



## 哥伦比亚国际直接投资展望

哥伦比亚大学维尔可持续投资中心

FDI 热门问题的观点

系列 58 2012 年 1 月 30 日

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

执行编辑: Jennifer Reimer (FDIPerspectives@gmail.com)

### 公法挑战: 国际投资法走向反思还是消亡

Stephan W. Schill\*

本文所称的公法挑战也即国际投资法所谓的“合法性危机”(legitimacy crisis)的核心问题,这在《关于国际投资体制的公共声明》<sup>1</sup>中体现的尤为明显。这一问题来源于现行体制中一次性的指定仲裁者——而非非常设的法庭——审查政府行为,并通过设立或修改约束投资者—政府关系的标准影响国内公法。最近通过仲裁解决的公法案包括菲莫国际诉乌拉圭案、菲莫国际诉澳大利亚案。阿根廷紧急状态法案和加拿大禁止杀虫剂法案所引起的仲裁也是此类。由于仲裁者缺乏民主合法性(democratic legitimacy),仲裁程序往往缺乏透明度,一些判决自相矛盾,导致了国际投资法与国内公法的冲突。

鉴于此,许多国内公法的律师,以及一些国际法的律师都将投资协议仲裁看作是对公法价值(例如民主、法制规则)的威胁<sup>2</sup>。近年来在各国重新修订投资协议政策甚至退出 ICSID 公约的背景下,一些人呼吁重回国内法和国内法庭<sup>3</sup>。但这也并非良策,因为国内体系无法提供独立有效的保护以应对不正当的政府干预。尽管如此,由于国际投资协议对国内公法存在影响,国际投资法仍将继续面

\* Stephan W. Schill (schill@web.de) 是德国海德堡马克思·普朗克比较公法和国际法学会的高级研究员。他是纽约大学法学硕士(2006)和法兰克福大学法学博士(2008),并在纽约担任律师。作者感谢 José Alvarez, Giorgio Sacerdoti, Michael Waibel 和 André von Walter 对本文的有益建议。本文中作者的观点不代表哥伦比亚大学或其合作伙伴及支持者的观点。《哥伦比亚国际直接投资展望》(ISSN 2158-3579)是同行评议刊物。

<sup>1</sup> 2010 年 8 月 31 日发布,全文见 [http://www.osgoode.yorku.ca/public\\_statement](http://www.osgoode.yorku.ca/public_statement)。

<sup>2</sup> 见 Gus Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law* (Oxford: Oxford University Press, 2007); David Schneiderman, *Constitutionalizing Economic Globalization: Investment Rules and Democracy's Promise* (Cambridge: Cambridge University Press, 2008)。

<sup>3</sup> 见前注 1。

临增加透明度和给予政府充足政策空间的要求。如果国际投资法和投资仲裁无法体现公法价值，当前体系就可能由于公法挑战而消亡。因此国际投资法必须通过吸收公法精神来应对这一挑战。

正因如此，我们应当研究如何在国际投资法中引入公法精神来反思而非消灭投资仲裁<sup>4</sup>。按照这一思路，投资协议标准应当参考公法的标准，并可进一步由比较法学所确立<sup>5</sup>。反过来，投资仲裁团应当理解其所进行的司法审查虽然具有国际性，但也应当吸收行政法庭或宪法法庭的元素，其参与的是公法判决而非单纯的商业仲裁。总之，投资协议仲裁不仅仅要基于各方自主原则解决私人纠纷，还应当将良好管理的原则和法制原则应用到国际投资关系之中。

由于国际投资法的国际性特征使得投资争议无法通过单一国家的法律来解决，因此仲裁团应当援引比较公法（**comparative public law**），包括国内公法和国际公法（如 **WTO** 规则、人权规则、欧盟法案等），并进一步提出可以作为国际法公认基础的公法一般规则。这将促进比例原则的使用从而平衡投资者权利和东道国管理利益，并有助于将投资法概念（如对正当期望的保护）与公法的原则相结合。类似的，比较公法还有助于重新审视投资仲裁程序，其方式包括列示合适的公法审查标准、推出透明度和第三方参与的可信理念<sup>6</sup>。这些都能通过与国内公法的比较来增强投资法的合法性。

这种方法已经在实践中得到了应用。**Total S.A. 诉阿根廷政府案**<sup>7</sup>、**Lemire 诉乌克兰政府案**<sup>8</sup>的仲裁团援引国内和国际公法来解释公平与公正待遇标准。这些判决都显示了比较公法是一项有用的工具，而传统的协议解释方法和习惯法基础在当前规制体制下面临局限。因此，重视公法挑战并不意味着国际投资法的消亡。当前并无必要对体系进行制度性变革，也无需回归国内法，而是需要改变这一领域的思维倾向。当务之急是仲裁者在应用和修订投资协议标准时应更广泛地援引比较公法概念，并重新认识自己的角色和责任——对当前纠纷和整个国际投资保护体系都有影响的公法判决者。

（南开大学国经所硕士关秋翻译）

<sup>4</sup> 见 Stephan Schill, ed., *International Investment Law and Comparative Public Law* (Oxford: OUP, 2010)

<sup>5</sup> 见《国际法院规约》(Statute of the International Court of Justice) 第 38 条第 1 款 (c)。

<sup>6</sup> 对于这些问题的讨论见前注 4。

<sup>7</sup> *Total S.A. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/04/1, *decision on liability* (December 27, 2010), at 111 and 128-134

<sup>8</sup> *Lemire v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/06/18, *decision on jurisdiction and liability* (January 14, 2010), at 506

转载请注明“**Stephan W. Schill**，‘公法挑战：国际投资法走向反思还是消亡’，哥伦比亚国际直接投资展望，No. 58，2012年1月30日。转载需经哥伦比亚维尔可持续国际投资中心授权 ([www.vcc.columbia.edu](http://www.vcc.columbia.edu))。”请将副本发送至哥伦比亚维尔中心 [vcc@law.columbia.edu](mailto:vcc@law.columbia.edu)。

如需详细信息请联系：维尔哥伦比亚国际可持续投资中心，**Jennifer Reimer**,  
[FDIPerspectives@gmail.com](mailto:FDIPerspectives@gmail.com) 或 [jreimer@lyhplaw.com](mailto:jreimer@lyhplaw.com)

由 Karl P. Sauvant 博士领导的哥伦比亚维尔可持续国际投资中心 (VCC) 是由哥伦比亚法学院和地球研究所联合建立的研究机构。它力图成为全球经济环境下的对外直接投资事务的领导者。VCC 致力于分析和讲授对外直接投资公共政策和国际投资法的含义。