



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 80 2012 年 10 月 08 日

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

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

国际投资协定下的“投资者”——国家控股企业

Jo En Low*

当再次评议国际投资协定 (IIAs)¹ 时, 我们在这 851 项协定中发现, 除了两项, 按照其余协定对“投资者”范围的定义和对投资者与国家争端解决的规定, 主权财富基金和国有企业 (SOEs) 这两个国家控股企业 (SCEs) 和与其对应的私有实体一样, 享受这作为“投资者”的同等待遇。

特别地, 在这 851 项协定中:²

● 691 项协定并没有明确定义 SCEs 不在“投资者”的范围之内。因为其投资者的定义并不是基于所有权的属性, 而是法人是否按照缔约国的相关法律构

* Jo En Low (jl3742@caa.columbia.edu), 毕业于哥伦比亚大学法学院 (LL.M., 2012) 和新南威尔士大学 (B.A., LL.B., 2006)。作者在此感谢 Loren Anderson, John Coleman, Martin Delaroche, Tomasz Koziel, Rabih Maalouf, 以及 Vera Shikhelman 提供了非英文的协定评议, 感谢 Stanimir Alexandrov, Mark Feldman 和 Thomas Johnson 等同行的评议。本文作者的观点并不代表哥伦比亚大学及其合作伙伴和支持者。《哥伦比亚外国直接投资展望》(期刊号 2158-3579) 是同行评审的系列。

¹受评议的协定包括双边投资条约 (BITs), 涉及到的国家在 2008—2010 年间的对外投资占世界对外直接投资的 70%; 具体国家如阿联酋, 在其主权财富基金管理下的资产位列十大主权财富基金之首; 典型的双边投资国家有加拿大、法国、德国、挪威、美国 and 英国; 跨区域的自由贸易协议 (FTAs) 通常设立多项子协议, 如北美自由贸易协议和东盟全面投资协议; 还有双边自由贸易协议, 上述国家间签订时, 至少有一方是缔约国; 以及多边协议如能源宪章协议等。

²下面的数字加起来不到 851, 因为在下面的第二和第三个类别中的条款在某些情况下是重叠的。

成、注册、成立以及组织经营。因此，如果一家 SCE 是按照缔约国法律成立的，那么它就是一个合格的“投资者”。

● 81 项协定指出“投资者”包括国营企业及国家拥有和控制的实体，从而明确了 SCEs 的投资者地位。

● 52 项协定明确规定缔约方政府或缔约国自身可以作为“投资者”。这些协定并未禁止缔约国以 SCEs 履行其投资者的角色。

● 由于 SCEs 并不以利益最大化为最终目的，也不会完全因为金钱收益的驱动而做出投资决策，没有一项协定将 SCEs 排除在“投资者”之外。因此，诸如政府机构、发展基金和金融机构这类并不完全是为了金钱收益而建立的实体，协定似乎没有取消它们的投资资格。

● 只有两项协定明确规定缔约国的 SOEs 不能作为“投资者”。³ 这两项协定均在 1983 年达成，然而对 SOEs 的身份却一直没有明确。

● 33 项协定并未作出对“投资者”的相关定义。

因此，SCEs 通常在投资者与国家争端解决条款中作为“投资者”一方。尤其是，在国际投资争端解决中心（ICSID）按照公约（ICSID 公约）处理政府与外国私人投资者之间的争端之前，由于约 78% 的受评议的协定都涉及到投资者与国家的争端解决，SCEs 在大多数情况下，都以“投资者”的身份依照 ICSID 的争端解决框架处理问题。

如果某一协定规定 SCEs 符合“投资者”的标准，那么在 ICSID 框架中，SCEs 作为“投资者”是否存在准入限制？这个问题在学术界存在一些争论。在 ICSID 公约的文本和谈判历史中，并未出现明确 SCEs 投资者身份的陈述。此外，少数的提到过这一问题的 ICSID 公约中的仲裁决议，也没有明确指出 SCEs 能够作为投资者在调解中提出索赔。⁴

我们应该注意到，如果真的像某些学者建议的那样，限制 SCEs 成为 ICSID 框架中的“投资者”，⁵ 那么 SCEs 很可能会改变其解决纠纷的途径。大多数使 SCEs

³ 巴拿马和德国、瑞士的双边投资条约（BITs）。

⁴ 见 *Československa Obchodní 邦加岛, A.S.v. 斯洛伐克共和国*, ICSID 第 ARB/97/4 号案例, 《关于反对管辖权的决定》(1999 年 5 月 24 日)。

⁵ 见 Paul Blyschak, “国有企业和国际投资条约: 国有实体和它们的投资何时受保护?” 《国际法律和关系期刊》第六卷 (2011 年春季) 第 1-52 页; Mark Feldman, “在投资条约下的国有实

能够进入 ICSID 的协议，也可能使其放弃 ICSID，而去选择一个像国际商会这样的仲裁机构；或者不再遵循 ICSID 公约，而按照诸如联合国委员会的国际贸易法这样的仲裁规则办事。

SCEs 带来了外国直接投资水平的提高，⁶ 同时，基于协议的投资仲裁的数量也在增长。以 SCEs 作为索赔人的投资争端在未来发生的频率会更高。因此，从长远看来，任何对 SCEs 加入 ICSID 的限制都可能降低 ICSID 的机构意义。

(南开大学国经所何楠翻译)

转载请注明：“Jo En Low, ‘国际投资协定下的“投资者——国家控股企业”’, 哥伦比亚国际直接投资展望, NO.80, 2012 年 10 月 08 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：维尔哥伦比亚可持续国际投资中心，Jennifer Reimer, jreimer01@gmail.com 或者 jreimer@lyhplaw.com。

由 Lisa Sachs 女士领导的维尔哥伦比亚可持续国际投资中心(VVC)，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。它力图成为关于全球经济环境下对外直接投资事务的领导者。VVC 致力于分析和教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. 79, Lise Johnson, “Absent from the discussion: The other half of investment promotion,” Columbia FDI Perspectives, September 24, 2012.
- No. 78, Elizabeth Broomfield, “Reconciling IMF rules and international investment agreements: An innovative derogation for capital controls,” Columbia FDI Perspectives, September 10, 2012.
- No. 77, Sandy Walker, “A new economic nationalism? Lessons from the PotashCorp decision in Canada,” Columbia FDI Perspectives, August 27, 2012.
- No. 76, Perrine Toledano and Julien Topal, “A good business reason to support mandatory transparency in extractive industries,” Columbia FDI Perspectives, August 13, 2012.
- No. 75, Alex Berger et al., “Attracting FDI through BITs and RTAs: Does treaty content matter?,” Columbia FDI Perspectives, July 30, 2012.
- No. 74, M Sornarajah, “Starting anew in international investment law,” July 16, 2012.

体的地位”，国际投资法律和政策年鉴 2010-2011（纽约：牛津大学出版社，2011），第 615-637 页。

⁶ UNCTAD, 2011 年世界投资报告（日内瓦：联合国贸发会，2011）和 UNCTAD, IIA 观点笔记第 1 号（2012 年 4 月）。

- 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.

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>.