



## 国际法委员会

## 第六十七届会议

2015 年 5 月 4 日至 6 月 5 日和

7 月 6 日至 8 月 7 日，日内瓦

## 最惠国条款研究组的最后报告

导言 .....	4
第一部分—背景 .....	4
A. 研究组工作的由来和目的 .....	4
B. 1978 年条款草案 .....	6
1. 起源 .....	6
2. 核心规定 .....	7
3. 大会关于 1978 年条款草案的决定 .....	8
C. 嗣后发展 .....	9
D. 其他机构对最惠国规定的分析 .....	10
1. 贸发会议 .....	10
2. 经合组织 .....	10
第二部分—最惠国条款的当代意义以及与条款解释有关的问题 .....	11
A. 最惠国条款的要素 .....	11
1. 最惠国待遇的原理 .....	12



B.	关于最惠国条款的当代实践.....	13
1.	关贸总协定和世贸组织中的最惠国条款.....	13
2.	其他贸易协定中的最惠国条款.....	15
3.	投资条约中的最惠国条款.....	16
(a)	投资协定中最惠国条款的类型.....	16
C.	有关投资协定中最惠国规定的解释性问题.....	17
1.	最惠国规定的受惠方.....	18
2.	“待遇不低于”的含义.....	19
3.	根据最惠国条款所给予待遇的范围.....	20
(a)	最惠国待遇与程序性事项：问题的由来.....	20
(b)	投资法庭嗣后关于最惠国条款适用于程序性事项的解释.....	22
(一)	实质性义务与程序性义务的区别.....	23
(二)	从管辖权事项的角度解释最惠国规定.....	24
1.	解释管辖权事项的标准.....	24
2.	争端解决和管辖权.....	25
(三)	其他条约规定的具体意图.....	28
(四)	缔约方的实践.....	29
(五)	确定缔约方意图的有关时间.....	30
(六)	通过援引最惠国条款改变的条款内容.....	30
(七)	裁决的一致性.....	33
(八)	界定“不低于”待遇.....	33
(九)	政策例外的存在.....	34
	<b>第三部分—解释最惠国条款的考虑因素</b> .....	34
A.	与投资协定解释相关的政策考虑因素.....	34
1.	双边投资条约谈判的非对称性.....	34
2.	每项条约的特殊性.....	35
B.	解决投资争端的仲裁是“混合仲裁”.....	35
C.	1978 年条款草案对解释最惠国规定的当代意义.....	37
	<b>第四部分—关于解释最惠国条款的指导</b> .....	37

1. 最惠国规定原则上能够适用于双边投资协定的争端解决规定 .....	38
2. 争端解决相关条件以及法庭的司法管辖权 .....	38
3. 确定最惠国规定是否适用于诉诸争端解决的条件的因素 .....	40
(a) 同期原则 .....	40
(b) 准备工作的相关性 .....	41
(c) 缔约方的条约实践 .....	41
(d) 上下文的含义 .....	42
(一) 具体规定与通用规定之间的平衡 .....	42
(二) “指明其一”原则 .....	43
(e) 试图替换的条款内容的相关性 .....	43
(f) 对试图纳入的条款的解释 .....	44
4. 最惠国条款各种范本的结果 .....	44
(a) 马菲基尼案裁决时已有协定中的条款 .....	44
(b) 马菲基尼案裁决后所订立协定中的条款 .....	45
第五部分—结论概要 .....	46

## 导言

1. 本报告反映了委员会设立的审议与最惠国条款有关的当代问题的研究组的工作。委员会自 1967 年至 1978 年研究了最惠国条款专题，不过委员会拟定的条款草案没有形成多边条约。自那时起，最惠国条款就成为世贸组织的基石，被纳入大量双边和区域投资协定。特别是，在双边投资协定方面，出现了最惠国条款能否从实质义务延伸到争端解决规定的争论。报告回顾了这些发展，并就最惠国规定<sup>1</sup>的解释作出了评论。

2. 审议本专题时，研究组试图确定是否可能得出一个在实践中有用的结果，既有助于将最惠国条款纳入条约，又有助于法庭及其他仲裁机构在判决中解释和适用最惠国条款。研究组审议了修订 1978 年条款草案或编写一套新的条款草案是否有任何作用，结论是没有。<sup>2</sup> 虽然研究组重点关注投资协定方面的最惠国条款，但是也力求在更大的背景下审议最惠国条款。下文第 212 至 217 段列出了研究组的结论。

## 第一部分—背景

3. 本部分列出了研究组工作的背景，介绍了委员会之前关于最惠国问题的工作。本部分继而介绍了 1978 年以来最惠国条款的运用。

### A. 研究组工作的由来和目的

4. 1978 年，委员会通过了关于最惠国条款专题的条款草案。<sup>3</sup> 大会没有召开会议，将这些条款草案变为公约。2006 年，在国际法委员会第五十八届会议上，长期工作方案工作组讨论了是否应当重新审议最惠国条款问题。在第五十九届(2007 年)会议上，委员会的一个非正式工作组审议了该问题，在第六十届(2008 年)会议上，委员会决定将最惠国条款专题列入长期工作方案。在同一届会议上，委员会决定将这一专题列入当前工作方案，并在第六十一届会议上设立一个研究组，由唐纳德·麦克雷先生和罗汉·佩雷拉先生共同主持。<sup>4</sup> 自 2012 年起，工作组由麦克雷先生主持，当他不在时，由马蒂亚斯·福尔托先生代为主持。

<sup>1</sup> “最惠国条款”与“最惠国规定”一词在本报告中可以互换。

<sup>2</sup> 该结论并非一致通过，研究组的一些成员认为应当对 1978 年条款草案进行修订。

<sup>3</sup> 《1978 年国际法委员会年鉴》，第二卷(第二部分)，第 16-72 页。

<sup>4</sup> 《大会正式记录，第六十三届会议，补编第 10 号》(A/63/10)，第 351-352 段。另见，同上，《第六十四届会议，补编第 10 号》(A/64/10)，第 211-216 段；同上，《第六十五届会议，补编第 10 号》(A/65/10)，第 359-373 段；同上，《第六十六届会议，补编第 10 号》(A/66/10)，第 349-363 段。

