

国际核能源投资仲裁中 公共利益保护缺失的困境与破解

罗维昱

【摘要】在日益加速的全球能源发展过程中,核能引发了一些问题。一方面,核电站被认为是一种可靠的能源,在能源安全方面发挥着重要作用。另一方面,核能因与之相关的健康和环境风险而被认为是有争议的。因此,在核能源投资领域投资者的个人权利与公共利益(即保护公共健康和生命)之间存在着潜在冲突。一些与核能相关的投资纠纷已经反映出东道国的公共利益保护存在缺失的现象。本文在对这些现象进行分析之后,试图找出其公共利益保护缺失的原因,并寻求破解的方法。具体来说,通过完善仲裁员行为守则、提高透明度要求以及对东道国例外条款的合理运用平衡投资者与东道国的利益等方法,能更好地破解核能源这一敏感领域的投资仲裁公共利益保护困境。

【关键词】核能源;公共利益;能源宪章条约;透明度;例外条款

【作者简介】罗维昱,山东大学法学院博士研究生。

【基金项目】本文是2020年国家社科基金后期重点项目“国际投资条约中的国家安全条款研究”(项目编号:20FFXA006)的阶段性研究成果。

【原文出处】《国际法季刊》(京),2023.2.106~130

当前,以合理的价格获得持续稳定的能源,已成为国家现代经济发展的关键。在全球加速发展的过程中,核能既提供了重要的能源支持,也引发了许多问题。一方面,核电站被视为可靠的能源来源,在能源发展及安全方面发挥着重要作用。同时,由于基本上没有碳排放,核能被视为减少温室气体排放以缓解气候变化的工具之一。另一方面,核能被认为是有争议的,因为它会带来健康和环境风险。一些流行病学专家指出,从统计上来看,核电站工人和生活在核废料处理厂附近的人患癌症的风险显著增加。^①一些公共卫生学者认为,核电站使人们暴露于低水平核辐射中,随着这种暴露的持续,患病的风险会大大增加。^②现代核反应堆设计可以实现非常低事故风险,但也必须承认,目前并没有无风险的核电站设计。人为失误、自然灾害和恐怖主义均带来了额外的风险。由于对人类健康和环境造成大规模损害的可能性远远大于化石燃料系统,核技术被视为“固有危险”的技术。^③核风险本身概率很低,但一旦发生,其可预见的损害是极其严重的。

基于此,一些国家将核淘汰列入了能源转型的一部分,如德国、比利时、西班牙、瑞士等国家。特别是德国,该国希望其以化石燃料为基础的能源生产能在2022年前转向基本无碳的能源部门,同时逐步淘汰核能。在2011年3月日本福岛核事故发生后不久,德国加快了其终结使用核能政策的步伐。^④2012年5月,在德国境内拥有两座核电厂的瑞典能源公司大瀑布电力公司(Vattenfall)针对德国废核的决定,向国际投资争端解决中心(International Centre for the Settlement of Investment Disputes, ICSID)提出仲裁申请。^⑤Vattenfall公司援引《能源宪章条约》(Energy Charter Treaty, ECT)相关规定,主张该公司于德国投资的克鲁梅尔(Krömmel)核电厂与布伦斯比特尔(Brunsbüttel)核电厂,^⑥因德国废核政策关闭后,蒙受估计超过7亿欧元的损失,故该公司拟就该损失提交ICSID诉讼。在2021年3月5日的新闻媒体报道中,德国政府宣布,他们已经与Vattenfall公司达成和解。^⑦虽然目前双方就争议事件达成和解,但是由于这些核淘汰政策所引发的一系列问题,需要进一步

的研究与分析。随着俄乌冲突之后对于能源安全的考虑,一些国家开始所谓的“核能复兴”计划,如法国和英国陆续启动了新的核电站建设计划。因此,当前国际核能源发展中,不同国家认识不同,发展情况各异,政策变化情况大,投资者面临更大的投资风险。此外,从目前的国际核能源争议的内容来看,仲裁实践中存在着东道国与投资者利益保护不平衡、难以回应公众关注等问题。因此,国际核能源仲裁中的公共利益保护存在着严重的缺失,需要对其进行分析并寻求破解方法。

一、国际核能源投资仲裁中公共利益保护缺失的困境

迄今为止,与核能有关的投资争端只代表了国际投资法的一个内容较少的部分。事实上,目前只有六项仲裁与核能部门直接或间接相关。这与能源部门日益增多的仲裁判例形成了鲜明对比。然而,与核能有关的案件很少,一部分原因是一些仲裁内容相对不透明,而不是该部门缺乏诉讼。此外,鉴于目前存在的核能源发展的不同趋势,即一些国家正在制定核电站退役政策,而另一些国家则在追求核能源发展计划,可以预见,在不久的将来会出现更多的争议情况。就目前的投资争议现状来看,公共利益保护缺失在仲裁实践中的表现有如下三个方面。

(一)核能源投资仲裁中投资者与东道国的利益冲突

虽然能源法和公共利益是不同的研究领域,但它们愈发相互交叉,能源供应和公共利益之间可以相互支持,但在某些情况下,能源资源的开发也会对公共健康产生负面影响。因此,能源发展过程中经常呈现出私人利益和公共利益相冲突的局面。公共利益与私人利益之间的冲突是近年来国际投资仲裁领域需要面对的重要问题之一。

在国际核能源投资仲裁中,投资者与东道国的利益冲突问题也十分棘手。能源资源的开发会以各种方式对公共利益产生负面影响。例如,核能引起公众对铀矿开采和反应堆安全以及核废料运输和处置的健康关切。核物理专业学者强调,现代反应堆设计可以实现非常低的严重事故风险,但他们承认不相信有完全无风险的核电站设计。^⑧放射性废物

的处置也仍然是一个未解决的问题。综上所述,作为核法律的基本原则,许可和持续控制原则要求国家不断参与对核能相关活动的监管。根据《核安全公约》(Convention on Nuclear Safety)第7条,各缔约国应建立和维持一个立法和监管框架,以管理核设施的安全。立法框架应规定有关核设施的许可证制度,禁止无许可证经营核设施,规定监管检查制度,以及执行适用的法规和许可证的条款,包括暂停、修改和撤销。^⑨

