

学校编码: 10384

分类号 _____ 密级 _____

学号: 200208115

UDC _____

学 位 论 文

NAFTA 征收条款研究

The Investigation of NAFTA Expropriation Clause

作者姓名 章明

指导教师姓名: 曾华群 教授

申请学位级别: 硕士

专业名称: 国际法

论文提交日期:

论文答辩时间:

学位授予单位: 厦 门 大 学

学位授予日期:

答辩委员会主席: _____

评 阅 人: _____

2005 年 5 月

内 容 摘 要

美国，加拿大和墨西哥缔结的 NAFTA 协定中的投资规则为投资者建构了一个相当完善的投资保护制度。投资保护所达到的深度和广度,到现在为止,没有任何一项多边或区域条约的投资规则能够企及。而第 1110 条关于征收和赔偿的条款在其中起到了基础性的关键作用。在 NAFTA 的实践中已经发生了多起涉及征收问题的诉讼，并且也引发了相当大的反响和争议。本文将结合 NAFTA 的有关案例，分析第 1110 条征收条款的确切含义以及所包含的一些主要法律问题。

第一章主要从五个方面分析了第 1110 条的实体含义，分别是征收的含义和适用范围、合法征收的前提条件、征收的判断标准、管制性征收和治安权问题以及是否存在环境例外等。分析的结果表明，第 1110 条对传统国际法中的相关内容做出了许多重大突破但也留下了许多模糊不清之处。

第二章介绍了 NAFTA 的条约解释机制，包括根据第 1131 条第 1 款的指引而进行的解释和仲裁庭的补充解释。但是这两种解释方法都不同程度地存在局限，难以有效地救济由于第 1110 条含义模糊而引起的“合法性赤字”问题。

第三章尝试从一个更高的原则性的角度处理投资者权利保护和东道国管制公共利益的权利之间的矛盾，提出了两个原则，分别是善意原则和平衡原则。笔者希望从原则性的高度进行的思考能够超越具体的条款文字和仲裁程序的束缚，更有利于解决第 1110 条存在的问题。

关键词：NAFTA；征收保护；第 1110 条；管制性征收

ABSTRACT

NAFTA, concluded by USA, Canada and Mexico, established a favorable investment protection system for investors through its investment rules. The depth and width of the protection provided by the investment rules can not be reached by any other multilateral or regional treaties by this time. Article 1110, on expropriation and compensation, play a basically critical role in the protection system. In reality, there had been many litigation concerning the expropriation and give birth to much sizable responses and criticism. This article will analysis the accurate meaning of Article 1110 and some primary legal problems according to the relevant cases.

Chapter One mainly introduces the substantive contents of Article 1110. The analysis covers five aspects: definition and application of the expropriation, preconditions for legal expropriation, judging standards of expropriation, regulatory taking and police power, environmental exception. The analysis indicates that Article 1110 has made many important breakthroughs concerning the relevant counterparts in traditional international law.

Chapter Two introduces the interpretation mechanism of NAFTA, including the interpretations under the guidance of Article 1131(1) and the supplementary interpretations made by the tribunals. However, the two interpretation means mentioned above exist some limitations and can not effectively remedy the “legitimacy deficit” problem resulting from the ambiguous substantive meaning of Article 1110.

Chapter Three tries to settle the conflict between investment protection and the right of the host country to regulate the public interests from a higher place, and suggests two principles. The two principles are bona fide principle and equation principle. The author hope that the thinking from principle angle will go beyond the bondage of the concrete clause letters and arbitration process and make it easier to settle the conflict mentioned above.

Key Words: NAFTA; Expropriation Protection; Article 1110; Regulatory Taking

目 录

引 言	6
第一章 第 1110 条的实体含义剖析.....	8
一、征收的含义	8
二、合法征收的前提条件	11
三、征收的判断标准	15
四、治安权和管制性征收问题	20
五、是否存在环境例外	24
第二章 第 1110 条的解释规则及实践	29
一、征收条款含义的解释	29
二、仲裁庭解释的局限性	33
第三章 适用第 1110 条应遵循的原则.....	37
一、善意原则	38
二、平衡原则	42
结 论	45
参 考 文 献	48

