



国际投资法上的间接征收问题

蔡从燕 李尊然 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

法治建设与法学理论研究部级科研项目



国际投资法上的间接征收问题

蔡从燕 李尊然 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

国际投资法上的间接征收问题 / 蔡从燕, 李尊然著
—北京: 法律出版社, 2015. 12
ISBN 978 - 7 - 5118 - 8753 - 5

I. ①国… II. ①蔡…②李… III. ①国际投资法学
—研究 IV. ①D996. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 281826 号

国际投资法上的间接征收问题

蔡从燕 李尊然 著

责任编辑 高山 汤子君
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2015 年 12 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 三河市龙大印装有限公司

印张 8.75 字数 212 千

印次 2015 年 12 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 8753 - 5

定价: 40.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

绪论 001

一、研究背景 001

二、学术史评估 005

(一)国外学术史评估 006

(二)国内学术史评估 011

三、本书结构与研究思路 015

第一章 国际投资法中间接征收的新发展 018

一、概述 018

二、间接征收的历史与现实 019

(一)20 世纪 90 年代以前的间接征收问题 019

(二)20 世纪 90 年代以来的间接征收问题 021

三、间接征收涉及的基本矛盾 025

(一)发展中国家与发达国家之间的矛盾 026

(二)维护东道国公共权威与保护外国投资者私人权益 之间的矛盾 027

(三)经济价值与非经济价值之间的矛盾 034

四、间接征收的认定标准 035

(一)法律学说 036

(二) 法律规范 037

(三) 争端解决 042

五、间接征收的补偿 052

本章小结 056

第二章 美国法院中的间接征收裁判实践 057

一、法律依据与裁判情况 058

(一) 法律依据 058

(二) 裁判实践 059

二、管制性征收的认定 060

(一) 征收对象 060

(二) 认定标准 062

三、损害赔偿 089

(一) 补偿标准 089

(二) 公平的市场价值的计算方法 090

(三) 补偿范围: 特殊情况下“公平的市场价值”的计算规则 096

(四) 公平的市场价值的替代性标准 098

本章小结 100

第三章 伊—美求偿庭的间接征收裁判实践 102

一、法律依据与裁判情况 103

(一) 法律依据 103

(二) 裁判情况 105

二、间接征收的认定 106

(一) 征收对象 106

(二)间接征收的形式 117

三、间接征收的损害赔偿 139

(一)影响因素 139

(二)补偿标准 145

(三)损害估价 150

本章小结 162

第四章 欧洲人权法院的间接征收裁判实践 163

一、法律依据与裁判情况 164

(一)法律依据 164

(二)裁判情况 170

二、间接征收的认定 170

(一)征收对象 170

(二)征收形式 172

(三)认定标准 178

三、间接征收的损害赔偿 180

(一)影响因素 180

(二)补偿范围 182

(三)补偿标准 183

(四)损害估价 184

四、欧洲人权法院对外国投资者的保护 186

本章小结 187

第五章 NAFTA 仲裁庭的间接征收裁判实践 189

一、概述 190

(一)法律依据	190
(二)裁判情况	192
二、间接征收的认定	192
(一)征收对象	192
(二)征收形式	195
(三)“相当于征收的措施”	198
(四)认定因素	201
三、间接征收的损害赔偿	203
(一)影响因素	203
(二)补偿范围	205
(三)补偿标准	206
(四)损害估价	208
本章小结	210

第六章 中国与间接征收法律问题 212

一、概述	212
二、中国投资条约与间接征收	214
(一)中国投资条约中的征收规则	214
(二)中国投资条约中的间接征收规则	218
三、中国投资条约中的间接征收规则与国内法	230
(一)中国国内法中的间接征收规则	231
(二)中国投资条约中的间接征收规则与中国国内法的互动	236
四、涉及中国的间接征收争端	239
(一)涉及中国的间接征收风险的背景	239
(二)涉及在华外国投资者的间接征收争端	240

(三) 涉及中国海外投资者的间接征收争端 246

本章小结 248

结论 249

附录 252

参考文献 265

后记 272

绪 论

一、研究背景

普遍认为,征收包括直接征收(direct expropriation)^①和间接征收(indirect expropriation),前者指东道国通过正式地转移所有权或直接没收,后者指东道国没有通过正式地转移所有权或直接没收,但其采取的行动具有相当于直接征收的效果。^② 在 Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton v. TAMS - AFFA Consulting Engineers of Iran 案中,伊—美求偿庭(Iran - United States Claims Tribunal)指出:“根据国际法,一国对使用特定财产或享用其收益之

