



投资协定及它们对可
持续发展的重要性：
问与答



NATHALIE BERNASCONI-OSTERWALDER | AARON COSBEY | LISE JOHNSON | DAMON VIS-DUNBAR

iisd

International
Institute for
Sustainable
Development

Institut
international du
développement
durable

国际可持续发展研究院

国际可持续发展研究院

© 国际可持续发展研究院 2012 年版权所有
国际可持续发展研究院出版

国际可持续发展研究院（IISD）在国际贸易与投资、经济政策、气候变化与能源、自然与社会资源管理以及通信技术在上述领域的作用等方面提供政策咨询，以求为可持续发展做出贡献。我们通过报道国际谈判和传播从合作项目中获得的知识，以开展更为缜密的研究，促进发展中国家能力建设，提高南北半球的网络覆盖面，加强全球范围内研究者、从业者、公民和决策者之间的联系。

国际可持续发展研究院的愿景是让所有人以可持续的方式生活得越来越好。其使命是引领创新，促进社会各领域的可持续发展。国际可持续发展研究院是一家在加拿大注册的慈善机构，并在美国享有税法 501(c)(3) 款规定的非赢利组织待遇。国际可持续发展研究院的核心业务由加拿大政府通过加拿大国际开发署（CIDA）和国际发展研究中心（IDRC）提供支持，同时也得到马尼托巴省的支持。国际可持续发展研究院的研究项目得到加拿大境内和境外许多政府部门、联合国机构、基金会和私营部门的资助。

总部地址：161 Portage Avenue East, 6th Floor, Winnipeg,
Manitoba, Canada R3B 0Y4 电话：+1(204)958-7700 | Fax：+1(204)
958-7710 | 网址：www.iisd.org

ISBN：978-1-894784-47-4

Contents

首字母略缩词清单.....	vi
引言：可持续发展、投资与投资协定 — 它们之间有什么联系？.....	1
1. 外国投资的背景、投资协定的历史及其影响.....	2
1.1. 什么是外国投资？.....	2
1.2. 规范外国投资的法律渊源是什么？.....	2
1.3. 国家从什么时候开始签订投资协定以及为什么？.....	3
1.4. 是否曾试图建立一个多边投资协定框架？.....	4
1.5. 投资者—东道国的争端解决：有什么不同？.....	5
1.6. 在投资协定项下投资者可以追究什么类型的国家措施？.....	6
1.7. 投资协定对吸引外国投资有效吗？.....	7
2. 投资者的保障.....	8
2.1. 谁是投资协定保护的“投资者”？.....	8
2.2. 什么是投资协定规定的“投资”？.....	8
2.3. 投资协定为投资者提供了哪些保护？.....	9
2.4. 公平公正待遇(FET).....	9
2.4.1. 公平公正待遇让政府承担了什么义务？.....	9
2.4.2. 政府在公平公正待遇项下的义务与政府政策空间和可持续发展有什么关系？... ..	10
2.4.3. 国家如何应对其公平公正待遇项下义务所引发的问题？.....	11
2.5. 征收.....	12
2.5.1. 投资协定对征收问题是如何规定的？.....	12
2.5.2. 什么是间接征收？.....	12
2.5.3. 间接征收与政府政策空间和可持续发展之间有什么关系？.....	14
2.5.4. 国家如何应对间接征收规定所引发的问题？.....	14
2.6. 国民待遇.....	15
2.6.1. 国民待遇项下的义务是什么？.....	15
2.6.2. 如何通过国民待遇条款授予设立前权利？.....	16
2.6.3. 有关国民待遇义务及其对国内法律和政策的影晌的主要问题是什么？.....	17
2.6.4. 国家如何应对其国民待遇项下义务所引发的问题？.....	18
2.7. 最惠国(MFN)待遇.....	18
2.7.1. 什么是最惠国待遇？.....	18
2.7.2. 有关最惠国待遇义务有哪些主要问题？.....	20
2.7.3. 国家如何应对其最惠国待遇义务所引发的问题？.....	20
2.8. 履行要求.....	21
2.8.1. 什么是履行要求？.....	21
2.8.2. 投资协定如何约束国家规定履行要求的权力？.....	21
2.8.3. 履行要求规定对可持续性发展具有什么影响？.....	22
2.8.4. 国家如何保障其规定履行要求的权力？.....	22
2.9. 资金自由转移要求.....	23

2.9.1. 什么是资金自由转移要求?	23
2.9.2. 资金自由转移条款会引发什么问题?	23
2.9.3. 国家如何应对资金自由转移条款所引发的问题?	24
2.10. 扩大义务: 保护伞条款与稳定性条款.....	24
2.10.1. 什么是保护伞条款?	24
2.10.2. 什么是稳定性条款?	25
2.10.3. 保护伞条款和稳定性条款对于可持续性发展有什么样的意义?	26
3. 平衡投资者各项保护: 投资者和其母国的义务?	27
3.1. 投资协定是否对投资者规定了义务?	27
3.2. 投资协定是否对投资者母国规定了义务?	27
4. 投资协定仲裁.....	29
4.1. 投资协定中的东道国义务的执行程序是什么?	29
4.2. 谁可以根据投资协定向东道国提出仲裁申请?	29
4.3. 对投资者的仲裁申请权有限制吗?	29
4.4. 什么是岔路口条款?	30
4.5. 投资协定要求原告必须首先用尽当地救济吗?	30
4.6. 仲裁适用什么法律规则?	30
4.7. 通过对东道国提出仲裁申请投资者可以获得什么类型的救济?	31
4.8. 谁来裁决争端?	31
4.9. 由私主体的当事人选定的仲裁员来裁决投资争端会引发什么主要问题?	32
4.10. 如何解决与仲裁员独立性有关的问题?	32
4.11. 投资协定仲裁中法律或事实上的错误可以予以纠正吗?	33
4.12. 是否有任何机制可以确保投资协定的解释更可预期?	34
4.13. 公众可以获取有关投资者—东道国仲裁的信息吗?	34
4.14. 相关的公众可以参与到争端的解决中吗?	35
5. 解决问题.....	36
5.1. 国家如何修正投资协定中已有的错误?	36
5.2. 国家如何阐明投资协定中的条款?	36
6. 结束语	38
附录: 选取的专注于投资协议和投资者—东道国争端解决的机构与资源.....	39

本手册是根据国际可持续发展研究院（IISD）贸易与投资研究组多年致力于研究如何使投资更有利于可持续发展的工作经验而编写的。这很大程度上归功于我们大家都很缅怀的以故同事Konrad von Moltke的启发，以及Howard Mann的不懈努力，他负责国际可持续发展研究院（IISD）的投资研究组达10年，并对本手册的编写进行了广泛的评论。本手册是基于国际可持续发展研究院（IISD）促进可持续发展投资协定范本编写的又一力作。¹

我们衷心感谢瑞士发展与合作部对公民投资协定指南早期版本的支持，本手册正是以此为基础编写的。我们非常感谢 Martin Brauch 为更新早期版本而提供的宝贵且出色的协助。

最后要感谢 Mark Halle，过去这些年里他对贸易与投资研究组的工作指导是该组取得成功的根本；还有项目经理 Flavia Thomé，没有她的支持与不懈努力，本手册的编写就不可能顺利完成。

NATHALIE BERNASCONI-OSTERWALDER
AARON COSBEY
LISE JOHNSON
DAMON VIS-DUNBAR

¹ 促进可持续发展投资协定范本可参见<http://www.iisd.org/publications/pub.aspx?pno=686>。国际可持续发展研究院投资和可持续发展研究组的网站还发布了其他对本手册涉及的诸多问题进行深入探讨的文章。（www.iisd.org）。比如“最佳做法”系列包括了特定专题的报告，比如投资协定中“投资”的定义、公平公正待遇义务、投资者—东道国仲裁的透明度、仲裁员道德、保护伞条款和岔路口条款。

首字母略缩词清单

ASEAN	东南亚国家联盟
BIT	双边投资协定
COMESA	东南非共同市场
ECT	能源宪章条约
EU	欧洲联盟
FDI	外国直接投资
FET	公平公正待遇
FTA	自由贸易协定
GATS	WTO服务贸易总协定
GATT	WTO关税与贸易总协定
HGA	投资者-东道国政府协议
ICSID	国际投资争端解决中心
MAI	多边投资协定
MFN	最惠国待遇
NAFTA	北美自由贸易协定
TRIMs	WTO 与贸易有关的投资措施协议
TRIPS	WTO 与贸易有关的知识产权协议
UNCITRAL	联合国国际贸易法委员会
UNCTAD	联合国贸易和发展会议
WTO	世界贸易组织

引言：可持续发展、投资与投资协定 — 它们之间有什么联系？

投资对可持续发展的重要性怎么强调也不为过。可持续发展需要结构性经济变革，其只能通过新型能源生产、运输、生产制造与资源开采方面的投资来实现。因此，促进可持续发展最终就是促进利于可持续性发展以及公平社会与经济可持续发展的投资。

不幸的是，并非所有的投资都利于可持续发展。政策制订者经常使用投资增量这个狭窄的基准作为判定成功标准，但是几乎所有国家都不愿意吸引不负责任的投资，即破坏环境、掠夺自然资源、剥削雇员或是对当地经济发展毫无贡献的投资。因此，从可持续发展的角度，我们关注的焦点不应只是投资的数量，还应该关注它的质量。

然而，坚持这一中心目标，并吸引投资来促进可持续发展对于一些国家来说比其他国家更具有挑战性。很多发展中国家，特别是最不发达国家迫切需要更多高质量的投资 — 需要未能得到满足的原因可能有多种。对于生产性的投资，获取资金和技术工人与获取投资所生产的产品和服务的销路一样重要。可靠的基础设施和高质量的服务 — 通讯、交通、银行、保险、特别是政府服务 — 也是极其重要的。投资在很大程度上取决于东道国国内的诸多先决条件，而很多发展中国家不具备这些条件。

因此我们发现了一个悖论：这些最需要投资以促进可持续发展的国家，却可能因为自身的不发达而没能获得太多这样的投资。

在此背景下，本手册专注于政府为获得投资而通常采取的一种措施：缔结国际投资协定以保证外国投资者享有特定待遇。到目前为止，政府间签订了数千个投资协定，并且每年还不断有新的协定被签订。从历史上看，发达国家推行这些协定是为在风险较高的外国进行投资的本国投资者提供额外的法律保护。尽管有些发展中国家一直对协定中的某些原则和理念持反对态度，但发展中国家还是将它们纳入到吸引外国投资和资本进入本国领土的战略中。

过去二十年的发展已经表明这些投资协定是强有力的工具，其对确定东道国与外国投资者之间的关系起到了重要的作用。但是，在目前的形势下，这些投资协定在应对上述各种挑战时成就甚微。事实上，尽管近些年投资协定在平衡协定双方利益方面取得了一些改进，但其仍可能会是可持续发展的障碍：签订这些协定的国家为此需要支付高额成本，而协定吸引投资的效果又不理想 — 更不用说对可持续发展非常重要的高质量投资了。本手册重点介绍这方面的关切，同时也指出那些可以有明显改善的地方。令人振奋的是，世界各地的一些政府已经开始认真关注投资协定的影响和（失败）的承诺，并且正在改变协定的起草方式。

更进一步说，本手册旨在为读者提供有关国际投资协定及其对可持续发展影响的介绍。如果可持续发展在很大程度上是一种对投资的挑战，那么规范投资的国际协定就必须有助于更好地应对这一挑战。

1. 外国投资的背景、投资协定的历史及其影响

1.1. 什么是外国投资？

外国投资可以采取多种形式。一些外国投资对东道国意味着比其他投资更长期的投入。例如合同权利，可能是短期的并且可能不包括投资者在东道国领土上建立实际或有效的商业存在。公开上市的外国公司的少数股权也是仅可短期持有的资产，代表的是与东道国的短暂联系。²

外国直接投资（FDI）是外国投资的一种类型。与证券投资（持股低于10%）和合同权利等其他形式的投资不同，外国直接投资被界定为使投资者在外企管理中享有持久利益和有效发言权的股权和其他资本。外国直接投资可以为东道国经济带来一些对实现可持续发展十分关键的重要利益，包括增加就业、向东道国进行技术转让，以及提高东道国的竞争力。然而，这些利益并不是由外国直接投资自动产生的。相反，一个国家吸引外国直接投资和从外国直接投资中获益的能力取决于多种复杂的因素，包括投资东道国和母国的政策与境况，以及投资者的行为。

投资协定中“投资”的定义几乎总是超出外国直接投资这一较狭窄的概念。通常情况下投资的定义包括一个外国投资者“直接或间接”“拥有或控制的”“各种资产”。紧接这一定义的通常是一个有关此类资产具体形式的非穷尽清单，包括动产和不动产、公司股份或股票、期货、期权、派生产品、合同权利、商誉和包括商标以及版权在内的知识产权。有些“投资”的定义还规定它们包括由政府或私营实体拥有或控制的实体，并且不管其是否以盈利为目的。

1.2. 规范外国投资的法律渊源是什么？

规范外国投资的法律渊源可分为三个交叠的领域：国内法、国际投资合同和投资协定。

外国投资法律的主要渊源通常是投资所在地国家（即东道国）的国内法律。这可能包括有关设立此类投资的法律、税法、物权法、人权法、劳动法、银行监管法，或关注投资地点和运行所产生潜在影响的环境法。这些法律都是本国政府的正常措施。但是这一系列的法律在最不发达国家或欠发达国家往往是不完善的，或极其缺乏约束力。

外国投资法律的第二个渊源是国际投资合同。有时也称作投资者-东道国政府协议，这是外国投资者与东道国政府直接签订的合同。因为很多投资不涉及投资者与东道国政府之间的直接商业关系，所以并不是所有的外国投资都有这些合同。然而，它们特别常见于在发展中国家进行资本密集型 and 期限较长的投资项目中，比如资源开采与加工。投资合同的内容通常会包括投资的性质及其价值、对投资者的激励机制、投资者的特殊权利、适用于投资的特许权和/或税收制度（如果与一般情况适用的法律不同）、国内法没有规定的投资者的义务，以及投资者应额外承担的任何与社会或发展相关的义务。投资合同的作用至关重要。投资合同是投资的法律依据，并确定出现纠纷时适用的准据法。当东道国的本国法律约束力较弱时，投资合同经常会作为普遍适用的国内法的补充。但，如下文所述，投资合同还可以影响这种普遍适用的国内法律的适用，使其朝着更连贯更严谨的方向发展。

² 有关这一题目及本手册涵盖的其他题目，请参见M. Sornarajah主编的《与外国投资有关的国际法》（第三版，2010）。该书有一个很有用的书目清单。本手册的附录里也有一个其他资源的清单。

第三个法律渊源，即本手册的主要关注点，是投资协定——旨在促进和保护外国投资的国家间协议。它们为在一国（东道国）境内投资的来自另一国（母国）的投资者提供了国际法上的特殊保护。投资协定有多种形式，最常见的为双边投资协定。截止目前各国已经签订了超过2750个此类协定，尽管实际生效的可能要少一些。³ 同时，越来越多的自由贸易协定开始规定投资章节，其内容与双边投资协定条款类似。最后，有些投资协定采用了区域投资协定的形式，例如，东南非共同市场（COMESA）国家间的投资协定和东南亚国家联盟（ASEAN）国家间的投资协定。

下面第2节对这些协定进行了讨论，其中详细介绍了它们规定的投资者享有的权利，以及国家所承担的义务。

1.3. 国家从什么时候开始签订投资协定以及为什么？

投资协定自1959年德国与巴基斯坦签署第一个双边投资协定起开始出现。这个时间段很重要，因为西方国家两个主要的地缘政治担忧同时出现了：一是苏联共产主义超出其二战后边界的扩张，二是在上世纪60年代出现并不断扩大的非殖民化浪潮。Lord Shawcross（英国的一位前总检察长）和Herman Abs（德国德意志银行主席）在一份1960年出版的有关第一个双边投资协定的刊物的引言中阐述了这些协定出现的背后思考：

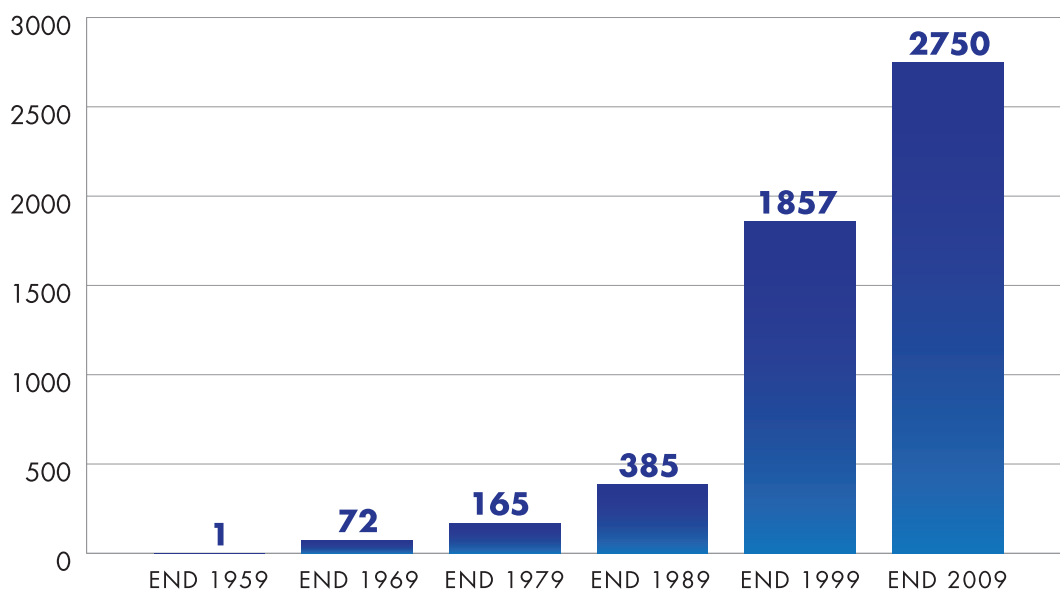
由于现在人们普遍认识到，必须采取重大措施来扶持自由世界国家的经济地位，既作为反对苏维埃行动的一项措施，也作为解决由世界不发达国家人们制造的问题的手段；通过国际法更好地保护私人投资的理念变的更加重要。⁴

在当时的情况下，私人资本面临的双重“威胁”是可以理解的。这两股力量造成了巨大的政治不稳定，两者之间的相互作用从很大程度上讲导致了冷战政治的形成，并且给私人资本持有人带来了风险并使他们恐慌。因此，他们通过国际法来寻求针对这些力量的应对措施也在情理之中。然而，正如图1所示，上世纪90年代初之前，此类协定的数量增长相当缓慢。

