

TPP 环境条款创新对我国缔约工作的启示

冯光

(中国人民大学法学院, 北京, 100872)

摘要: 由环境问题引发投资仲裁的核心是对东道国行使“政府管理权”合法性的判断。文章阐述了《跨太平洋伙伴关系协定》在环保制度上的创新: 明确了“环境法”的定义、东道国调整环境法规的主权权利, 规定了公众参与、缔约国磋商和争端解决制度, 重新平衡了东道国政府管理权和投资者利益的关系。针对我国在环境条款的使用上缺少标准和实践的现状, 从环境保护制度设计的角度, 建议在缔约工作中明确多边环境公约的效力、环境法的定义、公众参与制度和争端的东道国司法解决优先效力。

关键词: 《跨太平洋伙伴关系协定》; 环境条款; 国际投资协定; 政府管理权

中图分类号: D996

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2017)03-0079-10

自 20 世纪六七十年代以来, 环境保护成为国际社会的热点问题, 迄今这一热点没有任何降温的趋势。

《跨太平洋伙伴关系协定》(Trans-Pacific Partnership Agreement, 以下称 TPP)总结了国际社会涉及环境方面的缔约实践, 将环境保护的标准进一步提高。联合国大会于 2015 年 9 月通过了《改变我们的世界——2030 年可持续发展议程》(以下称 2030 议程), 推动在全球范围内进一步促进可持续发展的全面落实, 其中很多内容都与环境保护有关。我国“十三五”规划的很多内容与 2030 议程不谋而合, 因此国务院统一组织了 2030 议程在中国的全面落实工作, 这表明环境问题已经成为推动我国发展、帮助我国谋求国际规则制定话语权的重要问题。此外, 近年来与环境问题有关的争端有增无减, 这方面的国际司法实践因此不断发展, 与此有关的国际法规则也开始有了新的发展。正如 Merrill 案裁决中所说, “习惯国际法并没有冻结, 它一直伴随国际社会的现实情况在发展”^①。事实上, 不断发展的并不仅仅是习惯国际法, 《国际法院规约》第 38 条规定的整个国际法渊源所涵盖的领域都在伴随着国际社会的现实情况不断发展。

《国际投资协定》(International Investment Agreement, 以下称 IIA)在诞生之初的核心目的并不包含环境保护等与可持续发展有关的问题, 其目的仅仅是为了保护投资的安全与收益^[1]。IIAs 中环境保护义

务是伴随着全球生态危机和环境保护意识的增强而逐渐出现的^[1], 尤其是在《北美自由贸易协定》(North American Free Trade Agreement, 以下称 NAFTA)签订之后。但当时的环境保护在缔约目的中也属于从属性的, 缺乏与投资保护之间关系的明确定位, 缺乏有效的涉及环境问题的争端解决机制。随着环保问题的日益严重, 与环境相关联的各类投资仲裁案件日渐增多, 仲裁庭面临的一个问题就是对东道国新制定的环境法规是否违反 IIAs 中的投资保护义务进行裁定, 其核心是: 在条约规定不明确的情况下通过法律的适用过程划定东道国为保护公共利益而正当行使政府管理权 (police power) 的界限。这种现状促使主要投资输出国开始考虑对 IIAs 中的环境保护条款进行系统性的升级调整。这也是 TPP 的环境制度设计希望解决的主要问题。

长期以来, 由于法律制度的不完善、缔约权的分散和条约审核工作的力量有限, 我国的对外缔约一直处于一种各自为政的分散状态。条约缔结工作缺乏有力的统一管理, 对于国际法发展的规律、相关领域核心法律原则的发展规律缺少统一的研究和认知, 导致条约缔结缺少应有的延续性和制度创新。本文拟从 TPP 的环境制度设计出发, 分析其环境制度及诞生的背景, 并在总结多年来我国条约缔结实践的基础上两相比较, 对我国下一步的缔约工作提出适当的建议。

收稿日期: 2016-12-20; 修回日期: 2017-03-20

基金项目: 中南大学第三批创新驱动项目“‘一带一路’战略下中国对外投资促进和保护的国家法律问题研究”(2016XC042)

作者简介: 冯光(1978-), 男, 江苏徐州人, 中国人民大学法学院博士研究生, 国务院法制办公室国际司职员, 主要研究方向: 条约法, 国际投资法

一、TPP 的环境保护制度

从本质上讲,环境保护与投资保护的冲突是人类经济发展对于自然资源的无节制索取与生态环境供给能力有限的矛盾所引发的必然。其冲突核心是环境保护重要性的日渐凸显,在人类社会发展的过程中逐渐超越了“经济发展”和“投资自由化”的重要性,使得之前并未出现交集的两个因素在实践中产生了碰撞。其涉及的一个突出问题就是东道国基于公共利益的政府管理权行使与国际法中原有投资保护义务之间的关系平衡。TPP 的环境保护制度设计是美国反思 NAFTA 生效后一系列投资仲裁案件暴露出的问题后采取的应对措施^[2]。

(一) TPP 环境保护制度设计的背景——政府管理权的合法性之争

国际法确认了国家对于国内资源开采、利用和保护的主权权利,但这一权利的行使必然会影响到已经存在的投资,这种影响在何种范围内是合理的、必需的、可以免责的,则是国际法领域尚未完全厘清的一个问题。这也是环境保护与投资保护冲突的利益焦点。

由于早期的 IIAs 在签订时并没有考虑环境保护的问题,而国际环境法的发展又给主权国家施加了保护环境义务,因此,当国家行使政府管理权对国内环境法律、法规、政策进行调整时不可避免地与原保护投资的义务产生冲突。在解决这一冲突的过程中,最为核心的一个问题就是政府管理权行使的合法性判断标准。究其原因,如果政府管理权的行使是为公共目的、合理的、非歧视的、公平的^[3],那么其行为构成违反公平公正待遇、征收的可能性就几乎没有,因而也就不需要承担国家责任。NAFTA 之后一系列投资仲裁不但将这一冲突推至公众视野,同时也为标准的设定提供了可供参考的宝贵实践。

