

韩冰

helenacass@163.com

中国海外投资间接征收风险防范与救济

摘要

间接征收是国际投资面临的主要政治风险之一。中国海外投资的地区与行业分布表明中国“走出去”的企业需要特别注意防范间接征收风险。近来随着国际投资条约实践与仲裁实践对于间接征收的认定问题作出的澄清与指引，一定程度上矫正了间接征收扩大化问题，以平衡投资者利益与东道国的规制公共利益的权力。而这对于中国走出去的企业而言，则意味着在国际投资仲裁实践中，进一步增加了企业在遭受东道国间接征收后寻求救济的难度。中国亟待根据中国与缔约国间的双向投资的实际情况及发展趋势审慎选择间接条款模式，完善双边投资保护协定中的间接征收及相关条款规定，以防患于未然。

2000 年以来，随着我国政府出台的一系列鼓励海外投资的政策和措施，中国的海外投资迅速增长。根据联合国贸易和发展会议（UNCTAD）《2015 年世界投资报告》显示，2014 年全球外国直接投资流出流量 1.35 万亿美元，年末存量 25.87 万亿美元。以此为基数计算，2014 年中国对外直接投资流量为 1231.2 亿美元，对外直接投资存量为 8826.4 亿美元，分别占全球当年流量的 9.1%和存量的 3.4%，流量连续三年位列按全球国家（地区）排名的第

3位, 存量位居第8位。2015年“一带一路”具体方案的出炉, 更为中国海外投资提供了巨大的历史机遇。然而, 有投资就有风险。间接征收即是中国海外投资较易遭受到的政治风险之一。目前中国投资者在解决投资争端国际中心(ICSID)提起的3起国际投资仲裁, 即香港居民谢叶深诉秘鲁政府案¹、中国平安保险公司诉比利时政府案²、北京城建集团诉也门共和国案³均涉及间接征收问题。为保障我国海外投资权益, 作为成长中的海外投资大国, 我国有必要对间接征收问题进行深入研究, 寻求防范与救济途径。

一、中国海外投资应谨防间接征收风险

中国的海外投资在过去的十多年间取得了显著的进展, 而中国海外投资的地区与行业分布表明中国“走出去”的企业应特别注意防范间接征收风险。

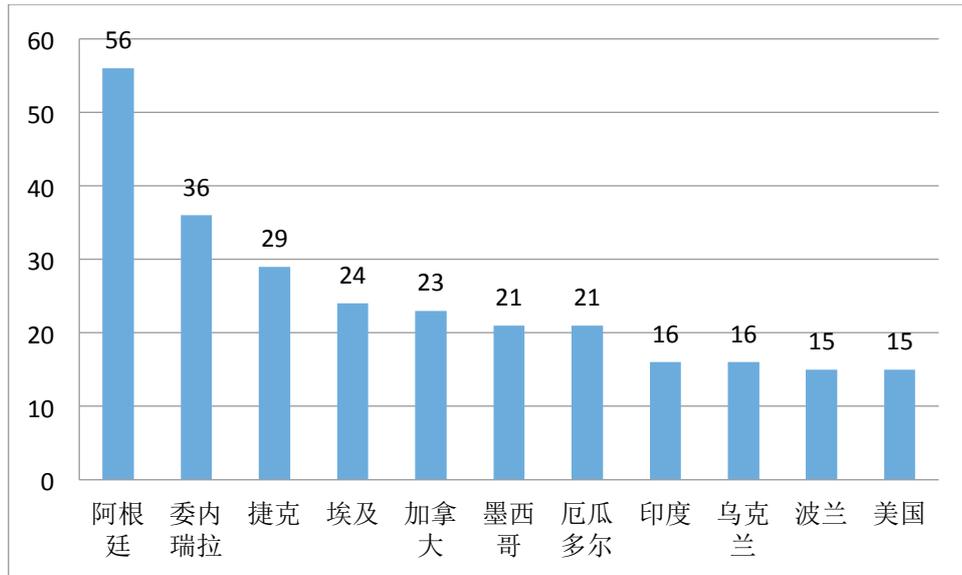
从中国海外投资地区来看, 根据《2014年度中国对外直接投资统计公报》数据显示, 截至2014年末, 中国对外直接投资分布在全球的186个国家(地区)。其中, 中国在发展中经济体的投资存量为7281.68亿美元, 占82.5%; 在发达经济体存量1352.51亿美元, 占15.3%; 在转型经济体的直接投资存量192.21亿美元, 占存量总额的2.2%。这表明当前中国的海外直接投资存量的八成分布在发展中经济体。由于发展中国家的经济、政治和社会等各项制度往往仍处于形成中, 发生调整或转型的风险较高, 在客观上增加了这些国家发生间接征收的风险。而这也为国际投资仲裁实践所验证, 根据2015年《世界投资报告》的统计, 截至2014年底, 在投资者诉东道国的608例仲裁案件中, 共有99个国家被提起投资仲裁诉讼, 其中被诉国最多的为阿根廷, 其次为委内瑞拉, 位居第三的是捷克(见图1)。总体上看, 被诉国主要为发展中国家或转型经济国家, 拉美与加勒比地区国家占比最高。

