

# 基于环境的管制措施与间接征收的冲突和协调

白明华

(对外经济贸易大学法学院,北京 100029)

**摘要:**晚近处理间接征收的国际实践中,政府的环境管制措施未作为例外对待。环境征收措施基于企业社会责任、污染者负担原则、治安权例外、条约义务、预防原则、国家环境义务优先的理由应具有不予补偿的合法性。我国投资协定间接征收条款中对环境例外应予明确规定,并细化具体判断标准。

**关键词:**环境管制措施;间接征收;投资协定;环境例外

**中图分类号:**DF969 **文献标识码:**A **文章编号:**1009-1505(2012)05-0016-06

征收是国家对投资最激烈和最彻底的管制形式,引起的反应也最强烈。在当今环境措施广泛运用于贸易投资领域的情境下,这些干预措施往往产生使外资财产价值减损、丧失等不利的效果。那么环境管制措施构成间接征收吗,应对投资者进行补偿吗?<sup>①</sup>经济利益、当前利益和长远利益、生态环境利益会产生冲突吗?环境管制措施与投资保护措施谁更重要,我国投资协定中应采取什么样的立场协调二者关系呢?

## 一、国际投资协定中间接征收内涵界定

征收是指征收主体国家基于公共利益需要,以行政权取得集体、个人财产所有权并给予适当补偿的行政行为。联合国大会于1962年通过的《关于自然资源之永久主权宣言》和1974年通过的《各国经济权利和义务宪章》中,都确认征收是国家合法的经济主权。<sup>②</sup>经济全球化的今天,各国很少使用直接征收方式。20世纪70年代以来出现的间接征收,虽至今没有概念界定,但在法律文件、投资协定和仲裁实践中已广为应用。经合组织的MAI(Multilateral Agreement on Investment,多边投资协议)起草委员会主席曾主张用“任何与类似征收的措施具有相同效果的措施”代替“直接或间接的征收”<sup>[1]</sup>。《多边投资

收稿日期:2012-06-11

作者简介:白明华,女,河北保定人,对外经济贸易大学2011级国际法专业博士研究生,主要从事国际经济法研究。

<sup>①</sup>西方发达国家坚持赫尔规则“给予充分、及时、有效的补偿”,认为其已成为习惯国际法。我国一贯立场是应给予适当补偿。

<sup>②</sup>《关于自然资源永久主权宣言》中正式确立了各国对本国境内的自然资源享有永久主权的基本原则。《各国经济权利和义务宪章》第一章“国际经济关系的基本原则”中的第2条确立了尊重各国对本国自然资源、财富和经济活动之永久主权原则。第2条第2款第3项规定,各国有权“将外国财产的所有权收归国有、征收或转移。”

担保机构公约》第11条第1款第2项规定由于东道国政府的立法或行政的作为或不作为,致使投资者丧失对“其投资的所有权或控制权,或其应从该投资中得到大量收益”便构成间接征收。

间接征收的内涵界定不明确,导致了其认定范围的标准模糊和不确定。发达国家意图通过国际协议和法律文件扩大间接征收范围,以保护其对外投资的安全。例如 MAI 谈判中曾经有过一个工作报告,报告将与征收具有同等效果的措施解释为:没收、充公、干涉、临时接受、使用和处分投资的方式、干扰、政府管理(即使这些措施并没有影响到投资的所有权)、强制销售等。实践中东道国基于维护环境、公共健康等目的而采取的措施都有可能引起是否构成间接征收的争议。

## 二、当前环境管制措施的实然处理和应然状态

1. 当前环境征收措施的实践。20世纪末随着可持续发展理念深入人心,人类认识到片面追求经济的高速增长、忽视对生态环境的保护,必将使人类自食破坏环境的恶果。面对环境问题给各国带来的机遇和挑战,各国政府为保护环境公益目标采取的环境管制措施,是以循环经济理论为基础,通过法律、经济、行政、技术、管理、教育等手段,控制对环境的影响,实现发展经济与环境保护共赢的管理体制,例如排斥外资进入高能耗和高污染的行业、提高某些行业外资的环境准入门槛等都属于此类环境管制措施。

