



第七十届会议

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

促进建立一个民主和公平的国际秩序

秘书长的说明

秘书长谨向大会转递促进民主和公平的国际秩序独立专家阿尔弗雷德-莫里斯·德萨亚斯依据大会第 69/178 号决议提交的第四次报告。

* A/70/150。



促进民主和公平的国际秩序独立专家的报告

摘要

本报告是该独立专家向大会提交的第四次报告，重点讨论投资者与国家间的争端解决机制对于民主和公平的国际秩序的影响。即将提交给人权理事会的关于国际投资协定的报告(A/HRC/30/44)是本报告的基础。该独立专家呼吁大会要求国际法院就《联合国宪章》和联合国各项人权公约优先于其他条约的问题提出咨询意见。

一. 引言

1. 根据《2015 年世界投资报告》，全球范围内的国际投资协定制度目前的功能发挥情况日益令人不安，而且考虑到如今的可持续发展需要，各国政府在经济中所发挥的作用加大，以及投资环境的演变，都促使人们致力于改革国际投资规则，力求使其更加适合应对当今的各种政策挑战。因此，该制度正在经历一段反思、审查和修正时期。正如 2014 年 10 月举行的联合国贸易和发展会议(贸发会议)世界投资论坛、很多国家开展的激烈的公开辩论以及各种议会听证程序，包括区域范围内的辩论所表明的那样，各方正在形成一个共识，即需要改革国际投资制度，确保其能够服务于所有的利益攸关方。要讨论的问题并非是否改革，而是此类改革的内容、方式和程度。¹

2. 本报告是该独立专家向大会提交的第四次报告，应结合他提交给即将举行的人权理事会第三十届会议的报告(A/HRC/30/44)加以解读。在那份报告中，他分析了国际投资协定的运作情况。本报告重点讨论很多国际投资协定所附带的投资者与国家间的争端解决机制，以及这些机制对于民主和公平的国际秩序的不利影响。该独立专家在报告中综合了贸发会议《2014 年贸易和发展报告》²和《2015 年世界投资报告》，人权理事会人权与跨国公司和其他工商企业问题工作组的报告，³以及负责外债、粮食、水、保健、环境、赤贫、土著人民、法官和律师独立性以及国际团结问题的特别报告员所开展的 analysis。他还参考了非国家行为体人权义务领域的相关学术著作。⁴

3. 该报告额外的价值在于它识别了那些未以人权为基本出发点的国际投资协定对于民主和公平的国际秩序所带来的各项威胁。同样带来威胁的还有投资者与国家间的争端解决仲裁机制，因为此等机制缩小了国家的监管空间，也没有强制

¹ 贸发会议，《2015 年世界投资报告：改革国际投资的治理》(联合国出版物，销售品编号：E.15.II.D.5)第四章，引言。

² 联合国出版物，销售品编号：E.14.II.D.4。

³ 见 www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/WGHRandtransnationalcorporationsandotherbusiness.aspx。

⁴ A. Clapham, 《非国家行为体的人权义务》(牛津大学出版社, 2006 年); A. Clapham 编辑《人权与非国家行为体》(Elgar 出版社, 2013 年); O. De Schutter, “欧洲法律中对于跨国公司侵犯人权行为的问责”, 纽约大学法学院, 2004 年; O. De Schutter, “人权与跨国公司: 为取得一份具有法律约束力的文书而铺平道路”, 人权理事会第二十五届会议期间由厄瓜多尔于 2014 年 3 月 11 日和 12 日召集的研讨会; H. Verbitsky 和 J. Bohoslavsky, *Cuentas Pendientes: Los Cómplices Económicos de la Dictadura*(布宜诺斯艾利斯, Siglo XXI 出版社, 2013 年); 国际法学家委员会, 《企业与人权领域新的国际文书的需要和选择》; 大赦国际, “印度: 法庭裁决要求陶氏化学对博帕尔毒气惨剧承担责任”, 2013 年 7 月 3 日; J. Wronka, 《人权与社会公正: 帮扶和保健专业人员的社会行动和服务》(Saga 出版社, 2008 年); V. Nerlich, “核心犯罪与跨国公司”, 《国际刑事司法杂志》, 第 8 卷, 第 3 期(2010 年 7 月), 第 895-908 页。

要求仲裁员优先适用人权条约的准则。报告强调指出：目前的迫切任务是确保日后起草协定时，应避免过去那种滥用权利的方式，并呼吁修改现有的 3 200 项国际投资协定，其中 1 500 多项即将到期。⁵该独立专家从以人权为中心的独立视角，提出了全新的观念，同时也强调《维也纳条约法公约》中的相关规定，以期修订或终止其中的一些协定，同时废除投资者与国家间的争端解决机制，因为它有违良善风俗，并与《公民权利和政治权利国际公约》以及《经济、社会及文化权利国际公约》的有关规定格格不入。

4. 根据大会第 69/178 号决议第 6 段的规定，该独立专家承认：一个民主和公平的国际秩序的实现需要众多条件，特别是实现人民和国家对其自然财富和资源拥有永久主权的权利；每个人和所有人民的发展权；国际团结；通过加强国际合作，特别是在国际经济、商业和金融关系方面的合作，促进公平享受财富国际分配所产生的惠益；以及世界各国共同承担管理世界各地的经济和社会发展事务的责任，并以多边方式消除国际和平与安全受到的各种威胁。

5. 根据该决议第 11 段的规定，他尽力识别所面临的障碍，并承诺继续紧急开展工作，以建立一个基于所有国家之间公平、主权平等、相互依存、共同利益与相互合作的国际经济新秩序。他也意识到这项任务在预防方面需要开展的工作，并回顾决议第 12 段的重申内容，即国际社会应想方设法消除在充分落实所有人权方面现存的障碍，应对有关挑战，并防止这些障碍和挑战所导致的侵犯人权现象继续存在。

6. 近年来，很多国家、政府间组织、非政府组织和宗教团体日益意识到，⁶国际投资协定制度对于人权的享受带来严峻威胁。但面对这样的威胁，仍缺乏一个全球性的解决方案，其原因可能是各种问题错综复杂，而且一直反对改革的跨国企业和投资者的力量也不容小觑。中立的观察员不难理解所涉及的两个基本的本体。第一个是国家的本体，即出于公共利益而制定法律，并为了其辖下人民的福利而通过相关法律、法规和做法，包括改善劳动标准、粮食安全、用水清洁和医疗服务，提供一个健康的环境、适当的住房，并确保由一个透明和可问责的法庭体系管理司法。有人将该本体看成是一份社会契约。第二个本体是投资、商业、企业、银行业和其他自由经济活动的本体。由于这些活动自身所具有的性质，其涉及风险的承担，因此对于利润的预期合情合理。但我们能否保证一个投机的投

⁵ 贸发会议，《世界投资报告》，第四章，第 162 页。

⁶ 除其他外，见教皇弗朗西斯 2015 年 7 月 10 日在玻利维亚圣克鲁斯的发言：“新殖民主义有多种表现形式。有时候，它表现出‘贪欲之神’的无名影响：公司、贷款机构、某些‘自由贸易’协定以及总是勒紧工人和穷人皮带的‘紧缩’措施。”这也许是呼应了圣杰洛姆的说法：“*Homo mercator vix aut nunquam potest Deo placere*”(“商人很难甚至永远无法得到上帝的欢心”)。http://en.radiovaticana.va/news/2015/07/10/pope_francis_speech_at_world_meeting_of_popular_movements/1157291；www.latribunadejulianromero.blogspot.com.es/2014/10/couple-of-couplespar-de-pares.html?m=1。

资者或一个发放贷款却没有足够股本的银行总是能够赚取利润？不能，因为投资者有时盈利，有时也会亏损。真正不正常的现象是投资者要求获得利润保证，建立一个法外争端处置的平行系统，而这样的系统常常不具备独立性、透明度和问责制，甚至缺乏上诉的渠道，并寻求篡夺国家的职能，阻挠政府出于公共利益而对财政和预算事宜的监管。从过去 25 年来看，投资者滥用权利、仲裁决定显失公平的例子不胜枚举。这种现象不仅导致人权受到侵犯，而且还导致“监管冷淡”甚至“监管冻结”，即利用国家担心被告上投资者与国家间的争端解决机制仲裁庭的心理，阻止国家通过废弃物处置或烟草控制方面的法规。这些仲裁不但保护投机者做出高风险的投资决定，同时不让国家有监管的空间，迫使国家只能在社会服务上采取“紧缩措施”。2007-2008 年金融危机期间，政府从国库提取数十亿美元的资金用于救助失去偿付能力的银行，现在，又正在救助冒险挺进却未投保的投机性投资者，这两种做法在本质上没有区别，都相当于利润的私有化以及亏损的社会化。与任务有关的一个问题涉及实现一个民主和公平的国际秩序所面临的障碍。要回答这个问题，必须承认国际投资协定以及投资者与国家间的争端解决机制对于人权的不利影响。

