

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

李俊然 赵俊娟

【摘要】国际社会一系列的应对气候变化的国际协定如《联合国气候变化框架公约》《京都议定书》《巴黎气候协议》等,与传统上作为保护投资者私人利益法律工具的国际投资协定存在冲突,在分析国际投资协定实体规则与气候变化协定冲突的基础上,提出解决冲突的对策。

【关键词】国际投资协定;气候变化协定;非歧视待遇;公平公正待遇;间接征收;环境条款

【作者简介】李俊然(1963-),女,河北沧州人,河北经贸大学法学院教授,澳门科技大学2014级国际法专业博士研究生,研究方向:国际经济学、环境法学;赵俊娟(1979-),女,河北井陉人,河北政法职业学院《河北法学》编辑部编辑,研究方向:国际经济学、社会学(河北 石家庄 050061)。

【原文出处】《河北法学》(石家庄),2019.7.130~142

一、问题的缘起

自20世纪80年代末以来,气候变化深刻影响着人类生存和发展。温室气体排放引起全球气候变暖,导致环境危机,使人类面临严峻挑战。为了有效应对气候变化,促进国际合作,国际社会先后签订了《联合国气候变化框架公约》《京都议定书》《巴黎气候协议》等一系列应对气候变化的国际协定,构建了全球应对气候变化的法律机制,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。各国政府为了履行国际气候协定的义务,在采取大量激励低碳领域投资发展措施的同时,也制定了不少限制甚至取消高耗能、高排放、高污染领域投资的措施。这些措施会使那些不符合低碳经济特征、不能达到温室气体减排标准的外国投资者处于不利竞争地位,从而引发投资者依据国际投资协定关于保护投资者及投资的实体规则,提起国际投资仲裁,向东道国进行经济索赔。截止到2016年12月,在ICSID受理的597宗投资者与东道国投资争端案件中,涉及电力、石油、矿业等能源的投资争端占42%^①,这些争端都与应对气候变化有关。

目前的国际投资协定只明确保护投资者利益,限制或禁止东道国采取不利于或有损于投资者利益的措施,并没有将气候变化问题纳入自身调整范围,也就不可能为东道国采取应对气候变化措施预留政策空间。这就与气候变化协定要求东道国采取降低温室气体排放措施产生了冲突,而且投资者与东道国争端解决机制又偏重保护投资者私人利益,往往忽视东道国的公共利益,因此,国家会因为采取应对气候变化措施而承担违反国际投资协定对投资者保护义务的法律义务。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。

二、国际投资协定与气候变化协定冲突及其原因分析

(一)国际投资协定与气候变化协定的冲突

1.《京都议定书》框架下的CDM与国际投资协定的冲突

依据《京都议定书》中CDM^②的规定,承担温室气体减排义务的发达国家可以通过在发展中国家

投资温室气体减排项目,换取投资项目所产生的经过核证的减排额度,作为其履行《京都议定书》温室气体减排义务的一部分^[1]。它是国际气候协定中的投资规则,但这些规则和国际投资协定存在明显的冲突。

首先,这里的发达国家必须是附件一中列出的发达国家缔约国,发展中国家必须是非附件一所列的发展中国家缔约国。是对温室气体减排项目投资主体资格进行了明确的限定,对不同类型的国家采取了区别对待。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,但也是对国际投资协定中国民待遇和最惠国待遇原则的违背。其次,CDM还限定了项目的投资领域,但国际投资协定中并不限制或禁止这些领域以外的投资,这就使附件一和非附件一的国家在投资准入上也产生了差别待遇,对资本输出国形成了歧视。再次,CDM的目标之一在于促进发展中国家的可持续发展,使其通过CDM项目获得资金和气候友好型先进技术。因此,对于CDM项目投资者有提供先进技术转让的要求,本质上就是国际投资中的履行要求。在国际投资自由化影响下,尤其是世界贸易组织成立后,国际投资规则开始限制或禁止对投资者的履行要求,和CDM产生了矛盾。最后,温室气体减排项目一旦发生投资者与东道国之间的纠纷,又会引发国际投资争端解决机制和《京都议定书》在法律适用上的冲突,因为国际投资仲裁庭的法律依据是国际投资协定,而不会考虑《京都议定书》的宗旨与规定。

2. 国际投资协定实体规则与应对气候变化措施的冲突

(1) 国民待遇和应对气候变化措施的冲突

国民待遇主要是防止东道国对内、外资实行差别待遇,对外资产生歧视。传统的国民待遇只限于投资准入后,晚近,美国、加拿大等发达国家签订的投资协定将国民待遇的范围扩大到了投资

准入前阶段,即在投资准入上也要对外资实行国民待遇。国民待遇和应对气候变化措施的冲突主要表现为如下:

首先,从投资来源看,如果国际投资协议的成员方中既有发达国家,也有发展中国家,东道国在采取应对气候变化措施时会依据“共同但有区别的责任原则”,基于发展中国家减排技术落后、经济能力不够的现实,对发达国家投资者执行的碳排放标准会高于发展中国家。这种区分国家类型和减排能力的做法显然和投资协定中的国民待遇标准相矛盾。按照国民待遇,在碳排放标准面前肯定不会考虑发达国家和发展中国家的能力强弱,会要求作为东道国的发展中国家给予来自发达国家的投资及投资者以不低于本国投资及投资者的待遇,等于是允许有能力的发达国家投资者在发展中国家采取低于本国的标准排放温室气体,后果由发展中国家承担。这种形式上看似平等,实质上却是真正的差别待遇。

