



联合国
贸易和发展会议

Distr.
GENERAL

TD/B/COM.2/73
5 January 2007

CHINESE
Original: ENGLISH

贸易和发展理事会
投资、技术及相关的资金问题委员会
2007年3月8日至14日，日内瓦
临时议程项目4

国际投资规则的制定：趋势、新出现的问题和影响

贸发会议秘书处编写的说明¹

内 容 提 要

本说明突出介绍了最近国际投资协定的趋势，并着重论述了双边投资条约这一国际投资规则系统主干的演变情况。本说明根据对双边投资条约演进中主要趋势的分析，找出了国际投资规则系统今后发展特别是对于发展中国家来说的影响和系统挑战。

¹ 本文件因处理过程的延误，于上述日期提交。

目 录

<u>章 次</u>	<u>页 次</u>
导 言	3
一、最近国际投资协定的趋势	3
A. 双边投资条约	4
B. 避免双重征税条约	7
C. 优惠贸易和投资协议	8
D. 投资者与国家争端问题	10
二、双边投资条约的演进情况	12
A. 双边投资条约的相同和不同之处	13
B. 创 新	14
1. 对保护公共政策的关注	14
2. 其他创新	15
三、所涉问题和挑战	16
四、前进方向	18
参考文献	20

导 言

1. 在东道国与国际投资者的关系方面，缺乏一种全球性的投资条约，因此这方面的国际法律约束大多是在双边层面上制定的。关于外国投资待遇最低保障的条约早在 200 多年前就已经有了。² 20 世纪下半叶，双边投资条约出现，这是第一种专重于外国投资待遇的国际协议。鉴于这类协议的法律结构相同，而且双边投资条约的数量剧增，因此已成为关于外国投资的国际法的最重要支柱。

2. 关于促进和保护缔约一方的投资者在另一缔约方领土上的投资的双边条约，可以追溯到 1959 年，当时，德意志联邦共和国与巴基斯坦签署了第一份双边投资条约。此后，双边投资条约的内容基本统一，没有明显变化，只是在 1960 年代引入了关于国民待遇和投资者与国家争端解决的规定。但是，从 1990 年代中起，其他国际投资协定，特别是自由贸易协议也载入投资保护规定，越来越多的投资争端根据投资者与国家争端解决规定提交仲裁，引发了对双边投资条约惯例的某些创新，致使这类协议比过去有了更多的变化。

3. 下面突出讨论最近国际投资协定的趋势。然后再侧重论述双边投资条约这一国际投资规则系统主干的演变情况。本专题说明根据对双边投资条约主要演变趋势的分析，找出国际投资规则系统今后发展特别是对于发展中国家来说的影响和系统挑战。

一、最近国际投资协定的趋势

4. 前几年，双边、区域和国际一级国际投资规则制定扩展和日益精细的趋势在 2005 年和 2006 年(上半年有数据可查)继续发展。这种不断演进的国际投资规则系统进一步促进了外国直接投资的扶持框架。同时，林林总总的国际投资协定日趋复杂，层次多，方面广，越来越难以保持一致和有效运行。

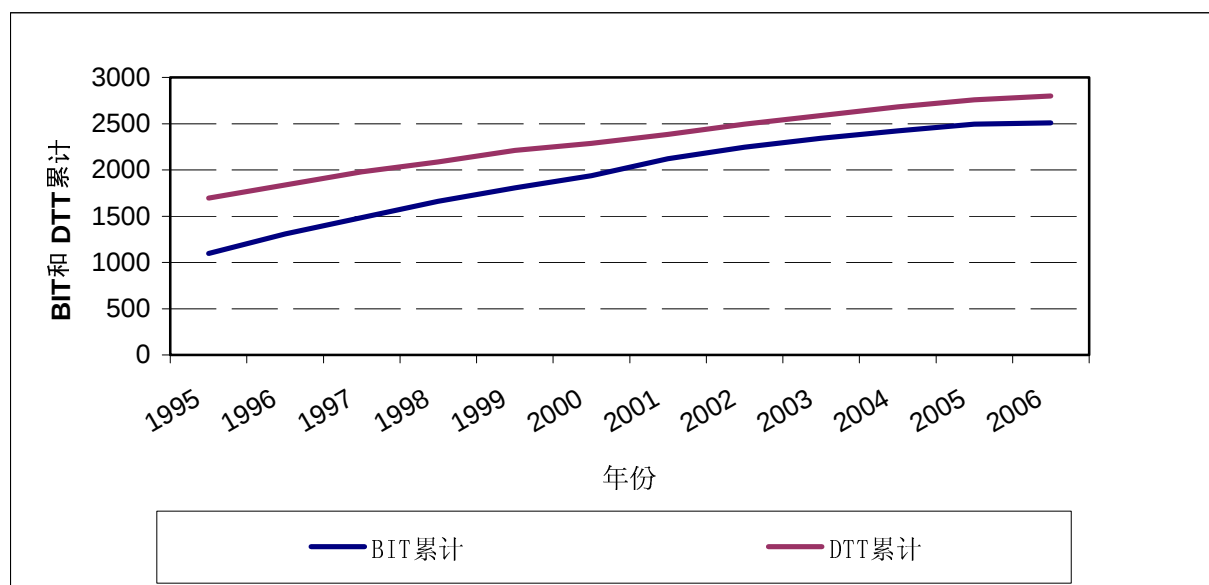
² 1788 年，美国与法国签署了第一份《友谊、贸易和航海条约》，载有关于外国投资待遇的规定。

A. 双边投资条约

5. 2005 年共缔结 70 项新的双边投资条约，2006 年前六个月又缔结了 11 项，至此，双边投资条约到 2006 年 6 月底创出新高，总数达 2,506 项(见图 1)。同时，每年缔结的双边投资条约数量到 2005 年连续四年减速，在 2006 年，这种趋势更为明显。

6. 新缔结的双边投资条约有一半以上涉及发达国家：比利时——卢森堡和芬兰连续两年保持最活跃记录，分别新缔结了九项和五项双边投资条约。德国和西班牙各自新缔结了四项协定。

