

国际投资仲裁中对人管辖的 投资者国籍认定问题

孙南申

(复旦大学法学院, 上海 200433)

摘要: 投资者国籍问题是向东道国提起仲裁的一项基本条件。投资者请求权以仲裁管辖权为基础, 仲裁管辖权行使以符合法定要求为条件。投资者的国籍归属是仲裁管辖的要件之一, 投资者诉权与投资者国籍认定问题密切相关。投资者国籍归属的认定标准将决定投资者诉权能否成立。由于 ICSID 公约对“外国控制”的标准未作具体规定, 仲裁庭在审查申请人国籍中会参照 BIT 中投资的规定, 并对公约中“外国控制”作出善意解释。投资仲裁庭倾向于对 BIT 的“拥有或控制”不作限制性解释, 认为 BIT 中“投资者”包括间接拥有和控制东道国公司的投资者。本文结合管辖异议中产生国籍认定的争议, 分别从 ICSID 仲裁管辖的条件、外国控制与实际经营标准、返程投资的国籍归属、公司重组的国籍变更、诉权行使与平行仲裁等方面展开论述, 并从类型化角度分析与归纳投资仲裁管辖中对国籍认定问题的处理原则与仲裁先例。

关键词: 国际投资仲裁; 对人管辖; 投资者国籍; 股东诉权; 外国控制

中图分类号: D996.4

文献标识码: A

文章编号: 1006-1894 (2021) 06-0047-13

在国际投资迅速发展与投资仲裁普遍运用的背景下, 根据投资者母国与投资地东道国签订的投资协定^①中关于解决投资争端的特别安排, 投资者可因其利益受损直接诉诸国际仲裁, 向东道国提出补偿或赔偿请求, 作为其维护自身权益的国际救济途径。在国际投资争端中, 投资者国籍问题是其向东道国提起仲裁的基本条件之一, 也是国际投资仲裁管辖权中的重要问题, 相关法律依据来自《关于解决国家与他国国民之间投资争端公约》(ICSID 公约) 和投资协定 (BIT) 中的规定。由于 BIT 对“投资”与“投资者”定义一般采用宽泛措辞, 且仲裁庭认为“保护和促进投资”是投资协定主要目的, 赋予投资者诉权有利于实现该目的, 故多从赋予投资者诉权角度认定投资者国籍。但实践中, 东道国也常以投资者国籍不符合 ICSID 公约要求为由提出仲裁管辖异议。

投资者请求权以仲裁管辖权为基础, 而仲裁管辖权行使又以符合法定要件为条件。投资者的国籍归属是仲裁管辖的要件之一, 因此投资者的诉权与投资管辖中的

作者简介: 孙南申, 复旦大学法学院二级教授、博士生导师, 澳门科技大学特聘教授, 研究方向: 国际投资法、国际私法。
基金项目: 国家社会科学基金项目“国际投资争端解决程序的保障机制研究”(项目编号: 17BFX145)。

① 其形式主要指双边投资保护协定 (BIT), 也包括与投资相关的自由贸易协定或区域一体化协定。

国籍认定问题密切相关，也是较复杂而易发生争议的问题。其复杂性在于：投资者国籍问题既涉及自然人或法人国籍，又涉及作为投资者的股东国籍及其投资所设立企业的国籍，且后两者的国籍分属不同国家。此外，还涉及法人国籍确定的不同标准，包括设立地标准、实际控制标准和实际联系标准等。仲裁管辖阶段的争议双方出于不同利益考虑，会对投资者国籍认定问题提出不同主张，以证明是否符合仲裁管辖的国籍要求而具有诉权。因此，投资者国籍归属的认定标准将决定投资仲裁中诉权行使保障与诉权滥用限制的法律效果。

一、确定 ICSID 仲裁管辖权的条件

对于投资者与东道国之间的投资争议，ICSID 公约规定投资者有权在国际投资争端解决中心（ICSID）对东道国提起仲裁请求。但这一国际投资仲裁典型方式的前提是双方必须同意接受 ICSID 管辖。为此，公约确立了 ICSID 仲裁管辖权的基本要求，即必须同时满足该公约第 25 条所规定的条件，其内容为：

1. 中心的管辖适用于缔约国（或缔约国向中心指定的该国的任何组成部分或机构）和另一缔约国国民之间直接因投资而产生并经双方书面同意提交给中心的任何法律争端。当双方表示同意后，任何一方不得单方面撤销其同意。

2. “另一缔约国国民”系指：

(a) 在双方同意将争端交付调解或仲裁之日以及根据第 28 条第 3 款或第 36 条第 3 款登记请求之日，具有作为争端一方的国家以外的某一缔约国国籍的任何自然人，但不包括在上述任一日期也具有作为争端一方的缔约国国籍的任何人；

(b) 在争端双方同意将争端交付调解或仲裁之日，具有作为争端一方的国家以外的某一缔约国国籍的任何法人，以及在上述日期具有作为争端一方缔约国国籍的任何法人，而该法人因受外国控制，双方同意为了本公约的目的，应看作是另一缔约国国民。

