

《能源宪章条约》对可再生能源投资的 规制研究

吕江* 赵靖**

内容摘要:实现碳达峰、碳中和已成为当前全球应对气候变化的基本诉求。为实现这一诉求,扩大可再生能源的国际投资变得愈加紧迫。然而,《能源宪章条约》在促进与保护可再生能源投资方面却不尽如人意。相关实践表明,其投资规则不仅侵蚀了东道国的规制权,不利于其规制可再生能源行业,而且其争端解决机制也易被投资者用做索赔的便捷工具。是以,未来的《能源宪章条约》改革,应积极利用其“现代化进程”谈判,重塑投资规则,改进其争端解决机制与仲裁机构之间的协同,从而适应可再生能源发展的勃兴之势。就中国而言,一方面,应积极参与到能源宪章组织的现代化进程谈判中,不断输出中国立场与方案,审慎考虑加入《能源宪章条约》;另一方面,也不应拘泥于《能源宪章条约》,而是要充分利用中国可再生能源发展的全球领先地位,积极主动地参与到全球能源秩序重构中。

关键词:能源宪章条约 可再生能源投资 公平公正待遇 东道国规制权

2020年9月,国家主席习近平指出:“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”。^①随后几个月时间内,又有近70多个国家和地区公布了本国的碳达峰、碳中和目标。^②无疑,碳达峰、碳中和已成为当前全球应对气候变化的基本诉求。而这其中,扩大可再生能源的国际投资成为实现这一诉求不可或缺的组成部分。然而,作为能源投资领域唯一的综合性多边条约,《能源宪章条约》(En-

* 西北政法大学丝绸之路能源法研究所教授,陕西省国际法学科“三秦学者”创新团队、西北政法大学青年学术创新团队研究员。

** 西北政法大学国际法专业硕士研究生。

本文系国家社科基金项目“欧美能源治理现代化的制度性设计及中国的路径选择研究”(项目批准号:20XGJ008)的阶段性成果。

① 习近平:《在第七十五届联合国大会一般性辩论上的讲话》,《人民日报》2020年9月23日,第3版。

② 参见李丽旻等:《全球唱响绿色转型主旋律》,《中国能源报》2020年12月28日,第12版。

ergy Charter Treaty, ECT)在促进和保护可再生能源投资方面的表现却不尽如人意。多起依其提起的诉讼、仲裁均凸显出对可再生能源投资的负面影响。^①中国已是世界上最大的可再生能源投资国,^②再加之“一带一路”建设的发展需要,^③未来倘若中国加入该组织,则不仅要考虑能源供应的安全问题,同时也应关注可再生能源的国际投资争端解决。

由是,本文以当前《能源宪章条约》下可再生能源投资争端中出现的法律问题为视角,分析《能源宪章条约》对可再生能源投资规制的法律罅隙,进而指出未来可行的法律进路,以及中国所应采取的策略及路径选择。

一、《能源宪章条约》下可再生能源投资争端的缘起与现状

通过对可再生能源发电项目予以补贴,欧洲国家吸引了大量国外投资者,使其可再生能源产业获得迅猛发展。但自2012年起,因可再生能源投资补贴政策的变动,西班牙、捷克、意大利等ECT成员纷纷被投资者诉诸国际仲裁庭。

(一)《能源宪章条约》下可再生能源投资争端的缘起

1997年,西班牙出台Electricity Sector Law 54/1997,为可再生能源电力的上网电价补贴(Feed-in Tariff, FIT)确立起基本框架,1998年的Royal Decree 2818/1998(Royal Decree, RD)正式创设了西班牙可再生能源发电激励制度。意大利与捷克也在21世纪初纷纷确立了可再生能源发电的补贴制度。西班牙在RD 436/2004及RD 661/2007中大幅拓展激励制度,可再生能源电力可直售供应商获取额外收益(Feed-in Premium, FIP)或以固定的补贴价格(FIT)售电给市场。^④这些法律举措吸引了大量国外投资者进入到西班牙可再生能源行业,使其一跃成为全球

^① 根据联合国贸易发展委员会的统计,投资者依据《能源宪章条约》共提起64起可再生能源投资仲裁案件,东道国分别是西班牙(47件)、意大利(9件)、捷克(6件)、罗马尼亚(1件)、保加利亚(1件),投资者还在西班牙的国内法院提起多件诉讼,指责西班牙补贴制度变动损害投资者权益。

^② 中国从2010年至2019年可再生能源投资额为8180亿美元,居世界首位,美国投资额为3923亿美元,欧洲投资额为7194亿美元。See Frankfurt School-UNEP Centre, Global Trends in Renewable Energy Investment 2020, https://www.fs-unep-centre.org/wp-content/uploads/2020/06/GTR_2020.pdf, visited on 5 February 2021.

^③ 例如,作为“一带一路”建设的纲领性文件,2015年国家发展改革委、外交部、商务部发布的《推动共建丝绸之路经济带和21世纪海上丝绸之路的愿景与行动》强调,积极推动风电、太阳能等清洁、可再生能源合作,在投资贸易中突出生态文明理念,加强生态环境、生态多样性和应对气候变化合作,共建绿色丝绸之路。参见国家发展改革委、外交部、商务部:《推动共建丝绸之路经济带和21世纪海上丝绸之路的愿景与行动》,《人民日报》2015年9月23日,第4版。

^④ See Sana Zeeshan Shirazi & Syed Mohammad Zeeshan Shirazi, *Review of Spanish Renewable Energy Policy to Encourage Investment in Solar Photovoltaic*, 4 Journal of Renewable and Sustainable Energy 3 (2012).

风电与光伏的领跑者。^①

然而,2008年全球经济危机爆发,大量资本为规避风险疯狂涌入提供可再生能源发电补贴的国家。为维护经济的稳定与可持续,西班牙政府于2008年9月出台RD 1578/2008,一方面削减安装在屋顶及立面的光伏发电设备补贴,另一方面对补贴进行限额以减少FIT对经济的影响。^②结果,西班牙光伏新增装机从2008年的2500兆瓦直接锐减到2009年的375兆瓦。^③2010年出台的RD 1614/2010则再次对光热与风力发电获得补贴的时长进行了限制。

即便如此,至2012年底政府的补贴赤字已达260亿欧元。^④为彻底扭转这一局面,西班牙政府进一步出台Royal Decree Law 2/2013 (Royal Decree Law, RDL),开始取消自2004年建立起来的激励制度,生产商在补贴模式中只有FIT这一种选择。^⑤到2013年7月,出台的RDL 9/2013最终彻底废除之前的上网电价补贴制度,而之后的2014年RD 413/2014,则引入全新的制度,即合格可再生能源生产者须获得“合理”费率的投资回报,但实际上所谓合理费率所带来的收益却远远低于之前FIT制度下的补贴。

西班牙可再生能源补贴政策的急遽变化,使其可再生能源领域出现了极度混乱。2013年,14个本国投资者以西班牙政府的措施引发了法律不确定,且有溯及既往的违法性质为由,将其告上法庭。^⑥但由于国内法庭没有支持投资者的诉求,促使国外投资者最终选择诉诸国际投资仲裁,甚至西班牙本国的大型跨国公司也

① See Itziar Martínez de Alegría Mancisidor, *European Union's Renewable Energy Sources and Energy Efficiency Policy Review: The Spanish Perspective*, 13 *Renewable and Sustainable Energy Reviews* 112 (2009).