图 1. 1995 年至 2006 年 6 月缔结的双边投资条约(BIT)和避免双重征税条约(DTT)累计数量



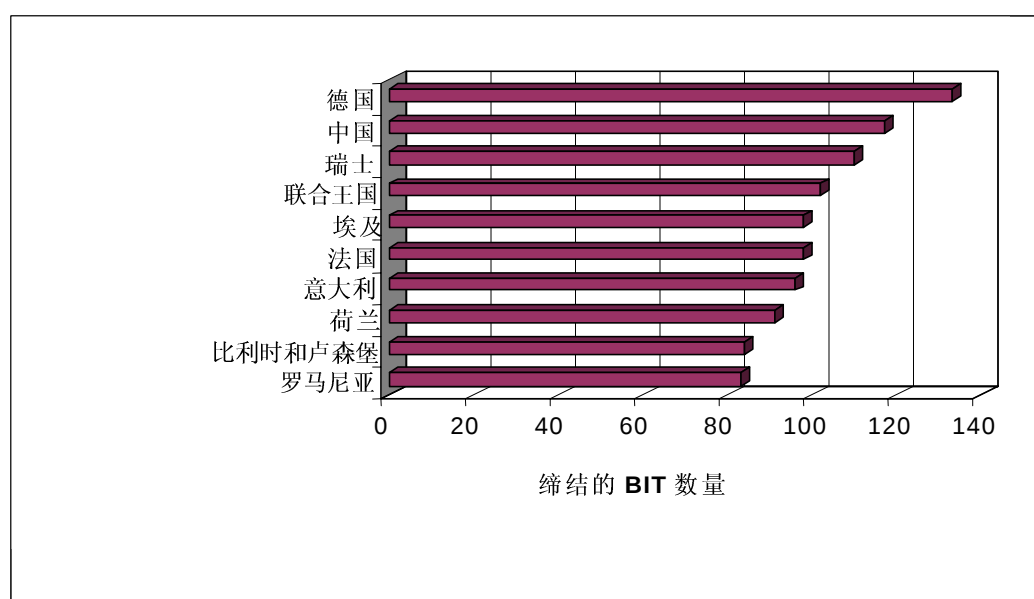
资料来源：贸发会议(www.unctad.org/iaa)。

7. 发展中国家对网状双边投资条约的参与继续增加，在 81 个新的协议中参加了 71 个。但是，南南双边投资条约 2004 年缔结了 28 个协议，而从 2005 年 1 月至 2006 年 6 月只缔结了 24 个，数量下降。

8. 重新谈判现有条约的趋势也存在，从 2005 年 1 月至 2006 年 6 月至少涉及到 14 个双边投资条约，其中包括中国与比利时——卢森堡、捷克共和国、葡萄牙、俄罗斯联邦、斯洛伐克和西班牙重新谈判的六个协议。德国与埃及和也门对双

边投资条约作了重新谈判。中国的强有力参与，证明了它在缔结双边投资条约数量方面居世界第二大国的地位。比利时——卢森堡首次位居双边投资条约签署国十强之列(图 2)。

图 2. 截至 2006 年 6 月双边投资条约(BIT)签署国十强



资料来源：贸发会议(www.unctad.org/iia)。

9. 就地理覆盖面而言，欧洲国家(不包括东南欧和独立国家联合体(东南欧和独联体))缔结的双边投资条约数量最多，2005 年 1 月至 2006 年 6 月新缔结了 49 个协议。

10. 同期，非洲国家缔结了 24 个双边投资条约，截至 2006 年 6 月底该区域双边投资条约累计达 663 个(表 1)。最活跃的非洲国家是突尼斯，缔结了三个新条约；继后是刚果、刚果民主共和国、埃及和苏丹，分别缔结了两个新条约。

11. 亚洲国家从 2005 年 1 月至 2006 年 6 月缔结了 35 个双边投资条约。截至 2006 年 6 月底，亚洲和大洋洲国家缔结的双边投资条约总数达 1,007 个(表 1)。阿富汗于 2005 年缔结了第二个双边投资条约(与德国)；中国是该区域最活跃的国家，缔结了 11 个新的双边投资条约。泰国和大韩民国分别缔结了四个新的双边投资条约。

12. 拉丁美洲和加勒比国家在这 18 个月里也很活跃，缔结了 15 个新的双边投资条约。墨西哥是该区域最活跃的国家，分别同澳大利亚、冰岛、巴拿马和西班牙

缔结了四个新的双边投资条约。乌拉圭签署了与美国的双边投资条约修正本，代替 2004 年的协议，这是美国根据其新的双边投资条约范本谈判的第一个协议。到 2006 年 6 月底，拉丁美洲和加勒比双边投资条约总计为 466 个(表 1)。

13. 2005 年 1 月至 2006 年 6 月，东南欧和独联体国家签署了 18 个双边投资条约。前塞尔维亚和黑山位居该地区榜首，与塞浦路斯、阿拉伯利比亚民众国、瑞士、埃及和立陶宛缔结了五个新的协议，这使东南欧和独联体缔结的双边投资条约总数达到了 674 个(表 1)。

表 1. 2005 年至 2006 年 6 月各区域缔结的国际投资协定及其累计总数

区 域	双边投资条约		避免双重征税条约		其他国际投资协定	
	2005 年至 2006 年 6 月	累 计	2005 年至 2006 年 6 月	累 计	2005 年至 2006 年 6 月	累 计
亚洲和大洋洲	35	1 007	53	985	18	95
拉丁美洲和加勒比	15	466	13	326	10	67
非洲	24	663	25	444	4	36
东南欧和独联体	18	674	39	588	0	34
备忘项						
发达国家	50	1 516	45	2 118	16	136
发展中国家	71	1 889	78	1 629	26	197
南南	24	648	35	409	9	89
最不发达国家	18	401	5	184	3	36 ^a

