



联合国
贸易和发展会议

Distr.
GENERAL

TD/B/C.II/MEM.3/2
2 December 2008

CHINESE
Original: ENGLISH

贸易和发展理事会

投资、企业和发展委员会

投资促进发展多年度专家会议

2009年2月10日至12日，日内瓦

临时议程项目3

国际投资协定的促进发展方面

贸发会议秘书处的说明

内 容 提 要

国际投资协定不成体系，日趋复杂。影响国际投资协定谈判的新问题不断涌现，如保护战略工业，经济危机和投资者权利，越来越多的新兴经济体开始对外直接投资等。这些动态对发展中国家既是机遇也是挑战。虽然国际投资协定是东道国吸引外国投资的重要政策工具，但人们也关切这些条约能否有效地引入新的投资。因此，决策者面对的一个关键问题是如何加强这些协定的促进投资性质。另一问题是国际投资协定“支离破碎”，一国的国际投资协定及其相关投资政策如何统一。此外，国际投资协定的谈判者需要问自己如何加强这些条约的促进发展方面。这包括国际投资协定如何平衡公共和私人利益和如何处理投资者的责任。总之，国际投资协定体系日前复杂，向许多发展中国家提出了严重的能力挑战，包括投资者—国家之间争端解决方面的挑战。

导 言

1. 根据贸易和发展理事会的决定，投资促进发展问题多年度专家会议第一届会议将审议国际投资协定的促进发展方面。也根据贸易和发展理事会的决定，“专家会议将审查已实施的国际投资协定的趋势和特征，包括管理投资者与国家之间的争端解决，分析新出现的关键问题，分析国际投资协定中确认的好处和挑战，以及评价国际投资协定对发展的影响”(TD/B/55/9, 第 25 段)。

2. 专家会议将鼓励交流投资和发展经验……，从此类活动中总结教训，以帮助发展中国家获得更大的投资收益(TD/B/55/9, 第 30 段)。此外，专家会议将在多年度会议活动中，协助实现《阿克拉协定》第 207 段提出的“实际选择和可操作的成果”。

3. 秘书处编写了本说明，作为本次会议专家讨论的背景资料。

一、国际投资协定的趋势和突出特点

A. 趋 势

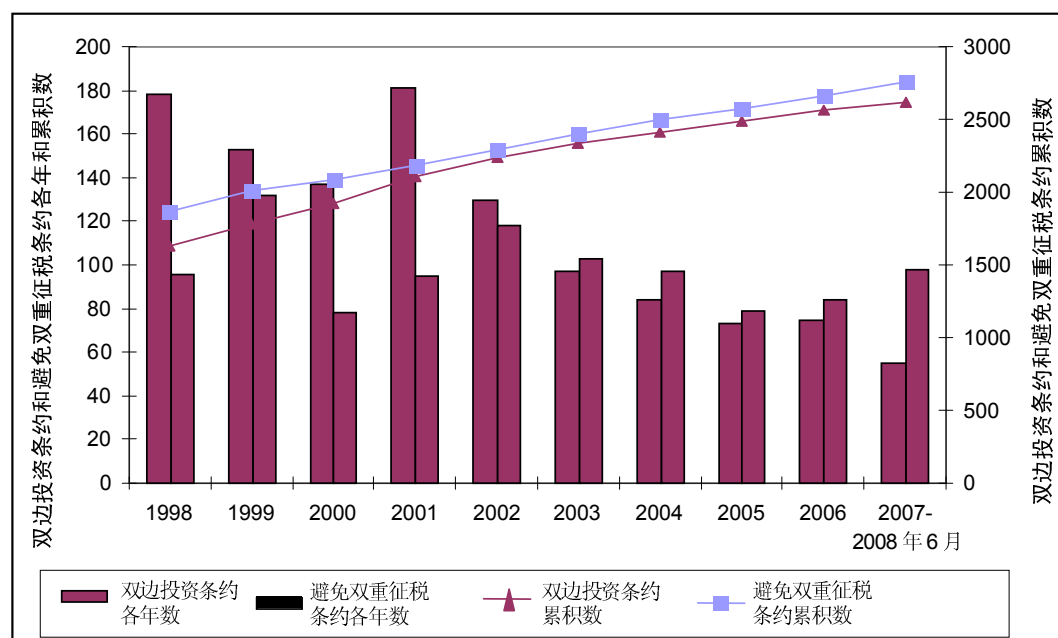
4. 国际投资协定包括双边投资条约、避免双重征税条约和其他与投资有关的协定，如自由贸易协定和经济合作协定。国际投资协定的数目和复杂程度继续扩大。条约缔结活动正不断地从双边投资条约转向避免双重征税条约，而且出现了重新谈判双边投资条约的明显趋势。

1. 国际投资协定不断增加

5. 截至 2008 年 6 月，已有 2,619 件双边投资条约，2,759 件避免双重征税条约和 259 件包含投资条款的自由贸易协定或其他经济合作条约，国际投资协定总数近 5,700 件(图 1)。这些条约大部分在执行。¹

¹ 双边投资条约的生效情况，见 UNCTAD 2006。

图 1. 缔结的双边投资条约和避免双重征税条约数，
1998 年至 2008 年 6 月各年和累积数



资料来源：贸发会议 (www.unctad.org/ia)。

6. 到 2008 年 6 月底，双边投资条约缔约国已达 179 个。发达国家在全球双边投资条约中仍占主要比重，在“前十”中占最大的份额(图 2)，但其他国家集团的份量越来越重。亚洲国家的条约活动尤其令人瞩目，目前占总数的 41%(图 3)。在排名的另一端，是拉丁美洲和加勒比国家，目前占总数的 19%。该地区的条约缔结活动大大放缓。例如，在撰写本报告时，2008 年没有一件双边投资条约问世，有些国家甚至采取步骤撤销现有承诺。²

