Sustainable Development of BITs

Wenkai Zhang

Ningbo University, Ningbo Zhejiang

Received: Aug. 1st, 2022; accepted: Aug. 17th, 2022; published: Sep. 1st, 2022

Abstract

The principles of sustainable development have been adopted since they were first introduced in the Brundtland Report in 1987. The relevant documents have gradually expanded their influence, and the principle of sustainable development has become a principle of international law. At the same time, BITs, as important sources of IIA, embody this trend. Whether it is the explicit expression of the SDGs in the preamble of the treaty, or the expropriation clauses of traditional clauses, the exceptions to the improvement of sustainable development, or even the addition of environmental clauses and human rights clauses to the treaties, all of them demonstrate the positive attitude of

BITs to the principles of sustainable development. As an emerging economy with the dual identities of “investment importer” and “investment exporter”, China has paid more and more attention to the embodiment of the principle of sustainable development in the process of formulating China’s bilateral investment treaties.

Keywords

Bilateral Investment Treaties, Principles of Sustainable Development, Clause Innovation

Copyright © 2022 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. 引言

可持续发展这一最早针对环境领域提出的概念，在世界范围内得到广泛认可，已然成为一项国际法原则，其影响力不再局限于国际环境法领域，国际投资法、国际金融法等领域也得以见其身影。传统双边投资条约存在着投资者与东道国权利义务失衡、片面重视投资保护的问题，在这样的背景下，双边投资条约开始将可持续发展原则作为指导原则，本文意在研究双边投资条约可持续发展原则的缘起及其发展，并进一步论述我国双边投资条约可持续发展的趋势。

2. 双边投资条约可持续发展原则的缘起

2.1. 可持续发展原则成为一项国际法原则

可持续发展最早是针对环境问题提出的，在 1987 年挪威前首相布伦特兰夫人领导的世界环境与发展委员会向联合国大会所提交的《布伦特兰报告》之中，“可持续发展”这一概念被正式提出。^[1]随着巴西里约热内卢召开的“环境与发展首脑峰会”上《里约环境与发展宣言》《21 世纪议程》以及《气候变化框架公约》等一系列以可持续发展为核心的重要文件的通过，联合国首脑会议达成的《可持续发展 2030 议程》中一系列可持续发展目标的提出，可持续发展的影响力不断攀升。

目前，可持续发展原则广泛存在于国家间订立的双边或多边条约、政府文件、会议资料、领导人讲话中，国际法院亦不否认其具有某种特殊地位。正如拉曼特雷法官(Judge C. Weeramantry)在“盖巴契科夫—拉基玛洛水坝工程”案的异议意见中所言，“可持续发展的原则是——现代国际法的组成部分，这不仅是因为其具有必然存在的逻辑，也在于全球已普遍、广泛地认可该原则。”^[2]随着 2002 年国际法协会在印度新德里“可持续发展有关的国际法原则”这一宣言的提出，可持续发展原则在国际法中的原则地位得到进一步巩固和发展。^[3]

可持续发展原则成为一项公认的国际法原则，例如，在国际贸易法领域，世界贸易组织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，有关 WTO 体系下的协议中纳入劳工标准的讨论也一直如火如荼；在国际投资领域，联合国贸发会在《2010 年世界投资报告》中直接提出“增强国际投资协定与处理其他广泛的社会、经济和环境关切领域的公共政策的互动”，¹在《2012 年世界投资报告》中提出了国际投资协定向可持续发展方向改革的目标，并发布了《可持续发展的投资政策框架》。

¹UNCTAD, World Investment Report 2010, United Nations, 2010, p. 90.

2.2. 可持续发展原则成为双边投资条约的指导原则

步入 21 世纪, 人类面临着深刻的全球性危机, 各国逐渐认识到, 以邻为壑、“零和博弈”等传统的国际关系观念难以应对新兴的发展问题, 可持续发展原则逐渐走向世界舞台的中心。在这一过程中, 双边投资条约的指导原则也随之转变。双边投资条约是缔约双方在谈判的基础上签订的解决投资相关问题的协议, 传统投资条约大多以美式条约和德式条约为模板, 美式条约看中政治风险的防范和资本的自由转移, 主要目的是保护本国的投资者以及本国在东道国的投资, 对东道国的征收、国有化等管制行为施加诸多限制, 并通过保护伞条款、投资者 - 国家争端解决机制等条款要求东道国承担更多的义务与责任。德式条约则条款结构简单, 主要包括投资定义条款、国民待遇条款、最惠国待遇条款等, 亦强调本国资本所受到的公平待遇。不可否认, 早期的发达国家诸如美国、德国等国家, 率先通过工业化积累了资本, 大部分作为资本输出国在条约订立中占据主导地位, 加之又具备较为成熟的双边投资条约范本, 无疑在条约订立中拥有了更大的话语权。

