

# 晚近国际投资协定中的企业社会责任条款： 国际趋势及中国因应

刘俊梅\*

**内容摘要：**外国投资者及其投资不仅可能给东道国带来积极影响，也可能对其产生不利影响，因此，晚近国际投资协定开始以直接或间接的方式纳入投资者履行企业社会责任义务的条款，以平衡投资者与东道国之间的利益关系。我国现有的国际投资协定正文中并未纳入企业社会责任条款，其中仅少数在序言中提及该义务，滞后于国际投资协定发展的新趋势。鉴于《中欧全面投资协定》及我国正在申请加入的CPTPP文本中均包含较高标准的企业社会责任条款，我国应加快制定并推广中国模式的企业社会责任准则、加强我国参与国际规则制定的话语权，并考虑在未来修订或签署的国际投资协定中纳入企业社会责任条款。同时，我国企业也应主动承担其社会责任义务。

**关键词：**国际投资协定 企业社会责任 可持续发展 外国投资者 CPTPP

## 一、引言

促进和保护投资者及其投资长期以来一直是国际投资法律制度的重点，并且大多数国际投资协定(international investment agreements, IIAs)均反映了这一点。通常情况下，人们认为外国直接投资可以为东道国带来诸如先进的技术及诀窍、跨境资本以及就业机会等。但是，外国投资者及其投资也引起了各国和学术界对其履行社会责任的关注，<sup>①</sup>因为在某些情况下，外国直接投资可能会对当地的环境等状况产生不利影响，破坏东道国可持续发展目标的实现。因此，近年来，IIAs开始明确纳入投资者的企业社会责任(corporate social responsibility, CSR)条款，以便国际仲裁庭

\* 南京大学法学院博士研究生，伊犁师范大学法学院副教授。

本文系伊犁师范大学“一带一路”发展研究院开放课题“‘一带一路’沿线中亚国家投资便利化法律机制研究”(YDYL2021YB001)、伊犁师范大学哈萨克斯坦国别研究中心开放课题重点项目“哈萨克斯坦外商经贸投资法律研究”(2018HSKGBYJZD001)的阶段性成果。

① See Peter Muchlinski, Corporate Social Responsibility, in Peter Muchlinski, Federico Ortino & Christoph Schreuer (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law* 641(Oxford University Press 2008).

可以考虑投资者在不同投资阶段的行为,如投资者违反 CSR 条款,可能会促使其承担与投资有关的环境或劳工方面的侵权行为责任;在投资争端仲裁阶段,投资者的侵权行为可能会对裁决产生一定的影响。

在理论界,CSR 是一个当前较为热门的术语,对于 CSR 的批判性见解来自各个社会科学学科,包括经济学、政治学、管理学等。在实践中,CSR 已作为一个法律规则被纳入晚近 IIAs 中,并且在国际投资仲裁案件中,该条款已开始得以触发和适用。目前暂被冻结的《中欧全面投资协定》(以下称《中欧 CAI》)及我国正在申请加入的 CPTPP 文本中均含有较高标准的企业社会责任条款,这意味着我国企业未来将不可避免地要考虑这一趋势及其带来的风险。然而,国内法学界在法学理论层面的研究,远不足以匹配其在其他学科及实务层面上的发展态势。有鉴于此,文章分析了 2013 年以来的 IIAs 以何种方式纳入 CSR 的规定,并进一步探究这些方式将产生何种法律意义以及存在哪些不足,最后,通过梳理我国签署的 IIAs 涉及的 CSR 条款的现状和问题,提出相应的建议。

## 二、CSR 的概念界定及产生背景

尽管国内外对 CSR 的研究成果众多,但对于 CSR 的法律概念和内涵至今仍无共识。在一些国际法文件中,人们会使用各种术语对其加以解释,例如公司的社会责任、负责任的商业行为等,其中许多术语可以替代使用。

### (一) CSR 的法律概念

人们普遍认为,企业所采取的举措,如公布公司守则或遵守非营利性组织管理的其他 CSR 准则,不受法律管制;最早规定 CSR 标准的亚太经合组织《跨国企业准则》以及其他类似准则是没有法律约束力的国际文书。但 CSR 依然吸引了许多学者对其展开讨论。这是因为,CSR 具有许多法律影响:一方面,企业如果不充分考虑其社会责任,可能就无法开展业务,这使得企业必须评估由此引发的法律风险;另一方面,有学者认为,CSR 通过各种国际组织制定的企业行为指南或 IIAs,已经逐步具备了国际法律规则的特征。<sup>①</sup>IIAs 并未界定 CSR 的定义或限定其范围,这主要是因为各国在实践中对 CSR 概念的理解不一,规定不同。一些 IIAs 会以列举的方式阐释 CSR 标准,如《加拿大—秘鲁自由贸易协定》(以下称《加拿大—秘鲁 FTA》)将 CSR 规定为:“经缔约方认可或支持的国际公认的原则声明,这些原则涉及劳工、环境、人

<sup>①</sup> See Shinichi Ago, Non-Economic Criteria in the Formulation of the World Trade Regime: From Social Clause to CSR, in Gerald Paul McAlinn & Caslav Pejovic (eds.), Law and Development in Asia 221-240 (Routledge 2012).

权、社区关系和反腐败等问题。”<sup>①</sup>另一些 IIAs 将 CSR 与可持续发展目标相关联,如《摩洛哥—尼日利亚双边投资协定》(以下称《摩洛哥—尼日利亚 BIT》)指出投资者及其投资的 CSR 实践,应“为东道国和当地社区的可持续发展做出最大可行的贡献”。<sup>②</sup>但大多数 IIAs 只是要求企业遵守“国际公认的 CSR 标准”,但并未列举这些标准的范围,也未说明何为“国际公认的”。之所以出现上述情况,主要是因为,一方面,世界各国担忧在 IIAs 中纳入 CSR 条款可能会引发一定的风险,如发达国家借此剥夺发展中国家的劳动力价格等比较优势,或以此为由采取贸易保护主义等。<sup>③</sup>另一方面,这可能使当事人无法对某些涉及 CSR 但却不属于条约定义的 CSR 范围之内的事项进行管制,从而限缩条约的适用范围,并使得该条款沦为外国投资者逃避责任的合法借口。因此,在这种情况下强行统一 CSR 概念,不仅困难而且有害。

但问题是,如果 CSR 的内涵和外延界定不清晰,则又可能出现法律解释和适用上的不一致。故而,如何在 IIAs 中合理设计 CSR 条款,使其既不存在过高的灵活性,又不至于过于僵化,就成为各国在谈判和签订 IIAs 时所面临的难题。由于当前法学界和实务界并未对 CSR 的法律概念达成一致,为了更加明确地理解 CSR 的概念,单纯对其进行概念性要素的界定,毋宁对其进行示范性列举,如同下文借助文本分析方法,结合各国际组织文件中所确立的标准和规则,考察和分析晚近一些 IIAs 涉 CSR 条款中的具体标准和规则。

## (二) IIAs 纳入 CSR 条款的背景

传统意义上的国际投资保护规则,源于旨在保护本国人海外利益的历史制度,以确保外国商人在东道国可以获得与其在母国享受的同等待遇。据此,外国投资者便可受益于 IIAs 中的投资保护规定,并有能力通过投资者—东道国争端解决机制行使 IIAs 赋予其的某些权利。IIAs 的这种不对称性导致了各国、国际组织和学者的批评。

### 1. 传统国际投资争端中的“监管寒意”

许多学者认为,很多外国投资者通过 IIAs 提供的投资保护拥有了强大的议价能力,并可能影响国家的决策和政策,这种情景在一些发展中国家和最不发达国家体

<sup>①</sup> Canada-Peru Free Trade Agreement 2008, Article 810.

<sup>②</sup> Morocco-Nigeria BIT 2016, Article 24(1).

