

国际投资法中的投资者人权尽责义务： 现状与进路

黄世席* 尚轩宇**

内容摘要：将人权尽责作为一项投资者义务引入国际投资法有助于保障东道国正常行使监管权力，降低人权风险。虽然目前已有多个国家在其双边投资条约范本中加入或更新有关投资者人权尽责义务的规定，但已缔结国际投资协定中涉及该项义务的条款通常不具备约束力。事实上，通过对既往涉及投资者尽责行事的仲裁裁决进行分析，人权尽责义务至少能够通过影响仲裁庭管辖权、案件可受理性、责任分配以及引起东道国反诉四条路径促使投资者尊重和保护东道国人权。但碍于标准模糊与条款缺失等现实因素，上述功能的实现仍存在较强不确定性。故应基于缔约方国内法及相关国际法构建相对统一的投资者人权尽责义务标准，明确该项义务的法律属性，并结合作用路径在国际投资协定中补充完善具体条款内容。中国作为对外投资和利用外资的大国，有必要将企业社会责任条款纳入未来双边投资条约谈判，推动实现国际投资领域人权与发展的协调统一。

关键词：投资者义务 人权尽责 企业社会责任 国际投资协定 国际投资仲裁

全球经济的迅速发展极大提升了工商业活动对人权影响的广度与深度，推动实现工商业发展与人权保障的协调统一成为国际社会的重要议题。其中，推动工商业实施人权尽责是讨论的核心之一，相关国际文书呈现出从“软约束”走向“硬规制”的发展趋势。在国际投资领域，部分国家参考《工商业与人权：实施联合国“保护、尊重和补救”框架指导原则》（以下简称《指导原则》）在双边投资条约（bilateral investment treaty, BIT）或范本中通过企业社会责任等条款直接或间接引入投资者人权尽责义务。但是，目前多数已生效国际投资协定（international investment agreements, IIAs）中的此类条款不具备约束力，难以确保投资中人权尽责的有效实施。所以，有必要总结现有条款，结合国际投资争端解决机制与仲裁实践分析潜在的应用障碍，并在此基

* 山东大学法学院教授、博士生导师。

** 山东大学法学院博士研究生。

本文系国家社科基金后期资助重点项目“国际投资条约中的国家安全条款研究”（20FFXA006）、国家留学基金委“国家建设高水平大学公派研究生项目”（202206220133）的阶段性成果之一。

础上有针对性地推动投资者人权尽责义务的完善。

一、投资者人权尽责义务的构建背景及意义

人权是国际投资活动中不可忽视的核心议题,也是缔结 IIAs 时的重点考量因素。但根据 IIAs,外国投资者没有直接的人权义务,也不能作为国际人权义务的当事人,难以对其进行有效约束。^①这导致外国投资者在进行对外直接投资时容易忽视潜在的人权风险及已经产生的负面影响,并在造成侵犯人权的严重后果时利用非国家行为体身份规避其在东道国所应承担的人权义务和责任。IIAs 中投资者与东道国间权利义务的天然不对称性进一步放大了该行为对东道国的负面影响,导致仲裁庭有时难以顾及东道国(尤其是发展中国家)维护包括人权在内的非经济利益诉求,使东道国处于履行投资条约义务与人权监管的两难境地,进而遏制东道国监管能力并对其社会环境产生持续的负面影响。

该问题推动国际上关于促进负责任投资与实现可持续投资的呼声愈发高涨,逐渐成为 IIAs 改革的主要领域之一。近年缔结的 IIAs 及各国 BIT 范本多引入企业社会责任、可持续发展等条款,通过直接或间接设置投资者义务等方式督促对投资者的尊重和对东道国人权的维护。其中,贯穿投资始终的人权尽责,对约束投资者行为、保障东道国人权事业发展具有重要作用。

人权尽责义务的核心在于尽责(due diligence)。这一概念的出现最早可追溯至罗马法过失责任原则中有关勤勉尽责标准的表述,并由格劳秀斯于17世纪引入国际法。^②目前,尽责广泛存在于国际法各个部门,通常体现为要求有关国际主体履行勤勉尽责行事的行为义务。但由于尽责在国际法中的作用通常是在个案基础上参照其他规则来实现的,所以尚难以将其界定为一项独立的国际法原则。^③涉及尽责概念的规范同样散见于国际投资法,在公平公正待遇、充分保护与安全等条款中均有所体现,要求东道国勤勉尽责行事以保护外国人待遇。

随着世界性风险社会的发展,行为者结构的多样化和差异化产生更多的不确定性,非国家行为体(尤其是跨国企业)在社会、环境等方面带来难以预估的广泛影响。基于这一背景,尽责概念在针对非国家行为体的风险管理和责任追溯两个方面发挥

^① 参见黄世席:《国际投资争端中投资规则与人权规则适用的冲突与挑战》,《当代法学》2018年第4期,第121-122页。

^② See Jonathan Bonnitcha & Robert McCorquodale, The Concept of “Due Diligence” in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights, 28 European Journal of International Law 902-906 (2017); Jan Hessbruegge, The Historical Development of the Doctrines of Attribution and Due Diligence in International Law, 36 New York University Journal of International Law and Politics 285-287 (2004).

^③ See Neil McDonald, The Role of Due Diligence in International Law, 68 International and Comparative Law Quarterly 1044-1049 (2019); Alice Ollino, Due Diligence Obligations in International Law 52-63 (Cambridge University Press 2022).

着日趋重要的作用。^①然而,尽管部分 IIAs 及投资仲裁裁决曾涉及外国投资者的尽责义务,但投资者—国家间争端解决(investor-State dispute settlement, ISDS)机制的固有弊端削弱了相关裁决的一致性与可预测性,^②进而弱化对投资者的约束作用,对东道国维护与人权相关的公共利益产生负面影响。所以,需要设置具有可执行性的投资者人权尽责义务条款,作为国际投资中帮助东道国对抗人权风险及厘清责任的重要工具。

结合尽责的概念,作为行为标准的人权尽责要求企业在生产经营过程中勤勉尽责以避免造成负面人权影响。而根据《指导原则》,人权尽责指企业在经营过程中为预防与缓解负面人权影响所应采取的业务流程。在该流程中,企业应首先评估经营活动中实际和潜在的负面人权影响,在整合评估结果后根据结果采取应对措施,随后对措施的有效性进行跟踪监测并及时通报有关情况。^③作为行为标准的人权尽责与作为业务流程的人权尽责并不冲突,前者为后者提供理论指导,后者则是前者在商业活动中的具象表达,二者均可作为国际投资法中投资者人权尽责义务内容的来源。

在 IIAs 中强调投资者人权尽责义务具有积极意义。一方面,该义务不仅给予投资者明确的行为指引,还有利于东道国提前介入投资,加强对负面人权影响的风险管理,在提高可操作性的同时进一步生产方法凸显 IIAs 对国际投资中人权问题的事前预防功能。另一方面,人权尽责义务通常要求投资者履行特定程序以及时发现负面人权影响并进行积极应对,缔约方间更容易就此类程序的标准达成共识。同时,投资者人权尽责义务还可以为东道国主动进行人权监管提供有力支撑,摆脱以往基于例外条款或“警察权力”原则抗辩的解释困境,有助于在整体上缓解根植于 IIAs 中的权利义务失衡。

