

“一带一路”国家能源投资争端解决机制研究

许中好

贵州大学法学院，贵州 贵阳

收稿日期：2023年1月30日；录用日期：2023年2月8日；发布日期：2023年3月28日

摘要

欧亚大陆长期以来呈现出的“西重东轻”的能源格局正在改变，“一带一路”国家所占区域也已成为全球最大的能源消费中心。通过案例研究，东道国和投资者之间的实体与程序的争议焦点渐渐呈现，这也将为“一带一路”国家未来参与能源类投资争端解决尤其是仲裁提供相应的参考。所有“一带一路”国家需共同检视现有能源投资争端解决机制并制定相关的完善措施，推进各个能源生产国和消费国之间的合作和共同治理。

关键词

“一带一路”；能源投资；争端解决

Research on Dispute Settlement Mechanism of Energy Investment in “Belt and Road Initiative” Countries

Zhonghao Xu

Law School, Guizhou University, Guiyang Guizhou

Received: Jan. 30th, 2023; accepted: Feb. 8th, 2023; published: Mar. 28th, 2023

Abstract

The long-standing energy pattern of “emphasizing the west and neglecting the east” in Eurasia is changing, and the region occupied by “Belt and Road Initiative” countries has become the largest energy consumption center in the world. Through the case study, the dispute focus of entities and procedures between the host country and investors gradually appears, which will also provide a corresponding reference for “Belt and Road Initiative” countries to participate in energy investment dispute settlement, especially arbitration in the future. All “Belt and Road Initiative” coun-

tries need to jointly review the existing energy investment dispute settlement mechanism and formulate relevant improvement measures to promote cooperation and common governance among energy producers and consumers.

Keywords

“Belt and Road Initiative”, Energy Investment, Dispute Resolution

Copyright © 2023 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. 问题的提出

石油和油气贸易及流向呈现东移的趋势,“一带一路”国家成为全球核心能源区域,但现有的贸易投资规则难以满足区域能源合作的需求,跨国能源投资领域缺乏有效的多边规则,双边协定往往较为陈旧且操作性差。

国际多边规则方面,WTO 难以覆盖跨国能源运输,只有乌克兰等少数国家在加入 WTO 时承诺开放管道运输,乌兹别克斯坦、伊朗等国甚至还没有加入 WTO。《能源宪章条约》(Energy Charter Treaty)以开放、竞争市场和可持续发展为原则,在能源投资、贸易和跨境运输方面具有较为完整的规则,其宗旨是通过创造由所有参与方政府遵守的规则加强能源领域的法制建设,降低与能源相关的投资和贸易风险,在能源净出口商和进口商相互影响加深的背景下,被认为是能源投资国际合作的有效的框架。但中国仅为《能源宪章条约》的观察国,俄罗斯也因“尤科斯”事件退出了《能源宪章条约》[1],故而该条约的影响力有限。

从实际情况看,目前还有不少资源国国内法没有与国际规则进行衔接,对能源领域贸易和投资的限制较多。这就造成现有的能源合作多是基于项目的特殊安排,而不是基于完善的国际法和国内法保障。比如中哈石油天然气管网项目,就是根据中哈政府间协议来投资运营的,该项目管网投资主体和管网输送价格的安排与哈萨克斯坦国内法是不一致的,并且缺乏国际法的保护,蕴藏着较大的法律风险。故而分析一带一路相关能源投资争端解决机制并探索一条适合“一带一路”沿线国家发展的路径势在必得。

2. “一带一路”能源投资争端解决机制概述

2.1. “一带一路”能源投资争端现状

高昂的燃料价格、通胀压力和供应链瓶颈、加快能源行业向净零排放转型的迫切需要以及俄罗斯对乌克兰的入侵,都使得能源投资争端数量激增。根据《国际投资争端解决中心(International Centre for Settlement of Investment Disputes, 以下简称 ICSID)案件数量统计表》(见图 1)中更新的历史 ICSID 案件量的和 2021 年的概况,可以看出关于石油、天然气、矿产资源、电力和其他能源以及水资源等能源投资争端案件占比 46%;登记的案件涉及的缔约国有接近三分之一是“一带一路”沿线国家(见图 2)。

2.2. “一带一路”能源投资争端主要解决机构

2.2.1. 国际投资争端解决中心

ICSID 于 1966 年根据《关于解决国家与其他国家国民之间投资争端的公约》(Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, 以下简称 ICSID 公约)成立。

