



VALE COLUMBIA CENTER
ON SUSTAINABLE INTERNATIONAL INVESTMENT
A JOINT CENTER OF COLUMBIA LAW SCHOOL AND
THE EARTH INSTITUTE AT COLUMBIA UNIVERSITY

哥伦比亚大学维尔可持续投资中心

FDI 热门问题的观点

系列 19 2010 年 2 月 23 日

总编辑: Karl P. Sauvant (Karl.Sauvant@law.columbia.edu)

编辑: Lisa Sachs (Lsachs1@law.columbia.edu)

执行编辑: Rex Chatterjee (rchatt@law.columbia.edu)

美国的双边投资条约和金融稳定

Kevin P. Gallagher*

几乎刚刚就任,奥巴马政府就要求国家国际经济政策咨询委员会审查美国双边投资条约(BIT) 范文。该委员会成立了由商业团体、劳工和环保组织、以及少数学术专家组成的小组委员会,并为美国投资条约的改革提供官方建议。如果这项工作落实,奥巴马政府将希望同中国、印度、越南(可能还有巴西)继续进行正式谈判。

鉴于全球金融危机,政府要求小组委员会阐明的具体问题之一,即 BIT 规定对于政府预防和缓解金融危机的潜在影响。金融稳定是为数不多的可以达成共识的领域之一——小组委员会要求政府对谨慎措施例外进行法律审查(美国示范 BIT 第二十条)。¹在最新的美国条约中,缔约国“不应阻止采用或维持措施…以确保金融体系的完整性和稳定性”。然而,该段以以下句子结束:“当这些措施不符合本条约的规定时,将不能被用作避免本条约所规定的承诺或义务的手段”。一些小组委员会的成员认为语言含糊不清,并需要做出说明。其他人则支持法律

*作者是波士顿大学国际关系系的副教授。他的作品包括,《房间里的龙:中国和拉丁美洲的未来,以及飞地经济:墨西哥硅谷的外国投资和可持续发展》。他曾于 2009 年,任职于美国国际经济政策咨询委员会的投资小组委员会。作者感谢 Stephen Canner, Thea Lee 以及 Theodore Posner 对本文的有益建议。本文中作者的观点不代表哥伦比亚大学或其合作伙伴及支持者的观点。哥伦比亚直接投资展望是同行评议刊物。

¹ 国际经济政策咨询委员会,国际经济政策咨询委员会投资小组委员会关于双边投资条约模型的报告,2009 年 9 月: <http://www.state.gov/e/eeb/rls/othr/2009/131098.htm> (个人意见见附件)。

学者²的意见，认为这些句子应当自行失效，并依据需要进行删除。

鉴于委员会成员之间激烈的争论，该报告包含了一个附件（该附件中，个别成员或下属小组提供了额外的论证）。一些小组委员会成员（包括作者自己）建议，由于为应对金融危机而已实施或正在考虑中的措施有不符合 2004 年示范 BIT 的潜在可能，政府应当对这些措施进行法律审查，并提出了美国在示范 BIT 修订后应当实施的三条具体建议：

1. Glamis Gold Ltd. 诉美国案中，就国际法惯例确定原则的证据标准以及处理的最低标准方面，将国务院立场编入法典。

金融援助措施，或创建“大到不能倒”规定的未来预防措施，在 2004 BIT 下可能会面临挑战，因为他们拒绝给予外国投资者享受公平与公正待遇的权利，以及其待遇的最低标准。事实上，近期一个日本银行的荷兰子公司认为，捷克共和国的援助计划仅仅覆盖了“大到不能倒”的捷克银行，而不包括该荷兰子公司投资的一家小银行，此种行为侵犯了其权益。³除了确保审慎例外情况足够广泛，编撰 Glamis 的立场，盛行一种国际法惯例与最低待遇水准的狭义解释，将为预防和减轻金融危机上设定更好的标准。

