

DOI:10.3969/j.issn.1674-8131.2012.04.08

国际投资领域中的“国民待遇”解析*

——两个典型案例的比较分析与改革思考

温 寒

(西南政法大学,重庆 401120)

摘 要:世界贸易组织(WTO)体系与投资协定领域中的“国民待遇”条款存在差异,国际投资争端解决中心(ICSID)仲裁庭在援引WTO规则时存在不同的解释方法,加上仲裁庭拥有较大的自由裁量权,导致国际投资仲裁的裁决存在不一致性,使ICSID等国际仲裁机构效力下降。投资仲裁中关于“国民待遇”解释的分歧,主要在于怎样用“竞争”概念来确定外国投资者与本国经营者是否处于“相似情形”。ICSID的权威性已经受到挑战,投资仲裁急需改革;应在WTO体系下建立统一的多边国际投资规则,使仲裁庭在援引WTO相关规则时能做出准确的、统一的解释。

关键词:国际投资争端;投资仲裁;WTO体系;投资协定;国民待遇;相似情形;国际投资争端解决中心;GATT;GATS;NAFTA;多边国际投资规则

中图分类号:F744;DF964 文献标志码:A 文章编号:1674-8131(2012)04-0056-06

Analysis of “National Status” In the Field of International Investment

—Comparative Analysis and Reflection on the Reform Based on Two Typical Cases

WEN Han

(Southwest University of Political Science and Law, Chongqing 401120, China)

Abstract: There is difference of “National Status” between World Trade Organization (WTO) system and investment agreement field, there are different explanation methods when an arbitral court of International Center for Settlement of Investment Dispute (ICSID) uses WTO rules, and in addition, the arbitral court has big free ruling right, which result in the inconsistency of the decision of international investment arbitration and which make the efficacy of international arbitral agencies such as ICSID and so on decrease. The difference on “National Status” in investment arbitration mainly focuses on how to use the concept of “competition” to determine whether a foreign investor and a local investor are in “similar condition”, as a result, the authority of ICSID has been challenged, the investment arbitration urgently needs to be reformed and a universal multilateral international investment rule under WTO system should be established so that the arbitral court can makes accurate and uniform explanation when the related WTO rules are used.

Key words: international investment dispute; investment arbitration; WTO system; investment agreement; National Status; similar condition; ICSID; GATT; GATS; NAFTA; multilateral international investment rule

* 收稿日期:2012-05-09;修回日期:2012-06-19

基金项目:教育部人文社科基金项目(09XJA820007)“中国建构国际经济新秩序法律保障机制研究”

作者简介:温寒(1984—),男,重庆市人;博士研究生,在西南政法大学学习,主要从事国际法学研究。

一、引言

随着经济全球化的不断深化,国际投资活动日益频繁,涉及的国家(地区)、领域越来越多,投资规模也日益扩大。改革开放后,我国经济迅速发展,对外经济活动更是迅猛增加。目前,不但在我国有大量的国外直接投资,而且我国企业到国外直接投资的也越来越多,投资规模也越来越大。而在国际投资不断发展的同时,投资纠纷也日益增多,尤其是最近15年国际投资领域中有关投资者与东道国之间的投资争端频发,投资仲裁问题也备受关注,因而国际投资争端解决中心^①(The International Council of Societies of Industrial Design,以下简称ICSID)的作用和地位也就越来越重要了。然而,由于有关规则及运作机制的不完善,在实际的不同的国际投资纠纷处理中,ICSID仲裁庭的裁决存在不一致性,这显然将会导致ICSID的公信力下降,也不利于国际投资的进一步发展。但是,目前,关于这方面的研究还很缺乏,因此,有必要剖析其中的原因,以寻求有效的解决路径。

