附 件 二

最惠国条款

（委员会工作组）

1．1978年，委员会通过了关于最惠国条款专题的条款草案。[1] 大会没有就这些条款草案采取任何行动。2006年，在委员会第五十八届会议上，工作组讨论了是否应再次审议最惠国条款并将此专题列入长期工作方案的问题，但委员会没有就此事作出任何决定。委员会请各国政府提交意见。[2] 在第六委员会第六十一届会议上，一国支持这个想法，但两个国家对于再次讨论此专题是否明智表示怀疑。委员会现在设立了一个工作组，审议是否应将最惠国条款这一专题再次列入委员会长期工作方案的问题。

2．本文件审查了下述问题：最惠国条款问题；1978年所决定过的事项；为何没有进一步讨论这个专题；1978年以来发生的变化；委员会是否可以就此问题做一些有益的事情。

1. 最惠国条款的性质、起源和发展

3．最惠国条款是条约中的一项规定，按照这一规定，一国同意给予另一缔约方不低于它给予其他国家或第三国的待遇。这是一种早期的、特定的不歧视条款，它起源于早先的友好通商航海条约。例如，1654年大不列颠与瑞典签订的条约规定：

> 两个盟国的人民、臣民和居民相互在对方的王国、附属国、土地、自治领地拥有并享受任何其他外国人目前及今后拥有并享受的同样大、同样充足的特权、关系、自由以及豁免。[3]

这样的条款只是保障所给予的待遇与其他外国人所受的待遇相同。这不是保证国民待遇。国民所受的待遇可能好于或劣于外国人所受的待遇。因此，最惠国条款不是一项全面的不歧视规定。

4．正如大不列颠与瑞典的条约所表明的，给予最惠国待遇是为了两国的“人民、臣民和居民”。这是友好通商航海条约的典型规定。这些规定主要是针对经济活动的，虽然不完全是。按照这些协定给予优惠待遇的目的是便利每一国的臣民在另一国境内的经济活动。的确，给予最惠国待遇的理由是经济上的，最惠国待遇的接受国希望其本国臣民避免受到与第三国臣民相比在经济上不利的待遇。最惠国条款没有以任何国家平等概念为根据。

5．然而，最惠国取得的待遇并不仅限于经济领域。关于外交和领事关系的双边条约也包含最惠国保证措施，这些措施既涉及维持外交和领事馆所的能力，也涉及给予外交和领事人员的特权。[4] 一旦外交和领事关系由全面确立各种权利的多边公约来调整，便不再需要由双边协定加上最惠国条款来防止歧视。

6．在经济领域以外，最惠国是适用于国与国关系由双边协定来调整的情况的不歧视原则。如果关系是由多边协定调整的，这种条款便用处不大，因为在多边协定中最惠国可以包含在一项一般性不歧视规定之下。然而，最惠国在经济领域保留了其突出的地位，这一领域的多边协定均包含了最惠国规定。这反映了最惠国在这一领域的经济目标，这是一般性不歧视规定所不包含的。

---

[1] 见《1978年……年鉴》[英]，第二卷（第二部分），第74段。

[2] 见《2006年……年鉴》，第二卷（第二部分），第259段。

[3] 《大不列颠与瑞典和平与通商条约》[英]（1654年4月11日，乌普萨拉），*British and Foreign State Papers, 1812 - 1814*, vol. I, Part I, London: Ridgway, 1841，第692页（第四条）。

[4] 例见1929年9月9日《意大利与土耳其签订的领事公约》[英]，国际联盟，《条约汇编》，第129卷，第195页，引于特别报告员恩德雷·乌斯托尔先生编写的关于最惠国条款的第一次报告，《1969年……年鉴》[英]，A/CN.4/213号文件，第166页，第57段。

7．在十九世纪以及二十世纪初，经济领域的最惠国待遇通常是有条件给予的。一国通常不自动地给予最惠国待遇，而是以此换取另一国也给予好处。换句话说，最惠国待遇是有代价的。这就是所谓的“有条件的最惠国”。后来给予有条件的最惠国这种情况越来越少，因为人们更多地认识到，通过给予无条件的最惠国待遇，给予国能够从中获得经济好处。因此，今天有条件的最惠国已经没有多少意义。