② See Luigi Dusonchet & Enrico Telaretti, *Economic Analysis of Different Supporting Policies for the Production of Electrical Energy by Solar Photovoltaics in Western European Union Countries*, 38 *Energy Policy* 3304 (2010).

③ See Sana Zeeshan Shirazi & Syed Mohammad Zeeshan Shirazi, *Review of Spanish Renewable Energy Policy to Encourage Investment in Solar Photovoltaic*, 4 *Journal of Renewable and Sustainable Energy* 4 (2012).

④ 西班牙因累积的补贴赤字面临巨大的债务压力。政府的公共债务从2007年GDP总额的40%飙升到2011年的80%,电力系统的“上网电价补贴”赤字是主要原因,从2005年到2013年,电力系统的花费增长2.2倍,而收入只增长了1倍,对可再生能源电力的补贴是唯一且最大的支出。See IEA, *Energy Policies of IEA Countries Spain 2015 Review*, https://iea.blob.core.windows.net/assets/2b3ca35b-3ff7-4c70-b59c-7093ac4b1b51/IDR_Spain2015.pdf, visited on 10 February 2021.

⑤ See Carmen Otero García-Castrillón, *Spain and Investment Arbitration: The Renewable Energy Explosion*, 17 *CIGI Investor-State Arbitration Series Paper* 4-5 (2016).

⑥ See Fernando Dias Simões, *When Green Incentives Go Pale: Investment Arbitration and Renewable Energy Policymaking*, 45 *Denver Journal of International Law & Policy* 259 (2017).

纷纷利用国外关联公司启动ECT的投资者与国家间争端解决(Investor State Dispute Settlement, ISDS)机制。^①同一时期,捷克与意大利也在调整其可再生能源补贴制度,捷克对光伏发电设备的营收开始征税,意大利对获得补贴的项目规模及启动时间作出限制,^②虽同样招致国外投资者提起国际投资仲裁,但造成的影响尚无西班牙严重。

(二)《能源宪章条约》下可再生能源投资争端的现状

根据本文的统计,从2011年诉西班牙第一案开始,ECT下可再生能源投资争端目前共有64件。东道国分别是西班牙(47件)、意大利(9件)、捷克(6件)、罗马尼亚(1件)、保加利亚(1件),均为欧盟成员国。西班牙47件案件中,已作出裁决的有17件,仲裁庭支持东道国有3件,^③支持投资者的14件,^④尚未作出裁决的仍有29件,另有1件案件没有继续进行。意大利9件案件中,已作出裁决的有5件,支持东道国的3件,^⑤支持投资者的2件,^⑥尚未作出裁决的有4件。捷克6件案件均已作出裁决,支持东道国的5件,^⑦支持投资者的1件。^⑧罗马尼亚及保加利亚的案件尚未作出裁决。从案件规模及结果来看,西班牙涉案数量最多且多败诉;意大利与捷克均涉案较少。此外,西班牙、意大利、捷克三国针对败诉案件进行了相

① See Kyla Tienhaara & Christian Downie, *Risky Business? The Energy Charter Treaty, Renewable Energy, and Investor-State Disputes*, 24 *Global Governance* 458 (2018).

② 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 *ICSID Review* 435 (2018).

③ 这3个案件分别为 *Charanne and Construction Investments v. Spain*, *Isolux v. Spain* 及 *Stadtwerke München and Others v. Spain*, 均认定西班牙没有违反条约义务。

④ 这14个案件分别为 *The PV Investors v. Spain*, *RREEF v. Spain*, *Eiser and Energía Solar v. Spain*, *Antin v. Spain*, *NextEra v. Spain*, *Masdar Solar v. Spain*, *InfraRed and Others v. Spain*, *Watkins Holdings v. Spain*, *SolEs Badajoz v. Spain*, *OperaFund and Schwab v. Spain*, *Novenergia v. Spain*, *Foresight and Others v. Spain*, *Cube Infrastructure v. Spain*, *9REN Holding v. Spain*, 均认定西班牙违反ECT第10(1)条义务,应当赔偿投资者的损失,主要认定东道国调整补贴措施违反公平公正待遇义务。

⑤ 这3个案件分别为 *Blusun v. Italy*, *Belenergia v. Italy* 及 *Sun Reserve v. Italy*, 均认定意大利没有违反条约义务。

⑥ 这2个案件分别为 *Greentech and NovEnergia v. Italy* 及 *CEF Energia v. Italy*, 均认定意大利违反ECT第10(1)条义务,应当赔偿投资者的损失。

⑦ 这5个案件分别为 *Antaris and Göde v. Czech Republic*, *Europa Nova v. Czech Republic*, *I.C.W. v. Czech Republic*, *Photovoltaik Knopf v. Czech Republic* 及 *Voltaic Network v. Czech Republic*, 均认定捷克没有违反条约义务。

⑧ 这个案件为 *Natland and Others v. Czech Republic*。

应法律反击。^①

二、《能源宪章条约》下可再生能源投资争端的争议焦点

在已决案件中,东道国与各案投资者分别就程序上仲裁庭是否具有管辖权,实体上东道国是否违反保护投资义务进行了论辩。

(一)仲裁庭管辖权的争议焦点

从相关案件来看,有关仲裁庭是否有管辖权主要集中在四个争议焦点上,即投资者身份是否符合ETC规定、对欧盟内部投资争端是否具有管辖权、对东道国税收措施是否具有管辖权、东道国能否适用ECT第17条拒绝仲裁庭管辖。以上除税收措施外,仲裁庭均未支持东道国的管辖权异议。具体理由如下:

1. 投资者身份是否符合ECT规定

西班牙认为,那些提起仲裁的国外投资者,其实际控制人其实是西班牙国民、加拿大国民、阿联酋国民及美国公司,^②这些人均不符合“外国投资者”的身份。仲裁庭认为,ECT除要求投资者符合缔约国法律组建外并无其他要求,不需要刺破公司的面纱,西班牙所提实际控制人的说法是经济观点而非法律观点。此外,西班牙也没有提出任何证据证明公司结构存在欺诈,并证明刺破公司面纱是正当的。故仲裁庭认为,ECT未将本国国民及非缔约国国民最终控制的实体排除在投

^① 这些法律反击包括:针对国际投资争端解决中心(International Center for Settlement of Investment Disputes, ICSID)仲裁庭作出的裁决提起ICSID裁决撤销程序,针对斯德哥尔摩商会仲裁院(Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, SCC)仲裁庭作出的裁决及根据联合国贸易法委员会(United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL)仲裁规则组成临时仲裁庭作出的裁决提起国内司法审查程序,由当地法院作出是否撤销裁决的裁定。特别是, *Eiser and Energía Solar v. Spain* 案裁决在2020年6月被ICSID完全撤销,标志着西班牙在法律救济中取得了重要突破。审理此案裁决撤销程序的特别委员会认为:仲裁员亚历山德罗夫(Alexandrov)与专家报告提供者布莱托集团(Brattle Group)在多处案件中有共事的事实,但该仲裁员未向争议方及其他仲裁员披露,在审理过程中存在明显的偏见,仲裁庭组成不适当且背离了基本的程序规则,将该裁决予以撤销。See *Annulment Proceeding Between Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.À.R.L. and The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/36, Decision on The Kingdom of Spain's Application for Annulment.

