

全球气候治理与国际投资法的应对

黄世席*

摘要:当前世界范围的气候变化需要全球性的治理规则,在尊重传统国际气候变化规则的同时,发达国家也应当在气候融资和资本输出方面作出贡献以增加减缓气候变化所需要的技术和资金。但是这种气候友好型投资的实施有时会导致国家承担的投资保护义务和气候变化义务发生冲突,故需要制定合理平衡投资者和东道国权益保护的国际投资规则。国际投资协定相关条款可以根据气候变化的情况作出某些修改,譬如加强缔约国的管制权、增加例外条款以及强化投资的可持续发展目标等,国际投资仲裁庭也应当从保护全球公共利益的角度出发,合理处理投资者保护和气候变化应对措施之间的关系,从而有助于全球气候治理的进一步发展。

关键词: 国际投资协定 国际投资仲裁 气候变化法 全球气候治理

气候变化是人类社会工业文明发展的一种结果,也是一个全球性问题。气候变化导致出现一些极端现象,譬如极度的热浪和严寒天气以及海平面上升等,还影响人类的福祉,譬如水、自然资源和公共健康问题,甚至滋生社会骚乱,气候移民大量增加。其结果是,最初被视为是一种环境问题的气候变化现在已经成为全球共同关注的社会问题,需要全球性的治理机制。为应对气候变化,国际社会制定了相关国际文件,譬如《联合国气候变化框架公约》(以下简称 UNFCCC)、《京都议定书》以及《巴黎协定》等,此外其他国际法文件,譬如国际环境法、国际组织法、国际人权法、国际投资法和国际贸易法等规则也和气候变化有一定的关系。尤其是,随着国际投资在国际经济中的地位上升,国际投资法与气候变化的联系日益成为国际社会讨论的焦点之一。在全球气候治理的过程中,国际投资规则有可能和气候治理规则发生冲突,而与气候治理有关的投资争端也开始出现在国际投资仲裁领域,关键点是国际投资法能否正确地处理投资者和东道国之间的关系。

2015 年底,联合国内出现了两个与气候变化有关的国际文件,再次引起人们对全球气候治理和国际投资规则相互关系的关注。一是 2015 年 9 月联合国首脑会议通过了《2030 年可持续发展议程》,指出可持续发展目标涉及社会、经济和环境三个层面。二是 2015 年 12 月初 UNFCCC 缔约国大会通过的《巴黎协定》规定了气候变化减缓目标和缔约国的应对措施,以及资金、技术和透明度等内容。而且联合国秘书长也指出,解决气候变化问题也是在推进 2030 年可持续发展议程。^①

* 山东大学法学院教授,法学博士,博士生导师。本文系 2016 年司法部科研项目《ISDS 机制的发展趋势与中国研究》(编号 16SFB2049)、2015 年教育部人文社科重点研究基地项目《国际投资法领域的人权问题研究》(编号 15JJD82022)以及 2014 年山东省社科规划重点项目《国际投资法下的人权问题》(编号 14BFXJ03)的一部分。

① 联合国:《联合国正式启动可持续发展议程指明未来十五年发展行动方向》, <http://www.un.org/sustainabledevelopment/zh/2015/12/联合国正式启动可持续发展议程/>, 最后访问时间:2016 年 1 月 1 日。

在国际投资法领域, 2016 年初期也出现了两例值得注意的与气候变化有关的投资仲裁案件。一是 2016 年初, 斯德哥尔摩商会仲裁院驳回荷兰和卢森堡投资者在全球经济危机之前到西班牙进行光伏太阳能产业投资而未能继续获得固定上网电价的诉请;^① 二是 2016 年 6 月, 加拿大投资者根据《北美自由贸易协定》(以下简称 NAFTA) 规定对美国提起投资仲裁诉请, 理由是美国为加强在全球气候变化治理中的话语权而拒绝批准加拿大投资者的跨境输油管道项目。^② 这些事实不但涉及到全球气候治理规则和国际投资规则的关系, 更涉及到各国履行气候变化义务和国际投资义务的情况。另外, 从全球气候治理的角度来讲, 就国际投资规则应对气候治理改革以及投资仲裁庭处理气候友好型投资争端的裁决进行研究的成果还比较罕见。基于此, 本文将对前述问题进行研究, 并提出国际投资法应对气候变化的建议。

一 国际投资规则和气候治理机制的张力

气候变化治理是当前国际社会中的一个迫切需要关注的问题。导致气候变化的原因有很多, 人类排放的大量二氧化碳和其他温室气体是导致全球性气候变化的主要原因, 而几乎所有的现代工业活动都会产生温室气体, 其能够穿越和破坏大气层, 带来的是对整个世界而不是单独国家或地区性的影响, 因此气候变化应当是跨国性和全球性的, 任何国家的单独行动都不能阻止全球气候变暖进程, 故气候变化需要全球性的解决方法。国际社会应对气候变化的主要法律文件除了 UNFCCC、《京都议定书》和《巴黎协定》等全球性的法律文件, 还有一些属于软法性质的不具有约束力的宣言或指南类文件。

国际气候变化法律规制的进展表明其是一个具有强烈利益冲突和规则融合的制度, 既有发达国家和发展中国家的利益对立, 也有国家公共利益尤其是气候变化管制措施和外国投资者私人利益的对立。故, 气候变化规则具有强制性和自愿性、公法和私法以及国际法和国内法的混合性质,^③ 由此导致气候治理也是一项包括地方、国家、区域和全球性治理规则的复杂的多层次治理机制, 多个组织在气候变化规制和全球气候治理的过程中发挥着一定的作用, 包括从国际行政组织到非政府国际组织, 从国际裁判机构(包括国际投资仲裁庭)到国内外法院等。尽管如此, 传统上气候治理仍然属于国家自治权的范围, 但是这种情况目前已经有所改变, 其不再属于一个国家内部的事情, 而要求在国际上采取全球性的集体合作行动。

国际投资法主要是规制外国投资的国际公法, 其渊源包括国际投资协定, 保护外国人权利的习惯国际法, 一般法律原则以及起补充作用的投资仲裁机构的裁决、司法裁决和法学专家意见。其中占据主导地位的是两个或两个以上国家根据国际公法签订的近 3300 个双边和多边的国际投资协定,^④ 其主要目的是保护外国投资者及其投资免受东道国政策的负面影响。许多国际投

① *Charanne BV and Construction Investments SARL v The Kingdom of Spain*, SCC Arb No. 062/2012, Award (English translation by Mena Chambers), 21 January 2016.

② See *TransCanada Corporation and TransCanada PipeLines Limited v. The United States of America*, NAFTA, Request for Arbitration, 24 June 2016.

③ Issachar Rosen-Zvi, "Climate Change Governance: Mapping the Terrain", (2011) 9 *Carbon & Climate L. Rev.* 234, 234.

④ 根据 UNCTAD 统计, 到 2015 年底, 国际投资协定的总是达到 3304 项, 包括 2946 项双边投资协定和 358 向其他的国际投资协定。See UNCTAD, *World Investment Report 2016*, UN Publication, 2016, p. 101.

资协定规定了东道国对待外国投资者待遇的标准，譬如国民待遇、最惠国待遇以及公平公正待遇等，并且通常规定了解决外国投资者与东道国争端的仲裁机制，允许外国投资者在某些情况下可以将东道国诉至国际仲裁。仲裁庭作出的任何有利于外国投资者的仲裁裁决都要由东道国的国家财政承担，相反也会对东道国国内实施气候变化政策的立法、司法和行政部门产生重要的影响。正是投资仲裁实践尤其是东道国败诉的裁决导致对新的气候治理规则和环保措施的担忧。在可以预见的未来，随着低碳经济的发展，这种新一代的气候变化投资争端将会有上升的趋势，不但是社会对可持续发展重要性理解的体现，同样也给国际气候治理规则的变革带来了新的机遇和挑战。

2013年《世界投资报告》提出了《可持续发展的投资政策框架》，建议缔约国纳入涉及环境、人权和劳工措施的条款以促进外国投资的可持续发展。^① 近几年国际投资协定的发展强化了这种趋势，结果是国家处理气候变化问题的管制权将会越来越多地与投资者的权益发生冲突，投资者可以向有关国家的司法机关提起申诉，以东道国的有关气候变化措施违反相关的投资协定为由提起投资仲裁请求。

越来越多的国际投资协定规定投资者在准入前阶段享有国民待遇和最惠国待遇，在这种情况下，东道国必须确保其对外国投资者的待遇不能低于在“类似情形”下给予其他国家和国内投资者的待遇。而且，东道国还可以要求现有的企业限制其温室气体排放量；或者提高能效减少温室气体排放；或增加可再生能源的使用等。很明显，此类要求可能会对投资者的权益产生重大影响，可能会在国民待遇、最惠国待遇、公平公正待遇和征收等几个方面违反相关国际投资协定的规定。

和其他投资项目相比，气候友好型投资更容易受到国家气候治理政策风险的影响。鉴于此类投资的长期性以及资金密集性质，国家的事后干涉将会增加气候变化减缓技术的潜在开支。另外，国际投资协定规定的处理气候变化的措施往往会影响到国际投资的流动以及外国投资者的权益，外国投资者可能会因此而提起仲裁请求，反过来又会对有关国家产生潜在的“管制寒蝉效应”（regulatory chill）。^② 结果是，其可能会影响东道国制定气候治理措施的能力，在一定程度上会阻碍东道国履行气候变化减缓承诺的义务。

将气候变化与国际投资联系在一起不仅可以平衡东道国和投资者之间的权益，而且有助于解决当前的全球气候治理和国际投资规制之间的紧张关系，因为无论是东道国制定的国内气候政策还是履行的国际气候义务都有可能与该国的国际投资义务相冲突。因此，合理地阐述国际投资协定中的气候变化措施不仅能够保持国家的管制自由，而且可以促进国家解决气候变化的财政和技术能力。

国家承担的减缓气候变化的义务和保护外国投资者的责任之间的关系如果得不到很好的协调，投资者权益就可能受到东道国气候变化管制措施的影响，气候治理的法律文件和国际投资法之间就出现了紧张关系，而使这种紧张关系更加明显的问题就是国际投资协定中允许单个投资者到国际性仲裁机构挑战资本输入国相关待遇标准的投资者—国家仲裁（投资仲裁）机制。至

① See UNCTAD, *World Investment Report 2012: Towards a New Generation of Investment Policies*, UN, 2012, pp. 97 - 163.

