

国际投资条约中的间接征收

学校编码: 10384

分类号_____密级_____

学号: 200308102

UDC_____

厦门大学

硕士学位论文

国际投资条约中的间接征收

——理论与实践的新发展

Indirect Expropriation in International
Investment Agreements

——New Development of the Theory and Practice

陈丹艳

陈丹艳

指导教师姓名: 陈辉萍 副教授

专业名称: 国际法学

论文提交日期: 2006年4月

论文答辩时间: 2006年 月

学位授予日期: 2006年 月

答辩委员会主席: _____

评阅人: _____

厦门大学

2006年4月

厦门大学学位论文原创性声明

兹提交的学位论文，是本人在导师指导下独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考的其他个人或集体的研究成果，均在文中以明确方式标明。本人依法享有和承担由此论文产生的权利和责任。

声明人（签名）：

年 月 日

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人完全了解厦门大学有关保留、使用学位论文的规定。厦门大学有权保留并向国家主管部门或其指定机构送交论文的纸质版和电子版，有权将学位论文用于非赢利目的的少量复制并允许论文进入学校图书馆被查阅，有权将学位论文的内容编入有关数据库进行检索，有权将学位论文的标题和摘要汇编出版。保密的学位论文在解密后适用本规定。

本学位论文属于

- 1、保密（ ），在 年解密后适用本授权书。
- 2、不保密（ ）

（请在以上相应括号内打“√”）

作者签名： 日期： 年 月 日

导师签名： 日期： 年 月 日

内 容 摘 要

征收问题向来是国际投资保护领域最具争议的问题之一。自《北美自由贸易协定》(NAFTA)生效实施以来,依该协定第 11 章提起的征收仲裁案例频频发生,从而引发一些新的问题,如怎样区分间接征收与国家管理权的界限,这些实践也直接促成了国际投资条约中间接征收条款的新发展。本文通过对相关案例及新发展的研究,对我国双边投资条约中的征收条款的完善提出一些建议。

本文除引言及结论外共分为五章。

第一章介绍间接征收问题的缘起。从以往征收问题集中于发达国家与发展中国家之间的利益矛盾,到 NAFTA 实践中出现的间接征收和国家管理权的界限区分问题,指出新的矛盾焦点已转变为国家与投资者之间的利益冲突。

第二章介绍国家管理权作为间接征收例外的相关理论、文件规定及实践,指出判定间接征收的前提是要明确争议措施是否属于国家管理的范围。

第三章归纳间接征收认定的主要方法与辅助性原则和其他考虑因素。仲裁庭在实践中一般运用“唯一效果测试法”和“目的测试法”,除了这两个主要的方法,还考虑措施与目的的恰当性原则,以及对投资预期的影响等等其他的因素,这样做是为了更好地平衡国家与投资者之间的利益。

第四章分析国际投资条约缔约实践中征收条款的最新发展。美国和加拿大吸取 NAFTA 十年来征收仲裁的经验和教训,推出了各自最新的双边投资条约范本,其中对征收条款做出了重大的修改。本章分析这些修改产生的背景,新条款的主要变化,并评价新范本可能对国际投资条约产生的影响。

第五章分析中国双边投资条约中征收条款存在的缺陷,分析这些缺陷可能使中国陷入征收争端的讼累。对于现有条款的完善,笔者认为可以在借鉴美加新范本规定的基础上依据本国国情做出相应的完善。

关键词: 间接征收; 投资条约; 国家管理权

ABSTRACT

The issue of expropriation is one of the most contentious issues in the field of protection of the international investment. After NAFTA became effective, many disputes involving expropriation issue have been submitted for international arbitration according to NAFTA Chapter 11, and some new problems have arisen, including how to distinguish between the indirect expropriation and the regulatory power. The NAFTA practice has caused the development of new provisions of expropriation in the International Investment Agreements (IIAs). This thesis will do some research on the case law of international expropriation and the new development, and bring forward some suggestions to improving the expropriation provisions in China's Bilateral Investment Treaties (BITs).

