对外经济贸易大学法学院
博士申请学位科研成果考核折算科研文献

文献形式：文献综述

文献题目：“东道国应对跨国公司滥用国际投资协定权利问题”之文献综述

博士论文题目：跨国公司滥用国际投资协定权利的问题研究——以东道国应对为视角

导　　师：丁丁教授

作者姓名：张耀璇

专　　业：国际法学

学　　号：201700592012

“东道国应对跨国公司滥用国际投资协定权利问题”之文献综述

【摘要】跨国公司在进行外国投资时，通常会通过多层级的所有权架构和股权重组，获得国际投资协定中更高水平的保护标准和更优厚的待遇。跨国公司此类行径埋下了其滥用国际投资协定权利的隐患，破坏了缔约国之间互惠的基础，挤占了东道国的公共政策空间。随着近年来国际投资协定数量的增加，针对东道国的投资仲裁案件也与日俱增，这一风险不断增加，东道国应当合理应对，尽早防范国际投资协定的权利被滥用，减少滥用造成的不良影响，平衡投资者的权利与东道国的公共利益，从而更好地实现国际投资协定体系的目标，助力本国经济可持续地发展。笔者根据撰写博士论文的需要，就论文主体章节涉及到的跨国公司滥用投资协定权利、外国投资者国籍认定、利益拒绝条款、东道国在投资争端解决中的应对及中国应对思路几方面进行了文献检索与收集，并对文献资料进行总结评述。

【关键词】跨国公司；国际投资协定权利滥用；投资者定义；东道国；投资者-国家争端解决

跨国公司是国际投资活动的主要参与者，也是国际投资法中重要的主体。基于对投资东道国当地优惠的纳税、外汇政策以及外资待遇等其他因素的考虑，大型跨国公司在进行外国投资时，通常会通过多层级的所有权架构和股权重组，或设立特殊目的公司等“条约选购”“国籍计划”操作，创设相应的国籍，从而获得目标国际投资协定中更高的保护标准和更优厚的待遇。跨国公司如此进行投资的行为，埋下了其滥用国际投资协定中规定的权利的隐患：一方面，跨国公司能够通过“国籍计划”，获得相应的国籍，得以用外国投资者身份适用相应的国际投资协定，享受东道国本不打算赋予它的待遇和权利，破坏缔约国之间互惠的基础；另一方面，跨国公司借由这一外国投资者身份的获得，援引本不适用于它的国际投资协定中的争端解决条款，对投资东道国监管国内事务的措施发起投资仲裁，挤占东道国的公共政策空间。随着近年来国际投资协定数量的增加，针对东道国的投资仲裁案件也与日俱增，跨国公司在进行外商投资时潜在的滥用国际投资协定权利的风险不断加大，东道国应当合理应对，尽早防范国际投资协定的权利被滥用，减少滥用对投资协定制度运行造成的损害和对东道国司法资源浪费，平衡投资者的权利与东道国的公共利益，从而更好地实现国际投资协定体系的目标，助力本国经济在国际投资中可持续地发展。

联合国贸易和发展会议提出了对现有国际投资协定体系进行现代化改革的呼吁，联合国国际贸易法委员会发起了针对投资者-东道国争端解决机制的改革

应对正当性挑战。在此背景下，现有的国际投资协定条款和配套的争端解决机制并不足以为东道国应对跨国公司滥用国际投资协定权利提供有力的支持，但已有部分国家开始关注东道国的公共利益，在新签署的国际投资协定或新发布的投资协定范本中做出了相应的改进。而现有的研究成果表明，已有不少学者针对“条约选购”等可能滥用国际投资协定的行为进行过研究探讨。因此，笔者的论文将考察新近国际投资协定体系的发展趋势，结合国际投资仲裁实践中的典型案例，以现有学术成果为基础，尝试从东道国的视角出发，对跨国公司滥用国际投资协定权利的问题进行合理应对。在国际投资协定谈判和起草的过程中，东道国可以通过改进投资者定义条款和引入利益拒绝条款对跨国公司的滥用加以预防；而在跨国公司提起的投资仲裁请求后，东道国也可采用恰当的方式予以应抗辩或反击，并尝试从投资者-东道国争端解决机制的外部改善跨国公司滥用国际投资协定的现状。

在确定博士论文研究主体框架内容的基础上，笔者主要围绕论文主体章节跨国公司滥用投资协定权利、外国投资者国籍认定、利益拒绝条款、东道国在投资争端解决中的应对及中国应对思路几方面展开了文献检索和收集。其中，中文资料主要从同方知网、万方数据库及少量微信公众号检索搜集。就英文资料而言，报告类主要从联合国贸易和发展会议（United Nations Conference On Trade And Development，UNCTAD）、国际可持续发展研究院（International Institute for Sustainable Development，IISD)、哥伦比亚可持续投资中心（Columbia Center on Sustainable Investment，CCSI）和经济合作与发展组织（Organization For Economic Cooperation And Development，OECD）等重要学术科研单位和国际性组织网站获得；书籍论文类主要通过SSRN、Heinonline、威科国际商事仲裁在线（Kluwer Arbitration)、牛津学术数据库（Oxford Academic）和剑桥出版社数据库（Academic|Cambridge University Press）等数据库收集；案例相关资料主要通过国际投资争端解决中心（International Centre for Settlement of Investment Disputes，ICSID）官网、investorstatelawguide和italaw数据库来收集；blog类主要收集了“Kluwer Arbitration Blog”和“EJIL：*Talk!*”两个重要博客中的资料。现将收集的文献资料分国内国外两大类综述如下。

一、国内研究现状述评

（一）关于跨国公司滥用投资协定权利问题

跨国公司滥用国际投资协定（International Investment Agreements，IIAs）权利是笔者博士论文研究的主要问题。跨国公司滥用 IIAs 权利通常通过“条约选

购”“国籍计划”实现，借此作为非 IIAs 缔约国的跨国公司可以通过“搭便车”行为获得本不适用于其本身的 IIAs 权利，抑或是缔约国本国的公司通过返程投资创建“另一缔约国投资者”身份获取 IIAs 优惠待遇。对于跨国公司进行“条约选购”“国籍计划”导致滥用国际投资协定权利的问题，各位学者从跨国公司滥用 IIAs 权利的成因、现象分析和不良影响方面，分别从不同角度进行了研究。

徐树副教授对跨国公司采取“条约选购”背后的动因及其造成的滥用 IIAs 权利现象进行了分析。他认为，跨国公司为追求投资保护的最大化，往往会选择一个投资保护更有利的第三国来设立公司进行投资，从而“选购”该国投资协议中的投资保护条款以获得更大利益。国际法一般不予禁止，但这种操作也并不一定都会得到仲裁庭的认可。他还就阐述了对条约选购合理性分析，及国家该如何加以限制等内容，从跨国实体的角度对投资者的定义问题进行了探究。[1]张光在其论文中还指出了跨国公司过度滥用 IIAs 国际投资法律体系的客观条件，是在于投资协定制度产生的初期，东道国为竞相吸引外资放宽了对外资的监管力度，降低或忽视了对本国接受投资当地的人权、环境等可持续发展问题的保护标准，催生了侧重于保护外国投资者及其投资而忽略外国投资在促进东道国可持续发展方面的功能的外资保护制度，为跨国公司利用 IIAs 法律体系过分索取投资待遇和利益的客观条件。[2]

徐树副教授认为跨国公司进行“条约选购”的途径主要有两种：第三国转投资和返程投资，并分析了这类选购者进行“国籍计划”的三种情形：第一，当投资者母国与东道国间未签订国际投资条约时，投资者在第三国成立中间公司寻求第三国与东道国的投资协定保护；第二，投资者母国与东道国投资协定较第三国与东道国而言不够有利时，成立中间公司寻求第三国与东道国之间投资协定的保护；第三，则是具有东道国国籍的投资者规避国内管制，在他国成立公司寻求该国与东道国间投资协定的保护。王燕则在路径层面，将徐树分析的三种情形捏合为两种，即借用第三国投资协定和返程投资，并且还增加了两种路径：通过最惠国待遇条款来挑选更有利的实体待遇条款和“挑选”更有利的程序性待遇。对于投资者国籍的认定，他还对国际投资协定文本采用的标准如注册地标准、住所地标准、控制标准等进行了分析。[3]

王燕副教授的论文侧重于探讨欧盟新一代 IIAs 中“反条约挑选”机制的改革。她就欧盟签订的新一代 IIAs《欧加全面经济与贸易协定》（CETA)和《欧

[1] 参见徐树：《国际投资仲裁中投资者的“条约选购”问题研究》，载《国际经济法学刊》第 20 卷第 2 期，2013 年。
[2] 张光：《论国际投资协定的可持续发展型改革》，载《法商研究》2017 年第 5 期。
[3] 参见徐树：《国际投资仲裁中投资者的“条约选购”问题研究》，载《国际经济法学刊》第 20 卷第 2 期，2013 年。

日经济合作伙伴协定》(EU-Japan EPA)中设置的“反条约挑选”机制，围绕适格投资者、最惠国待遇、投资者-东道国争端解决（investor-state dispute settlement，ISDS）三个方面进行了全面论述；阐述了欧盟新一代投资协定如何要求投资者在母国开展“实质性（substantial）经营”,以减少投资者通过国籍计划（nationality plan）挑选传统投资协定的可能性；同时，她的论文也探讨了最惠国待遇条款在投资协定中的适用缺陷，论述了欧盟是如何限制投资者基于该条款对传统投资协定实体和程序待遇的援引；她也就 ISDS 机制如何去“碎片化”进行了阐述。[4]对于如何有效地限制跨国公司滥用 IIAs 权利的“条约选购”“国籍计划”，徐树更侧重于利用“揭开公司面纱”和善意原则，并就这两个一般原则如何适用进行了深入地分析；而王燕则结合 CETA 和 JEEPA，侧重于分析 IIAs 中条款设计如何能形成有效的“反条约选购”机制，阻断对 IIAs 权利的滥用。二人的研究均结合大量案例和投资协定文本，对于笔者的论文写作具有思路和案例分析方面的启发与指引。

各位学者还就跨国公司滥用 IIAs 实体和程序性权利造成的不良影响进行了阐述。余劲松教授的论文中提到了今年国际投资仲裁实践中，有些仲裁庭过于强调投资者保护，允许了投资者过分利用 IIAs 维护私人利益的请求，进一步导致了投资者与东道国权益保护的失衡，对东道国的公共利益、根本安全利益产生了不良影响。5徐树阐明了国际投资仲裁中因“条约选购”造成的外国投资者滥诉现象的蔓延，这在某种程度上是权利司法化、诉讼去门槛化的负面产物，并且他从仲裁庭的角度解释了为何难以遏制投资者滥诉的原因。[6]在理论上，投资仲裁庭有权、有义务防止投资者滥诉；但在实践中，仲裁庭往往不愿意以投资者滥诉为由否定其管辖权或驳回仲裁诉请。因此，构建甄别及过滤滥诉的条约机制，确立滥诉审查标准，用以约束仲裁庭的恣意判断，以此减轻东道国的诉累是必要的。而跨国公司滥用 IIAs 权利的问题还会加剧国际投资仲裁的不正当性，在这样的情形下，会产生不同仲裁庭对相同或相似条款的矛盾解释的风险，也会存在对于事实相同的关联或平行程序案件裁决不同的矛盾，这一问题在王少棠、肖芳、刘京莲、郭玉军和沈志韬的论文中均有所论证。[7]何艳的论文

[4] 参见王燕：《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》，载《现代法学》第 40 卷第 3 期，2018 年 5 月。

[5] 余劲松：《国际投资条约仲裁中投资者与东道国权益保护平衡问题研究》，载《中国法学》2011 年第 2 期，第 140 页。

[6] 参见徐树：《国际投资仲裁中滥诉防范机制的构建》，载《法学》2017 年第 5 期。

[7] 沈志韬：《论国际投资仲裁正当性危机》，载《时代法学》2010 年 02 期；郭玉军：《论国际投资条约仲裁的正当性缺失及其矫正》，载《法学家》2011 年 03；王少棠：《正当性危机的解除?——欧盟投资争端解决机制改革再议》，载《法商研究》2018 年 02 期；肖芳：《国际投资仲裁第三方资助的规制困境与出路——以国际投资仲裁“正当性危机”及其改革为背景》，载《政法论坛》2017 年 06 期；刘京莲：《国际投资仲裁正当性危机之仲裁员独立性研究》，载《河北法学》2011 年 09 月。

针对“菲利普莫里斯”这一滥用 IIAs 权利给东道国带来负面影响的典型案例进行了分析，并提出了自己的思考。烟草巨头菲利普莫里斯国际公司在香港的子公司根据澳大利亚-香港 BIT 中的投资仲裁条款提起了针对澳大利亚的仲裁请求，其认为澳大利亚为推动保护公众健康颁布的《简单烟草包装法》降低了公司投资的价值，违反了 BIT 中关于征收等投资待遇的条款。[8]东道国为公共利益合理调整法律法规和监管措施却遭到外国投资者过度的挑战，被挤占公共决策空间，东道国疲于花费大量时间和金钱成本应对跨国公司投资者根据 IIAs 对它们公共政策发起的挑战，而跨国公司却可能正在利用没有经济意义的公司架构滥用 IIAs 中的权利待遇，这正是东道国需要对跨国公司滥用国际投资协定权利加以防范应对的必要和合理所在。

（二）关于外国投资者国籍认定分析

投资者定义条款因定义了在 IIAs 项下进行投资的主体能否被认定为外国投资者，即划定了受保护的外国投资者的范围。投资者定义条款之所以重要，是因为它限定了外国投资者的范围，从而才能确认投资主体是否能够享受 IIAs 中提供的权利与待遇；同时在投资主体与东道国产生投资争端时，才能确认其是否是提起投资仲裁的适格主体。而对于非自然人投资者即法人类投资者身份的认定，则与其国籍有关，投资者定义条款更多地如何认定“投资者”的国籍进行规定，认定了其国籍，则能决定投资者可以从何种投资协定中收益，对于跨国公司滥用 IIAs 权利而言，限定过于宽泛的投资者定义条款也将发挥事前的预防作用。因此笔者检索收集的也围绕这个主题进行。

