

《能源憲章條約》現代化對化石燃料產業以「投資人對地主國爭端解決機制」阻礙氣候行動之問題因應

蔡汶憲、楊和潤 編譯

摘要

今(2022)年6月發布之《能源憲章條約》現代化原則性協議，欲藉由提出允許締約國在其境內排除化石燃料產業之投資保護的「彈性機制」，以處理化石燃料投資者透過《能源憲章條約》之「投資人對地主國爭端解決機制」，對國家之氣候行動與規則直接提出控訴之問題。然其中各締約國是否均同意排除對化石燃料投資之保護、以及該排除保護之作法是否有效，仍有待商榷。此些潛在問題均是後續在《巴黎協定》之承諾下的氣候行動得否順利採行之關鍵。此原則性協議預計於今年11月22日之能源憲章會議通過，然此一程序亦可能因締約國之否決而受阻，故仍不確定未來是否會生效，對於後續化石燃料投資者與國家間之爭端解決的影響，仍需持續關注。

(取材資料：Rishika Pardikar, *New ECT Could Give Teeth to Paris Agreement, but also Continue Fossil Fuel Protection*, CARBONCOPY (Aug. 30, 2022), <https://carboncopy.info/new-ect-could-give-teeth-to-paris-agreement-but-also-continue-fossil-fuel-protection/>.)

近年，化石燃料產業利用《能源憲章條約 (Energy Charter Treaty, ECT)》之「投資人對地主國爭端解決機制 (Investor-State Dispute Settlement, ISDS)」，以確保其化石燃料投資與利潤不受氣候規則之影響¹。其原因乃 ISDS 之條款允許外國投資者在國際仲裁法庭，直接對地主國提起控訴²，從而有效地使氣候行動

¹ ECT 於 1994 年正式簽署，旨在保護能源部門之外人投資，涵蓋全球近 50 個國家，對於全球氣候行動之影響力甚鉅。The Energy Charter Treaty, INT'L ENERGY CHARTER (Feb. 18, 2019), <https://www.energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/> (“The Energy Charter Treaty provides a multilateral framework for energy cooperation... The Treaty's provisions focus on four broad areas: the protection of foreign investments...”); Rishika Pardikar, *Big Oil is Suing Countries to Block Climate Action*, THE LEVER (June 8, 2022), <https://www.levernews.com/fossil-fuel-interests-are-suing-countries-for-taking-climate-action-and-winning/>.

² Energy Charter Treaty arts. 26(3)(a), Dec. 17, 1994, 2080 U.N.T.S. 121 [hereinafter ECT].

於國際間被宣告為不合法³，即藉由提高氣候行動之成本，以阻礙氣候行動⁴。

此即 ECT 現代化談判所欲解決之問題之一，今 (2022) 年 6 月 24 日各締約國所達成之「原則性協議 (Agreement in Principle)」亦對此一問題有所著墨⁵。

本文先檢視原則性協議針對「化石燃料產業向締約國所採取之氣候行動提出控訴」之問題所提出之投資保護排除，再簡析該保護之排除是否得有效解決上述氣候行動受阻之問題，後作一結論。

壹、原則性協議針對化石燃料產業之投資保護排除

目前在原則性協議中，其中一種處理「化石燃料產業向締約國所採取之氣候行動提出控訴」問題的方式，係藉由「彈性機制 (flexibility mechanism)」允許締約國在其境內排除對化石燃料產業之投資保護⁶。而排除該等保護可能進而限制化石燃料產業利用 ISDS。

此原則性協議將允許各締約國逐步排除對化石燃料之投資保護，而對現有相關投資之保護將於 10 年後完全取消⁷。亦即，若修訂後之 ECT 於 2023 年 1 月 1 日生效，既有之化石燃料投資將持續受到條約之保護直至 2033 年。該原則性協議亦指出，新的化石燃料投資——即 2023 年 1 月之後所進行之投資，將僅受到 9 個月的保護⁸。此外，該等排除之作法理論上不影響其他締約國境內的投資保護，除非他們選擇以互惠之方式同等適用於上述排除投資保護的締約國投資者⁹。

