



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 109 2013 年 11 月 25 日

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

执行编辑: Shawn Lim (shawnlw@gmail.com)

南非 BITs 协定的经验教训

Xavier Carim *

BITs 的支持者倾向于认为双边投资协定 (BITs) 能够鼓励投资、加强法治建设, 尤其是在法制系统较薄弱或对外国人歧视的领域。这一观点的前提是有争议的。首先, 对 BITs 和 FDI 的研究显示, BITs 和 FDI 的关系在最好情况下也是模糊的, BITs 不是吸引 FDI 的充分或必要条件。¹ 事实上, 南非的 FDI 的绝大部分是从没有签署 BIT 的国家获得的, 而从签署 BIT 的国家仅有很少甚至几乎没有获得投资。

第二, 人们可能合理地怀疑投资者—国家争端解决委员会 (ISDS) 和 BIT 协定是否充分坚持了法治原则。双边投资协定 (BITs), 尤其是前几代投资协定, 包含的条款并不确切, 当遇到国际仲裁时, 就为广泛的的一致和不可预知的结果留下了空间。ISDS 越来越多地认识到自身的不足, 包括关于其临时性、脆弱性和被普遍认为的缺乏透明性和合法性等问题。这些问题是根深蒂固的, 因为法理学

在这一领域没有统一意见，而且缺乏上诉程序，所以不符合法律的正确性和一致性标准。² 不精确的协定条款、不一致的仲裁裁决与挑战政府公共政策界限的投资者索赔相结合，正在引起越来越多的关注。³

2010年，南非政府结束了对 BITs 的为期三年的审查。此项审查评估了南非外国投资的作用、给予投资的保护水平以及 BITs 的风险和收益。总体上看，审查确认了上述观察，显示现行体系为狭隘的商业利益打开了方便之门，而这涉及至关重要的国家利益，使现行体系面对不可预知的国际仲裁，这类国际仲裁可能对法律、宪法和民主的政策制定形成直接挑战。⁴

审查发现，FDI 一直是南非经济发展的核心。今天，外国公司出现在经济的所有部门，而且 FDI 存量继续增长。南非是世界上司法权最开放的地区之一，通过与最高国际标准一致的国内法律为投资提供保护。宪法和法律形成的水平型保护由部门制度来补充，这包括金融和银行业、通讯和采掘业等部门的保护制度。外国投资者与国内投资者有相同的待遇，都有平等地获得行政司法裁决的途径。南非的法律框架规定，财产只有在与一般适用性法律框架相符的范围内才可被征用，而且只有被用于公共目的。征用财产必须补偿，补偿的时间和方式必须公平公正，必须反映在公共利益和受影响者利益间的公正的平衡。

考虑到所有因素，南非内阁评估了国内的 BITs 协定，并于 2010 年 7 月决定南非将不再加入 BITs 协定，除非强迫性的政治或经济原因；同时终止现行的 BITs 并为伙伴国提供在新的模式基础上重新进行 BITs 谈判的可能性；发展与宪法相一致的新的国际投资法案，在南非法律下澄清典型 BIT 条款；建立投资部长级委员会来监督这项工作。

新的投资法案将于 2013 年 12 月出台并征求公众意见。⁵ 此项法案没有引进任何对投资的新限制，但澄清了对所有国家的所有投资者实行无歧视性保护待遇。它重申南非将仍然对外资开放，对外资提供有效保护的同时维护国家主权，以寻求与宪法要求相一致的合法公共政策。由于终止前代 BITs 协定引起了与伙伴国的磋商与对话，南非没有排除在强制性原因下加入新的协定的可能性。而这将是部际委员会的决定，而且协定需要与新的模式相一致，在南部非洲地区级合作中已经采用这种新的模式。⁶

南非设想了关于投资的法律和政策框架，这来源于以前经验的总结，而且可以更好地与可持续发展及包容性增长相协调。源于尊重人权的投资者和政府的平等关系、法律的作用和正当的程序原则、对财产权利的审查等将是在宪法框架内继续寻求的目标。南非政府的做法为担忧已过时的 BITs 协定的政府提供了一种可资借鉴的路径。

(南开大学国经所刘晨翻译)

* Xavier Carim (xcarim@thedti.gov.za) 为南非共和国贸易和工业部办公厅副主任。作者感谢 Andre Gouws, Robert Hunter 和 Sanya Smith 富有建设性的评审意见。**本文作者的观点不代表哥伦比亚大学或其合作伙伴和其支持者的观点。《哥伦比亚国际直接投资展望》(ISSN 2158-3579) 是同行评议刊物。**

¹ Mary Hallward-Dreimeier, “双边投资协定吸引了 FDI 吗？只有很少一点...它们本能够吸引更多 FDI”，见 Karl Sauvant 和 Lisa Sachs, “协定在外国直接投资方面的影响 (纽约：牛津大学出版社，2009 年版)。

² 联合国贸易发展会议，世界投资报告 2012 (纽约/日内瓦：联合国，2012)；联合国贸易发展会议，“投资者—东道国争端解决的最新发展”，国际投资协定议题注释，第 1 号 (2013 年 5 月)。

³ 同上。

⁴ 南非贸易工业部，双边投资条约政策框架审查(2009), <http://www.pmg.org.za/policy-documents/2009/06/25/bilateral-investment-treaty-policy-framework-re-view>

⁵ 参见

<http://www.tralac.org/files/2013/11/Promotion-and-protection-of-investment-bill-2013-Invitation-for-public-comment.pdf>。

⁶ 参见南部非洲发展共同体，投资门户网站，<http://investment.sadc.int>。

转载请注明：“Xavier Carim, ‘南非BITs 协定的经验教训,’ 哥伦比亚国际直接投资展望 No. 109, 2013 年 11 月 25 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，Shawn Lim, shawnlwk@gmail.com 或者 shawn.lim@law.columbia.edu。

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

- No. 108, John Gaffney and Janani Sarvanantham, “Achieving sustainable development objectives in international investment: Could future IIAs impose sustainable development-related obligations on investors?,” November 11, 2013.
- No. 107, Nikia Clarke, “Go out and manufacture: Policy support for Chinese FDI in Africa,” October 28, 2013.
- No. 106, Karl P. Sauvart, “Three challenges for China’s outward FDI policy,” October 14, 2013.
- No. 105, Marino Baldi, “Are trade-law inspired investment rules desirable?,” September 30, 2013.
- No. 104, James Bond, “Downstream processing in developing countries: Opportunity or mirage?,” September 16, 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>.