第十二章

最惠国条款

A. 导 言

345. 委员会第六十届会议(2008年)决定将“最惠国条款”专题列入其工作方案，并在第六十一届会议上设立一个有关此专题的研究组。[693]

346. 在第六十一届会议(2009年)上，委员会设立了由唐纳德·麦克雷先生和罗汉·佩雷拉先生担任联合主席的研究组。[694] 并在第六十二届会议(2010年)上重新设立了研究组，仍由上述两人担任联合主席。[695]

B. 本届会议审议此专题的情况

347. 在本届会议上，委员会重新设立了由唐纳德·麦克雷先生和罗汉·佩雷拉先生担任联合主席的最惠国条款研究组。

348. 在2011年8月8日第3119次会议上，委员会注意到研究组联合主席的口头报告。

1. 研究组的讨论

349. 研究组在2011年6月1日、7月20日和8月4日举行了4次会议。

350. 2010年，研究组为了推进其工作，决定努力进一步确定投资领域最惠国条款的规范性内容，并进一步分析判例法，包括仲裁员的作用、对最惠国条款作不同解释的原因、不一致之处以及各国针对判例法采取的步骤。在本届会议上，研究组收到了一份表格形式的非正式文件，其中指出了涉及最惠国条款的投资案件中的仲裁员和律师，以及所解释的最惠国条款类型。

351. 研究组还收到一份由唐纳德·麦克雷先生编写的关于“投资协定中最惠国条款的解释和适用”的工作文件。该工作文件参考了罗汉·佩雷拉先生先前就最惠国条款与马菲基尼案提出的一份研究报告，[696] 试图确定各法庭在作出裁决时所考虑的因素，以评估这些因素是否有助于说明判例法中的不一致之处，从而确定在各个案件中援引了哪些类别的因素，并评估它们对于解释和适用最惠国条款的相对重要性。在这方面，工作文件审查了在投资争端中援引最惠国条款的各种用途，并主要侧重于以下两种用途：一是利用最惠国条款获得被告国与第三国签订的双边投资条约中所规定的实质性利益；二是利用最惠国条款获得比提起索赔所依据的双边投资协定中的规定更为有利的争端解决条款。[697]

352. 工作文件还考察了在投资法庭的裁决中起到一定作用的考虑因素，并详细讨论了最惠国待遇权的来源及其范围。就范围而言，文件指出，投资法庭适用同类原则的方式有很多种，甚至在一些裁决中采用了不同办法。这些办法包括：(*a*)区分实质与程序(管辖权)；(*b*)采用条约解释办法，要么将最惠国条款的解释作为一般条约解释事项，要么将其视为对法庭管辖权的解释；(*c*)采用条约规定冲突办法，

[693] 2008年8月8日第2997次会议(见《2008年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第148页，第354段)。关于专题提纲，见同上，附件二。大会2008年12月11日第63/123号决议第6段注意到了这一决定。

[694] 在2009年7月31日第3029次会议上，委员会注意到最惠国条款研究组联合主席的口头报告(见《2009年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第146至第147页，第211至216段)。研究组除其他外审议了作为今后工作路线图的框架，并商定了一个工作时间表，其中涉及到文件的编写，这些文件拟用于进一步澄清一些问题，特别是有关最惠国条款的范围及其解释和适用的问题。

[695] 在2010年7月30日第3071次会议上，委员会注意到研究组联合主席的口头报告(见《2010年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第359至第373段)。研究组审议和审查了根据2009年框架编写、拟作为今后工作路线图的各种文件，并商定了2010年工作方案。

[696] 关于概要，见《2010年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第366至第368段。关于马菲基尼案，见马菲基尼诉西班牙王国案，解决投资争端国际中心案件编号：ARB/97/7 (可查阅icsid.worldbank.org)。

[697] 可以援引该条款来获得被索赔国(被告国)的国内法律给予第三国投资者或投资的惠益。

即各法庭考虑到这样一个事实：拟纳入条约的事项已在基本条约中得到不同处理；(*d*)将各方惯例视为确定它们在最惠国条款范围方面意图的一个方法。此外，工作文件还探讨了各法庭未作为一个因素加以明确处理的问题，那就是，所提起的索赔类型是否影响到法庭以最惠国条款方式纳入其他规定的意愿，以及是否影响到最惠国的适用限制，包括马菲基尼案中述及的“公共政策”例外情形。

353. 工作文件总体上认为，对投资法庭的裁决所作的审查表明，各法庭在允许利用最惠国纳入争端解决条款的理由方面，所采取的办法并不一致。在拒绝利用最惠国纳入此类条款的理由方面，它们也鲜有一致性。在决定可否利用最惠国条款将争端解决条款纳入基本条约的问题上，有一个分两步走的程序。第一步是以明确或含蓄的方式，确定最惠国条款原则上是否包括争端解决条款，第二步是对有关最惠国条款加以解释，看其实际上是否适用于争端解决条款。这些办法并非总是很明确，而且，在有些案件中，法庭说它们所采取的办法是条约解释办法，而似乎忽略了第一步。

354. 研究组以工作文件和一份问题框架为基础，举行了广泛的讨论。该问题框架旨在综述可能需要在研究组的整个工作中加以考虑的问题——从严格的法律考虑因素到更广泛的着眼于政策的方面，包括对最惠国条款范围的自由解释是否会打破投资协定在保护投资者及其投资以及东道国的必要政治空间这两方面的总体平衡。

355. 研究组申明，普遍认为最惠国待遇权的来源是基本条约，而非第三方条约；[698] 最惠国条款并不是条约解释中当事人规则的一个例外情形。研究组还认识到，与最惠国有关的投资裁决中的主要问题似是如何确定最惠国待遇权的范围，也就是说，明确或隐含性地属于“条款主题事项范围”的是什么。

