

# 探究国际投资仲裁实践中条约选购问题及防范

陈沫初

华东政法大学国际法学院, 上海

收稿日期: 2024年3月11日; 录用日期: 2024年4月20日; 发布日期: 2024年4月30日

## 摘要

条约选购无论是从投资者的实践, 还是从国际仲裁案件的数量来看, 都已成为现代投资领域不可忽视的一个问题。文章第一部分对于条约选购的概念进行了界定, 并总结了条约选购问题形成原因和不利影响, 这是探究条约选购问题的前提。第二部分通过梳理国际仲裁中的各类案例, 整理了影响国际仲裁庭识别条约选购问题的三个标准, 根据这三个标准分析了仲裁庭对于条约选购的态度, 总结得到条约选购问题并不是非法行为, 国际仲裁庭甚至天然地会倾向于保护投资者, 更多地会给国家造成损失。由此引出第三部分, 即国家能够减少因条约选购问题带来的损失的三种主要的限制方法, 并对三种方法进行利弊分析, 以期给未来国家的条约缔结实践提供一定的建议。

## 关键词

条约选购, 国际投资, 国际仲裁

# The Problem and the Precaution of Treaty Shopping in International Investment Arbitration

Mochu Chen

School of International Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Mar. 11<sup>th</sup>, 2024; accepted: Apr. 20<sup>th</sup>, 2024; published: Apr. 30<sup>th</sup>, 2024

## Abstract

Treaty shopping has become an issue that cannot be ignored in the modern investment field, both in terms of investors' practice and the number of international arbitration cases. The first chapter of this article defines the concept of treaty shopping and summarizes the reasons for the formation of treaty shopping, which is the prerequisite for exploring the issue of treaty shopping. In the

second chapter, by sorting out various cases in international arbitration, three criteria affecting the identification of treaty shopping by international arbitral tribunals are compiled, and the attitude of arbitral tribunals towards treaty shopping is analyzed according to these three criteria, concluding that treaty shopping is not an illegal act, and international arbitral tribunals are even naturally inclined to protect investors, which causes losses to states. The third chapter introduced the resulting three main methods of restriction that states can use to reduce losses caused by treaty shopping, and analyze the pros and cons of these three methods, with a view to providing some suggestions for future state treaty-making practice.

## Keywords

Treaty Shopping, International Investment, International Investment Arbitration

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 条约选购问题的提出

### 1.1. 条约选购的概念

条约选购这一概念最早诞生于美国，来源于美国民事程序法上的“法庭选购(Forum Shopping)”一词。<sup>[1]</sup>这一概念在国际税法领域更为人所熟知，根据经济合作发展组织(OECD, Organization For Economic Cooperation and Development)所开展的税基侵蚀和利润转移(BEPS, Base Erosion and Profit Shifting)行动计划中的第六项行动计划成果——《防止税收协定优惠的不当授予》(Prevention of Tax Treaty Abuse)的表述，Treaty Shopping (国际税法领域一般译为“择协避税”)一般是指非缔约国一方居民的人，通过各种方式试图取得相关税收协议的缔约国居民所能取得的税收优惠的一种行为。

在国际投资领域，Treaty Shopping 这一概念目前还没有一个官方、明确的定义，根据国内各学者的文章来看，其定义与国际税法领域有一定的相似性。有学者将 Treaty Shopping 译为条约选购，投资者通过在非国际投资协定的缔约国的第三国设立中间公司，对东道国进行投资，据此适用第三国与东道国之间的国际投资协定来寻求投资保护，这一行为被称作为“条约选购”<sup>([2], p. 122)</sup>。有学者将 Treaty Shopping 译为条约挑选，投资者在进行对外投资前会对各个国家之间的国际投资协定进行调研，根据调研的结果进行选择，以此来规避对自己不利的国际投资条约条款，挑选对自己更有利的投资条约的规定寻求投资保护<sup>[3]</sup>，包括挑选条约和挑选裁决机构<sup>1</sup>。条约选购的定义各位学者在文字表述上可能会有所差别，但是他们都指出，条约选购的本质是投资者通过股权或契约等方式，掩盖其本身的国籍，而“选购”一个“方便母国”，使得投资者能够适用投资东道国和“方便母国”所签订的国际投资协定作为保护其投资的最优惠的国际投资协定。

### 1.2. 条约选购的形成

条约选购这一行为产生的原因有以下几个方面：

<sup>1</sup>有学者认为，必须区分国际投资领域中的挑选条约和挑选裁决机构(Forum Shopping)，前者的目的是吸引国际投资条约的保护，后者则是希望获得国际投资裁决机构的管辖权，这是挑选条约和挑选裁决机构的区别(See Zachary Douglas, (2009) *The International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 299)。

