

“双碳”目标下的可再生能源投资仲裁研究

——以“投资者合理期待”为切入视角

梁丹妮* 唐浩森**

内容摘要：发展可再生能源已成为世界各国维护国家能源安全与应对气候变化的重要举措，一些企业也纷纷投资布局。在国际投资仲裁语境下，欧盟范围内以西班牙、意大利为代表的国家由于系列补贴制度的调整深陷泥淖。投资仲裁庭在审查公平公正待遇条款中“投资者合理期待”核心要素时的一致，导致投资者诉求与东道国管制权难以平衡。将该问题置于“双碳”目标与气候变化议题视角下，重新梳理晚近可再生能源投资仲裁中仲裁庭的裁判逻辑与说理具有现实意义。我国应统筹推进可再生能源在国内治理层面与国际治理层面的良性互动。我国可再生能源领域投资者应从相关案件中吸取经验，相机决断；作为接受可再生能源投资东道国，我国应积极建立并完善合理的政策动态调整机制与有序的补贴退出机制。

关键词：双碳目标 可再生能源 投资仲裁 投资者合理期待

一、问题的提出

根据联合国气候行动官网和《中华人民共和国可再生能源法》相关阐释，可再生能源(renewable energy)一般指从自然资源中提取的补充速度高于消耗速度的能源。该类能源一般包括风能、太阳能、水能、生物质能、地热能、海洋能等非化石能源。^①国际能源署(International Energy Agency, IEA)发布的《2022年度世界能源投资报告》(World Energy Investment Report)显示，可再生能源投资前景随经济增长与复苏显著改善，但目前资本支出水平仍不足以应对能源和气候危机。^②更值得关注的是，国际可再生能源署(The International Renewable Energy Agency, IREA)在其

* 中山大学法学院副教授，博士生导师，中山大学涉外法治研究院研究员。

** 中山大学法学院国际法学博士研究生。

本文系国家社科基金项目“RCEP投资争端解决机制构建研究”(21BFX153)的阶段性成果之一。

① See What is Renewable Energy?, <https://www.un.org/en/climatechange/what-is-renewable-energy>, 2022年10月29日访问。

② See World Energy Investment Report, <https://www.iea.org/reports/world-energy-investment-2022>, visited on 30 April 2023.

发布的《2022 年度世界能源转型展望》(World Energy Transitions Outlook, WETO)中展现的谨慎乐观态度。^①各国政府肩负着妥善应对气候危机、保障本国能源安全以及推进可再生能源开发利用等多重任务。^②上述议题处理妥当与否将对国家能源安全以及国家风险抵御能力产生深远影响。在此过程中,各国将不可避免地对相关政策做出调整,这将对可再生能源投资带来潜在涉诉风险。上述问题也凸显于国际投资仲裁实践中。近年来,涉及可再生能源的投资仲裁案件引发国际社会高度关注,但将该问题置于“双碳”目标背景下并结合可再生能源行业特点与发展趋势进行考察的研究却并不多见。本文拟结合“投资者合理期待”这一公平公正待遇条款中核心要素的发展动态,选取有代表性的可再生能源系列案,重新梳理仲裁庭的裁判与说理逻辑。目前,我国已连续七年成为全球可再生能源最大投资国,也是可再生能源领域产能大国和投资流入国。^③分析这些案例,对评估我国涉此类投资仲裁纠纷风险及其潜在影响具有现实意义。

本文选取“投资者合理期待”为切入视角,主要基于以下考量:首先,可再生能源投资者往往是基于东道国政策的支持与承诺而进行投资并赚取利润的,其盈利能力取决于投资时东道国可再生能源法律框架的持续性和稳定性。^④其次,“投资者合理期待”不仅与东道国对可再生能源行业的补贴政策、法律法规变动直接相关,也与东道国良法善治程度和实现“双碳”目标的路径紧密相连。再次,作为投资者在投资仲裁中援引最为广泛的索赔依据,仲裁庭对“投资者合理期待”的解释与认定,将直接决定东道国在投资条约框架下可能承担的法律后果。有鉴于此,本文力求在综合考量前述因素的基础上,为如何实现可再生能源领域中投资者与东道国间的利益平衡做出分析并提出初步设想。

二、国际与国内法治轨道上的“双碳”目标、气候变化与可再生能源开发利用

“双碳”即碳中和和碳达峰(carbon peaking and carbon neutrality goals)。碳中和一般是指通过节能减排、技术创新等途径,抵消排放的二氧化碳,实现“零排放”;碳达峰是指二氧化碳排放不再增长、达到峰值之后逐步降低。《巴黎协定》(Paris Climate Agreement)是继 1992 年《联合国气候变化框架公约》(United Nations Frame-

① See World Energy Transitions Outlook 2022, <https://www.irena.org/Publications/2022/Mar/World-Energy-Transitions-Outlook-2022>, visited on 16 November 2022.

② See World Energy Transitions Outlook 2022, <https://www.irena.org/Publications/2022/Mar/World-Energy-Transitions-Outlook-2022>, visited on 29 October 2022.

③ 参见《中国引领全球可再生能源发展》, http://www.nea.gov.cn/2019-08/21/c_138326148.htm, 2022 年 10 月 29 日访问。

④ See World Investment Report 2010: Investing in a Low-Carbon Economy, <https://unctad.org/publication/world-investment-report-2010>, visited on 29 October 2022.

work Convention on Climate Change, UNFCCC)、1997年《联合国气候变化框架公约的京都议定书》(Kyoto Protocol)之后应对气候变化的又一里程碑式的国际法律文件。《巴黎协定》规定的目标之一是要要求《联合国气候变化框架公约》缔约方明确国家自主贡献(nationally determined contributions, NDCs)从而减缓气候变化,使碳排放尽早达到峰值,到21世纪中叶碳排放净增量归零以实现在21世纪末将全球地表温度相对于工业革命前上升的幅度控制在2℃以内。^①

加快发展可再生能源不仅是各国能源转型的必然趋势,也是实现“双碳”目标的重大举措。实现“双碳”目标,从可再生能源领域开始,而扩大可再生能源的国际投资已成为实现这一目标的重要抓手。

从可再生能源开发利用与应对气候变化的关系看,能源已成为气候行动计划的优先事项。联合国专门机构世界气象组织(World Meteorological Organization, WMO)于2022年10月发布的《2022年气候服务状况报告》(2022 State of Climate Services)侧重于关注能源议题,并将发展太阳能、风能等清洁发电形式摆在突出位置。^②当下,全球各主要经济体在实现“双碳”目标、有效应对气候变化与可再生能源开发利用行动中信息不对称、发展不平衡等问题依然突出。各国内部由于经济发展水平差异、社会自身多元性等问题,也使可再生能源与气候变化之间的关系更加错综复杂。在满足企业对能源所呈现的多元化需求基础上平衡气候行动计划的目标愿景,在实践中依然困难重重。^③以上问题均应放置在国际与国内法治轨道上进一步考察。

(一)国际法视角：“双碳”目标下的多边主义发展观与气候友好型国际投资法治

基于国际法基本原则的多边主义必然包含对以联合国为中心的多边体制的维护。^④《联合国气候变化框架公约》确立的共同但有区别的责任原则已成为国际社会合作应对气候变化问题的基石。随着可持续发展观念载入《巴黎协定》,“双碳”目标下维护以联合国为核心的多边国际组织体系与可持续发展观也已成为当代国际法多边主义发展观的重要组成部分。作为这一领域的最新共识,2021年《格拉斯哥气

^① See The Paris Agreement, <https://www.un.org/en/climatechange/paris-agreement>, visited on 30 October 2022.

^② See COP27 Side-Event: 2022 State of Climate Services: Energy Report, <https://community.wmo.int/cop27-side-event-2022-state-climate-services-energy-report>, visited on 30 October 2022.

