

国际求偿——以“总价协议”为基础的国家实践

牟文富

(四川省社会科学院法学研究所, 四川 成都 610071)

摘 要:“总价协议”频繁用于解决社会改革过程中因征收、国有化等国家行为引起的大规模国际求偿。求偿国与被求偿国通过谈判达成这类协议,之后由求偿国的国内机构根据协议及有关国际法、国内法来受理求偿并做出裁判。“总价协议”所涉及的法律问题主要包括求偿人的资格、赔偿范围、责任的基础、求偿国国内机构实施求偿协议的实践等问题。此外,本文还涉及有关中国作为求偿国与被求偿国方面的实践。中国吸引外资和对外投资的规模日益增大,熟悉此类争端解决方式有助于保护中国的国家利益,尤其是海外利益。

关键词:国际求偿;国家责任;外交保护;总价协议

中图分类号:D996.4 **文献标识码:**A **文章编号:**1006-1894(2012)02-0030-10

因财产征收、国有化等原因引起的大规模国际求偿中,“总价协议”(lump sum agreement)得以频繁使用。国际求偿指一国因其不法行为对外国、外国国民造成损害,后者针对侵害国家提起的赔偿请求。如果外国政府通过外交途径协助或支持其国民来解决此类求偿,那其实是在行使外交保护,而“总价协议”的谈判、签署以及通过国内机构来实施此类协议的过程正是外交保护的体现。^①将国际求偿放在国家责任的背景中来看,事实上是受害者针对被诉国家援引国家责任。在本文主题的意义下,遭受侵害的外国国民援引国家责任又可称“私人求偿”。

然而,联合国国际法委员会于2001年通过的《国家对其不法行为的责任草案》在援引国家责任的规定上主要处理国家援引责任的问题,

并不处理国家以外的个人或其他实体援引国家责任。草案第33条第2款仅仅规定,“本部分并不妨碍产生于一国之国际责任、可直接归属于国家以外的个人或实体的任何权利”。草案认为,国家以外的个人或实体是否可以、在何种范围内可以自己的名义援引责任,这是特殊初级规则的问题。^②传统上,个人或商业实体针对它国提起求偿的主要途径,一是由其政府代劳提出求偿(espousal of claim by government),二是由其政府同外国政府谈判并达成协议,设立一个临时性国际仲裁法庭对私人求偿做出裁判(Weston and Lillich, et al, 1999)。此外,晚近的多边条约也提供了另外的渠道,如根据《解决国家与他国国民间投资争端公约》在“解决投资争端国际中心”来解决投资争端,但

收稿日期:2011-11-27。

作者简介:牟文富,男,法学博士,四川省社会科学院法学研究所助理研究员,研究方向:国际法。

它并不适合于大规模私人求偿的情形。另外,为了解决伊拉克入侵科威特引起的责任问题,联合国安理会成立了“联合国赔偿委员会”来受理大规模的求偿问题,但这种方式太过特殊,不具有普遍适用性。

二战之后,第三世界国家发生的社会改革对西方资本输出国的投资及财产多有征收或国有化行为,因此而产生的大规模国际求偿中,有95%的是通过签订“总价协议”方式获得解决(Weston and Lillich, et al, 1999)。根据这类协议的安排,被求偿国向求偿国支付一笔固定的赔偿金,求偿国则放弃求偿,或不再代表其国民提起求偿,以此最终解决问题。然后,求偿国的国内机构按一定程序向求偿人分配这笔赔偿金。尽管这种国际求偿解决方式产生于特定的历史环境,其适用范围很广,既涉及投资方面的求偿,也涉及人身伤亡方面的求偿,但从历史经验来看,它处理的多是有关国际投资领域中产生的争端,特别是征收和国有化引起的求偿问题。当今的跨国投资、服务规模巨大,中国也是一个重要参与者,2011年中国实际使用外资金额达到一千多亿美元,而中国境内投资者共对全球130个国家和地区的3003家境外企业进行了非金融类对外直接投资,超过500亿美

元。^③因此,了解这种模式的国际求偿既有必要,同时对于保护中国在海外的合法利益也是有益的参考。

通过“总价协议”解决大规模私人求偿,有两个层面,其一是“总价协议”(以下亦称“求偿协议”)本身。根据威斯顿(Burns H. Weston)、里利奇(Richard B. Lillich)两位美国学者的收集和整理,在1995年之前的近一个世纪中,签订了总共208个“总价协议”(Lillich and Weston, 1975; Weston and Lillich, et al, 1999)。这些协议的目的在于彻底解决人数众多的私人求偿。谈判、签订这类协议是外交保护的体现,也就意味着放弃了穷尽当地救济的要求。这些协议的共同要素包括如下规定:支付一笔固定金额给求偿国、求偿人资格、给予赔偿的范围、求偿国在分配款项方面的责任、求偿国放弃代表其国民提起进一步求偿的权利,等等。本文第一部分主要考察这类协议中的求偿人资格、求偿的实质问题。第二涉及求偿国的国内实践,主要是国内专门机构依照求偿协议、相关国际法、国内立法来受理和裁决针对外国提出的求偿。本文第二部分以中国—美国之间求偿问题的实践为例对此予以说明。

