

国际投资协定中的主要争议和未来的选择分析

何 树 全

内容摘要：第二次世界大战后，国际投资领域内的缔约活动迅猛的发展。但是，国际投资协定有的方面的规定具有较大的分歧。这些方面包括：(1)“投资”的定义；(2) FDI 准入及外资企业的待遇标准；(3) 国有化与征收；(4) 投资争端的解决机制；(5) 业绩要求的运用；(6) 激励措施；(7) 技术转移；(8) 竞争政策。这八个方面是在制定国家政策与国际规则中出现的敏感议题。各国政府在参与国际投资协定谈判时，要根据自身的发展水平和需要做出适当的、有利于本国的选择。

关键词：国际投资协定、谈判分歧、协定条款选择

Analysis on Major Issues in International Investment Agreements and Future Options

Anthony Shuquan Ho

Abstract: Since World War II, international investment agreements experienced a rapid development. However, some differences exist greatly in different agreements in the following aspects: Definition of Investment, FDI Entry and Treatment, Nationalization and Expropriations, Investment Dispute Settlement, Performance Requirements, Incentive Measures, Technology Transfer, and Competition Policies. All eight areas reviewed here are key sensitive issues that arise in the interface between national and international rule-making. When entering to international investment agreements, governments should take into consideration its development level and needs to opt provisions beneficial to it.

Key Words: International Investment Agreements, Issues in Negotiation, Provision Options

作者姓名：何树全（1972 - ），湖南省江永县人。

作者单位：上海大学国际工商与管理学院讲师

武汉大学商学院世界经济专业博士研究生

研究方向：世界经济理论、区域与地区国别经济、国际投资和贸易与经济发展

电子邮件：anthonyho@163.com

通讯地址：上海市嘉定区塔城路塔城小区科大红三楼 305 室

邮政编码：201800

联系电话：135 5425 3163

本文已发表在上海社科院的《社会科学》2004 年第 5 期，2004 年 5 月 15 日出版。

国际投资协定中的主要争议和未来的选择分析

内容摘要：第二次世界大战后，国际投资领域内的缔约活动迅猛的发展。但是，国际投资协定有的方面的规定具有较大的分歧。这些方面包括：(1)“投资”的定义；(2) FDI 准入及外资企业的待遇标准；(3) 国有化与征收；(4) 投资争端的解决机制；(5) 业绩要求的运用；(6) 激励措施；(7) 技术转移；(8) 竞争政策。这八个方面是在制定国家政策与国际规则中出现的敏感议题。各国政府在参与国际投资协定谈判时，要根据自身的发展水平和需要做出适当的、有利于本国的选择。

关键词：国际投资协定、谈判分歧、协定条款选择

Analysis on Major Issues in International Investment

Agreements and Future Options

Abstract: Since World War II, international investment agreements experienced a rapid development. However, some differences exist greatly in different agreements in the following aspects: Definition of Investment, FDI Entry and Treatment, Nationalization and Expropriations, Investment Dispute Settlement, Performance Requirements, Incentive Measures, Technology Transfer, and Competition Policies. All eight areas reviewed here are key sensitive issues that arise in the interface between national and international rule-making. When entering to international investment agreements, governments should take into consideration its development level and needs to opt provisions beneficial to it.

Key Words: International Investment Agreements, Issues in Negotiation, Provision Options

一、 引言

第二次世界大战后，特别是近二十年来，国际投资领域内的缔约活动迅猛的发展。从双边层面上看，自从 1959 年第一个双边投资协定 (Bilateral Investment Treaty, BIT) 诞生以来，双边投资协定的数目逐年稳步增长，到 1989 年底，全球已有 385 个双边投资协定；20 世纪 90 年代以来，各国缔结的双边投资协定成倍增长 (仅 2002 年就有 76 个国家签订 82 个协定)，到 2002 年底，双边投资协定增加至 2,181 个，涉及 176 个国家和地区。与此同时，避免双重征税协定 (Double Taxation Treaty, DTT) 的数目也不断增加，到 2002 年底全球 DTT 共计 2,256 个，其中仅 2002 年就有 64 个国家签订 68 个 DTT。在这一期间，包含投资议题的双边自由贸易协定也在不断增加。

