

Research on the Denial of Benefits Clause  
in International Investment Treaties

# 国际投资条约中的 利益拒绝条款研究

明瑶华 著



苏州大学出版社  
Soochow University Press

# 国际投资条约中的利益拒绝条款研究

明瑶华 著

苏州大学出版社

## 图书在版编目(CIP)数据

国际投资条约中的利益拒绝条款研究 / 明瑶华著  
—苏州: 苏州大学出版社, 2019. 12  
ISBN 978 - 7 - 5672 - 2739 - 2

I. ①国… II. ①明… III. ①国际投资法学—研究  
IV. ①D996. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 298388 号

书 名: 国际投资条约中的利益拒绝条款研究  
GUOJI TOUZI TIAOYUE ZHONG DE LIYI JIJUE TIAOKUAN YANJIU

著 者: 明瑶华  
责任编辑: 肖 荣  
助理编辑: 杨宇笛  
装帧设计: 吴 钰

出版发行: 苏州大学出版社(Soochow University Press)

社 址: 苏州市十梓街1号 邮编: 215006

印 装: 镇江文苑制版印刷有限责任公司

网 址: www.sudapress.com

邮 箱: sdcbs@suda.edu.cn

邮购热线: 0512-67480030

销售热线: 0512-67481020

开 本: 700 mm × 1 000 mm 1/16 印张: 12 字数: 203 千

版 次: 2019 年 12 月第 1 版

印 次: 2019 年 12 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 978-7-5672-2739-2

定 价: 45.00 元

凡购本社图书发现印装错误, 请与本社联系调换。服务热线: 0512-67481020

# 序言

..... PREFACE

利益拒绝条款是近 30 年来国际投资条约中发展较快的条款,也是当前国际投资仲裁中分歧较大的争议问题。利益拒绝条款的雏形是 20 世纪 40 年代的友好通商航海条约,其文本和功能经过了不同阶段的发展和演进。现代利益拒绝条款一般包含在双边投资协定、多边投资条约以及自由贸易协定投资章节中,它给予东道国在一定条件下拒绝投资者享有条约利益的权利,主要功能是排除第三国国民通过所谓的“邮箱公司”或“空壳公司”享有条约利益,可以视为合格投资者和投资的例外条款。从利益拒绝条款文本来看,虽然该条款已被很多国家接受,出现在十余个国家的 BIT 范本中,但是条款文本在总体相似的基础上仍然存在很大差异,利益拒绝条款所在的国际投资条约本身也未对利益拒绝条款所规定的概念和术语进行定义或解释。从利益拒绝条款适用情况来看,当前国际投资争端中仍存在很多尚未解决的问题,不同仲裁庭意见存在较大分歧,还未达成共识。

迄今为止,国际仲裁庭有关利益拒绝条款的争端案件总计 17 件,其中大部分为涉及《能源宪章条约》的案件。通过对这些案件进行归纳和分析可以看出,利益拒绝条款适用的分歧涉及条款性质、援引方式、时间、举证责任、溯及力等诸多方面。此外,仲裁庭对条款的实体要件、解释方法没有形成统一的适用标准和意见。要解决利益拒绝条款适用标准不统一的问题不仅要考虑要件规定完整的情况,还要在要件不完整的时候统一对利益拒绝条款的解释方法。解决利益拒绝条款适用困境的最根本途径是对现有条款进行完善,使其尽可能真实、完整地反映缔约国意图,并通过建立合理的制度,保障利益拒绝权的合法、合理行使。

我国近年来签订的国际投资条约已经开始逐步纳入利益拒绝条款,但数

量较少,表述差别较大,部分条款存在文本模糊、概念不清等问题。不管是我国作为东道国行使利益拒绝权,还是我国投资者被其他国家拒绝享有条约利益都存在一定隐患。订立利益拒绝条款应充分考虑我国国际投资的双向性,根据不同国家的实际情况设计利益拒绝条款。

本文包括前言、正文和结语三大部分。

前言部分对论文的研究背景、研究范围、研究方法与研究的突破和创新等进行了阐述。

正文部分分为6章。第1、2章主要对利益拒绝条款的理论和实践进行论述和分析。第3至第5章是对利益拒绝条款实体要件、程序要件以及解释方法和法律后果的具体论证,为利益拒绝条款的准确适用提出建议。第6章提出利益拒绝条款的文本完善建议,并基于对我国现有利益拒绝条款和国际投资实践的分析,为我国下一阶段的条款谈判提供对策和建议。

