

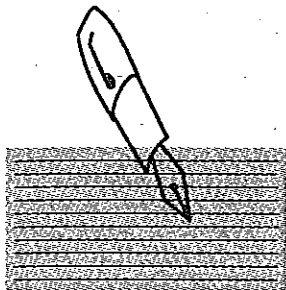
国际经济法学刊

第21卷 第3期 (2014)

陈安 主编 韩秀丽 执行编辑



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



国际投资法制和政策制度的未来：完善之路径

■ Karl P. Sauvant & Federico Ortino 撰，* 陈欣译，陈辉萍校**

【内容摘要】 目前，国际投资体系面临越来越多的挑战，这些挑战突出地反映在投资者—国家间仲裁机制，将国际投资体系的目标更多地转向对可持续发展的探索和加强对跨国公司行为的规制等。本文就该体系的完善提供了一系列的选择，包括：采取事实查证程序；就关键议题成立工作组并达成共识；起草国际投资协定范本；建立具体机制以完善国际投资体系；以及启动政府间的进程。本文主张通过在国际投资领域达成共识的过程促进国际投资体系的完善。

* Karl P. Sauvant(卡尔·P. 萨文特)博士系哥伦比亚大学可持续性国际投资中心高级研究员,联系方式: karlsauvant@gmail.com; Federico Ortino(费德里戈·欧迪诺)博士系伦敦大学国王学院潘迪生法学院国际经济法专业高级讲师,联系方式: Federico.ortino@kcl.ac.uk。芬兰外交部于2013年4月10—11日在赫尔辛基举办了促进国际投资机制研讨会,本论文是作者为会议准备的报告《完善国际投资法制和政策制度——面向未来的选择》的一部分,该报告同时收入2013年12月芬兰外交部出版的书中。

** 陈欣系厦门大学法学院副教授;陈辉萍系厦门大学法学院教授。

引言

在现今的全球经济中,国际投资,特别是国际直接投资(FDI),已成为将货物和服务带到国外市场,并使各个单一国家的产品生产体系相互融合的最重要手段之一。从2007年到2011年间,10万家左右的跨国企业通过遍布全球超过90万家以上的海外分支机构,每年的年平均对外投资额达到1.7万亿美元。各国政府纷纷推出吸引外资的举措以促进经济的增长和谋求国家发展。为此,各国还相继成立投资促进机构,减少管制措施并相互达成大量的国际投资协定(IAs)。^①

传统的国际投资制度具有以下几个重要特征。该体系最主要的目标是促进和保护外国投资。它适用的范围相当宽泛,涵盖了外国投资者各种各样的投资类型,涉及不同经济利益的糅合,而保护的投资者更是囊括了个人和法人。但是,国际投资制度关注的内容却十分有限,多数不涉及健康、环境、劳工等公共政策议题。国际投资协定通常会为已设立的投资提供保护,最核心的标准包括征收及其赔偿,公平程序,公平和公正待遇,充分的保护和安全,以及给予外国投资者不低于本国国民的待遇。一些国际条约还提供准入前的国民待遇,外国投资者能够以和东道国本国国民相同的条件进入东道国市场。投资者—国家间仲裁机制则有利于强化这些规范的实施,投资仲裁机构每年都能收到许多诉求。各个投资仲裁机构的裁决虽然没有判例的法律效力,它们毋庸置疑仍然构成体现国际投资制度的法律来源之一。其他类型的法律渊源还包括在过去50年间出现的国际投资条约、国际习惯法中对外国人的规制和具有“软法”性质的标准。然而,国际投资制度仍然体现出粗浅和碎片化的特质。

目前,国际投资领域还是出现了一些重要变化,这些变化将推动国际投资法的变革。其一,新兴市场国家的对外投资越来越多,订立国际投资协定时需要考虑的因素有所不同。其二,由于新兴市场的影响力越来越大,公司治理形态、价值、投资者投资的方式已经随之改变。特

^① 二十余年以来,联合国贸易和发展会议(UNCTAD)世界投资报告(WIR)一直关注国际直接投资流动、国际直接投资的构成及其发展。因此,本文所列数据,除非特别指出,都援引自联合国贸易和发展会议的国际投资报告(以下简称UNCTAD, WIR)。

别是,国有投资实体的增加以及发达国家对国家安全的考量,导致一些发达国家制定的投资政策发生了微妙的改变。其三,就政府而言,他们并不认为所有的投资带来的影响都是正面的,因此制定政策时更加谨慎。政策制定者越来越关心如何吸引适合其投资环境的合适投资,如何保护其利益和将风险控制可在接受的范围内。实际上,一些国家开始重新审视针对外国投资的制度,包括审查、重新谈判或撤销已作出的国际承诺和制订新的国内政策。此外,一些研究试图评估国家间签订投资协定对于吸引外资效果的影响,但结论是兼而有之,但在此前,投资条约能够促进投资这一假设经常被视为国际投资体系的重要基础之一。其四,建立在条约基础上的投资者—国家间仲裁机制的频繁使用和费用的持续增加也受到特别的关注。争端数量的激增至少在一定程度上是全球投资总量增长的产物。但这也导致了在解释条约的过程中会不断遇到难题,一些国家的政府还试图减少甚至根除其可能需要承担的责任的范围。市民社会在围绕国际投资制度(特别是投资者—国家间争端解决机制)的争论中也有一席之地,并且给国际投资条约带来一些崭新的元素。其五,国家通过签订、修订和解释国际投资条约,以及为本国企业的对外投资提供直接的支持,积极地参与到国际投资体制中。

当前,针对国际投资体制的争论包括以下几个关键议题。第一,如何确定国际投资体制的主旨,特别是国家是否需要持续关注对投资者的保护,以及是否应致力于促进可持续性国际投资。第二,投资条约所应包含的内容存在分歧,包括“投资”的定义,如何界定投资者的国籍,对国有企业投资的保护,投资条约的时效,国际投资条约优先适用的部门和条约的除外条款。第三,与投资相关的一些核心要素,如如何平衡投资者保护与东道国规制间的关系,是否作出准入前国民待遇的承诺,是否在投资条约中纳入规制母国和外国投资者的纪律。第四,目前国际投资体系中投资者—国家间仲裁机制不断变化所引发的议题。这些议题包括,投资仲裁的程序和裁决,从国家、投资者和其他利害关系方的角度探讨投资仲裁的合法性危机。第五,不同国际投资法法律渊源间的相互作用、不一致和重叠所带来的问题。最后,国际投资制度无论在双边、区域或多边层面都缺乏完整的体系框架,这将影响到投资法及其政策架构的建立和实施。尤其是,国际投资体制本身存在的缺陷给

仲裁机构解释和实施投资条约带来了沉重的负担。

本文旨在对国际投资体制的改革提出一些建议。它的目标并不是提供综合性的改革选项,相反,它提出一系列建议并把重点放在国际投资体制本身及其实施所面临的挑战。当前,投资者—国家间的关系已经由权力导向转为法律导向,外国投资者较之以往更受益于这一体系,包括直接求助于投资者—国家间争端解决机制。显然,本文涉及的内容十分复杂且富于挑战性,因为它需要从不同角度考虑国际投资体制中各利害关系方的利益。虽然一些利害关系方基本上满足于现今的国际投资体制,其他一些主体仍然振臂疾呼要求其继续完善,还有一些主体则认为该体系一边倒,需要从根本上改变其发展方向,包括国际投资体制的目标、内容和最终可能诉诸的争端解决机制。相应地,本文对国际投资体制究竟是十分重要或可有可无不作评价,也不谈论未来该体系的完善应遵循哪些步骤。但本文隐含的前提仍然是,采取一定的行动至关重要。至于这种行动略微调整、实质性校准还是从范式上改变国际投资框架,将留待未来讨论和反思。

本文针对如何完善国际投资体制分为五部分加以讨论,包含从小到大直到雄心勃勃的各种举措:(1) 采取事实查证程序(fact finding processes);(2) 就关键议题成立工作组并形成一致意见;(3) 制定国际投资协定范本;(4) 建立特别机制以完善国际投资体制;(5) 倡导政府间促进国际投资制度发展的进程。本文的各部分会分别讨论这些措施的目标、可能遇到的挑战和可行性。对其分别罗列并加以详述的目的在于构建一份清单并探讨哪些措施应优先采纳。因此,本文所列举的选项侧重于顾及所有利害关系方的利益,但这些措施能否产生实质性效果将由各参与方自行判断。

一、采取事实查证程序

诚然,各国间国际投资协定谈判能够或正在解决国际投资制度中的一些议题,但事实上仍然需要寻求国际层面的解决方式。特别是在目前国际投资体系呈现出分散性的背景下,正式的事实查证程序能起到一定的辅助作用,它足以识别和分析该体系的利弊,对目前的状况作出有公信力的评估。同时,为了增加程序的可信度,有必要在不同国

家、地区的利害关系方间展开调查。本文在之后的论述中将会提及两种选择,即国际性的听证程序和对法律现状的盘点。它们的范围可以覆盖前述国际投资法和投资政策制度的关键性论题。所有这些程序都应独立进行,或多个程序平行进行。

(一) 举行国际听证会

首先,由于涉及诸多利害关系方并且他们所关切的议题很多,因此,就国际投资领域所有问题举行国际听证会不失为明智之举。^②这一类型的磋商能够保证所有利害关系方(包括来源于政府、私营部门、工会、其他市民组织以及学术界)都能参与讨论,所有问题及其背后的考虑都能摆上桌面。由少数精英组成的专家组(包括主要利益集团的代表)将会是主持这类听证会的合适人选。通过书面提交的方式,专家组从国际投资体制的诉求以及改革的方向、目的入手,进而探讨来自全球各利益集团的不同关切及主张的解决办法。听证会的成果可以总结为一份报告,这至少可以反映目前国际投资法和投资政策所涉及的范围。同时,他们还能将利害关系方有关如何推进改革的建议整合成一份菜单。故此,听证会应成为具有透明度的一致同意进程的重要组成部分,探讨哪些和目前投资体制相关的议题亟待解决,并判断未来需要推进的事项。进而,听证会的召开还会增进对国际投资体系中相互关联的各项重要议题的理解。

实践中,由全球主要大学组成的大学联盟能担此重任,他们还可以和在国际投资领域拥有一定权限的国际组织合作,并与国际投资论坛等活动相互配合。由利害关系方组成的顾问委员会则能提供指导并协助准备相关活动。

当然,组织这样一场国际性的听证会并记录讨论的结果需要相关领域的精英以专家身份参与,同时还需要利害关系方进行监督。由于类似活动的举办将耗费大量的资源,这些资源或许可以由一个或若干个国家的政府提供,充足的资金可以保证不同地区利害关系方的充分参与和公开。

^② 就举办听证会而言,既可以地区性的听证会为基础,也可举办全球性的听证会。

(二) 对原则和规范的精义诠释

对国际投资协定和相关文件中出现的原则和规范进行精义诠释,是另一个颇具野心的选项,它可以和国际性的听证会同时进行,也可以紧随其后。^③精义诠释的目的在于判断和解释“该法律体系目前的状况(从实定法的角度)和应然的状况(从规范法的角度)”。更特殊的是,它可以判断是否存在国际投资法所要着重强调的东西,如在国际投资法领域广泛接受的规则;在哪些议题上无法取得统一及其原因;对于未解决的事项是否存在其他选择,这些选择的优缺点以及他们的法律含义。针对国际投资制度诠释的意义还在于,提出国际投资协定中未体现或不典型的问题,有些利益团体希望将这些问题纳入,但对纳入的方式有分歧并存在不同的支持或反对的理由。换句话说,这对于在国际投资协定中包含更为合理的原则和条款具有前瞻性和创新性。这份阐释性的文件还可以讨论国际投资领域与其他国际法领域有内在联系的问题以及这种联系对国际投资制度未来发展的潜在影响。即使退一步说,一份成功的精义诠释起码能够奠定国际投资法和投资政策框架下被共同接受的内容。^④

^③ 这一类型的评估类似于美国法学会(ALI)自1923年以来主要针对国内法发布的“精义诠释”,但区别在于本文提及的评估还须展望未来。ALI所出版的《法律精义诠释》将各个有重大意义的司法裁决所形成的原则和规则,按照不同主题分类并进行论述。基于精义诠释所涉及的领域广泛,撰写过程严密、精确,对于美国学者、从业者和法官而言,精义诠释已经成为第二性的法律渊源。每一精义诠释都由一位主要的报告人与由该领域专家构成的小组、ALI成员以及由法官、教授和律师构成的ALI委员会进行咨询。目前正在进行的一个项目是美国法中的国际商事仲裁精义诠释,现已进入第二轮草案的起草。该精义诠释包含一系列论题,其中有专章讨论投资仲裁和美国法院间的关联,目的在于反映美国法语境下出现的突出的程序议题及其处理。但是,实质性标准,如公平公正待遇或征收的定义等则未出现在精义诠释讨论的问题中。

^④ 就国际贸易法领域的诠释来说,WTO争端解决机构每年都作出评估并对裁决进行分析。美国法学会也同时在剑桥出版社出版了研究WTO法的报告,其中包含对WTO准司法领域关键性发展的重要讨论。这些研究还提交ALI年度会议展开讨论。其指定的两位报告人是Petros C. Mavroidis and Henrik Horn. See, e. g., Petros C. Mavroidis and Henrik Horn (eds.), *The WTO Case Law of 2010*, Cambridge University Press, 2012. 除了每年的诠释,他们还准备了一系列的背景材料。See, e. g., Douglas A. Irwin, Petros C. Mavroidis and Alan O. Sykes, *The Genesis of the GATT*, Cambridge University Press, 2008; Petros C. Mavroidis and Henrik Horn (eds.), *Legal and Economic Principles of World Trade Law*, Cambridge University Press, 2013.

