



贸易和发展理事会  
投资、企业和发展委员会  
国际投资协定制度  
改革：前进方向问题专家会议  
2015年2月25日至27日，日内瓦  
临时议程项目3

## 国际投资协定制度改革

### 秘书处的说明

#### 内容提要

国际投资协定制度正处在一个转折点。各国缔结的国际投资协定数量逐年增长，在诸多此类协定中包含的投资者与国家争端解决机制下提出的申诉案件数量也在逐年增加。这些争端提出了几个重要的问题，例如这些协定所载通常较为宽泛、模糊的条款的解释，以及这些协定所阻止或允许国家保留的政策空间。随着这些问题浮出水面，各利益攸关方开始更广泛地讨论国际投资协定制度的作用和影响。一方面，国际投资协定仍被视为十分重要的政策工具，可通过创造稳定和可预测的商业环境保护和吸引外国直接投资。但与此同时，人们广泛认同，有必要对国际投资协定网络和争端解决制度两方面进行改革。

本背景说明讨论与国际投资协定制度改革有关的若干问题：国际投资协定和投资者与国家争端解决机制方面的趋势、改革投资争端解决机制的五条路线、改革整个国际投资协定制度的四条路线以及前进方向。文后附件就条约过期和终止现有国际投资协定的机遇提供了信息。本背景说明旨在支持各位专家寻求明确的办法，使国际投资协定制度更好地为可持续发展服务。



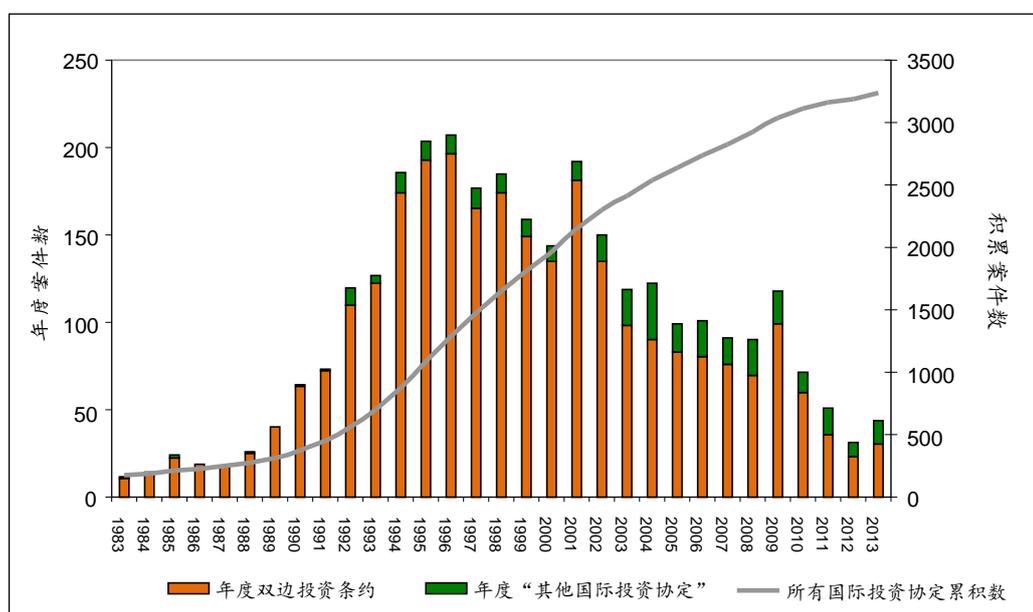
## 一. 国际投资协定和投资者与国家争端解决方面的趋势

### A. 制订投资条约方面日趋明显的分化

1. 随着 44 项新条约(30 项双边投资条约和 14 项“其他国际投资协定”)<sup>1</sup> 加入国际投资协定体系,截至 2013 年底,全球国际投资协定体系共包括大约 3,240 项国际投资协定(图 1)。最近的事态发展导致制订国际投资条约方面出现日趋明显的分化。越来越多的非洲、亚洲和拉丁美洲发展中国家正退出这一体系。与此同时,条约的制订却呈上升趋势,具体表现在动态增加(越来越多的国家正参与日益密集的回合谈判),且所处理的问题的深度和广度均不断增加。

图 1

1983 年至 2013 年期间签署的国际投资协定方面的趋势



资料来源: 贸发会议, 据国际投资协定数据库。

2. 国际投资协定谈判专家正越来越多地对现有国际投资协定的条款采用新方法,在谈判议程中增添新问题。在国际投资协定中引入自由化层面的条款和/或加强某些投资保护要素的条款就是这方面的例子。

3. 此外,新的国际投资协定表明,制订符合可持续发展目标的这种条约已形成趋势。对 2013 年缔结的有案文可查的 118 项国际投资协定(111 项双边投资条约和 7 项含有实质性投资条款的自由贸易协定)进行分析,可以看出其中大多数条

<sup>1</sup> 贸发会议将“其他国际投资协定”界定为含有投资条款的协定,例如自由贸易协定和经济伙伴关系协定。

约载有可持续发展方面的内容，例如《可持续发展投资政策框架》以及 2012 年和 2013 年版《世界投资报告》中列出的各项条约。

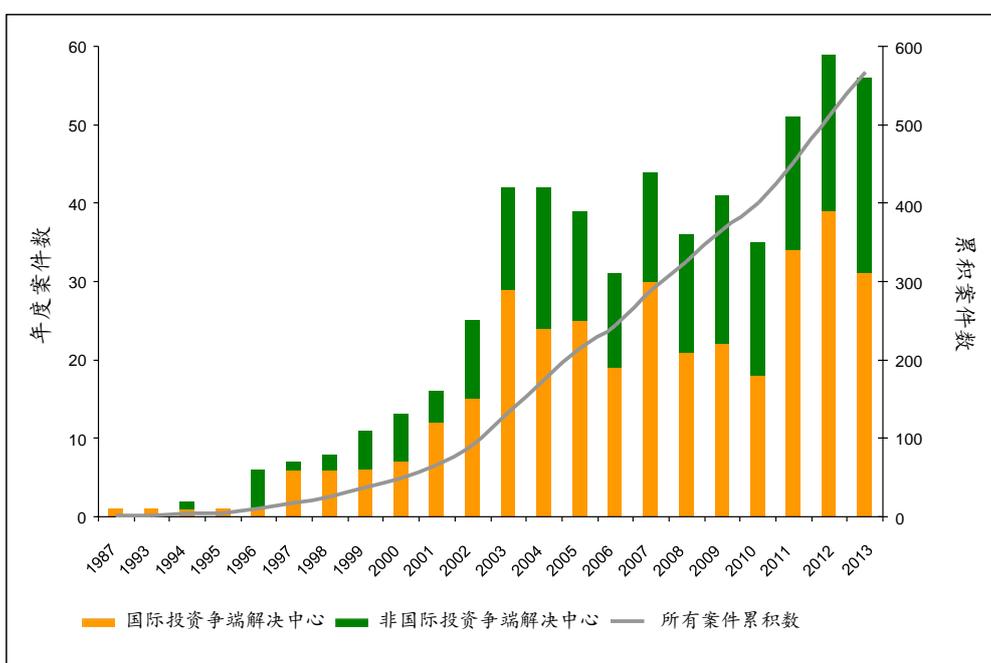
## B. 投资者与国家争端解决方面的趋势

4. 2013 年创下单一年份提交的已知投资仲裁案第二高的记录(56 起)，已知案件总数由此提高到 568 起(图 2)。相比之下，截至 2013 年底，世界贸易组织(世贸组织)共登记了 474 起争端。

