

《能源宪章条约》中的公平公正待遇条款现代化：欧盟方案及中国因应

岳树梅 黄秋红

(西南政法大学, 重庆 401120)

摘要：《能源宪章条约》(ECT)是能源领域唯一具有法律效力的多边协定，在推动能源领域多边合作的进程中作用显著。相较于国际投资的其他标准，ECT公平公正待遇条款修订迟滞，不符合实践需求。该条款业已成为能源投资者提起仲裁的主要依据，但仲裁庭却面临解释和适用上的双重困境。作为ECT的倡导者，欧盟率先制定了ECT现代化建议文本，通过列举式立法方式重置公平公正待遇条款，以五大构成要素界定公平公正待遇内容，能较好地应对现实困境，并为中国经贸协定中公平公正待遇条款的完善提供借鉴。在现代化背景下，结合ECT仲裁案例，解读欧盟关于ECT公平公正待遇条款的现代化方案，能为中国强化能源领域的投资保护提供启示。

关键词：能源投资；《能源宪章条约》；公平公正待遇；现代化；欧盟

中图分类号：D996

文献标识码：A

文章编号：1006-1894 (2023) 06-0059-13

《能源宪章条约》(ECT)是全球首个具有法律效力的多边能源合作机制和能源投资保护协定。作为投资保护中最具争议性的条款之一，公平公正待遇(FET)条款在国际投资仲裁实践中面临解释和适用的双重困境。随着全球化进程的不断加快，国际能源投资日益频繁，包括FET在内的许多ECT条款已经“落伍”，不符合当前国际能源投资保护的要求。作为ECT的倡导者和主要缔约方，欧盟于2020年5月27日发布了关于ECT现代化的建议文本，对FET等条款提出了改革升级的现代化方案。当前中国经贸协定中的FET规则初具规模，但也存在问题，如标准模糊、适用不明等。本文聚焦欧盟关于能源领域多边协定的FET现代化方案，对ECT下的相关仲裁实践进行考察，探究FET的现代化动因，汲取欧盟经验，为中国提供参考和借鉴。

一、ECT公平公正待遇条款现代化的欧盟推进因素

(一) ECT下的公平公正待遇仲裁实践现状

根据国际能源宪章组织秘书处统计的数据，从2001年至2023年5月1日，依

作者简介：岳树梅，西南政法大学国际法学院教授，研究方向：国际经济法和国际能源法；黄秋红，西南政法大学国际法学院博士研究生，研究方向：国际经济法。

基金项目：2020年度国家社科基金重大项目“人类命运共同体理念下我国核安全治理体系和治理能力现代化研究”(项目编号：20&ZD162)；西南政法大学中国—东盟法律研究中心2023年度开放课题“中国参与国际网络空间安全治理的法律路径研究”(项目编号：2023calckt008)。

ECT 提起的国际投资仲裁案例共有 158 个。从申诉依据来看, 主要涉及 ECT 中的 FET、歧视性措施、充分的保护和安全的征收、国民待遇等条款, 其中违反 FET 义务是投资者提起仲裁的最主要诉因。从申诉主体来看, 112 起案件以欧盟成员国为被申请人, 而西班牙作为被申请人的案件共有 51 起。根据现有公开资料, 明确来龙去脉的 89 起案例中, 涉嫌违反 FET 条款的案件占 25.1%, 数量最多 (图 1)。在 45 起案件的最终裁决中认定东道国构成违反 FET 条款的案件占 64% (图 2)。

2020 年后登记在案的 20 个投资仲裁申请中, 仅有“格鲁吉亚 Zaur Leshkasheli 和英属马恩岛 Rosserlane Consultants 诉阿塞拜疆”“德国汉堡商业银行诉意大利”“塞浦路斯 Ostchem 公司诉乌克兰”等 3 个案件明确了诉因, 即申请人认为东道国的行为违反了 FET 及征收条款。除已达成调解协议的案件, 共有 29 个案件明确认定东道国因违反 ECT 中的 FET 条款而需要承担赔偿责任, 22 个已作出最终仲裁裁决, 最高赔偿额达 2.906 亿欧元。其中有 19 个被申请人均为欧盟成员国, 近两年认定东道国违反 FET 条款的案件大半是因西班牙可再生能源法律改革引起的。^②

(二) ECT 公平公正待遇仲裁实践中的困境

1. ECT 公平公正待遇条款下的滥诉

FET 规定于 ECT 第 10.1 条中, 从文本内容可以看出, 其属于“大杂烩”式条款, 包含了 FET、稳定的保护和安全的、不合理的或歧视性措施以及最低待遇标准等内容。该条仅规定了“缔约方给予投资者 FET 承诺”, 却未明确 FET 的内涵, 具有表述简单、语义抽象的特点, 这为投资者滥诉提供了可乘之机。当 ECT 其他投资保护条款内容明确、适用门槛较高时, 投资者往往会选择援引 FET 条款达到申诉目的, 近几年 ECT 下西班牙可再生能源投资仲裁案可以印证这