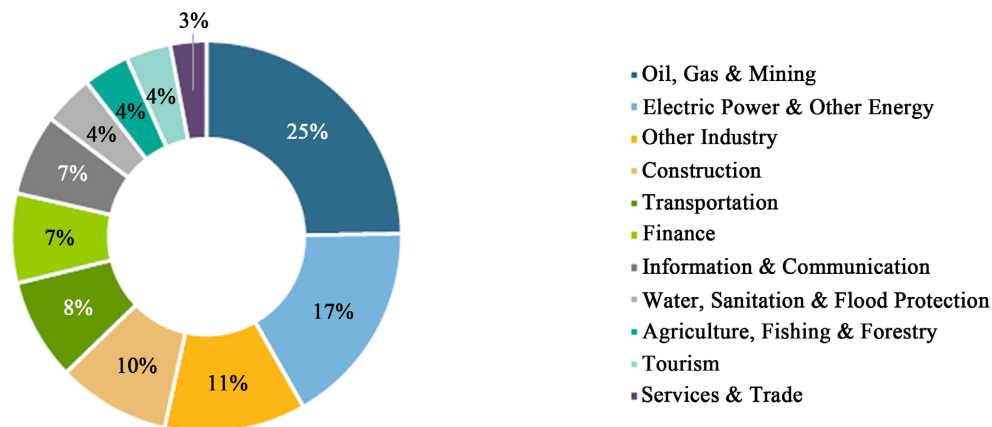


Figure 1. ICSID case type
图 1. ICSID 案件类型情况

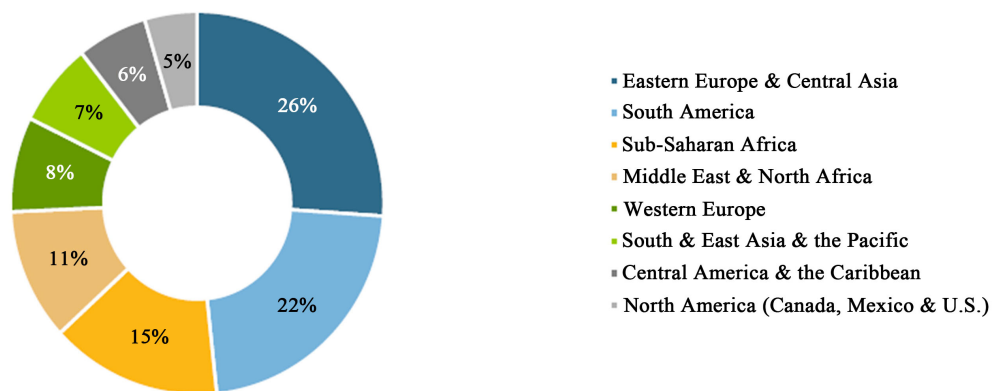


Figure 2. Geographical distribution of ICSID cases
图 2. ICSID 案件的地理分布

ICSID 公约是由世界银行执行董事制定的一项多边条约，以促进世界银行促进国际投资的目标。ICSID 是一个独立的、非政治化的和有效的争端解决机构。它为投资者和国家提供服务，通过提供对争端解决程序的信任，有助于促进国际投资。ICSID 规定通过调解、调停、仲裁或事实调查来解决争端。ICSID 程序的设计考虑到了国际投资争端和所涉各方的特殊性，在投资者和东道国的利益之间保持了谨慎的平衡。每个案件都由一个独立的调解委员会或仲裁庭在听取各方的证据和法律论证后进行审议。依据 2021 年 ICSID 年报，迄今为止，ICSID 已经受理了 900 多个案件。到 2021 年度末，ICSID 拥有 164 个 ICSID 公约签署国，其中 155 个是公约缔约国。自 ICSID 于 1966 年成立以来，成员数量一直在增加，这反映了其作为唯一以支持解决国际投资争端为主要任务的机构的全球相关性和作用。其中“一带一路”国家参与度也非常高。

2.2.2. 斯德哥尔摩国际商会仲裁院

斯德哥尔摩国际商会仲裁院(The Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, 以下简称 SCC)成立于 1917 年，是斯德哥尔摩商会的一部分，但独立于该商会。SCC 由一个董事会和一个秘书处组成，为瑞典和国际各方提供有效的争端解决服务。1970 年代，SCC 被美国和苏联承认为解决东西方贸易争端的中立中心。同时，中国也在同一时期承认 SCC 是解决国际争端的一个论坛。此后，SCC 扩大了其在国际商业仲裁方面的服务，并成为全世界最重要和最经常使用的仲裁机构之一[2]。因此 SCC 是世

界上非常重要的能源投资争端解决机构，在“一带一路”沿线国家中有许多争议案件也在通过 SCC 进行解决：如 2003 年 9 月 1 日 Petrobart 诉吉尔吉斯斯坦，天然气输送合同一案、2008 年 5 月 30 号 Mohammad Ammar AL-Bahloul 诉塔吉克斯坦，油气勘探许可证一案等。

