



哥伦比亚国际直接投资展望

哥伦比亚大学维尔（Vale）可持续国际投资中心

FDI 热门问题的观点

系列 74 2012 年 7 月 16 日

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

执行编辑：Jennifer Reimer (jreimer01@gmail.com)

重塑国际投资法

M Sornarajah*

随着自由主义国家，如澳大利亚，放弃投资仲裁机制；投资仲裁机制的合理性越来越多地受到质疑。捍卫者采取多种方式，试图维持这种不对称的投资保护机制继续存活下去。确保财产权保护的利益已经引起了关于全球行政法和全球治理标准存在性的新争论¹。这些争论试图维持一种与失败的市场原教旨主义和全球经济危机有关的方法体系。只要该体系的监管限制中的不公平仅仅影响弱小国家，则它可以顺畅运行；但是随着强大国家开始感受到投资协定的监管限制的影响时，在管理体制完全确立之前（强大国家）就会被放弃。

当美国，投资保护高标准的强烈支持者，开始以自己的协定模式，通过“除非在极少情形下”管理性征收是不应予以补偿²的方式“回避”时，国际投资协议（IIAs）产生了一种治理标准的观点开始淡化；公平、公正的标准只是通常的

* M. Sornarajah (lawsorna@nus.edu.sg) 是国立新加坡大学，CJ Koh 法学教授。作者感谢 David Schneiderman 以及两位匿名评审的有益建议。作者文中表达的观点并不代表哥伦比亚大学或其合作伙伴以及支持者的观点。《哥伦比亚国际直接投资展望》(ISSN 2158-35790) 是同行评议刊物。

¹ 要全面了解，参见 Stephan Schill 编著：《国家投资法与比较公法》（纽约：牛津大学出版社，2010）。

² BIT 的美国模式 2004，附录 B，第 4（b）部分，参见：<http://www.state.gov/documents/organization/117601.pdf>。

国际最低标准；国家安全妨碍只是主观评定的一个借口；以及采取措施促进社会福利和健康发展也是有理可循。美国政策及其新协定条款（比如，美国-秘鲁贸易促进协定）声明，保护标准在国内法律和协定中是一样的；这是对一贯被抵制的卡尔沃主义(Calvo Doctrine)的一种支持。美国协定模式(2012)确认了这些趋势³。对外国投资者而言，这些不确定性引入美国协定使得仲裁结果的可预测性更低。

这些情形开始在其他国家的协定谈判中被复制。在一个变革的背景下，辩称陈旧的投资保护的新自由主义体制能够通过宪法或公法原则维持其活力是徒劳的。当美国和加拿大，这两个共用语言和文化的国家，都不能就国内的财产权公法标准达成一致时；在一个吸引了诸多部门，如意识形态、文化、甚至是宗教关注的主题上寻求一个普适的公法标准更将是徒劳。国际法不能像过去一样变成霸权国家利用一些借口来灌输理念的手段，比如树立更高的文明标准或更好的治理标准。

在诸如资源的可持续使用，在大众健康与福利中追求社会利益，商业运营中的人权考虑，以及公司社会责任等公认的利益抵触已经发生的背景下，最好的方法是重塑（国际投资法）。当前体制深受多方的负面影响，比如前后矛盾的仲裁结果；反对受限制的仲裁人（参与仲裁）被指控为一种偏见，而事实上这些仲裁人与法律公司被要求开发诉讼策略以便谈判投资协定时（让他国）难以预测（结果）。

一个真正关心穷人利益、以正义为中心的管理体制胜过一个偏向于促进富人的狭隘利益的管理体制。新的管理体制不应该限制政府采取措施提升本国人民、环境和人权利益以及经济发展的管理空间。管理体制必须被构建为：在赋予外国投资者相应权利的同时，应尊重外国投资者所在国人民的需求。在新自由主义体制之前曾有过解决措施。事实上，早期协定的管理体制自身就是解决措施。随着国家对条约的解释保留较大的控制权而不是将其放权给仲裁人，这种情形将可能改善。由于现在能够更好地获取信息，契约解决方案比从前更加透明。外交保护仍是一种可能的途径。在一国对条约的解释拥有充分控制权，以及指派的政府律师能够操纵对条约的解释的情形下，争端解决机制可以被设计为处理国内法庭对

³ 参见：<http://www.ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>.

外国投资者不公平的恶劣事件。在这样的体制之前，外国投资者可能被（政府）提名的律师团队预设立场。基于契约的机制更为可取，其中详细明确了外国投资者的权利。谈判双方则可根据透明原则就保护进行谈判，并依据当地的法律约束设计自己的争端解决方案，并要求当地法庭优先处理该争端。

国际投资法的奥斯古德厅公共声明就是这项尝试的一个良好开端⁴。

（南开大学国经所谭人友翻译）

转载请注明：“M Sornarajah, ‘重塑国际投资法’”，《哥伦比亚外商直接投资展望》，2012年7月16日第74期。转载需经哥伦比亚Vale可持续国际投资研究中心(www.vcc.columbia.edu)授权”。[请将副本发送至哥伦比亚Vale研究中心vcc@law.columbia.edu](mailto:vcc@law.columbia.edu)。

如需详细信息，请联系：哥伦比亚Vale可持续国际投资研究中心，Jennifer Reimer, jreimer01@gmail.com 或 jreimer@lyhplaw.com。

由Lisa Sachs女士领导的哥伦比亚维尔可持续国际投资中心(VCC – www.vcc.columbia.edu)，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致力于分析和传授基于公共政策和国际投资法视角下FDI的影响。

最新哥伦比亚国际直接投资展望文章

- No. 73, Lorenzo Cotula, “Law at two speeds: Legal frameworks regulating foreign investment in the global South,” June 29, 2012.
- No. 72, Torfinn Harding and Beata Javorcik, “Roll out the red carpet and they will come: Investment promotion and FDI inflows,” June 18, 2012.
- No. 71, Thomas Jost, “Much ado about nothing? State-controlled entities and the change in German investment law,” June 4, 2012.
- No. 70, Terutomo Ozawa, “FDI, catch-up growth stages and stage-focused strategies,” May 28, 2012.
- No. 69, Karl P. Sauvant, “The times they are a-changin’ -- again -- in the relationships between governments and multinational enterprises: From control, to liberalization to rebalancing,” May 21, 2012.
- No. 68, Sophie Meunier et al., “Economic patriotism: Dealing with Chinese direct investment in the United States,” May 14, 2012.

⁴ 国际投资机制的公共声明，参见：<http://www.osgoode.yorku.ca/public-statement/documents/Public%20Statement%20%28June%202011%29.pdf>

-
- No. 67, Paul Antony Barbour et al., “The Arab Spring: How soon will foreign investors return?,” May 7, 2012.
 - No. 66, Kalman Kalotay, “Does it matter who invests in your country?,” April 30, 2012.
 - No. 65, Mark Feldman, The standing of state-controlled entities under the ICSID Convention: Two key considerations, April 16, 2012.
 - No. 64, Karl P. Sauvant and Jonathan Strauss, “State-controlled entities control nearly US\$ 2 trillion in foreign assets,” April 2, 2012.

所有前期的外商直接投资展望详见: <http://www.vcc.columbia.edu/content/fdi-perspectives>