

气候治理投资安排：溯源、沿革与新路径

刘冰玉*

摘要：传统投资条约长期侧重保护国际投资者利益。随着近年来国际可持续发展投资体制改革对气候变化议题的关切，气候治理与国际投资体制改革相互推动。其中，气候变化规制条款有望成为平衡东道国公共利益与投资者利益的重要工具。气候变化规制条款虽然历经发展，但其在制定与适用上仍面临诸多挑战。在气候安全已日益威胁全球和平与发展安全的背景下，在国家安全例外条款中增加气候安全例外条款可以在一定程度上应对气候变化规制条款的发展困境。在设置和援引气候安全例外条款时须遵守国际法标准和规则，避免因气候安全例外条款的滥用阻碍国际投资活动的有序发展。我国需在兼顾资本输出大国与资本输入大国的双重角色的基础上，制定符合我国国情和立场的气候变化规制条款，实现气候治理与投资保护的平衡。

关键词：气候变化 气候治理 规制权 国家安全例外 气候安全例外

传统投资条约的基本功能是保护外来投资者和约束东道国的投资规制，内容主要集中于东道国的投资保护义务和给予外国投资者相关待遇的义务。随着低碳经济的发展，投资条约的诸多条款已无法适应减缓和应对气候变化的需求，不利于各国履行《巴黎公约》框架下的温室气体减排义务。为更好地减缓和应对气候变化，推动国际气候治理体系和国际投资规则的协同发展，越来越多的投资条约开始纳入气候变化议题，做出气候治理投资安排，推出气候变化规制条款。由此，国际气候治理进入一个新的阶段，从联合国框架下和世界贸易组织框架下的气候治理，深入拓展到投资条约下的气候治理。

一、气候治理投资安排溯源：应对气候变化的国际投资体制改革

为有效应对气候变化危机，各国逐步开始鼓励气候友好型投资，通过撤销矿物燃料勘探或开采活动的许可证、逐步淘汰矿物燃料能源和取消矿物燃料补贴等行为，限制或禁止高碳排放的非

* 中国政法大学国际法学院副教授
基金项目：国家社会科学基金资助项目(23CFX077)

气候友好型投资。由于《能源宪章》与国际减排目标相违背,若干欧盟成员国已宣布欲单方面退出《能源宪章》。此外,部分国家也开始将碳密集型产业排除在《能源宪章》保护之外。例如,欧盟和英国已达成协议,将其境内的一些化石燃料投资排除在《能源宪章》保护范围之外。^① 并且,《能源宪章》第27条也规定,缔约国之间的争端解决程序不适用于第19条(可持续发展)或第10条(气候变化和清洁能源转型)。随着越来越多的国家采取减缓气候变化的减排措施,气候变化议题将逐步成为投资仲裁的争议焦点,国际投资规则与气候治理规则的冲突也开始凸显。应对气候变化的国际投资体制改革拉开序幕。

(一) 气候治理推动国际投资体制改革

气候变化已对全球的环境、经济和社会产生重大影响,应对气候变化已成为国际可持续发展议程的重要组成部分。传统的国际投资体制已无法适应东道国应对气候变化的需求,不利于东道国履行《巴黎公约》下的减排义务。为有效应对气候变化危机,各有关国家经过协商,对国际投资体制进行了有针对性的、系统的改革。在实体规则层面,投资条约增加了可持续发展、有利于气候友好型投资、东道国规制权等条款。^② 上述条款要求投资者在实施投资项目时考虑环境、气候变化等公共利益和社会因素,并遵守相关环境与社会法律标准。此外,国际投资体制改革也开始关注投资保护与气候治理的协同问题,倾向于更好地协调投资保护与东道国气候变化规制间的关系,尊重东道国为实施减排目标的气候变化规制措施。通过鼓励东道国制定可持续发展投资准则和指南、设立绿色金融机构、加强气候风险披露等措施,引导投资者更加重视气候友好型投资。在程序规则层面,开始对应对气候变化的投资争端解决机制进行改革。改革建议或是提出建立专门处理与气候变化相关的投资争端的特殊的争端解决机制,使国际投资体制和仲裁机构更加重视环境和气候问题;^③ 或是在国际投资争端解决机制中排除涉及气候变化内容的投资争议;^④ 抑或是在投资条约中纳入东道国反诉机制以保障东道国气候变化规制权的行使。^⑤ 应对气候变化的国际投资体制改革可以推动各国形成相对统一和标准化的可持续投资法律框架。当前,学界已草拟了“气候友好型投资条约范本”(以下简称“示范条约”),期待其能在鼓励缓减和适应气候变化的投资、降低相关的投资风险、保护东道国的气候变化规制权等方面发挥重要的指导作用。^⑥ 特别是在平衡国家与投资者的权利义务方面,“示范条约”将与环境和气候变化有关的规制措施排除在投资保护范围之外,最大程度地尊重了东道国应对气候变化的规制权。“示范条约”还增设投资者义务条款,要求投资者进行环境影响评价、投资过程合规、持续报告和披露与环

^① See Council of European Union, Agreement in Principle on the Modernization of the Energy Charter Treaty, 2022, https://www.bilaterals.org/IMG/pdf/reformed_ect_text.pdf, 2024-05-20.

^② See UNCTAD, International Investment in Climate Change Mitigation and Adaptation Trends and Policy Developments, 2022, <https://investmentpolicy.unctad.org/publications/1273/international-investment-in-climate-change-mitigation-and-adaptation-trends-and-policy-developments>, 2024-05-20.

^③ See UNCTAD, The International Investment Treaty Regime and Climate Action, 2022, https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2022d6_en.pdf, 2024-05-20.

^④ See Joshua Paine & Elizabeth Sheargold, A Climate Change Carve-Out for Investment Treaties, 26(2) Journal of International Economic Law, 285-304 (2023).

^⑤ 参见陈正健:《投资者与国家争端解决中的国家反诉》,《法商研究》2017年第1期。

^⑥ See Silke Noa Elrifai, A Model Multilateral Treaty for the Encouragement of Investment in Climate Change Mitigation and Adaptation, 36(1) Journal of International Arbitration, 71-94(2019).

