

中国海外投资的 环境保护问题研究

——国际投资法视角

ZHONGGUO HAIWAI TOUZI DE
HUANJING BAOHU WENTI YANJIU
GUOJI TOUZIFA SHIJIAO

韩秀丽·著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

· 013048554

D996.4

19

中国海外投资的 环境保护问题研究

——国际投资法视角

ZHONGGUO HAIWAI TOUZI DE
HUANJING BAOHU WENTI YANJIU
GUOJI TOUZIFA SHIJIAO

韩秀丽·著



北航

C1656618



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

D996.4

18

图书在版编目(CIP)数据

中国海外投资的环境保护问题研究:国际投资法视角/韩秀丽著. —北京:法律出版社, 2013. 5

ISBN 978 - 7 - 5118 - 4667 - 9

I. ①中… II. ①韩… III. ①国际投资法学—研究—中国 IV. ①D996. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 041850 号

中国海外投资的环境保护问题研究
——国际投资法视角

韩秀丽 著

责任编辑 黄琳佳
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 13.375 字数 324 千

版本 2013 年 5 月第 1 版

印次 2013 年 5 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 固安华明印刷厂

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 4667 - 9

定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

随着中国海外投资的迅猛发展,中国海外投资所产生的环境外部性问题也引起了世界性关注:西方国家、学者和媒体批评中国输出国内生产模式、输出环境破坏和环境污染;一些非政府组织罗列了中国海外投资环境污染的“种种罪状”;东道国当地民众也因环境污染问题开始抵制中国的海外投资。中国海外投资者的经济利益和中国政府的声誉都因此蒙受损失和羞辱。基于中国海外投资的地理分布与产业分布,世界范围内草根阶层环保意识的觉醒,东道国环境规制的加强和完善,因中国海外投资所产生的环境污染问题必将越来越受到重视,相关的争端也会越来越多。本书承认这些环境关切的合理性,认为中国海外投资环境保护已经不再仅仅是一个道德问题而更是一个法律问题,中国海外投资者面临的环境风险也不仅仅是道德风险而更是法律风险,甚至是政治风险。所以,本书拟结合晚近国际投资法,包括资本输入国的外国投资法、资本输出国的海外投资法、国际投资协定(International Investment Agreements, IIAs)文本和仲裁实践的发展趋势,联系包括中国海外投资在内

的一些典型实例,从分析东道国、母国、投资者、国际组织及非政府组织五个主体的治理方面,讨论如何保护中国海外投资环境。

除绪言和附录外,本书共分五章。

绪言首先对中国海外投资的地理分布和产业分布进行了介绍,意在表明相伴中国海外投资的高环境风险。其次,列举了中国海外投资可能面临的环境规制风险、诉讼风险以及可能缺少诉诸国际投资争端解决机制保护的风险。再次,阐明了中国关注海外投资环境的政治、经济及环境伦理方面的理由,证明了中国保护海外投资环境既具有利益驱动性又具有伦理正当性。随着中国海外投资的逐年增长,中国应给予海外投资环境保护以真正的关注。最后,对本书采用的一些概念及研究方法进行了界定,并介绍了国内外研究现状。

第一章通过对国际投资协定中涉及东道国环境保护权利和义务的条款及国际投资仲裁庭裁决的典型案件进行介绍,揭示了东道国环境规制权越来越得到尊重的趋势。同时,东道国的环境保护义务也得到加强。在此情势下,东道国对国内环境的保护更加重视,环境保护立法水平提高,对外国投资采取环境规制措施的动力增大。因此,中国政府及海外投资者保护海外投资环境具有国际投资法层面下,东道国国内法环境保护水平提高的外在压力。

第二章讨论了现行国际投资协定下缺失母国保护海外投资环境责任和义务的问题,但认为母国通过国内立法和司法,还是能够起到保护海外投资环境的作用。而且,母国的银行、保险机构和证券交易所对海外投资者履行环境保护义务能够起到更直接的监督作用。将来,还应制订《海外投资法》等法律保护中国海外投资环境。

