

中亚国家在仲裁中援用的利益拒绝条款研究

阿迪拉·阿布里克木 王晓峰

摘要：国际投资条约中纳入利益拒绝条款的目的是为防止不应当受条约保护、不履行条约义务的投资者享受该条约的保护及相关利益。现今国际投资条约中相关条款的具体内涵及适用更多地是在国际投资仲裁实践中得到细化和明确，因而对具体条款的分析离不开对国际投资仲裁案例的研究。本文通过考察中亚国家在国际投资仲裁庭所援用的利益拒绝条款，重点分析仲裁庭对该条款的内涵、适用、程序要求等问题的阐释，更加精确地把握该条款在实践中的适用，为我国相关国际投资条约中设置利益拒绝条款提供借鉴，亦为我国海外投资者在国际投资仲裁中的应对提供参考。

关键词：中亚国家；国际投资仲裁；《能源宪章条约》；利益拒绝条款

中图分类号：DF96

文献标识码：A

文章编号：1006-1894 (2018) 04-0078-10

利益拒绝条款最早运用于外交保护领域，早在1945年美国与各国友好通商条约中就有相关规定，由于其可以有效地抵制“条约选购”（Treaty Shopping）、“国籍筹划”（Nationality Planning）及“搭便车”（Free-riders）等不应当受条约保护的投资者享受条约利益，因而至今在国际投资条约中都发挥着重要作用。《能源宪章条约》（简称ECT）是旨在促进能源领域的长期合作而签订的多边条约，中亚国家早已加入该条约，近年来以中亚国家为被告的国际投资争端案件几乎全部涉及ECT中的利益拒绝条款。通过深入分析相关仲裁案例，探究利益拒绝条款的适用范围及程序要求等问题，可以为我国相关投资条约中更好地设置利益拒绝条款提供参考。

一、问题的提出：Liman & NCL v.Kazakhstan^① 案情简介

2000年，哈萨克斯坦共和国（以下简称“哈国”）一家由哈国自然人（P、Q）与英国Y公司（占X股份99.9%）共同控股的X公司获得哈国境内开采能源的许可证。2002年10月，X公司将其享有的许可证的权利义务转让给了Liman公司，即本案的第一原告。而Liman公司的实际控制人是一个瑞士人控制的加拿大Z公司投资的

作者简介：阿迪拉·阿布里克木，新疆大学法学院国际法方向硕士研究生；王晓峰，新疆稳定与地区经济发展法制保障研究基地研究人员，新疆大学法学院副教授，研究方向：国际经济法。

基金项目：教育部人文社科基金规划项目“中亚国家投资壁垒法律对策实证研究”（项目编号：16YJA820017）；新疆维吾尔自治区研究生创新科研项目“中亚国家国际投资仲裁案例中新型投资壁垒研究”（项目编号：XJGR12017030）；新疆稳定与地区经济发展法制保障研究基地项目“中国与中亚互联互通中基础设施法律制度协调机制研究”（项目编号：XJEDU010915B04）。

^① See *Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No.ARB/07/14.

NCL 公司，其是第二原告。NCL 公司持有的 Liman 公司股份达到 90%。Liman 公司剩余的 10% 股份由英国公司 Y 持有，而如前所述，Y 是 X 原始大股东，经查明，Liman 公司是 Z 和 Y 为了转让许可证的所有权而组建的。

P、Q 随后以其不知情为由，认为转让行为违反了哈国 1998 年股份公司法，向哈国当地法院起诉，请求宣告该转让协议无效。2004 年，哈萨克斯坦法院宣告 X 公司的转让行为无效，判决 Liman 公司将其许可证归还于 X 公司。

两原告于 2007 年 7 月 16 日向 ICSID 中心提出仲裁申请，认为哈萨克斯坦法院的行为等同于“司法不公”，并且指出哈国违背了《能源宪章条约》有关保护外国投资的规定。该案经过长达近 3 年的审理，ICSID 于 2010 年 6 月 22 日作出裁决。

