

国际投资法中的人权保护问题研究 ——以国际投资仲裁实践为视角

谢宝朝¹ 张淑梅²

(1.上海对外贸易学院法学院, 上海 201620; 2.上海应用技术学院外语系, 上海 201418)

摘要: 现有的国际投资协定极少对人权问题作专门规定, 而双边投资协定为投资者确立了很高的保护标准, 这使得东道国居民人权与投资者财产权之间的冲突与矛盾难以避免。投资者—东道国投资仲裁庭的实践则将这种潜在的矛盾明朗化。仲裁庭在实践中热衷于保护投资者的财产权, 对于东道国居民的经济、社会等方面的人权, 一般以程序问题为由加以规避。这些矛盾与问题源于对“国际投资法的自足性”和“仲裁庭身份定位”这两个前提性理论问题认识的不清。为平衡东道国居民的人权保护与投资者财产权保护, 须从对投资协定实体方面和投资仲裁的程序方面, 对国际投资法进行完善。

关键词: 国际投资法; 国际投资仲裁; BIT; 人权保护; 人权义务

中图分类号: D996.4

文献标识码: A

文章编号: 1006-1894 (2013) 01-0063-13

实践中不断涌现的投资者财产权与东道国居民人权相冲突的案件, 使得原本属于国际法的不同分支——国际人权法与国际投资法之间的冲突浮现出来。在投资者与东道国投资仲裁(以下简称“投资仲裁”)中, 仲裁庭对投资者保护的偏重, 限制了东道国实施人权保护措施的意愿与动力, 加剧了国际人权法与国际投资法之间的对立, 使得投资者人权的保护与东道国居民经济、社会权利的保护, 在国际投资法领域出现了不平衡发展。投资者财产权保护的实现, 经过投资仲裁庭的仲裁与解释, 有时候会以牺牲东道国居民的经济和社会权利为代价。本文拟在总结国际投资法中出现的人权问题的基础上, 从实体与程序两个方面提出完善建议, 以便在投资者财产权保护与东道国居民的经济和社会权利保护之间取得平衡。

一、人权在国际投资法中的存在

(一) 投资协定中的人权条款

目前, 无论双边还是多边投资协定鲜有直接规定人权问题。笔者掌握的资料显

收稿日期: 2011-03-30。

作者简介: 谢宝朝, 男, 法学博士, 上海对外贸易学院法学院讲师, 研究方向: 国际经济法和国际私法; 张淑梅, 女, 法学硕士, 上海应用技术学院外语系讲师, 研究方向: 基础法学、国际经济法。

示, 双边投资协定(以下简称“BIT”)中, 挪威2007年的BIT范本草案在序文中强调协定缔约方“致力于按照包括《联合国宪章》和《人权宣言》规定的原则在内的国际法所施加的义务, 追求民主、法治、人权和基本自由”。^①南非对外签署的BIT中规定, 对投资者利益产生影响的、但基于人权考虑的立法构成BIT的例外。^[1]BIT的主要缔约国, 如德国、法国、美国、中国、英国的BIT范本中均没有提及人权问题。多边投资协定中, 东南非共同市场(以下简称“COMESA”)框架下的《COMESA投资区投资协定》将投资相关的最低人权标准作为未来议程的一个项目。^[2]1994年《欧盟与俄罗斯伙伴与合作协定》虽然不是专门的投资协定, 但提及要建立促进双方之间投资的框架制度, 该协定第6条要求缔约方须“通过常规性的政治对话, 努力在民主和人权原则的遵守方面进行合作”。

在国际投资协定中, 一些涉及社会公共利益的条款, 如劳动者保护、环境保护, 往往与人权保护息息相关。例如美国2004年BIT范本第12、13条规定, 缔约方认可通过降低国内环境和人权保护的方法鼓励投资是“不当的”。加拿大BIT范本第11条要求缔约国不得采取可能降低“健康、安全、环境”标准的措施。

由此可见, 总体而言, 目前的双边或数量有限的多边投资协定, 很少直接提及人权保护问题, 而BIT中常见的一些条款虽然与人权有所关联, 可能产生人权保护的效果, 但其直接目的并非保护人权。对人权问题的低调处理源于国际投资协定的单一主题——保护投资者的财产利益, 尽管投资者财产权也是人权的一种。但应当注意到的是, 投资者保护和国际人权法有着共同的宗谱, 两者均致力于解决相同的矛盾, 即私人与国家权力之间的非对称性矛盾。^[3]

投资协定可以通过对投资者附以义务或者对协定缔约国施加责任的形式, 以实现对人权的保护, 然而在实践中, BIT无一例外地从政府责任的角度进行规定。对东道国政府施加人权保护的义务, 而非授权东道国实施措施保护人权, 这就限制了东道国政府保护人权的能力。在保护投资者的义务与维护本国居民特定人权的义务存在冲突时, 东道国政府必将面临两难选择。