CONTENTS

Preface	6
Chapter 1 Substantive meaning of Article 1110	8
Section 1 Definition and Application of Expropriation Clause	8
Section 2 Preconditions for Legal Expropriation	11
Section 3 Judging Standards of Expropriation	15
Section 4 Regulatory Taking and Police Power	20
Section 5 Environmental Exception	24
Chapter 2 Interpretation Rules and Practice of Article 1110	29
Section 1 Interpretation of Expropriation Clause	29
Section 2 Limitations of Tribunal Interpretation	33
Chapter 3 Application Principles of Article 1110	37
Section 1 Bona Fide Principle	38
Section 2 Equation Principle	42
Conclusion	45
Bibliography	48

引言

由美国、加拿大和墨西哥参加的《北美自由贸易协定》(North American Free Trade Agreement, 以下简称 NAFTA) 签订于 1992 年, 经三国议会批准后于 1994 年 1 月 1 日生效。NAFTA 虽然只是一个地区性的贸易协定, 但投资也是 NAFTA 谈判中的一个重要议题。NAFTA 中投资规则所达到的深度和广度, 到现在为止, 没有任何一项多边或区域条约的投资规则能够企及。NAFTA 有关投资问题的规定主要在第 11 章, 这一章建立起了对投资者实施高度保护的国际投资法律体制的范本: 不仅在实体方面赋予了投资者广泛的权利, 而且这些权利还可以在程序上通过投资者—国家间争端解决机制 (Investor—State Dispute Mechanism) 得到有力保障。

在 NAFTA 第 11 章为投资者建立的全面的投资保护制度中, 第 1110 条关于征收和赔偿的条款处于核心的地位。第 1110 条关于征收问题规定的主要内容是这样的:

“除非出于公共目的, 以非歧视的方式, 经过适当法律程序并符合第 1105 条第 (1) 款的规定, 并且支付赔偿, 任何成员方不得直接或间接地征收或采取等同于征收的措施”。^①

征收问题是国际投资法上的一个重大问题, 传统国际法围绕这一问题的争论一直以来不绝于耳。NAFTA 的签订, 可以说是给予了美国, 加拿大和墨西哥三国一个表达关于征收问题的看法的机会。但由于第 1110 条的文字非常简单并且对许多问题语焉不详, 其在实践中的适用已经引起诸多的争议。

自从 NAFTA 生效以来, 已发生多起投资者起诉东道国政府违反第 1110 条的诉讼。^②在这些已经终结或正在进行的争端当中, 仲裁庭对第 1110 条的解释和对征收问题的处理引发了相当多的争议, 各方褒贬不一。支持者认为第 1110 条的征收保护制度加上投资者—国家间争端解决机制的保障为投资者提供了高水平的, 全方位的投资保护, 被认为是“代表了个人对

^① NAFTA, Article 1110(1).

^② 到目前为止, 在 NAFTA 下发生的涉及投资纠纷的争端已经有数十个之多, 其中与征收问题有关的案件也不少。有关 NAFTA 征收案件的详细信息可以参见 NAFTA 秘书处的网站 <http://www.nafta-sec-alena.org>, 以及学者 Todd Weiler 主办的网站 <http://www.naftaclaims.com>。

国家权力的伟大胜利”并有助于促进国际社会“法治”的发展。^①而一些批评者则认为,NAFTA在征收问题上施加给缔约各方的义务以及争端解决机制在实践中的运作,很大程度上超出了条约设计者的初衷。尽管创立第1110条的初衷主要是“防御性”的,目的是为了保护投资者在东道国的合法财产利益。但对这一条款的任意扩大解释加上仲裁庭在实践运作中出现的一些问题也可能使其性质发生“由盾到剑”的蜕变,从而极大地限制东道国的管制权力,对东道国政府产生一种“寒栗效应”(chilling effect),从而使东道国的国家主权受到严重侵蚀。

从NAFTA生效后的实践来看,这些批评者并不是在杞人忧天。许多环境非政府组织担心第1110条的广泛适用可能极大地使东道国政府管制环境,健康等公共利益的能力受到限制,这样将会给社会和环境带来灾难性的后果。而且,更为严重的是如果跨国公司在第1110条下可以轻易地诉讼成功,这将传导到几千个双边投资条约和多边投资条约中的“间接征收”的规定而对全球范围内主权国家对环境和公共利益的管制产生重大影响。