二. 悖论

7. 过去 70 年来，联合国在准则的制定方面开展了卓有成效的工作，不仅提出了《世界人权宣言》，而且推出了大量具有法律约束力的文书，其中包括 10 项核心的人权条约以及无数宣言和决议，例如，《建立新的国际经济秩序宣言》、《发展权利宣言》和《联合国土著人民权利宣言》。而编纂和完善人权准则的崇高任务仍在继续进行。而且，联合国也建立了相关的执行机制，包括基于条约而设立的机构，例如，人权事务委员会和经济、社会和文化权利委员会。这些机构通过采纳对于国际公约相关规定的一般性意见，推动了标准制定的工作，同时还从事相关的监督工作，审查缔约国定期提交的报告，并开展实地访问。人权事务委员会建立了特别程序机制，其中包括工作组、特别报告员和独立专家，并委托他们各自负责具体的专题或国别任务。人权理事会作为人权事务委员会的接替者，扩大了特别程序所涵盖问题的范围，并发展了普遍定期审议。而各国也做出了相关承诺，例如，关于千年发展目标和 2015 年后发展议程的承诺。2015 年 7 月在亚的斯亚贝巴举行的第三次发展筹资问题国际会议制定了亚的斯亚贝巴行动议程，并就一份成果文件草案⁷达成一致，以供拟于 2015 年 9 月在纽约举行的联合国首脑会议通过 2015 年后发展议程。这些工作值得着重强调。虽然该独立专家欢迎各方更多地关注发展筹资问题，但他担心现有的 3 200 项国际投资协定，特别是投资者与国家间的争端解决机制，可能会使该行动议程的执行充满不确定性。

⁷ “变革我们的世界：2030 年可持续发展议程”。可查询：<https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/7891TRANSFORMING%20OUR%20WORLD.pdf>。

8. 从区域来看，我们看到《欧洲保护人权和基本自由公约》(《欧洲人权公约》)及其议定书，以及《美洲人权公约》和《非洲人权和人民权利宪章》获得通过。所有这些公约均使人权法庭有能力做出具有约束力的判决。如此大规模的规范、监督和执行活动显示了“法律确信”，形成了一个任何国家或非国家行为体都无法忽视的习惯性国际人权法。对于国际人权机制普遍适用的特点，已有很多书面论述。目前需要的是解释如何以最佳方式落实国际人权机制，以及国际法院就人权条约义务优先于其他条约的问题发表一项明确的声明。

9. 自相矛盾的是，各国签订的双边和多边自由贸易和投资条约阻碍了这些国家履行人权条约义务，导致公民、文化、经济、政治和社会权利受到侵犯。也许是承诺的增长和就业机会，让这些国家身不由己，但它们很少意识到投资者天生逐利，会坚决抵制人权机构的审查，也会拒绝承担具有法律约束力的义务。不论如何，各国仍受到各项国际公约的约束，必须确保在其境内经营的非国家行为体不会侵犯人权。国家有保护的责任，特别是在司法方面。《公民权利和政治权利国际公约》第十四条要求各国确保在一个透明和问责的体制内，由具备必要能力且独立的审判庭审理法律诉讼。⁸自相矛盾的是，各国同意设立特别的投资者与国家间的争端解决机制仲裁庭，但这些仲裁庭常常不具备独立性、透明度和问责制。发表的相关研究表明，专门的法律事务所与仲裁员和公司串通一气，利用“私人化的司法”系统，逃避第十四条所要求的公共法庭的审判，对于权利的滥用令人瞠目结舌。鉴于国内法律体系业已完善并且正常发挥职能，投资者与国家间的争端解决机制没有任何增加值可言，然而强大的投资者和跨国公司出于既得利益的考虑，不会轻易放弃概机制。⁹

10. 自相矛盾的是，虽然各国义务遵守该国际公约第二十五条规定的公众参与条款，但它们的条约谈判过程并不公开，并将包括工会、消费者联合会组织、医疗卫生工作者和环保团体在内的关键利益攸关方排除在外。有时候，还在议会快速通过秘密条约，以避免公众参与。在民主意义上，这样的协定不具合法性。

11. 人权条约规定的对于各国具有法律约束力的义务变成一纸空文，原因仅仅是没有一个审判庭有能力对未能履行其保护责任的国家施加制裁，没有一个针对投资者的执法机制？是否因为人权条约项下的法律义务优先等级低于自由贸易和投资协定项下的条约义务？是否因为人权条约只是全球化在道德方面的一块遮羞布？

12. 虽然有了正确诊断，特别是贸发会议的分析以及包括 Joseph Stiglitz、Paul Krugman 和 Jeronim Capaldo 等专家开展的具有洞察力的分析，各国政府受到跨

⁸ 人权事务委员会，第 33 号一般性意见(2009 年)。

⁹ P. Eberhardt 和 C. Olivet, 《不义之财：法律事务所、仲裁员和金融家如何助长了投资仲裁案件数量的猛增》(布鲁塞尔/阿姆斯特丹，欧洲企业观察，2012 年)；欧洲企业观察，“借危机发财：公司和律师如何利用欧洲陷入危机的国家来搜括财富”，2014 年。

国公司的压力，仍在继续达成新的附带投资者与国家间的争端解决条款的国际投资协定，而这样做会使问题进一步恶化，最终会导致体系的瓦解甚至危机的发生，危及地方、区域甚至国际和平及安全。

13. 建立投资者与国家间的争端解决机制仲裁庭的一个理由是，投资者并不信任国家司法体系，因而希望另行设置一个管辖权，用于解决商业争端。令人难以理解的是，为什么会有国家会接受对方暗指其国家法庭缺乏资格，并且同意建立一个被广泛认为缺乏独立性、透明度和问责制的私人化争端解决体系。

三. 核心准则和原则

14. 联合国所有会员国均受《联合国宪章》的约束。《联合国宪章》类似于一部世界宪法。《宪章》第一百零三条规定：“联合国会员国在本宪章下之义务与其依任何其他国际协定所负之义务有冲突时，其在本宪章下之义务应居优先。”该规定意味着，如双边和多边自由贸易和投资协定中包含的规定与《宪章》有冲突，则必须修改或终止此类协定，对于有违宪章的规定必须根据可分割性学说予以分割。¹⁰

15. 根据《维也纳条约法公约》第二十六条规定的“条约必须遵守”这一国际法基本准则，现有的条约必须得到“善意”地执行，而且除非当事方明确同意修改之前的条约，否则如果后续条约阻碍现有条约下各项承诺的履行，则应一概认为此等后续条约不具合法性。根据该《公约》第三十一条和第三十二条的规定，对于无意出现的不相符合的规定，应基于善意的原则加以解决，即以与之前条约保持一致的原则对后续条约进行解释。根据《宪章》第一百零三条的规定，后续条约在任何情况下都必须与《宪章》相符，如果它们阻碍《宪章》宗旨和原则的落实，包括其各项人权规定的履行，则应为无效。之所以要提出这样的论据，是因为大多数国家在签订国际投资协定之前，已经是联合国各项人权条约(其中包括各项国际公约)的缔约国，“条约必须遵守”原则要求这些联合国条约得到履行，而对于国际投资协定的解释和适用不得与《宪章》或各项联合国条约相抵触，这些条约包括国际劳工组织(劳工组织)《1989年土著和部落人民公约》(第169号公约)、世界卫生组织(世卫组织)《烟草控制框架公约》、联合国粮食及农业组织(粮农组织)以及联合国儿童基金会(儿基会)的各项公约，以及欧洲经济委员会的《在环境问题上获得信息、公众参与决策和诉诸法律的公约》(《奥胡斯公约》)。

¹⁰ 见国际法委员会的简要记录；人权事务委员会，第24号一般性意见(1994年)；Roslyn Moloney，“对于人权条约的不相容保留：可分割性和国家同意问题”，《墨尔本国际法杂志》，第5卷，第1期(2004年5月)。

