



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

哥伦比亚国际直接投资展望

哥伦比亚大学维尔国际可持续投资中心

FDI 热门问题的观点

系列 3 2009 年 3 月 23 日

主编：Karl P. Sauvant (Karl.Sauvant@law.columbia.edu)

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

全球金融危机：国家紧急措施是否会引发国际投资争端？

Anne van Aaken 与 Jürgen Kurtz¹

引言

为减轻全球金融危机的影响，澳大利亚、德国、爱尔兰、英国、美国等一些发达国家均已采取紧急应对措施。尽管这些措施在各行政部门的实施过程中不断变动（因而是一种“变化的目标”），但根据我们的调查，已有初步证据表明在调查样本国应急方案的实施过程中外国投资者与本国投资者受到了差别对待。这种差别对待有违国际投资法给予外国投资者的非歧视保障，并有可能引发法律责任。

从总体上看，截至目前采取的应对措施大致可以分为三类：(1)旨在增强金融服务业稳定性的措施；(2)虽然同样针对金融服务业但旨在增加他经济领域信贷可得性的措施；(3)旨在刺激公共支出、促进战略产业（包括汽车制造业）的财政措施。我们的研究重点是第一类与第二类，因为我们认为这两类在当下最有可能涉及到国际投资法。

紧急措施

¹ Anne van Aaken 是瑞士圣加伦大学的终身教授，主要教授法与经济学、公法、国际法以及欧洲法，邮箱为 anne.vanaaken@unisg.ch。Jürgen Kurtz 是澳大利亚墨尔本大学法学院国际法与人文学科研究所国际投资法研究计划主任，联系电话为(61 3) 8344 1078，电子邮箱为 j.kurtz@unimelb.edu.au。作者希望感谢 Jose Alvarez, James Mendenhall, Christoph Schreuer 和 Karl P. Sauvant 对本文所作的有益评论。本文仅为作者个人观点，不代表哥伦比亚大学及其合作方与支持者。

大量第一类措施旨在增强市场参与者的信心并确保银行资金的持续性。其手段包括流动性支持、资本结构调整（收购股票或其他方式）、购买特殊资产（包括“有毒”银行资产）、增加银行同业（批发银行）拆借以及小额零星存款的担保等。

澳大利亚与爱尔兰在小额存款与批发贷款方面已引入新的保险制度，爱尔兰方面即为资产担保债券、优先债务与有期限的次级债务提供担保。这使得资本大规模地从不受担保的外国银行分支机构中抽离，转而流向国内受担保的各机构。为监管套利构建逆向激励的还不止这两个国家。德国与英国的金融稳定计划仅覆盖本国金融机构而排除了外国分支机构（作为授权存款机构）。相反，瑞士则决定救助那些对整个体系有着举足轻重影响的特定机构。目前为止，其计划仅惠及一个瑞士银行即瑞银集团（UBS），在将来还可能有瑞士信贷集团。美国《紧急经济稳定法案》授权收购金融机构的不良资产（特别是住房抵押证券），前提是该金融机构在美国拥有可观的经营规模。初步报告显示在该计划的注资行动中，美国本土机构即使算不上唯一的受益者，至少也是主要受益者。假如这一趋势延续下去，针对外国机构的歧视可能会既成事实，尽管从法律层面上来看并不足以构成违法。

第二类措施同样针对金融领域但旨在直接为整个经济提供信贷支持。英国与德国均筹划了相应计划，规定要想获得政府支持，参与者必须支持向信誉良好的借款人（主要是中小型企业）提供贷款。不过这主要还是取决于计划是如何实施的。如果这一政策导致信贷供应仅仅流向民族工业，那么这同样是对外国机构歧视的一个事实证据，尽管从法律字面意思上来看并非如此。

国际投资法的含义

全球大约有 2800 个双边投资协定和区域性投资协定（包括自由贸易协定中的投资条款）。除爱尔兰外，我们所调查的其他国家均已签署多边投资协定。调查样本中大部分新的投资协定是同发展中国家以及东欧国家签署的。乍看之下这可能会不利于经合组织（OECD）国家的外国投资者对其他 OECD 国家提出索赔请求，因为尽管这些国家是大规模金融交易的来源地与目标市场，但他们之间几乎没有可适用的投资协定。然而，投资者可以在其他同 OECD 国家签署 BIT 的国家中设立中介进行投资，从而达到适用协定的目的（此类行为即滥用协定 treaty

shopping)。此外，旧的投资协定（包括《友好通商航海条约》）在一系列经合组织国家（包括许多我们调查的国家）内仍然有效。这些条约通常允许将争端移交至联合国国际法院，而由于美国宪法赋予当事国投资者在美国法院索赔的权利，至少在美国这项权利是自动生效的（见 *Asakura* 诉西雅图市案，*Asakura v City of Seattle*, 265 US 332 (1924)）。

新的投资协定通常授予缔约国的外国投资者解决国际争端的直接权利。这一权利的存在与否取决于受争议的措施是否在既定协定的管辖范围内。投资协定通常在庞大的“否定列表”制度下运行（除特别指明外，包括与金融领域有关的措施在内的所有政府措施都受此管辖）。这与更为保守的制度安排（例如 WTO 服务贸易总协定 GATS 的“肯定列表”制度）形成了鲜明对比。

