# 国际投资协定中的非歧视性原则问题(1)论文

来源：网络 作者：雾凇晨曦 更新时间：2024-05-06

*在双边、区域和多边国际投资协定中，适用非歧视原则的目的与贸易协定相似：有利于优化国际资源配置；充当自由化利益扩散的催化剂；为所有参与者提供一个统一、基于规则的条约体系，增强投资行为的可预期性；减少交易和管理成本；为外国投资者提供一个更为透明...*

在双边、区域和多边国际投资协定中，适用非歧视原则的目的与贸易协定相似：有利于优化国际资源配置；充当自由化利益扩散的催化剂；为所有参与者提供一个统一、基于规则的条约体系，增强投资行为的可预期性；减少交易和管理成本；为外国投资者提供一个更为透明、稳定、可预期的政策环境；增强外国投资者对东道国法律的信心。 在国际投资协定谈判中，所面临的挑战也与贸易谈判基本一致：在使用非歧视原则的利益和保留适当灵活性，以支持国内投资者和生产者并实现在其他特定国内政策目标之间寻求一种可行的平衡。

一、最惠国待遇和国民待遇 最惠国待遇和国民待遇是国际投资协定中应用非歧视原则最常用的两个标准。最惠国待遇包括两个方面： 一是缔约一方的国民或公司在缔约另一方领土内的投资所享受的待遇，不低于任何第三国国民或公司的投资所享受的待遇； 二是缔约一方的国民或公司在缔约另一方领土内与投资有关的活动所享受的待遇，不低于任何第三国国民或公司与投资有关的活动所享受的待遇。 从协定内容看，最惠国待遇的适用范围主要有三方面： 第一是投资所享受的待遇，主要是指投资准入的条件、投资财产、投资的范围、类型、内容等； 第二是与投资有关的活动所享受的待遇，主要指投资者在缔约国的各种经营活动； 第三是由于战争、革命造成损失的补偿。 国际法上的国民待遇是指给予外国人的待遇和给予本国人的待遇一样，即在同样条件下，本国人与外国人所享有的权利和承担的义务相同。在双边投资保护协定中，国民待遇条款往往与最惠国待遇条款并用。一般规定，给予缔约另一方投资者的待遇不低于其本国国民或其境内第三国国民的待遇。

在国际投资协定中，有关履行最惠国待遇和国民待遇义务也存在例外，如通过列举例外清单方式，为东道国的发展目标和区域一体化协定提供政策灵活性，并在公共利益方面实施管制等。 在国际投资协定中，外国投资在东道国的投资准入和建立与贸易协定中的货物和服务进入国内市场流通的市场准入不同，最惠国待遇和国民待遇标准比贸易协定中的待遇标准更为复杂。 在外国投资的准入方面，使用非歧视原则就是一个非常敏感的问题。即使是非歧视原则仅局限于开业后阶段，全面履行国民待遇义务也会限制东道国通过适当的法律、法规差别而保护国内投资者对外竞争的能力。并且，外国投资者在东道国的活动多种多样，仅在开业后阶段就包括一项投资的运作、管理、维持、使用、享受以及处分投资者的投资。

因此，投资协定中的非歧视原则下的政策措施，特别是国民待遇义务的使用范围非常宽泛。 在这两个标准中，最惠国待遇不像国民待遇那样，对东道国保护和支持的国内产业造成直接冲击，因而一般争议较少。对东道国政府来说，最重要的是区别对待本国投资和外国投资，而不是区别对待不同国籍的外国投资。 尽管如此，东道国还是希望能够根据其促进本国投资的政策，有选择地控制外国投资进入的类型及其进入的条件。比如，东道国可对每一个投资项目采用审批政策，以选择其认为与国内产业政策相容的外国投资。东道国还能在特定的外国投资者在当地开业并已开始生产后继续向他们提供投资激励或其他利益，而不向其他外国投资者提供。在这种情况下，东道国在投资开业前或开业后阶段就不愿提供全面的最惠国待遇。

