

国际投资仲裁中法人“住所”的确定和管辖权问题

范璐晶

摘要：国际投资仲裁中投资者为自然人和法人。法人投资者国籍的确定主要依据“成立地”、“住所地”和“控制”几种标准，国籍的认定会影响法人是否能够获得国际投资条约的保护以及仲裁庭对案件是否有管辖权。国际投资仲裁实践对法人成立地的标准通常无争议，而“住所”的确定并没有统一的标准，主要有注册地和实际联系地两种标准。在国际投资实践中，作为投资者的公司可能会通过结构安排选择能够使其利益最大化的住所，这可能导致条约滥用，增加东道国被滥诉的风险，也增加了投资者住所确定的难度。因此，国际投资仲裁中投资者“住所”需要合理界定，既保护投资者的利益，又不使东道国承担过重的条约义务；且符合《ICSID 公约》尽可能保护国际投资的目的。

关键词：法人住所；法人国籍；管辖权

中图分类号：D996.1

文献标识码：A

文章编号：1006-1894 (2018) 06-0067-11

一、问题的提出

2016年6月，解决投资争端国际中心(ICSID)就CEAC v. Montenegro案(CEAC案)作出裁决，裁定CEAC在塞浦路斯没有住所，故仲裁庭对该争端没有管辖权。在该案中，申请人认为“住所”指注册地，故其住所在塞浦路斯，企图获得塞浦路斯—黑山共和国双边投资协定(BIT)的保护；而被申请人黑山共和国认为CEAC与塞浦路斯没有实际经济联系，住所不在塞浦路斯，因此没有塞浦路斯国籍，不能获得该BIT的保护。该案仲裁庭从申诉双方提出的注册地、实际联系地、居民纳税人3种标准进行分析，认为申请人所主张的住所并未满足任何一种判断标准，故仲裁庭无需认定本案中住所是指注册地还是实际联系地即可确定申请人在塞浦路斯没有住所，^①故CEAC没有塞浦路斯国籍，仲裁庭对本案没有管辖权。CEAC提出了撤销该裁决的申请，专门委员会指出本案的重点是确定CEAC在提起仲裁申请时是否在塞浦路斯有住所，而不是涉案BIT中住所的含义，因此仲裁庭采取司法经济的方式作出裁决没有问题，CEAC的其他撤销理由也未得到专门委员会的支持。CEAC案中

作者简介：范璐晶，山东大学法学院博士研究生，研究方向：国际投资仲裁。

基金项目：2016年司法部科研项目“ISDS机制的发展趋势与中国研究”(项目编号：16SFB2049)；2015年教育部人文社科重点研究基地项目“国际投资法领域的人权问题研究”(项目编号：15JJD82022)。

^① CEAC Holdings Limited v. Montenegro, ICSID Case No. ARB/14/8, Award, 26 July 2016, para. 148.

诉双方就住所产生分歧的原因之一是目前国际法上并没有关于公司住所的“通常意义”，“住所”实际上规定在大陆法系国家的国内法中；然而申请人却成立在缺少类似含义的普通法系国家。^①

《ICSID 公约》并没有明确规定如何确定法人的国籍，但 ICSID 仲裁实践表明仲裁庭通常采用成立地和住所地标准确定法人的国籍（UNCTAD，2013）。法人成立地相对明确，然而依据何种标准认定法人的住所地并没有太多讨论，并且 ICSID 的仲裁实践中对投资者住所的认定标准也不统一。国际投资仲裁中争端双方对投资者“住所”的分歧实际上是对投资者国籍的分歧，并且投资者的国籍是判断国际投资仲裁庭是否拥有属人管辖权的重要依据。因此，本文重点分析在需要通过住所地标准确定公司国籍时，如何确定投资者的住所及对管辖权的影响。

二、国际投资仲裁实践中法人“住所”的确定

“住所”一词主要源自大陆法系国家的国内法，普通法系缺乏这一概念。迄今为止，国际法上并没有关于公司“住所”的统一的“通常意义”。《国际法院规约》第 38 条列举的其他有关国际法渊源，包括公约、国际惯例和法律一般原则以及司法裁决和公开发表的高质量教义，均没有明确界定国际投资协定文本和目的“通常之意”的公司“住所”含义。^②国际投资仲裁案件中仲裁庭对投资者住所的认定标准也不统一。

