



Columbia Center  
on Sustainable Investment

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

## Columbia FDI Perspectives

哥大国际投资展望

No. 294 2020年12月28日

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

执编: Riccardo Loschi ([Riccardo.Loschi@columbia.edu](mailto:Riccardo.Loschi@columbia.edu))

### 缓解投资条约保护的混乱\*

Federico Ortino\*\*

在 2011 年富而德律师事务所讲座中, Toby Landau 敦促仲裁界提高对投资者-国家争端解决机制(ISDS)的某些核心问题的关注, 尤其是在大量涉及主权裁量权更敏感领域的案件出现以后。据 Landau 所述, 现有法律框架无法阻碍仲裁界挽救投资者-国家仲裁机制免于自我毁灭<sup>1</sup>。在他强调的核心问题中, 国际投资协定(IAs)提供的实质性保护范围仍是关键。

21 世纪初之前达成的大多数国际投资协定, 通常会赋予外国投资者非常宽泛的实质性保护, 特别是关于东道国下述行为的保证:

- 对外国投资价值的实质性剥夺(通过征收条款),
- 不合常理或主观武断的行为(主要通过非损害与公平待遇条款), 以及
- 违反投资合约(通过保护伞条款)<sup>2</sup>。

一些条约甚至规定保证不受东道国颁布、且对外国投资不利的监管变革的影响(通过隐蔽的稳定条款)<sup>3</sup>。尽管仲裁实践逐渐阐明了投资保护保证(即保护伞条款、全面保护与安全、间接征收)的内容, 然而, 这里还存在着三个严重缺陷, 主要围绕着公平待遇条款。

首先, 虽然现在投资法庭经常承认东道国谋求公共利益的权利, 但是许多法庭仍未恰如其分地界定公共利益在确定合法可得权益能否得到法律保护时的法律相关性。

例如，根据欧盟法律，毫无疑问，“即使申请人能够初步证明一项合法可得权益，但是如果存在高于这项权益的公共利益，权益可能并不可得。”<sup>4</sup>

其次，几项最近的决策，特别是涉及光伏产业激励机制变革的决策，并未明确排除对公平待遇（包括严格意义上的监管稳定义务）的阐释。至关重要的是，违背严格稳定义务的前提是适用监管框架的根本性变化，而非新框架所特有的不合常理或主观武断<sup>5</sup>。

第三，尽管投资法庭已经专注于基于合理性的保证，用于评估国际投资协定下东道国行为合法性的特定合理性测试仍不明确。一些法庭采用了(更保守的)手段-目标合理性测试，其他法庭则采用了(更激进的)比例-平衡测试<sup>6</sup>。

因此，在许多政府近期为应对新冠疫情出台了一系列举措之后，预计会有潜在的国际投资协定索赔提出，以弥补对外国投资者造成的损害，这并不令人惊讶(尽管令许多人感到不安)。

留给投资仲裁机制自救的时间可能已经不多了。直接解决这些缺陷的政策制定者越来越多(例如印度最近的投资政策改革，或是正在进行的《能源宪章条约》的“现代化”尝试)。然而，一些国家最近的解决方式似乎并没有提高法律确定性，也没有确保国家管制权受到恰当的法律规制。最近失败的条约创新的：

- 习惯性最低待遇标准的一般参考(如《跨太平洋伙伴关系全面进步协定》第 9.6 条)，
- 宽泛的“法治”条款(如《2019 年荷兰示范双边投资协定(BIT)》第 5 条)，以及
- 条约语言明确或含蓄地指出严格的比例平衡(如《欧盟-加拿大全面经济贸易协定》的征收附件，或《美墨加协定》)。

未来的国际投资协定应当阐明(a)大多数公法体系所具有的某些有效管理原则，例如合法性、程序公正性和实质合理性；(b)适用的评估标准，包括评估的性质和强度<sup>7</sup>。例如，国际投资协定应保证东道国有权决定其对公共利益的保护水平，这在 WTO 法律中有明文规定，也得到了 [《欧盟法院第 1/17 号意见》](#) 的承认。

