



人权理事会

第五十四届会议

2023 年 9 月 11 日至 10 月 6 日

议程项目 3

促进和保护所有人权——公民权利、政治权利、
经济、社会及文化权利，包括发展权

国际投资法中的发展权

发展权专家机制的研究报告

概要

在本研究报告中，发展权专家机制探讨发展权当前和未来在国际投资法中的作用，分析现有国际投资法中的发展权，探讨投资者作为义务承担者不断演变的角色，研究最近两项重要法律发展的影响，审议法庭之友的作用，并探讨了仲裁员是否应具备经证明的人权专门知识记录作为其被任命裁决投资争端的先决条件这一问题。报告最后提出了一系列建议和提议。



一. 目标

1. 在本研究报告中，发展权专家机制：

(a) 分析在现有国际投资法中，包括在新一代国际投资协定和仲裁裁决中起重要作用的发展权要素，并提出改进建议和提议(正如所表明的，国际投资协定中没有明确纳入发展权并不妨碍本分析)；

(b) 审查和审议各国保护其人民的人权主要包括发展权的义务，以及国际投资法中的国家监管权；

(c) 探讨投资者作为责任承担者在履行人权义务方面不断演变的角色，以及如双边或多边国际投资协定中所规定，国家在开展国际合作、推进可持续发展和实现《2030 年可持续发展议程》中确定的可持续发展目标方面的义务；

(d) 审查最近两项重要的法律发展的影响，同时考虑到：(一) 将发展权明确纳入 2015 年《巴黎协定》的序言；(二) 国家实现气候目标的义务与其对外国投资者的义务之间持续出现的矛盾；

(e) 审议法庭之友在投资者与国家间争端解决案件中的作用(即不是特定案件当事方的利益相关者提出的论点)，它既是人权专门知识的来源，又是人权受到此类争端背后事件影响的个人或民族群体的参与手段；解决争端是国际投资法的一个组成部分，对个人和人民的发展权有直接影响；

(f) 解决一个相关问题，即仲裁员是否应具备经证明的人权方面(包括在可持续发展和可持续发展目标领域)的专门知识记录，以此作为任命其裁决引起人权或可持续发展目标问题的投资争端的先决条件，或者是否选择适当的合格法庭这一替代手段可能更有效；

(g) 根据专家机制的任务，强调良好的国家做法并提出建议。

二. 任务和方法

2. 本项研究是在对相关文献进行审查的基础上进行的，还利用了向包括会员国、民间社会组织、政府间组织和联合国机构在内的各利益攸关方分发调查问卷以及公开征集意见后收到的信息。

3. 从《联合国气候变化框架公约》缔约方会议第二十七届会议的成果中，特别是就当前国际投资协定制度背景下的气候目标获取有益见解。通过与学术界的互动和学术访问，并从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)、南方中心和其他研究中心以及民间社会组织在该领域开展的工作中，获取了更多有用的信息。

4. 本研究报告中提出的建议，还参考了对以下各项的审查：双边投资条约范本、以某种形式纳入人权条款的若干渐进式国际投资协定、仲裁裁决和其他法院判决。必须牢记，这一主题涉及的是一个不断演进的兴趣领域。

三. 国际投资法中的发展权

5. 本研究报告根据《发展权利宣言》(1986 年)规定的核心原则,以及发展权与可持续发展之间的共生关系,在国际投资法的背景下审查了发展权,同时考虑到可持续发展目标和《2030 年议程》。¹

6. 就本研究报告而言,必须强调可持续发展的三个方面,即:社会发展、经济发展和环境保护。² 社会发展的概念包括长期确立的人权概念;如果人权遭到破坏,就不可能实现社会发展和可持续发展。纳入《2030 年议程》的 17 项可持续发展目标和 169 项具体目标,代表了当前全球对可持续发展范围和内涵的共识。³

7. 鉴于上述情况,本研究报告审查了人权和国际投资法领域的互动、矛盾和潜在的共存。除了国家出于公共利益进行监管的权利之外,还关注国家间进行国际合作的义务以及个人和人民的参与权,这两者都是发展权的重要方面。从发展权的视角出发,本研究报告将投资视为达到目的的一种手段,这个目的就是实现《发展权利宣言》序言中所述的发展。总之,投资的目标,因而也是国际投资法的目标,应是“不断改善全体人民和所有个人的福利”。⁴

8. 除其他外,通过审查向各利益攸关方分发的上述调查问卷中提出的专题以及收到的答复,对上述问题进行了探讨。专家机制感谢为研究报告做出贡献的国家、政府间组织、联合国机构、民间社会组织成员和学术界人士。

四. 国际投资协定中的可持续发展概述

9. 许多国际投资协定,特别是最近的协定,有了一些改进和澄清,以保护国家出于公共利益进行监管的权利。重要的是,可持续发展、可持续发展目标和人权出现在一些国际投资协定和双边投资条约范本中。⁵

10. 自 2015 年大会通过《2030 年议程》以来,已缔结了 224 项国际投资协定,其中 31%的协定包含了直接涉及可持续发展目标的条款。

11. 国际投资协定以不同的方式处理可持续发展和可持续发展目标,或者强调国家出于公共利益有进行监管的权利,或者对外国投资者规定义务,后者包括有义务促进可持续发展、遵守具体标准、普遍遵守人权及企业社会责任原则。

¹ A/HRC/48/63, 第 19-23 段。

² 见 A/42/427, 附件。

³ 见大会第 70/1 号决议。

⁴ 见大会第 41/128 号决议, 附件。

⁵ 在贸发会议收集的国际投资协定 (<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>) 中,有些协定已经终止,有些已签署但尚未生效,其中 200 多项含有“可持续发展”一词。最早包含这一术语的协定,是欧洲经济共同体与巴西之间的《合作框架协议》(1992 年)。

12. 国际投资协定⁶ 处理可持续发展和可持续发展目标的方式包括：

(a) 序言中提及可持续发展(例如，巴西与印度的双边投资条约(2020 年)和伊朗伊斯兰共和国与斯洛伐克的双边投资条约(2016 年))；

(b) 使用的“投资”定义要求须对东道国的可持续发展做出贡献才具备资格(例如，摩洛哥与尼日利亚的双边投资条约(2016 年))；

(c) 规定公共政策例外，允许东道国采取措施保护公共政策目标，如保护公众健康和环境(例如，加拿大与蒙古的双边投资条约(2016 年)和格鲁吉亚与日本的双边投资条约(2021 年))；

(d) 规定国家有义务不为吸引外国投资而放松劳工标准或环境标准(例如，哥伦比亚与阿拉伯联合酋长国的双边投资条约(2017 年)和日本与摩洛哥的双边投资条约(2020 年))；

(e) 要求投资者承担与负责任的商业行为相关的义务(例如，巴西与埃塞俄比亚的双边投资条约(2018 年))。

(f) 杜绝腐败行为的条款(例如，格鲁吉亚与日本的双边投资条约(2021 年))；

(g) 促进外国直接投资遵守可持续发展的规定(例如，欧洲联盟—新加坡自由贸易协定(2019 年))。

13. 同样，双边投资条约中有时也明确提到合作和能力建设原则，例如巴西与马拉维的双边投资条约(2015 年)，⁷ 该条约强调通过与立足于社区的机构密切合作，加强当地能力建设，促进东道国的可持续发展。

14. 渐进式投资协定范本的例子包括荷兰王国的范本(2019 年)，⁸ 以及比利时—卢森堡经济联盟的范本(2019 年)。⁹

15. 比利时—卢森堡经济联盟双边投资条约范本纳入了发展权，特别是可持续发展的多方面内容，强调了国际合作在实现可持续发展方面的重要性，并承认可持续发展的经济、社会和环境方面是相互依存和相辅相成的。¹⁰ 重要的是，除了鼓励缔约方之间开展对话，该范本还鼓励各国与其民间社会组织开展对话。

