

# Bảo hộ nhà đầu tư là pháp nhân nước ngoài trong hiệp định đầu tư: Xem xét từ những ví dụ thực tế của Nhật Bản

Iwase Maomi\*

*Khoa Kinh tế, Trường Đại học Công lập tỉnh Hyogo, Nishi-Ku, Kobe-shi, Hyogo-ken, 651-2197 Japan*

Nhận ngày 05 tháng 09 năm 2016

Chỉnh sửa ngày 30 tháng 10 năm 2016; Chấp nhận đăng ngày 20 tháng 12 năm 2016

**Tóm tắt:** Công ti con được thành lập để thực hiện hoạt động đầu tư tại nước nhận đầu tư có hai khía cạnh: “là chủ thể trực tiếp thực hiện hoạt động đầu tư ở nước nhận đầu tư” và “là công ti được thành lập theo pháp luật của nước nhận đầu tư”. Xét trên hai khía cạnh này, tôi sẽ làm rõ ý định tăng cường bảo hộ và xúc tiến hoạt động đầu tư giữa các nước ký kết kể cả về mặt hình thức lẫn thực chất của Nhật Bản trong những Hiệp định đầu tư (IIAs) đã ký kết cho đến nay về nhà đầu tư là pháp nhân và công ti con được thành lập theo pháp luật của nước nhận đầu tư.

**Từ khóa:** Nhật Bản, Hiệp định đầu tư (IIAs), Bảo hộ nhà đầu tư, công ti con được thành lập tại nước nhận đầu tư.

## 1. Mở đầu

Hiện nay, để bảo hộ và xúc tiến đầu tư, nhiều hiệp định đầu tư quốc tế<sup>1</sup> (International Investment Agreements, viết tắt là IIAs) đã và đang được ký kết. Tính đến cuối năm 2015 đã có 3.304 IIA được ký kết (trong đó có 2.946

hiệp định đầu tư song phương - BIT) [1]. Có 2 loại IIA<sup>2</sup>: Loại thứ nhất là “hiệp định bảo hộ đầu tư” mang tính truyền thống, với mục đích bảo hộ tài sản đầu tư hay nhà đầu tư trong giai đoạn sau đầu tư; loại thứ 2 là “hiệp định bảo hộ và tự do hoá đầu tư”, bao gồm “Chương đầu tư” trong hiệp định thương mại tự do (FTA) và hiệp định liên kết kinh tế (EPA), thường quy định các nội dung như chế độ đãi ngộ dành cho người dân trong nước, cấm yêu cầu thi hành biện pháp cụ thể từ giai đoạn bắt đầu đầu tư. Đa số những IIA được ký kết gần đây đều có quy định thủ tục giải quyết tranh chấp đầu tư giữa nhà nước (nước nhận đầu tư) và nhà đầu tư (Investor-State Dispute Settlement, viết tắt là ISDS). Từ nửa sau những năm 1990, số vụ việc uỷ thác cho thủ tục trọng tài dựa vào các điều

\* ĐT.: +81-787945604

Email: iwase@econ.u-hyogo.ac.jp

<sup>1</sup> [1, tr. 102]. Tại Hội nghị phát triển thương mại Liên hợp quốc (United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD) đã kết hợp hiệp định đầu tư song phương (BITs) và “những IIA khác” (hiện nay gọi là hiệp định có quy định đầu tư (TIPs) thành hiệp định đầu tư quốc tế (IIAs). Bài viết này sử dụng thuật ngữ IIA (hiệp định đầu tư quốc tế) với nghĩa rộng, bao gồm cả 2 khái niệm: “Hiệp định bảo hộ đầu tư” và “Hiệp định bảo hộ, tự do hoá đầu tư” nếu không có chú thích khác. Xem: UNCTAD “World Investment Report 2016,” UNCTAD/WIR/2016, tr. 102, <[http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2016\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2016_en.pdf)>

<sup>2</sup> [1, tr. 101]. UNCTAD, sđd, tr. 101.

khoản ISDS tăng mạnh<sup>3</sup>. Theo báo cáo được công bố, đến cuối năm 2015 đã có 696 vụ được giải quyết bằng thủ tục trọng tài trong hiệp định đầu tư<sup>4</sup>.

Đến tháng 02/2016, Nhật Bản đã ký kết 28 BIT, 13 chương đầu tư EPA<sup>5</sup>, trong đó có 35 văn bản đã có hiệu lực. Tuy nhiên, so với một số nước chủ trọng đầu tư<sup>6</sup> hay một số nước châu Á khác,<sup>7</sup> con số đó vẫn còn ít. Nguyên nhân được cho là Chính phủ Nhật Bản chưa tích cực tham gia ký kết [2]. Song do sự biến đổi của môi trường quốc tế thời gian gần đây, tháng 6/2008, Bộ ngoại giao Nhật Bản đã công bố “đẩy mạnh mang tính chiến lược việc ký kết hiệp định đầu tư song phương”; tháng 6/2012, công bố bản quyết nghị của Chính phủ Nhật {“Chiến lược phát triển mới – Kích bản phục hồi “Nhật Bản khỏe mạnh”}, trong một chiến lược hợp tác kinh tế Châu Á, Chính phủ Nhật Bản đã đề ra “thúc đẩy ký kết điều ước về thuế quan, hiệp định về bảo hiểm xã hội, hiệp định đầu tư”<sup>8</sup>. Cho đến nay, ngoại trừ EPA Nhật Bản – Philippines và EPA Nhật Bản – Úc, những IIA mà Nhật Bản đã ký kết đều có quy định về ISDS. Song hiện vẫn chưa có doanh nghiệp Nhật Bản nào sử dụng điều khoản trọng tài quy định trong IIA (ngoại trừ 2 vụ kiện do doanh nghiệp Nhật Bản được thành lập ở nước ngoài khởi kiện được công bố)<sup>9</sup>, và cũng chưa có vụ

kiện nào do Chính phủ Nhật Bản khởi kiện<sup>10</sup>. Tuy nhiên, hiện nay Chính phủ và giới doanh nghiệp Nhật Bản đều nhận thức được tầm quan trọng của thủ tục ISDS và thủ tục này đã trở thành phương thức xử lý tranh chấp đúng đắn với chính phủ của các quốc gia có chế độ tư pháp chưa phát triển hoặc cho dù không khởi kiện thì ISDS cũng được cho là sẽ có tác dụng như một công cụ trong việc kiểm chế chính phủ đối phương và thúc đẩy đàm phán có lợi cho mình [3].

Đề nhà đầu tư sử dụng thủ tục ISDS quy định trong IIA, điều kiện cần là hạng mục đầu tư của nhà đầu tư đó phải nằm trong định nghĩa về “nhà đầu tư” và “tài sản đầu tư” [4]. Trong trường hợp nhà đầu tư tiến hành hoạt động đầu tư thông qua công ti con được thành lập tại nước nhận đầu tư, “phần vốn góp” mà nhà đầu tư đã đầu tư vào công ti con đó được bảo hộ với tư cách “vốn đầu tư”, nhưng đồng thời công ti con đó sẽ có tư cách pháp nhân độc lập với nhà đầu tư. Trong Công ước về giải quyết tranh chấp đầu tư giữa một quốc gia thành viên và nhà đầu tư của quốc gia thành viên khác (Công ước ICSID)<sup>11</sup>, có công nhận thẩm quyền xử lý

<sup>3</sup> [2, tr. 770]. Bộ Kinh tế, Thương mại và Công nghiệp, Nhật Bản (2016), sdd, tr. 770.

<sup>4</sup> [1, tr. 104]. UNCTAD, sdd, tr. 104.

<sup>5</sup> [2 Bộ Kinh tế, Thương mại và Công nghiệp, Nhật Bản (2016), sdd, tr. 761 - 763.

<sup>6</sup> Theo UNCTAD, Mỹ đã ký kết 47 BIT; Đức đã ký 156 BIT (trừ FTA và “chương đầu tư” của EPA). Xem: UNCTAD (web), “Investment Dispute Settlement Navigator,” at <<http://investmentpolicyhub.unctad.org>>.

<sup>7</sup> Theo UNCTAD, Hàn Quốc đã ký kết 99 BIT; Trung Quốc đã ký 145 BIT (đã trừ FTA và “chương đầu tư” của EPA). UNCTAD (web), sdd.

<sup>8</sup> Bộ Kinh tế, Thương mại và Công nghiệp, Nhật Bản (web), “Khái quát về hiệp định đầu tư và cơ cấu của Nhật Bản,” 2012, <[http://www.meti.go.jp/policy/trade\\_policy/epa/pdf/BITrsr/121113BIToverview.pdf](http://www.meti.go.jp/policy/trade_policy/epa/pdf/BITrsr/121113BIToverview.pdf)> (Tiếng Nhật).

