



贸易和发展理事会  
投资、企业和发展委员会  
投资、创新和创业促进生产能力建设和  
可持续发展问题多年期专家会议  
第五届会议  
2017年10月9日至11日，日内瓦  
临时议程项目3  
投资、创新和创业促进生产能力建设和可持续发展

## 改革国际投资协定制度：第二阶段

### 内容提要

本说明指出了转向国际投资协定制度改革第二阶段：实现现有第一代条约的现代化的及时性。随着可持续发展导向的国际投资协定制度改革在新的和更现代化的模式和条约中得到体现(第一阶段)，政策关注需要侧重于实现第一代条约的现代化(第二阶段)。

各国有多种选择来实现第一代条约的现代化，减轻国际投资协定制度的碎片化。本说明介绍并分析了 10 个方案及其结果和挑战，供各国根据具体的改革目标调整并采纳。确定哪一种改革方案更适合一国的特定国情，需要进行审慎和基于事实的成本效益分析，同时应对一些更广泛的挑战。

全面的制度改革将受益于多边支持的加强。贸发会议基于其研究和政策分析、技术合作和建立政府间共识的工作支柱，可发挥关键作用，成为联合国内促进国际投资的协调中心，以及就目前多层次和多方面的国际投资协定制度进行高级别和包容性讨论的国际论坛。



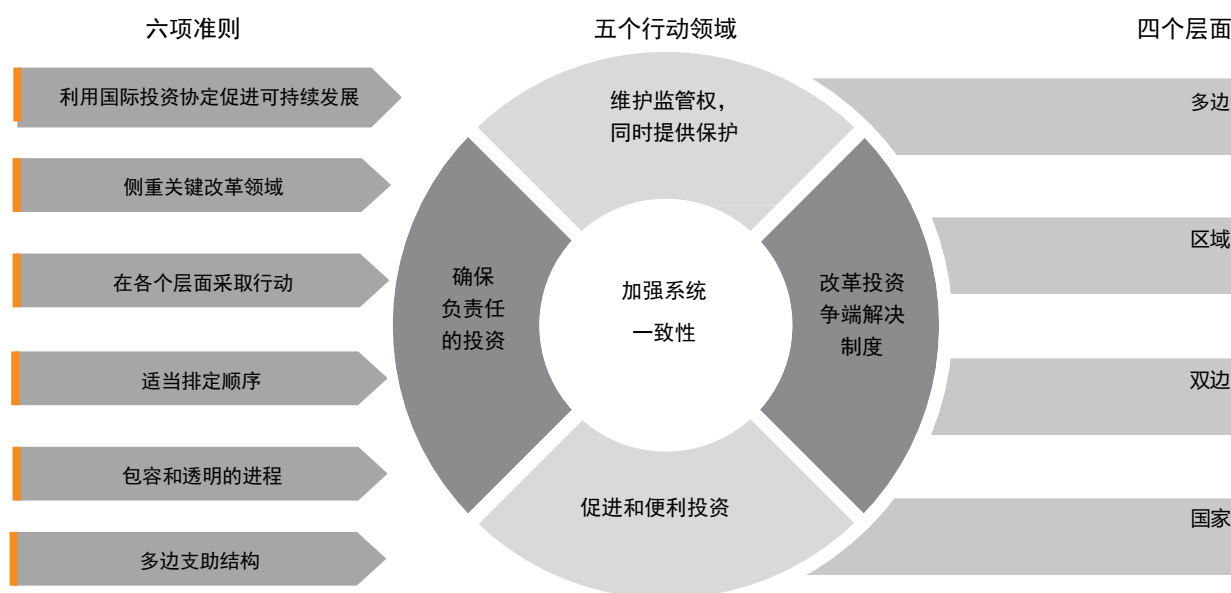
## 一. 引言

1. 本说明基于贸发会议以往开发的政策工具，并根据贸易和发展理事会第三十一届特别会议批准的投资、创新和创业促进生产能力和可持续发展问题多年期专家会议第五届会议的议题，处理国际投资政策和可持续发展问题。<sup>1</sup> 具体而言，本说明是建立在以可持续发展为导向的国际投资协定体制改革的进展基础上，介绍和分析实现现有条约的现代化的 10 个政策选项的结果和挑战。

## 二. 新的改革阶段

2. 以可持续发展为导向的国际投资协定体制改革已进入国际投资决策的主流。<sup>2</sup> 在改革的第一阶段，各国就改革的需要达成了共识，认明了改革领域和方针，审查了其国际投资协定网络，编定了新的条约范本，并着手谈判新的和更现代化的国际投资协定。目前的新的国际投资协定大都遵循贸发会议国际投资协定制度改革路线图(见图)，<sup>3</sup> 其中描述了五个行动领域，或纳入了《贸发会议可持续发展投资政策框架》(2012 年；2015 年修订)中所载条款。

贸发会议国际投资协定制度改革路线图



资料来源：贸发会议，2016 年。

<sup>1</sup> TD/B(S-XXXI)/2。

<sup>2</sup> 贸发会议，2016 年，《2016 年世界投资报告：投资者国籍——政策挑战》(联合国出版物，出售品编号：E.16.II.D.4, 日内瓦)；贸发会议，2017 年，《2017 年世界投资报告：投资与数字经济》(联合国出版物，出售品编号：E.17.II.D.3, 日内瓦)。

<sup>3</sup> 贸发会议，2015 年，《2015 年世界投资报告：改革国际投资管理》(联合国出版物，出售品编号：E.15.II.D.5, 纽约和日内瓦)；贸发会议，2016 年。

3. 尽管取得了重大进展，但仍有许多工作有待去做。全面改革需要采取双管齐下的方针，不仅缔结新的条约，而且要使现有条约现代化。这是迫于以下三个原因：

(a) 第一代条约所在多有。2010 年之前缔结了 2,500 多项国际投资协定 (95% 的条约仍然生效)。同时，约有 700 项条约尚未生效。

(b) 第一代条约“影响很大”。几乎所有目前已知的投资者—国家投资争端案件都是依据 2010 年之前缔结的条约，其中大部分失之笼统和含混。

(c) 第一代条约延续了不一致的状况。它们的持续存在造成了条约关系中的重叠和分裂，以及相互冲突。

### 三. 改革的第二阶段：10 个选项

4. 希望改动现有条约使之符合新的政策目标的国家至少有 10 个政策选项。这些选项不是相互排斥的，可以相辅相成。它们在若干方面有所不同，因为它们涉及的行动更具技术性(如解释或修正条约规定)，或政治性(例如多边接触)，或侧重于程序(如条约的修正或替换)或实质(例如参照国际标准)，这意味着对国际投资协定制度的持续参与(如条约的修正或替代或多边接触)或退出(如在不作替换情况下终止多边条约，或退出多边条约)。它们显示了如何来变革国际投资协定制度，而不是设计条约内容。