(二) 投资仲裁庭的引入

人权进入国际投资法的另外一个途径是投资仲裁庭的引入。BIT是投资仲裁适用的主要法律, 但诸多条文规定较为原则与模糊, 需要仲裁庭对之加以具体化判断。在确定条文具体含义的过程中, 仲裁庭可能会引入人权规则。在已有的投资仲裁实践中, 仲裁庭主要通过引入人权规则判断东道国的行为是否构成征收。在劳德(Lauder)案中, 投资仲裁庭从投资者财产权权能的实现是否受到东道国干预的角

^① 对于这一范本, 社会评价分歧严重, 一部分人认为其对投资者的保护不足, 另一部分人认为范本草案严重限制了政府维护公共利益的能力, 最终范本草案未能通过。See Damon Vis-Dunbar, Norway Shelves Its Draft Model Bilateral Investment Treaty [EB/OL], <http://www.investmenttreatynews.org/cms/news/archive/2009/06/08/norway-shelves-its-proposed-model-bilateral-investment-treaty.aspx>, September 24, 2010。

度,对征收行为进行了认定。^①在泰克迈德公司案(Tecmed)中,投资仲裁庭援引了美洲人权法院在布朗斯汀案(Bronstein)中关于征收的解释:“在界定某种征收是否发生时,不能只限于从形式上判断对财产的剥夺和限制,而应该透过形式,从实质上判断一项措施或行为是否已经构成对财产的征收。”^[4]

此外,欧洲人权法院关于间接征收的理论和实践已经成为国际投资法的一个重要组成部分,而欧洲人权法院采用的相称性标准则成为间接征收主要判断标准。该标准要求一国所采取的措施不仅应符合公共利益,而且要在维护公共利益和保护个人基本权利之间维持一种公正的平衡。^[5]

二、投资仲裁与人权保护困境

(一) 投资仲裁引发的两类冲突

根据《经济、社会和文化权利国际公约》的规定,成员国必须确保在无歧视的基础上,采取相应措施,特别是采用立法措施,逐步全面实现公约规定的权利。在实践中,成员国采取的保护其境内居民人权的立法措施,经仲裁庭裁决后,可能引起如下两类冲突。

1. 投资者的财产权与东道国居民人权的冲突 各国缔结BIT的最初目的是给予投资者防御东道国任意使用公权力的盾,以保护投资者合法的财产权免受东道国的干涉。在投资仲裁制度引入后,BIT俨然成为投资者攻击东道国外资规制行为的矛。东道国实施的保护其境内居民人权的法律成为投资者挑战的对象。现有的案例显示,与投资者财产权保护相冲突的东道国居民的人权范围广泛,包括水权、发展权、少数者权利等。梅特克莱德公司案(Metalclad Corporation)^②中墨西哥政府实施了保护居民水权在内的人权的环境措施,为此,墨西哥政府被裁决向投资者支付1,700万美元。冲突除了给东道国带来金钱赔偿外,还限制了东道国政府采取保护本国居民人权的意愿和能力。在艾索公司案(Ethyl Corporation)中,加拿大政府原本着眼于保护本国居民的健康,颁布了禁止使用特定汽油添加剂的法令,但面对投资者提起的仲裁时,不得不以撤销法令并赔偿1,300万美元的代价与投资者和解,以

① 本案中,美国公民劳德(Lauder)投资的公司于1992年从捷克传媒委员会(Czech Media Council)处获得无线电和电视广播的许可证。在1995年末1996年初时,捷克共和国的《传媒法》(Media Law)进行修改,对许可证发放条件做了一定变更,传媒委员会对劳德投资的公司许可证发放问题上的态度发生了变化,而该委员会对许可证的签发、续展和修改,实质上是将劳德排挤出该公司,使其无法获得预期收益,劳德主张捷克政府的行为构成了征收。仲裁庭对捷克政府的行为是否构成征收进行判断时,提出“间接征收或者国有化”是一种不通过公然的夺取,但“却有效地剥夺对财产权的享有的行为”的观点。(Indirect expropriation or nationalization is a measure that does not involve an overt taking, but that effectively neutralizes the enjoyment of the property)。See Ronald S. Lauder v. Czech Republic, 2001 WL34786000, para. 152 (2001)。

② 该案中,仲裁申请人梅特克莱德公司(Metalclad Corporation)在墨西哥圣路易斯波托西市(San Luis Potosi)投资建设经营一家有毒废料填埋场,投资前获得了墨西哥联邦政府的许可,但后来州政府和市政府对填埋场均表示反对。1996年,该公司投资了2亿美元后,州政府以填埋场可能会污染附近居民饮用水安全以及可能破坏环境为由拒绝许可其经营。该公司主张墨西哥政府所采取的措施违反了NAFTA第1105条“公平与公正之待遇”的规定,而指控墨西哥违反第1110条有关征收之规定。See Metalclad Corporation v. United States of Mexico, Final Award, ICSID Case No ARB (AF)/97/1,(2000)。

避免巨额的赔偿。可见,东道国的维护本国居民健康权之类的基本人权的能力受到了极大限制,由于面对潜在的投资仲裁以及巨额的损害赔偿,东道国难以迅速、有效地实现对本国居民特定人权的保护,特别是那些需要政府通过积极行为才能实现的经济、社会权利。

