

国际投资仲裁中自然人双重国籍 认定问题研究

——以“真实联系测试”的适用为视角

王梦颖*

内容摘要:国际投资协定普遍将自然人拥有缔约国国籍确定为判断投资者适格的关键,但这种宽泛定义却不足以解决双重国籍兴起引发的认定问题。真实联系测试作为传统外交保护领域的习惯国际法规则,其能否适用于国际投资仲裁领域往往是争端双方在管辖权方面的争论焦点。考虑到国际投资仲裁与外交保护在性质和目的上的显著差异,将真实联系测试直接移植适用于国际投资仲裁并不明智。更为恰当的方法应该是,区分自然人是否拥有东道国国籍,在尊重国际投资协定明确规定的基础上,辅之适用善意原则及禁止权利滥用原则,以此防范自然人将国籍国诉至国际仲裁或者恶意条约挑选的行为,这也是我国应对自然人双重国籍问题的可行思路。

关键词:双重国籍 外交保护 真实联系 条约挑选 权利滥用

一、问题的提出

在传统国际法中,如果自然人投资者的权利受到东道国侵害,无法直接通过国际救济途径提出诉求,多数情况下只能向母国寻求外交保护。^①在此阶段,国籍代表着自然人与某一特定国家的法律联系,是国家代表本国国民在国际上行使外交保护权的纽带。随着国际法的发展,自然人的国际法主体地位逐渐获得认可,各国一般会在国际投资协定中赋予自然人投资者直接将其与东道国之间的投资争端提交仲裁的权利。目前,国际投资仲裁已经成为解决投资者与国家间争端的主流方式。与外交保护类似,国籍作为国际投资仲裁管辖权的构成要件之一,是自然人投资者获得相关国际投资协定保护的关键。

至于如何识别自然人国籍,实为国内法与国际法的交错范畴。在国内法方面,主权国家有权决定谁是其国民,自然人国籍的取得与丧失原则上应由各国国内法加以

* 北京师范大学法学院博士研究生。

① 参见张生:《国际投资条约体系下外交保护的空間》,《中外法学》2017年第4期,第1092页。

规定。但是,考虑到国籍的认定可能会对其他国家的利益造成影响,在国际法方面,国内法对于国籍的规定还需要受到有关国际法规则的限制。^①事实上,不同国家关于国籍的立法规定不尽相同,必然导致国籍的法律联系不是单一的或排他的。尤其是随着全球化进展至今,自然人在国家间的流动越发便利和频繁,极有可能因主观或客观原因而同时拥有两个或两个以上国籍,国籍的积极冲突也就在所难免。

通常认为,可以适用真实联系测试(genuine link test)解决国籍的积极冲突。所谓真实联系测试,也称有效国籍测试(effective nationality test),是指通过判断自然人与母国之间存在的是主要和实际联系还是微弱联系来确定自然人是否具有适格国籍。^②在具有里程碑意义的 1955 年 Nottebohm 案中,国际常设法院认可各国都有权制定本国国籍法并将国籍授予任何人,但只有自然人与国家存在真实联系时,国家才能代表该自然人提出国际赔偿请求,即国家不得代表虽有其国籍但无真实联系的自然人提出国际求偿。^③自此案之后,真实联系测试得到了国际实践的广泛运用,并逐步发展为习惯国际法规则。^④同样,在国际投资仲裁中,真实联系测试时常被提及应用于自然人双重国籍的认定。随之而来的问题是,在国际投资协定——主要是双边投资条约(bilateral investment treaty, BIT)与含投资章节的自由贸易协定(free trade agreement, FTA)——缺乏明确规定的情况下,能否适用真实联系测试限制自然人投资者的适格身份?对此问题的回答,不仅关涉拥有东道国双重国籍的自然人投资者能否将东道国诉至国际仲裁,还关系到拥有第三国双重国籍的自然人投资者能否挑选更有利的国际投资协定提起仲裁。对于东道国而言,如何应对国际投资仲裁中自然人双重国籍引发的潜在风险,亦是亟须解决的现实问题。

二、国际投资仲裁中真实联系测试的适用分歧

随着国际投资仲裁成为解决投资者与东道国间争端的主流方式,真实联系测试作为外交保护认可的习惯国际法规则,能否适用于国际投资仲裁,是仲裁庭认定自然人双重国籍过程中最常见的争论,这本质上取决于如何理解外交保护与国际投资仲裁之间的关系。

① 参见张建:《国际投资仲裁管辖权研究》,中国政法大学出版社 2019 年版,第 28 页。

② 参见陈正健:《投资者—国家争端解决:理论与实践》,当代世界出版社 2019 年版,第 13 页。

③ See Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala) (Second Phase), I C J Reports 1955, para.23.

④ See Alessandra Annoni & Serena Forlati, *The Changing Role of Nationality in International Law* 45 (Routledge 2013); Crina Baltag, *et al.*, *ICSID Convention after 50 Years: Unsettled Issues* 137 (Kluwer Law International 2016); Hussein Haeri & David Walker, “And you are . . .?” - Dual Nationals in Investment Treaty Arbitration, 3 BCDR International Arbitration Review 157 (2016); Monique Sasson, *Substantive Law in Investment Treaty Arbitration: The Unsettled Relationship between International Law and Municipal Law* 80-81 (Kluwer Law International 2017).

(一)支持适用:外交保护与国际投资仲裁的共存关系

在国际投资仲裁实践中,申请人和被申请人均有可能提出适用真实联系测试的抗辩。对于申请人而言,支持适用真实联系测试通常是为了证明具有东道国双重国籍不会影响其适格投资者身份,从而满足消极国籍要求;对于被申请人而言,支持适用真实联系测试通常是为了主张申请人的主要和实际国籍并非国际投资协定的缔约国,从而排除仲裁庭管辖权。支持适用的争端方及学者主张,外交保护与国际投资仲裁均属于国际争端解决方式,真实联系测试既然是外交保护中的习惯国际法规则,就应适用于作为国际法分支的国际投资仲裁。这种观点的实质在于强调外交保护与国际投资仲裁的共存关系,主要体现在以下方面:

首先,各国缔结国际投资协定旨在向投资者提供更直接有效的争端解决方式,而不是彻底排除外交保护的适用。^①例如,《解决国家与他国国民之间投资争端公约》(Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States,以下称《华盛顿公约》)第27条规定,如果东道国未能遵守和履行已经生效的仲裁裁决,投资者仍可以申请其母国予以外交保护。尤其是在全球范围内,并非所有国家之间都缔结了国际投资协定,此时外交保护作为一种国际习惯可以补缺适用,弥补国际投资协定适用范围的局限性。^②由此可见,外交保护作为解决投资者与东道国间投资争端的传统方式之一,尽管其可能会使投资争端政治化而受到一定程度的适用限制,但在国际投资仲裁或其他争端解决方式无法发挥效用时,仍具有重要的补缺价值。

其次,外交保护与国际投资仲裁均以国际法上的国家责任制度为理论基础。国家责任是指国家对其国际不法行为或其他损害行为应承担国际法上的法律责任,其中国际不法行为泛指国家违反国际义务的行为。^③无论通过外交保护抑或国际投资仲裁解决投资者与国家间发生的争端,关键均在于判断东道国是否违反了国际投资协定规定的国际义务。即使国际投资协定赋予自然人投资者直接诉诸仲裁的权利,也只是纠正国际不法行为方式的延伸,并没有建立新的法律秩序,依旧是国家责任制度的体现。^④在此意义上,考虑到外交保护与国际投资仲裁确立管辖权都需要自然人投资者与母国建立国籍联系,将外交保护中的真实联系测试适用于国际投资仲裁并

^① See Javier García Olmedo, Claims by Dual Nationals under Investment Treaties: Are Investors Entitled to Sue Their Own States?, 8 Journal of International Dispute Settlement 698 (2017).