境影响有关的信息等。投资者如违反应对气候变化义务则可能引起相应的赔偿义务，并可能引发东道国对其的反诉，这为实践中涉及气候变化投资争端解决制度的设计提供了基础。这些改革建议有助于推动国际投资体系的现代化以满足现代投资条约适应当今气候治理的需求，帮助东道国更好地应对气候变化危机。

（二）国际投资体制改革助力气候治理

应对气候变化的国际投资体制改革在助力气候治理方面发挥着关键作用，其在引导资金流向低碳经济、促进绿色技术创新、完善可持续发展投资法律框架等方面有效地推动了全球气候治理进程。^① 首先，应对气候变化的国际投资体制有助于鼓励投资者在可再生能源、能源效率改进等领域进行投资，利用市场准入优惠和补贴、清洁技术转让等方式推动气候友好技术、循环经济等领域的创新。通过创建气候融资机制，协调资金、技术支持气候项目的实施，进而缩小发展中国家面临的气候融资缺口。其次，应对气候变化的国际投资体制改革也可以推动包括企业和金融机构在内的投资者采取更为负责和透明的投资战略。^② 通过鼓励企业提高供应链的可持续性，促使投资者将应对气候变化问题纳入其投资考虑，进而推动跨国投资者负责任投资行为。国际投资体制改革推动了气候友好型投资，将投资者纳入气候治理的范畴，有助于气候治理目标的落实。

二、气候治理投资安排沿革：气候变化规制条款的演化与挑战

当前近 90% 的投资条约关系均建立在 2012 年之前签署的协定的基础之上。^③ 早期的投资条约通常只涉及投资者的权利和东道国的投资保护义务，一定程度上限制了东道国规制权的行使。自 2010 年以来国际社会新缔结了约 500 份投资条约，新一代的投资条约更加关注东道国规制权。国际投资体制的改革为投资领域的气候治理安排提供了制度背景和创新空间。

（一）气候变化规制条款的演化

1. 从“偏重保护外资”到“顾及东道国规制权”

发展中国家早期的外资法律框架普遍注重鼓励和保护外国投资，对外资的必要管制或限制相对宽松。2012 年，联合国贸易和发展会议（以下简称联合国贸发会）《可持续发展的投资政策框架》（以下简称《投资政策框架》）开始关注东道国与外国投资者的利益平衡，并致力于促进东道国可持续发展。^④ 《投资政策框架》呼吁国际投资政策从强调“保障外资权益”转向“促进东道国可持续发展”，从以“维护外资”为重心转向“平衡各方权利和义务”，并就“平衡资本输出国与资本

^① See UNCTAD, International Investment in Climate Change Mitigation and Adaptation, 2022, https://unctad.org/system/files/official-document/diaeinf2022d2_en.pdf, 2024-05-20.

^② See UN, Financing for Sustainable Development Report, 2023, <https://desapublications.un.org/publications/financing-sustainable-development-report-2023>, 2024-05-20.

^③ See UNCTAD, Trends in the Investment Treaty Regime and a Reform Toolbox for the Energy Transition, 2023, <https://unctad.org/publication/trends-investment-treaty-regime-and-reform-toolbox-energy-transition>, 2024-05-20.

^④ See UNCTAD, World Investment Report 2012: Towards a New Generation of Investment Policies, https://unctad.org/system/files/official-document/wir2012_embargoed_en.pdf, 2024-05-20.

输入国的权益”等议题达成共识。^①随着东道国规制权的扩大以及要求投资者承担与投资权利相对等义务的呼声高涨,东道国规制权的发展和针对投资者投资责任的规制体系也日益完善。

近年来,规制权条款作为实体规则被纳入“投资保护”专章,成为东道国维护本国公共利益的有效抗辩。^②例如,2022年《欧盟和安哥拉可持续发展投资便利化协定》(以下简称《欧盟和安哥拉协定》)第39条(规制权和保护水平)即规定了东道国的规制权,包括确保东道国的相关法律、政策鼓励高水平的环境劳工保护。《跨大西洋贸易与投资伙伴协定草案》“投资”章第2条第1款(东道国规制权)规定,东道国为实现公共卫生、安全、环境等公共目标,可在必要时采取措施。此外,在投资条约谈判中,通过外资准入的负面清单列明与可持续发展有关的重要事项或措施,也成为强化东道国环境规制权、推动东道国可持续发展目标实现的重要措施之一。^③

2. 从“侧重投资权益”到“关注环境公共利益”

虽然保护环境并非投资仲裁的主要目标,但随着可持续发展理念的发展,东道国的环境保护问题也逐渐成为国际投资领域的关注重点。投资条约不再侧重外国投资者投资利益的保护,日益关注投资对社会、环境和人权等方面的影响。^④随着越来越多的投资仲裁涉及东道国的环境规制措施,环境公共利益主张也在投资仲裁中持续繁荣发展。^⑤

一般例外条款常被东道国援引来保护其公共环境利益。大多数投资条约借鉴《1994年关税与贸易总协定》(GATT)第20条和《服务贸易总协定》(GATS)第14条的规定,列入一般例外条款。根据一般例外条款的规定,东道国可采取“不应妨碍为特定范围的公共目的”的措施,包括保护人类、植物或动物的生命或健康所必需的措施,以及与保护可耗尽自然资源有关的措施,但须要求该措施不得“构成任意或不合理歧视的手段”,或形成对国际贸易的“变相限制”。绝大多数投资条约中的环境保护例外条款沿用了GATT第20条一般例外条款的模式。^⑥不同投资条约对于环境问题的规定有所差异,有的将其笼统地定义为“环境问题”,有的将措辞具体至“可竭用的自然资源”“公共卫生”“人类和动植物健康安全”。除利用一般例外条款外,一些投资条约也通过限制适用最惠国待遇条款、公平公正待遇条款和间接征收条款来保护公共环境利益。投资者在实践中通常援引上述条款起诉东道国规制行为,一定程度上影响了东道国环境规制权的行使。^⑦随着国际投资体制改革的推进,一些投资条约在最惠国待遇条款、公平公正待遇条款、间接征收条款中提出了涉及环境保护相关事项的豁免,通过限制适用此类条款以减少国家对投资者的赔偿风险,保护东道国环境规制权。例如,2019年《布基纳法索和土耳其双边投资条约》第5

① 参见曾华群:《“可持续发展的投资政策框架”与我国的对策》,《厦门大学学报》(哲学社会科学版)2013年第6期。

② 参见张庆麟:《论国际投资协定中东道国规制权的实践及中国立场》,《政法论丛》2017年第6期。

③ 参见张光:《论国际投资协定的可持续发展型改革》,《法商研究》2017年第5期。

④ See Jorge E. Viñuales, *Foreign Investment and the Environment in International Law: Current Trends*, in Kate Miles (ed.), *Research Handbook on Environment and Investment Law*, Edward Elgar Publishing, 2019, pp.12-37.

⑤ See Laurent Gouiffès and Melissa Ordonez, *Climate Change in International Arbitration, the Next Big Thing?*, 40 *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 216 (2021).