³ 参见：例如联合国贸易和发展会议《2010年世界投资报告：低碳经济投资》，第81-82页。绝大多数的双边投资协定可以从联合国贸发的在线数据库里获得：http://www.unctadxi.org/templates/docsearch___779.aspx。许多国家的政府也将本国签订的投资协定公布在其官方网站上。

⁴ 《保护私人外国投资公约建议稿，圆桌会议》编者引言，《公法期刊》第9卷，第115页，1960年。

图1：1959年 - 2009年，每十年的双边投资协定的累积数量



资料来源：基于联合国贸易和发展会议的数据

其他几个关键因素也被认为对投资协定的增长起到了促进作用。首先，几个主要的全球性经济组织，比如经济合作与发展组织(OECD)、联合国贸易和发展会议(UNCTAD)，开始推行它们；基于的理由是在它们向外国投资者提供的额外安全保护会刺激外国直接投资量的增加，特别是向发展中国家的投资。然而，今天的研究已经表明投资协定与一个东道国获得的外国直接投资量之间的关联性很小（参见章节1.7）。尽管如此，很多组织和国家仍坚信这些协定会促进外国投资的增加。

第二个因素，也是来自于政府间的一些组织和金融机构，是将投向发展中国家的私人投资能否获得海外投资保险与保护该投资的国际投资协定的存在挂上钩。例如，国际金融公司（IFC，世界银行的私人融资部门）将投资协定看作一个重要风险管理工具，虽然并不是总要求必须提供它们。然而德国政府的风险保证机构确实需要提供一份投资协定。因此，现在德国拥有世界上数量最多的已生效投资协定的情况也就不奇怪了。

导致投资协定大量出现的第三个因素是，与全球化的其他元素一同，外国直接投资出现了全面增长。更自由的贸易、整合的生产流程、专门的出口加工区和其他因素都刺激了外国直接投资数量的增加，而这又促使资本出口国要求签署更多的协定来保护它们的海外投资。

1.4. 是否曾试图建立一个多边投资协定框架？

已有多种努力试图在多边层面上处理投资问题。事实上，1994年的WTO协定是1986 - 1994年的乌拉圭回合谈判的成功结果，并于1995年生效，其中服务贸易总协定(GATS)和与贸易有关的投资措施协定(TRIMs)涉及到了投资的重要方面。WTO协定主要关注的是市场的准入问题，而不是投资保护问题。经济合作与发展组织(OECD)对投资问题的处理更全面：政府于1995年5月对拟定的多边投资协定进行了磋商。经济合作与发展组织的网站写道：“我们的目标是建立一个多边投资框架，即一个在投资自由以及投资保护两方面均适用高标准，包含有效的争端解决程序，并向非经合组织成员国开放的框

架。”⁵ 因为发展中国家、某些OECD成员国以及民间社会的反对；所以谈判在1997年宣告失败，并从此再也没有被启动过。但是，OECD在这一领域仍然非常活跃。

1996年，WTO成员国决定在新加坡部长级会议上成立三个新的工作组，其中包括一个投资工作组。因此，投资成为所谓的“新加坡议题”之一，并被纳入2001年推出的多哈发展议程。然而，多数发展中国家在2003年墨西哥坎昆部长级会议上对全面投资协定的谈判持反对态度，因而该议题从多哈议程中取消。

人们或许会感到吃惊：对通过多边途径处理投资自由和保护问题持反对态度的发展中国家却对双边途径十分青睐，并且在双边途径上取得了实质性的进展。其结果就是形成了一个由2750多个双边和区域性投资协定组成的协定网络，这被联合国贸易与发展会议称为“由各种多变的群体通过重叠的会员资格和复杂的相互作用联系在一起而形成的一个不断扩大和变化的体系”。⁶

1.5. 投资者—东道国的争端解决：有什么不同？

在上世纪90年代末之前，投资协定一直处于一种政策停滞不前的状态。投资者很少求助于投资协定中的保护性条款，并且也很难确定协定是否在吸引更多的外国投资中起到了应有的作用。事实上，双边投资协定——最常见的投资协定形式——经常只是为来访的国家元首提供了更多的拍照机会而已，很少真正作为经济治理的重要工具。

然而，在过去的二十年中，越来越多的投资者已经开始使用多数投资协定中都包含的投资者—东道国之间的仲裁程序。这是一个国际法中独有的程序，允许私人投资者直接将东道国政府提交国际仲裁，不需要投资者母国的支持甚至可以不通知其母国。这个独特而强有力的工具于1987年被第一次使用。然而，直到1994年北美自由贸易协定（NAFTA）——即一个由美国、墨西哥和加拿大签订的自由贸易协定，这个协定不仅规定了贸易的内容还规定了一个投资保护章节，其模式借鉴了投资协定——生效后，投资者才真正发现了投资协定以及投资者与东道国之间的仲裁机制的潜在威力。在1997年，已知的案件仅有19个。但到了2007年，已知的案件就超过250件，而到2010年底则更是超过了390件。图2所示为自上世纪80年代末以来投资协定项下已知的仲裁案件数量的显著增长情况。⁷

与国际法其他领域的比较更突出了投资者与东道国之间纠纷的新颖性与重要性。例如，当在国际法下发生了货物与服务贸易的纠纷时，世贸法律和其他自由贸易协定为适用法，纠纷主体仅为主权国家，即受影响企业的母国和制定该贸易政策的国家。受到实际影响的个人和实体无权自己提出申请。

事实上，国际法中只有在有限的情况下允许个人或私营实体直接追究国家，更不用说寻求和获得大额的损害赔偿金。允许的情况可能发生在国际人权法里；但受影响的个人和实体在向国际法院和法庭提出人权索赔之前必须先向国内有管辖权的法院寻求救济。这种规定不适用于投资协定纠纷。

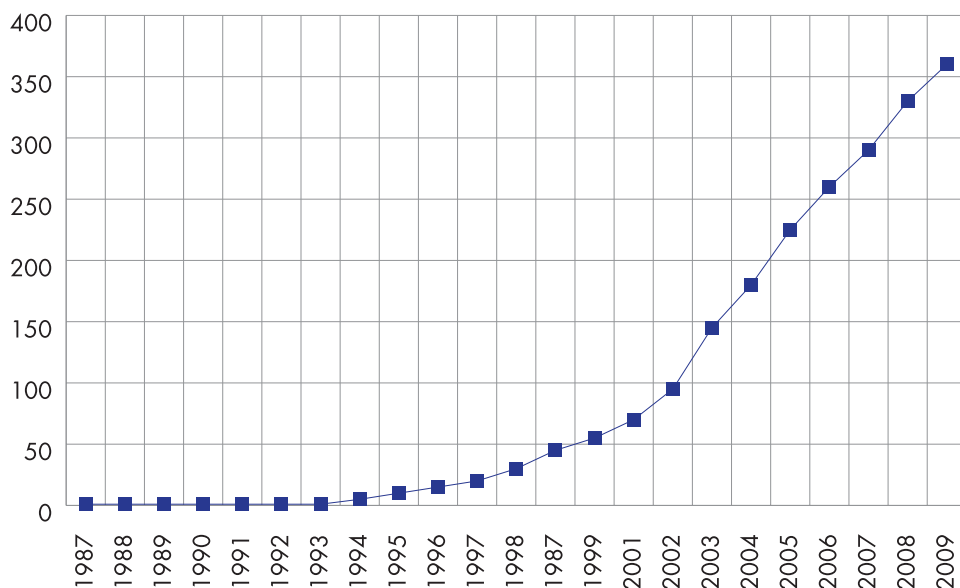
投资者可以直接提起国际仲裁，除非协定中有另外的规定。

⁵ OECD, 《多边投资协定》，参见网站：http://www.oecd.org/document/35/0,3343,en_2649_33783766_1894819_1_1_1_1,00.html。

⁶ UNCTAD, 《经济一体化协议中的投资条款（2005）》，第39页。

⁷ 如本文第四部分所述，当前投资者—东道国投资仲裁制度相对不透明，因此要获悉至今所有投资协定项下案件的总数量以及有关仲裁当事人、申请事由、争议事项和仲裁裁决的信息是不可能的。虽然没有集中的登记机构，但是公开的裁决可以通过不同的网站获取。相关资源已经被列明在本手册最后的附录里。

图2：1987年 - 2009年，投资协定仲裁累计数量



资料来源：基于联合国贸易和发展会议的数据

1.6. 在投资协定项下投资者可以追究什么类型的国家措施？

通过投资者—东道国仲裁，投资者可以追究相当广泛的涉嫌违反投资协定和侵害投资者权益的政府措施。受追究的措施包括试图征税或提高税收的措施、改变国内财政政策的措施、是否发放开发许可证的决定、对投资合同进行重新谈判的行为、抵制投资合同谈判的行为、政府对有害化学品的禁令、采矿禁令、对可能采用的采矿方法的环保限制、环境影响评估要求、有关运输和有害废弃物处理的法规、有关健康保险的法规、减少烟尘的措施、影响水价和供水的措施、有关改善少数民族人口经济状况的法规，以及有关通过生产和自然资源出口来增加收入的措施。

除了实际追诉，估计外国投资者还经常用提起仲裁的意图威胁、强迫政府改变或放弃可能对投资者造成不利影响的立法。

这些仲裁纠纷可能给政府带来的巨大负担：除了对政府的规范制度和政策目标造成潜在影响外，还可能导致政府背负沉重的债务。

2011年的一份报告指出了这一问题：

在2004年，一个美国投资者赢得了针对厄瓜多尔的仲裁……其裁决和索赔数额约为政府开支的1.92%和7.5%。鉴于厄瓜多尔每年约7%的政府开支花在健康问题方面，这些数字的重大意义就变得清晰了。⁸

此外，即使政府在这些纠纷中胜诉，通常也要为进行案件辩护承担数百万美元的费用和开销。

这些问题已经将投资协定推到了公众的审视之下。现在的关注焦点已经转移到投资协定应该如何执行，以及如何解决它们一方面可以吸引投资而另一方面又影响政府的公共政策所产生的矛盾这一问题。其他

⁸ Kevin P. Gallagher & Elen Shrestha (2011年5月)《投资协定仲裁和发展中国家：重新评价》全球发展和环境研究院，工作报告No. 11-01，第10页（指Occidental Exploration and Production Company 诉 厄瓜多尔，LCIA案第UN3467号）。

的担忧是投资协定可能有利于外国投资者和投资项目，而对有同样（或更高）价值的其他目标不利。

然而，尽管外国投资者依据投资协定追究许多具有公益性质的法规，并且在此协定下政府可能要承担严重的负债；但另人吃惊的是，这些外国投资者对国家进行追诉的仲裁案件通常都是不公开进行的。事实上，如下面章节4.13中所述，有时甚至连这种争端的存在都是保密。

公众对投资者-东道国仲裁缺乏了解会对投资的法律和政策产生负面影响。缺乏对争端及其给政府带来损失的全面了解，就不可能对投资协定以及将其作为保护、促进和吸引外国投资政策工具的可行性进行适当分析。

1.7. 投资协定对吸引外国投资有效吗？

很明显，投资协定已经为外国投资者提供了重要的保障与救济途径，使他们有权追究许多政府措施并且获得较大的损害赔偿；但仍极不确定的是，投资协定是否能使外国直接投资量增加。对外国投资金额、方向和性质产生影响的有多种不同的因素。个人或企业决定在什么时候、在什么地方以及如何投资时都有各自的需要和策略；当他们进行决策时，重要的影响因素包括是否能使他们有更广阔的市场、更熟练和/或更廉价的劳动力，或是否可以获得新的或不同的技术。其他可能影响决策的因素还包括是否有可靠的基础设施、利于进行商业活动的服务、稳定的经济和政治局势以及资金支持和财政刺激措施。

正如投资协定的起草和解释表明的，它们只能着力解决有限的一些问题——帮助投资者尽量降低因政府的“不合理”行为引起损失的风险。但是它们对改变东道国的国内投资特点以及提升其外资吸引力就几乎是无能为力的。因此，当企业进行投资决策时他们几乎很少考虑是否有投资协定存在，更不用说协定能提供什么具体的保护了；尽管当投资未能按计划进行时，他们可能会依靠该协定来寻求挽回损失。⁹

已经有一些研究在使用计量经济学方法来确认签署双边投资协定是否会增加外国投资。¹⁰ 尽管有些研究表明这两者间有某种程度的关联性；但它们仍不确定是这种关联性引起了投资流量的增加，或是其他因素，比如经济政策广泛的变化，引起了投资增加。总体而言，关于投资协定对投资流量究竟有什么影响的研究似乎陷入了僵局。但有一点是清楚的，投资协定在吸引外国投资方面并不是必要的条件，而且仅有投资协定也不足以吸引外国投资。这就引出一个问题，投资协定为国家带来的这种很不确定的利益是否比国家为此付出的成本有更高的价值，这在第2、第3、和第4章中将有进一步的分析。

⁹ 经济信息集，2007年《到2011年的世界投资前景》（包含了一个通过采访约600家跨国公司高管如何进行海外投资决策而撰写的调研报告）。

¹⁰ 参见：Sachs & Sauvant主编的（2009年）《协定对外国直接投资的作用：双边投资协定、双边税收协定和投资流动》；同样参见：Kevin P. Gallagher & Melissa B.L. Birch（2006年12月）《投资协定可以吸引投资么？拉丁美洲的例证》，《世界投资和贸易学刊》7（6），该文提到“与美国签订双边投资协定并不会对吸引来自美国的投资有单独的意义”，但是“双边投资协定的总数量和拉美洲国家获得的外国投资量有关联关系”。Jennifer Tobin & Susan Rose-Ackerman（2006年）《双边投资协定何时会有效果：协定的政治经济环境》提到“不能孤立地考量双边投资协定。协定对东道国吸引外国投资作用的考量应基于综合考量东道国的政治、经济、机构特点以及投资协定的全球体系。”Eric Neumayer & Laura Spess（2006年）《双边投资协定会增加对发展中国家的外国直接投资么？》（来源：<http://eprints.lse.ac.uk/archive/00000627>）提到：“……双边投资协实现了其目的。那些已经与主要资本输出的发达国家签订协定的发展中国家很可能获得更多的外国直接投资作为回报。”Jeswald W. Salacuse & Nicholas P. Sullivan（2005年）《双边投资协定能真正地发挥作用么？：评估双边投资协定以及其中的大交易》，《哈佛国际法杂志》第26期，第67页；Mary Hallward-Driemeier（2003年）《双边投资协定可以吸引外国直接投资？仅有一点儿……它们能起作用》提到“通过分析20年间从OECD国家流向发展中国家的外国直接投资的情况，我们没有看到任何双边投资协定能刺激投资的证明。”

2. 投资者的保障

2.1 谁是投资协定保护的“投资者”？

投资协定往往对它们所涉及的“投资者”进行较宽泛地定义。通常这些协定规定的“投资者”是指在另一缔约方领土内进行投资的一缔约方的自然人或法人（比如公司）。有些协定对该定义进行了进一步地扩大，规定所涉及的“投资者”可能还包括没有在东道国实际投资的但正在“寻求”投资的投资者。如今，一个实体企业可以相对容易地在外国建立至少一个法律存在，例如通过改变公司注册地，成立一个新的子公司，和/或在国内适当机构中对自己进行注册。这样，一个企业可以通过简单地在母国建立一个法律存在以获得该母国签署的投资协定的保护。

然而，最近的一些投资协定中对这一现象已经有了应对措施，并试图防止协定被投机性地利用；其规定只有在母国有充分的实质性业务活动的投资者才会受到保护。因此，仅在母国有一个名义驻地的所谓“邮箱公司”就不在协定的涵盖范围内。

2.2. 什么是投资协定规定的“投资”？

投资协定赋予了外国“投资者”与“投资”权利。如上所述，投资协定中所定义的“投资”通常是指在东道国内的“任何形式的资产”。根据投资仲裁庭对协定的解释，他们已经宣布该词主要是指其字面意思，即任何一种资产，包括有形资产和无形资产，比如离岸银行帐户、度假住宅、国内法律或合同下的权利、外国公司内的少量股权以及公司的“商誉”。甚至仅在其母国进行生产的投资者的货物销售合同，或由投资者仅在母国提供但随后被销售给东道国消费者的服务，也可以作为一种投资。¹¹ 尽管这类资产可能对东道国的经济或可持续发展有很少或没有什么贡献，但它们仍可以享有投资协议提供的权利和保护。

一些国家在他们的协定中已经加入了相关限定语，以确保协定不被解读为保护各种短暂的、极小的权利和利益，以及在东道国内可以被称作“资产”的任何财产。例如，国家已经将某些项目排除在“投资”范围之外，比如政府发行的债券、证券投资、货物或服务销售合同项下金钱给付请求权。一些国家也已经通过封闭、穷尽的列举方式来定义“投资”，而不再泛泛地将其定义为“所有资产”。

一些国家则采取了完全不同的方式，即抛弃了以资产为基础的定义而转向以企业为基础的定义。在这种方式下，投资的定义仅限于直接投资或通过当地企业进行的投资。为了达到类似目的，一些国家则采用标准：只有商业目的的投资（借此排除了比如度假屋等资产），或必须对东道国的经济发展有贡献的投资才是合格的“投资”。

国家缩小投资协定保护的“投资”种类的最后一个例证是：规定受保护的投资必须是根据东道国法律而设立的投资。这样可以帮助确保通过贿赂、欺诈和腐败而设立的投资，或没有经过东道国批准的投资（如果此类批准是必需的）不能从投资协定提供的特权和救济中受益。

如果投资协定中没有此类语言上的限制，仲裁庭几乎是不会考虑这些限制的。（一个例外是：至

¹¹ 参见案件：SGS Societe Generale de Surveillance 诉 巴基斯坦，ICSID仲裁案No. ARB/01/13，管辖权异议的裁定，2003年8月6日；SGS 诉 菲律宾，ICSID 仲裁案 No. ARB/02/6，管辖权异议的裁定，2004年1月24日。这些案件涉及了服务的提供绝大部分发生在东道国领土之外的服务合同。仲裁庭认为此种服务合同是合格的“投资”，因此对案件享有管辖权。

少在某些案件里仲裁庭认为通过欺诈、贪污和其他非法手段设立的投资不能获得投资协定的保护)。因此,协定使用的语言是至关重要的,这将决定哪些投资可以享受到极为有利的投资协定的保护。

2.3. 投资协定为投资者提供了哪些保护?