第三章介绍了国际投资协定中直接规定投资者社会责任的初步实践,并肯定了海外投资者通过行为守则和合同进行自我规制和约束的做法。

第四章介绍联合国、世界银行、经济合作与发展组织、北美环境合作委员会及南部非洲发展共同体五类国际组织规制模式。联合国放弃了建立跨国公司行动守则的硬法方法,转而采用软法方法。在硬法暂时无法达成的情况下,软法的效果也是值得肯定的,而且软法最终可能会发展为硬法。世界银行模式与国内银行和保险机构的监管类似,但由于条件更加严格,其所具有的约束力可能更强。经济合作与发展组织模式非常成熟,由于其采用者多为发达国家,环境标准也较高。北美环境合作委员会模式是区域贸易协定采用环境合同机制的典范,其经验值得借鉴。南部非洲发展共同体的成员皆为发展中国家,在南部非洲发展共同体 2012 年双边投资条约范本中,就环境问题进行了详细的规定。虽然这一范本不具有法律约束力,但其代表了非洲发展中国家对外缔结双边投资条约的价值取向,其中尤其强调了东道国的环境规制权。

第五章阐述了非政府组织在各个方面对于海外投资环境保护的参与,包括国内立法的通过、国际投资条约的制定、国际投资争端各个阶段尤其是作为法庭之友对国际投资仲裁的参与,表明了非政府组织在海外投资环境保护中的重要作用。

最后,本书从理论高度阐明了后危机时代国际投资法发生的转型,在此基础上,提出了中国海外投资环境保护的国际投资法建议。

目 录

前言 001

绪言 001

- 一、中国海外投资的环境风险 005
- 二、中国关注海外投资环境的理由 030
- 三、对本书中一些概念的界定 040
- 四、本书采用的方法 045
- 五、国内外研究现状 047

第一章 东道国规制方法 054

第一节 国际投资协定下东道国的环境保护权利和义务 054

- 一、序言条款中的义务 055
 - 二、征收条款中的权利 063
 - 三、间接征收例外条款中的权利 071
 - 四、一般例外条款中的权利 073
 - 五、重大安全例外条款中的权利 077
 - 六、东道国不弱化或降低环境保护的义务 082
- ### 第二节 国际投资仲裁实践中东道国的环境保护权利和义务 093

- 一、东道国采取构成间接征收的环境措施 095
- 二、东道国正当行使规制权的环境措施 102
- 第三节 东道国正当行使环境规制权的条件和趋势 114
- 第四节 东道国国内法环境规制历史和现状 121
 - 一、历史状况 121
 - 二、现实变化 123

第二章 母国规制方法 128

- 第一节 国际投资协定下的母国责任和义务 128
- 第二节 母国立法规制方法 131
 - 一、相关的先例 133
 - 二、中国的实践 134
 - 三、理论依据 143
- 第三节 母国司法规制方法 146
 - 一、受害人的一般侵权跨国诉讼 146
 - 二、受害人的《外国人侵权求偿法案》跨国诉讼 149
 - 三、中国适用于海外投资环境侵权诉讼的国际私法制度 155
- 第四节 母国通过银行、保险机构和证券交易所保护海外投资环境 159
 - 一、银行 159
 - 二、保险机构 167
 - 三、证券交易所 169
- 第五节 中国海外投资环境保护的国内法制构想 173