②

由上述可见,考虑到NAFTA第1110条已经产生和潜在的社会效果,以及对各国国内和国际层面立法的影响,从实践中总结NAFTA征收条款的经验教训,在目前已经显得迫在眉睫。第1110条是否突破了传统习惯国际法关于征收的规定?东道国政府在何种情况下因采取环境管制措施而对投资者财产权利造成消极影响的行为构成征收,并且必须支付赔偿?NAFTA为保护投资者权利的努力是否以牺牲一国管制公益的权力为代价?这些问题远远不是一目了然。本文拟通过对第1110条征收条款所蕴含的确切含义的分析,并结合实践中诉诸争端解决机制所处理的一些征收案例来认识第1110条的“庐山真面目”。在此基础上探讨NAFTA的征收法律制度对传统国际法关于征收内容的突破以及对国际投资法制发展所提供的意义。

^① CHARLES H. BROWER II, *Investor-State Dispute under NAFTA: The Empire Strikes Back* [J]. *Columbia Journal of Transnational Law*, 2001, 40:87.

^② VICKI, BEEN& JOEL C. BEAUAIS, *The Global Fifth Amendment? NAFTA's Investment Protections and the Misguided Quest for an International "Regulatory Taking" Doctrine* [J]. *New York University Law Review*, 2003, April:48.

第一章 第 1110 条的实体含义剖析

由于文字简约，第 1110 条对征收问题的规定留下了诸多模糊不清或者存而未决的疑义。如果根据条约解释的首要规则即通常文意解释规则来解释的话，第 1110 条的寥寥数语似乎并没有传达出足够清晰的信息。本章拟从征收的含义、合法征收的前提条件、征收的判断标准、治安权和管制性征收、环境例外等五个方面来分析第 1110 条所包含的实体含义。具体的分析将对比传统国际法和第 1110 条对待征收问题的不同态度并以 NAFTA 实际发生的征收案例为佐证。

一、征收的含义

（一）传统观点

对外国投资者财产的征收（expropriation）或夺取（taking），只是一个通称。国际法上也没有关于征收的公认的、一致的定义。大多数投资保护协定使用“征收”（expropriation）或“国有化”（nationalization）两词，而且对它们不作任何定义，其目的是为了留下灵活解释的余地，以有利于扩大对外资这方面的法律保护。^①有学者认为，“征收”指的是一国以直接或间接的方式，取得或剥夺财产而不利于单个或一小群所有人利益的行为，而“国有化”指的是大规模的，为了国家利益而对经济产业的征收，二者的区别更多的是在规模和范围上，而不是在性质上。^②但无论如何，国家的征收行为不可避免地会对外国投资者的财产造成一定程度的消极影响，在较严重的情形下还可能使财产被完全剥夺或丧失大部分价值。所以，征收问题一直以来就是国际投资法所最为关注的中心问题之一。

但一直以来，习惯国际法并没有对“征收”概念的明确定义。1961 年《国家对造成外国人经济利益损害的国家责任公约草案》提供了一个定义：“对财产的征收，不仅包括对财产的直接夺取，还包括对财产所有人对财产的使用，享有或者处置权利的任何不合理的干预，以至于所有人在干预开始后的一个合理的期限内无法使用，享有和处置其财产”。^③这一定

^①曾华群. 国际投资法学.[M]. 北京: 北京大学出版社.1999.447.

^② JASON L, GUDOSFSKY, Shedding Light on Article 1110 of the North American Free Trade Agreement(NAFTA) Concerning Expropriation: An Environmental Case Study [J] .Northwest Journal of International Law &Business, 2000, Fall:254.

^③ Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of

义实际上依据对财产的干预方式将征收划分成直接和间接两种，而这种分类在以后也被国际社会所接受。直接征收是指东道国明白地剥夺外国投资者的财产所有权，并将其收归国有的行为。直接征收下，财产的所有权一般会永久地转移给国家。而间接征收，又称“变相征收”，“蚕食性征收”等，是指东道国虽然没有公开宣布征收，投资财产的所有权在法律上仍属于外国投资者，但东道国采取阻碍外国投资者行使投资财产权的措施，致使他们的投资财产实际上归于无用。^①