⑥ 参见王艳冰:《国际投资法应对气候变化之合法性分析》,《学术界》2012年第2期。

⑦ 参见梁开银:《公平公正待遇条款的方法困境及出路》,《中国法学》2015年第6期。

条规定：“为保护人类、动物或植物的生命或健康，或环境以及与保护生物或非生物的可耗尽自然资源有关等法律措施不视为违反非歧视性待遇”。此外，为避免间接征收条款被滥用，一些投资条约或是明确规定与应对气候变化公共政策目标有关的非歧视性、善意的规制不构成间接征收，或是明确将用于环境保护目的的间接征收排除在协定覆盖范围之外。例如，《能源宪章》第 13.4 条关于征收的例外规定中就明确提及在一般情况下缔约方为保护合法的政策目标如公共卫生、安全和环境（包括缓解和适应气候变化）而设计和实施的非歧视性措施，不构成间接征收。

气候问题被视为环境问题的延伸或具体化，因此往往被放在环境规则的范畴下解决。在投资仲裁中，涉及东道国能源机制措施的争议，也往往被视为与环境（气候）有关的争议。在投资条约下，环境公共利益的保护并非仅仅为东道国的义务，投资者也被纳入义务主体范畴。随着国际社会越来越多地认识到投资者在推动低碳经济转型方面的责任，新一代投资条约开始纳入企业社会责任标准、负责任的商业行为标准、跨国企业准则等投资者行为准则。^① 2022 年《欧盟和安哥拉协定》第 5.7 条就规定投资者必须利用包括《联合国工商业与人权指导原则》《联合国全球契约》《经合组织跨国企业准则》及相关尽职调查指南，查明和处理其业务、供应链和其他商业关系中对环境和劳工条件的不利影响，督促企业和投资者承担企业社会责任，促进可持续发展和负责任投资。

3. 从“抽象环境条款”到“气候变化专门条款”

在全球应对气候变化的背景下，新一代投资条约在有关环境、气候行动和可持续发展的具体规定方面表现相对更好，开始包括涉及气候变化和气候行动的专门条款。^② 通过对近 5 年新缔结的 121 个投资条约中涉及气候变化的具体条款初步分析可以发现，新一代投资条约有关气候议题的条款主要包括间接规制气候行动的一般环境保护条款以及直接涉及气候议题的气候行动特别条款。较为常见的是在序言中明确各方应对气候变化的目标以及散落在条约各部分的与气候变化相关的规定，包括肯定缔约方的气候变化规制权、重申各方有关实施气候行动条约的承诺、强调各方以气候友好型技术促进投资的重要性、鼓励各方激励气候友好型和可持续发展投资、推动气候领域的合作以及企业的社会责任等内容在内的气候变化规制条款。

一些投资条约开始扩大环境、公共健康的内涵与范围，将应对气候变化作为一项合法的政策目标列入一般例外条款。虽然《能源宪章》第 24(b) 条规定的一般例外条款并未明确提及气候变化，但欧盟理事会发布的《能源宪章条约现代化》认为该条涉及的措施系为保护人类、动物或植物的生命或健康所必需的环境措施，包含减缓和适应气候变化的措施。^③ 联合国贸发会发布的《2023 年世界投资报告》也建议投资条约应为减缓气候变化做出贡献，如增设包括气候例外规则在内的气候友好型条款。^④

^① 参见黄世席：《论国际投资条约中企业社会责任条款的强化》，《法学》2023 年第 3 期。

^② See Daniel Magraw, Model Green Investment Treaty: International Investment and Climate Change, 36(1) Journal of International Arbitration, 95(2019).

^③ See European Parliament Resolution of 24 November 2022 on the Outcome of the Modernization of the Energy Charter Treaty, 2023, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022IP0421, 2024-05-20](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022IP0421_2024-05-20).

^④ See UNCTAD, World Investment Report, 2023, https://unctad.org/system/files/official-document/wir2023_en.pdf, 2024-05-20.

也有投资条约增加扩大政府气候变化规制权的条款,东道国通过制定法律和政策要求投资者在活动中遵守气候变化公约义务。主要体现在投资条约纳入了有关气候减缓和适应措施的内容,并设置气候行动专章规定缔约方在应对气候变化时所应采取的措施。例如,2020年《欧盟和英国贸易与合作协定》在序言中强调各缔约方在其领土内进行监管的自主权,以保护公共卫生、环境(包括气候变化)等公共利益。《能源宪章》缔约方同意大幅扩充关于可持续发展的条款,其中第19条重申各缔约方应履行《联合国气候变化框架公约》《巴黎协定》义务及其后续行动的承诺,努力确保其相关法律法规鼓励高水平的环境保护,包括在缓解和适应气候变化方面的努力。

还有投资条约设立促进气候友好型投资和国际气候行动合作的条款,鼓励投资者向清洁能源转型和对清洁技术进行投资。例如,《能源宪章》新增关于气候变化和清洁能源转型的独立条款,要求各缔约方对新的能源投资项目对人类健康、生物多样性、环境和气候的影响进行评估并予以公布。^①新的独立条款重申了各缔约方关于促进减缓和适应气候变化的政策和投资承诺,加强投资政策和措施与气候政策和措施的相互支持,推动向清洁能源和资源节约型经济的转型。《中欧全面投资协定》第4章也单列“投资与气候变化”小节,确保缔约方履行实现气候目标以及国家自主贡献的承诺,促进与减缓和适应气候变化有关的投资。在推动气候行动领域的国际合作方面,2020年《摩尔多瓦和英国贸易与合作协定》第17章第84条和第85条对双方在国内、地区和国际气候变化合作的具体内容进行了较为全面的建议性规定,如碳交易、低碳技术、减缓和适应气候变化、专业信息交流、制定适应气候变化的国家战略和具体措施、开展联合行动等方面。新一代投资条约还设定了国家间合作实施国家气候行动政策的具体程序和机制,通过建立联合委员会和专家小组、联合对话、气候行动磋商等方式推动国家间气候变化合作。例如,2020年《中欧全面投资协定》第4章就设立了由双方代表组成的联合委员会,负责监督协定的实施并定期就气候变化等可持续发展问题进行讨论。另外,还将具备国际环境法等专门知识或专长的个人组成专家小组,审查包括可持续发展、气候变化等议题在内的双方分歧。

国际投资体制为应对气候变化需求所做出的努力,在一定程度上为东道国更好地平衡环境保护、减缓气候变化提供了法律基础。在投资条约中纳入专门的气候变化条款可以使投资条约更有针对性地处理气候变化问题,体现出国际投资体制对气候变化问题的重视,为推动各国实现联合国可持续发展目标和履行《巴黎协定》下的减排义务提供必要支持,也为东道国更加自主地制定和实施相应的气候变化规制措施提供法律依据。

(二)气候变化规制条款面临的挑战

尽管环境和气候变化在新一代的投资条约中地位突出,但投资条约中的气候变化规制条款仍处于发展的初步阶段。气候治理与投资保护的冲突以及东道国资源禀赋的制约在一定程度上限制了气候变化规制条款的制定与适用。

1. 气候治理与投资保护的冲突

气候变化已导致生物多样性减少、海平面上升、极端气候事件频发等灾难性后果,其引发的资源稀缺、人口迁徙等问题也进一步加剧了社会的不稳定。国际气候治理的首要价值是通过国

^① See European Parliament Resolution of 24 November 2022 on the Outcome of the Modernization of the Energy Charter Treaty, 2023, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022IP0421>, 2024-05-20.