投资者—东道国仲裁(以下简称投资仲裁)条款作为投资协定的主要内容已经有超过40年的时间了,但在早期投资仲裁问题并不被大家所重视。ICSID仲裁庭尝试援引世界贸易组织(The World Trade Organization, WTO)规则中对国民待遇条款的解释来作为指导意见,但是国际投资协定中的国民待遇条款与WTO体系中的并不完全一致。本文认为,在投资仲裁中对国民待遇问题错误地使用WTO规则是导致ICSID仲裁庭做出错误裁决的重要原因,其中的核心问题是怎样用“竞争”概念来确定外国投资者与本国经营者是否处于“相似情形”。为深化有关研究,本文从比较国民待遇条款在WTO体系与投资协定领域的异同出发,通过对两个典型案例的比较,分析ICSID仲裁庭裁决的不一致性以及其对国民待遇条款相反的解释方法,进而提出改革措施。

二、国民待遇条款在WTO体系与国际投资法领域的比较分析

1. WTO体系中的国民待遇

国民待遇条款广泛地存在于WTO法律体系的

各个部分,这里面包括关贸总协定(General Agreement on Tariffs and Trade, GATT)以及服务贸易总协定(General Agreement on Trade in Services, GATS)。例如在GATT的第3条中规定WTO成员国对进口的外国货物应提供国民待遇,该类规定也出现国内税(GATT第3条第2款)和国内法规中(GATT第3条第4款)。其中,GATT第3条第4款规定:“任何缔约方领土的产品进口至任何其他缔约方领土时,在有关影响其国内销售、标价出售……使用的所有法律、法规和规定方面,所享受的待遇不得低于同类国产品所享受的待遇。”

GATT第3条的宗旨就是反对利用国内税及法规进行贸易保护的行为。这条规定保证了贸易自由化的进程,特别是防止了成员国通过国内税或国内法规来规避其应执行的对外国货物的减税承诺。可以说GATT中的国民待遇条款从根本上避免了“竞争条件”由成员国政府设置而使本国货物在市场竞争中优于国外货物。同时,为了更好地判断一成员国所实施的国内税及法规是否属于贸易保护行为,第3条也做了详尽的规定以明确成员国的措施是否属于贸易保护。

2. 国际投资法中的国民待遇

与GATT第3条较为详尽的国民待遇规定不同,大多数的投资协定在国民待遇问题上的规定都比较简单。比如北美自由贸易协定(North American Free Trade Agreement, NAFTA)第1102条第一款:“各方应对其他成员的投资者,在相似情形下,有关设立、取得、扩张、管理、经营、营运和销售或其他投资相关事项,提供不低于给予国内投资者的待遇。”

从NAFTA的这条规定可以发现其与GATT第3条第4款有极大的相似度,这条简单的条款为整个协定的设计提供了一个清晰的要求——非歧视性原则。但是与GATT中的国民待遇规定相比,明显缺少了解释性规定(如GATT第3条第1款)。这是第二次世界大战后投资输出国根据国际形势的变化,^②为了保护其投资者利益所做的战略设计。

^① 国际投资争端解决中心系根据1966年10月正式生效的《关于解决国家和其他国家国民投资争端公约》成立的,其宗旨在于专为外国投资者与东道国政府之间的投资争端提供国际解决途径,即在东道国国内司法程序之外,另设国际调解和国际仲裁程序。

^② 主要针对可能出现东道国征收行为和应对战后殖民地独立出现新的主权国家而导致之前习惯法的改变。

在这种战略思想主导下,投资协定中关于投资的待遇标准问题(如国民待遇)是次要的,而主要着重于对投资的一种绝对保护,特别是要确保对东道国对其征收行为的全额赔偿(Dolzer et al,2008)。战后投资协定中这类严苛的规定,不仅是国民待遇承诺最少化,同时几乎也没有任何例外情形允许东道国可以对投资协定豁免。

3. 法律依据与限制的比较分析

第一,按照通常的看法,两者的区别很简单甚至一目了然。根据 GATT 第 3 条“相似产品”是可以确定的,但在投资协定体系中“相似情形”却是不确定或者说易变化的。在 GATT 中,确定国内产品与国外产品是否处于竞争关系的条件在其 3 条及其他条款中都做了相应的说明,特别是第 3 条第 1 款明确地说明了国民待遇的目的就是为贸易保护措施设定一个准则,除非能够确定国外产品与国内产品处于竞争中,否则对国内产品实施保护是允许的。与 WTO 的规定不同,在投资协定中几乎没有类似的指导性规定,所以一个基本的问题便是我们如何解释投资协定中的国民待遇问题。

