

投资协定下气候规制损害补偿的模式转型与制度创新

梁佳欣*

摘要:各国为应对气候变化出台的气候规制措施会因造成外资利益受损而被外国投资者提起仲裁,指控东道国违反投资协定中的征收和公平公正待遇条款。由于间接征收与公平公正待遇认定标准模糊、仲裁裁决不一,加之损害补偿具有全有或全无的特点,投资者与东道国在气候规制损害补偿问题上形成“零和博弈”的态势。基于人类命运共同体理念的价值观,投资者与东道国之间的矛盾实质上是因气候治理背景下现有损害补偿模式的滞后性所致。为了纾解“东道国全责”或“投资者自担”的困境,基于人类命运共同体理念的利益观和责任观探究国际投资协定框架下气候治理成本的负担问题,可创新构建气候规制损害补偿责任共担基金制度,并从制度构建、协调与衔接的角度分析助推基金设立与运行的中国方案,以中国智慧和方案推动全球气候治理从责任分配之争迈向利益共享之治。

关键词:气候规制 间接征收 公平公正待遇 人类命运共同体 责任共担

各国为应对气候变化而颁布的如征收碳税、责令企业停产停业和撤销特许权等减污降碳政策极有可能因导致外资利益受损而被提请投资仲裁,并可能被仲裁庭认定为违反投资协定下的征收或公平公正待遇条款,导致东道国承担巨额补偿责任。反之,则投资者损失自担。气候规制损害特指国家为履行气候治理义务而采取的减缓和适应气候变化的措施所导致的外资利益损害。在气候规制损害的补偿问题上,投资者与东道国之间形成一种“零和博弈”的对立状态。本文将借助人类命运共同体理念分析气候规制损害补偿的模式转型方向,在此基础上提出构建气候规制损害补偿责任共担基金制度的设想,并探究推行该制度的中国方案,以期纾解气候规制损害的补偿困境。

一、气候规制损害的补偿困境:投资者与东道国“零和博弈”

(一)间接征收与公平公正待遇认定标准模糊

* 中南财经政法大学国际法学院讲师

基金项目:教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目(24JZD030)

1. 间接征收的认定

东道国政府的规制行为之于征收可划分为两类:构成征收,需要补偿;不构成征收,则无须补偿。征收分为直接征收和间接征收。^① 直接征收是指剥夺外国投资者的财产所有权,强制特征明显,近年来罕见,间接征收则更为普遍。间接征收是指在不转移外国投资者财产所有权的情况下,东道国的规制措施严重干预投资者的财产权利,同样需要补偿投资者的损失。

为了避免间接征收被滥用,相关研究和投资协定试图重新平衡投资者与东道国之间的利益。^② 根植于国际习惯法的“规制权”概念被引入国际投资法领域,规制权是一国政府维护公共福利的正当权力。^③ 如果东道国是为了保护重大公共利益而善意行使其规制权,那么即使影响到外国投资者的财产权利,也不需要提供补偿。此种规制行为不构成间接征收,而是被认定为非补偿性政府管制措施。^④ 很多新一代投资协定经改革后增加规定:为保护公共健康、安全、环境等公共福利而采取的非歧视性措施不构成间接征收。如2012年《美国双边投资协定范本》、2021年《加拿大双边投资协定范本》等。《能源宪章条约》现代化谈判成果也包含间接征收问题,根据该条约,为保护公共健康、安全和环境(包括在减缓和适应气候变化方面)等合法政策目标而采取的非歧视性措施不构成间接征收。综上,为了公共利益实施的非歧视性气候规制措施不构成间接征收,因此东道国不需要对所导致的外资损失给予补偿。

国际投资协定一般并不明确间接征收的概念以及认定标准,导致需补偿的间接征收与非补偿性政府管制措施界限模糊,仲裁庭的解释权扩大。许多案件表明仲裁庭对间接征收的审查和认定并不一致。例如,“圣塔埃琳娜诉哥斯达黎加案”^⑤仲裁庭表示,东道国的环境措施无论对整个社会多么有益,如果该措施与国家为实施其政策而采取的其他征收措施相似,那么国家都应给予投资者补偿。又如,“梅塞尼斯公司诉美国案”^⑥仲裁庭认为,东道国依照正当程序为公共目的进行的非歧视性规制,不被视为具有征收性和可补偿性。由于投资协定在间接征收认定标准上的留白和实践中仲裁庭认定的分歧,征收条款不再是定分止争的依据,反而沦为投资者与东道国博弈的工具。

2. 公平公正待遇的认定

间接征收条款的适用门槛较高,投资者通常需证明东道国的气候规制措施实质性剥夺或影响其投资价值。如果气候规制措施造成外资损失的严重性程度低于构成间接征收的要求,那么公平公正待遇条款可作为“兜底条款”,投资者在主张征收失败时仍可能获得补偿。因此,为了增加胜算,很多投资者均“双轨并举”,以东道国行为构成间接征收及违反公平公正待遇为由提起仲

^① 参见张光:《论东道国的环境措施与间接征收——基于若干国际投资仲裁案例的研究》,《法学论坛》2016年第4期。

^② 参见刘冰玉:《气候治理投资安排:溯源、沿革与新路径》,《法商研究》2024年第4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 See Borzu Sabahi, Noah Rubins and Don Wallace, Jr., *Investor—State Arbitration*, Oxford University Press, 2019, p.600.

^⑤ See *Compania del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1, Final Award, 17 February 2000.

^⑥ See *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, 3 August 2005.

