

国际投资仲裁中投资者挑选条约的 缘起背景与规制路径

桑远棵

(浙江工商大学, 浙江 杭州 310018)

摘要: 投资者通过重组投资等方式挑选更有利投资条约的现象屡见不鲜, 这类现象要归因于投资条约网络的碎片化、投资争端解决机制的去政治化、法人国籍认定标准的单一化与扩大化等因素的共同作用。投资者挑选条约不仅助长了投资者滥用条约之风, 更有违投资条约的互惠性与可持续发展原则。实践中, 仲裁庭已经就如何规制投资者挑选条约发展出多种裁判路径, 但都存在不同程度的问题: 一是认定挑选条约的投资者作出的投资不符合善意原则而排除仲裁庭的属物管辖权, 此种立场未获得普遍支持; 二是刺破公司面纱原则在特定情形下具有可适用性, 但就其适用标准尚未形成共识; 三是禁止滥用程序原则具有普遍适用性, 但其适用标准仍有待具体化; 四是属时管辖权具有一般适用性, 但投资争端的发生时间不易准确识别。细化禁止滥用程序原则的适用标准、优化法人国籍定义模式、改进拒绝授益条款、施加程序性费用的不利负担、放弃引入投资者与国家争端解决机制, 有助于在不同程度上抑制投资者挑选条约现象。

关键词: 挑选条约; 投资者国籍; 善意原则; 禁止滥用程序原则

中图分类号: D996

文献标识码: A

文章编号: 1006-1894 (2025) 05-0072-13

在国际投资法领域, 挑选条约 (treaty shopping) 又称为国籍筹划 (nationality planning)。经济合作与发展组织 (OECD) 给出的定义是, 投资者为了寻求获得特定投资条约的保护而通过设立公司或重组特定的商业活动来组织投资, 以期获得原本不存在的条约保护、获益于特定投资条约的实体性保护以及特定争端解决条款的程序性方面。^①由于自然人国籍的取得受到国内法的严格限制, 要求与国籍国必须存在特定联系而难以轻易改变, 因此挑选条约现象主要发生于法人投资者身上。在涉及投资者挑选条约的国际投资仲裁案件中, 有代表性的是 Tokios 诉乌克兰案、Saluka 诉捷克案、Phoenix 诉捷克案与 Philip 诉澳大利亚案。以 Philip 诉澳大利亚案为例,^② 美国烟草巨头菲利普莫里斯国际集团公司为了应对澳大利亚制定的严苛烟草包装立

作者简介: 桑远棵, 浙江工商大学法学院特聘副教授, 研究方向: 国际投资法与国际私法。

基金项目: 国家社科基金社团项目“国际投资仲裁中环境利益保障路径研究”(项目编号: 24SGC110)。

① Gaukrodger, D., Gordon, K. Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community, OECD Working Paper on International Investment, No.2012/03, p. 55.

② Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, PCA Case No. 2012-12, Award on Jurisdiction and Admissibility, 17 December 2015.

法对其利益造成损害，特意在中国香港设立子公司对澳大利亚进行投资以受惠于更有利的澳大利亚与香港双边投资条约，进而援引该投资条约对澳大利亚政府发起国际投资仲裁并索要巨额赔偿金。

然而，投资者挑选条约的合法性受到很多质疑。一方面，它有违投资条约的互惠性原则。互惠性是国家之间缔结投资条约的根本落脚点，投资条约缔约国仅仅有意提供给另一缔约国投资者以投资保护与待遇。如果第三国投资者故意通过在特定国家设立控股公司进行转投资以获益于更有利的投资条约，投资条约的互惠性将不复存在。同时，如果一国投资者在与本国存在投资条约关系的另一缔约国设立控股公司并通过该公司对本国进行投资，进而将“国内投资”包装为“国际投资”以获得投资条约的额外保护，这种返程投资也有悖于投资条约的互惠性。另一方面，投资者挑选条约有违可持续发展原则。投资者挑选在劳工、环境等方面所设条件更为宽松的投资条约，故意绕开本应承担的企业社会责任，势必阻碍国际投资法可持续发展目标的实现。

一、国际投资仲裁中投资者挑选条约的缘起

从实质意义看，投资者挑选条约现象是投资条约网络的碎片化、投资争端解决机制的去政治化、法人国籍认定标准的单一化与扩大化等因素交错与叠加的产物。

（一）投资条约网络的碎片化

国际投资法至今不存在统一的投资条约。截至2025年6月底，现行有效的有2,222个双边投资条约与406个包含投资章节的国际条约。^①这种碎片化的立法现状导致投资条约的内容存在很大差异，尤其是在实体性待遇与争端解决机制方面。这些数量庞大的投资条约犹如超市里琳琅满目的商品，品种与质量各不相同，投资者可以任意挑选最符合自身利益的一种。因此，只要投资条约的实体性规则与程序性规则未实现完全统一化，就有可能发生投资者挑选条约现象。

为免受投资者挑选条约给东道国规制权造成不利影响，委内瑞拉、厄瓜多尔、南非等国单方面终止了本国签订的双边投资条约。然而，投资条约大多设有日落条款，即在投资条约终止之前作出的投资在条约终止后的特定期限内仍然可以获得原条约的延伸性保护。与此同时，玻利维亚、厄瓜多尔、委内瑞拉、洪都拉斯相继退出《解决国家和他国国民之间投资争端公约》（《华盛顿公约》），但根据《华盛顿公约》第72条，退出本身不会影响在退出通知之前它们表示同意受中心的管辖而产生的公约项下的权利与义务。因此，即便国家单方面终止投资条约或退出《华盛顿公约》，也无法从根本上解决投资者挑选条约问题。

^① International Investment Agreements Navigator[EB/OL].<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>. (2025-06-26).