1. 问题的缘起——Metalclad 案

首先需要说明的是,有关政府管理权边界问题的探讨并非是从 Metalclad 案开始的。1922 年美国最高法院判决的 *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon* 案对管理性措施是否能够构成征收已经有了探讨^②,但 Metalclad 案对政府管理权边界的探讨是与环境保护有关的投资仲裁中比较典型的。

Metalclad Corp 是一家美国的垃圾处理企业,该公司在墨西哥设立了一家有害废弃物处理工厂。

Metalclad 公司声称,其设立该工厂的原因是墨西哥官员承诺除地方政府的一份特别授权外,该工厂的设立和运转无需政府的特别许可。但墨西哥地方政府拒绝了许可的颁发, Metalclad 公司以此为由启动了根据 NAFTA 第 11 章的仲裁程序。在仲裁程序启动后,当地政府颁布了一项环境法令,将工厂所在区域列为了环境保护区^③。

该案仲裁庭认为墨西哥地方政府拒绝颁发许可的行为构成了对公平公正待遇(NAFTA 第 1105 条)的违反,进而构成了征收(NAFTA 第 1110 条),而政府颁布的环境法令也违反了 NAFTA 第 1110 条,构成征收。仲裁庭认为,征收不仅包括财产所有权的转移,还包含“对财产权的干预导致事实上剥夺了财产所有人合理的经济利益预期的全部或大部分”^④。虽然后来法院驳回了仲裁庭关于墨西哥地方政府拒绝颁发许可的行为违反 NAFTA 义务的裁定,但仲裁庭有关地方政府环境法令性质的认定得到了保留。

该案仲裁庭的裁决受到了多方的批评,特别是有关政府管理权行使的方面。批评意见尖锐地指出 Metalclad 案的裁决严重限制了 NAFTA 成员国保护环境、劳工标准和公共健康的能力,甚至有学者认为该案将 NAFTA 变成了三个成员国之上的“超宪法”机构^[3]。从仲裁庭的裁决可以看出,仲裁庭完全没有考虑政府管理权问题,没有考虑为保护公共目的和非歧视的法律、法规、政策的制定可以不构成对公平公正待遇的违反和征收。

2. 新的平衡点——Methanex 案

Metalclad 案裁决留下的质疑在 5 年后迎来了答复。Methanex 案是加拿大 Methanex 公司与美国政府之间的纠纷。该公司是全球最大的 methanol(甲醇)的生产商,该产品是汽油添加剂 MTBE 的主要生产原料。由于 MTBE 被测出渗入了加利福尼亚州的地下水,并对当地居民的身体健康造成威胁,加州政府颁布法令禁止了 MTBE 在加州的生产和销售。这一禁令导致 Methanex 几乎被完全挤出加州市场,该公司以此为由申请仲裁庭认定加州政府的该项禁令构成征收。

Methanex 案的仲裁庭在裁决中完全弃用了 Metalclad 案仲裁庭使用的推理方法。仲裁庭认为,在国际法上基于公共目的、经由正当程序制定的、非歧视的法律法规不能被认为是征收并对其导致的损失进行赔偿,除非政府之前作出过相反的特别承诺。^④从该案仲裁庭的推论内容可以看出,仲裁庭将公共目的、正当程序和非歧视作为判定政府管理权行使是否构成

对 NAFTA 条约义务违反的因素。虽然在考量因素的设定上并不完善,但该案的裁决体现出一种新的趋势,即在政府管理权的行使与投资保护之间达成一种新的平衡,以兼顾双方的利益需求。

遗憾的是,该案的判决完全没有考虑 NAFTA 第 1110 条有关征收问题四个要素之间的互相连接。由于该条规定的最后一个要素是提供赔偿,因此有观点认为只有在四个要素全部满足的情况下,一项政府管理性措施才不构成征收。仲裁庭在裁决中并没有考虑到这个问题,仅通过论证管理性措施的合法性就排除了构成征收的可能性,从而割裂了第 1110 条的整体逻辑性,因此该案裁决除了结论正确之外一无是处^[4]。

尽管批评意见尖锐而强烈,但出于对东道国管理权的尊重以及环境问题的突出重要性,后来的很多案件都或多或少地接受了 Methanex 案对于环境保护与投资保护之间重新平衡的态度。

3. 争论的继续

无论如何 Methanex 案的裁决为仲裁庭平衡环境保护与投资保护的关系做了一次好的尝试,同时也提供了新的思考方法。S.D.Myers 案在其裁决中就认为,对于政府管理权的行使(是否构成征收)就应当在“将国家实践、条约以及国际法案例对其进行的司法解释视作整体”^⑤的情况下进行思考。在另外一个案件 Fireman's Fund vs.Mexico 的裁决中,仲裁庭列举出了 15 个在作出政府管理权行使是否构成征收的决定时应当考虑的因素^[3],包括了 Methanex 案和 S.D.Myers 案提出的各种考量因素,也包括善意等一系列新的因素。

关于政府管理权边界的讨论在国际法上的实质是探讨其行使的结果,即颁布的管理性措施是否违反国际法。从目前的实践看,主要涉及是否违反公平公正待遇和征收的有关国际法。在具体的判断上,每个案件的仲裁庭都有自己的标准。虽然后续案件在裁决的大方向上大同小异,但在细节上却千差万别。出于统一判断标准,限制仲裁庭对有关国际法原则进行随意解释的情况,NAFTA 项下北美自由贸易委员会(Free Trade Commission, 以下称 FTC)曾经在 2001 年 7 月 31 日发布了有关第 1105 条具有约束力的解释的通知,明确了第 1105 条规定的公平公正待遇等同于习惯国际法中的最低标准待遇,并要求仲裁庭放弃使用扩展的解释适用方法。但是,该解释并没有起到真正的效果。原因一是该解释仅对涉及 NAFTA 第 1105 条的问

