



Columbia Center
on Sustainable Investment
A JOINT CENTER OF COLUMBIA LAW SCHOOL
AND THE EARTH INSTITUTE, COLUMBIA UNIVERSITY

投资协定的成本与效益

各国实际考虑因素

政策论文 2018年3月



Columbia Center on Sustainable Investment
是一个领先的应用研究中心和论坛，致力于可
持续国际投资的研究、讨论和实践



致谢

此报告由开放社会基金会及瑞士发展和合作
署支持发布。

作者

Lise Johnson, Lisa Sachs, Brooke Güven
and Jesse Coleman.

封面图 位于印度尼西亚文多梭东爪哇省 Mount Lien 的硫矿
开采点。© RXPPhoto.
设计 Onehemisphere.se

ccsi.columbia.edu

目录

第一部分 引言	4
第二部分 投资协定的成本与效益——研究成果	6
预期效益	6
对内投资增加	6
对外投资增加	8
争端的“去政治化”	9
成本	11
诉讼	11
负债	11
声誉成本	11
政策空间缩小	11
扭曲的权力动态	13
在国内立法过程中发挥的作用减少	14
法律的不确定性	14
关于成本与效益的结论	15
第三部分 下一步计划	16
现有的条约	17
未来的条约	17
附录一、关于投资协定和投资流量研究的选定参考文献	18
注脚	20



位于西班牙力拓河阿塔
拉亚的露天铜矿。

第一部分

引言

全球许多国家的政府都在对自身签署的国际投资协定和国际投资政策进行批判性思考，促使他们思考的部分原因是公众对于政府如何以最好的方式吸引并管理跨国企业进行的讨论越来越多，对政府施加的压力越来越大。

一些现象正在引起人们的高度关注：第一个现象是在国际投资协定下发生的投资者-国家争端解决机制 (ISDS) 相关索赔数量不断增加，其中涉及各类索赔，索赔方以被索赔方违反开放性协定标准为由索要数百万，甚至数十亿美元的损害赔偿。截止到2017年7月31日，共有817件已知 ISDS 索赔案，至少 114 个国家已面临正式索赔。¹ 鉴于第一件 ISDS 索赔案于30年前发生，并且，2000年之前已发生的索赔案数量不足50，所以，上述索赔案数量十分惊人。² 这就意味着，投资协定和ISDS的影响在近15年内才开始变得逐渐明显。

第二个相关因素是，新协定的洽谈过程吸引了更多公众关注。有些新协议对国家政府监管投资者和投资项目的权力施加的限制史无前例，其条款复杂程度也达到了前所未有的水平。其它协议（例如：巴西签订的协定）则规避了对投资者的有力保护，更加务实地关注如何促进投资。³

第三个因素是各国专注于吸引有助于促进本国可持续经济增长和发展的投资，并在此种情况下评估能够有效、高效达成这一目标的政策和工具。作为评估组成部分，这些国家重新评估了投资协定是否实际上有助于提高投资流量，投资流量带来的任何潜在效益是否超过诉讼费用、潜在负债、政策空间缩小或其他因素造成的损失，以及是否存在能够符合其吸引投资和发展目标的更好政策。一些传统资本输出国家也在评估他们签订的投资协定是否能够与他们对资本输入合作伙伴采用的开发政策保持一致。⁴

因此，各国越来越认识到根据将来背景评估现有投资协定和政策的重要性，并且以更具战略性的视角考虑这些投资协定的优势和劣势，以及是否应该签署和何时签署此类协定，协定中应当包含哪些条款，以及是否应维持或修改此类协定。本研究论文旨在通过 (1) 对附带 ISDS 的投资协议的成本和效益进行概述以及 (2) 检验政策含义和结论来帮助研究人员完成相关分析。

总之，本文强调，投资协议的成本变得日益明显，但效益却有很大的不确定性。因此，各国此时正该审视自身与投资协议相关的政策和惯例。本文结论针对各国在对投资协议的成本和效益进行评估时可采用的实用步骤提出了建议，并且指明了与管理现有协议中包含的义务和制定未来协议有关的各项考虑因素和策略。



在印度尼西亚 Argapura 的洋葱种植园工作的农民。



通向水道的地形鸟瞰图。

第二部分

投资协定的成本与效益

研究成果

预期效益

对内投资增加

签订投资协定的常见理由是此类协定以及其中的ISDS条款能够鼓励投资。但是，投资协定是否具有增加投资流量的效果目前尚无定论。⁵ 简而言之，大量定

量和定性证据都未能支持人们对 [双边投资协定 (BIT)] 作用的普遍假设——即吸引外国投资。无论是直接投资还是间接投资，大多数投资者在确定前往哪国投资以及投资多少时，双边投资协定看似并不重要。⁶

关于外国直接投资（FDI）决定因素的研究确认，在投资者作出投资决策时，其它因素（例如市场规模及成长、自然资源可用性以及软硬基础设施的质量）要比投资协定重要得多。⁷ 例如，这有助于解释为何美国与中国并未签订投资协定，但中美之间的投资流量却极大，以及为何巴西与 ISDS 之间并未签订经批准的投资协定，但巴西却一直一直是外国投资的主要目的地。同样，这项结论也有助于解释为何已经退出投资协定的国家并未失去外国直接投资：

- » 数年之前，南非已经宣布终止自身签订的各项双边投资协定，并自此几乎终止了南非与各资本输出国之间签订的全部协议；⁸ 然而，直至2016年，南非依然是非洲外国直接投资项目的首要目的地；⁹
- » 印度尼西亚于2014年宣布终止部分双边投资协定，并且自此终止了之前已签署生效的53份双边投资协定之中的27份；¹⁰ 虽然如此，2016年，“由于开展了多个金属、化学品以及煤炭、石油和天然气项目，通过资本投资流入印尼的国外直接投资增长了130%，达到385亿美元”；¹¹ 以及
- » 印度于2015年发布了新双边投资协定模型，显著减少了相关保护措施（相较于之前签订的协议），但却成为外国直接投资在亚洲的首要目的地。¹² 此前，这一地位属于中国。相较于印度，¹³ 中国一直在扩大自身的双边投资协定网络，拓展自身在此类协议中的承诺范围和力度。

虽然这些例子都带有传闻性质，关于双边投资协定将导致外国投资增加的实证证据仍不充分。¹⁴ 总之，现有证据无法支持“双边投资协定会导致投资流量增加”这种假设，事实上还存在一些反例。

此外，投资者自然希望投资协定可为投资提供强有力的程序保障，因此会将投资结构设计为可让投资受到有利的投资协定保护（例如，在名义上的“原籍”国设立附属机构，并通过此类附属机构规划投资路线），¹⁵ 但这并不意味着投资者不会在未签订投资协定或投资协定提供的保护力度较小的某个东道国进行投资。因此，即使有研究发现投资协定和ISDS能够影响外国直接投资流来源于或流过某个“原籍”国，但这并不意味着此类协定实际上能够在投资者决定是否在某个东道国投资或投资多少的过程中对投资者产生影响。我们最多可以说，投资者在作出投资决策时通常会寻求利用一切合法的投资保护措施，包括决定采用的投资结构。

在政治风险成为一项阻碍外国投资的限制因素的情况下，投资者可以采取其它手段防范外国投资的某些相关风险。¹⁶ 但是，更宽泛地讲，我们对于（能够有效地作为免费政治风险保险并在某些政治风险实际发生时提供补偿的）投资协定能否消除阻碍投资的条件和限制因素仍然十分不确定。例如，世界经济论坛（World Economic Forum）的全球竞争力指数（Global Competitiveness Index）考虑到多种因素，如腐败、犯罪、盗窃、税率和其它阻碍投资的问题，投资协定无法解决这些因素带来的问题。¹⁷

重要的是，即使投资协定与外国直接投资流量之间的确存在某种联系，投资协定及其提供的保护措施也能破坏投资以及投资的预期效益。

举例来说，目前已有证据表明，仅仅针对某个国家发起一项ISDS索赔就会导致流入该国的外国直接投资流量下降，并且，如果该国在ISDS案件中败诉，此种投资流量下降会更为严重。¹⁸ 因此，即使ISDS能够鼓励外国直接投资，但是，这些积极影响随后就可能被一项ISDS索赔（投资者很容易提出ISDS索赔）或相关ISDS败诉所抵消。

第二个问题是，据报道，一些早期投资者将“ISDS索赔威胁”作为一种讨价还价的工具，以便确保在东道国的投资安全。例如，在 *Bear Creek 诉秘鲁案* (*Bear Creek v Peru*)，投资者似乎利用 ISDS 索赔向东道国政府施压，迫使政府批准投资者在该国境内进行多项颇具争议的矿业项目，而该国政府此前已经否定了此类投资项目。¹⁹ 虽然，政府为了解决或避免发生成本高昂的ISDS索赔而予以批准的投资项目在技术上应算作流入本国的投资，但却不属于能够为东道国带来效益的那种外国直接投资。

第三个考虑因素是，尽管某些投资者认为投资协定对他们有利，但投资协定也会削弱东道国获取充足收入的能力。例如，Wellhausen强调，许多投资者利用投资协定挑战政府为了提高收入或降低成本而采取的各项措施，例如，关于征收新税或终止激励措施或补贴的决定。“由于主权债券持有人最关心债权的可靠性”，他们可能对政府采取的此类增加收入或减少成本的措施“持中立态度，或者甚至认为此类措施对他们有利。”²⁰ 然而，此类措施正是投资者通过ISDS索赔发起反复攻击所针对的措施。因此，投资协定规章可能削弱政府在采取新收入增加政策或成本节约政策方面的意愿或能力，最终使政府更加难以通过发行主权债券的方式筹集资金。²¹ 一般而言，投资协定可能通过削弱或威胁政府在提高自身收入方面的权力而减少政府在教育 and 基础设施方面投入的公共资源，而教育和基础设施实际上对于本国和国际投资者，以及本国可持续发展而言至关重要。

同样，经济合作与发展组织（OECD）也质疑投资协定赋予某些投资者的特殊权利，是否会阻止其他潜在项目资助者提供的支持。通过探究股东针对反射性损失提出的索赔的后果（只有先进的公司法体系特别允许股东提出此类索赔²²，但目前的ISDS案件普遍允许股东提出此类索赔），²³经济合作与发展组织注意到，此类股东索赔会对公司产生一系列有害影响，包括可能导致债权人面临的风险提高，从而导致债权人提出的资本成本提高。²⁴

第四个问题（在下文关于成本问题的讨论中进一步讨论）是，即使投资协定提供的投资保护措施在增加国外直接投资流量方面有效，但无论从实际必要性来看，还是从保护措施对其它经济、社会和/或环境目标的影响来看，此类措施的代价都可能十分高昂。理论上，政府可以保证投资者不会由于技术变革、新环境法规或不断变化的社会需求而在将来遭受任何损失。这种确保投资者能够防范风险的政策可能会吸引投资。但是，这种政策真的好吗？范围如此广泛的保护措施可能鼓励投资，但也会使政府在推动国家达成发展目标的过程中受到束缚和/或在投资者遭受相关损失时消耗公共预算。此外，此类政府提供的保险也会产生道德风险，鼓励公司承担不必要的风险，并削弱投资者通过力求满足社会需求、提前达到监管标准和推动创新来减少风险的动机。尽管投资协定所提供的保护措施可能不如这种假设的范围广泛，但也充分说明了检验利益和成本的重要性。在增加投资有效并不是衡量“成功”的唯一标准。公众承担的责任和向投资者释放的不良行为信号产生的代价也必须被纳入考虑范围。