（二）投资争端解决机制的去政治化

投资者与东道国发生争端之后，原先主要通过外交保护加以解决，但外交保护的启动不仅要符合用尽当地救济要求，还要求投资者母国代表投资者提起国家间争端解决程序，而且投资者母国大多会在考虑主权国家之间的外交、利益关系等因素后才会决定，导致能否启动外交保护程序存在很大不确定性。易言之，外交保护是以权力为导向的政治化争端解决机制，受到投资者母国的绝对控制（王彦志，2011）。因此，在高度政治化的外交保护体系之下，投资者不具有挑选条约的制度性空间。

20 世纪中叶以后，投资争端由以往的政治性争端逐渐转变为管理性争端，后者由于是东道国在采取经济社会管理措施过程中产生损害外国投资者权利的外部性所致，大大降低了投资争端的政治性（徐崇利，2010），此时外交保护无法再适应此类争端。1965 年世界银行主导缔结《华盛顿公约》并创设了国际投资争端解决中心（ICSID），随后投资合同与投资条约开始赋予投资者直接将东道国诉至 ICSID 等仲裁庭的程序性权利，由此实现了投资争端解决机制的去政治化。但在此种体系中，投资者与国家在诉权分配上具有绝对的不对称性，投资者单方面享有启动国际投资仲裁的程序性权利，东道国只能被动应诉且国家反诉的适用面临重大困境（桑远棵，2023）。可以说，这种投资争端解决机制范式的根本转变为投资者挑选条约提供了可能性。

（三）法人国籍的单一化与扩大化

国籍是判定法人投资者是否属于特定投资条约保护范围的前提条件。《华盛顿公约》第 25.2.b 条没有规定法人国籍的认定标准，而由投资条约缔约国协议确定。一方面，大多数投资条约只要求法律实体或公司根据设立地法律成立便获得其国籍（Lee，2016），这种低门槛的设立地标准为投资者挑选条约提供了空间，既有实践当中涉及挑选条约的案件大多源于单一的设立地标准，因为跨国公司只须在特定国家设立子公司便可以获得该国的国籍。另一方面，很多投资条约在设立地标准之外还采用了控制标准，进一步扩大了投资者的范围。通常来说，投资条约只适用于外国投资者而不扩及本国投资者，但《华盛顿公约》第 25.2.b 条引入了控制标准，即缔约国可以约定基于“外国控制”适用于具有东道国国籍但受到外国控制的任何法人，但是否适用控制标准必须由缔约国协议约定。在这方面，大型跨国公司经常选择荷兰作为挑选条约目的地，根本原因在于荷兰缔结的百余份双边投资条约采用了控制标准。然而，《华盛顿公约》与多数投资条约并未明确规定“控制”的性质，导致实践中仲裁庭倾向于认为，如果是在多数股权情形下，“控制”是指法律控制；但对于少数股权情形，“控制”则指有效控制（Baumgartner，2016）。因此，当公司存在众多中间投资者时，处于该公司链条中的股东都有可能成为适格的投资者。

（四）投资范围的宽泛化

《华盛顿公约》第 25.1 条未就投资给出具体定义，而将其决定权赋予了投资条约缔约国。绝大多数投资条约倾向于使用一个宽泛的且以财产为基础的投资定义方式，表现为以非穷尽性方式列举任何类型的财产形态。通常情形下，投资条约的保护范围不仅包括直接投资，还包括间接投资尤其是股份。股份具有高度流动性，投资者很容易将其所持有的公司股份迅速转移至其他国家的法律实体。国际投资法上一般承认通过转让股份的方式改变国籍，寻求获得更有利投资条约的保护，因此股份转让对投资者的影响是通过股东国籍的变更进而直接或间接影响到投资者的国籍（孙颖，2020）。不过，大多数投资条约都没有指明拥有何种股份对于提起国际投资仲裁是必要的，导致当东道国采取的措施对公司的利益造成损害时，无论是控股与非控股股东、多数与少数股东，还是直接与间接股东都有权提起国际投资仲裁。

（五）拒绝受益条款的实施困境

拒绝受益条款是指投资条约的一个缔约国保留拒绝给予另一个缔约国投资者在投资条约项下的部分或全部利益的权利，如果另一缔约国的投资者是由本国或非缔约方投资者所拥有或所控制的且该投资者在另一个缔约国境内没有实质商业活动（漆彤，2012）。换言之，如果投资者与设立地不存在实质经济联系，且投资者又由非缔约国或东道国的国民所控制或拥有，缔约国有权援引该类条款阻止投资者提起国际投资仲裁。