此外,东道国还必须制定和执行环境法规和控制措施。国家在核电站运营期间深度参与了核能生产的监管,这就产生了政府可能超越合法干预的界限,并利用其权力打破投资者和东道国之间的成本与利益的平衡。投资仲裁的实践已经形成了监管性征用的概念,即政府监管实质上剥夺了投资者的投资利益。最近20年里,投资者和东道国之间发生的争端越来越多。典型的投资争端的主题往往是国家的某项监管措施是否构成了对其条约义务的违反。这类争端也已经在核能源争端中出现。在Vattenfall案件中的一个关键争议点,就是德国为保护其国家重要利益,包括公共卫生、安全、以及环境而采取的措施,可能被投资者视为具有相当于征用的效果。这种监管措施是否可以以及在何种情况下可以纳入间接征用的定义,是有很大争议的。监管的不确定性被认为是新核电站投资的主要阻碍之一。

此外,核能源经营者的责任是严格的,即受害者不需要证明过失或疏忽来确定经营者的责任。然而,经营者的责任在金额及赔偿时限上都是有限的。^⑩这些赔偿数额因各国加入的国际公约而异。1957年,美国国会通过了《普赖斯·安德森法案》(Price-Anderson Act),该法案将核设施在核事故中的责任限制在100亿美元,其余责任由美国纳税人承担。该法案被批评为不适当的政府补贴,将核电的实际成本外部化。^⑪

(二)核能源投资仲裁与国家能源安全的冲突

国家安全是国际关系中的基本概念之一。传统来看,现实主义的国家安全理念以国家领土为出发点,关注“国家与国家之间”(inter-state)的安全互动。冷战之后,非传统国家安全概念不断发展,跨国

家(trans-state)的全球安全和国家综合观念开始产生,国家安全的内涵和外延发生了很大的变化。^⑩目前,国家安全的主题范围很广,包括环境安全、资源利用、社会安全、网络安全等。由于能源是一国经济、民生发展的关键,因此,能源安全成为当下国家安全中的重要一环。在非传统安全观念下,国家对于国内可能涉及国家安全的投资行为进行监管,是东道国保证自身利益的手段和措施。

自20世纪90年代以来,国际仲裁的潮流出现,许多外国投资者寻求通过国际仲裁保护自身利益,并且出现了梅塞尼斯公司(Methanex)诉美国案、萨鲁卡投资公司(Saluka Investment)诉捷克案、苏伊士环境与威望迪环境集团(Suez and Vivendi)诉阿根廷案等许多裁决,往往会限制国家的管制权力。在能源领域,ECT虽然为核能提供了另一层监管,但作为能源类的综合条款,其更大的作用是为投资者提供了更多的保护空间。截至2020年,已知投资仲裁案件总数达1104起。从总体趋势来看,所有已知案例中有超过12%援引了ECT(共计142例)。^⑪此类案件均显示出曾被范哈顿(Van Harten)定性为“商人法庭”的投资仲裁庭正在越来越多地对影响东道国公共政策的事项进行规制和调整,从而给予外国投资者更多的保护。^⑫

核能源由于其特殊性,对于国家安全的重要性不言而喻。在核能投资仲裁实践中,投资者对于国家能源安全的对抗也不断发生。汗能源公司(Khan Resources)诉蒙古案涉及蒙古的一个铀矿开采项目。加拿大矿业公司Khan获得了蒙古一处铀矿床开采放射性矿产资源的许可证。不久之后,蒙古政府通过了2009年《核能法》,并依据该法律暂停并取消了Khan公司的采矿许可证。根据Khan公司的说法,蒙古非法剥夺了其采矿和勘探许可证形式的投资,违反了非歧视措施、公平公正待遇等条款。^⑬蒙古则认为,制定能源法是为了行使对铀工业的主权,因为铀工业既有潜在的利润,也有潜在的环境危害。并且,蒙古认为Khan公司违反了法律,勘探许可证地区与受保护的亚基湖(Yakhi Lake)保护区重叠,放射性物质储存在保护区内。Khan公司的行为是对国家安全的潜在威胁。^⑭

然而,仲裁庭认为,采矿和勘探许可证下的权利构成无形财产和受保护的财产,索赔人的权利基本上被剥夺了。蒙古国无法指出任何违反蒙古法律的行为,从而证明撤销许可证的决定是正当的。仲裁庭认为,保护区的边界坐标不清楚,Khan公司做出了善意的尝试来补救潜在的违规行为。因此,仲裁庭的结论是,蒙古政府的行为违反了ECT。^⑮

因此,为了维护国家能源安全,各国开始考虑在国际投资协定中加入安全例外条款(security exceptions clause)。目前实践中,不同的条约往往选用不同的表达,诸如“安全例外”、“安全利益”、“例外”等。这些条款一般允许缔约国在一定的情况下,以国家安全利益为由,对投资行为进行政策干预。^⑯

(三)核能源投资仲裁难以回应公众关切的问题

某些仲裁是在成功的公众运动之后解决的。例如,在金枪鱼水域公司(Aguas del Tunari S.A.)诉玻利维亚共和国一案中,玻利维亚政府将科恰班巴镇的供水部门私有化。在玻利维亚各地区,特别是在科恰班巴,出现了对于特许权的重大反对。特许权在2000年4月初的重大暴力抗议之后被终止。由于所谓的“玻利维亚水战争”吸引了国际媒体和全世界公众的关注,该案件随后被撤回。

另一方面,一些仲裁庭认为,公众参与和社会抗议与仲裁之间没有必然的关系。这种想法仍旧着眼于对外国投资者的保护,而习惯性忽视公众所关切的问题。然而,随着普通民众对自身权利的重视,公众参与越来越重要。例如,在Vattenfall案件的背后,可以看到德国普遍的反对核电倾向。德国对核能的态度反映其国民反思性现代化的过程^⑰。2011年3月11日福岛第一核电站事故发生后,德国的反核运动愈演愈烈,民意调查显示,百分之八十的德国人反对政府延长核电。因此,在2012年,Vattenfall已经向德国法院提出了宪法申诉,认为其财产权受到侵犯。法院虽然承认国家在决定优先考虑公共利益方面享有广泛的权力,但仍旧认为,这种广泛的监管权力不是绝对的,因为国家仍然有义务维护投资者的合法期望,因此国家应该提供适当的赔偿。在随后Vattenfall所提出的国际仲裁中,根据已经公开的信息可知,仲裁庭延续了德国宪法法院的关注