裁并索赔。国际投资协定中公平公正待遇条款规定形式多样、内容抽象,直接导致仲裁庭的认定和解释出现分歧。例如,2009年《中国和瑞士双边投资协定》第4条规定:“每一缔约方投资者的投资和收益应在任何时候都得到公平和公正的待遇”。概括性的公平公正待遇条款措辞使得仲裁庭在裁决案件时拥有过高的自由度。^① 不同案件的仲裁庭对东道国是否违反公平公正待遇的考量因素不同,主要包括:投资者合理期待,东道国行为存在武断、歧视,东道国行为缺乏透明度,东道国拒绝司法等。^② 自2000年仲裁庭首度审查投资者合理期待因素至今,其出现频率远超其他因素。^③ 尤其在全球气候治理背景下,投资者的合理期待已成为解释公平公正待遇条款的支配性因素。仲裁实践中对投资者能否就东道国普遍适用的法律制度主张合理期待的审查和认定常出现不一致的情形。例如,“查瑞和建筑投资公司诉西班牙案”^④仲裁庭认为合理期待来自国家针对投资者的具体承诺,在没有具体承诺的情况下,投资者无法合理预期法令所确立的监管制度将保持不变,因此西班牙并未侵害投资者的合理期待。然而,“索斯巴达斯诉西班牙案”^⑤仲裁庭则认为投资者依赖于西班牙法令确立的补贴制度进行投资,其合理期待是补贴制度具有稳定性,而新法令确立的补贴制度改变了原有制度的基本特征,变动幅度超出了投资者合理预见的范围,挫败了投资者的合理期待。合理期待已跃升为解释公平公正待遇的核心变量,成为撬动东道国巨额补偿的支点。

(二) 仲裁裁决倾向与损失补偿特点

从国际投资争端解决中心近几年的数据来看,超过50%的投资仲裁裁决部分或全部支持了投资者的主张。^⑥ 在已有的与气候行动有关的投资仲裁案件中,裁决支持投资者并要求东道国支付补偿的案件比例大于支持东道国的案件。^⑦ 很多仲裁庭在认定间接征收时存在重效果轻目的之倾向,^⑧认为东道国措施只要对外资产生实质性负面影响就构成间接征收,尽管东道国是出于保护公共利益的目的。由于投资者为增加胜算通常会同时主张东道国违反征收和公平公正待遇条款,因此即使间接征收的主张被否定,公平公正待遇条款内涵不明,加之仲裁庭的扩张性适用也可能使仲裁庭作出有利于投资者的裁决。一般投资协定并没有关于违反征收和公平公正待

^① 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。

^② 参见覃华平:《气候治理投资安排转型中的公平公正待遇:实践检视与制度续造》,《法商研究》2025年第4期。

^③ See Chen Yu, *International Adjudication as International Law—Making: The Incorporation of Fair and Equitable Treatment Elements in Investment Treaties*, 27 *Journal of International Economic Law*, 262(2024).

^④ See *Charanne B.V. and Construction Investments S.a.r.l. v. Spain*, SCC Case No. 062/2012, Final Award, 21 January 2016.

^⑤ See *SolEs Badajoz GmbH v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/38, Final Award, 31 July 2019.

^⑥ See ICSID, 2024 Caseload Statistics, <https://icsid.worldbank.org/news-and-events/news-releases/icsid-releases-2024-caseload-statistics>, 2025-04-04; ICSID, Caseload Statistics for the 2023 Fiscal Year, <https://icsid.worldbank.org/news-and-events/news-releases/icsid-releases-caseload-statistics-2023-fiscal-year>, 2025-04-04; ICSID, 2022 Caseload Statistics, <https://icsid.worldbank.org/news-and-events/communiques/icsid-releases-2022-caseload-statistics>, 2025-04-04.

^⑦ See UNCTAD, *Treaty-Based Investor-State Dispute Settlement Cases and Climate Action*, 2022, https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2022d7_en.pdf, 2025-04-04.

^⑧ 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。

遇条款补偿额的具体规定,仲裁庭多依照国际习惯法的“完全补偿原则”裁决补偿额。“霍茹夫工厂案”^①将完全补偿定义为补偿需要“尽可能消除不法行为的一切后果,并恢复如若该不法行为未被实施而极有可能已存在的情形”。在该案中,常设国际法院将完全补偿原则适用于违反条约的征收行为。在后续案件中,陆续认定其他违反条约的行为也适用完全补偿原则。完全补偿原则被纳入2001年《国家对国际不法行为的责任条款草案》第31条“国家有义务对其国际不法行为所造成的损害进行充分补偿”。若同一东道国行为被认定同时违反间接征收和公平公正待遇条款,那么仲裁实践普遍在救济层面避免重复补偿,仲裁庭仍以完全补偿原则确定一次性补偿金额,如“克斯塔莱克斯诉委内瑞拉案”。^② 仲裁案件涉及东道国支付的补偿金额可能高达数亿甚至数十亿美元。^③ 综上,当东道国的气候规制措施被认定为间接征收或者违反公平公正待遇条款,或者既构成间接征收又违反公平公正待遇条款时,仲裁庭大概率会裁决东道国全额补偿外资损失。当仲裁庭认定东道国的气候规制措施不构成间接征收且并未违反公平公正待遇条款时,受损的外资将获得零补偿。因此,气候规制损害的补偿具有全有或全无的特点。

(三)气候治理和国际投资制度的失调

各国采取相应的气候规制措施具有正当性。《联合国气候变化框架公约》(以下简称《框架公约》)和《巴黎协定》等气候公约明确了各国减缓和适应气候变化的义务。依据《巴黎协定》第4条第2款的规定,各缔约方应当在国内采取减缓气候变化的措施以实现国家自主贡献目标。同时,投资保护向来是国际投资协定的核心目标和基本宗旨。^④ 缔约国有保护外资的义务。投资协定中征收和公平公正待遇条款设置的目的即保护外资利益免受东道国侵害。^⑤ 然而,国家履行气候治理义务的碳中和等政策会因影响外资利益而被认定为违反投资协定中的征收或公平公正待遇条款,与国家的外资保护义务相冲突。投资者通常选择以提起投资仲裁的方式挑战东道国的气候规制措施。潜在的巨额补偿风险会导致国家出于避免此类纠纷的考量而在制定减碳政策时更加谨慎,^⑥间接制约了气候治理进程。国际投资仲裁案件也可能影响被诉东道国的声誉,^⑦减损其外资引进。因此,气候治理与国际投资两种并行的国际制度尚需调和。^⑧

综上,在现有投资者和东道国二元对立的气候规制损害补偿模式下,若仲裁庭认定气候规制措施构成间接征收或违反公平公正待遇条款,则东道国需完全补偿投资者损失。这将削弱东道国履行气候治理义务的能力和积极性。若仲裁庭认定气候规制措施未违反征收和公平公正待遇

^① See *Factory at Chorzow (Merits)*, PCIJ Reports Series A, No 17, 13 September 1928.