题进行了限定,并明确与“政府管理权”行使有关的内容;二是在该解释颁布不久,就有仲裁庭明确拒绝了它的适用。

正如前文所述,环境保护与投资保护之间的冲突实际上是政府管理权与投资者利益之间的冲突,在国际法原则层面上则表现为对违反公平公正待遇和征收的构成要素的探讨与变革。虽然政府管理权这一概念在法律领域由来已久,但其在国际投资仲裁领域的探讨却依然在进行,而且在很长一段时间内可能都不会形成共识。不久前的 Glaims Gold[®]案就抛弃了 Methanex 案以后有关这一理论的所有发展,回归到最早的 Neer 案的标准来判断国家责任的构成。虽然该案广受诟病,但其体现出的不同法律观点的交锋的确值得重视和深思。正是因为仲裁庭在标准适用上的不统一,TPP 的有关条款才尝试对政府管理权的行使进行了规定,并设立了相应的判断标准,比如“善意”,同时对“环境法”的范围进行了定义。

(二) TPP 环境条款的创新

TPP 中有关环境保护的内容主要体现在:序言部分、第 1 章、第 9 章和第 20 章“环境”。其中,序言、第 1 章和第 9 章阐述了 TPP 环境保护的目标、环境与投资的关系以及多边环境公约与 TPP 的效力关系,这三点内容自 NAFTA 以来已经成为 IIAs 缔结过程中反复出现的常规内容,在许多此类条约中均可以看到实例,TPP 在此的进步仅仅是将有关内容变得更为细致,创新之处并不多。TPP 真正独树一帜的是第 20 章“环境”,其整个环境保护法律制度围绕对政府管理权合法性的规范而进行的改进集中体现在这里。

1. 明确了定义、目标和缔约方调整环境法律 and 政策的“主权利利”

NAFTA 生效后,根据其相关条款提起的涉及环境问题的投资仲裁案件有很多,包括但不限于 Ethyl 案、S.D. Myers 案、Metalclad 案、Methanex 案、MTBE 案、Tecmed 案、Glaims Gold 案、Waste Management 案等。前文论述过几个典型案例关注的政府管理权行使的合法性问题,而讨论这一问题的前提是缔约方制定、采取或修改其环境法律、法规和政策的主权利利并没有在条约中得到明确的确认,也没有明确“环境法”在条约里的概念和覆盖的国内立法范围。

为了尽可能地避免上述情况的重演,在第 20 章前三条中,TPP 明确了“环境法”的定义,确立了“高水平的环境保护和环境法律的有效实施”的目标,并

对缔约方“制定、采取或修改其环境法律和政策的主权利”进行了确认。虽然此次环境法的定义排除了“劳工安全和健康直接相关的或首要目的为管理自然资源的生存或土著居民收获的”法律、法规或其中的条款,但终究还是为明确“环境法”的概念作出了条约实践中的有益尝试。而明确了缔约方“制定、采取或修改其环境法律和政策的主权利”,意味着为缔约方制定和调整有关环境保护的管理性措施提供了清晰的条约法依据。上述两条内容为解决此类国际纠纷铺平了道路。第2条确立的“高水平的环境保护和环境法律的有效实施”的目标则会为TPP约文的解释提供更有利于环境保护的依据。因此,上述三条内容结合起来相当于明确了缔约方调整有关环境保护的法律、法规和政策空间,最大可能地消除了管理性措施制定和实施过程中的模糊地带。

结合附件9B第3款b项规定的不构成间接征收的管理性行为,包括“旨在并用于保护公共健康、安全和环境等合法公共福利目标的非歧视性管理行为”,意味着在“环境法”定义下包含的法律法规的调整和适用基本上被排除了构成国家责任的可能。

2. 设立公众参与制度,规定了程序事项

TPP第20章第7—11条规定了公众参与的制度和有关程序事项,为个人和其他缔约方就环境保护问题提出申诉设计了渠道。该部分内容要求缔约方应保证相关信息向“公众公开”,并要求缔约方为利益相关人设置申诉渠道。同时,TPP要求缔约方对“实施本章信息的请求予以考虑”。这条规定本身并未对主体资格进行限制,因此可以理解为“个人”有权利依据TPP申请缔约方公开履行环境章节的相关履约信息。从同类条约的执行情况看,有能力启动申请程序的“个人”实际上就是非政府组织、各类投资和投资人。第20章第9条规定了缔约方应将“答复向公众公开”,这就意味着缔约方应当就与环境有关问题的咨询进行答复并将答复内容公开。为了确保有关环境规则的落实和缔约方之间的沟通,TPP进一步规定各缔约方应当将有关“未能有效实施其环境法律”的意见通知其他缔约方,这就将一个国内的法律实施问题推进到国际层面进行探讨。虽然这一规定的效果有可能涉及干涉内政,但同时也给环保水平较低的国家在国内政策制定方面带来相当大的压力。

整体上看,TPP的这套制度强化了国内个人申请的实际效果,通过其他缔约国介入的方式提升了个人申请的影响力。这种制度设计应该是TPP在环保问题

上的一个创新。而从制度设计本身很容易看出《北美环境合作协定》(North American Agreement on Environmental Cooperation, 以下称NAAEC)的个人申请程序的影子。虽然对NAAEC个人申请程序依旧存在比较大的争议^[5],但从目前的阶段性效果看,NAAEC的委员会公布了22份事实记录,的确有效地督促和推动了美、加、墨三国有关环境保护国内规则的演进和提高。

这里最大的不同是NAAEC的个人申请是NAFTA的一个附件程序,而TPP的个人申请则是拥有强制力的条约程序。如有意见(包括个人申请)认为某一缔约方未能有效实施环境法律,其他缔约方可要求环境委员会对该书面意见和答复进行讨论,并要求使用专家和现存制度性机构向环境委员会提交报告,报告由“基于该问题的相关事实的信息组成”。从约文规定的程序和目的看,向环境委员会提交的报告和NAAEC要求的“事实记录”也十分类似。