争议点,而没有将德国国内广泛的公众意见纳入考虑范围。^③

此外,投资者试图将公众抗议描述为违反充分保护和安全的证据。大多数国际投资条约都包含要求为外国直接投资提供充分保护和安全的条款。传统上,该标准的主要目标是保护投资者免受可能来自东道国及其机构或第三方的行动的各种类型的人身暴力和不利影响。在伯灵顿能源公司(Burlington)诉厄瓜多尔案中,索赔人要求厄瓜多尔对未能为该公司在亚马逊雨林第23和第24区块的油气特许权提供实物保护和安全的负责。索赔人认为原住民社区对石油开发的反对阻碍了它的业务,厄瓜多尔所谓的未能提供人身安全违反了美国—厄瓜多尔双边投资条约规定的充分保护和安全的标准。^④

可以看到,虽然公众参与越来越多,但是在国际投资仲裁实践,特别是核能源投资仲裁实践中,并没有成为受关注的一环,导致公共利益很难得到有效的保护。

二、国际核能源投资仲裁中公共利益保护缺失的成因

当前,能源领域投资仲裁已经受到越来越多的关注,特别是目前的几起核能投资仲裁案件涉及对东道国公共措施的争议。整体来看,核能投资领域争端中公共利益保护缺失的成因主要有以下几点。

(一)对仲裁员的公正性与独立性质疑

仲裁员是独立和公正的,这对投资条约仲裁中的正当程序和信心至关重要。在核能源投资仲裁中,由于核能领域更加严格的安全、环境监管要求,因此东道国可能会对仲裁员的背景、他们与当事人的关系以及对争议问题的任何过往言论进行更严格的审视,以利益冲突为由对仲裁员提出的质疑也会随之增加。

对于仲裁员的公正性与独立性的质疑,主要有以下几个方面的原因。首先,仲裁员的双重身份问题。源于国际商事仲裁的国际投资仲裁并没有专职仲裁员,在仲裁实践中,执业律师们组成了国际仲裁员俱乐部。他们传统上习惯于裁决国际商事纠纷,倾向于保护投资者的利益。这样的身份背景对于国际核能源仲裁这种需要大量考虑公共利益的仲裁案

件,是很不利的。^⑤其次,近年来,投资仲裁判例、评论该判例的文章等出版物的数量都有很大的增长。此外,一些知名的仲裁员被任命到一些事实和法律论据与他们已经作出裁决的案件类似的仲裁庭。这导致了基于“问题冲突”和“主题冲突”对仲裁员的挑战。仲裁员人选相对较少,一些从业者扮演着倡导者、专家和仲裁员等多种角色,这些因素都加剧了这种冲突的风险。^⑥第三,社交媒体与网络技术的发展,产生了对仲裁员可能存在的偏见的新质疑。这些问题在2020年12月得到证实,当时瑞士最高法院在孙杨诉世界反兴奋剂组织和国际泳联一案中,取消了体育仲裁法院通过的仲裁裁决,原因是担心仲裁员在社交网站上的评论存在偏见。^⑦本案的判决引发了围绕仲裁员在社交媒体上的表达与其在裁决争议时保持公正的能力相关的无数问题。虽然目前围绕这个问题产生的争议还比较少,但也应该引起重视。

在Vattenfall一案中,德国对仲裁员独立性与公正性表现出了相当严重的质疑。于2019年和2020年,德国两次试图取消Vattenfall案的三位仲裁员的资格,但都没有成功。ICSID公约第57条允许取消明显缺乏“独立判断能力”或ICSID公约第14条第1款要求的“高尚品德和公认能力”的仲裁员的资格。作为一项规则,针对一名仲裁员的取消资格建议由仲裁庭的其他成员决定。由于德国对仲裁庭的所有三名成员都提出了质疑,决定权在ICSID行政委员会主席手中。

第一次质疑是对仲裁庭于2018年10月向各方发出的调查问卷的回应。德国要求取消资格的理由有四点。首先,德国认为,该调查问卷构成了帮助Vattenfall一方的“非法企图”,为投资者提供了提交新证据和重塑论点的机会。第二,德国认为说,该调查表意味着对双方的不平等待遇。这一论点的依据是,仲裁庭拒绝了德国以前提出的允许提交补充文件的要求。第三,德国对一名仲裁员的律师事务所的一名合伙人作为共同仲裁员参与国际商会规则下的一个案件提出质疑,该案件涉及德国核燃料税。最后,德国提出,其中一名仲裁员在听证会上采取了为申请人辩护的立场,因为他对被申请人的专家进

行了敌对性的额外盘问。最终,主席驳回了德国的取消资格提议,并指出,提议取消仲裁员资格的一方必须证明存在客观事实,合理的第三人可以从中推断出仲裁员明显缺乏公正性或独立性,也就是说主观的推断或信念是不够的。

德国没有停止对仲裁员的质疑,于2020年4月16日提出了第二次取消资格的建议。第二次提议是基于仲裁员缺乏“独立判断”能力的指控。德国提出了下述几个质疑理由。首先,德国认为仲裁员布劳(Brower)在近6年的时间里忽略了对一个问题冲突的披露,向各方隐瞒了其在光伏投资者公司(PV Investors)诉西班牙一案的看法,德国认为此案件与Vattenfall案有相似性,因此可能存在偏见。此外,德国对仲裁庭不顾其反对,决定进行线上听证提出质疑。对德国来说,这表明仲裁庭将听证会视为一种单纯的形式,因此可能会造成偏见。第三,德国对仲裁庭鉴于新冠肺炎大流行而不给予律师额外时间准备听证的决定提出异议。德国认为这一决定表明,仲裁庭已经下定决心并预判了这个问题,即使面对前所未有的情况,也不愿意重新考虑。然而,德国第二次质疑也因缺乏确实可靠的客观证据而被驳回了。