对许多东道国来说，在外国投资进入阶段是否适用国民待遇是一个特别敏感的问题。联合国贸发会议（UNCTAD）的研究表明，几乎所有的国际投资协定中的国民待遇，仅与开业后的投资待遇有关。但最近的一些国际投资协定，特别是加拿大和美国的双边投资保护协定以及诸如北美自由贸易协定（NAFTA）等区域投资 协定，将国民待遇扩展到投资开业前阶段，这对许多国家来说是一种“革命”。 全面适用国民待遇，将使外国投资者和本国投资者处于完全平等的地位，这在很大程度上消除了东道国拥有的支持和保护国内投资者的措施。例如，在投资开业前阶段，适用完全的国民待遇，东道国就不能为本国投资者保留特定的产业或部门，不能对外国投资附加未对本国投资施加的特定条件。在开业后阶段，适用完全的国民待遇，东道国不能只向本国投资提供补贴或其他利益，不能在环境或就业等领域对外国投资实行比本国投资更严格的管制。

因此，为使东道国在投资问题上保留适当程度自主权而给国民待遇原则附加的例外和条件是非常重要的。 在诸多国际投资协定中，实行非歧视原则通常的情况是一些协定给予全面而严格的国民待遇，而另一些协定则较为松散和狭窄。在非歧视原则的全面表述中，国际投资协定要求东道国根据可行的法律法规，在同等条件下，在所涉及的投资的开业、收购（开业前待遇），以及运作、管理、维持、使用、享受及处分投资者的投资（开业后待遇）方面给予所有外国投资者（最惠国待遇）不低于本国投资者（国民待遇）的优惠待遇。

目前，很少有国际投资协定达到这种高水平。大多数国际投资协定只涉及开业后待遇，其关注的是投资保护而不是市场准入。而且大多数协定包含限制非歧视原则适用范围的例外，特别是对国民待遇义务，在某些情况下限制相当严格。

1、“开业前”和“开业后”待遇 大多数国际投资协定在实行最惠国待遇和国民待遇时，在投资“开业前”和“开业后”阶段存在重要差别。 在处理外国投资的开业前（准入和开业）待遇方面，国际投资协定采用两种主要方法： 第一种方法是外国投资的准入要遵循东道国的法律法规，在许多情况下还要求各方应为其他方的投资者在其领域内的投资创造有利条件。这是大多数双边投资条约中采用的规则。如各缔约方应促进其他缔约方投资者的投资，并根据其法律法规准许这些投资的进入。各缔约方应给予这些投资公平和公正待遇，不应通过不合理或歧视性措施损害这些投资的运作、管理、维持、使用、享受及处分投资者的投资。 这些协定并不限制任何一方管制或限制外国投资进入的能力，而且最惠国待遇和国民待遇并不适用于投资开业前阶段。

但是，一般来讲，这些协定会在投资进入东道国后的“开业后”阶段，对外国投资适用最惠国待遇和国民待遇。 将最惠国待遇和国民待遇的实行限制在投资开业后阶段可以通过多种方式加以实施。通常的方式是，国际投资协定中明确规定最惠国待遇和国民待遇义务仅适用于已经进入东道国和已在东道国开业的投资。典型的例子是：一缔约方应给予在其领域内的其他缔约方的投资者的投资不低于给予其本国投资者或任何第三国投资者投资的优惠待遇中最优惠的待遇。 对待外国投资准入和开业的第二种方式是，在投资开业前和开业后阶段只适用最惠国待遇，或最惠国待遇和国民待遇同时适用。大多数美国的双边投资协定和最近加拿大的双边投资协定，以及一些包含投资条款的区域一体化协定，如NAFTA和南方共同市场（MERCOSUR），在投资开业前阶段适用了最惠国待遇和国民待遇。当然，在所有情况下，最惠国待遇和国民待遇的利益只涉及协定缔约方的投资者和投资，而不涉及第三国。

从目前来看，尽管这种方法在国际投资协定的适用还不具有普遍性，但UNCTAD注意到，近来在投资开业阶段适用最惠国待遇已经越来越广泛，这种情况表明，市场准入阶段的非歧视待遇对那些希望吸引更多外国直接投资的东道国来讲，日益成为一个重要问题。 国际投资协定中，投资开业前和开业后阶段最惠国待遇和国民待遇的适用通常是列出满足该义务适用的活动范围内的准入和开业。例如，美国双边投资协定范本中规定：对 于协定涵盖的投资，在其开业、收购、扩张、管理、运作、经营以及出售或其他处置方面，各方应给予不低于其在类似情况下给予在其领域内其本国国民或公司的投资（“国民待遇”），或在其领域内第三国的国民或公司的投资（“最惠国待遇”）的优惠待遇中最优惠的待遇（“国民最惠国待遇”）。