从 ICSID 中心公布的裁决文本中可注意到，哈国援用了《能源宪章条约》中的第 17 条，即利益拒绝条款。仲裁中查明哈国首次援用利益拒绝条款是在 2008 年 8 月 4 日提交的答辩状中，而证据显示哈国早在 2007 年 6 月 18 日就对援用利益拒绝条款的事实已经知晓，鉴于哈国无法对为何时隔 1 年才援用该条款提供合理解释，因而仲裁庭驳回东道国进行利益拒绝的主张。

二、ECT 中规定的利益拒绝条款构成要件解析

仲裁庭在明确一个外国投资者及投资是否可以被拒绝授予利益之前，通常需要考察该投资协定对于投资者及投资的界定。因此，在考察 ECT 利益拒绝条款的内涵之前，首先需要对 ECT 的保护范围进行明确。

（一）ECT 对“投资”及“投资者”概念的界定

1. 投资

根据 ECT 第 1 条第 6 款，投资指各种由投资者所有、直接或间接控制的资产，包括：(a) 有形的和无形的、可动的和不可动的财产和任何财产权，如租赁、抵押、留置权和质权；(b) 公司或商业企业，股份、股票或公司或商业企业其他形式的股权以及公司或商业企业的债券或其他债务；(c) 对现金的索赔权和要求履行具有经济价值和与投资相关的合同权利；(d) 知识产权；(e) 利润回报；(f) 由法律或合同或凭借法律许可的任何执照和许可证所授予的，在能源部门从事任何经济活动的任何权利。

“投资”包括所有的投资，不论是现有的还是作出投资的投资者所属的缔约方的条约生效且接受投资的缔约方的条约生效日后作出的投资，但只限于有效日期后受影响的投资。“投资”是指所有的与能源部门的经济活动有关的投资以及缔约方在该领域中进行的投资及不同类型的投资，并指定为宪章能效项目。

综上，ECT 对于“投资”的界定采取具体列举定义和概括定义结合的方法，几乎涵盖了所有投资的可能形式，这也是为何 ECT 需要单独规定利益拒绝条款的原因。

在 Petrobart v. The Kyrgyz Republic 案中，仲裁庭对投资进行认定时就采用了

广义解释的方法。该案中, Petrobart 公司经由海运给吉尔吉斯斯坦 KGM 公司运送了 5 次货物, 但仅拿到前两批货款。后来吉尔吉斯斯坦有关部门私有化的行为使得 KGM 公司破产, Petrobart 公司无法行使该合同权利。对于该权利是否构成投资, 仲裁庭指出对“投资”应采取广泛的界定, 对于上述 ECT 第 6 条 1 款 c 项规定的“现金索赔权”, 虽然不是在东道国一种长期存在的商业经营行为, 但也可认定为投资。

2. 投资者

根据 ECT 第 1 条第 7 款, ECT 中规定的“投资者”是指: (a) 关于缔约方: (i) 根据缔约国可适用的法律, 拥有缔约国公民权或国籍, 或在缔约国享有永久居留权的自然人; (ii) 根据缔约国的法律而设立的公司或其他组织。(b) 关于“第三国”、自然人、公司或其他组织, 都在细节上已作必要的修改, 满足缔约方 (a) 项中的条件。ECT 对“投资者”的界定采用了一般方法, 即符合缔约国相关法律法规的自然人及法人。

通过上述分析可知, 不仅条约文本而且国际仲裁实践对“投资”和“投资者”都进行了尽可能广义的界定, 这给“条约选购”及“国籍筹划”等不应当受条约保护的行为留下了漏洞, 因而试图通过规定利益拒绝条款, 来抵制不履行条约义务而享受条约相关权益的行为, 以达到国际投资条约追求的真正的平等互惠目标。