但发达国家并不满足于此, 乘着世界经济一体化的浪潮, 借助其在双边投资条约缔结中的优势地位, 以美国为首的发达国家进一步推行自由化性质的投资条约谈判策略, 条约进一步纳入准入自由化、消除履行要求、提高投资待遇等内容, [4]无论是将投资待遇延伸到投资准入阶段, 抑或是扩大投资的定义, 还是通过最惠国待遇条款实现条约间的“连结”, 资本输出国仍不改其寻求利益最大化的本色。美国等发达国家鼓吹双边投资条约“投资自由化”的指导原则, 是为了美化其偏向投资者的缔约目的, 一味强调投资自由却罔顾发展中国家的经济发展现状, 鼓吹扩大条约开放程度和提高投资者待遇标准, 要求东道国对其引入的投资施加最少的管制, 后果是该原则指导下的双边投资条约片面注重保护投资者的利益, 东道国的权利得不到保障。例如, 美国所提倡的“准入前国民待遇”条款, 使得东道国进一步丧失对所引进外资的控制权; 西方国家普遍认可的征收赔偿标准所适用的“赫尔规则”, 使得东道国在赔偿方面面临巨大的压力。

国际投资仲裁目前的运行机制, 是双方指定仲裁员, 而且仲裁“一裁终局”、不对外公开, 仲裁员拥有一定程度的自由裁量权, 与此同时, 无论是出于自身利益的考虑, 还是偏爱保守的文义解释方法以尊重缔约方的缔约意图, 仲裁员偏向投资者的倾向明显。再加上条款内容上东道国与投资者间利益严重失衡, 仲裁庭条款解释时往往忽视东道国发展权益, 使得东道国正常的规制行为也受到影响。例如, 在 *Metalclad v. Mexico* 案中, 索赔人 *Metalclad* 声称墨西哥政府干扰了其危险废物填埋场的开发和运作, 违反了 NAFTA 投资条款第 11 章第 1105 条公平公正待遇条款和第 1110 条征收条款。尽管墨西哥政府拒绝危险废物填埋场的开发和运作, 是出于环境保护的需要, 是为了在那片土地上建立仙人掌自然保护区, 在 *Metalclad* 提出索赔之后, 墨西哥政府亦颁布了《生态法令》。但仲裁庭认为无需决定或考虑通过《生态法令》的动机或意图, 执行《生态法令》本身就构成等同于征收的行为, 并一步决定了墨西哥政府应该给予相应的赔偿。²

治标需治本, 在这样的背景下, 致力于实现“可持续发展”的双边投资条约应运而生。可持续发展原则是内涵于经济全球化而又超越经济全球化的一种经过认真反思的关于人类生存和发展的崭新理念, 其不同于传统单纯追求经济增长的发展模式, 而是一种人本主义的, 谋求实现经济、社会和环境之间协调持续发展的全新发展模式。[5]可持续发展原则与双边投资条约的结合, 使得双边投资条约这一以促进和保护投资为主要属性的条约, 已不再片面追求引进外资、保护投资者的单一目的, 开始思考在投资过程中如何减少对东道国的环境污染, 如何维护东道国保护国民健康的正常规制权, 如何解决跨国公司压榨剥削劳工的问题, 正式将实现经济、环境、社会领域的可持续发展作为条约的另一目标。

²*Metalclad Corp. v. the United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, paras 86, 111.

3. 双边投资条约可持续发展原则的发展

3.1. 双边投资条约序言纳入可持续发展目标

双边投资条约可持续发展原则的发展，首先体现在序言中可持续发展目标的出现。尽管序言

部分缺乏相应的法律约束力，但无论是学界还是仲裁庭都不否认条约序言在条约解释中发挥的重要作用，在条约序言中纳入可持续发展目标，一方面可以展现缔约宗旨不再是“唯投资保护论”；另一方面可以在仲裁庭解释条约时发挥辅助作用，帮助扭转偏袒投资者的仲裁倾向，考虑东道国合理的发展需求。因此，在序言纳入可持续发展目标成为越来越多的双边投资条约的选择，例如，加拿大与欧盟之间的自由贸易协定(Comprehensive Economic and Trade Agreement，简称 CETA)序言部分，“重申其对促进可持续发展和国际贸易发展的承诺，以在经济，社会和环境方面为可持续发展作出贡献”³；欧盟—越南 BIT 序言部分强调缔约双方将遵循自由贸易协定下的可持续发展原则；⁴中日韩投资条约、中国—特立尼达和多巴哥共和国双边投资条约序言提到，同意在不放松对健康、安全和环保措施的普遍适用情况下实现这些目标。⁵