以上规定内容可归纳为 3 个要点：第一，双方“同意”提交仲裁，这是投资管辖的合意基础。第二，（法律）争议直接因“投资”产生，此即“对事管辖”（*ratione materiae*）要件，是以投资为依据。第三，申请人（个人或法人）是“另一缔约国国民”，如果具有争议一方缔约国（东道国）国籍的任何法人受另一缔约国（投资者母国）国民“外国控制”，该法人也应被视为“另一缔约国国民”。此为“对人管辖”（*ratione personae*）要件，系以国籍为依据。

这些原则性规定虽未明确投资者国籍确定的具体标准，但已表明投资者的国籍归属是仲裁管辖的基本要件。根据传统公司法理论，公司一旦成立便拥有独立法人人格，享有独立的法律权利和义务，独立于股东存在，因此，如公司权利遭受侵害，即使股东的权益间接受损，也只能由公司求偿。但国际投资仲裁打破了传统公司法理论中公司和股东的“隔离”，并通过 BIT 中特别同意的投资争端解决途径，允许股

东因其所投资公司的权利受损而提请国际仲裁（尤其是 ICSID 仲裁）。因此，投资者作为其设立于东道国外资企业的股东，可因其投资利益受损而提起国际投资仲裁。

二、国籍认定中的外国控制问题

根据 ICSID 公约第 25 条第 2 款所规定的“外国控制”标准，投资仲裁实践中如申请人为受“外国拥有或控制”的公司时，各国应同意将其视为股东控制方所属国的国民，但仲裁管辖实践中对“外国控制”标准的确定仍存在一定争议，并涉及少数股东是否有诉权和直接或间接控制的界定问题。

（一）外商投资企业的“外国控制”标准

ICSID 公约第 25.2 条 b 款所规定的“外国控制”实际上包括主观标准与客观标准。前者指双方同意为了公约目的，将设立于东道国的外商投资企业视为具有投资国国籍；后者指该外商投资企业为投资国的公司所控制。作为 ICSID “对人管辖”的要件，均应符合以上两项标准。但国际投资实践中的“外国控制”也会存在“双重控制”的复杂情况，例如“TSA Spectrum 公司案”就是如此。TSA Spectrum 公司是由荷兰法人持有股权并设立于阿根廷的外商投资企业，而该荷兰公司的股权又被阿根廷国民持有。^①有争议的问题是：设立于阿根廷的外商投资企业能否对阿根廷政府提出仲裁请求？该外商投资企业是被荷兰法人控制还是被阿根廷国民控制，其外国控制人究竟是谁？本案是否符合 ICSID 的管辖要求？

由于 ICSID 公约对“外国控制”的标准未作具体规定，所以仲裁庭在审查申请人国籍中往往会参照 BIT 中涉及投资的具体规定，还需结合投资者与东道国间的投资协议对公约中“外国控制”的含义作出善意解释，以判断案件中的外国控制能否成立，并决定是否采用外国控制的客观标准来确定申请人的国籍。换言之，对公约规定的“外国控制”标准需要结合 BIT 中的规定并通过解释加以判断。由此看来，国籍投资仲裁实践对“外国控制”标准的构成要求尚未形成前后一致且普遍接受的先例。

有些 BIT 将“外国控制”定义为“合格申请人范围”，并将“控制”表述为“具有权益拥有的性质”。^②可见，不具有所有权益的协议控制并不符合“有效控制”管辖的要求，但 BIT 并未将合格原告的范围仅限定在最终控制者（ultimate controller），关键在于是否行使了实际的控制。国际投资实践中，跨国公司策划的复杂架构安排客观上易产生国际投资仲裁管辖的争议问题，尤其是公司的多数股东、少数股东、直接股东和间接股东是否都应享有股东诉权？对此，本文将根据不同情况作出相应分析。

^① TSA Spectrum v. Argentina, ICSID Case no ARB/08/12.

^② McLachlan, Campbell, et al. International Investment Arbitration: Substantive Principle[M]. Oxford: Oxford University Press, 2017: 367.

（二）少数股东诉权问题

少数股东的诉权问题往往取决于如何界定“拥有或控制”，如设立于东道国的公司有数个股东，就会发生由谁“拥有”或“控制”的问题。占多数股权的股东自然应享有诉权，可视为满足“拥有”或“控制”的标准，问题是少数股权股东是否也同样享有诉权？在“蓝科国际诉阿根廷案”中，申请人（美国）蓝科国际公司作为阿根廷港口码头公司的股东之一，就以被申请人阿根廷政府违反 BIT 为由提请寻求损失赔偿的仲裁。该案仲裁庭认为，美国和阿根廷签订的 BIT 关于“投资”的定义包括股权，但并未表明投资者必须持有控股股份或多数股权。鉴于申请人拥有阿根廷港口码头公司 17.4% 的股份，因此可视为美阿 BIT 第 1 条中的“投资者”，有权提请仲裁。^①可见，对于“拥有或控制”的含义，仲裁庭并未采用严格标准而给予宽松解释。