### 1.2.1. 客观方面

第一，国家与国家之间签订了大量的国际投资协定。国际投资作为影响国家经济的重要领域，不论是出于保护本国投资者的利益，还是保护国家利益，每个国家都会与他国签订投资协定。即使在全球疫情、国际交流困难重重的背景之下，国际投资协定的缔结也没有中断，2020年新签署了21项国际投资协定，包括6项双边投资条约和15项含投资规定的条约，截至2020年年底，全球国际投资协定总数高达3360项(包括双边投资条约2943项，含投资规定的条约417项)[4]。这些协定就给投资者选购条约提供了客观的选择，存在足够的、可供挑选的条约。

第二，国家与国家之间签订的国际投资协定的内容为选购条约提供可能。首先就表现在投资者认定标准方面。依据我国与日本、韩国所缔结的BIT第一条的规定，“缔约一方的企业”包括任何按照该缔约方的法律法规所组件或组织的法人和实体，不论是否存在盈利的目的，是否被该缔约国的自然人、法人或政府实际控制<sup>2</sup>。根据该规定，如果是非中日韩三国的投资者，通过股权或契约等方式能够十分便利地取得三国的国籍，以达到适用该协定保护投资的目的。其次，不同投资保护协定在争端解决的管辖权方面的规定存在差异。对比我国与意大利和瑞士签订的BIT，在争端解决方面，瑞士的BIT不仅在拥有管辖权的主体方面更宽松——包括缔约方的法院、行政庭和国际仲裁庭，而在管辖内容方面，不同于意大利BIT仅限于“征收补偿额”的争议，可以将任何争议提交国际仲裁庭<sup>3</sup>。最后，投资保护协定中存在关于最惠国待遇原则的规定。根据最惠国待遇原则的规定，缔约一方现在或将来给予第三国的优惠不得要同时给予缔约另一方，某种程度上缔约国变相地允许投资者适用第三国投资者才能适用的BIT。在Ekran Berhad v. People's Republic of China [5]一案中，Ekran作为马来西亚的投资者，正是适用了中国与马来西亚BIT中的第三条最惠国条款的规定，在仲裁中提出同时适用中国-以色列BIT来保护自身的权利。

### 1.2.2. 主观方面

从投资者的角度来看，只要国家给他们提供了选择条约的客观可能性，那么一个理性的投资者，基于利益这一唯一的投资目的，必然会在投资前调研、对比国家之间不同的投资保护协定，并且毫不犹豫地选择能够提供更多的保护、能够带来更多的利益的条约。

从被投资的东道国角度来看，国家不会明确限制投资者选购条约，甚至有的条约规定允许该行为。自二十世纪六七十年代国有化运动后，《华盛顿公约》《多边投资风险保障公约》等条约的订立，投资自由主义逐渐盛行，国家之间签订投资保障协定更多的是为了促进与刺激世界范围内资金的流动，《马斯特里赫特条约》中第七十三条明确规定，欧盟成员国之间、欧盟成员国与第三国之间的资本流动不应受到任何限制。发展中国家为了刺激国家经济、吸引外资，在外资和争端解决问题上都采取的是宽容政策，阿根廷以及大部分拉丁美洲国家，几乎所有签订的BITs都接受国际仲裁庭的管辖[6]。甚至发达国家如荷兰(被称为“条约天堂”)，在其BIT范本中在投资者认定上做出了极其宽泛的规定——“任何形式的资产”<sup>4</sup>。除此之外，根据上文所提到的有关最惠国待遇原则的条款来看，在协定中有此规定说明国家已经明确同意原因最惠国待遇条款来进行条约选购。可以看出在能够吸引更多外资的前提下，东道国甚至主观上追求条约选购行为。

<sup>2</sup>《中华人民共和国政府、日本国政府及大韩民国政府关于促进、便利及保护投资的协定》第一条。

<sup>3</sup>《中华人民共和国政府和意大利政府关于鼓励和相互保护投资协定议定书》第四条第一款规定：若缔约一方和缔约另一方的国民或公司就征收补偿额的争议在提出要求解决之日起六个月内未得解决，应该国民或公司的请求，可以将争议提交：1. 采取征收措施的缔约一方有管辖权的法院判决；或2. 专设国际仲裁庭裁决。《中华人民共和国政府和瑞士联邦委员会关于促进和相互保护投资协定及其议定书》第十一条第二款规定：如果自书面请求磋商之日起6个月内上述磋商仍没有结果，投资者可以将争议提交给其投资所在的缔约方法院或者行政庭，或者将争议提交国际仲裁。

<sup>4</sup>Dutch Model BIT Article 1, (a): “the term ‘investments’ means every kind of asset and more particularly, through and not exclusively: .....”.

