

浅析国际投资协定的税收条款

张智勇*

On the Taxation Carve-out Clause of International Investment Agreements

Zhang Zhiyong

内容摘要:国际投资协定的税收条款具有将投资协定的义务排除适用于缔约方的税收措施的作用。不过,投资协定仍将特定的义务(比如征收)适用于税收措施,并允许投资者通过投资者—国家争端解决(ISDS)机制来挑战东道国的税收措施。在实践中,也出现了东道国败诉的情况,以及对于适用同一投资协定的不同案件,仲裁庭作出不同解释的问题。东道国败诉并不当然意味着其税收主权受到了限制。对于投资协定条款的解释不一问题,一方面缔约方可通过明确投资协定特定条款的含义来解决,另一方面则是进一步改革现行 ISDS 机制。

关键词:国际投资协定 国际税收协定 税收条款 税收措施 投资者—国家争端解决机制

* 法学博士,北京大学法学院副教授。本文系国家社科基金项目“国际投资协定例外条款的法律问题研究”(16BFX200)的阶段性成果。

引言

税收对于现代国家的重要意义毋庸置疑。为此,以保护外国投资为宗旨之一的国际投资协定(以下简称“投资协定”)也通过专门的税收条款(taxation carve-out clause)将投资协定的义务排除适用于缔约方的税收措施(tax measures)。^[1]不过,国际投资的实践表明,投资者和东道国之间关于税收的争议并没有因为税收条款的存在而消除,也有东道国的税收措施被裁定违反投资协定义务的案例。抛开东道国的措施确实违反了投资协定义务的实体问题,之所以出现这样的情况,首先,与税收条款本身的规定有关。比如,作为投资协定例外条款的税收条款一般也存在例外,规定投资协定关于征收的规定仍适用于缔约方的税收措施。其次,与投资协定中的投资者—国家争端解决(Investor-State-Dispute-Settlement, ISDS)机制有关。ISDS 机制的核心是通过国际仲裁来处理投资者和东道国的投资争端。不过,现行 ISDS 机制仍存在一些问題,近年来也招致了一些批评。

本文拟在对现行国际投资协定中税收条款的模式和实践进行分析的基础上,就税收条款的适用和税收争端的解决等问题进行探讨。

一、投资协定税收条款的立法例

自 20 世纪 60 年代晚期以来,投资协定开始纳入税收条款。^[2]由于国际投资领域并不存在类似 WTO 的多边体制,双边或区域性的 BIT 以及包含投资章节的 FTA 是国际投资法的主要渊源^[3],因此,投资协定中税收条款的立法例也不尽相同。这体现在:

首先,税收条款都具有排除投资协定义务适用于税收措施的作用,但排除的范围存在差别。税收条款排除投资协定义务适用的情况可归纳为三类:第一

[1] 国际投资协定的主要法律渊源是双边投资协定(BIT),也有少数的两个以上国家之间的投资协定,比如中日韩三国的投资协定。近年来的自由贸易协定(FTA)中也包含投资的议题,条款的内容和体例与 BIT 类似。此外,还有一些国际条约或协定也涉及国际投资的相关领域。WTO 框架下的《服务贸易总协定》(GATS)所界定的商业存在服务提供模式也与投资相关。《能源宪章条约》(ECT)则有关于能源投资的内容。除了现实中具有约束力的投资协定之外,有的国家(如美国)也制定了 BIT 范本作为其对外谈判投资协定的基础。在本文中,也将视需要选取相关国家的 BIT 范本进行阐述。

[2] Matthew Davie, “Taxation-Based Investment Treaty Claims”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 6, Issue 1, 2015, p. 211.

[3] WTO 框架下的 GATS 和与《贸易有关的投资措施协议》《TRIMs 协议》虽然涉及投资,但都没有建立类似于 BIT 的投资保护和促进机制。尽管国际投资领域存在两个多边公约——《多边投资担保机构公约》(称为《MIGA 公约》或《汉城公约》)和《解决国家与他国国民之间投资争端的公约》(《ICSID 公约》,也称《华盛顿公约》),但这两个公约分别是关于投资政治风险担保和投资争端解决的。

类是将投资协定整体排除适用于税收措施。如,我国和新西兰的 BIT 第 5 条“例外”第 2 款规定:本协定的规定不适用于缔约任何一方境内的税收事宜(matters of taxation),税收应受制于缔约各方的国内法和缔约双方于 1986 年 9 月 16 日在惠灵顿签订的《关于对所得避免双重征税和防止偷漏税的协定》。第二类是原则上将投资协定排除适用,但存在投资协定的特定规则适用于税收措施的情况。^{〔4〕} 比如,《北美自由贸易协定》(NAFTA)第 2103 条“税收”第 1 款规定除该条之外,NAFTA 中任何规定都不适用于税收措施。^{〔5〕} 该条第 6 款则规定第 1110 条“征收与补偿”适用于税收措施。第三类则是只将投资协定的特定义务排除适用于税收措施。比如,埃塞俄比亚和比利时—卢森堡经济联盟的 BIT 第 4 条“国民待遇和最惠国待遇”第 4 款规定,本条不适用于税收事项(tax matters)。英国和萨尔瓦多的 BIT 第 7 条“例外”规定,本协定关于缔约一方给予缔约另一方投资者不低于其给予缔约方或第三方投资者的待遇的条款,不应解释为缔约方有义务将税收协定或国内税收立法中的更优惠待遇也给予缔约另一方的投资者。^{〔6〕}

其次,税收条款都承认税收协定优先于投资协定,即使税收条款排除适用的投资协定的义务存在范围差异。^{〔7〕} 比如,新加坡和秘鲁的 FTA 第 18.3 条“税收”规定:除本条另有规定外,该协定不适用于税收措施。该协定不影响缔约方在任何税收协定下的权利和义务。在税收协定与该协定不一致时,税收协定优先。就该协定缔约方之间的税收协定而言,由税收协定下的税务主管当局来确定税收协定是否与该协定一致。再如,我国与特立尼达和多巴哥的 BIT 第 4 条“国民待遇和最惠国待遇”第 5 款规定:本条款项下所给予的待遇不适用于缔约任何一方基于避免双重征税协议或者其他有关税收的国际协议给予第三国投资者的优惠。虽然该条款没有明确规定税收协定优先,但实际上具有税

〔4〕 我国与新西兰在 2008 年还签订了 FTA,第 204 条(税收措施)第 1 款规定“除本条规定外,本协定的任何规定均不适用于税收措施”。该条规定的例外为征收和《WTO 协定》下的权利义务。

〔5〕 NAFTA 是涵盖货物贸易、服务贸易和投资的自由贸易协定,其第 11 章关于投资的内容与美国的 BIT 基本相同。事实上,美国采取了自由贸易协定的投资章节与 BIT 一致的做法。参见余劲松主编:《国际投资法》(第四版),法律出版社 2014 年版,第 225—226 页。NAFTA 第 2103 条属于该协定第 21 章“例外”所规定的情形之一,该条款就货物、服务和投资方面的义务不适用于税收措施做了总括性的规定。而第 1110 条则为关于投资的第 11 章的条款。

〔6〕 不过,也有将非歧视待遇等义务适用于税收措施的例子。比如,日本和阿根廷的 BIT 第 19 条第 1 款规定:本协定不适用于税收措施,但本条第 2、3、4 款列出的除外。根据第 19 条第 2 款,该协定第 3 条(关于国民待遇和最惠国待遇)和第 9 条(关于公正与公平待遇)的规定适用于税收措施。

〔7〕 本文中的税收协定是指通常意义的避免双重征税协定。现实中的税收协定一般是双边的,其体例和内容多以经合组织(OECD)《税收协定范本》(以下简称“OECD 范本”)为基础制定。因此,本文主要结合《OECD 范本》(2017 年版)来论述税收协定的相关内容。

收协定优于投资协定的作用。

最后,有的税收条款也承认缔约方国内税收措施(包括反避税措施)优先于投资协定。从国内税法的角度讲,外国投资者在东道国税法上可能是居民,也可能是非居民,而居民和非居民的纳税义务是不同的,因此其税收待遇也是存在差别的。^{〔8〕}比如,欧盟与韩国的 FTA 第 15.7 条“税收”第 3 款和第 4 款规定:本协定不应解释为禁止缔约方对不处于相同情况的纳税人,特别是根据他们的居住地和投资地而采取差别的财税立法;本协定不应解释为禁止缔约方根据税收协定或国内财税立法而采取防范逃税和避税的任何措施。^{〔9〕}此外,有的投资协定的税收条款还参照了 GATS 第 14 条“一般例外”中关于税收例外的规定。GATS 第 14 条第 4 项规定,与国民待遇不一致的所得税差别措施,只要差别待遇是为了保证对其他成员的服务或服务提供者公平或有效地课征所得税,就不构成对国民待遇义务的违背。^{〔10〕}比如,欧洲自由贸易联盟和韩国的 FTA 第 4.15 条规定,缔约方在 GATS 第 14 条一般例外下的权利和义务并入本协定并成为内容的一部分。

还需要指出的是,国际投资协定一般都有投资者—国家争端解决(ISDS)机制,其核心内容是通过国际仲裁来处理投资者与东道国之间的投资纠纷。^{〔11〕}就仲裁方式而言,包括临时仲裁和机构仲裁。在机构仲裁方面,1965 年《关于解决国家与他国国民之间投资争端公约》(也称《华盛顿公约》)建立了专门处理

〔8〕 比如,外国投资者在东道国设立的具有法人资格的子公司为当地的居民,分公司则是非居民。居民要就其境内外全部所得向其居民国纳税,而非居民只就来源于当地的所得向东道国纳税。因此,税收协定也承认一国基于民事地位、家庭负担给予本国居民的任何扣除、优惠和减免可不给予非居民。参见《OECD 范本》第 24 条第 3 款。

〔9〕 该条第 1 款明确该条只适用于为实施该协定所必需的税收措施;该条第 2 款强调该协定不影响韩国与欧盟成员国在它们之间的税收协定下的权利和义务,且在该协定与税收协定不一致时,税收协定优先。该条第 3 款进一步规定,在确定税收协定与该协定是否存在不一致时,只能由韩国和欧盟成员国税收主管当局共同决定。