一、国际求偿实践中的“总价协议”

(一) 总价协议:求偿人资格

具有求偿国国籍是获得赔偿的最重要条件,这是具有悠久历史的习惯国际法规则,它已经被编纂于《外交保护条款草案案文》中,其第三条第1款规定,“有权行使外交保护的国家是国籍国”。但求偿协议罕有规定求偿国国籍的证明,一般的做法是把这项工作留给求偿国来确定(Weston and Lillich, et al, 1999)。

1. 个人求偿资格及双重国籍问题 相当一部分“总价协议”规定,具有求偿国国籍的自然人有资格享有求偿协议下的保护。如果求偿人同时拥有求偿国与被求偿国的国籍,即双重

国籍的情形,传统上是一国不得代其国民针对另一国提起求偿。《外交保护条款草案案文》第七条规定也反映了这种传统:“一国籍国不得为同属另一国国民的人针对另一国籍国行使外交保护。”但求偿协议有时候对“个人”的界定作了模糊的处理,事实上对传统有一定程度的偏离。如1976年美国与埃及的求偿协议第三条对“美国国民”的界定包括了“永久忠于美国”的自然人(Weston and Lillich, et al, 1999)。而1996年美国与阿尔巴尼亚双方对其1995年的求偿协议中“美国国民”的界定也包括了具有美、阿双重国籍的人,只要“当下,或从财产被征收之日到本协议生效之时大部分时间”在

美国有住所(Weston and Lillich, et al, 1999)。当然,《外交保护条款草案案文》第七条也规定了例外:“除非在发生损害之日和正式提出求偿之日,该国的国籍均为该人的主要国籍。”此外,同时具有求偿国国籍和第三国国籍的事实并不妨碍成为“合格的求偿人”,例如1971年瑞典—埃及赔偿协议第一条第4款(Weston and Lillich, et al, 1999)。《外交保护条款草案案文》第六条也反映了此种精神。

2. 公司的求偿资格 对公司求偿资格的要求,求偿协议明确或隐含地规定了必须具有求偿国的国籍。“总价协议”中有4种方法来确定公司的国籍,并无单一的模式。^④第一,是规定公司设立地国为该公司的国籍国。例如,1971年签署的英国—埃及求偿协议第一条规定,“合格的英国求偿人”指“其财产被国有化之时已经根据英国生效的法律在英国设立、成立的公司、企业或团体”。在措辞上“公司”这一术语可能有些差异,如1982年的美国—捷克斯洛伐克的求偿协议中用“美国可以根据其法律承担国际责任”来指称作为美国国民的“公司或其他法律实体”。第二,以求偿公司主要办事机构或总部所在地来确定该公司的国籍。例如,1965年意大利和当时的阿拉伯合众国签署的赔偿协议第一条第1款规定,“意大利人利益占主要部分且在意大利拥有总部的法人”。1966年意大利与捷克斯洛伐克签署的解决财产及经济问题的协议第二条规定,“在意大利注册了办公地点的法人”所属的财产、权利、利益等属于意大利。第三,根据控制或支配标准来确定公司国籍,并不考虑公司设立地或主要办事机构所在地。例如,1973年瑞士与匈牙利签署的赔偿协议第二条规定了“瑞士利益具有支配地位自然人或商事公司”。第4种模式是一个混合的检验标准,即公司设立于求偿国、且该国国民直接或间接地拥有该公司50%以上的流通股份或利益,这主要是由美国同另一些国家在求偿协议中有此规定。例如,1976年美国与埃及签署的求偿协议第三条规定,涉及美国国民的公司或其他法律实体,指“根据

美国、其各州或属地或哥伦比亚特区法律而设立,若美国自然人在其中直接或间接拥有50%以上的流通股或其他利益。”美国国内的“对外求偿解决委员会”在实践中也有利用该混合标准来确定公司求偿的条件。国际仲裁庭,如美—伊求偿法庭,也采用这种方法来确定公司的求偿资格。《外交保护条款草案案文》第九条似乎采用一般原则加例外的标准,^⑤一方面承认公司的成立使公司具有了就外交保护目的而言的国籍,但另一方面,规定了在特定情况下的一种例外,即“公司成立地国与公司本身之间不存在任何其他重要的联系,而是与另一国存在某些重要联系,在这种情况下,就外交保护目的而言,该另一国将被视为国籍国。”^⑥