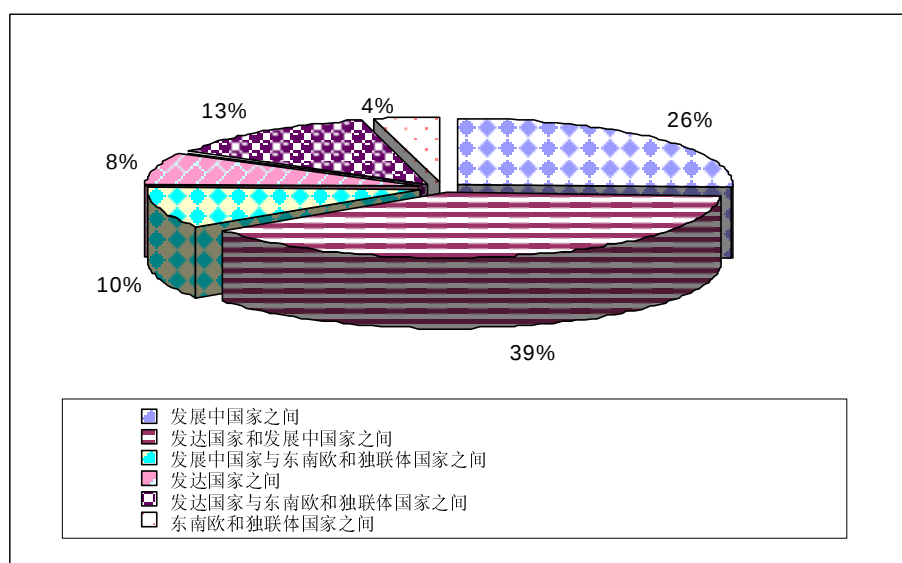
资料来源：贸发会议

说明： 以上数字有重复计算(如：亚洲和非洲各国间签订的双边投资条约也被列入这两个区域的数字中)。因此，每一类国际投资协定的净总数低于以上数字。

a 该数字包括有一个以上最不发达国家的区域集团缔结的协议。

14. 就国家集团而言，发达国家与发展中国家缔结的双边投资条约数量仍然最多。早期的协议几乎都属于这一类，但现在，两个发展中国家之间的双边投资条约日渐增多(图 3)。近五年来，这种协议的数量翻了近一番(从 14%增加到 26%)。

图 3. 截至 2006 年 6 月底各国家集团缔结的双边投资条约总数



资料来源：贸发会议(www.unctad.org/ia)。

B. 避免双重征税条约

15. 2005 年缔结了 78 个新的避免双重征税条约，2006 年前六个月又增加了 41 个，因此，到 2006 年六月，双重征税条约的总数达到了 2,799 个(图 1)。在这 18 个月里，最活跃的国家是土耳其，缔结了八个新的避免双重征税条约，其次是摩洛哥和西班牙，各缔结了七个新的协议。

16. 就区域覆盖面而言，非洲国家从 2005 年 1 月至 2006 年 6 月缔结了 25 个新的避免双重征税条约，因此，该区域缔结的避免双重征税条约总数达到了 444 个(表 1)。除了摩洛哥以外，南非、埃及和塞舌尔在缔结的避免双重征税条约方面也是最活跃的国家。

17. 在这期间，亚洲国家尤为活跃，缔结了 53 个新的避免双重征税条约。因此，到 2006 年 6 月底，亚洲的累计总数达到 985 个。土耳其名列该区域榜首，缔结了八个新的避免双重征税条约，其次是印度和巴基斯坦，各缔结五个新的避免双重征税条约。

18. 从 2005 年 1 月至 2006 年 6 月，拉丁美洲和加勒比国家缔结了 13 个新的避免双重征税条约，因此到 2006 年 6 月底，其避免双重征税条约总数达 326 个。智利在该区域连续两年最为活跃，缔结了三个新的避免双重征税条约。

19. 从 2005 年 1 月至 2006 年 6 月，东南欧和独联体国家缔结了 39 个避免双重征税条约，因此，该区域缔结的避免双重征税条约总数达到 588 个。克罗地亚最活跃，缔结了五个新的协议，阿塞拜疆以及塞尔维亚和黑山各缔结了四个新的避免双重征税条约。

20. 2005 年和 2006 年前六个月缔结的避免双重征税条约约有 31% 是发展中国家彼此之间缔结的，21% 是发达国家与发展中国家之间缔结的。这是一个很大的发展，因为在过去，避免双重征税条约主要是由发达国家与发展中国家签订的。发达国家之间的避免双重征税条约只占 11% (从 2004 年底的 29% 下降至此)。

21. 2006 年 6 月底以前签订的避免双重征税条约的区域分布情况(按国家集团)与 2004 年相比仍然大致不变(图 4)。几乎 40% 的避免双重征税条约是由发展中国家与发达国家签订的。但是，发达国家之间的避免双重征税条约所占比例要比双边投资条约高得多，原因可能是这些国家双重征税造成的威胁要比政治风险大。

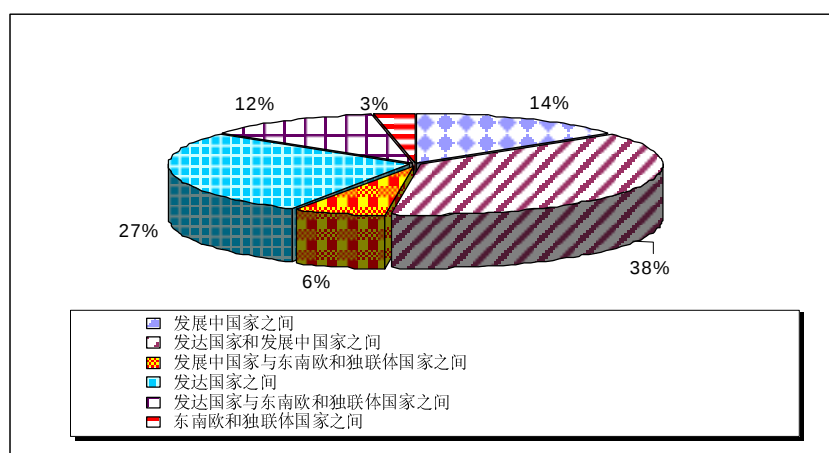
C. 优惠贸易和投资协议

22. 往年作为优惠贸易和投资协议的一部分而制定国际投资规则的趋势发展，在 2005 年和 2006 年上半年依旧不减，尽管在 2004 年速度有所放慢。³ 优惠贸易和投资协议的增加，反映了越来越多的国家希望加强经济合作的政治意愿。因此，它们想要一个综合性的条约，同时涵盖贸易和投资这两个领域(并且还可能涵盖其他领域)。从投资促进的角度来看，潜在的东道国还可能将置于大的法律框架中的保护条款作为增加它们对潜在投资者吸引力的一个途径。