5. 改革行动的 10 个选项及其结果如下：<sup>4</sup>

(a) 共同解释条约规定。澄清条约规定的内容，收缩法庭酌情解释权的范围；

(b) 修正条约规定。通过引入新的规定或改变或删除现有规定来修订现有条约的内容；

(c) 替换过时的条约。用新的条约取代第一代条约；

(d) 整合国际投资协定网络。废止当事双方之间的两个或更多的第一代双边投资条约，代之以新的诸边国际投资协定；

(e) 管理并存条约之间的关系。制定规则，以确定特定情况下适用的并存国际投资协定；

(f) 参照全球标准。促进国际投资协定与其他国际法和决策领域的协调一致，增进其相互作用；

(g) 多边接触。在多个国家之间建立共识或新规则，连同一举促成变化的机制；

(h) 放弃未批准的第一代条约。表明一国无意成为已经缔结但尚未批准的条约的缔约国；

(i) 终止现有的第一代条约。解除双方的条约义务；

(j) 退出多边条约。解除相关文书对退出方的约束力。其后果与终止类似，但该条约对并未退出的其余各方依然生效。

<sup>4</sup> 此一分类仅为说明目的，不应视为规定了可能的改革行动的任何轻重缓急。

6. 确定某一改革方案是否适合一国的特定国情，需要进行审慎和基于事实的成本效益分析，同时应对一些更广泛的挑战。战略挑战包括促成整体的和均衡的结果，而不是改革过头，消解了国际投资协定制度保护和促进投资的目的。系统性挑战来自种种差距、重叠和碎片化，由此造成协调一致性方面的问题。协调方面的挑战要求优先考虑改革行动，寻找合适的条约伙伴来实施这些行动，确保改革努力在不同决策层面上的一致性。能力方面的挑战使发展中国家，特别是最不发达国家难以解决第一代国际投资协定的不足。

7. 需要作出选择，以确定 10 个政策选项可能的最佳组合。这些选项的选定组合应最终反映出国家的国际投资政策方向，符合其国家发展战略。此外，决策者应考虑这些选项的复合效应。一些选项组合可能导致在很大程度上消解了条约制度传统的投资保护理由，或可能导致完全退出国际投资协定制度。改革努力，尤其是全面的改革努力，应该利用法治带来的助益，呼应投资者对决策的可预测性、稳定性和透明度的期望。

8. 在选择改革的选项时，决策者应考虑到法律和实践中的挑战。就前者而言，有三个领域特别明显，即最惠国条款、<sup>5</sup> 存续条款<sup>6</sup> 以及过时条约和新条约之间的过渡管理。决策者还需要关注可能出现的许多实际和政治挑战，并为此作出计划。

## 1. 联合解释条约规定

9. 一些国际投资协定的措辞笼统，可能在投资者—国家争端解决程序中引起无意的矛盾解释。联合解释旨在澄清条约义务的含义，有助于减少投资者、缔约方和法庭之间的不确定性，增强可预测性(表 1)。

表 1

### 改革行动：联合解释条约规定<sup>a</sup>

结果	挑战
<ul style="list-style-type: none"> <li>允许各方在不必修正或重新谈判条约的情况下，澄清一或多项具体规定(不需要批准、节省成本和时间)</li> <li>如果条约规定各方(或其联合机构)的联合解释对法庭具有约束力，则特别有效</li> <li>从通过时起，包括对未决争端，均具有相关性</li> <li>解释来自条约各缔约方，因此具有权威性</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>效果有限，因为它不能为所解释的条款增加一个全新的含义</li> <li>可引起对其真实法律性质的疑惑(对联合解释和修正二者，可能难以总是很容易地加以区分)</li> <li>为法庭留下了酌处余地</li> <li>如果任何一方一贯以不符合解释的方式行事，可能难以确认相关解释为真</li> <li>在未决争端涉及到有关条款的适用问题时，可能很难进行谈判</li> </ul>

资料来源：贸发会议。

<sup>a</sup> 澄清条约规定的内容，收缩法庭酌情解释权的范围。

<sup>5</sup> 最惠国条款主要是禁止签署国相对于任何第三国的类似投资者，对相关投资者的不太有利的待遇。

<sup>6</sup> 一般而言，存续条款涉及政府在终止日期之前和之后(在存续期内)采取的措施，但仅适用于在条约终止之前进行的投资。

10. 澄清国际投资协定条款可以帮助减少第一代双边投资条约措辞笼统带来的不确定性。权威的缔约方联合解释针对投资者、东道国和仲裁员都给出了一定程度的必要澄清。这一改革工具在实践中可能是最便于适用的，因为它允许缔约方就具体的国际投资协定条款中表明自己的立场，而无须高昂费用和大量时间修正或重新谈判条约(因为解释性说明不需要批准)。通过在条约中申明联合解释对法庭具有约束力，缔约方可以消除对其法律效力的任何疑问。<sup>7</sup> 然而，即使没有这样的规定，《维也纳条约法公约》也要求仲裁员应与上下文一并考虑“当事国嗣后所订关于条约之解释”(第三十一条第三款(甲)项)。

11. 几个国家曾经进行了联合解释。2001年，《北美自由贸易协定》的自由贸易委员会通过了解释该协定第11章某些规定的说明，对关于最低待遇标准的第1105(1)条作了澄清。2013年，哥伦比亚和新加坡通过一项联合解释性谅解，澄清了其双边投资条约(2013年)中的若干条款(如最惠国待遇和公正和公平待遇)。2016年1月，《跨太平洋伙伴关系条约》缔约方发布了起草人关于“类似情况”的解释性说明，适用于该条约的最惠国和国家待遇规定。