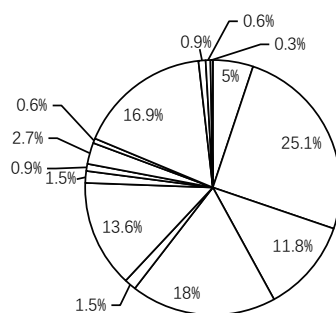


图1 涉嫌违反 ECT 条款的 89 起投资仲裁案^①

注: 5% 是稳定、公平、有利和透明度条件, 25.1% 是公平公正待遇, 11.8% 是充分的保护和安全的, 18% 是不合理或歧视性措施, 1.5% 是低于国际法标准待遇, 13.6% 是保护伞条款, 1.5% 是国民待遇, 0.9% 是最惠国待遇, 2.7% 是索赔和投资相关权利执行的有效方式, 0.6% 是主要人员, 16.9% 是征收, 0.9% 是资金转移, 0.6% 是国有企业行为方式, 0.3% 是歧视条款。

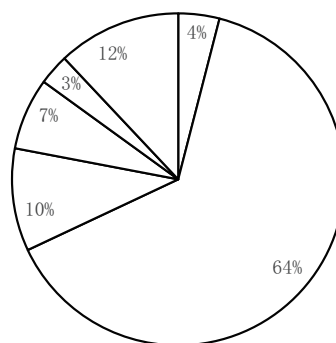


图2 违反 ECT 条款的 45 起投资仲裁案例

注: 4% 是稳定、公平、有利和透明度条件, 64% 是公平公正待遇, 10% 是不合理或歧视性措施, 7% 是保护伞条款, 3% 是索赔和投资相关权利执行的有效方式, 12% 是征收。

① 截至2023年5月1日, 根据公开资料, 89个投资仲裁案涉嫌违反以上ECT条款, 其余的63个案例由于公开数据不足, 不予考虑。

② Energychartertreaty.org.List of cases[EB/OL].https://www.energychartertreaty.org/fileadmin/DocumentsMedia/Statistics/Chart_ECT_cases_-_1_June_2022.pdf. [2022-06-01] (2022-10-05).

一点。1997年起,为吸引外资、推动可再生能源的开发利用,西班牙推行可再生能源优惠政策。受2008年金融危机影响,西班牙政府削减补贴,颁布了一系列法令限制项目数量、增加技术要求,并通过RDL1/2012等法令直接取消优惠和补贴,对投资项目进行征税,由此引发了一系列争端(刘志一,2015)。

由于税收是一国主权的重要标志,ECT第21.1条明确了东道国税收措施管辖例外规定;ECT秘书处也指出,税收对经济主体和主权国家都有重要影响,虽然外国投资者希望不会受到税收歧视,但东道国倾向于在税收措施方面保留一定的自由裁量权(Energy Charter Secretariat, 2004)。在税收例外限制下,外国投资者还频频以FET条款为突破口提起仲裁,正是利用了ECT中FET表述简单、语义抽象的特点。

2. ECT 公平公正待遇条款的解释困境

基于ECT中FET的上述特点,多数仲裁庭会通过司法实践将其内容具体化,结合《维也纳条约法公约》的体系解释、文义解释等方法以及先例、个案情况纳入不同的要素,致使违反FET的情形多达11种(曾华群,2009)。曾有学者因此将FET条款喻为“帝王条款”,指出FET的不确定性使其“裸奔”于国际投资法律实践中,仲裁庭借此获得过度裁量权,不断扩张适用解释(徐崇利,2008)。

在ECT仲裁实践中,仲裁庭经常结合不同的要素解释FET。例如,在Watkins Holdings 诉西班牙案中,仲裁庭主要考虑了投资者的合法期待、法律制度和商业框架的稳定性、措施的透明度、行为的非武断性和一致性等4个要素。^①在The PV Investor 诉西班牙案中,仲裁庭则阐述了FET与投资者合法期待、比例性和稳定性的关系。^②大部分仲裁庭都认可投资者合法期待这一适用标准,但对如何认定这一要素尚存争议。例如,RREEF仲裁庭认为保证投资者的合理回报才是西班牙政府的具体承诺,不涉及税收变化;而Watkins Holdings 仲裁庭则认为西班牙政府作出的明确承诺中包含税收稳定。^③显然,对于ECT中的FET适用标准,各个仲裁庭的观点存在交叉,而这些都是没有明确规定在ECT第10.1条中,是否当然适用于ECT下的FET尚待商榷。

3. ECT 公平公正待遇条款的适用困境

抽象定义带来的语义分歧、解释困境必然引发裁决冲突,从而影响FET条款适用的稳定性。在涉及FET裁决的实践中,仲裁庭裁决的不一致性一直备受诟病。最为典型的就Lauder 诉捷克共和国及CME Czech Republic B. V. 诉捷克共和国两起仲裁案,它们由相同事实引发,即捷克政府采取了变更先前承诺的措施。两个案件均由同一投资者Lauder提出,一个是其本人依美国和捷克签署的双边投资协定在

^① Watkins Holdings v. Spain, ICSID Case No. ARB/15/44, Award, 9 January 2020, para. 514.

^② The PV Investors v. The Kingdom of Spain, UNCITRAL Arbitration, PCA Case No. 2012-14, Final Award, 28 February 2020, paras. 566-585.

^③ Watkins Holdings v. Spain, ICSID Case No. ARB/15/44, Award, 9 January 2020, para. 526.