第三章 投资者自我规制方法 180

- 第一节 国际投资协定关于投资者责任的规定 181
- 第二节 海外投资者的自我规制 185

一、通过行为守则自我规制 185

二、通过合同自我规制 189

第四章 国际组织的规制方法 196

第一节 联合国模式 198

一、《联合国跨国公司行动守则(草案)》 198

二、《联合国全球契约》 199

三、《联合国关于跨国公司和其他企业人权责任的规范》 201

四、《负责任的投资原则》和《金融机构关于可持续发展承诺
的声明》 203

第二节 世界银行模式 204

一、世界银行及监查小组 204

二、多边投资担保机构 209

第三节 经济合作与发展组织模式 217

第四节 北美环境合作委员会模式 220

第五节 南部非洲发展共同体模式 222

第五章 非政府组织规制方法 229

第一节 非政府组织在司法阶段参与投资争端 231

第二节 非政府组织在其他各个阶段参与环境保护 235

余论 241

一、后危机时代国际投资法的转型 242

二、中国海外投资环境保护的国际投资法制构想 260

附录 277

附录一: 深能安所固电力(加纳)有限公司(Sunon Asogli Power
(Ghana) Limited)公司简介 277

附录二:深能安所固一期可行性研究报告(环境部分节选)	279
附录三:深能安所固二期可行性研究报告(环境部分节选)	284
附录四:加纳公司环境许可证	288
附录五:Environmental Protection Agency Act, 1994	302
附录六:Environmental Assessment Regulation, 1999	342
附录七:《中华人民共和国政府和加纳共和国政府关于鼓励和相互保护投资协定》	376
附录八:具有环境因素的投资争端,包括仍在审理中的案件(到2013年4月1日止)	382
附录九:包含环境条款的国际投资协定	387

参考文献	405
------	-----

绪 言

伴随中国经济的高速增长,中国海外投资亦迅猛发展。中国的直接投资输出和输入数字显示,在过去几年里,中国直接投资输出量的增长快于外资输入量的增长。根据《2012 年世界投资报告:迈向新一代投资政策》,从 2006 年至 2011 年,中国的外国直接投资分别为:727.15 亿美元、835.21 亿美元、1083.12 亿美元、950 亿美元、1147.34 亿美元和 1239.85 美元。而中国的海外直接投资分别为:211.6 亿美元、224.69 亿美元、521.50 亿美元、565.30 亿美元、688.11 亿美元和 651.17 亿美元。^① 根据《2011 年度中国对外直接投资统计公报》,从 2006 年到 2011 年,中国的海外投资分别为:211.6 亿美元、265.1 亿美元、559.1 亿美元、565.3 亿美元、688.1 亿美元和 746.5 亿美元。^② 尽管《2012 年世界投资报告:迈向新一代投资政策》和

① UNCTAD, *World Investment Report 2012: Towards a New Generation of Investment Policies*, available at http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2012_embargoed_en.pdf, last visited on December 22, 2012.

② 中华人民共和国商务部、国家统计局、国家外汇管理局:《2011 年度中国对外直接投资统计公报》,中国统计出版社 2012 年版,第 5 页。

《2011 年度中国对外直接投资统计公报》的统计数字稍有差别,但这些数字足以表明,作为一个新兴市场经济国家,中国正在逐步演变为一个重要的直接投资输出经济体。

从区域分布方面看,亚洲、非洲、拉丁美洲的发展中国家是中国海外投资的重要区位。由于地缘、文化、经济状况类似等原因,亚洲成为中国企业“走出去”战略最重要的目的地。^①其次是自然资源丰富的非洲和拉丁美洲。在大洋洲,中国已成为澳大利亚主要的外国投资者,澳大利亚也是发达国家中吸引中国海外投资最多的国家,并且中国的投资主要投向其自然资源领域。^②在欧洲和北美洲,中国投资者也在主要通过并购方式快速地进行投资。仅在 2010 年,中国流入欧洲的海外投资就比 2009 年增加了一倍。2011 年流入欧洲的海外投资比 2010 年增长了 22%。2010 年,中国在北美洲的投资存量也达到了 78 亿美元。虽然遭遇国家安全审查的防范,2011 年对北美洲投资流量也只是略有下降,存量则达到约 135 亿美元。这与中国政府大力推行“走出去”战略及欧美遭遇经济危机都有关系。从产业分布方面看,除第三产业外,中国的海外投资主要投向采矿(如石油、铜)、自然资源开发(如水、电)、加工制造和基础设施建设等。无论是在数量方面,还是在金额方面,中国的海外投资并购活动都主要集中于能源、采矿和公共事业。