投资协定的义务——即在投资者待遇方面,国家向投资者承诺做什么,或不做什么——依据各协定的规定不同而有不同。一些国家有他们自己喜欢的协定范本,但这些都不断地发展变化,当前很多国家所采用的双边投资协定“范本”与20年前的范本就着明显的不同。其结果是形成了一个复杂的协定网络,即使与同一个第三方国家签订的不同协定的具体规定也不相同。

但是近期的多数协定都有一些标识性的核心条款规定,通常有相同或类似的内涵。与可持续发展最相关的是东道国给予投资者的以下承诺:

- 公平公正的待遇(FET);
- 对直接或间接征收的补偿;
- 国民待遇,即所享受的待遇不低于国内投资者的待遇;
- 最惠国待遇(MFN),即所享有的待遇不低于任何第三国投资者的待遇;
- 不受所谓“履行要求”作为市场准入条件的限制。这些要求包括转让技术、出口一定比例的产品、采购东道国产的原材料或进行研究开发等;
- 资本自由转移;
- 一种扩大义务,被称作“保护伞条款”,即东道国必须尊重其对投资者负有的任何法律和合同义务;以及
- 有权针对东道国提起仲裁申请。

下面章节将对这些承诺进行了更详细的分析。

2.4. 公平公正待遇(FET)

2.4.1. 公平公正待遇让政府承担了什么义务?

大部分的投资协定都包含一项规定,即要求东道国政府向投资者提供公平公正待遇(FET)。¹²

公平公正待遇(FET)义务已经成为投资者追究东道国的一个最常见依据,并在很多案件中,投资者基于征收、无歧视待遇的其他追诉未能成功,却能基于公平公正待遇胜诉。因此,它已成为一种“全包”条款。例如,东道国违反本规定可以是由于东道国的行政决策不透明,可以是由于东道国的国家机构对待投资者前后行为不一致,比如一个机构鼓励和批准投资,而另一个机构又拒绝颁发必要的许可证。

在实践中很难预测国家的行动什么时候会违反公平公正待遇(FET)义务。投资协定的措辞本身不会提供详细的指导,并且仲裁庭对这项义务有着各种不同的解释。

¹² 一些亚洲投资协定不包含本条款,例如巴基斯坦、沙特阿拉伯和新加坡的投资协定通常就没有这一条。经济合作与发展组织《国际法中的公平公正待遇》,2004年9月, <http://www.oecd.org/dataoecd/22/53/33776498.pdf>, 第5-7页。

仲裁庭对东道国行为高标准要求的典型例子是2003年Tecmed 诉墨西哥案（并被许多后续案例效仿¹³）。在该案中，地政府拒绝给已投入运营的废物处理厂重新发放经营许可证，实际上就是要将其关闭。仲裁庭认为要避免违反公平公正待遇（FET）义务，东道国必须要：

- “不影响外国投资者在设立投资时的基本预期”；和
- 行为前后一致，“清晰明确并且完全透明”，这样投资者在进行投资前能对所有相关法规和制度以及它们各自的目标和要求有所了解。¹⁴

这些要求相对于要求东道国不能有极坏并让人震惊的行为这一标准（较低标准）而言，显然给东道国带来了更沉重的责任负担。但是有些仲裁庭则认为公平公正待遇（FET）所要求的就是一个较低标准。¹⁵

公平公正待遇保护投资者“合理预期”现在已成为多数仲裁裁决认定东道国是否违反该义务的一个标准。然而，Tecmed仲裁庭对“合理预期”进行了宽泛解释，而其他仲裁庭则持不同观点。比如，之后有仲裁庭警告说，如果将Tecmed仲裁庭的认定机械地依字面意思理解，则会导致东道国的义务“不恰当和不切实际”。其解释道投资者的预期依据东道国的实际情况来看必须是正常合理的。¹⁶ 同样，另一个仲裁庭认为投资者希望立陶宛共和国保持立法不变是不合理的，因为该国为了加入欧盟正在进行重大政策改革。¹⁷

最后，结合每个案件的具体情况，对于投资协定中的公平公正待遇（FET）的内涵有着诸多不同的理解。有观点认为，某些普遍认可的原则可能会出现。然而，根据目前案例的情况，仲裁庭没有遵循任何一个特定的标准，也没有遵循任何先前的案例，其结果是裁决结果往往与先前的裁决不一致。正因为如此，我们可以预见各仲裁庭将会对公平公正待遇（FET）有各自不同的解释，这必将给东道国政府和投资者都带来不确定。

2.4.2 政府在公平公正待遇项下的义务与政府政策空间和可持续发展有什么关系？

Tecmed仲裁庭认定的标准对一些发展中国家来说有些过高。首先，他们中的很多都缺乏资金、技术和人力资源来支撑他们的规范制度。显然他们应当一直保持透明和一致，但现实情况是，他们不会总保持那样，特别是当涉及多个机构或多级政府时。即使是在发达国家，政府各部门和各级之间的协调也是很困难的，因此要求做到完全明确和完全透明对任何国家来说似乎都是不切实际的。

除了Tecmed适用的严格标准外，投资者的合理预期值得保护的这一被普遍认可的观念会给各政府带来沉重的负担，特别是当仲裁庭宽泛地解释什么预期是“合理”时。重要的是，许多发展中国家的规范体制没有发达国家那样成熟。目前他们还处于经合组织大多数成员国几十年以前的阶段——在不断地尝试不

¹³ 摘自 *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. 诉墨西哥案*，ICSID 案No. ARB(AF)/00/2，仲裁裁决，2003年5月29日，第154段；援引 *MTD 诉智利共和国案*，ICSID案No. ARB/01/7，仲裁裁决，2004年5月25日和2008年9月9日，第112段；*西方勘探与生产公司诉厄瓜多尔案*，LCIA案No. UN3467，2004年7月1日，第185段；*Azurix 诉阿根廷案*，ICSID案No. ARB/01/12，仲裁裁决，2006年7月14日，第371段；*西门子诉阿根廷案*，ICSID 案No. ARB/02/8，仲裁裁决，2007年2月6日，第297-299段；*Eureko 诉波兰案*，部分裁决，2005年8月15日，第235段。

¹⁴ 上述 *Tecmed 诉墨西哥案*，第154段。

¹⁵ 参见：2009年6月8日，*Glamis Gold 诉美国案*，联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）临时仲裁裁决，（多处援引 *Neer 诉墨西哥案*，联合国国际仲裁裁决报告第四卷，第60-62页，1926年）。

¹⁶ *Saluka Investments BV 诉 捷克共和国*，联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL），部分临时仲裁裁决，2006年3月17日，第304-305段。

¹⁷ *Parkerings-Compagniet AS 诉 立陶宛*，ICSID案件编号ARB/05/8，仲裁裁决，2007年7月11日，第335段。

同类型的、不同严格程度的规范以确定什么可行，什么合适。对于撒哈拉以南非洲地区国家和许多亚洲国家尤其如此，他们的规范制度一直都相对薄弱。许多发展中国家现在正在进行规范制度创新，比如财务和市场化措施，有时还会采用未在其他地方尝试过的开拓性措施。为了保证规范的正确性，尝试还可能需要进行下去。但是，在这个过程中，东道国可能会违背在设立投资时向投资者作出的一些许诺，并且可能导致一些投资者遭受经济损失。

关键问题是当一个投资者进入一个国家进行投资，其是否有权并且应在什么情况下有权使他的预期在投资的整个期间里对东道国的各级政府产生法律上的约束力。到底什么是投资者的合理预期？它是东道国引发的，还是投资者自身形成的？如果与“引发”有关，那么东道国政府官员所做的哪些“引发”应当在投资协定项下对国家有约束力？投资者从一个政府官员的口头承诺中寻求可强制执行的“预期”合理吗？还有一个更浅显问题，预期一个资源匮乏和不协调一致的政权表现得比惯常更好合理吗？或是预期一个不成熟的规范制度保持不变或没有重大变化合理吗？或者投资者是否应该在投资之前将这样的风险作为其尽职调查的一部分来考虑？投资者是否应该对适用于他的法律不会随着时间而改变有合理的预期？

公平公正待遇义务内涵的不确定性是个令人担心的问题，尤其是对发展中国家。如上所述，发展中国家可能没有足够的能力来满足公平公正待遇义务苛刻的要求。其中一种可能的结果是国家将积极完善与投资者有关的法规，提高行政管理水平，从而促进国家在行政法治方面的改革，这将对东道国本身以及外国投资者都有很积极的意义。但还有一种可能是，国家在考虑修订规范时会回避昂贵且令人尴尬的仲裁所引发的风险，特别在修订可能违反公平公正待遇（FET）义务所要求的尊重外国投资者合理预期的规范时。在一个不确定的环境下，修订规范将会成为一种冒险。愿意这样冒险的国家可能会被追究赔偿责任，从而造成国库紧张。这就产生了冻结东道国规范制定的效果，即一个国家由于担心仲裁和损害赔偿而放弃了为实现公共利益所应作的规范改进。

2.4.3. 国家如何应对其公平公正待遇项下义务所引发的问题？

为了引导仲裁庭对公平公正待遇（FET）义务的解释，国家正不断采取预防措施。其中一种方法是在投资协定中不规定这一待遇。例如，2005年新加坡和印度之间贸易协定中的投资章节就不规定公平公正待遇条款。

另一种方法——且这种方法已被很多国家在他们的双边投资协定和他们的自由贸易协定（FTAs）中的投资章节所采用——详细规定公平公正待遇的内容，或作一个公平公正待遇要求与国际习惯法中外国人待遇的最低标准等等的解释性说明。¹⁸ 国际习惯法中的外国人最低待遇标准设定了一个下限，即国家提供的待遇不能比这个下限更低。即使他们给予本国公民的待遇比这个标准更低，这也不能使其有理由以同样的待遇来待外国人。国家给外国人的待遇必须等于或高于这个最低待遇标准。

最低待遇标准实际是指什么一直是个悬而未决的问题。一些仲裁庭认为是禁止无可容忍和极其过分的行为。¹⁹ 另一些仲裁庭则认为所要求的行为有些太严格了。虽然如此，国家将公平公正待遇（FET）义务与国际习惯法中的外国人待遇的最低标准等同是为了给公平公正待遇设定限制。如果不将两者等同起来，那么让人担忧的是公平公正待遇标准可能会要求国家向投资者及其投资提供更高、更优惠的待遇。

¹⁸ 参见：例如美国—多美尼加—中美洲自由贸易协定第10.5（1）条（由美国、哥斯达黎加、萨尔瓦多、洪都拉斯、危地马拉和尼加拉瓜于2004年5月24日签署；多米尼加共和国于2004年8月5日签署；萨尔瓦多自2006年3月1日起实行；洪都拉斯和尼加拉瓜2006年4月1日起实行；危地马拉自2006年7月1日起实行；多米尼加共和国自2007年3月1日起实行；哥斯达黎加自2009年1月1日起实行。印度-韩国自由贸易协定（FTA），第10.4（1）条（2009年8月7日签署，2010年1月1日开始实施）。

¹⁹ 参见，例如 Glamis Gold 诉美国案，最终仲裁裁决，2009年6月8日。

但是，即使是通过国际习惯法来限制公平公正待遇的内容；有观点认为国际习惯法同样也在不断发展演进，其发展方向是对国家提出更高的要求。²⁰ 如今看来，即使国家按照国际习惯法中外国人最低待遇标准的要求来限制公平公正待遇，不确定性仍然是一个十分突出的问题。因此，一些国家正在探索使该待遇更加具体的方法，比如，明确指出只有无可容忍或极其过分的国家行为才可能构成违反公平公正待遇或是外国人最低待遇。

2.5. 征收

2.5.1. 投资协定对征收问题是如何规定的？

国家需要进行征收的理由很多，包括建设必要的基础设施和道路。问题不在于国家是否有权征收，而在于在何种情况下国家需要对受影响的权利人进行补偿。投资协定允许国家进行征收，但同时规定国家必须提供相应的补偿。此外，投资协定还要求征收必须是为公共用途，且无任何歧视性（即不针对特定的公司或国籍），并依照正当法律程序进行。因为投资协定要求必须对每次征收进行补偿，所以最大的问题是：首先什么行为构成征收？

征收一般分成两类：直接征收和间接征收。许多协定明确说明了这一点，采用各种不同的表达方式表明它们的征收条款包括了这两种类型。很多协定直接规定为“直接和间接的征收”或“征收和相当于征收的措施”。即使是协定没有明确地提到间接征收，仲裁庭也会将征收解释为包括这一类型。

协定很少对“直接”和“间接”征收下定义。这对“直接”征收不是问题——即对一个企业进行的实体上的征收或国有化，通常涉及将所有权转移给国家。直接征收比较容易识别，并且国际法中的许多相关规定可以指导仲裁员进行识别。给间接征收下定义就困难多了，并且所采纳的定义会对可持续发展产生重大的潜在影响。

2.5.2. 什么是间接征收？

间接征收通常被理解为国家采取措施有效控制了投资，但不是直接夺走其上所附有的法律权利的行为。一个典型的例子是建立一个由政府掌控的公司董事会。但什么样的其他情况相当于间接征收呢？为明确的公共目的，比如公共卫生和环境保护等，而采取的措施会构成间接征收吗？现有的案例就此还没有提供一个明确的答案。这取决于不同案件的具体案情，以及特定仲裁庭对间接征收如何认定。

时至今日仲裁庭对间接征收的认定采用了三种不同的认定方式：

- “唯效果论”：此方式认为措施的目的是无关的，唯一能确定间接征收的是该措施对投资者产生影响的程度。
- 比例原则：第二种方式对措施的公共目的和投资者的负担进行了平衡。使两者应成比例的措施不构成征收——即相对于公众的受益，投资者由此而承受负担不应过重。
- “公益管理权”排除：这第三种方式认为一些措施即使会产生重大影响也不构成征收。这些措施必须是非歧视的、并以实现公共福利为目的的规范性措施。这些措施属于传统意义上国家“公益管理权”的范畴，因此不应被追诉。²¹

²⁰ 持有这一观点的有投资者—东道国纠纷中的仲裁申请人，例如Glamis Gold 诉美国案中的投资者。该案的仲裁庭认同国际习惯法标准可能会随时代的迁移而发生变化从而与先前的内容有所不同。但是，仲裁庭指出投资者对这些标准如何变化负有举证责任，而该案的投资者没能就此成功举证。第598-627段

²¹ 参见美国法律协会的《美国外交关系，第三次法律重述》美国，美国法律协会出版社，1987年第1卷，第712节，评论。

这是定义同一义务的三种完全不同的方式。每种方式都有被用在不同的仲裁裁决中，这就导致了规范性措施是否构成征收变得很不确定。

例如，Metalclad诉墨西哥的案采用了唯效果论。Metalclad 涉及了两个独立的政府“措施”。第一个是拒绝授予该公司经营危险废弃物处理设施许可证的一系列措施。针对这一措施，仲裁庭指出：

因此，根据北美自由贸易协定（NAFTA）进行的征收不仅包括公开的、蓄意的和公认的财产征收，比如直接没收，或正式或强制性的将产权转移给东道国；还包括对财产的使用进行隐蔽或偶然的干扰，并达到了剥夺所有权人全部和大部分使用权或其财产合理预期的经济效益的效果，即使这些措施不一定给东道国带来明显的益处。（第103段）

关于第二个措施，这是一个国家层面的行为，主要是将投资者拟定的经营区转为成生态保护区。仲裁庭也认为这种行为构成征收。在这种情况下，仲裁庭明确认定这项措施的目的并不重要：“仲裁庭不需要判定或考虑生态法令制定的动机和意图”。²² 换句话说，该法令是否旨在增加公众福利并不重要。相反，仲裁庭表示关键的问题是看其是否对投资者的投资造成了足够严重的干扰。得出的结论是它已经或足以被认定为是征收行为。其他仲裁庭也采用了这种认定方式。²³

唯效果论投下了一张大网。它可以捕获对投资者有重大经济影响的任何政府规范性行为，不论它是否是歧视性的，以及它是否真的是为了公共利益。

严格执行此标准就能引起政府在很多案件里都要支付赔偿，即使其受追诉的行为实际上并不是以“夺走”投资者的财产为目的。根据定义，任何有效的规范都会产生经济影响——它将改变生产工艺、禁止一个产品、要求额外的技术等等。当其影响足够严重时，该规范行为就会被视为“征收”，则需要政府赔偿投资者的损失。

相比之下，比例原则法认同对投资进行重大干扰的行为可以构成征收，但也提出分析不能就此停止。在发现存在经济影响后，有必要继续问问对投资者产生的负面影响是否与该项措施要实现的积极影响成比例。Tecmed 诉墨西哥案就采取了这个方法，如上所述，由于该设施的所有者和经营者 Tecmed 公司违反了其许可证和适用法规的一些规定，政府拒绝对其危险废弃物设施的运营许可证进行续签。因为担心那些违规行为，并且垃圾填埋厂非常靠近人口中心，所以社区团体强烈反对该危险废弃物设施继续运营。在这种情况下，仲裁庭裁决认定政府拒绝续签的真正原因不是因为环境因素，而是因为政府在安抚抗议者。因此，仲裁庭的结论是对投资者的影响（导致其设施完全关闭）与措施的环境效益（基本可以认定为没有影响）不成比例，因此它构成征收行为。

Methanex 公司诉美国案²⁴ 采取了第三种方式——公益管理权排除。在此案件中，美国加利福尼亚州禁止使用一种汽油添加剂甲基叔丁基醚（MTBE），认为其对地下水有污染。加拿大的 Methanex 公司辩称这是对其在美国投资的规范性征收，因为其公司的业务就是生产甲醇——甲基叔丁基醚（MTBE）的一种主要成分。在 2005 年的仲裁裁决中，仲裁庭驳回了 Methanex 主张，并解释说“作为国际法的一般原则，国家根据正常程序颁布的、以实现公益为目的的、非歧视性的规范”²⁵ 不是征收，除非该国明确保证不会采取这些规范措施。换句话说，有一类措施被排除在征收之外，并且如果一个措施被划成这一类，它甚至不必考虑其经济影响的程度。划入这一类的措施必须是为了合理的公益目的，必须是普遍适用和非歧视性的，并且必须被公平地实施。公益管理权排除被看作是一种排除，而不是

²² Metalclad 公司诉墨西哥案，ICSID 案 No. Arb/AF/97/1，仲裁裁决，2000年8月，第111段。

²³ Compañía del Desarrollo de Santa Elena S. A. 诉哥斯达黎加案，ICSID案 No. ARB/96/1，仲裁裁决，2000年2月17日。