5. 委员会决定重新审议最惠国条款问题是受到了 1978 年以来一些发展的影响, 包括最惠国条款在世贸组织的适用不断扩大, 最惠国条款被普遍纳入双边投资条约和区域经济一体化安排中的投资规定, 以及解释和适用投资条约中的最惠国规定方面出现的具体困难。

6. 2009 年至 2015 年, 研究组举行了 23 次会议。研究组根据该专题大纲中强调的问题商定了一个框架, 作为工作的路线图。<sup>5</sup> 研究组的工作基于非正式工作文件以及委员会委员为协助研究组的工作编写的其他非正式文件。<sup>6</sup>

7. 本专题的审议过程中, 委员会收到了第六委员会的国家对研究组工作的意见。虽然一些国家表示不希望委员会审议该专题,<sup>7</sup> 但是普遍认为委员会可以在该领域有所作为。委员会必须尊重这一事实, 即最惠国条款形式多样, 其解释或适用可能未必统一。<sup>8</sup> 与研究组的总体意向一致, 经常听到的意见是委员会不应制定新的条款草案或试图修订 1978 年条款草案。<sup>9</sup> 总体而言, 认为委员会应当

<sup>5</sup> 同上, 《第六十四届会议, 补编第10号》(A/64/10), 第216段。

<sup>6</sup> 研究组审议了以下工作文件: (a) 《对1978年最惠国条款草案的审查》(村濑信也先生); (b) 《关贸总协定和世贸组织中的最惠国条款》(麦克雷先生); (c) 《最惠国条款与马菲基尼案》(佩雷拉先生); (d) 《经合组织关于最惠国问题的工作》(哈穆德先生); (e) 《贸发会议关于最惠国问题的工作》(瓦钱尼先生); (f) 《投资协定中最惠国条款的解释和适用》(麦克雷先生); (g) 《投资仲裁庭对最惠国条款的解释》(麦克雷先生)(该工作文件是题为“投资协定中最惠国条款的解释和适用”的工作文件的重新编排本); (h) 《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》(福尔托先生); (i) 《混合法庭所用的双边投资协定: 投资争端解决办法的法律性质》(村濑信也先生); (j) 《最惠国条款用语调查及与马菲基尼有关的判例》(哈穆德先生)。

研究组还收到了以下文件: (a) 《最惠国条款规定目录》(麦克雷先生和佩雷拉先生编写); (b) 一份表格形式的非正式文件, 其中列有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; (c) 一份关于马菲基尼案之后最惠国条款范本的非正式工作文件, 其中研究了各国对马菲基尼案裁决的反应; (d) 一份概述总部协议中类似于最惠国条款的用语的非正式工作文件, 总部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; (e) 一份关于外交条约中的最惠国条款的非正式工作文件; (f) 一份关于航海协议与最惠国条款的非正式工作文件; (g) 一份关于“双边税务条约与最惠国条款”的非正式工作文件。

<sup>7</sup> 例如, 见 A/C.6/65/SR.2, 第75段(葡萄牙); A/C.6/66/SR.2, 第49段(伊朗伊斯兰共和国); A/C.6/67/SR.23, 第27段(伊朗伊斯兰共和国)。

<sup>8</sup> 例如, 见 A/C.6/64/SR.23, 第52段(美利坚合众国); A/C.6/64/SR.23, 第31段(日本); A/C.6/65/SR.26, 第17段(美利坚合众国); A/C.6/66/SR.27, 第94段(美利坚合众国); A/C.6/67/SR.21, 第103段(美利坚合众国)。

<sup>9</sup> 例如, 见 A/C.6/64/SR.23, 第52段(美利坚合众国); A/C.6/65/SR.25, 第82段(联合王国); A/C.6/65/SR.26, 第17段(美利坚合众国); A/C.6/69/SR.25, 第115段(奥地利); A/C.6/69/SR.26, 第18段(联合王国); A/C.6/69/SR.27, 第26段(美利坚合众国)。

确定最惠国条款解释方面的趋势，为条约谈判者、政策制定者及投资领域的从业人员提供指导。<sup>10</sup>

8. 研究组决定不评论各投资法庭关于将最惠国条款适用于争端解决规定的不同意见。委员会对投资法庭的判决没有决定权，判定某个法庭正确而另一个法庭错误只会当前的辩论中又再上委员会的意见。

9. 相反，研究组认为，特别是在不确定如何解释最惠国条款的情况下，对委员会 1978 年的方法作出某些解释或阐述将会有用。研究组还认为，阐述如何运用条约解释规则对最惠国条款进行解释将会有用。

## B. 1978 年条款草案

### 1. 起源

10. 委员会 1964 年第一次提出最惠国专题时，当时正在讨论“条约和第三国”问题。<sup>11</sup> 委员会 1967 年决定将这一专题纳入工作方案时，专题名为“条约法中的最惠国条款”。<sup>12</sup> 因此，当时是一个关于条约法的专题。

11. 历史上，双边友好、通商和航海条约载有最惠国条款，主要功能是规范缔约方之间的各项事项，通常是商业性质的事项。<sup>13</sup> 虽然 1978 年条款草案的特别报告员广泛探讨了国内法院、条约和国际法庭的判决如何适用最惠国条款，但是 1978 年条款草案总体上还是侧重最惠国条款在双边贸易条约中的传统功能。

12. 因此，虽然目前认为最惠国条款的核心功能是自动、无条件地将好处扩大，但是 1978 年条款草案中载有很长的关于“补偿条件”和“互惠待遇条件”的详细条款，这或许反映了对那些不赞成完全自动执行最惠国条款的国营贸易国状况的某种重视。此外，关于如何处理关税同盟以及对发展中国家的优惠等问题也出现了争议。