诠释国际投资制度可能带来的成果还包括为国际投资协定的谈判方^⑤提供启发和指导,为仲裁员提供具有一定权威性的辅助法律渊源,对他们而言,在不存在广泛接受的想法的时候,他们需要不断协商并作出裁断。它还可以成为双边、区域、诸边甚至是全球性投资协定的起点,而这正是各国政府乐于看到的。

当然,这份精义诠释也有可能被认为本质上十分保守,因为它更像是总结现状如何,而不是将来理应怎样。因此,国际投资制度精义诠释还需增加另外两项内容:首先,应考虑到法律随着时间的推移不断发展从而预测未来的发展趋势;其次,正如前文所述,精义诠释应当具有前瞻性,例如,应该立足于国际投资制度的目标,充分考虑超出现状的建议(并为谈判者提供具有创新性的选择)。此外,由于国际投资法处于不断发展中,国际投资制度精义诠释还应密切关注新的国际投资协定和仲裁裁决。无论如何,它必须雄心勃勃地担负起为国际投资法添砖加瓦的责任,同时还应关注具体领域(见下文“建立达成共识工作组”)。

实践中,如果由来自各大洲国际投资法领域杰出学者^⑥组成的工作组准备国际投资制度精义诠释,将会增加它的可信度。工作组应保证所有利害关系方的意见都得到充分考虑,其中包括国际投资协定谈判中政府官员的意见,他们在谈判这类协定时有实际经验,最清楚针对具体问题时如何作出选择,而且他们正是这一诠释工作的潜在受惠者。我们还必须注意到,对于每一利益集团而言,哪些问题在目前亟待解决,不同利益集团有不同的看法。世界各国大学的学者也可以组织相关活动,并吸收不同利益集团代表所组成的顾问委员会提供的意见。

起草国际投资制度精义诠释需要全球专家的参与。从过往实践可以看出,它将会耗费大量时间,并要求定期更新且因此投入大量资源。

^⑤ 各类组织都为国际投资协定的谈判者们筹备了各种活动,特别是方便他们交流经验并通报新近的发展趋势。例如,UNCTAD以及南方中心,通过与国际可持续发展中心及其他机构合作,在近年来一直致力于此。对发展中国家,特别是最不发达国家的技术援助是其重要活动之一,因为它代表了所有利害关系人的利益,同时保证所有国际投资协定的谈判者在进行谈判时都处于可能达到的最佳状态。

^⑥ 在政府间进行这一尝试会十分困难,因为政府代表很可能将其视为是一种谈判的形式。国际法协会曾经成立工作组讨论沿着精义诠释的路径起草软法的可能性,其特别关注在投资领域推行软法是否成熟。

二、建立达成共识工作组

目前,国际投资法存在大量的法律渊源和政策体系。由于组织架构薄弱且呈现出碎片化的特点,很多关键用语不存在精确的解释,无法单独通过事实查证的方式来发现和处理。虽然其中的一些问题相对集中(例如如何看待资本控制),可以用特定的方式加以解决,其他议题却富有挑战性且更接近国际投资制度的核心。它们要求大量的分析和讨论,并最终达成广泛接受的统一意见。

为了在特定议题上保持立场的相同,建立达成共识工作组是非常有用的一步。工作组或圆桌会议的方式有利于集中讨论实体性和程序性的国际投资问题^⑦,它还有利于在利害关系方间展开对话和建立相互信任。下文将罗列达成共识工作组应当重点关注的议题。

(一) 在商业社会和市民社会间开展圆桌对话

市民社会和商业社会的一些成员间在国际投资框架下存在许多观点分歧,这种分歧甚至远远超过其他利害关系方。简而言之,由于商业社会代表的论断通常建立在这一假设的基础上,即所有的外国投资都是经济增长和发展的基础,因此应该对外国投资予以鼓励和保护。而市民社会则通常认为外国投资并不一定是好事,事实上,它甚至有可能造成危害,因此需要严格的控制和监督,从而保证外国投资最大可能地有利于东道国经济的可持续发展。相应地,在过去,这两个利益集团对国际投资体系的建构持不同观点。当然,我们还可以对此进行简述:从目前的情势能够看出市民社会和商业社会间观点和方法的差异,但他们之间也有达成关键性共识并取得丰硕成果的合作范例。国际投资体系理应予以完善,在这点上双方并无分歧,但对于何为最佳方案却很难达成一致意见。

然而,在某些环节上,各方都有一些无法妥协的观点和解决问题的办法。双方之间的沟通、理解和合作有利于国际投资制度的建构,因

^⑦ 例如,2010年10月,UNCITRAL就成立了针对透明度问题的工作组。2013年2月,工作组召开了第六次会议。从UNCITRAL关于透明度问题的谈判中可以看到,当各国观点不一致时,达成共识十分困难。

此,应组织这两个利益集团的代表召开一次或多次非正式的私下会晤。圆桌会议的形式有利于进一步深入了解不同利益集团的主张和关切,从而在双方之间建立互信。诚然,圆桌会议关注的焦点是在两个利益集团间,但他们仍应邀请政府部门的代表(例如投资促进机构,特别是新兴市场的投资促进机构)分享东道国的看法和实践。一些组织,如弗里德里希—艾伯特基金会(Friedrich Ebert Stiftung)对与发展相关的议题可能会感兴趣,为促进更大范围的讨论,他们会组织和资助一个或一系列相关活动。

(二) 关注实体性问题:国际投资协定的目标、可持续发展的国际投资、国际投资规范的内容、国际投资协定的选用

达成共识工作组应当特别关注的问题至少包含以下四个:国际投资协定的目标、可持续发展的国际投资、国际投资规范的范围和内容、国际投资协定的选用。

(1) 由于国际投资协定的内容取决于其目标,因此首要解决的问题是国际投资协定的目标。国际投资协定的谈判方都会认可,签订协定是为了达到多个不同的目标,这些目标既可以是单纯地保护投资者,也可能包含可持续发展。谈判方对条约目标的认知和态度不仅是仲裁裁决解释的辅助手段,同时还决定了条约适用的其他方面、实体性的义务以及争端解决机制。早期国际投资协定的目标是单纯地保护投资,此后发展到包含可持续发展,这种变化不仅体现在投资协定的序言,同时还出现在协定的正文中,它代表了国际投资法范式的改变。^⑧相应地,达成共识工作组不仅应在国际投资协定一般目标上建立共识,同时理应关注国际投资协定的具体内容是否服务于这一目标。

(2) 第二个受到越来越多关注并值得探讨的重要议题(它还决定了协定内容的走向)是可持续发展,包括国际投资的可持续发展,这是贯穿本文一再强调的议题。但直到现在,这个概念都没有明确的定义。传统国际投资协定对“可持续发展”的定义更多集中在“经济发展”,也就是说假设国际投资协定有益于全球直接投资的流动,一个国家接受

^⑧ 可以说,至少有部分讨论的方向已经发生改变:例如,UNCTAD 新框架中,从可持续发展视角关注投资谈判的秘书处指南,以及南部非洲发展共同体(SADC)双边投资协定模板。

的直接投资越多,对该国的贡献越大,但目前人们对这一论断的正确性争论不休。国际投资仲裁的仲裁员开始意识到,国际投资协定本应促进发展。由于不存在针对“可持续性国际投资”的检验标准,条约的拟定者和仲裁员都束手无策。^⑨ 采用实地调查和各利害关系方间的磋商,有可能就何为“可持续性国际投资”达成一致,详述其构成要素,在考虑不同地区、不同情况的基础上,实现将“可持续性国际投资”囊括于国际投资协定中的构想^⑩(例如,如前所述,对“投资”重新定义,从而将可持续性的概念包含其中^⑪)。它还将有助于投资促进机构评判吸引直接投资需要考虑的因素,事实上,投资促进机构评估“可持续性投资”时,可持续性是其考虑因素之一(特别是经济发展),但它们却容易忽略其他一些核心要素,如社会性问题(包括劳工问题)。对“可持续性投资”下定义十分困难,但仍可通过清单的方式列举用于评估的要素。在具体情况下,要求投资应该是可持续的,从而一定程度上有利于澄清这个特定的议题,并且有利于促进可持续发展。

(3) 第三个需要特别关注的议题是国际投资协定包含的各项要素。本议题的达成共识工作组应对国际投资协定中涉及的各项标准予以澄清,明确政府应承担的义务^⑫,评估是否存在需要摒弃^⑬或者添加的标准。其中,准入前国民待遇、母国措施、母国政府和投资者的义务等问题尤其需要受到关注。

(4) 最后是选用投资协定的问题(也被称为“国籍策划”)。作为投资协定的一方,母国并不希望将保护范围扩大到某些国外机构,特别

^⑨ 或许,如果在进行投资的当时保证可持续发展因素的存在,并对其进行准确定义和施加特定的义务可能就已经足够。目前存在的一些法律文件中已经体现了这些要素,例如,负责人权和跨国公司和其他商业机构秘书处特别代表取得的工作成果。

^⑩ 毋庸置疑,对“可持续性国际投资”进行定义十分困难,但该概念中可能应该包含去贸易化的各种不同考量。而事实上,如何衡量不同措施的可持续性困难重重,而且对于不同地方团体而言,这一定义对他们的意义也大相径庭。

^⑪ 2012年11月14日,Brigitte Stern在哥伦比亚大学维利可持续发展投资中心举办的第七次哥伦比亚国际投资会议对此进行了详述。例如,条约的缔约方可以在国际投资协定对投资的定义中,将投资描述为本条约中投资的概念应与OECD跨国企业指南相一致。OECD Guidelines for Multinational Enterprises (Paris; OECD, 2011), at <http://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>.