2、非歧视性原则的例外条款 所有国际投资协定对非歧视原则都存在例外。这对决定最惠国待遇和国民待遇的适用范围非常重要。国际投资协定针对国民待遇义务的例外一般相对于针对最惠国待遇的例外要多一些。

许多国际投资协定包含系统例外，将特定的活动、部门和措施排除在非歧视原则的适用之外，这种排除范围比在贸易协定中要大得多。有些例外是基于互惠的考虑，例如，所有处理税收问题的国际投资协定都没有规定最惠国待遇，以避免损害独立互惠的避免双重征税的双边协定的目标。独立互惠的安排优先于国际投资协定方面的例子还有农业、渔业、海空陆路运输。一些国际投资协定回避了GATT/WTO中涉及的问题。 另外一些国际投资协定则不包括知识产权保护，承认协定缔约方在其他国际知识产权协定下的义务。还有一些国际投资协定将政府采购活动排除在非歧视待遇之外。此外还有一些国际投资协定，或排除国有企业控制的部门，或排除文化产业，或排除补贴等等。 大多数国际投资协定对非歧视原则都有一般的例外，通常，这些例外与贸易协定中的例外涵盖的政策领域类似。不仅包括东道国为追求在诸如公共卫生、秩序和道德等领域的公共利益而采取的措施，还包括为与区域贸易和经济一体化协定保持一致而采取的措施。 许多协定考虑了特定国家的例外。与GATS中使用的自下而上的“正向”列表方式形成对比的是，大多数协定通过自上而下的“负向”列表方式规定了对最惠国待遇和国民待遇义务的例外。在国际投资协定涵盖投资开业前和开业后待遇的情况下，例外的“负向”列表一般比只涉及开业后待遇的情况下要长。可见大多数协定只适用于投资开业后阶段。那些在投资开业前和开业后阶段都提供国民待遇的国际投资协定，一般会附加一个详细保留项目的时间表。这个时间表通常采用“负向”列表的方法，根据列表，国家许诺在所有投资阶段，在所有法律法规和部门都给予国民待遇，同时这个时间表还明确包括了保留的例外。 例如，美国双边投资条约范本中规定了各方采用或维持属于协定附录中列出的部门或问题的例外的权利。MERCOSUR在其成员国的投资方面采用了类似的模式，每个成员国有权在一个过渡期内维持例外的限制，但必须在协定的附录中详细说明。

3、最惠国待遇与国民待遇的关系 最惠国待遇和国民待遇是两个独立但又密切相关的待遇标准。这两个标准可能发生冲突，尤其当它们在具体条件不同的国际投资协定中同时使用时，发生冲突的可能性更大。 例如，东道国A与东道国B达成了一个双边投资协定，根据该协定，B国的投资者有资格获得一项不赋予A国投资者的特殊投资激励。A国与C国之间有一个已经存在的双边投资条约，该条约给予投资者开业后的最惠国和国民待遇，但没有任何特殊的投资激励。然后，来自C国的投资者就可以根据最惠国标准，而不是国民待遇标准要求给予投资激励。在解释A国和C国之间的双边投资条约时，应坚持哪一个标准？ 在两者发生冲突时，一些国际投资协定并未规定以哪一个标准为准。德国、葡萄牙以及英国的双边投资协定范本都是这种情况。其他一些国际投资协定指定，适用其中对外国投资者或投资更有利或最有利的标准。加拿大、智利、一些欧共体成员、韩国、瑞士、土耳其和美国的双边投资协定范本，以及在NAFTA中都是这种情况。 在上面给出的例子中，由于给C国的投资者提供了比国民待遇 更高的待遇，这意味着以最惠国待遇为准。所有外国投资者将有权获得给予B国投资者同样优惠的待遇。这种准则可以适用于投资开业前和开业后阶段。美国双边投资协定范本就是这种情况。 显然，在一个国际投资协定规定采用最惠国待遇和国民待遇中更优惠者可能导致所有外国投资者享受比本国投资者更优惠的待遇。但是，更可能的情形是，一个国际投资协定对国民待遇有例外或限制，结果外国投资者将在特定方面享受比其国内的投资者更优惠的待遇，而在其他方面则不是这样。