<sup>10</sup> 例如，见 A/C.6/64/SR.18，第 66 段(匈牙利)；A/C.6/64/SR.22，第 75 段(新西兰)；A/C.6/65/SR.26，第 45 段(斯里兰卡)；A/C.6/66/SR.27，第 28 段(斯里兰卡)；A/C.6/66/SR.27，第 69 段(俄罗斯联邦)；A/C.6/66/SR.27，第 78 段(葡萄牙)；A/C.6/66/SR.27，第 89 段(越南)；A/C.6/66/SR.28，第 21 段(加拿大)；A/C.6/67/SR.20，第 109 段(加拿大)；A/C.6/69/SR.25，第 21 段(越南)；A/C.6/69/SR.26，第 69 段(新加坡)；A/C.6/69/SR.26，第 73 段(澳大利亚)；A/C.6/69/SR.27，第 76 段(大韩民国)。

<sup>11</sup> 联合国，《国际法委员会的工作》，第八版，第一卷(2012 年)，联合国出售品编号 E.12.V.2 (ISBN 978-92-1-133720-4)，第 171 页。

<sup>12</sup> 同上，第 172 页。

<sup>13</sup> 村濑信也先生，Kokusaiho no Keizaiteki Kiso (Tokyo: Yuhikaku, 2001)，第 14-201 页[日文]；村濑信也先生，“The Most-Favored-Nation Treatment in Japan's Treaty Practice 1854-1905”，American Journal of International Law，第 70 卷(1976 年)，第 273-297 页。

## 2. 核心规定

13. 虽然 1978 年条款草案涉及一系列问题，其中一些似乎被后来的发展所取代，但是它们列出了最惠国条款的核心内容，为其适用提供了指导，这对最惠国条款在当今社会中的运用至关重要。最惠国待遇定义如下：

“授与国给予受惠国或与之有确定关系的人或事的待遇不低于授与国给予第三国或与之有同于上述关系的人或事的待遇。”<sup>14</sup>

虽然这一定义被批评为含糊不清，<sup>15</sup> 但是的确包含了最惠国条款的关键内容，而后面的条款草案也对定义进行了阐述。

14. 特别是，条款草案明确表示，最惠国待遇不是条约对第三国效果的一般规则的例外。<sup>16</sup> 最惠国待遇权的前提是：载有最惠国条款的条约是确立授与国与受惠国司法联系的基础条约。换言之，受惠国享有最惠国待遇的权利只能来源于授与国与受惠国条约中的最惠国条款，而不能来源于授与国与第三国之间的条约。因此，不存在第三者权利。在这方面，委员会实际上是落实了国际法院对英国—伊朗石油公司案的判决。<sup>17</sup>

15. 条款草案还郑重声明适用最惠国条款时遵循同类原则。在这方面，委员会广泛依赖《关贸总协定》关于“同类产品”概念的实践和判例。委员会对同类原则的处理分为两部分。首先，第九条第 1 款规定：

“根据最惠国条款，受惠国为了自身或为了与之有确定关系的人或事的利益，仅获得该条款的主题范围之内的权利。”

第二，第十条第 1 款规定：

“根据最惠国条款，受惠国只有在授与国给第三国以该条款主题范围以内的待遇的情况下，取得最惠国待遇的权利。”

16. 第九和第十条还明确规定，与受惠国有确定关系的人或事可以得到好处的前提是，他们必须和与第三国有确定关系的人或事属于同样类型，他们与受益国的关系也必须和与第三国有确定关系的人或事与第三国的关系相同。<sup>18</sup>

<sup>14</sup> 例如，见 1978 年条款草案第 5 条草案，《1978 年……年鉴》，第二卷，第二部分，第 21 页。

<sup>15</sup> 卢森堡在条款草案一读时指出这一困难：“表述的范围方面存在问题……其中提到与特定国家有‘确定关系’的‘人’或‘事’。这里是指什么人？自然人而言，情况可能比较明确，但是如果是经济实体，不论是否企业，就不那么明确。‘事’单指有形物品，还是也包括无形商品，例如提供服务或商业、工业或知识产权？最后，特别是在经济实体或无形商品的情况下，应当如何理解与国家的‘确定关系’这一表述？”同上，第 167 页。

<sup>16</sup> 同上，第 24-25 页，第 7 和第 8 条草案。

<sup>17</sup> 英国—伊朗石油公司案(联合王国诉伊朗)，初步反对意见，1952 年 7 月 22 日的判决，《1952 年国际法院案例汇编》，第 109-110 页。

<sup>18</sup> 《1978 年……年鉴》，第二卷，第二部分，第 27 页[特别见第 10 条草案第 2 款]。



17. 1978 年条款草案还涉及以得到补偿或提供互惠待遇为条件的最惠国条款的运用。此外，条款草案中还关于最惠国待遇待遇与发展中国家、边境贸易及内陆国家的具体规定。

18. 与发展中国家有关的规定最终成为委员会工作停留在条款草案阶段的一个原因。这些规定或是被认为不为习惯国际法所接受，<sup>19</sup> 或是被认为没有反映其他地方的发展，尤其是关贸总协定下的发展。<sup>20</sup> 一些国家认为条款草案没有充分保护发展中国家的利益。<sup>21</sup> 还有一些国家认为，关于发展中国家间安排的第 24 条草案限制过多，<sup>22</sup> 或需要进一步说明。<sup>23</sup> 同样，条款草案没有考虑双边协议下最惠国待遇与多边协议下最惠国待遇之间关系的复杂性也引起了对条款草案的不满。<sup>24</sup> 特别是，许多国家不愿意在没有特别规定将关税同盟排除在外的情况下，将条款草案发展为具有约束力的公约。<sup>25</sup> 一些国家表示，担心条款草案将阻止国家“启动任何区域一体化进程。”<sup>26</sup>

### 3. 大会关于 1978 年条款草案的决定

19. 大会于 1978 年至 1988 年请各国政府对条款草案作出评论后，结束了对这一专题的审议，决定，

<sup>19</sup> A/C.6/33/SR.37, 第52段(加拿大)。

<sup>20</sup> A/C.6/33/SR.46, 第2段(丹麦); A/C.6/33/SR. 37, 第11段(联合王国)。

<sup>21</sup> A/C.6/33/SR.37, 第24段(利比里亚); A/C.6/SR.41,第43段(厄瓜多尔); A/C.6/SR.43, 第23段(加纳); A/C.6/SR.45, 第21-26段(斯威士兰)。欧洲经济共同体认为条款草案本应明确处理不同经济状况的国家间的关系: A/C.6/33/SR.32, 第6-7段, 第16-17段(欧洲经济共同体)。另见A/C.6/SR.39, 第24段(比利时)。