第二,投资协定中几乎没有类似 GATT 第 20 条关于例外的规定^①。GATT 第 20 条的规定使得成员国适当的基于公共道德、环境等因素做出的不符合 GATT 规定的措施可以获得豁免,这其中也包括对国民待遇要求的豁免。在早期投资协定中缺乏类似的条款并不是偶然的,这恰恰反应了在该领域的特殊历史及其发展过程。正是由于 GATT 第 20 条的存在,我们才得以对国民待遇问题进行更加合适的解读(Trebilcock,2003);但在投资协定中,却没有类似的例外条款来纠正可能出现的关于国民待遇的错误理解。

第三,这两个体系的对抗主体不同。在 WTO 争端解决以及大部分的国际公法领域,争端的主体都是国家;而在投资领域,争端发生在外国投资者与东道国之间。成员国之间提起 WTO 争端解决的原因很多,其中包括措施对经济上的影响,也有对本国出口企业受影响程度的考虑;同时,一个争端

从提起解决花费的代价不小,也在一定程度上限制了成员国随意对其他成员提起诉讼;而且,政府间在提起争端解决时也比较慎重,必须要考虑到与被诉方的政治关系或者双方的互惠关系(Guzman et al,2005)。正是出于这样一些政治、法律方面的考虑,或者担心可能出现的合法报复行为,成员国之间对争端的提起都持较为谨慎的态度。但是在投资者—东道国仲裁中缺乏类似的制衡机制,国外投资者在提起争端解决时都只考虑纯经济利益,而东道国不可能对投资者做任何报复性措施。这样一来,就出现了大量有关投资争端的仲裁。

第四,两者在救济方式上也存在明显的不同。WTO 法律体系下的救济是可以预见的,一般来说,败诉一方首先需要在一定时间内撤回或者修正其措施;如果败诉方在规定时间内仍然不改正其措施,起诉方才可以实施符合规定的报复性措施。正是基于 WTO 体系的这种设计,有时候成员国实施违规措施是没有代价的(只要在在规定时间内撤销违规措施);因此,成员国可能会试验性地实施一些贸易措施来挑战 WTO 法律体系的底线,如果措施违反了规定,取消措施即可。投资仲裁的救济则不同,不管东道国的措施是出于什么目的,只要给投资者造成了损失就必须承担赔偿责任。这一规定对比 WTO 体系可以更好地限制东道国政府的一些试验性措施(Sykes,2005)。

三、两个典型案例比较分析

这里,通过两个案例来分析 ICSID 仲裁庭是如何引用 GATT 的条款来解释国民待遇问题的,特别是分析仲裁庭是如何从两个完全不同的角度来解读“竞争”这个国民待遇中最基本的条件的。投资者通常在东道国经营其业务来为东道国市场提供产品或服务,期望利用东道国在某些方面的成本优势来获取更大的利润,在经营中不可避免会与东道国的国内企业或其他外国投资者产生竞争。一旦投资者认为自己的产品或服务在竞争中遭受了不公平的损失(可能由于歧视),就会使用国民待遇条款来维护自己的利益。

^① 截至 2011 年,全球大约有 6100 项国际投资协定,其中只有不到 200 个包含例外条款(参见:UNCTAD, World Investment Report 2011, <http://www.unctad.org>)。

