

国际投资协定中的可持续发展议题: 从外部性到内生性的转变

王晔琼*

内容摘要:随着经济全球化程度不断加深、生产要素大规模流动,可持续发展议题受到越来越多的重视,并在国际投资协定中由完全的外部性议题逐渐演变为内生性议题。这一转变过程符合国际投资与可持续发展的辩证关系,顺应可持续发展价值在国际社会得到普遍认可的大趋势,也能够在一定程度上解决国际法实践中的困难,具有应然性。但纵观现阶段的条约实践,可持续发展议题在国际投资协定中仍存在大量外部性遗留,而这背后存在众多复杂的诱因。在未来对外商签国际投资协定时,中国应在坚持内生性可持续发展议题的路径前提下,进行多方面的综合考虑,作出合理、灵活的政策安排。

关键词:国际投资协定 可持续发展 外部性 内生性

引言

随着经济全球化程度的不断加深,生产要素的大规模流动在给世界各国及其人民带来巨大经济利益的同时,环境污染、资源用竭、全球气候变暖、贫富差距增大等一系列的问题也随之而来,且情势越来越紧迫。在此背景下,可持续发展议题逐渐引起重视。“可持续发展”的概念于1987年由以时任挪威首相布伦特兰为主席的联合国世界环境与发展委员会在《我们共同的未来》报告中正式提出,以代际公平为理论基础,要求主权国家与时俱进更新自身发展需求,以保护后代人的未来权利为前提创造与实现当代的发展。^①为达到此目标,各主权国家纷纷开始重新审视国际投资与社会发展、环境保护等可持续发展议题之间的关系,因为国际投资以追求利益最大化为内在驱动力,以往通过国际投资设立的跨国公司也正是导致环境恶化、不公加剧的重要因素。

* 中国人民大学法学院博士研究生。

① 参见汪习根主编:《发展权全球法治机制研究》,中国社会科学出版社2008年版,第207页。

在传统观念中,自然对于人类来说是外在的(external),是他物(other),自然是可以被任一所有者或主权国家所拥有、控制和累积的,^①由此,环境恶化、过度开采等归咎于商业活动的后果被认定为外部事物(externalities)予以对待。工作环境、工资待遇等劳工权利也是如此,仅仅是被剥削阶级在创造剩余价值过程中的外部事物。此种观念体现在早期的国际投资协定中,被以法律的形式固定下来。老一代的国际投资协定不包含任何具体的保护环境或劳工的条款,签订国际投资协定的目的就是单纯的投资者财产保护。随着可持续发展观念被普遍地接受和采纳,国际投资协定的形式和内容也发生了重大的变化,投资协定中的可持续发展议题显示出由外部性向内生性(internal)转变的特点。本文的核心观点是:可持续发展议题在国际投资协定中由外部事物过渡到内生事物是实然且应然的,各国应按此路径并结合自身情况发展完善所签订的国际投资协定。

一、可持续发展议题在国际投资协定中的演进

(一)完全的外部性阶段

在18世纪至19世纪殖民主义时代,国际投资法机制被认为主要体现为习惯国际法上对于外国人及其财产乃至外国直接投资的最低待遇标准,主要依靠外交和武力手段而非法律手段得以实施。^②“二战”后,美国签订的友好、通商、航海协定,抑或是1959年11月25日签订的第一个双边投资协定(BIT)——德国—巴基斯坦双边投资协定,可看做现代国际投资法的起点。^③20世纪90年代以前,外国投资者所面临的核心风险包括东道国的直接征收、基于国别的歧视待遇以及财产转移限制。^④这一时期的国际投资协定核心目的是建立投资保护的一般标准,包括将有关征收的充分、及时、有效赔偿的西方标准确立为“正确的”习惯法标准,还包括投资争端中投资者母国的代位求偿权确立等。^⑤外国投资者与东道国之间关

① See Tom Sparks, *The Place of the Environment in State of Nature Discourses: Reassessing Nature, Property and Sovereignty in the Anthropocene*, <http://ssrn.com/abstract=3561671>, visited on 4 June 2021.

② See Kenneth J. Vandewelde, *A Brief History of International Investment Agreement*, 12 U.C. Davis Journal of International Law and Policy 158-161 (2005).

③ See Jarrod Hepburn, *et al.*, *Investment Law before Arbitration*, 23 Journal of International Economic Law 929-930 (2020).

④ See Jarrod Hepburn, *et al.*, *Investment Law before Arbitration*, 23 Journal of International Economic Law 932 (2020).

⑤ See Jarrod Hepburn, *et al.*, *Investment Law before Arbitration*, 23 Journal of International Economic Law 934 (2020).