<sup>22</sup> A/C.6/33/SR.32, 第20段(牙买加); A/C.6/SR.42, 第30段(孟加拉国)。

<sup>23</sup> A/C.6/33/SR.37, 第42段(智利); A/C.6/SR.43, 第39段(圭亚那)。一些国家呼吁对“发达”和“发展中”国家作出更好的法律定义: A/C.6/SR.39, 第27段(比利时); A/C.6/SR.40, 第5段(美国)。

<sup>24</sup> A/C.6/33/SR.33, 第28段(德意志联邦共和国); A/C.6/33/SR.37, 第33段(罗马尼亚); A/C.6/SR.40, 第63段(叙利亚); A/C.6/SR.41, 第60段(阿拉伯利比亚民众国)。意大利对条款草案的范围不包括超国家实体感到遗憾: A/C.6/SR.44, 第9段(意大利)。

<sup>25</sup> A/C.6/33/SR.31, 第5段(荷兰); A/C.6/33/SR.33, 第2段(丹麦); A/C.6/33/SR.36, 第2-3段(瑞典); A/C.6/33/SR.37, 第2段(奥地利); A/C.6/33/SR.37, 第10段(联合王国); A/C.6/SR.39, 第10段(希腊); A/C.6/SR.39, 第25段(比利时); A/C.6/SR.39, 第48段(哥伦比亚); A/C.6/SR.40, 第52段(赞比亚); A/C.6/SR.41, 第11段(土耳其); A/C.6/SR.42, 第6段(爱尔兰); A/C.6/SR.42, 第39段(尼日利亚); A/C.6/SR.42, 第43段(秘鲁); A/C.6/SR.43, 第11段(委内瑞拉); A/C.6/SR.43, 第30段(乌拉圭); A/C.6/SR.44, 第13段(意大利); A/C.6/SR.44, 第20段(埃及); A/C.6/SR.45, 第27段(斯威士兰); A/C.6/33/SR.46, 第2段(国际法委员会主席的概述)。

<sup>26</sup> A/C.6/33/SR.32, 第8-12段(欧洲经济共同体)。另外A/C.6/33/SR.31, 第4段(荷兰): “最后草案最明显的缺点就是它仍然基本上忽略了区域经济合作的现代发展, 以及这种合作对适用最惠国条款的影响。”



“提请会员国及有关非政府组织注意委员会第三十届会议工作报告所载关于最惠国条款的条款草案，供其在这类案件中，在它们认为适当的程度下审议。”<sup>27</sup>

### C. 嗣后发展

20. 自委员会在报告中处理最惠国条款问题并于 1978 年拟定条款草案以来，情况发生了巨大变化。最惠国待遇的适用范围缩小到经济领域，与此同时，最惠国待遇在该领域的适用范围又有所扩大。1978 年条款草案的特别报告员探讨了适用最惠国条款的广泛领域，包括航海权和外交豁免。如今，最惠国原则主要运用在国际经济法领域，特别是贸易和投资领域。在某些情况下，双边条约规定的最惠国待遇被更广泛地规定不歧视义务的多边公约所取代。<sup>28</sup>

21. 总部协定和税收条约等其他领域也有类似于最惠国规定的歧视条款，不过似乎没有那么常用，也没有引起争议。<sup>29</sup> 相反，在经济领域，最惠国待遇越来越常见，运用范围也越来越广。最惠国待遇曾被关贸总协定作为多边贸易体系的核心原则，世贸组织取代关贸总协定后，在服务贸易以及与贸易有关的知识产权领域适用最惠国待遇。此外，最惠国待遇已成为双边投资条约的一项核心原则，双边投资条约这种条约形式在 1978 年条款草案拟定时几乎不存在。虽然第一项双边投资条约签署于 20 世纪 50 年代末，但是直到冷战结束后，这类条约才大量出现，并且经常诉诸其中所载的争端解决规定。<sup>30</sup>

22. 事实上，世贸组织的争端解决程序以及解决投资争端的其他程序形成了解释最惠国规定的一套法律，尤其是在贸易和投资领域。《关贸总协定》体现最惠国条款的第 1 条被世贸组织争端解决机构援引，世贸组织上诉机构对其作出了解释。服务贸易领域的最惠国条款也是争端解决的主题。此外，在大量案件中，法院试图解释双边投资条约中最惠国规定的范围和适用，但是没有统一的结果。

23. 简言之，如今适用最惠国条款的情况与委员会之前审议该专题时最惠国条款的适用情况有很大不同。因此，委员会认为有必要重新审议该专题。

<sup>27</sup> 大会，1991年12月9日第46/416号决定。

<sup>28</sup> 1961年4月18日在维也纳签署的《维也纳外交关系公约》，联合国，《条约汇编》，第500卷，第95页，以及1963年4月24日在维也纳签署的《维也纳领事关系公约》，联合国，《条约汇编》，第596卷，第261页。

<sup>29</sup> 1947年6月26日在成功湖村签署的《联合国和美利坚合众国关于联合国总部的协定》，联合国，《条约汇编》，第11卷，第147号，第11页，第五条第15(4)款；2002年9月9日在墨西哥城签署的《澳大利亚政府和墨西哥合众国政府关于避免双重征税和防止逃避所得税的协定》，《澳大利亚条约汇编》，第4卷(2004年)，可查阅<<http://www.austlii.edu.au/au/other/dfat/treaties/2004/4.html>>。

<sup>30</sup> Stephan W. Schill, “W(h)ither Fragmentation? On the Literature and Sociology of International Investment Law”, EJIL, 第22卷 (2011年), 第875-908页。