This thesis consists of five chapters in addition to Preface and Conclusion.

Chapter One reviews the genesis of problem of indirect expropriation. In the past, the conflicts existed mainly between the developed countries and the developing countries, after NAFTA ten years' practice, the main conflict has converted to the contradiction of interests between the state and the investor.

Chapter Two introduces the theory, provisions and application of the principle of regulatory power exception, point out that the prerequisite of identification of an indirect expropriation is to identify whether the measure falls into the scope of regulatory power.

Chapter Three sums up the main tests and accessory principles and other factors applied in the expropriation cases. The main tests are "Sole Effect Test" and "Purpose Test". In order to balance the interests between the state and the investor, accessory principles like "Principle of Proportionality" and interference with distinct, reasonable investment-backed expectations and other factors are to be considered in the determination of whether a measure constitutes an indirect expropriation.

Chapter Four analyses the recent development of expropriation provisions in the IIAs. U.S.A. and Canada have made some significant changes to the expropriation provisions in their new Model BIT and FIPA respectively after learning some lessons from the NAFTA practice. This chapter first introduces the background, analyses the

ABSTRACT

fundamental reasons; then analyses the content of the new provisions; and analyses the influence of the new provisions to the IIAs.

Chapter Five firstly overviews the expropriation provisions in China's BITs; then analyses the defects of those provisions and the risks China will confront with; and lastly give some suggestions to improve those provisions by reference to the U.S. Model BIT and Canada's new FIPA.

Key Word: Indirect Expropriation; Investment Agreement; Regulatory Power.

厦门大学博硕士论文摘要库

缩略语表 Abbreviations

BIT	Bilateral Investment Treaty 双边投资条约
ECHR	European Court of Human Right 欧洲人权法院
FIPA	Foreign Investment Protection and Promotion Agreement 外国投资保护和促进协定
FTA	Free Trade Agreement 自由贸易协定
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes 解决投资争端国际中心
IIA	International Investment Agreement 国际投资条约
MAI	Multilateral Agreement on Investment 多边投资协定
NAFTA	North American Free Trade Agreement 北美自由贸易协定
OECD	Organization for Economic Co-operation and Development 经济合作与发展组织
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development 联合国贸易与发展会议

厦门大学博硕士学位论文摘要库

案例表 Table of Cases

Short Title	Full Case Title and Citation
Santa Elena Case	Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. ARB/96/1.
Ethyl Case	Ethyl Corporation v. the Government of Canada, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1
Kate Case	Kate v Italy, (1995) 19 EHRR 368
Lucas Case	Lucas v South California Coastal Council, 505 U.S. 1003, (1992).
Feldman Case	Marvin Roy Feldman Karpa (CEMSA) v. United Mexican States, ICSID Case No. ABR(AF)/99/1. Award Dec. 16, 2002.
Metalclad Case	Metalclad Corporation v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award Aug. 30, 2000.
Methanex Case	Methanex Corp. v. United States of America, Final Award, Aug.3, 2005.
Penn Central Case	Penn Central Transport Co. v. New York City, 438 US 104 (1978)
Pennsylvania Coal Case	Pennsylvania Coal Co. v Mahon, 260 US 393 (1922)
Phelps Dodge Case	Phelps Dodge Corp. v. Iran, AWD 217-99-2(Mar.19,1986), 10 Iran-US Cl. Trib. Rep.121.
Pope & Talbot	Pope & Talbot, Inc v. Canada, Interim Award (June 26,2000)
S.D. Myers Case	S.D. Myers Inc. v. Government of Canada, Partial Award (November 13, 2000).
Sea-Land Case	Sea-Land Service Inc. v. Iran, AWD 135-33-1(June 22,1984), 6 Iran-US Cl. Trib. Rep.149.
Sporrong Case	Sporrong and Lönnorth v Sweden, (1983) 5 EHRR 35
Starret Case	Starret Housing Corp. v. Islamic Republic of Iran, ITL 32-24-1(Dec.19, 1983), 4 Iran-US Cl. Trib. Rep.122.
Tecmed Case	Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States (ICSID Case No. ARB(AF)/00/2)
Tippetts Case	Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran, AWD 141-7-2(June 29, 1984), 6 Iran-US Cl. Trib. Rep.219.