### 1.3. 条约选购的不利影响

#### 1.3.1. 国家参与的诉讼案件数量增加

通过条约选购,私主体(如个人、私人公司等)拥有了向国家提起仲裁的权利,国家需要应诉的案件数量大大增加。投资者-国家争端解决机制(ISDS, Investor-State Dispute Settlement)最显著的特征就是在解决争议方面,给予私主体与国家平等的地位,拥有对国家提起有关投资方面的诉讼的权利。国家之间所签订的投资协定中也包含给予该权利的条款,这也是私人公司进行条约选购的最主要原因之一。在 *Morris v. Australia* 一案中,拥有美国国籍的莫里斯国际公司通过重组投资的方式,由注册地在中国香港的莫里斯亚洲集团公司对澳大利亚政府就投资争议提起仲裁请求<sup>[7]</sup>,因为中国香港和澳大利亚之间签订的 BIT 包含投资仲裁条款<sup>5</sup>。

同时,无论仲裁结果,投资仲裁也使投资者能够不当谋取私利、挑战东道国规制投资领域的主权。新西兰长期以来一直在考虑制定类似于澳大利亚所实施的普通包装烟草法。但是当澳大利亚的立法在投资领域受到挑战时,新西兰突然暂停了拟议的立法。*Morris* 公司毫无疑问对此欣喜若狂:“这表明新西兰政府认识到标准化包装的重大国际贸易问题,在澳大利亚法律受到的未决国际法律挑战得到解决之前,不会实施标准化包装”。通过不断地拖国家进入仲裁程序,国家会由于没有能力聚集足够的法律资源来对抗 ISDS 的挑战,而对国内的政策产生“寒蝉效应”<sup>[8]</sup>,为降低败诉的风险而减少或放弃在投资领域的监管或者降低相关领域的进入标准。

#### 1.3.2. 国家承担的义务增加

条约选购行为突破了国家之间条约的相对性和互惠原则,使国家承担其本部应当承担的义务。国家之间签订的条约规定仅约束当事国,当事国除依据正当理由外,必须遵从条约义务且需要善意履行条约规定<sup>[9]</sup>。国家之间缔结的 BIT 中所达成的规定,毫无疑问是国家双方谈判之后,仅对缔约双方有效的规定。不同 BIT 中存在最大差异的就是给予优惠待遇的条款的规定,关于互惠原则的界定、授予标准等各个方面需要某一缔约方考虑具体的因素和基准,在缔约方业已固定的 BIT 中,此时的对等遵循的是“严格对等”原则,一国政府不可能也不会愿意给予其他国家高于自身所获得的待遇的优惠。中国-埃塞俄比亚 BIT 中规定,缔约一方对另一缔约方投资者的公平公正的待遇和保护,包括该东道国领土内的投资和与投资有关的活动<sup>6</sup>,然而在中国-加拿大 BIT 中,最惠国待遇的给予限定在了“设立、购买、扩大、管理、经营、运营和销售或其他处置其领土内投资方面的待遇”<sup>7</sup>。然而投资者通过条约选购行为,在第三国设立公司转换国籍,打破了投资协定形成和适用的基础——平等互利,一旦投资者完成了条约选购所要求的国籍转换,成为目标 BIT 中某一缔约国的企业,东道国就必须给予其本不应当享有的优惠待遇。东道国对投资条约对等权益的授予对象的不可预见性使东道国承担了缔结投资协定时无法预见的义务。

#### 1.3.3. 国家间投资协定签订积极性减弱

根据上述两条不利影响可以看出,条约选购给东道国带来的直接不利后果包括但不限于:陷入无法预见的国际仲裁诉讼中,背负高昂的赔偿费和诉讼费,被迫改变国家政策或投资措施;承担给予不可预见对象不可预见的优惠待遇,破坏了互惠原则,使得那些真正的投资者处于不利的竞争地位,破坏了公

<sup>5</sup>中国香港与澳大利亚 BIT 第 10 条规定:缔约一方的投资者与缔约另一方之间有关前者在后者地区内投资的争端如未能解决,可在提出要求的书面通知 3 个月后,按照争议双方同意的程序解决。如在 3 个月内没有就此种程序达成协议,争议双方有义务依照当时有效的联合国国际贸易法委员会仲裁规则将争端提交仲裁。

<sup>6</sup>《中华人民共和国政府和埃塞俄比亚联邦民主共和国政府关于鼓励和相互保护投资协定》第三条【投资待遇】第一款:缔约一方的投资者在缔约另一方领土内的投资和与投资有关的活动应当受到公正与公平的待遇和保护。

<sup>7</sup>《中华人民共和国政府和加拿大政府关于促进和相互保护投资的协定》第五条【最惠国待遇】第一款:任一缔约方给予另一缔约方投资者在设立、购买、扩大、管理、经营、运营和销售或其他处置其领土内投资方面的待遇,不得低于在类似情形下给予非缔约方投资者的待遇。

