

## 利益平衡与对外资间接征收的认定及补偿\*

徐崇利

**内容提要：**传统上南北国家围绕直接征收补偿标准的重大争议，已为晚近对间接征收问题的讨论所取代。在间接征收的认定及补偿问题上，晚近的国际投资仲裁实践出现了偏袒外国投资者的倾向。为此，需要引入源于国内行政法的“比例原则”，建立平衡东道国与外国投资者之间利益的国际法制。此等国际法制的构建也符合我国同时作为资本输入国与输出国的综合利益，同时，对日后我国建立有关间接征收的国内法律制度，也不乏借鉴意义。

**关键词：**间接征收 外资管理 利益平衡 国际仲裁

徐崇利，厦门大学法学院教授、国际法专业博士生导师、法学博士。

### 一 导 论

自 20 世纪 80 年代以来，国际投资关系出现了从传统的投资法律保护问题转向投资自由化问题的趋势。在这一发展趋势下，以往作为国际投资法律保护中心议题的征收问题，似乎已逐步被我国国际经济法学界所冷落乃至淡忘。然而近年来，东道国政府对外资的征收问题再次成为国际投资法中的新焦点，受到了国外学术界的广泛关注。

征收是指国家基于社会公共利益对外国投资者的财产实行剥夺的行为，可区分为两种类型：一种是“直接征收”，指东道国政府公开地、一次性地将外资收归国有；另一种是“间接征收”，指东道国政府采取干预外国投资者行使财产权的各种措施，从而导致其失去实质效用的行为，又称“管理征收”、“事实征收”、“变相征收”、“推定征收”、“逐渐征收”等。

二战之后，广大发展中国家为了维护经济主权，对外资展开了国有化运动，大规模地直接征收外国投资者的财产。20 世纪 50 - 70 年代，直接征收的补偿标准问题一直占据着国际投资法的中心议题。因直接征收表现为东道国政府取得外国投资者财产所有权的一种确定性行为，难以辩驳，故对直接征收的认定比较容易，历来极少发生争议，<sup>〔1〕</sup>以往南北双方大有争议的是直接征收的补偿问题。而至晚近，在征收的补偿问题上，至少发达国家认为，发展中国家已接受“充分、及时、有效”之补偿标准，“赫尔公式”已成为国际习惯法。由此，传统上围绕直接征收补偿标准的争论，在西方学术界已基本上偃旗息鼓。

在发展中国家刚获得独立之时，国民经济处于一穷二白的状况，需要直接征收外资，以完成民族工业“从无到有”的建立过程。然而，随着民族工业的建立，发展中国家需要外资发挥促进当地经济社会

\* 本文受作者入选的 2004 年度教育部“新世纪优秀人才支持计划”（编号：NCET-04-0592）资助。

〔1〕 参见 Z. A. Alqurashi, Indirect Expropriation in the Field of Petroleum, *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 5, 2004, p. 902.

发展的功能,而不是这些外资财产本身。此时,发展中国家如再对外资实行直接征收,所获得的只不过是一些物化的资产,离开了原来的经营者,这些资产也就失去了市场功能和原有价值;而如果就此发展中国家还需冒支付高额的“充分”补偿之风险,自无多少对外资采取直接征收的动力。然而,在发展阶段,既然发展中国家利用外资是以此促进当地经济社会发展为条件的,那么,为了实现该目的,就需要对外资实行有效的管理,由此而可能引发的便是间接征收的问题。

晚近,许多发展中国家虽然快速建立起了市场经济体系,但其远未达到成熟的程度,始终无法摆脱市场失灵的风险,政府进行干预的结果,势必引发是否对外资实行间接征收的问题。尤其是在一些出现经济危机的发展中国家,更是如此。例如,1997年亚洲金融危机发生时出现在印尼的一系列间接征收事件,尤其是2001年金融危机时阿根廷采取的影响范围甚广的所谓间接征收措施,就属此类。

与此同时,在任何国家,过度推行经济自由化,必将损害应有的社会价值。为此,东道国政府出于保护环境、公共健康、劳工权益等需要,依法采取的各种社会管理措施,也会带来间接征收的问题,并有可能成为这种征收的主要爆发源。<sup>[2]</sup> 例如,1997-2000年,在《北美自由贸易协定》(以下简称NAFTA)争端解决机制下,相继出现了一系列涉及美国、加拿大、墨西哥三个成员国政府因采取保护环境措施而引发的间接征收案件。值得注意的是,以往因经济管理措施带来的间接征收一般只出现在发展中国家,发达国家很少有这样的案例,现因社会管理措施而引发的间接征收所指的对象则多为社会立法发达的西方国家。由此,对于发达国家而言,间接征收由原来的只用以对付发展中国家的利器,如今蜕变成了有可能伤及自身的“双刃剑”,这就使得对间接征收的认定问题更加复杂化。

可见,晚近对间接征收之认定问题的讨论已取代传统的直接征收补偿标准,成为南北国家之间有关国际投资法律问题的重大争议之一。德国著名国际投资法学者多尔泽甚至断言,在国际投资法“所有的这些新发展中,在国家实践方面唯一的一个最重要的发展已非间接征收问题莫属”。<sup>[3]</sup>

众所周知,国际习惯法认可各国政府享有管理外资的“治安权”。据此,即使东道国政府采取的一项限制性管理措施给外国投资者造成了经济损失,但如果该措施仍在“治安权”许可的范围之内,那么,就不构成间接征收,当地政府无需承担赔偿责任。然而,对于“治安权”的具体运用与间接征收之间的界分,现行国际法并未释明,从而形成晚近国际投资中所谓的“征收—管理困境”。<sup>[4]</sup> 实质上,这种困境反映了增进社会公共利益与保护私人财产权之间永恒的张力,需要对二者做出审慎的平衡。然而,晚近的国际投资仲裁实践显示,对于间接征收认定之利益平衡,国际仲裁庭滥用自由裁量权,严重偏袒外国投资者。对此做法,就连美国这样的发达国家都无法认同和接受。于是,在间接征收的认定以及相关的补偿问题上,如何矫正这些国际仲裁员们手中失衡的天平,对维护东道国尤其是像中国这样引资大国的外资产管理权,无疑具有重要的现实意义。

## 二 间接征收之认定:利益平衡的基本理论

在各国的国内法律实践中,对间接征收的认定,应当做到平衡增进社会公共利益的要求与保护私人财产权的需要,早已成为定论,无可异议,即便是在法律上最注重对个人权利保护的美国,也不例外。国际投资条约普遍要求在征收事项上实行非歧视待遇,东道国对待内外资至少应一视同仁,但是,国民待遇原则本身并不排除东道国给予外国投资者以高于本国投资者的待遇。事实上,对于外资间接征收的认定,国际仲裁庭的裁断尺度要比许多国家国内法律实践更为宽松。例如,就此,外国投资者得到的国

[2] 参见 R. Dolzer & F. Bloch, *Indirect Expropriation: Conceptual Realignment?*, *International Law FORUM du droit international*, Volume 5, Number 3, 2003, p. 155.

[3] 引自 R. Dolzer, *Indirect Expropriations: New Developments?*, *New York University Environmental Law Journal*, Vol. 11, 2002, p. 65.

[4] 参见 J. L. Gudofsky, *Shedding Light on Article 1110 of the North American Free Trade Agreement (NAFTA) Concerning Expropriations: An Environmental Case Study*, *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 21, 2000, p. 259.