## D. 其他机构对最惠国规定的分析

24. 据研究组所知，联合国贸易和发展会议(贸发会议)和经济合作与发展组织(经合组织)均就最惠国条款开展了大量工作。

### 1. 贸发会议

25. 贸发会议参与国际发展政策由来已久，特别是通过分发关于投资事项的技术信息参与。贸发会议编写了两套丛书：《国际投资协定问题丛书》和《国际投资政策促进发展丛书》。近年来，贸发会议出版了一套名为《国际投资协定问题说明》的丛书，其中包括题为《投资者与国家间争端解决的近期发展》的年度出版物。贸发会议关于国际投资协定的汇编——《国际投资文书：汇编》<sup>31</sup> 和投资政策服务站<sup>32</sup>——是查找国际投资协定的宝贵来源。

26. 贸发会议的许多其他出版物在广泛讨论投资协定时也涉及最惠国问题。特别是，贸发会议《问题说明》丛书中关于投资者与国家间争端解决的年度审查报告概述了投资法庭过去一年的裁决，包括涉及解释最惠国规定的裁决。报告概述各项裁决，指出与此前裁决的不同之处，但是不分析投资法庭采用的解释方法。

27. 贸发会议关于最惠国问题的工作为审议最惠国规定提供了重要背景。贸发会议侧重研究适用于最惠国规定的大的政策问题，而不是研究组侧重的习惯国际法和条约解释问题。

### 2. 经合组织

28. 经合组织在投资领域的主要作用是起草促进投资的文书。这些文书载有不歧视义务，有时以最惠国条款的形式表述。

29. 经合组织《资本流动自由化准则》涵盖直接投资和建立企业，经合组织《无形交易自由化准则》涵盖服务，二者均载有不歧视义务。虽然不是以传统的最惠国条款的语言表述，但是经合组织认为该义务在功能上与最惠国规定相同。两项准则共同的第九条规定：

“成员在批准完成和执行附件 A 所列且享有任何程度自由化的交易和转让时，对其他成员不得予以区别对待。”

30. 经合组织在两项《准则》的导言中写道：<sup>33</sup>

<sup>31</sup> 贸发会议，《国际投资文书：汇编》，UNCTAD/DITE/4,第十三卷，可查阅<<http://unctad.org/en/pages/PublicationArchive.aspx?publicationid=410>>。第六、七、八、九和十卷也有电子版。

<sup>32</sup> 贸发会议，“投资政策服务站”网站：<<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>>。

<sup>33</sup> 经合组织《经合组织自由化准则：2008年用户指南》(网上：经合组织，2007年)，第11页，可查阅<<http://www.oecd.org/investment/investment-policy/38072327.pdf>>。

“经合组织成员应当不歧视、一视同仁地向所有其他成员国居民予以开放市场的好处。当存在限制时，必须以同样的方式对每个人施加限制……《准则》不允许列举对不歧视原则或最惠国原则的保留。”

31. 两项《准则》载有适用最惠国待遇的许多例外情况，包括针对关税同盟或特别货币体系成员的例外，但是例外更多地涉及维护公共秩序、保护公共卫生、道德和安全、保护成员的基本安全利益或履行与国际和平与安全有关的义务。<sup>34</sup>

32. 经合组织还负责启动一项多边投资协定的谈判。该协定载有一项最惠国规定，其中提到“待遇不低于”，并适用于“投资的设立、获取、扩大、运营、管理、维持、使用、享有、出售或其他处置。”<sup>35</sup> 谈判中止时存在这一分歧：最惠国条款应当适用于给予最惠国待遇的国家境内的所有投资，还是应当用“同类情形”一词限定有权获得最惠国待遇的受惠方。

33. 该多边投资协定草案还载有许多给予最惠国待遇的例外情况，包括安全利益、《联合国宪章》规定的义务以及税收。还有许多一直存在争议的例外情况，包括公共债务重组、为实施货币和经济政策而进行的交易，以及区域经济一体化协定。<sup>36</sup>

## 第二部分—最惠国条款的当代意义以及与条款解释有关的问题

34. 本部分涉及最惠国条款的性质，以及这些条款目前如何运用于条约中以及如何适用。本部分还研究了与最惠国条款有关的解释问题，特别是国际投资协定方面的解释问题。

### A. 最惠国条款的要素

35. 从 1978 年条款草案可以看出，双边或多边条约<sup>37</sup> 中的最惠国规定包含以下要素：

- 第一，在这样一项规定下，每个国家同意给予其他一个或多个国家，以及与该一个或多个国家有固定关系的个人和实体特定水平的待遇。<sup>38</sup>

<sup>34</sup> 同上，第三条。

<sup>35</sup> 经合组织多边投资协定谈判组，《多边投资协定合并案文草稿》，1998年4月22日，经合组织文件DAFFE/MAI(98)7/REV1。

<sup>36</sup> 同上，第13页。

<sup>37</sup> 委员会不排除最惠国规定可以存在于条约以外的文书中《1978年……年鉴》，上文脚注1，第16页[第1条草案]。

<sup>38</sup> 同上，第21页(第5条草案)。

- 第二，最惠国规定提供的待遇水平由给予最惠国待遇的国家给予第三国的待遇决定(“待遇不低于”)。<sup>39</sup>
- 第三，最惠国承诺仅适用于与给予第三国的待遇同类的待遇(“同类原则”)。<sup>40</sup>
- 第四，有权获得最惠国待遇的个人和实体仅限于那些与第三国有权获得要求的待遇的个人或实体同类的个人或实体。<sup>41</sup>

36. 在适用最惠国规定时，第二和第三个要素造成的困难最大。什么才算“待遇不低于”，以及要求的待遇是否与给予第三国的待遇同类，这些问题在关贸总协定和世贸组织下都引起了争论。我们将看到，要求的待遇是否与给予第三国的待遇同类一直是投资领域当前争论的核心。