3. 股东的求偿资格 国际法院在“巴塞罗那电力机车公司案”中认为只能由公司的国籍国提供外交保护,而非股东的国籍国。《外交保护条款草案案文》第十一条“股东的保护”也规定“在公司受到损害的情况下,公司股东的国籍国无权为这些股东行使外交保护”。^⑦然而在双边“总价协议”中,大部分的做法是通过模糊语言同意对受到被求偿国措施不利影响的任何财产、权利或利益提出求偿(Weston and Lillich, et al, 1999)。当然,在没有双边协议明确或隐含地规定的情况下,公认的原则是公司而非股东才有资格提起求偿。国际法院于2007年在“Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo”中维持了这个原则。^⑧

求偿协议规定,如果公司本身没有某国国籍,可在一定条件下允许股东提出求偿。例如,1985年美国 and 埃塞俄比亚签订的赔偿协议第二条规定,“……公司或其他法律实体本身并非美国国民,因该等措施导致损失,则基于对该公司或其他法律实体资产之间接所有权利益而提出的求偿应当包括在本协议中,只要在损失发生之时美国国民(a)直接或间接拥有该法律实体中25%及以上流通股份或其他受益,或(b)控制该法律实体”(Weston and Lillich, et al, 1999)。在求偿协议没有规定时,美国国内机构依赖国内立法,后者多有详细规定,其精神

也大致是力求保护美国国民的受益。求偿协议和国内立法也没有区分对公司的损害和对股东的直接损害。这些求偿协议对公认国际法的某种程度的偏离,联合国国际法委员会的态度是它们“未必能体现一项习惯国际法的一般规则”。^⑨

(二) 求偿的实质问题

1. 求偿的基础 通观威斯顿(Weston),里利奇(Lillich)收集、整理的209个双边求偿解决协议,求偿的主题主要体现在下述方面:(1)国有化、征收、没收引起的求偿。从经济发展水平来看,所涉及这类“总价协议”几乎都是西方发达国家与发展中国家签订的,另一方面也是资本输出国家与输入国家之间签订的,而且多涉及国有化、征收等措施。(2)二战一些国家的战争责任,主要是同德国等轴心国的战争责任有关。第二种求偿在双边求偿解决协议中仅仅占很小的比例。

在国家责任的归因方面,“总价协议”规定除政府行为之外,被求偿国要对受其支配、控制、指定的代理人、个人的行为承担责任。此外,若政府未能尽力保护求偿人的财产,亦得承担责任。在财产征收引起的求偿方面,“总价协议”基本都同意直接征收或间接征收的方式并不影响求偿,只要从效果来看,外国人享有其财产的权利被拒绝,则产生国家责任,有权获得赔偿(Weston and Lillich, et al, 1999)。

2. 可获得赔偿的求偿 在同意予以赔偿的求偿内容方面,主要涉及到财产损失问题,

少数时候可能涉及人身伤亡引起的求偿。求偿协议通常用比较概括的术语来指财产——“财产、权利和利益”,但并不作明确的界定,具体解释工作留给国内求偿机构。协议实践和习惯国际法通常指有形财产。股权、合伙利益、信托与遗产之受益及剩余利益也属于可获得赔偿的求偿对象(Weston and Lillich, et al, 1999)。对于商标、专利、版权一类的无形财产的求偿,尚没有实践支持。对于未来收益的求偿,在实践中如果能证明能持续经营,或证明合理期待合同本来可以履行并可取得收益,则支持对未来收益给予赔偿。对利润损失和溢价损失的求偿,二战后的实践经历了一个变化——从早期的不支持到近期的允许给与赔偿。总体来看,具有财产性质的利益一般会给予赔偿(Weston and Lillich, et al, 1999)。

“总价协议”没有一个标准的模式,对于同样的主题,各协议也呈现多样性。从这些协议签订的时间来看,都是经历数十年后国际大背景发生变化、出于改善双边关系的需要而签订的,部分的目的是为了解决历史遗留问题,为以后的双边关系扫清障碍(Lillich, 1962)。因此正如国际法院在“庇护权案”中所说,国家行为中不可避免地存在政治考虑、权宜之计,其中很难说国家出于某种法律义务感而行事。国际法院在“巴塞罗那电力机车公司案”中把求偿协议视为“自成一类”的协议,属于特别法,故不具有普遍实践的意义。^⑩就此而论,“总价协议”在国家实践中所具有的法律意义还很有限。