^② 西班牙举证声称, *Charanne* 案投资者实际控制人是西班牙国民, *Isolux* 案投资者实际控制人是西班牙国民及加拿大国民, *Masdar* 案投资者实际控制人来自阿联酋迪拜, *NextEra* 案投资者实际控制人是美国公司。

资保护的适用范围之外,进而驳回了此项异议。^①

2. 仲裁庭是否对欧盟内部投资争端具有管辖权

西班牙认为,首先,投资者来自欧盟成员国,东道国也是欧盟成员国,均为欧盟的一部分,不应适用ECT第26条的争端解决机制。其次,欧盟委员会提交的法庭之友报告指出,ECT存在隐藏的分立条款,投资争端解决机制将欧盟成员国间的关系分离,与欧盟法相悖。最后,欧盟法不允许投资者与国家的投资争端提交国际投资仲裁,欧盟投资保护制度的适用应当优先于ECT。

仲裁庭则对上述观点予以驳斥。仲裁庭认为,第一,欧盟及其成员国均为ECT缔约方,均可作为东道国被诉。仲裁案是缔约方投资者向欧盟的成员国提起,并非向欧盟提起,依据的也是该成员国的行为而非欧盟行为,成员国在国际投资仲裁中拥有独立的法律地位。第二,依据《维也纳条约法公约》的解释规则,ECT条款并不能被解释为造成欧盟成员国间关系分离。第三,仲裁庭的管辖权来自ECT而非欧盟法。而《欧洲联盟运行条约》(The Treaty on the Functioning of The European Union, TFEU)第267条与第344条所禁止提交的条约解释及应用争端,^②系成员国间而非私主体与成员国间产生的,目的是保持欧盟法院对欧盟法的最终解释权,适用范围是有限的,欧盟法并未禁止提交投资者与东道国争端至仲裁。第四,ECT第26条第6款表述的可适用的国际法规则及原则只能在实体认定上适用,^③而不能决定管辖权,也不能解读出欧盟投资保护机制的适用优先于ECT。东道国援引欧盟法及判例是试图曲解ECT条款的解释。

3. 仲裁庭是否对东道国的税收措施具有管辖权

西班牙认为,其Law 15/2012(TVPEE)是对电力生产价值征收7%的税收规定,根据ECT第21条税收例外条款,仲裁庭对于税收措施没有管辖权。对此,仲裁庭接受了西班牙的异议,认为仲裁庭没有管辖权。^④但值得注意的是,捷克颁布太

^① See Charanne B.V. & Construction Investments S.À.R.L. v. Kingdom of Spain, SCC Arbitration (2012/062), Final Award, paras.413-417; Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. v. Kingdom of Spain, SCC Arbitration (2013/153), Award, paras.661-674; Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No.ARB/14/1, Award, para.201; NextEra Energy Global Holdings B.V. and NextEra Energy Spain Holdings B.V. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No.ARB/14/11, Decision on Jurisdiction, Liability and Quantum Principles, paras.205-211.

^② TFEU第267条主要规定欧盟法院对欧盟基础条约享有解释的权力,第344条规定成员国不应将欧盟基础条约的解释及应用的争端采用条约规定以外的方式解决。

^③ ECT第26条第6款规定仲裁庭应根据条约与可适用的国际法规则及原则解决争议问题。

^④ 需要强调的是,仲裁庭在接受西班牙的异议时,同时指出,如果征税并非出于公共目的,而是非善意地针对特定投资者,不能作为例外排除管辖权。在国际仲裁案例中,最为典型的例子是尤科斯案,仲裁庭认为俄罗斯对尤科斯公司征税的行为并不是善意的。当然,仲裁庭之所以接受西班牙管辖权异议的理由,是因为它们均认可TVPEE是出于善意的。See RosinvestCo UK Ltd. v. the Russian Federation, SCC Case No.V079/2005, Award; Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. the Russian Federation, CPA Case No.AA/227, Award.

阳能税(Solar Levy)对光伏发电投资者的营收征税,仲裁庭认为该税收的性质和目标是为了削减补贴和逃避国际法律责任,因此并未排除对该项措施的管辖权。

4. 东道国能否适用ECT第17条拒绝仲裁庭行使管辖权

ECT第17条规定,如果投资者在缔约国境内没有实质性商业活动,东道国可以拒绝给予投资者条约第三部分的利益。处理该异议的仲裁庭对东道国能否在仲裁程序开始后适用第17条存在分歧,但以投资者有实质性商业活动为由否决了东道国的异议。Isolux v. Spain案(以下称“Isolux案”)仲裁庭提到,第17条属于条约第三部分投资促进与保护的内容,处理的是争端可受理性的问题,并不能决定第五部分争端解决机制的管辖权问题。仲裁庭有权对东道国的拒绝授惠行为及影响作出裁决,如果排除管辖权,那将会剥夺投资者提出解决第17条适用争端的权利。^①

(二) 东道国是否违反实体义务的争议焦点

有关东道国是否违反实体义务的争议,主要集中在三个方面,即东道国行为是否构成间接征收、是否违反保护伞条款以及是否违反公平公正待遇。对此,除仲裁庭认定是否违反公平公正待遇的争议较大外,大多数仲裁庭认为东道国没有违反间接征收和保护伞条款。具体理由如下:

1. 东道国行为是否构成间接征收

投资者认为东道国变更补贴制度,虽然既没有完全破坏投资的价值,也没让投资者对投资失去控制,但减少了可再生能源发电设备的收益,构成对收益的间接征收。多案仲裁庭认为,投资者的投资并非收益而是公司的股份,投资者并非已经享有或控制未来的收益,构成间接征收必须是争议措施有全部或部分剥夺投资者作为股东权利的效果。尽管争议措施影响了设备的盈利能力,但并没有破坏投资的全部经济价值,也没有剥夺投资者对资产的所有权及控制权,投资者依然持有公司股份,所持股的公司仍在运营且产生收益,公司资产也并未被全部或部分剥夺。故东道国仅仅使投资者的收益减少不满足构成间接征收的条件,仲裁庭均否决了此项诉请。

2. 东道国行为是否违反保护伞条款

所谓保护伞条款,是指ECT第10条第1款的最后一句,即每一缔约方在与另一缔约方的投资者或投资项目签订合同时,应当履行相应义务。^②保护伞条款通常要求投资者与东道国订立具体的合同以达成特殊承诺。投资者却认为,相应义

^① See Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. v. Kingdom of Spain, SCC Arbitration (2013/153), Award, paras.706-716.

^② See ECT, Article 10(1). “Each Contracting Party shall observe any obligations it has entered into with an Investor or an Investment of an Investor of any other Contracting Party.”