## 1. 最惠国待遇的原理

37. 最惠国待遇本质上是一种规定一国与其他国家之间不存在区别待遇的方式，因此可以视为主权平等原则的体现。不过，最惠国待遇的起源显示，它基于一种更加实际的愿望——防止经济领域的竞争优势。1978 年条款草案的特别报告员在第一份报告中指出，<sup>42</sup> 中世纪的商人如果不能在外国市场获得垄断地位，则力求待遇不低于其竞争者。这种待遇后来也体现在主权国家之间的协定——友好、通商和航海条约中，并且超出了贸易范围，确保一国臣民在外国的待遇不低于其他国家的臣民在该国的待遇。

38. 防止歧视也与比较优势这个经济概念有关，比较优势是自由贸易和经济自由化理念的基础。比较优势理论认为，国家应当生产它们最擅长的产品。按照该理论，交易高效率生产的产品将造福消费者，实现福利最大化。<sup>43</sup> 不过，如果 A 国歧视 B 国的产品，而青睐 C 国的类似产品，就会丧失效率。最惠国待遇通过确保 A 国给予 B 国的待遇不亚于给予 C 国的待遇，防止了这种歧视。正因为这样，最惠国待遇被视为关贸总协定和世贸组织的基石。<sup>44</sup>

<sup>39</sup> 同上。

<sup>40</sup> 同上，第27页(第9条草案)。

<sup>41</sup> 同上(第10条草案第2款)。

<sup>42</sup> 《1968年……年鉴》，第二卷，第165页，A/CN.4/L.127号文件。

<sup>43</sup> John Jackson, *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*, 第2版 (Cambridge: MIT Press, 1997)，第2章。

<sup>44</sup> 世贸组织上诉机构报告，《加拿大—影响汽车工业的某些措施》，世贸组织文件WT/DS139/AB/R (2000年5月31日)。另见世贸组织上诉机构报告，《欧洲共同体—给予发展中国家关税优惠的条件》，世贸组织文件WT/DS246/AB/R (2004年4月20日通过)，第101段。

39. 关于不歧视的好处以及优惠的好处，特别是对发展中国家的好处，争论由来已久，贸易领域仍有很多方面的问题没有解决。<sup>45</sup>

40. 将最惠国待遇从货物贸易扩大到服务贸易、投资以及其他领域的经济理由是否成立也是一个争论点。有人认为，在贸易领域，不歧视原则保护了竞争机会(比较优势理论)，但在投资领域，不歧视的目的是保护投资者的权利。<sup>46</sup> 不过，不论货物贸易领域之外的不歧视规定有什么具体理由，与投资和服务有关的协定还是继续将最惠国待遇(和国民待遇)纳入其中。注意到这些不同观点后，研究组认为不需要再进一步审议最惠国规定的经济理由问题。

## B. 关于最惠国条款的当代实践

### 1. 关贸总协定和世贸组织中的最惠国条款

41. 最惠国待遇一直被视为多边贸易体系的重要义务。《关贸总协定》第 1 条第 1 款对其作出了最全面的规定，不过最惠国义务也直接和间接地体现在《关贸总协定》的其他条款中。<sup>47</sup> 《关贸总协定》中的最惠国待遇有两个重要方面。第一，该待遇多边适用，给予一个缔约方的“好处、优惠、特权和豁免”必须给予所有缔约方。第二，给予最惠国待遇是无条件的。

42. 最惠国待遇对关贸总协定的重要作用在于它避免了对跨境货物征收关税以及给予其他待遇方面的歧视。历史上，关税通过双边谈判或国家集团间的谈判达成，然后通过最惠国规定一律适用于所有缔约方。正是通过这种方式保障贸易商之间的竞争机会平等。

43. 不过，在世贸组织系统内，最惠国待遇从适用于货物贸易扩大到适用于服务贸易的新机制。<sup>48</sup> 最惠国待遇还被纳入世贸组织关于与贸易有关的知识产权的新义务之下。因此，最惠国待遇广泛存在于世贸组织的整个系统中。

44. 研究组研究了关贸总协定和世贸组织对最惠国条款的适用。通过研究，可以就世贸组织系统内最惠国待遇的范围以及适用得出一些一般性结论。

<sup>45</sup> 《世贸组织的未来：应对新千年的制度挑战》，咨询委员会向总干事素帕猜·巴尼巴滴提交的报告(日内瓦：世贸组织，2004年)，第88-102段[“萨瑟兰报告”]。

<sup>46</sup> Nicholas DiMascio 和 Joost Pauwelyn, “Nondiscrimination in Trade and Investment Treaties: Worlds Apart or Two Sides of the Same Coin?” AJIL, 第102卷 (2008年)，第48-89页。

<sup>47</sup> 《1994年关税与贸易总协定》，1994年4月15日，联合国，《条约汇编》，第1867卷，第187页，第2条、第3条第4款、第4条、第5条第2、5、6款、第9条第1款、第13条第1款、第17条第1款和第20条(j)项。

<sup>48</sup> 《服务贸易总协定》，1994年4月15日，联合国，《条约汇编》，第1869卷，第183页，第2条。



45. 首先，虽然世贸组织中最惠国条款的措辞与关贸总协定中不同，但是上诉机构的方针是将二者视为具有相同的含义。<sup>49</sup> 最惠国待遇的根本思想比字面上的解读更重要。

46. 第二，上诉机构将《关贸总协定》第 1 条下的最惠国待遇解读为具有尽可能广泛的运用。上诉机构指出，“所有”好处、优惠和特权真的是指“所有”。<sup>50</sup> 上诉机构尚未处理最惠国待遇是否既适用于实体权利，也适用于程序权利这一具体问题。

47. 第三，虽然最惠国待遇原本应该是无条件的，但是世贸组织的所有协定都载有适用最惠国待遇的例外情况，因此其实际运用比看起来更有限。针对关税同盟和自由贸易区、<sup>51</sup> 保障措施以及其他贸易补救的例外，一般例外以及关于“特殊和优惠待遇”的规定都限制了世贸组织协定下最惠国待遇的实际范围。虽然上诉机构经常对例外进行狭义的解释，<sup>52</sup> 但是例外的范围和覆盖面还是经常限制世贸组织协定下最惠国待遇的范围及适用。