¹中国香港居民谢叶深, 投资了秘鲁的一家TSG鱼粉公司, 拥有该公司90%的股权。2004年, 秘鲁国家税收管理总局认为TSG公司欠税1200万秘鲁新币, 并在发出欠税通知一个月后采取了临时措施冻结TSG公司的银行账户, 致使该公司无法继续运营。谢叶深认为秘鲁政府采取的措施构成了征收且未予补偿, 遂将其告上了ICSID仲裁庭。该案于2011年审结, 仲裁庭裁决秘鲁政府败诉, 确认秘鲁政府采取冻结账户的临时措施构成间接征收, 因此秘鲁政府需支付786306.24美元的补偿, 加上227201.30美元的利息, 共计1013507.54美元。参见Tza Yap Shum v. Republic of Peru (ICSID Case No. ARB/07/6)。孙南申、王稀:“中国对外投资征收风险之法律分析”, 载《国际商务研究》2015年第1期, 第55-56页。

²2012年9月19日, 中国平安保险(集团)股份有限公司向解决投资争端国际中心提交了仲裁请求书, 指控比利时政府在2008年金融危机期间对富通集团资产处置不当, 构成实质上的间接征收, 因此向比政府索赔。2014年2月, 比利时政府提交了质疑仲裁庭管辖权的答辩状, 仲裁庭中止了实体审理, 先裁定管辖权问题。2015年4月30日, 仲裁庭作出没有管辖权的裁定。参见Ping An Life Insurance Company of China, Limited and Ping An Insurance (Group) Company of China, Limited v. Kingdom of Belgium (ICSID Case No. ARB/12/29)。

³2014年12月3日解决投资争端国际中心受理了北京城建集团提起的诉也门共和国一案。申请人北京城建集团2006年在也门民航气象局“萨那国际机场新航站楼工程”招标项目中中标, 工程中标价为1.15亿美元。北京城建集团认为被申请人也门共和国违反中国-也门BIT, 强制剥夺即征收了申请人在也门的合同与资产。目前本案的仲裁庭尚未组成, 有待进一步审理。参见Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Republic of Yemen (ICSID Case No. ARB/14/30)。参见韩宝庆:“海外承包工程争议适用ICSID仲裁的可行性分析——从北京城建集团诉也门共和国案说起”, 《国际经济合作》2015年第3期, 第80-81页。

图 1 国际投资仲裁最常被告国家(案例数,截至 2014 年底)



资料来源:UNCTAD

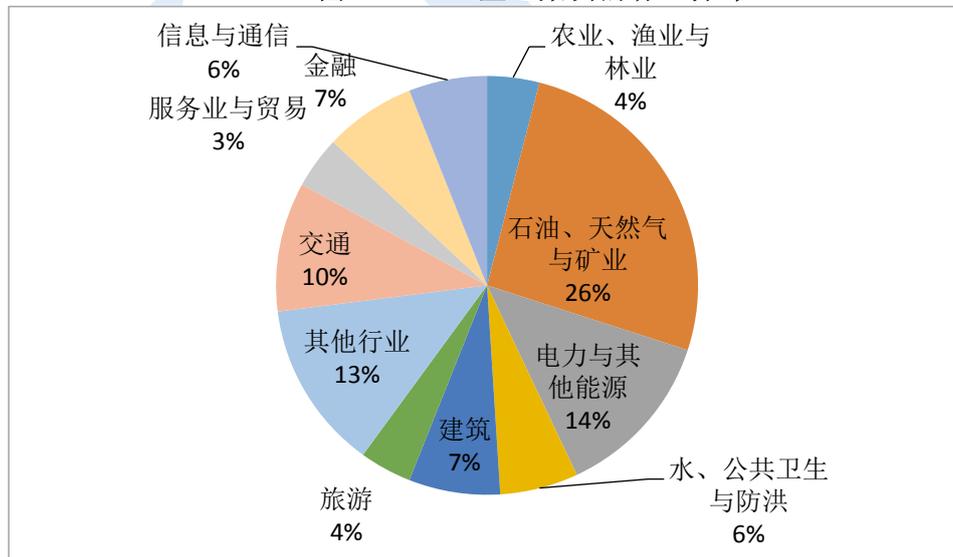
从中国海外投资行业分布上看,根据《2014 年度中国对外直接投资统计公报》,中国对外直接投资覆盖了国民经济所有行业类别,但是租赁和商务服务业、金融业、采矿业和批发和零售业四大行业累计存量为 6867.5 亿美元,占中国对外直接投资存量的 77.8% (见表 1)。其中金融业存量为 1376.2 亿美元,是仅次于租赁和商务服务业的第二大行业,占比 15.6%。金融业是一个极具政治敏感性与经济战略重要性的领域。2008 年从美国次贷危机开始的全球金融危机爆发后,一些传统意义上被认为投资环境比较稳定的发达国家,也采取了一系列非常态的管制措施,有些措施已构成了间接征收。例如,前述的中国平安保险公司诉比利时案即为实例。位列第三的采矿业,存量达 1237.3 亿美元,占比 14%。采矿业投资一般周期长、数额大并需投向政治风险较高的国家和地区,也是易引起投资纠纷的行业。这也同样为国际投资仲裁实践所证实。据 2015 年 ICSID 统计数据显示,从行业分布上看,依照 ICSID 公约及其便利规则向 ICSID 仲裁庭提交仲裁的案例中,石油、天然气与矿业位居第一位,占比 26%,其次是电力与其他能源行业,占比 14%,金融业与建筑业则分别占比 7% (见图 2)。结合前述中国海外投资行业分布情况,可知中国海外投资比较集中的行业多属于易引起投资争端的行业。因此,这也增加了中国海外投资发生间接征收风险的概率。