<sup>9</sup> Một số nguyên nhân được chỉ ra, ví dụ cho nguyên nhân doanh nghiệp Nhật Bản không sử dụng trọng tài hiệp định đầu tư, thiếu hiểu biết về tập quán kinh doanh của doanh

ngiệp Nhật Bản, đặc tính người dân là không muốn sử dụng biện pháp pháp lý (tổ tụng, trọng tài...), mức sử dụng IIA của các bên đương sự và các bên liên quan; ký kết với ít nước; trong trường hợp doanh nghiệp mong muốn tiếp tục hoạt động đầu tư tại nước nhận đầu tư thì chần chừ áp dụng thủ tục ISDS (uỷ thác trọng tài) do sợ làm mất mối quan hệ hữu hảo với nước nhận đầu tư; ứng phó bằng bảo hiểm đầu tư. Xem: Hiệp hội quy hoạch Nhật Bản, “Bản báo cáo nghiên cứu điều tra liên quan đến chiến lược xúc tiến xuất khẩu kế hoạch hạ tầng nhờ hiệp định liên kết kinh tế”, 2011, tr. 3-4, tr. 69, <<http://www.jef.or.jp/PDF/j22-1-04.pdf>> (Tiếng Nhật).

<sup>10</sup> UNCTAD (web), sdd; Bộ Ngoại giao, Bộ Kinh tế, Thương mại và Công nghiệp, Nhật Bản (web), “Khái quát về thủ tục giải quyết tranh chấp (ISDS) giữa nhà đầu tư và quốc gia giải quyết tranh chấp giữa nhà nước và nhà đầu tư,” 2012, <[http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/tpp/pdfs/tpp20120327\\_06.pdf](http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/tpp/pdfs/tpp20120327_06.pdf)> (Tiếng Nhật).

<sup>11</sup> Ký kết tại Washington ngày 18 tháng 3 năm 1965. *Về Công ước ICSID và về ICSID*, Xem: IKEDA Fumio, Nghiên cứu về phương pháp giải quyết tranh chấp đầu tư, NXB Phòng nghiên cứu kinh tế châu Á, 1969 (Tiếng

vụ việc của Trung tâm quốc tế giải quyết các tranh chấp đầu tư (ICSID) đối với “pháp nhân có quốc tịch của một bên ký kết (không phải nước nhận đầu tư)” và “pháp nhân có quốc tịch của nước ký kết (nước nhận đầu tư) nhưng chịu sự chi phối của người nước ngoài, mà vì sự chi phối đó, các bên đã đồng ý sử dụng tư cách công dân của nước ký kết khác (nước đầu tư) (điểm b, khoản 2, Điều 25)[5].

Ngoài ra, một vấn đề được đặt ra là, nhà đầu tư, đặc biệt nhà đầu tư là pháp nhân, thực hiện đầu tư thông qua công ti không có hoạt động kinh doanh nào trên thực tế (paper company) tại một bên ký kết của IIA có được bảo hộ hay không? Nói cách khác, đang có sự không thống nhất về khái niệm nhà đầu tư (nhà đầu tư là pháp nhân) sẽ được bảo hộ bởi IIA theo quy định trọng tài ICSID nhằm bảo hộ trực tiếp cho công ti con tại nước nhận đầu tư do lo ngại về quyền lợi của chủ thể chi phối công ti đó [6]. Trên thực tế, cũng có nhà đầu tư bán khoán về sự tồn tại của IIA và tiến hành đầu tư thông qua doanh nghiệp của nước thứ 3<sup>12</sup>. Cho đến nay, về nguyên tắc là tôn trọng ý chí của các quốc gia liên quan trong IIA về việc đưa ra khái niệm nhà đầu tư là pháp nhân. Do vậy, các nước cần thể hiện ý đồ chính trị rõ ràng của mình trong những quyết định trọng tài trong hiệp định đầu tư, bao gồm cả trọng tài theo ICSID [7].

Trong BIT, thông thường các nước ký kết sẽ tiến hành đàm phán, ký kết dựa trên hiệp định đầu tư mẫu do các nước soạn thảo từ trước<sup>13</sup>. Tuy nhiên, đối với Nhật Bản, hiệp định

đã ký kết đóng vai trò là hiệp định mẫu<sup>14</sup>. Từ quan điểm bảo hộ đầu tư cho các doanh nghiệp Nhật Bản tại các quốc gia đang phát triển, Chính phủ Nhật Bản đã ký kết hiệp định bảo hộ đầu tư với 9 quốc gia và vùng lãnh thổ<sup>15</sup>. Sau BIT Nhật Bản - Hàn Quốc (ký kết tháng 3/2002, có hiệu lực tháng 1/1/2003)<sup>16</sup>, Hiệp định bảo hộ và tự do hoá đầu tư quy định nguyên tắc tự do hoá thương mại đã được ký kết. Trong BIT Nhật - Hàn này, Chính phủ Nhật Bản và Chính phủ Hàn Quốc thể hiện rõ ý đồ chính trị của mình trong đó. Đó là sự ủng hộ việc xúc tiến đầu tư của nhân dân hai nước<sup>17</sup>. Do vậy, trong bài viết này, tôi sẽ đề cập đến BIT Nhật Bản - Mông Cổ là “hiệp định bảo hộ đầu tư” được ký cuối cùng (ký ngày 15/2/2001,

---

Bình luận YATANI Michiro, Nhip điều hợp tác kinh tế ngoài - Thực trạng và vấn đề của nó, NXB Phòng nghiên cứu kinh tế châu Á, 1996, tr. 7 (Tiếng Nhật); Michael R. Reading, “The Bilateral Investment Treaty in ASEAN: A Comparative Analysis,” Duke Law Journal 42(3) (1992), tr. 679, tr. 681, ghi chú 13.

<sup>14</sup> Ví dụ, trong Ủy ban ngoại vụ của Hạ nghị viện, khi thẩm tra về hiệp định bảo hộ đầu tư đầu tiên giữa Nhật Bản và Hi Lạp, đại diện của phía Chính phủ Nhật Bản đã phát biểu rằng hiệp định này sẽ trở thành hiệp định mẫu cho những lần ký kết hiệp định sau. Tham khảo: Thượng nghị viện Nhật Bản, “Ký lục cuộc họp của ủy ban ngoại giao, thượng nghị viện, phần 4,” 1997 (Tiếng Nhật). Ngoài ra, trong Ủy ban ngoại vụ của Hạ nghị viện, khi thẩm tra Hiệp định giữa Nhật Bản và Singapore, ý kiến của Chính phủ là nếu lấy nội dung của hiệp định có sẵn để làm mẫu thì sẽ không phù hợp với các nước trong khối ASEAN vì sự chênh lệch về trình độ phát triển. Do vậy, Hiệp định giữa Nhật Bản và Singapore đã trở thành ví dụ tham khảo và trong những lần đàm phán ký kết sau đó, nội dung của Hiệp định sẽ được bàn bạc riêng để phù hợp nhất với nước đối tác trong hiệp định. Tham khảo: Hạ nghị viện Nhật Bản, “Cuộc họp của ủy ban ngoại giao, hạ nghị viện, lần thứ 154,” 2002 (Tiếng Nhật).

<sup>15</sup> Những hiệp định mà Nhật Bản đã ký và có hiệu lực. Tham khảo: Bộ Ngoại giao, Nhật Bản (web), “Đầu tư,” 14/9/2016,

<<http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/investment/index.html>> (Tiếng Nhật).

<sup>16</sup> Hiệp định giữa Chính phủ Nhật Bản và Chính phủ Hàn Quốc về tự do hoá, thúc đẩy và bảo hộ đầu tư (Hiệp định số 17, năm 2002).

<sup>17</sup> Bộ Ngoại giao, Nhật Bản (web), “Thủ tướng KOIZUMI ‘Ký kết hiệp định đầu tư Nhật - Hàn’,” 2002, <[http://www.mofa.go.jp/mofaj/kaidan/s\\_koi/korea02/toushikyoutei/index.html](http://www.mofa.go.jp/mofaj/kaidan/s_koi/korea02/toushikyoutei/index.html)> (Tiếng Nhật).

---

Nhật); KAWANO Mariko, “Trung tâm quốc tế giải quyết tranh chấp đầu tư. Chế độ và hoạt động của nó,” Pháp luật chính trị TSUKUBA 18 (1995) 325 (Tiếng Nhật); KAWANO Mariko, “Chế độ và hoạt động của trung tâm giải quyết tranh chấp đầu tư,” Phòng pháp vụ thương mại quốc tế 26(6) (1998) 601 (Tiếng Nhật).

<sup>12</sup> Bộ Kinh tế, Thương mại và Công nghiệp, Nhật Bản (2016), sdd, tr. 773 - 774.