^② 参见张磊:《外交保护国际法律制度研究》,法律出版社2011年版,第8页。

^③ 参见余锋:《国际法原理重述》,北京大学出版社2019年版,第253页。

^④ See James Summers & Alex Gough, Non-State Actors and International Obligations: Creation, Evolution and Enforcement 175-176 (Brill 2018).

无不妥之处。

基于此种认知,仲裁庭可能会按照《维也纳条约法公约》(Vienna Convention on the Law of Treaties)第 31 条第 3 款的规定,参照习惯国际法规则解释国际投资协定,支持适用外交保护中的真实联系测试来填补国际投资协定关于自然人双重国籍认定标准的空白,以此保障国际法体系的一致性和连贯性。^①如在 *García Armas and Others v. Venezuela* 案中,仲裁庭认为,国际投资协定并非完全封闭的法律制度,如果协定未规定自然人双重国籍的认定标准,则需要依据一般国际法规则加以解释,即应认可拥有双重国籍的自然人投资者不能将其真实联系国籍国诉至国际仲裁。^②又如在 *Heemsen v. Venezuela* 案中,仲裁庭认为,国际裁判机构在涉及自然人双重国籍的案件中,普遍认可真实联系测试的习惯国际法规则地位,如果国际投资协定对自然人双重国籍的认定标准保持沉默,真实联系测试在国际投资仲裁中的适用就是适当的。^③

(二)反对适用:外交保护与国际投资仲裁的冲突关系

针对申请人或被申请人提出适用真实联系测试的主张,对方当事人一般都会提出反对意见,以避免仲裁庭不当丧失或取得管辖权。反对适用的争端方及学者主张,真实联系测试作为外交保护中的习惯国际法规则,无法类推适用于国际投资仲裁。这种观点的关键在于,尽管同属于国际争端解决方式,外交保护与国际投资仲裁存在以下显著差异:

首先,外交保护与国际投资仲裁的适用基础不同。一方面,外交保护的适用源于瓦特林拟制(Vattel fiction)。根据传统国际法理论,自然人不是国际法主体。基于国家主权平等原则,只有将外国对自然人的损害拟制为对其母国的损害,使个人利益上升为国家利益,才能在国际上保护自然人利益。^④一旦国家行使外交保护权,原有自然人投资者与东道国间的争端就上升为国家与国家间的争端。也就是说,外交保护实为处理国家间关系的制度,既是国家主权行为,亦是国家公权力的表现。^⑤另一方面,国际投资仲裁的适用源于国际投资协定的赋权。随着全球范围内投资活动的扩张,为了保护和促进投资,大多数国际投资协定都会赋予投资者将其与东道国间发生的争端直接诉至国际仲裁的权利,而不必请求母国参与国际求偿。显然,国际投资仲

^① 《维也纳条约法公约》第 31 条第 3 款规定:“应与上下文一并考虑者尚有:(甲)当事国嗣后所订关于条约之解释或其规定之适用之任何协定;(乙)嗣后在条约适用方面确定各当事国对条约解释之协定之任何惯例;(丙)适用于当事国间关系之任何有关国际法规则。”

^② See Manuel García Armas, *et al. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, PCA Case No.2016-08, Award on Jurisdiction, para.704.

^③ See Enrique Heemsen and Jorge Heemsen *v. Venezuela*, PCA Case No.2017-18, Decision on Jurisdiction, paras.439-440.

^④ 参见张磊:《外交保护国际法律制度研究》,法律出版社 2011 年版,第 6 页。

^⑤ 参见殷敏:《外交保护法律制度和中國》,上海人民出版社 2010 年版,第 18-19 页。

裁中的自然人投资者具有国际法主体地位,这与传统国际法理论明显不同,应被视为自成体系。^①正如联合国国际法委员会在《外交保护条款草案》(Draft Articles on Diplomatic Protection)第17条所述,国际投资协定作为投资者保护方面的特别法,关于国籍认定标准的规定不应受限于外交保护中的国籍限制。^②

其次,外交保护与国际投资仲裁的性质不同。一方面,外交保护是解决投资者与东道国间争端的政治方法。外交保护源于国家主权,国家在具体案件中,有权自由裁量是否提供保护、在何种程度上提供保护以及何时停止提供保护。如果国家担心提出国际求偿会造成潜在的政治影响,或者国家缺少保护自然人财产的途径或优先性,或者国家与国内投资者正在进行类似活动,那么即使自然人权利受到东道国侵害的事实确凿,国家仍可能拒绝提供外交保护。^③易言之,国家行使外交保护权更多是出于政治或者其他与争端无关因素的考量,要求自然人与母国间必须具有真实联系,是为了防止国家滥用外交保护权,避免激化资本输出国与资本输入国间的矛盾,维系和谐的国际秩序。另一方面,国际投资仲裁是解决投资者与东道国间争端的法律方法。各国最初同意在国际投资协定中赋予投资者将其与东道国间的争端提交国际仲裁的权利,意在通过此种中立的争端解决机制强化对外国投资的保护,从而消除传统外交保护的不利影响。^④以目前最具影响力的国际投资争端解决中心(International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID)为例,其设立旨在改善国际投资环境,减少可能阻碍国际投资的政治风险,并非实现或促进“正常意义上的外交保护”。^⑤国际投资仲裁中的国籍要求也不是为了限制国家提出国际求偿的权利,而是为了在最低限度内确保国际投资仲裁具有国际性,即确保国际投资仲裁解决的是外国投资者与东道国间的争端。^⑥如果将外交保护中的真实联系测试用于国际投资仲裁管辖权的确定,无疑与国际投资协定保护和促进投资的目的及宗旨不符。

循此等观点,仲裁庭可能会按照《维也纳条约法公约》第31条第1款的规定,按照

^① See Ben Juratowitch, *The Relationship between Diplomatic Protection and Investment Treaties*, 23 ICSID Review - Foreign Investment Law Journal 11-14 (2008); Meg Kinnear *et al.*, *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID* 164-165 (Kluwer Law International 2015).

^② See UN, *Draft Articles on Diplomatic Protection with Commentaries*, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_8_2006.pdf, visited on 27 March 2024.

^③ 参见[瑞士]克里斯塔·纳达尔夫卡伦·舍费尔:《国际投资法:文本、案例及资料(第三版)》,张正怡、王丹译,上海社会科学院出版社2021年版,第220页。

^④ 参见陈丹艳:《论“国籍真实联系”标准在国际投资法实践的适用》,《国际经济法学刊》2015年第2期,第175页。

^⑤ See Eva Paloma Treves, *Investment Treaty Arbitration: Dual Nationals Are Now Welcome: A Way Out of ICSID's Dual Nationality Exclusion*, 49 *International Law and Politics* 615 (2017).

^⑥ See Robert D. Sloane, *Breaking the Genuine Link: The Contemporary International Legal Regulation of Nationality*, 50 *Harvard International Law Journal* 52 (2009).