〔10〕 GATS 关于第 14 条第 4 项的注释指出,旨在保证公平或有效地课征和收取直接税的措施包括 WTO 成员根据其自身税制采取的以下措施:(1) 适用于非居民服务提供者的措施,且该措施承认这样的事实:非居民的纳税义务限于其来源于该成员境内的所得;(2) 适用于非居民的以确实在该成员境内课税的措施;(3) 适用于非居民或居民的防止逃税和避税的措施;(4) 适用于购买另一成员境内服务的消费者的措施,以确保对这些消费者来源于该成员境内的所得课税;(5) 基于全球所得纳税的服务提供者和其他服务提供者在税基上的差异而采取的措施;(6) 为确保该成员的税基,在其居民与该居民的分支机构之间或该居民的不同分支机构之间分配所得、利润、损失、扣除或信用的措施。

〔11〕 投资者可以在其与东道国的投资合同(比如开采自然资源或进行公共项目建设的特许协议)中约定仲裁条款,这称为以合同为基础的仲裁(contract-based arbitration),适用于缔约方之间的合同纠纷。投资协定的仲裁机制(treaty-based investment arbitration)下,缔约方事先同意符合协定下投资者资格的所有外国投资者可以就其与东道国的相关投资争议诉诸仲裁。See M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment* (3rd edition), Cambridge University Press, 2010, pp. 276-277, 306.

外国投资者和东道国投资纠纷的解决投资争端国际中心(ICSID),选择 ICSID 仲裁也是国际投资协定的通常做法。^[12] 如果税收条款没有完全排除投资协定适用于税收措施(比如征收规则适用于税收措施),投资者就可通过 ISDS 机制来挑战东道国的税收措施。为此,有的税收条款还设置了投资者启动国际仲裁之前的前置程序。比如,韩国和新加坡的 FTA 第 21.4 条第 4 款虽然规定征收规则适用于税收措施,但该款要求投资者在诉诸该协定的争端解决机制之前,应先将争议提交缔约双方的税收主管当局来审议该税收措施是否涉及征收。如果缔约双方的税收主管当局在 6 个月内未能就该措施不构成征收达成一致看法,投资者可诉诸该协定的 ISDS 机制。也就是说,如果缔约双方的税收主管当局一致认为争议的税收措施不构成征收,投资者就不能启动 ISDS 机制,这实际上赋予了缔约方的税收主管当局在 ISDS 程序启动方面的否决权。我国和东盟的投资协议也规定了缔约方税收主管当局的作用,但没有赋予其否决权。该协议第 14 条第 9 款规定:当一投资者提出争端缔约方采取或执行税收措施已违背第 8 条“征收”,应争端缔约方请求,争端缔约方和非争端缔约方应举行磋商,以决定争议中的税收措施是否等效于征收或国有化。任何依照本协议设立的仲裁庭应根据本款认真考虑缔约双方的决定。

从上述税收条款来看,不论是否以专门的税收条款为立法例,即便其规定不尽相同,但都具有排除投资协定义务(不论是全部义务或特定义务)适用的目的。对于规定特定义务(比如征收)仍适用于税收措施的投资协定,也对 ISDS 程序的启动设置了控制。但是,这样的设计能否真正发挥作用,还需要看实践中的运用。本文接下来将根据 ISDS 机制下的仲裁实践来进一步探讨税收条款的适用。

二、何为税收措施?

税收条款的作用是将缔约方的税收措施排除适用投资协定。因此,税收措施是该条款适用的一个关键术语。对于完全排除税收措施的税收条款而言,如果某项措施被认定不属于税收措施,也会导致投资协定的适用。不过,现实中的税收条款对于“税收措施”进行界定的并不多见。但是,即使投资协定给出了税收措施的定义,也需要进一步解释。这涉及税收措施所包含的税种和“措施”的范围等问题。

[12] 国际投资协定也会选择其他机构仲裁,比如斯德哥尔摩商会仲裁。在临时仲裁方面,投资协定一般规定仲裁庭采用《联合国国际贸易法委员会仲裁规则》(UNCITRAL Arbitration Rules)。

税收理论上可分为直接税和间接税两类^[13]，而跨国投资活动也会涉及这两类税种^[14]。因此，投资协定的税收条款要排除适用涉及哪些税种的税收措施是需要明确的。如果税收条款规定了税收协定优先于投资协定，则涉及所得税的相关措施可排除适用投资协定义务，因为税收协定是关于所得税和/或财产税方面的安排。那么，投资活动所涉及的间接税是否也为税收条款所排除呢？

在 *Occidental v. Ecuador* 案^[15]中，美国投资者因厄瓜多尔政府拒绝给予其增值税退税待遇而诉诸美国—厄瓜多尔 BIT 下的 ISDS 机制。厄瓜多尔政府以美国—厄瓜多尔 BIT 第 10 条为抗辩。该条第 1 款规定每个缔约方在税收政策 (tax policies) 方面应努力给予另一方国民和公司的投资以公正与公平待遇。但是，该条第 2 款进一步明确，本协定条款，特别是第 6 条和第 7 条^[16]，仅在下列情况下适用于税收事项 (matters of taxation)：(a) 征收；(b) 投资转移；(c) 涉及投资者和缔约方之间的投资协议或是缔约方外资主管当局给予投资者的投资授权的争端，且这样的争端不为缔约方之间的税收协定的争端解决条款所管辖，或是税收协定的争端解决机制未能在合理期限内解决该争端。厄瓜多尔政府认为增值税退税属于税收事项，而 BIT 第 10 条将税收争端排除适用 ISDS 机制。^[17] 投资者则主张第 10 条只是将直接税措施排除适用 ISDS 机制，因为税收协定有关于处理直接税争议的机制，第 10 条将直接税争议排除适用 BIT 的 ISDS 机制是为了不与税收协定相冲突，而本案属于间接税争议。^[18] 仲裁庭认为本案中投资者与东道国关于增值税退税的争议属于投资协议下的争议，属于第 10 条所适用的税收事项。^[19]

在 *EnCana v. Ecuador* 案中，加拿大投资者和厄瓜多尔政府的争议也涉及厄瓜多尔的增值税措施。^[20] 厄瓜多尔和加拿大的 BIT 第 12 条“税收”第 1 款规定，除本条另有规定外，该 BIT 不适用于税收措施 (tax measures)。第 2

[13] 凡税负不能转嫁于他人，需由纳税人直接承担税负的税种为直接税，如各类所得税。凡税负可以转嫁于他人，纳税人只是间接承担税负的税种为间接税，如各类商品税。参见张守文：《税法原理》（第六版），北京大学出版社 2012 年版，第 15 页。

[14] 比如，外国投资者的投资所得要缴纳所得税，其销售产品或提供劳务要缴纳增值税。

[15] *Occidental Exploration and Petroleum Company v. The Republic of Ecuador*, London Court of International Arbitration Administered Case No. UN 3467, UNCITRAL, Award, 1 July 2004.

[16] 第 6 条是 ISDS 机制，第 7 条是缔约方之间关于投资协定解释和适用争端的解决机制 (SSDS)。

[17] *Supra* note [15], Award, para. 65.

[18] *Id.*, paras. 66-67.

[19] *Id.*, paras. 70-75.

[20] *EnCana Corporation v. Republic of Ecuador*, London Court of International Arbitration Case No. UN 3481, UNCITRAL, Award, 3 February 2006.

款强调了该 BIT 不影响缔约方在税收协定下的权利和义务。如果 BIT 与税收协定不一致,税收协定优先。但是,第 3 款指出,如果投资者声称缔约方的税收措施违反了缔约方中央政府和投资者之间的投资协议,仍属于违反本协定的诉求,除非缔约方税收当局在收到投资者通知后不迟于 6 个月联合决定该措施不与该投资协议相冲突。第 4 款规定征收适用于税收措施,除非缔约方税收当局在收到投资者通知后不迟于 6 个月联合决定该措施不构成征收。第 5 款进一步规定,如果缔约方税收当局未能在 6 个月内就第 3、4 款的事项作出联合决定,投资者可诉诸该 BIT 第 13 条的 ISDS 机制。仲裁庭首先考察了“税收措施”的范围,因为这是适用第 12 条的前提。由于 BIT 未对税收措施进行定义,仲裁庭认为应根据 BIT 上下文的通常含义解释税收措施。同时,仲裁庭还特别指出:(1) 税收应当依法课征,税收当局缺乏法律支持的武断的税收行为不能主张第 12 条下的豁免。(2) 没有理由将“税收”限定在直接税,因此“税收”也包括增值税等间接税。(3) 也认为没有理由将“措施”限定为税法条文,一国税制中用于确定纳税人缴税或退税数额的所有方面都属于税收措施的范畴,即税收抵扣和减免也属于税收措施。^[21]

在 *Duke Energy v. Ecuador* 案中,仲裁庭认为美国和厄瓜多尔的 BIT 第 10 条包含关税,并赞同 *EnCana v. Ecuador* 仲裁庭的结论,即关于税收减免的措施也属于税收措施。^[22]

在上述案件中,仲裁庭通过对于税收措施的解释取得了管辖权,而且也涉及东道国的税收措施应当接受审查和税收例外条款不能适用的情况。从仲裁庭的实践看,当投资协定没有对税收措施进行界定时,仲裁庭通常会对税收措施采取广义的解释,即税收包括直接税和间接税,税收措施包括税收规则本身以及征税措施和税收减免措施。此外,*EnCana v. Ecuador* 案的仲裁庭还指出税收应当是依法课征和善意的。这在其他仲裁案中也有体现。

在关于俄罗斯 Yukos 公司的数个仲裁案中,有的投资者认为俄罗斯政府对 Yukos 的征税行为构成了征收^[23],并根据《能源宪章条约》(ECT)主张赔偿。^[24] 俄罗斯政府以 ECT 第 21 条“税收”为抗辩理由。第 21 条第 1 款规定:

[21] *Id.*, para. 142.