3. 设立了环境委员会和磋商制度

第20章第19—22条要求设立一个环境委员会并制定了磋商制度。磋商制度共分三个级别,包括环境磋商、高级代表磋商(专门委员会代表)和部长磋商。环境委员会和磋商制度相互衔接,在非特殊情况下磋商内容均要求信息公开,势必能够在环境保护问题上给缔约方政府形成较大的国际压力。

4. 规定了争端解决制度

如果环境委员会和磋商制度未能解决缔约方之间有关环境问题的纠纷,则有关缔约方可以将纠纷提交依据TPP争端解决条款设立的专家组,这是一个类似于世界贸易组织争端解决机构的纠纷解决机制。如果说之前国际仲裁庭对于有关涉及环境问题的案件作出的裁决在法理解释、法律原则适用等方面存在诸多不一致,造成了国际投资法领域的碎片化,导致各国在调整国内环境政策时极难预知产生的后果,那么统一的环境纠纷解决机构则可以避免这一问题。TPP争端解决机构专家组作出的报告是具有法律约束力的文件。

因此,从TPP有关环境保护法律制度的设计可以明显看出,它深入总结了国际司法实践和缔约实践的双重经验,体现了国际法内在的延续性,为涉及环境问题的纠纷开创了一条国际司法的通道。此前,国际法院曾有设立环境问题特别分庭的实践,但由于种种原因未能成功。目前尚无法推测TPP争端解决机制的实际效果,如果能够成功,它将成为解决环境保护问

题的开创性国际司法实践。

二、我国 IIAs 环境条款的现状与问题

多年来,我国缔结的 IIAs 都有纳入环境条款的具体实践。有不少学术著作都认为我国签订的双边投资协定超过 130 个^[6,7],笔者以商务部官方网站公布的生效双边投资协定(Bilateral Investment Treaty, 以下称 BIT)和自由贸易协定(Free Trade Agreement, 以下称 FTA)为研究对象(截至 2015 年 12 月 31 日),统计出我国对外缔结且已生效的 BIT 为 104 个,FTA(含中国东盟全面经济合作框架协议,不含港澳台)11 个。

由于我国长期奉行“先污染、后治理”的理念,也因为我国对外缔结 IIAs 缺少统一的战略规划和部门协调,在缔约过程中缺少对环境问题的关注,因此我国缔结的 BITs 和 FTAs 长期缺少与环境保护有关的内容。在所有 104 个生效的 BITs 中,仅有 8 个含有环境保护的有关内容,占 7.6%。这 8 个 BITs 是我国分别与新加坡(1985 年)、毛里求斯(1996 年)、圭亚那(2003 年)、马达加斯加(2005 年)、乌兹别克斯坦(2011 年)、日本和韩国(2012 年)、加拿大(2012 年)、坦桑尼亚(2013 年)签订的。从 BITs 分布的年份可以看出,环境保护内容稳定地出现在我国相互鼓励和保护投资协定的内容中是从 2011 年与乌兹别克斯坦签约开始的,此后所有的 BITs 都或多或少地含有环境保护内容。这充分体现了环境保护进入有关条约主管部门的视野最早也是在 2011 年以后。

环境保护在 FTAs 中的体现要比在 BITs 中的情况好很多。在所有 11 个 FTAs 中有 7 个包含有环境保护的内容,占 64%,分别是与新西兰(2008 年)、秘鲁(2009 年)、哥斯达黎加(2010 年)、瑞士(2013 年)、冰岛(2013 年)、韩国(2015 年)和澳大利亚(2015 年)签订的。

随着环保意识的加强和全球环境问题的不断恶化,环境保护已经成为国际政治对话中无法回避的话题,也越来越多地进入包括 IIAs 在内的各种双边、多边条约中。与此同时,伴随近年来多边国际司法机构的发展,与环境有关的争端越来越多地被诉诸国际司法解决,在条约规定不严谨的情况下导致在适用过程中难以合理预计案件的发展走向,同时也难以规范国内管理性措施的制定和实施。综合分析各种环境有关的法律风险后,笔者认为制定前瞻性的缔约谈判战略迫在眉睫。然而,就目前我国在缔约方面的实践来观

察,很难发现这种前瞻性和整体规划。

(一) 环保条款缺少统一标准

从我国签订的包含环境条款的 BITs 的年份可以看出,环境保护内容较多的出现是从 2011 年与乌兹别克斯坦签约开始的,而之前与新加坡、毛里求斯、圭亚那、马达加斯加的 BITs 中出现环境保护内容仅能理解为一种偶然事件。即使在 2011 年以后,环境问题依然不是主管部门关注的重点,因此缺少合理的事前规划和统一的表述。

纵观我国 BITs 中的环境保护条款,主要有如下几种表现形式:首先是序言部分。如我国与圭亚那签订的 BIT 以及同日本、韩国签订的三方投资保护协定,其序言部分以倡导和鼓励性语言为主,如中、日、韩协定序言中的“各缔约方均承认,通过放松环境措施来鼓励缔约另一方投资者进行投资是不适当的。为此,各缔约方均不得放弃或以其他方式减损此类环境措施去鼓励在其领土内设立、收购、扩展投资”。其次是“禁止和限制”条款。通常采用“本协议的规定不应以任何方式约束缔约任何一方为保护其根本的安全利益,或为保障公共健康,或为预防动、植物的病虫害,而使用任何种类的禁止或限制的权利或采取其他任何行动的权利”这种表述方式,如我国与新加坡、毛里求斯的 BITs。第三是“公平公正待遇”条款。如我国与马达加斯加签订的 BIT,其第 3 条第 2 款规定:“公正和公平待遇在法律或事实上的障碍主要系指,但不限于:各种对生产和经营手段进行限制的不平等待遇,各种对产品在国内销售进行限制的不平等待遇,以及其他具有类似效果的措施。而出于安全、公共秩序、卫生、道德和环境保护等原因采取的措施不应被视为障碍。”这种规定的方式在我国 BIT 实践中如昙花一现,就此消失。第四是“征收”条款。这是在实践中使用频率最高的,在我国与乌兹别克斯坦、加拿大和坦桑尼亚的 BITs 中都曾出现过。征收条款中包含环境保护内容的目的一般是用来排除政府调整环境保护的法律法规时构成间接征收的风险。如我国与乌兹别克斯坦的 BIT 第 6 条第 3 款就明确规定:“除非在例外情形下,例如所采取的措施严重超过维护相应正当公共福利的必要时,缔约一方采取的旨在保护公共健康、安全及环境等在内的正当公共福利的非歧视的管制措施,不构成间接征收。”

