第十一章

最惠国条款

A. 导言

241. 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。[363]

242. 在第六十一届会议上（2009 年），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。[364] 第六十二届会议（2010 年）和第六十三届会议（2011 年）重新组成研究组，但仍由上述两人担任联合主席。[365]

B. 本届会议审议此专题的情况

243. 在本届会议上，委员会重组最惠国条款研究组，由唐纳德 • 麦克雷先生担任主席。研究组第一次会议向研究组前联合主席罗汉 • 佩雷拉先生致敬。

244. 在 2012 年 7 月 27 日第 3151 次会议上，委员会注意到研究组主席的口头报告。

1. 研究组的工作

245. 研究组在 2012 年 5 月 24 日和 31 日，7 月 11 日、12 日、17 日和 18 日举行了六次会议。

246. 研究组的总体目标是争取防止国际法碎片化，强调投资领域的仲裁裁决所采取的具体做法，尤其在最惠国条款方面采取的做法，必须加强一致性。据认为，研究组可以推动确保投资法领域确定性和稳定性的提高。研究组力争研拟出对投资领域从业人员和决策人员有实际用途的结果。研究组的意图不是编写任何条款草案或修订委员会 1978 年关于最惠国条款的条文草案。[366] 据设想将编写一份报告，介绍一般背景情况，分析并在具体情境中研究判例法，提请注意实践中出现的各种问题和趋势，并酌情提出建议，包括可采用的准则和示范条款。

247. 迄今为止，研究组为进一步说明最惠国条款当前带来的挑战，已经审议过若干背景文件。在这方面已经审议过（*a*）正在研究的现行最惠国条款规定系统分类法；（*b*）委员会通过的 1978 年条款草案以及草案仍然具有相关意义的方面；（*c*）涉及最惠国条款当初在关税及贸易总协定（关贸总协定）以及后来在世贸组织范围内如何发展演变的各方面情况；（*d*）在经济合作与发展组织（经合组织）和联合国贸易和发展会议（贸发会议）范围内的其他发展演变情况；（*e*）当代诸如马菲基尼案仲裁产生的问题等有关最惠国条款适用范围的问题的分析。[367]

248. 此外还努力查清确定涉及最惠国条款的投资案的仲裁员和律师以及所解释的最惠国条款所属

---

[363] 在 2008 年 8 月 8 日第 2997 次会议上（见《2008 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 354 段）。专题提纲见同上，附件二。大会在其 2008 年 12 月 11 日第 63/123 号决议第 6 段中注意到该决定。

[364] 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 211–216 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，其中涉及编写拟用于进一步澄清一些问题的文件，特别是有关最惠国条款的范围及其解释和适用的问题。

[365] 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 359–373 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。另见《2011 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 347–362 段。

[366] 《1978 年……年鉴》[英]，第二卷（第二部分），第 74 段。

[367] 唐纳德•麦克雷和 A. 佩雷拉，“最惠国待遇条款目录”；村濑信也，“国际法委员会 1978 年条款草案”；唐纳德 • 麦克雷，“关贸总协定和世贸组织的最惠国待遇”；马哈茂德 • 哈穆德，“经合组织对最惠国待遇的研究”；斯蒂芬 • 瓦钱尼，“贸发会议对最惠国待遇的研究”；A. 佩雷拉，“投资条约下的马菲基尼问题”（见《2010 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 360–368 段）。关于马菲基尼诉西班牙王国案，见解决投资争端国际中心，案号 ARB/97/7，2000 年 1 月 25 日的决定，*ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*［《解决投资争端国际中心评论：外国投资法杂志》］，vol. 16, No. 1（2001）。该决定的案文也可获自网上（见 https://icsid.worldbank.org/）和获自 *International Law Reports*, vol. 124（2001），第 1 页。

类型。而且还为进一步确定投资领域最惠国条款的规范性内容，借鉴此前在最惠国条款和马菲基尼案仲裁方面所作的研究，分析了仲裁庭在解释和适用投资协定中的最惠国条款过程中考虑到的种种因素。[368]