[22] *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S. A. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/04/19, Award, 18 August 2008, para. 175.

[23] 有关 Yukos 案的背景,可参见 Paul B. Stephan, “Taxation and Expropriation—The Destruction of the Yukos Oil Empire”, *Houston Journal of International Law*, vol. 35, no. 1, 2013, 以及西克·史密斯:《普京 VS. 尤科斯——俄罗斯的石油战争》,周亚莉、董晓华译,华夏出版社 2011 年版。

[24] Yukos 有多个国家的投资者,因此这些案件中投资者主张权利的条约依据不尽相同。有的根据《能源宪章条约》,有的则依据其母国与俄罗斯的 BIT。

除非本条另有规定,本条约不对缔约方的税收措施(taxation measures)创设权利和义务。当本条与本条约的其他条款不一致时,本条规定优先。第 21 条第 5 款则规定第 13 条“征收”适用于税收(taxes)。第 21 条第 7 款(a)项对税收措施定义如下:(1) 缔约方(包括其地方政府)涉及税收的国内法条款;(2) 缔约方受约束的任何避免双重征税协定或其他协定中涉及税收的条款。*Veteran Petroleum Limited v. Russia* 案的仲裁庭认为第 21 条第 1 款只能豁免善意的税收行为。以税收形式伪装的行为,其实质在于实现与税收无关的目的(比如摧毁企业或消除政治对手)的行为,是不能根据第 21 条第 1 款主张豁免的。^[25] 尽管第 21 条第 5 款规定征收适用于“税收”,而非采用了“税收措施”的表述,但在仲裁庭看来,第 21 条第 5 款下的税收的通常含义不能被理解为比第 21 条第 1 款下的税收措施的范围更窄。俄罗斯对税收措施和税收的理解(税收只限于税款的收付而不包括征税和执法行为),将导致税收例外条款的扩大适用,从而限制对投资者免于征收的保护。这也将挫败 ECT 的宗旨和例外条款的作用。因此,任何属于第 21 条第 1 款税收例外的措施也属于第 21 条第 5 款的管辖范围。^[26]

由上可见,在实践中,对于何为“税收措施”,仲裁庭并未拘泥于严格的字面含义,而是采取了具有弹性和灵活性的解释,并强调要看相关措施是否具有税收的实质特点。当 ISDS 下的仲裁庭明确了税收措施的含义从而取得案件的管辖权后,将审查东道国的税收措施是否违反投资协定实体义务的问题。虽然不同的投资协定下税收条款的适用范围会有所不同,但通常会涉及税收措施是否构成征收,或税收措施是否违背投资协定的投资待遇义务的情况。本文接下来将分别予以探讨。

三、税收措施与征收

虽然税收条款原则上将投资协定的义务排除适用于税收措施,但基本上都规定关于投资征收的义务仍适用于税收措施,其目的在于防止缔约方借助税收的形式规避征收条款的义务。但是,如何区分构成征收的税收措施和缔约方正常的税收措施则是实践中需要解决的问题。此外,税收条款如果在投资者启动 ISDS 机制前设定了前置程序,前置程序能否绝对阻止仲裁的提起和 ISDS 机制下的仲裁庭行使管辖权也需要讨论。

[25] *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. The Russian Federation*, UNCITRAL, PCA Case No. AA 228, Award, para. 1407.

[26] *Id.*, para. 1416.

（一）征收（间接征收）的界定

东道国对外国投资的国有化或征收是外国投资者面临的政治风险之一^{〔27〕}，而国有化或征收又是国家主权的体现^{〔28〕}。为了平衡国家主权和外国投资者的利益，国际法上对国有化或征收限定了如下条件：国有化或征收应基于公共目的；以非歧视的方式进行；通过正当法律程序；给予补偿。^{〔29〕}

从国际投资的实践看，经过“二战”后的国有化浪潮后，国家通过国有化或征收措施来直接取得外国投资所有权的做法已经很少见了。与此同时，间接征收(indirect expropriation)开始为国际社会所关注。间接征收，是与传统的国家直接取得外国投资的所有权或对其占有的方式（也称为直接征收）相对的。在间接征收的做法下，虽然国家并没有取得外国投资的所有权或将其占有，但相关措施具有与直接征收类似或等同的效果。间接征收具有这样几个特点：属于国家行为；对投资者的财产权或受法律保护的权利进行了干涉；干涉的程度导致投资者实际被剥夺了相关权利或几乎丧失了财产的全部价值；即使投资者仍对其财产享有所有权。^{〔30〕}

间接征收问题的出现有两方面的原因：一是投资协定注重保护外国投资者的权利，投资者能够通过 ISDS 机制挑战东道国的行为；二是国家对经济的干预越来越频繁，特别是在经济危机发生时，国家管制经济的一些措施对私人投资者的经济利益产生了负面影响。^{〔31〕}为此，投资协定也把间接征收纳入了管辖范围。比如，根据 NAFTA 第 1110 条第 1 款，除非满足特定条件^{〔32〕}，任何缔约方不得对其境内另一缔约方投资者的投资直接或间接国有化或征收，或对此类投资采取等同于国有化或征收的措施。

不过，间接征收的认定远比直接征收复杂，一个突出的问题是如何划清间接征收与国家规制权利(the right to regulate)之间的界限。理论上讲，国家出于公共目的或公共利益而采取的规制措施，比如非歧视的反垄断、消费者和环境保护等措施，是国家主权和职能的体现。尽管这些措施会影响外国投资者的

〔27〕 一般来讲，国有化和征收是同义词，是指国家对原属于私人或外国政府所有的财产采取的收归国有的强制性措施。当然，二者也有细微的区别。征收仅影响个别人的权利和财产，而国有化是大规模的，反映了国家社会经济结构的变化。参见姚梅镇主编：《比较外资法》，武汉大学出版社 1993 年版，第 763—764 页，以及王贵国：《国际投资法》（第 2 版），法律出版社 2008 年版，第 202 页。

〔28〕 《各国经济权利和义务宪章》第 2 条第 2 款规定：“每个国家有权：……(c) 将外国财产的所有权收归国有、征收……”

〔29〕 UNCTAD, Expropriation, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreement II, UNCTAD/DIAE/IA/2011/7, p. 1.

〔30〕 *Id.*, p. 12.

〔31〕 *Id.*, p. 2.

〔32〕 这些条件是：出于公共目的；非歧视地实施；通过正当法律程序；按照该条第 2 款至第 6 款的规定给予补偿。

利益,但原则上不构成征收,也不需要给予补偿。与之相对,对外国人财产的征收(包括间接征收)原则上是需要给予补偿的。^[33]

因此,投资协定一般都明确国家规制措施原则上不属于间接征收。比如,哥伦比亚和印度的 BIT 第 6.2 条 c 项规定:缔约方基于保护公共健康、安全和环境等目的而采取的非歧视的规制措施并不构成国有化或征收;除非在极其特殊的情况下,这些措施如此严厉以至于不能够被合理地认为是为实现其目标而善意实施的。在投资仲裁实践中,仲裁庭也承认国家的规制措施不需要补偿。比如,在 *Saluka v. Czech* 案中,仲裁庭指出:国际法承认,在一国正常行使其规制权力并且善意和非歧视地为实现公共福利而采取措施时,其无须对外国投资者给予补偿。^[34]

为了进一步界定国家规制措施和间接征收,美国和加拿大在其各自的 BIT 范本中还专门通过关于征收的附件来做进一步的说明^[35],这也为现实中的投资协定所借鉴。比如,日本和秘鲁 2008 年的 BIT 第 13 条是关于征收(包括直接征收和间接征收)的规定。该 BIT 附件 4 进一步说明:

(1) 间接征收是指缔约方的措施或一系列措施,这些措施虽然并不导致投资者投资权益的转让或剥夺,但具有与直接征收等同的效果。(2) 确定缔约方的这些措施是否构成间接征收,需要个案审查,以事实为依据,并考虑如下因素:(a) 措施所造成的经济影响,尽管措施对投资经济价值的负面影响这一事实本身并不导致该行为构成间接征收;(b) 措施对投资合理期待的干涉程度;(c) 措施的特征,包括是否是歧视性的。(3) 缔约方根据该 BIT 第 19 条“一般和安全例外”所采取的非歧视性的旨在保护合法公共利益的措施不构成间接征收。

(二) 构成(间接)征收的税收措施

东道国的规制措施原则上不构成间接征收,这同样适用于税收措施。税收是国家取得财政收入的主要手段,是一种强制性的且不存在直接返还性的课征,税收同时还承担着社会收入再分配、宏观调控和保障经济和社会稳定的职能。^[36] 在 *Feldman v. Mexico* 案中,仲裁庭指出:政府必须能够为公共利益而自由行事,比如实施新的税制或修改现行税制、给予或撤销政府补贴、限制或提

[33] 国际投资协定并没有针对间接征收规定有别于直接征收的补偿规则。不过,在理论上对间接征收的补偿标准存在三种学说。参见蔡从燕、李尊然:《国际投资法上的间接征收问题》,法律出版社 2015 年版,第 52—56 页。

[34] *Saluka v. the Czech Republic*, UNCITRAL Arbitration, Partial Award, 17 March 2006, para. 255.