国际投资协定的文本规定判断自然人投资者适格与否,即只要国际投资协定未明确提及自然人双重国籍的认定标准,就不会适用外交保护中的真实联系测试否认投资者适格身份。^①如仲裁庭在 *Olguín v. Paraguay* 案中指出,外交保护是专属于母国的特权,国际投资仲裁却是自然人直接获得国际救济的权利,因此不应将外交保护中的习惯国际法规则适用于国际投资仲裁,而应在自然人符合国际投资协定规定的国籍规则时认可其适格投资者身份。^②又如 *García Armas and García Gruber v. Venezuela* 案中仲裁庭所述,与仅国家享有国际法上的权利和义务这一传统理论不同,国际投资协定承认自然人直接将东道国诉至国际仲裁的合法性,这会排除外交保护作为习惯国际法的适用,与之相关的真实联系测试也不应直接适用于国际投资仲裁。^③

三、拥有东道国国籍时真实联系测试的适用考量

根据制度安排的差异,国际投资仲裁大致可以分为 ICSID 仲裁与非 ICSID 仲裁。^④由于《华盛顿公约》第 25 条第 2 款排除了仲裁庭对拥有东道国国籍的自然人投资者有属人管辖权,因而较之于非 ICSID 仲裁,ICSID 仲裁更容易在相关案件中得出真实联系测试是否适用以及自然人投资者是否适格的结论。

(一) ICSID 仲裁

根据《华盛顿公约》第 25 条第 2 款的规定,ICSID 仲裁中的适格投资者必须同时符合积极国籍要求和消极国籍要求,前者是指自然人必须拥有缔约国国籍,后者是指自然人不得拥有争端方国籍。^⑤此项规定实际上将拥有东道国国籍的自然人投资者明确排除在 ICSID 管辖范围之外,这一观点也在《执行理事关于〈解决国家与他国国民之间投资争端公约〉的报告》中被强调。该报告明确指出,即使自然人同时拥有争端双方缔约国国籍,也不能成为 ICSID 仲裁的适格投资者;而且,即使争端所涉东道国同意仲裁,这种不适格也是绝对的。^⑥在 ICSID 仲裁实践中,仲裁庭对自然人投资者拥有东道国国籍能否适格的认定也基本遵循了这一观点。例如,在 *Champion Trad-*

① 《维也纳条约法公约》第 31 条第 1 款规定:“条约应依其用语按其上下文并参照条约之目的及宗旨所具有之通常意义,善意解释之。”

② See Eudoro Armando Olguín v. Republic of Paraguay, ICSID Case No. ARB/98/5, Award, para.62.

③ See Serafin García Armas and Karina García Gruber v. Bolivarian Republic of Venezuela, PCA Case No. 2013-3, Decision on Jurisdiction, para.171.

④ 参见张建:《国际投资仲裁管辖权研究》,中国政法大学出版社 2019 年版,第 28 页。

⑤ 《华盛顿公约》第 25 条第 2 款规定:另一缔约国国民系指在双方同意将争端交付调解或仲裁之日以及根据第 28 条第 3 款或第 36 条第 3 款登记请求之日,具有作为争端一方的国家以外的某一缔约国国籍的任何自然人,但不包括在上述任一日期也具有作为争端一方的缔约国国籍的任何人……

⑥ See ICSID, Report of the Executive Directors of the International Bank for Reconstruction and Development on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Report_Executive_Directors.pdf, visited on 12 February 2024.

ing v. Egypt案中,申请人因出生而同时拥有美国和埃及国籍。申请人提出,美国是其主要和实际联系国籍国,仲裁庭在考察本案是否符合《华盛顿公约》规定的管辖权要求时不必顾及埃及国籍。对此,仲裁庭认为,《华盛顿公约》没有为真实联系测试的适用留有余地,第25条第2款明确排除了投资者拥有东道国国籍时的适格身份,仲裁庭可以直接基于这一规定裁定其自身不具有属人管辖权。^①又如,在Micula v. Romania (I)案中,申请人因出生取得罗马尼亚国籍,移居瑞典后取得瑞典国籍,后又自愿放弃罗马尼亚国籍。被申请人提出,申请人与罗马尼亚保有真实联系,故无法基于瑞典国籍提起仲裁。对此,仲裁庭认为,《华盛顿公约》第25条第2款明确规定了国籍的认定标准,并未留下真实联系测试的适用空间,而且《瑞典—罗马尼亚BIT》也没有设置额外的国籍要求,故应认可不再拥有罗马尼亚国籍的申请人是适格投资者,否则将构成对条约的非法修订。^②

另外,如果争端双方均不是或仅有一方是《华盛顿公约》缔约国或缔约国国民,但是依据《ICSID附加便利规则》(ICSID Additional Facility Rules)提起仲裁,亦应否认自然人拥有东道国国籍时的适格投资者身份。如在Heemsen v. Venezuela案中,申请人依据《德国—委内瑞拉BIT》和《ICSID附加便利规则》向ICSID提起仲裁,因申请人明显不符合《ICSID附加便利规则》第1条第5款“另一缔约国国民”的定义,ICSID秘书处拒绝行使管辖权。此后申请人虽将争端提交至常设仲裁法院(Permanent Court of Arbitration, PCA),仲裁庭亦在否认管辖合意的基础上指出,《德国—委内瑞拉BIT》规定将争端提交ICSID仲裁,这意味着缔约国的真实意图是将拥有东道国国籍的投资者排除在该协定适用范围之外,故同时拥有德国和委内瑞拉国籍的申请人不符合属人管辖权要求。^③

可见,在ICSID仲裁中,只要自然人投资者拥有的双重国籍中包括东道国国籍,就应依据《华盛顿公约》第25条第2款的消极国籍要求,否认该自然人的适格投资者身份,不必适用真实联系测试。

(二)非ICSID仲裁

必须明确的是,各国缔结国际投资协定主要是为了保护 and 促进外国投资,国际投资仲裁也是为解决外国投资者与东道国间争端而专门设计的机制。如果仅因国际投资协定没有明确排除拥有东道国国籍的自然人,就承认其适格投资者身份,这一结论可能是荒谬的。原因在于,东道国国民根本不需要国际投资协定提供的保护,其完全

^① See *Champion Trading Company, Ameritrade International, Inc. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/02/9, Decision on Jurisdiction, para.16.

^② See *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania [I]*, ICSID Case No. ARB/05/20, Decision on Jurisdiction and Admissibility, para.100.

^③ See *Enrique Heemsen and Jorge Heemsen v. Venezuela*, PCA Case No. 2017-18, Decision on Jurisdiction, paras.394,413.

可以依据国内法并且利用国内司法体系保护自身的合法权益。^①如果允许东道国国民依据国际投资协定向东道国提起国际仲裁,不仅会为本国投资者提供额外的救济途径,造成国际投资仲裁程序的滥用;还会赋予缔约另一国国籍以更大效力,由此否认了国家主权平等原则。^②据此,在非 ICSID 仲裁中,即使国际投资协定和仲裁规则均对自然人双重国籍认定问题保持沉默,仲裁庭也不应将这种沉默解释为拥有东道国国籍的自然人有权将东道国诉至国际仲裁,这是国家无责任规则(rule of non-responsibility)的具体体现,亦是现代国际投资法体系的基本内涵。