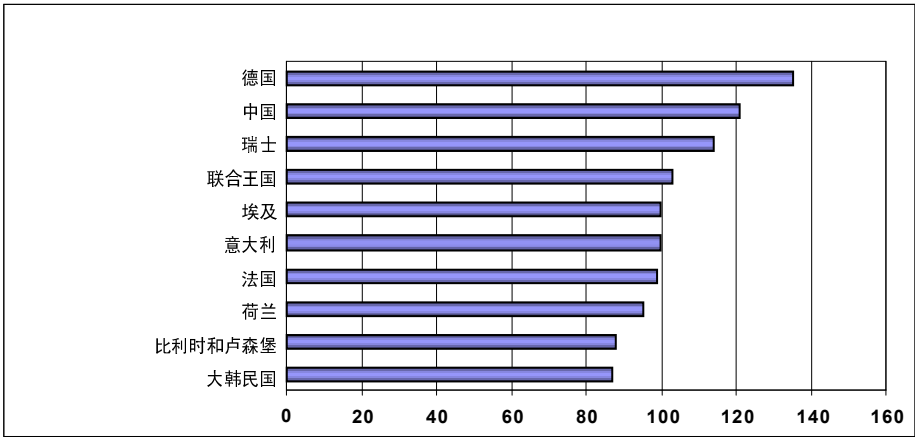
7. 另一值得关注的是动态是有更多双边投资条约在重新谈判。截至 2008 年 6 月，重新谈判过的双边投资条约有 121 件。目前，不足 5%的双边投资条约经过了重新谈判。³ 这一数目可能上升，因为许多双边投资条约越来越“陈旧”，更多

² 例如，从 2008 年 11 月开始，玻利维亚将撤出世界银行投资国际争端解决中心。2007 年 12 月，厄瓜多尔宣布，它同意接受该中心仲裁的决定对采矿和石油合同不再适用。委内瑞拉玻利瓦尔共和国也表达了同样的关切。厄瓜多尔还宣布废除 25 件双边投资条约中的 9 件。委内瑞拉玻利瓦尔共和国 2008 年 4 月宣布废除与荷兰的双边投资条约。

³ 迄今，德国重新谈判的双边投资条约最多(16)，其次是中国(15)、摩洛哥(12)和埃及 (11)。

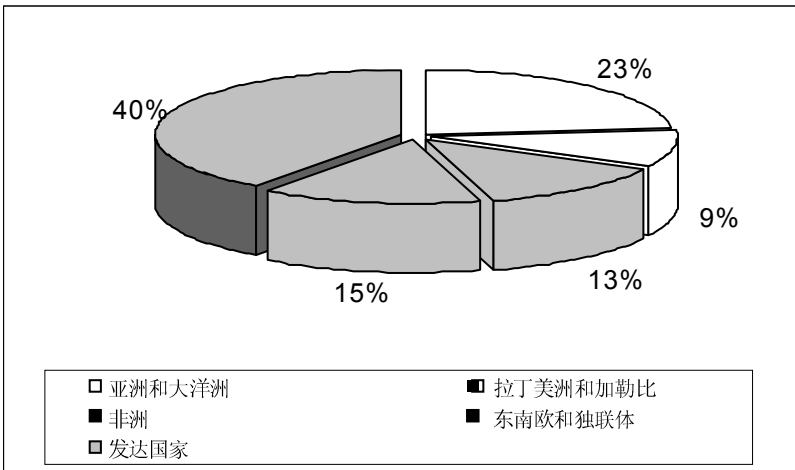
的国家在修订自己的双边投资条约范本，以反映新的关切，如东道国监管权以及环境和社会问题。⁴

图 2. 截至 2008 年 6 月的 10 大双边投资条约缔结国



资料来源：贸发会议 (www.unctad.org/iaa)。

图 3. 国际投资协定的区域分布，2008 年 6 月



资料来源：贸发会议。

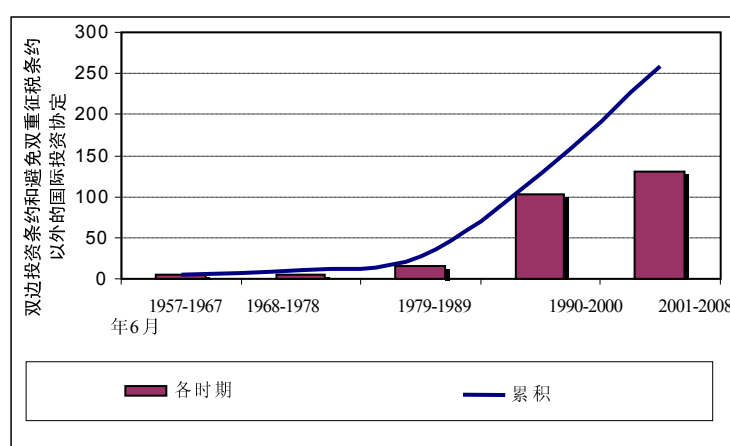
注：以上数据是多重计算。(例如，亚洲和非洲国家之间缔结的双边投资条约也被列入各自地区的数据。)

⁴ 例如，挪威正在最后确定新的双边投资协定范本，包括提高缔约方之间经济合作的透明度，强调保护人民健康、安全、环境和劳工权利。它还强调公司社会责任的重要性，重申各缔约方承诺实行民主、法治、人权和基本自由。

8. 发达国家也在避免双重征税条约中占主要位置，共有 195 个国家。有 38% 的避免双重征税条约是发达国家与发展中国家之间缔结的，有 16% 是两个发展中国家之间缔结的，有 24% 是发展中国家之间缔结的，大大高于这些国家缔结的双边投资条约的比例。可能的原因是在发达国家双重征税的威胁比政治风险要大。亚洲和大洋洲国家最为活跃，截至 2008 年年中已缔结 1,024 件 避免双重征税条约，其次是非洲，缔结了 462 件，再其次是拉丁美洲和加勒比地区，缔结了 324 件。在国家一级，缔结最多的有美利坚合众国 (154 件)、大不列颠及北爱尔兰联合王国(152 件)和法国(134 件)。截至 2008 年年中，在发展中国家中，中国(99 件)、大韩民国(83 件)和印度(80 件)名列前茅。