际法律保护水平在许多方面就高于美国法对本国投资者的保护,亦即国际仲裁庭实际上给予外国投资者以过多的“超国民的待遇”。<sup>[5]</sup> 在国际层面,力主降低对间接征收的认定标准,单方面加大对外国投资者的保护力度,主要获得了如下理论的支持。但细加分析,这些理论均失之偏颇。

### (一) 成本内化理论

一些美国学者运用法经济学中的“外部性”理论,主张只有东道国政府采取的管理措施有利于社会效益的最大化,间接征收才是有效率的。显然,对采取管理措施给外国投资者造成的损害,如果不认定为间接征收,拒绝给予赔偿,就没有把全部的管理成本内化,由此必将鼓励东道国政府实施过度的管制。其中,有可能会形成所谓的“财政幻觉”,即决策者低估需要承担的成本,并在这样的情形下误认为其采取的行动能够达到最理想的政策效果。<sup>[6]</sup>

然而,成本内化理论的反对方批驳道,依公共选择理论,东道国政府中对外资采取管理措施享有决策权的官员,作为一个理性的主体,其是否选择实施间接征收行为,通常是政治激励(如对自己连任及职位升迁的影响等)的结果,考虑的并非是管理效率的问题。因为实行间接征收所带来的赔偿之管理成本并不是由做出决策的官员直接承担,而是由国库支付,除非预算的支出影响到了这些决策官员追求自身政治利益的最大化。一般而言,对外资实行征收性管理措施会给本国人带来经济利益(如宏观经济的稳定)和社会利益(如保护环境),从而有利于这些决策官员获得更多的选票等政治利益。<sup>[7]</sup>

公共选择理论推崇对决策官员的个人利益分析,这种分析方法或许适用于所谓的西方“民主”国家;但在像中国这样的国家,官员普遍被认为代表政府行事,东道国政府对外资采取管理措施通常是基于社会公共利益的考虑,而社会公共利益往往难以简单地用成本/收益的方法加以分析,尤其是对于意在保护生态环境、国民健康和劳工权利等社会管理措施而言,更是如此;即便是经济管理措施,也难以运用这种分析方法。例如,为了防止经济危机,东道国政府采取的宏观调控措施能够带来多大的经济社会收益,是无法估量的。足见,为了维护社会价值和经济稳定,东道国政府对外资采取管理措施,势在必行,很难说这是一种无效率之举;而降低对间接征收的认定标准,外国投资者动辄索要赔偿,使东道国政府处处得通过支付赔偿才能“买断”对外资的管理权,将会导致“管制不足”问题的出现,即因担心支付高额的间接征收赔偿,东道国政府对外资该管的不敢去管。晚近,有关国际仲裁庭放宽了对 NAFTA 第 11 章第 1110 条项下间接征收概念的解释,已经给成员国带来了这种“寒潮效应”。<sup>[8]</sup>

### (二) 公平理论

美国联邦最高法院大法官布莱克曾指出,征收补偿“意在阻止政府强制一些人独自承担公共负担,无论按照哪种公正和正义观,这些负担都应由作为一个整体的公众承担”。美国的一些学者夸大该“公众负担”理论,据此论证放宽对外资间接征收之认定标准的合理性。

然而,正义就像“普鲁透斯的脸”,从来没有不二的标准。“公众负担”理论认为,在间接征收的认定上,为多数人利益牺牲少数人利益是不公平的。这充其量反映的不过是美国的个人主义正义观,而其他国家所具有的也可能是集体主义正义观。在间接征收的情形下,许多是个人权利的行使妨碍了社会公共利益的实现,如外资活动损害了东道国的生态环境等。此时,东道国政府如不加以管制,就等于为少数人利益而牺牲多数人利益,按照集体主义的正义观,这将是更加不公平之举。在跨国层面,对于间接征收的认定,东道国与外国投资者的公平观存在着对立,不能妄言代表投资者利益的“公众负担”理论

[5] 详见 V. Been & J. C. Beauvais, *The Global Fifth Amendment? NAFTA's Investment Protections and the Misguided Quest for an International "Regulatory Takings" Doctrine*, *New York University Law Review*, Vol. 78, 2003, pp. 59-86.

[6] 假设,在一块小面积用地上建一座高而窄的政府办公大楼,土地的市场价为 100 万美元,造价为 1000 万美元,总成本 1100 万美元;而在一块大面积用地上建一座低而宽的同样大楼,土地的市场价为 300 万美元,造价为 900 万美元,总成本 1200 万美元。从全社会角度来看,前一种选择是有效率的;但由于土地对政府是免费的,于是,政府就会选择后者。参见 R. A. Posner, *Economic Analysis of Law*, CITIC Publishing House, 2003, p. 57.

[7] 有关成本内化理论及反对意见,详见 V. Been & J. C. Beauvais, 前引文,第 88-100 页。

[8] 同上,第 132-135 页。

就应成为主导的理念,东道国只能放弃集体主义正义观。在这两种正义观发生冲突时,如以程序正义决定结果,对外国投资者将无不公正可言。

另有一种理论却主张,外国投资者并非当地公民,对东道国的政治进程没有“用手投票”的权利,因而无法影响东道国官员对间接征收的决策。但是,反对的意见却认为,现行的国际投资条约普遍确认了国民待遇原则,外国投资者可以得到与东道国国民同样的待遇。由此,不会出现外国投资者因无法参与东道国的政治进程而任由当地决策官员宰割的情形。何况在全球化时代,即便外国投资者无权“用手投票”,但也有“用脚投票”的权利。如果外国投资者认为东道国的管理气候不佳,可以不选择到该国投资。然而,一旦做出了投资选择,那么,接受东道国政府或松或紧的非歧视性管理,并无不公平之处。外国投资者可能会认为,一旦在东道国投下了资本,许多资本就会“沉没”,以致无法撤出,只能任由当地政府摆布。这种说法同样无法立足。外资在东道国始终受到国际法的保护;而且,如果外国投资者的投资不是独一无二的,东道国为了吸引类似的其他外国投资,不会对该外国投资任意施加过度的管制。<sup>[9]</sup>

### (三) 补差理论

该理论可分为两个方面的主张:一是“外国投资者弱者论”,认为代表东道国的是一国政府,而外国投资者不过是一个个人或公司,双方之间存在着地位不对称的关系。因此,对间接征收的认定,应有利于外国投资者。然而,现代的外国投资者特别是富可敌国的跨国公司相对于弱小的发展中国家而言,并非弱势的一方。另者,晚近,广大发展中国家普遍实行鼓励吸收外资的政策,在利用外资上可谓“有求于”外国投资者;而且各发展中国家引资竞争激烈,需要建立良好的投资法律环境。在此背景下,如果一发展中国家因实施过度管制而给外国投资者带来损失,又不愿承担应有的间接征收赔偿责任,将可能导致大量的外国投资者撤销已作的投资和终止潜在的投资,从而给该国造成事实上的巨大发展压力。显然,经济全球化给外国投资者提供了越来越多的投资场所,使它们获得了更大的“用脚投票权利”,在与发展中国家形成的跨国投资关系中,反而处于强势的地位。