现在看来,德国在Vattenfall仲裁案中的质疑主要是基于推测和主观推断,没有达到ICSID公约要求的证据标准。从更广泛的角度来看,驳回德国提出的取消资格的建议为仲裁员独立性与公正性这一问题提供了重要的教训,如问题冲突和成功挑战所需的证据标准。国际核能源投资由于关切公共利益,因此对于仲裁员的独立性与公正性十分重视,鉴于目前联合国国际贸易法委员会第三工作组正在审议《仲裁员行为守则》,因此德国的案例更值得借鉴。

(二) 仲裁实践中的透明度缺失

投资者与国家之间的仲裁通常涉及重要的自然资源,例如石油和天然气、矿产、森林、淡水资源和渔业,或者主要的基础设施,例如饮用水、卫生、道路和其他运输、发电有关的设施。核能源领域的仲裁还可能涉及东道国对专门行业的监管或其他深入渗透到传统国内主权特权的活动,例如国家对核能源的安全管理的法规、核废料的处理监管以及核能源发

展中可能出现的公共卫生问题的监督等。因此,对于仲裁过程中的透明度要求变得越来越高。

传统的商业案件涉及或多或少的标准商业和合同问题,主要影响仅限于两个商业当事人。相比之下,投资者—国家仲裁通常涉及相对模糊的条约条款的解释和适用,而且它们通常涉及解决重要的公共问题,对国内有广泛的影响。^⑤因此,案件从主要为争议方及其股东所关注,变成成为公众所关注。此外,由于投资者—国家仲裁的大多数仲裁员的专业性限制,并未研究过诸如核能源相关知识或者环境法等可能处于国际核能源仲裁核心位置的课题。随着越来越多的投资者—国家争端通过仲裁解决,该体系的可信度或合法性成为一个重要问题。目前,整个系统的可信度,以及个别裁决的可信度,因不透明和不一致的结果而受挫。^⑥

在克罗地亚国家电力公司(Hrvatska elektroprivreda, HEP)诉斯洛文尼亚一案中,斯洛文尼亚共和国和克罗地亚共和国在20世纪70年代同意在斯洛文尼亚共同建设和运营一座核电站,即克尔什科核电站(Krsko NPP)。然而,HEP和斯洛文尼亚之间就Krsko NPP的所有权和运营产生了争议。在仲裁中,双方对于核能源的安全产生了争议。斯洛文尼亚强调,由于HEP未支付电力交付费用,NEK没有必要的资金来确保其安全运营,因此不得不寻找其他电力买家。HEP反驳说,克罗地亚首都萨格勒布位于克尔什科核电站下游40公里处,因此HEP对安全不感兴趣的说法是不正确的。^⑦斯洛文尼亚在回应中也提到了对于核电站的安全性问题及可能引起的公众恐慌。^⑧也就是说,在此案件中,由于仲裁缺乏透明度,核能源安全问题难以向公众作出说明和解释,而且在仲裁过程中,也难以将此问题与保护投资者的利益作出很好的平衡。

(三) 仲裁实践中条约解释倾向于保护投资者利益

核能领域是一个围绕着公众敏感问题的部门,涉及安全、环境和公共卫生问题,这不能不被视为该行业的常态。在国际投资仲裁实践中,为做出有利于投资者的裁决,国际投资仲裁庭轻易主张管辖权、扩大解释甚至随意解释投资条约义务的例子频出,

这导致对于公共利益保护的严重缺失。

以公平公正待遇为例,该待遇条款几乎是每个投资条约中的关键条款。凯西亚·扬纳卡(Katia Yannaca)指出,这一标准是一个“令人费解的法律术语”,与上文讨论的国民待遇和最惠国待遇不同,它必须根据具体的适用情况来确定。特别是,仲裁庭在对这一标准的解释上倾向于对投资者的扩大保护。该待遇标准有时具有侵入性,似乎超越了其他投资保护标准,如对于东道国非歧视性义务的规定。^②此外,公平公正待遇除了防止任意和歧视性行为外,还被解释为防止缺乏正当程序。这一待遇标准包括保护外国投资者对东道国法律和监管框架的可预测性和稳定性的预期,以及规则制定过程中的可预见性。^③

基于公平公正待遇包含的上述要素,在核能领域实施的非任意或非歧视性环境措施可能会违反该待遇标准。当然,还需要注意的是,它需要根据具体情况进行分析 and 应用。例如,非歧视性地取消先前授予投资者的核电厂运营许可证,可能不会影响非任意和非歧视性要素;然而,考虑到案例的特殊性,它很可能会影响该标准的其他要素,例如投资者的合理期待。由于核能源领域投资中需要大量财务支出的长期投资,因此投资者的合理期待被认为是十分重要的因素。在这种情况下,公平公正待遇往往缩小了国家的监管空间,特别是当国家试图在核能行业实施新的环境保护措施时,但它仍将不得不对过去的承诺。一些案件中还可能涉及将合同违约提升为条约违约或取消合同的情况。^④

三、国际核能源投资仲裁中公共利益保护缺失的破解

国际核能源投资可能给投资者和国家间的利益带来不平衡。为了解决国际核能源投资中公共利益保护缺失的问题,需要对国际核能源投资仲裁中的一些制度内容进行变革。目前国际社会对国际能源投资领域的争端解决越来越重视,相应的国际投资协定、投资仲裁规则等方面都在进行现代化改革。

(一)仲裁员的独立性与公正性

2020年5月,ICSID秘书处和贸易法委员会(United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL)发布《投资者与东道国争端解决仲