其次,从投资领域来看,应对气候变化措施把投资分为气候友好型投资^③和非气候友好型投资,并施与不同政策和待遇。对气候友好型投资,东道国往往采取税收优惠等一系列激励措施,所以,在同一投资领域中,气候友好型投资就会享受东道国的优惠待遇,非气候友好型投资则不会。比如,同是汽车制造企业,采用低碳排放的新能源汽车制造企业会比采用高碳排放的传统柴油发动机汽车制造企业享有更多的优惠待遇。这种做法与国际投资协定中认定国民待遇的“相似情形”发生了矛盾。因为国民待遇会把同一市场有竞争性的投资项目认定为“相似情形”,而对其一视同仁,不会考虑对气候变化是否有利。

(2) 最惠国待遇对应对气候变化措施的挑战

最惠国待遇主要是为了防止东道国对来自不同国家的外资实行差别待遇。只要缔约国一方和任何第三国签订了更为优惠的投资协定,缔约国另一方的投资者及其投资就自动享有同等优惠的待

遇。最惠国待遇对应对气候变化措施的挑战主要有以下两个方面:

首先,“相似情形”的认定会妨碍东道国对低碳经济领域投资和传统经济领域投资实行差别待遇。比如,甲国投资者和乙国投资者同在东道国经营发电厂,由于甲国投资者采用可再生能源发电,因而获得了比采用燃煤发电的乙国投资者更优惠的待遇。这时,乙国投资者可能会以东道国违反了最惠国待遇标准而将东道国诉诸仲裁。仲裁庭可能会认定甲国投资者和乙国投资者在东道国电力企业中具有竞争性,东道国的优惠待遇使得乙国投资者处于不利地位,构成“相似情形”,从而违反了最惠国待遇标准。

其次,最惠国待遇能够使投资者从东道国签订的其他投资协定中选择更为有利于投资者的条款,从而放弃基础投资协定中不利于投资者的条款。比如,2004年,在MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S. A.诉智利一案中,马来西亚投资者认为,依据《马来西亚—智利BIT》中规定的最惠国待遇条款,其有权享有《智利—丹麦BIT》中规定的公平与公正待遇,该主张得到了仲裁庭的支持。

如果基础投资协定中有应对气候变化的条款,对投资者会产生不利影响,投资者就会利用最惠国待遇去寻找东道国签订的没有应对气候变化条款的其他投资协定,达到逃避应对气候变化条款约束的目的,基础投资协定中的应对气候变化条款就会因投资者放弃而失去其价值,进而对东道国采取应对气候变化措施产生不利影响。

(3) 公平和公正待遇与应对气候变化措施的冲突

目前国际上几乎所有投资协定都规定给与外国投资者公平和公正待遇,并被认为是国际投资法中的“帝王条款”和“黄金规则”^①。但公平和公正待遇所包含的内容并不确定,需要仲裁庭在具体案件裁判中基于特定的事实加以分析确定^②。从近年来关于公平和公正待遇的仲裁案例来看,对公平和公

正待遇的内容,国际投资仲裁庭基本倾向于对国际习惯法上的最低待遇标准做出扩大性地、宽泛的解释。一些仲裁庭认为,现代国际习惯法上的最低待遇标准已经扩展到涵盖透明度要求和不违背投资者的合理预期^③等内容。比如,在2016年仲裁终结的“阿罗德诉巴巴多斯政府仲裁案”^④中,国际常设仲裁庭也认为,国际投资协定中的公平公正待遇标准包括合理预期。

如果公平和公正待遇标准包含投资者“合理预期”的内容,将给应对气候变化措施带来巨大挑战。东道国采取应对气候变化措施,一般都会使投资者增加成本,或是影响非气候友好型投资,从而降低或损害投资者的合理预期,投资者会以违背公平与公正待遇为理由要求东道国赔偿。合理预期的前提是东道国稳定的政策及法律制度。在涉及大型基础设施、能源开发、冶炼特许等合同中,投资者与东道国常常约定投资者不受东道国政策法律变化的影响,这种约定被称为投资协定中的稳定条款。这些行业一般都是高碳排放行业。为缓解气候变化,东道国制定了节能减排政策法规,要求这些企业实行新的碳排放标准,向低排放转变。显然东道国政府违反了合同规定,对于这种违反稳定条款的行为,投资者会以改变了投资者对东道国法律稳定性的合理预期为由,指控该行为违反了公平和公正待遇。

纵观国际投资仲裁实践对公平与公正待遇标准的解释与适用,其内容主要是国际习惯法上的最低待遇标准、东道国法律与商业制度的稳定性、投资者的合理预期、透明度与程序公正、不存在故意的、歧视的和不合理的行为等等。所有这些内容如果不和东道国气候变化管制权相协调,不给东道国采取应对气候变化措施预留空间,都会成为投资者对付应对气候变化措施的利器。

(4) 征收条款应对气候变化措施的冲突

国际投资协定一般都规定了征收条款。目前直接征收已很少采用,更多的是间接征收。它一般

是指东道国的行为并没有使投资者丧失其财产所有权,而是对其投资权益产生了实质性的影响,也就是产生了类似于征收的效果。比如,东道国政府为了降低二氧化碳排放量而发布禁令,禁止使用煤炭发电。这一禁令的执行使煤炭发电企业无法继续经营下去,煤炭发电企业的收益实质上被剥夺^[3]。外资煤炭发电企业可能会以间接征收为由向东道国求偿。东道国政府对外资所采取的应对气候变化措施,如果给外资带来了不利影响,是否会被认定为国际投资协议之下的间接征收呢?