2.2.3. 联合国贸易法委员会(UNCITRAL)

联合国贸易法委员会(United Nations Commission on International Trade Law, 以下简称 UNCITRAL)是联合国体系处理国际贸易法问题的核心机构。在商事仲裁领域，联合国第 31 次大会通过的《国际贸易法委员会仲裁规则》，创造了一套统一完整的仲裁规则。该规则不仅适用于临时仲裁而且适用于机构商事仲裁，也适用于国家之间的仲裁以及投资仲裁。基于其普遍的实用性和灵活性，UNCITRAL 的仲裁规则在国际商事领域得到广泛认可。在投资仲裁方面，UNCITRAL 工作组近几年一直致力于解决国家投资者仲裁的透明度问题，起草了以条约为基础的投资者国家仲裁透明度规则，并在工作组报告中做出了说明。引入透明度标准一方面在于公平对待东道国和投资者作为争端双方，另一方面则注重仲裁程序自身利益与利益之间的平衡。

可见解决能源投资争端的三种常见选择是：ICSID 或 ICSID 附加便利规则、UNCITRAL 规则下的独任仲裁员或临时仲裁庭、根据 SCC 仲裁机构申请仲裁。其他投资者可以寻求的争端解决包括在争端东道国法院进行诉讼或行政争端解决程序。如果无法友好解决争端，投资者可以寻求当地法院或仲裁庭、先前同意的争端解决机制或者《能源宪章条约》仲裁。仲裁庭应当根据《能源宪章条约》及可适用的规则以及国际法原则裁决争端。国际仲裁裁决对争端方具有约束力，各缔约方应当规定裁决在其领域内有效且可执行[3]。

3. “一带一路”能源投资争端主要争议焦点

3.1. 管辖权焦点：如何定义“投资”与“投资者”

1) “投资”的定义是国际能源投资争端的一个核心问题，被认为是在请求中属物(rationemateriae)要素的一部分，对于投资争端的裁决者而言，确定“投资”的存在是一个管辖权依据问题，简单来说如果没有明确投资的定义，仲裁员将没有权来处理案件。投资保护法律的出现是因为其自身的灵活性，国家可以将“投资”条款本身定义在其投资条约文本中，以及扩展外国投资者财产的保护范围[4]。当条款是模糊不清时，仲裁庭可以自己去解释东道国义务的范围。

《能源宪章条约》中第一条第六项对“投资”的定义较为宽泛：“投资”指投资者直接或间接拥有或控制各种资产包括有：a) 有形资产和无形资产、动产和不动产、产权，以及任何财产权如租赁、贷款、扣押和抵押；b) 一个公司或企业，或股份、股票，或参与一个公司或企业的其他形式股本，公司或企业的债券和其他债务；c) 对金钱的索求权，以及依照合同对有经济价值且与投资有关的绩效的债权；d) 知识产权；e) 收益；f) 由法律或合同或凭借任何许可证授予的任何权利，以及根据法律授予的从事能源领域任何经济活动之许可[5]。

在 Romark SA v. 乌兹别克斯坦¹一案中仲裁庭对于“投资”的定义进行了多方面的讨论。首先仲裁庭在 Malicorp v. 埃及案中，提到典型的国际投资协定对“投资”的定义，指出“这一定义并没有过多地强调一方行为所做出的贡献，这种贡献为其产生了权利和资产”。²这是否意味着投资的定义旨在主要对申请方有利？随后，仲裁庭又就“关于商标是一种投资吗？”进行讨论。这个问题出现在 Bridgestone 诉巴拿马案中。³该案的申请方拥有使用“Firestone”商标的许可证。虽然东道主同意商标本身将被视为一项投资，但否认使用另一个商标的许可也是一项投资。仲裁庭在分析中松散地适用了 Salini 标准，间时

¹Romark Switzerland v. Uzbekistan, PCA 案件编号 AA280, 联合国贸易法委员会, 裁决(2009 年 11 月 26 日)。