伦敦国际仲裁院（LCIA）申请仲裁，另一个由Lauder控股的荷兰公司CME以捷克违反与荷兰签订的投资协定为依据将争端提交至斯德哥尔摩商会仲裁院（SCC）解决。两项协定中的FET条款内容基本相同，但两个仲裁庭作出的裁决大相径庭。LCIA认为捷克政府未向投资者作出具体承诺，因此其实施的措施不构成违反FET。而SCC则认为捷克政府所采取的措施损害了投资者的合理期待，且投资者是基于此种期待进行的投资，故认定捷克违反了FET义务。

ECT仲裁实践也存在这一问题，这从晚近针对西班牙、捷克能源领域改革措施提起的几起案例可以看出。Isolux诉西班牙案、Eiser诉西班牙案、Novenergia诉西班牙案、Masdar Solar诉西班牙案、Antin诉西班牙案、Foresigh诉西班牙案这6起案件中，投资者以ECT第10.1条FET为诉因在SCC和ICSID针对西班牙颁布《15/2012号法》等法案、采取相关税收措施申请仲裁，西班牙政府依ECT第21条提出税收例外抗辩均被采纳。而在同时期的Antaris Solar GmbH和Dr. Michael Göde诉捷克共和国案中，针对投资者对捷克政府征收太阳能税构成违反ECT中FET义务的诉请，仲裁庭在捷克政府提出税收例外抗辩的情况下行使了管辖权。^①

FET的语义解释分歧和裁决结论冲突互为因果，语义抽象、解释分歧造成裁决冲突，裁决矛盾加剧语义分歧（梁开银，2015）。在ECT中FET的概括性规定下，规则指引效果不足，仲裁庭的裁断案件、东道国的外资管理和投资者的投资行为无不受到影响。仲裁庭对FET义务内容的解释和适用前后不一、变化多端，东道国对其所需承担义务的性质和范畴缺乏明确认识和准确理解（Connolly，2007）。投资者在条约明显不具可预见性和先前裁决暗藏对立倾向的情形下对投资活动容易举棋不定，发生争端后却毫不含糊地反复援引FET条款。换言之，实践中的双重困境既限制了东道国的外资管理主权，又减损了投资者的合理预期，对投资者的信心造成负面效应，阻碍其实际投资行为。鉴于FET条款的重要价值，ECT现代化推进工作必须要妥善解决FET条款在实践中面临的双重困境。

二、ECT公平公正待遇条款现代化的欧盟方案剖析

从国际协定发展趋势来看，各国一直在尝试通过限定FET的范畴来避免原则性规定带来的仲裁实践问题，例如《美墨加协定》（USMCA）第14.6条和《区域全面经济伙伴关系协定》（RCEP）第10.5条。作为ECT发起者、推动者和主要参与者的欧盟在这方面也积累了较为成熟的经验。考虑到欧盟的经济体量及其在ECT缔结上的历史地位和传统上所具有的规则话语权，欧盟关于ECT公平公正待遇条款的现代化方案值得关注。

^① Antaris Solar and Gode v. Czech Republic, PCA Case No. 2014-01, Award, 2 May 2018.

（一）以列举式立法设置公平公正待遇条款

欧盟在ECT现代化建议文本的第10.1条提出了FET的现代化方案,从内容上看,该条款分为5个部分,一是规定了缔约方的FET与安全保护义务,二是列举了违反FET义务的情形,三是说明了投资者合法期待的适用,四是明确了安全义务限定于物理安全方面,五是防止该条款成为仲裁实践中的“霸王条款”而受到滥用。

与ECT中仅作原则性规定、表述高度概括的FET条款相比,欧盟摒弃了原来“大杂烩”性的概括式立法模式,进行了特征显著的改革,采取列举式立法模式界定FET的内容。欧盟方案以5个要素限定FET,将投资者合法期待作为仲裁庭“自由裁量”要素,而非必要要素。除在文本层面界定FET内涵之外,欧盟还采用了“根本性”“明显”等程度限定词试图进一步限制仲裁庭的解释范围。

（二）以五大要素界定公平公正待遇内容

欧盟方案明确将FET限定在5类情形中,包括不得拒绝司法、遵循正当程序、禁止采取明显的专断措施、不得进行针对性歧视及虐待,东道国对以上任一要素的违背即可能被认定为违反FET条款。

1. 非拒绝司法

非拒绝司法要求东道国依据习惯国际法向外国投资者提供有效的司法救济手段。“拒绝司法”包括程序性拒绝司法和实体性拒绝司法。“程序性拒绝”在实践中几乎不存在争议,东道国法院拒绝受理外国投资者的诉请和拒不作出裁判是最典型的形式,立案、审理、裁判等不合理的程序延迟也属于拒绝司法。例如,仲裁庭在France诉委内瑞拉案中就指出司法机构在裁判过程中错误性的拖延构成“拒绝司法”。而在“实体性拒绝”下,东道国法院基于主观恶意作出明显不公正的判决可能会被认定为拒绝司法,适用法律错误等法官误判行为则不构成拒绝司法,司法系统严重失灵才是仲裁庭认定拒绝司法成立的理由。欧盟方案将刑事、民事和行政诉讼都纳入了司法拒绝的范畴,以充分保障外国投资者在东道国的司法救济权利。因此,行政救济程序的违法也会被归结为“拒绝司法”,东道国需要提供行政复议等补正或上诉机会。

2. 正当程序

正当程序作为现代法治的基石原则,在国际投资领域也指东道国行政机构或司法机构在执法、司法过程中应遵守程序性规定,如欧盟提出的透明度要求。立法、行政执法和司法审判领域都需要贯彻透明度要求,行政执法环节中的不透明极易引发国际投资争端,表现在行政决定作出前未充分通知投资者、行政行为前后矛盾导致投资者合法期待落空等方面。

