

## 第十一章

### 最惠国条款

#### A. 导言

150. 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了一个有关此专题的研究组。<sup>396</sup>

151. 在第六十一届会议上（2009年），委员会设立了由唐纳德·麦克雷先生和A.罗汉·佩雷拉先生担任联合主席的研究组，<sup>397</sup>在第六十二届会议（2010年）和第六十三届会议（2011年）期间重新设立了研究组，仍由上述两人担任联合主席。<sup>398</sup>在第六十四届会议上，委员会重新设立了最惠国条款研究组，由唐纳德·麦克雷先生任主席。<sup>399</sup>

#### B. 本届会议审议此专题的情况

152. 在本届会议上，委员会重新组建了最惠国条款研究组，由唐纳德·麦克雷先生担任主席。麦克雷先生不在时，则由马蒂亚斯·福尔托先生担任

<sup>396</sup> 在2008年8月8日其第2997次会议上（见《2008年……年鉴》，第二卷（第二部分），第354段）。有关该专题的提纲，见同上，附件二。大会在2008年12月11日第63/123号决议第6段中注意到该决定。

<sup>397</sup> 在2009年7月31日其第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。

<sup>398</sup> 在2010年7月30日其第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拟作为未来工作路线图的2009年框架编写的各种文件，并商定了2010年工作方案。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（见《2011年……年鉴》，第二卷（第二部分），第348–362段）：研究组审议并审查了根据2009年框架编写的其他文件。

<sup>399</sup> 在2012年7月27日其第3151次会议上，委员会注意到研究组主席的口头报告（见《2012年……年鉴》，第二卷（第二部分），第244–265段）。研究组审议并审查了根据2009年框架编写的其他文件。

主席。研究组于2013年5月23日和7月10日、15日和30日举行了四次会议。

153. 在2013年7月31日第3189次会议上，委员会注意到研究组的报告。

#### 1. 研究组的工作

154. 需要回顾的是，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做法，尤其在最惠国条款方面采取的做法，必须加强一致性。研究组将努力为确保投资法领域具有更大的确定性和稳定性做出贡献。研究组力争研拟出对投资领域从业人员并对决策者有实际用途的结果。研究组无意编写任何条款草案，或修订委员会1978年关于最惠国条款的条款草案。<sup>400</sup>

155. 为进一步阐明投资法领域最惠国条款在当代所造成的挑战，研究组自2010年以来编写并审议了好几份背景工作文件。具体地说，研究组已经审议过 (a) 现行最惠国条款的组成格局（此项工作仍在进行）；(b) 委员会1978年通过的条款草案以及该草案仍具有意义的方面；(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) 当代涉及最惠国条款适用范围的问题，诸如马菲基尼案仲裁中产生的问题；<sup>401</sup> (f) 投资法庭如何解释最惠国条款，马菲基尼案及该案件之后的情况；(g) 投资仲裁庭的

<sup>400</sup> 《1978年……年鉴》[英]，第二卷（第二部分），第74段。

<sup>401</sup> 埃米利奥·阿古斯丁·马菲基尼诉西班牙王国，解决投资争端国际中心案号ARB/97/7，仲裁庭关于管辖权异议的决定，2000年1月25日（可获自<https://icsid.worldbank.org/>）。

混合性质对最惠国条款适用于程序规定的影响。<sup>402</sup>

156. 研究组还努力查明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的类型。此外,为进一步确定投资领域最惠国条款的规范性内容,研究组审议了一份关于马菲基尼案之后最惠国条款范本的非正式文件,分析各国是如何对马菲基尼案裁决作出反应的,包括通过具体声明最惠国条款不适用于争端解决规定,或通过具体列出最惠国条款适用的领域。研究组还审议了一份非正式文件,该文件概述了总部协议中类似于最惠国条款的语言,这种协议赋予各国驻某一组织代表与驻东道国的外交官相同的特权和豁免。与这些非正式文件及关于双边税务条约和最惠国条款的非正式文件相关的工作仍在进行中。