^③ 参见《“全球气候变化运动的复杂图景：一个可再生能源专业的视角”》，https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_4750271, 2022年10月30日访问。

^④ 参见张乃根：《国际法上的多边主义及其当代涵义》，《国际法研究》2021年第3期，第14页。

候公约》(Glasgow Climate Pact)呼吁所有国家提出更有力的行动计划。^①

从宏观国际法角度看,“双碳”目标的提出既是基于国际条约的法律行为,也是国际法上一国的单方面行为。关于该目标的具体内容、措施及实施等问题,《巴黎协定》并未过多干预,这一灵活特点与当代国际法多边条约的实施机制具有明显区别。^②换言之,“双碳”目标基于条约规则产生,兼具国家单方法律行为特征,且主要依靠国内努力加以实施。作为可持续发展议题中的新领域,气候变化法律体系具有国际法先行、以国际法引导国内法发展的主要特征。目前,涉气候变化的国际法规则体系尚未完善,如仅依靠国家自主贡献条款具有的法律义务属性,将大大限制其在多边领域发挥重要法律规范功能。^③

从气候变化与气候友好型国际投资法治角度看,正如联合国报告指出的,气候行动计划必须将能源列为优先事项,加大对可再生能源的投资是有效应对气候变化的重要途径。^④首先,国际投资协定制度(IIA regime)为促进实现《巴黎协定》目标所需的投资提供了机会。从一定程度来说,《巴黎协定》所描述的目标只有通过追求共同目标的规模性投资才能实现,国际投资的增加不仅是《巴黎协定》的结果,也是实现该协定目标的必要条件。^⑤世界银行集团最新公布的《2021—2025年气候变化行动计划》(Action Plan on Climate Change 2021-2025)中重申的核心目标之一就是使资金流动与《巴黎协定》的目标保持一致。其次,国际投资机制的可持续发展已成为未来发展趋势。国际投资协定中的气候变化议题将在不同层面对各国应对气候变化危机和国际投资法治发展路径产生深远影响。随着国际社会对气候变化的关注,在国际投资规则中纳入气候变化因素,积极考量为东道国采取与应对气候变化有关措施所预留的规制空间,将有助于实现可持续发展的价值目标。^⑥因此,可持续发展原则已逐步发展成为气候友好型国际投资协定理应涵盖的价值目标之一,这不仅符合投资协定签订的初衷,也是气候友好型国际投资协定价值的应有之义。

从气候变化与国际投资仲裁角度看,减缓气候变化义务与以国际投资争端解决

① See The Glasgow Climate Pact-Key Outcomes from COP26, <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement/the-glasgow-climate-pact-key-outcomes-from-cop26>, visited on 30 October 2022.

② 参见柳华文:《“双碳”目标及其实施的国际法解读》,《北京大学学报(哲学社会科学版)》2022年第2期,第20-21页。

③ 参见杜群:《巴黎协定对气候变化诉讼发展的实证意义》,《政治与法律》2022年第7期,第56-57页。

④ 参见《联合国报告:能源须成为气候行动计划的优先事项》, <https://news.un.org/zh/story/2022/10/1111322>, 2022年11月19日访问。

⑤ See Wendy Miles & Merryl Lawry-White, *Arbitral Institutions and the Enforcement of Climate Change Obligations for the Benefit of All Stakeholders: The Role of ICSID*, 34 ICSID Review 1-2 (2019).

⑥ 参见李俊然、赵俊娟:《国际投资协定与气候变化协定的冲突与协调——以国际投资协定的实体规则为视角》,《河北法学》2017年第7期,第136-137页。

中心(International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID)为代表的争端解决机构的实践密不可分,《ICSID 公约》目标清晰明确,旨在促进国际私人投资。2022年度 ICSID 统计数据显示,截至 2022 年 6 月 30 日,在 ICSID 注册案件中涉及“电力与其他能源”的案件占 17%,《能源宪章条约》(Energy Charter Treaty, ECT)项下的案件占 9%;截至 2022 年 11 月,在 ICSID 注册的涉“可再生能源企业”(renewable energy generation enterprise)的案件共有 63 件。^①这些数据表明,国际投资仲裁体系与气候变化议题在多层面上均密切相关:一方面,ICSID 与世界银行气候变化行动计划承诺(WBG Climate Change Action Plan)所议定目标和可持续发展目标高度一致;另一方面,《ICSID 公约》序言的目标和宗旨明确以促进国际私人投资为主要任务,ICSID 机制已然成为国际可再生能源领域投资争端解决的风向标。因此,ICSID 理应比其他任何仲裁机构都更应考虑将气候变化议题作为其运作中的重要考量因素。^②综上,利用投资仲裁推动落实气候目标是国际投资协定友好型改革的必由路径。以 ICSID 为代表的争端解决机构对这一问题的讨论,将对可再生能源领域投资实践提供现实指引。

(二)国内法视角:国家能源安全战略统筹下多层次法律体系协调

中国坚持真正的多边主义并通过实践积极为人类命运共同体理念及其运用赋予中国特色的时代内涵。^③我国坚持以习近平生态文明思想和习近平法治思想为指导,坚持以国家顶层设计作为落实能源行业任务的根本遵循,在考虑区域资源分布和产业分工现实的基础上,通过可再生能源产业结构的调整达成“双碳”目标实施方案。^④党的十八大以来,我国能源领域系列规划和政策陆续出台,形成了推进能源革命的战略规划体系。^⑤

我国已出台多层次、多领域的法律法规、部门规章和政策性文件,积极协调气候变化、“双碳”目标和再生资源利用。这些法律法规在应对气候变化、推动低碳经济发展方面发挥了重要作用,为提升能源供需安全、环境安全、气候安全保障能力提供了有力支撑。2020 年 4 月 10 日,《中华人民共和国能源法(征求意见稿)》首次提出

^① See The ICSID Caseload-Statistics (Issue2022-2), https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/The_ICSID_Caseload_Statistics_2022-2_ENG.pdf, visited on 30 October 2022.

^② See Wendy Miles & Menyl Lawry-White, *Arbitral Institutions and the Enforcement of Climate Change Obligations for the Benefit of All Stakeholders: The Role of ICSID*, 34 ICSID Review 3-4 (2019).

^③ 参见张乃根:《国际法上的多边主义及其当代涵义》,《国际法研究》2021 年第 3 期,第 14-15 页。

^④ 参见章建华:《完整准确全面贯彻能源安全新战略,科学有序推进能源绿色低碳高质量发展》, http://www.nea.gov.cn/2022-05/13/c_1310592131.htm, 2022 年 11 月 22 日访问。

^⑤ 参见《奋进新征程 建功新时代·伟大变革 我国可再生能源实现跨越式发展》, <https://baijia-hao.baidu.com/s?id=1737969945320145862&wfr=spider&for=pc>, 2022 年 10 月 29 日访问。

将能源安全纳入国家安全战略。为了进一步加强法律法规间的衔接协调,2021年10月,中共中央、国务院印发《关于完整准确全面贯彻新发展理念做好碳达峰碳中和工作的意见》要求,全面清理现行法律法规中与碳达峰、碳中和工作不相适应的内容,并强调研究制定碳中和专项法律法规。与之相匹配,我国已陆续出台《温室气体自愿减排交易监管办法(试行)》《碳排放权交易监管暂行条例》等。

从可再生能源投资与外商投资政策角度看,我国积极支持并鼓励符合条件的外商投资企业参与可再生能源的推广和绿色低碳技术研发。在国家发改委发布的《鼓励外商投资产业目录(2022年版)》中,清洁能源和新能源动力设计研发、新能源汽车设计以及新能源电站建设、经营等行业与相关领域赫然在列。^①2022年《关于以制造业为重点促进外资扩增量稳存量提质量的若干政策措施》也明确提出,积极引导外资参与碳达峰碳中和战略,支持外商投资企业平等参与绿色低碳领域相关标准的制定等多项措施。