5. 在新提交的申诉中，40%以上是诉欧洲联盟成员国——除一起案件之外，其他所有案件都是一个成员国的投资者诉另一成员国。投资者继续质疑各政策领域中的许多不同措施，特别是在可再生能源部门。

图 2

已知投资者与国家争端解决案件，1987-2013



资料来源：贸发会议，据投资者与国家争端解决数据库。

## 二. 绘制改革投资争端解决机制的五条大致路线

6. 鉴于投资者与国家争端解决案件的数量不断增加，关于这类机制是否有用和正当的辩论方兴未艾，在重大国际投资协定谈判议程中纳入了这一问题的国家和地区尤其如此。

7. 设计这一机制的初衷是为确保提供一个中立的论坛，使投资者能够在独立、合格的法庭面前得到公平审理，为解决投资争端提供一项快速、廉价和灵活的程序。此外，投资者与国家争端解决机制还允许争端方在很大程度上控制这一程序，例如允许它们选择仲裁人。鉴于投资者提出的申诉涉及主权国家的行为，将此种争端带出当事国国内范畴，能够为权利受到侵害的投资者提供重要保证，保证他们的申诉能够以公平和公正的方式得到裁决。此外，确保国际条约所载权利由国际执法手段加以执行是很常见的。

8. 不过，投资条约之下的投资者与国家争端解决机制的实际运作可能证明仲裁并不能兑现本来有望提供的诸多好处。实际上，投资者与国家争端解决制度的系统性缺陷已经开始浮现。<sup>2</sup> 这些缺陷在文献中有翔实的记载，《2012 年世界投资报告》中也有相应的归纳。

(a) 正当性。国家行为的有效性能否靠临时任命的三个人评估，这是值得怀疑的，当这些行为涉及公共政策问题时则更是如此。对公共财政的压力<sup>3</sup> 以及对公共利益监管的潜在抑制可能构成国家可持续发展道路上的障碍；

(b) 透明度。<sup>4</sup> 尽管自 2000 年代初以来，体系的透明度已经有所改善，但如果争端双方希望保密，投资者与国家争端解决诉讼依然能够完全保密，即使是在争端涉及公共利益问题的情况下也是如此；<sup>5</sup>

(c) 国籍规划。投资者可利用公司架构安排诉诸投资者与国家争端解决程序，也就是说，通过在一个中介国设立公司投诉某项投资，而设立公司仅仅是为了利用中介国与东道国缔结的国际投资协定；

<sup>2</sup> 缺陷在文献中有着翔实的记载，《2012 年世界投资报告》也有相应的归纳；M Waibel et al., eds., 2010, *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality* (Alphen aan den Rijn, the Netherlands, Kluwer Law International); D Gaukrodger and K Gordon, 2012, *Investor-State dispute settlement: A scoping paper for the investment policy community*, OECD Working Papers on International Investment, No. 2012/03, 见 [http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2012\\_3.pdf](http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2012_3.pdf); C Olivet, 2012, *Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers are Fuelling an Investment Arbitration Boom* (Brussels/Amsterdam/Corporate Europe Observatory and the Transnational Institute), 见 <http://corporateeurope.org/sites/default/files/publications/profitting-from-injustice.pdf>。

<sup>3</sup> 2014 年 7 月，一个法庭在三项相关的投资条约仲裁中裁定了迄今为止金额最高的赔偿——共计 500 亿美元的损害赔偿。Hulley 企业有限公司诉俄罗斯联邦(常设仲裁法院第 AA 226 号案)，Veteran 石油有限公司诉俄罗斯联邦(常设仲裁法院第 AA 228 号案)以及 Yukos 环球有限公司诉俄罗斯联邦(常设仲裁法院第 AA 227 号案)。2014 年 7 月 18 日终审判决。

<sup>4</sup> 贸发会议，2012 年，《透明度：续编》，贸发会议国际投资协定系列专论第二辑(纽约和日内瓦，联合国出版物)。

<sup>5</sup> 很能说明问题的是，截至 2012 年底，在根据常设仲裁法庭所管理的《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》提交的 85 起案件中，只有 18 起是公开的。(资料来源：常设仲裁法庭国际局)。

(d) 仲裁判决的一致性。经常发生仲裁法庭裁决不一致的情况，导致对相同或相似条约条款产生不同的法律解释，以及对涉及相同事实的案件案情作出不同的评估。不一致的解释导致关键条约义务的意义不确定，并导致无法预测未来案件中会如何解读这些义务；<sup>6</sup>

(e) 错判。如果发生仲裁法庭的重大错判，就不可能通过现有复审机制予以切实纠正。特别是，国际投资争端解决中心所属的裁决撤消审查委员会，不仅所拥有的复审权力极为有限，<sup>7</sup>而且都是专门为某一特定争端设立的，彼此之间也可能存在分歧；

(f) 仲裁人的独立性和公正性。质疑仲裁人的案件增多，这可能表明争端方认为仲裁人有偏见或偏向。尤其引起关切的是，被认为争端方倾向于各自委任同情己方立场的人。仲裁人会希望在以后的案件中再获委任，而且他们还经常变换角色——在一些案件中担任仲裁人，在另一些案件中则担任律师——更会加剧这些关切；<sup>8</sup>

(g) 资金风险。高额仲裁费用对于国家和投资者、特别是中小企业来说是一大顾虑。从国家的角度来看，即使政府赢得了官司，法庭可能也不会责令原告投资者支付被告的费用。这样，用于律师和仲裁人的平均 800 万美元的费用就成为公共财政的重大负担，致使这些资金无法用于其他目标。<sup>9</sup>

9. 这些问题引发了人们对投资者与国家争端解决机制所面临的挑战和机遇的辩论。已经在多个论坛开展这一辩论，包括在贸发会议投资委员会和专家会议、世界投资论坛<sup>10</sup>、贸发会议炉边座谈<sup>11</sup>以及由经济合作与发展组织(经合组织)主持的投资自由问题圆桌讨论中进行辩论。<sup>12</sup>

<sup>6</sup> 有些情况下，不同的结果是由于国际投资协定的不同措辞所导致的；然而，大多数时候，它们代表着个别仲裁人意见的分歧。

<sup>7</sup> 值得注意的是，即使发现一项仲裁判决中存在“明显的法律错误”，国际投资争端解决中心的裁决撤消委员会也可能无法撤消该项判决或纠正错误。CMS 天然气传输公司诉阿根廷共和国，国际投资争端解决中心第 ARB/01/8 号案，特设委员会关于对阿根廷共和国申请废止判决的决定，2007 年 9 月 25 日。

<sup>8</sup> 详见 Gaukrodger and Gordon, 2012, pp. 43–51。

<sup>9</sup> 对于大型律师事务所的合伙人，律师费可高达每小时 1,000 美元。律师费是最大的花费项目：平均占到一个案件总费用的 82%。见 Gaukrodger and Gordon, 2012, p. 19。

