

虽然“公共”、“利益”这两个词语在我国古已有之，但作为一个词组和法律术语，“公共利益”是一个外来词汇。从词源来看，公共利益的英文对应词汇为 Public Interest，其中“Public”的古典含义有两个来源，一个是来自希腊语“pubes”或者“maturity”，在希腊语中，它表示一个人在身体上、情感上或智力上已经成熟，强调一个人从只关心自我或自我的利益发展到超越自我，能够理解他人的利益，它意味着一个人能够理解其行为对他人所产生的结果；“Public”一词的第二个来源是希腊语“koinon”，英文中的“common”一词也来源于此，而“koinon”又来源于希腊语中的另外一个词“kom-ois”，意思是“关心”（care with）。<sup>①</sup>而“interest”，则来源于希腊文“interesse”，最初的含义是指“处于……之中”，因为身处其中，所以就引起关心与关注，因而引申出“利益”的含义。<sup>②</sup>根据美国公共行政学家道格拉斯·F·摩根（Douglas F. Morgan）的研究，在17世纪40年代（美国内战爆发）以前，“公共利益”这一术语用得并不普遍。那时的普遍用语是“共同善”（the common good），当然也可以译成“共同利益”或者“公共福祉”（public well）。<sup>③</sup>近似的概念还有 aggregate collective good（总的集体利益），the general welfare（一般福利），the collective good（集体利益），the collective welfare（集体福利）等。其往往用于表述国家所追求的最高目标或者衡量某个国家政权的好坏。而 public use（公共使用）一词则是与国家征收权（Eminent Domain Power）相伴而生的。

① [美] 乔治·弗里德里克森：《公共行政的精神》，张成福等译，中国人民大学出版社2003年版，第18-19页。

② 闫桂芳、杨晚香：《财产征收研究》，中国法制出版社2006年版，第85页。

③ Douglas F. Morgan. The Public Interest (A). Terry L. Cooper. Hand book of Administrative Ethics (C). New York: Marcel Decker Inc., 1994. p. 172.

这就是国际投资立法的初衷之一。因而，在国际投资争议解决中本应主要适用东道国国内立法，在此基础上适用国际投资法律规则对东道国明显偏离公平正义的行为进行矫正。但是，NAFTA 第 1131 条明确将解决投资争议的法律限定于 NAFTA 本身及可适用的国际法规则，直接排除了东道国国内立法的适用。由于至今尚未出现统一调整国际投资关系的普遍性多边实体法公约，可以说，NAFTA 第 1131 条中的“可适用的国际法律规则”所指主要是调整范围极其有限的几个普遍性国际投资协定以及大量以保护投资者权益和促进投资自由化为单一目标的 BITs。这些协定对于东道国经济、社会管理主权及其公共利益的关注甚至不及 NAFTA，可见 NAFTA 第 1131 条将争议解决所适用的法律规则局限于 NAFTA 本身及其他相关国际法律规则的后果必然使东道国为数众多的环保、人权、公共卫生、公共秩序、公共道德等措施丧失了合法依据，从而更易落入间接征收、违反公正公平待遇的大网，成为违反国际法律规则的行为而需对投资者支付数额巨大的补偿。NAFTA 自身的仲裁实践也充分证明了将对东道国公共利益关注不足的 NAFTA 协定及有关国际法律规则作为解决投资争议的单一适用法对东道国实施环境保护的管理权以及东道国公共利益所造成的危害是巨大的。

此外，自由贸易委员会对于增加仲裁程序透明度问题的解释和声明虽然在相当程度上提高了 NAFTA 投资争议仲裁的透明度，但 NAFTA 第 1129 条将获取证据及对方书面辩论记录的权利仅赋予了非争端缔约方，公众唯一可以获得的有关争议的资料是最终的裁决，且仅限涉及美国和加拿大的案件。因为墨西哥保留了维护裁决秘密的权利。<sup>①</sup> 对于还未习惯受到公众舆论

---

<sup>①</sup> See Annex 1137 (4) of NAFTA.