② Stephan W. Schill, "Do Investment Treaties Chill Unilateral State Regulation to Mitigate Climate Change?", (2007) 24 *J. Int'l Arb.* 469, pp. 470 - 477.

少在目前,国际投资仲裁在解决气候争端方面的作用是关键性的。减缓和应对气候变化需要大量外国投资,出现有关争端也就难以避免。譬如,2015年涉及石油、天然气、矿业、电力能源和其他能源的投资争端占到诉请总数的41%,^①这些争端都与气候治理有关。众多有关能源行业的投资仲裁案件表明外国投资者正在越来越多地运用国际仲裁解决投资争端,仲裁的必要性尤其显著。虽然目前已有的3300多个国际投资协定为私人投资提供了保障,但是如果没有合理的执行机制,投资条约中的承诺实际上毫无意义,因此也不会产生预期的经济利益。通过武力和外交手段对本国海外投资进行保护的时代已经过去了,投资者需要一种自己可以启动而非借助政府的投资保护机制。投资仲裁的出现在一定程度上解决了这个问题。尤其是,在目前还没有一个更好的解决外国投资者和东道国争端的机制的情况下,国际投资仲裁的实践以及每年受理六七十多个争端的事实表明,^②其仍然是目前处理与气候变化相关的投资争端的最佳方法。国际投资仲裁可以成为一种强迫国家采取有效措施阻止温室气体排放和实施气候治理的有效工具,投资者保护与减缓气候变化可以同步发展。

二 国际投资仲裁实践中的气候治理争端

当前,投资仲裁已经成为气候治理争端的最新前沿阵地,并且越来越多的投资仲裁案件涉及气候治理措施,有些裁决也对气候变化规则与投资法之间的关系做了很好的诠释。一般来说,投资于矿业、环保、油气以及可再生能源等行业的投资者可以就东道国颁布的气候治理措施提起投资仲裁请求,实践中已经出现了很多投资仲裁案件。而且,国际投资协定规定的保护投资者及其投资的实体条款(包括征收、公平公正待遇、国民待遇和最惠国条款等)都有可能被投资者作为提起仲裁请求的根据,也是投资者用来质疑东道国气候治理政策的主要根据。鉴于篇幅,本部分内容主要从这几个实体条款角度分析国际投资仲裁庭处理气候治理政策的实践和法理问题。

(一) 国民待遇和最惠国待遇

国民待遇经常和最惠国待遇一起规定在国际投资协定中,该标准禁止对外国投资者给予优惠待遇,或高于本国人的待遇。从消极的角度来讲,国民待遇就是非歧视待遇,即给予外国投资者的有关待遇应当等同或者不高于给予本国人的待遇。国民待遇条款通常适用于国家采取的以下行动,即“在投资设立、获得、扩大、管制、经营和出售等方面以及其他在该国境内处理投资的行为”。^③譬如为降低温室气体排放,国民待遇条款可以被用来质疑东道国限制化石燃料、环境污染或有利于国内可再生能源进出口的相关气候治理措施。譬如克莱顿—毕尔肯诉加拿大(Clanton-Bilcon v. Canada)案,申请人想扩大其在加拿大海岸边的采石场和海运码头项目,必须获得地方

① See ICSID, The ICSID Caseload-Statistics (Issue 2015 - 2), [https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202015-2%20\(English\).pdf](https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202015-2%20(English).pdf), p. 12 (last visited 29 March 2016).

② UNCTAD 指出,2015年投资者依照国际投资协定发起70项公开的投资仲裁案裁决件,高于2013年申诉案裁决件的最高纪录(59项)以及2012年的记录(54项)。由于大部分国际投资协定允许仲裁庭完全保密,因而实际数量可能更高。See UNCTAD, *World Investment Report 2016*, UN, 2016, p. 104.

③ See Article 9.4 (National Treatment), TPP Chapter 9 (Investment) (2015).

省和联邦许可。环境影响评估专家组建议不应继续进行该项目，尤其是该项目与“社会核心价值”^①相冲突。地方政府和联邦政府根据该意见都裁定不予颁发许可证，申请人提出加拿大违反NAFTA中国民待遇原则，要求赔偿，得到了仲裁庭的支持。^②因此，国民待遇标准可以被用来起诉可能影响投资者的任何政府行为，阻止执行更加严格的环境标准。

至于最惠国待遇条款，通常做法是，在缔约国境内的设立、准入、扩大、管制、经营、出售或任何其他处理投资和涵盖投资的问题上，缔约国一方在类似情形下给予缔约国另一方投资者的待遇不得低于其给予任何其他缔约国或非缔约国投资者的待遇。^③通过在基础条约中嵌入的最惠国待遇条款，投资者就有权引用东道国签订的其他投资条约中有利于投资者的条款获得保护。譬如帕克领停车公司诉立陶宛（*Parkerings v. Lithuania*）案，申请人指出东道国政府允许另一家公司获得建造一家停车场的特许权而使自己受到了歧视。相关停车场都位于联合国教科文组织公约保护的老城区，已经有几家文化机构提出了反对意见。仲裁庭考虑到了这些问题，裁定申请人在历史保护区和环境保护地拟建的停车场所具有的潜在负面效应和竞争对手的项目不是“类似”的。^④通过引入比基础条约更加宽松的条款，投资者把最惠国条款作为一种强有力的减轻东道国管制风险的工具。

（二）公平与公正待遇

大多数国际投资条约中都包括的公平公正待遇被认为是国际投资协定的主要内容之一，也是国际投资争端包括气候治理争端中最重要的待遇标准。尽管公平公正待遇几乎规定在所有的国际投资协定中，但是确定该标准的含义却争议颇多，在国内外学术界有不同的主张或倾向。^⑤

在解释公平公正待遇时，是按照该术语的一般意义进行解释，还是把其与习惯国际法上的最低待遇标准相联系仍然存在分歧。^⑥在这方面，首先需要明确的是习惯国际法的地位。除了《环太平洋伙伴关系协定》（以下简称TPP）外，NAFTA以及《加勒比—中美洲—美国自由贸易协定》（以下简称CAFTA）也把公平公正待遇视为习惯国际法上的最低待遇标准，但仲裁庭对习惯国际法的地位有不同解释。譬如2004年废物管理公司诉墨西哥（*Waste Management, Inc. v. United Mexican States*）案，仲裁庭采纳了广义标准，认为如果东道国司法程序明显缺乏自然正义或行政程序完全缺乏透明度，给予美国投资于废物处理的投资者的国民待遇违反了投

① “社会核心价值”（community core values）是在该案申请人与东道国地方政府的争端发生后，由环境评估小组在评估报告中引用的一个从来没有在任何立法或管理条例中提到的词语，其认为该项目的唯一影响是“重大的和不利的”，也即“与社会核心价值不一致”。东道国政府也正是依据该评估报告，最后拒绝了申请人的项目。

② *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, PCA Case No. 2009-04, Award on Jurisdiction and Liability, 17 March 2015, para. 731.

③ See Art. 9.5 (Most-Favoured-Nation Treatment), TPP Chapter 9 (Investment) (2015).

④ *Parkerings-Compagniet AS v Republic of Lithuania*, ICSID Case No ARB/05/8, Award, 11 September 2007, para. 388.

