

国际征收法制中的合理期待原则研究

陈志伟

(厦门大学法学院 福建 厦门 361000)

[摘要]合理期待原则是国际投资法领域中正在形成的重要原则之一。本文就合理期待原则做了较详尽的回顾与研究,并针对我国具体情况提出了两个方面的建议,以期有所启发。

[关键词]合理期待原则;管制权;间接征收

一、引言

国际投资法制中的南北矛盾由来已久,其中很重要的一环就在于南北两大类国家在征收问题上的严重分野。如果说在二十世纪七八十年代以前,南北两类国家争论的焦点主要还是围绕在直接征收及其补偿标准上,而今,随着政府角色的转变、对经济生活干预力度的加强,一国政府为了公共健康、社会安全、道德以及其他社会公益目的均需要对宏观经济进行限制性管制,如若这些管制措施损及外国投资者的财产价值,则此类为了公共利益、具有普适性的管制行为是否构成征收,日益成为国际投资法领域热论的问题。正如波恩大学著名投资法专家多尔泽所言:“在这种情势下,对征收的界定将成为国际投资法的一个主要议题”^[1]。

虽然国际法院、美伊求偿仲裁庭、欧洲人权法院等争端解决机构和大批的学者在此问题上做了很多建设性的探索,但目前国际社会仍然未能在间接征收与无需补偿的政府管制措施之间做一明确划分。尽管如此,随着实践的积累,一些通过个案分析形成的标准性的考虑因素已经逐渐为国际社会所接受,合理期待原则就是其中正在形成的重要原则之一。

二、“合理”之界定

(一)投资者利益与政府管制权力的衡平是确定期待合理与否的关键

对财产安全的保护是国际法的一个基本问题,然而长期以来这种财产权和国家的最高主权却并非总是保持一致。一方面,国家坚持其为公共利益而进行管制的权利;另一方面,私人投资者则要求保护其财产安全,一旦其财产受到此种管制影响,那么政府就应予以赔偿。毋庸置疑,这两种要求本身都有其合理性,但问题在于如何对二者之间固有的张力加以协调或者说对各自的行使加以必要的限制。合理期待原则的建立,给上述两种诉求的协调提供了契机和空间。它既是对政府以及投资者双方固有利益的承认,也是对二者的双向限制。

合理期待问题实质上是一个风险分担的问题。由于现在直接征收的情形越来越少,国际社会更多面对的是间接征收的问题。在国家行使管制权情况下,一个突出的问题就是谁应该承担管制体制变动的风险?投资者一般总是期待稳定、安全、政策的可预见性,而对于政府,尤其对于那些转型性经济国家的政府来说,保留一定的政策空间(policy space)以应付突发事件异常重要。一旦情况有变,政府就需要对已有政策进行调整,以维护社会的整体利益,政府如若需要对受政策变化影响的每个投资者都进行赔偿的话,不难想象政府的职能将无法得以发挥。

在 *Saluka v. Czech Republic* 案中,仲裁庭就警告道:“如果过于字面的去理解投资者的期待,必然会强加给东道国很多不适当也不现实的义务。”^[2]

因此,在国际法上,一个合理的期待只能是考虑了政府合法权力的期待,当投资者的期待所面对的是对于国家至关重要的公共利益时,此时的期待利益就应该让位于社会公共利益。在这个领域,国家责任的本质在于在国家追求经济自由化与投资者福祉间寻求一个平衡。

正如著名投资法专家索那亚所言,投资者自愿决定其所投资的国家,他们很清楚地知道一些管制措施很可能会影响他们的财产利益,因此,理应像国内投资者一样承担相伴的风险。把外国投资者与东道国的法律管制体制完全绝缘开来,不应是国际法应有的功能^[3]。既然投资者自愿投资这些高风险行业,在享受可能会赚取的高利润的同时,他们就应该同时承担可能发生的风险。

除此而外,如果外国投资者投资于一个本就管制很严格的行业,那么他们就不能主张对于新的管制措施不会影响到他们的财产的价值有合理期待。投资者应该预见到在这种行业里他们的财产使用总是受制于政府行使治安权时采取的种种措施。而且,如果投资者过去的使用财产行为对社会造成损害,那么他们也不能合理地去期待政府不会对其过去损害行为课以负担。

总之,投资时东道国的现行有效法律和管制背景,既构成投资者期待的合理与否基础,同时也是其期待合理与否限制。

在对投资者的期待做必要限制的同时,并不意味着国家可以滥用管制权,随意采取任何措施。国家的管制权也需要作一定的自我限制,即东道国政府应该尊重与保护,而非干涉、甚至剥夺投资者基于东道国政府行为或者既存的法律体制产生的合理期待。实际上,只有注重保护投资者的合理期待,才能使得投资者增强对东道国的信心,才会有更多的国际资本被吸引到发展中国家,弥补广大发展中国家的经济建设资本的不足,促进广大发展中国家的经济发展和整个国际社会的稳定繁荣。作为一个双赢的选择,政府管制权确实不应无限制的扩张,以至于使投资者对财产的安全没有任何信心。

(二)具体可参照适用的判断标准

可以说,投资者利益与政府合法管制权力的衡平为判断投资者期待合理与否指出了原则性的方向。但现实案件中,仅有大的原则往往并不足够,也具有很大的不确定性,这就需要去发掘一些富有操作性的考虑因素来指导实践。前已提及,就合