第五个问题是，投资协定覆盖范围内的投资不一定对东道国有益。众所周知，国际投资，尤其是外国直接投资，能够给东道国带来多种效益（例如：带来工作机会、技术、专业知识和跨境资本），但这些积极影响也并非总能实现。研究表明，在某些情况下，外国直接投资会排挤本国公司、²⁵导致不平等、²⁶加重腐败、²⁷为逃税和避税提供便利，²⁸以及导致食品安全的情况。²⁹相关研究还表明，外国直接投资对环境的影响毁誉参半。³⁰有证据表明，外国直接投资会产生“污染晕轮效应”，使环境实现“跳跃式”发展——投资者通过这种现象为东道国带来更新、更清洁的技术，借此改善东道国国内公司的环境绩效。³¹但是，在其它情况下，外国直接投资也会留下大量环境足迹、加剧已经存在的环境挑战和/或阻碍环境方面的决策。³²此类效益能否实现取决于投资类型、投资者公司文化、原籍国以及东道国制度和监管框架等因素。重要的是要记住，外国直接投资也可能给东道国及其公民造成经济、环境和社会方面的损害，而且，此类投资来源于国外，因此很难要求投资者补救已造成的伤害。³³

但是，投资协定通常会保护所有投资者，无论相关投资的性质、投资者的行为或投资产生的影响。³⁴仲裁庭通常倾向于否决“投资必须能够为东道国的经济发展做出贡献，投资者才能从投资协定保护措施中获益”这种论点。³⁵正如一位仲裁员所述，此种倾向意味着，即使一个“系统地以东道国的发展为代价赚取效益的实体机构”也可以从投资协定赋予的保护措施中获益。³⁶

总之，关键的是各国不仅要检验投资协定是否能够增加流入东道国的投资（这一点本身尚无定论），还要检验（1）此类增加的投资是诱发性投资还是仅为了从投资协定获益而进行的投资；（2）是否确实是理性的投资；以及（3）东道国通过此类投资获得的任何效益是否能超过该国因失去政策空间而付出的代价和其它成本（下文对这一点进行了详尽讨论）。进行成本-效益分析时，评估相关收益和损失的分配效应也十分重要。迄今为止，相关证据表明，各国在检验自身的投资协定政策时不应假设投资流量能够带来积极结果或投资协定最终确实能带来效益。

对外投资增加

此外，各国还会为了让本国的对外投资者获益而签订投资协定，签订此类协定基于一种假设，即支持相关实体对外投资会产生能够回流原籍国的效益。这种假设提出了两个与对内投资相关问题类似的问题。其中一个问题是，标准投资协定带来的利益是否就是原籍国对外投资者真正想要或需要的利益。个人和公司面临着哪些限制他们进行海外投资的障碍？投资协定能否帮助他们克服这些障碍？与对内投资公司相似，对外投资公司也很可能会利用投资协定的影响力针对“东道国”提出索赔或以此威胁东道国。但是，首先，这并不意味着此类投资协定会对公司的投资决策产生影响，更谈不上至关重要（或此类投资协定值得原籍国为了给本国投资者提供有利条件而付出那些代价）。³⁷

其它问题还包括，原籍国能否真正从其支持的对外投资中获益，以何种方式、在哪些条件下能够获益。尽管有些研究表明对外的外国直接投资能够让原籍国受益（例如，帮助原籍国公司扩大规模、获取资源、技术和其它资产、提高效率，从而增强原籍国的经济实力、竞争力和盈利能力），但对于不同国家来说，实际结果可能有所差异。

例如，为了利用低劳动力标准和较宽松的环境法规而进行的外国直接投资会将原籍国内的相关行业挖空、对环境法规以及劳动力标准和工资施加下行压力，并且，根据对外投资公司的税收规划，此类投资还会使原籍国（和东道国）无法利用自身的税收政策获取因公司效率和盈利能力提高带来的效益。某公司进行外国直接投资的原因可能是该公司受到东道国投资鼓励政策、低劳动力成本、宽松的环境法规或其它优势的吸引，从而关闭了自身在原籍国境内的制造厂并将其迁往另一个国家。这种迁移可能使原籍国公司的竞争力提高，能够提高公司的盈利能力，并在原籍国境内向研发或其它高新技术活动投入更多资源。尽管此种情形会使原籍国在提高税收收入和创造高质量就业方面受益，但是，举例来说，如果投资者将利润放入避税天堂的离岸账户，而不用于在原籍国进行再投资，那么，上述积极影响就不一定能够实现。³⁸此外，从外国直接投资中受益的公司通常不是那些受到负面影响的公司。如果缺乏有效的政策，此种情形会导致原籍国国内出现不平等和不和谐的情况。³⁹

特别是，原籍国也可以根据具体需要采取其它方法尽量避免对国内外造成负面影响。例如，美国海外私人投资公司（OPIC）可以通过提供各种金融产品为美国对外投资者提供援助。OPIC提供的金融产品不同于投资协定为投资者提供的保护措施（无论投资产生何种影响），OPIC 资格标准旨在确保投资项目确实能够使东道国受益，并且不危害美国本国经济。⁴⁰

因此，我们要能够区别投资协定为对外投资公司带来的效益和原籍国获得的效益，然后通过比较确定原籍国（及其国民）因投资协定而承担的费用是否大于他们因投资协定而获得的效益。正如流入的外国直接投资并不能作为准确衡量东道国从投资协定中获益情况的指标，流出的外国直接投资（亦或是因投资协定直接降低的外国直接投资）也不能作为准确评估投资协定是否能让原籍国受益以及具体受益程度的指标。

因此，对于需要评估对外投资政策的国家来说，至关重要的是要（1）考虑对外投资能否（以及在何种情况下能够）为本国经济提供正向投资溢出，（2）识别（例如，通过问卷调查）可能妨碍最优对外投资金额和类型的限制因素，（3）考虑政府可以使用哪些政策工具来帮助投资者克服上述限制因素以及最合适的政策工具是什么，以及（4）评估政府想要采取哪些补充措施来预测和解决原籍国可能受到的负面影响，例如，由于促进海外投资而导致税基降低或具备某些技能的工人的失业率提高。最后，原籍国还要考虑投资增加会对东道国产生哪些影响，同时确保原籍国支持的投资者和项目不破坏国外可持续发展，这一点十分重要。

争端的“去政治化”

投资协定的另一项关键效益是通过让投资者直接针对被投资国家提出索赔的方式来实现争端的“去政治化”。⁴¹ 从东道国的角度而言，去政治化迎合了东道国希望摆脱投资者原籍国以东道国所谓的“苛刻对待”投资者的行为为由采取的“炮舰外交”、外交保护或其它政治或经济制裁的愿望。⁴² 从原籍国的角度而言，去政治化迎合了原籍国希望避免介入原籍国投资者与东道国政府之间发生的争端，从而避免扰乱原籍国与东道国之间的外交关系的愿望。⁴³ 关于去政治化的理论是：去政治化使投资者具备了直接针对东道国政府提出仲裁索赔的能力，因此，原籍国不必介入到投资者与东道国之间的争端之中。此外，关于各国与他国国民之间的投资争端解决公约（ICSID公约）⁴⁴——一项规定国际仲裁裁决执行情况的协定，禁止原籍国因本国投资者根据 ICSID公约针对东道国提出的争端而为投资者“提供外交保护”或针对东道国提出国际索赔。⁴⁵

但是，正如下文中的讨论内容所述，从理论和实践角度来看，投资协定以及（更具体地说）ISDS为实现投资争端去政治化目标作出的具体贡献仍不确定。此外，“政治化”可能并不是人们通常认为的那种问题，在某些情况下，从某些角度而言，政治化还有可能会使争端解决形式的合法程度有所提高。

关于去政治化的投资协定条款和相关法规

从东道国的角度来说，投资协定和ISDS管理规定未必能为原籍国提供避免介入争端的现实或法律保护。这是由于：

- » 在所有投资者与国家间争端之中，原籍国可以在投资者发起仲裁之前（以便影响东道国针对投资者采取的行动）⁴⁶以及做出仲裁裁决之后东道国不遵守ISDS裁决的情况下运用政治工具介入争端；⁴⁷
- » 在所有非ICSID投资者与国家间争端之中（例如，根据纽约公约提出的投资者与国家间仲裁，投资协定中另有规定者除外），原籍国可以在争端解决期间代表投资者寻求外交救济措施；
- » 滥用投资协定和平行请求权会对 ICSID 公约或潜在投资协定在利用外交保护方面的限制条件造成破坏；⁴⁸
- » 原籍国仍然可以作出政治决策，决定是否和/或如何通过向仲裁庭提供（或决定不提供）自身对投资协定的理解⁴⁹或通过其它途径（例如：十分愿意或不太愿意提供与争端相关的证据）介入ISDS争端；并且
- » 无论投资者是否已经提出索赔，原籍国都可以根据投资协定针对东道国采取行动。⁵⁰

此外，人们很可能过高地估计了投资协定和ISDS在“炮舰外交”情形减少方面发挥的作用，从而未能将出现此种现象的原因仅归结为ISDS的存在。如果ISDS不存在，我们不能假设原籍国会不惜违背其它国际法律规范而诉诸武力。

同样，从原籍国的角度来说，即使在原籍国投资者可以受到投资协定的保护并利用ISDS的情况下，原籍国也有很多机会酌情确定自身是否介入，以及如何介入投资者与东道国政府之间的争端。ISDS 给原籍国提供了一个推开在争端解决过程中寻求政府援助的投资者的借口，但并未要求原籍国政府始终采用不干涉的方式，投资者在推动原籍国政府支持时可能会强调这一事实。

去政治化影响的证据

尽管人们对于可以运用 ISDS 解决争端的情况对原籍国和东道国的政治化经历的实际影响程度知之甚少，但研究表明，是否存在附带 ISDS 的投资协定看似不会影响投资者原籍国是否会因投资者与国家间的争端而针对东道国施加外交压力或采取对其不利的外交行动。⁵¹

更具体地说，一项针对美国处理本国投资者相关问题的实践进行的近期研究得出下列结论：

投资者能否提出基于投资协定的投资仲裁几乎不会影响美国政府为解决争端而施加外交压力的程度。正如投资协定对外国直接投资产生的影响令人失望一样，投资协定制度的去政治化承诺可能同样无法[兑现]。这种情况对于希望重新考虑自身的投资保护政策的发展中国家来说十分重要，因为它提出了[关于]下列方面的问题：对于投资者与国家间的仲裁案而言，利用国家间的争端解决机制来解决争端是否是一个更好的选择，因为这种选择至少可以保证减少充满争议且冒险的合法索赔的数量。

...

