



第七十二届会议

临时议程* 项目 73(b)

促进和保护人权：

人权问题，包括增进人权和

基本自由切实享受的各种途径

国家外债和其他有关金融义务对充分享有所有人权尤其是经济、社会及文化权利的影响

秘书长的说明

秘书长谨向大会转递国家外债和其他有关国际金融义务对充分享有所有人权尤其是经济、社会及文化权利的影响问题独立专家胡安·巴勃罗·波霍斯拉夫斯基先生根据人权理事会第 25/16 号和第 34/3 号决议提交的报告。

* A/72/150。



国家外债和其他有关国际金融义务对充分享有所有人权尤其是经济、社会及文化权利的影响问题独立专家的报告

摘要

在本报告中，国家外债和其他有关国际金融义务对充分享有所有人权尤其是经济、社会及文化权利的影响问题独立专家研究了将债务争端交付国际投资仲裁制度解决对人权的影响，以及从人权的角度来看，投资仲裁是否是解决债务重组过程中所起争端的一种适当备选办法。

由于目前国际上尚无主权债务重组监管框架，投资仲裁最近被视为不接受债务重组的债权人和秃鹫基金借以寻求执行主权债务工具的一条潜在途径。但创建投资仲裁制度的初衷是为外国直接投资提供法律保障，促进经济发展，而非执行金融义务，更不是为投机型对冲基金和拒不合作的债权人提供追索求偿的选择办法。然而，截至目前，大多数投资法庭已经确立对主权债务争端的管辖权。投资仲裁员审理这种争端的意愿可能会诱使秃鹫基金和不接受债务重组的债权人转而诉诸这种争端解决形式，从而导致债务重组耗时更久，成本更高，且更难推行。

大多数双边投资条约并未明文规定任何人权条款，而投资仲裁法庭也迟迟不愿在其裁决中深入探讨人权。尽管已有一些仲裁裁决先例，但在国际投资仲裁中，对人权问题的考虑迄今仍处于国际投资法制度的边缘。鉴于债务危机对人权的影响广泛而深刻，倘若双边投资条约成为解决主权债务争端的一条途径，恐将后患无穷。

当前，国际社会正在大力预防或尽量减少不接受债务重组的债权人提起的诉讼，而投资仲裁却有可能为这类债权人部署破坏性战略打开一扇新的大门。因此，目前的投资仲裁制度可能会损害经济复苏进程，并导致用于旨在落实经济、社会、文化权利和保护公民权利和政治权利的公共服务和国家机构的国家划拨经费缩减。

目录

	页次
一. 导言.....	4
二. 双边投资条约的起源与宗旨：与债务无关.....	7
三. 投资法与人权：狭隘至极的观点.....	9
四. 投资仲裁中的债务争端.....	12
五. 双边投资条约、债务重组与人权.....	16
六. 结论和建议.....	18
A. 结论.....	18
B. 建议.....	20

一. 引言

1. 双边投资条约旨在为外国直接投资提供法律保障，但它们或可导致与国家保护人权义务之间的矛盾。虽然外国直接投资在特定条件下可以带来经济和社会惠益，但投资条约往往会限制各国在劳工标准、健康权、食物权、享有用水和卫生设施的权利等方面适当进行全国性监管的能力，并让国家面临来自私人 and 公共投资者的赔偿追索。因此，投资条约会令国家望而却步，使之担心无法确保对本国领土上的经济活动进行适当监管。双边和多边投资条约的公众参与权问题也颇为令人关切，因为这类条约多是通过秘密谈判达成。另外，在程序方面，投资仲裁一直因缺乏透明度、受影响人员在仲裁程序中无代表权以及司法审查缺失而饱受诟病。

2. 独立专家在本报告中研究了投资仲裁的一个具体方面：在债务重组过程中通过投资仲裁来强制偿还债务这一做法的使用及其对人权的影响。¹他分析了将债务争端交付国际投资仲裁制度仲裁对人权产生的影响，并探讨了双边投资条约到底是有可能解决还是加剧债务国与主权债务危机有关的问题。他试图回答的核心问题是，从人权的角度来看，投资仲裁是否是解决债务重组过程中所起争端的一种适当备选办法。²

3. 如果发生违约，各国一方面需要确定如何努力偿清债务，另一方面还需要确保人权得到尊重。鉴于资源有限，各国要么全力优先偿还其债务并从公共服务中抽调资金，要么设法继续提供公共服务，暂不全额清偿其债务。但这两种做法都有可能损害国家遵守、保护和履行自身人权义务的能力。显然，这两种备选办法的实施通常不是绝对的：国家不会因为经济陷入困境就直接单方面地拒绝偿还债务，那些愿意请求本国人民作出重大牺牲以便偿还债务的国家通常会想方设法保护本国人民免于因财政整顿措施而受到伤害。

4. 我们在实践中所看到的是，国家资不抵债或流动性不足通常会促使债务人与债权人进行谈判，双方最终必须就债务减免或重组的范围和程度以及经济改革条件达成一致。重塑公共债务的可持续性固然至关重要，但无论是任意对待债权人还是无视民众的人权都不能被视为正当合法的选择。³另一方面，债务人和债权人在违约发生之前、期间和之后可采取的欺凌、歧视或恶意行为选择面甚广。在这种充满变数的情况下平衡兼顾所有适用的法律标准是一项非常复杂和棘手的任务。

¹ 独立专家感谢苏塞克斯大学爱德华·岗特瑞普 (Edward Guntrip) 博士为本报告所作的研究工作。

² 本份双边投资条约研究报告是对其他人权问题专家就这一问题所编报告的补充。见 [A/HRC/19/59/Add.5](#)、[A/69/299](#) 以及 [A/70/301](#) 和 [A/HRC/33/42](#)。另见 [A/HRC/30/44](#) 和 [A/HRC/33/40](#)。

³ 见 Juan Pablo Bohoslavsky and Matthias Goldmann, “An incremental approach to sovereign debt restructuring: sovereign debt sustainability as a principle of public international law”, *Yale Journal of International Law*, vol. 41, No. 2 (2016), 以及 [A/70/275](#)。

5. 尽管大会最近提出了所谓的《主权债务重组进程的基本原则》（见第 69/319 号决议），但大多数发达国家并不支持该项决议，这一事实表明国际社会建立一个健全、全面和可持续的法律和体制框架以充分应对债务重组问题的尝试屡遭失败。这一支持缺失使得债权人之间以及债权人和债务人之间的协调工作一波三折，结果难以预料。2008 年全球金融危机和当前正在若干国家持续的主权债务危机不仅给全球金融架构带来了更大的压力，也将其缺陷暴露无遗。⁴

6. 这种情况下出现的典型问题是：如果并非所有债权人都同意债务国正在寻求实施的债务条款，即意味着一些债权人可能会拒绝接受这些条款，以期在将来谋得更有利的结果。不接受债务重组的债权人可能会严重拖慢主权债务重组进程。债务未清的国家难以获得市场准入，而且一旦外界对债务国偿还债务和克服金融危机的能力丧失信心，就很可能发生资本外流。所以说，偿款延期越久，经济和金融危机就可能越严重，并最终导致不得不加大估值折扣。因此，不接受债务重组的债权人可能会严重影响主权债务重组，使之无法惠及更广泛的群体。债务重组进程延长会导致结果不可预见，这一风险为对冲基金创造了一个市场，这些对冲基金专门伺机以极大折扣从陷入困境的债券持有人手中购买未偿债务，然后再试图执行该工具的条款以最大限度地提高其回报，从而乘机渔利（故而又被称为“秃鹰基金”）。⁵