12. 或许应注意到两个最近的政策发展，它们不同于对联合解释的传统理解，但与之又有关联。印度于2016年2月向25个国家提出了一项联合解释性声明，印度与这些国家订立了国际投资协定，其初始有效期尚未到期。声明阐述了印度对相关条约中若干条款的解释，包括对投资者和投资者定义、最惠国待遇、公平和公正待遇、国民待遇和征收条款以及投资者—国家争端解决的解释。2016年10月，加拿大和欧盟及其成员国发布了《加拿大—欧洲联盟综合经济和贸易协定》(2016年)的联合解释文书，其中载明了缔约方就若干成为公开辩论和关切的主题的条款达成的协议，例如关于监管和赔偿的权利。

13. 同样值得注意的是，在最近的国际投资协定，例如《加拿大—欧洲联盟综合经济和贸易协定》(2016年)以及智利与中国香港(2016年)和摩洛哥与尼日利亚(2016年)的双边投资条约中，频频设立了负有发布具有约束力的解释责任的联合机构。

## 2. 修正条约规定

14. 第一代国际投资协定普遍规定了广泛的义务，有时难以通过联合解释加以修正。通过修正条约规定，各方可作出更高层次的改动，确保经修正的条约反映其不断变化的政策倾向(表2)。

<sup>7</sup> 贸发会议，2013年，《2013年世界投资报告：全球价值链—投资和贸易促进发展》(联合国出版物，出售品编号：E.13.II.D.5，纽约和日内瓦)。



表 2  
改革行动：修正条约规定<sup>a</sup>

结果	挑战
<ul style="list-style-type: none"> <li>通过形成比解释的范围更广泛，影响更深远的工具，引入新规则，而不仅仅是澄清现有规则的含义</li> <li>选择性地解决各方政策立场相一致的最重要问题</li> <li>相对于重新谈判整个条约，可与条约伙伴更容易达成一致，且更有效率</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>通常须经国内批准才能生效</li> <li>仅适用于潜在争端，不涉及未决争端</li> <li>不会导致条约设计和理念的整体变化</li> <li>可能导致很艰难的谈判，只有要求其他修正的缔约方作出互惠让步，才能就修正案达成协议</li> </ul>

资料来源：贸发会议。

<sup>a</sup> 通过引入新的规定或改变或删除现有规定来修订现有条约的内容。

15. 修正案的数量通常有限，不影响条约的整体设计和理念。<sup>8</sup> 如果缔约方只关心某些具体规定(如最惠国待遇以及公正和公平待遇)，则不妨采取分别修正的方式，而不是重新谈判整个条约，因为后者或许耗时费力，而且因为其他方或其他各方的态度，可能会很艰难。适用的修正程序依条约而定，可能会有变动。就对于修正案不加制约的国际投资协定，《维也纳条约法公约》的一般规则通常适用。不过，很多较新的国际投资协定都包括自己的修正条款。这对于诸边条约或多边条约尤其重要，因为缔约方数量众多，增加了这一进程的复杂性。国际投资协定修正案通常通过单独的协议(例如议定书或换文或互换照会)形成，经由与原条约类似的程序生效，即各国已经分别完成国内批准程序。

16. 尚未掌握有关修正的综合数据。然而，现有证据表明，缔约国对修正的使用还是很有节制的。例外情况是欧洲联盟的东欧成员国(保加利亚、克罗地亚、捷克、爱沙尼亚、拉脱维亚、立陶宛、波兰、斯洛伐克、斯洛文尼亚和罗马尼亚)在加入欧洲联盟之前和之后通过议定书作出的修正。在这些国家缔结的载有议定书的 84 项国际投资协定中，有 60 多项涉及经修正的附加欧洲联盟双边投资条约，以除其他外，使其国际义务符合欧盟法律规定的义务。一些协定规定了区域经济一体化组织最惠国条款列例外，或者规定了出于国家安全理由的例外，例如 2007 年和 2010 年分别针对保加利亚—印度(1998 年)和捷克—摩洛哥(2001 年)的双边投资条约的议定书。若干成员国也采用修正措施，就资金自由转移规定列入了国际收支例外，例如 2009、2011 和 2013 年分别针对捷克—危地马拉(2003 年)、保加利亚—以色列(1993 年)和立陶宛—科威特(2001 年)的双边投资条约的议定书。后几项修正也是为了应对欧洲法院 2009 年的裁决，即某些成员国与第三国的双边投资条约的资金转移规定违反了欧洲联盟法律。

17. 其他国家以更为松散的方式使用修正，对投资者—国家争端解决机制进行调整，例如 1997 年就巴拉圭—大不列颠及北爱尔兰联合王国双边投资条约(1981 年)的互换照会，以及 2000 年和 2003 年分别针对巴拿马—美利坚合众国(1982 年)和德国—摩尔多瓦共和国(1994 年)双边投资条约的议定书。最近的例子包括 2016 年 5 月对新加坡—澳大利亚自由贸易协定(2003 年)的修正，双方在对条约

<sup>8</sup> 同上。

进行第三次审查时达成了协议。经修正的投资一节包括对定义和实质性义务的若干改动，并增加了关于争端解决的例外，包括从投资者—国家争端解决中分割出烟草控制措施。这些修正处于批准过程中。

18. 最后，2016年8月，南部非洲发展共同体成员修正了共同体财务和投资议定书的附件1。修正后的文本删除了公正和公平待遇规定以及投资者—国家争端解决机制，修订了投资者和投资定义，规定了征收条款的例外，澄清了国家待遇规定、投资者责任，以及东道国监管投资的权利。这些修正处于批准过程中。

### 3. 替换过时条约

19. 条约替换提供了全面修改条约，而不是有选择地修改具体条款的机会(表3)。这一改革行动以新的协定取代了过时的国际投资协定。新的国际投资协定可以由相同的条约伙伴缔结(例如双边投资条约被新的条约取代)，或在更多的国家之间缔结(例如，若干双边投资条约被诸边条约取代(见选项4))。重新订立条约可使各方在选择性修正方面实现更高层次的变化，并在设计反映其当代共同愿景的国际投资协定时更加缜密，概念性更强。

表 3

#### 改革行动：替换过时条约<sup>a</sup>

结果	挑战
<ul style="list-style-type: none"> <li>有助于根据各缔约方不断变化的政策目标全面修订条约，进而就改革作出通盘考虑</li> <li>有助于修正条约理念和总体设计，纳入新的政策问题</li> <li>可以在条约有效期任何时间进行</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>要求观点相同的条约伙伴的参与</li> <li>可能耗费成本和时间，因为涉及从头谈判条约</li> <li>不保证纳入改革导向的因素(取决于谈判结果)</li> <li>需要在新旧条约制度之间进行有效过渡</li> </ul>

