

doi:10.16060/j.cnki.issn2095-8072.2019.04.006

论国际投资条约的可持续发展转变及其困境*

黄琳琳

(华东政法大学国际法学院, 上海 200042)

摘要: 可持续发展理念的深入发展对国际投资条约产生了深远的影响, 包括增加环境劳工条款、重新界定公平公正待遇与间接征收条款的范围、限制投资者与东道国争端解决机制的启动以及提升企业的社会责任感。部分国家和国际组织在国内和/或国际层面进行了实践, 一方面是由于国际投资条约本身形式的转变, 另一方面是基于国际投资基本理念的变化。但对于实现可持续发展具体投资条款的内容, 国际社会尚未达成一致, 甚至争议激烈, 传统国际投资条约依然主导国际投资发展。中国作为由商品输出到资本输出转变的大国以及“一带一路”倡议下的投资国, 需要在国际投资条约中就中国的利益提出具体的要求, 支持可持续发展转变的基本理念, 并持续关注国际投资条约具体条款的可持续发展转变。

关键词: 国际投资条约; 可持续发展转变; 投资条款

中图分类号: D996.4

文献标识码: A

文章编号: 2095-8072(2019)04-0066-12

2012年联合国贸易与发展会议(UNCTAD)公布该年度《世界投资报告》, 指出: “当前国际投资条约^①处在平衡投资者与东道国之间的利益、保证相关国际投资条款能够实现可持续发展目标的转折阶段。”2015年, 联合国可持续发展峰会特别提到: “国际投资条约应当在促进国际投资的可持续发展方面发挥引领的作用, 助力国际投资的可持续发展。”^②2016年, 二十国集团(G20)再次呼吁道: “投资应与可持续发展和包容性增长的目标相一致。”^③可见, 推动国际投资条约的可持续发展转变已为国际投资领域所关注。国内方面, 党的十九大报告将“可持续发展”作为国家的战略之一, 涵盖到经济、社会、生活、文化的各个方面。然而, 在国际投资领域, 何为国际投资条约的可持续发展转变? 国际投资条约的可持续发展转变的具体实践及其原因是什么? 国际投资条约在可持续发展转变过程中还存在何种困境? 我国国际投资条约又将怎样应对? 本文试图回答上述问题。

一、国际投资条约可持续发展转变的含义

虽然国内外就国际投资条约的可持续发展讨论日趋增多, 但鲜有论著对国际投资条约的可持续发展转变进行界定, 如UNCTAD《世界投资报告》自2012年开始连续5年

* 基金项目: 本文系国家哲社基金规划项目“TPP 对服务贸易规则的重构与中国对策研究”(项目编号: 16BFX198)以及华东政法大学优秀博士论文“跨境金融服务贸易的国际规则研究”的中期成果。

① UNCTAD将国际投资条约分为双边投资条约和其他国际投资条约, 而其他国际投资条约是指含有投资条款的条约, 例如自由贸易协定和经济伙伴关系协定。本文所指的国际投资条约包括双边投资条约和其他国际投资条约。

② UNCTAD, World Investment Report 2016.

③ 二十国集团全球投资指导原则[EB/OL]. 人民网[2016-09-07]. <http://world.people.com.cn/n1/2016/0907/c1002-28696142.html>.

论及国际投资条约的可持续发展理念,却无一对“可持续发展”的含义进行准确界定,仅仅对其范围进行了模糊划分,即可持续发展在国家层面体现为将投资政策融入发展战略、纳入可持续发展目标以及确保相关性和效力,在国际层面体现为有必要强化国际投资协定的发展导向、管理其复杂性并平衡国家和投资者的权利和义务。^①国内学者曾华群总结了可持续发展的政策框架特征表现为促进东道国可持续发展、平衡当事双方权利义务、保护外资和管制外资一体化三个方面,但没有提到具体的权益内容。^②

可持续发展的概念最初出现于20世纪60年代,人类创造物质财富的速度前所未有,但也引起了资源紧缺和环境污染等问题。1987年,世界环境与发展委员会对“可持续发展”做了明确的定义,即“既满足当代人的需求,又不对后代人满足其自身需求的能力构成危害的发展”。该定义至今仍被沿用,有学者将其概括为两条主线:其一为努力把握人与自然之间关系的平衡,寻求人与自然的和谐发展及其关系的合理性;其二为努力实现人与人之间关系的协调。^③上个世纪所签订的国际投资条约倾向于对外国投资者及其利益的保护,并不注重东道国的权益,由此严重制约了东道国实现可持续发展的能力,造成了投资与环境以及投资者与东道国之间的失衡。在国际经济和贸易领域,把发展问题、资源问题、环境问题作为一个有机整体来看待,是1995年WTO对GATT1947宗旨的重大发展之一。^④此后,部分国际投资条约在序言中也提到“可持续发展”,如《跨太平洋伙伴关系协定》(TPP)序言规定:“本协定缔约方,决心缔结一项促进经济一体化的全面区域协定……减少贫困并促进可持续增长。”《中韩自由贸易区协定》序言中也提到:“注意到经济发展、社会发展和环境保护是可持续发展相互依赖、相互促进的组成部分”。UNCTAD在2016年分析了国际投资条约可持续发展转变实现的政策目标及其表现形式(见图1)。