⑤ 参见梁开银：《公平公正待遇条款的法方法困境及出路》，载《中国法学》2015年第6期，第180—182页。

⑥ 有些投资条约规定要根据国际法或习惯国际法原则实施国民待遇，譬如《中国—加拿大BIT》（2012）第4（1）条，TPP（2015）第9.9.6条。或者，从消极的角度讲，不要求在依据公认的国际法规则给予的任何合理及适当标准的待遇之外或额外给予，譬如中日韩三边投资协定（2012）第5条，《中国—加拿大BIT》（2012）第4（2）条。也有些国际投资条约在规定公平公正待遇时没有提及任何国际法或其他适用标准的语言，譬如《中国—德国BIT》（2004）第3（1）条。

投资者的合理期待 (legitimate expectations)。^①有些案件遵从该裁决,认为现代习惯国际法的定义更加广泛,习惯国际法已经演变到包括透明度要求以及不损害投资者的合理期待等内容。^②但也有仲裁庭持有不同的观点,譬如2009年的格拉姆斯黄金有限公司诉美国 (Glamis Gold, Ltd. v. United States) 案,申请人认为美国州和联邦政府对一个拟建的金矿项目的环境和社会影响管制措施违反了NAFTA的公平公正待遇。^③该案和前述废物管理公司诉墨西哥案的区别就在于仲裁庭对习惯国际法地位的不同解读。习惯国际法源于国家的持续不断的实践,这已经得到公认,而且习惯国际法地位也是在不断发展演变的。不过,这种将习惯国际法与国家持续性实践连在一起的做法有可能会阻碍投资者成功提起赔偿诉求,但是加强了国家制定气候友好型投资政策的权力。

其次,需要解释的是合理期待问题。合理期待概念是公平公正待遇的一个关键要素。从气候治理的角度来讲,公平公正待遇中最困难的部分就是要求东道国不得降低投资者的合理期待。譬如,一个外国投资者在建设一家发电厂后,政府颁布了要求采用降低温室气体排放新技术的措施,投资者为达到这些要求就需要花费大量投资进行技术改装。新政策是否违反了投资者的合理期待可能要取决于东道国是否向投资者做了维持原有法律政策不变的陈述。泰克麦德环保技术公司诉墨西哥 (Técnicas Medioambientales Tecmed, SA v. United Mexican States, 以下称泰克麦德案) 探讨了该问题。该裁决指出,根据国际法确立的诚信标准,公平公正待遇要求缔约国给予的待遇不影响外国投资者作出投资时所考虑到的基本期待,即期待东道国能用一种连续、明确和完全透明的方式与其建立联系,以便其能够预先了解任何和所有的管制投资的规则和条例,以及相关的政策和行政行为的目标,使其能够规划自己的投资和遵守此类条例。^④仲裁庭裁定墨西哥因为公共利益问题而拒绝续签有害废物垃圾场许可权的行为侵犯了投资者的合理期待。该案对公平公正待遇的解释可能会为气候变化规制问题设定一个较高的责任风险标准。尽管如此,在公平公正待遇的解释上,仍有许多随后的仲裁庭采取了类似做法。

一个稳定的法律和政策框架是合理期待原则的首要要求。投资者的合理期待必须以东道国或其代表提供的陈述、承诺或特殊条件为基础,并且是投资者作出投资决策的主要根据。仲裁庭关注的问题是东道国吸引外国投资的承诺条件。如果东道国为吸引投资而规定了客观期待权益但是随后取消了该期待权益,可以被认为违反了公平公正待遇。^⑤因此,如果吸引外国投资的东道国在某一特定的待遇或行动方面故意作出了某些行为,东道国应当受该承诺的约束,并且投资者有权依据这些承诺作出投资的决定。^⑥故根据公平公正待遇,东道国改变其法律以降低投资者合理期待的做法是不公平的。^⑦在气候治理的背景下,这种请求尤其有关,因为气候管制条例可能会

① *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF) /00/3, Award, 30 April 2004, para. 98.

② See, e. g., *Merrill & Ring Forestry L. P. v. Canada*, NAFTA, UNCITRAL, ICSID Administered Case, 31 Mar. 2010, paras. 208 - 213.

③ *Glamis Gold, Ltd. v. United States*, NAFTA, UNCITRAL, Award, 8 June 2009, para. 616.

④ *Técnicas Medioambientales Tecmed, SA v. United Mexican States*, ICSID Case No ARB (AF) /00/2, Award, 29 May 2003, para. 154.

⑤ *Glamis Gold, Ltd. v. United States*, NAFTA, UNCITRAL, Award, 8 June 2009, para. 627; *CME Czech Republic B. V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award, 13 September 2001, para. 611.

⑥ W. Michael Reisman & Mahnoush H. Arsanjani, "The Question Of Unilateral Governmental Statements As Applicable Law in Investment Disputes", (2004) 19 (2) *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal* 328, p. 342.

⑦ Jeswald Salacuse, *The Law of Investment Treaties* (Oxford University Press, 2010), p. 232.

增加投资费用或阻碍气候友好型投资，外国投资者就会认为有关条款侵犯了其对投资收益的合理期待。^① 譬如，如果政府要求改装正在经营但不可能达到新的温室气体排放标准的燃煤发电厂，可能会出现此类请求，如果成功，东道国就要赔偿投资者在电厂继续运营期间所产生的期望利润。关键是，外国投资者的主观动机和考量要素不能单独决定公平公正待遇的适用范围，必须平衡投资者的合理期待和东道国管制国内公共利益问题的监管权利之间的关系。

再次，一些国家激励外国投资者开发可再生能源的补贴争端是合理期待的典型例证。可再生能源投资者的经营正是建立在这些补贴承诺之上的，其投资依据是东道国善意履行补贴的承诺。公共补贴对于减少温室气体排放的新技术和新产业的发展是至关重要的，并且其通常是投资的根本依据，“没有公共补贴投资将不会从经济上存活下去”。^② 因此公平公正待遇可以为投资者提供重要的保护，保障其免受东道国取消为吸引低碳投资所做承诺的影响。投资者可以利用公平公正标准挑战拒绝颁发预期补贴和破坏市场机制的行为。^③ 尽管如此，也有仲裁庭有不同的意见，譬如查亚内诉西班牙（Charanne B. V. v Spain）案，仲裁庭认为合理期待可以源于东道国特定的承诺或者立法，但是这两种期待不是完全相同。针对有限投资者的管制措施并不是对每个投资者的特定承诺，否则会过度限制东道国管制其经济的能力。而除了东道国的特定承诺外，投资者不能期待现有的管制制度将维持不变，管制改革应当是进行投资时不能合理预见到的。另外，对于任何现有政策不得修改的合理期待，应当从客观而不是投资者进行投资时的主观信念进行分析。而且，在类似能源这样高度管制的行业，投资者在进行投资前应当详细了解可适用的法律框架，这是其尽职调查（due diligence）义务的一部分。^④ 根据该裁决，投资者可以根据东道国的特定承诺提出合理期待诉请，但是希望东道国法律维持不变的合理期待则否。

合理期待是国家引诱投资的行为，其机制安排是投资者进行经营所依据的关键要素。投资前的法律秩序是投资者获得合理期待的法律框架的一部分，当然也是东道国抗辩外国投资者请求的依据。^⑤ 另外，气候友好型投资的补贴制度所具有的一般功能就是通过确保其财政活力而刺激投资，其相关变化和改革将会使投资者不可能弥补其投资开支和赚取合理利润，因此这与这些补贴文件的刺激功能是不一致的。是故，虽然国家的管制政策在某种程度上可能会限制这种合理期待，但此类改革是否被视为违反公平公正待遇还需要考察投资者的合理期待与东道国的合法管制权益之间的关系。^⑥ 毕竟，投资者合理期待的权益保护并不能使得东道国国内的法律制度不得改变，或者每一次法律改革都应当对投资者予以赔偿。

（三）征收和间接征收

征收是国际投资协定中最常见的条款之一，其主要意思是东道国把外国投资者的财产收归国

① Daniel M. Firger & Michael B. Gerrard, “Harmonizing Climate Change Policy and International Investment Law: Threats, Challenges, and Opportunities”, in Karl P. Sauvant (ed.), *Yearbook on International Investment Law & Policy 2010 – 2011* (New York: Oxford University Press, 2012), p. 544.

② Thomas Wälde & Kaj Hobér, “The First Energy Charter Treaty Arbitral Award”, (2005) 22 (1) *J. Int'l Arb.* 83, p. 98.

③ UNCTAD, *World Investment Report 2010: Investing in a Low-Carbon Economy*, UN, 2010, p. 137.

④ *Charanne BV and Construction Investments SARL v. The Kingdom of Spain*, SCC Arb No. 062/2012, Award (English translation by Mena Chambers), 21 January 2016, paras. 490 – 505.

⑤ Rudolf Dolzer, “Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties”, (2005) 39 (1) *Int'l L.* 87, p. 103.

⑥ *Saluka Inv. B. V. v. Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award, 17 March 2006, para. 306.

有而应当给予赔偿。当然，对于每一个外国投资者来说，最重要的问题就是东道国政府将要占有投资者财产的风险。^① 根据国际法上的领土主权原则，主权国家对于其领土内的外国国民的财产有权实行国有化或征收，但是根据习惯国际法和条约规定，东道国政府行使合法征收时要具备某些条件。^② 一般认为，征收应当具备四个条件：征收的目的是公共目的，是非歧视性的，遵循了正当法律程序，以及对外国投资者给予赔偿。^③ 征收可以是直接的，譬如东道国政府对外国投资者的财产国有化或转移所有权；更多的是间接征收，主要就是所谓的管制性征收（regulatory expropriation），其并不直接涉及财产的正式转移，而是东道国颁布的法律政策或相关决定导致外国投资者的投资权益受损。

在裁定征收时是否权衡东道国作出有关措施的目的的问题上，仲裁实践有3种不同的做法：

第一种观点认为投资者提出挑战的东道国相关措施与征收无关，唯一的考虑标准是有关措施对投资者的影响。2000年的铠装公司诉墨西哥（Metalclad v. Mexico）案采纳了这种方法。该案焦点是东道国市政当局不向投资者颁发废物处理站许可证，随后政府法令又宣布该地区为稀有仙人掌自然保护区。仲裁庭认为地方政府拒绝颁发许可证的行为实际上超越了自己的权限，并认为不需要考虑政府制定生态法令的目的或动机，事实上根据生态法令进行的征收对于裁定是否违反NAFTA规定并不是关键性的，但生态法律的实施自身将构成一种等同于征收的行为。^④ 根据该案裁决，东道国有关措施剥夺了投资收益，其目的与能否构成征收无关。该案争议在于，仲裁庭实际上将征收的意思延伸到其传统的范围之外，使得东道国颁布的健康、环境等政策有可能受到外国投资者的挑战，会阻碍东道国公共政策的发展。

