

**贸易和发展理事会**

投资、企业和发展委员会

第十一届会议

2019年11月11日至15日，日内瓦

临时议程项目4(b)

投资和企业促进发展：

利用投资框架促进可持续发展

国际投资制度近来的事态发展：总结第二阶段改革行动**贸发会议秘书处的说明****内容提要**

面对新的全球投资和发展挑战，决策者需要制定有利于可持续发展的公共政策，并本着这一目标加强现有的投资政策框架。在国际一级，可持续发展已经进入国际投资决策的主流。随着国际投资协定的改革取得重大进展，时机已经成熟，应当着手总结国际投资协定改革行动并规划前进的方向。

国际投资决策正处于动态阶段，影响深远。本说明提供了贸发会议最初在《2017年世界投资报告》中推出的国际投资协定改革第二阶段10个政策选项的最新情况。各国可以根据自己的政策优先事项调整和采用这些选项来进行改革。贸发会议的政策选项刺激了初步采取行动，实现老一代协定的现代化。越来越多的国家正在解释、修订、取代或终止过时的协定。

虽然国际投资协定改革正在取得进展，但仍有许多工作有待去做。老一代协定的数量比当今面向改革的协定高出10倍，投资者在就投资者与国家争端解决案件提出起诉时继续诉诸于老一代协定。国际投资协定的改革行动也带来了新的挑战。切实利用国际投资关系实现可持续发展，需要通过包容和透明的进程进行全面和同步的改革。贸发会议可以在这方面发挥重要的促进作用。



一. 引言

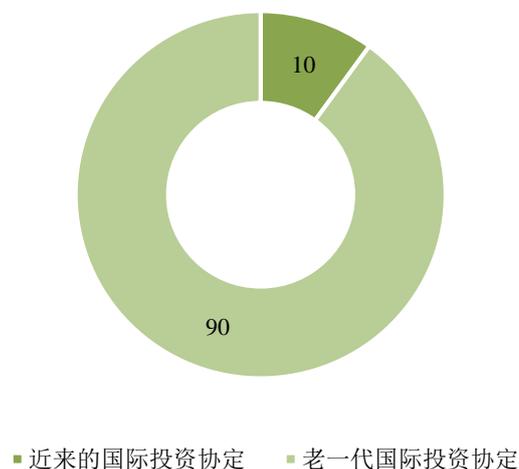
1. 前瞻性的国际投资协定改革正在顺利进行。2018 年缔结的所有协定都包含若干项改革，符合贸发会议国际投资制度改革一揽子计划(2018 年)或贸发会议可持续发展投资政策框架。¹

2. 2018 年达成的 29 个国际投资协定中，有 27 个协定的案文至少包含六个改革特征。² 2012 年前国际投资协定中被视为新奇的条款现在屡见不鲜。现代协定经常包括可持续发展方向、保持监管空间以及改进或忽略投资争端的解决。最常见的改革领域是保持监管空间。近来一些国际投资协定或协定模式还明确提到性别平等。投资者与国家之间的仲裁也是国际投资协定改革的一个焦点。在这个问题上仍然有争议，引发了投资和发展界以及公众的辩论。2018 年达成的国际投资协定中，约 75% 包含至少一个在投资者与国家争端的解决方面的改革要素，许多包含若干要素。

3. 贸发会议的政策工具也激发了将老一代协定现代化的初步行动。各国越来越多地解释、修订、取代或终止过时的协定。鉴于迄今为止，此类改革行动涉及的国际投资协定数量相对较少，进一步推进这些行动具有很大的空间和紧迫性。目前，老一代协定的数量比面向改革的现代协定的数量高出 10 倍(图 1)，迄今为止，大多数已知的投资者与国家争端解决案例都是依据老一代协定。

图 1

老一代(1959-2011 年)和近来(2012-2018 年)国际投资协定数量
(百分比)



资料来源：贸发会议，2019 年，《2019 年世界投资报告：经济特区》(联合国出版物，出售品编号：E.19.II.D.12，日内瓦)。

¹ 见 <https://unctad.org/en/pages/PublicationWebflyer.aspx?publicationid=1437> 和 <https://investmentpolicy.unctad.org/publications/1190/unctad-s-reform-package-for-the-international-investment-regime-2018-edition->。

² 2018 年，各国缔结了至少 40 个国际投资协定，即 30 个双边投资协定和 10 个有投资条款的协定。在编写本报告时，已有 29 个国际投资协定文本。

4. 本说明提供了国际投资协定改革第二阶段 10 个选项的最新情况，这些方案最初在《2017 年世界投资报告》中推出并随后纳入 2018 年国际投资制度一揽子改革计划。³ 报告回顾了最近的第二阶段改革行动，最后确定了国际投资界为使改革真正成功需要应对的四个挑战。

二. 国际投资协定改革第二阶段的 10 个选项：挑战与选择

5. 各国在实现第一代协定的现代化和减少国际投资协定制度的碎片化方面有许多选择。本说明概述并分析了 10 个选项及其利弊，供各国根据其具体改革目标调整适用。确定哪种改革选项适合一国的特定国情，需要进行认真和基于事实的成本效益分析，还须应对一些更广泛的挑战。

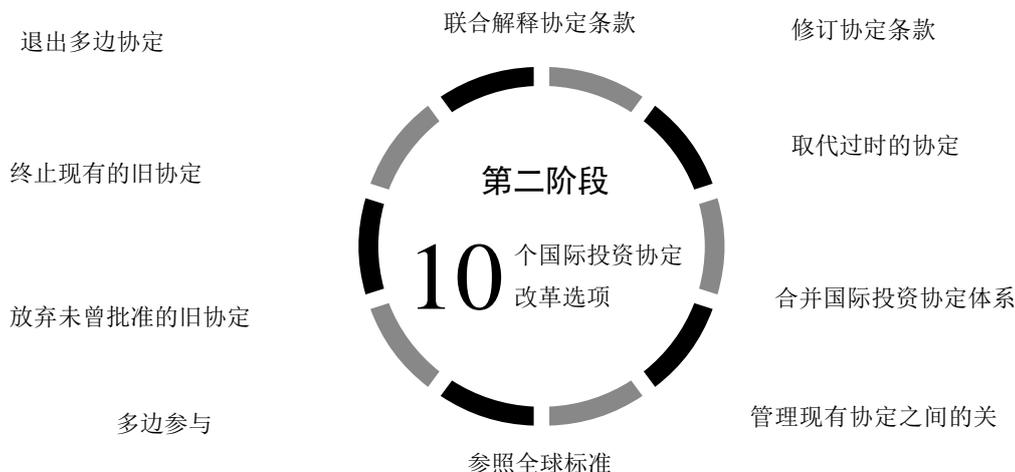
6. 一些国家希望改变现有协定，使其符合新的政策目标和优先事项，并应对国际投资协定制度的碎片化带来的挑战，这里至少有 10 个选项(图 2)。这些机制不是相互排斥，而是相辅相成的，拥有密集的国际投资协定体系的国家，情况尤其如此。