表 1 2014 年末中国对外直接投资存量行业分布和比重

行业名称	存量（亿美元）	比重（%）
租赁和商务服务业	3224.4	36.5
金融业	1376.2	15.6
采矿业	1237.3	14
批发和零售业	1029.6	11.7
制造业	523.5	5.9
交通运输、仓储和邮政业	346.8	3.9
房地产业	246.5	2.8
建筑业	225.8	2.6
电力、热力、燃气及水的生产供应业	150.4	1.7
信息传输、软件和信息服务业	123.3	1.4
科学研究和技术服务业	108.7	1.2
农、林、牧、渔业	96.9	1.1
居民服务、修理和其他服务业	90.4	1
文化、体育和娱乐业	16	0.2
水利、环境和公共设施管理业	13.3	0.2
住宿和餐饮业	13.1	0.1
其他行业	4.2	0.1

资料来源：作者根据《2014 年度中国对外直接投资统计公报》数据整理。

图 2 ICSID 登记案例的行业分布



资料来源：The ICSID Caseload - Statistics(Issue 2015-1)

综上分析可知，中国海外投资的地区与行业分布均表明，中国“走出去”的企业需高度关注间接征收问题。那么，间接征收与直接征收有哪些区别？间接征收的表现形式有哪些？下文具体讨论。

二、间接征收的定义与表现形式

（一）间接征收的定义

征收系指东道国政府基于公共利益的需要对外国投资者在东道国的部分或全部资产实行剥夺的行为，包括直接征收与间接征收两种形式。直接征收通常指东道国以国有化、法律强制或没收等方式完全取得投资者财产的征收行为。二战后初期，发展中国家为了维护经济主权，对外资开展了国有化运动，当时主要以直接征收方式大规模地征收外国投资者的财产。随着经济全球化和投资自由化趋势不断加强，东道国实施直接征收的情况已非常罕见，虽然一些拉美国家近年恢复采取了此类措施，如一些国家采取收购资本的大部分等紧急措施以拯救受到 2008-2009 年全球金融危机影响的经济的某些领域。但总体趋势而言，各国主要采取更为间接与隐蔽地间接征收措施干涉外国投资者。

现有的国际投资条约多数对间接征收有所规定，例如 1956 年《欧洲人权公约》、1961 年《关于国家对外国人造成损害的国际责任公约哈佛草案》、1967 年《外国人财产保护公约》、1992 年《世界银行外国直接投资待遇指南》、1992 年《北美自由贸易协定》、1994 年《能源宪章条约》、1998 年《多边投资协定草案》以及美国 2012 年双边投资协定(BIT) 范本等，但上述条约中对于间接征收的界定并不统一。直至目前学界与司法实践中对于何谓间接征收仍未形成共识。

一般而言，间接征收主要指未直接转移或剥夺投资者的财产权，但东道国政府以与征收具有“效果相同的措施”或“类似的任何其他措施”，干涉财产的使用或享用收益。联合国贸易与发展委员会(UNCTAD)在分析国家实践、国际投资协定中的定义以及仲裁实践的基础上，概括总结了间接征收包含的四个核心要素：一是可归因于国家的措施；二是对财产权或其他受法律保护的利益的干涉；三是导致相关的权利或利益的全部或绝大部分的价值损失或剥夺所有者对投资的控制；四是所有者保有法律上的所有权或实质上的占有(UNCTAD, 2012)。

由于在国际投资领域“间接征收”并没有统一的定义，对于间接征收的界定多是描述性的，因此其可以是“间接的征收”、“蚕食性征收”、“事实上的征收”、“等同于征收”、“变相征收”、“监管征收”或“虚拟征收”等任一形式。其中最为值得注意的是蚕食性征收，其会导致财产权被剥夺或失去控制，但这一结果是逐渐发生的或分阶段导致的。

（二）间接征收的表现形式

间接征收的表现形式也多种多样，其中典型性表现形式包括强制转让财产、完全禁止转让或支配财产、实质干预企业的管理控制权、过度或任意征税、取消许可或批准、违法驱逐外国投资者、冻结银行账户或推动罢工、停工和致使劳工短缺等等，不一而足。实践中，出现上述表现形式未必一定构成间接征收，还要根据具体案例“逐案”考察分析。例如，东道国政府歧视性的“过度重复征税”措施具有没收效果，等同于间接征收，但是并不是所有的歧视性过度或任意征税都会构成间接征收。假如有充分的理由“过度重复”征税，不