根据欧盟提案,并非所有不遵循正当程序的东道国行为都意味着违反FET义务,只有根本违反或者严重违反正当程序的行为才需要承担国际法上的责任。在

International Thunderbird Gaming Corp. 诉墨西哥一案中，仲裁庭认为东道国已提供审判和辩驳的机会，不存在颠覆司法正当性的情形，尽管程序缺陷会造成一定不良影响，但不是任何程序缺陷都构成违反 FET 条款。^①此外，欧盟将透明度原则作为根本违反正当程序的组成部分，东道国应在外国投资者投资的全过程及时、全面、持续地公开与投资活动相关的法律、法规、政策等文件，让投资者知晓。

3. 禁止明显的专断

专断，亦称武断，指完全基于个人的偏好或者厌恶而非依据事实或推理进行的裁量。在国际投资领域中，专断措施即东道国缺乏法律基础或出于不公正的目的、不合理的理由而采取的任意性执法和司法措施。东道国先后实施不同措施可能会被认定为专断，例如 Tecmed S. A. 诉墨西哥案中，仲裁庭就指出投资者期待东道国措施保持连贯一致，不得随意撤销在先决定。^②禁止明显的专断要求东道国基于理性或事实而采取措施，不得以公共福利为目标而采取意在损害投资者利益的措施。

4. 非针对性歧视

“歧视”是指不合理地、非平等地对待不同个体，或者基于某种理由给予某人较低的待遇。实践中判断东道国行为是否构成歧视措施，需对比东道国本国或他国投资者的实际待遇、考虑东道国给予差别待遇时是否处于相似情形以及东道国是否具有合理正当的理由。“歧视”并不必然违反 FET 条款，仅在歧视措施不具合理缘由或虽具合法依据但严重损害投资者利益的情况下，才会被视为“针对性的歧视”。欧盟基于人权保护的角度考虑东道国的区别对待行为，其提案中的针对性歧视包括性别、种族和宗教信仰歧视，行业歧视不在歧视性措施之列。“歧视”常与“专断”结合使用，“专断性歧视”措施被仲裁庭认定为违反 FET 条款的可能性更大。

5. 禁止虐待

“虐待”是指东道国实行的任何故意或出于严重疏忽而造成外国投资者利益受损的行为，欧盟 ECT 现代化方案将骚扰、胁迫和强迫等虐待行为设为违反 FET 的情形，旨在防止东道国政府以上述形式的强权行为强迫外国投资者做出违背其真实意愿的利益让渡。国际投资实践中不乏东道国恶意行为的存在，例如 Total S. A. 诉阿根廷共和国案中，东道国政府强迫投资者开展不合理的交易；^③在 Desert Line Projects LLC 诉也门共和国案中，东道国在法院作出判决后，要求外国投资者接受极度不公平的协议。^④禁止虐待意味着投资者免受东道国政府不当行为的损害，若东道国明显没有合法理由或基于不当理由而采取胁迫、骚扰等措施，可能违反 FET 条款。

① International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexico States, UNCITRAL, Arbitral Award, January 26, 2006.

② Tecnicās Medioambientales Tecmed SA v. United Mexican States, ICSID ARB(AF)/00/2, Final Award, 29 May 2003 (Grigera Naón, Fernández Rozas, Vereza.), para. 154.

③ Total S. A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/01, Award, 27 December 2010, para. 338.

④ Desert Line Projects LLC v. The Republic of Yemen, ICSID Case No. ARB/05/17, Award, 6 February 2008, para. 151.

（三）以投资者的合法期待为考量要素

对于投资者合法期待的内涵，学界并没有形成统一明确的概念，实践中主要围绕“东道国稳定的法律制度、特定的意思表示或承诺、措施的一致性、不同部门行为的协调性和外国投资者预期利益的期待”进行讨论。基于主权原则，东道国具有制定、修改、废止法律的权力和自由。但当外国投资者在投资前已尽适当注意义务，并根据法律或合同产生合法期待时，东道国不能随意、频繁地变更法律和措施，否则会被认定为违反 FET 条款。尤其是在东道国为吸引投资者而作出特定承诺的情况下，承诺越具体，越容易构成对法律制度稳定性的破坏。实践中，仲裁庭会重点考察东道国法律对投资者建立新的投资项目或作出维持投资决定所起的作用。当然，法律不可能一成不变，投资者的合法期待这一要素并非禁止东道国改变制度和措施，只是要求东道国公平合理、公正合法地行使立法权。东道国同一部门措施的一致性、不同部门行为的协调性这两个标准也曾得到仲裁庭的肯定，^①但都被指出对东道国过于严苛，有待进一步考量。

欧盟未将投资者合法期待列为 FET 的必要要素，而是将其作为仲裁庭考量的整体性要素，交由仲裁庭自由裁量。根据欧盟 ECT 现代化方案，投资者的合法期待需要符合 3 个条件，一是投资者期待因东道国具体陈述而产生，二是投资者在该陈述下开展了新项目或保留原有投资，三是东道国后续措施损害了投资者期待。投资者的合法期待经常适用于仲裁实践，例如 *Electrabel S. A. 诉匈牙利案* 中，仲裁庭就将其视为违反 FET 的主导因素。^②欧盟提案中的具体陈述可能也蕴含了稳定法律制度和商业环境的承诺，仲裁庭在解释该标准时往往需要综合考量东道国制定或变革相关政策的方式及目的，而非绝对限制东道国改革已有的立法。

