

## 第十一章 最惠国条款

### A. 引言

355. 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,并决定为此在第六十一届会议上设立一个专题研究组。<sup>1370</sup>

356. 在第六十一届会议(2009年)上设立了由唐纳德·麦克雷先生和罗汉·佩雷拉先生担任联合主席的研究组。在这届会议期间,研究组除其他外审议了将作为今后工作路线图的框架,并商定了一个涉及文件编写的工作时间表,这些文件打算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。<sup>1371</sup>

### B. 本届会议审议此专题的情况

357. 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。

358. 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。

#### 1. 研究组的讨论

359. 研究组于2010年5月6日和7月23日和29日举行了3次会议。根据2009年的决定,研究组审议并审查了在框架基础上编写并将作为今后工作路线图的各类文件,并且商定了明年的工作方案。它收到了研究组成员编写的若干文件:这些文件作为进一步说明最惠国条款在当今时代所面临挑战的背景文件,审查了现有最惠国条款规定的类型;1978年条

款草案的相关领域<sup>1372</sup>;最惠国条款如何在关贸总协定和世贸组织范围内得到发展和正在发展;进行了哪些其他活动,特别是在经合组织和贸发会议范围内,这两个组织就这一议题完成了大量工作;以及分析一些有关最惠国条款适用范围的当代问题,例如马菲基尼案中提出的问题<sup>1373</sup>。

#### (a) 最惠国条款规定目录

(唐纳德·麦克雷先生和罗汉·佩雷拉先生)

360. 这份文件对各类双边投资协定和自由贸易区协定所载的最惠国条款作了初步分类。这不仅是一份罗列已签订的3 000多项双边投资协定和自由贸易区协定的目录,该文件对反映在若干条约和协定中的最惠国做法的趋势进行了分析。这一分类做法被认为可能对研究组的工作比较有用。在这方面,目录包括四大类别,即:(a) 给予普遍待遇的双边投资协定和自由贸易区协定最惠国条款规定抽样;(b) 给予特定待遇的最惠国条款规定;这些规定又再细分为有关成立后阶段的规定和有关成立前阶段的规定;(c) 最惠国条款规定内例外情况的规定;和(d) 特定最惠国条款外的例外情况的规定。这是正在进行的工作,这一分类办法可能在以后作出调整。

#### (b) 国际法委员会1978年条款草案

(村濑信也先生)

361. 这份文件初步和不穷尽地审查了委员会1978年通过的有关最惠国条款草案,重点放在这些条款的当代重要性,并未对任何具体修正提出任何建议。工作文件确定了与1978年条款草案有关的一些相关且密切关联的改变因素,包括:(a) 最惠国条款的重要性从贸易转移到投资;(b) 双边投资条约的增加;(c) 世贸组织/关贸总协定贸易方案多边框架的强化;(d) 1995年至1998年进行的关于多

<sup>1370</sup> 2008年8月8日第2997次会议(见《2008年……年鉴》,第二卷(第二部分),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段注意到了该决定。

<sup>1371</sup> 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211至216段)。

<sup>1372</sup> 《1978年……年鉴》[英],第二卷(第二部分),第74段。

<sup>1373</sup> 马菲基尼诉西班牙王国案(见上文脚注16)。

边投资协定的谈判没有成功；(e) 区域一体化的发展，例如欧洲联盟、北美自由贸易协定(加拿大政府、墨西哥合众国政府和美利坚合众国政府间北美自由贸易协定)和其他区域框架；(f) 对国际经济新秩序的兴趣消减；(g) 发展中国家之间的合作更加密切；(h) 贸易和投资领域的争端解决机制的发展。在这一事态发展的背景下，文件对1978年条款草案分批进行了审查。总的来说，文件得出的结论是，1978年条款草案的一些内容需要在考虑到当代事态发展的情况下予以重新审查。<sup>1374</sup>该文件建议委员会与第六委员会合作，参照对1978年条款草案的审查结果，草拟新的一套关于最惠国条款的订正条款草案。