平的竞争环境；违背国家之间签订协定以促进投资的根本目的，打击国家签订国际投资协定的积极性。根据联合国贸易和发展会议的统计，2020年实际中止的国际投资协定至少有42项，远高于新缔结的24项[4]。近些年来越来越多的国家在国际投资领域采取保守态度，两个主要的跨大西洋贸易与投资协定因其投资条款而处于危险之中，尤其是法国和德国，正面临着国内对拟议投资措施前所未有的反弹；澳大利亚宣布不再签署任何带有投资条款的协议；印度尼西亚承诺修改其已经签署的60多个投资条约；巴西和南非正在选择退出国际投资制度，其表示将会出台国内政策作为国际投资协定的替代；厄瓜多尔和玻利维亚已经正式退出了投资制度的中央法庭[10]。

因此，为了保护东道国利益、保护公平的竞争环境以及促进国际投资的发展，条约选购行为需要进行一定的规制和防范。

## 2. 实践中的条约选购问题

不可避免地，条约选购会成为现今国际投资领域越来越频繁发生的行为，因而会带来有关该行为的正当性和合法性的争议。各方出于不同的利益角度会得出不同的结论：投资者基于对利益本能的追求会极力支持条约选购行为，以求适用无论是实体上还是程序上能够最大程度保护投资的投资协定；而东道国出于保护特定投资和投资者的缔约目的，为了避免参与不必要的投资仲裁、承担本不该承担的巨额赔偿，往往倾向于否认条约选购的正当性和合法性，并在实践中通过种种限制措施来制止投资者选购条约([2], pp. 137-144)。国际投资仲裁庭在实践中也没有给出赞成或不赞成的统一意见。

根据上文所述条约选购的概念可以看出，投资仲裁中的中心争议点就在于投资者是否能取得适用其选择的条约的资格，即是否符合所选择的条约规定的投资和投资者。通过分析投资仲裁庭的裁判实践，我们可以看出仲裁庭多数情况下通过相关协定的定义、条约选购的时间点以及投资者的主观意图三个方面作为裁判标准。

### 2.1. 相关协定的定义

从条约选购案件出现在国际投资仲裁开始，投资者所选购的投资协定中有关投资、投资者、争端解决机制的条款是仲裁庭关注的重点，是判断投资者是否能够适用该协定的关键。

早期最典型的的就是 *Tokios Tokelés v. Ukraine* [11] 一案，双方的争议在于 *Tokios Tokelés* 公司认为其作为根据立陶宛法律设立但是由乌克兰国民完全控制的公司拥有立陶宛国籍的公司，应当适用立陶宛-乌克兰 BIT，可以将争议提交国际仲裁庭进行仲裁，而乌克兰政府辩称根据“控制标准”该公司不是立陶宛的“真正实体”，双方之间的争议属于乌克兰企业与乌克兰政府之间的国内争端，如果进行国际仲裁则国际仲裁庭属于扩大了管辖权。仲裁庭多数意见认为根据 BIT 及公约之规定，以及按照一般原则、上下文和协定的目的与宗旨进行的解释，申请人是否是根据立陶宛法律设立的实体是判断申请人是否是协定所规定的投资者的唯一标准[3]。

近期的 *Isolux Infrastructure Netherlands, BV v. Kingdom of Spain* 一案中，*Isolux Infrastructure Netherlands* (简称 IIN) 作为在荷兰设立，拥有荷兰国籍，但是被西班牙和加拿大公司共同控制的公司，向国籍仲裁庭申请请求受到《能源宪章条约》(ECT, Energy Charter Treaty) 的保护，而西班牙政府辩称该公司条约选购的行为是对 ECT 的操纵滥用，不应当受到 ECT 的保护。仲裁庭多数意见认为关于公司国籍认定的问题应当对条约条款进行严格的文义解释，根据条款对投资者的定义，投资者仅要求必须在缔约国注册按照缔约国法律成立，即“是否是在荷兰注册成立的公司”是唯一考量因素，IIN 当然的取得荷兰的国籍，不论其背后的实际控制人的国籍，从而有资格受到条约的保护[12]。

## 2.2. 条约选购的时间点

随着越来越多的条约选购国际仲裁案件的出现, 国际仲裁庭也逐渐意识到, 仅仅依据条约条款的文义进行严格的解释并不合理, 投资者条约选购的本意也应当作为重要的考量因素, 即投资者在何时实施其国籍规划以及投资重组行为应当成为仲裁庭判断条约选购是否善意的重要依据, 这不仅关乎投资的存续期间, 还关乎投资者的投资安排目的[13]。“事前选购(Ex Ante)”和“事后选购(Ex Post)”的概念被大量运用在仲裁庭的裁决中, 用以区分投资者的投资重组与国籍规划行为是发生在相关投资争议之前还是之后([2], p. 123)。