^② See *Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/11/2, Final Award, 4 April 2016.

^③ See IISD, *Compensation Under Investment Treaties: What are the Problems and What can be Done?*, 2020, <https://www.iisd.org/system/files/2020-12/compensation-investment-treaties-en.pdf>, 2025-04-04.

^④ 参见赵玉意:《实践与理性:国际投资仲裁中的环境问题研究》,法律出版社2021年版,第154页。

^⑤ 参见刘禹、莫漫漫、程玉:《投资仲裁下碳中和政策的争端风险与应对》,《中国人口·资源与环境》2022年第7期。

^⑥ See Kyla Tienhaara, *Regulatory Chill in a Warming World: The Threat to Climate Policy Posed by Investor-State Dispute Settlement*, 7 *Transnational Environmental Law*, 229 (2018).

^⑦ See UNCTAD, *Treaty-Based Investor-State Dispute Settlement Cases and Climate Action*, 2022, https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2022d7_en.pdf, 2025-04-04.

^⑧ 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。

条款,投资者自行承担气候规制给其造成的全部损失,则将导致投资者投资信心受损,从而阻碍国际投资发展。气候治理背景下这种“非此即彼”的气候规制损害补偿模式具有一定的滞后性,造成投资者与东道国之间的“零和博弈”,导致国家规制的“寒蝉效应”。

二、气候规制损害补偿模式的转型:人类命运共同体理念下的责任共担

构建人类命运共同体是习近平法治思想中有关国际法治的核心思想。^① 人类命运共同体理念被纳入联合国框架下的系列决议,表明了其引领国际法治变革的趋势。^② 人类命运共同体理念的全球价值观、利益观和责任观有助于我们走出国际投资协定下气候规制损害补偿的困境。

(一)零和博弈的突破:兼顾气候治理与投资保护

目标价值体现主体行为的动机。^③ 气候治理与投资保护的目标价值分别是安全与发展。同时,安全与发展也均是现代国际法治的目标价值。^④ 这两个目标价值是否冲突呢? 实现气候安全就要以阻碍投资发展为代价吗? 人类命运共同体理念的价值观有助于我们厘清气候治理与投资保护的关系。人类命运共同体理念的目标价值包括实现世界的普遍安全和共同繁荣。^⑤ 普遍安全强调国家安全和世界各国的共同安全,包含传统安全与非传统安全。^⑥ 气候变化是随着人类社会发展逐渐显现的对人类生存和发展构成重大威胁的安全问题,是当今人类共同面临的非传统安全威胁。^⑦ 各国出台气候规制措施履行其气候治理义务,积极应对气候变化,目的是实现本国和世界共同的气候安全。气候治理背后的目标价值是“安全”。共同繁荣强调世界各国互利共赢,合作促进全球经济发展。国际投资协定下的投资保护不仅是投资者及其母国的诉求,也是东道国吸引外资、促进本国经济发展的需要。投资保护的微观目标是保护投资者的经济利益,中观目标着眼于驱动国家经济增长,宏观愿景旨在促进国际投资发展。国际投资是推动全球经济发展的重要动力,可见投资保护背后的终极目标价值是“发展”。构建人类命运共同体的目标价值要求同时实现世界的普遍安全和共同繁荣,指明应对全球治理危机应当兼顾安全与发展。气候安全问题缘于人类经济社会的发展进程,同时气候安全是人类经济社会可持续发展的基础。为了实现稳定的气候安全,进行气候治理也需要经济发展提供物质保障。要实现人类经济社会长远发展,就要统筹发展与安全,兼顾投资保护与气候治理,坚持可持续发展原则。因此,投资保护与气候治理的目标价值并不冲突,投资者与东道国在气候规制损害补偿问题上的冲突源于现有的补偿模式不适应气候治理所致的虚假立场冲突,而非深层利益冲突。当前正值国际投资制

^① 参见黄进、鲁洋:《习近平法治思想的国际法治意涵》,《政法论坛》2021年第3期。

^② 参见李寿平:《人类命运共同体理念引领国际法治变革:逻辑证成与现实路径》,《法商研究》2020年第1期。

^③ 参见何田田:《国际法秩序价值的中国话语——从“和平共处五项原则”到“构建人类命运共同体”》,《法商研究》2021年第5期。

^④ 参见李寿平:《人类命运共同体理念引领国际法治变革:逻辑证成与现实路径》,《法商研究》2020年第1期。

^⑤ 参见中共中央宣传部编:《习近平新时代中国特色社会主义思想学习纲要》,学习出版社、人民出版社2019年版,第219页。

^⑥ 参见贾文山、王丽君、赵立敏:《习近平普遍安全观及其对构建人类命运共同体的意义》,《中国人民大学学报》2019年第3期。

^⑦ 参见中华人民共和国国务院新闻办公室:《携手构建人类命运共同体:中国的倡议与行动》,人民出版社2023年版,第40页。

度改革的关键时期,联合国贸易和发展会议(以下简称联合国贸发会)表示各国应当致力于确保国际投资相关制度有利于而不是阻碍可持续发展目标的实现。^①基于此,国际投资协定下气候规制损害的补偿模式亟须转型,兼顾投资者个体利益与人类集体利益,促进国际投资与气候治理制度的协调。