资料来源：贸发会议。

<sup>a</sup> 以新条约取代第一代条约。

20. 为有效进行替换，各国需要注意早期国际投资协定中的终止规定，包括如何确保从前条约制度有效过渡到新条约制度，以及如何处理任何存续条款。

21. 到目前为止，大约有 130 项双边投资条约已被其他此类条约或载有投资规定的双边条约替换。过去二十年来一直积极参与的国家包括德国，其次是中国、埃及、罗马尼亚和摩洛哥。替换条约并不总是包含可持续发展导向的改革因素。目前的替换例子包括墨西哥和瑞士之间正在进行的重新谈判会谈，准备以双边投资条约替换 1995 年的条约。

22. 在有 167 项载有投资规定的条约的样本中，只有 16 项(10%)替换了至少一个与之重叠的双边投资条约。<sup>9</sup> 例如，秘鲁以随后的自由贸易协定替换了三项双边投资条约，但缔约伙伴是相同的，即智利(2006 年)、新加坡(2008 年)和大韩民

<sup>9</sup> 贸发会议，2017 年，图三.23。

国(2010年)。所有三项协定均包括投资一节,明确规定在自由贸易协定生效后终止双边投资条约,并制定了过渡规则。

23. 或者,在少数情况下,一些国家在新的国际投资协定生效期间,暂停执行双边投资协定或其中部分条款,例如摩洛哥—美国(2004年)和加拿大—巴拿马(2010年)自由贸易协定,以及韩国—欧洲自由贸易协会投资协定(2005年)。这不是真正意义上的替换,而是一种有条件的替换,有可能在新的国际投资协定终止时,恢复双边投资条约。

#### 4. 整合国际投资协定网络

24. 废除多边双边投资条约并代之以新的诸边国际投资协定,有助于使条约内容现代化,同时减轻国际投资协议网络的碎片化(表4)。整合是一种替换方式(见选项3)。这意味着废除先前存在的若干条约,并以新的、现代化的和可持续发展导向的条约取而代之。从改革的角度来看,这是一个有吸引力的选择,因为它通过为两个以上的国家制定统一的条约规则,产生了使条约内容现代化和减轻国际投资协议网络碎片化的双重积极作用。

表4

##### 改革行动:整合国际投资协定网络<sup>a</sup>

结果	挑战
<ul style="list-style-type: none"> <li>• 有助于通过全面修订条约,就国际投资协定现代化作出通盘考虑</li> <li>• 通过减少现有条约的数量,减轻国际投资协定网络的碎片化</li> <li>• 相对于多次双边谈判,可能会更具成本效益和时间效益</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 需要有众多条约伙伴的参与</li> <li>• 不保证纳入改革导向的因素(取决于谈判结果)</li> <li>• 诸边谈判可能比双边谈判更难取得成果</li> </ul>

资料来源:贸发会议。

<sup>a</sup> 在缔约方之间废止两项或多项双边投资协定,代之以新的诸边国际投资协定。

25. 例如,当欧洲联盟与第三国签署国际投资协定时,新的条约替换了早先个别欧盟成员国与该缔约国缔结的所有双边投资条约。例如,《加拿大—欧洲联盟综合经济和贸易协定》(2016年)计划替换加拿大与个别欧盟成员国之间的八项双边投资条约(第30.8条)。最近谈判的新加坡与欧洲联盟(12项先已存在的条约将被替换)和越南与欧洲联盟(22项先已存在的条约将被替换)的自由贸易协定也列入了类似规定。

26. 另一个例子是墨西哥与中美洲某些国家(哥斯达黎加、萨尔瓦多、危地马拉、洪都拉斯和尼加拉瓜,2011年)之间的自由贸易协定,该协定替换了墨西哥与哥斯达黎加(1994年)、尼加拉瓜与萨尔瓦多(1997年)以及危地马拉与洪都拉斯(2000年)之间的三个早期自由贸易协定。



27. 然而, 大多数其他诸边国际投资协定错过了整合的机会, 导致了并行适用过时的和新的条约。这就增加了本已错综复杂的系统的复杂性和不一致性。<sup>10</sup> 其中一些国际投资协定采用了相互冲突的条款来管理重叠的条约关系(见选项 5)。其他协定则对并行的情况采用默认方针, 但给予在缔约方之间自主决定的灵活性。例如, 在跨太平洋伙伴关系的情况中, 澳大利亚单独同意在伙伴关系生效后终止与墨西哥、秘鲁和越南的双边投资条约。迄今为止, 其他缔约方决定维持其先已存在的国际投资协定(超过 20 项国际投资协定载有伙伴关系各方之间的投资承诺但与伙伴关系重叠)。在一些正在进行的诸边谈判中, 这个问题仍在讨论之中。例如, 在非洲, 东部和南部非洲共同市场、东非共同体和南部非洲发展共同体之间的三方自由贸易协定有可能替换参加国之间的 100 多项现有的双边投资条约。

28. 一般而言, 在替换问题上, 如选择整合, 各国应注意即将失效的国际投资协定的终止条款, 并确保从早先条约向新的条约制度的有效过渡(见选项 3)。

## 5. 管理并存条约之间的关系

29. 如果国家选择同时维持第一代条约和新条约, 则只有在发生冲突或不一致的情况下, 以新的和更现代化的国际投资协定为准, 才能实现国际投资协定制度改革的目标(表 5)。

表 5

### 改革行动: 管理并存条约之间的关系<sup>a</sup>

结果	挑战
<ul style="list-style-type: none"> <li>• 确保各国不受重叠条约中同时适用的义务的约束</li> <li>• 可确保以最新的条约为准, 促进改革努力</li> <li>• 在维持生效的早先条约(建立并行制度)的同时, 澄清新条约与早先条约的关系</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 不终止早先的条约</li> <li>• 仅缓解并存所产生的不良后果, 不会推进有效和全面改革国际投资协定制度</li> <li>• 影响取决于如何制定冲突条款</li> </ul>

资料来源: 贸发会议。

<sup>a</sup> 制定规则, 以确认在特定情况下应使用哪项国际投资协定。

30. 一些条约缔约方不是选择替换, 而是决定第一代条约和新条约应并行存在。这通常发生在新的条约是诸边条约时(例如有投资一节的区域自由贸易协定), 以及现有的基本条约是双边条约时。例如, 有 167 项条约有投资规定, 三分之二以上(119 项)与早先失之重叠的国际投资协定并存。<sup>11</sup> 一般来说, 这种并行性增加了系统的复杂性, 不利于国际投资协定制度的改革。为进行有效和全面改革的目的, 最好避免同时适用在同一些缔约方之间并存的国际投资协定。但是, 各国可能有其具体理由来维持国际投资协定的并存。