4、“投资”或“投资者” 选择“投资”或“投资者”，还是选择“投资和投资者”，具有重要含义。非歧视原则需要一个目标作为基础，国际投资协定在这个基础上适用非歧视原则，并明确什么会享有最惠国待遇和国民待遇。在GATT中，这个基础是产品，在GATS中则是服务和服务供应商。一些国际投资协定以“投资”作为目标基础，另外一些则用“投资者”，还有一些同时兼用“投资”和“投资者”。 大多数情况下，关于国际投资协定措词差别的解释与特定国际投资协定中的定义有关。一些国际投资协定只定义和使用“投资”这一术语，另一些定义和使用“投资”和“投资者”，同样的方法适合于制定国际投资协定中非歧视条款的应用范围。例如，美国的双边投资协定仅向“投资”给予最惠国和国民待遇，其中没有涉及和定义“投资者”这一术语。NAFTA和瑞士的投资条约范本同时使用和定义了“投资者”，并且向投资者及其投资都给予最惠国待遇和国民待遇。

5、“平等”待遇 大多数国际投资协定使用“不低于有利的待遇”这一术语来建立适用最惠国标准的外国投资之间，以及适用国民待遇标准的外国投资和本国投资之间进行比较的基础。当存在衡量待遇标准的客观而明确的（通常是定量的）依据时，可以适用“同等”待遇这一标准。但是，如果需要对所提供的待遇标准进行定性比较，或在其适用中涉及管理决断的法律、法规以及其他措施，则很难适用这一标准。 因此，国际投资协定中常常用到“不低于有利”的标准，其目标是在同等条件下，为外国投资创造与国内投资有效竞争的机会。这意味着，只要维持外国投资在东道国市场全部的竞争机会，在所授予的待遇中就可能存在合理的差别。 “不低于有利的待遇”意味着，在适用国民待遇的背景下，外国投资者可能比本国投资者享受更优惠的待遇。对一些东道国来讲，旨在为外国投资者提供有利的积极“歧视”以吸引外国投资。但是，一些国家明确排除了这种可能性，声明并非有意造成这种结果。例如，1992年世界银行对发展中国家采用的51个投资法规进行调查，表明大多数赞成排除赋予外国投资者更优惠待遇的国民待遇定义。

6、“同等”条件 由于最惠国和国民待遇是相对的待遇标准，它们是通过对比给予现有生产者和投资者的待遇进行衡量，一些国际投资协定遵循GATT和GATS的做法，指明它们只适用于“同等”或“类似”条件的投资。这表明，不一定要对投资者同等对待而不考虑它们在东道国的活动。如果投资者所处的客观环境不同，如在不同的产业部门经营，对它们进行差别对待是合理的。

例如，在国际投资协定中，如果规定东道国对投资者的补贴只限于高科技行业而不是其他行业，或设定雇佣劳动力的规模作为国内和国外投资者获得补贴的门槛，并不等于违背了最惠国和国民待遇原则。只有当特定国籍的投资者，或外国投资者整体发现它们系 统地排除在最惠国和国民待遇之外，或某一措施被发现是故意的保护主义，才有理由认为是实际的歧视。 在国际投资协定中引入“在同等条件下”这一术语引起的问题是，应该使用怎样相关的标准来决定哪种条件是“同等的”，哪种是不同的。一种观点是，这可能鼓励东道国在定义“不同”条件上加以创新，因此最好不使用这一术语。但这就不能确定对投资者所受待遇与外国投资者和本国投资者进行比较的范围。