9. 双边投资条约和避免双重征税条约以外的国际投资协定，如包含投资条款的自由贸易协定和经济合作协定，也变得越来越重要(图 4)。除了已存在的 254 件协定外，到 2008 年 6 月底，至少还有 70 件这类国际投资协定在谈判之中，涉及 108 个国家。其总数——不足 10%——与双边投资条约相比仍然很小，但在过去五年几乎翻了一番。许多这类协定在投资促进和合作的框架之外，还向缔约方提出了接受和保护外国投资的约束性义务。保护承诺的范围与双边投资条约类似，也包括了投资者—国家争端解决问题。

图 4. 已缔结的双边投资条约和避免双重征税条约以外的国际投资协定，截至 2008 年 6 月，累积和各时期



资料来源：贸发会议。

2. 国际投资协定日益复杂

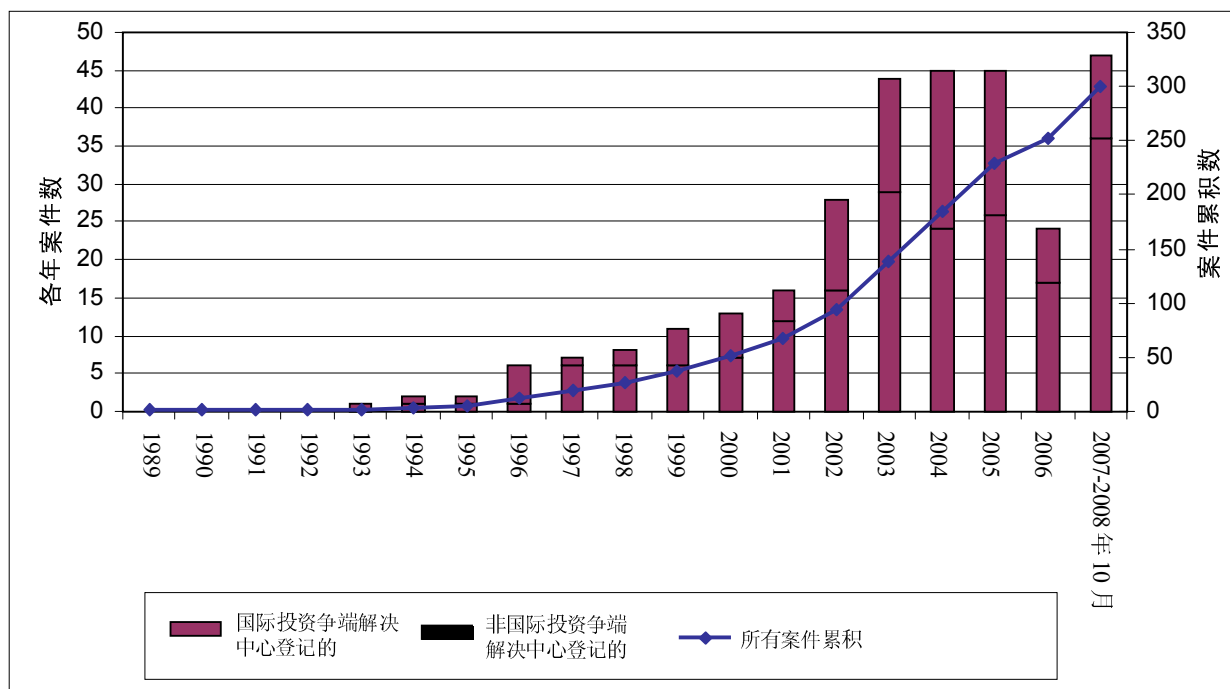
10. 国际投资协定的数量和复杂程度都在扩大。事实上，每项新条约都又增加了整个系统的复杂性。例如，一些国际投资协定包括了对各种实质性条约义务措辞的重大修订，如“公平和公正待遇”的含义，“间接征收”的概念。近期的一些双边投资条约更加强调通过例外条款处理外国投资产生的公共政策关切，主要是：国家安全和公共秩序，保护人民健康和环境保护，尊重核心劳工权利，文化多样性，以及对金融服务的审慎监管措施。投资者—国家争端解决程序也不断出现重大创新，以提高透明度，促进司法节约，鼓励产生合理和一致的结果。随着自由贸易协定和经济伙伴协定等非典型国际投资协定的迅速增长，复杂性也日见增加。结果，国际投资协定以前较相似的结构让位于较多多样化的行文（见以第 2 节）。此外，甚至“传统的”国际投资协定也出现了内容日见不同的情况，无论在所涉及的实质性问题的数量上，还是在单个条款的起草方式上。

3. 投资者—国家之间争端解决在上升

11. 近年来，投资者与国家之间的争端激增。2007 年，至少有 35 起新的涉及国际投资协定的投资者与国家争端案件，其中 27 件提交给国际争端解决中心。在 2008 年头十个月，又登记有 12 起案件，其中 9 起是国际争端解决中心收到的。到 2008 年 10 月，已知涉及条约的案件累积总数至少有 300 起(图 5)。⁵ 由于国际争端解决中心是唯一公开记录案件的仲裁机构，所有涉及条约案件的实际数可能更多。

⁵ 这些争端被送至：国际投资争端解决中心(或该中心另设机构) (182)、联合国国际贸易法委员会(80)、斯德哥尔摩商会 (14)、国际商会(5)和特设仲裁(5)。另一案件由国际商业仲裁开罗区域中心受理，一案件由常设仲裁法庭审理，两起案件的审理地点在撰写本报告时不详。