投资/政策目标	提升企业的 社会责任感	避免过多的 ISDS诉讼	保留公共利 益的管理权	关注投资对发 展的促进作用
增加资金转移自由的具体例外情形,如收支平衡困难或/和国家法律的执行		✓	✓	
废弃保护伞条款		✓		
明确间接征收的认定标准		✓	✓	
澄清公平与公正待遇		✓	✓	
在条约序言中就包含健康与安全、劳工、环境的可持续发展	✓		✓	✓
明确承认缔约方不得以削弱健康与安全、劳工、环境的标准以吸引投资	✓			✓
金融服务部分的审慎例外条款		✓	✓	
一般性例外:保护人类、动植物或健康所必要的措施;与保护可用尽的生物和非生物自然资源相关的措施		✓	✓	
条约允许下的主权债务义务的排除		✓		
资产证券投资的排除				✓
无或限制投资仲裁条款		✓	✓	

资料来源:联合国贸易与发展会议《2016年世界投资报告》

图1 国际投资条约可持续发展转变实现的政策目标及其表现形式

① UNCTAD, World Investment Report 2012.

② 曾华群.“可持续发展的投资政策框架”与我国的对策[J].厦门大学学报(哲学社会科学版),2013(6):59-67.

③ 牛文元.中国可持续发展的理论与实践[J].中国科学院院刊,2012(3):280-289.

④ 曹建明,贺小勇.世界贸易组织(第三版)[M].北京:法律出版社,2011.

可见,国际投资条约的可持续发展转变是指为改变传统国际投资条约对投资者的过度保护,通过转变具体投资条款的形式以提升企业的社会责任感、避免过多的ISDS^①诉讼、保留公共利益的管理权和关注投资对发展的促进作用,从而实现经济、社会、环境的共同发展。具体的投资条款转变表现为增加资金转移自由的例外条款,废弃保护伞条款,明确间接征收的认定标准,澄清公平与公正待遇,在条约序言中包含健康与安全、劳工、环境的可持续发展,明确承认缔约方不得以削弱健康与安全、劳工、环境的标准以吸引投资,增加金融服务部分的审慎和一般例外条款,允许主权债务义务、资产证券投资的排除及无或限制投资仲裁条款等。

二、国际投资条约可持续发展转变的实践

国际投资条约可持续发展转变的实践在WTO成立之初就在多边贸易规则体系下得以实践,如《WTO协定》在序言中就要求WTO的成员方应当按照可持续发展目标处理彼此之间的经济与贸易事务关系。^②“坚持可持续发展,合理地利用世界资源,维护环境”是WTO的宗旨之一,并且WTO将有关保护人类动植物健康与环境资源的贸易措施作为一般例外条款允许成员方偏离其所承担的义务。此后,部分国家和国际组织在国内和/或国际层面单就具体投资条款的可持续发展转变进行了实践。

(一) 国内层面的投资规则实践

目前,在国内层面,约有130个国家依据UNCTAD可持续发展的投资政策框架(Investment Policy Framework for Sustainable Development, IPFSD)标准审查其国际投资政策,60个国家运用UNCTAD的IPFSD标准设计条约条款。^③如印度制定新的双边投资协定范本,专门设立“投资者的义务”一章,要求东道国遵守东道国立法并自愿遵守国际上认可的企业社会责任标准(CSR),同时包括ISDS机制,规定用尽当地救济优先于投资者与国家仲裁。加拿大基于新兴和仲裁领域的问题不断更新其国际投资政策,主要转变表现在加拿大与欧盟签订的全面经济与贸易协议(CETA)中,包括更加强劲的监管权以及投资法院的创新(ICS)。2016年,UNCTAD对澳大利亚、巴西、加拿大、美国等10个国家的双边投资范本进行投资调查显示,这些投资范本均在序言中涉及到健康和安全的保护、劳工权利、环境或可持续发展,并且有9个国家在其范本中明确规定了构成“间接征收”的具体东道国措施,并且废除了保护伞条款,另有7个国家对“公平公正待遇”的含义进行了细化以及增添了公司的社会责任条款。^④

(二) 国际层面的投资规则实践

国际投资协定分为双边投资协定和区域投资协定,根据UNCTAD2017年《世界

① ISDS,即Investor-State Dispute Settlement(投资者-国家争端解决机制)。

② 曹建明,贺小勇.世界贸易组织(第三版)[M].北京:法律出版社,2011.

③ UNCTAD, World Investment Report 2017.

④ UNCTAD, World Investment Report 2016.