二、国际求偿的国内程序——以中美求偿问题的解决为例

“总价协议”一般规定了求偿国独自承担分配赔偿款项方面的责任,这实际上表现为求偿国通过国内机构来实施一项国际条约。实践中,一国政府外交部门同有关外国签订求偿协议后,该国依法成立的机构据此受理国内求偿人提出的求偿请求、做出判决和分配金额。应该说,这方面的实践以西方发达的资本输出

国最为丰富,如美国、英国(Magnus, 1988)、奥地利(Lillich and Weston, 1982)、比利时(Lillich and Weston, 1982)、意大利(Lillich and Weston, 1982)、瑞士(Lillich and Weston, 1982)都根据国内立法设立专门机构负责处理对外求偿事宜。以美国为例,“1949年国际求偿解决法案”授权成立了“国际求偿解决委员会”、

“1948年战争求偿法案”授权成立了“战争求偿委员会”，这两个机构于1954年合并为“对外求偿解决委员会”。到2009年，“对外求偿解决委员会”总共处理了45起对外求偿计划，受理的私人求偿达66万起，裁决的求偿金额达30亿美元。其受理数量、裁决金额皆为世界之冠。^⑩此外，目前它尚在处理对利比亚、伊拉克的求偿。美国对外求偿频繁、规模巨大，在西方资本输出国家的实践中是一个典型。下面主要以中国和美国之间的求偿实践对这种模式予以说明。

（一）中美求偿问题

1949年新中国政府成立后，以美国为首的相当一部分西方国家敌视新中国政府，试图在经济上封锁中国。1950年11月16日，美国总统杜鲁门宣布冻结了美国在中国的资产，^⑪从经济上封锁中国。作为对美国行为的回应，当时中国中央人民政府政务院于同年11月28日宣布“管制和清查美国财产和冻结美国公私存款”。^⑫

1966年，美国通过“古巴和中国求偿法案”（以下或称“1966年法案”），^⑬该法案被编入《美国法典》第22编（22, USC）第5章，其授权“对外求偿解决委员会”来受理和裁决美国国民向中国提出的求偿，求偿的主要基础为“因国有化、征收、干涉或政府直接对财产做出的剥夺或其他特定行为导致的损失”。其中，财产的定义为：“任何财产、权利、利益，包括租赁利益；中国所负债务，或被中国政府国有化、征收、干扰或剥夺的企业所负的债务；中国国有化、征收、干扰或剥夺的财产所负担的债务。”该法案覆盖的时间段为1949年10月1日～1966年11月6日，称为第一阶段求偿。1966年美国国会授权实施该计划的时候，中美两国关系仍然处于不正常状态，双方也没有处理过任何求偿问题，故在美国方面没有资金来支付求偿。1966年法案仅仅规定委员会来确定求偿的有效性和数额，并将委员会确认的结果转给

国务院，供后者同中国谈判使用，以求达成协议。第一批计划完成于1972年7月6日。

20世纪60年代末、70年代初，中国同西方国家关系在改善之际，历史遗留问题被提了出来。^⑭为了扫清双边关系中的障碍，经过长时间的谈判，1979年中国与美国达成了“总价协议”一类的求偿协议，规定由中国支付数额为8050万美元的固定金额，美国解除对中国资产的冻结（Weston and Lillich, et al, 1999），双方以此方式一次性解决了求偿问题。美国的“对外求偿解决委员会”继续就1966年11月6日～1979年5月11日间产生的求偿进行裁决，称为第二批求偿，完成于1981年7月31日。在第一阶段，美国“对外求偿解决委员会”受理了576起求偿，共计金额306 680 903.8美元，其中378起被确认有效，共计金额为196 861 834美元。第二阶段裁决有效的求偿为3起，金额共计176 455美元。^⑮

（二）中美求偿解决过程中的法律适用问题

国内求偿解决机构是根据国内法而建立，属于国内法庭性质，但鉴于它是专门实施一国与他国签订之求偿协议而设立，也就打上了国际性质的烙印。这一点体现在机构在裁决求偿请求时所适用的法律上。美国国务院在1949年曾就此承认，“裁决国际求偿的国内法庭传统上并不适用国内法……求偿解决、赔偿金分配的整个背景属于国际法的范畴（Lillich, 1962, 71）。”美国“1949年国际求偿解决法案”第四条（a）规定，根据该法案做出求偿决定时，该机构应按下述顺序适用下列法律：（1）本款规定应适用的求偿协议；（2）适用国际法、公正及公平原则。^⑯然而，对于应适用之国际法，美国多按自己理解、标准予以解释。有关国际法未有广泛共识、或者没有双边求偿协议的时候，美国则以国内标准补足，如关于求偿资格、赔偿标准。