厦门大学博硕士学位论文摘要库

引 言	1
第一章 间接征收问题的缘起	3
第一节 从直接征收到间接征收	3
一、直接征收的争议问题	4
二、间接征收范围的争议	5
第二节 间接征收的新焦点问题	6
一、NAFTA 征收实践的新问题	6
二、间接征收与国家管理权的界限	10
第二章 间接征收的例外	13
第一节 国家管理权例外的规定及适用	13
一、国家管理权例外的规定	14
二、国家管理权例外的适用	15
第二节 国家管理权的范围	16
第三章 间接征收的认定方法	19
第一节 “唯一效果测试法”与“目的测试法”	19
一、“唯一效果测试法”	19
二、“目的测试法”	20
三、关于“效果”的争议	21
第二节 辅助性原则与其他考虑因素	24
一、恰当性原则	24
二、对明确、合理的投资预期的影响	27
三、其他考虑因素	28
第四章 国际投资条约征收条款的新发展	31
第一节 新征收条款产生的背景	31
一、新征收条款产生的表面原因	31

二、新征收条款产生的深层次原因	34
第二节 新征收条款的内容	35
一、征收条款的内容	35
二、与征收相关的内容	37
第三节 对新征收条款的评价	39
第五章 中国双边投资条约征收条款的缺陷与完善	41
第一节 中国双边投资条约征收条款的缺陷	41
一、征收条款的缺陷	41
二、与征收相关内容的缺陷	42
三、中国可能面临的风险	44
第二节 中国双边投资条约征收条款的完善	45
一、澄清征收的含义与范围	45
二、完善征收的相关条款	46
三、积极应对投资争端	47
结 语	48
参考文献	49

CONTENTS

Preface	1
Chapter 1 Genesis of Indirect Expropriation	3
Subchapter 1 From Direct Expropriation to Indirect Expropriation	3
Section 1 Controversial Issues of Direct Expropriation	4
Section 2 Controversial Issue of the Scope of Indirect Expropriation	5
Subchapter 2 New Focus on Indirect Expropriation	6
Section 1 New Problems Originating from the NAFTA Practice	6
Section 2 Distinguishing between Indirect Expropriation and Regulatory Power	10
Chapter 2 Exception to Indirect Expropriation	13
Subchapter 1 Provisions and Application of Regulatory Power Exception	13
Section 1 Provisions of Regulatory Power Exception	14
Section 2 Application of Regulatory Power Exception	15
Subchapter 2 Scope of Regulatory Power	16
Chapter 3 Methods to Identify Indirect Expropriation	19
Subchapter 1 “Sole Effect Test” and “Purpose Test”	19
Section 1 “Sole Effect Test”	19
Section 2 “Purpose Test”	20
Section 3 Contentious issues of the “Effect”	21
Subchapter 2 Accessory Principles and Other Factors	24
Section 1 “Principle of Proportionality”	24
Section 2 Interference with Distinct, Reasonable Investment-backed Expectations	27
Section 3 Other Factors	28
Chapter 4 New Development of the Expropriation Provisions in IIAs	31
Subchapter 1 Background of the New Provisions of Expropriation	31
Section 1 External Reason of the New Expropriation Provisions	31
Section 2 Underlying Reasons of the New Expropriation Provisions	34