第二种方法是衡量东道国政策的公共目的和投资者责任之间的关系，并且要求存在一种合理的比例关系，有关责任不应当是单独的或过分的。涉及有害垃圾站的泰克麦德案采用的是此种方法。申请人声称墨西哥政府未能重新颁发垃圾处理许可的行为构成征收，仲裁庭援引欧洲人权法院案例和适用比例原则，^⑤ 认为东道国的行为确实构成征收。

第三种方法将非歧视性的公共福祉管制措施排除在征收范围之外，前提是东道国专门向投资者承诺不进行管制。譬如梅赛尼斯公司诉美国（Methanex Corporation v. United States）案，申请人声称加州政府禁止以甲醇为主要成分的甲基叔丁基醚（MTBE）的禁令构成征收。MTBE是一种能够增加无铅汽油氧含量的燃油添加剂，加州政府认为其可能会对人类健康、安全和环境带来巨大的伤害。仲裁庭裁定根据一般国际法，基于公共利益的非歧视性管制条例，如果其制定遵循了正当程序，其对外国投资者或投资的影响不能被认为征收并且应当赔偿，除非政府管理部门已经对考虑投资的外国投资者给予了专门的承诺，即政府将不会通过此类条例。”^⑥ 仲裁庭认为美国没有向申请人作出此类承诺，因此驳回请求。根据该方法，如果有关措施是根据正当程序制定

① Jeswald Salacuse, *The Law of Investment Treaties* (Oxford University Press, 2010), p. 285.

② Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of international investment law* (New York: Oxford University Press, 2008), p. 89.

③ 沈伟：《中国投资协议实体保护标准的自由化和多变化演进》，载《法学研究》2015年第4期，第197页。

④ *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF) /97/1, Award, 30 Aug 2000, paras. 105–111.

⑤ *Técnicas Medioambientales Tecmed, SA v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF) /00/2, Award, 29 May 2003, para. 122.

⑥ *Methanex Corporation v. United States*, UNCITRAL, NAFTA, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, 3 August 2005, Part IV, Chapter D, para. 7.

的非歧视性的公共利益管制条例，其就不是征收。

尽管这三种方法之间有明显的不同，但每一种方法都得到了后来的一些仲裁庭的支持，对所有的当事人来说都具有相当大的不确定性。另外，并不是每一种对投资有负面影响的措施都是征收，东道国干涉的程度是仲裁庭审查某一措施的关键决定要素。

与气候变化有关的投资措施如果对外国投资带来伤害，就有可能被认为是间接征收。类似有关温室气体排放标准、气候变化应对要求、或温室气体排放的措施，如果直接导致税收增加，拒绝颁发必要的经营许可，甚至未能进行合同谈判，都有可能被认为是间接征收。譬如阿拉德诉巴巴多斯（*Allard v. Barbados*）案，该案投资者声称因为东道国政府的某些作为和疏忽其被迫关闭了湿地保护区的生态旅游项目，这些行为违反了该国政府的国内和国际环境法义务，构成间接征收，并违反了对其投资的公平公正待遇。^①

即使某项气候变化措施没有影响投资者对其财产的合法所有权，但根据国际法，国家通过干涉某项财产的使用或其收益的享有，也可能出现剥夺或占有财产的行为，有可能被认为是征收。譬如一家矿业公司的投资者在东道国通过了提高环保标准的条例后，如果很容易就能把其设备改造达标，仲裁庭可能会认为不存在实际上剥夺所有权的行为，因此也就没有发生征收。^②然而，相对于投资价值，如果改造的费用非常高，仲裁庭可能会认为实际上剥夺了投资。而是否认为征收将在很大程度上取决于选定的仲裁庭遵循了前述几种方法中的哪一种方法处理东道国的管制措施。

至于西班牙和加拿大等国家出现的可再生能源的补贴争端，有关问题是取消低碳投资的补贴是否构成间接征收。事实上，国家对低碳投资的补贴不可能摧毁整个投资的经济价值或剥夺对其财产的全部所有和控制权。即使完全取消了对可再生能源的补贴，投资者仍然对其设施有控制权，其可以继续从生产和销售的电力中获利。譬如在查亚内（*Charanne*）案中，投资者认为西班牙削减固定上网电价的政策剥夺了其间接投资的实际价值和未来资本的收益。然而，仲裁庭认为根据国际法，只有某项措施实质上影响到了投资者的财产权，才能构成间接征收。可能发生的情形是国家实际上占有了全部或部分投资，或有关占有破坏了投资的价值。当事人承认相关措施没有影响到申请人的股权，有关电厂仍然在经营，因此，申请人实际请求的是发电厂盈利能力和其股权价值的减损。然而，仲裁庭认为这种减损自身并不足以构成间接征收。^③ 该案再一次确认，国家有关法律政策的修改不能成为投资者提起征收诉请的根据。

① *Peter A. Allard v. Barbados*, PCA UNCITRAL, Case number 2012-06, Notice of Dispute, 8 Sept. 2009, paras. 14-16.

② 譬如，2014年3月30日，中国铝业在秘鲁中部的特罗莫克铜矿被暂停，秘鲁官方称中国公司在施工生产中破坏当地环境。该铜矿为千万吨级世界特大型铜矿，同时也是中国海外最大铜矿项目。秘鲁的环保组织 OEFA 因发现2014年3月16—20日该铜矿排入当地湖泊的废弃物中含有污染物，因此下达暂停命令。中铝秘鲁铜矿按照秘鲁环境评估与监管局对于涉及水管理的有关要求，作为预防性措施，暂停了涉及采矿活动的试生产工作。《中国海外最大铜矿项目因破坏环境被秘鲁暂停》，<http://finance.huanqiu.com/world/2014-03/4941305.html>，最后访问时间：2016年10月15日。至2014年4月10日，中铝秘鲁铜矿完成了对水管理系统的优化和改善工作。随后，秘鲁环境评估与征税局对有关情况进行了现场检查，并于4月11日通过了新的决议，解除所有就排水问题对特罗莫克铜矿进行的预防性措施。《中铝秘鲁铜矿恢复全面生产 预计按期实现达产目标》，http://news.xinhuanet.com/fortune/2014-04/15/c_126391917.htm，最后访问时间：2016年10月15日。该项目没有上升为投资争端，但是中国投资者因此而增加了额外的环境污染处理方面的投资。

③ *Charanne BV and Construction Investments SARL v. The Kingdom of Spain*, SCC Arb No. 062/2012, Award (English translation by Mena Chambers), 21 January 2016, paras. 461-465.

无论是一般意义上的环境争端还是特定意义上的气候变化争端，其核心问题是这些争端涉及国家管制全人类健康和环境的权利。事实上，这些案例是多样的，投资者可能挑战的是某项气候变化政策的科学根据，或因为环境资源保护而作出的管制措施的有效性，或者修改某项环保立法措施的合理性。在裁定东道国某一特定措施的合理性时，仲裁庭要考察东道国制定有关措施的动机以确定有关保护措施是否真实，探讨有关措施对投资者的影响以裁定政府所称的公共利益需求是否合理，同时要依据科学证据对有关气候变化措施的合理性进行裁定。最后一种方法可能会产生异议，毕竟由法律人士组成的投资仲裁庭是否能够对涉及气候变化的科学决定进行裁定本身就有疑问。譬如科聚亚公司诉加拿大（*Chemtura Corp. v. Canada*）案，仲裁庭拒绝考虑化学杀虫剂是否对人类健康或环境带来危害，并认为自己去裁判加拿大害虫管制部门就与环境和健康风险有关的杀虫剂作出的科学决定是否合理或正确是不恰当的。^①但也有仲裁庭采取不同的方法，譬如前述梅赛尼斯（*Methanex*）公司案，当事人双方都提交了评估加州大学 MTBE 研究小组报告的专家证言。在权衡这些证据之后，仲裁庭认为该报告严肃、客观和科学地探讨了一个复杂的问题，推定该报告是真实的，但并没有对该报告的科学性作出判断。^②因此，在评估某些公共利益管制政策的科学优劣性方面，仲裁庭一般不会评断东道国提供的有关气候变化的科学分析证据。

三 国际投资协定中的气候变化条款改革

国际投资协定以及自由贸易协定投资章中规定环境条款的条约有很多，但是直接规定环境问题的双边投资条约的数量非常有限，^③而规定气候变化条款的投资协定的数量也只能以个位数计。随着全球气候变化的加剧，无论是作为一种全球公共产品^④还是国际法问题，都需要从根源上治理气候变化，包括修改或重订国际投资协定的相关内容。

为应对国际投资关系在国际经济关系中越来越重要的地位，国际投资协定的增长和投资仲裁机制的改革也正在进行之中，国际法学者、发展中国家政府，甚至诸如美国这样的发达国家都已经开始重新评估其现有国际投资协定的政策目标，并修订其国际投资协定用语。而且，联合国贸发会（UNCTAD）也制定了供各国借鉴的《可持续发展的投资政策框架》。

越来越多的国家意识到国际投资协定必须反映国家的可持续发展目标，外国投资要促进本国的可持续性发展。在这种基础之上，有 110 多个国家根据 UNCTAD 的投资政策框架审查了其国内和国际投资政策，并制定了许多与新一代投资政策发展相一致的国际投资协定范本。^⑤此类国

① See *Chemtura Corp. v. Canada*, UNCITRAL, NAFTA, Award, 2 Aug. 2010, para. 153.