图 5. 已知投资者与国家争端仲裁案件数目，
1995 年至 2008 年 10 月各年或累积



资料来源：贸发会议 (www.unctad.org/ia)。

12. 所有地区的国家都牵涉进有关国际投资协定的仲裁。⁶ 阿根廷居首，被控案件 46 起，其中 44 起涉及本十年初该国的金融危机。墨西哥在已知被控案件总数中位居第二(18)，其次是捷克共和国 (14)、加拿大(13)、美利坚合众国(12)、厄瓜多尔(11)、印度、波兰和乌克兰(各 9 起)、埃及、罗马尼亚、俄罗斯联邦和委内瑞拉玻利瓦尔共和国(各 8 起)。从 2007 年初到 2008 年 10 月，有 7 个国家首次面对仲裁诉讼。它们都是发展中国家或转型期国家，即亚美尼亚、波斯尼亚和黑塞哥维那、哥斯达黎加、危地马拉、伊朗伊斯兰共和国、尼日利亚和南非。有 90% 的已知争端是总部设在发达国家的企业提出的。

⁶ 截至 2008 年 6 月，74 个国家的政府卷入投资条约的仲裁——其中发展中国家 46 个，发达国家 16 个，南欧和独联体国家 12 个。

13. 绝大多数案件是以违反双边投资条约条款为由提出的(78%)，其次是违反《北美自由贸易协定》(14%)和《能源宪章条约》(6%)。2007 年，头两起案件是以违反《中美洲—多米尼加共和国—美利坚合众国自由贸易协定》为由提出的。

14. 作出的裁决涉及众多问题，包括：“投资”的定义；公平和公正待遇标准以及完全保护及保障；国民待遇原则和最惠国待遇；征用条款和“伞型条款”。这意味着国际投资协定通常包含的实质性条款大多成为了投资者与国家争端解决程序的内容(UNCTAD, 2008a)。因此，没有任何国家可以确信其国际投资协定不会在国际法庭中被起诉。

15. 总之，作出的裁决对投资者有利和不利的各占一半。有 42 起案件的最后裁决对国家有利，40 起案件对投资者有利，37 起和解，154 起未决。已裁决的 17 起案件结果不属于公共领域。

16. 国际仲裁是法治的重要组成部分，是增加法律稳定的关键手段。但在 2007 年，一些相互冲突的裁决导致某些核心投资保护条款解释上新的不确定性。这种不一致涉及“投资”的定义、“伞型条款”的范围和最惠国原则、国民待遇原则中“类似情况”的定义等。⁷除了这些意见相左的裁决外，还有个别仲裁人员对裁决表达了大量的反对意见。所有这些都表明国际投资问题案例法的发展仍处在激烈的变动之中，远未达到巩固的程度。

⁷ 各仲裁法庭采取了不同的做法，关于“投资”的定义，见：Saipem S.P.A. v. The People's Republic of Bangladesh, ICSID Case No. ARB/05/07; and M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. v. Ecuador, ICSID Case No. ARB/03/6。关于“伞型条款”，见以下裁决：SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13; Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3; and Sempra Energy International v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16。关于最惠国待遇，见：Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania, ICSID Case No. ARB/05/8; and RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation, SCC Case No. Arb. V079/2005。关于公平和公正的待遇，见：Siemens A.G. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/08; PSEG Global et al. v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/02/5; M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. v. Ecuador, ICSID Case No. ARB/03/6; Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania, ICSID Case No. ARB/05/8。关于 2007 年裁决的详情，见 UNCTAD 2008a, 可以 (www.unctad.org/ia)上查阅。

4. 发展中国家作用的扩大

17. 发展中国家在国际投资规则制定方面的作用继续增强。截至 2008 年 6 月，发展中国家是 76% 的双边投资条约缔约方，61% 的避免双重征税条约缔约方，81% 的其他国际投资协定缔约方。在世界双边投资条约前几名中有三个发展中国家，即中国、埃及和大韩民国。

18. 国际投资规则制定活动突显了南南合作；截至 2008 年 6 月，发展中国家之间已缔结了 695 件双边投资条约，占双边投资条约总数的 27%。截至 2007 年底，双边投资条约和避免双重征税条约之外的南南国际投资协定总数超过 90 件。中国占南南协定的很大比重。约 60% 的中国双边投资条约是 2003 年至 2008 年年中与其他发展中国家缔结的，主要是与非洲国家缔结的。⁸

19. 发展中国家在国际投资协定缔结中的作用增强，还表明这些国家正在成为对外直接投资的输出国，它们的公司开始在世界主要跨国公司中占据更重要的位置。事实上，发展中国家对外直接投资总额自 1990 年代以来大幅增长，从 1,440 亿美元增加到 2007 年的 2.288 万亿美元。此外，自 1990 年代末以来，源自发展中国家的对外直接投资快于发达国家。(UNCTAD, 2008b)。

B. 突出的特点

20. 过去几十年发展起来的国际投资协定具有以下特点：

21. 这一体系是全球性的，差不多每个国家至少签署了一项双边投资条约，多数国家签署了几项或多项国际投资协定。协定的结构不成体系，也就是说几千件单个协定没有任何系统的协调和统一。国际投资协定是多层次的，现在有双边、区域、区域内、区域间、行业、复边和多边的，不同层次可能相互重叠。这一体系还是多方面的，即不仅包括具体的投资条款，也包括其他相关事项的规则，如商品贸易、服务贸易、知识产权、劳工问题或环境保护。

⁸ 中国 2003 年至 2008 年年中签署的 16 件双边投资条约中有 9 件是与以下非洲国家缔结的：贝宁、吉布提、赤道几内亚、几内亚、马达加斯加、纳米比亚、塞舌尔、突尼斯和乌干达。

22. 实际上，协定在投资保护的核心内容上具有很大程度的同一性。绝大多数协定包含了国民待遇和最惠国待遇条款、公平和公正待遇、对征用的赔偿、自由转让权以及同意诉诸投资者与国家与国家与国家争端解决机制等。然而，这些条款的实际行文差异很大。少数协定还列入了其他条款，如保证投资权的国民待遇和最惠国待遇，禁止效绩要求等，但条约之间很不相同。