249. 研究组此前已认定需要进一步研究服务贸易总协定和各种投资协定下的服务贸易所涉最惠国待遇问题，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，以及国际法的其他领域，以便评估最惠国条款在这种领域里的适用可否为研究小组的工作提供一点洞见。

2. 本届会议上研究组的讨论情况

250. 在委员会本届会议上，研究组手头有一份唐纳德·麦克雷先生编写的关于“投资仲裁庭对最惠国条款的解释”的工作文件。研究组手头还有一份马蒂亚斯·福尔托先生编写的关于“投资仲裁庭的混合性对最惠国条款适用于程序条款的影响”的工作文件。

251. 唐纳德·麦克雷先生编写的工作文件是2011年工作文件“投资协定中对最惠国条款的解释和适用”的重新编排本，编写中考虑到了近来的发展动态以及研究组2011年的讨论情况，载有对近来的裁决及判例法又考虑到的各种因素的分析。此外，其中还载有对仲裁庭采用的不同解释方法的评估。

252. 在讨论唐纳德·麦克雷先生的工作文件的过程中交换了意见，探讨仲裁庭的性质对其如何解释条约是否有影响，特别是仲裁庭的混合性（包括国家和私人当事方）是否成为解释过程中的一个相关因素。福尔托先生的工作文件是作为那次讨论的结果编写的。

253. 两个工作文件属于筹备文件，将构成研究组提出的全面报告的部分内容。

254. 此外，研究组手头还有一份关于马菲基尼案后的最惠国待遇示范条款的非正式工作文件，研究了各国对马菲基尼案裁决的各种反应方式，包括明确表示最惠国条款不适用于争端解决条款规定；或者明确表示最惠国条款确实适用于争端解决条款规定；或者具体列举最惠国条款适用的领域。此外，研究组还有一份非正式工作文件，概述了授予各国驻国际组织代表以与在东道国的外交人员得到的相同的特权和豁免的总部协定中，最惠国待遇类的行文措辞。这种非正式工作文件与研究组没有讨论的关于双边征税协定和最惠国条款问题的非正式工作文件，都还在研究编写之中，将继续加以补充更新，确保其完整性。

(*a*) 投资仲裁庭的混合性对最惠国条款适用于程序条款的影响（马蒂亚斯·福尔托先生）

255. 工作文件说明了投资方面仲裁的混合性质；评估了最惠国条款在混合性仲裁中适用的特点；研究了这种仲裁对最惠国条款适用于程序条款问题的影响。据认为，投资仲裁的混合性展现在两个层面，因为诉讼双方为私人索赔方和国家应诉方，两者性质不同。此外，有人辩称，这样一种仲裁庭在功能上取代了本来由东道国国内主管法院发挥的功能。[369]因此，混合性仲裁处在国内层面和国际层面之间，与投资的关系既近乎于国际商事仲裁又近乎于国际公法仲裁。[370]它有私法和公法的成分。

256. 有人在评估最惠国条款在混合性仲裁中适用的特点时指出，按属事理由，1978年条款草案涵盖所有各种领域，包括外国自然人和法人的确立、其个人权利和义务等，但是按属人理由，草案的一般范围并不包括有个人履行的义务或享有的权利。在传统的意义上并不认为个人在适用最惠国条款时属于国际法主体。混合庭的作用是，个人与国家一样在国际秩序中也是最惠国条款的受益方；不属于一个条约缔约方的个人可以对国家应诉方援用条约的管辖条款；既然条约为两者都提供了这种待遇，是诉诸仲裁权的依据，因此难以区分何为涉及条约争端的解决问题，何为条约规定的待遇问题。后一方面的影响是出现了两种解释的趋势：一种坚持认为是“待