157. 研究组此前已认定需要进一步研究服务贸易总协定(服贸总协定)下的服务贸易和各种投资协定所涉最惠国问题、最惠国待遇与公正和公平待遇及国民待遇标准之间的关系、区域经济一体化协定、自由贸易协定等问题,以便评估最惠国条款在这些领域的适用可否为研究组的工作提供一些启示。研究组还注意到需要考虑双边条约与多边条约的关系;自委员会通过1978年最惠国条款草案以来最惠国条款在更为不同和更为复杂的环境里如何发挥作用;在适用最惠国条款时的对等性问题,尤其是发达国家与发展中国家之间协定中的对等性问题。

158. 普遍的理解是,最终目标是汇编出一本总的报告,系统地分析被认定为相关的各种问题。根据设想,最后报告将依照后来的发展变化,包括通过1978年条款草案之后的发展变化,为更广泛的一般国际法范围内所做的工作提供一个总的背景。因此,报告还将努力处理当代涉及最惠国条款的问题,并为此分析最惠国规定所具有的当代意义、其他机构就最惠国规定所做的工作、对最惠国规定作出解释时所采取的不同做法等问题。据认为,研究组最

后报告可能会广泛地处理在解决争端方面对投资协定中的最惠国规定的解释问题,分析与此过程有关的各种因素,并在国家实践基础上,提出适当的示范条款准则和样例。

## 2. 研究组在本届会议期间进行的讨论

159. 研究组收到了村濑信也先生编写的题为“混合仲裁庭所处理的双边投资协定:投资争端解决办法的法律性质”的工作文件和马哈茂德·哈穆德先生编写的题为“最惠国条款案文及与马菲基尼有关的判例调查”的工作文件。研究组还继续审查了与最惠国条款的解释有关的当代实践和判例。在这方面,研究组收到了涉及研究组所审议的问题的最近裁决以及不同意见和单独意见。<sup>403</sup>

160. 村濑信也先生的工作文件处理了研究组原先于2012年进行的讨论的一个方面,涉及福尔托先生的题为“投资仲裁庭的混合性质对最惠国条款适用于程序规定的影响”的工作文件,该文件分析了混合仲裁庭的现象,对投资仲裁的混合性质作出了解释;评估了最惠国条款在混合仲裁中的适用所具有的独特性;研究了这种裁决对最惠国条款适用于程序性规定的影响;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;认为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。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,既含有私法因素,也含有公法因素。村濑信也先生的工作文件力图从历史的视角描述这一领域的法律发展。文件提到,在19世纪和20世纪初,投资公司与东道国所订立的“特许协议”出现“国际化”过程。这些协议据认为是受投资者母国法律或东道国法律约束的“私法合同”或“公法(或行政)合同”。第二次世界大战之后,将国内法和国内管辖权排除在这种

<sup>402</sup> “最惠国条款目录”(唐纳德·麦克雷和A.罗汉·佩雷拉);“国际法委员会1978年条款草案”(村濑信也)(这一文件于2013年作了进一步修订);“关贸总协定和世贸组织的最惠国待遇”(唐纳德·麦克雷);“经合组织就最惠国待遇问题所做的工作”(马哈茂德·哈穆德);“贸发会议就最惠国待遇问题所做的工作”(斯蒂芬·瓦钱尼);“投资条约下的马菲基尼问题”(A.罗汉·佩雷拉);“投资协定最惠国条款的解释和适用”(唐纳德·麦克雷);“投资仲裁庭的混合性质对最惠国条款适用于程序规定的影响”(马蒂亚斯·福尔托)。

<sup>403</sup> *Daimler* 金融服务公司诉阿根廷共和国,解决投资争端国际中心案号 ARB/05/1,于2012年8月22日发送给当事方,以及查尔斯·布劳尔法官的不同意见和 Domingo Bello Janeiro 教授的意见; *Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi* 诉土库曼斯坦,解决投资争端国际中心案号 ARB/10/1,于2013年7月2日发送给当事方,以及 William W. Park 教授的个别意见。另见解决投资争端国际中心2013年7月3日对 *Garanti Koza LLP* 诉土库曼斯坦案中因缺乏同意而反对管辖权一事的裁决,解决投资争端国际中心案号 ARB/11/20,2013年7月3日(可获自 <https://icsid.worldbank.org/>)。