二、公平和公正待遇

一些国际投资协定包含一些其他的待遇标准，这些标准基于国际惯例和非歧视原则的适用问题。其中最重要的是公平和公正待遇问题，常常还加上全面保护和安全标准。公平和公正待遇常常与最惠国待遇和国民待遇三者结合使用，有时仅与最惠国待遇结合使用。典型的表述是：各方，在所有时间，在其领域内，均应对所涉及的投资和投资者给予公平和公正待遇以及全面保护和安全。 “公平和公正待遇”标准在双边投资协定中的使用始于1967年，目前这一标准已在国际投资协定中占据了重要地位。“公平和公正待遇”标准服务于两个主要目的：作为评估外国投资者和东道国政府之间关系的标尺，表明东道国在考虑外国投资者利益的条件下接纳外国投资的意愿。 在国际惯例法中可以找到公平和公正待遇的起源。一般认为，公平和公正待遇与其他有关外国投资者待遇的法律原则一起涵盖了非歧视原则，但相对于最惠国待遇和国民待遇标准来说较为抽象。而且，公平和公正待遇是一个绝对标准，常常是被当成一种最低的国际标准。

因此，这一标准需要根据其适用的特定环境在个案的基础上加以解释。相比之下，衡量最惠国待遇和国民待遇是与提供给其他外国或本国投资者的实际待遇进行对比，这就使得这些标准更为具体、更易于预期。 公平和公正待遇并不一定是比最惠国待遇或国民待遇更低的标准。在某些情况下，相对于国民待遇，外国投资者可能偏好公平和公正待遇，此时东道国本国投资者的待遇标准低于最低国际标准。同样，公平和公正待遇包含的其他法律原则本身也具有特定的价值，诸如在征用和损害投资的情况下作出迅速有效的补偿。但是，在适用非歧视原则时，大多数情况下，国际投资协定中公平和公正待遇原则的作用是更具体的最惠国待遇和国民待遇原则的补充，在某些情况下是它们的替代，特别是在投资准入方面适用该原则时尤其如此。

一些国际投资协定把公平和公正标准与某一个具体的非歧视标准结合在一起，以避免专断、不合理和歧视性的措施。典型的表述是：任何一方都应通过专断、不合理或歧视性措施对其领域内的投资的运作、管理、维持、使用、享受以及处分投资者的投资造成损害。 这代表了一个最低的国际标准，但那些纯粹基于投资者国籍的歧视并非一定违背这一标准-一个国家给予特定国籍的投资者优惠待遇可能有合理的理由。因此，在国际投资协定中加入最惠国待遇能够极大地改善外国投资者的境遇。 许多双边投资条约包含一个特定的投资保护条款，以保证外国投资者在由于武装斗争、内部冲突或类似情况，以及某些情况下的自然灾害造成的非商业损失获得保护或补偿方面享受非歧视待遇。

三、中国对外资的非歧视性原则

非歧视性原则在中国的适用主要体现在双边投资保护协定上。到目前为止，中国已与其他国家签订了105个投资协定，所有协定都规定缔约双方彼此给予另一方投资者公平和公正的待遇。公平、公正待遇是中国签订双边投资保护协定的基本原则，在每个条约中都予以规定。该待遇的适用范围很广，包括管理、维持、使用、享有和处置投资在内的一切活动。公正、公平待遇包括了国民待遇和最惠国待遇。但在协定中通常是将二者分别作出规定。这是因为公正、公平待遇内容较为抽象，涵盖面很宽，规定其他两个待遇，可以在具体问题上给予补 充，以保障公平、公正待遇的实施。此外，公平公正待遇可以灵活地应付双边投资保护协定的条款所没有规定的情况，可以填补有关投资的国际协定和国内立法的空白。 1、最惠国待遇 最惠国待遇是中国所签订的投资协定中规定的主要待遇制度。各协定中的最惠国待遇条款相当详细，在结构上也大体一致： 第一，投资者的投资在缔约国境内（包括海域）享有最惠国待遇； 第二，投资者有关投资的活动（包括投资的管理、经营、维持、使用、享有或处分）享有最惠国待遇； 第三，不适用最惠国待遇条款的例外情况。