2. 东道国保护本国居民人权的国际义务与对投资者保护义务的冲突 投资仲裁的实践表明,东道国人权保护的义务与BIT要求的保护投资者的义务时有冲突,东道国很难同时履行两项义务。例如,根据联合国经济、社会及文化委员会第15号一般评论,水权(right to water)是《经济、社会和文化权利国际公约》要求的相当生活水准权和获得食物权的基础,^[6]也是《消除对妇女一切形式歧视公约》第14条第2款(h)明确提及的人权之一。^[7]而在拜尔沃特公司(Biwater)案^①和梅特克莱德公司案(Metalclad Corporation)中,东道国采取的影响投资的措施,均有实现其境内居民水权的目的,但仲裁庭并未考虑东道国的实现水权的国际义务,仅在判断东道国是否尽到BIT规定的保护外国投资者的义务后,作出了不利于东道国的裁决。

(二) 投资仲裁中的人权保护困境的法律根源

1. 仲裁庭对投资者人权保护和东道国居民人权保护的不同态度及其根源 投资仲裁案件中,仲裁庭对投资者的财产权与东道国居民的人权的保护力度截然不同。仲裁庭注重保护投资者的财产权,甚至旁征博引以论证东道国对投资者的财产进行了征收或者其他损害。在Tecmed案中,仲裁庭引用了《欧洲人权公约》和《美洲人权公约》作为依据,断定墨西哥政府对申请人实施了事实上(de facto)的征收,^[8]在赛门公司案(Saipem)中,仲裁庭依据欧洲人权法院的判决,裁定法院的决定可构成征收。^[9]

对于东道国居民的经济权利和社会权利,仲裁则持冷漠态度,对东道国以东道国居民的经济权利为基础提出的抗辩,投资仲裁庭要么置之不理,要么从程序上入手,驳回东道国的抗辩。在CMS案中,东道国阿根廷提出,任何投资条约均不得优先于阿根廷宪法承认的人权,而仲裁庭则认为,在考察了系争问题后,发现“不存在任何影响基本人权的问题”。^[10]在艾瑞斯公司案(Azurix)中,阿根廷认为案件所涉及的BIT与其参加的人权条约相冲突,而人权应居于优先地位,消费者的公共利益应优于服务提供者的个人利益。仲裁庭则认为,其发现在阿根廷对投资者发出终止许可的通知后,给排水服务仍然不中断地向消费者提供,因此,阿根廷并没有提出充分证明存在冲突。^[11]又如在Siemens案中,阿根廷提出,对仲裁申请人的财产权的保护将置其宪法中规定的人权于不顾。对这一观点,仲裁庭的回答比艾瑞斯公司

① See Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania, ICSID CASE NO. ARB/05/22.

案的裁决更加简洁：阿根廷政府的论点的依据不足，除非今后存在探讨的意义且双方提供实质性的依据，这一论点在表面证据上（*prima facie*）与本案的实体争议毫无关联。^[12]

仲裁庭对人权问题的回避，源于国际投资法与国际公法体系性的差别，仲裁员倾向于给予合同及合同双方合意达成的规则以更强的效力，^[13]甚至将其作为唯一的渊源。基于投资条约或者投资合同的约定组成的仲裁庭，如果要在仲裁程序中对人权问题进行探讨，就必须解决两个前置性问题，即第一，仲裁庭对人权问题是否有管辖权？第二，包括人权法在内的其他渊源能否在仲裁中适用？

2. 仲裁庭对人权问题的管辖权 投资协定对“争议”的定义，决定了仲裁庭管辖权^①范围的大小。现有的投资协定对可仲裁事项的规定主要有两种类型。一类将仲裁庭的管辖权限定为“投资争议”，即对投资协定的实体规则的违反。^[14]典型者如《北美自由协定》（以下简称“NAFTA”），其第1116条将可仲裁事项限定为东道国对第六章A节，即有关投资待遇的违反。另一类则将仲裁庭的管辖范围规定为“与投资有关的争议”。典型者如中国和哥斯达黎加《关于促进和保护投资的协定》（以下简称“中哥投资协定”），其第9条第1款规定的可仲裁事项为：缔约一方投资者与缔约另一方之间有关缔约另一方领土内的投资的任何法律争议。与中哥投资协定相似，德国2008年BIT范本第10条也规定“与投资有关的争议”可以提交仲裁。NAFTA的规定似乎严格排除了仲裁对人权的管辖，而中哥投资协定则为人权问题的管辖留下一定的通道。

在目前的投资仲裁体制下，仲裁程序的主体为投资者与东道国，因此，人权问题只可能以两种形式提出：第一，投资者以其人权受到侵害为由提起仲裁，当被侵害的是财产权时，仲裁庭当然具有管辖权；第二，为东道国以保护其居民的经济、社会权利的需要为由，对其作出的影响投资者利益的行为作抗辩。至于投资者在东道国境内实施的侵害人权的行為，一般属于东道国国内法院的管辖范围。