(二)气候规制措施的特殊性:保护人类共同利益

人类在气候议题之下已然成为利益共同体,气候规制有超越一般“规制权”的意义,是应对人类共同威胁、保护人类共同利益的必要之举。人类命运共同体理念的利益观——“人类利益共同体”——关注人类共同利益,^②与西方国家提出的“人类共同关切事项”具有相似性。《框架公约》和《巴黎协定》均承认气候变化是人类共同关切事项。中西方国家对于气候议题的利益识别一致,均认同气候安全之于全人类生存与发展的重要性。而“人类利益共同体”比“人类共同关切事项”更注重人类安危与共的整体性和协调性。有学者认为人类命运共同体理念加速了国际法的“人本主义”趋势。^③国际法“国本主义”关注国家主权,主要调整国家之间的关系,体现国家之间的博弈与利益协调。而人类利益共同体关注个体的集合——“全人类”。可以说人类利益共同体视阈下的国际法是“人类本位”的,保护包括横向空间维度的各国人民和纵向时间维度的当代与后代人民。人类利益共同体关注人类的整体性而非差异性。全人类是一个整体,是个体的人的集合体。每个国家、外资企业背后都是个体的人的集合。气候变化的影响超越个体差异,关涉人类这一物种整体的生存发展。人类命运的整体性立基于利益的共通性。气候变化是全人类共同面临的安全威胁,属于全球危机,因而不同于传统的国家或区域性危机。不同国家虽然经济社会发展情况各不相同,但面临的气候威胁是相同的。气候变化无差别影响世界各国人民的生存,任何国家、企业、个人都不可能独善其身。全人类共同面临客观气候威胁加之全人类对共同面临的气候威胁的主观认识一致,使得气候变化成为目前全人类共同关注的议题,气候变化问题也必须由全人类共同应对。人类利益共同体强调国家之间的协调。世界各国基于保护和促进全人类共同利益进行合作,共商共建共享,增强解决世界问题的合力。不过,虽然国际法有从“国本主义”走向“人本主义”的趋势,但是国家依旧是国际法的基础和重要主体,全人类共同利益的维护仍然主要由国家引领和推动。为了高效应对人类共同面临的气候变化威胁,世界各国代表本国人民利益参与国际条约的磋商,协调、明确各国应对气候变化的分工与合作,由各国分别执行,各国的气候规制措施是具体履行涉气候国际条约义务的体现。

气候规制措施相比一般的国家规制措施具有一定特殊性。基于社会契约论,国家主权来源于人权,主权在民。^④各国气候规制措施表面上是各国国家意志的体现,实质上是各国代表的全人类谋求普遍安全利益的体现。虽然东道国规制措施的出发点均是保护公共利益,但大多限于保护本国的公共利益。而气候规制措施的目标与意义涵括对全人类共同面临的非传统安全威胁——“全球气候变化”——的应对,因此远远超越一国对本国公共利益的保护。气候变化是全

^① See UNCTAD, International Investment Agreements Trends: The Increasing Dichotomy Between New and Old Treaties, 2024, https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2024d4_en.pdf, 2025-04-04.

^② 参见李寿平:《人类命运共同体理念引领国际法治变革:逻辑证成与现实路径》,《法商研究》2020年第1期。

^③ 参见车丕照:《“人类命运共同体”理念的国际法学思考》,《吉林大学社会科学学报》2018年第6期;江河:《论国际法的公平价值及其实现进路:从和平到正义》,《政法论丛》2023年第1期。

^④ 参见何志鹏:《国际法哲学》,法律出版社2024年版,第459页。

球的系统性危机,是需要各个国家共同应对的危机,气候议题下一国的公共利益与全球公共利益高度一致。一国颁布气候规制措施在追求本国公共利益的同时,也在保护全球公共利益,也即维护全人类共同的气候安全。国家的气候规制措施是其行使主权的体现,更是其借由主权在国际法中的权威性和独立性来促进国家自主贡献承诺的实现。全人类是气候治理的终极关怀对象,但国家是保护全人类气候利益的主要行动主体。^① 气候安全囊括国家与国际双维度的利益,是满足全人类生存发展的基础。因此,气候规制措施不仅仅是国家应用规制权保护本国人民利益的表现,从全球系统性角度看,更是各国为实现全人类气候安全的共同利益积极作为的体现。

(三)气候规制所致的外资损失:责任共同分担

保护人类共同利益是气候规制措施的主观目的和欲达到的客观效果。但规制措施经常性导致外资个体利益受损也是客观事实。外资损失谁来负担? 人类命运共同体理念的责任观以利益观为基础,超越传统国际法中单一主体——“国家”——的责任视角,倡导构建人类命运共同体。东道国气候规制措施成本负担的责任制度是实现人类共同气候安全利益的保障。人类命运共同体理念的责任观对推动建立国际投资协定框架下公平合理的气候治理成本负担制度具有重要意义。

利益是明确责任的逻辑起点,责任是实现利益的根本保障。碳排放产业的发展与转型均是基于人类生存发展的需要。碳排放产业在人类社会发展的历史进程中曾扮演重要角色,促使生产力突破性飞跃,推动了经济增长与人类社会进步。随着气候安全威胁的凸显,碳排放产业的生态破坏性显现。如今为了保护人类共同的气候安全利益,实现可持续发展,高碳产业的历史合理性锐减,需逐步让位于绿色低碳产业。很多国家的气候规制措施是为了加速高碳产业的转型与淘汰,其造成的外资损失属于应对气候危机的成本。投资者因东道国气候政策遭受的损失是投资者个体为全人类共同生存利益让渡的私人利益,是为全人类共同利益所作出的“牺牲”。

推动构建人类命运共同体,世界各国不仅仅要共享权利,更要共担责任。利益的共享性决定了责任的共担性,人类命运共同体的责任观即责任共担、同舟共济。为了全人类共同利益实施的气候规制措施所造成的外资损失应当由全人类共同承担。气候规制措施的利益主体是全人类,责任主体也应当是全人类。气候规制造成的外资损失是投资者首先承担了气候治理措施的成本,气候治理成本体现为私人损失。投资者作为污染者和全人类的一分子,基于污染者付费原则和人类命运共同体的责任观,理应成为气候规制成本的分担主体。但如果仅由投资者承担全部损失,那么实质是将气候治理成本私有化,违背了受益者负担原则。如此,投资者的损失超出其所应当负担的部分,气候规制的成本负担与收益不相称,有违分配正义。