然而,在非 ICSID 仲裁实践中,仲裁庭对自然人投资者拥有东道国国籍时能否适格的认定,更重视国际投资协定本身的规定。例如,在 *García Armas and García Gruber v. Venezuela* 案中,申请人同时具有西班牙和委内瑞拉国籍,依据《西班牙—委内瑞拉 BIT》和《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》(United Nations Commission on International Trade Law, 以下称《UNCITRAL 仲裁规则》)向 PCA 提起仲裁。被申请人提出,拥有东道国国籍的自然人投资者不应属于适格投资者范畴,而且根据《维也纳条约法公约》第 31 条第 3 款的规定,通过真实联系测试这一习惯国际法规则,也应排除自然人与东道国具有真实联系时的适格投资者身份。对此,仲裁庭认为,国际投资协定作为授权自然人投资者将东道国直接诉至国际仲裁的特别法,不必受制于外交保护中的习惯国际法规则,即应依据协定本身的规定进行裁决。根据《西班牙—委内瑞拉 BIT》第 1 条关于“投资者”的定义,“根据任一缔约国法律属于其国民的自然人”应是本案确定申请人适格与否的唯一标准。尤其是考虑到缔约双方在与其他国家缔结的国际投资协定中明确将双重国籍投资者排除在外,但本案所涉协定却未有相关限制,故缔约双方的真实意图应解释为将拥有双重国籍的自然人投资者纳入协定适用范围。因此,仲裁庭最终裁定,即使申请人的西班牙国籍并非真实联系国籍,也不影响其适格投资者身份。^③又如,在 *Rawat v. Mauritius* 案中,申请人同时具有毛里求斯和法国国籍,其依据《法国—毛里求斯 BIT》和《UNCITRAL 仲裁规则》向 PCA 提起仲裁。被申请人提出,根据《维也纳条约法公约》第 31 条第 3 款的规定,仲裁庭应适用真实联系测试这一习惯国际法规则,排除拥有东道国国籍的申请人提起的仲裁。对此,仲裁庭指出,本案的重点在于申请人同时拥有毛里求斯和法国国籍是否会影响属人管辖权,无须判断申请人的真实联系国籍为何。与缔约双方缔结的其他国

^① See Stavros Michalopoulos & Edward Hicks, *Dual Nationality Revisited: A Modern Approach to Dual Nationals in Non-ICSID Arbitrations*, 35 *Arbitration International* 122 (2019).

^② See Chitransh Vijayvergia, *Dual Nationality of a Private Investor in Investment Treaty Arbitration: A Potential Barrier to the Exercise of Jurisdiction Ratione Personae?*, 36 *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 168 (2021).

^③ See *Serafin García Armas and Karina García Gruber v. Bolivarian Republic of Venezuela*, PCA Case No. 2013-3, *Decision on Jurisdiction*, para.200.

际投资协定不同,本案所涉协定看似未明确将拥有双重国籍的自然人排除在投资者定义之外,但根据《维也纳条约法公约》第31条第2款的规定,仲裁庭需结合《法国—毛里求斯BIT》第9条关于缔约国必须在签订投资合同时纳入ICSID仲裁条款的规定,将适格投资者解释为与《华盛顿公约》第25条第2款的规定相一致,即拥有东道国国籍的申请人并非适格投资者。^①

概言之,在非ICSID仲裁中,如果缺乏与《华盛顿公约》第25条第2款类似的规定,仲裁庭通常会适用国际投资协定明确规定的国籍认定标准,并且倾向于反对真实联系测试的适用,这喻示着拥有东道国国籍的自然人投资者有机会将东道国诉至国际仲裁。长此以往,这不仅会助长自然人投资者滥用国际投资仲裁权利的现象,还会迫使国家承担超出其缔约真实意图的条约义务,加剧投资者与东道国间的利益失衡局面。因此,在自然人拥有东道国国籍的情形下,考虑到国际投资协定的保护对象是外国投资者,无论自然人投资者是与东道国之间是否具有真实联系,仲裁庭均应避免将其认定为适格投资者。

四、拥有第三国国籍时真实联系测试的适用考量

鉴于《华盛顿公约》仅涉及自然人投资者拥有东道国国籍的情形,如果自然人投资者拥有第三国双重国籍,那么不论是ICSID仲裁还是非ICSID仲裁,都必须依据有关国际投资协定认定自然人投资者的适格身份。倘若国际投资协定对自然人双重国籍的认定标准保持沉默,仲裁庭需要通过解释国际投资协定的方法判断拥有第三国国籍的自然人投资者是否适格。按照《维也纳条约法公约》的条约解释规则,仲裁庭应将阐释约文的意义作为条约解释的起点,同时遵循善意原则(good faith)及其派生的禁止权利滥用原则(prohibition of abuse of rights)等一般法律原则。

(一)以约文意义解释条约

理论上,国际条约文本的通常意义应是条约解释之基础,仲裁庭作为国际裁判机构的责任是解释条约而非修改条约,意即仲裁庭不得随意增加或者减损国际条约规定的权利和义务,必须忠于约文本身的意义,以此澄清缔约方的真实意图。^②在此意义上,即使国际投资协定仅要求自然人根据缔约一方法律拥有其国籍,只要自然人投资者符合约文规定的国籍要求,仲裁庭就不能适用真实联系测试对自然人投资者的适格身份施加额外限制,而应认可自然人投资者属于国际投资协定的保护范围,这也是国际投资仲裁实践中最常见的做法。

^① See *Dawood Rawat v. The Republic of Mauritius*, PCA Case No.2016-20, Award on Jurisdiction, paras.170-172.

^② 参见张乃根:《ICSID仲裁的条约解释:规则及其判理》,《经贸法律评论》2018年第1期,第62页。

例如,在 *Saba Fakes v. Turkey* 案中,申请人同时拥有约旦与荷兰国籍,其依据《荷兰—土耳其 BIT》提起仲裁。被申请人提出,基于真实联系测试这一习惯国际法规则,申请人与约旦之间具有真实联系,故其依据荷兰国籍提起仲裁不符合属人管辖权要求。对此,仲裁庭认为,本案应适用《华盛顿公约》和《荷兰—土耳其 BIT》认定申请人适格与否,而非真实联系测试。其中,《华盛顿公约》第 25 条第 2 款仅将拥有东道国国籍的自然人投资者排除在管辖范围之外,并未排除拥有第三国双重国籍的自然人投资者;《荷兰—土耳其 BIT》同样仅将“投资者”定义为“根据适用法律属于缔约方国民的自然人”。根据《维也纳条约法公约》第 31 条第 1 款的规定,仲裁庭需要遵循国际投资协定规定的国籍要求,不得将其解释为存在额外的国籍限制,即不应适用真实联系测试,否则将构成对条约的非法修订。因此,仲裁庭最终认定,不能因申请人与荷兰缺乏真实联系而否认其适格投资者身份,即其对本案享有属人管辖权。^①又如,在 *Oostergetel v. Slovakia* 案中,被申请人提出,申请人是比利时的永久居民,而且真实联系国籍是比利时国籍而非荷兰国籍,不能受到《荷兰—捷克斯洛伐克 BIT》的保护。仲裁庭认为,根据《荷兰—捷克斯洛伐克 BIT》的规定,“投资者”是指“根据一缔约方法律具有其国籍的自然人”,并未施加真实联系测试等国籍限制,因此仅需要按照国际投资协定和荷兰法律认定申请人适格与否,而申请人根据荷兰国籍法属于荷兰国民,故应认可其适格投资者身份。^②

不过,在国际投资仲裁实践中,即使国际投资协定明确规定了自然人双重国籍的认定标准,仲裁庭仍有可能认定拥有第三国国籍的自然人投资者是适格投资者。例如,在 *Al Tamimi v. Oman* 案中,申请人同时拥有沙迦酋长国(现属于阿联酋的成员国之)和美国国籍,其依据《美国—阿曼 FTA》提起仲裁。被申请人提出,根据《美国—阿曼 FTA》第 10.27 条对“一方投资者”的定义,“具有双重国籍的自然人应被视为是其主要和实际国籍国的国民”,申请人应被视为阿联酋国民,不具有适格投资者身份。对此,仲裁庭认为,根据《美国—阿曼 FTA》第 1.2 条对“一方国民”的定义,申请人具有符合美国国籍法规定的美国国籍,而且申请人在自愿加入美国国籍时,因出生而取得的阿联酋国籍就已经丧失,故申请人并非双重国籍投资者。值得注意的是,仲裁庭还指出,由于国际投资协定仅向“外国投资者”的投资提供保护,因此在任何情况下,国际投资协定关于“主要和实际国籍”的规定应解释为防止拥有缔约国国籍的自然人投资者向其真实联系国籍国提起仲裁,而不是阻止拥有第三国国籍的自然人投

^① See *Saba Fakes v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/07/20, Award, para.76.