(二) ECT 中利益拒绝条款的构成要件阐释

ECT 第 17 条对利益拒绝条款进行了明确规定, 即每个缔约方有权针对以下情况拒绝给予其第三部分的利益: (1) 一个法律实体, 如果第三国的公民或国民拥有或控制这个实体且该实体在其被组织的缔约方境内无实质性经济活动; (2) 一项投资, 若拒绝给予利益的缔约方规定该投资是第三国投资者的投资, 而该投资: (a) 与拒绝给予利益缔约方无外交关系; (b) 拒绝给予利益缔约方对该第三国投资者采取一定措施, 即禁止贸易和授予本部分利益会违反该禁止措施。

从上述条文可以得知, ECT 的利益拒绝条款包括两种情形, 一是“法律实体由第三国公民或国民拥有或控制, 且该实体在其被成立的缔约方境内无实质性经济活动”; 二是“无外交关系以及禁止交易的情形”。

很明显, 上述第二种情形中不会存在分歧, 因为无外交关系或禁止交易一般都有官方出具的相关文件予以证明。因而现实中涉及利益拒绝条款通常为第一种情形, 即何人享有或拥有控制权以及有无实质性经济联系, 这两个问题都没有细化的具体条款, 通常由仲裁庭自由裁量, 因而要根据具体案例研究仲裁庭的论证, 才可以知晓“拥有或控制”以及“有无实质性经济活动”的内涵。

1. 拥有或控制

实践中, 仲裁庭对于法律实体的拥有或控制权究竟属于谁亦感到十分棘手, 在 3 起涉及中亚国家的案件中都回避了这一问题。之所以如此是因为随着经济全球化的趋势日益增加, 资本在全球流动也变得越来越容易, 而东道国也适当降低了外资企

业设立的标准,而其负面效应就是为“国籍筹划”和“条约选购”行为提供了便利。此外,现代公司内部结构复杂,原告公司背后的拥有和控制权的归属问题盘根错节,实践中可能涉及多个不同公司甚至是多个不同国家,查明难度较大。

在 *Petrobart v. The Kyrgyz Republic* 案中,东道国吉尔吉斯斯坦提出原告是通过两个自然人来实施其商业行为的,而这两个自然人分别为塞尔维亚和黑山居民,并不是受该条约保护的直布罗陀居民。原告 *Petrobart* 公司提供相应的证据证明其是通过英国公司 *Pemed Ltd* 来管理的,该公司在英国登记,主要办公地点在伦敦,最后仲裁庭支持了原告的主张。在 *Amto v. Ukraine* 案中,仲裁庭查明原告 *Amto* 公司在拉脱维亚成立,实际上属于一个列支敦士登基金,最终受益人是一个俄罗斯人。

综上,“拥有或控制”这个问题只能在具体案件中进行具体分析,往往需要刺破“公司面纱”才可以得知背后的真正所有人。ECT 的最终文本对“直接或间接控制”进行解释时规定,“控制,实际上是对所有具体情况进行分析后才决定的”。

2. 有无实质性经济联系

在分析这一条件之前,首先要明确 ECT 的第 17 条第 1 款在表述两个条件时用到的连词是“and”,表明这两个条件缺一不可,必须都要满足。但这一条件亦无明确的标准,只能根据仲裁庭的阐释对其具体内涵进一步规定。

在相关案例中,没有仲裁庭对这一问题进行过详细阐述。在 *Petrobart v. The Kyrgyz Republic* 案中,仲裁庭仅说明经过对原告提供的相关材料进行分析后无法得出原告无实质性经济联系这一结论。在 *Amto v. Ukraine* 案中,仲裁庭查明原告 *Amto* 公司在 2000~2007 年间都租用了在拉脱维亚的办公地点,并且在这 7 年内都有纳税证明,有长期雇佣人数不多的员工,进而认定原告在拉脱维亚有实质性经济活动。在 *Pac Rim v. El Salvador* 案中,东道国萨尔瓦多提供了一系列详尽的证据证明原告仅可以算作控股公司,该公司无办公场所,没有雇员和董事会,没有在美国银行的开户账户,没有进行相关的开采活动,没有纳税证明。最终仲裁庭采纳了萨尔瓦多提供的证据,认定该公司在美国无实质性经济活动。