<sup>③</sup> 1996 年在新加坡举行的 WTO 部长级会议明确宣布,解决劳工问题是国际劳工组织而非世贸组织的任务,与此相关的问题不应被当做采取保护主义的理由,也不应被用于质疑一国的相对优势,特别是低工资发展中国家的相对优势。一些发达国家,特别是美国,对这一结论感到不满,于是开始将 CSR 条款单独引入其缔结的双边贸易协定中。

现得尤为明显。<sup>①</sup>外国投资者往往以数十亿美元的法律诉讼,威胁东道国撤回或改变干扰企业经营能力的拟议措施(即使这种措施符合东道国的公共利益)时,即所谓的“监管寒意”(regulatory chill)。<sup>②</sup>类似的案例已经在国际投资领域出现,如在某些情形下,国际烟草公司试图通过威胁或依据投资或贸易协定提起的诉讼,来影响东道国放弃或软化其限制烟草的法律。<sup>③</sup>

虽然不少国家对此表示了强烈反对,但给予外国投资者的特殊待遇规则依然通过IIAs进入国际法的范畴,并在投资者—东道国争端解决机制支持下,现代国际投资制度有效重申了历史悠久但有争议的关于外国投资者特殊待遇的规则,以确保外国投资者免受严重违反国际法的国家行为的侵害,如完全剥夺财产和拒绝司法等。因此,在过去许多国际投资仲裁案件中,即使投资者违反了东道国法律,却依然受益于国际仲裁庭保护外国投资者利益的倾向。例如,在Feldman诉墨西哥案中,仲裁庭就其立场做出如下陈述:“政府可能会采取多种行为,迫使一个公司无法经营或显著减少其生意上的经济收益……例如,环境保护、新的或改进的税收制度、政府补贴的授予或撤销、关税水平的降低或上涨、强制性划分区域以及其他类似事物。如果任何受损企业都可以寻求赔偿,并且习惯国际法也认同这种诉求,那么上述类型的政府管制行为即使是基于合理目的,也不应使用。”<sup>④</sup>类似的还有Santa Elena诉哥斯达黎加案<sup>⑤</sup>,该案仲裁庭发现,哥斯达黎加出于环境保护目的而采取措施的这一事实并没有改变其征收的本质,因此,其赔偿的责任保持不变。<sup>⑥</sup>

## 2. 近期司法实践开始引入对CSR的考量

值得关注的是,近几年的司法实践呈现出较为乐观的趋势,有仲裁庭开始关注并认可外国投资者应履行相关社会责任义务的观点,如2016年Urbaser S.A.等诉阿根廷案<sup>⑦</sup>。由于2001—2002年间严重的经济危机,阿根廷采取了紧急措施,影响了

<sup>①</sup> See Manjiao Chi, *Integrating Sustainable Development in International Investment Law* 6 (Routledge 2019).

<sup>②</sup> See Kyla Tienhaara, *Regulatory Chill in a Warning World: The Threat to Climate Policy Posed by Investor-State Dispute Settlement*, 7 *Transnational Environmental Law* 9 (2017).

<sup>③</sup> 2016年Philip Morris诉乌拉圭案和2015年Philip Morris Asia Limited诉澳大利亚案均是关于烟草公司试图对东道国施加影响,以阻止该国颁布可能影响其运营盈利能力的烟草监管措施的典型案例。

<sup>④</sup> Feldman v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award, paras.98-106.

<sup>⑤</sup> See Santa Elena v. Costa Rica, ICSID Case No. ARB/96/1, Award.

<sup>⑥</sup> 仲裁庭陈述如下:“征收性环境条例——不管对整体社会而言有多值得赞赏和有多大的收益——在此看来,都与其他任何征收性的措施类似,是国家为了实施其政策而可能采取的:一旦出现了征收,即使是出于环境保护的目的,无论是出现在国内还是国际,该国进行赔偿的责任保持不变。”

<sup>⑦</sup> See Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/26, Award, paras.1213-1221.

西班牙投资者 Urbaser 的财务状况, Urbaser 和其他申请人根据《西班牙—阿根廷 BIT》启动了投资仲裁程序。阿根廷随后提出反诉,指控投资者涉嫌侵犯水人权 (the human right to water)。阿根廷政府主张,这些企业将费用增加到一定程度以致某些人无法获得水,从而侵犯了当地公民获得水的权利。仲裁庭认为其对该反诉具有管辖权,驳回了投资者关于人权义务审查不在仲裁庭管辖范围内的说法。就国际投资者的社会责任义务之性质,仲裁庭做出如下解释:第一,国际法认为,对在国际商务领域开展运营的公司而言,CSR 至关重要。第二,CSR 涉及“在实体或公司所在国或注册地以外的国家/地区开展的业务框架内遵守人权的承诺”。第三,仲裁庭认为,“在国际上开展经营的公司不是国际法主体”的情况已经不复存在。<sup>①</sup>在审查本案申请人是否应承担水人权相关的义务时,仲裁庭认为,获得水的权利是国际法的一项人权,私人当事方有义务遵守这一权利。尽管如此,考虑到阿根廷对投资者的特许权负有监管权力,其监管机构必须确保能够保护社区的利益;根据相关国际公约,国家在保护水人权问题上负有积极义务,而投资者负有消极义务。<sup>②</sup>因此,投资者并未违反该消极保护义务。

虽然该案仲裁庭最终并未支持阿根廷的反诉,但对明确外国投资者的社会责任义务具有重要意义。首先,仲裁庭证明,东道国基于外国投资者侵犯人权行为从而对其提出的反诉,属于仲裁庭的管辖范围;其次,仲裁庭肯定了外国投资者的国际法主体地位,并明确外国投资者不能以其不是国际法主体为抗辩理由,逃脱相关社会责任义务。无独有偶,在2018年 David Aven 诉哥斯达黎加案<sup>③</sup>裁决中,仲裁庭进一步明确明确了外国投资者应承担相应的环保责任义务。类似的还有2017年 Bear Creek Mining Corporation 诉秘鲁案<sup>④</sup>,仲裁庭的一名仲裁员 Philippe Sands 在其部分反对意见书中提到,相关采矿项目的崩溃主要是与投资者未能履行其社会责任有关,即投资者“未能以适当的方式实现 Aymara 人民的愿望”并获得“社会许可”。考虑到投资者应遵守第169号《国际劳工组织公约》及相关国内立法,他认为投资者申请的赔偿应该减半。<sup>⑤</sup>上述案例均表明,近几年的司法实践已逐步开始重视企

① See Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/26, Award, para.1195.

② 对于外国投资者在人权领域是否负有积极义务的问题,国际层面并未形成统一观点。但近年来随着外国投资者人权责任相关实践的增多以及理论的发展,外国投资者应对人权保护承担积极义务的观点也开始增多。

③ See David R. Aven and Others v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No.UNCT/15/3, Award.

④ See Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/14/21, Final Award- Partial Dissenting Opinion by Arbitrator Philippe Sands, paras.37-41.

⑤ 该观点不是仲裁庭在最终裁决中的观点,只是在 Sands 教授对部分裁决内容的反对意见书中提及的。

业的社会责任义务。著名国际法学者托马斯·维尔德(Thomas Walde)认为,目前国际投资法的演进主要是通过案例法来推动的。<sup>①</sup>故此,上述案例中,仲裁庭开始关注并强调外国投资者的CSR义务成为国际投资法领域不可忽视的发展趋势。

综上,外国投资者在东道国的投资活动可能会对人权或环境污染产生直接影响,也可能以监管寒意的形式产生间接影响,从而阻碍东道国制定清洁能源领域或环境保护、公共卫生领域的保护政策。并且,当前大多数IIAs具有严重的不对称性,通常只涉及投资者的权利和东道国的义务,却不规定外国投资者义务,未能就其履行CSR提供指导,无法形成较为平衡的具有普遍性、综合性的国际投资制度。这种不对称性与国际社会关于促进国际投资、加强国际经济合作的要求不相适应,以致引起了各国、国际组织和学者的批评。批评者认为IIAs可能会限制东道国的监管权,以及缺乏对投资者的问责制。虽然实践中已然出现仲裁庭认可外国投资者应履行社会责任义务的裁决,但由于国际投资法中没有先例规则,先前裁决并不能作为有约束力的裁判依据指导类似问题。要解决外国投资者承担社会责任义务的问题,仍需要借助IIAs对其进行具体规范,故而在IIAs中纳入CSR条款的问题也变得愈加紧迫。

### 3. 国际组织整合CSR规范的尝试

一些国际权威组织已进行了几次整合CSR国际规范的尝试,陆续颁布了外国投资者的相关行为准则。例如,联合国提出的“全球契约”计划,号召企业遵守并实施一系列在人权、劳工标准、环境保护和反腐败等领域的十项原则。<sup>②</sup>亚太经合组织制定的《跨国公司准则》,鼓励外国投资者履行CSR。<sup>③</sup>联合国贸发会在2012年制定了《可持续发展投资政策框架》,并于2015年对此进行了更新。该框架提供了一系列投资政策制定原则、指南和具体指导方针、相关IIAs的具体规定,以及如何平衡国家承诺与投资者义务,并促进负责任的投资。其中,“投资者义务可以作为IIAs中规定投资者不遵守国内法律后果的基础,IIAs可以参考公认的国际标准,并支持CSR标准的推广”。<sup>④</sup>《可持续发展投资政策框架》还为决策者就如何在IIAs以及国家投资

<sup>①</sup> See Thomas Walde, *La Jurisprudence du CIRDI, 1 Transnational Dispute Management* (2004). 转引自刘笋:《论国际投资仲裁中的先例援引造法》,《政法论坛》2020年第5期,第64页。

<sup>②</sup> See United Nations, *UN Global Compact: The Ten Principles 2005*, <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles>, visited on 20 December 2022.