投资者财产权以外的其他人权受到侵害时，NAFTA仲裁庭显然没有管辖权，因为这种侵害并不属于东道国对投资者投资的侵害。在中哥投资协定之类的协定中，除非满足“与投资相关”这一条件，否则仲裁庭也无权管辖。正如仲裁庭在必罗公司案（*Biloune*）裁决中所言，“仲裁庭的管辖权限于与外国投资相关的争议，仲裁庭无权将有关违反人权的主张作为独立的案由进行处理。”^[15]

在东道国将人权作为其行为的抗辩时，笔者认为，无论是NAFTA还是中哥投资协定，仲裁庭均有管辖权。原因在于，东道国的人权抗辩并非提出独立的人权诉求，而是对其行为的正当性进行抗辩。人权保护是影响投资的政府行为、政策、法

^① 这里需要说明一点，管辖权的有无与抗辩是否被仲裁庭采纳是两个不同的范畴，后者取决于仲裁员身份的定位、仲裁法的自足性等多种要素之考量，对此本文在第三部分予以详述。

规的目的与动机,与投资密切相关,仲裁庭应具有管辖权。

3. 人权法在投资仲裁中适用的可能性 人权法在国际投资仲裁中的适用必须满足两个前提条件:第一,投资条约或者投资合同提供了国际人权法适用的通道;第二,仲裁庭有适用国际人权法的义务或者意愿。

为讨论国际人权法在投资仲裁中适用的可能性,可将国际人权法粗略分为强行法和非强行法两类。据学者归纳,受国际强行法保护的人权有:(1)生命权(包括免受任意屠杀的权利和免受种族灭绝的权利);(2)免受种族隔离的权利;(3)免受酷刑和其他有辱人格待遇的权利;(4)免于为奴隶的权利;(5)免受奴役或强迫劳动的权利;(6)妇女和儿童免受贩运的权利。^[16]这些权利均为公民权利和政治权利,与投资仲裁的争议事项几乎没有交集。事实上,受投资仲裁影响的主要为东道国居民的经济和社会权利,这类权利在性质上一般不属于强行法保护的范围。保护这类权利的规则能否被适用,最终只能取决于其是否符合《解决国家和他国国民之间投资争端公约》(以下简称“《ICSID公约》”)或者BIT中关于法律适用的规定。

《ICSID公约》第42条第1款规定,“仲裁庭应依照双方可能同意的法律规则对争端作出裁决。如无此种协议,仲裁庭应适用作为争端一方的缔约国的法律(包括其冲突法规则)以及可能适用的国际法”。世界银行执行董事针对《ICSID公约》的报告中指出,“国际法”一词在公约中乃是《国际法院规约》第38条第1款所指之“国际法”,尽管该条原为解决国家间争议而设计。^[17] BIT对投资仲裁法律适用的规定,与《ICSID公约》相似,如我国对外签署的BIT一般要求仲裁庭适用BIT规定、东道国国内法以及缔约双方接受的国际法原则(有的BIT规定为:普遍接受的国际法原则)。^①加拿大BIT范本和德国BIT范本也规定适用“可适用的国际法原则”。总结起来,投资仲裁中的适用的法律一般包括:(1)争议双方一致同意的法律规则;(2)国际法原则;(3)东道国的法律。

比照投资仲裁的法律适用,不难发现,首先,无论在理论上还是实践中,投资者不可能同意为了保护东道国居民经济和社会权利而放弃自己的财产权,因此也就不可能与东道国达成一致意见,适用保护东道国居民经济和社会权利的法律规则。其次,当代国际法中有关经济和社会权利的国际法规则不过是条约或公约的约定,难以构成国际法原则,更难达到“普遍接受的国际法原则”之高度,因此,难以作为“国际法原则”适用。

最后,东道国的法律看似为东道国居民经济和社会权利的保护提供了路径,但若细致分析则可发现这一路径也是荆棘遍地。东道国保护本国居民经济和社会权利的

^① 参见《中华人民共和国政府和哥伦比亚共和国政府关于促进和保护投资的双边协定》第11条、《中华人民共和国政府和哥斯达黎加共和国政府关于促进和保护投资的协定》第9条第3款、《中华人民共和国政府和大韩民国政府关于促进和保护投资的协定》第9条第3款、《中华人民共和国政府和俄罗斯联邦政府关于促进和相互保护投资协定》第9条第4款、《中华人民共和国政府和塞舌尔共和国政府关于互相促进和保护投资的协定》第8条第3款。

法律规定的是东道国对保护本国居民经济和社会权利的应负的义务，属于典型的公法，其立法目的并非用以处理外国投资者的财产权与东道国居民的经济和社会权利的冲突问题。传统的商事仲裁中，仲裁员一般适用准据法中的私法体系解决争议双方的纠纷，但当代越来越多国家的国际私法立法要求包括仲裁员在内的裁判者考虑适用含有公法因素的“优先性强制规则”（overriding mandatory rules）。投资仲裁庭能否在传统的仲裁实践之上适用东道国的公法，实质上仍然取决于投资仲裁庭的身份定位以及其适用的意愿。