然而,中国的海外投资却被指“掠夺性发展”,^③即依靠掠夺海外自然资源、牺牲海外的环境、漠视海外的人权为代价的发展。中国对拉丁

① 2011 年生效的第十二个五年计划(2011 年至 2015 年),即《国民经济和社会发展十二五规划纲要》,强调促进“走出去”战略政策的任务。

② UNCTAD, *World Investment Report 2012: Towards a New Generation of Investment Policies*, available at http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2012_embargoed_en.pdf, last visited on December 22, 2012.

③ 李先念之女:国际上的“老朋友”不再给中国鼓掌,2012 年全国两会, available at <http://news.163.com/12/0314/07/7SHPJGRA0001124J.html>, 2012 年 5 月 13 日。

美洲,尤其非洲的矿产资源投资被指往往以“恩惠”的名义,但实质是谋求自身的利益和发展。^①更有甚者,“中国环境新殖民主义”(China's Environmental Neo-Colonialism)。“中国环境威胁论”(China's Environmental Threat Theory)和“中国新殖民主义论”(China's Neo-Colonialism Theory)以及中国生态倾销论(China's Ecological Dumping)一时也甚嚣尘上。确实,一些中国海外投资项目已经或正在引起环境问题,例如,在非洲苏丹的水利项目、在南美洲智利的铜矿开采项目,以及在阿根廷的制造业项目。正因为如此,产生了一些针对中国海外投资环境污染问题的抗议,例如,2008年,中国在伦敦举办“兵马俑展览”时,兵马俑被激进分子戴上口罩,以表示对中国造成环境污染的愤怒;一些专门关注全球环境问题的非政府组织(Non-Governmental Organizations, NGOs),如1961年成立以来一直致力于环保事业的世界自然基金会(World Wild Fund, WWF),呼吁中国政府重视海外投资所造成的环境问题;自然之友(Friends of Nature)发表的一篇文章援引莫桑比克水利专家里贝罗(Ribeiro)的观点,认为中国应该从西方国家的

① Barbara Kotschwar, Theodore H. Moran, & Julia Muir, Chinese Investment in Latin American Resources: The Good, the Bad, and the Ugly, Working Paper, Peterson Institute for International Economics, February 2012, p. 2; See Uché U. Ewelukwa, South-South Trade and Investment: the Good, the Bad and the Ugly—African Perspectives, *Minnesota Journal of International Law*, 2011, Vol. 20, p. 513. 关于这一点,笔者想要额外发表一点感想:对中国进行“恶意”假定,而对美国进行“善意”假定是不公允的。对中国对外援助的成果视而不见,只看到其中存在的问题,以偏概全,有失偏颇。实际情况是,美国为掠夺其他国家的自然资源,黩武兴兵,为其保驾护航。美国在阿富汗、伊拉克、南苏丹及乌干达无不如此。美国试图以正义守护神的名义行“司马昭之心路人皆知”的勾当。举例来说,美国人导演的《科尼2012》就被认为是美国图谋乌干达资源的遮羞布。美国以此片中“反政府武装头目约瑟夫·科尼使用童子军及屠杀等罪行”为依据,派兵乌干达,而《科尼2012》存在的失实不仅惹怒了乌干达总理,更惹怒了乌干达的人民。可见,美国总是资源、利益在前,大棒在后,而掌控舆论的宣传则是美国的一贯做法。中国对外援助不附加任何政治条件,并不是西方国家所理解的支持腐败和践踏人权,而是促进了受援助国的经济发展和基本人权,即使援助中存在一些具体问题,也是可以克服的问题,无可厚非。

