



演进中的国际投资法律与政策 体制：未来路向*

[美]Karl P. Sauvant 撰** 李庆灵译 陈辉萍校***

【内容摘要】 国际社会对国际投资的需求是巨大的,所有国家都在努力吸引外资。因为它涉及各种资源,这对创造就业、促进经济增长与发展并最终增进全人类的繁荣至关重要。尽管这一需求的相当一部分要由公共财政承担,但大部分仍需动员私人部门来承担,其中包括国际投资者。此外,我们需要的不仅是更多的投资,还要求投资具有可持续性。

当前国际投资已经成为国际经济交往中最重要的方式,也是经济

* 本文系 E15 投资政策特别工作组 2015 年研究报告的内容提要。E15 倡议由国际贸易与可持续发展中心 (ICTSD) 和世界经济论坛 (WEF) 共同负责,其召集世界知名专家和相关机构,以期在当前至 2025 年期间的全球贸易和投资体系改革提供可靠的、全面的政策选项方案。E15 倡议联合 16 个知名机构,召集全球 375 名顶尖专家在 2012~2015 年间就 18 个主题展开了 80 多次互动式对话。

** 作者系哥伦比亚大学法学院哥伦比亚可持续投资中心特聘高级研究员,哥伦比亚大学法学院兼职高级研究学者,南开大学客座教授,法学博士。

*** 李庆灵系广西师范大学法学院讲师,法学博士;陈辉萍系厦门大学法学院教授。



一体化中最强大的载体。在向国外市场提供产品和服务方面,投资比贸易发挥更大的作用,它通过日益一体化的生产网络和全球价值链使得各国的国民经济彼此紧密衔接。跨国企业(Multinational Enterprises,为MNEs)的出现及其横跨不同国际市场的商业往来,不仅使得国际贸易在全球价值链中占有很大的份额,也使得投资和贸易密不可分。在这个进程中,新兴市场作为外国直接投资(Foreign Direct Investment, FDI)的主要接收方和输出方,其参与度日益增强。在此种新情势下,重新审视国际投资治理变得尤为重要。

可持续发展中心(International Centre for Trade and Sustainable Development, ICTSD)作为E15倡议(E15 Initiative)的发起者之一,与世界经济论坛(World Economic Forum, WEF)联合成立了一个与投资政策相关的特别工作组(Task Force),旨在审查国家的国际投资法律和政策制度,以及如何加强其治理以鼓励那些有助于可持续发展的可持续FDI的流动。这一机制所涵盖的国际投资通常由MNEs所承担,主要方式是通过FDI和各种形式的非股权模式控制,包括管理和供应商合同,以及证券投资。工作组的研讨具有未来导向,其预测未来五到十年在发展迅速的领域中所面临的艰巨挑战——其中的一些想法,如世界投资法院,在数年前还被视为天方夜谭而被搁置一边,如今却被提上国际政策议程。

特别工作组的目标是提出几项关键政策的选择方案,以有效应对投资制度改革中面临的挑战。考虑到本研究报告是在主题负责人的领导下完成的,故需要强调的一点是,该研究报告并不代表工作组所有成员的一致意见。事实上,工作组内部就下述讨论的许多问题都存在不同看法。

改革投资体制的当务之急是,在鼓舞人心与普遍接受的国际投资框架下,采取各种专门的措施努力促进更多具有可持续发展的可持续FDI的流动,特别是流向发展中国家和最不发达国家。要改良投资体制,相关政策建议应集中在该体制目的的扩大上,即在保护国际投资与促进投资者的有效运营之外,还应包含促进可持续发展(并允许追求其他合法的公共政策目标)以及建立制度化的争端解决机制,同时设立国际投资法律咨询中心作为补充。在此之前(或与此同时)可借助非正式的共识构建进程,在多边或诸边投资协议谈判中为国际投资提