8．无条件的最惠国是关税及贸易总协定(关贸总协定)制度的基石。按照关贸总协定第一条，关贸总协定其他缔约国的货物在入境地点“立即并无条件地”获得最惠国待遇。关贸总协定第三条要求对进入关贸总协定缔约方国内市场的货物给予“国民待遇”，第一条与第三条加在一起后，最惠国原则成为关贸总协定不歧视原则的核心内容，这一点在世贸组织制度里继续有效。事实上，按照世贸组织协定，最惠国待遇已经超出了对货物的具体适用，它同样适用于服务领域和知识产权的保护。服务贸易总协定第二条规定，对于“本协定所涉及的任何措施”，应广泛地适用最惠国待遇。

9．尽管最惠国待遇在关贸总协定第一条中处于核心位置，但关贸总协定与世贸组织也对最惠国待遇规定了重要的例外。主要的例外涉及区域安排，例如海关联盟和自由贸易区，这些区域安排给予区域安排的成员以优惠待遇，而不是给所有的关贸总协定缔约方以最惠国待遇。按照关贸总协定第二十四条，这些优惠待遇不一定给予关贸总协定其他缔约方或世贸组织成员国。

10．世贸组织制度继续适用最惠国待遇并拥有自己的争端解决程序，这意味着在世贸组织的贸易制度内，有机会对最惠国待遇作出一致的解释。然而，随着区域贸易协定的签订，以及双边投资协定的大量增加，最惠国待遇有了新的生命力，因为所有这些协定通常含有一定形式的最惠国要求。

2. 委员会原先就最惠国条款开展的工作

11．国际法委员会对最惠国条款的处理，起源于它围绕条约法所开展的工作。最初有人提议，条约法条款草案应加上一项规定，说明在涉及最惠国条款时，这些条款草案不适用。委员会决定不这么做，而是将最惠国条款作为一个单独的专题来审议。[5] 特别报告员恩德雷·乌斯托尔先生和其继任者尼古拉·乌沙科夫先生对截止于1970年代中期所存在的最惠国条款进行了详尽的分析。他们的报告基于各个领域所缔结的包含最惠国条款的条约的大量国家实践、国际法院涉及最惠国条款的判决(*英伊石油公司案*[6]，*美利坚合众国在摩洛哥的国民权利案*[7]，*安巴蒂洛斯案*[8])、*安巴蒂洛斯申索案*[9] 以及各国法院所作的大量裁决。

12．委员会所采取的处理办法是，将最惠国条款和最惠国待遇“作为法律制度”来研究[10] 而不是简单地作为条约法问题来处理，并且广泛地审视最惠国条款的实施，而不局限于国际贸易领域。委员会努力避免试图解决“技术性、经济性”的问题。[11]

13．委员会所拟定的总共30条的条款草案[12] 涉及下列事项：最惠国条款和最惠国待遇的定义(第4和第5条草案)范围，最惠国待遇的传统的而非习惯的国际法依据(第7条草案)，最惠国待遇的范围(第8、9和10条草案)，有条件和无条件最惠国的作用(第11、12和13条草案)，按照最惠国条款提供的待遇的来源(第14至19条草案)，按照最惠国条款所阐述的权利的时间(第20条草案)，最惠国条款的宗旨或暂停实施(第21条草案)，最惠国条款与普遍优惠制度的关系(第23和24条草案)，内陆国家边境运输和过境权特殊情况。

---

[5] 见《1978年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第8页，第15段。

[6] *Anglo-Iranian Oil Co. (jurisdiction)*, Judgment of 22nd July 1952, *I.C.J. Reports 1952*, 第93页。

[7] *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco*, Judgment of 27th August 1952, 同上，第176页。

[8] *Ambatielos case (jurisdiction)*, Judgment of 1st July 1952, 同上，第176页。

[9] *Ambatielos claim (Greece, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland)*, Award of 6 March 1956, RIAA, vol. XII，第83页。