通过分析上述仲裁庭的裁决可以得知,对于“有无实质性经济联系”,仲裁庭同样采取个案分析的原则,其认定的标准对于公司的经营行为来说是较低的,在具体案件中根据办公地点、纳税凭证、雇员情况以及有无相关经营行为进行考察。

三、利益拒绝条款的具体适用问题

(一) 利益拒绝权的管辖权问题

东道国行使 ECT 第 17 条属于案件事实争议的依据还是属于管辖权问题,该问题首次被提出是在著名的 *Plama v. Bulgaria* 案中。*Plama* 公司是塞浦路斯公司,该公司从保加利亚一家燃油精炼厂 *Nova Plama* 公司处购买了股份,之后 *Plama* 公司

宣称保加利亚干预该精炼厂的运营,违反了 ECT 以及塞浦路斯和保加利亚之间的双边条约,向 ICSID 仲裁庭申请仲裁。该案审理过程中,保加利亚援用了 ECT 中的利益拒绝条款,并提出由于自己援用了利益拒绝条款,因而也可以拒绝原告公司申请仲裁的权利,这就意味着排除了 ICSID 仲裁庭的管辖权。

在分析这一主张之前,首先要明确 ECT 的争议解决条款在条约的第五部分第 26 条第 2 款规定:“如果在争端双方的任何一方要求以和平方式解决之日后 3 个月内还不能根据第 1 段中的规定进行解决,那么投资方可以将争端提交给以下机构进行解决……”该部分规定了可以将争端提交的国际仲裁机构,其中基本包括了所有主要的争端解决机构名单。因而可知 ECT 第 26 条是为投资者提供的一种救济程序。

针对保加利亚的上述主张,仲裁庭援用了《维也纳条约法公约》第 31 条对 ECT 第 17 条的条约用语进行分析,即“条约应依据其用于按上下文并参照条约目的及宗旨所具有的通常意义善意解释。”而 ECT 第 17 条规定:“each Contracting Party reserves the right to deny the advantages of this Part[Part III]”,此处对于“第三部分”这个词进行了强调,即该条应当解释为:缔约方有权拒绝给予第三部分的利益。从而逻辑结论应当是,东道国有权拒绝的只能针对第三部分的利益,针对 ECT 第 26 条投资者享有的救济程序利益,并不包含在 ECT 第 17 条的范围内。

因而仲裁庭认为,缔约方行使第 17 条不会影响投资者享有的第 26 条的程序救济权。倘若将第 26 条也包括在第 17 条的利益拒绝范围之内,则会产生以下问题:缔约方若要适用第 17 条,需要满足特定的条件,那么在决定这些条件是否满足时双方会产生争议,如果将第 26 条也纳入拒绝给予利益的范围,那么这些争议将永远无法得到解决,因为投资方无法获得仲裁机会,这是赋予仲裁庭管辖权的现实意义。Plama 案成为确认仲裁庭拥有管辖权的先例案件,并为以后的仲裁庭所援引。

(二) 行使利益拒绝权的程序要求

1. 行使利益拒绝权的时间要求

在 Liman & NCL v. Kazakhstan 案中,仲裁庭裁定哈萨克斯坦迟延履行利益拒绝权,因而驳回东道国行使利益拒绝权的请求。可见,利益拒绝权的有效行使是有时间要求的,其焦点主要体现在利益拒绝权的行使是否具有溯及力。