这些改革应在多边论坛上提出并商讨。然而，与投资者-国家争端解决程序不同，实质性投资保护的改革只在国家或地区层面进行。因此，这些各种各样、同时并行的改革最终可能只是全景的局部，或者根本不会产生额外的连贯性或一致性。有人提议将联合国贸法委员会第三工作组的任期延长至投资者-国家争端解决机制改革之外，但是人们似乎对它没什么兴趣。

因此，当涉及到投资条约体系的核心层面——投资保护时，政策制定者发现自己进退维谷：一边是如上所述的投资法庭缺陷，另一边是政治上的艰险议程。我们必须有所付出。

（南开大学国经所郭子枫翻译）

---

\* **哥大国际投资展望(Columbia FDI Perspectives)**是一个公开辩论的论坛。作者所表达的观点并不代表 CCSI 或哥伦比亚大学或我们的合作伙伴与支持者的观点。**哥大国际投资展望(ISSN 2158-3579)**是一个同行评审系列。

\*\* Federico Ortino ([federico.ortino@kcl.ac.uk](mailto:federico.ortino@kcl.ac.uk))是伦敦国王学院国际经济法教授。作者希望感谢 George Bermann, Lukas Siegenthaler, Lukas Stifter 的同行评审。

<sup>1</sup> Alison Ross, “Freshfields lecture 2011: saving investment arbitration from itself,” *GAR*, vol. 6 (2011).

<sup>2</sup> Federico Ortino, *The Origin and Evolution of Investment Treaty Standards: Stability, Value, and Reasonableness* (Oxford: OUP, 2019).

<sup>3</sup> Ortino, pp. 14-20; also [Tarcisio Gazzini, “Beware of freezing clauses in international investment agreements.” \*Columbia FDI Perspectives\*, no. 191 \(Jan. 16, 2017\).](#)

<sup>4</sup> Paul Craig, *EU Administrative Law* (Oxford: OUP, 2012), p. 584.

<sup>5</sup> Ortino, pp. 33-43.

<sup>6</sup> Ortino, pp. 127-152.

<sup>7</sup> See, Federico Ortino, “The investment treaty system as judicial review,” *ARIA*, vol. 24 (2013), pp. 437 et seq.

如果附带以下承认，这篇展望中的材料可以被重印：“Federico Ortino, 《缓解投资条约保护的混乱》，哥大国际投资展望, No.294, 2020 年 12 月 28 日。经哥伦比亚可持续投资中心许可转载 ([www.ccsi.columbia.edu](http://www.ccsi.columbia.edu))。”请将复印件发送至哥伦比亚可持续投资中心 [ccsi@law.columbia.edu](mailto:ccsi@law.columbia.edu)。

获取更多信息，包括关于提交给展望的信息，请联系:哥伦比亚可持续投资中心，Riccardo Loschi, [riccardo.loschi@columbia.edu](mailto:riccardo.loschi@columbia.edu)。

哥伦比亚大学可持续投资中心(CCSI)是哥伦比亚大学法学院和哥伦比亚大学地球研究所的联合中心，是一个领先的应用研究中心和论坛，致力于可持续国际投资的研究、实践和讨论。我们的任务是制定和传播切实可行的办法和解决办法，并分析当前的政策性问题，以便最大限度地发挥国际投资对可持续发展的影响。该中心通过跨学科研究、咨询项目、多方利益相关者对话、教育项目以及资源和工具的开发来承担其使命。获取更多信息，请访问我们的网站 <http://www.ccsi.columbia.edu>。

### 最新的哥大国际投资展望

- No. 293, Crina Baltag, 《投资：从促进与保护到监管》2020 年 12 月 14 日
- No. 292, Khalil Hamdani, 《投资便利化框架的发展层面》2020 年 11 月 30 日
- No. 291, Rudolf Adlung, Pierre Sauvé, Sherry Stephenson, 《投资便利化与 GATS: 重叠有何影响

---

?》 2020 年 11 月 16 日

- No. 290, Roberto Echandi, 《国际投资法律与政策的盲区：促进投资保留与扩大的投资者-国家冲突管理机制》 2020 年 11 月 2 日
- No. 289, Maria Adele Carrai, 《“一带一路”倡议下的对外直接投资：在规章与调整之间》 2020 年 10 月 19 日

所有先前的 *哥大国际投资展望* 均载于: <http://ccsi.columbia.edu/publications/columbia-fdi-perspectives/>.