系的核心体现为对外国投资者的投资财产保护问题,由此也使得国际投资协定的核心价值追求呈现为如何保护外国投资者的财产,以此来实现法的价值。^①

这一阶段的国际投资协定一般条款数量较少,内容较为简单粗略,基本不涉及环境、劳工、人权保护等投资财产保护以外的价值目标,可持续发展在条约中呈现完全的外部性特征。以中国的缔约实践为例,这一时期中国对外签订的双边投资协定大多仅包括投资定义、最惠国待遇、直接征收及国有化、收入转移、代位请求权、争端解决等核心条款。

(二)过渡阶段

20世纪90年代以后,随着国际投资协定以及投资者—东道国争端解决(ISDS)案件数量的爆发式增长和投资自由化的不断深入,外国投资损害东道国公共利益,并以国际投资协定为盾牌导致东道国束手无策的情形屡见不鲜,这使得国际投资协定中投资者保护与公共利益之间的冲突问题受到国际社会的高度关注。加强东道国规制权成为国际投资法理论的热点问题,国际投资协定中例外条款的引入则是增强东道国规制权的一项重要改变。^②

国际条约中的例外条款按照功能可区分为适用范围排除例外和违约免责例外两类。^③适用范围排除例外类似于缔约方所作出的保留声明,在声明保留的领域不对该缔约方适用条约中规定的具体义务。违约免责例外是指在列明的特定情形下违反条约义务规定的责任可被免除。国际投资协定中纳入的例外条款表现形式和范围呈现多样化的特征。有些国际投资协定采用“禁止和限制”条款,即协定中的任何规定不应以任何方式约束任一缔约方采取包括禁止或限制在内的必要措施以维护其公共利益。例如,1985年中国—新加坡BIT第11条规定:协定的规定不应以任何方式约束缔约任何一方为保护其根本的安全利益,或为保障公共健康,或为预防动、植物的病虫害,而使用任何种类的禁止或限制的权利或采取其他任何行动的权利。1998年毛里求斯—瑞士BIT第11条第3款也可归于此类条款,该条款规定“本协定中的任何规定都不得解释为妨碍任一缔约方为公共健康或者动植物疾病预防而采取必要的措施”。有些国际投资协定则参照GATT1994第21条以一般例外条款的形式进行规定,2009年修订的《东盟综合投

^① 参见张庆麟:《公共利益视野下的国际投资协定新发展》,中国社会科学出版社2014年版,第17页。

^② 参见张庆麟:《公共利益视野下的国际投资协定新发展》,中国社会科学出版社2014年版,第74页。

^③ 参见韩立余:《国际经贸投资规则对履行要求的规制》,《法学家》2017年第6期,第119-120页。

资协定》为其中的代表。中国 2020 年签署的《区域全面经济伙伴关系协定》(RCEP)更是将 GATT1994 第 20 条以及 GATS 第 14 条一般例外条款直接纳入作为协定的一部分。^①除上述违约免责例外之外,有些国际投资协定还纳入了适用范围排除例外条款,例如美国 2012 年 BIT 范本,其关于间接征收的附件 B 第 4 条 b 款规定:“除非在极少数情况下,一方设计并适用于保护合法的公共福利目标,诸如公共健康、安全 and 环境的非歧视性措施不构成间接征收。”RCEP 第十章附件二第 4 条也作出了类似规定。^②

包括环境保护、公共健康、文化保护等在内的可持续发展议题,作为平衡投资者与东道国利益的重要手段,以例外条款的形式被纳入国际投资协定,可被视为国际投资协定发展过程中一个重要的过渡阶段,因为可持续发展问题开始进入国际投资协定的调整范畴中。但与缔约方其他具体义务相比较,可持续发展价值仍未被视做与投资保护或投资自由化具有同等地位的核心价值目标,而是以例外的形式为缔约方行使规制权预留空间,实质上仍是一种外部或次要的价值取向。

(三)内生性阶段

一些晚近签订的 BIT 或自由贸易协定(FTA)中开始含有体现可持续发展目标的序言条款以及专项条款或专门的章节。不同于例外条款给东道国预留规制空间或赋权的功能,除了对国家规制权予以确认外,协定序言及此类专项条款或章节的意义还在于为缔约方以及投资者设置维护可持续发展价值目标的义务,要求东道国不能为了吸引投资而有损本国相关领域的公共利益,如环境、劳工、人权等,^③外国投资者进行投资活动时须履行相应的社会责任。

1992 年签署的《北美自由贸易协定》是最早体现环境与劳工保护要求的典型

① 《区域全面经济伙伴关系协定》第十七章第 12 条规定:“一、就第二章(货物贸易)、第三章(原产地规则)、第四章(海关程序和贸易便利化)、第五章(卫生与植物卫生措施)、第六章(标准、技术法规和合格评定程序)、第十章(投资)和第十二章(电子商务)而言,GATT1994 第 20 条经必要修改后纳入本协定并构成本协定的一部分。二、就第八章(服务贸易)、第九章(自然人临时流动)、第十章(投资)和第十二章(电子商务)而言,GATS 第 14 条,包括其脚注,经必要修改后纳入本协定并构成本协定的一部分。”

② 《区域全面经济伙伴关系协定》第十章附件二第 4 条规定:“一缔约方采取的为实现合法的公共福利目标,如保护公共健康、安全、公共道德、环境以及稳定房地产价格等,而设计和实施的非歧视监管行为,不构成第二款第(二)项所指的征收。”