(c) 关贸总协定和世贸组织中的最惠国条款  
(唐纳德·麦克雷先生)

362. 这份文件对在关贸总协定和世贸组织各项协定范围内如何解释和适用最惠国条款作了分析，比较着重于分析与世贸组织协定有关的实践，特别是通过世贸组织争端解决对这些协定的解释。<sup>1375</sup>——

<sup>1374</sup> 这些规定，除其他外，包括以下条款草案：定义规则(第1至第6条草案)、同类规则(第7至第8条草案)、赔偿(第11至第15条草案)、双边和多边协定(第17条草案)、对发展中国家的特别考虑(第23至第24、第30条草案)。此外，条款草案没有处理的关税联盟例外必须予以重新考虑。有关下列事项的条款草案看来是不言自明的建议，在今天仍然有用：国民待遇(第18至第19条草案)、最惠国权利(第20条第1款和第21条第1款草案)和国内法(第22条草案)。但是，这些条款不值得在现阶段作深入讨论。此外，剩下的其他条款草案(第27至第29条草案)基本上是“不妨碍”条款，似乎不需要在现阶段予以特别考虑。

<sup>1375</sup> 欧洲共同体——给予发展中国家关税优惠的条件案，AB-2004-1，《世贸组织上诉机构报告》(WT/DS246/AB/R)，2004年4月20日；加拿大——影响汽车工业的某些措施案，AB-2000-2，《世贸组织上诉机构报告》(WT/DS139/AB/R和WT/DS142/AB/R号文件)，2000年6月19日；欧洲经济共同体——从加拿大进口牛肉案，L/5099，《关贸总协定小组报告》(BISD28S/92)，1981年3月10日；美国——不予巴西的非橡胶鞋类最惠国待遇案，关贸总协定小组报告(DS18/R-39S/128)，1992年6月19日；西班牙——未烘烤咖啡的关税待遇案，L/5135，《关贸总协定小组报告》(BISD 28S/102)，1981年6月11日；欧洲共同体——香蕉进口、销售和分销制度案，AB-1997-3，《世贸组织上诉机构报告》(WT/DS27/AB/R)，1997年9月25日；土耳其——对纺织品和服装进口的限制案，AB-1999-5，《世贸组织上诉机构报告》(WT/DS34/AB/R) 1999年11月19日；美国——禁止进口某些虾类和虾制品案，AB-1998-4，《世贸组织上诉机构报告》(WT/DS58/AB/R)，1998年11月6日；墨西哥——软饮料和其他饮料的征税措施案，AB-2005-10，《世贸组织上诉机构报告》(WT/DS308/AB/R)，2006年3月24日；日本——酒精饮料税案，AB-1996-2，《世贸组织上诉机构报告》(WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R)，1996

般的判断是，在世贸组织协定适用最惠国条款的所有领域——货物、服务和知识产权——最惠国待遇都被当作是必不可少的根本基石。其解释的方式使它产生最大的效果。这一广义的适用似乎在程序上和实质上的利益之间没有什么区别。<sup>1376</sup>也有人指出，关贸总协定下有关最惠国条款的判例中没有程序性权利不适用最惠国条款的事例。<sup>1377</sup>此外，世贸组织似乎也以同样的方式适用最惠国条款，尽管其原则使用不同的措辞。世贸组织对最惠国条款的解释受到对其目的和宗旨的看法的影响比受到其确切措辞的影响大。