[10] 《1978年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第14页，第61段。

[11] 同上，第62段。

[12] 同上，第16页，第74段。

3. 第六委员会对条款草案的反应

14．大会从来没有对最惠国条款草案采取任何行动。第六委员会里的辩论[13]表明对条款草案有好几项关切，但两个问题特别突出。首先，人们关切的是，条款草案没有排除海关联盟和自由贸易区。这对欧洲经济共同体(欧共体)成员国来说尤其是个问题，这些国家不希望看到按照《建立欧洲经济共同体条约》所给予的优惠待遇通过最惠国扩展到不是欧共体成员的国家。他们希望看到条款草案不包括海关联盟和自由贸易区。缔结区域自由贸易协定的发展中国家也表达了类似的关切。

15. 其次，对于条款草案中对发展问题的处理，包括对普遍优惠制度的处理，人们表达了关切。对于有些国家来说，条款草案没有足够地处理发展中国家的优惠问题；对另一些国家来说，条款草案偏离到关于新的国际经济秩序的辩论。这些关切再加上其他关切，意味着在大会内部没有足够的国家支持将条款草案转化为一项公约。对一些国家来说，条款草案应简单地视为指南性的东西。

4. 1978 年以来发生的变化

16．委员会在其报告中处理最惠国条款和1978年的最后条款草案时所存在的情况已经发生了重大变化。

第一，特别报告员曾依赖多项双边安排来证明与最惠国条款有关的国家实践，但这些双边安排已经被多边安排所取代。结果是，今天的最惠国更侧重于经济领域。

第二，在审议最惠国时作为主要渊源的关贸总协定现在已经融入到世贸组织中。这一变化的结果是，最惠国的范围大幅度扩大，已经超出货物领域，扩展到服务和知识产权领域。此外，世贸组织的具有上诉程序的争端解决制度使得世贸组织协定中的最惠国条款有机会得到权威性的解释。

第三，在双边和区域基础上谈判自由贸易协定的情况以及谈判双边投资协定的情况都大量增加，这些协定均包含最惠国条款。

第四，通过国际投资争端解决中心的程序或联合国国际贸易法委员会(贸易法委员会)仲裁规则来解决投资协定所涉及的争端导致对最惠国条款的解释扩大到投资领域。

17．所有这些情况都对今日如何看待最惠国条款以及对委员会1978年产生的条款草案的现实意义产生影响。现在，如果要评估最惠国条款是如何实施的，在实践中是如何运作的，则有大量新的实践需要考虑。关贸总协定第一条所规定的一般最惠国义务与各国给予发展中国家优惠待遇的权力之间的关系由世贸组织上诉机构进行过具体的讨论。[14]

18．与最惠国条款有关的实践所发生的背景也不同于委员会上次审议最惠国条款时的背景。1978年的条款草案在考虑最惠国条款与发展中国家优惠待遇问题之间的关系时，大量依赖了《各国经济权利和义务宪章》[15]。贸易领域关于给发展中国家优惠待遇的讨论现在主要在世贸组织的框架内进行，世贸组织的成员资格越来越具有普遍性，另外这种讨论还具体在多边贸易谈判多哈发展回合里进行。

19．在投资协定领域，最惠国条款的性质和范围也成为突出的问题。某些最惠国规定所具有的范围以及各种投资法庭所采取的不同做法造成了涉及最惠国规定的最大挑战。这种大量的案例法在委员会早先开始工作时并不存在。

20．在全球经济开放和更加经济一体化这种大背景下，最惠国条款在成员国的国际经济关系中依然是一项关键因素。或许可以从两个阶段来看待最惠国条款依然具有的相关性。在第一阶段，即在1990年代，大量出现双边投资促进和保护协定，这强调了最惠国条款的继续具有的重要性，这种条款与其他条款一起，确保外国投资者及其投资能够

[13] 《大会正式记录，第三十三届会议，第六委员会》，第27至45次会议 (A/C.6/33/SR.27-45)。在第六委员会提出这一议题的时间分别是1980年至1983年、1988年和1989年以及1991年。

[14] *European Communities – Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries*, AB-2004-1, *Report of the WTO Appellate Body*, WT/DS246/AB/R, 20 April 2004.