孙南申教授的论文点明外国投资者国籍认定的重要性，投资者国籍问题是其得以向东道国提起投资仲裁的一项基本条件，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。他的论文对 ICSID 公约第 25 条第 2 款和各类 IIAs 中所规定的“外国控制”标准内涵的确定与适用，从各个角度进行了考虑和分析。关于“外国控制”的标准，ICSID 公约和现有 IIAs 中一般并未作明确定义或定义并不统一，仲裁庭在适用时就产生了争议，产生了不同的解释结果。他通过对“蓝科国际诉阿根廷案”“GAMI 投资公司诉墨西哥案”“美国 CMS 天然气输送公司诉阿根廷案”中仲裁庭认定思路比较，对少数股东在国际投资仲裁中的身份认定问题中的“控制标准”进行了分析。同时，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，孙南申

[8] 何艳：《投资协定视阈下知识产权与公共健康的冲突与协调——由两起“菲利普·莫里斯案”引发的思考》，载《法商研究》2013 年第 4 期。

也就直接股东和最终股东的标准结合案例作了深入探究。[9]张建在个人论文中总结归纳了关于投资者国籍的判定标准，主要有：成员国籍主义（也称资本控制主义）、设立地主义（也称登记地主义）、住所地主义等；也有一些国家采取双重标准或复合标准，要求该投资者既要依本国法律注册成立，又要在本国有住所和营业活动，并例举了中国签署的 BIT 采用的国籍认定标准。同时，他注意到跨国投资者“挑选条约”行为使得国籍问题更加复杂化，“挑选条约”现象的普遍化，给国际仲裁庭界定跨国投资者的国籍，进而确定其应受哪一项条约的保护带来了不小的挑战。他以 ICSID 仲裁实践为切入点进行观察，分析了不同仲裁庭在其裁决的具体个案中认定某一特定投资者的国籍进而确定该投资人能否参加 ICSID 仲裁程序时，所采取的不同判定标准。[10]以上学者的研究成果对于笔者形成论文第三章节框架结构、论文论证方式和相关案例材料都提供了重要的文献支持。

（三）关于利益拒绝条款的适用

IIAs 中的拒绝授予利益条款/利益拒绝条款（Denial of Benefits clauses），旨在将某些通过条约选购的进行投资的主体排除在投资协定的保护之外，拒绝授予它们投资协定项下的相关利益。它基本效用原理，是其一般常用来与投资者的定义条款配合，界定国际投资协定要保护的对象范围，投资者定义条款是正面划定受保护的投资者的范围，而利益拒绝条款则是从反面将其中不符合要求的对象从范围内排除。漆彤教授的论文对利益拒绝条款进行了较为系统性地分析。他认为尽管利益拒绝条款业已包含“拥有或控制”、“无实质性商业活动”等实体要求以及“事前通知及磋商”等程序要求，但在判断标准上仍具有很大的模糊性，需要进一步精确化。[11]他对利益拒绝条款的历史发展和近年来在各类国际投资协定及协定范本（比如 NAFTA、《能源宪章条约》（Energy Charter Treaty, ECT）、美国 2004BIT 范本）进行了例举阐述，同时也介绍了系列援引利益拒绝条款的投资仲裁案件。他对利益拒绝的适用范围、适用实体条件和程序条件进行了详细的阐述。[12]

就适用范围而言，从不同投资协定中利益拒绝条款的内容和表述来看，缔约方拒绝授予的利益的范围并不相同，有的涵盖整个条约，一方可拒绝将本条约的利益给予另一方投资者[13]；有的仅及于条约某一部分，一方可保留拒绝给予

[9] 孙南申：《国际投资仲裁中对人管辖的投资者国籍认定问题》，载《国际商务研究》2021 年 06 期。
[10] 张建：《国际投资仲裁中投资者国籍的认定标准探析》，载《长江论坛》2018 年 03 期。
[11] 漆彤：《论国际投资协定中的利益拒绝条款》，载《政治与法律》2012 年第 9 期，第 99 页。
[12] Waste Management v. Mexican；Generation Ukraine Inc. v. Ukraine；Plama v. Bulgaria；Tokios Tokelès v. Ukraine；Pan American Energy v. Argentine；Pac Rim Cayman v. El Salvador.
[13] 2004 年美国 BIT 范本第 17 条。

另一方本部分利益的权利[14]，或一方可拒绝将本章的利益给予另一方投资者[15]。他考察国际投资协定有关利益拒绝条款的缔约实践后认为，缔约方拒绝给予利益主要基于外交和国籍两种因素的考虑。并针对以上两种情况作出的详细的分析，在国籍方面，主要存在的几种情况为：其一，是排除非缔约方投资者通过设立邮箱公司转投资；其二，是排除内国企业通过设立壳公司转投资（即返程投资）。而对于适用利益拒绝条款的实体要件，他认为有两个主要条件：其一，是该投资者是由非缔约方或拒绝给予利益方的投资者“拥有或控制”；其二，是投资者在一缔约国境内所设立实体是否从事有实质性的商业活动。拒绝授予条款的目的主要在于排除特定投资者利用邮箱公司进行国籍计划从而搭投资协定的“便车”，但同时又要避免“误伤”应受到保护的投资和投资者。但具体这些条件应该如何被解释适用，仲裁庭态度并不统一，也没针对这一条款的适用形成统一的裁决意见。唐娟的论文就适用范围和适用条件的分类与漆彤的观点相近。[16]就程序要件方面，漆彤认为需要区分协定中是否约定有事前通知及磋商的情形，并且对利益拒绝条款的溯及力问题进行了探讨。但没有事前通知及磋商要求，也并不确定就表示缔约方在根据利益拒绝条款行使拒绝权的时候就不需要履行任何程序。

在适用条件方面，其他学者还存在有些许不同的分类法。张晓静的论文对适用条件的分类主要分为三个条件：法律实体为非成员国私人所有或控制；法律实体没有在其名义上的国籍国从事实质性的商业行为；东道国行使利益否决权之前必须进行合理通知。[17]马迅学者与之观点相近。[18]同时，几位学者利益拒绝条款是否是实体问题还是程序性问题、它的溯及力问题等细节问题进行了探讨。同时，张晓静学者还对其举证责任的分配进行了探讨。[19]

国内学者对于利益拒绝条款已进行了基础性的研究，但部分研究就其针对跨国公司滥用投资协定的限制作用如何发挥，东道国引入条款时措辞不同导致的影响以及中国在引入这一条款中的具体决策还有进一步深入研究的空间。明瑶华学者关于利益拒绝条款的专著对 IIAs 项下此类条款进行了完整且系统地研究。[20]该书通过对不同国家地区的 BITs 范本以及区域性多边性国际投资条约中

---

[14] 例如《欧洲能源宪章》第 17 条规定。
[15] 1996 年《加拿大-智利 FTA》第 G-13 条规定。
[16] 唐娟：《国际投资条约中的“利益拒绝”条款研究》，载《法制与社会》，2015·3（中）。
[17] 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》，载《法商研究》，2012 年第 6 期（总第 152 期）。
[18] 参见马迅：《国际投资条约中的“利益拒绝”条款研究》，载《中国海洋大学学报（社会科学版）》2013 年第 1 期。
[19] 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》，载《法商研究》，2012 年第 6 期（总第 152 期），第 104 页。
[20] 明瑶华著：《国际投资条约中的利益拒绝条款研究》，苏州大学出版社，2019 年 12 月第 1 版。

较具特色的利益拒绝条款进行分析，研究了此类条款的基本范式、发展沿革，并就其合理性进行了论证。明瑶华学者结合国际投资仲裁实践观察到，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，并总结归纳了导致这一现象的原因，认为“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”。随后，她就利益拒绝条款适用的实体要件、程序要件逐一结合案例进行了分析和总结，同时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。明瑶华的专著对于利益拒绝条款的研究系统且完整，且对比之前的学者有了一定的更新与前进，对笔者撰写利益拒绝条款章节有较大的启发。李妮的论文以“可汗资源有限公司等诉蒙古案”为例，通过对可汗资源有限公司等诉蒙古仲裁案的案件事实、主要法律争议及裁决结果进行分析，探究投资协定中“利益拒绝条款”的可裁决性、适用要件和举证责任，是关于利益拒绝条款研究新近的研究成果，对笔者更新博士论文内容具有参考价值。[21]

（四）东道国在国际投资争端解决中的应对

余劲松教授关于国际投资条约仲裁中投资者与东道国权益保护平衡问题的研究，是整个东道国在投资争端解决机制中应对的讨论中应采用的基调和基本态度，即注重东道国与投资者权益的平衡。[22]张庆麟教授对东道国规制权进行了较为全面的研究，规制权是东道国主权的体现，也意味着东道国在考虑利益平衡并结合本国的情况下，可以对 IIAs 中的争端解决机制构建结合自身需要进行选择。国际投资协定设计之初其宗旨就在于保护外国投资者在东道国的财产利益不为东道国政府所肆意侵害。受这种目的的局限，在协定中忽略对东道国规制权的规定亦属正常。[23]然而，由于国际投资协定条款所赋予外国投资者的权利在一定条件下可以挑战东道国的规制权，使得东道国正常行使其规制权的权能受到阻碍，在实践中甚至出现了所谓“规制寒颤（regulatory chill）”[24]的现象，使得国际社会不得不考虑在国际投资协定中增设东道国规制权的相关内容，以减少甚至消除外国投资者利用国际投资协定挑战东道国规制权的情形。在上述基本观念铺垫的基础上，当东道国被跨国公司的某一分支机构或子公司提起投资仲裁时，它可以在程序进行中提出对方“程序滥用”的抗辩，从而应对跨国公司滥用国际投资协定中赋予的提起仲裁的权利。东道国也可以尝试对申请人

[21] 李妮：《国际投资协定中的利益拒绝条款——以“可汗资源有限公司等诉蒙古案”为例》，载《商事仲裁与调解》2022 年 05 期。
[22] 余劲松：《国际投资条约仲裁中投资者与东道国权益保护平衡问题研究》，载《中国法学》2011 年 02 期。
[23] 张庆麟：《论国际投资协定中东道国规制权的实践及中国立场》，载《政法论丛》2017 年 12 月第 6 期。
[24] 规制寒颤：这里的意思主要是指由于投资者通过投资仲裁利用国际投资协定的规定挑战东道国的规制措施，使得东道国付出巨额的赔付而导致东道国在实施新的规制措施时会心有余悸。

一方提起反请求，以一个独立的相反的请求直接应对对方。而跳出投资仲裁程序的内部，东道国也可以考虑用外部机制构造的完善，应对跨国公司对投资协定权利的滥用，笔者从这几方面思路着手进行了文献检索。

关于投资协定中东道国规制权发展的程序规则，张庆麟主要就四个方面的内容进行了探讨：ISDS 机制的适用、仲裁程序透明度、防止投资者权利滥用的特殊程序、投资仲裁上诉机制，并就 CETA 中的防止滥诉机制进行了研究。[25]对于投资仲裁的上诉机制，他介绍了 CETA 何 TTIP 投资章节草案中的创制。[26]他认为，投资法庭及上诉机制是对传统 ISDS 的革命性改造：初审法庭从仲裁员的选任、资质、组成及薪酬各方面，都力图减少法官任何实质上或认知上的偏私；而上诉机制作为纠错机制，提高了投资者及东道国对仲裁系统的信赖度，能更好地应对 ISDS 实践中的法律困扰以及裁决不一致问题。欧盟的实践在一定程度上鼓励了国际投资协定发展东道国规制权。[27]设立上诉机构，即意味着有第二次机会改变可能存在滥用权利的裁决或判决。

崔凡教授在评价新版美墨加协议时提到，一个外国投资者通过 ISDS 机制可以挑战投资东道国的法律法规，胜诉之后能够改变投资东道国通过国内民主决策机制形成的法律法规，而投资东道国的当地内资企业却无权提起这样的投资仲裁从而影响法律法规。[28]加拿大对此问题的担心导致了其退出了 USMCA 的 ISDS 机制，使其仅仅适用于美国和墨西哥之间。与此同时，美国也存在担心第三方利用这一机制或者利用其规避制裁。第 14 章的 14 条对如何拒绝授予投资章节所设利益做了规定（即利益拒绝条款）。特别的，在第 14 章附件 D 规定的投资争端解决机制中，如果一方认为来自另一方的投资者被美墨以外的第三方拥有或者控制，而该第三方被一方认为是非市场经济体，那么这一投资者不能成为申诉方提起投资仲裁。因此，如果中国在墨西哥拥有或控制的企业在美国投资，该企业可能不能作为投资者根据 USMCA 的 ISDS 规定对美国发起投资仲裁。这是通过限制或摒除 ISDS 机制的方式来保障自己的规制权不受干预，从而确保东道国公共利益能够不被滥用权利的投资者损害。

国内也有学者对 ISDS 种的国家反请求机制进行研究的学者[29]，被提起仲裁

---

[25] 张庆麟，郑彦君：《晚近国际投资协定中东道国规制权的新发展》，载《武大国际法评论》2017 年第 2 期。

[26] CETA 的投资仲裁制度尤其是仲裁庭组成、仲裁员行为守则等为 TTIP 投资章节提供了初步模板，并设想了投资仲裁上诉制度的基本架构。⑦ TTIP 投资章节草案首创了两审终审的投资法庭系统，包括初审法庭和上诉法庭。See CETA，Article 10．36; TTIP Commission Draft Text，Section 3 Article 16，Article 17，Article 28. 4,

[27] 张庆麟，郑彦君：《晚近国际投资协定中东道国规制权的新发展》，载《武大国际法评论》2017 年第 2 期。

[28] 参见微信公众号“国际经贸在线”崔凡：《评美墨加协议》，发布于 2018 年 10 月 4 日，https://mp.weixin.qq.com/s/5jRKuShFlsArYDvQbjtbPg。

[29] 肖军、康雪飘：《国际投资仲裁中国家反诉的仲裁同意问题》，载《武大国际法评论》2018 年第 5 期；陈正健：《投资者与国家争端解决中的国家反诉》，载《法商研究》2017 年第 1 期（总第 177 期）；庄洁蕾：

的东道国提出反请求（counterclaim）被视为实现平衡投资者与国家间利益的一个重要途径。实际上，在投资仲裁中适用的仲裁规则通常都允许被申请人提出反请求[30]，但实际实践中，东道国获得仲裁庭支持的案件少之又少。肖军及康雪飘学者的论文主要对认定投资者同意的范围进行了探讨，主要包括是否在投资协定中纳入了反请求机制、以及“争端”的范围以及相关的适用法。他们的论文还主要从投资者的角度探讨了“同意”反请求的含义——若投资条约的规定未排除与反请求相关的争端，投资者提请仲裁的行为是否表示同意反请求。这种“推定同意”也是一个具有争议性的问题，其核心在于投资者是否有权决定同意范围。在文章中，他对几类学者观点都进行了相关的陈述：允许投资者在一定程度上限定同意范围、反对投资者单方限制同意范围（多数观点）。文章引用案例 Urbaser v.Argentina，分析了仲裁庭如何处理“推定同意”问题，并明确否定了投资者单方面决定同意范围的权利。[31]文章还重点分析了仲裁裁决对国家反请求的考量因素与这种机制的发展趋势。

