

气候变化背景下ISDS机制适用的困境与革新研究

曹浩然

上海大学法学院, 上海

收稿日期: 2024年6月13日; 录用日期: 2024年7月9日; 发布日期: 2024年7月16日

摘要

各国在出台一系列缓解气候变化的措施(如逐步淘汰化石燃料)时, 却面临着既有的投资者-东道国争端解决机制(ISDS)下索赔风险日益增加的难题。为此, 本文提出在国际投资协定中加入一项“国家气候治理措施豁免(Carve-out)条款”, 以涵盖东道国为应对及缓解气候变化而采取的必要措施。出于限制仲裁庭管辖权的考虑, 该豁免条款不同于例外条款(Exception)。其次, 在具体定义方面, 该豁免条款从既有和将来的国际气候协定出发, 使得相关气候治理措施受制于气候协定的具体承诺和义务, 并且该条款应仅适用于ISDS机制, 以适应国际气候协定的更新与变化。最后, 该豁免条款建立了一项气候治理措施的必要性审查机制, 即由缔约双方国内的主管部门出具共同决定来认定该措施对于气候治理而言是否是必要的; 若主管部门不能达成一致, 这一争端应提交至由具有气候相关专业知识成员组成的国家-国家仲裁庭进行审议, 且相关裁定对ISDS仲裁具有约束力。我国在实现碳达峰、碳中和的过程中, 可以借鉴该种做法, 在未来签订或更新的投资协定中引入该种机制, 以降低自身可能面临的高额索赔风险。

关键词

气候变化, 投资者-东道国争端解决, 豁免条款

Research on the Dilemmas and Innovations in ISDS in the Context of Climate Change

Haoran Cao

Law School, Shanghai University, Shanghai

Received: Jun. 13th, 2024; accepted: Jul. 9th, 2024; published: Jul. 16th, 2024

Abstract

As countries adopt a range of measures to mitigate climate change, such as phasing out fossil fuels,

文章引用: 曹浩然. 气候变化背景下 ISDS 机制适用的困境与革新研究[J]. 争议解决, 2024, 10(7): 123-134.

DOI: 10.12677/ds.2024.107339

they face the growing risk of claims under established investor-state dispute settlement (ISDS) mechanisms. To this end, the article proposes the inclusion of a Carve-out clause in international investment agreements to cover necessary measures adopted by host countries to combat and mitigate climate change. For the purpose of limiting the jurisdiction of the arbitral tribunal, the Carve-out clause is different from an Exception clause. Secondly, in terms of specific definition, the Carve-out clause starts from existing and future international climate agreements, making relevant climate governance measures subject to the specific commitments and obligations of the climate agreement, and the clause should only apply to the ISDS mechanism to adapt to the update and change of the international climate agreement. Finally, the clause establishes a necessity review mechanism for climate governance measures, that is, the competent authorities of the contracting parties to issue a joint decision to determine whether the measure is necessary for climate governance; If the competent authorities cannot agree, the dispute shall be referred to a state-state tribunal composed of members with climate-related expertise for consideration, and the decision shall be binding on the ISDS arbitration. In the process of achieving carbon peak and carbon neutrality, China can learn from this approach and introduce this mechanism into the investment agreement signed or updated in the future to reduce the risk of high claims that it may face.

Keywords

Climate Change, Investor-State Dispute Settlement, Carve-Out Clause

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

自 20 世纪 80 年代末以来，气候变化深刻影响着人类的生存与发展。全球气候变暖直接导致了各种环境危机，使人类在二十一世纪面临严峻挑战。为在应对全球变暖等问题上不断加强国际合作，世界各国先后签订了《联合国气候变化框架公约》、《〈联合国气候变化框架公约〉京都议定书》(以下简称《京都议定书》)、《巴黎协定》等一系列应对气候变化的国际协定，逐步构建了全球应对气候变化的法律机制，也提出了各国减少包括二氧化碳在内的温室气体排放的目标。根据《巴黎协定》第 2 条第 1 款 c 项，各国需要确保“资金流动符合温室气体低排放和气候适应型发展的路径”。且在 2022 年 7 月 28 日，经联合国大会承认，享有清洁、健康和可持续环境的权利是一项人权。气候治理的理念已经逐步参与并渗透到多个领域的国际法律体系当中。

然而，联合国政府间气候变化专门委员会(IPCC)和气候专家却指出，国际投资协定(IIA)阻碍了国家基于气候变化制定的相关政策[1]。在 IPCC 第三工作组于 2022 年 4 月出具的一份长达 2000 多页与缓解气候变化有关的报告中，委员会和有关专家还认为，大量的双边和多边协定，包括 1994 年的《能源宪章条约》(Energy Charter Treaty, ECT)，以及其他包含投资者 - 东道国争端解决条款的协定，更倾向于保护能源项目投资者的利益，以使投资者免受可能导致其资产搁浅的国家政策的影响，而忽视了相关政策的正当性[2]。此外，在该报告中，IPCC 第三工作组也强调，投资者 - 国家争端解决机制(Investor-State Dispute Settlement, 以下简称 ISDS)对世界各国在缓解气候变化所做的努力上可能带来消极影响，尤其是在各国在逐步淘汰化石燃料的背景下可能产生更多的 ISDS 仲裁。例如，在 2019 年宣布将在 2030 年之前逐步取消燃煤发电政策的荷兰，即招致了两起 ISDS 仲裁¹，这也是荷兰面临有史以来的第一次 ISDS 索赔。可

¹See RWE AG v. the Netherlands, ICSID Case No. ARB/21/4; Uniper SE v. the Netherlands, ICSID Case No. ARB/21/22.

