



“十二五”国家重点图书
新能源法律与政策研究丛书
总主编 杨泽伟

《能源宪章条约》 投资规则研究

马迅 著



JHAN UNIVERSITY PRESS

江汉大学出版社



“十二五”国家重点图书
新能源法律与政策研究丛书

总主编 杨泽伟

《能源宪章条约》 投资规则研究

马迅 著



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

《能源宪章条约》投资规则研究/马迅著. —武汉: 武汉大学出版社, 2012. 9

“十二五”国家重点图书

新能源法律与政策研究丛书/杨泽伟总主编

ISBN 978-7-307-10086-2

I. 能… II. 马… III. 能源—投资—国际条约—多边条约—研究
IV. F416.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 189807 号

责任编辑:张 欣 责任校对:刘 欣 版式设计:马 佳

出版发行: 武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件: cbs22@whu.edu.cn 网址: www.wdp.com.cn)

印刷: 武汉中远印务有限公司

开本: 720 × 1000 1/16 印张: 19.25 字数: 271 千字 插页: 2

版次: 2012 年 9 月第 1 版 2012 年 9 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-307-10086-2/F · 1702 定价: 38.00 元

版权所有, 不得翻印; 凡购我社的图书, 如有质量问题, 请与当地图书销售部门联系调换。

本书是教育部人文社会科学研究2009年度项目“《能源宪章条约》与国际投资法的发展——兼论我国的应对策略”（编号09YJC820130）的研究成果之一。特致谢忱！

摘 要

《能源宪章条约》作为一个缔约国数量众多的国际条约，其投资规则在国际投资法中占有重要地位，颇具代表性。它与 NAFTA 第 11 章的投资规则以及美欧各国的双边投资条约一起，反映了 20 世纪 80 年代以来国际投资保护和投资自由化的思潮，成为了《多边投资协议》(草案)起草的蓝本。结合国际投资法的历史发展以及《能源宪章条约》投资仲裁案例，全面分析该条约投资规则，有利于把握国际投资法的发展趋势，并能够为我国投资条约的签订以及能源投资立法提供建议。

本书第一章在简单介绍《欧洲能源宪章》和《能源宪章条约》的历史背景和基本内容的基础上，结合国际投资法的发展历程，概述了《能源宪章条约》投资规则的内容，并指出了《能源宪章条约》投资规则在国际投资法的发展历程中具有重要地位，其特点在于它是一个投资保护水平极高，但投资自由化程度相对较低的国际投资规则。其投资规则有许多令人深思之处。

本书第二章分析了《能源宪章条约》投资规则的适用范围。《能源宪章条约》虽然只适用于能源领域，但其有一个极为宽泛的受保护的“投资”的定义，而且这一宽泛的投资的定义在 ECT 仲裁庭的实践中更是得到了进一步的扩展。在“投资者”的定义方面该投资规则也有一定的特点，力图限制投资者利用“邮箱公司”获取该条约利益的“利益拒绝条款”实际适用空间很小。除此之外，《能源宪章条约》的条约暂时适用制度，也在一定程度上拓宽了《能源宪章条约》投资规则适用的时间和空间范围。总之《能源宪章条约》极力扩大其投资规则的适用范围。

本书第三章研究了《能源宪章条约》投资规则的相对待遇标

准，即国民待遇和最惠国待遇。《能源宪章条约》投资规则最大的特点是区分了投资准入阶段和准入后阶段，在投资准入阶段没有要求必须给予国民待遇和最惠国待遇，而是规定了“最大努力”义务。而在准入后阶段，则是非常严格的国民待遇和最惠国待遇，其严格标准超过了很多其他的投资协定。

本书第四章阐述了《能源宪章条约》投资规则的绝对待遇标准。《能源宪章条约》投资规则也制定了一个非常之高、措辞比较模糊的绝对待遇标准，不仅包含了公平与公正待遇、持续的保护与安全等传统的绝对待遇标准，还增加了诸如透明度、对其他国际条约的遵守、保护伞条款等其他高标准的要求，这对于投资者保护非常有利。但是，这种非常高标准的绝对待遇，也成为国际投资法中最受争议的问题之一。