在 *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador* 一案中, 投资者为了能适用《中美洲自由贸易协定》(CAFTA)来保护投资获得更优惠的条约利益, 依据美国的法律将其原本开曼群岛国籍改为美国, 取得了美国国籍; 而东道国辩称投资者的此种做法构成滥用 CAFTA 投资保护条款和争端解决机制条款。仲裁庭在最终的裁决中指出, 根据本案的事实, 投资者改变国籍的行为发生在争端产生之前, 并且在此之前即使投资者已经知晓政府事实上禁止其在东道国境内采矿, 争端的发生并不是投资者可以预见的一个大概率事件, 正当的条约选购与权利滥用之间的关键在于一个时间点, 即争端方在当时能够预见未来一个具体的争端将会成为一件大概率事件[14], 仲裁庭最终驳回了东道国政府的认为投资者滥用权利的反对意见, 裁定投资者通过改变国籍进行条约选购的行为合法。

即使是在提起仲裁前的较短时间内以条约选购为目的的改变国籍行为, 也存在受到国际仲裁庭支持的情况。在 *Aguas del Tunari, S.A. (ATSA) v. Republic of Bolivia* 一案中, 投资者和东道国的争议点仍然在于, 依据东道国法律成立但实际受外国公司——荷兰公司控制的公司, 能否援引荷兰-玻利维亚 BIT 进行投资保护。仲裁庭在裁决中指出, 投资者是于 1999 年 2 月以转让股权给荷兰公司而实际受荷兰公司的控制, 而玻利维亚政府是于 2000 年 4 月对双方之间的投资合约采取的措施, 由此引发问题而产生能否原因 BIT 进行投资保护的争议, 即使两个时间点十分接近, 投资者在采取国籍规划行为的时候仍然没有能力也不可能充分预见到争议的产生, 所以不构成权利的滥用, 投资者的条约选购行为是合法的[15]。

然而事后选购往往不能得到国际仲裁庭的支持。在 *Banro American Resources v. Democratic Republic of Congo* 一案中, Banro Resource 作为一家依据加拿大法律成立加拿大公司, 在美国全资成立了其子公司 Banro American Resources, 二者中与刚果政府签订了矿物开采许可合约, 并同意将双方的争端提交 ICSID 仲裁的是 Banro Resource 加拿大母公司。在之后履行合约的过程中, 刚果政府因该公司的一系列违规行为, 于 1998 年 7 月废除了双方签订的合约, 然而提起仲裁申请的却是 Banro American Resources 这家于 1998 年 10 月接受了投资利益转让的美国公司。仲裁庭指出, 从投资利益转让即国籍规划的时间结点可以得出, 投资者的唯一目的是获取争端提交 ICSID 仲裁的权利, 是典型的事后选购, 这种恶意选购条约使得案件能够进入 ICSID 仲裁程序的行为是仲裁庭不可容忍的[16]。

通过国际投资仲裁判决可以看出, 将投资者的本意即条约选购行为是否善意纳入判决标准后, 这一标准就成为了判断选购行为是否合法的关键。仲裁庭并不禁止投资者通过国籍规划、投资重组等方式进行善意选购, 其中事前选购显然更容易得到仲裁庭的支持, 即被裁定为合法, 允许寻求更高的投资保护。

## 2.3. 条约选购的目的

除了选购时间点之外, 投资者选购的主观目的也成为仲裁庭判断条约选购行为是否合法的重要标准。在 *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela* 一案中, 仲裁庭在判决中提到了善意原则的概念, 提出了区分投资者条约选购行为善意和恶意的区分标准。在仲裁过程中, 东道国主张投资者投资重组的唯一目的是取得 ICSID 公约缔约国的身份以援引公约将争议提交 ICSID 进行仲裁, 是违反善意原则的恶意选购行为。但仲裁庭在裁决中指出, 投资者在争议发生的 8 年前就已经与美

国公司合并，其投资重组的目的是为了缓解因墨西哥比索危机导致的企业难以融资的问题，不能排除投资者为其他目的而进行条约选购，不能将投资者的行为认定为非法，所以 Autopista 公司的条约选购行为被仲裁庭予以认可[17]。

在 Phoenix Action Ltd. v. The Czech Republic 一案中，仲裁庭基于“1) 投资是否谋取金钱利益或有其它经济价值；2) 一定的存续期间；3) 风险因素；4) 是否有以在东道国开展经济活动为目的的运营行为；5) 投资的设立是否符合东道国法律；6) 投资是否善意”[18]六个因素对投资者的投资规划目的进行了全面的、有针对性的分析。这一创设性的裁决标准，成为国际投资仲裁庭在条约选购案件的裁判实践中的一个标志性的发展[19]，后续多次被国际仲裁庭借鉴采纳。同时仲裁庭也明确指出，国际投资保护协定的缔结不是为了保护那些违反东道国法律的投资、欺诈、隐瞒、贪污等非善意的、滥用 ICSID 仲裁体系的投资，而是为了保护那些合法的、善意的投资以及保护那些为了追求更高的保护标准的条约选购行为。