由此可见,我国能源安全统筹背景下多层次法律法规体系具有顶层设计的特点。我国已构建起“双碳”法律政策体系,并在多层面持续推进产业结构和能源结构调整。我国涉可再生能源的系列立法经历了从制定综合性法律法规到分别制定专门性法律法规的过程。这既是应对气候变化在规则体系上由点及面的覆盖,也是逐步实现与“双碳”目标与可再生能源发展相适应的协调过程。总之,我国在国家能源安全新战略下统筹多层次法律体系,既考虑到了涉可再生能源法律法规的时效性,又适当超前地关注到了我国在可再生能源投资与发展实践中的现实需求。

三、欧盟可再生能源系列案中“投资者合理期待”的核心要素与实践

20世纪90年代末,欧盟范围内以西班牙为代表的国家陆续出台投资激励措施发展可再生能源产业,这使得外国投资激增。2008年经济危机爆发后,财政困难导致政府不得不削减可再生能源产业补贴,调整或取消了上网电价补贴(feed-in tariffs, FiTs)为代表的财政激励措施。受影响的外国投资者纷纷启动ECT争端解决机制对西班牙提出索赔要求。截至目前,在ICSID登记的以西班牙为被申请人的可再生能源投资类案件达38件,已做出裁决的有10件。其中,仲裁庭支持西班牙的有3件。^②类似的,意大利与捷克几乎在同一时期也由于不同规模的经济困难,调整了其国内的可再生能源补贴制度,意大利对获得补贴的项目规模与启动时间做出限制,捷

^① 参见《鼓励外商投资产业目录(2022年版)》, <http://wzs.mofcom.gov.cn/article/n/202210/20221003362982.shtml>, 2022年10月29日访问。

^② See <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database>, visited on 1 November 2022.

克则对光伏发电设备营收征税,^①这些做法同样招致外国投资者提起投资仲裁。

这些案件的核心问题之一是东道国政府修改或取消向外国投资者提供的财政补贴或有关措施是否违反了投资者在公平公平待遇标准(fair and equitable treatment, FET)下的合理期待。投资仲裁实践表明,公平公正待遇条款内容抽象且不具有统一含义,较难通过国家实践予以具体化。该条款更多的目的是填补条约空白和引导仲裁庭对具体规则的理解。^②在解释公平公正待遇条款时出现的“口袋化”趋势,使得投资仲裁庭对“投资者合理期待”的认定极不一致,出现“一案一释”(case-by-case determination)现象。^③总体来看,仲裁庭考量的核心要素主要体现为:第一,投资者期待合理性的产生基础;第二,投资者期待合理性的判断标准,包括“谨慎投资者”(prudent investor)标准;第三,东道国“具体承诺”的构成与界限。本部分将选取欧盟范围内典型案例对仲裁庭考量的核心要素进行剖析。

(一)投资者期待合理性的产生基础

投资者期待合理性的产生基础是仲裁庭首先面对的问题。分析该问题,有必要引入比较行政法的相关理论进行观察。实践中,仲裁庭往往会探究东道国不同层级法律法规、规章制度对“投资者合理期待”的影响,并试图以溯源的方式找出投资者期待合理性赖以产生的依据。^④大量仲裁实践证明,如东道国监管框架发生不利于投资者的变化,明确的合同约定或稳定条款的存在将导致东道国违反投资者合理期待原则,从而触发对公平公正待遇条款的违反。因此,本部分将重点考察另外两类情形,即基于东道国的决定或声明以及基于东道国一般性立法或监管性规章而引发的“投资者合理期待”问题。这一问题往往与“正式、稳定、明确、具体”等词语的内涵与外延相关。对这些词语采用广义或狭义解释往往成为仲裁庭关注的核心问题之一。

1. 基于东道国政府决定或声明的合理期待:与表现形式分离

在国际投资法框架下,投资者基于东道国政府决定或声明进行的投资将产生由此引发的合理期待。从比较国内行政法视角看,基于法律确定性原则(principle of legal certainty),除非出现例外情形,政府做出的正式决定是不可撤销的,因为该类决

^① See Yulia S. Selivanova, Changes in Renewables Support Policy and Investment Protection under the Energy Charter Treaty: Analysis of Jurisprudence and Outlook for the Current Arbitration Cases, 33 IC-SID Review 435-436 (2018).

^② See Stephan W. Schill, The Multilateralization of International Investment Law 263-264 (Cambridge University Press 2009).

^③ 参见梁开银:《公平公正待遇条款的法方法困境及出路》,《中国法学》2015年第6期,第184-185页。

^④ 参见刘笋:《论合理期待原则在国际投资法中的引入与适用》,《华南师范大学学报(社会科学版)》2022年第1期,第162-163页。

定或声明所具体体现的合法权利不得被随意撤销或修改。例如,在为数不多的东道国胜诉的 *JSW Solar v. Czech* 案中,仲裁员 Born 在其个别意见中指出:“捷克政府针对可再生能源发电的最低购买价格维持 15 年的声明不容置疑,对于捷克诸多不同政府代表多年来一贯的明确陈述,不存在其他合理解释。”^①换言之,这些声明明确向投资者做出了关于期限时长的保证,不存在其他合理解释否定或推翻这一情形。在 *BayWa v. Spain* 案中,仲裁员 Naon 在其个别意见中指出:“西班牙政府在其发布的皇家法令新闻稿中的声明与 RD 661/2007 法令第 44.3 条中排除追溯的措辞一致。因此,风力发电场投资者可以依赖于 FiTs 的稳定性。”^②类似的,在 *InfraRed v. Spain* 案中,依据部长会议在 2010 年 12 月 3 日发布的一份宣布通过 RD 1614/2010 的新闻稿中提到的皇家法令,仲裁庭认定,这一保证为投资者提供了明确的法律安全性保护指引,提出的稳定与促进发展是该立法对投资者发出的明确信号。^③由此可见,在类似情形下,仲裁庭有强有力的理由支持“投资者合理期待”的成立。

由上可知,无论该声明以何种形式、何种渠道发布,也不论政府更迭,只要经由有权机关发布并使投资者由此产生信赖利益,则此类声明或决定越正式,基于其所产生的投资者期待得到保护的理理由相对越充分。实践表明,仲裁庭并不过于关注政府行为的外化表现形式。但是,何种内容会被认定为“正式决定”以及“正式”到何种程度会被认定为使投资者产生信赖利益,仍要结合个案事实分析。

相反,对由公权力机构在其权力范围之内做出的非正式形式的各种承诺、报告甚至面向公众的新闻报道,在认定中仲裁庭持谨慎态度。并非所有的“非正式声明”都可能被视为具有不得随意单方面撤销的法律性质。在东道国胜诉的 *Frontier Petroleum v. Czech* 案中,仲裁庭认为捷克工业和贸易部长出具的信件所陈述的内容没有表现出产生合理期望所需的具体化程度。^④学界一般认为,在非正式语境下,只有达到可以使投资者产生合理期望的具体化程度的非模糊性、非一般性表述才可能被确定为合理期望的判断依据。^⑤换言之,非正式的政府声明的归责问题应当有一定界限。仲裁庭应根据不同案件事实考察政府各种非正式声明的内涵。

综上,正式和非正式的东道国措施都可以成为“投资者合理期待”的重要来源,这种来源的认定已然与其表现形式分离。剥离各种表现形式背后的法理是根植于

① See *JSW Solar v. Republic of Czech*, PCA Case No. 2014-03, Dissent Opinion, paras.50-51.

② See *BayWa v. Spain*, ICSID Case No. ARB/15/16, Naon Dissent, para.22.

③ See *Infra Red v. Spain*, ICSID Case, No. ARB/14 /12, Award, 2 August 2019, para.425.

④ See *Frontier Petroleum v. Republic of Czech*, UNCITRAL, Award, 12 November 2010, para.468.

⑤ See Jack Watson, *Clarity and Ambiguity: A New Approach to the Test of Legitimacy in the Law of Legitimate Expectations*, 4 *Legal Studies* 633-652 (2010).