16. 荷兰王国双边投资条约范本(2019 年)多次提及可持续发展和人权，¹¹ 包括明确提及《世界人权宣言》。¹² 可能已在谈判中使用双边投资条约范本，因为据报告，荷兰王国已获得欧洲联盟委员会的许可，与阿根廷、布基纳法索、厄瓜多

⁶ 此处列出的国际投资协定可查阅贸发会议国际投资协定浏览器 (<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>)。

⁷ 自由贸易协定中也反映了合作的重要性(见澳大利亚与大不列颠及北爱尔兰联合王国的协定(2021 年)第 22.20 条)。

⁸ 荷兰王国，《相互促进和投资协定》(2019 年 3 月)，第 2、3、6 和 7 条。

⁹ 比利时—卢森堡经济联盟双边投资条约范本，第 14-18 条。

¹⁰ 同上，第 14 条第(3)款。

¹¹ 荷兰王国，《相互促进和投资协定》(2019 年 3 月)，第 2、3、5 和 6 条。

¹² 见第 6 条第(6)款。然而，迄今为止，国际投资协定中没有明确提到《发展权利宣言》(1986 年)。

尔、尼日利亚、土耳其、乌干达、阿拉伯联合酋长国和坦桑尼亚联合共和国等几国重新谈判其现有的双边投资条约，并与伊拉克和卡塔尔开始谈判新的双边投资条约。¹³

五. 最近事态发展的重要性

17. 自《2030 年议程》通过以来，在将可持续发展、可持续发展目标和人权纳入国际投资协定方面取得了进展，但有一些重要的注意事项。

18. 首先，纵观众多已生效或已签署但尚未生效的国际投资协定(约有 3,300 项国际投资协定)，¹⁴ 除 245 项外，其余都是在 2015 年可持续发展目标通过之前签署的。因此，绝大多数国际投资协定不包含针对可持续发展目标的具体条款(无论是条款本身还是实质内容)，就不足为奇了。包含此类条款的约 70 项国际投资协定，几乎都是在可持续发展目标通过后签署的。然而，在 2015 年后签署的国际投资协定中，这些协定仅占少数(约 30%)，表明将可持续发展和可持续发展目标纳入国际投资协定尚未成为条约起草和国家投资政策的主流。要实现变革，需要扩大国际共识，也需要为条约谈判设定议程的主要经济体提供更多的领导。

19. 其次，大多数新国际投资协定，即使将可持续发展纳入实质性条款，似乎也是将其作用主要局限于例外、建议和政治承诺，而不是对国家或投资者施加能够促进可持续发展的、有约束力的义务。¹⁵ 此外，促进可持续发展的义务目前既不一致也不普遍。例如，摩洛哥—尼日利亚双边投资条约(2016 年)由两国签署，但只得到摩洛哥的批准。虽然随后的摩洛哥双边投资条约范本(2019 年)保留了可持续发展的内容，且摩洛哥也将其纳入了其他双边投资条约，但却没有将其纳入与巴西和日本的投资协定。¹⁶ 其他国家在起草双边投资条约范本时甚至采取了更保守的观点，并决定完全回避外国投资是否有助于东道国发展的问题。¹⁷

20. 再次，在某些情况下，在将可持续发展纳入国际投资协定中“投资”的定义的同时，还列入了关于如何在国际投资法范围内实现可持续发展的条款，即通过国际合作和承认可持续发展的经济、社会和环境方面相互依存和相辅相成，以及通过明确鼓励国家之间和国家与民间社会之间的对话。¹⁸

21. 在这方面，可持续发展在国际投资法中的落实，将取决于处理投资争端的国际仲裁法庭如何解释新一代双边投资条约中可持续发展的纳入。

¹³ Jones Day, “Renegotiation of existing BITs by the Netherlands may directly affect current investments”, July 2019.

¹⁴ 贸发会议，“国际投资条约制度与气候行动”，国际投资协定问题说明，第 3 期(2022 年)。

¹⁵ Ole Kristian Fauchald, “International investment law in support of the right to development?”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 34, No. 1 (2021), p. 189.

¹⁶ Arpan Banerjee and Simon Weber, “The 2019 Morocco model BIT: moving forwards, backwards or roundabout in circles?”, *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, vol. 36, No. 3 (2021), p. 539.

¹⁷ 例如，见哥伦比亚双边投资条约范本(2017 年)，其中起草者避免讨论该问题，以及 Banerjee and Weber, “The 2019 Morocco model BIT”。

¹⁸ 见比利时—卢森堡经济联盟双边投资条约范本。

22. 在很大程度上，将由仲裁法庭来检验可持续发展的实际意义和法律意义，并决定它仅仅是一种愿望，还是作为可强制执行的硬性法律。¹⁹ 如果可持续发展的概念纳入了国际投资协定的实质性部分，如对“投资”的描述(例如，摩洛哥—尼日利亚双边投资条约(2016年)第1条第(3)款、摩洛哥双边投资条约范本(2019年)第3条第(3)款和埃及—毛里求斯双边投资条约(2014年)第1条第(1)款)，这可能特别重要。由于这些文书相对较新，在可能出现的争端中，东道国是否会选择依靠可持续发展作为抵御投资者潜在索赔的一部分，以及仲裁法庭是否会将提及可持续发展解释为构成对受保护投资的一项基本要求，还是将其解释为仅具有建议性质，这些尚有待观察。²⁰

23. 此外，可持续发展在国际投资法中的法律意义以及如何在实践中实现，很可能受到各国国内法中相关平行发展的影响，特别是在其影响超出本国领土的情况下。

24. 在这方面，最近的一个案子提供了实例，在此案中，德国联邦宪法法院审议了在德国的环境和气候法律范围内可持续发展的可司法性。²¹ 该法院在审议德国根据《巴黎协定》(2015年)承担的义务时，²² 在没有明确提及可持续发展的情况下，审议了不仅在一国内部而且跨越国界的“代内公平”(即当前各代人之间的公平和公正)的概念，以及“代际公平”(对后代的承诺和责任)²³。虽然这一案例并不直接涉及国际投资法，但这是一个相关的平行发展，为可持续发展在国际法中日益增长的作用²⁴ 及其在未来投资争端中的法律解释提供了有益的启示，特别是因为从气候变化的角度看，国际投资协定中可持续发展的环境因素对实现发展权至关重要。

25. 总体而言，目前的情况表明，将可持续发展进一步纳入国际投资协定的潜力巨大。虽然其法律地位和解释问题将由未来的仲裁法庭决定，但将可持续发展纳入投资的定义是朝着正确方向迈进了一步，因为它至少在发展权方面为关于外国投资的决定以及东道国和投资者对彼此的期望提供了基础。

26. 此外，为了在国际投资法中落实发展权，需要一个一致的法律框架，包括对可持续发展的一致性解释。

¹⁹ Klentiana Mahmutaj, “Will the Morocco-Nigeria bilateral investment treaty transform sustainable development into hard law?”, *European Journal of International Law*, EJIL: Talk!, January 2022.

²⁰ 调查问卷中提出的问题：一个国家评论说，应在国际投资协定中明确界定可持续发展的概念，将可持续发展目标排除在投资条款之外，可能会对从事不可持续的活动但却根据国际投资协定要求保护权利的投资者产生意外的影响。其他国家对这一问题保持沉默，一个国家认为，纳入这一概念可能会使义务更加繁重，从而降低对投资者的吸引力。

²¹ Jelena Bäumler, “Sustainable development made justiciable: the German Constitutional Court’s climate ruling on intra- and inter-generational equity”, *European Journal of International Law*, EJIL: Talk!, June 2021.