[368] 唐纳德·麦克雷，“投资协定中最惠国条款的解释和适用”。另见《2011年……年鉴》，第二卷（第二部分），第351−353段。

[369] 见 Stephan W. Schill, “Allocating adjudicatory authority：most-favoured-nation clauses as a basis for jurisdiction – a reply to Zachary Douglas”，*Journal of International Dispute Settlement,* vol. 2, No. 2 (2011)，第353−371页，详第362页，脚注31。另见Mathias Forteau（马蒂亚斯·福尔托），“Le juge CIRDI envisagé du point de vue de son office: juge interne, juge international, ou l'un et l'autre à la fois”，载于Liber amicorum *Jean-Pierre Cot: Le procès international*（Brussels, Bruylant, 2009），第95−129页。

[370] 关于这一点，见 Franck Latty, “Arbitrage transnational et droit international général”，载于 *Annuaire français de droit international*, vol. 54 (2008)，第467页起，详第471−475页。

遇”方面的问题（两个国家给予各自的国民一种优惠待遇），以便更容易对争端解决条款适用最惠国条款；另一种坚持认为是“争端解决”方面的问题（争端解决条款是国家同意仲裁的依据），强调必须尊重国家同意仲裁原则。

257. 在影响问题方面，有人建议不要将其排除在外，这样，对混合仲裁因其性质独特，如果不适用解释规则，至少也要适用特殊的解释性准则。其影响取决于着重这种混合性的哪一方面而定，有些仲裁庭比较强调的是仲裁的公共方面（或者说“争端的解决”方面）（公法途径），而不是其私人方面（或者说“待遇”方面），有些仲裁庭的抉择相反（取私法途径）；而在另外一些情况下，则是将两方面混合起来（两者合一的途径）。

（*b*）仲裁庭对最惠国条款的解释（唐纳德·麦克雷先生）

258. 工作文件确认，尽管可以依靠条约的解释或者根据 1969 年《维也纳公约》援用解释工具，但是在解释最惠国条款时，投资仲裁庭实际进行解释或者得出结论的方式鲜有一致可言。因此，工作文件进一步审察投资仲裁庭所采取的方法，争取从中确定一些对投资仲裁庭解释最惠国条款似有影响的因素，并确定其中的某些趋势。

259. 这些因素和趋势如下：（*a*）调查研究一个基本问题，即最惠国条款在原则上可否与条约的程序性条款和实质性条款都有关系，借以区分*实质和程序*；（*b*）将涉及条约争端解决规定的最惠国条款解释为*司法管辖权问题*，于是在某些情况下就意味着解释最惠国条款的范围是否就是同意仲裁需要据称较高的标准，而在另外一些情况下，则意味着要区分*司法管辖权和可受理性*，在此情况下，则要区分涉及索赔权（属于司法管辖权问题）的条款与涉及索赔提出方式（被认为是可受理性问题）的条款；（*c*）采用条约*规定有抵触的方法*，仲裁庭据此考虑到如下事实，即争取列入条约的问题已经由基础条约本身以不同的方式涵盖；（*d*）考虑到对之已提出最惠国索赔的双边投资协定（双边投资协定）的任何一方的缔约实践，以此确定双方在最惠国条款范围问题上的意图；（*e*）考虑到条约缔结的*有关时间*（同期原则）以及随后的实践情况，以确定双方的意图；（*f*）评估借最惠国条款摒弃或添加的条款的内容对仲裁庭的影响；（*g*）承认隐含的*先例论*，一种受到保持一致而不是形成任何层级架构的愿望影响的趋势；（*h*）评估援引的条款的内容，确定其实际上是否给予*更多 / 更少优惠待遇*；以及（*i*）考虑到存在*政策的例外规定*的情况。

（*c*）讨论摘要

260. 研究组虽然承认其工作重点在投资领域，但是仍然认为应该参照一般国际法和委员会以前的工作，确定目前正在讨论的问题在一个更广阔的规范性框架内的位置。此外研究组还确认有可能制定指导意见和示范条款。