预见的是,为了实现《巴黎协定》将全球平均气温上升幅度限制在 1.5℃ 以内的目标,越来越多的国家将采取措施减少或制止开采化石燃料,然而现阶段受到投资协定保护的化石燃料项目众多,未来会有更多的投资者因东道国政策变化的影响而诉诸国际仲裁。

此外,目前世界上绝大部分的国际投资协定均未将气候变化问题纳入其调整范围,也即未为东道国采取应对气候变化的措施预留政策空间。这就导致在涉及气候变化协定时,东道国据此采取相关限制温室气体排放的措施,以遵守国际气候协定项下义务来维护公共利益时,与投资者的利益产生了冲突。再者,由于没有相关的协定依据,东道国采取的这些政策可能较易被仲裁庭认定为违反协定的行为,从而需承担高额赔偿的法律责任。在这种情况下,如何协调国际投资协定与气候变化协定的冲突,使国际投资协定有利于全球应对气候变化,就成为一个不可回避的现实问题。

2. 现有国际投资协定下的气候治理困境

现有投资协定由于历史原因、投资促进等因素,在规则的权利与义务配置方面与国际气候协定有明显的出入,这使得东道国在履行不同公约下的义务时面临困境。此外,ISDS 的一些消极方面,如东道国可能履行的高额费用支付义务、仲裁裁决的不一致性等,也给国际气候治理带来阻碍。

2.1. 投资保护义务与减排承诺的冲突

国际投资协定自诞生以来,为了鼓励跨国投资及全球贸易,几乎均将保护投资者的利益作为协定的主要宗旨之一。例如,我国与其他国家的双边投资协定全称通常表述为“关于促进和相互保护投资的协定”。此外,投资协定中一般还用大量的篇幅来规定东道国对投资者的各种保护义务,不仅体现在序言部分,还包括最为常见的公平与公正待遇、最惠国待遇等等,甚至还有一些协定会对东道国政府的管制权做出一定的限制,如保护投资者的资产免于征收等。然而在二十一世纪后、尤其是最近十年来,随着越来越多的国家在气候治理这一问题上达成共识,投资领域的这一宗旨可能与当今气候变化协定的目标相冲突,因为后者旨在减少碳排放并防止全球气候恶化。

1997年,众多国家签订的《京都议定书》中引入了清洁发展机制(Clean Development Mechanism,简称 CDM),允许附件一缔约方与非附件一缔约方联合开展二氧化碳等温室气体减排项目,也即,承担温室气体减排义务的附件一发达国家可以通过在非附件一的发展中国家投资温室气体减排项目,换取投资项目所产生的经过核准的减排额度,作为其履行《京都议定书》温室气体减排义务的一部分。从表面上看,CDM 根据国籍对附件一和非附件一的国家在温室气体减排投资中采取差别待遇,是“共同但有区别责任原则”的具体运用,然而这一要求可能与国际投资协定中的国民待遇、最惠国待遇乃至公平与公正待遇的要求相违背,可能对资本输出国构成歧视^[3]。原因在于,一方面,CDM 将针对温室气体减排项目的投资限定在发达国家与发展中国家之间,对不同国家在温室气体减排项目投资方面采取区别对待;另一方面,在具体实施减排投资项目时,由于技术的不断进步和国家发展情况的不同,东道国可能会给予掌握先进减排技术的投资者更多的优惠,而对其他“相似情形”的投资者没有给予相同的优惠待遇。

更甚至,即便基础投资协定中有应对气候变化的条款,但在东道国相关气候治理措施对投资者产生不利影响时,投资者还可利用协定中的最惠国待遇规定,通过寻找东道国与他国签订的其他对投资者有利的投资协定,来达到逃避气候变化条款约束的目的。在该种情况下,东道国在履行减排承诺和国内气候治理上即面临极大阻碍。故而,一旦因为该问题产生争端而投资者提交国际仲裁,在投资协定本身没有规定的情况下,东道国极有可能承担赔偿责任的风险。

近年在《巴黎协定》等公约的制定及一系列联合国气候变化大会召开的背景下,越来越多的国家开始对国际社会作出减排承诺。例如,2020年在第七十五届联合国大会一般性辩论上,习近平主席郑重宣

布, 中国将提高国家自主贡献力度, 采取更加有力的政策和措施, 二氧化碳排放力争于 2030 年前达到峰值, 努力争取 2060 年前实现碳中和[4]。2021 年, 美国和欧盟也发起倡议, 力争在 10 年内将甲烷排放量减少约三分之一, 随后有 100 多个国家陆续加入该倡议[5]。在减排承诺的驱动下, 各国将接连制定一系列政策减少碳排放, 在该过程中有关投资者尤其是化石燃料投资者极有可能因利益受到损害而诉诸于仲裁。故而在现阶段, 如何使得东道国在《巴黎协定》等国际气候协定项下的义务履行, 与现有国际投资协定项下保护投资等义务履行之间, 得到妥当且合理的平衡, 是一项迫切而复杂的问题。

2.2. ISDS 的潜在成本与监管寒蝉问题

目前来看, 现有的投资协定向低碳经济转型的成本可能过高。据联合国贸易和发展会议(UNCTAD)有关资料显示, 过往出现了许多与东道国气候行动措施或部门直接相关的 ISDS 案例。其中, 投资者作为申请人就 1987 年至 2021 年期间为保护环境而采取的措施提起了至少 175 起基于 IIA 的 ISDS 案件[6]。此外, 化石燃料行业的投资者经常提起 ISDS 索赔, 其至少针对不同类型的国家行为提起了 192 起 ISDS 案件。在过去的十年中, 可再生能源领域投资者提出的 ISDS 案例也出现激增, 已知的案例达到 80 个[7]。加之, 提起 ISDS 的成本十分高昂, 申请人和被申请人在仲裁员的选任、工作、诉讼管理和法律代表方面都会产生大量费用, 这些费用总计达数百万美元或更多。此外, 在 ISDS 程序进行期间, 申请人和被申请人还面临着数年的不确定性[8]。

