

可持续发展的国际投资法

INTERNATIONAL INVESTMENT LAW FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT

李尊然●著

河南人民出版社

可持续发展的国际投资法

INTERNATIONAL INVESTMENT LAW FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT

李尊然●著 河南人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

可持续发展的国际投资法/李尊然著. —郑州:
河南人民出版社, 2010. 6
ISBN 978 - 7 - 215 - 07170 - 4

I. ①可… II. ①李… III. ①国际投资法学 - 研究
IV. ①D996. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 048770 号

河南人民出版社出版发行

(地址:郑州市经五路 66 号 邮政编码:450002 电话:65788036)

新华书店经销 郑州美联印刷有限公司印刷

开本 890 毫米×1240 毫米 1/32 印张 13.375

字数 385 千字

2010 年 6 月第 1 版 2010 年 6 月第 1 次印刷

定价:32.00 元

自序

这部书基本上就是我的博士毕业论文。自从 2007 年毕业至今,这篇论文被束之高阁两年有余。不过,在这期间,我还是对其中的一些问题进行了再思考,并且以论文的形式与学界进行了交流,发现近年来诸如环境保护是否改变了国际投资法原则和规则,能否和在何种程度上以环境保护或环境管制的理由对国际投资协定中的核心条款(如对外资的征收、待遇以及争端解决等条款)进行修改或重新阐释等问题一直困扰着各国间投资协定条款或自由贸易协定投资条款的订立和具体国际投资争端案件的解决。最近哥本哈根气候大会的召开再次炒热了环境保护问题,更加证明环境保护与经济发展是这个时代的一大主题,也重燃了我关注投资与环境问题的热情。此外,虽然我国已有很多“贸易与环境”方面的专著,但至今尚不见“投资与环境”方面的专著。总之,这些因素加起来使我感到有一种出版论文的责任感和紧迫感。

学无止境,尽力而行。因出版时间、最新资料可获得性以及作者自身能力所限,这本书在语言、结构上必然存在诸多可切磋之处,最新的文献和案例也难免有所遗漏。但本书主题思想清晰,总体框架基本定型,引用资料翔实可靠。我自信,这本书将有助于国际法学者对该问题的理解和进一步的研究,有助于国际投资与环境保护实务

和实业界的立法、司法、仲裁以及政策制定和实施等相关问题的解决。

李尊然

2010 年 1 月 3 日

目 录

导言 1
 引论 5
 一、问题的提出 5
 二、研究现状 7
 三、本书结构与研究方法..... 21
 第一章 国际投资与环境保护的关系 23
 第一节 国际投资与环境保护关系问题的产生 23
 一、经济全球化与投资自由化..... 25
 二、全球环境恶化与全球绿色化浪潮..... 32
 第二节 经济学中的国际投资与环境保护关系理论 39
 一、西方经济学理论与环境保护..... 39
 二、国际投资理论与环境保护..... 55
 本章小结 57
 第二章 国际投资与环境保护有关基本观念与理论 58
 第一节 可持续发展理论 58

一、可持续发展理论的起源、定义与发展	58
二、可持续发展原则的具体内容	60
三、可持续发展原则在国际法中的地位	64
第二节 人类自然观的发展和环境伦理观的协调	70
一、自然观的历史演进	70
二、环境伦理观的价值之争与协调	74
第三节 生态系统平衡论	80
第四节 环境正义运动与理论的国际化	82
一、美国国内的环境正义运动及理论	82
二、国际环境正义	87
三、环境正义运动及其理论对国际投资法的影响	89
本章小结	90
第三章 双边投资协定对投资与环境的协调	92
第一节 双边投资协定对投资与环境的协调	92
一、BIT 的起源与发展	92
二、BIT 的特点	97
三、美式 BIT 中的环境保护规定	99
第二节 双边自由贸易协定中的环境保护规定	102
第三节 BIT 有关环境保护的案例分析	103
本章小结	106
第四章 多边投资协定对投资与环境的协调	107
第一节 《北美自由贸易协定》对投资与环境的协调	107
一、NAFTA 中有关环境保护与投资的规定	108
二、NAFTA 第 11 章有关环境保护的案例分析	112
三、简评	120
第二节 《能源宪章条约》对投资与环境的协调	122