第1章主要研究利益拒绝条款的理论基础。首先对不同国家、地区的BIT范本以及区域性、多边性国际投资条约中较具特色的利益拒绝条款进行分析,界定了利益拒绝条款的构成要件以及限制的对象。随后通过梳理利益拒绝条款的发展沿革,指出为应对日趋严重的“条约挑选”问题,利益拒绝条款逐渐被各国采纳,用以排除第三国国民通过所谓的“邮箱公司”或“空壳公司”享有条约利益。此外,各国还逐步赋予其更为多元的功能。从国际投资政策和国际法原理来看,利益拒绝条款具有其合理性和正当性基础,在适用上应与投资者定义条款、最惠国待遇条款以及不排除措施条款相区分。

第2章主要讨论利益拒绝条款的国际实践。通过对目前利益拒绝案件的统计可以看出,各仲裁庭在利益拒绝条款的文本解释、援引方式、程序要求、举证责任、时间效力等方面均有不同甚至完全相反的裁决。适用不统一的原因不仅仅包括仲裁庭对条款的理解不同或在价值取向方面存在差异,还包括条款文本规定有别、文本规定模糊、适用规则分歧、条约性质特殊等。尽管如此,与严格的投资者定义、权利滥用原则、揭开公司面纱等其他功能类似的机制相比,利益拒绝条款在平衡东道国和投资者权益方面具有灵活性、确定性等优势。统一利益拒绝条款的适用并加以完善仍为实现其功能目的的上策。

第3章主要分析利益拒绝条款的实体要件。在利益拒绝条款的实体要件适用上,最为重要的是“实质性经营活动”“所有或控制”和“第三国要件”的界定以及实体要件判断节点的确定。第三国应等同于非缔约方,不包括缔约方

也不包括国际投资中的东道国。“实质性经营活动”应通过对公司人员雇佣、交易资料、财务报告以及董事会决议等资料进行判断,对于“实质性”的判断不仅要注重数据,更应注重公司交易的真实性和持续性。“所有或控制”的标准应依公司最终受益人和控制人来进行判断。判断实体要件的时间节点应当以投资者在另一缔约方境内注册的日期开始至该投资者将投资争端提交仲裁之日结束。

第4章主要阐述利益拒绝条款的程序要件。本章基于对利益拒绝权利本质的透彻分析,结合对条款本身的释义,指出利益拒绝条款并非自动适用和自动启动条款,东道国可放弃行使利益拒绝权,若行使该权利则应当通过明示的方式进行。建议对东道国利益拒绝权的失权机制进行规定,这样既符合利益拒绝权作为一项条约赋予东道国的权利的性质,同时也能够更好地平衡东道国和投资者之间的关系。本章最后依据两大法系举证责任基本理论和实践情况,围绕国际仲裁实践中利益拒绝案件举证责任产生的问题,提出利益拒绝条款适用中举证责任的合理分配方式。

第5章主要探讨利益拒绝条款的适用法、解释方法、溯及力以及法律后果问题。利益拒绝条款的实体要件应根据投资者国籍国的国内法进行判断,程序要件的要求应当符合条约和仲裁规则的规定。为充分发挥利益拒绝条款的功能,在对利益拒绝条款的解释上,应赋予该条款溯及力,其适用的法律后果不影响仲裁庭的管辖权,但仲裁庭不得进一步对案件的实体内容进行审理。

第6章主要论述利益拒绝条款的完善,对我国利益拒绝条款的谈判提出建议。一是应明确利益拒绝条款实体和程序要件的规定,提高利益拒绝条款的可预见性,进一步限制仲裁庭对要件适用的自由裁量权。二是应采用更为准确的文本用语,与国际投资条约的惯常用语保持一致,消除条款的模糊性。在我国关于利益拒绝条款的谈判中,应当考虑我国国际投资的双向性特点,既要充分保障我国作为东道国的权益,也要充分保障我国投资者的权益。