一定会构成间接征收（王小林，2011）。再如，东道国政府在征收外国投资者财产的过程中发生冻结外国投资者银行账户的行为，并且该行为是否定投资者全部财产权利的行为的一部分，在此种情况下，冻结银行账户就“等同于”征收，构成间接征收。但是，如果东道国政府是由于调查犯罪、管制有违法行为的账户等原因合法地冻结银行账户则是正当的，并不构成间接征收（Sornarajah，2004）。

由于间接征收缺乏严谨、权威、准确定义以及在实践中表现形式多样，为其认定留下了弹性空间。近年来，在仲裁实践中，如何确认间接征收的成立而同时又不妨碍国家规制公共利益的权力越来越成为具有挑战性的问题。对此，下文予以进一步分析。

三、间接征收的认定与仲裁实践新进展

目前大多数国际投资协定均已规定对于为了公共利益的目的，以非歧视的方式并遵守正当程序的直接和间接征收行为应提供充分、及时和有效的赔偿。换言之，一国政府有权在符合上述条件的情况下进行征收。然而，在一些情况下，东道国政府行使治安权或为公共利益而实施管理所采取的措施会不可避免地导致对商业的显著损害，但当前国际法则广泛接受东道国政府行使“治安权”或为公共利益而实施的管理行为不产生赔偿权利的观念（Yannaca-Small，2008）。这就出现了在仲裁实践中需要将这类政府管理行为与间接征收相区分问题。正确区分一国政府为公共利益而实施的管理行为与征收性措施，不仅事关外国投资者合法投资利益能否得到东道国有效保护，也涉及东道国政府管理权限是否受到限制这一重要问题。由于国际投资仲裁庭在间接征收认定上倾向于保护外国投资者的利益，对投资协定中的征收条款及其他条款扩大化解释，引起了国际社会对国际投资仲裁的公正性的质疑，并成为导致国际仲裁合法性危机的重要原因之一。

在上述背景下，近年有关征收的条约实践与仲裁实践的主要发展是对于间接征收增加了很多详细规定，从而在缺乏间接征收的统一的定义情况下，对相关因素给予澄清。这些条约一般要求国际仲裁庭在逐案、事实调查以及列出需要考量的相关因素的基础上作出决定。2004年，美国和加拿大首先在其BIT范本的附件中增加了相关规定，并在其后两国缔结的FTA和BIT附件中增加这些规定。大多数新近缔结的条约都参照了美国和加拿大关于间接征收的规定，但也有一些变化，例如在中国和新西兰缔结的FTA中还增加了评估国家行为的额外标准。⁴

根据条约与仲裁实践的新发展，可以发现评估一项措施是否构成间接征收，一般主要考虑三个方面的因素：一是措施的经济影响；二是措施对投资的合理和明显期待的干涉；三是

⁴ 《中国-新西兰自由贸易协定》附件十三“征收”规定：“在以下情况下，对财产的剥夺应被认为构成间接征收：（一）效果上是歧视性的，既可能是针对特定投资者的，也可能是针对投资者所属的一个类别的；或者（二）违反政府对事前向投资者所做的具有约束力的书面承诺，无论此种承诺是通过协议、许可还是其他法律文件做出的。”。

措施的性质、目的和特点。这三个因素的具体内容近年均有所发展，下文详述之。

（一）措施的经济影响

东道国的一项措施或一系列措施必须对投资的经济价值和投资者利益造成破坏性的与长时间的影响。但是，对于仅造成对投资的有效剥夺是否就自动构成征收这一问题则存有争议，也即学界所称的“纯粹效果标准”。1983年以来，伊朗—美国求偿法庭为解决20世纪70年代末伊朗伊斯兰革命期间及之后伊朗与美国公民间发生的财产纠纷，在认定间接征收方面基本上采取的是“纯粹效果标准”（Heiskanen, 2003）。考察ICSID仲裁庭在2004年前的案例，可发现也主要是采纳效果标准（Kunoy, 2005）。

为阻止“纯粹效果标准”的扩散，即矫正国际投资仲裁庭在间接征收认定方面过分强调投资者权益，以至于投资者权益与东道国权力处于过度失衡的状态，美国和加拿大在2004年修改其BIT范本时，明确增加规定拒绝这一标准适用于间接征收。目前国际投资协定发展的趋势表明，仅有一项措施或一系列措施对投资的经济价值产生负面影响的事实并不意味着已经发生间接征收。换言之，剥夺财产权仅是构成间接征收的必要与重要条件，但不是充分条件。并且，东道国的一项措施或一系列措施对投资的经济价值的破坏必须是全部或接近全部。在格拉姆斯黄金有限公司诉美国案⁵中，原告声称美国通过联邦和州的意在保护土著居民土地的措施，剥夺了其开采加利福尼亚东南部金矿的权利。鉴于原告仍保有对所有权的占有，仲裁庭在审理此案中需要解决的关键问题是确定采矿权是否失去经济价值。仲裁庭审理认为，在声称的征收措施实施后，项目还保有超过2000万美元的价值（原告提出在采取征收措施前该项目具有约4900万美元的价值），因此，仲裁庭驳回了征收的诉求，并指出：“未满足分析任何征收的首要因素，指控的措施并未对项目造成足够的经济影响并导致原告的投资被征收。”