供一个总体框架。

一、国际投资规则制定的背景

国际投资的经济重要性毋庸置疑,但至今仍缺乏一整套包罗万象的规则来调整该议题。相反,现有的国际投资体制是由3000多个国际投资协定(International Investment Agreements, IIAs)组成,其中绝大多数为双边投资条约(Bilateral Investment treaties, BITs)。这一投资体制反过来又为国家制定投资规则提供了法律标准。国际和国内两套投资框架共同调整国际投资者和政府的行为。

构建合理的国际投资框架本身并非目的。可以预见的是,世界经济可能面临十年或更长时间的缓慢增长,但遗憾的是,全球FDI流入却由于金融危机的缘故从2007年的最高峰2万亿美元大幅下降。投资的流量不仅需要恢复,而且还要反超之前的记录。从经济上看,没有理由认为FDI不能以2007年流量的双倍或三倍增长,但问题不仅在于追求更多的FDI,而且在于更多的FDI能够促进全球经济的可持续发展。

促进此类投资的首要条件是,各国在经济上、监管上以及能促进投资的各种决定性因素这几方面做到位。但处理各国政府和国际投资者关系的国际框架也必须加强:这一框架应提供明确的行事规则,以及当政府和投资者这两个行为体之间产生争端时,提供一个适当的体制来解决这两者之间的争端。此外,该框架还需为所有非经济合作与发展组织(经合组织, Organization for Economic Co-operation and Development, 为OECD)成员的经济体——如发展中国家或转型经济体——提供国际支持,增强其对国际投资者的吸引力。改良后的投资体制,具有更强的正当性,可以提供更有利的框架来增加能够促进可持续发展的可持续FDI的流动量。

本报告着眼于为完善国际投资体制提供可行的路径,故其政策选项仅关注具有系统性影响的几个有限主题。下文将对这些主题进行分别讨论,逐个分析原因,但它们彼此之间是密切相关的。



二、各种政策选项：以可持续发展为目标的可持续投资

（一）更新国际投资协定的目的及内容

关于强化国际投资体制的任何讨论都需要从该体制的目的开始。如果考察 IIAs 的起源，那么保护外国投资者作为其曾经的，并且继续作为其首要目标也就不足为奇了。晚近，IIAs 还将便利投资者的运作纳入其目的当中，以此促进 FDI 和相关利益的增长。^①

政策选项 1：扩大体制的目的，促进可持续发展

然而，仅以此为目的已然不够，IIAs 的目的需要进一步扩展。除此之外，IIAs 还特别需要认识到促进可持续发展以及 FDI 对这一目的的实现作用。更进一步的目的，包括保护公共福利和人权，如公共卫生、劳工标准、安全和环境保护。在追求这些目标的过程中，那些较为脆弱的经济体可能需要更多的国际支持，包括通过 IIAs 提供支持，这一情况将在投资的国际竞争中进一步加剧。

政策选项 2：承认足够政策空间的必要性

推动体制目的的扩展，为政府保留一定的政策空间，使其享有为了合法的公共政策目标之利益的规制权，该规制权应在 IIAs 的条文中得以确认。这也意味着投资者需要为自己的商业行为承担责任。IIAs 的内容需要体现这一扩宽了的目的。

“政策空间”是一个模糊的概念，有时候还会被政治化。需要注意的是，它并不能被理解为赋予政府漠视诸如非歧视此类国际义务的权利。

这是一个挑战，类似于在解释 IIAs 所包含的关键概念和保护时，确保其解释不会过于宽泛。如果 IIAs 包含提及普遍原则和规则的措辞，会留下过于宽泛的解释空间。这会增加国际投资者知晓他们可以期望从东道国政府获得何种待遇的难度，也会加大东道国政府确认他们对投资者所做行为对错与否的难度。这种不确定性会反过来增加争端的可能性。有鉴于此，应尽最大可能提升法律的确定性。