²² 可持续发展是《巴黎协定》若干实质性条款的特点。

²³ 同上。

²⁴ 关于国家未能履行气候义务对文化特性的生存和持续发展产生不利影响的最近例子，见人权事务委员会第 3624/2019 号来文，Daniel Billy 等人诉澳大利亚，2022 年 9 月 22 日通过的意见。

六. 人权、企业社会责任和发展权

27. 人权是可持续发展和可持续发展目标的一个主要组成部分。一段时间以来，甚至在新一代国际投资协定出台之前，它们就是投资者与国家间争端解决领域的要素之一。

A. 历史沿革

28. 迄今为止，解决投资者与国家间争端的仲裁裁决对人权在国际投资法中的作用仅提供了支离破碎和不连贯的分析。国家提出的其为保护公民人权而实施监管权的论点经常失败，引起了人们对国家是否有足够空间保护其人民的权利和“监管冷漠”的风险严重关切。更常见的情况是，法庭裁定自己甚至没有审议人权问题的管辖权，²⁵ 例如在国家以投资者涉嫌侵犯人权为由提起反诉的情况下。²⁶

29. 但是也有例外，包括：

(a) 在 *Urbaser 公司诉阿根廷* 一案中，²⁷ 原则上允许阿根廷反诉该特许公司未能进行一定水平的投资，从而侵犯了阿根廷人民的水权；

(b) 在 *Burlington 资源公司诉厄瓜多尔共和国* 一案中，允许厄瓜多尔就违反厄瓜多尔环境法和合同义务的行为提起反诉，投资者被判支付 4,170 万美元；²⁸

(c) 在 *Copper Mesa 矿业公司诉厄瓜多尔共和国* 一案中，²⁹ 尽管厄瓜多尔违反了加拿大—厄瓜多尔双边投资条约的若干条款，但法庭将裁决金额减少了 30%，以反映出投资者针对反采矿抗议者的非法行动加剧了其自身的损失。³⁰

B. 新一代国际投资协定

30. 新一代国际投资协定可能标志着在解决投资者与国家间争端中保护人权的一个分水岭，如下文所述，这可能在许多方面为国家在此类争端中诉诸人权创造了更大空间。

²⁵ Fabio Giuseppe Santacroce, “The applicability of human rights law in international investment disputes”, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 34, No. 1 (2019), pp. 136–155.

²⁶ 实例包括 *Rusoro 矿业有限公司诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国*，国际投资争端解决中心 ARB(AF)/12/5 号案；*Karkey Karadeniz Elektrik Uretim 公司诉巴基斯坦伊斯兰共和国*，国际投资争端解决中心 ARB/13/1 号案；*Anglo American 上市有限公司诉委内瑞拉玻利瓦尔共和国*，国际投资争端解决中心 ARB(AF)/14/1 号案。

²⁷ 国际投资争端解决中心 ARB/07/26 号案。另见 Edward Guntrip, “*Urbaser v. Argentina: the origins of a host State human rights counterclaim in ICSID arbitration?*”, *European Journal of International Law*, EJIL: Talk! 10 February 2017.

²⁸ 国际投资争端解决中心 ARB/08/5 号案：同意反诉的依据是合同，而不是来自一项国际投资协定。

²⁹ *Copper Mesa 矿业公司诉厄瓜多尔共和国*，常设仲裁法院第 2012-2 号案。

³⁰ Peter Muchlinski, “Can international investment law punish investor’s human rights violations? *Copper Mesa*, contributory fault and its alternatives”, *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, vol. 37, No. 1–2 (2022), pp. 359–377: 索赔人雇用了 50 多名武装准军事保安人员来保护投资。当事实方的非法行为是确定索赔可否受理和实质问题的一个相关因素，这是国际仲裁中的一项既定原则。

1. 明确提及监管权

31. 一些新的国际投资协定明确阐述了国家自我监管的权利。然而，这种提及仅仅是宣示性的；它们没有产生可强制执行的新权利或义务，因此，它们本身不可能充分平衡国际投资协定中的保护条款。³¹ 可以说，一项对监管权作出具体规定的具有法律约束力的发展权文书，会加强缔约国在国际投资协定中的地位。然而，出现这种场景的条件尚未成熟。³² 不过，一些新的国际投资协定尽管数量较少，却明确提到监管权、人权义务和人权文书，³³ 并规定投资者有义务遵守公司社会责任标准，³⁴ 这一事实大大促进了发展权。

2. 投资者的行为可能会影响赔偿金额

32. 一些新的国际投资协定采用了 Copper Mesa 一案中使用的赔偿金额方法。³⁵ 例如，摩洛哥双边投资条约范本(2019 年)第 20 条第(5)款要求，在确定赔偿金额时，将投资者在国际人权和环境法方面的遵守情况考虑在内，³⁶ 而荷兰王国双边投资条约范本(2019 年)则要求法庭考虑投资者不遵守《工商企业与人权指导原则》和经济合作与发展组织(经合组织)多国企业准则的情况。³⁷

3. 要求投资者遵守东道国法律规定的人权义务

33. 一些新的国际投资协定³⁸ 明确规定投资者有责任遵守东道国国内法规定的人权义务。出于两个主要理由，这种方法具有实际的重要性。³⁹ 首先，它提醒人们，侵犯人权会产生真正的后果。⁴⁰ 其次，这种明确的纳入可能会最大限度地减少或消除对国家人权反诉的管辖权异议。

34. 然而不应夸大这种方法的作用。由于国家不能启动针对投资者的争端解决程序，这种方法只代表反诉的可能性。可能需要更强有力的方法，以便将侵犯人权

³¹ Barnali Choudhury, “International investment law and non-economic issues”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 53, No. 1 (2020).

³² 见 A/HRC/WG.2/23/2, 附件, 第 3 条(h)款和第 11 条(c)款。

³³ 见荷兰王国双边投资条约范本, 第 6 条第(6)款。

³⁴ 见西非国家经济共同体, 《共同投资法》, 第 34 条第(2)款; 非洲联盟委员会, 《泛非投资法草案》(2016 年), 第 24 条(a)款和(b)款。

³⁵ 关于是否应将基于人权的索赔视为损害程度方面的共同过失问题, 对此的批判性分析, 见 Muchlinski, “Can international investment law punish investor’s human rights violations?”。

³⁶ 另见印度双边投资条约范本(2015 年), 第 26 条第(3)款。

³⁷ 《经合组织多国企业准则》, 第 23 条。

³⁸ 南部非洲发展共同体双边投资条约范本(2012 年), 第 15 条第(1)款; 荷兰王国双边投资条约范本, 第 7 条第(1)款; 印度双边投资条约范本(2016 年), 第 12 条; 摩洛哥—尼日利亚双边投资条约, 第 14 条; 《泛非投资法草案》第 22 条。

³⁹ Eric De Brabandere, “Human rights counterclaims in investment treaty arbitration”, *Investment Claims*, 25 October 2018.