际治理机制抑制全球气温的持续上升,以避免上述灾难性后果的加剧。^①而肇始于 20 世纪 50 年代末的投资条约的基本功能是保护外国投资并约束东道国的规制权,其旨在创造一个稳定、透明、可预测的投资环境,通过对外国投资者权益的保护来鼓励和促进投资。由于气候治理目标与投资保护价值的冲突,且鉴于《巴黎协定》签订的时间较短,投资保护机制对于气候变化所可能带来的极端风险尚未引起充分关注,现有生效的投资条约中仅有少数条约明确包含气候变化有关的实体条款。^②虽然近年来一些投资条约开始在序言中规定与气候变化相关的内容,并将内容逐步渗透到实体条款中,但气候变化规制条款仍在投资条约中处于边缘地位。部分投资条约虽然通过序言强调应对气候变化的重要性,但因序言不具有法律效力,气候保护义务缺乏可执行性。诸多投资条约也尚未对低碳和高碳投资进行具体区分。投资条约争议解决条款中规定的投资者—东道国解决机制也增加了东道国采取气候变化规制措施面临的仲裁成本与风险。

将气候变化议题纳入投资条约可能产生气候治理与投资保护的冲突,特别是因为东道国的气候变化规制对高碳行业或投资项目的限制投资和审查,可能导致与投资保护的国民待遇、最惠国待遇、公平公正待遇原则相冲突。^③具体来说,实践中东道国通常会对外国投资者的气候友好型投资采取更优惠的激励政策。而国民待遇原则要求国家对投资项目一视同仁,尚未充分考量气候变化等因素。因此,外国投资者可能利用国民待遇原则质疑东道国限制化石燃料或采用有利于可再生能源进出口气候政策的合法性。^④与国民待遇原则类似,最惠国待遇原则也在一定程度上妨碍东道国对低碳和传统能源投资采取不同的规制措施,投资者可以利用最惠国待遇原则规避东道国气候变化规制的约束。^⑤此外,公平公正待遇原则的“透明度”和“合理预期”要求是判断东道国是否违反公平公正待遇原则需要考虑的重要因素。外国投资者可以因对投资收益或补贴政策等内容产生的合理期待落空而主张东道国违反公平公正待遇原则,从而阻碍东道国气候变化规制权的行使。^⑥

由于气候治理与投资保护的冲突,涉气候变化的投资争端也将越来越广泛地出现在国际投资仲裁领域。^⑦当前,涉气候变化的投资仲裁实践已经开始涌现。现有投资者对东道国气候变化规制权提出抗辩的案件类型主要包括环境类、化石燃料类、可再生能源类争端。^⑧这些争端凸显了东道国规制权、气候政策、投资者保护之间的协同发展问题。为了履行国际气候协定确立的

① 参见刘勇:《气候治理与贸易规制的冲突和协调——由碳边境调节机制引发的思考》,《法商研究》2023 年第 2 期。

② 参见张光:《论国际投资协定的可持续发展型改革》,《法商研究》2017 年第 5 期。

③ 参见张庆麟:《论国际投资协定中东道国规制权的实践及中国立场》,《政法论丛》2017 年第 6 期。

④ 参见黄世席:《全球气候治理与国际投资法的应对》,《国际法研究》2017 年第 2 期。

⑤ 参见李俊然、赵俊娟:《国际投资协定与气候变化协定的冲突与协调——以国际投资协定的实体规制为视角》,《河北法学》2019 年第 7 期。

⑥ 参见刘禹、孔庆江:《碳排放政策的投资仲裁风险与因应》,《太平洋学报》2022 年第 4 期。

⑦ See ICC Commission Report, Resolving Climate Change Related Disputes Through Arbitration and ADR, 2019, <https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2019/11/icc-arbitration-adr-commission-report-on-resolving-climate-change-related-disputes-english-version.pdf>, 2024-05-20.

⑧ See UNCATD, Treaty-Based Investor-State Dispute Settlement Cases and Climate Action, 2022, <https://investmentpolicy.unctad.org/publications/1270/treaty-based-investor-state-dispute-settlement-cases-and-climate-action>, 2024-05-20.

义务,各国政府在采取大量措施激励低碳领域投资和发展的同时也制定了相关限制甚至禁止高耗能、高排放、高污染领域投资的措施。这些措施势必损害不符合低碳投资特征、无法达到温室气体排放标准的外国投资者的利益,从而引发系列国际投资争端。^①

2. 国家资源禀赋的制约

国家自身的资源禀赋也制约着该国气候变化规制措施的设置与适用。一国在制定和运用气候变化规制措施时可能面临经济与政治的双重压力。对经济发展高度依赖高碳行业的发展中国家而言,采取应对气候变化的减排措施以及清洁能源转型需要大量资源的投入。技术和资金的缺乏限制了发展中国家在应对气候变化方面的能力,同时也制约了投资条约气候变化规制条款的制定和适用。气候变化规制条款可能增加投资收益的不确定性,使投资者难以预测和评估投资风险对投资者产生的负面影响。对于发展中国家而言,应对气候变化往往并非其发展的优先事项,其更倾向于提供稳定和可预测性的投资环境以吸引投资者,发展本国经济。

发展中国家还可能因缺乏明确、稳定和可操作的应对气候变化法律框架而降低其在气候变化规制条款制定过程中的参与度。当前,气候变化规制条款在投资条约中的数目占比不高,主要存在于发达国家之间以及发达国家与发展中国家间的投资条约中,发展中国家在具体制定和适用气候变化规制条款上面临技术层面的障碍。^② 虽然目前国际投资体制改革呼吁将气候变化议题纳入投资条约的修订,但是由于国际社会对投资条约中涉气候变化条款尚未达成一致,且各国在应对气候变化问题上存在利益冲突,发展中国家在投资条约制定过程中缺乏话语权等,这些原因均导致投资条约中的气候变化规制条款数量较少。此外,投资仲裁程序通常需要大量的资金和气候变化领域的专业知识,发展中国家可能面临着处理气候投资争端能力不足的挑战。^③ 缺乏充分的仲裁经验和专业知识可能使东道国在涉气候变化投资仲裁程序中处于不利地位,从而削弱其参与制定气候变化规制条款的意愿与积极性。

随着国际可持续发展投资改革的深入,国际投资所引发的涉气候变化投资争端案件将日益增多,如何避免东道国为应对气候变化而实施的投资限制措施成为新的投资壁垒进而阻碍国际投资发展,如何更好地协调气候治理与投资保护,将是未来国际投资体制改革的重要课题。

三、气候治理投资安排新路径:气候安全例外条款的引入

随着气候安全与国家安全的关联越来越紧密,气候安全例外条款可能成为东道国行使气候变化规制权的新路径。气候安全例外条款是在特定情况下为了国家或地区的气候安全利益,允许缔约方在应对气候变化和气候风险时采取必要的温室气体减排或产业结构调整等措施,即使这类措施可能与投资者利益保护相冲突且对投资产生一定的限制或不利影响。^④ 虽然气候安全

^① 参见陈红彦:《碳中和目标下全球气候治理的竞争转向与中国对策》,《法商研究》2023年第3期。

^② See OECD, *Investment Treaties and Climate Change*, 2024, [https://one.oecd.org/document/DAF/INV/TR1/RD\(2024\)1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/INV/TR1/RD(2024)1/en/pdf), 2024-05-20.