[35] 比如美国 2004 和 2012 年的 BIT 范本。

[36] 参见同前注[13],第 7—12 页。

高关税水平。如果商业因此受到影响就寻求补偿,此类理性的政府规制措施就无法实现其自身的目的。习惯国际法也承认这一点。^[37]

不过,这并不意味着东道国的所有税收措施都不会构成征收。在 *Occidental v. Ecuador* 案中,仲裁庭指出:税收能够导致与其他规制性措施一样的征收效果 (taxes can result in expropriation as can other types of regulatory measures)。^[38] *Feldman v. Mexico* 案的仲裁庭援引了《美国外国关系法重述》(Restatement on the Foreign Relations Law of the US),指出税收措施也可能构成征收并导致国家责任,特别是在这些措施造成了对外国人财产的无理干涉时。^[39] 在 *EnCana v. Ecuador* 案中,仲裁庭指出:在征收的认定方面,税收是一个特殊的问题。原则上税收是对纳税人设定的金钱义务,且税款用于公共目的。这样的税收不是对财产的剥夺。只有异乎寻常、其数额具有惩罚性或是武断征收的税收才构成征收。^[40]

因此,为了避免缔约方借助税收措施的形式来实现间接征收,投资协定中的相关条款也明确征收规则适用于税收措施。比如,新加坡和韩国的自由贸易协定第 21.4 条“税收”第 4 款规定,如果税收措施构成征收,则该协定第 10.13 条关于征收和补偿的规定也适用于该税收措施。

在实践中,仲裁庭通常是结合税收的特点以及根据征收的要件来判断税收措施是否构成征收。不过,即使东道国的税率很高,如果给投资者留有利润空间,也不一定会被认定为征收。^[41] 在 *EnCana v. Ecuador* 案中,仲裁庭认为:尽管投资者没有取得增值税退税优惠(即使厄瓜多尔的做法是违反投资协定的),投资者仍然能够继续经营活动并获得利润,并不存在经营活动因此停滞或无法获利以至于实质剥夺其投资的情况。^[42] 在 *Paushok v. Mongolia* 案中,蒙古援引了 *LG&E v. Argentina* 案中关于征收的认定标准,主张其暴利税不构成征收:税收措施并没有剥夺投资者的实质性总体利益(投资者没有丧失其对投资的实质控制);税收措施并非不恰当地行使国家权力;税收措施

[37] *Marvin Feldman v. Mexico*, ICSID Case No. ARB (AF)/99/1, Award, 16 December 2002, para. 103.

[38] *Supra* note [15], para. 85.

[39] *Supra* note [37], paras. 105-106.

[40] *Supra* note [20], para. 177.

[41] 就不涉及税收措施的征收认定而言,在 *Perenco Ecuador Limited v. The Republic Ecuador* 案(ICSID Case No. ARB/08/6)中,厄瓜多尔要求投资者将其销售收入的 99%上交厄瓜多尔政府,仲裁庭也没有认定该措施构成征收。See *Decision on Remaining Issues of Jurisdiction and on Liability*, 12 September 2014, paras. 676-690.

[42] *Supra* note [20], para. 174. 在 *Azurix v. Argentina* 案(ICSID CASE No. ARB/01/12)中,虽然争议的措施并不涉及税收,由于投资者保留了对投资的控制权,仲裁庭也没有裁定阿根廷的措施构成间接征收。参见该案的裁决第 314—322 段。

并非持久性的。仲裁庭接受了蒙古的抗辩,裁定蒙古的暴利税措施并不构成征收。^[43]

以上案例表明仲裁庭主要是结合税收的效果来审查税收措施是否构成征收,而且税收措施被认定为征收的门槛是比较高的。但是,如前所述,在关于俄罗斯 Yukos 公司的数个仲裁案中,也有仲裁庭以善意标准来审查税收措施。如果仲裁庭认为税收措施并非出于善意,那么该措施也可能构成征收。比如,在关于 Yukos 的另一个案件——*Quasar de Valores* 案中,仲裁庭裁定俄罗斯联邦税务当局对西班牙投资者所投资的 Yukos 公司采取的课征所得税的做法构成了间接征收。^[44] 仲裁庭首先承认所有税收都具有取得纳税人财产的效果,就此而主张征税要给予补偿是荒谬的。但是,表面上是征税措施的做法,如果实质上为超出正常税收权力行使的措施并具有剥夺纳税人财产的效果,就属于西班牙—俄罗斯 BIT 第 6 条所管辖的征收,仲裁庭需要审查东道国是否对于该项征收给予了适当补偿。^[45] 仲裁庭认为,俄罗斯政府的做法是故意阻止 Yukos 石油公司支付税款,而把 Yukos 石油公司因此导致的欠税作为征收 Yukos 石油公司的条件,并非合法征税的措施。^[46] 另一个关于 Yukos 的仲裁庭也持同样的观点,即俄罗斯税收措施的主要目的不是征税,而是迫使 Yukos 破产并由政府取得其资产。^[47]

[43] *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company, and CJSC Vostokneftegaz Company v. The Government of Mongolia*, UNCITRAL Arbitration, Award on Jurisdiction and Admissibility, 28 April, 2011, paras. 285, 330-336. 有观点认为,暴利税虽然会使投资者蒙受重大损失,但一般情况下不太可能被认定为征收;东道国在确定征税方式和税率时一般会考虑投资者的利润空间,不太可能导致投资者对财产的享有变得无效,或重大地剥夺投资者对财产的使用。参见蔡从燕:《国际投资条约实践中的税收措施问题》,载《武大国际法评论》2010年第2期,第126页。

[44] 该案的基本案情为:西班牙投资者持有俄罗斯 Yukos 石油公司的美国存托凭证(American Depositary Receipt, ADR)。西班牙投资者并不参与 Yukos 石油公司的经营管理,属于证券投资人。西班牙投资者主张,俄罗斯税务当局对 Yukos 石油公司不当课征巨额税款,也不认可 Yukos 石油公司提出的偿还税款的方案,俄罗斯政府以此作为剥夺 Yukos 石油公司资产和强迫其破产清算的理由,西班牙投资者持有的 ADR 也因此没有什么价值。西班牙投资者根据西班牙和俄罗斯的 BIT 第 10 条要求仲裁庭判定俄罗斯政府给予充分补偿。*Quasar de Valores SICAV S. A., Orgor de Valores SICAV S. A. GBI 9000 SICAV S. A v. The Russian Federation*, Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, Award, 20 July 2012, paras. 9-10。西班牙和俄罗斯的 BIT 第 10 条规定,投资者和东道国关于征收补偿数额的纠纷可通过国际仲裁解决。双方选择了斯德哥尔摩仲裁院仲裁。

[45] *Id.*, Award, para. 48. 西班牙和俄罗斯的 BIT 第 6 条规定:缔约一方当局对缔约另一方的投资者在该缔约一方的投资所采取的任何国有化、征收或导致与国有化、征收类似结果的措施,应只基于公共利益并依据该国有效的立法进行,且这些措施不应是歧视性的。采取这些措施的缔约方应当对投资者给予充分且毫不迟延的补偿,并以自由兑换货币支付。

[46] *Id.*, Award, paras. 127, 128, 177, 227.

[47] *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, UNCITRAL, PCA Case No. AA 227, Final Award, 18 July 2014, at ss 756; 1579.

(三) ISDS 关于征收争端的前置程序

为了在维护税收主权和保护投资者利益之间寻求平衡,有的投资协定还设定了投资者将其与东道国的税收争议提交国际仲裁之前的前置程序。

比如,NAFTA 第 2103 条“税收”第 6 款规定该协定第 1110 条“征收与补偿”适用于税收措施。但是,投资者如果认为税收措施构成征收并诉诸 NAFTA 第 11 章的投资仲裁规则发出仲裁意向通知时,须同时提请缔约双方税收主管当局审查税收措施是否不构成征收。如果缔约双方主管当局不同意进行审查,或是在 6 个月内不能就该税收措施不构成征收达成一致意见,投资者可提出仲裁请求。在实践中,曾有美国投资者主张加拿大 2006 年关于某项信托所得税的改变构成了间接征收,并试图通过 NAFTA 下的争端解决机制主张赔偿。但是,美国主管当局(主管税收政策的财政部助理部长)同意加拿大主管当局关于该项所得税改变不构成征收的观点,因而阻止了美国投资者启动 NAFTA 下的争端解决机制。^[48]

ECT 第 21 条第 5 款也规定征收适用于税收,并就税收征收的争端解决程序作出了规定,但与 NAFTA 的条款有所不同。当投资者主张税收措施构成征收时,投资者应(shall)将争议中的税收措施提交相关缔约方税收主管当局审查。^[49] 如果投资者没有提请税收主管当局审查,则处理投资者和缔约方争端的机构应(shall)将争议的措施提交相关税收主管当局。税收主管当局应尽力在 6 个月内就税收措施是否构成征收得出结论。处理投资者和缔约方争端的机构可考虑(may take into account)税收主管当局关于税收措施是否构成征收的结论(包括税收主管当局在 6 个月届满后得出的结论)。不过,在任何情况下,税收主管当局在 6 个月届满后的参与都不能导致投资者—缔约方争端程序的拖延。

在涉及 ECT 第 21 条的 *Plama v. Bulgaria* 案中,仲裁庭认为提请税收主管当局审查税收措施是否构成征收是投资者启动 ISDS 的前置程序,即投资者必须先将争议的税收措施提交税收主管当局处理,而投资者却没有这样做,这也无从谈及保加利亚的税收措施是否违反了 ECT 义务的问题。^[50]

但是,在 *Yukos University limited (Isle of Man) v. Russia* 案中,仲裁庭对税收主管当局审查税收措施的前置程序却持相反的观点。俄罗斯认为,如果没有将争议的税收措施提请税收主管当局(本案中为俄罗斯财政部、塞浦路斯

[48] Alan S. Lederman, “When Can U. S. Trade Agreements Be Availed of to Compensate for Income Tax Liabilities?” *Journal of Taxation*, vol. 118, no. 2, 2013.

[49] ECT 第 21 条第 5 款也就缔约方之间关于一方的税收措施涉及征收的争端解决程序做了规定。本文在此仅就 ISDS 的情况进行说明。

[50] *Plarna Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Award, 27 August 2008, para. 266.