因此, 如果东道国出于应对气候变化而颁布或修改了某一政策, 进而招致了 ISDS 仲裁时, 特别是在东道国的措施被裁定违反投资协定而需要支付巨额赔偿的情况下, 可能会大大增加其应对气候变化的成本。从 UNCTAD 的相关报告来看, 近年来涉及东道国应对气候措施的 ISDS 案件越来越多, 且这些案件大多数涉及东道国淘汰燃煤电厂的补偿问题, 或者涉及东道国拒绝授予或撤销石油、天然气勘探及开采许可证的决定。例如, 加拿大于 2006 至 2015 年间陆续通过了一系列立法措施, 并撤销了美国孤松资源公司(Lone Pine Resources Inc.)的页岩气勘探许可证, 该跨国公司因而诉诸 ICSID, 仲裁庭于 2022 年作出了有利于加拿大的裁决²。除该案外, 美国目前也面临着类似的两起 ICSID 案件, 原因均在于拜登政府出于一部分气候原因的考量, 颁布了撤销输油管道(Keystone XL Pipeline)的建设和运营许可的决定³。

不可否认的是, 绿色能源转型已经成为国际社会共识, 越来越多的国家开始不断为促进能源转型、降低碳排放、实现碳中和作出承诺并采取措施、付诸实践。然而, 以上案例却足以说明, 国家为加速向低碳经济过渡而需要采取的一系列措施都可能在 ISDS 中受到挑战, 包括拒绝或撤销化石燃料开采和开发活动许可的决定, 而这些举措又往往是一国在能源转型过程中不可避免的。更何况, 化石燃料投资项目的资产价值往往十分巨大, 有些可能达上千亿美元, 一旦东道国败诉, 仅一例裁决的赔偿额都可能是难以承受的, 对发展中国家而言更是如此。再者, 即便东道国在仲裁中胜诉, 其也要支付高昂的法律服务费用[9]。故仅就这一点而言, 在 ISDS 高额费用的“阴影”下, 一国可能在采取应对气候变化的政策方面感到“望而却步”, 其为缓解气候变化而意图采取相关举措的信心也会受到打击。有学者还这一现象称之为“监管寒蝉”(Regulatory Chill) [10], 即东道国迫于仲裁败诉压力可能不得不放弃某些气候治理政策。

因此, 监管寒蝉现象直接造成的结果是, 政府出于对 ISDS 索赔的担忧, 将不能及时有效地采取更符合公共利益的监管措施。这将大大减损国际气候协定所应具有的作用与效果。甚至, ISDS 带来的威胁可能只是投资者在面临东道国监管政策变化时所采用的手段之一, 因为投资者往往还会采用更传统的协商和谈判策略, 并威胁在东道国的司法管辖范围内撤出投资, 造成当地失业和政府收入减损。

²See Lone Pine Resources Inc v. Canada, ICSID Case No. UNCT/15/2, Final Award.

³See TC Energy Corporation v. USA, ICSID Case No. ARB/21/63, Request for Arbitration; Alberta Petroleum Marketing Commission v. USA, Notice of Intent to Submit a Claim to Arbitration.

2.3. 仲裁庭面临的挑战

依据《解决国家与他国国民投资争端公约》(以下简称 ICSID 公约)而建立的国际投资争端解决中心(简称 ICSID),近年来饱受争议。在 ICSID 受理案件数量如此庞大的背景下,仲裁庭裁决的不一致性不仅是一大问题,且近年来仲裁庭管辖权不适当的扩大也是另一备受争议的话题。此外,具体到涉及气候变化背景下的 ISDS 案件,仲裁庭可能还涉及到对东道国有关政策合理性的审查问题。

即便假设东道国可以因其某一政策是为了应对和缓解气候变化而免责,但相关争端在被提交国际仲裁时,仲裁庭俨然要判断该措施的性质,即是否是为了应对气候变化。那么,这就留给仲裁庭以下几个难题:第一,这项措施是否是为了达到一个合法且必要的公共目标,比如应对气候变化。这可能涉及到评估措施的效果,以及是否有其他较为适宜且影响较小的替代方案。第二,这项措施是否对所有投资者公平、公正地执行,即东道国是否违反了公平与公正待遇的要求。这可能包括对政府行为的合理期望,包括政策的稳定性和预见性。第三,如果东道国的措施对投资者造成了损失,仲裁庭可能需要考虑投资者是否有权得到赔偿,以及赔偿的金额应该是多少。

首先,若仲裁庭对该类争端享有管辖权,可能会导致管辖权不合理地扩张——现有的 ICSID 仲裁已经证实了这一点,而这有可能导致东道国对国家的管制权受制于国际投资仲裁庭,我想这一点是绝大多数缔约国不能接受的。其次,针对以上问题的衡量与裁定可能会非常复杂,因为需要仲裁庭对投资协定、环境科学、经济学等多个学科和领域的深入理解与研究。然而现有的 ICSID 仲裁员往往身兼数职,且长期从事国际经济法领域的研究与实践,对涉及气候变化的环境问题可能很少涉及。加之,仲裁庭还需要在保护投资者权益和支持东道国实施气候变化政策之间找到平衡,这对于仲裁庭来说无疑是一项难题。这一情况不仅可能使得本就“长久”的投资仲裁审理时间加长,还有可能进一步使得仲裁庭的权威性遭受质疑——因为其在裁量“气候治理措施的性质”等问题上可能并不足够合适与专业。

3. 国家气候治理措施豁免条款的加入

不可否认的是,ISDS 机制为国际投资提供了一定的法律保护。在一些发展中国家或政治环境不稳定的地区,国际投资者可能面临不合理的政策变更、歧视性对待或非法征用财产等风险。而正是 ISDS 机制为投资者提供了一种独立、中立的争端解决机制,可以保护他们的权益并确保其在合法投资的过程中得到公平对待。此外,投资者在决定将资本投资到其他国家时,通常会考虑政治风险和法律风险,而 ISDS 机制的存在可以增加投资者对于投资国家的信心,因为他们知道在争议出现时,有一个独立的机构可以公正地解决纠纷,而不必依赖于投资国家的法院系统。从结果意义上来说,ISDS 机制在一定程度上促进了国际投资的可预测性和稳定性,也有助于解决跨国投资争端的效率和速度。