<sup>10</sup> <http://unctad-worldinvestmentforum.org/>。

<sup>11</sup> 贸发会议主办或协办的非正式讨论，分成各种利益攸关方小组进行研讨，以期就如何改善投资者与国家争端解决制度产生切实成果。

<sup>12</sup> <http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/foi.htm>。

10. 从这些讨论中总结出了五条大致的改革路线，这五条路线也已在 2014 年世界投资论坛国际投资协定会议上审议过：

- (a) 推广替代性争端解决方法；
- (b) 对现有制度进行量身改制；
- (c) 限制投资者诉诸投资者与国家争端解决机制；
- (d) 设立一个上诉机构；
- (e) 成立一个常设国际投资法院。

11. 以下介绍这五条路线。

#### A. 推广替代性争端解决方法

12. 这种方法倡导更多地使用替代性争端解决方法和争端预防政策，这两方面都是贸发会议关于国际投资协定的技术援助和咨询服务的一部分。替代性争端解决和争端预防既可写入国际投资协定，也可在国内一级加以实施，而不在国际投资协定中具体提及。

13. 与仲裁相比，和解及调解等替代性争端解决方法不那么强调法律权利和义务。这些方法涉及一个中立的第三方，其主要目标不是严格适用法律，而是找到争端方都认为公正的解决办法。替代性争端解决方法有助于节省时间和金钱，找到双方均可接受的解决办法，避免争端升级，并在争端方之间保持某种过得去的关系。不过，无法保证争端一定能够得到解决；如果不能得到解决，这种程序就会增加所涉费用。此外，取决于投资者所投诉的国家行为的性质(例如：一项普遍适用的法律)，替代性争端解决方法未必总是可行。

14. 替代性争端解决方法可以与加强国家一级的争端预防和管理政策同步进行。这种政策着眼于打造有效的沟通渠道，并改善投资者和所涉机构之间的体制安排(例如投资后续服务政策)，以及改善负责投资问题的不同政府部委之间的体制安排。在与投资者发生争端的情况下，投资监察员办公室或一个牵头专任机构有助于尽早解决投资争端，并有助于评估国际仲裁的前景和在需要时为国际仲裁作准备。<sup>13</sup>

15. 在实施方面，这种方法相对简单直接，世界各国在这方面已经有较多经验。重要的是，在国家一级实施替代性争端解决和争端预防政策时，各国无需经过条约伙伴的同意即可进行。然而，替代性争端解决方法本身不能解决这种机制

<sup>13</sup> 见贸发会议，2010 年，《投资者与国家争端：预防和替代仲裁的办法》，贸发会议国际投资政策促进发展的系列专论(纽约和日内瓦，联合国出版物)；贸发会议，2011 年，《投资促进发展的最佳做法：如何预防和处理投资者与国家争端——秘鲁的经验教训》，投资咨询丛书，B 辑，第 10 号(纽约和日内瓦，联合国出版物)。

面临的主要挑战。替代性争端解决和争端预防政策的最大作用在于预防争端，因此，这种改革路线是投资者与国家争端解决机制改革的辅助途径，而不是自成一体途径。

## B. 对现有制度进行量身改制

16. 这种方法意味着将保留现有制度的主要内容，有关国家可采用“速效修补”，即在新的国际投资协定中修改投资者与国家争端解决制度的某些方面。一些国家已经开始这样做。<sup>14</sup> 程序创新(《可持续发展投资政策框架》中已经提及许多程序创新)包括以下几个方面：<sup>15</sup>

(a) 设定提出申诉的时限，从而限制国家面临的风险，预防“老”申诉案复活(例如，可将时限设定为导致申诉的事件发生之后三年内)

(b) 加大缔约方在解释条约方面的作用，以避免超越其本意的法律解释(例如，规定具有法律约束力的联合缔约方解释、要求法庭将某些问题提交条约缔约方解释、便利不涉及争端的缔约方干预)；<sup>16</sup>

(c) 设立合并相关申诉的机制，这将有助于处理关联诉讼问题、统一适用法律(从而提高判决的连贯性和一致性)并降低诉讼费；

(d) 提高投资者与国家争端解决机制的透明度，例如，允许公众查阅文件并旁听庭审，允许感兴趣的非争端方参与；

(e) 内设一个尽早撤销轻率申诉(即明显无由的申诉)的机制，以免把资源浪费在全程展开的诉讼上。

17. 这种方法是由各国在国际投资协定中提供有侧重的“修补”，可以有量身定制的解决办法和形形色色的变通办法。例如，在国际投资协定中，具体国家可选择处理它们认为最相关的问题和关切。不过，与此同时，这种方法并不触及投资者与国家争端解决机制的诸多根本性问题。

18. 这种方法将要求开展全面的培训和能力建设工作，以加强人们对有关投资者与国家争端解决机制问题的认识 and 了解。<sup>17</sup> 如能为发展中国家提供价格可承受的优质法律辩护，也会有助于采取这种方法。

<sup>14</sup> 例如加拿大、哥伦比亚、墨西哥和美利坚合众国。

<sup>15</sup> 贸发会议，2014年，《投资者与国家争端解决：续编》，贸发会议国际投资协定系列专论第二辑(纽约和日内瓦，联合国出版物)进一步分析了投资者与国家争端解决机制单个要素的政策办法。

<sup>16</sup> 关于各国可以使用的手段，见贸发会议，2011年，《国际投资协定的解释：国家可以做什么》，国际投资协定问题说明，第3号，可查阅 [http://unctad.org/en/docs/webdiaeia2011d10\\_en.pdf](http://unctad.org/en/docs/webdiaeia2011d10_en.pdf)。

19. 这个方法的实施比较简单直接，因为只有两个缔约方(如属诸边条约，则几个缔约方)需要达成共识。不过，这种方法的效能有限：除非新条约是对前一项条约的重新谈判，否则“修补”仅适用于新缔结的国际投资协定，而此前的3,000多项条约将保持不变。此外，这种方法的一个主要优点——即各国可以选择是否处理某些问题——恰恰也是它的一个重大缺点，因为它使得这种改革方案成为一种零碎的办法，不会提供全面、综合的出路。

### C. 限制投资者诉诸投资者与国家争端解决机制

20. 这种办法可以缩小投资者可能诉诸投资者与国家争端解决机制的情况的范围。为此有两种办法：一是缩小投资者与国家争端解决申诉主题的范围，二是要求在求助于国际仲裁之前先用尽本地补救办法。这种方法的一个极端版本是彻底放弃投资者与国家争端解决机制作为争端解决的一种手段，重新回到国家与国家间的仲裁程序。

21. 一些国家已经采取了前一种政策，例如，将某些类型的申诉排除在仲裁审查的范围之外。<sup>17</sup> 以前，这种方法用于限制仲裁法庭的管辖权，例如规定只有在涉及没收的争端时才能诉诸投资者与国家争端解决机制。<sup>19</sup> 最近的一些条约则彻底放弃了投资者与国家争端解决机制。<sup>20</sup>