^⑫ 在这方面进行进一步的澄清本身就有利于降低投资争端发生的可能性。

^⑬ 例如,美国2004年和2012年BIT范本都放弃了传统投资条约中对投资保护义务的保护伞条款(缔约一方,应当遵守其与另一缔约方就国际投资条约中所作出的任何承诺的义务),该条款通常明确规定违反投资条约(而非合同)的争议可以诉诸仲裁。

是那些只设立了简易办公室的国外分支机构。由于这个议题特殊(而且选用投资协定通常具有投机性)^⑭,如果谈判方有该项要求,达成一致并起草标准条款从而避免选用协定的实践或其某一方面造成的影响应该相对容易。^⑮ 甚至就已有的未明确包含选用国际投资协定条款的条约而言,感兴趣的各国政府还可以通过联合声明的方式对此予以澄清。^⑯

(三) 程序性议题:争端解决机制

如前所述,投资者—国家间争端解决机制是所有利害关系方都关注的议题,主要原因在于争端解决在现代国际投资协定中占据了核心地位。解决争端所包含的成本,该程序中仲裁员和其他专业人士的地位,争端数量的增长,裁决的连贯性问题,以及大量国际投资协定都规定投资者—国家间争端解决条款等因素(以及这些因素和数量巨大的国际投资者和国际投资因素的融合),由此可以预计将来还会产生越来越多的争端。有人认为,相对于国际投资协定的其他实质性规范,争端解决问题的重整进展得十分缓慢。此外,就目前已有安排,持反对意见的国家数量虽然较少,但仍然不断增长并态度强硬。例如:(1) 澳大利亚对于在国际投资协定中包含投资者—国家间争端解决机制持怀疑态度;(2) 玻利维亚,厄瓜多尔,委内瑞拉退出《ICSID 公约》^⑰;(3) 南非决定,将修改或终止大多数双边投资协定^⑱;(4) 出于对争端解决机

^⑭ See, e. g., *Saluka Investments B. V. v. Czech Republic*, Partial Award, March 17, 2006, para. 240。仲裁庭明确指出:“如果一家公司和 BIT 缔约方并无实质性联系,其实际上是由另一家非 BIT 缔约方管辖下公司所控制的壳公司,那么它就不能援引条约中的条款。这种可能性会导致对仲裁程序的选用,构成‘选用协定’,具有更饱受批评的‘挑选法院’行为的众多特点。”

^⑮ 但条约的当事方未必有这样的要求。

^⑯ 虽然,这样的联合声明对具体争端中政府作为被告同时又是条约的缔约一方,是否能以选用仲裁程序干预争端的裁决没有决定性的作用,它仍然能暗示一国实践的立场并有可能影响仲裁庭。

^⑰ 国际投资争端解决中心(ICSID)《关于解决国家与他国国民间投资争端公约》(以下简称《ICSID 公约》)。据报道,阿根廷考虑采取相同的举动,并就此颁布法案。但在本文完成的时候,阿根廷仍然是 ICSID 的签约国。然而,仍然需要指出,即使阿根廷确实选择退出《ICSID 公约》,其声明应在世界银行收到通知的 6 个月生效后。

^⑱ Republic of South Africa, Department of Trade and Industry, Policy Statement: The South African Government's Approach to Future International Investment Treaties, September 18, 2010, at <http://www.jadafa.co.za/LinkClick.aspx?fileticket=9A6eXZstR10%3D&tabid=432>, p. 3.

制的考虑,印度暂停一些双边投资协定的谈判^{①9}; (5) 阿根廷国会通过一项决议,呼吁终止该国双边投资协定的效力^{②0}; (6) 一些国家倡议,建立拉丁美洲的投资争端解决中心并适用其认可的规则。^{②1} 总而言之,未来的国际投资协定仍然会包含强有力的争端解决条款(虽然还存在国家间的争端解决机制可供选择,且投资者可求助于当地法院,但值得注意的是,这两种争端解决方式的效率较低),但目前的机制仍有许多不尽如人意的地方,而另一方面,争端数量却在持续增长。^{②2} 相应地,达成共识工作组应致力于召集各利害关系方就争端解决程序涉及的事项达成一致意见。

1. 建立争端解决程序达成共识工作组

针对投资者—国家间争端解决这一议题,工作组所面临的主要挑战是如何更好地从所有利害关系方的视角,保证投资仲裁的正当性。达成共识工作组关注的对象应包含以下的一项或多项:

(1) 与投资者—国家间争端解决程序和裁决有关的各项问题,及

^{①9} Sujay Mehdudia, BIPA Talks Put on Hold, *The Hindu*, January 21, 2013, at <http://www.thehindu.com/business/Economy/bipa-talks-put-on-hold/article4329332.ece>; India Places All BIT Talks on Hold, Pending Review of Own Model Deal, 31(5) *Inside U. S. Trade*, February 1, 2013, p. 1.

^{②0} Daniel E. González, Michael Davison, Richard C. Lorenzo, Jonathan T. Stoel, H. Deen Kaplan & Mark S. McConnell, If Argentina Withdraws from the ICSID Convention: Implications for Foreign Investors, February 4, 2013, at <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=080c79bc-ccc7-485f-97aa-27a5b2bdec5c>.

^{②1} 2013年,南美国家联盟(UNASUR)试图建立解决投资争端和其他与商业有关争端的地区性机构,以在该地区取代ICSID。早在2009年,厄瓜多尔首次提出这个建议(UNASUR成员包括阿根廷、玻利维亚、巴西、智利、哥伦比亚、圭亚那、巴拉圭、秘鲁、苏里南、乌拉圭和委内瑞拉)。See Declaration of the 1st Ministerial Meeting of the Latin American States Affected by Transnational Interests, April 22, 2013, available at http://cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/04/22abr_declaracion_transnacionales_eng.pdf,赞成成立和实施地区性解决投资争端的机构,在解决商业机构和国家间争端时保证规则公平及利益均衡,鼓励UNASUR同意成立目前谈判中的地区性机构。

^{②2} 参见 Charles N. Brower observed in an interview with *Arbitration Trends* (2013), at <http://quinnemanuel.com/media/371211/arbitration%20trends%20-%20winter%202013%20-%20final.pdf>, pp. 12-13, 该文在回答“一些仲裁从业者、公司顾问和政府官员都表示对目前的投资者—国家仲裁裁决和撤销裁决的不满。你认为这种对投资者—国家仲裁的反击是体现事实还是被人为夸大?”时指出,“它显然反映了目前存在的事实,虽然对其程度仍有不同看法。目前,ICSID对一小部分裁决的撤销引起了关注,我们认为,这种关注是有理由的。但它导致了其他方面的不满,不同仲裁庭对实质上一致的事项持不同看法,显然会妨碍投资者和东道国对可预见性的需求。然而,目前并未找到解决的办法。”有关完善投资者—东道国仲裁机制的建议,参见 Antonio Parra, *The History of ICSID*, Oxford University Press, 2012等。

其内部和外部正当性,这些事项都可从对争端解决程序基本理论的探讨开始。具体的议题可能包括明确争端解决机制中仲裁员和其他参与者的地位,是否可以或应该重启用尽当地救济,加强协定签署方在争端解决中的地位(如允许出具解释性声明)^⑳,同意政府在是否启动争端解决程序时起到把关的作用(例如,在争端解决开始前予以通知,开启公共利益审查,就诉诸投资者—国家间争端解决设置准入门槛,争端发生时首先寻求协定签署方间的解决),研究对反诉的运用,赋予ICSID筛选争端的权力^㉑(特别是对滥诉案件)^㉒,有人建议将投资者—国家间争端解决机制排除出国际投资协定,我们应探讨这样做的深远影响。

(2) 探讨其他争端解决方式(如由国家主导的争端解决机制^㉓)能否得到更多的运用,特别是在国际投资协定的“冷却期”。

(3) 国内法、国际法和争端解决之间的相互作用。例如,在诉诸国际争端解决上,较之本国投资者,外国投资者在多大程度上拥有更多的权利^㉔;反之,如果外国投资者可以诉诸国际争端解决,是否应赋予本国投资者相同的选择权。^㉕ 此外,国际投资争端解决也应考虑和国内

^⑳ 有关争端解决程序中国家在条约解释中的地位以及如何加强其地位的分析(包括通过“解释性对话”),参见 Anthea Roberts, Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of States, 104(2) *American Journal of International Law* 179 (2010)等。

^㉑ ICSID 筛选争讼的方式仍然是调查事实和审视法律的规定,而这需要实质性的审查。

^㉒ 第三方融资人本身也存在风险,因此在决定资助某一争讼前会采取严格的筛选程序。

^㉓ 有证据表明,对于私人投资者之间,在特定行业特别是建造—经营—退出项目中,争端管理机制被证明有效。但在投资者—国家关系的语境中,例如对东道国政府错误行为导致的损害赔偿,投资者和东道国政府在非常早的阶段就会尝试解决可能发生的纠纷,而非等到分歧升级为真正的争端。该机制包括促进机构内部的合作以更好地遵守法律规则、初期中立评估、建立争端解决委员会以及采取事实认定程序。几年前,秘鲁曾经着手包含相关要素的程序。秘鲁采用的架构遵循避免纷争的政策导向,而政府采取避免争端的机制并鼓励采用其他方式解决争端。世界银行集团的投资环境部门曾对此进行研究,并对该条款具体内容的安排提供技术支持。

^㉔ 这是迂回投资的原因之一(例如一家企业在境外成立分支机构,并由该分支机构迂回投入母国),这种投资方式在中国很常见,但它也和其他国家有关。

^㉕ 1994年《加纳投资促进中心法案》要求“保证外国投资者以及法案所及的所有投资者都拥有诉诸国际仲裁的权利(例如,包括在加纳投资促进中心登记的国内投资者)”。参见1994年《加纳投资促进中心法案》第21条第1款规定:“本法适用于所有按照本法成立的公司,但不包括采矿业和石油(气)业。”第29条规定:“就争端解决程序而言,所有投资者都可以诉诸仲裁(例如,按照UNCITRAL的规则)。”这里应该注意到,该法案不适用于采矿业和石油(气)业。

体系的合作,包括法律适用和用尽当地救济。

2. 建立上诉机构

另一个受到广泛关注的议题是,成立独立的上诉机构,以审查特设仲裁庭所作的裁决,这样作是否具有可行性和正当性。越来越多的人使用 ICSID 裁决的撤销程序,但实际上撤销程序仍然具有特设的性质,并且适用范围十分狭窄。这就产生一个问题,即是否需要对其进行完善,或者是否有必要建立上诉机制。这和 WTO 的演变类似,从 GATT 下特殊的争端解决专家小组发展到 WTO 框架下的《争端解决谅解备忘录》(在贸易体系中,这是在 101 个专家小组报告后才走出的一步,这些专家小组的实践为此提供了充分的经验;而在国际投资框架下,2013 年底前已经提起了近 600 个基于条约产生的争端)。支持者认为,对于普遍存在和难以解决的法律解释问题,永久性的上诉机构显然是对症下药,并且更能从整体上保证体系的正当性。然而,上诉机制将使仲裁裁决的一裁终局沦为空谈,使这一程序“重新被政治化”,增加的上诉机构有可能是简单重复仲裁中存在的问题而非解决问题。即使通过永久性的法庭,利益的偏好和纷争仍然存在。而且,除非严格限制诉诸上诉机构解决的争端,否则成本还会持续上升。虽然,其中一些问题可以通过周密并具有兼容性的机构设计来解决,但目前的国际投资制度始终缺乏某些必要的因素,例如,投资保护标准的协调即使不是不能解决,也十分困难。

为了使结果更具有可信度,任何工作组在考虑这些问题时都应具有全球性的视角。他们的工作应当是开放和透明的,特别是应考虑所有利害关系方的观点。他们还必须考虑权威性国际组织的意见,例如 UNCTAD、经济合作与发展组织(OECD)以及与国际投资制度本身关系更为紧密的 ICSID 和地区性机构。一些大学(或国际组织)在投资条约各领域的研究能力有目共睹,如果建立综合性的合作机制,它们能为达成共识工作组提供坚实的后备基础。工作组最终的研究成果将普遍地提供给与国际投资协定谈判、解释和裁决相关的主体,从而有利于为这些问题的解决提供启发和指引。