主权国家对环境的管理措施对外资造成重大经济损失甚至退出该国市场,如果造成了相当于征收或类似征收的效果,可能出现以间接征收为由诉诸国际仲裁要求国际补偿的情况。但是,国际投资仲裁庭在涉及东道国环境保护的大多数投资案件中拒绝考虑东道国保护环境的公益目的或动机,而采用效果标准,只要东道国的有关措施对外国私人投资者造成不利影响的效果,仲裁庭就认为对外国投资构成了“征收或间接征收”。例如,在 Santa Elena 公司诉哥斯达黎加案中,1978年哥政府以保护项目所在地动植物资源为由征用了包括美国公司 Santa Elena 的土地。该案仲裁庭认为,基于环境保护目的而征收财产的措施,“尽管值得称赞也对维护整个社会的利益有益”,但它与其他征收措施是相同的。即以环境保护目的征收财产,并不改变征收必须给予充分赔偿的法律性质,保护环境的国际义务的存在对充分赔偿没有影响。<sup>①</sup>在 Metalclad 公司诉墨西哥案中,墨西哥政府颁布法令禁止 Metalclad 公司继续使用其建立在墨西哥的、对当地环境造成负面影响的垃圾掩埋场。仲裁庭认为该法令构成征收,并称“没有必要考虑制定该法令的目的或动机”。<sup>②</sup>这都是典型的采用了间接征收认定中的效果标准的逻辑,这种裁决未免偏袒外国投资者的私人利益,仅强调私权神圣而忽视了具有更广受益范围的环境权利同样神圣且有必需的紧迫性,应予平等保护。

2. 环境管制措施和间接征收的应然关系。有关间接征收的申诉对有些国家政府产生了“寒蝉效应”,越来越构成对东道国政府管制外资权力的一种威胁。在目前全球环境恶化的危机面前,我们不能再保持沉默和无所作为,国家合理合法的环境规制权力不能被滞后的投资条约捆绑而束缚了手脚。当然,政府的环境管制措施不能走偏,应当由政府牵稳这根风筝线,掌握好高度和尺度。政府要合理引导外商投资的产业结构,实现对稀缺环境资源的高效率配置,这种宏观调控和管理应是基于合理动机,在国民待遇和最惠国待遇的法律原则指导下,公平公正的对待本国投资和外国投资。

笔者认为,不对外资实行间接征收应作为东道国遵守的基本原则、应给予外资的基础待遇和保证。投资利益保护和适度的合理的环境保护都是应由法律保护的价值目标。符合实质正义和遵循了程序正义的善意的环境管制措施应作为间接征收的例外,协调与投资保护的关系,鉴定为合法的政府环境管理权。如果该项措施的实施带有明显的歧视性,或者以保护环境为借口,实则以实现排挤外国投资、保护国内产业的目的等保护主义行为,仍可能被认定为征收,从而需要做出补偿。

<sup>①</sup>Santa Elena v. Costa, ICSID Case No. ARB961 (Award). Feb. 17. 2000.

<sup>②</sup>Metalclad Corp. v. Mexican, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1 Award. (Aug. 30. 2000).

### 三、不补偿环境征收的合法性根据

当前的国际法律文件、投资协议和投资争端解决的实践中对环境征收是否应予补偿尚存争论,没有统一明确的认识。如何区分可以得到赔偿的征收和合理的、不予赔偿的行政措施,对仲裁员和国际法律学家来说都是一个巨大的挑战。从根本上来讲,环境征收是否构成间接征收的例外是个利益分配问题,不仅牵涉投资者和东道国利益,从更广泛的意义上讲,更是关乎自然界和人类社会的利益。从全球气候变暖、环境恶化、资源短缺的严峻形势看,为了使发展中国家的经济社会发展真正实现可持续,环境征收措施不予补偿的合法性应基于以下理由:

1. 企业社会责任中的环境义务。企业在为自己创造利润的同时,还要担负起诸如劳工、环境保护、消费者权益维护、社区建设等多方面的责任。自觉履行环境义务是企业实现可持续发展的必由之路,是建立百年老店、赢得社会美誉的必备要素,也是企业的法律义务。外资企业应按照东道国的环境措施立法和行政要求,进行环境影响评估,进行环境监测、限期治理并透明信息披露,积极采用先进绿色技术实现污染防治和资源节约的清洁生产。目前国际上关于企业社会责任的环境标准和指标体系,包括 ISO14001 环境管理标准、全球报告倡议组织 (Global Reporting Initiative, 简称 GRI) 的可持续发展报告指南<sup>①</sup>等都对企业的环境义务做了具体规定。

2. 污染者负担原则。目前该原则是国际环境法公认的原则,核心是要求所有的污染者都必须为其造成的污染直接或者间接支付费用,当然也包括外资。该原则背后的经济学原理在于外部成本内部化,使价格充分反映生产和污染的成本。污染者对污染源造成的污染后果自担风险,自负其责,而不能转嫁给国家和社会,这能防止外资将发展中国家当作污染天堂,改变“企业赚钱污染环境,政府出资治理环境”的极不公平的现象。