从区域和区域间的层面看，虽然仅针对国际投资的协定没有几个，但全球区域内和区域间直接包含投资的协定也在不断的增加。针对国际投资的协定包括经合组织 (OECD) 1961 年的《自由化准则》和 1976 年的《国际投资和跨国公司宣言》，1998 年的东盟投资框架协议，安第斯集团 (Andean Community) 第 291 号决议，1994 年的《APEC 不具约束力的投资原则》等。除此以外，许多区域及区域间的自由贸易协定都直接包含了投资条款 (章节)，比如《北美自由贸易协定》(NAFTA) 专门有一章 (第 11 章) 对投资做出详细的规定；南方共同市场 (MERCOSUR) 协定和预定于 2005 年完成谈判的《美洲自由贸易协定》(FTAA) 都含有投资条款。

从多边层面上看,尽管 1948 年的《哈瓦那国际贸易组织宪章》胎死腹中,但各国为投资框架协定的努力从未停止过。这些努力不乏重蹈第一次努力的覆辙,如联合国的《跨国公司行为守则》(70~80 年代)和 OECD 的《多边投资协定》(MAI, 90 年代后期);另一方面,在建立多边投资规制上也取得了一些成果,如世界银行的《外国直接投资待遇指南》(1992 年)、《国家间投资争端解决公约》(1965 年)、《建议投资担保机构(MIGA)的协定》(1986 年),国际劳工组织(ILO)的《跨国公司和社会政策相关原则的三方宣言》(1977 年),WTO 的《与贸易相关的投资措施》(TRIMs, 1994 年)和《服务贸易总协定》(GATS, 1994 年)等。

我国目前现有国际投资承诺存在于上述三个层面:在双边层面上,我国参与的双边投资协定数目共计 107 个,避免双重征税协定有 78 个;在区域层面上我国主要参加了亚太经合组织(APEC)。此外,中国-东盟自由贸易区的谈判正在进行当中;在多边层面上,我国主要是参与了 WTO 的有关协定等。

随着各国参与越来越多的国际投资规制和协定的制定与谈判,其国家政策与国际投资协定之间的冲突日趋明显。本文第二部分从现有的国际投资协定中总结出争议较大的几个方面进行分析;第三部分就今后国际投资协定在这些方面的可能选择进行探讨性的分析,旨在抛砖引玉;第四部分对全文作个总结,并提出今后研究的方向。

二、 国际投资协定中重大争议与分歧

纵观现有的国际投资协定,有的方面的规定在国际上已被普遍接受,如最惠国待遇原则,公平与公正原则、透明度条款,以及税收等。但在有的方面则具有较大的争议,各投资协定的规定也有较大的差别。这些方面包括:(1)“投资”的定义;(2) FDI 准入及外资企业的待遇标准;(3) 国有化与征收;(4) 投资争端的解决机制;(5) 业绩要求的运用;(6) 激励措施;(7) 技术转移;(8) 竞争政策。本文的这一部分将依据现有的国际投资协定对这些方面进行简要的阐述与分析。

1. “投资”的定义

“投资”是国际投资协定的关键术语,其定义本身虽不能直接影响外资的引进以及从中获益,但在某种意义上决定了东道国给予外国投资者的保护程度,以及投资协定的适用范围。遗憾的是国际上至今尚无为各国普遍接受的“投资”定义。发达国家倾向于采取宽泛的“投资”定义,而发展中国家则倾向于对“投资”作出严格的界定。现有国际投资协定对投资定义基本上可分为三类:以资产为基础的投资定义,以交易为基础的投资定义和以企业为基础的投资定义。

以资产为基础的投资定义是指缔约各方依照各自法律和法规所允许或接受的各种财产。它不仅包括金融资产及经济概念上的“资本”,还包括具有创造生产能力的所有有形和无形资产,主要有:动产、不动产和其他财产权如抵押权、留置权、质权、享用权;各种具有经济价值的给付请求权;知识产权;法律赋予或通过合同而具有的经营特权,包括自然资源的勘探、提炼或开发的特许权;等等。