<sup>③</sup> See OECD, *OECD Guidelines for Multinational Enterprises 2011*, <http://mneguidelines.oecd.org/guidelines/>, visited on 20 December 2022.

<sup>④</sup> UNCTAD, *Investment Policy Framework for Sustainable Development 2012*, [http://unctad.org/en/Pages/DIAE/International%20Investment%20Agreements%20\(IIA\)/IIA-IPFSD.aspx](http://unctad.org/en/Pages/DIAE/International%20Investment%20Agreements%20(IIA)/IIA-IPFSD.aspx), visited on 20 December 2022.

法律政策中制定和纳入 CSR 规定提供了许多具体建议。此外,这类尝试还包括联合国商业与人权指导原则、联合国负责任投资原则、ISO26000 社会责任标准、G20 全球投资政策指导原则及 2016 年成员国部长委员会关于人权和商业的 CM/REC 建议书等。<sup>①</sup>

基于以上指导原则,许多发达国家和发展中国家都在重新考虑和改革其国际投资法律和政策,以平衡东道国和投资者的权利和义务。具体表现为,东道国愈发重视外国投资者在本国的行为和责任义务,不论是在其最新颁布的国内法(如印度 2013 年《公司法》),还是在已签署的新一代 IIAs 中,均开始出现 CSR 条款,有些条款甚至是强制性的,允许国家对外国投资者违反该条款的行为提起反诉。上述发展趋势均为外国投资者的行为提供了国际标准,与此同时,国内外学者对外国投资者履行社会责任的研究热度开始攀升。

### 三、晚近 IIAs 中 CSR 条款的类型和特征

国际投资法规定了国家与外国投资者之间的法律关系,当前国际投资法体系由 3000 多项 IIAs、一般法律原则和习惯国际法规则构成,其中 IIAs 包括 2943 项双边投资协定、417 项含投资章节或条款的其他协定。截止到 2020 年底,这些协定中仍然有效的有 2646 项。<sup>②</sup>同时,终止的 IIAs 数量也在增加,许多国家正在制定新的协定范本和指导原则。此外,超大型区域国际投资协定激增,亦体现了国际投资协定诸多新的改革趋势。<sup>③</sup>

#### (一)晚近 IIAs 涉 CSR 条款的规范方式

晚近 IIAs 有关 CSR 条款的规范方式主要有两种:其一,间接约束投资者的 CSR 义务;其二,直接规定投资者的 CSR 义务。其中,间接约束投资者的 CSR 义务主要通过向东道国或投资者母国施加义务进而间接约束投资者的行为。

##### 1. 间接约束投资者的 CSR 义务

晚近 IIAs 中最常见的方式是通过对东道国或投资者母国施加义务,从而间接规定投资者的社会责任义务。例如,《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(Compre-

<sup>①</sup> See Yulia Levashova, The Accountability and Corporate Social Responsibility of Multinational Corporations for Transgressions in Host States through International Investment Law, 14 Utrecht Law Review 8 (2018).

<sup>②</sup> See UNCTAD, World Investment Report 2021, [https://unctad.org/system/files/official-document/wir2021\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/wir2021_en.pdf), visited on 20 December 2022.

<sup>③</sup> See UNCTAD, World Investment Report 2021, [https://unctad.org/system/files/official-document/wir2021\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/wir2021_en.pdf), visited on 20 December 2022.

hensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership, CPTPP)就采取了这一方式。CPTPP第20章“环境”中明确指出“各缔约方同意鼓励(agree to encourage)企业在其政策和实践中采用CSR原则。”<sup>①</sup>同时,Feldman诉墨西哥案以及Santa Elena诉哥斯达黎加案也直接证明了东道国在监管外国投资者及其行为方面存在的不足,故而越来越多的观点认为在外国投资者承担社会责任问题上,投资者母国也应发挥重要作用。在过去10年中,一些IIAs中开始出现规范投资者母国间接义务的内容。加拿大政府在《CSR战略:以加拿大方式经营》中指出,希望并鼓励在海外投资的加拿大企业尊重人权和所有适用法律,并达到或超过国际负责任商业行为的准则和标准。因此,加拿大晚近签署的大多数BIT和自由贸易协定中均包含有关CSR的间接义务规定。<sup>②</sup>这一点可在2013年《加拿大—贝宁BIT》第16条、2018年《加拿大—以色列自由贸易协定》修正案第4节中得以证实。前者规定:“缔约方应鼓励(should encourage)在其领土内或管辖范围内经营的企业……自愿纳入国际公认的CSR标准。”<sup>③</sup>后者则指明了协定的目标:确保企业使用自愿性CSR标准的原则,“并促进中小企业获得协定创造的机会”。<sup>④</sup>

一些IIAs采取更为严格的措辞表述这一规定,如《美墨加协定》(U.S.-Mexico-Canada Agreement, USMCA)第14.17条规定,每一缔约方必须鼓励在其领土内或受其管辖的企业自愿将国际公认的标准、准则纳入其内部政策,以及该缔约方认可或支持的CSR原则,其中可能包括亚太经合组织《跨国企业准则》。国际公认的这些标准、准则和原则可能涉及劳动、环境、两性平等、人权、土著和土著人民权利以及腐败等领域。<sup>⑤</sup>《加拿大—欧盟全面经济贸易协定》第22.3.2条也规定,每一缔约方应当努力促进有助于加强体面劳动和环境保护的贸易和经济流动和做法,包括鼓励企业制定和自愿使用CSR最佳做法,例如,亚太经合组织《跨国公司准则》中的做法。<sup>⑥</sup>

---

① Government of Canada, How to Read the Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP), [https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cptpp-ptpgp/chapter\\_summaries-sommaires\\_chapitres.aspx?lang=eng#20](https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cptpp-ptpgp/chapter_summaries-sommaires_chapitres.aspx?lang=eng#20), visited on 21 December 2022.

② 以加拿大与非洲国家签署的BITs为例,除《加拿大—坦桑尼亚BIT》以外,所有新的加拿大与非洲国家签署的BITs中均包含此规定:各缔约方应鼓励企业在其实践和内部政策中自愿纳入国际公认的企业社会责任标准,但该条款并未确定一个国家应鼓励的任何特定的企业社会责任标准或原则,故此允许各缔约方选择自己的社会责任标准。

③ See Canada-Benin BIT 2013, Article 16.

④ See Amendments to the Canada-Israel Free Trade Agreement Implementation Act 2019, Section 4.

⑤ See USMCA 2019, Article 14.17.

⑥ See Canada-European Union Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) 2016, Article 22.3.2.