投资仲裁实践中少数股东诉权问题可从“GAMI 投资公司诉墨西哥案”中得到反映。GAMI 投资公司为一家美国公司，并拥有墨西哥 GAMS A 公司 14.18% 的股权。它以《北美自由贸易协定》中的“股东派生仲裁条款”为依据对墨西哥政府提出仲裁申请，诉因是墨西哥政府行为损害了美国公司对墨西哥子公司所享有的股权价值。仲裁庭认为，对墨西哥公司资产的损害也会危及股东对公司股权的价值，因而支持美国公司作为少数股东提出请求的权利，虽然是否产生了损害是管辖后实体审理阶段需要考虑的问题。^②

在“美国 CMS 天然气输送公司诉阿根廷案”中，仲裁庭同样对少数股东的诉权予以支持。该案中的美国公司是阿根廷天然气输送公司的少数股东，拥有该公司 29.4% 的股权，后依据美国和阿根廷的 BIT 向阿根廷政府提出仲裁请求。仲裁庭认为，国际法上对股东的独立诉权包括少数股东诉权、非控制股东诉权均无禁止性条款，除非 BIT 缔约双方通过特别约定方式对此加以限制，否则不应限制其提请仲裁的权利，因此允许少数股东享有诉权并无不妥。^③从国际实践看，BIT 的目的在于“保护和促进投资”，赋予股东诉权有利于保护其投资利益，因此仲裁庭一般不会对 BIT 的“拥有或控制”作出限制性解释。

（三）直接或间接控制的界定

股东直接或间接拥有或控制东道国公司是其作为投资者享有诉权的另一个条件。之所以对“拥有或控制”作出“直接与间接”的区分，主要因为有些公司的投资结构比较复杂，存在多层控股关系。这种情况下投资者一般不会直接在东道国设立公司，而是通过在其他国家设立控股公司，对东道国投资设立公司或并购目标公司，此时

^① Lanco Int'l Inc. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/97/6, Decision on Jurisdiction, December 8, 1998.

^② GAMI Investments Inc. v. Mexico, NAFTA Case, Final Award (Nov. 14, 2004).

^③ CMS Gas Transmission Co. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction (July 17, 2003).

投资者是目标公司的间接股东，而控股公司是目标公司的直接股东。但如后者只是一个空壳公司，那么直接股东与间接股东是否都享有诉权？以下将对此分别论述。

1. 对直接股东的标准

根据 BIT 中的“投资者”定义，直接股东具有诉权并无疑问。但如果它是最终投资者所设立的中间公司且在设立国并无实质性经营活动，是否也享有诉权？认为这种情况下直接股东不应享有诉权的被诉方指出，中间公司与其设立国并无真正或持续的联系，故主张刺破中间公司的表面结构，只有最终股东才享有诉权；而认为直接股东应享有诉权的申请方则主张，将公司设立在何地点完全属于投资者的自由决定，设立中间公司的行为本身并不构成欺诈。^①

投资仲裁实践表明，多数仲裁庭支持或采纳后一观点。虽然承认对直接股东赋予诉权将会导致投资者“挑选条约”的现象发生，仲裁庭仍然认为投资者在设立公司事项上是自由的，是否属于适格“投资者”应取决于 BIT 具体规定，仲裁庭不宜过多对 BIT 中的定义作出限制性解释。^②如在“萨洛卡公司诉捷克共和国案”中，仲裁庭的管辖权就是以中间控股公司的国籍为基础的。本案中萨洛卡公司系由英国诺莫拉公司（Nomura Europe）控制并设立于荷兰的控股公司，后在捷克投资设立了 IBP 公司，因而成为该捷克公司的直接股东。根据荷兰与捷克之间 BIT 的“投资者”定义，任何按上述两国法律所设立的公司均享有 BIT 项下的权利。鉴于萨洛卡公司在本案投资争议产生前就已根据荷兰的法律设立，因此仲裁庭确定直接股东萨洛卡公司具有荷兰国籍而享有诉权。^③不过，如果 BIT 中规定有利益拒绝条款情况，即便认定其有诉权，其请求也难以得到仲裁庭支持。因此，BIT 中的利益拒绝条款无疑会对仲裁管辖及投资者国籍认定产生影响。

此外，如直接股东并不具有缔约国国籍，而间接股东具有投资者母国国籍，是否会中断间接股东对东道国公司的拥有或控制，从而影响间接股东的诉权？在“阿祖雷克公司诉阿根廷案”中，美国公司阿祖雷克是通过第三国的中间公司向阿根廷公司投资的间接股东。该案仲裁庭认为，美国和阿根廷 BIT 中所列的“投资”包括了公司、股份及合同授予的权利，判断一项事务是否属于 BIT 中的投资，只需判断其是否直接或间接地由另一缔约国国民或公司拥有或控制，而投资形式在所不论。因此，仲裁庭确定申请人（阿祖雷克公司）是通过间接拥有并控制其子公司进行投资的投资者而享有申请仲裁的代位权，即使直接股东具有第三国国籍，也不应影响间接股东的诉权。^④

① Saluka Investment BV (The Netherlands) v. The Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award (Mar. 17, 2006).