和直接征收相比，有关间接征收的争议较多，征收行为也较不容易确定，赔偿义务也更不明确。现代国际法关于征收问题的争议主要就是关于间接征收的，特别是涉及到间接征收的判断问题。美国《对外关系法重述（第三版）》第 712 节提供了对“间接征收”的解释：“一国必须为其征收财产的行为负责，这些行为包括向外国人的财产征税，进行管制或采取其他没收性的行动，或者阻止，不合理地干预，不适当地延迟对该外国人财产的有效利用或从该国境内转移到境外。”^②这一解释较为充分地说明了间接征收的含义，尽管仍然留下一些不明确之处。

（二）NAFTA 的规定

NAFTA 第 11 章并没有关于“征收”的定义，而是有意或者无意地绕过了这个难题。但是，第 1110 条对传统习惯国际法上征收内涵仍然有新的发展，这体现在以下两个方面：

首先，第 1110 条明确使用了“间接征收”的概念。应该说这一举动在国际法上还是具有一定意义的，但是 NAFTA 本身并没有对“征收”或者“间接征收”直接进行定义或确定其范围。

其次，第 1110 条本身还有一个概念非常引人注目，即“等同于征收”（tantamount to expropriation）的概念。客观地说，这一概念并非 NAFTA 的首创。传统美式双边投资条约和《多边投资协定》的征收条款中就曾经出现过这一概念。^③尽管如此，但第 1110 条仍然有些微妙的变化。通过比

Aliens, Article 10(3) [J]. American Journal of International Law, 1961, 55:545-553.

^①曾华群. 国际投资法学.[M].北京: 北京大学出版社.1999.447.

^② Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States [R]. American Law Institute, 1987, § 712.

^③传统美式双边投资条约的征收条款一般是这样规定的：“任何一方不得通过等同于征收或国有化的措施对条约覆盖下的投资进行直接或间接征收”。《多边投资协定》的征收条款也有类似规定：“缔约方不得对来自另一缔约方的投资者在其境内的投资直接或间接进行征收或国有化或采取任何具有相同后果的措施，除非

较可以发现，与传统美式双边投资条约相比，第 1110 条有意将“等同于征收”的措施与直接或间接征收并列；与《多边投资协定》相比，第 1110 条更是以明确的“等同于征收”概念代替“具有相同后果的措施”的提法。经过这样处理之后，“等同于征收”似乎已经自成一类，成为一个独立的概念了。可以说，这样一番安排反映了条约设计者的试图通过引入这一概念尽力扩大征收条款覆盖范围的良苦用心，但实践的效果并不理想。^①

（三）案例

在麦特克拉德诉墨西哥案（Metalclad Corp. v. United Mexican States）中，投资者就主张“等同于征收”的概念是要在直接和间接征收之外，对那些尽管不构成征收但对投资者权利造成消极影响的措施提供保护。^②但是仲裁庭对这一主张不予以认可。

在另外一个案件波塔伯公司诉加拿大案（Pope & Talbot, Inc. v. Canada）中，仲裁庭认为“等同于征收”并未扩大传统习惯国际法的征收范围，“tanamount”就是“等同于”的意思而没有更多的含义。^③

（四）评论

由于“征收”、“间接征收”等概念一直以来都没有在条约中做出专门的定义和清晰的解释，有关的国际实践也是相当不一致。而 NAFTA 不仅未曾尝试澄清相关的模糊之处，而且还有意识地扩大相关概念的覆盖范围

是为了公共利益，非歧视，经过适当法律程序并支付充分，及时，有效的赔偿。”

^① GARY H. SAMPLINER, Arbitration of Expropriation Cases under U.S. Investment Treaties——A Threat to Democracy or the Dog That Didn't Bark? [J]. Foreign Investment Law Journal, 2003:5.

^② 麦特克拉德公司是一家总部设在加利福尼亚州的美国公司，该公司于 1993 年成功地获得了联邦政府的各种许可以建设有害废物处理站，并于 1994 年开始建设。联邦政府向该公司保证并不需要当地市政府的许可。建设工程于 1995 年完工，但由于当地居民的强烈抗议，市政府不允许麦特克拉德公司开始经营。从 1996 年 3 月到 12 月，双方多次协商试图解决这一问题，但始终无法得出满意的解决办法。最终，当地市政府拒绝颁发给麦特克拉德公司建设许可，当地市长还宣布工程所在地区为“特别生态区”。1997 年 1 月，麦特克拉德公司依据第 11 章提起仲裁并要求 9 千万美元的赔偿。该公司诉称，墨西哥当地政府干预了公司的经营而违反了第 11 章第 1105 和第 1106 条。并且，麦特克拉德公司还声称由于其已经无法有效利用所建设的工程和设施，墨西哥政府的行为已经构成征收。仲裁庭认定墨西哥当地政府拒绝颁发建设许可和宣布“特别生态区”的行为构成间接征收而违反第 1110 条。仲裁庭还认为由于墨西哥联邦政府向麦特克拉德公司保证无需当地的建设许可而违反了第 1105 条所规定的最低待遇标准。最后，仲裁庭裁决墨西哥政府支付 1 千 6 百万美元的赔偿。Metalclad Corp. v. United Mexican States, Case No. ARB(AF)/97/1 [J]. Award (Aug. 30, 2000), Foreign Investment Law Journal, 2001:168-188.