1. SD Myers 诉加拿大政府案^①

在国际投资仲裁案例中,“SD Myers v. Canada”案是 ICSID 仲裁庭第一次独立分析了“国民待遇义务”应该如何解释的典型案件。SD Myers 是一家美国投资在加拿大的公司,经营极小量的垃圾处理业务。案件的起因是由于加拿大政府实施了一种针对有害废品的出口限制壁垒。SD Myers 实际上只处理过一次将此类废品运送到美国的业务,但是美国投资者却认为加拿大的限制措施属于歧视性待遇,并且违反了 NAFTA 的国民待遇条款第 1102 条。ICSID 仲裁庭受理此案后仔细地参考了 WTO 的相关规定,认为加拿大的措施并没有违反国民待遇。仲裁庭指出,“相似情形”问题是最重要的,需要在投资者与国内经营者竞争关系中弄清,不同领域的待遇情况不能作为违反国民待遇的条件,一些形式的保护措施是被允许的。在本案中,仲裁庭通过对 GATT 第 3 条的分析得出结论:SD Myers 的投资领域与 WTO 存在明显的不同,GATT 第 20 条规定的例外情形在 NAFTA 并不存在。此外,仲裁庭还引用了经济合作与发展组织(Organization for Economic Co-operation and Development, OECD)关于国民待遇问题的指导文件来支持其观点。最后仲裁庭得出了一个正确的观点:违反国民待遇需要同时满足“竞争”和“措施目的”这两个条件。仲裁庭认为 SD Myers 对政府的措施目的过于敏感并且错误地理解了违反国民待遇的条件,所以 SD Myers 的诉求不能得到支持。在本案中,仲裁庭在国民待遇问题上处理得比较恰当,结合 WTO 规则提出了令人信服的裁决,清楚地说明了竞争是满足“相似情形”的必要条件。

2. Occidental 诉厄瓜多尔政府案^②

与上一个案例不同,本案中 ICSID 仲裁庭在关于国民待遇的阐释中第一次明确地拒绝了“竞争作用”。Occidental 是一家美国公司,在厄瓜多尔投资并与 Petroecuador 合作勘探生产石油。2001 年以前 Occidental 一直都依据合同规定享受增值税出口退税^③,但是 2001 年厄瓜多尔税务机关依据 Occidental 与 Petroecuador 的新石油产品分成合同拒绝

Occidental 继续获得增值税出口退税,税务机关认为增值税退税已经包含在新的利润分配规则中,Petroecuador 这家厄瓜多尔本国的主要石油出口商同样也不能继续获得增值税退税。而 Occidental 依据美国一厄瓜多尔双边投资协定(US-Ecuador BIT)认为该措施违反了国民待遇。Occidental 指出该措施属于差别对待,因为在其他非石油领域(如海产品、鲜花)出口商依然可以享受增值税退税政策。很明显,Occidental 的诉求便是要求 ICSID 仲裁庭支持国民待遇义务解释扩大化,即要求把“竞争概念”从处于实际竞争的投资者与国内企业中剥离出来。相反厄瓜多尔指出协定中的“相似情形”是有适用范围的,只能存在于处于同一经济领域的竞争者中。所以,厄瓜多尔拒绝承认其税务机构的措施违反了 US-Ecuador BIT,而且,Petroecuador 作为 Occidental 的主要石油出口竞争对手同样也不能继续享受增值税退税政策,因此该措施并不违反国民待遇。

最后结果是,ICSID 仲裁庭选择支持 Occidental 的诉求,拒绝从窄理解国民待遇在贸易保护规则中的适用,并给出了以下奇怪的分析:事实上,对“相似情形”的解释不能作从窄理解(即按照厄瓜多尔认为的,国民待遇的目的是为了保护投资者在与当地企业竞争中免遭歧视),并且不能只限于针对某一特定领域的措施。

实际上,虽然与投资协定中的其他概念相似,国民待遇有时在保护投资者方面也可以做广义的解释,但就本案仲裁庭的观点来看,并没有明确地指出投资者面临何种风险是违反协定规定的。为了保证协定的效力,不同的协定标准需要与特定的投资风险相吻合。仲裁庭这样一种对“保护”宽泛的解释没有能够说明“竞争”是否与国民待遇有关。仲裁庭也许是意识到该解释不具有说服力,同时也参考 WTO 规则以寻求支持,不过却对 GATT 中国民待遇条款进行了错误的解读。仲裁庭指出,在 WTO 体系中对“相似产品”作狭义的解释是基于“直接竞争和可替代产品”的概念;进而认为,WTO 对特定情形下“相似情形”所作的狭义解释只是基于一部分

① 参见:SD Myers Inc. v. Canada, Partial Award(UNCITRAL, 13 Nov. 2000)。

② 参见:Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador, Final Award(UNCITRAL, 1 Jul. 2004)。