投资报告》的统计,多数国家在国内、国际的双边、区域及多边层面秉承了可持续发展的理念。2011~2016年间签订的110个国际投资协定中,在前言处就提到“可持续发展”理念的占据56%,相比1959~2010年间(8%)高出48%,明确投资者和投资定义的分别占58%和39%,相比1959~2010年间分别高出53%和35%,其它如最惠国待遇条款(45%)、公平公正待遇条款(29%)、间接征收条款(42%)、资金的自由转移条款(74%)、公共政策例外条款(43%)等含义的明确都大幅度提升。

以《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(CPTPP)为例,CPTPP在序言中就提到:“本协定缔约方,决心缔结一项促进经济一体化的全面区域性协定……减少贫困并促进可持续增长”。具体到投资章节,第9.6条(待遇的最低标准)明确了公平与公正待遇的习惯国际法标准,能够避免过多的投资者因公平公正待遇而诉诸ICSID。^①第9.15条“投资与环境、卫生和其他管理目标”赋予了东道国保留环境、卫生方面的公共利益的管理权。^②并且,CPTPP纳入了企业社会责任条款,鼓励跨国企业将社会责任纳入到内部决策中,以提升企业的社会责任感从而促进投资的可持续发展。^③对于劳工问题,CPTPP设“劳工章节”要求缔约方不得弱化劳工法中对劳工的保护,以此来关注投资对发展的促进作用并提升企业的社会责任感。^④

(三) 国际投资政策的实践

1. UNCTAD 的《世界投资报告》

UNCTAD从2005年开始关注国际投资领域的可持续发展,将可持续发展纳入到《投资者使用指南》中。^⑤UNCTAD在2012年《世界投资报告》中指出:“可持续发展目标是投资政策发展的核心”。2016年《世界投资报告》又提到:“当下并非讨论国际投资协定是否纳入可持续发展目标,而是讨论如何纳入以及纳入的程度”。2017年《世界投资报告》认为“以可持续发展为改革目标的国际投资协定已经进入国际投资政策制定的主流”。

早在2012年《世界投资报告》中,UNCTAD就为国际社会制订了IPFSD,反映了国际投资政策的最新发展趋势。^⑥具体表现为促进东道国经济、社会、劳动、环境等可持续发展,注重投资者与东道国利益的平衡以及允许东道国为可持续发展目的施行管制。2016年《世界投资报告》为以可持续发展为导向的国际投资协定改革设定了“路线图”(Road Map),将国际投资协定的可持续发展分为6个指引、5个领域和4

① CPTPP第9.6条:每一缔约方应根据适用的习惯国际法原则给予涵盖投资待遇,包括公平公正待遇和充分保护与安全。

② CPTPP第9.15条:本章不应解释为阻止一缔约方采取、维持或实施符合本章规定的任何措施,只要该缔约方认为该措施能够适当地保证在其领土内进行的投资活动对环境、卫生或其他管理目标有所考虑。

③ CPTPP第9.16条规定:各缔约方重申每一缔约方鼓励在其领土内运营或受其管辖的企业自愿地将国际承认的、已被该缔约方认可或支持的企业社会责任标准、指南和原则纳入此类企业的内部政策的重要性。

④ CPTPP第19.4条:缔约方认识到,不宜通过弱化或减少每一缔约方劳工法提供的保护来鼓励贸易或投资。

⑤ UNCTAD, Investment Compass User's Guide 2005.

⑥ IPFSD的主要内容包括可持续发展投资政策制定的核心原则(Core Principles for Investment Policymaking for Sustainable Development)、国际投资指南(National Investment Policy Guidelines)和国际投资条约要素:政策选择(IIA Elements: Policy Options)。

个层次，^①以逐步推动国际投资条约的可持续发展。

2. 其他与国际投资有关的政策

2011年《联合国工商业与人权指导原则》为政府和企业设定了指引性的标准，建议国际投资协定保留政府保护人权的权力（原则9）、企业应评估对人权的影响（原则17-20）、阻止对股东人权影响的信息（原则21），由于这些指引涉及到包括民事、政治、经济、文化、社会和劳工等在内的人权保护内容，因而能够全面促进并保障商业活动的可持续发展。2011年OECD修订的《跨国企业指南》，主要关注公共政策领域如劳工和环境，并加强对贿赂和税收相关原则的规定，虽然该指南仅仅为指引性的，但其能促进个体企业的一致性、责任心与可持续投资。国际商会2012年编制的《国际投资指南》提出要进行“有责任的投资”，即除了要求投资者遵守东道国的一般法律义务，还要求投资者遵守国家和国际的劳工标准，鼓励投资者在项目开始前进行环境评估。2012年，联合国贸发会议第13届大会上达成的成果文件《多哈授权》（Doha Mandate），提出了“以发展为核心的全球化：实现包容性和可持续增长与发展”的主题。2012年G20墨西哥洛斯卡沃斯峰会重述了G20对《农业投资责任原则》的支持。2012年联合国可持续发展大会(Rio+20)最终文件《我们想要的未来》，鼓励政府创新清洁能源技术、可持续发展旅游业、通过国际合作促进可持续发展在科学和技术领域的适用。^②

