

浅析间接征收与非补偿性政府管制措施的界限

曹 晴

内容提要：吸引外资时代的到来使得东道国对外资的管制极少呈现为以对财产权利的直接剥夺为表现形式的国有化，而越来越多地表现为对财产权利进行干涉和影响的间接征收与非补偿性政府管制措施。然而，两者又是存在实质差别的，它们之间的界限直接关系到政府是否需要对外国投资者进行补偿。目前来看，不论是学术界还是国际实践对于两者的界限都尚未形成统一的看法，而分歧的原因在于对如何平衡投资者利益和东道国利益上的争议，而最根本的原因在于私人财产保护理念的不同。在确定两者之间的界限时，应该充分考虑个案的具体情况，以非补偿性政府管制措施为分析起点，结合对财产权利的干涉程度和政府实施措施的背景综合考量。

关键词：间接征收 非补偿性政府管制措施 界限

曹晴，韩国国际法律经营大学硕士研究生。

征收问题历来是国际投资法理论与实践的热点问题。随着历史进程的演进，征收领域中的焦点也在不断转变。20世纪70年代至80年代的反殖民化运动拉开了世界范围内的国有化运动，由于发展中国家与发达国家立场的截然对立，当时问题的焦点自然是国有化的合法性、补偿标准及征收数额的计算方法，虽未形成统一的观点，^[1]但随着国有化近乎绝迹，^[2]问题的结论似乎并不具有实践的意义。吸引外资、竞争外资时代的到来使得东道国不得不对外资进行较高程度的保护，但同时也要为国家利益、公共利益的需要对外资实施管制。在不同类型的政府管制措施中，间接征收与非补偿性政府管制措施的外在表现形式十分相似，但法律后果却很不相同——间接征收需要政府提供补偿，非补偿性政府管制措施则不需要。因此，两者界限的划分决定了政府在多大程度上可以自由管理自己的经济而不需要提供补偿以及投资者在多大程度上承担投资风险。然而，对于两者的界限而言，西方学术界目前并没有统一的看法，也少有学者对此确立相应的标准。国内学术界对此问题的讨论更为鲜见，尚未形成讨论的氛围。然而，对于中国而言，对两者界限的研究不仅将使政府对外资的管制有的放矢，并且可以为政府在应对国际诉讼或者仲裁时提供理论支撑。本文将以此 Jessup 国际法模拟法庭^[3] 2007 年的比赛案例为起点，在对理论分歧的阐述、国际实践的分析基础上，尝试提出确立两者界限的标准，以期唤起国内学术界对此问题的关注。

[1] 以美国为代表的发达国家承认征收的合法性，但要求以“及时、充分、有效”的“赫尔”原则进行补偿；而发展中国家坚持“适当”补偿原则。从现有的国际实践来看，“赫尔”原则似乎得到了更多的支持。曾华群：“外资征收及其补偿标准：历史的分野与现实的挑战”，陈安主编：《国际经济法学刊》（第13卷第1期），北京大学出版社2006年版，第39、52-57页。

[2] Forward, “Introduction to Regulatory Expropriation in International Law and Case Summaries”, *NYLJ*, Vol. 11 (2002).

[3] Jessup 国际法模拟法庭比赛 (Jessup International Law Moot Court Competition) 创建于1959年，是世界上国际法模拟法庭中范围最大、历史最久、最负盛名的模拟法庭比赛。由美国国际法学会和“美国国际法学生联合会” (International Law Students Association, 简称为 ILSA) 主办。

一 问题的提出

Adaria 是一个发展中国家,而与其接壤的其他五个国家为发达国家。Adaria 为了加入由上述五个发达国家组成的国际组织 Rotion Union(RU),按照入盟条约的规定将其原为国有大型企业进行了私有化,而事实上的买主全部是五国的投资者。Adaria 为了加入 RU,做出了重大的经济牺牲,然而 RU 以 Adaria 为满足入盟条件而实施的措施侵犯人权为由拒绝 Adaria 入盟。而后,Adaria 颁布了国家产业法案,规定禁止那些被私有化的企业转出货物和服务销售收益,并且不允许将企业的财产直接或者间接转移至五国。Adaria 政府声称这项法案的出台是为了防止出现资本外逃和减少被拒绝入盟而产生的损失。法案出台后,被私有化的企业主张 Adaria 的该项法案构成了间接征收,而 Adaria 认为其行为并没有剥夺企业财产的所有权,不构成征收,是一种合法的非补偿性政府管制措施。^[4]