7. 鉴于这一领域存在法律和制度空白，特别是秃鹰基金在主权债务市场上相当活跃，近年来债权人开始探索其他替代途径，以保护自身合同权利。其中一个选择就是以双边投资条约为框架将债务争端交付国际仲裁。⁶简言之：在债务危机的背景下，债权人援引外国投资法律保护其受偿权，并为此向国际仲裁机构提起追索求偿诉讼。有些替代办法初看之下或可被视为一项切实的解决方案，但若从人权和债务可持续性的角度来看，实际上颇为值得商榷。

8. 如果同时向国际人权机制和国际投资机制对一国提起诉讼，可能会使政府进退维谷，而当这两个机制均责令该国偿还债务时，两难境地便会真正显现：该国要么对不采取人权条约所要求的措施承担责任，要么优先履行人权义务，而这又会影响投资者的利益。此外，负责解释和适用双边投资条约的仲裁法庭的惯常做法也会在一定程度上让这种两难处境雪上加霜：仲裁法庭认为投资条约至关重要，

⁴ Christian J. Tams, Stephan W. Schill and Rainer Hofmann, “International investment law and the global financial architecture: identifying linkages, mapping interactions,” in *International Investment Law and the Global Financial Architecture*, Christian J. Tams, Stephan W. Schill and Rainer Hofmann, eds. (Cheltenham, Gloucestershire, Edward Elgar Publishing, 2017).

⁵ 见人权理事会第 27/30 号决议、A/HRC/14/21 和 A/HRC/33/54。

⁶ 自 2005 年至今，债权人向投资仲裁法庭提起诉讼要求审理和执行主权债券条款的案件共计四起（阿巴克拉特等人诉阿根廷共和国，国际投资争端解决中心第 ARB/07/5 号案，2011 年 8 月 4 日关于管辖权和可受理性问题的裁决；Ambiente Ufficio 股份公司等诉阿根廷共和国，国际投资争端解决中心第 ARB/08/9 号案，2013 年 2 月 8 日关于管辖权和可受理性问题的裁决；Alemanni 等人诉阿根廷共和国，国际投资争端解决中心第 ARB/07/8 号案，2014 年 11 月 17 日关于管辖权和可受理性问题的裁决；斯洛伐克邮政储蓄银行股份有限公司（Poštovní Banka, a.s.）和 Istrokapital 欧洲股份公司诉希腊共和国，国际投资争端解决中心第 ARB/13/8 号案，2015 年 4 月 9 日裁决书）。

最近才在某些裁决中承认了人权法的潜在作用。⁷这种将两者割裂开来的做法导致某些保护人权的国家监管措施被定性为违反双边投资条约之举。投资仲裁法庭对各国作出了严厉的裁决，⁸这些裁决反过来又令身处财政困难时期的国家本已受到侵蚀的财政空间进一步限缩。

9. 本报告共分六小节。在第二节中，独立专家介绍了制定外国投资保护法的时间、方式和原因，以此阐明其主要目的是为直接投资的所有利益攸关方提供法律保障，而不是为处理私人 and 公共债务问题而设立的法律机制。在第三节中，他批判性地审视了大多数投资法庭在解决争端过程中因不重视人权法而采用的对适用法律的狭义解释。在第四节中，他讨论了双边投资条约和投资标准当前正被如何或今后可如何用来解决主权债务争端，认为它们不足以消除主权债务重组所产生的更广泛影响。在第五节中，他进一步指出这一仲裁渠道有待商榷，并重点说明了通过双边投资条约处理债务重组给人权造成的不利影响。第六节列述了本报告的主要结论和建议。

二. 双边投资条约的起源与宗旨：与债务无关

10. 外国直接投资的特点是作为一国（母国）国民的个人或公司（外国投资者）为获取长期的经济惠益而将其资产转移至另一国（东道国）境内。⁹在双边投资条约问世之前，作为东道国外侨的外国投资者倚仗习惯国际最低标准获得保护，该标准通过外交保护来执行。但该制度并没有为外国投资者提供良好保护，这不仅是因为据以确定存在违反该习惯标准行为的门槛甚高，而且东道国在是否选择使用外交保护来支持外国投资者的主张方面可自由酌处而且受政治影响左右。

11. 在非殖民化进程的助推下，专门保护外国投资者的条约相继问世。许多新近摆脱殖民主义统治的国家对其在殖民时期遭受的经济剥削深感不满，反对先前签

⁷ 见法庭在下述案件中所作的声明：CMS 天然气运输公司诉阿根廷共和国，国际投资争端解决中心第 ARB/01/8 号案，2005 年 5 月 12 日裁决书。阿根廷试图援引人权条约在本国宪法中的宪法地位来证明这些条约适用于该争端。在第 121 段中，法庭表示，“在审议双方当事人系争问题之时，不存在任何影响基本人权的问题”。另见 Von Pezhold 诉津巴布韦共和国，国际投资争端解决中心第 ARB/10/15 号案，2015 年 7 月 28 日裁决书，2012 年 6 月 26 日第 2 号程序令，法庭在该程序令中驳回了法庭之友陈述，声称土著权利与所涉主张无关，并随后援引禁止种族歧视令，裁定外国投资者胜诉。

⁸ 扫尔国际股份公司（Saur International S.A.）诉阿根廷共和国，国际投资争端解决中心第 ARB/04/4 号案，2012 年 6 月 6 日关于管辖权和责任问题的裁决；苏伊士环境集团巴塞罗那水务股份公司（Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A.）和维文迪环球股份公司（Vivendi Universal S.A.）诉阿根廷共和国，国际投资争端解决中心第 ARB/03/19 号案，2010 年 7 月 30 日关于管辖权和责任问题的裁决。另见 Juan Pablo Bohoslavsky and Juan Justo, “The conventionality control of investment arbitrations: enhancing coherence through dialogue”, *Transnational Dispute Management*, vol. 10, No. 1 (2013)。过去十五年间，政策空间因自由贸易协定和双边投资条约而日渐缩小，关于这一更为普遍的问题，见 Rick Rowden, “The case for policy space”, *The Mint*, Issue 2 (June 2017)。

⁹ 见《经合组织关于外国直接投资的基准定义》（第 4 版）（巴黎，经合组织，2008 年）。

订的特许协定继续存在，协定另一方现在摇身一变成为外国投资者。¹⁰为了维护本国（在政治独立性之外）的经济独立性，新独立的非殖民化国家开始没收外商投资。有鉴于这些没收行为，加之联合国关于外国投资者合法权益的辩论所产生的法律上的不确定性，双边投资条约应运而生，其目的是提供法律确定性。在此需要回顾指出的是，国际投资争端解决中心于 1965 年由世界银行成立，旨在作为促进外国投资的一项工具。后来，随着《华盛顿共识》的实施和全球对外国投资的推动，双边投资条约成为保护外国投资者的一种普遍性工具。过去 25 年来，双边投资条约作为国际法中保护外国直接投资的主要工具的地位已然根深蒂固。目前，国际投资机制包括近 3000 项双边投资条约和逾 350 项内载投资条款的多边条约。¹¹