（四）欧盟方案的特点及优势

综观当前国际投资法律实践，采用列举方法界定 FET 适用范围有两种类型，第一类是开放式列举，即内容不局限于所列事项，如美国 2012 年 BIT 范本规定的“包括不得拒绝司法”；第二类是封闭式列举，其特点是适用情形“包括且限于”条款所列，排除了其他要素内容，欧盟 ECT 现代化提案中的 FET 条款就是典型代表。总的来看，欧盟关于 ECT 的 FET 条款现代化方案呈现以下几个特点和优势。一是采用列举式立法有效改善了 ECT 概括式立法下 FET 语义抽象、标准模糊的问题，符合新一代国际投资协议的发展趋势。传统国际投资协定具有保护投资者利益的先天基因，为打破东道国“监管寒流”困境和国际投资法的正当性危机，美国、欧盟打造

^① *Técnicas Medioambientales Tecmed, S. A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, para. 253. *MTD Equity Sdn Bhd. & MTD Chile S. A. v. The Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, Award, 25 May 2004, para. 183.

^② *Electrabel S. A. v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction Applicable Law and Liability, 30 November 2012, para. 7.75.

的 TPP、CETA 等晚近投资协定逐渐重视东道国的公共政策规制权（张庆麟和郑彦君，2017），以限制 FET 外延为目标的列举式改革得以兴起和发展，成为促进东道国管制权和私人投资者利益平衡的重要表现。二是封闭式列举明确了 ECT 的 FET 条款适用标准，有效限制了仲裁庭的宽泛解释，提高了条款适用的可预测性和准确性。RCEP 和 USMCA 等协定只明确了“非拒绝司法”或“正当程序”的 FET 义务内容，而考察国际投资仲裁实践可知 FET 内涵多样，若将其局限于一两项内容，就会影响 FET 条款的实际适用，并不足以为外国投资者保驾护航。开放式列举容易造成仲裁庭根据个案为 FET 增加新的要素，无法达到有效约束仲裁庭自由裁量权的效果，可能再次陷入仲裁庭随意解释的不良循环。欧盟采用排他、封闭性的列举方式明确 FET 条款的适用标准，将得到实践检验的大部分要素穷尽式地列举，仲裁庭据此将案件与文本中的要素一一对应，增强了条款的确定性。三是使用“根本性”“明显”的文本用语试图进一步限定仲裁庭对正当程序、专断、歧视 3 类情形的适用，反映了欧盟限制仲裁庭剩余裁量权的主张，并推动改善 ECT 单方保护投资者而忽略东道国公共政策规制及可持续发展要求的现状。四是设定投资者合法期待的具体适用条件，增强 FET 条款的可操作性和指引作用，外国投资者可据此在投资前与东道国达成协议，约定好风险分配等内容，以平衡保护外国投资者的投资安全和东道国灵活调整公共政策的需要。综上，欧盟关于 ECT 的 FET 现代化方案具有较为突出的优点，能较好地应对双重困境，缓解投资者滥诉的问题。中国自 2015 年成为能源宪章组织的签约观察员国后，也一直关注着 ECT 的现代化动向，无论是否加入 ECT，包括 FET 条款在内的 ECT 现代化经验都值得我们思考和借鉴。

三、ECT 公平公正待遇条款现代化进展下的中国因应

ECT 中的 FET 规则现代化对国际能源合作和发展具有重要的现实意义，中国是当前全球最大的能源消费国和可再生能源投资国，历来重视国际能源合作，并将其作为“一带一路”倡议的重点合作内容。近年来，因“一带一路”沿线国违反 FET 条款而被诉的国际投资仲裁案件频发。^①在“一带一路”能源投资规模不断发展的情况下，中国涉 FET 的投资纠纷可能也会随之出现。考虑到中国 FET 条款存在较多不足，因此可借鉴欧盟关于 ECT 中的 FET 条款变革经验，完善相关经贸协定中的 FET 条款，以期在维护国家公共政策规制权和保护投资者利益两方面寻求最佳平衡点。

（一）明确 FET 定位，构建独立适用之条款

作为重要的投资保护实体规则，中国签订的大部分投资贸易协定对 FET 都有所规定，总体来看，这些规定存在较大差异，呈碎片化状态，不同时期对该待遇的认识

^① 2013~2020年底，“一带一路”亚非欧主要国家因可能违反FET条款而涉诉的案件共21起。[https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/advanced-search#iia-breaches.\[2021-10-17\]\(2022-10-05\)](https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/advanced-search#iia-breaches.[2021-10-17](2022-10-05)).

和定位也各不相同。自 1982 年与瑞典签订首个双边投资协定以来,中国已经签订了 145 个双边投资协定,目前生效的有 107 个,大部分都涵盖了 FET 条款,与美国和欧盟的双边投资协定谈判中均涉及 FET。中国签署的 19 个 FTA 有不少在投资专章也对 FET 加以规制,例如 RCEP 第 10.5 条和中国—新西兰 FTA 第 143 条。中国—毛里求斯 FTA、中国—韩国 FTA、《关于升级中国—新加坡自由贸易协定的议定书》均未单独设置 FET 条款,而是将 FET 及充分的保护和安全的最低待遇标准的范畴,要求东道国根据习惯国际法向投资者提供最低待遇标准。从 FET 的具体设置来看,大致可以分为未予规定、概括性规定、与国际法或国际最低待遇标准相联系、关联国民待遇或最惠国待遇、列举规定。其中规定 FET 不低于国民待遇或最惠国待遇的协定数量最多,概括性规定次之,列举式数量极少。该条款在不同协定中呈现较大的区别,定位不明,表述各异。尽管大多协定将 FET 条款放置在正文部分,但也有些规定于序言中,如 1990 年中国—土耳其双边投资协定。此外,不同协定存在“公正与公平的待遇”“公平合理的待遇”“公平公正待遇”等不同表述。