诚然,组织这类达成共识工作组并记录他们的研究成果,需要国际上权威专家的广泛参与、付出辛勤的努力并投入大量的资源。

三、制定国际投资协定范本

制定国际投资协定的范本也是完善国际投资制度的途径之一,虽然该路径显然更为艰巨。^⑳ 在当代,虽然各国纷纷推出其投资协定的范本,但国际上并不存在权威的模板。过往的实践表明,如果有国际投资协定范本存在,各国政府会倾向于借鉴这些范本:1967年,OECD颁布了《保护外国财产协定草案》。虽然OECD理事会未曾正式批准该草案,条约的起草者仍将其作为国际投资协定谈判的基础之一,因为不存在其他可以作为指南的蓝本。但在目前,由于起草者都是资本输出国的代表且国际直接投资由于征收的风险踟躇不前,《保护外国财产协定草案》已经过时。在这种情况下,新的范本将有助于国际投资协定的谈判方,特别是那些最不发达国家和发展中国家,它们没有代表其利益的范本可资借鉴而谈判对手却握有自己的范本。而在国际税收领域,这两类国家通常会分别使用联合国和OECD提供的范本,同时,投资合同也出现类似的情况。

正如其他条约范本,范本的目的在于提供底线,例如确定国际投资协定应包含的内容(或自由贸易协定中涉及投资的章节),平衡东道国和母国的利益,并在此基础上反映谈判双方的特殊利益。解释性的注释则可用来说明特定议题的替代选择,无论如何,国际投资协定范本需要阐明这些选择可能产生的法律影响。实践中,UNCTAD《关于可持续发展的投资政策框架》、OECD《投资政策框架》、南部非洲发展共同体(SADC)《双边投资协定范本》、《促进可持续发展的共同准则》、国际可持续发展研究所(IISD)《促进可持续发展的国际投资协定范本》可以作为未来努力的起点,它们对于国际投资协定的谈判者们而言是可贵的经验,但并不是说所有这些都是真正成熟的范本,或都是经过广泛、正式咨商后的最终成果。^㉑

当然,由于需要搜集数量巨大的各类型的协定,召集所有相关主体

^⑳ 该方法的一种变形(这种变形反映了既是东道国又是母国的国家数量的增长)是多准备一个额外的范本,而非只有一个范本:其中一个反映资本输出国的利益,而另外一个反映资本输入国的利益。亚非法律顾问组织(AALCO)就采用这种办法,它发布了三个版本的BIT范本,反映了不同形式的投资自由化和投资保护。

^㉑ 并不是说在这些问题上没有进行过磋商。例如,UNCTAD向大批专家咨商并邀请利害关系人对其取得的成果发表评论。秘书处也在伦敦和其他地区也进行了一系列咨商。

进行一系列重要谈判(见下文详述),并掌握大量的数据,起草这一范本将花费大量的时间。

另一方面,国际投资协定范本起草过程中同样会遇到前面提到的各项议题,同样会碰到保守主义、可信度、参与性、资源等困难的挑战。

四、建立特别机制以完善国际投资体制

完善国际投资法和投资政策有很多具体的方法和选择,从而保证所有利害关系方都能受益于此。实际上,政府是否受到其所承担国际义务的约束是考察国际投资制度正当性的重要因素,必须保证他们采取的政策措施透明,并且对所有的当事方都能彰显公平。例如,不断滋生的针对国际直接投资的保护主义倾向(包括就不同类别的投资者适用不同规则),便利争端解决程序的运用等都亟须给予关注。

(一) 监督国际直接投资领域出现的保护主义倾向

国际投资者有可能会由于东道国国内监管措施的变革而不再青睐这些国家(例如鼓励措施被废除)。一些国家,包括发达国家国内针对外国直接投资的监管制度或措施,具有保护主义的考虑或实际上产生保护的效果,它们有时候采用公然的方式,有时候则是UNCTAD所说的^③隐蔽的方式。^④例如,新兴市场的投资者经常受到此类措施的影响(例如通过国内筛选机制),阻碍这些经济体融入世界经济,而非在国际投资领域对其采取鼓励性的措施。

类似地,针对不同类别的投资者,国际上也存在完全迥异的规则,在一些国家,国有实体似乎被界定为特殊的投资者。例如,从一些国家的立法可以推定,国有企业的兼并或收购遵循特殊的程序,如在通过或

^③ 在过去的二十多年间,UNCTAD监测到投资领域政策的变化,包括歧视性待遇的变化,明确警告存在“一些国家采用保护主义投资措施的风险显著增加”。

^④ Karl P. Sauvart曾经提醒注意国际直接投资中的保护主义倾向,他指出直接投资中保护主义的两种主要情况:首先,就国际直接投资流入而言,当公共机构采取新的措施阻止或妨碍国外直接投资者进行投资,或使投资能在本国存续;其次,就国际直接投资流出而言,当相关措施“旨在要求本国公司把财产或企业的运营保留在本国或不鼓励新的对外投资”。See Karl P. Sauvart, FDI Protectionism is on the Rise, *Policy Research Working Paper*, No. 5052, World Bank, 2009, p. 7.

拒绝通过前给予通知,并采取调查程序。^⑳ 这些措施还出现或反映在国际投资协定中(例如,豁免适用国内筛查等机制),或甚至采用独立的监管体系(例如,针对国家主权基金的措施),使整个投资法律体系碎片化或潜在地破坏公平待遇。实践中,《主权财富基金的圣地亚哥规则》虽然是自愿遵守的规则,却是在这个方向走出的一步。^㉑ 如果对投资者的类别进行划分并适用不同的规则成为主流趋势,其他类型的投资者(如对冲基金、私募股权基金)^㉒也同样会成为目标,因为他们的投资不具有长期的特质。

在对“竞争中立”的讨论中,我们同样能够观察到区分不同类别投资者的现象。有关“竞争中立”的讨论认为,国家控制的实体(特别是国有企业),由于其本质(以及其他原因),在对外投资时较之他们的私人对手具有优势,因此需要特殊的规则促进公平竞争。这种优势包括金融和财政手段、信息的取得,以及进行对外投资时的保障。^㉓

OECD 和《跨太平洋伙伴关系协议》(TPP)的谈判都曾讨论过这些议题,并详细列举了区分不同类别投资者所带来的影响。^㉔ 它们提供讨论的模式之一是充分利用该领域目前已取得的进展,例如将《圣地亚哥规则》纳入更为正式的协定中。^㉕ 但是,这一模式本身也有其利弊所在——成员方必须认可这些规则代表了国内诉求希望的标准。^㉖ 更

^⑳ 例如,美国 2007 年《外国投资与国家安全法》(FINSA)。其他国家,包括澳大利亚、加拿大和德国也存在类似审查机制。

^㉑ 主权财富基金国际工作组:《主权财富基金的圣地亚哥规则:普遍接受的原则与做法》(以下简称圣地亚哥规则),(IWG, 2008)。

^㉒ 欧盟在 2010 年颁布了《对冲基金和私募股权的特殊规则》,力图在授权和监督等方面制订一般的要求,保证金融市场更加稳定。

^㉓ 有观点认为,较之私人投资者,政府更能接受较低的资本回报,而且国有企业通常享受更有利的贷款条款。

^㉔ 美国国务院和其他 TPP 的谈判方曾经非正式地讨论过国有企业行为准则的问题;美国曾经建议在 TPP 的框架内规定具有约束力的国际行为准则。

^㉕ 安娜·吉尔佩恩(Anna Gelpern)指出,虽然没有明确指明《圣地亚哥规则》,美国国会的一些成员建议,美国外资投资委员会应对需要审查的事项提供指南,从架构上对主权财富基金施加压力;要求其遵守最佳实践。Press Release, House Financial Services Committee, Frank, Maloney, Gutierrez Call on Treasury to Address Sovereign Wealth Funds in FINSA Regulations, March 13, 2008, discussed in Anna Gelpern, Hard, Soft, and Embedded: Implementing Principles on Promoting Responsible Sovereign Lending and Borrowing, UNCTAD, 2012, p. 30, n. 109.

^㉖ 正如吉尔佩恩指出的,最初制订《圣地亚哥规则》时并无意于使之具有约束力,因为它缺乏影响力——因为“主权财富基金(SWF)发起人并不需要官方资助,并不存在限制条件来改变 SWF 个体的行为”。然而,正式确立该指导准则有可能事倍功半——它“会削弱准则在母国的合法性,破坏新旧势力和机构间的合作”。

为重要的是,那些有利条件将不仅适用于国家控制的实体,同时还延伸到私人对外投资者。最关键的问题是,保护主义和对不同类别投资者的划分的判断标准更多是从形式而非实质——不仅仅是国家控制的实体接受来源于政府的支持,同时还包括其他对外投资的企业。因此,如果目标是要在对外投资领域保证公平竞争,那么,磋商和讨论的基础就应该建立在所有类型投资者对外投资时取得的优惠,而不是通过所有权的特性加以限定。

由于国际直接投资保护主义可能性的攀升,以及不同类型投资者适用不同规则这一现象的发展,实践中非常有必要针对投资保护主义建立观察组,分析国内投资法、投资监管及政策,以期发现是否存在保护主义的潜在可能并定期发布成果。该观察组可以部分借鉴WTO贸易政策审查机制的模式,集中召开一系列会议,以期为政府和利害关系方提供经验交流的平台,探讨如何采取令人满意的方式既满足国内的政策目标(例如保护国家安全、公共健康和环境、促进发展、维护公共秩序),且不会不适当地限制投资在不同国家间的流动。由此,工作组能够提供客观的、非政府角度的报告,从而评估和分析政府在某一时段所采取的限制直接投资措施的增加,是否是为了应对恐怖主义、全球性经济危机或新兴国家投资者(包括国家控制实体)的出现对国家安全或经济良好运行实际或可能的威胁。但是,它能产生的效果主要取决于研究和报告的可靠性(这些报告还可提交到政府间国际组织的投资委员会)以及其点名批评的能力。^④

针对直接投资保护主义成立的观察组应具备独立的研究和报告体系,完全致力于国际投资监管的发展,或者作为国际贸易预警^⑤的延伸。在目前,国际贸易预警主要集中在研究贸易,但一定程度上也涉及投

^④ 在国际贸易框架下,有关如何避免国际直接投资的保护主义倾向的建议,参见 Gary Hufbauer and Jeffrey Schott, *Payoff from the World Trade Agenda 2013*, *Person Institute for International Economics*, 2013, pp. 50 - 51.

^⑤ 国际贸易预警(GTA)是就政府措施提供信息的报告服务,关注有可能对外国商业产生潜在损害的政策。它的监控包括投资措施,例如对外国人所有的土地、税收课征、上市规则、国际支付以及设立上的限制。GTA的运作由在立足于伦敦的智囊团和经济政策研究中心负责,全球各地许多不同的研究机构为其提供相关分析。世界银行集团、英国政府贸易政策部门、管理创新国际研究中心(一个加拿大的智囊团)、美国的德国马歇尔基金会和国际发展研究中心(加拿大皇家公司旗下)为其提供资助。

资措施。^②进行相关活动所需要的资源可能来源于公共机构(包括国内和跨国性的公共组织),而另一方面,私营部门由于深受这些研究发展的影响,因此也会乐于提供资助。

(二) 争端解决机制的便利化

国际投资制度的正当性在很大程度上不仅取决于能否反映所有利害关系方的需求和利益,还在于保证所有受到该体系影响的当事方都能受益于此。为此,问题的关键就在于,无论是受到损害作出申诉还是作为被申诉方应诉,各当事方应有平等的机会利用争端解决机制。在实践中,如果不能做到这点,而仅仅是那些相对大型的企业和富裕的国家能实际上有效地利用争端解决机制,那么国际投资体系的正当性就沦为空谈^③(这也是成立 WTO 法咨询中心的考量之一)。但实际上,除了此前所提到的问题,当前争端解决机制的架构势必导致相对贫穷的国家和中小型企业利用争端解决机制时会遇到障碍。现实中仲裁费用居高不下,特别是对于所在地区未建立仲裁中心或者没有合格的仲裁员和从业者的当事人更是如此。正如前国际法院院长桂劳姆(Guillaume)所言,“利用国际裁判机制不应受到资金不足的影响。”^④此外,由于受到国际投资影响的利害关系方不断增加,更应该为这些利害关系方提供发言和提出诉求的机会。