三、人权保护在国际投资仲裁中得以实现的前提性理论问题

投资仲裁暴露的人权保护困境，根源于仲裁庭对两个前提性理论问题认识的模糊，这些问题及其研究意义如下：

第一，BIT是否构成自足的体系。国际人权法能否被仲裁庭援引，首先取决于BIT是否是一个自足的体系，如果构成一个自足的法律体系，BIT下的司法程序中便没有引入人权法的必要和法理基础。

第二，仲裁庭身份的定位，即仲裁庭是秉承商事仲裁的审理思路，还是作为更高层面的国际法裁判者解决投资者与东道国之间的争议？仲裁庭身份定位决定了其对投资仲裁中的人权问题是否有管辖权，以及其是否应该，以及应在多大程度上对投资者人权之外的其他主体的人权进行保护。

（一）BIT难以构成自足的法律体系

BIT规定了外国投资者在东道国的待遇及保护问题，并提供了投资者与东道国之间争议的解决方式。那么BIT是否构成一个自足的体系，因而不需要包括国际人权法在内的其他国际法的支持？笔者认为，BIT难以构成自足的法律体系。

所谓自足的国际法制度，“指就某些国际法的次级体系或特别制度而言，在实施国际责任的追究和争端解决方面完全排除或严格限制其他国际法的原则、规则和制度的法律适用”。^[18]BIT不符合自足的国际法制度的特征。一方面，BIT的初级规则并不完善。BIT中许多条款的内涵和适用不确定，如最惠国待遇是否适用于争端解决机制，保护伞条款的适用，法规征收和蚕食征收的界定标准。尽管理论上存在初级规则欠缺，但次级规则发达，通过可解释和执行的司法机制，对初级规则进行实质性发展的情形，即使如此，BIT仍然不符合此种情形。BIT确立的司法机关——投资仲裁庭难以担当起发展BIT初级规则的重任，原因主要有两点：（1）投资仲裁庭缺乏解释BIT条款的权力与权威。投资仲裁庭是解决投资者与东道国之间争议的特设机构，其设立、仲裁员的选派、审理的程序、仲裁的保密性、裁决的承认与执行要么以商事仲裁为模版，要么直接套用商事仲裁的规则。实践也表明，投资仲裁员仍囿于普通商事仲裁之思维模式，对投资仲裁所牵涉的广泛的公共利益考虑欠周全。仍

然将自己定位于商事仲裁员的投资仲裁员必然缺乏解释BIT条款的权威。各个仲裁庭对BIT中不明确的条款进行的相互矛盾的解释,显然也证实了这种权威的缺位,甚至引起了投资仲裁制度自身的“正当性危机”(legitimacy crisis)。^[19](2)投资仲裁庭缺乏发展初级规则的权威的另一原因为投资仲裁制度缺乏民主基础。^[20]现代民主理论认为,政治权威来源于民主,而民主要求某项制度必须满足公共参与和问责制两个基本要求。所谓公共参与,是指对某项影响其利益的决定,人民能够参与做出该决定的过程,并以既定的民主议事规则,确定决定的内容。问责制则指对不能代表其利益的政治代理人,人民可以通过选举的方式将其更换。投资仲裁程序中,仲裁通知的发出、仲裁庭的设立、证据交换与质证、开庭审理等各个过程均以不公开审理为原则。甚至对于仲裁的结果,受到投资仲裁影响的公众也无从知晓。公共参与未能得到充分体现。至于对仲裁庭的问责,更是无从实现。仲裁员是由东道国和投资者专案选定的,超脱于仲裁当事人和任何国家,东道国公民对其行为仅能进行微弱的道德谴责,无有效的问责手段。又因仲裁员的选定建立在专案的基础上,且仲裁一裁终局,即使有问责手段,受损的公共利益也无以回复。

另一方面,BIT缺乏国际责任的独立性规定和追究东道国责任的手段。仲裁裁决如果由ICSID做出,投资者可以在《ICSID公约》的其他缔约国寻求执行;如果裁决是由特设仲裁庭做出,投资者要么借助1958年《关于承认与执行外国仲裁裁决的纽约公约》(以下简称“《纽约公约》”)寻求执行,要么向其母国寻求帮助,以期将投资争议上升到条约争议的高度。后一种情形下,东道国国际责任的追究显然不具有独立性,《纽约公约》并非BIT的组成部分,甚至其缔约的本意也并非用来执行投资仲裁之裁决。而母国介入后,对东道国责任的认定,根据BIT的一般规定,需执行东道国与投资者母国间的仲裁程序。对这一国际公法意义上的仲裁所确立的国际责任的履行,BIT没有规定任何实现方式,胜诉一方尚需诉诸反措施等传统手段实现其条约权利。

总之,BIT不可能构成一个自足的法律体系,在条约的解释、缔约国条约义务的认定、国家责任的承担方面,BIT对外部规则均存在需求,因此,包括国际人权法在内的外部规则不存在进入投资仲裁程序的障碍,国际人权法在投资仲裁中的适用有合法基础。