但实践表明，拒绝受益条款并未发挥其应有的功能。一方面，投资条约规定的拒绝受益条款的适用对象并不一致，有的投资条约将其限缩在非缔约方投资者，也有的投资条约规定同时适用于东道国和非缔约方的投资者。另一方面，投资条约鲜有规定拒绝受益条款应在何时及以何种方式适用，导致实践中出现重大分歧：一是拒绝受益条款是自动适用还是须由东道国积极行使；二是东道国在援引拒绝受益条款之前必须履行的通知或磋商程序是强制性的还是裁量性的；三是拒绝受益权的行使是必须在争议发生之前还是在仲裁程序之中；四是拒绝受益条款的法律效果是适用于缔约国明确提出拒绝之后的投资利益还是可溯及适用于拒绝之前的投资利益；五是拒绝受益情形的证明责任是由投资者还是由东道国承担。^①这些因素的叠加导致仲裁庭倾向于限制适用拒绝受益条款，间接助长了投资者挑选条约之风。

（六）先例制度的缺乏

先例制度的缺乏是投资者挑选条约现象的一大诱因（Skinner et al., 2010）。在国际投资法体系中，每个国际投资仲裁案件的仲裁庭都由当事人临时指定，这种去

^① Mistelis, L., Baltag, C. Denial of Benefits Clause in Investment Treaty Arbitration[EB/OL]. [https://www.semanticscholar.org/paper/%E2%80%98Denial-of-Benefits%E2%80%99-Clause-in-Investment-Treaty-Mistelis-Baltag/cc0698cd033cfff1a42bdd6e81cbcfcdcf39e898.\[2018-12-13\]\(2025-06-26\).](https://www.semanticscholar.org/paper/%E2%80%98Denial-of-Benefits%E2%80%99-Clause-in-Investment-Treaty-Mistelis-Baltag/cc0698cd033cfff1a42bdd6e81cbcfcdcf39e898.[2018-12-13](2025-06-26).)

中心化模式导致嗣后仲裁庭不受在先裁判决定的实质性约束,尽管它们大多会予以考虑并与在先裁判决定保持必要的协调性。在 AES 诉阿根廷案中,仲裁庭认为 ICSID 仲裁庭作出的决定或裁决仅约束本案争端当事人,一般国际法还不存在先例规则,ICSID 体系下亦是如此,每个仲裁庭有权就同一问题作出不同决定。^①对于投资者挑选条约问题,实践中仲裁庭作出了差异化的认定。例如,Saluka 诉捷克案与 Tokios 诉乌克兰案,仲裁庭基于文义解释方法认定挑选条约的投资者属于投资者的范围。与之相反,Philip 诉澳大利亚案与 Phoenix 诉捷克案的仲裁庭则采用了目的解释方法,通过引入投资条约以外的善意原则等原则来否定投资者挑选条约行为的合法性。可见,先例制度的缺乏为投资者挑选条约提供了制度性空间。

二、国际投资仲裁中投资者挑选条约的裁判路径

国际投资仲裁实践中,仲裁庭已就如何规制投资者挑选条约发展出多种裁判路径,包括属物、属人与属时管辖权抗辩,但它们都存在不同程度的问题。

(一) 属物管辖权之善意投资

善意原则(Bona Fide Principle)不仅存在于所有国家的法律体系之内,国际法上也早已有之,它要求诚实公正行事、寻求真实目的与禁止获得不当优势,任何人和国家都不得滥用国际条约所赋予的权利。国际法院将善意原则定性为支配法律义务的创设与履行的基本原则之一。^②在国际投资仲裁实践中,善意原则发挥着日益重要的作用(Brabandere, 2012),尤其表现在防止国际司法机构机械地适用投资条约以及灵活应对不同的关切因素与新情形。

然而,善意原则具有内容上的模糊性与宽泛性特征,它并不是一项具体的国际法义务,无法作为可直接援引的法律依据而必须依附于特定的法律概念。实践中已经有仲裁庭从属物管辖权的角度来规制挑选条约现象,即要求投资本身必须符合善意性要求,否则可能被认定为不受保护的投资。在 Phoenix 诉捷克案中,ICSID 仲裁庭认为只有符合善意原则的投资才能获得 ICSID 机制的保护,进而防止 ICSID 机制被滥用。对此,仲裁庭分析了认定善意投资的关联因素,如投资的时间、原始诉求的产生原因、提起诉求的时间、交易的实质、经营活动的真实性质。这些因素明显表明申请人进行投资的唯一目的是将已发生的国内争端转化为国际争端,并使其获得双边投资条约下 ICSID 机制的管辖,因其属于非善意的投资而无法获得 ICSID 机制的保护。^③

从根本上看,任何一个投资条约都暗含了非善意投资不受保护这一基本原则。投资与善意性的结合使得仲裁庭可以在特定情形下认定挑选条约的投资者作出的投

^① AES Corporation v. The Argentine Republic, ICSID Case No.ARB/02/17,Decision on Jurisdiction, paras. 23,30.

^② Nuclear Tests (New Zealand v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 473.

^③ Phoenix Action Ltd. v. The Czech Republic, ICSID Case No.ARB/06/5,Award, 15 April 2009, paras. 106~113,135~142.