而在陈正健学者的文章中，他针对反请求中的主体要件（是否需要与原诉主体一致）、同意要件（投资者是否同意）、义务要件（投资者义务缺失）以及联系要件（与原诉的联系行）进行了体系化的分析。[32]就原诉主体与反请求主体的不一致问题，并提出了可能的解决路径：刺破公司的面纱、突出属物管辖权。同时，他的文章就双方的合意问题进行了讨论，其中也提到了仲裁规则、争端解决条款中的默示同意，如上文中提到的肖军学者的论文中的分析。而在第三个要件，他认为投资者的义务是国家反请求提起的重要依据，没有义务为依凭的诉求犹如空中楼阁般虚无缥缈。该客体要件本无争议，但是由于国际投资条约是国家之间缔结的，其目的是促进和保护投资，一般不规定投资者的义务。因此，投资者义务的缺失可能成为国家反请求的重要障碍。他在文章中阐述了确定投资者义务的集中路径：一是通过东道国的本地法；二是合同性义务；三是一般法律原则。关于最后一个联系要件，文章分析了仲裁规则中的要求和实践中的要求及判断。他认为，目前国家反请求尚未引起世界各国足够的重视，主要体现在现存的投资条约中含有反请求规定的条约数量微乎其微。但反请求确实能够高效地解决国际投资争端，平衡国家与投资者利益，中国在缔结或修

《国际投资仲裁中的东道国反请求问题研究》，载《北京仲裁》，2016 年 01 期第 95 辑。

[30] 《ICSID 公约》第 46 条规定：“仲裁庭应对直接因争议事项而产生的附带或附加的请求或反请求作出决定。”；2010 年《UNCITRAL 仲裁规则》第 21 条第 3 款亦规定：“被申请人还可在仲裁程序的稍后阶段提出反请求或基于一项仲裁请求而提出抵消要求，只要仲裁庭对此拥有管辖权。”转引自肖军、康雪飘：《国际投资仲裁中国家反诉的仲裁同意问题》，载《武大国际法评论》2018 年第 5 期。

[31] Urbaser S. A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/26, Award, para. 1147.。

[32] 陈正健：《投资者与国家争端解决中的国家反诉》，载《法商研究》2017 年第 1 期（总第 177 期）。

订投资条约时，可对已有的实践加以借鉴，并可进行适当改进引入。

池漫郊教授的关于双边仲裁庭、双边投资法庭到多边投资法院的译著，也为笔者思考ISDS机制改革能如何应对跨国公司滥用IIAs权利提供了重要思路。[33]该书对两审制多边投资法院和多边投资上诉机制(Multilateral Investment Appeal Mechanism,MIAM)进行了专门性和综合性的研究，两者都是依据法治标准而设定的常设性司法机构。著作对两审多边投资法院的制度和程序设计进行了建构，同时探讨了投资法院审理投资争端时适用的法律问题，当判决产生后的承认与执行也是该书重要的组成部分。另外，这本著作也关注了多边投资法院如何与既有制度进行联结和结合的内容，并且介绍了其中独立的上诉机制的运行，就ISDS机制改革方面具有重要的参考价值。

综合上述关于投资争端解决机制的讨论，东道国可以通过主张设立上诉机制、对ISDS机制的使用进行限制或排除以及对投资者进行反请求来对跨国公司滥用投资协定权利的问题进行有效控制，但具体如何选择构建争端解决机制，以及不同构建将会产生何种效果，能否有效限制跨国公司滥用的行为并比较合理地平衡作为投资者的跨国公司和东道国的权益还值得进一步深层次的探究。同时，结合中国现状的探讨还有很大的研究空间。

（五）关于中国作为东道国的应对

论文的这一部分内容，是在前述研究内容铺垫的基础上，立足于我国现状，对中国如何应对跨国公司滥用 IIAs 权利的深入探究，因此该部分文献资料的检索收集主要集中于国内学者中文论文中。

漆彤、聂晶晶、银红武、王光和卢进勇等人对我国签署的 IIAs 以时间为线索进行了脉络梳理。自改革开放以来，我国开始了对外签署国际投资协定，数量上升迅速，[34]以此构成了我国监管、调整外国直接投资的总体法律框架。从中国与瑞典1982年签署第一个现代意义的BIT以来，中国缔结的IIAs尤其是BITs先后经历了三个阶段和两次重大转型。[35]首先，中国 BITs 也即 IIAs 的早期时间，是在 1998 年之前的保守模式；20 世纪 90 年代后期受经济全球化和投资自由化浪潮的影响，中国签署的 BIT 经历了第一次重大转型，由“保守模式”趋向“自由模式”（1998-2007 年）；近年来，受国内外经贸投资环境因素的影响，中国参与的 IIAs 正在经历第二次重大转型，即由单一的“保守模式”或“自由

[33] 薄暮克、芮离谷著，池漫郊译，《从双边仲裁庭、双边投资法庭到多边投资法院》，2020年4月第1版。

[34] 关于中国签署的 IIAs 可以在 UNCTAD 数据库中进行查询，https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/42/china?type=bits，最后访问于2023年2月20日。
另有商务部条法司我国对外签订双边投资协定一览表 Bilateral Investment Treaty 可查，http://tfs.mofcom.gov.cn/article/Nocategory/201111/20111107819474.shtml。

[35] 漆彤、聂晶晶：《论中国双边投资协定的模式变迁》，载《武大国际法评论》2013年第1期。

模式”，迈向第三种模式“平衡模式”（2008 年至今）。[36]

也有不少学者对我国 IIAs 中的投资者定义条款、利益拒绝条款提出了建议和主张。在上文提及的张建的论文中，他提出了对中国完善国际投资仲裁属人管辖权的建议，包括尽快制定在国内实施《华盛顿公约》的条例和援引“利益拒绝条款”和例外规则避免投资者滥用国籍标准“挑选条约”。[37]上文提及的学者们也都对中国如何选择引入这一条款以及其设立进行了探讨。目前中国自 2008 年《中国-墨西哥 BIT》第 31 条起开始在双边投资协定中引入了利益拒绝条款[38]。在这之后又有《中国-新西兰自由贸易协定》、《中国-东盟投资协定》以及《中国-加拿大投资协定》等的实践。虽然我国尚未发生涉及利益否决条款方面的争议案件，但当条文规定不明确时，仲裁庭一般是根据“条约的目的和宗旨”来解释条文含义的。由于投资条约的目的几乎都是促进资本的自由流动和保护外国投资，因此这种解释方式不可避免地倾向于对投资者的保护。为了有效防止投资者的“条约选购”、避免仲裁庭的任意解释、体现缔约方的真正意图，张晓静学者认为我国未来设立的利益否决条款应该明确“实质性商业行为”的判断标准、“通知”的标准以及举证责任。

随着“一带一路”倡议的实施，我国与沿线国家的投资往来日益频繁，考虑到沿线国家的投资风险问题，投资争端解决机制的构建很有必要，单文华、王鹏的著作就国际投资仲裁改革的中国立场进行了分析。[39]另外，笔者关注到 IIAs 与中国《外商投资法》的接轨和相关监管跨国公司法律运用的问题，在文献搜索过程中也注意搜集了相关的文献资料。《外商投资法》的出台和实施，标志着外商投资企业的法律适用准则将从特别法（“外资三法”）转向与国内公司相同的《中华人民共和国公司法》和《中华人民共和国合伙企业法》，对外商投资企业和国内公司企业的双轨制监管转向了并轨。针对跨国公司类投资者，《外商投资法》与《公司法》、《合伙企业法》如何对其进行管理，如何相互衔接协调，值得关注研究，在这一领域的研究，丁丁教授和孔庆江教授的论文很有研究参考价值。[40]

---

[36] 银红武著，《中国双边投资条约的演进——以国际投资法趋同化为背景》，第 86-90 页；王光、卢进勇，《中国双边投资协定：历史演进与发展趋势》，载《国际经济合作》2019 年第 2 期，第 53 页。。

[37] 张建：《国际投资仲裁中投资者国籍的认定标准探析》，载《长江论坛》2018 年 03 期，第 68 页。

[38] 《中国-墨西哥 BIT》第 31 条：“缔约双方可以共同磋商决定拒绝将本条约之利益授予缔约另一方之企业及其投资，如果该企业系由非缔约方之自然人或企业所有或控制。”

[39] 单文华、王鹏：《均衡自由主义与国际投资仲裁改革的中国立场分析》，载于《西安交通大学学报(社会科学版)》，2019 年 05 期。

[40] 丁丁：《从双轨到并轨：外商投资企业的法律适用之变》，载《法律适用》2019 年 14 期，第 56-57 页；孔庆江：“《中华人民共和国外商投资法》与相关法律的衔接与协调”，载《上海对外经贸大学学报》，第 26 卷第 3 期，2019 年 5 月。

二、国外研究现状述评

（一）关于跨国公司滥用国际投资协定权利问题

UNCTAD在2016年的世界投资报告中简要地分析了跨国公司是如何通过资本重组和组织架构获得更有利的国际投资协定保护，实现更好地实体待遇和程序权利，在争端发生后能够提起更有利于公司自己的投资者与国家间的争端解决，其中包含了对“条约选购”“国籍计划”和 IIAs 权利滥用等问题的探讨。[41]在国际可持续发展研究院（International Institute for Sustainable Development，IISD）2012年的报告（Best Practices Definition of Investor）[42]和世界投资报告发出之时，关于跨国公司利用“条约选购”“国籍计划”滥用 IIAs 权利的话题一直备受关注。

在 Jorun Baumgartner 教授关于“条约选购”主题的专著中，她对国际投资法领域的“条约选购”问题进行了全面并深入的探讨。在该书中，她首先定义了国际投资法中的“条约选购”内涵，[43]她认为OECD给出的定义是比较全面的：指投资者通过注册公司或调整一定的商业运营，从而寻求特定投资协议下给予的保护。[44]她介绍了“条约选购”可能发生的三种情形：自然人、公司架构和诉权的转移，她还区分了“条约挑选”和“择地诉讼（forum shopping）”的区别：前者的挑选并不仅限于对有利的争端解决机制的挑选，还意味着更加优厚的实体待遇和保护；后者则是指当事人利用国际民事管辖权的积极冲突,从众多有管辖权的法院中选择一个最能满足自己诉讼请求的法院去提起诉讼，二者有一定联系但相互区别。[45]该书还对涉及“条约选购”造成的国籍变化的相关习惯国际法进行了阐述。同时结合实践，从属人管辖、属物管辖和属时管辖以及对应的滥用权利或程序的抗辩对“条约选购”进行了分析。该书的最后一部分，是从国家和善意原则的角度分析，提出针对“条约选购”这一现象较为统一的可能的处理办法，这一部分对本篇论文的研究有重要的意义。

Mark Feldman 教授的论文更侧重于分析跨国公司在进行全球投资活动时的行为模式，跨国公司滥用国际投资协定权利对国家间互惠基础的挑战，结合实际案例分析跨国公司威胁到投资协定互惠基础的情形，并对政策制定者提出在

---

[41] UNCTAD, World Investment Report 2016 - Investor Nationality: Policy Challenges (UNCTAD/WIR/2016), UNITED NATIONS PUBLICATION.

[42] Suzy H. Nikièma, *Best Practices: Definition of Investor* (IISD, March 2, 2012).

[43] JORUN BAUMGARTNER, TREATY SHOPPING IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW (Oxford University Press, 1st ed. 2016).

[44] Gaukrodger, D. and K. Gordon (2012), *"Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community"*, OECD Working Papers on International Investment, 2012/03, 55, OECD Publishing (May 20, 2019) ,http://dx.doi.org/10.1787/5k46b1r85j6f-en.

[45] *Supra* 43，JORUN BAUMGARTNER, p. 12-15.

制定投资协定时能够减免这种威胁的框架设计。[46]他在论文中对国际投资协定中互惠性质的保护和促进以及跨国公司所依靠的国际生产网络和投资传输网进行了详尽的铺垫，并对结合了全球价值链的概念进行了分析。他认为，依靠国际生产网络和投资传输的跨国公司对以互惠为基础的国际投资协定制度的威胁主要有三方面：第一，是国际化的生产网络弱化了东道国的投资与东道国国境的联系，模糊了东道国投资的界限；第二，是跨国公司投资的依赖于特别目的公司（special purpose entities/Vehicle，SPE 或 SPV）来进行，这些 SPV 基本在东道国注册却没有实体机构，只持有反映东道国投资资产的金融性利益，使得它与其投资母国的联系减弱；第三，是跨国公司依赖于 SPV 作为通道来进行投资，使得它与东道国之间的联系减弱。这三种对国际投资协定互惠基础的威胁的模式，造成了第三方“搭便车”（即只从互惠安排中受益，却并不贡献）的风险，这种“搭便车”的跨国公司第三方主体可对应地分为三种类别：第一种是只是作为出口者（exporter）而非投资者；第二种是缺乏与投资母国足够的联系；第三种是缺乏与东道国投资足够的联系。这种分类的方法与上文提到的中国学者论文中的分类略有不同。他例举了几个说明这一现象的重要案例：在 Cargill v. Mexico 中，一个美国制造商不仅求偿在东道国损失的利润，还要求赔偿本应出口给分销商获得的利润；[47]在 Yukos cases（尤科斯案）案中，3 个相关的案子由控股公司提起，但在投资母国都没有相应的实体商业活动；[48]Ampal-American Israel Corp. v. Egypt 案中，该特拉华州公司仅通过中间公司在东道国公司持有少于 1%利润。[49]

本质上而言，跨国公司滥用投资协定权利的问题的出现，是由于跨国公司在进行投资时会进行条约选购或国籍计划，构建对于自己更有利的投资路径，因此，在这一方面的讨论，Jorun Baumgartner 教授的著作能够更好地提供对这一问题基础根源层面的分析思路参考。而 Mark Feldman 教授对于跨国公司在案例中能否被认定为适格投资者的分析思路，较国内学者而言比较为不同的，为论文写作提供了新的思路和启发。另有 Karl P. Sauvant 教授等人也对跨国公司这一主体在国际投资法中的角色定位进行了分析，并结合了《跨国公司行动守则》

---

[46] Mark Feldman, *Multinational Enterprises and Investment Treaties* in YEARBOOK ON INTERNATIONAL INVESTMENT LAW & POLICY 2015-2016 (Lisa E. Sachs and Lise J. Johnson and Jesse Coleman eds., January 2018).

