

国际法视角下中国在国际投资中的海外利益维护

——以美国 2012 年双边投资协定范本为例

宋瑞琛

【摘要】世界经济一体化使得国际投资成为当今趋势,中国也更加深入地融入国际社会。中国的利益不断向海外延伸,海外利益问题愈发凸显,如何有效维护中国的海外利益成为事关中国崛起和中国发展与世界关系的重大问题。国际法作为规范和调整国家间利益的重要法律形式,能够为中国海外利益的维护提供合法性依据和制度保障。本文以美国 2012 年双边投资协定范本为例,分析中国在中美双边投资协定谈判中面临的海外利益风险,为中国在国际投资中维护海外利益提出可行性路径。

【关键词】 国际法;海外利益维护;国际投资

【作者简介】 宋瑞琛,云南大学国际关系学院助理研究员。

A Discussion of the Protection of China's Overseas Interests in the International Investment Field from the Perspective of International Law

By Song Ruichen

[Abstract] The world's economic integration has caused international investment to be a trend today. Like other countries, China is also deeply integrated into the international society. Along with the expanding of China's overseas interests, related problems are emerging. How to protect China's overseas interests has become a matter for thought following the rise of China and the changing relationship between China and other countries. As one of the important legal foundations for adjusting the behavior of countries, international law can provide a legitimate basis and institutional guarantee for China to protect its overseas interests. This paper, taking 2012 Bilateral Investment Treaty (BIT) as an example, analyzes the overseas interests risks China faces in negotiating the BIT with the U.S. and suggests feasible solutions in order to protect China's overseas interests regarding international investments.

[Key Words] International Law; Overseas Interests Protection; International Investment

[Author] Song Ruichen, Assistant research fellow of Yun Nan University.

在世界经济一体化的今天，国际投资已经成为趋势。伴随着这种趋势发展，中国更加深入地融入国际合作之中，中国的利益也不断向海外延伸。在国际合作中，由于国家间相互依赖，国家利益问题也愈发凸显，不仅涉及领域众多，而且各种利益相互交织呈现出复合的特征，因而也越发难以调和，其中尤以国际投资中涉及的海外利益问题最为突出。因此，“如何有效地维护中国的海外利益成为国家治理和国家发展面临的重大问题，并对中国的崛起产生着根本性的影响，”¹也是关系国家间关系的重大问题。在世界范围内，尤其在国际投资领域，国际法已经成为诸多国家维护海外利益的重要制度工具。中国不仅可以充分利用国际法界定中国海外利益的内涵和范围，而且可以以国际法为重要手段维护中国的海外利益。

一、国际法对海外利益维护

对海外利益的准确认识是维护海外利益的首要前提，但对海外利益的界定国内外学界并没有形成统一的观点，多从海外利益的内容来界定海外利益，如有些学者认为“海外利益应该包括人员生命安全、财产安全、资源供应、海外市场拓展四个方面。”²还有观点认为，“中国公民在海外的人身安全保护、中国企业在海外资产的保护统称为对中国海外利益的保护，从更广的范围上理解，海外利益还包括国家海外资源供应线以及企业的海外市场拓展。”³，尽管学界对海外利益的界定不尽相同，但关于海外利益的认识笔者认为需明确以下几点：

一是经济利益是海外利益的主要内容，中国海外利益的拓展方式以对外贸易和投资合作为主，不仅促进了国内的经济的发展，而且也加深了中国与世界的关系，同时海外利益中的经济利益与政治利益相互交织并且互相影响。因而维护中国的海外利益，要重视考察国际经济交往中的海外利益。

二是海外利益不同于国家利益，是相对于国家境内利益而言的，是一个国家在其主权管辖领土范围以外的国家利益；海外利益涉及的主体包括国家、企业、组织、个人，并且海外利益的维护既关系国内相关利益主体，又涉及国家间利益。而国家利益的主体是国家，以及代表国家利益或以国家名义进行国际交往的组织、企业或个人，国家利益有时仅涉及相关利益主体。从本质上来说，国家利益与海外利益的重要区别在于二者的内容及范围。