务(any obligation)的用词表示东道国不仅应当遵守与投资者的合同承诺,而且包括法律框架下的义务。多案仲裁庭认为,投资者并未与东道国达成合同,只是受东道国颁布的普遍适用的法律规制。法律和行政法规可以对特定外国投资者作出特殊承诺,但争议的法律及行政法规是对国内外投资者的普遍规制,不包含特殊承诺,故仲裁庭并不认为违反保护伞条款。Greentech and NovEnergia v. Italy案(以下称“Greentech案”)仲裁庭是少有对保护伞条款持宽泛解释主张的,认为普遍适用的法律法规也可以引起保护伞条款中的义务。^①

此外,多案仲裁庭在认定是否违反间接征收及保护伞条款义务时,均提到了司法经济性(judicial economy)原则。如Eiser and Energía Solar v. Spain案(以下称“Eiser案”)仲裁庭认为,投资者提出的东道国行为违反公平公正待遇、构成间接征收、采取不合理措施损害投资及违反保护伞条款的四项主张,都是基于同样的事实理由,而东道国是否给予投资者公平公正待遇,为评价东道国行为提供了最合适的法律背景,对此的认定无疑能达到一并解决其他诉求的旨趣。因此,出于司法经济性的考量,不再审理其他主张,只认定东道国行为是否违反公平公正待遇。^②其他仲裁案也有类似表述。不难看出投资者提出东道国行为构成间接征收及违反保护伞条款,在仲裁庭看来只是违反公平公正待遇义务主张的重复,不需要着重考虑。

3. 东道国行为是否违反公平公正待遇

东道国行为是否违反公平公正待遇是仲裁庭审理过程中最具争议的焦点,ECT第10条第1款只要求东道国给予投资者公平公正待遇,待遇的内容却不够明确,从而造成不同仲裁庭对公平公正待遇产生不同理解,并作出不同的裁决。具体而言,主要体现在对公平公正待遇的内容认识差异和裁决认定差异上。

(1) 仲裁庭对公平公正待遇内容的认识差异

这种认识差异主要体现在四种不同的认识观点上。第一种观点认为公平公正待遇包括多项内容。如Eiser案仲裁庭认为,公平公正待遇包括法律的稳定性与透明度,投资时所依赖的制度不会彻底改变的合法期待(legitimate expecta-

^① See Greentech Energy Systems A/S, NovEnergia II Energy & Environment (SCA) SICAR, and NovEnergia II Italian Portfolio SA v. The Italian Republic, SCC Arbitration V (2015/095), Final Award, paras.464-466.

^② See Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.À.R.L. v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No.ARB/13/36, Award, paras.352-356.

tion)。^①一些仲裁庭也采取了这样的观点,但不同仲裁庭列举的内容存在出入。^②第二种观点认为公平公正待遇最重要的就是合法期待。如 *Charanne and Construction Investments v. Spain* 案(以下称“Charanne案”)仲裁庭认为,投资者合法期待的存在是认定是否违反公平公正待遇的重要因素,而是否对投资者有特殊承诺,制度是否合理、不成比例及违背公共利益的变动,都是认定合法期待的基础。^③同样亦有多案仲裁庭持此种观点。^④第三种观点认为合法期待不是认定违反公平公正待遇的必然标准。*Cube Infrastructure v. Spain* 案(以下称“Cube案”)仲裁庭认为,合法期待在判断是否违反公平公正待遇时是常见的、便利的,但投资者合法期待的破灭并不必然违反公平公正待遇,而是赖以投资的基本期待破灭。^⑤*9REN Holding v. Spain* 案(以下称“9REN案”)仲裁庭亦认为,破坏投资者的合法期待并不必然导致违反公平公正待遇。^⑥第四种观点则直接认为公平公正待遇就是国际习惯法下的待遇。^⑦

(2) 仲裁庭认定东道国是否违反公平公正待遇的差异

关于东道国是否违反公平公正待遇,也存在四类不同的认定差异:第一类是认为东道国制度变动对投资者影响较小,故东道国不违反公平公正待遇。在 *Charanne* 案中,仲裁庭认为,投资者的合法期待是指规制投资的制度没有不合理、不成比例及与公共利益相悖的变动,而西班牙2010年的制度变动并非不合理或不成比例,没有破坏投资者的合法期待,故认定西班牙没有违反条约义务。^⑧ *Isolux* 案也选择了支持西班牙,因为仲裁庭认定投资者于2012年10月进行投资

① See *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.À.R.L. v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No.ARB/13/36, Award, paras.379-381.

② 如 *Masdar* 案、*Foresight and Others v. Spain* 案、*Antin* 案、*RREEF* 案、*SolEs Badajoz v. Spain* 案、*PV* 案、*Stadwerke* 案、*Sun Reserve v. Italy* 案、*Greentech* 案、*Photovoltaik Knopf v. Czech Republic* 案、*Voltaic Network v. Czech Republic* 案、*I.C.W. v. Czech Republic* 案及 *Europa Nova v. Czech Republic* 案仲裁庭。

③ See *Charanne B.V. & Construction Investments S.À.R.L. v. Kingdom of Spain*, SCC Arbitration (2012/062), Final Award, paras.486-514.

④ 如 *Novenergia v. Spain* 案、*Isolux* 案、*NextEra* 案、*InfraRed and Others v. Spain* 案、*Watkins Holdings v. Spain* 案、*OperaFund and Schwab v. Spain* 案、*Belenergia v. Italy* 案、*CEF Energia v. Italy* 案、*Antaris and Göde v. Czech Republic* 案仲裁庭。

⑤ See *Cube Infrastructure Fund Sicav and Others v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No.ARB/15/20, Decision on Jurisdiction, Liability and Partial Decision on Quantum, paras.386-410.

⑥ See *9REN Holding S.À.R.L. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No.ARB/15/15, Award, paras.308-311.

⑦ 如 *Blusun v. Italy* 案仲裁庭。

⑧ See *Charanne B.V. & Construction Investments S.À.R.L. v. Kingdom of Spain*, SCC Arbitration (2012/062), Final Award, paras.476-540.

时,根据制度已经产生变动的现实,投资者不能期待制度不会继续变动,其唯一的合法期待是获得合理收益,而新的补贴制度也给予投资者合理收益,故认定西班牙没有违反公平公正待遇。^①*Belenergia v. Italy*案仲裁庭选择支持意大利的原因与*Isolux*案颇为相似,认为投资者都未经历完整的制度变动过程。至于*Blusun v. Italy*案、*Sun Reserve v. Italy*案仲裁庭及捷克案件仲裁庭都认为补贴制度变动对投资者影响较小,因此不违反公平公正待遇。

第二类是认定东道国不违反公平公正待遇,但在解释方面意欲在东道国与投资者之间寻求平衡。例如,在*Stadtwerke*案中,投资者的项目经历了从丰厚补贴到完全废除补贴的过程。投资者主张法律法规提供了稳定性承诺,因此可以期待发电设备在使用周期内能够获得稳定收益。但仲裁庭认为投资者的合法期待以投资时产生的期待为准,投资者不能证明西班牙向投资者提供了不削减稳定报酬的保证,谨慎的投资者也不应该期待能在设备使用周期内获得法律上稳定的收益,这样的期待既不合理也不合法,故西班牙没有违反公平公正待遇。^②由是可知,仲裁庭一方面考虑到西班牙变更补贴制度的原因,另一方面对投资者受到的影响进行评估,最终作出支持东道国的裁决,保障了东道国对可再生能源发电行业的合理规制权,同时又在东道国与投资者利益之间找寻某种平衡。

第三类是认定东道国破坏投资者合法期待,因此违反公平公正待遇。多案仲裁庭结合制度变动的完整过程认为,投资者的合法期待是补贴制度不会根本性变动,而采用新补贴制度的行为破坏了投资者的合法期待。^③在*Cube*案中,仲裁庭认为补贴制度不会进行重大变动或彻底废除是投资者的基本期待,该案用“基本期待”一词试图区别于其他案件中所援用的“合法期待”,但说理过程并无本质差异。^④*Masdar Solar v. Spain*案(以下称“*Masdar*案”)与*NextEra v. Spain*案(以下称“*NextEra*案”)投资者均有与西班牙能源当局的书信往来,仲裁庭认为这构成对投资者的特殊承诺,投资者有制度变更不会破坏其投资安全与生存的合法期待,西班牙破坏合法期待因而违反公平公正待遇。*RREEF v. Spain*案(以下称“*RREEF*

① See *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. v. Kingdom of Spain*, SCC Arbitration (2013/153), Award, paras.781-815.