② *Methanex Corporation v. United States*, UNCITRAL, NAFTA, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, 3 August 2005, Part IV, Chapter D, para. 101.

③ 2011 年 OECD 的一份研究报告指出，几乎所有的含有投资章的自由贸易协定都规定了环境问题（考察对象是 30 个自由贸易协定），而在双边投资条约中则是十分罕见的（仅是 6.5%，考察对象是 1593 个双边投资条约）。Kathryn Gordon and Joachim Pohl, “Environmental Concerns in International Investment Agreements: A Survey” (May 31, 2011), <http://ssrn.com/abstract=1856465> (last visited 20 March 2016).

④ 曹德军：《嵌入式治理：欧盟气候公共产品供给的跨层次分析》，载《国际政治研究》2015 年第 3 期，第 62 页。

⑤ Joerg Weber, “How to make IIA reform work? A formidable challenge” (March 10, 2016), <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Blog/Index/52> (last visited 29 March 2016).

际投资协定重新平衡了投资者和东道国之间，以及经济目标和公共政策目标之间的关系。不管是否明确提及气候治理问题，这些目标当然都包括减缓和应对气候变化的目的。事实上，为更加具有针对性，国际投资条约可以做相应修改以规定更加专门的气候变化条款。

（一）序言规定

大多数国际投资条约的序言都规定条约的目的和宗旨是促进和保护投资，而对东道国所需要的可持续发展或气候变化减缓和应对问题通常保持沉默态度。有些条约明确在序言中规定环境价值或遵守可持续发展目标，譬如美国2012年BIT范本序言指出“条约的目的是以一种与健康、安全和环境保护相一致的方式达到这些目标”。^①也有国际投资协定甚至专门提到了气候变化问题，如《能源宪章条约》序言呼吁遵守UNFCCC，《远程跨境空气污染公约》及其议定书，以及其他与能源问题有关的环境协定，并且承认日益增长的保护环境措施的迫切必要性。^②也有一些晚近签订的BIT规定投资保护应当与国际公认的环境保护或可持续发展标准相一致，譬如《中国—加拿大BIT》序言明确指出缔约方“进一步认识到需要依据可持续发展的原则促进投资”。^③

条约序言通常被用来规定条约的目的和宗旨。如果某投资协定条款的规定是模糊的，或者对东道国施加了额外的义务，那么就要利用序言解释缔约国缔结条约的意图。根据《维也纳条约法公约》第31（1）条规定，条约应依其用语、按其上下文并参照条约的目的和宗旨所具有的通常意义进行善意的解释。第31（2）条指出，条约解释的上下文应当包括其序言。投资争端的仲裁庭也要参照相关投资条约的目的和宗旨以帮助与解决有关的解释问题。

尽管如此，多数投资条约的终极目标仍然是保护投资，而没有考虑到有关投资是否促进了东道国的可持续发展。在目前讨论气候变化的背景下，重要的是要在条约的序言和目的及宗旨条款中明确规定缔约国的意图是促进可持续发展的目标，包括遵守气候治理政策。因此，国际投资条约可以在其序言中专门提到遵守有关气候变化政策的规定，《能源宪章条约》的序言规定就是典型实例。更具体点，序言中引用UNFCCC中的某些用语更加有助于全球气候治理。譬如，国际投资协定的序言条款可以规定：缔约国承认地球气候变化及其对人类的负面影响，承认全球性的气候变化和人类社会合作的必要性，要求在尊重国家主权和国际合作的基础上遵守共同但有区别的责任，或者确认国家在治理气候变化和可持续发展方面享有的管制权，等。也许，最可行的方法就是直接在序言中规定遵守UNFCCC公约、《京都议定书》以及《巴黎协定》等义务。这不仅有助于加强国际投资协定减缓气候变化的目的，而且还可以避免任何意思和解释上的不确定性，使得投资者很难再就气候友好型的管制措施提起仲裁诉求。

（二）投资保护实体标准

关于投资保护实体标准，首先，可以在投资准入的条件方面规定外国投资者要遵守东道国法律，包括东道国制定的气候变化政策和根据国际法承担的国际气候变化义务。据此，有关投资才

① See Preamble, U. S. Model BIT (2012).

② See Preamble, Energy Charter Treaty (1994).

③ 参见《中国—加拿大BIT》(2012年)序言。

有资格获得国际投资协定的保护，目前越来越多的投资协定正在采取此类做法。另外，大多数国际投资协定并没有规定投资准入前的权利，^① 故东道国可以在其认为合适的时候施加此类准入限制或审查机制。至于那些既想处理类似气候变化等急速发展的问题又想保留充分管制政策空间的国家，似乎比较谨慎的方法就是不在未来的任何国际投资协定中规定准入前权利。但是，如果缔约国的相关议价能力不能避免纳入准入前权利，而又想保有管制气候友好型投资的权利时，比较好的选择就是明确规定根据有关投资的温室气体排放或环境特征作为进行区别待遇的标准。^② 为此，对于对环境有重大影响的能源投资项目，缔约国应当在项目前期或决策前进行公开的评估并加强随后的监督。

其次，关于国民待遇和最惠国待遇条款，前者涉及那些专门规定国民待遇仅仅适用于“类似情形”下的投资者。^③ 为避免仲裁庭解释“类似情形”这个术语可时能出现的不确定性，可以考虑在投资协定中规定仲裁庭解释时应考虑的一些要素，譬如对第三方当事人和本地社区的影响，对当地或国内环境的影响，投资的产业，以及有关措施的目的等标准。^④ 此类条款为东道国根据类似投资所具有的各自温室气体排放特征而区别对待这些投资提供了充分的权衡空间。然而，如果缔约国想彻底解决与外国直接投资有关的气候变化问题，可以在该标准中增加诸如“其对温室气体排放的影响”或者“碳足迹影响”等减缓气候变化的词语。至于最惠国待遇，在气候变化的背景下，有可能为东道国带来不可预见的问题，即最惠国条款可能会阻碍东道国对气候友好型和非气候友好型投资，以及有不同气候变化影响的投资进行区别对待，而且国际投资协定中专门规定的目的在于维持东道国制定气候变化政策空间的条款可能会因为最惠国条款而被认为无效。^⑤ 如前所述，这也是《能源宪章条约》的主要不足之处。

再次，关于公平公正待遇，在没有考虑到东道国的气候变化需要的情况下，为避免投资仲裁庭单独从主观上依据公平公正待遇作出裁决，在起草公平公正待遇条款时可以明确限定其适用范围，譬如将该标准限制在习惯国际法上的最低待遇标准，或者规定根据公共利益譬如公共健康、安全或环境等考量要素而给予不同的待遇时并不违反公平公正待遇。^⑥

最后，由于在东道国基于公共利益目的而实施的善意管制措施是否构成间接征收的问题上有不确定性，这种情况可以通过例外条款方法予以避免，规定目的在于保护合理公共政策目标

① 2013年，中方承认可以按准入前国民待遇和负面清单这样的模式和美国和欧盟进行双边本投资协定的谈判。也就是说，投资活动开始前，就可以享受东道国的投资者待遇。而负面清单方面，凡是法律没有规定的，都可以有所作为。在此之前，中国没有实行准入前国民待遇和负面清单。

② Fiona Marshall, “Climate Change and International Investment Agreements: Obstacles or Opportunities?” (March 2010), https://www.iisd.org/pdf/2009/bali_2_copenhagen_iias.pdf, p. 64 (last visited 22 December 2015).

③ 譬如《跨太平洋伙伴关系协定》(TPP)(2015)第9.4.1条规定：“在投资的设立、获取、扩大、管理、经营、运营、出售或其他处置方面，每一缔约方基于另一缔约方投资者的待遇应不低于在相似情况下给予在其领土内的本国投资者的待遇”。

④ See Art. 17 (2), Investment Agreement For the COMESA Common Investment Area (2007).

⑤ Fiona Marshall, “Climate Change and International Investment Agreements: Obstacles or Opportunities?” (March 2010), https://www.iisd.org/pdf/2009/bali_2_copenhagen_iias.pdf, p. 65 (last visited 22 December 2015).

⑥ 需要明确的是，气候变化已经成为全球性安全问题，数十年来有关气候变化的讨论充斥着灾难、紧急事件和危急等词语，联合国安理会自2007年以来多次讨论气候变化与国际安全的关系，并认为，从长远来看，气候变化产生的负面效应可能会恶化某些现有的对国际和平和安全的威胁，一些国家尤其是低海拔岛屿国家可能会面临失去领土的风险。

(譬如公共健康、安全和环境)的善意管制措施不构成间接征收,^①也可以像加拿大和美国 BIT 那样规定“罕见情况除外”(except in rare circumstances)条款,^②明确规定气候变化投资属于罕见情况,不适用征收条款。

(三) 投资保护的例外条款

国际投资条约可以在例外条款中规定环境或气候变化问题,即如果东道国因为制定环境或气候变化方面的法律政策而损害了投资者的利益,投资者不得依据有关投资保护协定提起索赔请求。条约中的例外条款是缔约国设置的“安全阀”。根据此种条款,当缔约国面临严重的经济、社会、甚至政治危机或为了其经济的可持续发展和人民福祉时,可以采取必要的管理措施,以维护其根本安全或公共利益,而不承担违反条约义务的法律义务。^③但是到底是把相关条款规定在一般例外中,还是专门规定的环境或气候变化例外,则有不同规定。