就与环境保护相关的 CSR 问题而言,《美墨加协定》第 24.13 条明确规定,每一缔约方必须鼓励(*shall encourage*)根据其法律组建、或在其领土内经营的企业采用和实施与环境有关的 CSR 的自愿最佳做法,例如那些已被该缔约方认可或支持的国际公认的标准和准则,以加强经济目标与环境目标的一致性。<sup>①</sup>此外,《摩洛哥—尼日利亚 BIT》第 20 条也阐明,“投资者的投资行为或决定在东道国造成重大损失、人身伤害或生命损失的,投资者应当在其本国司法程序中就其与该投资有关的行为或决定承担民事责任”。<sup>②</sup>

这种责任条款的基本原理是,母国有可能对其投资者在海外的活动行使法律控制,即在与投资者及其投资有关的事项上,投资者母国有义务对其进行干预以确保其在海外投资时根据 CSR 标准采取行动。<sup>③</sup>

## 2. 直接规定投资者的 CSR 义务

与上述规范方式相比,一种更为特殊的规范方式出现了。晚近一些 IIAs 除规定各缔约国的权利和义务之外,还将外国投资者也视为条约责任义务的主体,直接规定了其社会责任义务。如 2016 年《阿根廷—卡塔尔 BIT》第 12 条规定,“投资者必须努力(*should make efforts to*)将国际公认的 CSR 标准自愿纳入其业务政策和实践中”。<sup>④</sup>印度《2015 年 BIT 范本草案》以相对较为柔和的措辞将 CSR 条款纳入其中,要求“在每一缔约方领土内经营的投资者及其企业必须努力自愿将国际公认的 CSR 标准纳入其实践和内部政策中,例如已得到缔约方认可或支持的原则声明。这些原则可能涉及劳工、环境、人权、社区关系和反腐败”。<sup>⑤</sup>巴西 2015 年《投资合作与便利化协定》(*Cooperation and Facilitation Investment Agreement, CFIA*)范本第 14.2 条要求“投资者及其投资必须努力遵守以下负责任商业行为的自愿性原则和标准”。<sup>⑥</sup>该范本详细列举了 11 条国际公认的 CSR 原则和标准,并明确规定“第 14 条 CSR 规定……可不受仲裁约束”。<sup>⑦</sup>以上条款措辞均较为宽泛,仅仅指出 CSR 标准为“国际公认的”,并未阐明具体标准。

而 2016 年《摩洛哥—尼日利亚 BIT》则规定了针对投资者义务的渐进规定,较为

① See USMCA 2019, Article 24.13.

② Morocco-Nigeria BIT 2016, Article 20.

③ See Yulia Levashova, *The Accountability and Corporate Social Responsibility of Multinational Corporations for Transgressions in Host States through International Investment Law*, 14 *Utrecht Law Review* 47 (2018).

④ Argentina-Qatar BIT 2016, Article 12.

⑤ Indian Model BIT December Version 2015, Article 12.

⑥ Brazil Model CFIA 2015, Article 14.2.

⑦ Brazil Model CFIA 2015, Article 24.3.

清晰地阐明了 CSR 的具体标准。其第 20 条要求“投资者应当……保持现行的 ISO14001 认证或同等的环境管理标准;投资者及其投资应当维护东道国人权;应当按照 1998 年国际劳工组织《关于工作中基本原则和权利宣言》所要求的核心劳工标准行事;以及不得以不符合对东道国和/或母国有约束力的国际环境、劳工和人权义务的方式管理或经营投资”。<sup>①</sup>第 24 条进一步明确“投资者及其投资应努力通过高水平的社会责任实践,为东道国和当地社区的可持续发展做出最大可行的贡献;投资者应适用国际劳工组织《关于多国企业和社会政策的三方原则宣言》,以及适用于这些行为的具体或部门责任标准;当 CSR 标准提高时,投资者应努力适用和达到更高水平的标准”。<sup>②</sup>

## (二)晚近 IIAs 中 CSR 条款的特征

### 1. 纳入 CSR 条款的协定数量呈现出增长趋势

过去十年中,国际社会努力改革国际投资法,以确保投资者和东道国之间的充分平衡,一方面为国家公共利益和可持续发展目标提供保护和政策空间,另一方面,近年来在 IIAs 中规定投资者的 CSR 和问责制问题也变得更加突出。<sup>③</sup>特别是将其列为单独的章节加以规定,凸显了晚近 IIAs 中的 CSR 条款正趋于完善。从协定数量上看,文本中已纳入该条款的协定数量呈现出明显的增长趋势。联合国贸发会的 IIAs 制图项目等实证研究表明,在适用的 IIAs 的文本中纳入 CSR 条款的条约数量正在增加,目前可适用的 2577 个 IIAs 中,序言提及 CSR、人权、健康、减贫、劳工等相关内容的有 223 个,而文本中纳入 CSR 条款的有 40 个,且绝大多数是在 2014 年以后缔结的。<sup>④</sup>从当前国际投资法的发展趋势来看,未来这一数量仍将继续保持增长。

### 2. CSR 条款内容趋于丰富完善

对晚近已生效或最近签署的 IIAs,以及各国颁布的拟议 BIT 草案进行梳理后发现,这些协定对解决企业社会责任问题采取了积极的态度。虽然这些协定的规范方式有所不同,但均呈现出同样的态势,即条款内容上趋于详细清晰。有些协定规定了投资者若违反其 CSR 义务,则允许国家就此提出反诉,如上文述及的《摩洛哥—尼日利亚 BIT》;有些协定要求仲裁庭在衡量赔偿金时,考虑投资者违反相关责任义务的行为,如荷兰《2019 年 BIT 范本》;有些从条款的责任义务主体上看,由常见的以东道国为中介,间接通过国内法规定投资者的 CSR 义务,扩展到母国在这一领域内的

<sup>①</sup> Morocco-Nigeria BIT 2016, Article 20.

<sup>②</sup> Morocco-Nigeria BIT 2016, Article 24.

<sup>③</sup> See Makane Moïse Mbengue, *Les obligations des investisseurs étrangers*, in Laurence Dubin *et al.* (eds.), *L'entreprise multinationale et le droit international* 295 (Pedone Press 2017).

<sup>④</sup> <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/mappedContent#iiaInnerMenu>, 2022 年 12 月 22 日访问。

义务,以及将投资者视为特殊的国际法主体,直接规定其 CSR 义务。还有一些协定明确指出 CSR 条款与可持续发展的关系,突破了投资仅限于投资者与东道国之间的二元关系,同时兼顾了许多利益相关者的利益,如挪威《2015 年 BIT 范本草案》专门增加了 CSR 条款,规定投资者及其投资应努力履行高度的社会责任实践,以便为东道国的可持续发展做出贡献。<sup>①</sup>

### 3. IIAs 中 CSR 条款的表述存在差异

晚近 IIAs 虽然不同程度地纳入了 CSR 条款,但是仍然存在表述上的差异。由于 CSR 条款是晚近 IIAs 中的新增内容,设立的初衷是为了平衡投资者及东道国之间的利益关系。尽管有学者认为 shall 和 should 的含义均等同于“必须”,但是这两种表述本身存在争议。借鉴其他国际法领域的司法实践,有助于理解两种表述的含义。例如,在美国—外国销售公司税收待遇案中,专家组认为按照《布莱克法律词典》,shall 应理解为:Has a duty to; more broadly, is required to,而 should 则不具有强制性。<sup>②</sup>有部分学者也认同专家组的观点,主张区分 shall 和 should 的法律含义,<sup>③</sup>提出 shall 代表义务性行为,should 指代指导性和建议性的行为;违反前者将面临制裁,而违反后者一般不会被制裁。一般来说,IIAs 文本若使用有争议的多义性词语,则可能会因语义不明而导致法律的模糊性和不确定性。然而,目前司法实践中尚未出现有关 CSR 条款适用的措辞争议问题。因此,不同国家签订的 IIAs 使用不同的措辞表述,体现了不同国家对于 CSR 标准的不同要求。

特别需要指出的是,《中欧 CAI》和 CPTPP 的投资章节在涉 CSR 条款中均采取了更为温和的表述,即各缔约方鼓励(encouraging)企业在其政策和实践中采用 CSR 原则。其中,CPTPP 在“劳工”章节的 CSR 条款中,则使用了相对较为严格的表述:应当努力鼓励(shall endeavour to encourage);而在“环境”章节的 CSR 条款中则使用了仅次于劳工章节下的措辞:应鼓励(should encourage)。

## 四、对晚近 IIAs 中 CSR 条款的思考

### (一) 间接约束投资者的 CSR 义务所涉问题及争议

#### 1. CSR 条款规范东道国义务所涉法律问题

此类规范方式并非对外国投资者直接施加 CSR 义务,而是敦促缔约国通过其国

<sup>①</sup> See Norway Draft Model BIT 2015, Article 31.

<sup>②</sup> 参考冯寿波:《〈WTO 协定〉中“shall”和“should”词义实证研究》,《西南政法大学学报》2013 年第 5 期,第 32-42 页。

<sup>③</sup> 参见曾小云、孙玉凤:《shall 和 should 在法律语言环境下的运用、混淆及其翻译》,《海外英语》2013 年第 3 期,第 134 页。

内法律法规或政策,鼓励和确保外国投资者遵守某些国际公认的CSR标准。<sup>①</sup>亦即,此类规范方式中,外国投资者的CSR义务属于间接义务。由此引发的法律问题是,何为外国投资者的间接义务?此种规范方式中,承担法律义务的主体是谁?