^① 基本的建议是鼓励所有国家提供更多的有关 FDI 影响的统计数据。



政策选项3-5:澄清关键概念及其相互关系

因此,完善投资体制应关注的一个重要方面是,在界定IIAs的关键概念时,采用更为严谨的措辞,以尽可能地明确其含义。例如,投资者可以寻求赔偿的损害与情况的种类,以及政府可为与不可为的行为类型。在这方面,标准化措辞的形成及其普遍使用将是有所助益的。此外,同样还需要澄清国际投资体制与国际法的其他重大领域之间的相互关系,特别是那些有关人权、环境、劳工、贸易,以及税收和优惠的领域。

政策选项6:成立工作组以准备一份有关FDI的可持续性特征清单

目前在前述问题上虽然已有所进展,但仍需更多努力。这包括界定国际(国内)投资的可持续性特征这一难度较高的挑战。为此,应成立一个工作组,在征询多层次的利益相关方后,准备一份描述FDI可持续性特征的指导性清单。这一清单可为有兴趣吸引可持续FDI的政府所用。

此外,还需考虑投资者的责任问题,以便鼓励可取的企业行为,阻止其不良行为。作为主权国家,东道国政府当然可以通过国内的法律、法规对投资者施加强制性的义务,当前已有这方面的实践。投资者必须遵守相关法律法规,并承担任何可能出现的侵权责任。除此之外,为解决这一问题,OECD、国际劳工组织(International Labor Organization, ILO)和人权事务高级专员办事处(Office Of The High Commissioner For Human Rights, OHCHR)还制定了各种无拘束力/混合性的机制,但它们仍需进一步改进。^②

政策选项7:在IIAs中承认投资者的责任

但由此带来的问题是,为防止东道国违反条约的条款,IIAs应在何种程度上限制东道国对投资者施加义务的能力,或阻止东道国如此行事。在IIAs中引入投资者的责任,提供相应的国际标准,可以解决这一问题,尽管人们就此类标准达成共识并不容易。此外,就该国际标准问题达成广泛共识,至少在一定程度上有助于那些能力有限的国家执

^② 这些法律文件《OECD跨国企业准则》、《OHCHR关于商业和人权的指导原则》,以及《ILO关于跨国公司和社会政策的三方原则宣言》。

行该领域的国内法律和法规。

扩展 IIAs 的目的,澄清关键概念,承认与其他法律制度之间的相互关系,并认识到投资者的责任,所有这些都是未来所应追求的目标。

工作组由最知名的国际投资专家组成,包括仲裁员和从业人员。通过与主要利益相关方的密切协商,工作组可为更新 IIA 的目的与内容提供最佳方案。这个团队将得益于各大洲,由一流大学组建而成的大学联盟以及其他感兴趣的利益相关组织的支持。其成果可以提交给政府,作为其在未来制定投资规则时的参考。

(二) 为可持续投资便利化构建国际援助计划

国际投资体制的目的与内容中有一个方面需要特别关注,即几乎所有政府都在努力吸引 FDI,并尽可能从中获益。但不少政府,特别是最不发达国家的政府,缺乏在国际 FDI 市场竞争中胜出的能力。有鉴于此,应启动一项促进可持续投资的国际援助计划,重点帮助改进国内 FDI 的管制框架并增强投资促进能力。该计划应集中采取切实可行的方法和手段,鼓励可持续 FDI 流向发展中国家,尤其是其中的最不发达国家,努力增强发展中国家投资促进机构(Investment Promotion Agencies, 以下简称为 IPAS)的能力。通过建立促进可持续 FDI 的综合平台,该计划可以对各种贸易便利化措施,特别是 WTO 主导的贸易援助倡议以及近期达成的 WTO 贸易便利化协定进行全面补充。

政策选项 8-11: 实施此类国际援助计划的方案选择

事实上,实施这个计划可有多个方案,第一个可选方案是,将投资纳入贸易援助倡议的范围,将其全面扩展为投资与贸易援助的倡议。第二个中期的方案则是将可持续投资纳入贸易便利化协定的范围,将其变成一个投资和贸易便利化协定。第三个方案是由所有或者一群感兴趣的¹国家启动一个可持续投资便利化谅解,寻求切实可行的方式去鼓励可持续 FDI 流向发展中国家。适当时,这一谅解可在 WTO 框架下进行,也可在另一个具有国际投资经验的国际组织框架下开展,它可能是联合国贸发会议(United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD)、世界银行或 OECD。亦或,由世界主要的 FDI 输出国组成的集团发起此类倡议。这一推动力可来自 20 国集团,由该集团授权启动此类工作。为纳入上述选项以充实“投资便利化”