补偿气候规制措施所致的外资损失具有公平性,损失由受益主体共担具有合理性。国际法的核心是执行,^② 只有国际制度是公平合理的,各主体才会有遵守意愿,制度也才具有有效性和生命力。构建气候规制损害补偿责任共担制度能够化解投资者与东道国的对立,有效降低东道国的仲裁风险,缓解其面临的财政压力,有助于推进各国积极履行气候治理的国际义务,同时还可推动投资者主动配合低碳转型。从近几年国际投资争端解决中心发布的数据来看,有 20%~

^① 参见石斌:《秩序转型、国际分配正义与新兴大国的历史责任》,《世界经济与政治》2010年第12期。

^② 参见刘晓红:《国际公共卫生安全全球治理的国际法之维》,《法学》2020年第4期。

50%的案件达成和解。^① 较高比例的和解率体现出投资者和东道国互相让步、共同分担气候规制损害的可能性与可行性。一方面,责任共担有助于突破投资者与东道国之间在气候规制损害补偿问题上的“零和博弈”;另一方面,创新构建国际投资协定框架下的气候规制损害补偿责任共担基金制度则系人类命运共同体理念责任观的内化。

三、气候规制损害补偿制度创新:补偿责任共担基金制度

设立投资协定框架下的气候规制损害补偿责任共担基金(以下简称“补偿责任共担基金”),能够实现以资金池汇聚责任共担主体的资金,形成稳定充足的资金来源用于气候规制损害补偿。构建该基金制度需要明确具体的出资责任主体,并建立出资责任主体间的协调决策机制,制定公平合理的基金筹资、使用和管理规则。

(一)基金出资责任主体

一些气候基金为解决资金问题探索采用混合融资的模式,以公共资本撬动私人资本参与气候友好型投资项目。^② 基于人类命运共同体理念的责任观,补偿责任共担基金的资金来源也应具有公私融合的特点,但并非采用混合融资的模式,而是由国家和投资者共同摊款。

1. 投资者出资

首先,从碳排放和企业社会责任来看,投资者出资具有正当性。应对气候变化是全球环境保护的一部分。^③ 依照污染者付费原则,污染者应承担污染控制和预防措施的成本。^④ 碳排放产业投资者通过投资决策和资金流向等方式助推了碳排放活动,加剧了气候变化。投资者的投资行为与碳排放之间存在着因果联系。碳排放所带来的外部性(如温室气体排放、极端天气等)并不会直接反映在投资者的财务状况中,而是由整个人类社会承担。基于此,东道国为了减缓和适应气候变化进行气候规制导致外资利益受损,外国投资者作为加剧气候变化的投资活动的决策者和资本提供者应当对其自身损失承担一定的责任。因此,气候规制所致外资损害的责任归属有一部分在外国投资者,投资者出资基金是其对气候公共利益所致损害的一种责任分担。依据企业公民理论,企业既是市场经济的主体,也在社会运作中具有公民身份,应当像公民一样在享有权利的同时承担相应的社会责任。^⑤ 基于人类命运共同体理念的责任观,气候规制措施造成的外资损失应当由全人类共同承担。在气候治理背景下,投资企业作为全人类的一分子,也是人类

^① See ICSID, 2024 Caseload Statistics, <https://icsid.worldbank.org/news-and-events/news-releases/icsid-releases-2024-caseload-statistics>, 2025-04-04; ICSID, Caseload Statistics for the 2023 Fiscal Year, <https://icsid.worldbank.org/news-and-events/news-releases/icsid-releases-caseload-statistics-2023-fiscal-year>, 2025-04-04; ICSID, 2022 Caseload Statistics, <https://icsid.worldbank.org/news-and-events/communiqués/icsid-releases-2022-caseload-statistics>, 2025-04-04.

^② 参见王林:《“双碳”目标下,混合融资大有可为》,《中国能源报》2024年12月16日。

^③ 参见王铁崖主编:《国际法》,法律出版社1995年版,第339页。

^④ See OECD, The Polluter Pays Principle: Definition, Analysis, Implementation, 26 February 2008, <https://doi.org/10.1787/9789264044845-en>, 2025-08-21.

^⑤ See Dirk Matten and Andrew Crane, Corporate Citizenship: Toward an Extended Theoretical Conceptualization, 30 Academy of Management Review, 167 (2005).

责任共同体的重要构成要素。晚近在一些投资协定中引入了投资者企业社会责任条款。^①《中欧全面投资协定》“投资与可持续发展”章节中也纳入了企业社会责任条款,中欧认识到企业社会责任在推动投资契合可持续发展目标方面发挥着至关重要的作用。因此,投资企业在追求经济利益的同时也应当承担一定的社会责任,注资补偿责任共担基金,承担部分气候规制措施的成本以推动国际投资的可持续发展。

其次,从风险规避的角度来看,投资者出资基金有利于投资保护。在当前全球气候治理加速推进的背景下,外资将面临更大的不确定性。在东道国气候规制措施导致外资利益受损时,投资者可以通过基金制度获得明确合理的补偿,而不是滥用投资协定中的投资保护条款提起投资仲裁,以致耗费大量成本等待仲裁庭作出补偿全有或是全无的裁决。补偿责任共担基金能够为外资提供一种风险规避机制,在全球减缓和适应气候变化的浪潮下增强投资者对东道国气候政策的适应力。因此,投资者应当将气候问题纳入投资决策和运营当中,注资基金以规避东道国气候规制可能带来的损失自负风险。

最后,不同投资者向基金缴纳的资金额度不应当完全一致。以设立《中欧全面投资协定》框架下的补偿责任共担基金为例,中欧可以依据不同投资行业的碳排放总量和强度等指标、达成和解仲裁案中的投资者损失和补偿额情况以及中欧与碳排放有关的法律制度等综合考量,以设定公平合理的投资者摊款标准,明确不同的投资是否需要缴纳摊款以及缴纳多少摊款。不同碳排放总量和强度的外资可能面临不同程度的气候规制,导致外资利益受损程度不同,因此承担的摊款比例应有所区别。可以通过分析投资者在和解结案的涉气候投资仲裁案例中的损失和补偿情况,评估投资者可接受的损害补偿比例,为其摊款标准的设定提供参考。同时,摊款标准的确定应考虑中欧双方在应对气候变化方面制定的有关制度,以保证基金制度与中欧其他涉气候制度的协调。合理的基金摊款标准还有助于引导投资资金流向低碳环保产业,推动国家间投资结构调整和转型升级,进而实现投资发展与气候安全的良性互动。