东道国国内行政法体系中的合理期待原则,其根本原理在于维系和保护作为公权力的行政主体与行政相对人之间的基本信任。^①

2. 基于东道国一般性立法与监管性规章稳定性的合理期待：“实质性冻结”问题

基于东道国一般性立法与监管性规章稳定性的合理期待是仲裁庭考量中最具挑战性的问题。在特定情形下,投资者的合理期待来源于投资时东道国一般性立法和监管性规章。东道国对该立法和规章的修改或废止,可能导致“投资者合理期待”落空而引发争议。与上述东道国修改、废除决定或声明情形的针对性不同,一般性立法和监管性规章在一国普遍适用,因此不具有具体化特征。讨论这一问题,实际上就是分析东道国一般性立法与监管规章框架的稳定性问题。

“稳定”概念是投资者保护其投资所依赖的重要工具之一。学界一般认为在投资保护背景下,投资者可以以两种方式使用稳定条款:其一是作为对东道国单边采取恣意行动的预防和威慑工具;其二是在投资仲裁过程中作为证明和强化“投资者合理期待”主张的工具。^②实践中,相比于衡量这些规定作为预防工具的实际效果,仲裁庭多专注于评估其作为强化工具的有效性问题的。

以 *Tecmed v. Mexico* 案为代表的首件涉可再生能源的裁决,将东道国法律法规的稳定性和可预见性作为合理期待的必然要求,并认为各国必须尊重投资者的“基本期望”。仲裁庭认为东道国政策稳定性已成为 FET 标准的必备要素。^③该裁决对东道国的一般性立法与监管性规章的稳定性提出了较高的要求。在欧盟范围内的可再生能源投资案件中,*Tecmed v. Mexico* 案裁决的逻辑被仲裁庭反复适用。这种观点的实质是把“合理期待”等同于“稳定”。但是,随着投资仲裁实践的发展,这一严苛的标准逐渐受到挑战。相反,另一种观点则获得了更多支持,即投资者的合理期待在缺乏东道国具体承诺的情形下,应仅限于在监管框架稳定性前提下主张。

在欧盟范围内第一件可再生能源投资争端 *Charanne v. Spain* 案中,仲裁庭指出:“申请人不可能期望东道国所建立的与可再生能源有关的监管框架在整个投资过程中保持不变。承认这样的合理期待无异于冻结东道国的监管框架(freezing of regulatory framework),其荒谬性是显而易见的”。在 *Saluka v. Czech* 案中,仲裁庭指出:“投资者的期待必须结合所处的具体投资环境进行考量,其期待必须是合法和合理的;任何投资者都不能期待其投资时的东道国法律环境整体总是恒定不变;同时,必须考虑到东道国为公共利益监管国内事务的合法权力”。^④与此相似,在 *Fore-*

^① See C. Forsyth, *Legitimate Expectations Revisited*, 16 *Judicial Review* 429-430 (2011).

^② See Kopar Rahmi, *Stability and Legitimate Expectations in International Energy Investments* 51-60 (Bloomsbury Publishing 2021).

^③ See *Tecmed v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, para.154.

^④ *Saluka v. Republic of Czech*, UNCITRAL Rules, Partial Award, 17 March 2006, paras.304-305.

sight v. Spain案中,仲裁庭认为:“在东道国没有对投资者做出具体承诺的情况下,投资者不能指望东道国的监管框架被冻结;在不违反投资者对稳定的合理期望的情况下,东道国应有空间合理地修改法律或管制框架(immutability of the legal framework)。”^①在Antin v. Spain案中,仲裁庭指出:“国家当然有权行使其主权权力,为公众利益而修改其法律政策框架以对不断变化的情况做出反应”。在该案中,仲裁庭进一步明确指出任何此类变化必须符合两个要素:其一是保持国家提供的监管框架的基本稳定性(fundamental stability);其二是满足和保证ECT框架下对投资者保护的基本要求。^②

由此可见,“稳定”不是一个绝对概念。虽然投资仲裁并不遵循先例,但晚近投资仲裁实践似乎反复表明:将投资者合理期待与东道国公共利益监管框架的稳定性而非不变性相结合,是考察投资者期待合理性依据与来源的重要连接点。^③这种考察方式能有效校准并调整投资者的合理期待。从东道国角度观察,在监管框架稳定性前提下的调整也应符合ECT所规定的基本要求,仅在东道国监管框架发生根本性、不合理改变的情形下,才应承担对投资者的保护职能。

进一步需要讨论,投资者合理期待与东道国监管框架的内在稳定性是何种关系。在Novenergia v. Spain案中,仲裁庭认为:“监管稳定性并不是独立要求,只不过是尊重投资者合理预期义务的例证”。^④在ICW Europe v. Czech案中,仲裁庭指出:在ECT语境下,保证稳定和可预测的投资框架的义务是FET标准的一部分。然而,这一要求在法律上不同于保护投资者的合法预期。^⑤在Photovoltaick v. Czech案中,仲裁庭认为:为外国投资提供稳定和可预测的法律框架的义务是公平公正标准下单独且可区分的部分。虽然这两者之间有一定重叠,但这一义务在法律上有别于保护投资者合理期待。^⑥值得注意的是,Isolux v. Spain案仲裁庭也持类似态度。在Voltaic v. Czech案^⑦和WA Investments v. Czech案^⑧中,仲裁庭也做出了与Photovoltaick案几乎完全一致的论述。

由此可见,适用多数意见的仲裁庭普遍认为:结合ECT第10(1)条的表述,该条

① See Foresight v. Spain, SCC Arbitration 2015 /150, paras.356.

② See Antin v. Spain, ICSID Case No. ARB/13/31, 15 June 2018, para.555.

③ See Jack Biggs, The Scope of Investors' Legitimate Expectations under the FET Standard in the European Renewable Energy Cases, 36 ICSID Review 109-110 (2021).

④ See Novenergia v. Spain, SCC Arbitration, 2015 / 063, 15 February 2018, para.643.

⑤ See ICW Europe Investments v. Republic of Czech, PCA Case No.2014-22, 15 May 2019, para.529.

⑥ See Photovoltaik v. Czech Republic, PCA Case No. 2014-21, 15 May 2019, para.483.

⑦ See Voltaic v. Republic of Czech, PCA Case No. 2014-20, 15 May 2019, para.487.

⑧ See WA Investments v. Republic of Czech, PCA Case No.2014-19, 15 May 2019, para.570.

款并未要求监管框架需要具备稳定的独立性义务。因此,仲裁庭将该义务仅作为公平公正待遇标准的一部分考量,而非单独事项加以审查。^①ECT第10(1)条中“鼓励和创造稳定、公平、有利和透明条件”以及“最持久的保护和安全”等表述,并不意味着监管框架一成不变(immutability of the legal framework)。因此,一般认为,ECT第10条所述内容并不具有稳定条款性质。

综上,“投资者合理期待”与东道国监管框架的稳定性是两个相互区分又紧密联系的问题:一方面,在ECT目标与宗旨下,保证稳定和可预测的投资框架义务构成FET标准的一部分;另一方面,这一要求在法律层面应区别于对投资者合法期望的保护问题,两者不能混为一谈,在实践层面也应分别考察。^②在晚近投资仲裁案件中,仲裁庭大多并不执着于寻求所谓“东道国保证”在国际法上的依据或渊源,而是集中分析这种保证的范围和效果及其在投资条约中的地位。

进一步亟待分析的是:既然投资者期待东道国监管框架永久冻结是不符合实际的,那么,在何种情形下仲裁庭会将“监管框架的改变”认定为达到足以影响“投资者合理期待”的程度。这一问题的分析与“合理”(reasonableness)一词的内涵密切相关。在Eiser v. Spain案中,仲裁庭指出:“ECT第10(1)条提供公平和公正待遇的义务意味着不能对适用于现有投资的监管制度进行根本性改变,从而剥夺依赖这些制度进行投资的投资者的投资价值。”^③在Antin v. Spain案中,仲裁庭指出:“专为吸引能源部门投资而建立的监管制度不能被彻底改变(radically altered),这影响了依赖这些制度进行投资的投资者。”^④类似的,在RREEF v. Spain案中,仲裁庭引用了Eiser案的论述并进一步指出:创造稳定环境的义务当然排除了投资条件中任何不可预测的根本转变。^⑤在Cavalum v. Spain案中,仲裁庭认为:“稳定与投资者的合理期望有关,但这并不意味着投资者不受任何变化的影响;这项义务门槛相对较高,重点针对的是对法律制度的颠覆。”^⑥

从为数不多的东道国胜诉案件中也可以一窥仲裁庭的态度:在Charanne v. Spain案中,仲裁庭引用Electrobel v. Hungary案观点并指出:东道国实施的监管框架调整必须综合考虑投资环境的公平、持续和可预测(fairly, consistently and predictably)。^⑦换言之,只有当东道国的调整不合理、不可预测或在修改现有条例的行

① See Novenergia v. Spain, SCC Arbitration, 2015 /063, 15 February 2018, paras.646-647.