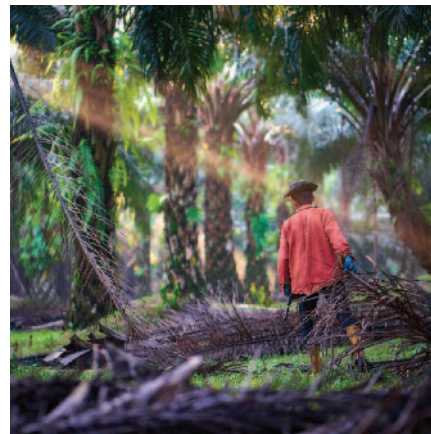
[我们]的结果表明，即使对于一个高度合法化的体制，外交方面的考虑因素仍然能够在争端解决过程中发挥核心作用。正如所料，这是运用国际关系的一种现实途径，并且提出了一个问题——国际法制化提出的去政治化承诺的虚构成分可能多于现实成分。⁵²

其他研究也对争端的去政治化的根本目的提出质疑。正如 Yackee 所述：

争端解决的政治化未必会导致国家诉诸武力，或甚至未必有导致国家诉诸武力的风险。事实上，如果原籍国和东道国政府（也许还有投资者）能够认识到继续合作能够实现互惠互利，那么，争端的解决显然会取得成功。这并不意味着投资者能够在适当的时机得到他们想要的所有利益。在政治化争端解决过程中，尽管投资者他们确实能够对这一过程施加影响，但他们无法控制争端解决过程，并且，投资者的利益也不是唯一的相关利益。⁵³

换言之，根据 Yackee 的观点，在国家对国家层面上通过政治手段解决投资者与国家间争端可以使投资者在提出索赔要求方面有所节制，同时有助于找到一种原籍国、东道国和投资者都能接受的有效解决方案。

对于需要评估自身投资政策的国家来说，此类问题和经验著重表明，此类国家的确有必要仔细评估“政治化”是个问题，还是更为可取的一种解决方案（相较于投资者在解决争端的过程中不受约束地诉诸法律）。然后，各国可以考虑哪些工具能够达到争端解决（去）政治化期望达到的结果（例如，考虑 ISDS 发挥的作用，法制化的国与国之间争端的解决与之是否有所不同，有哪些不同）以及成本如何。



马来西亚油棕种植园。

成本

本部分简述了投资协定保护和ISDS的成本。本部分内容主要概述了七个主要成本类别。主要成本类别包括：(1) 诉讼成本；(2) 负债成本；(3) 声誉成本；(4) 政策空间缩小；(5) 在合同关系中的权力被削弱；(6) 在国内立法过程中发挥的作用减少以及(7) 形成法律不确定性。

诉讼

投资者带来的投资协定索赔辩护成本十分高昂。有研究估算，在每个案件中，辩护导致各争端方平均支付约500万美元的法律费用及仲裁费用。⁵⁴ 鉴于上述数字为平均数字，所以，在实际争端案之中，各争端方发生的成本可能较低或较高。在2011年–2015年之间完结的56个具有可用数据的ICSID案件中，13个案例中的被诉方发生的法律费用低于100万美元。⁵⁵ 但是，在有些案例之中，相关成本远超过500万美元。例如，在Yukos仲裁争端中，被诉国家发生的成本高达2700万美元（索赔方发生的成本约为8000万美元）。⁵⁶ 此外，在Libananco诉土耳其一案中（Libananco v Turkey），被诉方发生的成本接近3600万美元（索赔方发生的成本约为2400万美元）。⁵⁷

即使一国在索赔案中胜诉，该国也必须承担此类费用。⁵⁸ 尽管仲裁庭有时会命令在ISDS索赔案中败诉的投资者/索赔方补偿被诉国发生的法律费用，但这种情况并不常见（在投资者/索赔方败诉案件中的38%之中发生了此种情况），其发生频率低于仲裁庭要求败诉国为胜诉投资者/索赔方补偿法律费用的频率（案件之中的53%）。⁵⁹ 此外，即使仲裁庭要求败诉的投资者/索赔方补偿政府发生的法律费用和成本，胜诉国在要求投资者执行此类命令的过程中也会面临种种挑战。如果投资者拒绝或未能自愿支付上述费用，⁶⁰ 胜诉国就需要采取强制执行行动，投入额外的时间和资源。如果投资者资不抵债或为了使资产免于被强制执行而对资产进行布局，那么，胜诉国最终可能无法收回此类费用。⁶¹

负债

第二个成本类别是实际负债。根据公开信息，截止到2016年年底，投资者索赔的平均金额为14亿美元，仲裁裁决的平均赔偿金额为5.45亿美元加上利息。⁶² 大多数裁决赔偿金额低于1亿美元，但是，也存在一些赔偿金额很高的仲裁裁决，其中包括金额高达数十亿美元的裁决。

长期以来的发展趋势表明，赔偿金额一直在不断提高。⁶³ 出现这种趋势的部分原因可能是“仲裁庭越来越愿意接受基于收入的仲裁方法……此种方法能够获取未来利润或回报”。⁶⁴ 此外，仲裁庭越来越愿意采用复利计息的方法，这种方法使被诉国必须承担的金额大幅提高。⁶⁵ 在2000年之前的案例中，仲裁庭大约在40%的案例中决定采用复利计息的方法。在2011–2015年之间发生的案例中，这一比例上升至86%。⁶⁶

总而言之，政府可能因投资协定而面临大额的潜在负债。尤其对于新兴经济体来说，当涉及宝贵自然资源的采掘工业项目引发索赔时，负债金额可能相当于政府预算中相当大的一部分。当各国考虑自身愿意并能够承担的潜在负债时，此类考虑因素就成为高度相关因素。

声誉成本

除了法律成本和负债成本以外，各国还可能因ISDS索赔而面临声誉成本。如上文所述，一项研究发现，仅是投资者针对一国提出ISDS索赔的情形就会导致流入该国的外国直接投资流量减少，并且，如果该国在ISDS案件中败诉，流入的外国直接投资流量甚至会进一步减少。⁶⁷ 对于寻求、争取外国资本的政府来说，这一点可能令人担忧。

政策空间缩小

投资协定及其ISDS机制导致各国承担的另一种成本就是政策空间缩小。⁶⁸ 鉴于责任范围，各国政府需要拥有政策空间来确保自身能够颁布、实施、修订、改善并执行国内的法律、政策和惯例，以便根据不断变化的情况、证据、需求和优先事务达成公共利益目标。政策空间使立法机构能够采用新法律，并修订、终止现有法律、让执行官员能够随时间而设定、改善各项政策，并在适当的情况下行使自由裁量权、使行政审判庭和法院能够按照本国法律的要求在解释、应用，甚至制定法律、按公共和私人权利与义务范围作出裁决以及废除非法或不良行为或针对此类行为进行处罚方面发挥应有的作用。对于法律框架仍处于演变和发展过程中（为了反映最佳国际惯例的要求）的政府来说，这种政策空间尤为重要。

当然，政策空间也不是无限的。例如，即便没有投资协定和ISDS，政策空间也会受到国内正当程序标准和权力分立的限制，也会受到关于人权的国际习惯法和条约法的限制。因此，反对签订投资协定的理由并不是此类协定会限制政府权力，而是它们对政府权力的限制超过了其它限制，并且会过度妨碍政府以公共利益为出发点，为了达成经济、社会和环境目标而采取的善意行动，或要求政府因此类行动而提供补偿。

有些仲裁庭对投资协定标准的解释会给投资者提供更为宽泛的产权保护措施和期望，而许多国家长期以来一直不愿意在国家层面提供这类保护措施和期望。

一个案例就是由于针对“间接征收”采取的保护措施而引发的。尽管许多国家的国内法律要求政府因“直接”征收而向个人/实体机构提供补偿（例如，政府实际上占用了投资者财产的财产国有化过程），但是，此类法律并未提供针对“间接征收”或“监管性征收”（例如，政府采取的某些善意监管措施，此类措施可导致个人或实体机构私有财产的价值减少）的保护措施，或要求政府因此类征收而提供补偿。此外，国内管辖区对于政府是否应当提供此类赔偿以及应在何种情况下提供此类赔偿做

出决定的依据是经常随时间发生变化的法律、政治和社会认定因素。例如，在美国，备受诟病的监管性征用/间接征收理论极度复杂且充满争议，并且因此产生了大量学术文献和政策辩论。此类文献和辩论的重点是，财产所有者是否应当因其权利或利益造成负面影响的执行、立法或司法行为而获得补偿。如果应该获得补偿，那么，他们应在何种情况下得到补偿。美国最高法院经常被要求为该法律领域的演变提供引导，并且在此过程中必须仔细考虑要求在权益与责任之间实现平衡的各项仅有细微差别的法律原则。

仲裁庭对投资协议的解释方式通常要求政府为直接和间接征收支付赔偿金（即使投资协议并未涉及间接征收），这种解释方式会导致政府因在解决公共利益相关事务的过程中采取的一系列行为而承担巨额潜在负债。仲裁庭不必考虑与之抵触的政府义务或导致政府采取特定行为的公共利益。投资者能够以“间接征收”为由提出质疑针对的措施包括政府采用可能限制开发商选择权的分区法规；为了提高竞争水平而放松对某些行业的监管（但是会对之前的垄断企业的地位造成损害）；限制或禁止采矿；要求公司支付雇员健康和福利；以及对很多商品和服务（例如，农作物、能源、水和药物）的定价实施监管。

仲裁员不受本国法或本国政策在这些问题上的约束，相较于许多国内管辖区法律提供的保护措施，仲裁员对投资协议的解释针对间接征收为投资者提供的保护措施更加有力，甚至在东道国本国法律中包含关于间接征收规定的情况下依然如此。⁶⁹除了这些对间接征收的保护措施之外，投资协议通常以其“公平、公正待遇”条款提供经济权利和经济预期的有力保护，这些条款对各国施加行为标准并向投资者提供可能远超出国内其他可用范围的补救措施。⁷⁰正如 Santiago Montt 所述：

试想一下，一位美国投资者可能会在美国最高法院审理的某个针对美国政府的案件中败诉，一位德国投资者可能在德国联邦宪法法院（宪法法院）审理的同一个案件中败诉，一位法国投资者可能在 Conseil d'État 审理的同一个案件中败诉，但是，上述任何一位投资者均有可能在被诉方为斯里兰卡或玻利维亚的案件中胜诉，胜诉的依据是政府在不提供赔偿或[公平、公正待遇]的情况下不得征收财产的开放性 [IIA] 原则。⁷¹

尽管国内法和国际法对于政府是否应当因其造成的产权或预期效益变化而承担赔偿责任，以及应当在何种情况下承担责任有很多不同规定，但不可否认的是，政府行为或不作为经常会导致产权保护措施发生变化。事实上，即使是在产权规定相对清晰、有力的西方国家，此种变化也一直十分常见。正如 David Kennedy 强调的那样：

在西方国家的历史进程中，国家政权不断更迭，产生了新的财产类型、取消旧产权或赋予旧产权资格，并重新分配与资源相关的责任和权利。有限责任公司的发明、奴隶制的废除，为管理新基础设施类型而建立的国有企业或准公共机构（或后来此类企业或机构的私有化）、分区法规的

确立、不断变化的证券化法规、商品期货的发明或在上个世纪伴随着技术变革而发生的知识产权规定变更都是最常见的例子。经济活动模式的变化经常会损害投资者获取资源的权利和期望以及资产价值，因为此类变化会产生新的权利、责任、特权和义务。国家也在不断设计新的财产模式，以便向各种新经济关系中的相关方赋予权利，开发新的知识形式或资源。现有权利通常被重新分配，重新分配的过程可能很缓慢，也可能十分突然，作为有意识的社会和历史更新或斗争的一部分。⁷²

与上述模式相反，通过 ISDS 裁决解释的投资法律倾向于不赞成变化和重新分配，反而强调确保投资者及其投资项目能够享受法规稳定性的重要性（当投资者能够从此类稳定性中获益时）。⁷³政府为了公共利益在符合本国法律的情况下采取的善意行动通常不作为辩护理由。⁷⁴

投资协议对“效能要求”的限制条款可以进一步防止政府利用旨在确保东道国有效利用外资促进长期性和包容性经济增长的政策手段；⁷⁵同时，对于外国投资者有不同影响的国内主要政策，防止歧视的规定可以增加这些政策的实施与发展责任。⁷⁶因此，投资协议以前所未有的程度限制了政府监管本国经济活动的的能力。

除了限制政府行为之外，对投资协议的解释还会强制政府采取积极行动，并强制规定政府分配稀缺资源的方式。例如，在 Ampal-American Israel Corp 诉埃及案中（*Ampal-American Israel Corp v Egypt*），仲裁庭判定埃及未能保护投资者的投资不受恐怖袭击的影响，从而违反了投资协议中的“全面保护和确保安全”义务。⁷⁷这项涉及到投资协议中常见条款的裁决，有效地迫使东道国为投资者提供更为宽泛的“防恐袭保单”。⁷⁸根据 Howse 的看法，此种裁决产生的影响令人不安：

未能履行义务或实力较弱的国家基本无力因它们根本无法完全掌控的风险而为投资者提供高达[数亿]美元的赔偿.....实际上，这项裁决的后果是，在发生冲突的地区，东道国会投资者的地位放在所有其他恐怖主义和相关政治暴力受害者的地位之上。从国际正义的角度来看，这种后果令人震惊。⁷⁹