16. 根据习惯国际法以及《维也纳公约》第五十三条，如有条约或条约的规定违反国际法的强制规范（“强制法”），则其“有违良善风俗”，应为无效。¹¹这其中包含一大类合同和条约。它们涉及不道德的活动，或其可预见的后果会阻碍一个国家履行其保护职能。因此，凡有条约削弱一个国家履行其于联合国人权条约下各项义务的能力，则此等条约便有违国际“公共秩序”，也违背所有国家根据《宪章》所做出的承诺。同样，所谓“狮子条约”或不平等条约，例如一些新成立国家与前殖民国之间的条约，必须被视为违背《宪章》，也不符合国家平等的原则。在国际法委员会 2001 年通过的《国家对国际不法行为的责任条款草案》第 41 条的编纂过程中，对于“强制法”的概念进行了进一步的阐述（见 A/56/10 和 Corr.1）。¹²

17. 国家职能受到跨国企业篡夺，要解决随之而来的宏观经济问题和侵犯人权问题，需要运用《国际法院规约》第三十八条第 1 款所述的“一般法律原则”，包括不容否认、“侵权行为不得产生权利”、禁止滥用权利、¹³“越权”行为以及“有违良善风俗”的协定无效。事实上，所有司法体系均承认一些人道主义不成文法的存在，正如索福克勒斯的《安提戈涅》所表现的那样，它们是法律的根本精神（孟德斯鸠），是先于准则编纂而存在的内在价值观。而从现有的国际投资协

¹¹ Hersch Lauterpacht 在提交给国际法委员会的关于条约法的第一次报告中，提出“相当令人信服的国际道德规则”可构成国际公共政策相关原则的一部分，而此等原则可判定相关条约无效。见《1953 年国际法委员会年鉴》，第二卷。另见 Michael Akehurst，他认为风俗或惯例在具有强制特点的过程中，道德是关键。M. Akehurst，“国际法中法律来源的等级”，《英国国际法年鉴》，第 47 卷，第 1 期（1975 年）第 273 页，第 283 页。另见国际法委员会第 683 次会议简要记录（A/CN.4/SR.683）（1963 年），第 45 段，见 http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/summary_records/a_cn4_sr683.pdf&lang=EFS。Alfred Verdross 推动了相关立场的发展，即“整个国际社会的更高利益”能够判定那些违反一般国际法律强制规律的“不道德条约”无效。A. Verdross, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*（维也纳，Springer 出版社，1926 年），第 21 页及以下。另见 A. Verdross，“Jus dispositivum and jus cogens”，《二十世纪国际法》，L. Gross 编辑（纽约，Appleton-Century-Crofts 出版社，1969 年），第 222-223 页；Hermann Mosler，《作为一个法律共同体的国际社会》（Springer 出版社，1980 年），第 142 页；R. Y. Jennings，“国际法中的无效和效力”，《剑桥国际法专论：McNair 勋爵纪念文集》（伦敦，1965 年），第 64 页，第 74 页；G. Hernandez，“一个不情愿的守护者：国际法院和‘国际共同体’的概念”，《英国国际法年鉴》第 83 卷，第 1 期（2012 年），第 13-60 页。

¹² C. Tams 等人编辑，《条约法研究手册》（Elgar 出版社，2014 年）。S. Talmon，“对于非法使用武力或以其他严重违反‘强制法’义务的方式所造成的情况，不予承认为合法的职责”，C. Tomuschat 和 J.-M. Thouvenin 编辑，《国际法律秩序基本规则》（Nijhoff，2006 年）。

¹³ A. Kiss，“滥用权利”，R. Wulfrum，《Max Planck 国际公法百科全书》，第一卷（2006 年），第 20-26 页。M. Byers，“滥用权利：古老的原则，新的时代”，《McGill 法律杂志》，第 47 卷（2002 年），第 389-431 页。例如，可参阅《国际仲裁裁决汇编》第三卷，第 1905 页，Trail 冶炼厂案件（美国、加拿大）中提及的滥用权利，《联合国海洋法公约》第三百条也有提及：“缔约国应以不构成滥用权利的方式，诚意履行……义务。”另见 V. Paul，“国际法中的滥用权利和善意”，*Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht*，第 28 卷（1977 年），第 107-130 页；B. O. Iluyomade，“国际法中权滥用利投诉的范围和内容”，《哈佛国际法杂志》，第 16 卷（1975 年），第 47-92 页。

定看，特别是从投资者与国家间的争端解决机制仲裁庭来看，可发现权利滥用的多重问题。滥用权利学说的基本精神可从罗马法的原则中找到，即“*sic utere jure tuo ut alienum non laedas*”，规定一个人在行使自己的权利时不得损害他人的权利。法律思想的一个固有观念是：因为国际法的所有主体都可能滥用权利，所以出于“公共秩序”方面的考虑，必须建立一套体系来控制此等权利的行使。法庭和仲裁庭必须尊重这些一般法律原则和《国际法院规约》中确认公平原则(第三十八条第2款)。

18. 对于经济犯罪，特别是在经济和金融活动导致严重侵犯人权的情况下，包括大规模失业、农业部门的迁移、危害粮食安全甚至导致饥荒、食品造假、环境破坏、水污染、导致因癌症和其他并发症死亡的放射性污染、基因变异和生态系统破坏(生态灭绝)，可能需要适用国内和国际刑法以及《国际刑事法院罗马规约》。此等活动是对于人类尊严的侵犯，是有违人道的犯罪，可根据《规约》与故意造成重大痛苦的刑法原则有关的第七条第1款k项对其加以审判。犯罪者可能是制药工业；采矿企业，特别是开采金矿和铀矿的企业；天然气和石油提炼和水力压裂以及破坏臭氧层的企业。此等犯罪应受到普遍管辖。¹⁴对于公司的活动，包括贿赂公务人员，可适用2003年《联合国反腐败公约》。迄今，投资者与国家间的争端解决机制仲裁庭并未被要求将这些条约纳入考虑范围，这些仲裁庭倾向于优先考虑投资者的经济利益，而非保护人权和环境这样的强制要求。

19. 人权条约、一般法律原则、习惯国际法、各项声明和决议构成一个硬法律和软性法律准则的共生体系，是实现民主和公平的国际秩序的一个至关重要的国际“公共秩序”。该法律机制与国内“公共秩序”共同作用，框架可压制投资者通过挑战一国立法和司法机构民主保障的国际投资协定，进而破坏法治的企图。

20. 通过呼吁各国监管在其管辖内注册或经营的投资者和跨国企业，并消除威胁或以任何有违《宪章》的方式而使用经济力量的现象，符合联合国促进稳定和合作的任务。

四. 投资者与国家间的争端解决机制

21. 投资者与国家间的争端解决机制形成的时间不长，且具有相当大的随意性。很多国际投资协定均附带这种私人化的争端解决形式。在出现争端时，投资者不是向地方法庭提起诉讼或请求外交保护，而是依赖于三名仲裁员，由其依据保密的程序，决定国家是否侵犯了其权利和投资。虽然投资者与国家间的争端解决机制仲裁庭可审理投资者针对国家提出的诉讼，但却不受理国家针对投资者提出的诉讼。例如，当投资者违反了国家的法律法规、污染了环境和供水、引入了具有

¹⁴ H. Pontell 和 G. Geis 编辑,《白领和公司犯罪》(Springer 出版社,2007年)。比较 Cesare Lombroso, “*Delitti vecchi e delitti nuove*”, 1902年, 预测到 Edwin Sutherland 的《白领犯罪》, 1949年。

潜在危险的转基因生物时，仲裁庭并不受理国家提出的诉讼。投资者与国家间的争端解决机制一个先天缺陷是其“特洛伊木马”特性：在将其引入国际投资协定时，并未全面披露其可能的侵扰性应用，在协定的拟定期间缺少关键利益攸关方的参与，也没有公投，因此缺乏民主合法性。考虑到此等机制的影响，各国政府有责任积极地向选民提供相关信息。如未能做到，则违反了《公民权利和政治权利国际公约》第十九条和第二十五条的规定。要获得国际投资协定的文本，只能依赖于提出信息自由方面的诉讼或维基解密的披露。

22. 《2015 年世界投资报告》对情况进行了调查，并提出了一个备选方法清单。设立和维持投资者与国家间的争端解决机制仲裁庭的一个理由是，它们提供了法律补救的另一个渠道，也是一个更为有效的执法体系。但问题是这样的观点并未考虑此等渠道是否真有必要，是否会导致国际法不成体系、仲裁判例的不一致以及总体上缺乏可预测性，进而导致国家出于公共利益开展合法监管面临“寒蝉效应”。有时候，支持投资者与国家间的争端解决机制而提出的另一个理由是，它可避免麻烦的外交保护。但考虑到《宪章》以及习惯国际法，这样的理由站得住脚吗？在国际关系中，外交保护具有悠久的历史，事实已经证明它是一个实用且很多情况下有效的争端解决方式，完全与《宪章》第一条和第二条的精神相符。