三、国际投资条约可持续发展转变的原因

国际投资条约可持续发展转变的原因复杂多样，已有的研究文献认为一方面是由于上世纪达成的国际投资条约对外国投资者及其投资的保护过于有利，不符合当下国际社会公平互利、合作共赢的基本原则；另一方面是由于国际社会的普遍发展，发达国家不再独占投资母国的身份，无论发达国家或是发展中国家都兼具资本输出和资本输入国的地位，这就促使国际投资条约在签订时注重各缔约方之间的利益平衡。^③本文认为除上述原因外，从国际投资条约本身形式的转变以及国际投资基本理念变化的角度也可看出国际投资条约的可持续发展转变。

（一）国际投资条约本身形式的转变

国际投资条约本身形式的转变表现为单一领域的双边国际投资条约向综合的区域性自由贸易协定转变。在第一个双边投资条约（德国—巴基斯坦双边投资协定）于1959年签订之前，对外投资的保护是依据国家之间的友好通商航海条约。但是，由于

① 6个指引分别为：引导国际投资协定可持续发展、聚焦主要领域改革、全方位实施、合理的发展顺序、包容/透明度、支持多边框架；5个领域分别为：保护投资的同时保留监管的权力、有责任的投资、投资促进、改革ISDS、系统集成性；4个层次分别为：多边、区域、双边、国内。

② UNCTAD, World Investment Report 2012.

③ 曾华群. 论双边投资条约范本的演进与中国的对策[J]. 国际法研究, 2016(4):60-79.

友好通商航海条约更多的内容在于处理领事关系、移民、宗教和个人所有权等，并不能较好地保护外国投资以及创造高效的争端解决机制，这就出现了单独处理国际投资关系的国际投资条约，自从第一个双边投资条约缔结以来，20世纪60年代到80年代之间每年大约有20个双边投资条约缔结。在这一时段，许多双边投资条约是发达国家与发展中国家之间缔结的。20世纪90年代后发展中国家开始与其他发展中国家缔结双边投资条约，数量甚至超过与发达国家间缔结的双边投资条约。1993年签订的NAFTA将双边投资条约的主要目标由投资保护扩大成投资促进和市场自由化。此后，区域贸易协定逐渐出现并增多，截至2016年底，共缔结3324个国际投资协定，其中2957个为双边投资条约，367个为区域贸易协定。^①投资规则融入到区域贸易协定的“投资”章节中，投资逐渐与贸易融合在一起，一起适用于区域贸易协定的目标要求，如《中韩自由贸易协定》序言中就提到：“注意到经济发展、社会发展和环境保护是可持续发展相互依赖、相互促进的组成部分，更加密切的经济伙伴关系可以在促进可持续发展方面发挥重要作用”，其可持续发展目标即适用于所有章节。

（二）国际投资基本理念的变化

国际投资基本理念的变化表现为由新自由主义向“全球治理”理念的转变。早期的国际投资条约在新自由主义的指导下得以签订，当时国际社会过分强调自由市场，消减政府干预，限制东道国的国内监管权，重视对投资的保护，然而对于以维护公平正义的法律而言，权利与义务的平衡是一项法律制度的核心目标，因而，恢复国际投资条约中的权利义务关系是发展的必然趋势。^②此时，“全球治理”理念的兴起在国际投资领域得到了普遍的认可，该理念强调国家的中心地位与市民社会的参与是两大核心环节。同时，许多工人、民间组织自发组成抗议活动，反对跨国公司从事损害其国家经济、文化、资源、环境的行为，目的在于呼吁对社会、资源、环境等可持续发展的重视，以及东道国在国际投资领域的地位也应当得到尊重。^③以利益驱动为核心的国际投资条约严重阻碍了东道国国内监管权的行使，忽视了东道国在国际投资领域的地位，而“全球治理”理念正好回归到东道国、投资者权利义务平衡的节点。

四、国际投资条约可持续发展转变存在的困境

UNCTAD将国际投资条约可持续发展转变进程分为两个阶段，第一阶段为出现以可持续发展为导向的国际投资条约，第二阶段为全面更新传统以保护和促进投资为目标的传统国际投资条约（主要是指2010年以前缔结的国际投资条约）。目前，国际社会已经初步实现第一阶段，^④即各国在改革必要性、改革的领域和方法、形成新的条

① UNCTAD, World Investment Report 2017.

② 韩秀丽. 后危机时代国际投资法的转型——兼谈中国的状况[J]. 厦门大学学报（哲学社会科学版），2012(6):17-24.

③ 漆彤, 余茜. 从新自由主义到嵌入式自由主义——论晚近国际投资法的范式转移[J]. 国际关系与国际法, 2015(4):201-217.

④ UNCTAD, World Investment Report 2017.