很多国际投资协定规定的一般例外条款最初借鉴的是《关税与贸易总协定》(GATT)第20条规定。^④根据该条b段内容,只要有关措施的适用不是歧视性的或武断的或没有构成对外国投资的隐蔽限制,本协定的任何规定都不能被解释为可以阻止缔约国通过维持公共秩序,保护公共健康和安全,包括保护人类和动植物生命所必需的环境措施。^⑤然而,为避免国际投资法和世界贸易组织(WTO)法律的冲突问题,有关条款根据投资的背景做了更改。不过,在国际投资协定中借用WTO一般例外的语言规定明显没有考虑到此类移植是否适用于外国直接投资。因为条约结构的多样性,仲裁庭可能会用许多不同的方法解释气候治理问题,在不同条约中也可能起到不同的关键作用。因此,在气候治理问题上,一般例外的规定可能会产生更多麻烦。

虽然大多数国家的实践与国际投资协定并不否定国家管制气候变化的权利,但是到目前为止还没有国际投资协定明确规定气候变化管制权的例外条款,只有一些协定规定了一般性的环保例外。然而,无论是基于对国际投资协定没有明确阐述气候变化问题的担忧,^⑥还是对国际投资仲裁庭裁决不可预测性的应对,或者是为避免WTO法和国际投资法的冲突的考虑等原因,都可以在协定中规定此类气候变化例外,尽管此类条款对于维持缔约国的气候变化管制权而言并不是关键性的。

还有一种规定是有限制的环境例外条款,即东道国的许多合法的环保措施将不受条约约束,比较常见的规定是NAFTA第1114(1)条,即“本章不应解释为阻止一缔约方采取、维持或实施符合本章规定的任何措施,只要该缔约方认为该措施能够适当地保证在其领土内进行的投资活动对环境问题有所考虑”。TPP投资章第9.15条规定了类似的内容。这是国际投资协定中最常见的环境条款,其目的是为避免缔约国为吸引外资而放松环境管制,以致有关投资协定可能会创造

① Article 20 (8), Investment Agreement For the COMESA Common Investment Area (2007).

② See Annex B.13 (1) (c), Canadian 2004 Model BIT; Annex B, US 2004 Model BIT.

③ 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》,载《中国法学》2011年第2期,第133页。

④ Kathryn Gordon and Joachim Pohl, “Environmental Concerns in International Investment Agreements: A Survey” (May 31, 2011), <http://ssrn.com/abstract=1856465>, pp. 17-18 (last visited 20 March 2016).

⑤ 参见《中国—加拿大BIT》(2012),第33(3)条。

⑥ TPP协定的最初版本含有气候变化条款,但是在最终颁布的文本中删掉了该术语。

“污染者的天堂”。^① 另外，该条规定的“与本章规定不同”的措施实际上明确规定环境管制政策的效力受到投资者保护条款的约束，结果是，虽然该条规定理论上支持环保问题，但其仍然有利于外国投资者的权益保障。^②

NAFTA 第 1114 (2) 条“缔约国承认通过降低国内环保等措施鼓励投资是不合理的”也是一种典型条款。通过承认缔约国保护投资的权利，以及禁止缔约国为吸引投资而放松环境管制，类似条款确认合法的环境管制措施不受该投资章的约束。2012 年美国 BIT 范本第 12 (2) 条^③以及 TPP 环境章第 20.6 条规定了类似的内容。

类似问题看似有利于环保问题，但其实际上是环境例外，并不能阻止仲裁庭作出东道国环境保护措施侵犯了投资者义务的裁决，譬如铠装公司诉墨西哥 (Metalclad v. Mexico) 案，墨西哥根据 NAFTA 第 1114 (1) 条的抗辩被仲裁庭拒绝，理由是申请人的投资是以一种与环境问题相一致的方式进行的，因为申请人已经与墨西哥签订协定并获得政府许可。^④ 该裁决表明，第 1114 (1) 条仅能使有关投资开始前已经颁布的环境措施合法化，许多现有的投资可能会受到未来的气候变化法令的影响，虽然此类投资后的措施可能与投资无关。

无论如何，在不违反某些国际投资义务的情况下，例外条款可以给予缔约国更大的解决环境和气候变化问题的政策空间，也有助于实施减缓气候变化的措施。譬如，条约可以规定“有关条款适用于缔约国制定的任何与目的在于稳定大气中一定水准温室气体浓度以阻止人类干涉气候的制度，或与 1992 年《联合国气候变化框架公约》第 3 条和第 4 条包括的原则承诺相关的措施；此类措施不应当受到缔约国参加的允许以投资仲裁方式解决投资争端的任何现有或未来的条约的约束”。^⑤ 前述建议的目的是确保有一个合理的例外条款以保护目的在于保护气候变化行动的投资仲裁诉请的风险，可以避免投资仲裁庭的扩大解释。而且，当国家之间存在政治意愿时，例外条款可以结合相关的案例得以实施。最后，一个表面上合法的和非歧视性的条例，结合一个稳定的例外条款，应当能够避免仲裁庭审查东道国的全部政府行为。^⑥

四 解决全球气候治理与国际投资规则冲突的补充方法

应对气候变化和投资保护之间存在的张力导致相关的国际法律义务可能会存在冲突，而前述国际投资仲裁实践表明投资者对气候治理问题的挑战依然存在。尤其是在全球气候治理的背景

① Bradly J. Condon, “Climate Change and International Investment Agreements”, (2015) 14 *Chinese Journal of International Law* 305, p. 320.

② Meredith Wilensky, “Reconciling International Investment Law and Climate Change Policy Potential Liability for Climate Measures Under the Trans-Pacific Partnership”, (2015) 45 *Environmental Law Review* 10683, p. 10693.

③ 该条规定如下：“缔约国承认通过削弱或降低国内环境法给予的保护而鼓励投资是不合理的。因此，缔约方应当确保其不得以一种削弱或减少环境法保护的方式放弃或以其他方式减损或提出放弃或以其他方式减损环境法保护的要求，或因为持续或经常发生的作为或不作为而不能有效地执行这些法律，并把其作为一种在其境内设立、获得、扩展或保留投资的鼓励措施”。

④ *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF) /97/1, Award, 30 Aug 2000, para. 98.

⑤ See Gus Van Harten, “An ISDS Carve-out to Support Action on Climate Change”, <http://ssrn.com/abstract=2663504> (last visited 20 March 2016).

⑥ Christina L. Beharry & Melinda E. Kuritzky, “Going Green: Managing the Environment Through International Investment Arbitration”, (2015) 30 (3) *American University International Law Review* 383, pp. 406–407.

下,国际投资协定如何改革以及投资仲裁庭在如何权衡当事人双方的权益等才能够起到控制温室气体排放和减缓气候变化的作用,都是需要进一步研究的问题,尤其是不可忽视其中国际法规范尤其是国际条约法的作用。除了前述的国际投资协定自身的改革外,仲裁庭还可以利用下列补充方法解决相关的冲突。

(一) 明确国际气候治理规则与投资规则之间的效力等级

很多国际投资协定规定投资仲裁庭可以适用国际法规则解释有关的条约条款,^①因为国际投资协定的缔约主体是主权国家,故其解释完全可以根据《维也纳条约法公约》规定的原则进行。事实上,从环境尤其是气候变化的角度来分析,许多国际法规则已经演变为国际习惯,譬如环境影响评估,或者规定了国家应当承担的专门国际法义务,譬如 UNFCCC 缔结的国际文件规定缔约国有减排温室气体的义务。在一些涉及环境问题的投资争端中,如果国家承担的保护环境和气候变化的国际义务与其承担的保护外国投资的国际义务相冲突,就在效力上有孰先孰后的问题。

关于国际环境法义务,以环境影响评估为例,其目前已经被普遍承认为一般法律原则,无论是在各国国内还是国际上都是如此。^②对有关环境污染产业进行环境影响评估以减少温室气体排放,进而减缓气候变化是东道国应当承担的责任。国际法院判决曾经明确规定,国家对跨国项目进行环境影响评估的义务。^③国际投资仲裁实践也出现了多个与此有关的案例,譬如龙柏诉加拿大(Lone Pine v. Canada)案,投资者认为魁北克暂停中止水力压裂法开采天然气的做法违反了 NAFTA 规定,政府部门宣称是要对该开采方法进行环境影响评估,因为有人指责投资者向地下水和空气中排放化学物品和气体。^④再如环太平洋公司诉萨尔瓦多(Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador)案,东道国政府在对有关矿业造成的环境影响尤其是对该国稀缺的水资源的影响进行评估后,中止加拿大投资者的跨洋开采许可证,投资者提起仲裁诉请。^⑤与环境影响评估类似,其他与环境法尤其是对气候变化尤其重要的原则还包括可持续发展原则、共同但有区别的原则等,尤其是前者目前已经纳入到很多国际投资协定中。这些标准的主要目的是将政府承担的人权责任与环境保护联系在一起,增加透明度和强化有关项目的环境公正性。而且,这些国际文件也导致一些国家开始在国内制定减缓气候变化的相关措施。尽管如此,气候变化政策和投资义务并不总是能够“和谐共处”,必然会出现相关争端,故,仲裁庭在解决气候变化投资争端尤其是涉及气候变化的问题时,要充分利用条约解释的原理解决相关问题。

这里涉及与条约解释相关的几个问题。首先,与国际投资相关的不同国际法义务之间的规范等级问题。有些国际投资仲裁实践提到了国际法义务规范之间的等级效力问题,譬如菲尼克斯诉捷克(Phoenix v. Czech)案裁定“没有人认为 ICSID 保护应当给予那些违反最基本的保护人权规

① 譬如《中国—加拿大 BIT》(2012)第20条规定:“依据本部分设立的仲裁庭应根据本协议定、可适用的国际法规则处理争端涉及的问题,在适当时,仲裁庭应考虑东道国缔约方的法律”。

② 参见邓华:《环境影响评估制度在国际法中的演进和实施》,载《中山大学法律评论》2015年第3期,第129—148页。

③ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment of 20 April 2010, I. C. J. Reports 2010, para. 205.