诚然,解决这些问题可以有各种不同的选择,包括成立国际投资法的咨询中心,设立微小案件裁判庭,采用第三方融资的模式以及构建更宽泛的利害关系方诉求机制。

^② 虽然 OECD 的投资自由化圆桌会议程序(包括 OECD 成员和一些观察员),以及 G20 集团对 WTO、OECD 和 UNCTAD 有关贸易和投资措施都涉及这一领域,但它们的努力都受到其本质是政府间组织的限制。

^③ 存在的问题还包括其他主体的准入,如提交法庭之友意见陈述。与此相关的还包括反诉。

^④ 前国际法院院长桂劳姆法官在 2001 年 10 月 30 日纽约举行的联合国大会上的演讲(号召联合国各成员国向 1989 年建立的信托基金捐款,以帮助发展中国家更好地利用国际法院的争端解决机制)。皮特·H. F.·贝克(Pieter H. F. Bekker)在 2010 年 3 月 19 日纽约举行的哥伦比亚维利可持续发展中心“有关国际投资仲裁中国国家和国家控制实体作为原告问题的圆桌会议”上引用了该讲话。

1. 成立国际投资法咨询中心

为了保证相对贫穷的国家以及利用争端解决机制较少的国家(这类国家对于建立强有力的应诉团队没有特别的兴趣)能够有效应对对他们的申诉,应成立独立的国际投资法咨询中心。成立国际投资法咨询中心的目的在于,为成员方应对投资者诉求提供法律或行政上的帮助^⑤,包括争端解决前的建议(例如投资者诉求的理由十分充分,咨询中心可能建议被诉国家与投资者和解)。它同时还会鼓励当事方选择其他争端解决方式(如调停或调解),帮助各国建立争端预防和冲突管理机制。国际投资法咨询中心更长远的计划还包括帮助发展中国家参与到国际投资协定和国家契约的谈判中,增强国内解决争端的能力,以及这些方面的培训。^⑥在模式选择上,咨询中心可以采用日内瓦WTO法咨询中心的模式^⑦,但同时应注意到两者之间的差异,WTO国家间争端解决主要建立在多边规则的基础上,而投资者—国家间争端解决则立足于大量双边和区域性条约。

贸易领域在这方面的进展之一是地区性的太平洋岛屿论坛国家贸易顾问办公室。^⑧此外,拉丁美洲国家正在讨论建立国际投资法和投

^⑤ 该咨询中心也可应用于反诉和涉及合同的情况。

^⑥ 即使不借助于咨询中心,技术援助,特别是在有关投资争端解决以及国际投资协定谈判的问题上,对发展中国家代表的技术援助(如特定的培训),都十分重要并需要更多的关注。

^⑦ WTO咨询中心是一个独立的、提供法律援助的政府间组织。该中心根据《成立WTO法咨询中心协定》于2001年成立。该中心独立于WTO,为发展中国家和经济转型国家或任何由联合国认定的最不发达国家提供法律服务和法律援助。它所提供的帮助包括争议发生前的建议和政府在争端解决程序中的陈述。该服务通常情况下是免费的,或者按照所提供建议的类型、该国经济发展程度及其是否为咨询中心成员给予折扣。该中心另一个暂时项目是培训贸易律师,从而提高发展中国家官员的能力。进一步的信息,参见The Advisory Centre website, <http://www.acwl.ch>。

^⑧ 太平洋群岛区域成立的首席贸易顾问办公室(OCTA)是为太平洋岛屿论坛国家提供独立的建议,并为谈判《太平洋群岛与澳大利亚和新西兰更紧密经贸关系协议》(其中有可能包括投资一章)提供支持。澳大利亚和新西兰分别为前3年的初期安排提供50万澳大利亚元和65万新西兰元。然而,在之后的谈判中,澳大利亚试图将这些资金限制在谈判《太平洋更紧密关系协定》(PACER Plus)的资助上。See <http://www.octapic.org>。此外,该机构似乎不涉及投资争端解决的事项。

资者—国家间争端解决的咨询机构。^④ 但是,国家间成立类似组织的谈判,以及如何解决财政问题并达成可行的计划,至今都没有实质性的成果。直到最近,UNASUR 和一家新的地区性仲裁中心(可作为 ICSID 的替代)发起建立咨询中心的动议。2012 年 10 月 10 日至 11 日,由秘鲁作为主席国的工作组在亚松森的圆桌会议上提出若干建议。^⑤ 该咨询中心将“就投资争端解决提供法律指导、技术援助、调查、专门研究和法律陈述”。

正如 WTO 咨询中心的实践表明,即使只有少数国家致力于成立咨询中心(或者多个地区性的咨询中心),该努力仍然有可能获得成功。但前提是,利害关系方的观点至关重要,这些利害关系方包括私营的律所(他们可能会认为这些机构会带来不必要的竞争,虽然与咨询机构的合作存在许多途径)。同时,它还面临许多实际的问题,例如资金来源、雇员,以及如何保证咨询中心的独立性、效率和有效性。^⑥ 在设立咨询机构的过程中,各参与方还需要考虑发展中国家的偏好和要求,利用目前已存在的支持框架,保证建立新机构的努力能够填补发展中国家和发达国家间的分歧。尤其是,地方性的咨询中心(以及使用本地区方言的雇员)可以专门致力于处理当地成员关心的问题。

^④ 在拉丁美洲,投资者—国家间争端的增加十分显著。阿根廷和委内瑞拉争端数量大量增加是造成这一局面的原因之一,但其他许多国家也纷纷成为被诉方,包括中美洲的国家。为了回应该地区一些国家的请求,UNCTAD、美洲内部发展银行、美洲国家组织,哥伦比亚大学内设立的哥伦比亚维利可持续发展中心和建立在哥斯达黎加的中美洲研究中心从 2007 年开始致力于建立针对投资者—国家间争端解决的地区性咨询机构。在该项目框架下迄今组织了一系列的会议和研讨会,并对其进行了深入的可行性研究。See UNCTAD, Consultation Report on the Feasibility of an Advisory Facility on International Investment Law and Investor-State Disputes for Latin American Countries, UNCTAD, February 2, 2009. 参与的国家基本上同意成立咨询机构的可行性。

^⑤ 据报道,厄瓜多尔负责公共投资的副部长预见仲裁机构会在 2013 年晚些时候投入运营。参见 *Wall Street Journal*, April 16, 2013.

^⑥ 可以学习资助发展中国家运用国际法院和国际海洋法法庭(ITLOS)的经验。例如, Cesare P. R. Romano 注意到国际法院的信托基金很少被使用。部分原因在于,对于发展中国家而言,程序过于复杂,且捐赠者捐助的能力也有限。更重要的是,该基金不用于一个国家单方提出的争端。与之相反,使用 ITLOS 自愿捐款的程序比较不严格。See the discussion in Cesare P. R. Romano, *International Courts and Tribunals: Price, Financing and Output*, in Stefan Voigt, Max Albert and Dieter Schmidtchen (eds.), *International Conflict Resolution*, Mohr Siebeck, 2006, pp. 198 - 199. 任何面向国家提供的财政或技术援助都需要保证申请程序简单直接,申请条件不会削弱它的有效性或者间接地对特定国家造成歧视,并提前保证这项服务的资金充裕。

2. 设立微小案件裁判庭

为了便于受到损害的小型企业能够得到公正的裁决,有必要参考国内法中的简易案件处理法庭,量身定做成本更低、更及时的争端解决机构及程序。它可以采用迅速完成或者称之为“快车道”的仲裁方式,并且和地区性的机构合作。同时,它还应包含替代性争端解决机制,如调停、争端管理机制(如前所述秘鲁采用的机制),从而为当事方提供有益的帮助。它的优势还在于,可以专门为中小型企业构建独立的机制,中小型企业在面对不公正待遇时,很难利用现有的手段消除政治影响或取得财务支持,因此,这正是它们目前所急需的。另一方面,也有观点认为小型争讼处理机制有可能分流地方法院的案件,削弱地方法院判案能力的发展。此外,这样的机构还可能导致争讼的增长,并对地方法院的劣势造成影响,因此各国政府可能没有兴趣成立相应的机构。

3. 采用第三方融资的模式

当大型公司面临争讼时,如果考虑到机会成本^②,他们可能不愿意利用国际仲裁。^③而第三方融资的出现为该处境下的企业提供了新的机会。同时,和国内法院出现的情况类似,对第三方融资的看法同样存在分歧。由于第三方融资人在仲裁程序中对实质性事项没有直接的利益,牟利的动机会导致他们不关心事实的真相,而通过和解的方式来解决纠纷(降低风险,维持良好关系等)。也有人认为,第三方融资能够潜在地促进公平,更好地管理风险,并通过更专业的意见,评估争讼的前景及处理争讼。他们强调,第三方融资已经得到许多国家的广泛认可,并通过立法或其他规章制度来降低其不利影响。例如,有些争端解决机构要求向专家组和争端相对方披露所有第三方融资的安排。它可以协助评估采用第三方融资对争端解决可能带来的潜在影响。但是,

^② 埃里克·德·布拉班迪尔(Eric De Brabandere)和茱莉亚·拉贝尔泰克(Julia Lepeltak)曾就此作出评论:即使比较大型的跨国公司(MNEs)有能力诉诸投资者—国家争端解决机制,他们“可能不愿意将其自身的资源用于资助冗长且成本高昂的程序,他们更愿意在正常的商业运营中发掘新的投资机会”,“赢得仲裁裁决的不确定性,可能会促使它将风险转移给第三方”。Eric De Brabandere and Julia Lepeltak, “Third-Party Funding in International Investment Arbitration”, 27(2) *ICSID Review* 379 (2012), p. 379.

^③ 第三方出资一般不适用于小型企业,因为这些企业的诉讼标的通常较小,因此,从财务计算的角度,第三方出资者并不愿意资助小型企业。

由于仲裁员通常没有权力对第三方发布命令,要规制第三方融资人在国际投资争讼中的行为还需要各国的协助,并建立多边合作的框架。^④目前,第三方融资的现状十分复杂,要求国际上所有感兴趣的利害关系方组成工作组,评估第三方融资的主要风险,并且对这些风险作出一致的反馈(例如,通过双边投资协定范本中的标准条款、行为准则或国内监管第三方融资人的指南)。

4. 构建更宽泛的利害关系方诉求机制

为了保证任何受国际投资实践影响的利害关系方都能够参与并表达诉求,应考虑建立新的诉求机制。世行内部的监察小组、《北美自由贸易协定》(NAFTA)框架下《北美环境与合作协定》中的公众提呈程序及 OECD《跨国企业指南》中的申诉制度都是这方面的典范。^⑤这些机制通常和一系列的政策相联系,并要求跨国组织、国家或跨国企业承担义务或遵守相应的准则。例如,世行监察小组通过具体的政策和程序,保证世行资助的项目避免或减少对社会和环境造成损害。NAFTA 的公众提呈程序则允许非政府组织递呈请求,指证 NAFTA 成员方不能有效实施环境法。而 OECD 的申诉程序主要针对由政府成立的与国家相关的商业运作,允许公众对不符合 OECD《跨国企业指南》的行为提交申请,要求调查或者提出控诉。据此,由于建立申诉机制有利于保证国际投资实践中更大范围利害关系方的参与及表达诉求,因此应明确相关概念、程序和机制构建等问题。

总而言之,无论是上述的任何一种方法,其目的都在于当国家制

^④ 第三方资助者也可以采取该行动,或间接通过争端解决条款中程序性或实质性的要求。投资者—国家争端解决条款同样要求仲裁庭知悉资助协议的核心条款,并由仲裁员决定在裁决时是否予以考虑。这里应该注意到在仲裁中未披露资助者的参与将违反程序上的善意,而善意原则被潜在地认为是仲裁协议的组成部分。但仲裁庭通常不会作出出格的决定,且很难辨认或区分需要披露的第三方资助的类型。在很多情况下,如果存在第三方资助协议,那么则需要考虑协议中的规定。建议“在决定费用的分担上,仲裁机构应介入并讨论第三方出资的影响和权力”是十分必要的。但是在 *RSM Production v. Grenada* (ICSID Case No. ARB/05/14, para. 68) 案中,专门委员会 2009 年 3 月 13 日的裁决以及 *Ioannis Kardassopoulos and Ron Fuchs v. Georgia* (ICSID Case Nos. ARB/05/18 and ARB/07/15, para. 691) 案仲裁庭 2010 年 3 月 3 日的裁决中,仲裁员认为现存的规则没有要求在决定仲裁费用的分配上考虑第三方出资协议。

^⑤ See Peter Lallas *International Investment Activities: Giving Affected People a Greater Voice and Rights of Recourse*, in Junji Nakagawa (ed.), *Transparency in International Trade and Investment Dispute Settlement*, Routledge, 2013, at pp. 159 et seq.