[15] 大会1974年12月12日第3281 (XXIX) 号决议。

得到国际最低限度待遇标准。在第二阶段，出现了自由贸易与全面经济伙伴协定，这些协定全面处理了货物和服务贸易的开放以及投资待遇问题，再加上服务与投资部门相互交叉的密切联系，导致最惠国条款的适用出现了一些新的问题。

21．自由贸易协定的一个特点是，甚至在建立自由贸易区之前便在投资方面给予最惠国待遇，而这在过去的促进和保护投资协定中是不常见的，在那种协定里，最惠国待遇通常局限于建立之后的阶段。缔结这些包含关于外国投资的实质性内容的自由贸易协定和全面经济伙伴协定，预示着在当代各国经济关系中，最惠国条款具有了新的重要意义。最惠国条款在这些经济一体化协定中所起的作用，值得从法律的角度作更深入的研究。

5. 最惠国条款在今天面临的挑战

22．对各种条约包含最惠国条款的实践情况进行详尽的研究，无疑会揭示出这种条款目前在各国实施及发挥作用的情况。这可能导致就最惠国问题产生新的精辟见解。然而在投资领域，随着采用最惠国条款，出现了一些具体的问题，这可能对最惠国条款在其他背景下的实施产生影响。

23．马菲基尼案中便出现了这样的问题。[16] 起诉人马菲基尼是阿根廷公民，他依据《阿根廷共和国与西班牙王国互相促进与保护投资协定》[17] 提出诉讼。西班牙称，按照该协定第十条第3款，马菲基尼必须先将案件提交西班牙国内法院，过18个月之后，才可依据该协定的规定提出诉讼。然而，起诉人指出阿根廷与西班牙签订的投资协定中有一项最惠国条款，该条（第四条）规定：

> 在本协定所约束的所有事项中，这种待遇不应低于每一缔约方向第三国投资人在其领土内所作的投资给予的待遇。

起诉人然后指出，根据《西班牙王国与智利共和国互相保护与促进投资协定》[18]，按照该协定提出诉讼的投资人不需要首先将诉讼提交西班牙国内法院。与此相对照，阿根廷投资者所获得的待遇低于智利在西班牙的投资者所获得的待遇。因此，按照阿根廷与西班牙协议中的最惠国条款，起诉人称有权获得智利投资者按照智利与西班牙的双边投资协定所获得的那种更为有利的待遇。因此，人们认为，虽然起诉人没有先在西班牙法院提出诉讼，这不妨碍按照阿根廷与西班牙签订的投资协定提出诉讼。

24．法庭驳回了西班牙的论点，即阿根廷与西班牙双边投资协定中的最惠国条款仅适用于实质性规定，而不是程序性规定，法庭指出最惠国条款明文规定，它适用于“本协定所约束的所有事项”。在审查了原先的国际判例和西班牙的条约实践之后，法庭得出的结论是，起诉人可以使用阿根廷与西班牙的双边投资条约中的最惠国条款来要求获得智利与西班牙投资协定中所规定的更好的待遇，因此不必向西班牙国内法院提起诉讼。

25．投资争端解决中心后来所设的法庭既沿用了马菲基尼案的裁决，[19] 同时又与其作了区分。[20] 是否出现了对最惠国规定的一致的解释，尚不清楚。马菲基尼裁决案开辟了这样的可能性，即最惠国条款可能具有极为宽阔的范围。最惠国条款有可能成为一项“超级条约”条款，这使得受益国能够简单地从第三国在其他缔约方那里享受的好处中加以挑选，这就是人们所说的“选购条约”。在审理马菲基尼案时，法庭的成员看到了他们的裁决可能产生的问题，试图以一系列例外来限定范围。但在裁决中，这些例外所依据的原则并不清楚，另外也看不出这类例外是不是排他性的。

---

[16] Maffezini v. Kingdom of Spain, Case No. ARB 97 / 7 , Decision of the Tribunal on objections to jurisdiction of 25 January 2000 , ICSID, *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, vol. 16, No. 1 (2001), 第1页；裁决书可于网站查阅：http://icsid.worldbank.org。

