



## 哥伦比亚国际投资展望

哥伦比亚大学维尔国际可持续投资中心

FDI 热点问题的观点

系列 89 2013 年 2 月 18 日

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

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

### 投资者—国家争端解决：政府的困境

Joachim Karl\*

自投资者—国家争端解决（ISDS）在大约 40 年前被引入国际投资协定（IIAs）以来，发生了五个基本变化：

- *投资争端的数量显著增加*

2011 年底，至少 450 起基于条约的投资者—国家争端案件被公开——大约是十年前 67 起已知案件的 6.5 倍。

- *争端的性质发生变化*

外国投资者日益挑战东道国国家的监管活动，比如环境政策、能源政策、卫生政策以及与经济危机有关的政策。

- *投资争端正变得越来越复杂*

仲裁员需要判决复杂的法律问题，尤其是与间接征用、公平和公正待遇的含义和范围相关的法律难题。

---

\* Joachim Karl, 公共管理硕士(哈佛大学) (Joachim.Karl@unctad.org)是联合国贸发会议驻日内瓦投资与企业司政策研究部部长。作者想要感谢 George Bermann, Federico Ortino 和 David Schneiderman 的同行意见和帮助。本文作者的观点不代表联合国贸发会议（UNCTAD）、哥伦比亚大学或其合作伙伴和支持者的观点。哥伦比亚国际直接投资展望(ISSN 2158-3579)是同行评议刊物。

- *IIA 规则被宽泛理解，有时对其解释是不一致的*

不同的仲裁法庭对 IIA 规则的解释是不同的。目前已经存在一个最具争议或最出人意料的投资裁定清单。<sup>1</sup>

- *发达国家在 ISDS 中已经成为被告*

近年来，很多发达国家都卷入投资争端之中。截至 2011 年底，至少 18 个发达国家面临投资仲裁——相比之下，发展中国家为 55 个，转型经济体为 16 个。

各国政府面临着两难困境。虽然许多政府认为 ISDS 是国际投资保护的关键要素，但是 ISDS 面临的风险正日益加大。第一，各国政府被外国投资者起诉的风险正在增大。第二，当发生争端时，辩护需要大量的资源；如果案件败诉，损失将会非常大。第三，各国政府处在不可预测的仲裁实践下，并没有像 WTO 的上诉机构那样存在法律安全网。第四，国际投资法范围之外的复杂的国内法律问题由国际仲裁员进行审查。第五，由于越来越多的争端是针对国内司法体制高度发达的国家，政府需要审视自己，如何能使在 ISDS 中对外国投资者给予正面差别待遇具有合理性。

大多数国家都遵循一种“观望”策略，还没有考虑改变 ISDS 传统做法的必要性。一些国家，尤其是加拿大和美国在 IIAs 下已经采取了更多的辩护方法，主要通过阐明条约规定、引入例外条款和限制诉诸 ISDS 的权利，以此来保持国内的监管空间。<sup>2</sup>其他国家已经采取了更彻底的措施。例如，玻利维亚、厄瓜多尔和委内瑞拉谴责其 ICSID 成员，并开始终止他们的双边投资协定（BITs）。澳大利亚不想将 ISDS 规定纳入其 IIAs 中，同时厄瓜多尔和南非正以重新协商或终止为目的而审查其 BITs。

总之，现有的 ISDS 体制不再被视为 IIAs 不可或缺的核心部分。不满不再限于少数发展中国家，而是扩展至 G-20 国家，包括金砖国家中的一些。进一步增长的势头可能会危及 ISDS 的整体体系。

改革 ISDS 体制也带来困难，大多数国家都受制于成千上万的 IIAs，包括传统的 ISDS 模式。重新谈判地成功和达成“更好”的条约都是无法保证的。

---

<sup>1</sup>“OGEMID 裁决,” 跨国争端管理, 请访问以下网站: <http://www.transnational-dispute-management.com/ogemidawards/>.

<sup>2</sup> 参见, 2012 美国 BIT 范本, 请访问以下网站: <http://www.ustr.gov/about-us/press-office/press-releases/2012/april/united-states-concludes-review-model-bilateral-inves>.