[47] Cargill, Inc. v. Mexico, ICSID Case No. ARB(AF)/05/2, Award (Sept.18, 2009), paras. 524-526.

[48] Yukos cases: Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation, PCA Case No.AA 226, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility (Nov. 30, 2009); Yukos Universal Ltd (Isle of Man) v.The Russian Federation, PCA Case No. AA 227, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility (Nov. 30, 2009); Veteran Petroleum Ltd. (Cyprus) v. The Russian Federation, PCA Case No. AA228, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, (Nov. 30, 2009).

[49] Ampal-American Israel Corp. v. Egypt, ICSID Case No. ARB/12/11, Decision on Jurisdiction, (Feb. 1, 2016), paras. 325-326, 343.

进行了探讨，也能从另一角度给论文写作提供思路。[50]

对于跨国公司滥用 IIAs 权利对东道国造成的影响以及东道国予以应对的必要性，很多学者都有论文就该主题进行了探讨分析，其中也包括对现有国际投资法律制度和 ISDS 机制的批评。实践中，东道国为保护公共利益而调整政策可能会导致其被外国投资者提起投资仲裁，而涉及的措施包括与环境保护和生命健康保护、自然资源管理、国内司法机关行为、管制性许可证以及经济紧急管理措施等。外国投资者对东道国提起投资仲裁申请极有可能对东道国的公共政策造成挑战，需要受到保护的东道国公共利益则因法律政策遭到挑战而难以落实，而跨国公司对 IIAs 投资待遇和仲裁提起权利的滥用更增加了东道国公共利益和相关调整措施暴露在投资仲裁程序下的可能性。不利于东道国的仲裁结果可能会使得东道国对于推行新的监管措施变得瞻前顾后，产生“寒蝉效应”，Kyla Tienhaara 的论文对国际投资仲裁尤其是跨国公司滥用 IIAs 赋予的诉权提起的仲裁程序对东道国可能产生的不利效应进行了分析。[51]虽然这样的因果关系存在争议性，但不可否认的是，投资仲裁的结果确实存在挤占东道国的公共政策空间的可能性。

值得关注的是，在探讨对于投资者与东道国利益平衡，限制过度滥用 IIAs 权利必要性与合理性时，除去对国际投资仲裁机制的正当性危机的探讨，有相当一部分学者对“规制权”（right to regulate）的概念。现有国际投资法律体系及 ISDS 机制因其本身存在正当性危机的隐患，又因跨国公司在国际投资活动中存在滥用 IIAs 权利的可能，对东道国本国可持续发展不利，而在国际层面还会影响各缔约国之间缔结条约的互惠基础，东道国的应对是必要且合理的。Stephen W· Schill、Susan D. Franck、Daniel Behn 等学者均对 ISDS 机制的正当性危机提出了自己的观点，国际投资仲裁裁决存在不一致性和缺乏可预见性，这是影响投资仲裁正当性的重要因素，国际投资仲裁机制 ISDS 在裁程序方面存在不足，例如仲裁程序拖延、费用昂贵、缺少透明度和缺乏公共监督等，因此备受批评。[52]“规制权”的概念，也为东道国合理应对和限制跨国公司滥用 IIAs 权

---

[50] JOSE E. ALVAREZ AND KARL P. SAUVANT, THE EVOLVING INTERNATIONAL INVESTMENT REGIME: EXPECTATIONS, REALITIES, OPTIONS, Oxford University Press, 1st ed, 2011.4.19.

[51] Tienhaara, Kyla, *Regulatory Chill and the Threat of Arbitration: A View from Political Science* (October 28, 2010); EVOLUTION IN INVESTMENT TREATY LAW AND ARBITRATION 3 (Chester Brown, Kate Miles, eds., Cambridge University Press, 1st ed. 2011).

[52] Stephen W· Schill, *Crafting the International Economic Order：the Public Function of Investment Treaty Arbitration and Its Significance for the Role of the Arbitrator*, 23(2) Leiden Journal of International Law 401, 402－403 (2010); Susan D. Franck, *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions*, 73 FORDHAM L. REV. 1521, 1586 (2005); Daniel Behn, Ole Kristian Fauchald and Malcolm Langford, *Introduction: The Legitimacy Crisis and the Empirical Turn*. In THE LEGITIMACY OF INVESTMENT ARBITRATION: EMPIRICAL PERSPECTIVES (STUDIES ON INTERNATIONAL COURTS AND TRIBUNALS) at 13(D. Behn, O. Fauchald, & M. Langford eds., Cambridge University Press1st ed. 2022).

利提供了强力的理论支撑，Lone Wandahl Mouyal、Aikaterini Titi、Yulia Levashova 的专著均对国际投资法中的规制权概念进行了全面而独到的分析和阐述。规制权是一国主权的表达，规制既包括东道国的法律与行政总体体制，也包括具体的部门或行业规则；此外，规则的有效实施也属于规制，这其中包括权利的强制执行。[53]在一般国际法的范畴，规制权是东道国主权与生俱来的一种衍生权利[54]，规制权是国家主权的一种确认（affirmation）[55]，国家有权决定其政治、社会和经济的优先级，在不违反保护外资的国际规则的情况下，通过法规或行政管理（administrative practice）。随着投资仲裁实践的发展，许多国家逐渐认识到，对东道国规制权的过分限制，则有可能限制东道国保护本国公共利益的权力，从而造成不良影响。东道国特别是发展中国家，近年来也逐渐认识到环境、劳工等公共利益的重要性，并注意为监管外国投资者的投资活动保留合理的政策空间，坚持甚至强化其自身在环境领域的规制权，从而尽量避免环境公共利益遭受投资者不负责任投资行为的损害。

（二）关于外国投资者国籍认定

鲁道夫·多尔查和克里斯托弗·朔伊尔编写的国际投资法著作《国际投资法原则》中，就对公司类投资者国籍的认定标准进行了划分，现有的国际投资协定投资者定义条款中，对投资者国籍认定主要涉及三类传统的认定标准：公司注册地标准、总部营业地标准和“控制”标准。[56]国际可持续发展研究院（IISD）在 2012 年发布的报告中探讨了自然人双重国籍，以及跨国公司实体“条约选购”的各个方面的问题。[57]IIAs 往往对它们所涉及的“投资者”进行较宽泛地定义，通常投资者定义条款中就会规定的“投资者”是指在另一缔约方领土内进行投资的一缔约方的自然人或法人（比如公司）。有些国际投资协定对该定义进行了进一步地扩大，规定所涉及的“投资者”可能还包括没有在东道国实际投资的但正在“寻求”投资的投资者。如今，一个实体企业可以相对容易地在外国建立至少一个法律存在，例如通过改变公司注册地，成立一个新的子公司，和/或在国内适当机构中对自己进行注册。这样，一个企业可以通过简单地在母国建立一个法律存在以获得该母国签署的投资协定的保护。

UNCTAD 在 2017 年发布的 IIA Issues Note 中, 对 ISDS 的述评里对 2016 年

[53] UNCTAD. World Investment Report: Towards a New Generation of Investment Policies, Geneva: United Nations, 2012, p. 109.

[54] Lone Wandahl Mouyal, International investment law and the right to regulate: A human rights perspective 31 (Routledge, 1st ed. 2016).

[55] Yulia Levashova, The Right of States to Regulate in International Investment Law 25 (Kluwer Law International, 1st ed. 2019).

[56] 鲁道夫·多尔查、克里斯托弗·朔伊尔编，祁欢、施进译：《国际投资法原则》，中国政法大学出版社，2014 年 12 月第 1 版，第 48-54 页。

[57] Suzy H. Nikièma, *Best Practices: Definition of Investor*, p. 8 (IISD, March 2, 2012).

发生的国际投资仲裁案件进行了统计分析，其中在属人管辖权的问题上，就判定申请仲裁方是否为适格投资者，以两个案件为例对公司“所在地（seat）”的含义进行了分析。[58]一个案例是 CEAC V. Montenegro，CEAC 公司拟以自己注册于塞浦路斯的办公室作为投资者身份，从而对黑山共和国（黑山）提起仲裁。[59]但仲裁庭最终驳回了它的请求，依据国际法的要求判定，不论这间办公室是否是经过黑山法律确认成立的，但它并没有证明这件办公室有在这一低智商进行办公或提供服务，因此仲裁庭并不认定其为适格投资者。[60]而在另一个案件 Tenaris and Talta v. Venezuela (II)[61]中，仲裁庭认为公司住所地的概念，不应当被理解为注册地，而应当理解为是其有效的（“effective”）住所地，即公司经营管理活动进行的地方。[62]检验住所地是否有效的标准有三点：其一，该地是公司股东和高管会议举行的地方；其二，该地是公司经营管理活动（例如缔结合同、与客户磋商以及主要经济活动）发生的地方；其三，该地是公司会计账簿记载存放地。[63]在 Transglobal v. Panama 一案中[64]，涉案方作为巴拿马国民，将利益转让给了一个美国公司，以此来依据巴拿马-美国 1982 年的 BIT 提起仲裁。在利润转让发生时，涉案巴拿马公司与巴拿马政府已在巴拿马当地法庭进行纠纷解决。仲裁庭考虑了这笔转让发生的时间以及提起仲裁的时间，交易（转让）和运营的实质，以及政府行为的可预见性，认为将利润从一个巴拿马国民转入到一个美国公司，是很明显地通过调整公司结构创制的国际管辖的行为，因此支持了被申请方——巴拿马提出的程序滥用的管辖权异议。[65]

关于“揭开公司面纱”原则的适用，Rachel Thorn Roberts 和 Jennifer Doucleff 在他们合著的论文中，就不同投资者定义条款情形下仲裁庭对投资者国籍认定适用“揭开公司面纱”的态度结合投资仲裁实践进行了分析和总结。[66]当投资协定中明确清晰的将公司注册地或成立地作为唯一的认定标准时，仲裁庭倾向于严格对照条约的用于进行解释，拒绝揭开公司面纱。当 ICSID 仲裁和

---

[58] Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2016 [IIA Issue Note, No. 1, 2017] (UNCTAD/DIAE/PCB/2017/1), 19 May 2017 (2018.5.30), https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2017d1_en.pdf.

[59] CEAC Holdings Limited v. Montenegro (ICSID Case No. ARB/14/8), Award, 26 July 2016.

[60] *Id.,* paras. 155, 199-201.

[61] Tenaris S.A. and Talta - Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. v. Bolivarian Republic of Venezuela (II) (ICSID Case No. ARB/12/23), Award, 12 December 2016.

[62] *Id.,* paras. 89-190.

[63] *Id.,* paras. 193, 230.

[64] See Transglobal Green Energy, LLC and Transglobal Green Panama, S.A. v. Republic of Panama (ICSID Case No. ARB/13/28), Award, 2 June 2016.

[65] *Id.,* para 103（footnote）118.

[66] Rachel Thorn Roberts and Jennifer Doucleff, '*Part I Chapter 1: Disregarding the Corporate Veil and Denial of Benefits Clauses: Testing Treaty Language and the Concept of "Investor"*', in THE BACKLASH AGAINST INVESTMENT ARBITRATION 20 (Michael Waibel , Asha Kaushal , et al. eds., Kluwer Law International 2010).

投资者定义条款中引入了“控制”标准认定投资者国籍时，仲裁庭会倾向于更深地探查投资是如何架构的，“控制”标准的存在，在一定程度上给了仲裁庭更多空间去查明投资者背后的最终控制人或所有者。同时，还有针对跨国公司的是否是条约中受保护投资者的认定的问题的探讨。Patrick Dumberry 的论文对公司背后的股东的定位进行了探析。[67]Rachel Thorn 和 Jennifer Doucleff 在论文中也对揭开公司面纱这一传统公司法的原则在国际投资法领域的适用进行了阐述。[68]

上述提及 Mark Feldman 教授在论文的后续部分中分别对三个类别的“搭便车”第三方主体进行了分析，并就如何限制此类“搭便车”行径，防止 IIAs 权利被跨国公司滥用提出了建议。首先，就申请人作为一个出口商而非投资者的情形而言，它在东道国境外的经营活动要满足以下 5 个条件才能作为适格投资者被认定：第一，东道国是跨国公司一系列运营的中心重心所在；第二，在东道国投资的规模相较于整个运营而言需要是占主要部分的；第三，关于在东道国的运营产生的损失，必须占有绝对多数的份额；第四，大部分由跨国公司系列产生的收益能够在东道国内被获得；第五，跨国公司的境外运营是与跨国公司在东道国的投资活动不可分割的。[69]对于第二种类别的情形——申请方缺乏与投资母国足够的联系，一般有三种方法可以用来避免这种情况：第一种，禁止 SPE 作为投资者提起投资争端解决；第二种，逐案考察 SPE 是否适格——引入利益拒绝条款；第三种，放开对 SPE 的限制，将其视为其他可适用的投资协定下的法人来看待。文中推荐了第二种方法，并详细地阐述了理由和适用方式。针对第三种类别的“搭便车”第三方——申请方与东道国投资缺乏有意义的联系，这是因为跨国公司依赖 SPE 作为中间公司进行投资造成的。仲裁庭在实践中发展出了根据投资者与东道国投资关联的远近程度（remoteness）来判断是否认定其为适格的投资者。Eric De Brabandere 根据荷兰 2019 年发布的投资协定范本，总结了该范本中投资者定义条款对投资者国籍认定标准的改进之处。[70]这一范本为避免通过在荷兰没有实质性商业活动的邮箱公司滥用荷兰 BITs，在范本中规定，作为符合该 BIT 的投资者，除去成立于缔约国（注册地标准），还需

---

[67] Patrick Dumberry, *The Legal Standing of Shareholders Before Arbitral Tribunals: Has Any Rule of Customary International Law Crystallised?,* Michigan State University College of Law Journal of International Law, Vol. 18, No. 3, pp. 353-374, 2010. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=1665060.