22. 在国际公法中，用尽本地补救办法的义务是在国际司法论坛中提起诉讼的强制性前提条件。不过，大多数国际投资协定没有要求这一义务，这就使得外国投资者成为特权阶层，他们能够规避国内司法机构。要求投资者用尽本地补救办法，或者要求投资者证明国内法院明显没有成效和存在偏见，可以重新确立平衡，使国际仲裁更多地成为一种例外补救办法。

<sup>17</sup> 贸发会议及其伙伴组织正在开展此类能力建设活动。例如，自2005年以来，贸发会议每年在拉丁美洲举行关于投资者与国家争端解决机制的高级区域培训班，使该地区受益匪浅。见[http://unctad.org/en/Pages/DIAE/International%20Investment%20Agreements%20\(IIA\)/IIA-Technical-Cooperation.aspx](http://unctad.org/en/Pages/DIAE/International%20Investment%20Agreements%20(IIA)/IIA-Technical-Cooperation.aspx)。

<sup>18</sup> 例如与房地产有关的申诉(喀麦隆—土耳其双边投资条约)；与金融机构有关的申诉(加拿大—约旦保护和促进外国投资协定)；与建立和收购投资有关的申诉(日本—墨西哥经济伙伴关系协定)；与国民待遇和业绩要求等具体条约义务有关的申诉(马来西亚—巴基斯坦加强经济伙伴关系协定)；因保护国家安全利益的措施引发的申诉(印度—马来西亚加强经济伙伴关系协定)。更多分析见贸发会议，2014，《投资者与国家争端解决：续编》，贸发会议国际投资协定丛书第二辑(纽约和日内瓦，联合国出版物)。

<sup>19</sup> 例如中国1980年代和1990年代初缔结的双边投资条约(阿尔巴尼亚—中国双边投资条约(1993)，保加利亚—中国双边投资条约(1989))规定，只有当争端涉及没收投资之后的赔偿数额时，投资者才能使用国际仲裁程序。

<sup>20</sup> 未包含投资者与国家争端解决条款的国际投资协定的最新实例包括澳大利亚—美国自由贸易协定(2004)、日本—菲律宾经济伙伴关系协定(2006)和澳大利亚—马来西亚自由贸易协定(2012)。

23. 限制投资者诉诸投资者与国家争端解决机制，这种办法并不解决与该机制有关的问题，而是降低问题的尖锐性。这种办法有助于减缓投资者与国家争端解决诉讼的蔓延、限制这种机制的判决引发的国家财政义务并保护资源。它也有助于加强国内司法制度，并鼓励东道国法律界人士加大参与力度。不过，从某种程度上讲，这种方法是重回老路，亦即投资者只能在东道国国内法院提出申诉、在具体的投资者与国家合同中谈判仲裁条款或申请母国的外交保护。

24. 在实施方面，与第一种办法相似，这种办法不要求许多国家采取协调行动，缔约方可对个别条约使用这种方法。对未来的国际投资协定来说，实施简单直接；以往的条约将需要修订、重新谈判或单方面终止。<sup>21</sup> 不过，与第一种办法一样，这是一种零碎的改革方法。

#### D. 设立一个上诉机构

25. 上诉机构意味着<sup>22</sup> 有权对仲裁法庭颁布的判决进行实质性复审的常设机构。提出设立上诉机构，是为了改进判例法的一致性、纠正初级法庭的错误并加强法律的可预测性。<sup>23</sup> 有些国家正考虑这种办法。<sup>24</sup> 如果由国家长期委任的名望极高的法律工作者担任成员，则上诉机构有可能成为一个权威机构，能够拿出连贯一致——并且较为均衡——的意见，从而解决人们对目前投资者与国家争端解决制度的正当性的关切。

26. 上诉机构就法律问题做出的权威宣判既将指引争端方(在评估双方理由的充分性时)，也将指引裁决争端的仲裁人。即使如今的初级法庭制度保留不变，通过在上诉层面开展有效监督也能够缓解人们的顾虑。总之，设立一个上诉机构能够使得目前分散、无等级、临时性的制度更加有序。

<sup>21</sup> 有些存续条款会使国际投资协定的终止复杂化，因为这种条款规定条约一般在终止之后的 10-15 年内仍然适用。

<sup>22</sup> 2004 年，国际投资争端解决中心秘书处提出了设立上诉机构的构想，但当时这种想法未能得到足够国家的支持。见 ICSID, 2004, Possible improvements of the framework for ICSID arbitration, ICSID Discussion Paper, part VI and annex, 可查阅 [https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&PageType=AnnouncementsFrame&FromPage=NewsReleases&pageName=Archive\\_Announcement14](https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&PageType=AnnouncementsFrame&FromPage=NewsReleases&pageName=Archive_Announcement14)。在此后的八年间，很多政府的看法可能发生了变化。

<sup>23</sup> 相关讨论见 C Tams, 2006, An appealing option? A debate about an ICSID appellate structure, Essays in Transnational Economic Law Working Paper No. 57。

<sup>24</sup> 美国缔结的若干国际投资协定处理了可能设立常设机构审理投资者与国家仲裁案的上诉问题。智利—美国自由贸易协定首次在协定留出了“插口”，如果另一项多边协定中设立了上诉机制，则可将其插入(第 10.19(10)条)。多米尼加共和国—中美洲—美国自由贸易协定(2004)则更进一步，要求设立一个谈判小组，设立上诉机构或类似机制(附件 10-F)。虽然制定了上述条款，但没有宣布举行过此类谈判，也没有就设立任何上诉机构发布过任何书面材料。

27. 同时，在一个由大约 3,000 项法律文本组成的法律体系之中，不可能实现绝对的一致性和确定性；因为具体适用条约的措辞不同，仍有可能得出不同的结果。此外，增加一个上诉阶段，会更加拖长诉讼时间并增加诉讼费用。不过，可通过制订与世贸组织上诉机构设置的时限类似的严格时限加以控制。<sup>25</sup>

28. 在实施方面，设立上诉机构这种办法要具有意义，必须得到相当多国家的支持。除原则同意之外，还需要做出一些重要的选择：这一机构将仅适用于国际投资争端解决中心制度，还是将扩展到其他仲裁规则？谁将选举上诉机构成员以及如何选举？如何为其提供资金？<sup>26</sup> 上述所有因素都使得这种改革办法很可能面临重大实际困难。

## E. 成立一个常设国际投资法院

29. 这种办法意味着将目前临时设置仲裁法庭的制度替换为一个常设国际法院。后者由各国任命的常设法官组成，例如，任期可为固定期限，且不可续延。该法院还可以有一个上诉庭。

30. 在有些人看来，非公开判决模式(即仲裁)不适合处理有关公法的问题。<sup>27</sup> 后者要求法官独立性和公正性的客观保障。要实现这一点，就必须确保法官任期的稳定性——从而确保法官不受外部利益的影响，例如有关再次当选的利益和维持仲裁行业的利益。在这些人看来，只有当法院拥有终身任期的法官，才能建立一个公认不带偏见的公平制度。<sup>28</sup>