以交易为基础投资的投资定义,强调投资过程中资本和相关资产的跨国界流动,这种跨国界的交易是在一种对外新建或收购投资过程中进行的。这种方式的定义最初使用于双边和区域投资协定中,主要考虑涉及影响资本流动的东道国政策,而不是针对投资来定义的。

以企业为基础的投资定义是指一个国家的实体企业为了获得持续性收益,在另一个国家内建立的实体企业。它限制了在东道国的外资企业的自由度和受保护程度。

国际投资协定采纳何种投资定义主要取决于投资协定的目的和适用范围。旨在保护投资的投资协定基本上采取的是宽泛的、开放的、以资产为基础的投资定义。大多数的双边投资协定和部分地区投资协定就是采用这种定义的，如东盟投资保护和促进协定（1987，1996年）；以投资体制自由化为目标的投资协定倾向于采用对较窄的投资定义，如东盟投资框架协议（1998年）和2000年的欧洲自由贸易区与墨西哥的自由贸易协定都排除了资产投资。1988年的《美加自由贸易协定》及后来的NAFTA协定、丹麦-波兰双边投资协定基本采用了以企业为基础的投资定义，而WTO的GATS和TRIMs则没有对投资作出界定。WTO原本打算在墨西哥坎昆部长会议上就多边投资框架的谈判模式达成一致，然后启动多边投资框架的实质性谈判，但由于2003年9月的坎昆会议未实现这一任务而使WTO多边投资框架的谈判未能启动。

2. 国民待遇

国民待遇对东道国的发展具有十分重要的意义，对外国投资者也有关键性的重要意义。国民待遇可以定义为：在同等或类似的情况下，东道国给予外国投资者的待遇标准至少与给予本国投资者的一样有利的原则。国民待遇原则本身已为各国所接受并在国际投资协定中予以了规定，对此的争议和分歧在于：国民待遇的适用阶段；适用国民待遇的情况；待遇标准的界定。

传统意义上的国民待遇仅适用于外国投资者开业后的阶段，而今天从某些国际投资协定看，国民待遇已扩张到开业前的阶段，称为“开业权”。绝大多数的国际投资协定仍保留了东道国对资本进入和开业权的全面控制，而对投资的国民待遇仅适用于开业后的阶段。大多数的双边投资协定采取了这样的方式以鼓励缔约各方促成有利的投资条件，而把投资准入和开业的具体条件留给国家的法律和法规来处理。早期的发展中国家区域国际投资协定也是如此，有的甚至是得更远，采取了“协调的或共同的投资者筛选机制”，如安第斯集团与中非关税和经济联盟协定（Andean Pact and the Customs and Economic Union of Central Africa）。

1967年OECD的《外国财产保护公约（草案）》把这些事项交给各成员国自行决定。最近的一些国际投资协定包含了基于国民待遇和最惠国待遇相结合的开业权。这些协定主要是美国与发展中国家、加拿大与发展中国家之间的投资协定。此外，2002年日本和新加坡经济伙伴协定，美国与新加坡的自由贸易协定也是如此。越来越多的区域间协定，如南方共同市场和东盟之间的投资协定，为其成员国的企业提供了相互的投资准入和开业权。目前为止，WTO的GATS是唯一许可各国在开业前阶段承担一定义务的多边协定，但其规定较为灵活。

至于在何种情况下可以适用国民待遇，许多国际投资协定的表述是“同等的情况”或“类似的情况”。但是，构成“同等的”、“类似的”情况或环境的内容条件是什么却是一个需要个案处理的问题。有的国际投资协定没有明确地提到“同等的”或“类似的”情况，而是规定了适用国民待遇的具体活动。还有的国际投资协定对此保持沉默，对“同等的”或“类似的”情况和具体的活动没有任何限制，从而提供了一个较为宽泛的范围。