²⁴ Methanex 公司诉美国，最终裁决，2005年8月3日。

²⁵ 同上，第四部分章节 D，第7段。

例外，在这种情况下政府不支付赔偿不是因为有例外情况存在从而豁免了政府的赔偿责任。相反，从一开始该措施就不是征收行为，因此不存在任何法律责任，进而也没有必要赔偿。

和所有的排除一样，所面临的难题是确定排除里面有什么以及外面有什么。另一个支持“公益管理权”理论的仲裁庭指出无需赔偿的规范性措施和需要赔偿的征收之间没有“明显和易分的界线”。这必须由仲裁庭根据每个案件的事实和其对相关问题的回答进行界分，比如，该措施是为实现公共福利吗？对待该投资者与对待国内投资者或其他国家的投资者有歧视性区别吗？是按照正当程序进行制定和实施的吗？判断只能在各案分析的基础上进行，并取决于特定仲裁庭对政府的理由和行为给予多大程度的认可。

2.5.3. 间接征收与政府政策空间和可持续发展之间有什么关系？

间接征收的概念引发了可持续发展方面的诸多担忧。最重要的是，间接征收——取决于如何进行解读——最终可能要求纳税人赔偿投资者的损失，而这种损失的起因却正是国家要求投资者改变或停止某项违反公共利益的行为。另一点担忧是如果政府要就其规范行为对投资者所受影响负责的话，那么他们将不会正常地进行规范管理，或会当受到投资者索赔威胁时而被迫改变或取消规范（冻结国家规范管理权的观点）。

与“间接征收”模糊定义相关的第三个问题。如上所述，判定是否构成间接征收的三个主要的方式是完全不同的。这使东道国处于一个不确定的境地，事先不知道要进行的此项立法是否会引起昂贵的和令人难堪的仲裁和赔偿。对这个不确定性的自然反应是采取措施进行风险规避，即更倾向于采用较宽松的规范或完全取消该规范——从而又产生了上述的冻结国家规范管理的情况。

2.5.4. 国家如何应对间接征收规定所引发的问题？

现在很多法律上的不确定对东道国和投资者来说都是问题，因为这使各方权利和义务不明确，并可能造成追诉费用升高。为此，越来越多的国家在他们的投资协定中对间接征收的范围进行细化规定。这个始于加拿大和美国的方法现在已经传遍亚洲（2009年东南亚国家联盟综合投资协定）、非洲（2007年东南非共同市场共同投资区的投资协定（COMESA CCIA）），乃至一些欧洲国家，比如奥地利（2008年奥地利的投资协定范本和基于此的最近投资协定）。所有这些都对间接征收的范围进行了限制，并且规定了间接征收的判定标准。

例如，2004年加拿大的协定范本和2008年的奥地利的范本规定：

一般措施不构成间接征收，除了极少数情况例外，如一项或一系列根本不能被认为是善意的、无歧视性的、且以保护合法的公共福利，比如健康、安全和环保为目的的措施。²⁶

而东南非共同市场的共同投资区投资协定（COMESA CCIA）则采用了不同的方法。第20条（8）中规定：

根据国家的规范管理权力和国际习惯法的公益管理权原则，成员国所采取的以保护或提高合理的公共福利为目的的善意规范性措施，比如健康、安全和环境，将不构成间接征收。

此外，美国和加拿大的文本还额外提供了确定是否发生间接征收的三个标准：

²⁶ 加拿大外国投资保护协定范本，2003，附录 B.13(c)；奥地利双边投资协定范本，2008，条款 7(4)。加拿大最新的双边投资协定范本——外国投资保护协定范本(FIPA)——于2003年进行过更新。奥地利于2008年对其双边投资协定范本进行了更新。

(a) 在某一特定情形下，判定一方所采取的一项或一系列措施是否构成间接征收，需要以事实为依据进行各案审查，并考虑包括以下在内的各项因素：

(i) 政府措施的经济影响，虽然事实上一方采取的一项或一系列措施对投资的经济价值有负面影响，但仅有这一事实不足以确定其已经构成了间接征收；

(ii) 政府措施违背明显的、合理的、以投资为依据的预期的程度；和

(iii) 政府措施的性质。²⁷

美国范本也援引了国际习惯法对征收的规定。

2009东南亚国家联盟综合投资协定（ASEAN CIA），或许是受到加拿大和美国范本的启发，也列出了一个仲裁庭应考虑的因素清单。这些与加拿大和美国范本中所含内容大致相同，但也有些重要的区别。例如，东南亚国家联盟（ASEAN）版本不采用“合理预期”的用语，并用书面保证作为替代。并对“政府措施的性质”进行了具体确定。²⁸

2.6. 国民待遇

2.6.1. 国民待遇项下的义务是什么？

在所有的投资协定中几乎都能找到这个非歧视性义务的规定。可能各协定中的措词有所不同，国民待遇主要是指东道国给予外国投资者的待遇不低于本国投资者的待遇。任何规定这一义务的投资协定都规定该待遇适用于已经在东道国设立并正在运行的投资。典型的国民待遇条款如下：

各缔约方在投资管理、维护、使用、享用或处理方面给予另一方投资者的待遇应不低于给予本国投资者的待遇。

一些协定还对投资者进行了限定，即为了进行比较，要求外国投资者和本国投资者必须是在“相似情况”下。这一附加限定可以引导仲裁庭更合理地界定国民待遇原则的应用范围。在对国内和国外的投资者待遇进行对比时，强调仲裁庭应注意确保他们之间的比较不是拿苹果和橙子作比。目前尚不明确这一措辞是否是必要的：即使如上面的例子中所提到的“相似情况”没有被明确地写入协定，一些仲裁庭也会考虑国外和国内的投资者是否是在“相似情况”下。然而，明确地规定出来可以为仲裁庭提供更好的指引，并利于产生更多的可预见的结果。

与国民待遇义务相关的两个关键重要问题是（1）意图，和（2）作为参照的国内投资者。关于第一个问题，一些仲裁庭已经表明歧视意图不是违反国民待遇的必要因素。东道国可能违反国民待遇义务规定，即使其不是故意要给予外国投资者较低待遇。起决定作用的一点是东道国的作为或疏忽是否对外国投资者造成有一个（多个）负面影响。比如，假设一个国家允许外资进入医疗服务领域，但要求外国的服务提供商必须按照国内行业标准进行认证。如果认证程序是用来管理和确保医疗服务的质量，但对外国服务提供商规定了更苛刻的条件，增加了其合规的负担；那么这些措施就有很有可能违反国民待遇义务的规定。

²⁷ 美国双边投资协定范本，2004，附录B，征收；加拿大外国投资保护协定范本，2003，附录 B.13(1)，征收。加拿大范本略有不同。美国现行的范本是2004年版本，同时美国基于此范本进行谈判。自2009年起，美国开始努力更新其双边投资协定范本。截至本文撰写时（2011年9月），新协定范本尚未获得批准。

²⁸ 附录2，东南亚国家联盟综合投资协定。东南亚国家联盟的成员国包括文莱、柬埔寨、印度尼西亚、老挝、马来西亚、缅甸、菲律宾、新加坡、泰国和越南。于2006年2月26日签署，但截至2011年10月，协定尚未生效。

第二个问题是作为参照的国内投资者。如上文所述，要认定违反了国民待遇义务，外国投资者需要证明类似或在“相似情况”下的国内投资者的待遇比自己的好。如果在相似条件下的国内投资者的待遇并不比自己的好，则东道国不构成违反国民待遇义务。仲裁庭对国内和外国投资者之间的区别与差异界定得越细致，越不可能发现国外投资者和国内投资者被区别对待。举例而言，如果一个外国投资者在东道国拥有生产设备，并生产与某一国内投资者相同的产品，但采用了温室气体排放量比国内投资者高的生产工艺，那么旨在实现减排的法律可能给予这个外国投资者较低的待遇。如果这个外国投资者追究这项措施，认为有歧视且违反了国民待遇义务规定；仲裁庭可能判定，两个投资者所采用的工艺不同（以及鉴于这一法律的立法目的），他们不是处于“相似情况”下的投资者，因而不能认为制定该法律违反了国民待遇义务规定。

相反，仲裁庭可能对什么情况属于投资者的“相似情况”采取宽泛的理解——甚至把属于不同经济部门且从事不同类活动的投资者归为一组进行比较。例如，在一个案件中，仲裁庭认定仲裁申请人，一个从事石油开采和出口的外国投资者，与从事木材、香蕉和棕榈油生产和出口的境内企业处于“相似情况”下。²⁹ 采用这种对“相似情况”极为宽泛的理解，该仲裁庭判定东道国对外国投资者有歧视，从而违反了国民待遇义务规定。

2.6.2. 如何通过国民待遇条款授予设立前权利？

在一些协定中，国民待遇义务不仅适用于已经在东道国开始经营的投资者（设立后的国民待遇），而且还适用于正在寻求进行投资的潜在投资者。

当国民待遇被扩展至潜在投资者时，它创立了所谓的准入前权利（或“设立前权利”）。它授权外国投资者进入东道国并进行投资，且投资待遇不低于进行同类投资的国内投资者享有的待遇。例如，北美自由贸易协定（NAFTA）——属于首批包含此类条款的协定——的第1102条（国民待遇）规定：

各缔约方给予另一方投资者在**设立、收购、扩产、管理、实施、运营和销售**或其他处理方面的待遇，应不低于在相似情况下给予自己投资者的待遇。（蓝色附加）

蓝色字为北美自由贸易协定（NAFTA）中的设立前权利。投资协定通常不规定设立前权利，即使现在也仅在相对少数的协定中有这样的规定。自从NAFTA有这一规定后，所有美国和加拿大签订的协定都包含这些内容，日本等国家也跟随。东南亚国家联盟综合投资协定（ASEAN CIA）采用了北美自由贸易协定（NAFTA）中的措词。欧盟成员国——2009年之前一直拥有外国直接投资（FDI）的专属权限——没有协商设立前权利，因为设立前权利的制定权归属欧盟。欧盟的确有在自由贸易或经济合作协定里协商过市场准入权，但是没有在投资保护协定里对设立前权利进行过磋商。但是，最近欧盟对外国直接投资有了管辖权，欧盟委员会可能将在投资协定或投资保护章节里对设立前和设立后权利进行磋商。设立前权利在世贸组织（WTO）的服务贸易总协定（GATS）中也有规定，成员国可据此就特定的服务部门向外国投资者提供或要求给予本国投资者设立前权利。

通过这些规定，政府放弃了他们传统主权中的一项重要权能——即管理和控制外国个人或企业准入。当然，各个国家总是可以单方面决定是否向外国投资者开放他们的边界。通过国内措施，他们可以根据政策需求和目标选择渐进地，或是一次性地开放他们的国内市场。相反，如果在投资协定中规定设立前权利，那么国家就会被长期开放边界的承诺锁定，就必须允许外国投资者进入。

²⁹ 西方石油勘探与生产公司诉厄瓜多尔案，LCIA案 No. UN3467，仲裁裁决2004年7月1日，第167-179段。

2.6.3. 有关国民待遇义务及其对国内法律和政策的影响的主要问题是什么？

在设立前和设立后各阶段，政府可以有很多正当理由来对不同的个人或企业进行区别对待。然而，国民待遇义务规定可以限制他们这样做。

如果仲裁庭对什么是“相似情况”确定得过于宽泛，则国民待遇义务可以限制政府区别对待根据投资活动而不是根据国籍来划分的投资者和投资的权力。在相同领域内的任意两个投资项目的各种特性——包括投资者雇佣的人员、投资地点、提供的福利、生产的产品以及对周围环境的影响等方面——可以导致两个投资项目为东道国经济带来的损失和收益差别很大。基于这些不同的损失和收益而不是基于投资者的国籍，政府可能希望给其中一个投资项目更多的优惠（比如通过财政措施或是许可证审批）。然而如果将一个宽泛的“相似情况”观点应用于投资中，国民待遇义务就可以禁止这样的差别对待。

再有，政府也可能是有正当理由，对某一企业较其他企业先采取某一执行法律政策的措施，或者仅对其采取某一执行法律和政策的措施，例如：限制违法者获取资源的预防措施，通过打击最严重的违法者以树立“典型”。此外，如果政府进行合理的法律或政策变更，变更后的投资者待遇可能不同于变更之前国内（和其他外国）投资者的待遇。两种不同的情况都可能导致外国和国内投资者待遇的实际差别。

然而，如果一个仲裁庭仅关注该项措施的影响，而不考虑实施差别待遇的原因；则该义务将可能妨碍政府为追求合法的、重要的公共利益目标，而适用、实施和修订法律及政策的权力。

设立前的国民待遇会引起额外的担忧。举例来说，合理的国家安全考虑可能会建议国家在某些特定领域或活动中保证国内企业的生存，并严格控制外方介入。

投资协定中的设立前权利的另一个担忧来自于某些国家，其规范国内企业的法规——包括环境、卫生、劳动和安全等方面的法规——要不是约束力不强就是有缺失。在这种情况下，特别是对有具有重大潜在影响的外国投资，该国可能希望提出高标准的行为要求以便利用外国投资者的技术能力。如果这样，投资者就可以追究此类要求，诉称其违反了东道国的设立前国民待遇的义务规定。也就是说，东道国给予他的待遇低于其给予同类国内投资者的待遇，因为国内投资者适用较低要求的法律。

设立前权利有时也会受到来自经济发展方面的指责。这种指责源自“新生工业”的观点，该观点认为为了使本国企业在某一特定行业占主导地位，有时需要给予该行业必要的临时支持和/或保护——帮助本国企业进行竞争或是给予保护，以使其不受或减弱来自效率更高和/或更强大的外国生产商的竞争冲击。不允许外国投资进入该行业是其中的一种办法；另一种办法是为本国企业提供援助。

有很多原因造成国家更倾向本国企业相对外国企业在某一行业占主导。在公司总部的研发的投入（与创新能力紧密相关）通常比在分公司的高。创新能力也通过当地技术人员和管理人员实践学习而提高。其他的可能是，国内公司的一些决策较外国公司的决策，包括利润的再投资，对国内经济更有利。

相反，新生工业观点也可能阻碍新技术和新管理模式的有利引进，因为这些可以通过外国投资者被快速引进。它还会让国内的消费者为本地低效率生产商生产的产品支付更高的价格，至少在初期阶段会是这样，并且还可能会消费更低质量的产品。可以说新生工业观点最大的缺点是这些新生工业可能面临着永远“长不大”的风险，并且经济会长期受低效率、低质量生产商的拖累。

在新生工业战略的利益是否超过其损失这一问题上很少有共识，因为各行业、各国家和各执行手段的不同特点都将对这一问题的结论起到重大影响。但明确的是，如果国家通过协定规定了外国投资者的设定前权利，而不是简单地单边决定他们不想采用新生工业战略；那么这些国家随后也就不能采取措施保护本国企业、排挤外国企业了。此外，此类协定的承诺在某种程度上是终局的，在大多数投资协定中很难撤销此类承诺。

最后，还有一个更根本的问题：是否鼓励国家根据国际法的要求让外国投资者与国内投资者有同等的市场准入权构成一种新形式的殖民主义？³⁰ 国际法已经以各种方式为历史上各种形式的殖民主义提供了法律上的支持。至于设立前权利的问题，在名义上，这些权利是相互的、对等的；但在现实中，许多国家明显不具备从另一缔约方对等获益的能力：（a）利用或从对外投资机会中受益，和（b）从他们可能获得的外国投资中受益。此外，尽管发展中国家的对外直接投资总量有所增加，但这种不平等局面没有改变。³¹ 在这样的情况下，在协定中规定不可撤销的准入权仍是一个需要额外注意的问题。

2.6.4. 国家如何应对其国民待遇项下义务所引发的问题？

国家已经采取了多项措施来明确和控制国民待遇义务的影响。一些国家在他们的双边投资协定的措词中已经明确表明，仅禁止歧视“相似”的投资/投资者。该文本同时也表明：如果投资者或投资的情况不相似，则这些国家可以合理地给予不同的待遇。虽然仲裁庭表示即使文本中没有写入“相似情况”，其仍可能将协定解释为包含这样的规定；但是在协定写明是更谨慎的做法。此外，一些协定还会通过进一步明确规定来帮助仲裁庭确定什么是“相似情况”。³²

很多国家还在他们的协定中规定了明确的保留与限制，以保有他们对外国投资者规定有意的或可预见的差别待遇的权力。例如一些国家在其协定中规定了保护特定群体（例如使土著或其他少数群体享受更优惠的待遇）、特定行业或子行业（例如提供安全服务），和/或特定措施（例如在协定生效时存在的“不符合措施”例外）的例外情形。例如，北美自由贸易协定（NAFTA）规定了100多页的国民待遇的例外。

设立前国民待遇权利会产生特别重的承诺，因此国家很少作出全面承诺。如服务贸易总协定（GATS）和某些投资协定，国家只在某些列明的行业中提供这些权利（明确列入，或称正面清单方式），或他们列明相关承诺不适用于某些行业、活动和/或政策区（明确排除，或称负面清单方式）。正面清单方式更容易预测，因为国家不会冒忘记将某个本不打算开放的行业写入负面清单的风险。

2.7 最惠国（MFN）待遇

2.7.1 什么是最惠国待遇？

几乎所有的投资协定都包含了最惠国待遇义务。如果一个国家的投资者获得了投资协定缔约国给予的最惠国待遇，这就意味着该缔约国给予该国投资人的待遇不应当低于其给予其他国家投资人的待遇。

看上去这一点似乎已经足够明确，但是在过去十年左右的时间里，最惠国条款被赋予了一个新的内

³⁰ Howard Mann《国际投资协定：建立新的殖民地？》美国国际法协会，2003年第97卷。

³¹ 参见：例如经济合作与发展组织的外国直接投资数字（2011年7月）。

³² 东南非共同市场（COMESA）投资协定，第17条（2）。2007年5月，在东南非共同市场国家元首和政府首脑第十二次高峰会上通过了东南非共同市场（COMESA）共同投资区投资协定。东南非共同市场所包括的国家有布隆迪、科摩罗、刚果民主共和国、吉布提、埃及、厄立特里亚、埃塞俄比亚、肯尼亚、利比亚、马达加斯加、马拉维、毛里求斯、卢旺达、塞舌尔、苏丹、斯威士兰、乌干达、赞比亚、和津巴布韦。

涵，从而有了更加深远的影响：即利用最惠国待遇条款，投资者能够从东道国作为缔约国的其他众多协定中“引入”其他承诺。也就是说，投资者已经成功地实现，尽管其母国与东道国之间达成的双边投资协定可能没有提供有利其主张的待遇，但是仍有权获得东道国在任何其他投资协定中承诺给他国投资者的更优惠的待遇。