^② See *Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. The Slovak Republic*, UNCITRAL, Decision on Jurisdiction, para.119.

投资者向东道国提起仲裁,即便自然人投资者与其国籍国不具有真实联系亦是如此。^①

(二)以善意原则解释条约

可以说,虽然投资者与东道国围绕真实联系测试适用与否的争论频繁发生,仲裁庭却始终倾向于为投资者提供更多的保护机会,不愿意适用外交保护中的真实联系测试。即使国际投资协定规定应适用真实联系测试,仲裁庭也可能将真实联系测试的适用范围限缩解释为拥有东道国而非第三国双重国籍的情形,这实际上扩张了国际投资协定的适格投资者范围,明显超出了缔约方在缔结协定时的合理预期。更进一步说,国际投资仲裁实践表明,无论国际投资协定是否存在限制性规定,为了使投资争端的解决获得管辖上或法律适用上的最大利益,自然人投资者均可以通过获取第三国国籍的方式,援引最有利于自己的国际投资协定提起仲裁,这种行为也被称为“国籍规划”(nationality planning)或“条约挑选”(treaty shopping)。^②需要说明的是,即使条约挑选行为符合大多数国际投资协定的规定,如果任由自然人投资者实施条约挑选行为以追求更有利的国际投资协定保护,那么不仅会加重被诉东道国的应诉负担,对东道国的经济发展造成阻碍,还会损害国际投资协定和国际投资仲裁机制的公信力和公正性,加剧投资者与东道国之间的利益失衡局面,不利于缓解国际投资仲裁机制面临的正当性危机,因而必须对此予以限制。

作为国际法的一般法律原则,善意原则贯穿适用于各类国际法律关系。^③在参考条约文规定的基础上,善意原则及其派生的禁止权利滥用原则应是限制自然人取得适格投资者身份的更优选择。在国际投资仲裁领域,尽管国际法律文件未对权利滥用的构成作出明文规定,但受到广泛认可的是,只要确定申请人行为构成权利滥用,仲裁庭就无法取得管辖权。^④相较之下,真实联系测试作为外交保护中的习惯国际法规则,被机械地移植适用于时代背景截然不同的国际投资仲裁中,实乃没有必要,甚至可能会与国际投资协定旨在保护和促进投资的目的及宗旨相悖。^⑤如此,在国际投资协定未对自然人双重国籍进行规定的情形下,禁止权利滥用原则是用于限制自然人取得适格投资者身份更为适当的法律依据,这不仅能调和因外交保护与国际投资仲裁固有差异而引发的适用分歧,还能避免严格适用真实联系测试可能带来的负面影响。

^① See Adel A Hamadi Al Tamimi v. Sultanate of Oman, ICSID Case No. ARB/11/33, Award, para.274.

^② 参见董静然:《国际投资法理论与实践:核心专题解析》,西南交通大学出版社2019年版,第98页。

^③ 参见徐树:《国际投资仲裁中滥诉防范机制的构建》,《法学》2017年第5期,第155页。

^④ 参见银红武:《论国际投资仲裁“程序滥用”及其规制》,《西北大学学报(哲学社会科学版)》2020年第2期,第70页。

^⑤ See Robert D. Sloane, Breaking the Genuine Link: The Contemporary International Legal Regulation of Nationality, 50 Harvard International Law Journal 55 (2009).

具体而言,禁止权利滥用原则要求自然人投资者不得通过不正当行为获取其本不应享有的条约利益。^①目前,理论界和实务界关于禁止权利滥用原则对条约挑选行为的限制主要是以法人为主体展开探讨的,这是因为绝大多数仲裁申请都是由法人投资者提起的,而且法人取得双重国籍也相对容易,但并未排除自然人投资者实施条约挑选行为的可能性。^②例如,在 *Aven and others v. Costa Rica* 案中,申请人同时拥有美国和意大利国籍,其依据《美国—多米尼加—中美洲 FTA》和《UNCITRAL 仲裁规则》对哥斯达黎加提起仲裁。被申请人主要提出两项观点:一是根据《美国—多米尼加—中美洲 FTA》第 10.28 条对“投资者”的定义,拥有双重国籍的自然人应被视为是其主要和实际国籍国的国民,由此,申请人应被视为意大利国民而非美国国民;二是申请人为了利用《美国—多米尼加—中美洲 FTA》而改变国籍的行为,构成非法的国籍规划行为,不应受到投资协定保护。对此,仲裁庭认为,第一,根据外交保护中的习惯国际法规则,真实联系测试应被适用于投资者拥有东道国双重国籍的情形,而不是拥有第三国双重国籍的情形;第二,国籍规划行为是否非法的关键在于自然人转变国籍是否只是为了获取条约利益,本案申请人在进行投资之前的主要和实际国籍就是美国,并未违反善意原则,仲裁庭能取得属人管辖权。^③可见,此案仲裁庭虽然并未支持被申请人的观点,却在一定程度上为禁止权利滥用原则对自然人投资者实施条约挑选行为的限制提供了指导。与法人投资者实施条约挑选行为的判断类似,仲裁庭能否基于禁止权利滥用原则否认自然人投资者适格身份的关键在于,自然人投资者取得双重国籍是否只是为了获取其本不应享有的条约利益,表现为条约挑选时能否预见到未来极有可能发生某一特定投资争端。一般认为,根据发生时间点的不同,条约挑选可以分为“事前挑选”和“事后挑选”。^④其中,事前挑选是在投资争端发生之前实施的条约挑选行为,此时投资者无法预见到投资争端可能发生,故其基于正常经营决策而取得双重国籍的行为不构成权利滥用,从而可以成为适格投资者。^⑤事后挑选则是在已经发生或者可以预见投资争端即将发生时实施的条约挑选行为,此时投资

① 参见柯月婷:《论国际投资仲裁中的条约挑选问题——善意原则适用的视角》,《国际经济法》2019年第1期,第62页。

② See Jorun Baumgartner, *Treaty Shopping in International Investment Law 2-3* (Oxford University Press 2016); Javier García Olmedo, *Recalibrating the International Investment Regime Through Narrowed Jurisdiction*, 69 *International and Comparative Law Quarterly* 307-308 (2020).

③ See David R. Aven and Others v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. UNCT/15/3, Award of the Tribunal, paras.215,245.

④ 参见徐树:《国际投资仲裁中投资者的“条约选购”问题研究》,《国际经济法》2013年第2期,第123页。

⑤ See e.g., *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/00/5; *Venezuela Holdings, B.V. et al. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/27; *P ac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12.