裁员行为准则》草案。之后,该草案经过了广泛的讨论,并综合了不同利益相关方的意见之后,此行为准则已通过一读,接近达成。

1. 推进仲裁员行为准则的完善

草案试图解决很多关键性的问题,例如对术语的界定、多重角色问题、勤勉义务、披露义务等。首先,目前的草案对涉及的术语进行了清晰的界定,如对“仲裁员”“法官”“裁判员”之间的区别,以及“国际投资争端”的含义。第二条详细规定了哪些规则适用于裁判员或候选人。它还规定,裁判员必须采取合理措施确保其协理员了解并遵守本准则。第3条以更明确的语言规定了独立和公正的基本义务,这是仲裁员道德准则的关键,也是所有此类规定的共同点。它还规定了采取合理措施避免偏见、利益冲突、不当行为的相关义务。草案解决的另一个重要问题是双重身份问题。草案规定了仲裁员不得同时且在国际投资争端程序结束之后三年内不得在另一国际投资争端程序或任何其他程序中担任法律代表或专家证人的情形。鉴于对这个问题的兴趣,该条款需要在UNCITRAL工作组继续讨论,在无意识偏见和有意识的倾向性的关注、对增强仲裁员多样性以及各方选择仲裁员的自由之间找到适当的平衡。草案第10条对于仲裁员的披露义务作出了详细的规定。第10条第二款规定了四大类不同的需要仲裁员披露的信息,包括诸如财务、商业、专业或个人关系以及五年内作为仲裁员、法律代表或专家证人参与的所有国际投资争端和相关程序等。草案尽可能地扩大了披露义务的范围,规定了候选人和仲裁员对是否应予披露有任何疑问的,应当选择予以披露。

国际核能源仲裁涉及十分复杂的能源专业知识,并且裁决结果可能引起广泛的公共利益保护缺失,因此,对于仲裁员的选任需要格外慎重。德国在Vattenfall案中两次提出对仲裁员的争议,在一定程度上体现出了东道国对此类争议的谨慎。目前,UNCITRAL推进的仲裁员行为准则,是仲裁员独立性与公正性保证的重要一步,也是今后国际核能源仲裁能够更好平衡公共利益与个人利益的前提。

2. 仲裁员披露义务的新边界

当然,关于仲裁员的独立性与公正性,还有很多

新问题值得讨论,如在当下的网络与社交平台的言论是否应该纳入考虑,其与个人隐私的边界应如何划定。在这个时代,社交媒体平台输送了大量的言论与个人意见,成为一个容易获取的“个人信息库”,因此仲裁员的潜在偏见可能在其中被披露,而成为涉及仲裁员独立性与公正性的新问题。最近的案例出现在体育仲裁中,国际体育仲裁院(Court of Arbitration for Sport, CAS)的仲裁庭以中国游泳运动员孙杨违反国际泳联2017年《反兴奋剂规则》(FINA Doping Control Rules),对其判处八年禁赛的处罚。随后孙杨在瑞士联邦法庭提起上诉,主张其在2020年5月中旬在网上看到某篇文章时才意识到本案仲裁庭主席存在偏见,该文中指出该仲裁员在2018年和2019年曾对中国的犬类问题在国外社交网站上发表不当评论,这些推文的发表时间为仲裁之前和仲裁期间。在2020年12月22日的判决中,瑞士联邦法庭将这位中国游泳运动员的案件发回给CAS,推翻了八年的禁赛。在最初的诉讼程序之前,该仲裁员在社交媒体上发表的一系列攻击性评论,但在裁决书公布后才被发现,导致瑞士联邦法庭质疑其公正性,因此批准了申请人的诉讼请求。在这方面,联邦法庭的理由是,孙杨案中仲裁员所使用的咄咄逼人的用语和明显的种族主义言论,远远超出了经验允许的界限。^③

此案件反映了在社交媒体时代,当事人的好奇心义务(a duty of curiosity)存在局限性。正如联邦法庭所认为的,虽然只需要简单的操作就可以轻易访问各种网络数据,但这并不意味着涉案信息总是可以被轻易识别出的。从实践角度而言,当事人无法轻易地在大量网络信息中发现仲裁员潜在的偏见与不公正的观点。当事人可能需要线索才能发觉可能存在的利益冲突,从而进行更深入的研究,对事先无法预料的偏见风险而言尤其如此。^④因此,仲裁员的披露义务的构建中,需要在一定程度上考虑相应网络数据的提供,以克服对仲裁员可能存在的潜在偏见的影响。

(二)加强核能投资仲裁的透明度要求

纯商业纠纷与事关公共利益的投资纠纷之间的差异,直到21世纪初投资者与国家之间的纠纷激增

后才变得更为明显。事实上,人们可能会发现,在很少或根本不涉及公众利益的纯商业纠纷中,将诉讼程序保密作为一项基本要求的争议性较小。然而,政策制定者已经认识到,尤其是自21世纪头十年以来,投资者与国家之间的争端具有独特的特点,可能与最初为商业案件设计的诉讼保密规则不相容。投资者与国家之间的争端需要专门定制的规则,以在受保护的外国投资者的商业秘密和国家秘密与告知公众的必要性之间取得平衡。当某一特定争端可能对公众造成环境和健康方面的后果时,这一点尤其重要。公共利益在投资纠纷中发挥的作用可能与在商业仲裁中不同。因此,透明度要求逐渐受到重视。

1. 提高公众参与

正如近年来的实践所展现的那样,国际仲裁倾向于“闭门”进行。^⑤在过去数年中,公众对国际投资仲裁过程中的透明度要求越来越高。当然,并非所有仲裁相关的内容都能在仲裁阶段迅速公布,需要有谈判的空间。然而,对涉及重大的公共利益以及对公民生活可能有潜在影响的事件的公布,逐渐成为国际投资仲裁领域透明度要求的新共识。^⑥

为使国际投资仲裁程序更透明,国际投资争端解决中心仲裁规则近年作出了一些修改:仲裁庭对案件的法律意见摘录将及时公开,但仲裁裁决的公开仍需当事人的同意;第三方经当事人同意方可参加或观察仲裁听证会。从这些国际投资争端解决中心仲裁规则的修改来看,国际投资仲裁程序向公众开放的程度仍显不足,公众参与仲裁程序仍有诸多限制。向个人、非政府组织、行业协会或政府间机构敞开诉讼程序的大门,同时向这些实体提供对投资仲裁程序的见解,可以使公众了解投资争端的主题事项,并提高他们对投资仲裁程序的理解。此外,公众的参与还可以解决缺乏公众影响力的问题,使公众拥有实质性的发言权,并促进就争端主题事项进行知情的公众对话。

提高公众参与的积极影响也得到了国际投资法改革的广泛认可。仲裁有可能通过提高透明度和公开性来提高公众对国际仲裁程序的接受度。当程序涉及公共利益事项时,这一点应特别重要。此外,在贸易法委员会仲裁和调解工作组,许多代表团表示