[17] [西] (1991年10月3日，布宜诺斯艾利斯)，联合国，《条约汇编》，第1699卷，第29403号，第187页。

[18] [西] (1991年10月2日，圣地亚哥)，同上，第1774卷，第30883号，第15页。

[19] *Siemens A.G. v. Argentine Republic*, Case No. ARB/02/8, Decision on Jurisdiction of 3 August 2004 , ICSID, *Journal de droit International*, vol. 132 (2005); 裁决书可于网站查阅：http://icsid.worldbank.org。

[20] 例见 *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, Case No. ARB/02/13, Decision on Jurisdiction of 29 November 2004 , ICSID, *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, vol. 20, No. 1 (2005), 第148页；裁决书可于网站查阅：http://icsid.worldbank.org。

26．马菲基尼案裁决给各国提出的问题是，它们能否事先有把握地确定当其在投资协定中加上了最惠国条款时，它们实际上承担了什么样的义务。它们给予了广泛的权利？还是这些权利更为有限？1978年的条款草案就此问题提供的指导意见很有限。按照第9条草案，受益国在最惠国条款下只获得“在该条款的主题范围之内的权利”。[21] 确定条款的主题事项，正是马菲基尼案以及其他法庭所力图解决的一个问题。

27．最惠国条款的范围问题还涉及其他一些方面，特别是与投资协定中其他规定的关系，例如那些涉及国民待遇和“公正与公平待遇”相关的规定。一些投资法庭所采取的观点是，最惠国条款使一国有理由援引其他投资协定，以确立什么构成“公正与公平待遇”。[22] 这也造成最惠国条款范围的不确定。

28．马菲基尼案造成的结果是，各国力图对最惠国条款加以限定，使它不产生广泛的后果。对实质性和程序性规定加以区分，将争端的解决排除在最惠国条款之外，以及将最惠国限定于具体的好处等，这些都写进了各种协定中。问题是，各国无法确定在实际当中这些新的条款将如何解释。

29．在一定层次上，这一问题是个单纯的条约解释问题。最惠国条款在不同的协定中有不同的措辞。一些具有广泛的范围，另一些范围很窄。一些协定限定最惠国待遇只能由“类似情形中的”当事者享用。因此，解释者的作用是确定有关条款的具体范围。按照这种做法，问题能够通过解释来加以解决。但在另一层次上，所涉问题更具有根本性。条约的解释不是在真空中发生的。解释者如何对待最惠国条款将部分取决于解释者如何看待最惠国条款的性质。

30．如果最惠国条款被视为具有促进不歧视和协调作用的目的，那么条约的解释者可能认为该条款的目的便是允许，实际上鼓励任选条约。一个解释者如果将最惠国条款视为具有容许在平等机会基础上进行竞争的经济目的，便有可能更愿意赞同在解释最惠国条款时对实质性与程序性条款加以区分。在这方面，在世贸组织背景下以及在其他领域中对最惠国条款进行解释的经验可能对投资协定的最惠国条款的解释具有指导意义。

6. 委员会能够做哪些有益的事情？

31．很显然，自从1978年最惠国条款草案出现以来，形势发生了巨大变化。现在存在着大量的实践和判例，而这些在当时都不存在。随着最惠国条款在投资协定中的适用，也出现了问题，于是各国要求对这一领域的法律进行澄清，或使之逐渐发展。

32．如果说，导致大会没有使1978年的条款草案变成公约的实际理由依然存在，那么只有在提议委员会对1978年条款草案进行订正和更新时，这种说法才更有说服力。现在有一些论坛正在处理对那些条款草案的关切。就普遍优惠制度问题以及更广泛的发展问题而言，这些问题正在世贸组织和多哈发展回合的框架内处理。就海关联盟与自由贸易领域而言，这些问题也在世贸组织协定的框架内处理。委员会没有理由针对一个正在关贸总协定第二十四条和世贸组织各专家组和上诉机构的决定框架内发展的制度去考虑进行一项编纂或逐步发展的工作。

33．今天与最惠国条款有关的问题不同于当初引起人们对1978年条款草案关切的那些问题。今天的问题尤其与投资协定有关，但其适用的范围可能更广。鉴于目前存在的问题的性质，真正的问题是，国际法委员会作为负责国际法的逐渐发展以及编纂的联合国机构是否能做任何有益的事情。