结语部分主要总结利益拒绝条款在当今国际投资环境下的机遇与挑战,并对形成全球统一的利益拒绝条款的可能性进行了展望。



目录  
.....CONTENTS

■ 前言 / 1

- 0.1 问题的提出、研究对象及研究意义 / 1
- 0.2 研究现状、研究思路及主要研究方法 / 6
- 0.3 论文的创新性及不足 / 13

■ 第 1 章 利益拒绝条款的理论基础 / 15

- 1.1 利益拒绝条款规范分析 / 15
- 1.2 利益拒绝条款的发展沿革 / 23
- 1.3 利益拒绝条款之合理性证成 / 30
- 1.4 利益拒绝条款与其他条款的关系 / 37

■ 第 2 章 利益拒绝条款的实践分析 / 43

- 2.1 利益拒绝条款争端案件 / 43
- 2.2 利益拒绝条款适用的主要分歧 / 50
- 2.3 导致分歧的原因 / 55
- 2.4 利益拒绝条款与其他替代方式比较 / 58

■ 第 3 章 利益拒绝条款的实体要件 / 67

- 3.1 实质性经营活动 / 67
- 3.2 所有或控制 / 73

3.3	第三国	/ 85
3.4	实体要件的判断节点	/ 89
3.5	实体要件的判断主体	/ 92
■	第4章 利益拒绝条款的程序要件	/ 94
4.1	援引利益拒绝条款的方式	/ 94
4.2	援引利益拒绝条款的时间要素	/ 97
4.3	援引利益拒绝条款的前置程序	/ 102
4.4	举证责任	/ 108
■	第5章 利益拒绝条款的解释及法律后果	/ 117
5.1	利益拒绝条款的适用法	/ 117
5.2	利益拒绝条款的解释方法	/ 121
5.3	利益拒绝条款的溯及力	/ 129
5.4	利益拒绝条款适用的法律后果	/ 132
■	第6章 利益拒绝条款的完善建议	/ 144
6.1	利益拒绝条款的文本完善	/ 144
6.2	中国有关利益拒绝条款的实践与建议	/ 149
	结语	/ 157
	附录：论文涉及的利益拒绝条款	/ 160
	参考文献	/ 176

# 前 言

## 0.1 问题的提出、研究对象及研究意义

### 0.1.1 问题的提出

随着跨境资本流动的便利化和跨国公司的不断发展,国际投资中利用“邮箱公司”等方式借壳投资的情况越来越多。这种“条约挑选”行为违背了东道国签订国际投资条约的本意,试图扩大国际投资条约给予利益和保护的投资 者范围。为了对上述现象进行控制,国家间开始在投资条约中明确约定东道国可以拒绝给予投资者条约利益的特殊情况,此所谓利益拒绝条款(Denial of Benefits Clauses)。利益拒绝条款自 20 世纪 40 年代的友好通商航海条约开始发展,经过不断的完善和改进,至今有 70 余年的历史,已被全球众多国际投资条约采纳,如《能源宪章条约》(简称 ECT)、《东盟全面投资协定》(简称 ACIA)、《全面与进步跨太平洋伙伴关系协定》(简称 CPTPP)、《美国双边投资协定范本》(简称美国 BIT 范本)、《加拿大外国投资促进和保护协议范本》(简称加拿大 FIPA 范本)等。我国自 2008 年与墨西哥签订双边投资协定(简称 BIT)第 31 条第一次规定利益拒绝条款以来,在《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》《中华人民共和国政府和澳大利亚政府自由贸易协定》等双边投资保护协定中也制定了利益拒绝条款。正因为利益拒绝条款在国际投资条约中被广泛采纳,国际投资仲裁案件中因利益拒绝

条款而引发的争议自 2005 年 Plama 诉保加利亚案<sup>①</sup>以后开始逐年增多,在有些案件中,利益拒绝条款甚至成为案件的争议焦点。在 Plama 诉保加利亚案中,双方对利益拒绝条款的实体和程序要件适用产生了较为激烈的争论。Plama 诉保加利亚案为《能源宪章条约》项下第一个利益拒绝条款争端案件,仲裁庭对其的裁决在之后的近 10 个涉及《能源宪章条约》利益拒绝条款的案件中起到了至关重要的指引作用。但是与此同时,仲裁庭对其他涉及双边投资协定中的利益拒绝条款的案件却持有较多不同意见,这对利益拒绝案件裁判的一致性和适用的可预见性提出了挑战。