3. 国家的治安权例外。在 *Saluka v. Czech* 案中,仲裁庭阐述的治安权例外指“国家在正常行使其管制权中,以非歧视的方式、采取旨在促进普遍福利的善意管制的时候,它们不对外国投资者负有支付补偿的法律义务。”<sup>[2]</sup> 目前实践和法学家论著总的趋势是支持治安权例外作为间接征收制度中保障利益平衡的重要原则,基于国家经济主权的正当环境管制措施应纳入非补偿的治安权例外范围。如果属于“治安权例外”的环境管制不能适用于征收,则无论一部新的法律或一项新的管制是多么需要或多么有价值,其被采用的可能性将会降低,因为政府恐怕会计算其因受影响的投资者提出的征收索赔而可能要付出的代价<sup>[3]</sup>。目前各国较普遍认为以防止污染为目的的措施等禁止或限制行为不予补偿。但现有判决对以保护动植物资源、建立生态保护区或遗产保护区等为目的的环境规范构成治安权例外,似乎并不认可<sup>②</sup>。

4. 环境管制措施是国家对社会和公民担负的义不容辞的环境义务,有时还是国家应遵守的国际条约义务,大多数环境保护条约的实施都要求国内立法和政府强制措施的配合。国家如何履行其义务取决于各个条约的要求,但多数情况下由国家自己选择。<sup>[4]</sup> 在 *S. D. Myers* 案中,美国 Myers 公司将加拿大政府 1996 年颁布的一项暂时禁止 PCB 废物出口到美国的贸易禁令构成间接征收为由诉之国际仲裁。1989 年加拿大加入了《控制危险废物越境转移及其处置的巴塞尔公约》,该公约不允许将危险废物出口给非公约的缔约国。因美国当时还不是该公约的缔约国,Myers 的分公司不能将 PCB 出口到美

<sup>①</sup>该指南于 2000 年首次出版,后于 2002 年修订,现通用 2006 年修订的第三版。

<sup>②</sup>ICSID 裁决的 *SPP ( Middle East ) v. Arab Republic of Egypt* 案中埃及取消外资的政府措施的辩护理由“金字塔地区改为文化遗产保护区”、*Santa Elena* 公司诉哥斯达黎加案中以保护动植物资源为由、*Metalclad v. Mexico* 案中墨西哥将垃圾掩埋厂改为生态保护区都没有被视为补偿性征收例外。

国。<sup>①</sup>这种为遵守国际条约的规定实施的正当环境措施应给予国家豁免权,认定为不负补偿义务的环境管制措施,否则将否定国家所承担的保护环境、促进可持续发展等国内和国际法律义务。

5. 预防原则。由于人类认识世界的局限性,预防原则主张即使在技术不确定性的情况下,也采取措施预防可能的风险,应对不断出现的严重的、不可逆的环境问题。该原则的法律地位尚不确定,欧盟认为其已成为国际习惯法,而美国不承认它有任何法律地位。但20世纪90年代以来,该原则已经被广泛地适用,几乎所有的国际环境公约都表明该原则作为环境保护的合法方法或措施已经得到认可<sup>[5]</sup>。政府本着预防胜于治疗的动机,依据一定的法律程序采取的立法或行政管理措施如果对本国企业和外资企业一视同仁的运用,那么可以认为是正当的。间接征收是政府规制行为,而规制行为不一定构成间接征收。

6. 国家环境义务优先。面对当前气候变化、能源短缺、水体污染、臭氧层破坏等恶劣的环境后果,各国在当前的经济发展过程中,应确立生态保护优先、环境利益价值优先的原则,实现人与自然和谐发展、保持经济社会的可持续。由于环境的公共性且关乎每个人的基本生存条件,国际环境义务在国际法上应具有优于其他义务的法律效力。环境措施涉及到广泛采用的国际环境协议中认可的风险时,应被推定为合法,不产生政府对受影响的投资的补偿责任,否则就干扰了对全球公认的环境问题所做的努力<sup>[6]</sup>。

#### 四、间接征收中环境例外条款的中国关切

我国《宪法》第13条第3款规定:“国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对土地实行征收或者征用并给予补偿。”资本输入国国内法中关于征收的规定和单方面保证仅在投资者和东道国间建立起国内法上的契约关系。当一国为了公共利益必须实行国有化和征收,从而不能履行自己的保证时,仅产生国内法上的补救义务,并不产生国际义务<sup>[7]</sup>。因此各国采用签订国际条约的方式对境外投资进行保护。基于自身利益考虑,外国投资者倾向于扩大间接征收的范围,而东道国倾向于缩小间接征收的范围。我国作为发展中国家中的最大的资本输入国,同时又在积极推进“走出去”战略鼓励优势企业对外投资,换言之,作为国际投资的重要参与者的中国在利益上具有二元性。相对于国际惯例来说,双边投资条约通常对投资者提供更高、更具体的保护。在间接征收的法律问题上,我国在国际条约中应如何平衡环境公益和投资者利益呢?