发展中汲取教训,不要对承诺援建项目所带来的环境破坏问题视而不见。^① 中国的非洲投资被批评为掠夺自然资源并大规模破坏环境。^② 尽管这些指责的确实性还有待考查,也许还可能存在某种程度的政治偏见,但类似的新闻确实可以列举很多,^③从而,在一定程度上证明了中国海外投资存在环境破坏和污染问题。

因此,中国的海外投资在东道国进一步面临着环境规制风险。如果违反东道国环境保护的相关规定,可能不仅意味着巨额罚款,甚至可能使企业因严重违法而被责令关闭。在这种情况下,可想而知,东道国国内的行政诉讼与司法救济往往无济于事。即使中国的海外投资者诉诸国际投资仲裁,也可能难以获得充分、及时、有效的补偿,因为国际投资条约和仲裁实践已经出现了尊重和扩大东道国政策空间的趋势,仲裁庭不会轻易裁决东道国政府完全败诉。而且,一项争端可能需要几年时间才有最后的裁决结果,且即使获得补偿也难以实现投资目的。这些足以引起中国政府及其海外投资者对海外投资环境保护的重视。

中国企业的海外投资造成当地环境破坏和污染不但已经引起国内学者关注,^④外国学者似乎也在更加深入地思考中国是否在以服务于自

① 自然之友:中国援建非洲项目“危害环境”, available at <http://www.fon.org.cn/content.php?aid=8694>, 2010年6月23日;也有其他学者指责中国对其跨国公司海外投资活动视而不见, see Ben Schiller, The China Model, available at http://www.opendemocracy.net/democracy-china/china_development_3136.jsp, last visited on June 23, 2010.

② 赵穗生:“中国:在与非洲进行交往及与西方力量发展关系之间保持微妙平衡”,载门镜、[英]本杰明·巴顿:《中国、欧盟在非洲:欧中关系中的非洲因素》,李靖堃译,社会科学文献出版社2011年版,第92页。

③ 德国之声:偏执的“发展”——柬埔寨反对中国投资呼声渐高, 2012年3月19日, available at http://www.cbusiness.cn/article/cjyw/cjywtz/201203/1187088_1.html, 2012年4月15日;葛察忠等:《中国对外投资中的环境保护政策》,中国环境科学出版社2010年版,第30~40页。

④ 已有学者专门对这一问题进行研究,如葛察忠等于2010年出版了编著的《中国对外投资中的环境保护政策》(中国环境科学出版社)。

身利益的掠夺式发展取代过去支持非洲独立和发展的措施。^① 正是因为意识到了海外投资造成的环境外部性问题的迫切性,中国环保部的智囊机构中国环境规划院与全球环境研究所专门编写了《关于加强我国对外投资和援建项目中环境管理工作的指导意见》(建议稿)和《中国对外投资企业环境行为指南》(建议稿),据此中国的海外投资或参与援建的企业必须对建设项目进行环境影响评估。^② 商务部也定期更新和发布作为投资目的地的 165 个国家(地区)的《对外投资合作国别(地区)指南》,其中均涉及各国环境法和环境保护内容,虽然其内容非常简单,只是列出了东道国的环境保护行政机构,相关的法律、法规的名称及这些法律和法律的要点(如要有实质性参考价值,还必须进一步细化)。总体上,该指南要求中国企业保护海外投资地的生态环境,遵守东道国相关法律。^③ 可见,伴随中国海外投资滋生的环境问题已经引起了中国政府的高度重视。但是,这仅仅是一个开始,对于中国规制海外投资环境的理由或动因、现行规制中存在的问题及包括国际投资法规制在内的多层次治理的设想都需要进行探索和研究。

一、中国海外投资的环境风险

(一) 中国海外投资的产业与地理分布

1. 产业分布

从绝对数量上看,自 1979 年以来,中国的海外投资一直呈上升趋势

① Garth Le Pere, *China in Africa: Mercantilist Predator, or Partner in Development?* Midrand, South Africa: Institute for Global Dialogue; Johannesburg, South Africa: SAIIS, 2007.