定监管措施时,应保证信息的透明度以及信息能够被公平获取,并保证存在诉诸司法的可能,从而保护国际投资参与方的权益,而这正是判断监管机制正当性的重要标准。就国际投资制度的未来发展而言,需要重点考虑的问题之一是保证所有利害关系方从国际投资体制中获益。

五、倡导政府间促进国际投资制度发展的进程

在国际投资领域,政府间国际投资协定谈判主要在双边和区域层面进行。政府谈判方能够影响国际投资协定的实质性和程序性内容,并通过这种方式塑造该制度的特征。例如,他们在谈判新的协定时,可能考虑国际投资领域新的发展趋势(例如,通过澄清具体概念的方式),他们可以签订确认书或发表阐释性声明,他们还可以重新谈判国际投资协定(而非延长现存协定的有效期)。^⑤ 所有这些都应被视为在政府间将投资关系带进法治框架的进程。

但现实中,谈判者仍然面临许多挑战:决策者并未充分关注国际投资,从而政府间双边或区域协定不能代表全球的发展趋势。当前发生的某些变化(如争端数量特别是费用高昂的争端数量的增加,前述对目前国际投资协定缺陷的批评)将影响到国际投资框架,而本文前述的一些解决方法(如国际听证程序)也能起到相同的效果。由于一些现实的原因,国际投资议题十分复杂。与跨国投资者的实际运作相比,针对国际投资监管,一些国家间或跨领域的议题存在过度监管或监管不足。^⑥ 由于法律渊源的多样性,虽然很多有约束力的国际投资协定呈现出显著的相似性,但彼此间仍然存在重大区别。这些议题的本质

^⑤ 例如,UNCTAD在授权下,秘密地对各国的国际投资协定进行审查,以考察这些协定不一致、差距、重叠的地方,并提供建议。建立在其投资框架上,往下可能进行的工作包括帮助起草范本条款,促进协定范本的现代化和协助各国解决制定新的多边投资条约及其执行所遇到的问题。这些与国际投资协定相关的审查还包括促进避免争端的政策和采取争端解决替代方案。

^⑥ 近来,从跨国企业税收课征的争论中,可以反映出该议题的显著性。See, e. g., George Osborne, Pierre Moscovici and Wolfgang Schäuble (respectively Ministers of Finance of the United Kingdom, France and Germany), We Are Determined that Multinationals Will Not Avoid Tax, Letter to the Editor, *Financial Times*, February 16, 2013.

都具有国际性,其复杂程度会削弱该体系的核心目标——每个国家作为个体,一方面在国内构建和保持信息的透明度,以及跨国投资者对长期国际投资决策的可预见性,另一方面又需要实现国内公共政策目标。这一现象含蓄地预示了,全球性的现象呼吁全球性的解决办法。

那么,如果答案是肯定的,则有必要寻求多边和诸边层面的解决办法。但这显然不是一项轻松的任务,因为目前的国际投资框架主要还是建立在各国自身的推动上,因此,除非国际投资制度自身能够部分或全部地解决这些潜在威胁,否则存在难以逾越的困难并不奇怪。

最终,当然还要由各国政府自行决定是否参与国际投资的多边或诸边谈判,以及在哪里及如何进行。

(一) 多边层面:在 WTO 组织非正式的大使级会议

从历史进程中可以看出,无论在任何历史阶段,多边投资框架的谈判都是一项极具挑战性的工作:所有曾经的努力都没有取得任何成果。本文在这里谨慎地使用“框架”这个概念,原因在于国际投资协定的前景仍然是不确定的,它有可能只包括用于推动进一步谈判所需的最低限度的权利和义务的分配,或者是囊括国际投资各议题的条约。^⑧ 另一方面,WTO 的多哈回合谈判在多边经济政策的制定上处于主导地位。^⑨ 除非本轮谈判结束,由于国际投资议题饱受争议,各成员方追求的目标不同,不太可能在本回合进行其他努力。但是,各国仍需要建立多边框架,为所有国家特别是小国提供比双边或区域性更有利的安排。他们会希望目标更为明确,其原因在于协定的目标将会决定双边投资协定的实质性内容。最后,过往实践表明,任何多边谈判都需要建立在透明和协商的基础上。但就目前而言,WTO 并无兴趣涉猎投资的所有

^⑧ 例如《联合国气候变化框架公约》(UNFCCC)(Nairobi and Geneva: UNEP/WMO Information Unit on Climate Change, 1992)。

^⑨ 除此之外,主要国家早已率先进行主要区域性和诸边贸易条约(包含投资一章)的谈判(特别是《跨太平洋伙伴关系协议》、《跨大西洋贸易与投资伙伴关系协议》和《国际服务协议》),以及主要的双边投资协定。参见以下评论。

议题。^⑩此外,如果在多边的层面推动、但最后却没有进行下去,反而会对以后类似的努力造成负面影响。

另一方面,WTO的新议程中出现了一些非正式的讨论,可以确定在某些小组讨论已经涉及投资^⑪的内容。^⑫在本文的概述中曾经提到目前国际投资环境的变化,这种变化也影响到各国对多边投资框架的看法,包括新兴市场对外投资者的增加,传统的母国圈定投资保护的范 围,采用扩大解释以潜在地限制监管权,对国际投资在可持续发展问题上的期望不断变化。他们有可能在WTO非正式的代表会议中讨论和国际投资规则相关的议题,了解不同成员方的意图,促使未来的谈判能够将这些议题放在更合适的位置上。

届时,产生的问题是国家就投资问题非正式地交换意见或进行谈判的场所的选择。主要的政府间国际组织有WTO、UNCTAD和OECD,它们都有可能成为谈判的场所,同时具有各自的优缺点。

假定预想的目标是取得具有法律约束力和可执行的多边文件,WTO将会是最合适的谈判场所之一。因为WTO有能力组织多边谈判,同时又足以保证条约义务的履行。虽然多哈回合谈判面临相当多的困难,但这些困难更多源于议程的特性和如何安排,而非该组织谈判

^⑩ 本文作者在2013年1月所作采访得出的结论,它同时回应了UNCTAD几年前的评估。UNCTAD断定:“目前所面临的挑战主要归因于国际投资协定中普遍存在的体系内在缺陷。如果将其继续细化,获得实质上更高水平的统一、透明度和对其合理的发展性关注的认同的前景渺茫。它还存在着这样一种风险,该体系终归退化到不同国家各种规则组成的不透明的大杂烩,特别是能力受限的发展中国家在国际投资体系中的存在会越来越困难。只有国际投资协定体系本身的完善才能有效解决这一缺陷。因此,国际投资框架的最终形成仍然是重要目标,虽然这一领域在可预见的未来还很难看到实质性的进步。”UNCTAD, *International Investment Rule-Making: Stocktaking, Challenges and the Way Forward*, 2008, pp. 4-5; 2012年,UNCTAD又重申了该判断:“目前,各国都不愿协商达成有约束力的多边投资框架。”See UNCTAD, *WIR 2012: Towards a New Generation of Investment Policies*, 2012, p. 6.

^⑪ 本文作者在2013年1月所作采访(文本请向作者咨询)。

^⑫ 2013年4月,加利·霍夫鲍尔(Gary Hufbauer)和杰弗里·斯科特(Jeffrey Schott)在向国际商会(ICC)研究基金会提交的报告中指出:“WTO应为多边投资框架的达成做好准备。”see Gary Hufbauer and Jeffrey Schott, *Payoff from the World Trade Agenda 2013*, *Person Institute for International Economics*, 2013, p. 50. 同样在2013年4月,ICC在多哈发布的2013年贸易峰会议程中也表明其“工作的优先关注点”。该议程包含五项优先关注点,其中一项直指WTO多哈回合谈判并建议:“鼓励在国际投资领域建立高标准的多边框架,从而支撑经济增长和发展,同时,保留目前国际协议所提供的保护水平。”类似地,在全球经济论坛暨贸易和直接投资议程委员会2013年6月的报告中,正如其标题所显示的,号召在投资领域形成多边协议。虽然并非所有ICC成员国同等支持这一倡议,该声明仍然暗示了国际商业社会的关注,国际商业社会作为重要的利害关系方,支持在投资领域形成多边框架。

的能力。此外,就规则的执行力而言,WTO的记录良好。^③ WTO《关于争端解决规则与程序的谅解》中交叉报复的可能性,足以威慑不履行条约义务的一方。当然,可能只有一部分成员方会关注这种可能性,特别是那些准备进入新市场的成员方(例如,发达国家通过投资进入新兴市场时被施加相应的条件)。与此同时,这并不是WTO首次涉及与投资有关议题的范例。WTO《与贸易有关的投资措施协定》(《TRIMs协定》)主要处理贸易中与投资相关的具体问题,更重要的是,《服务贸易总协定》(GATS)也包含和国际投资相关的法律义务,例如通过商业存在的方式提供服务(第3种方式)。^④ 此外,虽然2003年坎昆会议决定在多哈回合谈判中暂停贸易和投资关系的讨论^⑤,WTO早期关于投资的谈判仍然能够提供有用的信息基础,并成为审视何为正确进展方向的起点,成员方可借此将投资议题的谈判继续下去。^⑥ 同时,我们还要注意,WTO的成员方不断扩张(虽然并未囊括所有国家或地区),连同区域政治的影响,增加了WTO谈判的复杂性。无论如何,除非多哈回合谈判以某种形式结束,如前所述,它不太可能增加新的议题。而且,将投资者—国家间争端解决程序引入WTO,对于该组织框架显然是个挑战,因为WTO争端解决机制建立在国家间的基础上。进一步会碰到的难题则是区分非正式的“初步讨论”和实际进行的谈判:如果对话是从WTO开始,它会被理解为谈判的第一步,并照此开始自由的讨论。

UNCTAD作为联合国的组成部分,是处理和投资及发展包括国际投资协定相关所有事项的机构。它得益于政府间通过世界投资论坛和投资委员会建立的达成共识的程序。在过去的四十年中,它的投资部门拥有大量的研究资料和专家,研究范围涉及所有的投资议题。它提供全面的技术援助和能力提升项目(共同构成规则制定和执行机制的重要组成部分),拥有由不断壮大的利害关系方队伍组成的大型网络

^③ 《TRIPS协定》在多边贸易框架下进行谈判的主要原因之一是WTO引导成员方履行国际条约义务的有效性。

^④ 需要注意的是,2010年,国际直接投资近2/3的流入流出都在服务部门。

^⑤ WTO, Decision Adopted by the General Council on August 1, 2004; WT/L/579, August 2, 2004.