③ 参见张庆麟:《公共利益视野下的国际投资协定新发展》,中国社会科学出版社 2014 年版,第 6 页。

代表,其明确规定,吸引投资不得以牺牲环境与劳工权利为代价,还达成了两个附加协议:《北美环境合作协议》和《北美劳工合作协议》。随后签订的众多FTA都沿用了此种做法,包括《加拿大—秘鲁FTA》《欧盟—日本经济伙伴协定》《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(CPTPP)等。双边投资协定也是如此,美国2012年BIT范本包含明确的投资与环境、投资与劳工条款,2020年底宣布谈判完成的《中欧投资协定》(CAI)也在序言中明确了可持续发展目标,且包含了专门的投资与可持续发展章节,设定了相应的可持续发展义务。

序言及此类专项具体条款(包括不减损国内环境及劳工保护标准条款、积极履行签订的国际环境及劳工公约中的义务条款、积极促进企业社会责任执行条款等)的内容,展现出可持续发展价值与财产保护、投资自由化目标的统一与融合,可持续发展议题在国际投资协定中呈内生性的发展特点。可持续发展不再是完全游离于国际投资活动之外的事物,也不仅仅是东道国平衡其与投资者之间利益的实用工具,而是投资者与东道国都必须遵守的重要原则和必须履行的条约义务。

二、可持续发展议题在国际投资协定中由外至内发展的应然性

(一)符合可持续发展与国际投资的辩证统一关系

要考察国际投资协定中可持续发展议题的发展变化,首先要明确国际投资与可持续发展之间的关系。就表象层面来看,国际投资与可持续发展之间或呈矛盾对立的关系。国际投资是国家间资金流动的一种重要形式,是投资者为获得一定经济效应而将其资本投入国外的一种经济活动,具有投资者投入资本或其他资源、期待获取收益或利润以及承担风险等特征。^①19世纪末20世纪初,资本主义进入垄断阶段,垄断资本为了占据外国市场,取得海外资源、获取高额垄断利润,开始在海外直接投资设厂,直接经营企业。20世纪80年代后,随着生产国际化的进一步拓展,国际直接投资的比例也大幅增长。^②在国外新设或并购企业成立跨国公司是最重要的一种国际直接投资方式。出于对外汇的需求以及考虑到外资所能发挥的积极作用,发展中国家开始普遍对国际投资持开放的态度。跨国公司在许多发展中国家的采矿和制造业部门,特别是在石油、化学品、

① 参见余劲松:《国际投资法》,法律出版社2018年版,第1页。

② 参见余劲松:《国际投资法》,法律出版社2018年版,第1-2页。直接投资是指伴有企业经营管理权和控制权的投资,投资者在海外直接经营企业,并对企业的经营管理有较大的控制权。

金属、造纸和汽车等环境敏感领域,作为所有者、合资企业的合资方和技术提供者发挥着重要作用。^①然而,跨国公司往往为了在全球价值链中占据最高地位,攫取最大利润,疏于承担企业社会责任,对东道国的环境、资源、劳工保护等方面造成破坏性的影响,有违可持续发展的目标。

尽管国际投资与可持续发展目标之间可能存在着一定的矛盾,但不可否认的是,投资自由化和国际直接投资的迅速增长推动了经济的发展,这有助于实现环境资源的最优配置,从而保证生产活动能够以最有效率的方式进行。^②如果流向发展中国家的国际投资被大部分应用于提高环境和资源部门生产力,包括重新造林和薪材开发、流域保护、水土保持、恢复灌溉、小规模农业、低成本卫生措施以及将作物转化为燃料等项目,资本的自由流动将有利于增加绿色产品、服务和技术

的交流。

总的来说,如果国际投资配合以符合可持续发展目标的实施方案,达到经济效应与可持续发展价值的平衡与协调,国际投资实际上能够对可持续发展目标的实现起到积极的促进作用。相应地,可持续发展目标的实现也是国际投资活动长期存在的重要前提,因为只有实现可持续发展,才能避免短期内资源用竭、环境恶化、社会不公平加剧等现象,才能为将来的国际投资活动提供良好的营商环境,创造新的经济增长点。国际投资与可持续发展二者既相互矛盾,又彼此促进,可持续发展议题在国际投资协定中由外至内的发展路径符合二者的辩证统一关系。

(二)国际社会对可持续发展价值的广泛认可

1987年,“可持续发展”的概念被首次正式提出,随后,通过1992年里约联合国环境与发展大会签署的《里约环境与发展宣言》《21世纪议程》等政策法律文件,可持续发展战略及其价值已成为国际社会的广泛共识。^③世界各主要国家都开始将可持续发展作为重要的对内对外政策和基本战略目标。早在1997年,欧

① See G. H. Brundtland, Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future, <http://www.un-documents.net/wced-ocf.htm>, visited on 6 June 2021.

② See Anke Dahrendorf, Global Proliferation of Bilateral and Regional Trade Agreements: A Threat for the World Trade Organization and/or for Developing Countries, <https://ssrn.com/abstract=1382820>, visited on 6 June 2021.