23. 大部分国际投资协定主要是保护性的，只是适度地放宽开放。多数国际投资协定效仿了 1960 年代《欧洲双边投资条约》的模式。然而，世界贸易组织《服务贸易总协定》问世以后，较近期的自由贸易协定加入了自由化承诺，加拿大、日本和美国之间最近缔结的双边投资协定就是这样。

24. 国际投资协定体系是能动的和创新的。如前所述，少数但越来越多的国际投资协定对各种实质性条约义务进行了修订，如“公平和公正待遇”的含义，间接征用的概念等。还有其他创新，如列入了例外条款和增加了投资者与国家争端解决的新规定(见以上)。

25. 多数国际投资协定只是间接促进投资的。这是说，其吸引外国投资的方式是对投资给予保护，而不是由东道国和母国采取具体的促进措施。

26. 此外，国际投资协定只规定了投资者权利，对投资者的义务则闭口不谈。这意味着东道国继续通过国内立法来保护外国投资，而不是在国际投资协定中对外国投资设置具体的义务，如公司的社会责任义务等。如何确保公司对发展作出适当的贡献，对许多发展中国家仍是一个严峻挑战。

27. 作为保护性文书，大多数协定对促进透明度着墨不多。许多国际投资协定推进透明度目标是因为协定本身是透明的。然而，它们没有要求东道国增加其国内法的透明度。

28. 现行的国际投资协定多半没有具体提及发展问题，或只是稍加间接涉及而已，主要是在序言部分。因此，可以说这些条约的促进发展目标是政治目标，不是针对条约的发展中国家伙伴的，而是针对所有缔约伙伴的，无论其地位如何。

29. 从上述分析可以看出，目前的国际投资协定体系不是一个静态结构，而是一个不断演变的动态框架。一方面，国际投资协定的进展和投资保护核心原则

的巩固，有助于投资规则的澄清和稳定。此外，国际投资协定在投资促进和保护等单个方面日益多样和复杂，为各国提供了更多的选择，无论是条约制定和还是在以国际投资协定促进发展政策方面提供了更多可能。后一方面也对发展中国家构成了前所未有的挑战，尤其是如何谈判“合适”协定，切实履行国际投资协定的义务和保持国际投资协定的透明及协调等。

二、关键性的新问题

30. 除了国际投资协定的上述趋势和突出特点外，还出现了影响国际投资协定谈判的各种新政策问题，其中包括战略工业的保护、经济危机以及新兴经济体作为对外投资者的作用。

A. 保护战略工业

31. 许多国家最近开始重新审视它们的开放投资政策，有些国家作出了一些调整，行使自己的权力为了国内政策目标对外国投资加以限制。限制外国投资的主要目的之一是保护战略工业和关键性基础设施。⁹ 东道国援引的限制外国投资者的理由是维护国家安全利益。

32. 有几个因素促成了这一情况。只要战略工业——能源、电信、交通或水——掌握在国家手中，政府就不担心它们可能受到外国的影响。随着许多国家的这类产业大多实行私有化，外国接手的这一选择已经变得很实际。很多国家也认识到有必要对其自然资源行使更有力地控制权。各国甚至认为，国家对战略工业的掌管或控制对其竞争力十分重要。最后，国有企业或主权财富基金的扩张和更积极的作用，加重了各国对外国投资引起的国家安全问题的关切。人们担心，依靠它们巨大的资金实力可以收购它们希望收购的任何产业。此外，有人认为，这些企业和基金既然由国家所有，不仅可以追求经济目标，还可以有政治目的。

⁹ “战略工业”与“关键性基础设施”之间是有区别的。前者是指政府认为对其经济发展具有关键作用的所有工业，而后者只限于基础设施，不仅与经济有关，而且关系整个社会的福祉(如饮用水和卫生设施)。虽然两个词用法不同，但在本说明中“战略工业”具有两种含义。

33. 国际投资协定保护投资的目标与维护缔约国安全关切之间存在潜在冲突。所以，政府面临的挑战是如何在充分保护其国家安全利益与有力保护外国投资以保持对外国投资者的吸引力之间建立一种合理的平衡。

34. 许多国际投资协定载有所谓的“国家安全例外条款”，允许缔约方在外国投资威胁国家安全时不履行所有或部分条约义务。这一例外条款原来只针对军事威胁或类似事项，后来增加了保护战略工业的新内容。

35. 这可能对国际投资规则的制定产生重大影响。第一，已缔结不包含“国家安全例外条款”的国际投资协定的国家，可能认为有必要列入这一条款，以保护自己控制战略工业的自由。第二，已商定在国际投资协定中列入国家安全例外条款的国家，可能在思考这一条款是否宽泛到覆盖了保护国家战略工业所必要的对外国投资者的限制。而外国投资者及其母国的关切恰恰相反。当初它们可能认为国家安全例外条款的范围仅限于国防事项，但现在则面对着该条款有更大和意想不到的后果的局面。第三，出现的问题是，这些新的动态是否要求人们对国际投资协定规定的援引例外条款的条件进行调整。有人说，发生军事威胁或另一种紧急情况与没有发生实际危机，即只涉及保护战略工业的政治、经济和竞争利益相比时，缔约方需要有更大程度的斟酌决定权。

B. 经济危机

36. 最近出现了在发生经济问题时援引国家安全条款的趋势。2000 年代初阿根廷经济危机的几项仲裁裁决，便提出了经济危机是否构成对国家核心安全利益的威胁，从而有理由对外国投资者加以限制的问题。为了应对危机，阿根廷政府针对可能的国内骚乱和蔓延的社会紧张局势，采取了一系列措施，以保护国内安

全利益。有些裁决认定阿根廷有权援引与美国的双边投资条约中的国家安全例外条款，而另一些法庭则得出了相反的结论。¹⁰

37. 与战略工业有关的国家安全利益与经济危机之间的一个重要区别是，东道国的措施通常首先是预防性的，而后者则是应对性的。政府在损害发生前便采取行动保护自己的战略工业。相反，国家必须已处于经济危机之中，才能够采取措施保护国家安全利益。后种措施影响的是已在该国经营的投资者，而保护战略工业的投资限制是限制外国投资者的进入。所有这些对援引国际投资协定中国家安全例外条款必须具备的先决条件都具有影响。