12. 在此背景下，所谓的“萨利尼检验标准”¹²在很长一段时期内被仲裁员广泛用来确定为了《关于解决各国和其他国家的国民之间的投资争端的公约》（《国际投资争端解决中心公约》）第二十五条目的是否可以将所涉交易视为外国直接投资也就不足为奇了。按照该检验标准，所投入的资金或资产必须是长期投资；其中须涉及商业风险；须在东道国境内；外国投资者必须参与所涉投资的管理；而且该投资必须能够推动东道国的经济发展。笼统地讲，“萨利尼检验标准”在很大程度上被仲裁员用来确定有关交易是否具备外国直接投资的特点。这符合《国际投资争端解决中心公约》最初所依据的发展条款。然而，在双边投资条约未经实质性改革的情况下，仲裁员现在更倾向于考虑受双边投资条约保护的纯粹性金融义务。

13. 理论上，双边投资条约旨在为外国投资者提供法律确定性，从提供实质性保护和赋予程序性权利两方面入手，给予投资者和投资项目以保护。双边投资条约一经订立，东道国即对外国投资者母国负有义务，投资者可直接针对东道国执行这些义务。间接赋予外国投资者的实质性权利涉及对财产的保护（如欲征用，须予以补偿）、合法权利（公正和公平的待遇）、保安（全面保护和安全）和不歧视（国民待遇和最惠国）。外国投资者在启动诉讼程序之初，首先要根据东道国对投资仲裁的持续要约（通常在双边投资条约或国内法中载明）提出申索。

14. 双边投资条约主要旨在保护投资者，但它们同时也是彰显政治和经济意识形态的工具。在 1980 年代和 1990 年代，双边投资条约的条款就反映了《华盛顿共识》及其新自由主义政策。载有高级别投资保护措施以吸引外国投资者的双边投资条约则反映了以市场为驱动的外国直接投资分配办法。1990 年代，《北美自由贸易协定》的出台导致发达国家之间出现投资争端。针对这一情况，发达国家收

¹⁰ 见 Edward Guntrip, “Self-determination and foreign direct investment: re-imagining sovereignty in international investment law,” *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 65, No. 4(October 2016)。

¹¹ 见联合国贸易和发展会议（贸发会议），国际投资协定导航，网址：<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>。

¹² 见萨利尼建筑公司（SaliniCostruttori SPA）和 Italstrade 公司（Italstrade S.p.A）诉摩洛哥王国，国际投资争端解决中心第 ARB/00/4 号案，2001 年 7 月 23 日关于管辖权的裁决。

窄了对投资保护标准的解释，以尽量减少被追偿的可能性。2000年以来，双边投资条约的规定得到逐步调整，以兼顾法律和政治发展。¹³

15. 双边投资条约的结构以两个假设为基础。第一个假设是外国投资者在投资后阶段需要东道国向其提供保护。外国投资者一旦在东道国进行投资，就必须接受东道国对其行使主权利力，但东道国在行使权利时可能会任意行事或做出歧视之举。鉴于外国直接投资项目的规模和存续期，东道国的潜在不利行为会带来风险。投资保护标准则旨在最大限度地降低这一风险，按照该标准，外国投资者可对东道国权力机关违反投资保护标准的行为提出质疑。第二个假设与第一个假设相关。为了吸引外国投资者来本国司法辖区内投资，各国需要提供保护，证明它们既不会任意行事，也不会作出歧视之举。理论上，一个国家所提供的保护水平越高，外国投资者面临的风险就会越低，这个国家作为外国投资目的地的吸引力就会越大。然而，关于外国直接投资流的实证研究表明，这一假设有待商榷。¹⁴

16. 双边投资条约规定了投资仲裁这一专门的争端解决形式。投资仲裁旨在作为一条据称是非政治性的渠道，防止东道国法院有所偏倚。投资仲裁程序以国际商事仲裁和传统形式的国家间仲裁为蓝本，可适用专门的投资仲裁规则或国际商事仲裁程序规则。与国际商事仲裁和国家间仲裁类似，投资仲裁员由争端双方当事人专门指定。此外，投资仲裁还因循这两种仲裁的惯例，传统上一直实行保密。投资仲裁不对外公开的做法现已发生演变，以反映投资仲裁实乃公共利益问题这一事实。扩大公众对投资仲裁的参与的措施包括提高透明度和引入法庭之友陈述，后者可使公共利益得到代表。

17. 然而，值得注意的是，受影响的第三方行为人，例如因外国投资受到影响的居民，在投资仲裁中往往缺乏适当的身份，且参与仲裁的机会非常有限。大多数情况下，仲裁程序不对外公开，以防受影响的第三方关注仲裁进展。尽管法庭之友陈述已经成为在投资仲裁中虑及公共利益的一条途径，但它们一直以来都没能克服国际投资法体系所面临的合法性危机。

18. 总而言之，鉴于所涉投资的长期性和外国投资者所面临的高昂成本，让投资者根据双边投资条约中规定的投资保护标准获得保护被认为是必要之举。这项制度尽管存在严重缺陷，但其创建的初衷是为了处理与直接投资而不是金融交易有关的问题。更重要的是，《国际投资争端解决中心公约》的序言绝非旨在为诸如

¹³ 见 Edward Guntrip, “Systemic integration and international investment law” in *Select Proceedings of the European Society of International Law, Volume 3 2010*, James Crawford and Sarah Nouwen, eds. (Oxford, Hart Publishing, 2012)。

¹⁴ 例如见 Mary Hallward-Driemeier, “Do bilateral investment treaties attract FDI? Only a bit and they could bite” in *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows*, Karl P. Sauvant and Lisa E. Sachs, eds. (Oxford, Oxford University Press, 2009); Lauge Skovgaard Poulsen, “The importance of BITs for foreign direct investment and political risk insurance: revisiting the evidence” in *Yearbook on International Investment Law and Policy 2009/2010*, Karl P. Sauvant, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2010)。

投机型对冲基金之类提供保护，因为其中规定，国际投资争端解决中心的宗旨是通过鼓励私人投资来促进经济发展。¹⁵

19. 此外，即便考虑到大量双边投资条约不仅适用于外国直接投资，而且还适用于证券投资，对双边投资条约的广泛解释（其中包括在债务重组过程中发生的债务争端应交付投资仲裁）竟然规避了整个全球金融架构和相关法律标准也不免令人错愕：在确定债务重组方案的过程中甚至不听取多边金融机构、公共和私人债权人代表以及纳税人的意见或者处理这种案件的投资法庭甚至不考虑债务可持续性原则是合理合法的吗？

三. 投资法与人权：狭隘至极的观点

20. 尽管双边投资条约和投资仲裁的适用范围不断扩大，涵盖了影响人权的敏感的经济和社会领域，但迄今为止仲裁员裁决赋予人权条约的权重并不大。¹⁶仲裁法庭偶尔会提到人权义务，但鲜少直接适用这些义务。这要归咎于对应被视为适用法律的狭隘理解。

21. 造成这种现状的一个原因是迄今为止几乎从未有双边投资条约明确提及人权。一些双边投资条约规定投资者应该尊重劳工组织《关于工作中的基本原则和权利宣言》中所列述的核心劳工权利。¹⁷但中国、法国、德国、大不列颠及北爱尔兰联合王国或美利坚合众国所使用的双边投资示范条约中都没有提及人权。虽然关于工商企业与人权的指导原则（A/HRC/17/31）强调指出，“国家在通过投资条约或合同等手段与其他国家或工商企业一道寻求实现与工商业相关的政策目标时，应该留出适当的国内政策空间，以履行自身人权义务。”绝大多数现行的双边投资条约中不包括任何明确的人权保障措施。