23. 除了贸易和投资外，优惠贸易和投资协议可能涵盖服务、知识产权、竞争、劳工、环境、政府采购、商人短期入境和透明度等等。涵盖面如此之广，表明了一种趋势，即在国际投资规则制定中处理相互关连的问题时趋向于采取综合的办法(贸发会议，2006a)。

³ 这些协议名称各异，例如：自由贸易协定、密切经济伙伴关系协议、区域经济一体化协议或者经济合作框架协议等等。关于详细的分析，见贸发会议(2006a)。

图 4. 截至 2006 年 6 月底各国家集团缔结的避免双重征税条约总数



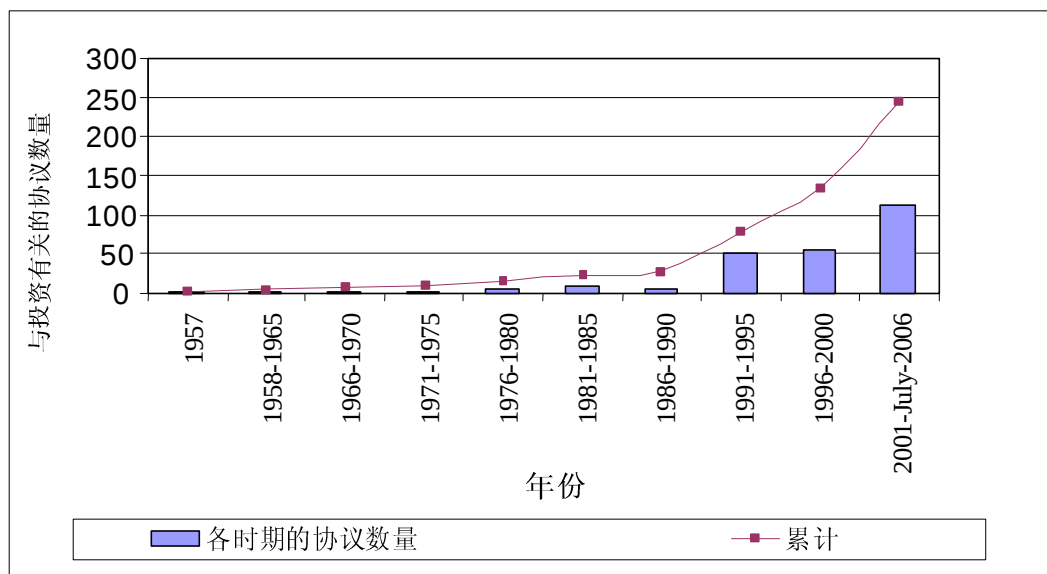
资料来源：贸发会议。

24. 从 2005 年 1 月至 2006 年 7 月，39 个国家缔结了 26 个新的优惠贸易和投资协议，故截至 2006 年 6 月底，与贸易有关的协议总数达 244 个(图 5)。在发展中区域，亚洲国家最活跃，到 2006 年 6 月底与缔结的优惠贸易和投资协议总数的 38%，其次是拉丁美洲，占 26%，嗣后是非洲以及东南欧和独联体国家，分别占 14%。发展中国家在优惠贸易和投资协议网中总共占 79%，而发达国家占 54%。南南优惠贸易和投资协议也有所增加，2006 年 6 月底达到 89 个协议(表 1)。

25. 虽然与双边投资条约相比，优惠贸易和投资协议总数仍然较少(占不到 10%)，在过去五年中却翻了近一番。此外，截至 2006 年 7 月 1 日，处于谈判过程中的至少有 68 个协议，涉及 106 个国家。这表明，不久的将来这种条约会有更显著的增加。

26. 2005 年和 2006 年初缔结的优惠贸易和投资协议中，最重要的有：《大韩民国与新加坡自由贸易协定》、《日本与马来西亚经济伙伴关系协议》、《印度与新加坡经济合作综合协议》以及美国与阿曼、秘鲁与哥伦比亚的《自由贸易协定》。这些条约主要规定缔约各方在外国投资的准入和保护方面的具有约束力的义务。关于保护的承诺范围相当于双边投资条约规定的范围，包括争端解决在内。

图 5. 1957 年至 2006 年 7 月优惠贸易和投资协议数量增加的情况



资料来源：贸发会议。

27. 2005 年和 2006 年上半年签署的其他优惠贸易和投资协议只建立了缔约各方的合作框架。一个例子是《东盟与大韩民国综合经济合作协议》，它规定促进投资的具体形式和合作领域，建立了一个落实投资问题的体制构架，它确定了将来就投资宽放和/或保护发起谈判的时间。其他的例子有：《美国与柬埔寨贸易和投资框架协议》，它确立了理事会这样一个查明投资机会的体制构架，并审议将来缔结更为实质性的贸易和投资协议的必要性。