(二) 投资仲裁庭身份的定位与东道国居民人权的维护

投资仲裁庭在BIT制度中,究竟应当扮演商事争议调停人还是国际法争议的裁判者?这种角色的选定,直接决定了其应管辖范围的宽广,以及对投资者人权与东道国居民相关人权进行考虑的比例与权重。笔者认为,投资仲裁庭在BIT法律体系中应当是国际法争议的裁判者。

投资仲裁制度的历史沿革显示,设置投资仲裁制度的最初目的和直接功能在于赋

予投资者对东道国提起仲裁的权利，方便投资者维护其在东道国的投资利益。表面上看，投资仲裁庭仅需适用BIT的规定判断东道国的行为是否符合BIT的规定，与普通的商事仲裁庭无异。然而，需要注意的是，东道国是双重身份的合体，即BIT的缔约国和投资仲裁的当事人。投资仲裁庭对东道国行为的合法判断相应地会产生两种效果：（1）确定东道国是否应承担赔偿责任；（2）判断东道国行为是否违反了BIT规定，尽管后者并非投资仲裁庭裁决之目的所在。

此外，在实践中，BIT对东道国施加的保护投资者的国际义务的内涵并非确定无疑。要判断东道国的行为是否符合BIT的规定，首先必须确定BIT具体条款的涵义。这种确定含义的过程，实质上就是投资仲裁庭对BIT进行解释的过程，换言之，是对BIT缔约双方的权利义务进行界定的过程。可见，投资仲裁庭对投资仲裁案件的审理，形为解决投资者与东道国的争议，实质为界定BIT缔约双方条约权利义务的过程。这绝非商事仲裁庭所能胜任之职责，尽管投资仲裁脱胎于商事仲裁。

以商业利益争议的解决为启动，却肩负解释BIT相关条文的重担，同时须判断东道国行为合法性的投资仲裁庭，理应将自身置于解决BIT条约争议的仲裁庭的高度，在解释BIT的过程中，以国际公法裁判者的视野考察条文的确切含义，按照《维也纳条约法》所确立的条约解释方法确定BIT相关条款的含义。《维也纳条约法》第31条列举了条约解释的若干“通则”，具体可以归纳如下：（1）真实性原则；（2）一致性原则；（3）合理性原则；（4）有效性原则。^[21]缔结违反国际公认的人权、限制自身维护与发展本国居民的经济和社会权利的能力、与已承担的国际人权义务相悖的BIT条款，显然并非BIT成员国的真实意思，况且这样解释也有违合理性原则。因此，投资仲裁庭在解释BIT相关条款时，应当综合考虑BIT缔结时缔约国所承担的国际人权条约义务，按照合理性原则，做出尽可能少地限制东道国主权或让东道国承担与人权保护相冲突的义务的解释。

四、在国际投资法中完善对人权的保护

人权保护具有广泛性的特点，已触及国际法各个部门。国际投资仲裁展示了国际投资法与国际人权法的紧密联系，以及严格的投资保护对东道国居民经济、社会权利的重大影响。正如前文所分析的，投资法并不是一个自足的法律体系，仲裁员不应以自足的法律制度为借口，将目光聚焦在投资者财产权上，而应将自己定位在比解决商业争议的临时机构更高的国际法层面，以国际法为裁决依据，以国际法庭的行为标准作为自身的行为规范。在投资者的财产权和东道国的居民人权冲突时，仲裁庭应当在两者之间寻找恰当的支点，以合理平衡投资者的财产权与东道国居民的水权、环境权等经济、社会权利。以此思想为指导，对国际投资法有必要在如下几个方面进行完善。

（一）BIT中人权条款的完善

BIT作为投资仲裁庭设立的依据，以及仲裁庭裁决案件适用的主要法律，其对人权的态度直接影响投资仲裁庭的行为模式。BIT中与人权相关的条文模糊的规定使东道国难以预测其为保护人权实施的法律法规的后果，特别是在已有的仲裁案件对投资者财产权保护偏爱有加的背景下，东道国保护其国内居民人权以及环境等公共利益的意愿和能力受到极大限制。因此，缔约国可对BIT做如下的改进。

首先，在序言中加入人权保护的说明。BIT的序言虽然不创设实体权利义务，但对BIT条款的解释则至为重要。今后，各国在缔结BIT时，可以考虑在序言中加入如下几点陈述：(1)确认对一般国际公法法律体系的遵从，签订BIT无意于创设一个封闭的法律体系，缔约国确认国际法认可的相关价值追求，包括人权、可持续发展、环境保护等；(2)缔约国须采取积极措施在实现这些价值的能力与投资者保护之间实现充分的平衡；(3)投资者财产权的保护是国际人权法具体化的表现。这3点陈述将国际投资法与人权法的关系理顺，有效避免两者的冲突，也为东道国采取措施履行《经济、社会和文化权利国际公约》等人权公约下的义务预留机动空间。