在 Adaria 看来,其国家产业法案即使对投资者的财产权利发生了实质性的剥夺或干涉,也因其实施法案的公共目的而使得该项法案是一种非补偿性政府管制措施。在五国的投资者看来,Adaria 的国家产业法案严重剥夺了他们的财产权利,构成了间接征收,实施该项法案的目的并不能导致国家免于提供补偿。由此可见,双方争议的焦点是,在认定了法案严重干涉投资者财产权利的情况下,Adaria 政府基于防止资本外逃、减少被拒绝入盟而产生的损失的这一措施所产生的背景或者目的,是否可以使得此项管制措施归入非补偿性政府管制措施的范围内。换句话说,本案所引发的思考是,在考量间接征收和非补偿性政府管制措施的界限时,除了对财产的干涉程度是判断标准之一外,政府实施措施的背景或者目的是否可以作为判断两者界限的标准。

二 间接征收、非补偿性政府管制措施的含义及其理论分歧

(一) 含义

对于间接征收与非补偿性政府管制措施的含义,目前尚未有一致的看法,而对两者界限观点的不同又决定了不可能获得统一的认识。但一般认为,所谓间接征收是指以间接的方式影响私人财产权利的国家措施,^[5]又称为“逐步征收”。例如,1965 年,英国政府在印度尼西亚政府实施了一系列对外资的法案后,认为尽管英国公司在印度尼西亚的财产权利并没有被剥夺,但这些公司已经完全不能行使财产权能,因此,印度尼西亚政府的法案构成了间接征收。美国《外交关系法重述(第三次)》认为,一国应该对外国人财产遭受掠夺性的征税、管制或者其他行为,或者不合理的干涉、在非正常期限内延后外国人的财产权利或者转出其领土负责。^[6]在具体表现形式上,对私人财产、公司股份的强制销售、对企业管理的控制、拒绝提供对财产的保护等措施将可能被认为构成间接征收。

非补偿性政府管制措施是国家基于主权,对其境内的经济活动进行合法管制而对私人财产权利产生影响但不需要提供补偿的政府措施。美国《外交关系法重述(第三次)》在谈到非补偿性政府管制措施时,认为“一国对于非歧视性的因一般的征税、管制、对犯罪的惩罚或者其他类似的被认为属于国家警察权范围的措施所导致的财产不需要负责”。在具体表现形式上,对银行账户的合法冻结,合乎程序的许可证吊销,因环境、人权保护等原因而采取的对财产权利的限制等政府措施将可能被认为是非补偿性政府管制措施。

为了更好地厘清间接征收与非补偿性政府管制措施的界限,有必要将两者放在政府管制措施的逻辑

[4] 该案为 2007 年美国国际法学会和“美国国际法学生联合会”在全球范围内组织的 Jessup 比赛的虚拟案件。见 <http://www.rueil.com.cn/article/default.asp?id=172>, 访问时间: 2007 年 5 月 28 日。

[5] 余劲松主编:《国际投资法》(第二版),法律出版社,第 285 页。

[6] “Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States”, American Law Institute, Volume 1, 1987, Section 712.