7. 这 10 个选项在若干方面有所不同，因为它们涉及的行动，或技术性更强(如解释或修订协定条款)，或政治性更强(如多边参与)，或侧重于程序(如修订或取代协定)，或侧重于实质(如参照国际标准)，或意味着继续留在国际投资协定制度中(如修订或取代协定或多边参与)，或意味着退出该制度(如终止而不是取代或退出多边机制)。它们代表了对国际投资协定制度进行变革的方式(“如何”进行改革)，尽管它们需要结合协定的内容设计(改革的“对象”，或国际投资协定改革的第一阶段)来看待和考虑。

8. 在确定改革机制是否适合一国的特定国情时，需要进行认真和基于事实的成本效益分析，以应对一些更广泛的挑战。战略性挑战包括促成一个全面和平衡的结果，而不是急于改革，忽略了国际投资协定制度保护和促进投资的目的。系统性挑战来自造成一致性和连贯性问题的差距、重叠和碎片化。协调方面的挑战要求安排好改革行动的顺序，找到合适的协定伙伴来实施这些行动，并确保不同决策层级的改革努力之间的一致性。能力方面的挑战使得小国，特别是最不发达国家难以解决第一代国际投资协定的缺陷。

³ 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)。

图 2
将现有老一代国际投资协定现代化的 10 个选项



资料来源：贸发会议，2017 年。

9. 在确定 10 个政策选项的最佳组合时，必须作出选择。例如，协定终止经常与取代或合并相结合。选项的选择组合应最终反映一个国家符合其国家发展战略的国际投资政策方向。此外，在实施国际投资协定改革时，政策制定者应考虑选项的复合效应。一些改革选项的组合可能导致在很大程度上忽略了协定制度传统的投资保护理由，或者可能导致完全退出国际投资协定制度。改革努力，特别是全面的改革努力，应该利用法治可以带来的好处，并呼应投资者对决策的可预测性、稳定性和透明度的期望。

10. 在选择改革机制时，决策者还应考虑随之而来的法律和实际挑战。在法律挑战中，有三项尤为突出：最惠国条款、存续条款和新旧协定之间的过渡管理。这些挑战中的每一个都可能与某些具体的改革选项特别相关，具体如下：

- 最惠国条款旨在防止基于国籍的歧视。与任何第三国的类似投资者相比，它们通常禁止对签署国的投资者给予不那么优惠的待遇。许多法庭将措辞笼统的最惠国条款解释为允许从东道国与第三国签署的国际投资协定中引入更优惠的条款。这导致了一些争议，随后导致协定的起草更加谨慎，限制了最惠国条款的适用范围。在新协定中纳入措辞笼统的最惠国条款可能会破坏改革努力，因为它允许投资者从东道国与第三国的未经改革的协定中挑选最有利的条款。对于现有的国际投资协定，与最惠国条款有关的挑战尤其表现在四个改革选项方面：联合解释、修订、取代和协定关系的管理。
- 大多数双边投资协定中包含的存续条款的设计，目的是在终止后，将协定的适用再延长一段时间(有些期限为 5 年，但最常见的期限为 10 年、15 年甚至 20 年)。存续条款可能仅适用于单方终止，也可能适用于联合终止(包括因新协定的取代而终止)，这取决于如何来制订条款。允许老一代(未经改革的)协定在终止后长期适用会破坏改革努力，而如果这样做将导致新老协定的同时使用，则情况尤其如此。因此，在联合终止或取代的情况中，可能需要取消旧协定中的存续条款(包括通过

合并)。在导致终止、取代或合并的改革选项中，与存续条款有关的问题尤其突出。

- 过渡条款通过澄清在何种情况下以及协定终止后多长时间内，投资者可以援引旧的国际投资协定提出投资者—国家争端解决案件，来划定协定的暂时适用范围。此类条款如果列入新协定，通过限制两类协定同时适用的情况(或澄清新协定一俟生效，旧协定即告淘汰)，有助于确保从旧协定顺利过渡到新协定。过渡条款有效地修改了现行协定中存续条款的运用，它们对取代旧协定的改革选项(包括通过合并)特别重要。

11. 除了法律挑战之外，决策者还需要牢记和规划可能出现的许多现实和政治挑战，如下一章所述。

三. 国际投资协定改革第二阶段的 10 个选项：综述与总结

1. 联合解释协定条款

12. 国际投资协定的条款如措辞笼统，可能会在投资者与国家争端解决程序中导致意想不到的矛盾解释。对投资者、缔约方和法庭来说，旨在澄清协定义务含义的联合解释有助于减少不确定性，提高可预测性。

13. 对投资者、定约方和法庭来说，权威的联合解释有助于减少不确定性，提高可预测性(表 1)。就其实际应用而言，这一改革工具是最便捷的，因为它允许协定各方就具体的国际投资协定条款表明自己的立场，而无需对协定进行相对而言成本更高和更费时的修订或重新谈判。通过在协定中明确表示联合解释对法庭具有约束力，各方可以消除对其法律效力的任何疑问。然而，即使没有这样的规定，《维也纳协定法公约》也要求仲裁员结合上下文，考虑“当事国嗣后所订关于条约之解释……之任何协定”(第三十一条第三款(甲)项)。