^③ 加拿大政府在 1996 年根据《美加软木协定》对波塔伯公司在加拿大的子公司实施出口配额限制。波塔伯公司对此起诉加拿大的限制措施构成征收并要求赔偿。仲裁庭认为波塔伯公司进入美国市场的权利也是财产权，加拿大的限制措施使得该公司的财产权利受到侵害。但仲裁庭认为投资者并未因此损失全部的利益，因为波塔伯公司仍然能够出口一部分产品到美国市场，所以判定加拿大的限制措施对投资者财产干预的程度不足以构成征收。详细内容见http://www.naftaclaims.com/disputes_canada/disputes_canada_pope.htm。另外还可参见：Pope & Talbot Inc. v. Canada (Merits) (Apr. 10.2001) [Z]. available at <http://www.appletonlaw.com/4b3P&T.htm>。

以提高投资保护的水平，甚至还大胆采用了“等同于征收”的概念，这种做法不可避免地会给实践带来混乱。

作为多边贸易协定，NAFTA大胆采用“间接征收”、“等同于征收”概念在国际法上应该是具有相当重要的意义。但在另一方面，第 1110 条在运用这些概念时也有一些局限性。以往的双边投资条约虽然有许多都有使用了“间接征收”的概念，但相当一部分的条约是采用列举的方式列明“间接征收”的外延范围而不是直接对这一概念的内涵进行定义。第 1110 条也采用了“间接征收”的概念，但是其既没有说明这一概念的定义也没有明示其范围，这样就留下了很多的不确定性。另外，许多学者也对“等同于征收”这一用语提出疑虑：NAFTA使用这样的语言是否是以条约的形式而使习惯国际法成文化，或者是否为缔约国创造了新的特别法义务？^①对此第 1110 条并没有给出明确的回答。上述仲裁庭的实践表明，仲裁庭在目前对此还是采取比较谨慎的态度，并没有以此为突破口去尽力扩大征收条款的保护范围。但是，考虑到第 1110 条相关用语的模糊性，仅仅依靠仲裁庭在个案中采取克制的态度是远远不够的。

二、合法征收的前提条件

（一）传统观点

征收是主权者的固有权利。由于主权在一国境内是“最高权”，国家有权对外国人的财产进行征收。在习惯国际法上，征收或国有化一般要求东道国负有赔偿的义务，如果不赔偿的话，将构成“没收”或违反国际法的征收。^②这就涉及到国家的征收权利的行使是否负有前提条件的问题。

根据国家主权原则，一国有权在其境内采取任何行为，包括征收。即使一国的征收行为未能满足习惯国际法规定的条件，那么将构成对外国人财产损害的国际责任问题，而不是说国家的征收权力有任何内在的限制。简单地说，主权国家并不需要提前满足某些条件之后才能行使征收的权利。

^① VICKI, BEEN& JOEL C. BEAUAIS, The Global Fifth Amendment? NAFTA's Investment Protections and the Misguided Quest for an International "Regulatory Taking" Doctrine [J]. New York University Law Review, 2003, April:52.

^② RALPH, H. FOLSOM& MICHAL W. GORDON&JOHN A. SPANOGLE,, International Trade and Investment [M]. West Group, 2000.219 .