于我国而言,需要在国际投资领域深入推进投资者人权尽责理论与实践。近年来,我国对外投资稳中有进,对外投资总额位居全球前列,不断增长的对外投资为东道国创造更多的工作岗位,雇用外方员工的数量也不断上升。据统计,截至 2021 年底,我国“境外企业从业员工总数 395 万人,其中雇用外方员工 239.4 万人,增加 20.6 万人,占 60.6%”。^④庞大的外方员工数量对我国境外企业实施人权尽责提出了较高要

^① See Heike Krieger & Anne Peters, Due Diligence and Structural Change in the International Legal Order, in Heike Krieger, Anne Peters & Leonhard Kreuzer (eds.), *Due Diligence in the International Legal Order* 353-354 (Oxford University Press 2020).

^② 参见漆彤:《投资争端解决机制现代化改革的重要里程碑——评 2022 年 ICSID 新规则》,《国际经济评论》2023 年第 3 期,第 62 页。

^③ See OHCHR, *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework*, https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf, visited on 12 January 2024.

^④ 参见中华人民共和国商务部、国家统计局、国家外汇管理局编:《2021 年中国对外直接投资统计公报》,中国商务出版社 2022 年版,第 6 页。

求。同时,电力/热力/燃气及水的生产和供应业、采矿业等易产生人权、环境负面影响的行业还是近年中国企业对外投资并购的集中领域。^①这同样要求投资者在参与管理的过程中密切关注潜在的人权、环境风险。

二、投资者人权尽责义务条款的基本类型

明确的投资者人权尽责义务条款是确保投资者履行人权尽责义务的主要手段。虽然各国对构建投资者人权尽责义务已有共识,但是在模式选择、条款设计及语言选择上却并未统一。这些差异影响投资者人权尽责义务的应用实效以及国际投资仲裁裁决的一致性。基于对条款措辞和作用方式的分析,可根据约束程度的不同,将投资者人权尽责义务条款进一步区分为约束性条款及非约束性条款。

(一)约束性条款

约束性条款通常直接将投资者作为承担人权尽责义务的主体,通过采取“应当”(shall/must)引导的命令性规范直接设定义务或硬化国际标准、指导原则等软法要求,从而督促投资者在投资全程积极采取人权尽责行动,尊重东道国人权。例如,2012年《南部非洲发展共同体 BIT 范本》要求投资者“应当遵守”(shall comply with)与设立投资相关的评估筛查标准及评估程序。再如,2016年《摩洛哥—尼日利亚 BIT》也采取类似表述,要求投资者“应当”(shall)在投资前进行社会影响评估,并在投资设立后维护东道国人权。^②2019年《中非共和国—卢旺达 BIT》则要求投资者“必须遵守”(must comply with)相关评估标准及程序。^③上述条款明确投资者应当承担的人权尽责义务及参考标准,一旦发生相关投资争端,仲裁庭可直接援引此类条款进行解释。这些条款属于典型的投资者人权尽责义务条款,对投资者行为具有较强的约束力。

除直接设定投资者人权尽责义务外,还有一类条款通过强调投资者应当遵守东道国法律的方式引入投资者在人权领域的责任与义务。例如,2019年《荷兰 BIT 范本》、2021年《加拿大 BIT 范本》均强调投资者“应当遵守”(shall comply with)东道国法律法规,尤其是在人权、环境保护及劳工等领域的法律法规。^④2016年,《摩洛哥—尼日利亚 BIT》规定投资者在经营管理过程中不应“规避”(circumvent)东道国和/或母国在环境、劳工及人权等方面的国际义务,进一步扩大投资者义务范围。^⑤虽然无论 IIAs 是否作出相应规定,投资者都有遵守东道国法律的一般义务,而且多数 IIAs 要求

^① 参见中华人民共和国商务部:《中国对外投资合作发展报告(2022)》, <http://fec.mofcom.gov.cn/article/tzhzcj/tzhz/upload//%E4%B8%AD%E5%9B%BD%E5%AF%B9%E5%A4%96%E6%8A%95%E8%B5%84%E5%90%88%E4%BD%9C%E5%8F%91%E5%B1%95%E6%8A%A5%E5%91%8A%EF%BC%882022%EF%BC%89.pdf>, 2023年11月17日访问。

^② 参见《摩洛哥—尼日利亚 BIT》第14.2、18.2条。

^③ 参见《中非共和国—卢旺达 BIT》第16条。

^④ 参见《荷兰 BIT 范本》第16.1条、《加拿大 BIT 范本》第7.1条。

^⑤ 参见《摩洛哥—尼日利亚 BIT》第18.4、24.1条。

投资者应当以符合东道国法律的方式设立投资,但仲裁庭难以据此在投资者违反东道国法律时拒绝其管辖权主张。^①设置该类条款配合东道国立法将更加明确有效地规制投资者行为,进一步增加约束力及可预测性,促使外国投资者履行人权尽责义务。^②

此外,还有部分条款通过限制投资者待遇或影响损害赔偿数额的方式推动投资者履行人权尽责义务。此类条款的约束力同样源自“应当”或类似的命令性规范,但受条款措辞及作用方式的影响,最终会呈现出对投资者的约束程度相对弱化的结果。例如,2019年《荷兰 BIT 范本》明确规定,希望仲裁庭在确定赔偿数额时“考虑”(take into account)投资者是否履行其企业社会责任的承诺。^③此条款将赔偿数额与投资者行为绑定,要求投资者承担相应的企业社会责任。再如,2017年《哥伦比亚 BIT 范本》规定,提出索赔的投资者“应当”(shall)遵守任何缔约方已经或即将签署的国际文书中有关人权和环境的禁令,“以便”(in order to)根据 ISDS 机制进行索赔。^④该条款所暗含的意思是,如果投资者没有遵守前述有关人权和环境的禁令,可能会被剥夺索赔的资格,该条款从侧面督促投资者采取人权或环境尽责活动以降低违反相关禁令的风险。该范本在拒绝授惠部分还规定,当投资者严重侵犯人权时,东道国可拒绝依条约提供保护。与之类似,2016年《欧盟—加拿大全面经济贸易协定》则通过附表的方式表明拒绝授惠部分中“与维护国际和平与安全有关”的措施包括保护人权。^⑤该类条款同样可以促使投资者积极采取包括尽职调查在内的行动以避免侵犯人权。

(二)非约束性条款

与约束性条款相比,非约束性条款通常缺乏硬性表述,或虽以“应当”等表述进行引导但具体内容却具有不确定性,所以无法对投资者履行人权尽责义务产生直接或间接约束。尽管如此,非约束性条款仍广泛存在于涉及投资条款的条约中,晚近多出现在企业社会责任部分,主要存在以下几种形式。

第一类非约束性条款是对投资者作出“应当努力”(shall strive/endeavour to)的要求。例如,近五年巴西和印度作为缔约方的 BITs 中就经常规定投资者“应当努力”

^① See Martin Jarrett, Sergio Puig & Steven Ratner, Towards Greater Investor Accountability: Indirect Actions, Direct Actions by States and Direct Actions by Individuals, 14 Journal of International Dispute Settlement 262-264 (2021).