② *Stadtwerke München GmbH, Rwe Innogy GmbH, and Others v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No.ARB/15/1, Award, paras.263-308.

③ 如 *Eiser and Energía Solar v. Spain*案、*Antin v. Spain*案、*Novenergia v. Spain*案、*Foresight and Others v. Spain*案、*SolEs Badajoz v. Spain*案、*Watkins Holdings v. Spain*案、*OperaFund and Schwab v. Spain*案。

④ See *Cube Infrastructure Fund Sicav and Others v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No.ARB/15/20, Decision on Jurisdiction, Liability and Partial Decision on Quantum, paras.386-442.

案”)与The PV Investors v. Spain案仲裁庭认为,投资者的合法期待是获得合理收益,允许补贴制度进行合理及公平的变动,通过比较投资者合理的税后收益率与实际的税后收益率,认为东道国没有保证投资者获得合理收益因而违反公平公正待遇。^①

第四类则认为东道国只要制度变更即是违反公平公正待遇。CEF Energia v. Italy案与Greentech案仲裁庭对东道国规制权采取最为严苛的态度,认为意大利给予投资者特殊承诺,修改补贴制度即破坏投资者的合法期待,继而违反公平公正待遇。

由是观之,以上仲裁庭普遍认为根据补贴制度条款的表述,投资者的合法期待是补贴制度不会根本性变动。肯定东道国具有调整补贴制度的权力,但不应当越过界限破坏投资者的合法期待。西班牙等东道国采用新补贴制度的行为破坏了投资者的合法期待,因此违反公平公正待遇。

三、对《能源宪章条约》下可再生能源投资保护的制度反思

(一)投资者与东道国之间的利益平衡问题

可再生能源发电行业具有快速变革的现实背景,东道国难免需要对补贴制度进行调整,但可再生能源投资案的实践反映出ECT在规制可再生能源投资时,不能契合可再生能源发展的实际,难以平衡投资者与东道国的利益。

1. 仲裁庭认定公平公正待遇的不一致会影响政府行为的决断

肇始于20世纪50年代《哈瓦那宪章》和美国《友好通商航海条约》的公平公正待遇,尽管在投资条约中得到普遍认可,但对于其具体内容的界定上却始终存在争议。^②这也就造成东道国违反公平公正待遇成为目前国际投资仲裁中投资者最主要的诉因之一。^③毫无疑问,条约的文本规定对判断公平公正待遇内容是至关重要的,但鉴于ECT表述的简洁性,造成上述仲裁实践中对公平公正待遇的不同立场。而国际仲裁庭不必依循先例,以及没有上诉机构的现实,使得难以形成一致的判例法,这也是该条款被诟病为存在不一致性与不可预测性的

^① See RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.À.R.L. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No.ARB/13/30, Decision on Responsibility and on the Principles of Quantum, paras.378-399, 589; The PV Investors v. Kingdom of Spain, PCA Case No.2012-14, Final Award, paras.586-620.

^② See Barnali Choudhury, *Evolution or Devolution? Defining Fair and Equitable Treatment in International Investment Law*, 6 Journal of World Investment & Trade 320 (2005).

^③ See UNCTAD, *Special Update on Investor-State Dispute Settlement: Facts and Figures*, 3 IIA Issues Note 6 (2017).

原因。

此外,对公平公正待遇内容的不同解释还导致与保护伞条款及稳定性条款^①适用的界限模糊。国际投资仲裁实践中,越来越多的仲裁庭将合法期待作为公平公正待遇的重要内容,仲裁庭裁判是否违反公平公正待遇的标准成为东道国通过法律或者合同作出制度稳定性的特殊承诺后,制度变动破坏投资者的合法期待即违反公平公正待遇。^②Masdar案及NextEra案仲裁庭通过西班牙给投资者的回信,认定东道国对投资者有特殊承诺,违反承诺则构成违反公平公正待遇,是否违反保护伞条款的主张不予考虑,这种解释方法似乎把公平公正待遇视为广泛解释的保护伞条款。另有多个仲裁庭认为,西班牙行政法规中对稳定性的表述,构成该法规的稳定性条款,对此进行变动则违反公平公正待遇。这里将投资者与东道国投资合同中的概念引入,有混淆稳定性条款与公平公正待遇之嫌。

从以上可以看出,国际投资仲裁的广泛实践事实上将ECT的公平公正待遇做成了一个口袋条款,各种解释都囊括在内,同时与其他条约义务存在适用界限不明的问题。国际仲裁庭对公平公正待遇认定的不一致,对东道国准确理解所承担的保护投资义务产生严重影响,进而限制其规制外资的权力。^③如果国家和政府机构事先不知道何种行为可能被视为违反条约,那么将不能组织其监管和行政决策过程以确保不会引起承担违反公平公正待遇的责任。^④在可再生能源技术持续发展的背景下,这种不可预测性的后果是难以想象的。

2. 仲裁庭对制度变更界限的自由裁量侵蚀东道国规制权

大量可再生能源投资仲裁案裁决认为,东道国当然地享有管理的权力,公平公正待遇义务并不阻止东道国出于公共利益行使规制权,即使这样会对投资产生不利影响。然而,公平公正待遇的保护使得东道国的权力受限,其不能以随意与不合理的方式变更制度。故而,合法期待逐渐成为判断公平公正待遇的重要组成部分。具体而言,其核心问题就是如何在国外投资者对法律框架稳定性的合法期

① “稳定性条款”是指投资者与东道国缔结的国际投资合同中的一种法律条款,旨在稳定长期投资项目于签订投资合同之时的情势,管理所产生的政治风险。参见刘素霞:《国际能源合同稳定性条款研究》,中国社会科学出版社2018年版,第19页。

② See Diego Zannoni, *The Legitimate Expectation of Regulatory Stability under the Energy Charter Treaty*, 33 *Leiden Journal of International Law* 464 (2020).

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页。

④ See UNCTAD, *Fair and Equitable Treatment: Series on Issues in International Investment Agreements II*, https://unctad.org/system/files/official-document/unctaddiaeia2011d5_en.pdf, visited on 5 March 2021.