尽管令人震惊，但仲裁裁决依然具有约束力，因此，面临恐怖袭击的各国可能还是会由于自身未能采取行动预防恐袭而承担重大责任。对于许多国家来说，当已有此类索赔胜诉的情况下，它们尤其应将这种风险纳入考虑范围。

各国也因未能采取充分行动组织破坏投资项目的抗议活动而承担责任。例如，在 *Copper Mesa* 诉厄瓜多尔案中，仲裁庭判定政府违反公平、公正待遇标准和充分保护和保障义务，未能采取足够的行动防止索赔人拟议的采矿项目遭受对矿井潜在影响存在担忧的当地社区成员破坏。裁决 ISDS 案的三名仲裁员认为“基多政府显然不可能向自己的人民宣战。但仲裁庭认为政府不能坐视不管。”⁸⁰

总之，投资协定会对一个国家的国内政策空间产生广泛的影响：投资协定通常能够管辖政府所有层面（地方、省级和联邦）和分支机构（执行、立法和司法）的行为。各国甚至可能由于本国国有企业的行为而承担责任（例如，与国有企业处理外国股东或合资企业合资方之间的争议有关）或由于国有企业未能有效预防、补救或以其它方式处理私人相关方的行为而承担责任。尽管一些投资协定试图阻止或限制仲裁庭对特定类型措施的审查（例如，税收措施或在紧急情况下采取的措施），但投资协定通常允许投资者针对政府在从金融监管到环境保护的全部政策范围的行为提出索赔。

由于索赔针对的行为和不作为的范围很宽，因此，想要全面评估与政府政策空间可能面临的挑战相关的成本变得尤其困难。虽然如此，政府依然应当按照仲裁庭对投资协定的解释方法来了解投资协定在哪些方面为投资者/投资提供了超出本国法律规定的保护，涵盖间接或监管性征用、保证法律与监管稳定性、保护投资者预期（包括关于获得许可和未来利润的预期）、针对第三方袭击（包括本地社区），为投资者提供保险等。

在某些情况下，即使按照国内法律规定，某种行为并不适当，但国际法提供的救济措施可能会更加复杂。例如，在很多管辖区内，个人和企业可以质疑政府机构的行政行为不合法，但对应的救济措施可能是程序性措施或宣告性救济措施，而非赔偿。此外，如果本国法律可以提供赔偿，此类赔偿可能也仅限于沉没成本或限制成本。根据投资法律，此类关于救济措施的法规和限制措施可能不适用，并且，政府可能因此而承担数百万或数十亿美元的赔偿责任，包括对未来利润损失的赔偿。各国还应仔细评估投资协定的要求和救济措施的力度（相较于本国法律），并且应评估投资协定为投资者提供的更强有力的保护措施和救济措施是否正当、合理。⁸¹

扭曲的权力动态

似乎索赔案中的很大一部分都与某些投资部门和类型有关。此类投资部门和类型包括受到投资者与国家间契约、许可或执照管辖的自然资源开发或开采，以及基础设施和公共事业建设投资。⁸² 发生此种现象的原因可能包括：

- » 此类投资对公众来说通常十分重要，并且会给环境、政府或公共事业带来重大影响。因此，这些投资对政府监管机构和政府管制起到了强有力的作用，反过来也增加了投资者与国家之间的分歧；⁸³
- » 此类投资通常为长期投资，因此会受到不断变化的情况和知识产生的影响，导致政府和/或投资者寻求改变原投资条款或政府法律框架的内容。当政府寻求改变且此种改变会对投资产生负面影响时，此种情形也会引发ISDS索赔；⁸⁴
- » 基础设施和公共事业投资通常与复杂的私有化方案相关，涉及一些未知的私营部门合伙人、新政府机构和管理机制，国有企业未来雇工情况、商品和服务价格及质量等问题的高度不确定性和公众对此类问题的关注程度。与重要私有化过程相关的未知因素的数量和性质会提高事情不会按照（至少）某些利益相关者的预期和期望发展的可能性，并且，其中涉及的政治和公众敏感性也会提高失败或期望破灭的代价。如上文所述，当此类变更可能使投资者陷入不利地位时，投资者通过投资协定和ISDS获得了保护自身预期和抵制公众或政府要求变更的权力，此类变更通常是新出现的、敏感的私有化计划；此外，当投资者寻求进行此类变更时，投资协定和ISDS为投资者提供了推动政府修改相关框架的有力工具。
- » 自然资源、基础设施和公共事业方面的投资通常受到合同或准合约文书（例如，许可或执照）的管辖。投资协定赋予了投资者严格执行有利条款的权力，同时也使他们具备了对不利条款的执行提出质疑和寻求重新谈判的权利；此外，投资者还可以主张自身有权要求与之签约的政府确保行为的透明和善意性质，即使基础合同法并未要求政府承担此类义务，因此也未赋予政府通过享受与私营部门相关方相同的待遇而获益的权利；⁸⁵并且

» 在与此类投资有关的ISDS案例中，索赔方提出的索赔金额通常高达数亿美元（如果不是数十亿美元），尽管代价高昂，巨大的金额仍然很值得索赔方提出索赔。如此高昂的索赔金额也会吸引第三方出资者的关注和支持，他们的支持会使索赔方/投资者大胆寻求索赔，而如果没有他们的支持，索赔方/投资者会认为风险过高而不希望寻求此类索赔。⁸⁶

在此类情况下，投资协定赋予私人相关方退出政府法律框架（例如，东道国、第三国的合同和法律和/或国际法）的权力和退出依法或依合同提供的争端解决场所（例如，在国内法院进行的国内仲裁或争端解决）的权力，使投资者能够从政府手中获得自身本来无法获得的交易，并使政府在高度复杂和高风险情景下必须严格符合行为标准。⁸⁷ 此种权力赋予了投资者不成比例的权力（相较于政府合作方），使政府很难完全承担或限制自身在投资者与国家间合同或准合约之中应当承担的责任。⁸⁸

由于投资者普遍易受东道国政府影响，这一结果——投资者在与东道国政府的关系中被赋予更大的权力——往往被认为是合理且重要的。的确，关于基础设施投资常见的说法是“消退的讨价还价能力”现象，一旦在某一国家持有重大固定资产，投资者就仰仗于东道国政府的权力和决定。根据该说法，人们认为要保证公平的竞争环境，投资者应该通过投资，寻求国际法律保护，以便充分利用有利的投资协定。然而，一些证据表明，政府部门乃至与私营企业的基础设施合同更可能受权力转移和投资者在达成协议后试图变更协议条款影响而不是不断发展的权利动态。⁸⁹

在国内立法过程中发挥的作用减少

除了在国内法院寻求救济措施以外，投资协定通常允许投资者提出投资者与国家间仲裁索赔，而不必在国内法院寻求救济措施，因此，仲裁庭（而非国内法院）通常拥有针对与争议相关的国内法律重要问题（包括对国内法律问题的第一印象或合同条款的含义）作出裁决的关键权力。

在很多管辖区内，国内法院能够在决定某些问题方面发挥至关重要的作用，例如，为了订立有效的投资者与国家间合同必须满足的条件，以及投资者与国家间合同中包含的特定条款是否可执行（或者，例如，此类条款是否会因为超越权限或不符合公共政策而失效）。⁹⁰ 但是，当投资者直接向仲裁机构提出索赔时，能够对与此类合同和政策相关的重要问题作出裁决的就是仲裁员，而不是法院了，并且，仲裁员对于特定合同条款的含义或合法性得出的结论可能会与法院得出的结论明显不同。国家失去了立法和解释自身法律的权力。

同样，在投资者向ISDS仲裁庭（而非国内法院）提出他们对东道国行为感到不满的情况下，仲裁庭就篡夺了国内法院（或行政机构）针对实质和程序问题解释和运用国内法律的职能。⁹¹

法律的不确定性

最后一种成本是由于法律不确定性产生的成本。

多种因素（包括投资协定中使用的模糊表达和ISDS裁决的无先例性质）使得相关方极难完全理解某项索赔是否具有法律依据以及（如果有法律依据）被诉方应承担何种损害赔偿。事实上，投资者和各国已经耗费了数年时间通过诉讼解决相对简单的管辖权问题，这种方式需要相关方耗费时间和法律费用。这种不确定性使政府极难评估自身行为与投资协定标准之间存在冲突的可能性以及与各政府部门（这些部门的行为可能导致索赔）沟通关于投资协定标准的相关信息，并且，政府想要实现以上两点也需要付出非常高的代价。这种不确定性和相应成本也会阻碍各国采取或维持存在争议的措施。正如学术界解释的那样：

那些能够在防范政府措施方面为决策者提供更高确定性的投资协定保护措施，会减少许可措施遇冷的可能性。那些赋予仲裁员开放式裁量权或需要进行事后判断（决策者在考虑采取何种措施时不容易预料）的投资协定保护措施的不确定性和（许可措施）遇冷的可能性通常较高。⁹³

相较于其它因素，有些政府可能对监管政策遇冷更加敏感。特别是，那些只能为承担潜在负债、提供必要辩护、支付声誉成本投入有限资源且依赖其他国家提供的发展援助、经济关系或外交支持的国家可能不太愿意最终维护那些已经受到质疑的措施并花费数年、数百万美元来应对 ISDS 索赔。⁹⁴



印度果阿的油棕种植园。

关于成本与效益的结论

各国在回顾过去几十年里的投资协定实践时发现，投资协定的预期效益并未得到明确实现，反而发生了预料不到的高成本。对于那些在长期、战略性和/或有利可图的行业内存在外国投资的国家、法律制度处于发展过程之中或政府面临的现有挑战要求进行持续监管改革的国家、与强国之间存在复杂外交关系以及存在类似情况的其它国家来说，此类成本尤其高昂。在缺乏下列证据的情况下：

1. 对投资者和投资有益的投资协定保护措施会导致投资流量增加，
2. 由于投资协定而增加的投资流量（流入或流出）对原籍国有益，以及
3. 投资协定带来的效益大于投资协定产生的成本，

各国很难为继续执行投资协定或签署任何新的类似协定找到正当理由。



日本冲绳的太阳能和风能
可再生能源。

第三部分

下一步计划

世界上许多国家正在权衡并重新评估其现有及未来的投资协定。此类行动让政府能够确保当前和未来投资协定能够提供预期效益，同时不会产生意外高额成本。

对于现有协议，一些政府已经决定终止、修改和/或澄清之前已经签订的协议内容。此类行动并非互相排斥。例如，有些政府首先同意对投资协定进行修改，排除“存续条款”，然后终止此类条款。⁹⁵ 各国也运用自身在国际法之下的解释权来澄清投资协定中的宽泛和模糊条款，⁹⁶同时发出终止协定的通知。⁹⁷

现有的条约

对于现有投资协定，各国可以考虑采取的步骤包括：

1. 对现有协定进行评估，包括识别每份协定
 - a. 签署投资协定的另一方，
 - b. 协定状态（是否已经生效），
 - c. 终止/续签日期，以及是否在双方未发出终止通知的情况下自动续签，
 - d. 存续条款的有效期限，
 - e. 涵盖投资的金额和性质，
 - f. 签约方是否已经同意 ISDS，如果已经同意，同意的范围如何，并且
 - g. 实质性义务的内容。

对于涵盖大额投资的协定来说，重要的是要评估此类协定是否包含会导致风险提高的核心条款，包括范围广泛、措辞模糊的 FET 义务、针对间接征用提供的保护措施、保护伞条款和无限制转移义务。尤其是，在十年前或更久之前签订的投资协定中可能包含力度更大、潜在成本更高的此类条款版本。