[68] Rachel Thorn and Jennifer Doucleff, '*Part I Chapter 1: Disregarding the Corporate Veil and Denial of Benefits Clauses: Testing Treaty Language and the Concept of "Investor"*', in Michael Waibel , Asha Kaushal , et al. (eds), THE BACKLASH AGAINST INVESTMENT ARBITRATION, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2010) pp. 3 – 28.

[69] Mark Feldman, *Multinational Enterprises and Investment Treaties* in YEARBOOK ON INTERNATIONAL INVESTMENT LAW & POLICY 2015-2016 (Lisa E. Sachs and Lise J. Johnson and Jesse Coleman eds., January 2018).

[70] Eric De Brabandere, *The 2019 Dutch Model Bilateral Investment Treaty: Navigating the Turbulent Ocean of Investment Treaty Reform*, 36 (2) ICSID Review - Foreign Investment Law Journal 319, 324 (2021).

要在该缔约国境内存在“实质性商业活动”[71]；而由其他法人直接或间接控制或拥有的成立于荷兰的法人，只要其在荷兰有实质性商业活动的要求，就可以被认定为投资者。在此基础上，该范本还增加了评估实质性商业活动的指标，包括是否设有办事处、生产设备和/或研究实验室。[72]此外，Mark Feldman 教授提出的对合理限制跨国公司“搭便车”滥用 IIAs 权利的建议和 IISD 研究院关于投资者定义的报告对笔者在第三章节中总结提出改进 IIAs 投资者定义条款，以防止跨国公司滥用提供了重要思路。

（三）关于利益拒绝条款的适用

上文提到的 2017 年 IIA Issues Note 中，也对利益拒绝条款的提出时间和适用程序结合当年结案的案例进行了分析。在 Ampal-American and others v. Egypt 案件[73]中，美国公司 Ampal 于 2011 年 5 月像埃及发出仲裁通知，2012 年五月根据 1986 年的埃及-美国的 BIT 在 ICSID 对埃及政府提起了仲裁。在 2013 年 1 月，埃及通知该公司决定拒绝授予利益。但仲裁庭认为，埃及没有按照两国间 BIT 要求的程序进行利益的拒绝授予。根据两国的 BIT，当一方认为不该给予利益时，应当及时地与另一缔约方磋商，就此事寻求一个双方都满意的磋商。仲裁庭将这一条款解释为：埃及需要在它拒绝授予利益之前提前与美国磋商。而案件中这个磋商过程在埃及决定拒绝授予利益之后，不符合程序要求，因此仲裁庭认定埃及一方拒绝授予利益是无效的。

鲁道夫·多尔查和克里斯托弗·朔伊尔在《国际投资法原则》一书中，对利益拒绝条款的定义和制定的目的进行了介绍，[74]对这一条款本身进行了基本的探讨。Loukas Mistelis 与 Crina Baltag 合作完成的关于利益拒绝条款的报告、Mistelis 与 Crina Mihaela Baltag 的论文，结合现有 IIAs 和范本中的利益拒绝条款及其在投资仲裁中的适用，对这一条款进行了深入地探讨。他们都认同，设置利益拒绝条款的目的，在于在适用的国际投资协定提供保护的投资者和他们的投资范围中，将形式上满足投资者定义但与投资母国并无实际经济联系的部分从保护范围内排除出来。[75]利益拒绝条款是国家设计用来防止通过条约选购获取特定投资协议保护的反措施，[76]它不仅仅是预防权利滥用的保证，也同时也是

[71] Dutch Model BIT (2019) art 1(b)(ii).
[72] Dutch Model BIT (2019) art 1(c).
[73] Ampal-American Israel Corp., EGI-Fund (08-10) Investors LLC, EGI-Series Investments LLC, BSS-EMG Investors LLC and David Fischer v. Arab Republic of Egypt (ICSID Case No. ARB/12/11), Decision on Jurisdiction, 1 February 2016.
[74] Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, PRINCIPLES OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW (OUP 2008), pp. 55.
[75] Loukas Mistelis and Crina Baltag, '*Denial of Benefits' Clause in Investment Treaty Arbitration*, Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Research Paper No. 293/2018.
[76] RUDOLF DOLZER AND CHRISTOPH SCHREUER, PRINCIPLES OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW 55 (2nd edition, OUP 2012).

投资协定所蕴含的互惠原则的保障措施。[77]如果利益拒绝条款是对投资协定中“投资者”概念的限定，那么根据它在协定中措辞用语、所在章节结构上位置的不同，它对仲裁庭管辖权的认定甚至仲裁中实体问题判断影响也会不同。

Lindsay Gastrell1 和 Paul-Jean Le Cannu 合著的论文以及 Mark Feldman 教授的论文专注于结合案例对 ECT 中的利益拒绝条款适用的分析。[78]在 Lindsay Gastrell1 和 Paul-Jean Le Cannu 的论文中，他们通过对仲裁裁决的分析来着重探讨投资协定中“利益拒绝条款”适用的程序要求。他们对近期的投资仲裁案件分析发现，对这一条款的适用仲裁庭分歧较大（比如在 Ascom v Kazakhstan[79]案与 Rurelec v Bolivia[80]中仲裁庭的结论就截然不同，Liman v Kazakhstan[81]、Yukos 案[82]、Ulysseas v Ecuador[83]和 Pac Rim v El Salvador 案[84]中都有不同的结论），主要是对何时、如何可以和应该引用这一条款，以及这一条款在什么影响的情况下适用。[85]利益拒绝条款并不会主动地生效，而需要涉及的国家主动提出。在实践中，关于其援引主要有几个方面问题：第一，国家行使拒绝授予利益是否有时间限制？第二，拒绝授予利益是否能够回溯？第三，国家行使拒绝授予利益是否需要提前通知投资者？如果需要，那么合适的形式应该是什么？结合上述提到的案件以及涉及到的投资协定（ECT 和美国-玻利维亚 BIT 等），文章对国家行使拒绝授予利益的权利的肯定性，以及时间点和如何引入进行了探讨。作者还将案件及涉及到的投资协定与条款行使是否可回溯以及行使时间和方式进行了表格统计，具有很大参考价值。在 Plama v.Bulgaria[86]一案后，Mark Feldman 对利益拒绝条款也进行了探讨。[87]他就投资协定中的利益拒绝条款与 ICSID 公约如何在实践中运用，以及该案中涉及到的 ECT 协定第 17 条和其溯及力进行了讨论，同时也对此案对于未来实践这一条款的积极作用进行了阐述。

---

[77] Mistelis and Crina Mihaela Baltag, *Denial of Benefits and Article 17 of the Energy Charter Treaty*, 113 PENN STATE L. REV. 1301, 1302 (2009).

[78] Lindsay Gastrell and Paul-Jean Le Cannu, *Procedural Requirements of 'Denial-of-Benefits' Clauses in Investment Treaties: A Review of Arbitral Decisions*, 30(1) ICSID Review78 (2015).

[79] Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group SA and Terra Raf Trans Traiding Ltd v Kazakhstan, SCC, Case No 116/ 2010, Award (19 December 2013).

[80] Guaracachi America, Inc and Rurelec PLC v The Plurinational State of Bolivia, UNCITRAL, PCA Case No 201117, Award (31 January 2014).

[81] Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v Republic of Kazakhstan, ICSID Case No ARB/07/14, Award (22 June 2010).

[82] Yukos case.

[83] Ulysseas, Inc v The Republic of Ecuador, UNCITRAL, Interim Award (28 September 2010).

[84] Pac Rim Cayman LLC v Republic of El Salvador, ICSID Case No ARB/09/12, Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections (1 June 2012).

[85] Lindsay Gastrell and Paul-Jean Le Cannu, *Procedural Requirements of 'Denial-of-Benefits' Clauses in Investment Treaties: A Review of Arbitral Decisions*, ICSID Review, Vol. 30, No. 1 (2015), pp. 78–97.

[86] Plama v. Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24.

[87] Mark Feldman, '*Chapter 33: Denial of Benefits after Plama v. Bulgaria*', in Meg Kinnear ,Geraldine R. Fischer , et al. (eds), BUILDING INTERNATIONAL INVESTMENT LAW: THE FIRST 50 YEARS OF ICSID, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2015) pp. 463 476.

上述国外学者关于利益拒绝条款的研究成果，对于如何分析利益拒绝条款的适用的思路提供了有价值的参考，对于这一条款的适用如何对跨国公司滥用投资协定权利的问题进行限制还需进一步进行探讨。同时，这些研究多围绕 ECT 中的利益拒绝条款结合案例展开讨论，可见该条款具有代表性，后续论文写作还可多关注其他投资协定中利益拒绝条款的适用。

（四）东道国在国际投资争议解决机制中的应对

Emmanuel Gaillard 在其论文中归纳了跨国公司利用公司架构的滥用国际投资仲裁程序的三种方式：不正当创设条件企图成就国际投资条约仲裁管辖权，同时启动多个仲裁程序以使胜诉机会最大化，并非出于寻求纠纷解决的真实目的而启动仲裁程序。在厘清了跨国公司投资者滥用 IIAs 诉权的基本方式之后，他就如何运用“程序滥用”原则进行了阐述，他认为，作为许多国家法律制度的共同原则和国际公法所承认的原则，禁止权利滥用和程序滥用可被视为一般法律原则，由仲裁庭适用，而不论仲裁地点或准据法。在投资仲裁庭对案件进行审理的过程中，也可依据权利滥用和程序滥用原则对申请人投资者以破坏仲裁程序的方式行使其程序性权利的行为进行制裁。[88]

就国家反请求问题而言，17 年的 IIA Issues Note 已关注到了这一议题。在 Urbaser and CABB v. Argentina 案件中，被申请方阿根廷基于申请方违反国际人权法（水资源）而提出了反请求。[89]在阿根廷-西班牙 1991 年的 BIT 中，明确规定了争议解决可以被缔约方任一方来提出，这意味着申请人和被申请人在投资仲裁中都是其中都可以是其中任意一方。[90]对于申请方公司提出的，他们对反请求是没有合意的，[91]仲裁庭认为并不成立，因为根据投资协定而言，同意争议解决的合意意味着同意提出申请也意味着接受反请求，这份合意是不可分割的。[92]同时，申请方提出的答辩不足以从初步证据的层面否定这是一个不涉及投资的案子。因此，仲裁庭接受了国家提出的反申请的管辖权。[93]

学者 Andrea K. Bjorklund 认为投资者对东道国提起仲裁申请后，东道国可以在同一仲裁程序中选择对投资者提出仲裁反请求（counterclaim），这是国际投资法及 ISDS 机制实现再平衡的一个重要途径。[94]反请求不同于提出抗辩，抗

[88] Emmanuel Gaillard, *Abuse of Process in International Arbitration*, 32(1) ICSID Review - Foreign Investment Law Journal 17, 26 (2017).
[89] Urbaser and CABB v. Argentina, para 36.
[90] *Id.,* para 1143.
[91] *Id.,* para 1120.
[92] *Id.,* para 1147.
[93] *Id.,* para 1153-1155.
[94] Andrea K. Bjorklund, *The Role of Counterclaims in Rebalancing Investment Law*, 17 Lewis & CLARK L. REV. 461, 465 (2013).

辩意味着对原请求（primary claim）的法律或事实基础的攻击，[95]最终达成原请求被仲裁庭驳回的结果；而反请求则更进一步，并非只意在达成原请求被驳回的结果，而是提出独立的诉求，要求投资者赔偿损失或恢复原状等。仲裁反请求不同于抗辩，并非单纯要求驳回或限制申请人的主张，它本身就是一项独立的诉求或“反击”，是被申请人行使提出对抗性请求的权利之体现〔96〕，旨在于同一仲裁程序中有效地扩大原本争端的范围〔97〕。近年来反请求逐渐受到国际社会的关注，有关讨论涉及诸如其构成要件、管辖权问题、规则适用等方面，探讨它作为重新平衡投资者与东道国利益〔98〕重要途径的可能性。在此等讨论中，环境类反请求备受关注〔99〕，东道国以当地环境因投资者进行投资活动未尽环境保护义务受到损害为由，根据国际或国内环境保护相关的法律规则，向投资者提出赔偿环境损害、恢复当地环境原状或履行其他补救义务等主张。

在国际投资仲裁中，东道国要提出反请求，首先要解决程序方面的门槛问题。反请求需要首先满足仲裁庭对管辖权和可受理性的条件，之后才能进入实体审理的阶段，其中当事方合意是仲裁的基石，是认定仲裁管辖权的必要条件，国际投资仲裁也不例外，仲裁庭对反请求是否享有管辖权的核心在于东道国与投资者之间的合意；仲裁庭在决定了东道国反请求的管辖权之后，还需要决定是否该反请求是可受理的，可受理性（admissibility）一般而言意味着反请求是否与本请求存在紧密关联性（close connection）。Anne K. Hoffmann 结合案件 Roussalis v. Romania[100]，从合意以及原申请与反请求的关系两个方面，就国际

---

[95] CONSTANTINE ANTONOPOULOS, COUNTERCLAIMS BEFORE THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE 60 (1st ed. 2011).

[96] Flavia Marisi, *Chapter 7: Environmental Counterclaims,* in Environmental Interests in Investment Arbitration, , Kluwer Law International, 2020, p.237.

[97] Jeremy Sharpe & Marc Jacob, *Chapter 13 Counterclaims and State Claims,* in Christina Beharry ed., Contemporary and Emerging Issues on the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration, Brill Nijhoff, 2018, p. 350; Maxi Scherer, Stuart Bruce & Juliane Reschke, *Environmental Counterclaims in Investment Treaty Arbitration*, 36 ICSID Review-Foreign Investment Law Journal 413, 414 (2021).

[98] Andrea K. Bjorklund, *The Role of Counterclaims in Rebalancing Investment Law*, 17 Lewis & CLARK Law Review 461, 465 (2013).

[99] James Harrison, *Environmental Counterclaims in Investor-State Arbitration*, 17 Journal of World Investment & Trade 479 (2016); Maxi Scherer, Stuart Bruce and Juliane Reschke, *Environmental Counterclaims in Investment Treaty Arbitration*, 36 ICSID Review-Foreign Investment Law Journal 413 (2021); Xuan Shao, *Environmental and Human Rights Counterclaims in International Investment Arbitration: at the Crossroads of Domestic and International Law*, 24 Journal of International Economic Law 157 (2021); Gleason, T., *Examining Host-State Counterclaims for Environmental Damage in Investor-State Dispute Settlement from Human Rights and Transnational Public Policy Perspectives*, 21 International Environmental Agreements 427 (2021); Flavia Marisi, *Chapter 7: Environmental Counterclaims*, in Environmental Interests in Investment Arbitration, Kluwer Law International, 2020; Gaurav Sharma, *Environmental Claims by States in Investment Treaty Arbitration*, 5 European Investment Law and Arbitration Review 412 (2020).