<sup>13</sup> S. Sornarajah, The Settlement of Foreign Investment Disputes, Kluwer Law International, 2000, tr. 14. Ví dụ, hầu hết những hiệp định đầu tư song phương mà Mỹ đã ký kết đều được biên soạn dựa vào hiệp định mẫu khi ký kết. Tham khảo: YOKOKAWA Arata, “Nghị luận và thay đổi của hiệp định bảo hộ đầu tư song phương của Mỹ,” in

có hiệu lực 24/3/2002)<sup>18</sup> “Chương đầu tư” của EPA Nhật – Singapore là EPA đầu tiên của Nhật Bản đồng thời là “hiệp định bảo hộ và tự do hoá đầu tư” (ký 2/2002, có hiệu lực tháng 11 cùng năm)<sup>19</sup>; BIT Nhật – Hàn; BIT Nhật – Việt, ban đầu được ký với tư cách là BIT, sau đó được ký thành EPA (ký 11/2003, có hiệu lực 12/2004)<sup>20</sup>; và IIA Nhật – Hàn – Trung (ký 6/2012, có hiệu lực 5/2014)<sup>21</sup>, qua đó làm rõ những quy định liên quan đến nhà đầu tư pháp nhân và công ti con tại nước bản địa trong các IIA mà Nhật đã ký kết; tìm hiểu về hoạt động đầu tư của các nước ký kết được thể hiện trong IIA; đặc biệt tìm hiểu ý đồ của Nhật Bản về việc bảo hộ “đầu tư của nhà đầu tư tiến hành thông qua công ti con tại nước bản địa”.

<sup>18</sup> Hiệp định giữa Nhật Bản và Mông Cổ về xúc tiến và bảo hộ đầu tư (Hiệp định số 2, năm 2002). BIT Nhật – Mông Cổ là hiệp định có nội dung về cơ bản giống với những hiệp định đầu tư song phương mà Nhật Bản đã ký với những nước khác cho đến thời điểm đó. Tham khảo: Bộ Ngoại giao, Nhật Bản (web), “Mông Cổ,” <[http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/investment/h\\_mongolia.html](http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/investment/h_mongolia.html)>.

<sup>19</sup> Hiệp định giữa Nhật Bản và cộng hoà Singapore về liên kết kinh tế trong thời đại mới (Hiệp định số 16, năm 2002).

<sup>20</sup> Hiệp định giữa Nhật Bản và nước cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam về tự do hoá, thúc đẩy và bảo hộ đầu tư (Hiệp định số 15, năm 2004). Về ý nghĩa của BIT Nhật – Việt, Nhật Bản cho rằng đó là hiệp định đầu tư kiểu mới trên cơ sở BIT Nhật – Hàn, và có thể tiếp nối BIT Nhật – Hàn, EPA Nhật – Singapore, có khả năng trở thành kiểu mẫu BIT mới. Xem: Bộ Ngoại giao, Nhật Bản (web), “Hiệp định đầu tư Nhật, Việt,” <<http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/investment/vietnam.html>> (Tiếng Nhật).

<sup>21</sup> Hiệp định giữa chính phủ Nhật Bản, chính phủ cộng hoà nhân dân Trung Hoa và chính phủ Hàn Quốc về xúc tiến, thuận lợi hoá, bảo hộ đầu tư. Về ý nghĩa của hiệp định đầu tư Nhật – Trung – Hàn, Nhật Bản cho rằng nó có nội dung nâng cao tiêu chuẩn bảo hộ đầu tư trên mọi mặt như thêm vào nội dung BIT Nhật – Trung đã ký, bổ sung điều khoản ISDS trong quan hệ đặc biệt với Trung Quốc. Xem: Bộ Kinh tế, Thương mại và Công nghiệp, Nhật Bản (web), “Khái quát về hiệp định đầu tư Nhật–Trung–Hàn,” 5/2012, <<http://www.meti.go.jp/press/2012/05/20120513001/20120513001-2.pdf>> (Tiếng Nhật).

## 2. Quy định về công ti trong IIA của Nhật Bản

### 2.1. Quy định về công ti của nước ký kết

#### 2.1.1. Nhà đầu tư là pháp nhân của nước ký kết (nước đầu tư)

##### Khái niệm công ti của nước đầu tư

BIT Nhật Bản – Mông Cổ, được áp dụng cho tài sản và lợi ích đầu tư của “nhà đầu tư của một bên ký kết kia” (Điều 9); và quy định “công ti” là pháp nhân công ích, tổ hợp, công ti và đoàn thể, không liên quan đến việc có trách nhiệm hữu hạn, hay có tư cách pháp nhân, hay có mục đích kinh tế hay không, được thành lập theo pháp luật liên quan của một bên ký kết và có địa chỉ tại nước ký kết còn lại sẽ được công nhận là công ti của bên ký kết kia (khoản 4, Điều 1). Ngoài ra, nhà đầu tư là pháp nhân của một bên nước ký kết là công ti theo định nghĩa trong khoản 4 (khoản 5, Điều 1).

EPA Nhật Bản - Singapore được áp dụng đối với “nhà đầu tư của bên ký kết kia trong vùng lãnh thổ của bên ký kết còn lại” (Điều 71); quy định về “nhà đầu tư” (điểm c, Điều 72); “người đầu tư” (điểm d, Điều 72); “nhà đầu tư của bên ký kết kia” (điểm e, Điều 72); “công ti” (điểm g, Điều 72); “doanh nghiệp của bên ký kết kia” (điểm h, Điều 72). Theo đó, “nhà đầu tư” là người tiến hành hoạt động đầu tư và doanh nghiệp cũng được bao gồm cả “người đầu tư”, trong “nhà đầu tư của bên ký kết kia” bao gồm “doanh nghiệp của bên ký kết kia”. Ngoài ra, “doanh nghiệp” là pháp nhân hoặc loại hình tổ chức khác, được thành lập, tổ chức theo đúng quy định của pháp luật, không phụ thuộc vào mục đích thành lập và hình thức của nó. Trong trường hợp nhà đầu tư của nước thứ 3 sở hữu, chi phối công ti mà không “thực hiện hoạt động một cách thực chất” ở một bên ký kết kia thì sẽ bị loại khỏi đối tượng “công ti của một bên ký kết kia” được bảo hộ theo hiệp định. EPA Nhật Bản - Singapore quy định công ti “do nhà đầu tư của nước thứ 3 sở hữu” là trường hợp nhà đầu tư của nước thứ 3 “sở hữu trên 50% phần vốn góp của công ti đó với tư

cách là người hưởng lợi từ số cổ phần đó”; công ti “do nhà đầu tư của nước thứ 3 chi phối” là “trường hợp nhà đầu tư của nước thứ 3 chỉ định hơn nửa số thành viên của doanh nghiệp đó hoặc có quyền quản lý mang tính pháp lý hoạt động của doanh nghiệp đó” (điểm i, Điều 72). Tuy nhiên, về thủ tục ISDS, EPA Nhật Bản - Singapore quy định: Công ti của bên ký kết kia thuộc sở hữu hoặc chịu chi phối bởi nhà đầu tư của nước thứ 3 mặc dù không được bảo hộ theo điểm h, Điều 71 của Hiệp định nhưng nếu tài sản đầu tư đã được thiết lập, thủ đắc, mở rộng thì được chấp nhận ủy thác hoà giải hoặc ủy thác trọng tài quốc tế để giải quyết tranh chấp (khoản 7, Điều 82).

BIT Nhật Bản - Hàn Quốc, Nhật Bản - Việt Nam quy định pháp nhân trong khái niệm “nhà đầu tư” của các nước ký kết là pháp nhân hoặc đoàn thể được thành lập, tổ chức theo đúng quy định của pháp luật của nước ký kết, không phụ thuộc vào mục đích và hình thức thành lập (điểm b, khoản 1, Điều 1 của BIT Nhật Bản - Hàn Quốc; điểm b, khoản 1, Điều 1 của BIT Nhật Bản - Việt Nam). Ngoài ra, IIA Nhật Bản - Trung Quốc - Hàn Quốc quy định về “nhà đầu tư của nước ký kết” và “doanh nghiệp của nước ký kết”. Theo Điều 1, “nhà đầu tư của nước ký kết” là thể nhân hoặc công ti thực hiện đầu tư tại bên ký kết kia, và “công ti của nước ký kết” là pháp nhân hoặc các hình thức tổ chức khác được thành lập, tổ chức theo pháp luật liên quan, không phụ thuộc vào mục đích thành lập, người sở hữu, người chi phối nó. Như vậy, có thể thấy, BIT Nhật Bản - Hàn Quốc, BIT Nhật Bản - Việt Nam và IIA Nhật Bản - Hàn Quốc - Trung Quốc khác với EPA Nhật - Singapore nhưng giống BIT Nhật - Mông Cổ, nhà đầu tư là pháp nhân của nước ký kết, về nguyên tắc được định nghĩa chỉ căn cứ vào luật áp dụng khi thành lập.

*Nhà đầu tư là pháp nhân không được áp dụng hiệp định*

Như đã trình bày trong phần 2.1.1.1, EPA Nhật - Singapore, về nguyên tắc là loại bỏ hình thức do nhà đầu tư của nước thứ 3 sở hữu hay chi phối không có “hoạt động thực chất” ra khỏi

đối tượng nhà đầu tư, doanh nghiệp được thành lập, tổ chức theo luật liên quan của nước đầu tư được bảo hộ theo Hiệp định (điểm h, Điều 71). Trái lại, cũng như trên đã trình bày, BIT Nhật Bản - Hàn Quốc, Nhật Bản - Việt Nam trong định nghĩa chỉ căn cứ vào luật áp dụng khi thành lập để công nhận nhà đầu tư là pháp nhân của nước ký kết được bảo hộ theo Hiệp định. Tuy nhiên, khác với EPA Nhật Bản - Singapore, BIT Nhật Bản - Hàn Quốc, BIT Nhật Bản - Việt Nam quy định điều khoản “phủ nhận lợi ích” ngoài quy định định nghĩa.