⁴⁰ 关于投资者违约和赔偿的有趣观点, 见《孟加拉国—丹麦双边投资条约》(2009 年)第 2 条, 其中提到根据国内法或国际法, 对公共健康、生命或环境造成的损害将使投资者有责任向东道国提供赔偿。

作为拒绝向投资者提供条约保护的依据。⁴¹ 或者，仲裁法庭可以将遵守人权作为一项基于国际公共政策的受理标准。⁴²

4. 要求投资者遵守母国法律规定的人权义务

35. 一些新的国际投资协定具体提到投资者对侵犯母国法律规定的人权行为的潜在责任，这很少或没有增加投资者的义务，只是强调而没有扩大他们现有的义务。⁴³ 此外，这些规定似乎没有给母国增加任何义务。⁴⁴

5. 企业社会责任

36. 一些新的国际投资协定提到经合组织《多国企业准则》和《工商企业与人权指导原则》，它们是国际上考虑企业社会责任的主要源头。由于两者都不具有法律约束力，它们在国际投资协定中只是作为建议出现。例如，布基纳法索—加拿大双边投资条约(2015 年)第 16 条鼓励投资者将国际公认的标准纳入其政策和实践，印度—白俄罗斯双边投资条约(2018 年)第 12 条建议投资者自愿这样做。⁴⁵ 尽管如此，至少有一项国际投资协定，即中国—瑞士自由贸易协定(2013 年)，明确承认企业社会责任对可持续发展的重要性。虽然这些条款是“软法律”，但它们表明人们日益认识到人权在国际投资法中的重要性。

6. 结论

37. 历史上的资本输出国，其法律的最近发展是否代表了一种重大的文化转变，而这种转变可能对国际投资协定在保护东道国人权方面的适当作用产生影响，要确定这一点还为时过早。全球南方主要经济体的国内立法缺乏类似的发展，这表明存在明显的不对称。目前只能说，在国际投资协定中对人权的认可仍处于初级阶段，在能够实现一致和连贯的方针之前，有必要更广泛地纳入人权。

⁴¹ 似乎只有在哥伦比亚双边投资条约范本(2017 年)(关于拒绝受益的一章)下，才会出现这种情况。

⁴² 有关此方法的相关问题，见 Muchlinski, “Can international investment law punish investor’s human rights violations?”, p. 373。

⁴³ 见荷兰王国双边投资条约范本(2019 年)第 7 条第(4)款；以及摩洛哥—尼日利亚双边投资条约(2016 年)第 20 条。

⁴⁴ Eric De Brabandere, “The 2019 Dutch model bilateral investment treaty: navigating the turbulent ocean of investment treaty reform”, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 36, No. 2 (2021), p. 328.

⁴⁵ 另见阿根廷—日本双边投资条约(2018 年)，第 17 条，以及《澳大利亚—香港自由贸易协定》(2019 年)，第 16 条。

七. 通过国际投资法，气候变化对发展权的影响

38. 已经确立了气候变化与发展权之间的关系。⁴⁶ 正如《巴黎协定》所强调，气候变化对人民享有发展权构成重大威胁。⁴⁷

39. 2022 年，《联合国气候变化框架公约》缔约方会议第二十七届会议在气候变化和发展权方面取得了进展，会上就为弱势国家设立损失和损害基金达成了协议。⁴⁸ 然而，为了实现气候目标⁴⁹ 和应对全方位性质的气候变化威胁，需要采取进一步的多学科行动，特别是减少碳排放和增加可再生能源的使用，⁵⁰ 这两者都与全球投资制度密切相关。显然，许多相互关联领域中的持续变革和灵活性对这一进程至关重要，包括国际投资法领域的变革，这一领域既可能扼杀也可能推动进步。

40. 目前，在现有或新的国际投资协定中，很少有具体的“气候变化”条款。此类条款主要被纳入最近的国际投资协定(或双边投资条约范本)，⁵¹ 更常见的是纳入自由贸易协定，包括处理气候变化的章节。⁵² 就目前情况而言，这些条款没有区分高排放和低排放投资，也没有完善保护标准，⁵³ 而是强调各国在实现气候目标方面开展国际合作的重要性。⁵⁴ 因此，有必要对新老国际投资协定进行

⁴⁶ 见 A/76/154。

⁴⁷ 见联合国人权事务高级专员办事处(人权高专办)，“了解人权和气候变化”(2015 年)；A/76/154；以及 Nandita Banerji, “Heatwaves in India could soon break human survivability limit, says World Bank analysis”, *Down to Earth*, 7 December 2022。

⁴⁸ 《联合国气候变化新闻》，“缔约方会议第二十七届会议就为脆弱国家设立新的‘损失和损害’基金达成突破性协议”，2022 年 11 月 20 日。

⁴⁹ Georgina Rannard, “COP27: climate costs deal struck, but no fossil fuel progress”, BBC News, 20 November 2022。

⁵⁰ 气候变化背景下促进和保护人权特别报告员建议“追究政府、企业和金融机构对化石燃料和碳密集型产业持续投资以及此类投资引起的相关人权影响的责任”(A/77/226, 第 90(d)段)。另见人权高专办, “可再生能源和发展权: 实现人权以促进可持续发展”(2022 年)。

⁵¹ 例如, 见加拿大双边投资条约范本(2021 年), 第 3 条:

双方重申, 每一方都有权在其领土内进行监管, 以实现合法的政策目标, 如保护环境 and 应对气候变化; 社会或消费者保护; 促进和保护健康、安全、土著人民权利、性别平等和文化多样性方面的目标。

⁵² 见大不列颠及北爱尔兰联合王国与新西兰自由贸易协定(2022 年), 第 14.18 条第(2)款; 澳大利亚—联合王国自由贸易协定(2021 年), 第 13.18 和第 22.5 条。

⁵³ 贸发会议和国际环境与发展学会, “关于国际投资协定和气候行动的政策简报”(2022 年 3 月); 经合组织, 《投资条约与气候变化: 经合组织公共协商(2022 年 1 月至 3 月)——提交材料汇编》, 2022 年 4 月 13 日。一些学者对按照气候目标重新调整投资机制的可能性表示怀疑; 见 Kyla Tienhaara and Lorenzo Cotula, “Raising the cost of climate action?: investor-State dispute settlement and compensation for stranded fossil fuel assets”, *Investment, Land and Rights series* (London, International Institute for Environment and Development, 2020); 和 Kyla Tienhaara and others, “Investor-State disputes threaten the global green energy transition”, *Science*, vol. 376, No. 6594 (2022)。另见政府间气候变化专门委员会, 《2022 年气候变化: 减缓气候变化》(2022 年), 第 74 页。

⁵⁴ 见澳大利亚—联合王国自由贸易协定(2021 年), 第 13.18 条。另见第 22.5 条。

修订。此类修正案应包括促进保护气候的外国直接投资条款，⁵⁵ 这些条款应纳入新的投资协定。为了支持气候变化目标，外国直接投资应按照《巴黎协定》第 2 条第 1 款(c)项的规定，按照共同但有区别的责任和各自能力的原则，根据不同的国情，促进从高排放投资向低排放投资的过渡。⁵⁶

41. 然而，改革国际投资协定是不够的：⁵⁷ 投资者的权利已受到现有国际投资协定的广泛保护，这已经产生了矛盾，一方面是各国通过引入国内立法、法规或政策寻求实现气候目标的监管空间，另一方面是它们对外国投资者的义务。⁵⁸ 目前，化石燃料的投资者享有国际投资协定向其提供的对抗东道国的许多保护，上述矛盾可能会继续下去。⁵⁹

42. 在实践中，在发展权的气候相关方面，现有的国际投资协定充其量只是中立的，在最坏的情况下，可能会对遵守气候相关义务的国家进行惩罚。几项仲裁裁决，包括上文提到的裁决，最好地说明了这一点。在这些裁决中，虽然承认存在这种矛盾，但仲裁法庭做出了有利于投资者的裁决。⁶⁰ 此类索赔可能导致投资者获得巨额赔偿，⁶¹ 这可能会阻碍国家推行无害气候的政策，⁶² 或至少可能会

⁵⁵ Matthew Stephenson and James Zhan have commented in “What is climate FDI? How can we help grow it?” (Think20 Indonesia, 2022) that:

Including climate FDI provisions in international investment agreements (IIAs) can help to protect, promote, facilitate, or otherwise support FDI that helps lower carbon, is carbon-neutral, or is carbon negative. This provides a very clear mechanism to encourage such investment, as it is part of the legal framework, thereby providing both greater clarity and certainty to investors, as well as stipulating consequences and recourse should the provision not be followed.