② Id. para. 241.

③ Id. para. 229.

④ Azurix Corp. v. Argentina, ICSID Case No ARB/01/12, Decision on Jurisdiction (Dec. 8, 2003).

2. 对最终股东的标准

最终股东或间接股东的诉权在一系列国际投资仲裁案例中也得到了确认。如在“弗朗兹·赛德梅尔诉俄罗斯案”中，弗朗兹·赛德梅尔为德国自然人，通过其在美国设立的赛德梅尔国际集团公司对俄罗斯进行了投资，后因纠纷弗朗兹·赛德梅尔作为最终股东提请仲裁。根据德国和俄罗斯的 BIT 条款，仲裁庭认为弗朗兹·赛德梅尔是 BIT 下的适格“投资者”，其投资也是 BIT 下的合格“投资”，并遵守了俄罗斯法律的要求，因此作为最终股东享有诉权。^①

同样，在“西门子 A.G. 公司诉阿根廷案”中，德国的西门子 A.G. 公司通过其在德国全资拥有的另一家西门子信息系统公司，在阿根廷投资设立了西门子信息服务公司。后因阿根廷政府强行取消了其与西门子信息服务公司的信息服务提供合同，西门子 A.G. 公司认为该行为违反了 BIT 而提请国际仲裁。仲裁程序启动后，阿根廷认为西门子 A.G. 公司并没有直接投资于西门子信息服务公司，只是通过中间公司间接拥有其股权，故以其不是 BIT 项下合格投资者为由提出管辖异议。但仲裁庭认为，西门子信息服务公司的股权应视为合格的（eligible）间接投资，根据德国和阿根廷签订的 BIT，有关“投资者”和“投资”的条款均未对拥有和控制的方式作出“直接或间接”限制，只要是德国公司持有的阿根廷公司的股权均应获得保护，^②因此未采纳阿根廷的抗辩理由，而确认了作为最终股东的西门子 A.G. 公司的诉权。

通过上述案件的分析可发现，仲裁庭在决定是否“刺破公司面纱”时考虑的主要因素是 BIT 中是否对拥有和控制的直接或间接与否作出限制，如无限制，所有股东的诉权都将获得保障。

三、国籍认定中的利益拒绝条款问题

BIT 中有关投资者或股东诉权特别规定的适用范围，限于具有投资协定各方国籍的法人与自然人，所以股东的国籍自然归属于投资协定的缔约国。因投资者时常通过多层公司结构进行股权投资，国际投资实践中投资者国籍会出现以下不同情况：

（1）直接股东和间接股东均具有缔约国国籍；（2）直接股东具有缔约国国籍，间接股东并无缔约国国籍；（3）直接股东虽无缔约国国籍，但间接股东有缔约国国籍。

第（1）种情况下的股东当然享有诉权。第（2）种情况下，直接股东原则上应享有诉权，但如直接股东只是一个空壳公司，间接股东的国籍又属于第三国时，直接股东的诉权则可能遭到否定，主要因“利益拒绝条款”的引用而涉及国籍认定中的实际经营标准。第（3）种情况较为复杂，将在返程投资案例中讨论。

BIT 中的利益拒绝条款针对的是提出条约请求的投资主体，而该主体除设立

^① Franz Sedelmayer v. Russia, Ad hoc Arbitration Tribunal, Award (July 7, 1998).

^② Siemens A.G. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/8, Decision on Jurisdiction (Aug. 3, 2001).

地外与投资国并无实际联系。该条款要求提出请求的公司应与其成立地有实质性商业活动，否则东道国有权否定其可得到投资保护的利益。实践中，该条款主要适用于由非缔约国个人或实体所有或控制投资国企业的情况，所排除的是利用方便国籍（nationality of convenience）获得条约保护利益。关于利益拒绝条款的实际作用，虽然并不足以构成仲裁庭无权管辖投资争议的依据，但会导致申请人的条约请求难以成立或得不到仲裁庭的支持。也有观点认为，利益拒绝条款与管辖争议问题无关，仲裁实践对此的处理也不尽一致，这取决于东道国以此提出管辖异议的时间。如东道国（被申请人）在对仲裁请求进行答辩后才提出异议则肯定没戏，但也有仲裁庭将其作为管辖问题处理，但管辖异议必须在仲裁程序启动前提出。^①