Theo BIT Nhật Bản - Hàn Quốc, Nhật Bản - Việt Nam, dù pháp nhân được định nghĩa với tư cách là nhà đầu tư của nước ký kết nhưng cũng có trường hợp hình thức thuộc “sở hữu và chi phối bởi nhà đầu tư của nước thứ 3” không được áp dụng Hiệp định (khoản 2, Điều 22 BIT Nhật Bản - Hàn Quốc; khoản 2, Điều 22 BIT Nhật Bản - Việt Nam). Theo BIT Nhật Bản - Hàn Quốc quy định, trong “trường hợp nước ký kết phủ nhận áp dụng Hiệp định và nước thứ 3 không có quan hệ kinh tế bình thường” hoặc “trong lãnh thổ của nước ký kết là nước có luật áp dụng thành lập pháp nhân, pháp nhân không có hoạt động kinh doanh thực chất” thì có thể bị không được áp dụng Hiệp định đối với nhà đầu tư đó. Ngoài ra, BIT Nhật Bản - Việt Nam cũng quy định trong lãnh thổ của nước ký kết là nước có luật áp dụng, pháp nhân không có hoạt động kinh doanh thực chất có thể bị phủ nhận áp dụng Hiệp định đối với nhà đầu tư đó. IIA Nhật Bản - Hàn Quốc - Trung Quốc quy định trường hợp không được bảo hộ theo Hiệp định, đó là trường hợp nhà đầu tư là pháp nhân của nước đầu tư mà nhà đầu tư của nước không ký kết (nước thứ 3) sở hữu hoặc chi phối (khoản 1, Điều 22), và trường hợp nhà đầu tư là pháp nhân của nước đầu tư do nhà đầu tư của nước thứ 3 hoặc nước nhận đầu tư sở hữu, chi phối (khoản 2, Điều 22). Trong BIT Nhật Bản - Hàn Quốc, nếu nhà đầu tư là pháp nhân, thì nước nhận đầu tư có thể phủ nhận lợi ích từ Hiệp định đối với nhà đầu tư là pháp nhân đó khi nước nhận đầu tư và nước thứ 3 không có quan hệ kinh tế bình thường, hoặc nước nhận đầu tư vi phạm quy định (mang tính cưỡng chế) đối

với nước thứ 3. Trong IIA Nhật – Hàn – Trung, nếu nhà đầu tư là pháp nhân thì nước nhận đầu tư có thể phủ nhận lợi ích của Hiệp định đối với nhà đầu tư đó khi không thực hiện “hoạt động kinh doanh thực chất” ở nước nhận đầu tư, nước nhận đầu tư có thể phủ định lợi ích đối với nhà đầu tư đó<sup>22</sup>.

Như vậy, có thể nói, theo IIA của Nhật Bản, về việc áp dụng hay phủ nhận nhà đầu tư là pháp nhân được bảo hộ theo Hiệp định dựa trên nguyên tắc luật áp dụng khi thành lập. Ngoài ra, Hiệp định còn thể hiện yêu cầu của nước ký kết trong trường hợp nhà đầu tư của nước thứ 3 sở hữu, chi phối nhà đầu tư là pháp nhân đó, nếu muốn được bảo hộ theo Hiệp định thì phải có hoạt động kinh doanh thực chất tại nước đầu tư.

EPA Nhật Bản - Singapore quy định rõ trong “đoàn thể” bao gồm doanh nghiệp bao gồm cả chi nhánh, nhưng BIT Nhật Bản - Hàn Quốc, BIT Nhật Bản - Việt Nam lại không quy định rõ điều này. IIA Nhật Bản - Hàn Quốc - Trung Quốc quy định rõ rằng không coi “chi nhánh của doanh nghiệp” là doanh nghiệp độc lập. BIT Nhật Bản - Lào (ký tháng 1/2008, có hiệu lực tháng 8/2008) về “doanh nghiệp của nước ký kết kia” là “nhà đầu tư của nước ký kết”, quy định “đoàn thể là chi nhánh của doanh nghiệp của nước thứ 3 và có trong nước ký kết, không được xem là nhà đầu tư của nước ký kết đó” (điểm b, khoản 2, Điều 1); và coi trong pháp nhân là “doanh nghiệp của nước ký kết” và các hình thức sự nghiệp khác có bao gồm “chi nhánh” (khoản 4, Điều 1). BIT Nhật Bản - Lào quy định nhà đầu tư là pháp nhân do “nhà đầu tư của nước thứ 3” sở hữu, chi phối làm 2 trường hợp. Trường hợp thứ nhất là quan hệ ngoại giao của nước đầu tư và nước thứ 3 bị hạn chế; trường hợp thứ hai là pháp nhân không tiến hành hoạt động kinh doanh thực chất ở nước đầu tư. Đồng thời, BIT Nhật Bản - Lào quy định điều khoản phủ nhận lợi ích (Điều 26). Trong BIT được ký năm 2012 là BIT Nhật Bản - Kuwait (ký tháng 3/2012, có hiệu lực tháng 1/2014) và BIT Nhật Bản - Iraq (ký tháng

6/2012, có hiệu lực tháng 2/2014) không liệt kê chi nhánh là đối tượng nằm trong doanh nghiệp (BIT Nhật Bản - Kuwait) hay pháp nhân của nước ký kết (BIT Nhật Bản - Iraq). Về EPA Nhật Bản - Malaysia (ký tháng 12/2004, có hiệu lực tháng 7/2006), Bộ ngoại giao Nhật Bản giải thích rằng, mặc dù Nhật Bản có thái độ đàm phán “về cơ bản cần mở rộng đối tượng đầu tư cần bảo hộ” song trên “quan điểm chống lại sự trục lợi từ Hiệp định của nước thứ 3” nên đã thêm vào những hạn chế nhất định về “phạm vi nhà đầu tư”<sup>23</sup>. Từ những việc cụ thể trên, có thể thấy rằng quy định nội dung giống và khác nhau về “chi nhánh” đã phản ánh suy nghĩ của Chính phủ Nhật Bản trong việc ứng phó linh hoạt sau khi tìm hiểu kỹ lưỡng về tình hình hoạt động đầu tư của doanh nghiệp Nhật Bản tại nước ký kết đối tác.

#### 2.1.2. Công ti của nước ký kết (nước nhận đầu tư)

Trong trường hợp phán đoán “công ti” sẽ được bảo hộ trong IIA, nếu áp dụng điều kiện cần là luật khi thành lập công ti, nghĩa là nếu coi công ti được thành lập, tổ chức theo luật của nước ký kết là “công ti của nước ký kết” đó, thì “công ti con ở nước nhận đầu tư” mà nhà đầu tư thành lập và tổ chức theo luật của nước nhận đầu tư là “công ti của nước nhận đầu tư”. Do vậy, trong trường hợp giải quyết tranh chấp (ISDS) giữa “nhà đầu tư của một bên ký kết (nước đầu tư)” và “bên ký kết kia (nước nhận đầu tư)”, nếu bản thân công ti con tại nước nhận đầu tư không là một trong các bên trong tranh chấp thì không thể tham gia thủ tục giải quyết tranh chấp trực tiếp.

Tuy nhiên, như đã trình bày ở mục 2.1.1.1, BIT Nhật Bản – Mongolia về nguyên tắc dùng luật áp dụng khi thành lập nên, không đề cập trực tiếp đến điểm b khoản 2 Điều 25 Hiệp định giải quyết tranh chấp đầu tư<sup>24</sup> nhưng lại có quy

<sup>22</sup> Về “điều khoản phủ nhận lợi ích” trong IIA, Xem: Dolzer and Schreuer (2012), sđd, tr. 55 - 56.

<sup>23</sup> Chủ biên WATANABE Yorizumi, Giải thích đàm phán FTA • EPA, NXB Bình luận kinh tế Nhật Bản, 2007, tr. 223 (Tiếng Nhật).

<sup>24</sup> BIT Nhật Bản - Hy Lạp - Srilanka quy định: Công ti của nước nhận đầu tư (công ti con ở nước nhận đầu tư) do người dân hoặc công ti của nước đầu tư (nhà đầu tư) chỉ

định nội dung theo nguyên tắc này. BIT này quy định uỷ thác tranh chấp cho ICSID (khoản 2, Điều 10), nếu có tranh chấp pháp lý từ hoạt động đầu tư do công ti của nước nhận đầu tư (công ti con ở nước nhận đầu tư) tiến hành, công ti của nước nhận đầu tư (công ti ở nước nhận đầu tư) sẽ yêu cầu uỷ thác tranh chấp đối với nước nhận đầu tư cho điều đình (Choutei) hoặc trọng tài, và từ ngày yêu cầu đó, công ti do nhà đầu tư của nước đầu tư (nhà đầu tư nước ngoài) chi phối sẽ được coi là công ti của nước đầu tư (khoản 6, điều 10). Vì vậy, công ti của nước nhận đầu tư (công ti con ở nước nhận đầu tư) do nhà đầu tư của nước đầu tư (nhà đầu tư nước ngoài) chi phối sẽ được coi như công ti của nước đầu tư và có thể tham gia thủ tục giải quyết tranh chấp.