23. 基于民主治理的需要、透明和可问责法庭的司法，以及基于国家主权学说和人权法律，可得出多个理由来反对投资者与国家间的争端解决机制。很难证明允许投资者与国家间的争端解决机制给予外国投资者更大的权利，让国内投资者处于不利地位，进而造成不公平的竞争环境。投资者与国家间的争端解决机制仲裁庭缺乏透明度，仲裁员的独立性和公正性令人担忧，这些基本问题无法通过“修理”现有的投资者与国家间的争端解决机制使用过滤程序或限制投资者使用此等仲裁，例如，缩小可审议事宜的范围，而得到解决。投资者与国家间的争端解决机制人为地形成一个寻求利用私人化仲裁的动机，使东道国面临严重的法律和金融风险。事实上，仲裁员酬金和律师费用过高，极不合理。投资者与国家间的争端解决机制的裁决已导致有国家放弃了保护公众健康的措施，并降低了环境标准。仅仅是因为投资者与国家间的争端解决机制的存在，便足以导致出现监管冷淡，已经阻碍或可能在未来阻碍相关国家采取措施尊重、保护和履行其人权义务，进而对民主和公平的国际秩序造成不利影响。

24. “公共公民”组织的 Lori Wallach 已阐述了投资协定如何“让公司有机会通过三名私营部门贸易律师组成的仲裁庭，在很少甚至完全不考虑利益冲突规则的情况下进行裁决，进而在国内法庭体系之外挑战公共利益方面的监管措施”。欧洲议会中代表欧洲绿党的议员 Ska Keller 写道：“民主决策被迫接受国际仲裁的宰割。受到起诉的国家只有两个选择：一是和其他国家一样收回已做出的决定，二是支付大额款项，作为对投资者的补偿”。卡托研究所的 Daniel J. Ikenson 得出的结论是：“投资者与国家间的争端解决机制将国民待遇本末倒置，向外国公

司提供本国公司都无法享受的特权”。¹⁵事实上，投资者与国家间的争端解决机制会对民主秩序构成一个特别的挑战，特别是当民选政府产生的目的是执行特定的社会政策，但却因为这些民主决定的政策而受到投资者起诉时。

25. 虽然国际仲裁庭能够也应该以滥用提起诉讼的权利(见《公民权利和政治权利国际公约》任择议定书第三条)或滥用程序为由宣布拒绝受理无关紧要的案件，但投资者与国家间的争端解决机制仲裁庭却很少这样做，仍受理无关紧要和无理取闹的诉讼，使当事方发生巨额费用，对于发展中国家造成尤其大的伤害。

26. 根据《2015 年世界投资报告》，已知的投资者与国家间的争端解决机制案件达 608 起，有 99 个国家成了一个或多个已知索赔的被告。2014 年，投资者提起诉讼的已知案件 42 起，其中 35 起由来自发达国家的投资者提起，5 起由来自发展中国家的投资者提起；有 2 起案件的索赔人国籍未知。从头开始数，最常被提及的母国依次为美利坚合众国(129)、荷兰(67)、大不列颠及北爱尔兰联合王国(51)、德国(42)和法国(36)。而最常被提及的被告国家为阿根廷(56)、委内瑞拉(36)、捷克共和国(29)和埃及(24)。贸发会议发布的一张图表很能说明问题，其中显示的基于是非曲直的裁决结果表明，60%的裁决有利于投资者，40%的有利于国家。应当重申，投资者与国家间的争端解决机制只接受投资者针对国家提起的诉讼，却不接受国家针对投资者提起的诉讼。因此，国家在 60%的案件上败诉，确实伤害很大，裁决给投资者的数十亿美元最终由公众支付，意味着可用于教育、保健或基础设施的资金大幅减少。统计表明约 64%的赔款流向年营收超过 100 亿美元的公司，29%流向年营收在 10 亿至 100 亿美元之间的公司，或流向净财富超过 1 亿美元的个人，说明投资者与国家间的争端解决机制赔款形式的金融转移主要的受益人为超大型公司和超级富翁。在 Yukos Universal Ltd.公司(马恩岛)诉俄罗斯联邦系列案件中，赔款金额超过 500 亿美元，法律费用超过 6 000 万美元，是金额最大的一笔赔款。裁决的其他赔款也影响到像厄瓜多尔这样的国家。2012 年，厄瓜多尔被命令向 Occidental Petroleum 公司支付 23 亿美元(见下文第 30 段)。

27. 由于篇幅限制，提交给大会的报告无法逐一列举投资者与国家间的争端解决机制与人权的冲突之处，但可讨论一些无法快速解决的典型问题。投资者与国家间的争端解决机制的裁决中，有违良善风俗的不胜枚举。本报告无法总结这些裁决，不仅是因为篇幅限制，还因为这些裁决会让人道德迷失。

28. Metalclad 公司诉墨西哥。《北美自由贸易协定》下的这个案件涉及一家名为 Metalclad 的废弃物管理公司，它起诉墨西哥，声称受到间接征用(E/CN.4/Sub.2/2003/9, 第 33 段及以下)。1993 年，Metalclad 收购了本地的一家废弃物管理公司，准备建造并运营一个废弃物填埋场。该项目需要获得市、州和

¹⁵ http://csis.org/files/publication/141029_investor_state_dispute_settlement.pdf。另请参阅：
<http://ttip2015.eu/blog-detail/blog/isds%20risks.html>。

联邦各级政府的许可。虽然市一级政府之前已拒绝发放许可证，Metalclad 仍继续推进项目。而且由于环境方面的考虑以及当地居民的反对，市级有关当局从未发放许可证。最终，州级有关当局签发了一项生态法令，宣布当地为自然保护区，强制要求该废弃物管理项目关闭。投资者与国家间的争端解决机制仲裁庭认定该国政府采取的措施相当于征用，命令墨西哥支付 1670 万美元作为补偿。墨西哥寻求对于该裁决进行法定审查，加拿大政府介入到审理程序中。不列颠哥伦比亚最高法院的一名法官认定：

仲裁庭在适用《协定》第 110 条时，对征用给出了一个极其广义的定义。除了对于征用一个更为常见的理解，即涉及不动产的取用，仲裁庭认为《北美自由贸易协定》下的征用包括对于不动产的使用不明显的或附带的干扰，其产生的影响是全部或在很大部分上剥夺了业主对于不动产的使用或合理预期的经济利益。该定义广泛到足以将市政当局或其他规划当局对于不动产合法的区域划分包含在内。¹⁶

29. 促进与保护人权小组委员会 2003 年的一项研究表明：

对于征用规定的此等广义解释会对促进和保护人权方面的法规造成直接影响……政府就化学和有毒废弃物所采取的行动会波及到人权的享受，例如健康权和饮水权……一位评论员指出：对于征用规定的此等广义解释可能会逆转既定的环境政策原则，即污染者应对自己的污染负责，而不是因为不污染而获得偿付(E/CN.4/Sub.2/2003/9，第 35 段)。¹⁷

30. Occidental Petroleum 公司诉厄瓜多尔。2012 年 10 月 5 日，国际投资争端解决中心的一个分仲裁庭认定厄瓜多尔违反了美国与厄瓜多尔达成的双边投资条约，裁定的损害赔偿金达 23 亿美元，当时是此等仲裁庭所裁定的最高赔款。该赔款印证了仲裁庭所行使的巨大权力，也引发了关于该国际中心的规范性问题。¹⁸虽然该仲裁庭认定 Occidental 公司在未经政府批准的情况下，其生产权的 40% 非法出售给其他公司，而特许合同中有一项专门的条款规定未经政府事先批准出售生产权构成重大违约，且合同明确执行厄瓜多尔的碳氢化合物法律，该法律保护政府对那些寻求在环境敏感的亚马逊地区生产石油的公司进行审查的特权，但三位仲裁员中，仍有二人决定不考虑厄瓜多尔提出的 Occidental 公司违约问题，使用一个深奥的比例原则观点，做出有利于该跨国公司的裁决。持不同

¹⁶ 墨西哥合众国诉 Metalclad 公司，不列颠哥伦比亚最高法院，Tyson 法官所做出裁决的理由，2001 年 5 月 22 日，第(99)段。

¹⁷ 引用《私人权利，公共问题：探讨〈北美自由贸易协定〉中关于投资者权利存在争议的章节》(加拿大温尼伯，国际可持续发展研究所和世界野生生物基金会，2001 年)，第 33 页。另见 <https://gusvanharten.files.wordpress.com/2015/05/appendix-c-opinion-articles-of-g-van-harten.pdf>。

¹⁸ <http://kluwarbitrationblog.com/blog/2012/12/19/icsids-largest-award-in-history-an-overview-of-occidental-petroleum-corporation-v-the-republic-of-ecuador/>。