首先,对于何为外国投资者的间接义务,国际人权理事会2002年报告曾做出解释:企业的间接义务是指“间接的问责形式……其主要法律义务由国家承担”。<sup>②</sup>因此,此类规定中的鼓励性措辞可能会促进外国投资者履行其CSR义务,但并不对外国投资者直接施加义务。

其次,对于承担法律义务的主体而言,即法律作为工具应服务于谁,在此类规范方式中,缔约国应确保“外国投资者的行为和活动遵守某些国际公认的CSR标准”。<sup>③</sup>不难发现,该措辞表明促使各缔约国履行CSR义务、承担主要法律义务的主体是缔约国。这意味着各缔约国(而非外国投资者)才是此类CSR规定所述义务主体。<sup>④</sup>因此,为了使该规定生效,缔约国需要通过其内部法律和政策采取必要的行动,以确保外国投资者遵守CSR标准。如果缔约国不鼓励企业遵守此类标准,则以上条款规定的法律效力将受到限制。上述规范方式也表明,外国投资者在国外开展业务时,不能在东道国适用较低的环境和人权标准。因为这种措辞“标志着可持续发展在投资者与国家关系中的重要性……可以使投资者承担与可持续发展有关的责任,并为ICSID仲裁庭提供解释性指导”。<sup>⑤</sup>

## 2.CSR条款规范投资者母国义务存在的争议

从前述Feldman诉墨西哥案以及Santa Elena诉哥斯达黎加案不难看出,由于“监管寒意”存在,有时候东道国在监管外国投资者行为时居于劣势地位,从而延伸出对投资者母国增设义务的规范方式。显然,此种规范方式,对适用主体范围的规定更加宽泛,不仅涉及东道国政府对外国投资者履行社会责任的鼓励义务,还强调了母国对本国在海外投资的企业履行社会责任的鼓励义务。但此种方式是否能够客观公正地监管外国投资者及其投资仍有待商榷。

首先,这类规范的有效性,仍然取决于母国是否愿意提供允许受害方向投资者

---

① See Jorge E. Viñuales, *Investor Diligence in Investment Arbitration: Sources and Arguments*, 32 IC-SID Review 355 (2017).

② International Council of Human Rights, *Report: Beyond Voluntarism Human Rights and the Developing International Legal Obligations of Companies*, 2002, [http://www.ichrp.org/files/reports/7/107\\_report\\_en.pdf](http://www.ichrp.org/files/reports/7/107_report_en.pdf), visited on 22 December 2022.

③ See Jorge E. Viñuales, *Investor Diligence in Investment Arbitration: Sources and Arguments*, 32 IC-SID Review-Foreign Investment Law 355 (2017).

④ 参见周永坤:《法理学——全球视野》,法律出版社2016年版,第118页。

⑤ UNCTAD, *World Investment Report 2017*, p.139.

提出索赔的救济途径;以及其是否已在各自法律体系中建立有效的执法机制,以便能够对投资者提起诉讼。因为,以上推论均基于这样的事实,即本国可能对其对外投资企业在国外的活动进行法律控制。然而,许多国家法院倾向于辩称其他法院或仲裁庭更适合审理该案,从而拒绝对该案的管辖权。即使有些国家法律提供了向国际投资者提起索赔的可能性,现实中在这些国家法院追究公司责任的成功率也不高。据调查,20 世纪 80 年代至 2015 年期间,全世界范围内针对跨国公司提起了约 120 起涉及共谋侵犯人权的外国直接赔偿责任案件,但是,在这 120 起案件中,没有发现跨国公司有罪,大多数人权诉讼案件都被驳回了。<sup>①</sup>抑或是投资者母国并未通过其国内法对相关问题加以规定,则上述 CSR 条款的法律效力和法律作用就无从谈起,特别是当国家主张对投资者的违反行为提起反诉时,这一点尤为重要。

其次,此类规范方式规定的投资者母国的这种鼓励义务属于强制性义务。因为投资者母国在涉及外国投资有关的事务中有“职责……对其海外运营的企业进行干预,确保它们按照要求问责的新型标准行事”。<sup>②</sup>但由此可能引发的争议是,这是否会成为投资者母国采取经济制裁或变相贸易保护主义的合法化理由?事实上,已有国家/地区法院规定了某些情况下的管辖权,以处理其海外经营的企业违反 CSR 的行为,并将相关法律扩张至域外适用。例如,美国法院曾通过《萨班斯—奥克斯利法案》惩罚财务欺诈行为,<sup>③</sup>并根据美国《外国人侵权请求法》对跨国公司的侵权行为提起诉讼,以及主张其管辖权。<sup>④</sup>

## (二)直接规定投资者 CSR 义务的争议焦点

此类条款规定将与 CSR 相关的义务直接施加给外国投资者,但是这类条款的法律意义以及是否具有强制性约束力还有待商榷。

其一,此类规范方式直接将“投资者”或“投资者及其投资”设定为主语,所涉及的问题是:IIAs 是签署主体是国家,作为非签署主体的外国投资者是否可以作为 IIAs 的规范主体,从而承担相应的条约义务?按照一般法学理论,法律关系的主体须具有权利能力和行为能力,方能承担相应的权利义务。据此,国际法主体须具有

<sup>①</sup> See UNCTAD, World Investment Report 2017, p.132.

<sup>②</sup> M. Sornarajah, The International Law on Foreign Investment 144 (Cambridge University Press 2017).

<sup>③</sup> See D. F. Vagts, Extraterritoriality and the Corporate Governance Law, 97 American Journal of International Law 289-294 (2003).

<sup>④</sup> See J. Zerk, Multinationals and Corporate Social Responsibility: Limitations and Opportunities in International Law (Cambridge University Press 2006).

独立参加国际关系并直接承担国际法上权利和义务的能力。<sup>①</sup>国家作为自主、独立的国际法主体,始终是国际法律关系的主体,它可以通过签署的IIAs赋予外国投资者国际法主体的资格。但外国投资者在国际投资法中属于从属地位,是非常特殊的国际法主体,不能直接参与IIAs的谈判和签署,只能由其母国与东道国双方进行谈判并缔结IIAs之后,经由国家同意才享有权利和履行义务。并且,外国投资者也仅限于在这些协定范围内具有一定的国际法律能力,如进行法律诉讼等。

其二,除《摩洛哥—尼日利亚BIT》外,大多数IIAs没有清晰地规定CSR准则,只是提及“国际公认的CSR标准”。由此可能引发一个问题,即在缺乏对CSR准则进行定义的情况下,仲裁庭可能很难解释这些准则,因为尚不清楚投资者的义务究竟源于何种CSR准则。这个问题涉及CSR条款能否被适用的问题。凯尔森提出,一个法律规范之所以可被适用,不仅在于机关和国民要遵循和服从它,还在于它构成一个特定的价值判断基础。<sup>②</sup>拉伦茨也有同样的观点:大部分的法律规则既是国民的行为规范又是法院的判断规范;其中,“规则”具有两个特征:一是具备有效性要求及判断标准;二是适用于同类事件。<sup>③</sup>故此,当前IIAs文本只是笼统地纳入CSR条款,而不配套制定详细的判断标准,则此类条款可能将面临一定的适用困境。

其三,IIAs之所以纳入CSR条款,根本目的在于平衡投资者和东道国之间的关系。一般来说,在投资争端解决中,能够向国际仲裁机构提起请求的适格主体只能是投资者,而非国家。故另一个争议焦点是IIAs是否应赋予国家基于投资者违反CSR条款义务提起反诉的权利。然而,大多数IIAs中均未提出东道国针对外国投资者违反CSR义务提起反诉的可能性,并且纵使协定中规定了反诉机制,仲裁庭也很少接受反诉管辖。<sup>④</sup>正如前文述及的David Aven诉哥斯达黎加案中的环境反诉,仲裁庭明确指出,本案所依据的贸易协定条款措辞实际上并未对投

<sup>①</sup> 这种能力可以是原生的,也可以是派生的。参见余劲松:《国际投资法》,法律出版社2007年版,第29页。

<sup>②</sup> 参见[奥]凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第51页。

<sup>③</sup> 参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2004年版,第132页。

<sup>④</sup> 根据《ICSID公约》裁定的投资案件中,仲裁庭可以接受反诉的条件是:(1)反诉属于仲裁庭的管辖范围;(2)反诉必须直接源于争端主题,并且直接产生于投资。第二个条件对于被诉国而言尤其具有挑战性。仲裁庭对反诉必须直接源于争端主题的要求作了限制性解释,例如,要求在原请求和反诉之间建立法律联系。