财政部和英国财政部)审查,仲裁庭将不能就该措施是否构成征收作出裁决。投资者则认为提请税收主管当局审查的程序没有意义,特别是俄罗斯财政部会有自身的利益。^[51] 仲裁庭承认提请税收主管当局审查的程序具有帮助仲裁庭区分正常的税收措施和滥用的税收措施的作用,但并不认为本案中该程序具有这样的效果,因为仲裁庭是基于所有证据裁决,而税收主管当局只关注税收措施。仲裁庭还认为,ECT 第 21 条第 5 款的程序应当善意解释之,而善意解释的结论是:

提起税收主管当局审查税收措施的程序不能适用于该程序明显看来将没有任何作用的情况。同时,第 21 条第 5 款的文义非常清楚,仲裁庭可(may)考虑税收主管当局关于税收措施是否构成征收的结论,而且争议的当事方就税收主管当局的结论对仲裁庭没有约束力也没有意义。因此,仲裁庭也不会将争议的税收措施提起税收主管当局审查。^[52]

此外,仲裁庭还认为俄罗斯没有善意履行征税权,因而 ECT 第 21 条的税收例外不能适用,也就是说俄罗斯不能基于该税收例外条款主张豁免责任。如果税收当局针对投资者的措施没有正当理由或者实质上与税收无关,那么,由相同的税收主管当局就其措施进行审查对仲裁庭而言也是没有价值的。^[53]

因此,就 ISDS 的前置程序而言,由于不同协定的税收条款不同,该程序的作用也有所差别。但是,涉及 ECT 第 21 条第 5 款的案例表明,即使是同一协定的同一条款,不同案件的仲裁庭也可能会有不同的解释。这一定程度上与 ISDS 机制本身的特点(比如缺乏上诉机制)有关。关于 ISDS 机制的问题,本文将在第五部分进一步讨论。

四、税收措施与投资者待遇

投资协定除了保护投资者免于东道国的征收之外,通常还给予投资者最惠国待遇、国民待遇和公正与公平待遇。如前所述,有的投资协定会将最惠国待遇和/或国民待遇排除适用于税收措施,但通常不排除公正与公平待遇。此外,也有的投资协定没有将非歧视待遇排除适用于税收措施。因此,这也可能产生投资者主张东道国的税收措施违反了上述待遇的争议。就 ISDS 机制来讲,投资协定一般都是在涉及征收的税收争议方面设定前置程序,但在涉及投资待遇的税收争议方面则没有特殊的程序限制。由此可见,主张税收措施构成征收的门槛较高,投资者借助投资待遇条款来挑战东道国的税收措施则相对

[51] *Supra* note [47], paras. 1418, 1419.

[52] *Id.*, paras. 1421-1429, 1435.

[53] *Id.*, para. 1430.

容易。

(一) 最惠国待遇、国民待遇与税收措施

投资协定的最惠国待遇要求东道国给予缔约另一方的投资者及其投资的待遇不应低于东道国给予相同或类似情况下的第三国投资者及其投资的待遇，国民待遇则要求东道国给予缔约另一方的投资者及其投资的待遇不低于其给予相同或类似情况下的本国投资者及其投资的待遇。由于最惠国待遇和国民待遇的认定需要与东道国给予第三国投资者或国内投资者的待遇进行比较，所以也称其为相对待遇(relative standards of treatment)。^[54] 因此，外国投资者与第三国投资者和国内投资者之间是否具有可比性，是认定东道国是否违反了最惠国待遇或国民待遇的一个关键要素。如果投资协定没有将税收措施排除适用于非歧视待遇，而税收措施导致了具有可比性的外国投资者与本国投资者和/或第三国投资者的差别待遇，缔约方就可能被认定违反了非歧视义务。此外，虽然投资协定的税收条款一般会规定税收协定优先于投资协定^[55]，但税收协定适用的税种为直接税，因此缔约方的间接税措施也存在违反非歧视待遇义务的可能性。

比如，NAFTA 第 1102 条要求缔约方给予缔约另一方的投资者及其投资活动的待遇不低于相同情况下(like circumstances)的本国投资者或第三国投资者及其投资活动的待遇，即要给予最惠国待遇和国民待遇。在 *Corn Products v. Mexico* 案中，仲裁庭指出，投资者根据第 1102 条主张东道国违反了国民待遇义务时，需要满足如下条件：首先，东道国给予了外国投资者或其投资活动以相应待遇；其次，外国投资者应与东道国的投资者处于相同情况(in like circumstances)；最后，外国投资者的待遇低于东道国投资者。^[56] *S. D. Myers v. Canada* 案的仲裁庭也指出：在国民待遇方面，“相同情况”意味着仲裁庭应审查外国投资者和本国投资者是否属于相同的部门(in the same “sector” as the national investor)。^[57]

在 *Cargill v. Mexico* 案中，美国 Cargill 公司通过其墨西哥子公司在墨西哥生产高果糖玉米糖浆。墨西哥对含有高果糖玉米糖浆的软饮料课税，但墨西哥本国为软饮料提供蔗糖的厂商则没有这样的税收。美国投资者认为墨西哥

[54] Guiguo Wang, *International Investment Law: A Chinese Perspective*, Routledge, 2015, p. 263.

[55] 比如税收协定一般没有最惠国待遇，因此税收条款将导致投资协定的最惠国待遇不适用于税收措施。

[56] *Corn Products International Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No ARB(AF)/04/1, ICSID Additional Facility, Decision on Responsibility, para. 117.

[57] *S. D. Myers v. Canada*, UNCITRAL, NAFTA Arbitration, Partial Award, 13 November 2000, para. 250.

的做法干预了其在墨西哥的投资,违反了 NAFTA 第 1102 条的国民待遇义务。仲裁庭认为软饮料行业的高果糖玉米糖浆供应商和蔗糖供应商处于相同情况,裁定美国投资者的待遇低于墨西哥国内蔗糖生产商,墨西哥的做法构成歧视,从而违反了第 1102 条下的国民待遇义务。^[58]

需要指出的是,在货物贸易领域,GATT/WTO 体制下也有国民待遇的规定。^[59] *Cargill v. Mexico* 案中墨西哥的税收措施也被美国诉诸 WTO 的争端解决机制。专家组裁定墨西哥的税收措施违反了 GATT 的国民待遇义务。^[60] 但是,在涉及投资争端的仲裁庭看来,货物贸易的国民待遇和投资领域的国民待遇是不同的。在 *Occidental v. Ecuador* 案中,从事石油行业的美国投资者主张厄瓜多尔违反了国民待遇义务,因为厄瓜多尔给予了许多出口鲜花、海产品和矿产品的厄瓜多尔公司以增值税退税优惠,而美国投资者则没有这样的优惠。厄瓜多尔以美国和厄瓜多尔的 BIT 第 2 条的相同情况(in like situations)为抗辩,认为这一义务限于相同部门的投资者。^[61] 但是,仲裁庭最终支持了投资者的诉求,认定厄瓜多尔违反了 BIT 下的国民待遇义务。仲裁庭认为美国和厄瓜多尔的 BIT 第 2 条不能狭义解释,即基于出口产品是否属于同一部门进行比较。仲裁庭指出 BIT 的国民待遇不同于 GATT/WTO 的国民待遇。GATT 的国民待遇适用于货物贸易的相同产品(like product),与产品之间是否存在直接竞争或替代关系相关。但是,BIT 的国民待遇要求的是相同情况而非相同产品的比较。从事石油出口的美国投资者和从事其他产品出口的国内厂家属于相同情况,这些出口商之间的待遇不能存在差别。^[62]

[58] *Cargill, Incorporated (Claimant) v. United Mexican States (Respondent)*, ICSID Additional Facility, ICSID Case No. ARB (AF)/05/2, Award, paras. 1-2, 211-223.

[59] GATT 1994 第 3 条第 1 款规定:“国内税和其他国内费用,影响产品的国内销售、推销、购买、运输、分销或使用的法令、条例和规定,以及对产品的混合、加工或使用须符合特定数量或比例要求的国内数量限制条例,在对进口产品或国产品实施时,不应用来对国产品提供保护。”第 2 款规定:“一个成员领土的产品输入到另一成员领土时,不应对其直接或间接征收高于对相同国产品所直接或间接征收的国内税或其他费用。同时,成员不应对其进口产品或国产品采用其他与本条第 1 款规定的原则有抵触的方法来实施国内税或其他国内费用。”第 4 款规定:“任何成员境内的产品被进口到其他任何成员境内时,在影响它们境内销售、推销、购买、运输、分销或使用的所有法令、条例和规定方面,应当给予不低于相同国产品的待遇。”

[60] 专家组认为使用高果糖玉米糖浆的软饮料和使用蔗糖的软饮料属于相同产品,而墨西哥的税收措施导致使用高果糖玉米糖浆的软饮料的税负高于使用蔗糖的软饮料,从而违反了 GATT 1994 第 3 条第 2 款第 1 句的义务。专家组还认为高果糖玉米糖浆和蔗糖属于直接竞争和替代产品,而墨西哥的税收措施为国产品(蔗糖)提供了保护,从而违反了 GATT 1994 第 3 条第 2 款第 2 句的义务。此外,专家组还认为墨西哥通过税收措施和其他国内法要求使得高果糖玉米糖浆的待遇低于蔗糖,从而违反了 GATT 1994 第 3 条第 4 款的义务。See Mexico—Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages (DS308), Report of the Panel.

[61] 该条第 1 款包含最惠国待遇和国民待遇两个方面,要求缔约方给予缔约另一方的投资者及其投资活动的待遇不低于相同情况下的本国投资者或第三国投资者及其投资活动的待遇。

[62] *Supra* note [15], paras. 173-179.