对于国民待遇的标准，国际投资协定中的主流规定是“不低于”（no-less-favorable）给予国内投资者的待遇。当然，有的协定对此表述过为与国内投资者“相同的”（the same）“一样有利”（as favorable as）的待遇。显然，后者对于投资者的保护程度更低，因为东道国只要在同等情况下提供给外国投资者不比国内投资者差的待遇就可满足这一标准，而前者（no-less-favorable标准）则远不止如此：在国内投资者享受低于国际惯例最低待遇的情况下，外国投资者可以享受更为优厚的待遇。

“同等的情况”或“类似的情况”的英文的表述有：like situations, similar situations, like circumstances 等。

3. 国有化与征收

国有化和征收是国际直接投资中一个古老的话题，二十世纪的几次对外国财产的接管促使国际社会制定寻求合法化接管的法律。按照国际惯习法，满足以下三项基本标准的财产征收被视为合法：a. 必须是为了公众目的；b. 非歧视；c. 给予补偿。这已为世界各国所接受。在国际投资领域对国有化和征收的争议主要表现为两个方面：国有化或征收的准确补偿数额和受保护的间接接管的范围。

就补偿而言，它实际上包含两个方面，即支付补偿的标准和补偿的计算方法。前者在国际投资协定中一般都有规定，而后者则很少出现在投资协定的条款中。显然各国很难在支付补偿的计算方法上达成一致，而国际投资协定对可适用的补偿标准也没一个统一的表述。有的规定给予“适当”（proper）或“公正”（justice）的补偿，有的则表述为“及时、充分和有效”（prompt, adequate and effective）的补偿，或类似的用语。最近几年的国际投资协定，不论是双边层面还是区域层面的，都倾向于使用最后一种方法。

直接接管则包括宣布国有化、国家大规模征用土地，或具体的直接接管行动等。间接接管包括“爬行征收”和“管理性接管”两种形式。前者涉及通过逐步增加的且具有累积效果的措施侵蚀财产所有权，直到该措施有效地剥夺了所有者的财产权益，后者则是运用政府的权力，如税收权力或为保护环境而限制经营的权力等，不剥夺财产主人的正式所有权而取消他们所享有的经济价值。

直接国有化或征收很容易识别，而爬行征收则不是这样。前者通常根据明确的国家政策在指定的日期执行，后者则通常是在政策的伪装下进行的，没有明确的目的而剥夺所有者的财产，同时，也不一定有一个剥夺所有者财产权的明确日期。

目前的主要问题是怎样区别对外资财产的法定政府管理行为（不要求补偿）和管理性间接接管行为（要求补偿）。管理性接管再一次给补偿提出这样的问题：何时支付补偿以及如何计算正确的补偿数额。

4. 争端解决机制

国际投资争端解决机制中的两个关键问题，一是“投资者-国家”争端解决程序在IIAs中的作用及其断案时的独立程度。国际投资协定中通常采取的是“国家-国家”的争端解决机制，但现在有的国际投资协定也制定了“投资者-国家”的争端解决程序，如NAFTA协定。二是争端解决过程中国内手段与国际手段的平衡。这涉及到投资争端与现有的“国家-国家”争端解决机制相分离的问题。

争端解决机制在国际投资协定中发生了很大的变化。贸易协定中争端主要是发生了国家之间，如某一成员国违背有关协定；而对于投资而言，争端是发生在投资者与国家之间的，这一点在1965年的国际投资争端解决中心(ICSID)的制度中首次得以确认。大多数双边和许多区域协定都含有“投资者-国家”的争端解决程序。

“国家-国家”争端解决程序出现在几乎所有的国际投资协定中，有的区域协定仅规定了用于解决国家间争端的机制，而没有规定投资者和国家间争端的解决程序。欧盟与墨西哥伙伴协定（1997年）和东盟投资区框架协议（1998年）就是如此。在应用“投资者-国家”争端解决程序的国际投资协定中通常要明确争端各方必须先寻求国内可用的手段协商解决。大多数双边投资协定和一些区域间的投资协定都提供了协商谈判解决争端的可能性。只有当这些手段不奏效时方可寻求国际仲裁解决。协定必须明确规定允许各方选择的仲裁规则和类型。不同的投资协定对此有不同的规定，如