28. 以上各种各样的条约类型，为各国促进和保护国际投资流量并体现它们的具体经济发展水平提供了广泛的选择。

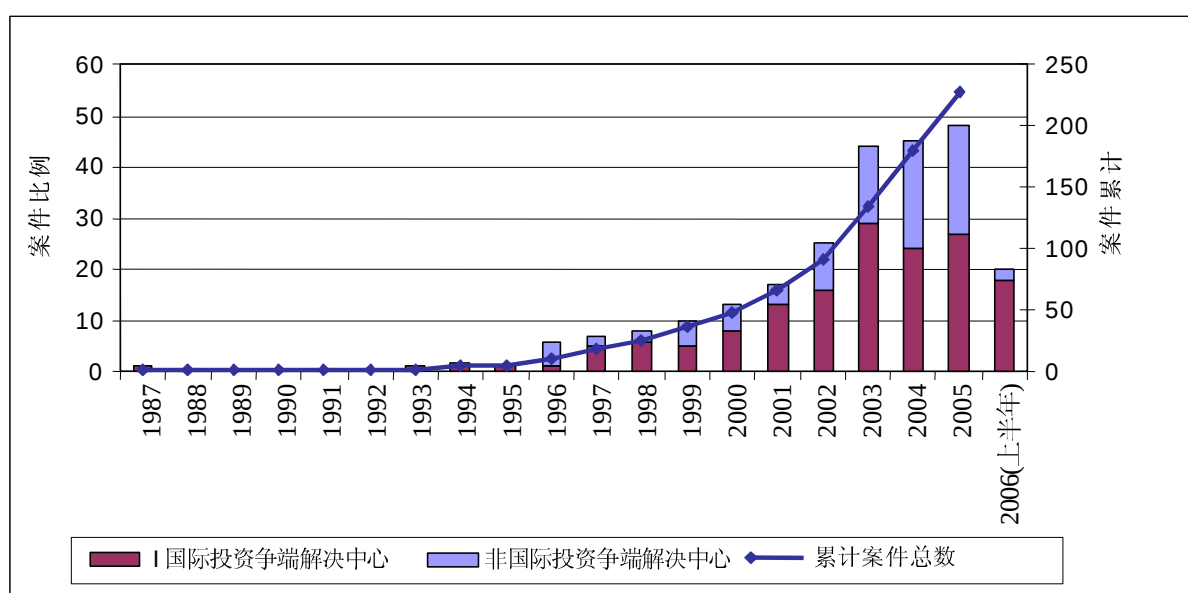
D. 投资者与国家争端的问题

29. 2005 年，已知的基于条约的投资者与国家争端解决案件增加了 50%，2006 年上半年提出的案件又有 20 起，因此到 2006 年 6 月底，已知基于条约的案件数量创新高，达 248 起(图 6)。⁴ 2005 年的年度增加量创纪录，但 2006 年的数字似乎

⁴ 该数字不包括一当事方表示打算将诉讼提交仲裁但尚未开始仲裁的案件(意向通知); 如果这些案件提交仲裁，未决案件的数量会有所增加。

表明，最近投资者与国家争端解决案件强劲增长的情况有所放慢。在总共 248 起案件中，有 156 起提交国际投资争端解决中心解决。其他的争端根据《贸易法委员会仲裁规则》(65 起)、斯德哥尔摩商会(18 起)、国际商会(4 起)和特设仲裁(4 起)处理。剩下的一个案件由开罗国际商业仲裁区域中心审理。仲裁一般来说有助于澄清条约各条款的意义和内容，但近年来也出现了一些不一致的裁定，造成不确定因素。例如，在投资者与国家争端解决程序的范围、所谓的“伞形”条款的法律影响、所谓冷却期的遵守以及最惠国待遇条款的范围方面，仲裁庭的结论相互矛盾。⁵

图 6. 已知的投资条约仲裁情况(1987 年至 2006 年 6 月底累计和新提出的案件)



资料来源：贸发会议。

30. 至少有 61 个政府面临投资条约仲裁，其中 37 个为发展中国家，14 个为发达国家，10 个为东南欧和独联体国家。阿根廷遭 42 项起诉，其中 39 项至少有一部分与该国的金融危机有关。针对阿根廷的起诉数量 2003 年达到最高峰，有 20 起。墨西哥后已知诉讼量的第二位(18 起)，其中多数属于《北美自由贸易协定》范围，少数属于各种双边投资条约的范围。美国和捷克共和国也面临为数不少的诉讼(各为 11 起)。加拿大(9 起)、厄瓜多尔(8 起)、埃及(8 起)、摩尔多瓦共和国(8 起)、波兰(7 起)、罗马尼亚(7 起)和俄罗斯联邦(7 起)，都名列前茅。

⁵ 见贸发会议(2005a)；Schreuer (2006)(进一步提到了有关的裁定)。

31. 2005 年和 2006 年上半年作出了一些重要的裁决和裁定。⁶ 这些裁决和裁定对投资保护的主要内容作了解释，如：公正和平等待遇原则、⁷ 国际法待遇最低标准、⁸ 全面保护和保障标准、⁹ 最惠国待遇原则的范围、¹⁰ “在类似情况下”一语对照不歧视原则的意义、¹¹ 政策性征用的问题、¹² 所谓的“伞型”条款的效应、¹³ “有效控制”的概念、根据东道国法律允许外国投资的准入条款的意义。¹⁴ 2005 年作出的其他裁定处理了“投资”以及仲裁前“冷却”期的定义。¹⁵

二、双边投资条约的演进

32. 优惠贸易和投资协议尽管最近有所增加，但双边投资条约仍然是促进和保护外国投资方面数量最多的国际法律文书。1990 年代后期以来订立的双边投资条约在结构和内容上比早期的双边投资条约相同性要强(贸发会议，即将出版 b)。大多数双边投资条约主要处理同样的问题，但这并不意味着它们的存在理由是一样的，并不意味着所有协议提供同等程度的投资保护，也不意味着它们在过去十年里按同一个方式演进。相反，过去十年中双边投资条约的大量增加，造成对条约个性化内容

⁶ 亦见贸发会议(即将出版，a，2005b)。

⁷ Eureko B.V. v. Poland, Partial Award, 19 August 2005; Noble Ventures Inc. v. Romania, ICSID Case No. ARB/01/11, Award, 12 October 2005; and Azurix v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12, Award 2006.

⁸ Methanex v. United States, UNCITRAL, Final Award, 3 August 2005.

⁹ Eureko B.V. v. Poland, Partial Award, 19 August 2005.

¹⁰ Plama Consortium Limited v. Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, 8 February 2005; and Telenor Mobile Communications AS v. Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/04/15 Award, 13 September 2006.

¹¹ Methanex v. United States, UNCITRAL, Final Award, 3 August 2005.

¹² 同上。

¹³ Impreglio S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/3, Decision on Jurisdiction, 22 April 2005; Eureko B.V. v. Poland, Partial Award, 19 August 2005; Noble Ventures Inc. v. Romania, ICSID Case No. ARB/01/11, Award, 12 October 2005.

¹⁴ Aguas del Tunari v. Republic of Bolivia, ICSID Case No. ARB/02/3, Decision on Jurisdiction, 21 October 2005.

¹⁵ Consorzio Groupement L.E.S.I. v. Algeria, ICSID Case No. ARB/03/8, Award, 10 January 2005; Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29, Decision on Jurisdiction, 14 November 2005.