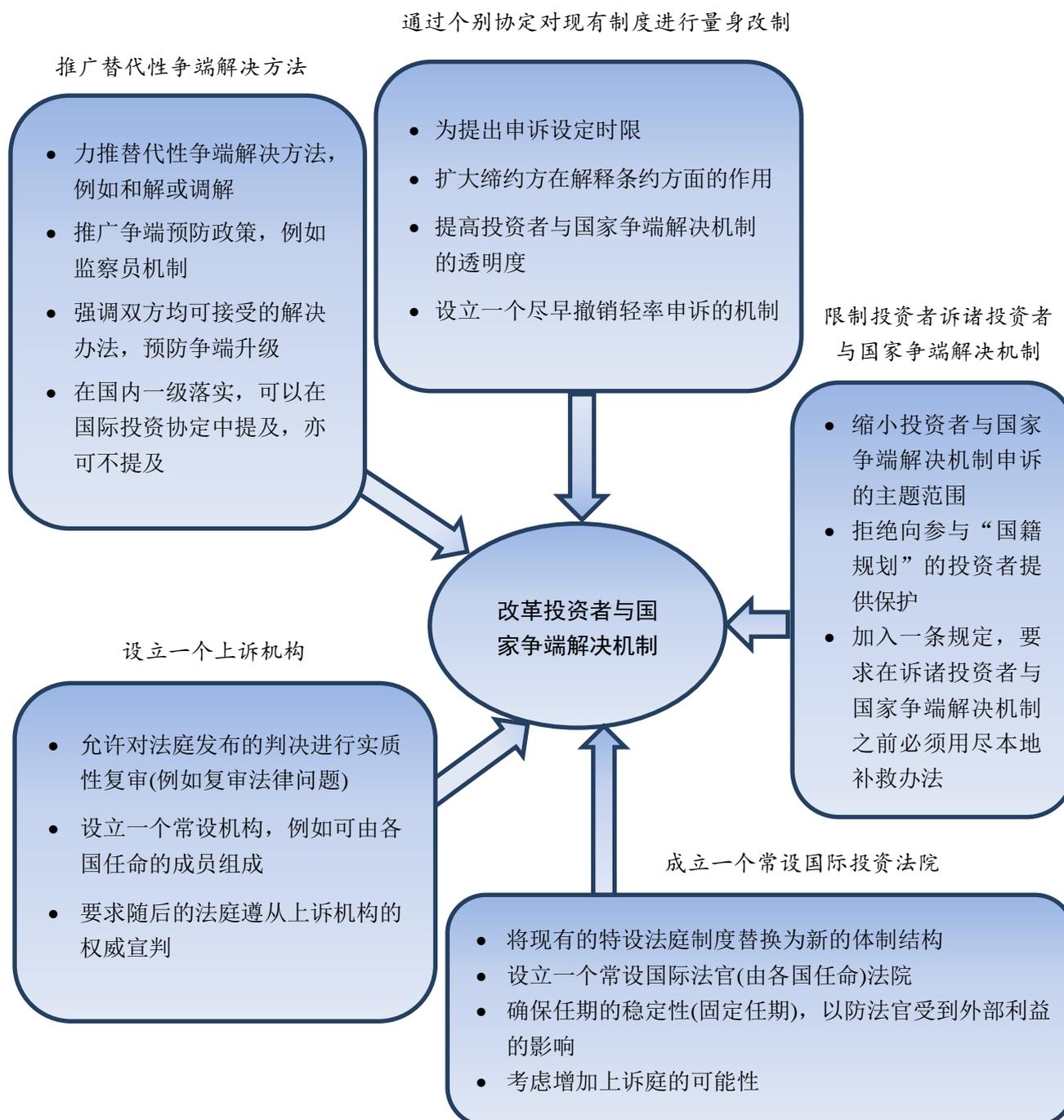
<sup>25</sup> 在世贸组织中，上诉程序的时限为 90 天。

<sup>26</sup> 其他相关问题包括：上诉仅限于法律问题还是也包括事实问题？上诉机构将有权纠正判决还是仅有权发回原判法庭重审？设立上诉复审机制是否意味着逐步淘汰国际投资争端解决中心废止机制和国家法院复审？如何确保新的上诉机构能够涵括先前缔结的国际投资协定？

<sup>27</sup> 这种方法所依据的理论是，投资条约仲裁类似于公法中的国内司法复审，因为“它涉及一个有权就个人投诉裁定使用主权权力的合法性，并就国家不法行为裁定补救的裁决机构”。G Van Harten, 2008, A Case for an International Investment Court, Society of International Economic Law Inaugural Conference 2008, 可查阅 [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1153424](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1153424)。

<sup>28</sup> 见 G Van Harten, 2008。

图 3  
改革投资者与国家争端解决机制的五条路线



资料来源：贸发会议，《2013年世界投资报告》。

31. 常设投资法院将是一个公益机构，服务于投资者、国家和其他利益攸关方的利益。这种法院可解决上述大多数问题：它将大大有助于确保系统的正当性和透明度，并推动判决的一致性和准确性，以及仲裁人的独立性和公正性。<sup>29</sup>

32. 不过，这种办法也是最难实施的，因为需要许多国家协调采取行动，对目前的制度进行彻底改革。同时，不需要所有国家都达成共识。常设投资法院最初完全可以是一个诸边倡议，希望加入的国家可通过选择加入机制成为其成员。

33. 另一个问题是确定新设法院是否适合于一个由许多主要属双边性质的国际投资协定组成的零散制度。这种办法似乎最适合由一套统一适用法律组成的制度。

34. 鉴于现行投资者与国家争端解决制度的许多难题，因此目前适逢其时：各国现在应当对其进行评估、权衡改革办法并决定最适合的路线。

35. 在本文件简介的五种办法中，一些需要国家政府单独采取行动，而另一些则要求许多国家联合采取行动。集体行动办法将更有助于解决问题，但在实施过程中将面临较多困难，并要求许多国家在一系列重要细节上达成共识。就投资争端解决机制举行多边政策对话，或有助于就各国偏好的改革路线以及实施方法达成共识。

36. 需要铭记的重要一点是，投资争端解决是适用法律的制度。因此，改进争端解决制度应与改革国际投资协定制度同步进行，下文将就此予以讨论。

### 三. 改革国际投资协定制度：四条行动路线和一个前进方向

37. 国际投资协定制度正经历一个反思、回顾和改革期。虽然大多数国家都参加了一项或多项国际投资协定，但很少有国家对目前的制度感到满意，原因有若干：对国际投资协定在促进外国直接投资或缩减政策和监管空间方面的实际效果日益感到不安，介入投资者与国家争端解决机制的风险日益加大，以及无法具体追求可持续发展目标。此外，人们对国际投资协定的看法分歧很大，甚至在一国之内也是如此。除此之外，国际投资协定制度具有复杂性和多面性，而且缺乏像贸易方面的世贸组织那样的多边机构。所有这一切都造成难以系统性地改革国际投资协定制度和投资争端解决制度。因此，迄今为止，国际投资协定改革工作的力度相对不大。

38. 很多国家持观望态度。在启动更加全面、更加深远的改革方面的踌躇不决反映出一国政府的困境：开展更加实质性的改革可能有损一国对外国投资的吸引力，率先行动的国家尤其有可能在这方面遭受损失。此外，关于新的国际投资协