因此，投资者就获得了一个极为广泛的选择空间。目前投资承诺存在于大约2750多个双边投资协定、诸多自由贸易协定中的投资章节，以及世界贸易组织的服务贸易总协定和能源宪章条约（ECT）中。虽然所有这些都具有类似的组成要素，但并不是完全一样。任一国家都可能是数十个协定的缔约方，而这些协定可能对相同的国家义务采用了不同的措辞，或是规定了完全不同的义务与程序。这些差异可能是由于各个协定是在投资协定发展的不同时期签定所造成的，因为谈判的对方都足够强大，以至于谈判没有商谈的余地，仅有的选择是签署或是不签署其提供的谈判文本，或由于其他可能的原因。

这些差异有许多都是表面性的，但是某些则可能是实质性的。而对于最惠国待遇的新解释则意味着某一投资者能够从条款的各种不同表述（例如，征收的规定）中进行仔细挑选，以发现对其追诉更为有利的规定，即使该项规定并不存在于其母国所签署的协定中。

例如，在MTD诉智利案中，马来西亚投资者成功地证明了，在马来西亚-智利双边投资协定中的最惠国待遇规定使其有权援引智利同丹麦和克罗地亚签定的双边投资协定中公平公平公正待遇的规定，因为该规定的措辞更为广泛从而为投资者提供了更多保护。³³ 在 Maffezini 诉西班牙王国一案中，阿根廷投资者有效地援引了最惠国待遇规定，以规避阿根廷-西班牙双边投资协定中的限制条件——要求投资者在诉诸国际仲裁之前要求助于国内法院。目前，有许多仲裁庭认为，投资协定中的最惠国待遇规定使投资者可以在现有协定当中进行择优选取。³⁴

但是，并非所有的评论家与仲裁庭都同意这种观点。事实上，就是否可以以及在何种程度上可以利用双边投资协定中的最惠国条款以从东道国已经签定的其他协定中引入更优条款的问题，目前意见分歧很大。因此，尽管在Maffezini案、MTD案、RosInvest诉俄罗斯案³⁵ 以及某些案例中允许投资人利用最惠国待遇规定扩大其各项实体性和程序性权利；但是在其他案例中，仲裁庭对最惠国待遇规定的效力作出了截然相反的认定。³⁶

目前还存在着其他有关最惠国待遇义务效力的问题。例如，某位投资者是否可以从双边投资协定以外的其他协议中引入义务？投资者是否可以追诉东道国，基于的理由是东道国违反世界贸易组织服务贸易总协定、与贸易有关的投资措施协议（TRIMs），或与贸易有关的知识产权协议（TRIPS）下的承诺而对该投资者造成了损害？这些协定毕竟是包含了国家对投资者待遇的许多承诺。那么世界贸易组织有关政府采购的协议——尽管很清楚该类政府采购协议并非投资协定——又是什么样的情况？由于最惠国义务的实际范围和效力都还不确定，所以这些疑问在很大程度上仍然无法得到解答。

³³ MIT Equity 诉智利案。

³⁴ 参见：RosInvest 诉俄罗斯联邦，斯德哥尔摩商会仲裁院仲裁案V(079/2005)，管辖权裁定（2007年10月）以及仲裁裁决（2010年9月12日）。

³⁵ 斯德哥尔摩商会仲裁院仲裁案V(079/2005)，管辖权裁定（2007年10月），以及仲裁裁决（2010年9月12日）。

³⁶ 参见：例如 Plama 联合公司诉保加利亚，ICSID 案 ARB/03/24号，管辖权裁定，2005年2月8日；Salini Costruttori S.p.A 诉约旦，ICSID 案 ARB/02/13号，管辖权裁定，2004年11月9日。

2.7.2 有关最惠国待遇义务有哪些主要问题？

正如上文所说，最惠国待遇义务在过去十几年中已经从一项为来自不同国家的外国投资者营造公平竞争环境的明确义务，发展成为一项引发重大争议的义务，即该义务能够改变投资协定，并使国家在投资协定下的义务超出协定缔约国最初设计的范围。

更确切地说，已有的一些裁决表明，如果某一投资者相对东道国享有的权利被规定在某一包含最惠国待遇规定的双边投资协定（“基础双边投资协定”）中，那么该投资者可以在东道国作为缔约一方的其他所有双边投资协定（或有可能的其他协定）中进行搜寻，以找到更为优惠的条款和保护规定，从而利用最惠国待遇规定对基本协定中的保护规定予以更换或补充。令人困惑的是，裁决同样提到，在“引入”该类经过扩展的权利时，投资者可以不受制于该权利所附的限制条件或例外情况。毫无疑问，这使投资者能够创造出一个具有强大保护力、而实际上任何国家都不愿意签定的“超级协定”，投资者可以将现有的诸多协定中最为优惠的各项规定拼接在一起，从而精心构造出这样一个超级协定。

如果允许外国投资人从其他投资协定中分离、摘取和引入更为优惠的规定，这就会扩大国家在投资协定下的义务，从而毁掉了东道国与投资者母国之间经过艰苦谈判所取得的成果，并使协定中的各项明确限制条件实际无效。比如，我们假设，某一“基础协定”，同其他投资协定相比，赋予了外国投资者更为广泛的权利；但是却设定了多项程序机制以限制投资者直接提起投资者—东道国仲裁以执行这些实体权利。在该基础协定范项下享有相当广泛的实质性保护的外国投资者可以利用该基础协定的最惠国待遇规定，引入其他投资协定中对投资者提起仲裁限制较少的程序性条款，从而实现将纠纷直接提交仲裁庭。这种利用最惠国待遇规定的方式影响到了东道国在基础协定下的可能责任，并且改变了该投资协定的利益平衡关系。

同样，如果某位投资者可以从双边投资协定以外的协议中（例如贸易服务总协定）引入义务，那么最大的问题会是该其他协议的起草人从未想要赋予私人投资者通过具有约束力的仲裁来执行该协议各项规定的权利。

除了这些问题外，最惠国待遇保护被宽泛解释也引发了其他问题。其中最严重的问题是，它会妨碍对投资协定进行改进。例如，上文已经表明，在全球大约2750个双边投资协定中绝大多数在征收和公平公正待遇方面规定不明确，这一点很令人担心。可以注意到，某些国家已经在努力改进其现代投资协定，以使措辞更加严谨。但是，所有这些国家仍有若干有效的、包含原措辞的双边投资协定。除非最惠国待遇规定本身采用了更为谨慎的表达，否则其就可能使投资者轻易地规避掉这些经过改进的新文本。

2.7.3. 国家如何应对其最惠国待遇义务所引发的问题？

为了避免以这种方式利用最惠国待遇规定，某些国家决定将最惠国待遇义务从其所签定的协定中完全剔除。例如，在印度—韩国全面经济合作协定（CEPA）³⁷ 和印度—新加坡全面经济合作协定³⁸ 中，有关投资的章节就没有规定最惠国待遇条款。

³⁷ 该协定自2010年1月1日起生效，文本可从以下链接获取：<http://commerce.nic.in/trade/india%20korea%20cepa%202009.pdf>

³⁸ 印度—新加坡全面经济合作协定，第六章（于2005年6月签订，自2005年8月1日起生效）。该协定第6.17（1）条规定了“承诺的再次考虑”以取代最惠国待遇条款：本协定生效后，如果缔约一方与第三方签订了投资协定，该缔约方应该考虑缔约另一方提出的追加其获得不低于该新投资协定给予的待遇的请求。这种待遇追加不得破坏原投资协定中双方的总体利益平衡。

其他国家在协定中还继续规定了最惠国待遇，但是加入了最惠国待遇的相关例外情况或限制条件。在现有的协定中，用于防止超出缔约国预设而对协定予以“升级”的限制条件包括明确规定最惠国待遇规定不得：（1）引入与某些权利和义务相关的更为优惠的规定，例如争议解决程序；³⁹（2）引入特定协议中规定的权利；⁴⁰或（3）引入在某一特定日期前缔结的协定中的保护规定。⁴¹

2.8. 履行要求

2.8.1. 什么是履行要求？

履行要求是投资人为了建立或运营某项业务，或为了获得东道国所提供的某些有利支持，而必须满足的条件。举例说明，履行要求可以包括：

- 一定比例的出口销售额的要求，即必须将一定比例的产品对外出口；
- 同国内合作伙伴签定合资协议的要求；
- 转移或分享技术的要求；
- 在当地采购一定数量原材料的要求；
- 在研发方面进行一定投入的要求；以及
- 雇佣一定数量或一定比例的当地员工的要求。

政府可以将履行要求规定为必须要求。政府也可以将其作为投资者获得财政激励或其他优惠待遇的条件。

有许多国家曾经利用或正在利用各项履行要求，以促进实现（成功与否各有不同）各种政策目标，例如管理进出口差额，提高国内行业的竞争力，获取技术和提高就业率。⁴²

2.8.2. 投资协定如何约束国家规定履行要求的权力？

国家越来越倾向在国际条约规定禁止某些履行要求。禁止履行要求的一个主要国际法例子是WTO与贸易有关的投资措施协定（TRIMs协定）。WTO与贸易有关的投资措施协定禁止某些与贸易有关的履行要求，例如要求在国内采购资源以及限制与本地生产相关的进出口。尽管与贸易有关的投资措施协定仅涉及到了履行要求的一小部分，但是这些规定仍然有很大影响力，因为该协定对几乎全球所有的贸易国家都有约束力。

除了与贸易有关的投资措施协定外，绝大部分投资协定都没有提及履行要求。但是，自签定北美自由贸易协定之后，美国和加拿大签订的协定就开始规定履行要求，某些亚洲国家缔结的协定也规定了履

³⁹ 参见：例如哥伦比亚—瑞士双边投资协定，第4条第2款（于2006年5月17日签订）；新西兰—中国自由贸易协定，第11章第139条（于2008年4月7日签订，自2008年10月1日起生效）。

⁴⁰ 参见：加拿大外国投资保护协定范本，第9（3）条（“第4条【最惠国待遇】不能适用于本协定给予缔约一方的待遇，或是不适用于附录3列明的各行业。”）

⁴¹ 参见上一注释。

⁴² 参见：例如 Rachel Denae Thrasher & Kevin P. Gallagher (2010)《21世纪贸易协定：对主权发展的意义》，《丹佛国际法律和政策学刊》第313页、338-340页；联合国贸发（2005）《世界投资报告2005跨国公司与研发活动的国际化》，第214-216页、229页；联合国贸发（2003）《外国直接投资和履行要求：所选国家的新发展》。

行要求。⁴³ 欧盟委员会可能会研究在将来的投资协定或投资章节中禁止使用履行要求。

某些包含了履行要求规定的投资协定只是简单地照搬了与贸易有关的投资措施协定中的规定。这些投资协议禁止的履行要求的数量或范围并没有超出与贸易有关的投资措施协定禁止的范围；但不同的是，投资协定中的履行要求使投资者能够提起针对东道国的投资者-东道国仲裁，以便追究可能构成履行要求的某项措施并进行索赔。然而，与贸易有关的投资措施协定自身并没有允许投资者针对国家提出请求，以追究构成履行要求的各项措施。

其他投资协定所禁止的履行要求超出了与贸易有关的投资措施协定规定的范围。举例说，某些包含履行要求规定的投资协定还禁止了其他一些政策措施，例如（1）有关投资者转让技术、生产工艺或其他专有知识的要求；（2）任命具有特定国籍的人员担任高级管理人员的要求。

2.8.3. 履行要求规定对可持续性发展具有什么影响？

履行要求、禁止履行要求与可持续性发展之间的关系非常复杂，并且涉及了多个方面。其中一个问题是，外国投资通常被视为促进技术转让的重要方式；其最重要的意义在于，外国投资可以使发展中国家“跃过”发展过程中的高度污染阶段，而发达国家在工业化进程中被迫经历了这一过程。如果投资协定禁止国家规定要求或促进技术转让履行要求的权力，那么这种履行要求的禁止就会妨碍技术转让，从而减缓推广运用更加清洁、环保技术的进程。

更重要的是，从可持续性发展的角度来看，关键问题是“华盛顿共识”究竟是否正确。“华盛顿共识”认为履行要求是不明智的经济政策，因此属于投资不必要的障碍。但是，履行要求必定属于糟糕的政策吗？有什么样的经验性证据能够说明履行要求是不完全公平的？事实上，某些经验已经证明履行要求使国家从外国投资中受益，并促进了发展目标的实现。⁴⁴

从可持续性发展的角度来看，国家最好能够灵活运用某些类型的履行要求。如果某个国家确信履行要求不属于良好的经济政策，那么该国可以自主决定不规定履行要求；国家不必通过协定承诺的形式将该要求从可用的政策“工具箱”中删除。任何国家都不能够迫使某一投资者进行在经济上并不可行的投资，但这并不意味着无法找到实现投资者、当地民众和东道国共赢的解决方案。然而，在协定中禁止履行要求减少了可用的解决方案。

2.8.4. 国家如何保障其规定履行要求的权力？

在某些含有禁止履行要求的协议中，国家设定了禁止的例外情况，以明确国家可以继续设定某些要求，以确保投资能够帮助国家推动实现其国内政策目标。例如，美国的投资协定中的履行要求借鉴了与贸易有关的投资措施的模式，但其明确规定有关强制性履行要求的禁令“不应当被解释为妨碍缔约国就以下情形设定要求：接受或持续接受某一项优惠待遇 …遵守某一要求在其领土内确定生产地点、提供服务、培训或聘用工人、建造或扩建特定生产设施、或进行研发。”⁴⁵ 该类规定有助于东道

⁴³ 参见：例如美国—多美尼加—中美洲自由贸易协定，第10.9条；印度—新加坡自由贸易协定，第6.23条；日本—墨西哥自由贸易协定，第65条（于2004年9月17日签订，自2005年4月1日起生效）；加拿大—克罗地亚双边投资协定，第6条（于1997年2月3日签订，自2001年1月3日起生效）。

⁴⁴ 关于实证经验的资料请参见：Zampetti, Americo Beviglia & Torbjörn Fredriksson (2003), 《WTO框架下的投资谈判的发展——挑战和机遇》，《世界投资期刊》4 (3)；联合国贸发 (2003) 《外国直接投资和履行要求：所选国家的新发展》纽约和日内瓦：联合国；Moran, Theodore H. (1999) 《外国直接投资和发展：政策内涵和实践的再评价》；经合组织《外国直接投资，发展和企业社会责任》，第43–55页。

⁴⁵ 参见：例如美国—巴拿马自由贸易协定，第10.9 (3) (a) 条（于2007年6月28日签订）。

国最大限度地从外国直接投资中获益。尽管已经认可了国家有权通过使用这样的激励来实现其重要的政策目标，但是这些规定还是能够妨碍东道国在该领域实施强制性的规范，并可能在东道国就特定项目或投资同具体的外国投资者签约谈判时，对东道国的议价能力造成负面影响。

2.9. 资金自由转移要求

2.9.1. 什么是资金自由转移要求？

几乎所有投资协定都要求东道国允许外国投资者将其共同投资相关的资金自由转入和转出东道国。这种资金转移包括为了建立、扩张或维持某项投资而流入到该国的资金，同样还包括了流出该国的资金，例如薪金、投资回报（如利润、红利和利息）、支付给债权人的款项，以及通过出售或清算投资而获得的收益。

该标准属于一项绝对标准，意思是说，同受到东道国转移限制措施管制的国内投资者相比，受该类规定保护的外国投资者在将资金转入和转方面具有更大的自由度。此外，许多协定基本上都规定了东道国保证自由转入和转出资金的义务（几乎没有或完全没有例外情况）。但是，许多近期签署的投资协定和自贸协定中有关投资的章节却规定了国家可以由于某些原因而对转移予以限制，包括强制实行以下法律：（1）破产和债权保护；（2）有价证券发行、买卖或交易；（3）追缴罚款与执行判决；（4）财务报告。有些情形（尽管是少数）还规定了保障措施，或国家为应对国际收支危机或其他一般性宏观经济危机的而采取的其他措施。

2.9.2. 资金自由转移条款会引发什么问题？

国家政府有许多重要的、合法的原因而想要对资金流入和流出其领土进行管制，包括保护其货币和市场的稳定性，尽量减少全球经济危机的影响，限制恐怖主义活动或专制政权资金来源，以及确保收取税款、罚金或执行债务判决。但是，允许资金自由流入和流出的广泛义务会限制该国在这一领域内进行管制的自由度。对于东道国而言，后果可能会非常严重。国家甚至会发现自己由于采取了具有普遍适用的善意措施，例如为了防止或应对经济衰退而采取资金控制措施，而遭到追诉并要承担赔偿责任。

Kevin P Gallagher 在2011年4月5日出版的《投资协定新闻》中发表了一篇短文，很好地说明了这一问题。尽管他重点关注了发展中国家所面临的各种问题，但是这些问题同样与吸引了大量外国投资的发达国家和转型国家有关：

资金流 - 跨境的非外国直接投资 - 可以帮助发展中国家实现增长。事实上，许多发展中国家可能缺少资金或金融机构来为企业经营提供资金支持。国外资金可以弥补这一缺失。因此，在正常情况下，流入某一发展中国家的资金越多，该国也就受益越多。但是，跨国资金流表现出“顺周期性”的趋势：在经济增长期间，会有太多的资金流入；而在经济衰退期间，会有太多的资金撤走。

全球金融危机的一个主要特点是全球范围内资金流的大规模振荡。事实上，目前国际投资总量超过了全球经济产出。发展中国家与新兴市场对这种资金流波动并不陌生。当受到金融危机的冲击时，资金迅速离开发展中国家，并转入比较安全的美国市场。在经济复苏过程中，许多工业化国家，包括美国，都采取了以低利率为特点的宽松货币政策。相对较高的利率和较为强劲的复苏形势引发了向发展中国家的另一轮资金流入潮。其结果是引发了对于货币升值、资产泡沫，以至通货膨胀的持续担忧。

在这些情况下，资金控制措施有助于缓和资金的流入与流出，从而保护发展中国家。大部分控制措施的目标通常都是以投机为目的的短期资金流。⁴⁶

但是，投资协定很少使国家能够拥有实施该类措施的自由。尽管一国可能不愿意就该类情况下违反协定的行为而针对另一国提出仲裁申请（可能是该国也在相同或类似的经济危机中进行了资金控制），但是由于限制资金自由转移措施而遭受损失的投资者可能就不会对提起仲裁有任何犹豫。