通过频繁引入善意原则、诚实信用原则等概念，考察条约选购的主观目的的裁判标准越来越多元化，行为性质的分析更加全面、综合。

### 3. 条约选购的限制方法和分析

从上文的条约选购实践可以看出，虽然国际仲裁庭在一步一步地完善判断标准以期做到更合理的裁决，但实际上严格按照文义解释投资者的定义会忽略背后的实际控制人、投资者很容易创造其他投资重组目的来掩盖恶意的条约选购目的，这些都导致仲裁庭有意无意地倾斜保护了投资者、漠视东道国公共利益、不当扩张了仲裁庭的管辖权。为了更好地保护国家公共利益，减少损害东道国和投资者中任何一方的利益，同时促进积极、正向的国际投资，还是需要国家采取一定的限制方法来规范条约选购行为。本文重点介绍和分析以下三种方法。

#### 3.1. 限缩投资者和投资的定义

合格的投资者和合格的投资作为国际仲裁庭判断是否拥有管辖权、投资者能否援引所提出的国际投资协定的首要标准，显然也是东道国为限制条约选购行为所要作出改变的首要之处。在投资者定义方面，从各国之间所签订的协定条款中就能看出，除了东道国为了吸引另一缔约国大量投资之外，投资者定义条款的规定更多地从先前的“根据缔约一方法律合法成立且注册”添加限制条件——“实际开展经营活动或者主要营业地、公司管理地在缔约国”或者“由缔约国国民拥有或实际控制”。如中国 - 土耳其 BIT 第二条，要求投资者必须在缔约一方领土内注册且拥有实际经营活动所在地或者投资者虽非缔约一方的企业但由缔约一方国民或者企业所有或控制<sup>8</sup>。在投资定义方面，不同协定的条款也有不同的规定。东道国不仅会在投资种类上进行限制，如印度 BIT 范本草案(2015)明确规定投资不包括企业或者政府发行的证券投资、商誉等无形权利以及通过任何司法、行政或仲裁程序寻求或者作出的命令或判决等<sup>9</sup>。

限缩定义的方法毫无疑问可以限制一定的条约选购行为，但其限制依然有限。采取实际经营地标准的时候，如何衡量存在问题，只要在注册地进行一定的经营活动或者一定期限间隔展开董事会议等投资者很容易就能够取得投资者的资格；([2], p. 138)而实际控制标准除了难以界定何种程度才是“实际控制”之外，也未将返程投资的情况排除在外，即缔约国 A 国的投资者在缔约国 B 国合法设立公司，并通过该

<sup>8</sup>《中华人民共和国政府和土耳其共和国政府关于相互促进和保护投资协定》(2020)第一条第二款“投资者”一词系指在缔约另一方领土内投资的：(一) 根据缔约一方法律拥有其国籍的自然人；(二) 根据缔约一方法律设立或组建，且其注册地和实际经营活动所在地均在该缔约一方领土内的公司、商行和商业合伙；(三) 按照非缔约一方的法律设立或组建，但由第(一)项规定的国民或者第(二)项规定的企业直接所有或控制的公司、商行和商业合伙。

<sup>9</sup>India Model BIT Article 1, 1.4: “For greater clarity, investment does not include the following assets of an enterprise: (i) portfolio investments of the enterprise or in another enterprise; (ii) debt securities issued by a government or government-owned or controlled enterprise, or loans to a government or government-owned or controlled enterprise; ... (v) goodwill, brand value, market share or similar intangible rights; ... (vii) an order or judgment sought or entered in any judicial, administrative or arbitral proceeding; ...”。

公司向 A 国投资，完全符合“依据缔约一方的法律成立且由缔约一方所有和控制”的条件。所以这种方法是限制条约选购行为的一种方法，也是一种能够灵活平衡投资者和东道国之间利益的方法，但其只能作为一种初级且有限的方法进行限制，想要真正减少条约选购行为给东道国带来的损害还需结合其他方法。

### 3.2. 引入拒绝授予利益条款

拒绝授予利益条款简单来说就是在满足一定条件的情况下，缔约一方(一般来说指东道国)有权不授予投资者协议项下所规定的权利。绝大部分的拒绝授予利益条款会通常会规定适用条件来限制条约选购行为，比如中国 - 加拿大 BIT 第十六条规定适用条件为“非缔约方拥有或控制该企业”或者“为进行实质性的经营活动”；同样在《加拿大 - 欧盟综合性经贸协定》(CETA)中规定若另一缔约方的投资企业由第三国的企业拥有或控制同时拒绝授予利益的缔约方正在对第三国采取有关维护国际和平与安全的措施并且该措施禁止与该投资企业进行交易，那么东道国就有权利不将协定项下的利益授予投资者<sup>10</sup>。除适用条件外，适用程序，如《北美自由贸易协议》(NAFTA)规定在符合协议所规定的信息提供和通知以及磋商条款的基础上，东道国在拒绝授予投资者利益之前要通知投资者并与其进行磋商<sup>11</sup>。仲裁庭也认为通知或宣告是适用该条款的必要条件[20]。