^② See Barnali Choudhury, Investor Obligations for Human Rights, 35 ICSID Review-Foreign Investment Law Journal 93-94 (2021).

^③ 参见《荷兰 BIT 范本》第 23 条。

^④ 参见《哥伦比亚 BIT 范本》投资者社会责任条款。

^⑤ 参见《欧盟—加拿大全面经济贸易协定》第 8.16 条、附件 8-E。

(shall endeavour to)遵守与负责任商业行为相关的自愿原则及标准。^①在该类条款中,通过“应当”在客观上设定的硬性约束受到“努力”这一主观不确定因素的影响,导致看似被硬化的原则及标准在实质上仍处于软约束状态,削弱了条款适用的约束力及可预测性。

第二类非约束性条款通常以缔约方为主体,要求其“促进”(promote)投资者承担企业社会责任。例如,2022年《意大利BIT范本》规定缔约方“应当促进”(shall promote)企业和投资者承担企业社会责任或进行负责任的商业行为;2019年《比利时—卢森堡经济联盟BIT范本》则在类似规定中使用“同意促进”(agree to promote)的表述。^②虽然“促进”一词表明缔约方应当采取确切行动促成投资者履行人权尽责义务,但能否将条约约束从缔约方传导至投资者并产生事实上的推动作用却仍未可知。

第三类较为常见的表述采用“重申/认识到……重要性”(reaffirm/recognise the importance of)等句式,通常用来重申缔约方鼓励投资者自愿将国际公认的企业社会责任标准、原则等纳入其内部政策的重要性。^③意大利、荷兰则在BIT范本中规定重申或认识到投资者尽职调查的重要性。^④该类条款的主要作用在于强调、提醒,是否具备约束力最终取决于所强调的内容,而上述鼓励投资者自愿遵守相关标准的表述无法对投资者产生实质性约束。虽然部分条约在此处引入《经济合作与发展组织跨国公司指南》(以下称《指南》)与《指导原则》等国际文书作为参考标准,仲裁庭可借此通过条约解释在确定投资者义务等方面参考此类非约束性文件,但采取何种解释取决于仲裁庭的自由裁量,故不能将其视为一种稳定的约束方式。即便如此,非约束性条款仍受到多国青睐,因为其可以提供更多的灵活性和适应性,是不确定情况下的一种较优选择。^⑤

晚近IIAs中出现的投资者人权尽责义务条款表明,随着以跨国企业为代表的非国家行为体对全球事务产生日益深远的影响,其难以作为国际法主体受到国际法义务直接约束的传统观念正在逐渐消解,而应通过国际法对其进行适当约束。在国际投资法中,投资者与东道国间权利义务失衡及由此产生的东道国监管权受损导致上述要求日益迫切。在例如Urbaser v. Argentina案等涉及东道国人权的投资争端中,仲裁庭虽试图通过条约解释引入投资者人权义务,可总体成效不甚理想。所以各国逐渐倾向于在IIAs中增设投资者人权尽责义务。但是,回顾目前已缔结的IIAs,非约束性条款仍占据主导地位,约束性条款虽能实现规制投资者履行人权尽责义务之效

① 参见《巴西—埃塞俄比亚BIT》第14条、《巴西—印度BIT》第12条。

② 参见《意大利BIT范本》第19.1条、《比利时—卢森堡经济联盟BIT范本》第18.2条。

③ 参见《新西兰—英国FTA》第14.19条、《澳大利亚—英国FTA》第13.19条等。

④ 参见《意大利BIT范本》第19.1条、《荷兰BIT范本》第7.3条。

⑤ 参见黄世席:《论国际投资条约中企业社会责任条款的强化》,《法学》2023年第3期,第180-181页。

用,却通常在各国 BIT 范本中得以体现,是否能在谈判中落地尚不确定。

三、投资者人权尽责义务的作用路径及潜在缺陷

通过投资者人权尽责义务实现督促投资者尽责行事以避免损害东道国人权的目标,需要在国际投资仲裁中充分发挥该义务限制投资者索赔能力和降低损害赔偿金额等制约作用,即东道国可以根据投资者人权尽责义务的履行情况和人权损害程度,对投资者的申诉进行抗辩和提出反诉。尽管目前鲜有投资仲裁裁决针对投资者人权尽责义务问题进行专门讨论,但作为投资者尽责义务的一个分支,投资者人权尽责义务与包括环境在内的其他尽责义务在解释适用上存在共性。故可以借助仲裁庭有关投资者尽责义务的讨论分析投资者人权尽责义务的作用路径及潜在缺陷,完善该义务的实质内容与具体条款。

(一)投资者人权尽责义务的作用路径

由于传统 IIAs 中缺乏有关投资者尽责义务的规定,部分仲裁庭通过条约解释引入相关义务对投资者进行规制。相关案例表明,投资者未履行或未适当履行尽责义务将对仲裁庭管辖权、案件可受理性以及责任分配产生影响,同时可能触发东道国反诉。这也暗示投资者人权尽责义务可从多角度影响投资仲裁结果,进而对投资者产生约束。

1. 影响仲裁庭管辖权

部分 IIAs 规定受保护的的投资应当依东道国法律设立,如果投资者未履行尽责义务的行为直接或间接违反东道国法律,就可能导致投资失去条约保护、仲裁庭丧失管辖权基础。例如,在 *Anderson v. Costa Rica* 案中,仲裁庭明确指出,谨慎的投资者应在投资前进行尽职调查以确保所投资项目符合法律规定,但本案中投资者没有履行正常投资者所应采取的尽职调查,由此导致其存款遭受损失,所以仲裁庭最终支持了东道国的管辖权异议主张。^①

至于在何种程度上违反东道国法律会导致投资丧失条约保护,*Mamidoil v. Albania* 案的仲裁庭认为,在投资正式设立之前,投资者没有进行适当的尽职调查不会对投资的实质合法性产生影响。^②但这种解释被认为具有局限性,难以作为一般原则适用。^③*Kim v. Uzbekistan* 案的仲裁庭则采取新的审查方式,通过分别评估投资者未遵守的义务的重要性、投资者行为的严重性、是否对东道国产生重大利益损害以及损害

^① See Alasdair Ross Anderson, *et al. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/3, Award, paras. 58, 65.

^② See *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. v. Republic of Albania*, ICSID Case No. ARB/11/24, Award, para. 375.

^③ See Jorge E. Viñuales, *Investor Diligence in Investment Arbitration: Sources and Arguments*, 32 ICSID Review-Foreign Investment Law Journal 357-358 (2017).