2. 国家注资

首先,投资协定各缔约国在补偿责任共担基金的成立和注资事项上具有不可推卸的责任。基于人类命运共同体理念的责任观,气候规制导致的外资损失应当由全人类共同分担。国家是制定国际规则的最主要主体,代表本国人民的利益参与国际事务、推动国际合作。各国代表本国人民出资补偿责任共担基金实质上体现了全人类共同分担气候规制所致的外资损失。以《中欧全面投资协定》框架为例,中国和欧盟各成员国代表本国人民注资中欧补偿责任共担基金,不仅是对《中欧全面投资协定》中可持续发展原则的践行,而且是对人类命运共同体理念在《中欧全面投资协定》框架下的落实。

其次,注资基金有助于国家规避巨额补偿的风险,缓解气候规制“寒蝉效应”,稳定国家的外资流入。国家在气候规制损害补偿争端发生前为潜在的索赔提供资金保障,且基金由投资协定各缔约国和众多投资者共同注资。如此,基金将难以预见的巨额补偿转化为可预测和可管理的合理筹资安排,有助于国家减少国际投资仲裁的频率和成本,减轻巨额补偿带来的财政压力,同时有助于减少国家进行气候规制的阻碍。国家注资基金也向外国投资者传递出保护外资合法权益的明确信号,减轻外资对气候规制所致损失“全损”的担忧,为外资提供更有保障的投资环境,

^① 参见胡晓红:《投资条约下企业社会责任的法治化形塑与中国方案》,《法商研究》2025年第5期。

从而有利于稳定国家的外资流入。

再次,各国共同注资补偿责任共担基金但承担的注资额度不应当完全一致。各缔约国可依据“共同但有区别的责任原则”友好协商确定国家间的注资标准。共同但有区别的责任原则在1992年被纳入《框架公约》,成为“国际气候治理责任分配的根本指导原则”。^①《框架公约》序言中“承认气候变化的全球性要求所有国家根据其共同但有区别的责任和各自的能力及其社会和经济条件,尽可能开展最广泛的合作”。《格拉斯哥气候协议》第4部分中也有类似的内容。共同但有区别的责任原则从最初的发达与发展中国家“二分法”演进为“共同但有区别的责任(历史责任)+各自能力+不同国情”的要件形态。^②共同但有区别的责任原则是构建人类命运共同体的应有之义,也是投资协定框架下缔约国协商确定补偿责任共担基金的国家注资标准的指导性原则。“共同”体现形式公平,而“区别”保障实质公平。发达国家和发展中国家历史上的温室气体排放量不同,造成气候变化的历史责任不同。温室气体历史排放量与气候变化有直接的因果关系。发达国家在工业化发展时期排放大量温室气体,这是当今气候变化的主要原因,因此理应承担更多的责任。制定缔约国注资标准时还需要考虑各国国情与各国应对气候变化的能力,国家经济社会各方面条件的差异决定了国家在应对气候变化能力上的差异。例如,一些发达国家具有更强的经济基础和科技创新能力,能为减缓和适应气候变化提供更丰富的资金和技术支持。

最后,制定缔约国注资标准还有必要考虑缔约国间的投资关系发展情况。由于各国资源禀赋、产业结构与制度政策存在异质性,国家之间的投资关系千差万别。不同投资协定框架下缔约国在制定各国注资标准时有必要考量缔约国之间的相互投资领域、投资规模与投资发展阶段等具体情况,以促进注资标准的公平合理性,增强各国的执行意愿。

(二)制定基金运转管理办法

1. 建立基金协调决策机制

为了保障基金的顺利成立与运行,确保相关机制的公平合理性,出资主体间应建立协调决策机制,设立基金协调决策委员会以制定基金制度规则、定期召开会议,促进出资主体间沟通交流与合作。构建人类命运共同体的核心理念是共商共建共享。^③一般而言,我们对共商共建共享主体的理解是国家。^④但在补偿责任共担基金的协调决策机制中,共商共建共享不应拘泥于国家之间,参与主体还需包括投资者。首先,补偿责任共担基金制度应充分体现对投资者利益的保护,只有这样投资者才会真正愿意放弃在气候规制损害补偿问题上求助投资仲裁,从而转向基金制度。因此基金的设立与运行需要投资者的介入,协调决策机制通过为国家与投资者提供磋商的平台,避免国家间主导决策遗漏重要利益攸关者的利益诉求。投资者参与协调决策,有助于保障机制的程序正义,增强决策的公平合理性,促进投资者与国家之间的信任与合作,为基金制度的顺利运作奠定基础。同时,投资者参与基金的协调决策机制也将在一定意义上起到争端预防的作用。很多投资协定中规定投资者在提请仲裁前应尽可能与东道国通过友好磋商解决争端,

^① 周琛:《论碳中和愿景下的共同但有区别责任原则》,《武汉大学学报》(哲学社会科学版)2023年第2期。

^② 参见周琛:《论碳中和愿景下的共同但有区别责任原则》,《武汉大学学报》(哲学社会科学版)2023年第2期。

^③ 参见李寿平:《人类命运共同体理念引领国际法治变革:逻辑证成与现实路径》,《法商研究》2020年第1期。

^④ 参见魏晓文等:《新时代中国特色社会主义理论创新发展研究》,人民出版社2020年版,第307页。

但现实中争端出现后的磋商往往流于形式。^① 而该基金的协调决策机制可为投资者与国家搭建在争端发生前进行友好、有效磋商的桥梁,共商共建有助于预防气候规制损害补偿争端。其次,投资者作为基金的重要出资主体,其利益理应在决策中得到充分体现。基金的出资结构决定了其协调决策机制的参与主体应当包括投资者。当然,国家在协调决策机制中起着主要的引领和推进作用。基金协调决策委员会可由国家、投资者代表和专家小组组成。多方参与汇聚多元视角,有利于平衡基金出资主体各方利益、发挥专家的专业优势,实现资源优化配置,制定科学、合理、可行的基金制度规则。通过共商共建,国家与投资者共同参与基金的建设和管理,合力保护气候治理下的投资利益,并将共享推动实现可持续发展的红利。