除了因投资经济价值减损外，投资者也可因被阻止使用或处理其投资，即失去对投资的控制的理由提起征收诉求。这特别适合当投资是一家公司或公司股权的情况。一项有价值的投资在其所有者无法使用或处理时必然变得毫无意义。一个企业的核心管理人员被东道国驱逐也可被视为导致对投资失去控制的征收措施。在比罗恩诉加纳案⁶中，比罗恩先生作为管理一家经营饭店、度假胜地项目的公司具有关键作用的管理者被驱逐，有效地阻止了该公司继续进行这一项目，仲裁庭视此为构成蚕食性征收的顶点。

此外，构成征收的措施应是不可取消的与持久的。一项措施如果仅暂时性导致投资的价值减损或失去控制通常不会被视为构成征收。在苏伊士集团诉阿根廷案⁷中，仲裁庭发现阿根廷应对金融危机所采取的措施不构成对投资的永久性与重大的剥夺。但是，一些法律上的暂时性措施根据具体情况也可能被视为是征收性的。

（二）对投资者期待的干涉

⁵ Glamis Gold Ltd. v. USA, Award, 8 June 2009, para. 536.

⁶ Biloune v. Ghana, Award on Jurisdiction and Liability, 27 October 1989.

⁷ Suez et al. v. Argentina, Decision on Liability, 30 July 2010, PARA. 129.

国际投资协定中,确定一项措施或一系列措施是否等同于间接征收的另一个相关因素是投资者是否存在对东道国不会采取特定类型的行为或措施的期待。这需要评估东道国采取的措施是否干涉了投资者投资背后的合理的期待 (legitimate expectations),特别是当这一期待是由于东道国的保证而产生的。在 2008 年中国-哥伦比亚 BIT 中,明确规定:“确定缔约一方的一项措施或一系列措施是否构成间接征收应逐案考虑并基于考虑以下因素的事实调查:……2、该措施或一系列措施的范围及对投资的合理和明显期待的干涉。”

国际投资仲裁庭对于“合理的期待”的主要分歧在于是否识别“合理的期待”的基础。一些仲裁庭认为,“合理的期待”不需要以东道国具体的明确的保证或表述为基础,心照不宣地保证加上投资者的假想就足以。⁸另一些仲裁庭则要求具有规制权的政府作出的明确承诺,而这一承诺又致使打算投资的投资者认为政府会放松监管。⁹事实上,在大多数情况下,不明确的保证并不能为合理的期待提供充分的基础,特别是在保证是非官方的和不具体的情况下。

由此可知,国际投资仲裁庭对于“合理的期待”设置了一个比较高的门槛 (Reinisch, 2008)。这意味着“合理的期待”只有在国家对相关投资者作出明确承诺的情况下才会为投资仲裁庭所认定。国际投资仲裁庭在间接征收认定中,对“合理的期待”的评估绝非是排他性的标准,对“合理的期待”的评估需要综合考虑政府管理措施的特征或其经济影响 (Newcombe, 2005)。

(三) 措施的特征、性质与目的

东道国政府的管理措施的性质、目的与特征也是在考量间接征收是否发生时需要考虑的相关因素。这一因素在区分间接征收与有效的监管措施时特别重要,因为在后者情况下将不予补偿。措施的性质系指一项措施是否是名副其实的 (bona fide); 措施的目的系指一项措施是否真的追求合法的公共政策目标; 措施的特征主要指一项措施是否具有非歧视性、比例性等特征。一些仲裁庭认为缺少征收的意图并不是确定一项措施是否构成间接征收的关键因素,但是意图是分析措施的性质、目的和特征的组成部分 (UNCTAD, 2012)。

鉴于措施的性质、目的和特征在区别间接征收与不予补偿的规制措施之间的决定性作用,近年来条约实践显示,一些国际投资协定试图将真正出于公共利益目的政府措施挑选出来,主要包括两种方式:一是在国际投资协定中的征收条款或附件中增加相关解释性规定,例如规定除非在特别的情况下,缔约一方制订或适用的旨在保护合法公共福利目标的非歧视性监管措施,如公共健康、安全以及环境,不构成间接征收。其他相关条款则相应地规定因这些措施不构成间接征收,所以也不予补偿。这一模式需要特别评估措施的严重程度及其善意性质。另一种方式则是采取增加所谓的一般性例外规定,即从条约整体适用范围上排除政府为特定公共政策目标所必须采取的措施或相关措施。其一般包括保护人类或动植物生命或健康、

⁸ Azurix Corp. v. Argentine Republic, Award, 14 July 2006, paras. 316-322.

⁹ Methanex v. USA, Final AWARD, 3 August 2005, Part IV, Chapter D, para. 7.