补差理论另一方面的主张是“东道国单方获益论”,认为在国际投资条约中加入间接征收保证条款有助于创造良好的投资环境,鼓励外资的持续流入,从而使东道国受益。鉴于此,东道国不能不承担相应的义务,即不得通过对间接征收条款的限制性解释,来阻挠外国投资者获得赔偿。持此论者,完全系外国投资者的代言人:首先,跨国投资是一种互利的行为,并非外国投资者对东道国的恩赐;其次,像任何国际投资条约的条款一样,有关间接征收的规定不是一种保险制度,不是外国投资者各种无限度之权利可赖以栖身的一个“安全港”或“保险箱”,而只是一种保护机制。据此,东道国对外国投资者提供了实体上和程序上的良好保护,但并不意味着东道国将就此放弃对外资应有的管理权。而且,对外国投资者而言,市场总是不稳定的,东道国的法律也不可能一成不变。对于东道国正常的管理风险,外国投资者应当采取保险以及分散风险等自我风险管理措施,加以防范和应对。

如上所证,主张对间接征收的认定应更有利于外国投资者的种种理论无不缺乏应有的说服力,需要引入一种能够平衡东道国与外国投资者之间利益的理论。

从各国的国内实践来看,间接征收是由政府过度实施管理行为引起的,因此可以归入行政法中政府不当作为的范畴。而在行政法乃至整个公法之中,“比例原则”被誉为“帝王条款”、“皇冠原则”或“黄金原则”,其要义是通过实现公权力与私权利之间的动态平衡,达到个案的公正。因“比例原则”契合法治精神,故许多国家法院对间接征收的判定均以“比例原则”为指导。一般认为,“比例原则”含义有三:一是政府采取的行为之方式必须适合于实现法律规定的目的,即政府行为的“适当性”首先应当得到保证;二是在若干适合实现法律目的的行为方式中,政府必须选用其中对私人造成最小损害的那种方式,即政府行为应具有“必要性”;三是必要的政府行为对私人造成之损害与使社会之获益应当成比例,即应符合狭义的“比例原则”。在这三项要求中,第一、二项往往比较容易满足,关键是第三项要求,即狭

[9] 有关公平理论及反对意见,详见 V. Been, Does an International “Regulatory Taking?”, *New York University Environmental Law Journal*, Vol. 11, 2002, pp. 59-62。

义的“比例原则”应如何运用的问题。

在国际层面,对于间接征收的裁定,“比例原则”也早已得到运用。1954 年生效的《欧洲人权和基本自由公约》(简称《欧洲人权公约》)第一议定书第 1 条第 2 款规定:“……国家有权实施这样的法律,只要确信根据普遍的利益对控制财产的使用或保证税收或其他捐税或罚金的支付是必要的。”根据该款规定,经过长期的实践,欧洲人权法院(现已为欧洲法院所取代)发展出了认定间接征收的标准,即应“公平平衡”增进社会公共利益的需要与保护私人财产权的要求。其中最重要的是采取“比例原则”——只要政府实行的适当的和必要的增进社会公共利益的措施不是不成比例地对私人施加过度的或不合理的负担,就不应该被认定为间接征收;<sup>[10]</sup>无疑,在国际投资法领域,这种理论框架兼顾了东道国和外国投资者双方的利益,应当得到支持。

晚近,对于间接征收的认定,一些国际仲裁庭也开始明确支持采取“比例原则”。例如,在 2003 年裁决的 *Tecmed v. Mexico* 案中,ICSID 仲裁庭采用了欧洲人权法院坚持的“比例原则”,裁决道:“在确定管理行动和措施初步不被排除在征收行为的界定之外,以及加上此等行动或措施的负面财务影响之后,为了判断它们可否被定性为征收,本仲裁庭将考虑此等行动或措施是否与兹假定需要保护的公共利益和给予投资的合法保护成比例,而考虑此类影响的意义,是构成判定该比例的一个关键因素。”2006 年 ICSID 仲裁庭裁决的 *LG&E v. Argentina* 案,也援用了 *Tecmed* 案有关“比例原则”的表述,并指出,“在这样的情况下,必须接受该措施而不应施加任何责任,除非国家的行为与其所需显然不成比例”。

### 三 间接征收之认定:利益平衡的要素选择

在国际投资法律实践中,对于间接征收的认定可能涉及的要素主要有二:一是东道国政府的“行为效果”,即东道国政府采取的管理措施到底在多大程度上损害了外国投资者的财产权;二是东道国政府的“行为性质/目的”,即东道国政府采取的管理措施对于维护或促进社会公共利益的意义到底有多大。就如何选择以上要素构建认定间接征收的法律框架,国际投资仲裁实践存在着严重分歧,具体表现为“单一效果标准”、“单一性质标准”与“兼采效果和性质标准”三者之争。<sup>[11]</sup>“单一效果标准”认为,只要东道国政府采取的管理措施实质性地损害了外国投资者的财产权,不管出于维护多大的公共利益之需要,一概构成间接征收;相反,“单一性质标准”主张,只要东道国政府采取的管理措施具有维护社会公共利益之目的,不管对外国投资者的财产权造成多大的损害,均不能被视为间接征收;而“兼采效果和性质标准”走的是中间道路,要求同时顾及上述两方面的因素。按照该综合标准,即使东道国政府采取的管理措施实质性地损害了外国投资者的财产权,但只要其所维护的公共利益足够强烈,仍不应被认定为间接征收。

无疑,“单一效果标准”旨在单方面保护外国投资者的财产权利,而“单一性质标准”过分强调东道国社会公共利益的优先性。前者显属偏袒外国投资者之举,过分损害了东道国政府管理外资的主权;反之,后者则可能会纵容东道国政府滥用外资管理权,对外国投资者造成不公。总之,上述两种标准均将造成间接征收认定过程中利益考量的严重失衡;而“行为效果和性质标准”的并用,实际上反映了增进东道国社会公共利益与保护外国投资者私人财产权之间的基本平衡,具有理论上的确当性。

[10] 详见 H. R. Fabri, *The Approach Taken by the European Court of Human Rights to the Assessment of Compensation for “Regulatory Expropriations” of the Property of Foreign Investors*, *New York University Environmental Law Journal*, Vol. 11, 2002, pp. 163 - 165; E. M. Freeman, *Regulatory Expropriation under NAFTA Chapter 11: Some Lessons from the European Court of Human Rights*, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 42, 2003, pp. 199 - 200; G. H. Sampliner, *Arbitration of Expropriation Cases under U. S. Investment Treaties - A Threat to Democracy or the Dog that Didn't Bark*, *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, Vol. 18, 2003, pp. 21 - 22。

[11] 详见 U. Kriebaum, *Regulatory Takings: Balancing the Interests of the Investor and the State*, *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 8, 2007, pp. 724 - 729。

正因如此,笔者认为,有关间接征收认定国际法律框架的建立,应朝着“兼采效果和性质原则”的方向发展。

目前,在国际投资法律实践中,主张“兼采行为效果和性质标准”者有不断增加的趋势。而支持“单一性质标准”者则比较少见,因为国际投资条约一般只将基于社会公共利益之需要作为判断东道国政府征收行为是否合法的一个标准,而非作为判断其管理行为是否构成间接征收的标准。可见,采取“单一性质标准”明显与国际投资条约的此类规定相矛盾。然而,现仍固守“单一效果标准”者却远未消失。应该说,后者反对在间接征收认定上考虑东道国政府“行为性质/目的”的观点,缺乏坚实的立论基础:

其一,有的学者拒绝接受“行为性质/目的标准”的主要理由是,如果采用该标准,那么,东道国政府就可以轻易地以本国社会公共利益很大为由,逃避本应承担的对外资间接征收责任。<sup>[12]</sup>实际上,这样的担忧是不必要的。诚然,对东道国社会公共利益的解释具有一定的弹性,但并非无章可循;同时,这方面的最终判定权毕竟掌握在作为第三方的国际仲裁庭手中,而不是由东道国政府单方面定夺。