<sup>10</sup> 贸发会议, 2014 年, 《2014 年世界投资报告: 投资可持续发展目标一行动计划》(联合国出版物, 出售品编号: E.14.II.D.1, 纽约和日内瓦)。

<sup>11</sup> 贸发会议, 2017 年, 图三.23。

31. 为了减轻这种情况产生的潜在不利后果，缔约国可以列入相关条款，澄清并存国际投资协定之间的关系。<sup>12</sup> 例如，冲突条款可以规定在发生冲突或不一致时以哪些条约为准。在上述与重叠国际投资协定并存的有投资规定的 119 项条约中，只有 35 项(或大约三分之一)载有清楚表明以现有或新的国际投资协定为标准的条款。

32. 如果优先考虑新的更现代化的国际投资协定，冲突条款可能成为国际投资协定制度改革的有益工具。例如，在 35 项载有投资规定并包含了冲突条款的条约中，半数以上(20 项)规定在出现不一致时，以较新的国际投资协定为标准。这方面例子包括巴拿马—中国台湾省(2003 年，第 1.03(2)条)、墨西哥—秘鲁(2011 年，第 1.3(2)条)和哥伦比亚—韩国(2013 年，第 1.2(2)条)的自由贸易协定。

33. 然而，各国往往也选择列入相关条款，明确规定以早先的(往往改革导向不很强烈的)条约为准，例如澳大利亚—马来西亚自由贸易协定(2012 年，第 21.2(2)条)和日韩三边投资协定(2012 年，第 25 条)。在上述 35 项载有投资规定的条约中，有 15 项优先考虑早先的条约。

34. 各国有时也会列入相关条款，规定以更有利于投资者的条约为准(例如新西兰与澳大利亚、文莱达鲁萨兰国、智利、马来西亚、新加坡和越南签署的《跨太平洋伙伴关系协定》附加函)，或者不作充分澄清，为先已存在的国际投资协定的地位问题留有余地(如中韩自由贸易协定(2015 年，第 1.3 条))。这些类型的关系条款不大可能促进国际投资协定制度的改革。

35. 覆盖范围各异却又有重叠的国际投资协定和国际投资协定中的不同章节，也会面临管理这方面关系的难题。由于服务和投资规则通常在某种程度上相互作用和交叉(例如《服务贸易总协定》第 I.2 条，涵盖了服务提供模式 3)，可能需要规范相互作用。国家有若干选择。它们可以选择重叠的覆盖范围，并采用冲突条款，只要自由贸易协定的投资一节与其他各节没有不一致之处，则以其他各节为准，如美国—澳大利亚自由贸易协定(2004 年，第 11.2 条)。另一种选择是在关于投资和服务章节中涵盖投资服务，但排除某些投资保护义务(一般是最惠国和国家待遇规定)对服务投资的适用，如新加坡—欧洲自由贸易协会的自由贸易协定(2002 年，第 38(2)条和第 38(3)条)。国家还可以在服务一节中列入服务投资连系条款，规定哪些投资义务可比照适用于影响提供服务的措施，如印度—新加坡全面经济合作协定(2005 年，第 7.24 条)。它们还可以划定适用范围，以调整服务或投资各节中的相互作用，例如《跨太平洋伙伴关系协定》第 10.1 条，其中将模式 3 排除在服务一节之外。

## 6. 参照全球标准

36. 在国际投资协定制度改革努力中，各国可以参照获得多边承认的标准和文书。此类文书反映了在有关问题上达成的广泛共识，参照这些文件有助于消除国际投资协定与其他国际法和决策机构之间的脱节(表 6)。

<sup>12</sup> 如果新的重叠条约不包括任何形式的关系条款，并存条约之间的关系将酌情受《维也纳条约法公约》，特别是其第三十和第五十九条的制约。

表 6

改革行动：参照全球标准<sup>a</sup>

结果	挑战
<ul style="list-style-type: none"> <li>• 有助于塑造条约精神(如目标和目的), 并影响仲裁法庭对其的解释</li> <li>• 可促进现有条约的现代化和新条约的创订</li> <li>• 可以重新连接不同的各组国际规则</li> <li>• 具有成本效益和时间效率(国家可以利用缔约方原先议定的现有文书)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 视所涉国际标准的不同, 可以看作是一些对国际投资协定保护外国投资的传统目标无关紧要的问题, 加重了国际投资协定机制的工作负担</li> <li>• 不一定会带来法律上的明确性或限制仲裁法庭的酌情解释权</li> <li>• 不能帮助条约各方控制各自文书的今后发展</li> </ul>

资料来源：贸发会议。

<sup>a</sup> 促进国际投资协定与其他国际法和决策领域的协调一致，改善其相互作用。

37. 国际投资协定目前是在双边、区域、诸边和多边层面处理外国投资的最主要的工具。不过，国际政策决定也导致了大量标准和工具，它们可能具有约束力也可能没有约束力，同时，直接或间接涉及到国际投资。2015年9月，国际社会通过了可持续发展目标，169个具体目标中的若干目标指明了投资在实现可持续发展目标方面的重要作用(例如具体目标7.a和10.b)，或与投资政策相关(例如具体目标1.b、17.14、17.15和17.16)。同样，在第三次发展筹资问题国际会议的成果文件，即《亚的斯亚贝巴行动议程》中，会员国表明(第91段)：“保护和鼓励投资的目标不应影响我们实现公共政策目标的能力。我们将努力制定带有适当保障措施的贸易和投资协定，以便不妨碍符合公共利益的国内政策和法规。”

38. 贸发会议的《可持续发展投资政策框架》，是2012年制定的不具约束力的框架，旨在就可持续发展和包容性增长作出投资努力。该框架于2015年更新，并在第三次发展筹资问题国际会议上重启。它已经成为130多个国家的决策者的参照物。

39. 此外，还有许多自愿的监管举措，用以推行促进可持续发展的企业社会责任标准和准则，例如《联合国全球契约》和国际标准化组织关于社会责任的标准26,000。这些文书是软法律一个独特而迅速演进的方面。它们通常侧重于跨国企业的运营，过去几十年来日益塑造了全球投资政策格局。<sup>13</sup>