辑框架里去审视。笔者以为,政府对私人财产采取的措施大体可以分为两类。一类为“拿走”,即政府将私人的财产直接剥夺,取得其所有权。直接征收(包括国有化)^[7]即属于这种类型的政府管制措施。另一类为“影响”,即政府的措施并没有导致私人所有权的丧失,而是对私人的财产权利施加了一定程度的影响或者干涉。间接征收和非补偿性的政府管制措施即属于此种类型。

(二) 理论分歧

对于两者的界限,西方学术界有两种主要的观点。一种是“单纯效果论”。这种观点认为判断两者界限的唯一标准是政府实施管制措施的效果,也即政府管制措施对财产权利的干涉是否达到一定的程度。^[8]此种观点代表了资本输出国的利益,是对投资的高度保护。另一种是“效果与目的综合论”。持这种观点的学者认为,除了要考量政府管制措施对财产的干涉程度,还要考虑政府实施该项措施的目的或者背景,也就是说,需将这两个因素结合起来考察两者的界限。^[9]此种观点在一定程度上反映了资本输入国的利益,考虑了东道国对其本国经济管制的必要性。两种学说的分歧在于是否应将政府实施管制措施的目的作为判断间接征收与非补偿性政府管制措施的标准之一,而这种差异也反映在国际实践当中。

三 区分间接征收与非补偿性政府管制措施的国际实践

(一) 条约

1. 多边条约

从多边条约的角度来看,绝大多数多边条约仅仅对间接征收进行了规定。例如,《世界银行指引》、《能源宪章条约》、《北美自由贸易区条约》这些多边条约并没有提及非补偿性政府措施,只是对间接征收进行了描述,它们都认为间接征收是一种效果等同于直接征收的政府管制措施,尽管财产的所有权并没有被剥夺。除《欧洲人权公约》外,对间接征收与非补偿性政府管制措施进行阐述的均为多边条约草案。

1954年生效的《欧洲人权公约》在附件一的第1条中规定:“每一个自然人和法人有权自由地享有财产。除非为了公共利益、根据法律规定或者国际法一般原则,任何人不得被剥夺财产权利。上述规定不能减损国家实施法律的权力,这些法律被其认为是根据公共利益控制财产的使用,保证征税、其他捐献或者惩罚所必需的。”^[10]尽管该公约并没有提及对财产权利干涉程度这一标准,但提出了非补偿性政府管制措施应当以“必要”为条件。也就是说,在考虑是否构成非补偿性政府管制措施时,应当考量政府的措施是否必要,也即政府采取措施的背景或目的是否必要。

1961年,由索恩(Sohn)和巴克斯特(Baxter)教授起草的《国家对外国人造成损害的国际责任公约哈佛草案》规定:“任何对财产的使用、享有和处分产生不合理影响以至于使所有者在从该项影响发生起的一段时间内不能够使用、享有和处分其财产的行为,均构成征收。”^[11]该草案第10条第5款又规定:“在执行税法、货币价值的正常变化、有权机关对于公共秩序、健康及道德的维护及其他类似于国家法律正常运作的情况下发生的对财产的剥夺或者干涉,不需要补偿,不得视该行为为非法。”该草案指出了间接征收必须以对财产权利的影响达到类似于剥夺的程度为条件。可见,对财产的干涉程度是作为间接征收与非补偿性合法管制措施界限的标准之一。而后的列举又使得该草案并不以对财产的干

[7] 国有化一般指基于公共利益而大规模地将私人财产收归国有的行为。一般的直接征收是指小规模的、有针对性的对私人财产收归国有的行为。

[8] 蔡从燕:“效果标准与目的标准之争:间接征收认定的新发展”,《西南政法大学学报》2006年12月第8卷第6期。

[9] Dolzer, “Indirect Expropriation: New Development?” 11 *N. Y. U. Envtl. L. J.* 64.

[10] Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

[11] Louis B. Sohn & R. R. Baxter, Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens, 55 *Am. J. Int'l L.* 545, 553 (1961), Article 10(3)(a) of the draft convention.

涉程度作为评价两者界限的唯一标准。尽管这样,笔者以为草案列明的情况并不足以区分两者。税法的执行、货币价值的正常变化,显而易见是不需要补偿的,而公共秩序、健康及道德可以统一归为公共利益,然而构成间接征收和非补偿性政府管制措施的前提之一均是为了公共利益,否则政府的行为就是非法的管制措施,需要赔偿,因此,此处所说的公共利益并不能区分间接征收和非补偿性政府管制措施。