三是海外利益与国家利益密切相关，是国家利益的外溢和境外延伸。首先，海外利益是伴随着个人及国家的对外行为而产生的，尤其是在对外经济实践中逐步扩展。当今世界随着

¹ 周平：《中国应该有自己的利益边疆》，《探索与争鸣》，2014年第5期，第22页。

² 陈志武：《审视中国的海外利益》，《国际融资》，2005年第7期，第24-28页。

³ 张宏：《捍卫海外利益刻不容缓》，《中国企业家》，2007年第6期，第26页。

各国之间资本流动和贸易交往，使各个国家之间掌握了购买相互资产和资源的大量资本；贸易的扩张以及投资的广泛化，使中国在海外拥有了巨大的商品市场和原料产地；跨国公司的迅速发展，不仅使资本在世界范围内自由流动，而且也使各个国家借此参与到国际利益分配的行列中；世界范围内多边或双边贸易和投资的发展，使各国在海外的资产和资源通过国际法形式得以确保；“同时出入境限制的放宽，使中国公民因公务、商务、探亲、求学、旅游、移民而出境短期或长期居留的人次急速增长，海外中国人的人身和财产利益已经遍布全世界。”⁴可以看出，海外利益是国家在对外行为中，以及其他非国家主体在对外交往行为中的国家利益的集中体现。其次，海外利益是国家对外决策的重要依据。海外利益的相关主体一般不会直接参与国家的对外决策，而通过其对外行为，如参与国际会议、参与国际经济活动、通过决议宣言、缔结条约协定、制定国际规则和规范来体现和主张海外利益，进而影响国家对外决策。因而，海外利益不仅关系国家在对外交往中行为，而且关系到国家利益的实现。

在国际关系中，任何国家行为都必须遵守一定的规则和规范，国际交往中产生的利益也需要通过具有强制性和约束力的规则加以确认，确认和规范国家间关系和利益的原则、规则、规范、制度就构成了国际法，“国际法是以法律形式表现出来的国际关系。”⁵可以说，国际法的核心就是确认和调节各国之间的利益。因而从这种意义上而言，国际法也是维护海外利益的有效手段，国际法对海外利益维护的作用主要体现在以下三个方面：

第一，国际法对海外利益的确认和调整作用。维护海外利益一直是国际投资的重要目的之一，在国际投资中，既不减损中国的海外利益，又能够得到利益相关方的认可和执行，就需要一种法律形式作为保障。国际法作为一种法律形式为各个国家所遵守，能够使海外利益的维护在一个规范的、合法的、被各国共同认可的框架内发生和完成，通过国际法既能够明确界定各国海外利益的内容，及时调整海外利益的变化，又可以促成和确保新的利益平衡。当国家海外利益发生重要调整时，国际法可以完成对旧有不合时宜的利益的改变，创设新的海外利益内容；遇国际格局或局势发生重大改变时，国际法可以对不同国家海外利益的内容和范围重新确认和分配，如因政治因素引发的格局变动，海外利益调整的范围和力度就更剧烈，“而作为一种法律形式的国际法对不同国家海外利益的确认强制性更高，有效性更持久。”⁶从这种意义上来看，国际法是确认和维护海外利益最有力、最为规范、较为稳定的制度工具。

⁴ 陈伟恕：《中国海外利益研究的总体视野——一种以实践为主的研究纲要》，《国际观察》，2009年第2期，第9页。

⁵ 王铁崖：《国际法》，法律出版社2011年版，第1页。

⁶ 李杰豪：《试析国际政治与国际法的复合依赖关系》，《世界经济与政治》，2007年第10期，第54页。

第二，国际法对海外利益维护的规范化作用。国际投资中的利益关系是一种共生共存又相互博弈的关系，在这样一种利益关系中，海外利益可以分为两个部分：一是基于国家间共同利益的那部分海外利益，二是与其他国家有利益冲突的那部分海外利益。国际法常常以条约形式或习惯法形式将不同国家的共同利益加以确认，“尤其条约是通过不同国家双边或多边谈判达成的，具有明晰和规范的特点，同时对海外利益的界定不仅具有较少模糊，增加明确，形成预期的作用，而且使国家维护海外利益的行为有法可依。”⁷国际法的这种规范作用能够引导各个国家在国际法体系内朝着运用合法有效的手段维护各自海外利益的方向发展，同时也强制性地约束各国履行维护共同利益的义务和维护国际社会的义务。

第三，国际法通过其评价作用确定海外利益的合法性。法律的评价作用主要体现在其对行为合法性的评价和判断，作为一种法律形式，国际法能够为海外利益的合法性评价提供客观的标准。出于维护海外利益的目的，“不同国家会依据相关规则的确定性、明晰度、事件背景和其他要素存在说服力的差距，对海外利益进行不同的认识和解释，通常情况下，各个国家当意识到利用国际法手段能够为维护海外利益提供有效合理的理由时，就会将国际法作为判断海外利益具有合法性的重要依据。”⁸实践也证明，在诸多的海外利益争端中，国际法充当了获得国际仲裁判断海外利益是否合法的依据。

二、中国维护海外利益方式的局限性

考察中国在国际投资中维护海外利益的实践，中国维护海外利益的方式普遍呈现以下特点：

首先，重视外交形式在维护海外利益中的作用，但缺乏一定的规范化和强制约束力。在国际投资实践中，中国维护海外利益最重要的表现就是在国际争端中通过外交形式实现对海外利益的维护。谈判和磋商是维护海外利益中最常用的和平方式，“也是预防争端产生的重要策略，更是处理各种国际争端的最基本的方法。”⁹尽管国际争端发生意味着当事方利益可能不能达成谅解，谈判和磋商也能够海外利益的维护中使当事国了解彼此利益要求，通过谈判或磋商使一方妥协或双方互有妥协，从而肯定对方利益要求，谈判和磋商为主的外交形式在海外利益维护中具有成本低、避免武力的优势，但在维护海外利益的实践中收效甚微。2011年中东地缘政治动荡引发了国际投资领域的巨大波动，中国是非洲最大贸易合作伙伴，