其二,有的学者认为,既然出于增进东道国社会公共利益之需要已成为判断对外资征收是否合法的一个条件,就不能再同时充当认定间接征收的一项标准。<sup>[13]</sup>然而,只要稍加分析,就不难发现,这两种情形并不矛盾。在决定东道国政府采取的一项措施是否构成合法的征收时,只涉及东道国社会公共利益“有无”的问题,即只要该项措施的采取不是出于增进东道国社会公共利益的目的,即属非法征收;反之则否。而对于间接征收的认定,涉及的是东道国社会公共利益“大小”的问题,而不仅仅是“有无”的问题,即按照“比例原则”,东道国政府所维护的社会公共利益只有大到一定的程度,其行为才不构成间接征收。

其三,有的学者反对“行为性质/目的标准”的理由则是,在间接征收的认定上,考虑东道国政府采取管理措施的主观目的,不符合国际法有关国家责任制度中的客观归责原则。<sup>[14]</sup>这种理由同样难以成立。因为在国际法中,对于国家责任的确定应并用加害国主观要素的观点,只是存在争议,并未被一致否定。进一步而言,征收是国家责任中的一种特殊情形,而间接征收又牵涉国际法中的“治安权”问题,其本身就可以不适用有关国家责任的一般性客观归责原则。

从国际投资法律实践来看,在间接征收的认定上,按照《欧洲人权公约》第一议定书第1条第2款的规定,欧洲人权法院历来支持“兼采效果和性质标准”;相反,20世纪80年代,美—伊仲裁庭则多采取“单一效果标准”。<sup>[15]</sup>目前,国际仲裁实践就此也仍然存在分歧:进入新世纪,有一些国际仲裁庭继续坚持“单一效果标准”,如2000年利用ICSID附加便利程序裁决的Metalclad v. Mexico案、Santa v. Costa Rica案和2007年的Vivendi v. Argentina案等;也有少数国际仲裁庭采取“单一性质标准”,如ICSID仲裁庭2005年裁决的Methanex v. USA案和2006年裁决的Saluka v. Czech案;与此同时,有越来越多的国际投资仲裁裁决主张,在认定间接征收时,应“兼采效果和性质标准”,如上述Tecmed案和LG&E v. Argentina案等。

值得注意的是,晚近,在有关NAFTA的投资争端案中,国际仲裁庭过度放宽对间接征收认定标准的做法,使得美国倍感压力,从而不得不修正以往偏向“单一效果标准”的立场,转而采取认同“兼采效果和性质标准”的做法。例如,美国2004年《双边投资条约范本》附件B(征收)第4条对后者就做了明确

[12] 详见 J. L. Gudofsky, 前引文,第 266-269 页。

[13] 参见 L. Y. Fortier & S. L. Drymer, Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know It When I See It, or Caveat Investor, *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, Vol. 19, 2004, p. 309.

[14] 参见 K. A. Byrne, Regulatory Expropriation and State Intent, *Annuaire Canadien de Droit International*, 2000, pp. 90-91, 94.

[15] 详见 V. Heiskanen, The Doctrine of Indirect Expropriation in Light of the Practice of the Iran-United States Claims Tribunal, *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 8, 2007, pp. 215-231.

的规定。<sup>[16]</sup> 此类样板条款现已出现在美国与新加坡、智利、多米尼加、澳大利亚、摩洛哥、韩国等国缔结的双边自由贸易协定以及美国与乌拉圭等国签订的双边投资条约之中。相同的条款也被写入了 2004 年加拿大双边投资条约范本附件 B.13(1)(征收)。

如前所述,笔者认为,对于间接征收的判断,应当引入能够平衡东道国与外国投资者之间利益的“比例原则”。然而,“兼采效果和性质原则”只是反映了其中最为核心的狭义“比例原则”。此外,对于“比例原则”的适用,还应考虑东道国政府行为的“适当性”和“必要性”之因素。

就其中的“适当性”因素而言,首先可以 1979 年的 *Hauer v. Land Rheinland Pfalz* 案为例。该案原告是一个葡萄种植户,其向德国政府有关部门申请种植某类葡萄的许可证,此时,欧共体颁布了一个决议,禁止申请种植此类葡萄,禁止期为 2-3 年,据此,原告的应用遭到拒绝。于是,原告以财产权利受到间接征收为由诉诸欧洲人权法院。欧洲人权法院认为,欧共体出台该决议的目的是为了控制葡萄的过度生产,以平衡整体经济;而为实现该目的所采取的禁止措施是适当的,因为禁止种植的期限只有 3 年,期间,原告还可以改种其他种类的葡萄或作物。又如,在 1996 年的 *Agrotexin & Others v. Greece* 案中,原告是一家啤酒厂的股东。希腊雅典市政当局进行城市规划,在原告的一些财产周围设置了写明“征用区域”的标识牌。原告称,此举造成他无法出售这些财产以解决其财务困难问题。欧洲人权法院查明,该标识牌放置达 10 年之久,而且雅典市政当局对法院的命令置之不理,拒绝拆除此牌。实际上,雅典市政当局可以不设置此牌,如果原告出售财产而卖家不按市政规划要求开发这些财产,那么雅典市政当局可以拒发许可,由此照样可以达到实现城市规划的目的。现雅典市政当局设置这样的标识牌,属于为达公共目的而采取的不适当措施,构成间接征收。

再就其中的“必要性”因素而言,假设一外国投资者投资的废物处理厂排放有损周围居民健康的有害气体。对此,当地政府有两种选择:一是勒令该厂停产,由此外国投资者将遭受重大损失;二是强令其加装废气过滤设施,此举也能达到相同的环保目的,而只是增加外国投资者的投资而已。在以上两种做法中,东道国政府如选择第一种,就不只是对外国投资者造成最小损失的措施,因行为“必要性”的缺失,可能会构成间接征收;反之,如果东道国政府采取的是第二种措施,则符合“必要性”之要素,可能就不会被认定为间接征收。<sup>[17]</sup>

## 四 间接征收之认定:利益平衡的要素解释

在国际仲裁庭认定间接征收的过程中,为了平衡东道国与外国投资者之间的利益,除了在本框架层面应适用“兼采效果和性质标准”之外,还应确保对其中的“行为效果”和“行为性质/目的”之具体要素本身做出确当的解释。

### (一)对“行为效果”的解释

在国际投资仲裁实践中,对东道国政府“行为效果”的裁量,首先存在着只考虑客观要素和综合考虑主客观要素两种不同的裁决。一些国际仲裁裁决只考虑客观要素,即只要东道国政府采取的管理措

[16] “第 6 条第 1 款中所指的情况是间接征收,是指缔约一方采取与直接征收具有相同效果的但未正式转移所有权或全部没收的一项或一系列行为。”

(1) 对于在特定事实情形下缔约一方采取的一项或一系列行为是否构成间接征收的认定,应考虑以下以及其他因素,根据案情采取逐案分析的方法:

(i) 该政府行为的经济影响,虽然仅凭缔约一方采取的一项或一系列行为对投资经济价值所产生的负面影响,并不足以断定征收已经发生;

(ii) 该政府行为对明确的、合理的投资期待的干预程度;以及

(iii) 该政府行为的性质。

(2) 除非在极少的情形下,缔约一方旨在保护合法的公共福利之目标(诸如公众健康、安全和环境等)而制定并适用的非歧视措施,不构成间接征收。”