48. 鉴于世贸组织系统的特殊性质，再加上它有一套自己的协定以及解释和适用这些协定的争端解决程序，世贸组织对最惠国条款的解释不太会直接影响其他协定中最惠国条款的解释。不论其他情况下如何解释最惠国条款，世贸组织系统都可以按自己的一套方式解释最惠国待遇。

49. 不过，世贸组织系统内的最惠国待遇也不完全局限在该系统内。它也可以适用于世贸组织协定以外的文书。在世贸组织成立前，就出现了这一问题：《关贸总协定》的缔约方是否可以凭借最惠国条款，要求获得其尚未加入的东京回合“守则”提供的好处。这个问题一直没有解决。现在的问题是：对于一个与世贸组织协定有关、但并非其组成部分的“诸边协议”，未加入该协议的世贸组织成员能否凭借最惠国条款，要求该诸边协议给予的好处。同样，这个问题也尚未解决。

50. 《服务贸易总协定》中的最惠国条款也出现了相关问题。《服务贸易总协定》下的服务贸易包括一个成员的供应商通过自然人在另一个成员境内的商业存在提供服务。<sup>53</sup> 《服务贸易总协定》第 2 条规定：

<sup>49</sup> 世贸组织上诉机构报告，《欧洲共同体—香蕉进口、销售和分销制度》，WT/DS27/AB/R (1997年9月25日通过)，第231段。

<sup>50</sup> 《加拿大—影响汽车工业的某些措施》。

<sup>51</sup> 《关贸总协定》，第24条。随着区域贸易协定的增加，关税同盟和自由贸易区变得更加重要。

<sup>52</sup> 例如，见世贸组织上诉机构报告，《美国—禁止进口某些虾类和虾制品》，世贸组织文件 WT/DS58/AB/R (1998年10月12日)。

<sup>53</sup> 《服务贸易总协定》，第1条第2款(d)项。

“在本协定项下的任何措施方面，各成员应立即和无条件地予任何其他成员的服务和服务提供者以不低于其给予任何其他国家相同的服务和服务提供者的待遇。”

51. 与第三国的双边投资条约中出现的影响服务提供者的措施可能属于第 2 条的范畴。换言之，问题是世贸组织的一个成员如果发现另一个成员在与第三国的双边投资条约中给予该第三国的服务提供者更加优惠的待遇，是否可以援引《服务贸易总协定》第 2 条，要求获得该双边投资条约中规定的好处。目前还没有这方面的实践或判例。

52. 虽然世贸组织下的最惠国待遇方面存在尚未解决的问题，今后可能会引起争议，但是研究组认为现在研究这些问题可能不会有什么帮助。世贸组织有自己的争端解决机制，世贸组织的协定依据《维也纳条约法公约》第三十一条和第三十二条解释。<sup>54</sup> 存在上诉机构确保了专家小组可以重新审议对不同协定中最惠国条款的解释，如有必要可以推翻原解释。

## 2. 其他贸易协定中的最惠国条款

53. 区域和双边贸易协定<sup>55</sup> 通常不包含货物贸易方面的最惠国规定。这类协定已经向所有缔约方提供关税待遇方面的优待，所以不太需要最惠国待遇，倒是国民待遇很重要。不过，一些区域协定有关于货物贸易的某种形式的最惠国条款，规定如果最惠国关税下降，一旦低于区域贸易协定的协定关税，则应当予以其他缔约方这一关税水平。<sup>56</sup>

54. 相反，贸易领域外的区域或双边经济协定规定了服务和投资方面的最惠国待遇。<sup>57</sup> 在这方面，它们与世贸组织的服务或双边投资协定没有什么不同。对于这类协定，最惠国待遇的解释方法应当与对双边投资协定的解释方法相同。不过，目前似乎还没有关于这些规定的司法评注，学术界也基本上没有这方面的分析。

<sup>54</sup> 1969年5月23日在维也纳签署，联合国，《条约汇编》，第189卷，第2545号，第150页。

<sup>55</sup> “区域协定”一词也包含区域经济一体化协定、结盟协定和关税同盟协议。

<sup>56</sup> 《欧洲联盟及成员国与大韩民国的自由贸易协定》，《欧洲联盟官方公报》，L127，第54卷(2011年5月14日)，第9页，第2条第5款；《欧洲共同体及成员国与智利共和国之间的结盟协定》，《欧洲联盟官方公报》，L352，第45卷(2002年12月30日)，第19页，第60条第4款。

<sup>57</sup> 《北美自由贸易协定》，《国际法律资料》，第32卷(1993年)，第289和605页，第11章，第1103条(投资)、第1203条(服务)和第1406条(金融服务)。



### 3. 投资条约中的最惠国条款

#### (a) 投资协定中最惠国条款的类型

55. 长期以来，投资协定一直规定了提供最惠国待遇的义务。早期的友好、通商和航海条约中就有这类义务，并延续到现代的双边投资条约以及包含投资条款的区域贸易协定中。与《关贸总协定》一样，双边投资条约也将最惠国待遇和国民待遇作为基本义务列入其中。

56. 虽然各项投资协定中的最惠国条款措辞不同，但是基本体现了《关贸总协定》第2条采用的“待遇不低于”的意思。例如，1990年10月15日奥地利与捷克斯洛伐克共和国的协定规定：

“每个缔约方予以缔约另一方投资者的待遇不得低于其予以本国投资者或第三国投资者及其投资的待遇。”<sup>58</sup>

57. 有时，最惠国条款既包括提供最惠国待遇的义务，又包括提供国民待遇的义务。例如，1990年12月11日阿根廷与联合王国的协定规定：

“缔约任何一方在其领土内给予缔约另一方投资者或公司的投资或收益的待遇不应低于其给予本国投资者或公司的投资或收益或其给予任何第三国国民或公司的投资或收益的待遇。”<sup>59</sup>

58. 提供最惠国待遇的义务有时还体现为提供公正与公平待遇的义务。例如，1994年6月9日中国与秘鲁的协定规定：

“缔约任何一方的投资者在缔约另一方领土内的投资和与投资有关的活动应受到公正与公平的待遇和保护。

本条第一款所述的待遇和保护，应不低于给予任何第三国投资者的投资和与投资有关的活动待遇和保护。”<sup>60</sup>

59. 虽然双边投资条约中都有关于提供最惠国待遇的义务，但是这种义务的表述各不相同。可以发现六种类型的义务，不过一些协定可能将不同类型的义务列入同一条最惠国条款。