363. 同时，最惠国条款的范围因例外而受到很大限制，例外有两类：普遍的例外，例如与关税联盟和自由贸易区有关的例外；以及具体的例外，例如世贸组织成员国能够在《服务贸易总协定》关于第2条豁免的附件中列入的有关服务贸易的例外。例外的广度意味着最惠国条款的适用范围事实上可能很有限。由于关税联盟和自由贸易区不断发展，当今大多数关税都不适用最惠国条款；大多数关税适用的是区域和其他《关贸总协定》豁免的优惠安排。上诉机构的做法是对许多例外作狭义的解释。<sup>1378</sup>但是，即使对例外的个别适用作狭义的解释，但例外的实质性范围既远且广，因此在世贸组织下最惠国条款的实质性适用受到的限制要比其原则说词及其“根本”定性所意味的大得多。这里得出的结论是暂时的；在世贸组织下有关最惠国条款的解释的判例还没有多到能够作出最后结论。

年11月1日通过；欧洲共同体——影响石棉和含石棉制品的措施案，AB-2000-11，《世贸组织上诉机构报告》(WT/DS135/AB/R)，2001年4月5日；比利时——家庭津贴案，G/32，《关贸总协定小组报告》(BISD 1S/59)，1952年11月7日；印度尼西亚——影响汽车工业的某些措施案，《世贸组织上诉机构报告》(WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R)，1998年7月23日；欧洲共同体——香蕉进口、销售和分销制度案，《世贸组织上诉机构报告》(WT/DS27/R/ECU, WT/DS27/R/MEX, WT/DS27/R/USA)，1997年9月25日；以及美国——1998年综合拨款法第211条案，AB-2001-7，《世贸组织上诉机构报告》(WT/DS176/AB/R)，2002年2月1日通过。

<sup>1376</sup> 关贸总协定小组报告，美国——1930年关税法第337条案，L/6439，《世贸组织上诉机构报告》(BISD6S/345)，1989年11月通过。

<sup>1377</sup> 在《与贸易有关的知识产权协定》案中，这大概是因为该《协定》第3和4条给“保护”一词下了广义的定义。

<sup>1378</sup> 例如在土耳其——对纺织品和服装进口的限制案中对《关税及贸易总协定》(《关贸总协定》)第二十四条以及在美国——禁止进口某些虾类和虾制品案中对《关贸总协定》第二十条起首段的解释(见上文脚注1375)。



(d) 经合组织关于最惠国条款的工作  
(马哈茂德·哈穆德先生)

364. 这份文件考虑并审查了经合组织内已进行的实质性工作，特别提请注意为了实现经合组织的目标已商定的若干文书，包括资本流动自由化和货物自由流动。<sup>1379</sup>还考虑了有关多边投资协定草案的谈判及由此引起的问题，范围包括投资公司设立前和设立后阶段的最惠国条款，经合组织关于“在类似情况下”一词的工作以及有关以下问题的的工作：私有化、知识产权、投资奖励、垄断和国营企业、投资保护等方面的最惠国待遇以及最惠国待遇的例外(普遍和具体)。文件指出经合组织已做的工作可为研究组的工作提供有用的指导。

(e) 贸发会议关于最惠国条款的工作  
(史蒂芬·瓦钱尼先生)

365. 这份文件审查了贸发会议的两份实质性出版物，<sup>1380</sup>并考虑了贸发会议收集和分析有关投资协定中最惠国标准的国家实践工作的其他方面。特别是，文件讨论了最惠国标准的范围和定义、最惠国标准在保护投资者方面的作用、最惠国标准在各不同协定中的不同措施以及最惠国标准的例外，包括区域经济一体化组织的规定、互惠要求和知识产权考虑。文件还查明了某些贸发会议没有充分探讨的有关最惠国标准的问题，并指出其中一些问题，包括最惠国标准在习惯国际法中的地位、最惠国标准的不同措施的法律解释和条约规定与国内法实践之间的关系，可进一步予以考虑。在审查贸发会议文件时还提及了各种政策问题，例如“免费搭车者”和身份问题、入境前和入境后条款以及最惠国待遇标准和其他投资保护标准之间的关系。

<sup>1379</sup> 涵盖直接投资和公司设立的OECD Code of Liberalisation of Capital Movements [经合组织资本流动自由化准则]；关于服务的OECD Code of Liberalisation of Invisible Operations [经合组织无形业务自由化准则]；以及关于多边投资协定草案的工作(1995年至1998年)和业已出版的一系列有关国际投资的工作文件。