²Malicorp Limited v. Egypt, ICSID 案件编号 ARB/08/18, 裁决, 第 108 段(2011 年 2 月 7 日)。

³Bridgestone v. Panama, ICSID 案件编号: ARB/16/34。

也指出了投资的固有特征。仲裁庭首先裁定, 商标允许公司从消费者对带有商标的产品的信念所产生的商标中获利。然而, 这种善意需要投入资源和时间来创造和保持。同时仲裁庭驳回了“仅仅注册一个商标”就相当于一项投资的观点, 商标的使用是: 商标是通过制造、推广和销售带有商标的商品而加以利用的。利用符合商标、以商标为中心的活动符合投资的特点, 这些将涉及资源的投入。这也可能涉及售后服务和保修。这种开发也将有利于母国的发展, 促进和支持销售的活动将有利于东道国经济, 对销售征收的税收也将受益。此外, 东道国的消费者也通常会在有益于本国消费者的产品中受益。因此, 仲裁庭认为“注册商标将构成合格的投资, 前提是其所有人通过与商标本身具有正常投资特征的活动加以利用”。根据这一裁决, 仲裁庭随后裁定, 如果被许可人像所有者一样利用商标, 那么商标使用许可也可以是一项投资。在本案中, Bridgeport 的许可证是当地法律规定的可强制执行的权利, 公司正在利用该许可证。因此, 仲裁庭认定 Bridgestone 在条约定义范围内进行了投资。

究竟如何确定“投资”? 在 *Salini v. Morocco* 的仲裁庭采用的四要素测试法也被称为“Salini 标准”的方法, 被 ICSID 和非 ICSID 仲裁庭都广泛认可与采用。“Salini 标准”主要是从经济视角分析什么是“投资”, 具体为: a) 资产的贡献; b) 持续的时间; c) 风险; d) 对经济发展的贡献。最近的仲裁裁决表明对“Salini 标准”的依赖正在减弱, 最近仲裁庭主要关注的是贡献, 期限和风险, 对于那些希望进一步减少争端解决风险的国家来说, “投资”的范围可以通过企业调整而不是资产方法加以限制。⁴

2) 投资者的概念在决定能否获得《能源宪章条约》提供的保护以及确定仲裁法庭的管辖权方面是至关重要的[6]。在《能源宪章条约》中, 缔约方与声称投资者身份的自然人或法人实体之间的关键联系因素是: 国籍、公民身份、永久居留权和公司或组织。就自然人而言, 第 1(7)(a)(i)条规定, 他们必须具有缔约国的公民身份或国籍, 或根据其适用的法律永久居住在缔约国境内。关于法人, 第 1(7)(a)(ii)条规定, 法人必须按照有关缔约国适用的法律成立和组织应该注意的是, 从实际的角度来看, 符合投资者要求的最重要后果是, 投资者与缔约方之间的纠纷可以根据《能源宪章条约》第 26 条得到解决。

因此, 就自然人而言, 《能源宪章条约》确定了确立自然人与缔约方之间所需联系的三个要素: 国籍、公民权和永久居留权。就公司而言, 《能源宪章条约》规定投资者是根据缔约方适用法律成立的公司或组织。这一规定赞同通过检验公司成立来确定公司的国家归属, 从而确定是否适用于《能源宪章条约》。检验公司成立意味着公司被认为具有根据该国立法成立的国家的国籍。在所在国法律体系中, 《公司法》规定了公司内部结构、决策程序、管理问题、股东关系等一系列问题。《能源宪章条约》并没有规范这些事项, 也没有提供“公司”的任何定义。此类定义皆由公司所在国家的国内法律决定。

根据《能源宪章条约》第 26 条获得仲裁的资格, 要求有关申请人需要符合第 1(7)条的要求。如果投资者拒绝接受 ICSID 公约下的仲裁, 投资者还必须满足 ICSID 公约第 25 条的要求。《公约》没有明确涉及法人的国籍问题。根据第 25 条第(2)(b)项中的措辞, 似乎可以接受的是, 法人注册地或法人所在地用来确定法人的国籍。

《能源宪章条约》第 1(7)(a)(ii)条的一般含义似乎表明, 只有一个标准来确定国籍即公司注册地。

进行谈判投资保护条约的国家当然可以自由地就有关法人国籍的其他要求达成协议。这些额外要求可能包括: 有关国家国民对公司的有效控制; 公司在国家的真正经济活动; 位于国家的有效管理; 公司的资本来源。但是, 如果条约只规定将公司作为有关标准, 仲裁法庭一般不愿意超越这一要求。本质上, 这是条约缔约方商定的定义, 并且仲裁庭不能对当事人施加他们自己可以添加但没有增加的要求。⁵

《能源宪章条约》第 1 条第(7)款中“投资者”的定义在 *Plama v. 保加利亚共和国* 案引发了激烈的讨

⁴《印度双边投资条约范围》第 1.6 条。

⁵*Cf. Tokios Tokelés v. Ukraine*, ICSID Case No ARB/02/18, Decision on Jurisdiction (29 April 2004) para 21; *Saluka Investments BV v. Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award (17 March 2006) paras 183-184; *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No ARB/03/16, Award (2 October 2006) para 359; *Rompetrol Group NV v. Romania*, ICSID Case No ARB/06/3, Decision on Jurisdiction (18 April 2008) para 78.