目前各国国内法对“住所”的解释采用“注册地”标准还是“实际联系地”标准并不统一，《ICSID 公约》也未明确规定国籍的定义（Valts，2011），甚至《ICSID 公约》条文中并未出现“公司住所”一词。国际投资争端涉及的 BITs 或自由贸易协定中对公司“住所”的规定也不统一，有的 BITs 中没有规定住所，如英国—乌干达 BIT；有的 BITs 中仅是规定了“住所”而未对住所进行界定，如中国—荷兰 BIT；有的 BITs 规定住所还要求“实际经济联系”，如瑞士—斯洛伐克 BIT。

无论是普通法系国家的司法实践还是大陆法系国家的立法都未对公司的住所作出明确的法律界定。学界在确定公司住所标准时，有管理中心所在地说、营业中心所在地说、法人住所依其章程之规定说及成立地说等（韩德培，2014）。在国际投资仲裁实践中，仲裁庭认定公司住所的标准可归纳为注册地和实际联系地两大标准。

（一）注册地及其判断标准

山田三良（2003）认为“关于住所之点，现今各国皆袭用罗马法之原则，需具两条件，即意思及一定之事实。”这意味着在用注册地标准判断投资者住所时，除

^① CEAC Holdings Limited v. Montenegro, ICSID Case No. ARB/14/8, Decision of Annulment, 1 May 2018, paras. 101, 121, 18.

^② CEAC Holdings Limited v. Montenegro, ICSID Case No. ARB/14/8, Separate Opinion of William W. Park, 26 July 2016, paras. 18, 12.

了投资者母国有关机关颁发的注册登记证书外，投资者还需要向仲裁庭提供其他证据加以证明注册地的真实存在。

在 *Total v. Argentine* 案（*Total* 案）中，*Total* 提交证据证明其依据法国法律成立并且注册地在法国，而被申诉方阿根廷对 *Total* 根据法国—阿根廷 BIT 第 1(1)(b) 条的规定依据法国法在法国设立注册地无异议，仲裁庭认可申请人的住所为其在法国的“注册地”。^①值得一提的是，法国—阿根廷 BIT 第 1(1)(b) 条明确规定“注册地”，而未简单地使用“住所”一词，极大地减少了申诉双方就投资者住所以何种标准判断而产生争议。

仲裁庭会根据申诉方提供的注册登记证书、公司章程、股东会议记录、董事会会议记录等材料判断公司的注册地。例如，在 *Tokios Tokelès v. Ukraine* 案（*Tokios* 案）中，仲裁庭认为公司住所的证据包括注册登记证书、公司条例和外国投资机构支付通知。^②在 *CEAC* 案中，仲裁庭认为通常情况下，注册登记机构颁发的登记证书表明公司的注册地为该登记证书所载地址，然而该案的被申诉方认为判断公司注册地的标准包括场所、对公司财产的使用权、向公众公开、存放账簿、注册文件和悬挂公司名牌，仲裁庭出于谨慎考虑逐一分析了上述标准，认为 *CEAC* 未提供充分的证据证明，故 *CEAC* 在塞浦路斯没有注册地。^③

通常情况下，公司登记机构颁发的登记执照可以作为注册地的证明。然而，并非仅依据登记执照就可以认定外国投资者的注册地。*Schreuer*（2009）认为有关机关颁发的国籍证明是判断投资者国籍的有力证据，但是并不能充分说明该投资者的国籍。在 *Hussein Nuaman Soufraki v. UAE* 案中，仲裁庭认为国籍的证明文件仅是投资人国籍的初步证明，而不是决定性证明文件。^④在 *Total* 案中，仲裁庭从两方面确定申请人的注册地在法国，首先申请人依照法国法律成立，并在法国设立注册地；其次申请人维持其注册地在法国。^⑤这也意味着仅提供注册地设立而不能提供注册地有效存在的证据可能得不到仲裁庭的支持。

（二）实际联系地及其判断标准

许多学者认为投资者的住所指实际联系地，例如公司总部、主要营业地等。公司的住所指公司进行有效管理的地方（UNCTAD，1999）。*Thorn* 和 *Douclev*（2010）认为住所指公司有效管理所在地，较公司成立地而言，更能反映公司与母国之间的真实联系。*Sauvé*（2006）认为公司住所通常指公司有效管理决定作出的地方，虽然比

① *Total SA v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/1, Decision on Objections to Jurisdiction, 25 August 2006, paras.57, 90.