关于利益拒绝条款的争议正在逐渐成为国际投资争端中的一个重要议题,利益拒绝条款的适用及发展也越来越多地受到各个国家和理论界的关注。从国际投资宏观环境来看,双边投资条约、自由贸易协定等投资保护协定形式、数量的增多,以及资本流动快速化、公司注册便利化、服务机构全球化等因素使得“条约挑选”(Treaty Shopping)以及“公司国籍计划”(Corporate Nationality Planning)变得更为容易和方便,利益拒绝条款的适用情况也变得更为复杂。国际投资中的“条约挑选”和“公司国籍计划”主要是指除缔约方以外的第三国投资者通过“邮箱公司”或“空壳公司”作为投资中转站享受条约利益。从利益拒绝条款规定来看,虽然利益拒绝条款已被很多国家所接受,出现在十余个国家的 BIT 范本中,但其文本在总体相类似的基础上仍存在实质性差异,且很多利益拒绝条款所属的国际投资条约对该条款规定的概念和术语缺乏明确定义或解释。从利益拒绝条款适用情况来看,当前国际投资争端仍存在很多尚未解决的问题,不同仲裁庭意见存在较大分歧,还未形成一致的国际标准。从对利益拒绝条款的学术研究来看,因为现代意义上的利益拒绝条款于 20 世纪 80 年代中期才第一次出现在美国对外签署的 BIT 中,因此利益拒绝条款并不像国际投资条约中的“岔道口”“保护伞”等条款受到学术界的广泛关注,各国学者对利益拒绝条款的研究起步较晚,对条款的适用和完善也未形成一致观点。上述问题都为利益拒绝条款的适用和发展带来了许多不确定性。因此,我们有必要对利益拒绝条款进行深入研究,以便统一条款适用并优化条款文本。

---

<sup>①</sup> Plama Consortium Limited v. the Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction (8 February 2005).

## 0.1.2 研究对象及其范围界定

本文研究的主要内容是国际投资条约中利益拒绝条款的相关法律问题。但事实上,利益拒绝条款并非国际投资条约所独有。《服务贸易总协定》(简称 GATS)也包含利益拒绝条款,根据第 27 条的规定,特定情形(如服务提供者来自非成员)下,成员可以拒绝将协议的利益提供给某些服务的提供者。但截至目前,世界贸易组织(简称 WTO)尚未出现有关利益拒绝条款的争端案件。在《服务贸易总协定》引入利益拒绝条款之后,一些双边和区域自由贸易协定的服务贸易章节也规定了利益拒绝条款,例如《中国—东盟服务贸易协议》第 31 条,《美国—澳大利亚自由贸易协定》第 10(11)条。在服务贸易的框架下,利益拒绝条款是服务贸易原产地规则的重要组成部分,用以判断服务贸易是否符合给予优惠和便利的条件。

除了服务贸易总协定和其他自由贸易协定中的服务贸易章节,国际税收协定中也存在与利益拒绝条款相类似的条款。利益限制(Limitation on Benefits)条款通过增加“所有权和税基侵蚀”“积极贸易或经营行为”“非公司纳税人的优惠资格测试”“公司纳税人的上市公司”等标准,完善基于居住地请求享有优惠税收政策的判断标准,强调公司与其住地的实质经济联系,防止非居民纳税人通过“条约挑选”方式避税获取本不应享有的税收协定优惠,较好地解决了非缔约国居民纳税人利用国际税收协定、享受税收优惠的条约滥用问题。现今,利益限制条款已成为全球税收协定的共同要素,被列入经济合作与发展组织(简称 OECD)2017 年《实施税收协定相关措施以防止税基侵蚀和利润转移的多边公约》(第 7 条)以及 2017 年税收范本(第 29 条)中。我国对外签订的《避免双重征税和防止偷漏税的协定》也开始引入利益限制条款,侧重于对申请享受协定待遇的主体资格进行测试。例如《中国—俄罗斯税收协定》第 23 条利益限制条款规定,除另有规定外,缔约国一方的居民从缔约国另一方取得所得,只有在该居民符合协定所定义的身份,并且满足协定规定的享受协定待遇所必须具备的其他条件时,才可获得协定给予缔约国一方居民的全部优惠<sup>①</sup>。

<sup>①</sup> 朱大旗,张牧君. 论税收协定中的利益限制条款及其在中国的应用[J]. 中国人民大学学报, 2017(1):120-128.