本书第五章研究了《能源宪章条约》投资规则的征收与补偿问题。《能源宪章条约》投资规则的征收与补偿制度与绝大多数的投资协定的制度没有太大区别。但是，该制度在晚近出现了新的发展趋势，尤其是在关于间接征收的认定标准，以美国为代表的国家在其投资协定中倾向于对间接征收的标准作出更加精确的定义，并将一些维护公共利益的非歧视性措施排除在间接征收的范围之外。这种对间接征收的严格限制，近年来成为国际投资法发展的一个重要方向。然而《能源宪章条约》投资规则并没有反映出这一最新动向，体现出其局限性。

本书第六章是关于《能源宪章条约》投资规则的其他实体性条款，其中包括禁止履行要求、资金转移、战乱风险赔偿以及关键人员雇佣条款。对于这些规则《能源宪章条约》态度不一。对于禁止履行要求，《能源宪章条约》采取了较为宽松的规定，其要求不超过世界贸易组织 TRIMs 协议的规定，这体现出它在投资自由化方面较为保守的态度；而对于后三者，其规定不低于甚至大大高于其他投资协定的规定。

本书第七章研究了《能源宪章条约》与投资相关的环境条款。《能源宪章条约》的环境条款集中体现在第 19 条，另外在条约的序言、第 18 条等条款也有所体现。《能源宪章条约》中的环境条

款体现了缔约国对环境问题的关注，具有十分积极的意义。但是，其规定与近年来其他的国际投资协定相比仍然存在着重大不足，相关重要的环境条款的缺失、环境条款用语软弱、效力低下，而且在争议解决程序中也没有为环境保护预留任何空间。总之，《能源宪章条约》与投资相关的环境条款具有非常明显的“软法”特征。

本书第八章研究了《能源宪章条约》投资规则的投资者—东道国争端解决机制。《能源宪章条约》第26条的该机制具有非常显著的特点，它明显倾向于保护投资者利益，要求东道国“无条件”同意将争议提交仲裁，并且将传统国际投资协定中限制投资者提起仲裁的许多条件，比如“岔路口条款”、时效、仲裁意图通知、提交仲裁范围限制等，全部弃之不用。在实践中，投资者—东道国仲裁已经出现了很大的争议，比如关于保护伞条款、多重程序以及仲裁的透明度等。《能源宪章条约》的投资仲裁的某些案例也体现了上述的弊端。因此，对于《能源宪章条约》第26条的这一机制，应当结合晚近国际投资仲裁的实践进行反思。

本书第九章结合《能源宪章条约》投资规则的特点分析了其对我国的启示。《能源宪章条约》是一个具有最高标准的投资保护规则但投资自由化水平相对较为保守的投资规则。其过分偏向于投资者保护而忽视东道国经济与社会管理权力是其不足之处。对于我国而言，与国际能源组织进行合作具有重要意义，有利于增强我国能源供应的稳定性和安全性、改善我国能源投资环境、保护我国能源企业海外投资，但是我们在进行相关合作、对外签订国际条约时仍应以中国实际出发，不应盲目提高投资保护和投资自由化水平，应当以可持续发展原则为指导构建投资规则体系。但是我国还是应该从ECT中吸取经验，促进我国的国内和国际能源投资立法，保障国家能源安全。

关键词：能源宪章条约；国际投资法；投资保护；投资自由化

Abstract

As a multilateral treaty with numerous contracting party, the Energy Charter Treaty (ECT)'s investment rules are very representative and have a important position in the international investment law. In company with the investment rules in NAFTA Chapter 11 and other American and European BITs, ECT's investment rules reflect the ideological trend of investment protection and investment liberalization and became the chief sources of the draft of Multilateral Agreement on Investment. Basing on the development of international investment law and ECT's investment arbitration cases, analyzing ECT's investment rules wholly, will benefit us of catching the development trends of international investment law, and can give advises to the investment agreements and energy investment laws of our country.

Basing on a chief introduction of the European Energy Charter and the Energy Charter Treaty and Combining with the historical development of international investment law, Chapter One of this dissertation sketches out the content of ECT's investment rules and point out that ECT's investment rules have a important position in the international investment development history. ECT's investment rules have a very high investment protection standard but rather low investment liberalization standard. And they have many issues which need to be deeply thinking about.