14. 2018 年，哥伦比亚和印度签署了关于其 2009 年双边投资协定的联合解释性声明。该声明完善了 2009 年协定中的关键条款，以反映可持续发展目标，加强双方为公共利益进行监管的权利，并对关于公平和平等待遇、征用、国民待遇、最惠国待遇和投资者与国家争端解决的条款作出澄清。

15. 2017 年，孟加拉国和印度就其 2009 年双边投资协定签署了类似的联合声明。此外，2017 年，哥伦比亚和法国签署了关于其 2014 年双边投资协定的联合解释性声明。后者澄清说，关于其他处置的第 16 条不应被理解为稳定条款，投资者与一缔约方之间违反国家合同不构成违反协定。

16. 近来的一些国际投资协定和模式也设立了联合机构，其任务授权是发布对协定条款的有约束力的解释(例如，澳大利亚—秘鲁自由贸易协定，2018 年；白俄罗斯—印度双边投资协定，2018 年；中美洲—大韩民国自由贸易协定，2018 年；跨太平洋全面渐进伙伴关系，2018 年；欧洲联盟—新加坡投资保护协定，2018 年；欧洲联盟—越南投资保护协定，2019 年；大韩民国—美利坚合众国自由贸易协定(2007 年)，2018 年修订案；美国—墨西哥—加拿大协定，2018 年；荷兰模式双边投资协定，2018 年)。

表 1
改革行动：联合解释协定条款

澄清协定条款的内容，缩小法庭解释性酌处权的范围	
结果(利)	挑战(弊)
<ul style="list-style-type: none"> 允许双方澄清一项或多项具体条款，而无需修改或重新谈判协定(无须批准；降低成本，节省时间) 如果协定明确表示缔约方(或其联合机构)的联合解释对法庭具有约束力，则特别有效 从采用之时起即具有相关性，包括对悬而未决的争端 具有权威性，因为它源于协定各方 	<ul style="list-style-type: none"> 效果有限，因为它不能给所解释的条款赋予全新的含义 或会引起对其真正法律性质的疑问(对联合解释和修正案二者，可能并不总是很容易区分) 会给法庭留下一定的酌处权 如果任何一方的行事方式始终与相关解释相悖，则可能很难确定解释的真实性 当未决争端涉及相关条款的适用时，可能很难进行谈判

资料来源：贸发会议，2017 年。

2. 修订协定条款

17. 可能很难通过联合解释来确定旧的国际投资协定中普遍存在的众多义务。通过修订协定条款，缔约方可以促成更大程度的变化，从而确保修订后的协定反映它们不断演进的政策倾向。

18. 通常，修正案数量有限，不影响协定的总体设计和理念。⁴ 如果协定缔约方只关心某些具体条款(例如最惠国待遇或公平和平等待遇)，个别的修订会比重新谈判整个协定更可取，因为后一做法可能很耗时，而且还要受制于另一方(或多方)，颇具挑战性(表 2)。

19. 适用的修订程序取决于准备改变的协定。对于不约束修正案的國際投資協定，通常适用《维也纳协定法公约》的一般规则。然而，许多较新的国际投资协定载有涉及自身的修正案的条款。这对诸边或多边协定尤为重要，因为这些协定中涉及的缔约方众多，增加了这一过程的复杂性。国际投资协定修正案通常通过单独的协定(如议定书或换文或注释)正式确定下来，这些协定按照与原始协定类似的程序生效，即在各自国内的批准程序完成后生效。

20. 2018 年，在双边和区域背景下都使用了修正案。在超大型区域国际投资协定中，缔约方使用议定书和换文或注释。《跨太平洋伙伴关系全面渐进协定》的 11 个缔约方同意保留跨太平洋伙伴关系案文的核心要素，并在特定领域进行修正。关于投资(第 9 章)，缔约方同意暂停适用与投资者—国家合同以及投资授权有关的条款。

21. 2018 年 9 月，大韩民国和美国签署了自由贸易协定(2007 年)修正案。修正案包括澄清最低待遇标准的含义，并将投资者与国家争端解决程序排除在最惠国条款的范围之外。它还责成联合委员会考虑修订投资者—国家争端解决条款，以满足两国的目标(例如解决争端和消除轻率申诉的方法)。

⁴ 贸发会议，2013 年，《2017 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)。

22. 2019 年，能源宪章会议批准了关于《能源宪章条约》现代化问题的讨论时间表，并商定了一系列将作为讨论一部分进行审查的议题，包括监管权、可持续发展、企业社会责任、公平和平等待遇以及间接征用。⁵ 现代化过程将为列出的每个主题确定可能的政策选项。会议的小组会议成员将展开谈判，以根据提出的议题和确定的政策选项，促成协定的现代化。

表 2
改革行动：修订协定条款

通过引入新的条款或删除现有条款修改现有协定的内容	
结果(利)	挑战(弊)
<ul style="list-style-type: none"> • 构建比解释更广泛、更深入的工具，可以引入新的规则，而不仅仅是澄清现有规则的含义 • 选择性地解决双方政策立场一致的最重要问题 • 相对于重新谈判整个协定，与协定伙伴达成一致更容易，谈判效率更高 	<ul style="list-style-type: none"> • 通常需要国内批准才能生效 • 仅前瞻性地适用，也即，不影响未决争端 • 不会导致全面改变协定的设计和理念 • 可能导致“马匹交易”，在这种交易中，只有通过与其他修正的各方进行对等交换，才能实现预期的修正

资料来源：贸发会议，2017 年。

3. 取代过时的协定

23. 协定取代提供了对协定进行全面修订，而不是有选择地修订个别条款的机会。

24. 这一改革行动用新的国际投资协定取代了过时的国际投资协定。新的国际投资协定可以在相同的协定伙伴之间达成(例如，一个双边投资协定被一个新的双边投资协定取代)，也可以在更多的国家之间达成(例如，若干双边投资协定被一个诸边协定取代(见选项 4))。重新对待协定使各方能够实现更大程度的变革(相对于选择性修正)，并在设计一个反映其当代共同愿景的国际投资协定时更趋严格和概念化(表 3)。