Ngược lại, EPA Nhật Bản - Singapore, các BIT Nhật Bản - Hàn Quốc, Nhật Bản - Việt Nam và IIA Nhật Bản - Hàn Quốc - Trung Quốc áp dụng nguyên tắc luật áp dụng khi thành lập và có quy định uỷ thác tranh chấp cho ICSID, ngoài quy định liên quan đến điểm b, khoản 2, điều 25 Hiệp định giải quyết tranh chấp đầu tư cho phép công ti con ở nước nhận đầu tư được trực tiếp tham gia thủ tục ICSID và quy định liên quan đến công ti con ở nước nhận đầu tư do nhà đầu tư của nước đầu tư chi phối như BIT Nhật Bản - Mông Cổ còn có quy định điều khoản phủ nhận lợi ích. Về EPA Nhật - Malaysia đã đề cập trong 2.1.1.1, Bộ ngoại giao Nhật Bản cho rằng việc đặt quy định phủ nhận lợi ích từ việc “không cần áp dụng ưu đãi của Hiệp định” cho “nhà đầu tư của nước thứ 3 không cần được trao đặc quyền, đặc lợi của Hiệp định”<sup>25</sup>. Quy định này thể hiện sự ủng hộ với tình hình thực tế và thể hiện ý đồ của Chính phủ Nhật Bản nhằm bảo hộ đầu tư của nhà đầu tư Nhật Bản. Cho đến nay, quyết định trọng tài

hiệp định đầu tư trong ICSID thể hiện rõ ý đồ của nước ký kết là, khi chỉ đơn thuần sử dụng về mặt câu chữ của điều khoản “chi phối” do “người dân của nước ký kết khác” trong IIA thì phần lớn được giải thích thành “sự chi phối” chỉ bằng sự sở hữu mang tính hình thức của cổ phần; nếu yêu cầu việc người dân của nước ký kết là chủ thể thực hiện quyền chi phối mang tính sau cùng nhưng không có hiệu quả trên thực tế (nghĩa là loại bỏ công ti trung gian mang tính danh nghĩa), thì sử dụng định nghĩa nhà đầu tư hay quy định phủ nhận quyền lợi”<sup>26</sup>. Vì vậy, khi tiến hành uỷ thác tranh chấp cho ICSID theo điều khoản ISDS của EPA Nhật Bản - Singapore, các BIT Nhật Bản - Hàn Quốc, Nhật Bản - Việt Nam, IIA Nhật Bản - Hàn Quốc - Trung Quốc có quy định điều khoản phủ nhận lợi ích, có thể nói trong trọng tài ICSID thừa nhận tư cách đương sự của công ti con tại nước nhận đầu tư, căn cứ vào mối quan hệ với nhà đầu tư sau khi đã xem xét thực trạng hoạt động đầu tư. Ngoài ra, trong IIA Nhật - Trung - Hàn, khi xét đến ý định của các bên ký kết (Nhật, Trung, Hàn) là muốn phủ nhận việc bảo hộ theo Hiệp định không chỉ đối với công ti của nước thứ 3 mà còn đối với công ti của nước đầu tư do nhà đầu tư của nước nhận đầu tư sở hữu, chi phối và không thực hiện hoạt động kinh doanh thực chất ở nước đầu tư thì áp dụng tư cách công ti con của nước nhận đầu tư căn cứ vào việc có hay không sự liên hệ với việc bảo hộ hoạt động đầu tư của nhà đầu tư Nhật, Trung, Hàn. Bên cạnh đó, BIT Nhật Bản - Việt Nam quy định rõ, cho dù là pháp nhân của nước xây ra tranh chấp (một bên ký kết), nếu pháp nhân đó thuộc sở hữu hoặc bị chi phối bởi nhà đầu tư của nước đầu tư (bên ký kết kia) thì pháp nhân đó sẽ được đối xử như pháp nhân của bên ký kết kia khi giải quyết tranh chấp (khoản 7, Điều 14). Có thể hiểu rằng, BIT Nhật Bản - Việt Nam quy định rõ trong Hiệp định việc coi công ti của nước nhận đầu tư là đương sự tranh chấp cho dù không nằm trong đối tượng uỷ thác tranh chấp cho ICSID.

phối, khi áp dụng Hiệp định giải quyết tranh chấp đầu tư sẽ áp dụng điểm b, khoản 2, Điều 25 của Hiệp định này và được coi là công ti của nước đầu tư. Tham khảo: IWASE Maomi, “Bảo hộ đầu tư trong hiệp định song phương của Nhật. Tập trung tìm hiểu về chế độ đối xử với công ty con tại nước nhận đầu tư,” Thương mại và thuế quan 50(2) (2002) 62 (Tiếng Nhật).

<sup>25</sup> Chủ biên WATANABE (2007), sđd, tr. 236.

<sup>26</sup> ITO (2010), sđd, tr. 28 - 29.

## 2.2. Công ti của nước không ký kết (nước thứ 3)

BIT Nhật Bản – Mông Cổ quy định cho dù công ti không là “công ti (công ti có địa chỉ và được thành lập ở nước ký kết)” được đối xử với tư cách là “nhà đầu tư” thì vẫn được thừa nhận là “công ti” được bảo hộ theo Hiệp định. Cũng theo BIT Nhật Bản – Mông Cổ, đối với công ti mà nhà đầu tư của một trong các bên ký kết có lợi ích thực chất, trong lãnh thổ của bên ký kết kia sẽ được trao tặng chế độ đãi ngộ tối huệ quốc và đãi ngộ đối với công dân trong nước liên quan đến một số điều khoản trong BIT Nhật – Mông Cổ, ngoại trừ trường hợp là công ti của nước thứ 3 và được áp dụng các quy định về bảo hộ đầu tư và tài sản đầu tư bằng Hiệp định quốc tế giữa bên ký kết kia và nước thứ 3 (khoản 1, Điều 11). Và “Lợi ích thực chất” là lợi ích ở mức độ có thể chi phối công ti hoặc có khả năng ảnh hưởng mang tính quyết định đối với công ti. Quyết định xem có phù hợp với lợi ích mang tính thực chất hay không là do các bên ký kết cùng nhau quyết định (khoản 2, Điều 11)<sup>27</sup>. Nói cách khác, theo BIT Nhật Bản - Mongolia, “công ti của nước thứ 3 ngoài bên ký kết (nước đầu tư)” mà nhà đầu tư của nước ký kết (nước đầu tư) có lợi ích thực chất chỉ được bảo hộ theo Hiệp định khi Hiệp định giữa nước ký kết (nước đầu tư) và nước thứ 3 không được áp dụng. Điều này thể hiện ý đồ của Chính phủ Nhật Bản và Mông Cổ bảo hộ đầu tư của nhà đầu tư nước mình ngay cả trong trường hợp không phù hợp với quy định “công ti được thành lập và có địa chỉ ở nước ký kết” nhằm tránh tình trạng không được bảo hộ theo IIA đã ký kết vì nước ký kết (nước đầu tư) bảo hộ nhà đầu tư nước mình.

## 2.3. “Nhà đầu tư là pháp nhân” được quy định trong IIA của Nhật Bản

Theo các hiệp định bảo hộ đầu tư mà Nhật Bản đã ký kết từ trước tới nay, việc nhà đầu tư

<sup>27</sup> Ngay cả trong Hiệp định bảo hộ đầu tư khác do Nhật Bản ký kết cũng có quy định về công ti của nước thứ 3. *Về công ti của nước ký kết là đối tượng bảo hộ trong hiệp định bảo hộ đầu tư mà Nhật Bản đã ký kết*, Tham khảo: IWASE (2002), sdd.

là “công ti của nước ký kết” có được bảo hộ theo Hiệp định hay không về nguyên tắc được quyết định dựa vào luật áp dụng khi thành lập pháp nhân đó, tuy nhiên cũng có ngoại lệ là công ti không phải của nước đầu tư nhưng đáp ứng những điều kiện cần thiết về “lợi ích thực chất” cũng được bảo hộ<sup>28</sup>. Theo BIT Nhật Bản - Mongolia, để “công ti” được bảo hộ như “nhà đầu tư”, ngoài điều kiện cần thiết là “luật khi thành lập” – thành lập tại nước ký kết thì còn phải thỏa mãn điều kiện có địa chỉ tại nước ký kết đó (nước có luật áp dụng khi thành lập). Hơn nữa, đối với công ti của nước không ký kết (nước thứ 3) mà nhà đầu tư của nước ký kết có lợi ích thực chất cũng sẽ được trao chế độ đãi ngộ nhất định mà Hiệp định đã quy định. Ngược lại, trong “Hiệp định bảo hộ và tự do hoá đầu tư”, đối với “công ti của nước ký kết” về nguyên tắc sẽ được phân định dựa vào luật áp dụng khi thành lập. Và liên quan đến quy định nhà đầu tư của “nước thứ 3” “sở hữu, chi phối” trong quy định định nghĩa, EPA Nhật Bản – Singapore loại bỏ “công ti của nước đầu tư” ra khỏi nhà đầu tư là pháp nhân của nước đầu tư căn cứ vào một số điều kiện (có hay không hoạt động kinh doanh thực chất tại nước có luật áp dụng khi thành lập). Ngoài ra, liên quan đến nhà đầu tư là pháp nhân do nhà đầu tư của “nước thứ 3” “sở hữu, chi phối” trong BIT Nhật Bản - Hàn Quốc, Nhật Bản - Việt Nam, IIA Nhật Bản - Trung Quốc - Hàn Quốc có điều khoản phủ nhận lợi ích, và hơn thế nữa, liên quan đến nhà đầu tư là pháp nhân do nhà đầu tư của “nước nhận đầu tư” “sở hữu, chi phối” trong IIA Nhật – Trung – Hàn, thì nước nhận đầu tư có thể quyết định có hay không bảo hộ theo hiệp định căn cứ vào một số điều kiện nhất định (như có hay không quan hệ kinh tế thường xuyên giữa nước đầu tư và nước thứ 3, có hay không quyết định xử lý mang tính cưỡng chế mà nước đầu tư áp dụng đối với nước thứ 3, hoặc có hay không hoạt động kinh doanh thực chất tại nước đầu tư).