[100] Spyridon Roussalis v.Romania, ICSID Case No. ARB/06/01, Award (7 December 2011).

投资仲裁中的反请求问题进行了分析。[101]环境类反请求要在实体问题上获得仲裁庭支持，东道国还须根据投资争端适用的法律成功主张投资者违反了其在 IIAs 项下应承担的环境保护义务。如果仲裁庭无法依据适用的法律规则确认投资者是否负有义务，则无法作出支持东道国的裁决并要求投资者承担相应的责任，也就无法有效阻止跨国公司滥用投资协定权利。就此问题，Xuan Shao，Hiroko Yamamoto，James Harrison 等学者关于环境类反请求的论文就依据国内法还是国际法作为投资者义务来源的优缺点进行了比较，结合投资仲裁中的反请求案例 Urbaser v. Argentina，Burlington v. Ecuador，Perenco v. Ecuador，Aven v. Costa Rica 分析了何种情况下东道国能够运用反请求限制跨国公司滥用 IIAs 权利。[102]在 Anthea Roberts 的 EJIL: *Talk!*中，总结了 UNCITRAL 第三工作组在进行 ISDS 机制改革时各个国家的看法和考虑。根据总结，阿根廷、南非持比较支持的态度。韩国认为反请求应当限于针对某些存在投资者的特定义务的情形；德国则认为应当综合考量国内、国际的司法管辖，去思考引入反请求是否合理。加拿大则认为不应当把所有事物都放到投资争端解决机制中来，这都有可能引发系统的合法性等问题，它的态度比较否定。[103]

一国对投资争端解决机制的选择与条款构建，反映了国家规制权在其中的作用。就东道国在国际投资法中的规制权问题，Aikaterini Titi 的著作对国际投资法中的规制权进行了全面系统的讲解。[104]她的书中对规制权的定义、应用背景以及存在合理性进行了系统地阐述，并就国际投资协议中的“规制权”如何具体体现并在实践中应用并被仲裁庭分析的进行了详细地探讨。该书对系统性了解规制权有重要参考意义。Gus Van Harten 教授对 ISDS 机制一直保持比较审慎的态度。他们就这 ISDS 是否会导致规制寒颤的问题，以加拿大安大略湖的决策决定为例进行了探讨。[105]结论是 ISDS 机制的确会使得政府去审核政策抉择对投资者的影响，尤其是对规避风险的政府部门而言。这一作用看起来与政府与

---

[101] Anne K. Hoffmann, '*Chapter 36: Counterclaims'*, in Meg Kinnear , Geraldine R. Fischer , et al. (eds), BUILDING INTERNATIONAL INVESTMENT LAW: THE FIRST 50 YEARS OF ICSID, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2015) pp. 505-520.

[102] Xuan Shao, Environmental and Human Rights Counterclaims in International Investment Arbitration: at the Crossroads of Domestic and International Law, 24(1) Journal of International Economic Law (2021); Hiroko Yamamoto, Shreya Ramesh, Dr Sebastian Seelmann-Eggebert, *Perenco Ecuador v. Republic of Ecuador Lessons from Perenco: Tribunal-Appointed Experts and Avoiding Double Recovery*, 35 ICSID Review-Foreign Investment Law Journal 459 (2020); James Harrison, *Environmental Counterclaims in Investor-State Arbitration*, 17 Journal of World Investment & Trade 479 (2016).

[103] Anthea Roberts and Zeineb Bouraoui, *UNCITRAL and ISDS Reforms: Concerns about Costs, Transparency, Third Party Funding and Counterclaims*, June 6, 2018, https://www.ejiltalk.org/uncitral-and-isds-reforms-concerns-about-costs-transparency-third-party-funding-and-counterclaims/.

[104] AIKATERINI TITI, THE RIGHT TO REGULATE IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW (Hart Publishing, 1st ed. 2014.).

[105] Gus Van Harten, Dayna Nadine Scott, *Investment Treaties and the Internal Vetting of Regulatory Proposals: A Case Study from Canada*, September 26, 2017 (2019.5.20). Available at https://www.iisd.org/itn/2017/09/26/investment-treaties-internal-vetting-regulatory-proposals-case-study-from-canada-gus-van-harten-dayna-nadine-scott/.

投资者就该措施进行抗辩成功与否的机会成本有关。但即使很小的案子也可能会消耗大量的时间和资源。因此，考量这些因素后，政府针对环境的政策起草有可能会更倾向于投资者，方便自身不被起诉，但却可能损害环境利益，这是对东道国而言并不想看到的。而事实上外国投资者能独立在 ISDS 中对国家提起诉讼来提升他们在当地获得的待遇和利益，确实是会影响当地政府作出决策的态度，就这以方面而言，作者们认为 ISDS 确实导致规制寒颤问题。因此，他本人在美墨加协议签署时，支持加拿大退出协定中的 ISDS 机制，避免这一机制对本国规制权造成影响。综上研究成果可见，对于国际投资争端解决机制的改革与构建，一部分学者如 Gus Van Harten 教授倾向于限制或排除这一机制的适用；另一部分学者（较为多数）比较主张对现有 ISDS 机制进行改革，或增加上诉机制，或在投资协定中引入反请求机制。这是在应对跨国公司滥用投资协定权利的争端解决机制层面，东道国能够采取的决策思路。

主要参考文献

一、中文著作

【1】[英]艾瑞克·德·布拉班德瑞著，沈伟等译：《作为国际公法的投资协定仲裁》，法律出版社，2021 年 8 月第 1 版。

【2】[瑞士]克里斯塔·纳达尔夫卡伦·舍费尔著，张正怡、王丹等译：《国际投资法：文本、案例及资料》，上海社会科学院出版社，2021 年 04 月第 1 版。

【3】张建著：《国际投资仲裁法律适用问题研究》，中国政法大学出版社，2020 年 9 月第 1 版。

【4】刘梦非著：《国际投资争端解决的平行程序研究》，法律出版社，2020 年 8 月第 1 版。

【5】贾琳著：《跨国公司管辖权研究》，知识产权出版社，2020 年 7 月第 1 版。

【6】[德]薄克暮、[奥]芮离谷著，池漫郊译：《从双边仲裁庭、双边投资法庭到多边投资法院：投资者与国家间争端解决的机制化选择（修订版）》，法律出版社，2020 年 4 月第 1 版。

【7】明瑶华著：《国际投资条约中的利益拒绝条款研究》，苏州大学出版社，2019 年 12 月第 1 版。

【8】隽新著：《国际投资背景下的跨国公司与人权保护》，法律出版社，2019 年 11 月第 1 版。

【9】董静然著：《欧盟新型国际投资规则法律问题研究》，中国政法大学出版社，2019 年 3 月第 1 版。

【10】何芳著：《国际投资法律体系中的外资管辖权研究》，法律出版社，2018 年 8 月第 1 版。

【11】何志鹏著：《国家利益维护：国际法的力量》，法律出版社，2018 年 4 月第 1 版。

【12】林一著：《国际商事仲裁中的意思自治原则——基于现代商业社会的考察》，法律出版社，2018 年 4 月第 1 版。

【13】袁海勇著：《中国海外投资政治风险的国际法应对——以中外 BIT 及国际投资争端案例为研究视角》，上海人民出版社，2018 年 4 月第 1 版。

【14】[英]科林·斯科特著，安永康译，宋华琳校：《规制、治理与法律：前沿

问题研究》，清华大学出版社，2018 年 3 月第 1 版。
【15】漆彤著：《“一带一路”国籍经贸法律问题研究》，高等教育出版社，2018 年 3 月第 1 版。
【16】余劲松主编：《国际投资法》，法律出版杜，2018 年 2 月第 5 版。
【17】张庆麟主编：《国际投资法：实践与评析》，武汉大学出版社，2017 年 12 月第 1 版。
【18】何志鹏、历咏、孙劼等著：《国际法的未来》，法律出版社，2017 年 2 月第 1 版。
【19】曾华群、余劲松主编：《促进与保护我国海外投资的法制》，北京大学出版社，2017 年 2 月第 1 版。
【20】刘艳著：《论发展权在国际投资协定中的实现》，武汉大学出版社，2016 年 11 月第 1 版。
【21】蔡从燕、李尊然著：《国际投资法上的间接征收问题》，法律出版社，2015 年 12 月第 1 版。
【22】刘萍、冯帅著：《公司社会责任的国际造法运动研究》，法律出版社，2015 年 11 月第 1 版。
【23】鲁道夫·多尔查、克里斯托弗·朔伊尔编，祁欢、施进译：《国际投资法原则》，中国政法大学出版社，2014 年 12 月第 1 版。
【24】张庆麟：《公共利益视野下的国际投资协定新发展》，中国社会科学出版社，2014 年 11 月第 1 版。
【25】吴岚著：《国际投资法视域下的东道国公共利益规则》，中国法制出版社，2014 年 8 月第一版。
【26】[美]安东尼·达马托著，姜世波著：《国际法中习惯的概念》，山东文艺出版社，2012 年 11 月第 1 版。
【27】马尔科姆·N·肖著，白桂梅、高建军、朱利江、李永胜、梁晓晖译：《国际法》，北京大学出版社，2011 年 11 月第 1 版。
【28】姚梅镇著：《国际投资法》，武汉大学出版社，2011 年 11 月第 3 版。
【29】[意]安东尼奥·卡塞斯著，蔡从燕等译：《国际法》，法律出版社，2009 年 10 月第 1 版。
【30】史晓丽、祁欢著：《国际投资法》，中国政法大学出版社，2009 年 9 月第

1 版。
【31】石慧著:《投资条约仲裁机制的批判与重构》，法律出版社 2008 年 11 月第 1 版。
【32】余劲松著:《跨国公司法律问题专论》，法律出版社，2008 年 8 月第 1 版。
【33】卢进勇、余劲松、齐春生主编:《国际投资条约与协定新论》，人民出版社 2007 年版。
【34】沈四宝等著:《揭开公司面纱法律原则与典型案例选评》，对外经济贸易大学出版社，2005 年 11 月第 1 版。

二、中文论文

【35】李妮:《国际投资协定中的利益拒绝条款——以“可汗资源有限公司等诉蒙古案”为例》，载《商事仲裁与调解》2022 年 05 期。
【36】蔡从燕:《中国与国际投资规则制定中的法律话语权》，载《上海政法学院学报(法治论丛)》2022 年 01 期。
【37】崔起凡:《论国际投资仲裁中推定的适用》，载《武大国际法评论》2022 年第 1 期。
【38】孙南申:《国际投资仲裁中对人管辖的投资者国籍认定问题》，载《国际商务研究》2021 年第 6 期。
【39】刘志云、温长庆:《<外商投资法>与公司企业法的衔接与协调》，载《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学)》2021 年 03 期。
【40】孙南申:《国际投资仲裁中东道国反请求规则适用问题》，载《上海对外经贸大学学报》2020 年 01 期。
【41】陈咏梅、何圳申:《中国外商投资法的变革及其与国际协定的协调》，载《国际商务研究》2019 年 06 期。
【42】宋晓燕:《中国外商投资制度改革：从外资“三法”到<外商投资法>》，载《上海对外经济贸易大学学报》，2019 年 04 期。
【43】孔庆江:《<中华人民共和国外商投资法>与相关法律的衔接与协调》，载《上海对外经贸大学学报》2019 年 03 期。
【44】孙南申:《国际投资仲裁中的法律适用问题》，载《国际商务研究》2019 年第 2 期。

【45】董静然：《国际投资规则中的国家规制权研究》，载《河北法学》2018 年 12 期。

【46】张亮：《ICSID 仲裁反请求规则的解构与重构》，载《国际经济法学刊》2018 年 03 期。

【47】张乃根：《ICSID 仲裁的条约解释：规则及其判理》，载《经贸法律评论》2018 年第 1 期。

【48】陈正健：《投资者与国家争端解决中的国家反诉》，载《法商研究》2017 年第 1 期（总第 177 期）。

【49】樊静、衣淑玲:《国际投资仲裁监督机制改革问题研究》，载《河北法学》2014 年第 2 期。

【50】郭玉军：《论国际投资条约仲裁的正当性缺失及其矫正》，载《法学家》2011 年 03 期。

【51】韩冰：《美国对外投资政策法律新进展——基于 2012 年美国双边投资协定范本的分析》，载《国际经济评论》2013 年第 5 期。

【52】韩秀丽:《双边投资协定中的自裁决条款研究————由“森普拉能源公司撤销案”引发的思考》，载《法商研究》2011 年第 2 期。

【53】韩秀丽:《再论卡尔沃主义的复活————投资者—国家争端解决视角》，载《现代法学》2014 年第 1 期。

【54】黄德明、杨帆：《试析欧盟各机构对 ISDS 机制机制的态度及对中欧投资谈判的影响》，载《东北农业大学学报（社会科学版)》2015 年第 3 期

【55】黄世席：《国际投资仲裁中的挑选条约问题》，载《法学》2014 年 01 期。

【56】黄世席:《国际投资条约中投资的确定与东道国发展的考量》，载《现代法学》2014 年第 5 期。

【57】黄世席：《可持续发展视角下国际投资争端解决机制的革新》，载《当代法学》，2016。

【58】蒋海波、张庆麟：《晚近投资条约对规制权的表达：内涵、目的及原则》，载《国际商务研究》2019 年第 4 期

【59】蒋小红：《试论国际投资法的新发展——以国际投资条约如何促进可持续发展为视角》，载《河北法学》第 37 卷第 3 期，2019 年 3 月。

【60】梁咏：《国际投资仲裁中的涉华案例研究——中国经验和完善建议》，载

《中国国际经济贸易法学研究会法学研讨会 2017 年会论文集》，2017 年。
【61】刘笋：《论国际投资仲裁对国家主权的挑战——兼评美国的应对之策及其启示》，载《法商研究》，2008 年第 3 期
【62】马迅：《国际投资条约中的“利益拒绝”条款研究》，载《中国海洋大学学报（社会科学版）》2013 年第 1 期。
【63】漆彤：《论国际投资协定中的利益拒绝条款》，载《政治与法律》2012 年第 9 期。
【64】漆彤，余茜：从新自由主义到嵌入式自由主义——晚近国际投资法的范式转移》，载《国际关系与国际法学刊》2014 年。
【65】秦晓静：《设立投资仲裁上诉机制的路径分析》，载《政治与法律》2021 年第 2 期。
【66】单文华、张生：《美国投资条约新范本及其可接受性问题研究》，载《现代法学》2013 年第 5 期。
【67】单文华，王鹏，《均衡自由主义与国际投资仲裁改革的中国立场分析》，载于《西安交通大学学报(社会科学版)》， 2019 年 05 期，第 27 页。
【68】沈铭辉:《美国双边投资协定与 TPP 投资条款的比较分析———兼论对中美 BIT 谈判的借鉴》，载《国际经济合作》2014 年第 3 期。
【69】沈志韬：《论国际投资仲裁正当性危机》，载《时代法学》2010 年 02 期。
【70】石静霞，孙英哲：《国际投资协定新发展及中国借鉴——基于 CETA 投资章节的分析》，载《国际法研究》2018(2)。
【71】孙南申：《国际投资法体系下的跨国公司法律规制》，载《东方法学》2008 年第 3 期。
【72】唐娟：《国际投资条约中的“利益拒绝”条款研究》，载《法制与社会》，2015·3（中）。
【73】屠新泉、徐林鹏、杨幸幸：《国有企业相关国际规则的新发展及中国对策》，载《亚太经济》2015 年第 2 期。
【74】王露阳：《ISDS 中投资者与东道国权益平衡性探究——美国路径转变及对中国的启示》，载《河北法学》2016 年第 12 期。
【75】王少棠：《正当性危机的解除———欧盟投资争端解决机制改革再议》，载《法商研究》2018 年第 2 期。