这种方法相较于第一种限缩定义的方法理论上更为合理，拒绝授利的前提是承认该具体投资者为适格的投资者，东道国在不用纠结于如何界定投资者和投资的情况下，有权利决定是否给予该投资者保护，赋予了东道国一定的裁量空间。但此种方法在实践中存在问题：在可仲裁方面，东道国认为是协定赋予的权利因而不具有可仲裁性，相反仲裁庭认为为了保护投资者的利益因而具有可仲裁性；[21]在适用条件方面，适格投资者的标准即实际控制判断标准如何确定、通知和磋商等程序性条件是否必需、程序性权利即争端解决途径是否可以拒绝；在举证责任方面，控制或实际经营的证明由哪一方承担，这些问题仲裁庭至今没有作出明确、具体的界定标准，因此面对仲裁结果的不确定性，需要国家在协定中做出更加具体的规定。对于后三个问题只需在起草协定时注意明确条款适用的程序、时间、对象、举证责任的分配等问题即可，对于第一个问题，有学者建议借鉴学习国际税法领域的反条约选购的经验，引用一般善意条款(General Bona Fide Provision)，运用其中所包含的真实目的测试(Main Purpose Test)作为判断投资者条约选购行为真正目的的标准，这正好与国际仲裁庭的实践相吻合，即揭开公司面纱和善意原则的裁决方法。虽然目前还没有立法实践，但笔者认为这是弥补拒绝授予利益条款的有效方法。

### 3.3. 限定最惠国待遇条款待遇范围

最惠国待遇作为在国际投资领域东道国普遍给予的待遇，绝大多数投资条约中都规定缔约一方给予缔约另一方的投资以及和投资有关的活动的待遇，不可以低于给予第三国国民与公司的待遇[22]。该条款的存在便引发了投资者频繁援引选购条约的行为，在 *Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain* 一案中，投资者援引阿根廷 - 西班牙 BIT 中的最惠国待遇条款，主张适用智利 - 西班牙 BIT 所规定的待遇保护投资。仲裁庭通过文义解释认为投资者所主张的事项是最惠国待遇条款所规定的，通过执行该条款，智利 - 西班牙 BIT 中的优惠政策可以适用于投资者，即仲裁庭支持了投资者的主张[23]。西班牙政府在

<sup>10</sup>Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) Article 8.16 Denial of benefits: A Party may deny the benefits of this Chapter to an investor of the other Party that is an enterprise of that Party and to investments of that investor if: (a) an investor of a third country owns or controls the enterprise; and (b) the denying Party adopts or maintains a measure with respect to the third country that: (i) relates to the maintenance of international peace and security; and (ii) prohibits transactions with the enterprise or would be violated or circumvented if the benefits of this Chapter were accorded to the enterprise or to its investments.

<sup>11</sup>North American Free Trade Agreement (NAFTA) Article 1211: Denial of Benefits 2. Subject to prior notification and consultation in accordance with Articles 1803 (Notification and Provision of Information) and 2006 (Con-Sultations), a Party may deny the benefits of this Chapter to a service provider of another Party where the Party establishes that the service is being provided by an enterprise that is owned or controlled by persons of a non-party and that has no substantial business activities in the territory of any Party.



该案中辩称西班牙与智利签订协定所给予的优惠对于阿根廷的投资者来说是他人行为(Res Inter Alios Acta), 与阿根廷投资者无关, 同时指出依据该条款所享受的待遇应当只包括实质性经济待遇(Material Economic Treatment), 而不包括程序性待遇[23], 这正是东道国做出限制的关键。由于仲裁庭的态度与立场绝大多数情况下以保护投资者为首选, 所以越来越多的国家在 BIT 中明确限制, 如 CETA 和《欧盟 - 日本经济合作伙伴协定》(ETA)中不仅引入了“同类原则”, 即投资者需求的受惠待遇需要与母国与东道国之间的协定规定的待遇相同或向类似, 而且具体规定了条款的适用例外, 包括争端解决等程序性待遇以及其他投资协定中应当承担的实体性义务即给予他国的待遇[24]。脱欧后的英国在与其他国家签订 BIT 的时候仍然继承了这一限定方法, 在加拿大 - 英国 FTA 中将援引条款能够获取的优惠限定在了设立公司、收购等方面, 并明确规定不包括国际争端解决程序和机制<sup>12</sup>。