Như vậy, trong các IIA Nhật Bản đã ký kết, quy định liên quan đến nhà đầu tư là pháp nhân

<sup>28</sup> Tham khảo: IWASE (2002), sdd.



được bảo hộ theo các hiệp định có một số khác biệt. Chính phủ Nhật Bản cũng có thể thay đổi từ lập trường mở rộng phạm vi bảo hộ của nó (quy định liên quan “công ti của nước thứ 3” trong “hiệp định bảo hộ đầu tư”) sang lập trường hạn chế (áp dụng “điều khoản phù nhận lợi ích” trong “hiệp định bảo hộ và tự do hoá đầu tư”). Tuy nhiên, như đã trình bày ở phần mở đầu, trong BIT Nhật – Hàn, bằng việc lần đầu tiên quy định nguyên tắc tự do hoá đầu tư, Chính phủ Nhật Bản đã thể hiện chính sách xúc tiến, hỗ trợ đầu tư tư nhân<sup>29</sup>. Chính phủ Hàn Quốc cũng cho rằng có thể phân biệt rõ BIT Nhật Bản - Hàn Quốc với IIA đã ký trước đây, vốn chú trọng bảo hộ đầu tư sau khi thành lập. Theo Chính phủ Hàn Quốc, BIT Nhật – Hàn, bảo đảm việc trao chế độ ưu đãi giống nhau đối với nhà đầu tư trong và ngoài nước từ giai đoạn chuẩn bị thành lập và bảo đảm việc sử dụng thủ tục giải quyết tranh chấp mang tính quốc tế giữa nhà đầu tư và nước nhận đầu tư nhằm thực hiện bảo hộ nhà đầu tư một cách hiệu quả hay xúc tiến đầu tư nước ngoài<sup>30</sup>. Có thể nói, Chính phủ Nhật Bản và Hàn Quốc đều hướng tới việc bảo hộ và xúc tiến nhiều hơn nữa hoạt động đầu tư giữa hai nước thông qua việc ký kết BIT Nhật Bản - Hàn Quốc. Có thể thấy rằng, tư tưởng của chính phủ Nhật Bản thoát nhìn “mang tính loại bỏ”, thể hiện trong việc chuyển từ “hiệp định bảo hộ đầu tư” sang “hiệp định bảo hộ, tự do hoá đầu tư” không phải nhằm hạn chế đối tượng bảo hộ của hiệp định bảo hộ đầu tư và tự do hoá mà nhằm bảo hộ nhà đầu tư Nhật Bản một cách thực chất bằng cách sử dụng điều kiện cần “sở hữu, chi phối” và phòng tránh việc “trục lợi từ hiệp định”<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> Bộ Ngoại giao, Nhật Bản (web) (2002), sdd.

<sup>30</sup> Bộ Thương mại, Hàn Quốc (web), “Korea-Japan Investment Agreement,” <<http://www.mofat.go.kr/webmodule/htsboard/template/read/korboardread.jsp?typeID=12&boardid=512&seqno=303394>>.

<sup>31</sup> Đây là giải thích của Bộ ngoại giao về EPA Nhật Bản - Malaysia khi so sánh hoạt động trao đổi đầu tư giữa Nhật Bản và các nước ASEAN. Thực tế, trong những hiệp định này, Nhật Bản đều là bên đầu tư, chính vì vậy, thái độ cơ bản trong hoạt động trao đổi đầu tư của Nhật Bản là mở rộng tối đa có thể phạm vi khái niệm nhà đầu tư, khái

Trong trường hợp hoạt động đầu tư do “nhà đầu tư của nước thứ 3” hoặc “nước nhận đầu tư” mà các nước ký kết IIA thông thường không có ý định bảo hộ theo Hiệp định, thì việc nhà đầu tư đó thành lập công ti trên giấy (paper company) ở nước đầu tư và được bảo hộ theo Hiệp định sẽ đi ngược lại ý chí của các nước ký kết. Những điều khoản tính đến vấn đề “sở hữu, chi phối” trong IIA là những quy định luật hoá ý chí của các nước ký kết phòng tránh sự lạm dụng IIA của “nhà đầu tư” “nước thứ 3” hoặc “nước nhận đầu tư”<sup>32</sup>. Như vậy, hoạt động đầu tư nào không lạm dụng IIA thì các nước ký kết không cần phù nhận việc bảo hộ theo hiệp định đối với hoạt động đầu tư đó. Trên thực tế, EPA Nhật Bản - Singapore, dù là công ti của nước ký kết mà nước thứ 3 sở hữu hoặc chi phối về nguyên tắc sẽ không được áp dụng Hiệp định, nhưng nếu tài sản đầu tư đã được thiết lập và đang thu lợi hoặc mở rộng thì được áp dụng thủ tục ISDS. Điều này không được coi là lợi dụng IIA khi hoạt động đầu tư đã có sẵn mà sau khi phát sinh tranh chấp, nhà đầu tư thành lập Công ti giấy chỉ để sử dụng điều khoản ISDS. Vì vậy, có thể nói, việc thừa nhận bảo hộ theo hiệp định trong những trường hợp trên thể hiện rõ hơn ý chí của các nước ký kết trong việc bảo hộ hoạt

niệm tài sản đầu tư và đối tượng đầu tư cần bảo hộ. Tuy nhiên, về phạm vi nhà đầu tư, Nhật Bản muốn tránh việc nước thứ 3 trục lợi từ Hiệp định nên đàm phán trên quan điểm cần quy định một số giới hạn. Bên cạnh đó, trong định nghĩa về nhà đầu tư, quy định “cho dù tồn tại trên nước ký kết nhưng không bao gồm chi nhánh công ti của nước thứ 3” và quy định “phù nhận lợi ích” đều dựa trên quan điểm này. Tham khảo: Chủ biên WATANABE (2007), sdd, tr. 223.

<sup>32</sup> Ví dụ, trong Hiệp định về hiến chương năng lượng (Energy Charter Treati, ECT) quy định nhà đầu tư của nước thứ 3 (điểm b, khoản 7, Điều 1) được đối xử như nhà đầu tư của nước ký kết (mục ii, điểm a, khoản 7, Điều 1) và nhà đầu tư của nước ký kết. Tuy nhiên, Hiệp định cũng quy định phù nhận lợi ích về pháp nhân của nước ký kết do người dân của nước thứ 3 sở hữu, chi phối. Điều này thể hiện việc Nhật Bản muốn tránh lạm dụng điều khoản về nhà đầu tư nước ký kết của nhà đầu tư của nước không ký kết cũng như muốn tránh tình trạng bảo hộ nhà đầu tư trái với mong muốn của nước ký kết. Tham khảo: Jeswald W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, Oxford University Press, 2010, tr.186 -190.

động đầu tư cho nhà đầu tư nước mình gắn liền với thực tế hoạt động đầu tư<sup>33</sup>.

Có thể nói những điều khoản này được ghi nhận trong IIA là những quy định thể hiện tư tưởng của các nước ký kết là bảo hộ hoạt động đầu tư của nhà đầu tư nước mình phù hợp với thực trạng hoạt động đầu tư<sup>34</sup>.