25. 越来越多新近缔结的国际投资协定正在取代老一代协定，通常是用新协定取代旧协定。在 2018 年签署的 30 个双边投资协定中，有四个取代了两国之间的旧的双边投资协定(例如白俄罗斯—土耳其双边投资协定取代了 1995 年的双边投资协定；吉尔吉斯斯坦—土耳其双边投资协定取代了 1992 年的双边投资协定；立陶宛—土耳其双边投资协定取代了 1994 年的双边投资协定；塞尔维亚—土耳其双边投资协定取代了 2001 年的双边投资协定)。

26. 2018 年达成的三个载有投资条款的协定分别取代或即将取代一个协定。新加坡—斯里兰卡自由贸易协定取代了一项双边投资协定(1980 年)，澳大利亚—秘鲁自由贸易协定(2018 年)预期将取代一项双边投资协定(1995 年)，除非在《跨太平洋伙伴关系全面渐进协定》对两国生效时被取代。美国—墨西哥—加拿大协定(2018 年)一旦生效，将取代《北美自由贸易协定》(1992 年)。另外三个载有投资条款的协定同时取代了几个协定(见选项 4)。

⁵ 见 <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2017>。

27. 过渡条款可以确保从旧协定向新协定的有效过渡。最近载有投资条款的三个协定规定了新协定生效后三年的过渡期(即澳大利亚—秘鲁自由贸易协定(2018年)、新加坡—斯里兰卡自由贸易协定(2018年)和《美国—墨西哥—加拿大协定》(2018年))。⁶ 过渡条款是一个相对较新的现象,在最近的区域和诸边国际投资协定中,这种现象越来越普遍。已知至少使用过一次过渡条款的协定伙伴包括澳大利亚、加拿大、智利、墨西哥、巴拿马、秘鲁、大韩民国、新加坡、越南和欧洲联盟。

表 3
改革行动：取代过时的协定

以新的协定取代旧的协定	
结果(利)	挑战(弊)
<ul style="list-style-type: none"> • 便于根据缔约方不断变化的政策目标,通过全面修订协定,对改革采取整体方针 • 便于修正协定的理念和总体设计,并纳入新的政策问题 • 可在协定有效期内的任何时候进行 	<ul style="list-style-type: none"> • 要求参与的一个或多个合作伙伴持有相同观点 • 可能是成本和时间密集型的,因为它涉及从头开始谈判协定 • 不保证包含面向改革的要素(取决于谈判结果) • 需要新旧协定之间的有效过渡

资料来源：贸发会议，2017年。

4. 合并国际投资协定体系

28. 越来越多的区域国际投资协定包括规定缔约方之间协定取代的具体条款。通过制订一个新协定来废除两个或多个旧协定有助于实现协定内容的现代化,并避免国际投资协定体系的碎片化。

29. 合并是一种取代形式(见选项 3)。这意味着废除若干原有的协定,代之以一项新的、现代的、面向可持续发展的协定。从国际投资协定改革的角度来看,这是一个有吸引力的选择,因为它具有使协定内容现代化和减少投资协定网络碎片化,即为两个以上的国家建立统一的协定规则的双重积极影响(表 4)。

30. 与一般取代办法一样,在选择合并时,各国需要注意即将废止的国际投资协定中的终止条款,并确保从旧的协定制度有效过渡到新的协定制度(见选项 3)。

31. 在 2018 年缔结的载有投资条款的协定中,有三个协定取代了一个以上的旧的双边投资协定。新的国际投资协定案文中的具体条款或规定终止和取代的换文中记录了取代事宜。例如,欧盟—新加坡自由贸易协定(2018年)将取代欧盟成员国和新加坡之间的 12 个旧的双边投资协定。中美洲—大韩民国自由贸易协定(2018年)将取代五个双边投资协定。

32. 在《跨太平洋伙伴关系全面渐进协定》中,一些缔约方规定根据相关的附加协议,取代原有的双边投资协定(例如澳大利亚—越南双边投资协定,1991年;

⁶ 观察性证据表明,只有少数取代性国际投资协定包含过渡条款,但这类条款在最近的区域和诸边国际投资协定中日益普遍。过渡条款的例子见澳大利亚—智利自由贸易协定(2008年)附件 10-E、《加拿大—欧洲联盟全面经济和贸易协定》(2016年)第 30.8 条、秘鲁—新加坡自由贸易协定(2008年)第 10.20 条和其他协定。已知至少使用过一次过渡条款的其他协定伙伴包括墨西哥、巴拿马、大韩民国和越南。

澳大利亚—秘鲁双边投资协定，1995 年；澳大利亚—墨西哥双边投资协定，2005 年)。

33. 计划将非洲大陆自由贸易区的投资议定书作为非洲大陆一体化进程第二阶段的一部分进行谈判，有可能取代 170 多个非洲内部双边投资协定。

表 4

改革行动：合并国际投资协定体系

废止缔约方之间的两个或两个以上的双边投资协定，代之以新的诸边国际投资协定

结果(利)	挑战(弊)
<ul style="list-style-type: none"> • 便于通过全面修订协定，对改革采取整体方针 • 通过减少现有协定的数量，减少国际投资协定体系的碎片化 • 可能比进行多次双边谈判更具成本效益和时间效益 	<ul style="list-style-type: none"> • 需要众多协定伙伴的参与 • 不保证包含面向改革的要素(取决于谈判结果) • 诸边谈判可能比双边谈判更难取得成果

资料来源：贸发会议，2017 年。

5. 管理现有协定之间的关系

34. 如果各国选择新旧协定平行存在，只有在发生冲突或不一致时，优先考虑新的、更现代的国际投资协定，才能实现国际投资协定改革目标。

35. 一些协定缔约方决定，它们的新旧协定应当平行存在，而不是选择取代(表 5)。当新协定是诸边协定(如有投资章节的区域自由贸易协定)而旧的基本协定是双边协定时，情况往往如此。总的来说，这种平行性增加了制度的复杂性，不利于国际投资协定的改革。为了有效和全面地改革国际投资协定，更好的办法是避免在同一当事方之间平行适用同时共存的国际投资协定。然而，各国可能有理由选择同时共存的国际投资协定。