34．这不是说这一问题是狭隘的技术性问题，仅应由其他一些机构来审查。事实上不是。与最惠国条款相关的基本问题实际上是国际公法所涉及的事项。核心问题是如何解释最惠国条款。这看起来可能是个狭隘的问题，但事实上它可能是个广泛的问题，既涉及对条约的解释，又涉及各国按照最惠国条款所承担的义务的性质和范围。这要求我们理

---

[21] 《1978年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第27页。

[22] *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A v. Republic of Chile*, Case No. ARB/01/7, Decision of 25 May 2004, ICSID (见 http://icsid.worldbank.org)；*Pope and Talbot, Inc. v. Canada*, Award of the North American Free Trade Agreement Tribunal of 10 April 2001, ILR, vol. 122 (2002), 第352页。

解最惠国条款的作用和职能以及它与国际法不歧视原则的关系。

35．其他机构也在讨论这一问题。经济合作与发展组织(经合组织)编写了一份关于最惠国条款的研究报告，[23] 联合国贸易和发展会议(贸发会议)也编写了研究报告。[24] 同样，这一问题在学术文献中也在讨论。但这不是说该问题已经没有再讨论的余地。

36．一些政府所持的相反意见是，最惠国条款形式各异，不那么容易归到一般类别中。各国政府有能力根据自己的需要相应地制定最惠国条款，因此没有必要对这一问题进行一般性的审议。对于所出现的问题，可以逐案地解决，因此应该让最惠国条款解释方面的判例继续发展。据此，委员会在这一问题上没有什么作用可以发挥。

37．那些支持委员会在这方面开展工作的人认为，委员会在这方面可以做的有益事情是，就最惠国条款的解释提供权威性的指导意见。这就要求详尽地分析最惠国条款的性质、范围和基本原理的发展情况、最惠国条款当今在起作用的各个领域的现有最惠国条款的判例、在当代实践中最惠国条款的种类和实际运用，以及最惠国条款如何被解释以及它们应该如何被解释。

38．委员会工作的结果可以是关于最惠国条款的解释的条款草案或指南草案，也可以是一系列发展中的最惠国条款或条款类别的样本，并附上关于解释的评注。任何一种结果都可能为带有最惠国条款的协定的谈判提供指导，也为解释投资协定的仲裁人提供指导。

39．最惠国条款的解释这一专题符合各国的需要，这方面的实践也得到了充分发展，允许在这方面进行逐步的发展和编纂。专题具有确定的范围，可以在本五年期内完成。

---

[23] OECD, Directorate for Financial and Enterprise Affairs, “Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law”, Working Papers on International Investment, No. 2004/2 (2004). 在线文本： www.oecd.org/dataoecd/21/37/33773085.pdf。

[24] 贸发会议，国际投资协定系列，《最惠国待遇》[英]，UNCTAD/ITE/IIT/10 (vol. III)，(联合国出版物，出售品编号：E.99.II D.11), 1999。

主要参考文献

Dolzer, R. 和 T. Myers: “After *Tecmed*: most-favored-nation clauses in investment protection agreements”, *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, vol. 19, No. 1 (2004), 第 49 页。

Ehring, L.: “De facto discrimination in World trade law: national and most-favoured-nation treatment – or equal treatment?”, *Journal of World Trade*, vol. 36, No. 5 (2002), 第 921 页。

Freyer, D. H. 和 D. Herlihy: “Most-favoured-nation treatment and dispute settlement in investment arbitration: just how ‘favored’ is ‘most-favored’? *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, vol. 20, No. 1 (2005), 第 58 页。

OECD: “Most-favoured-nation treatment in international investment law”, Working Papers on International Investment, No. 2004/2(2004). 可网上查阅：www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_2.pdf。

贸发会议，国际投资协定系列，《最惠国待遇》[英]，UNCTAD/ITE/IIT/10 (vol. III)，(联合国出版物，出售品编号：E.99.II D.11), 1999。

Yanai, A.: “The function of the MFN clause in the global trading system”, Working Paper Series 01/02 – No. 3, Institute of Developing Economies, APEC Study Center, 2002. 可网上查阅：www.ide.go.jp/English/Publish/Download/Apec/pdf/2001_15.pdf。