多数国际投资协定（IIAs）用“接管”（takings）一词涵盖传统意义上的国有化或征收以及间接接管。间接接管包括“爬行征收”（creeping expropriations）和“管理性接管”（regulatory takings）。

NAFTA 第 11 章的第 1115 – 1138 条对此作了详细的规定。2000 年的新西兰和新加坡更紧密经济伙伴协议也有类似的条款。接下来，协定还须规定开始求偿的程序、仲裁庭的组成和建立、求偿请求的受理、适用法律的确定。最后，协定还要明确仲裁费用的在投资者和东道国之间的分摊。

“投资者-国家”争端解决程序给了投资者一定的保证上，提供了传统国际外交保护手段的另一种选择，有利于改善投资环境。这种机制不至于使争端上升到国家与国家之间的争端，更不会演变为政治争端。但是这种机制也会引发更多由投资者挑起的争端。此外，将投资争端提交给国际仲裁机构，东道国还需权衡对争端控制的主权损失。对母国来讲由于争端发生在东道国与位于东道国的本国企业，使得外交保护更加困难。

“国家-国家的”争端解决程序也许优越于“投资者-国家”争端解决程序，因为国家具有比企业更为宽广的视野，更为全面的考虑和更为强有力的手段。但是，如果协定只规定了“国家-国家”的争端解决程序，投资者与东道国的争端就会在国家与国家之间解决，投资者就要将其资源交由政府处置，而国家要顾全与另一政府的关系而不是仅仅注重于投资者的利益。况且，如果求偿国胜诉，仲裁庭如何进行裁决呢？母国会把一切利益转交给投资者吗？在只有“国家-国家”的争端解决程序的情况下，相互报复的行为令人关注，如 WTO 的争端解决机制就授权胜诉国对败诉国采取报复措施。

第三方能否参与仲裁也是近年来国际仲裁中出现的一大问题。第三方的仲裁参与权主要是非政府组织(NGOs)提出来的。它涉及对争端的解决结果有利益关系的第三方能否参与仲裁过程的问题。在国际仲裁中，如果投资者执行基于协定的权利，利益相关方也许在其中没有地位，但是第三方的有限权利已经始冒端倪。WTO 的上诉受理机构已开始允许第三方通过提交信息和技术建议来参与专家小组的仲裁。NAFTA 投资争端案件的仲裁中也有类似的情况。考虑到利益相关方对于投资事项和争端视角的独特性与重要性，这一问题对未来国际投资协定具有重要意义。但是如果第三方参与仲裁的权利继续增加，则应采取一些防止操纵仲裁的预防措施。

5. 业绩要求

业绩要求是东道国为了本国利益要求外资企业在经营上采取的行动，如产品中的本地材料含量、出口要求、技术转移、雇用本地员工等等，其主要目的是诱引外资企业促进本地的发展。发达国家在 20 世纪 70 – 80 年代较多地将业绩要求应用于引进外资的行业，如电力、运输设备、化工和初级产业部门等；发展中国家在保护幼稚工业和解决国际收支平衡方面通常也使用业绩要求的手段。但是目前的政策趋势是减少业绩要求的使用，转而采用激励措施。

过去几十年中，国际投资协定广泛采用业绩要求条款。业绩要求分为三大类：a. 多边层面上明确禁止的业绩要求；b. 区域或区域间投资协定禁止的，或有条件使用和不鼓励使用的业绩要求；c. 任何国际协定都未禁止的业绩要求。在多边层面上，WTO 的 TRIMs 禁止使用被认为是扭曲贸易的业绩要求：本地材料含量要求，贸易平衡要求，外汇流动限制和企业的出口水平。在双边和区域层面上，20 世纪 90 年代开始限制业绩要求的使用，并且禁止的范围比 TRIMs 的规定更广泛，如，NAFTA 禁止其成员国规定外资企业必须购买在东道国领土内可提供的产品或服务。