处理手段的更加多样化。少数双边投资条约采用了一些重要创新。双边投资条约的这种发展也反映在自由贸易协议和最近其他经济一体化协议关于投资的章节中(贸发会议, 2006a)。

A. 双边投资条约的相同和不同之处

33. 大多数双边投资条约的核心内容中都有关于适用范围、投资的进入和建立、公正和公平待遇、国民待遇、最惠国待遇、征用和赔偿、资金转让以及缔约方之间和缔约方与投资者之间的争端解决等方面的规定。¹⁶ 但是, 尽管列入的规定基本上处理同样的问题, 但近十年来谈判的双边投资条约对投资促进和保护的具体问题作了不同的处理, 可以分为两大模式。

34. 按照 1990 年代中业已形成的趋势, 过去十年来谈判的双边投资条约绝大多数因袭传统的“准入”模式。这些协议只适用于按东道国的法律和规章准入的投资。这一类双边投资条约, 在适用于既有投资的若干主要义务的精确, 程度方面存在很大差别。少数双边投资条约对外国投资提供的保护相对较少。例如, 即使投资在按东道国法律和规章获得准入后, 这些双边投资条约也不提供国民待遇。属于这一类的其他双边投资条约, 在自由转让乃至公正平等待遇等等标准方面, 都受制于国内立法, 因而削弱了双边投资条约义务的约束力。

35. 另一类双边投资条约规模较小, 与前几类相比, 它们对缔约双方的纪律约束程度更高。这些协议既适用于投资开放, 也适用于投资保护。除了适用于立业前后阶段的投资外, 这类双边投资条约还包括对按照“准入”模式签订的条约常常不包括的某些问题的承诺, 如业绩要求、高层管理人员、透明度(最近开始列入)等。这些是美国 1980 年代以来, 加拿大在 1990 年代中以及日本在本世纪初谈判的双边投资条约。过去十年来, 这些国家缔结了 40 多个新的双边投资条约, 在立业前阶段提供国民待遇和最惠国待遇。但是, 鉴于这一时期谈判的协议达 1,000 多项, 因此这类双边投资条约仍然只占少数。

¹⁶ 很难详细界定某一传统双边投资条约的典型类型。关于这种类型的详细分析, 见贸发会议(1998)。

36. 虽然绝大多数双边投资条约继续采用传统的条约术语,但纳入新内容的协议日渐增多(见下文 B 节)。尽管出现这些新的现象,但有一个明显的趋势是双边投资条约主要规定的基本内容趋于统一。解释这些双边投资条约的判例法机构日益增加,进一步促进了这种趋势,虽然仲裁裁定未必向来一致。

B. 创 新

37. 如上所述,虽然大多数双边投资条约的基本结构和内容相同,但近几年出现了一些关键的发展。除了随之而出现的第一类(“保护公共政策的关注”)以外,所有其他的创新类主要局限于少数国家,包括加拿大、哥伦比亚、日本、大韩民国和美国缔结的双边投资条约。

1. 关于保护公共政策的关注

38. 当前在投资者和东道国的权利和义务平衡问题上众说纷纭,越来越多的国家在双边投资条约中强调投资保护不得损及其他合法的公共利益。为此,列入一般性条约例外的情况越来越多,以保护东道国颁布条例的权利,甚至也保护不符合双边投资条约义务的权利。在有些“传统”领域,这种例外多年来一直是双边投资条约的共同特征(即税收和区域经济一体化¹⁷),但除此以外,现在,有更多的协议在双边投资条约范围内全部或部分将涉及必要安全和公共秩序、保护健康、安全和自然资源、文化多样性以及金融服务谨慎措施等等各式领域的东道国措施排除在外。这些例外澄清了缔约双方决策的价值取向,并使投资保护从属于其他关键政策目标。

39. 一般性例外的大量增加并未因循某种特殊区域形式。相反,双边投资条约中一般性条约例外的增加,是一个全球性趋势(贸发会议,即将出版 b)。但是,有些国家比其他国家更强调保护某些政策目标。¹⁸

40. 另外一些双边投资条约没有用一般性例外条款,而是在案文的序言部分或者具体条款中采用正面用语,强调缔约双方对捍卫某些价值的承诺,主要是保护健

¹⁷ 关于对这个问题的详细讨论,见贸发会议(2005c)。

¹⁸ 例如,保护文化多样性例外的采用,基本上只限于加拿大和法国谈判的双边投资条约。

康、安全、环境和促进国际公认的劳工权利。虽然这些手段的法律效应有别于一般性例外条款，但它发出的政治信号是一样的，即缔约双方不将投资保护置于其他重要的公共政策目标之上。这种方式也不只局限于具体的国家或区域(贸发会议，即将出版 b)。

2. 其他创新

41. 有一小类双边投资条约对投资规则的确定进行了进一步的创新。加拿大和美国新的双边投资条约模式就是这种处理方式的例子。规范的演进主要集中在以下几个领域：澄清双边投资条约的个别条款；加强透明度；提高争端解决的透明度和可预测性。

42. (一) 澄清双边投资条约的个别条款：大多数双边投资条约在对关于公正和平等待遇以及征用的条款中仍然采用非常笼统的用语，但加拿大和美国最近签订的一些双边投资条约却越出这种做法，而较详细地阐明了某些核心条款的内容。一个例子是：修改各种实质性条约义务的措辞。新的加美双边投资条约范本针对在执行《北美自由贸易协定》关于投资的一章遇到的复杂的技术问题以及两国曾为当事方的诸多投资者与国家争端，采用更细化的措辞，阐明绝对保护标准的做含意，特别是依照国际法待遇和间接征用的起码标准。此外，这两种双边投资条约范本都有附件列出具体的指南和标准，以逐案确定是否事实上已经发生了间接征用。

43. (二) 透明度：美国和加拿大最近的双边投资条约明确谈到透明度问题。在这个问题上的义务，其理论基础和内容在逐渐演进。除了将透明看作缔约国之间交换信息的趋势外，这种双边投资条约还将透明度问题看作是东道国与投资者之间的一种相互义务。此外，透明度还扩大到国内规则制定进程，目的是也能够让投资者和其他有关人员参与这个进程。¹⁹