### 3. Kết luận

Hiệp định là văn bản thể hiện ý chí của các nước ký kết và có tính ràng buộc giữa các nước ký kết (Điều 26, Công ước Viên về Luật điều ước quốc tế<sup>35</sup>). Do vậy, trong IIA, không chỉ có Nhật Bản mà các bên ký kết IIA cũng cần nắm rõ hoạt động đầu tư của người dân nước mình và thể hiện ý chí bảo như thế nào một cách rõ ràng. Ví dụ, trong hiệp định đầu tư song phương mà Trung Quốc đã ký kết với Nhật Bản, có ý kiến cho rằng nó đã thể hiện rõ ràng lập trường đặc biệt của Trung Quốc về chế độ giải quyết tranh chấp mang tính quốc tế<sup>36</sup>. Trong nền kinh tế quốc tế ngày nay, doanh nghiệp Nhật Bản

ngày càng cần sự hỗ trợ của Chính phủ trong việc xúc tiến, bảo hộ hoạt động đầu tư. Từ thực tế đó, Chính phủ Nhật Bản cần thay đổi chính sách kinh tế đối ngoại từ “hiệp định bảo hộ đầu tư” (quy định đãi ngộ sau khi nhận được giấy phép đầu tư) thành “hiệp định bảo hộ, tự do hoá đầu tư”, quy định các điều khoản để nước nhận đầu tư không yêu cầu thi hành biện pháp đặc biệt, tiêu biểu là yêu cầu chuyển giao kỹ thuật của nước nhận đầu tư trong giai đoạn xin giấy phép đầu tư hay sau khi nhận được giấy phép đầu tư; và trong quá trình này chính phủ cũng đang thay đổi điều kiện cần thiết của “nhà đầu tư là pháp nhân” được bảo hộ theo IIA.

Điều kiện cần thiết của công ti được quy định trong hiệp định đầu tư mà các nước ký kết là phản ánh quan điểm truyền thống đối với “quốc tịch của công ti” trong luật châu Âu lục địa và luật Anh-Mỹ<sup>37</sup>. Các nước ký kết coi “đất bản địa” (trong luật châu Âu lục địa) hay “nước có luật áp dụng khi thành lập” (trong luật Anh-Mỹ) là điều kiện cần thiết cơ bản, sau đó thêm vào điều kiện thứ 3 để mở rộng hoặc thu hẹp phạm vi “công ti của nước ký kết” được bảo hộ theo IIA<sup>38</sup>. Thông qua biện pháp đó, công ti được thành lập tại nước nhận đầu tư sẽ nằm trong đối tượng bảo hộ của hiệp định đầu tư như nhà đầu tư (nhà đầu tư nước ngoài)<sup>39</sup>. Có

<sup>33</sup> Tuy nhiên, về điều khoản phủ nhận lợi ích trong IIA của Nhật Bản, từ quan điểm yêu cầu bảo hộ hay bảo đảm lợi ích của đầu tư, nhà đầu tư nước mình và đảm bảo việc trao lợi ích theo hiệp định không kể có hay không hoạt động kinh doanh tại Nhật Bản của nước bên kia và đưa ra giới hạn nghĩa vụ nhất định theo Hiệp định mà nước mình phải chịu nếu cần thiết. Đối với nhà đầu tư không có quan hệ mật thiết với bên ký kết kia thì tùy từng trường hợp sẽ tính đến việc cân bằng yêu cầu giữa hai bên bằng việc sử dụng quyền phủ nhận lợi ích.

<sup>34</sup> Nhằm bảo hộ và xúc tiến hoạt động đầu tư giữa “các nước ký kết” phù hợp với thực trạng bằng IIA hơn nữa, Về “lợi ích mang tính thực chất” BIT Nhật Bản – Mông Cổ đã quy định là “lợi ích ở mức độ có thể chi phối công ti hoặc có thể gây ảnh hưởng mang tính quyết định”. Ngoài ra, BIT Nhật – Hàn, BIT Nhật – Việt và IIA Nhật – Hàn – Trung không quy định về chủ thể “hoạt động kinh doanh mang tính thực chất”. Tuy nhiên, BIT Nhật – Hàn lại quy định rõ “hoạt động đầu tư và kinh doanh” là “việc hình thành tài sản đầu tư, thủ đắc, mở rộng, vận hành, duy trì, sử dụng, nhận, mua bán và định đoạt nó” (khoản 1, Điều 2). Điều này được cho là tương ứng với chi phối của “công ti con tại nước nhận đầu tư” là một hình thức của tài sản đầu tư.

<sup>35</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 May 1969. Công ước này có hiệu lực từ 27.01.1980.

<sup>36</sup> Dolzer and Stevens (1995), sdd, tr. 4 - 5.

<sup>37</sup> Antonio R. Parra, “The Scope of New Investment Laws and International Instruments,” in Robert Prichard ed., Economic Development, Foreign Investment and the Law: Issues of Private Sector Involvement, Foreign Investment and the Rule of Law in a New Era, Kluwer Law International, 1996, tr. 38 - 39.

<sup>38</sup> Ví dụ, với tư cách là quy định mở rộng phạm vi của “công ti của nước ký kết”, Hiệp định đầu tư của Cộng hoà Pháp quy định: Cho dù là công ti được thành lập theo pháp luật của nước ký kết hay nước thứ 3 nhưng nếu đáp ứng những điều kiện nhất định thì sẽ được đối xử như công ti của nước mình. Ngoài ra, với tư cách là quy định thu hẹp phạm vi của công ti của nước ký kết có Hiệp định đầu tư của Anh phủ nhận áp dụng hiệp định đối với công ti của nước mình được thành lập ở nước mình với một số điều kiện cần thiết. Tham khảo: Parra (1996), sdd, tr.38-39; Dolzer and Stevens (1995), sdd, tr. 34 - 36.

<sup>39</sup> Ví dụ, với tư cách là quy định mở rộng phạm vi của “công ti của nước ký kết”, Hiệp định đầu tư của Cộng hoà Pháp quy định: Cho dù là công ti được thành lập theo pháp luật của nước ký kết hay nước thứ 3 nhưng nếu đáp ứng những điều kiện nhất định thì sẽ được đối xử như công ti

thể nói, trong quy định liên quan đến điều kiện cần của “công ti” và “công ti con tại nước nhận đầu tư” được bảo hộ với tư cách “nhà đầu tư” trong IIA, thể hiện việc nước ký kết hiểu biết như thế nào về vai trò của “công ti con tại nước nhận đầu tư” trong “hoạt động đầu tư của người dân nước mình”. Sự công nhận đối với công ti con tại nước nhận đầu tư được thể hiện trong IIA, nghĩa là việc phủ nhận sự tham gia vào thủ tục giải quyết tranh chấp với tư cách đương sự tranh chấp là cách thể hiện quan điểm của các nước ký kết sau khi đã đánh giá kỹ lưỡng thực trạng hoạt động đầu tư của “nhà đầu tư”.

Thuộc hệ thống “luật châu Âu lục địa”, trong những “hiệp định bảo hộ đầu tư” đã ký kết, Nhật Bản coi công ti có địa chỉ tại nước có luật áp dụng khi thành lập (nước ký kết) là “công ti của nước ký kết” và coi “công ti” mà người dân của nước ký kết “có lợi ích thực chất” là đối tượng được bảo hộ. Tuy nhiên, việc công ti của nước ký kết có được áp dụng hiệp định hay không được quy định trong hiệp định bảo hộ, tự do hoá đầu tư nhưng lại không được quy định trong hiệp định bảo hộ đầu tư. Mặt khác, quy định liên quan đến công ti có lợi ích thực chất đã quy định tại hiệp định bảo hộ đầu tư đã bị xoá bỏ trong hiệp định bảo hộ, tự do hoá đầu tư. Điều này do Chính phủ Nhật Bản thay đổi chính sách theo hướng thu hẹp phạm vi đối tượng của IIA. Tuy nhiên, “công ti của nước ký kết có thể không được áp dụng hiệp định” được quy định trong “hiệp định bảo hộ và xúc tiến đầu tư” mà Nhật ký kết cho đến nay, nhưng lại không được quy định trong “hiệp định bảo hộ đầu tư”. Mặt khác, quy định liên quan “công ti có lợi ích thực chất” mà “hiệp định bảo hộ đầu tư” đã quy định đã bị xoá bỏ trong “hiệp định bảo hộ và tự do hoá đầu tư”. Có thể giải thích việc này là Chính phủ Nhật Bản đã thay đổi chính sách, từ lập trường “mở

rộng” sang lập trường “thu hẹp” đối tượng bảo hộ theo IIA. Tuy nhiên, với việc thừa nhận “công ti con tại nước nhận đầu tư” có tư cách đương sự như “công ti của nước ký kết” và thừa nhận sự tham gia vào thủ tục giải quyết tranh chấp của “công ti con tại nước nhận đầu tư” là có ý nghĩa “mở rộng” đối tượng bảo hộ, và điều này sẽ mâu thuẫn với lập trường thu hẹp đối tượng bảo hộ. Song, như đã phân tích ở trên, ngay cả trong các BIT Nhật – Hàn, BIT Nhật – Việt, IIA Nhật – Trung – Hàn và BIT Nhật – Mông Cổ, có quy định uỷ thác tranh chấp cho ICSID thừa nhận “công ti con tại nước nhận đầu tư” là đương sự tranh chấp trong thủ tục giải quyết tranh chấp. Ngoài ra, trong EPA Nhật Bản - Singapore quy định cho dù “công ti của nước ký kết” có thể không được áp dụng hiệp định, nhưng đối với thủ tục giải quyết tranh chấp đầu tư thì cũng sẽ được áp dụng quy định của hiệp định với một số điều kiện nhất định. Xem xét những quy định này có thể kết luận sự thay đổi liên quan đến điều kiện cần thiết của “công ti” trong “hiệp định bảo hộ, tự do hoá đầu tư” không phải là điều thể hiện ý muốn loại bỏ việc bảo hộ “công ti con tại nước nhận đầu tư” mà thể hiện rõ quan điểm của Chính phủ Nhật Bản là thực hiện bảo hộ đầu tư từ bảo hộ mang tính hình thức sang bảo hộ mang tính thực chất<sup>40</sup>. Như vậy, có thể nói, những suy tính về thực trạng “hoạt động đầu tư của nước ký kết” trong IIA của Nhật Bản được phản ánh trong điều kiện cần của “nhà đầu tư” được bảo hộ theo hiệp định.