<sup>29</sup> 为案件指派法官而不是由争端方委任法官的制度还将节省律师在研究仲裁人个人简历方面通常所花费的数万美元，甚至是数十万美元。

定模式的具体内容还有很多疑问，人们担心某些方法可能加剧该制度目前的复杂性和不确定性。

39. 不过，国际投资协定的改革仍可见于不同的政策制订层面。在国家一级，各国修订了条约范本，有时修订之前还开展了具有包容性和透明度的多方利益攸关方进程。至少有 40 个国家和 5 个区域组织目前正在审查并修订其制订国际投资相关规则的方法。各国还继续在双边和区域两级就国际投资协定开展谈判，加入全新条款并对旧条款重新表述。超大型区域协定就是这方面的一个良好例子。有几个国家已经放弃了国际投资协定，终止了一些双边投资条约或退出了国际仲裁公约。在多边一级，一些国家已经开始讨论国际投资协定改革的具体方面。

40. 根据这些最近的经验，可以大致得出旨在改革国际投资制度的四条行动路线(见表)：

- (a) 维持现状；
- (b) 脱离该制度；
- (c) 引入选择性调整；
- (d) 开展系统性改革。

表

#### 四条行动路线：概述

路线	政策行动的内容	政策行动的级别
维持现状	不对国际投资协定的条款和与投资有关的国际承诺做任何实质性修改	在双边和区域两级采取政策行动 <ul style="list-style-type: none"> <li>• 根据现有模式继续就国际投资协定进行谈判</li> <li>• 不对现有条约进行任何修改</li> </ul>
脱离	退出与投资有关的国际承诺	在各级采取政策行动和/或就投资政策制订过程的不同方面采取政策行动： <ul style="list-style-type: none"> <li>• 国家(例如：撤销国内法中对投资者与国家争端解决机制的同意及终止投资合同)</li> <li>• 双边/区域(例如：终止现有国际投资协定)</li> </ul>
选择性调整	以不具有法律约束力的方式开展选择性修订： <ul style="list-style-type: none"> <li>• 在国际投资协定中加入可持续发展层面(例如在序言中加入可持续发展)</li> <li>• 逐步实现权利和义务的再平衡(例如在序言中加入不具有法律约束力的企业社会责任)</li> <li>• 改变投资者与国家争端解决机制的具体方面(例如尽早撤销轻率申诉)</li> <li>• 选择性地处理政策之间的互动(例如：不降低标准条款)</li> </ul>	在三级政策制订层面采取政策行动： <ul style="list-style-type: none"> <li>• 国家(例如：修改新的国际投资协定范本)</li> <li>• 双边/区域(例如：根据修订的范本就国际投资协定进行谈判或发布新的联合解释)</li> <li>• 多边(例如：交流经验)</li> </ul>

路线	政策行动的内容	政策行动的级别
系统性改革	设计与投资相关的国际承诺，保证： <ul style="list-style-type: none"> <li>• 拟订积极的、以可持续发展为导向的国际投资协定(例如：促进投资推进可持续发展目标)</li> <li>• 切实实现国际投资协定中权利和义务的再平衡(例如：增加投资者责任，保护政策空间)</li> <li>• 全面改革投资者与国家争端解决机制(即采纳本文第二章和《2013年世界投资报告》指明的五条路线)</li> <li>• 妥善管理互动，并加强各级投资政策之间的连贯性以及投资政策和其他公共政策之间的连贯性(例如：多方利益攸关方审查)</li> </ul>	在三级政策制订层面采取政策行动(同时和/或先后)： <ul style="list-style-type: none"> <li>• 国家(例如：拟订新的国际投资协定范本)</li> <li>• 双边/区域：根据新范本(重新)谈判国际投资协定</li> <li>• 多边(多方利益攸关方建设共识)</li> </ul>

资料来源：贸发会议。

41. 这四条行动路线各有优缺点，以不同的方式应对具体关切(见表)。视所追求的总体目标而定，一些利益攸关方视为优点的地方可能被另一些利益攸关方视为挑战。此外，今天我们所追求的这四条行动路线并不是相互排斥的；一个国家可以采纳其中一条或多条路线的要素，某项国际投资协定的内容可能会受到一条或多条行动路线的影响。

42. 下文从战略性制度改革的视角分别讨论每一条行动路线。首先讨论与投资有关的国际承诺方面最对立的两种方法：一面是维持现状的路线；另一面则是脱离国际投资协定制度的路线。二者之间是选择改革该制度的两条行动路线，尽管其程度有所不同。

43. 这一分析的基本前提是，已经说明了改革的理由。《可持续发展投资政策框架》只是例子之一，其动态政策制订原则要求不断评估政策工具的有效性。今天的问题不在于是否要改革国际投资政策制订过程，而是如何改革。问题不仅是改革某项协定的一个方面，而且是要全面调整全球国际投资协定制度，以平衡对投资者的保护与可持续发展方面的考虑因素。

## A. 维持现状

44. 一个极端是，一国选择维持现状。不对制订与投资有关国际承诺的方法进行实质性改变，能够传递连续性和对投资者友好的形象。如果维持现状是在现有范本基础上谈判新的国际投资协定，就更是如此。最重要的是，对于有着强烈对外投资视角的国家以及尚未处理过为数众多——且高度政治化的——投资者与国家争端解决案件的国家，这条路线可能尤其有吸引力。

45. 凭直觉看，这条行动路线的实施似乎最容易、也最直接。它需要的资源较少——例如无需开展评估、国内审查或多方利益攸关方磋商，同时又可以避免国际投资协定条款创新改革方法引发的意想不到的、可能具有深远影响的后果。

46. 然而，与此同时，维持现状不能解决当今全球国际投资协定制度引发的任何挑战，并可能会导致利益攸关方进一步反对国际投资协定。此外，鉴于越来越多的国家正着手改革国际投资协定，维持现状——保留双边投资条约和在现有模版基础上谈判新条约——可能变得日益困难。

## B. 脱离国际投资协定制度

47. 另一个极端则是，一国选择脱离国际投资协定制度，无论是脱离单个协定、多边仲裁公约还是整个制度。一国单方面退出国际投资协定就是发出强烈的信号，表明该国不满现行制度。对于国内政策辩论中广泛涉及与国际投资协定有关问题的国家，这条行动路线可能尤其有吸引力。

48. 凭直觉看，脱离国际投资协定制度可能被视为最强烈、最具深远影响的行动路线。最终，对于对内和对外投资者，脱离该制度将导致撤销国际条约中关于保护投资的国际承诺。此外，这构成对投资者与国家争端解决机制所涉风险的有效屏蔽。

49. 不过，预期影响大多要经过若干时间才会起作用，而且一次只能涉及一个条约。退出该制度并不会立即使国家不必面对未来的投资者与国家争端解决案件，因为国际投资协定中的承诺通常会通过存续条款持续一段时间。另外，可能有必要审查国内法律和国家合同，因为即使没有国际投资协定，这些法律和合同中也可能规定了投资者与国家争端解决(包括国际投资争端解决中心仲裁)方面的内容。此外，除非在双方同意的基础之上终止，否则一国终止国际投资协定的能力是有限的。它能否这样做取决于相关条约的表述，而且可能只有在某个具体限定的时间点才可采取这种做法。