【76】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》，载《现代法学》第 40 卷第 3 期，2018 年 5 月。

【77】王彦志：《中国在国际投资法上的身份转换与立场定位》，《当代法学》2013 年第 4 期。

【78】王彦志：《国际投资争端解决机制改革的多元模式与中国选择》，载《中南大学学报(社会科学版)》2019 年 7 月。

【79】肖军、康雪飘：《国际投资仲裁中国家反诉的仲裁同意问题》，载《武大国际法评论》2018 年第 5 期。

【80】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》，载《法学家》2010 年第 3 期。

【81】徐树：《国际投资仲裁中投资者的“条约选购”问题研究》，载《国际经济法学刊》第 20 卷第 2 期，2013 年。

【82】徐树：《国际投资仲裁庭管辖权扩张的路径、成因及应对》，载《清华法学》2017 年第 3 期.

【83】徐树：《国际投资仲裁中滥诉防范机制的构建》，载《法学》2017 年第 5 期。

【84】叶斌：《<中欧全面投资协定>与监管权：战略机遇及外部风险》，载《国际法研究》2021 年第 6 期。

【85】银红武：《略论国际投资法的全球公共利益保护》，载《湖南师范大学社会科学学报》2015 年第 3 期。

【86】银红武：《论国际投资仲裁“程序滥用”及其规制》，载《西北大学学报(哲学社会科学版)》，2020 年 02 期。

【87】余劲松、詹晓宁著：《论投资者与东道国间争端解决机制及其影响》，载《中国法学》2005 年第 5 期。

【88】余劲松、詹晓宁：《国际投资协定的近期发展及对中国的影响》，载《法学家》2006 年第 3 期。

【89】余劲松：《国际投资条约仲裁中投资者与东道国权益保护平衡问题研究》，载《中国法学》2011 年 02 期。

【90】曾华群：《论双边投资条约范本的演进与中国的对策》，载《国际法研究》2016 年第 4 期。

【91】詹晓宁：《全球投资治理新路径———解读〈G20 全球投资政策指导原则〉》，《世界经济与政治》2016 年第 10 期。

【92】詹晓宁、葛顺奇著：《国际投资协定：“投资”和“投资者”的范围与定义》，载《国际经济合作》2003 年第 1 期。

【93】张磊：《从国际直接投资的演变审视跨国公司国籍的成立地标准》，载《经济法论坛》2013 年第 3 期。

【94】张庆麟，钟俐：《析<美墨加协定>之 ISDS 机制的改革——以东道国规制权为视角》，载中南大学学报(社会科学版 2019 年 7 月。

【95】张庆麟，郑彦君：《晚近国际投资协定中东道国规制权的新发展》，载《武大国际法评论》2017 年第 2 期。

【96】张庆麟：《论国际投资协定中东道国规制权的实践及中国立场》，载《政法论丛》第 6 期，2017 年 12 月。

【97】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》，载《法商研究》，2012 年第 6 期（总第 152 期）。

【98】朱明新：《“已决原则”和“未决原则”与国际投资平行诉讼预防》，载《东方法学》2013 年第 1 期。

【99】朱明新：《美式新旧双边投资协定范本比较研究》，载《北方法学》2015 年第 6 期。

【100】庄洁蕾：《国际投资仲裁中的东道国反请求问题研究》，载《北京仲裁》，2016 年 01 期第 95 辑。

三、英文著作

【101】YULIA LEVASHOVA, THE RIGHT OF STATES TO REGULATE IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW, Kluwer Law International (2019).

【102】C. L. LIM, JEAN HO, & MARTINS PAPARINSKIS, INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND ARBITRATION: COMMENTARY, AWARDS AND OTHER MATERIALS (2nd ed.), Cambridge University Press.

【103】ALICE DE JONGE, TRANSNATIONAL CORPORATIONS AND INTERNATIONAL LAW: ACCOUNTABILITY IN THE GLOBAL BUSINESS ENVIRONMENT (Edward Elgar, 1st ed. 2011.)

【104】M.SORNARAJAH, THE INTERNATIONAL LAW ON FOREIGN INVESTMENT (Cambridge University Press, 4th ed. 2017.)

【105】THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW (edited by Peter Muchlinski, Federico Ortino, and Christoph Schreuer, Oxford University Press, 1st ed. June 2008.)

【106】SURYA P SUBEDI, INTERNATIONAL INVESTMENT LAW: RECONCILING POLICY AND PRINCIPLE (Hart Publishing, 3rd ed. 2016.)

【107】STEPHAN W. SCHILL, THE MULTILATERALIZATION OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW (Cambridge University Press, 1st ed. 2009.)

【108】YARASLAU KRYVOI, INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID) (Wolters Kluwer, 3rd ed. 2016.)

【109】THE BACKLASH AGAINST INVESTMENT ARBITRATION (Edited by Michael Waibel, Asha Kaushal, Kyo-Hwa Chung, Claire Balchin, Wolters Kluwer, 1st ed. 2010.)

【110】FOREIGN INVESTMENT AND DISPUTE RESOLUTION LAW AND PRACTICE IN ASIA (edited by Vivienne Bath and Luke Nottage, Routledge, 1st ed. 2011.)

【111】EVOLUTION IN INVESTMENT TREATY LAW AND ARBITRATION (edited by Chester Brown and Kate Miles, Cambridge University Press, 1st ed. 2011.)

【112】ANDREAS KULICK, GLOBAL PUBLIC INTEREST IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW (Cambridge University Press, 1st 2012.)

【113】INVESTMENT LAW WITHIN INTERNATIONAL LAW: INTEGRATIONIST PERSPECTIVES (edited by Freya Baetens, Cambridge University Press, 1st ed. 2013.)

【114】VALENTINA VADI, PUBLIC HEALTH IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND ARBITRATION (Routledge, 1st ed. 2013.)

【115】KATE MILES, THE ORIGINS OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW: EMPIRE, ENVIRONMENT AND THE SAFEGUARDING OF CAPITAL (Cambridge University Press, 1st ed. 2013.)

【116】JESWALD W. SALACUSE, THE THREE LAWS OF INTERNATIONAL INVESTMENT: NATIONAL, CONTRACTUAL, AND INTERNATIONAL FRAMEWORKS FOR FOREIGN CAPITAL (Oxford University Press, 1st ed. 2013.)

【117】AIKATERINI TITI, THE RIGHT TO REGULATE IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW (Hart Publishing, 1st ed. 2014.)

【118】LONE WANDAHL MOUYAL, INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND THE RIGHT TO REGULATE: A HUMAN RIGHTS PERSPECTIVE (Routledge, 1st ed. 2018.)

【119】FOREIGN INVESTMENT, INTERNATIONAL LAW AND COMMON CONCERNS (Edited by Tullio Treves, Francesco Seatzu, Seline Trevisanut, Routledge, 1st ed. 2015.)

【120】HWY-CHANG MOON, FOREIGN DIRECT INVESTMENT: A GLOBAL PERSPECTIVE (World Scientifc Pub Co Inc, 1st ed. 2015).

【121】KINNEAR, FISCHER, MÍNGUEZ ALMEIDA, ET AL. (eds), BUILDING INTERNATIONAL INVESTMENT LAW: THE FIRST 50 YEARS OF ICSID (Kluwer Law International, 2015).

【122】ERIC DE BRABANDERE, INVESTMENT TREATY ARBITRATION AS PUBLIC INTERNATIONAL LAW: PROCEDURAL ASPECTS AND IMPLICATIONS (Cambridge University Press, 1st ed. 2014.)

【123】THE FOUNDATIONS OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW BRINGING THEORY INTO PRACTICE (Zachary Douglas, Joost Pauwelyn, and Jorge E. Viñuales, Oxford University Press, 1st ed. 2014.)

【124】CAROLINE HENCKELS, PROPORTIONALITY AND DEFERENCE IN INVESTOR-STATE ARBITRATION: BALANCING INVESTMENT PROTECTION AND REGULATORY AUTONOMY (Cambridge University Press, 1st ed. 2015.)

【125】VALENTINA VADI, ANALOGIES IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND ARBITRATION (Cambridge University Press, 1st ed. 2016.)

【126】JUDGING THE STATE IN INTERNATIONAL TRADE AND INVESTMENT LAW (Leïla Choukroune eds., Springer, 1st ed. 2016.)

【127】MARIA A. GWYNN, POWER IN THE INTERNATIONAL INVESTMENT FRAMEWORK (Palgrave Macmillan, 1st ed. 2016.)

【128】JORUN BAUMGARTNER, TREATY SHOPPING IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW (Oxford University Press, 1st ed. 2016.)

【129】JARROD HEPBURN, DOMESTIC LAW IN INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION (Oxford University Press, 1st ed. 2017.)

【130】CAMPBELL MCLACHLAN, LAURENCE SHORE, AND MATTHEW WEINIGER, INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION: SUBSTANTIVE PRINCIPLES (Oxford University Press, 2nd ed. 2017.)

【131】INTERNATIONAL CHALLENGES IN INVESTMENT ARBITRATION (Edited by Mesut Akbaba and Giancarlo Capurro, Routledge, 1st ed. 2019.)

【132】CHIN LENG LIM, JEAN HO AND MARTINS PAPARINSKIS, INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND ARBITRATION: COMMENTARY, AWARDS AND OTHER MATERIALS (Cambridge University Press, 1st ed. 2018.)

【133】GATTINI, A., TANZI, A., & FONTANELLI, F. (eds.), GENERAL PRINCIPLES OF LAW AND INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION, Leiden, The Netherlands: Brill | Nijhoff (2018).

【134】KRISTA NADAKAVUKAREN SCHEFER, INTERNATIONAL INVESTMENT LAW: TEXT, CASES AND MATERIALS (Edward Elgar Publishing, 2nd ed. 2016.)

【135】ANDREW NEWCOMBE, ANDREA K. BJORKLUND, INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND ARBITRATION: CASES, MATERIALS, AND COMMENTARY (Oxford University Press, 1st ed. 2016.)

【136】VALENTINA VADI, PROPORTIONALITY, REASONABLENESS AND STANDARDS OF REVIEW IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND ARBITRATION (Edward Elgar Publishing, 1st ed. 2018.)

【137】GUS VAN HARTEN, INVESTMENT TREATY ARBITRATION AND PUBLIC LAW (Oxford University Press, 1st ed. 2007.)

【138】STEPHAN SCHILL, INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND COMPARATIVE PUBLIC LAW, Oxford University Press, 2010 edition.

【139】SHERIF H. SEID, GLOBAL REGULATION OF FOREIGN DIRECT INVESTMENT (Ashgate, 1st ed. 2002.)

【140】MAVLUDA SATTOROVA, THE IMPACT OF INVESTMENT TREATY LAW ON HOST STATES: ENABLING GOOD GOVERNANCE?, Oxford: Hart Publishing, 2018.

【141】JOSE E. ALVAREZ AND KARL P. SAUVANT, THE EVOLVING INTERNATIONAL INVESTMENT REGIME: EXPECTATIONS, REALITIES, OPTIONS, Oxford University Press, 1st ed, 2011.4.19.

【142】RUDOLF DOLZER AND CHRISTOPH SCHREUER, PRINCIPLES OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW, Second Edition, Oxford University Press, 2012.

【143】ARBITRATION UNDER INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS-A GUIDE TO KEY ISSUES, edited by KATIA YANNACA-SMALL, OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2010.

【144】COMPARATIVE INTERNATIONAL LAW, edited by Anthea Roberts, Paul B. Stephan, Pierre-Hugues Verdier, Mila Versteeg, published 2018 by Oxford University Press.

【145】EUROPEAN YEARBOOK OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW 2018, edited by Bungenberg, M., Krajewski, M., Tams, C.J., Terhechte, J.P., Ziegler, A.R. (Eds.)

【146】THE LEGITIMACY OF INVESTMENT ARBITRATION: EMPIRICAL PERSPECTIVES, edited by D. Behn, O. Fauchald, & M. Langford, Cambridge University Press, 2022.

【147】Zachary Douglas, The International Law of Investment Claims, Cambridge University Press (2009).

【148】OECD, INTERNATIONAL INVESTMENT LAW: A CHANGING LANDSCAPE: A COMPANION VOLUME TO INTERNATIONAL INVESTMENT PERSPECTIVES, OECD Publishing, Paris, https://doi.org/10.1787/9789264011656-3-en (2006).

【149】MARKOS KARAVIAS, CORPORATE OBLIGATIONS UNDER INTERNATIONAL LAW, Oxford Monographs in International Law (Oxford University Press, 2013).

四、英文论文

【150】Julia Richter, *The two problem pillars of multiple proceedings in investment arbitration: why the abuse of process doctrine is a necessary remedy and requires focus in UNCITRAL's ISDS reform*, Journal of International Dispute Settlement, 2023, idad003, https://doi.org/10.1093/jnlids/idad003 (online).