Chapter Two of this dissertation analyzes the scope of application of ECT' investment rules. Although ECT only applied to energy field, it has a very broad protected "investment" conception. This broad "investment" conception is further expanded by the ECT investment

arbitration practices. The ECT's "investor" conception also has its character, but the "benefit denial clause" which tried to prevent "mail box" company to get the advantages of ECT has very little applying possibility. Additionally, the provision application of ECT also to some degree expands the time and space scope of its investment rules application. In a word, ECT tries best to expand its investment rules' application scope.

Chapter Three studies on the relative treatment standard, i. e. national treatment and most-favoured-nation treatment, of ECT's investment rules. About the relative treatment standard, ECT's investment rules are divided into pre-establishment phase and post-establishment phase. These two phases have different treatment. In pre-establishment phase ECT does not require giving national treatment and most-favoured-nation treatment, but only stipulates "best endeavor" liability. In post-establishment phase, ECT stipulates very strict national treatment and most-favoured-nation treatment liability which are much more strict than other investment agreement.

Chapter Four elaborates the absolute treatment standard of ECT's investment rules. ECT also stipulates very high absolute treatment standards of investment with an ambiguous diction. These standards not only include traditional fair and equitable treatment and constant protection and security, but also add other very high requirements such as transparency, observance of other international treaties and "umbrella clause". These standards are very benefit to investors but are also very controversial issues in international investment law.

Chapter Five studies on the expropriation and compensation rules of ECT's investment rules. These rules are similar to other international investment agreements. But the expropriation and compensation rules have some new development trends at present. Especially about the identification standard of indirect expropriation, some countries, represented by the USA, in their investment agreement give a much more

accurate definition of indirect expropriation and preclude some nondiscriminated measures for public interest protection from this definition. This restricted definition of indirect expropriation may become an important development direction of international investment law. However, ECT does not reflect such trend, and this is one of the important defects of its investment rules.

Chapter Six is about some other substantive provisions including performance requirements prohibition, transfers related to investments, compensation for losses owing to war or similar events and key personnel. About these aspects, ECT has different attitude. About the performance requirements, ECT's stipulation is quite loose, because its requirement is not more than WTO TRIMs agreement. This reflects the relative lower standard of investment liberalization of ECT. However, about other three aspects, ECT's stipulations are as strict as, even stricter than, other international investment agreements.

Charter Seven studies on the ECT's environmental provisions related to investment. The ECT's environmental rules are mainly provided in Article 19 and some rules are provided in the Preamble and Article 18. The ECT's environmental provisions have very positive meaning, while they embody the parties' attention on the environmental issues. However, comparing with recent other investment treaties, the ECT's environmental rules have obvious flaws. Some important rules are absent. The words of the environmental provisions are very weak. Moreover, it does not reserve any space for environmental protection in its investment dispute resolution mechanism. In a word, the ECT's environmental provisions related to investment have an obvious character of "weak law" .

Chapter Eight studies on the investor/state dispute resolution mechanism of ECT's investment rules. This mechanism in ECT article 26 has very remarkable characteristic that it is favorable to investor. This mechanism requires the host country to give its "unconditional" consent

to the submission of a dispute to international arbitration and abandons many conditions to limit investor's right to submit a arbitration, such as fork-in-the-road clause, prescription, notice of arbitration intention, limitation of arbitration scope, etc. In practice, the issues of umbrella clause, multiple proceedings and transparency of arbitration in investor/state arbitration are very controversial. The ECT investment arbitration also has those defects. Therefore, we need to rethink ECT article 26 mechanism basing on present international arbitration practices.

Chapter Nine analyses the clues of ECT's investment rules to china. ECT has a very high standard of investment protection and a relatively lower standard of investment liberalization. The defect of ECT investment rules is their excessive preference to investor protection but the neglect of host countries' economic and social governance power. The cooperation with international energy organization has important meaning to China, because that will enhance the stability and security of our energy supply, improve our energy investment environment, protect our energy enterprises' oversea investment. But when we advance the cooperation and sign international treaties, we need to considerate our own condition and cannot accept excessive investment protection and liberalization standards. However, we need to learn experiences from ECT, promote our domestic and international energy investment legislation, and guarantee our energy security.