保护可用竭的自然资源以及保护公共道德等目标。这一方式的主要局限在于其仅仅排除了一般例外条款中明确提及的与公共政策目标相关的措施。实践中，一些为了公共利益的措施可能无法纳入列出的例外范围内，但必须认定其是非征收性且无需补偿的措施。因此，一些国家如印度和加拿大已将两种方式相结合，即同时规定关于间接征收的澄清条款与一般例外条款。

除此之外，缺乏公共目的、未经正当程序、比例性以及歧视、滥用权利、国家直接受益等等均是东道国规制措施具有征收性质的标志 (UNCTAD, 2012)。这里值得注意的是比例原则。事实上，这一原则在确定间接征收方面并不是普遍接受的原则，但近来一些国际投资协定中纳入了相关规定，一些学者也呼吁应广泛运用此项原则。

比例原则是一个源于国内行政法的广义概念。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 条第二款规定：“……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，并经过长期的实践，比例原则成为欧洲人权法院在实践中处理强占财产问题时适用的核心标准之一，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 (徐崇利, 2008)。ICSID 仲裁庭则在 2003 年裁决的特姆德公司诉墨西哥案¹⁰中，首次援引了欧洲人权法院中的比例原则，在建立权衡效果与目的的标准方面开始了尝试。

将比例原则引入对“间接征收”的认定，有助于借助更规范化的标准界定间接征收的内涵，增强仲裁庭对间接征收认定的一致性。但其也可能导致认定间接征收的标准降低，从而增加东道国政府的措施被认定为间接征收的风险。此外，还需要关注的是将人权领域的比例标准引入投资争端仲裁中的适当性问题。欧洲人权法院与投资条约在适用比例原则时的逻辑有一些不同，其不仅仅是用于判定是否发生征收而且用于估计赔偿数额。在不同制度下适用这一原则可能有助于其相互补充相互促进，但是，只有对其适当性给予评估后才能真正使这一移植切实发挥效用。并且，更为重要的是对比例的分析会深入地侵扰政府的决策，包括评估这些问题作为公共目的的优先性与解决问题所采取措施的适当性。欧洲人权法院与国内法院可以被视为具有承担对比例全面评估的足够的合法性，但是对于临时设立的国际投资仲裁庭而言，则缺乏评估的合法性，除了在可适用的国际投资协定专门规定国际投资仲裁庭进行比例评估或比例评估有助于识别恶意采取的措施等特殊情况 (UNCTAD, 2012)。

四、完善间接征收风险防范与救济的政策建议

从目前各国防范间接征收风险的经验来看，常见的风险防范与救济措施主要有：一是双边投资保护协定，双边投资保护协定中一般会有关于间接征收及其补偿的专门规定，可以为

¹⁰ Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States, Award, May 29, 2003.

外国投资者提供国际法层面的保护；二是国际投资仲裁，在国际投资中遇到的纠纷与争端，可提交到如解决投资争端国际中心（ICSID）等国际仲裁机构仲裁；三是海外投资保险，即通过向投资担保机构承保以转移海外投资中的政治风险，一般可以承保的政治风险中都包括征收风险。

在上述防范间接征收风险的措施中，海外投资保险主要包括国内海外保险制度和利用《多边投资担保机构公约》（MIGA）的国际保险制度（孙南申、王稀，2015）。在国内海外保险方面，中国出口信用保险公司承保的险别中就包括征收险。但由于购买保险会增加“走出去”企业的成本，降低企业特别是中小企业的竞争力，此类保险目前在我国实践中的普及性并不高。在运用国际保险制度方面，依据《多边投资担保机构公约》成立的多边投资担保机构（以下简称 MIGA），是当今世界上唯一一个专营政治风险的国际经济组织。MIGA 主要承保的险别中就包括征收及类似措施险。但由于 MIGA 主要目的是促进对发展中国家的外国直接投资，以支持经济增长、减少贫困以及改善人们的生活，因此按照其规定只有当中国企业对发展中国家的投资才能适用，而对发达国家的投资则不会得到 MIGA 的承保。因此虽然中国是 MIGA 的第六大股东，MIGA 承保的非商业风险对于我国企业的海外投资可以发挥的作用具有一定的局限性。

相较而言，双边投资协定与国际投资仲裁是更为有效的间接征收风险防范与救济措施，通过双边投资协定中对“间接征收”的明确约定，既可以预防东道国采取间接征收措施侵犯我国海外投资企业的权益，又可以在“走出去”的企业遭受到东道国的“间接征收”后为其提供国际法层面的救济。但这两项措施能否真正发挥效用，又与我国与相关国家缔结的 BIT 中的“间接征收”条款是否全面与充分息息相关。