与剥夺条约保护的相称性,综合判断拒绝管辖是否符合比例原则。^①尽管在该审查方式下投资者是否尽责行事没有发挥决定性作用,但其仍是重要参考因素之一。例如,在沿用该审查方法的 *Cortec v. Kenya* 案中,仲裁庭认为投资者未履行的环境义务对环境脆弱地区至关重要,而投资者漠视东道国规定的行为严重违反投资者义务,且该行为严重损害了东道国利益,所以无法获得条约保护是相称的,并最终驳回投资者的索赔请求。^②其中,投资者未充分查明并履行相关环境义务暗含其未能勤勉尽责。

2. 排除案件可受理性

即便仲裁庭具备管辖权,投资者未尽责行事还可能导致索赔不可受理。在 *Churchill/Planet Mining v. Indonesia* 案中,仲裁庭重点参考了 *Minnotte v. Poland* 案仲裁庭的观点,即投资者故意忽视或未合理察觉严重不当行为或犯罪,在部分情况下会使索赔无效。^③通过分析投资者在所获采矿许可系伪造一事前后所采取的行动,仲裁庭认为投资者明知存在风险但并未在合理范围内尽责行事,并基于诚信原则和禁止滥用程序的规定认定索赔不可受理。^④在 *BSG v. Guinea* 案中,仲裁庭同样指出,投资者在进行投资时必须进行合理的尽职调查,调查范围应该包括与政府交易中涉及的第三方,并在东道国存在腐败时保持格外的谨慎。^⑤上述案件不仅表明投资者未履行人权尽责义务可能排除案件可受理性,而且进一步扩大了该义务的覆盖范围,即投资者应当对所涉第三方进行充分的尽职调查以避免第三方违法行为导致其投资无法获得条约保护。

3. 调整责任分配

东道国因违反条约义务而应当承担损害赔偿责任的情况下,仲裁庭在确定损害赔偿具体数额时也可能基于共同过失原则考虑投资者未充分履行尽责义务所应承担的责任。*Occidental v. Ecuador* 案就是一个典型案例,该案投资者在未经授权的情况下将合同权利转让,致使厄瓜多尔拒绝履行合同。虽然厄瓜多尔违反了《厄瓜多尔—美国 BIT》,但仲裁庭认定投资者的疏忽行为致其应当对自身所受损失承担部分责任。^⑥

^① See *Vladislav Kim and Others v. Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/13/6, Decision on Jurisdiction, paras. 20-21, 406-408.

^② See *Cortec Mining Kenya Limited, Cortec (Pty) Limited and Stirling Capital Limited v. Republic of Kenya*, ICSID Case No. ARB/15/29, Award, paras. 346, 348, 351, 365, 405.

^③ See *Churchill Mining PLC and Planet Mining Pty Ltd v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/12/14 and 12/40, Award, para. 502.

^④ See *Churchill Mining PLC and Planet Mining Pty Ltd v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/12/14 and 12/40, Award, paras. 516-529.

^⑤ See *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SARL v. Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/14/22, Award, para. 899.

^⑥ See *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/06/11, Award, paras. 678-679, 687, 876.

即便投资者未进行尽职调查与东道国违反投资条约间不存在直接联系,投资者仍可能承担相应责任。以 MTD v. Chile 案为例,该案中,智利政府基于城市发展和环境政策拒绝更改 MTD 所获土地的农业用途性质,导致 MTD 的住宅和商业开发项目无法继续,MTD 因此提出索赔。仲裁庭经审理认为,MTD 富有商业经验却未能通过合同保护预期利益,其自身应当承担相应风险,最终判定 MTD 就此事项自行承担百分之五十的责任。^①Yukos v. Russia 案的仲裁庭参考上述两个裁决,同样认为即便东道国未履行条约义务导致投资者利益受损,仍应考虑投资者过错对所受损害的影响。^②

据此,投资者人权尽责义务同样可以作为仲裁庭采纳共同过失原则的考量因素。一旦投资者未履行人权尽责义务产生了负面人权影响,无论其行为与东道国违反条约义务间是否存在关联,投资者均可能承担共同过失,从而影响所获损害赔偿数额。

4. 引发东道国反诉

东道国反诉会导致投资者承担损害赔偿的风险增加,促使投资者为了自身利益而积极履行义务。现有案例表明,与投资者造成的人权、环境等损害相关的东道国反诉正逐渐得到仲裁庭支持,这对东道国基于投资者未履行人权尽责义务提出的反诉具有积极意义。

在 Urbaser v. Argentina 案中,仲裁庭首次承认对东道国针对投资者涉嫌侵犯人权所提出反诉的管辖权,并详细论述投资者是否具有人权义务。^③虽然最终反诉失败,但有力证明了东道国可以基于 BITs 对投资者未履行人权尽责义务所带来的损害提出反诉,并为论证外国投资者的国际法主体地位提供有力支撑。^④在 Perenco v. Ecuador 案中,厄瓜多尔就投资者 Perenco 在其亚马逊雨林地区进行石油开采活动所造成的环境污染提出反诉并胜诉。该案仲裁庭在判断投资者是否应承担过错责任时没有要求东道国证明投资者未履行相应的注意义务,而是通过超标排放的客观事实推定投资者存在过错,并在随后的结论中指出 Perenco 未进行法定审计、缺乏资质文件等客观情况表明其未能负责任地进行环境管理,最终判定 Perenco 承担相应的环境损

^① See MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7, Award, paras.178, 246.

^② See Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, PCA Case No.2005-04/AA227, Final Award, paras.1604-1605, 1636-1637.

^③ See Matthew Levine, Emerging Practice on Investor Diligence: Jurisdiction, Admissibility, and Merits, in Julien Chaisse, Leïla Choukroune & Sufian Jusoh (eds.), Handbook of International Investment Law and Policy 1100 (Springer 2021).

^④ 刘俊梅:《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》,《武大国际法评论》2023 年第 1 期,第 138 页。

害赔偿责任。^①虽然该案中厄瓜多尔获得的环境损害赔偿数额远低于索赔额,但裁决仍表明投资者应当在投资全程勤勉尽责。该案仲裁庭对投资者过错推定、举证责任分配以及投资者行为标准的分析也为类似案件判断提供了参考。

(二)投资者人权尽责义务的潜在缺陷

理想状态下,东道国采取抗辩和反诉的方式至少可以通过上述四条路径发挥人权尽责义务对投资者的约束作用,但实践中仍然存在多重因素制约该义务的实现。

1. 义务履行标准模糊

国际法框架下,尽责通常呈现为国际法主体的行为义务,主体未按标准行事会触发相应责任。^②现有案件表明,尽管在国际投资中尽职调查程序是投资者履行尽责义务的主要形式,但仲裁庭在投资者是否需要进行尽职调查以及需要采取何种程度的尽职调查等问题上存在不同结论。在 *Rwe Innogy v. Spain* 案、*Stadtwerke München v. Spain* 案以及 *Antin v. Spain* 案中,仲裁庭在衡量投资者合理期待时均认为谨慎投资者应当进行尽职调查以预测并应对政策环境的变化。^③但类似背景下,*Novenergia II v. Spain* 案与 *Cube v. Spain* 案的仲裁庭则认为投资者已经对现有政策、法律环境与未来动向进行合理分析或正确理解,就可以免于形式上的尽职调查。^④ *SolEs v. Spain* 案仲裁庭则直接在裁决中指出,尽职调查并非主张合理期待的前提条件,但衡量合理期待应参考谨慎投资者在投资时所了解的信息。^⑤可见,仲裁庭判断投资者是否勤勉尽责的核心在于投资过程中投资者是否谨慎地对现有环境及未来风险进行合理判断,而对于尽职调查的形式与程度并无相对统一的标准。