3.2. 双边投资条约传统条款补充可持续发展例外情形

征收条款明确要求东道国的征收满足一定的条件并提供相应的补偿，因此，东道国直接征收的情形较为少见，争议较大的是间接征收。双边投资条约缺乏对间接征收的准确定义，往往采取诸如“效果类似于征收行为”、“类似措施”、“具有相同效果的其他措施”等语义模糊的表达，这就导致：一方面，外国投资者以东道国的行为构成征收为由诉诸仲裁庭时具有较大的自主权，投资者频频以东道国违反征收条款为由提起仲裁；另一方面仲裁庭在认定是否构成征收行为时也具有较大的自主权，东道国的行为哪怕是出于公共利益的目的，也存在认定为征收的风险。例如，在 Tecmed 诉墨西哥一案中，仲裁庭陈述道：“政府的意图远不如措施效果给资产所有者造成的影响或被措施影响到的资产的收益重要；剥夺措施的形式远不如其实际效果重要。”⁶在 Santa Elena 诉哥斯达黎加一案中，仲裁庭表示：“征收性环境条例——不管对整体社会而言有多值得赞赏和有多大的收益——在此看来，都与其他任何征收性的措施类似，是国家为了实施其政策而可能采取的：一旦出现了征收，即使是出于环境保护的目的，无论是出现在国内还是国际，该国进行赔偿的责任保持不变。”⁷

为了规避上述风险，已经有部分双边投资条约在征收附件部分明确征收的判断标准，要求兼采效果与性质标准，一定程度上降低了东道国的行为被任意定性为征收的风险，但更为保险的举措是缔约国在征收条款中直接排除基于可持续发展目的所采取的管制措施的非法性。例如，美国 2012 年 BIT 范本征收条款明确基于保护合法的公共福利目标如公共健康、安全和环境等的非歧视管理行为，不构成间接征收。

8

早期的双边投资条约例外条款的例外情形重点关注国家安全，例如，RCEP 安全例外条款指出，“本章的任何规定不得解释为：(一)要求一缔约方提供或允许获得其确定披露会违背其基本安全利益的任何信息；或者(二)阻止一缔约方为下列目的适用其认为必要的措施：1) 履行其维持或恢复国际和平或安全的义务；或者 2) 保护其自身根本安全利益。”⁹安全利益是国家最根本的利益，随着各国经济社会发展面

³《加拿大与欧盟之间的自由贸易协定》序言。

⁴《欧盟与越南双边投资条约》序言。

⁵《中华人民共和国政府和特立尼达和多巴哥共和国政府关于鼓励促进和保护投资协定》序言、《中华人民共和国政府、日本国政府及大韩民国政府关于促进、便利及保护投资的协定》序言。

⁶Tecmed v Mexico, Award, 29 May 2003.

⁷Santa Elena v Costa Rica, Award, 17 February 2000.

⁸美国 2012 年 BIT 范本附件 B 征收条款 4(b)。

⁹《区域全面经济伙伴关系协定》第 10 章第 15 条。

对的风险和挑战愈来愈多样化,宏观的安全例外不足以囊括国家所面对的各种风险。因此,为了切实保障缔约国的公共利益,国际投资协定考虑应纳入公共道德、公共秩序和公共健康例外(或一般例外)。^[6]

从安全例外条款到一般例外条款,例外情形中不变的是对国家安全的关切,变化的是新增了与可持续发展相关的内容,这些情形囊括了公共健康、公共安全、环境、文化等不同领域,体现了双边投资条约可持续发展改革的导向。例如,CPTPP的例外条款表明积极考虑与环境、卫生或其他监管目标的开展所适合的任何措施;¹⁰CETA的例外条款明确缔约双方为实现保护公共健康,安全,环境或公共道德,社会或消费者保护或促进和保护文化多样性等目标而采取调节措施的权利。¹¹