44. (三) 投资者与国家争端的解决：美国与加拿大最近的双边投资条约的另一个特点是，它们在投资者争端解决方面作了重大创新。这种创新有：在仲裁程序方面的更大和实质性透明度、公开听审、出版有关法律文书以及民间社会代表作为法庭之友向仲裁庭作出简述。还有一些新的详细条款规定投资者与国家争端解决程

¹⁹ 这些透明度义务不适用于投资者与国家争端解决的规定，就是说，投资者不能予以执行。

序各阶段更加以法律为指导、更可预测和更有秩序的行为。²⁰ 美国与乌拉圭的双边投资条约(2005)不仅规定了投资者与国家争端解决程序开始阶段的专门程序，以便剔除无理的申诉，而且还设想建立一个上诉机制，以促进更为一致和严格地在仲裁裁决方面采用国际法。

三、所涉问题和挑战

45. 双边投资条约大量增加，就其基本结构和内容而言，所导致的统一程度引人注目。除了传统上双边投资条约有放宽承诺和无放宽承诺的分野外，在双边投资条约的核心内容和条约关键条款的基本内容方面没有重大分歧。另一方面，尽管有这种广泛的共识，但如果细看双边投资条约的单独条款，情况就差别很大了。在这方面，公平地说：双边投资条约之间的差异程度近年来有所扩大。有些差别涉及条款的实质，而有些则只关系到细小的语言变化，虽然有时在含义上会有很大区别。

46. 有几个问题显示了新的重大发展。这些问题有：引入了额外投资保护内容，进一步强调公共政策的主要关注是对投资保护的一种平衡，澄清了各条约规定，加强了透明度，关于投资者与国家争端解决的规则更加详细。

47. 双边投资条约核心条款的统一应有助于便利今后制定国际投资规则，使外国投资者更有把握合理期待东道国对投资的保护。谈到协议的细节，双边投资条约显出较大的差别，这反映各国在选择缔结协议的伙伴以及使协议适合于它们的具体情况、发展目标和公共关注方面所具有的灵活性。此外，精细规则的增加，能更加明确法律方面的权利和义务，并填补总体外国投资待遇方面的现有空白。

48. 另一方面，双边投资条约谈判的发展也意味着国际投资规则制定中出现了新的格局。除了对双边投资条约的投资放宽采取不同的方法外，现在还可以按照协议的复杂程度加以区别。但是应该指出，这种结构精细的双边投资条约仍然是少数。此外，在某种程度上，双边投资条约从字面上看可能不同于实际，因为它们的目的不是要大大背离甚至抵触“传统的”双边投资条约。相反，在某种程度上，这类更加复杂的双边投资条约“只”为明确表达常规协议缔约方在缔结条约时不言而喻的

²⁰ 例如，加拿大的双边投资条约范本甚至列入了具体的弃权标准格式，以利于提出申诉协议所要求的弃权。

想法。所有这一切表明，这些差别比列有放宽承诺与未列有放宽承诺的双边投资条约之间的差别要小得多。

49. 然而，双边投资条约和其他国际投资协定日益多样化，在协调一致方面产生了新的挑战。有些发展中国家缺乏投资决策制定的专门知识和讨价还价的能力，可能不得不按照其谈判伙伴的不同协议范本开展谈判，对这些国家来说，不一致的风险特别大(贸发会议，2006b)。发展中国家在过去已经按照其发达市场经济条约伙伴是否排斥或列入立业前义务，缔结过不同种类的双边投资条约。随着最近更为复杂的双边投资条约的出现，又一层潜在的不一致业已产生。

50. 一个例子是，最近的双边投资条约采用例外条款的情况较为频繁。这可能意味着，一个发展中国家保护某些公共价值观(如国家安全或环境)的措施不适用有些双边投资条约的纪律，而另一些双边投资条约(或其他国际投资协定)却适用这种纪律。另一个例子是，加拿大和美国最近的双边投资条约根据习惯国际法原则对国际最低标准作出的解释。虽然这些解释性条款只是为了说明条款的内容，而不是为了作实质性修正，但它们可能对仲裁程序产生决定性影响。因此，取决于双边投资条约是否在有解释性说明法庭可能会对大致相同的东道国措施是否合法的问题得出不同的结论。

51. 双边投资条约将来的发展是否会使各种模式趋同，仍然有待观察，在很大程度上要取决于投资争端是如何进一步演变的。加拿大和美国最近在双边投资条约中作了一些改变，反映了它们在仲裁方面的经验。如果投资争端中成为被告的国家越来越多，如果这些国家认为仲裁法庭在解释双边投资条约的条款时权力过大，它们不妨可以仿效加拿大和美国的做法。但是，仲裁裁定大幅度增加，也可能导致判例法加强，使今后仲裁的结果更能预测，更能接受，从而减少双边投资条约中解释性说明的必要性(贸发会议，即将出版 a)。

52. 大多数双边投资条约中目前所含的最惠国待遇原则可能有助于促进不同协议之间的一致性。它至少在原则上可能保证：即使一国双边投资条约的保护标准“较低”，其投资也能得到优惠待遇，优惠程度不亚于对双边投资条约保护标准“较高”的国家的投资。因此，最惠国待遇标准可以在提供给不同国家的投资者的保护上起到“铲平比赛场地”的作用。

53. 双边投资条约复杂程度不一，对它们适用最惠国待遇是一项艰巨的任务。一方面，这可能意味着双边投资条约有较完善的规定的就易于适用。例如，某项双边投资条约在透明度方面或者在争端解决程序上给外国投资者以额外的权利，这种协议可能易于适用。但另一方面，如果某一双边投资条约较复杂，也可能意味着它与其他双边投资条约相比降低了对投资保护的程度，从而使这项双边投资条约的规定不能实施。²¹ 以最惠国待遇条款作的这种政策协调可能会使缔约双方在使它们的双边投资条约有别于其他协议方面的努力前功尽弃。还应该指出，由于最近一些相互矛盾的裁定，最惠国待遇条款的范围和效力变得不确定了。²²