② See Jack Biggs, The Scope of Investors' Legitimate Expectations under the FET Standard in the European Renewable Energy Cases, 36 ICSID Review 120-121 (2021).

③ See Eiser v. Spain, ICSID Case No. ARB/13/36, 4 May 2017, para.382.

④ See Antin v. Spain, ICSID Case No. ARB/13/31, para.532.

⑤ See RREEF v. Spain, ICSID Case No. ARB/13/30, paras.315-316.

⑥ See Cavalum v. Spain, ICSID Case No. ARB/15/34, paras.406-407.

⑦ See Charanne v. Spain, SCC Arbitration 2012/62, 21 January 2016, para.517.

动不成比例或违背公共利益时,才会违反投资者的合理期待。至于“成比例”的判断,一般认为只要这些变化不是“反复无常或不必要的”,且不是“突然地、颠覆性地”消除现有监管框架的本质特征,就应当认为符合成比例的标准。^①

但是,何为“突然地、颠覆性地”仍具有主观色彩。因此,有必要从其他可量化的客观标准出发,结合主客观标准综合研判。上述 Eiser 案中,仲裁庭引述申请人在听证会上的表述指出,东道国用完全不同的政策取代了对投资者较为有利的制度,而这种新政策几乎摧毁了投资的所有价值,这种极不公正与公平的全额价值破坏使投资者在项目中失去了所有价值。^②对比东道国胜诉的 Charanne 案不难发现,该案情况与 Eiser 案在客观事实层面存在差异:Charanne 案仲裁庭驳回了申请人的诉请并指出东道国的措施虽然使投资者项目的营利性收益降低,其破坏性程度不构成对投资者全额投资价值的剥夺。

由此可知,在分析“稳定性”考量因素时,需要结合任意性、颠覆性、比例性与投资价值等主客观要素判断。这使得这一问题的评判标准更加立体明确。这也说明,仲裁庭对破坏监管稳定行为设定了较高的触发门槛,认为国家的行动必须从根本上彻底改变相关监管制度,才可能被认定为违背“投资者合理期待”。

综上,“合理期待”从根本上说应当是客观层面的概念。监管规范框架的稳定性不代表永久不变或被冻结。相反,稳定性意味着东道国在遵守公平性、一致性、非颠覆性等底线要求的基础上,有理由保持合理程度与一定范围内的政策灵活性,以便为了公众利益对不断变化的客观情况做出反应。在外在客观层面,投资者如主张东道国违反“投资者合理期待”,在客观上其投资需要具备完全或等同于投资价值被剥夺的程度,这就需要结合案件事实,考察项目价值与价值剩余等因素。因此,只有在主客观相统一的前提下讨论基于东道国一般性立法与监管性规章稳定性的合理期待,才具有说服力。

如前所述,稳定性与合理期待在多个层面是相互关联的。“稳定性”在新一代投资条款中被赋予了新内涵。稳定条款不能约束东道国不改变其法律和监管框架,但合同稳定条款与“投资者合理期待”的相互作用为投资保护机制揭示了新的维度。^③在公平公正待遇视角下,现代投资关系的目标更倾向于根据东道国客观形势变化,在一定范围内平衡公共利益与投资者利益并适时调整投资法律制度。实践中应由

^① See Yulia S. Selivanova, *Changes in Renewables Support Policy and Investment Protection under the Energy Charter Treaty: Analysis of Jurisprudence and Outlook for the Current Arbitration Cases*, 33 IC-SID Review 449-450 (2018).

^② See *Eiser v. Spain*, ICSID Case No. ARB/13/36, 4 May 2017, paras.634-635.

^③ See *Eiser v. Spain*, ICSID Case No. ARB/13/36, 4 May 2017, pp.205-215.

仲裁庭根据个案事实判断东道国必须提供投资保护的稳定程度。

(二)投资者期待合理性的判断标准

除考虑投资者期待合理性的依据与基础外,仲裁庭还需要考察这种期待本身的合理性问题。由于合理性概念在解释上具有较强的灵活性,导致投资者期待的合理性判断标准也具有主观性。仲裁庭在分析这一问题时既要综合考量投资者期待合理性构成要件与影响因素,也需要考察东道国的整体发展状况等因素。

1.投资者角度

投资者期待的合理性判断标准对投资者资质提出了较高要求。在 *Charanne v. Spain* 案中,仲裁庭认为投资者可以很容易地预见监管框架的调整。另外,投资者也应熟悉西班牙法律、判例与法院判决,因为这些法律和判例表明西班牙投资监管框架可以被改变。^①在 *SunReserve v. Italy* 案中,仲裁庭明确指出:作为“谨慎投资者”,其尽职调查标准应达到为了解相关监管框架而“合理”采取相关措施这一门槛;仲裁庭进一步明确:投资者需要的是合理的尽职调查标准,而非宽泛的“法律调查”。^②类似的,在 *Antaris v. Czech* 案中,仲裁庭再一次明确:“为了依据合理期待提出请求,投资者应根据东道国当时普遍存在或合理预期的经济和社会状况变化,事先调查监管框架发生变化的前景”。^③

另外,在考察“谨慎的投资者”因素时,仲裁庭往往也将时间节点作为关键信息考量在内。仲裁庭在 *Electrobel v. Hungary* 案中对这一因素作了详细阐述:必须根据投资者在投资时所知道和应合理知道的信息以及东道国的行为来评估公平性和一致性。^④在东道国胜诉的 *Isolux v. Spain* 案中,仲裁庭认为投资者在2012年10月进行投资时知道(或应当知道)东道国的电价补贴制度即将进行改革。^⑤类似的,在上述 *Frontier Petroleum* 案中,仲裁庭进一步指出:合理期待在时间上应与投资做出时的时间节点挂钩。合理期待在对投资的创建、扩展或重组采取决定性步骤的每个阶段,都必须进行评估;在投资日期之后产生的期待将不包括在公平公正待遇标准范围内。^⑥相反,与上述两案形成明显对比的是 *Eiser* 案。在 *Eiser* 案中,投资者在2007年投资时不知道也不可能在当时投资环境下预知东道国监管框架制度即将进行改革。

由此可见,投资者对其预期的合理性和合法性的了解程度应以投资时这一关

① See *Charanne v. Spain*, SCC Arbitration 2012/62, 21 January 2016, paras.81-82.

② See *SunReserve v. Italy*, SCC Arbitration 2016/32, 25 March 2020, paras.714-715.

③ See *Antaris v. Republic of Czech*, PCA Case No. 2014-01, 2 May 2018, paras.360-361.

④ See *Electrobel v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, 25 November 2015, para.7.78.

⑤ See *Isolux v. Spain*, SCC Arbitration 2013/153,12 July 2016, paras.781-782.

⑥ See *Frontier Petroleum v. Republic of Czech*, UNCITRAL Award,12 November 2010, paras.287-288.