者已经意识到极有可能发生有损其投资权益并且可能导致仲裁的事件,故其取得目标国籍的真实意图应被视为获取本不应享有的条约利益,构成权利滥用,仲裁庭将无法取得属人管辖权。^①

五、自然人投资者双重国籍认定问题的我国因应

根据联合国贸易和发展会议的统计数据,截至目前,我国政府作为被申请人的已公开国际投资仲裁案件共有8起。^②从外国投资者的类型来看,3起是由自然人投资者提起的。其中,Goh v. China案因争端双方达成和解而程序终止,Yu Song v. China案和Montenero v. China案尚未披露详细内容。^③可以说,自然人投资者将我国政府诉至国际仲裁的案件并不少见。尽管通过公开信息,还无法确定自然人双重国籍的认定问题是否属于已有案件的争议焦点,但在自然人双重国籍呈扩张态势的当下,仍有必要提出我国应对被本国投资者诉至国际仲裁以及外国投资者条约挑选的建议。

(一)我国面临的风险

目前,在全球范围内,不少国家已经承认自然人可以同时拥有两个或两个以上国籍。^④随着国际社会对双重国籍的态度由排斥转为接受,加之仲裁庭不愿意适用真实联系测试限制自然人投资者的适格身份,我国作为投资东道国,可能会面临以下风险:

1.本国投资者诉诸国际仲裁的风险

根据1980年实施的《中华人民共和国国籍法》,我国秉持不承认中国公民具有双重国籍的原则。^⑤只要中国公民定居国外并且加入或取得外国国籍,就会自动丧失中国国籍;或者中国公民在符合有外国人的近亲属、定居在外国或者其他正当理由的条件下,也可以经申请批准退出中国国籍。^⑥除这两种情形之外,拥有中国国籍的自然人均应被视为中国公民。即使该中国国民依据外国国籍法同时拥有外国国籍,我国法律也只承认其中国国籍,不承认其外国国籍。然而,根据国籍主权原则,各主权国家有权决定谁是其国民,有权制定符合本国国情和国家利益的国籍法,其他国家无权

^① See e.g., Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5; ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. and ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/07/30; Renée Rose Levy and Gremcitel S.A. v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/11/17.

^② See UNCTAD, Investment Dispute Settlement Navigator: China, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/42/china>, visited on 13 March 2024.

^③ See Jason Yu Song v. The People's Republic of China, PCA Case No. 2019-39; Goh Chin Soon v. The People's Republic of China, ICSID Case No. ARB/20/34; Eugenio Montenero v. The People's Republic of China, UNCITRAL.

^④ 参见刘国福:《试论双重国籍政策兴起的深层原因》,《武大国际法评论》2023年第3期,第104-105页。

^⑤ 参见《中华人民共和国国籍法》第3条。

^⑥ 参见《中华人民共和国国籍法》第9、10条。

干涉各国国籍主权。^①换言之,我国有权不承认中国公民根据外国法律拥有外国国籍的法律效力,有权不赋予拥有外国国籍的中国国民在我国的法律地位,但是这种单方面否认无法干预其他国家的国籍主权,无法阻止外国法律对中国公民拥有外国国籍的承认,也无法阻止中国公民在中国境外享有外国国籍赋予的权利和便利。

在涉及自然人双重国籍的国际投资仲裁案件中,ICSID 作为目前受理案件数量最多的机构,可以排除自然人拥有东道国国籍时的适格投资者身份,但这并非投资者唯一可选机构。我国缔结的诸多国际投资协定在投资者与国家间争端解决条款中,赋予投资者选择将其诉请提交 ICSID 仲裁或者非 ICSID 仲裁的权利。如 2004 年签署的《中国—荷兰 BIT》规定,投资者可以将协商未果的争端依据《华盛顿公约》提交 ICSID,或者依据《UNCITRAL 仲裁规则》提交专设仲裁庭。^②如果投资者未选择依据《华盛顿公约》提交 ICSID 仲裁,那么只要自然人投资者依据外国国籍法加入或取得外国国籍,即使其并未自动丧失或者申请退出我国国籍,也并未与该外国建立真实联系,仍有可能被仲裁庭认定为适格投资者,即有可能出现本国投资者将我国诉至国际仲裁的情形。此时,仅拥有我国国籍的投资者只能享有国内救济途径,同时拥有外国国籍的投资者却能享有我国在国际投资协定中赋予外国投资者的国际救济途径,这会使国内外投资者在国际竞争中处于不公平地位。我国与外国缔结国际投资协定的本意是保护外国投资者的投资,倘若放任拥有事实双重国籍的本国投资者将我国诉至仲裁,不仅可能导致我国缔约目的落空,国家主权和国家利益也可能受到负面影响。

2. 外国投资者条约挑选的风险

国际投资仲裁中拥有双重国籍的自然人投资者是否适格,主要取决于提起仲裁所依据的国际投资协定如何规定。我国与其他国家缔结国际投资协定的发展情况大致可以分为三个阶段。^③第一阶段是 20 世纪八九十年代,这是我国缔结国际投资协定数量最多的阶段。其中关于“投资者”定义的规定比较简单,通常只是宽泛地将投资者定义为根据缔约一方法律拥有其国籍的自然人,几乎不涉及自然人双重国籍的认定问题。如 1986 年签署的《中国—英国双边投资条约》规定,只要自然人根据中国法律拥有中国国籍或者根据英国法律拥有国民身份,就可以成为适格投资者。^④第二阶段是 2000 年至 2010 年,我国在此阶段吸收和借鉴了国际上缔结投资协定的经验,国际投资协定的内容更加丰富。在“投资者”定义方面,尽管大多数国际投资协定沿用了第一阶段的定义方式,但部分国际投资协定已经注意到自然人双重国籍引发的认

^① 参见王全:《国际法视域下双重国籍问题研究》,安徽大学出版社 2021 年版,第 30 页。

^② 参见《中国—荷兰 BIT》第 10 条第 3 款。

^③ 参见王彦志:《“一带一路”倡议下中国国际投资协定实践:回顾与前瞻》,《武大国际法评论》2023 年第 6 期,第 25 页。

^④ 参见《中国—英国 BIT》第 1 条第 1 款。

定问题。如2000年签署的《中国—伊朗BIT》将“投资者”定义为,根据缔约任何一方的法律视为其国民,并且不具有东道国缔约一方国籍的自然人。^①这一规定与《华盛顿公约》第25条第2款的国籍要求类似,虽能排除拥有东道国国籍的自然人投资者将东道国诉至仲裁,却无法有效限制拥有第三国国籍的自然人投资者实施条约挑选行为。第三阶段是2010年至今,此阶段下“投资者”定义条款的变化与第二阶段基本一致,即大多数国际投资协定依旧采用宽泛的定义方式,只有极少数国际投资协定规定了自然人双重国籍的认定标准。如2022年生效的《区域全面经济伙伴关系协定》仍规定,投资者是指根据一缔约方法律为其国民或公民的自然人。^②可见,不同代际的国际投资协定关于“投资者”定义条款的规定变化较小,普遍以宽泛的定义方式规定何为自然人投资者,很少限定自然人投资者何时被排除在协定保护范围之外。基于此类条款,一旦我国与外国投资者之间发生投资争端,无异于将确定适格投资者范围的权利由缔约国转交至仲裁庭,这为投资者合法实施条约挑选留下了空间。