资者施加任何肯定义务,也未明确支持针对违反国家颁布的环境法规的反诉。<sup>①</sup>该反诉最终因不符合《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》第20条和第21条所规定的程序要求而被驳回。

## 五、中外IIAs涉CSR条款分析与因应路径

截止到2021年11月,我国签署了131个IIAs(含18个FTA)。<sup>②</sup>从数量和内容上看,我国现有的IIAs数量较多,但正式纳入CSR条款的协定数量却极少。尽管自2012年以来,个别中外IIAs已将CSR条款纳入序言部分,但还没有在文本中正式规定外国投资者应履行的社会责任义务。为便于研究我国在该议题上面临的最新趋势,文章将《中欧CAI》和正在申请加入的CPTPP也列入统计范围。

### (一)中外IIAs涉CSR条款的现状及其挑战

#### 1. 现行有效协定数量少且CSR表述过于笼统

我国早期签署的协定几乎均带有明显的保护投资者的倾向,序言中多强调缔约国对投资的促进和保护意义。21世纪以来,大多数中外IIAs序言中均列入了“尊重东道国的主权和法律”内容。有学者指出,某些IIAs要求投资者按照所在国的国内法行事,但这被规定为保护投资者的前提,而不是对东道国的义务。<sup>③</sup>因此,严格来说,此类序言条款还不能完全等同于对投资者施加社会责任义务的条款。

表1 中外IIAs涉CSR条款现状

序号	协定	签订时间	条款位置	条款内容
1	《中日韩关于促进、便利和保护投资的协定》 (现行有效)	2012	序言	认识到投资者遵守缔约一方,即其从事对经济、社会和环境的进步做出贡献的投资活动所在地的法律法规的重要性;并且铭记各自在世贸组织协定和其他多边合作机制项下的权利和义务。
2	《中国—坦桑尼亚BIT》 (现行有效)	2013	序言	鼓励投资者尊重企业社会责任。

① See David R. Aven and Others v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No.UNCT/15/3, Award, para.743.

② 其中已签署但尚未生效的有20个,生效的有111个。

③ See Yulia Levashova, The Accountability and Corporate Social Responsibility of Multinational Corporations for Transgressions in Host States through International Investment Law, 14 Utrecht Law Review 3 (2018).

续表

序号	协定	签订时间	条款位置	条款内容
3	《中国—瑞士 FTA》 (现行有效)	2013	序言	承认良好的公司治理与企业社会责任对可持续发展的重要性,并确认双方将致力于鼓励企业遵守此方面的国际公认准则和原则。
4	《中欧 CAI》 (冻结)	—	序言	致力于鼓励企业尊重企业社会责任或负责任的商业行为。
			正文第四节第2条	1. 双方认识到企业社会责任或负责任的商业行为对加强投资在积极促进持续增长中的重要贡献,并以此方式促进本协定的目标。 2. 各缔约方同意促进负责任的商业做法,包括鼓励企业自愿采取相关做法,同时考虑到相关的国际公认准则和原则,如《联合国全球契约》《联合国商业与人权指导原则》,国际劳工组织《关于跨国企业和社会政策的三方原则宣言》和亚太经合组织《跨国企业准则》。 3. 双方承诺交换信息,并酌情合作促进负责任的商业惯例。
5	CPTPP (正在申请加入)	—	正文第9.17条 (投资)	各方鼓励在其领土内经营或受其管辖的企业自愿将其认可或支持的国际公认的企业社会责任标准、指南和原则纳入其内部政策。
			正文第19.7条 (劳工)	各方应当努力鼓励企业就劳工问题自愿采取已获该缔约方认可或支持的企业社会责任举措。
			正文第20.20条 (环境)	每一缔约方应鼓励在其领土或管辖范围内经营的企业,在其政策和实践中自愿采用与环境相关的企业社会责任原则,这些原则应符合国际公认的标准和已得到认可或缔约方支持的准则。

目前我国现有的与投资有关的 IIAs 中,涉及外国投资者社会责任义务的协定数量极少,并且这些协定的签署时间均为 2012 年之后。从内容上看,中外 IIAs 均未在正式文本中纳入 CSR 条款,仅下列 3 个协定在序言中提及 CSR:《中国—坦桑尼亚 BIT》《中日韩关于促进、便利和保护投资的协定》《中国—瑞士 FTA》。其中,明确采用 CSR 措辞的只有《中国—坦桑尼亚 BIT》和《中国—瑞士 FTA》。《中日韩关于促进、



便利和保护投资的协定》虽未使用CSR一词,但提到了投资者的“义务”,并特意强调了“世贸组织协定和其他多边合作机制项下的权利和义务”。

## 2. 未来可能签订的中外IIAs均包含CSR条款

被冻结的《中欧CAI》和我国正在申请加入的CPTPP均在正文部分纳入了CSR条款,我国有必要重视该条款的这一国际发展趋势。其中,《中欧CAI》和CPTPP的投资章节均纳入了专门的CSR条款。另外,CPTPP在劳工和环境章节也全部纳入了正式的CSR条款,前者使用了相对较为严格的表述:“各方‘应当努力鼓励’(shall endeavour to encourage)企业就劳工问题自愿采取已获该缔约方认可或支持的企业社会责任举措。”<sup>①</sup>而后者则使用了仅次于劳工章节下的措辞:“每一缔约方‘应鼓励’(should encourage)在其领土或管辖范围内经营的企业,在其政策和实践中自愿采用与环境相关的企业社会责任原则,这些原则应符合国际公认的标准和已得到认可或缔约方支持的准则。”<sup>②</sup>

## 3. 中外IIAs面临的挑战

从规范的效力来看,我国现行有效的IIAs仅通过序言表明CSR和投资者义务的重要性。对于国际条约中的序言法律效力问题,国内外学者几乎一致认为序言无法律效力,但基本上均主张序言在条约解释中具有其独特的地位与作用。<sup>③</sup>这种主张似乎存在矛盾性。序言中常阐明条约的基本原则或目标宗旨,否定序言的法律效力即否定了条约的原则、目的和宗旨,其结果可能会给条约的履行和争端的解决造成法律障碍。<sup>④</sup>更为严谨的观点,应是结合其他确认条约责任的正文条款,序言才能发挥其法律效力。<sup>⑤</sup>因此,从法律规范的可操作性来看,中外IIAs文本中未明确规定投资者的企业社会责任义务及相应的执法机制,仅纳入CSR序言条款的做法缺乏可操作性。特别是在国际投资争端中,虽然这种规范方式可能使得仲裁庭做出有利于我国企业的裁决,但对于我国企业的海外形象会产生一定的消极影响,不利于实现“走出去”的长远目标,同时也有悖于我国目前正在推进的新发展格局下

① CPTPP 2019, Article 19.7.

② CPTPP 2019, Article 20.20.

③ 参见胡晓红:《国际投资协定环保条款:发展、实践与我国选择》,《武大国际法评论》2014年第1期,第291页。

④ 参见冯寿波:《论条约序言的法律效力——兼论TRIPS序言与〈WTO协定〉及其涵盖协定之序言间的位阶关系》,《政治与法律》2013年第8期,第91-92页。

⑤ 参见胡晓红:《国际投资协定环保条款:发展、实践与我国选择》,《武大国际法评论》2014年第1期,第291页。

的高质量发展。

从立法模式来看,我国 IIAs 立法模式还没有较为稳定的立法模式,<sup>①</sup>且绝大多数协定均未包含任何 CSR 条款。这对我国的监管权会产生一定冲突,且不利于投资争端的解决,前文述及的两个国家反诉案即可说明这个问题。此外,目前的 IIAs 缺乏对投资者违反 CSR 义务的执行机制,会导致仲裁庭的价值衡量判断出现不一致,进而无法真正实现对投资者与东道国利益关系的平衡。