2.9.3. 国家如何应对资金自由转移条款所引发的问题？

如上文所述，有若干国家已经开始通过在投资协定中设定例外情况条款（具有严格或灵活的时间限制）来限制资金自由转移。例如日本—大韩民国双边投资协定中的例外规定给了东道国较宽的政策空间，即允许为了国内政策（包括获取罚金、罚款和执行法院债务判决）而限制资金自由转移，同时准许为“外部金融困难”、“宏观经济管理”政策、“收支平衡”问题或“审慎”措施，而采取限制措施。此外，该双边投资协定并没有为应对收支平衡问题、外部金融困难或其他特殊宏观经济困难所采取的限制措施规定任何时限，尽管该协定规定该类措施属于临时性措施。

欧洲法院也曾经要求各欧盟成员国对其双边投资协定中包含的全面资金自由转移条款进行审核和重新磋商。欧洲法院认为，欧盟法规定在发生经济危机和宏观经济危机时国家需要有权来限制资金自由转移，因此为了符合欧盟法，各成员国的投资协定必须被审核和重新磋商。⁴⁷

2.10. 扩大义务：保护伞条款与稳定性条款

2.10.1. 什么是保护伞条款？

2004年发表的一篇文章估测大约40%的现行投资协定都包含了所谓的“保护伞条款”。⁴⁸各个协定的具体措辞会有所不同，但是通常都会大致如此：

“各方都应当遵守任何与投资有关的义务。”⁴⁹

该类规定被称为保护伞条款，因为通过在投资协定中规定东道国必须履行投资协定和非投资协定中的各项义务，该规定可以将各种各样的义务纳入到类似保护伞的投资协定项下。例如，该规定可以纳入国家和外国投资者之间投资合同的义务（合同具体规定了投资中的权利义务关系）。该规定也可以使投资者通过投资者—东道国争议解决机制来实现其针对东道国享有的多种权利——法定权利、合同权利以及投资协定规定的权利。这样，投资者可能获得至少两次司法救济的机会：一次是基于合同的国内司法程序，而另一次则是（如果第一次救济未果）投资协定所提供的追究程序。

但是，目前还不清楚保护伞条款是否能够将各种类型的国家义务都转变为协定义务。第一个已知的涉及这一问题的案例是SGS公司诉巴基斯坦，该案仲裁庭反对保护伞条款可以有如此强大的法律效力，并认为其法律效力为：

⁴⁶ Kevin P. Gallagher (2011年4月5日)《为金融稳定而改进美国贸易及投资协定：资本管制的案例》，《投资协定新闻》。

⁴⁷ C-205/06案，欧盟委员会诉奥地利（2009年），ECR I-1301；C-249/06案，欧盟委员会诉瑞典（2009年）ECR I-1335；C-118/07案，欧盟委员会诉芬兰，2009年11月19日。

⁴⁸ Gill, Gearing and Birt (2004年)《合同之诉与双边投资协定：SGS案的比较评析》，《国际仲裁刊》21（5）397。

⁴⁹ 美国—阿根廷双边投资协定，第3(c)条（于1991年11月14日签订，自1994年10月20日起生效）。

范围是如此宽泛，其适用是如此自动、随意且广泛，让缔约国承担的潜在负担又是如此沉重，我们认为原告必须举出明确的、具有说服力的证据...来证明这样的解释事实上是协定各方的真实意愿。⁵⁰

但是，之后的仲裁庭采取了相反的立场，主张“尊重任何与投资有关的义务”的意思是很清楚的：它是指所有义务，包括各项合同义务以及非基于投资协定的其他义务。⁵¹外加最惠国待遇规定，投资协定所涵盖的义务就不知道有多宽泛了。举例说明，WTO 协议项下的义务也可能被吸纳为投资协定的义务，从而使投资者可以直接追究国家违反 WTO 协议的行为，而世界贸易组织成员国在WTO框架下从未预计这样的情况会发生。

如果与包含稳定性条款的投资者—东道国投资合同相结合，保护伞条款保护投资者的威力就会更强。

2.10.2. 什么是稳定性条款？

稳定性条款是承诺使投资者不受东道国法律变动影响的条款，该类条款主要被采用在资本密集型、具有特定场地和长期存在的投资中，例如采掘业项目。⁵² 投资协定中并没有该类条款，而投资者—东道国政府合同中有该类条款。2008年进行的一项研究表明，稳定性条款具有三种主要形式：“冻结条款”，即在项目有效期内冻结影响投资者的东道国法律；“经济均衡条款”，即要求投资人遵守各项新法律，但是国家承诺对遵守新法所发生的费用予以补偿；以及“混合条款”，即混合了前两种形式的规定，并且可能要求国家使投资者恢复到法律变更之前所处的地位，包括使其免受新法的影响。⁵³ 如果保护伞条款可以通过投资协定的争议解决规定来执行的话，那么这个保护力很强的条款将会更强有力。

即使保护伞条款并不存在，或并没有被解释为将合同义务纳入到投资协定规定中，稳定性条款也可以改变投资协定中所包含义务的性质。举例说明，在征收方面，稳定性条款也可以使上文所述的公益管理权排除完全失去实际意义。即使某一仲裁庭倾向于效仿 Methanex一案，不认为非歧视性公共福利措施构成征收；但如果国家做出具体承诺以保护某位投资者免受该类措施的影响，那么情况就可能完全发生改变。举例说明，Methanex案认为，该类措施通常都不应当被视为征收，“除非管制的政府已经向考虑投资的外国投资者给予了政府将不会对其设定该类管制的具体承诺。”⁵⁴ 换句话说，如果美国同Methanex公司签署了稳定性协议，则加利福尼亚州有关甲基叔丁基醚的禁令可能会被视为征收。

稳定性条款也可以改变有关公正公平待遇承诺的性质。在许多仲裁裁决中，公正公平待遇的一个重要组成部分是要求东道国尊重投资者在设立投资时的“合理预期”。⁵⁵ 广泛认可的是，投资合同，尤其是其中的稳定性条款，是该类预期的主要来源。在Parkerings公司诉立陶宛一案中，仲裁庭指出，稳定性条款会使投资者有法律变更不会对投资造成负面影响的合理预期。⁵⁶ 依据这一观点，如果某一东道国未能遵守投资合同中稳定性条款的规定，则该东道国有可能会违反其投资协定中的公正公平待遇规定。因此，投资者可以有效地利用投资协定中的投资者—国家争议解决机制寻求违约赔偿。

⁵⁰ 同上一注释，第167段。

⁵¹ Eureko B. V. 诉Poland, UNCITRAL, 部分裁决, 2005年8月19日。

⁵² Andrea Shemberg 《稳定性条款和人权》，一个为国际金融公司和联合国商业和人权秘书长的特殊代表而进行的研究项目，2008年3月11日，第27页，第ix页。在研究中，83%的包含稳定性条款的合同是涉及采掘业的合同（均为矿产资源开发项目）。

⁵³ 同上一注释，第vi页。

⁵⁴ Methanex, 第四部分, D章, 第7段。

⁵⁵ 例如 Técnicas Medioambientales Tecmed, S. A. 诉墨西哥案, ICSID 案 No. ARB (AF)/00/2, 仲裁裁决, 2003年5月29日, 第154段。

⁵⁶ Parkerings-Compagniet 诉立陶宛, ICSID 案 No. ARB/05/8, 仲裁裁决, 2007年9月11日, 第332段。

2.10.3. 保护伞条款和稳定性条款对于可持续性发展有什么样的意义？

有关保护伞条款和稳定性条款的问题非常明显：取决于该条款的解释情况，政府制定必需的公共福利措施的成本可能会很高昂且难以实行。该类条款可以极大地扩张投资协定赋予投资者的保护力，同时缩小了政府为了环境保护、卫生与安全等目的而制定必要政策的空间。保护伞条款可以将并非投资协定法律框架内的诸多其他义务纳入其中，从而使其能够落入投资者—东道国仲裁的范畴。很明显，稳定性条款限制了政策空间——考虑到改进管理体制以实现环境、卫生与安全以及同可持续性发展相关的其他公共福利目标，该条款是一个阻碍——如果在同一协定中还有保护伞条款，那么稳定性条款的限制效果就会更大。而且，稳定性条款还可以改变投资协定下国家义务的性质，从而使与公共福利有关的措施更有可能被认定为违反征收和公正公平待遇规定。

有关保护伞条款和稳定性条款以及它们与投资协定中其他条款的关系，有一个日益引起关注的问题，即它们导致了协定条款适用范围的不平衡。正如Parkerings案和Methanex案所指出的，即使那些认为东道国在投资协定下仍有相对广泛的管制自由的观点似乎也认为在有合同稳定性条款的情况下，国家在协定下的自由会明显减少。合同稳定性条款影响协定应用所产生的问题同这一事实相关，即几乎只有发展中国家才签定了具有稳定性条款的合同。大部分经合组织成员国采用更加广泛适用的许可批准或其他行政管理程序。因此，在实践中，这种应用协定的方式其实限制了那些最需要政策空间国家的自由，因为这些国家目前普遍都没有完善的公益法律政策框架。

3. 平衡投资者各项保护：投资者和其母国的义务？

3.1. 投资协定是否对投资者规定了义务？

除了仅有的几个例外情况外，对这一问题的回答一直都是“不”。投资协定包含了对于投资者的保障，但是并没有通过对投资者规定实体义务来平衡该类保障。也许仅有的真正例外情况是上文提到的协定可以规定投资者必须遵守东道国的法律来设立投资这一基本义务。至少在某些案例中，不依法设立投资会导致投资者无权对东道国提出投资协定仲裁。⁵⁷ 仲裁庭同样会考虑投资者在设立投资时的行贿行为，即使在协定或合同中没有有关投资者行为的明确规定。⁵⁸ 该类不当行为的后果是，仲裁庭通过否决管辖而驳回投资者提起的仲裁申请。在其他一些情况下，投资者的行为（更准确地说，是不当行为）会对仲裁庭裁决东道国是否违反协定或确定损害赔偿额有影响。⁵⁹ 但是，总体而言，仲裁庭似乎不考虑投资者在设立投资之后是否遵守国内环境、劳动或税务法律。

某些更为现代的协定改变了这种情况。例如，有几个奥地利协定在其序言中强调，要求“所有政府和民事主体[例如投资者]遵循联合国和经济合作与发展组织的反腐方面的规则…”⁶⁰ 这类要求虽然并未采用强制性的语言，但是提到了公司依照经合组织跨国企业准则负起责任来的价值。⁶¹ 即使未遵循该类要求并不会影响投资者提起仲裁的权利，但至少也可能影响到仲裁庭对投资者诉求的评估。

某些观察家希望协定能够再进一步，建议协定对投资者规定有约束力的义务，包括有关腐败、环境影响评估和管理，以及劳工与人权问题的各项义务。有关这一方面的工作仍在进行中。但是，总的说来，全球范围内的大部分投资协定仍然是一边倒的：东道国给予外国投资者大量的保障，而投资者却只需满足很少或根本无需满足什么对价条件来获取协定的全部保护。

3.2. 投资协定是否对投资者母国规定了义务？

一般情况下，可以将投资协定描述为仅对东道国规定了义务，而没有同样地对投资者母国规定义务。这种一边倒的义务规定会产生一个问题，即这会妨碍投资协定进一步地发挥作用以实现其主要的目标之一：促进外国投资。⁶²

⁵⁷ Inceysa Vallisoletana S.L. 诉萨尔瓦多，ICSID案 No. ARB/03/26，仲裁裁决，2006年8月2日。

⁵⁸ World Duty Free 诉肯尼亚，ICSID案No. ARB/00/7，仲裁裁决，2006年10月4日。World Duty Free 诉称肯尼亚违反了相对投资者的合同义务以及国际法义务。它的追诉并不是基于某一双边投资协定或是其他投资条约。

⁵⁹ 参见Peter Muchlinski (2006年)《对投资者的警告？公平公正待遇规范下投资者行为的相关性》，55 ICLQ 527。同样参见：例如 Biwater 诉坦桑尼亚，仲裁裁决，2008年7月24日，第788-807段（裁决认定由于投资者在项目合同竞标过程中的不当行为，合同无效且没有价值，所以东道国违反投资协定并没有产生额外经济利益的损失。）

⁶⁰ 奥地利—塔吉克斯坦双边投资协定，序言（于2010年12月15日签订）；奥地利—科索沃双边投资协定，序言（于2010年1月22日签订）。

⁶¹ 同上。有些协定规定了投资者义务。例如东南非共同市场投资协定包含了一条义务，即要求投资者遵守东道国制定的有关投资各阶段的法律规范。第13条规定：“东南非共同市场的投资者以及其投资必须遵守东道国的所有现行有效的国内法。”

⁶² 参见：例如联合国贸发《2003世界投资报告：促进发展的外国直接投资政策：国家与国际展望》，第155页；“将来的国际投资协定会更多地涉及投资者母国…要求其促进外国直接投资流向发展中国家，并且帮助发展中国家更多地从中受益。”

正如上文所述，有许多因素会影响投资者决定是否投资以及在哪里投资，包括投资者的需求和战略（例如，如果投资者想要获得某个市场或资源）以及东道国的特点（例如，市场规模、可用资源、是否存在可靠的基础设施，以及商业与法律环境的稳定性）。投资者的母国同样可以起到重要的作用，因为母国可以采取多种措施促进对外投资。该措施包括：1）为其国内企业提供信息和技术援助，以帮助他们识别和获取海外机会；2）为发展中国家提供信息和技术援助，以帮助他们吸引投资；（3）为投资者提供在海外投资的激励；以及（4）提供保险，以减少投资风险。

投资协定可以包括母国承诺实施该类措施；而目前，母国通常不作此类承诺。只有少数国家是例外，至少采取了某些措施以更加广泛地分担投资协定的责任。⁶³

投资者母国还有其他一些方式可以确保投资者对东道国的可持续性发展有贡献。其中一种方式是母国承诺同东道国在国内环境和劳工等问题上进行合作，例如，向东道国提供制定和实施相关领域规范与政策的信息和专业知识。另一种方式是向东道国提供有关该国企业遵守本国法律记录的信息。母国也可以举行讨论会，以研究其海外投资者的行为并寻求救济方案。举例说明，母国可以根据协定建立起一种审查和处理投诉的机制，和/或允许投资者就其海外投资的损失在其母国提起民事诉讼。投资协定同样可以要求母国对本国投资者的海外行为予以管制。有相当数量的投资协定包含了这些规定。⁶⁴但传统的大多数协定不包含该类规定。

⁶³ 参见：例如加勒比论坛成员国—欧盟经济合作伙伴协定，第7条、第121条、第135–138条。截止2009年12月，所有加勒比论坛成员国都已经签署该协定，欧盟议会也已通过该协定。加勒比论坛的成员国有：安提瓜、巴布达、巴哈马、巴巴多斯、伯利兹、多美尼加、多美尼加共和国、格林纳达、圭亚那、海地、牙买加、圣卢西亚、圣文森特、格林纳丁斯、圣基茨岛、尼维斯、苏里南、特立尼达和多巴哥。同样参见：联合国贸发（2005年）《国际投资协定：重要问题》第2卷，第3–5页；联合国贸发（2001）《投资者母国措施。

⁶⁴ 最为综合的涉及环境和劳工措施和能力合作的条款更多地出现在自由贸易协定或者经济合作伙伴协定中。参见：例如美国—多美尼加—中美洲自由贸易协定，第16、17章。

4. 投资协定仲裁

4.1. 投资协定中的东道国义务的执行程序是什么？

在与执行机制结合时，投资协定中国家义务的规定就会有极强的效力。几乎所有的投资协定都包含有执行机制，通过它可以追究违反协定的行为并解决投资争端。一般情况下，其规定了两种程序：一种是国家对国家的程序，用来解决协定缔约国之间的争端；另一种程序是投资者直接追究东道国涉嫌违反协定行为的程序。

第一种类型的程序——国家与国家之间争端解决——是国际法规定的解决条约纠纷的传统程序。例如在WTO法律框架下，只有成员国可以向其他成员国追诉。受到其他成员国不正当贸易政策损害的公司无权直接针对该成员国追诉其违反WTO协议的行为。第二种类型的程序——个人和企业可以直接追诉东道国违反条约的行为——比较新颖独特。在投资协定签订之前，投资者的投诉通常在国家之间进行处理。换句话说，如外国投资者认为东道国违反了与其投资相关的国际法，应由他们的母国政府出面来处理这个问题。

4.2. 谁可以根据投资协定向东道国提出仲裁申请？

这个问题的具体答案将取决于投资协定具体的措辞。然而，一般的回答是所有合格的外国“投资者”都可以向东道国提出仲裁请求，指控政府对投资者的“投资”的待遇违反了协定。如上所述，多数协定对术语“投资”和“投资者”的定义都比较宽泛。因此，投资协定可能让东道国面临来自看似不受限制的个人和企业的索赔。以下例子说明这种可能的范围，假如A公司持有作为投资的B公司的一些股份，那么如果A公司的少数股东认为东道国采取的某项措施损害了他们在B公司的间接投资，则他们可以各自单独地向东道国提出仲裁申请。A公司和B公司中其他间接或直接股东也可以向东道国提出仲裁申请，指控同一政府措施损害了他们在B公司的投资。事实上，这就是说东道国采取的一项影响到一个在其境内经营的公司的措施可能会产生大量的针对东道国的追诉。如果这项措施是普遍适用的，影响到了某个领域或活动中的许多公司；那么针对东道国的追诉的数量就可能成倍增长。

4.3 对投资者的仲裁申请权有限制吗？

投资协定可能对投资者寻求投资者—东道国仲裁的权利施加很多限制。动用这一纠纷解决机制首先要满足一个条件：仲裁申请人必须证明他是一个合格的“投资人”，并且涉及的争端必须是在投资协定项下，且与现有的或是潜在的（在某些案件中）“投资”有关。然而，正如上面所述，术语“投资者”和“投资”的宽泛定义可以使其成为一个相对容易满足的条件。

对投资者提出申请的另一个限制涉及争端事项。投资协定可以排除掉特定类型的争端，规定其不得提交投资者—东道国仲裁，比如税收分歧或有关设立前事项的纠纷。

投资协定还会要求投资者在提出申请前要遵循特定时间要求。这些时间要求可能是“冷静期”，即要求投资者在开始仲裁前等待的一段时间；它们也可能是“限制期”，即规定投资者必须在某一期限内通知政府这一纠纷，期限的起算点是投资者应该已经意识到了协定违反。如果投资者不能满足这些要求中的任何一个，仲裁庭有可能会驳回仲裁申请。然而，如果投资者可以找到另一个东道国签订的协定没有规定类似的“冷静期”或“限制期”，现有的案例表明至少有一些仲裁庭同意，投资者可以通过援引基础投资协定中最惠国待遇（MFN）条款来规避这些要求。在某些包括“冷静期”的案件中，仲裁庭也弱化了这些限制的约束力，并表明投资者提出申请并不是非要符合这样的限制要求。