③ 参见柯坚:《可持续发展对外政策视角下的欧盟气候变化国际合作方略》,《上海大学学报(社会科学版)》2016年第1期,第14页。

盟就在《阿姆斯特丹条约》中将“实现可持续发展”明确为共同体目标,^①除在其基本法中纳入可持续发展条款并不断明确立法表述、强化相关法律规定外,欧盟也一直致力于将可持续发展条款纳入双边投资协定及自由贸易协定,以期实现欧盟可持续发展标准的全球化。^②美国前总统克林顿于1993年宣布成立“总统可持续发展理事会”,该组织以调动全民族积极性为目的,采取全方位可持续发展行动策略,^③且美国双边投资协定范本包含了环境、劳工的可持续发展条款,^④美国主导签订的主要自由贸易协定也都包含了可持续发展章节。

中国先后发布《中国落实2030年可持续发展议程进展报告》和《中国落实2030年可持续发展议程国别方案》,强调国际合作,坚持以“共同但有区别的责任”原则推动可持续发展目标的落实。在可持续发展原则的指导下,中国重视发展资源节约、环境友好、劳动友好型产业,不断实现产业转型升级。

在新的世界局势和不断恶化的环境背景下,可持续发展议题受到越来越多的重视,重要性不断提升。国际投资协定作为各缔约国谈判的产物能够体现各方的意志,可持续发展目标的实现符合世界各国、各族人民的利益,国际投资又与可持续发展之间存在着密切联系,作为国际社会达成的共识,可持续发展议题作为内生性问题被纳入国际投资协定是大势所趋,符合发展规律。可持续发展问题在国际投资协定中地位的提升以及性质的转变也是各国政府认可可持续发展价值的体现,是各国给予该议题重要关切在国际法层面的真实写照。

(三)可持续发展议题呈外部性引起的国际法实践困境

早期可持续发展议题在国际投资协定中呈外部性特征引起的一系列实践问题难以解决。老一代的国际投资协定中没有包含任何具体的环境与劳工保护等可持续发展条款,这使得东道国没有行使国家规制权以维护其公共利益的文本依据,与此同时,协定中也没有企业社会责任、反腐败等针对外国投资者设置义务的规定,这在很大程度上导致了在国际投资争端解决中投资者与东道国之间权益的不平衡,进一步引发了ISDS机制的信任危机。

以例外条款的形式在国际投资协定中纳入可持续发展议题,在一定程度上为

① See Luis A. Aviles, *Sustainable Development and Environmental Legal Protection in the European Union: A Model for Mexican Constitutional Courts to Follow?* 6 Mexican Law Review 251-272 (2014).

② 参见周亚敏:《欧盟在全球治理中的环境战略》,《国际论坛》2016年第6期,第24页。

③ 参见曾涛、赵星:《美国的可持续发展战略探析》,《湖南社会科学》2002年第4期,第88页。

④ See 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty, Articles 12, 13.

国家规制权的行使预留出空间,缓解了投资者与东道国之间利益不平衡的局面。但即便如此,可持续发展议题仍然呈外部性特征,这种简单的、以一般例外形式排除东道国义务的方式也引起了一系列的问题与争论,最突出的仍是东道国规制权与投资者财产权的平衡问题,包括适用例外条款的东道国是否还需要对投资者进行补偿,一般例外条款的适用是否需要满足 GATT 第 20 条的非歧视要求以及例外条款的适用是否需要满足程序性要求,例如一方应在措施生效前或生效后及时通知他方等。^①明确文本表述的缺失导致仲裁庭采取各不相同的方式和态度去处理与可持续发展问题相关的投资争端,^②可能使例外条款最终的适用效果与缔约者的预期相悖,可持续发展的最终目标难以通过例外条款的适用而达到。

三、可持续发展问题在国际投资协定中的外部性遗留及深层原因

(一)可持续发展问题的外部性遗留

1.国际条约实践的不一致

根据联合国贸易与发展委员会(UNCTAD)世界投资报告,虽然可持续发展条款在国际投资协定中的纳入是当前国际投资法改革的重点之一,但每年新缔结的国际投资协定实践却并不一致。以 2019 年缔结的国际投资协定中涉可持续发展问题的改革导向条款为例,具体情况可见下表:

表 1 2019 年新缔结的国际投资协定涉可持续发展条款情况

2019 年缔结的国际投资协定	1	2	3	4
亚美尼亚—新加坡服务贸易和投资协定		√		
澳大利亚—中国香港投资协定		√		√
澳大利亚—印度尼西亚全面经济伙伴协定	√	√		√

① 参见曾建知:《国际投资条约一般例外条款研究——兼论我国的选择》,《武大国际法评论》2015 年第 1 期,第 313-321 页。

② 例如 Metalclad Corp. v. Mexico, ICSID Case No.ARB/97/1, Award, 30 August 2000; Methanex Corporation v. United States of America, UNCITRAL, Final Award on Jurisdiction and Merits, 3 August 2005; Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No.ARB 08/05, Decision on Ecuador’s Counterclaims, 7 February 2017.