3.3. 双边投资条约新增可持续发展专门条款

可持续发展的一大支柱是环境领域,与此相适应,可持续发展原则导向的双边投资条约不仅在征收条款、公平公正待遇条款、保护伞条款等为东道国设立严格责任与义务的条款中规定环境保护的例外情形,更为先进的做法是订立专门的投资与环境条款。其中有代表性的是2012年美国双边投资协定范本,该范本第12条就是专门的投资与环境条款,该条款要求缔约方不得“搁置或减损”本国的环境保护法的立法宗旨或目的来吸引外资;不得消极执行国内环境保护法来吸引外资;并要对本国国内环境保护法与多边环境条约的施行做出承诺。^[7]就条款本身而言,对于缔约方的环境保护设立了较为严格的责任,是有益于可持续发展目标的实现的。环境保护相关条款有关缔约方不得降低环境保护的要求,可以有效的降低对环境的损害,对环境保护提出更高要求的是在条款中直接规定缔约方应该采取的环境保护的举措。例如,欧日在投资条约中强调,须有效执行《气候变化框架公约》和《巴黎协定》,以实现公约既定的最终目标。¹²

从北美自由贸易协定首次出现环境保护条款以来,国际投资协定中的环境保护条款的身影越来越多,但也应该认识到,环境保护的成本高昂,考虑到发展中国家背负着的发展压力以及与发达国家实力间的差距,一味地要求发展中国家做出相同的改变与回应不仅不合时宜,而且有违公平,发达国家应该率先做出改变,发展中国家可以在立足本国国情的基础上逐渐做出改变。

传统的双边投资条约由发达国家主导,以逐利为天性的投资者不会考虑东道国的人权保护问题,而条约中缺乏人权保护相关条款,又进一步使得东道国的人权保护措施难以得到仲裁庭的支持。例如,Azurix Corp v. Argentina案中,阿根廷表示此案涉及其在人权法与投资条约项下的义务的冲突,并提出解决此种冲突应该优先考虑人权义务。¹³仲裁庭认同阿根廷所采取的措施具有公益目的,但拒绝接受阿根廷关于人权义务应优先于投资保护义务的观点。^[8]此外,东道国的人权保护现状堪忧,发展中国家出于引进外资、发展经济的需要,不惜降低劳工保护标准作为吸引外资的“竞争优势”,^[9]廉价的劳动力确实吸引了大量跨国公司,但这些跨国公司在发展中国家投资建设初级工厂,利用转移污染源的方式对东道国国民健康造成损伤,又本着降低成本的考量在吸纳劳动力的同时却不给予与母国同等的劳工保护,压榨、剥削劳动力的现象时有发生,也时常因为劳工纠纷见诸报端,有些甚至成为臭名昭著的黑心企业。

与环境保护的思路类似,东道国一方面可以在征收条款、公平公正待遇条款、例外条款中纳入保护公共健康的相关情形,例如,中-加双边投资条约表明,“缔约方承认,通过豁免、宽松或其他违背国内健康、安全或环保措施以鼓励投资是不合适的”¹⁴;另一方面也可以设立单独的劳工保护条款,例如,美国2012年双边投资条约范本第13条就是投资与劳工条款,其中明确了缔约双方需要确认他们作为国际劳工组织(ILO)的成员所各自承担的义务,以及他们在《国际劳工组织关于工作中基本原则和权利宣言

¹⁰Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP)第9.16条。

¹¹加拿大与欧盟之间的自由贸易协定(Comprehensive Economic and Trade Agreement,简称CETA)第8.9条。

¹²Agreement between the EU and Japan for an Economic Partnership.

¹³Azurix Corp v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB /01/12.

¹⁴《中华人民共和国政府和加拿大政府关于促进和相互保护投资的协定》第18条。

及后续措施》下的义务，并强调通过削弱或减少国内劳动法规提供的保护来鼓励投资是不可取的。

4. 中国双边投资条约可持续发展原则的体现

4.1. 新近双边投资条约关注利益平衡

传统投资协定未能适应国际社会发展的需要，正是因为其未能协调投资者、东道国间的

利益关系。投资条约过于保护外国投资者，从而引发了对国内投资者反向歧视的担忧，即使是为解决纠纷而设的投资仲裁机制，也不免为实力强大的外国投资者提供了特殊保护。失衡的条款设计也导致了仲裁庭偏袒投资者的倾向，即使是正在遭受严重经济危机的阿根廷为了维护本国的经济稳定、保障社会稳定所采取的一系列措施，也因为触犯了投资者的既得利益而被解释成为违反征收条款的行为，反而面临着巨额赔偿。我国作为国际贸易飞速发展的大国，兼具投资输入国和输出国的双重身份；同时我国也是最大的发展中国家，我们始终看中南南合作，也着力构建国际多边的新发展格局，因此我们更加注重投资者－东道国间的利益平衡。