1967 年由国际经合组织起草的《外国人财产保护公约》规定:“除非满足国际法认可的四个条件,任何成员方不得采取措施直接或者间接地剥夺其他成员方国民的财产。”在其后的评论中又规定:“上述条款不适用于正常及合法的政府管制措施,但不得滥用。”“过分的或者任意性征税、因强制性贷款而禁止分红、强制企业管理、禁止解雇员工、原材料供应禁止及重要进出口许可证的拒绝颁发等政府行为将被认为是剥夺外国人的财产权。”^[12] 经合组织的这份草案仅仅承认了间接征收和非补偿性政府管制措施的存在,但对两者的区分标准并没有提及,只是列举了间接征收的一些具体情形。

2. 双边条约

从双边条约的角度来看,近年美国与一些国家签订的双边投资协定对两者的界限有了较为明确的阐述。这些协定认为,在考虑间接征收与非补偿性政府管制措施的界限时,应当充分结合政府管制措施的经济影响、对投资者预期利益的影响和实施背景三个因素。除这些双边投资协定外,其他双边投资条约和上述绝大多数多边条约一样,仅仅规定了间接征收,而且认为如果一项政府措施达到了类似于剥夺财产权的效果,那么即构成间接征收。尽管这些条约无一例外地将对财产权利的干涉程度作为判断是否构成间接征收的标准,但在缺少对非补偿性政府管制措施规定的情况下,不能得出结论认为这些条约将对财产的干涉程度作为两者界限的唯一标准。

从对上述条约或者条约草案的分析中不难看出,对财产权利的干涉程度乃是绝大多数条约或者草案所倡导的标准,然而对于政府管制措施的目的或者背景是否应当作为考量两者界限的标准以及该标准是什么则有不同的表述。

(二) 判例

征收问题最为重要的判例主要来源于伊朗—美国索赔仲裁庭^[13]和北美自由贸易区中的判例。

1. 伊朗—美国索赔仲裁庭的判例

在 *Starrett Housing* 案^[14]中,仲裁庭认为,伊朗政府为 *Starrett Housing* 公司任命伊朗经理人作为美国房屋项目负责人的行为剥夺了该公司对自身财产管理和控制的权利,构成了征收。在该案中,仲裁庭所持的意见是,一项政府的干涉措施如果达到了相当于被直接征收的程度,那么就构成间接征收,而不论政府的主观意图如何。

在 *Tippets* 案^[15]中,*Tippets* 公司与伊朗的 *TAMS-AFFA* 工程咨询公司建立了合作伙伴关系。在伊朗革命发生之后,伊朗政府为该合伙任命了新的经理人,该经理人在 *Tippets* 工作人员撤出伊朗后,拒绝与该公司进行沟通。该案的仲裁庭认为,伊朗政府的行为构成了征收。仲裁庭仲裁时写道:“政府对财产的控制并不能自动而迅速地得出结论认为财产已经被征收,从而要求补偿。这种结论必须要以财产基本权利被剥夺并且此种剥夺并不是暂时的为前提。政府实施措施的主观意图不如措施对财产所有者的影响重要,影响或控制的形式不如影响的实际效果重要。”可以看出,该仲裁庭承认非补偿性政府管制措施的存在,在与间接征收进行区分时,非常强调措施对财产权利的影响程度,甚至可以说,财产的影响程度决定了两者的界限。

[12] OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property (Oct. 12, 1967), 7 I. L. M 117, 126.

[13] 该仲裁庭建立于 1981 年,目的是解决伊朗大革命后各国国民(主要是美国)对伊朗的诉讼。尽管有学者指出,该仲裁庭的裁决扩大了征收的范围并且产生于大革命的背景下,可能不宜作为今后处理征收问题的证据,但该仲裁庭的仲裁已经得到广泛引用,因此应该给予足够的重视。

[14] *Starret Housing Corp. v. Iran*, 4 Iran-United States Cl. Trib. Rep. 122, 154 (1983).

[15] *Tippetts v. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran*, 6 Cl. Trib. 219 (1984).