因此,尽管 ISDS 机制近年来存在较大争议,但笔者认为不能完全否定它的积极意义。ISDS 机制通过为投资者提供法律保护、增加投资的可预测性、促进发展中国家的外商直接投资,其在某种程度上有助于维护国际投资和贸易的稳定与发展。尤其对于仍处在发展关键阶段的我国而言,更要充分把握好 ISDS 机制所具有的积极意义,在力所能及的方面降低其对自身带来的消极影响。故本文认为,可以通过在国际投资协定中加入“气候治理政策豁免条款”,来降低我国在参与气候治理时被诉诸投资仲裁的可能性以及可能会带来的不利影响。

3.1. “豁免”而不是“例外”

在国际投资协定中,涉及对某一事项的“免责”时,包含“Carve-out (豁免)”及“Exception (例外)”两种不同的表述。现阶段,“Carve-out 条款”虽广泛被用在许多国际投资协定的表述中,但不同的学者和仲裁庭对该词的使用方式却不尽相同,学界对于“Carve-out”也并未给出一个普遍的定义,大多情况

下将其视为“Exception”的同义词[11]。但在此认为，“豁免”通常是在条约或协议中直接排除对某些对象或情形的适用，也即在争端发生之前，协定的缔约方对某一内容排除在协定的规制范围之外达成合意。换言之，处于“豁免”条款内的对象不会被置于条约的争端解决机制中[12]。反观“例外”条款，一般是在争端发生之后，争端双方可以援用相关条款下的规定作为抗辩理由之一，也即首先承认条约适用于争端事项但因其属于“例外”的范畴，故可以免责。

通常情况下，国际投资协定中的豁免条款往往表现为“排除相关措施不受条约或某些义务影响”，来将其与例外条款区分开，例如使用“不适用于”的措辞，或者该条款明确规定某些措施“免于协议条款的规定”。此外，豁免条款的最常见用途是将某些特定类型的政府管制行为从条约或条约中某一义务的范围中移除。比如，一些投资协定通常将税收措施规定在豁免条款中。《中日韩投资协定》第21条第1款规定：“除第三款、第四款和第五款的明确规定以外，本协定的规定不适用于税收条款。”类似的规定也存在于《北美自由贸易协定》(North American Free Trade Agreement, NAFTA)及《能源宪章条约》中。

再者，目前有的投资协定仅将豁免条款适用于针对烟草管控措施的ISDS机制。例如，《跨太平洋伙伴关系全面进步协议》(Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership, CPTPP)第29.5条建立了一个拒绝受益机制，允许各条约方将烟草控制措施从ISDS的范围中剔除。《新加坡-澳大利亚自由贸易协定》第8章第22条也规定，投资者不得依据本协定的ISDS条款对东道国的烟草控制措施提起仲裁申请。但也有一些投资协定对其他事项规定了ISDS的豁免。例如，《欧盟-加拿大全面经济贸易协定》(也称综合性经济贸易协议, Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA)第8.2(4)条规定：“投资者只能根据本章第8.18条的规定，并按照F节规定的程序提出索赔。针对B节所列义务的索赔不属于F节的范围。C节项下关于设立或收购承保投资的索赔不属于F节的范围。D节仅适用于担保投资和投资者的担保投资。”故而可以看出，相较于例外条款，一些投资协定选择使用豁免条款对相关事项例如烟草管控作出规定，而不是以直接删除或不加规定的方式将相关事项排除在投资协定的范围之外，目的在于从条文规定上明确排除了投资仲裁庭对这一事项的管辖权，也即投资者无法针对相关事项实质申请仲裁庭加以裁决，最大程度降低了东道国针对该事项被诉诸仲裁的风险，而不是再由仲裁庭确认享有管辖权后，再进行争端事项是否适用于例外条款的分析与裁量。

与其他措施相比，这一制度设计同时还具有两种间接优势：第一，这一条款可以解决国际投资协定中涉及的各种实体性待遇问题，摆脱了仲裁庭在审议公平公正待遇时的不确定性和缺乏公正性的问题；第二，通过仲裁实践来看，例外条款的作用是确保条约缔约方可以采取或执行所涵盖的措施，但如果这些措施违反了条约投资章节的实体性规定，东道国仍可能需要向投资者支付赔偿，而豁免条款却可以毫不含糊地免除国家支付赔偿的责任。第三，豁免条款仅将仲裁庭的自由裁量权限制在争议行为是否为“气候治理措施”这一方面，进一步降低了仲裁庭裁定的不确定性。因而，基于以上原因，本文使用“Carve-out”即“豁免”一词来提出一项针对东道国气候治理措施的豁免条款。

3.2. 豁免条款的适用范围

最大程度上保障东道国气候治理措施实施的选择，应是将针对这一事项的豁免条款适用于整个投资协定的范围，例如，可以在投资协定序言部分即规定，本协定不适用于缔约方因缓解气候变化需要而采取的相关治理措施，这也消除了投资者通过国家-国家争端解决机制要求东道国承担责任的任何风险。

然而，简单直接地规定东道国的有关政策不适用于整个投资协定，则容易在达成协定的合意上产生困难。正如CPTPP中对烟草控制措施的制定一样，相比之下，各缔约方更容易仅就ISDS的例外情况达成协议，因为这给投资者通过国家-国家争端解决来寻求赔偿留下了解决问题的余地[13]。因而，本文采

用 CPTPP 的有关做法，将该豁免条款仅适用于 ISDS 而不是整个投资协定。原因在于，这一保留使得国家 - 国家争端解决、外交解决等途径成为“最后一道防线”，尤其是当东道国的气候治理措施具有明显的歧视性，或不合理地给投资者造成严重损失时；同时，这一保留也在一定程度上降低了投资协定在谈判上的困难。