C. 新兴经济体作为对外投资者

38. 国际投资流动的格局在发生重大变化。随着新兴经济体成为了强有力的经济和政治伙伴，它们的公司也更多地投资于外国。曾经基本上是发达国家对发展中国家的单向投资流动，现在日益变成了繁忙的“双行道”。这标志着一个全球化新阶段的开始，即新兴经济体（巴西、中国、印度、俄罗斯联邦和南非）起着更重要的作用。

39. 这些发展动态对国际投资协定可能具有重大影响。发展中国家过去以在对待外国投资者中保持最大自由度作为自己在国际投资协定谈判中的主要目标，现在也必须关切自己作为对外投资者在国外获得高度保护的问题。平衡相互冲突的这两方面利益是一种挑战。

¹⁰ 相关案件有：CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/08, 2005 年 5 月 12 日裁决；LG&E Energy Corp./LG&E Capital Corp./LG&E International Inc. v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/02/1, 2006 年 10 月 3 日裁决；Enron Corporation Ponderosa Assets L.P. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/03, 2007 年 5 月 22 日裁决；Sempra Energy International v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, 2007 年 9 月 28 日裁决；Continental Casualty Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/9A, 2008 年 9 月 5 日裁决。

40. 迄今为止，新兴经济体尚未对条约做法作出实质性改变。不过，中国等一些国家开始关注国民待遇和投资者与国家争端解决问题，并着手将这些标准纳入其国际投资协定的框架，但这一情况不一定与作为对外投资国的不断变化的地位有关。

41. 另一问题是，发达国家对它们成为新型经济体投资的东道主这一事实如何反应。在《北美自由贸易协定》中，我们已经看到发达东道国认为有必要在国际投资协定中列入新的“安全网”，以限制自己受外国投资者索赔的损害程度。随着更多的发展中国家开始对外投资，主权财富基金和国有跨国公司的对外投资增多，这种趋势可能有增无减，不过商业利益与政治利益之间的界线还不总是很清晰。

42. 国际投资协定未来走向的一个主要问题是，新阶段的全球化是在合作还是在对抗中发展。国际投资协定过去几十年的演变在很大程度上是发达国家推动的。它们首先缔结了双边投资条约，而后成为所有其他形式的投资协定的基本模式。新阶段的全球化增强了一些发展中国家的经济实力，同时也增加了它们的政治分量。这种力量对比的转变如何影响国际投资协定的谈判，还有待观察。

三、国际投资规则制定的好处和挑战

A. 国际投资协定的好处和影响

43. 世界各国都相信国际投资协定是有用的，从过去几十年国际投资协定的迅速膨胀可见一斑。国际投资协定不仅在地域上而且在参加者数目上都日见增加。国际投资规则制定已变成了一种覆盖所有地区的全球现象。它所展示的活力在于已缔结条约的种类和单项条款的起草方式不断创新。就国际仲裁执行国际投资协定的有关权利而言，它的活力是以往从未有过的。投资者与国家之间争端解决程序现已成为多数国际投资协定的标准特征，已知 288 件仲裁案件证明外国投资者在积极地利用这一机制。

44. 讨论中反复谈到的国际投资协定的问题是这些协定实际上是否实现了吸引更多外国直接投资的目标。关于国际投资协定对外国直接投资影响的辩论，

过去一直被视为北南问题，最近有了新动向。随着越来越多的发展中国家成为对外投资者，它们在重新审视国际投资协定的作用，不仅是吸引发达国家对其直接投资的工具，也是鼓励和保护自己在发达国家和其他发展中国家直接投资的手段。¹¹

45. 由于国际投资协定是大多数国家特别是发展中国家吸引外国投资战略的主要工具，决策者需要知道这些条约在实际中发挥何种作用，以及如何协助吸引更多的国外投资。同样重要的是，国际投资协定对投资流入的影响是否还取决于所缔结的具体投资条约种类。深入了解国际投资协定对外国投资的影响，有助于避免不切实际的幻想，为东道国实施有效系统的政策，在吸引外国投资的总体战略中赋予国际投资协定以应有的位置奠定基础。

46. 东道国吸引外国直接投资的决定因素包括：(a)吸引外国投资的一般政策环境，包括经济、政治和社会稳定性，以及有关外国投资的立法；(b)经济因素，如市场规模和自然资源禀赋；(c)商务便利化，如激励措施或基础设施。所有这三方面因素相互作用，增强或减少有关国家对外国投资的吸引力。国际投资协定是外国投资政策框架的一部分，只是影响公司决定在哪儿投资的因素之一。所以，国际投资协定本身从不是吸引外国直接投资的充分政策工具，东道国的其他决定性因素，如经济因素，则起着更重要的作用。

47. 1998 年至 2008 年期间发表的一系列经济计量研究报告评估了国际投资协定对外国直接投资的影响(UNCTAD, 即将出版 a)。虽然这些报告得出了不同的结论，但有些结论特别是最近的一些结论一致认为国际投资协定确实对公司在哪儿投资有一定影响，自由贸易协定或经济合作协定的这种影响比双边投资条约一般要大(即吸引了更多外国直接投资)。

48. 国际投资协定在政策和体制因素之外又加入了一些其他必要因素，因此有利于增强国家的吸引力。这些协定尤其加强了投资保护，增加了投资框架的安全、透明度、稳定性和可预测性。如果国际投资协定放宽市场准入，则可改善外国投资的一项重要经济因素。一体化的区域扩展或深化有时确实激励更多的投资流入。

¹¹ 2007 年，138 个发展中国家报告有对外投资，见 UNCTAD, 2008b: 257-260。

49. 投资者调查证实了国际投资协定对投资流入发展中国家的影响。多数接受调查的各行业公司认为，发展中国家和转型期经济体缔结的国际投资协定对公司在哪儿投资的最后决定发挥了作用。基于这些协定的双边投资条约的仲裁迅速增加，也进一步证明了跨国公司在越来越地利用双边投资条约。