本文研究的利益拒绝条款限定在国际投资条约范围内。国际投资条约主要包括双边投资协定、多边条约以及自由贸易协定<sup>①</sup>，其中双边投资协定占主要部分，但晚近自由贸易协定中的投资章发展较快<sup>②</sup>。利益拒绝条款在双边国际投资条约中最为常见，在一些区域性多边条约如《北美自由贸易协定》（简称 NAFTA）、全球多边条约（如《能源宪章条约》）以及自由贸易协定的投资章也有规定。由于利益拒绝条款在这些条约或协定中存在很大程度上的相似性，作用和功能也大体相同，因此上述条约或协定中的利益拒绝条款皆属于本文研究范围。利益拒绝条款在国际投资条约中的文本表述不尽相同，但晚近的国际投资条约中通常都将其单独列为一条，冠之以“Denial of Benefits”的标题。值得注意的是，国内早期对“Denial of Benefits”的翻译是“利益否决”，但在我国签订的国际投资条约中采用“利益拒绝”或“拒绝受惠”等翻译，后期研究该条款的论文也采用“利益拒绝”一词，因此本文沿用“利益拒绝”这一用语。利益拒绝条款通常包含以下内容：投资东道国因为另一缔约方投资者的实际所有人或控制人是条约缔约方之外（非缔约国）的国家，且投资者与另一缔约方不存在实质性经济联系，或者东道国与该非缔约方不存在外交关系等，则保留拒绝授予该投资者条约利益的权利。利益拒绝条款虽在现代国际投资条约中以单独条款的形式独立存在，但却与其他条款和法律概念，如投资者定义、最惠国待遇、诚信原则、“条约挑选”、揭开公司面纱、权利滥用等存在一定程度的相关和重合。因此，本文除研究利益拒绝条款本身外，还将对与其相关的其他条款和法律规则及原则进行对照研究。

### 0.1.3 研究意义及目的

利益拒绝条款作为 BIT 中的条款虽早在二战之后就已经出现，但真正被批量纳入国际投资条约则是最近二三十年的事情，其适用目前仍存在诸多争议，相关的研究文献略显不足，因此对利益拒绝条款进行全面深入的研究具有一定的现实意义。第一，从国际投资争端数量来看，投资仲裁案件中涉及利益拒绝条款的争议案件逐年增多，有一些案件中利益拒绝条款甚至成为案件的

---

① 余劲松，吴志攀. 国际经济法[M]. 3 版. 北京：北京大学出版社，2012：229；王贵国. 国际投资法[M]. 2 版. 北京：法律出版社，2008：23.

② Ilze Dubava. The Future of International Investment Protection Law: The Promotion of Sustainable (Economic) Development as a Public Good[M]. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013: 390.

争议焦点,利益拒绝条款的重要性不言而喻。第二,从国际投资争端解决来看,尽管利益拒绝条款已有几十年的发展历史,但当前国际投资仲裁庭裁决利益拒绝条款案件时,在很多方面都存在不一致的国际实践,各国学者对此问题也未形成较为统一的观点,该条款在很多方面都存在分歧和尚未解决的问题。第三,从国际投资宏观环境来看,BIT 数量增多,资本流动、公司注册便利化、服务机构全球化等因素使成立跨国公司、“条约挑选”以及“公司国籍计划”变得更为容易和方便,也将使利益拒绝条款的适用情况更加复杂。第四,从国际投资仲裁体系来看,其合法性危机日益显著,国际投资仲裁案件的同案不同判现象受到了学术界和社会的关注。利益拒绝争端案件也存在很明显的同案不同判现象,对该条款适用情况和文本完善的研究将有助于进一步解决目前国际投资仲裁体系存在的问题。