意见的仲裁员表示完全无法认同该裁决。¹⁹厄瓜多尔之后提交申请，要求取消裁决；是否取消仍有待裁定。

31. **Renco 公司诉秘鲁。**Renco 集团正在使用投资者与国家间的争端解决机制，来逃避因为在秘鲁拉奥罗亚造成大规模污染而产生的司法追责。该集团在拉奥罗亚的子公司 Doe Run 未能履行其限制排放和清理严重污染的承诺。秘鲁两次延长了限定 Doe Run 停止污染的期限。由于该公司未能履行其 1997 年做出的承诺，即安装减轻污染的装置并对已经造成的健康危害承担责任，政府拒绝给予第三次延期，此时 Renco 利用投资者与国家间的争端解决机制战术，给该国政府施压，要求政府允许其重新启动冶炼厂且仍不安装污染物捕捉装置。因此，投资者与国家间的争端解决机制被用来逃避秘鲁的司法追责。同时，从 1997 年 10 月开始，代表 162 名拉奥罗亚市染病的儿童，共向密苏里州法庭针对 Renco 和 Doe Run 公司提起的个人伤害诉讼达 11 起。但是这些案件的诉讼程序已经停止，原因是需要等待投资者与国家间的争端解决机制的仲裁结果。²⁰

32. **Chevron 公司诉厄瓜多尔。**从投资者与国家间的争端解决机制原告行为有违良善风俗且滥用权利的角度看，问题最大的案件之一是 Chevron 诉厄瓜多尔案。该案的起由是 Texaco(之前的公司名称)在亚马逊地区的经营导致环境破坏，根据厄瓜多尔法律，Texaco 公司被提出一系列司法诉讼。在原始的雨林环境中，Texaco 钻了 350 口油井，而且在离开厄瓜多尔时，留下了约 1 000 多个露天且未铺设隔离膜的废弃物储存坑，其中存放着原油和有毒的污泥。这些储存坑中的原油和有毒污泥后来渗透到地下水中，污染了数十万人饮水、做饭、洗澡和捕鱼所依赖的河流和溪流。另外，Chevron 还被指控应对向河中倾倒 180 亿加仑有毒废水——钻探过程中产生的副产品——的行为负责。在运营高峰期，该公司每天倾倒 400 万加仑废水。该公司 1967 年在厄瓜多尔开始运营，而在此之前的几十年，美国主要的石油生产州就认定这种行为为非法行为。以在其母国非法的方式处置在厄瓜多尔产生的废水，Texaco 每生产一桶石油，估计可节省 3 美元。厄瓜多尔亚马逊地区爆发了大规模的公共健康危机，而其根源是 40 年石油钻探产生的大规模污染。这些污染导致癌症、流产、先天缺陷和其他疾病。2011 年，厄瓜多尔最高法院判决 Chevron 支付 95 亿美元的损害赔偿。Chevron 非但拒绝支付赔款，反而根据美国与厄瓜多尔的双边投资条约，以利润损失为由起诉厄瓜多尔 (A/HRC/21/47 和 A/HRC/24/41)。该案已多年悬而未决，律师费用已达数百万美元。

¹⁹ 国际投资争端解决中心，Occidental Petroleum Corporation 诉厄瓜多尔(案件编号：ARB/06/11)，2012 年 10 月 5 日的裁决，第 527 段。

²⁰ www.italaw.com/cases/906。 <https://systemicdisorder.wordpress.com/tag/trans-pacific-partnership/>。

33. 同时，位于海牙的常设仲裁法院做出了有利厄瓜多尔的裁决。虽然案件已经解决，但厄瓜多尔仍寻求以环境破坏为由要求 Chevron 支付索赔；²¹不过，这个案子最终结局如何依然未知。

34. Vattenfall 诉德国。2012 年 5 月，瑞典能源提供商 Vattenfall 针对德国提起一项投资者与国家间的争端解决机制诉讼，根据《能源宪章条约》，据报道要求德国偿付 50 亿美元，原因是德国决定逐步取消核能。德国之所以做出这一决定，是因为 2011 年日本福岛核电厂灾难发生后，德国民众普遍反对使用核能发电。德国议会修订了《原子能法》，取消 2010 年延长核电厂寿命周期的做法，并计划到 2022 年完全弃用核能。Vattenfall 认为德国的政策变化违反了德国根据《能源宪章条约》对于外国投资者的义务。虽然德国反对 Vattenfall 的索赔，认为其“明显没有法律依据”，但投资者与国家间的争端解决机制仲裁庭在 2013 年的裁决允许索赔程序继续进行。²²

35. Philip Morris 诉乌拉圭。世界卫生组织一直在不断警告人们关注烟草带来的全球性健康危险，而目前已有 180 个国家加入《烟草控制框架公约》。根据估计，2020 年会有 840 万人因烟草而死亡，而其中 70% 来自于发展中国家。乌拉圭是严肃对待该《框架公约》的国家之一。在“大卫与歌利亚”式的对决中，烟草巨头 Philip Morris 以乌拉圭的反烟草法规为由起诉乌拉圭。乌拉圭 2013 年的国内生产总值约为 557 亿美元，而同年 Philip Morris 的营收达到 802 亿美元。Philip Morris 要求乌拉圭支付 2 500 万美元的补偿。如果 Philip Morris 胜诉，世界卫生组织的反烟草运动便可能受到严重打击。²³预计国际投资争端解决中心将于 2015 年晚些时候就此做出裁决。

36. Philip Morris 诉澳大利亚。²⁴该案在案情上与前例类似，但从程序上看，它印证了投资者与国家间的争端解决机制体系中普遍存在的滥用权利现象。为了起诉澳大利亚，Philip Morris 在香港设立了一个“空壳”或“邮箱”公司，以利用香港与澳大利亚的双边投资条约。²⁵

²¹ <http://business-humanrights.org/en/hague-tribunal-rules-for-ecuador-in-investment-arbitration-with-chevron-govt%E2%80%99s-settlement-with-firm-did-not-preclude-oil-pollution-case-by-ecuadorian-plaintiffs>。

²² www.isdscorporateattacks.org/#!energy/cqoo。

²³ www.who.int/fctc/signatories_parties/en/。 www.triplepundit.com/2015/04/philip-morris-vs-uruguay-lawsuit-a-threat-to-smoking-restrictions-worldwide/。 www.italaw.com/cases/460。

²⁴ *Philip Morris 亚洲有限公司诉澳大利亚联邦*，澳大利亚高等法院命令(《烟草简易包装法案》)。
www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1103.pdf。

www.ag.gov.au/tobaccoplainpackaging。

²⁵ www.iisd.org/pdf/2012/iisd_itn_january_2012_en.pdf。

37. Vodafone 诉印度。²⁶Vodafone 正在利用其荷兰子公司，起诉印度并要求 22 亿美元的索赔，理由是尽管 Vodafone 所有相关资产均位于印度境内，但印度对其通过避税港(开曼群岛)而进行的交易征税。问题的关键是国家能否通过立法，例如，通过 2012 年《财政法案》的《一般反避税规则》，来杜绝避税行为。

A. 与区域立法、人权法庭裁决以及宪法规定的三权分立相冲突

38. 投资者与国家间的争端解决机制的裁决与欧盟法律之间的冲突已导致法律的不确定性以及成员国承担的义务相互冲突。Micula 诉罗马尼亚涉及一家瑞典公司，该公司在罗马尼亚加入欧盟前便开始对该国进行投资。公司当时可享受罗马尼亚政府提供的企业奖励措施。不过，罗马尼亚在加入欧盟之后，为了遵守关于国家补助的规则，停止了奖励计划。Micula 根据罗马尼亚与瑞典的双边投资条约起诉罗马尼亚。投资者与国家间的争端解决机制裁决 Micula 可获得 2.5 亿美元的违约赔款。2014 年，欧盟向罗马尼亚下达了一项暂时禁令，令其不得支付赔款，因为支付赔款有违欧洲立法。这种情况表明了成员国在根据欧盟标准调整法律时所面临的风险。²⁷

39. 在涉及 Goldcorp 公司在危地马拉所运营的 Marlin 矿山的案件中，美洲人权委员会认定矿山应该关闭，因为其运营给健康带来危险。但在巨大的压力下，美洲人权法院撤回了建议，该案只是以未能获得自由事先知情同意为原因，仍由该法院审理。²⁸在秘鲁的 Mayoc 矿山案件中，法院宣布案件可以受理，即使运营对于当地的土著社区构成健康危险，但却未命令暂停运营。²⁹在其他矿山案件中，甚至动用军队来压制公众抗议，且大多数情况下都是针对当地的土著人。