目前我国已缔结的 BIT 和 FTA 中的“投资”章节对于“间接征收”的规范并不一致。2006 年《中华人民共和国政府和印度共和国政府关于促进和保护投资的协定》¹¹中，我国第一次对间接征收作出具体规范，此项规定近似于 2004 年美国 BIT 范本，但是对间接征收的规定更为谨慎。然而，在中国其后与塞舌尔、韩国、墨西哥等国签订的 BIT 中并没有专门界定间接征收（梁咏，2009）。中国对外商签的一些 BIT 中缺乏对“间接征收”规定，会导致我国在这些国家的对外直接投资一旦遭遇到“间接征收”后，其合法权益无法获得有效保障。2015 年 4 月 30 日，ICSID 对中国平安保险公司诉比利时政府案作出裁决，本案最终因案件争议发生在中国与比利时重新签订的 BIT 生效前，而最终裁决仲裁庭对本案没有管辖权。¹²在本案中曾提及此前的 1986 年中国-比利时 BIT，虽然仲裁庭在最终裁决中指出仲裁庭对于中国平安保险公司依据 1986 年中国-比利时 BIT 是否能得到救济不采取任何立场，但是如果该案根据 1986 年中国-比利时 BIT 的规定进行裁决，可以发现 1986 年中国-比利时 BIT 中并未规定间接征收，

¹¹ 《中华人民共和国政府和印度共和国政府关于促进和保护投资的协定》第 3 条规定：“除直接征收和国有化外，征收措施包括一方为达到使投资者的投资限于实质上无法产生收益或不能产生回报之境地，但不涉及正式移转所有权或直接征收，而有意采取的一项和一系列措施。”

¹² Ping An Insurance .Ltd. v. Kingdom of Belgium, Award, 30 April 2015, para. 233.

同时将提交国际投资仲裁的争议限制为“补偿额的争议”。¹³由此可知平安保险公司如果根据该协定寻求救济也具有很大的不确定性。北京城建集团提起的诉也门共和国一案也面临类似问题，中国-也门BIT签订于1998年，其也未对间接征收作出明确规定。

值得注意的是，在2011年中国与乌兹别克斯坦缔结的BIT中，第6条“征收”条款对间接征收作了全面界定，在第一款第二项中规定：“效果等同于国有化或征收的措施”是指间接征收。并且，在第二、三款给予了更为具体的规定：“二、在某一特定情形下确定缔约一方的一项或一系列措施是否构成第一款所指间接征收时，应当以事实为依据，进行逐案审查，并考虑包括以下在内的各种因素：（一）该措施或该一系列措施的经济影响，但仅有缔约一方的一项或一系列措施对于投资的经济价值有负面影响这一事实不足以推断已经发生了间接征收；（二）该措施或该一系列措施在范围或适用上对缔约另一方投资者及其投资的歧视程度；（三）该措施或该一系列措施对缔约另一方投资者明显、合理的投资期待的损害程度，这种投资期待是依据缔约一方对缔约另一方投资者作出的具体承诺产生的；（四）该措施或该一系列措施的性质和目的，是否是为了善意的公共利益目标而采取，以及前述措施和征收目的之间是否成比例。三、除非在例外情形下，例如所采取的措施严重超过维护相应正当公共福利的必要时，缔约一方采取的旨在保护公共健康、安全及环境等在内的正当公共福利的非歧视的管制措施，不构成间接征收。”从此协定对间接征收的界定来看，这一规定吸纳了当前关于间接征收的条约实践与仲裁实践的最新进展成果，虽近似于2012年美国BIT范本中的规定，但更为谨慎，因为其除对间接征收予以明确定义外，还通过引入比例原则，使间接征收的认定标准更具有可操作性。为此，笔者认为，我国在今后对外商签BIT时，可以以此规定作为参考。但在具体缔约实践中，还需注意以下几方面问题：

第一，中国在对外商签BIT时，对于间接征收条款的内容应结合我国与缔约国间的双向投资的实际情况及发展趋势审慎选择。UNCTAD将国际投资协定中间接征收条款的政策选择划分为三种模式，即高标准保护模式、预测性模式与合格模式。在高标准保护模式下，缔约国将条约的保护效果最大化。许多在国际投资仲裁危机兴起前缔结的现行条约均采用这一模式。预测性模式，寻求对法律的澄清以给予缔约国和仲裁员指导，从而确保间接征收条款的正确与一致适用。合格模式则指近来的实践显示一些国家谨慎地缩减可能由于征收条款扩大化而引起的特定的风险。例如重新定义投资，将一些类型的资产如组合投资等从投资定义中排除(UNCTAD, 2012)。中国在缔结BIT时，宜根据两国投资情况以及潜在发展趋势从上述三种模式中审慎选择，不宜规定千篇一律的间接征收的定义与认定标准，即搞“一刀切”，而是应“量体裁衣”。

第二，要审慎校准中国同时作为投资东道国的利益与成长中海外投资大国的利益平衡问

¹³ 参见《中华人民共和国政府和比利时——卢森堡经济联盟关于相互鼓励和保护投资协定》第4条与第10条规定。

题。换言之，当前中国越来越兼具资本输出国与资本输入国的“身份混同”现状，需要中国兼顾作为东道国的基本利益与日益增长的海外投资利益（韩冰，2013）。为配合“走出去”战略保护海外投资利益而对 BIT 条款内容予以重新考量时，不应忽略我国作为投资东道国，现处于经济发展转型时期，经济政策常会发生变动，产业结构也处于不断调整当中的现实国情，这些变动和调整，可能会涉及到外国投资者在华的利益，而外国投资者很可能据此以间接征收为由提起国际投资仲裁。