续表

2019年缔结的国际投资协定	1	2	3	4
澳大利亚—乌拉圭双边投资协定	✓	✓		
白俄罗斯—乌拉圭双边投资协定	✓		✓	✓
巴西—厄瓜多尔双边投资协定	✓		✓	✓
巴西—摩洛哥双边投资协定	✓	✓		✓
巴西—阿拉伯联合酋长国双边投资协定	✓		✓	✓
布基纳法索—土耳其双边投资协定	✓	✓		
佛得角—匈牙利双边投资协定	✓		✓	✓
欧盟—越南投资保护协定	✓	✓		
中国香港—阿拉伯联合酋长国双边投资协定				
印度—吉尔吉斯斯坦双边投资协定	✓	✓		✓
伊朗伊斯兰共和国—尼加拉瓜双边投资协定				
缅甸—新加坡双边投资协定	✓	✓		

资料来源:UNCTAD世界投资报告2020。

注:1.在条约序言中提及保护健康和安全、劳工权利、环境或可持续发展。

2.一般性的例外,例如为了保护人类、动物或植物的生命或健康;或保护可耗尽的自然资源。

3.在条约文本中明确承认,缔约方不应放松健康、安全或环境标准以吸引投资。

4.通过在国际投资协定中纳入一个单独的条款或在条约序言中作为一般参考,促进公司和社会责任标准的发展。

可持续发展条款在国际投资协定中纳入与否、表现形式与具体内容都各不相同,可持续发展议题在有些国际投资协定中仍呈完全空白的状态,在有些协定中则以明确缔约方规制权和一般例外的形式体现,还有些协定则是在序言和正文中明确应履行的可持续发展义务以及企业的社会责任等,各方在对外签订国际投资协定时也大多没有形成固定或统一的模式。另外,根据UNCTAD的数据统计,纵观整个国际投资协定体系(接近3300项国际投资协定),绝大多数生效的协定并

不包括直接涉及可持续发展目标的条款。^①换言之,国际投资协定在可持续发展议题上的实践是参差不齐的,可持续发展议题呈外部性的传统国际投资协定实际上仍占据了相当的比重。

2. 形式与内容的表里不一

尽管一些现行国际投资协定将具体的可持续发展条款纳入其中,在形式上过渡到内生性阶段,但深究其条文内容,实际上仍保留着外部性的特征。

首先,缔约方将国际环境条约或国际劳工条约中的大量柔性措辞移植到国际投资协定中,^②包括“努力保证”(strive to ensure)、“有效执行”(effectively implement)、“作出持久和持续的努力”(make continued and sustained efforts)、“尊重、促进和实现”“考虑批准”等表述,缺乏具体的承诺安排或阶段性目标的规定。与投资保护和投资自由化条款的明确性构成鲜明对比,这些柔性措辞的使用往往使得可持续发展条款极具模糊性,并带有强烈的理想主义色彩。用语的模糊性使一些学者认为协定并没有将可持续发展目标与投资自由化完全地结合起来,而是仍呈外部性的特征。有学者认为,即便是近期达成的高水平自由贸易协定都面临这一问题,包括《欧盟—加拿大综合性经济贸易协议》(CETA)、《美墨加协定》(USMCA)、《跨太平洋伙伴关系协议》(TPP)在内,自由贸易协定大多将实现可持续发展目标寄希望于更柔性的合作以及各自尽最大的努力,^③只是程度有所不同。

其次,双边投资协定中的一般性争端解决机制往往明确排除对环境、劳工等可持续发展条款的适用。例如,美国 2012 年 BIT 范本第 12.6 条及 13.4 条针对环境与劳工条款项下的争议规定了专门的磋商机制,“缔约方应磋商并努力达成彼此满意的解决方案”,第 37.5 条明确规定国家与国家之间的争端解决机制不适用于环境及劳工条款项下的争议,第 24 条规定的仲裁适用范围也不包含环境与劳工条款项下义务的违反。《中欧投资协定》可持续发展一节中的分歧解决机制则遵循了欧盟的一贯做法,对与可持续发展章节有关的争议设置了政府磋商程序和专家组审查程序,但专家组报告对缔约方并不具有强制约束力,协定也不涉及后续的

① See UNCTAD, World Investment Report 2020, https://unctad.org/system/files/official-document/wir2020_en.pdf, visited on 6 June 2021.

② 参见何志鹏、孙璐:《国际软法何以可能:一个以环境为视角的展开》,《当代法学》2012 年第 26 卷第 1 期,第 36-37 页。

③ See Francesco Montanaro & Federica Violi, *The Remains of the Day: The International Economic Order in the Era of Disintegration*, 23 Journal of International Economic Law 311 (2020).