40. 在仍在审理中的 Chevron 诉厄瓜多尔案中，投资者与国家间的争端解决机制仲裁员不断命令厄瓜多尔的行政当局禁止执行该国最高司法当局的命令。这相当于瓦解对于权力的制衡，违反了《公民权利和政治权利国际公约》第十四条的规定。如果有什么是有违良善风俗的话，这种对于法治和宪法分权规定的攻击就是一个示例。

²⁶ www.southcentre.int/wp-content/uploads/2015/07/IPB3_India's-Experience-with-BITs_ENdf。

²⁷ www.beuc.eu/blog/the-micula-case-when-isds-messes-with-eu-law/。

²⁸ <https://intercontinentalcry.org/inter-american-commission-on-human-rights-gives-in-to-pressure-from-guatemala/>; www.oas.org/en/iachr/indigenous/protection/precautionary.asp;

http://en.centralamericadata.com/en/article/home/Temporary_Closure_of_Marlin_Mine_Ordered_in_Guatemala。

http://en.centralamericadata.com/en/search?q1=content_en_le:%22Inter-American+Commission+on+Human+Rights+%28IACHR%29%22。

²⁹ www1.umn.edu/humanrts/cases/69-04.html。

B. 寒蝉效应

41. 在 2014 年提交给大会的报告中(A/69/299), 人人有权享有能达到的最高标准身心健康问题特别报告员指出: 国家如果优先考虑人权条约项下的义务, 并因而违反国际投资协定项下的义务时, 在面临争端解决程序时会处于不利的境地。一个典型案例就是美国乙基公司就加拿大政府关于对其生产的一种有争议的汽油添加剂采取贸易禁令的一项公共卫生决定提起申诉。³⁰考虑到高昂的仲裁费用以及出现不利裁决的危险, 加拿大选择了让步。该案件表明仅仅因为投资者与国家间的争端解决机制的存在, 便足以对国家形成寒蝉效应, 打消其履行健康权方面义务的积极性。³¹此类争端也可能虚耗国家资源, 影响其依赖资源逐步实现相关健康权的能力。国际投资协定被认为是“独立的法律条款”, 常常并不考虑健康权, 这样的事实等同于违反“公共秩序”。因此, 在解释国际投资协定时, 必须避免与人权法律的冲突, 因为“无论是刺激发展的投资条约, 还是各项人权法律, 其宗旨都是惠及个人”(A/69/299, 第 45 段和第 55 段)。

42. 上文提及的增进和保护人权小组委员会 2003 年研究已突显出投资者与国家间的争端解决机制仲裁庭所犯的滥用权利罪行(E/CN.4/Sub.2/2003/9, 第 32 段)。那份报告提到了许多寒蝉效应的示例, 包括乙基公司针对加拿大所提出的显失公平的诉讼,³²呈现了政府资源在诉讼中被浪费的情况, 以及国家所采取的合法措施如何因为投资者与国家间的争端解决机制而受到阻碍。

43. Philip Morris 诉乌拉圭的案件可能会以乌拉圭的妥协而结束。由于可能数年内需要支付每小时 1 500 美元的律师费用, José Mujica 总统差点选择支付索赔, 只有在前总统 Vázquez 表示抗议, 且纽约市前任市长 Michael Bloomberg 决定帮助资助乌拉圭的辩护团队后, 才决定捍卫乌拉圭的法律。³³考虑到这种情况, 有理由效仿世界贸易组织(世贸组织)用于解决争端的技术专家信托基金, 为投资者与国家间的争端解决机制案件设立一个国际辩护基金。³⁴

44. 据报道, 仅仅因为投资者与国家间的争端解决机制的一个案件构成威胁, 加拿大就禁止在其烟草控制法律使用“轻微”和“温和”等表述方式。³⁵

³⁰ 乙基公司诉加拿大, 关于管辖权的裁决, 1998 年 6 月 24 日的判决。

³¹ D. Gantz, “自由贸易协定投资规定的演变: 从《北美自由贸易协定》到《美国-智利自由贸易协定》”, 《美国大学国际法评论》, 第 19 卷, 第 4 期(2003 年), 第 684 页。

³² 关于乙基公司的案件(1996-1998 年), 相关讨论见《私人权利, 公共问题》, 第 71-72 页。

³³ R. Stumberg, “烟草控制的保障措施: 跨太平洋伙伴关系协定的选项”, 《美国法律与医学杂志》, 第 39 卷, 第 2 期和第 3 期(2013 年), 第 382-441 页。TPPA 表示跨太平洋伙伴关系协定。

³⁴ www.acwl.ch/e/disputes/tech_exp_fund.html。

³⁵ www.citizen.org/documents/NAFTAReport_Final.pdf。

45. 加拿大的环境法规同样受到攻击，正如一位前政府官员所述：“几乎凡是新的环境法规出台，我都会看到来自于纽约和[华盛顿]特区法律事务所寄给加拿大政府的信函[……]。几乎所有的新提议都是攻击对象，它们中的大多数都胎死腹中。”³⁶

46. 针对各国政府提出巨额法律诉讼的威胁日益频繁，数量上超过实际的索赔。因此，投资者与国家间的争端解决机制已从一个保护公司防止受到据称的国家不公平对待的盾牌，变异成一个延迟、弱化和封杀法规的战术武器。专业的法律事务所实际上鼓励其跨国公司客户以恐吓手段使各国政府屈服：“你可以走进来说：‘好吧，如果你们这样做，我们就会起诉，要求你们补偿。’从这个意义上说，它就是一个游说工具。有些情况下，它的确可以改变政府的行为。”³⁷

C. 投资者与国家间的争端解决机制仲裁庭疑似并不公平

47. 对投资者与国家间的争端解决机制的批评指出，很多仲裁员与公司“关系太过密切，令人不放心”。Vivendi 诉阿根廷的案件中，因利益冲突而判定无效的程序形同虚设，这是一个最突出的示例。³⁸

48. 阿根廷指出，仲裁员之一 Gabrielle Kaufmann-Kohler 担任瑞士银行瑞银集团的董事会董事兼企业责任委员会委员，而瑞银集团是 Vivendi 公司的唯一大股东。阿根廷还指出 Kaufmann-Kohler 女士的部分薪酬以瑞银集团的股权支付。虽然阿根廷承认，如对仲裁员的能力有任何问题，应在仲裁程序进行过程中即时提出，但在此案中，阿根廷不可能这样做，因为阿根廷直到 2007 年 11 月方得知那些影响其担任仲裁员的能力的事实和情况，而 2007 年 8 月 20 日仲裁庭已做出了裁决。虽然评审委员会也批评仲裁员的判决，并赞同阿根廷的观点，即仲裁庭的组成不当，根据《关于解决各国和其他国家的国民之间的投资争端的公约》第五十二条第 1 款 a 项规定可支持宣布判决无效，但最终委员会仍拒绝宣布判决无效，原因是(a)该仲裁员做出独立裁决的能力并未受到实际损害；(b)因为仲裁员的差错而否认原告对于裁决利益的享受并不公平；(c)这个漫长的仲裁程序应该“到此结束”。该案件由国际投资争端解决中心裁定，它表明国际中心的规则并不足以应对利益冲突的问题。

49. 根据国际投资争端解决中心当前的宣布无效程序，即使是不当的仲裁裁决也不可扭转。不允许对案情进行复审；复审范围仅限于裁决的基础，例如，仲裁庭的组成不符规定或存在腐败问题、严重偏离基本的议事规则、未能说明裁决的理

³⁶ <http://corporateeurope.org/international-trade/2014/04/still-not-loving-isds-10-reasons-oppose-investors-super-rights-eu-trade>。

³⁷ 同上。

³⁸ www.italaw.com/documents/VivendiSecondAnnulmentDecision.pdf。

由以及明显存在权力滥用。因此，即使事后发现“明显的法律差错”，该国际中心负责宣布无效的委员会可能也不能宣布一项裁决无效或对其加以改正。³⁹

50. 为防止投资者与国家间的争端解决机制滥用权利，国内法庭应拒绝执行有悖本国公共政策的仲裁裁决。在执行仲裁裁决方面的此类“公共政策例外”在1958年《承认及执行外国仲裁裁决公约》（《纽约公约》）第五条第2款以及联合国国际贸易法委员会（贸易法委员会）1985年《国际商业仲裁示范法》中均有规定。⁴⁰出现投资者与国家间的争端解决机制滥用权利的情况时，应动用相关法规和道德行为守则，⁴¹取消投资者与国家间的争端解决机制迄今为止所享受的有罪不罚特权。如发现有律师直接或间接地从所作出裁决获利，例如，之后被所代表的投资者所雇佣的，应对其展开调查，必要时应取消其律师资格。对于违反道德操守的调查，应根据利益冲突和共谋方面的现有规则，对于法律事务所和仲裁员的活动展开系统调查。