^⑥ 严格说来,虽然WTO贸易与投资工作组进入了休眠期,它仍然可以由成员方决定重新启动。

(这是多边共识构建不可缺少的组成部分),更重要的是,无论对发展中国家还是发达国家而言,它在国际投资共同体中累积了长期的信誉。此外,即使不提多边谈判,UNCTAD近年来发起了可持续发展投资政策框架,该框架致力于为国内、双边和区域性投资政策的制定提供指南,并成为多边谈判达成共识的基础。虽然,仍有些发达国家对于在联合国讨论投资议题心存怀疑,但这并不意味着不能在UNCTAD进行初始的讨论、建立共识和开始初期的谈判。如前所述,它在这些方面仍然具有特殊的核心竞争力。

无论是在整个国际投资领域、还是仅就投资协议而言,OECD都起到了重要的作用。1967年OECD颁布的《保护外国财产公约草案》即被视为第一代BIT的模板。在20世纪80年代末90年代初,OECD主持了《多边投资协议》(MAI)谈判,虽然最终没有达成具有约束力的协议,它还是为不断变化背景下投资规则的制订提供了大量的信息。自此之后,OECD的投资委员会,以及近期成立的投资自由化圆桌会议,就投资规则的各方面做了大量工作,包括争端解决条款、最惠国待遇、国家安全、公平公正待遇和间接征收等。OECD还在矿业供应链企业的尽职调查和负责任商业行为等问题上提供了综合性的指引,包括通过国家联络处构建的创新性的争端解决机制。OECD成员国的数量不断增加,支持其投资文件的非成员国的数量也不断增长,而它的投资自由化圆桌会议还吸引了巴西、中国、俄罗斯、南非等非成员国的参与。由于OECD的成员国不具有普遍性,且在一些地区被认为主要是发达经济体利益的代表,因此有可能出现质疑的声音——OECD是否有资格独立组织谈判。

对此,还有一种选择是由政府间组织共同主导,但它通常不被认为是有效的方式。^⑦能参与共同主导谈判的政府间组织不仅包括上述三个组织的代表(在国际投资问题上显然还有ICSID),还包括区域性处理国际投资事务的组织,如东南亚国家联盟(ASEAN)^⑧、南方共同市场

^⑦ 需要注意的是UNCTAD、WTO和OECD秘书处共同合作准备提交给G20集团的投资政策报告。

^⑧ 2009年2月26日泰国佩布里府达成的ASEAN《综合性投资协议》。

(MERCOSUR)^⑨和南部非洲发展共同体(SADC)^⑩。我们假定,参与的这些国际组织都获得各自管理机构的授权并支持该项活动,虽然非正式的安排也是可能的。这些组织可以共同提供合适的讨论投资问题的场所,保证所有国家和利害关系方普遍的、包容性强的、透明的参与,从而确保其正当性并立足于发展问题。

(二) 诸边层面:开启开放、独立的政府间进程

缺乏强制性的多边讨论或谈判的论坛并不会排除另一种选择,由一个、两个或一组感兴趣的国家(最好同时包含发达国家和发展中国家),发起开放、独立的政府间的沟通^⑪,并采取更有利和可行的诸边模式(最后也可能演变为多边模式)。除了新成立的特设机构,G8和G20可成为谈判的潜在发起人,或鼓励其本身启动相关程序。G8的劣势在于创始成员国不包括发展中国家,不太可能得到发展中国家的支持。^⑫与之相反,G20则包含了一系列不同类型的主要国家^⑬,在2010年到2011年间代表了全球70%的直接投资流入和80%的直

^⑨ 《南方共同市场促进和相互保护投资协议草案》(1994年1月17日)(MERCOSUR/CMC/DEC No 11/93)。

^⑩ SADC《金融和投资协议草案》(2006年8月18日)。

^⑪ 这一方法并不新鲜。例如,1996年一些后来被认为是核心国组成的国家集团(一开始包括奥地利、比利时、加拿大、爱尔兰、菲律宾、墨西哥、荷兰、挪威、南非和瑞士,此后巴西、哥伦比亚、法国、马来西亚、新西兰、葡萄牙、斯洛文尼亚、英国和津巴布韦也纷纷加入),对日内瓦裁军会议不满,率先独立于裁军会议之外,谈判禁雷条约,同时他们还认购了相关预算。后来,许多国家的政府加入,最终超过100名代表在1997年的典礼上签订了《渥太华条约》(1997年12月3日签署、1999年3月1日通过的《关于禁止使用、储存、生产和转让杀伤人员地雷及销毁此种武器的公约》),但一些主要国家,如中国、埃及、俄罗斯和美国并未签署该公约。类似地,虽然联合国大会1990年成立《气候变化框架公约》政府间谈判委员会,并在1992年5月通过该公约,主持谈判的机构是一个独立的临时秘书处,并非隶属于联合国。谈判之所以能够迅速达成的原因在于政府间气候变化工作组早期进行的准备工作。同时,我们还应注意到正如该框架公约的名称所暗示,它只是一个框架,更具体的承诺(如排放限制)还需要后续的努力。在日内瓦讨论的国际服务协议同样包含独立于WTO的程序,有关成员方谈判达成有条件的诸边协议,以供其他成员方在未来加入。

^⑫ 然而,G8还是就投资问题通过了《海利根达姆程序》。按照其框架,一些重要发展中国家参与G8集团代表有关投资问题的讨论,研究投资领域的规则制订是否存在共同的基础。该论坛举行的最后一次会议是在2012年4月,但在本文完稿时,又在2013年5月13日举行了一次会议。

^⑬ G20集团的缺陷之一可能在于它由财长构成,而并非所有国家的财长都负责国际投资事务,该问题产生的另一部分原因还在于在多数国家,国际投资问题并未在部长级层面受到重视。

接投资流出。^④而且,G20在其公报中已探讨过国际投资议题。^⑤如果G20希望启动这项议题,它只需要开启关于投资规则更有利和更可行的诸边/多边框架的探索过程。它甚至还能提供全面的政治性的指引(欧盟和美国都更关注本身投资协定的谈判)。^⑥例如,它可以确认目前国际投资制度亟须完善的问题,指出国际投资协定理应服务的目标,以及确认一些核心原则,如投资者保护的重要性、监管的权力、负责任商业行为的必要性和合理的争端解决机制。^⑦G20还能够有效推动政府间合作,并为其设置进程(投资领域国际或区域性组织的工作人员都能服务于此),而其他国家也能够参与,最终实现对国际投资协定关键概念的澄清,以及与争端解决相关或国际投资制度中组织框架相关的讨论——即使最终并不能实现多边投资制度的创新。^⑧

无论在多边或诸边层面,任何政府间谈判进程都需要建立共识程序的先行或支持,这种程序类似于《企业和人权指导原则》准备过程中采取的程序(还可能包括前述的一些方式)。《企业和人权指导原则》

^④ G20集团的成员国包括阿根廷、澳大利亚、巴西、加拿大、中国、法国、德国、印度、印度尼西亚、意大利、日本、韩国、墨西哥、俄罗斯、沙特阿拉伯、南非、土耳其、英国、美国和欧盟,欧盟的代表是欧盟委员会主席和欧洲央行总裁。

^⑤ 2012年11月5—6日在墨西哥城举办的G20集团首次贸易和投资促进高峰论坛中,与会代表“同意建立常规的交换贸易—投资促进和政策支持的平台”。在这个平台中,G20的地位不仅代表国家,还代表商业社会。2012年12月12日,俄罗斯工业和企业家联盟作为东道主,主持了第一次G20投资和基础设施建设商业工作组会议,致力于联合G20成员国政府和跨国企业共同投资促进经济增长和复苏。Russia G20, Moscow Hosted a Meeting of the Business 20 Working Group on Investment and Infrastructure, December 12, 2012, at <http://www.g20.org/news/20121212/781066016.html>。另参见早期G20有关投资保护主义的讨论:在其多次高峰论坛中,G20一贯强调“坚决抵制任何形式的保护主义”,各国也纷纷采取措施“回应有关投资和与投资相关措施的倡议”。参见OECD和UNCTAD 2012年《G20集团有关投资措施的第8次报告》和UNCTAD的《UNCTAD—OECD有关G20投资措施的联合报告》。

^⑥ G20集团《关于国际投资的共同原则声明》列举了7项关于投资自由化和投资保护的原则。进一步的评论参见:European Commission, Press Release, EU and US Adopt Blueprint for Open and Stable Investment Climates, Brussels, April 10, 2012, at <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=796>; Statement of the European Union and the United States on Shared Principles for International Investment (EU-US Statement), at http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2012/april/tradoc_149331.pdf。

^⑦ 例如,申明双方必须做到:(i) 开放和非歧视性的投资环境,(ii) 机会均等,(iii) 为投资和投资者提供强有力的保护,(iv) 公平和具有约束力的争端解决机制,(v) 坚决贯彻透明度和公众参与的规则,(vi) 负责任的商业行为,(vii) 限制需要进行公共安全审查的事项。

^⑧ 安德斯·阿斯拉德(Anders Åslund)建议:“G20应在2013年圣彼得堡高峰论坛上进行政治性施压,促成多边投资协议(MAI)谈判”;他认为“应在WTO框架下进行MAI谈判,形成诸边协议,而非适用于所有成员方的协议”。

是在联合国企业与人权秘书处特别代表约翰·鲁杰(John Ruggie)教授的领导下,在第一阶段得到认可的“保护、遵守和救济”框架的基础上,通过两个阶段最终完成的。大范围的利害关系人的参与和磋商确保了一系列健全的规则的形成,并由此获得了广泛的支持和采纳。^⑨ 在获得联合国授权准备指导原则的过程中,特别代表及其团队在各大洲组织了47次全球性的咨商,参观了超过20个国家企业的运营并拜访了当地的利害关系方。此外,一些原则,例如为商业、企业和团体非司法申诉机制设立可执行的标准,还通过试点计划得到了“实地测试”。它的一些具体义务安排在一开始放低门槛的做法被证明大有裨益,具有多边或诸边投资制度所不具备的优点。《企业与人权指导原则》谈判过程的成功,为投资领域提供了多利害关系人参与时如何建立共识的范本。

(三) 通过关键谈判产生国际投资规则的范本

因此,问题的关键在于政府是否愿意参与到广义的政府间谈判进程中去,特别是就投资议题进行磋商,即使这种磋商是在有限的框架和非正式的论坛中进行,且无论主要的利益团体是否支持这种尝试。也就是说,目前关注的焦点应该更加现实并探索其他选择,例如弄清楚利害关系方在投资议题上的观点和他们设想的解决办法(如通过国际性听证会的方式),制订国际投资协定范本,建立各种国际性工作组并在核心议题上达成共识,以及/或者建立具体机制完善投资制度。这里所述的行动模式都应与现在正在进行的双边和区域性投资谈判结合,并最终采取多边或诸边的途径。

未来将要作出的任何决定都应考虑到,近年来(直到2014年5月本文完稿时),一些主要国家都致力于参与双边和区域性的投资谈判。这意味着,国际投资制度一直处于不断变化中(当然谈判也为吸收变化提供了机会),而且,谈判所产生的“事实上”的范本,引起国际投资

^⑨ 一些国家(如南非、澳大利亚和美国近来就其国际投资法和政策框架的审查和回顾)提供了有用的借鉴。

协定实体性和程序性内容不断走向统一化。^⑩ 特别需要提到的是 TPP 的谈判^⑪,《亚洲全面经济伙伴关系协议》^⑫,加拿大和欧盟的自由贸易协定谈判(同样包括投资的内容)^⑬,印度和日本、中国和美国^⑭(以及有可能和欧盟^⑮)的双边投资协定谈判,欧盟和印度、日本的谈判^⑯,以及美国倡导的《环大西洋贸易和投资伙伴关系协议》^⑰,印度和美国的

^⑩ 这个情况会发生在已经存在的国际投资协定重新谈判的背景下,目前,由于大量的旧协议已到终止期,这类谈判会越来越经常发生。另一方面,重新谈判还可能发生在双方决定等其他情况下(例如,2005年,美国—乌拉圭 BIT 谈判在乌拉圭批准前又重新展开,参见 Jeswald W. Salacuse and Nicholas P. Sullivan, Do BITs Really Work? An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain, 46 (1) *Harvard International Law Journal* 67 (2005), p. 78. 此外,如果双方同意,BIT 也可以提前终止,但条约的效力存续条款仍可适用。See Martin Shabu, Czechs Face Uphill Battle To Cancel US Investment Treaty, *CzechPosition.com*, April 7, 2011, at <http://www.ceskapozice.cz/en/news/politics-policy/czechs-face-uphill-battle-cancel-us-investment-treaty? page = 0%2C2%2C1>). 例如,澳大利亚—智利 BIT 在双方达成自由贸易协定后终止。参见《澳大利亚—智利自由贸易协定》的附件 10—E。

^⑪ 参见已被批露的《TPP 草案》中的投资一章。See Citizens Trade Campaign, Newly Leaked TPP Investment Chapter Contains Special Rights for Corporations, June 13, 2012, at <http://www.citizenstrade.org/ctc/blog/2012/06/13/newly-leaked-tpp-investment-chapter-contains-special-rights-for-corporations/>. See also Julien Chaisse, The Regulation of Investment in the TPP: Towards a Defining International Agreement for the Asia-Pacific region, in N. Jansen Calamita (ed.), *Current Issues in Investment Treaty Law V*, *British Institute of International and Comparative Law*, 2013.

