

与环境有关的征收:概念及可仲裁性

王 曦, 李文凯

(武汉大学 法学院, 湖北 武汉 430072)

[作者简介] 王 曦(1952-), 男, 湖北襄阳人, 武汉大学法学院环境法研究所教授, 法学博士, 博士生导师, 主要从事国际法、环境法、比较环境法等研究; 李文凯(1979-), 男, 湖北黄冈人, 武汉大学法学院环境法研究所硕士生, 主要从事国际环境法研究。

[摘 要] 征收是东道国政府旨在剥夺或干涉个别外国投资者的投资所有权或控制权的一种管制, 但可归责于投资者本人的过错或不当行为的管制除外。我国缔结的双边投资协议中的征收条款由于未区分征收的成立和征收的合法性问题, 导致了条约解释上的困惑; 事实上, 我国已有条件地允许将有关征收的争议提交国际仲裁。但考虑到“与环境有关的征收”争议的特殊性, 不应仅要求用尽我国行政救济作为提请仲裁的前提, 否则将在条约与国内仲裁法之间引起不必要的冲突, 而且也会增加我国应诉的难度。

[关键词] 征收; 环境; 管制; 可仲裁性; 国际直接投资

[中图分类号] DF468 [文献标识码] A [文章编号] 1671-8828(2003)06-0743-06

征收是一个十分重要的法律概念。虽然人们曾就此进行过许多出色的考察, 也做过少量的实证性研究, 但这些研究的成果却都缺乏深入性。究其原因, 在很大程度上是由于过去的研究者几乎从未将他们的目光聚集在一个特定的领域, 因而也就未能对征收作微观性的研究。

征收必须出于公共利益或公共目的。无论一国政府做出征收决定的真实动机如何, 其所谓的出于公共利益或公共目的所涉及的事项, 一般总是集中于经济变革、产业调整、市政建设、国防和环境等领域。本文从中选取环境这一特定的领域作为研究的视角, 主要是基于以下的考虑: (1) 环境对投资的影响正与日俱增。为消减外资项目对本国环境的影响, 世界各国特别是发展中国家开始对外国投资施加更多的限制, 这无疑增加了外国投资者的投资风险, 特别是征收的风险。正因如此, 多边投资担保机构(MIGA)、美国海外私人投资公司(OPIC)、世界银行以及欧洲投资银行等机构或组织在审查保险(主要是征收险)或贷款过程中开始更加重视环境的因素, 要求每一个投资项目都必须作环境影响评价。(2) 环境与投资问题还没有引起国内学者的足够重视。我国是世界上吸引外国投资最多的国家之一, 截止到1999年末, 外商在华企业已逾21万家^[1](第298页), 投资项目涉及能源开发、工程建造、环保、造纸和冶金等诸多领域, 不可避免会对我国的环境造成一定的冲击。另一方面, 我国一批有实力的大型石油和矿产开发企业已开始纷纷向境外进行投资, 这些企业同样也会遇到资本输入国的环境管制问题, 因而也同样面临巨大的投资风险^[2](第109—110页)。因此, 研究投资与环境问题有其重要意义。