## (二)我国的因应路径

### 1.积极推行中国模式的 CSR 准则

国际公认的 CSR 准则和标准对于在国际上经营的企业很重要,它们提供了可以改善企业经济、环境、人权和社会绩效等考虑因素的所有信息。通过在国际上建立共同的期望,它们可以帮助企业和相关利益者对绩效进行评估,促进公平竞争。有鉴于此,许多发达国家近年来一直致力于关键性 CSR 标准的制定和推广,并期望借此影响在 IIAs 中就 CSR 标准进行的谈判。这不但有助于帮助本国企业在国际上取得成功,还可以体现本国的价值观,并加强本国在负责任的商业惯例中的领导地位。

当前 CSR 热度如此之高,而各国对于 CSR 的定义、范围和标准却至今未达成统一论。尽管不同国家对 CSR 的理解存在较大差异,但是环保、社区利益和可持续发展等是全球共同关注的主题。这些领域的 CSR 标准多为发达国家的跨国公司根据其母国的社会和环境条件而设立,忽略了 CSR 实践须基于各国的不同国情,较少考虑发展中国家和最不发达国家的关联。<sup>②</sup>因此,西方发达国家推广的 CSR 标准不具有普适性,容易对发展中国家产生新的不公平,我国总体上无须完全适用发达国家主导制定的 CSR 规范。但我国近年来经济发展较为迅速,“走出去”的企业中,部分企业已具备一定的国际竞争力,故我国可将《中欧 CAI》或 CPTPP 中相关条款指向的 CSR 标准作为参考。

如表 1 所示,《中欧 CAI》正文第四节第 2 条第 1 款提出概括性的 CSR 条款义务,即“加强投资在积极促进可持续增长中的重要贡献,并以此方式促进本协定的目标”;第 2 条第 2 款通过约束投资者母国和东道国的方式,将 CSR 义务对应为“负责任的商业做法”,并补充性列举了企业在履行 CSR 义务时应同时考虑的指南,如《联合

<sup>①</sup> 参见胡晓红:《论美国投资条约中的环境规则及其对我国的启示》,《法商研究》2013 年第 2 期,第 151-153 页。

<sup>②</sup> 参见刘芳雄、吴宗金:《国际投资中的企业社会责任:中国视角的思考》,《求索》2010 年第 10 期,第 107 页。

国全球契约》《联合国商业与人权指导原则》，国际劳工组织《关于跨国企业和社会政策的三方原则宣言》和亚太经合组织《跨国企业准则》。与《中欧CAI》相比，CPTPP的CSR条款更为详细，涉及投资、劳工、环境三个领域，且所有CSR条款均通过约束东道国和投资者母国义务的方式，间接规定了外国投资者在不同领域的CSR义务。例如，“投资”章节第9.17条强调，外国投资者的CSR义务是其“认可或支持的国际公认的企业社会责任标准、指南和原则”；“劳工”章节第19.7条指出企业在“劳工问题”方面采取的CSR标准，即“已获该缔约方认可或支持的企业社会责任举措”；“环境”章节正文第20.20条明确受缔约方管辖的企业在其政策和实践中，“自愿采用与环境相关的企业社会责任原则”，就CSR原则限定而言，该款结合了前述两个条款的规范方式，即CSR原则是“国际公认的标准和已得到认可或缔约方支持的准则”。由此，我国可参考《中欧CAI》和CPTPP的CSR条款，选择其中受到我国认可或支持并符合我国国情的原则和做法，加快制定和推广中国模式的CSR标准。

借助“一带一路”倡议，完善中外IIAs中的CSR条款，不但有助于提高我国企业在海外市场的竞争力和信誉，还有利于传播我国的价值观，提升我国在国际CSR准则和标准制定中的话语权。

## 2. 中外IIAs未来更新时可统一立法模式

IIAs文本引用特定的CSR规范是在起草CSR条款方面向前迈出的一步，目的是为了促进投资者更好地遵守此类规范，以及避免在裁定潜在的国家反诉时过度依赖仲裁庭自由裁量权的情形。如果投资者违反了IIAs中的此项规定，则可能存在东道国对投资者提出反诉的可能性，这将为投资者承担其违反协定义义务的责任提供一种可行且现实的方式。它要求对投资者的CSR做出明确规定，概述投资者应遵守的具体CSR规范，如同2016年《摩洛哥—尼日利亚BIT》第18条和第24条所规定的那样。但是，IIAs正文部分直接纳入CSR条款可能存在这样一个问题，即这些条款将作为具有约束性的条约义务存在，并通过投资争端解决机制强制执行，未来可能存在不可控情形。基于这一考量，中外IIAs可以采取循序渐进的方式：第一步，依托我国已有的三个协定模板，将CSR作为非约束性的义务，先行纳入其他需要更新的IIAs序言部分，以宗旨、目标、指导原则的方式加以规制；第二步，通过共同协商、谈判、调解或定期政策审查将其作为可执行义务，并通过进一步谈判逐步升级这些义

务,逐步将其纳入正式文本中。<sup>①</sup>

在IIAs的正文中纳入该条款时,应关注以下几点:首先,从目前IIAs中的CSR条款来看,其中并未引入争端解决程序。质言之,不遵守IIAs中的CSR条款不会导致经济制裁,但其被纳入IIAs这一事实使得CSR的地位从一项自愿准则上升为一项具有法律意义的文书。这意味着,不遵守CSR或不适用CSR条款,将被视为不履行国际承诺,仍应引起各国重视。同时,考虑到我国“走出去”的企业中,虽有部分企业已具备一定的国际竞争力,但仍有部分企业尚需要一段适应期,故在统一立法模式的初级阶段不建议引入过于严格的标准。中外IIAs可先采取间接方式,通过缔约国鼓励投资者自愿履行CSR义务,以便实现其可持续发展目标。需要注意的是,不论IIAs正文最终采取何种方式,均以最终能够实现可持续发展目标为基准。并且,中外IIAs的CSR条款中亦无须规定争端解决机制。其次,从目前IIAs使用的语言来看,相关条款规定仅限于外国投资者“应当努力”(should strive to)、“必须”(shall)或“必须努力”(shall endeavor)遵守CSR标准等带有强制性含义的措辞。此类条款的法律效力取决于对相关措辞的翻译和理解,特别是在法律文本翻译中,对于情态动词的理解尤其重要,一旦误用将对该法律文本的真实含义表达造成较大影响。其中,“shall”在法规或司法解释中表示命令、必要性或强制性。<sup>②</sup>卡尔·拉伦茨曾提出,“必须维持”与“应维持”或“有义务维持”同义。<sup>③</sup>概言之,法律汉语中的“应当”即“必须”的意思,具有强制性的意味。<sup>④</sup>因此,我国在引入CSR条款时要依据我国国情,考虑不同表述对投资者施加的强制性义务,可以《中欧CAI》或CPTPP文本为参考,选择较为柔和的措辞,如“应鼓励”(should encourage),如此也可确保中外IIAs的CSR规范和标准能够被国际社会认同。最后,中外IIAs在选择CSR规范方式时,仍要注意以下事项:IIAs的缔约主体是国家而非投资者,只对缔约国有拘束力,其初衷是要求缔约双方为彼此国家的投资者提供实质性的投资保护待遇。所以,如果采取直接方式规定投资者义务,则条款的适用对象便由缔约主体——国家扩展至投资者,然而对IIAs做出承诺义务的是国家,实践中要如何应对还有待商榷;如果采取间接方式纳入CSR条款,则要通过缔约国的国内法对投资者的企业社会责任做出规制,因

<sup>①</sup> See Yong Liang, Perspectives on Topical Foreign Direct Investment Issues, Columbia FDI Perspectives, 2019, p.257.