^③ See Joshua Paine & Elizabeth Sheargold, *A Climate Change Carve-Out for Investment Treaties*, 26(2) *Journal of International Economic Law*, 285-304 (2023).

^④ 参见黄世席、刘雪芹:《国际气候友好型投资争端的解决与国家安全例外抗辩》,《新疆社会科学》2022年第3期。

例外条款目前尚未被投资条约广泛采纳,但其对于拓展东道国气候治理路径具有重要意义。

(一)气候安全例外条款的溯源与发展

1.国家安全例外条款的变革:与气候安全的连接

国家安全的概念起初被用作阻断敌方投资,阻止敌方获取相关军事技术,使国家免受恐怖主义、战争或间谍等威胁。^① 由于国家安全的威胁来源种类和形式多样,国家安全概念也具有模糊性和开放性的特征。随着社会进步和科技发展,国家安全的外延不断扩大并被赋予新的内涵。

随着气候科学和国家安全情报评估的发展,人们意识到气候变化危机不仅仅是全球性环境危机,也构成对国家安全的严重威胁,已成为非传统安全的重要议题。^② 现有研究表明,气候系统变化对自然生态系统和人类社会经济系统造成的严重后果具有科学上的不确定性、发展的渐进性、致害的长期性等特点。^③ 其所带来的负面影响包括增加极端天气事件的强度和频率、因海平面上升导致的气候移民问题、因气候原因所导致的政治局势紧张以及加剧国家间的不平等问题,俨然已成为国家间“冲突的催化剂”。^④ 2022年联合国政府间气候变化专门委员会第六次气候变化特别评估报告也突出强调了气候变化给国家安全带来的多重风险。^⑤

鉴于气候变化问题产生的系统效应与自然环境、安全、经济、能源等其他领域关联的密切性,以及气候变化可能给人类带来的前所未有的风险和威胁,气候安全问题在国际政治议程中的地位也显著提升。^⑥ 联合国开始重点关注气候变化对国家安全的影响,并将这一气候安全议题作为未来几年政治议程的重要内容。^⑦ 实践中,已有诸多国家将气候安全与国家安全问题紧密相连。美国政府将气候变化纳入国家安全战略的重要议题,并将其视为政府行动的优先事项,承认气候变化可能成为军事行动和全球安全的威胁因素。^⑧ 欧盟“欧洲绿色协议”战略计划以及气候外交和安全战略,旨在强调气候安全的重要性,推动全球气候行动以应对气候变化对安全的潜在威胁。^⑨ 中国政府发布的《中国气候公报》也从自然灾害风险管理、水资源安全、粮食安全、生态安全、能源安全等多维度评估气候变化对国家安全的影响,并建议采取相关政策措施确保国家的

① 参见张乃根:《国际经贸条约的安全例外条款及其解释问题》,《法治研究》2021年第1期。

② 参见张锐、寇静娜:《全球气候安全治理的演进逻辑——基于联合国与欧盟的实证分析》,《国际论坛》2021年第3期。

③ See UN General Assembly, Climate Change and Its Possible Security Implications: Report of the Secretary-General, A/64/350, 11 September, 2009.

④ See Mark P. Nevitt, On Environmental Law, Climate Change & National Security Law, 44 Harvard Environmental Law Review, 322-365(2020).

⑤ See IPCC, IPCC Assessment Reports, 2022, <https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg2/>, 2024-05-20.

⑥ 参见周逸江:《安全化理论与国际组织角色分析——基于联合国安理会框架下的气候变化安全化进程》,《国际关系研究》2021年第4期。

⑦ See Meeting of the Security Council, Record of the 8451st Meeting, S/PV.8451, 25 January, 2019.

⑧ 参见[美]斯科特·豪格:《气候变化与美国国家安全部门:气候变化问题的安全化》,马津京译,《国际安全研究》2016年第3期。

⑨ See Council of European Union, The EU's Climate Change and Defence Roadmap, 2020, https://climate-laws.org/documents/climate-change-and-defence-roadmap-eas-2020-1251_c107? id=climate-change-and-defence-roadmap-eas-2020-1251_2140, 2024-5-20.

安全和可持续发展。^① 随着气候变化与安全之间联系的科学证明成果的积累,气候安全概念本身也将愈加完善。

2. 气候安全例外条款的设定与发展

在国际投资法视域下,国家安全例外条款一般允许缔约方以维护国家安全为由采取必要措施进行风险管理,偏离甚至豁免相关条约义务。^② 尽管气候变化与国家安全的关联性已逐渐得到国际社会的关注和承认,气候安全也已成为非传统安全的重要组成部分,但各国对气候安全例外是否国家安全例外的延伸这一问题尚缺乏共识。在投资仲裁实践中,国家安全例外条款仍偏重强调传统国家安全,较少关注气候安全问题,也缺乏东道国援引国家安全例外条款维护其气候变化规制权的仲裁实践。在国际社会对气候变化安全化风险持谨慎态度的情况下,各国对于气候安全例外条款的认知和设定进程较为缓慢。虽然目前气候安全例外条款尚未被投资条约广泛采纳,但随着国际社会对气候变化以及气候安全问题的日益重视,以及现有国家安全例外条款适用的扩张性特征,未来的投资条约可能大量涌现气候安全例外条款并对现有国际投资规则产生影响,值得理论界与实务界的高度关注。

实践中,如将气候安全例外置于一般例外条款的范畴内,可能限制国际社会对气候安全问题特殊性的重视程度;且援引一般例外条款的证明难度较大,不利于东道国进行举证。鉴于气候安全问题的紧迫性和全球性影响,单独设置气候安全例外条款可以推动投资条约特别关注气候相关投资,有利于明确维护东道国应对气候变化的规制权。但在如何协调此类条款与其他例外条款的关系以及如何平衡公共健康等其他公共利益方面,也存在条款设计上的难题。考虑到气候变化对国家安全的重要影响,较为合理和可行的做法是将气候安全例外条款置于国家安全例外条款中,将气候安全例外视为国家安全例外的一种特殊情况,使之成为国家安全例外内涵的重要组成部分和延伸。此种设置方式在强调气候安全对国家的重要性的同时,既可以明确国家在保障气候安全时的法律依据,又可以合理平衡气候安全与其他公共安全利益的关系。

(二)气候安全例外条款的适用优势

气候安全例外条款能够在一定程度上回应传统气候变化规制的不足,有助于将特定的气候问题上升为国家安全问题,凸显东道国气候变化规制价值的重要性。此外,相较于一般例外条款、最惠国待遇条款、公平公正待遇条款及间接征收条款,东道国援引气候安全例外条款可以赋予气候变化规制措施更多的灵活度。

1. 推动气候安全价值的优先性

在投资条约中,涉及环境、公共健康等公共利益的问题一般出现在一般例外条款中。国家安全例外条款通常适用于涉及国家安全的投资问题。虽然一般例外条款和国家安全例外条款均允许缔约方采取必要的措施来限制或调整投资以保护自身利益和实现公共政策目标,但是它们在条款目的、适用范围和证明标准等方面存在区别。相较而言,一般例外条款通常不涉及国家安全

^① 参见中国气象局国家气候中心,《2023年中国气候公报》, https://www.cma.gov.cn/zfxxgk/gkqr/qxbg/202402/t20240223_6084527.html, 2024-05-20.