3.3. 气候治理措施的界定

如上所述，豁免条款将仲裁庭的自由裁量权限制在争议行为是否为“气候治理措施”这一方面。然而，这并非意味着仲裁庭可以依投资协定本意进行解读而不会不合理地扩大解释。只有在协定中对“气候治理措施”的内容和要素进行限定，才能解决上述问题。

在加拿大能源公司恩卡纳(EnCana)诉厄瓜多尔案中，厄瓜多尔政府决定不为恩卡纳公司的采购提供增值税退税，因此招致后者提起投资仲裁，申请仲裁庭认定厄瓜多尔政府的行为违反了双方的双边投资协定项下的义务[14]。厄瓜多尔对原告的这一指控提出了管辖权异议，理由是“增值税退税”属于加拿大 - 厄瓜多尔双边投资协定第 12 条规定的排除在协定之外的“税收措施(Taxation Measures)”。随后，仲裁庭指出，在确定增值税退税是否属于“税收措施”时，双边投资条约没有对该名词作出定义；于是，仲裁庭对该术语的“通常含义”提出了一些意见，包括认为税法是“规定某些类别的人有责任为公共目的向国家支付金钱的法律”，并且是“征税制度的一部分”。接着，仲裁庭认为该案符合这一内容，最终得出结论认为恩卡纳公司提出的与增值税退税有关的仲裁申请不属于投资条约的调整范围。

与该裁定结果截然相反的是美国墨菲公司诉厄瓜多尔案。厄瓜多尔政府为修订《油气法》颁布了所谓的“第 42 号法令”，该法令要求对外国石油收入征收 99% 的暴利税，直接或间接导致了墨菲公司在厄瓜多尔亚马逊河某区域的投资被征收[15]。然而，厄瓜多尔 - 美国双边投资协定的第十条对税收措施使用了豁免条款的表述，使得税收措施豁免于该协定的大多数义务。仲裁庭指出，第 42 号法令不是根据厄瓜多尔税法颁布的，而且在其颁布后，高级政府官员也公开声称这不是一种税。鉴于这些事实，仲裁庭认定第 42 号法令不构成税收措施，而是“东道国对受《油气法》管辖的投资者合同条款的单方面变更”。

从这两起案例可以看出，在投资协定没有对“税收措施”作出一个具体定义时，仲裁庭可能会基于多种可能的因素，从多个方面对“税收措施”的构成给出他们的理解。这即造成，在判断一项法令是否会被定性为协定管辖范围之外的税收措施时，缺乏明显的确定性与可预测性，在某种程度上反而构成对仲裁庭自由裁量权的“主动扩大”。

于是，为了明确气候治理措施的定义和东道国的管制权，豁免条款可将化石燃料投资或其他排放密集型产业排除在条约保护范围之外，即以投资类型来区分；也可以政策目的来区分，将以应对气候变化为目的的所有东道国措施均排除在外。例如，2022 年 6 月 24 日，ECT 的各缔约方在条约的现代化原则上达成谈判(Finalisation of the negotiations on the Modernisation of the Energy Charter Treaty)，在投资项下规定了东道国的监管权：为确保法律确定性，条约第三部分引入了一条关于监管权的新独立条款，以重申缔约方为了合法的公共政策目标而对投资和投资者进行监管的权利。此类目标包括保护环境，减缓和适应气候变化，以及保护公众健康、安全或公共道德[16]。此外，欧盟成员国和英国也已达成《关于能源宪章条约现代化的原则协定》(Agreement in Principle on the Modernisation of the Energy Charter Treaty)，将 2023 年 8 月 15 日之后在其境内进行的多种形式的新的化石燃料投资排除在 ECT 的投资保护义务之外。并且，该协议的附件中列出了将被排除的化石燃料投资，但有一些化石燃料项目仍然受到保护，例如，低碳氢或一些产生低于特定排放水平的气体发电[17]。

然而，本文认为以投资类型加以区分的方式较为不可取，这种选择的特定性使得基于投资类型的豁免缺乏灵活性。因为一旦需要增加或更新所涵盖的投资类型来反映未来的气候政策变化时，还需再次修

订投资协定的文本，这一点可能在程序上带来了诸多不便。比如，修改 ECT 附件中被排除的化石燃料投资清单需要所有 ECT 缔约方的一致投票，在各国自身的发展水平、治理水平及策略方向等不完全相同的情况下，达到这一门槛可能十分艰难，仅谈判可能就需要数年乃至数十年。再者，以保护环境、应对和缓解气候变化等目的而将化石燃料类型的投资统一排除在外的另一弊端是，可能使得东道国无法应对某些例外情况。例如，投资者可能并非投资化石燃料的勘探、开采、或冶炼、发电，而是投资化石燃料的贮存、转化或者其他的气候友好型产业，一般不会造成促进或加速气候变暖的危害效果，但这种一刀切的做法则有可能间接导致该类型投资者放弃投资。

国外学者范·哈滕(Van Harten)曾于 2015 年提出了一个针对气候变化的国家治理豁免条款，认为其应该涵盖“为了将大气中温室气体浓度稳定在没有严重人为干扰的水平而采取的任何措施，或为了实现与《联合国气候变化框架公约》(UNFCCC)第 3 条和第 4 条所载的任何原则或承诺有关的任何措施”[18]。可见，范·哈滕建议的条款内容包括两方面，一是减少或稳定温室气体浓度的措施，二是与 UNFCCC 第 3 条和第 4 条中的原则或承诺有关的任何其他措施。