尽管将投资者人权尽责标准置于仲裁庭自由裁量之下有利于仲裁庭作出灵活判断,但标准的模糊对投资者人权尽责义务的价值实现存在负面影响。首先,投资者人权尽责义务的核心功能是预防,要求此类义务条款能够在一定范围内为投资者提供相对明确的行为指引,而模糊标准下投资者即便付出更多的成本也将面临不确定性风

^① See *Perenco Ecuador Ltd. v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, ICSID Case No. ARB/08/6, Interim Decision on the Environmental Counterclaim, paras. 379, 447; Award, para. 1023.

^② See Timo Koivurova & Kritika Singh, *Due Diligence*, in Anne Peters & Rüdiger Wolfrum (eds.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford University Press 2022).

^③ See *RWE Innogy GmbH and RWE Innogy Aersa S.A.U. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/14/34, Award, para. 510; *Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH, and Others v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/1, Award, para. 308; *Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Energia Termosolar B.V. (formerly Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Antin Energia Termosolar B.V.) v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/31, Award, para. 537.

^④ See *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. The Kingdom of Spain*, SCC Case No. 2015/063, Final Arbitral Award, para. 679; *Cube Infrastructure Fund SICAV and Others v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/20, Decision on Jurisdiction, Liability and Partial Decision on Quantum, para. 396.

^⑤ See *SolEs Badajoz GmbH v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/38, Award, para. 331.

险,无助于甚至削弱人权尽责义务功能的实现。其次,国际投资中潜在的人权风险不仅来源复杂,还处于动态变化之中,通常难以量化评估。一旦发生争端,东道国、投资者与仲裁庭三者为标准解释上将产生更多分歧,降低投资仲裁裁决的可预测性。再次,模糊的人权尽责标准下,仲裁庭对投资者人权尽责的判断将局限于双方举证范围,缺乏宏观视角审视投资者是否在涉及人权风险的投资中勤勉尽责的衡量尺度。

2. 义务法律属性不明

基于传统的二分法,国家责任视角下国家所负有的尽责义务通常作为行为义务,仅要求国家尽最大努力行事,而无须对特定结果的发生负责,较为典型的是国际环境法下如果国家已采取一切必要措施防止环境损害,那么其无须对环境损害负责。^①但结合 IIAs 及国际文书中有关投资者人权尽责义务的规定,该义务的法律属性尚不明确,存在双重解释。

例如,2016年《摩洛哥—尼日利亚 BIT》第 18.2 条规定投资者在投资成立后应当“维护”(uphold)东道国的人权,此处的维护人权既可以解释为投资者应在促进和保护东道国人权方面勤勉尽责,还可以解释为投资者应确保投资活动不造成人权损害,进而具备行为义务与结果义务的双重属性。同样,在与工商业人权影响相关的国际文书中,企业人权尽责义务也暗含结果义务特征。以《指导原则》为例,该文书明确指出,企业虽然能够将已充分实施人权尽责行动作为抗辩理由,但不应默认人权尽责行动本身可以免除企业造成负面人权影响的责任。^②

结合东道国国内法与 IIAs,投资者人权尽责义务的属性将影响归责原则适用和举证责任分配,尤其体现在东道国反诉中。若归为行为义务,则通常适用过错责任原则,东道国应当对投资者过错、人权损害结果及二者间的因果关系进行举证,但实际上东道国难以就投资者是否勤勉行事等内部情况获得充足证据。无论采取过错责任或过错推定原则,投资者均可通过证明其已充分履行相应尽职调查程序以免除责任,最终仍由东道国承担人权损害的不利后果及潜在的赔偿风险。而当该义务被视为结果义务时,对投资者的要求将超出对谨慎投资者能力的合理期待,严格责任原则的适用也会使其面临更高的法律合规成本与法律责任风险。

3. 义务实效受条款限制

完善的投资者人权尽责义务条款是东道国援引该项义务进行抗辩或反诉的主要依据,条款的缺失与约束力不足均限制该项义务功能的实现。如前所述,并非所有 IIAs

^① See Medes Malaihollo, *Due Diligence in International Environmental Law and International Human Rights Law: A Comparative Legal Study of the Nationally Determined Contributions under the Paris Agreement and Positive Obligations under the European Convention on Human Rights*, 68 *Netherlands International Law Review* 128-130 (2021).

^② See OHCHR, *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework*, https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf, visited on 22 October 2023.

均设置与投资者人权尽责义务相关的条款,而在具备该条款的IIAs中,非约束性条款占据主导地位,约束性条款则多见于各国BIT范本。这种缺乏强制力的脆弱连接阻碍仲裁庭通过条款解释构建投资者人权尽责义务,借助《维也纳条约法公约》第31条第3款(c)项也难以在缺乏实质性条款的前提下将IIAs与其他国际规范关联。即便构建了与《指导原则》等软法的联系,对该项义务的解释适用亦取决于各仲裁庭的自由裁量,影响投资仲裁裁决的可预测性。

上述情形下东道国反诉受到的限制尤为明显:一方面,在缺乏东道国反诉的仲裁条款时,东道国能否提出反诉取决于仲裁庭的解释。在 *Urbaser v. Argentina* 案和 *Aven v. Costa Rica* 等案件中,仲裁庭在分析采取中性措辞的仲裁条款后指出,相关条约并未排除东道国提出反诉的可能性,进而推动东道国反诉的开展。^①同样,在结合《ICSID公约》第46条与第25条分别判断反诉与主诉关系以及反诉是否在ICSID管辖范围内时,也需要依靠仲裁庭的自由裁量。虽然越来越多的仲裁庭逐渐接受东道国基于人权、环境等问题提出的反诉,但投资仲裁裁决仅作为事实上的先例并不能确保其他仲裁庭对东道国提出反诉的能力作出一致性判断。

另一方面,缺乏投资者人权尽责义务条款或导致仲裁庭驳回东道国反诉。例如,在 *Urbaser v. Argentina* 案中,尽管仲裁庭承认存在投资者作为国际法主体的可能,但最终却认为国际法中落实水权的义务主体应当是国家而非投资者,原因之一在于缺乏将该国家义务转移至投资者的具体合同、法律或BIT条款。^②事实上,由于反诉中程序问题与实质问题相互交织,缺乏明确的投资者义务将直接阻碍仲裁庭对反诉行使管辖权,部分反诉甚至未能进入案情审查阶段。^③在 *Spyridon Roussalis v. Romania* 案、*Aven v. Costa Rica* 案以及 *Lopez Goynes Family Trust v. Nicaragua* 案中,仲裁庭均认为相应的BIT并没有为投资者施加直接义务,因此仲裁庭以东道国缺乏充足诉因为由拒绝管辖。^④可见,直接或间接的投资者人权尽责义务条款对于东道国反诉至关重要。

四、投资者人权尽责义务的完善

为解决上述潜在问题,充分释放投资者人权尽责义务在预防人权损害与平衡权

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, paras.1143-1155; *David R. Aven and Others v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No.UNCT/15/3, Final Award, paras. 691-694.