⁷ 同上

⁸ 【日】大沼保昭著、高云端编译：《国际政治中的国际法及其关联性：一种从国际法的功能视角的分析》，《国际关系与国际法学刊》，2012年第2期。

⁹ 【英】J.G.梅里尔斯著：《国际争端解决》，韩秀丽等译，法律出版社2013年版，第3页。

预计到 2015 年中非双边贸易总额将达到 3000 亿美元,随着利比亚战事升级中国的海外投资利益也遭受影响,显然此类因当突发事件和政治局势动荡引发的海外利益损失,是无法通过谈判规避的,“当争端各方拒绝与对方进行对话和交涉或各方利益完全背道而驰而无共同利益时”,¹⁰谈判在维护海外利益过程中多是无效的。通过谈判等外交形式维护海外利益缺乏具体的程序规定,规范性较差,同时通过外交形式达成的利益确认必须通过当事方发布的文件或协议才具有约束力和法律效力。因此外交形式对海外利益的维护还缺乏一种机制健全。

二是中国国内缺乏对海外利益维护的法律依据,利用国际法维护海外利益的水平还有待提升。首先,目前我国还没有专门维护海外利益的法律,仅有一些与境外投资相关的法规政策,(参见表 1、表 2、表 3)在商务部官方网站也仅有境外投资风险提示,与其他国家相比,我国对维护海外利益的法律还不够完善,例如,美国有专门的《外国援助法》¹¹、《经济合作法》¹²等法律旨在专门为其公民或公司在对外投资中免受征收、战争、国内动乱等风险,以维护其海外利益。其次,在诸多国际条约中如《多边投资机构担保公约》¹³、《国家经济权利和义务宪章》¹⁴等都有对海外利益尤其是对外贸易和投资利益的法律保障和风险承担,中国也是这些国际条约的成员国,却极少利用其中规定和制度维护海外利益。

三是我国对海外利益的维护机制还不健全,缺乏相应的机构设置。“美国根据 1962 年通过的《贸易扩大法案》建立了关于促进贸易和投资发展的协调机制,该机制明确规定由贸易政策成员委员会、贸易政策审议组、国家安全顾问委员会和国家经济委员会四个机构直接管理与贸易投资相关活动,其中海外安全委员会主要职能就是为私人企业和国务院就海外安全环境提供经常性和及时性的信息沟通,为维护美国企业在全世界范围内的经营和安全出谋划策。”¹⁵我国目前针对境外投资风险保证的机构是中国出口信用保险公司,是我国唯一承办出

¹⁰ 同上,第 28 页。

¹¹ 美国 1961 年通过《外国援助法》(Foreign Assistance Act)。

¹² 美国的《经济合作法》于 1948 年 3 月 31 日通过,是美国政府专门提供货币兑换的担保法律。

¹³ 《多边投资担保机构公约》(Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency,简称 MIGA),1985 年 10 月 11 日通过,1988 年 4 月 12 日生效。中国是 MIGA 的创始成员国。依据该公约设立了多边投资担保机构,是世界银行集团的成员和国际组织。该公约旨在鼓励成员国之间,尤其是向发展中国家成员国融通生产性投资,并致力于促进东道国和外国投资者间的相互了解和信任,为发达国家在向发展中国家的海外私人投资提供担保,以加强国际合作。

¹⁴ 如,《多边投资机构担保公约》中第 2 条(a)款中规定“一会员国从其他会员国得到投资时,对投资的非商业性风险予以担保,包括再保和分保”;第 11 条(a)款中关于承保险别的规定“本机构在不违反(b)和(c)款规定的前提下,可为合格的投资就因以下一种或几种风险而产生的损失做担保”。《国家经济权利和义务宪章》(1974 年 12 月 12 日通过)中第 24 条中规定“所有国家有义务在其相互间的经济关系中考虑到其他国家的利益,特别是所有国家应避免损害发展中国家的利益”;第 2 条(c)款中规定“将外国财产的所有权收归国有、征收或转移,在征收国有、征收或转移时,应由再去此种措施的国家给予适当补偿”。