故本文借鉴该学者的做法，将投资协定豁免条款中的气候治理措施定义为：“东道国依据其签订或加入的国际气候协定或公约等有关内容，为达成减少或稳定大气中温室气体浓度的目的，所采取或颁布的必要治理政策或措施”。原因在于以下几点：第一，在条款已经包含“减少或稳定温室气体浓度”的情况下，又引入 UNFCCC 第 3 条与第 4 条中原则和承诺的规定，内容上有所重复，也增加了不必要的程序繁琐，何况这些气候协定本身就是为了减少或稳定温室气体浓度而制定的。第二，国际气候协定是不断发展的，如果某一投资协定的豁免条款中仅以 UNFCCC 为指导，那么在下一个气候协定谈判完成后这一条款就具有了滞后性。第三，“任何措施”的范围明显过大，使得该条款容易成为东道国不合理扩大其管制权而不合理限制投资者权利的工具，东道国甚至可以以此为由肆意对投资者的投资财产进行征收。第四，加入“依据国际气候协定”的限定语，不但可以将国际气候治理的努力融入到投资领域中，使得东道国的气候治理措施在投资协定上体现了国际气候协定的支持，而且进一步限制了东道国滥用条款的可能性，使其只能依据达成的气候协定内容正当行使政府监管权。

3.4. 措施必要性的审查：税收与金融审慎的实践

通过以上论述，可以对国际投资协定中的气候治理豁免条款的范围和内容有所界定。然而，在投资争端发生后，如何界定、由谁来界定东道国的相关气候治理措施具有“必要性”仍存有疑问。在这方面仍要充分考虑投资主体与国家的地位不平等性，给投资者留有一定的救济空间。

如果投资协定没有明确规定东道国有权衡量相关治理措施的性质，那么豁免条款是否适用于具体的投资争端的问题将由 ISDS 仲裁庭来决定。然而前述提及，ISDS 仲裁员往往由精通国际商法、国际投资法的律师甚至其他领域的从业人员担任，相较于其专研领域内的事项，这些仲裁员可能往往不太了解环境法、国际气候协定的有关内容，对于东道国的一项措施是否属于“必要的气候治理措施”往往也不具有专业化的判断，更何况该问题可能还要结合东道国国情来综合判断。那么在这种情况下，将并非属于投资领域的这一裁量程序交由 ISDS，则明显不妥。

在涉及豁免条款及例外条款的实践中，与税收有关的措施是国际投资协定中最常见，也是最早的涉及豁免或例外的规定，且这类条款通常也被称之为“Carve-out”条款而非“Exception”[19]。投资协定纳入税收条款的历史最早可以追溯到上世纪 60 年代[20]。这类条款与传统型例外条款不同的是，在程序中加入了东道国内某些主管部门的参与，而不全权交由 ISDS 仲裁庭处理。例如，CPTPP 第 29.4 条第 8 款规定，征收和补偿应适用于税收措施，但若一措施根据本款已被确定不属征收，则任何投资者不得以征收和补偿为由作为其提出请求的根据，且该投资者必须首先在其提交仲裁请求、作出意向通知时，向

投资者所属国及东道国的指定机关提交意见，请求该机关对该税收措施是否属于征收的问题作出说明，在该机关不同意或超期未同意的情况下，投资者可提起仲裁。类似的条款在《美国-韩国自由贸易协定(KORUS FTA)》、《北美自由贸易协定》、《中国-加拿大双边投资协定》中也有所规定。

大多数晚近的投资协定均引入了东道国主管部门对税收措施性质的审查程序，以试图加强国家对税收事项的管制权。然而，问题在于这类条款未实质性跳脱出 ISDS 的框架，而仅在涉及税收措施的有关投资争议时加入了类似于“投资者与东道国主管部门书面磋商”的仲裁前置，并没有从根本上改变或降低投资者诉诸仲裁的可能性。

而常与税收措施一同被搁置在投资协定同一版块里的金融审慎例外条款则略有不同。自国际金融危机以来，金融服务对国家经济的重要性日益凸显，包括发展中国家在内的大多数国家均对其国内金融业实行严格的监督和管控，国际投资协定中的“金融审慎例外条款”即为投资领域这一现状的突出体现^[21]。例如，根据 CPTPP “金融服务投资争端”的规定，投资者对东道国金融机构、市场或工具的监管或监督相关的措施提出质疑并提起仲裁时，东道国服务金融服务的主管机关要向申请人所在缔约国负责金融服务的主管机关提交书面请求，两国主管机关就该措施是否属于投资协定例外条款规定的金融审慎措施作出共同决定。并且，若在限定期限内未能作出有效决定，争端各方还可请求成立专家组，专家组的报告对仲裁庭具有拘束力。

我国也在近年的双边投资协定中加入了类似的内容。根据《中国-加拿大双边投资协定》的规定，当投资者单方面将争端提交国际仲裁而被诉方以“金融审慎措施”作为抗辩理由时，投资者首先要将问题提交给争端各缔约国的金融服务主管部门进行磋商，双方主管部门要在规定期限内对投资者的诉请“能否和在何种程度上构成有效抗辩”联合做出共同决定，并形成书面报告，书面报告对仲裁庭具有约束力；若未作出，则任一缔约方可将争端提交至国家与国家间仲裁庭，且形成的裁定对投资者与国家间仲裁庭有拘束力。并且，该条还特别强调：“国家与国家间仲裁庭的所有成员均应在金融服务法律或实践方面具有专业知识或经验，这种专业知识或经验可包括对金融机构的监管。”

在《欧盟-加拿大全面经济贸易协定》中也存在相似的内容，但 CETA 在此基础上规定了更为详细的磋商程序：其中还规定，如果共同决定中认为金融审慎例外构成了对申请人所主张的全部的有效抗辩时，投资者被视为撤回其仲裁申请，相关诉讼也将终止；如果认为金融审慎例外构成对申请人主张的部分的有效抗辩时，该决定对仲裁庭具有拘束力；如果共同决定未能在确定期限有效作出，仲裁庭可应被申请人的请求对审慎例外条款是否构成、在何种程度上构成争议内容的有效抗辩作出决定。