② *Tokios Tokels v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, 29 April 2004, para. 43.

③ *CEAC Holdings Limited v. Montenegro*, ICSID Case No. ARB/14/8, Award, 26 July 2016, paras. 171, 202.

④ *Hussein Nuaman Soufraki v. United Arab Emirates*, ICSID Case No. ARB/02/7, Award, 7 July 2004, para. 63.

⑤ *Total SA v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/1, Decision on Objections to Jurisdiction, 25 August 2006, para. 57.

较难判断,但是能够反映公司和其国籍国之间密切的经济联系。Rubins 和 Kinsella (2005)认为在确定法人国籍时,法人是其有效管理地国家的国民,例如法人可以被视为其有效总部(或住所)所在国家的国民。Sornarajah (2010)认为,“住所理论”认为公司有效管理所在地决定了公司是哪国国民。Diehl (2012)依据住所判断公司实际管理所在地决定了公司的国籍。

然而,在国际投资仲裁实践中,仲裁庭必须根据申诉双方之间 BITs 的规定才能确定该案投资者的“住所”是否需要用“实际联系”标准判断。在 *Tenaris and Talta v. Venezuela* 案 (Tenaris 案)^①中,仲裁庭认为住所不应是法律意义上的住所 (statutory seat),根据涉案 BITs^②应是实际住所,例如公司进行经营管理的地方。仲裁庭提出了判断实际住所的 3 个标准:第一,股东会和董事会召开地点;第二,管理活动发生地,例如与客户订立合同的地方、主要合同签订地和主要财务活动发生地;第三,公司会计账簿和公司账户所在地。^③在 *Alps Finance v. Slovak* 案 (Alps 案)中,申请人向仲裁庭提交瑞士商业注册机构颁发的证明、瑞士银行账户费用凭证、纳税申报凭证并且公司账簿在瑞士的事实,证明其在瑞士有“住所”,然而由于瑞士—斯洛伐克 BIT 第 1(1)(b)条要求实际经济联系,被申诉方斯洛伐克共和国认为 BIT 条文中“住所”指真实业务的主要所在地,申请人需要通过电话记录、租赁协议、银行账户记录、销售和服务合同、物业账单等证明其住所在瑞士。仲裁庭认为,证明“营业地”意味着证明商业运营的有效管理中心,因此还需要证明公司董事会或者股东会举办地在瑞士、公司主要管理层在瑞士、公司在瑞士雇佣一定员工、公司提供给第三方进行联系的电话和传真在瑞士、公司办公场所及物业的相关费用在瑞士交纳。^④

(三) 仲裁庭确定投资者“住所”的路径

仲裁庭在确定投资者“住所”时,会分析申诉双方的论点和论据支持,最终做出判断,仲裁庭会从涉案 BIT、国内法、条约解释等方面进行分析。Schreuer (2009)认为仲裁庭通常不会认为公司的住所实际联系地,而是会依据 BITs 的文本进行判定。仲裁庭认为,根据国际法规定,全权决定本国国民国籍的 BITs 缔约方通过互惠和促进投资协定来界定哪些自然人和公司可以享受它们缔结的 BITs 的利益,判断通过何种标准来确定公司国籍当然要依据 BIT 的约定,^⑤这意味着通过注册地标准判断公司住所还是实际联系地标准判断公司住所要根据 BITs 的规定。主张投资者的住所

① *Talta-Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda., Tenaris S.A. v Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB /12/23, Award, 12 December 2016.

② 卢森堡—委内瑞拉 BIT 第 1(1)(b)条和葡萄牙—委内瑞拉 BIT 第 1(1)(b)条。

③ *Talta-Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda., Tenaris S.A. v Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB /12/23, Award, 12 December 2016, paras. 189~190, 193.

④ *Alps Finance v Slovak Republic*, Vienna, 5 March 2011, <https://www.italaw.com/cases/documents/799>, para. 217 [2011-05-05](2017-10-19).

⑤ *Rompetrol Group NV v. Republic of Romania*, ICSID Case No. ARB/06/3, Decision on Preliminary Objections, 18 April 2008, para. 82.