一、ECT 有关投资与环境的规定	123
二、ECT 有关投资与环境的案例分析	130
第三节 世界贸易组织法对投资与环境保护问题的协调	135
一、《马拉喀什建立世界贸易组织协定》“序言”中的规定	136
二、《关税及贸易总协定》	136
三、《与贸易有关的投资措施协定》	140
四、《服务贸易总协定》	142
五、《与贸易有关的知识产权协定》	143
六、《补贴与反补贴措施协定》	143
七、《实施卫生和植物卫生措施协定》	144
八、《农业协定》	148
九、《技术性贸易壁垒协定》	148
十、《政府采购协定》	150
十一、《关于贸易与环境的决定》	150
第四节 OECD 多边投资协定草案中的环境保护问题	151
一、有关环境保护的规定	152
二、MAI 受到的环境保护方面的批评	154
第五节 《多边投资担保机构公约》:投资项目的环境 过滤器	160
第六节 东南亚国家联盟有关协定对投资与环境的协调	162
本章小结	164
第五章 国际投资法律责任与环境保护	166
第一节 跨国公司的环境责任	167
一、跨国公司环境责任的理论基础	167

二、跨国公司的环境责任	168
第二节 投资者母国与东道国的环境义务与责任	189
一、国家管理外国投资企业环境行为的义务	190
二、国家管理海外投资的义务与责任	193
本章小结	203
第六章 外资待遇与环境保护	205
第一节 相对待遇——非歧视待遇原则	206
一、非歧视待遇典型规定	206
二、非歧视待遇:环境保护的挑战	206
三、案例分析——Methanex 案	213
第二节 绝对待遇——公平与公正待遇标准	217
一、公平与公正待遇的适用现状	218
二、国际投资协定中公平与公正待遇条款的类型	220
三、国际投资法中公平与公正待遇标准适用范围的界定	223
本章小结	238
第七章 外资征收与环境保护	241
第一节 美国判例法中的环境管制性征收	244
一、美国管制性征收的起源及定义	245
二、受美国宪法保护的财产	247
三、美国环境管制性征收界定标准及其演变	249
本节小结	272
第二节 《欧洲人权公约》体系中的环境管制性征收	272
一、《公约》关于财产权的保护与限制	273
二、国家自由裁量权理论及其应用	276
三、欧洲人权法院判例法中的环境管制性征收	280

四、对外国投资者的特殊保护	294
本节小结	296
第三节 国际投资(贸易)协定中的环境管制性征收	297
一、界定环境管制性征收的主要法律依据及典型判例 ...	297
二、环境管制性征收的界定	303
三、环境管制性征收的补偿标准	313
本节小结	320
第八章 国际投资争端解决机制与环境保护	322
第一节 管辖权与环境保护	322
一、缺乏投资者母国审查问题	323
二、东道国同意管辖的方式问题	325
三、当地救济问题	327
第二节 上诉机制/机构问题	328
一、设立上诉机构/机制的起因及理由	329
二、目前仲裁庭裁决的审查及其问题	332
三、投资仲裁上诉机构的审查标准:对仲裁裁决的 尊重程度	336
四、国际投资协定中国际仲裁上诉机构的立法情况	338
第三节 透明度问题	339
一、国际投资法中的透明度原则及其演进	339
二、透明度原则的合理性:公众参与和获取信息的 重要意义	345
三、环境管制受到基于透明度的挑战:案例分析	348
本章小结	350
第九章 中国的外商投资与环境保护	351
第一节 中国的外商投资及环境保护的现状	351

一、中国的外商投资及其环境影响	351
二、中国环境保护现状	353
第二节 中国的外商投资与环境保护法律与政策及其 问题与对策	354
一、环境保护被确立为一个重要的国策	354
二、处理外商投资与环境保护的有关法律规定、问题 与对策	356
三、与外商投资有关的环境保护案件	367
第三节 中国签订的国际投资协定中有关环境的规定及 问题与对策	371
一、双边协定	371
二、多边协定	381
本章小结	383
尾论：走向可持续发展的国际投资法	386
一、可持续发展的国际投资与国际投资法的意义	386
二、现行国际投资法的不可持续性	387
三、国际投资法可持续性的标准	389
四、促进可持续发展的国际投资协定范本条款指南	392
（一）一般条款	392
（二）国际投资协定实体条款	393
（三）国际投资协定程序条款	395
（四）例外条款	396
五、可持续的国际投资法与中国	396
主要参考资料	398
后记	419

导 言

在经济全球化不断深化和加速进行,国际投资呈现出自由化趋势的同时,全球环境也在急剧恶化,成了世界各国普遍关注的问题,全球绿色化浪潮汹涌澎湃,环境保护被认为是一种“对世义务”(*erga omnes obligation*)。投资与环境的关系以至国际投资与环境保护的协调问题是我们面临的一个重要课题,已引起各学科广泛的关注。

国际上许多学者和国际组织对环境因素对投资法的影响,包括外资待遇、征收与补偿、投资法律主体的环境义务与责任等实体问题以及投资争端解决中的程序性问题都进行了深入的研究,他们总体上认为环境关注正在深刻地影响着国际投资法的各项原则和规则的发展。