CONTENTS

Subchapter 2	Contents of the New Expropriation Provisions	35
Section 1	Contents of the Expropriation Provisions	35
Section 2	Contents of the Relevant Provisions	37
Subchapter 3	Comments on the New Provisions of Expropriation	39
Chapter 5	Defects and Improvement to the Expropriation	
	Provisions in China's BITs	41
Subchapter 1	Defects of the Expropriation Provisions in China's BITs	41
Section 1	Defects of the Expropriation Provisions	41
Section 2	Defects of the Relevant Provisions	42
Section 3	Potential Risks for China	44
Subchapter 2	Improvement to the Expropriation Provisions in China's	
	BITs	45
Section 1	Clarifying the Definition and Scope of Expropriation	45
Section 2	Improving the Relevant Provisions.....	46
Section 3	Actively Tackling with Investment Disputes.....	47
Conclusion	48
Bibliography	49

引言

征收^①问题向来是国际投资保护领域中一个敏感又颇具争议的问题，因为它不仅直接涉及外国投资者的利益，还直接涉及国家主权问题。征收规定也是国际投资条约（International Investment Agreements，简称 IIAs）^②中一项必不可少的条款。由于《北美自由贸易协定》（North American Free Trade Agreement，简称 NAFTA）第 1110 条征收条款措辞的模糊性，仲裁实践对间接征收的范围解释的扩大化，导致 NAFTA 缔约国频频因制定和适用社会管理措施而被诉之国际仲裁，这就引发了一些新的问题，例如国家管理权与间接征收的界限在哪里？如何在保护投资者的同时给国家管理权保留必要的空间和尊重？

虽然国际法上向来承认国家管理权作为征收的例外，但由于国家管理权与征收尤其是间接征收的概念本身具有不确定性，因此实践中认定间接征收问题仍存在很大的困难。

关于间接征收的认定，国际仲裁庭有两种主要的方法，“唯一效果测试法”和“目的测试法”。随着实践的发展，仲裁庭开始注意平衡国家和投资者之间的利益，使裁决更具合理性，因此开始借鉴一些国内法院的做法，如美国国内法院和欧洲人权法院。目前就征收的认定问题仍然没有确定的一套标准，但还是有一些方法、原则、标准可寻。

NAFTA 实践让一贯处于国际投资争端案件“原告”地位的发达国家，尤其是美国这个超级大国，感受到国家主权遭受的重大挑战，这让它们开始反思在国际投资条约中过度保护外国投资者权益的利弊得失，开始注重保护外国投资者权益和维护东道国主权权力之间的综合平衡问题。美国和加拿大于 2004 年做出一个重大举措，分别推出了各自新的双边投资条约（Bilateral Investment Treaty，简称 BIT）范本，其中对征收尤其是间接征收问题做了重大修改，在保持原有高标准投资待遇和征收补偿规则的同时，单独通过附录 B 专门规定了例外，对“间接

^① 征收和国有化这两个概念基本含义、法律性质相同，都是指由国家采取的将私人财产收归国有的强制措施，但仍有一些细微的区别，比如国有化一般需要颁布专门性的国有化法令，而征收不一定要颁布专门性的法令，又如国有化的规模、范围一般比征收较大等。见陈安，主编。国际经济法学专论[M]。北京：高等教育出版社，2002。679-680。可以说征收包括了国有化。

^② 本文所指的国际投资条约包括了双边投资条约、包含投资章节的区域性自由贸易协定和多边协定。

征收”概念做出澄清，以防止投资者滥用“间接征收”规定，从而损害其作为东道国时的国家主权。

吸收外资的发达国家尚且如此关注国际条约对国家管理主权的维护问题，作为吸收外资的主要接受国的发展中国家又怎能轻视？然而中国目前所签订的双边投资条约中关于征收的规定存在着许多缺陷，一旦发生类似 NAFTA 征收仲裁的情况，中国面临的风险和后果不堪设想。

然而对于区分间接征收与国家管理权、平衡国家与投资者的利益这些新的焦点问题，我国学者研究的广度和深度极为有限。鉴于此，本文拟从征收问题的缘起入手，通过对国际征收仲裁以往实践和新发展的分析，在此基础上分析我国双边投资条约中相关规定存在的缺陷和潜在风险并提出完善建议。

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.

厦门大学博硕士学位论文摘要库