首次对该问题进行阐述的是 Plama 案。仲裁庭通过两方面的分析得出 ECT 中的利益拒绝权是没有溯及力的。一方面,仲裁庭指出如果利益拒绝条款具有溯及力,则有违投资者的合法期待(Legitimate Expectation),即投资者有理由期待自己将享有 ECT 第三部分的相关权益直到东道国行使利益拒绝权;另一方面,仲裁庭指出 ECT 第 2 条规定该条约的“宗旨是促进能源领域长期(Long-Term)合作”,如果使得利益拒绝权有溯及力,那么投资者将随时可能面临东道国拒绝给予相关利益,是无法达到缔约目的的。在 Liman & NCL v. Kazakhstan 案中,仲裁庭进一步阐述,

东道国如果可以证明有新情况的出现或有新的相关事实的变更,那么利益拒绝权将可以具有溯及力。这里的新情况一般指的是投资者组织架构的变更。这便意味着缔约方若可以证明自己是在得知投资者符合利益拒绝相关条件的情况下立即援用该条款,那么即便是在仲裁程序提起后也可以援用该条款。

在 Plama 案中,具体行使利益拒绝权的时间,仲裁庭认为应当是在投资者作出投资之前,但是这样认定显然给东道国附加了更多的义务,东道国需要在投资者作出投资前就对投资者的内部架构等信息十分清楚。后来的 *Ascom v. Kazakhstan* 案中,仲裁庭将行使该权利的时间认定为应当在相关的投资争端提起前,可见仲裁庭将该权利的行使时间放宽了。

2. 有效行使利益拒绝权与事前通知程序

在 Plama 案中,仲裁庭指出,利益拒绝权不是自动行使的,需要缔约方明确的行使行为,且同样按照《维也纳条约法公约》的指引对 ECT 第 17 条的字面含义进行了解释。条文中“reserve the right”的普通含义应当是“有权”,即有权拒绝给予利益,这不同于“exercise the right”行使该权利。在 *Yukos* 案中,俄罗斯主张 ECT 第 17 条是自动行使的,不需要东道国的任何行为,只要投资符合利益拒绝条款所要求的实质性条件,则该条款自动被援用,投资者不能获得相关利益。^①但是,这样的主张显然不成立,因为 ECT 所规定的利益拒绝权是一种权利,缔约方有权行使或不行使,这属于缔约方的选择权。此外,仲裁庭给出了另一个令人信服的依据,如 ECT 要使利益拒绝权自动行使,则改变相关条约用语就可以达到同样的效果,如《东南亚国家联盟框架协议》中的利益拒绝条款就用的是“条约相关利益应当拒绝给予……(shall be denied)”。^②

对于利益拒绝条款并不是自动援用这一点,各仲裁庭的看法是一致的。为了有效地行使利益拒绝权,在涉及 ECT 的案件中,仲裁庭都要求有一个事先的通知程序。在 Plama 案中,仲裁庭指出在投资者作出相关投资之前就向投资者发出合理的通知,即是否属于拒绝给予利益的范围。仲裁庭指出 ECT 中的相关规定只能算作“half a notice”即半个通知,只是有这个规定并不意味着一定会发生利益拒绝的后果。此外,仲裁庭还给出了几种可接受的通知形式:在缔约方官方报纸上发布声明、在缔约方成文法律中进行规定、投资者与缔约方之间的信函往来等。

由于 ECT 中并没有对通知程序的规定,因而对仲裁庭所确立的必要的事前通知程序是有异议的。*Rurelec v. Bolivia* 案中,仲裁庭就公开反对 Plama 案所确立的这一标准,指出如果缔约方要在相关争端发生之前就要审查投资者是否属于利益拒绝的范围显然是不合理的,因为是否满足利益拒绝的条件是不固定的,会随着时间发

^① See *Yukos Universal Limited v. The Russian Federation*, UNCITRAL, PCA Case NO AA 227.

^② ASEAN Framework Agreement on Service (signed 28 January 1992) art VI.