¹⁵ 甄炳禧:《新形势下如何保护国家海外利益——西方国家保护海外利益的经验及对中国的启示》,《国际问题研究》,2009 年第 6 期,第 51 页。

口信用保险业务的政策性机构，提供对海外投资的保险，主要承担鼓励投资者进行的海外投资，对投资者因投资所在国发生的汇兑限制、征收、战争及政治暴乱，以及违约风险造成的经济损失进行赔偿的政策性保险业务。但与美国相比，其在维护海外利益中还存在一定缺陷。首先，中国出口信用保险公司的性质是国有政策性公司，因而容易受国家出资、国家政策以及相关利益集团的影响，缺乏一定的独立性。其次，中国出口信用保险公司仅承担的海外利益风险仅涉及企业，包括“在中国境内（不含港、澳、台地区）注册成立的法人；或在中国境外（含港、澳、台地区）地区注册的法人（实际控制权由中国境内注册的法人掌握）；或为项目提供融资的境内外金融机构，”¹⁶而不包括私人在海外投资利益，因而私人投资的海外利益就得不到充分保障。再次，中国出口信用保险公司对海外利益的维护缺乏透明度，主要规定了承担的风险种类、损失赔偿比例、项目主要的申请条件以及业务流程。但其中关于风险种类的判断（如其中涉及征收，但何种情况认定为征收并没有设定标准或依据）、出险情况、赔偿的具体程序并没有详细规定。

表 1：中国境外投资企业设立的主要相关政策法规

名称	相关发布机构及时间
关于境外投资开办企业核准事项的规定	商务部，2004 年
境外投资开办企业核准工作细则	商务部，2005 年
关于内地企业赴香港、澳门特别行政区投资开办企业核准事项的规定	商务部、港澳办，2004 年
企业境外并购事项前期报告制度	商务部，外汇局，2005 年

表 2：中国关于境外投资配套的主要政策及制度

名称	相关发布机构及时间
境外投资产业指导政策	发改委、财政部、商务部等，2006 年
国别投资经营障碍报告制度	商务部，2004 年
对外直接投资统计制度	商务部、国家统计局，2006 年
国别贸易投资环境报告 2007	商务部，2007 年
对外投资便利化有关政策解读	商务部，2005 年

¹⁶ 参见中国出口信用保险公司官方网站：海外投资保险概述
<http://www.sinosure.com.cn/sinosure/ywjs/tz/zbhx/hwtzbxjj/index.html>。2014-04-11。

加强和完善境外中资企业管理解读	商务部，2007 年
境外国有资产管理暂行办法	财政部、外交部、海关、外汇局，1999 年

表 3 中国关于境外金融政策支持的政策

名称	公布机构及时间
关于对国家鼓励的境外投资重点项目给予信贷支持的通知	发改委、今年出口银行，2004 年
关于建立境外投资重点项目风险保障机制有关问题的通知	发改委、中国信保，2005 年
加大对境外投资重点项目金融保险支持力度有关问题的通知	开发银行、中国信保，2006 年

资料来源：以上表 1、表 2、表 3 数据资料是笔者节选自中国信用出口信用保险公司官方网站 <http://www.sinosure.com.cn/sinosure/cpyfw/tzbx/zcfg/gl/default.html>。

三、中美双边投资协定谈判中的海外利益风险

2012 年中国接受在准入前国民待遇¹⁷和负面清单的基础上，与美国展开中美双边投资协定（Bilateral Investment Treaty，以下简称 BIT）谈判¹⁸，中国作为世界上发展中国家第一经济体，美国作为发达国家第一经济体，中美两国的 BIT 谈判将对中美经贸关系产生重要意义。美国 2012 年 BIT 范本¹⁹是中美 BIT 谈判的基础，因而要分析中国在 BIT 谈判中面临的海外利益风险，就必须明确美国 2012 年 BIT 范本中美国所强调的海外利益，美国 2012 年 BIT 范本相对于 2004 年范本所做出的调整，体现了美国目前在投资领域海外利益的重要诉求。

第一，美国重新强调了 BIT 中领土的界定及相关海外利益。强调习惯上所称的美国包括 50 个州、哥伦比亚地区和波多黎各，还包括位于美国和波多黎各的对外贸易区；缔约另一

¹⁷ 准入前国民待遇是指在外资进入之前，给予外国投资者的国民待遇，按照 2012 年美国 BIT 范本中对国民待遇的规定：“缔约一方给予缔约另一方投资者在其境内设立、并购、扩大、管理、运营、销售或其他投资处置方面在同等情况下给予不低于本国国民享有的待遇”，可以看出，其中的“设立”就充分地体现了对国民待遇提供的时间要求是外资进入之前。

¹⁸ 双边投资协定是旨在鼓励、促进和保护缔约国公民和公司在对方境内投资的双边条约，是调整和规范缔约国之间投资关系的法律手段。中美 BIT 谈判于 2008 年启动，2013 年中美两国确定以准入前国民待遇和负面清单为基础，谈判进入实质阶段，截至 2014 年 6 月 13 日共经历 13 轮谈判。

¹⁹ 美国 2012 年 BIT 范本是经历了 1994 年、2004 年两次修订而成的。目前正在进行的中美 BIT 谈判是以美国 2012 年 BIT 范本为谈判框架。