本文由两部分组成。第一部分是对“与环境有关的征收”的概念进行界定, 第二部分则是从实证的角度, 来探讨该概念在可仲裁性问题上的具体运用。

一、“与环境有关的征收”的定义

界定“与环境有关的征收”(Environment-Related Expropriation, 缩写为 ERE)的关键,在于如何定义征收。霍恩维尔德恩曾对“征收”一词作了一番语义学上的考察。他认为,至少在一战前,“征收”(expropriation)还是一个中性词,可以涵盖国家干涉私有财产的所有现象。但是,一战以后,由于国有化运动的兴起,“征收”一词的中性色彩开始逐渐淡化^[3](P. 249—250)。鉴于这种情况,韦斯顿主张以“剥夺财产”(wealth deprivation)代替“征收”,以覆盖国家干涉私有财产的全部情形^[4](P. 438)。在韦斯顿研究的基础之上,霍恩维尔德恩对“剥夺财产”的各种现象,包括征收、国有化(nationalization)、没收(condemnation)、充公(confiscation)等等,进行了语义比较分析。但是,霍恩维尔德恩在比较征收和国有化时,似乎有简单化的倾向,认为前者与后者的不同仅在于规模大小上,前者是小规模,后者则是大规模地剥夺财产。他忽视了下面的一点,即由于国有化规模巨大,因此,国有化法令一般是由一国最高国家机关发布;而征收因为规模小,所以多是由地方政府做出,这在一国制度体系尚不健全的情况下,地方政府的征收决定或措施就可能与中央机关发生冲突。此外,二者的区别还在于,国有化通常是在一国社会经济急剧变革的背景下发生的,征收则无此特征。近年来,一些西方学者又提出了“管制性征收”(regulatory expropriation)的概念。其实,征收本身就是一种管制(regulation)。在 20 世纪 80 年代的经济理论和政策辩论中,“管制”这个术语就是指国家以经济管理的名义进行干预,而征收本质上也是对外国投资者投资的一种干预或控制。从某些西方学者对管制性征收所下的定义来看,管制性征收这一术语也没有给征收概念增添新的意义。征收本身就是一个内涵非常丰富的概念,无论是立法还是政府的行政措施,只要是干预、控制或剥夺了投资者的投资,就都有可能被视为征收。因此,在“征收”前加上“管制”这个限定词,意义不是很大。

如上所述,征收是一种特殊的管制。这种特殊性不仅体现在它所管制的领域仅限于外国投资,而且体现在它所管制的投资者本人必须是没有过错或不当行为。如果是由于投资者自身的过错或不当行为,东道国政府对其采取的管制手段就不再被视为征收。例如,美国对外援助法所认定的征收行为就必须是由不可归责于投资者本人的过错或不当行为所引起的;OPIC 在界定征收的定义时也作了与此相同的规定。

在实践中,东道国政府往往采取多种手段以达到其管制目的,明确宣布对外国投资实行征收,不过是管制的一种方式,如果其他的管制手段在实际效果上同样构成了对外国投资的干预或者控制,那么也将可能被视为征收。人们据此将征收分为直接征收(direct expropriation)和间接征收(indirect expropriation),但由这种分类所引起的问题是,如何在实践中判断一国管制经济活动所采取的干涉行为是否构成间接征收?

《多边投资担保机构公约实施细则》第 1.36 条规定,东道国政府为管理其境内的经济活动而通常采取的普遍适用的非歧视性措施,不在 MIGA 所承保的“征收和类似措施险”之列;但是,如果东道国政府在进行管制时对投资人带有歧视性或者蓄意达到一种没收性的效果,比如使投资人放弃或者亏本出售他的投资,那么 MIGA 对此也将予以承保。由此可见,构成间接征收的一个决定性条件是投资者因管制所受到的损失可归责于东道国政府的故意或者歧视性行为,而对于直接征收,东道国政府是否有故意或歧视性管制行为,都不会影响征收的成立。这也就是说,征收的合法性问题,只在直接征收的情况下才有意义;而间接性征收,因为东道国政府有故意或歧视性的行为,其术语本身就已经暗示了东道国政府管制行为的不合法性,因此也就没有讨论征收合法性的必要。

尽管我国学者对“间接征收”这一概念多持否定态度,但鉴于我国政府已于 1988 年加入《多边投资担保机构公约》,以及在中国签订的几乎所有的投资协定上,都订立了“征收、国有化或任何类似的其他措施”的条款,因此,可以认为中国已经承认并接受了“间接征收”这一概念。基于这种背景,本文认为,中国缔结的投资协定中的有关征收条件的条款都应只是针对直接征收而言,对间接征收来说则并不适

用。比如,《中国政府和瑞典王国政府关于相互保护投资的协定》第三条第一款规定,“只有为了公共利益,按照适当的法律程序,并给予补偿,方可实行征收或国有化,或采取任何类似的其他措施”。可是,该如何理解“类似的其他措施”?假如理解为“间接征收”,则假设本身就已是违反了这一条款。又如果将其理解为东道国政府所采取的与征收相似的管制手段,这种管制手段对投资者的投资造成了与征收类似的效果,但如前所述,东道国政府为管理其境内的经济活动而通常采取的普遍适用的非歧视性管制措施并不被视作征收。如此说来,“类似的其他措施”这种表述就似乎不应出现在有关征收条件的条款中,否则就更叫人分不清征收与一般管制的区别。这似乎成了一个悖论。