⁵⁶ 《巴黎协定》，第 2 条第(2)款和第 4 条第(19)款。

⁵⁷ 正如《联合国气候变化框架公约》缔约方会议第二十七届会议上所指出，一些企业担心如果进行脱碳会失去竞争力，但另一些企业认为这创造了额外的经济活力。

⁵⁸ 贸发会议，“基于条约的投资者与国家争端解决案例和气候行动”，国际投资协定问题说明(第 4 期(2022 年))：“化石燃料部门的投资者经常提出投资者与国家间争端解决索赔，针对不同类型的国家行为发起了至少 192 起投资者与国家间争端解决案件。过去十年中，可再生能源部门的投资者提起的投资者与国家间争端解决案件也越来越多，已知有 80 起”。除一个案件外，所有这些案件都是根据在《2030 年议程》通过之前的国际投资协定提起的。

⁵⁹ 说明这种矛盾的最近实例包括 Eco Oro 矿产公司诉哥伦比亚共和国一案中投资者与国家之间的争端，国际投资争端解决中心 ARB/16/41 号案件，2021 年 9 月 9 日关于管辖权、赔偿责任和赔偿金额的指示的裁决，这是“两个相互竞争、方向相反的社会目标之间的斗争：一方面是保护国际投资者的条约权利，另一方面是一个社区采取合法措施保护其环境的能力”(Philippe Sands, 部分反对意见, 第 1 段); Westmoreland 矿业控股有限公司诉加拿大(II), 国际投资争端解决中心 UNCT/20/3 号案件。

⁶⁰ 关于另一案件，见 Rockhopper 诉意大利，国际投资争端解决中心 ARB/17/14 号案件。

⁶¹ 贸发会议，“基于条约的投资者与国家争端解决案例和气候行动”。

⁶² Lora Verhecke and others, “Blocking climate change laws with ISDS threats: Vermilion vs. France”, in *Red Carpet Courts: 10 Stories of How the Rich and Powerful Hijacked Justice* (Brussels and Amsterdam, Friends of the Earth Europe and International, Transnational Institute and Corporate Europe Observatory, 2019).

使这些政策更加昂贵，从而破坏公众对应对气候变化⁶³ 和实现气候目标的信任和信心。⁶⁴

43. 此外，投资者获得高额赔偿的前景和支付法律费用⁶⁵ 的命令有可能使各国雄心勃勃的气候行动变得相当昂贵，甚至可能“冷却”这种行动。⁶⁶ 根据最近关于这一问题的一项研究，在气候适应方面的投资者—国家争端解决索赔可能高达 3,400 亿美元。⁶⁷

44. 最近的一个例子是一群投资者根据《能源宪章条约》(1994 年)提起诉讼，要求欧洲联盟四个成员国就矿物燃料项目受到的损害支付总额 40 亿欧元的赔偿。⁶⁸ 一系列相互竞争的因素，包括《欧洲绿色协议》、一些成员国对化石燃料的严重依赖，以及《能源宪章条约》缺乏改革，凸显了国际投资法中可持续发展、气候变化和投资者权利之间的相互作用和潜在矛盾。⁶⁹

45. 至关重要的是，解决投资者与国家间的争端，要在以下两者间达成平衡，一方面是国家需要为应对气候危机和相关生态变化而改变和调整立法，一方面是东道国监管框架的稳定性和可预测性，后者是某些国际投资协定给与投资者的保障。⁷⁰

46. 灵活性对于取得必要的平衡至关重要。环境法、气候变化法规和政策都是高度动态的，需要以非线性和不可预测的方式进行适应，以应对当前的气候风险和

⁶³ Mala Sharma, “Integrating, reconciling, and prioritising climate aspirations in investor-State arbitration for a sustainable future: the role of different players”, *Journal of World Investment & Trade*, vol. 23, No. 5-6 (2022), pp. 746–777.

⁶⁴ 正如政府间气候变化专门委员会 2022 年的报告所指出，外国投资者对东道国提出的一些索赔对旨在实现气候和环境目标的措施提出了挑战(《2022 年气候变化：减缓气候变化》，第 1499 页)：“虽然国际投资协定有可能增加在东道国的低碳投资，但这些协定往往保护投资者的权利，限制了东道国在采取环境政策方面的自由度”，参见《环境和投资法研究手册》，Kate Miles 编辑(Edward Elgar, 2019 年)。另见贸发会议，“基于条约的投资者与国家争端解决案例和气候行动”；和 Lea Di Salvatore, “化石燃料行业中的投资者—国家争端”(国际可持续发展研究所，2021 年)，第 41 页，认为化石燃料行业是投资者—国家仲裁系统中提出诉讼最多的行业，约占所有已知案件的 20%。

⁶⁵ 败诉的被告国可能面临数百万美元的费用，这对发展中国家和最不发达国家来说尤其沉重。

⁶⁶ 见 Westmoreland 矿业控股有限责任公司诉加拿大案(II)，国际投资争端解决中心 UNCT/20/3 号案件(关于逐步淘汰燃煤发电厂的争端)；和 Tarald Laudal Berge and Axel Berger, “Do investor-State dispute settlement cases influence domestic environmental regulation? The role of Respondent State bureaucratic capacity”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 12, No. 1 (2021), pp. 1–41。

⁶⁷ Rachel Thrasher, “With a potential \$340 billion price tag, investor-State disputes threaten the global green energy transition”, Boston University Global Development Policy Center, 5 May 2022.

⁶⁸ Camilla Hodgson, “European energy groups seek €4bn damages over fossil fuel projects”, *Financial Times*, 21 February 2022.

⁶⁹ “大多数已知的化石燃料[投资者—国家争端]案件的判决都有利于投资者”，这可能是令人关切的原因之一(Di Salvatore, “化石燃料行业的投资者—国家争端”)。最终，这些案子都得到了解决。

⁷⁰ Jack Biggs, “The scope of investors’ legitimate expectations under the FET standard in the European renewable energy cases”, *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*, vol. 36, No. 1 (2021), pp. 99–128.

不断出现的显示环境退化性质和程度的数据。⁷¹ 各国希望保护环境和应对气候变化，并推行经济发展战略，除其他外，包括采矿活动，以此作为促进经济繁荣⁷²和保障经济福祉的手段。⁷³

47. 目前更新《能源宪章条约》的工作，涉及投资者与国家的争端，包括大量可再生能源方面的争端对气候变化的影响。它反映出在国际投资协定和国际合作领域进行改革的必要性，⁷⁴ 以及这样做的实际困难。取消对化石燃料投资保护(所谓的化石燃料例外)的可能性是朝着正确方向迈进的一步。然而，目前的剥离条款草案远未反映出气候紧急情况，即使能够就此达成多边共识，仍将再为化石燃料投资提供 10 年保护。

48. 尽管存在这些困难，国际投资协定的改革，对于缓解上述矛盾至关重要。⁷⁵ 潜在的更快、更有效的解决方案，或许可以说服仲裁员在行使其解释裁量权时，重新调整他们在解决投资者与国家间争端中如何处理气候目标与投资者权利之间的矛盾。⁷⁶ 然而，这只能在特定争端的决定因素和管辖权范围内实现，包括随之而来涉及的技术和程序挑战。但应鼓励仲裁员在作出决定时考虑到：(a) 巴黎协定的条款及其对发展权的明确提及；(b) 大会关于享有清洁、健康和可持续环境的人权的第 76/300 号决议；(c) 社会经营许可证，包括社区参与和协商的价值。

49. 在实践中，可通过以下办法来实现这种整体方针，即对法庭之友的贡献采取更加包容的办法(见下文第九节)，并要求仲裁员的专业资格包括人权、可持续发展(见下文第十节)和气候法方面的专门知识，这将使他们能够在国际投资法中给予气候相关问题应有的地位。

⁷¹ Richard J. Lazarus, *The Making of Environmental Law* (University of Chicago Press, 2006), p. 22.