为实际联系地实际上认为实际经济联系应当优于法律形式，其依据主要是自然人需求外交保护的 *Nottebohm* 案，这不易被 ICSID 仲裁庭接受，因为“国际法并不像要求个人一样对法人也适用实际国籍的理论”（殷敏，2009）。*Rompetrol v. Romania* 案（*Rompetrol* 案）仲裁庭认为 *Nottebohm* 案是关于自然人国籍冲突的，不适用于公司国籍的确定。^①而且外交保护制度中的公司国籍规则并不能代表和涵盖国际法上公司国籍规则的全部（黄润秋，2004）。*Niko v. Bangladesh* 案（*Niko* 案）仲裁庭认为被申诉方并未提交证据表明即使“实际经济联系”用于外交保护或条约诉讼也应用于该仲裁，未支持被申诉方。^②

关于投资者“住所”一词在 BITs 条文的具体含义，仲裁庭会有不同的解读。有的仲裁庭认为，如果约文中没有明确规定“实际联系”或者“管理”之类字眼，则不应把此类要求用于投资者住所的判断上，投资者在母国有注册地即可。如果条约签订双方希望把“管理和控制”的要求用于确定投资者的住所，它们会在条文中明确规定“管理和控制”这几个字。^③然而有的仲裁庭却作出截然相反的解读。在 *Talta, Tenaris v. Venezuela* 案（*Talta* 案）中，申诉方和被申诉方就“住所”是指注册地还是实际联系地产生争议，仲裁庭认为涉案 BITs 中“住所”一词若非多余的，则必须有除了“注册地”之外的含义，因此应当采用“住所”的另一普遍接受的通常意义，即“有效管理地”或“真实或实际公司活动地”。

此外，在 *Talta* 案中，仲裁庭还认为住所的判断还要依据公司的性质，由于控股公司日常管理活动非常有限，如果要求控股公司证明其与住所地之间保持密切联系或者活动是非常不合理的。^④

并非所有的案件仲裁庭都会明确法人“住所”的含义，如在 *CEAC* 案中，仲裁庭采用了司法经济的方式，通过分析 *CEAC* 不符合双方当事人提出的任何一种标准，认为 *CEAC* 在塞浦路斯没有住所。^⑤事实上，*CEAC* 案仲裁庭的审理方式并不能适用于任一就住所产生争议的仲裁案，因为该案中恰巧仲裁庭认为申请人的住所不满足任何一种判断标准。但是，*CEAC* 案却为解决住所争端提供了很好的一个思路，因为现在越来越多的跨国公司通过“挑选条约”选择对自己最有利的国家建立住所，该住所不仅与母国没有实际经济联系，甚至不符合注册地的“最低要求”，仲裁庭

① *Rompetrol Group NV v. Republic of Romania*, ICSID Case No. ARB/06/3, Decision on Preliminary Objections, 18 April 2008, paras. 87~88.

② *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v People's Republic of Bangladesh; Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited (BAPEX); Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation (Petrobangla)*, ICSID Case No. ARB/10/11 and ICSID Case No. ARB/10/18, Decision on Jurisdiction, 19 August 2013, para. 203.

③ *CEAC Holdings Limited v Montenegro*, ICSID Case No. ARB/14/8, Award, Separate Opinion of William W. Park, 26 July 2016, para. 20.

④ *Talta-Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda., Tenaris S.A. v Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/11/26, Award, 29 January 2016, paras. 149~150, 199.

⑤ *CEAC Holdings Limited v. Montenegro*, ICSID Case No. ARB/14/8, Award, 26 July 2016, para. 148.

在审理案件时采用 CEAC 案所适用的司法经济的方式即可结案。

三、注册地和实际联系地标准分歧的原因

投资者和东道国的利益分歧是注册地和实际联系地标准分歧的主要原因。除此之外，“住所地”标准中注册地和实际联系地标准的分歧还有以下 3 种原因。

第一，各国国内法和国际投资协定规定不明确。Woolhouse（2017）认为在确定公司住所时，美国采用成立地标准，而英国采用控制地标准。美国对公司住所起初的规定是其成立地，然而自 1860 年起美国允许公司在美国数个州成立。在我国，《中华人民共和国公司法》第十条明确规定：“公司以其主要办事机构所在地为住所”，但是并未解释何为主要办事机构，也未规定依据什么标准确定主要办事机构。我国签署的一些 BITs 中双方单独对法人国籍进行规定并且有“住所”要求，由于住所要求通常与依缔约国法律成立联系在一起，如果缔约双方国内法要求实际经济联系，是否该 BITs 的“住所”也要求实际联系而不能简单认定为注册地？此外，如果一方缔约国国内法要求实际经济联系而另一方缔约国国内法未作出该要求，而 BITs 中投资者定义下笼统规定了法人“住所”，是否 BITs 中“住所”的要求要根据缔约国的国内法单独进行确定？如果单独确定，则可能违反缔约双方互惠的原则；如果统一要求，则与某一缔约国的国内法不相符。国内法和国际投资协定规定的不明确影响了国际投资仲裁案中投资者住所的确定。此外，不同国家间公司法差异很大，有些国家在公司资本、设立程序、公司组织机构以及公司财务公开化等方面要求较低，可能导致投资者在公司登记地与实际住所地不一致的现象，从而必然会引发公司住所的争论（吴越，2004）。