<sup>②</sup> 参见余璐:《陈忠诚法律翻译思想探索》,《上海翻译》2015年第4期,第66-70页。

<sup>③</sup> 参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2004年版,第133页。

<sup>④</sup> 参见马莉:《法律语言翻译的文化制约》,法律出版社2012年版,第39页。

为国际法规则在一国法律秩序内的“国内法效应”常常依赖于国内法规则。<sup>①</sup>无论如何,外国投资者及其投资均须遵守东道国的国内法律法规,而 IIAs 的 CSR 条款也需要国内法予以补充和完善。

### 3. 完善我国相关国内立法

目前,已有发达国家开始在国内法中纳入相关规则,规范企业社会责任义务。美国在 20 世纪末制定了全球首个 CSR 标准——SA8000,许多州也相继在《公司法》中加入 CSR 内容,要求企业管理者为广大的相关利益者负责。<sup>②</sup>欧洲国家关于 CSR 的立法明显比美国多,如挪威和瑞典在其会计法中要求企业年报中涵盖环境报告;英国、法国相关立法中也有类似规定。近年来,一些发展中国家也开始将 CSR 引入其立法中。印度对 CSR 问题的关注体现在其 2013 年《公司法》中,该法未明确 CSR 的定义,但第 135 节法案明确规定了企业用于社会责任的支出不低于公司近三个财政年度平均净利润的 2%,这一准则随后遭到内阁和实业界的强烈反对,法案最终将其修改为强制性“支付或解释责任”的措辞,即该法案不对未能承担社会责任的公司进行惩罚,仅对既未承担 CSR 又不在董事会报告中解释原因的企业进行惩罚。<sup>③</sup>尽管该法案的措辞最终较为柔和,但关于强制性 CSR 制度的规定,依然远超各国目前关于 CSR 的立法,成为全球首个规定企业对社会公共利益的强制支出水平的国内立法。<sup>④</sup>

当前我国已有部分学者在进行有关 CSR 国内立法问题的研究,或通过比较法的视角,或引入法社会学“反身法”理论,分析国内 CSR 立法的重要意义和可行性。但我国现有的相关法律法规关于 CSR 的规定,大多为原则性的表述,缺乏具体的可操作性内容,并且我国尚未制定颁布相关 CSR 标准,这与目前全球范围内 CSR 的影响力持续升温的趋势之间存在反差,也影响了外国投资者履行其社会责任的效果。我国境内的外国投资者对其社会责任的履行状况远未达到在其母国的水平,甚至出现了忽略其社会责任的情况,例如在华行贿、行业垄断、非法避税、劳工标准较低等。<sup>⑤</sup>

<sup>①</sup> 参见[德]E.-U.彼德斯曼:《国际经济法的宪法功能与宪法问题》,何志鹏、孙璐、王彦志译,高等教育出版社 2004 年版,第 367 页。

<sup>②</sup> 参见罗殿军、李季:《发达国家对企业履行社会责任的影响因素分析——以美国和欧洲为例》,《上海经济研究》2007 年第 8 期,第 100-104 页。

<sup>③</sup> 参见张世明:《义利之和:企业社会责任与并购》,《政法论丛》2019 年第 4 期,第 59 页。

<sup>④</sup> 参见华忆昕:《印度强制性企业社会责任立法的中国启示》,《华中科技大学学报(社会科学版)》2018 年第 3 期,第 97-100 页。

<sup>⑤</sup> 参见谢名一:《在华跨国公司企业社会责任标准体系研究》,辽宁大学 2010 年博士学位论文,第 2 页。

对此,我国可进一步完善对外国投资者的监管法律体系,制定健全的CSR法律法规制度;同时厘清政府部门的监管职能,制定对外国投资者承担社会责任的引导和约束机制,探索符合我国国情且具有中国特色的CSR立法路径。

#### 4.我国企业应主动履行CSR义务

从《中欧CAI》和CPTPP相关规定来看,我国下一阶段很有可能会顺应国际趋势,逐步接受相关CSR标准。对于这一挑战,我国企业应及早调整公司治理模式,主动履行CSR义务,尽快适应这一发展趋势。

目前,各国政府仍然试图吸引尽可能多的外国直接投资,但都将重点放在了外国直接投资的质量而非数量上,即这些国家期望寻求有益于其经济和社会可持续发展的优质的外国直接投资,这一点可从IIAs的前述发展趋势上体现出来。尽管依然有国家担忧此种做法可能缩减IIAs的保护范围,从而对此犹豫不决,但各国政府已经在许多文书中表明了其对投资者应履行社会责任的期望,而投资者也通过年度报告等渠道阐明了它们可以为东道国的可持续发展所做的贡献,并且双方的期望存在高度的重叠。这为IIAs纳入具有约束力的CSR条款提供了新的可能,在此意义上,IIAs可以允许东道国对履行社会责任义务的企业给予优惠待遇,如对可再生能源使用提供针对性的措施、允许可持续性例外、优先考虑此类投资等。从WTO当前关于投资便利化发展的结构性讨论中可以发现,这些做法将来很有可能会被各国政府所采纳。

当前的全球经济化浪潮意味着我国企业需要与全球不同文化社会背景的企业在同一投资市场上展开竞争。随着CSR在全球范围内的推广,东道国对外国投资者的社会责任要求越来越高,未来可能面临更严格的国际人权、环境保护、反腐败和劳工保护标准带来的挑战,同时还要兼顾发展中国家和最不发达国家更多独有的CSR领域,如解除贫困、公共健康、教育和培训以及当地社区可持续发展等。因此,我国企业必须及时调整其投资战略,顺应国际投资新趋势,充分认识到CSR的重要性,主动履行既有利于传播我国价值观又有利于东道国可持续发展目标实现的CSR。涉及CSR具体标准时,由于目前未有明确具体的CSR标准,考虑到亚太经合组织《跨国企业准则》等的国际社会责任规范在晚近IIAs的CSR条款中几乎均被提及,对各国监管外国投资者行为的影响较大,我国企业除关注国内外关于CSR立法的最新进展之外,实践中可暂时参考亚太经合组织《跨国企业准则》等国际社会责任规范,并尽可能对东道国涉CSR的国内法律法规做到尽职调查。

## 六、结语

目前,大多数 IIAs 依然倾向于保护投资者的权利,而不涉及其应履行的义务。为平衡这一不对称关系,最近签署或生效的 IIAs 逐步纳入了 CSR 条款,并明确承认了东道国的监管权。虽然仅少数 IIAs 的 CSR 条款具有强制约束力和可操作性,但这体现了国际投资法领域的发展趋势,并且只有达到了这种平衡,才能吸引利益相关者(如国家、外国投资者和民间组织等)长期支持该体系。我国目前现有的 IIAs 中,只有 3 个协定在序言部分提及投资者的 CSR 及其他义务,文本部分均未纳入 CSR 条款,因此只能作为软法加以引用。虽然软法比其他具有约束力的国际协定更有利于高效率达成协定的谈判,但其并不具有法律约束力。<sup>①</sup>一个不容忽视的趋势是,《中欧 CAI》和我国正在申请加入的 CPTPP 均纳入了较高标准的 CSR 条款,且上述 3 个协定尽管只是以序言条款的形式存在,但签订时间均在 2012 年之后,这也意味着我国政府下一阶段可能会顺应这一国际趋势,逐步接纳 CSR 规则以平衡投资保护和国家监管权之间的关系。然而,由于文本中 CSR 条款的缺失,IIAs 依然倾向于将保护环境、人权等义务施加给政府,忽视了投资者在其中所发挥的重要作用,不利于平衡二者之间的利益关系,同时也不利于加强我国在制定 CSR 规则和标准方面的话语权。我国可在未来修订或签署的 IIAs 中,考虑将中国模式的 CSR 标准纳入文本中并将其向全球推广。另外,鉴于国家立法在鼓励企业承担社会责任义务方面的作用,我国应顺应国际趋势,完善国内相关立法。伴随着“一带一路”建设的持续推进,越来越多“走出去”的我国企业,也应充分认识到这一重要变化趋势,主动承担社会责任义务,提高其在国际投资市场上的竞争力。

### **The Corporate Social Responsibility Clauses in Recent International Investment Agreements: International Trends and China's Response**

**Abstract:** Foreign investors and investment may not only have a positive impact on the host country, but also have a negative impact. Therefore, recently international investment agreements (IIAs) have begun to include provisions for in-

---

<sup>①</sup> See Salar Ghahramani, Sovereign Wealth Funds, Transnational Law, and the New Paradigms of International Financial Relations, 8 Yale Journal of International Affairs 52-64 (2013).

vestors to perform corporate social responsibility obligations directly or indirectly to balance the interests between investors and host countries. China's existing international investment agreements do not include corporate social responsibility clauses, and only a few of them mention the obligation in the preamble, which lags behind the new trends in the development of international investment agreements. In view of the fact that both the China-EU CAI and the official text of the CPTPP to which China has formally applied for accession contain relatively high standards of Corporate Social Responsibility (CSR) clauses, China should accelerate the formulation and promotion of the Chinese model CSR guidelines, improve China's voice in participating in the formulation of international rules, and consider including CSR clauses in future revised or signed international investment agreements. At the same time, Chinese enterprises should also take the initiative to assume their social responsibility obligations.

**Key words:** international investment agreement; corporate social responsibility; sustainable development; foreign investor; CPTPP

(责任编辑:肖军)