



## 哥伦比亚国际投资展望

哥伦比亚大学维尔国际可持续投资中心

FDI 热点问题的观点

系列 110 2013 年 12 月 9 日

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

执行编辑: Shawn Lim (shawnlw@gmail.com)

### 注意仲裁员选择的任意性

Gus Van Harten<sup>\*</sup>

近年来，投资协定仲裁发展迅速。下面列出了从对仲裁员裁决的分析中得到的几点发现。<sup>1</sup>这些发现可以支撑广泛的结论：

- 仲裁员审阅了广泛的立法、行政、司法决定，但在与国内国际法庭相关的广泛领域并没有发挥司法的限制作用；
- 仲裁员通常采取扩展方式实现其权威和对投资者补偿的授权，尤其是投资者来自西方主要资本输出国的时候；而且
- 决定权高度集中于仲裁员，这彰显出一种需要，即应仔细审查最活跃的仲裁员如何扩展投资协定的内涵和相应的国家责任原则。

首先，在议题中有编码的 162 个案例中，仲裁员审查了其行政措施，分别在 37% 和 44% 的争端中涉及到国内的立法或司法判决。在至少一半的案例中，仲裁员审查了其一般性的执行措施——因为它们影响到索赔背后的参与者——而不仅仅

针对索赔的特定措施。

然而很少有证据表明仲裁员普遍采取国内和国际法庭通常采用的方式发挥其限制作用。<sup>2</sup> 例如，由于执行机构的相对能力、投资协议认同的论坛作用或者以合约为基础的等待期或对仲裁的分歧等问题，很少甚至没有这种限制性作用的证据。<sup>3</sup> 同样，法庭经常审查国内法律，但由于立法机构的相对责任，并没有法庭在一般意义上起限制性作用的证据。实际上，人们发现仲裁员常常援引与司法限制相联系的相关概念，如平衡与比例等，尤其是在扩展而不是限制其权威性之时。

第二，这一领域明显为有创造性的律师业提供了良好环境，这伴随着仲裁员们维护其权威而采取的扩张性方法。这在有编码的司法和独立性议题中是显而易见的，例如，多样化的企业国籍作为索赔者可能采取的博弈策略，包括受保护投资的定义、平行诉讼风险、实质性标准（包括间接征用和公平合理的待遇）等。<sup>4</sup> 同时，对来自美国、英国、法国和德国索赔者有利的广义解释的倾向也在迅速增长。<sup>5</sup>

第三，权力高度集中于仲裁员。例如，从仲裁员对有争议的法律问题做出的决议来看，显示出——在获得委任的 247 名仲裁员中——最活跃的 24 位仲裁员执行一半左右的解决方案而且严重倾向于扩展其权威。其他观察家发现，在国际投资争端解决中心（ICSID）法庭的 263 个案例中，有 12 位仲裁员出现于其中 60% 的裁决中；而且 15 位仲裁员在 247 项投资协定裁决的 55% 的案例中出现。<sup>6</sup>

这些观察只是描述性的、近似的，而且受到其他重要的限制的约束。<sup>7</sup> 展示这些现象的目的在于给读者一个关于投资协定仲裁如何演变的直观感受，而这种演变来源于仲裁员具有任意性的选择。

在政策层面,观察表明了由大量参与者——如立法者或法官的国家级协会——进行更仔细审查的需要,尤其对仲裁员如何行使其权力、其行为是否与公共责任相一致、司法限制和基本的公平性问题等。同时,国家在面对投资者要求的合理前景或寻求保护非西方投资者时,应对保护行为以及如何避免下行风险做出系统性的评估。

(南开大学国经所刘晨翻译)

---

\* Gus Van Harten (gvanharten@osgoode.yorku.ca) 是多伦多约克大学奥斯古德法学院副教授。作者感谢 George A. Bermann, Juan Carlos Boué 和 Kyla Tienhaara 的建设性评审意见。**本文作者的观点不代表哥伦比亚大学或其合作伙伴和其支持者的观点。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> 这些观察是以关键词为基础、对公开的评审意见以及已知的投资协定的相关资料的搜索与分析。方法的概述见作者著“主权选择与主权约束：投资协定仲裁中的司法限制”(牛津大学：牛津大学出版社，2013年版)。

<sup>2</sup> 例外是少数情况下，尤其是北美自由贸易协定(NAFTA)框架下，由于国内法庭的作用或在一些实质性标准的具体解释方面，仲裁员只表示出一般的约束力量。

<sup>3</sup> 例如，观察者发现在协定索赔达成之前、索赔行为没有等到要求的时间之时，法庭允许投资者对 19 项中的 14 项申请索赔，在索赔条款有歧义的情况下（即条款对索赔行为不支持的情况下）投资者可以对 17 项中的 15 项要求索赔。

<sup>4</sup> Gus Van Harten, “不对称裁决中的仲裁员行为：投资条约仲裁的实证研究,” 50 *OHLJ* 211 (2012).

<sup>5</sup> 同上。

<sup>6</sup> Jose A.F. Costa, “WTO 小组成员和国际投资争端解决中心仲裁员的比较：国际法领域的创见,” 1(4) *Oñati 社会法律系列* 11 (2011); Pia Eberhardt and Cecilia Olivet, “从不公正中获利：律师事务所、仲裁员和金融家如何助长投资仲裁热潮”(布鲁塞尔/阿姆斯特丹:欧洲天文公司和跨国研究所, 2012), p. 38, 参见：<http://www.tni.org/sites/www.tni.org/files/download/profitfrominjustice.pdf>.

<sup>7</sup> *Supra* 注释 1 和 4.

转载请注明：“Gus Van Harten, ‘注意仲裁员选择的任意性’, *哥伦比亚国际直接投资展望*, No. 110,

2013 年 12 月 9 日。”转载须经维尔哥伦比亚可持续国际投资中心授权. 转载副本须发送到维尔哥伦

比亚中心的 [vcc@law.columbia.edu](mailto:vcc@law.columbia.edu)。

如需详细信息请联系：维尔哥伦比亚可持续国际投资中心，Shawn Lim, shawnlwk@gmail.com 或者 shawn.lim@law.columbia.edu。

由 Lisa Sachs 女士领导的哥伦比亚维尔可持续国际投资中心(VCC)，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，也是唯一通过跨学科研究、项目咨询、多方利益相关者对话、教育规划、资源和工具开发，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。

### **最新哥伦比亚国际直接投资展望文章**

- No. 109, Xavier Carim, “Lessons from South Africa’s BITs review,” November 25, 2013.
- No. 108, John Gaffney and Janani Sarvanantham, “Achieving sustainable development objectives in international investment: Could future IIAs impose sustainable development-related obligations on investors?,” November 11, 2013.
- No. 107, Nikia Clarke, “Go out and manufacture: Policy support for Chinese FDI in Africa,” October 28, 2013.
- No. 106, Karl P. Sauvart, “Three challenges for China’s outward FDI policy,” October 14, 2013.
- No. 105, Marino Baldi, “Are trade-law inspired investment rules desirable?,” September 30, 2013.

**所有之前的《FDI 展望》可通过以下网站获得：**

**<http://www.vcc.columbia.edu/content/fdi-perspectives>**.