4.4. 什么是岔路口条款？

对投资者提出仲裁申请的一个潜在限制就是所谓的“岔路口”条款。投资者—东道国仲裁制度通常被看成是一种“中立”和“非政治化”的投资争端解决手段，让投资者可以绕开被认为是腐败的、政治性质的、负担过重以及效率低下的国内法庭。“岔路口”条款允许投资者权衡他们的选项，并在国内法庭还是投资者—东道国仲裁之间进行选择；但是，一旦投资者选出了一条路径，则另一条就会因此而被关闭。

“岔路口”条款可以防止外国投资者进行两次索赔：既通过国内法院也通过仲裁。但是到目前为止，仲裁庭一直不愿意根据岔路口条款来阻止多重索赔。例如，投资者有权在地方法院就违反合同行为进行索赔，同时也有权采用国际仲裁就违反投资协定的行为进行索赔；即使两种索赔的根本诉求是相同的。⁶⁵ 这种有争议的做法使投资者可以操纵他们的索赔途径，从而就同一损失获得多种不同的救济方式，针对国家发动数个可能的案件，并由此获得多重救济收益。

4.5. 投资协定要求原告必须首先用尽当地救济吗？

用尽当地救济是国际习惯法的一个原则，即针对一国的国际法追诉只有当受害的另一国国民已经利用了该国一切可以利用的国内法律救济仍不能获得合理赔偿后才可以发起。这使国家有机会在争端被提升到国际层面之前将被指控的国际不法行为在本国法律体系解决。用尽当地救济原则也有一些例外，比如当没有合理可用的救济，或即使存在可用的救济但不能为受害的他国国民提供合理的救济。

与此原则不同的是，国际投资协定通常不需要用尽当地救济，并允许投资者直接提起国际仲裁。这种方式也被适用在国际人权法案件中。在某些情况下，用尽当地救济的要求是被明确排除在外的。此外，如果协定没有要求用尽当地救济，仲裁庭一般都不会将协定解释为包含了这样的要求，即使它是国际习惯法的一项原则。

一些投资协定明确要求投资者在启动国际仲裁程序之前必须将争端诉诸国内法院或其他行政渠道。这种要求可以防止未成熟的和无意义的追诉，并使政府有机会补救其被追究的错误。此外，通过他们自己的法律和行政渠道来处理投资者的投诉，利于政府发展和完善其司法行政机构。

4.6. 仲裁适用什么法律规则？

为了解投资协定仲裁的程序，最好从投资协定本身开始。协定将规定启动仲裁的程序，例如，外国投资者必须采取的通知政府有关投资争端的程序，仲裁的适用规则和选择仲裁员的程序。

通常协定会规定仲裁所应适用的仲裁规则，有时规定采用某一套单一的规则，有时则提供一个选项清单以供投资者选择。由作为申请人的投资者选出的规则会对作为被申请人的政府具有约束力。大数协定规定可以在以下规则之间进行选择：世界银行的国际投资争端解决中心制定的仲裁规则，或联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）这个联合国的负责国际贸易法的机构制定的仲裁规则。有时也规定了其他的选择，比如斯德哥尔摩商会仲裁院（SCC），或国际商会仲裁院（ICC）的仲裁规则。

仲裁规则可以主要分为两大类：一类是机构仲裁规则，另一类是临时仲裁规则。对于后者，争端双方可以选择、调整，没有——或只有很少的——机构支持。

⁶⁵ CMS Gas Transmission 公司诉阿根廷，ICSID案No. ARB/01/8，管辖权裁定，2003年7月17日；Toto Construzioni Generali 诉黎巴嫩，ICSID案No. ARB/07/12，管辖权裁定，2009年9月11日。

世界银行下的国际投资争端解决中心（ICSID）是唯一一个专门解决外国投资者与东道国之间投资争端的仲裁机构。ICSID 于1965年成立，根据是《解决国家和他国国民之间投资争端公约》（简称“ICSID 公约”），至今已有140多个国家签署了该公约，ICSID 受理的案件数量在过去十年里有明显增加，从1995年到2005年中心登记的申请达166件。与之相比，之前的30年期间仅有30件。如今ICSID已经成为解决外国投资者—东道国争端最常用的仲裁机构。它还是最透明的，不仅因为它广受欢迎，还因为它有一个公开的案件资料库。事实上，在投资者—东道国争端解决的常设机构中，ICSID 是唯一一个始终对案件情况进行公开的仲裁机构。更重要的一点，因为 ICSID 与世界银行有关联，并且世界银行是一个旨在对发展中国家和最不发达国家进行扶贫的国际组织，所以它要接受更多的公众监督。按一个仲裁员的话说，ICSID 不“仅仅是又一个仲裁机构”。⁶⁶

ICSID对提交给它的争端都有一套自己的程序规则。由于 ICSID 的性质是用来处理投资者与东道国之间争端的机构，所以ICSID的仲裁规专门是适用于这些案件，并且是目前为止唯一一套以此为重点的仲裁规则。

第二个最常用的规则是由联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）制定的。UNCITRAL于1978年制定了第一个版本，直到2010年才进行了第一次修订。UNCITRAL 仲裁规则用于各种类型的仲裁，包括商事仲裁、国家—国家仲裁和投资者—东道国仲裁。重要的是 UNCITRAL 仲裁规则可以被用于所谓的临时仲裁，即不受任何仲裁机构管理的仲裁。争端双方也可以决定他们是否想要某一机构提供管理和后勤支持，比如选择斯德哥尔摩商会仲裁院（SCC）来提供管理和后勤，同时仲裁程序适用 UNCITRAL 仲裁规则。UNCITRAL 秘书处不管理适用 UNCITRAL 仲裁规则的仲裁案件。

4.7. 通过对东道国提出仲裁申请投资者可以获得什么类型的救济？

投资者在其对东道国提出的仲裁中可以要求不同类型的救济。它们可被分成五大类：（1）金钱补偿；（2）归还/返还财产；（3）惩罚性赔偿（即对东道国致损的评价，并非旨在救济投资者所受的损失，而是旨在惩罚东道国的国际不法行为）；（4）公告救济（即决定争端中某特别问题的一个公告）；和（5）指令救济（即命令政府采取或禁止采取某些行动的指令）。

除投资—东道国仲裁一般不允许或仅在“特殊情况”下才允许的惩罚性赔偿外，投资者可以获得所有其他类型的救济。仲裁裁决通常裁定“补偿性”赔偿金，虽然投资者最终可获得的赔偿金往往低于他们在仲裁申请中要求的赔偿额，但其数额往往已经是十分惊人了，甚至高达数亿美元。

当仲裁庭裁定指令救济时，其对东道国的财政影响并不明显，但从被诉的东道国来看，这种救济形式可能更具侵犯性且更不受欢迎，因为这不仅可能对东道国的财政产生影响，而且还包括了仲裁庭要求政府必须做什么或禁止做什么的直接指令。投资者似乎更多地在要求这种救济，因为他们不断寻找有利的、新的方式来利用投资协定。

4.8. 谁来裁决争端？

投资者—东道国仲裁所依据的投资协定和各种仲裁规则给了争端双方很大的自由来决定仲裁程序，包括选择仲裁员。不同于国内或国际法庭由法院为案件指派法官的做法，仲裁双方选择他们自己的“法官”，并且在选择时有着相当大的自主权。

⁶⁶ Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD诉马来西亚, ICSID案, No. ARB/05/10, Mohamed Shahabuddeen 法官的不同意见, 撤销程序, 2009年2月19日, 第64段。

通常情况下，由三个仲裁员组成投资协定的仲裁庭：一个由申请人选定（投资者），另一个由被申请人（东道国）选定，第三个由双方共同选定。如果双方就第三个仲裁员不能达成共识（这种情况不在少数），通常委任一个仲裁机构作为指定仲裁员的机构。

适用于投资者—东道国争端的投资协定和程序规则除了笼统地规定仲裁员要符合独立和中立的条件外，很少还规定有其他条件。在ICSID公约下有一个成员国选任的仲裁员名册；然而，争端双方也可以从该名册之外选定仲裁员。

尽管争端双方在选择仲裁员方面有较大的自由裁量权，但是在投资协定仲裁中活跃的仲裁员往往局限在一个较小的专业群体中，他们通常都具有商法背景。此外，其中许多人不仅担任仲裁员也担任争端方的代理律师。很常见的是，律师经常可以在仲裁员和代理律师的角色之间进行变换（虽然是在不同的案件中），仲裁员也通常是律所中专门就投资协定仲裁向投资者和政府提供法律服务的资深合伙人。

4.9. 由私主体的当事人选定的仲裁员来裁决投资争端会引发什么主要问题？

仲裁庭的一些特性引起了对仲裁体制独立性和公正性的担忧。特别引人担忧的是，现行体制偏向支持投资者，而不利公众利益。当前仲裁体制中的很多方面都体现了这种不公，最明显的一个是仲裁员有鼓励投资者提出仲裁申请的不当激励。他们可以通过在裁决争端时支持投资者的诉求，或通过对其管辖权进行广泛解释来鼓励投资者追诉。例如，仲裁庭对投资协定中的比如“投资者”和“投资”等术语解释得越广义，就越有可能发现仲裁申请是合格的“投资者”就其合格的“投资”提出的申请，因此仲裁庭对该争端就有管辖权。同样，允许投资者使用最惠国待遇（MFN）条款来规避“冷静期”，以及狭义地解释“岔路口”条款也会扩大仲裁庭的管辖权。正如一位著名的评论家所指出的：“更多的仲裁申请意味着仲裁行业有更多的生意。”⁶⁷

关于当前体制的第二个批判是，如果由当事人选定他们自己的仲裁员，当事人选定的仲裁员是否可以做到真正的公平和独立就是值得怀疑的。即使这些仲裁员实际上并没有偏见，但仍然会给人留下有偏袒的印象。

第三个批判是有关双重角色的问题——事实上，投资者—东道国案件中的代理律师也可以担任这些争端的仲裁员。在投资者—东道国争端中，诉求和涉及的法律问题的范围是相对较小的，通常就是围绕公平公正待遇（FET）、征收、非歧视性待遇以及保护伞条款等。在投资者—东道国争端中为公平公正待遇（FET）的广义内涵进行争辩的投资者的代理律师，可能在另一个案件中担任仲裁员，而该案件争议的焦点就是公平公正待遇（FET）义务。当这个仲裁员在作裁决时，他/她很难不受以下因素的影响：先前案件中他/她的投资者客户的观点（有意或无意地影响）、先前案件的裁决认定的适用法，或拓展其作为代理律师的未来业务的希望。即使这些因素对仲裁员的裁决没有实际影响，但它仍可以产生一种观念上的偏见。

4.10. 如何解决与仲裁员独立性有关的问题？

就如何加强国际投资争端解决体制的独立性和可信度问题，已经有很多改进建议被提了出来。一个建议是设立永久仲裁员的名册，使仲裁员在特定年限内任职，从而使仲裁员不受经济和政策压

⁶⁷ Gus van Harten (2009年8月7日)，《国际投资仲裁庭的一个案件》，《投资协定新闻》。

力的影响。另外一个建议是让仲裁机构指定所有的仲裁员（从而不再由当事人指定），并在一定时间段内不允许仲裁员在投资协定仲裁中担任代理律师。

另一个更大胆的建议是成立国际投资法院。他们认为一个权力集中的国际投资法院不仅可以加强体制的独立性，也可以极大地提高国际投资法制度的透明度和合法性。此外，如果再引入一个有效的上诉机制，国际投资法院还可以解决当前存在的不同仲裁庭制定的裁决相互冲突的问题。

4.11. 投资协定仲裁中法律或事实上的错误可以予以纠正吗？

使投资者 - 东道国仲裁机制对投资者很有吸引力的一个重要原因是：不同于国内法院的判决，政府仅有很少的途径来质疑仲裁裁决和拒绝裁决执行，即使该裁决认定事实或适用法律有错误。然而，有两个国际条约规定了政府有权质疑和拒绝。第一个是1958年的《关于承认与和执行外国仲裁裁决公约》（《纽约公约》）；第二个是1965年的《解决国家和他国国民之间投资争端公约》（《ICSID公约》）。

《纽约公约》要求其约150个缔约国承认并执行外国仲裁裁决。其规定国家只能在以下七种情况下可以拒绝承认和执行：（1）没有有效的仲裁协议；（2）缺乏适当的通知或正当的程序；（3）所裁决的争议超出了仲裁协议规定的范围；（4）仲裁庭的组成不符合规定；（5）该裁决在仲裁地已被暂停或是已被撤销；（6）争议的事项不能以仲裁方式解决；（7）执行裁决将违反被请求执行地所在国的公共政策。《纽约公约》中没有列出法律或事实上的错误可以作为拒绝承认和执行仲裁裁决的理由。

如果仲裁庭作出的裁决对仲裁被申请人不利，并且投资者试图在《纽约公约》的某一个缔约国内执行该裁决，默认的规则是《纽约公约》将要求该国的法院执行该裁决。仲裁被申请人只能通过向相关法院证明存在《纽约公约》列出的七个理由中的情形，以拒绝执行裁决。

国家可以质疑《ICSID公约》下的裁决的理由更为有限。尤其是，根据《ICSID公约》，仲裁裁决不能在国内法院被上诉和被拒绝执行。当获得胜诉的仲裁申请人要对败诉的仲裁被申请人执行某一裁决时，则《ICSID公约》要求每个公约的缔约国都要将此裁决视同国内终局判决来执行。

败诉的仲裁被申请人如不服裁决，其仅可以通过申请组成另一个仲裁庭来再次审查和撤销全部或部分裁决。但是新成立的仲裁庭不是一个具备广泛审查权的上诉机构。根据《ICSID公约》规定，这个仲裁庭，或更确切地说“撤销委员会”只能根据下列五个理由撤销裁决：（1）仲裁庭的组成不合规定；（2）仲裁庭明显超出其管辖权范围；（3）仲裁庭有受贿行为；（4）严重违反了正当程序原则；以及（5）裁决未能说明理由。

撤销委员会已经宣布，即使裁决所依据的法律或事实有明显错误，裁决也不能被撤销，因为这样的错误不是《ICSID公约》规定的撤销裁决的理由。此外，和《纽约公约》规定不一样是，不符合公共政策不是一个撤销裁决的理由。

无论是适用《ICSID公约》或是《纽约公约》，如果一个国家拒绝或不能执行某一裁决，它可能会要承担很严重的后果。特别是，如果一个国家未能按裁决进行赔付或故意阻止执行，这将很可能给外国投资者和如世界银行等贷款方造成不良印象，并会对该国的信用等级和吸引未来投资的能力造成潜在负面影响。

4.12. 是否有任何机制可以确保投资协定的解释更可预期？

这个问题的简短答案是“没有”。如上所述，迄今很多仲裁裁决对相近或相同措辞的协定规定的解释不一致。这些不一致的解释，反过来，使每一个规定产生了高昂的程序费用，并且给国家和投资者带来许多不确定，以致他们两者都不清楚投资协定保护的内涵。

投资者与东道国之间仲裁的很多方面造成了这种不一致和不确定。首先，必须指出的是当前投资协定这个体系是由上百个国家协商而定的数千个协定组成。这些协定的语言往往很模糊而且相互之间很类似，但并不总是完全相同。即使两个投资协定中含有相同的规定，也很不确定各缔约方是想要它们有同样的内涵。因此，在一定程度上，解释分歧是可以预见的。然而，这个问题被投资协定仲裁无遵循先例原则这一事实扩大了。虽然仲裁庭经常参考先前的判例，但他们没有义务必须遵循先例。

由于没有投资协定仲裁的上诉机制，国际投资法缺乏一致性的问题就变得更加严重。如上文所述，在当前的制度下，仲裁庭的裁决只能根据非常有限的理由被撤销、修订或驳回，即使法律错误也不是撤销或驳回裁决的理由。这使裁定中的错误和缺陷会一直存在，这就需要有一个集中的上诉机制，比如世贸组织的国际贸易争端解决中的上诉庭机制。一些投资协定甚至开始考虑未来建立一个上诉制度。但迄今为止好像这样的机制还没有得到政府足够的认可。

4.13. 公众可以获取有关投资者—东道国仲裁的信息吗？

这个问题的答案很复杂，并取决于适用于争端的投资协定、被申请国的国内法律、规范投资者的国内法以及适用的程序规则。但是总的来说可获取的信息是非常有限的。

关于启动仲裁程序，ICSID 仲裁规则规定申请人必须向世界银行国际投资争端解决中心秘书长提交一份仲裁申请，并由其对该请求进行登记。国际投资争端解决中心的行政和财务规则则要求秘书长公开这些申请的登记信息。根据这一要求，国际投资争端解决中心秘书处将在网站上公开争端启动的基本信息，比如争端各方是谁，以及何时开始仲裁等。与此相反，UNCITRAL 仲裁规则没有规定仲裁通知或争端启动信息必须向公众公开。此外，即使 UNCITRAL 仲裁规则要求披露这些信息，现在也没有如 ICSID 秘书处的登记部门一样的机构来公布这些信息。

一旦仲裁程序开始，ICSID 和 UNCITRAL 的仲裁规则都在公众是否可以获取向仲裁庭提交的或由仲裁庭制定的文件这个问题上完全沉默。没有规定要求争端各方对这些信息保密，但也没有规定要求他们披露这些信息。关于庭审，公众可获取的信息很有限且不确定：ICSID 和 UNCITRAL 仲裁规则规定庭审可以是公开的，但如果一方当事人申请不公开审理，则庭审不得公开。

最后，也许是最重要的，依据现行的 ICSID 和 UNCITRAL 仲裁规则，公众无权获取仲裁庭作出的裁决。根据 ICSID 的仲裁规则，当事一方或任一方都可以公开仲裁裁决，但并没有义务这样做。唯一可以保证的披露来自 ICSID 秘书处，即根据2006年修订的 ICSID 仲裁规则，秘书处必须公开裁决中仲裁庭法律分析的摘要。

根据1976年和2010年 UNCITRAL 仲裁规则，披露的信息更有限。仅在双方当事人同意（或者法律要求其中一方进行披露）的情况下裁决才可以被公开，但并没有规定要求公开相关摘要。

但是公众可以通过其他诸多途径来获取有关投资者 - 东道国争端的信息。

首先，一些更现代的投资协定包含了公开信息的条款。例如，根据2003年加拿大双边投资协定范本、2004年美国双边投资协定范本以及由这两个国家后续签订的投资协定，公开庭审和公众有权获取提交给仲裁庭的和由仲裁庭作出的文件成为一般规定。其他协定，如东南非共同市场

(COMESA) 投资协定, 同样规定公众有权获取投资者—东道国仲裁中提交给仲裁庭的和由仲裁庭作出的文件。即使投资协定中包含了要求仲裁透明的条款, 它们也注意到某些机密或保密信息可能要避免向公众公开。尽管如此, 有一点是明确的, 即不论仲裁申请人是谁也不管适用什么程序规则, 公众应能及时地了解争端的启动、相关程序以及结果。

除投资协定外, 国内法律可能也会要求披露一些有关投资者—东道国仲裁程序的信息。例如, 公司及证券法规可能要求投资者披露他们所涉争端的信息。信息自由法也可能要求国家向公众公开投资者—东道国争端的信息。但当前国内法律对要求投资者和政府公开投资者—东道国争端信息的规定不统一或不够严格, 因此不能形成自动、统一且全面的披露。

但是, 公众目前面临的获取信息的困难在未来几年里会逐渐减少。一个重要的进展是, 2010年10月联合国国际贸易法委员会(UNCITRAL) 国际仲裁工作组开展了确保投资者—东道国仲裁透明度的工作。工作组正在考虑的措施包括建立一个公共案件登记处, 向公众公开庭审, 并提供与仲裁相关的文件。截至2011年10月, 此项努力尚在进行中, 并且预计最早在2012年2月可能完成。

4. 14. 相关的公众可以参与到争端的解决中吗?