2. 开发一种涉及多方利益相关者的方法来收集输入信息、对协定进行评估、评估协定对不同群体而言的成本和效益，并制定政策目标。其中包括评估投资协定之下的义务与国内法律之下的义务相比有何区别、⁹⁸ 由于投资协定之下各项义务的力度和违约救济措施而产生的潜在负债的范围，以及投资环境对于投资者决策来说是否重要/投资环境的哪些方面对投资者决策来说十分重要；以及
3. 根据对投资协定及其国内政策目标的成本和效益的分析评估一国是否应当维持、重新协商现有协定，并通过解释模糊/宽泛的规定来澄清现有协定条款，撤销同意 ISDS，和/或（在续签/终止日期或之前）终止现有协定。

未来的条约

此外，各国政府正在重新考虑关于未来投资协定的策略，包括设计在根本上不同于现有协定的模型或暂停签订新协定。对于未来的投资协定，各国可以考虑采取的重要步骤包括：

1. 开发一种涉及多方利益相关者的方法来评估政策目标和对内、对外投资的优先级，针对利用投资协定达成投资目标的不同群体评估投资协定的相对有效性以及成本和效益；以及
2. 如果为了签订新投资协定而进行协商被认定为一种达成政策目标的适当途径，
 - a. 各国政府可以认定用于评估该国是否（以及在何种情况下）应与另一国进行相关协商使用的标准；
 - b. 考虑其成本和效益后，确定包括所要包含的条款、保护措施和义务；以及
 - c. 建立一个可作为协商依据的模型，并制定该模型的不同偏离是否以及在何种情况下是适当的内部指导。

透明和涉及多方利益相关者的程序十分重要：由于投资协定的复杂性和代价变得愈加明显，所以，各国官员已经加大了与政府内外的各个群体进行沟通的力度，并通过他们寻找输入信息。此类咨询能够帮助各国制定包含以往经验且符合现代目标的投资协定政策。此类咨询使各国能够：

- » 识别投资协定存在的风险（例如，帮助负责环保、卫生政策、税收、金融服务监管、能源监管和货币政策的官员了解他们的哪些行为在何种情况下会导致政府因对投资协定的某种解释而承担责任），⁹⁹
- » 倾听各类投资者有何顾虑，评估可以通过协定或原籍国或东道国的单方行为采取的政策干预措施，¹⁰⁰
- » 理解国会和/或其它治理机构的优先处理事务和顾虑，政府需要考虑这些方面，以便确保投资协定及其修订内容能够获得批准，并尽量减少此类协定的政治成本，¹⁰¹ 以及
- » 重视公众对于投资协定对各种问题（例如，产权和民主治理）产生的影响的观察视角和担心的问题。¹⁰²

此类流程的进行速度未必迅速。¹⁰³ 鉴于投资协定的期限较长且能够产生实质性影响，以及具备一个有效的投资吸引和管理框架的重要性，各国应花时间从不同角度全面考虑未来的行动方案。

附件一 附录一、关于投资协定和投资流量研究的选定参考文献

(按研究日期排序)

- Cotula, Lorenzo and others, *China-Africa Investment Treaties: Do They Work?* (Global Environmental Institute 2016)
- Bellak, Christian, 'Economic Impact of Investment Agreements' (2015) Department of Economics Working Paper 200.
- Chen, Hejing and others, 'The Impact of BITs and DTTs on FDI Inflow and Outflow Evidence from China' (2015) CIGI Papers No. 75
- Lejour, Arjan, and Maria Salfi, 'The Regional Impact of Bilateral Investment Treaties on Foreign Direct Investment' (2015) CPB Netherlands Bureau For Economic Policy Analysis No. 298
- Simmons, Beth A, 'Bargaining Over BITs, Arbitrating Awards: The Regime for Protection and Promotion of International Investment' (2014) *World Politics* 66.01, 12-46
- Berger, Axel and others, 'Do Trade and Investment Agreements Lead to More FDI? Accounting for Key Provisions Inside the Black Box' (2013) 10(2) *International Economics and Economic Policy* 247
- Bankole, Abiodun S, and Adeolu O Adewuyi, 'Have BITs Driven FDI Between ECOWAS Countries and EU?' (201) 12(2) *Journal of International Trade Law and Policy* 130
- Rosendorff, B Peter, and Kongjoo Shin, *Importing Transparency: The Political Economy of Bits and FDI Flows* (Manuscript, New York University Political Science Department 2012)
- Allee, Todd, and Clint Peinhardt, 'Contingent Credibility: The Impact of Investment Treaty Violations on Foreign Direct Investment' (2011) 65(3) *International Organization* 401
- Berger, Axel and others, 'More Stringent BITs, Less Ambiguous Effects On FDI? Not A Bit!' (2011) 112(3) *Economics Letters* 270
- Busse, Matthias and others, 'FDI Promotion Through Bilateral Investment Treaties: More Than a Bit?' (2010) 146(1) *Review of World Economics* 147
- Mina, Wasseem, 'Do Bilateral Investment Treaties Encourage FDI in the GCC Countries?' (2010) 2 *African Review of Economics and Finance* 1
- Yackee, Jason Webb, 'Do Bilateral Investment Treaties Promote Foreign Direct Investment? Some Hints from Alternative Evidence' (2010) 51 *Virginia Journal of International Law* 397
- Haftel, Yoram Z, 'Ratification Counts: US Investment Treaties and FDI Flows into Developing Countries' (2010) 17(2) *Review of International Political Economy* 348
- Sachs, Lisa E and Karl P Sauvant, 'BITs, DTTs, and FDI flows: An Overview', in Karl P Sauvant and Lisa E Sachs (eds), *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows* (New York: Oxford University Press, 2009) xxvii-lxii.
- Desbordes, Rodolphe, and Vincent Vicard, 'Foreign Direct Investment and Bilateral Investment Treaties: An International Political Perspective' (2009) 37(3) *Journal of Comparative Economics* 372
- Kerner, Andrew, 'Why Should I Believe You? The Costs and Consequences Of Bilateral Investment Treaties' (2009) 53 *International Studies Quarterly* 73
- Mina, Wasseem, 'External Commitment Mechanisms, Institutions, and FDI In GCC Countries' (2009) 19(2) *Journal of International Financial Markets, Institutions and Money* 371
- Büthe, Tim, and Helen V Milner, 'Bilateral Investment Treaties and Foreign Direct Investment: A Political Analysis', in Karl P Sauvant and Lisa E Sachs (eds), *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, And Investment Flows* (New York: Oxford University Press, 2009) 171-225
- Yackee, Jason Webb, 'Bilateral Investment Treaties, Credible Commitment, and the Rule of (International) Law: Do BITs Promote Foreign Direct Investment?' (2008) 42(4) *Law & Society Review* 805
- Yackee, Jason W, 'Do BITs Really Work? Revisiting the Empirical Link Between Investment Treaties and Foreign Direct Investment' (2007) University of Wisconsin Legal Studies Research Paper No 1054 <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1015083> accessed 28 February 2018
- Swan, Stewart J, 'Bilateral Investment Treaties as an Investment Promotion Mechanism: Testing the Effectiveness of the US BIT Program' (2008) 9 *Paterson Review* 1
- UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking*, UN Doc. UNCTAD/ITE/IIT/2006/5 (2007)
- Aisbett, Emma, 'Bilateral Investment Treaties and Foreign Direct Investment: Correlation Versus Causation' in Karl P Sauvant and Lisa E Sachs (eds), *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, And Investment Flows* (New York: Oxford University Press, 2009) 395-435.
- Egger, Peter, and Valeria Merlo, 'The Impact of Bilateral Investment Treaties on FDI Dynamics' (2007) 30(10) *The World Economy* 1536
- Lim, Sokchea, 'Bilateral Investment Treaties, Political Risk and Foreign Direct Investment' (2007) 11(1) *Asia Pacific Journal of Economics & Business* <<https://ssrn.com/abstract=909760>>
- Tobin, Jennifer, and Susan Rose-Ackerman, 'Bilateral Investment Treaties: Do They Stimulate Foreign Direct Investment?' (2006) <http://s3.amazonaws.com/zanran_storage/www.upf.edu/ContentPages/822485.pdf> accessed 28 February 2018
- Gallagher, Kevin P, and Melissa Birch, 'Do Investment Agreements Attract Investment-Evidence from Latin America' (2006) 7 *Journal of World Investment & Trade* 961
- Blonigen, Bruce A, 'Foreign Direct Investment Behavior of Multinational Corporations' (2006) NBER Working Paper

Banga, Rashmi, 'Do Investment Agreements Matter?' (2006) *Journal of Economic Integration* 40

Neumayer, Eric, and Laura Spess, 'Do Bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries?' (2005) 33(10) *World Development* 1567

Rose-Ackerman, Susan, and Jennifer Tobin, 'Foreign Direct Investment and the Business Environment in Developing Countries: The Impact of Bilateral Investment Treaties' (2005) *Yale Law & Economics Research Paper* No 293

Salacuse, Jeswald W, and Nicholas P Sullivan, 'Do BITs Really Work: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain' (2005) 46 *Harvard International Law Journal* 67

Egger, Peter, and Michael Pfaffermayr, 'The Impact of Bilateral Investment Treaties on Foreign Direct Investment' (2004) 32(4) *Journal of Comparative Economics* 788

Hallward-Dreimeier, Mary, 'Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI? Only a Bit... And It Might Bite' (2003) *World Bank Policy Research Working Paper Series* 3121