第二，投资者挑选条约。投资者只有具有某国际投资协定规定的国籍才能获得该国际投资协定的保护，然而，不同的国际投资协定对投资者的待遇和保护程度不同，这种国籍要求导致投资者“挑选条约”并通过公司结构安排以获得该国际投资协定所规定的国籍，从而获得最大力度的条约保护。这种行为可能会导致“方便公司”或者“壳公司”的出现。

在不同国家建立公司对投资进行结构化安排并非违法行为。但是如果恶意地挑选条约则是一种不诚信的操作方式，违反了互惠原则，将国内投资争端国际化，损害东道国司法主权，滥用权力。较自然人而言，公司挑选条约的情形更多并且更加复杂。由于仲裁庭确定挑选条约情形存在的主要依据是有关国际投资条约，这也是确定仲裁庭管辖权的依据，因此在某些情形下挑选条约能够被仲裁庭接受（黄世席，2014）。在当前的国际投资仲裁实践中，Christoph Schreuer（2009）认为通过现有的条约体系，在国际投资争端发生前的国籍安排似乎被仲裁庭接受。

第三，跨国公司利用方便公司。跨国公司的经济模式是在全球设立大量的特殊目的实体、一些空壳公司和其他控股公司。方便公司指跨国公司在外国设立的，但是

没有实际经营的公司。跨国公司的先天逐利性使得其对公司住所进行一定安排,从而导致其国籍认定复杂(张磊,2013)。在国际投资仲裁中,如果 BITs 没有特殊规定,公司可以选择它们的住所,尤其是有数个方便公司符合 BITs 规定时。自 2013 年 12 月 ICSID 成立以来登记的 463 个案件中,337 个仲裁案涉及申诉方使用方便公司;然而除了 ICSID 之外的仲裁机构和临时仲裁庭的数据不易收集,跨国公司利用方便公司进行国际投资争端仲裁的案例可能会更多(Woolhouse,2017)。因为方便公司的存在,公司的住所更加复杂,公司的国籍较之前更具有流动性。跨国公司设立这些方便公司的目的可能是为了税收优惠或者其他目的,其真实意图可能并非向东道国投资,这也是东道国不愿意为方便公司提供条约保护而要求实际经济联系的原因之一。

四、我国 BITs 中法人“住所”规定及适用情况

我国签订的 BITs 大部分有住所要求,但是规定比较笼统、不明确。此外,我国还签订了十几个 FTAs,这些 FTAs 中有的包含投资章节,会有关于投资者“住所”的规定。目前我国涉及的国际投资争端仲裁中虽还未有涉及“住所”的争议,但是投资者“住所”的确定可能影响到投资者国籍的确定,从而影响仲裁庭的管辖权,因此这一问题值得我们关注。

(一) 我国 BITs 中法人“住所”规定现状及含义

根据联合国贸易暨发展会议 BITs 数据显示,从 1982 年签订第一个 BIT 至今,我国已经签订了包含中日韩三方投资协定在内的 129 个 BITs,其中 12 个签订较早的 BITs 于 2000 年以后重新签订。

在 71 个规定住所的 BITs 中,近 60 个 BITs 仅是提及“住所”一词而未作出更具体的规定,其他 BITs 对“住所”作出了较明确的规定,详见表 1。此外,值得注意的是,1994 年中国—罗马尼亚 BIT 和 2011 年中国—乌兹别克斯坦 BIT 均明确规定了“实际经济联系”要求。

关于住所的规定,我国不同 BITs 中“住所”的含义并不统一。

第一,“住所”指“注册地”。在 2004 年中国—芬兰 BIT 中文版中用词为“住所”,而英文版用词为“registered office”(注册地),然而该 BIT 还规定“如发生争议,应以英文文本为准”。这意味着,一旦中芬双方在国际投资仲裁中对“住所”解释发生争议时,应当遵循英文版本,即住所指注册地。