约范本方面有了一定的实践,但各国对于国际投资条约可持续发展转变的理念还尚未完全达成一致,部分可持续发展条款的具体形式还存在着争议。同时,传统国际投资条约还依然主导国际投资的发展,对国际投资条约可持续发展转变产生了制约。

(一) 国际投资条约可持续发展转变理念尚未达成一致

UNCTAD 虽然在 2012 年就制定了 IPFSD, 众多国家也相继付出了实践, 但是否坚持国际投资条约的转变还没有定论。国外有学者认为不应当过分估计可持续发展条款的价值, 东道国必须认识到可持续发展条款并不能必然保证投资与东道国发展的正相关性, 这是因为投资环境和监管框架是一个动态因素, 当东道国降低保障公共利益的风险时, 投资就会发展转变。^①国内学者也认为目前国际投资条约呈现出“自由化”和“可持续发展”两种趋向,^②并没有肯定国际投资条约可持续发展转变的必然性。

双边商务条约实践自“友好通商航海条约”(friendship, commerce, and navigation treaties, FCN) 开始已有百年历史, 从单纯以保护投资到以保护和促进投资并行的国际投资条约经历了历史和实践的考验, 例如最初的 FCN 仅有个别条款赋予缔约方国民国内财产所有权以及商务经营的能力。但是在第二次世界大战之后, 美国成为海外投资的大国, 此时 FCN 的结构和内容才发生重大的变化, 出现了保护外国投资者及其财产以及征收、国有化等规则。在国际投资日益成为重要国际经济活动的形势下, 上述规则在实践的检验中暴露出了严重的缺陷, 如缺乏对外国投资者提供有效的执行机制等。^③为此, 欧美国家再次寻求了改正, 形成了当下以保护和促进投资为导向的国际投资条约。国际投资条约可持续发展转变始于本世纪初, 虽然传统国际投资协定在部分领域展现出了缺陷, 但新的改进措施尚未得到时间的检验, 因而也就难以在国际社会达成一致意见。

(二) 国际投资条约具体条款的可持续发展转变尚存在争议

目前国际社会对于可持续发展具体条款存在的争议主要集中在没有统一澄清公平与公正待遇含义、尚未统一明确间接征收认定标准以及无确定的环境劳工保护标准三个方面。

1. 没有统一澄清公平与公正待遇含义。公平公正待遇条款是国际投资条约可持续发展转变中最为关注的条款, 从已有的国际仲裁裁决分析看, 违反公平与公正待遇最常见的原因是“没有给予投资者对未来的合法期待利益”以及“不能形成稳定且透明的可预期的法律框架”。^④这实质上是赋予了投资者“无限的特权”, 即可以指控东

① Julle Kim, “Balancing Regulatory Interests through an Exceptions Framework under the Right to Regulate Provision in International Investment Agreements”, *George Washington International Law Review*, 2018, 90(5): 289-356.

② 曾华群. 论双边投资条约范本的演进与中国的对策[J]. 国际法研究, 2016(4):60-79.

③ Richard C. Chen, “Bilateral Investment Treaties and Domestic Institutional Reform”, *Columbia Journal of Transnational Law*, 2017, 89(4):18-26.

④ C. McLachlan QC, L. Shore, M. Weiniger & L. Mistelis, *International Investment Arbitration: Substantive Principle*, Oxford University Press, 2007.

道国所采取的任何可持续发展措施违反公平与公正待遇，尤其是在公平与公正待遇含义不清的情况下，更容易给予国际仲裁庭在审理时较大的自由裁量权。^①在公平与公正待遇的可持续发展转变中，国际社会并没有达成一致，主要并存着4种方式：（1）规定其等同于习惯国际法最低待遇标准，这主要是以美国2012年双边投资条约范本第5条第2款为代表，即：“根据习惯国际法给予外国人待遇的最低标准作为确定给予涵盖投资待遇的最低标准的依据。“公平与公正待遇”和“充分保护和安全”概念并未要求给予超出上述标准所要求的额外的待遇，且并不创造额外的实质权利。第一款所指的义务为：“公平与公正待遇”包括依照世界主要的法律制度中的正当程序原则，不得在刑事、民事、行政诉讼中拒绝司法的义务……”。（2）完全删除，如2003年《澳大利亚—新加坡自由贸易协定》就删除了公平与公正条款。（3）封闭式列举该待遇的具体内容，如2014年《欧盟—新加坡自由贸易协定》第9.4条采取列举的方式明确公平与公正待遇的内涵，涉及司法的适用范围、程序的正当性、行为的武断性、投资合法利益的可预期性等。（4）澄清认定违反该待遇的指导因素。^②上述4种方式虽然在一定程度上澄清了公平与公正待遇含义，但由于国际社会并没有统一的实践，就很可能在东道国与其他国家间所签订的国际投资条约中存在不同的公平与公正待遇含义时，促使投资者通过援引最惠国待遇等条款来选择对自己最为有利的公平与公正待遇含义以提起ISDS诉讼，或者跨国公司通过采取不同公司注册地的形式以规避原本对其不利的国际投资条约，选择承担较轻的企业责任。