② 中国将于近期发布赴海外投资项目环保指南, available at http://www.chinadaily.com.cn/zgzx/2009-06/01/content_7960819.htm, 2010 年 6 月 23 日。

③ 商务部:《对外投资合作国别(地区)指南》, available at <http://fec.mofcom.gov.cn/gbzn/gobiezhinan.shtml>, 2012 年 5 月 13 日。

势,即使是美国的次贷危机和欧洲主权债务危机,都没有影响中国海外投资的增长势头。欧洲主权债务危机甚至使中国对欧洲的海外投资有增无减,如前所述,2010年中国流入欧洲的直接投资是2009年的两倍。根据联合国贸发会(United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD)发布的《2012年世界投资报告:迈向新一代投资政策》,2010年中国的海外投资达到688亿美元,位居世界第五,仅在美国、德国、法国、中国香港特区之后。^①2002年至2010年,中国海外直接投资年均增长速度竟然达到49.9%。^②

中国的海外投资行业分布广泛,并正在逐渐实现产业多样化,但绝大部分分布在第三产业(超过79%),其次是采矿业和电力、煤气及水的生产和供应(约14%),最后是制造业(约6%)。然而,横向对比,中国的经济成就和中国擅长的大型水电建设和采矿工程使中国一跃成为这些行业的海外投资大国。而且,得到公认的是,由于中国经济发展对资源的巨大需求导致中国的海外投资在很大程度上具有资源导向性。然而,众所周知,由于自然资源和矿产开发的特点,如果处理不好,很容易造成环境破坏和污染,引起环境问题。此外,制造业也在不同程度上存在环境污染问题。因此,中国的海外投资也成为世界舆论关注的焦点。

2004年至2011年中国对外直接投资流量行业分布情况如表1,该表表明,中国在污染较重行业的海外直接投资呈快速上升趋势。

① UNCTAD, World Investment Report 2012: Towards a New Generation of Investment Policies, available at http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2012_embargoed_en.pdf, last visited on December 22, 2012.

② 中华人民共和国商务部、国家统计局、国家外汇管理局:《2011年度中国对外直接投资统计公报》,中国统计出版社2012年版,第5页。

表 1 2004 年至 2011 年年末中国在污染较重行业
海外直接投资流量情况表

(单位:万美元)^①

行业	2004 年	2005 年	2006 年	2007 年	2008 年	2009 年	2010 年	2011 年
采矿业 ^②	180021	167522	853951	406277	582351	1334309	571486	1444595
制造业	75555	228040	90661	212650	176603	224097	466417	704118
电力、 煤气及 水的生 产和供 应业	7849	766	11874	15138	131349	46807	100643	187543
农、林、 牧、 渔业	28866	10536	18504	27171	17183	34279	53398	79775
建筑业	4795	8186	3323	32943	73299	36022	162826	164817

2004 年到 2011 年中国对外直接投资存量行业分布情况如表 2, 中国在污染较重行业的对外直接投资亦呈上升趋势。^③尤其是石油、天然气、矿产和钢铁投资。

2010 年,中国取代美国成为世界上最大的能源消费者,相应地,中国作为世界主要采矿业投资者的地位也越来越得到加强。^④ 根据《2011 年度中国对外直接投资统计公报》,2011 年年末,中国对外直接投资存

① 根据《2011 年度中国对外直接投资统计公报》资料选择制作。

② 主要是石油、天然气开采业,有色金属开发业和黑色金属矿采选业。

③ 根据《2011 年度中国对外直接投资统计公报》资料选择制作。

④ UNCTAD, *World Investment Report 2011, Non-Equity Modes of International Production and Development*, p. 48, available at http://www.unctad.org/en/docs/wir2011_embargoed_en.pdf, last visited on May 13, 2012.