36. 在最近一些载有投资条款的协定中，各国继续受到重叠的原有协定的约束。就《跨太平洋伙伴关系全面渐进协定》而言，共有 37 项早期国际投资协定仍然有效，并与该协定共存。例如，澳大利亚和新加坡有一个重叠的自由贸易协定(2003 年)。日本和越南有两个旧的协定依然生效(日本—越南双边投资协定，2003 年；《日本—越南经济伙伴关系协定》，2008 年)，与此同时，双边投资协定被纳入《经济伙伴关系协定》。

37. 2018 年签署的至少 12 个双边投资协定具有平行的协定关系。例如，阿塞拜疆—土库曼斯坦双边投资协定(2018 年)和白俄罗斯—土耳其双边投资协定(2018 年)与有关部门的《能源宪章条约》(1994 年)重叠。印度尼西亚—新加坡双边投资协定(2018 年)与《东南亚国家联盟(东盟)全面投资协定》(2009 年)共存。哈萨克斯坦—阿拉伯联合酋长国双边投资协定(2018 年)和毛里塔尼亚—土耳其双边投资协定(2018 年)与《伊斯兰合作组织投资协定》(1981 年)重叠。

38. 《澳大利亚—印度尼西亚全面经济伙伴关系协定》的缔约方仍然受《澳大利亚—印度尼西亚双边投资协定》(1992 年)和东盟—澳大利亚—新西兰自由贸易协定(2009 年)的约束。《澳大利亚—印度尼西亚全面经济伙伴关系协定》包括一项关系条款，规定当一方认为协定之间存在不一致时，双方应进行协商，以达成双方都满意的解决。

39. 为了缓解这种情况下可能产生的不利后果，各国可以列入条款，澄清共存的国际投资协定之间的关系。例如，冲突条款可能规定在发生冲突或不一致的情况下，哪一项协定优先。澳大利亚—秘鲁自由贸易协定(2018 年)中包含的关系条款规定，如果协定之间存在不一致，双方应进行协商。

表 5

改革行动：管理共存协定之间的关系

制定规则，确定在特定情况下应适用共存国际贸易协定中的哪一个协定	
结果(利)	结果(弊)
<ul style="list-style-type: none"> • 确保各国不受重叠协定中同时适用的义务的约束 • 确保优先考虑最新的协定，可能有助于改革努力 • 在保持原先协定效力的同时(即创造平行性)，澄清了新协定与原先协定的关系 	<ul style="list-style-type: none"> • 不终止早先的协定 • 仅可缓解共存产生的不利后果，没有推进有效和全面的国际投资协定的改革 • 影响取决于冲突条款中使用的表述

资料来源：贸发会议，2017 年。

6. 参照全球标准

40. 在国际投资协定改革努力中，各国可以参考多边承认的标准和文书。此类文书体现了对相关问题的广泛共识，参照这些文书有助于消除国际投资协定与其他国际法和政策制定机构之间的分歧。

41. 国际投资协定目前是处理外国投资(在双边、区域、诸边和多边层面)的最主要工具。然而，国际决策也产生了许多其他标准和文书，这些标准和文书可能具有，或不具有约束力，同时可能直接或间接涉及国际投资。

42. 存在大量自愿的监管举措，旨在推行企业社会责任标准和准则，促进可持续发展，这方面的例子有国际标准化组织关于社会责任的标准 26000 和联合国《全球契约》。这类文书是软法律的一个独特和迅速发展的方面。它们通常侧重于多国企业的运营，在过去几十年中，日益塑造了全球投资政策格局。

43. 虽然在国际仲裁法庭赋予这些文书的作用和权重问题上，仍有一些不确定性，但决策者仍有一些选择，可以在国际投资协定中参照这些全球标准，利用这些标准来进行国际投资协定改革(表 6)。例如，它们可以采取以下行动：

- 在新的国际投资协定中引入(例如通过相互参照)全球标准和工具，这是数量虽少但日渐增多的协定已经做到的。此类条款至少将有助于凸显投资者与国家关系可持续性的重要性。它们还可以推动投资者肩负其与可持续发展相关的责任，同时成为对投资者—国家争端解决法庭的解释性指导的来源。
- 通过一项联合声明，回顾各自国家对列举的某些全球标准和文书的承诺，并指出应根据这些承诺理解参与国之间的投资(政策)关系。其效果类似于相互参照，但不仅适用于新协定，也适用于原有协定。参与国的数量越大(很可能，全球标准列表越长)，影响就越大或越深远。
- 在更广泛的层面上，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。

44. 参照全球标准，以确保更负责任和监管更严的投资活动，已成为一个日益突出的协定特征。在 2018 年签署的有案可查的 29 个协定中，至少有 18 个涉及实现可持续发展目标。至少有四个参照了一项或多项与促进可持续发展有关的具体全球标准。《联合国宪章》和《世界人权宣言》都被提及三次。两个协定参照了联合国《全球契约》、与加入国际劳工组织有关的义务以及经济合作与发展组织的多国企业准则。

45. 最重要的是，《欧洲自由贸易联盟—印度尼西亚经济伙伴关系协定》(2018 年)特别参照了 2030 年可持续发展议程(这是继《加拿大—欧洲联盟全面经济和贸易协定》(2016 年)之后的第二个这样做的协定)。欧洲自由贸易联盟的协定参照的全球标准最多(《欧洲自由贸易联盟—印度尼西亚经济伙伴关系协定》(2018 年)参照高达七项标准，其次是《欧洲自由贸易联盟—厄瓜多尔经济伙伴关系协定》(2018 年))。

表 6
改革行动：参照全球标准

加强国际投资协定与其他法律和决策领域之间的一致性，增进二者之间的互动	
结果(利)	挑战(弊)
<ul style="list-style-type: none"> 有助于塑造协定精神(如目标和宗旨)，并影响仲裁庭对协定的解释 可为现有协定的现代化和新协定的订立提供参考 可重新连接国际规则的不同领域 具有成本效益和时间效益(各国可以利用缔约方先前商定的现成文书) 	<ul style="list-style-type: none"> 依赖有争议的全球标准，可能被视为无端以某些问题，加重了国际投资协定制度的负担，而这些问题本来不是国际投资协定保护外国投资的传统目标的重心所在 不一定会促成法律上的清晰或限制仲裁庭的解释性酌处权 缔约方难以把控相关文书未来的演进