2. 尚未统一明确间接征收的认定标准。传统国际投资协定一般既不对间接征收进行概念的界定，也不明确其认定标准，这就导致不少国际投资仲裁庭在裁判时不考虑行为的目的，只根据行为是否造成负面影响，就判定是否构成间接征收，这种做法严重妨碍了东道国政府国内监管权的行使。国际投资条约的可持续发展转变注意到要明确间接征收的认定标准，但目前也没有形成统一的做法。UNCTAD总结出了三种转变方式，即：（1）给间接征收确定衡量标准，如政府行为的经济影响，尽管缔约一方的行为或一系列行为对投资的经济价值具有不利影响，但仅此事实不能断定构成间接征收；政府行为对合理投资预期的干涉程度以及政府行为的特征等。《美国—智利自由贸易协定》附录10-D规定间接征收指不正式转移权利或直接剥夺。判断某项政府措施是否构成间接征收，需要根据案件事实个案分析并参考上述因素。（2）给非间接征收行为进行定义，如CPTPP中规定：“为进一步明确，如符合下列条件，一缔约方不发放、继续发放或维持一项补贴或赠款的决定，或更改或减少补贴或赠款的决定……本身不构成征收”。（3）排除适用国际投资条约中的间接投资条款。^③如同公平与公正待遇，尚未统一的国际实践不利于可持续发展转变中避免过多ISDS诉讼和增加企业责任目标的实现。

① 余劲松. 国际投资法（第四版）[M]. 北京：法律出版社，2012.

② UNCTAD, World Investment Report 2012.

③ UNCTAD, World Investment Report 2015.

3. 无确定的环境、劳工保护标准。环境、劳工条款是国际投资条约可持续发展转变最重要的表现,传统国际投资条约中很少涉及,而新出现的国际投资条约大多都对环境或劳工问题进行了相应的回应,认为应当将其纳入,但对于环境劳工的标准,发达国家与发展中国家尚未达成一致。根据美国等发达国家现有自由贸易协定中的规定,发达国家希望将环境保护纳入到投资争端解决机制当中;^①在劳工方面,发达国家将推行严格的、可强制实施的劳工标准。而对于部分国家,其标准还尚未达到国际化水平。^②如在劳工标准方面,美国与乌拉圭双边投资协定规定:“缔约各方应努力确保不会放弃或减损,或提供免除或减损的法律以削弱或减少遵守国际公认的劳工权利……”而比利时双边投资条约范本则表述为:“承认缔约方有权制定本国劳工保护标准,并据此批准或修改本国劳动立法;各缔约方应努力确保其国内立法同国际劳工保护标准保持一致……并努力确保提高这些劳工标准。”美国、乌拉圭要求以国际公认的标准作为基准,而比利时则允许国内拥有较大的自主权标准。环境、劳工条款的纳入对于提高企业的社会责任感具有重要的意义,然而由于标准的不确定性,部分国家可能会采取降低环境、健康、劳工的标准以吸引外资,恶性竞争,这种方式极大地减损了企业的社会责任,不利于维持国际投资条约可持续发展转变的目标。

(三) 传统国际投资条约依然主导国际投资发展

当前的国际投资发展可以被称为“咬住传统国际投资条约”(old treaties bite),几乎所有的投资争端案例都是针对2010年以前缔结的国际投资条约,并且有20%的投资争端案件是针对上世纪90年代初缔结的区域协定,如能源宪章和北美自由贸易协定,这些投资条约往往采用宽泛而模糊的表述,很少包括例外条款或保障措施,但由于这些条约数量庞大,且依然有效,因而针对其争议的案件越来越多。^③并且对于许多国家来说,传统国际投资条约不是与国家政策无关,而是“咬住”国家政策,国际投资条约宽泛而模糊的表述使得投资者更易通过质疑东道国国家政策如环境、金融、能源和健康政策而获利,因而,投资者并不希望过多地涉及对传统国际投资条约中“保护投资和投资者的条款”,而是更希望传统国际投资条约主导国际投资的发展。

数量庞大以及投资者支持的传统国际条约严重阻碍了国际投资条约的可持续发展转变,并且传统国际投资条约与向可持续发展转变的国际投资条约的冲突也制约了后者的发展,如传统国际投资条约中并不要求包含企业责任条款。这是由于传统国际投资条约经过较长时间的实践,已经适应了国际形势,虽然当下国际形势的变化急需国际投资协定的可持续发展转变,但在其尚未成为主导的前提下,传统国际投资条约依然发挥着重要的作用。

① 李秀珍,林基. 基于要素流动的环境规制贸易效应与政策研究——TPP《环境合作协议》的启示[J]. 上海财经大学学报, 2014(3): 103-112.