总结我国 BITs 在环境保护条款方面的实践可以发现,其内容多出现在“禁止与限制”和“征收”条款中,主要目的是为制定环境立法预留空间,排除因

国内环境保护法律法规的调整而导致承担国家责任的风险。但从环保条款的使用频率和形式选择上完全无法看出是否使用和如何使用的前后连贯和内在逻辑,有关环境保护的内容是否应当写入IIAs也无法从缔约实践的变迁中看出官方政策选择的演变。因此,只能说我国在环境保护的条款使用方面暂时没有相关标准,对其必要性也没有过理论论证。

(二) 环保条款使用存在偶然性

我国的 FTAs 有关环境保护内容多出现在序言、一般例外、投资、环境等章节里。值得指出的是,从序言、一般例外、投资等章节涉及环境问题的内容上能直观地看出,我国在缔约过程中对于与环境问题有关的内容如何在条约约文中体现缺乏统一的规划和考虑,甚至没有考虑众多 FTAs 文本之间的相互一致。而在所有 7 个包含有环境保护内容的 FTAs 中,仅有《中华人民共和国和瑞士联邦自由贸易协定》就环境保护问题设立了专门章节。虽然这种做法有效地解决了 IIAs 与国际环境条约之间的潜在冲突,在我国 FTA 缔约实践中也是一种创新,但在实践中依然是昙花一现。

纵观我国 FTAs 缔约实践可以发现,有关环境保护问题最常使用的两类条款是序言条款和一般例外条款。其中“一般例外”条款自中国与新西兰的 FTA 首次使用后便逐渐固定下来成为我国 FTAs 的标配,行文以转引世界贸易组织(World Trade Organization, 以下称 WTO)有关协定内容为唯一方式。这种方式虽然文字明确且方便缔约部门实际操作,但客观上增加了条约适用过程中的不稳定性,尤其是 WTO 有关条款的解释性注释内容,很难确定其在我国缔结的 FTAs 中的法律效力。对此连缔约部门本身也没有答案。序言条款在中国与冰岛的 FTA 中形成之后,后续 FTAs 基本上沿用了它的文字内容,申明环境保护问题的重要性。可惜的是,在最新的中国与澳大利亚的 FTA 中这种序言条款又消失了。由于我国目前尚未解决条约的国内法效力层级问题,如果能在 FTAs 和 BITs 里规定其与多边环境条约的效力关系,将可以从条约的角度部分解决上述条约的潜在冲突。至于像前文所述的某些 BITs 条款中规定的不得降低环保标准吸引外资的内容以及为环境立法预留空间以降低国家责任风险等内容,也曾在我国 FTAs 缔约实践中出现过,但未能成为条约内容的稳定组成部分,其出现存在较大的偶然性。在目前全球都在关注环境保护的大背景下,

我国 IIAs 缔结工作中对环保条款的使用缺少必要的研究和系统的实践,不能不说是工作中的一项失误。

(三) 缺乏对国际实践的系统总结

对比我国的缔约实践和 TPP 有关环境保护的内容后可以发现,TPP 有关环境保护的条款在内容设计上是相对完善的,覆盖了投资与环境的关系(序言、第 9.15 条“投资与环境、卫生和其他管理目标”)、多边环境公约与 TPP 的关系(第 1 章)、企业责任(第 9.16 条“企业的社会责任”)、环境保护与征收(附件 9B 第 3 款 b 项)、环境保护与政府管理权行使(主要在第 9、20 章)。这一系列规定几乎解决了目前在国际仲裁过程中暴露出来的环境保护与投资保护之间需要解决的所有问题。

此外,TPP 的文本还对 IIAs 中的环境保护制度进行了更为细致的设计,从核心法律概念的定义、公众参与程序、争端解决、非政府当事方的参与途径等方面作了详细的规定。此举不但完善了环境保护的制度设计,更认真参考了以往涉及环境问题的纠纷中国际司法机构关心的具体问题,从实践的角度对其进行规范,增强了相关条文的可操作性,大大提高了条约规范的实际法律效果。

对比我国众多 IIAs 中零散的环境保护条文的规定,能够清晰地看出我国在对外缔结 IIAs 时缺少统一的战略规划和部门协调,在缔约过程中长期缺少对环境问题的关注和系统研究。因此,我国缔结的 BITs 和 FTAs 长期缺少与环境保护有关的内容,近年来即使在条约约文中出现了有关内容,但具体行文缺少前后呼应,多是以对方提供的谈判方案为准,难以体现我国在经济发展和改革进程中的实际需要。

三、TPP 环境规则对完善我国 IIAs 环境条款的启示

(一) 将环境保护写入 IIAs 的必要性

对于环境保护纳入 IIAs 的必要性,我们可以从以下几个方面进行阐述。

首先,是环境问题与环保意识的全球化^[8-11]。环保问题早在 20 世纪 50 年代以前就已经出现了,但真正的环保概念和环保意识却是随着后来的污染加剧而逐渐形成的。随着环保问题逐渐进入国际视野,人类意识到这不是一个局部问题,而是全球性问题。环保主义者认为国际投资与贸易的增长以牺牲环境和子孙

后代的生存权为代价,是导致全球环境恶化的罪魁祸首^[12]。某些投资主体,尤其是跨国公司通过国际投资把高污染企业转移到发展中国家,以求节约成本,最大限度地获取利润。为了规范跨国投资行为,解决环境问题,实现可持续发展和绿色经济,对国际投资行为和投资政策进行反思成为必然的趋势。

