



Columbia Center  
on Sustainable Investment

A JOINT CENTER OF COLUMBIA LAW SCHOOL  
AND THE EARTH INSTITUTE, COLUMBIA UNIVERSITY

## 哥伦比亚国际投资展望

哥伦比亚大学可持续投资中心

FDI 热点问题的观点

系列 193 2017 年 02 月 13 日

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

执行编辑: Matthew Schroth ([mas2443@columbia.edu](mailto:mas2443@columbia.edu))

### 投资合同无法取代投资条约

David Collins<sup>1</sup>

通常在某些领域，比如石油行业，投资合同体现着完善的条约必须遵守原则（或称为“协定必须遵守”原则），这个原则背后有着悠久的国际法理学历史。如果这种合同直接对国际仲裁进行规定，那么这些合同就可停止投资者对制定专门的相关条约制度的要求。与严格标准化的国际投资协定（IIAs）相比，合同允许缔约方通过参考行业惯例和明确定义的目标调整其承诺。通过适当的由谈判达成合同式的保护，各国以其选择的形式和方式受益于外国直接投资，就像投资者享有东道国履行其义务的有约束力承诺的保证一样。

鉴于投资合同的灵活性和法律上的确定性，一些观察员提议用投资合同代替国际投资协定，这部分是由于人们对国际投资协定制度的合法性的怀疑<sup>2</sup>。然而，大多数外国投资并不包括在投资者与东道国签订的个人合同中，而且基于合同的仲裁案目前只占投资者-国家诉讼的一小部分<sup>3</sup>。国际投资争端解决中心（ICSID）在 2016 年的报告中指出，只有 17% 的案件将投资合同作为了法庭司法权的来源<sup>4</sup>。更显然的是，ICSID 的合同索赔部分自 2010 年来稳步下降，2010 年合同索赔占到了所有索赔案的 22%<sup>5</sup>。这种趋势可能表明，我们有充足的理由认为投资合同无法取代 IIAs:

- 虽然 IIAs 包含一些不确定的概念，如公平公正待遇和间接征收等，但是一些合同也是如此：尽管发展势头良好，但最近的一些高级判决证明，商业合同中的不成文法很难做到没有歧义<sup>6</sup>。此外，是否存在一套国际商业规则（常被称为“墨西哥商业法”或“商人法”），能够帮助解释投资合同，并在必要时填补一些合同中的空白，这一点尚且不能确定<sup>7</sup>。
- 如果没有 IIAs，投资者将不得不在个别的基础上与国家进行合同谈判。这种合同在基础设施或采掘业的大型跨国公司中更为常见，并能良好运行。但是，

对于那些处于能够直接受益于其母国签署的 IIAs 的部门中的中小企业而言，这种方式的交易成本过于高昂。这一点是很有问题的，因为相比大型跨国企业，中小企业进行着更多的对外直接投资<sup>8</sup>。事实上，政府在进行贸易协定投资部分的谈判时，经常指出投资协定形成了中小企业的战略优势<sup>9</sup>。此外，全世界存在 10 万多个跨国公司（100 多万家外国子公司），而其中大部分是中小企业，这意味着如果用合同取代 IIAs，那么将需要许许多多的投资合同<sup>10</sup>。

- 虽然在 IIAs 中，各方不可能就投资合同中具体情况的条款进行谈判，但同样看似可行的是，投资合同谈判也可能伴随着具有条约草拟特点的单方面议价。高度流动的投资者（可能是那些存在政府干预的最安全的投资者）可能能够通过威胁迁移<sup>11</sup>或仅仅通过由许多政府无法支付的昂贵的律师协助的更加自信的谈判来从东道国获得利益。这种情况在发展中国家采伐业的特许经营安排中尤为常见。当然，不平等的议价能力也可能针对外国投资者，其中最突出的表现是在投资合同中要求投资者建立合资企业。投资者不愿与东道国达成这类合同，因为这意味着公司将面临管理层分离、强制披露技术和商业秘密等——这些都是这种安排的典型特征<sup>12</sup>。

最后，使用投资合同而不用 IIAs 无法解决投资者-国家争端的相关问题，因为这种合同也倾向于在条款中规定国际仲裁（例如 ICSID）。因此，如果不改革基本制度，仅仅从条约式转向合同式的 FDI 保护只能产生极微弱的影响。