协议之外成为明显趋势，这导致在法学理论上认为，这种协议受“文明国家承认的一般原则”约束，而不是受任何一国国内法约束，并且这种协议属于“经济发展协议”，无需遵守国内法，也无须遵守国际法，而是须遵守合同地法，尽管案例法拒绝这样的描述。<sup>404</sup> 据称，这些特许协议或经济发展协议后来导致众多双边投资条约的产生，后者是国家之间的协议，其实质性规则受国际法约束。然而，就程序而言，有人认为，无论在多大程度上混合仲裁庭可类似于国家间的仲裁庭，研究组都应当小心待之，例如应当有别于世贸组织争端案件。

161. 哈穆德先生编写的工作文件汇编了在仲裁案中受审视的有关的条约条款，这些条款处理了与马菲基尼案有关的最惠国条款是否扩展至争端解决条款的问题。该工作文件还节选了裁决的有关案文。

162. 对于研究组所考虑的 *Daimler* 案和 *Kılıç* 案的裁决，研究组指出，这两个案件与马菲基尼案处理的是类似的争议，裁决中所提出的各种因素可对研究组的工作具有参考意义，因为在 2012 年，研究组就处理过仲裁庭在解释最惠国条款时曾考虑到的各种因素。具体地说，研究组承认，仲裁庭对最惠国条款的解释方法及 1969 年《维也纳公约》在这方面具有的相关意义尤其令人感兴趣。裁决突显了条约解释的几个重要方面，诸如文本的相关性及条约的背景框架，包括有关国家的条约实践、条约的目标和宗旨以及同意概念和同时性概念。研究组还注意到，处理 *Daimler* 案的仲裁庭还讨论了与条约当事方可用的各种解

<sup>404</sup> 见国际法院，*英伊石油公司（管辖权）*，1952 年 7 月 22 日的判决，《1952 年国际法院汇编》，第 93 页，详第 112 页，判决说：“法院不能接受这样的观点，即认为伊朗政府与英国波斯石油公司签订的合同具有双重性质。这种合同无非就是一国政府与一家外国公司签订的特许合同”。

决争端程序相关的“较多”或“较少”优惠待遇的概念。研究组还认为，在编写其最后报告时，*Kılıç* 案裁决中对有关判例的简要回顾也可能是有用的。

163. 人们曾预料，在本届会议期间，研究组会以审议最后报告草稿开始工作，该草稿拟由主席在考虑到提交给研究组的各种工作文件的情况下编写。在主席不在的情况下，研究组仍就最后报告的大概轮廓进一步交换了意见，再次确认，虽然研究组工作的侧重点是投资领域，但所讨论的问题最好还是放在更广阔的规范框架内，即以一般国际法和委员会先前的工作为背景。报告将处理诸如下列问题：研究组的起源和工作目的；1978 年条款草案及其相关性；1978 年以后的发展；包括 1978 年条款草案在内的最惠国条款的当代意义；贸发会议和经合组织等其他机构对最惠国规定的审议；背景考虑，例如在村濑文件中加以突出阐述的混合仲裁现象；在案例法中对最惠国规定作出解释的相互矛盾的方法。

164. 为了进一步处理投资协定中最惠国规定的解释问题，在以 1969 年《维也纳公约》为起点的情况下，研究组指出，有可能在最后报告里拟订出准则和示范条款。但研究组还是承认任何过于规定性的成果都存在着风险，因此指出，或许应当罗列与条约有关的实践方面的实例，提请各国注意各种裁决对一系列规定所作的解释。据认为，在研究组最后结合马菲基尼案裁决所提出的问题处理准则和示范条款时，哈穆德先生开始的调查将会有用。研究组再次回顾，它原先曾认定需要进一步研究与《服务贸易总协定》之下的服务贸易有关以及与投资协定有关的最惠国问题，以及最惠国、公正和公平待遇、国民待遇标准之间的关系。随着工作的开展，研究组对这些问题都将给予注意。研究组同时意识到，工作组不应过分扩大其工作范围。