22. 投资条约中无提及人权的明文规定这一事实不应妨碍仲裁员适用国际人权法。首先，各国可以通过援引许多投资条约中关于保护国家监管权力的条款，例如一些投资条约中规定东道国有权采取措施保护安全、人类生命、劳工权益、公共健康或环境的一般条款，来维护旨在保护本国人民权利的措施。¹⁸其次，国际投资法是国际公法的一部分，因此应考虑到国际公法中规定的其他义务，包括人权。事实上，根据《维也纳条约法公约》第三十一条第三款（c）项和《国际投资争端解决中心公约》第四十二条，以及许多双边投资条约中所载的一般条款，仲裁员不仅应考虑投资条约的案文，还应一并考虑“适用于争端双方关系的任何

¹⁵ 见 Alex Grabowski, “The definition of investment under the ICSID Convention: a defense of Salini,” *Chicago Journal of International Law*, vol. 15, No. 1 (2014).

¹⁶ 见 Susan Karamanian, “The place of human rights in investor-state arbitration,” *Lewis & Clark Law Review*, vol. 17, No. 2 (2013); and Pierre-Marie Dupuy and others, eds. *Human Rights in International Investment Arbitration* (Oxford, Oxford University Press, 2009).

¹⁷ 例如见 2012 年美国《双边投资示范条约》第十三条。

¹⁸ 例如见 2004 年加拿大《双边投资示范条约》第十和十一条。

相关国际法规则”。因此，有观点认为，《维也纳条约法公约》第三十一条第三款（c）项是将人权系统地纳入投资仲裁的一个重要切入点。¹⁹

23. 《经济、社会、文化权利国际公约》和《公民权利和政治权利国际公约》等核心人权条约现已获得广泛批准。在大多数情况下，这些人权条约对双边投资条约双方缔约国来说是可适用的国际法，因此将允许仲裁法庭在审理投资争端时审议人权问题。不是某一人权条约缔约国的国家可以诉诸以下概念，即认为核心人权准则包含对所有国家都具有约束力的普遍适用（对所有人）义务，因为保护这些权利具有普遍的、不可否认的惠益。因此，这些准则具有全面适用性。投资者不可能指望作为工具的双边条约保护它们免于履行以多边实质性人权条约为依据的普遍适用义务。

24. 由于多边人权条约要求广泛承认其所规定的义务，所以不能轻率地推定，缔结双边投资条约的国家会将自已置于违反整个国际社会应尽义务的境地。由于本报告所讨论的规范性冲突是投资者与债务东道国之间关系的核心，因此必须努力实现国际法的系统整合。由于货币、财政、银行和发展政策本质上是相互联系的，因此这些准则所秉持的审慎态度要求对“金融监管各个部分不同的合理性”作开放性解释。²⁰

25. 在解决涉及人权的国家与投资者间争端时，仲裁合议庭必须在其分析中考虑到所涉两项法律制度之间的相互作用，不能舍弃其中任何一项。合理把握这一相互作用的基本方针就是找出与人权义务相协调的那种对双边投资条约的解释，反之亦然。其间，务必做到前后一致，以避免希望取得合法性、继而取得一贯性的国际法律秩序变成一盘散沙。虽然几个近期新设的投资法庭已经开始在其裁决中提及人权，但这尚未成为普遍或统一的做法。²¹

26. 很多早期的投资法庭不愿扩大其管辖权以延及人权。其原因可归结为投资法庭的管辖权有限，特别是根据《国际投资争端解决中心公约》行事的投资法庭。该公约规定，投资法庭的管辖权限于“直接因投资而产生[……]的任何法律争端”（第二十五条）。然而，投资法庭要么不考虑人权的重要性，要么低估了双边投资条约规定义务与人权文书之间发生条约冲突的可能性。²²其他法庭利用人权支持外国投资者所提申索的做法前后不一。²³最近在投资仲裁中触及人权问题的是

¹⁹ 见 Bruno Simma, “Foreign investment arbitration: a place for human rights?”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 60, No. 3 (July 2011)。

²⁰ 见 Matthias Goldmann, “International investment law and financial regulation: towards a deliberative approach,” in *International Investment Law and the Global Financial Architecture*。

²¹ Hesham T. M. Al Warraq v. Republic of Indonesia, United Nations Commission on International Trade Law, final award, 15 December 2014; Philip Morris Brands S  rl and Abal Hermanos S.A v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID case No. ARB/10/7, 8 July 2016。

²² 例如见 CMS 天然气运输公司诉阿根廷共和国。

²³ 例如见 Bernhard von Pezold 诉津巴布韦。

Urbaser 诉阿根廷一案的裁决。²⁴审理该案的投资法庭通过审议人权义务如何影响公平和公正待遇标准的执行将人权纳入其裁决，并将之适用于危急情况这一抗辩理由，从而确立了对基于人权的反诉的管辖权。因此，该裁决就其探讨人权与国际投资法交错问题的方式而言最为全面。这一裁决证明，一些投资仲裁员可能愿意采取一种不排除人权的投资仲裁方式。但这项裁决也因法庭试图直接赋予外国投资者以人权义务的方式而引发争议。²⁵因此，现阶段尚不清楚这一裁决将来是否会被作为在投资仲裁中全盘考虑适用人权准则的先例。

27. 因此，尽管人权正在开始被认为是双边投资条约的有关组成部分，但其地位远未确立。因此，人权在国际投资法中的适用仍然处于法律制度的边缘。

28. 近期制定的双边投资示范条约开始采用承认人权的更加灵活的投资保护标准。2016 年印度《双边投资示范条约》中就纳入了旨在保护人权并赋予外国投资者母国义务的条款，²⁶但其他国家对该条约作何反应尚需拭目以待。加拿大与欧洲联盟达成的《全面经济和贸易协定》序言部分也提到了人权。该协定尚待欧洲联盟成员国批准，但其所提供的人权保护水平一直以来为人权机构所诟病。²⁷

29. 虽是如此，现有双边投资条约在很长一段时间内仍将对各国具有约束力，甚至在某些国家退出之后仍有可能继续适用，因为其中载有日落条款。²⁸因此，对于今后出现的绝大多数投资争端来说，双边投资条约中今后将再无规定投资法庭必须讨论相关人权义务的明确案文依据。

四. 投资仲裁中的债务争端

30. 不接受债务重组的债权人现已开始通过投资仲裁来寻求强制执行其主权债务工具的条款。尽管之前已经有其他裁决裁定，纯粹的金融交易的确可以称为投资，²⁹但主要判例源自于阿根廷主权债务危机。³⁰这些裁决似乎都秉持这样一种

²⁴ Urbaser 股份有限公司和 Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia 诉阿根廷共和国，国际投资争端解决中心第 ARB/07/26 号案，2016 年 12 月 6 日裁决书。

²⁵ 见 Edward Guntrip, “Urbaser Argentina: the origins of a host state human rights counterclaim in ICSID arbitration?” *EJIL: Talk!* 10 February 2017.