50. 然而，需要外国投资的发展中国家都希望进一步加强国际投资协定作为投资促进工具的作用。迄今为止，多数国际投资协定是通过投资保护来间接促进外国投资的。我们可以想象东道国在国际投资协定采取更直接的方式如东道国措施来促进投资(UNCTAD, 2004: vol. 3, chap. 22)。这类方式涉及各种问题，如：(a) 相关投资信息的透明和交流；(b) 促进外国投资者与国内公司的联系；(c) 能力建设与技术援助；(d) 给予投资保险；(e) 鼓励技术转让；(f) 缓解非正规的投资障碍；(g) 联合投资促进活动；(h) 获得资本；(i) 金融和财政激励措施；(j) 设立体制机制，协调投资促进活动(UNCTAD, 2008c)。然而，并不是所有政府都认为应该这样扶助市场，经济学家们对这些努力是否值得存在争议。

B. 挑 战

51. 国际投资协定的现状提出了众多的挑战。这些挑战是系统性的、面向发展的和与能力有关的挑战。(UNCTAD, 即将出版 b)。

1. 系统挑战

(a) 国际投资协定不成体系

52. 第一项挑战是现有国际投资协定网络的结构。如前所述，其结构高度个性化和不成体系，由缺少任何系统协调和统一的几千件单个协定组成。这种组成不如坚实和同一性的结构稳定。在面临压力时，也更加脆弱，经不起冲击。然而，由于缺少全球性投资规则，各国别无选择，只能继续缔结双边或区域协定，从而进一步延续和强化国际投资协定的微观世界。只要单个国家各自为政处理与国际投资协定有关的关切，那么整个系统的协调就一定恶化。这与国际商业关系

应适用的某些核心原则即明确、稳定和透明背道而驰的，也与过去几十年贸易领域的一套共同基本规则相违背。

(b) 国际投资协定与国家政策的相互作用

53. 国际投资协定与国家投资政策的相互作用是另一个挑战。为了创造有利于经济增长和可持续发展的健康投资环境，必须在国家和国际各级设置适当的框架条件。为此，国际投资协定可以为国家一级的政策改革制定重要参数，而国家条件则为国际投资协定商定的内容施加一定限制。国家条件在国际投资协定未作任何规定的地方，如投资自由以及全球化的社会和环境方面，尤其重要。问题是在政策议程和情况发生变化时如何进行“正确”的互动。

2. 与发展有关的挑战

(a) 平衡公共与私人利益

54. 政府的基本关切是私人投资者利益不应高于正当的公共利益，如社会和劳工问题以及环境保护。东道国需要确保国际投资协定具有充分的管理灵活性，以谋求国内政策议程。正因为如此，某些双边投资条约范本已有某些改动，仲裁程序规则也作了一些修订(见以上)。

(b) 加强促进发展方面

55. 另一挑战是通过国际投资协定使外国投资有利于经济发展。一个关键问题是如何确保在整个协定中，如序言部分的阐述、协定的结构、实质内容的起草、技术援助条款的列入以及执行方式，包括过渡期和监督手段等，充分地处理促进发展问题(UNCTAD, 2004: vol.1, chap. 2)。

(c) 投资者的责任

56. 一个相关议题是投资者的责任。许多发展中国家认为，国际投资协定是不平衡的，因为其中只规定了东道国的义务，而没有说明外国投资者的责任。问题是

能否在国际投资协定中直接阐明投资者的义务，而不是仅仅给予东道国以管理灵活性，让其通过国内法或诉诸公司社会责任的自愿标准来要求公司负有义务。

(d) 投资促进

57. 此外，人们不断抱怨这些条约没有有效协助各国吸引投资，鉴此我们不妨问一下是否可以进一步加强国际投资协定的促进投资作用(见以下)。

3. 能力的挑战

58. 如上所述，各国目前承担着管理日趋复杂的国际投资协定体系的任务。这种情况对发展中国家造成了特别问题。由于它们受人力和财力的制约，交涉能力有限，缺少专门知识，在各方面存在重重困难，如谈判“合适的”国际投资协定，将国际承诺转化为国家法律，制定协调的经济和发展政策，将这些政策反映在国际投资协定中。政策经常变化且谈判能力弱的发展中国家还有可能缔结相互不一致的国际投资协定。许多发展中国家在管理投资者与国家争端解决案件中也存在能力问题。

59. 还须注意是，缔结更多的区域协定和扩大经济合作的趋势可能将许多发展中国家排斥在一体化进程之外，因为发达国家从自己的角度认为它们无足轻重。

60. 发展中国家的能力问题因近年投资者与国家争端增加而相形见绌。充分准备并在投资者与国家争端中维护国家利益耗费了发展中国家太多的技术和财政资源，使它们疲于应付。此外，人们还担心一起案件可能产生巨额赔偿和高额辩护费用。同一些案件的多重诉讼是另一个重要问题。

61. 在这一背景下，发展中国家避免仲裁战略最近引起人们的注意。令人诧异的，替代性争端解决机制在国际投资协定鲜有提及，尽管国际争端解决中心和联合国国际贸易法委员会和解规则等国际文书中都有阐述。¹² 在未来的国际投资

¹² 国际争端解决中心的和解程序规则(和解规则)，见 <http://icsid.worldbank.org/ICSID/RulesMain.jsp>。联合国国际贸易法委员会的和解规则，见 http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1980Conciliation_rules.html。

协定中，不妨考虑给予替代性争端解决机制以更重要的位置(见UNCTAD c, 即将出版)。调解和和解比国际仲裁有更多的好处。如果取得成功，可能费用更低，时间更短，更能保护外国投资者与东道国之间的关系——这些方面对发展中国家都很重要。投资者与国家之间的争端近年来大幅增加，为青睐替代性争端解决机制提供了另一理由。此外，由于和解者和调解者在提出争端解决办法时有较大的斟酌决定权，所以很难取得统一。