首先,从国际投资协定关于间接征收的环境例外规则来看,东道国采取的应对气候变化措施并没有被排除在征收的例外中。随着国际投资协定中环境条款的发展,近年来许多国际投资协定的征收条款也开始出现了间接征收的环境例外规则,其一般表述为:除极少数情况外,东道国采取的旨在保护合法的公共福利如公共健康、安全以及环境等非歧视性管理措施,不构成间接征收。如美国2012年BIT范本、欧盟的“TTIP草案”、中国和乌兹别克斯坦签订的双边投资协定以及中国与新西兰签订的自由贸易协定等等。

上述规定给东道国为保护环境、公共健康等公共利益而对外资采取管制措施预留了一定空间,为国际投资仲裁庭区分间接征收和合理的政府管制措施提供了法律依据。但是,仔细分析,这些例外条款并不能涵盖气候变化这一特殊环境问题,东道国为应对气候变化采取的措施恰恰属于这些条款中提到的“极少数情况”,如《中国和新西兰自由贸易协定》在其投资部分的附件13“征收”第四款中规定的“极少数情况”:歧视特定投资者或投资者所属的一个类别、政府违反事前对投资者的书面承诺。应对气候变化措施与其他环境保护措施不同,应对气候变化所遵循的基本原则是共同但有区别的责任原则,其措施既有发达国家和发展中国家之别,又有高碳和低碳之分。东道国在对不利于气候变化的特定投资者或某一类别的投资采取管制措施

时,就构成了歧视,面临认定为间接征收的风险。如果以中国签订的此类投资协定为依据,中国对外资采取的应对气候变化措施几乎都会面临被认定为间接征收,给投资者赔偿的风险。近年来签订的双边投资协定和贸易协定中这样的条款很多,不利于东道国,尤其是发展中国家为应对气候变化而采取的措施^[4]。

其次,从国际投资仲裁实践来看,应对气候变化措施面临构成间接征收的风险。在国际投资仲裁实践中,东道国采取的环境管制措施是否构成间接征收,并无公认的先例可循,国际投资仲裁庭普遍采用个案分析的方法做出裁决^[5]。根据以往的仲裁实践经验,在认定东道国的应对气候变化措施是否构成间接征收时,主要取决于两个关键因素:一是该措施对外国投资者的影响程度,即是否实质上剥夺了外国投资者的投资权益;二是仲裁庭是否考虑公共目的。在这个问题上仲裁庭主要有三种不同做法:第一种做法是行为效果唯一论,即东道国的环境措施对投资者财产的影响程度是认定是否构成间接征收的唯一标准,不必考虑东道国采取该措施的目的。第二种做法是采纳“比例原则”,即以东道国环境措施的目的与投资者的财产损失之间是否存在合理的比例关系作为判断是否构成间接征收的标准。比例原则要求东道国的措施既要实现有效的环境目标,又要对投资者的负面经济影响较小。如果东道国为保护环境采取的措施是不必要的和没有效果的,但是投资者的利益却因此遭受重创,就属于对比例原则的违反,构成间接征收。仲裁庭需要非常审慎地使双方的利益平衡。第三种做法是“公共福利说”,即认为东道国为了公共健康、环境以及国家安全等公共利益而采取的非歧视管制措施,不构成间接征收。

由此可见,国际仲裁庭认定间接征收的不同做法给此类案件及其当事人带来了很大的不确定性。仲裁庭不管采取哪种办法,只要东道国对外资采取了应对气候变化措施,就会给投资者的利益带

来损害,就有可能被认定为间接征收。

(二)国际投资协定与气候变化协定冲突的原因分析

1. 国际投资规则与应对气候变化规则的价值取向不同

应对气候变化规则以控制温室气体排放、减缓和适应气候变化,从而为人类提供可持续发展的气候环境为目标,其追求的是全人类的共同环境利益,包括后代人的利益。国际投资规则以最大程度地保护跨国私人投资者的经济利益^[6],从而促进国家经济的发展为目标,其追求的是经济效益的最大化。而按照应对气候变化规则,采取应对气候变化的一系列措施,需要付出很高的经济代价。可见,两种规则的价值取向存在冲突。由于国际投资规则与应对气候变化规则的根本立场不同,导致两种规则的载体气候变化协定与国际投资协定也面临着冲突。