在 Phelps Dodge 案^[16]中,仲裁庭认为,伊朗政府根据伊朗革命前的法律、目的,在于防止工厂倒闭、保证工人工资的支付以及保障政府债权的企业接管行为,构成征收。仲裁庭在仲裁意见中写道:“本仲裁庭充分理解伊朗政府为保护本国利益而采取的企业接管行为,也理解因此而产生的立法,然而不论是什么原因都不能免除伊朗政府补偿 Phelps Dodge 公司的义务。”可见,该仲裁庭已经完全否认了非补偿性政府管制措施的存在,并且认为只要财产权利受到的影响达到一定程度,即构成征收。

2. 北美自由贸易区的判例

在 S. D. Myers 案^[17]中,原告 S. D. Myers 是一家美国公司,从事 PCB(一种制作电器设备常用物质)生意,其在美国市场上拥有较大的 PCB 市场份额,1993 年进入加拿大市场。1995 年,加拿大政府颁布一项法案,禁止出口 PCB。原告声称加拿大政府的措施违反了《北美自由贸易区协定》的相关规定。该仲裁庭认为,加拿大政府的行为并不构成征收,因为,加拿大政府并没有在该项法案实施后有所获益,并且 S. D. Myers 公司的财产也没有转移到其他人手中。仲裁庭还认为,征收更倾向于对所有权的“剥夺”,而非补偿性政府管制措施,后者相比而言对财产的影响程度较小。在考虑是否构成征收时,也应该仔细审视涉及其中的利益和政府措施的目的和效果。可见,仲裁庭在区别间接征收和非补偿性政府管制措施时,不但考虑了对财产的影响程度,同时也考量了政府措施的目的和其中涉及的利益。

在 Metalclad 案^[18]中, Metalclad 公司声称它的子公司 COTERIN 在获得了墨西哥政府允许其从事危险废物填埋的许可后,由于墨西哥和其地方政府的行為而导致 COTERIN 公司陷入困境。Metalclad 公司遂起诉墨西哥政府违反了《北美自由贸易区协定》第 11 章,并且要求墨西哥政府对其征收行为进行补偿。仲裁庭认为,墨西哥政府的行为构成间接征收。仲裁庭还认为,在考虑是否构成间接征收时,不需要考量政府的动机,并且仲裁庭还给北美自由贸易区语境下的征收下了一个尤其广泛的定义:“北美自由贸易区下的征收不仅包括有利于东道国的诸如直接没收、正式的或者义务的财产转移等公开的、故意的和被认可的财产剥夺,还包括对财产全部或者重要部分的使用及在合理预期内的财产收益进行类似于剥夺的影响或者干涉,尽管这种影响并不一定使东道国获得明显利益。”从中可见,该仲裁庭将征收的范围无限地扩大,而非补偿性政府管制措施只有在对财产权利影响甚小的情况才有存在的空间。换句话说,仲裁庭还是认为两者的界限标准仅仅是对财产权利的影响程度。

综上所述,仲裁庭对于间接征收和非补偿性政府管制措施的界限的观点大抵分为两种,而这两种的分歧又恰好是理论上分歧的客观表现。

四 结论

通过对上述理论分歧、国际条约及条约草案、国际仲裁庭裁决的考察,笔者认为,评断间接征收与非补偿性政府管制措施的界限应该有如下三个标准:(1)对财产权利的干涉程度;(2)政府措施实施的背景或目的;及(3)以非补偿性政府管制措施为分析起点。

首先,对财产权利的干涉程度,如上文所述,不论从多边、双边条约的角度来讲,还是从国际仲裁庭的仲裁结果来看,判断间接征收与非补偿性政府管制措施的界限,或者说判断是否构成间接征收,首先要考量的便是政府的此项管制措施是否对私人财产权达到了一定程度的干涉。对于构成间接征收的情况而言,这种干涉或者影响要达到“严重”程度,以至于多数条约或者仲裁结果使用了“实质性剥夺”或者“等同于直接征收”这样的词语。但究竟什么情况构成“严重的干涉或者影响”,似乎很难有一个具体标准去衡量,只能进行个案的分析和比较。笔者赞同英美法系的做法,倾向于研究以前的案例,通过分

[16] Phelps Dodge, 10 Iran-United States Cl. Trib. Rep. at 130.