与利益拒绝条款相关的问题是国际投资中的“条约挑选”（treaty shopping），即为了获得更有利的条约保护，通过改变公司国籍适用对其有利的投资条约，而改变后的公司国籍国则是投资条约的缔约国。一般而言，作为申请人的投资者在投资争端发生后，已不可以通过改变其国籍获得有利的条约保护，否则会被认为是滥用程序或违反诚信原则而导致仲裁庭拒绝管辖。对此，国际仲裁的相关案例一般是以国籍取得时间为判断标准。在“埃克森（美孚）案”中，埃克森（美孚）公司先在荷兰设立了一家控股公司，然后通过该控股公司投资收购在委内瑞拉的美孚公司，再以荷兰与委内瑞拉的BIT向委内瑞拉政府提出条约请求，后者则向仲裁庭提出管辖异议。仲裁庭在确定管辖权时认为，只要该公司的重组时间发生在投资争端之前，则应视为“合理的公司策划”（legitimate corporate planning）。^②

可见，这种类型的国籍改变与“条约挑选”是可以接受的。但如投资者在进行公司重组前，就已知晓将会发生投资争端因而进行公司策划重组，则属滥用程序或不诚信行为而不为仲裁庭接受。^③就利益拒绝问题而言，如在投资争端前申请人就已改变国籍，虽然不能成为被申请人提出利益拒绝抗辩理由，但如其并未在改变国籍后在所属国进行实质性的投资活动，仍有可能被认为滥用程序，并导致其提出的条约请求被排除在管辖范围之外。

四、返程投资的国籍认定问题

（一）返程投资与国籍归属

国际投资中的返程投资（round trip investment）是指东道国境内的自然人或法人通过在境外投资设立特殊目的公司（special purpose corporation, SPC），然后

① McLachlan, Campbell, et al. International Investment Arbitration: Substantive Principle[M]. Oxford: Oxford University Press, 2017: 382. Ampal-American Israel Corp v. Egypt (Decision on Jurisdiction) ICSID Case No. ARB/12/11.

② Mobil Corp. Venezuela Holdings BV v. Venezuela (Decision on Jurisdiction) ICSID Case No. ARB/07/27.

③ Lao Holdings NV v. Lao (Decision on Jurisdiction) ICSID Case No. ARB(AF)/12/6, Pac Rim Cayman LLC v. El Salvador (Decision on Jurisdiction) ICSID Case No. ARB/09/12.

再以外商投资名义返回投资到境内（包括新设与并购）的投资行为。根据 ICSID 公约第 25.2 条 a 款中规定的对人管辖原则（*rationa personae*），对东道国提出仲裁请求的申请人必须具有另一缔约方的国籍。但对于国籍的具体确定标准，公约并未作出具体规定。国际仲裁实践中，如提出请求的申请人是东道国自然人或法人投资于境外并控制的特殊目的公司，东道国则会以其实际不具有另一缔约方国籍为由而提出管辖异议，主要依据是申请人的投资来源于东道国的事实以及确定公司国籍的实际联系原则，或者“揭开公司面纱”（*lifting corporate veil*），以此表明申请人不符合 ICSID 规定的管辖条件。这方面典型的国际仲裁案例为“Tokios Tokeles 公司诉乌克兰案”与“KT Asia 公司诉哈萨克斯坦案”。

“Tokios Tokeles 案”中涉及的投资国与东道国分别为立陶宛与乌克兰，该案申请人 Tokios Tokeles 公司系由乌克兰公民设立于立陶宛的外资企业，而该公司又在乌克兰设立完全控股的外资企业，后因乌克兰政府对该外资企业的征收行为，导致 Tokios Tokeles 公司对其向 ICSID 提起国际仲裁。“KT Asia 案”中的 BIT 涉及荷兰与哈萨克斯坦两国，申请人 KT Asia 公司是由东道国哈萨克斯坦的公司设立于荷兰的公司，然后返程投资于哈萨克斯坦，也因东道国政府对返程投资所设立企业的措施而产生纠纷。

（二）返程投资典型案例

最为典型的案例是“Tokios Tokeles 诉阿根廷案”。如上所述，Tokios Tokelesg 公司系由乌克兰国民设立于立陶宛并实际控制的当地公司。具有立陶宛国籍的该公司后又返程乌克兰设立了一家全资子公司 Taki Spravy 进行投资经营。后因投资纠纷，Tokios Tokeles 公司以立陶宛与乌克兰之间的 BIT 为依据对乌克兰政府提请了投资仲裁，尽管该公司实际上由乌克兰国民控股持有并参与主要管理活动。本案仲裁庭多数意见认为，根据立陶宛和乌克兰签订的 BIT 规定，设立缔约国的公司应享有 BIT 项下的权利，因此 Tokios Tokeles 公司为适格投资者并具有诉权。但仲裁庭少数仲裁员对此也提出不同意见，认为仲裁庭应考虑本案中的投资资本来源于乌克兰国民的事实，虽然根据 BIT 的表面规定，Tokios Tokelesg 公司可能是适格投资者，但 ICSID 公约要求投资争议应当发生于一缔约国和另一缔约国国民之间，如果 Tokios Tokeles 公司享有股东诉权，将有违 ICSID 公约调整一国与他国国民投资争端的初衷。^①应该说，该案仲裁庭少数意见有一定合理性，其观点也被后续案件的仲裁庭有所采纳。

（三）返程投资的国籍确定原则

关于东道国法人在境外设立的 SPC 返程投资东道国后，能否对东道国政府的措

^① Tokios Tokeles v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, April 29, 2004.