^② 参见张丽娟、郭若楠:《国际贸易规则中的“国家安全例外”条款探析》,《国际论坛》2020年第3期; UNCTAD, *The Protection of National Security in IIAs: UNCTAD Series on International Investment Policies for Development*, 2009, <https://unctad.org/publication/protection-national-security-iias>, 2024-05-20.

问题,因此无法提供足够的保护措施来应对涉及国家安全威胁的投资事宜。而国家安全例外条款强调国家的安全和主权问题,允许缔约方在维护国家安全和利益方面采取必要的措施来防范潜在的安全威胁,使国家可以根据自身的具体情况和需要来解释该条款以维护其国家安全和利益。^①

随着气候安全与国家安全产生更多关联,气候安全也成为非传统国家安全的重要组成部分。在国家安全例外条款中增加气候安全例外条款内容可以更好地体现国际投资体制对气候变化问题的重视,突出气候安全价值的重要性,为东道国自主地采取符合气候安全利益的政策措施提供更为明确的法律依据。将东道国气候变化规制措施与国家安全问题挂钩,也可以赋予东道国气候安全规制措施的强制力和权威性。由于气候安全通常与国家的长远利益和稳定发展相关,气候安全例外条款可以激励东道国在减少碳排放和采取其他应对气候变化的措施上投入更多资源,制定符合其需求的气候变化政策。此外,气候安全例外条款也有助于国际社会更广泛地认识到气候变化对国家安全的威胁,推动东道国采取更为积极的行动履行国际气候变化义务。

2. 缓和气候治理与投资保护的冲突

尽管投资条约中的投资保护条款在一定程度上限制了东道国的气候变化规制措施,气候安全例外条款仍可以在一定程度上帮助东道国缓和气候变化规制措施与国民待遇条款、最惠国待遇条款、公平公正待遇条款之间的冲突。气候安全例外条款反映了国家对国家气候安全的关切,体现了东道国应对紧急气候安全问题的优先性,其提供给东道国规制气候安全问题的自主决策权,使东道国可以在紧急特殊情况下出于保护国家气候安全利益的考虑采取必要限制或调整投资政策,即使这些措施可能违反国民待遇、最惠国待遇、公平公正待遇等投资保护原则。气候安全例外条款为东道国在面临紧急情况时维护国家气候安全与投资保护之间的平衡提供了一种新的可能,确保东道国能够采取更为灵活的措施来应对气候变化的紧急影响,在一定程度上帮助东道国缓解了“监管寒蝉效应”。与气候变化规制条款从“抽象环境条款”到“气候变化规制专门条款”的发展逻辑类似,在国家安全例外条款中增加气候安全例外条款后,凡涉及气候变化威胁国家安全的情形就可以直接适用气候安全例外条款,使国家安全例外条款更有针对性地处理气候安全问题,增加了条款在内容解释与适用上的明确性。

3. 增强东道国气候变化规制自主权

相较于东道国其他的气候变化规制路径,气候安全例外条款对增强东道国气候变化规制自主权方面具有较大的优势。在审查标准和程度层面,东道国援引气候安全例外条款的标准比传统气候变化规制条款更低,东道国具有更大的自主决策权以自行决定何时以及采取何种措施保障国家气候安全。在实践中,东道国适用例外措施必须符合适当性,需证明其所采取的应对气候变化措施符合既定的条件和限制,如包括符合“合理性”“必要性”“非歧视性”“最小贸易限制”等要求。由于例外条款对“公共健康”“公共秩序”等内容缺乏明确的内涵界定,证明符合上述条件的标准较高、过程较为复杂;不同的仲裁庭可能会对同一条款进行不同的解释与适用,不同的证明标准也导致了例外条款适用的不确定性和不一致性。^② 而气候安全例外条款更加强调对东道国气候安全规制权的保护。根据有无“其认为”这一关键措辞,国家安全例外条款可以分为自裁

^① 参见沈伟:《国际投资协定中的安全例外条款:全球趋势与中国实践》,《比较法研究》2022年第6期。

^② 参见余劲松:《国际投资条约仲裁中投资者与东道国权益保护平衡问题研究》,《中国法学》2011年第2期。

决条款和非自裁决条款两类。考虑到国家安全例外条款的本质功能是保护投资东道国的公共利益,且国家安全问题涉及主权,设置过高的审查标准可能导致侵犯缔约方的主权从而引发东道国的顾虑。因此,采取自裁决条款的缔约方在宣布国家安全风险时依赖于东道国的自裁与评估。缔约方有权自己判断本国是否存在紧急状态、是否需要采取相应的规制措施保护本国的根本安全利益,而无须提供详细的证据或接受外部评估,这也意味着赋予东道国更加灵活的监管空间。在近些年来的国际投资实践中,主权国家在确定基本安全利益、相关贸易投资措施与维护基本安全利益之间的因果关系、措施的“必要性”等方面的自由裁量权较大,含有自裁决条款的投资条约也越来越多。^①援引气候安全例外条款在某种意义上可以大幅度降低东道国在条款适用上的合法性与合理性的适用标准,通过减少对东道国气候变化规制措施的限制,提高东道国参与减缓气候变化行动的积极性。

气候安全例外条款也有利于增加东道国的抗辩理由和胜诉机会,进一步推动东道国尊重和履行相关国际气候义务。随着气候变化问题对国际投资体制改革的冲击,气候安全例外条款可以成为东道国利用反诉追究投资者责任的重要法律依据。通过允许东道国在特定情况下适用气候安全例外条款,帮助东道国利用此条款对其气候安全规制行为进行抗辩,向投资者提出损害赔偿或履行其他补救义务等反诉主张,抑制东道国气候变化规制遭受投资者索赔的风险。