方领土指依据国际习惯法和联合国海洋法公约的领海、领海以外区域、以及缔约方可以实行主权和管辖权的区域。美国2012年BIT范本对领土界定的修改从文本上表面上看变化细微，实则其国际法意义和涉及的海外利益巨大。一是再次明确该协定适用的范围，领土不仅包括陆地领土，还包括领海在内的国家可以实行管辖权的海域。因此，中国如与美国签订BIT，中国在美国的海外利益所涉及的范围就是美国的50个州、哥伦比亚地区和波多黎各，及位于美国和波多黎各的对外贸易区。二是，近海石油、天然气项目及渔场所涉及的海外利益被排除在BIT之外。按照《联合国海洋法公约》规定“沿海国的主权及其于其陆地领土及其内水以外邻接的一带海域称为领海”，²⁰以及2011年修改的《中华人民共和国对外合作开采海洋石油资源条例》规定，中华人民共和国的内海、领海、大陆架以及其他属于中华人民共和国海洋资源管辖海域的石油资源，都属于中华人民共和国国家所有，该规定旨在将近海石油、天然气、渔业资源的开采、勘探等活动排除在BIT之外。

第二，美国关注本国投资者在国际投资中的待遇，重视国有企业涉及的海外利益。美国2012年BIT范本中新增了关于“被授予政府职权的国有企业及其他人”²¹的解释，范本所规定的政府职权，“包括法定拨款、政府命令和指南以及其他行为，也包括政府授权这些国有企业或其他人对这些行为的执行。‘其他人’可以理解为其他自然人或法人。”²²该条款规定，使国有企业或其他机构在获得政府正式或非正式的授权行使政府职权时，均被BIT管辖，旨在明确界定国有企业的性质和内涵，从而限制缔约一方以国有企业为由在投资待遇和外资征收上拒绝履行相关义务。范本中关于投资待遇的规定“缔约一方应该对缔约另一方投资者在其境内设立、并购、扩大、管理、运营、转让或其他投资处置方面，在同等情况下，给予不低于本国国民享有的待遇”²³，也要求“同等情况”不应包括国有企业。中美两国对国有企业的认识和实践存在巨大差异，造成中美两国关于国有企业涉及的海外利益诉求不同。美国国内很少存在由政府直接或间接控股的企业，“但在美国有由政府发起的企业（Government Sponsored Enterprises），或诸如波音公司、洛克希德·马丁公司、雷神公司、通用动力公司这样主要依靠美国政府订单保持运营的企业。这些企业虽然和政府没有股权关系，但其按照美国政府意愿经营，在经济危机期间对稳定国内经济起到重要作用。”²⁴接受美国2012年BIT范本，就意味着中国的国有企业在未来海外投资中所享有的待遇和利益将面临着和国内

²⁰ 参见《联合国海洋法公约》第2条。

²¹ 参见美国2012年BIT范本第2条第2款（a）规定。

²² 同上。

²³ 参见美国2012年BIT范本第3条和第4条。

²⁴ “中国国企成为中美双边经济谈判的新焦点”，《第一财经日报》，<http://www.yicai.com/news/2013/07/2858862.html>。

不同的挑战；除此以外，范本中征收补偿、国企补贴、政府采购等问题都与对国有企业的界定相关联，因而如何认识和界定国有企业是维护国有企业海外利益的前提和关键。

第三，美国强调避免海外利益面临东道国的征收²⁵风险。征收一直是 BIT 谈判中最重要 的议题和争论之一，是诸多国家在国际投资中维护本国海外利益的重要工具，是对外国投资 者实行的一种政府规制行为。征收本质上是主权国家行使经济主权的重要表现²⁶，国际法上 关于征收的争议实质上是发展中国家对维护经济主权与发达国家极力维护自身海外利益之 争。在国际投资中，中国的海外利益也面临着被东道国征收的风险。美国 2012 年 BIT 范本 对征收的规定体现了美国对其海外利益的保护。

美国通过明确征收应具备的条件，将间接征收²⁷的范围扩大化，将影响美国海外利益的 东道国政府规制行为更多地认定为间接征收，使东道国做出补偿。美国 2012 年 BIT 范本规 定了征收应必须具备的三个条件：一是必须出于公共利益的目的，二是在征收过程不应具有 歧视性行为，三是应基于一定的赔偿，赔偿应是及时、充分和有效的。中国要基于 BIT 的规 定维护海外利益，避免征收风险应注意以下几个问题：

首先，美国宽泛定义公共利益，旨在为征收理由提供更大解释空间。尽管在实践中公共 目的作为征收条件之一并没有时常成为当事双方争论的焦点，美国对外关系的重述的解释也 称“可能是因为公共利益的定义十分宽泛，因此其他国家很难做出相反的证明。也许，可依 据规则对独裁者或者对寡头独裁政府为了私人目的的征收进行挑战。”²⁸但是何为出于公共利 益的目的，BIT 中并没有做出明确规定，仍然为法律的解释留下了空间。

其次，关于征收不应涉及歧视，这一核心问题实质上是指外国投资者在征收过程中是否 受到与当地国民一样的待遇，但该规定并不意味着美国如若对中国投资者实行差别待遇就一 定是违背协定规定的。如在特定情况下，如美国出于公共利益的目的，对某一行业企业或某