造成这一悖论的原因,我想是因为我们过去很少注意到征收的条件和征收的成立这两个问题的区别。征收的条件,是一个有关东道国政府在什么条件下方可进行征收的问题;而征收的成立,则是判断东道国政府的管制行为是否构成征收。前者关注的是征收的合法性问题,其视野一般局限于直接征收下的政府行为;而后者所要解决的是确认东道国政府对外资的管制措施是否构成征收,且主要是判断间接征收的成立。前后两个问题的逻辑联系应该是,征收的成立与否是一个先决问题,如果征收不成立,则没有必要再讨论征收是否合法,也就是说,在进入征收条件问题之前,我们必须要先查明东道国政府的管制行为是否构成了征收。由这一逻辑所得出的一个结论就是条约中的征收条件条款的前面应该订立有关征收成立的条款。可是,诸多双边投资条约文本中却只有征收条件的条款。

根据上面的整个分析,本文认为,在给征收下定义时,需要注意以下两个问题:第一个问题是,定义中不能包含征收的条件,否则就是将征收的成立与征收的合法性这两个问题混在一起;第二个问题是,定义必须能够在抽象概括直接征收与间接征收这两种情形的同时,将征收与东道国政府正常的经济管理行为区分开来。为此,本文打算从东道国政府管制目的的角度来界定征收,因为直接征收和间接征收的共性在于东道国政府都有剥夺或干预投资的意图,并且正是这种意图构成了间接性征收与东道国政府正常的管制行为的一个分野。

因此,我们给征收所下的定义是:东道国政府旨在剥夺或干涉个别外国投资人的投资所有权或控制权的一种管制,但可归责于投资者本人的过错或不当行为的管制除外。在此基础上,本文将 ERE 界定为因环境问题所引起的征收,这一命题在当今国际私人直接投资活动是如此频繁以及各国政府对环境问题日趋重视的背景下,无疑有其存在的合理性,因此我们也就有理由相信 ERE 不是一个虚构的概念。例如,一国为吸引外资而实行“污染天堂”政策,但是后来考虑到保护环境的重要性而提高了对外资企业的环境标准,这就有可能构成对外资企业的歧视,从而也就有可能导致 ERE 的发生。事实上,在保护环境方面,地方企业一般要比跨国公司做的差,只不过,跨国公司为避免被征收,还是会比地方企业更愿意控制环境污染。从这个意义来说,征收是对外国投资者的一种威慑,这种威慑可能会成为他们身上的一种负担,从而降低了他们投资的愿望,但这种威慑也有可能转变成成为促进他们保护和改善环境的一种动力,一俟他们决心在一国进行投资。于是,ERE 存在的意义就在于它可以使征收朝着有利于环境保护的方向发展。

二、ERE 争议的可仲裁性

这一节主要是从由 ERE 引起的东道国与投资者之间的争议是否可以仲裁这一具体的问题,对 ERE 在国际法和国内法上的运用作一实证分析。

征收与环境都牵涉到一国的公共利益,因此我们可以说,ERE 争议是一个典型的公法争议。对于公法争议是否具有可仲裁性的问题,一直以来就存在着广泛争论,而究竟哪些事项可以仲裁,哪些事项不可以仲裁,各国规定亦不尽相同。有一种观点认为,各国在下面一点上是一致的,即凡该国认为争议事项关系该国公共利益、公共政策的,不允许以仲裁方式解决,而必须专属国家司法诉讼管辖^[5](第 115 页)。但是,晚近的一些著名判例却又表明,即使争议事项事关一国的公共利益或公共政策,也并不是绝对不可以提交仲裁。因此,本文认为,一国在界定仲裁范围时,不能仅仅根据争议事项涉及公共利益,就

排除仲裁的可适用性,争议是否具有可仲裁性,应结合本国的经济发展水平、法律传统和文化背景等因素综合考虑;其次,在 ERE 争议这一特殊事项上,还应特别结合国际商事仲裁的实践和发展趋势,本国法律制度的现状和环境问题的特殊性来探讨是否可提交仲裁。