国际投资仲裁实践表明,仲裁庭具有扩张属人管辖权的偏好,通常是通过强调约文的表面含义、条约目的及宗旨来对“投资者”定义进行扩大解释。在自然人双重国籍的认定过程中,仲裁庭会尽可能地认可自然人投资者的适格身份,体现为将国际投资协定对真实联系测试的沉默态度解释为缔约方不存在限制意图。即使自然人投资者通过条约挑选行为取得缔约国国籍,不论其与国籍国之间是否具有真实联系,只要符合国际投资协定规定的宽泛国籍要求,就可以得到国际投资协定的保护。^③仲裁庭的解释表面上可能符合国际投资协定文本的含义,却未考虑到国际投资协定实质上反映的是缔约国之间的利益关系。一缔约国对另一缔约国投资者承担保护义务的同时,也会限制投资者享有权利的范围,以此实现一种相对平衡的权利义务关系。如果自然人投资者可以通过加入或取得缔约国国籍的方式获得国际投资协定保护,那么无疑突破了国际投资协定对投资者权利范围的束缚,打破了国际投资协定建立的相互关系,致使东道国处于明显不利地位。尤其是在双重国籍呈扩张态势的当下,我国作为投资东道国,如果放任自然人投资者实施条约挑选行为,不仅会加重我国的应诉负担,也会影响我国缔结国际投资协定所期待的互惠利益,还有可能减损我国基于国家主权缔结国际条约的权威性。

(二)我国的应对策略

为了防范前述风险,我国可以在缔结或者修订的国际投资协定中明确纳入国家

^① 参见《中国—伊朗BIT》第1条第2款。

^② 参见《区域全面经济伙伴关系协定》第10.1条第9款。

^③ 参见徐树:《国际投资仲裁中投资者的“条约选购”问题研究》,《国际经济法论刊》2013年第2期,第125-126页。

无责任规则与真实联系测试,并且在国际投资仲裁实践中积极运用善意原则及禁止权利滥用原则。

1. 完善国际投资协定的规定

综观现有国际投资协定的实践,我国已签署 124 个 BIT 和 22 个 FTA。^①通过考察“投资者”定义条款可以发现,仅有 9 个中外投资协定规定了自然人双重国籍认定标准,其中 3 个中外投资协定规定的自然人双重国籍认定标准仅适用于缔约另一方,如 1993 签署的《中国—乌拉圭 BIT》将“投资者”定义分为两个方面:一是在我国方面,系指拥有我国国籍的自然人;二是在乌拉圭方面,系指根据乌拉圭法律拥有其国籍的自然人,而且该协定不适用于依照乌拉圭法律被视为双重国籍的自然人在乌拉圭境内的投资。^②也就是说,对于我国而言,目前只能明确根据 5 个国际投资协定主张国家无责任规则,根据 1 个国际投资协定主张真实联系测试(见表 1)。鉴于国际投资协定是国际投资仲裁最主要的法律依据,完善国际投资协定中的“投资者”定义条款无疑是解决自然人双重国籍认定问题的最佳方案,具体而言主要是通过国家无责任规则和真实联系测试限定自然人投资者的适格身份。

表 1 中外投资协定中自然人双重国籍认定标准

自然人双重国籍认定标准	中外投资协定	适用范围
国家无责任规则	《中国—乌拉圭 BIT》(1993)	乌拉圭方
	《中国—以色列 BIT》(1995)	缔约双方
	《中国—伊朗 BIT》(2000)	缔约双方
	《中国—哥斯达黎加 BIT》(2007)	哥斯达黎加方
	《中国—哥伦比亚 BIT》(2008)	缔约双方
	《中国—利比亚 BIT》(2010)	缔约双方
	《中国—加拿大 BIT》(2012)	缔约双方
真实联系测试	《中国—波黑 BIT》(2000)	波黑方
	《中国—毛里求斯 FTA》(2019)	缔约双方

^① 其中,17 个 BIT 已签署但尚未生效。See UNCTAD, International Investment Agreements Navigator: China, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/42/china>, visited on 27 March 2024.

^② 参见《中国—乌拉圭 BIT》第 1 条第 2 款。此外,中外投资协定中规定了自然人双重国籍认定标准的条款包括:《中国—以色列 BIT》第 1 条第 3 款、《中国—伊朗 BIT》第 1 条第 2 款、《中国—哥斯达黎加 BIT》第 1 条第 2 款、《中国—哥伦比亚 BIT》第 1 条第 2 款、《中国—利比亚 BIT》第 1 条第 2 款、《中国—加拿大 BIT》第 1 条第 2 款、《中国—波黑 BIT》第 1 条第 2 款、《中国—毛里求斯 FTA》第 8.1 条。

其一,纳入国家无责任规则。国家无责任规则是指,基于国家主权平等原则,国家无须就其对自己国民造成的损害向其他国家承担责任,包括该国民的其他国籍国。^①《华盛顿公约》第25条第2款规定的消极国籍要求正是这一规则的表现,即本国国民不得将母国造成的损害诉至国际仲裁。但在实践中,非ICSID仲裁因缺乏类似规定可能出现相反裁决,ICSID仲裁也可能因投资者拥有东道国以外缔约国国籍的时间对国家无责任规则的实际效果产生影响。例如,在Pey Casado and Allende Foundation v. Chile案中,申请人同时拥有西班牙和智利国籍,在提起仲裁的两周前放弃了智利国籍,随后依据《西班牙—智利BIT》将智利诉至ICSID仲裁。对此,仲裁庭认为,根据《华盛顿公约》第25条第2款的规定,自然人投资者国籍的确定应采取双重检验日期,即自然人应在双方同意将争端提交仲裁之日以及仲裁请求登记之日符合积极国籍要求和消极国籍要求,本案申请人在将争端提交仲裁之日并不拥有东道国国籍,故应认可其适格投资者身份。^②可见,在提出仲裁请求之日这一宽松的时间要求下,即便是ICSID仲裁,拥有双重国籍的自然人投资者仍可以采取事后放弃东道国国籍的策略,仅拥有东道国国籍的自然人投资者亦可以采取事后取得外国国籍的策略,绕过国家无责任规则。从逻辑层面上看,自然人投资者在获得条约利益之时就应该是国际投资协定保护的适格投资者,这意味着缔约国可以采用更加严格的时间限制,要求自然人投资者在东道国违反国际投资协定的争议措施实施之日就拥有除东道国以外的缔约国国籍。^③为了防止本国投资者利用事实上的双重国籍将我国诉至国际仲裁,我国应着重关注以下方面:首先,目前我国签署的绝大多数国际投资协定仍采用宽泛的“投资者”定义方式,《中国—乌拉圭BIT》和《中国—哥斯达黎加BIT》也仅在外方规定国家无责任规则,因而我国可以在缔结或修订的国际投资协定中纳入国家无责任规则,明确投资者在中外双方均指不具有缔约方双重国籍的自然人,为我国在实践中主张国家无责任规则提供条约依据。其次,为了避免本国投资者采取机会主义行为,我国可以在国际投资协定中将国籍的确定日期提前至东道国被指控的违约行为发生之日,即将“投资者”定义为:“在发生损害之日以及争端提交仲裁之日,根据缔约一方法律具有该国国籍并且不具有缔约另一方国籍的自然人。”

其二,纳入真实联系测试。须注意的是,即使真实联系测试在国际投资仲裁领域的适用尚存争论,国际投资协定仍可以将其确定为自然人双重国籍的认定标准。例如,在Ballantine v. Dominican Republic案中,申请人同时具有美国和多米尼亚国籍,

① 参见王全:《国际法视域下双重国籍问题研究》,安徽大学出版社2021年版,第139页。

② See Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/98/2, Award, para.317.