田园风光

注解

1. 'UNCTAD Investment Dispute Settlement Navigator' (Investment Policy Hub, UNCTAD) <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>> 访问于2018年2月26日。
2. 可通过网站<http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/FilterByYear>获取本项UNCTAD数据。
3. 例如, 参见 Lise Johnson, et al., "International Investment Agreements, 2014:A Review of Trends and New Approaches" in Andrea Bjorklund (ed) *Yearbook on International Investment Law and Policy* (Oxford University Press 2016) 15 (讨论巴西签订投资协定以及其它协议的方法)。
4. 参见 Lise Johnson, 'Aligning Swiss Investment Treaties with Sustainable Development:An Assessment of Current Policy Coherence and Options for Future Action' (Columbia Center on Sustainable Investment, October 2015) <<http://ccsi.columbia.edu/files/2016/08/Aligning-Swiss-IIAs-with-SD-CCSI-June-2016-.pdf>>访问于2018年2月26日。
5. 附录一包含一份文献列表, 文献的主要内容是投资协定与投资流量之间的关系。一些研究发现了表明投资流量与投资协定之间确实存在关联的证据, 而其它研究则没有发现此类证据。但是, 值得注意的是, 并非全部研究都具有同等质量。Lauge N Poulsen 对其中一些文章及其研究结果进行了讨论, 'The Importance of BITs for Foreign Direct Investment and Political Risk Insurance:Revisiting the Evidence' in Karl P Sauvant (ed), *Yearbook on International Investment Law & Policy 2009-2010* (Oxford University Press, 2010) 539-574 (下文简称: 'Poulsen, 'The Importance of BITs')。大多数关于投资协定与投资流量之间关系的研究都特别关注此类协定是否对外国直接投资 (FDI) 有影响 (相较于其它国际投资类型)。正如多位学者已经特别指出, 此类研究由于一些原因而存在问题, 包括关于外国直接投资流量的数据通常不准确或未经过充分分解, 并且, 即使某位学者希望找到投资协定与外国直接投资流量之间的关联, 但想要确定此类协定是否确实是促成投资的原因却极度困难。参见 Poulsen, 'The Importance of BITs'; Emma Aisbett, 'Bilateral Investment Treaties and Foreign Direct Investment:Correlation versus causation' in Karl P. Sauvant and Lisa E Sachs (eds), *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows* (Oxford University Press 2009) 395; Jason W Yackee, 'Bilateral Investment Treaties, Credible Commitment, and The Rule of (International) Law:Do BITs promote foreign direct investment?' (2008) 42 *Law and Society Review* 805.现有研究的研究方法局限性在 Joachim Pohl 的 'Societal Benefits and Costs of International Investment Agreements : A critical review of aspects and available empirical evidence,' (OECD Working Papers on International Investment, No. 2018/01, 2018) < https://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/societal-benefits-and-costs-of-international-investment-agreements_e5f85c3d-en> 中也有所探讨。该研究在本论文之后发表, 与本论文一致认为国际投资协定的优势尚无定论, 而确定证据的成本却在增加。
6. Poulsen (n 5) 539-574.
7. Lisa E Sachs and Karl P Sauvant, 'BITs, DTTs, and FDI flows:An Overview' in Sauvant and Sachs (eds), *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows* (Oxford University Press 2009) ("显然, 任何个别因素 (例如: 投资协定) 本身都不能改变外国直接投资流量, 并且, 想要剥离任何一个特定因素的重要性都是十分困难的。换言之: 如果双边投资协定和双重税收协定对外国直接投资流量造成影响, 它们也是和许多其它决定因素一起发挥作用, 其中很多因素要比监管框架方面重要得多。")。
8. 参见 Linda Ensor, 'New Law to Deal with Compensating Foreign Investors for Expropriation' (Business Day, 18 February 2013) <<http://bilaterals.org/spip.php?article22727>> 访问于2018年2月26日; Rob Davies, 'Letter:Termination of Bilateral Investment Treaties Won't Harm Relations' (Business Live, 19 July 2013) <<https://www.businesslive.co.za/bd/opinion/letters/2013-07-19-letter-termination-of-bilateral-investment-treaties-wont-harm-relations/>> 访问于2018年2月26日。由联合国贸易和发展会议 (United Nations Conference on Trade and Development) 所编制用于收集双边和多边投资协议及其结论信息的数据库表明, 南非已经终止了与比卢经济联盟、西班牙、荷兰、丹麦、法国、德国、瑞士、英国和奥地利之间的投资协定。南非与某些国家 (例如: 中国、俄罗斯和毛里求斯) 之间的协议仍然有效。参见 'IIAs by Economy: 'South Africa' (Investment Policy Hub UNCTAD) <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/195>> 访问于2018年2月19日。
9. fDi Intelligence, The fDi Report 2016:Global Greenfield Investment Trend (fDi Intelligence, 2016) 14, <<https://www.fdiintelligence.com/Landing-Pages/fDi-Report-2016/The-fDi-Report-2016>> 访问于2018年2月26日。
10. 参见 'IIAs by Economy: Indonesia' (Investment Policy Hub UNCTAD) <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/97#iilnnerMenu>> 访问于2018年2月19日。
11. fDi Intelligence (n 9) 4.
12. *ibid.*
13. *ibid.*, 1, 9.
14. Sachs and Sauvant (n 7).
15. 律师事务所建议投资者采用此类策略。参见 (以及其它资料) Mark Mangan and Henry Defriez, 'How to Protect Investments in Indonesia Despite the Termination of Its Bilateral Investment Treaties' (*Dechert On Point* 8 September 2015) <<https://info.dechert.com/10/5454/uploads/dechert-onpoint---how-to-protect-investments-in-indonesia-despite-the-termination-of-its-bilateral-investment-treaties--9-2015.pdf>>。本项注释表明, 即使印度尼西亚决定终止双边投资协定, 但投资者仍可以通过多边投资协定 (MIT) 或包含投资相关章节的自由贸易协定 (FTA) 寻求投资保护。它进一步表明: 但是, 并非任何双边投资协定、多边投资协定或自由贸易协定都能提供保护。此类协定的条款各有不同。Dechert 的国际仲裁团队可以根据投资项目所在的管辖区和投资者可能遇到的争端类型, 告知投资者哪些投资协定能够为某种投资提供最佳保护措施。(Ibid 6).
16. 海外私人投资公司是一家旨在帮助美国企业向新兴市场投资的独立美国政府机构。参见 <https://www.opic.gov/>。
17. World Economic Forum, 'The Global Competitiveness Report 2017-2018' (World Economic Forum, 26 September 2017) <<https://www.weforum.org/reports/the-global-competitiveness-report-2017-2018>> 访问于 2018 年 2 月 27 日。
18. Todd Allee and Clint Peinhardt, 'Contingent Credibility: The Impact of Investment Treaty Violations on Foreign Direct Investment' (2011) 65 *International Organization* 401.
19. 'Bear Creek Files Notice of Intent to Arbitrate With Peruvian Government In Connection With The Santa Ana Project; Six Month Consultation Period Begins' (*Cision*, 7 February 2014) < <https://www.newswire.ca/news-releases/bear-creek-files-notice-of-intent-to-arbitrate-with-peruvian-government-in-connection-with-the-santa-ana-project-six-month-consultation-period-begins-513692941.html>> 访问于 2018 年 2 月 27 日。
20. Rachel L Wellhausen, 'Bondholders vs. Direct Investors? Competing Responses to Expropriation' (2015) 59 *International Studies Quarterly* 1.
21. *ibid.*
22. David Gaukrodger, 'Investment Treaties and Shareholder Claims for Reflective Loss:Insights from Advanced Systems of Corporate Law' (2014) *OECD Working Papers on International Investment* 2014/02 < http://www.oecd.org/investment/investment-policy/WP-2014_02.pdf> 访问于 2018 年 2 月 27 日。并参阅 *OECD, Business and Finance Outlook 2016* (OECD Publishing 2016), 223 < <https://www.oecd.org/daf/OECD-Business-Finance-Outlook-2016-Highlights.pdf>> 访问于2018年2月27日。
23. OECD (n 22), 224, 246.
24. *ibid.*, 224, 239-43.
25. 关于此类影响的文献资料非常多, 难以在此全部引用。尽管如此, 本文仍引用了一些强调外国直接投资对东道国内行业造成的影响的挑战性和复杂性的文献资料, 包括下列各项: Nigel Driffield and Dylan Hughes, 'Foreign and Domestic Investment:Regional Development or Crowding Out?' (2003) 37 *Regional Studies* 277; George Chen, Yao Yao and Julien Malizard, 'Does FDI Crowd In or Crowd Out Private Domestic Investment in China?The Effect of Entry Mode' (2017) 61 *Economic Modelling* 409.外国直接投资的一些负面影响可能在短期内被感知, 但其积极影响需要较长时间才能实现: Jennifer W Spencer, 'The Impact of Multinational Enterprise Strategy on Indigenous Enterprises:Horizontal Spillovers and Crowding Out in Developing Countries' (2008) 33 *Academy of Management Review* 341.
26. Florence Jaumotte, Subir Lall and Chris Papageorgiou, 'Rising Income Inequality: Technology or Trade and Financial

- Globalization?’ (2008) IMF Working Papers 08/185 <<https://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2008/wp08185.pdf>> 访问于2018年2月27日。
27. 例如，参见 Pablo M. Pinto and Boliang Zhu, ‘Fortune or Evil? The Effect of Inward Foreign Direct Investment on Corruption’ (2016) 60 *International Studies Quarterly* 693 (争论外国直接投资影响导致的腐败是否取决于东道国的制度和发展水平，相较于发达国家，外国直接投资导致欠发达国家国内腐败情况加剧的风险更高。)
 28. 例如，参见 Sung Jin Park and others, ‘Is Foreign Direct Investment Effective from the Perspective of Tax Avoidance? An Analysis of Tax Avoidance Through the International Transfer Pricing Behaviors of Korean Corporations’ (2016) 32 *The Journal of Applied Business Research* 917.
 29. Andreea Michalache-O’Keef and Quan Li, ‘Modernization vs. Dependency Revisited: Effects of FDI on Food Security in Less Developed Countries’ (2011) 55 *International Studies Quarterly* 71; Mehdi Ben Slimane, Marilynne Huchet-Bourdon and Habib Zitouna, ‘The role of sectoral FDI in promoting agricultural production and improving food security’ (2015) 145 *International Economics* 50.
 30. 例如，参见 Jiajia Zheng and Pengfei Sheng, ‘The Impact of FDI on the Environment: Market Perspectives and Evidence from China’ (2017) 5 *Economies* 8; Tomasz Kozluk and Christina Timiliotis, ‘Do Environmental Policies Affect Global Value Chains?’ (2016) OECD Economic Department Working Papers 1282 <<http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/5jm2hh7nf3wd-en.pdf?expires=1519755869&id=id&accname=guest&checksum=BECE4907CCA13FB61C0BB444A6BF55FB>> 访问于2018年2月27日; Steven Poelhekke and Frederick van der Ploeg, ‘Green Havens and Pollution Havens’ (2015) 38 *The World Economy* 1159; Natalia Zugravu-Solita, ‘How Does FDI Affect Pollution? Toward a Better Understanding of the Direct and Conditional Effects’ (2017) 66 *Environmental Resource Economics* 293.
 31. Kozluk and Timiliotis (n 30).
 32. 例如，参见 Matthew Cole and Per Fredricksson, ‘Institutionalized Pollution Havens’ (2008) 68 *Ecological Economics* 1239; Matthew Cole, Robert Elliott and Per Fredriksson, ‘Endogenous Pollution Havens: Does FDI Influence Environmental Regulations?’ (2006) 108 *Scandinavian Journal of Economics* 157; Kozluk and Timiliotis (n 30); Yuqing Xing and Charles D Kolstad, ‘Do Lax Environmental Regulations Attract Foreign Investment?’ (2002) 21 *Environmental and Resource Economics* 1.
 33. 关于这一点，请参见 Office of the UN High Commissioner for Human Rights, *Guide to Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights in Investment Policymaking* (LSE Investment and Human Rights Project, Centre for the Study of Human Rights at London School of Economics, 2016) 18; Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, ‘Progress Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on Legal Options and Practical Measures To Improve Access to Remedy for Victims of Business-Related Human Rights Abuses’, (Annual report of the United Nations High Commissioner for Human Rights A/HRC/2/39, 7 May 2015) <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session29/Pages/ListReports.aspx>> 访问于2018年2月27日
 34. 这项原则的例外情况很少。其中一种例外情况就是能够在投资者通过欺诈或腐败促成投资的情况下阻止投资者求助于ISDS的仲裁裁决和几项近期进行的协商，例如，欧盟-加拿大综合经济与贸易协定 (CETA)。(例如，参见 CETA, art.8.18(3))。但是，即便投资者已经在投资过程中参与欺诈或腐败，此类裁决和协定通常也允许投资者提出索赔。对于“无论投资者有何种行为或产生何种影响，投资者均可诉诸 ISDS”这项一般规则，另一种例外情况就是跨太平洋伙伴关系协定 (TPP) 中禁止投资者违反烟草控制措施的相关规定。(TPP, art.29.5).
 35. 例如，参见 *Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland) v Uruguay*, ICSID Case No ARB/10/7, Decision on Jurisdiction (2 July 2013), paras 193–210; *Quiborax SA v Bolivia*, ICSID Case No ARB/06/2, Decision on Jurisdiction (27 September 2012), paras 220, 235–237; *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v Chile*, ICSID Case No ARB/98/2, Award (8 May 2008), para 232.
 36. *Malaysian Historical Salvors v Malaysia*, ICSID Case No ARB/05/10, Dissenting Opinion to Decision on Annulment (16 April 2009), para 22.
 37. 此外，大部分来自发展中国家的对外投资者能否通过投资协定保护受益仍然是个未知数。相关研究多次发现，投资者与国家间仲裁案中的大多数索赔方均来自发达国家，并且，尽管从技术角度而言，所有投资者均可申请投资者与国家间仲裁，但代价却十分高昂（各仲裁方平均要付出600万美元的成本）。并且，对于不能提出高额索赔或无法吸引第三方出资者支付仲裁费用的小公司来说，提出此类索赔的成本可能让其望而却步。参见（以及其它文献）Jeffrey P Commission, ‘How Much Does an ICSID Arbitration Cost? A Snapshot of the Last Five Years’ (Kluwer Arbitration Blog, 29 February 2016) <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/02/29/how-much-does-an-icsid-arbitration-cost-a-snapshot-of-the-last-five-years/> 访问于2018年2月27日。
 38. 例如，参见 Mona Ali, ‘Dark matter, black holes and old-fashioned exploitation: transnational corporations and the US economy’ (2016) 40(4) *Cambridge Journal of Economics*, 997; OECD, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting* (OECD 2013), 17–18; Alexander Bulatov, ‘Offshore Orientation of Russian Federation FDI’ (2017) 24 *Transnational Corporations* 71.
 39. Lisa Sachs and Lise Johnson, ‘Investment Treaties, Investor-State Dispute Settlement and Inequality: How International Rules and Institutions Can Exacerbate Domestic Disparities’, in José Antonio Ocampo (ed.), *International Rules and Inequality: Implications for Global Economic Governance* (Columbia University Press, forthcoming, 2018).
 40. ‘Insurance Eligibility Checklist’ (OPIC) <<https://www.opic.gov/doing-business-us/applicant-screener/insurance-eligibility-checklist>> 访问于2018年2月27日。
 41. 例如，参见 discussion in Jason Webb Yackee, ‘Politicized Dispute Settlement in the Pre-Investment Treaty Era: A Micro-Historical Approach’ (2017) University of Wisconsin Law School, Legal Studies Research Paper Series 1412 <<http://ssrn.com/abstract=2968988>> accessed 1 June 2017; Martins Paparinskis, ‘The Limits of Depoliticisation in Contemporary Investor-State Arbitration’ (2010) Select Proceedings of the European Society of International Law <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1716833> 访问于2017年2月15日。Paparinskis 解释道，人们可以从四个角度来审视去政治化的目标：原籍国的角度、东道国的角度、投资者的角度和争端解决体系的角度。本文主要从原籍国和东道国的角度来审视去政治化。
 42. Paparinskis (n 41) 5–9.
 43. *ibid* 9–12.
 44. Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, August 25, 1965, 17 UST 1270, TIAS. No 6090, 575 UNTS 159 (entered in force October 14, 1966).
 45. Ibrahim Fi Shihata, ‘Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Roles of ICSID and MIGA’ (1986) 1(1) *ICSID Review—Foreign Investment Law Journal* 1.
 46. 例如，参见 Zoe Williams, ‘Investigation: As Colombia Pushes for Cancer Drug Price-Cut and Considers Compulsory Licensing, Novartis Responds with Quiet Filing of an Investment Treaty Notice’ (IAReporter 30 November 2016) <<http://www.iareporter.com/articles/investigation-as-colombia-pushes-for-cancer-drug-price-cut-and-considers-compulsory-licensing-novartis-responds-with-quiet-filing-of-an-investment-treaty-notice/>> 访问于2018年2月27日（讨论瑞士国家经济事务秘书处双边经济关系部负责人向哥伦比亚卫生部发出的一封公函，该公函将发行强制许可与投资征收联系起来，提到了相关的贸易与投资协议，并讨论了来自美国国会职员和其他官员针对强制许可措施施加的压力，并将此证据与为 Paz Colombia 程序提供资金联系起来）。
 47. 1965 Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, 575 U.N.T.S. 159, 4 I.L.M. 532 (1965) art 27 (ICSID Convention).
 48. 在某些情况下，总部位于A国的跨国企业（已经通过B国安排在C国进行投资）已经让原籍国A国对C国政府施加外交压力，同时还根据B国与C国之间的投资协定针对C国提出 ISDS 索赔。例如，参见 *ADC v Hungary*, ICSID Case No ARB/03/16, Award (2 October 2006)。
 49. 例如，在SGS诉巴基斯坦案 (SGS v Pakistan) 中，瑞士向仲裁庭提交了一封信，表明了自身对瑞士与巴基斯坦之间签订的保护伞条款的理解。瑞士政府在仲裁庭已经签发关于否决管辖权的仲裁裁决之后提交了上述信函：Note on Interpretation of Article 11 of the Bilateral Investment Treaty between Switzerland and Pakistan in the light of the Decision of the Tribunal