其次,是跨国投资的影响。国际投资自由化对于东道国生态环境的影响是一分为二的^[11]。发展中国家引进投资,有利于加快其经济发展,解决资金不足的问题。但由于缺乏相应的环境立法,使高污染、高能耗企业接踵而至,在某些地区造成生态灾难,20世纪后期出现的八大公害充分证明了缺少必要的监管所带来的后果。

针对跨国公司污染转移的特征,有学者归纳为三个特点:隐蔽性、长期性、歧视性^[13]。关于跨国公司污染转移的动机,目前有三种假说:污染避难所说、环境成本转移说、市场失灵和政府失灵说。“污染避难所”理论对国际贸易的环境效应进行了深入分析,认为发达国家的环境法规一般比较严格,因此将企业转移至环境法规相对宽松的发展中国家将获得明显的竞争优势,所以贸易自由化一方面减轻了发达国家的环境污染,另一方面加剧了发展中国家环境污染^[13]。“环境成本转移说”认为资源密集型产品的生产会对当地生态环境造成破坏,因而这类产品进行国际贸易时会产生环境成本转移^[14]。该假说将资源密集型产品的国际间流动视为生态流动,因此资源密集型产品的“生态流动”造成发达国家向发展中国家的“环境成本转移”,从而使发达国家改善了本国的环境质量,同时恶化了发展中国家环境质量^[13]。“市场失灵和政府失灵说”是指,因市场机制本身所固有的缺陷,不能正确地估价和分配资源,不能将环境成本内部化于产品和劳务价格之中,使得环境污染或环境成本外部化^[13]。虽然学界对三种假说的定义还存在分歧,但其核心是指投资者选择环境管理要求低而廉价且有效率的区域投资,通过比较优势获得最大化的利润^[10]。更有甚者,为了保护对外投资,某些国家甚至要求投资东道国在一定期限内冻结环保法规,也有东道国为了吸引外资而主动降低环保标准。

关于国际投资与环境保护两者的关系,通常认为二者既可以相互促进,也可能相互产生不利影响。从国际投资对于环境保护的影响角度看,如果通过恰当的资金和技术转移,国际投资的确可以提高发展中国家的污染治理能力和资源利用效率,但并非所有的跨

国公司都会使用较高的环保标准,比如世界各地出现的许多污染灾害和跨国公司有着不可分割的联系。因此,必须通过 IIAs 有关条款内容的调整对污染转移进行必要的限制。

第三,是国际法发展的必然。正如 Merrill 案指出的,国际法是一个不断发展的领域,它会伴随社会的发展变化而作出相应的调整。

对如何平衡投资保护和环境保护冲突的问题,不少研究在总结现有问题的基础上提出了建议。有观点认为,我国目前由外资造成环境污染的原因^[15-17]主要有:国内立法环境标准较低,地方政府为单纯追求经济增长、以牺牲环境为代价对外许诺优惠条件,跨国公司将高污染企业建设在我国境内,治理跨国公司污染的法律依据不足,外资审批不严,环境信息公开制度不完善等。从国内层面^[9, 15]来说,一是应考虑完善国内立法。修改环保法、贸易法和投资法,做好各部门法之间的协调和衔接;尝试统一外资立法,变三资企业法为外资法,条件成熟时可出台控制跨国企业污染转移的专门立法。二是加强相关执法,强化环境领域的法律监督。①要严格外资审批制度,坚持环保审批严格把关。②要建立环境信息公开制度,将外国投资环境评估与影响放置于公众监督之下,便于监督管理。三是要加快完善环境标准体系,制定国家环境政策和执行环保法规的相关评估依据和法律标准,确保内资、外资一体化,避免实践中的双重标准,彻底改变我国环保立法水平低、缺乏制裁手段和执法不严的现状。上述三个方面已经成为目前国内环境保护工作的重点。而在国际法层面,重视环境保护,将环境保护的内容写入 IIAs 也就显得十分重要。

(二) 完善我国 IIAs 环境条款的建议

综合全文对于 IIAs 国际缔约实践的分析和环境有关争端的案例分析,可以发现一个现实,即在全球化的大背景下,环境与投资的关系变得越来越错综复杂。由环境问题引发的国际争端在各个仲裁庭的不断实践中引发了对投资待遇具体标准的适用和重新界定,这种实践也导致了新一轮对于管理性措施边界的探讨,也就是对东道国政府管理权具体边界的探讨。众所周知,可持续发展是联合国倡导的新一代投资政策的核心原则,在新的 IIAs 中体现为环境保护、劳工保护、反腐等理念。为东道国环境政策的调整留下合理的空间将是未来多年 IIAs 条约中一个重要的主题,我国的缔约实践也不例外。

作为最新一代多议题综合性 FTA, TPP 继承了传

统 FTA 保护并促进“投资与贸易自由化”的目标,同时通过将可持续发展目标融入 FTA 文本,实现了在保护和促进的基础上进一步推动投资自由化、平衡可持续发展等目标。

正如本文指出的,环境保护与投资保护在国际司法实践中冲突的核心是政府管理权行使的边界。为了解决这一问题,十分重要的一点便是在 IIAs 中对相关核心概念、公众参与制度、争端解决等作出清晰的规定,最大程度地提升二者关系的稳定性。TPP 的环境条款从结构设计到规则设计体现了对现有自由贸易协定的继承,同时也包含了对现有自由贸易协定的发展。对比我国缔约实践中前后不统一、缺少明确战略规划等问题,我们需要借鉴的正是这种清晰的规则设计方式。从这一点出发,笔者结合前文分析,对我国 IIAs 的环境条款设计提出如下建议。