^⑫ 其中包括 ASEAN 国家,以及澳大利亚、中国、印度、日本、新西兰和韩国。该协定涵盖投资议题并预计在 2015 年年底达成。See UNCTAD, *Investment Policy Monitor*, No. 9 (March 2013), p. 8.

^⑬ 2013 年初,加拿大和欧盟开始广泛性的经济和贸易协定的谈判,其中也包含投资一章。See EC Trade, Canada, at <http://ec.europa.eu/trade/creating-opportunities/bilateral-relations/countries/canada/>.

^⑭ 中国和美国自 2008 年 6 月伊始,进行双边投资条约的谈判。See Karl P. Sauvant and Huiping Chen, A China-US Bilateral Investment Treaty: A Template for a Multilateral Framework for Investment, 85 *Columbia FDI Perspectives* (December 17, 2012)。该文对此进行了简要的评论。

^⑮ See DG-Trade, ROADMAP: EU-China Investment Relations, (2012), at http://ec.europa.eu/governance/impact/planned_ia/docs/2012_trade_03_china_investment_agreement_en.pdf.

^⑯ See EC Trade, Japan, at <http://ec.europa.eu/trade/creating-opportunities/bilateral-relations/countries/japan/>. European Commission, EU-Japan Free Trade Agreement: Commissioner De Gucht Welcomes Member States' Green Light To Start Negotiations, November 29, 2012, at <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=847> et al.

^⑰ Memorandum, European Commission, Statement from United States President Barack Obama, European Council President Herman Van Rompuy and European Commission President José Manuel Barroso, MEMO/13/94, February 13, 2013, at http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-94_en.htm.

双边投资协定谈判。^⑧ 尽管存在这些进展,我们仍应意识到,巴西未进行双边投资协定的谈判;南非声称“除非受到经济、政治环境的压力,未来不再签订双边投资协定”^⑨;由于争端解决程序所带来的难题,印度在对该国双边投资协定范本审查结束之前,暂时中止所有谈判。^⑩ 此外,欧盟根据《里斯本条约》的条款,正在考虑建立一套其特有的国际投资协定谈判的程序。^⑪

最终,这些谈判如能取得成功,会成为未来谈判重要的里程碑。他们很可能缩小国际投资协定关键条款间的差异(例如,对重要保护标准的澄清,勾勒监管的边界,回答和可持续性国际投资相关的问题,解决争端解决程序中出现的情况^⑫)。其结果是,在这个过程中很可能产生适合未来国际投资协定谈判的模式。此外,除非上述一部分或绝大多数谈判最终结束,主要国家可能没有兴趣开始更大范围的国家间针对投资的谈判程序,所以等待他们和主要谈判对手就核心议题谋求解决办法后再开始新的议程不失为明智之选。

^⑧ Anirban Bhaumik, India, US Set To Sign Bilateral Investment Treaty, Deccan Herald (New Delhi), October 1, 2012, at <http://www.deccanherald.com/content/282459/india-us-set-sign-bilateral.html> (该文引用了印度驻美国大使拉奥琦(Nirupama Rao)的观点,他提出,两国在推进双边协议达成时,会致力于“保证透明度、投资者的可预见性和支持两国的经济发展和增加就业岗位”)。

^⑨ Speaking Notes for Minister [Robert Davies, Minister of Trade and Industry] at the Discussion of UNCTAD's Investment Policy Framework for Sustainable Development (IPFSD), Geneva, Switzerland, September 24, 2012, mimeo., p. 5, reprinted in 69 *South Bulletin* (November 21, 2012), pp. 7-8. 该声明同时指出,内阁“应指导 BIT 的修订。南非第一代 BIT 是在 1994 年民主改革后不久签订的,其中大部分目前已经到了终止的时间,需要重新审查,最好能根据新的 BIT 范本和条约重新与对方进行谈判”。

^⑩ Sujay Mehdudia, India Places All BIT Talks on Hold, Pending Review of Own Model Deal, 31(5) *Inside U. S. Trade*, February 1, 2013, p. 1.

^⑪ 从 2009 年起,根据《里斯本条约》,投资政策的制定主要由欧盟委员会而非各成员国负责。参见 2007 年 12 月 13 日签订,2009 年 12 月 1 日生效的《里斯本条约》。《里斯本条约》(2007/C 306/01)是对创建欧洲经济共同体的《罗马条约》和建立欧盟的《马斯特里赫特条约》的修改。《里斯本条约》第 2B(1)条规定,欧盟有制定“共同商业政策”的排他性权力,第 188C 条规定直接投资政策属于“共同商业政策”。这些“共同商业政策”执行的势头越来越大。

^⑫ 例如,美国相对近期的国际投资协定包含呼吁建立上诉机制的条款(虽然在该问题上并未采取实际的行动)。例如,参见 2005 年美国—乌拉圭 BIT 第 28 条。UNCITRAL 关于透明度问题的的工作也与此相关,其最后文本在 2013 年 2 月达成。

结论:在国际投资领域建立共识的必要性

国际直接投资是将货物和服务带到外国市场最重要的手段,它同时还将在国内生产体系和国外市场连接在一起。贸易是国际经济事务的另一种重要形式,它的治理基于连贯的多边贸易框架并由受到推崇的争端解决机制保证运行。然而,构成国际投资关系的制度框架却几乎仅以投资保护为指向,以与投资相关的问题为基础,投资标准是其核心,该制度还选择仲裁作为争端解决的方式,包含多样性的法律渊源,在机构框架上呈现出松散和碎片化的特点。

虽然,绝大多数国家都以这样或那样的方式参与国际投资法和政策制度的构建(各国政府签订超过3000个国际投资协定的迹象表明,他们希望能在国际投资领域形成国际性规则),但国际上仍然广泛认为目前的制度亟须完善。目前需要作出改变的地方包括优化现有框架,进行修补,并从根基上加以改变。换句话说,在利害关系方内部,对于改变的程度、方向和实现的目标都有各种不同观点。具体而言,国际商业社会以及国际仲裁从业者并未考虑过于激进的变化,虽然越来越多的企业和从业者的观点趋向灵活且更容易被说服。另一方面,市民社会的各种组织通常更愿意从根本上改变国际投资制度,虽然对于改革的性质也有不同理解。而各国政府正在继续积极推进国际投资制度的构建并在该进程中占据主导地位。虽然一些国家考虑退出,更多的国家希望随着时间的推移,逐渐加入可能的新的要素,改变国际投资制度的本质。总的来说,由于没有一个利益团体的观点被认为绝对正确,情况十分复杂,但仍然有必要在各利害关系方间建立沟通的桥梁。虽然该体系的现代化和改革是可能的,它仍然要求通过审慎的进程来协调一系列不同的利益。

条约和仲裁实践的发展可以为国际投资法和政策制度的完善带来很好的机遇。可以说,该体系所面临的一系列挑战在很多方面反映了发展中的危机——即在成长过程中出现的危机,其原因在于该体系十分年轻且进展迅速。

但是,国际投资制度还面临着基础性危机,因此,至少在一定程度上需要从范式上加以改变。

在国际投资制度走向成熟的正常过程中会遇到哪些挑战,其基础性议题如国际投资制度的目标和该体制的内容会有哪些变化并不明确。但无论如何,国际投资制度走向成熟的过程需要耗费大量的时间。

那么,在目前的情势下该做些什么?国际投资制度的进程何去何从?

首先,有必要加快国际投资制度演变的速度,并反映所有利害关系方的切身利益,最重要的是寻求强势的投资者保护和政府追求合理公共政策目标间的平衡,在国际投资制度全面现代化目标的框架下,对实体性和程序性条款加以完善。

但是,由于国际投资制度过于松散和机构体系碎片化的特点^⑧,并不存在毫无争议的组织主导谈判,推动国际投资制度向前发展。当然,主要的国际组织,特别是 UNCTAD、OECD 和 ICSID,在国际投资领域十分活跃,即使不能进一步深化,也可以继续从事他们正在进行的有价值的工作。另一方面,政府在可预见的将来不会愿意给予任何国际组织超出目前所做工作的授权,同时,正如政府代表经常铭记在心并在国际投资论坛中提到的,开启实质性谈判最终将会招致各国政府的反对,因此在政府间论坛开始新的讨论也十分困难。如果 WTO 多哈回合谈判最终达成共识,并开始新一轮谈判,它或许会包含投资议题(建立在 GATS 和早期在投资议题上已进行工作的基础之上),但这更多是一种假设而非可能。此外,几乎所有国际投资领域重要的参与者都在进行双边或区域性投资谈判,他们只会考虑等待目前谈判取得成果后再作进一步的努力。

基于目前的状况(以及联合国^⑨、OECD 和 WTO 过去失败的努力),国际投资法律 and 政策的构建需要独立、开放的达成共识的程序,它首先应有计划地决定要开展的议题,讨论如何以及在哪里讨论这些议题,并就解决办法提出建议。为了增加可信度,主要利益集团的代表,包括国际和区域性政府间机构处理国际投资的代表都应参与,而实际上,这些机构的代表都应以各种方式(至少是非正式的方式)服务于

^⑧ 如前所述,在国内层面也能找到这种碎片化,许多政府部门(以及其他行政部门和组织)负责国际投资的各个方面,这导致在一些情况下,一国政府内部对具体问题由哪一国际组织负责很难达成统一意见。

^⑨ 参见联合国 20 世纪 70 年代和 80 年代谈判达成的《跨国公司行为守则》。

国际投资制度谈判的进程。小型国家也有责任推动国际投资制度的谈判,事实上如果它们这么做,会得到其他主体热烈的欢迎。当然,最佳方案是由一个国家,或少数几个发达国家和新兴市场,发动一个包含大量议题、非正式但致力于构建多数利害关系方共识的程序,这个程序能够完善国际投资体系并重建各方的信心。本文认为,可以通过G20发动谈判并鼓励感兴趣的國家参与。令人振奋的是,在赫尔辛基进程中,芬兰和坦桑尼亚发起的针对全球治理的磋商已经提出这一倡议。

完善国际投资制度的进程还包括各种各样的活动(或鼓励其他主体参与其中)。本文认为,提供选择的菜单应包含前文提到的各种方式(以及在这些方式细化过程中出现的其他更可取的方式):事实调查(如针对投资制度的国际听证程序、对国际投资法的精义诠释);商业和市民社会间的圆桌对话,达成共识工作组就实体性议题(如国际投资制度的目标、可持续性的国际投资以及其他一些概念的具体内容)和程序性议题(如争端解决)的讨论;双边投资条约范本;具体的促进投资制度发展的机制(例如针对国际直接投资中出现的保护倾向的观察组、国际投资法的咨商中心以及面向更广泛的利害关系人的求偿机制);建立多边投资框架必要性的讨论。它还可以鼓励致力于投资的国际组织间更广泛的合作。另一方面,在国际投资制度完善的过程中还能识别“容易摘到的果实”(例如,各方都普遍认为需要推动的具体议题,如协定选用、滥诉)等。在相关议题研究成果的支持下,设计各种备选的解决办法并提供给各国政府作为参考。

在国际投资领域,虽然最初只是建立共识的进程,但终究有可能发展为国际投资指导小组,从而在更大范围的政府间谈判中施加影响。政府间谈判达成的决议以及由此形成的框架,最终将决定国际投资法和政策制度未来演变的路径,无论其未来演变发生在双边、区域或多边层面。

(编辑:韩秀丽)