在国际投资领域不存在绝大多数国家通用的投资协定的情况下, 无论是 BITs 还是 FTAs 的签订, 国家间合意相互给予的特定投资保护, 最惠国待遇条款却使得条约签订的目的失去了意义。诚然目前已经有大量的投资协定对实体性权利和程序性权利作出了范围限定, 但是严格排除国际仲裁作为解决争端的方式可能会使一部分投资者望而却步, 无法达到吸引外资的目的; 规定适用例外中的“实体性义务”的规定不明, 也将法律解释权留给了仲裁庭, 使东道国面临的仲裁结果的不可预见性进一步加大。因此通过此种方法来规范条约选购行为, 需要各个国家基于吸引外资、平衡利益等各方面因素的考量, 对最惠国待遇条款进行精心设计, 这对国家而言绝非首选。东道国此时可以引入善意原则用以解释最惠国条款的适用, 即条款的解释应当以使负担义务的一方在此种情况下负担较少的义务或者对东道国的主权构成较少的妨碍为原则。

#### 4. 结语

在国际投资实践中, 条约选购问题是投资者和各个国家不可回避的一个重要议题。从国际仲裁庭和国家在实践中的态度可以看出, 并不能决绝地将条约选购认定为是非法行为, 合法、善意地寻求更优惠的投资保护不仅会得到国际仲裁庭的支持, 也符合国家缔结投资协定的宗旨。国家如果想要减少因滥用条约的手段所导致的不必要仲裁和巨额赔偿费等不利后果, 就要从条约上作出改进, 通过限缩投资者和投资的定义、引入拒绝授予利益条款、限定最惠国待遇条款范围的方式改革目前的国际投资协定。条约选购行为不可能完全杜绝, 限制方法的采用也需要缔约国耗费精力设计条款, 所以缔约国应当在两者之间寻找平衡, 以期同时维护投资者和东道国的利益, 更有效地解决国际投资争端, 促进国际投资保护体系的完善。

#### 参考文献

- [1] Haug, S.M. (1996) The United States Policy of Stringent Anti-Treaty-Shopping Provisions: A Comparative Analysis. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, **191**, 204.
- [2] 徐树. 国际投资仲裁中投资者的“条约选购”问题研究[J]. *国际经济法学刊*, 2013, 20(2): 121-146.
- [3] 黄世席. 国际投资仲裁中的挑选条约问题[J]. *法学*, 2014(1): 62-73.
- [4] UNCTAD/WIR (2021) World Investment Report 2021.
- [5] *Ekran Berhad v. People's Republic of China* (ICSID Case No. ARB/11/15) (2013).
- [6] 蔡从燕. 不慎放权, 如潮官司——阿根廷轻率对待投资争端管辖权的惨痛教训[J]. *国际经济法学刊*, 2006(1): 207-234.
- [7] *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, UNCITRAL (PCA Case No. 2012-12) (2011).
- [8] Van Harten, G. and Scott, D.N. (2016) Investment Treaties and the Internal Vetting of Regulatory Proposals: A Case Study from Canada, *Journal of International Dispute Settlement*, **7**, 92-116. <https://doi.org/10.1093/jnlids/idv031>

<sup>12</sup>Australia-United Kingdom FTA (2021), Article 13.6.

- 
- [9] [英]詹宁斯·瓦茨. 奥本海国际法[M]. 北京: 中国大百科全书出版社,1998: 652-653.
- [10] Pelc, K. (2016) Does the International Investment Regime Induce Frivolous Litigation? *SSRN Electronic Journal*, **1**, 1.
- [11] Tokios Tokelés v. Ukraine (ICSID Case No. ARB/02/18) (2004).
- [12] Isolux Netherlands, BV v. Kingdom of Spain (SCC Case V2013/153) (2016).
- [13] 及小同. 国际投资仲裁中条约选购行为的规制研究[D]: [硕士学位论文]. 重庆: 西南政法大学, 2017.
- [14] Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador (ICSID Case No. ARB/09/12) (2012).
- [15] Aguas del Tunari, S.A. (ATSA) v. Republic of Bolivia (ICSID Decision No. ARB/02/03) (2005).
- [16] Kirtley, W.L. (2009) The Transfer of Treaty Claims and Treaty-Shopping in Investor-State Dispute. *The Journal of World Investment & Trade: Law, Economics, Politic*, **10**, 427-461. <https://doi.org/10.1163/221190009X00114>
- [17] Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/00/5) (2001).
- [18] Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic (ICSID Case No. ARB/06/5) (2009).
- [19] Chaisee, J. (2015) The Treaty Shopping Practice: Corporate Structuring and Restructuring to Gain Access to Investment Treaties and Arbitration. *Hastings Law Journal*, **11**, Article 1.
- [20] Plama Consortium Ltd. v. Republic of Bulgaria (ICSID Case No. ARB/03/24) (2005).
- [21] Yukos Universal Ltd. v. Russian Federation, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility (PCA Case No AA 227) (2009).
- [22] 余劲松. 国际经济法学[M]. 北京: 北京高等教育出版社, 2019: 261.
- [23] Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/97/7) (2000).
- [24] 王燕. 欧盟新一代投资协定“反条约挑选”机制的改革——以 CETA 和 JEEPA 为分析对象[J]. 现代法学, 2018, 40(3): 156-169.