② 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.1195, 1207, 1210.

③ See *Debadatta Bose, David R. Aven v. Costa Rica: The Confluence of Corporations, Public International Law and International Investment Law*, 35 *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* 23 (2020).

④ See *Spyridon Roussalis v. Romania*, ICSID Case No.ARB/06/1, Award, para.871; *David R. Aven and Others v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No.UNCT/15/3, Final Award, para.743; *The Lopez-Goynes Family Trust and Others v. Republic of Nicaragua*, ICSID Case No.ARB/17/44, Award, paras. 599-606.

利义务关系中的作用,在构建与完善投资者人权尽责义务时,应当对该项义务的参考标准、义务属性等进行解释说明,并补充完善 IIAs 中的相应条款以畅通该义务的作用路径。

(一)投资者人权尽责义务的完善进路

1.构建投资者人权尽责义务标准

已决投资仲裁裁决表明,投资者是否勤勉尽责需根据案情逐案判断,尽责本身的动态属性导致这种不确定性难以避免。^①所以完善投资者人权尽责义务,应当确立相对统一的义务标准,将不确定性限缩在可控区间。考虑到该项义务发挥的指引与预防作用及其本身的复杂性,构建人权尽责义务标准应当从主、客观两方面展开。

一方面,应当设置投资者人权尽责义务的客观标准,明确义务的履行方式。缔约方可以通过国内法或相关国际文书明确投资者履行人权尽责义务的具体方式,再通过准用条款将其纳入 IIAs。目前《指导原则》与《指南》均对人权尽责进行详细阐释,二者对于人权尽责行动的核心要素及主要特征的判断也基本相符。同时经济合作与发展组织还结合行业特征分别发布采掘业、服装业等特定行业的尽职调查指南,并提出针对性建议。以上述国际文书为基础,可以基本形成涵盖投资全程中人权尽责的行为标准。目前 IIAs 通常在非约束性条款中提及此类标准,可以通过措辞排除其中的主观因素,将其转化为约束性条款以硬化相关标准。

另一方面,鉴于人权尽责的复杂程度,在客观的形式标准的基础上,需要构建主观的实质标准判断投资者是否勤勉尽责。仲裁庭对投资者是履行人权尽责义务的主观审查可依以下顺序展开:首先,审查投资者行为能否实现人权尽责目的,分析行为的效力与效率;其次,如果投资者行为能够及时有效地预防和缓解人权风险但仍发生人权损害,则应当审查投资者是否善意履行相关义务;此外,在善意的前提下,需要审查是否存在可以更进一步实现人权尽责目的的方式,以明确投资者行为的充分性;最后,如果存在此种方式,则应审查该方式是否在合理范围内。如果在合理范围内善意投资者符合客观标准的行为可以充分实现人权尽责目的,则可以判断投资者已履行人权尽责义务。

此外,为最大程度上预防人权损害,当缔约方之间人权尽责标准存在差异时,在合理范围内可以准用较高标准。例如,2012年《南部非洲发展共同体 BIT 范本》便提出环境与社会影响评估应以缔约方相关标准中较严格者为准。^②2016年《摩洛哥—尼日利亚 BIT》虽未对社会影响评估设置类似标准,但在企业社会责任部分规定,当企业

^① See Markus Burgstaller & Giorgio Riso, Due Diligence in International Investment Law, 38 Journal of International Arbitration 722 (2021).

^② 参见《南部非洲发展共同体 BIT 范本》第 13.1 条。

社会责任标准提高时,投资者应当努力达到更高标准。^①上述方式有助于避免规则冲突并推动高水平投资者人权尽责的发展。同时还应注意,虽然人权尽责是人权义务的重要组成部分,但在适用标准问题上应当对二者进行区分。前者是约束投资者主观行为的程序性标准,合理范围内取较高者有助于降低投资中产生人权损害的风险;而后者作为实质性标准,会因地区间政治、经济及文化的差异存在区别,忽视客观条件进行统一适用可能适得其反。投资者在投资过程中可以主动适用更高的人权标准约束自身,但在履行人权尽责义务的过程中应当尊重东道国在人权领域的法律及其加入的相关国际文书。

2.明确投资者人权尽责义务属性

目前,投资者人权尽责义务的内容主要参考《指导原则》,其中融合了尽责在国际法中的抽象概念与商业活动中的具象表达,要求投资者不仅需要履行相应的人权尽责调查流程,还应在投资全程对东道国人权保持勤勉尽责,兼具行为义务与结果义务的特征。应结合东道国国内法与国际投资法中的相关规定,重新审视这一义务的适用。

在国际投资活动中,人权风险并非一成不变,所以投资者的人权尽责行动需要贯穿投资全程,对整个投资周期中可能产生的人权影响进行持续性的风险评估、控制及损害补救,东道国可以对投资者是否充分履行这一义务进行监督。当投资者行为未对东道国人权造成实质性损害时,投资者承担的人权尽责义务应当作为一项行为义务,在赋予东道国正当监管理由的同时避免对投资者苛以过重的责任。一旦东道国政府的监管行为致使投资者合理期待受损进而产生投资争端,东道国在抗辩时应就投资者未充分履行该项义务及东道国实施监管行为的必要性、客观性、比例性及非歧视性等方面进行详细举证。投资者则可以通过证明其已在合理范围内充分履行人权尽责义务排除共同过失原则的适用。即便未造成损害,当裁决有利于投资者时,东道国仍有可能就此问题提出反诉。反诉可适用过错责任原则或过错推定原则,东道国仍需要承担主要举证责任,投资者仅需要证明其已充分履行人权尽责义务便可免除责任。

而当投资者行为对东道国人权造成实质性损害时,投资者承担的人权尽责义务则转化为结果义务。此种情况下,如果投资者针对东道国政府的监管措施提请仲裁,东道国在抗辩同时可以积极提出反诉。反诉中归责原则的适用需要参考东道国国内法及相关国际条约规定,但无论适用何种归责原则,均应兼顾东道国与投资者利益,努力实现以下目标:首先,在合理范围内确保东道国能够得到应有的补偿或赔偿。无论适用何种归责原则,投资者均不能因其已履行人权尽责义务而免于承担全部责任,