出于很多原因, 国际投资协定下的投资者—东道国争端关系到广大公众利益。通常争端的事项对公众有影响, 或是公众高度关注的问题, 特别是一些机构或实体, 例如商业游说组织、当地民众乃至政府。不是争端当事人但仍受其影响或有利益关联的个人或实体, 可能也想向仲裁庭提出些意见。此类非当事人的参与者常被称为“法庭之友”。

法庭之友在投资协定仲裁中可以发挥重要的作用。他们可以提供法律方面的意见, 提供有关争端的历史和文化背景, 并揭示某个特定的争端具有超出当事人的更广泛的影响。

2001年 Methanex 案的仲裁庭明确地陈述了法庭之友的潜在价值:

本仲裁确实涉及公众利益。[...]还有一个更为广泛的论点[...]:第11章的仲裁程序, 如果被视为更开放或更透明的程序, 则将对其有利; 或者相反, 如其被视为隐蔽的程序, 则将对其不利。基于此, 如果仲裁庭意愿接受法庭之友的意见, 则可能对整体程序和具体案件的仲裁均有帮助; 反之, 如果全面拒绝将可能会造成严重的危害。⁶⁸

但是, 非争端当事方自己无权在投资协定仲裁中直接提交意见, 是否可以提交取决于仲裁庭的决定, 有时还会咨询争端当事人的意见。这种情况与支持法庭之友的大多数法域的做法一致。然而重要的一点是, 投资协定和仲裁规则应该明确规定允许法庭之友提交意见书。例如, 2006年 ICSID仲裁规则包含以下规定:

经咨询双方当事人意见后, 仲裁庭可以允许非争端当事方的某一人或某一实体(本规则中称为“非争端当事方”)向仲裁庭提交一份有关此次争端范围内事项的书面意见。⁶⁹

根据这一条款规定, ICSID 仲裁庭必须咨询争端当事人的意见, 虽然双方都不能对法庭之友的意见书进行阻止。相反, 其他常用的仲裁规则, 比如 UNCITRAL 规则, 对法庭之友这个问题没有规定。但是, 仲裁庭已经将这些规则解释为其授权仲裁员来决定是否允许法庭之友的参与。目前为增加透明度而修订UNCITRAL仲裁规则的工作也包括了要对法庭之友的适用进行阐明。

⁶⁸ Methanex公司诉美国, 仲裁庭就第三方申请作为法庭之友介入程序的决定, 2001年1月15日, 第 49段。

⁶⁹ 第37条第2款(非争端当事方意见书)

5. 解决问题

5.1. 国家如何修正投资协定中已有的错误？

当国家认识到投资协定中存在问题 and 不足时，他们可以有多种办法来解决这些问题。最极端的办法是将该协定废止。这在法律上不会违反任何国际法。典型的情况是，投资协定规定其将在规定的期间内有效，通常为10年或15年。在一般情况下，除非一缔约方发出终止协定的书面通知，否则协定将继续保持有效。因此，在有效期届满后，缔约一方通常可以自由地终止该协定。但需要特别牢记的一点是，协定对现有投资在另外一个给定期限内继续有效。通常这个期限将另延长15至20年。最近，多个欧盟成员国间的双边投资协定被终止了。某些发展中国家也已经开始终止他们的双边投资协定。

第二个办法是国家对协定进行修订。这就要求该协定的所有缔约国同意重新协商，然后一致同意修订后的文本。一些协定明确规定了修订的程序。然而，即使没有这样的规定，协定的缔约国也可以合意进行修正。目前欧盟成员国正在这么做，他们要求与他们的缔约国进行重新协商，以使他们的双边投资协定符合2009年欧洲法院关于资本自由转移条款的决定。⁷⁰ 虽然重新开启协定谈判是由于需要修订某一特定条款，但这也为重新协商其他那些被认为是问题的条款提供了一个契机。

实施这些办法的任何一个，都必须考虑到投资协定“制度”这一大背景。举例来说，如果一个国家只是终止或修改他的某些协定，那么该国就必须考虑并尝试解决可能出现的减损其修改成效的威胁，即“投资者”的广泛定义可以引起投资者“选购协定”。此外，关于本手册中多处提到的协定义务内容不确定的问题，此处存在这样一个风险：如果国家明确地对某个条款的范围进行了限缩，则仲裁庭以后会推断国家同意对其他未经修改的条款采用宽泛解释。例如，如果协定缔约国决定修改并限缩资本自由转移条款的适用范围，但没有同样地对公平公正待遇条款和征收条款进行限缩，即使其知道仲裁庭对这些义务的内容有较宽泛的解释；那么仲裁庭随后可能会认为协定缔约国有选择地修订表明他们没有对公平公正待遇（FET）或征收条款较宽泛的解读有任何异议。

5.2. 国家如何阐明投资协定中的条款？

各缔约方可以阐明他们对投资协定中宽泛且含糊表达的理解。这些说明或解释将会引导仲裁员对协定的解读。根据维也纳条约法公约（VCLT），缔约国在条约生效前和生效后都可以对条约进行解释性说明（维也纳条约法公约（VCLT）第31（2）和第31（3）条）。解释程序比修订程序更容易，因为它不需要任何形式的批准。北美自由贸易协定（NAFTA）各缔约方已经发布了关于公平公正待遇（FET）规定范围、投资者与东道国之间仲裁程序的透明度，以及非争端当事方的解释说明。这些解释后来被北美自由贸易协定下的仲裁庭接受并采用。⁷¹

另一种可能是由一缔约方作出单方面的解释声明。这很有可能发生在其他缔约方对作出联合性解

⁷⁰ 案C-205/06，欧盟委员会诉奥地利[2009] ECR I-1301；案C-249/06，欧盟委员会诉瑞典[2009] ECR I-1335；案C-118/07，欧盟委员会诉芬兰，2009年11月19日。

⁷¹ 参见：例如Glamis Gold公司诉美国，联合国国际贸易法委员会（UNCITRAL）仲裁裁决，2009年6月8日，第599段。但Pope & Talbot诉加拿大，关于损害赔偿的仲裁裁决，2002年5月31日，第47页（该裁决认为协定缔约国对FET条款的解释更像是对该条款的修订）。

释说明不感兴趣的情况下。国际法委员会已经认可：只要声明不被协定的其他缔约方反对，并且不违背条约的目的和宗旨，一个或多个缔约方可以作出有关协定条款解释的单方面声明。⁷² 此外，如北美自由贸易协定（NAFTA）等一些多边协定，已经明确允许协定的缔约国可以就在审的投资者—东道国争端向法庭提供有关协定解释的信息，即使这些国家不是争端的当事方。换言之，当加拿大是某一投资者—东道国争端的被申请人时，美国和墨西哥可以就北美自由贸易协定（NAFTA）解释问题单方面向仲裁庭提交意见书。⁷³

联合或单方解释与终止或修订相比可能是一个较容易且较温和的方法。至少在某些情况下与其他选择相比这似乎是一个更合适的方法，因为很多国家面临的问题主要是协定解释以及阐明含糊表达，而不是协定实际规定了应该被修订或终止的义务。

⁷² 参见：《可产生法律义务的国家单方面声明的指导原则》，在2006年国际法委员会第五十八次会议上制定，并作为委员会有关该次会议工作报告的一部分(A/61/10)被提交联合国大会，发表在国际法委员会2006年年报，第二卷，第二部分中。还可以参见：《条约保留实践指南》，在2011年国际法委员会第六十三次会议上制定，并作为委员会有关该次会议工作报告的一部分(A/66/10, 第. 75段)被提交联合国大会，第1.6.3段（“如果作为条约缔约方的某一国家或国际组织对该条约作出了一个解释性声明，且条约的其他缔约方接受了该声明；那么该解释性声明构成一个有效的条约解释。”）

⁷³ 北美自由贸易协定（NAFTA）第1128条。

6. 结束语

本手册一开篇就指出投资对实现可持续发展至关重要。投资非常重要，实际上对个人和社会都有着很明显的影响；我们的目标是合理地吸引和保护投资，而不是让其存在于现在这个有缺陷且支离破碎的框架中。

当前的协定和机构设置缺乏我们所需要的一个良好治理体制的基本特质，包括结果的可预期性、承诺的确定性、投资待遇与其他公共利益之间的平衡、透明、公正和公开。本手册最重要的信息是解决当前体制中的问题，至少是某些问题，存在一些可行性的方案。它们中没有一个是过于复杂，没有一个在实践中是过分超前的，但它们都需要追求良好治理的政治意愿。事实上，许多国家已经采取了某些初步措施来解决其中的一些问题。我们只能希望，将投资作为可持续发展动力的迫切需求，与确保政府投资协定的成本不超过所增加投资量带来的收益的需求一同，将促使该意愿转化为实际的成功。

附录：选取的专注于投资协议和投资者 - 东道国争端解决的机构与资源

政府间组织

全球

国际投资争端解决中心 (ICSID)

国际投资争端解决中心 (ICSID) 是世界银行下一个专门处理外国投资者与东道国政府之间纠纷的机构。本中心管理仲裁和调解案件，其案件的绝大多数与政府涉嫌违反国际投资协定有关。

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>

常设仲裁法院

常设仲裁法院 (PCA) 是于1899年基于条约设立的一个政府间组织。它提供纠纷解决服务，包括管理适用联合国国际贸易法委员会仲裁规则，以协定为基础的投资者与东道国之间仲裁的案件。其管理的仲裁案件的信息请参见以下网址：

http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=363

南方中心

南方中心是一个总部设在日内瓦的政府间组织。作为一个智囊机构，其旨在帮助发展中国家提高进行复杂的国际贸易和投资谈判的能力。本中心通过其简报和定期的讲习班，对来自发展中国家的政府官员进行教育培训。

<http://www.southcentre.org>

联合国国际贸易法委员会 (UNCITRAL)

很有影响的联合国国际贸易法委员会 (UNCITRAL) 的仲裁规则是ICSID仲裁规则的一个受欢迎的替代。虽然UNCITRAL起草其仲裁规则，并对规则进行定期修订，但是该机构不像ICSID一样管理仲裁案件。因此，适用UNCITRAL仲裁规则解决投资协定争端的情况不太容易掌握。

<http://www.uncitral.org>

联合国贸易与发展会议 (UNCTAD)

联合国贸易与发展会议 (UNCTAD) 研究和分析国际投资协定，并定期发布此类协定增长的数据。每年UNCTAD发布《世界投资报告》，其关注点是外国投资对发展中国家的影响。

<http://www.unctad.org>

- UNCTAD 国际投资协定纲要
http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch___780.aspx
- UNCTAD各国家双边投资协定清单
<http://www.unctad.org/Templates/Page.asp?intItemID=2344&lang=1>
- UNCTAD双边投资协定文本
<http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch.aspx?id=779>

世贸组织(WTO)

虽然世贸组织成员国政府没有接受进行多边投资协定谈判的提议，但某些世贸组织协议适用于外国投资，最明显的协议是与贸易有关的投资措施协议(TRIMs) 和服务业贸易总协定(GATS)。

<http://www.wto.org>

地区和部门

东南亚国家联盟 (ASEAN)

东盟 (ASEAN) 投资门户

<http://www.aseansec.org/4947.htm>

东南非共同市场 (COMESA)

东南非共同市场 (COMESA) 区域投资局

<http://www.comesaria.org/>

南部非洲发展共同体 (SADC)

南部非洲发展共同体 (SADC) 投资门户

<http://www.sadc.int/investment/>

经济合作与发展组织 (OECD)

经合组织是一个服务于发达国家的智囊机构。总部设在巴黎的 OECD 研究贸易与投资问题，并致力于制定与外国投资有关的国际规则。OECD提议的多边投资协定 (MAI) 在九十年代后期受到了广泛关注，但由于当时一些政府和许多非政府组织担心该协定会对健康、环境、教育、文化和人权产生潜在影响，最终谈判破裂。

<http://www.oecd.org/investment>

能源宪章

1991年《能源宪章》和1994年《能源宪章条约》(1998年生效)是有关能源部门的国际条约。《能源宪章条约》包含管理外国投资的条款，并与其他投资协定的条款相似，比如公平公正待遇、国民待遇、最惠国待遇和税收规定。其还包含有关外国投资者与东道国之间仲裁的规定。

<http://www.encharter.org>

非政府组织与聚焦国际的智囊机构

国际聚焦

国际环境法中心 (CIEL)

国际环境法中心 (CIEL) 积极参与围绕国际贸易与投资规范的讨论。该中心已经出版了一系列简报和研究报告，来分析贸易或投资协定与可持续发展之间的关系。国际环境法中心的律师与受投资项目影响的社团紧密合作。

<http://www.ciel.org>

国际可持续发展研究院(IISD)

国际可持续发展研究院（IISD）出版了一系列有关贸易与投资问题的简报和分析。该研究院出版了一个投资协定范本建议稿、一本2000-2010年间重要案例的电子书，以及与投资协定和投资者-东道国仲裁有关的其他刊物，包括对投资法与政策发展进行实时报道的《投资协定新闻》。国际可持续发展研究院为发展中国家和民间社会提供关于投资问题的建议，包括协定谈判、投资法规与合同。

<http://www.iisd.org/investment>

华盛顿政策研究所（IPS）

这个总部设在华盛顿的多议题智囊机构研究并实行政策，包括投资与金融方面的政策。

<http://www.ips-dc.org/>

国内/国际聚焦

网络资源

Bilaterals.org

一个反对双边和区域贸易与投资协定的网络团体。该团体的网站聚集着来自世界各地的新闻报告，提供了丰富的最新的和正在进行的贸易与投资谈判的媒体报道。

<http://www.bilaterals.org>

国际投资仲裁和国家政策（IIAPP）

国际投资仲裁和国家政策（IIAPP）网站提供了一个已知投资协定仲裁案件的资料搜索库。这是一个由奥斯古法学院 Gus Van Harten 教授带领的研究小组开发的，网站可以让用户通过政策领域来查找案例，比如农业、环境保护、健康、产业政策、行政合同和税收情况。

www.iiapp.org

投资仲裁报道

该网站提供有关投资者-东道国仲裁方面的大量信息和最新发展。新闻标题和一些文章可供免费浏览，但多数文章只有通过订阅才能看到。

<http://www.iareporter.com/>

国投资协定仲裁

该网站由加拿大维多利亚大学的Andrew Newcombe教授维护，允许自由访问已经公开的任何投资仲裁裁决。

<http://italaw.com/>

投资协定新闻

投资协定新闻（ITN）是一份季刊，提供国际投资法律及其对可持续发展影响的新闻资讯及分析。该刊物也包含最近仲裁案的案件概要。

<http://www.iisd.org/itn/>

跨国争端管理

<http://www.transnational-dispute-management.com/>

载有投资协定和投资者 - 东道国仲裁信息的其他网站

美国国际法协会

<http://www.asil.org/>

英国国际法和比较法研究院—投资协定论坛（及相关链接）

<http://www.biicl.org/itf/>

加拿大外交事务与国际贸易部

<http://www.international.gc.ca/commerce/index.aspx?view=d>

加拿大人议会

<http://www.canadians.org/trade/index.html>

聚焦南方

<http://www.focusweb.org/>

民主与贸易论坛

<http://www.forumdemocracy.net/>

国际投资争端解决中心（ICSID）报告——Lauterpacht 国际法学中心

http://www.lcil.cam.ac.uk/publications/icsid_reports.php

英国高等法律研究院

<http://ials.sas.ac.uk/>

国际商会

<http://www.iccwbo.org/policy/arbitration/id2882/index.html>

国际法律研究院替代性纠纷解决中心研究指南

<http://www.ili.org/centers-of-expertise/alternative-dispute-resolution/205-research-guide-for-international-commercial-and-investment-arbitration.html>

<http://www.happlaw.de/investmentarbitration/index.html>

投资仲裁申请：指令和裁决——按时间顺序排列

<http://www.investmentclaims.com/oal.html>

伊朗-美国求偿法庭

<http://www.iusct.org/index-english.html>

世界投资与贸易学刊

http://www.wernerpubl.com/frame_inves.htm

Kluwer仲裁

<http://www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/default.asp>

多边投资担保机构（世界银行）

<http://www.miga.org>

北美自由贸易协定仲裁申请

<http://www.naftaclaims.com>

1958年纽约公约

http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/XXII_1_e.pdf

REDES

www.redes.org.uy

SOMO

<http://somo.nl/>

南部和东部非洲贸易信息与谈判（SEATINI）

<http://www.seatini.org/>

西雅图至布鲁塞尔网络

<http://www.s2bnetwork.org/>

SICE 美洲国家组织外贸系统

<http://www.sice.oas.org/>

第三世界网络(TWN)

<http://www.twinside.org.sg/>

跨国研究院(TNI)

www.tni.org/

美国国务院

<http://www.state.gov>

<http://www.state.gov/e/eeb/ifd/bit/>



iisd

International
Institute for
Sustainable
Development

Institut
international du
développement
durable

国际可持续发展研究院