② 李雪平. 自由贸易与国际核心劳工标准相联接的新实践——TPP协定的劳工条款及其对中国外贸的挑战[J]. 求索, 2016(9): 22-30.

③ UNCTAD, World Investment Report 2017.

五、对我国国际投资条约可持续发展转变的建议

长久以来,在中国缔结的双边投资协定中,^①绝大多数签订于上世纪八、九十年代,其中与部分欧洲国家缔结的双边投资协定在2008年前后进行了重新签订,如2005年《中国—德国双边投资协定》、2006年《中国—芬兰双边投资协定》、2010年《中国—法国双边投资协定》、2010年《中国—瑞士双边投资协定》。而新近签订的有2011年《中国—乌兹别克斯坦双边投资协定》、2012年《中国—加拿大双边投资协定》、2013年《中国—坦桑尼亚双边投资协定》。WTO多哈回合谈判的搁置加剧了区域经济一体化的发展,自由贸易协定(FTA)如雨后春笋般涌现。^②“投资”章节成为其中的重点,国际上已经存在的较为有影响力的自由贸易协定(或文本)如CPTPP、《跨大西洋贸易与投资伙伴协定》(TTIP)、《区域全面经济伙伴关系协定》(RECP)、《综合经济与贸易协定》(CETA)等。我国目前已经与澳大利亚、瑞士、新加坡、智利、冰岛、韩国等国家签订了自由贸易协定,其中《中国—新西兰自由贸易协定》、《中国—韩国自由贸易协定》中对国际投资以及与国际投资有关的可持续发展规定最为全面,但相对于国际投资条约的可持续发展转变还存在一定的差距。所以对于我国而言:

(一) 支持可持续发展转变的基本理念

虽然国际投资条约可持续发展转变还存在一定的困难,但UNCTAD引导和推进的国际投资协定的可持续发展转变,反映了国际社会在变革国际投资政策体系中正在逐步达成共识,并且可持续发展理念在国际投资领域的重要性也越来越凸显。作为兼具资本输出和输入大国双重身份的中国,2015年正式实施的新《环境保护法》第一条就规定要“促进经济社会可持续发展”,并且2017年十九大报告中也提到“生态环境任重而道远”。同年习近平主席在金砖国家领导人会晤上就“共同落实2030年可持续发展议程”提出要“把可持续发展议程同本国发展战略有效对接,持之以恒加以推进,探索出一条经济、社会、环境协调并进的可持续发展之路”。因此,在国内已有转变的实践以及转变趋势的情况下,在经济全球化劳工权益保障与环境保护等可持续问题成为决定跨国企业能否进入国际竞争的一道“门槛”的背景下,理应支持可持续发展在国际投资领域的重要意义。

(二) 关注国际投资条约具体条款的可持续发展转变

国际社会对于国际投资条约具体条款的可持续发展转变集中在公平与公正待遇条款、间接征收条款、环境劳工条款上,并且对于这些条款尚未达成一致的标准,对此,我国可积极应对,以推动国际投资条约可持续发展转变符合我国利益的发展。

^① 根据商务部条约法律司网站公布的数据,截至2016年12月12日,我国对外签订的双边投资协定共计104个。

^② 张薇.论国际投资协定中的环境规则及其演进——兼评析中国国际投资协定的变化及立法[J].国际商务研究,2010(1):56-61.

1. 公平与公正待遇条款。我国在2008年以前签订的双边投资协定中基本上没有将公平与公正待遇与国际法或习惯国际法相联系,仅提到要给予公平与公正待遇,如2004年《中国—荷兰双边投资保护协定》仅规定了另一缔约方的投资者始终享有公平与公正待遇。而2008年后,我国签订的双边投资条约或者区域协定中则有所变化,如2008年《中国—新西兰自由贸易协定》就规定要按照普遍接受的国际法规则给予公平与公正待遇,并且明确了公平与公正待遇是基于一般法律原则。^①2009年《中国—秘鲁自由贸易协定》也将习惯国际法纳入到公平与公正待遇的条款中。由此,可以看出我国目前虽然对公平与公正待遇的范围有规定,但也存在着规定不明确以及模糊不清的情况。为维护我国不断增加的海外投资利益以及保持条约的一致性,未来我国缔结的国际投资条约也应当继续规定公平与公正待遇条款。同时在具体内容方面,可以采取封闭式列举的方式以限定公平与公正待遇的含义,这样能够保证其内涵的确定性。

2. 间接征收条款。我国国际投资条约中通常也包含间接征收条款,如《中国—秘鲁自由贸易协定》以及《中国—阿根廷关于促进和相互保护投资协定》规定了征收满足的4个条件,包括为公共利益、依照国内法律程序、无歧视以及给予补偿。^②可见,我国对于间接征收也没有给予明确的定义,只是规定了征收的前提条件,不符合可持续发展转变的要求。未来我国可借鉴《美国—智利自由贸易协定》中间接征收的规定,对直接征收和间接征收进行划分,并对直接征收进行定义,并将不构成间接征收的行为列出。^③