- on Objections to Jurisdiction of ICSID in Case No. ARB/01/13 *SGS Societe Generale de Surveillance v Pakistan*, 19 Mealey's International Arbitration Reporter E3 (February 2004).在其它情况下,原籍国在争端解决过程中就已经提交此类信函。例如,此种情形在根据北美自由贸易协定提出的争端中更为常见,当协定中的无争端国提交此类文件时,此类文件通常会导致对协定的理解范围变窄,与能够使投资者受益的协定截然相反。参见 discussion in Gabrielle Kaufmann-Kohler, 'Non-Disputing State Submissions in Investment Arbitration' in Laurence Boisson de Chazournes (ed) *Diplomatic and Judicial Means of Dispute Settlement* (Martinus Nijhoff 2013) 316-319.
50. 尽管此类行动可以是原籍国根据投资协定之下的争端解决机制而采取的“法律”行动,但可以说关于是否采取行动的决定无疑具有“政治性”,因为具体问题在于原籍国将会或不会提出哪些论点。而且,一旦提出“合法”索赔,此类索赔也可以通过政治或外交程序解决。
 51. Srividya Jandhyala, Geoffrey Gertz and Lauge N Skovgaard Poulsen, 'Legalization and Diplomacy: American power and the investment regime' (preliminary draft, 6 April 2016) <https://www.princeton.edu/politics/about/file-repository/public/Legalization-and-diplomacy_Poulsen.pdf> 访问于2017年3月1日。
 52. *ibid* 28-29.
 53. Jason Yackee, 'Politicized Dispute Settlement in the Pre-Investment Treaty Era: A Micro-Historical Approach' (2017) University of Wisconsin Law School Legal Studies Research Paper Series 1412, 3.
 54. 例如,参见 Commission (n 37); Matthew Hodgson, 'Costs in Investment Treaty Arbitration: The Case for Reform' in Jean E. Kalicki and Anna Joubin-Bret (eds) *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System: Journeys for the 21st Century* (Brill 2014) 748, 756.
 55. Commission (n 37).
 56. Yukos 案件包括: *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v The Russian Federation*, UNCITRAL, PCA Case No AA 226, Final Award (18 July 2014); *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v The Russian Federation*, UNCITRAL, PCA Case No AA 227, Final Award (18 July 2014); *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v The Russian Federation*, UNCITRAL, PCA Case No AA 228, Final Award (18 July 2014)。上述成本并未包括俄罗斯在质疑仲裁裁决或抗拒裁决执行的过程中发生的任何裁决后成本。
 57. 仲裁庭否决了投资者/索赔方提出的索赔并命令投资者/索赔方支付土耳其的一部分辩护费用(1500万美元): *Libananco Holdings Co Limited v Turkey*, ICSID Case No ARB/06/8, Award (2 September 2011), paras 559-569. 索赔方随后力争废除本项裁决,但再次失败。土耳其在索赔方提出的废除裁决程序中发生了额外成本,但裁决废除委员会决定土耳其应承担此类成本,拒绝了土耳其要求索赔方/投资者为政府报销再次辩护费用的请求。已公布的裁决废除决定内容未标明各方因废除裁决程序而发生的费用: *Libananco Holdings Co Limited v Turkey*, ICSID Case No ARB/06/8, Excerpts of Decision on Annulment made pursuant to Rules 48 (4) and 53 of the ICSID Arbitration Rules of 2006 (22 May 2013).
 58. 例如,参见 *Renco Group, Inc v Peru*, ICSID Case No UNCT/13/1, Final Award (9 November 2016)。在本案中,当秘鲁针对未能符合环境标准要求的一家公司实施制裁时,仲裁庭表示,根据适用的仲裁规定,此类事项的处理原则应为“案件结束后承担费用”,即败诉方应支付胜诉方发生的诉讼费用。尽管仲裁庭已经对索赔方提出的要求不予考虑,但仲裁员决定不遵守败诉方应支付胜诉方成本的一般规则并要求秘鲁承担自身发生的费用(约为840万美元)以及85万美元仲裁费和仲裁员费用中的一半。因此,秘鲁因采取行动解决环境和健康问题而面临900万美元的账单。
 59. Hodgson (n 54) 756.
 60. 这种情况并非假设:对于裁决要求投资者/索赔方为被诉方支付全部或部分法律费用的案例,一项相关研究发现,投资者仅在49%的此类案例中支付了全部裁定额。在上述案例中的14%之中,投资者仅支付了部分裁定额,但是,在37%的此类案例中,投资者拒绝或未能支付裁定额。参见 Iván Zarak A, 'Effective Protection for Respondent States Against Judgment-Proof Claimants' (Memorandum, 12 September 2016), 2-3 (citing relevant studies) <http://res.cloudinary.com/lbresearch/image/upload/v1477064514/rop_memorandum_to_icsid_administrative_council_re_effective_protection_engli_sh_version_2_219116_1641.pdf> 访问于2018年2月27日。
 61. *ibid* 4-6.
 62. UNCTAD, 'Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2016' [2017] 1 IIA Issues Note <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2017d1_en.pdf> 访问于2018年2月27日。
 63. PricewaterhouseCoopers, '2015 - International Arbitration Damages Research' (2015) *Arbitral Awards In Focus* 3 <<https://www.pwc.com/sg/en/publications/assets/international-arbitration-damages-research-2015.pdf>> 访问于2018年2月27日。 *ibid* 9
 64. *ibid*.
 65. *ibid*.
 66. *ibid*.
 67. Allee and Peinhardt (n 18).
 68. 尽管,ISDS仲裁庭通常会裁决各国承担经济赔偿,并且不会强迫它们采取或不采取监管措施,但此类经济赔偿也会使各国难以承担实施某些监管政策或惯例导致的成本。
 69. 例如,参见 *Ampal-American Israel Corp v Egypt*, ICSID Case No ARB/12/11, Decision on Liability and Heads of Loss (21 February 2017)。在 *Ampal-American* 案例中,仲裁庭采用了“概念分离”的方法,而美国最高法院已在其审理的监管性征用/间接征收案件中拒绝采用此种方法。法院和仲裁庭通过“概念分离”产权使索赔方/原告更容易得出监管几乎变成了征收这一结论。
 70. 例如,参见 Jan Kleinheisterkamp, 'Who is Afraid of Investor-State Arbitration? Or Comparative Law' (2014), LSE Policy Briefing Paper No. 4 <<https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2483775>> accessed 31 March 2018; Lise Johnson and Alexander Volkov, 'Investor-State Contracts, Host-State "Commitments" and the Myth of Stability in International Law' (2013) 24 *American Review of International Arbitration* 361.
 71. Santiago Montt, *State Liability in Investment Treaty Arbitration* (Hart 2009) 22.
 72. David Kennedy, 'Some Caution about Property Rights as a Recipe for Economic Development' (2011) 1 *Accounting, Economics, and Law* 1, 11.
 73. 关于这个问题的案例有很多。如需了解近期的相关裁决,参见(例如) *Murphy Exploration and Production Co v Ecuador*, PCA Case No 2012-16, Partial Final Award (6 May 2016), para.206.
 74. 例如,参见 *Murphy v Ecuador* (n 73) para 206 (noting that the issue of whether or not there has been a breach of the fair and equitable treatment (FET) obligation does not depend on whether the government was acting in good faith); *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS v Pakistan*, ICSID Case No ARB/03/29, Award (27 August 2009), para 181.
 75. Lise Johnson, 'Space for Local Content Strategies: A Crucial Time to Revisit an Old Debate' (GIZ 2016).
 76. *ibid*.
 77. *Ampal-American Israel Corp* (n 69).
 78. Rob Howse, 'ICSID Arbitrators Turn Investment Treaty into Insurance Policy Against Terrorism' (International Economic Law and Policy Blog, 7 March 2017) <<http://worldtradelaw.typepad.com/ielblog/2017/03/icsid-arbitrators-turn-investment-treaty-into-insurance-policy-against-terrorism.html>> accessed 27 February 2018.
 79. *ibid*.
 80. *Copper Mesa Mining Corporation v Ecuador*, PCA Case No. 2012-2, Award (15 March 2016), para. 6.83. See also Columbia Center on Sustainable Investment, 'Input to the UN Working Group on Business and Human Rights Regarding Guidance on Human Rights Defenders and the Role of Business' (15 March 2018) <<http://ccsi.columbia.edu/files/2016/05/Input-regarding-guidance-on-human-rights-defenders-and-the-role-of-business-REV.pdf>> accessed 31 March 2018.
 81. 为外国投资者提供特殊保护、仲裁权利和潜在的资金损失追索权可能会扭曲与外国和本国投资者相关的竞争条件,为前者(而非后者)提供更有利的条件。这种情况与许多政府的投资政策不相符,此类投资政策的目的是确保给外国和本国投资者提供平等的待遇。
 82. 如需了解关于采掘工业的 ISDS 案例讨论,请参见(例如) Lise Johnson and Jesse Coleman, 'International Investment Law and the Extractive Industries' (2016) CCSI Briefing Note <<http://ccsi.columbia.edu/files/2016/01/2016->