① “国有化”(nationalization)是经常被与“征收”一起提及的概念。二者的基本含义相同,但仍有一些区别:第一,征收是传统的法律概念,征收权被认为是主权国家固有的权力。而国有化的概念是在“十月革命”后才出现的。第二,实行征收不一定需要颁布专门性的法律,而实行国有化一般需要颁布专门性的法律。第三,国有化的规模、范围一般大于征收,并且反映国家的社会经济结构的变化。参见余劲松:《跨国公司的法律问题研究》,中国政法大学出版社1989年版,第281页;曾华群:《中外合资企业法律的理论实务》,厦门大学出版社1991年版,第193~194页。

② See 2004 US BIT Model, Annex B: Expropriation.

干预可以构成剥夺或夺取,即使财产的法律所有权不受影响”。^① 不过,传统的投资条约——主要是双边投资条约(Bilateral Investment Treaty, BIT)——并未详细地规定间接征收的含义,^②而只是宽泛地称为诸如“任何其他[与征收]具有相似效果的措施”(any other having similar effect)^③“间接地通过等同于征收或国有化的措施”(indirectly through measures tantamount to expropriation or nationalization)“具有相当于国有化或征收的效果的措施”(measures having effect equivalent to nationalization or expropriation)。^④第一次明确采取“间接征收”术语的投资条约可能是2003年5月6日美国—新加坡自由贸易协定(Free Trade Agreement, FTA)签署后美国贸易代表致新加坡贸工部部长的换文。^⑤

20世纪70年代末期,伊斯兰革命爆发后的伊朗政府大规模地采取严重损害外国人尤其美国人的财产的措施。与“十月革命”后成立的苏联以及20世纪50年代起实现政治独立或恢复政治独立的许多发展中国家的大规模的直接剥夺外国人的财产权的征收措施不同,伊朗政府采取的许多措施(如限制董事会会议)并未直接剥夺外国人的财产权,但其效果相当于直接剥夺外国人的财产,这些此后被统一称为间接征收的措施当时被称为“渐进式征收”(creeping expropriation)。正是由于伊朗政府对于外国投资采取的这些有别于以往的措施,国际法学者开始从结构性的意义上理解征收的形态即征收包括直接征收和间接征

① Award No. 141-7-2(1984), 6 Iran - United States C. T. R., p. 225.

② See *Lauder v. Czech Republic*, UNCITRAL, Final Award of September 3, 2001, p. 200.

③ 例如,中国—阿根廷 BIT 第4条第1款。

④ 例如,美国—阿根廷 BIT 第4条第1款。

⑤ Exchange of Letters on Expropriation, at http://www.ustr.gov/assets/Trade_Agreements/Bilateral/Singapore_FTA/Final_Texts/asset_upload_file58_4058.pdf, August 10, 2006. 该换文也可参见本书附录一。

收,尤其是随着1983年起伊—美求偿庭开始受理伊朗政府对美国人的财产采取的被指控构成征收的争端,国际法学界掀起了研究间接征收的“第一次浪潮”。事实上,成规模的间接征收研究正是从伊朗针对外国人的财产实施间接征收以及随后伊—美求偿庭的裁判实践开始的。

然而,间接征收受到主权国家的广泛关注并非始于20世纪70年代伊朗采取的上述措施以及随后伊—美求偿庭的裁判实践,而是始于20世纪90年代中后期起在《北美自由贸易协定》(North American Free Trade Agreement, NAFTA)投资体制下投资者多次指控NAFTA的缔约方——包括美国、加拿大和墨西哥——采取的涉及环境保护等公共政策的措施构成间接征收。研究间接征收的权威学者纽康姆(Newcombe)认为,针对间接征收的研究在进入21世纪后的蓬勃发展——不妨称为研究间接征收的“第二次浪潮”——主要是由在NAFTA投资体制下发生的三起外国投资者指控东道国采取的涉及环境保护的措施构成间接征收的案件,^①即Metalclad v. Mexico案、^②Ethyl v. Canada案^③和Azinian v. Mexico案。^④

较之伊斯兰革命后伊朗政府被指控针对外国投资采取间接征收,晚近NAFTA及其他投资条约体制下东道国被指控实施间接征收之所以引起主权国家普遍关注是有深刻原因的。质言之,伊朗政府针对外国人的财产实行间接征收是在特定国际关系背景下的特殊产物。从这

① Andrew Newcombe, The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law, in Philippe Kahn and Thomas W. Walde ed., *New Aspects of International Investment Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 302.