²⁵ 根据 1952 年国际法学会会议上的定义，征收或国有化是指通过立法行为为了公共利益将某种财产 或私有权利转移给国家，目的在于由国家利用或控制它们，或由国家将它们用于新的目的。

²⁶ 关于征收本质是主权国家行使经济主权的重要表现，在国际性的文件中有明确规定。如《建立新的 国际经济秩序宣言》（1974 年 5 月 1 日通过）中第 4 条第（5）款中规定“每个国家对自己的自然 资源和一切经济活动拥有充分的永久主权……对本国资源开发实行有效控制，包括实行国有化或 把所有权转移给自己的国民……”；联合国大会第 3201（S-VI）号决议中规定“美国国家均应对其 自然资源及所有经济活动具有完全的永久的主权。为保护上述资源，每个国家均有权对其实行有效 控制，有权采取适合其本国国情的方法开发上述资源，包括实行国有化，或向其他国民转移所有 权。”该观点参考王贵国：《国际投资法》，法律出版社 2008 年版，第 179—180 页。

²⁷ 国际投资中的征收一般分为直接征收和间接征收两种类型。直接征收是指东道国政府公开的、一次 性的对外资实行征用的行为，间接征收一般是指东道国政府采取的干预外国投资者行使财产权的 各种措施。间接征收与直接征收最主要的区别在于：间接征收并没有直接转移或剥夺投资者的财产权， 而是采取了与直接征收具有类似效果的措施。该观点参考了下列文献，陈安：《国际经济法》法 律出版社 2010 年，第 303 页；王贵国：《国际投资法》，法律出版社 2008 年版，第 179 页；周斌： 《浅谈国际投资中的间接征收》，《法学论丛》，2011 年第 6 期；寇顺萍、徐泉：《国际投资领域“间 接征收”扩大化的成因与法律应对》，《现代法学》，2014 年第 1 期。

²⁸ 王贵国：《国际投资法》，法律出版社 2008 年版，第 179—180 页。

一行业的某一企业进行征收,如该行业或该企业是关系当事国重大经济利益或该行业被外资所垄断,这时当事国进行的外资征收具有合法性。

再次,美国对间接征收的认定呈扩大化趋势,使中国海外利益面临着更大的征收风险。美国对间接征收的认定包括了三个要件:“缔约方实行的行为必须构成妨碍投资者在投资中的权利或利益;该行为应与直接征收具有相同效果;三是未发生正式产权让渡或公开占有的行为,同时应逐案分析,并根据事实情况、考虑政府行为的性质、效果及影响程度做出判断。”²⁹美国对间接征收的规定,存在着对海外利益的威胁:一是何为与直接征收具有相同效果并没有做明确规定,从美国的利益而言,发展中国家产生征收的行为几率较高,但目前世界范围内大规模的直接征收已十分少见,美国为保护自身的海外投资利益,将间接征收的解释空间扩大,能够为本国实行间接征收和避免被东道国间接征收提供更宽泛的理由。二是,“决定缔约一方行为在一个具体案件中是否构成间接征收应逐案分析,以事实情况为依据并应考虑政府行为的经济影响、政府行为对投资预期有明显的、合理的影响程度、政府管理行为的性质三个因素。”³⁰其中规定缔约一方的行为仅对投资价值产生负面影响不构成间接征收,因而就存在其他判断政府行为是否构成间接征收的标准或因素有哪些并不明确;除此以外,关于政府行为对投资预期的影响程度中,何为“明显的、合理的”的影响,没有判断依据;同时,政府管理的性质如何界定基于何种标准,是依据国内法律还是国际法标准也并未做清晰规定,因而从上述对间接征收的认定因素来看,界定的不明确性,给缔约双方尤其是投资者母国判断政府行为是否为间接征收留下了充分的自由裁量权。

最后,将间接征收的解释扩大到知识产权领域,中国的海外利益尤其是知识产权利益面临 BIT 和世界贸易组织(World Trade Organization,以下简称 WTO)协议的双重挑战。美国 2012 年 BIT 范本中强调了关于征收规定的第 6 条不适用于符合《与贸易有关的知识产权协议》(Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights,以下简称 TRIPS)³¹规定的知识产权强制许可,或与 TRIPS 相一致的知识产权的废止、限制和设立。此款规定的重要意义在于,表面上排除了美国 BIT 对上述内容不适用性,实质上强调了如果政府行为不符合 TRIPS 规定的知识产权强制许可,或与 TRIPS 不一致的知识产权的废止、限制和设立,就可能被认定为是征收,同时由于 TRIPS 是 WTO 协议附件 1C 中所包含的一项多