键时间节点为参考。因为投资者掌握的信息使他们在投资前能够明确预见这种制度变动的可能性及其对投资带来的不利影响。换言之,仲裁庭对投资人提出了较高的作为义务标准:作为经验丰富的谨慎投资者,应对东道国投资环境展开充分的尽职调查而非“宽泛的法律调查”;其次,投资者应具备适时调整投资策略的判断力。

总之,大多数仲裁庭倾向于要求投资者达到“谨慎投资者”标准。与此同时,如不对投资者的资质加以约束与限制,任由其在公平公正待遇标准下做扩大解释与适用,将会压缩东道国采取应对气候变化措施所预留的空间。站在仲裁庭角度,为确定预期是否合理,将重点考察作为富有经验的投资者是否进行了全面的尽职调查。从投资者角度,应最大限度避免自身对东道国行为性质的误判或理解错误而导致仲裁庭做出不利于自身的认定。

2. 东道国角度

从东道国角度分析投资者期待的合理性判断标准是另一重要维度。需要指出的是,对东道国客观情况的评估并非只在涉可再生能源投资问题上被仲裁庭关注。实际上,这一问题是在很多案件中均重点关注的问题。实践表明:针对该问题,仲裁庭曾在不同背景下考虑过至少以下几个层面:从宏观层面看,主要考虑东道国的经济发展水平、文化历史条件等方面;从微观层面,主要考察东道国政局是否稳定、是否爆发严重经济危机、政策出台背景与客观环境是否相匹配、是否处于经济转型期以及应对各种危机的处理能力与方式等方面。

(三) 东道国“具体承诺”的构成与界限

仲裁庭除考量投资者提出期待本身的合理性问题外,还需要从东道国政府所谓“具体承诺”(specific commitment)的实质内容和构成要件进行剖析。实践中,在 *El Paso v. Argentina* 案中,仲裁庭结合案件事实列出两种可被认定为具体承诺的情形:其一是具体到特定投资人的承诺;其二是带有具体目标和目的性的承诺。^①在 *CEF Energia v. Italy* 案中,仲裁庭认为,意大利以几种形式向投资者做出了“具体承诺”:其一是7封含有明确无误信息的“关于投资项目,自投产之日起实行20年以现行货币计算为准且不变的激励关税”的认可信;其二是通过与投资者签订的7份书面合同,合同主体内容是东道国保障提供20年不变的FiTs。^②与之相反,在 *Belenergia v. Italy* 案中,仲裁庭采用了更加严格的认定标准:“这些补贴是从立法中复制而来,且同样平等适用于满足补贴条件的任何其他光伏电站,关于补贴的金额和期间是意大

^① See *El Paso v. Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/15, 31 October 2011, paras.375-376.

^② See *CEF Energia v. Italy*, SCC Arbitration 2015/158, 16 January 2019, paras.211-213.

利立法中所规定的部分,因此并不针对特定投资者适用。”^①

由此可知,实践中难以就何为“具体承诺”给出明确定义,该词语的内涵取决于案件具体情况。其判断核心不在于满足法律上某种形式的约束,而在于这种直接指向投资者的某种承诺是否使得投资者恰恰基于该种承诺而产生依赖。当然,这种针对性的判断,需要在具体案件中将投资者放在与之相关或相似行业以及相似经济体量的其他投资者的相似情形(like circumstance)中进行比较。

归纳来看,可以从四方面考察“具体承诺”的构成与界限:其一,东道国是否给予投资者政策框架稳定的承诺;其二,该种承诺是否具有明确的目标、目的或针对特定投资者;其三,投资者是否真实且有效地依赖于该种承诺做出投资行为;其四,投资者的该种依赖是否在客观层面满足“合理性”要求。基于以上考虑,最终判断东道国是否对投资者做出了“具体承诺”以及该种承诺的界限应如何划定。

四、“双碳”目标背景下“投资者合理期待”的平衡考量因素与投资条约框架构建

(一)“双碳”目标背景下“投资者合理期待”的平衡考量因素

由联合国机构牵头的首份面向企业界指导落实《巴黎协定》和可持续发展目标的成果报告《企业碳中和路径图》(Corporate Net Zero Pathway)于2021年6月面世。《企业碳中和路径图》列举的重点举措为企业设计碳中和路线图基本考量提供了重要指引。^②当下,可再生能源行业具有市场竞争大、核心技术更新换代快、政策驱动转为市场驱动等突出特点,这就需要可再生能源投资者与东道国站在全新视角上审视这一问题。

纵观涉可再生能源投资案件中仲裁庭的核心考量,反映出ECT在规制可再生能源投资时,不能及时契合可再生能源发展实际,在较为复杂的案件中难以平衡投资者与东道国的利益。从某种意义上,上述讨论的实质是“投资者合理期待”与东道国规制权和自由裁量空间(margin of appreciation)之间的平衡与协调问题。因此,做好两者利益协调就能最大程度地管控风险。

从可再生能源投资者角度看,实现自身发展的同时需要一并考量该领域普遍存在的政治风险。当然,在本文语境下仅限于东道国单方面废止或修改监管框架带来的风险。从实务角度看,可再生能源行业所涉合同纠纷复杂,期待双方在谈判中进行详细约定不具有可操作性。投资者在投资做出后,其谈判筹码就会大打折扣甚至完全转向东道国。投资者应认识到,只要东道国的此种改变不是“武断、突然、任意、

^① Belenergia v. Italy, ICSID Case No. ARB/15/40, 6 August 2019, para.850.

^② See Corporate Net Zero Pathway - Delivering the Paris Agreement and the Sustainable Development Goals, <https://unglobalcompact.org/library/6046>, visited on 7 November 2022.

反复无常地”使监管框架发生频繁性、颠覆性或根本性变化而使投资者投资利益减损为零,投资者均应容忍并主动适应这种变化。

由此观之,富有经验的投资者应在投资前针对可能对项目产生重大影响的事项做好充分的尽职调查,在可预测范围内了解东道国在特定投资领域的政策与监管框架变动原因,在重要时间节点披露风险并做好研判;其次,投资者还应根据东道国客观情况理性调整期待并主动适应客观变化。

从东道国角度看,出于对本国经济发展形势的判断或是公共利益保护,东道国难免会根据实际情况对可再生能源产业的补贴制度进行调整。进一步说,签订投资协定的最终目的是促进投资,由于仲裁庭管辖权来源于投资协定的明确约定,故仲裁庭如过多审查东道国国内规则,则有违投资协议签订初衷。

从法律强制性角度看,投资条约并没有剥夺国家根据其经济发展客观需要而改变其法律或监管框架以适应不断变化的环境和公共政策目标的权利。^①但是,可以结合国际最低标准原则和东道国应遵循的稳定性框架下的最低义务标准为东道国政策变动设置“天花板和底线义务”(ceiling & floor obligation)。具体来说,就是为东道国划出两条红线:从“底线义务”看,东道国政府行为与监管框架变更需满足 ECT 第 10(1)条所述,避免“根本性、不合理”的变动,即遵循框架稳定性的最低要求。从“天花板义务”看,东道国监管框架重大变更在国内法和国际法两个层面上都应于法有据:从国内法层面看,需要基于客观发展事实,理由充分;从国际法层面看,需要满足基于客观需求前提下的合理性、比例性以及一定程度的可预测性,自觉接受仲裁庭关于东道国行为“武断性、随意性”的审查。

总之,结合仲裁庭裁判逻辑,仲裁庭至少可以从以下层面考察平衡性因素:其一,将东道国社会经济发展情况与国内有关可再生能源类政策或补贴变动背后的根本原因与真实动机联系起来考察;其二,在善意原则指引下,将尊重东道国规制权与“突然地、颠覆性地”认定联系起来判断;其三,将投资者投资时所提出的合理期待诉求的具体内容同东道国政策与法律框架的“连贯性、持续性与明确性”联系起来分析。

(二)“双碳”目标背景下可再生能源投资治理框架的构建

外国投资可以通过提供资金和技术资源等方式,在应对气候变化挑战方面发挥重要作用。这就需要投资条约、投资政策与环境保护、气候变化框架和可持续发

^① See Yulia S. Selivanova, Changes in Renewables Support Policy and Investment Protection under the Energy Charter Treaty: Analysis of Jurisprudence and Outlook for the Current Arbitration Cases, 33 IC-SID Review 450-451 (2018).