2. 国际投资规则与应对气候变化规则的利益范围不同

国际投资规则直接保护的利益是私人投资者的经济利益,属于个人利益,其理论依据是私有财产不可侵犯,追求国家利益和社会利益也不能损害个人利益。国际投资规则最终保护的利益是国家利益,各国围绕国家利益进行国际投资规则的谈判和签订,因此,国际投资规则是国家实现其经济利益以及政治利益的工具。可见,投资者所赚取的利润属于各国或各个投资者专门享有,具有专属性;而应对气候变化规则要实现的人类社会的共同利益,尽管这其中也涵盖了个人利益和国家利益,但直接获益的确不是某个个体,最终利益是整个人类的共同利益而不仅仅是某个国家的利益。这种公共利益的属性决定了付出成本和获得收益不是对等的,某些国家为降低温室气体排放量付出了很大的经济成本,带来的气候环境效益不能专有,要与没有付出成本的国家共同分享。因此,应对气候变化规则与国际投资规则所代表的公共利益与个人

利益是有冲突的。

总之,在现有国际投资体制下,应对气候变化规则与国际投资规则的本质区别,使得国际投资协定与气候变化协定的冲突也就在所难免。

三、协调国际投资协定与气候变化协定的对策

(一)国际投资协定与气候变化协定的宏观协调

1. 重构国际投资协定的目标价值体系

(1)可持续发展是国际投资协定的最高价值目标

近年来,着眼于经济、社会与生态环境协调发展的可持续发展原则逐渐被国际社会普遍接受,成为一项国际法原则^[7],也成为国际组织制定国际投资政策所遵循的一般原则^[8]。联合国贸发会在《2012年世界投资报告》中提出了国际投资协定向可持续发展型改革的目标,并发布了《可持续发展的投资政策框架》,为各国可持续发展投资政策的制定以及国际投资协定向可持续发展转型提供指导性建议。二十国集团(G20)在2016年杭州峰会上制定了《G20全球投资政策指导原则》,提出了制定国际投资政策的九项指导原则,其中第五项即可持续发展原则指出,在国际、国内层面,促进投资应与包容性增长和可持续发展的目标保持一致。因此,可持续发展原则应该成为新一代国际投资协定的最高价值目标。此后,许多国家已经开始在国内层面和国际层面进行国际投资协定向可持续发展转型的改革。

(2)应对气候变化是国际投资协定的价值目标之一

随着气候变化愈演愈烈,在国际投资规则中纳入气候变化因素,给东道国采取应对气候变化措施预留足够的法律空间,最终实现其可持续发展的最高价值目标^[9]非常有必要。国际投资对应对气候变化可能带来正面影响也可能带来负面影响。气候友好型国际投资能够推动温室气体减排,促进应对气候变化措施的实行;而非气候友好型国际投资可能对应对气候变化产生阻碍作用。发挥推动作用

还是阻碍作用的关键就在于国际投资的政策和法制是否支持应对气候变化的投资措施、鼓励温室气体减排。因此,有必要建立支持和鼓励应对气候变化的国际投资法制,用国际投资规则去规范影响气候变化的国际投资行为,支持和鼓励气候友好型投资的发展,遏制那些起消极作用的国际投资,从而促进国际投资协定与应对气候变化措施的协调,使应对气候变化的投资措施获得国际投资协定下的合法性,实现全球应对气候变化的共同目标。

2. 在国际投资协定中确定气候变化协定的优先效力

国家依据国际投资协定承担的外国投资保护义务与其依据气候变化协定承担的应对气候变化义务发生冲突后,只有确定了两类协定在效力上的孰先孰后,才能正确解决冲突。

首先,许多对气候变化问题有重要影响的国际环境规则已经演变为国际习惯法上的一般法律原则,因此有必要在投资协定中承认其优先地位。以环境影响评价制度为例,从20世纪80年代起,大量的国际法律文件开始规定环境影响评价制度,此外,目前已有100多个国家的国内立法纳入了环境影响评价义务^⑦,环境影响评价的普遍统一的国家实践也逐渐形成^⑧。其他国际环境规则如可持续发展原则、共同但有区别的责任原则、风险预防原则等是气候变化应对法的基本原则,与环境影响评价制度一样,它们也都具有一般国际法的地位。其次,气候变化协定中的许多法律规则具有强行法的性质,其效力应当优先于国际投资协定的规则。

联合国第一次和第二次人类环境大会分别通过了《斯德哥尔摩宣言》和《里约宣言》,确立了国际环境法的基本原则,其中的许多原则已经成为一般国际法的一部分^⑩,包括可持续发展原则、共同但有区别的责任原则、国家主权与不损害国家管辖范围以外环境的原则、污染者负担原则以及防止环境损害原则等。因此,关于环境保护包括应对气候变化的许多国际环境法规则应该被视为具有维护国

际社会公共利益的强行法性质,其效力应当优先于国家之间签订的为保护投资者利益的国际投资协定。

在为数众多的国际投资协定中,只有NAFTA第104条明确规定了该协定与部分环境协定的关系,指出环境协定的效力优先于该自由贸易协定,但是要求东道国在履行环境协定的义务时,达到与NAFTA的义务冲突最小化。有少数国际投资协定肯定了环境问题的优先效力,如美国2012年BIT范本第12条第3款的规定,但并未提及两类协定的关系^⑪。