本论文对利益拒绝条款的研究首先是厘清利益拒绝条款与其他相关条款的逻辑关联性,并做出区分;其次是阐明利益拒绝条款解释和适用的不确定性和模糊性,统一利益拒绝条款的适用范围;再次是完善利益拒绝条款的文本内容,使其作为法律文本具有确定性和明确性,提高适用性的可预期性。此外,利益拒绝条款研究对我国的国际投资实践也将起到一定指导作用。一是为我国企业在对外投资过程中的注册地选择及企业架构提供建议,使其能够获得 BIT 中投资东道国所承诺授予的利益。二是为我国作为投资东道国对外国投资者进行判定、改善外商投资审批程序,从而保障投资利益的互惠性提供参考。三是为我国在今后的国际投资仲裁案件中成功援引该条款提供程序上的建议。虽然我国在 2008 年后签订的部分 BIT 中已经引入了利益拒绝条款,但是仍未在国际投资仲裁案件中遇到援引利益拒绝条款的情况,有必要对利益拒绝条款进行研究。四是讨论中国双边投资协定中利益拒绝条款的选择问题,为中国进行新一轮 BIT 谈判以及今后加入 CPTPP 或其他多边协定提供建议和参考。

## 0.2 研究现状、研究思路及主要研究方法

### 0.2.1 研究现状

#### 0.2.1.1 国内研究现状

国内以利益拒绝条款为题的研究主要包括期刊 5 篇<sup>①</sup>、硕士学位论文 2 篇<sup>②</sup>,暂时还没有博士学位论文和专著。张晓静以及漆彤两篇论文是最早进行利益拒绝条款研究的国内文献。张晓静在论文中以 Plama 诉保加利亚案、Petrobart 诉吉尔吉斯斯坦案<sup>③</sup>、Amto 诉乌克兰案<sup>④</sup>、Yukos 诉俄罗斯案<sup>⑤</sup>四个案件为研究对象,对利益拒绝条款适用的可仲裁性、行使否决权的构成要件和举证责任进行了总结归纳,认为仲裁庭对上述三个争议焦点的解释过于偏向保护投资者利益,从而将条约赋予东道国的利益拒绝权利置于形同虚设的尴尬境地,提出为了准确地体现条约成员国的意愿,应将利益拒绝条款内容在“实质性商业行为”的标准和举证责任方面进行详细化、标准化的规定。漆彤对利益拒绝条款的研究采取了与张晓静不同的路径,主要通过对《欧洲能源宪章》、1996 年《加拿大—智利自由贸易协定》、NAFTA、2008 年《中国—墨西哥 BIT》等协定的文本在利益拒绝的范围、适用的情形、适用的实体要件(所有或控制、无实质性经营活动)、适用利益拒绝条款的程序要件(有无规定事前通知及磋商程序)方面进行分析。马迅的《国际投资条约中的“利益拒绝”条款研究》除

---

① 张晓静. 投资条约中的利益否决条款研究:由“艾美特公司诉乌克兰案”引发的思考[J]. 法商研究,2012(6):104-108;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):98-107;马迅. 国际投资条约中的“利益拒绝”条款研究[J]. 中国海洋大学学报(社会科学版),2013(1):99-104;唐娟. 国际投资条约中的“利益拒绝”条款研究[J]. 法制与社会,2015(8):88-90;贾怀远. 对外投资中的利益拒绝原则[J]. 国际经济合作,2017(1):79-81.

② 卢杰. 国际投资条约中的利益拒绝条款适用研究[D]. 重庆:西南政法大学,2014;周子秋. 论投资条约中利益否决条款的适用[D]. 北京:中国政法大学,2014.

③ Petrobart Limited v. the Kyrgyz Republic, SCC Arbitration No. 126/2003(29 March 2005).

④ Limited liability Company Amto v. Ukraine, SCC Case No. 080/2005(6 March 2008).

⑤ Yukos Universal Limited v. the Russian Federation, PCA Case No. AA 227(30 November 2009).