40. 尽管国际仲裁法庭赋予这些文书的作用和重要性仍然存在一些不确定性，但决策者却有一些选择来利用此类全球标准，促进国际投资协定制度改革。例如，他们可能采取以下行动：

(a) 在新的国际投资协定中引入全球标准和工具，例如通过交叉参照的方式，即如已经在少数但日渐增多的协定中所做的。此类条款至少可以突出强调可持续性在投资者与国家关系中的重要性。它们也可以引导投资者承担与可持续发展相关的责任，并作为投资者—国家争端解决法庭的解释性指导来源；

<sup>13</sup> 贸发会议，2013年。

(b) 通过联合声明，回顾国家对列举的某些全球标准和文书的承诺，并指明应基于这些承诺来理解参与国之间的投资政策关系。其效应与交叉参照类似，但它不仅适用于新条约，而且适用于先已存在的条约。参与的国家越多(全球标准的清单可能就越长)，影响就越发强烈或深远；

(c) 在更广阔的层面，将全球可持续性问题纳入关于全球经济治理和国际投资监管架构的讨论中。

41. 总体而言，交叉参照可以发挥重要作用，减少不同法律和决策机构之间的各自为政和相互隔膜，并可加强国际投资协定与国际可持续发展标准之间的联系。所有这一切，都将有助于促成全球政策谅解，因为它不仅适用于今后的投资决策，也适用于现有条约。

42. 例如，最近的几个国际投资协定泛泛谈及企业社会责任标准，主要提到人权、劳工、环境、反腐败等等领域的国际公认标准，如布基纳法索—加拿大双边投资条约(2015年)和哥伦比亚—巴拿马自由贸易协定(2013年)。其他最近的国际投资协定则更加具体，提及如下全球标准，即《可持续发展目标》(如摩洛哥—尼日利亚双边投资条约(2016年))、《联合国宪章》、《世界人权宣言》和/或国际劳工组织文书(如格鲁吉亚—欧洲自由贸易联盟自由贸易协定(2016年)和加拿大—欧洲联盟综合经济和贸易协定(2016年))，或经济合作与发展组织的多国企业的指导方针和公司治理原则(如加拿大—欧洲联盟综合经济和贸易协定(2016年)和波斯尼亚和黑塞哥维那—欧洲自由贸易联盟自由贸易协定(2013年))。

43. 最近在诸边背景下制定标准的例子是20国集团2016年7月商定并于2016年9月批准的全球投资决策指导原则。这些指导原则虽然本身即是制定标准的实例，但它们同样提及了全球标准，特别是原则八，其中申明“投资政策应促进和便利投资者遵守国际最佳做法和在负责任的企业行为和公司治理方面的适用文书”。

## 7. 多边接触

44. 多边接触是国际投资协定制度改革中最有影响力但也是最困难的途径。在从当前或以往的多边进程中获得启示的同时，应注意它们在强度、深度和接触特点方面的差异(表7)。如果成功，全球多边改革努力将是一个最有效的方式，可用以解决构成目前国际投资协定制度的成百上项条约所表现的不一致、重叠和发展问题。然而，多边改革行动是极具挑战性的，特别是就确定如何去采取这一行动而言。<sup>14</sup>

<sup>14</sup> 贸发会议，2015年；贸发会议，2016年。

表 7

改革行动：多边接触<sup>a</sup>

结果	挑战
<ul style="list-style-type: none"> <li>在改革选项中，最适合处理具有全球重要性的政策问题(如可持续发展)或系统性问题(如最惠国条款)</li> <li>如果成功，则是最有效的一类改革行动，可一举为许多国家或条约关系带来变化</li> <li>有助于避免个别国家零打碎敲的改革行动导致的进一步碎片化</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>是最具挑战性的改革路径，因为国家为数众多，难于达成共识</li> <li>可能导致那些谈判能力较低的国家或后发国家发现自己只能被动地循规蹈矩</li> <li>至少目前更有可能导致不具约束力的文书或实质性内容褊狭的文书(如投资者—国家争端解决的具体方面)，因此对国际投资协定制度的总体影响有限</li> </ul>

资料来源：贸发会议。

<sup>a</sup> 在为数众多的国家中达成共同理解或新的规则，同时建立一同促成变化的机制。

45. 最近，在多边或诸边层面出现了许多政策发展，可以启迪今后的多边国际投资协定制度改革努力。启迪或见之于新规则的制定方式和过程，或见之于为将这些规则扩展到现有条约中而采用的工具。在这方面，经济合作与发展组织在国际投资协定之外的领域的多边规则制定进程，例如税基侵蚀和利润转移项目，可能同样具有指导意义。

46. 在考虑如何从这些举措中吸取经验教训时，应注意各种多边进程的特点。这些进程除其他外，在以下方面可能存在差异，包括所涉及内容的范围和广度、涉及的国家数量(在规则的创设和后来的规则适用中)，法律性质(实际规则和促进更广泛适用规则的机制)，以及这些进程在多大程度上是制度化的或由政府间组织主持。

47. 例如，《联合国关于投资人与国家间基于条约的仲裁透明度公约》，(《毛里求斯透明度公约》)推动在更大程度上将联合国国际贸易法委员会透明度规则适用于 2014 年 4 月 1 日前缔结的国际投资协定。该《公约》切实修改了批准《公约》的一些国家的第一代国际投资协定，使之成为集体的国际投资协定制度改革行动。未来的国际投资协定制度改革行动可以借鉴促成联合国国际贸易法委员会《仲裁规则》和《毛里求斯透明度公约》的多边谈判进程，以及修改了现有国际投资协定某些方面的《公约》的选择加入机制。

48. 除了投资制度之外，《实施与税基侵蚀和利润转移措施相关的税收条约的多边公约》(《多边文书》)促进缔约方执行与税收条约相关的税基侵蚀和利润转移一揽子措施，可能对 3,000 多项此前缔结的双边税收协定作出修正。《多边文书》处理了一些令人关切的问题(如混合错配安排、条约滥用和简化争端解决)，并以灵活、任择的方式促成变革。例如，它只适用于《公约》各方具体指定的税收条约，并利用选择退出机制，允许各方排除或修改某些规定的法律效力。在替代性规定和选择性加入机制二者之间的选择，使人们可以接受新的承诺。今后的国际投资协定制度改革行动可以借鉴导致采纳税基侵蚀和利润转移一揽子措施的多利益攸关方进程，以及与《毛里求斯透明度公约》相似但较为复杂的《公约》框架，允许对先此存在的税收条约作出单方面声明和选择性保留或修正。