强烈支持扩大公众参与的范围,这可能有助于仲裁庭解决争端和促进仲裁程序的合法性。

2. 建立强制披露制度

国际投资协定中透明度条款的传统目标是消除潜在和现有外国投资者面临的信息成本和机构风险。除了国家的披露义务外,一些国际文书规定了外国投资者的披露义务。《联合国反腐败公约》和一些国际投资协定,如阿塞拜疆—克罗地亚双边投资条约就是显著的例子。

披露问题首先在北美受到重视。美国和加拿大2004年的双边投资协定(Bilateral Investment Treaty, BIT)范本是第一批引入明确透明度条款的文本,这些条款包括了详细的披露义务,允许公众获得关于听证和文件的信息。根据美国BIT的标准,上诉人应向公众提供仲裁通知、诉状、备忘录和案情摘要等。此外,听证应以公开的方式进行。对于希望在听证中使用受保护信息的一方当事人,他们应通知仲裁庭,仲裁庭应作出适当安排,保护信息不被披露。

欧盟、美国等国家建立了企业环境信息披露制度,从实施效果来看,强化了企业环保意识,推进了绿色转型发展,增强了温室气体和污染物减排的自主性和积极性。因此,国际核能源投资仲裁中的披露制度也可以从中借鉴。首先,应该专门立法建立相关信息披露制度,要求在仲裁初期披露核物质的生产、运输、使用和处置等各环节的信息。在仲裁过程中,应该定期披露诸如核电站的运营情况,物质堆放及转移的信息。其次应该形成规范统一的披露形式与渠道。美国、欧盟在企业环境信息披露制度中要求企业通过统一制式表格披露环境信息,证券监管部门要求上市公司通过财务报告或环境、社会和公司治理(Environmental, social and corporate governance, ESG)报告两种形式披露环境信息。关于信息公开渠道,大多要求企业通过统一信息平台填报和披露信息。在国际核能源仲裁中,也应该形成较为规范的披露渠道和形式,这样有助于提高公众参与的程度。

3. 法庭之友制度

第三个方面涉及法庭之友制度。在这方面值得注意的两个因素是:进入争议诉讼程序的透明度,以

及允许无争议的第三方利益攸关方参与和提交诉讼程序,即法庭之友的意见。它们分别反映了国际投资仲裁在程序性保密领域(严格意义上不向非参与方披露有关诉讼的信息)和隐私保护(不允许第三方进入待决程序)上的突破。

在实践中,仲裁判例在透明度方面有一定的发展。在梅赛尼斯公司(Methanex)诉美国裁决中,仲裁庭认为,收到非缔约方第三方提交的书面意见不一定违反涉及国家和非国家缔约方的国际仲裁理念。苏伊士环境与威望迪环境集团(Suez and Vivendi)诉阿根廷的仲裁庭也采取了类似的做法,首次宣布该仲裁庭有权接受法庭之友的案情摘要。^⑧百沃特及高福公司(Biwater Gauff)诉坦桑尼亚的仲裁庭采取了进一步步骤,详细探讨了仲裁庭在透明度方面的权力范围。^⑨在本案中,仲裁庭承担了一项复杂的任务,即平衡这些相关的程序性价值观,并为非争议方利益攸关方的正当利益提供空间。在权衡了所有考虑之后,仲裁庭最终接受了法庭之友提交的材料。他们将这份意见书描述为在介绍新观点和专家知识以及对会议进程产生影响方面的“有益贡献”。

在国际核能源仲裁中,世界卫生组织(World Health Organization, WHO)为代表的国际机构作为法庭之友,可以很好地破解目前公共利益保护缺失的状况。首先,WHO很少作为法庭之友在国际经济仲裁上进行干预,但它在澄清核能与公共卫生之间的联系和紧张关系方面可能有较大帮助。特别是,在贸易国或投资者质疑被告采取的控制措施是否符合国际经济法的情况下,WHO可以提供另一个视角的专家意见。世卫组织、国际原子能组织等国际组织对这些程序相对缺乏的参与令人遗憾,因为上述国际组织能在平衡保护公共利益与经济全球化之间的相互作用方面发挥更为积极的作用。如果考虑到这些国际组织在核相关国际事务中发挥的关键作用,情况就更是如此。例如,正是WHO要求国际法院就一个国家在战争或其他武装冲突中使用核武器是否违反其根据国际法包括WHO组织法应承担的义务发表咨询意见。总之,一些国际组织作为法庭之友的参与可以提供科学证据和数据,有利于涉及核能和公共利益的仲裁的决策过程,从而可能支持对正

当程序、稳健性和公正性的仲裁审查国家行为的合理性。

(三)合理的国家安全例外

东道国例外条款的正确运用,是破解核能源投资仲裁中公共利益保护缺失的关键措施,以此为契机,可以逐步构建起更平衡的核能源仲裁机制。

对不同国家缔结的投资条约的分析表明,它们在纳入与环境等公共利益有关的例外方面有很大差异。其中一些投资条约包含一般的环境例外条款,而另一些则根本不包含此类例外。^③另一方面,一些投资条约既规定了环境例外,也规定了核能部门的具体例外。例如,法国2006年示范BIT和印度2003年示范BIT不包含任何可能在一般方式或与核能领域相关的环境法规方面具有正当理由的例外。相反,美国2012年双边投资条约范本和美国最新签订的投资条约包含了大量涉及环境的条款。例如,美国2012年BIT范本第12条规定:本条约的任何规定均不得解释为阻止一缔约国采取、维持或执行其认为适当的任何与本条约相一致的措施,以确保在其领土上的投资活动以对环境问题敏感的方式进行。此外,涵盖核能部门的具体不符合规定的措施已经开始出现,例如韩美自由贸易协定(Free Trade Agreements, FTA)规定,具体权利不适用于核能产业。