1. 求偿人的资格 正如本文第一部分所述，“总价协议”都对求偿人的资格做了原则

性规定,但美国“对外求偿解决委员会”在第一阶段就受理和确定了绝大部分美国国民针对中国提出的求偿,而当时中美两国间并无求偿协议,“对外求偿解决委员会”在受理和裁决求偿时所依赖的法律就是“1966年法案”,在求偿资格、求偿的受理和金额的确定等要求、公司等实体就所有者利益或债务提起求偿的条件等方面,该法案皆有规定。

(1) 国籍持续原则的适用。根据“1966年法案”规定,向美国“对外求偿解决委员会”提起针对中国的求偿,求偿所基于的财产在损害发生时由美国国民直接或间接地全部或部分所有,而且求偿应当一直由美国国民维持直至向该委员会提起为止(《美国法典》第22编第五章§1643c(a))。该规定实际上适用了国籍持续原则要求:从损害发生时到提起求偿时须维持求偿国的国籍。

(2) 公司的求偿资格。“1966年法案”(《美国法典》第22编第五章§1643a)对美国“公司或其他法律实体”的定义为,“根据美国……法律设立的公司或其他任何法律实体,只要作为美国公民的自然人在此等公司或实体中直接或间接地拥有50%以上的流通股或其他受益。”根据传统的国际法规则,公司的国籍国才有资格提起外交保护。尽管规则是明确的,但美国在涉及公司、公司股东的求偿时,美国的立法往往有更复杂的规定。

首先,求偿人在美国公司中的所有者利益问题。“1966年法案”(《美国法典》第22编第五章§1643d(a))规定,“根据本法案1643b(a)提出的求偿是基于对美国公司的所有权利益,该求偿不予考虑。”若求偿人在公司求偿者中有所有者利益,该公司有求偿资格,委员会只考虑公司求偿者的利益。然而,若求偿人是公司股东,而该公司并无资格提出求偿,例如,该公司为外国公司,或美国公司中美国国民拥有股份不足一半(依照§1643a定义该公司不能视为美国国民),则该股东无资格提出求偿,但有资格获得与其在该公司中利益相应的赔偿。^⑩

其次,求偿人的求偿基于向美国公司负担的债务。《美国法典》第22编第五章§1643d(a)规定,“根据本法案§1643b(a)提出的求偿基于向美国公司负担的借债或其他债务,仅当这些借债或其他债务是被国有化、征收、干扰或褫夺之财产所负担时,该求偿应予以考虑。”

第三,基于在非美国公司中直接所有权利益的求偿问题。《美国法典》第22编第五章§1643d(b)规定,“根据本法案§1643b(a)提出的损失求偿基于对公司、团体或其他实体之直接所有权利益,则该求偿应予以考虑,条件是根据本条各款规定,在损失发生之日该公司、团体或其他实体并非美国国民,而不论求偿人之所有权的百分比为多少。”“直接所有权利益”指拥有被求偿国国籍公司的股份(Lillich and Magraw, et al, 1998),例如,若求偿人为美国国民,无论自然人还是法人,拥有中国公司的股份,则准许公司直接股东提出求偿,不管该股东在拥有该公司股份的比例是多少。

第四,基于间接所有权利益提出的求偿。《美国法典》第22编第五章§1643d(c)规定,“根据本法案§1643b(a)提出的损失求偿基于对公司、团体或其他实体的间接所有权利益(an indirect ownership interest),该求偿应予以考虑,条件是根据本条其他各款规定,仅当损失发生时全部所有权利益中至少有25%为美国国民所有。”“间接所有权利益”指拥有第三国公司的股份(Lillich and Magraw, et al, 1998)。若股东利益是间接的,则股东求偿资格须受限制——仅当损害发生时至少整个所有权利益的25%为美国国民所有。

2. 求偿价值的评估标准 《美国法典》第22编第1623(a)(2)“对外求偿解决委员会”一款中编入了“1949年国际求偿解决法案”规定,但补充了求偿的价值评估标准。第1623(a)(2)(B)提及,“委员会应当做出有关外国政府征收财产时之公允市场价值的裁决,……公允市场价值应当依据被对征收财产最为适当、对求偿人最为公平之方式查明,包括:(i)流通证券之市场价值;(ii)重置价值;(iii)继续经

营价值(包括考虑企业之盈利前景);(iv)账面价值。”“对于服务产业中损失的求偿,评估的适当基础应适用第(iii)之规定。”

“1966年法案”第1643b(a)也规定了求偿金额以及相关财产的评估标准:“委员会应当考虑对财产最为适当、对求偿人最为公平的估价方式,包括公允市场价值、账面价值、继续经营的价值、重置价值等。”这与《美国法典》1623(a)(2)规定相似。事实上美国国会授予了“对外求偿解决委员会”价值评估方面的广泛权力。