49. 目前关于设立多边投资法庭和/或上诉机制的讨论可能导致一份文书，促成早先条约中载投资者与国家间争端解决规定的最终改变。《毛里求斯透明度公约》的选择加入机制作为一种潜在的改革模式，也在有联合国国际贸易法委员会和国际投资争端解决中心参与的一个持续进程中作了探讨，该进程审议了设立常性投资法庭或上诉机制的问题。

50. 另一个例子是在贸发会议支持下通过的 20 国集团全球投资决策的指导原则。这些原则虽然不具有约束力，但意在成为谈判国际投资协定和实现现有协定现代化方面的重要参考。它们实际上可以成为现行国际投资协定制度全球改革，以及制定新一代国际投资协定的试金石，与二十一世纪的关切和优先考虑更加契合。人们可以从这样一些建议中得到启发，即有关原则可能不仅可以为条约的起草提供指导，而且通过申明 20 国集团对目前投资决策重点的共同理解，还可以为解释现有的国际投资协定提供指导，进而或可奠定一个基础，推动将之更广泛地适用于 20 国集团以外国家。

51. 最后，多利益攸关方的平台和进程，如贸发会议世界投资论坛(对目前多层次和多方面国际投资协定制度进行高级别和包容性讨论的国际论坛)，以及第三次联合国发展筹资国际会议(其要求贸发会议继续与成员国就国际投资协定进行协商)，将有助于专家研究、分析、支持和交流如何推动进一步改革。

## 8. 放弃未批准的第一代条约

52. 相当多的双边投资条约尚未生效，其中许多是第一代条约。一个国家可以正式表明其决定不受这些条约的约束，作为精简其国际投资协定网络和促进谈判新的更现代条约的手段(表 8)。

表 8

### 改革行动：放弃未批准的第一代条约<sup>a</sup>

结果	挑战
<ul style="list-style-type: none"> <li>• 有助于精简国家的国际投资协定网络</li> <li>• 程序简单，仅要求知会其他缔约方</li> <li>• 可向其他缔约方和公众发出通报</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 可被认为会对一个国家的投资环境产生不利影响</li> <li>• 可能扰乱与其他条约方的关系</li> <li>• 可能对暂时适用导致的现有案件不发生影响</li> <li>• 如果一个国家在批准前接受暂时适用，则可能对今后的投资者与国家争端解决主张(在条款存续期间)不发生影响</li> </ul>

资料来源：贸发会议。

<sup>a</sup> 传达一国不欲成为已经缔结但尚未批准的条约缔约国的意图。

53. 根据《维也纳条约法公约》，就已签署的条约而言，各国负有“不得在条约生效前妨碍其目的及宗旨之义务”(第十八条)。正式放弃条约(“放弃”一词用作口语和法律上中立的词语)将确保一个国家解除这一义务。这个过程通常直截了当，因为条约还没有生效。



54. 迄今为止，似乎很少有国家推进这项改革行动，虽然并非所有的实例都会受到公众关注。巴西在一些 1990 年代签署的条约被国会拒绝后，放弃了 14 项双边投资条约，因为某些条款被视为违宪。2008 年，厄瓜多尔向洪都拉斯和尼加拉瓜提出退出两项未批准的双边投资条约。最近，在 2017 年 1 月，美国表示打算退出《跨太平洋伙伴关系条约》。<sup>15</sup>

55. 然而，在某些条约下，各国同意暂时适用，这意味着该条约或条约的一部分在签字之后生效之前即可适用。放弃暂时适用的条约通常更为复杂，因为这类类似于终止已经生效的条约。通常，国际投资协定规定了国家终止暂时适用必须遵循的程序，这也可能启动存续条款。由于多缔约方的批准可能是一个漫长的过程，暂时适用在诸如《能源宪章条约》(1994 年)和《加拿大—欧洲联盟综合经济和贸易协定》(2016 年)等诸边国际投资协定中更为常见，后者只有投资一节的部分内容可以暂时适用。例如，2009 年，俄罗斯联邦发出照会，终止《能源宪章条约》的暂时适用。条约包含一个单独的 20 年存续条款，签署者可据以终止暂时适用。

## 9. 终止现有的第一代条约

56. 无论是单方还是联合终止过时的双边投资条约，都是一个直截了当的做法，但不见得能够即时解除各方的义务(表 9)。终止条约解除了缔约方进一步按照条约行事的义务，这与条约因被新的条约替换而终止是不同的(见选项 3 和 4)。如果条约允许，可单方终止条约，或如果双方同意，可随时终止条约。单方终止双边投资条约的规则，通常在该条约本身中载明。一般来说，此类条约规定了 10-20 年的初始生效期，必须在到期后，一方始得单方终止该条约。单方终止将启动条约中存在的任何存续条款，这将在条约终止后的一段时间保持条约的效力。为了清楚起见，各国可以考虑在联合终止条约时宣布存续条款失效。

表 9

### 改革行动：终止现有的第一代条约<sup>a</sup>

结果	挑战
<ul style="list-style-type: none"> <li>• 可以单方或联合终止(不用代之以新条约)</li> <li>• 向面向改革的国内利益攸关者和国际投资协定制度的批评者发出强烈信号</li> <li>• 如果其为协调一致的联合替换战略的一部分，可以促进可持续发展导向的改革</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 可被视为终止国家的投资环境恶化</li> <li>• 可能导致国民在另一方的领土不再受到保护</li> <li>• 存续条款即使启动，可能也不会即时生效(存续条款生效期间，始终存在投资者—国家争端解决问题)</li> </ul>

资料来源：贸发会议。

<sup>a</sup> 解除缔约方根据条约承担的义务。

57. 截至 2017 年 3 月终止的 212 项双边投资条约，有 19 项(9%)属于联合终止，没有任何替换或整合，59 项(28%)属于单方终止，134 项(63%)被新的条约替