资不属于被保护投资的范围,进而剥夺仲裁庭的属物管辖权。然而,大多数仲裁庭并未将善意性认定为《华盛顿公约》第25.1条项下投资的构成性要素(Kriebaum et al., 2022)。而且,投资的善意性被划分为作出投资之时与投资过程之中两种类型,如果作出投资之时不具有善意性,被认为可以阻却仲裁庭的管辖权(Stern, 2010)。但由于难以准确厘定两者的界限,导致很多仲裁庭倾向于在实体事项的审理时考虑此问题(Brabandere, 2012)。因此,虽然从属物管辖权的角度排除仲裁庭对投资者所作出的投资的管辖权是规制挑选条约现象的潜在路径,但还未被广泛接受。

(二) 刺破公司面纱原则

公司具有独立的法律人格几乎是所有国家公司法的基本原则,刺破公司面纱原则(Doctrine of Piercing Corporate Veil)是否定其法律人格的例外情形,意在防止滥用公司形式以实现不正当目的。在Phoenix诉捷克案、Saluka诉捷克案等案中,盖因投资者有意通过操纵公司形式获得特定国籍以获益于更有利的投资条约,东道国要求刺破公司面纱以查明公司的实际控制人,进而否定投资者挑选条约行为的合法性。但由于国际投资法上并不存在适用刺破公司面纱原则的先例,多数仲裁庭援引国际法院在巴塞罗那电车案中确立的适用标准,即在特定情形或为了实现特定的正当或公平目的而适用刺破公司面纱原则,尤其是当存在欺诈或者违法行为时,刺破公司面纱有助于防止滥用法律人格的特权、保护第三人利益与防止规避法律义务。^①

迄今为止,仲裁庭还未曾适用刺破公司面纱原则否定投资者挑选条约行为的合法性。以Saluka诉捷克案为例,Saluka完全由Nomura Europe控制,Saluka仅仅是Nomura为了实现自身目的而设立的壳公司,Nomura是真正的利益关联方,捷克政府主张适用刺破公司面纱原则来否定Saluka的投资者身份。然而,仲裁庭认为Nomura和Saluka是以一种世界上最为普遍的商业形式从事投资活动,尽管在一些情形下可以适用作为衡平救济的刺破公司面纱原则,尤其是当公司形式被用作规避欺诈或其他不法行为时,进而审查公司形式架构之外的东西,但这种衡平救济具有裁量性,本案不存在适用的必要性。^②

从本质上看,仲裁庭拒绝适用刺破公司面纱原则是因其严格依据巴塞罗那电车案确立的适用标准,进而大大压缩了该原则的适用空间。通常情形下,公司投资者通过投资重组等方式挑选最有利于自身利益的投资条约,要判断是否构成对公司法律人格的滥用,关键因素在于股东对公司投资者的控制是否完全剥夺投资者的人格,这就要求分析股东对投资者所持有的股份份额、投资者的管理层是否与股东相同、投资者的资产与决策是否受到股东的控制等因素。更重要的是,股东是否通过滥用公司人格寻求不法目的,在国际投资法上则应侧重于判断挑选条约是否违反投资条

^① Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 39.

^② Saluka Investments BV (the Netherlands) v. The Czech Republic, Permanent Court of Arbitration, Partial Award, 17 March 2006, paras. 226-230.

约的根本目标。只有在这些因素同时获得满足的情形下，刺破公司面纱原则才具有可适用性。可见，刺破公司面纱原则只在例外情形下才具有可适用性。不过，当前还未就其适用标准形成共识，因而无法作为规制投资者挑选条约的有效路径。

（三）禁止滥用程序原则

禁止滥用程序原则（Doctrine of Prohibition of Abuse Process）是所有国家法律体系中的基本原则。在国际法上禁止滥用程序原则不仅来源于善意原则，更是善意原则的具体表达。多数观点认为善意原则属于《国际法院规约》项下的一般法律原则，也有学者将其定性为习惯国际法规则（Brabandere，2012）。国际司法或准司法机构在认定滥用程序时非常谨慎，而且还未曾支持过滥用程序抗辩（Fukunaga，2018）。

实践表明，东道国大多援引禁止滥用程序原则否定投资者挑选条约的合法性，即特定的投资者在提起国际投资仲裁程序之前有意获得此项程序性权利或滥用投资条约项下提起国际投资仲裁的一般性权利。一般认为，禁止滥用程序原则可独立于投资条约而存在，允许仲裁庭适用该原则以解决投资条约在公司国籍方面存在的缺陷，避免出现条约起草者所未曾预料的后果或者出现违反条约目的之现象（Janig，2021）。而且，如果投资条约国籍规则的文义解释与整个法律框架产生冲突时，适用禁止滥用程序原则有助于确保真正的投资者获得投资保护（Zhang，2013）。