施提起仲裁请求是一个尚存争议的问题。国际仲裁实践中，仲裁庭意见一般不支持东道国的管辖异议主张。包括以上两个案例在内的仲裁庭裁决意见倾向于认为申请人（SPC）符合 ICSID 公约规定的对人管辖标准，而不支持被申请人（东道国）的管辖异议，表明仲裁庭对返程投资 SPC 的国籍确定采用的是设立地主义标准。对于公约第 25.2 条 b 款所规定国籍的外国控制标准并不适用于以上两案 SPC 返程投资后争议管辖的情况。具体分析如下：其一，外国控制标准针对的是设立于东道国的外资企业作为申请人被外国投资者控制，而不是作为申请人的境外投资者（SPC）被东道国投资者控制。其二，关于确定申请人国籍的“实际联系原则”（genuine connection）仅适用于对具有双重国籍的公司确定行使外交保护的情况。至于“揭开公司面纱”原则，主要是国内法院适用于处理公司人格否认方面的一项原则，并未得到国际投资仲裁实践的采用，应视为是公司有限责任原则的例外。事实上，以上仲裁庭关于返程投资者国籍确定标准及具有诉权的裁决意见，对此后仲裁实践已产生影响并具有一定认同性。至于其请求是否因受东道国公司控制而受到影响，则是案件实体审理阶段仲裁庭应另行考虑的事项。

五、公司重组的国籍变更问题

虽然投资实践中股东国籍可以变更，但变动的时间对股东的诉权会产生影响，因为股东可能通过改变国籍来达到“条约挑选”的目的，此时股东的主观状态就可能不符合善意的要求，如“奥格斯公司诉玻利维亚案”便是例证。奥格斯公司（Agua del Tunari）具有玻利维亚国籍，其 55% 股权由另一家中间公司 International Water (Tunari) Ltd 所有。1999 年 12 月，该中间公司将其成立地从开曼群岛变更到卢森堡，之后公司结构继续变更成由荷兰籍的 International Water (Tunari) B.V. 公司所有。2000 年 4 月，奥格斯公司在东道国获得的特许权被终止，随后即以荷兰和玻利维亚签订的 BIT 为依据提请国际仲裁。^①显然，该案的对人管辖标准是奥格斯公司能否被认定由荷兰公司控制或拥有。仲裁庭认为，衡量股东国籍变更是否为善意的关键在于国籍变动的时间，奥格斯公司股东的变更发生在 1999 年 12 月，而被诉行为发生在 2000 年 4 月，由于上述几次国籍的变更时间均先于违约事实，因此并不影响股东的诉权。^②

在“移动公司诉委内瑞拉案”中，仲裁庭实际上确认并遵循了以上原则。该案中，变更公司结构的行为发生在东道国委内瑞拉征收特许权使用费和所得税而引发的争端产生后，但发生在东道国的国有化措施之前，仲裁庭经过区分后认为，对股权变

^① Auga del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia, ICSID Case No. ARB/02/3, Decision on Respondent's Objection to Jurisdiction (Sept.27, 2001).

^② Id. paras. 329~330.

更前的违约行为股东不享有诉权，对股权变更后的违约行为股东应享有诉权。^①在“凤凰埃克辛公司诉捷克共和国案”和“卡曼托尼亚公司诉土耳其案”中，申请人都是在东道国违约行为发生以后才采取设立空壳公司作为中转，试图将东道国国内投资争端转变为国际投资仲裁争端，最后两个案件的仲裁庭均裁定对本案无管辖权，^②因为均在投资争议发生后，公司才通过重组变更国籍和条约挑选提出条约请求。

六、国籍认定中的平行仲裁问题

（一）股东与公司分别提请仲裁

国籍认定中出现的平行仲裁问题主要指国际投资者和其在东道国设立的公司是否可以同时分别提起国际仲裁。在“阿姆科公司诉印度尼西亚案”中，阿姆科亚洲公司（美国公司）通过在印度尼西亚设立子公司阿姆科有限公司开展投资业务，后因投资纠纷，母子公司共同以印度尼西亚政府为被申请人向 ICSID 提交了仲裁申请。被申请人则分别以两申请人不符合对人管辖要求及不具有仲裁合意为由提出管辖异议。本案仲裁庭认为两申请人均有权提请仲裁，理由是：被申请人已知晓阿姆科有限公司系由外国人控制下的印度尼西亚公司，表明其同意为公约目的将该公司视为另一缔约国国民，且阿姆科亚洲公司向东道国政府提交的设立子公司的申请文件中纳入了 ICSID 仲裁条款，表明双方存在将争端交 ICSID 管辖的合意，因此仲裁庭对阿姆科有限公司和阿姆科亚洲公司均具有管辖权。^③