四、结论和前景

62. 上述分析可以看出，现在比以往任何时候都更加需要开展能力建设和技术援助活动，协助发展中国家应对不断变化的国际投资协定的要求。协定日益复杂，现有条约规定可能需要进一步澄清，“旧的”条约如果不尽人意，则需要重新谈判或者废除。许多发展中国家还在经历着国际投资协定开始“适得其反”的痛苦经历，需要管理复杂、冗长和耗费资金的投资者与国家争端解决程序。

63. 各国面临的另一系统挑战是国际投资协定“支离破碎”，而且国际投资协定与国家发展政策之间存在复杂的互动关系。在国际投资协定中正确平衡公共与私人利益，确保这类协定有助于实现发展目标，是一件经常性和关键性的任务。各国也必须思考国际投资协定如何以有效方式最大限度地实现促进投资的目标。

64. 在所有这些之外，各国还面临着新出现的问题。比如如何处理在国际投资协定中保护战略工业的需要，确保东道国在严峻的经济和金融危机面前也不背离它们的条约义务。最后，新兴国家也需要审视它们的讨价还价能力，以尽量保护它们在海外的投资。

65. 在缺少全球投资规则的情况下，各国继续在双边和区域基础上缔结投资条约，从而进一步延续和强化了现有国际投资协定的不成体系状况，以及其内在的复杂性、不协调和重叠，同时对发展问题的考虑也不平衡。这种做法的结果有时是适合的，有时是不适合的。发展中国家尤其难以应对这种“支离破碎”的做法。因为这需要大量的专门知识，而它们没有。许多发展中国家与较强大的发达国家相比也缺少足够的讨价还价能力，无法在双边谈判中让自己的意见占上风。

66. 总之，现有国际投资协定体系具有内在缺陷，主要是高度个性化和不成体系。克服这一情况，只能改变这一体系本身，也就是寻求更协调的多边做法。然而，由于目前的全球政策环境不利于建立约束性规则的努力，那么不妨考虑其他较为适度的办法。

67. 协调和集体地处理国际投资问题，设法增强多边建立共识进程，有各种好处。比如，可逐步对该体系产生统一的效果，增加投资关系的明确度和稳定性，改善规则的协调。还可以成为各个层面国际投资规则制定的主要参照物，确保所有国家无论其发展水平如何平等参与这一进程。

68. 多边论坛还可大大提高透明度。各国可借以了解其伙伴各类条约、其管理条约的困难和进一步发展条约的计划。各国还可以借鉴彼此的经验，探讨进一步加强协调的办法。

五、讨论的问题

69. 在这一背景下，专家们不妨研讨以下问题：

(a) 关于趋势和突出特点：

(一) 从趋势和突出特点中可能汲取哪些信息？

(二) 国际投资协定体系未来的发展前景？

(b) 关于主要的新问题：

(一) 国际投资协定如何处理保护投资与保护战略工业的潜在冲突问题？在这一背景下，各国特别是发展中国家是否需要重新考虑所谓的“国家安全”内容，以减少其对外投资者(即主权财富基金)受到不应有限制的可能性？

(二) 国际投资协定如何在经济危机时处理保护投资与保护国家核心安全利益的潜在冲突？为处理这种情况，各国特别是发展中国家是否越来越需要将所谓的“国家安全例外条款”纳入国际投资协定？

(三) 新兴经济体作为对外投资者的新角色对其国际投资协定的谈判地位有哪些影响？如何解决资本输入国希望对外国投资者保有最大

限度的酌情决定**权与资本输出国**希望尽量保护其在国外的投资者之间的潜在冲突？

(c) 国际投资规则制定的好处和挑战：

- (一) 如何进一步加强国际投资协定的促进投资目标？
- (二) 国际投资协定体系的统一问题如何与发展问题相联系？哪些政策领域受其统一或不统一的影响最大？
- (三) 是否需要重新评价国际投资协定的私人和公共利益的实际平衡问题？如果需要，将在哪些领域进行评价和如何进行评价？
- (四) 国际投资协定规定的“灵活性”机制（如例外、免除、过渡期和保障措施）是否足以使发展中国家能够实现其发展战略和从外国投资中获得最大的利益？如何进一步加强国际投资协定的促进发展潜力？
- (五) 如何减轻各国特别是发展中国家在投资争端解决程序中的负担？可考虑哪些避免争端战略？
- (六) 你如何看待采取更协调的办法就国际投资协定事宜建立多边共识问题？在哪些政策领域是可行的？

References

UNCTAD (2004). *International Investment Agreements: Key Issues*. New York and Geneva. United Nations publication. Sales No. E.05.II.D.6.

UNCTAD (2006). The entry into force of bilateral investment treaties (BITs). *IIA Monitor*. No. 3. UNCTAD/WEB/ITE/IIA/2006/9(IIA).

UNCTAD (2008a). Latest developments in investor–State dispute settlement. *IIA Monitor*. No. 1. UNCTAD/WEB/ITE/IIA/2008/3(IIA).

UNCTAD (2008b). *World Investment Report 2008: Transnational Corporations and the Infrastructure Challenge*. New York and Geneva. United Nations publication. Sales No. E.08.II.D.23.

UNCTAD (2008c). *Investment Promotion Provisions in International Investment Agreements. UNCTAD Series on International Investment Policies for Development*. New York and Geneva. United Nations publication. Sales No. E.08.II.D.5.

UNCTAD (forthcoming a). *The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries*. New York and Geneva. United Nations publication.

UNCTAD (forthcoming b). *International Investment Rulemaking : Stocktaking, Challenges and the Way Forward*. New York and Geneva. United Nations publication, forthcoming.

UNCTAD (forthcoming c). *Alternative Methods of Treaty-based Investor–State Dispute Resolution: The Case of Mediation, Conciliation and Other Forms of Third-Party Assistance*. New York and Geneva. United Nations publication.

-- -- -- -- --