④ *Lone Pine Resources Inc. v. The Government of Canada*, ICSID Case No. UNCT/15/2, NAFTA, Notice of Arbitration, 6 September 2013, para. 50

⑤ *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12, Notice of Arbitration, 30 April 2009.

则的投资，譬如那些因为暴力或种族灭绝或支持奴隶制或贩卖人体器官等进行的投资”。^① 从该裁决可以得出，国际人权义务的效力优于国际投资法的保护义务。如果从强行法的角度出发，尽管强行法的规范类型的识别并不是一件容易的事情，但是人权规范总是被认为属于强行法的一部分。^② 无论如何，菲尼克斯案裁决表达的意思是拒绝给予违反强行法规范的投资予以条约保护。但问题是，国际环境法的某些义务尤其是与气候变化有关的强制性规则的效力能否优于国际投资法？从强行法的角度来讲，气候变化有关的强行法规则效力上应当优于国际投资法的规定，因为地球环境是我们赖以生存和持续发展的物质基础，保护环境无疑是全人类的共同利益所在，联合国有关环境的两个宣言即《斯德哥尔摩宣言》和《里约宣言》中的许多原则已经成为习惯国际法的一部分。^③ 故有关环境和气候变化的许多国际法规则可以被视为国际法上维护国家公共利益的强行法，效力上应当优先于两国或多国之间签订的国际投资协定。事实上，国际法上的一个基本原则就是与强行法相冲突的条约是无效的，因此很难想象到一个国际投资协定包括一条与国际公认的强行法规范相冲突的条款。也许，2012年美国BIT范本的相关规定更有借鉴意义。该范本第12(3)条规定：“缔约国承认在行使管制、遵守、调查和公诉问题上，以及作出与执行其他具有较高优先级的环境问题有关的资源分配的决定方面，每一缔约方保留有自由裁量权。”^④ 因此，如果投资协定中做了类似的规定，那么仲裁庭就会裁定优先考虑环境和气候变化问题，而不是投资义务。

具体到全球气候治理而言，根据UNFCCC缔结的国际气候文件，缔约国有减排温室气体的义务，一些国家有可能在此基础上，通过UNFCCC谈判或其他国际协定规定彼此之间的气候变化义务。^⑤ 遵守国际气候变化义务可能会要求缔约国政府改革阻碍外国投资的法律政策以及制定新的鼓励外国投资的法律条例，譬如西班牙和加拿大为发展可再生能源尤其是太阳能制定了固定上网电价制度。但是根据国际投资保护机制，缔约国也有潜在的被诉至仲裁庭的风险。为此，一些国际投资协定规定了解决此类冲突条款的内容。^⑥ 但是此类条款并不能完全消除缔约国的责任风险，尤其是不能阻止缔约国遵守其他国际义务。如果彼此之间发生了冲突，虽然国家可以证明其遵守国际义务的合法合理性，但是仲裁庭在对国际义务是否影响投资保护条款的问题上仍然享有自我裁量权，甚至完全可能会忽略国家承担的国际环境义务。

事实上，虽然这方面的案例有限，但是仲裁庭仍然不愿意去裁定国家的非投资条约义务优先于其根据投资协定承担的投资保护义务，并因此解除国家承担的相应责任。^⑦ 譬如迈尔斯诉加拿大(S. D. Myers v. Canada)案，加拿大指出根据《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》规定，禁止在没有双边协定的情况下向非缔约国（譬如美国）出口危险废物，包括多氯联苯，

① *Phoenix Action Ltd v. Czech Republic*, ICSID Case No ARB/06/5, Award, 15 April 2009, para. 78.

② Andrea Bianchi, “Human Rights and the Magic of Jus Cogens”, 19 (3) *The European Journal of International Law* 491, 495 (2008).

③ 张辉：《国际法效力等级问题研究》，中国社会科学出版社2015年版，第82页。

④ See Art. 12 (3), US Model BIT (2012).

⑤ 譬如2013年6月、2014年5月以及2015年6月，中美双方先后达成了三项削减氢氟碳化物(HFCs)的协定。

⑥ 譬如《美国—韩国FTA》(2007)第20.10.3条规定：“缔约国一方根据本协定的义务和其他涵盖协定之间的义务如果有冲突，该缔约国要努力去平衡这两个协定，但其并不能阻碍该缔约国采取其特定的措施以遵守其感觉涵盖协定承担的义务，条件是该措施的首要目的并不是实施对贸易的隐蔽限制”。See Art. 20.10.3, Korea USA FTA (2010).

⑦ Kate Miles, “Arbitrating Climate Change: Regulatory Regimes and Investor-State Disputes”, (2010) 1 *Climate L.* 63, p. 82.

并且要求缔约国确保可以获得适当的处理设备以保护环境。在详细探讨了《巴塞尔公约》规定的义务后,仲裁庭裁定加拿大的禁令不存在合法的环境理由。^① 该案的仲裁庭没有明确对有关措施背后的国家环境义务和投资义务的冲突进行探讨。类似,圣埃伦娜诉哥斯达黎加(Santa Elena v. Costa Rica)案也涉及国际义务的冲突问题。哥斯达黎加根据国际环境条约包括《世界自然和文化遗产国际公约》规定,为保护一个生态园而征收了外国投资者的财产。仲裁庭认为基于保护环境的目的而征收财产并不能改变征收应当赔偿的法律性质,在裁定土地使用的赔偿价值时拒绝考虑自然保护区的义务问题。^② 圣埃伦娜案和迈尔斯案表明,有必要在国际投资协定中规定一个解决相互冲突的国际义务条款。如果国际投资协定没有规定此类义务,因为对投资者可能承担的风险责任等问题,缔约国可能不能遵守气候变化或者温室气体减排等义务。

(二) 合理解释国际投资协定

国际法不同文件之间存在着一种兼容性,许多不同的规范之间的冲突可以通过条约解释予以解决。根据《维也纳条约法公约》第31(3)条规定,条约解释除了上下文外,还应当考虑到“当事国嗣后所订关于条约之解释或其规定之适用之任何协定;嗣后在条约适用方面确定各当事国对条约解释之协定之任何惯例;以及适用于当事国间关系之任何有关国际法规则”。因此,除了后法优于前法的原则外,该条还恰当地阐述了国际法律制度中的系统融合原则,表明根据有关条约解释的习惯规则,仲裁庭有权在解释投资条约时考虑其他相关的国际法规范,^③ 包括缔约国承担的国际气候变化义务。尽管许多投资条约并没有规定适用一般意义上的环境或特定意义上的气候变化法律问题,但这并不意味着环境和气候变化问题完全与国际投资法和仲裁无关。事实上,多边环境协定曾经被用来解释某些特定的投资条约标准。譬如科聚亚诉加拿大案,仲裁庭明确提到了评价某一既定化学品毒性的许多环境条约。^④ 在帕克领停车公司诉立陶宛(Parkerings v. Lithuania)案中,有关投资将会影响一处受到世界遗产公约保护的世界遗产地,该事实是把有关投资项目与其他项目区别开来的充分前提,因此驳回诉请驳回了对国家的歧视指控。^⑤

当然,在其他案件中,也有一些仲裁裁决没有考虑到更广的国际法义务或缔结条约的上下文背景。譬如迈尔斯案,仲裁庭认为加拿大禁止处理多氯联苯的措施有益于加拿大的废物处理公司,并没有考虑到加拿大是《巴塞尔公约》的缔约国的事实,该公约禁止向非成员国进出口危险废物。^⑥ 在加拿大禁令实施时美国不是巴塞尔公约的缔约国,因此,仲裁庭在探讨出口禁令的合法性时应当考虑到这个事实。

实践中,利用《维也纳条约法公约》第31条解释可能会产生一些问题。类似NAFTA和TPP那样,因为较后缔结的国际投资协定和较早缔结的协定的背景是不一样的,而且因为其缔约国可能也不一样,就不能适用《维也纳条约法公约》第31条。另外,国际投资协定的结构和内容变

① S. D. Myers v. Canada, NAFTA, UNCITRAL, Partial Award, 13 Nov. 2000, para. 195.

② Compañía del Desarrollo de Santa Elena v. Costa Rica, ICSID Case No. ARB/96/1, Final Award, 17 Feb 2000, para. 71.

③ Report of the Study Group of the International Law Commission, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, A/CN.4/L.628 (Aug. 1, 2002), paras. 410-480.

④ See *Chemtura Corp. v. Canada*, UNCITRAL, NAFTA, Award, 2 Aug. 2010, para. 135.

⑤ *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, 11 September 2007, para. 392.

⑥ S. D. Myers v. Canada, NAFTA, UNCITRAL, Partial Award, 13 Nov. 2000, para. 106.