监督的仲裁庭来说,这样的规定似乎正好使其以维护仲裁程序的完整性及其顺利进行为名,作出类似前文 *Biwater* 一案的程序指令,使公众的参与和监督难以实现。上诉机制的缺位也使 NAFTA 仲裁庭不具备对损害东道国公共利益的仲裁裁决实施补救的能力。

### (三) 环境保护规范流于形式

虽然号称最为绿色和环保的贸易协定,但 NAFTA 关于环境保护的规定总给人以隔靴搔痒之感。首先,其在缔约序言中关于环保的用词抽象而没有约束力,对于争端解决机构在面临与环保有关的投资争议时做出有利于环境保护的解释意义不大;其次,被许多学者所赞许的第 1114 条事实上对缔约国的环保义务未作任何硬性要求,对其以放宽国内卫生、安全或环境标准为代价以吸引和鼓励外资进入、扩张以及实施并购等行为也仅仅以“不适当”作为评价,缔约他方面对此种行为也仅能要求磋商。至于对方是否有接受磋商的义务以及拒绝磋商或者磋商不成而对方又执意实施有害环保、卫生和安全的投资激励措施又当如何?缔约他方能否就此寻求争端解决机制的救济,要求仲裁庭裁决对方停止此类措施等问题则丝毫也未提及。与第 1114 条这样毫无强制约束力的零星环保条款规定相比,NAFTA 中关于间接征收等东道国义务的规定可谓既包罗万象又具体而微,东道国的环保立法及相关措施动辄得咎,频频被投资者以间接征收和违反公正公平待遇为由告上 NAFTA 仲裁庭并屡屡胜诉。对此,有学者指出,尽管 NAFTA 及其附加环境协议 NAAEC 都认定国家为了环境保护而采取的各种措施具有合理性,NAFTA 第 11 章设定的高标准的外资保护要求使投资者能够轻易将东道国的环保措施诉诸国际投资仲裁,实际

改为适当补偿。<sup>①</sup>同时第一次提出财产负有社会义务，其使用应同时有利于公共福祉。1949年联邦德国基本法在此基础上进一步规定法律可以直接设定征收时必须规定有关征收补偿方式和范围的规则，补偿的标准应当公平地衡量公共利益及参与人的利益决定。由于基本法第14条在规定征收要件时使用的是“公共福祉”一词，而在征收补偿标准的确定上却又要求“公平地衡量公共利益及参与人的利益”，一个条文中同时包括了“公共福祉”和“公共利益”，因而引起了对这两个词语内涵异同的广泛争论。虽然“公共利益”的用语可能有多重形式，其中之一就是“公共福祉”，但在同一条文中同时出现“公共福祉”和“公共利益”，将其理解为立法者有意对两词进行区别使用才是更为合理的解释。对此，陈新民教授认为：公共福祉实和“公益”之概念相近，所不同的，只不过是“质”上的程度差异罢了。“公益”的概念，属于一种“上位概念”，范围较广，并且，原则上可以肯定国家的任务，皆可属于“公益”的范围。但是，一个“征收”之行为，却需以“人民财产权具体的损失”为其代价，故其意义，不同于一般之“公益”，毋宁是说，公共福祉是“公益”广泛概念之中，“质”上要求较严格的，也就是说，是经过“选择的、重大的、特别的公益”，才属于公共福祉之概念。<sup>②</sup>此结论也为德国联邦和邦法院的判决所证实。实践中，德国由行政法院负责审查征收的必要性，宪法法院审查征收公益。由于征收是以牺牲人民的私有财产的方式来达成一个具体的急迫的“公共需求”，所以在公益的确定上必须是“重大、急迫”的以及对于人民财产权利质之保障，已尽最大保障之能事后（比如

① 魏岳生主编：《行政法》（下册），中国法制出版社2002年版，第1672页。

② H. Schulte, Eigentum und öffentliches Interesse, 1970, S. 85. 转引自陈新民：《德国公法学基础理论》（上卷），法律出版社2010年版，第510页。