<sup>1380</sup> UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements [贸发会议有关国际投资协议问题的系列专论]和UNCTAD Series on International Investment Policies for Development [贸发会议有关国际投资政策促进发展的系列专论]。

(f) 投资条约之下的马菲基尼问题  
(罗汉·佩雷拉先生)

366. 这份文件审查了与仲裁法庭在一系列有关投资争端如马菲基尼案的裁决中对投资协定中最惠国条款作广义解释有关的事态发展。该案件引起的主要问题是，是否能够确切地确定一缔约方在将最惠国条款列入投资条约时承担了什么义务，特别最惠国条款与有关争端解决的规定之间的关系。一个相关问题是，与第三国签订的条约中，对某一投资者比较有利的实质性权利和保护标准，可否由该投资者依据最惠国条款，加以援引受益。<sup>1381</sup>

367. 对仲裁裁决的分析涉及两类申诉。这些申诉想要援引基本条约中的最惠国条款来扩大该条约争端解决规定的范围，即：(a) 否定要求先将争端提交国内法院经18个月“等待期”后再提交国际仲裁的规定的可适用性，和(b) 扩大将争端解决条款范围局限于某一具体争端类别(诸如有关征用赔偿的争端)的基本条约管辖范围。<sup>1382</sup>

<sup>1381</sup> 采取审慎做法的案件包括，例如*Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A.*诉墨西哥合众国案，国际投资争端解决中心案件，第ARB/(AF)/00/2号，2003年5月29日的裁决。也见*Salini Costruttori S.p.A.*和*Italstrade S.p.A.*诉约旦哈希姆王国案，国际投资争端解决中心案件，第ARB/02/13号，2006年1月31日的裁决；*Plama Consortium Limited*诉保加利亚共和国案，国际投资争端解决中心案件，第ARB/03/24号，2008年8月27日的裁决；以及*CMS Gas Transmission Company*诉阿根廷案，国际投资争端解决中心案件，第ARB/01/08号，2005年5月12日的裁决。引进实质保护标准采用宽泛做法的案件，包括西门子股份公司诉阿根廷共和国案，国际投资争端解决中心案件，第ARB/02/8号，2007年2月6日的裁决；*MTD Equity Sdn. Bhd.*和*MTD Chile S.A.*诉智利共和国案，国际投资争端解决中心案件，第ARB/01/7号，2004年5月25日的裁决；以及*Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S.*诉巴基斯坦伊斯兰共和国案，国际投资争端解决中心案件，第ARB/03/29号，2005年11月14日关于管辖权的裁决。关于对宽泛解释作出反应的条约实践，见2006年11月27日《智利—哥伦比亚自由贸易协定》的措辞以及美洲自由贸易协定草案(FTAA.TNC/w/133/Rev.3, 2003年11月21日)中关于马菲基尼案注释的措辞。

<sup>1382</sup> 马菲基尼诉西班牙王国案，国际投资争端解决中心案件，第ARB97/7号，2000年1月25日法庭对管辖权异议的裁决，*ICSID Review—Foreign Investment Law Journal*, 第16卷，第1号(2001)，第1页；关于该裁决全文，可查阅网站：<http://icsid.worldbank.org>。采用马菲基尼案的推理及影响的案件，见例如：*Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A.*和*InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A.*诉阿根廷共和国案，国际投资争端解决中心案件，第ARB/03/17号，2006年5月16日关于管辖权的裁决；西门子股份公司诉阿根廷共和国案，国际投资争端解决中心案件，第ARB/02/08号，2004年8月3日关于管辖权的裁决；*Gas Natural SDG S.A.*诉阿根廷共和国案，国际投资争端解决中心案件，第ARB/03/10号，2005年6月17日法庭关于管辖权初步问题的裁决；*RosInvestCo UK Ltd*诉俄罗斯联邦案，仲裁第V 079/2005号，2007年7月，斯德