资料来源：贸发会议，2017 年。

7. 多边参与

46. 多边参与可能是改革现有国际投资协定最有影响力但也是最困难的途径。在借鉴当前或以往的多边进程的经验时，应注意它们在参与的强度、深度和性质方面的差异。

47. 成千上万个协定构成了当今的国际投资协定制度，全球多边改革努力，如果取得成功，将是解决这些协定之间的不一致、重叠和发展难题的最有效方式。然而，多边改革行动具有挑战性，特别是在如何实施方面(表 7)。

48. 近年来，多边(或诸边)层面有一系列的政策发展，能够激励今后的多边国际投资协定改革努力。新规则的制定方式以及将新规则扩展到现有协定所采用的程序或工具都有其启迪作用。

49. 2018 年投资决策多边发展的最新例子包括根据《能源宪章》进行的讨论，以及例如，在国际投资争端解决中心、经济合作与发展组织、世界贸易组织、联合国国际贸易法委员会和联合国工商业与人权工作组进行的讨论。然而，目前的举措或许不太可能在老一代投资协定面向可持续发展的现代化改造方面带来显著成果。

50. 除了投资制度之外，在经济合作与发展组织和 20 国集团关于税基侵蚀和利润转移的项目背景下制定的《实施税务协定相关措施防止税基侵蚀和利润转移多边公约》为第二阶段改革行动提供了重要的经验教训(方框)。

《实施税务协定相关措施防止税基侵蚀和利润转移多边公约》：第二阶段改革行动应汲取的经验教训

未来的国际投资协定改革行动可借鉴多边利益攸关方进程，该进程导致了最终的基础侵蚀和利润转移一揽子方案的通过，还可借鉴该公约的架构，这一架构类似于基于条约的投资者—国家仲裁中的《毛里求斯透明度公约》，但比该公约更复杂。

税基侵蚀和利润转移一揽子方案旨在更新国际税收规则，减少多国企业避税的机会，并处理一些令人关切的问题(例如混合错配安排、条约滥用和简化争端解决)。《实施税务协定相关措施防止税基侵蚀和利润转移多边公约》的目的是迅速实施最终一揽子方案的税务协定措施。

该《公约》促进各国执行与税务协定相关的措施，并可能修订迄今为止订立的 3,000 多项双边税务协定。它以灵活的、照单点菜的方式促成变革，允许单方面声明和对原有税务协定的选择性保留或修正。例如，《公约》将仅适用于《公约》缔约方具体指定的税务协定，它使用选择退出机制，允许缔约方排除或改变某些条款的法律效力。备选条款和选择加入机制之间的选择，预留了作出额外承诺的可能性。

2016 年 11 月，100 多个法域完成了《公约》谈判。阿尔巴尼亚和摩洛哥分别于 2019 年 5 月和 6 月签署《公约》后，《公约》已涵盖 89 个法域。《公约》于 2019 年 1 月 1 日生效，目前适用于截至 2019 年 6 月 25 日已批准《公约》的 28 个法域之间订立的 51 项税务协定。截至 2019 年 7 月，税基侵蚀和利润转移包容性框架共有来自各大洲和各种发展水平的 131 名成员。

资料来源：贸发会议，根据经济合作与发展组织，2019 年，信息手册，可查阅

<https://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-beps.htm>，以及 <https://www.oecd.org/tax/beps/morocco-signs-landmark-agreement-to-strengthen-its-tax-treaties.htm>。

51. 最后，多利益攸关方平台和进程，如在贸发会议举行的世界投资论坛(就当今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)以及发展筹资论坛(授权贸发会议继续与成员国就国际投资协定进行磋商)，皆有助于就如何进一步推动改革进行专家研究、分析、支持和交流。

表 7
改革行动：多边参与

在众多国家之间达成共识或新规则，加上一个一举促成改革的机制

结果(利)	挑战(弊)
<ul style="list-style-type: none"> 在改革选项中，最适合处理全球性政策问题(如可持续发展)或系统性问题(如最惠国条款) 如果成功，是最有效的改革行动，可以一举促成许多国家或协定关系的变化 有助于避免个别国家零敲碎打的改革行动造成的进一步碎片化 	<ul style="list-style-type: none"> 这是最具挑战性的改革道路，因为众多国家很难达成共识 可能会导致谈判能力弱的国家或后来者发现自己只能被动地接受规则 至少在目前阶段，更有可能产生不具约束力的文书或实质性范围狭窄的文书(例如投资者与国家争端解决的个别方面)；因此，对国际投资协定的整体影响有限

资料来源：贸发会议，2017年。

8. 放弃未曾批准的旧的协定

52. 相当多的双边投资协定尚未生效，其中许多已经过时。一个国家可以正式表明其决定不受这些协定约束，以此为手段，帮助清理其国际投资协定体系，推动谈判新的、更现代的协定。

53. 一国可以决定不受尚未生效的老一代协定的约束。根据国际法，各国“负有义务不得采取任何足以妨碍条约目的及宗旨之行动”(《维也纳条约法公约》第十八条)，即使在所签署的协定生效之前。正式放弃一项协定(“放弃”是一个口语化的、法律上中立的术语)将确保一个国家已经解除了这一义务。这通常是一个简单的过程，因为该协定并未生效。

54. 虽然明确放弃未批准条约的行动很少见，但值得注意的例子包括印度终止了已经签署但尚未生效的几项双边投资协定(例如与埃塞俄比亚(2007年)、加纳(2002年)、尼泊尔(2011年)和斯洛文尼亚(2011年)的双边投资协定)。有480项国际投资协定签署已经十多年，但尚未生效。这可能表明各国已经放弃批准这些文书的努力(表8)。

