



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 43 2011 年 8 月 1 日

主编: Karl P. Sauviant ([Karl.Sauvant@law.columbia.edu](mailto:Karl.Sauvant@law.columbia.edu))

编辑: Ken Davies ([Kenneth.Davies@law.columbia.edu](mailto:Kenneth.Davies@law.columbia.edu))

执行编辑: Alma Zadic ([az2242@columbia.edu](mailto:az2242@columbia.edu))

## 世界经济危机——变迁的情势

Hermann Ferré and Kabir Duggal \*

2008 年 9 月, 雷曼兄弟的破产使美国金融市场陷入混乱。由于贷款组合中不良资产比重的不确定——这有可能导致另一个大银行倒闭, 银行业间开始相互失去信任, 信贷市场也因此遭到冻结。危机迅速在世界范围内蔓延开来。各国政府纷纷在第一时间采取应对措施。专家们探讨了美国银行业及其他部门部分国有化的可行性。其他国家同样也考虑了救援关键行业的相关措施。

在投资者诉国家仲裁中, 许多人预言应对经济危机的国家措施将引发条约索赔请求。<sup>1</sup> 评论者同时告诫各国需注意阿根廷的经验教训, 即无法通过援引危急情况规则来逃避条约义务。可预见的投资者索赔主张包括违反非歧视性原则, 违反公平公正待遇标准 (FET) 以及违反征用的相关规定等。

几乎没有证据表明投资条约制度预见如同 2008 年至 2010 年间这样的世界性经济危机发生的可能性。故当由危机引发的针对国家的索赔请求出现时, 大部分投资协定关于时效期的规定仍处于空白状态。这样的索赔主张有可能在危机发

---

\* Hermann Ferré ([hferre@curtis.com](mailto:hferre@curtis.com)) 是 Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP 的一名合伙人。Kabir Duggal ([kduggal@curtis.com](mailto:kduggal@curtis.com)) 是 Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP 的一名律师。作者希望感谢 Pieter H.F. Bekker, August Reinisch 与 Muthucumaraswamy Sornarajah 对此文所作的悉心评论。本文所持观点并不代表该公司及其客户。本文仅为作者个人观点, 不代表哥伦比亚大学及其合作伙伴与赞助商。哥伦比亚国际直接投资展望 (ISSN 2158-3579) 是经同行评鉴的系列论文。

<sup>1</sup> 见 Anne van Aaken 与 Jürgen Kurtz, “The global financial crisis: Will state emergency measures trigger international investment disputes?” Columbia FDI Perspectives, No. 3 (March 23, 2009); Joshua Fellenbaum 与 Christopher Klein, “Investment arbitration and financial crisis: The global financial crisis and BITs,” 3(6) Global Arbitration Review (2008).

生相当长一段时间后才提出。然而此时国家有了另一抗辩理由——情势已发生变化。<sup>2</sup>

这一抗辩通常发生在条约终止的情况下，但有一个未经尝试的方面是条约义务的暂停履行。与危急情况和不可抗力不同，情势变迁的抗辩——传统意义上称为“情事变更”<sup>3</sup>——非常适用于此次危机。其字面意思是“事情处于这样一种状态”，即指缔约方的期望以及谈判协定时的情势。基于投资者索赔主张是由政府应对危机所引发的，危机本身即是一场根本性的变化，而这一变化在现行条约体系所依赖的经济模型（例如 20 世纪 90 年代所处情势）之中不曾被预测。有些国家可以令人信服地辩驳，并非他们造成这场危机，然而其经济却受到了严重的影响。在这些变迁的情势之下，一国应当能够制定紧急经济措施以维持国家关键性产业的发展。

如果投资条约制度得以延续，那是否不该允许一国在特殊情况下暂不履行其条约义务？《维也纳条约法公约（VCLT）》第 62 条规定允许暂停履行义务但并不具指导意义。变迁的情势必须构成当事国同意的基本根据，并且这种变迁必须根本地改变了尚待履行的义务范围。VCLT 允许国家彻底终止条约或暂不履行其条约义务。暂停履行条约反应稍小，理应需要一个稍低的标准。而 VCLT 则对两种行为采用了相同的标准。这就是针对为处理未能预见的危机而采取的措施所提起的索赔主张，抗辩国之所以几乎不曾援引过第 62 条的原因。条约义务的纯粹暂停将会因使条约体系变得有弹性而对其有加强作用。暂停履行仍然在保有高标准的同时，应当将特殊情况考虑进去。可行的暂停行为应当包含：（i）一场无法预料的全球性危机；（ii）带给相当数量的人巨大的困苦；（iii）并非仅是一国单独行动的结果；（iv）暂停履行确有继续承担责任的期望；（v）该行为在特定情事下是合理的。

由于经济危机中许多国家需要采取保护性措施，权利与责任的暂停可能是最可取的选择。不允许中止的风险可能使国家在宣告索赔时考虑非最优的选择。<sup>4</sup>关于暂停的时长问题以及暂停何种权利与义务是主观的，由仲裁人鉴于当时的情况

<sup>2</sup> 国际法已注意到这一抗辩，如见《维也纳条约法公约（VCLT）》第 62 条。

<sup>3</sup> 这里提出的原则有部分重点在于缔约方的合理预期而非不作为的借口。在双边投资协定 BITs 中普遍有关于危急情况与不可抗力的相关规定，以确立双方的风险责任分配。BITs 几乎不涉及处理那些可能在宏观层面上影响国家的全球性事务。

<sup>4</sup> 国家已表现出对这一条约制度的怀疑。见 Osgoode Hall Law School, York University, Public Statement on International Investment Regime, (2010); George Kahale, III, “A problem in investor/State arbitration”, 6 (1) Transnational Dispute Management (2009).

与事实作出决断。条约义务的暂停履行在某些特定情况下是适当的，承认这一点非但不会削弱条约体系反而会使之得以加强。

（南开大学国经所研究生胡倩译）

转载请注明“Hermann Ferré 与 Kabir Duggal ，‘世界经济危机——变迁的情势’哥伦比亚国际直接投资展望，No. 43 2011 年 8 月 1 日。转载需经哥伦比亚国际可持续投资中心授权（[www.vcc.columbia.edu](http://www.vcc.columbia.edu)）。”

请将副本发送至哥伦比亚维尔中心 [vcc@law.columbia.edu](mailto: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](mailto: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法的含义。