



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 173 2016 年 5 月 9 日

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

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

利用投资者—国家争端解决机制加强投资者义务

Gabriel Bottini *

国际投资协定 (IIAs) 基本上是单向的: 它们只规定了东道国义务。这些义务影响深远, 通常涉及政府的核心职能, 并通过强大的投资者—国家解决机制 (ISDS) 得以加强。因此, IIAs 可以相当大地限制东道国的监管权力, 却未对外国投资者规定实质性责任。IIAs (通过“合法性”或“一致性”条款) 至多仅要求外国投资者行使一些特定权利时须遵守国内法。

IIA 条款, 尤其是“投资”定义条款, 扩大了投资者在同一投资上的潜在得益。组成法人的数个关联实体甚至可能就同一损失分别起诉。此外, 除了 IIAs 中投资者义务的缺失, 这些协定同时还未规定此类关联实体需就其投资中的不合法行为承担相应责任, 仅当地企业可能为其在东道国境内的不合法行为承担责任。另外, 东道国通常不能利用 IIAs 的争端解决机制对抗此类当地企业或受协定保护的投资者。

由股东提起的仲裁案件中, 投资仲裁庭认为股东的投资受 IIAs 保护。对在东道国组建的公司的直接或间接持股均构成此处的“投资”(有时还包括在该当地企业的其他利益)。仲裁庭认为, 股东可就任何“影响”其投资的行为提出仲裁请求。然而, 外国股东一般既不是当地企业所订立合同的当事方, 也不是地方法规的约束对象。因此, 他们被认为不受适用于当地企业的义务的约束。结果是, 一方面, IIAs 赋予外国股东针对不利于当地企业及其资产的行为起诉的权利; 另一方面, 就当地企业的义务而论, “公司面纱”严格限制了公司股东所需承担的责任。

此外, 国际投资法上最重要的理念之一是, 区分受合同及国内法规制的“合同之诉”以及受国际法规制的“条约之诉”。因此, 从投资仲裁庭的角度, “是否违反投资条约与是否违反合同是完全不同的问题”。¹ “合同之诉”与“条约之诉”中有关管辖权及法律依据的抗辩通常会被忽略。² 另外, 如果基于“条约”的仲裁请求被仲裁庭认为是有管辖权的, 那么东道国就不能援引合同条款或国内法提起反诉。³

IIA 谈判者可以允许作为被申请方的政府：

- 针对投资者提出违反投资义务的抗辩，该义务可以基于任何法律渊源，即使申请方不受这些合同或国内法义务的约束。

- 基于违反合同或国内法上的投资义务，对条约之诉提起反诉，即使申请方不受这些合同或国内法义务的约束。⁴

投资保护机制所面临的合法性挑战是多方面的。其中，使投资仲裁能够同时为投资关系双方提供保护，是加强该机制合法性的开始。如果说，与国内机构相比，IIAs 和投资仲裁庭真的更适于处理国际投资问题，那么，它们为何不能向投资者和东道国平等开放呢？

（南开大学国经所万淑贞翻译）

* Gabriel Bottini (gbottini@outlook.com) 是布宜诺斯艾利斯大学国际公法副教授，同时担任顾问和仲裁员。本文系基于 Gabriel Bottini 为国际贸易和可持续发展中心/世界经济论坛 E15 投资政策专家小组所准备的“扩展国际投资法中的责任”一文，该文可在 www.e15initiative.org/ 获取。作者十分感谢 Lisa Sachs 的评论以及 Tony Cole, Srilal M. Perera 和 Gus Van Harten 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的观点，*Columbia FDI Perspectives* (ISSN 2158-3579) 是同行评审刊物。

¹ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Decision on Annulment (July 3, 2002), para. 96.

² 然而，近期的发展是，基于合同条款，“可受理性”（admissibility）被用于驳回条约之诉的一部分。See *Hochtief AG v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/31, Decision on Liability (December 29, 2014), paras. 187-194.

³ 这并不意味着根据现行 IIAs 不可能提出反诉；这需要仲裁庭的明确解释，但迄今仲裁庭一般不采纳有关解释。

⁴ 在 IIAs 下将合同与国内法义务直接适用于投资，应与国际法下的“公共利益”（public interest，如人权、环境保护）分别考虑。尽管存在重合，二者的义务范围是不同的。另外，前者一般通过国内法途径及机制解决，后者则适用国际法。此外，扩大 IIAs 对国际公共利益问题的关切，也是国际投资法改革的一部分。

转载请注明：“Gabriel Bottini, ‘利用投资者—国家争端解决机制加强投资者义务’, No. 173, 2016 年 5 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，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. 172, Maria Borga, “Not all foreign direct investment is foreign: the extent of round-tripping,” April 25, 2016.
- No. 171, Delphine Nougayrède, “Untangling the effects of special purpose entities on FDI,” April 11, 2016.
- No. 170, Wenhua Shan, “An outline for systemic reform of the investment law regime,” March 28, 2016.
- No. 169, Kaitlin Y. Cordes and Anna Bulman, “Land investments and human rights: how home countries can do more,” March 14, 2016.
- No. 168, Karl Sauvart and Daniel Allman, “Can India emulate China in attracting and benefitting from FDI?” February 29, 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/>.