第二,“住所”不是“注册地”。在 2009 年中国—马耳他 BIT 中用词为“住所或注册地”(seat or registered office),这表明住所不是注册地。

第三,“住所”要求有效管理。这在 1998 年中国—巴巴多斯 BIT 第一条第三款有明确规定。这意味住所是“受到有效管理和控制”的地方,如果是方便公司或者

壳公司，是无法获得该 BIT 保护的。

第四，BITs 中没有明确规定“住所”含义。正如前述，我国大部分 BITs 中住所含义并未明确规定，甚至 BITs 不同语言版本之间也会产生冲突。2001 年中国—塞浦路斯 BIT 中关于塞浦路斯的规定，中文版规定了住所而英文版没有，文本解释分歧以英文版本为准。而 2005 年中国—马达加斯加 BIT 的中文版用词为“注册地”，而英文版用词为“head office”（总部），该 BIT 规定中文和法文同等作准。这些 BITs 中版本之间的不统一增加了“住所”含义认定的难度。

表 1 我国明确规定投资者“住所”的 BITs 及规定情况

	BITs 名称	签订时间	投资者“住所”规定
外方对“住所”作出明确规定	中国—菲律宾 BIT	1992 年	菲律宾方面公司住所的规定为“实际管理部门”
	中国—沙特阿拉伯 BIT	1996 年	阿拉伯规定为“总部”（head office）
	中国—津巴布韦 BIT	1996 年	津巴布韦规定为“主要营业地”（principal place of business）
	中国和比利时—卢森堡经济联盟 BIT	2005 年	比利时—卢森堡经济联盟规定为“注册办公地”（registered office）
双方对“住所”作出明确规定	中国—芬兰 BIT	2004 年	中文规定为“住所”，而英文规定为“registered office”。该 BIT 规定“如发生争议，应以英文文本为准”
	中国—马达加斯加 BIT	2005 年	“注册地”（head office）
	中国—法国 BIT	2007 年	“公司总部”（head office）
	中国—马耳他 BIT	2009 年	“住所或注册地”（seat or registered office）

（二）我国 BITs 中法人“住所”规定的潜在风险

《2017 年世界投资报告》显示，2016 年我国 FDI 流入量为 1,340 亿美元，较 2015 年略降 1%，但仍然居全球第 3 位；2016 年我国对外投资急剧增长 44%，达 1,830 亿美元，成为全球第二大对外投资国（UNCTAD，2017）。这意味着我国既是大量外国投资者的东道国，也是大量海外投资者的母国。目前涉及我国的国际投资争端仲裁尚无涉及投资者“住所”这一问题，但是我国大量的海外投资和境内吸引的大量外国投资都使得我国在今后极有可能面临新的国际投资仲裁。

我国 BITs 中对“住所”的模糊规定可能使我国面临被滥诉的风险，亦可能使得我国海外投资者得不到国际投资仲裁的保护。在海外投资者针对我国提起国际投资仲裁的情况下，如果投资者能够有效证明其注册地在母国并且得到仲裁庭的支持，尽管投资者可能为方便公司或者壳公司，其母国国籍为方便国籍，我国也会受到仲裁庭的管辖，可能被判决承担原本无需承担的国际义务，与 BITs 的互惠原则不符。在我国投资者针对东道国提起仲裁的情况下，假若仲裁庭对“住所”进行严格解释，则可能导致我国海外投资者失去获得国际投资仲裁保护的机会。

我国 BITs 中对“住所”的模糊规定可能带来的另一风险是我国 BITs 制定习惯不统一，各个 BITs 的“住所”规定不能成为彼此规定和解释的有效支持。在 Talta 案中，仲裁庭认为每一条约必须根据其条文和目的进行解释，该国签订条约的习惯

并不能说明某一条约中某一词的具体含义,^①因此仲裁庭并未同意申诉方认为其签订的其他 BITs 中将“住所”定义为“注册地”的观点,而是径自解释为“实际经济联系地”。我国大量 BITs 中“住所”规定的情况与前述案例类似,假如我国涉及类似情况的国际投资仲裁,不排除仲裁庭引用此案例将“住所”进行扩大解释的可能。