(三)气候安全例外条款设定与适用的国际法边界

1. 现实问题:国家安全例外条款的滥用

尽管国家安全例外条款在维护国家安全问题上存在诸多优势,但因其存在适用的不确定性等缺陷,目前尚缺乏该条款适用边界的国际共识。由于主权国家在国家安全问题上拥有很大的自由裁量权,在国家安全例外条款发展的早期,各国对于国家安全例外条款的适用普遍持谨慎态度。^②近年来,扩张的国家安全概念在增加主权国家在国际条约中脱身免责的自由裁量权的同时,也增加了外国投资者面临的不确定性和全球投资的不稳定性。^③国家安全例外在国际投资领域的滥用现象与国际投资领域缺乏合理援引“国家安全例外”的法律标准密切相关。缺乏具体的适用标准意味着国家安全例外的内涵和适用范围可能因投资条约、东道国和投资者甚至投资者母国对条款的解释和立场不同而有所差异,致使不同东道国对于自身气候安全利益的不同解读引发投资者与东道国之间的争端。虽然投资仲裁庭拥有对缔约方适用和解释国家安全例外条款的审查管辖权,但是主权国家在确定国家安全利益、相关贸易投资措施与维护基本安全利益之间的因果关系以及相关措施的“必要性”等方面享有较大的自由裁量权。^④国家安全的内涵随着国际形势的巨变发生了重大变化,特别是气候变化、大流行病等世纪挑战促使国家安全的内涵不断扩展,在对国家安全例外条款的发展产生深刻影响的同时,也对如何解决东道国与投资者之间

^① 根据联合国贸易和发展会议投资政策中心的统计,在2584个双边投资条约文本中,包含安全例外条款的有400个,对安全例外进行定义的有160个,自裁决安全例外条款有153个。See UNCTAD Investment Policy Hub, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>, 2024-05-20.

^② 参见刘敬东:《“国家安全”条款的适用边界及发展动向评析——以国际贸易投资规则为视角》,《法学杂志》2023年第2期。

^③ 参见沈伟:《国际投资协定中的安全例外条款:全球趋势与中国实践》,《比较法研究》2022年第6期。

^④ 参见丁丽柏、陈喆:《论WTO对安全例外条款扩张适用的规制》,《厦门大学学报》(哲学社会科学版)2020年第2期。

的权利分配矛盾提出了新的挑战。

由于国际社会对气候安全尚缺乏明确的定义,且气候安全例外条款的适用同样依赖于东道国的自裁决与评估,这将极大地增加东道国援引气候安全例外条款的可能性。若对气候安全例外条款的适用和解释缺乏明确的界定和限制,则一些国家可能利用该条款的广泛适用性和自裁决性滥用该条款,将其作为东道国逃避承担投资者利益保护义务的工具或借口,破坏国际投资秩序。厘清气候安全例外条款的适用条件和限制,对于避免某些国家以东道国气候变化规制为由对外国投资者采取单边投资限制措施意义重大。

2. 气候安全例外条款设置与援引的标准与规则

随着地缘经贸竞争的日益激烈,未来国家安全例外条款的援引将更加政治化,并将继续被视为禁止或限制竞争对手投资的地缘政治斗争法律工具。^① 在美国、欧盟等国家和地区在气候治理和国际投资规则领域展开博弈角逐的背景下,将有越来越多的国家利用气候变化规制条款为应对气候变化而采取的单边投资限制措施进行辩护。因此,需要设置气候安全例外条款援引的标准与规则。在设置和援引气候安全例外条款过程中可以重点考虑以下几个方面。

首先,明确气候安全例外的定义与界定。确定援引气候安全例外条款的条件是一个较为复杂的问题,在国际投资法的实践中,各国和投资者可能对气候安全例外条款的适用范围和条件有不同的解释和立场。因此,在投资条约的谈判过程中需明晰气候安全例外的定义、适用条件和适用范围,以便为各方提供更明确的指导和保障,避免被东道国滥用的可能性。在适用中,需明确规定援引气候安全例外条款必须存在严重的气候安全风险或紧急情况,以维护国家气候安全为根本目的。缔约方对于采取气候变化规制措施的程序和限制性条件须进行详细说明,并综合考虑气候变化规制措施对国家安全的紧迫性和全球性影响、投资者权益保护的需要、国家在应对气候变化方面的政策优先级等因素。

其次,明确国际安全例外条款的“例外”法律属性,防止条款被肆意滥用。作为例外条款性质的国家安全例外条款的适用必须遵循从严解释原则。虽然主权国家在国际投资领域援引国家安全例外条款时拥有自由裁量权,但这并非绝对性的权利,仲裁庭有权对国家适用国家安全例外条款的具体情形予以审查。也就是说主权国家可以根据国家安全例外条款自行决定采取相关措施,但一旦进入国际争端解决程序,其必要性以及对基本安全利益的认定则不具有自裁性。^② 为防止气候安全例外条款被滥用,应要求东道国必须承担其采取的气候变化规制措施与基本安全利益之间关联性的举证责任。只有当相关措施不足以维护国家气候安全,才可适用气候安全例外条款采取针对个别投资的特殊措施,且该特殊措施应专门针对该投资可能产生的气候安全威胁。具体来说,在涉及援引气候安全例外条款的具体案件中,需要仲裁庭或相关司法机构作出权威的法律分析和解释,判断满足气候安全例外条款的援引条件,并由兼具投资仲裁与气候变化专业知识的裁判人员进行解释。^③ 仲裁庭在判断援引气候安全例外条款的合理性时可参考以下因

^① 参见刘敬东:《“国家安全”条款的适用边界及发展动向评析——以国际贸易投资规则为视角》,《法学杂志》2023年第2期。

^② 参见韩秀丽:《双边投资协定中的自裁决条款研究——由“森普拉能源公司撤销案”引发的思考》,《法商研究》2011年第2期。

^③ See Joshua Paine & Elizabeth Sheargold, A Climate Change Carve-out for Investment Treaties, 26(2) Journal of International Economic Law, 303(2023).

素:(1)是否导致该国自然地理条件发生巨大变化,如气候变暖引起海平面上升,使生活在太平洋岛国的居民面临基本生存的严峻挑战。(2)是否破坏国家政权与社会秩序的稳定,如因气候变化所引发的社会治安动荡等问题。^①若满足上述关联性要求,则可允许东道国援引气候安全例外条款。考虑到国家安全问题涉及主权,相关国家仅证明相关气候变化规则措施与气候安全的最小合理关联性即可。

最后,气候安全例外条款的援引应遵循监管平衡性原则、透明度或可预见原则及问责性原则。^②监管平衡性原则实际上是比例原则的具体体现。东道国政府应在援引气候安全例外的投资法律制度中建立监督程序,对投资者的限制和调整应以维护国家气候安全所需为限。如果已有措施足以满足维护气候安全的需要,就应避免采取前述措施或调整措施。在监管过程中,东道国还需要遵守透明度或可预见原则。在适用气候安全例外条款时应当确保援引过程具有透明度、事先通知并征询利益相关方意见、保证程序的公正和可预测性,以及充分披露相关政策措施等。^③如果东道国政府采取的规制措施不当,那么应当遵循问责性原则,要求东道国政府建立气候安全例外条款援引的问责监督机制,通过公开披露相关信息、建立独立的监督机构确保气候安全例外条款的合理援引。