⁷² 关于投资者/投资保护作为吸引外国投资的相关因素的重要性，见 School of International Arbitration, Queen Mary University of London, and Corporate Counsel International Arbitration Group, “2020 QMUL-CCIAG survey: investors’ perceptions of ISDS” (2020), 其中受访者表示，投资者能否获得基于条约的保护、能否获得投资者与国家间争端解决以及东道国卷入此类争端的历史，都会对他们的投资决定产生重大影响。

⁷³ 见 *Eco Oro 矿产公司诉哥伦比亚共和国*，国际投资争端解决中心 ARB/16/41 号案件。

⁷⁴ 关于合作的义务是否意味着真诚谈判的义务，见 Olivier De Schutter, “A duty to negotiate in good faith as part of the duty to cooperate to establish ‘an international legal order in which human rights can be fully realized’: the new frontier of the right to development”, *Interdisciplinary Research Cell in Human Rights Working Paper* 2018/5 (University of Louvain, 2018)。

⁷⁵ 贸发会议，“国际投资条约制度和气候行动”，《国际投资协定问题说明》，第 3 期(2022 年)：

现有国际投资协定的改革，对于确保国际投资协定不妨碍各国实施气候变化措施和实现向低碳经济的公正过渡至关重要。改革应将各国面临与气候变化政策和高碳投资相关的投资者与国家间争端解决索赔的风险降至最低。

⁷⁶ 见 Sharma, “Integrating, reconciling, and prioritising climate aspirations in investor-State arbitration”; 和 Laura Letourneau Tremblay, “In need of a paradigm shift: reimagining *Eco Oro v Colombia* in light of new treaty language”, *Journal of World Investment & Trade*, vol. 23, No. 5-6 (2022), pp. 915–946。另见 Toni Marzal, “Polluter doesn’t pay: the *Rockhopper v. Italy* award”, *EJIL: Talk!*, 19 January 2023。

八. 通过与相关利益攸关方协商和获得社会经营许可实现参与发展的权利

50. 关于社会经营许可的协议是一种创新，它支持个人和人民积极参与政治、社会、文化和经济发展，并享受这种参与的好处，从而实现其人权的权利，这是发展权的核心。⁷⁷ 通过投资者与当地利益攸关方之间达成此类协议，受影响的社区能够直接参与决定拟议的投资是否适当和适宜。社会经营许可不由东道国发放，而是由受影响的当地社区或整个民间社会发放。⁷⁸ 没有社会经营许可的表现形式可能包括项目恶化和/或社会动荡。⁷⁹

51. 许多较新的国际投资协定要求提供社会和环境报告，其中包括与当地社区进行协商。然而，它们并没有具体要求外国投资者在开始投资之前与当地社区协商并获得社会经营许可，更不用说在整个投资期间维持此一许可。⁸⁰ 社会经营许可已经出现在投资者与国家的争端中，尽管兴趣和准确性的程度不同，仲裁员的解释也不同，⁸¹ 部分原因是其在国际投资法中并未得到定义。

52. 在投资者与国家间争端中，第一次明显提到社会经营许可，是在仲裁法庭对 *Bear Creek 矿业公司诉秘鲁共和国* 一案的裁决中。⁸² 法庭的主流观点是，投资者在履行责任采取政府要求的强制性措施时，已经履行了从受影响社区(即土著社区)获得社会经营许可的义务。法庭的一名成员在部分反对意见中指出，根据国际劳工组织(劳工组织)《1989 年土著和部落人民公约》(第 169 号)，投资者有从一开始就开展协商和分享项目利益的更广泛法律义务，因此判给秘鲁的损害赔偿本应减半，因为投资者没有社会经营许可，还因为投资者应承担与秘鲁政府同等的义务。⁸³

53. 在 *Copper Mesa* 一案中，厄瓜多尔政府取消了一家加拿大投资者的特许权，可能是因为投资者的存在及其随后在当地社区的行动造成了社会动荡(高层人员被认定犯有代表公司策划暴力犯罪行为的罪行)。然而，这使得投资者无法完成与当地社区的协商。在法庭的裁决中，投资者的不当行为导致其原本胜诉的索赔金额减少 30%。

⁷⁷ 《发展权利宣言》，第 1 条。协商权载于国际劳工组织(劳工组织)《1989 年土著和部落人民公约》(第 169 号)和《联合国土著人民权利宣言》。

⁷⁸ Mihaela-Maria Barnes, “The ‘social license to operate’: an emerging concept in the practice of international investment tribunals”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 10, No. 2, pp. 328–360.

⁷⁹ 同上。

⁸⁰ 调查问卷询问，国际投资协定是否应明确要求各国在允许外国投资者在其境内投资之前与民间社会的利益攸关方协商，以及这是否应仅限于特定类型的投资和利益攸关方。一些国家表示了保留意见，包括担心这一过程可能会阻止外国投资，或者可能会对各国客观、一致地评估投资价值的能力产生不利影响。

⁸¹ 见 Philippe Sands 在 *Eco Oro 矿产公司诉哥伦比亚案* 中的部分反对意见，国际投资争端解决中心 ARB/16/41 号案件；*Bear Creek 矿业公司诉秘鲁共和国*，国际投资争端解决中心 ARB/14/21 号案件。

⁸² 国际投资争端解决中心 ARB/14/21 号案件，裁决，2017 年 11 月 30 日。

⁸³ Philippe Sands 的部分反对意见，2017 年 11 月 30 日，第 13 和 39 段。

54. 迄今为止，投资者未能获得社会经营许可似乎只是减少了投资者获得的赔偿价值，而不是完全剥夺给予他们或他们的投资以保护(或取消东道国的赔偿责任)。

55. 出现这种局面的部分原因可能是社会经营许可的法律地位模糊，在司法推理中，将其描述为具有某种形式规范地位的复合概念。⁸⁴ 尽管目前它们在国际投资法中的地位尚未确定，但对缺乏社会许可的反对，已通过抗议、封锁和社会政治环境不稳定等方式，强烈地表现出来。

56. 撇开其法律地位不谈，在与外国投资者，特别是与采掘业投资者的协商中，将社会经营许可视为一种积极的事态发展，长远来看，它将有助于投资的成功，因为它产生了更大的确定性，降低了声誉和财务方面的风险。

57. 外国投资者与社区之间为获得和维持社会经营许可而进行直接交流的重要性不言而喻：⁸⁵ 这是保护个人和民众的人权并实现其发展权的有效方式。此外，社会许可能够帮助东道国防止社会动荡，降低投资风险从而促进外国投资，减少投资者与东道国之间的纠纷风险，并降低东道国不得不支付赔偿和法律费用的风险。

58. 鉴于上述情况，在每一案件中，仲裁员都应认为社会许可是国际公共政策的一个基本特征。只有通过这样一个过程，才能改革未来的做法，使对投资的同意建立在投资者对社区参与及其发展的持续承诺的基础上，而不仅仅是做做表面文章。⁸⁶

九. 第三方参与投资者与国家间争端的解决

59. 民间社会和受影响社区参与制定国际投资法和形成特定案件的结果还有另外一种方式，就是在投资者与国家间争端的解决中利用第三方，即法庭之友。⁸⁷ 法院或仲裁法庭可酌情允许非争端当事方的第三方提出法院或仲裁法庭可酌情考虑的与案件有关的论点和证据。⁸⁸ 通过法庭之友的证词，当地社区和民间社会组织可提出本来可能不会被听取的论点或证据，因为投资者或东道国可能不会提出这些论点或证据(在某些情况下，不提出这些论点或证据可能符合既得利益)。

⁸⁴ Barnes, “The ‘social license to operate’”. 即使在人权法领域经验丰富的仲裁员，也把自由、事先和知情同意的概念与社会经营许可混淆在一起。另见下文脚注 115。