其次，在征收条款中明确规定人权保护例外。现有的BIT协定中的征收条款对征收补偿条款着墨甚浓，很少对间接征收的具体含义进行澄清。东道国为履行国际人权法施加的义务，特别是实现经济、社会、文化权利的积极义务时，间接征收与东道国正当的法律规制行为界限模糊，面对潜在的巨额经济赔偿，东道国的实现本国居民的经济和社会权利的意愿和能力均受到极大掣肘。明确间接征收的含义与外延，对人权保护目标的实现至关重要。今后各国在缔结BIT时，可以借鉴美国2004年BIT范本的规定，将用以保护人权和公共利益的、且无歧视的监管行为排除在间接征收之外。^①同时，在BIT中应当规定，决定征收补偿额时，仲裁庭应当考虑争议一方缔约国征收行为的意图。

再次，完善BIT中关于法律适用的规定。为强化对东道国居民经济、社会权利的保护，各国在缔结BIT时，应考虑在投资仲裁的法律适用条款中明确加入：在解决争议时，应适用国际人权法，特别是争议一方缔约国已经参加的国际公约、条约。

最后，完善投资者待遇标准。为实现BIT的可预见性和确定性，首先需要明确公平公正待遇的内涵，尤其是其与国际最低待遇标准之间的关系。对于国民待遇，缔约国应按照本国的需要加入特定人权保护例外，如保护少数人权利，以及历史上受到不公正待遇或者遭受歧视的人的人权。^②

（二）加强发展中国家对投资仲裁理论与实践的发言权

^① 参见US Model BIT (2004), Annex B.

^② 南非与坦桑尼亚在2005年签订的BIT中，便有类似规定。See Luke Eric Peterson. South Africa's Bilateral Investment Treaties Implications for Development and Human Rights [EB/OL], <http://library.fes.de/pdf-files/iez/global/04137-20080708.pdf>, September 24, 2010.

鉴于BIT条款含义模糊,投资仲裁员在投资仲裁中拥有广泛的自由裁量权。仲裁员对投资仲裁中涉及的法律问题的观点和看法,一定程度上影响了投资法的发展。人权问题也不例外,不同的思维模式与理论倾向,必然对东道国居民的人权与投资者财产权保护的平衡刻度产生影响。例如,来自发展中国家的学者和仲裁员,在个人财产权与集体人权相冲突时,往往更倾向于保护集体人权,而发达国家学者和仲裁员比较偏爱前者。世界银行的统计显示,已有的投资仲裁案件中,来自发展中国家的仲裁员与来自发达国家的仲裁员人数之比约为1:5.5,^[22]这就部分解释了为什么大多数仲裁庭对东道国居民人权的选择性忽视。这种比例的严重失调,主要原因在于西方学者主导了国际投资法的理论研究,发展中国家缺乏坚持发展中国家立场的国际投资仲裁专家。包括我国在内的发展中国家今后应当进一步根据本国实际情况,加强国际投资法的理论研究,特别是国际投资法和国际人权法的交叉研究,同时培养更多仲裁专家,以期在国际投资争议解决中获得更多的发言权。

(三) 增加仲裁程序的透明度

完善人权保护,必须增加仲裁程序的开放性,让人权受到影响的利益群体参与到仲裁程序中。开放性主要体现在强化仲裁程序的透明度和法庭之友的参与。目前在ICSID体系下,投资仲裁的申请和案件争议等信息均已公开,仲裁庭有权单独决定是否接受法庭之友的意见,但争议焦点集中在仲裁审理与仲裁裁决的公开上。2006年新修订的《ICSID仲裁规则》,虽然对透明度问题进行了完善,但未能确立利益受影响的第三方参与仲裁的权利。笔者认为就人权保护的需要而言,仲裁审理和仲裁裁决的全文应向利益受到影响的群体公开。至于是否向其他人开放,取决于仲裁双方的合意。利益受影响的第三人能否参与仲裁程序,应当由仲裁庭裁量决定。

频繁被BIT援引的《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》(以下简称“《UNCITRAL仲裁规则》”)囿于商事仲裁规则的本性,在透明度和法庭之友意见的采纳方面较为保守与封闭,2010年新修订的《UNCITRAL仲裁规则》仍以仲裁的保密性为原则,采用双方当事人对抗制的审理模式,法庭之友要么作为当事人的专家证人,要么以2010年《UNCITRAL仲裁规则》第30条所称的独立专家的身份出现。新的仲裁规则未能针对投资仲裁的特殊性,对投资仲裁的程序公开进行规定,也未能为受到投资仲裁影响的利益群体留下参与仲裁的绿色通道。《UNCITRAL仲裁规则》今后在修改时,可以引入ICSID关于透明度和法庭之友的规定,在仲裁规则中针对投资仲裁做出特别规定。

五、结语

国际投资协定与人权保护联系紧密,投资仲裁过程中,仲裁员倾向于将国际投资法假定为自足的法律体系,对人权保护,特别受到投资仲裁影响的东道国居民的经

济、社会权利的保护,以程序问题为借口加以回避。已有的投资仲裁实践引发了投资者的财产权与东道国居民人权的冲突,以及东道国保护本国居民人权的国际义务与保护投资者义务的冲突。