不过,即使投资领域的国民待遇和货物贸易领域的国民待遇不同,投资争端的仲裁庭在解释“相同情况”方面也宽严不一。比如,在 *Occidental v. Ecuador* 案中,仲裁庭认为进行比较的投资者应是“本地全体生产商”,而不应只看具体经济活动所在的部门。与之相反,在 *Feldman v. Mexico* 案中,仲裁庭进行比较的投资者为从事同一种业务的企业,即购买和转售香烟的企业。^[63]

(二) 公正与公平待遇

投资协定除了给予投资者非歧视待遇之外,还给予公正与公平待遇。公正与公平待遇是贸易协定和税收协定中所没有的。在投资协定中,如果只是规定缔约方应给予外国投资者公正与公平待遇而没有进一步明确其具体含义,就会存在不同的解读。比如,一种观点认为,公正与公平待遇只是习惯国际法下外国人最低标准的重述,并不增加新的义务;也有观点认为公正与公平待遇的含义不限于习惯国际法的最低标准,东道国对外国投资者的任何武断和歧视性的措施都可被视为违反了公正与公平待遇,包括外国投资者的合法期待 (legitimate expectation) 受到了损害。

解决投资争端国际中心 (ICSID) 的仲裁庭在解释和适用公正与公平待遇时^[64],倾向于采取比传统国际最低标准更为宽泛的解释,提出了分析公正与公平待遇的几个要素,以此来衡量公正与公平待遇是否被违反。其要点包括:公正与公平待遇要求提供稳定和可预见的法律与商业环境;不影响投资者的基本预期;不需要有传统国际法标准所要求的专断和恶意;违反公正与公平待遇条款必须给予赔偿。这就降低了投资者索赔的门槛,使得公正与公平待遇成为 BIT 中投资者容易获得索赔的条款。^[65]

因此,即使东道国的措施没有被仲裁庭认定为征收,但仍可能被裁定违反了公正与公平待遇义务。^[66] 这同样适用于投资协定没有将公正与公平待遇排除适用于税收措施的情况。^[67] 这方面一个典型的问题就是缔约方税收的变化

[63] 参见单文华、娜拉-加拉赫:《中外投资条约研究》,魏艳茹、李庆灵译,法律出版社 2015 年版,第 166 页。

[64] ICSID 是根据《华盛顿公约》设立的。ICSID 通过调解或仲裁来处理缔约方投资者和另一缔约方的投资纠纷。纠纷的处理由个案组成的调解委员会和仲裁庭负责。此外,ICSID 行政理事会还制定了《附加便利规则》(Additional Facility Rules),用以解决《华盛顿公约》所不管辖的一些投资争端,比如争端当事人一方为非缔约方或非缔约方国民之间的投资争端。

[65] 参见余劲松:《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 137 页。

[66] 比如 *Perenco Ecuador Limited v. The Republic Ecuador* 案中,虽然仲裁庭认为厄瓜多尔政府要求投资者上交 99% 销售收入的做法不构成征收,但裁定违反了公正与公平待遇。See, *Decision on Remaining Issues of Jurisdiction and on Liability*, *supra* note [41], paras. 603-607.

[67] 比如日本和越南的 BIT 第 19 条规定除该条第 2、3、4 款之外,BIT 不适用于税收措施,而根据第 19 条第 2 款,该 BIT 第 9 条关于公正与公平待遇的义务适用于税收措施。

是否影响了投资者的合法期待。^[68] *CMS v. Argentina* 案的仲裁庭认为“稳定的法律和商业环境是公正与公平待遇的基本要素。公正与公平待遇与稳定性和可预测性是不可分离的”。^[69] *TECMED v. Mexico* 案的仲裁庭也指出：公正与公平待遇要求东道国的行为具有一致性，使得投资者能够实现知晓影响其投资的规则，以便于在遵守规制的前提下筹划投资。^[70]

不过，公正与公平待遇并不意味着东道国的法律不能发生任何变化，除非东道国针对投资者作出特别承诺（specific commitment）。*El Paso v. Argentina* 案的仲裁庭指出：当东道国存在严重的经济危机时，不存在法律不发生任何变化的合法期待。理性的投资者也不会有这样的期待，除非东道国对其作出了特别的承诺。^[71] *EnCana v. Ecuador* 案的仲裁庭也认为：当缺乏东道国的特别承诺时，外国投资者没有税收体制在其投资期间不会发生变化的合法期待。^[72] *Paushok v. Mongolia* 案的仲裁庭也持类似的观点。仲裁庭认为税收水平的实质变动对投资者来讲是一个严重的风险，特别是投资于经济初步发展的国家时。在许多情况下，投资者会得到确定保证，比如通过稳定协议来限制税收增长的可能性。不过，仲裁庭认为该案中不存在东道国的税收稳定承诺。^[73]

五、进一步的思考

以上阐述了投资协定的税收条款的立法例和相关实践。如果税收条款没有完全将投资协义务排除适用于税收措施，东道国的税收措施依然存在被认定违反投资协义务的可能性，而且仲裁庭对于税收条款的解释似乎也并不一致。那么，如何看待税收条款的作用？通过现行的 ISDS 机制处理投资者和东道国的税收争端是否还有需要完善之处？本文接下来将做进一步的探讨。

（一）税收条款的作用

投资协定中写入税收条款的主要目的在于维护缔约方的税收主权，这一点

[68] 需要指出的是，在许多涉及间接征收的案例中，仲裁庭也依赖于投资者的合法期待来判定相关措施是否构成征收。比如，在 *Metalclad v. Mexico* 案中，投资者依赖墨西哥的承诺行事并得到了所有必要的许可。但是，墨西哥的市政当局拒绝批准建筑许可从而导致该项目被阻碍。仲裁庭认为这构成间接征收。参见鲁道夫·多尔查、克里斯托弗·朔伊尔编：《国际投资法原则》，祁欢、施进译，中国政法大学出版社 2014 年版，第 117—118 页。

[69] *CMS Gas Transmission Company v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Final Award, 12 May 2005, paras. 273-277.

[70] *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, ICSID Additional Facility, Award, para. 154.

[71] *El Paso Energy International Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, para 374.

[72] *Supra* note [20], para. 173.

[73] *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company, and CJSC Vostokneftegaz Company v. The Government of Mongolia*, *supra* note [43], paras. 301-302.

是毋庸置疑的。一国不仅可通过税收取得财政收入,也会通过税收政策或措施来实现经济、社会或政治目标(比如财富的再分配、支持国内产业或区域发展)。因此,投资协定的缔约方当然不希望投资协定对其采取的税收措施进行限制,或是通过投资协定的 ISDS 机制予以审查。如果将税收问题交由国际仲裁机构来审查将影响政府关于税收政策的主权和裁量权。^[74]即使是税收协定,也是以国内税法为基础,其主要目的在于通过协调、划分征税权来消除双重征税,并不干涉缔约方的税收政策主权和税收政策。^[75]

投资协定的税收条款明确税收协定优先也有税收协定和投资协定管辖是两个并行的体系的原因。从历史沿革看,税收协定的出现要早于投资协定。税收协定的历史可追溯到 19 世纪。^[76]德国和巴基斯坦于 1959 年签订的投资促进和保护协定被认为是世界上第一个双边投资协定。^[77]投资协定的功能之一在于保护投资者利益,税收协定的功能之一则是消除投资者面临的双重征税。为了吸引投资和保护投资者,投资协定一般给予投资者以最惠国待遇、国民待遇和公正与公平待遇,并承诺缔约方原则上不对外资进行征收以及设置了征收的严格条件。税收协定则通过在居民国和来源国之间分配税收管辖权以及居民国采取免税法或抵免法等方式来消除双重征税^[78],且在税收待遇方面只给予外国投资者类似于国民待遇的无差别待遇,普遍没有投资协定中的最惠国待

[74] Thomas W Wälde and Abba Kolo, “Coverage of Taxation under Modern Investment Treaties”, in Peter Muchlinski, Federico Ortino, and Christoph Scheruer (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, pp. 323-324.

[75] Arnold A. Knechtle, *Basic Problems in International Fiscal Law*, W. E. Weisflög (trans.), Kluwer 1979, p. 175.

[76] 参见廖益新:《国际税法学》,北京大学出版社 2001 年版,第 136—143 页。

[77] Pieter Jan Kuijper, “Study on Investment Protection Agreements as Instruments of International Economic Law”, in European Parliament Policy Department DG External Policies, *Investor-State Dispute Settlement (ISDS) Provisions in the EU’s International Investment Agreement*, vol. 2-Studies, p. 9.

[78] 国际层面的双重征税包括法律性双重征税和经济性双重征税。OECD《税收协定范本》引言部分的第 1 段是如下定义法律性双重征税的:指两个或两个以上的国家或地区对同一纳税人的同一课税对象在同一征税期内征收同一或类似种类的税。经济性双重征税是指两个或两个以上的国家对属于不同纳税人的来源于同一税源的课税对象在同一征税期内征税。See *supra* note [75], p. 31. 在各国普遍同时主张居民税收管辖权和来源地税收管辖权时(居民纳税人就其全球所得向其居民国纳税,而非居民就其来源于当地的所得向来源国纳税),一国的居民纳税人可能面临三种类型的法律性双重征税,即居民管辖权和居民管辖权重叠导致的双重征税;居民管辖权和来源地管辖权重叠导致的双重征税;来源地管辖权和来源地管辖权重叠导致的双重征税。比如,对于居民管辖权和来源地管辖权重叠导致的双重征税,税收协定首先在缔约方之间划分征税权,如果征税权划归居民国或来源地国单独享有,就从根本上消除了双重征税。不过,在大多数情况下,税收协定是把征税权划归居民国和来源地国共享。此时,来源地国的优先征税权得到承认,但来源地国的征税范围或税率一般要进行限制。在来源地国课税之后,居民国要对本国居民在来源地国的所得采取免税法或抵免法等措施来消除双重征税。

遇和公正与公平待遇。^[79] 鉴于已有专门的税收协定来处理国际双重征税等事宜,投资协定的缔约方也不希望投资协定的规则影响税收协定的适用。在联合国贸发会议(UNCTAD)看来,缔约方可通过税收协定给予来自另一国的投资在对等减让的基础上以更优惠的税收待遇,而不需要担心其他国家基于投资协定的最惠国待遇条款来主张同样的待遇。税收问题的复杂性也决定了其不适宜纳入与投资协定一样的待遇条款。^[80]

不过,如前所述,投资协定也将特定的税收措施纳入管辖范围,前述案例也表明有关税收措施的争端在涉及投资协定相关条款的解释时,不同的仲裁庭也会作出不同的解释。那么,如何看待这一现象?