356. 因此，研究组考察了特别是通过援引实质性条款和程序性(管辖)条款之间的区别而界定同类问题的方式。当最惠国条款明确包括争端解决程序或者明确排除这些程序时，无需进一步解释。只有在没有明确指出或无法明确确定各方在最惠国条款是否适用于争端解决机制方面的意图时，才有必要进行这种解释。这种情况普遍见于许多双边投资条约，这些条约的一些规定在行文上具有不确定性。研究组考虑到最近的其他动态，包括所发布的联合国贸易和发展会议《国际投资协定问题丛书第二辑》续篇《最惠国待遇》，[699] 该书除其他外介绍了在马菲基尼案后签订投资协定的各国的反应，表明了明确指出最惠国条款适用或不适用于争端解决程序的趋势。

357. 研究组还审议了最近就英波基洛公司诉阿根廷共和国案[700]所作出的裁决，特别是仲裁员布里吉特·斯特恩教授的赞同和反对意见，该意见除其他外认为，出自与国际法本身的性质密切相关的一个核心原因，最惠国条款不能适用于争端解决，这个原因是：实质性权利并不自动等同于执行这些权利的司法手段。这表明享有实质性权利的限定性条件与实质性权利本身，诉诸管辖手段的限定性条件与行使管辖权本身，两者之间均有所不同。[701] 另外还指出，在何为正确办法的理论方面，存在意见分歧。有些评论者认为，对实质性条款和争端解决的区分缺乏有说服力的理由，另一些评论者则认为，对最惠国条款的解释是一个管辖权问题，必须清楚、明确地表明纳入争端解决条款的意图。

358. 研究组认识到，在各种裁决中，似乎隐含着对最惠国条款原则上是否涵盖争端解决条款的问题所持的哲学立场。有一种情境以假定最惠国条款可以包括程序性权利为出发点，另一种情景则以假定最惠国条款不包括程序性权利为出发点。讨论者指出，总的来说，难题在于在解释方面没有一个系统的办法，即各法庭中统一使用的办法；不同法庭似乎受不同因素的影响。在这种情况下，就各种投资裁决的解释办法得出一般结论并非易事。研究组面临的部分挑战是开展一项评估，以充实某种基本理论框架，从而对各裁决所持的理由作出解释。

359. 在这方面，讨论者还指出，对英波基洛公司诉阿根廷案的赞同和反对意见为推断处理同类问题的方式提供了一个可能的框架，即首先确定是否满

[698] 英国伊朗石油公司案(管辖权)，初步反对意见，1952年7月22日的判决，《1952年国际法院汇编》，第93页起，详见第109页。也见委员会关于最惠国条款的条款草案第8和第9条(《1978年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第25至第33页)。

[699] 贸发会议，《最惠国待遇》，贸发会议国际投资协定问题丛书第二辑(出售品编号：E.10.II.D.19)，第84至第87页，可查阅http://unctad.org/en/docs/diaeia20101_en.pdf。

[700] 解决投资争端国际中心，案件编号：ARB/07/17, 2011年6月21日的裁决，可查阅https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/Pages/default.aspx。

[701] 仲裁员布里吉特·斯特恩教授的赞成和反对意见，第16和第45段。

足享有双边投资条约所赋权利的基本前提条件——属人、属物和属时条件。在这方面，讨论者忆及1978年关于最惠国条款的条款草案第14条规定，能否行使针对受惠国或者与之有确定关系的人或事的最惠国条款下所产生的权利，取决于是否符合包含该条款的条约中所规定的或者施惠国与受惠国以其他方式商定的有关条款和条件。[702] 换言之，除了以明确或隐含性的方式确定最惠国条款原则上是否包含争端解决条款，并对有关最惠国条款进行解释以确定其实际上是否适用于争端解决条款的两步骤进程外，还有一个可能在判例法中被忽略的先行步骤，该步骤的目的是确定谁有权受惠，以及是否符合享有这种优惠的前提条件。

360. 研究组认为，似宜审查所采取的各种办法，并提请注意每一种办法的优缺点。研究组指出，条约解释办法可能用词不当，因为整个过程涉及的便是条约解释。研究组确认，一般出发点应是1969年《维也纳公约》，同时以可从投资领域实践中得出的任何原则作为补充，但研究组指出，提到最惠国索赔涉及的双边投资条约每一缔约方的单独缔约做法，以确定各方在最惠国条款范围方面的意图，这似乎得不到1969年《维也纳公约》的支持。

[702] 《1978年……年鉴》[英]，第二卷(第二部分)，第39至第40页。

2. 今后的工作

361. 研究组再次申明，需要进一步研究与服务贸易和投资协定有关的最惠国问题，以及最惠国待遇、公正和公平待遇以及国民待遇标准之间的关系。还应进一步考察国际法的其他领域，看这些领域中最惠国条款的适用能否为研究组的工作提供一些见解。

362. 研究组预计在委员会今后两届会议内结束其工作。讨论者强调，研究组的工作应力求避免国际法的不成体系，重视在仲裁裁决中采取更一致办法的重要性。讨论者认为，研究组可为确保投资法领域更大的确定性和稳定性作出贡献。讨论者强调，研究组应努力编写对于从事投资领域工作的人和决策者具有实际用处的结果文件。研究组申明，不打算编写任何条款草案或修订1978年的条款草案。相反，将在研究组联合主席的总体指导下开展进一步的工作，汇编一份报告草稿，介绍一般背景，对判例法进行分析，说明其来龙去脉，提请注意已出现的问题和实践中的趋势，并酌情提出建议，包括示范条款。