尽管并不先验地存在国家行使征收权利的前提条件，但是，习惯国际法一般认为，一国要满足几个条件后其征收行为才是合法的，即征收必须是出于公共目的并通过非歧视的方式进行。合法和非法征收的区分具有十分重要的意义，因为国际法对非法征收要求更高的赔偿标准。国际常设仲裁法院在“切茹夫工厂”（“Chorzow Factory”）案的裁决中指出：非法行为的救济是尽力恢复原状原则，如果不可能则应支付相当于恢复原状的价格的赔偿；但合法征收则不需要赔偿到恢复原状的程度，只需支付公平价格的赔偿。^①因此，如果一国的征收行为是以合法的方式进行，那么伴随而来的赔偿义务只要符合习惯国际法的要求或者按照有关条约的规定即可。

在传统国际法上，把赔偿要求作为征收的合法性前提的观点一直是有争议的，而在征收的赔偿标准方面，发达国家和发展中国家之间围绕赫尔原则的冲突自 70 年代以来一直不曾断绝。^②按逻辑推理，支付赔偿作为对外国投资者财产权利受到损害的救济应该等到国家的征收行为发生之后才可能进行。如果坚持必须先支付赔偿才可以征收难免有颠倒因果之嫌。所以，发展中国家向来认为征收权是国家主权的固有权利之一，并不以支付赔偿为前提条件。在关于赔偿的标准方面，发展中国家在集体层面上也一直拒绝接受赫尔原则。1962 年联合国大会通过的《关于自然资源永久主权的决议》（第 1803 号决议），以及在 1974 年通过的《国家经济权利和义务宪章》（第 3281 号决议）都强调在征收发生的情况下国家应给予“适当补偿”。

（二）第 1110 条的规定

第 1110 条规定了征收的四个前提条件：出于公共利益的目的；通过非歧视的方式；经过适当法律程序并符合第 1105 条第（1）款的规定；并且给予赔偿。征收必须出于公共目的，并通过非歧视的方式进行，这两项限制属于习惯国际法的内容，^③第 1110 条的规定与之并无冲突。至于征收是

^① Concerning the Factory at Chorzow (Germ. V. Pol.) [Z]. 1928 P.C.I.J. (Ser. A) No. 17:47, See also PATRICK M. NORTON, A Law of the Future or a Law of the Past? Modern Tribunals and The International Law of Expropriation [J]. American Journal of International Law, 1991, 85:476.

^② M. SORNARAJAH, The International Law on Foreign Investment [M]. Cambridge University Press, 1994. 220.

^③ 曾华群. 国际投资法学 [M]. 北京: 北京大学出版社. 1999. 449-451.

否必须以支付赔偿为条件，赔偿的标准如何，以及必须依据什么样的法律程序，这在国际法上还是有争议的。^①值得引起重视的是，第 1110 条对上述习惯国际法上付之阙如或者争议很大的问题提出了明确的“一家之言”。

首先，第 1110 条明确将给予赔偿作为征收的前提条件，而且赔偿还必须依据“毫不迟疑，可以完全兑现”并且“相当于被征收之投资的公平市场价值”，这一标准与美国一贯所坚持的“充分，及时，有效”的赫尔原则并没有本质区别。

其次，第 1110 条明确将“经过适当法律程序并符合第 1105 条第（1）款的规定”作为征收的前提条件之一，这是国际投资法制的重大突破。第 1105 条第（1）款规定任何缔约方都必须给予来自其他缔约方的投资以“国际法上的待遇，包括公正和平等待遇以及完全的保护和安全保障”，即所谓的“国际最低待遇标准”。^②

（三）案例

第 1110 条规定了国家行使征收权利四个条件，其中出于公共目的和非歧视方式这两个条件与习惯国际法中的内容相符。在征收的赔偿标准上，尽管习惯国际法上仍然存在不同的观点，但由于第 1110 条明确采用了赫尔原则，因此在实践中这方面争议不大。所以，相关案例中的争议主要是针对“经过适当法律程序并符合第 1105 条第（1）款的规定”即“国际最低待遇标准”这一条件。

在麦特克拉德公司诉墨西哥案中，仲裁庭就是以墨西哥当地政府拒绝给予麦特克拉德公司施工许可证的行为违反透明度要求而偏离“国际最低待遇标准”，因此认定间接征收成立。^③

在麦尔斯公司诉加拿大案中，仲裁庭认为“国际最低待遇标准”在实践中可以起到一种“保底”的作用，其所要求的保护水平可能会超过一国内法给予外资的保护程度。因此，仲裁庭认为，由于加拿大政府的禁令是出于保护主义的目的，即使加拿大政府宣称该措施的实施是非歧视的，

^① M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, [M].Cambridge University Press, 1994 .220.