(三) 我国参与仲裁案中涉及法人“住所”问题的处理建议

第一,从条约文本出发对“住所”的含义进行解释。仲裁庭通常采用的态度是,如果条约文本中没有明确规定“实际经济联系”,则不可把该要求强加于判断公司住所。由于我国众多 BITs 中住所含义不统一,甚至有的条文不同版本之间规定冲突,对投资者“住所”确定有潜在的不利影响。我国签订的 BITs 中,大部分规定“如发生争议,应以英文文本为准”,而其他 BITs 则规定“文本同等作准”。如果针对“文本同等作准”的 BITs 提起关于投资者“住所”的争端,申诉双方极有可能选择对自己有利的文本进行解释,易导致扯皮现象。涉及这些条约的投资者在公司住所确定上要更加谨慎。

第二,选用合适的 ICSID 仲裁案例作为自己的证据支持。在 Rompetrol 案中,被申诉方用 Tokios 案中 Park 教授在异议声明中的观点作为其主张住所地是实际联系地的支持,而仲裁庭认为 Park 教授的观点与 Tokios 案其他仲裁员的主张差异很大,^②尽管不考虑仲裁裁决异议的效力,Prosper Weil 教授的观点并未被国际社会广泛接受。

第三,熟悉 ICSID 仲裁庭的判决,尤其是被经常引用判决的论证逻辑和论据支持,并熟悉相关国内条约和本国国内法的有关规定。从 ICSID 仲裁庭众多判决中可以发现,仲裁双方引用大量的 ICSID 判决或者其他临时仲裁庭的判决作为本方的论证依据。虽然 ICSID 仲裁庭对其管辖权独立进行判断,但是引用合适的判决作为本方的论据较易获得 ICSID 仲裁庭的支持。在一个 ICSID 判决中,常常引用几十个其他判决。此外,我国学者还需要对我国国内法的解释形成统一的认识,以加强仲裁庭对我国国内学者解释的可信度。

五、结语

国际投资仲裁中对投资者“住所”认定并没有统一的标准,因此需要对投资者“住所”合理界定,既保护投资者的利益,又不使得东道国承担过重的条约义务。ICSID 仲裁庭和学者普遍认为,《ICSID 公约》未明确界定公司国籍意在给缔约国较大的自由约定公司国籍的判断标准。在国际投资仲裁中,住所的界定需要依据涉案协定

^① Talta-trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda., Tenaris S.A. v Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/11/26, Award, 29 January 2016, para.162.

^② Rompetrol Group NV v Republic of Romania, ICSID Case No. ARB/06/3, Decision on Preliminary Objections, 18 April 2008, para. 85.

的条文意思进行解释,同时用国内法加以检验。如果认定住所为注册地,依据国内公司登记机构颁发的登记证明可以认定符合法定注册地,但仅凭母国有权机构颁发的注册地证书并不能有效证明注册地的存续,还需要其他事实证据加以辅助证明。由于有的协定中明确提出实际经济联系标准或者仲裁庭根据涉案协定认为住所需要符合实际经济联系标准,投资者还需要提供证据证明其住所与母国之间有实际经济联系。在国际投资仲裁中,被申诉方常常引用涉及外交保护的案例证明住所为实际联系地,然而外交保护比起国际投资而言,更加要求投资者与母国之间的真实联系,该类外交保护案例通常不会被仲裁庭认定为住所需要实际经济联系标准的证明。判断不同性质公司与东道国实际经济联系的标准不同,对控股公司的要求相对宽松一些。

如果争端双方对投资者的住所有争议,首先要依据相关协定作出判断;如果协定条文没有约定或者约定不明,则需要仲裁庭对协定进行文义解释。如果协定条文中并没有明确规定“实际经济联系”,则一般认为住所地为注册地,然而也有的仲裁庭会认为依法成立已经包含了设立注册地的要求,因此协定中“住所”一词有意义的话则必须区别于注册地,进而认定住所需要符合实际联系要求。

综上所述,争端双方应对公司住所的认定给以宽泛的意义,依据合理的标准确定并且不违反《ICSID 公约》目的的含义便应当得到承认。由于各国国内法和国际投资条约中对公司住所的确定是采用“注册地”还是“实际经济联系地”并不统一,因此需要根据个案决定适用何种标准。当东道国认为投资者是“方便公司”时,仲裁庭首先要根据东道国提供的证据判断投资者是否为方便公司,然后根据公司的性质和相关法律判断投资者的住所。