生变化,只有争议发生之后缔约方才可去衡量是否属于利益拒绝的范围。^①

笔者认为,事前的通知程序是为了给投资者准备的时间,但是,不论缔约方是否进行事前的通知,投资者相关投资符合拒绝给予利益的条件这一事实不会变。缔约方往往只能在争端提起后才能掌握投资者的详细信息,对其进行进一步的审查,因而,若要设置提前的磋商或通知程序可能在争端提起后更为合理。

(三) 利益拒绝条款的举证责任问题

在国际法中,对于举证责任问题一直没有进行专门的规定。国际仲裁实践中,仲裁庭趋向于使用英美法系的传统路径。古罗马时代就确立了分配举证责任的原则,即举证责任应由主张事实的人,而不是否认事实的人来承担。此外,在英美法系中举证责任是广义上的举证责任,通常认为其包含两种概念,一是提供证据的责任,即当事人应当提供充分的证据证明自己主张的事实;二是说服责任,即当事人必须说服仲裁者、法官,使他们相信自己提供证据证明的事实为真实。根据英美法系传统观点,上述责任的区分是提供证据的责任在当事人间发生移转,说服责任则不会发生移转。

通过对 ECT 第 17 条第 2 款进行分析,不难发现举证责任明确归于被告即东道国。第 2 款规定援用利益拒绝条款的情况是否满足必须由东道国来证明。因此,关于 ECT 利益拒绝条款举证责任的争议通常都围绕第 1 款规定。而对于第 17 条第 1 款,需要证明的要素包括其他国家公民或国民拥有或控制该法律实体,以及该法律实体在其成立的缔约方内无实质性经济活动,这两个条件必须都要具备。

ECT 第 17 条第 1 款的举证责任究竟由哪一方承担,其实是由哪一方通过证明相关条件成立后对其有利决定的。因而显然东道国应当承担举证责任,因为利益拒绝条款是由东道国主张的,根据传统理论举证责任自然归于东道国。对此东道国经常在仲裁庭提出抗辩,指出由于东道国可以获得的原告公司内部文件是非常有限的,因而由东道国来承担相关证明责任是不公平的。如 *Liman & NCL v. Kazakhstan* 案中,原告公司组织架构是多层级的,其经历多次股权置换等复杂的内部行为,而东道国很难拿出这些经营活动的文件作为证据。但是仲裁庭并不认为东道国获取相关证据的有限性会影响“谁主张,谁举证”这一传统的分配规则。仲裁庭引入了“*prima facie case*”这一原则,指表面上证据确凿的案件,亦称初步证明案件,指当事人提供了表面上充分有效的证据,在法律上足以证明当事人主张的事实。根据传统观点,若当事人成功确立了表面上证据确凿的案件,则此时将发生证明责任的移转。即东道国要承担最初的举证责任,且其证明力要达到确立“表面上证据确凿”这个标准,此时,证明责任转移到原告公司,原告公司需举证反驳东道国的主张。

笔者认为,前述将举证责任内部细化区分为“说服责任”和“提供证据责任”

^① See *Inc and Rurelec PLC v. The Plurinational State of Bolivia*, UNCITRAL PCA Case No. 20011-17, para 379.

是必要的,也是协调投资者与东道国之间证明责任的最佳途径。就 ECT 中的利益拒绝条款来说,“说服责任”一直归于东道国,而“提供证据的责任”则双方都需要承担。东道国虽然在获取相关文件上确实有有限性,但是并不影响其承担最初的说服责任。只要东道国提供相关证据达到“表面上证据确凿案件”这个标准,那么原告将承担提供证据的责任,拒绝提供证据可能会导致东道国主张成立。

四、利益拒绝条款的精确化及仲裁实践中的对策

中国近年签订的国际投资条约已逐步纳入了利益拒绝条款,双边条约主要包括 2008 年《中国—墨西哥促进和相互保护投资协定》和 2008 年《中国—新西兰自由贸易协定》,多边投资协定主要包括 2009 年《中国—东盟投资协议》和 2012 年《中日韩三边投资协定》等。但目前中国对外投资条约中设置的利益拒绝条款较为粗略,给仲裁庭留下的自由裁量空间较大,因而有必要对其进一步精确化。同时,这一条款的细化对我国在中亚的投资者应对东道国援用该条款时亦有借鉴意义。