对此问题，东道国往往会以其国内公司法的规定提出抗辩。在“苏伊士等公司诉阿根廷案”中，阿根廷认为根据其国内公司法的规定，股东主张的损害并非对股东的直接损害，而是源于其对公司的股权受到的间接损害，所以如果公司受到损害，股东不能以其直接权利受损为由提请仲裁，否则就会产生双重救济。阿根廷进一步认为，该案受损公司 APSF 已申请撤销了其仲裁请求，由于股东权利派生于公司，股东诉权也将随着公司仲裁请求的撤销而不复存在。但仲裁庭审理后认为，申请人主张的损害是以国际法而非国内法为依据，根据本案 BIT 中的规定，申请人对东道国公司拥有的股权应受到保护。但东道国公司 APSF 撤销仲裁的行为并不影响股东提起仲裁的权利，因为股东的诉权自始至终独立于公司诉权，因此公司仲裁的撤销并不影响股东提请仲裁的权利。^④

以上案例之所以能在 ICSID 下的不同仲裁庭同时分别进行，是由于同类案件存在两个不同的诉因：一是由投资者（股东）提起的违反投资条约请求；二是由投资

① Mobil Corp. and Others v. Venezuela, ICSID Case No. ARB/07/27, Decision on Jurisdiction, June 10, 2010.

② Phoenix Action, Ltd. v. Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, Award (July 24, 2008); Camentownia “Nowa Huta” S.A. v. Turkey, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, Award, Sept. 17, 2009.

③ Amco Asia Corp. and Others v. Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1, Decision on Jurisdiction, Sept. 25, 1983.

④ Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/17, Decision on Jurisdiction, May 16, 2006.

者在东道国所设立外商投资企业提起的违反投资协议请求。由此可知，国际投资仲裁中的公司诉权依据既可来自投资协定中的条款规定，也可从投资者与东道国签订的投资协议中发现。

（二）若干股东分别提请仲裁

作为投资者，不论多数股东与少数股东，或是直接股东与间接股东，都可能在国际投资仲裁中享有股东诉权。当这些股东分别向同一仲裁机构或分别向不同仲裁机构均提请仲裁时，就会产生平行仲裁的问题。如前述“苏伊士等公司诉阿根廷案”中，法国的 Suez 公司、西班牙的 Sociedad General 公司和 Aguas Servicios 公司联合竞标配水与废水处理业务并获得许可权，后根据竞标规则要求设立了新的阿根廷公司（Aguas Provinciales）。发生投资争端后，法国公司和两家西班牙公司均分别提起了仲裁。^①“Sempra 诉阿根廷案”和“Camuzzi 诉阿根廷案”针对的也是同一东道国政府的行为，多数股东（Camuzzi）和少数股东（Sempra）分别提请了仲裁。^②实践中还存在着最终股东和直接股东分别提请仲裁的情况。最终股东 Lauder（自然人）以自己名义提请了仲裁，而直接股东（荷兰控股公司）也提请了仲裁，分别为“Lauder 诉捷克案”与“CME 诉捷克案”，两起案件虽然针对的是同一事实，但两个仲裁庭分别作出的裁决却并不相同。^③

（三）避免平行程序的方法

1. 预先设定岔路口条款

岔路口条款是通过 BIT 条款解决平行诉讼问题的内部规则，其主要内容如意大利与黎巴嫩 BIT 中第 7 条所规定，即：申请人可将投资争端提交东道国的国内法院，或者将其提交 ICSID 等国际仲裁机构，但上述任何一种选择均是终局性的。但投资仲裁实践中，投资者在诉诸国内司法程序后仍可通过改变诉因而诉诸国际仲裁程序。换言之，合同之诉和条约之诉所依据的不同准据法会抵消岔路口条款的实际效果，因为前者为违反合同之诉，后者为违反条约之诉。由于诉因的不同，投资者提请国际仲裁可因保护伞条款的适用而获得仲裁庭的支持。

2. 合并审理安排或条款

当两个案件均由于东道国政府的同一行为对公司造成了损害，案件如要合并审理只能依当事方的同意。如在上述“Sempra 诉阿根廷案”和“Camuzzi 诉阿根廷案”中，分别提请仲裁的股东 Camuzzi 和股东 Sempra 只能在与阿根廷协议的基础上，

① Suez Case, Supra Note 23, para. 23.

② Sempra Energy Int'l v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/16, Decision on Jurisdiction (May 11, 2005); Camuzzi Int'l S.A. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/3, Decision on Jurisdiction (May 11, 2005).

③ Lauder v. Czech Republic (Final Award) 9 ICSID Rep 62; CME Czech Republic BV v. Czech Republic (Partial Award) 9 ICSID Rep. 121.