^② NAFTA,Article1105(1).

^③ *Metalclad Corp. v. United Mexican States*, Case No. ARB(AF)/97/1, Award , paras.76 (Aug. 30, 2000) [J] . *Foreign Investment Law Journal*, 2001:168-188 .

并且也有间接的环境考虑，仍然违反了“国际最低待遇标准”。^①

（四）评论

第 1110 条主要源于美式双边条约的规定，反映了美国和其他资本输出国的看法。如果仅从其字面看，第 1110 条涵盖了“直接或间接征收，或等同于征收的措施”，对此甚至可以推理出要求对任何影响投资的措施都要求赔偿。条文中直接使用“并且给予赔偿”的措词明确表明政府支付赔偿是进行征收的前提条件，即使政府征收是出于公益目的并且以非歧视的方式进行，给予赔偿也是强制性的义务。这样的条款无疑体现了 NAFTA 要将私人财产权利保护作为首要目标的意图，有学者认为这样的条款包含了美国国内法中也没有的使私人财产可对抗国家管制的条款，甚至排除了习惯国际法中的治安权例外。^②在此，可以看出 NAFTA 的谈判者关于征收赔偿问题的规定试图赋予缔约国极其严格的投资保护义务。NAFTA 的这种实践将对国际投资法的发展产生重大影响。它不仅表明过去主要在双边投资条约中存在的“赫尔模式”正在向区域和多边化过渡，而且意味着部分发展中国家态度的转变。墨西哥早期曾是发展中国家中极力反对“赫尔模式”的国家之一，但现在其作为 NAFTA 的当事方之一的事实则表明已经放弃了长久以来坚持的拒不妥协立场。^③

另外，以往的美式双边投资条约以及模仿美式条约的一些双边投资条约，仅仅是规定以“经过适当法律程序”为条件，而第 1110 条在此基础上又并入了“国际最低待遇标准”。众所周知，“国际最低待遇标准”是目前国际法上最富争议的一个关于外国人的待遇标准，它还有许多其他的名称，内容也很不确定，一般认为其包含了一系列国际法律原则，如非歧视，

^①麦尔斯公司是位于俄亥俄州的废物处理企业，该公司从加拿大进口 PCBs（多氯三苯联苯，一种有害的化学物质）到俄亥俄州处理厂。麦尔斯公司在加拿大建立了子公司试图打入加拿大国内的 PCBs 处理的市场。1997 年，加拿大政府通过法令禁止 PCBs 出口到美国。1998 年，麦尔斯公司起诉加拿大并要求 2 千万美元的利润损失。麦尔斯公司诉称“加拿大的禁令构成了隐蔽的歧视”，违反了第 11 章第 1102 条所要求的国民待遇和第 1105 条要求的公正和平等待遇。另外，麦尔斯公司认为加拿大政府还违反了第 1110 条的征收条款。2000 年 11 月，仲裁庭认为麦尔斯公司拥有的加拿大市场份额构成第 1139 条所定义的“投资”，加拿大的禁令侵犯了麦尔斯公司根据 NAFTA 第 11 章下所拥有的利益。因此仲裁庭做出有利于麦尔斯公司的裁决，支持基于第 1102 条和第 1105 条的诉求，但驳回基于第 1110 条的诉求。S.D. Myers, Inc. v. Canada, Partial Award (Nov.13,2000) [Z]. paras.259, available at <http://www.naftaclaims.com>.

^② JOSEPH A. STRAZZERI, An Lucas Analysis of Regulatory Takings Under NAFTA Chapter 11 [J]. Georgetown International Environmental Law Review, 2002, Summer: 855.

^③叶兴平. <北美自由贸易协定>的投资规则极其对多边国际投资立法的影响 [A]. 陈安. 国际经济法论丛 (6) [C]. 北京: 法律出版社, 2003. 254.