3. 赔偿标准 西方发达资本输出国家向来主张“及时、充分、有效”标准(Sornarajah, 2010)。尽管相当一部分求偿协议由资本输出国家与发展中国家(资本输入国)之间签订,但鉴于这部分协议乃是为了解决历史遗留问题,很难从“总价协议”中看赔偿标准方面的普遍立场。而从国内求偿机构根据求偿协议做出裁决的实践也难以得出普遍性结论。

美国“对外求偿解决委员会”在裁判赔偿请求时适用“公允的市场价格”作为价值评估标准,常常使用“现金折现法”方法来评估求偿的价值,该方法充分考虑到盈利前景,符合西方国家的“充分补偿”要求。然而应当注意的是,既然“总价协议”规定赔偿总额,那么获准赔偿的求偿人只能在该总额内按比例分配,这并不能保证其能获得“充分”赔偿。例如,美国“对外求偿解决委员会”根据中国—美国求偿协议、美国—捷克斯洛伐克求偿协议、美国—埃塞俄比亚求偿协议做出的赔偿裁决,实际上求偿人分别获得了40%、41%和46%的赔偿(Weston and Lillich, et al, 1999)。对这种情况产生了根据求偿协议所作的裁判是否构成“部分赔偿”的实践的问题(Ripinsky and Williams, 2008)。该问题还涉及如何看待求偿协议。美国第二巡回上诉法院于1981年在“Banco Nacional de Cuba vs. Chase Manhattan Bank”一案中倾向于把求偿协议、求偿解决机构据此所作的裁决视为和解而非司法裁判,因此不能推测

司法机构也会做出那样的判决。1986年美国—伊朗求偿法庭在“Sedco, Inc. vs. National Iranian Oil Co. and Iran”一案中认为,“总价协议”之类的求偿协议受到太多的非法律性因素所推动,因而在被接受为法律之习惯方面没有什么太多的证据价值。该案中美方仲裁员的单独意见认为,当争端被提交给强制仲裁,若要考虑法律因素,结果会大致接近充分赔偿(Lillich and Weston, 1988; Lillich and Magraw, et al, 1998)。

在学者中间,国内求偿解决机构的裁判到底对赔偿标准有何影响,也莫衷一是。有人认为此类裁判既未危及习惯国际法之传统规则、也未创设这些规则的例外。索纳哈贾(M. Sornarajah)则认为“总价协议”既否认了充分赔偿,也否认了国有化引起的赔偿评估问题属于内法庭的排他性管辖。而且,这些实践也没有产生国际法规则(Lillich and Weston, 1988)。

尽管美国“对外求偿解决委员会”要适用国际法和有关求偿协议规定,但在中美求偿问题上,它是在没有双方协议的背景下单方面适用了美国国内法。以公司的求偿资格问题为例,一般的国家实践是公司国籍国有资格提起外交保护,在此背景下公司可作为合格的求偿人,但美国“1966年法案”赋予公司股东、公司债权人求偿资格,而这些公司可能不是美国国民,或者不受美国的真正控制,这应该是扩大了求偿人的范围。又如,在赔偿标准问题上,美国国内法的规定事实上适用了“充分赔偿”标准,这固然符合美国的一贯主张,但该标准很难被广泛接受为一般国际法原则。但是,1979年中美求偿协议并没有涉及这些问题。毕竟,美国私人针对中国提出的大部分求偿已经在此前解决了,剩下的主要问题是中美双方需要就赔偿金额达成一致,谈判中双方如何讨价还价已不得而知了。无论如何,在没有双边协议的情况下,其国内机构适用国内法做出裁决只能说反映了美国的实践,只对美国有意义。

三、结 语

“总价协议”以及相关的国内机构做出的求偿裁决,相对于根据双边协议由第三方争端解决机构做出的裁决,确实有很强的“特别法”特征。它们常常在公认的国际法规则上有一定程度的偏离,例如,要么求偿国国内机构的裁量权扩大,要么其国内法或单方标准得以适用。“总价协议”得以频繁地使用,其吸引力在于它具有有一次性彻底解决问题的作用,把求偿的具体问题留给求偿国自己去解决,被求偿国只需支付一笔赔偿金即可。尽管这种方式灵活,但其适用背景特殊,如它们多为解决早先大规模求偿这些历史遗留问题,而“穷尽当地救济”的要求已经不现实,故不大可能成为解决双边投资、贸易往来争端的通用模式。另一方面,尽管这类求偿协议、立足于这些求偿协议的国内裁判在国际求偿中广泛使用,但它们仍然是以西方国家为主导的实践,确实不具有普遍性,在这种意义上无法构成普遍性的国际实践,更不用说国际习惯了。