⁸⁵ Bear Creek 矿产公司诉秘鲁共和国，国际投资争端解决中心 ARB/14/2 号案件。

⁸⁶ 这有待进一步分析，探讨法庭将注意到社会经营许可的依据，包括证明存在社会经营许可的最低证据门槛，以及用于确定此类证据门槛的衡量标准。

⁸⁷ 第一个有记录的法庭接受法庭之友书状的投资者与国家争端解决案，是 Methanex 公司诉美利坚合众国案，北美自由贸易区/贸易法委员会，裁决，2001 年 1 月 15 日。

⁸⁸ 通常，不存在让当地社区或民间社会组织成为投资者诉国家案件当事方的机制，因为这类案件是仲裁，国际投资协定考虑的唯一当事方是外国投资者和东道国。

60. 然而，仲裁法庭对法庭之友书状的接受程度并不一致，而且这种情况将继续下去。⁸⁹ 2019 年 2 月，在 Eco Oro 矿产公司诉哥伦比亚共和国一案中，⁹⁰ 国际投资争端解决中心的一个法庭认定法庭之友关于健康环境生活权的证词不可受理，指出请愿人除了声称其观点、知识和见解与争端各方不同之外，并没有解释其“观点、知识和见解”的性质。⁹¹ 2021 年，有一个类似的例子，在一家美利坚合众国投资公司与墨西哥政府之间在《北美自由贸易协定》下发生的争端中，另一仲裁法庭拒绝接受法庭之友提交的关于人权和国际环境法的请愿。除了认定当事方拥有足够的专门知识之外，多数法官认为法庭之友的呈件无助于法庭解决手头的争端，因为该争端无关原告在其中一名请愿人开展业务的领土上的活动。⁹²

61. 即使听取了法庭之友提交的材料，他们的参与历来也仅限于提交书状，他们获得诉讼当事方提交的许多证据和文件的机会非常有限。一些评论家认为这限制了他们对决策产生积极影响的可能性。⁹³

62. 取决于对判例法进行详细的实证研究(似乎尚未进行)，至少可以注意到，仲裁法庭有相互竞争的必要事项需要平衡，包括将费用保持在合理范围内，以及获得可能有助于其在特定案件中伸张正义的相关证据和论据。作为一项规则，法庭不希望允许所谓的法庭之友变成法庭之敌，因为这会占用太多时间，迫使当事方承担更多费用，而这些费用与它们对特定案件可能做出的贡献不相称。

63. 贸易法委员会各工作组已经审议了法庭之友书状的可取性以及便利这些书状的方式。在贸易法委员会第二工作组第五十三届会议(2010 年)上，“许多代表团表示强烈支持允许第三方提交材料”，但认为“应为此类材料制定某些限制性标准”。⁹⁴ 随后，在贸易法委员会第三工作组第三十七届会议(2019 年)上，讨论了《毛里求斯透明度公约》和《贸易法委员会投资人与国家间基于条约仲裁透明度规则》是否足以确保法庭之友的呈件将提交仲裁法庭并得到仲裁法庭的适当审议。⁹⁵

⁸⁹ 接受法庭之友呈件的法庭的例子有 Suez 和 Vivendi 诉阿根廷，国际投资争端解决中心 ARB/03/19 号案件，回应法庭之友请愿的命令；Biwater Gauff 有限公司(坦桑尼亚)诉坦桑尼亚联合共和国，国际投资争端解决中心 ARB/05/22 号案件，第 5 号程序令，2007 年 2 月 12 日。法庭拒绝法庭之友呈件的例子包括 Aguas del Tunari 公司诉玻利维亚共和国，国际投资争端解决中心 ARB/02/3 号案件，法庭庭长答复请愿书的信函，2003 年 1 月 29 日；Chevron 公司(美国)和 Texaco 石油公司(美国)诉厄瓜多尔共和国 II，常设仲裁法院第 2009-23 号案件，第 8 号程序令，2011 年 4 月 18 日。

⁹⁰ 第 6 号程序令：关于非争端方申请的决定，2019 年 2 月 18 日。

⁹¹ 同上，第 32 段。

⁹² Odyssey 海洋勘探公司诉墨西哥，国际投资争端解决中心 UNCT/20/1 号案件，第 6 号程序令，2021 年 12 月 20 日；见第 22-23 段。

⁹³ 见 Charles H. Brower, II, “Structure, legitimacy, and NAFTA’s investment chapter”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 36, No. 1 (2003), pp. 72–73.

⁹⁴ A/CN.9/712, 第 46-47 段。

⁹⁵ A/CN.9/970, 第 32 段。

64. 此外，目前明确允许法庭之友提交材料的投资条约和仲裁规则凸显了法庭之友日益增加的重要性。⁹⁶ 最近，新的《国际投资争端解决中心仲裁规则》(2022年)第 67 条取消了仲裁法庭在审议法庭之友呈件前需要与争议各方协商的要求。鉴于这一事态发展，以及日益需要国际投资协定以补充《巴黎协定》的方式发挥作用，提交法庭之友书状的尝试很可能会继续下去，甚至会增加。⁹⁷ 很难说这会否导致法庭之友对决策产生更大的积极影响，以及与当地社区等利益攸关方进行更有效的协商。

65. 一些评论者认为，由于法庭之友机制的设计“并非旨在为争端中权利受到直接威胁的行为者提供有效的发言权或保护”，因此在这方面它永远不会发挥良好的作用。⁹⁸ 通过类比各种国内法律制度，替代性建议(或许作为设立常设多边投资法院或法庭的一种辅助手段)包括：⁹⁹

(a) 允许与程序没有直接利害关系的人，如民间社会组织和非政府组织的代表，(以比法庭之友更广泛的方式)介入程序；

(b) 允许或要求有利害关系或受影响的第三方凭自己的权利加入诉讼程序；

(c) 允许或要求驳回不能让受影响第三方加入的案件，以及对第三方权利的影响过大而不能允许索赔在所有司法程序中继续下去的案件；

(d) 允许或要求法庭重新界定索赔，以尽量减少对受影响第三方造成的影响。

66. 一些答卷人提出了替代法庭之友的其他办法，包括设立一个专门致力于捍卫集体利益的新的常设机构，作为一种普遍的干预机构或拥有更大权利的法庭之友，或者设立一个“多边咨询中心”，以某种方式发挥类似的职能，贸易法委员会设想该中心作为一个咨询局，协助各国在投资者与国家间争端解决中抵御索赔。

67. 然而，当前系统的复杂性不应妨碍民间社会和受影响社区有效参与投资者与国家间争端解决进程的能力。

⁹⁶ 见《加拿大—欧洲联盟全面经济和贸易协定》(2017年)，第 8.38 条；新加坡国际仲裁中心，投资仲裁规则，第 1 版(2017 年)，规则 29.2；斯德哥尔摩商会，《仲裁规则》(2017 年)，附录三，第 3 条。

⁹⁷ Gian Maria Farnelli, “Investors as environmental guardians? On climate change policy objectives and compliance with investment agreements”, *Journal of World Investment & Trade*, vol. 23, No. 5–6 (2022), pp. 887–914.