② Metalclad v. the United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97.1, Award of 30 August 2000.

③ Ethyl Corporation v. Canada, Award of 24 June 1998.

④ Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Bacca v. the United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/2, Award of 1 November 1999.

个意义上讲,20 世纪末期伊朗政府针对外国人财产实施间接征收措施与 20 世纪 50 年代起许多发展中国家针对外国投资实施直接征收根本上是一致的。然而,随着国际关系的改善以及各国对于外资在本国发展经济以及参与国际合作方面的积极作用的普遍认可,再次发生像伊朗那样对待外国投资的情况的可能性是比较低的。事实上,20 世纪 80 年代以来发展中国家基本没有再对外国投资实施过直接征收,更遑论大规模的征收;同样地,类似于伊朗案例的个案迄今为止也没有再发生过。其结果是,虽然伊朗案例使得间接征收争端成为国际法学者的重点研究议题,却没能成为各国政府的重要政策关切,甚至没有成为投资者的重要风险关切。

与此不同,晚近许多东道国采取的被投资者指控构成间接征收的措施往往是为了向公众提供各国普遍承认的公共产品(如洁净的环境)。由于为公众提供公共产品是任何政府存在之正当性的基础,因而这些措施的采取与实施必然是经常性、持续性的。无论对于东道国还是投资者来说,这些措施的经常性与持续性都对其构成重要的挑战:对于东道国来说,如果这些措施被轻易地认定构成间接征收,则其为公众提供公共产品的能力将受到经常性、持续性的威胁,进而政府存在之正当性将受到损害;对于投资者来说,如果这些措施一律不被认定构成间接征收,则其投资安全也将受到经常性、持续性的威胁,甚至诱发东道国政府以提供公共产品为名行不当损害投资者权益之实。^①正因如此,不少国际法学者把晚近发生的间接征收争端称为“管制性征收”

① 从这个意义上说,博艾斯(Beauvais)对 NAFTA 对成员方环境立法的影响的评论是正确的即 NAFTA 第 1110 条对环境立法及投资者成功指控间接征收的实际效果未必很明显,但他们可能以此作为政策辩论及立法游说过程中的利器,使东道国在制定管制措施时有后顾之忧。Joel C. Beauvais, Regulatory Expropriation under NAFTA: Emerging Principles & Lingering Doubts, New York University Environmental Law Journal, Vol. 10, 2002, p. 287.

(regulatory expropriation) 争端。2008 年以来爆发的全球经济危机有力地表明,随着全球化进程的推进以及各国普遍日益深刻地参与全球化进程,各国政府治国理政所处的环境、面对的问题更加复杂,它们在选择特定政策工具应对特定问题时更有可能,甚至不可避免地损害特定利害关系方的利益。从这个意义上说,虽然国际仲裁庭通常避免做出存在间接征收的认定,^①但这不表明研究间接征收问题是不重要的。

就中国而言,20 世纪 80 年代以来,中国政府通过投资条约和国内法一再申明,中国原则上不对外国投资实施征收;特殊情况下基于公共利益需要实施征收的,将给予适当补偿。间接征收问题在 20 世纪 90 年代以前并未成为重要的政策关切,并且中国国内法中并不存在间接征收概念,因此我们有理由认为,中国政府在做出这些申明时并未充分考虑,甚至没有考虑到间接征收问题。众所周知,较之发达国家,作为政治、经济与社会均处于全面转型期的国家,中国所处的环境和面对的问题都更为复杂,而政府的治理能力存在许多不足。由此,中国各级政府采取的相关措施被指控或者被认定构成间接征收的风险会更大。与此同时,中国正在成为日益重要的资本输出国,中国海外投资者面临的间接征收风险也在增加。