论。答辩人特别辩称申请人是一家“邮箱公司”，在塞浦路斯没有实质性商业活动，该公司的所有权和控制权不是由《能源宪章条约》缔约方的国民行使的。

仲裁庭指出，“申请人是《能源宪章条约》第 1(7)(a)(二)条定义范围内的‘另一缔约方的投资者’，是一家根据塞浦路斯国内法组建的公司。”⁶

在提出仲裁请求时，申请人提交了塞浦路斯公司注册局的登记证书。这个问题在尤科斯案中再次出现。俄罗斯联邦提出的一项关于管辖权的争议焦点是，根据缔约国的法律界定投资者是不充分的，但也有人认为，投资者受益所有人的国籍不能是被答辩缔约国的国籍。法庭不接受这一论点。相反，法院的结论是，当有关条约只要求在一个缔约方注册时，不能考虑股东的国籍、投资资本的来源以及董事和经理的国籍。法庭指出：据仲裁庭所知，任何国际法一般原则不会要求调查一个公司或法人组织如何运作，而适用的条约只是要求该公司或法人组织按照缔约方的法律组织成立起来。国际法原则在条约解释中具有毋庸置疑的重要性，不允许仲裁庭在条约中写入新的附加要求——无论这些要求看起来多么有利或不恰当。⁷

由此可见，第 1(7)(A)(2)条(其通常含义)的文意表明，谁控制或拥有和投资者无关紧要。此外，上述文本中没有明确或以其他方式排除任何类别的股东或控股利益相关者。因此，国有和国有控股公司皆可被投资者的定义所涵盖。

在许多司法管辖区，外国投资者必须通过当地注册的公司进行投资。《能源宪章条约》第 26(1)条规定，法庭的管辖权只适用于一方缔约国与另一方缔约国投资者之间的争端。严格执行这一规定，将会把在当地注册的公司排除在外，即使这些公司是由外国投资者所有或控制。

就 ICSID 公约下的仲裁而言，这一情况将在公约第 25(2)(b)条中予以处理。该条款规定了：在当事各方同意将争端提交调解或仲裁之日具有非争端缔约国国籍的任何法人，以及在该日具有争端缔约国国籍的任何法人，如果由于外国控制，当事各方已同意将该法人视为另一缔约国的国民，就本公约而言。该条款意味着，在东道国注册的法人被视为另一缔约国的国民，因为它处于外国的控制之下。《能源宪章条约》第 26(7)条将《ICSID 公约》的这一条款纳入了《能源宪章条约》的仲裁框架之下。这是通过将“控制”作为决定性因素来实现的。

3.2. 实体法焦点：征收与公平公正待遇

从习惯国际法发展而来的征收的法律标准是正当、补偿和具有公共目的的不歧视程序^[7]。然而，间接征收没有被普遍接受的定义。根据 ICSID 法庭的形成的判断标准：东道国采取了一系列措施剥夺投资的利益，却未能取得投资所有权，实质上非法地剥夺了投资财产的享有和经济使用价值^[8]。在 Petrobart 诉吉尔吉斯斯坦一案中，原告声称，根据《欧洲条约》第 13 条的规定，投资应被征收或采取同等措施。然而，法庭认为，原告并没有正式征收 Petrobart 的投资。尽管 Petrobart 公司受到了负面影响，但吉尔吉斯斯坦政府或国家机构没有采取任何行动直接针对 Petrobart 公司的投资或试图将 Petrobart 公司的经济价值转移到吉尔吉斯斯坦共和国。仲裁庭考虑到 Petrobart 公司的合法期望在吉尔吉斯斯坦共和国作为投资者采取的步骤中没有得到认同，故这并不构成事实上的征收。⁸ 在 Ioannis Karadassopoulos 等人诉格鲁吉亚案中，法庭讨论了 Karadassopoulos 先生的投资是否被征收。从索赔人的角度来看，Karadassopoulos 先生的财产被实质性地剥夺了，这表明了明显的歧视性征收，违背了正当程序。通过回顾《能源投资宪章》

⁶Plama Consortium Limited v Republic of Bulgaria, ICSID Case No ARB/03/24, Decision on Jurisdiction (8 February 2005) para 124.

⁷Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v the Russian Federation, PCA Case No AA 226, UNCITRAL, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility (30 November 2009) para 415; Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v The Russian Federation, PCA Case No AA 228, UNCITRAL, Interim Award (30 November 2009) para 415; Yukos Universal Ltd v The Russian Federation, PCA Case No AA 227, UNCITRAL, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility (30 November 2009) para 415.

⁸Petrobart Limited v. The Kyrgyz Republic, SCC Arbitral Award No. 126/2003, p. 77.