51. 毫无疑问，必须复审国际投资协定，确保其与现代国际法相符合，特别是要根据《联合国宪章》第一百零三条的规定，承认《宪章》的最高地位。由此可得出的一个必然结论是，虽然我们能够改革国际投资协定，使其有助于推动人权和可持续发展，但投资者与国家间的争端解决机制在本质上和概念上存在缺陷，未能表现出与《宪章》及人权准则的相符。过去的几十年的经验教训表明，投资者与国家间的争端解决机制的“良好做法”极为少见，而其所导致的伤害足以构成废除这种机制的理由。当投资者和跨国公司的活动严重危害环境、污染供水、威胁公共健康、破坏粮食安全或导致大规模人口迁移时，例如，当这些活动涉及“大规模开发”项目，有时甚至伴随着暴力和死亡时，出现的一个更深层次的问题涉及投资者和跨国公司的刑事责任。这方面的国际刑法正在逐步出现。⁴²迄今为止，投资者与国家间的争端解决机制看起来轻松快活，不必考虑刑事后果。

³⁹ 贸发会议，《2015年世界投资报告》，第180页。

⁴⁰ Winnie Ma, “仲裁裁决司法执行中的公共政策问题”，司法学博士论文，邦德大学，澳大利亚，2005年。

⁴¹ C. Olivet 和 P. Eberhardt,《借危机发财：公司和律师如何利用欧洲陷入危机的国家来搜括财富》，（阿姆斯特丹/布鲁塞尔，跨国研究所和欧洲企业观察，2014年）。另见 www.theguardian.com/commentisfree/2013/nov/04/us-trade-deal-full-frontal-assault-on-democracy。

⁴² www.chathamhouse.org/event/corporate-responsibility-international-crimes。2015年7月20日至24日，西班牙哈恩大学国际法律系举行了一次关于经济犯罪和普遍管辖权问题的重要会议，会议包含由 Baltasar Garzón 法官和 Carmen Márquez 教授主持的“经济和金融犯罪”小组讨论。在这次会议上，与会者同意：考虑到某些经济犯罪的后果，完全有理由使其接受普遍管辖。另见 C. Wells,《公司与刑事责任》，第2版（牛津大学出版社，2002年）。L. Kaplan,“关于公司刑事责任的一些反思”，2007年1月24日在纽约州律师协会会议上的发言。《关于普遍管辖权的马德里原则》，见 <https://ujprinciples.wordpress.com/principles/>。

52. 反对投资者与国家间的争端解决机制最根本的理由是，这样的机制企图建立私人化的司法体系，颠覆了过去二百年来辛苦建立起来的法治体系。决不能容忍建立一个没有透明度、缺乏问责制甚至独立性的争端解决平行体系的行为。此外，取消这样的机制对于投资者而言并无不公正之处，因为投资者仍有其他有效的追索渠道可以使用，并且总是能够依赖正常发挥职能的国内司法体系和/或外交保护。

五. 前景展望

53. “从目前的设计来看，投资仲裁并非解决主权国家和私人投资者间争端的一个公平、独立和平衡的方法。”⁴³

54. 贸发会议在《2015 年世界投资报告》列举的“行动菜单”提出了多个改革备选方法，但却未建议取消投资者与国家间的争端解决机制。该独立专家坚信不能保留投资者与国家间的争端解决机制，并得出结论：因为该机制存在根本性缺陷，对人权具有不利影响，而且其在运作层面上，通过削弱国家力量、逐步侵占国家的监管空间、并加重世间的的不平等和不公平现象，扰乱了国际秩序，因此应予以取消。仲裁员滥用权利，以及在严重超出《维也纳条约法公约》第三十一条和第三十二条所规定范围的情况下作出解释的做法，均损害了这一体系。不过，联合国机构不断得出的研究发现，包括小组委员会 2003 年的报告以及多位特别程序任务负责人提交的报告，⁴⁴仍未产生实际效果，因为仲裁员还在继续使用广义解释的做法，且对于人权影响视若罔闻。基于滥用权利学说以及对于“有违良善风俗”协定的禁止，投资者与国家间的争端解决机制应与规定条约终止后继续适用的“继续有效条款”一起被废除。在这样做时，可根据可分割学说，无需废除整个国际投资协定。

55. 用下列任一可选项或几个选项替代投资者与国家间的争端解决机制：

(a) 设立国际投资法院，强制要求法官不仅要考虑，而且要优先考虑《宪章》以及核心的联合国人权条约；这样的法院有权审理投资者针对国家提起的诉讼，也可审理国家针对投资者提起的诉讼，这样可允许互相提出反诉。一个常设的国际投资法院，将替代由具有单一组织结构的多个特别仲裁庭组成的系统。正如前南斯拉夫问题国际刑事法庭、卢旺达问题国际刑事法庭以及国际刑事法院那样，该法院将根据条约成立，与联合国可存在一定的组织关系。该法院甚至可根据《宪

⁴³ 转自 http://works.bepress.com/matthew_rimmer/178/，并体现在 100 位来自跨太平洋伙伴关系国家的著名教授、法官和律师所签署的一封公开信中。签署者包括人权事务委员会的前任委员 Elizabeth Evatt 法官。信中敦促废除投资者与国家间的争端解决机制。见 <https://tpplegal.wordpress.com/open-letter/>。

⁴⁴ A/69/299、A/HRC/19/59/Add.5、A/HRC 25/57 和即将由该独立专家提交的关于国家外债和其他相关的国际金融义务对于全面享受各种人权、特别是经济、社会和文化权利影响的报告，以及土著人民权利问题特别报告员提交给本届大会的报告。

章》第五十七条和第六十三条并入联合国系统，正如拟成立的世界人权法院和世界环境问题法院一样。法官可由各国任命或选举，并长期任职。最重要的是，国际投资法院应设立一个上诉法庭；

(b) 与世贸组织争端解决机制相似的国家与国家间的争端解决机制。根据这一程序，母国将可决定是否提起诉讼，并且各国将可决定由哪个法院，例如，由国际法院还是附带上诉法庭的特别法庭，审理案件；

(c) 完全依赖于国内的争端解决机制。该方法将废除投资者针对东道国在国际法庭上提起诉讼的权利，要求投资者在哪里运营并获取利润，就依赖于哪个国家的司法管辖。这就是卡尔沃学说的要义。⁴⁵

56. 该独立专家赞同健康权问题特别报告员在其提交给大会的前一次报告中得出的结论，特别是他的以下调查结果：虽然国际投资协定可能促进一个国家的经济发展，但各国必须确保将包括健康权在内的人权保护纳入这些协定：

……无论何时，人权都必须得到尊重、保护和落实，都应是国家一切行动的首要关切。因此，国际投资协定应明文规定国家的人权义务，而且这些义务在特定情况下应该高于投资者的权利。

考虑到健康权是个人享有尊严的根本条件，个人享有健康权的能力不受投资者合同权利的支配(A/69/299，第 57-58 段)。

57. 该独立专家赞同该特别报告员的调查结果，即：

跨国公司的侵权行为如此严重，却能轻松地逃脱相应的责任，这就要求建立一种国际机制，追究他们对侵犯人权行为的责任。这种机制应该补充国内法，而不是削弱国内法的重要性。因此，该机制应该使国家和个人能够追究跨国公司对侵犯人权行为的责任(同上，第 38 段)。

58. 该独立专家的结论是：废除投资者与国家间的争端解决机制对于投资者而言并无任何不公平之处，因为投资者仍可利用国内法院和/或经过长期历史考验的外交保护机制。另外，世界银行也提供风险保险，此类保费应计入正常的业务成本。即使在市场原教旨主义的混合教条以及自由贸易的颂歌上施加一些必要的限制，投资者仍可继续获得可观的利润，而且正是因为接受了透明、问责及其他合理的出于公共利益而制定的法规，投资者能够确保伴随可持续发展而存在的自由市场健康体系得以继续。

⁴⁵ P. Juillard, “卡尔沃学说/卡尔沃条款”，收录于 Wolfrum, 第 1086-1093 页(2012 年)。另见国际法委员会，“特别报告员 John Dugard 关于外交保护的第三次报告”(2002 年)(A/CN.4/523/Add.1)；C Dalrymple, “政治和外国直接投资：多边投资保障机构和卡尔沃条款”，《康奈尔大学国际法杂志》，第 29 卷，第 1 期(1996 年)，第 1161-1189 页。