理期待原则而言,目前国际层面上在这方面的实践还不是很多。但美国国内法在这方面进行了很多有益的探索(1)购买财产时政府管制的广度和严重程度(2)过去对特定财产的管制情况(3)对财产使用的损害程度(4)被诉管制措施施行前的可得使用(5)政府行为的可期待程度与新颖性(6)被特殊认可的权利“棒”有否从所有者的权利“束”中被抽走(7)受影响的那些权利有否其他权利可供替代(8)已存的使用是否被允许继续(9)政府的讲话是正式还是非正式的(10)能否以适当的价格把财产卖给他人(11)政府行使此种管制的普遍权力;(12)地方管制气候与法律环境的严厉性^[4]。

当然,实践中法院或仲裁庭并不会把所有这些因素都考虑周全,放在一起权衡,而只是相对比较侧重于某几个方面,在具体案件当中给予部分因素特殊的考虑。

三、合理期待原则对我国的启示

(一)政府官员需谨慎言行

在现实中,政府官员发表的言行被外国投资者“挖出”作为证据的情况不属鲜见,当然有些言行是出于吸引外资需要,经过深思熟虑的,但轻率言行以致给外国投资者留下口实的也不在少数。在征收案件中,不仅有中央政府行为被诉的情形,地方政府和官员的行为也时有被诉,例如在Metalclad案里,墨西哥下一个市政府的行为就被诉构成征收^[5]。由于在我国征收被诉的情形没有发生过,政府及官员可能就会产生麻痹心理,尤其是地方政府及官员更是如此。因此,笔者建议,我们的政府领导人要谨慎言行,切忌恣意承诺。

(二)我国在投资实践中应有的态度

中国作为目前世界上最大的发展中国家,在改革开放以后的三十年里,市场经济建设和法制建设日趋完善,经济建设取得了举世瞩目的成就,平均GDP保持两位数以上的增长。据统计,至2003年10月份累计我国实际利用各类外资达七千亿美元。截止2006年年底,全球五百强企业当中,已经有400余家落户中国。人们不禁要问:“中国之所以有如此的吸引力,原因何在?”正如陈安教授所讲,二十多年来,外资大量流入中国,不是归功于对外资的高标准保护,而主要是由于中国低廉的劳动力、广阔的消费市场、政局的稳定、相对丰富的资源和优惠的外资政策^[6]。正因为如此,中国要不要在双边投资协定或者特许协议中接受或订入那些稳定性条款就值得考虑。笔者认为,给予投资者投资信心和期待的除了法律上有约束力的有形机制以外,还有很多无形的因素。笔者把这些影响投资者投资决策和信心的无形因素概括为“软保障”,中国过去二十多年之所以利用外资在发展中国家里遥遥领先,其实主要就是归功于这种“软保障”。以美国为例,中美之间由于在一些关键问题上的分歧,迄今未能缔结一个双边投资条约。然而,过去三十年来稳居对华投资额首位的国家,却正是美国。可见,随着中国改革开放的日益深入、政局的稳定和谐,投资者的投资热情并没有因为没有给予法律上的承诺而受影响。

实际上,改革开放以来我国也确实没有非法征收被诉的情形发生。然而,没有发生不代表不会发生。中国现在正处于转型期的发展阶段(transition economic),转型期也是一个矛盾突

期,由于市场经济体制还不够成熟与健全,各种隐存的矛盾如果处理不当极有可能激发。例如,经过多年的粗放经济发展,我国经济建设虽然取得了很大的成就,但是建立在牺牲环境的基础之上的。随着建设环境友好型社会等长期目标日益提上政府日程,环境问题势必会越来越引起重视。一旦政府日后采取一些环境管制措施影响到外资财产使用,那么难免不会被外国投资者起诉对其财产构成征收。而且,我国的市场经济还不健全,抵御风险、化解风险的能力还不够强,一旦周边国家发生经济危机或者由于自身管理不善引起严重的财政金融困难,政府必将要采取一系列管制性措施去控制局面,化解危机,届时势必会极大地影响外资在华的既得利益。由于管制措施波及面广,一旦出现上述情况,难保不会惨遭阿根廷的厄运。

四、结论

合理期待原则作为一个国内法上的概念在欧共体各国以及美国久已存在。随着国际征收领域南北矛盾焦点的转移,对于间接征收与合法管制权的界分以及投资者待遇标准问题已成为理论和实践关注的热点,由此所涉及到的合理期待原则也日益被学界重视。而判定投资者基于东道国政府行为或者法律体制而产生的一项具体的期待合理与否尤为重要。笔者认为,合理的界定主要在于投资者利益与政府管制权力的衡平。另外,笔者还总结提出了一些具体的可供仲裁庭考虑的因素。中国作为一个转型中的发展中国家,虽然未发生征收被诉的情形,但有鉴于阿根廷等国家的教训,不得不对合理期待原则问题予以高度的重视,不但官员要谨慎言行,国家在缔约实践中,也需要把握好投资开放的步伐和程度。

[参考文献]

- [1]Dolzer. Indirect Expropriations: New Developments? *Environmental Law Journal* 64. p.11.
- [2]Saluka Invs.BV v. Czech Republic, Partial Award, UNCITRAL (Oct. 3, 2006), par. 304.
- [3]M.Sornarajah. *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge University Press, 2d ed. 2004, p.333.
- [4]Robert M. Washburn. Reasonable Investment-backed Expectation As a Factor in Defining Property Interest. *49Wash.U.J.Urb&Comtemp.L.* 1996. p.p70-76.
- [5]Metalclad Corporation v. The United Mexican States. (ICSID Case No. ARB(AB)/97/1).
- [6]陈安.中外双边投资协定中的四大“安全阀”不宜贸然拆除. *国际经济法学期刊*[J].2006:23.

[作者简介]陈志伟(1984—),男,安徽潜山人,厦门大学法学院国际法硕士。