③ 依据厄瓜多尔税法,出口企业为其出口行为购买产品可以享受增值税退税。

有限的因素,而在投资协定领域中对“相似情形”从窄解释是不成立的。

在 Occidental 诉厄瓜多尔政府案中仲裁庭完全否定了竞争作为确定“相似情形”的必要条件,同时给出一种广义理解“相似情形”的概念,认为如果外国投资者与本国经营者都是出口商,那么他们在本质上应该是一样的,即使他们之间没有直接的竞争关系(处于不同领域)。这种广义的解释与仲裁庭在早期案件中的解释截然相反,比如,在日本酒精税案(Japan-Alcohol)^①中指出对 GATT 第 3 条第 2 款的第一句话中的“同类产品”应做狭义的解释。因此,在如何援引 WTO 规则上,在 Occidental 案中仲裁庭的解释无疑是错误地理解了 WTO 规则。

四、改革措施

事实上 ICSID 仲裁庭在解释方法上的错误已经引发了较为严重的后果,使 ICSID 等国际仲裁机构效力下降。在 21 世纪初的阿根廷经济危机中,由于国外投资者对阿根廷政府的大量投资争端起诉,使阿根廷政府背负了巨大的债务压力,而这其中有一些便是由于仲裁庭过度保护投资者,错误地援引和解释有关规则造成的。在 Occidental 案后,厄瓜多尔政府宣布退出 ICSID 公约^②;最近,委内瑞拉政府也宣布退出 ICSID 公约^③。ICSID 的权威性已经受到挑战,投资仲裁急需改革。

关于投资仲裁的改革方向,在理论界和实务界有不同的看法,但都一致认为应该尽快进行改革。本文仅就仲裁庭在规则的法律解释方面提出建议。首先不能忽视的是仲裁员的选定问题,在前文的案例中已经反映出—部分仲裁员可能由于缺乏 WTO 规则的知识背景才导致错误地解释 WTO 规则以支持自己的裁决。这也反映了当前国际投资规则碎片化的特性,并且与贸易规则相互独立,所以很难保证相同的规则或概念在两套不同系统中做出统一的解释。一个可行的办法是,这两套系统应该相互融合并且统一对关键条款和关键概念进行解释,这其中就包括国民待遇等问题。因此,笔者认为国

际投资规则应该尽快推行多边化进程,并且这套多边体系的建立不应该独立于贸易规则。WTO 应该承担构建多边投资规则的任务,在 WTO 体系下建立一套统一的多边投资规则,这样一来在 WTO 的统一管理下可以形成一套包含贸易与投资的统一的多边规则。一旦该设想成立,便能很好地解决之前两套系统各自独立的问题^④。在该多边投资体系下,我们可以要求仲裁员应该具备相应的 WTO 规则知识和其他相关国际公法知识(Jurgen, 2009)。

总之,随着最近 10 年来投资仲裁案件的急剧增多,ICSID 仲裁庭的规则解释方法在实务界、学界引起了很大的质疑。上文中的案例分析集中于探讨仲裁庭在解释国民待遇问题时所采取的方法,在 SD Myers 案中仲裁庭支持了“竞争”作为确定“相似情形”的必要条件;但在 Occidental 案中,仲裁庭却做出了完全相反的裁决。这不仅仅是对案件审理结果的不同,更重要的在于仲裁庭采取了完全不同的解释方法,特别是在 Occidental 案中完全错误地解释了在 WTO 规则下的国民待遇条款。也许有人会认为仲裁庭采用不同的推理方法无关紧要,但是由于投资仲裁中没有“遵循先例”的规定,这就给了仲裁庭非常大的自由裁量权。这种过大的自由裁量权极易导致对 WTO 规则的错误解释,从而使投资仲裁程序缺乏可预见性。同时,仲裁庭对 WTO 错误的解释方法会影响后续案件的审理,使当事方故意选择对自己有利的解释。因此,笔者建议,应在 WTO 体系下建立统一的多边国际投资规则,使仲裁庭在援引 WTO 相关规则时能做出准确的、统一的解释。

参考文献:

- 陈安,蔡从燕. 2007. 国际投资法的新发展与中国双边投资条约的新实践[M]. 上海:复旦大学出版社.
- DOLZER R, SCHREUER C. 2008. Principles of International Investment Law[Z].
- FRANK. 2005. The Legitimacy Crisis in Investment Treaty

① 参见: *Japan-Taxes on Alcoholic Beverages*, Report of the Appellate Body(WT/DS11/AB/R, 4 Oct. 1996)。

② 2007 年 12 月 13 日,厄瓜多尔发表声明,根据公约第 25 条第 4 款不再承认 ICSID 作为解决投资争端的仲裁人地位。

③ 2012 年 1 月 24 日,世界银行收到委内瑞拉退出 ICSID 的书面通知,于 2012 年 7 月 25 日生效。

④ 事实上,在“Continental v. Argentina”案中,一位 WTO 上诉机构的成员主持了整个仲裁程序,并且审慎、恰当的解释了 WTO 下的例外条款。因此,笔者认为在 WTO 的统一领导下,能够使两套系统更加制度化,对规则的解释更加成熟和统一。参见: *Continental Casualty Company v. Argentine Republic*, Award(ICSID, 5 Sept. 2008)。

Arbitration; Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions[J]. Fordham L Rev7,3:1545-1546.

GUZMAN Cf, SIMMONS. 2005. Power Plays and Capacity Constraints: The Selection of Defendants in World Trade Organization Disputes[J]. J Legal Studies,35:557-591.

HOWSE. 2000. Adjudicative Legitimacy and Treaty Interpretation in International Trade Law: The Early Years of WTO Jurisprudence [M]// WEILER J H H. The EU, the WTO and the NAFTA: Towards a Common Law of International Trade.

JURGEN K. 2007. National Treatment, Foreign Investment and Regulatory Autonomy: The Search for Protectionism or Something More? [M]// KAHN P, WALDE T. New Aspects of International Investment Law.

JURGEN K. 2009. The use and abuse of WTO law in investor-state arbitration; competition and discontents [J]. European

Journal of International Law,20(3).

REGAN. 2003. Further Thoughts on the Role of Regulatory Purpose Under Article III of the General Agreement Tariffs and Trade: A Tribute to Bob Hudec[J]. J World Trade,37: 737-750.

SYKES. 2005. Public versus Private Enforcement of International Economic Law: Standing and Remedy [J]. J Legal Studies,34:631-660.

TREBILOCK. 2003. International Trade and International Labour Standards: Choosing Objectives, Instruments and Institution [M]// GRILLER S. International Economic Governance and Non-Economic Concerns: New Challenge for the International Legal Order.

(责任编辑:南 北)

(上接第 10 页)

你认为哪些措施可以改善农转城空巢老人生活	A 纳入社区管辖		B 加大财力投入力度		C 享受城镇居民的同等待遇		D 建立活动中心添加娱乐设施		E 针对性的网络服务		F 孩子多回家看看加强亲情	
	人数	比例/%	人数	比例/%	人数	比例/%	人数	比例/%	人数	比例/%	人数	比例/%
	278	75.5	229	62.2	346	94	56	15.3	5	1.4	250	67.9

你愿意怎样养老安度晚年	A 加大经济发展力度增收		B 靠儿女		C 进敬老院		D 建空巢老人组织		E 切实完善健全养老保障体系		F 建立农转城高龄老人津贴制度		G 建立农转城空巢老人社会救助制度		H 其他	
	人数	比例/%	人数	比例/%	人数	比例/%	人数	比例/%	人数	比例/%	人数	比例/%	人数	比例/%	人数	比例/%
	263	71.5	67	18.7			236	64.2	264	71.7	333	90.5	271	73.6	50	13.6

参考文献:

本报记者. 2011. 农民变市民的“金钥匙”[N]. 重庆日报. 2011-06-09(1).

重庆市统筹城乡综合配套改革办公室. 2008. 重庆市统筹城乡综合配套改革资料汇编[Z].

王友华,周绍宾. 2012. 不同农民工群体医疗保障比较[J]. 西

部论坛,2012(2):13-18.

杨顺湘. 2011. 欠发达地区统筹城乡综合配套改革研究[M]. 郑州:河南人民出版社.

(责任编辑:夏 冬)