中国对 FET 应形成明确的定位,可借鉴欧盟的做法,明确 FET 实体规则的地位,统一将其放置于文本正文部分,独立成为一个专门的实体待遇标准,在谈判和实际缔约过程中再结合形势之需进行必要的调整。其一,将 FET 置于序言部分有原则化之嫌,序言通常是阐释文本制定的目的、背景或明确宗旨和基本原则。FET 作为一项具有独立规范内容的保护标准已被实践和学界广泛接受(Choudhury, 2005),故应在协定正文中固化 FET 条款位置,并采用“公平公正待遇”的统一表述。其二,可借鉴欧盟改革方案将 FET 区别于其他待遇标准,独立设置该条款的内容,避免该条款的适用受到其他待遇标准的影响,保证其在适用上的独立性和确定性。以国民待遇或最惠国待遇限定 FET 内容存在较大风险,从性质上来看,国民待遇和最惠国待遇属于相对待遇标准,需以东道国国民或第三国投资者享有的待遇为比较对象,FET 是绝对待遇标准,无需参照对象。考虑到各国法治发展进程不一,且大部分“一带一路”沿线国家都属于发展中国家,法制状况仍待完善,以国民待遇限制 FET 并不利于投资者的保护。与 ECT 中 FET 相似的概括性立法方式的弊端更为突出,难以限制仲裁庭的自由裁量权,可能有损国家的公共政策规制权。与国际最低待遇挂钩,将使 FET 受到习惯国际法演进变化的要件限制,因为“何为现行习惯国际法最低待遇标准的具体内容至今尚不明朗”。^①FET 提供的保护范围不止于最低待遇,“一带一路”倡议持续推进的背景下,非独立适用的 FET 模糊规定无法有效保护中国迅速增长的海外投资利益(王衡和惠坤, 2013)。因此,中国可参考欧盟关于 ECT 的 FET 现代化方案,在明确 FET 实体规则定位的基础上,将此待遇脱钩于其他待遇,

① Olatokunbo, Lad-Ojomo. What Is the Distinction between the Fair and Equitable Treatment Standard and the Minimum Standard of Treatment under Customary International Law[EB/OL]. University of Dundee. http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/gateway/files.php?File=cepmlp_car13_79_167622186.pdf. [2022-05-01] (2022-10-05).

采用规范统一的措辞，合理构建独立适用的 FET 条款。

（二）采取列举式路径，界定 FET 具体要素

近年来，中国开始采用列举式清单方式设定 FET 条款，对 FET 的义务要素进行具体列举，以达到限制宽泛解释的效果。但综观中国现有 FET 条款，适用要素不外乎非拒绝司法、禁止歧视性或专断措施、遵循正当程序 3 种，例如中俄双边投资协定中的 FET 条款只涉及非歧视要素，中国—乌兹别克斯坦双边投资协定中的 FET 包含了非拒绝公正审理、非歧视和非专断，中国—毛里求斯 FTA 则将 FET 限定为非拒绝司法单项要素。简言之，中国 FET 条款适用情形过于简单，且缺乏兜底条款的设置，显然与实践普遍认可的 FET 要素相差甚远。美国试图通过在《北美自由贸易协定》（NAFTA）等协定中订入符合习惯国际法最低待遇标准的“包括不得拒绝司法”这一单项要素来限制 FET 的适用范围，局限于投资者程序性权利的保护，可能会引发 FET 目的落空的矫枉过正现象（包晋，2014）。欧盟现代化方案采取封闭式列举清单方式，将既有成熟的要素全部纳入 FET 范畴，既能有效提高条款解释和适用的确定性，又能均衡保护投资者和东道国利益，是最为可取的改革路径（王彦志，2015）。因此，中国应结合国际投资仲裁实践完善 FET 的适用标准，纳入更多广为国际社会认可的要素，包括不得根本性违正当程序、虐待等。同时要注意欧盟 ECT 现代化方案对 FET 条款的设计是绝对封闭性的，这难以应对未来实践发展的变化。中国要在吸纳列举式立法的基础上保留条款内容的调整权，增加兜底条款，如缔约方定期讨论 FET 内容或缔约一方请求讨论 FET 内容，便于掌控 FET 条款未来发展演进的权利。

对于投资者合法期待这一重要判断因素，欧盟进行了巧妙设置，虽然没有直接将它纳入 FET 的必要要素，但极大地提升了条款的可操作性。投资仲裁实践表明，投资者合法期待已成为判断 FET 的重要因素，但在合法期待的产生和合理性问题上存在较大分歧，欧盟明确了这一要素的适用要件，较好地解决了期待生成问题。在“因具体承诺产生期待”要件的指引下，仲裁庭可能优先接受具体投资合同和正式的东道国政府决定或许可，非正式的行政行为归责受限，一般性立法和非指向性的行政行为可能不再予以考察（刘笋，2022）。中国可以借鉴这一做法，在 FET 条款设计中引入投资者合法期待、东道国特定陈述的考量要素。