那么，业绩要求真的有益于东道国经济的发展吗？对经济增长或出口业绩的比较并未表明业绩要求的经济效益大于其成本，而要对使用了和未使用业绩要求的情况进行比较就更困难了。但仍有研究表明业绩要求是有效果的，也有研究显示东道国实施业绩要求的成本极大，效率不高。有的国家不经济地使用业绩要求，使得企业增加成本，降低效率，有的国家能有效果和有效率地使用业绩

要求。因此，是否应禁止使用业绩要求，禁止哪些业绩要求就成为国际投资协定中的一大争议。

6. 激励措施

投资激励措施的目的是为了吸引投资者建立新企业，鼓励现有企业扩张或者不迁移到其他地方或者承担培训和 R&D 的功能等。各国政府在吸引外资对所采用的激励措施可分为金融激励措施（如低息贷款）、财政激励措施（如免税期、降低税率）和其他激励措施（如放松监管、基础设施或服务补贴）三大类。

使用的激励措施来吸引外资从频率和价值上看都大为增加。金融激励措施和财政激励措施在 90 年代中期以前的文件里已有很好的表述，并且有继续下去的趋势。发达国家和转型国家偏好于金融激励措施，而发展中国家则偏好于财政激励措施。

对于激励措施的争议或疑虑主要有三点：一是激励措施的经济效果。它们是否会扭曲资源配？其成本是否将其效益抵消？二是发达国家和发展中国家间经济实力的不对称性可能会使 FDI 流量有所偏差，至少当他们为同一投资竞争时，富国能比穷国提供更多更优厚的激励措施，更吸引投资者的激励形式。三是激励措施能否吸引重要的新投资。跨国公司作决策时投资激励措施很少是主要的决定因素。当然，在其他条件相当的情况下，投资激励措施就至关重要了。

目前的国际投资协定中，多数都未具体涉及激励措施，而限制使用投资激励措施的也很少，但确实有几个投资协定限制使用激励措施。在多边层面上有几个的补贴与反补贴措施（SCM）协定：禁止对外资企业使用出口补贴；双边或区域投资协定主要是不鼓励放松监管（如对环境、社会标准的监管）来吸引外资，如 NAFTA 第 1114 条规定不能用激励措施来吸引外资；一些国际投资协定还规定，缔约方要参加旨在限制使用激励措施的多边谈判，如 GATS 的第 15 条。

7. 技术转移

在国际投资中，跨国公司可以以多种形式提供技术：折合成投资、非权益形式（如战略联盟）和许可协议或其他的合同与协议形式等。由于技术创新成本的上升、保护和控制无形资产意识的提高和政策自由程度的加强，跨国公司开始把 FDI 作为允许东道国获得关键技术的主要模式。所以，FDI 在国际技术转移中的作用不断增加。

发达国家重要的技术革新者，它们出售技术，同时也购买技术，它们关心的是加强其企业的技术地位。发展中国家是技术进口者，它们努力改善技术转移条件，加强本地企业的讨价还价地位，促进技术的扩散和发展。这种状况正在发生变化，发达国家不断加强知识产权保护，同时减少对跨国公司活动的限制。发展中国家的政策从直接控制技术转移向“市场友好型”政策转变。国际投资协定的内容反映了这种变化。20 世纪 60 - 70 年代的投资协定以管理型方式为特征，主要关注的是国际技术转移市场的缺陷，试图减少技术转移成本，而不是促进技术的消化，发展或扩散。安第斯集团第 24 号决定便是一例。近几十年来，“市场友好型”的政策开始在国家国际层面上替代“控制和管理型”政策以促进通过国际直接投资的技术转移，如 TRIPS 协定。