六. 建议

59. 考虑到上文概述的为实现民主和公平的国际秩序的障碍, 该独立专家参考其在提交给人权理事会的报告(A/HRC/30/44, 第七部分)中所编制的行动计划, 提出了进一步的建议。

A. 对国家的建议

60. 各国应废除投资者与国家间的争端解决机制, 以国际投资法院、国家与国家间通过国际法院或受《公民权利和政治权利国际公约》第十四条约束的国内法院的争端解决机制来取而代之。

61. 各国应努力修改或终止现有的国际投资协定, 避免签订附带投资者与国家间的争端解决机制条款的国际投资协定。在签订任何新的国际投资协定前, 各国应确保开展事先且独立的人权、健康和环境影响评估。另外, 还应规定进行事后评估。

62. 各国应使用国内和国际法律, 包括刑法, 以压制经济犯罪以及金融和银行领域的投机行为, 在保护公共健康和环境方面使用并加强预防性原则, 同时严格执行环境和健康标准。

63. 各国对于白领犯罪和腐败应处以刑事制裁。各国应批准《联合国反腐败公约》。

64. 各国应完成拟定并通过一个纳入企业社会责任的具有法律约束力的公约, 并强化《工商业与人权指导原则》和《联合国土著人民权利宣言》的落实。

65. 在废除投资者与国家间的争端解决机制之前, 各国应设立一项基金, 效仿世贸组织世贸组织法咨询中心的做法, 用于为投资者与国家间的争端解决机制的案件进行辩护。

B. 对大会的建议

66. 大会可考虑邀请贸发会议召集一次会议, 以修改或终止那些导致侵犯人权行为的国际投资协定。

67. 大会可考虑分配给人权理事会一项特别任务, 定期监测国际投资机制对于享受各项公民、文化、经济、政治和社会权利的不利影响, 例如, 扩大普遍定期审议的审查范围。

68. 大会可考虑如何实施劳工组织和世界银行关于普遍社会保护的倡议⁴⁶, 并为其提供足够的资金。

⁴⁶ www.ilo.org/global/about-the-ilo/who-we-are/ilo-director-general/statements-and-speeches/WCMS_378984/lang--en/index.htm。

69. 大会可考虑设立一个委员会,监测仲裁裁决对于各国促进和保护人权这一至关重要义务履行情况的影响。

70. 谨记国际法院作为联合国的最高司法机构,能够就国际投资协定(包括投资者与国家间的争端解决机制)提出一份权威的法律声明,大会可根据《宪章》第九十六条要求国际法院就以下问题发表咨询意见:

(a) 根据《宪章》第一百零三条,特别是在国际投资协定和投资者与国家间的争端解决机制方面,《宪章》优先等级高于所有其他条约这一规定的法律意义;

(b) 国际人权机制,包括《国际公约》以及粮农组织、劳工组织、儿基会以及世卫组织各项公约的优先等级高于贸易和投资协定下存在冲突的义务;

(c) 特别是在尊重国家主权和独立,以及禁止干预本质上的各国内部事务方面,对非国家行为体适用习惯国际法的准则;

(d) 母国或东道国对于在其境内注册或运营的跨国公司的行为的责任;

(e) 国家主权的范围以及每个国家出于全民福祉立法并监管的本土义务,特别是根据各项国际人权条约,国家有义务在人权保护上不得退步,不得允许外部行为体决定其财政、预算、社会、劳工、健康、教育或环境政策;

(f) 对包含“有违良善风俗”或违反“强制法”规定的投资协定适用《维也纳条约法公约》第五十三条;

(g) 特别是在考虑《公民权利和政治权利国际公约》第十四条第1款的情况下,缺乏透明度或问责制且无法上诉的私人化司法体系的法律地位;投资者与国家间的争端解决机制仲裁庭与法治原则的相符性;投资者与国家间的争端解决机制仲裁员将国际人权条约纳入考虑范围的义务;

(h) 投资者与国家间的争端解决机制裁决的效力,可上诉的必要性以及自其时始无效的后果;

(i) 国家主权优先于仲裁庭,主权国家拒绝执行涉及侵犯人权的仲裁裁决的权利;

(j) 不论《承认及执行外国仲裁裁决公约》作何规定,第三国拒绝执行“有违良善风俗”的仲裁裁决的权利;

(k) 国家修改或终止那些导致或可能导致侵犯人权的国际投资协定的义务;

(l) 根据《维也纳条约法公约》并适用可分割性原则,修订或终止双边和多边自由贸易和投资协定的模式;

(m) 国家法院调查与投资者与国家间的争端解决机制的运作有关的腐败和勾结情况的责任，以及对于以破坏国家监管能力为目的而提出无关紧要和无理取闹的诉讼的投资者，要求其支付惩罚性损害赔偿的责任。

C. 对跨国企业的建议

71. 二十一世纪，我们面临一个相互关联且相互依赖的世界。目前全世界深受极端贫困的困扰，而且人口增长也预示着粮食安全和环境方面的威胁以及能源短缺等问题，国际社会应团结一致，并采取切实行动。企业应拿出更多的利润，用于在运营所在国家促进人权。它们应采取所有必要的措施，确保其活动不会危害环境、导致污染和限制获得常规药品等服务的能力。它们应遵守国家和国际的法规，必须让公众了解烟草消费、转基因生物、废弃物处置和水污染等问题的危险。

72. 跨国企业如受到大会和人权理事会所裁定单方面制裁的不利影响，应通过世贸组织的争端解决机制、贸易法委员会或国际投资争端解决中心检验制裁的效力，和/或根据现有的友好、商业和航行条约的相关条款，将争端提交给国际法院。

D. 对民间社会的建议

73. 考虑到国际投资协定严重缺乏民主，特别是其拟定和谈判方面秘密行事，将关键利益攸关方排除在外，以及国际投资协定和投资者与国家间的争端解决机制对于人权的不利影响，民间社会应要求就所有未来的国际投资协定举行全民投票，这些投资协定包括双边投资条约、跨太平洋伙伴关系、跨大西洋贸易和投资伙伴关系以及服务贸易协定，另外还应就现有国际投资协定，包括《北美自由贸易协定》和《中美洲自由贸易协定》，进行修订或终止这一迫切任务举行全民投票。

74. 个人和团体应将适用国际投资协定所导致的侵犯人权案件提交给区域人权法庭，并在社交媒体上对侵犯人权的情况加以谴责。

75. 民间社会应要求扩大危害人类罪的概念，使其包含破坏生态系统，或通过操纵商品市场或货币投机，导致数百万人面临最为严重的后果的严重金融动荡等经济犯罪。

七. 后记

76. 独立专家欣喜地看到：对于这一任务的重视，正在促使各国政府、政府间组织、民间社会和学术界增加相关的投入。他欢迎各相关领域的利益攸关方与其联系，也期待着在下一个报告年能够与他们开展合作。

77. 最后，独立专家愿再次感谢辛勤能干的联合国人权事务高级专员办事处(人权高专办)的工作人员，并请大会为该办事处分配更多资源。

78. 独立专家在报告的结尾部分乐观地认为，凭借各方的善意和国际团结，能够建成一个和平、民主和公平的国际秩序。一些重大障碍必须加以克服，包括关于

市场的神话以及原教旨主义教条。2013年12月，在印度尼西亚巴厘岛举行的世界贸易组织第九届部长级会议上，西尔瓦诺·托马西大主教代表罗马教廷提出了一个冷静的分析：

虽然少数人的财富正在获得指数级增长，但日益扩大的差距正在将绝大部分人与那些快乐的极少数人享受的繁荣分割开来。导致这种失衡的，是维护市场和金融投机绝对自主性的意识形态。因此，出现了完全抛弃国家权利的现象，而国家担负着时刻关注公共福祉，并相应采取各种形式控制措施的责任。一个新的暴君因此诞生，它无影无形且常常虚无缥缈，却单方面肆无忌惮地执行其自己的法律和规则。一个更为可怕的发展趋势是：此类政策经常通过在世贸组织或双边或区域【自由贸易协定】谈判达成的贸易规则而被锁定。债务负担和累积的利息也使很多国家难以实现其自身的经济潜力，阻止公民享受其真正的购买力。除此之外，我们还看到全球范围内广泛存在的腐败和自私的偷税漏税现象。权力和占有的欲望没有止境。在这样的制度内，一切阻碍利润增长的因素都会被蚕食，而像环境这样脆弱的事物，在被奉为神明的市场利益面前毫无反抗的力量，因为市场就是唯一的规则。⁴⁷

⁴⁷ www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/mc9_e/stat_e/vat.pdf。