除了美国缔结的条约外,中国、日本、韩国、加拿大、比利时和卢森堡的投资条约中也出现了关于环境问题和提到国家监管空间的一般性语言。特别是,在加拿大缔结的条约中,通常会出现一个具体的例外情况,即只要此类措施不是以任意或无理的方式实施,或不构成对国际贸易或投资的变相限制,则本协定的任何规定均不得解释为阻止缔约方采取或维持措施,包括保护人类、动植物生命或健康所必需的措施。这一例外与《关税和贸易总协定》(General Agreement on Tariffs and Trade, GATT)第20条中的例外类似,尽管目前只有一小部分投资条约存在这一例外。

根据不同的国际条约中对于环境及公共利益考虑,可以在规范核能工业方面发挥积极作用的条款进行总结,可知这些规定大体分为五类。首先,普遍性规定涉及环境问题,不鼓励缔约方为了吸引投

资而放松环境监管。第二,其他条款为环境监管保留了空间,表明不禁止这种监管,前提是它与所涉及的投资条约一致。第三,一些条约规定,国民待遇标准和具体性能要求等具体标准不适用于核能行业。然而,这些不符合条件的措施并不是指保护征用的条款。第四,一些投资条约采用了与GATT第20条类似的例外情况,该条款允许采取保护人类、动植物生命或健康所必需的环境措施,前提是这些措施不以武断或无理的方式实施,或不构成对国际贸易或投资的变相限制。最后,一些条约详细阐述了间接征收的概念,指出缔约方为保护合法的公共卫生、安全 and 环境等合法公益目的而设计和适用的非歧视性管制行动不构成间接征收。可以说,允许环境监管的具体例外可以避免在环境措施方面可能造成的任何不确定性。从逻辑上来说,一个国家的监管权力不能不延伸到环境措施,因为主权的概念直接指向一个国家保护其领土不受环境损害的能力。^④

总之,东道国对于其国内环境监管的措施是必要的,是其保护国内人民、动物或植物的生命或健康的措施。国际核能源仲裁中,应该对这些例外条款进行仔细分析,在这些措施不具有歧视性,并且不包括任何形式的保护主义的前提下,应该尊重东道国运用此类条款的权力。

四、结论:对中国的启示

著名国际法和欧洲法学者欧内斯特—乌尔里希·彼得斯曼(ErnestUlrich Petersmann)曾经说过:“所有文明社会的一个特点是需要规则和程序来和平解决关于规则解释和适用的争端。”^⑤如果法律不能解决社会和经济发展中出现的新问题,人们将不再依赖法律或在社会组织中使用法律。在进行程序性调整或作出实质性裁决时,正确适用法律规则固然重要,但在法律规则范围内平衡各方利益也至关重要。毫无疑问,投资者—国家争端解决机制(Investor-state dispute settlement, ISDS)的设计者为实现这一目标做出了一些努力,而在实践中,目前的ISDS机制为解决投资纠纷提供了一种相对有效的方式。然而,随着时间的推移,国际投资法的宗旨和价值取向发生了实质性的变化。^⑥国际投资政策应该促进包容性经济增长和可持续发展。如果我们要实现国际

投资协定的可持续发展,过去可以公平、妥善地解决争端的一些措施现在似乎已经不能满足需要。因此需要对国际投资条约及ISDS机制进行改革。

中国作为一个资本的输入与输出的双重大国,国际投资仲裁中的公共利益与个人利益的平衡对中国具有重要意义。在能源领域,几十年的快速增长极大地扩大了中国的能源需求。中国现在是世界上最大的能源消费国、最大的煤炭生产国和消费国、最大的二氧化碳排放国。中国越来越希望通过可持续的替代方案来确保其未来的能源需求。根据2016年《巴黎协定》,中国承诺到2030年将非化石燃料能源占其能源供应的20%,并在2030年实现二氧化碳排放峰值。中国国家主席习近平在2020年9月的联合国演讲中进一步阐述了这一承诺。^⑫2021年9月,国家主席习近平通过事先录制的演讲再次郑重承诺,中国不再新建境外煤电项目,与此同时,中国将大力支持发展中国家能源绿色低碳发展。^⑬因此,中国对外核能源投资的空间很大。目前来看,中国核能对外投资的主要国家大致可以分为两类。一类是有核能建设计划的发展中国家,如巴基斯坦、巴西、埃及等国家;另一类则是已有核电站的替代和退役国家,如法国、英国以及一些东欧国家。第一类国家人口众多,电力需求空间大,但是国内法律法规建设不够完善,政策变动幅度大,投资者可能面临较大的法律及政治风险;第二类国家则随着国家安全意识提升,对外资的安全审查力度可能加大,投资者因此面临潜在的国家安全风险。因此,从Vattenfall案件出发,中国需要借鉴其相关经验,以期避免对外投资中出现可能的争议。

具体来说,中国作为资本输入与输出的双重大国,首先需要积极参与国际投资协定改革的进程中,对中国缔结的BITs进行革新,构建包含气候友好型投资条款及安全例外条款的新型BITs。国家安全例外的相关条款应采取开放式列举的形式并重点纳入能源安全、公共卫生安全等非传统国家安全事项。这样的设计可以在保证国家安全概念的开放与灵活的同时,对重点领域的国家安全进行突出保护。第二,中国应积极参与ISDS改革进程,特别是中国对于仲裁员相关规制的改革意见,应该继续深入,对于仲

裁员的专业要求、身份多样性以及信息披露等制度的构建,应该积极提出意见。第三,随着潜在核电合作项目不断增多,建议国家核能相关部委及企业构建跨部协调机制,针对核电对外投资中存在的问题,定期协调,研究对策,构建稳定的核能对外投资政策支持力量。最后,中国应秉持“人类命运共同体”理念,积极参与国际与区域间能源合作与对话,构建政治互信,争取在全球能源治理中发挥更加突出的作用。

注释:

① Dai Jing et al., "The Health Risk-Benefit Feasibility of Nuclear Power Development" 224(1) *Journal of Cleaner Production* (2019), pp.198-206.

② Sarkar Atanu, "Nuclear Power and Uranium Mining: Current Global Perspectives and Emerging Public Health Risks" 40 (4) *Journal of Public Health Policy* (2019), pp.383-392.

③ Ciprian-Beniamin Benea, "Energy and Climate Change: Nuclear, Pros and Cons" 1(2) *The Annals of the University of Oradea* (2014), p.33.