第 13(1)条, 法庭认为, 间接征收在 Karadassopoulos 先生声称的情况下是典型的表现, 第 178 号法令剥夺了 Karadassopoulos 先生在早期石油管道项目中的利益, 没有切实地行使国家权力。在仲裁庭看来, 本案是格鲁吉亚政府为处理各种外国投资者而做出的尝试, 它符合非歧视标准, 其正当程序审查至少是透明的。但是仲裁庭坚持认为, 任何违反征收标准的行为都会违反该条款, 因此认为第 178 号法令规定的征收行为是非法的, 不符合《欧洲条约》第 13 条第 1 款的规定。

双边投资条约以各种模式规定了公平和公正的待遇^[9]。与国际法原则相结合的个别条款列举了侵权行为, 并提到了任意和歧视性做法以及充分的保护和安全。为了支持违反公正和公平待遇的行为, 必须满足以下条件。东道国的行为违反了公平和公正待遇的适用条款, 给投资者造成了直接损失^[10]。在 Ioannis Karadassopoulos 诉格鲁吉亚一案中, Fuchs 先生格鲁吉亚和以色列之间的双边投资条约第 2(2)条包含了公平的工资水平, 而格鲁吉亚从 1997 年到 2004 年的不同措施都违反了义务, 包括违反投资者的合法期望, 采取任意的、被忽视的或无效的行动, 在行政决定中缺乏正当程序以及与外国投资者意见不一。根据《维也纳条约法公约》(以下简称《公约》)第 31 条第 1 款的规定, 仲裁庭根据双边投资条约的目标对其内容进行了总体解释, 并引用了以往的相关案例。通过结合所有的证据, 仲裁庭认为申请人在赔偿过程中没有得到公平和公正的对待, 申请方违反了格鲁吉亚和以色列之间的双边投资协定第 2(2)条的规定。⁹ 在 AES 诉哈萨克斯坦一案中, 仲裁庭承认有必要对申请人关于公平和公正待遇的主张确定三个关键问题。第一, 是稳定性问题, 即索赔人是否稳定, 以及通过颁布和适用哈萨克斯坦竞争法的变化是否违反了稳定性保障。第二, 是合理预期, 即索赔人的合理预期是什么, 这些合法期望是否落空, 以及这种落空在多大程度上导致了条约索赔。第三, 是其他违法行为的问题, 即将哈萨克斯坦法律的适用视为违反相关条约标准的可行性, 以及前两项规定对该问题的影响。根据仲裁庭的最终裁决, 从 2009 年 1 月 1 日到 2009 年和 2012 年的电力关税修正法所做的决定日的所有时间, 在限制下实施“关税交换投资”政策选项, 违反了《能源投资宪章》第 10 条第 1 款的公平和公正待遇标准, 并拒绝了其他关于公平和公正待遇的请求。¹⁰

4. “一带一路”能源投资争端解决机制路径省察

4.1. “一带一路”能源投资争端解决机制检视

能源投资争议是指外国投资者与东道国之间关于能源投资产生的争议。目前, 如前文所述主要由国际投资争端主要由国际投资争端解决中心(ICSID)、斯德哥尔摩商会仲裁院(SCC)和联合国贸易法委员会(UNCITRAL)等机构解决。这些仲裁机构在处理国际投资争端时常常出现一些重要问题: 耗时较长且仲裁裁决互不协调甚至相互冲突。案情相似且适用相同条约但得到截然不同的仲裁裁决的案例时有发生, 投资仲裁的不一致性与不可预见性广受诟病。此外, 这些争端解决机构同样具有浓厚的“普通法”色彩, 反映的是西方的文化与价值观。西方发达国家采用的普通法的规则与程序, 对于法系与之相差甚远的“一带一路”国家处理相关争端存在适用冲突, 水土不服等问题。因此, “一带一路”能源争端适用现有的争端解决机制存在诸多局限。

4.2. “一带一路”能源投资争端解决机制改革建议

4.2.1. 构建优先调解的多元化能源投资争端解决机制

“一带一路”倡议以“和平合作、开放包容、互学互鉴、互利共赢”为核心理念, 在推进构建能源投资争端解决机制的过程中也应鼓励“一带一路”国家优先采用非对抗性地方式处理各类能源投资纠纷。

⁹Ioannis Kardassopoulos and Ron Fuchs v. The Republic of Georgia, ICSID Case Nos. ARB/05/18 and ARB/07/15 Award, para.452.

¹⁰The AES Corporation and TAU Power B.V. v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/10/16, para.492.