以上是本书的基本研究背景。

二、学术史评估

如下的学术史评估表明,在过去的十余年间,有关间接征收的研究获得了重要进展。尽管如此,专门研究间接征收的著作似乎暂付阙如。

^① 参见李尊然:《管制性征收与国际投资法的新发展》,载《武大国际法评论》2007 年第 1 期。

(一) 国外学术史评估

从根本上说,征收问题涉及国际法上的对外国人——包括其财产——的保护问题。从这个意义上说,征收可以说是国际法上最古代的问题之一。^①在《战争与和平法》中,格老秀斯就声称追讨债权是发动战争的合法理由之一。^②关于国际法上的外国人保护问题的系统性研究也不在少数。比如,博查德(Borchard)撰写的《海外公民的外交保护或关于国际求偿的法律》^③和富兰克林(Franklin)撰写的《国外利益的保护:外交与领事实践研究》^④是两项重要的研究成果。不过,直到20世纪20年代,国际法学者才开始系统性地关注国际法上的征收问题,其标志性的进展之一是哈佛大学法学院在1929年发布了《关于国家对外国人造成损害所负国际责任的公约草案》(Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens)。^⑤1950年出版的弗里雷曼(Friedman)撰写的《国际法上的征收》被公认为是该领域的代表性著作。^⑥弗里雷曼开门见山地指出,国家侵夺私人财产的方式有两种:一种是由于“公共服务的正常运转”(normal functioning of public service),另一种是国家直接接管。^⑦值得注意的是,弗里德曼指出:“从国际法的观点来看,由于公共服务正常运转导致的间接征收看起来不

① S. Friedman, *Expropriation in International Law*, Stevens & Sons Limited, 1953, preface.

② [荷]格老秀斯:《战争与和平法》,何勤华等译,上海人民出版社2005年版,第108页。

③ Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad Or the Law of International Law*, The Banks Law Publishing Co., 1925.

④ William Mchenry Franklin, *Protection of Foreign Interests: A Study in Diplomatic and Consular Practice*, United States Government Printing Office, 1946.

⑤ See Louis B. Sohn and R. R. Baxter, *Responsibility of Sates for Injuries to the Economic Interests of Aliens*, *American Journal of International Law*, Vol. 55, 1961.

⑥ S. Friedman, *Expropriation in International Law*, Stevens & Sons Limited, 1953. 该书以法文于1950年出版,英文版是在法文版基础上修改而成的。

⑦ S. Friedman, *Expropriation in International Law*, Stevens & Sons Limited, 1953, p. 1.

会造成任何大的麻烦。”^①原因是,在他看来,这一问题可以由国内法自行处理。他认为“国际法把这些被描述为没收的措施看作完全属于非法行为发生地的国家管辖范围之内”。^②为此,他专门举例说,虽然普遍和非歧视地实施一种严厉的税收制度会产生类似直接征收的效果,但其合法性似乎不会受到质疑。^③但是,在他看来,国家直接干预私人财产导致的直接征收会导致相当复杂的国际法问题。^④这说明,当时的国际法学者并不十分关注间接征收问题,^⑤以至于弗里德曼甚至把间接征收看作完全可以由国内法加以处理的问题。

如前所述,对于间接征收的成规模的研究始于20世纪末伊斯兰革命后伊朗政策对外国人财产采取的措施,尤其伊—美求偿庭的裁判实践。事实上,间接征收的另一表述即“渐进式征收”的概念就是在20世纪70年代后出现的。^⑥在这方面,代表性的学者是希金斯(Higgins)和多而泽(Dolzer)。在1982年海牙国际法研究院讲授《国家对财产的夺取:国际法的新发展》时,希金斯颇为详细地考察了国内法(以美国为主)和国际法(《欧洲人权公约》、国际法院、伊—美求偿庭等)有关“间接夺取”(indirect taking)的实践。^⑦希金斯认为,人们从伊—美求偿庭的实践中可以发现涉及间接夺取的极让人感兴趣的各种问题。^⑧希金斯认为,国内法的做法可能有所不同,但根据国际法,只要

① S. Friedman, *Expropriation in International Law*, Stevens & Sons Limited, 1953, p. 1.

② Id.

③ Id., p. 2.

④ Id., p. 3.

⑤ See also R. Higgins, *The Taking of Property of the States*, Recueil Des Cours, 1982, III, p. 322.