了研究上述讨论过的利益拒绝条款要素以外,还根据 BP et al. 诉阿根廷案<sup>①</sup>、Waste Management II 诉墨西哥案<sup>②</sup>、Tokios Tokeles 诉乌克兰案<sup>③</sup>、Plama 诉保加利亚案等案件的仲裁裁决对第三国控制、利益拒绝条款的实体和程序属性以及溯及力等问题进行了探讨。值得关注的是,2017 年最新的一篇文章是北京德恒律师事务所贾怀远律师所写的《对外投资中的利益拒绝原则》<sup>④</sup>,说明利益拒绝问题在我国的研究已不仅仅停留在学术讨论的层面,也被国际投资法律实务界关注,且也不只停留在国际投资条约层面,更被律师考虑纳入国际投资合同中。

虽然自 2012 年起我国学者开始关注利益拒绝条款,但对于该问题的研究仍有一定的局限性,主要体现在:第一,援引案件的数量较少。论文最多援引 3—4 个国际投资仲裁案件的裁决进行分析,很难体现国际投资仲裁中利益拒绝条款适用的整体情况。第二,缺乏对相关理论的研究。论文主要以相关案例反映的个别问题为主,较少去挖掘利益拒绝条款背后的法理基础,也缺乏对利益拒绝条款与国际投资条约基本原则和其他条款的整体对比分析。第三,虽列出了不同仲裁庭的裁决以及文本,提出了规定不明确和解释不统一等问题,但是对此类问题如何解决或应当如何解释缺乏建设性观点。第四,大多局限于国际经济法领域(如国际投资法和 WTO 法等),虽也有论文(如漆彤《论国际投资协定中的利益拒绝条款》<sup>⑤</sup>)提到可参考避免双重征税条约等条约的做法,但是没有进一步进行深入阐述。

#### 0.2.1.2 国外研究现状

2010 年以后关于利益拒绝条款研究的英文期刊文献开始出现,其中最具有代表性的是国际投资争端解决中心(以下简称 ICSID)于 2015 年为纪念其成立 50 周年而出版的《国际投资法的建立:ICSID 的第一个 50 年》一书。该书共包含 50 个章节,涉及基本原则、管辖权、投资者保护标准、无效程序等国际投资仲裁中的重要问题。在例外、抗辩及反诉一章中,Mark Feldman 教授《Plama 诉

① Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company v. the Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/13(27 July 2006).

② Waste Management, Inc. v. the United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3(30 April 2004).

③ Tokios Tokeles v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18(29 April 2004).

④ 贾怀远. 对外投资中的利益拒绝原则[J]. 国际经济合作,2017(1):79-81.

⑤ 漆彤. 论国际投资协定中的利益拒绝条件[J]. 政治与法律,2012(9):98-107.

保加利亚案之后的利益拒绝条款》一文,对 Plama 案件的几个争议焦点——利益拒绝条款的性质、溯及力等问题进行了详细的解析,指出 Plama 案件为后来很多 ECT 相关判决树立了标杆,之后的 Yokus 案、Liman 案和 Ascom 案在很多问题,特别是在溯及力上,都遵循了 Plama 案件的分析逻辑。但是作者也提出 ECT 相关案件在何时应当提出利益拒绝条款的抗辩也存在分歧,此外 Plama 的分析逻辑并不能被其他非 ECT 的利益拒绝条款争议所适用,因为与其他国际投资条约中的利益拒绝条款不同(如《中美洲自由贸易协定》,简称 CAFTA),ECT 中利益拒绝条款的“利益”被限定在第三章,且没有规定前置通知和磋商程序。

其他被引用较多、较具影响力的英文文献包括:《利益拒绝条款与能源宪章条约第 17 条》<sup>①</sup>《国际投资仲裁中的国籍要求》<sup>②</sup>《投资条约中利益拒绝条款的程序要求》<sup>③</sup>等。《利益拒绝条款与能源宪章条约》第 17 条作为研究利益拒绝条款的早期代表性论文,对利益拒绝条款的发展进行了梳理,并列举了包含利益拒绝条款的主要国际投资条约。在文中,作者重点介绍了涉及《能源宪章条约》第 17 条的国际投资仲裁案件,包括 Plama 诉保加利亚案、BP et al. 诉阿根廷案、Tokios Tokelés 诉乌克兰案、Waste Management II 诉墨西哥案等,并主要结合 Plama 诉保加利亚案,对利益拒绝条款适用中涉及的管辖权问题、如何行使利益拒绝权和溯及力等问题进行了阐述。最后,作者总结道:利益拒绝条款被看作是防范“搭便车”及“公司国籍计划”的方法,在两国关系中保持互惠互利。《投资条约中利益拒绝条款的程序要求》一文对利益拒绝条款相关投资案例进行了回顾,认为仲裁庭对于何时、以何种方式行使利益拒绝权产生了明显的分歧。在 ECT 相关的裁决中,仲裁庭认为有效行使利益拒绝权的前提是东道国必须在投资之前或争议发生之前通知投资者,且利益拒绝权没有溯及力。在美国 BIT 和 CAFTA 相关裁决中,仲裁庭认为东道国只要在提交管辖权异议的期限内都可有效行使利益拒绝权,无须提前通知投资者,且权利的行使具有溯及既往的效力。