[17] 详见 U. Kriebaum, 前引文,第 733 页。

施剥夺了外国投资财产权的“实质部分”，就可认定其为间接征收，如2000年按照NAFTA仲裁机制裁决的Pope Talbot v. Canada案和2005年ICSID裁决的CMS v. Argentina案等；另一些国际仲裁裁决主张应综合考虑主客观要素，即除非东道国政府采取的管理措施既实质性地损害了外国投资财产权，又挫败了外国投资者对投资的“合理期待”或“合法期待”，否则就不构成间接征收，如2002年ICSID裁决的Feldman v. Mexico案和2004年裁决的Occidental v. Ecuador案等。

笔者认为，在认定间接征收的过程中，对东道国政府“行为效果”的判定，必须考虑是否损害外国投资者之合理期待这一主观因素。因为，如前所述，间接征收制度只是一种投资保护，而不是一种投资保险。在政治、经济和社会环境发生变化时，任何国家的政府都会采取相应的管理措施，只要这些措施在外国投资者合理预料的范围之内，就属对外国投资者正常的风险，即使给外国投资的财产权造成了实质性的损害，也不应被视为间接征收。

为了达致东道国与外国投资者之间利益的平衡，对于“行为效果”的判断，除了应一并考虑主客观因素之外，还需对此等主客观因素本身做出适当的解释。

一是对客观因素的解释。显然，要判断东道国政府采取的管理措施是否剥夺了外国投资财产权的“实质部分”，首先要确定外国投资财产权的种类有哪些以及这些种类的外国投资财产权本身有多大（即“基数”为多少）。就此，一方面，一些国际仲裁庭任意扩大对可被征收投资财产种类的界定，从而过度加大了对外国投资者利益的保护。例如，在2003年裁决的CME v. Czech Republic案中，作为申诉方的荷兰投资者称，东道国捷克政府强迫其改变与当地合作伙伴之间法律关系的形式，即将合办公司改为合同关系。由此，当地合作伙伴就能解除合同，离开该公司，并带走该公司的业务，从而使它“失去对其投资的法律保护”。国际仲裁庭支持申诉方的诉求，认定捷克政府“强制或强迫放弃法律保护”行为“本身就使申诉方投资的价值实质贬值”，因而构成间接征收。

另一方面，对被征收行为损害之财产权范围的确定，在欧洲人权法院和美国的司法实践中，采取的是“权利整体论”，主张所有人不能将其财产权加以分解，即只把受影响的那部分权利划为间接征收的对象。<sup>〔18〕</sup>相反，晚近，有的国际仲裁庭在认定间接征收时，对投资财产权实行所谓的“概念性切割”。<sup>〔19〕</sup>例如，在Pope Talbot案中，加拿大政府限制了一家美商的产品对美国出口的准入权。该案国际仲裁庭一反过去有关国际裁判机构的裁决，不但放宽了对可征收财产种类的界定——承认市场准入权为可被征收的一项投资财产，而且扩大了对被征收行为损害之财产权范围的认定——视对某一国家出口产品的准入权本身就构成美商独立的权利，裁决对其加以实质剥夺，就构成间接征收；而不是视该美商产品对所有国家出口的准入权为整体，来研判对美国出口之准入权的限制，即相对于整体，是否达到了“实质部分”的程度。在对东道国政府“行为效果”的认定上，这种“概念性切割”的做法显然对外国投资者有利。

二是对主观因素的解释。在具体判定一个外国投资者的合理期待是否受到损害时，应考虑具体部门和区域内的东道国政府管理措施的性质和程度。例如，在一个已经或可能受到严格环境保护管制的部门或区域内投资的外国投资者，其合理期待受到损害的可能性将小于在此类管制比较宽松的部门或区域内的外国投资。按照经济学原理，如果对期待过高的情形也给予赔偿，将会造成一些本应由外国投资者防范的风险“外部化”，从而导致低效率结果的出现。在最近的实践中，已有一些国际投资仲裁庭

〔18〕 例如，在土地征收案中，被征收的土地权利应当是一种“权利束”，不能把其中的一种权能剥离出来，独自依这部分权利的受损程度来决定间接征收是否发生。现假设一土地的通行权受到了政府的限制，要看对该通行权的限制是否达到了剥夺所有人对该土地全部权利的“实质部分”程度，来判断间接征收是否存在；而不能把通行权分割出来，认为只要政府的行为对该部分通行权的限制达到了实质程度，就构成对该土地的间接征收。

〔19〕 参见 M. J. Radin, *The Liberal Conception of Property: Cross Currents in the Jurisprudence of Takings*, *Columbia Law Review*, Vol. 88, 1988, pp. 1674 - 1678。



对合理期待做了比较严格的解释,使得不少外国投资者对间接征收的主张难以成功。<sup>[20]</sup>

就不同发展水平的国家而言,随着经济自由化的推行,许多发展中国家经济和社会的不稳定性有增无减,相应的,其经济和社会管理措施的实施将更加密集,标准也会不断提高,外国投资者在东道国投资前对此等态势应当有所预料,像东道国政府加强环境保护这样的做法很难说对外国投资者会是一个意外之举,进而损害其合理期待。<sup>[21]</sup> 相比之下,发达国家已经建立了比较成熟的市场经济体制和社会管理体制,因此,外国投资者对其在发达国家的投资活动免受当地政府干预的合理期待理应高于在发展中国家的投资。

## (二)对“行为性质/目的”的解释

应该说,对于东道国政府“行为性质/目的”的判断,有的比较容易取得共识。例如,就东道国政府采取的维护人类健康的有关措施,其社会公共利益之大,通常难以否认。Pinnacle Meat Processors Co. v. United Kingdom 案就是典型一例,原告的肉类加工厂用牛头生产剔骨牛肉,人类食用这样的牛肉,有感染疯牛病的危险。于是,英国政府通过一项法律,禁止生产、加工和销售此种牛肉,致使原告的工厂关闭,原告主张英国政府的这项法律已构成间接征收。1996年,欧洲人权法院做出决定,认为英国政府的所作所为根本不属于间接征收,其所做的具体分析之一是,在该案中,保护公众健康是“第一重要的”,对私人财产权的保护应当让位。然而,在许多情况下,对东道国政府“行为性质/目的”的解释,国际仲裁庭存在着相当大的自由裁量余地,其间尤其需要注意权属分配和具体取向的问题。

首先是判断东道国政府“行为性质/目的”的权属分配问题。在适用《欧洲人权公约》第一议定书第1条第2款时,欧洲人权法院认为,对于社会公共利益的确立,东道国应享有非常大的“剩余裁量权”,即东道国的裁量权是主要的,国际法的监控权是辅助的,国际裁判机构依国际法干预东道国的裁量权时,应保持“司法克制”。<sup>[22]</sup>