化很大,为明确缔约国意图,仲裁庭可以根据《维也纳条约法公约》第32条规定使用解释之补充资料,包括“条约之准备工作及缔约之情况在内”。因此,涉及气候变化争端时,仲裁庭可以从发展的角度对国际投资协定与国际气候变化规则的一致性进行解释,可以裁定善意的环境或气候变化管制措施不属于相关国际投资协定的适用范围,从而也就不适用于诸如国民待遇和公平公正待遇等习惯国际法标准。尤其是在相关投资协定规定一般环境例外的情况下,这种方法更加可取。

(三) 强化国家对气候治理问题的管制权

在刚刚结束的G20杭州峰会上,中国倡议的《全球投资指导原则》提出了9条供各国制定投资政策时予以参考的指导原则,其中的原则5和原则6尤其和本文的主题有关,前者呼吁“投资及对投资产生影响的政策应在国际、国内层面保持协调,以促进投资为宗旨,与可持续发展和包容性增长的目标相一致”,后者要求“政府应有权为合法公共政策目的而管制投资”。在全球气候治理的大背景下,在保障投资者权益的同时,投资应当促进经济、环境和社会可持续发展,包括控制气候变化,同时还要接受东道国为合法公共政策而进行的管制,譬如鼓励气候友好型投资等。

另外,晚近国际投资协定也有一种趋势,即越来越多的国际投资协定纳入了投资促进可持续发展和加强国家管制权的条款。譬如2006年欧盟加拿大自贸协定(CETA)前言中不但承认缔约国为公共政策目标(譬如公共健康、安全、环境和公共道德)享有的管制权,而且还承认保护投资的条款的目的是在不损害缔约国管制公共利益的权力的前提下激励互利的经济活动,再次强调国家对公共利益活动的管制权。在国际上,由于联合国贸易和发展会议早几年通过的《可持续发展的投资政策目标》以及2015年的联合国有关气候变化的《巴黎协定》,与可持续发展和气候变化公约的精神相结合有可能会成为未来投资的基本要素之一。一句话,在当前全球治理体系变革和打造人类命运共同体的理念下,中国应当承担起其应有的责任,应首先在其参加的国际投资协定的起草和谈判中加强对投资可持续发展和国家公共政策的管制权,同时通过国内立法要求外观投资要遵守国家的公共利益管制权,包括尊重中国的气候变化法律政策以及批准的相关公约。

五 结语

当前,全球气候治理已经成为国际争端解决机制框架中一个非常重要的部分。国际投资规则是一种保护私人财产免受气候治理措施影响的有效工具,其可以在一定程度上推动全球气候治理的发展,而国际投资仲裁庭也可以部分填补气候治理的漏洞。国际投资仲裁庭处理气候变化争端的实践表明,其可以成为实施气候变化法中一个非计划中的但是非常有效果的工具。^① 仲裁裁决可以成为全球气候治理的工具之一,其是一种能够真正影响到东道国的事实上的气候治理政策。同时,缺乏一个明确的气候变化投资争端解决机制意味着气候争端可能会成为投资仲裁庭合

^① Valentina Vadi, “Beyond Known Worlds: Climate Change Governance by Arbitral Tribunals?”, (2015) 48 *Vand. J. Transnat'l L.* 1285, p. 1318.

法处理但又尽量避免触及的雷区。^① 根据国际仲裁界普遍遵守的“仲裁庭自裁管辖权”原则，在是否应当严格遵守法律、是否应当尊重东道国的管制自治权以及能否根据条约法规则解释相关投资条约条款以填补法律漏洞等方面，仲裁实践并没有固定的做法，经常出现的结果是不同仲裁庭就类似案情作出前后不一致的裁决，而这种不确定性正是气候变化减缓政策和投资者所顾忌的。另外，还有一种风险就是仲裁庭在裁决中引用以往的裁决，甚至把先前有说服力的仲裁裁决作为先例，进而可以影响到仲裁过程的结果，而这些仲裁裁决可能并不必然与环境或气候变化争端有关。其结果是，仲裁庭对相关气候变化问题的分析以及最终的仲裁裁决都有可能影响到东道国政府未来的气候治理决策，迫使投资者从某一特定行业撤资，或者投资到某一政策支持的行业，或者对有关投资进行重组。但是无论如何，需要明确的是，投资条约仲裁庭的管辖权是有限的，其不能就可能出现的违反气候变化法的问题进行裁定，而只能处理与此相关的投资争端。

国际投资仲裁为改善气候友好型投资所必需的管制稳定性和可预测性提供了必要的工具，可以保护气候友好型投资免受气候管制政策变革风险的影响。然而，投资仲裁对于改善气候变化的贡献除了要根据相关国际投资协定的规定外，还要取决于仲裁过程自身，所以国际投资仲裁的实体规则和程序规则也要进行一定程度的改革，包括增加透明度和允许第三人参与仲裁，扩大国际投资条约的人本化趋势，更好地实现人与环境的和谐发展。^② 另外，为限制投资仲裁庭在解释相关条款时的自由裁量权，可以在投资协定中明确有关国际规范的效力等级或者遵守一般国际法原则的规定。无论如何，国际投资规则和仲裁既可以鼓励气候友好型投资和促进东道国气候变化管制措施的实施，也可能因为外国投资者对相关政策提起仲裁诉请而对东道国产生“寒蝉效应”，从而影响其实施气候变化管制政策的决心。然而，在气候治理管制权和外国投资者权益保护之间，国际投资法仍然有达到合理平衡的空间。而且，虽然从气候变化的专业知识来讲国际投资仲裁还不是处理与气候变化争端的最佳机构，其仅仅是解决与气候变化投资争端有关的机构，但其作出的有利于气候友好型投资的裁决毕竟可以在一定程度上有利于气候变化的减缓，因此仍然可以被认为达到气候正义的一种有用工具。一句话，不应当也不能把国际投资仲裁作为实施国际气候变化义务的一种工具，毕竟这不是国际投资仲裁机制创立者的初衷。

作为世界第二大经济体，以及排名前列的资本输入国和输出国，国际气候治理和投资规则的构建对中国具有重要意义。中国也是最大的温室气体排放国家，在全球气候治理的过程中也应当发挥应有的作用。中国积极倡导的人类命运共同体意识应成为全球治理体系变革中的新理念，^③ 在气候治理中的体现就是要推进全球气候治理规则民主化和合理化，体现各方关切和诉求，更好维护广大发展中国家的正当权益。重要的是，中国需要在全球经济制度重构和全球经济治理体系优化的过程中，利用法律和制度的手段，主导国际政治和经济秩序。^④ 同时，作为近几年世界上位居前列的对外投资大国，在对外投资的过程中如何尊重和应对东道国以及国际性的气候变化管制措施也是我国投资者需要值得注意的问题。也即，在缺少一个全球性政府的情况下，全球性的气候变化如何在民族国家及非国家参与者之间得到恰当地治理也需要中国智慧的参与和介入。

① Jacqueline Peel, "Issues in Climate Change Litigation", (2011) 5 *Carbon & Climate L. Rev.* 15, p. 23.

② 关于国际投资条约的人本化问题，参见刘筭：《国际法的人本化趋势与国际投资法的革新》，载《法学研究》2011年第4期，第198—205页。

③ 曾令良：《顺应全球治理体系变革潮流推进国际法理念和原则创新》，载《人民日报》2016年3月28日，第016版。

④ 沈伟：《中国投资协议实体保护标准的自由化和和多边化演进》，载《法学研究》2015年第4期，第208页。

另外，应对气候变化也是中国可持续发展的内在要求，也是负责任大国应尽的国际义务，这不是别人要我们做，而是我们自己要做。^① 为此，需要中国政府付诸行动，包括在国际投资协定中纳入气候变化条款，在国内法中制定鼓励气候友好型投资的措施。尽管我国在近期签订的一些国际投资协定中明确规定了可持续发展原则和环保例外，但还没有任何一个协定明确规定了气候变化问题。在正在进行谈判的中美和中欧 BIT 谈判，以及区域全面经济伙伴关系（Regional Comprehensive Economic Partnership，简称 RCEP）和其他贸易协定的谈判中，可以考虑在序言中明确规定尊重可持续发展原则尤其是气候变化方面的规则，尊重缔约国的管制权，同时在实体条款中规定有利于气候友好型投资的条款，以及气候变化例外，把国家制定的气候变化管制措施排除出投资条约的适用范围和投资仲裁庭的管辖权。

总之，即使气候变化不是历史上最大的挑战，目前也已经被认为是历史上最大的挑战之一。^② 国际投资法和气候变化法的结合可以在一定程度上减缓全球性的气候变化治理难题，但仍然需要其他学科尤其是环保和气候变化科学界的合作。

Global Climate Governance and the Response of International Investment Law

Huang Shixi

Abstract: The global climate change in the world needs global climate governance. The developed countries should provide financial and technological assistance necessary for the developing and least-developed countries to mitigate the climate change while respecting the traditional international climate change regulations. But in some ways, this climate-friendly investment would lead to the conflict between climate change mitigation commitments and foreign investment protection obligations by the host state, so it is necessary to balance the rights of investors and the interests of the host states through the formulation and amendment of international investment rules, such as strengthening the host states' right to regulate, consolidating the substantial development goal of the investment, incorporating climate change exception, and etc. International investor-state arbitration tribunals should also promote the aim of climate change mitigation in their awards through the protection of climate-friendly investment and public interests.

Keywords: International Investment Treaties, Investor-State Arbitration, International Climate Change Law, Global Climate Governance

（责任编辑：李庆明）

^① 钟声：《引领全球气候治理的中国作为》，载《人民日报》2015年12月8日，第003版。

^② Fiona Marshall, "Climate Change and International Investment Agreements: Obstacles or Opportunities?" (March 2010), https://www.iisd.org/pdf/2009/bali_2_copenhagen_iias.pdf, p. 79 (last visited 22 December 2015).