2. 制定基金管理办法

基金协调决策委员会应负责制定“气候规制损害补偿责任共担基金管理办法”(以下简称“基金管理办法”),明确基金的设立目标与原则,规定基金筹资、使用和管理各环节的具体规则。制定基金管理办法有必要重点关注以下问题:

在基金使用方面,“基金管理办法”应明确程序性规则和实体性规则。核心的程序性规则应包括补偿申请与审查的有关规定。实体规则的重点是明确补偿的适用范围和补偿标准,设立审查委员会负责依据这些规则审查外资项目、外资损失、东道国的气候规制措施,评估应当由基金补偿的外资损失并计算补偿金额。首先,审查委员会有必要审查外资是否违反投资协定以及东道国法律的相关规定,从而判定外资是否丧失了向东道国索赔的权利。因违法投资行为对气候安全产生不利影响,故东道国依法进行气候规制所致的外资损失是外资违法投资应当承担的法律后果,不应由基金补偿,而应由投资者自负责任。其次,审查委员会需要评估东道国气候规制的目的正当性、措施必要性与合理性,即东道国气候规制措施给投资者造成的损失与所获得的公共利益应当成比例。^② 只有东道国为保护气候安全利益所采取的气候规制措施造成的外资损失才应当由基金进行补偿。东道国在履行气候治理义务的同时,应当尽量减少对外国投资者利益的侵害,兼顾气候治理与投资保护。如果东道国的气候规制措施在目的、手段等方面存在严重不当,导致投资者遭受不合理的损失,那么东道国应承担不合理损失的这部分责任,合理的部分则由基金承担。如果经审查委员会审查,外国投资者是善意的且东道国的气候规制措施符合比例原则,那么气候规制所致的外资损失应当全部由基金补偿。“基金管理办法”有关规则的设计应体现对气候治理与投资保护的平衡。

四、气候规制损害补偿责任共担基金的推行:中国方案

中国作为在全球气候治理和国际投资体制改革进程中的重要参与者与推动者,需以人类命运共同体理念为核心,分别从制度构建、制度协调、制度衔接这三个层面积极作为,逐步推动化解气候治理下投资者与东道国之间的“零和博弈”,促进气候治理与国际投资制度的协调性改革,推

^① 参见何悦涵:《投资争端解决的“联合控制”机制研究——由投资争端解决机制的改革展开》,《法商研究》2020年第4期。

^② 参见覃华平:《气候治理投资安排转型中的公平公正待遇:实践检视与制度续造》,《法商研究》2025年第4期。

进全球可持续发展进程。

(一)制度构建:推动补偿责任共担基金成立

补偿责任共担基金既有助于突破气候规制损害补偿问题上投资者与国家间的“零和博弈”,也有利于我国推进高水平对外开放。从“引进来”的角度看,中国作为东道国若进行气候规制造成外资受损,则依照现有的投资仲裁裁决情况,我国很有可能需支付巨额补偿金。设立补偿责任共担基金,国家的巨额补偿金由不同的资金来源稀释,有利于减轻我国的财政负担,同时有助于我国积极履行气候治理的义务,稳妥推进“双碳”目标的实现。从“走出去”的角度看,中国在高碳行业的对外投资占比很大,并且多在发展中国家。^①若东道国进行气候规制造成我国投资者利益受损,则由于投资仲裁裁决具有不确定性,加之发展中国家财力有限,我国投资者也很有可能得不到应有的补偿。设立补偿责任共担基金之后,我国对外的高碳投资在气候治理进程中受损也能得到合理的补偿。

“中国积极参与全球治理体系改革和建设……构建人类命运共同体是世界各国人民前途所在。”^②中国是构建人类命运共同体的倡导者与积极推动者。人类命运共同体理念只有转化为国际法律制度才能真正实现其价值。^③传统的国际投资制度已无法适应全球气候治理的需求,不利于国家履行各自的减排义务。中国作为负责任的大国,应通过贡献制度性方案推动国际投资制度的可持续发展转向,为构建人类命运共同体的实现提供制度保障。

补偿责任共担基金制度是彰显人类命运共同体理念的公平、合理、有效的中国方案,中国在国际舞台上提议和推动该制度设立有利于打破发达国家主导规则设定的权力结构,提升中国的国际地位与话语权。基于当今国际经贸格局和构建补偿责任共担基金制度可行性的考量,《中欧全面投资协定》可作为我国推动构建基金制度的起点。《中欧全面投资协定》凝聚了中欧可持续发展的共识,承诺切实履行《框架公约》及《巴黎协定》。2025年《中欧领导人关于应对气候变化的联合声明》(以下简称《中欧联合声明》)确认中欧将致力于加强应对气候变化的双边合作,共同推进各自绿色低碳转型进程。^④中欧双方在气候治理领域展现出高度的共识和积极的合作意愿,通过重启全面投资协定谈判设立补偿责任共担基金具有较高的可行性和重大的现实意义。

《中欧全面投资协定》框架下的补偿责任共担基金若能成功设立并顺利运行,则可为世界各国双边乃至多边投资协定下气候规制损害补偿问题的解决提供创新性示范和制度模版,并将逐步扩大责任共担机制的影响力。《中欧联合声明》中明确表示中欧双方同意共同发挥引领作用,增强应对气候变化的投入与助力,推动从地方到全球各层面加快开展大规模行动。^⑤基于此,从双边到多边再到国际层面,构建全面的国际性气候规制损害补偿责任共担基金制度或可实现。

^① 参见中华人民共和国商务部、国家统计局、国家外汇管理局:《2023年度中国对外直接投资统计公报》,中国商务出版社2024年版,第23~26页。

^② 习近平:《高举中国特色社会主义伟大旗帜 为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗——在中国共产党第二十次全国代表大会上的报告》,人民出版社2022年版,第62页。