^① 参见《摩洛哥—尼日利亚BIT》第14.2、24.3条。

应对东道国遭受的损失进行适当的补偿或赔偿。其次,肯定投资者履行人权尽责义务的意义。可在确定补偿或赔偿数额时对投资者履行人权尽责义务的程度予以考虑,以避免投资者承担较重负担并鼓励其他投资者继续认真履行此义务。最后,确保举证责任合理分配。虽然归责原则的适用会影响举证责任的分配,但仲裁庭应结合案情综合考量举证责任的应然分配与举证双方的实际能力,通过举证责任倒置或将举证责任进行动态分配以防止一方承担超出合理范围的举证责任。

3.完善投资者人权尽责义务条款

新一代 IIAs 中不断涌现与提升东道国监管能力和扩大投资者义务范围相关的条款,虽然促进和保护投资作为 IIAs 的核心目的并未发生根本性转变,但规范投资者行为已经成为条约缔结工作的重心之一。在投资者人权尽责义务条款的选择上,应当考虑规范投资者行为、提升东道国监管权以及促进与保护投资三者关系的良性发展。同时,还应加强国内法、国际法与 IIAs 间的联系,以增强规则一致性并拓宽仲裁庭解释空间。

基于上述考虑,投资者人权尽责义务条款应以预防负面人权影响为目的和,围绕明确义务与明示后果两个基本点展开。明确义务要求依据此类条款可以直接或间接确立投资者人权尽责义务,需要着重考虑条款语言与义务来源。一方面,在设置条款的过程中应避免使用“鼓励”“可以”等模糊性表述,转而采取“应当”等具备明确强制力的措辞,增强义务的可适用性及结果可预测性。^①另一方面,既可以在 IIAs 中直接明确义务内容,也可以通过条款构建 IIAs 与国内法及其他国际标准和指导原则间的联系,从而引入相关义务。其中后者可以缓解条款滞后带来的限制,使 IIAs 自动适应标准变化,更具开放性与灵活性。此外,为进一步推动上述约束性条款在谈判中落地,可在缔约方已达成共识的领域选取义务来源,例如,可以规定投资者应当遵守缔约双方共同认可的有关人权尽责的国际标准和指导原则。而当共识基础薄弱时,则可以规定投资者应当遵守东道国与人权尽责相关的法律法规,通过国内法确立投资者义务。

明示后果则要求将投资者未履行人权尽责义务所应承担的后果具体化,增加投资者对行为后果的可预测性,以督促其履行义务。^②具体条款可依前述路径展开,即投资者未履行或未充分履行人权尽责义务或将产生以下后果:第一,导致投资或投资者不合格。将人权尽责作为投资适格要件,可以在因投资者未履行人权尽责义务导致投资未能设立时排除仲裁庭管辖。第二,触发拒绝受惠条款。通过剥夺投资所享

^① See Nicolas Bueno, Anil Yilmaz Vastardis & Isidore Ngueuleu Djeuga, *Investor Human Rights and Environmental Obligations: The Need to Redesign Corporate Social Responsibility Clauses*, 24 *The Journal of World Investment & Trade* 201-202 (2023).

^② See Jean-Michel Marcoux & Andrea K. Bjorklund, *Foreign Investors' Responsibilities and Contributory Fault in Investment Arbitration*, 69 *International & Comparative Law Quarterly* 900-905 (2020).

有的条约保护,影响仲裁庭管辖权、案件可受理性及案情实质审查。第三,影响损害赔偿计算。可参考2019年《荷兰BIT范本》第23条,将人权尽责义务的履行程度纳入损害赔偿计算的考虑范围。第四,导致东道国反诉。可在IIAs的仲裁条款部分明确东道国可以基于IIAs或国内法对造成负面人权影响的投资者提出反诉。

相较上述增强东道国抗辩与反诉能力的完善方式,另一种设想要求赋予东道国与利益相关个体主动提请仲裁的权利。在该模式下,东道国可以直接依IIAs或投资协议提请仲裁,个体则可以因东道国授权委托或受到来自外国直接投资的负面影响而获得仲裁资格。^①虽然赋予东道国与个体主动提起仲裁的权利能够进一步制约外国投资者行为,但上述调整不仅需要重构ISDS机制,而且在预防和补救人权损害方面的效用有限。一方面,无论投资者未充分履行人权尽责义务是否造成人权损害,东道国直接行使监管权力始终是最具效力和效率的应对方式,其能够及时避免人权损害的产生或扩大。另一方面,国际投资仲裁的主要目的是解决投资争端,不是受害者维护人权的较优途径,通过国内法院或国际人权法庭适用人权相关法律或国际条约更为合适。综合来看,强化东道国抗辩和反诉能力在成本与效力上具备一定优势,更加切实可行。

同时,强化母国监管义务也是推动投资者履行人权尽责义务的重要手段。^②在国际投资中,东道国需要承担来自国内与国际的双重压力,不仅应考虑本国公共利益,还要顾及投资者合理期待。确保投资者履行人权尽责义务以维护东道国人权发展需要东道国、投资者及母国三方共同努力。所以,结合母国对跨国公司域外侵害人权的预防义务,^③有必要考虑强化母国在投资者履行人权尽责义务中所应发挥的监管作用,具体而言,可以通过设置推动缔约方国内立法、增强双方合作等条款促使母国监管本国投资者在东道国的行为。需要注意的是,由于强化母国监管通常需要母国通过域内立法对本国投资者的域外投资进行管辖,所以应通过协商并结合阻断法等法律工具将母国域外管辖权限制在合理区间内,避免与东道国主权产生冲突。

此外,还应通过IIAs保障东道国受害者寻求事后救济的权利,以间接促进投资者人权尽责义务的履行。在投资者未能充分履行人权尽责义务导致人权损害时,受害者在向本国或投资者母国法院寻求司法救济时将面临多重阻碍。其一,由于子公司是位于东道国的独立法人,受害者向投资者母国法院提出的诉请可能因不方便法院

^① See Martin Jarrett, Sergio Puig & Steven Ratner, Towards Greater Investor Accountability: Indirect Actions, Direct Actions by States and Direct Actions by Individuals, 14 *Journal of International Dispute Settlement* 268-279 (2023).

^② See Nicolas Bueno & Claire Bright, Implementing Human Rights Due Diligence through Corporate Civil Liability, 69 *International & Comparative Law Quarterly* 817-818 (2020).