BIT的诸多条文的内涵具有不确定性,初级规则不够完善,仲裁庭也不具有发展初级规则的权威与条约授权,同时BIT缺乏国际责任的独立性规定和追究东道国责任的手段,BIT本身并非一个自足的法律体系,因此,国际人权法作为外部规则能够在投资仲裁中加以援引。投资仲裁庭在案件审理过程,必然对BIT中含义模糊的条文加以解释,这事实上是在重新界定BIT缔约双方的条约义务,而仲裁裁决也不仅影响了争议双方的权利义务安排,对东道国的公共利益以及东道国居民的人权的也产生了巨大的影响,因此,投资仲裁庭不应简单地将自己视为国际商事争议的解决者,而应当定位为国际法的裁判者。

对投资仲裁中出现的人权保护问题,投资仲裁庭应当在投资者的财产权和东道国居民的经济、社会权利之间寻找恰当的平衡点。为此,应对国际投资法从实体和程序两个方面进行完善。首先,在BIT中增加、完善人权条款。将人权保护注入序言、征收条款、投资者待遇、法律适用等条款;其次,应努力改变发达国家对投资仲裁理论与实践的压倒性主导地位,增加发展中国家的发言权;最后,增加仲裁程序的透明度,确保人权受到影响的东道国特定群体能够及时知晓并参与仲裁程序,而仲裁庭应当被赋予决定是否允许利益相关第三人参与仲裁程序的权利。

参考文献:

- [1] Peterson, Luke Eric. et al. International Human Rights in Bilateral Investment Treaties and in Investment Treaty Arbitration [EB/OL], www.iisd.org/pdf/2003/investment_int_human_rights_bits.pdf, September 24, 2010.
- [2] Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area, Article 7.2.(d) [EB/OL], <http://vi.unctad.org/files/wksp/iawksp08/docs/wednesday/Exercise%20Materials/invagreecomesa.pdf>, September 24, 2010.
- [3] Hirsch, M. Investment Tribunals and Human Rights: Divergent Paths[A], Dupuy, P-M, et al. Human Rights International Investment Law and Arbitration [C], Oxford University Press, 2009.
- [4] [8] Tecmed, Técnicas Medioambientales S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF) /00/2, para.116 (May. 29,2003).
- [5] Tecmed, Técnicas Medioambientales S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF) /00/2, p98 (May. 29,2003).
- [6] General Comment No. 15, The Right to Water (arts. 11 and 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), (2002)E/C.12/2002/11 (Jan. 20, 2003).
- [7] Williams, Melina. Privatization and the Human Right to Water: Challenges for the New Century [J], Michigan Journal of International Law, 2007, 28(1).
- [9] Saipem S.P.A. v. The People's Republic of Bangladesh, ICSID Case No. ARB/o5/07, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, paras. 130-132,(Mar. 21, 2007).
- [10] CMS Gas Transmission Company v. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, para 121, (May 12,2005).
- [11] Azurix Corp. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, para 261, (Jul.14, 2006).
- [12] Siemens v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, para 79, (Feb. 6, 2007).

- [13] Hirsch, M. Interaction between Investment and Non-Investment[A]. Muchlinski, F. Ortino. The Oxford Handbook of International Investment Law [C]. Oxford University Press, 2008.
- [14] Peterson, Luke Eric and Gray, Kevin R. International Human Rights in Bilateral Investment Treaties and in Investment Treaty Arbitration [EB/OL], http://www.iisd.org/pdf/2003/investment_int_human_rights_bits.pdf.
- [15] Biloune and Marine Drive Complex Ltd v. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana, Award on Jurisdiction and Liability, 95 ILR 184, 184(Oct. 27, 1989).
- [16] 白桂梅.国际强行法保护的人权[J].政法论坛, 2004, (2).
- [17] Report of the Executive Directors of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, <http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/partB.htm>.
- [18] 陈喜峰.国际法自足制度之研究 [J].政法论坛,2009, (2).
- [19] 谢宝朝.投资仲裁上诉机制不是正当性危机的唯一解药[J].世界贸易组织动态与研究, 2009,(4).
- [20] Choudhury, Barnali. Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration's Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit[J] Vanderbilt Journal of Transnational Law, 2008, 41(1).
- [21] 王虎华.国际公法学[M]. 北京:北京大学出版社,上海:上海人民出版社, 2008.
- [22] ICSID. The ICISD Caseload-Statistics [EB/OL] <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&CaseLoadStatistics=True&language=English12>, September.24, 2010.

Human Rights Protection in International Investment Law: From the Perspective of Investment Arbitration Practice

XIE Bao-chao ZHANG Shu-mei

Abstract: Since specific provisions on human rights issues are rarely seen in current international investment agreements which set a considerably high protection standard for investors, the conflict and contradiction between protection for the human rights of residents of host states and protection for the property rights of investors. The investor-state arbitration unveiled those potential conflicts. In practice, investment arbitration tribunals are zealous for protecting investors' property rights, and indifferent to protecting economic and social human rights of residents of host states. The source of the conflict is the failure to clarify the theoretical connotation of "self-containment of international investment law" and "positioning of arbitral tribunal". In order to strike a balance between protecting human rights of residents of host states and protecting property rights of investors, the international investment law must evolve in respect of substance and procedure.

Key words: international investment law; international investment arbitration; BIT, human rights protection; human rights obligation