笔者认为,欧洲人权法院采取的“剩余裁量权原则”应在国际投资仲裁实践中得到推广。正如英国著名国际法学者劳尔所言,对于间接征收的认定,东道国“在机构上处于优势地位,以便当管理出现变化时,大胆地决定私人利益应在哪个关键点上让位于公共利益。”<sup>[23]</sup> 该结论值得肯定。第一,从公正的角度分析,如前所述,自由主义和集体主义都是正义的题中应有之意,各国基于本国的政治、经济、历史、文化、传统等,对两种正义观的认同可能各有偏重,从而在间接征收的认定上,对私人利益与社会公共利益平衡点的掌握并不完全一致,这是完全正常的一种现象;反之,一国以一己之正义观锁定该种平衡点,并强求其他国家遵守,实乃将自己的正义观强加给别人,必然有违国家间的主权平等原则。第二,从效率的角度分析,征收的经济分析表明,如果对社会公共利益的界定过于苛求,动辄认定东道国政府采取的管理措施为间接征收,要求赔偿,将会激励外国投资者在当地进行缺乏效率的过度投资,并带来“败德行为”(又称“道德风险”);<sup>[24]</sup> 反之,如对社会公共利益的界定过于宽松,则将鼓励东道国政府对外资实行同样是无效率的过度管理。然而,因东道国政府掌握的信息最完全,故对社会公共利益的认定是否适度,应交给东道国政府断定。

当然,主张由东道国政府主掌对社会公共利益的认定,并非完全要排除国际法的监控。然而,国际法对此所设的监控规则不可能是一些机械的“化学公式”,<sup>[25]</sup> 而只能是一种具有弹性的标准。由此,将会产生第二个需要应对的问题——国际裁判机构应如何进行自由裁量,即对东道国政府“行为性质/目

[20] 详见 S. Fietta, Expropriation and the “Fair and Equitable” Standard—The Developing Role of Investors’ “Expectation” in International Investment Arbitration, *Journal of International Arbitration*, Vol. 23, 2006, pp. 375–376, 378–385, 391–399。

[21] 参见 J. M. Wagner, International Investment, Expropriation and Environmental Protection, *Golden Gate University Law Review*, Vol. 29, 1999, p. 537。

[22] 详见 E. M. Freeman, 前引文,第 195–199 页;H. R. Fabri, 前引文,第 158 页。

[23] 引自 V. Lowe, Regulation or Expropriation?, *Current Legal Problems*, Vol. 55, 2002, p. 464。

[24] 例如,当外国投资者因自身原因面临经营危机时,可能会想方设法激怒东道国政府,以诱使它们对其采取管理措施,然后主张这些管理措施构成间接征收,要求赔偿。

[25] 引自 N. Horn & S. Kröll eds., *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, *Kluwer Law International*, 2004, p. 146。

的”的判断应采取何种取向的问题。就此,发达国家可能会大搞双重标准,对于南北国家采取的措施所立基的社会公共利益做出不同的评估。今后,这样的双重标准尤其可能出现在以下情形:

对于东道国政府采取的经济管理措施,发达国家可能会尽力否定其乃出于增进社会公共利益的需要,这样做实际上是将矛头指向发展中国家。显然,发达国家经济的自由化程度高,市场机制比较成熟和稳定,对外资活动的干预少,因采取经济管理措施而引发间接征收的情形比较罕见。晚近,在经济自由化趋势的推动下,发展中国家虽然普遍放松了对外资的管制,但许多发展中国家的市场经济仍不完善,民族经济的竞争能力有限,从经济上对外资采取相应的管理措施,显属必要。然而,在平衡利益时,贬低发展中国家出于增进社会公共利益的需要,动辄以间接征收论,将会极大地限制其对境内外资行使正常的管理权。

反之,对于东道国政府采取的社会管理措施,发达国家可能会极力肯定其出于增进社会公共利益的需要。应当看到,发达国家的社会立法发达,采取的社会标准也更高,从“行为性质/目的”的解释上限制对间接征收的认定,于其有利。例如,2004年美国《双边投资条约范本》附件B(征收)第4条第2款规定:“除非在极少的情形下,缔约一方旨在保护合法的公共福利之目标(诸如公众健康、安全和环境等)而制定并适用的非歧视措施,不构成间接征收。”值得注意的是,此处明确列举的“合法的公共福利之目标”只有保护公众健康、安全和环境,而没有维护宏观经济稳定乃至克服经济危机一项。

从理论上说,对于社会管理措施,在东道国政府“行为性质和目的”方面提高间接征收的认定标准,也可以为发展中国家在该领域行使对外资的管理权留出更大的空间,其本身对发展中国家也不无益处。但问题是,一旦发展中国家对来自发达国家的投资者采取社会管理措施成为现实,发达国家又会极力否认其出于增进社会公共利益的需要。

例如,曾任美国国务院法律顾问和美国驻美—伊仲裁庭代表的魏纳教授就曾给出了这样的解释,像伊朗政府为了稳定经济,也是为了使美资企业免遭倒闭而采取的暂时接管措施,得被视为不是为了出于合法的公共福利之需要。魏氏进而提出,要以“国际公认”的标准来限定“合法的公共福利”。这种提法貌似公正,但从实际解释来看,魏氏毫不掩饰其倾向性,他声称,维护公共健康和国际劳工标准等公共福利,由于得到发达国家与发展中国家的共同认可,应具有“国际公认性”;而像为了建立国际经济新秩序那样主张分配正义和集体目标的,因得不到发达国家的同意,就不是“国际公认”的合法公共福利。这样,因发展阶段不同,发展中国家实行的许多管理外资的社会措施,可能在发达国家比较少见。于是,其以促进“国际公认”的公共福利为目的,就难以证成,从而难逃被归入间接征收的命运;即便发展中国家采取的社会管理措施,表面上达到了魏氏的“国际公认”的公共福利之标准,仍有可能被解释为在本质上是非法的。魏氏就认为,美国采取的环保措施是真正以保护环境为目的的;而发展中国家实行的环保政策,则多是推行贸易保护主义的工具,属于间接征收行为。<sup>[26]</sup>

笔者认为,恰恰相反,在间接征收的认定上,包括对“行为性质/目的”的判断,应向发展中国家倾斜。<sup>[27]</sup>此乃因为,相对于发达国家,发展中国家担当着更为繁重的管理经济社会的任务,对于它们促进东道国社会公共利益的需要,国际裁判机构应做更为宽松的解释;<sup>[28]</sup>否则,就会阻碍发展中国家对外资采取必要的社会经济管理措施。例如,在欧盟内部,一些新成员国实际上发展水平还不够高,需要借助比较严格的标准来认定间接征收,以有助于它们尽快采取措施,提高环保和公共健康的水平。<sup>[29]</sup>

[26] 详见 A. S. Weiner, *Indirect Expropriations: The Need for a Taxonomy of "Legitimate" Regulatory Purposes*, *International Law Forum*, Vol. 5, No. 3, 2003, pp. 172 - 175.

[27] 参见 M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 2nd ed., Cambridge University Press, 2004, p. 347.

[28] 参见 H. Sedigh, *What Level of Host State Interference Amounts to a Taking under Contemporary International Law*, *The Journal of World Investment*, Vol. 2, 2001, p. 641.

[29] 参见 H. Mountfield, *Regulatory Expropriations in Europe: The Approach of the European Court of Human Rights*, *New York University Environmental Law Journal*, Vol. 11, 2002, p. 146.

