



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 160 2015 年 11 月 9 日

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

执行编辑: Maree Newson (mareenewson@gmail.com)

TPP 投资章节树立了全球新标准

Mélida Hodgson*

2015 年 11 月 5 日发布的跨太平洋经济伙伴关系协定 (TPP) 投资章节, 预示着基于后 NAFTA 美国经验的国际投资协定 (IIAs) 新标准的出现。该章节为国家保留了更大的监管空间, 与此同时也显示出一些颇为费解的变化。本文聚焦于其中具有全局影响的变化。

考虑到一些劳工、环境与公民社会团体对投资保护的强烈反对, 为缓解对“管制冰封” (regulatory chill, 即政府可能担心被起诉而不进行管制) 的担忧, 协定中出现有关环境、公共福利、健康领域 (第 9.15 条, 第 9.16 条) 以及金融监管方面 (第 29.3 条, 附件 9-G) 的条款也就不足为奇了。这方面的关键是“烟草例外”, 即允许国家回避或阻止基于利益的拒绝给予条款下烟草管制而提起的仲裁请求。¹另外, 无论在实体方面还是投资者—国家争端解决机制 (ISDS) 上, 均对一直以来备受争议的投资授权与投资协议的范围进行了限制。本章规定, 为实施竞争法、环境法、健康或其他管制法律所采取的行动, 不属于投资授权的范围,²并且国家可以提起反诉。³

也许, 最出乎意料的变化是, 最低标准待遇 (MST) 条款明确规定不涵盖与投资者期待不符的行动。⁴另外, 针对投资者的当下目标, MST 条款将补贴排除在其范围之外,⁵并且, 对于征收条款的调整反映出希望保留国家给予或调整补贴的自由。⁶

在“一般例外”章节中, 允许在“例外情况”下的临时金融管控措施。⁷显然, 阿根廷投资仲裁危机的阴影犹在——亚太各国彼时也忙于应对金融危机。

站在美国的政治立场, 对上诉机制的淡化处理是难以理解的倒退。2000 年以后的美国 IIAs 均要求或积极推动建立上诉机制。但 TPP 则规定, 如果在其他场合建立起审查机制, 缔约方“应当考虑”是否将 TPP 裁决置于其约束之下。也许缔约方正等待着 ICSID 建立这样一个机制。然而, 考虑到 ISDS 当前所遭受的质疑与攻击, 以及上诉机

制有可能缓和对 ISDS 的合理担忧，将之从 TPP 剥离似乎未必正确。作为谈判者之一，我个人并不认同这一国会要求，但是，当前在不同的 IIAs 中，有足够多类似于美国的、要求建立上诉机制的条款，从而能够确保对那些美国协定的一致理解。另外，在 TTIP 停滞以及欧洲明确支持审查的背景下，这一做法看来是政治需要。⁸

此外，考虑到美国 IIAs 中规定了仲裁庭须在习惯国际法标准中去理解监管措施的条款，TPP 对征收措施的解释不再参考这些标准让人感到意外（附件 19B）。

TPP 中其他值得注意的特点包括：

- 国民待遇与最惠国待遇中对“在相似情形”的定义（第 9.4 条，第 9.5 条，脚注 14），并规定在涉及“相似情形”的仲裁请求中考虑合理公共福利目标。
- 澳大利亚同意 ISDS（事实上并不意外）。
- 同意制定仲裁员行为守则（第 9.21(6)条）。
- 限制针对准入前的仲裁请求（第 9.28 条）。
- 美国同意使用标准英语。

通过纳入一系列保护国家自由裁量权的条款，TPP 树立了 IIAs 的新标准——问题在于，这对于质疑者和欧洲而言足够吗？

（南开大学国经所康青青翻译）

* Mérida Hodgson (MHodgson@foleyhoag.com), Foley Hoag LLP 合伙人，前美国贸易代表办公室副总法律顾问，期间参与 2004 版美国 BIT 范本的起草以及若干近期美国 FTAs 的谈判。本文观点仅代表作者观点。文中所引用的是 TPP 投资章节的最终文本，见

<http://www.mfat.govt.nz/Treaties-and-International-Law/01-Treaties-for-which-NZ-is-Depositary/0-Trans-Pacific-Partnership.php>. 作者感谢 Julien Chaisse, Daniel Kalderimis 以及匿名评审人的同行评审。本文作者观点不代表哥伦比亚大学及其合作者和支持者观点，Columbia FDI Perspectives (ISSN 2158-3579)是同行评审刊物。

¹ 第 29.5 条（烟草管制措施）。然而，利益的拒绝给予本身受本章节 ISDS 的约束。

² 见第 9.1 条（定义），脚注 5-11。不包括关于土地、水或无线电频谱的投资协议。

³ 第 9.18(2)条（提交仲裁请求）；附件 9-L 指出，如果协议规定 ICC、LCIA 或 ICSID 下的合同仲裁，应遵从有关条款，但同时也应允许合同之诉与投资争端的合并。

⁴ 第 9.6(4)条（最低标准待遇），即使对涵盖投资造成了损失或损害的结果。就 NAFTA 的有关解释来看，近期至少一个 NAFTA 仲裁庭未采用关于适用习惯国际法的规定，而其他仲裁庭则认为习惯国际法现已发展至涵盖了期待。此外，第 9.22(7) 条（仲裁的进行）明确规定，在有关违反 MST 的仲裁请求中，投资者负全部举证责任。

⁵ 第 9.6(5)条（最低标准待遇）（“缔约方没有发放、延期或维持补贴或拨款本身……并不构成对本条的违反，即使对涵盖投资造成了损失或损害的结果”）这是对特定承诺的警示。

⁶ 第 9.7(6)(a)(b)条（征收与补偿）。但这些条款受 ISDS 条款的约束。

⁷ 第 29.3 条（临时保障措施）。该条款受国民待遇、最惠国待遇和征收与补偿条款的约束。

⁸ 近期，欧盟公布了一份“投资法庭”提案。尽管美国不太可能同意这样一个框架，但很显然当前不具备任何审查的临时仲裁庭机制，在与欧洲谈判的协定中是走不通的。此前，达成一定共识的解决方法是建立上诉机制。

转载请注明：“*Mélida Hodgson, ‘TPP 投资章节树立了全球新标准’ 哥伦比亚国际直接投资展望, No. 160, 2015 年 11 月 9 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，Maree Newson, mareenewson@gmail.com。

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. 159, Nicolás M. Perrone and Gustavo Rojas de Cerqueira César, “Brazil’s bilateral investment treaties: More than a new investment treaty model?” October 26, 2015.
- No. 158, Blerina Xheraj, “A reading of intra-EU BITs in light of recent developments of EU law,” October 12, 2015.
- No. 157, Kathryn Gordon, Joachim Pohl and Marie Bouchard, “Investment treaty law, sustainable development and responsible business conduct: A fact-finding survey,” September 28, 2015.
- No. 156, Robert Milbourne, “The case for harmonizing the international regulation of mining,” September 14, 2015.
- No. 155, Wolfgang Sofka, Miguel Torres Preto and Pedro de Faria, “Foreign divestment: What stays when multinationals leave?” August 31, 2015.

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/>.