<sup>15</sup> 美利坚合众国，新闻秘书办公室，2017 年。关于美国退出跨太平洋伙伴关系谈判和协定的总统备忘录，1 月 23 日。

换。这表明国家往往能够接受终止，但通常只是在作为缔结新的国际投资协定进程的一部分时，才会如此。欧盟内部双边投资条约的终止进程同样值得注意。

58. 过去十年来，一些国家单方或联合终止了一系列双边投资条约，包括多民族玻利维亚国(10 项)、厄瓜多尔(10 项)和印度尼西亚(至少 20 项)等。例如，关于阿根廷—印度尼西亚双边投资条约(1995 年)，双方同意终止条约，同时宣布存续条款失效。南非终止了九项双边投资条约，作为根据其可持续发展和包容性经济增长目标重新制定投资政策的更广泛举措的一部分，这还包括通过《投资保护法》，制定新的双边投资条约范本和在区域和大陆层面的参与，以及多边对话。<sup>16</sup> 印度修订了其早先的双边投资条约范本，并在 2015 年底采纳了新的模式。因此，2016 年，印度向初始条约条款已经到期的 50 多个条约伙伴发出终止通知，旨在根据经修订的模式，重新谈判新的条约。印度已经开始与各国重新谈判。最近，2017 年 5 月，厄瓜多尔国民议会批准了终止 16 项双边投资条约，总统签署了正式终止这些条约的法令。

## 10. 退出多边条约

59. 单方退出与投资相关的多边条约有助于减少一国面对的投资者索赔风险，但也可能影响今后在投资上的多边合作(表 10)。单方退出与投资相关的多边条约解除了退出方的文书义务，就有关条约而言，有助于最大限度地减少一国面对的投资者索赔风险。单方退出也意味着一国明显失去了对该制度的信任，希望摆脱它而不是改造它。这可表明，例如，当事方宁可选择一个替代的争端解决论坛，例如，南美洲国家联盟等区域论坛。

表 10

### 改革行动：退出多边条约<sup>a</sup>

结果	挑战
<ul style="list-style-type: none"> <li>有助于减轻国家(今后)面对的投资者索赔风险(但须受所放弃条约的存续条款的限制，也不影响投资者根据其他国际投资协定或在其他国际论坛提出的索赔)</li> <li>可减少年度支出(例如，如果条约需要缴纳年费)</li> <li>对于选择改革现有条约但无力自行其是的国家来说，是个退而求其次的办法</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>可能视为对国家投资环境产生不利影响和/或可使国家成为局外人</li> <li>国家难以与其他条约伙伴进一步合作，失去在条约的演进问题上的话语权</li> <li>只能在今后适用</li> <li>由于大多数国际投资协定规定了同意多个论坛解决投资者与国家的争端，可能不会完全消除此类索赔风险</li> <li>可能削弱对在国外投资的国民的保护</li> </ul>

资料来源：贸发会议。

<sup>a</sup> 解除文书对退出方的约束力。

60. 迄今为止，有两个国家已经退出《能源宪章条约》，这是一项有 50 多个签署国的条约，要比任何其他国际投资协定都更频繁地用于投资国家争端解决案件。2009 年，俄罗斯联邦提交了终止暂时适用的通知，并表示无意成为该条约缔约国。2014 年，意大利提出对将于 2016 年 1 月 1 日生效的该条约的退约通

<sup>16</sup> 贸发会议，2016 年；贸发会议，2017 年。

知。相对于俄罗斯联邦，意大利已批准该条约，并成为正式的缔约国。该条约另外包含两个 20 年存续条款，分别针对暂时适用条约的签署国和作为正式成员的签署国。此外，迄今已有三个国家终止了《国际投资争端解决中心公约》，即 2007 年的多民族玻利维亚国、2009 年的厄瓜多尔和 2012 年的委内瑞拉玻利瓦尔共和国。已在国际投资争端解决中心对这些国家提出了多项基于条约的巨额投资者索赔。

#### 四. 结论

61. 以可持续发展为导向的国际投资协定体制改革，已进入国际投资决策的主流。改革的第二阶段取决于以往取得的进展，重点是如何去实现大量第一代条约的现代化。

62. 本说明确认并探讨了为促成第二阶段的国际投资协定制度的改革可供采取的 10 项改革行动。它涉及到各国在这些选项上的经验、各自的成果和挑战以及所学到的经验教训。10 项改革说明了应采取哪些方式变革国际投资协定制度，而不是设计条约内容(见贸发会议《可持续发展投资政策框架》和国际投资协定制度改革路线图，以及贸发会议的改革考量(2016 年))。

63. 虽然许多国家已经开始推行这 10 个选项中的一个或多个，但如贸发会议(2017 年)所详述，进一步改革仍有很大余地。因此，各国有充分的机会思考每个选项、其成果和挑战以及其经验教训，进行必要调整，并根据各自的国际投资协定制度改革目标择优采纳。

64. 在此过程中，决策者面临着诸多挑战，包括战略和系统性挑战，以及与能力和协调有关的挑战。成功的改革需要强有力的内部结构来筹划和执行行动，有扎实的程序以及决策和执行能力，例如在国家各机构间的持续内部协调，提高认识和能力建设等方面。这对发展中国家和最不发达国家来说尤其困难，它们在议价力以及谈判和执行能力方面面临挑战，同时对改革风险的承受力更弱。

65. 所有这些挑战都要求在多边支持下，就国际投资协定制度改革拿出协调一致的方针。贸发会议通过其研究和政策分析、技术合作和建立政府间共识等工作支柱，在这方面可以发挥关键作用。尤其是，贸发会议作为联合国内促进国际投资的协调中心，以及就目前多层次和多方面的国际投资协定制度进行高级别和包容性讨论的国际论坛的作用，正如《内罗毕共识》和《亚的斯亚贝巴行动议程》所声明的那样，有助于促成改革工作的协调一致。最终，各个决策层级(国家、双边、区域和多边)的协调程度越高，建立较少碎片化，更加平衡、稳定和可预测的国际投资协定制度的机会就越大，如此一个制度将有效推动实现可持续发展目标。



贸易和发展理事会

投资、企业和发展委员会

投资、创新和创业促进生产能力建设和  
可持续发展问题多年期专家会议

第五届会议

2017年10月9日至11日，日内瓦

议程项目3

投资、创新和创业促进生产能力建设和可持续发展

改革国际投资协定制度：第二阶段

更正

第三章，第49段

将现有案文改为

目前关于设立多边投资法庭和/或上诉机制的讨论可能导致一份文书，促成  
早先条约中载投资者与国家间争端解决规定的最终改变。《毛里求斯透明度公约》  
的选择加入机制作为一种潜在的改革模式，也在有联合国国际贸易法委员会和国  
际争端解决中心参与的一个持续进程中作了探讨，该进程审议了设立常性投资法  
庭或上诉机制的问题。