(一)从世界范围来看,已有不少国家一改过去立场,而倾向于允许以仲裁的方式解决有关征收的争议。比如,一向以保守著称的土耳其政府,1999 年对其宪法进行了修改,其修正案第二条规定因特许权协议而产生的争议可以提交仲裁,如果争议具有涉外因素,也可以诉诸仲裁。墨西哥也是这方面一个很好的例子。长期以来,墨西哥一直坚持卡尔沃主义,并将其写进 1917 年的宪法,其与西方国家签订的双边投资协议也都包含一个卡尔沃条款,规定凡投资争议,尤其是国有化或征收这类敏感争议,均由东道国法院受理,反对国际仲裁或国际司法管辖。但是,在墨西哥 1994 年加入北美自由贸易协定 (NAFTA) 之后,墨西哥的上述立场出现了一个 180 度的大转弯。NAFTA 第 1120 条规定,允许投资者针对 NAFTA 成员国违反 NAFTA 的行为选择下列规则之一以便仲裁:(1)《关于解决各国与其他国家国民之间投资争端的公约》(简称 ICSID 公约),如果争议当事国和投资者母国都是 ICSID 公约的缔约国;(2)ICSID 附加便利规则,如果争议当事国和投资者母国只有一方是 ICSID 公约缔约国;(3)或者联合国国际贸易法委员会仲裁规则。

另外特别值得提及的是,在涉及投资争议问题上可谓立场最强硬的拉美国家,近年签订的双边投资条约几乎都已接受将国际仲裁作为解决投资者与东道国之间投资争端的方式。例如,1992 年《中阿双边投资协定》第 8 条第 2 款就规定,如果有关征收补偿款额的争议在开始协商后 6 个月内仍未能解决,应任何一方的要求,可将争议提交专设仲裁庭;缔约任何一方投资者与缔约另一方之间有关其他事项的争议,经争议双方同意,可提交仲裁解决。这就意味着,不仅有关征收补偿数额的争议可以提交仲裁,而且经争议双方的同意,有关征收合法性的争议也可以提交仲裁。这不能不说是一个非常引人注目的变化。不言而喻,引起这一变化的一个重要的原因,就是发展中国家为吸引外资,在逐渐放宽外资准入标准,提高投资待遇和加强投资保护的同时,也在开始重视争议解决机制对改善投资环境的作用。

(二)从我国现有的法律来看,我国事实上已有限度地允许将涉及征收的争议(其中自然包括征收合法性的争议)提交仲裁。

1994 年颁布的《仲裁法》的第 2 条和第 3 条分别以肯定性的概括语句和否定性的列举方式界定了我国的仲裁范围。第 2 条规定,平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷,可以仲裁;第 3 条规定,婚姻、收养、监护、抚养、继承纠纷和依法应由行政机关处理的行政争议不能仲裁。上述两条都没有将 ERE 争议排除在仲裁范围之外。其次,从立法者的意图来看,也有逐步扩大仲裁范围的意向。因此可以认为,ERE 具有可仲裁性在国内法上大致不会有什么障碍。

但是,关于仲裁范围的国内法如果与我国缔结或参加的国际条约不一致,则在一般情况下条约具有优先效力。仅就我国签订的双边投资协议而言,对于征收争议的解决方式,我国政府的立场前后发生了阶段性的变化。

在 1990 年 2 月 9 日我国签署《关于解决各国与其他国家国民之间投资争端的公约》之前,我国所签订的中外投资协定一般是将征收争议划分为有关征收合法性的争议和有关征收补偿数额的争议,然后区别适用不同的争端解决机制。对于有关征收补偿数额的争议可以仲裁,但对于有关征收合法性的争议则规定只能由采取征收措施的缔约一方的立法或司法机构审查。如 1984 年签订的《中挪投资议定书》第 2 条第 1 款规定,如果被征收的缔约一方的国民或公司认为征收不符合采取征收措施的缔约一方的法律,应该国民或公司的请求,采取征收措施的缔约一方有管辖权的立法或司法机构可对该征收予以审查;第 2 款和第 3 款接着规定,如果对补偿数额有异议,在开始协商后 6 个月内未获一致,应投资被征收缔约一方的国民或公司的请求,由采取征收措施的缔约另一方有管辖权的法院或国际仲裁庭对补偿数额予以审查。