基于上述分析,应该在国际投资协定中规定冲突解决条款,确定国际环境协定包括气候变化协定的优先效力,并且在适用协定产生冲突的情况下,首先考虑环境协定包括气候变化协议的规定,以此减少东道国由于采取应对气候变化措施而被诉的风险,促进东道国履行减缓与适应气候变化的义务。

3. 将国际投资协定与气候变化协定进行一体化解释

(1) 国际投资协定与气候变化协定一体化解释的现实需要

要实现国际投资协定与气候变化协定的协调,就要对世界各国签订的3000多个国际投资协定的实质投资义务进行修改,这将是一个浩瀚的工程,所以将国际投资协定与气候变化协定进行一体化解释是一个不错的选择。

(2) 国际投资协定与气候变化协定一体化解释的内容

首先,解释国际投资协定时,可以参照气候变化协定进行并从中获得指导。国际投资协定的环境条款存在用语表达含糊不清的情况,假如在具体案件中遇到需要准确界定诸如“动植物”和“自然资源”这些概念时,就可以从国际环境协定中寻找答案。例如,在“美国海虾海龟案”中,WTO上诉机构判断海龟是否“可用竭天然资源”时,就引用了《海

洋法公约》《里约环境和发展宣言》《生物多样性公约》等国际环境协议中的相关规定。

其次,解释国际投资协定时,可以将国际环境协定中的一般法律原则作为解释因素。如当东道国采取节能减排措施导致投资者增加成本时,投资者往往会以东道国对其财产征收为由提起仲裁,要求东道国予以补偿。此时,仲裁庭在解释国际投资协定中征收条款时,可以采用污染者付费原则作为解释因素,要求投资者承担内化其污染的成本,说明应对气候变化措施造成的“征收”不予补偿的合法性。

再次,解释国际投资协定时,对于国际投资协定与气候变化协定引起的冲突性义务,应确定气候变化协定义务优先,此问题前已述及,不再赘述。

(3)国际投资协定与气候变化协定一体化解的多边宣言

由于国际投资法体系缺乏统一性,国际投资协定内容各异,加之国际投资仲裁员水平参差不齐,导致对条约解释常常出现技术性错误以及对条约目的与宗旨的理解偏差。在解释国际投资协定时,对是否考虑国际气候变化义务的态度也大相径庭。以往的国际投资仲裁实践中,有的仲裁庭将国际投资协定与国际环境协定进行了一体化解。如在“SPP公司诉埃及案”^⑨中,埃及政府关于取消金字塔绿洲项目是为了履行《世界遗产公约》国际环境义务的抗辩,与之相反,在“圣埃伦娜(Santa Elena)公司诉哥斯达黎加案”中,仲裁庭拒绝考虑哥斯达黎加基于《世界遗产公约》的自然遗产保护义务^⑩。上述两个案件完全相反的仲裁结果表明在目前缺少完整统一的条约解释体系的情况下,有必要制定一个关于国际投资协定与气候变化协定一体化解的多边宣言,明确《维也纳条约法公约》条约解释规则的具体含义以及对国际投资协定与气候变化协定一体化解的重要意义,澄清国际投资协定并不限制合法的应对气候变化措施,承认气候变化协定效力优先于国际投资协定,为仲裁庭审理与

应对气候变化有关的国际投资争端案件提供“解释指南”^⑪。

4.加强国际投资协定与气候变化协定之间的机构联系

协调国际投资协定与气候变化协定,除了明确两类协定的效力等级,将两类协定进行一体化解释外,还需要加强国际投资协定与气候变化协定之间的机构联系。由于目前国际上还没有形成统一的国际投资法制,也就不可能有一个类似于WTO的负责国际投资协定谈判与管理的机构。要加强与气候变化政策制定机构的联系,首先要指定一个国际组织或机构作为联系机构。联合国贸发会正在主导国际投资协定向可持续发展转型的改革,应对气候变化也是可持续发展的一部分,因此,可由联合国贸发会作为与气候变化政策制定机构联系的代表。国际投资协定谈判者和气候变化政策制定者应加强沟通并保持对话,共同协商对未来国际投资协定进行气候变化影响方面的评价,气候变化政策制定者应及时向国际投资协定谈判者报告气候变化的最新动态,使国际投资协定为全球应对气候变化目标的实现做出贡献。

(二)国际投资协定实体规则与应对气候变化措施的协调

1.将应对气候变化纳入国民待遇“相似情形”的考虑因素

如前所述,国民待遇仅适用于相同或“相似情形”的投资者。但究竟哪些情况属于“相似情形”,国际投资协定却没有明确的界定。实践中,仲裁庭一般都是根据具体情况,参考世界贸易组织对于国民待遇“相似产品”的认定标准,以两个投资者或投资之间是否具有竞争性为要素,判断外国投资者与本国投资者的“相似情形”。即应该把应对气候变化措施纳入到“相似情形”的认定中,如果东道国为履行国际义务采取应对气候变化措施导致对外国投资者与本国投资者的差别待遇,不应构成“相似情形”,从而不违反国民待遇标准。主要从两方面

界定:一是发展中国家东道国碳减排有关行业和产业水平与发达国家相比不构成“相似情形”,也就是说发达国家投资者到发展中国家投资,不能以发展中国家东道国较低的碳减排技术和标准作为“相似情形”的比较对象;二是同一行业或产业具有竞争关系的低碳经济投资者与传统经济投资者相比不构成“相似情形”。在这个问题上,《东南非共同市场区域投资协定》采用列举方式对国民待遇“相似情形”的考虑因素做出规定,该协定的做法值得借鉴。具体可参见该协定第17条规定。