2. 包括一项并为平衡国际收的保障条款，该条款不受投资者与东道国之间争端解决机制的影响。

美国的投资条约，实质上是不顾其机构能力大小，强制国家开放资本账户——或者是在字面上准备好后续支付。这和经济学以及其他大部分全球性条约形成了鲜明的对比。IMF 的 Ayhan Kose，康奈尔大学的 Eswar Prasad，以及世界银行的 Ashley Taylor 证实，资本账户自由化与发展中国的经济增长并无关系。这些作者展开这样的调查表明，资本账户自由化只适用于那些经济和体制发展处于一个特定阈值之上的国家。⁴资本管制已经被证明是一种有效防止和缓解危机的措施，这样一个保障机制给政府在特定情况进行资本管制留下余地，并且可以在实际中选择其他形式的国际经济法律，比如 WTO，OECD codes（及其草案 MAI），以及其他资本出口国的 BIT。

² 见 Georgetown 法学院教授 Robert Stumberg 的国会证词：
<http://waysandmeans.house.gov/Hearings/Testimony.aspx?TID=2163>。

³ 见 Saluka Investments BV 诉捷克共和国，UNCITRAL，裁决（2006 年 3 月 17 日），可见于
<http://ita.law.uvic.ca/documents/Saluka-PartialawardFinal.pdf>。

⁴ 见 Ayhan Kose、Anwar Prasad 以及 Ashley Taylor，“国际金融一体化进程中的阈值”，国家经济研究局第 14916 号文件，2009 年 4 月，<http://www.nber.org/papers/w14916.pdf>。

3. 从投资“定义”中排除“主权债务”。

如同北美自由贸易协定(NAFTA)一样,美国示范 BIT 中没有明确将主权债务从其所涉及投资的定义中排除。它应当如此。美国政府是最大的主权债务发行人,世界各地的国家也通过承担债务来摆脱金融危机,并且可能冒着违约的风险。正如完整的小组委员会报告中提到的,在主权债务重组方面的努力可能会引起投资者与东道国之间的索赔纠纷,国际货币基金组织(IMF)以及其他组织加大了对该问题的关注度。新投资条款范文不应妨碍全球为主权债务重组建立适当机构的努力,如果债券持有人能够在双边投资条约(BIT)下提出索赔以规避这样的机制,这些机构则可能遭到削弱。至少,基于75%及其以上的未偿债务持有人同意的债务重组,BIT 范文应当将美国-秘鲁 FTA 编入法典——类似于限制投资者,在与东道国纠纷中索赔能力的条款。

确保美国 BIT 范文与全球防止和缓解金融危机的努力相一致,将使美国及其投资伙伴受益。确保充足的审慎例外情况的存在,可以缓冲美国审慎监管的负债。更重要的是,投资伙伴之间的稳定性有助于美国投资者和出口商对市场拥有更大的把握。危机可能导致违约,以及美国资产市场和出口市场的大幅亏损。并且,危机也可能传染,蔓延到美国的其他投资和出口目的地。在美国以及国外,贸易和投资条约不应凌驾于金融稳定的法规之上。

(南开大学国经所研究生张薇翻译)

转载请注明“Kevin P. Gallagher, ‘美国的双边投资条约和金融稳定’, 哥伦比亚国际直接投资展望, No.19, 2010 年 2 月 23 日。转载需经哥伦比亚维尔可持续国际投资中心授权 (www.vcc.columbia.edu)。”

请将副本发送至哥伦比亚维尔中心 vcc@law.columbia.edu。

如需详细信息请联系: 维尔哥伦比亚国际可持续投资中心, Ken Davies, 高级主任科员, (212) 854-7269, Kenneth.Davies@law.columbia.edu。

由 Karl P. Sauvant 博士领导的哥伦比亚维尔可持续国际投资中心(VCC)是由哥伦比亚法学院和地球研究所联合建立的研究机构。它力图成为全球经济环境下的对外直接投资事务的领导者。VCC 致力于分析和讲授对外直接投资公共政策和国际投资法的含义。