③ See Javier García Olmedo, Recalibrating the International Investment Regime Through Narrowed Jurisdiction, 69 International and Comparative Law Quarterly 323 (2020).

依据《美国—多米尼加—中美洲 FTA》向 PCA 提起仲裁。仲裁庭指出,《美国—多米尼加—中美洲 FTA》明确规定“自然人应被视为是其主要和实际国籍国的国民”,故拥有双重国籍的自然人必须满足真实联系测试。通过考量自然人的惯常居住地、对特定国家的依恋程度、利益中心、社会参与和家庭生活中心、获得国籍以及争端发生的具体情况等因素,仲裁庭认定申请人的主要和实际国籍是多米尼加国籍,最终裁定申请人作为东道国国民不具有适格投资者身份。^①就此而言,尽管仲裁庭主观上具有扩张属人管辖权的偏好,只要国际投资协定明确规定了真实联系测试,与母国不具有真实联系的自然人就会被排除在适格投资者范围之外,从而防范因“投资者”宽泛定义引发的条约挑选风险。立足于我国视角,现行国际投资协定虽数量众多,却只有在依据《中国—毛里求斯 FTA》提起的仲裁案件中,我国提出适用真实联系测试的抗辩才具有条约依据。因此,为了约束可能发生的条约挑选行为,我国可以采取的有效方案是:首先,我国可以在缔结或修订的国际投资协定中纳入真实联系测试,将其确定为中外双方自然人双重国籍的认定标准,即自然人双重国籍的认定应以其主要和实际联系国籍为准。其次,为了避免仲裁庭将真实联系测试的适用范围限缩解释为仅拥有东道国双重国籍的情形,我国可以在国际投资协定中澄清真实联系测试的适用类型,即在“投资者”定义条款中规定:“拥有任何缔约一方和任何非缔约方双重国籍的自然人,应被视为是其主要和实际国籍国的国民”。最后,为了进一步限制仲裁庭扩张解释真实联系测试,我国可以在缔结或修订的国际投资协定中规范真实联系测试的具体适用条件,也可以与另一缔约国发布联合解释性声明加以说明,以使仲裁结果尽可能地符合缔约国的协调意志。具体而言,第一,可以列出真实联系测试的考量因素,关键在于拥有双重国籍的自然人投资者与提起仲裁所依据的国籍国之间是否具有足够联系,如自然人的永久住所、利益中心、惯常居住地等因素均可列入其中;第二,可以明确真实联系测试的适用时间,如规定投资者与国籍国在发生损害之日以及争端提交仲裁之日具有真实联系,以此防范自然人投资者利用宽松的时间要求规避真实联系测试的适用可能。

2. 积极主张禁止权利滥用原则

善意原则作为各国公认的一般法律原则,在国际投资仲裁中的适用有其国际法基础:一是《国际法院规约》(Statute of the International Court of Justice)第 38 条第 3 款将一般法律原则视为国际法的法律渊源;二是《维也纳条约法公约》第 31 条关于条约解释的规则要求“善意解释之”,而且还应考虑“适用于当事国间关系之任何有关国际法规则”。据此,善意原则及其派生的禁止权利滥用原则既可以用于填补投资协定留下的法律空白,成为仲裁庭判断投资仲裁案件是非曲直的依据和标准;也可以用于

^① See Michael Ballantine and Lisa Ballantine v. The Dominican Republic, PCA Case No.2016-17, Final Award, para.529.

解释国际投资协定,即不论仲裁庭采用何种演进的解释方法,都必须秉持善意原则。

禁止权利滥用原则作为善意原则的派生原则,其建立正是为了避免争端一方通过一种异常、过度或滥用的方式行使权利,而对争端另一方造成损害或逃避法律规则的约束。^①如果投资者取得双重国籍是为了避开对其不利的国际投资协定或东道国国内法的约束,借此获取对其更有利的仲裁结果,理应视为非善意的权利滥用行为。未来,我国面对自然人投资者拥有双重国籍的仲裁案件时,可以考察自然人投资者取得双重国籍的时间和动机是否构成权利滥用,及时地提出管辖权异议。具体而言,无论是本国投资者还是外国投资者实施了条约挑选行为,我国在举证过程中均可以重点关注以下内容:其一,自然人投资者取得母国国籍的时间。如果已经发生或者可以预见极有可能发生特定投资争端,自然人投资者取得双重国籍的真实意图明显是为了获取对其更有利的国际投资协定保护,此时很容易证明自然人投资者的行为构成非善意的权利滥用。其二,自然人投资者与母国之间的联系。虽然在国际投资协定缺乏明确规定的情形下,仲裁庭基本不会支持在国际投资仲裁中适用真实联系测试,但如果在可以预见极有可能发生投资争端之时,乃至在已经发生投资争端之时,甚至在提出仲裁请求之时,自然人投资者与母国之间均不具有真实联系,反而与涉诉东道国或者非缔约第三国之间具有真实联系,即自然人投资者提起仲裁所依据的国际投资协定并非由其主要和实际联系国籍国缔结,那么这在一定程度上也反映了自然人投资者存在滥用国际投资协定的意图,有助于证明自然人投资者取得双重国籍的行为有违禁止权利滥用原则。

结语

本质上,争端双方关于真实联系测试能否适用于国际投资仲裁的分歧,是国际投资协定对“投资者”定义过于宽泛所致。大多数情况下,仲裁庭具有扩张自身管辖权的偏好,更倾向于将国际投资协定的文本进行表面化解释,同时强调国际投资协定保护和促进投资的目的及宗旨来加固论据,而基本不愿意适用真实联系测试否认适格投资者身份。无论是拥有东道国双重国籍的自然人投资者将东道国诉至国际仲裁,还是拥有第三国双重国籍的自然人投资者将东道国诉至国际仲裁,目前均可能获得仲裁庭支持。对于包括我国在内的东道国而言,面对自然人双重国籍可能引发的被诉风险,最有效的应对措施是在缔结或修订的国际投资协定中细化“投资者”定义条款,可以明确纳入国家无责任规则和真实联系测试,这不仅有助于增强国际投资协定的可预见性和可操作性、限制仲裁庭裁量案件的主观任意性,也符合当前国际社会关于投资者与国家间争端解决机制的改革需求。

^① 参见银红武:《论国际投资仲裁“程序滥用”及其规制》,《西北大学学报(哲学社会科学版)》2020年第2期,第76-77页。

Research on the Identification of Dual Nationality of Natural Persons in International Investment Arbitration: From the Perspective of Genuine Link Test

Abstract: International investment agreements commonly regard the nationality of natural persons as the pivotal criterion for determining qualified investors, but this broad definition is insufficient to address the identification issues stemming from the emergence of dual nationality. As a customary international law in diplomatic protection, whether the genuine link test can be applied in international investment arbitration has often become the focal point of dispute between the disputing parties concerning jurisdictional matters. Given the significant disparities in nature and purpose between international investment arbitration and diplomatic protection, it would be unwise to transplant the genuine link test to international investment arbitration directly. A more appropriate approach should be to distinguish whether a natural person possesses the nationality of the host state and, based on complying with the explicit provisions of international investment agreements, supplemented by applying the principle of good faith and prohibition of abuse of rights. This approach can prevent natural persons from submitting their home state to international arbitration or engaging in bad faith treaty shopping, which also presents a feasible way for China to address the issue of dual nationality among natural persons.

Key words: dual nationality; diplomatic protection; genuine link; treaty shopping; abuses of rights

(责任编辑:乔雄兵)