2. 使最惠国待遇标准有利于应对气候变化

如前所述,最惠国待遇会给东道国应对气候变化带来两方面的问题:一是妨碍东道国对低碳经济领域投资和传统经济领域投资实行差别待遇;二是导致基础投资协议中的应对气候变化条款失去其效用价值。解决第一个问题的对策和国民待遇一样,即将应对气候变化纳入最惠国待遇“相似情形”的考虑因素。参照《东南非共同市场区域投资协定》,在投资协定中明确“相似情形”的一系列考虑标准,其中包括投资对气候变化的影响或投资对温室气体排放的影响,为东道国采取应对气候变化措施保留更大的政策空间。解决第二个问题的对策,就是完全取消国际投资协定中的最惠国待遇条款。如果完全取消最惠国待遇难度比较大,可以给适用最惠国待遇附加某些条件或规定最惠国待遇的例外,其中要明确规定最惠国待遇不适用于应对气候变化措施。

3. 公平与公正待遇与应对气候变化措施的协调

首先,对公平与公正待遇的具体内容采用排他性列举方式加以明确。由于公平与公正待遇的内涵和外延至今依然没有一个清晰的边界,仲裁实践仍然具有不确定性。为了防止仲裁庭在解决应对气候变化投资争端时随意扩大公平与公正待遇的适用范围,应该对公平与公正待遇的具体内容采用排他性列举方式加以明确,使其内涵和外延有一个

清晰的边界。

其次,在投资协定中明确规定公平与公正待遇适用的例外。主要规定:违反公平公正待遇标准的情形不包括:缔约东道国基于公共利益如公共健康、减缓和适应气候变化、安全与环境等因素,对投资者或投资给予差别待遇。

4. 征收条款与应对气候变化措施的协调

如前所述,在国际投资协定中,是否存在歧视是认定间接征收的重要因素。而东道国为履行应对气候变化国际义务采取的措施,对投资者或投资是区别对待的,自然构成了歧视,也就顺理成章被认定为间接征收而对投资者进行赔偿。因此,在征收条款中应表明,东道国为履行应对气候变化国际义务而采取的善意的合法的措施,对投资者及投资形成差别待遇不构成间接征收。

(三)在国际投资协定环境条款中纳入应对气候变化的内容

气候变化问题属于环境问题,但又有其自身的特殊性。国际投资协议定环境条款虽然得到一定的发展,但并不能完全涵盖气候变化领域的问题。国际投资协定的环境条款从条款类型角度看,可分为序言环境条款、环境例外条款和专门环境条款,可根据这三种条款的不同特点,纳入不同的应对气候变化内容,使国际投资协定与国际气候协定相协调。

1. 在序言环境条款中增加应对气候变化内容

目前大多数国际投资协定在序言中只是规定,协定的宗旨与目的是保护和促进投资,而对东道国的可持续发展、环境保护以及应对气候变化却保持沉默态度。有些投资协定在序言中虽然加入了环境保护的内容或可持续发展目标,但对应对气候变化却不予提及。国际投资协定中的序言条款一般被用来规定协定的目的和宗旨。序言对协定实体条款有着重要的解释性价值^[12],它具有提供法律解释渊源的特殊意义。也就是说,如果投资协定实体条款的规定模糊不清或对其含义存有疑问,就要从

序言规定的协定目的和宗旨对实体条款加以解释。根据《维也纳条约法公约》第31条的规定,对于条约用语,应按照其具有的“一般意义”进行善意的解释,“一般意义”需要依据条约上下文以及条约目的、宗旨加以确定,如果一项对条约用语的解释与条约目的和宗旨不相符合,这项解释就可能是错误的^[13]。这里的“条约的上下文”应当包括其序言。由此可见,序言是条约解释的一个重要法律依据。

正如上文所述,目前大多数国际投资协定还没有把应对气候变化问题纳入序言条款,实践中,当投资者因东道国采取应对气候变化措施导致利益受损而将东道国诉诸国际投资仲裁时,仲裁庭在裁决中就不会考虑东道国采取应对气候变化措施的目的,而仅仅关注其是否违背了对投资者的保护义务,从而做出不利于东道国的裁决,影响东道国应对气候变化的进程。因此,在全球应对气候变化的背景下,各缔约国应该将应对气候变化内容明确纳入国际投资协定的序言中。

2. 设置气候变化例外条款作为环境例外的补充

不管是统一适用于整个国际投资协定的一般环境例外条款,还是适用于国际投资协定中具体义务(如征收、履行要求等)的特别环境例外条款,由于其规定的适用前提条件都包括不违背国民待遇和最惠国待遇,没有考虑到应对气候变化措施实行差别待遇的特殊性,东道国采取的应对气候变化措施被排除在环境例外条款以外。总之,到目前为止,国际投资协定还没有明确规定气候变化的例外条款。鉴于目前全球应对气候变化的紧迫性,以及国际投资协定在应对气候变化中的重要作用,应该在国际投资协定中设置气候变化例外条款。