(一) 明确规定利益拒绝条款的实质要件

1. “拥有或控制”要件的细化

投资者“拥有或控制”问题虽由仲裁庭自由裁量,但 ICSID 仲裁实践中对其认定的标准并不高。因此,我国可以尝试在利益拒绝条款设置过程中对该问题进一步阐明,进而缩小仲裁庭自由裁量的空间。

投资者的“拥有或控制”问题与投资者的国籍问题有紧密联系,而对于国籍的认定长期以来国际投资法通常采用成立地或登记地标准。仲裁庭在仲裁过程中往往会直接根据相关条约的规定去认定投资者的国籍,而不会揭开公司面纱去探寻该公司背后实际的拥有人或控制人是哪国人。^①为了真正有效地将由非缔约方公民拥有或控制的法律实体排除在条约保护之外,应在 BIT 中规定需要调查投资者的实际所有人或控制人,亦可通过对投资者控制人的持股份额、参与经营管理的深度及广度进行最低标准的规定,避免投资者以名义所有人的国籍提出抗辩。

2. “实质性经济联系”要件的细化

仲裁庭对该问题同样采取个案分析原则,并且同样采取较低的标准。可以在设置利益拒绝条款时对相关认定标准进行更加具体、更加便于操作的规定。不仅要对投资者办公地点、纳税证明、银行账户及员工数目等基本问题进行考察,还应当对投资者董事会、公司经营行为以及收益情况等投资者实质性活动提出要求。但是应当注意,对相关认定标准的细化并不意味着僵化,更加不是对投资者提出过高要求,而是在条约框架下去审查相关投资与东道国的经济联系。

^① (德)鲁道夫·多尔查,(奥)克里斯托弗·朔伊尔编,补欢,施进译,《国际投资法原则(第二版)》[M].北京:中国政法大学出版社,2014:49.

（二）明确规定利益拒绝条款的程序要求

1. 利益拒绝条款溯及力及行使时间的明确化

利益拒绝条款是否具有溯及力归根结底是投资者与东道国利益平衡的问题。如前所述，若赋予利益拒绝条款溯及力可能造成投资者面临不确定的风险，不利于保护投资者的合理期待，亦有损于投资者对一国投资环境的评估。然而，利益拒绝条款不具有溯及力意味着东道国审查相关投资的义务明显加重。

为达到平衡投资者与东道国利益目的，Liman & NCL v. Kazakhstan 案中，仲裁庭提出的有新的事实出现或情况变更时即便在仲裁开始后也可以援用利益拒绝条款是可取的，即利益拒绝条款设定时可以不具有溯及力，但应当规定东道国在争端提起后才获取相关证据则可以援用利益拒绝条款。而且，在双边条约中可以对利益拒绝条款的行使时间规定得宽泛些，以更好促进两国外商投资保护，有效排除不应受保护的投资者。

但是，无论利益拒绝条款是否具有溯及力，笔者认为一个事前的磋商程序或通知程序是必要的。一方面可以给投资者一定的准备时间，譬如准备相关证明文件证实自己可以受到保护，使投资者对东道国的投资环境持有信心；另一方面，也可以给东道国自身一定时间去审核相关投资，因为利益拒绝权首先是权利，东道国可行使亦可不行使，若审核发现该境外投资者的投资对东道国自身有利便可不援用该权利。

2. 利益拒绝条款举证责任的明确化

在举证责任方面，将其细分为说服责任和提供证据责任的理论是可行的。当东道国在仲裁程序中提出援用利益拒绝条款，意味着东道国必然有一些标明投资者不应受保护的基本证据，即东道国在仲裁庭上要达到“表面证据成立案件”这个标准其实并不难。然而，证明投资者背后的控制者或所有人属于非缔约方以及证明投资者无实质性经济联系这两个实质要件时，东道国必然要获取投资者内部文件才可证明，因而可直接在条款中规定投资者有提供相关证据的责任，否则投资者将可能败诉。