在这一问题上的争议在于采用何种政策来实施技术转移。

8. 竞争政策

WTO 在第一次部长会议（1996 年，新加坡）上意识到了投资与竞争政策之间的关系。竞争政策调整的是限制性商业政策的不正当竞争效应，跨国公司市场主导地位的滥用和兼并与收购（M&A）行为。这些政策都是针对外资公司的，每一项都针对不同的问题与困难。竞争政策与 FDI 的主要接触是通过 M&A 建立外资企业。因为竞争者的数目减少了，而且跨国并购不一定需要新的能力与投

资。

发达国家首先采用竞争政策并设立了管理机构。1980年只有不到40个国家（其中多数是发达国家）制定了竞争政策。此后，越来越多的发展中国家和转型国家开始采纳竞争政策并设立管理机构。到1996年，制定了竞争政策并设有管理机构的经济体增加到77个，到2003年上半年这一数字大约为93个，也就是几乎一半的经济体制制定了竞争政策并设有管理机构。

一些发展中国家和转型国家的竞争法规与政策基本上是采用发达国家的模式。这一点对于中东欧国家特别那些即将加入欧盟的国家尤为如此，它们采纳了欧盟竞争法规的主要规定。另一些发展中国家的竞争法是以UNCTAD的《竞争示范法》为蓝本，考虑各自的需要、司法制度、发展水平、商业惯例等，采取了不同的模式。

大多数的国际投资协定都未涵盖竞争问题，而是把它作为单独的议题另外协商。但是，国际投资协定关于竞争政策有如下一些趋势：

- 作为国家竞争政策的补充
- 有的区域经济组织逐步采纳竞争政策
- 有的协定寻求在支持贸易、发展和消费者福利方面确保正当应用竞争法规

三、 未来国际投资协定的可能选择

第二部分就现存的国际投资协定中存在的分歧与敏感议题作了简要的分析，这一部分将就未来国际投资在这些方面的可能选择作探讨性的分析。

1. “投资”的定义

如前所述，投资的定义跟投资协定的目的密切相关。投资协定的目的可以是保护投资、投资自由化、促进投资和管理投资等。如果投资协定的目的较为单一，则可选择相应的投资定义。但国际投资协定通常有着多重目的，这样投资的定义就可以是从狭窄定义到宽泛定义之间这一连续体的任一组合。

投资定义可以是狭窄定义与宽泛定义的混合体。在同一协定中不同条款的目的可能不一样，因此可以采用不同的投资定义，如宽泛的定义用于准入后的投资保护，狭窄的定义用于投资准入前。

2. 国民待遇

未来的国际投资协定在这方面要考虑这样两个问题：一是将国民待遇延伸到投资开业前阶段的程度；二是发展中国家在将国民待遇应用于开业后阶段的灵活性。尽管发展中国家加大了开放引资的步伐，但仍在追求其发展目标方面保留了灵活性。国际投资协定用肯定式的列表认可外国投资者可自由进入的行业，或者用否定式列表有选择地排除不可自由进入的行业。

开业前和开业后的国民待遇应该是相互独立，互不影响的。开业后阶段的国民待遇则是在今后的国际投资协定中都应提供的。关键是例外情况的范围有哪些。

3. 国有化与征收

未来的国际投资协定中肯定还会出现国有化与征收的条款。因此，区分法定管理与对私有财产权不必要的干涉是必要的。政策之一是对“接管”作出界定。明确东道国在处理外国投资时，哪些行为是法定管理行为（不需补偿），哪些行为是管理性接管（需要补偿）。另一政策选择允许国际独立机构审查东道国政府行为的合法性。

4. 争端解决机制

未来国际投资争端机制的选择方案有：

- 投资者-国家的争端解决机制。
- 国家-国家的争端解决机制。
- 允许第三方参与的争端解决方式。
- 授权胜诉国报复的机制。

5. 业绩要求

对于业绩要求是有助于东道国的发展还是扭曲了经济发展，国际上尚无一致的意见。WTO 的 TRIMs 已列出了一些应禁止的业绩要求。未来的国际投资协定可能会给予一段过渡时期，在过渡时期内，东道国可以使用业绩要求来要求外资企业。此外，多边国际投资协定还可能会给予发展中国家在执行其发展政策方面在更多的自由度与灵活性，以促进国内制造能力，技术转移和竞争等。