四、结语:气候治理投资安排之中国立场与选择

随着国际气候政治风险大量转移到司法领域,在与美国、欧盟等国家和地区在气候治理与国际投资规则领域展开博弈角逐的同时,如何实现投资规制与投资保护的协同发展,兼顾我国资本输出大国与资本输入大国的双重身份,制定符合我国国情和立场的平衡投资者与东道国利益的气候变化规制条款,是未来我国参与气候治理投资安排改革的重点和难点。

(一)作为资本输入国的立场

作为全球重要的投资目的地国,我国应利用新一代国际投资体制改革的机遇,通过“一带一路”推进与重要投资伙伴在可持续发展投资治理领域的国际合作,从实体规则和程序性规则两个层面支持和参与可持续发展投资条约改革。在实体规则完善层面,我国在未来修订或签订投资条约时需在接受保护投资者利益的同时,明确缔约方自行决定为实现保护公共健康、安全、环境等可持续发展事项的权利,以进一步推动气候变化规制条款的完善。无论是在投资准入条款确定东道国可以在涉及公共利益、气候安全等领域采取必要限制措施的权利,还是在公平公正待遇条款、最惠国待遇条款和间接征收条款等中明确列举东道国违反相关待遇和条款的情形,并规定缔约方为应对气候变化等公共利益所采取的非歧视规制措施不违反贸易投资规则,抑或是在投资条约中纳入投资者义务条款、气候安全例外条款等做法,均可在一定程度上防止投资者利用抽象

^① 参见刘青尧:《从气候变化到气候安全:国家的安全化行为研究》,《国际安全研究》2018年第6期。

^② See OECD, Guidelines for Recipient Country Investment Policies Relating to National Security, 2009, <https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/43384486.pdf>, 2024-05-20.

^③ 参见刘敬东:《“国家安全”条款的适用边界及发展动向评析——以国际贸易投资规则为视角》,《法学杂志》2023年第2期。

性投资贸易待遇条款进行滥诉,更好地平衡东道国与投资者利益。^① 在程序规则完善层面,可以考虑引入针对气候变化问题的特殊审查程序、设立专门处理涉气候变化投资争端的投资法院或仲裁机构,或是通过替代性纠纷解决方法解决投资者与东道国之间的涉气候变化投资争端,减少对东道国气候变化规制权行使的影响。此外,我国在推进“双碳”目标的进程中,也需加强气候变化规制措施的合规性,通过制定灵活的产业激励或退出政策,避免涉气候变化投资仲裁风险。

我国应积极应对国家安全例外条款面临的时代挑战,主动参与相关国际法新规则的制定,在坚持国家安全例外条款“例外”性质的原则之下,推动国家安全例外条款更加符合新形势下国家安全发展的新特点。^② 气候安全例外条款赋予东道国较大的气候变化规制权,但若不在国际法框架下对其进行限制,则不但会使外国投资者的合法权益得不到应有的保护,也会增加国家在司法和仲裁实践中的解释与适用风险。国际社会应通过协商合作进一步探讨包括气候安全例外条款在内的气候变化规制条款的设计与适用,避免因气候安全例外条款的滥用而破坏国际投资秩序。

(二) 作为资本输出国的立场

作为全球最大的海外投资国之一,在全球应对气候变化、各国气候变化监管快速推进的背景下,我国在“一带一路”沿线国家投资的基础设施建设、能源与资源开发等高碳排放项目极易引发涉气候变化投资争端。东道国可能利用投资条约中的气候变化规制条款对我国海外投资施加风险和影响。在此背景下,我国需要对潜在的东道国气候变化规制措施进行有效防范,及时应对我国商事主体海外投资可能面临的涉气候变化投资争端风险。

为避免东道国的气候变化规制措施影响我国海外投资企业的经济效益,可通过投资条约明确东道国气候变化规制措施影响投资利益的合理性程度,特别是在具体设计和适用包括气候安全例外条款在内的气候变化规制条款时需设定严格的适用条件,以此防范东道国不合理的气候变化规制措施。在东道国援引气候安全例外条款时,需考虑的因素包括:东道国是否确实存在严重的气候安全风险或紧急情况;东道国所采取的气候变化规制措施的目的与手段之间是否具有必要的关联性;东道国所采取的行动对于保护气候紧急情况下的根本安全利益是否必要。

我国“十四五”规划指出“依法保护外资企业合法权益,健全促进和保障境外投资的法律、政策和服务体系,坚定维护中国企业海外合法权益,实现高质量引进来和高水平走出去”。^③ 为有效应对东道国今后越来越严格的气候变化规制措施,我国也应制定应对海外涉气候变化投资争端风险机制,加强我国海外投资的安全保障能力建设。在“统筹推进国内法治和涉外法治”方略的指引下,结合我国“双碳”目标,统筹制定国内应对气候变化可持续发展投资立法与国际可持续发展投资规则。通过强化政府主导作用,以深化企业和金融机构可持续发展投资为抓手,提高企业和金融机构应对涉外气候变化投资争端的能力,进一步推进商事主体海外投资气候合规规则。

^① 参见李俊然、赵俊娟:《国际投资协定与气候变化协定的冲突与协调——国际投资协定的实体规则为视角》,《北方法学》2019年第7期。

^② 参见刘敬东:《“国家安全”条款的适用边界及发展动向评析——以国际贸易投资规则为视角》,《法学杂志》2023年第2期。

^③ 参见《中共中央关于制定国民经济和社会发展第十四个五年规划和二〇三五年远景目标的建议》, https://www.gov.cn/zhengce/2020-11/03/content_5556991.htm? eqid = eede2db90003263a00000003647d2f6e, 2024-05-20。

通过构建符合我国利益的应对涉气候变化投资风险国内法与国际法的统筹规制体系,进一步推动和完善我国海外利益保护法律体系建设,维护我国海外投资安全和发展权益。

Abstract: Traditional international investment agreements have long focused on protecting the interests of international investors. In recent years, with the international investment regime's concern over climate change issues, climate governance and the reform of international investment regime have been mutually reinforcing. Climate change regulatory clauses are expected to become an essential tool for balancing the host country's public interest and investor protection. Although climate change regulatory clauses have developed over time, they still face many challenges in formulation and application. Against the backdrop of climate security increasingly threatening global security, incorporating the content of climate security exception into the national security exception clauses can somewhat address the dilemmas. When establishing and invoking climate security exception clauses, it is necessary to adhere to international law standards and rules to avoid the misuse by host countries. The drafting of climate change regulatory clauses should consider China's dual identity as both a major capital exporter and a major capital importer, and should align with China's national conditions and positions, in order to achieve a balance between climate governance and investment protection.

Key Words: climate change, climate governance, right to regulate, national security exception, climate security exception

责任编辑 何 艳