西方经济学直接研究投资与环境的关系,认为投资自由化和投资总量的增加会产生不同的环境效应,如规模效应、构成效应和技术效应等,会在提高人们生活水平的同时,提高人们对于良好环境的要求,从而导致环境的改善,即“环境库兹涅茨曲线”假说,同时还有“污染避风港”、“竞争到底线”、“污染光环效应”、“管制寒潮”、“反转效应”以及“陷入泥潭”等描述投资对环境不利影响的理论。国际投资理论主要有西方学者的边际产业扩张论、产品周期理论、垄断优势说、跨国公司内部化理论,这些理论揭示了国际投资流动的内在机理,它们大多认为国际投资对各国经济发展是有利的。而拉美学者

的依赖说则与上述理论截然相反,认为外国投资可能会造成东道国经济对外国经济的依附和被边缘化,从而不利于东道国经济的发展。另外,当代可持续发展观及其原则、哲学意义上的人类关于人与自然关系的自然观和环境伦理观、环境科学中的生态系统平衡论以及美国民权运动的环境正义等观念和理论在很大程度上影响着我们对于投资与环境的观点,是协调国际投资与环境保护关系的理念和理论基础。

人们对投资与环境的关系的协调主要是通过国际投资体制进行的。目前绝大多数双边投资协定(BIT)都不包含环境保护条款,只有美国和加拿大等少数国家新签订的BIT和自由贸易协定(FTA)在为投资者提供高标准的保护的同时,也加入了一些环境保护的条款,如禁止征收和禁止履行要求的环境例外条款,并针对备受环境组织指责的投资争端解决机制中缺乏透明度和上诉机构等问题,强化了透明度和信息公开的条款,增加了“考虑设置上诉机构”的条款。多边投资(贸易)协定大都含有一定的环境保护要求或例外,但总体上对环境保护重视不够,这也是经济合作与发展组织(OECD)多边投资协定(MAI)谈判失败的原因之一。

在国际投资仲裁实践中,东道国的许多环境和公共健康措施都受到了外国投资者的挑战,但这些案例关于投资与环境问题的法理既不一致也不成熟,特别是在国际投资法各主体的环境义务与责任、外国投资待遇、征收与补偿等实体问题以及争端解决机制中的程序性问题上,许多现有的国际投资法的原则和规则都受到环境保护和可持续发展目标的挑战。首先,环境保护和可持续发展要求强化国际投资法主体的环境责任,改变现行国际投资体制中外国投资者及其母国和东道国之间权利义务的不平衡状态,强化外国投资者及其母国的环境责任。其次,在外国投资待遇方面,非歧视待遇条款中“相同情况”的认定需要考虑众多环境因素,如母国的环境标准、跨国公司的环境业绩或劣迹、跨国公司环境保护技术和设施的优势、投

资项目环境威胁程度和公众的环境压力、环境保护技术的发展所导致的环境法规的变化等;最惠国待遇的适用范围是否包括投资者的程序性权利也会对国家的环境管制带来影响,需要慎重对待;最惠国待遇原则的适用应尊重联合国《气候变化框架公约》所确立的共同而有区别的责任原则和制度;国家环境管制目标的实现要求适当缩小公平与公正待遇原则的适用范围。再次,在征收与补偿方面,环境管制性征收的认定条件趋于严格,只有当管制行为具有明显不符合公共利益的目的,并且给投资者造成了过度的负担或者损害了投资者明确、合理的预期利益时才构成征收。有 BIT 规定,环境管制行为只有在极少情况下才构成征收;环境管制性征收的补偿标准趋向于“公平”、“公正”、“适当”或“合理”标准,而不再是单一的“充分”或“完全”标准,并应对发展中东道国予以特别照顾,即发展中东道国支付征收补偿不应因此减损其行使保护公共健康与环境保护等公共职责的能力;环境管制例外逐渐成为与税收措施例外一样重要的一般性例外条款,在这些方面,美国管制性征收的判例法和欧洲人权法院(ECHR)的有关实践具有重要的参考价值。最后,在程序性问题上,投资者将争端提交解决国家与他国国民间投资争端中心(IC-SID)仲裁的方式可能对国家主权造成威胁,概括同意型提交方式受到质疑;“投资者诉国家”案件的母国审查被认为具有避免投资者不符合环境保护或可持续发展的诉讼或仲裁行为的作用;透明度和信息公开成为争端解决过程中维护环境公共物品必不可少的原则;为确保国家(环境)管制能力不受到削弱,在国际投资仲裁体制中建立上诉机制正在被列入议事日程。总之,这些原则、规则的发展变化深刻体现了国家主权与国家环境义务之间以及投资者利益的保护与东道国政府管制环境、发展经济的权利之间的协调与平衡。