在签署该公约之后,我国缔结的有些中外投资协议开始有条件地允许有关征收合法性的争议也可以提请仲裁。例如,1992 年签订的中韩投资协定第 9 条第 3 款,规定投资者与东道国之间有关征收补

偿数额的争议,如果自当事任何一方要求友好解决之日起6个月未能解决,则根据投资者的要求提交仲裁。接着又规定,一国政府和另一国投资者之间关于其他事项的争端,可根据双方的同意,提交仲裁。显然,在双方同意的前提下,有关征收合法性的争议亦可以诉诸仲裁的方式解决。这一阶段出现的另一个新气象是,在少量中外投资协定中,订立有将缔约国与其他缔约国投资者之间的投资争议提交ICSID中心仲裁的条款。例如,1995年缔结的《中摩投资协定》第10条第2款规定,如果争议在书面提出解决之日起6个月内不能由争议双方通过直接安排友好解决,该争议应按投资者的选择提交至投资所在缔约一方有管辖权的法院,或者1965年3月18日在华盛顿开放签字的《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》下设立的ICSID中心仲裁。为此目的,缔约任何一方对有关征收补偿款额的争议提交该仲裁程序均给予不可撤销的同意,其它争议提交该程序应征得当事双方同意。根据世界银行董事会关于ICSID公约报告的建议,东道国可以在其缔结的双边投资条约规定某些种类的投资争议可以提交中心仲裁,而投资者只需以书面方式确认这种规定即可表示其同意。因此,上述条款意味着在对于有关征收补偿款额的争议问题上,中摩投资协定已经构成对ICSID中心管辖的事先同意,而对于有关征收合法性的争议问题,则需当事双方在事后同意的前提下,方能提交ICSID仲裁。

1997年,我国制定了新的双边投资条约范本。范本第9条第1款规定,任何争议自协商之日起6个月内,未能通过协商解决,应任何一方的请求,争议可提交ICSID仲裁。这一规定可视为我国正式承认征收争议可仲裁性的一个标志。不过,该规定并不意味着构成对中心管辖权的事先同意,征收争议尤其是有关征收合法性的争议是否允许提交中心仲裁,我国可以附加必要的条件。

(三)就环境问题的特殊性来说,与其他管制措施相比,环境管制更强调了一国国民的公共利益与长远利益。因此,较之于其他类型的征收,与环境有关的征收涉及的是一个更为严肃和复杂的国家利益问题。其次,从技术的层面来看,ERE常常会涉及一国的环境标准和环境影响评价等复杂的技术性问题。特别是随着环境经济手段在环境管制中运用的日益广泛,技术性因素在ERE争议解决机制中的作用将会显得更加突出。所以,如果将ERE争议径直提交国际仲裁,无论是对东道国还是对国际仲裁庭,都将是一个挑战。如允许将ERE争议直接提请国际仲裁,无疑将增加我国应诉的困难。因此,本文认为,有必要在中外投资协定中规定一个在允许外国投资人将ERE争议提交仲裁之前必须用尽当地救济的附加条件。

用尽当地救济是一项公认的国际习惯法规则,它要求外国人“不仅采用他能够利用的实质性救济方法,而且要利用依据当地法律他所能支配的程序上的便利条件”。尽管有研究表明,这一规则在双边投资条约中似乎已有日暮途穷之势^[6](第315页),但是,仍有不少学者认为,如条约没有规定用尽当地救济,则应当认为即使条约中有关于国际仲裁的规定,在提交仲裁之前仍需用尽当地救济。