368. 在审查最近的仲裁做法, 包括马菲基尼案及随后的发展之后, 文件得出的一个重要结论是, 协定中的最惠国条款措辞形式很重要, 而且适用条款的措辞不同, 争端可能得出不同的结果, 因此需要有法律确定性。因此, 需要有一些准则帮助各国在将最惠国条款纳入投资条约时有一定程度的确定性确定其授予的权利是广泛的还是比较有限制的。这些裁决引起的另一个根本问题是, 想要弄清缔约方的意图是很难的。虽然法庭确定的标准是有用的, 但仍然有一些关键问题需要在确定关于最惠国条款(不管是在现有条约还是在未来条约中)的适用范围的可能准则时予以讨论。

## 2. 审议研究组的未来工作

369. 研究组根据所收到的文件以及南共市(南方共同市场)等其他地方的事态发展进行了广泛的讨

论。主要集中于讨论最惠国条款如何解释的问题, 特别是在投资关系范围内, 以及讨论是否可以拟订一些作为解释工具的共同基本准则, 以便使投资法具有某种确定性和稳定性。研究组内一般认为, 在现阶段考虑拟订条款草案或修订1978年条款草案为时过早。

哥尔摩商会仲裁协会关于管辖权的裁定。反对马菲基尼的推理及影响的案件, 见例如: *Salini Costruttori S.P.A.和Italstrade S.P.A.诉约旦哈希姆王国案*, 国际投资争端解决中心案件, 第ARB/02/13号, 2004年11月29日关于管辖权的裁决; *Plama Consortium Limited诉保加利亚共和国案*, 国际投资争端解决中心案件, 第ARB/03/24号, 2005年2月8日关于管辖权的裁决; *Vladimir Berschader和Moise Berschader诉俄罗斯联邦案*, 仲裁第V 080/2005号, 斯德哥尔摩商会仲裁协会, 2006年4月21日的裁定; 以及 *Telenor Mobil Communications A.S.诉匈牙利共和国案*, 国际投资争端解决中心案件, 第ARB/04/15号, 2006年9月13日的裁定。也见 *Tza Yip Shum诉秘鲁共和国案*, 国际投资争端解决中心案件, 第ARB/07/6号, 2009年6月19日关于管辖权和权限的裁决; 以及 *Renta 4 S.V.S.A.等人诉俄罗斯联邦案*, 仲裁第V 024/2007号, 斯德哥尔摩商会仲裁协会, 2009年3月20日的裁定。有关国际投资争端解决中心的裁决文书, 可查阅网站<http://icsid.worldbank.org>。

370. 也有人认为, 研究组可在关贸总协定和世贸组织的最惠国条款及其适用协定的范围内, 进一步研究服务贸易和知识产权贸易问题之间的关系, 这些问题依然是研究组的研究重点。

371. 此外, 研究组认为有必要进一步确认最惠国条款在投资方面的规范性内容, 并且进一步分析案例法, 包括仲裁者的作用、对最惠国条款作不同解释的原因以及各国应对案件法采取的步骤。更具体地说, 有人认为, 应当有系统地设法查明不一致的领域, 并确定是否能够从案例法就基于最惠国条款的管辖权问题作出裁决的方式得出一个普遍的格局。

372. 有人认为有必要审查已经适用的最惠国条款类型, 哪些问题是已就最惠国条款确定的主题, 并且参照1969年《维也纳公约》的条约之解释规则审查仲裁裁决的结果。有人认为研究组可在条约的解释问题上作出贡献, 特别是可把重点放在1969年《维也纳公约》以及这一领域的未来发展方面。

373. 根据已进行的背景工作, 未来工作将在研究组联合主席的领导下进行, 处理上面提到的问题并编写一份供研究组明年审议的全面报告, 其中将提出下一年待研究组处理的问题框架。