在 Philip 诉澳大利亚案、Gremcitel 诉秘鲁案等案中，仲裁庭援引了禁止滥用程序原则否定挑选条约的合法性，主要是以投资争端是否具有合理的可预见性为中心来判断是否构成滥用程序，尤其是投资者是否具有滥用程序的主观意图。例如，一是投资者是否在重组完成或获得特定国籍后立即将东道国诉至国际仲裁庭。两者的时间越是接近，越能表明滥用程序的意图。在 Gremcitel 诉秘鲁案中，引发争端的是秘鲁国家文化研究决议在 2007 年 10 月 10 日作出且在 10 月 18 日对外公布，股份转让是在 2007 年 10 月 9 日，仲裁庭认为两个事件的发生时间如此接近并非偶然。^①二是投资者提出的其他重组事由是否具有决定性作用。在 Philip 诉澳大利亚案中，仲裁庭认为申请人提出的重组原因是创造更优更清晰的架构、减轻税收义务与优化现金流不具有决定性。^②

然而，仲裁庭大多采用限制性方法来适用禁止滥用程序原则，即只要其中任何一项因素无法表明投资者具有滥用程序的主观意图，便认定不构成滥用程序。例如，投资者在重组投资之后是否继续在东道国从事商业活动或增加投资。如在 Conocophillips 诉委内瑞拉案中，仲裁庭认为不构成滥用程序的主要原因是申请人在重组后又投资了 4.34 亿美元。^③又如，投资者在相关国家设立的年限及从事商业活动的时间。时间愈

^① Renée Rose Levy and Gremcitel S.A. v. Republic of Peru, ICSID Case No.ARB/11/17,Award,9 January 2015,paras. 187~189.

^② Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia,PCA Case No.2012-12,Award on Jurisdiction and Admissibility, 17 December 2015,paras. 570~584.

^③ Conocophillips Petrozuata B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela,ICSID Case No.ARB/07/30,Decision on Jurisdiction and the Merits, 3 September 2013,paras. 265~281.

长,越难认定投资重组构成滥用程序。在Pac Rim诉萨尔瓦多案中,仲裁庭指出美国实体是在当事人缔结特许经营合同的8年前就已经设立,因而不是壳公司。^①

总之,仲裁庭有权单独援引禁止滥用程序原则来判定投资者挑选条约行为的合法性。不过,任意适用该原则将剥夺投资者在投资条约项下的程序性权利,有悖于投资条约保护投资者利益的初衷。而且,不加限制地适用禁止滥用程序原则反而会导致仲裁庭面临更多的国际投资仲裁案件,相当于变相鼓励投资者以东道国滥用权利为由而诉诸仲裁庭寻求损害赔偿(Feldman, 2012)。因此,禁止滥用程序原则应定位于一项例外规则,但其适用标准有待厘清。

(四) 属时管辖权之已经存在的投资争端

国际投资仲裁实践中,东道国政府经常主张投资争端在投资重组之前就已经存在,以此要求仲裁庭判定对投资争端缺乏属时管辖权。这项抗辩获得了多数仲裁庭的支持,例如,在Phoenix诉捷克案中,仲裁庭认为以色列与捷克双边投资条约只适用于投资之后东道国政府对Phoenix作出的措施,但对投资之前产生的任何诉求不具有属时管辖权。^②在少数案件中,投资者也已经认识到属时管辖权问题,仅选择对投资重组之后产生的争端提起仲裁诉求。在Pac Rim诉萨尔瓦多案中,申请人仅对2008年3月投资争端发生之后的事件寻求赔偿。^③

通常来说,国际条约具有不可溯及力,只对生效之后发生的行为或事件具有法律约束力。2001年联合国国际法委员会制定的《国家对国际不法行为的责任条款草案》第13条、《维也纳条约法公约》第28条都规定国际条约的不可溯及力原则。有鉴于上述条款具有习惯国际法地位,故亦适用于国际投资法领域。对于投资者挑选条约行为而言,关键问题不在于投资条约的生效时间,而是投资重组的时间。投资重组具有面向未来的法律效果,仅对未来可能发生的投资争端具有法律效力。如果没有相反规定,对于重组之时已经发生的投资争端不产生法律效果。

从本质上看,属时管辖权的认定属于事实问题,不受与投资者相关的主观因素的影响,这是属时管辖权区别于禁止滥用程序原则的核心之处。换言之,如果在投资重组之时投资者与东道国已发生了投资争端,仲裁庭可以缺乏属时管辖权为由驳回仲裁诉求;如果投资者进行投资重组之时引发争端的东道国行为或措施已经发生,但投资争端尚未实质化,则仲裁庭有权认定投资者行为是否构成滥用程序。因此,如何准确认定投资争端的发生时间是一大关键问题,关乎仲裁庭是否支持东道国的属时管辖权抗辩。具体来说,如果东道国的行为属于一次性行为(one-time act),

① Pac Rim Cayman LLC v. The Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections, 1 June 2012, paras. 2.48.

② Phoenix Action Ltd. v. The Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009, paras. 67~71.

③ Pac Rim Cayman LLC v. The Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections, 1 June 2012, paras. 2.101~2.109, 3.31~3.44.