调解作为化解纠纷的非对抗性方式,发源于我国,被称为“东方经验”。因此“一带一路”优先适用调解作为争端的前置程序意义重大。将调解作为争端的前置选择程序,主要基于以下原因:首先,“一带一路”能源投资以追求共同的能源利益,实现互利共赢为目标,调解方式可以提供社会和心理上的利益[11]。从短期来看,调解程序的当事方对争端的结果具有控制权,有利于灵活解决“一带一路”争端、推进“一带一路”能源合作项目的实施。从长期来看,调解程序能够为能源投资方与东道国继续合作创造良好的氛围,有利于维护“一带一路”能源合作的持续性与稳定性;其次,多数“一带一路”国家在缔结双边投资保护条约时,将友好协商规定在投资争议解决程序中,这表明多数“一带一路”国家在选择争端解决方式时更倾向于调解方式,对此的接受度更高。

调解作为前置程序,此时调解员的作用不言而喻,“一带一路”能源投资争端解决机制中的调解程序应当注重调解员的培养与选任,选择专业技能较强、实践经验丰富、为人公正不阿的人员作为“一带一路”能源争端解决中心的调解员,并对其进行定期培训与考察。在处理“一带一路”能源投资争端时,调解员应当保持绝对的中立,并尽到保密义务,不得对外透露争端当事方在调解程序中提交的证据或作出的声明。

此外,为了充分发挥调解的作用,调解规则应规定,调解员和调解各方都有严格的保密义务。各方提交的证据,任何一方的立场,以及各方在调解阶段做出的让步,不得在仲裁阶段作为证据使用[12]。

4.2.2. 提升投资仲裁的透明度

在法律语境下,透明度包括:使得信息和程序对双方当事人和公众公开、使得决策者为他们做出的决定负责、为批评或投诉提供可得到救济的途径。2014年4月1日生效的《联合国国际贸易法委员会投资者与国家间基于条约之仲裁的透明度规则》及2015年3月17日开放签字的《联合国投资者与国家间基于条约之仲裁的透明度公约》,都说明增加透明度已成为投资争端解决的必然趋势。“一带一路”仲裁若可在此方面做出表率,如沿线国率先签署并通过前述文件,则其对能源投资仲裁及能源交易与合作的贡献将不可估量。

首先,争端本身是否被公之于众,是有关透明度一个非常重要的因素。ICSID在此方面的做法尤为先进,其确保争端双方当事人的信息最大程度上对外公开。¹¹因此“一带一路”国家政府应在他们的条约中订入通知发布条款。如美国在2004年的示范双边投资条约中规定有“仲裁程序透明度”的条款,该条款要求“被申请人”向母国发出仲裁通知(除此之外还包括其他通知)“使之公开”。¹²

其次,在制定上诉程序时,应研究世贸组织上诉机构的规则、惯例和程序,欧盟提出的投资法院规则,以及ICSID的撤销程序的做法。这些规则应旨在纠正投资仲裁制度的缺陷,特别是仲裁庭任意行使自由裁量权、擅自扩大管辖权、不重视或不充分重视合同方的意图等问题。规则还应该授权“一带一路”上诉法庭主要就法律问题作出裁决。如果在案件中出现了在最初的法庭审理中无法发现的证据,上诉机构应有权根据这些新证据核实相关事实和证据。

最后,有些能源贸易和投资方面的国际条约执行不力是一个需要紧急解决的问题。替代方案包括可以将赔偿(如投资仲裁赔偿)与报复(如世贸组织的报复机制)相结合。如果采用这种替代方案,可以减少“一带一路”协议执行不力的风险。

4.2.3. 建立科学的能源投资风险管理体系

众所周知,世界范围的争端解决机制中,“一带一路”沿线发展中国家常受制于资源和专门人才的

¹¹ICSID 管理与财政条例第 22(1)条要求秘书处公开提出请求的档案。这个列表每日在线更新,并包括了对申请的简要描述。即便裁决本身不公布(这需要双方当事人同意),但是等级的公开使得公众能够知晓向谁提起了什么样的仲裁请求。这本身就是具有价值的信息。

¹²《美国双边投资条约范本》(2012 年),第 29(1)条。

缺乏及其他系统性的缺陷，而有时导致不能令人满意的决定，产生不公正的结果。而发达经济体复杂而昂贵的争端解决机制，常常导致这样不公平的结果：富有的，资源充足的，以及配备专业律师团队的争辩方，往往以牺牲经济实力较弱一方的利益为代价，来获得期望的结果。此外，基于普通法规则和先例的复杂能源传统争端解决机制势必拉长战线，以致“迟来的正义非正义”。