为了保护东道国的发展权益，我国新近双边投资条约在征收条款、一般例外条款中明确纳入了与可持续发展息息相关的情形，例如公共健康的保护、环境、自然资源的保护、动植物安全等等。例如，中乌、中土双边投资条约征收条款规定，“除非在例外情形下，例如所采取的措施严重超过维护相应正当公共福利的必要时，缔约一方采取的旨在保护公共健康、安全及环境等在内的正当公共福利的非歧视的管制措施，不构成间接征收。”¹⁵ 中－土、中－加双边投资条约一般例外条款阐明，不得禁止缔约方为保护人类、动物或植物的生命或健康，或为保护环境而设计和采取的措施，以及与保存有机或无机的可耗竭自然资源有关的措施。¹⁶

4.2. 新近双边投资条约关注环境、劳工保护

我国的双边投资条约可持续发展原则还体现在专门的环境条款的出现，例如，中－毛双边投资条约明确规定，“该协定不得限制缔约国为环境保护目的而采取的禁止、限制或其他任何措施”¹⁷；中－坦双边投资条约也规定，“本协定不得被视为禁止缔约国为保护人类、动物或植物生命与健康而采取环境措施；同时，缔约国不得被武断或不公正地实施环境措施，亦不得将环境措施作为对国际投资的隐藏限制。”我国现有的劳工条款主要还是围绕加强劳工、社会保障领域的合作，未规定具体的内容，¹⁸ 诚然，我国劳工保护起步较晚，基础薄弱，较高的劳工保护标准会增加我国的负担，削弱我国的引资优势，甚至成为外国指摘我国人权保护不利的借口。但我国正逐步考虑纳入劳工保护相关条款，例如，《中欧全面投资协定》中国承诺在劳工领域不降低保护标准以吸引投资，不为保护主义目的使用劳工标准，并遵守有关条约中的国际义务。

5. 结语

诚然，在条约中订入环境保护、劳工保护相关条款，对整个人类社会的可持续发展的积极意义是不可否认的。但协定中纳入上述条款也应考虑到国家的经济发展水平、经济发展目标、环境保护、人权保护所面临的压力等因素，我们应该认识到我国与发达国家在发展阶段上的差距，环境保护需要投入大量的资金和人力成本，劳工保护也可能使我国劳动力市场的优势不再，这些都是对我国的经济发展较为不

¹⁵ 《中国与乌兹别克斯坦双边投资协定》第6条第3款，《中华人民共和国政府和土耳其共和国政府关于相互促进和保护投资协定》第5条第3款。

¹⁶ 《中华人民共和国政府和土耳其共和国政府关于相互促进和保护投资协定》第4条，《中华人民共和国政府和加拿大政府关于促进和相互保护投资的协定》第33条。

¹⁷ 《中华人民共和国政府与毛里求斯共和国政府关于相互促进和保护投资协定》第11条。

¹⁸ 《中国－智利自由贸易协定》第108条，《中国－瑞士自由贸易协定》第13.5条。

利的因素。但道路是曲折的，前途是光明的。首先，我国的经济发展面临转型的压力，我们主动提出了“绿色”“高质量”的发展模式，条约的可持续发展方向与我国的经济转型目标是一致的；其次，在我国现阶段最重要的一带一路的战略中，我们国家的身份正从较大的“投资输入国”向“投资输出国”转变，我们面对的投资东道国，有很多都是经济与法治不甚发达的发展中国家。因此，条约中纳入可持续发展的条款，既符合我国负责任的大国形象，也有利于在对外投资中对我国投资者的保护，但是改变不能一蹴而就，我国已经开始做出尝试，未来也应该保持着开放的心态，以是否有利于我国经济发展为落脚点，逐步考虑向“可持续发展”条约的方向转型。

参考文献

- [1] 邓烈. 论“可持续发展”概念在国际法上的意涵[J]. 中国法学, 2009(4): 122-130.
- [2] International Court of Justice (1997) Separate Opinion of Vice-President Weeramantry. Gabčíkovo-NAGYMAROS Project, Judgment, ICJ Report 1997, 88 p.
- [3] 龚柏华. 论境外投资规制中可持续发展理念[J]. 政法论丛, 2022(2): 3-13.
- [4] 刘笋. 国际法的人本化趋势与国际投资法的革新[J]. 法学研究, 2011(4): 196-208.
- [5] 张光. 双边投资条约的公益化革新[J]. 当代法学, 2013, 27(5): 149-160.
- [6] 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.
- [7] 梁开银. 美国 BIT 范本 2012 年修订之评析——以中美 BIT 谈判为视角[J]. 法治研究, 2014(7): 89-98.
- [8] Meshel, T. (2015) Human Rights in Investor-State Arbitration: The Human Right to Water and Beyond. *Journal of International Dispute Settlement*, 6, 277-307. <https://doi.org/10.1093/jnlids/idv007>
- [9] 韩立余. 国际投资法[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2018.