特别环境例外条款前文已经进行了论证,此处只谈气候变化一般例外条款的设置。一般例外条款可以为东道国提供更大的应对气候变化的政策空间,有助于实施应对气候变化的措施。该条款可

规定为:“本协定中任何规定均不得被理解为阻止缔约方出于善意采取或维持符合UNFCCC、《京都议定书》和《巴黎协议》等气候变化协定的减缓和适应气候变化的措施。”

3. 在专门环境条款中纳入应对气候变化内容

专门环境条款是国际投资协定中设立的投资与环境关系的专门条款,这些条款一般都明确规定了缔约国的环境权利与义务,但这些条款既没有对应对气候变化给予应有的关注,也没有规定投资者的义务。在全人类共同应对气候变化的背景下,国际投资协定在其专门环境条款中,还应明确缔约国与投资者应对气候变化的义务,使国际投资规则有利于各国应对气候变化。

(1) 专门环境条款应明确缔约国应对气候变化的权利与义务

第一,明确缔约国为应对气候变化对外资的管制权。2016年G20杭州峰会上制定的《G20全球投资政策指导原则》,提出了制定国际投资政策法规的九项指导原则。其中第六项原则指出,政府为了合法公共政策目的有权对投资进行管制。NAFTA中最为重要的环境条款即名称为“环境措施”的第1114条,是其专门环境条款,该条明确规定了东道国享有采取环境措施的权利。美国2012年BIT范本的专门环境条款是其名称为“投资与环境”的第12条,该条第3款强化了缔约国的环境规制权,并且规定了缔约国在行使环境规制权中的自由裁量权。这些条款对缔约国权利的规定值得借鉴。

第二,明确规定缔约国应对气候变化的义务。一是不降低环境标准义务。美国2012年BIT范本第12条第2款也规定缔约国不能通过降低环境标准来吸引外国投资。为了更好地应对气候变化,在专门环境条款中,还必须规定缔约国具有不能通过减少或推迟应对气候变化措施吸引外国投资的义务。二是履行气候变化协定的义务。ECT的专门环境条款第19条第1款规定:为实现可持续发展的目标,各缔约国应考虑其加入的国际环境条约的义

务,努力以经济有效的方式使其境内能源周期的所有活动对其境内外环境产生的不利影响降到最低。国际投资协定的专门环境条款可以借鉴该条款,规定各缔约方应以可持续发展为目标,履行其加入的国际环境条约尤其是气候变化协定的义务,保证其境内投资活动不对环境尤其是对气候变化造成不利影响。三是促进气候友好型投资的义务。专门环境条款不仅要规定缔约国规制高排放高耗能投资的权利,还应该明确规定缔约国促进气候友好型投资的义务。这里的缔约国既包括投资东道国,也包括投资母国。传统上,国际投资协定侧重于保护外国投资和限制东道国对外国投资的管制;投资母国享有“代位权”等权利,却不用承担任何义务。随着国际投资在发达国家与发展中国家流向的改变,可持续发展原则越来越多地融入国际投资协定,2012年UNCTAD在《可持续发展的投资政策框架》之“国际投资协定要素——政策选项”部分,以“可持续发展”为目标,提出了“母国措施”条款^①,将“母国措施”作为投资母国的缔约国在“投资促进”和“制度建设”方面的协定义务^[14],它是国际投资协定的创新条款。据此,投资母国的义务主要是为境外投资者创造好的投资政策环境和投资保证以促进气候友好型投资,此外,投资母国的义务还包括积极参与缔约方应对气候变化合作制度建设。在全球应对气候变化的背景之下,专门环境条款还应规定投资母国在国际投资中的应对气候变化义务,使其在促进低碳外国直接投资以及清洁能源的技术转让中充分发挥作用。

通过在国际投资协定中增加上述规定,使采取应对气候变化措施成为缔约国规制外国投资的一项权利,同时又是缔约国义不容辞的国际义务。

(2)专门环境条款应明确投资者应对气候变化的义务

传统的国际投资协定只规定东道国保护外国投资的义务,而对外国投资者的义务却从未涉及。因为国际投资协定的签订主体一般是国家,原则上

讲只有签约主体才能在协定项下享有权利和承担义务。因此,绝大多数国际投资协定没有为投资者设定协定项下的义务。但是,投资协定却赋予了投资者许多权利,既有实体法上各种投资待遇的享有权,也有程序法上将国家诉诸国际仲裁的权利。由于投资者没有投资协定项下的义务,对其在东道国境内投资的不当行为就难以依据协定追究责任。即便是投资者将东道国诉诸仲裁,东道国提出了反诉,这种反诉也会由于投资协定缺少投资者义务条款而导致失败。这样的规定造成了东道国与投资者之间权利义务的极度不平衡。

为了平衡投资者的权利与义务,有的国际投资协定已经将投资者作为义务主体,如《东南部非洲共同市场共同投资协定》对投资者的社会责任做出了规定。荷兰与哥斯达黎加签订的BIT第10条规定了投资者遵守东道国法律的义务。《可持续发展的投资政策框架》之“国际投资协定要素——政策选项”部分,以可持续发展为目标,增加了投资者义务与责任条款。参照该条款具体内容,在投资协定专门环境条款中明确规定投资者应对气候变化义务:外国投资者必须遵守东道国法律包括为履行国际气候变化协定义务制定的法律,一旦违反则拒绝授予投资协定的保护;明确在外国投资者违反东道国为履行国际气候变化协定义务制定的法律而引起的投资争端中,东道国有提起反诉的权利。