此外，欧盟 ECT 现代化方案为了限制仲裁庭宽泛解释 FET 条款的空间，改变过度保护投资者的现状，从文本用语上对违反 FET 的情形进一步加以限制，采用了“根本的”“明显的”和“针对性的”等程度副词来修饰“正当程序”“专断”和“歧视”，将东道国违反 FET 的情形限定于严重的和明显的、故意的标准，排除了轻度违反的情形，符合当前从严解释 FET 的需求。中国可借鉴欧盟的这种方式，对适用要素加以程度限制，防止 FET 条款的滥用。事实上，“拒绝司法”和“正当程序”的透明

度要素涵盖范围极为广泛,若不加以限定,将不利于实现限制 FET 条款解释的目的。所以,中国可以在 FET 规则谈判和完善的过程中对透明度的范畴予以适当限制,从实体层面及程序层面明确“拒绝司法”的范畴,界定透明度义务中信息公开的内容,从而限制仲裁庭的 FET 规则解释权,提高中国 FET 条款适用的可预测性、确定性以及可操作性。

(三) 纳入比例原则, 平衡考量投资者和国家利益

随着经济全球化和国际经济环境的变化,过去的单一资本输出国或输入国逐渐转变为双重身份混合国家,东道国的规制权开始得到重视,传统上片面强调投资自由和投资保护的国际投资协定日益关注公共利益。尤其是能源投资与东道国的经济发展、自然环境、公共卫生等息息相关,在日趋频繁的国际能源投资下,生态效益和经济效益之间的矛盾不断激化,能源投资过程的不当行为极易触发自然环境破坏、生态资源污染等问题。在“唯利是图”的全球化大背景下,怎样达到投资者经济利益和东道国环境等公共利益的平衡是 ECT 现代化亟待解决的问题,欧盟 ECT 中的 FET 现代化改革方案并未妥善解决这一问题。能源亦是中国对外投资的主要领域,以电力、热力、燃气及水生产和供应业为例,2021 年中国对外非金融类直接投资额达 48.9 亿美元,同比增长 75.9%。^①同时,中国坚持引进外资,2022 年全年实际使用外资 1,891.3 亿美元。简言之,中国兼具能源投资东道国和投资者母国双重身份,为避免在相关投资争端中处于不利地位,需合理设计 FET 条款,平衡保护投资者和国家权益。(1) 以总体国家安全观为立足点,以利益平衡为基本原则,探索有利于保障我国公共政策规制权的 FET 例外适用路径(张倩雯和王鹏,2022)。在条款中增设适用例外情形,如基于公共卫生、经济发展、环境保护等优先目标而违反 FET 条款的例外适用。作为主权者和外资管理者,东道国具有平衡不同利益的公共权力和责任,东道国为吸引外资而提供的外资保护并不意味着以牺牲其公共目标为代价(徐崇利,2010)。因此不能从私法合同的角度来解释 FET,FET 现代化要严格限定东道国的义务责任范畴,明确适用例外情形。(2) 考虑纳入比例原则,东道国为实现公共利益等正当目标而违反 FET 时应向投资者提供相应的赔偿或补偿(董静然,2019)。比例原则是一种平衡权利和利益冲突的理性程序和合理方式,为权衡政府行为目标和实现目标的手段提供了有益工具,有利于限制公共权力干预公民私人,意味着东道国实现优先目标应采取适度的、对投资者损害最小的措施和手段。这一原则已被欧洲人权法院、欧盟法院、WTO 等机构适用,中国可借鉴其做法在条约实践适用这一原则确保 FET 条款的正确适用(秦晓静,2021)。在适用中综合考虑东

^① 中能传媒能源安全新战略研究院.中国能源大数据报告(2022)——能源发展综述[EB/OL].wexin.[https://mp.weixin.qq.com/s?__biz=MzA3MjgzMzYwNw==&mid=2660124016&idx=1&sn=94145c660ca524ee590fe100d12e65b8&chksm=8462aa58b315234e27403cd132a133317372e070164566057d2a703396946dd62dcc60f268ea&scene=27.\[2022-10-24\]\(2022-11-06\).](https://mp.weixin.qq.com/s?__biz=MzA3MjgzMzYwNw==&mid=2660124016&idx=1&sn=94145c660ca524ee590fe100d12e65b8&chksm=8462aa58b315234e27403cd132a133317372e070164566057d2a703396946dd62dcc60f268ea&scene=27.[2022-10-24](2022-11-06).)

道国的规制需求、目标的合法性、法律和行政行为变化的必要性、采取措施的适当性以及投资者对投资环境的判断、投资活动固有的风险、利益受损的程度等复杂因素。

虽然中国尚未有 FET 涉诉实践，但相关协定中该条款的不足和应诉经验的缺乏可能会带来相关风险。从实体上看，中国现行 FET 条款存在规定各异、适用不清等问题，易引发争端；从程序上看，FET 不属于仲裁例外范畴，相关投资争端可由 ICSID 等仲裁机构管辖。因此，借鉴欧盟经验完善条款内容具有现实意义。结合以上分析，建议参照欧盟方案完善中国 FET 条款，在明确投资者 FET 保护的基础上，对具体要素进行界定，构成要素可考虑欧盟列举的 5 种情形，并辅以程度上的限制，限于严重的、明显的、故意的情形。为增强条款的弹性，灵活调整相关内容适应新形势，可约定审查增减或修改 FET 的适用情形，投资者合法期待的设定也可参考欧盟方式。另外，可纳入比例原则，规定东道国基于公共卫生、健康、环境等正当理由违反 FET 条款义务时，向相关投资者给予一定的补偿或赔偿。