目前，歐盟與英國已達成上述協議，預計 10 年後逐步排除化石燃料的投資保護¹⁰。如上所述，該等排除不會自動同等適用，歐盟與英國投資者之化石燃料

³ 例如盧森堡再生能源公司 9REN 於 2015 年 3 月向西班牙政府提起控訴，蓋西班牙政府自 2010 年起實施之措施，對其 2007 年建立的再生能源獎勵機制進行部分修改，包括對發電商之收入徵收 7% 稅收，9REN 公司因此指控西班牙政府違反了 ECT 之公平且平等待遇條款。2019 年 5 月，仲裁庭裁定該公司獲賠償近 4200 萬歐元。9REN Holding S.a.r.l v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/15/15, Award of the Tribunal, ¶¶ 3-4, 12-19, 110 (May 31, 2019).

⁴ Pardikar, *supra* note 1.

⁵ ENERGY CHARTER SECRETARIAT, PUBLIC COMMUNICATION EXPLAINING THE MAIN CHANGES CONTAINED IN THE AGREEMENT IN PRINCIPLE 2 (2022), <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2022/CCDEC202210.pdf>; *Agreement in Principle Reached on Modernised Energy Charter Treaty*, EUR. COMM'N (June 24, 2022), https://policy.trade.ec.europa.eu/news/agreement-principle-reached-modernised-energy-charter-treaty-2022-06-24_en.

⁶ ENERGY CHARTER SECRETARIAT, *supra* note 5, at 3 (“A novel “flexibility mechanism” allows Contracting Parties, based on a Conference decision, to exclude investment protection for fossil fuels in their territories....”).

⁷ *Id.*; *Agreement in Principle Reached on Modernised Energy Charter Treaty*, *supra* note 5.

⁸ *Agreement in Principle Reached on Modernised Energy Charter Treaty*, *supra* note 5.

⁹ ENERGY CHARTER SECRETARIAT, *supra* note 5, at 3.

¹⁰ *Id.*

投資在其他締約國境內仍享有 ECT 之保護，除非該等國家也援用彈性機制。

根據歐盟執委會之說法，一旦該原則性協議獲得批准，其將可根據《巴黎協定 (Paris Agreement)》所規定之義務，排除對化石燃料產業之保護，進而促進「能源部門的永續投資」¹¹。該原則性協議預訂於今年 11 月所舉行之能源憲章會議中正式通過，然在此之前，締約國均可選擇提出反對意見¹²。

貳、簡析投資保護之排除是否得有效解決締約國氣候行動受阻之問題

對於原則性協議中投資保護排除的作法，依舊存有如「締約國是否均參與」，以及「該排除是否得有效地使化石燃料產業不受投資保護，進而不阻礙締約國氣候行動」等問題。

一、締約國是否均同意排除對化石燃料投資之保護

目前，僅有歐盟與英國於原則性協議中明確提及「彈性機制」之作法，這可能意味著其他締約國選擇不做該等排除¹³。例如，擁有大量化石燃料投資之 ECT 締約國，如哈薩克、亞美尼亞及亞賽拜然，是否亦同意排除對化石燃料投資的保護，目前尚未釐清。在此情況下，新的 ECT 可能仍「無限期地」保護該些締約國境內之化石燃料投資¹⁴，導致解決締約國氣候行動受阻之效果有限。

二、該排除是否得有效使化石燃料產業不受投資保護，進而不阻礙締約國之氣候行動

(一) 締約國可能以 20 年落日條款延長其投資保護

20 年之落日條款並非目前 ECT 現代化進程之一部分。基本上，如果一個國家退出 ECT，落日條款將使 ECT 之效力維持 20 年，包含 ISDS 條款¹⁵。亦即，如果要求締約國採用彈性機制，10 年內排除對化石燃料產業的保護，欲保護該產業之國家更可能藉由 20 年落日條款選擇退出，因此，想要達到「10 年內排除化石燃料產業保護」的效果便無法達成。

¹¹ *Agreement in Principle Reached on Modernised Energy Charter Treaty*, *supra* note 5.