第三，要注意完善中外 BIT 中与间接征收相关的其他条款。例如“投资”的定义，“最惠国待遇条款”以及“投资争端解决程序规定”等。2003 年中德 BIT 对投资作出开放性的定义，扩大了我国对外资的保护范围，这虽然表明了我国政府对保护外商投资的积极态度，但其也更容易引起纠纷，加之我国在其他投资协定中大多承诺了最惠国待遇，我国在中德 BIT 中的规定可能会被其他国家所援引。并且，在 1998 年《中华人民共和国政府和巴巴多斯政府关于鼓励和相互保护投资协定》签订之后缔结的所有中外双边投资协定中几乎全面接受了 ICSID 仲裁管辖，甚至未将涉及“国家安全利益”的事项明确排除在国际仲裁管辖之外，这也潜在地增加了外国投资者对我国政府管制措施提起投资争端仲裁的可能性（梁咏，2010）。

第四，应充分利用目前进行中的中美 BIT 与中欧 BIT 谈判，纳入符合中国利益的“间接征收”条款，从而在国际上对间接征收问题尚未形成统一认识时，表明中国的立场，这既有利于中国参与国际投资规则的重塑，也有利于配合中国“走出去”战略，切实保护中国的海外投资利益。

五、结语

中国海外投资的地区与行业分布均表明中国“走出去”的企业需要特别注意防范间接征收风险。近年来间接征收的条约实践与仲裁实践的最新进展则显示，间接征收认定的分析框架正逐步完善。这对我国“走出去”的企业而言，则意味着其在遭遇间接征收后寻求国际法层面的救济的难度在增加。为此，我国在对外商签 BIT 时应结合两国间的双向投资的实际情况及发展趋势审慎选择间接征收条款的政策模式，通过重新商签 BIT 等方式尽快完善对外缔结的 BIT 中的间接征收条款内容，以实现兼顾中国作为东道国的基本利益与日益增长的海外投资利益。

参考文献

UNCTAD. 2015. World Investment Report 2015 : Reforming International Investment Governance. United Nations. UNCTAD/WIR/2015.

王小林:《论间接征收及其法律表现形式》,《求索》,2011年第9期。

UNCTAD. 2012. Expropriation. UNCTAD series on issues in international investment agreement II. United Nations. UNCTAD/DIAE/IA/2011/7.

M. Sornarajah, *The international law on foreign investment*, Cambridge: Cambridge University Press 2004.

Katia Yannaca-Small:《国际投资法中的“间接征收”与“管制权利”》,《国际经济法学刊》,2008年第2期。

Veijo Heiskanen, 2003, “The Contribution of the Iran—United States Claims Tribunal to the Development of Indirect Expropriation”, *International Law Forum*, Vol. 5.

Bjørn Kunoy, 2005, “Development in Indirect Expropriation Case Law in ICSID Transnational Arbitration”, *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 6.

Reinisch A., 2008, “Expropriation”, in Muchlinski P, Ortino F and Schreuer C eds. *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press.

Newcombe A., 2005, “The boundaries of regulatory expropriation in international law”, *Icsid Review: Foreign Investment Law Journal*, Vol. 1.

徐崇利:《利益平衡与对外资间接征收的认定及补偿》,《环球法律评论》,2008年第6期。

孙南申、王稀:“中国对外投资征收风险之法律分析”,《国际商务研究》,2015年第1期。

梁咏:《间接征收与中国海外投资利益保障——以厄瓜多尔征收 99%石油特别收益金为视角》,《甘肃政法学院学报》,2009年第5期。

韩冰:《美国对外投资政策法律新进展——基于2012年美国双边投资协定范本的分析》,《国际经济评论》,2013年第5期。

梁咏:《我国海外投资之间接征收风险及对策——基于“平安公司—富通集团案”的解读》,《法商研究》,2010年第1期。

中华人民共和国商务部、中华人民共和国国家统计局和国家外汇管理局:《2014年度中国对外直接投资统计公报》,中国统计出版社,2015年9月。

IIS 简介：国际投资研究系列（International Investment Studies）是中国社会科学院世界经济与政治研究所国际投资研究室的研究成果。该室的主要研究领域包括跨境直接投资、跨境间接投资、外汇储备投资、国家风险、国际收支平衡表与国际投资头寸表等。国际投资室的成员为张明、王永中、张金杰、李国学、潘圆圆、韩冰与王碧珺，定期参加国际投资室学术讨论和报告写作的成员还包括姚枝仲、高蓓、陈博、刘洁、黄瑞云与赵奇锋。我们的主要产品包括：中国跨境资本流动季度报告、中国对外投资季度报告、国家风险报告、工作论文与财经评论等。

责任条款：本报告非成熟稿件，仅供内部讨论。报告版权为中国社会科学院世界经济与政治研究所国际投资研究室所有。未经许可，不得以任何形式翻版、复制、上网和刊登。本报告仅代表研究人员的个人看法，并不代表作者所在单位的观点。

IIS