待与东道国出于现实需要调整政策之间寻求平衡。对合法期待不加限制的保护会束缚东道国的规制权,而不加限制的规制权会损害投资者的利益继而破坏东道国的投资环境。^①

上述西班牙系列案中,合法期待是否破灭,很大程度上依赖制度的变动来判断,仲裁庭对制度变动的形容词包括彻底的(radical)与消除制度本质特点的(essential characteristics)、^②不合理的(unreasonable)、不成比例的(disproportionate)、^③激烈(drastic)与意想不到(unexpected)的,^④尽管措辞存在差异,但均强调东道国的措施是对补贴制度的颠覆。Foresight and Others v. Spain案提到,西班牙补贴制度发生的根本性变更,越过了不需要赔偿的管理措施到违反ECT公平公正待遇的界限。^⑤显然,仲裁庭希冀通过以上形容词来认定其“界限”,但这些形容词却主要源自仲裁庭的主观构想,是否越过界限没有明确的标准参照,使得公平公正待遇规定的制度变更界限依然是模糊不清的。^⑥

不言而喻,仲裁庭对捷克和意大利的支持尚能表明对制度变动的一定容忍,但对西班牙的裁决结果实质上却完全限制了东道国推出新制度的权力,倘若技术进步导致发电成本不断下降,难道要东道国一直背负沉重的补贴赤字?在西班牙调整补贴制度前,西班牙能源部曾与可再生能源发电行业协会进行磋商,表达了因赤字负担及发电成本下降意欲调整补贴制度的意愿,投资者也有接近一年的时间应对。西班牙希望尽可能地减少对投资者的影响,肩负维护公共利益责任的政府也并不想将可再生能源发电行业推向毁灭,但这种一边倒地支持投资者是否对东道国公平公正?仲裁庭对投资者过分保护,忽视东道国应对气候变化的努力及适应经济发展采取的变革措施,将极大挫伤东道国参与全球气候行动的积极性。

① See Diego Zannoni, *The Legitimate Expectation of Regulatory Stability under the Energy Charter Treaty*, 33 *Leiden Journal of International Law* 452 (2020).

② See *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.À.R.L. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No.ARB/13/36, Award, paras.365, 382, 387; *Novenergia II - Energy & Environment (SCA), SICAR v. Kingdom of Spain*, SCC Arbitration (2015/063), Final Arbitral Award, para.656.

③ See *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.À.R.L. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No.ARB/13/30, Decision on Responsibility and on the Principles of Quantum, paras.324, 462.

④ See *Novenergia II - Energy & Environment (SCA), SICAR v. Kingdom of Spain*, SCC Arbitration (2015/063), Final Arbitral Award, para.695.

⑤ See *Foresight Luxembourg Solar 1 S.À.R.L. v. Kingdom of Spain*, SCC Arbitration (2015/150), Final Award, para.398.

⑥ See F. Ortino, *The Obligation of Regulatory Stability in the Fair and Equitable Treatment Standard: How Far Have We Come?* 21 *Journal of International Economic Law* 860-861 (2018).

ECT除保护投资者的利益之外还有多重目标需要实现,片面强调投资者保护而淡化东道国在其他能源合作中的作用,不仅破坏东道国经济社会发展,更不利于环境保护与可持续发展。^①

3.ISDS 机制的强制性易被投资者滥用

《能源宪章条约》ISDS 机制最突出的特点,即缔约国对国际投资仲裁给予无条件同意,突破了以协议为基础的传统仲裁制度,为投资者对东道国的诉求提供史无前例的救济。^②此外,ECT的 ISDS 机制对于国际投资条约常见的岔路口条款、仲裁意图通知要求、时效、用尽当地救济、提交仲裁范围限制等统统没有采用,只有三个月的友好解决期限这一前置条件,经过此期限即可寻求仲裁解决。^③虽然有相当于岔路口条款的规定,但需要缔约国作出保留才能达到应有的效果。可以说缔约国通过该机制实现了对投资者充分保护的立场,但却对东道国规制权形成桎梏。

仲裁庭处理西班牙投资仲裁案管辖权争议的实践表明,ECT对投资者的身份要求过于简单,本国投资者及非缔约国投资者均可通过操纵公司股权结构获得缔约国投资者的身份。仲裁庭的宽松认定势必会助长不符合投资者要求的企业通过这种手段获得条约保护。该机制的强制性还易被别有用心投资者利用,一个欧洲的非政府组织指出,西班牙可再生能源投资案中大量索赔者实际上根本不是能源公司,而是私募股权基金。当西班牙处于经济危机中,并且已对补贴制度作出调整,部分公司仍于2009年开始在西班牙投资,并随后追加投资,因为遭受损失能够直接提起国际投资仲裁向东道国寻求赔偿,已统计到7件案件,作出裁决的有 Charanne 案、Isolux 案、Eiser 案、RREEF 案及 Antin v. Spain 案。^④后三案投资者得到仲裁庭的支持,而尽管前两案裁决支持东道国,但投资者仅是不能获得东道国的赔偿,在西班牙境内的可再生能源发电设备仍然能够通过售电盈利。这些投资者滥用ECT的 ISDS 机制,不仅使该机制受到诘难,在仲裁透明度、仲裁员的公平性、仲裁费用及限制东道国的规制权等方面,共同把 ISDS 机制推到合法性危机的境地。

^① See Qinglin Zhang, *Analysis of the Impact on Sustainable Development by Investment Regulations in the Energy Charter Treaty*, 8 *Journal of World Energy Law and Business* 552 (2015).

^② 参见白中红:《〈能源宪章条约〉争端解决机制研究》,武汉大学出版社2012年版,第188-190页。

^③ 参见马迅:《〈能源宪章条约〉投资规则研究》,武汉大学出版社2012年版,第241页。

^④ See Cecilia Olivet & Pia Eberhardt, *Profiting from Crisis: How Corporations and Lawyers are Scavenging Profits from Europe's Crisis Countries*, https://corporateeurope.org/sites/default/files/profitting-from-crisis_0.pdf, visited on 15 March 2021.

除上述 ECT 自身的问题以外,国际形势的变化亦是开展能源宪章改革的主要诱因。这表现在:第一,自 1994 年条约在里斯本开放签署至今,全球能源形势发生了深刻变革,能源结构从以油气为主向清洁低碳转型。ECT 亟待适应新的能源格局。第二,不断出现的一体化程度更高的欧洲区域组织分散了欧洲各国对能源宪章体系的政治注意力,初始的制度优势显著下降。^①故回归能源宪章成为欧洲新的时代诉求。第三,条约部分条款与晚近达成的投资条约或自由贸易协定的投资条款相比明显过时,欧盟及其成员国在 ECT 体系下的缔约国身份与欧盟内部机制的冲突,也逐渐成为关注的焦点问题。^②尽管仲裁庭处理该项管辖权异议时都进行了长篇的论述,但仍然无法平息争议。条约规制可再生能源投资产生的问题,更让非政府组织指责 ECT 代表的是化石能源的利益,意大利更是在 2014 年底提交了退出 ECT 的申请。^③

(二) 未来实现利益平衡的国际法进路

1. 积极推进能源宪章现代化进程,革新投资规则

2010 年,能源宪章组织发布《能源宪章进程的现代化路线图》,开启了能源宪章的现代化进程,希冀重塑以能源贸易、投资和运输为核心的制度优势,并在能源效率、政策对话及能源安全方面加强合作。^④此外,尽管 2015 年在海牙通过的《国际能源宪章》(International Energy Charter, IEC),同《欧洲能源宪章》一样均为政治性宣言,无法律约束力,但仍吸引了新兴能源大国的参与,体现了全球能源治理转向的共同追求。^⑤多个亚非国家加入条约或成为观察员国,能源宪章开始由区域性向全球性能源组织转变,话语权得到进一步加强。^⑥至此,第一阶段的现代化

^① 参见单文华、王鹏、王晗:《“一带一路”建设背景下中国加入〈能源宪章条约〉的成本收益分析》,《国际法研究》2016 年第 1 期,第 41 页。

^② 由于可再生能源投资仲裁案件多是欧盟成员国投资者与另一欧盟成员国的纠纷,引发欧盟委员会提起欧盟成员国间双边投资协定合法性的法律挑战,2020 年 5 月 5 日,为了遵守欧盟法院对 Achmea 案作出的判决,23 个欧盟成员国签署了废除双边投资协定的协议。See European Commission, EU Member States Sign an Agreement for the Termination of Intra-EU Bilateral Investment Treaties, https://ec.europa.eu/info/publications/200505-bilateral-investment-treaties-agreement_en, visited on 18 March 2021.