展更好地结合起来。在早期投资协定中,环境保护问题已被纳入到“投资”概念中考量。例如,在《哥斯达黎加—荷兰投资协定》中采用的表述明确了投资须根据东道国的法律法规进行并应符合东道国“环境方面的法律和法规”。^①晚近,投资条约的签订实践表明,世界主要发达经济体除关注环境保护议题外,还持续意识到气候变化议题的重要性。各国尝试通过不同方式,在投资协定的谈判与签订中纳入相关考量。这一积极动向将最大限度地扩大双方在争议发生时所依据的共同原则,在不确定的争议中达成难得的基础性共识。另一些协定进一步认识到合作应对包括气候变化在内的环境问题的重要性,并做出较为详尽的列举,如《欧盟—加拿大全面经济贸易协定》(European Union-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA)第24条承诺就共同关心的与贸易有关的环境问题开展合作,并明确列出包括可再生能源、能源效率方面的环境产品类服务贸易与投资。^②这些协议均较为前瞻地考虑到未来气候变化背景下与投资相关的内容以及可再生能源开发与利用效率、气候友好型技术手段等议题。

从投资条约所包含条款的自身语义出发,在处理涉可再生能源系列案时,理应将“气候变化”“环境保护”等因素包含在考量范围内。根据《维也纳条约法公约》(Vienna Convention on the Law of Treaties, VCLT)第31条所述的解释规则,要求仲裁庭“本着善意态度,根据条约条款在其具体情况下的一般含义并根据条约的目标和宗旨”进行解释。这一要求当然也适用于投资仲裁庭处理涉可再生能源系列案。随着投资协定对“双碳”目标和气候变化认识的深化,相关目标与宗旨也将以更明确的方式表述在投资协定中。这一重要的目标和宗旨将为仲裁庭在涉可再生能源案考量关键性问题时提供重要参考,最大限度地减少认定事实与适用法律带来的不确定性。

总之,将东道国与投资者各自理应承担的责任置于气候变化与“双碳”目标背景下,从投资条约框架构建角度加以考量,在可持续发展目标下加以平衡并优化投资协定,是可再生能源投资领域合理管控分歧、减少争议的有效途径。

五、对我国可再生能源领域外资保护的启示与展望

(一)投资者角度：“一带一路”下可再生能源投资风险的防范

2023年是“一带一路”倡议提出十周年。可再生能源投资已成为“一带一路”沿

^① See The Agreement on Encouragement and Reciprocal Protection of Investments between the Kingdom of the Netherlands and the Republic of Costa Rica, 2238 UNTS 139, Article 10.

^② See European Union-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement, Article 24(12), (a)-(f).

线投资的重要领域。目前,中国既是全球可再生能源的最大投资国,也是全世界可再生能源领域首屈一指的产能大国和资金流入国。^①2019年4月,“一带一路”能源合作伙伴关系在北京正式建立;2020年,我国在“一带一路”沿线国家能源投资中的可再生能源占比首次超过化石能,“一带一路”能源合作伙伴关系合作网络已初步建成并取得积极成效。^②但是,实践中可再生能源投资企业为达成“双碳”目标的雄心和行动之间仍然存在差距。2022年11月,联合国开发计划署(United Nations Development Program, UNDP)发布的《企业低碳转型之路——在华企业可持续发展行动2022》报告显示,55.5%的在华企业开展了低碳减排举措,仅有30.3%的企业设立了碳排放目标。^③企业在减排方面面临低碳转型成本较高、缺乏行业相关标准、碳核算能力不足以及缺乏公共政策支持等诸多困境。

2022年1月,世界经济论坛发布的《2022年全球风险报告》将“气候行动失败”列为中长期阶段对世界最重要的威胁。^④后疫情时代,气候变化应对与能源转型阻力逐步显现,不稳定因素突出,这将对投资者参与“一带一路”建设的积极性产生负面影响。^⑤从可再生能源发展潜力、发展阶段和政策环境等方面观察,“一带一路”沿线国家中,可再生能源发展政策较为友好的国家有印度、印度尼西亚、蒙古、波兰等。^⑥但是,这些国家也面临诸多问题亟待解决:不同领域的可再生能源分布不一、开发技术不成熟、发展计划不明确、支持性政策与政府态度不明朗等。

近年来,西班牙汽车业生产和销售低迷以及欧洲汽车市场的强制电气化进程为我国企业提供了新机遇。我国与西班牙新能源汽车合作空间巨大,双方在发展可再生能源、提高能源利用率等方面达成诸多共识。西班牙《经济学家报》披露,巴塞罗那港已成为中国汽车进入西班牙的主要入口,中国汽车在西班牙市场所占份额已达1%。^⑦如何在面对新能源汽车产业发展的机遇和挑战的同时实现双赢,是我国投资者在当下亟须关注的问题。投资仲裁实践证明,与以西班牙为代表的欧盟国家进行

① 参见《中国可再生能源实现跨越式发展》, http://www.gov.cn/xinwen/2021-04/02/content_5597401.htm, 2022年11月23日访问。

② 参见《国家能源局综合司关于建立“一带一路”能源合作伙伴关系合作网络的通知》, http://www.nea.gov.cn/2021-06/10/c_1310000739.htm, 2022年11月23日访问。

③ 参见《报告: 55.5%在华企业已开展低碳减排举措》, <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1748758729150309275&wfr=spider&for=pc>, 2022年11月7日访问。

④ See Global Risks Report 2022, <https://www.weforum.org/reports/global-risks-report-2022>, visited on 7 November 2022.

⑤ 参见《全球能源危机使人们聚焦可再生能源,甚至超越对气候变化的关注》, https://www.fortunechina.com/shangye/c/2022-09/26/content_419878.htm, 2022年10月30日访问。

⑥ 参见许冰清、徐生年:《“一带一路”国家可再生能源发展情况和投资风险》, <http://www.geichina.org/bricountriesrestatusandinvestmentrisk/>, 2022年11月17日访问。

⑦ 参见《西媒: 中国汽车在欧洲的发展势不可挡》, <https://new.qq.com/rain/a/20221109A0018100>, 2022年11月9日访问。

可再生能源开发合作或投资应持谨慎态度。

从我国“走出去”的可再生能源领域投资者角度看,需要引导企业准确理解“投资者合理期待”内涵并理性提出符合事实的期待以支持己方诉求。实践中较为可行的建议是在投资前应当对东道国进行完备的尽职调查,可以与当地有执业资质的律师或专业机构合作并有针对性地出具尽职调查报告。具体来说,首先,要密切关注东道国在自身投资领域的客观发展情形,考察一国出台相关领域支持政策的历史变迁、背景环境、社会经济发展情况等因素并在熟悉东道国法律法规、司法程序运作模式的基础上综合评估。其次,从语言文字表述而非仅从形式层面评估东道国所做出的系列承诺,特别是实施期限长短、优惠税率变动、补贴数额变化趋势等重点指标是否具有明确性与针对性。

(二)东道国角度:能源与气候友好型投资框架的构建与补贴机制的设计

从吸引外资角度看,近年来全球能源巨头均宣布计划在我国对可再生能源行业进行投资并正在制定本国投资计划。^①虽然截至目前,在ICSID涉可再生能源领域尚未出现我国作为被申请人的案件,但欧盟可再生能源制度的发展经验与教训值得关注。作为东道国,任何可能影响投资者利益的政策措施在整个投资项目周期内都应当是透明、相对稳定和可预见的,否则将对我国带来不可预估的诉讼风险。

因此,在完善可再生能源补贴和定价机制的基础上,我国应该吸取欧洲国家在涉可再生能源投资仲裁中的经验教训,避免法律框架和补贴政策大起大落。在修订法律与监管框架时,既要考虑国内法特别是在行政法框架下的原则与依据,也要兼顾投资条约框架下对投资者最低门槛的保护要求,考虑建立并完善合理的动态调整机制和有序的补贴退出机制来实现可再生能源的可持续发展。具体而言,可以从以下几方面进行考量:

首先,考虑公平公正待遇条款在能源与气候友好型投资协定中的设计与完善问题。通过条款设计,结合上述涉可再生能源投资条约框架治理模式,进一步优化投资协定的表述,既要和我国合理管制权相协调,又不能忽略我国采取必要措施的预留空间。通过条款设计,既要符合实践发展趋势,也要兼顾我国规制权和外国投资者利益,达到促进投资的核心目标。

由于公平公正待遇的内涵和外延在实践仍具有不确定性,涉可再生能源领域的投资待遇条款设计,可以尝试采用排他性或列举方式对“投资者合理期待”的范围加以明确,使其内涵和外延有相对清晰的边界。这种考虑的基础是:从客观层面上看,

^① 参见《中国可再生能源发展领先世界》, <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1746927193198672256&wfi=spider&for=pc>, 2022年11月13日访问。

一国在一定时期内优先发展的可再生能源的种类与开采能力是可预估的,这为采用排他性或列举方式提供了前提条件。建议可以尝试在我国签订的国际投资协定与环境相关的条款中纳入与应对气候变化相协调的内容,采用多层平衡方式引入气候友好型条款;同时,在国际投资协定的冲突解决条款中,明确主要环境与气候变化公约,包括此类公约在判断公平公正待遇条款适用时应具有的参考价值。此外,从解释方法上,可以考虑以发展为导向的条约解释方法,将投资协定条款结合《ICSID公约》第42条与《联合国气候变化框架公约》等进行一体化解释。

其次,由于“稳定性”问题是仲裁庭审查东道国行为的重要考量因素,在谨慎评估的基础上,可以结合我国可再生能源发展实际,借鉴并尝试签订法律稳定协定(legal stability agreement, LSA)。LSA是20世纪90年代起在拉丁美洲部分国家提出的一种创新性合同稳定保证形式,通常被认为是一种合同形式的稳定条款。该种稳定性条款一般有较为一致的构成要素与表述方式,其中一些协定只包含与税收和特许权使用费等财政方面有关的稳定条款,而另一些协定则旨在通过稳定条款创设稳定投资所应遵守的整体法律框架。^①然而,在这种形式中,稳定条款并不嵌入投资协定本身,而是在国家授权允许下作为与投资协定一起订立的具有私法性质的单独协定。^②秘鲁是拉丁美洲第一个采用LSA的国家,也是发展和推广使用该协定最具影响力的国家之一。在Duke Energy v. Peru案中,仲裁庭对LSA的性质做出分析并指出:“稳定的法律制度不能由国家单方面改变。这些法律稳定协定作为私法合同受私法或民法约束,而不受行政法约束。该协定中规定的条款的谈判、执行和解释均需要受到秘鲁民法典中适用于私人当事人之间合同的一般原则制约。”^③因此,在这一前提下,可以进一步考虑在签订LSA的基础上辅以调整性条款,旨在允许东道国根据实际情况调整相关政策框架,在基于事实的基础上给予双方重新谈判的余地,而不至直接触发投资仲裁机制。

再次,考虑逐步优化与完善符合我国发展情况的动态调整机制和有序补贴退出机制。目前,我国已初步形成集风能、太阳能技术产业和电力能源技术产业为一体的新兴产业体系。^④2021年12月,四部委联合发布了《关于2022年新能源汽车推广应用财政补贴政策的通知》。该通知指出,新能源汽车推广应用补贴平缓退坡,2022

^① See Examples of Legal Stability Agreements in a Sentence, <https://www.lawinsider.com/dictionary/legal-stability-agreements>, visited on 18 November 2022.

^② See CA Rodriguez-Yong & KX Martinez-Munoz, The Andean Approach to Stabilisation Clauses, 6 International Journal of Private Law 67-71 (2013).

^③ Duke v. Peru, ICSID Case No. ARB/03/28, 18 August 2008, paras.227-228.

^④ 参见朱彤:《我国可再生能源的发展阶段与面临挑战》,《中国国情国力》2019年第7期,第8-12页。

年新能源汽车补贴标准在2021年基础上退坡30%，新能源补贴在2022年12月31日结束，之后上牌的车辆不再给予补贴。在“双碳”目标下，可再生能源领域内新能源汽车补贴制度的设计，既要维护东道国管制权与法律权威，又要善于根据法律原则精神，创造性、灵活性地平衡投资者权益，积极调整、适用法律法规弥补这一领域规则的滞后性与局限性。

综上所述，我国在相关退出机制的设计上，首先应对可能在投资仲裁中的涉诉风险与不利影响进行综合研判，从国内法与国际法层面进行综合考量：在国内法层面，补贴平缓退坡要合法依规，于法有据，同时也要考量该平稳过渡期内外国投资者投资利益的保护问题；在国际法层面，准确把握合理性、透明性、相对稳定性和可预见性等必备要素，国际规则、制度接轨并保持灵活性与协调性。在保护可再生能源投资者利益的同时，将退坡制度的设计、实施与我国签订的国际条约、公约以及对实现“双碳”目标可能造成的影响结合起来考察。

六、结论

“双碳”目标下，开发和利用可再生能源已成为各国能源转型战略的核心内容与应对气候变化的主要途径。欧盟范围内部分国家可再生能源政策的实施与变更，使国际投资仲裁案件激增。大部分投资者基于公平公正待遇提起诉求，其核心主要涉及“投资者合理期待”问题。仲裁庭对于此类问题裁判的不一致引发的东道国与投资者之间的诸多矛盾，也引起学界关注。在“双碳”目标下，旧一代投资条约无论是在条款设计还是在实施层面均已落后于可再生能源实践发展。从东道国角度看，各国政府既要在其政策框架中保持一定的稳定性与灵活性以适应客观情形变化，又要防止发生频繁性与颠覆性变化。从投资者角度看，应在充分进行尽职调查的基础上对东道国政策调整方向与投资优先事项做出预判。从仲裁庭角度看，既要考量“双碳”目标与气候变化议题对案件产生的潜在影响，又要在符合事实的前提下平衡东道国规制权与投资者投资利益。我国应密切关注涉可再生能源的国际投资仲裁实践并吸取经验教训，对内准确贯彻良法善治原则，不断提升可再生能源领域的综合治理能力；对外积极参与并推动全球能源治理体系建设，提升我国在全球能源治理体系中的话语权。从统筹国内法治和涉外法治的角度，加强国内法律法规与我国承诺遵守的环境与气候公约的协调，推动建立“能源与气候友好型低碳投资体系”，为实现全球“双碳”目标贡献中国力量。

Study on Renewable Energy Investment Arbitration in the Context of Carbon Peaking and Carbon Neutrality Goals: From the Perspective of Legitimate Expectation of Investors

Abstract: In the background of carbon peaking and carbon neutrality goals, countries in the world have taken the development of renewable energy as vital measures to maintain national energy security and to cope with climate change. Forward-looking enterprises have also make investments in international energy industries. In the context of international investment arbitration, countries represented by Spain, Italy within the EU are mired in troubles due to the adjustment of their subsidy systems. The inconsistencies of the investment tribunal in examining the core elements of “legitimate expectation of investors” in fair and equitable treatment clause result in difficult balance between demands of investors and regulatory rights of host states. It is of practical significance to re-examine and sort out the logic and reasoning of the arbitral tribunal in recent renewable energy investment arbitration practices from the perspective of carbon peaking and carbon neutrality goals as well as climate change issue. China should coordinate and promote positive interaction of renewable energy on both domestic and international governance level. Chinese investors invest abroad should draw lessons from these arbitration cases and make decisions cautiously. As the host state of accepting renewable energy investments, China should establish and continue to rationalize its policy frameworks, adjustment mechanisms as well as the subsidy withdrawal mechanisms.

Key words: carbon peaking and carbon neutrality goal; renewable energy; international investment arbitration; legitimate expectation of investors

(责任编辑:钱静 漆彤)