计划各方面内容,有必要开展细致、切实的工作。

这个提案的关键前提是创造更有利的国内环境,以促进可持续 FDI 具有更大的流动性,从而满足未来的投资需求,这是重要且迫切的。这种观点已为越来越多的政府和私营部门所接受,现在需要集结政治意愿,以便构建一个促进可持续投资的国际援助方案。

(三) 应对预防、管理和解决争端的挑战

政策选项 12-13: 构建投资者—国家间冲突的国内管理机制

即便投资体制的目的得以扩展,其内容获得澄清,国际投资者与东道国之间仍可能出现争议。因此,各国政府需要构建应对投资者—国家间冲突的国内管理机制,允许政府和投资者在其冲突全面升级为法律纠纷之前,妥善处理他们的不满情绪。

政策选项 14: 建立投资者—国家争端解决上诉机制或世界投资法院

但是,一些争议不可避免会上升到国际投资仲裁的层面,其中的一部分很可能通过替代性的争端解决机制解决,因此需要多鼓励人们利用这些机制。但鉴于投资者—国家争端解决(Investor State Dispute Settlement, 以下简称为 ISDS) 机制在投资体制的中心地位,这一机制也应当是无可厚非的。这不仅是一个技术性问题,而且对国际投资制度的正当性具有重要意义。为改善这一机制,人们已经采取许多措施,但仍需进一步努力。

首要的重大改革应是针对当前的特设仲裁庭建立上诉机制,或者是(如欧盟委员会最近提出的)建立世界投资法院,作为常设法庭裁决任何争端案件,或者是这二者的结合。这种将争端解决进一步制度化的方式是完善投资体制的重要步骤,相当于 GATT 框架下的特设争端解决程序向 WTO 框架下更强有力的争端解决机制转变。以此为方向的制度性发展未必能够确保所有 IIA 在适用上完全一致,因为,虽然这些基础性条约采用了某些特定的原则和常用的核心概念,但其内容并不一致。但是,随着时间的推移,一致性的问题将会得到改善,从而提升争端解决过程的可问责性,并形成许多具有法律权威性的一般原则和解释,后者将会增进投资体制的连贯性、可预测性,乃至最终提升其正当性。



对此,可以考虑以下几种安排。例如,当前在 IIAs 争端中使用的特设仲裁庭,其作出的裁决可以上诉至特设上诉机构。或者,还可以设想建立一个单一的、常设的、独立的世界投资法院。或者,还可以考虑在双方或多方之间的条约框架下建立一个上诉机构,审查特设法庭所作的裁决;其他国家也可以受邀有权选择利用这一机制,籍此将这个上诉机制多边化。最后,由于解决投资争端国际中心(ICSID)是唯一且最重要的争端解决场所,有人认为可以考虑缔结一个条约以更新《关于解决国家与其他国家国民之间投资争端公约》,也许可以将这一条约称之为《ICSID 公约 II》。这个新条约可以构建一个单一的世界投资法院(和上诉机构),供所有签署和批准这一条约的政府使用。

政策选项 15:允许政府作为指控方直接进入 ISDS

最后一个问题是关于争端解决机制的使用问题。特别是,如果扩充 IIAs 的内容,将投资者责任纳入其中,则可以认为,政府享有直接利用争端解决机制的权利。由此也带来另一个问题——这将是深远而宏大的变化——争端解决的过程是否也因此应向其他利益相关者开放。

政策选项 16:考虑逐步将 ISDS 变成一个投资争端解决机制

朝这一方向进行改革,将投资者—国家争端解决机制转变成为投资争端解决机制,将对国际投资争端解决过程的性质产生深远的改变。相应地,这将显著地改变当前有关国际 ISDS 的研究动向。