261. 唐纳德·麦克雷先生的工作文件也对研究组不妨采取的研究方向作了初步的分析，研究组根据这份文件开始交换意见，涉及三大问题，即：（*a*）最惠国条款是否在原则上能够被适用于双边投资协定的争端解决条款规定；（*b*）双边投资协定规定投资者在什么条件下可以援引协定的争端解决条款问题是否是影响仲裁庭管辖权的问题；（*c*）在确定双边投资协定中的最惠国条款是否适用于援引争端解决条款的条件时，哪些因素与这种问题的解释有关。

262. 研究组确认，最惠国条款是否能够适用于争端解决条款是一个有待根据每个具体个案的具体情况解答的条约解释问题。每个条约条款都有其自己的特殊性，必须加以考虑。庆幸的是，在当事方在其最惠国条款框架内明文列入或排除可以采用争端解决办法的条件时，不存在任何特定的问题。大多数案例中，解释问题出现在现有双边投资协定的最惠国条款没有明文列入或者排除争端解决条款的情况下。有人表示，至少在解释双边投资协定中的最惠国条款时，仲裁庭没有必要调查这种条款原则上是否能够适用于争端解决条款。*马菲基尼案*裁决之后，各国审慎的话最好表明自己的倾向。

263. 有人赞赏地指出，投资仲裁庭，无论明确还是隐含，都认为双边投资协定中最惠国条款的范围问题是一个条约解释问题。双边投资协定是受国际法节制的条约。因此，1969 年《维也纳公约》第三十一至第三十三条规定的条约解释原则适用于双边投资协定的解释。1969 年《维也纳公约》第三十一条规定的条约解释的一般原则是，条约“应依其用语按其上下文并参照条约之目的及宗旨所具有之通常意义，善意解释之”。研究组的今后的工作中将继续审议仲裁庭在解释过程中考虑到的各种因素，以便考虑可否就下列事项提出建议：（*a*）上下文的范

围；(*b*) 拟被置换的条款的内容是否还有相关性；(*c*) 拟列入的条款的解释；(*d*) 筹备工作的针对性；(*e*) 缔约方的条约实践；(*f*) 同期原则。有人认为需要进一步关注：最惠国条款解释所涉的马菲基尼案仲裁之外的方面；可否更清楚地说明判例法对司法管辖权和可受理性所作的区分；谁有权援用最惠国条款的问题；如果在双边投资协定范围内援引这种条款，可否对“较少优惠的待遇”作特定的理解；政策的例外规定作为对最惠国条款适用的某种限制是否有任何作用。

264. 研究组回顾指出，此前曾经确定，需要根据关贸总协定和各种投资协定，对涉及服务贸易总协定的最惠国待遇问题，以及最惠国待遇、公正和公平待遇及国民待遇标准之间的关系，作进一步研究。这些问题将随着研究组工作的进展而不断予以关注。此外也有人回顾指出，最惠国条款与区域贸易协定之间的关系是预计需要进一步研究的领域。此外，还有人表示存在一些当前令人关注的其他领域，诸如投资协定与人权的关系等。但是，研究组认识到不扩大其工作范围的必要性，因此在探索某些方面问题时十分审慎，以免将其研究工作的注意力转移，偏离引起《1978 年条款草案》规定适用方面的问题的领域。

265. 研究组就其未来报告的大纲交换了意见，普遍认为必须根据《1978 年条款草案》通过之后的发展动态，在更广阔的一般国际法框架内为其工作提供一般背景材料，以便处理当前涉及最惠国条款的各种问题，在这方面分析诸如最惠国条款当代的实用意义，其他机构的最惠国条款研究工作，以及最惠国条款解释工作中所采用的不同方法等问题。此外还有人设想研究组的最后报告将大体述及在涉及解决争端时投资协定中最惠国条款的解释问题，根据国家实践情况分析这种解释过程涉及的各种因素，并为最惠国条款谈判工作举出示范条款的实例。研究组承认委员会组成的变化对其工作的进展有所影响，因为某些方面的问题不能在届会期间开展研究。但是仍然乐观地认为其工作可以在委员会下两届或三届会议内完成。