参考文献:

- [1] 韩德培. 国际私法 [M]. 第三版. 北京: 北京大学出版社, 2014.
- [2] 黄润秋. 论外交保护制度中的公司国籍规则——2004 年联合国国际法委员会《外交保护条款草案》述评 [J]. 甘肃政法学院学报, 2007, (95).
- [3] 黄世席. 国际投资仲裁中的挑选条约问题 [J]. 法学, 2014, (1).
- [4] 李金泽. 公司法律冲突研究 [M]. 王保树主编. 商事法专题研究文库. 北京: 法律出版社, 2001.
- [5] 马丁·沃尔夫, 国际私法 (下) [M]. 李浩培, 汤宗舜译. 北京: 北京大学出版社, 2009.
- [6] 梅珊. 公司法人之国籍问题研究兼评《中华人民共和国外国投资法 (草案征求意见稿)》第二章 [J]. 法学杂志, 2015, (10).
- [7] 山田三良, 李倬译, 陈柳裕点校. 国际私法 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2003.
- [8] 吴越. 公司身份法的规则及实践——兼谈“假外国公司”的法律防范 [J]. 现代法学, 2004, 26(3).
- [9] 殷敏. 国际投资领域法人外交保护的特别问题 [J]. 广西社会科学, 2009, (9).
- [10] 张磊. 论外交保护中认定跨国公司国籍的法律标准 [J]. 政治与法律, 2013, (1).
- [11] Astorga, Ricardo Letelier. The Nationality of Juridical Persons in the ICSID Convention in Light of Its Jurisprudence [J]. Bogdandy, A. von and Wolfrum, R. eds. Max Planck Yearbook of Nations Law, 2007, (11).
- [12] Diehl, Alexandra. The Core Standard of International Investment Protection [M]. Netherlands: Kluwer Law International, 2012.
- [13] Feldman, Mark. Setting Limits on Corporate Nationality Planning in Investment Treaty Arbitration [J]. ICSID

- Review, 2012, 27(2).
- [14] Nerets, Valts. Nationality of Investors in ICSID Arbitration. RGSL Research Papers No.2, 2011.
- [15] Rubins, Noah and Kinsella, Stephan. International Investment, Political Risk and Dispute Resolution[M]. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- [16] Sauvé, Pierre. Trade and Investment Rules: Latin American Perspectives. Division of International Trade and Integration at United Nations, Santiago, 2006.
- [17] Schreuer, Christoph. Nationality of Investors: Legitimate Restrictions vs. Business Interest[J]. ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, 2009, 24(2).
- [18] Sornarajah, M. The International Law of Foreign Investment [M]. 2nd ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- [19] Thorn, Rachel and Doucleff, Jennifer. Disregarding the Corporate Veil and Denial of Benefits Clauses: Testing Treaty Language and the Concept of Investor[C]. Michael, Waibel et al. eds.. The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality. Texas: Wolters Kluwer Law & Business et al., 2010.
- [20] UNCTAD. Issues in International Investment Agreements, 1999.
- [21] UNCTAD. World Investment Report (2017), 2017.
- [22] Woolhouse, Sarita Patil. Seats of Corporate Convenience and International Investment Law[D]. Waterloo : University of Waterloo, 2017.

The Determination of a Corporation's Seat and Jurisdiction in International Investment Arbitration

FAN Lu-jing

Abstract: Investors in international investment arbitration are natural persons and legal persons. The determination of nationalities of the legal persons is mainly based on the criteria of place of incorporation, seat and control. The determination of nationality will affect not only whether the legal persons can obtain the protection of the international investment treaties, but also whether the tribunals have jurisdiction over the cases. The practice of international investment arbitration is usually consistent in the standards of legal persons' incorporation. However, there are no uniform standards for the determination of seats, which mainly has two kinds of standards: registered office and real or effective seat. In international investment practice, a company that invests as a foreign investor may choose a seat that maximizes its benefits through structural arrangements, which may lead to the abuse of relative treaties and in turn cause the host country to face the risk of being accused, and this increases the difficulty of determining the seats of corporations as well. Therefore, the seats of corporations in international investment arbitration need to be reasonably defined, balancing the interests of investors and host states, so ICSID Convention could protect international investment to a broader extent.

Key words: corporate seat; corporate nationality; jurisdiction

(责任编辑: 金孝柏)