⑥ 曾华群:《中外合资企业法律的理论实务》,厦门大学出版社1991年版,第192页。

⑦ R. Higgins, *The Taking of Property of the States*, Recueil Des Cours, 1982, III.

⑧ Id., p. 328.

某项管制性行为造成的效果构成“夺取”,就必须给予公正的补偿(just compensation)。^①换言之,晚近间接征收研究中逐步获得重视的“目的”因素在希金斯看来并不重要。事实上,对于美国法院区别对待为公共使用目的而进行的夺取和为管制目的而进行的夺取的做法的妥当性,她表示了怀疑。^②质言之,希金斯倾向的是所谓的“效果标准”。不过,她也认为,基于经济和财政管制的原因对于私人财产的干预在很大程度上应该予以容忍。^③值得注意的是,希金斯并未使用“间接征收”,而是使用“间接夺取”的表述。

首次明确以“间接征收”表述研究新的征收形式的学者可能是多而泽。在“解决投资争端国际中心”(The International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID)——众所周知,该机构是根据《解决国家与他国国民间投资争端公约》(1965年)成立的——主办的《ICSID评论》(ICSID Review)创刊号上,多而泽发表了《对外国人财产的间接征收》,^④该文在此后的间接征收研究中被广泛地引用。多而泽认为,在间接征收问题方面尚未形成全面的学说,许多主张还缺乏有力的论证。^⑤20世纪90年代中后期以来,随着涉及间接征收的投资仲裁实践的发展,有关间接征收的研究急剧增加。这些研究大都综合考察关于间接征收的国内法与国际法实践,尤其关注美国法实践对于完善投资条约与仲裁实践的借鉴价值。^⑥从发达国家学者的角度来看,代表性学者是

① R. Higgins, *The Taking of Property of the States*, Recueil Des Cours, 1982, III, p. 331.

② Id.

③ Id.

④ Rudolf Dolzer, Indirect Expropriation of Alien Property, 1 *ICSID Review*; F. I. L. J. 41, 1986.

⑤ Id., p. 43.

⑥ See, e. g., Jon A. Stanley, Keeping Big Brother out of Our Backyard; Regulatory Taking as Defined in International Law and Compared to American Fifth Amendment Jurisprudence, *Emory International Law Review*, Vol. 15, 2001.

纽康姆(Newcombe)。他对于间接征收与管制权、间接征收的认定标准以及涉及间接征收的争端解决实践都进行了系统性考察与研究。^①从发展中国家学者的角度来看,代表性学者是索纳拉嘉(Sornarajah)。作为数十年来在国际投资法律秩序方面从不停歇地为发展中国家鼓与呼的学者,索纳拉嘉尤其注重在认定与处理间接征收争端中维护东道国的权益。^②间接征收还成为许多学术会议的重要议题。比如,2002年4月26日至27日,纽约大学法学院环境与土地使用中心与《纽约大学环境法杂志》联合召开“国际法中的管制征收”学术研讨会(Colloquium on Regulatory Expropriations in International Law),众多国际组织高级代表、政府高层官员、知名学者及实务界人士纷纷与会,针对间接征收的理论与实务问题展开深入讨论。有学者认为,间接征收问题是未来国际投资规则中的争论核心。^③

间接征收有两大核心问题,即认定与补偿。就前者而言,国际法学者基本已经达成共识,并且在晚近新缔结的投资条约中也得到验证即:虽然在认定间接征收时仍然应当以“效果”因素,即东道国政府相关措施对外国投资者的投资造成的影响为主要考量,但也要适当地考虑另两个因素,包括:(1)“目的”因素,即东道国政府采取相关措施所采取的目的;(2)“效果”与“目的”之间的关系,比如东道国采取相关措施造成的效果是否是其寻求实现的目的所必要的。与此相比,针对间接征收的补偿问题要少得多。在这方面,国际法学者较多地关注补偿额的计

① Andrew Newcombe, *The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law*, *ICSID Review - FILJ*, Vol. 20, No. 1, 2005.

② M. Sornarajah, *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 2015, Chapter 4.

③ Rainer Geiger, *Regulatory Expropriations in International Law: Lessons from the Multilateral Agreement on Investment*, *New York University Environmental Law Journal*, Vol. 11, 2002, p. 107.