【151】Carolina Moehlecke, Calvin Thrall, Rachel L Wellhausen, *Global Value Chains as a Constraint on Sovereignty: Evidence from Investor–State Dispute Settlement*, 67(1) International Studies Quarterly , Volume 67, Issue 1, March 2023, sqad007, https://doi.org/10.1093/isq/sqad007 (online).

【152】Omer Erkut Bulut, *Drawing boundaries of police powers doctrine: a balanced*

framework for investors and states, Volume 13 Issue 4 Journal of International Dispute Settlement 583, https://doi.org/10.1093/jnlids/idac026, December 2022.

【153】Antony Crockett, *Investment Agreements and Regulatory Space in Indonesia*, in M. Mohan & C. Brown (Eds.), THE ASIAN TURN IN FOREIGN INVESTMENT, Cambridge: Cambridge University Press (2021). doi:10.1017/9781108675772.008.

【154】Eric De Brabandere, *The 2019 Dutch Model Bilateral Investment Treaty: Navigating the Turbulent Ocean of Investment Treaty Reform*, 36 (2) ICSID Review 320 (2021).

【155】Lorenzo Pellegrini, Murat Arsel, Martí Orta-Martínez, Carlos F Mena, *International Investment Agreements, Human Rights, and Environmental Justice: The Texaco/Chevron Case From the Ecuadorian Amazon*, Volume 23 Issue 2 Journal of International Economic Law 455 (2020).

【156】Maria Laura Marceddu, Pietro Ortolani, *What Is Wrong with Investment Arbitration? Evidence from a Set of Behavioural Experiments*, European Journal of International Law, Volume 31, Issue 2, September 2020.

【157】Muthucumaraswamy Sornarajah, *Disintegration and Change in the International Law on Foreign Investment*, Volume 23 Issue 2 Journal of International Economic Law (2020).

【158】Ilze Dubava, '*The Future We Want: Sustainable Development as an Inherent Aim of Foreign Investment Protection'*, in George Ulrich, and Ineta Ziemele (eds), HOW INTERNATIONAL LAW WORKS IN TIMES OF CRISIS, EUROPEAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW (Oxford, 2019; online edn, Oxford Academic, 21 Nov. 2019), https://doi.org/10.1093/oso/9780198849667.003.0011.

【159】John R. Crook, *Dual Hats and Arbitrator Diversity: Goals in Tension*, AJIL Unbound (2019), 113, 284-289. doi:10.1017/aju.2019.36

【160】Kabir A N Duggal, Laurens H van de Ven, *The 2019 Netherlands Model BIT: riding the new investment treaty waves*, 35(3) Arbitration International 347 (2019).

【161】Kyla Tienhaara, *Regulatory Chill in a Warming World: The Threat to Climate Policy Posed by Investor-State Dispute Settlement*, 7(2) Transnational Environmental Law 229 (2018).

【162】Alan C. Swan, *"Fairness" and "Reciprocity" in International Trade Section 301 and the Rule of Law*, 16 ARIZ. J. INT'L & COMP. L. 37 (1999).

【163】Alain Pellet, *'Chapter 32: Police Powers or the State's Right to Regulate'*, in Meg Kinnear, Geraldine R. Fischer, et al. (eds), BUILDING INTERNATIONAL INVESTMENT LAW: THE FIRST 50 YEARS OF ICSID, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2015) pp. 447-462

【164】Alex Mills, *'The Balancing (and Unbalancing?) of Interests in International Investment Law and Arbitration'*, in ZACHARY DOUGLAS, JOOST PAUWELYN, AND JORGE E. VIÑUALES (eds.), THE FOUNDATIONS OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW: BRINGING THEORY INTO PRACTICE (Oxford, 2014).

【165】Anne K. Hoffmann, *'Chapter 36: Counterclaims'*, in Meg Kinnear , Geraldine R. Fischer , et al. (eds), BUILDING INTERNATIONAL INVESTMENT LAW: THE FIRST 50 YEARS OF ICSID, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2015).

【166】Anne K. Hoffmann, *Counterclaims in Investment Arbitration*, 28(2) ICSID Rev. F.I.L.J. 438 (2013).

【167】Anne K. Hoffmann, *Counterclaims by the Respondent State in Investment Arbitrations – The Decision on Jurisdiction over Respondent's Counterclaim in Saluka Investments B.V. v. Czech Republic*, 6 SchiedsVZ German Arb J 319 (2006).

【168】Anthea Roberts, *Triangular Treaties: The Extent and Limits of Investment Treaty Rights*, 56 HARVARD INT'L L. J. 353, 355-356 (2015).

【169】Antoine Romanetti, *'Defining Investors: Who Is Eligible to Claim?*', Journal of International Arbitration, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2012, Volume 29 Issue 3) pp. 231 – 254.

【170】Behlman, Jordan. "*Out on a Rim: Pacific Rim's Venture Into CAFTA's Denial of Benefits Clause.*" The University of Miami Inter-American Law Review 45, no. 2 (2014): 397–424. http://www.jstor.org/stable/24375771.

【171】C. Culter, *Critical Reflections on the Westphalian Assumptions of International Law: A Crisis in Legitmacy*, Review of International Studies, 2001 (27).

【172】Chi Manjiao, Nils Eliasson, et al., *'Investment Arbitration: China, Hong Kong and Treaty Shopping',* Asian Dispute Review, (© Hong Kong International

Arbitration Centre (HKIAC); Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC) 2012, Volume 2012 Issue 2) pp. 43 – 46.

【173】Charles N. Brower and Stephan W. Schill, *Is Arbitration a Threat or a Boon to the Legitimacy of International Investment Law?,* 9 CHIJ. INT'L L 471 (2009)

【174】Dominic Npoanlari Dagbanja, *'The Necessity, Making and Reform of Investment Treaties and Investor-State Arbitration in Africa'*, in THE INVESTMENT TREATY REGIME AND PUBLIC INTEREST REGULATION IN AFRICA (Oxford, 2022).

【175】Gary Hufbauer and Tyler Moran, *Investment and Trade Regimes Conjoined: Economic Facts and Regulatory Frameworks*, (E15 Initiative, Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD) and World Economic Forum)(2015), http://e15initiative.org/wp-content/uploads/2015/01/E15-Investment-Hufbauerand-Moran-FINAL.pdf

【176】Gustavo Laborde, *The Case for Host State Claims in Investment Arbitration*, 1(1) JIDS 97 (2010).

【177】Gus Van Harten, *The EU-Canada Joint Interpretive Declaration/Instrument on the CETA* (October 8, 2016). Osgoode Legal Studies Research Paper No. 6/2017. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2850281 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2850281.

【178】Gus Van Harten, *Investment Treaty Arbitration, Procedural Fairness, and the Rule of Law* (July 19, 2010). INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND COMPARATIVE PUBLIC LAW, Chapter 20, Schill, ed., Oxford University Press, Forthcoming. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=1658523 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1658523.

【179】Hege Elisabeth Veenstra-Kjos, *Counterclaims by Host States in Investment Treaty Arbitration*, 4(4) TDM 43, 46 (2007)

【180】James E. Mendenhall, *Assessing Security Risks Posed by State-Owned Enterprises in the Context of International Investment Agreements*, ICSID Review, Volume 31, Number 1 (Winter 2016).

【181】Jeswald W. Salacuse, *BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact on Foreign Investment in Developing Countries*, 24 INT'L

LAWYER 655, 665 (1990).

【182】Jeswald W. Salacuse and Nicholas P. Sullivan, *Do BITs Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain*, 46 HARV. INT'L L. J. 67, 75 (2005).

【183】Julian Arato, *Corporations as Lawmakers*, 56 HARV. INT'L L. J. 229, 280-281(2015).

【184】Kevin Ackhurst, Stephen Nattrass and Erin Brown, *CETA, the Investment Canada Act and SOEs: A Brave New World for Free Trade*, ICSID Review, Volume 31, Number 1 (Winter 2016).

【185】Lauge N. Skovgaard Poulsen, *States as Foreign Investors: Diplomatic Disputes and Legal Fictions*, ICSID Review, Volume 31, Number 1 (Winter 2016).

【186】Lindsay Gastrell1 and Paul-Jean Le Cannu, *Procedural Requirements of 'Denial-of-Benefits' Clauses in Investment Treaties: A Review of Arbitral Decisions*, ICSID Review, Vol. 30, No. 1 (2015), 78–97.

【187】Luke Nottage, *Rebalancing Investment Treaties and Investor-State Arbitration: Two Approaches*, 17(6) Journal of World Investment & Trade, 1015.

【188】Mark Feldman, *The Standing of State-Owned Entities under Investment Treaties*, YEARBOOK ON INTERNATIONAL INVESTMENT LAW & POLICY 2010-2011, edited by Karl P. Sauvant (Oxford University Press, 2012). Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2444578

【189】Mark Feldman, '*Chapter 33: Denial of Benefits after Plama v. Bulgaria*', in Meg Kinnear, Geraldine R. Fischer , et al. (eds), BUILDING INTERNATIONAL INVESTMENT LAW: THE FIRST 50 YEARS OF ICSID, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2015) pp. 463 – 476

【190】Mark Feldman, *State-Owned Enterprises as Claimants in International Investment Arbitration*, ICSID Review, Volume 31, Number 1 (Winter 2016).

【191】Mark Feldman, *International Investment Obligations and Industrial Policy: Evolution in Treaty Practice* (August 31, 2018). RTA Exchange (International Centre for Trade and Sustainable Development and Inter-American Development Bank), 2018. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=3256836.

【192】Mark Feldman, *Multinational Enterprises and Investment Treaties* in YEARBOOK ON INTERNATIONAL INVESTMENT LAW & POLICY 2015-2016 (Lisa E. Sachs and Lise J. Johnson and Jesse Coleman eds., January 2018.)

【193】Norah Gallagher, *Role of China in Investment: BITs, SOEs, Private Enterprises, and Evolution of Policy*, ICSID Review, Volume 31, Number 1 (Winter 2016).

【194】Patrick Dumberry, *The Legal Standing of Shareholders Before Arbitral Tribunals: Has Any Rule of Customary International Law Crystallised?*, Michigan State University College of Law Journal of International Law, Vol. 18, No. 3, pp. 353-374, 2010. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=1665060.

【195】Patrick Low and Julia Tijaja, *Global Value Chains and Industrial Policies, (E15 Initiative*, Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD) and World Economic Forum), p.1 (2013).

【196】Pierre Lalive & Laura Halonen, *On the Availability of Counterclaims in Investment Treaty Arbitration*, 2 CYIL 141 (2011).

【197】Pierre Tercier and Nhu-Hoàng Tran Thang, *'Chapter 10: Criteria to Determine Investor Nationality (Juridical Persons)'*, in Meg Kinnear, Geraldine R. Fischer , et al. (eds), BUILDING INTERNATIONAL INVESTMENT LAW: THE FIRST 50 YEARS OF ICSID, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2015) pp. 141 - 152

【198】Sikkink, K. (1986). *Codes of conduct for transnational corporations: The case of the WHO/UNICEF code. International Organization,* 40(4), 815-840. doi:10.1017/S0020818300027387

【199】P. Muchlinkski, *Regulating Multinational Enterprises*, European Yearbook of IEL 391.

【200】Piero Bernardini, '*Chapter 12: Continuous Nationality Rule in Investor-State Arbitration*', in Meg Kinnear, Geraldine R. Fischer, et al. (eds), BUILDING INTERNATIONAL INVESTMENT LAW: THE FIRST 50 YEARS OF ICSID, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2015) pp. 163 – 174.

【201】Sherry Stephenson, *Global Value Chains: The New Reality of International Trade*, (E15 Initiative, Geneva: International Centre for Trade and Sustainable

Development (ICTSD) and World Economic Forum) (2013), p. 4, http://e15initiative.org/wpcontent/uploads/2015/01/E15_GVCs_BP_Stephenson_FINAL.pdf

【202】Sherry Stephenson, *Trade Governance Frameworks in a World of Global Value Chains* (E15 Initiative, Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD) and World Economic Forum) (2016), http://www3.weforum.org/docs/E15/WEF_Global_Value_Chainreport_2015_1401.pdf

【203】Stephan W. Schill, *Multilateralizing Investment Treaties through Most-Favored-Nation Clauses,* 27 BERKELEY J. INT'L L. 496, 510 and n. 43 (2009).

【204】Stephan W. Schill, *'Part I Chapter 2: Private Enforcement of International Investment Law: Why We Need Investor Standing in BIT Dispute Settlement'*, in Michael Waibel, Asha Kaushal, et al. (eds), THE BACKLASH AGAINST INVESTMENT ARBITRATION, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2010) pp. 29 – 50.

【205】Stephen Jagusch, Anthony C. Sinclair, et al., *'Chapter 13: Restructuring Investments to Achieve Investment Treaty Protection'*, in Meg Kinnear, Geraldine R. Fischer, et al. (eds), BUILDING INTERNATIONAL INVESTMENT LAW: THE FIRST 50 YEARS OF ICSID, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2015) pp. 175 190

【206】Susan D. Frank, *Foreign Direct Investment, Investment Treaty Arbitration, and the Rule of Law*, Global Business & Development Law Journal / Vol. 19.

【207】'*Chapter 3: Investor Nationality under Municipal and International Law*', in Monique Sasson, SUBSTANTIVE LAW IN INVESTMENT TREATY ARBITRATION: THE UNSETTLED RELATIONSHIP BETWEEN INTERNATIONAL LAW AND MUNICIPAL LAW (Second Edition), International Arbitration Law Library, Volume 21 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2017) pp. 75 – 100

【208】Yarik Kryvoi, *Counterclaims in Investor-State Arbitration*, 21(2) Minn. J. Int'l L. 216 (2012).

【209】Catharine Titi, *Chapter 14 Police Powers Doctrine and International*

Investment Law, In GENERAL PRINCIPLES OF LAW AND INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION 323-343 (Leiden, The Netherlands: Brill, 2018).

【210】Prabhash RANJAN, *Police Powers, Indirect Expropriation in International Investment Law, and Article 31(3)(c) of the VCLT: A Critique of Philip Morris v. Uruguay*, 9(1) Asian Journal of International Law, 98.

【211】Noam Zamir, *The Police Powers Doctrine in International Investment Law*, 14 Manchester J. INT'l ECON. L. 318 (2017).

【212】Julia Hueckel, *Rebalancing Legitimacy and Sovereignty in International Investment Agreements,* 61(3) Emory Law Journal 601 (2012).