④ 连波:《欧盟能源安全战略一体化的困境分析》,《德国研究》2020年第1期,第55页。

⑤ Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany (ICSID Case No.ARB/12/12).

⑥ Krümmel 核电厂位于德国汉堡附近的盖斯特哈赫特(Geesthacht),该核电厂于1983年开始运转,Vattenfall公司(通过Vattenfall欧洲核能公司)与意昂集团(E.ON)各持有50%的股份,由瑞典Vattenfall公司经营。Brunsbüttel核电厂位于德国汉堡附近的布隆斯比特(Brunsbüttel),1976年开始运转,Vattenfall公司持有66.7%的股份,E.ON持有33.3%的股份。该厂总发电量约806兆瓦。

⑦ Vattenfall News, "Understanding to Terminate Disputes on German Nuclear Phase Out", Vattenfall's Press Office, March 5, 2021, available at <<https://group.vattenfall.com/press-and-media/pressreleases/2021/understanding-to-terminate-disputes-on-german-nuclear-phase-out>> (last visited on October 25, 2022).

⑧ Wheatley Spencer et al., "Reassessing the Safety of Nuclear Power" 15(1) *Energy Research & Social Science* (2016), pp.96-100.

⑨ 国际原子能机构,《核安全公约》第7条立法和监管框架。

⑩ Chaturvedi Vaibhav et al., "A Perspective on the Cost of Nuclear Energy" 1 (1) *Resurgence of Nuclear Power* (Springer,

Singapore, 2017), pp.187-209.

⑪ Virginia Sharpe, "Clean Nuclear Energy?: Global Warming, Public Health, and Justice" 38(4) Hastings Center Report (2008), pp.16-18.

⑫刘跃进:《非传统的总体国家安全观》,《国际安全研究》2014年第6期,第3-25页。

⑬根据联合国贸发会议投资政策中心的数据得出。

⑭Van Harten Gus, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*(Oxford University Press, 2009), p.153.

⑮Khan Resources Inc., Khan Resources B. V., and Cauc Holding Company Ltd. v. Government of Mongolia, PCA Case No.2011-09, Award(Mar.2, 2015), paras.110-111.

⑯Ibid., paras.198, 209, 322.

⑰Ibid., para.366.

⑱沈伟:《国际投资协定中的安全例外条款:全球趋势与中国实践》,《比较法研究》2022年第6期,第181-198页。

⑲[德]乌尔里希·贝克:《风险社会:新的现代性之路》,张文杰、何博闻译,译林出版社2018年版,第185页。

⑳World Nuclear Association, "Nuclear Power in Germany", October 2022, available at <<https://www.world-nuclear.org/information-library/country-profiles/countries-g-n/germany.aspx>> (last visited on October 25, 2022).

㉑Burlington Res., Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No.ARB/08/5, Decision on Jurisdiction, paras.27-37.

㉒刘京莲:《国际投资仲裁正当性危机之仲裁员独立性研究》,《河北法学》2011年第9期,第118-123页。

㉓于湛旻:《论国际投资仲裁中仲裁员的身份冲突及克服》,《河北法学》2014年第7期,第133-141页。

㉔Hansjörg Stutzer, "The Ongoing Duty to Disclose and the Taciturn Chairwoman. Case Note on Swiss Federal Supreme Court Decision 4A_462/2021," 40(3) ASA Bulletin(2022), pp.541-551.

㉕齐湘泉、姜东:《国际投资争端解决中的透明度原则》,《学习与探索》2020年第2期,第76-82页。

㉖梁咏:《国际投资仲裁机制变革与中国对策研究》,《厦门大学学报(哲学社会科学版)》2018年第3期,第160-172页。

㉗HEP v. Slovenia, ICSID Case No.ARB/05/24, Award(December 17, 2015), para.135.

㉘Ibid., 137.

㉙Yannaca-Small Katia, "Fair and Equitable Treatment Standard: Recent Developments", in August Reinisch(ed.), *Standards of Investment Protection*(Oxford University Press, 2008),

pp.111-130.

㉚Crockett Antony, "Stabilisation Clauses and Sustainable Development: Drafting for the Future", in C. Brown & K. Miles, eds., *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*(Cambridge University Press, 2011), pp.516-538.

㉛Johnson Lise et al., "Aligning International Investment Agreements with the Sustainable Development Goals" 58(1) Columbia Journal of Transnational Law(2019), p.58.

㉜Sun Yang v. AMA(WADA) and FINA, 4A_318/2020, para.7.9.

㉝Ibid., para.6.5.

㉞靳也:《国际投资争端解决中透明度机制的新发展——强制性与任意性的规则模式选择》,《国际法学刊》2021年第2期,第69-89页。

㉟王彦志:《国际投资争端解决机制改革的多元模式与中国选择》,《中南大学学报(社会科学版)》2019年第4期,第73-82页。

㊱Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and Vivendi Universal SA v. Argentine Republic, ICSID Case No.ARB/03/19, Order in Response to a Petition for Participation as Amicus Curiae(19 May 2005), para.18.

㊲Biwater Gauff(Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania, ICSID Case No.ARB/05/22, Procedural Order No.3(29 September 2006), paras.135-138.

㊳Langford Malcolm et al., "The Revolving Door in International Investment Arbitration" 20(2) Journal of International Economic Law(2017), pp.301-332.

㊴蒋小红:《试论国际投资法的新发展——以国际投资条约如何促进可持续发展为视角》,《河北法学》2019年第3期,第42页。

㊵Petersmann Ernst-Ulrich, "The Dispute Settlement System of the World Trade Organization and the Evolution of the GATT Dispute Settlement System Since 1948" 31(6) Common Market Law Review(1994), pp.1157-1244.

㊶张庆麟:《论晚近南北国家在国际投资法重大议题上的不同进路》,《现代法学》2020年第3期,第126-137页。

㊷胡鞍钢:《中国实现2030年前碳达峰目标及主要途径》,《北京工业大学学报(社会科学版)》2021年第3期,第1-15页。

㊸习近平:《坚定信心 共克时艰 共建更加美好的世界——在第七十六届联合国大会一般性辩论上的讲话》,《中华人民共和国国务院公报》2021年第28期,第8-10页。