^③ 参见黄瑶、袁律丽:《论母国对跨国公司域外侵害人权的预防义务——兼评“跨国公司与人权”国际法律文书草案的预防条款》,《学术研究》2021年第5期,第63-68页。

原则而被拒绝管辖。^①而此类被驳回的案件又难以被其他法院再次受理,若此时东道国无法提供有效补救,受害者将难以获得司法救济。^②其二,即使受害者通过东道国法院对子公司提出诉讼并获得有利判决,也可能因子公司资产不足或倒闭等因素无法获得足额赔偿,此时公司面纱原则又阻碍母公司承担相关责任。^③针对上述问题,可以结合 IIAs 中“投资”的内涵,重构此类情形下“控制”的定义,借助 IIAs 实现刺破公司面纱的目的。^④但这种方式要求受害者能够根据 IIAs 在东道国或母国法院起诉投资者,在实践中存在难度。目前,缔约方通常从保障受害者诉权角度出发,规定受害者可以就投资者在东道国造成的损害在母国法院诉诸司法,以消除部分程序障碍,2016 年《摩洛哥—尼日利亚 BIT》与 2019 年《荷兰 BIT 范本》均设置类似规定。^⑤此类条款有助于确保相关诉讼顺利进入实质阶段,具有较强的可操作性。

(二) 投资者人权尽责义务的我国实践及发展建议

我国始终高度重视企业社会责任的履行情况,主动丰富和完善工商业人权尽责的具体内容并积极投身于相关实践。2008 年《关于中央企业履行社会责任的指导意见》明确指出要推动中央企业“认真履行好社会责任,实现企业与社会、环境的全面协调可持续发展”。自 2011 年后,中国推出一系列政策措施以鼓励和促进工商业尊重人权。^⑥2021 年,在《国家人权行动计划(2021—2025 年)》中明确指出,要促进工商业在对外经贸合作、投资中,遵循《联合国工商业与人权指导原则》,实施人权尽责,履行尊重和促进人权的的社会责任。^⑦可

尽管中国在缔结 BITs 过程中对企业社会责任的重视程度不断递增,但在国际投资领域却鲜有条约设置具有明确法律内容或义务的企业社会责任条款。^⑧对此,有必要参考《指导原则》等已核可国际文书,将企业社会责任条款纳入未来的 BITs 谈判,推

① See Anil Yilmaz Vastardis & Rachel Chambers, Overcoming the Corporate Veil Challenge: Could Investment Law Inspire the Proposed Business and Human Rights Treaty?, 67 International & Comparative Law Quarterly 395-396 (2018).

② 参见王惠茹:《跨国公司侵犯人权的司法救济困境——以国际法与国内法的互动为出路》,《环球法律评论》2021 年第 4 期,第 183-184 页。

③ See Anil Yilmaz Vastardis & Rachel Chambers, Overcoming the Corporate Veil Challenge: Could Investment Law Inspire the Proposed Business and Human Rights Treaty?, 67 International & Comparative Law Quarterly 397 (2018).

④ See Anil Yilmaz Vastardis & Rachel Chambers, Overcoming the Corporate Veil Challenge: Could Investment Law Inspire the Proposed Business and Human Rights Treaty?, 67 International & Comparative Law Quarterly 411-422 (2018).

⑤ 参见《摩洛哥—尼日利亚 BIT》第 20 条、《荷兰 BIT 范本》第 7.4 条。

⑥ 参见梁晓晖:《工商业与人权:中国政策理念的转变与业界实践的互动研究》,《国际法研究》2018 年第 6 期,第 8-12 页。

⑦ 《国家人权行动计划(2021—2025 年)》, https://www.gov.cn/xinwen/2021-09/09/content_5636384.htm, 2023 年 11 月 17 日访问。

⑧ 参见毛俊响、盛喜:《跨国公司社会责任的确立:基于横向人权义务的补充分析》,《中南大学学报(社科版)》2017 年第 4 期,第 34 页。

动投资者人权尽责义务的构建与完善。除完善 BITs 具体条款外,需要重点关注投资者人权尽责义务条款中的标准问题。可以通过推动行业内部实践与国家外部谈判两种方式参与标准构建。一方面,我国应继续鼓励企业积极参与制造业、采矿业等重点行业及相关供应链中人权尽责行业标准的制定工作,并在对外投资合同中予以体现,争取利用对外投资优势地位推动形成国际惯例。另一方面,我国应进一步深入参与企业社会责任、工商业与人权等重点领域国际文书的制定。目前,我国正积极参与《在国际人权法中规范跨国公司和其他工商业活动的具有法律约束力的文书》的修订工作,这是继《指导原则》等软法标准后首个在工商业与人权领域具有约束力的国际法律文书,将对未来工商业人权尽责标准产生深刻影响。并在今后标准制定过程中细化人权尽责义务,尤其应将人权尽责的程序性标准与实质性人权标准进行明确区分。即首先就程序标准达成共识,而对于所参考的实质标准则应结合所签订人权条约及实际情况另行确定。同时还需要准确把握人权尽责的范围与尺度,合理界定国家与投资者的责任区间,防止无端将投资者责任上升至国家层面,并避免对投资者苛以超越合理范围的人权尽责要求。

五、结语

投资者人权尽责义务不仅可以在预防负面人权影响方面发挥独特作用,还有助于调整投资者与东道国间权利义务失衡的现状。近年缔结的部分 IIAs 及颁布的 BIT 范本直接或间接通过企业社会责任等条款将人权尽责纳入投资者义务,虽然约束力度存在差异,但反映出各国倾向于通过事前预防进行人权风险管理的整体趋势。根据既往案例,理论上投资者人权尽责义务可以通过影响仲裁庭管辖权与案件可受理性、调整责任分配以及触发东道国反诉等方式提高投资者潜在仲裁成本,促使其开展充分的人权尽责行动以保护东道国人权。但人权尽责义务标准与属性的模糊以及相关条款的缺失将阻碍此义务在投资仲裁中发挥效用。对此,有必要在构造义务标准和明确义务属性的基础上,根据前述作用路径完善具体条款,增强东道国在相关投资仲裁中进行抗辩和反诉的能力。目前,我国已经在人权尽责领域积极开展实践,应继续深入参与人权尽责相关行业标准与国际标准的制定工作。

Investors' Human Rights Due Diligence Obligations in International Investment Law: Current Situation and Approach

Abstract: Introducing human rights due diligence (HRDD) as the investors' obligation in international investment law can help to safeguard the proper exercise of regulatory powers by host States and mitigate human rights risks. While many

states have incorporated or updated related HRDD provisions in their model bilateral investment treaties, the provisions of international investment agreements (IIAs) in force that address this obligation are generally not binding. Indeed, by analyzing past awards in international investment arbitrations involving investor due diligence, HRDD obligation can motivate investors to protect human rights in the host State through at least four paths: by affecting the jurisdiction of the tribunal, the admissibility of the claim, the allocation of liability, and by giving rise to counterclaims by the host State. However, the realization of these functions is highly uncertain due to the practical factors such as ambiguous standards and inadequacy of specific provisions. Therefore, based on domestic laws and relevant international norms, a relatively uniform standard of investors' HRDD should be constructed. And it is also important to clarify the legal attributes of this obligation and to improve the specific provisions in IIAs in accordance with the path of its functioning. For China, as a major two-way country in terms of outward investment and the use of foreign direct investment, it is necessary to include the corporate social responsibility clauses in the negotiations of the bilateral investment treaties so as to promote coherence between human rights and development in international investment.

Key words: investors' obligation; human rights due diligence; corporate social responsibility; international Investment Agreement; International Investment Arbitration

(责任编辑:漆彤)