Trong đầu tư quốc tế, nhiều công ti con tại nước nhận đầu tư được thành lập và thực hiện hoạt động đầu tư thực tế. Trong trường hợp “đầu tư của nhà đầu tư được tiến hành thông qua công ti con tại nước nhận đầu tư”, thì chủ thể thực hiện hoạt động đầu tư thực tế là “công ti con tại nước nhận đầu tư”. Nếu căn cứ theo “luật áp dụng khi thành lập”, công ti con tại

của nước mình. Ngoài ra, với tư cách là quy định thu hẹp phạm vi của công ti của nước ký kết có Hiệp định đầu tư của Anh phủ nhận áp dụng hiệp định đối với công ti của nước mình được thành lập ở nước mình với một số điều kiện cần thiết. Tham khảo: Parra (1996), sđd, tr.38-39; Dolzer and Stevens (1995), sđd, tr. 34 - 36.

<sup>39</sup> Parra (1996), sđd, tr. 44.

<sup>40</sup> Về việc giải thích Hiệp định, cho đến nay đang có sự đối lập giữa 3 quan điểm: Giải thích mang tính khách quan, giải thích mang tính chủ quan và nguyên tắc của tính thực tiễn trong các học thuyết và hoạt động thực thi quốc gia. Xem: YAMAMOTO Soji, Luật Quốc tế - tái bản mới, NXB Yuhikaku, 1994 (Tiếng Nhật), tr. 612 - 616.

nước nhận đầu tư là công ti của nước nhận đầu tư (nước ký kết). Theo đó, “công ti con tại nước nhận đầu tư” với tư cách pháp nhân của nước nhận đầu tư sẽ không phụ thuộc vào điều khoản ISDS, mà hướng tới giải quyết tranh chấp với chính phủ của nước nhận đầu tư theo pháp luật của nước nhận đầu tư. Đồng thời, nếu là tranh chấp của công ti con tại nước nhận đầu tư phát sinh liên quan đến đầu tư là đối tượng của IIA, thì chủ thể nhà đầu tư có hai sự lựa chọn là giải quyết theo thủ tục tố tụng trong nước của nước nhận đầu tư hoặc thủ tục giải quyết tranh chấp quy định trong IIA<sup>41</sup>. Đối với tranh chấp giữa nước nhận đầu tư và nhà đầu tư phát sinh liên quan đến công ti con tại nước nhận đầu tư, nếu quyền lợi mà nhà đầu tư có thể tham gia thủ tục giải quyết tranh chấp với tư cách đương sự tranh chấp được bảo hộ thì không cần thiết phải bảo hộ trực tiếp công ti con tại nước nhận đầu tư trong IIA nữa. Nghĩa là, khi đó không cần thiết phải coi công ti con tại nước nhận đầu tư là đương sự tranh chấp của điều khoản ISDS mà IIA quy định. Tuy nhiên, công ti con tại nước nhận đầu tư vừa có tính chất là “pháp nhân tại nước nhận đầu tư” đồng thời có tính chất là chủ thể tiến hành trực tiếp hoạt động đầu tư nước ngoài. Do đó, IIA cần xem xét tính hai mặt của công ti con tại nước nhận đầu tư được thành lập với mục đích hoạt động đầu tư mang tính quốc tế đó là mặt “chủ thể trực tiếp thực hiện hoạt động đầu tư” và mặt “pháp nhân tại nước nhận đầu tư”. Ngoài ra, trong trường hợp xem xét có áp dụng hiệp định đối với nhà đầu tư nước ngoài hay không mà chỉ căn cứ vào “luật khi thành lập” thì sẽ phát sinh việc phải trao quyền lợi theo IIA cho “công ti” của nước đầu tư mà công ti này dường như không có quan hệ gì với việc thực hiện bảo hộ, xúc tiến hoạt động đầu tư giữa các nước ký kết IIA. Nếu

<sup>41</sup> Ví dụ, trong IIA của Nhật Bản, điều khoản ISDS quy định việc không cản trở việc nhà đầu tư yêu cầu giải quyết mang tính hành chính hoặc tư pháp (khoản 8, Điều 15 của BIT Nhật Bản- Hàn Quốc; khoản 8, Điều 14 của BIT Nhật Bản- Việt Nam) hoặc quy định “toà án có quyền hạn của nước ký kết” với tư cách là thủ tục giải quyết tranh chấp mà ISDS quy định (điểm a, khoản 3, Điều 15 của IIA Nhật Bản- Trung Quốc - Hàn Quốc) trong phạm vi lãnh thổ của nước xảy ra tranh chấp đầu tư.

các nước ký kết không có ý định bảo hộ, xúc tiến trên phạm vi rộng cả về hình thức lẫn thực chất hoạt động đầu tư của nước ký kết thông qua IIA bao gồm cả việc trao quyền lợi như thế này thì cần thể hiện rõ ý chí đó trong IIA. Có thể nói các IIA của Nhật Bản đã thể hiện rõ ý chí đó trong IIA. Trên phạm vi toàn cầu, mạng lưới của IIA ngày càng được mở rộng, số vụ trọng tài được giải quyết theo hiệp định đầu tư căn cứ vào điều khoản ISDS ngày càng tăng như ngày nay thì các nước ký kết IIA phải quy định rõ ràng hơn nữa phạm vi của nhà đầu tư nước ngoài có thể thực hiện chính sách mà nước mình hướng đến khi ký kết IIA./.

Ghi chú: Bài viết này được dịch ra tiếng Việt dựa trên bản gốc là “Bảo hộ nhà đầu tư là pháp nhân nước ngoài trong hiệp định đầu tư: Xem xét từ những ví dụ thực tế của Nhật Bản” của Iwase Maomi được đăng trong “tuyển tập luận văn trường đại học thương mại [Shodai Ronshu, Journal of University of Hyogo]” quyển 68 số 2 (12/2016), trang 17-29. Thông tin trên Internet trong bài viết này là thông tin tính đến cuối tháng 9/2016.

### Tài liệu tham khảo

- [1] Bộ Kinh tế, Thương mại và Công nghiệp, Nhật Bản, “Báo cáo về hành vi thương mại bất chính xuất bản năm 2016,” Bộ Kinh tế, Thương mại và Công nghiệp, Nhật Bản, năm 2016 (Tiếng Nhật).
- [2] SAKURAI Masao, Luật đầu tư quốc tế mới – Tác dụng tương hỗ giữa đầu tư và thương mại, NXB Yushindo, 2000, tr. 136 (Tiếng Nhật).
- [3] Bộ Ngoại giao, Bộ Kinh tế, Thương mại và Công nghiệp, Nhật Bản (web) (2012), sdd; Hiệp hội quy hoạch Nhật Bản, sdd, tr. 3 - 4, tr. 68 - 71.
- [4] Về “đầu tư” và “nhà đầu tư” là đối tượng áp dụng của IIA, Xem: Rudolf Dolzer and Margrete Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, tr. 31 - 44.
- [5] Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principle of International Investment Law*, Second Edition, Oxford University Press, 2012, tr. 50 - 52.
- [6] ITO Kazuyori, “Nhà đầu tư, tài sản đầu tư,” in KOTERA Akira Biên soạn, *Hiệp định đầu tư quốc tế. Bảo hộ pháp lý theo trọng tài*, NXB Sanseido, 2010, tr. 19 - 20 (Tiếng Nhật).

[7] ITO Kazuyori, “Nhà đầu tư trở thành đối tượng của trọng tài đầu tư. Phạm vi của tài sản đầu tư và nguyên nhân chủ yếu quyết định nó,” Rieti

Discussion Paper Series 08-J-011, 2008 (Tiếng Nhật) và ITO (2010), sdd.

## Protecting Foreign Legal Entities as Investors under International Investment Agreements: From Japan’s Perspective

Iwase Maomi

*8-2-1 Gakuen-Nishimachi, Nishi-Ku, Kobe-shi, Hyogo-ken, 651-2197 Japan*

**Abstract:** A local subsidiary established to perform investment activities in a host country has two aspects: “an entity directly investing in a host country” and “a company incorporated in a host country.” Taking these two aspects into consideration, Japan has concluded International Investment Agreements (IIAs) with provisions for corporate investors and local subsidiaries, which precisely specify that Japan would formally and substantially protect and promote investment activities by its own investors.

**Keywords:** Japan, International Investment Agreements (IIAs), protection of foreign investors, local subsidiary