



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 105 2013 年 9 月 30 日

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

执行编辑: Shawn Lim (shawnlw@gmail.com)

参照贸易法制定的投资规则是否可取？

Marino Baldi*

传统双边投资协定 (BITs) 注重投资保护, 即对外商投资准入后管理。投资协定于近期补充了自由化规则与涉及关键人员、劳工权利与可持续发展的条款。此类综合性投资协定已然成为特惠贸易协定 (PTAs) 的组成部分。该趋势源于北美自由贸易协定 (NAFTA), 在多边贸易协定 (MAI)¹ 谈判中得到发展, 并在过去的十年间成为特惠贸易协定 (PTAs) 的特征遍及世界。遗憾的是, PTAs 在投资领域的激增反而降低了 PTAs 的质量。多数协定包含范围较广的免责条款与界定模糊的保障条款, 以致协定中关于外商投资准入后的监管价值受到质疑。

毫无疑问, 更加全面的投资规则将惠及世界。但问题是如何构思协定才能更好的实现该目标。是采用统一方法 (NAFTA 方法) 讨论全部论题, 还是不同论题采用有针对性的方法 (传统 OECD 方法) 更加合适? 从谈判策略的视角考虑, 单边条约法有其特定优势。然而, 经验表明多元化解决方案 (将保护贸易与其他论题相分离) 有助于防止单边条约法极难解决的问题。根据我个人在 MAI 与 PTA 投资章节谈判的经验, 我坚信与投资自由化以及保护议题联系紧密的单边条约方法, 最终会对双方产生负面影响。这与两个领域不同的法律与经济特点相关。

涉及准入后的投资保护规则明确展现了物权法的特点。这类条款原则上范围广泛, 因为基本所有类型的资产都值得保护。因此传统 BITs 的特点是对“投资”这一术语进行全面的、基于资产的定义。相对于范围较广的投资保护规则, 免责条款既无必要又无可取之处。与保护条款相反, 投资自由化规则具备贸易政策的特性。在贸易领域, 协议中的部门免责条款具有普遍性。从贸易政策视角考虑, 与短期资本流动截然相反, 自由市场准入对直接投资具有重大意义。

如果目标只是通过单边方法将保护议题与自由化相结合, 并仅提供一组定义 (通

常情况下), 那么必然会遇到难以克服的问题。采取组合投资: 从投资保护角度考虑, 基于资产定义包含证券投资在内的投资比较具有可取性; 然而从自由化角度考虑, 人们更倾向于限制直接投资的定义。就实际条约而言, 走出这一困境的常用方法是将广泛的投资定义与某种保护条款加以结合, 该保护条款允许东道国在资本自由流动的条件下根据其自由裁量权对投资进行干预。然而, 上述解决方案削弱了法律保障的职能, 而投资条约的主要目的就是加强保障职能。如果基本准则中的某些例外不区分事前与事后——事实上常常如此——类似问题在涉及到国民待遇时同样会出现(看似合理的市场准入规定用于准入后就有可能产生问题)。

上述问题并无理论依据。例如: 在 MAI 谈判中, 整个谈判过程中没有就投资定义问题达成满意的解决方案, 因为谈判各方未能选定令各方支持的投资概念。虽然不能确定这就是谈判破裂的原因, 但是我认为在条约中结合保护议题与自由化以及其他监管功能于一体, 连同可预测与普遍适用的投资者-东道国终端解决机制(广义的“事先同意”), 才是谈判失败背后的真正原因, 而不是经常提出的任何一个或多个肤浅的原因。

那么, 什么是解决包含可持续、就业和人权问题在内的投资与发展问题的适当环境? 上文清楚的表明, 上述问题更贴近投资协定制定中的自由化议题, 而不是——不可协商的——保护议题。此外, 自由化与发展问题主要与直接投资的环境相关。在讨论重新平衡投资者权利与东道国主权利益时, 要谨记上述观点。显而易见, 鉴于东道国政治上与体系上的特性, 再平衡的努力应主要多边层面上进行。

(南开大学国经所孙卓然翻译)

* Marino Baldi (marino.baldi@prager-dreifuss.com) 是 Prager Dreifuss 律师事务所的高级法律顾问, 曾作为瑞士大使与政府代表参与贸易与投资协定。作者感谢 Roberto Echandi, Rainer Geiger, Anna Joubin-Bret, 与 Pierre Sauvé 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。哥伦比亚国际直接投资展望 (ISSN 2158-3579) 是同行评议刊物。

¹ 多边贸易谈判一直致力于达成全面的多边贸易协定, 其中成员国以经合贸易组织成员为首, 涵盖其他国家。该谈判始于 1995 年并于 1998 年放弃, 主要是由于过于宏大的目标。

转载请注明：“Marino Baldi, ‘由贸易法启发的投资规则是否可取？’, 哥伦比亚国际直接投资展望, No. 105, 2013 年 9 月 30 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。

如需详细信息请联系：哥伦比亚维尔可持续国际投资中心，Shawn Lim, shawnlw@gmail.com 或 shawn.lim@law.columbia.edu。

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。为扩大国际投资对可持续发展的影响，我们的职责是分析热点政策性议题、研究并推广实用方法和应对措施。如需更多信息，请访问：www.vcc.columbia.edu。

最新哥伦比亚国际直接投资展望文章

- No. 104, James Bond, “Downstream processing in developing countries: Opportunity or mirage?,” September 16, 2013.
- No. 103, Nicolle Graugnard, “Toward a multilateral framework for investment,” September 2, 2013.
- No. 102, Axel Berger, “The futile debate over a multilateral framework for investment,” August 26, 2013.
- No. 101, Karl P. Sauvant and Federico Ortino, “The need for an international investment consensus-building process,” August 12, 2013.
- No. 100, Baiju S. Vasani and Anastasiya Ugale, “Cost allocation in investment arbitration: Back toward diversification,” July 29, 2013.
- No. 99, Jonathan S. Kallmer, “The global significance of transatlantic investment rules,” July 15, 2013.
- No. 98, Byungchae Jin et al., “Do host countries really benefit from inward foreign direct investment?,” July 1, 2013.
- No. 97, Abdoul’ Ganiou Mijiyawa, “Myopic reliance on natural resources: How African countries can diversify inward FDI,” June 17, 2013.
- No. 96, Louis T. Wells, “Infrastructure for ore: Benefits and costs of a not-so-original idea,” June 3, 2013.
- No. 95, Terutomo Ozawa, “How do consumer-focused multinational enterprises affect emerging markets?,” May 20, 2013.

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>。