##### (一) 我国双边投资协定(Bilateral Investment Treaty, BIT)中的规定

目前我国的BIT一般都用模糊的语言界定征收,如《中比投资协定》第4条第4款的“其它类似措施”,《中德投资协定》议定书第4条第1款的“具有征收、国有化效果的其它任何措施”。我国几乎所有的BIT都规定间接征收的四个条件:(1) 满足公共利益目的;(2) 非歧视性;(3) 按照国内正当法律程序;(4) 给予补偿。<sup>②</sup>但对什么是公共利益、正当法律程序,都没有做出明确、细化的规定,更没有涉及到环境保护的内容。

2006年《中国-印度投资协定》是我国第一个明确界定间接征收的BIT。间接征收认定需考虑的因素有:(1) 该措施的经济影响;(2) 该措施在范围或适用上歧视某一方或某一投资者或某一企业的程度;(3) 该措施违背明显、合理、以投资为依据的预期之程度;(4) 该措施的性质和目的,是否是为了善意的公共利益目标而采取,以及在该等措施和征收目的之间是否存在合理的联系。除非在个别情况下,缔约一方采取的旨在保护公共利益的非歧视的管制措施,不构成间接征收。但该协定仍然没有

<sup>①</sup>S. D. Myers Inc. v. The Government of Canada, UNICTRAL, First Partial Award, November 13, 2000.

<sup>②</sup>前三个条件和《能源宪章条约》《北美自由贸易协定》中相同,只是二者要求充分、及时、有效的补偿。

将环境征收措施作为不补偿的例外明确列出。

2008年《中国-新西兰自由贸易协定》将环境问题纳入了投资规则一体考虑。其附件13规定：“……五、除符合第四款的极少数情况外，政府为履行管理权而采取的、可被合理地判定为基于保护包括公共健康、安全及环境在内的公共利益的目的而采取的措施，不应构成间接征收。”第四款指出对财产的剥夺如果有歧视效果，或者属于政府违约，则即使为环境保护之目标，也不得以环境征收对抗其违法性和补偿性。

## （二）我国投资协定间接征收条款中关于环境例外的建议

1. 明确表述间接征收的定义。间接征收的定义应当包括任何控制、限制投资所有权或占有权的政府措施，但是，间接征收应当排除国家或地方立法、法院的司法解释允许的合理内容，考虑实施政府措施的性质是否是为了正当合法的环境目的。对于合理的界定，应由我国相应法律做出明确具体的评判标准，从而减少国际投资纠纷。我国应在投资协定中规定，投资接受国如果主观上不存在故意和过失而实施的非歧视的环境管制措施，那就应是合理的行政措施。

2. 将环境例外明确规定在间接征收条款中。随着环保意识深入人心，今后世界各国环境措施的实施将更加密集，标准也会不断提高，这就为正当的环境征收措施合法化提供了社会基础。在 Methanex Corp 诉美国政府案中，NAFTA 投资争端仲裁庭首次明确指出：东道国的管制措施如果是出于公共目的、非歧视性，并符合正当法律程序的要求来实施，则不构成国际法上的征收<sup>[8]</sup>。国际征收法必须在以保护环境或人类、动植物生命或健康为目的的、合法的不补偿的国家管制措施和可以要求赔偿的等同于征收的管制区分开来<sup>[9]</sup>。近年来美国签订的有些双边投资条约中规定：除特殊情况外，一方非歧视性的、为保护公共卫生、安全和环境等合法公共利益而采取的措施不构成征收。<sup>①</sup>我国产业结构正在实现从外延式发展向内涵式发展的战略转型，实施绿色可持续发展战略，应给环境例外足够的空间。我们应延续《中国-新西兰自由贸易协定》中的模式，在征收条款中对协定国基于保护人类、动植物生命之必需的措施和有效保护可用竭之自然资源的有关措施进行例外规定。