如东道国通过了一项征收法令，东道国征收行为完成的时间便是投资争端产生的时间，属时管辖权的认定则较为简单。但如果东道国行为属于持续性行为（continuing act）或复合性行为（composite act），如东道国拒不发放许可证或执照，它们可能发生于重组之前又延续至重组之后的一段时间，投资争端的发生时间则难以确定，但仲裁庭只对重组之后发生的条约违反行为具有属时管辖权。国际法院曾将“争端”界定为当事人对法律观点或事实的分歧。^①但是，这种模糊的定义无助于准确界定投资争端的发生时间，因为投资争端往往涉及一连串复杂的事件，要准确认定投资争端的发生时间并非易事，因此属时管辖权抗辩的可适用性存在很大不确定性。

三、国际投资仲裁中投资者挑选条约规制路径的构建

（一）细化禁止滥用程序原则的适用标准

在实践层面，禁止滥用程序原则的可适用性获得了多数仲裁庭的认可。在投资条约层面，2016年欧盟与越南的投资保护条约引入了禁止滥用程序条款，第3.27.2条规定如果投资是通过欺诈性陈述、隐瞒、腐败或以滥用程序方式作出，申请人无权提交诉求。第3.43条又规定当争端已经发生或在可预见方面存在高度盖然性时，法庭应拒绝行使管辖权。很明显，上述两条规定的“争端已经发生”是指属时管辖权，“争端的可预见性有高度盖然性”则是指禁止滥用程序原则。对于投资者挑选条约，很多案件的东道国倾向于同时提出属时管辖权异议与滥用程序抗辩。在很大程度上，在投资争端发生之后挑选条约是投资者滥用程序的一种形式，故本文将属时管辖权异议合并至禁止滥用程序原则进行分析。具体来说，要认定投资者挑选条约违反禁止滥用程序原则必须考虑双重因素。

一是客观要件，即一项具体的投资争端在投资重组之时已发生或具有合理的可预见性。首先，投资争端必须是真实、具体的，而不是投资环境恶化等潜在风险。而且，多数仲裁庭认为投资争端的发生时间应以导致投资争端的东道国措施或行为的发生时间为准，而不是以投资者提起仲裁的时间或损害发生的时间为准，因为东道国采取的措施或行为与投资争端大多具有直接关联性。其次，投资争端的发生具有合理的可预见性。在少数案件中，仲裁庭认定投资者在预见一项具体争端时必须达到高度盖然性（very high probability）程度，但多数案件的仲裁庭认为投资争端只须具有合理的可预见性（reasonably foreseeable）。如果要求投资者在投资争端的可预见性方面达到高度盖然性，明显不利于东道国。相反，要求投资争端存在合理的可预见性不会使得在认定可预见性时完全取决于投资者，而是更侧重于分析理性的投资者是否能够预见未来的争端（Baumgartner, 2017），此种标准更为适当。最后，判断投资争端的可预见性应从投资重组启动之时。从投资重组启动到重组完成大多

^① East Timor (Portugal v. Australia), Judgment, I.C.J. Reports 1995, pp. 99-100.

需要历经一段时间，有部分仲裁庭是基于重组完成之时分析投资争端的可预见性，但可能导致对投资者利益的过度保护。事实上，投资者在启动投资重组之时就已经能够预见东道国措施或行为对其投资利益的潜在损害，故应以重组启动之时为准。

二是主观要件，投资重组的主要目的是获得国际司法救济等有利条件。投资重组的主观因素是认定投资者是否滥用程序的核心要件。在实践层面，多数仲裁庭认为只要投资重组的主要或核心目的是提起国际投资仲裁或获得特定投资条约的保护，便可认定为构成滥用程序。在条约层面，2015年印度双边投资条约范本第35条、2019年荷兰双边投资条约范本第16.3条都规定，当投资者改变公司架构主要目的是获得本条约的保护时应拒绝行使管辖权。从本质上看，采用“主要目的”标准有助于在维护国际投资仲裁机制的完整性与保护无意滥用程序的投资者利益之间达致微妙平衡（Watson and Brebner, 2018）。

总之，禁止滥用程序原则的适用标准是：投资者在启动投资重组之时一项具体的投资争端已经发生或具有合理的可预见性，且投资者的主要目的是获得国际司法救济等更有利投资条约的保护。判断投资者主观目的可参考的因素，包括投资重组后是否继续增加投资、投资重组时间与投资仲裁程序的提起时间、投资者的设立年限等。因此，未来国际投资条约应引入上述标准，作为反投资者挑选条约的重要路径。

（二）优化法人国籍的定义模式

当前越来越多的投资条约引入了实质营业活动标准或住所地（seat）标准作为法人国籍的判定标准，表现为多种定义模式。

一是设立地标准+实质营业活动标准。例如，2023年匈牙利与土库曼斯坦双边投资条约第1.2.b条规定，对于任何一个缔约方而言，“法人”投资者是指根据一个缔约方的法律在其领域内设立或组成且主要营业地或中心管理地在其领域内的任何法人实体。2016年欧盟与加拿大全面经济与投资协定第8.1条有类似规定。

二是住所地标准或设立地标准+住所地标准。例如，2003年中国与德国双边投资条约第1.2条规定，在德国方面投资者是指任何住所在德国境内的法人；在中国方面投资者是指根据中国法律法规设立或组建且住所在中国境内的经济实体。2019年科特迪瓦与葡萄牙双边投资条约第3.ii.b条也采用设立地标准+住所地标准。

三是设立地标准+住所地标准+实质营业活动标准。例如，2006年哥伦比亚和瑞士双边投资条约第1.2.b条规定，法人实体是根据另一个缔约国的法律设立且在该国有住所以及在该国有真实经济活动的实体。2023年土耳其与委内瑞拉双边投资条约第2.4.b条也采用此种定义模式。