55. 然而，就某些协定而言，各国同意暂时适用，这意味着协定(或其一部分)在签署后和生效前适用。放弃暂时适用的协定通常更加复杂，因为它迹近终止已经生效的协定。通常，国际投资协定将规定国家终止暂时适用时必须遵循的程序，这也可能触发存续条款的运作。

表 8
改革行动：放弃未曾批准的旧的协定

传达一个国家不欲成为已订立但尚未批准的协定的缔约国的意图	
结果(利)	挑战(弊)
<ul style="list-style-type: none"> 可以帮助清理一个国家的国际投资协定体系 程序简单，只需要通知其他各方 可以向其他缔约方和公众发出改革信息 	<ul style="list-style-type: none"> 可能会被视为对一国的投资环境产生负面影响 可能会扰乱与其他缔约方的关系 不会对暂时适用引起的现存案例产生影响 如果一个国家在批准前接受暂时适用，则不会对今后的投资者-国家争端解决索赔(在存续条款期间)产生影响

资料来源：贸发会议，2017 年。

9. 终止现有的旧的条约

56. 终止过时的双边投资协定，无论是单方终止还是联合终止，都是一种直接(虽然并非总是即刻)解除各方义务的方式。

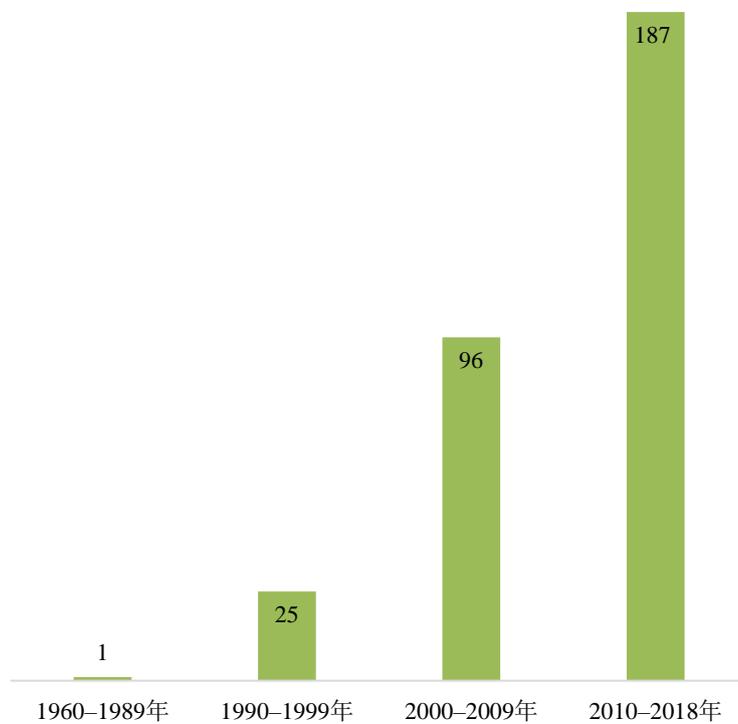
57. 终止协定解除了缔约方进一步履行协定的义务(表 9)。这不同于一协定被新协定取代后的终止(见选项 3 和 4)。协定可以单方(如协定允许)或经双方同意(在任何时候)终止。单方协定终止的规则通常已在双边投资协定文本中规定。一般来说，双边投资协定规定了 10 至 20 年的初始存续期，期满后一方始得单方终止该协定。

58. 单方面终止将触发存续条款(如果存在于协定中)，在协定终止后按规定将协定的存续延长一段时间。存续条款适用于终止日期之前进行的投资，但涵盖终止日期之前和之后(存续期内)采取的政府措施。存续条款有两种主要类型。有些条款的表述仅适用于单方终止协定(第 1 类)；其他则没有明确是否仅限于单方终止的情况，还是也适用于双方的联合终止(第 2 类)。单方终止协定必然会触发存续条款。在联合终止中，情况不大明朗，存续条款可能被触发，也可能不被触发，这取决于它的表述(第 1 或第 2 类)以及在终止时缔约方是否已经表明其无效。

59. 为了清楚起见，各国可以考虑在联合终止协定时表明存续条款无效。在联合终止《阿根廷—印度尼西亚双边投资协定》(1995 年)以及捷克与欧洲联盟其他几个成员国联合终止若干项双边投资协定的情况中，双方已经通过明示协议宣布存续条款无效。

60. 总体而言，国际投资协定的终止数目正在上升。仅在 2010 至 2018 年期间，就有 187 项国际投资协定终止生效(图 3)，其中 128 项是单方终止的结果。2018 年至少有 24 项终止生效，2019 年上半年至少有 10 项终止生效。

图 3
有效终止国际投资协定
(特定期间的终止协议数目)



资料来源：贸发会议，2019年。

注：这一数字包括单方宣布的、各方同意的、被新协定取代的和期满后自动的协定终止。

61. 欧盟内部至少有两个双边投资协定终止于 2017 年生效，另有六个协定终止于 2019 年初生效。2017 年和 2018 年发出了一些终止通知，但尚未生效(例如波兰)。

62. 协定终止的数目预计在未来几年将有加无已，具体如下：

- 欧洲联盟内部双边投资协定计划的终止涉及欧盟成员国之间生效的约 190 个协定，超过以往的终止行动。在 2019 年 1 月的一份声明中，22 个欧洲联盟成员国宣布打算在 2019 年 12 月 6 日前终止它们之间缔结的所有双边投资协定。其余六个成员国实际上在单独声明中，重申了关于欧洲联盟内部双边投资协定的声明。
- 一旦最近签署的几个区域、诸边或特大区域协定(如《欧洲联盟—新加坡投资保护协定》)生效，它们将有效取代旧的双边投资协定，也就是说这些双边投资协定将被终止。

63. 终止国际投资协定并不一定意味着一国准备完全摆脱这一制度。终止可以成为一个国家调整其国际投资政策，同时制定经修订的协定模式并着手谈判新的国际投资协定的总体方针的一部分。两个国家，即印度和印度尼西亚，最近终止了大量国际投资协定，其中许多是单方终止的，它们又于 2018 年订立了新的双边投资协定(例如白俄罗斯—印度双边投资协定和印度尼西亚—新加坡双边投资协定)。