Key Words: the Energy Charter Treaty; international investment law; investment protection; investment liberalization

目 录

引 言	1
第一章 ECT 及其投资规则概述	4
第一节 ECT 的订立及其基本内容	4
一、ECT 谈判的历史背景	4
二、从《宪章》到 ECT	5
三、ECT 的主要内容、特色及意义	7
第二节 ECT 投资规则与国际投资法的发展	11
一、ECT 投资规则内容概述	11
二、ECT 投资规则在国际投资法的历史发展中的地位	13
第二章 ECT 投资规则的适用范围	21
第一节 受保护的投资	21
一、投资的一般定义	21
二、ECT 中的投资定义的基本分析	24
三、从 ECT 仲裁案例看投资的定义	33
第二节 受保护的投资者	38
一、投资者的一般定义	38
二、ECT 中的投资者定义的分析	40
三、ECT 第 17 条 (1) 的“利益拒绝条款”与投资者 的定义	42
第三节 ECT 投资规则的暂时适用	56
一、国际法上条约的暂时适用制度	56
二、ECT 关于暂时适用的规定	57

三、与 ECT 暂时适用相关的纠纷	58
第四节 ECT 投资规则适用范围的小结	67
第三章 ECT 投资规则的国民待遇和最惠国待遇	70
第一节 国民待遇和最惠国待遇概述	70
一、国民待遇和最惠国待遇的定义与历史发展	70
二、国民待遇和最惠国待遇标准的主要问题	75
三、最惠国待遇标准与国民待遇标准的关系	78
第二节 ECT 投资准入阶段的国民待遇和最惠国待遇	80
一、最大努力义务	80
二、投资准入阶段国民待遇和最惠国待遇例外范围的最小化	82
三、补充条约	83
第三节 ECT 投资营运阶段的国民待遇和最惠国待遇	84
一、“同类规则”的缺失	85
二、投资运营阶段国民待遇和最惠国待遇的例外范围的最小化	86
三、最惠国待遇义务是否适用于投资争议解决程序的问题	89
第四节 在 ECT 投资案例中国民待遇和最惠国待遇的实践	89
一、Nykomb 诉拉脱维亚案	89
二、Plama 诉保加利亚案	90
第五节 ECT 投资规则中国民待遇和最惠国待遇的小结	99
第四章 ECT 投资规则的绝对待遇标准	101
第一节 国际投资条约中的绝对待遇标准概述	101
一、绝对待遇标准的历史发展	101
二、公平与公正待遇的表述	102
三、公平与公正待遇和国际最低标准之间的关系	104
第二节 ECT 投资规则中的绝对待遇标准	107

一、ECT 第 10 条 (1) 的规定	107
二、对该条款的两种解释	108
三、笔者的观点	108
第三节 在 ECT 投资案例中绝对待遇标准的实践	117
一、Nykomb 诉拉脱维亚案	117
二、Petrobart 诉吉尔吉斯案	119
三、Plama 诉保加利亚案	120
四、对上述案例的评析	123
第四节 ECT 投资规则中绝对待遇标准的小结	124
 第五章 ECT 的征收与补偿规则	127
第一节 征收问题概述	127
一、征收问题的历史发展	127
二、征收的合法性问题	128
三、征收的分类	130
四、征收的补偿标准的原则	133
五、征收的补偿标准的具体估算方法	136
第二节 ECT 对征收及其补偿的规定	138
一、条款的基本规定	138
二、适用于 ECT 第 13 条的征收的范围	139
三、征收的条件与补偿	142
四、关于 ECT 中间接征收的判断标准及补偿的思考	146
五、征收补偿额的估算问题	153
第三节 ECT 投资案例中征收规则的具体运用	159
一、Nykomb 诉拉脱维亚案	159
二、Petrobart 诉吉尔吉斯案	160
三、Plama 诉保加利亚案	161
四、对上述案件的评析	162
第四节 ECT 的征收与补偿规则的小结	162