## 五 间接征收之补偿:利益平衡方法的引入

在有关外国投资的间接征收案中,要达到东道国与外国投资者之间的利益平衡,不但要正确地把握对间接征收的认定,而且要在间接征收得到认定之后的补偿层面防止偏袒外国投资者。

从现行的国际投资法律与实践来看,对于间接征收的补偿,普遍采取的是一种“要么全有,要么全无”的做法。具言之,如果没有将东道国政府的管理措施认定为间接征收,就无需向外国投资者承担任何补偿责任;反之,一旦将东道国政府的管理措施认定为间接征收,则无论情形如何,均需按照“赫尔公式”,向外国投资者支付全部或充分的损害赔偿,<sup>[30]</sup>从而置东道国于不利的地位。因此,应支持在间接征收补偿问题上废除现行的“要么全有,要么全无”的做法,主张改采“或全有,或部分有,或全无”之新制(见下图)。

构成非法间接征收	构成合法间接征收	不构成间接征收
	补偿额从大到小	
全部补偿	部分补偿	不予补偿

在直接征收情形下,东道国政府的行为直接针对外国投资者的财产,将其收归己有之后,得到了物质上的收入。由此,采取“要么全有,要么全无”的做法,要求在直接征收发生时一概给予全部补偿,就此而论,似乎还具有一定的正当性。然而,间接征收有所不同,东道国政府采取管理措施的目的不是为了将外国投资者的财产收归己有,以获得物质上的收入,而只是管理行为产生的“外部性”及于外国投资者,间接地损害了外国投资者的财产权。因此,对于这样的管理征收,不能一概要求东道国政府对外国投资者支付全部补偿,而是应区分不同的情形,给予多少不等的补偿。

首先,间接征收可以区分为合法间接征收和非法间接征收。按照国际投资条约的普遍规定,凡东道国政府采取的措施缺乏公共利益,或具有歧视性,或不符合正当程序,均将构成非法间接征收。在这两种间接征收的补偿问题上,国际投资法律理论与实践存在分歧:一种观点主张对这两种间接征收应设置不同的补偿标准(区别制)。具体而言,如属合法间接征收,东道国只需给予外国投资者直接损失以“补偿”;反之,对于非法间接征收,外国投资者可同时获得直接损失和间接损失的“赔偿”。另一种观点则认为,关于合法间接征收的补偿标准,不应有别于非法间接征收(同一制)。以上两种主张分歧的实质在于,对待合法征收,有着全部补偿(同一制)与部分补偿(区别制)之争,而在非法征收应支付全部补偿这点上,两种主张实际上并无不同。

然而,如果按照同一制,在补偿上不予区别对待,那么国际投资条约区分合法间接征收与非法间接征收还有何意义?其次,反对区别制者认为,对于间接征收的补偿,只应考虑外国投资者的客观损失,不必顾及东道国政府的主观动机、意图和目的。这样的观点未免过于绝对,就东道国政府非法行为给外国投资造成的损失,的确既要考虑补偿,又要考虑惩罚的因素,促使东道国政府引以为戒。但是,对于东道国政府的合法行为,显然只能要求支付补偿而不能妄加惩戒。实际上,要满足出于公共利益、非歧视和符合正当程序等要件并不难,故晚近东道国政府采取的一般都是合法间接征收。然则,国际仲裁实践对

[30] 详见 U. Kriebaum, 前引文,第 719-720、729-744 页;J. J. Coe & N. Rubins, Regulatory Expropriation and the Tecmed Case: Context and Contributions, in T. Weiler ed., *International Investment Law and Arbitration*, Cameron May, 2005, p. 619.

于这些合法间接征收的补偿却大多采取统一制,一概要求东道国支付全部补偿,<sup>[31]</sup>其属于偏袒外国投资者之举。笔者认为,对于间接征收的补偿应采区分制,合法间接征收的补偿标准不应等同于非法间接征收;即便主张二者在补偿标准上相同,至少在补偿额的计算上前者应低于后者,从宽泛意义上说,就是外国投资者不应得到全部补偿。就此,一些持同一制观点者也难以辩驳。<sup>[32]</sup>

如上所证,笔者认为,按照区别制,对合法间接征收只能采取“部分”补偿标准;而在该“部分”补偿标准下,根据合法间接征收的不同情形,给予外国投资者补偿的数额也应有大有小。既然在间接征收的认定上,可以运用平衡东道国与外国投资者之间利益的“比例原则”,那么该原则也同样可用以确定合法间接征收之补偿额的大小。具言之,在外国投资财产遭受同等损失的前提下,东道国政府行为的“适当性”和“必要性”如何、外国投资者合理期待受损的程度,以及东道国所要实现的社会公共利益有多大等因素,均将影响补偿额的确定。例如,在其他因素相同的情况下,社会公共利益越小,外国投资者得到的补偿额就越低;反之,社会公共利益越大,东道国给予的补偿额就越高。当然,补偿额大小的最终定夺,需要综合考虑以上各种因素。

由此可见,对于间接征收补偿额的确定,发展中国家长期以来主张的“适当”补偿标准(视征收的具体情形,或给予全部补偿,或给予部分补偿),应当得到支持。值得注意的是,在美国的国内法中,也采取“适当”补偿的做法,对间接征收而言,该标准实质上同样只是一种部分补偿。<sup>[33]</sup>另者,《欧洲人权公约》第一议定书第1条第2款也不是保证被间接征收者在所有的情形下都能得到全部补偿。<sup>[34]</sup>

对间接征收的补偿与认定实际上是相互关联的两个问题。在间接征收的认定层面,如果国际仲裁庭执意要放宽尺度,而在补偿问题上又概采“全部”补偿标准,那么就是极度偏袒外国投资者之举;反之,虽然国际仲裁庭不当地扩大了对间接征收的认定,但在补偿层面上,如能摒弃“全部”补偿标准,改采“适当”补偿标准,调低对外国投资者的补偿额,那么,以此可在一定程度上降低由前者带来的不公正结果。例如,发展中国家一些行为的背后虽然有着足够大的社会公共利益,但因国际裁判机构滥用自由裁量权,这些行为本不该却最终被判定为间接征收。在此情形下,如发达国家投资者继而又可按照“赫尔公式”得到高额的赔偿,则将置东道国于极端不公的地位;而且在发展中国家为克服经济危机等采取的宏观调控措施波及大量外国投资者时,如果国际裁判机构将之广泛地认定为间接征收,进而要求东道国支付全部补偿,那么这实际上也是发展中国家所无法承受的。因此,笔者认为,在此等情形下,国际法和国际裁判机构应“将功补过”,大幅度降低对外国投资者的赔偿标准。

## 六 结 论

在间接征收认定的利益平衡上,晚近的许多国际仲裁庭偏袒外国投资者。首先表现为采取“单一效果标准”,否定增进东道国社会公共利益的需要。其中最为极端的裁决是对于东道国政府“行为效果”的判定,只看对外国投资财产有无“实质损害”,而不考虑是否损及外国投资者的“合理期待”。此等眷顾外国投资者的实践,无论在基本理论上,还是在具体理由上,都是站不住脚的。目前,总的来看,界定间接征收的国际法标准尚未定型,正在演进之中。<sup>[35]</sup>因此,发展中国家的当务之急是力争通过相应

[31] 参见 N. Rubins & N. S. Kinsella, *International Investment, Political Risk and Dispute Resolution: A Practitioner's Guide*, Oxford University Press, 2005, p. 181; C. McLachlan QC, L. Shore & M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, 2007, p. 332。

[32] 详见 P. E. Comeaux & N. S. Kinsella, *Protecting Foreign Investment under International Law: Legal Aspects of Political Risk*, Oceana, 1996, pp. 86-87。

[33] 详见 T. W. Merrill, *Incomplete Compensation for Takings*, *New York University Environmental Law Journal*, Vol. 11, 2002, pp. 110-135。