64. 此外，终止并非总是即刻解除缔约方的协义务。它们可能触发通常包括在国际投资协定中的存续条款，除非缔约方在终止时申明该条款无效。

表 9

改革行动：终止现有的旧的协定

解除缔约方的协义务	
结果(利)	挑战(弊)
<ul style="list-style-type: none"> • 可以是单方终止或联合终止(不被新协定取代) • 向立足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 • 如果是协调一致的联合取代战略的一部分，可以促进面向可持续发展的改革 	<ul style="list-style-type: none"> • 可能被视为正在终止协定国家的投资环境恶化 • 可能导致一方的投资者在另一方的领土上不再受到保护 • 如果触发存续条款，终止可能不会即刻生效(即投资者—国家争端解决风险敞口在存续条款期限内保持不变)

资料来源：贸发会议，2017 年。

10. 退出多边协定

65. 单方退出与投资有关的多边机制(例如《关于解决国家与其他国家国民投资争端公约》)有助于减少一国对投资者索赔的风险敞口，但也可能对今后的多边投资合作构成挑战。

66. 单方退出与投资有关的多边机制将解除退出方对该文书的义务，同时有助于最大限度地减少一国的投资者索赔风险敞口，但这要视相关文书而定(表 10)。单方退出也可能表明一国对该制度明显失去信心，希望退出而不是改革该体系。它可以显示倾向于建立一个替代论坛。

67. 迄今为止，有两个国家退出了《能源宪章条约》。2009 年，俄罗斯联邦提交了终止暂时适用的通知，并宣布不打算加入该《条约》。2014 年，意大利提交了退出该《条约》的通知，该通知于 2016 年 1 月 1 日生效(与俄罗斯联邦相反，意大利已经批准了该《条约》，并且是其正式缔约国)。该《条约》载有两个独立的 20 年存续条款，分别适用于暂时适用该条约的签署国和正式缔约方。

68. 迄今为止，已有三个国家终止了《关于解决国家与其他国家国民投资争端公约》，即多民族玻利维亚国(2007 年)、厄瓜多尔(2009 年)和委内瑞拉玻利瓦尔共和国(2012 年)。每个国家都向国际投资争端解决中心提交了多起基于条约的投资者索赔，涉及高额资金。

69. 最近，没有关于这一改革选项的新例子，这表明退出多边投资协定目前不是改革的首选路径。

表 10
改革行动：提出多边协定

解除文书对退出方的约束力	
结果(利)	挑战(弊)
<ul style="list-style-type: none"> • 有助于缩小一个国家对(今后)投资者索赔的风险敞口(受被废止协定的存续条款约束, 但不影响投资者根据其他国际投资协定或在其他国际论坛上的索赔) • 可以减少年度支出(例如, 如果协定需要缴纳年费) • 对于那些希望改革现有协定但不能单独行事的国家来说, 这可能是退而求其次的解决办法 	<ul style="list-style-type: none"> • 可能被视为对一国的投资环境产生负面影响, 和/或可能使该国成为局外人 • 妨碍了一国与其他协定伙伴开展进一步合作并剥夺了其在协定演进过程中的发言权 • 仅能前瞻性地适用 • 由于大多数国际投资协定允许在多个论坛进行投资者-国家争端解决, 因此可能无法完全消除对投资者-国家争端解决索赔的风险敞口 • 可能会削弱对海外投资国民的保护

资料来源：贸发会议，2017 年。

四. 结论

70. 面向可持续发展的改革目前已经进入投资决策领域。各级(国家、双边、区域和多边)都采取了改革行动。它们涵盖贸发会议国际投资制度一揽子改革计划(2018 年)中提出的所有五个改革领域, 并越来越多地实施国际投资协定改革第二阶段的 10 个选项。

71. 然而, 仍有许多工作有待去做。要使改革真正取得成功, 国际投资界需要应对四项挑战。

72. 首先, 实现老一代协定的现代化仍然是一个优先事项。尽管正在努力进行改革, 但不具备改革导向特征的老一代国际投资协定仍有 3,000 多个(是 2012 年以来订立的现代国际投资协定数量的 10 倍)。这表明任务十分艰巨, 需要改革大量国际投资协定制度, 使其更加平衡、易于管理和有利于可持续发展。

73. 第二, 改革需要整体性。虽然改革努力的目标之一是推动国际投资协定制度面向可持续发展, 但这些努力只是由各国时断时续地实施, 并且侧重于该制度中往往孤立地予以处理的具体问题。例如, 投资争端解决的改革是最近世界关注的焦点, 但与国际投资协定所载实质性规则的改革并不同步。然而, 要将投资政策制度转向注重可持续发展, 就需要改革争端解决规则和协定的实质性规则。

74. 第三, 一些改革条款有待检验。现在还过早, 难以评估国际投资协定中引入的一些创新语言在实现保障国家监管权的目标方面的有效性。国际投资协定中的许多新改进尚未在投资争端中得到检验, 仲裁员如何在投资者与国家争端解决程序中解释这些改进仍然存疑。这既适用于协定中广泛使用的新条款, 也适用于迄今相对较少使用的条款。

75. 第四, 改革努力必须包容各方, 不受能力限制。成功的改革需要透明和包容的进程。各国政府和国际论坛需要确保利益攸关方切实参与的可能性, 并培养谈判者和决策者的能力和经验。双边或区域技术援助方案可针对各国政府确定的能

力建设需要采取后续行动。分享国际投资协定改革的经验和最佳做法，可以促进面向可持续发展的改革选项方面开展同行学习。

76. 作为联合国综合处理贸易和发展以及金融、技术、投资和可持续发展领域相关问题的协调中心，贸发会议支持正在进行的政策制定进程，以推进面向可持续发展的国际投资协定改革。它通过其三大工作支柱支持这种改革，即在研究和政策分析的基础上开发政策工具；技术援助，包括能力建设和咨询服务，以及建立政府间共识。投资、企业和发展委员会第十一届会议不妨评估迄今为止的改革努力，认清经验教训，进而规划前进的方向。