然而,改善目前的争端解决机制是一个艰巨的任务,可能需要克服政治和技术方面所面临的重重困难。着手探索如何才能完成这一任务,以期构建更好的机制,将发出一个强有力的信号,表明政府认识到这一机制需要改进。这不仅仅是一个技术问题,还(有关 ISDS 的公开讨论表明)关乎舆论所认可的公平问题。

从欧洲议会到各种学术会议,这一事项的各种问题已在许多政府和非政府的场合中广为探讨。应该加快相关进程,听取所有利益相关者的声音,并探讨所有相关的问题。

(四)建立国际投资法律咨询中心

如果在作为投资争端的被控方时,弱势经济体的自我防御能力可以得到提升,则会发出一个强有力的信号,类似于表明人们增强争端解决程序正当性的意愿。相反,一个不为当事人提供公平竞争环境的争



端解决机制,很容易被视为对该机制的一种损害,削弱的正是其正当性。诉诸司法不应仅是表面上的公平,还必须将公平内嵌于其自身的运作当中。

特别是最不发达国家,它们一般没有足够的人力进行应对。许多国家就连聘请必要专业人员的财力都没有。这同样不利于保障仲裁程序的效率和质量,使许多国家在争端出现时处于能力不对称状态。

政策选项 17:建立国际投资法律咨询中心

一个独立的国际投资法律咨询中心将有助于建立一个公平竞争的环境,为那些在面对投资者的起诉时不能进行充分抗辩的被指控方提供行政和法律援助。但在构建此类机制之前,仍有许多问题尚待考虑。WTO 法律咨询中心的经验表明,这一做法对于世界贸易体系大有裨益。

政策选项 18:为中小型企业创建一个小型的索赔法院

针对中小型企业也有类似的考虑,它们也常常因为没有足够的专业人士和资源而无法提起诉讼,非常需要支持。所以,即便上诉机制得以建立,成本与延误也可能会成为更大的障碍。在这方面,使用快速程序、设定期限和独任仲裁员的小额索赔机制,将有所助益。

在这两个机构(咨询中心和小额索赔机制)之外,还可以指定一个独立的国际投资监察员,与被诉国的特设监察员合作。其潜在价值便是作为政府与(特别是小)企业间的一种低成本的替代性纠纷解决机制。

关于创建国际投资法律咨询中心,现在就应该开始着手澄清一些问题,从而尽快使之成为现实。我们亟须一些特别关注国际投资制度正当性的政府,带头建立此咨询中心和小额索赔机制。他们可以从那些在国际贸易体系有良好工作记录的非政府组织中获得支持,也可以从对这一主题感兴趣的政府间组织处借鉴经验。

(五)展开多边/诸边投资框架的谈判

迄今为止,相关探讨均集中在国际投资制度个别但关键的方面,以及如何改进之上。然而,国际投资的治理也可以采取一种整体性的方法,即通过谈判,构建一个综合性的、全球性的国际投资框架。多边投资框架是一个最好的选择,可以先从复边投资框架开始,其他国家日后

可以加入进来。这个框架必须从促进可持续发展的可持续 FDI 这一需要出发。随着新兴市场国家对外投资的增长,母国与东道国之间的政策利益正在融合,这将有助于该目标的达成。

此外,雨后春笋般出现的 IIAs 也表明,政府对国际投资规则的制定仍表示出最大的诚意。这尤其体现在主要国家间的 BITs 和大型区域协议投资章节的谈判当中。所有这些谈判,共同呈现一个塑造投资制度的巨大机会,缩小主要的 FDI 东道国和母国投资法在实体和程序方面的差距。这一情况若能成真,那么,这些谈判的结果可能会是随后促成全球投资体制的重要踏脚石。然而,考虑到过往的多次失败尝试,对 IIAs 的多样看法以及极大的热情,这一机制的达成将会面临重大的挑战,尤其是对于标准较高的机制而言。