中国是世界上吸收外资最多的国家之一,其环境状况也日益恶化。中国政府已经确立了可持续发展的国策,也制定了较为完整的环境保护法律框架,但中国在对外签订的投资(贸易)协定的一些条

款与国内一些环境保护和外商投资方面的立法、措施和执法以及一些做法,还不符合可持续发展的原则,应当以可持续发展的国际法原则来规范。同时我国又是一个发展中国家,对其施加过分的环境保护负担,也不符合共同但有区别的国际法原则,不利于其经济、社会的可持续发展。

正如从刚刚结束的哥本哈根气候大会所可能看出的预期结果一样,虽然环境保护与各国经济利益之间存在着难以协调的矛盾,但这一问题被列入议事日程本身和受到前所未有的全球关注,以及正在朝着达成有约束力的协议发展等事实都表明,国际投资与环境保护是可以相互协调和相互促进的,其关键在于“硬化”可持续发展这一本来是含义模糊的“软法”,并将具体的可持续性规则融入现行的国际投资法框架中。本文抛砖引玉,提出了一个“可持续发展的国际投资协定范本指南”,并赋予“可持续发展”以新的元素,以期能够对未来国际投资协定以及国内的外资立法、政策和措施的制定和实施有所助益,果此,吾愿足矣!作者若干年的血汗也不至于白流。

引 论

一、问题的提出

国际贸易和国际投资是当前国际经济交往最重要的两种形式。相比较而言,国际贸易是一种较为传统的方式,在国际经济中曾一直处于主要地位。全球性国际贸易条约也比较发达,特别是 1947 年关税与贸易总协定(GATT)的适用和在此基础上于 1994 年成立的世界贸易组织(WTO)使得国际贸易法得到了体系化的发展。国际投资^①在国际经济中的作用曾一直居于次要地位,但在晚近则出现了大幅度增长,在国际经济中的重要性已经赶上并超过了国际贸易。与国际贸易相比,国际投资的自由化和由此所导致的国际投资数量的大幅增长是推动当今经济全球化的支配性力量。尽管如此,国际投资法体系却相当不完善,至今仍然没有一个全球性的投资协定,只有大量的双边协定和一些区域性的投资协定。经济合作与发展组织(OECD)在 20 世纪末曾试图谈判并达成一个多边投资协定(MAI),但该协定因各种原因没有生效。

在全球化飞速发展的同时,地球环境也急剧恶化。环境恶化与全球化的关系问题或者说环境与发展问题受到全球社会的关注,环

^① 本文中的“国际投资”、“外国投资”等用词主要指外国私人直接投资(FDI)。“外商投资”专用于中国的情况,包括来自港、澳、台地区的私人直接投资。

境保护的理念不断渗透到国际经济法律与政策的理论与实务当中。其中最明显的是同时反映在许多环境条约与国际经济条约(如 WTO 协定和北美自由贸易协定(NAFTA))中的可持续发展原则对两个部门法的统辖,以及由此而带来的大量的国际经济法规则和环境保护规则的融合。

但由于国际贸易在国际经济当中的传统强势地位和 GATT/WTO 体系的良好运转,学者对于国际贸易与环境保护关系的研究相对较多,也出现了不少相关案例;而关于国际投资与环境保护的关系问题的研究起步较晚,缺乏系统、深入的研究,其中相关案例最早出现在 1994 年开始运转的 NAFTA 体制当中。而实际上,投资与环境的关系同贸易与环境的关系却有着较大的差别,如投资与环境的关系反映在外国公司进入东道国和设立企业之前、设立之后的生产运营过程中,而贸易与环境的关系仅仅存在于产品生产后的销售过程中;另外,投资与环境保护的关系在法律上经常表现为东道国对外国投资企业的待遇问题(如对其财产权利的限制、剥夺或者征收),同时涉及跨国公司对当地员工的健康和东道国公众健康等方面的环境责任等问题。

同时,在有限的关于国际投资与环境保护法律问题的研究当中,国际上仍存在着很大争论,如投资自由化与环境保护这两种价值之间的位序关系亦即孰轻孰重的问题、对外国投资的待遇标准是否需要考虑环境保护例外的问题、与环境有关的管制性征收的界定和补偿标准问题、与环境保护有关的投资争端的解决程序性问题、国家与跨国公司的环境责任问题等,这些问题都是国际投资法的原则性问题,需要进一步研究和澄清。

中国实行对外开放后,吸收外资已取得巨大成绩,连续多年在吸收外商直接投资数额方面居世界前列,但是,中国的环境也同时在不断恶化。在实践中也存在外商投资者转移污染源和污染产业的情况。这与中国相关立法和签署的国际条约没有重视投资与环境保护