与税收措施相比，晚近的投资协定在金融审慎例外条款上明显不拘泥于传统的例外条款，具有较大的变动——不仅将双方磋商的程序放在了双方共同的金融主管部门下进行，而不是由投资者向东道国主管部门书面申请，而且明确双方形成的共同决定对仲裁庭具有拘束力。尤其是我国与加拿大的双边投资协定在税收争端方面引入国家-国家间仲裁解决的做法，更进一步降低了 ISDS 仲裁在涉及该方面的不确定性，解决了 ISDS 仲裁员在金融领域可能不具有的专业知识问题，使得国家监管权得到更有效的保障。

本文认为，上述税收例外与金融审慎例外条款的规定值得借鉴。故针对气候治理措施的必要性审查程序，本文建议在投资协定中规定如下机制：第一，在投资者单方面将争端提交国际仲裁后，被诉方以投资协定中规定的“气候治理措施豁免条款”作为抗辩理由时，首先要将争端提交至争端各缔约国的有关主管部门(可以是环境主管部门也可以是缔约方认为合适的其他主管部门)，而仲裁庭不得就上述条款能否以及在何种程度上对投资者的诉请构成有效抗辩进行裁定，且自投资者提交至主管部门时起，相关投资仲裁中止；第二，双方主管部门应当进行磋商，并就该抗辩理由的有效性联合作出共同决定，并形成书面报告，该书面报告对仲裁庭具有约束力——如果该共同决定认为抗辩理由有效，则仲裁庭不具备本案管辖权，反之，如果共同决定认为抗辩理由无效，则仲裁庭具备本案管辖权；第三，如果争端各缔约

方的有关主管部门未能在规定的期限内(比如 60 天)联合作出共同决定, 则任一缔约方可在此后 30 天内, 将争端提交给“国家与国家间仲裁庭”解决, 此时, 不得以两国自行磋商的方式进行解决。第四, 两国所选任的所有仲裁员均应在环境与气候法律或实践方面具有专业知识或经验, 这种专业知识或经验可包括相关技术或产业对气候影响的研究; 第五, “国家与国家间的仲裁庭”所作出的裁定同样对 ISDS 仲裁庭具有约束力, 即若国家间仲裁庭认为豁免条款能够适用, 则相关 ISDS 仲裁应当撤回或者终止, 反之亦然; 第六, 为防止东道国滥用该条款而不正当地损害投资者的利益, 在东道国援引“气候治理措施豁免条款”作为抗辩理由后, 共同决定又认为该抗辩理由不成立的, 东道国要承担不利后果, 如要承担对投资者的经济补偿义务。

与投资者和国家间的仲裁机制相比, 在国家和国家间的仲裁庭中, 仲裁员是由当事国共同选任的, 具有较大的选择范围和主动权, 而不局限于专业领域和数量均有限的 ICSID 仲裁员。因此, 通过采用这种方式, 不仅可以解决 ISDS 仲裁员在涉及特定问题时专业知识不足的问题, 还能够以缔约双方联合决定的方式解决豁免条款的适用难题, 在一定程度上制止了机会主义行为及东道国监管权的滥用。此外, 在现阶段, 气候变化治理措施和投资条约义务的互动是一个高度敏感而又复杂的问题, 它将影响国内政策空间的一个重要和广泛的领域, 因此条约缔约方可能更愿意保留这种控制, 更倾向于主动参与豁免条款的适用与解释。

4. 结语与展望

中共十八大以来, 在习主席生态文明思想指引下, 中国贯彻新发展理念, 将应对气候变化摆在国家治理更加突出的位置, 不断提高碳排放强度削减幅度, 不断强化自主贡献目标, 以最大努力提高应对气候变化力度, 推动经济社会发展全面绿色转型, 建设人与自然和谐共生的现代化。国务院也于 2021 年也发布了《中国应对气候变化的政策与行动》的白皮书。

积极参与国际气候治理的中国态度在发展中国家可谓独树一帜, 这也在国际上成功展现了负责任的大国形象与责任。在面临气候变化这一全球性问题时, 中国势必会遵照国际气候协定项下的治理义务或减排承诺, 在国内采取一系列的政策。

然而, 我国境内的投资输入规模也十分庞大。根据中国国家外汇管理局发布的《2022 年中国国际收支报告》, 2022 年度的外商来华直接投资达到了 1802 亿美元[22]。且随着疫情带来的影响逐渐减轻, 中国经济持续向好, 投资规模还有望进一步扩大。因此, 在中国积极参与国际气候治理的这一过程中, 涉及特殊领域尤其是化石燃料等碳密集型的投资项目可能会遭受波及。投资者面临该种状况时, 往往会求助于投资协定中的投资者-国家争端解决机制。然而, 这一机制的适用可能使得国家迫切需要采取的缓解及应对气候变化措施转而成其“自陷”的一项重大风险——因为这对于东道国来说面临着巨额赔偿, 甚至会引发国家监管的寒蝉效应。

尽管学界对于该问题持有不同意见, 有些学者对于 ISDS 机制全盘否定, 有些学者则主张各种各样范式的改革, 比如采取类似于《毛里求斯公约》的方法[23]。然而, 综合来看, ISDS 仍具有很大程度的积极意义, 在保护投资者利益及促进和吸引投资上, 不失为一种优良手段。此外, 即便新、旧条约的再谈判不失为一种选择, 但是这一过程中耗费的高昂时间成本是不可忽视的一大问题。

为此, 本文建议, 在此后缔结或更新国际投资协定的过程中, 加入一项“气候治理豁免条款”。首先, 该豁免条款不同于例外条款, 因为这直接涉及仲裁庭对争端事项有无管辖权的问题, 以最大可能地降低东道国基于气候治理政策而被诉诸仲裁的风险。其次, 该豁免条款的范围包括 ISDS 机制而非整个投资协定。再次, 为在防止东道国权利滥用的同时也有助于应对国际气候协定的更新与变化, 建议条款中将气候治理措施定义如下: 为东道国依据其签订或加入的国际气候协定或公约等有关内容, 为达成减少