救济措施。欧盟式FTA目前也都采取此种将可持续发展章节争议解决与一般争端解决机制脱钩的做法。^①

(二)可持续发展问题外部性遗留的深层原因

1.各缔约方发展情况的差别

首先,国际投资协定缔约方的发展情况与程度并不一致,第二次世界大战后产生的南北矛盾实际上仍然存在。发达的西方资本主义国家早已渡过了资本原始积累的历史阶段,转而倡导保护环境、劳工、人权等更加丰富多元的可持续发展目标,但众多发展中国家,特别是一些最不发达国家,仍然处于需要通过吸引大量外资以支持国内产业建设和经济发展的阶段,不得不开放市场或减少限制以吸引外国投资。

经济学者通过实证研究发现,不同类型的国际投资协定中可持续发展条款的设定对国际直接投资(FDI)流入和流出具有异质性影响,“北-北”型FTA中的可持续发展条款对FDI来源国的投资流出、东道国FDI流入产生了正向影响,而“南-北”型双边投资协定中可持续发展条款的设定则降低了FDI来源国的投资流出和东道国FDI的流入。^②因此,不同的缔约方对国际投资协定中可持续发展条款的设定有不同的选择倾向。

其次,发展中国家与发达国家在国际投资领域的谈判实力和缔约能力也存在差距。^③发达国家经过长期的缔约实践,已经具备了成熟的谈判与立法技巧,美国、欧盟等发达经济体在对外商签国际投资协定时都形成了自己一以贯之的风格或模式,而大多数发展中国家暂时没有形成自己统一的协定模版,在立法技巧上还较为欠缺。

综上,因缔约方的经济利益、发展阶段不同以及谈判实力、立法技巧上的差距,相互间在国际投资协定中设定的条款内容、结构安排以及权利义务标准必然参差不齐,有所差别。^④

① 例如《欧盟—韩国自由贸易协定》第13.14条和13.15条;《欧盟与秘鲁/哥伦比亚综合贸易协定》第283条和284条。参见李西霞:《欧盟自由贸易协定中的劳工标准及其启示》,《法学》2017年第1期,第110页;蒋小红:《试论国际投资法的新发展——以国际投资条约如何促进可持续发展为视角》,《河北法学》第37卷第3期,第53页。

② 参见张中元:《国际投资协定中可持续发展条款对双边投资的影响》,《世界经济研究》2018年第3期,第107页。

③ 参见蒋小红:《试论国际投资法的新发展——以国际投资条约如何促进可持续发展为视角》,《河北法学》第37卷第3期,第46页。

④ 参见徐崇利:《经济全球化与国际经济条约谈判方式的创新》,《比较法研究》2001年第3期,第63页。

2. 各缔约方全球竞争战略的实施

独立平等的主权国家为了自己的利益,为了各自的生存与发展,为了人民的生命和健康,它们之间必然会存在一个竞争关系。在战争的作用与合法性被削弱之后,经济战的地位和作用就被提高了,国家间的竞争更多地体现为经济层面的竞争,而经济利益实际上主要就是产业利益。^①弗里德里希·李斯特曾经对此有过经典的论述,他认为:“如果不靠我们自己的法制,在以我们自己国家利益为前提下指导我们自己的国内工业,就不能防止外国以它们自己的实际或推定利益为依据,来限制我们的国内工业;在这种情况下,无论如何对我们生产力的发展总是不利的。”^②

不同的国家在国际竞争中拥有不同的优势,各国都会制定相应的竞争战略以寻求自身核心产业优势的最大化,国际投资协定也是各国实施其竞争战略的一种重要的法律载体。2006 年 4 月 10 日欧盟委员会发布《全球的欧洲:在全球竞争》的政策文件,在该文件中将 FTA 作为提升其全球市场竞争力的战略手段,确定的 FTA 战略目标包括加强知识产权保护以及促进可持续发展等,^③而欧盟在知识产权保护以及环境、劳工保护上有着悠久的传统并一直处于优势地位。同样地,在国际竞争中,中国拥有显著的劳动力优势,东南亚国家则拥有着丰富的自然资源优势,为保持并充分发挥各自的优势生产要素,各缔约方均会对国际投资协定条款对其竞争力产生的影响进行评估,中国在核心劳工标准问题上采取审慎的态度,而东南亚国家一般则在自然资源保护问题上持较为保守的态度。另外,各国的竞争优势随着经济社会的发展也会产生相应的变化,其本身就是一个动态发展的过程,所以各国大多倾向于在法律层面就可持续发展议题采用柔性的措辞确保适用的灵活性。

3. 利益相关方的相互掣肘

投资者与东道国之间的利益冲突已经成为现今国际投资法的主要矛盾,为协调平衡二者间的利益,国际投资协定条款内容多会显示出一种妥协或牵制。并

① 产业通俗来说是指从事某种经济活动的生产商或生产某类产品的生产商的总称,产业也可被抽象地理解为经济活动或者社会分工,特定产业就是特定生产活动的总称。参见韩立余:《世贸规则与产业保护》,北京大学出版社 2014 年版,第 1-2 页。

② [德]弗里德里希·李斯特:《政治经济学的国民体系》,陈万煦译,商务印书馆 2017 年版,第 166 页。

③ See European Commission, Global Europe: Competing in the World: A Contribution to the EU's Growth and Jobs Strategy, https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/october/tradoc_130376.pdf, visited on 7 June 2021.