四是设立地标准+排除标准。2002年新加坡与日本的经济伙伴关系协定第72条第h款规定，另一缔约方的企业是指任何根据另一缔约方的法律合法设立的任何企业，不包括由非缔约方国民所拥有或控制的且未在另一缔约方境内从事实质营业活动的企业；该条第i款又规定前一款规定的非缔约方国民“所有”是指超过50%

的股权权益由非缔约方国民掌握,“控制”是指如果非缔约方的人有权提名大多数董事会成员或者从法律上控制其活动。日本与格鲁吉亚、巴林等国缔结的双边投资条约也采用此种标准。

从实质意义看,在设立地标准之外引入实质营业活动标准或住所地标准,是要求法人与其国籍国之间存在必要的联系,避免投资者仅仅通过设立壳公司而任意挑选条约。但也有人认为,如果仅仅采纳住所地标准,由于对住所地缺乏统一的定义标准,也有可能引发投资者挑选条约现象(范璐晶,2018)。在此情形下,第三种定义模式因同时包含了设立地标准、住所地标准与实质营业活动标准,对于抑制投资者挑选条约是最为有效的。

(三) 改进既有的拒绝受益条款

为了保证拒绝受益条款在国际投资仲裁实践中发挥应有的法律效果,有必要从6个方面改进这类条款:第一,拒绝受益条款应适用于投资条约的程序性与实体性方面;第二,拒绝受益条款的适用具有强制性而不是裁量性,故应使用“应当拒绝”(shall be denied)而不是“可以拒绝受益于(may deny the benefits)”的表述;第三,拒绝受益条款在适用时间上具有溯及力,即东道国有权在任何时间行使拒绝受益权;第四,进一步明确“控制的”(controlled)、“拥有的”(owned)、“实质营业活动”的认定标准,如2014年日本与澳大利亚经济伙伴关系协定第14.17条阐明了“控制的”与“拥有的”的内涵,2019年荷兰双边投资条约范本第1.c条列明了“实质营业活动”的考虑因素;第五,应由投资者承担证明不存在拒绝受益相关情形的责任;第六,拒绝受益条款同时适用于非缔约方和东道国的投资者。从本质上讲,改进拒绝受益条款是防止投资者挑选投资条约的重要机制,尤其是当投资条约仍然采用设立地标准作为法人国籍的唯一判定标准时,有助于弥补此种单一化标准频频引发的挑选条约现象。

(四) 施加程序性费用的不利负担

投资者通过挑选条约所提起的国际投资仲裁案件加重了东道国尤其是不发达国家的经济与财政负担,无论东道国最终胜诉还是败诉。就ICSID仲裁而言,根据《华盛顿公约》第61.2条,仲裁庭有权评估当事人参与程序所产生的费用并决定费用分配,除非当事人另有约定。2022年修订的ICSID仲裁规则第52.1条也规定仲裁庭有权考虑当事人的行为等因素来决定程序性费用。对于临时仲裁而言,2010年的UNCITRAL仲裁规则第42条赋予了仲裁庭根据具体案情分配仲裁费用的权力。但实践表明,大多数仲裁庭倾向于裁定投资争端当事人平摊仲裁费用与代理费,助长了投资者挑选条约之风。不过,少数仲裁庭开始要求滥用程序的投资者赔偿东道国参与投资仲裁的程序性费用。在Phoenix诉捷克案中,仲裁庭判定败诉方承担所有或部分程序性费用与代理费,主要是考虑到申请人提起仲裁程序的行为构成滥用程

序。^①从实际效果来看，在经济方面加重投资者滥用程序的成本有助于抑制挑选条约现象，因此投资条约可以明确赋予仲裁庭此种权限，即当投资者行为构成挑选条约时，可以要求其承担国际投资仲裁的程序性费用以及东道国的应诉成本。

（五）放弃引入投资者与国家争端解决机制

近年来，少数国家缔结的投资条约不再引入解决投资者与国家之间投资争端的国际投资仲裁机制，从而剥夺了外国投资者直接将东道国诉诸国际仲裁庭的权利。例如，在 Philip 诉澳大利亚案之后，澳大利亚宣布今后缔结的投资条约不再引入国际投资仲裁，最典型的例子是澳大利亚与美国、马来西亚签署的自由贸易协定仅规定国家间仲裁作为解决投资者与东道国的争端解决机制。巴西一直对国际投资仲裁机制持不信任态度，2015 年以来巴西发布的双边投资条约范本及与安哥拉、智利、墨西哥等国签订的《投资合作与便利化协定》将国家间仲裁作为解决投资争端的最后手段。此外，玻利维亚、委内瑞拉等少数国家的法律明确禁止接受国际投资仲裁庭的管辖权。尽管这种投资争端解决机制的复政治化趋势有助于消除投资者挑选条约现象，但此种规制路径并未获得多数国家尤其是资本输出国的接受。