（南开大学国经所杨旭晗、陈江滢翻译）

---

\*哥伦比亚国际直接投资展望是一个公开辩论论坛。本文作者所表达的观点并不代表 CCSI、哥伦比亚大学和我们的合作伙伴及支持者的观点。

<sup>1</sup>David Collins ([david.collins@utoronto.ca](mailto:david.collins@utoronto.ca)) 是伦敦城市大学国际经济法教授。作者感谢 Jonathan Gimblett, Jeswald W. Salacuse 和 Louis T. Wells 的同级评审。 *Perspective* 该作者观点不代表哥伦比亚大学，以及其支持者的观点。 *Columbia FDI Perspectives* (ISSN 2158-3579) 是一个同级评审系列。

<sup>2</sup>详见 M. Sornarajah, 《外商投资中的不成文法》（剑桥大学出版社，2010），页 301；Jeswald W. Salacuse, 《投资条约法》（牛津大学出版社，2015），页 19-21

<sup>3</sup>只有少数报道声称是其案件是基于投资合同的，比如真空盐产品有限公司诉加纳案，ICSID 案件编号 ARB/92/1（1994 年 2 月 16 日）

<sup>4</sup>ICSID, ICSID 案件统计数据（2016 年第二版），页 10

<https://icsid.worldbank.org/apps/icsidweb/resources/pages/icsid-caseload-statistics.aspx>.

<sup>5</sup>ICSID, ICSID 案件统计数据（2010 年第一版），页 10

<https://icsid.worldbank.org/apps/icsidweb/resources/pages/icsid-caseload-statistics.aspx>.

<sup>6</sup>详见伯利兹总检察长诉伯利兹电信案[2009]UKPC 10(枢密院)(讨论默示条款)

<sup>7</sup>Sornaraja, 同上, 页 303

<sup>8</sup>例如, OECD“创新提高中小企业竞争力”(2000), 页 18<http://www.oecd.org/cfe/smes/2010176.pdf>.

<sup>9</sup>例如, 欧洲委员会“大西洋两岸的贸易和投资伙伴关系: 中小企业的机会”[http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/march/tradoc\\_152266.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/march/tradoc_152266.pdf).

<sup>10</sup>UNCTAD, “世界投资报告: 投资者国籍-政策挑战”(日内瓦: UNCTAD, 2016), 页 134

---

[http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2016\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2016_en.pdf).

<sup>11</sup>Avi Nov,“‘竞购战’来吸引外国直接投资:需要全球性的解决方案”,《弗吉尼亚税务评论》,卷25(2005),页835-875

<sup>12</sup>Jeswald W. Salacuse,《国际投资三定律:国家、合同和国际外资框架》(牛津大学出版社,2013),页208

转载请注明:“David Collins, ‘投资合同无法取代投资条约,’ No. 193, 2017年02月13日。”转载须经哥伦比亚大学可持续投资中心授权。转载副本需发送到哥伦比亚中心的 [ccsi@law.columbia.edu](mailto:ccsi@law.columbia.edu)。

如需详细信息请联系:哥伦比亚可持续投资中心, Matthew Schroth, [mas2443@columbia.edu](mailto:mas2443@columbia.edu)。

哥伦比亚可持续投资中心(CCSI),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,CCSI通过跨学科研究、项目咨询、多方利益相关者对话、教育项目、资源和工具开发,承担着研究并推广实用方法和解决方案、分析热点政策性议题的重要使命。如需更多信息,请访问:<http://www.ccsi.columbia.edu>。

### 最新哥伦比亚国际直接投资展望文章

- No. 192, Joseph (Yusuf) Saei, “Influencing investment disputes from the outside,” January 30, 2017.
- No. 191, Tarcisio Gazzini, “Beware of freezing clauses in international investment agreements,” January 16, 2017.
- No. 190, Karl P. Sauvant, “China moves the G20 on international investment,” January 2, 2017.
- No. 189, Robbie Schweider, “Broadening the Global Compact agenda,” December 19, 2016.
- No. 188, Karl P. Sauvant, Mevelyn Ong, Katherine Lama, and Thor Petersen, “The rise of self-judging essential security interest clauses in international investment agreements,” December 5, 2016.

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