ISDS 体制的完善演变需要一种平衡的方法，即承认东道国和外国投资者的合法权益。已经提出了许多改革建议。政府的上述困境能得到解决，特别是通过以下政策选择：

*区分条约伙伴。*并不是所有的 IIA 都要求 ISDS 的条款允许诉诸国际仲裁。<sup>3</sup>值得怀疑的是，缔约双方一致认为参与其中的所有国家都拥有最高法律能力、中立和高效的国内司法体系，在 IIAs 下国际仲裁有其正当理由。对个别国家地改善应给予更多考虑。

*明确各条约规定的范围。*国家可能希望通过阐明具体的 IIA 规定的内容，尤其是由于条约语言的模糊性而使得法庭宽泛和不一致解释的规定，比如对间接征用、公平和公正待遇的规定，以此减少其卷入 ISDS 之中。

*考虑上诉机制。*BITs 中上诉机制的建立超出 ICSID 现有的无效程序的范围，尽管是一项艰巨的任务，但该制度将非常有助于确保对 IIA 规定解释的一致性、增强法律的可预测性和稳定性，并加强 ISDS 的合法性。<sup>4</sup>为了不失去 ISDS 的重要优势——相对仲裁的速度，对将要实施的裁决规定时间限制是非常重要的。<sup>5</sup>

ISDS 案件数量的不断增加凸显了国际投资仲裁的优点和不足之处。政府对现有体系功效的不满要求进行认真的改革，防止东道国卷入争端，同时加强法治，确保外国投资者的权利受到保护。

(南开大学国经所陈丽翻译)

转载请注明：“Joachim Karl, ‘投资者-国家争端解决：政府的困境, 哥伦比亚国际直接投资展望, No.89, 2013 年 2 月 18 日.’ 转载须经维尔哥伦比亚可持续国际投资中心授权. 转载副本须发送到维尔哥伦比亚中心的 [vcc@law.columbia.edu](mailto:vcc@law.columbia.edu).”

如需详细信息请联系：哥伦比亚维尔可持续国际投资中心，Jennifer Reimer, [jreimer01@gmail.com](mailto:jreimer01@gmail.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)，是哥伦比亚大学法学院和地球研究所联合建立的研究中心，也是唯一通过跨学科研究、项目咨询、多方利益相关者对话、教育规划、资源和工具开发，致力于对可持续国际投资加以研究、实践与讨论的应用研究中心和论坛。

### **最新哥伦比亚国际直接投资展望文章**

<sup>3</sup> 参见, 美国—澳大利亚自由贸易协定 (2005 年)。

<sup>4</sup> 2012 年美国 BIT 范本认为在将来应建立一个上诉机构(第 28 条, 第 10 款)。

<sup>5</sup> 该方法已被 WTO 采用。参见 [http://www.wto.org/english/thewto\\_e/whatis\\_e/tif\\_e/displ\\_e.htm](http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/displ_e.htm)。

- No. 88, Jarrod Wong, “The compensatory nature of moral damages in investor-state arbitration,” Columbia FDI Perspectives, February 4, 2013.
- No. 87, Ralph Alexander Lorz, “Trying to change the rules for responding to arbitration unilaterally: The proposed new framework for investor-state dispute settlement for the EU,” Columbia FDI Perspectives, January 22, 2013.
- No. 86, Catharine Titi, “EU investment agreements and the search for a new balance: A paradigm shift from laissez-faire liberalism toward embedded liberalism?,” Columbia FDI Perspectives, No. 86, January 3, 2013.
- No. 85, Karl P. Sauvant and Huiping Chen, ‘A China – US bilateral investment treaty: A template for a multilateral framework for investment?,’ Columbia FDI Perspectives, No. 85, December 17, 2012.
- No. 84, SauravPathaketal., “Inward foreign direct investment: Does it enable or constrain domestic technology entrepreneurship?,” Columbia FDI Perspectives, December 3, 2012.
- No. 83, XiaofangShen, “Untying the land knot: Turning investment challenges into opportunities for all citizens,” Columbia FDI Perspectives, November 19, 2012.
- No. 82, John Kline, “Evaluate Sustainable FDI to Promote Sustainable Development,” Columbia FDI Perspectives, November 5, 2012.
- No. 81, IlanAlon and AlehCherp, “Is China’s outward investment in oil a global security concern?,” Columbia FDI Perspectives, October 22, 2012.
- No. 80, Jo En Low, “State-controlled entities as ‘investors’ under international investment agreements,” Columbia FDI Perspectives, October 8, 2012.
- No. 79, Lise Johnson, “Absent from the discussion: The other half of investment promotion,” Columbia FDI Perspectives, September 24, 2012.

**所有之前的《FDI 展望》可通过以下网站获得：<http://www.vcc.columbia.edu/content/fdi-perspectives>.**