第六章 ECT 的其他实体性投资规则	165
第一节 ECT 中的履行要求规则	165
一、履行要求规则概述	165
二、ECT 履行要求规则规定及其特点	168
第二节 ECT 中的资金转移、战乱损失和关键职员规则	173
一、资金转移规则	173
二、战乱损失补偿规则	177
三、关键职员雇佣规则	179
第三节 ECT 的其他实体性投资规则的小结	181
第七章 ECT 中与投资相关的环境保护条款	183
第一节 ECT 中与投资相关的环境保护条款概述	183
一、投资条约中纳入环境条款的背景	183
二、ECT 中的环境条款的内容	184
第二节 国际投资协定中环境条款的主要模式	186
一、概括性地提及环境保护	186
二、确认缔约国采取环境规制措施的权利以及不降低环境标准的义务的条款	188
三、例外条款	190
四、环境保护的程序性条款	191
五、处理投资协定与环境协定的关系的条款	193
六、有关投资者及其投资的环境义务的条款	194
第三节 对 ECT 中环境条款的评析	195
一、ECT 中环境保护条款的意义	195
二、ECT 中环境保护条款的缺陷	195
三、小结	197
第八章 ECT 的投资者—东道国投资争议解决机制	199
第一节 基本规定及实际运行情况	199
一、ECT 的投资者—东道国投资争议解决机制的基本规定	200

二、ECT 的投资者—东道国争端解决机制实际运行情况	202
第二节 该争端解决机制的特点分析	204
一、宽泛的适用范围	205
二、“岔路口条款”的放弃	206
三、东道国对提交仲裁的“无条件”同意	207
四、完全适用国际法作为仲裁准据法	209
五、仲裁程序采用现行的仲裁机构的仲裁程序规则	211
第三节 该争端解决机制中的法律问题	212
一、投资者—东道国争端解决机制与“保护伞条款”	212
二、投资者—东道国争端解决机制与国际投资仲裁中的 多重程序	221
三、仲裁程序的选择与透明度问题	231
第四节 ECT 投资者—东道国投资争议解决机制的小结	241
第九章 ECT 投资规则之评判及对我国的启示	244
第一节 ECT 投资规则之评价与反思	244
一、相对保守的投资自由化措施	244
二、最高标准的投资保护措施	245
三、对 ECT 投资规则的反思	248
第二节 对我国的启示	254
一、关于能源投资准入	254
二、关于高标准投资保护	257
三、关于国际能源合作	263
四、关于能源投资与可持续发展	266
参考文献	271
后 记	288

引 言

20 世纪 80 年代以来，外国直接投资发展的速度极其迅速。各国特别是发展中国家，不仅积极调整国内政策吸引外资，而且同时参与各种双边、区域和多边的关于保护和促进外国投资的条约的谈判。因此，各种双边投资条约和以《北美自由贸易协定》(NAFTA)为代表的区域性条约数量大为增加。在多边贸易谈判过程中，关于投资规则的谈判也取得了一些有限的成果，如 TRIMs 协议、GATS、补贴与反补贴措施协议和 TRIPs 协议都包含了与国际投资相关的规则。其中，《能源宪章条约》(Energy Charter Treaty，以下简称 ECT) 中的投资规则占有重要地位，颇具代表性。这一方面是由于该条约缔约国数量众多，另一方面其与 NAFTA 第 11 章的投资规则以及美欧各国的双边投资条约一起，反映了 20 世纪 80 年代以来国际投资保护和投资自由化的思潮，成为了《多边投资协议》(Multilateral Agreement on Investment, MAI)(草案)起草的蓝本。

与此同时，世界能源问题日益严峻，为了应对这一问题，世界大多数国家尤其是发达国家都将能源问题作为关系国家安全的重要问题之一，因而各国都在寻求通过双边或多边途径进行国际能源合作。而欧洲能源宪章会议以及 ECT，正是一个非常重要的国际能源合作机制。ECT 的目的，就是要“在互补和互利的基础上，为促进能源领域的长期合作而创建一个法律框架”。在这个合作机制中，能源投资规则不仅是其重要内容之一，而且也是其最具争议的一个方面。

然而，在 ECT 取得成功的同时，我们也注意到，以 ECT 投资规则和 NAFTA 第 11 章为蓝本的《多边投资协议》的谈判似乎已经走进了死胡同。在经济合作与发展组织 (OECD) 组织下的谈判