50. 此外，一次终止一项国际协定(逐项条约终止)无助于改革整个国际投资协定制度，而只是侧重于个别关系。只有本着重新谈判的目标终止条约时，这样做才构成改革整个国际投资协定制度的一个步骤。

## C. 引入选择性调整

51. 处理具体关切的有限调整，即所谓选择性调整，是一条正迅速赢得支持的行动路线。有些国家愿意应对国际投资协定引发的挑战并展现出继续支持投资制度，这条路线对它们尤其有吸引力。可将这一路线导向推动可持续发展和其他政策目标。

52. 这条行动路线有很多优点。选择性修订使得各国能够优先“摘取最低垂的果实”——即最相关和最紧迫的关切，而不对条约的核心内容进行修订。选择性

调整还使得条约缔约方能够专门针对某一谈判对手调整条约的修改，以照顾到特定的经济关系。选择性调整还可对各种不同的解决方案进行测试和试点，而将重点放在未来条约上有助于简单直接的实施(即，具体谈判的当事方能够直接实施所做修改)。此外，使用软性或所谓无约束力修改能够尽量减轻风险。渐进式的逐步方法可避免“大爆炸”效应，使修改不那么会被视为减少协定的保护价值。应当说，在新协定中引入选择性调整可能是一种有吸引力的、乃至最现实的办法，有助于减轻国际投资协定所面临的不断增长的壓力。

53. 然而，与此同时，对未来国际投资协定的选择性调整不可能全面解决现有条约所构成的挑战。<sup>30</sup> 选择性调整不能充分处理条约彼此之间的互动，而且，除非调整能够处理最惠国条款，否则将导致各国“挑三拣四”和“选购条约”。<sup>31</sup> 这种方法可能无法满足所有利益攸关方。此外，它最终可能为进一步改变埋下伏笔，从而引发更多不确定性，而不是稳定性。

#### D. 开展系统性改革

54. 开展系统性改革意味着制订符合投资和发展范式转变(《2012 年世界投资报告》)并促进可持续发展的国际承诺。这种方法将在各级治理层面开展政策行动，是改革现行国际投资协定制度最全面的方法。

55. 这条行动路线要求制订新的国际投资协定条约范本，切实处理上文提到的三大挑战，<sup>32</sup> 并重点积极促进有利于可持续发展的投资。如上文第二章所述，系统性改革还要求全面处理改革投资者与国家争端解决制度的问题。

56. 初看起来，这条路线在很多方面似乎都无比艰难、充满挑战。它可能需要投入大量时间和资源。有人可能会认为，其结果——更加平衡的国际投资协定——将减少相关协定的保护价值，并降低投资环境的吸引力。全面落实这一路线要求处理现有国际投资协定，可能被视为会影响投资者的既有权利。而且，修订条约或重新谈判可能要求大量条约伙伴的合作。

57. 但是，只有这条行动路线能够促成全面、连贯的改革，也最适合推动国际社会统一应对各国所面临的共同挑战，即促进有利于实现可持续发展目标的投资。

58. 2014 年 10 月在世界投资论坛上举行的国际投资协定会议在这方面产生了大量宝贵的真知灼见。例如，会议指出，国际投资协定的改革应当是渐进的、全面

<sup>30</sup> 除非新条约是对前一项条约重新谈判的结果(或者以其他方式替代先前的条约)，否则修订仅适用于新缔结的国际投资协定，现有的国际投资协定保持不变。

<sup>31</sup> 在先前的国际投资协定中对某些条约伙伴所做的承诺可能通过最惠国条款(取决于其表述)渗透到新的国际投资协定之中，有可能引发意想不到的后果。

<sup>32</sup> 加大发展层面，实现权利和义务的再平衡，以及管理国际投资协定制度的系统复杂性。

的；各国单枪匹马只能开展部分必要的国际投资协定改革，只有联合采取多边行动，才能真正取得成效。会议还绘制了全面改革国际投资协定的路线图轮廓。这样一条路线图能够为各国政府以及区域组织和政府间组织提供一个统一的参照点。与会代表还呼吁贸发会议与国际投资争端解决中心、经合组织和联合国国际贸易法委员会等其他利益攸关方合作，为就投资政策问题展开接触提供一个多边平台。

59. 请专家们设计改革路线图的要素，并为改革国际投资协定制度拿出具体的成果和解决方案，使其更有利于可持续发展。

## 附件

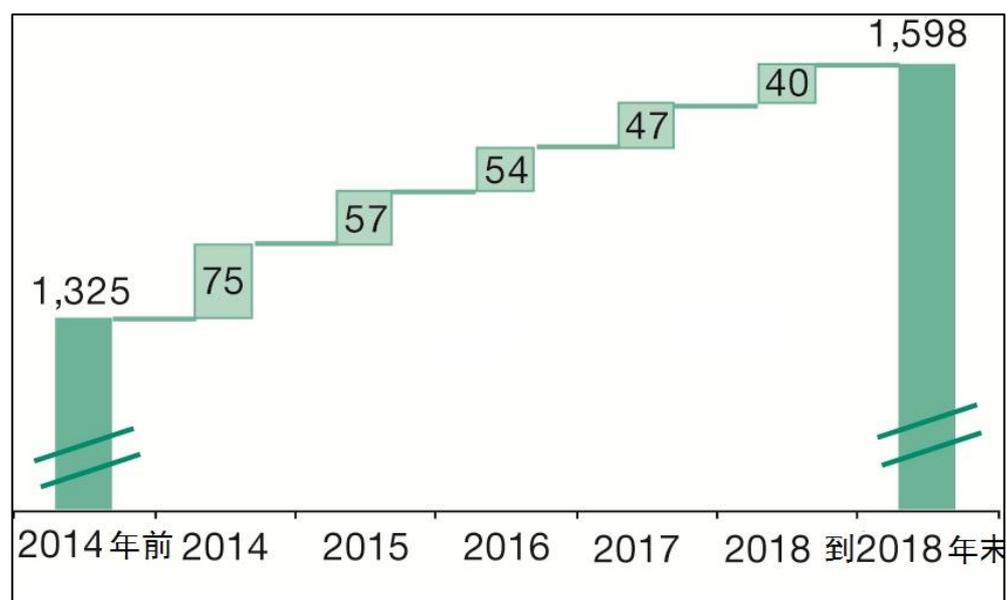
## 国际投资协定制度改革：条约过期带来的机遇

1. 国际投资协定制度迎来了一个转折点，为改变提供了机遇。1990 年代，双边投资条约的签署达到顶峰。15 年之后，新的双边投资条约的缔结速度大幅减缓(见图 A1.1)，这就使得国际投资协定制度能够实现切实的系统性改变。<sup>33</sup> 随着协定过期，一个条约缔约方可选择自动延长该条约，或通知另一方它希望解除条约。<sup>34</sup> 后一种选择使得条约缔约方有机会根据以往的经验更新条约内容，并加入照顾到全新政策目标的条款。

2. 大量已经或即将过期的双边投资条约为改变提供了明显的机遇。截至 2014 年 1 月 1 日，缔约方可随时终止的条约数量超过 1,300 项(图 A1.1)。