首先,这一问题的出现并没有改变投资协定和税收协定是两个并行体制的状况,投资协定也没有取代税收协定的功能。虽然某些税收争议通过投资协定的 ISDS 机制解决,但这些争议并非税收协定所管辖的双重征税等问题,而是限于涉及特定投资协定义务的税收措施,或者说是为了防止缔约方借助税收措施的形式来规避投资协定的义务。^[81] 事实上,投资协定管辖某些税收措施,是从该措施的效果是否会影响到投资者利益而切入的,措施采取税收形式并不重要。这样的情况在其他领域也有体现。比如某些税收措施也可能受到贸易协定的约束。在货物贸易领域,WTO 框架下的 GATT 1994 第 3 条为 WTO 成员设定了国民待遇义务。^[82] 在 *FSC* 案中,专家组认为:第 3 条并没有明确排除所得税措施的适用。第 3 条第 4 款也适用于针对产品的所得税措施。^[83] WTO 框架下的《补贴与反补贴措施协定》也禁止 WTO 成员实施出口补贴。该协定附件 1“出口补贴的解释性清单”列举的第 5 项措施即为“对工商企业已

[79] 比如 OECD《税收协定范本》第 24 条“无差别待遇”(non-discrimination)是税收协定中的标准条款,包括国籍无差别、常设机构无差别、扣除无差别和资本无差别等内容。税收协定的无差别待遇条款主要针对外国投资者和生产者在境内的待遇方面,但以承认国内所得税法中居民和非居民的划分为前提。税收无差别待遇的适用要求非居民和居民处于基于相同情况(in the same circumstances, carrying on the same activities)。税收协定的无差别待遇缺乏最惠国待遇的内容。OECD 认为第 24 条的税收无差别待遇并不能解释为要求缔约方提供最惠国待遇(参见 OECD《税收协定范本》关于第 10 条的注释第 48 段)。也就是说,一国可以在与不同国家的税收协定中给予来自不同国家的服务提供者或投资者以差别待遇。

[80] UNCTAD, Taxation, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreement, UNCTAD/ITE/IIT/16, 2000, p. 36.

[81] 比如,在美国看来,BIT 谈判在开始时的目标就是防止利用税收措施侵害条约在征收与转移方面的权利。参见肯尼斯·J·范德威尔德:《美国国际投资协定》,蔡从燕、朱明新等译,法律出版社 2017 年版,第 481 页。

[82] 第 3 条第 1 款明确要求国内税费和规章不能用来对国产品进行保护。第 3 条第 2 款和第 4 款则进一步阐述了国民待遇原则对于进口方国内税和规章的具体要求。

[83] Report of the Panel, United States—Tax Treatment for “Foreign Sales Corporations”, Recourse to Article 21.5 of the DSU by the European Communities, WT/DS108/RW, para. 8.142-8.143.

经缴纳或应缴纳的与出口有关的直接税的全部或部分免税、退税或递延”。为了明确贸易协定和税收协定或国内税法的划分,《补贴与反补贴措施协定》的注释 59 也规定:出口补贴清单第 5 项的“对工商企业已经缴纳或应缴纳的与出口有关的直接税的全部或部分免税、退税或递延”措施并不限制 WTO 成员采取避免其企业境外所得的双重征税。

其次,投资协定将某些税收措施纳入管辖范围也并不当然构成对缔约方税收主权的限制。投资协定中税收条款的设计是缔约方之间谈判的结果,即使税收条款将投资协定义务适用于特定的税收措施,也是缔约方自我同意约束的结果(包括缔约方与投资者之间投资协议的税收稳定条款)。从仲裁实践来看,如果东道国确实违反了投资协定义务,仲裁庭裁定东道国败诉恰恰是投资协定能够保护投资者利益的体现,也是约定必须遵守的国际法原则的要求。另外,ISDS 机制下的仲裁庭关注的是东道国的税收措施是否违反了投资协定的义务,并不审查东道国的税收措施在国内法中的效力。或者说,即使东道国的税收措施符合国内法,但仍可能违反投资协定义务。^[84]

最后,这一问题的出现与投资协定相关条款不够明确有关。如前所述,在投资协定没有将公正与公平待遇排除适用于税收措施时,不同的仲裁庭会有不同的解释。为此,缔约方可以采取在投资协定中澄清或限定公正与公平待遇范围的做法。比如,NAFTA 的缔约方曾于 2001 年对该协定第 1105 条第 1 款中公正与公平待遇的含义进行了澄清。^[85] NAFTA 的自由贸易委员会认为第 1105 条第 1 款中的待遇是指根据习惯国际法而给予外国人的最低待遇标准。^[86] 欧盟与加拿大的 CETA 关于投资的第八章的第 8.10 条没有将公正与公平待遇与习惯国际法相联系,但对缔约方在公正与公平待遇条款下所承担的义务作出了更为细致的列举。^[87] CETA 对公正与公平待遇的规定实际上是封闭性的,减少了仲裁庭在这方面解释的裁量权和不确定性。^[88]

当然,对于适用同一投资协定的不同案件的不同仲裁庭作出的不同解释,

[84] Julien Chaisse, “Investor-State Arbitration in International Tax Dispute Resolution: A Cut above Dedicated Tax Dispute Resolution”, 35 *Virginia Tax Review*, p. 220.

[85] NAFTA 第 1105 条第 1 款规定,各缔约方应根据国际法给予另一缔约方的投资者的投资以待遇,包括公正与公平的待遇以及全面保护和安全。

[86] NAFTA Free Trade Commission, “Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions” (July 31, 2001), at http://www.naftaclaims.com/commissionfiles/NAFTA_Comm_1105_Transparency.pdf (last visited May. 7, 2019).

[87] 缔约方违反公正与公平待遇义务的措施包括:在刑事、民事或行政程序中拒绝司法;根本违反了正当程序,包括在司法和行政程序中根本违反透明度原则;明显的武断行为;基于明显错误理由(比如性别、种族或宗教)的有针对性的歧视措施;对投资者的强迫、胁迫等行为;CETA 的贸易委员会所认定的其他行为。

[88] European Commission, Investment Provision in the EU-Canada Free Trade Agreement (CETA), 26 September 2014.

这涉及 ISDS 机制本身可能存在的问题。本文接下来将予以讨论。

(二) ISDS 机制与税收争议的解决

需要指出的是,对于投资者与东道国产生的税收争议,除了国内法的救济之外,税收协定还存在相互协商程序可供投资者选择。为什么投资协定仍规定特定的税收措施可通过 ISDS 机制解决呢?这仍与投资协定和税收协定的不同功能相关。以《OECD 范本》第 25 条为例,其第 1 款和第 2 款规定,当一个人认为缔约一方或双方的措施已经导致或将要导致对其不符合本税收协定的征税时,他可不考虑缔约方国内法的救济手段,将案件提交任一个缔约方的税收主管当局。如果缔约方主管当局认为案件所提意见合理,又不能单方面满意地解决时,应努力与缔约另一方主管当局相互协商解决本案,以避免不符合本税收协定的征税。因此,相互协商程序所处理的税收争端与涉及投资协定义务的税收争端是不同的。事实上,如果 ISDS 机制要解决特定的税收争端,投资者挑战的东道国的征收措施应当是针对投资的。在 *EnCana v. Ecuador* 案中,投资者主张厄瓜多尔税务当局拒绝增值税退税构成征收。仲裁庭需要确定增值税退税权利是否构成加拿大和厄瓜多尔 BIT 中的投资。该 BIT 对投资的定义广泛,包括金钱请求权,仲裁庭认为 VAT 退税权可构成投资。如果 BIT 对投资定义有限定或指向财产或财产权,就可能是相反的结论。^[89]此外,为了划分投资协定与税收协定在税收事项的管辖权,对于投资者主张构成征收的税收措施,投资协定一般在 ISDS 机制方面也会设置前置程序。

不过,从仲裁实践看,即使是同一个投资协定,不同的仲裁庭也会对相同的条款作出不同的解释,或者基于相同的事实得出不同的结论。这就导致投资协定条款解释的不确定性,也无法为将来的案件中适用这些协定提供可预见性。^[90]这是现行以仲裁为核心的 ISDS 机制所普遍存在的问题。个别国家甚至采取了退出《华盛顿公约》或者在投资协定中不规定 ISDS 机制的做法。^[91]那么,作为一个基础性的问题,投资协定设置 ISDS 机制是否有其必要性?

从近年来关于 ISDS 机制的讨论和实践看,不在投资协定中设置 ISDS 机制的做法仍是个别现象,更多的是对 ISDS 机制进行改革。以欧盟为例,欧盟在投资协定谈判中并没有放弃 ISDS 机制,而是采取保留 ISDS 机制并对其加

[89] UNCTAD, *Expropriation: A Sequel*, UNCTAD Series on Issues on International Investment Agreement II, 2012, p. 24.

[90] UNCTAD, *Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap*, IIA Issues Note, No. 2, June 2013.