如果提起诉讼，我们所调查的这些措施在投资协定下或是在某些国家法院都有可能引发法律责任，尤其是当我们认为该案例违反了给予国民待遇的义务时。这些措施也可能违反了公平与公正待遇标准，最为突出的就是其对于缔约国一方歧视性行为的限制。但仲裁判决以及公平与公正原则的外延解释上均存在相当的不确定性。鉴于此，我们的分析主要集中在国民待遇。

根据国民待遇原则，在同等或类似情况下不得给予外国投资者低于本国投资者的待遇。即使某一措施是临时性的并在引发损失后终止（就像澳大利亚那样），但这一事实本身并不足以免除法律责任。此外，遵守国民待遇的义务同时包含了法律上与事实上的反歧视。事实上的歧视包括那些可能并不明显区分国籍但会对东道国的外国投资者形成不利负担的措施。不具法律约束性的 OECD 国民待遇文件是国民待遇构成要件的参考指南。投资者—东道国仲裁庭依照 OECD 国民待遇文件，将竞争互动作为判定国内外投资者是否处于类似情形下的必要条件之一。仲裁庭有时从相当宽泛的角度对这些概念进行解释，可能是基于金融领域的整体情况而非具体某一行业的状况对国内外投资者进行比较。然而是否违法的问题最终将归结到法庭是否要求出示证据以证明政策目标存在恶意，特别是针对事实上歧视的指控。有些案例已开始探索（虽然各自的重点不同）这种针对国内外投资者的差别对待——是出于合理的政策目标，因而是正当的？还是仅仅作为保护国内投资者的一种手段，因而是违法的？这主要还是取决于法庭判定保护主义所采用的指标。即使在需要出示推定目的证据的判例中，一些措施可能还经不起

审查。实际上，为应对 20 世纪 90 年代末国内的金融危机，捷克曾对我们所调查的国家实施过类似形式的歧视，且被判定违反其投资协定义务（见 *Saluka 诉捷克共和国案*，*Saluka v. Czech Republic*）。

在裁定违反国民待遇原则时，东道国行为也存在例外情况。一些投资协定为金融领域的审慎措施提供了有条件的豁免（效仿 GATS）。但应当注意，如果东道国签署了其他没有例外情况的协定，那么这些协定中的最惠国待遇条款可以向投资者提供更为优惠的待遇。旧的投资协定通常仅豁免维护“公共秩序”或是保护“重大安全利益”所必需的措施。尽管新条约规定这些例外情况可以自行裁定，但大部分旧规定中都已明确地考虑到适用例外情况时裁定者的作用。2001—2002 年金融危机后起诉阿根廷的一系列案件中，对于豁免模糊的界限进行了评估。通过这些案件，特别法庭发现金融危机的社会负面影响可能会使一个国家面临重大安全利益风险。不过从整体上看，当前这些措施不大可能属于例外情况。尤其是很难得出这样的结论——针对（拥有国内存款人的）外国银行机构的歧视行为实际上是保护重大安全利益的必要措施。阿根廷也不能通过援引危急情况规则来逃避条约责任。因此我们期待针对当前的措施有类似的法律处理。

结论

我们通过对国际投资协定下潜在法律责任的分析得出了两个初步结论。首先，尽管当事国公开承诺自由市场原则（其中包括法治、尊重私有财产、开放贸易与投资以及竞争性市场等）并在 G20 历次会议上表达过这一愿望，但仍有清晰的证据表明对外国投资者的歧视普遍存在。这并不仅仅局限于某一个国家或是集团；这是世界上许多国家紧急应对金融危机的一大显著特征。它及时地提醒了人们要重新审视贸易保护主义爆发所带来的经验教训（导致战时大萧条的正是贸易保护主义）。用博弈论的术语来说，贸易保护主义是囚徒困境的产物。合作能够使每个国家的境况好转，但出于个人理性至少在短期内各国会追求自己的私利（并保护国内产业）。尽管如今的保护主义显得更为微妙，但很难回避这样一个结论——在当前的危机中各国无法相互合作，而这可能会引发一系列连锁反应。

这就引发了我们第二个担忧，即在当前阶段国际法能否履行其重要职能。二战后国际经济法的构建者受到了战时经验教训的深刻影响。他们起草了相关规章制度以期植入相对宽松的合作形式并对各国任意采取短期保护主义措施起到约

束作用。然而当前各国为此所作的准备及其速度让人产生了严重的质疑，即我们现有的体系是否能够应对保护主义的趋势。

最终这些敏感的议题可能通过法律而非外交途径进行处理（这并非最优的方式）。2001年阿根廷金融危机引发了一轮针对该国的国际诉讼浪潮。如果当前趋势延续下去，那么在应对本轮全球金融危机时各国也可能出现同样的情况。

（南开大学国际经济研究所 胡倩翻译，葛顺奇校）

转载请注明“Anne van Aaken 与 Jürgen Kurtz, ‘全球金融危机：国家紧急措施是否会引发国际投资争端？’ 哥伦比亚国际直接投资展望, No.3, 2009 年 3 月 23 日。转载需经哥伦比亚国际可持续投资中心授权(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：哥伦比亚维尔国际可持续投资中心，Ken Davies，高级研究员，(212) 854-7269，Kenneth.Davies@law.columbia.edu。

由 Karl P. Sauvant 博士领导的哥伦比亚维尔国际可持续投资中心（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方的含义。