54. 在今后双边投资条约的谈判中，发展中国家的另一个挑战就是它们中间输出资本的发展中国家愈来愈多。因此，它们不仅关注自身在外来直接投资规章管理方面要有充分的灵活度，而且还要争取向本国在国外的投资者提供充分的保护。要平衡这两种有潜在冲突的利益，可能并不容易。

55. 还有一个挑战来自最近某些国家针对外国直接投资制定新的政策措施的潮流，这种政策措施包括国内企业的再国有化以及对国家安全和主权的再度关注。这就产生了这样一个问题：这种新事态对国际投资协定规则的制定，特别是对今后双边投资条约可能含有什么影响？虽然可能有加强条约规定的呼声，但承诺限制国家对自然资源的主权或损及具有战略地位的其他部门的义务遇到的抵触可能更为强烈。

四、前进方向

56. 国际投资规则的制定，对发展中国家的挑战特别大。因此，越来越有必要进行政策研究和分析，开展能力建设，以帮助发展中国家在签订新的协议前对各种政策选择所涉的影响作出评估，确定由此而产生的潜在义务，履行作出的承诺。此外还有两项至关重要的任务：加紧对国际投资协定体系的演变作出政策分析，以解决因其系统性的不一致而产生的问题；就发展所涉的关键问题进一步达成国际共

²¹ 例如，如果双边投资条约 A 规定对公正和公平待遇履行无限的义务，而双边投资条约 B 则规定这种待遇只适用于国际最低标准，那么，双边投资条约 B 中的最惠国待遇条款可能会取代这项规定。结果则可能类似于某一双边投资条约规定了具体的例外，而另一双边投资条约则没有规定。

²² 见贸发会议(即将出版 a，2005 d)。

识。这里包括在投资规则制定的国际公认原则方面加强对新的趋势的研究以及找出共同点。

57. 应当建立一个贸发会议国际投资协定和发展问题常设专家组，对这个问题作进一步探讨，该专家组的工作重点应该是国际投资规则制定领域的系统问题。它的任务可以包括：(一) 监测和研究发展迅速的国际投资协定体系，包括演化中的投资争端判例法；(二) 查明国际投资协定中主要的相同和不同之处；(三) 分析形形色色的国际投资协定内在系统问题的影响，包括其系统性的不一致；(四) 特别注意这些问题的发展范畴；(五) 促进国际投资决策的多边合作。以上这一切应该根据委员会第十届会议的决定进行，该决定规定，“贸发会议应成为联合国系统处理国际投资协定问题的协调中心，继续提供一个论坛，增进所有利益相关者对国际投资协定问题及其发展方面[……]”。(着重号另加)。²³ 此外，贸发会议知名人士小组和中期审查也呼吁建立常设专家组。²⁴

58. 此种常设专家组能在这些问题上便利交流经验和意见，并开展工作，拟订关于双边、次区域、区域和区域间各级制定投资规则的国际政策文书。从长远看如同贸发会议知名人士小组和全球化所涉社会问题世界委员会的报告所建议的那样，这种专家组可能有助于今后对国际投资系统及其所涉发展问题采取多边办法的讨论。²⁵

²³ 见 2006 年 3 月 24 日 TD/B/COM.2/71, 第 8 段。

²⁴ 见贸发会议知名人士小组(2006), 第 62 段以及第 14 号建议; 贸发会议(2006c, 第 32(h)段)。

²⁵ 见劳工组织, 2004。

参考文献

International Labour Organization (ILO) (2004). *Report of the World Commission on the Social Dimension of Globalization* (Geneva: ILO), available at:

<http://www.ilo.org/public/english/fairglobalization/report/index.htm>

Robinson, Patrick (1998). "Criteria to test the development friendliness of international investment agreements", *Transnational Corporations*, vol. 7, no.1 (April 1998), pp. 83–89.

Schreuer, Christoph (2006). "Diversity and harmonization of treaty interpretation in investment arbitration", *Transnational Dispute Management*, Vol. 3, No. 2 (April), pp. 1–56.

United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (forthcoming a). "Latest developments in investor-State dispute settlement", *IIA Monitor*, No. 4 (UNCTAD/WEB/ITE/IIT/2006).

_____ (forthcoming a). *Bilateral Investment Treaties 1995–2005: Trends in Investment Rulemaking* (New York and Geneva: United Nations), United Nations publication.

_____ (2006a). *Investment Provisions in Economic Integration Agreements* (New York and Geneva: United Nations), United Nations publication, UNCTAD/ITE/IIT/2005/10.

_____ (2006b). "Developments in international investment agreements in 2005", *IIA Monitor*, No. 2 (UNCTAD/WEB/ITE/IIA/2006/7).

_____ (2006c). *Report of the Trade and Development Board on the Third Part of its Twenty-third Special Session (Mid-Term Review)*, Volume I (Geneva: United Nations), United Nations document TD/B(S-XXIII)/7 (Vol. I), 11 October.

_____ (2005a). *South–South Cooperation in International Investment Arrangements. UNCTAD Series on International Investment Policies for Development* (New York and Geneva: United Nations), United Nations publication, Sales No. E.05.II.D.5.

_____ (2005b). *Investor-State Disputes Arising from Investment Treaties: A Review. UNCTAD Series on International Investment Policies for Development* (New York and Geneva: United Nations), United Nations publication, Sales No. E.06.II.D.1.

_____ (2005c). *The REIO Exceptions in MFN Treatment Clauses. UNCTAD Series on International Investment Policies for Development* (New York and Geneva: United Nations), United Nations publication, Sales No. E.05.II.D.1.

_____ (2005d). "Latest developments in investor–State dispute settlement", *IIA Monitor*, No. 4 (UNCTAD/WEB/ITE/IIT/2005/2).

_____ (2002). "Report of the expert meeting on experiences with bilateral and regional approaches to multilateral cooperation in the area of long-term cross-border investment, particularly foreign direct investment" (Geneva: United Nations), United Nations document, No. TD/B/Com.2/EM.11/3.

_____ (1998). *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s* (New York and Geneva: United Nations), United Nations publication, Sales No. E.98.II.D.8.

_____, Panel of Eminent Persons (2006). *Enhancing the Development Role and Impact of UNCTAD* (Geneva: United Nations).

-- -- -- -- --