（三）仲裁实践中的对策

通过对相关仲裁案例的分析可以得知，投资者和东道国争议的焦点主要为利益拒绝条款援用的时间问题、是否进行事前通知及有无实质性经济联系的证明标准等。我国的海外投资者尤其是在中亚国家的投资者若在仲裁庭中面临东道国援用该条款，也可从这些方面去进行抗辩。

投资者在提出抗辩前应当对争议的条款文本进行分析，因为仲裁庭目前还是基本遵循条约法基本原则对文本进行善意的字面含义解释。首先，若东道国在仲裁开始后才援用利益拒绝条款，那么只要条文中未明确规定援用时间且未进行提前通知，投资者便可提出抗辩。即便条文未规定援用时间及提前通知程序，仲裁庭在裁决过程中还是认为东道国援用该权利应当有所限制而不是任意行使。其次，投资者要明

确仲裁庭在认定有无实质性经济联系时主要考察的几个方面，并提前准备好前文所述的详细具体的证明文件。

Denial-of-benefits Clause Invoked by Central Asian Countries in Arbitration

Adila Abulikemu WANG Xiao-feng

Abstract: Denial-of-benefits clauses in investment treaties are generally designed to exclude treaty protection of nationals of third States which, through mailbox or shell companies, seek to benefit from the provisions that the State parties to the treaty did not intend to grant them. The specific meaning and application of relevant provisions of the international investment treaties is refined in the practice of international investment arbitration tribunals, thus the research on specific provisions must rely on international investment arbitration cases. This article examines denial-of-benefit clause invoked by Central Asian Countries and analyzes the content, application and procedural requirements of the clause. This article can provide reference for setting up the denial-of-benefits clause in the relevant international investment treaties of China and provide reference for the overseas investors with the use of this clause to deal with the host country in the court of arbitration for international investment.

Key words: Central Asian countries; international investment arbitration; Energy Charter Treaty; denial-of-benefits clause

(责任编辑: 金孝柏)

(上接第 66 页)

机会, 很少有大规模的绿地投资可能改变该地区的经济轨迹。这可以加强许多国内外参与者的心理变化, 并为今后更多的承诺和积极的行动提供动力。

Asymmetrical Relations and Obstacles to Greater Cooperation in China-CESEE Relations: Towards Understanding and Solutions

Anastas Vangeli Adela Gjorgjioska

Abstract: Taking in account the progress and successes that the two sides have achieved since the announcement of the Belt and Road Initiative (BRI), the paper analyzes the main obstacles for the advancement of the cooperation between China and the CESEE and offers policy suggestions to both the Chinese and the CESEE governments on how to overcome them. It does so by first, reviewing the context in which the cooperation under the BRI has developed, and secondly, by briefly summarizing the state of the art in terms of policy literature available on the topic, and then providing original analysis based on data collected through interviews with high ranking officials and experts, and participant observation in policy forums related to the cooperation. The analytical model developed in the paper combines two sets of criteria of assessing the obstacles to advancing the cooperation. The first set is based on the origin of the problems, meaning whether they are driven by exogenous factors or endogenous factors. The second set of criteria is based on the agency – structure dichotomy. It then provides a theoretical model for the each of types of obstacles (endogenous rooted in structure, endogenous rooted in agents, exogenous rooted in structure, exogenous rooted in agents), followed by concrete examples from the practice of the cooperation. In the final section, the paper provides an analysis of the possible solutions to individual cases of obstacles, but also general guidelines how to develop resilience and advance the cooperation in future.

Key words: 16+1; obstacles of cooperation; mechanism

(责任编辑: 尚宇红)