政策选项 19:启动探索综合性的全球投资框架的议程

尽管存在这样或那样的挑战,先启动一项探索国际投资框架可能性的议程,应是比较可取的方案,理想的框架是多边性质的。这可能会与第三届国际发展融资会议于 2015 年 7 月作出的决议特别相关,它授权 UNCTAD 与其会员国合作以改进 IIAs;也与 UNCTAD 这一组织在该领域的丰富经验相关,尤其是晚近该组织尝试通过其可持续发展的投资政策框架推动新一代投资政策的产生。

另一方面,WTO 可以为贸易和投资体制的融合与统一提供最佳的平台。作为一个统一的体系,它可以为未来“全球价值链”的增长提供系统的法律和制度性支撑,该组织也因此转变为一个世界性的投资与贸易组织。若要达成这一目标,那么,WTO 的贸易和投资关系工作组可以在适当的时候重新启动,或者可以建立一个新的工作组。另一个选择是,在已有协议的基础上,特别是《服务贸易总协定》,增加其他类型的投资和义务。还有一个可能是,将欧洲委员会寻求的国际投资法院和上诉机制作为永久性的多边投资争端体制的垫脚石,相应地,该多边体制可作为构建全球性框架的核心。

如果当下建立真正的普遍性和综合性投资框架的时机尚不成熟,那么,复边的国际投资框架可以作为朝该方向努力的第一步。在此,可以借鉴服务贸易协定的经验,它便是由感兴趣的缔约方谈判达成,日后再对其他国家开放加入。这种做法,特别是如果中国—美国 BIT 可以尽早达成,将对全球性投资框架的构建大有帮助。若真是如此,那么,



这项通过发达国家和发展中国家当中最重要的母国和东道国谈判达成的协议,可以作为一个供未来参考的范本。2016年在中国举办的20国集团首脑会议可以推动这一议程。

三、下一步:非正式、包容性的共识构建过程

公众有关投资体制的讨论以及国际投资法共同体内部的争论表明,该制度的完善势在必行。在谈判单个IIA时,投资制度的改进可按主题领域逐个进行。如果有新的提议,应尽快启动。最后,应认真考虑准备进行多边、复边投资协议谈判。任何完善投资制度的系统性进程最终都要由政府主导并获其认可。

政策选项 20:启动非正式的共识构建进程

然而,考虑到国际投资事项利益相关者的范围,在如何最好地改进国际投资法律与政策制度方面,一个可取的做法应是启动非正式(附属性)但集信心建设、共识建设和桥梁建设于一体的进程。这一非正式的进程应在政府间框架之外进行,以便激励和促进人们自由、开放地探讨所有相关议题。这一议程应由一个可靠的机构来组织,某些个别国家,特别是对该议题感兴趣的,也可以给予支持。在确认何谓当务之急时,应根据现有国际组织晚近开展的重要工作进行通盘考虑。应彻查当前体制存在的不足,并对如何应对这些问题提出具体的建议,这些问题不仅涉及政府与投资者的关系,还包括对增加可持续FDI的流动以及从中获益。这个议程应当具有包容性,保障所有主要利益相关方的参与,确保所有问题均可被公开讨论,所有的核心利益都被考虑在内。

这一议程的成果可以是一个提供给政府使用的协议草案,如果政府认为合适的话。无论如何,这一成果应尽可能广泛公开,以便帮助各国政府改善其国际投资法律和政策制度,将之作为促进可持续发展的可持续FDI流动性增加的授权框架。

(编辑:张金矜)



The Evolving International Investment Law and Policy Regime: Ways Forward

Karl P. Sauvant

【Abstract】 International investment needs are tremendous. All countries seek to attract investment because it involves resources that are central to creating employment, advancing growth and development, and ultimately increasing prosperity for all. The public purse will have to finance a considerable share of these needs. But a substantial share will have to be mobilized by the private sector, including international investors. Moreover, not only is more investment needed, but it has to be sustainable investment.