- 01-12_Investment-Law-and-Extractives_Briefing-Note_1.pdf> 访问于 2018 年 2 月 27 日；如需了解关于基础设施建设投资的 ISDS 案例讨论，请参见（例如）Lise Johnson, 'The Impact of Investment Treaties on Governance of Private Investment in Infrastructure' (2014) EUI Working Papers, RSCAS 2014/32。此外，可参见 UNCTAD, 'Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2016' (n 62)。
83. *PSEG v Turkey*, ICSID Case No ARB/02/5, Award (19 January 2007); *Bilcon of Delaware v Canada*, Permanent Court of Arbitration (PCA) Case No 2009-04, Award on Jurisdiction and Liability (17 March 2015); *Windstream Energy LLC v Canada*, PCA, Award (27 September 2016)。
84. 引发这个问题的很多案例都源自厄瓜多尔为了在油价飙升期间向石油公司征收“暴利税”而采取的行动。尽管基础契约中并不包含稳定性规定，但根据很多仲裁庭的判决，超过特定程度的财政框架变更违反了政府在确保公平、公证待遇方面应履行的义务。例如，参见 *Murphy Exploration & Production Company International v Ecuador*, Case No AA434 (2012-16), PCA, Final Award (10 February 2017) and Partial Final Award (6 May 2016); *Occidental Petroleum Corp v Ecuador*, ICSID Case No ARB/06/11, Award (5 October 2012); *Perenco Ecuador Ltd v Ecuador*, ICSID Case No ARB/08/6, Decision on Remaining Issues of Jurisdiction and Liability (12 September 2014)。在阿根廷金融危机期间还出现了其它相关案例。参见相关讨论，Lise Johnson and Alexander Volkov, 'Investor-State Contracts, Host-State "Commitments" and the Myth of Stability in International Law' (2013) 24 *American Review of International Arbitration* 361。
85. 例如，参见 *Occidental Petroleum Corp* (n 84)（主张政府根据合同条款终止合同的行为违反了投资协定之中的相称原则要求）。
86. *Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding* (International Council for Commercial Arbitration, forthcoming) ch 8。
87. 例如，参见 *Occidental Petroleum Corp* (n 84) (allowing the investor/claimant to avoid the consequences of a contractual provision enabling the government to terminate the contract, and to benefit from an implied stabilization clause which effectively capped the government's windfall profit tax); *Teco Guatemala Holdings v Guatemala*, ICSID Case No ARB/10/23, Award (19 December 2013) and Decision on Annulment (5 April 2016)（在裁决之中，仲裁庭发现政府在计算关税的方法上存在程序违法行为，但随后即按照索赔方的要求授予索赔方关税税率，犹如索赔方在特许权之下有权接受此类税率一样。相关方要求废除本案裁决）。
88. 政府通常会与公司签订投资者与国家间合同，如果此类合同处于投资协定的涵盖范围之内，它们就可能导致ISDS索赔。重要的是，这些公司的投资者也有可能提出自己的投资者与政府间索赔，导致同一项特许权和同一项政府行为引发多项索赔的情形。例如，参见 *Urbaser SA v Argentina*, ICSID Case No ARB/07/26, Award (8 December 2016); *Impregilo v Argentina*, ICSID Case No ARB/07/17, Award (21 June 2011)。上述两个案例是由阿根廷境内的同一项供水服务特许权和政府对该特许权的处理方式导致的。*Aguas del Gran Buenos Aires (AGBA)* 与布宜诺斯艾利斯省签署了一份特许权合同。*Urbaser*和*Impregilo*都是AGBA的股东。
89. 参见 Brooke Guven and Lise Johnson, 'PPPs and ISDS: A Risky Combination' (forthcoming) UNCTAD Investment Policy Blog; Lise Johnson, 'The Impact of Investment Treaties on Governance of Private Investment in Infrastructure' (2014) Robert Schuman Centre for Advanced Research Studies, Research Paper No. RSCAS 2014/32。
90. Johnson and Volkov (n 84) (例如，对下列情况的讨论：如果根据国内法律规定，将来的监管待遇或结果在实质上和程序上无效，那么，美国法院如何拒绝履行此类承诺)。
91. 例如，参见 *In re Attorney General of Canada v Clayton*, Notice of Application, Court File No:T-1000-15 (16 June 2015)。在本案中，加拿大政府认为仲裁庭在“*Bilcon v Canada* (n 83) 案中作出的裁决“篡夺了加拿大法院的司法审查职能”。
92. 例如，参见 *Philip Morris Asia Limited v Australia*, PCA Case No. 2012-12, Award on admissibility and jurisdiction (17 December 2015)。此外，还可参考 Ashurst, 'Developments in Investor-State Arbitration: Thinking Outside the Box' (*Arbflash*, 1 May 2016) <<https://www.ashurst.com/en/news-and-insights/legal-updates/developments-in-investor-state-arbitration-thinking-outside-the-box-arbflash-may-2016/>> 访问于 2018 年 2 月 27 日（“仅获得一项关于管辖权的裁决就需要 4.5 年。尽管公开材料有限，但一项针对程序性命令的回顾表明，解决一项初步问题就需要耗费大量时间。这些时间和成本会抑制各国（尤其是小国）采取可能引发索赔的监管措施：也许这种情
- 况不太可能阻止各国采取对于政治/国家来说十分重要的措施，但是，较温和/技术方面的改革可能会受到影响。”）。
93. Jonathan Bonnitca, *Substantive Protection under Investment Treaties: A Legal and Economic Analysis* (Cambridge University Press 2014) 127 (citing Kyla Tienharra, 'Regulatory Chill and the Threat of Arbitration: A View from Political Science' in *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration* (Cambridge University Press 2011) 606, 615)。
94. Bonnitca (n 92) 118-127 也提出了这一问题。
95. 例如，参见 Agnieszka Zarowna, 'Termination of BITs and Sunset Clauses – What Can Investors in Poland Expect?' (*Kluwer Arbitration Blog*, 28 February 2017) <<http://kluwerarbitrationblog.com/2017/02/28/booke-22-february-polish-bits/>> 访问于 2017 年 8 月 20 日（请注意，捷克共和国、印度尼西亚和秘鲁已经至少终止了部分投资协定和此类投资协定内的存续条款）。
96. 此种权力已经得到《维也纳条约法公约》第31(3)条的认可。IIA中还明确规定赋予投资协定的缔约国在争端解决过程中提交相关文件的权利（例如，参见北美自由贸易协议，第1128条）和签发具有约束力的法律解释的权利（例如，参见北美自由贸易协议，第1131条、第1132条），并且，在一些仲裁规定中（最著名的就是关于基于投资协定的投资者与国家间仲裁透明度的 UNCITRAL 规章）：Vienna Convention on the Law of Treaties (opened for signature 23 May 1969, entered into force 27 January 1980) 1155 UNTS 3311 (VCLT); North American Free Trade Agreement, Can-Mex-US, 8, 11, 14 & 17 December 1992, 32 ILM 289 & 605 (NAFTA); UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration (2014) art 5.如需了解关于此类问题的讨论，参见（例如）Anthea Roberts, 'Power and Persuasion in Investment Treaty Interpretation: The Dual Role of States' (2010) 104 *American Journal of International Law* 179; Kathryn Gordon and Joachim Pohl, 'Investment Treaties Over Time – Treaty Practice and Interpretation in a Changing World' (2015) OECD Working Papers on International Investment 2015/02 <<http://www.oecd.org/investment/investment-policy/WP-2015-02.pdf>> 访问于 2017 年 8 月 20 日；Lise Johnson, 'Ripe for Refinement: The State's Role in Interpretation of FET, MFN, and Shareholder Rights' (2015) GEG Working Paper 2015/101 <http://ccsi.columbia.edu/files/2015/05/GEG-WP-101-Ripe-for-Refinement-The-States-Role-in-Interpretation-of-FET-MFN-and-Shareholder-Rights-Lise-Johnson_0.pdf> 访问于 2017 年 8 月 20 日。
97. 印度已经采取此类行动，寻求缔约双方通过解释来澄清投资协定条款并终止现有协定：Government of India, Ministry of Finance, 'Issuing Joint Interpretative Statements for Indian Bilateral Investment Treaties' (Office Memorandum, 8 February 2016), <http://indianbusiness.nic.in/newdesign/upload/Consolidated_Interpretive-Statement.pdf> 访问于 2018 年 2 月 27 日。如需查看评论，参见（例如）Sarthak Malhotra, 'India's Joint Interpretive Statement for BITs: An Attempt to Slay the Ghosts of the Past' (*Investment Treaty News* 12 December 2016), <https://www.iisd.org/itn/2016/12/12/indias-joint-interpretive-statement-for-bits-an-attempt-to-slay-the-ghosts-of-the-past-sarthak-malhotra/> 访问于 2018 年 2 月 27 日。
98. 例如，参见 Johnson and Volkov (n 84)。
99. 经验证据表明，政府通常不会让来自“非经济”机构或部门的官员参与制定投资协定政策或规划协商的过程。但是，有些国家（如美国）也会让此类官员进行信息提供。
100. 巴西在制定投资协定政策时就向投资者咨询过相关信息，并最终采用了一个不包含 ISDS、针对征收的保护措施或 FET 要求的投资协定模型，但是，该模型中包含一些其它特点，例如，设置监察专员来确定并解决外国投资者面临的各种障碍。
101. Yoram Z Haftel and Alexander Thompson, 'Delayed ratification: the domestic fate of bilateral investment treaties' (2013) 67 *International Organization* 355。
102. 参见 Lise Johnson, Lisa Sachs, and Jeffrey Sachs, 'Investor-State Dispute Settlement, Public Interest and U.S. Domestic Law' (CCSI Policy Paper 2015) <<http://ccsi.columbia.edu/files/2015/05/Investor-State-Dispute-Settlement-Public-Interest-and-U.S.-Domestic-Law-FINAL-May-19-8.pdf>> 访问于 2018 年 2 月 27 日。
103. 例如，美国近期就花费了三年时间审核其双边投资协定模型。南非、巴西、厄瓜多尔、印度和欧盟采取的举措也同样是多年努力的结果，并且在制定此类举措的过程中采用了各种策略来纳入不同的利益相关者。



Columbia Center on Sustainable Investment

A JOINT CENTER OF COLUMBIA LAW SCHOOL
AND THE EARTH INSTITUTE, COLUMBIA UNIVERSITY

ccsi.columbia.edu

**Columbia Center on
Sustainable Investment**

Jerome Greene Hall
435 West 116th Street
New York, NY 10027
Phone: +1(212) 854-1830
Fax: +1(212) 854-7946