[17] S. D. Myers, Inc. v. Government of Canada, Partial Award pp. 89, 94, 98 (Nov. 13, 2000), 40 I. L. M. 1408, 1415, 1416, available at <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/SDM-en.asp>.

[18] Metalclad Corporation v. United Mexican States (Tribunal Decision August 30, 2000).

析类似案例的思路得出相应的结论。

尽管这样,仍然有几个问题值得注意。一是对财产权的干涉,不仅包括对所有权的干涉,还包括对所有权权能(包括享有、使用、处置等)的干涉或者影响;二是财产的范围,尽管不同的投资条约规定的财产范围有所不同,但一般来说,包括有形的财产和无形的财产,而无形的财产中又包括知识产权、合同权利、股权等。三是管制措施所实施的时间长度可以被作为判断构成“严重干涉或者影响”的标准。

其次,关于政府措施实施的背景或目的,诚如上文所述,西方学术界和一些国际仲裁庭的判例将对财产的干涉程度作为判断间接征收和非补偿性政府管制措施界限的唯一标准。笔者以为,这种论调较为武断。尽管“单纯效果论”使得判断标准简单易行,但它却忽略了政府实施管制措施背景的复杂性。尤其在政府为保护环境、应对危机、维护人权等而采取的措施对私人财产权利产生严重影响时,如果这些措施的实施均要求政府提供补偿,那么政府的公共职能将会受到极大的削弱,并且国家管理经济的主权也会受到影响。例如,中国在“非典”期间所实施的政府管制措施,尽管可能对某些私人财产权利产生了严重影响,但是不需要补偿,否则中国政府的职能和整个中国社会的公共利益将得不到实现。因此,政府措施实施的背景或者目的应当是考量一项政府管制措施是否构成间接征收或者非补偿性政府管制措施的因素。

尽管有学者指出,通常情况下,普遍承认的公共卫生、安全、道德的考虑将使得政府的措施不归于征收;^[19]还有诸如欧洲人权法院所称,政府可以以规划控制、环境命令、租赁控制、进出口管制等措施对私人财产进行管制,但从表面上看,这些都强调在基于公共利益的背景下,政府的管制措施将不被认为是征收。^[20]然而,这些背景或者情况并不能作为区分间接征收和非补偿性政府管制措施的标准。因为,无论是间接征收还是非补偿性政府管制措施,它们存在的前提之一即是为了公共利益,而间接征收所涉及的公共利益自然也会出现在上述领域当中,因此不能说,在上述领域中出现的政府管制措施即是非补偿性政府管制措施,唯一可能得出的结论是,由于这些领域所涉及的公共利益一般来说比较大,出现非补偿性政府管制措施的几率较大。

笔者此处所指“政府措施实施的背景或者目的”实质上是一种利益平衡的考量,即将一国的公共利益与投资者利益进行评价,考虑公共利益的维护与投资者利益的丧失是否成比例。换句话说,如果公共利益的获取是对投资者负担的不合理增加,那么所涉及的两者利益就是不成比例的,政府的措施也因此不能划定在非补偿性政府管制措施当中。在判断公共利益与投资者利益是否成比例时,笔者以为,应当坚持两个原则。一是必要性原则,即一项政府措施是否为当时情况所必须,或者说此项措施是否为数个可以达成目的的措施中对投资者利益影响最小的一个。这也是前述《欧洲人权公约》所倡导的。二是均衡性原则,即在必要性原则基础上,公共利益的实现对投资者负担的增加应当合理。事实上,尽管确定这两项原则,但是原则都是抽象的,而原则的应用又体现在个案中,因此,应当仔细分析个案的情况,从而对原则加以运用。总体而言,如果公共利益越大,那么政府管制措施被定为征收的范围就越小。^[21]相对而言,在环境保护、人权保护、公共卫生、安全及道德、消费者保护、土地规划等领域涉及的公共利益一般来说都是很大的,因此,在处理这些领域所实施的政府管制措施时,应更多地考察是否构成非补偿性政府管制措施。

最后,关于以非补偿性政府管制措施为分析起点,国家有权为保护自身的利益而对经济实行管制,这是国家主权的体现。又如布朗利所言:“国家所采取的措施,一般来说是政府权力的合法行使。于是,外国人的财产可能会受国家税收、包括许可证和配额在内的贸易限制或者其他使财产价值降低等措施的支配。然而,除非是因特殊的情况而改变,一般来说,这样的措施是合法的,不构成征收。”^[22]由此

[19] G. Chrisite, “What Constitutes a Taking of Property under International Law?” *British Yearbook of International Law*, 1962, pp. 307 - 338.