且,保护私人财产权是现代法治的核心价值。正如洛克所言:生命、自由和财产权是人与生俱来、不可剥夺的权利。^①与此种价值追求一脉相承,保护外国投资者财产权仍是国际投资协定的核心任务。^②因此,一些缔约方往往会针对包括可持续发展在内的其他价值目标采取一种保守或至少不激进的态度。

除了要协调投资者与东道国之间的公私利益冲突外,各缔约方在商签国际投资协定时还会受到自身内部各种利益集团的影响。利益集团往往会通过程序化和非程序化的途径,采用不同的策略和手段对立法决策施加影响,美国就是最为典型的实例。^③国际投资协定可持续发展条款的设置,包括环境、劳工、人权保护标准的高低,会对缔约方国内不同的利益集团产生不同的影响。举例来说,美国商会与美国环境工作组、美国劳工联合会这些重要的利益集团可能会持相斥的观点,为谋求各自利益的最大化,各利益集团会对立法决策机构进行干预。

值得注意的还有,欧盟拒绝采用贸易制裁等强制手段解决涉环境或劳工的投资争端、选择促进性模式的做法,或有出于平衡和协调欧盟与其成员国之间权力的考虑,欧盟成员国政府可能担心欧盟权力过度侵入其国内法或那些根据欧盟基础条约不属于欧盟专属权能的领域。^④

4. 国际法碎片化特征的影响

碎片化是指国际法各领域日趋显著的专门化和板块化现象,简单来说,就是发展出越来越多的分支部门或专门类别。^⑤对此,国际法委员会在2006年的报告中将国际法碎片化认定为国际法多样化和扩张引起的困难。^⑥也有国内学者认

① 洛克认为:“自然状态有一种为人人所应遵守的自然法对它起着支配作用;而理性,也就是自然法,教导着有意遵从理性的全人类:人们既然都是平等和独立的,任何人就不得侵害他人的生命、健康、自由和财产。”参见[英]洛克:《政府论》(下篇),叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆1996年版,第6页。

② 参见张庆麟:《公共利益视野下的国际投资协定新发展》,中国社会科学出版社2014年版,第11-23页。

③ 参见王保民、袁博:《美国利益集团影响立法的机制研究》,《国外理论动态》2020年第1期,第143页。

④ 参见李西霞:《欧盟自由贸易协定中的劳工标准及其启示》,《法学》2017年第1期,第112-113页。

⑤ 参见莫世健:《国际法碎片化和国际法体系的效力》,《法学评论》2015年第4期,第117-118页。

⑥ See International Law Commission, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, <https://legal.un.org/ilc/reports/2006/chinese/chp12.pdf>, visited on 6 June 2021.

为,国际法自其产生就不是一个统一的法律体系;^①国际法碎片化会伴随着国际法体系存在,为了适应国际社会现实发展起来的国际法新规则体系,就是以多元化和碎片化为表象的。国际法碎片化现象会不同程度地影响国际法相关分支以及国际法整体的效力,但这种影响远不会导致国际法体系的崩溃和无效,因为有国际法体系内规则和机构的自我矫正机能与质素存在。^②除论证国际法碎片化的必然性和合理性外,更有外国学者直接指出,国际投资法本身也是以渐进、偶然的方式出现的,且其构成是多方面和分散的。国际投资法现在被认为具有众多属性和目标,包括促进外国直接投资、保护个人权利、东道国的可持续发展、去政治化、缓解欠发达的国内制度等,而现阶段国际投资法简单且相对稳定的实体规则根本无法同时满足所有这些目标。^③正如 Tinbergen 在 1952 年证明的:“为了实现政策目标,政府必须拥有与目标同等数量的政策工具。一个政府只用一种手段来实现两个目标是很难的,甚至是不可能的。”^④

在国际法碎片化的背景下,国际投资法与其他国际法分支部门的功能在一定程度上被割裂开,国际投资法、国际环境法、国际人权法等都属于国际法这一大的概念范畴,作为国际法项下的各个分支部门,分别调整不同类型的国际法律关系。国际投资法的功能主要是调整国际投资法律关系,而环境、劳工、人权等其他法律关系则主要被纳入其他国际法分支部门下进行调整。因此,国际法碎片化的特征也对可持续发展议题被作为内生事物纳入国际投资协定产生了一定阻碍作用。

四、对中国的政策建议

可持续发展议题在国际投资协定中经历了由完全的外部性阶段到以一般例外和规制权条款为主要存在形式的过渡阶段、再到内生性阶段的发展历程。这一转变过程符合国际投资与可持续发展的辩证统一关系,顺应可持续发展价值在国际社会中得到普遍认可的大趋势,也在某种程度上能够解决国际法实践中的问

① 参见古祖雪:《国际法学专论》,科学出版社 2007 年版,第 123-124 页。

② 参见莫世健:《国际法碎片化和国际法体系的效力》,《法学评论》2015 年第 4 期,第 127-128 页。

③ See Joost Pauwelyn, *Rational Design or Accidental Evolution? The Emergence of International Investment Law*, in Zachary Douglas, et al. (eds.), *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice* 42 (Oxford University Press 2014).

④ Jan Tinbergen, *On the Theory of Economic Policy* 37-42 (North-Holland Publishing Company 1952).