尽管如此,这种类型的求偿协议、相关的国内实践还是应该值得中国注意。“总价协议”中的求偿国家多为资本输出国,但从二战到现在,经济格局发生了大的变化,很多新兴发展中国家同时是资本输入和输出国。中国在改革开放过程中,大量吸引外国资本助推国内经济发展,取得令人瞩目的成就;另一方面,进入21世纪后,中国对外投资也迅速增长,在一定程度既是资本输入国,也是资本输出国,“总价协议”所针对的争端也并非不可能出现,因此了解西方国家在这方面的实践并予借鉴颇有积极意义,尤其是它们为自己国民提供外交保护的国内立法、制度构建、高度程序化的做法,更值得中国借鉴。

作为外交保护的一种具体形式,达成“总价协议”的过程往往充满政治考虑,应该说这比较符合中国倾向于通过谈判解决争端而非诉诸第三方司法机构的政策偏好,不难为中国在解决国际争端

中利用,但有配套的国内机构方能起到真正的作用。将“总价协议”及相关实践放在中国重返世界舞台的大背景中,若中国利用这种方式保护海外利益,其价值在于可为国际法大全(*corpus juris*)中贡献自己的国家实践。

注 释:

① 联合国国际法委员会于2006年通过的《外交保护条款草案案文》中对“外交保护”的定义为:“一国对于另一国国际不法行为给属于本国国民的自然人或法人造成损害,通过外交行动或其他和平解决手段援引另一国的责任,以期使该国责任得到履行”。

② United Nations. Yearbook of International Law Commission[M]. 2001, 2, Part II, New York and Geneva: UN, 2007.

③ 参见中国商务部统计数据:“2011年1~11月我国对外直接投资简明统计”[EB/OL]. 中国商务部网站: <http://www.mofcom.gov.cn/aarticle/tongjiziliao/v/201112/20111207883036.html>;“2011年1~11月全国吸收外商直接投资情况”[EB/OL]. 中国商务部网站: <http://www.mofcom.gov.cn/aarticle/tongjiziliao/dgz/201112/20111207890554.html>.

④ Weston and Lillich, et al, 1999, 35-38. 下文所引求偿协议,参见该书附录有关双边求偿协议。

⑤ 草案第九条规定:“为对公司行使外交保护的,国籍国是指公司依照其法律成立的国家。然而,当公司受另一国或另外数国的国民控制,并在成立地国没有实质性商务活动,而且公司的管理总部和财务控制权均处另一国时,那么该国应视为国籍国。”

⑥ Commentary to Article 9, paragraph 4. United Nations. Report of International Law Commission [M]. New York: UN, 2006.

⑦ 草案第十一条(b)款规定了一种例外,即股东的国籍国有权在下述条件下为股东行使外交保护:即成立地国自己对公司所遭受的损害负有责任。

⑧ 参见:Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo) (Preliminary Objections) [EB/OL], 2007, paragraph 94, International Court of Justice: www.cij-icj.org. (2011-09-19).

⑨ Commentary to Article 11, paragraph 12. United Nations. Report of International Law Commission [M]. 同注

⑥, 2006。

⑩ 参见: Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase [EB/OL]. 1970, Para. 61 - 62, International Court of Justice: www.cij-icj.org. (2007-07-07)。

⑪ 参见美国“对外求偿解决委员会”2009年度的报告[EB/OL], (以下称“2009 FCSC Ann. Rep.”), p. 3, “对外求偿解决委员会”网站: www.usdoj.gov/fcsc/annrep09.htm. (2011-11-22)。

⑫ 总额大约为7650万美元。参见: Devane, Richard T. The United States and China: Claims and Assets [J]. Asian Survey, 1978, (12); Redick, Charles Ford. The Jurisprudence of the Foreign Claims Settlement Commission: Chinese Claims [J]. The American Journal of International Law, 1973, (4)。

⑬ 中国国务院的命令, 参见: 中华人民共和国对外关系文件集(1949~1950) [C]. 世界知识出版社。北京: 世界知识出版社, 1961: 193; Devane, Richard T. The United States and China: Claims and Assets [J]. Asian Survey, 1978, (12)。

⑭ 参见: 《美国法典》第22编(22, USC)第5章“Subchapter V - Claims Against Cuba and China”, 范围包括1643, 1643a - 1643m各条。该法案具体内容见: <http://law.onecle.com/uscode/22/index.html>. (2011-10-13)。

⑮ 中美求偿问题在尼克松访华后就被提了出来。参见: 牟文富. 尼克松政府贯彻《上海公报》的最初措施 [C]. 朱明权. 尼克松时期对华政策(1969~1972). 上海: 上海人民出版社, 2011: 150 - 151。