²⁶ 见第十二条第一款第五项和第十三条。

²⁷ 例如见法国国家人权咨询委员会：《不要为了商业利益牺牲人权》，2016 年 12 月 15 日。

²⁸ 波兰等国家就是这种情况。见 Agnieszka Zarowna, “Termination of BITs and sunset clauses – what can investors in Poland expect?” 查阅可登录：<http://kluwerarbitrationblog.com/2017/02/28/booked-22-february-polish-bits/>。

²⁹ 例如见 Fedax N.V. 诉委内瑞拉共和国，国际投资争端解决中心第 ARB/96/3 号案，1997 年 7 月 11 日关于管辖权异议的裁决；捷克斯洛伐克贸易银行（Ceskoslovenska Obchodni Banka）诉斯洛伐克共和国，国际投资争端解决中心第 ARB/97/4 号案，1999 年 5 月 24 日和 2000 年 12 月 1 日关于管辖权异议的裁决。

³⁰ 见阿列曼尼等人诉阿根廷共和国；Ambiente Ufficio 股份有限公司等诉阿根廷共和国；以及阿巴克拉特等人诉阿根廷共和国。尽管所涉主权债券系在二级市场上购买，但领土联系已经确立，因为只有在债权人已经向东道国提供资金的情况下，金融工具才能存在于该国境内（另见注 13）。

观点，即国家任意使用其主权权力更改其对债权人金融义务条款的行为，可构成违反条约。³¹然而，我们需要彻底弄清楚这些合同条款究竟是被谁修改，如何被修改以及为何被修改。令人遗憾的是，尽管这些裁决产生了多方面的影响，但它们都根本没有考虑绝大多数债权人是否同意新的条款这个问题。由于这些裁决的对象是管辖权而不是案情（尽管管辖权一经确立，其中部分申索即得到解决），我们无法再去探究仲裁法庭是否愿意审议其裁决能否为借款国履行对本国人民应尽人权义务留足财政空间这个问题。然而，这些管辖权裁决可能会助长债权人不参与债务重组进程，而通过向仲裁法庭起诉主权债务人要求全额偿还债务之风。这些裁决立下了不符合更广泛利益的不良先例，允许少数债权人在投资仲裁中质疑绝大多数债权人商定的债务重组方案。³²

31. 另一方面，在斯洛伐克邮政储蓄银行股份有限公司诉希腊（2015 年）一案中，国际投资争端解决中心法庭却认定主权债券不在《斯洛伐克-希腊双边投资条约》的适用范围之内，其主要论点是争端所涉主权债务不符合条约中规定的投资定义。³³因此，该法庭认为自身不具有审理该申索的管辖权。与上一段所述的有关阿根廷的裁决相比，投资仲裁员对针对希腊所提申索的处理严重自相矛盾，充分例证了投资仲裁中前后不一的问题到底能有多严重，可谓发人深省。

32. 无论如何，这些裁决证明了投资仲裁的范围现已扩至多大，投资仲裁员对双边投资条约所载条款的解释何等宽泛，以及这样做可能会对国家所能作出的关键政策选择构成何种限制。鉴于上述法庭似乎不了解主权债务运作的更广阔背景，这些裁决还表明，投资仲裁通常不会虑及投资保护之外的考量因素。

33. 管辖权确立后，主权债务争端就可能引发投资保护标准下的潜在责任问题。至今尚未有投资裁决涉及这些标准，所以目前仍不清楚可采取何种办法。但关于这些标准的一些可能的解释将在下文中逐一述及。

34. 投资条约中所载的最惠国和国民待遇条款规定，东道国不得对不同的外国投资者或者对外国和本国投资者实行区别对待。因此，国民待遇条款可规定，债券发行国给予外国债券持有人的待遇不得低于国内债券持有人。最惠国待遇标准可规定，债券发行国须允许外国债券持有人从其给予第三方债券持有人的最惠待遇中获益。³⁴但这一点可能有待商榷，因为国内债券持有人所享受的待遇通常比外

³¹ Charles N. Brower, and Alexandra Goetz-Charlier, “International investment arbitration and the global financial system: are they ‘yin’ and ‘yang’ or like oil and water?”, in *International Investment Law and the Global Financial Architecture*.

³² Felipe Suescun de Roa, “Investor-state arbitration in sovereign debt restructuring: the role of holdouts”, *Journal of International Arbitration*, vol. 30, No. 2 (2013).

³³ 国际投资争端解决中心第 ARB/13/8 号案，2015 年 4 月 9 日裁决书。

³⁴ Michael Waibel, *Sovereign Defaults before International Courts and Tribunals* (Cambridge, Cambridge University Press, 2011).

国投资者要好，目的是增加国家经济的流动性，并防止外汇流出。³⁵因此，即便在双边投资条约的附件中规定争端限于这些标准，国家可能仍需承担责任。

35. 投资条约中的征用条款规定，在不提供补偿的情况下，国家不得为公共目的直接或间接占用外国投资者的财产。可以说，债券置换可能会因债券贬值而导致间接征用，或者会妨碍投资者合理受偿期望得到实现。特别是，不容讨价还价的“要么接受要么放弃”交易可能涉及重大剥夺。³⁶合同权利是否会被剥夺的问题仍然存在。³⁴因此，在主权债务重组被认为是商业交易（仲裁合议庭有时也会将之裁定为商业交易）的情况下，可能很难确定主权债务重组是为了公共目的。³⁷相较之下，国家行为可能会面临征用索赔。³⁴

36. 主权债务置换可能会违反公平公正待遇标准，因为这种置换会破坏东道国法律框架的稳定性，也可能打破债权人的合理期望。³⁴主权债务重组还可能缺乏必要的透明度。如果采取“要么接受要么放弃”的做法，就可能会违反正当程序，而且是恶意违反。鉴于对公平公正待遇标准的宽泛解释，如果外国投资者基于国家行为而抱有合理的受偿期望，则国家可能须承担责任。

37. 双边投资条约中所谓的总括条款规定，违反合同义务行为同时可构成违反双边投资条约，其中往往涉及违反东道国承担的其他义务，例如国家法律规定义务。双边投资条约所规定的是待遇标准，而非义务。因此，确定违反双边投资协定属实的前提条件是存在有悖投资保护标准的违反合同行为。可以说，一旦债权人根据集体行动条款接受新的合同条款，新的条款即具有法律约束力，因为绝大多数债权人都能接受适用于每个债权人的估值折扣。另有一种观点认为，主权债务重组是主权行为，因此违反合同行为完全构成违反不受集体行动条款保护的双边投资条约标准。³⁸然而，大多数主权债务适用外国金融中心的国内法而不是国际法。因此，如果另一个机构具有处理该争端的专属管辖权，这一条款的适用就可能受到限制。或者说，诉诸投资仲裁可能会导致合同中专属管辖权条款的效力被否认。³⁴目前尚不清楚今后会对这一关系作何处理。

³⁵ 见 Anna Gelpern and Brad Setser, “Domestic and external debt: the doomed quest for equal treatment,” *Georgetown Journal of International Law*, vol. 35, No. 4 (2004); and UNCTAD, IIA Issues Note No. 2 “Sovereign debt restructuring and international investment agreements” July 2011.

³⁶ 见 Alison Wirtz, “Bilateral investment treaties, holdout investors, and their impact on Grenada’s sovereign debt crisis”, *Chicago Journal of International Law*, vol. 16, No. 1. (2015).