^③ 关于意大利退出 ECT 的原因,官方的说法是因财政预算的限制,难以支付 45 万欧元的会费,但一些评论则指向其对可再生能源投资仲裁的顾虑。

^④ See Energy Charter Conference, Road Map for the Modernisation of the Energy Charter Process, https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/News/20101124-Energy_Charter_Process_Modernisation_Road_Map.pdf, visited on 25 March 2021.

^⑤ 参见能源宪章组织网站,截至 2016 年 6 月 23 日,共 95 个国家与国际组织签署了《国际能源宪章》, <https://www.energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>, 2021 年 4 月 2 日访问。

^⑥ 参进程春华:《能源宪章转型与全球能源治理:历程、原因及影响》,《社会科学》2015 年第 11 期,第 57 页。

进程顺利完成。

2017年11月,能源宪章大会决定,成立现代化小组负责条约现代化的具体事项,促成缔约国与观察员国及行业代表对更新、阐明及现代化条约的主题事项进行磋商,由此开启了第二阶段的现代化进程。2018年11月,能源宪章大会通过了25个主题事项,包括投资者定义、拒绝授惠条款、区域经济一体化组织、东道国的规制权、公平公正待遇的定义及透明度等主要议题。^①2019年11月,能源宪章大会正式授权现代化小组开始《能源宪章条约》的现代化谈判,目前最新的进展是2021年3月2日至5日进行了第四回合的谈判,在一些主题事项上已经取得了部分成果。

从ECT规制可再生能源投资实践来看,革新投资规则一方面要顺应国际投资法的发展趋势,删减过时条款,增加投资者与投资定义的限定条件,妥善处理欧盟法与ECT体系的关系,对拒绝授惠条款的适用给予合理指引。另一方面也应顺应可再生能源的发展形势,保障东道国对可再生能源行业的合理规制权。特别是出现技术重大突破导致发电成本急剧下降时,应给予东道国对补贴制度进行修正的权利,而非依照过时的标准继续给予投资者丰厚补贴。此外,最关键的是,应将公平公正待遇限定为具体的规则,避免仲裁庭无限制的主观判断,增强裁决结果的可预测性与一致性。无疑,在规制可再生能源投资上,《能源宪章条约》的现代化进程被寄予厚望,但漫长的谈判过程也使谈判的最终结果存在着诸多不确定性。

2. 能源宪章组织加强与仲裁机构合作,改进ISDS机制的应用

ECT的ISDS机制运行依赖ICSID、SCC及UNCITRAL三个仲裁机构及其规则,因此,只有加强与仲裁机构的大力合作,才能更透明有效地解决投资者与东道国之间的争端,防范不同强度的东道国行为对投资者造成不必要的损害。为此,可从如下三个方面加以推动:

第一,应促进投资争端解决的多元化。相较仲裁,斡旋、调解与和解机制在提高争端解决效率及友好解决争端方面具有不可替代的优势。2014年,能源宪章大会授权秘书处成立冲突解决中心,支持斡旋、调解与和解工作,该中心于2019年及2021年分别与海牙常设仲裁院及ICSID签署谅解备忘录及合作协议,旨在增强信息共享,加强在调解方面的合作。毋庸置疑,通过预先沟通,能源宪章秘书处及冲突解决中心可以在仲裁开始前以调解方式解决争端,使投资者及东道国均

^① See The Energy Charter Conference, Report by the Chair of the Subgroup on Modernisation, https://www.energychartertreaty.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/CCDE C201821_-_NOT_Report_by_the_Chair_of_Subgroup_on_Modernisation.pdf, visited on 10 April 2021.

能受益。此外,三个月冷静期是 ECT 提起国际投资仲裁的唯一限制。实践中,尽管西班牙在 RREEF 案中提出投资者未满足三个月冷静期的要求,但仲裁庭认为这不改变本案的一般性质,新的争议措施是原本诉求事实的延伸,仲裁庭依然享有该案的管辖权,而驳回了该项异议。^①故而,未来冲突解决中心应当加强与仲裁机构在此方面的合作,在仲裁机构受理仲裁申请时应当对是否达到三个月冷静期进行审查,为争端友好解决提供基础,并在一定程度上增加 ISDS 机制的时间成本,以防范投机者滥用该机制。

第二,应增强国际投资仲裁的信息披露。国际投资仲裁的透明度问题广受诟病,增强信息披露已成为东道国的普遍诉求。一方面,应增强投资者身份的信息披露。西班牙在提出管辖权异议时曾指出,通过操纵公司股权结构,有西班牙本国国民及非缔约国国民所控公司利用 ECT,寻求不当保护。可见,尽管这是 ECT 规定投资范围过于宽泛所致,但如若东道国在仲裁开始之前知晓这些信息,完全可以动用拒绝受惠条款否认其投资者的适格身份。此外,规范这种不正当行为,也可使东道国进入仲裁程序获得更多的主动权。另一方面,应增强仲裁员身份的信息披露。在 Eiser 案中,仲裁员在多起案件中与专家证人形成长期稳定的合作关系未见披露,很难想象仲裁员能全程在审理中保持中立,这就是国际投资仲裁案件信息过于封闭所致;故应当增强信息披露,提升透明度,避免仲裁庭被少部分人把持,作为投资者向东道国恶意索赔的工具。

第三,仲裁庭应当考虑应对气候变化的迫切性及东道国的减排义务。对此,Stadtwerke München and Others v. Spain 案仲裁庭的做法值得借鉴。其指出,东道国的行为是为处理补贴赤字、保持公共电力系统的偿付能力及稳定性而作出的,受益于该系统的人应当为系统的持续运行及金融稳定作出贡献,因此选择支持东道国。可见,仲裁庭审理可再生能源投资仲裁案时,应当综合考虑可再生能源发电行业的特性及东道国所承担的减排义务,合理利用合法期待这一灵活的工具去平衡东道国与投资者利益,而非一味倾向于投资者利益保护,以期保障东道国为必要公共利益行使规制权。

四、对中国的启示及路径选择

(一) 审慎考虑加入现行 ECT 并积极输出中国方案

2001 年,我国成为能源宪章大会观察员国,并于次年派观察员到宪章秘书处

^① See RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.À.R.L. v. Kingdom of Spain, ICSID Case No.ARB/13/30, Decision on Jurisdiction, paras.230-231.