^③ 参见车丕照:《“人类命运共同体”理念的国际法学思考》,《吉林大学社会科学学报》2018年第6期。

^④ 参见《中欧领导人关于应对气候变化的联合声明——〈巴黎协定〉达成10周年后的前进方向》, https://www.mfa.gov.cn/zyxw/202507/t20250724_11676610.shtml, 2025-08-21。

^⑤ 参见《中欧领导人关于应对气候变化的联合声明——〈巴黎协定〉达成10周年后的前进方向》, https://www.mfa.gov.cn/zyxw/202507/t20250724_11676610.shtml, 2025-08-21。

(二) 制度协调:促进国际投资制度改革

在建立补偿责任共担基金制度的同时,我国也需要积极参与其他有关制度的改革,以增进制度之间的协调性。例如,《中欧全面投资协定》框架下可持续发展工作组的作用是促进和监察《中欧全面投资协定》可持续发展部分相关规定的有效实施。可持续发展工作组可以借鉴联合国贸发会启动的国际投资协定改革多方利益相关者平台,^①促进与国际投资和可持续发展相关的不同领域之间的协同增效,便于对与补偿责任共担基金有关的投资制度进行改革。

《中欧全面投资协定》中的一般例外条款并未直接规定气候治理措施,若东道国采取气候规制措施而致外资受损则极有可能被投资者提请投资仲裁。因此,为了保障国家涉气候的规制权,避免模糊规定导致争议并防止具有不确定性的巨额补偿,有必要增设具体的“气候例外”条款。同时,中欧需搭建《中欧全面投资协定》与基金制度的对接接口,如可以在《中欧全面投资协定》中规定“若缔约国为履行气候治理义务采取气候规制措施对外资造成损害,则外国投资者应通过中欧气候规制损害补偿责任共担基金予以救济”。外国投资者将依据《基金管理办法》向基金审查委员会提出损害补偿申请。基于此,投资者与东道国之间就气候规制损害补偿的矛盾被排除在投资仲裁之外,将通过基金制度有效化解。

(三) 制度衔接:完善相关国内立法

党的二十届三中全会提出,我国要积极应对气候变化,健全绿色低碳发展机制。^②我国不仅要积极推动相关国际法的发展,而且要不断完善国内立法。我国应以适合我国国情的立法活动衔接国际投资协定框架下的气候规制损害补偿责任共担基金制度。例如,我国需适时修订《中华人民共和国外商投资法》(以下简称《外商投资法》),在《外商投资法》中补充涉气候的相关规定,增加与补偿责任共担基金制度的衔接规范,将该基金制度进行适应我国国情的内化调整,为在我国适用提供国内法依据;同时,将可持续发展原则纳入《外商投资法》的总则部分,引导外商投资与我国的绿色发展理念相契合。《外商投资法》目前在内容设置上偏重投资保护和投资促进,这是我国进一步扩大对外开放的需要。但基于统筹发展和安全目标价值的考虑,涉及应对气候变化的投资管理措施有必要进一步加强。我国可以在《外商投资法》“投资管理”一章增加涉及气候治理的内容,增强外资的气候安全意识。同时,我国需完善企业社会责任制度,增设应对气候变化的相关规定,引导本国企业在对外投资过程中充分考虑涉气候的社会责任,减少企业“走出去”的风险。当前,我国有关规定尽管涵盖了气候因素,如《企业境外投资管理办法》第41条倡导境外投资“注重生态环境保护”,《关于进一步引导和规范境外投资方向的指导意见》规定限制开展不符合投资目的国环保、能耗、安全标准的境外投资,但表述缺乏明确性,难以引起企业的足够重视。我国有必要进一步更新并细化境外投资相关规定中涉气候的内容。

五、结 语

本文基于人类命运共同体理念的价值观、利益观和责任观,探究投资协定框架下气候规制损

^① See UNCTAD, Multi-Stakeholder Platform on IIA Reform, <https://investmentpolicy.unctad.org/pages/1074/multi-stakeholder-platform-on-iiia-reform>, 2025-04-04.

^② 参见《中国共产党第二十届中央委员会第三次全体会议公报》,人民出版社2024年版,第12~13页。

害补偿困境的纾解,创新构建气候规制损害补偿责任共担基金制度。该基金制度通过责任共担机制可有效缓解投资者与东道国之间的矛盾,将投资者保护与国家气候规制从“零和博弈”转向“正和博弈”。中国将以人类命运共同体理念为核心,为国际投资与气候治理体制的协调贡献公平合理、适时可行的中国方案。

Abstract: Climate regulation measures adopted by countries to combat climate change may lead foreign investors to initiate arbitration proceedings, alleging that such measures have caused damage to their interests and thus violated the expropriation and fair and equitable treatment clauses in International Investment Agreements. The vague criteria for determining indirect expropriation and fair and equitable treatment, combined with inconsistent arbitral awards and the all-or-nothing nature of compensation, has resulted in a zero-sum game between investors and host states regarding compensation for climate regulation damages. From the perspective of values underpinning the concept of a Community with a Shared Future for Mankind, the antagonism between investors and host states essentially stems from the outdated nature of existing compensation mechanisms in the context of climate governance. To alleviate the dilemma of “host state liability only” or “investor liability only”, we will explore the burden of climate governance costs within the International Investment Agreements framework, grounded in the view of interests and responsibilities embedded in the concept of a Community with a Shared Future for Mankind. It proposes the innovative construction of a shared responsibility fund institution for climate regulation damage compensation. Furthermore, the study examines a Chinese approach to promoting the establishment and operation of the fund from the perspective of institutional construction, coordination, and integration, promoting the transition of global climate governance from contentious debates over responsibility allocation to governance based on shared benefits with the help of Chinese wisdom and solutions.

Key Words: climate regulation, indirect expropriation, fair and equitable treatment, a Community with a Shared Future for Mankind, shared responsibility

责任编辑 何 艳