³⁷ 见 Youngjin Jung and Sangwook Daniel Han, “Sovereign debt restructuring under the investor-state dispute regime”, *Journal of International Arbitration*, vol. 31, No. 1 (2014). On this issue see also Tomoko Ishikawa, “Collective action clauses in sovereign bond contracts and investment treaty arbitration- an approach to reconcile the irreconcilable” *Accounting, Economics, and Law: A Convivium*, vo. 4, No. 2 (July 2014).

³⁸ 见贸发会议《国际投资协定问题说明》之二“主权债务重组与国际投资协定”；以及 Ellie Norton, “国际投资仲裁与欧洲债务危机”，《芝加哥国际法杂志》，第 13 卷，第 1 期（2012 年）。

38. 表明投资法无法胜任处理债务争端的另一个例子是援引不可抗力和危急情况作为抗辩理由的情况，这两个抗辩理由无论在理论上还是在实践中都不被认为是有助于解决债务重组相关申索的法律概念。³⁹

39. 初看之下，这两种情况似乎适用于一国出现金融崩溃的情况，这样，国家就可以理所应当地不遵守其主权债务义务，以确保维持人权标准。但实际上，主权债务人并不能援引不可抗力这种情况。国际法委员会《国家对国际不法行为的责任条款》第 23 条就不可抗力作出了规定，即所涉国家有关行为必须是由不可抗拒的力量造成、根本无法预料且非为该国所能控制。然而该条还规定，如果不可抗力的情况是由援引此种情况的国家的行为单独导致或与其他因素一并导致，该国不得援引此种情况。此外，第 23 条的评注还明确指出，“不可抗力并不包括因某种政治和经济危机等原因而致使履行义务困难加大的情况。”⁴⁰

40. 同样，《国家对国际不法行为的责任条款》第 25 条规定，一国不得在以下情况下援引危急情况作为抗辩理由：该国促成了该危急情况，或者有关行为并非该国维护基本利益以对抗某项严重迫切危险的唯一办法债权人单凭指称债务重组理应提前或延后或以其他方式进行，就足以有理由辩称该国是导致该问题的祸首之一或该国当时尚有其他选择。这样的话，法庭就不得不单纯为了弄清清偿能力的国家能否重组其债务以重获可持续性而就投机性反事实情况展开讨论。

41. 援引不可抗力和危急情况并不能囊括金融和经济危机造成的所有复杂情况。因此存在极少数成功援引金融危急情况的投资仲裁案例也就不足为奇。不可抗力作为解决债务争端的一般法律原则的价值仅在常设国际法院早期审理的少数国际案件中得到承认。⁴¹

42. 如果再考虑到《国家对国际不法行为的责任条款》第 27 条规定，危急情况一经解除，不得再援引不可抗力和危急情况作为抗辩理由，援引不可抗力和危急情况不足以解决债务争端的事实就更加明朗了。换言之，金融危机解决后，遵守条约义务的责任重新恢复。该条款还指出，即使危急情况期间违约行为的不法性可以解除，对该行为所造成的任何物质损失的赔偿问题仍须单独解决。即使一国设法成功地援引了这些抗辩理由，得以与债权人重新谈判其债务并将其债务减至可持续水平，一旦债务危机结束，即应与债权人进行讨论，所有问题恢复如初。

43. 这一分析表明，过去几十年来，双边投资条约的条款和仲裁员制定的投资标准对债务重组并不适用。投资仲裁并非旨在为寻求执行主权债券的债权人断案，

³⁹ 见苏伊士环境集团巴塞罗那水务股份公司和维文迪环球股份公司诉阿根廷共和国，国际投资争端解决中心第 ARB/03/19 号案，2010 年 7 月 30 日关于责任问题的裁决。

⁴⁰ 见《2001 年国际法委员会年鉴》第二卷（第二部分）。

⁴¹ 本讨论相关详情见 Anastasios Gourgourinis, “Financial crisis as a *force majeure* under international law and EU law: defending emergency measures, à la européenne, in investment arbitration under intra-EU BITs”, in *International Investment Law and the Global Financial Architecture*.

也不具备确定违约国家债务支付能力的机构能力。⁴²这是因为双边投资条约制度保护个人对国家的财产申索，不会试图对资产进行有效分配，以顾及其他求偿人的利益。如果双边投资条约旨在作为某种形式的国家资不抵债法，那么其中将载有资不抵债和破产法要素的明文规定，例如关于申索合并、可查封的财产等等的规定。⁴³因此，投资仲裁的目的论及其在迄今各项裁决中的落实情况证明，投资仲裁不能解决主权债务重组产生的更广泛影响。

44. 本节所有论点可大致归纳为：收到该问题相关申诉陈述书的投资仲裁法庭大都认为主权债务争端在其管辖范围之内。在最近一份基于《斯洛伐克-希腊双边投资条约》的裁决中，仲裁法庭的做法有所改变，不过该法庭当时正在对不同条款作出解释。在大多数投资法庭所作的逻辑推理中，这种争端解决形式的适用似乎都超出了其原定范围。投资仲裁员审理债务争端的意愿可能会诱使不接受债务重组的债权人转借他们之手来解决争端。如果这些申索在审议案情阶段即获得成功，就可能对进行债务重组的东道国的债务责任产生严重不良影响。所有这一切又会拖延甚至阻碍集体债务重组进程。这类裁决不仅会造成直接经济影响，还可能大规模影响人权，相关讨论见下节。

五. 双边投资条约、债务重组与人权

45. 主权债务危机对国家的直接经济影响可谓立竿见影，危机可导致货币崩溃、经济萎缩和通胀攀升。银行体系也可能会因此崩塌。倘真如此，国家就很难发展经济或吸引外国直接投资，而这又会给民众造成严重的社会影响：工资有可能缩水，进口商品价格上涨，从而导致消费能力下滑；失业和经济不平等现象增加；公共服务频繁停摆，更多人口陷入贫困。⁴⁴如果债务国无力再为基本公共服务和机构提供经费，那么对民众健康权、受教育的权利、住房权以及享受社会或人身安全的权利等人权的保护将受到严重破坏。执法机构和司法机构的有效运作也会因人员和资金不足而频频受到影响。债务重组的成功不仅仅取决于债务可持续性的恢复，还必须评估债务重组是否已最大限度地减少金融危机的社会和人力成本。

46. 务必要将债务重组的运作情境化，以确保人权在这类情境下获得适当保护。其中不仅要考虑到从社会和经济支出中撤抽国民收入用于偿还债务，⁴⁵还必须承认政府对本国财政政策的控制权已经因贷款的条件性而丧失，同时还需分析这些

⁴² 见 Alison Wirtz, “Bilateral investment treaties, holdout investors, and their impact on Grenada’s sovereign debt crisis”; Ellie Norton, “International investment arbitration and the European debt crisis”; and Michael Waibel, *Sovereign Defaults before International Courts and Tribunals*.

⁴³ Robert M. Ziff, “The sovereign debtor’s prison: analysis of the Argentine crisis arbitrations and the implications for investment treaty law”, *Richmond Journal of Global Law and Business*, vol. 10, No. 3 (2011).

⁴⁴ 例如见 A/HRC/31/60/Add.2 和 A/HRC/34/57/Add.1。

⁴⁵ Celine Tan, “Life, debt and human rights: contextualizing the international regime for sovereign debt relief” in *Poverty and the International Economic Legal System: Duties to the World’s Poor*, K Nadakavukaren Schefer, ed. (Cambridge, Cambridge University Press, 2013).