¹² *Id.*

¹³ ENERGY CHARTER SECRETARIAT, *supra* note 5, at 3; SARAH BREWIN & LUKAS SCHAUGG, INT'L INST. FOR SUSTAINABLE DEV., *MODEST MODERNIZATION OR MASSIVE SETBACK? AN ANALYSIS OF THE ENERGY CHARTER TREATY AGREEMENT IN PRINCIPLE 10* (2022), <https://www.iisd.org/system/files/2022-07/energy-charter-treaty-agreement-analysis.pdf>.

¹⁴ *Id.*

¹⁵ ECT art. 47(3).

(二) 區域經濟整合組織之成員間不得相互提出 ISDS 之控訴

原則性協議中引入一條款，闡明第 7 條（過境）、第 26 條（投資爭端解決）、第 27 條（締約國間的爭端）與第 29 條（與非 WTO 成員的貿易），於同屬一區域經濟整合組織（Regional Economic Integration Organisation, REIO）的締約國間不適用¹⁶。目前，歐盟是唯一的 REIO 締約方¹⁷。亦即，來自 REIO 締約國（如目前之歐盟成員國）的投資者不得對 REIO 之另一締約國提出 ISDS 之控訴¹⁸。

然而，因法庭與仲裁機構仍保有決定該條款是否實際起到阻礙管轄權之作用的權力，REIO 條款之引入是否得完全阻止歐盟內部間之仲裁尚難以確定，因此系爭條款是否真的可以對彼此排除 ISDS 的適用，尚有疑問，氣候行動受阻之問題可能無法因此解決¹⁹。

(三) 未針對 ISDS 進行整體性改革

國際永續發展協會（International Institute for Sustainable Development）之分析師將 ISDS 條款稱為「條約中最有問題的部分」，其指出，因為目前的原則性協議並未針對條約中的 ISDS 機制進行整體改革，因此化石燃料產業投資者仍可以持續提出會阻礙締約國氣候行動之仲裁控訴²⁰。換言之，雖然落日條款與 REIO 條款之有效性存疑可能導致締約國氣候行動受阻，惟 ISDS 之改革始為關鍵。

參、結論

此次 ECT 現代化之原則性協議中處理「化石燃料投資者透過 ECT 之 ISDS 機制，對國家之氣候行動與規則直接提出控訴」之問題的方式，其中之一即藉由「彈性機制」允許締約國在其境內排除化石燃料產業之投資保護，此舉可能進而限制化石燃料產業利用 ISDS。

然國內有重大化石燃料投資之締約國，是否均同意以上述方式逐步排除對化石燃料投資之保護，以及此次現代化協議與 20 年落日條款之互動、REIO 之成員間是否實際上不得相互提出 ISDS 之控訴，與針對 ISDS 之改革力道是否不足等問題，皆仍有待釐清。該等潛在問題均為後續在《巴黎協定》承諾下之氣候行動是否得以順利進行之關鍵。

ECT 現代化之原則性協議預計於今年 11 月 22 日之能源憲章會議通過

¹⁶ ENERGY CHARTER SECRETARIAT, *supra* note 5, at 7.

¹⁷ *Id.*

¹⁸ *Agreement in Principle Reached on Modernised Energy Charter Treaty*, *supra* note 5.

¹⁹ BREWIN & SCHAUGG, *supra* note 13, at 24.

²⁰ *Id.* at 2, 4.

²¹，並將在四分之三之全體締約國正式簽署後 90 日生效²²。然而，此一程序亦可能因締約國之否決而受到阻礙，故其生效與否仍具有不確定性，對於後續化石燃料投資者與國家間之爭端解決的影響與進展，仍有待持續關注。



²¹ ENERGY CHARTER SECRETARIAT, *supra* note 5, at 2; ECT art. 36(1).

²² ENERGY CHARTER SECRETARIAT, *supra* note 5, at 2; ECT art. 42(4).