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 185　2016 年 10 月 24 日

总编辑: Karl P. Sauvant (Karl.Sauvant@law.columbia.edu)
执行编辑: Daniel Allman (daniel.allman@columbia.edu)

投资条约及其公平性

Frank J. Garcia *

在跨大西洋贸易和投资伙伴关系和跨太平洋伙伴关系协议的谈判方面，投资者与国家争端解决（ISDS）与国际投资协定（IIAs）的社会影响颇具争议。这样的争议说明了为什么可以不再像仅仅是一个列明资本所有者受保护权利的私人秩序那样对投资法进行管理。相反，国际投资协定正日益被视为经济治理的手段，它与任何分配社会资源的系统都服从程序公正和分配公正的原则。

国际投资体制当然包括具有有效且重要利益的私营部门，但它不仅仅与私人行为的权利相关——这也关系到国家对更广的社会承担的责任。国际投资协定是为了确保司法公正的治理机制和面向每个人的投资资本分配的法律规则的一部分。然而，作为一个治理机制，目前投资法律严重不足。国际投资协定在结构性和规范性方面过分注重投资者权益，以及仲裁小组如何解释这些权利，反而让东道国大部分受影响的公众，即大部分人都失去了有效话语权。

这代表了治理的危机，也是一次机遇。托马斯·弗兰克提醒我们，在本国经济中，资本在政治体制内运作，这其中资本家的期望通常不是唯一或最后的话语。[1] 然而在国内，与国际投资协定体系的政治经济相当，财产要求作为投票权的前提被一再重复：只有那些有资本的人才有话语权。这种在政治进程中优先满足资本的需求和利益来实行投资法的方法不再是可持续的。投资涉及如此多的核心社会问题和东道国的责任，以至于不能单从资本的角度对其进行管理。继续这样做忽视了投资规则的公共属性及其对法律权利和经济资源的配置效率。

相反，投资法与分配社会资源的框架都应该服从公正的原则（程序公正和实体公正的规范）。投资法应在至少三方面分配社会资源：

•国际投资协定分配投资者和相关东道国间的权利、特权和责任，如外商投资的设立和运营，待遇的最低标准，管制的权利和争端解决。

•国际投资协定影响东道国内一部分利益相关者的权利、特权和责任分配，包括政府、国内资本、外国资本、生产者、消费者和公民。

•最后，国际投资协定影响全球投资资本的配置，这是社会生产的产物。

这样的分配效果使投资法律变成了公正的问题。这并不新鲜——分配的效果使很多别的法律领域（如银行，税务，贸易）都服从了公正的原则——但它在投资法中还未被承认。资源配置的效果清晰地表明，投资法不会在正义的边界外运作。相反，对所有涉及的利益相关者而不仅是投资者本身来说，为资本所有者的利益和更广的社会而管理资本，本质上关乎公正。[2]

认识到投资法是公正的问题是一个范式的转变，对投资法律和政策有深远的影响。本质上来说，它要求我们考察投资法体系中的公平性规范。我们将把这些规范应用于不同背景下分配经济权利和资源的任一治理机制。[3] 确保稳定的投资回报是公正的，但这并不一定充分彰显了公正对投资法的要求。发现公正在投资法中的意义才是当代政策争论和条约谈判的主题。正确理解应是很多目前的改革提案——如加拿大和欧盟赞同的上诉审查，[4] 增强了透明度的规定，有效地平衡了保护管制权利的社会条款（并不激进）——不能被当作对私人秩序的不受欢迎的“侵犯”而受到拒绝。相反，它们是为了让投资法更加公正而做出的努力，其确保了基本的公民和政治价值的体现，如程序公正，法律面前人人平等，法治和相关各方的政治话语权。[5] 我们应该对今天的经济治理体制抱有更多的期待。

（南开大学国经所胡行宜翻译）

---

* Frank J. Garcia (garciafr@bc.edu) 是波士顿学院法学院的法学教授，及院长全球基金学者. 本文基于 Frank J. Garcia, Lindita V. Ciko Torza, Apurv Gaurav, and Kirrin Hough, “Reforming the international investment regime: lessons from international trade law,” *Oxford Journal of International Economic Law,* vol. 18 (2015) pp. 861-892. 作者对 Andrew Newcombe, Ted Posner and Americo Zampetti 的同行评审和 Julie Maupin, Federico Ortino, Joost Pauwelyn, and Lisa Toohey 的评论表示感谢。**本文作者观点不代表哥伦比亚大学或其合伙人与支持者的观点，《哥伦比亚国际投资展望》(*Columbia FDI Perspectives*) (ISSN 2158-3579) 是一本同行评审系列期刊。**

[1] Thomas Franck, *Fairness in International Law and Institutions* (Oxford: Clarendon, 1998), pp. 438-439.

[2] Rudolf Dolzer 虽然将投资法与公正联系在一起, 但将此限于“投资共同体通常会考虑到后果，以达到公正”：“Fair and equitable treatment: today's contours,” *Santa Clara Journal of International Law*, vol. 12 (2014), p. 33（已增加重点）.

[3] 见 Franck, supra n. 1; Frank J. Garcia, “Justice, the Bretton Woods institutions, and the problem of inequality,” in John Jackson and William J. Davey (eds.), *The Future of International Economic Law* (Oxford: OUP, 2008), pp. 23-44.

[4] “CETA: EU and Canada agree on new approach on investment in trade agreement” (Feb. 29, 2016), 见 http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-399_en.htm.

[5] 见 Benedict Kingsbury and Stephan Schill, "Investor-state arbitration as governance: fair and equitable treatment, proportionality and the emerging global administrative law," *IILJ Working Paper* (Global Administrative Law Series, 2009)概述见.

转载请注明：*"Frank J. Garcia,'投资条约及其公平性，' No. 185, 2016 年 10 月 24 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*。

如需详细信息请联系：哥伦比亚可持续投资中心，Daniel Allman，daniel.allman@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. 184, Lukas Linsi, "Less compelling than it seems: rethinking the relationship between aggregate FDI inflows and national competitiveness," October 10, 2016.
- No. 183, Karl P. Sauvant and Güneş Ünüvar, "Can host countries have legitimate expectations?," September 26, 2016.
- No. 182, Tania Voon and Andrew D. Mitchell, "Philip Morris vs. tobacco control: two wins for public health, but uncertainty remains," September 12, 2016.
- No. 181, John Gaffney, "The EU proposal for an Investment Court System: what lessons can be learned from the Arab Investment Court?," August 29, 2016.
- No. 180, M. Sornarajah, "An International Investment Court: panacea or purgatory?," August 15, 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/.