附加条件，包括要求进行的财政整顿努力，可能会对一国尊重、保护和实现人权的能力有何不利影响。这即意味着必须转变金融部门目前所采用的姑息做法，而且还必须承认债权国负有域外人权义务。此外，国际金融机构协定的条款不能被国家用来作为不考虑人权的借口。国际金融机构和面临金融危机的政府在确定重组规模和估值折扣幅度时，需确保各自手中留有足够的资源来确保有关国家能充分履行其人权义务。

47. 这些考量因素也为国际货币基金组织和世界银行诸如“重债穷国”和“多边减债倡议”等将减债与减贫联系起来国际减债倡议提供了借鉴。“重债穷国”/“多边减债倡议”与原有制度截然不同，从这一角度来说，这些倡议有积极意义，但这些方案对减贫和确保债务可持续性的贡献是有限的，而且并不是所有债权人都参与其中，所以该计划仍然容易被秃鹰基金和不接受债务重组的债券人所左右。尽管存在上述局限性，但该制度强调，债务重组应该有条不紊地进行，优先执行债务人作为公共物品和服务提供者的社会和经济职能。

48. 目前，多个因上述各项倡议而被减债的国家因在商业市场上过渡借贷再次面临主权债务危机。《2030年可持续发展议程》对私人供资和混合供资的推动将会让问题更加复杂，因为当前对全球公共物品和公共服务的公共供资正在下降，而该议程却敦促政府探索“创新型和私人供资形式”。如不减少不可持续的债务，可持续发展目标以及包括发展权在内的经济、社会和文化权利的落实进展将严重受挫。

49. 鉴于双边投资条约的案文模糊且容有不同解释，国际仲裁员对投资者权利的解释较为宽泛，他们关于非商业问题的背景知识有限，⁴⁶而且所应承担的责任有限，投资仲裁融入集人权以及社会和经济可持续性于一体的框架并非易事。相反，这可能会减缓主权债务重组，因为投资仲裁为不接受债务重组的债权人和秃鹰基金提供了一条无障碍途径，这将不利于通过谈判达成解决方案。重组进程耗时越久，对债务国就越具破坏性。拖延会导致更多资本外流，这也会对有关国家的人权实现带来不利影响。此外，国际金融机构几乎不参与投资诉讼，因为按照双边投资条约的条款，它们既不会被起诉，也无法提起诉讼。

50. 投资仲裁至今未能认识到债务重组运作的更广阔背景。基于资产的投资定义是大多数投资法庭对主权债券确立管辖权的一只推手。如果裁决触及案情，根据模糊不明的投资保护标准，可能会裁定债务国需对债务重组过程中采取的行动承担责任，而且可据以作出该责任裁定的投资保护标准可能有多项，特别是考虑到集体行动条款不太可能为国家以主权国家身份采取的合法行动提供全面保护：集体行动条款不能杜绝少数有权有势的债权人操纵性使用大多数原则，因而无法为主权债权人提供保护。其隐患在于投资法庭可能会简单地裁定，未能 100% 向所

⁴⁶ 这样做的一个主要原因在于投资仲裁界盛行的商业仲裁法律文化：商业思维强调私法义务，特别是契约义务的重要性。这种法律文化受特定法律争端双方当事人的影响极大，倾向于淡化公共利益的作用（包括人权问题的作用）。见 Moshe Hirsch, “Investment tribunals and human rights: divergent paths,” in *Human Rights in International Investment Arbitration*.

有债权人偿还债务的国家仍负有偿付其所有债务的责任，这会进一步侵蚀经济困难国家的财政空间。

51. 此外，即使有关国家在进行债务重组之时面临极端的社会和经济问题，法院和仲裁员也不愿意在裁决中承认和支持危急情况抗辩理由。⁴¹

52. 投资仲裁可能会限制国家的财政和政策空间，加剧债务危机的影响，并且可能会阻碍旨在解决违约问题根源的改革。投资仲裁“会使对改革的迫切需求与承担重大责任的可能性成为水火不容的矛盾对立面。危机越严重，改革就越势在必行。但改革越深入，投资者就越有可能提出投资条约申索。”⁴³

53. 时至今日，投资法庭一直不愿在裁断债权人与违约国之间的争端时考虑人权。如前所述，人权尚未在投资仲裁中站稳脚跟，而且大多数双边投资条约关于人权的案文规定太过苍白无力。因此，投资法庭对《经济、社会、文化权利国际公约》或者载有债务可持续性、多数决定原则、人权和禁止欺侮行为相关规定的《联合国主权债务重组进程的基本原则》等文书的认真细致考量不太可能实现常态化。此外，投资法庭未对主权债券与商业债券作区别对待，这表明它们在决策过程中并未将国家义务纳入考虑。

54. 符合人权的债务问题解决办法可能会因为不接受债务重组的债权人和秃鹫基金诉诸投资仲裁以执行其主权债券条款而效力减弱。投资仲裁无论在法律上还是在制度上都无法胜任这一重任，而且鉴于投资仲裁员的做法，债务重组的更广阔背景（包括对人权的影响）几乎无法影响其决策。这就可能会导致不接受债务重组的债权人和秃鹫基金权力膨胀，债务国应负的债务责任加重，继而殃及债务国境内人权的风险攀高。

55. 理论上，在解释双边投资条约时注意到保持金融稳定的必要性和更广泛的宏观经济和社会目标是可行的。然而在实践中，仲裁员不太可能逾越双边投资条约的技术限制，以充分解决伴随债务重组而来的复杂的综合性问题，包括寻求符合人权的金融危机解决方案。

六. 结论和建议

A. 结论

56. 由于目前国际上尚无主权债务重组监管框架，投资仲裁已被视为不接受债务重组的债权人和秃鹫基金借以寻求执行主权债务工具的一条潜在途径。这与设立投资仲裁制度的初衷即保护外国直接投资和生产性投资以促进经济发展背道而驰。投资仲裁制度既非旨在裁断金融义务，也不是为了保护投机型对冲基金和非合作债权人的申索。然而，截至目前，大多数投资法庭已经确立对主权债务争端的管辖权，无视债务重组的独特背景。投资仲裁员审理这类争端的意愿可能会诱使秃鹫基金和不接受债务重组的债权人转而诉诸这一争端解决形式。

57. 从纯粹的经济学角度来看，双边投资条约不包含可据以全面评估债务重组的标准或准则，也不涉及所有破产程序的核心问题也即集体行动问题。恰恰相反，债权人会在利益的驱使下想不劳而获，不仅不在集体行动中尽己之力，还要享受所有其他债权人努力争取到的好处。“投资法的目的绝不包括助推对一些投资者（接受债券交易票约的投资者）的不公平待遇以惠及身处相同情况下的其他投资者（选择提起诉讼的投资者）。因此，公正和公平的待遇标准应该仅限于保护投资者，以防不公平的主权债务偿还程序，例如不透明和无法参与的谈判或者不经任何谈判即单方面拒偿债务。”²⁰但我们发现，仲裁员意欲僭越职权。

58. 在阿巴克拉特等人诉阿根廷一案中，法庭指出，争端“并非起因于阿根廷没有履行其债券合同规定的偿付义务，而是该国倚仗国家权力以主权身份进行干预，修改其向债权人偿付债务的义务”。这一说法悖谬之至，因为债务人无力 100% 偿付其债务，需要减免债务。从经济角度来说，法庭提出的要求根本不可能实现；从人权角度来说，这无异于迫使该国自失民心。