⁹⁸ 哥伦比亚可持续投资中心、国际环境与发展学会和国际可持续发展研究所，“投资者与国家间争端解决中的第三方权利：改革选项”，提交贸易法委员会关于投资人与国家间争议解决制度改革的第三工作组材料，2019 年 7 月 15 日。2023 年 4 月 3 日，贸易法委员会第三工作组完成了国际投资争议解决仲裁员行为守则草案。这一案文将提交贸易法委员会在维也纳举行的第五十六届会议(2023 年 7 月 3 日至 21 日)供通过(见 <https://unis.unvienna.org/unis/en/pressrels/2023/unisl343.html>)。根据草案第 3 条第(2)款，仲裁员除其他外不得“(a) 受对任何争端方或任何其他个人或实体的忠诚的影响”或“(b) 接受任何组织、政府或个人关于国际投资争端程序所涉任何事项的指示”(A/CN.9/1148)。评注草案第 24 段和第 26 段合在一起意味着，虽然仲裁员不得受任何非争议方的影响，但并不阻止他们考虑法庭之友提交的材料。

⁹⁹ 哥伦比亚可持续投资中心、国际环境与发展学会和国际可持续发展研究所，“投资者与国家间争端解决中的第三方权利”；另见 A/CN.9/WG.III/WP.213。

十. 人权和可持续发展仲裁员的资格

68. 在投资者与国家间争端解决的仲裁中，仲裁法庭的裁决显然有能力通过强制执行巨额赔偿裁决和法律费用账单，来影响东道国的财政。然而，它们的预防效果可能更加深远，包括对非当事方，例如当地社区。这种裁决可以通过提供非正式和不具约束力的先例，影响投资者在进行初始投资时如何对待当地社区和环境。在某些情况下，这种裁决可以改变投资者对其法律或道德义务的看法，或至少促使投资者采取措施，以减少在可能的投资者与国家间争端仲裁中出现负面结果的风险。此外，认为法庭只有责任为庭前的当事方伸张正义，而没有责任为可能受到其裁决影响的可识别的非当事方伸张正义，至少在道德层面(倘若不是在严格的法律层面)上，可能过于狭隘了。

69. 或许在大多数情况下，涉及投资者与国家间争端解决的争端可能会引起人权和环境问题，为了取得公正的结果，仲裁员必须具备人权法和环境法领域的足够知识和专长(考虑到投资者与国家间争端的裁决可能对非当事方产生的影响及其它们对非当事方可能承担的道德责任，就更有理由这样做了)。

70. 在解决投资者与国家间争端时，一些仲裁员不熟悉人权法，已查明这一点是国家和民间社会共同关注的问题。在调查问卷中向答卷人提出以下问题，即要求仲裁员具有正式资格是否可导致作出更公平的裁决，从而充分考虑到在特定争端中提出的人权关切。

71. 一些答卷人认为，应要求仲裁员在获准裁决投资者与国家间争端之前展示人权法方面的专门知识，¹⁰⁰ 其他人则认为，更好的办法是任命独立专家，在人权和相关专门知识方面协助仲裁法庭。¹⁰¹

72. 虽然没有直接触及人权问题，但贸易法委员会第三工作组第三十五届会议的代表指出，审理投资案件的仲裁员对国际司法制度负有广义的责任。¹⁰² 有人建议，利益攸关方应考虑“争端解决框架的设计和文化对案件处理方式的影响”。¹⁰³ 最后，虽然代表们未能就这一问题达成结论，但他们一致认为“决策者的资格很重要”。¹⁰⁴

¹⁰⁰ 见荷兰王国双边投资条约范本(2019 年)第 20 条第(5)款，其中规定，任命机关应尽一切努力确保仲裁法庭的成员个人或集体拥有国际公法方面的必要专门知识，包括环境法和人权法方面的专门知识。

¹⁰¹ 显而易见的危险是，仲裁法庭任命的专家可能成为事实上的仲裁员，在没有参与的情况下被选定，这可能导致仲裁法庭其他成员放弃决策责任。此外，考虑到不同的意见，若想实现公平，可能需要所有各方都有机会通过交叉诘问和/或使用自己专家的证据来质疑专家意见，这可能会大大增加成本。

¹⁰² 在投资者—国家仲裁领域之外，2017 年，工商业和人权仲裁工作组指出，工商业和人权仲裁的当事方需要有机会获得在工商业和人权方面有专长的仲裁员。《工商企业与人权仲裁海牙规则》第 11 条第(1)款(c)项规定：

首席仲裁员或独任仲裁员应在国际争端解决方面和争议的相关领域具备明显的专门知识，根据案件的具体情况，这可能包括商业和人权法及惯例、相关的国内法和国际法以及相关领域或行业的知识。

¹⁰³ A/CN.9/935, 第 86 段。

¹⁰⁴ 同上，第 88 段。

73. 人权与国际投资法之间的相互作用可能会增加，特别是考虑到各国根据《巴黎协定》所承担的义务，以及这些义务与其作为受国际投资协定约束的东道国的责任之间的矛盾(如上文第七节所述)。鉴于上述情况，仲裁员表现出人权法方面的专业知识，包括可持续发展和与气候相关的诉讼方面的专门知识，以便投资者与国家间的争端得到公平合理的解决，这一点非常重要。

十一. 结论和建议

A. 结论

74. 将可持续发展和可持续发展目标，包括将发展权概念所固有的国际合作和社区参与的重要性纳入新的国际投资协定，提高发展权在国际投资法中的作用。如果没有进一步的多边条约来落实发展权，那么无论是在国际投资法的背景下，还是从更宽泛的角度说，发展权在国际投资法中的实施在很大程度上都将取决于各个仲裁法庭在具体案件中如何解释它们(尽管具体的仲裁裁决对随后审理不同当事方之间争端的法庭没有约束力)。这种解释尤其涉及与气候变化有关的直接关切，包括如何解决各国根据《巴黎协定》承担的义务与其根据国际投资协定对外国投资者承担的义务之间的矛盾。解释的过程本身就说明了国家监管权与对外国投资者的义务之间持续存在矛盾。

75. 据贸发会议称，¹⁰⁵ 2020 年启动了 68 起涉及投资者与国家间争端解决的争端，其中 65%是基于 1990 年代或更早签署的条约，97%根据 2011 年之前签署的国际投资协定提出的。因此，现在谈论新的国际投资协定将如何影响国际投资法的发展和其中的人权保护还为时过早。

76. 如果继续维持现有的投资者与国家间争端解决制度，而且各国不倾向于进行更深远的改革，那么仍有办法使现有制度更有效地落实受影响群体的发展权。这些办法包括谈判新的(和重新谈判旧的)国际投资协定，或改革最广泛使用的仲裁规则，如国际投资争端解决中心颁布的规则和贸易法委员会《投资人与国家间基于条约仲裁透明度规则》中颁布的规则。

B. 建议

77. 专家机制建议，在新的国际投资协定中，包括在现有国际投资协定的重新谈判中，各国应明确：

(a) 采用“发展权”的概念，以便这一权利得到更多的承认；

(b) 对外国投资者规定切实和可执行的义务，以尊重人民的发展权，途径是首先将发展权作为“受保护投资”的条件之一，和/或作为东道国可通过反诉采取行动一项独立义务；

¹⁰⁵ 贸发会议，《2021 年世界投资报告：投资于可持续复苏》(联合国出版物，2021 年)，第 129-130 页。

(c) 界定社会经营许可的概念，确定其存在的最低证据门槛，并要求被任命裁决与外国投资者争端的仲裁员将存在或缺乏社会经营许可作为国际公共政策事项加以考虑；

(d) 要求被任命裁决与外国投资者争端的仲裁员在国际法方面，包括在人权法、可持续发展以及与争端相关的环境方面，具有最低标准的经验和专门知识；

(e) 确保允许有利害关系者或受影响者以有效的方式参与外国投资者提交仲裁的争端，包括酌情使用法庭之友程序和/或干预，或凭自身的权利作为当事方加入；

(f) 作为一项门槛义务，要求外国投资者按照国家法律或通过相关国际投资协定获得：(一) 受影响的当地社区给予的社会经营许可，(二) 东道国提供的社会和环境评估，以受益于国际投资协定规定的对其投资的保护；如果没有获得这种社会许可及社会和环境评估，东道国就可以通过反诉向投资国寻求补救。