(四)在气候变化协定中纳入投资者的应对气候变化义务

为有效解决两类协定的冲突,除了修改国际投资协定中与气候变化协定冲突的实体规则外,还应该在某些气候变化协定中适当规定投资者应对气候变化的义务,比如规定在国际投资活动中,投资者应选择相对严格的温室气体排放标准,以增强国际投资协定中气候变化条款的实际价值和可操作性,实现两类协定在应对气候变化与投资保护上的协调一致。

考虑到目前国际直接投资对气候变化的重要

影响以及投资者在应对气候变化领域的关键作用,比如投资者对投资领域的选择决定了温室气体的排放程度。所以,在气候变化协定中纳入投资者的应对气候变化义务是合理的也是必须的,《京都议定书》创新的CDM在这方面做出了卓有成效的努力。CDM作为多边气候协定的重要组成部分,将温室气体减排目标的实现与外国投资者的义务联系起来,对投资者节能减排的技术水准与温室气体排放标准都作了较高要求,弥补了国际投资协议没有规定投资者义务的不足,CDM的做法值得其他气候变化协定以及国际投资协定借鉴。

注释:

①See ICSID, THE ICSID CASELOAD STATISTICS(ISSUE 2017- 1), [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202017-120\(English\)%20Final.pdf#search=2016%25](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202017-120(English)%20Final.pdf#search=2016%25), last visited by 9 May 2017.

②《京都议定书》框架下的清洁发展机制(clean Development Mechanism,简称CDM)。

③气候友好型投资可以界定为以下投资之一:第一,仅使用清洁能源和清洁技术的投资;第二,碳排放中性或者低于一般排放行业的投资;第三,能减少温室气体排放或者帮助任何经济领域移除可能产生的温室气体排放的投资。Fiona Marshall, Climate Change and International Investment Agreements: Obstacles or Opportunities(R). Published by the International Institute for Sustainable Development. March 2010.p.32.

④See Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, Principles of International Investment Law, Oxford University Press, 2008 p. 122; Jeswald W. Salacuse, The Law of Investment Treaties, Oxford University Press, 2010, pp. 218-219.

⑤投资者的合理预期是指,若政府行为为投资者创设了合理、正当的期待,投资者基于对该行为的信赖进而计划并开展商业活动,则政府应保持法律的稳定性以避免导致投资者期待落空并受损。

⑥Peter A. Allard v. Barbados Award, Para. 33-46. <https://pcacases.com/web/sendAttach/2016>年11月4日最后访问。

⑦如《中华人民共和国环境影响评价法》由第九届全国人民代表大会常务委员会第30次会议于2002年10月28日通过,并于2003年9月1日起施行。

⑧美国2012BIT范本第12条第3款的规定:“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顺序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。”

⑨See SPP v. Egypt, ICSID Case NO. ARB/84/3(Award), May 20, 1992, par.78.

⑩See Santa Elena v. Costa, supra note, par. 71.

⑪广义上,“母国措施”指投资者母国基于合作发展原则,为促进、保护和规范其海外投资和海外投资者而制订或采取的国内措施和国际措施。

参考文献:

[1]中国21世纪议程管理中心,清华大学全球环境研究中心.中国清洁发展机制项目开发与实践[M].北京:科学出版社,2008.17.

[2]王彦志.公平与公正待遇条款改革的困境与出路——RDC v. Guatemala 案裁决引起的反思[J].国际经济法学刊,2014,(1):52.

[3]苟大凯,史彩霞.国际投资法上的保护合理预期义务——PCA“阿罗德诉巴巴多斯政府仲裁案”述评[J].四川大学法律评论,2017,(1):219-220.

[4]王艳冰.气候变化与国际投资法应对[J].法治论丛,2011,(3):60,57.

[5]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[J].法学论坛,2016,(4):64.

[6]王艳冰.国际投资规则中的环境法律问题[D].华东政法大学博士学位论文,2009.160.

[7]蒋小红.试论国际投资法的新发展——以国际投资条约如何促进可持续发展为视角[J].河北法学,2019,(3):42.

[8]曾华群.可持续发展的投资政策框架与我国的对策[M].厦门大学学报·哲社版,2013,(6):61.

[9]邓华.环境影响评估制度在国际法中的演进和实施[J].中山大学法律评论,2015,(3):145-146.

[10]张辉.国际法效力等级问题研究[M].北京:中国社会科学出版社,2015.82.

[11]周海燕.国际投资协定的作用及其与气候政策的协同[J].对外经贸,2015,(2):41.

[12]冯寿波.规则的解释与解释的规则——《维也纳条约法公约》第31.1条“Context”实证研究[J].西部法学评论,2013,(6):111.

[13]安托尼·奥斯特.江国青译.现代条约法实践[M].北京:中国人民大学出版社,2005.204-205.

[14]曾华群.论我国“可持续发展导向”双边投资条约的实践[J].厦门大学学报·哲学社会科学版,2015,(1):87.