59. 此种裁决不仅会拖缓债务重组进程，进而催生出进一步的经济问题，而且还会鼓动债权人拒绝与债务人达成一致将债务降至可持续水平，为债务重组设障添阻，因为如果有些债权人能够 100% 受偿，就没有人愿意合作。归根结底，仲裁员必须决定不同意大多数投资人的意见而选择不接受债务重组和提起诉讼的投资者能否以及在多大程度上受到保护。问题在于，在严格意义上的主权国家资不抵债的情况下，债务人根本无力全额偿还债务。在这种情况下，对投资者权益的广泛保护将为债务国创设其他债务责任，损害其经济复苏，迫其削减用于履行人权义务的公共服务经费。不言而喻，所有仲裁员甚至未就双边投资条约是否涵盖主权债券达成统一意见，最近斯洛伐克邮政储蓄银行诉希腊一案即为证明。

60. 尽管各国和国际社会正在大力预防或尽可能减少秃鹫基金和不接受债务重组的债权人提起的诉讼，但事实上，投资仲裁员似乎正在为这些债权人部署破坏性战略开启一扇新的大门，这至少可以说令人遗憾。如果进一步考虑到金融法和人权法都不能在投资仲裁中发挥有益作用，就更觉遗憾了。要应对系统性的金融风险，就要增强全球机构和国际法应对的有效性和协调一致性。必须采取审慎的做法：须根据国际人权法和确保债务可持续性、金融稳定、平等及社会经济权利所需的财务条例等其他法律的基本原理对投资保护法进行解释。²⁰

61. 解决债务争端的制度渠道必须建立在广泛的国际共识之上。如果各国真的认为在金融危机期间和之后让投资仲裁员负责作出最根本的决定是一个好办法，就应该公开直言，但大多数双边投资条约似乎并未反映这一想法。实际上，罕有双边投资条约提及“主权债务”或“主权债券”，而且在 1990 年代至今缔结的条约中，载有“政府债券”和“公共债务”特殊安排的条约数量也相当有限（但在不断增加）。⁴⁷同样，几乎所有已发行的主权债券都规定，如有争端，须诉诸诉讼而非交付仲裁。⁴⁸

⁴⁷ 见 Kei Nakajima, “An elusive safeguard with loopholes: sovereign debt and its ‘negotiated restructuring’ in international investment agreements in the age of global financial

62. 如果仲裁员解释称自身有权解决债务争端，那么就必须视人权法对债务人和债权人双向适用。认为某些社会领域免于适用人权标准的想法不仅大错特错，而且危险至极。主权债务重组应该遵守不歧视、逐步实现、不后退和确保最低核心义务的人权原则。因此，有必要评估有关期间是否会出现权利恶化以及人权影响将如何相互作用。⁴⁹理想情况下，应进行人权影响评估，并继以监测。此外，还可能需要考虑时际人权权衡——因为将来可能需要削减支出，以确保公共服务的可持续性。在债务增加的情况下，在短期内保护公共服务可能会加剧以后的人权履约困难。另一方面，各国还需要考虑到削减教育支出等举措对子孙后代的长远影响。当国家试图做到统筹兼顾时，债权人将需要灵活变通。

63. 国际债务争端应通过依照《外债与人权问题指导原则》(A/HRC/20/23 及 Corr. 1) 和《主权债务重组进程的基本原则》运作的国际主权债务解决机制加以解决，确保透明性、公正性和及时性。该《基本原则》系统梳理并整合了反映诸如支持主权债务可持续性原则等当前实践发展趋势的国际公法法律原则。⁵⁰投资仲裁员如果必须就债务争端作出影响债务重组的裁决，就需要有理有据地说明为何不考虑这些原则。

B. 建议

1. 投资协定的谈判

64. 各国在缔结双边和多边投资协定之前应该先开展人权影响评估。贸易和投资协定对人权的影响评估指导原则 (A/HRC/19/59/Add.5) 就各国应该如何以最佳方式确保所缔结的贸易和投资协定与自身应尽的人权义务保持一致提供了指导。

65. 各国应确保投资协定的谈判做到公开透明，允许议员、受影响社群和其他利益攸关方（如纳税人）查阅所有相关文件。

66. 应制定适当的磋商程序和机制，以确保参与起草、谈判和批准国际投资协定的权利。

crisis,” *International Review of Law*, 2016, vol. 2016, No. 3。例如另见《美国-乌拉圭双边投资条约》(2005 年) 附件 G; 《美国-秘鲁自由贸易协定》(2006 年); 《加拿大-布基纳法索双边投资条约》(2015 年签署但未生效)。

⁴⁸ 例如见 Stephen J. Choi and Mitu Gulati, “An empirical study of securities disclosure practice,” *Tulane Law Review*, vol. 80 (2006)。

⁴⁹ Daniel Bradlow, “Can parallel lines ever meet? The strange case of the international standards on sovereign debt and business and human rights,” *Yale Journal of International Law*, vol. 41, No. 2(2016)。

⁵⁰ 见 Juan Pablo Bohoslavsky and Matthias Goldmann, “An incremental approach to sovereign debt restructuring: sovereign debt sustainability as a principle of public international law”。

2. 投资协定的内容

67. 各国在谈判或修改投资协定时，应确保协定条款中包括提及投资者、东道国和投资者母国人权义务的明文规定。

68. 投资协定中应包括重申投资者应尊重国际人权条约和关于工商企业与人权的指导原则以及劳工组织《关于工作中的基本原则和权利宣言》所规定之人权的规定。

69. 国际投资协定应排除提出与债务重组争议有关的投资赔偿申索的可能性。鉴于投资仲裁对主权债务人及其人民、债权人和国际金融体系带来的问题的数量、性质和不良影响，各国应仿照某些双边条约的先例，明确排除这种可能性。⁵¹哥伦比亚等国的投资协定也遵循了这一做法。

70. 投资协定在任何情况下都应该纳入关于经济活动监管权，特别是经济或金融崩溃时期监管权的条款，其中应包括以非歧视方式与绝大多数债权人达成的债务协议。

71. 投资协定应明确规定，旨在保护本国人民人权和确保债务可持续性的善意措施不构成违反协定，无需作出补偿。

3. 投资争端的解决

72. 仲裁法庭必须将人权法视为对投资条约作出解释的适用法律。

73. 应通过公布所有争端细节和普遍实行公开审理的方式增强投资仲裁透明度。

74. 非争端当事方应有权出席旁听，受影响的社群和公益组织应有权作出书面陈述和法庭之友陈述。

75. 国际投资条约应规定一项严格的裁决审查制度，以减少任意裁决现象。

76. 投资协定应订明确保指定仲裁员独立性的规则，并要求仲裁员适当掌握金融、人权、劳工和环境领域投资法和国际法标准相关知识。

77. 如果仲裁员自认为有权解决债务争端，则应认真虑及现行金融和破产法的诸项原则。仲裁员尤其需要考虑到其裁决对债务国的经济、受影响人口的权利和所有债权人的权利的影响。

⁵¹ 例如见《秘鲁—大韩民国自由贸易协定》、《多米尼加共和国—中美洲自由贸易协定》和《美国—乌拉圭双边投资条约》。