工作。2015年5月,中国签署《国际能源宪章》,从受邀观察员国转变为签约观察员国。尽管能源宪章组织希望中国能够加入ECT,进一步扩大ECT体系的代表性与影响力,但目前我国仍不是真正意义上的《能源宪章条约》缔约方。^①对于是否加入ECT,中国学者也持不同立场。^②

毋庸置疑,我国目前是世界上最大的油气进口国,^③亦是世界上最大的可再生能源投资国,近年来“一带一路”能源合作也如火如荼地展开。因此,倘若利用现有ECT机制推动新的全球能源治理秩序构建,所面临的难度将低于构建全新的国际制度,是提升中国能源治理话语权的可选路径。然而,从可再生能源投资仲裁案的管辖权争议可以看出,ECT保护投资的范围过于宽泛,很难作出不符合投资要求的认定,对投资者的要求也仅是符合缔约国法律组建即可,不同于我国缔结投资协定的要求。此外,欧盟法与ECT体系冲突的亟待解决,仲裁庭对ECT税收例外条款适用的审查严格,再加上ECT保护伞条款与中国目前立场的不相容,均易导致中国承担过高的保护投资义务。^④更值得强调的是,ECT对可再生能源投资规制的缺失,使仲裁庭存在肆意解释国家义务的可能性。结果使得东道国对可再生能源行业的规制权受到过分限制,而便利的救济制度又倾向于过度保护投资者。倘若中国在引入大量外资后又进行可再生能源的重大制度变革,则易促发投资者提起大规模的国际投资仲裁,而妥善处理这些争端无疑会耗费更多的时间和精力。

故而,在当前情势下,倘若ECT不随时代变化进行修改,明晰条约义务及改良争端解决机制,那么中国不应执着于为吸引能源投资及保护能源投资向外拓展而急于加入ECT。而是应继续利用观察员国身份,加强与能源宪章组织的合作,提升全球能源治理的中国话语权。反之,现代化修改后的ECT,如符合中国利益,

① 据能源宪章组织秘书长鲁斯纳克称,中国已经完成加入能源宪章的报告,在技术上已经做好了接受加入邀请的准备,但政治上还没有作出决定。See Karel Beckman, Interview: A New Energy Charter Treaty As a Complement to the Paris Agreement, <https://borderlex.net/2020/06/18/interview-a-new-energy-charter-treaty-as-a-complement-to-the-paris-agreement-on-climate-change/>, visited on 12 April 2021.

② 参见白中红、潘远征:《中国加入〈能源宪章条约〉的利弊论》,《生态经济》2010年第10期,第75-79页;See Sheng Zhang, *The Energy Charter Treaty and China: Member or Bystander?* 13 *The Journal of World Investment & Trade* 597-617 (2012);程春华:《能源宪章转型与全球能源治理:历程、原因及影响》,《社会科学》2015年第11期,第55-64页;胡德胜:《中国应该如何对待〈能源宪章条约〉》,《政法论丛》2017年第6期,第78-87页;等等。

③ See BP, *BP Statistical Review of World Energy 2020*, <https://www.bp.com/content/dam/bp/business-sites/en/global/corporate/pdfs/energy-economics/statistical-review/bp-stats-review-2020-full-report.pdf>, visited on 18 April 2021.

④ See Sheng Zhang, *The Energy Charter Treaty and China: Member or Bystander?* 13 *The Journal of World Investment & Trade* 613-614 (2012).

能够推动可再生能源发展,中国才考虑审慎加入。而在这一期间,应继续加强对 ECT 的研究,积极利用中国观察员国身份,参与到 ECT 的现代化进程中,输出中国立场和意见,寻求 ECT 与中国利益的一致性。

(二)不拘泥于 ECT,积极构建新的能源治理体系

中国已经是全球最大的可再生能源市场,也是世界上最大的清洁能源设备制造国。^①习近平总书记提出“四个革命,一个合作”的能源安全新战略,为新时代中国的能源发展指明方向,开辟了中国特色能源发展新道路。^②是以,中国不仅应重视 ECT 现代化进程,更要考虑利用当前在可再生能源发展方面的全球领先地位,经由“一带一路”倡议的开展,推动构建新的能源治理体系。

2019 年 4 月,“一带一路”能源合作伙伴关系在北京正式建立,来自 30 个伙伴关系成员国及 5 个观察员国的能源部长、驻华大使、能源主管部门高级别代表出席了仪式。它成为中国“一带一路”建设的四大支撑机制之一,并有效地构建起一个未来以中国为主导的能源制度化安排。^③为此,中国应积极利用目前在可再生能源方面的发展优势,借助“一带一路”能源合作伙伴关系,开展合作伙伴关系的制度化建设,在促进能源合作、可再生能源投资、保障能源安全、能源绿色金融、能源争端解决等方面形成中国的全球能源治理方案。此外,吸纳更多“一带一路”沿线国家加入这一建设中,不仅会促成中国与后者在能源合作方面更紧密的联系,亦会从制度层面全方位地保障中国的能源革命进程,推动全球能源治理问题的解决,提升中国的全球能源治理话语权。

① 截至 2019 年底,中国可再生能源发电总装机容量 7.9 亿千瓦,约占全球可再生能源发电总装机的 30%,水电、风电、光伏发电累计装机容量分别达 3.56 亿千瓦、2.1 亿千瓦、2.04 亿千瓦,均位居世界首位。我国生产的光伏产品出口到 200 多个国家和地区,并已成为全球风电设备制造产业链的重要地区。参见国务院新闻办公室:《新时代的中国能源发展》,http://www.scio.gov.cn/zfbps/32832/Document/1695117/1695117.htm,2021 年 4 月 25 日访问。

② “四个革命,一个合作”能源安全战略是习近平总书记 2014 年 6 月 13 日在中央财经领导小组第六次会议上提出的,具体要求包括:推动能源消费革命,抑制不合理能源消费;推动能源供给革命,建立多元供应体系;推动能源技术革命,带动产业升级;推动能源体制革命,打造能源发展快车道;全方位加强国际合作,实现开放条件下能源安全。

③ 参见吕江:《“一带一路”能源合作伙伴关系:缘起、建构与挑战》,《东北亚论坛》2020 年第 4 期,第 113-126 页。

Research on the Regulation of Renewable Energy Investment under the Energy Charter Treaty

Abstract: Achieving carbon peaks and carbon neutrality have become the basic demands of the current global response to climate change. Therefore, in order to realize this demand, the expansion of international investment in renewable energy has become more and more urgent. However, as an important international treaty in the international energy field, the Energy Charter Treaty is not satisfactory in terms of promoting and protecting renewable energy investment. Relevant practices show that its investment rules are not only unfavorable for the host state's government to regulate the renewable energy industry, but also erode the host state's regulatory power; and its dispute settlement mechanism is easily used by investors as a convenient tool for claims. For this reason, the future reform of the Energy Charter Treaty should actively reshape investment rules through its modernization process to adapt to the boom in renewable energy; improve the coordination between its dispute settlement mechanism and the arbitration institutions; as far as China is concerned, on the one hand, it should actively participate in the modernization process of the Energy Charter, continuously export China's position and plans, and carefully consider joining the current Energy Charter Treaty; on the other hand, if the modernization process fails, we should also take advantage of the world's leading position in the renewable energy area to reshape the global energy order in due course.

Key words: Energy Charter Treaty; renewable energy investment; fair and equitable treatment; host state's regulatory power

(责任编辑:肖军)