四、结语

投资者挑选条约是国际投资法的特殊制度架构等多种因素叠加的产物，如果任由此类现象无序蔓延，势必极大减损国际投资条约的互惠性基础以及阻碍国际投资法上可持续发展目标的实现。未来通过细化禁止滥用程序原则的适用标准、优化法人国籍定义模式、改进拒绝受益条款等路径，不仅有助于抑制甚至是消除投资者挑选条约现象，还能够全方位地维护东道国的规制权，进而在保障投资者行使投资条约权利与拒绝赋予滥用程序行为保护之间获得适当平衡，最终有效推动国际投资条约的现代化改革进程。对于中国而言，现有双边与多边投资条约亦存在投资者挑选条约的制度性空间，未来修订或缔结投资条约时有必要引入多种规制路径，防止外国投资者通过挑选条约频繁将中国政府诉至国际仲裁庭，从而更加全面地维护本国的主权、安全与发展利益。

参考文献：

- [1] 范璐晶. 国际投资仲裁中法人“住所”的确定和管辖权问题 [J]. 国际商务研究, 2018, 39(6).
- [2] 漆彤. 论国际投资协定中的利益拒绝条款 [J]. 政治与法律, 2012, (9).
- [3] 桑远棵. 国际投资仲裁中国家反诉的适用困境及其化解 [J]. 中国海商法研究, 2023, 34(1).
- [4] 孙颖. 论投资者股权转让对投资仲裁管辖的影响 [J]. 上海对外经贸大学学报, 2020, 27(2).
- [5] 王彦志. 国际投资争端解决的法律化：成就与挑战 [J]. 当代法学, 2011, 25(3).
- [6] 徐崇利. 晚近国际投资争端解决实践之评判：“全球治理”理论的引入 [J]. 法学家, 2010, (3).

① Phoenix Action Ltd. v. The Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009, paras. 151-152.

- [7] Baumgartner, J.The Significance of the Notion of Dispute and Its Foreseeability in an Investment Claim Involving a Corporate Restructuring[J].Journal of World Trade and Investment,2017,18(2).
- [8] Baumgartner, J.Treaty Shopping in International Investment Law[M].Oxford:Oxford University Press,2016.
- [9] Brabandere, E. D.Good Faith,Abuse of Process and the Initiation of Investment Treaty Claims[J].Journal of International Dispute Settlement,2012,3(3).
- [10] Feldman, M.Setting Limits on Corporate Nationality Planning in Investment Treaty Arbitration[J].ICSID Review,2012,27(2).
- [11] Fukunaga, Y.Abuse of Process under International Law and Investment Arbitration[J].ICSID Review,2018,33(1).
- [12] Janig, P.Cynicism and Nationality Planning in International Investment Law[C].Baade, B.,et al.Cynical International Law?Berlin: Springer,2021.
- [13] Kriebaum, U.,et al. Principle of International Investment Law[M].Oxford:Oxford University Press,2022.
- [14] Lee, C.Resolving Nationality Planning Issue Through the Application of the Doctrine of Piercing the Corporate Veil in International Investment Arbitration[J].Contemporary Asia Arbitration Journal,2016,9(1).
- [15] Skinner, M.,et al. Access and Advantage in Investor–State Arbitration:The Law and Practice of Treaty Shopping[J].Journal of World Energy Law & Business,2010,3(3).
- [16] Stern, B.Are There New Limits on Access to International Arbitration?[J].ICSID Review,2010,25(1).
- [17] Watson, D.,Brebner, T.Nationality Planning and Abuse of Process: A Coherent Framework[J].ICSID Review, 2018,33(1).
- [18] Zhang, X. J.Proper Interpretation of Corporate Nationality under International Investment Law to Prevent Treaty Shopping[J].Contemporary Asia Arbitration Journal,2013,6(1).

On the Occurrence Background and Regulatory Route of Investor Treaty Shopping in International Investment Arbitration

SANG Yuanke

Abstract: Investor seeking to get a more favorable investment treaty protection through restructuring their investment is not an uncommon phenomenon. The occurrence of such should be jointly attributed to the fragmentation of investment treaty network, the depoliticization of investment dispute settlement mechanism, the singularity and expansion of the nationality criterion of legal person etc. Investor treaty shopping has not only promoted the treaty abuse of investors, but also violated of the reciprocity of investment treaty and the sustainable development policy. Several adjudicatory routes for regulating investor treaty shopping have been developed in the international investment arbitration practices, each indicating some problems to varying degree: the first route is to preclude the *ratione materiae* jurisdiction of arbitral tribunal by asserting the investment made by the investor amounting to the violation of bona fide principle, which however has not received universal support; the second route is that the doctrine of piercing the corporate veil has applicability in exceptional case, while its application standard has not formed general consensus; the third route is that the doctrine of prohibition of abuse process has general applicability, but its application standard awaits for concretization; the fourth route is that *ratione temporis* jurisdiction has general applicability, albeit the time of the investment dispute is not easy to identify precisely. In such context, introducing a more concrete application standard of the prohibition of abuse process doctrine, or refining the definition standard of the nationality of legal person, or improving the denial of benefit clause, or imposing adverse burden of procedural cost, or abandoning the investor–state dispute settlement mechanism, are conducive to inhibiting the investor treaty shopping phenomenon.

Keywords: treaty shopping; investor’s nationality; Bona Fide Principle; Doctrine of Prohibition of Abuse Process

(责任编辑: 金孝柏)