对外国人财产保护的最低注意义务等。但习惯国际法关于该待遇标准的含义并未十分明确地规定，而 NAFTA 的投资条款对此也是语焉不详，这就给任意的扩大解释留下了空间。例如，“国际最低待遇标准”存在被扩大甚至任意解释的可能，比如仲裁庭可能会将透明度要求纳入其中，这样做的后果就是明显加重了 NAFTA 缔约方承担的义务。还可能出现的—种情况是，通过将“国际最低待遇标准”与“间接征收”相联系，使得“间接征收”概念覆盖的范围更广，其内涵也变得更加混乱。而且在实践中何谓“公正，平等”将很大程度上取决于对具体案件的解释，这就等于给予 NAFTA 的仲裁庭相当大的权力。至少从上述的两个案子来看，仲裁庭在这一问题上所采取的标准是相当严格的。

三、征收的判断标准

传统有关征收问题的争论焦点集中于：征收问题是否与国际法相关；是否有公正赔偿的习惯国际法？^①因为在 20 世纪六、七十年代席卷亚非拉国家的大规模国有化运动的背景之下，许多征收事件都是以直接方式进行的，是否存在征收行为很容易断定。而目前有关征收问题的争议焦点主要是征收条款的覆盖范围如何？在什么情况下构成征收？传统上激烈对立的赫尔原则和“适当赔偿”原则针对的是在一个确定的征收案件中什么样的赔偿是适当的，类似的争论在第 1110 条下将不再有意义。因为第 1110 条已经明确规定了在征收成立时必须给予充分、及时有效的赔偿。在此，关注的重点转换成政府的管制行为在何种情况下依据第 1110 条可以被认定为征收。国家在行使管理国内事务的主权时，其权力的行使有时将不可避免地对外国投资者的权力产生消极影响。是否投资者一旦因此受到财产的细微影响就可以构成“征收”为由向国家要求赔偿？如果答案是肯定的话，国家主权将受到重创。

（一）传统观点

习惯国际法认为，不是所有对投资者造成损失的政府行为都构成征收，政府的行为措施必须是不合理，所造成的消极后果必须具有长期性才

^① DAVID A. GANTZ, Potential Conflicts between Investor Rights and Environmental Regulation under NAFTA's Chapter 11 [J]. The Gorge Washington International Law Review, 2001, 33:715.

可能构成征收。^①应该说，习惯国际法所包含的征收判断标准并不十分明确，仍然存在一些“灰色区域”。例如，什么是“消极后果”、其程度如何、什么是“长期性”等等。一般认为，一项政府措施要被认定为征收，必须同时满足三个条件：其一，该措施是不合理的；其二，必须造成消极后果；其三，消极后果必须具有长期性。一项政府措施是否合理，笔者认为，这与征收的前提条件有关，如该措施是否是出于公益目的，是否是非歧视地适用等，对此上文已经详述，在此不赘。而至于消极后果如何判断的问题，由于习惯国际法中的相关内容比较复杂而且经常存在矛盾和不一致，在这方面也难以提供明确清晰的指引。在消极后果的持续时间要求上，传统上各国的征收法律制度一般都要求对财产的伤害必须持续一定的时间，仅有短暂的、暂时的对财产权利的限制或伤害将不被认为构成征收。因为对财产的短期伤害一般不会造成严重的后果。

笔者认为，有关征收的判断问题应该借鉴一下美国国内法当中相关的内容。美国国内法中的征收法理对习惯国际法影响很大。而且，尽管 NAFTA 第 1131 条并没有将缔约国国内法列为法律渊源，各缔约国和仲裁庭实际上也不受国内法理的约束，但由于第 1110 条的形成完全由美国主导，受美国国内法理影响极深。因此要真正了解该条款的实质，首先必须了解美国国内法中的相关内容。

美国宪法第五条修正案规定：“不经正当法律程序，不得被剥夺生命、自由或财产；不给予公平赔偿，私有财产不得充作公用”，这是美国关于征收问题的最重要的规定。美国国内的征收法理强调征收的公共利益目的，但同时也十分重视评估政府管制措施对个人财产的影响。在著名的 1922 年的麻洪诉宾州煤矿公司案(*Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*)中，最高法院认为宾西法尼亚州法律禁止以能导致地表房子下陷的方式采矿的管制构成征收，因为该项立法使得采矿权实际上没有经济价值。该案建立了一条原则，即如果一项管制“走得太远”将构成征收。但判断何种程度的管制才算“太远”又明显是个程度问题，需要逐案“临时的，事实的”分

^① JASON L. GUDOSFSKY, *Shedding Light on Article 1110 of the North American Free Trade Agreement (NAFTA) Concerning Expropriation: An Environmental Case Study* [J]. *Northwest Journal of International Law & Business*, 2000, Fall: pp299-300.

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库