或稳定大气中温室气体浓度的目的，所采取或颁布的必要治理政策或措施。最后，还应当建立气候治理措施的必要性审查机制，由缔约双方国内的主管部门出具共同决定来认定该豁免条款是否适用于投资争端，并且在主管部门超期未作出的情况下，争端提交至国家与国家间仲裁庭进行审议，由当事国双方选任具备特定资质的仲裁员。

本文认为，通过纳入这一豁免条款，不仅可以解决东道国投资保护义务与减排承诺的冲突问题，还能预防监管寒蝉效应，并使得该争端可以通过恰当的地点、权威且合理的方式得到解决，而不是全权交给在特定领域内专业知识并不完备的 ISDS 仲裁庭。

一直以来，中国作为一个规模庞大的发展中国家，在环境气候治理及保护方面仍稍显落后，相关法律体系的建设仍显不足，尤其是在国际环境法律领域没有足够的发言权。在这方面，中国作为一个人口、工业和资本输入大国，可以积极组织有关 ISDS 适应气候变化的改革研究，发挥联合国常任理事国的地位，呼吁各国重视气候变化下的投资者与东道国之困境。此外，在我国不断削减碳排放，实现碳达峰、碳中和而采取一系列强有力的过程中，为避免卷入过多的投资争端而落入高额索赔的风险，未来与其他国家签订或更新投资协定时，不妨引入“气候治理豁免条款”，在保护既有投资者利益、推动能源投资转型的同时，也为全球贡献属于中国自己的特色方案。

参考文献

- [1] End Fossil Protection: Letter from Climate Scientists to EU Leaders on the IPCC Climate Mitigation Report Findings Related to the Energy Charter Treaty. <https://endfossilprotection.org/sites/default/files/2022-06/2022-06-21%20Letter%20from%20climate%20scientists%20to%20EU%20leaders.pdf>
- [2] IPCC (2022) Climate Change 2022: Mitigation of Climate Change, Contribution of Working Group III to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, Chapter 14 on International Collaboration. https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg3/downloads/report/IPCC_AR6_WGIII_Chapter14.pdf
- [3] 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则为视角[J]. 河北法学, 2019, 37(7): 130-142.
- [4] 中国政府网. 减碳, 中国设定硬指标[EB/OL]. https://www.gov.cn/xinwen/2020-09/30/content_5548478.htm, 2024-05-10.
- [5] 商务部. 103 国加入欧盟和美国发起的“全球甲烷承诺”[EB/OL]. <http://dk.mofcom.gov.cn/article/jmxw/202111/20211103216271.shtml>, 2024-05-10.
- [6] UNCTAD (2022) Treaty-Based Investor-State Dispute Settlement Cases and Climate Action. https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2022d7_en.pdf
- [7] UNCTAD (2022) The International Investment Treaty Regime and Climate Action. https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2022d6_en.pdf
- [8] UNCTAD (2022) Investment Treaty Regime Needs Reforms to Support Climate Action. <https://unctad.org/news/investment-treaty-regime-needs-reforms-support-climate-action>
- [9] Gaukrodger, D. and Gordon, K. Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community. http://www.oecd.org/daf/inv/investmentpolicy/WP-2012_3.pdf
- [10] Tienhaara, K. (2017) Regulatory Chill in a Warming World: The Threat to Climate Policy Posed by Investor-State Dispute Settlement. *Transnational Environmental Law*, 7, 229-250. <https://doi.org/10.1017/s2047102517000309>
- [11] Paine, J. and Sheargold, E. (2023) A Climate Change Carve-Out for Investment Treaties. *Journal of International Economic Law*, 26, 285-304. <https://doi.org/10.1093/jiel/jgad011>
- [12] Puig, S. and Shaffer, G. (2016) A Breakthrough with the TPP: The Tobacco Carve-Out. *Yale Journal of Health Policy, Law, and Ethics*, 16, 327-333.
- [13] Gruszczynski, L. (2015) The Trans-Pacific Partnership Agreement and the ISDS Carve-Out for Tobacco Control Measures. *European Journal of Risk Regulation*, 6, 652-658. <https://doi.org/10.1017/s1867299x00005225>
- [14] EnCana Corporation (2006) Republic of Ecuador, LCIA Case No. UN3481. https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0285_0.pdf

- [15] Murphy Exploration & Production Company (2016) Republic of Ecuador, PCA Case No. 2012-16. https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7489_0.pdf
- [16] ECT (2022) Decision of the Energy Charter Conference. <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2022/CCDEC202210.pdf>
- [17] (2022) Agreement in Principle on the Modernisation of the Energy Charter Treaty. https://www.bilaterals.org/IMG/pdf/reformed_ect_text.pdf
- [18] Van Harten, G. (2015) An ISDS Carve-Out to Support Action on Climate Change. *SSRN Electronic Journal*. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2663504>
- [19] 张智勇. 浅析国际投资协定的税收条款[J]. 北大法律评论, 2018, 19(2): 26-51.
- [20] Davie, M. (2015) Taxation-Based Investment Treaty Claims. *Journal of International Dispute Settlement*, **6**, 202-227. <https://doi.org/10.1093/jnlids/idv005>
- [21] 徐忆斌, 李文燕. WTO 规则改革视角下金融审慎例外条款法律问题研究[J]. 上海金融, 2019(9): 65-72.
- [22] 中国政府网. 2022 中国国际收支报告[EB/OL]. <https://www.gov.cn/lianbo/2023-04/01/5749629/files/465d00036e63473cb10600a964c6d772.pdf>, 2024-05-15.
- [23] Roberts, A. and St John, T. (2021) Complex Designers and Emergent Design: Reforming the Investment Treaty System. *American Journal of International Law*, **116**, 96-149. <https://doi.org/10.1017/ajil.2021.57>