第一,明确 IIAs 与多边环境公约的关系。有关这一点,《欧洲能源宪章》(*Energy Charter Treaty*, 以下称 ECT)曾经有过不成功的实践。其第 16 条规定了有关 ECT 与多边环境公约之间的关系,但由于规定不清晰、不明确导致了德国在 Vattenfall 案中败诉。在 Vattenfall 案中,Vattenfall 公司认为德国汉堡市政府依据《欧盟水框架指令》要求其电厂必须保证不能对易北河水量、水温 and 含氧量等产生影响的做法是不切实际的、非经济的。仲裁庭认同了这一看法,进而判定汉堡市政府的做法构成征收。对这一点 NAFTA 有比较成功的尝试,其第 104 条规定了 NAFTA 与国际环境公约的关系,明确了国际环境公约的优先效力。但遗憾的是,该条规定并没有彻底解决问题。在 S.D. Myers 案中,针对加拿大政府采取禁止 PCB 跨境运输的禁令,仲裁庭认为《巴塞尔公约》没有允许加拿大禁止 PCB 跨境运送^[18]。而且 NAFTA 第 104 条规定的多边环境公约有明确的清单限定其范围,这就为新的多边环境公约与 NAFTA 之间的效力冲突问题埋下了伏笔。TPP 在其“环境法”的定义中规定,应当包括双方共同参与的多边环境条约,同时确定了在出现纠纷的情况下协商解决的原则做法。这种规定方式虽然不能完全解决环境保护与投资保护的冲突问题,但至少从制度设计上肯定了双方的效力并为冲突的解决提供了可行的方案。

第二,明确规定东道国政府管理权行使的合法性并设定具体标准。在现有的国际投资仲裁案例中,涉及环境保护的案件的冲突多数都是东道国法律法规的调整造成的。在这些案件中,仲裁庭关注的焦点也是

东道国政府管理权行使的合法性。在 IIAs 文本没有明确规定的前提下,仲裁庭会根据自己的理解去确定国内法律法规的合法性,导致了多数东道国因政策调整而构成对公平公正待遇或征收条款的违反,从而承担国家责任。为了避免或降低这一风险,TPP 明确了基于环境保护而进行的法律法规的调整不构成间接征收。这一调整在美国 2012 双边投资保护条约范本中也被明确过。

无论是投资者还是政府部门,如果对政府管理权的行使后果缺乏预期,会使双方的判断都处于一种不稳定的状态,这种不稳定对投资者来说蕴含着极大的经济风险,对东道国来说则蕴含着极大的国家责任风险。结合判例和缔约实践,政府管理权行使过程中的“善意”和“正当程序”是判断其合法性的重要因素,TPP 和美国 2012 双边投资保护条约范本都明确规定了这两点内容,我国的 IIAs 文本中也可以接受上述两点,以降低承担国家责任的风险。

第三,在条约中明确“环境法”的定义。环境法的定义对东道国政府管理权的行使非常重要,因为确认了“环境法”的定义就几乎等于划定了政府在环境保护方面的管理性措施的边界,从源头上对管辖权、准据法选择、征收的确定等法律问题作出了立法上的回答,并将可持续发展和环境保护与贯穿全球化过程的“投资自由化”放在了同等重要甚至更高的位置,为更好地实施环境保护法律法规、平衡环境保护和投资利益带来了更大的可能。因此,即使不对其他有关环境保护的内容进行规定,单单是定义的明确就足以有关环境保护法律法规的实施创造了更好的外部环境,并为政府调整环境政策明确了空间,使环境保护和投资保护之间的界限更为清晰。

第四,明确公众参与制度。与投资保护不同,IIAs 中的环境保护除了涉及缔约国和投资人外还会影响到其他机构和个人。NAFTA 谈判过程中就已经有了明显的体现。如果没有众多非政府组织的参与和压力,NAAEC 几乎没有出现的可能,个人申诉制度也不会出现^[19-21]。在经历了多年的磨合之后,非政府组织和个人直接参与到环境保护相关的各类案件中已经有了一套相对成熟的做法,并最终被 TPP 采纳,通过条约义务进行了强化。环境保护对于投资保护的制约已经不仅仅是一种趋势,从某种意义上来说已经成为一种现实。为了应对这种变化,需要我们对 IIAs 的内容和案例实践进行系统的研究和提炼,并结合我国的实际需要形成自己的方案。

第五,明确环境问题纠纷的国家间磋商制度和东道国司法解决优先。由于目前环境问题纠纷多与东道国政府的国内管理权行使有关,因此国家间的磋商机制更有可能从宏观的角度解决纠纷,同时兼顾环境保护和投资保护两方面的利益。

近年来,国际投资仲裁案件数量急剧增加,被诉方大多是发展中国家。以阿根廷为例,其在经济危机后因国内货币政策调整而引发的仲裁案件超过20起,索赔总额超过800亿美元^[22]。随着我国经济的发展和外国投资的增多,纠纷势必越来越多。虽然目前针对我国的仲裁案件不多,但这种现状并非纠纷数量少,而是我们并不信任国际仲裁,因此将绝大多数纠纷解决在了协商阶段。不过,这并不妨碍我们下一步将纠纷真正提交仲裁。我国在加入《1965年华盛顿公约》时曾对公约做了保留,仅有关征收补偿数额的纠纷可以直接诉诸国际投资争端解决中心(The International Center for Settlement of Investment Disputes, 以下称ICSID),其他争端均“逐案审批”。然而从我国1998年与巴巴多斯缔结的双边投资条约全盘接受ICSID的管辖权开始,后续条约在争端解决方面一直采用这种模式。由于环境条款缺乏实际可操作性,将争端大量诉诸国际仲裁有可能会使本已被弱化的环保规定在强势投资条款的冲击下变得更为弱势,不但起不到保护环境的作用,反而被仲裁实践确定其低于投资条款的效力。因此,在涉及此类的纠纷中,应当明确国内纠纷解决机制的优先效力能够更好地保护东道国的环境利益。

最后,任何一件事业的完成最终依赖的都是人的因素。国际法领域除了条约缔结工作,司法实践也是推动国际法发展十分重要的一环。我国国际法的研究和起步比之发达国家相对较晚,人才的培养和积累严重不足,政府机构的国际法人才匮乏,难以形成高水平的应对方案,加之“文革”的破坏,使我国国际法人才出现了较为严重的断层。正因如此,近年来不少可以亲身感受和参与国际司法实践的机会都被迫放弃。所以,加大人才培养的力度和耐心对于未来我国参与国际规则的制定至关重要。

注释:

- ① Merrill & Ring Forestry L.P. v. The Government of Canada, No. ICSID Administered Case (ILM March 31, 2010), para 193.
- ② Pennsylvania Coal Co. v. Mahon, No. 260 U.S. 393, 43 S. Ct. 158, 67 L. Ed. 322 (1922).