首先，需做好投资风险评估。即使在 COVID-19 大肆传播继续影响社会和经济的情况下，各国政府在面对危机时表现出的坚韧和果断值得称赞。近期，“一带一路”各国推出了相关能源投资的恢复计划和刺激计划，以应对新冠疫情带来的直接挑战。在能源部门，政策制定者采取了措施来提高该部门的投资流入。虽然短期内所做的工作是乐观的，但与此同时，政府也必须着眼于未来。立法者需要评估他们将如何实现国家和全球清洁能源的长期目标，调动所需的投资来更好地建设，并在这个不确定的时期给予投资者法律 and 政策的可预测性。

其次，需要进一步发挥海外投资保险制度的保障功能。政治风险保险的目的在于保护外国投资免受政治风险的影响。投资者与保险机构签订合同，确定投保的风险和范围，保险公司承诺对东道国干预项目造成的损失进行赔偿^[13]。传统的政治风险保险(PRI)保单为投资者提供了三类通常被接受为“政治风险”的基本事项或情形：a) 对投资的没收、征收或国有化；b) 货币不可兑换；c) 政治动乱、战争或内乱产生的损失。¹³ 近期，第四项风险被加入多数保单范围中：违约，包括违反合同。从投资母国和投资者的角度来看，与海外投资有关的行业由于其敏感性和特殊性，总是面临着强烈的政治和商业风险，因此，对海外能源投资进行保险尤为重要。此外，海外投资保险制度的建立，不仅有利于补偿投资者的损失，还可以实现开放能源市场、促进融资的功能。

5. 结语

“一带一路”倡议的目标之一为完善能源基础设施、能源资源的勘探和开发等领域的能源合作。“一带一路”倡议是国家战略的重要体现，其中投资争端解决机制是一机两翼中的重要一翼。构建运转良好的投资争端解决机制也是各国在 G20 会议上达成的共识之一。随着大量外国直接投资流向世界各地，如今的国际投资环境比以往更加复杂——发展中经济体不仅作为外国直接投资输入地，也逐渐成为输出地^[14]。我们正从全球能源治理的边缘走向舞台中央，从跟随者逐步变成影响者^[15]。我国作为“一带一路”倡导者应研究能源投资争端裁决，分析相关争议焦点建立和完善“一带一路”能源投资争端解决机制，切实保护投资者权益，营造公平合理的贸易秩序，促进法治引领“一带一路”能源投资高质量发展。

参考文献

- [1] 中国经济时报. 时报聚焦“一带一路”/权威专家智说“合作”(2) [EB/OL]. https://www.sohu.com/a/138660308_115495, 2022-10-06.
- [2] SCC Arbitration Institute (2022). <https://sccarbitrationinstitute.se/en>, 2022-10-01.
- [3] Cameron, P. (2010) *International Energy Investment Law*. Oxford University Press, Oxford, 160.
- [4] Dolzer, R. and Schreuer, C. (2012) *Principles of International Investment Law*. 2th Edition, Oxford University Press, Oxford, 60-61. <https://doi.org/10.1093/law/9780199651795.001.0001>
- [5] Energy Charter Treaty Interactive Website (2022). <https://www.energychartertreaty.org/treaty/energy-charter-treaty>
- [6] Gaillard, E. (2006) *Investments and Investors Covered by the Energy Charter Treaty*. Juris Publishing, 57-58.
- [7] Bjorklund, A. and Reinish, A. (2012) *International Investment Law and Soft Law*. Edward Elgar, Cheltenham, 279. <https://doi.org/10.4337/9781781003220>
- [8] Kinnear, M., *et al.* (2016) *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICISD*. Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 357.

¹³ 恐怖主义有时候但不总是被列入到政治动乱的范围中。

-
- [9] Tudor, I. (2008) The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment. Oxford University Press, Oxford, 24. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199235063.001.0001>
- [10] Diehl, A. (2012) The Core Standard of International Investment Protection: Fair and Equitable Treatment. Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 325-326.
- [11] Al Faruque, A. (2004) Judicial Mediation: Can It Make Difference? *The Daily Star*, 67.
- [12] 王金贵, 等. “一带一路”争端解决机制[M]. 杭州: 浙江大学出版社, 2017: 48.
- [13] Ginsburg, R. (2013) Political Risk Insurance and Bilateral Investment Treaties: Making the Connection. *The Journal of World Investment & Trade*, **14**, 943-977. <https://doi.org/10.1163/22129000-01406002>
- [14] [瑞]克里斯塔·纳达尔夫卡伦·舍费尔. 国际投资法文本案例及资料[M]. 第三版. 张正怡, 王丹, 等, 译. 上海: 上海社会科学院出版社, 2021: 10.
- [15] 景春梅. 加强国际能源合作的思考[EB/OL]. <http://www.cciee.org.cn/thinktank4/detail.aspx?newsid=14879>, 2022-10-03.