四、结语

当前，ECT 等国际投资协定中的 FET 条款普遍存在语义抽象、适用情形不确定等问题，导致仲裁实践中的解释和适用困境。为解决这个问题，国际社会已经进行了一系列的尝试，但收效甚微。欧盟作为 ECT 的主导者和主要参与者，在利用市场经济机制推动能源体制变革、促进国际能源贸易投资合作以及解决国际能源争端等方面有丰富经验。在 ECT 现代化背景下，欧盟对 ECT 公平公正待遇等投资保护实体规则的现代化非常关注，率先提出了 ECT 现代化方案，对 FET 条款进行了全新的改革尝试。鉴于欧盟在全球占据的经济体量以及在传统上所具有的规则话语权，其有关 ECT 公平公正待遇条款的变革经验对双向投资大国的中国来说，可能需要予以重点关注和追踪。近年来，在“一带一路”倡议的推动下，中国引进外资和对外投资数额巨大，对国际投资规则治理和制度创新的需求增加，尤其是当下中国相关协定中关于 FET 实体条款的规定存在缺乏订立、内涵不清、标准不明等问题，而涵盖 FET 条款的投资协定的变革直接影响“一带一路”倡议的推进，在投资促进、投资保护等方面发挥着重要价值。

能源是生产之基、生活之要，在俄乌冲突推动全球能源生产链、供应链重构的背景下，强化国际合作，对于实现中国能源生产、消费结构以及能源供应技术转型升级不可或缺。ECT 现代化进程与“一带一路”倡议在地理范畴、目的原则以及制度内容等多方面具有重合之处，在此背景下，完善中国相关经贸协定的 FET 条款能够为中国参与国际能源治理提供一个很好的平台，有益于与其他国家携手维护国际能源秩序稳定，保障国际能源安全，共同应对环境污染、气候变化等问题，共建人类命运共同体和实现全人类的永续发展。

参考文献:

- [1] 包晋.NAFTA下美国关于“公平与公正待遇”的国家实践——争端解决视角[J].国际经济法学刊,2014,(1).
- [2] 董静然.论欧盟对国际投资公平公正待遇条款的革新[J].广西社会科学,2019,(12).
- [3] 梁开银.公平公正待遇条款的方法方法困境及出路[J].中国法学,2015,(6).
- [4] 刘笋.论合理期待原则在国际投资法中的引入与适用[J].华南师范大学学报(社会科学版),2022,(1).
- [5] 刘志一.《能源宪章条约》下可再生能源投资仲裁案及启示——以西班牙投资仲裁案为主线的考察[J].国际商务研究,2020,41(1).
- [6] 秦晓静.论比例原则在公平公正待遇有关仲裁案件中的适用[J].东方法学,2021,(2).
- [7] 王衡,惠坤.国际投资法之公平公正待遇[J].法学,2013,(6).
- [8] 王彦志.国际投资法上公平与公正待遇条款改革的列举式清单进路[J].现代法学,2015,(6).
- [9] 徐崇利.公平与公正待遇标准:国际投资法中的“帝王条款”?[J].现代法学,2008,(5).
- [10] 徐崇利.公平与公正待遇:真义之解读[J].法商研究,2010,27(3).
- [11] 曾华群.国际经济新秩序与国际经济法新发展[M].北京:法律出版社,2009.
- [12] 张庆麟,郑彦君.晚近国际投资协定中东道国规制权的新发展[J].武大国际法评论,2017,(2).
- [13] 张倩雯,王鹏.利益平衡视角下双边投资协定例外条款的扩张与限缩[J].国际商务研究,2022,(3).
- [14] Choudhury,Barnali.Evolution or Devolution?Defining Fair and Equitable Treatment in International Investment Law[J].The Journal of World Investment and Trade,2005,6.
- [15] Connolly,Kelley.Say What You Mean:Improved Drafting Resources as a Means for Increasing the Consistency of Interpretation of Bilateral Investment Treaties[J].Vanderbilt Journal of Transnational Law, 2007,40(5).
- [16] Energy,Charter.The Energy Charter Treaty:A Reader's Guide[J].Oil,Gas & Energy Law Journal,2004,2.

The Modernization of the Fair and Equitable Treatment Clause in ECT: EU's Proposal and China's Countermeasures

YUE Shumei HUANG QiuHong

Abstract: The Energy Charter Treaty (ECT) is the only legally binding multilateral agreement in the energy field, which is conducive to promoting energy cooperation. However, since its signing, investment protection clauses such as fair and equitable treatment (FET) have never been revised. Compared with the new standards of the international investment system, they no longer meet actual needs. The issue of FET is extremely controversial in energy investment. Among the existing ECT investment arbitration cases, most are due to the host country's alleged violation of the ECT's FET clause, which become the main basis for energy investors to initiate arbitration. In practice, investment arbitration tribunals have made different interpretations of the connotation of ECT's FET from different angles and levels, leading to application difficulties. As an advocate and main contracting party of ECT, the European Union also pays close attention to the modernization agenda of ECT. The European Union issued a proposal for the modernization of the ECT, and reformed and upgraded FET clause. China is one of the observer countries of the International Energy Charter, and the modernization of ECT's FET clause also has important reference value for China. In the context of modernization, combined with ECT's FET international investment arbitration cases, the interpretation and evaluation of FET clause in the EU text proposal for the modernization of the ECT can give the Chinese government some enlightenment for energy investment protection.

Keywords: energy investment; ECT; fair and equitable treatment; modernization; EU

(责任编辑: 金孝柏)