我国在1997年签订的双边投资条约中开始注意到用尽当地救济规则的问题,其基本态度是:允许外国投资者将其与我国政府的投资争议提交国际仲裁,但前提条件是必须用尽我国国内的行政复议程序,其次,投资者未将争议提交我国国内法院解决^[6](第326页)。“必须用尽我国国内的行政复议程序”,即意味着争议在未诉诸我国国内法院的情况下,必须首先应当由我国的行政机关处理,方可提交国际仲裁。但是,我国仲裁法第3条第2项明确规定,依法应当由行政机关处理的行政争议不能仲裁。如果我们考虑到投资争议中不少属于行政争议,尤其是与环境有关的征收所引起的争议,都是发生在行政机关与行政相对人即外国投资者之间,从国内法的角度来说,其性质是行政争议应属无疑,那么,“必须用尽我国国内的行政复议程序”就意味着根据仲裁法第3条第2项的规定,ERE争议不能提交仲裁。这一结论显然与双边投资条约中的仲裁条款相矛盾。在第二种情况下,如果投资者已经将投资争议提交给我国法院解决,则同样产生了排除仲裁的效果;如果我们假定投资者对仲裁有偏好,那么,投资者为了寻求仲裁就不会将ERE争议诉诸法院,而是去用尽我国国内的行政复议程序,于是这就又回到了第一种情况。

用尽当地救济本来包括用尽所在国的行政和司法救济,我国却仅规定用尽行政复议程序,而之所以放弃要求用尽司法救济,是为了避免国际仲裁庭推翻我国法院所作的判决,从而有损我国司法的独立性和严肃性。如果条约规定投资者在提交仲裁前必须用尽当地救济,包括行政和司法救济,则行政机关就不再是法律指定受理ERE争议的单一机构,从而也就避免了与仲裁法第2条第2项的冲突。如前所

述, ERE 争议所涉及的是异常敏感的一国公共利益问题, 并且因其争议的复杂性和技术难度, 从这个角度来说也有必要要求外国投资者用尽我国的司法救济, 以为将来可能的国际仲裁作充分的应诉准备; 对外国投资者而言, 修正后的规定也真正确立了 ERE 的可仲裁性, 尽管这会多多少少增加他们寻求救济的负担。基于此, 本文建议在我国将来签订的双边投资协议中, 应特别规定有关征收的争议只有在用尽当地救济的情况下方可提交仲裁, 至少对有关 ERE 合法性的争议应作如此规定。

[参 考 文 献]

- [1] 编委会. 2000 年中国对外经济统计年鉴[Z]. 北京: 中国统计出版社, 2001.
- [2] 编委会. 2001 年中国对外经济贸易白皮书[Z]. 北京: 中国金融出版社, 2001.
- [3] Ignaz Seidl-Hohenveldern. Collected Essays on International Investments and on International Organizations [M]. Kluwer Law International, 1998, (1).
- [4] WESTON, B. The Charter of Economic Rights and Duties of States and the Deprivation of Foreign Owned Wealth [J]. American Journal of International Law, 1981, (75).
- [5] 韩 健. 现代国际商事仲裁法的理论与实践[M]. 北京: 法律出版社, 2000.
- [6] 石静遐. 用尽当地救济规则与国际投资争议的解决[J]. 国际经济法论丛, 1999.

(责任编辑 车 英)

Environment-related Expropriation and Arbitrability

WANG Xi, LI Wen-kai

(Wuhan University Law School, Wuhan 430072, Hubei, China)

Biographies: WANG Xi (1952-), male, Doctor, Professor, Doctoral supervisor, Wuhan University Law School, majoring in international environmental law and comparative environmental law; LI Wen-kai (1979-), male, Graduate, Wuhan University Law School, majoring in international environmental law.

Abstract: This paper defines expropriation as a kind of regulation the host government takes for the purpose of depriving or intervening individual investor's rights of ownership or control over his investment. Regulation resulted from investor's faults or misdeed is not such an expropriation. Because the expropriation clauses of the bilateral investment agreements concluded by China with other countries does not differentiate between the establishment of expropriation and the legality of expropriation, there are puzzles and difficulties in interpreting those clauses. China has, in fact, permitted submitting the disputes related to expropriation to international arbitration under certain conditions. But, considering the special characteristics of ERE dispute, the authors believe that the pre-condition of exhausting local administrative remedies before submitting the dispute to arbitration is not enough.

Key words: expropriation; environment; regulation; arbitrability; international direct investment