① Loukas, Mistelis, Crina Mihaela, et al. Denial of Benefits and Article 17 of the Energy Charter Treaty[J]. Penn State Law Review, 2009, 113(4): 1302 - 1321.

② Anthony C, Sinclair. The Substance of Nationality Requirements in Investment Treaty Arbitration [J]. ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, 2005, 20(2): 357 - 388.

③ Lindsay Gastrell, Paul-Jean Le Cannu. Procedural Requirements of ‘Denial-of-Benefits’ Clauses in Investment Treaties: A Review of Arbitral Decisions[J]. ICSID Review, 2015, 30(1): 78 - 97.

国际投资法书籍中论及利益拒绝条款的有6本,出版时间在2008—2016年之间。虽说是书籍,但是专著较少,论文集形式的书籍较多。其中被引用较多、学术影响力较大的著作主要包括:Rudolf Dolzer 和 Christoph Schreuer 所著的《国际投资法原则》,该书已经被翻译成中文版,并于2014年出版。Rudolf Dolzer 和 Christoph Schreuer 对利益拒绝条款概念进行了关键性的总结和归纳,被以后的诸多论文所引用。《投资仲裁遭遇的反控力量》一书中有许多篇文章对国际投资法框架下的国际投资者、国际投资以及“条约挑选”进行了研究和论述,其中 Rachel Thorn 和 Jennifer Doucleff 撰写的《法人人格否认和利益拒绝条款:条约用语和“投资者”概念的检讨》一文对利益拒绝条款的适用和完善提出了很多问题及建议,是国外研究利益拒绝条款较有代表性的论文。国外关于利益拒绝条款最新的两本著作是《善意原则与国际经济法》<sup>①</sup>和《国际投资法中的“条约挑选”》<sup>②</sup>。《善意原则与国际经济法》一书第5章和第6章主要对国际投资中的投资者判定以及“条约挑选”和利益拒绝条款适用进行了分析,认为善意原则在国际投资仲裁案件特别是投资者“公司国籍计划”和“条约挑选”行为较少得到适用,从而违背了国际投资条约促进和保护投资的根本目的,利益拒绝条款可以作为抗辩理由来对抗上述现象。《国际投资法中的“条约挑选”》一书是研究“条约挑选”现象的专著,作者 Jorun Baumgartner 女士是联合国贸发会议(简称UNCTAD)的法律工作人员。该书在第2、3、4、7、8章中都谈到了利益拒绝条款的作用及其在国际投资案件中的适用。

从目前的国外研究来看,对利益拒绝条款的研究已涉及实体要件、程序要件等方面,案件数量也比国内多。但限于篇幅,大多研究论文仅是援引了不同仲裁庭的裁决意见,对案件本身缺乏统计和分析,也未提及具体案情。事实上,仲裁庭的意见是基于公司结构和诸多事实得出的结论,因此对案件事实与仲裁庭意见的分析尤为重要。此外,国外大多数论文主要对利益拒绝条款的适用提出意见,并没有对其适用依据提出较多的理论支持,也没有对未来利益拒绝条款的构建和统一适用提出可操作性的建议。在案件援引方面,因为论文出版的时间相对滞后,研究所援引的最新案件为2012年发布的案件,缺乏

---

① Andrew D. Mitchell, M. Somarajah, Tania Voon. Good Faith and International Economic Law[M]. Oxford: Oxford University Press, 2015.

② Jorun Baumgartner. Treaty Shopping in International Investment Law[M]. Oxford: Oxford University Press, 2016.