²⁹ 参见美国 2012 年 BIT 范本附件 B 第 2、3、4 条。

³⁰ 参见美国 2012 年 BIT 范本附件 B 第 4 条 (a) 款。

³¹ 《与贸易有关的知识产权协议》(Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights,简称 TRIPS),1994 年 4 月 15 日通过,是世界贸易组织协定附件 1C 所包含的一项多边贸易协定,其中包含了与贸易相关的知识产权的一般原则、关于知识产权的效力、范围及使用标准,知识产权的执行、获得及维护,争端的防止和解决等。

边协定,因而也内涵了该条款关于征收的规定与WTO协议相联系,中国不仅需在BIT框架内,还需在WTO贸易体制下面对海外利益的挑战,

第四,美国强调双边投资行为的公开性和对海外利益维护的透明性措施。在2012年美国BIT范本中关于透明度问题做了大幅度调整,要求缔约方就关于完善透明度内容的第11条、第10条和第29条内容及信息公开、公布投资和仲裁的相关法律定期协商。并且规定“透明度提案和通过的程序,规定缔约方应对法律的提案进行公开,应对其立法目的及原理加以解释、同时允许公众评论,并且要求缔约方在批准法律时应对公众评论加以解决;同时在法律制定的过程中缔约一方应允许缔约另一方或个人参与制定活动。”³²关于透明度的新增规定实质上使BIT缔约双方都能够参与法规的制定,同时东道国也有重新评估修订法案的机会,目的在于保障投资者对东道国国内法律的知情权,从而为维护海外利益寻求法律依据,并且因为充分沟通,能够从一定程度上有助于争端的解决。

美国2012年BIT范本序言中开篇中就规定了“双方认识到双边投资待遇问题上的共识,将会推进私人资本的流转,促进双方经济发展;稳定的投资环境将会极大促进经济资源的有效利用和人民生活水平的提高;认识到通过国际法和国际仲裁作为主张和行使投资权利有效手段的重要性。”³³毋庸置疑,任何国际投资中的海外利益都可能面临商业风险和政治风险,BIT的目的“不在于发生有损利益时希望援引该机制,而在于为本国的海外投资者提供一种‘定心丸’,以备不时之需,”³⁴以此坚定投资者信心;综上所述可以看出,BIT作为国际法重要的形式之一,在维护海外利益中发挥着重要作用,美国重视通过条约或协定的形式确保其海外利益,因而要在中美BIT谈判中维护我国的海外利益,就必须对清晰地了解BIT中美国维护海外利益的规定,充分利用BIT维护我国的海外利益。

四、中国在国际投资中利用国际法维护海外利益的路径

从美国2012年BIT范本可以看出,我国在双边投资中还将面临着诸多海外利益风险,不仅包括商业风险也包括政治风险,因而利用国际法维护中国在国际投资中的海外利益需要立足于国际与内两个环境、法律与政治两个视角、理论与实践两个维度:

利用国际法维护海外利益,就需要改变以往对国际法的认识,要认识到国际法的核心是利益的维护和调整,也是中国法律外交的重要前提,维护海外利益不仅需要国际交往实践

³² 参见美国2012年BIT范本第11条第3款。

³³ 参见美国2012年BIT范本序言。

³⁴ 王贵国:《国际投资法》,法律出版社2008年版,第149页。

中用硬实力说话，也需要通过软实力提高我国维护海外利益的法律水平，始终将对国际法的认识和研究立足于维护国家利益和海外利益。

通过参与制定维护海外利益的相关国际法，明确界定我国海外利益的内容。参与国际法的制定对维护海外利益有着重要的作用：一是参与相关国际法的制定，对中国海外利益的界定能够获得更多话语权，获得国际社会对中国海外利益的认可。二是使维护海外利益的方式更具有公正性、透明度和稳定性。国际法不同于国内法，受到各个国家共同利益的支配，因而国际法对海外利益的维护，并不是由个别国家所决定的，更具有公平性和客观性，并且参与相关的国际法制定，不仅能够对法律制定的目的、规则、执行更加了解；还使得当事方之间形成契约关系，并受到各方相互监督，在这种契约关系中，当事方对彼此行为具有预见性，出于利益考虑，多数当事方为避免违约代价和惩罚而遵守国际法，因而相比起其他维护海外利益的方式，国际法所确立的我国海外利益更具有稳定性和长期性。三是参与相关国际法制定，降低了维护海外利益的成本，通过相关国际法保证海外利益的实现，可以有效地避免国家间冲突的发生和暴力的适用。