6. 激励措施

目前多数国际投资协定都是未明确包含激励措施，而只是应用了非歧视原则。随着公司流动性的增加，投资激励措施也就越来越重要了。WTO 的 SCM 协定虽然限制了投资激励措施的使用，但是，为了对发展中国家影响外国投资者活动以增加其从 FDI 中的获利需要的作出反应，WTO 将来也许会允许使用一些对发展中国家的发展有明显作用的激励措施，但对于放松对外资监管的激励措施将受到控制。总体而言，发展中国家在发展和应用激励措施以吸引外资、增加盈利方面仍然有很大的自由度与灵活性。如果国际投资协定将非歧视原则扩展到开业前阶段，投资激励措施将受到更多的控制。

7. 技术转移

未来国际投资协定对技术转移的问题可以有以下几种方式，或其组合。

- 直接控制。这一政策注重的是技术转移的成本，但它未能解决技术管制的信息和管理需求，以及进口技术的消化与升级两个问题。这一政策适用于当地企业力量薄弱，技术差，或国家要促进国内技术发展的国家。
- 规定东道国企业占有多数股权，或要求技术转移。对于大型发展中国家，或本地企业力量雄厚、技术基础较好，以及具有良好出口导向环境的国家，这一种策略较为适用。
- 提供行为激励。技术转移激励措施的有效性取决于东道国的竞争环境和当地供应商的能力。一个具有开放竞争的环境和有能力的供应商的国家，激励措施将增强技术转移效应。有的国家不仅吸引跨国公司进入高科技领域，而且鼓励外资企业进入更复杂的技术和 R&D 领域。当然这些政策的成功并非因为有额外的优惠措施，而是因为东道国为跨国公司技术深化活动提供了前期条件，如先进技能、更好的供应商，更积极和革新的研究机构等。
- 加强知识产权的保护。加强知识产权的保护可能会使所有者更加滥用其市场实力，增加技术转移成本，但也可以刺激东道国当地企业革新，增强跨国公司的技术转移活动和 R&D 功能。

8. 竞争政策

随着国际社会对竞争与投资之间关系的认定，未来国际投资协定准会包含竞争政策条款，以确保企业处于一个公平竞争的经济社会。WTO 从 1996 年开始就将贸易与竞争的议题包含于其工作计划之中。有效的竞争政策是确保外国直接投资对东道国发展做出充分贡献的管理工具。

四、 结束语

上述八个领域是在制定国家政策与国际规则中出现的敏感议题，在每一个议题中，政府都面临在未来国际投资协定中个案处理的选择。对这些议题的争议在很大程度上，或者从某种意义上说，是发展中国家与发达国家之间的争议。

在未来的国际投资谈判中，单独以其中一项规定是不能来评判投资协定是有利还是不利的。投资协定是一个一揽子的条款，在这方面对你有利，或许你在另一方面必须做出让步。国际投资协定必须在各国利益方面做出平衡。各国政府在参与国际投资协定谈判时，要根据自身的发展水平和需要做出适当的、有利于本国的选择。

我国在参加投资谈判时，应该把握住我国的实际情况、发展阶段和参加协定的目的，并以此为基础来制定在各个方面的谈判策略。今后的研究方向应放在我国在国际投资谈判中应采取什么样的对策，以保证国际投资协定确实有利于我国的经济发展与现代化建设。

参考文献

- [1] UNCTAD.1999.World Investment Report 1999 [R].Geneva
- [2] UNCTAD.2003.World Investment Report 2003 [R].Geneva
- [3] WTO.2001.Ministerial Declaration [R] , Nov. 14, 2001 , WT/MIN(01)/DEC/1
- [4] 詹晓宁. 国际投资协定的发展及影响 [J].《国际经济合作》, 2003 ,(9)
- [5] 赵蓓文. 国际投资规则的发展与 WTO 多边投资框架建立的可能性分析 [J].《世界经济研究》, 2003 ,(6)