中国的双边协定一般都具体规定了最惠国待遇条款在适用上的例外： （1）基于关税同盟、经济联盟或类似组织给予的优惠； （2）根据避免双重征税协定而给予的优惠； （3）为方便边境贸易而给予的优惠。 关于例外，中荷协定还设定了一个颇具特色的条款，其第3条第5款规定，对于在自由贸易区投资或参与边境贸易的投资者与不在这类区域投资或未参与此类贸易的投资者之间，可实行差别待遇。这就是所谓的“积极歧视”，即投资接受国可以根据自己的法律、法规对本国不同地区的投资给予不同的待遇。 由于中国签订的双边投资保护协定普遍设定“最惠国待遇条款”，这样在所有缔约国之间就会产生两个法律效果： 一是中国在同一时期内将给予所有同类缔约国的投资者相同的待遇； 二是一旦中国通过签订新的条约或制定新的国内法规，提高了对某一缔约国投资者的待遇，其他同类缔约国的投资者均自动地享有这种扩大或增加的权利。 2、国民待遇 由于中国存在全民、集体、个体三种所有制经济，三者在经济上的权利义务不同，依据的法律、政策也不同，对外国投资者实行“国民待遇”，在执行中将十分复杂。因此，中国在双边投资保护协定中一般不采纳国民待遇制度。但随着中国经济体制改革的深入，采用国际上通行的国民待遇制度的可能性已越来越大。

个别协定已对此做了尝试。例如，中英协定对外国投资者的国民待遇就有所涉及，该协定规定，缔约任何一方应尽量根据其法律和法规的规定给缔约另一方国民或公司的投资与其给予本国国民或公司的待遇相同。这种规定只是一般性的约定，并未给缔约双方设定实质性的义务。 在国民待遇问题上有较大突破的是中日协定，该协定有关条款规定，缔约任何一方在其境内给予缔约另一方国民和公司就投资财产、收益及与投资有关的业务活动的待遇，不应低于给予该缔约一方国民或公司的待遇。这是一个典型的国民待遇条款，但是在该协议的议定书中提出了一个重要例外，即缔约任何一方在实际需要时，为了国家安全、公共利益或国民经济的正常发展，可以根据法律规定给予另一方国民以差别待遇。可见，即使对国民待遇作出规定，也是采取比较谨慎的态度。 与此同时，中日双方在签署协定时达成的会议纪要第二点阐述了国民待遇适用的范围，包括采购原辅材料、电力或燃料、各类生产工具、在国内外销售产品、在国内外借款、引进技术、在国外设立分支机构。这种规定方式具体可行，透明度高，不失为一种较好的方式。可以在中国条件成熟的领域通过这种列举的方法规定国民待遇制度，逐渐接近国际上的通行做法，以增加外国投资者在中国投资的信心，改善投资环境，促进经济的发展。 值得注意的是，由于国民待遇和最惠国待遇条款往往并用，列入国民待遇条款的法律意义可能超出订有这一条款的协定本身。只要一国所签订的投资保护条约订有国民待遇条款，那么，所有与该国签订投资保护协定的国家都可以援引最惠国待遇条款，要求国民待遇，由此会使 该国有关外国投资者待遇的制度发生巨大变化。

四、结束语 非歧视原则的目的是确保政府管理国际商务活动不因交易的发源地或目的地不同而不同，即不因商品、服务、服务供应商及有关投资者的国籍而异。 通常认为，在市场经济中，不考虑其发源地或目的地，在价格竞争的基础上所形成的国际投资活动会导致对相关各方来说更优的资源配置。这样，每个国家就可以受益于外国直接投资及自身的比较优势。不存在只因国籍不同而从与特定投资者获得经济收益。 对外国投资企业来说，保证非歧视意味着东道国的政府政策更透明、更稳定、更易于预期，因而可以降低其国际投资活动的风险。 通过国际投资协定而不是一国法律来实施非歧视原则常常被认为为外商提供了更好的保障，因为一国法律可能会单边更改，相对而言，国际协定的稳定性更强。 尽管全面实施非歧视原则有许多优点，但几乎所有的国际投资协定都考虑到非歧视规则的例外、条件和限制。这些例外、条件和限制为政府提供了灵活性以满足各种国内政策的需要，特别是为国内生产者和投资者提供保护，以及实现那些不实施一定程度差别对待就无法实现的公共利益目标。

本DOCX文档由 www.zciku.com/中词库网 生成，海量范文文档任你选，，为你的工作锦上添花,祝你一臂之力！