三方同意组成同一仲裁庭处理该争议。^①近年来的投资协定也会纳入合并审理条款,以提高仲裁效率并节省裁判资源。如美国 2012 年 BIT 范本规定,“当两个或更多的申请单独提交仲裁,而它们涉及共同的法律或事实问题且出于同一事件,任何争议方均可根据所有争议方达成的一致寻求合并审理的命令。”^②这种方案的合理之处在于,通过合并仲裁条款进行合并审理,既有利于仲裁程序的进行和获得一致裁决结果,也可缓解数个股东同时提请仲裁的局面。

3. 设立利益拒绝条款

“利益拒绝条款”(Denial of Benefits)是体现于 BIT 中的一种特别规定,指缔约一方在 BIT 中表明在一定情况下不将投资协定下的利益给予缔约另一方的投资者及投资。该条款的目的在于强调缔约各方的互惠原则,排除非缔约方的投资者通过设立在另一缔约国的空壳公司而享有投资协定下的权利与保护。一般而言,设定该条款的条件主要有以下几点:第一,非缔约方的国民拥有或控制该公司,而拒绝授予利益的缔约方并未与该非缔约方维持条约关系;第二,该公司在另一缔约方的境内并无实质经营活动,且非缔约方的国民拥有或控制该公司。^③

七、结论

BIT 缔结的目的是为了保护投资者的投资利益,只要 BIT 或 ICSID 公约中没有明确规定限制投资者诉权,国际仲裁庭在实践中也就无必要作出此限制,因此形成了公司诉权和股东诉权的平行仲裁现象。

股东以外国控制方的身份代表公司提请仲裁的权利较为特殊,这是因为设立这种特别同意是考虑到东道国通常要求投资者必须当地设立公司才能进行投资,该公司实属东道国公司。关于所设立的外资企业对东道国的诉权,虽然可以 ICSID 公约规定的“双方同意为了本公约目的,应看作是另一缔约国国民”为依据,但公约并未明确规定应以何种形式表明双方同意是为了该公约的目的。根据国际投资仲裁的实践,只要东道国政府知情拥有东道国国籍的公司是受外国投资者控制的,即表明同意为了公约目的将外资企业视为另一缔约国国民。换言之,外资企业可视为外国投资者代理人,这一控制甚至可以是间接的。

由于投资者在公司设立的结构安排上具有自主权,通过设立多层控股结构,若干股东可能会对东道国的违约行为均享有诉权,此时的投资关系已超出了东道国和投资者母国的范围,而涉及股东国籍国与第三国的关系。投资国和东道国签订 BIT 的本来目的在于保障两缔约国的国民享有的投资待遇,但第三国国民可通过适当的

① Sempra Case, Supra Note 28, para. 5; Camuzzi Case Supra Note 28, para. 32.

② Article 33, US model BIT 2012, 该条款中合并审理的最终决定权由仲裁庭享有。

③ Article 1211, NAFTA; Article 17, Energy Treaty Charter.

公司结构安排，在投资国与东道国设立控股公司而适用两国签订的 BIT。

在返程投资中，由 SPC 收购境内目标公司使其成为外资企业，如东道国对其采取了不当措施，该外资企业并不能因此提起国际仲裁，因为不符合公约规定的“应具有另一缔约国国籍”的条件，而 SPC 则可具有诉权，因其在法律上具有外国国籍，但东道国仍可依据“利益拒绝条款”提出管辖异议。事实上，ICSID 仲裁庭关于返程投资者国籍确定标准及具有诉权的裁决意见对投资仲裁实践已产生影响并具有一定认同性，但申请人的仲裁请求能否得到仲裁庭支持，也会因其受东道国公司控制的事实而产生一定不利后果。

The Confirmation of Investor's Nationality under Personal Jurisdiction in International Investment Arbitration

SUN Nanshen

Abstract: The problem of investors' nationality is one of the basic conditions for the investor to file an arbitration against the host country. The claim right of investors is based on arbitration jurisdiction, and exercise of arbitration jurisdiction conditions upon complying with legal requirements. Therefore, the attribution of investor's nationality is one of the basic conditions of arbitration jurisdiction, and there is close relation between confirmation of investor's nationality and claim right of investors. The confirming criterion of the attribution of investor's nationality will decide whether the claim right of investors can be established. Since ICSID Convention makes no concrete provisions on the meaning of foreign control, arbitral tribunals will refer to provisions relating to investment in BIT and make good faith construction on the meaning of foreign control under the Convention when examining the nationality of applicants. The investment arbitral tribunals tend not to make restricted explanation on the meaning of owning or control under BIT with the opinion that the term of investors in BIT includes the investor indirectly owning and controlling corporations of the host country. This article discusses the disputes relating to confirmation of nationality in jurisdiction objection from aspects of arbitral jurisdiction requirements of ICSID, the criteria of foreign control and actual operation, attribution of nationality for round trip investment, the change of nationality for corporation restructure, exercise of claim right and parallel arbitration, and concludes with analysis the disposal principles and arbitral precedents for nationality confirmation under investment arbitration jurisdiction at the angle of classification.

Keywords: international investment arbitration; personal jurisdiction; nationality of investors; claim right of shareholder; foreign control

(责任编辑: 金孝柏)