[34] 详见 H. R. Fabri, 前引文,第 165-173 页。

[35] 参见 OECD, *International Investment Law: A Changing Landscape*, Chapter 2, “Indirect Expropriation” and “Right to Regulate” in *International Investment Law* (prepared by C. Yannaca-Small), 2005, pp. 45, 71-72。

的国际投资条约建立平衡东道国与外国投资者双方利益的国际法律框架,抑制国际仲裁庭单方面袒护外国投资者的倾向。为此,在国际投资法律与实践中,应当引入“比例原则”,包容“兼采效果和性质标准”,并以主客观因素综合判断其中的“行为效果”,同时考虑东道国政府行为的“适当性”和“必要性”之因素。此外,对于“行为效果”和“行为性质/目的”两大具体要素本身的解释,还应要求国际裁判机构做出适当的裁量。

对于间接征收的认定,平衡东道国与外国投资者双方利益与否,将导致截然不同的裁决结果。兹以 ICSID 仲裁庭裁决的 Metalclad 案为例,在该案中,美商在墨西哥投资建成了垃圾储运场,但该设施一旦投入营运,将会污染周边的水源和严重威胁当地野生仙人掌的生存。鉴于此,墨西哥地方政府拒绝对其发放营运许可证。根据“单一效果标准”,ICSID 仲裁庭认定,东道国政府的做法剥夺了美商投资财产权的“实质部分”,严重损害了美商对其投资的“合理期待”,因而构成间接征收。然而,按照英国学者弗里曼的观点,假设该案交由欧洲人权法院审理,按照《欧洲人权公约》第一议定书第 1 条第 2 款的规定,运用“比例原则”,原告就不可能胜诉。弗里曼所作的具体分析是:首先,墨西哥当地政府拒发许可证之举,显然是为实现保护当地生态环境这一社会公共目的而采取的“适当的”和“必要的”措施;其次,按照“兼采效果和性质标准”加以分析,就其中的“行为效果”因素而言,一方面,墨西哥当地政府不允许该垃圾储运场营运,美商可将该土地转为他用。由此,东道国政府采取的措施只是属于对财产“使用的控制”,并未达到“实质限制”的程度;另一方面,美商在投资前不可能没有预见到选择这样环境敏感的地点建设垃圾储运场,将会面临当地政府越来越严格的环境管制。由是观之,该案墨西哥当地政府采取的措施并未损害美商的“合理期待”。退一步而言,即使墨西哥当地政府的干预已超出美商对财产“使用的控制”的程度,并损害了其合理期待,仍不能得出其已构成间接征收的结论。因为从“行为性质/目的”来看,该案东道国政府采取的措施,其目的在于保护当地的生态环境和居民健康,居于优先地位的社会公共利益目标将压倒对私人财产权保护的考虑分量。<sup>[36]</sup>

从已有的实际案例来看,欧洲人权法院运用“比例原则”对间接征收认定所做出的裁决还是比较客观的,值得国际投资仲裁实践借鉴。例如,在 1991 年判决的 Fredin v. Sweden 案中,瑞典地方政府停止对原告发放在自家土地上采掘金矿的许可证,原告认为此举构成间接征收行为。欧洲人权法院裁决指出,首先,在该案中,当地政府采取措施是为了保护生态环境,乃出于公益目的;其次,即使原告的土地不能再用以采矿,但仍可用作他途。因此,当地政府采取的措施只是有限地控制了原告财产的使用;更为重要的是,原告应当已经意识到,这样的采矿将会受到越来越严格的管制。由此,瑞典政府停发许可证不属于损害其合理期待的行为。

无疑,平衡东道国与外国投资者之间利益的“比例原则”既可适用于间接征收的认定,也可适用于补偿问题,这就要求国际投资法律与实践抛弃“要么全有,要么全无”之现制,改由“或全有,或部分有,或全无”的做法取而代之。像 Fredin 案那样不构成间接征收的情形,东道国当然无需支付补偿,属于以上“全无”的区间。在 Metalclad 案中,国际仲裁庭按照 NAFTA 第 1110 条第 2 款规定的“充分”补偿标准,采用“公平的市场价值”进行估算,最后裁决墨西哥应向美商支付 1668.5 万美元的补偿金。笔者认为,即便该案应被认定为间接征收,也非常之勉强,就补偿问题,考虑到该案为合法征收,且墨西哥当地政府采取措施的社会公共利益很大,以及对美商“合理期待”的损害也非常有限等因素,故应被划入“部分有”的区间,公正的做法应当是适用“部分”补偿标准,而且是只给接近“全无”区间的极少部分的补偿,即美商得到的补偿额应远低于 1668.5 万美元。此外,迄今尚无明确的直接针对非法间接征收的国际仲裁裁决,如果日后东道国政府采取的措施构成非法间接征收,那么在“全有”的区间内,当然应当支付“全部”补偿。

在间接征收的认定及补偿问题上,达成增进东道国社会公共利益与保护外国投资者私人财产权利之间的平衡,也应当是我国对外投资法律实践所追求的基本战略。目前,我国位居世界第二大外资输入

[36] 参见 E. M. Freeman, 前引文,第 201-202 页。

国,而且我国经济正处于转型时期,因受国际和国内经济不稳定因素的影响等,对外资采取各种强度比较大的宏观调控措施的可能性并非没有。有朝一日一旦实行这些宏观调控措施,如果国际裁判机构在间接征收的认定及补偿上偏袒外国投资者,以致需就大量案件支付巨额赔偿,将会给我国施加难以承受之重。在遭受金融危机之后,阿根廷政府于2001年采取的应对措施,就导致了外国投资者诉求间接征收赔偿等“如潮官司”,阿根廷陷入的困境已成为我们的前车之鉴。然而,在间接征收的认定及补偿问题上,我们在反对国际投资法律与实际偏袒外国投资者的同时,也不应过分压低外国投资者的待遇,因为从另外一方面来看,我国对外投资正在迅猛增长,其中大量投向投资数额大、期限长、政治风险高的自然资源开发和基础设施建设等项目,对于这些海外投资项目,需要国际法在这方面提供适度的保护。总之,就间接征收的认定及补偿而言,建立平衡东道国与外国投资者之间利益的国际法制符合我国同时作为资本输入国与输出国的综合利益。值得注意的是,2006年中国与印度缔结的双边投资保护协定之议定书第3条关于间接征收基本框架的设定,基本上采纳了2004年美国双边投资条约范本附件B(征收)第4条的规定,属于一种比较平衡的机制。

探讨建立一个利益平衡的有关间接征收的国际法制,对我国相关国内法律制度的建设也具有借鉴意义。但在借鉴的过程中应当注意,外国国民就间接征收从国际法中得到的保护可能会大于本国国民从国内法中得到的保护,因为相对于内国国民,外国国民对东道国政府管理措施的承受会更加脆弱一些;亦即,在间接征收的认定及补偿上,与国际法之于外国国民相比,国内法之于内国国民,对于社会公共利益和私人财产权利之间的平衡,会更加强调社会公共利益,尤其是像中国这样的具有集体主义传统的国家,更是如此,这应当说也是正常的。

---

[Abstract] The traditional controversy between countries of the North and those of the South over the standard of the compensation for direct expropriation has been recently replaced by the debate over the compensation for indirect expropriation. There is a tendency in the practice of international investment arbitration in favor of foreign investors. Therefore, it is necessary to establish an international legal system that strikes a balance between the interests of the host country and those of foreign investors by introducing the principle of proportionality from domestic administrative law.

---

(责任编辑:支振锋)