图 A1.1

任何时候均可终止的双边投资条约的累积数量



资料来源：贸发会议

注：方法——可选择随时终止的双边投资条约的数据——依据对有代表性的 300 多项双边投资条约样本进行的研究，并在统计了条约初始固定期限之后外推至所有已生效的双边投资条约。

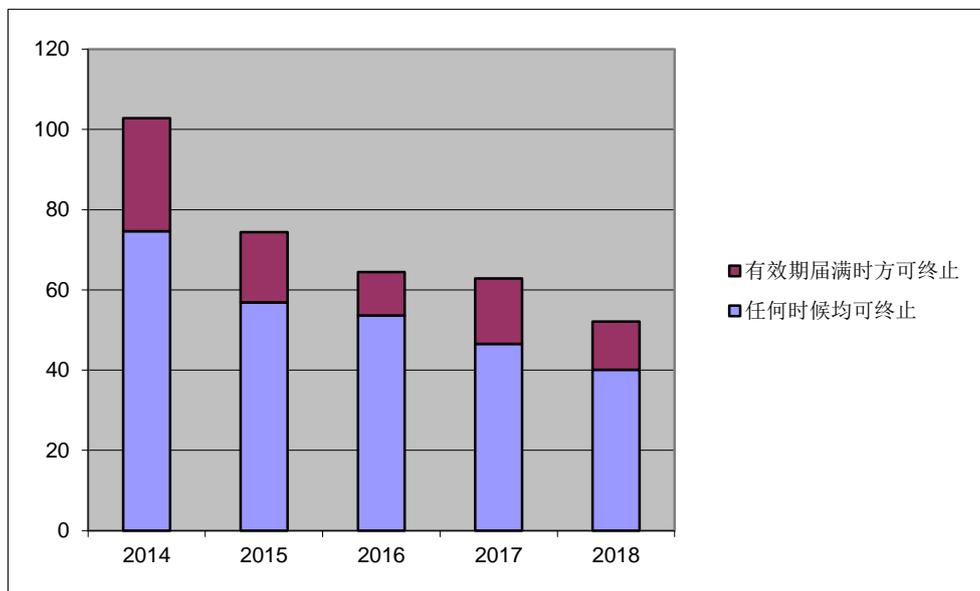
<sup>33</sup> 本节仅适用于双边投资条约，不适用于“其他国际投资协定”，因为后者涉及一系列不同的问题。重要的是，不能单独终止自由贸易协定中的投资章节；必须终止整个条约。

<sup>34</sup> 根据国际公法，如果各缔约方同意，可随时终止条约，而无论条约初始固定期限是否届满（《维也纳条约法公约》第 54 条(b)项）。

3. 此外，2014 年至 2018 年期间，至少还有 350 项双边投资条约的初始期限将届满。仅 2014 年，就有 103 项双边投资条约的初始固定期限将过期(见图 A1.2)。

图 A1.2

初始期限即将届满的双边投资条约，2014-2018



资料来源：贸发会议

注：方法——通过对有案文可查的双边投资条约进行研究并外推至无案文可查的双边投资条约而获得数据。根据对有代表性的 300 多项双边投资条约样本进行研究而获得外推参数。

4. 有效利用条约过期推动现有国际投资协定制度的变革不是一项简单的工作。首先，有必要了解双边投资条约规则与条约终止工作的关系，以便确定即将出现的机遇和相关程序性步骤。

#### 关于终止和延长条约的条款

双边投资条约通常规定，这些条约将在某一个初始固定期限(通常为 10 年或 15 年)内有效。只有少数条约没有规定此类初始固定期限，而是规定无限期有效。

规定了初始应用期限的双边投资条约通常包括延长条约的机制。常见的方法有两种。第一种是，双边投资条约规定，在初始固定期限届满之后，除非一方选择终止，否则该条约将继续无限期有效。不过，每一方均有权随时通过事先提交书面通知终止协定。第二种协定则规定，条约将继续在追加的固定期限有效。在这种情况下，只有在随后每一个延长期届满时方可终止条约。

因而大多数双边投资条约属于上述两种方法之一：在初始固定期限届满之后的任何时候均可终止的条约；以及只有在每一个固定期限届满时方可终止的条约。这两种办法可称为“随时终止”和“有效期届满终止”。

随时终止			有效期届满终止
期限: 初始固定期限; 自动 延长至无限期  终止: <ul style="list-style-type: none"> <li>• 初始固定期限届满</li> <li>• 初始固定期限届满 后任何时候</li> </ul> 实例: 匈牙利—泰国双边 投资条约(1991)	期限: 初始固定期限; 自动 延长至更多固定期限  终止: <ul style="list-style-type: none"> <li>• 初始固定期限届满</li> <li>• 初始固定期限届满 后任何时候</li> </ul> 实例: 冰岛—墨西哥双边投 资条约(2005)	期限: 无初始固定期限; 从 一开始即为无限期  终止: <ul style="list-style-type: none"> <li>• 任何时候</li> </ul> 实例: 亚美尼亚—加拿大双 边投资条约(1997)	期限: 初始固定期限; 自动 延长至更多固定期限  终止: <ul style="list-style-type: none"> <li>• 初始固定期限届满</li> <li>• 随后每一固定期限 届满</li> </ul> 实例: 阿塞拜疆—比利时/卢 森堡双边投资条约 (2004)
随时可终止为缔约方重申条约提供了最大程度的灵活性, 因为它们无需在某个特定日期通知 另一方它们希望终止双边投资条约。相比之下, 有效期届满终止只是每过若干年提供一次终 止条约的机会。如缔约方未能在规定时限(通常为条约到期之前的 12 或 16 个月)内通知对方 终止条约的意愿, 就只能再等几年, 在此期间不能单方面终止条约。  资料来源: 贸发会议			

5. 另一个挑战源于大多数双边投资条约的所谓“存续条款”。这种条款规定, 在某些情况下终止条约不能立即生效。存续条款通过进一步延长条约的适用期(一般为 10 年或者 15 年), 实际造成延长东道国在终止条约前的投资方面所承担国际责任的时间。<sup>35</sup>

6. 另外, 旨在减少条约义务或再平衡条约义务的重新谈判则可能因为最惠国义务而变得徒劳无益。如果新条约中不限制最惠国条款的范围, 可能导致新条约出乎意料地加入与第三国签署的国际投资协定中所载的更强硬的投资者权利。因此, 如需修订条约和/或重新谈判, 国际投资协定谈判专家不妨在表述最惠国条款时, 预先排除从其他国际投资协定中引入实质性条款的可能性。这将确保以往一或未来一的条约不会通过开放式的最惠国条款外溢到精心拟订的协定之中(见可持续发展投资政策框架)。<sup>36</sup>

<sup>35</sup> 存续条款仅仅适用于单方面终止条约的情况还是也适用于缔约方双方同意终止条约的情况, 仍然存在争议。解决方案可能取决于具体条款的措辞或其他解释因素。

<sup>36</sup> 这将不会自动解决没有进行重新谈判或者被搁置一旁的老条约问题, 但有可能逐渐奠定新的基础, 谈判人员可据此建设一个更加平衡的国际投资协定网络。