- ③ Metalclad Corporation v. United Mexican States, No. ICSID Case No. ARB(AF)/97/1 (ICSID August 30, 2000), paras 33-59, 103.
- ④ Methanex Corporation v. United States of America, Final Award of The Tribunal on Jurisdiction and Merits (UNCITRAL 2005) para 7,9 (Part IV, Chapter D).
- ⑤ S.D. Myers Inc. v. Canada, Partial Award NAFTA (UNCITRAL) (I.L.M. 2000), para 280.
- ⑥ Glamis Gold, Ltd. v. United States of America (UNCITRAL Arbitration (NAFTA) June 8, 2009).

参考文献:

- [1] Kenneth J. Vandeveld. A brief history of international investment agreements symposium: Romancing the foreign investor: BIT by BIT[J]. U.C. Davis Journal of International Law & Policy, 2005-2006, (12): 157-194.
- [2] The Subcommittee on Investment of the Advisory Committee on International Economic Policy. "Report of the Subcommittee on Investment of the Advisory Committee on International Economic Policy Regarding the Model Bilateral Investment Treaty," September 30, 2009[EB/OL]. <https://www.state.gov/e/eb/rls/othr/2009/131098.htm>, 2016-12-28.
- [3] Joshua Elcombe. Regulatory powers vs. investment protection under NAFTA's Chapter 1110: Metaclad, Methanex, and Glamis Gold Senior Board Notes, comments and reviews[J]. University of Toronto Faculty of Law Review, 2010(68): 71-98.
- [4] Alan C. Swan. NAFTA Chapter 11-direct effect and interpretive method: Lessons from Methanex v. United States[J]. University of Miami Law Review, 2009-2010, (64): 21-88.
- [5] CEC. "2011 Annual Report." Accessed november 25, 2015 [EB/OL]. http://www.cec.org/Storage/159/18840_CEC_2011_AR_V1-e2-rev.20Oct2014.pdf, 2015-11-25.
- [6] 张蹇. 美国 BIT 的最新发展及对我国完善双边投资协定的启示[J]. 武大国际法评论, 2013, 1(16): 241-255.
- [7] 罗平. 美国 BIT 范本(2012)“环境规则”及中国对策[D]. 上海: 华东政法大学, 2014.
- [8] 刘笋. 国际投资与环境保护的法律冲突与协调——以晚近区域性投资条约及相关案例为研究对象[J]. 现代法学, 2006, (28): 34-44.
- [9] 张淑苹, 李俊然. 浅谈国际投资与环境保护——兼论中国之法律对策[J]. 广西金融研究, 2008, (7): 50-52.
- [10] 王艳冰. 将环境保护纳入国际投资协定的必要性[J]. 法治论坛, 2009, 24(5): 61-68.
- [11] 蒋红莲. 国际投资与环境保护法律机制[J]. 学术界, 2008, (4): 170-176.
- [12] 钟立国. 中国: WTO 法律制度的适用[M]. 长春: 吉林人民出版社, 2001: 329.
- [13] 叶萍, 张志勋. 论跨国公司污染转移的法律治理[J]. 湖南科技大学学报, 2013, (16): 54-57.
- [14] 吴蕾, 吴国蔚. 我国国际贸易中环境成本转移的实证分析[J].

- 国际贸易问题, 2007, (2): 72-77.
- [15] 张虹雨. 国际投资协定与国内环境措施的法律冲突与协调[D]. 北京: 中国人民大学, 2011.
- [16] 梁丹妮. 投资保护与环境保护利益平衡机制初探——以《中国-新西兰自由贸易协定》为起点[J]. 求索, 2009, (10): 152-154.
- [17] 王晶. 国际投资法中的环境利益平衡规制研究[D]. 杭州: 浙江大学, 2011.
- [18] 胡晓红. 国际投资协定环保条款: 发展、实践与我国选择[J]. 武大国际法评论, 2014, 1(17): 277-296.
- [19] John H. Knox. Neglected lessons of the NAFTA environmental regime[J]. Wake Forest Law Review, 2010, (45): 391-424.
- [20] John H. Knox. New approach to compliance with international environmental law: The submissions procedure of the NAFTA environmental commission[J]. Ecology Law Quarterly, 2001-2002, (28): 1-122.
- [21] Gustavo Vega-Canovas. NAFTA and the environment[J]. Denver Journal of International Law and Policy, 2001-2002, (30): 55-62.
- [22] Alvarez, José E. The public international law regime governing international investment[M]. Maubeuge France: Triangle Bleu, 2011: 248.

Creativity of environment clause in TPP and its inspiration for Chinese IIAs' design

FENG Guang

(School of Law, Renming University, Beijing 100872, China)

Abstract: The key of international investment arbitration caused by environment issues is validity of exercise of police power in order to protect environment. Base on years of practices, TPP redesigns environment-related articles. It defines environment law, stipulates the right of host country to adjust environmental legislations, sets up systems of public participation, consultation and dispute settlement and rebalances the relationship of police power and interests of investors. In view that China is in lack of practices and standards of environment clauses, the present essay, from the angle of designing the system of environmental protection, suggests that China should clarify the definition of environment law and the binding force of multi-lateral environment treaties in IIAs. Further, China should also stipulate public participation mechanism and assure the priority of domestic judicial system in disputes settlement.

Key Words: TPP; environment clause; international investment agreement; police power

[编辑: 苏慧]