⑯⑰ 参见“2009 FCSC Ann. Rep.”, 同注⑩, p. 47 - 48。其中第一阶段提起的总计306 680 903.8美元的求偿数据, 参见: Redick, Charles Ford. The Jurisprudence of the Foreign Claims Settlement Commission: Chinese Claims [J]. The American Journal of International Law, 1973, (4)。

⑱ 参见: Supplement: Official Documents [J]. The American Journal of International Law, 1951, (2)。

参考文献:

[1] Weston, Burns H. and Lillich, Richard B., et

al. International Claims: Their Settlement By Lump Sum Agreements [M]. 1975 - 1995. Ardsley and New York: Transnational Publishers, Inc., 1999.

[2] Lillich, Richard B. and Weston, Burns H. International Claims: Their Settlement By Lump Sum Agreements [M]. Charlottesville, Virginia: University of Virginia Press, 1975.

[3] Lillich, Richard B. and Magraw, Daniel Barstow, et al. The Iran - United States Claims Tribunal: Its Contribution to the Law of State Responsibility [M]. Transnational Publishers, Inc., 1998.

[4] Sornarajah, M. The International Law on Foreign Investment [M]. 3rd. Cambridge University Press, 2010.

[5] Ripinsky, S. and Williams, K. Damages in International Investment Law [M]. British Institute of International and Comparative Law, 2008.

[6] Lillich, Richard B. and Weston, Burns H. Lump Sum Agreements: Their Continuing Contribution to the Law of International Claims [J]. The American Journal of International Law, 1988, (1)。

[7] Lillich, Richard B. International Claims: Their Adjudication by National Commissions [M]. Syracuse University Press, 1962.

[8] Lillich, Richard B. and Weston, Burns H. International Claims - Contemporary European Practice [M]. Charlottesville: University Press of Virginia, 1982.

[9] Lillich, Richard B. The Jurisprudence of the Foreign Compensation Commission: Eligible Claimants [J]. The International and Comparative Law Quarterly, 1964, (3)。

[10] Re, Edward D. The Foreign Claims Settlement Commission: Its Functions and Jurisdiction [J]. Michigan Law Review, 1962, (8)。

[11] Magnus, S. W. The Foreign Compensation Commission [J]. The International and Comparative Law Quarterly, 1988, (4)。

[12] Lillich, Richard B. and Christenson, Gordon A. International Claims: Their Preparation and Presentation [M]. Syracuse University Press, 1962.

International Claims: State Practices Based on Lump Sum Agreements

MOU Wen-fu

Abstract: Lump sum agreements have been widely and frequently employed in the practice of international claims arising out of expropriation and nationalization on a large scale of property of aliens. The common provisions lie in this type of claims agreement providing payment by respondent state of a fixed sum of compensation to claimant state, eligibility of claimants, compensable claims, sole responsibility on the claimant state to distribute the compensation funds, waiver by claimant state to bring any further claim against respondent state, etc. Afterwards, the state authority of the claimant state will be in charge of adjudicating claims brought by its nationals. Addressed here are some legal aspects of the above-mentioned state practices, including claims by and against China both as claimant state and respondent state respectively. With the increasing scale of direct investment in and from China, such dispute settlement method might be of help in protecting China's national interests, including overseas interests.

Key words: international claim; state responsibility; diplomatic protection; lump sum agreement

(上接第 28 页)

[3] 范冬云.《2010 年国际贸易术语解释通则》与《2000 通则》的比较[J]. 国际商务研究,2011,(5).

[4] 何新明.《国际贸易术语解释通则》的 FAS 术语还有存在的意义吗?[J]. 国际贸易问题,2003,(6).

[5] 王淑敏. Incoterms 2010, 自由穿梭于国际贸易与运输之间的新规则[J]. 中国海商法年刊,2011,(3).

[6] 朱念.《2010 国际贸易术语解释通则》与 2000 版的比较分析[J]. 对外经贸实务,2011,(5).

Challenge Questions to INCOTERMS 2010

NIE Kai-jin ZHOU Bing-cheng

Abstract: INCOTERMS 2010 is another important revision towards INCOTERMS launched by International Chamber of Commerce. However, there are some aspects which need to be clarified in the revision. The article analyzes the main amendments of INCOTERMS 2010 and figures out some challenge questions in the revision combined with China's trade practice. The article aims to discuss the remaining amendment space existing in INCOTERMS 2010 and helps China's trading enterprises to avoid the potential risks in the application of the new international trading rules, and protect their financial interest.

Key words: INCOTERMS 2010; International Chamber of Commerce; string sales; commodity trade