题,因此,这一发展过程是实然且应然的。尽管如此,就目前现存的国际投资协定内容来看,可持续发展议题在其中并没有发展到完全的内生性阶段,缔约实践的不一致、柔性措辞的大量使用、强制执行力的缺失等问题作为表象,都反映出可持续发展问题在国际投资协定中的外部性遗留这一实质,其背后存在着众多复杂的诱因,包括缔约方经济发展与缔约水平的差别、各国全球竞争战略的实施、利益相关方的相互掣肘以及国际法碎片化特征带来的影响等。

中国作为负责任大国和最大的发展中国家,应在对外商签或缔结国际投资协定时明确自身立场,做出相应的政策选择,并努力形成自身的固定谈判模式。具体而言,可从如下方面切入,发展和完善国际投资协定内容。

1.坚持可持续发展议题的内生化完善路径。纵观中国缔约实践,近期签订的国际投资协定中可持续发展议题已经具备了一定的内生性特征。中国应沿此路径,继续在国际投资协定中采用“混合式”纳入可持续发展条款,即在序言中明确可持续发展目标的同时,在正文中设定具体的可持续发展权利义务条款。正文中的可持续发展条款不仅应包括一般例外或东道国规制权保留条款,还应包括不降低国内保护标准、社会责任承担等可持续发展义务条款。目前,中国正积极考虑加入《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》,在可持续发展议题上可参考该协定相关条款内容,包括改善福利、减少贫困、提高生活水平、实现性别平等、在国家与国际层面促进法治、确保所有人都有平等诉诸司法的机会、大幅减少一切形式的腐败和贿赂行为等,实现国际投资与可持续发展之间的紧密互动与深度融合。

2.根据实际情况灵活制定标准,保持自身竞争优势。因中国与其他缔约方的发展水平以及竞争优势各不相同,故而不能“一揽子”地接受他国制定的可持续发展标准,也不能“一刀切”地适用绝对不变的规则,否则可能会遏制自身的竞争优势或因体系僵化而增加缔约难度。就目前的发展情况来看,中国已在生态环境保护方面取得了巨大进步,科学技术的进步也促进了环境保护水平,相应地,中国可考虑提高国际投资协定中规定的环境保护标准。关于劳工保护问题,中国在全球竞争中具有显著的劳动力优势,且尚未批准与集体谈判权等相关的劳工公约,因此,中国在设定国际投资协定中的劳工保护标准时应采取相对保守谨慎的态度。总的来说,中国可采取先后三个步骤。首先,中国应结合自身与其他缔约方的实际情况,在充分考虑各方差异并协调各方利益的前提下,一同确定各方均可接受的规则或标准。其次,中国应识别出自身特殊的根本利益需求,并在协定中以保留声明或正负面清单等方式予以体现。最后,中国可制定分阶段调整计划,将相关保护标准动态化,在对可持续发展条款实施情况定期进行评估后,启动

新阶段的谈判工作,以逐步提升协定的可持续发展标准。^①

3. 加快国内产业转型升级,提升保护标准。若要在根本上提升中国对外签订的国际投资协定可持续发展标准,深化可持续发展议题在国际投资协定中的内生性特征,最重要的仍是在国内全面深化改革,加快国内产业的转型升级,引导和激励高新技术产业的发展,在科学技术领域培育竞争优势。与此同时,中国还应完善相关的国内法,考虑将可持续发展目标纳入《中华人民共和国外商投资法》总则部分,及时更新完善外商投资准入负面清单以及《鼓励外商投资产业目录》,提高《中华人民共和国环境保护法》《中华人民共和国劳动法》等法律确立的国内保护标准。国内经济发展与国内法治的完善能够增强中国在国际社会的话语权,在对外商签国际协定时创造更多的可交换利益与谈判空间。总之,国际投资协定这一单一法律形式可能很难同时完美地实现促进投资自由化、财产保护以及可持续发展等多重目标,最终还需政策与法律的良性互动以及国际国内两个层面的协调配合。

Sustainable Development Issues in International Investment Agreements: From Externalities to Internalities

Abstract: With the deepening of economic globalization and the large-scale flow of production factors, the issue of sustainable development has attracted more and more attention, and it has gradually evolved from a completely external issue to an endogenous issue in international investment agreements. This transformation process is in line with the dialectical relationship between international investment and sustainable development, the general trend that the value of sustainable development has been generally recognized in the international community, and to a certain extent, can solve the difficulties in the practice of international law, which is a matter of course. However, at the present stage of treaty practice, there are still a lot of externalities left in international investment agreements on the topic of sustainable development, and there are potentially many complex causal factors behind this. China should

^① 参见王玫黎、陈雨:《论欧盟的可持续发展条款——基于〈欧加全面经贸协定〉》,《西北民族大学学报(哲学社会科学版)》2019年第4期,第102页。

make reasonable and flexible policy arrangements in the future when negotiating international investment agreements, while adhering to the premise of the path of internal and external sustainable development issues and making comprehensive considerations in various aspects.

Key words: international investment agreements; sustainable development; externalities; internalities

(责任编辑:肖军)