3. 间接征收的判断标准更加具体化。西方学者对于间接征收的认定，提出了三种方式：效果标准，目的标准，效果与目的兼顾标准。效果与目的兼顾标准得到多数学者的支持，此标准不仅考虑了政府措施的实际执行效果，而且考虑了该措施是否具有正当的公共目的，平衡了东道国政府与投资者双方的利益。研究间接征收的权威学者 Rudolf Dolzer 认为，没有人会怀疑有关管制措施对于财产法律地位的影响的严重性，因此效果依然是判断是否存在间接征收的核心因素。但他也认为对政府保护环境意图的考量可被认为更重要于所造成的投资财产损失结果<sup>[10]</sup>。我国也应采取效果与目的标准认定间接征收。政府行为的方式必须适合于实现法律规定的目的；在若干适合实现法律目的的行为方式中，政府必须选用对私人造成最小损害的那种方式；必要的政府行为对私人造成损害与社会获益应当成比例。即两利相权取其重，两害相权取其轻。

为了防范投资风险，我国应对国外投资提出环境保护要求。我国的对外投资项目在投资前，在国内要经过严格的审批管理，先对项目进行环境影响评价，并且要符合投资国的法律要求和政策，以提高我国对外投资的质量；我们要严格环境标准，对环境敏感行业中的投资细化环境标准，在进行环境影响评价时，坚持对进入我国的外资同内资一视同仁，有效利用优质外资。我国投资协定中应规定满足了以保护环境为目的，对本国投资和外资非歧视的遵循正当程序条件实施的环境措施，若没有对投资者利益造成不合理的重大损害，则作为不予补偿的间接征收的例外，如果这种管制措施对投资者造

<sup>①</sup>参见：US-Free Trade Agreement with Australia, Chile, Central America, Morocco and Singapore。

成了超出必要范围的损害,国家应该承担适当的补偿责任。

## 五、结 语

投资协定中关于环境管制措施与间接征收的规定涉及到环境管制措施能否顺利实施及国家付出经济代价的多寡、影响政府做出环境措施决策和执行力度。我国应在征收条款中将环境措施作为补偿性征收的例外予以规定,明确私人利益应在什么情形下让位于公共利益,为东道国正当的环境保护措施提供直接法律依据和抗辩理由。我国发展低碳经济,绝不能以浪费资源和牺牲环境利益为代价,政治、经济、法律、社会等因素共同作用的良好投资环境才是吸引投资的决定性因素。随着我国经济的发展,优质企业对海外投资数量增多,我们在绿化海外投资的同时,要注意研究和遵守输入国的投资政策,把握公共利益和私人利益的微妙平衡。

### 参考文献:

- [1]徐崇利.利益平衡与对外资间接征收的认定及补偿[J].环球法律评论,2008(6).
- [2]Saluka Investments BV (the Netherlands) v. the Czech Republic [R]. UNCITRAL, Partial Award, 17 March, 2006. para 255.
- [3]HOWARD MANN, KONRAD VON MOLTKE. Protecting investor rights and the public good: assessing NAFTA's chapter 11 [EB/OL]. (2002-04-15)[2012-05-20]. <http://www.iisd.org/trade/ILSDWorkshop>.
- [4]帕特莎·波尼,埃伦·波义尔.国际法与环境[M].那力,王彦志,王小钢,译.北京:高等教育出版社,2007:267-268.
- [5]陈维春.国际法上的风险预防原则[J].现代法学,2007(5).
- [6]J. MARTIN WAGNER. International investment, expropriation and environmental protection[J]. Golden Gate University Law Review, 1999, 29(2): 524.
- [7]A A FATOUROS. Government guarantees to foreign investors[M]. New York: Columbia University Press, 1962: 205.
- [8]梁丹妮.《北美自由贸易协定》投资争端仲裁机制研究[M].北京:法律出版社,2007:112.
- [9]WAELDE T, KOLO A. Environmental regulation, investment protection and "Regulatory Taking" in international law [J]. International and Comparative Law Quarterly, 2001; 27(10): 811-848.
- [10]陈安.国际投资法的新发展与中国双边投资条约的新实践[M].上海:复旦大学出版社,2007:147.

## Coordination between Environmental Regulation Measures and Indirect Expropriation in Investment Treaty

BAI Ming-hua

(Law school, University of International Business and Economics, Beijing 100029, China)

**Abstract:** Governments' environmental regulation measures are not treated as an exception in the present international practice of indirect expropriation. Environmental expropriation measures should have legality without compensation, which are based on corporate social responsibility, and polluter pays principle, police power exception, treaty obligation, precautionary principle, and national environmental obligation priority. Our country's investment treaty should stipulate explicitly environmental exception in the article of indirect expropriation and refine the specific criteria for judgment.

**Key words:** environmental regulation measures; indirect expropriation; investment treaty; environmental exception

(责任编辑 陶舒亚)