[91] 比如,玻利维亚、厄瓜多尔和委内瑞拉退出了《华盛顿公约》。澳大利亚和新西兰的《更紧密经济关系贸易协定》的投资议定书没有规定投资者—东道国争端解决机制。参见王彦志:《投资者与国家间投资争端仲裁机制的废除:国际实践与中国立场》,载中国国际法学会主办:《中国国际法年刊》(2012年),法律出版社2013年版,第455—489页。

以改进的策略。欧盟认为投资协定中的 ISDS 机制仍有其积极作用。ISDS 机制的宗旨在于保护外国投资者不受东道国的歧视或不公平待遇。欧盟委员会认为,在某些情况下,投资者通过东道国的司法体系取得救济可能并不容易。比如,东道国司法系统对外国投资者存在偏见,或者法院拒绝审理外国投资者与本国政府之间的征收争议。当东道国没有把投资协定转化为国内法时,东道国法院即使受理投资者的起诉,投资者也可能无法在国内法院中主张适用投资协定。^[92] 此时,ISDS 机制对投资者就非常重要。缺乏 ISDS 机制的投资协定将使东道国的投资环境缺少竞争力。^[93] 此外,就 ISDS 机制和东道国的规制权的关系来讲,欧盟认为外国投资者通过 ISDS 机制挑战东道国的措施并不意味着东道国就当然丧失了规制权。东道国改变法律从而导致投资者成本增加或利润减少并非投资者胜诉的当然理由。外国投资者需要证明东道国存在违反投资协定义务的情况,才有胜诉的可能。^[94]

至于现行 ISDS 机制下存在的仲裁不一问题,欧盟还提出了建立投资法庭和上诉机制的方案。投资法庭和上诉法庭的法官是由缔约方任命的。CETA 规定初审法庭由 15 名法官组成。其中,5 名为欧盟成员国的国民,5 名为加拿大国民,剩余 5 名为第三国国民。初审法庭案件的审理由 3 名法官负责,其中 1 名来自欧盟成员国,1 名来自加拿大,1 名来自第三国。审理案件的法官不是由争端当事方选择,而是由初审法庭的主席任命。具体由哪三位法官审理案件,以轮换为基础并确保具有随机性和不可预测性。^[95] 这与仲裁机制下投资者和东道国可选择仲裁员是截然不同的。对于上诉法庭法官的人数 CETA 没有作出具体规定,而是由欧盟和加拿大组成的联合委员会来决定。上诉法庭审理对初审法庭裁决的上诉。上诉法庭审理案件的上诉由随机挑选的 3 位法官负责。^[96] 上诉法庭可以维持、修改或推翻初审法庭的裁决。^[97] 上诉法庭的裁决是终局的。^[98] 根据 CETA 第 8.39 条,当法庭裁决东道国败诉且需要对投资者赔偿时,赔偿应与投资者实际遭受的损失相当,不得裁定惩罚性赔偿。同时,裁决也不具有废除欧盟及其成员国以及加拿大的措施的效力。^[99]

[92] European Commission, *Incorrect Claims about Investor-State Dispute Settlement*, 3 October 2013.

[93] European Commission Communication, *Towards a Comprehensive European International Investment Policy*, (COM) 2010, 343 final.

[94] *Supra* note [92].

[95] 参见 CETA 第 8.27 条第 7 款。

[96] 参见 CETA 第 8.27 条第 7 款和第 5 款。

[97] 参见 CETA 第 8.28 条第 2 款。

[98] 参见 CETA 第 8.28 条第 9 款。

[99] European Commission, *Investment provisions in the EU-Canada Free Trade Agreement (CETA)*, February 2016.

建立投资法庭的观点在欧盟的方案提出之前就已有理论上的讨论^[100],但欧盟是首次将其纳入投资协定。现行 ISDS 机制下的仲裁是参照传统的国际商事仲裁设计的。但是,投资者与东道国的投资争端与一般的国际商事纠纷是不同的。国际商事纠纷当事人的地位是平等的,而投资者与东道国的投资纠纷则是国家行使公权力采取规制措施所导致的。在国内法中,这是通过行政诉讼和司法审查来解决的。因此,设立国际投资法庭在理论上是有依据的。既然设立了投资法庭,那么上诉机制也是不可或缺的。事实上,在国际贸易领域就有这样的例子。最典型的就是 WTO 争端解决机制下的上诉机制,虽然 WTO 争端解决机制并不冠以法庭的名称。理论上讲,在投资领域的 ISDS 机制中建立上诉机制,也能够避免目前仲裁机制下法律解释和裁决不一致的问题,也为纠正仲裁庭的法律错误提供了渠道。

不过,投资法庭方案目前仅见于欧盟对外签订的包含投资内容的自由贸易协定之中。美国主导谈判完成的《跨太平洋伙伴关系协定》(TPP)文本并未建立上诉机制。^[101] 因此,ISDS 机制本身的改革还要看后续的发展。此外,对于税收争端而言,还有一个特殊问题就是投资者在特定情况下仍试图通过投资协定的 ISDS 机制解决,而非通过税收协定的相互协商机制。这与税收协定的管辖范围和相互协商程序也存在问题都有关系。

税收协定主要管辖直接税领域的事项,一般不涉及间接税领域。另外,税收协定也没有投资协定的公正与公平待遇。因此,投资者就可能诉诸 ISDS 机制来处理其与东道国的税收争端。前述的 *EnCana* 案等涉及增值税退税的案件就是例子。当然,如果投资者母国和东道国之间没有税收协定,投资者也可能诉诸投资协定的 ISDS 机制。在 *Enron v. Argentine Republic* 案中,美国和阿根廷之间没有税收协定^[102],美国投资者和阿根廷的争端之一涉及印花税,投资者主张阿根廷违反了美国和阿根廷 BIT 的公正与公平待遇。^[103]

投资者诉诸 ISDS 机制解决税收争端,也与税收协定的相互协商程序存在不足有关。在相互协商程序下,缔约方税务机关只是被要求努力(endeavor)解

[100] See Gus Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, 2007.

[101] 不过,美国在其 BIT 范本中曾表现出倾向于通过多边协定建立上诉机制的意愿。比如,美国 2004 年颁布的 BIT 范本第 28 条第 10 款提出:若对缔约双方生效的另一单独的多边协定建立了审查投资纠纷仲裁裁决的上诉机构,则缔约双方应当努力达成一致,允许在该多边协定对缔约双方生效后启动的仲裁中,由该上诉机构审查根据本协定作出的仲裁裁决。美国 2012 年的 BIT 范本第 28 条第 10 款也有类似表述:若未来在其他制度安排中产生了审查投资者-国家争议解决仲裁庭裁决的上诉机制,缔约方应考虑该上诉机制是否适用于根据本协定作出的仲裁裁决。

[102] 之所以没有税收协定,可能与阿根廷采用单纯的地域管辖权有关。

[103] *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L. P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22 May, 2007.

决税务争议,但没有义务一定达成结果。缔约方税务当局通过相互协商程序解决税务争议时,纳税人也不是相互协商程序的当事人。即使程序启动后,纳税人也不一定有机会陈述其观点。税务机关的协商结果对政府之间来讲可能是公平的,但对纳税人不一定公平。税务机关的协商结论一般不公开因而缺乏透明度。^[104] 另外,尽管 OECD 范本规定缔约方主管当局通过相互协商程序达成的协议应予以执行,但相互协商协议在缔约方国内法中的地位仍需根据其宪法或国内法来确定。^[105] 这与 ISDS 机制下的仲裁形成了鲜明的对比。鉴于相互协商程序的这些问题,近年来税收协定中也开始引入税收仲裁程序。不过,税收仲裁程序依然是相互协商程序的延伸而非替代程序。^[106]

因此,对于税收争端,除了明确投资协定的管辖范围和改革 ISDS 机制之外,也有必要进一步完善税收协定下的争端机制。

结语

投资协定的税收条款具有将投资协定的义务排除适用于税收措施的作用。这是出于维护缔约方税收主权的需要。鉴于业已存在以消除双重征税为功能的税收协定,投资协定的税收条款也承认税收协定的优先性。由于税收协定和投资协定是两个并行的体制,投资协定中税收条款的安排无疑是合理的。不过,由于投资领域并不存在类似于贸易领域中 WTO 那样的多边体制,投资协定中税收条款的体例和适用范围也存在差异。但是,从大多数投资协定来看,都有两个共同特点:一是为了避免缔约方借助税收形式规避投资协定的义务,投资协定也将特定的义务(比如征收)适用于税收措施;二是投资协定的 ISDS 机制为投资者挑战东道国特定的税收措施提供了救济渠道。

从涉及税收争端的 ISDS 仲裁实践看,也出现了东道国败诉的情况,以及适用同一投资协定的不同案件的仲裁庭作出不同解释的问题。东道国败诉并不当然意味着其税收主权受到了限制。仲裁实践也承认缔约方有权改变其税收措施。对于投资协定条款的解释不一致问题,一方面缔约方可通过明确投资协定特定条款的含义来解决;另一方面则是进一步改革现行 ISDS 机制,比如可考虑建立上诉机制。

^[104] M. Zuger, "Conflict Resolution in Tax Treaty Law", 30(10) *INTERTAX* 345(2002).

^[105] 比如,荷兰认为协商协议是主管当局之间的君子协定(gentleman's agreement),对荷兰没有法律约束力,不能成为荷兰国内法的组成部分,也不能为个人创设权利和义务。大多数学者认为对税收协定具有解释效果的协商协议属于条约,如被纳入国内法,则对法院有约束力。不过,在不将协商协议转化为国内法的情况下,该协议也不能为个人创设权利和义务。See Gerrit Groen, "Arbitration in Bilateral Tax Treaties", *INTERTAX*, vol. 30, Issue 1, 2002, p. 7.

^[106] 以《OECD 范本》第 25 条第 5 款为例,仲裁只能在缔约方主管当局通过相互协商程序在 2 年内无法达成解决方案时启动。

本文关于投资协定税收条款的一般性问题的讨论也适用于我国对外签订的投资协定的情况。我国目前的投资协定中税收条款的体例也不尽相同。比如,我国和欧盟成员国的现行 BIT 并没有专门的税收例外条款,而是采用了将特定投资待遇排除适用于税收措施的做法。^{〔107〕}我国近年来与其他国家签订的投资协定中开始写入专门的税收例外条款。^{〔108〕}不过,我国的情况也可单独作为一个题目来研究,在此不予展开。需要明确的是,我国目前既是吸引外资的大国,海外投资也日益增长。因此,我国的投资协定应如何定位,税收条款应如何进一步完善,也应在综合国际发展趋势和我国国情的基础上进行设计。

(审稿编辑 刘思艺)

(校对编辑 康 骁)

〔107〕 比如,我国和德国 2003 年的 BIT 第 3 条(投资待遇)第 4 款规定,该条第 1 款到第 3 款所述的待遇(指公正与公平待遇、国民待遇、最惠国待遇),不应解释为缔约一方有义务将由下列原因产生的待遇、优惠或特权给予缔约另一方投资者:(1) 任何现存或将来的关税同盟、自由贸易区、经济联盟以及共同市场的成员;(2) 任何双重征税协定或其他有关税收问题的协定。

〔108〕 比如,中日韩 BIT 第 21 条(税收条款),我国和加拿大的 BIT 第 14 条(税收),我国和智利的 FTA 第 101 条(税收),我国与韩国的 FTA 第 21 章(例外)中的第 21.3 条(税收)。