充分利用和完善双边或多边投资保护协定，维护海外利益。BIT 是除投资母国和东道国提供的海外保险外，对海外利益维护最重要的制度。首先，中国应根据国际和国内情况制定一份中国版的 BIT 范本。BIT 范本是在国际投资中维护我国海外利益的重要法律依据，根据商务部官方网站统计，我国目前已签订的双边投资协定共 101 个，中国已经广泛的融入国际投资领域，中国的 BIT 范本却远远落后于双边投资实践，从 1984 年我国制定的双边投资协定范本到 2010 年间，范本内容并没有及时更新和修改，2010 年商务部着手制定新的范本，但新的范本也没有对外公示。“一国的 BIT 范本往往是其投资条约政策的最重要的国际展示，BIT 范本兼具规范性和宣示性，但其宣示性的效果往往大于规范性的意义，因为决定性的规则最终体现在真实条约的具体条款之中，而这些条款则取决于具体的谈判过程”³⁵，因而制定 BIT 范本不仅关系到中国的 BIT 谈判，而且其中的内容关系到对海外利益的确认和维护。因而我国制定 BIT 范本应该同时立足于东道国和资本输出国两重身份，既要考虑作为东道国如何维护国内投资利益，又要同时立足于资本输出国的身份，考虑在境外进行投资活动时，如何利用 BIT 维护自身的海外利益。其次，应该在双边或多边投资协定中明确哪些个人或企业的海外利益应该受到保护。如美国 2012 年 BIT 范本中就规定了“迫切希望大力促进彼此之间的经济合作，特别是促进缔约国一方的国民和公司在缔约国对方境内投资”。再次，重

³⁵ 单文华诺拉·加拉赫：《和谐世界理念和中国 BIT 范本建设——一个“和谐 BIT 范本”建议案》，陈虹春、王朝恩译，《国际经济法学刊》，2010 年第 1 期。

视双边或多边投资协定中国国民待遇规定。国民待遇原则是双边和多边投资协定中的核心条款，直接关系到一国国民和企业在国外投资中所享有的投资地位、权利和义务利益。美国 BIT 旨在促进投资自由化，其中最重要的手段就是实行准入前国民待遇³⁶，目的在于改善美国投资者在东道国的国民待遇，以维护其海外利益：如关于政府采购中的国民待遇就涉及投资者的海外利益问题：政府采购中，如果东道国政府给予其国民任何优惠或优先权，并且相关法律的透明度较低，就是违反 BIT 中的国民待遇原则，资本输出国投资者就会由于对东道国的法律制度不熟悉而在市场竞争中处于不利的竞争地位；除此以外，政府如若采取当地投资者优先或当地产品优先的政策，资本输出国投资者就会在市场竞争中受到歧视，或对资本输出国及其投资者提供的商品或服务以及分包加以限制，作为资本输出国的海外利益就会严重受损，可以看出国民待遇原则是 BIT 中维护海外利益的重要制度措施。

以预防征收或国有化风险为主，设立专门的风险承保和咨询机构。征收和国有化问题一直是海外利益的最大威胁，尤其是间接征收的扩大化使征收逐渐呈现隐性和蚕食性特征而难以界定和发现，因而在海外利益的维护中要重视间接征收问题。美国海外私人投资公司和多边投资保护制度中的 MIGA 为海外利益维护提供风险承保和咨询的功能值得借鉴。“美国海外私人公司作为独立自负盈亏的政府机构，因而具有公私双重性质，当海外私人公司以私人非政府的身份出现时，可以回避政府间的征收赔偿标准之争。”³⁷ 多边投资担保机构中关于境外投资风险承保的详细规定，机构的承保范围包括征收及间接征收，征收的认定、以及在何种情况下，海外投资者的风险和损失不能得到担保和赔偿都有具体规定；同时机构不仅向在境外设立的项目提供担保，而且因其地位特殊，与世界银行关系密切，熟知各国投资情况、政策、以及投资管理和投资环境，通过投资调研向本国对外投资者提供海外投资的信息，以评估成员国国家的投资环境及相关项目的可行性，并根据调研结果决定是否提供风险担保。中国作为 MIGA 成员国可以充分利用机构的功能，或加强国内风险承保机构的咨询功能。

我国应建立专门维护海外利益的法律，与国际法接轨。国内尽管出台了诸多关于国际投资的法律政策，但关于海外利益的维护的专门性法律还没有，即使有涉及部分，也较为笼统，可操作性较差，在我国维护海外利益缺乏国内法律依据。随着中国与世界依赖程度不断加深，各国利益相互交错，相互制约，因此建立一套关于海外利益的专门法律迫在眉睫，同时应出

³⁶ 准入前国民待遇是指在外资进入之前，给予外国投资者的国民待遇，按照 2012 年美国 BIT 范本中对国民待遇的规定：“缔约一方给予缔约另一方投资者在其境内设立、并购、扩大、管理、运营、销售或其他投资处置方面在同等情况下给予不低于本国国民享有的待遇”，可以看出，其中的“设立”充分地体现了对国民待遇提供的时间要求是外资进入之前。

³⁷ 参见中华人民共和国商务部官方网站：“美国海外私人投资公司（OPIC）将在约旦举办第五届国际投资会议”，<http://www.mofcom.gov.cn/aarticle/i/jvjl/k/200805/20080505513404.html>。张新存：《美国的海外投资保证制度》，《国际贸易问题》，1991 年第 11 期。

台相关配套政策以及完善相关机构职能，既要保障维护海外利益有法可依，同时在实际情况中，操作和执行也要规范和具有明确性，也应具有一定的灵活性。