[20] D. J. Harris et al., *Law of the European Convention on Human Rights*, (1995) p. 535.

[21] M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment* (2004), Cambridge University Press, p. 385.

[22] Ian Brownlie, *Public International Law*, Oxford University Press, 6th Edition, 2003, p. 509.

可见,应该将政府管制措施以非补偿性为分析起点,除非有明确的证据,否则在是与非的模糊地带应该认定政府的管制措施为非补偿性政府管制措施。这也和近年来美国和其他几个国家签订的双边投资条约中的规定相吻合:“除特殊情况之外,一方非歧视性的、为保护诸如公共卫生、安全和环境等合法公共利益而采取的措施不构成征收。”^[23]

间接征收与非补偿性政府管制措施之所以出现了不同的学说和实践,原因在于对如何平衡投资者利益和东道国利益有不同的看法,而最根本的原因在于私人财产保护的理念不同。从利益角度看,两者界限的划分就是投资者利益与东道国利益的划分。这种划分决定了东道国在多大程度上可以自由地管理自己的经济,行使经济主权,而不需要提供补偿;外国投资者在多大程度上承担投资风险。从整个社会的角度讲,不论是间接征收还是非补偿性的政府管制措施均是为了公共利益,而公共利益的维护需要成本的支持,两者的划分因此也是在评断哪个主体将支付这部分成本。^[24]

从私人财产保护的理念看,各国是很不相同的。美国将私人财产的保护定位于政治社会的核心功能,因此其对私人财产的保护尤为严格。尽管美国法院承认非补偿性政府管制措施的存在,但由于其财产保护理念的影响,非补偿性政府管制措施的范围很小。在欧洲,一种理念认为,财产必须服务于社会,个人财产权利应让位于为取得共同目标而生的社会权利。这种理念获得了广泛认同,并且反映在欧洲法院的裁决当中。还有一种财产理念认为,财产是属于社会的,个人的财产所有权不应得到承认。^[25]一般来说,在私人财产保护严格的国家,非补偿性政府管制措施的空间要小于私人财产保护宽松的国家。财产保护理念并没有孰优孰劣之分,它只是各国在不同经济发展过程中所采取的适应本国要求的做法。那些以自己的理念要求国际社会予以接受的做法是不可取的。

尽管本文提出了认定间接征收和非补偿性政府管制措施界限的三个标准,但这三个标准并不是静止不变的,也不是排他性的,而且随着政府管制措施的复杂多变,征收案件本身也将会变得愈发难以把握,因此,需要仔细分析个案的情况,将这三个标准加以综合运用。

[Abstract] The division between indirect expropriation and non - compensable regulatory measure directly relates to the question of whether the government should pay compensation to foreign investors. Currently, no consensus has been reached in both academic and practical circles on this issue. This is mainly due to the different views on how to balance the interests of investors and host states, especially on how to protect private properties. In determining the dividing line between indirect expropriation and non - compensable regulatory measure, it is important to take the non - compensable regulatory measure as the starting point of analysis and give full consideration to the concrete condition of each case, including the extent of intervention and the background of the government implementation measures.

(责任编辑:支振锋)

[23] 参见 US-Free Trade Agreement with Australia, Chile, Central America, Morocco and Singapore.

[24] R. Higgins, "The Taking of Property by the State: Recent Developments in International Law", Recueil des Cours-Acadmie de Droit International, 1982, Vol. 176.

[25] 例如,中国宪法在 2004 年修订前并没有“保护私人财产权利”的条款就是对当时社会财产理念的反映。