3. 环境劳工条款。我国目前所签订的区域贸易协定中普遍存在环境和劳工条款,但并非在“投资”章节中,如《中国—新西兰自由贸易协定》在序言中就涉及环境保护目标,并且第177条要求双方加强在劳动和环境问题的合作沟通。《中国—韩国自由贸易协定》中设“环境与贸易”章节,虽然与“投资”章节相分离,但根据第16.5条规定适用于“缔约双方认识到,通过削弱或减少其各自环境法律、法规、政策和实践所赋予的保护来鼓励贸易或投资是不恰当的。因此,任何一方不应以削弱或减少这些环境法律、法规、政策和实践所赋予的保护的方式而放弃或贬损这些环境法律、法规、政策和实践……”,美国2012双边投资协定范本对中美双边谈判具有重大的影响,其中就包括“投资与环境”(第12条)以及“投资与劳工”条款(第13条)。最新达成的《美国墨西哥加拿大协定》(USMCA)第14.16条也将“投资与环境、健康、安全”纳入其中。因而,与投资相关的环境、劳工问题也已经为中国所关注,但其标准还尚未达到国际化水平。未来缔结国际投资条约在继续坚持环境、劳工条款引入的同

① 《中国—新西兰自由贸易协定》第143条:按照普遍接受的国际法规则,始终给予各方投资者在另一方境内投资公平和公正待遇,提供全面保护与安全;公平和公正待遇包括基于一般法律原则,确保投资者不会在任何与投资者相关的法律或行政程序中被拒绝公正对待,或受到不公平或不公正对待的义务。

② 《中国—秘鲁自由贸易协定》第133条:任何缔约方不得直接地,或者通过与征收、国有化相当的措施间接地,征收或国有化另一缔约方投资者在其领土内的投资,除非满足下述条件:(一)为公共利益;(二)依照国内法律程序;(三)无歧视;及(四)给予补偿。《中国和阿根廷关于促进和相互保护投资协定》第4条:一、缔约任何一方不应对其缔约另一方投资者在其领土的投资采取国有化或征收的措施(以下称“征收”)或任何其他具有类似效果的措施,除非符合下列条件:(一)采取措施是为了社会公共利益的需要;(二)依照国内适当的法律程序;(三)非歧视性的;(四)给予补偿。

③ The United States—Chile Free Trade Agreement.

时, 建议我国与国际高水平对接, 以实现自然和社会环境的可持续发展。

六、结语

国际投资条约的可持续发展转变旨在实现东道国监管权与保护投资者待遇之间的平衡, 从而实现经济、社会、环境的共同发展。为实现此种转变, 国内以及国际社会均进行了相应的实践, 但尚未达成统一的标准。UNCTAD制定的IPFSD为国际投资条约的可持续发展转变指明了方向, 值得深入研究。在当下国际经贸规则发生重构的关键时刻, 国际投资条约的可持续发展转变能够极大地帮助平衡南北国家之间的利益。作为最大的资本输入国和新兴的资本输出大国, 我国一方面要做好东道国的利益保护, 另一方面也要确保国际投资条约发挥好“投资保护”的基本功能。随着“一带一路”倡议的实施, 我国对外投资不断增加, 但在环境、劳工等可持续发展领域的法制建设方面与发达国家还存在较大的差距, 因此, 为保护我国海外资本的安全以及吸引海外投资, 我国应当秉承“负责任的大国”的理念和立场, 积极主动参与制定、影响国际投资规则并引领国际投资条约的可持续发展转变, 率先全面实现国际投资条约的可持续发展转变, 以逐渐推动形成国际通行规则, 进而影响国际投资条约体制的总体发展趋势。

【作者简介】黄琳琳: 华东政法大学博士研究生。研究方向: 国际投资法。

Analysis on the Transformation of the Sustainable Development of International Investment Treaty and Its Dilemma

HUANG Lin-lin

(International Law School, East China University of Politics and Law, Shanghai 200042, China)

Abstract: The further development of the concept of sustainable development has a profound impact on the international investment treaties, which include increasing the clauses about labor and environment, redefining the scope of fair and equitable treatment clause as well as indirect expropriation clause, limiting investor-state dispute settlement mechanism, promoting the sense of social responsibility of enterprises. Some countries and international organizations have practiced at the domestic and/or international level, which is not only due to the changes on the form of international investment treaties themselves but also because of the changes on the concepts of international investment. But for the content of specific investment provisions for sustainable development, the international community has yet to reach agreement. Traditional international investment treaties still dominate international investment development. As the leading power on the transformation of commodity output to capital output and the investment country under The Belt and Road Initiative, China has better to make a request on how to realize its own benefits. It is necessary to support the basic concepts of sustainable development and continue to focus on the sustainable development of specific provisions of international investment treaties.

Keywords: international investment treaty; transformation of the sustainable development; investment provision

(责任编辑: 黄志瑾)