



## 哥伦比亚大学国际投资展望 对当前外商直接投资问题的看法 FDI 热点问题的观点

第 258 期，2019 年 8 月 12 日

主编：Karl P. Sauvant ([Karl.Sauvant@law.columbia.edu](mailto:Karl.Sauvant@law.columbia.edu))

执行主编：Marion A. Creach ([marion.creach@sciencespo.fr](mailto:marion.creach@sciencespo.fr))

### 如何限制滥用协定\*

Carlo de Sefano\*\*

根据绝大多数国际投资协定（IIAs），仅通过包括“信箱”安排在内的公司合并就足以决定公司国籍。因此，投资者可以在拥有对其有利的 IIAs 的国家注册，并从那里向其他国家（包括向其母国，即“返程”）投资以获得协定保护。<sup>1</sup> 仲裁员对“滥用协定”表示宽容，学者也大都对此予以接受。<sup>2</sup> 公司合并注册所带来的法律确定性以及为确立仲裁管辖权而对协定相关定义进行严格的建构主义解释已证明了这一点。此外，仲裁庭似乎认为，投资保护的主要功能是促进资本流入，而不论其来源国或是否属于 IIAs 缔约方的（返程）投资。

尽管基于组织战略考虑可以证明区域总部合并是合理的，但使用“信箱”（或“空壳”）公司交易和“返程”做法<sup>3</sup>可能由于以下原因而被批评：

- 法律形式不应凌驾于投资者公司架构背后的经济现实之上；
- 不应改变所适用的 IIAs 所体现的权力义务之间的总体平衡；
- 仲裁庭不支持未经缔约方同意（且非合理设想）的基于协定的管辖权；
- 应防止机会主义行为，例如为最小化成本而出现的搭便车或道德风险；
- 应保留投资的真实外国特征（“返程”）；
- 不允许与其他国内投资者之间存在不合理的差别待遇（“返程”）；
- 因适用 IIAs 而产生的法律制度套利可能性或增加仲裁的不可预测性；

- 不接受自然人待遇悬殊过大。在绝大多数 IIAs 中，个人国籍是根据所获得国籍的国家法律确定的，其要求通常比正式注册的条件更为严格。

广义上讲，滥用协定还可以指通过最惠国待遇（MFN）引入更优惠的争端解决条款。当涉及仲裁庭管辖权时（例如，ICSID 或 UNCITRAL 在争端解决条款中未就仲裁机构适用作出明确规定），或者在索赔的可受理性方面（例如，根据所适用的 IIAs 对仲裁前的强制性程序不做要求）会存在冲突。尽管国际习惯法并未就 MFN 待遇的实质性条款和争端解决条款差别加以规定，但法庭仍然存在分歧，这在管辖权和/或可否受理问题上又是不可预测的。

此类解释性问题最好由政府谈判或修订其 IIAs 时解决。

政府在起草协定时可以通过各种途径限制滥用协定。做法如下：

- 要求“实质性存在”，即在母国进行实质性商业活动；例如，“投资者”一词可指“缔约方的企业”，意思是“根据该缔约方的法律组建或组织并在该缔约方的领土内从事大量商业活动的企业”；<sup>4</sup>
- 要求有效控制，例如基于管理要素；
- 规定强制性的“拒绝受益”条款，如果投资者在本国没有进行实质性经济活动或由第三国或东道国的法人拥有/控制（“返程”），则授权东道国撤回协定优惠；以及
- 在 MFN 条款中明确争端解决问题，以防止其被扩展到管辖权和可采性问题。<sup>5</sup>

这些是愿意终止（或至少遏制）滥用协定的政府可采纳的投资协定条款。这样做还可以通过提高法律安全性和可预测性，促进基于 IIAs 的投资者与国家间争端解决的合法性。

（南开大学国经所王璐瑶翻译）

**\*哥伦比亚 FDI 展望**是一个公众辩论的论坛。作者所表达的观点并不反映 CCSI 或哥伦比亚大学或我们的合作伙伴和支持者的意见。哥伦比亚 FDI 展望（ISSN 2158-3579）是同行评审系列。

\*\* 卡洛·德·斯特凡诺 (carlo.destefano@uniroma3.it) 是罗马罗马特雷大学的博士后研究员。作者感谢 Jorun Baumgartner, Jeswald Salacuse 和 Felix Steffex 给予的有益同行评审。

<sup>1</sup> 朱利安·蔡斯 (Julian Chaisse)，“协定的交易行为：公司结构重组以获取投资协定保护和仲裁途径”，《黑斯廷斯商法杂志》，2015 年第 11 期，第 228 页：“滥用协定是指通过投资安排获得此前不存在的或更有利的 IIAs 保护的过程。”

<sup>2</sup> 几乎没有例外，例如，Tokios Tokel 诉乌克兰一案中 Prosper Weil 基于进行目的论解释。

<sup>3</sup> “返程”做法是滥用协定中最令人反感的形式之一，因为它会与出于国际管辖而采用的国籍多样化原则相冲突。

<sup>4</sup> 综合性经济贸易协定（CETA），第 8.1 条。

<sup>5</sup> 参见 2018 年荷兰 BIT 模板（荷兰历来是“信箱”公司的母国）、《欧盟-越南投资保护协定》和 CETA 第 8 章。

该展望中的内容可附带以下信息转载：“Carlo de Stefano, ‘如何限制滥用协定,’ 哥伦比亚大学外商直接投资展望, 第 258 期, 2019 年 8 月 12 日. 哥伦比亚可持续投资中心许可转载 ([www.ccsi.columbia.edu](http://www.ccsi.columbia.edu))。 ” 副本请发送至哥伦比亚可持续投资中心 [ccsi@law.columbia.edu](mailto:ccsi@law.columbia.edu)。

更多信息，包括文章提交，请联系：哥伦比亚大学可持续投资中心，Alexa Busser, [alexa.busser@columbia.edu](mailto:alexa.busser@columbia.edu)。

哥伦比亚大学可持续投资中心（CCSI）是哥伦比亚大学法学院和哥伦比亚大学地球研究所的联合中心，是一个领先的应用研究中心和论坛，致力于可持续国际投资的研究、实践和讨论。我们的任务是发展和传播切实可行的方法和应对措施，并分析以政策为导向的专题问题，以便最大限度地发挥国际投资对可持续发展的影响。该中心通过跨学科研究、咨询项目、多方利益相关者对话、教育项目以及资源和工具开发来达成目标。更多信息，请访问我们的网站 <http://www.ccsi.columbia.edu>。

### **最新的哥伦比亚大学国际投资展望**

- No. 257, Yong Liang, ‘Challenges for the EU-China BIT negotiations,’ July 29, 2019
- No. 256, Evan Gabor and Karl P. Sauvart, ‘Incentivizing sustainable FDI: The Authorized Sustainable Investor,’ July 15, 2019
- No. 255, Kinda Mohamadieh, “A legally binding instrument on business and human rights to advance accountability and access to justice,” July 1, 2019
- No. 254, Marion A. Creach, “Assessing the legality of data-localization requirements: Before the tribunals or at the negotiating table?,” June 15, 2019
- No. 253, Frank J. Garcia and Kirrin Hough, “The case against third party funding in investment arbitration,” June 3, 2019

此前的 FDI 展望均可在 <http://ccsi.columbia.edu/publications/columbia-fdi-perspectives/> 上找到。