<sup>58</sup> 《奥地利共和国与捷克斯洛伐克联邦共和国关于促进和保护投资的协定》，1990年10月15日在维也纳签署，联合国，《条约汇编》，第1653卷，第28433号，第127页，第3条第1款。

<sup>59</sup> 《大不列颠及北爱尔兰联合王国政府与阿根廷共和国政府关于促进和保护投资的协定》，1990年12月11日在伦敦签署，第3条第1款，可查阅<<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/126>>。

<sup>60</sup> 《中华人民共和国政府和秘鲁共和国政府关于鼓励和相互保护投资协定》，1994年6月9日在北京签署，第三条第一款和第三条第二款，可查阅<<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/country/42/treaty/954>>。

60. 第一类：最惠国义务只涉及给予投资者或投资的“待遇”，例如奥地利与捷克斯洛伐克共和国的协定。

61. 第二类：提到了“所有”待遇，扩大了给予的待遇的范围，例如阿根廷与西班牙的协定，其中规定最惠国条款适用于“本协定约束的所有事项”。<sup>61</sup>

62. 第三类：“待遇”一词涉及投资进程的具体方面，例如在对投资的“管理”、“维持”、“使用”和“处置”方面适用最惠国待遇。<sup>62</sup> 一些投资协定规定了投资的“设立”方面的最惠国待遇，从而对投资前以及投资后的阶段提供保护。<sup>63</sup>

63. 第四类：最惠国待遇涉及条约下的具体义务，例如提供公正与公平待遇的义务。

64. 第五类：规定最惠国待遇只提供给与对照的投资者或投资处于“同类情形”<sup>64</sup> 或“类似情况”<sup>65</sup> 的投资者或投资。

65. 第六类：协定似乎引入了地域限制。例如，1996年7月21日意大利与约旦的协定规定，缔约双方商定“在本国领土范围内”提供最惠国待遇。<sup>66</sup>

66. 投资协定中的最惠国条款通常也规定了不适用最惠国待遇的例外情况。最常见的例外涉及税收、政府采购或缔约方通过加入关税同盟得到的好处。<sup>67</sup>

### C. 有关投资协定中最惠国规定的解释性问题

67. 投资争端解决法庭普遍认为，最惠国条款作为条约条款，必须依照《维也纳条约法公约》第三十一条和第三十二条规定的条约解释通则解释。然而，解释

<sup>61</sup> 《关于相互促进和保护投资的协定》，1991年10月3日在布宜诺斯艾利斯签署，联合国，《条约汇编》，第1699卷，第29403号，第187页。

<sup>62</sup> 《北美自由贸易协定》规定了在投资的“设立、获取、扩大、管理、开展、运营、出售或其他处置”方面的最惠国待遇。《北美自由贸易协定》，第1103条。

<sup>63</sup> 同上。

<sup>64</sup> 同上。

<sup>65</sup> 《土耳其共和国与土库曼斯坦关于相互促进和保护投资的协定》，1992年5月2日在阿什哈巴德签署，第2条，可查阅<[http://investorstatelawguide.com/documents/documents/BIT-0335%20-%20Turkey%20-%20Turkmenistan%20\(1992\)%20\[English\].pdf](http://investorstatelawguide.com/documents/documents/BIT-0335%20-%20Turkey%20-%20Turkmenistan%20(1992)%20[English].pdf)>。

<sup>66</sup> 《约旦哈希姆王国政府与意大利共和国政府关于促进和保护投资的协定》，1996年7月21日在安曼签署，可查阅<<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1681>>。

<sup>67</sup> 《大不列颠及北爱尔兰联合王国政府与阿根廷共和国政府关于促进和保护投资的协定》，1990年12月11日在伦敦签署，第7条，可查阅<<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/126>>。见经合组织，“国际法中的最惠国待遇”，《经合组织国际投资工作文件》，第二卷(2004年)，第5页。

最惠国条款时出现的争议有时反映出在适用《维也纳条约法公约》规定方面的根本差异。<sup>68</sup>

68. 尽管最惠国条款的措辞各不相同，但无论是在贸易、投资还是服务领域，此类条款都存在一些共同的解释性问题。下面将逐一探讨最惠国规定中引起解释性问题的三方面内容：界定最惠国条款的受惠方；界定必要待遇；界定条款范围。这三个主要的解释性问题中，只有根据最惠国规定应给予“待遇”的范围问题在投资法庭得到了大量的讨论和争论。

## 1. 最惠国规定的受惠方

69. 第一个解释性问题是界定最惠国条款的受惠方。1978年，委员会指出，最惠国规定的好处，其享有权属于“受惠国或与之有确定关系的人或事”。在双边投资协定中，通常明确规定此项义务是给予“投资者”或其“投资”最惠国待遇。一些协定将最惠国规定的好处限制在投资范围内。<sup>69</sup>然而，虽然有些投资协定未另做其他规定，但有些协定规定，受惠方必须是与对照方处于“同类情形”或“类似情况”的投资者或投资。

70. 这引起了大量争议：什么能构成“投资”，特别是投资是否必须对东道国的经济发展做出贡献。<sup>70</sup>然而，“投资”的定义是一个涉及整个投资协定的问题，没有引发关于最惠国规定或如何解释最惠国规定的系统性问题。因此，研究组认为没有必要进一步探讨此事。

71. “同类情形”一词出现在《北美自由贸易协定》中关于投资的章节，但其他诸多协定中并未提及。这一措辞似乎对哪些投资者和投资可要求享有最惠国规定的好处施加了一些限制，或许意味着只有那些与对照条约中的对象处于“同类情形”的投资者和投资才能如此。

72. 于是出现了这个问题：加上“同类情形”这一条件是否对最惠国条款作出了任何补充。根据同类原则，无论如何，只能就同一主题事项，以及与对照方具有同类关系的人或事适用最惠国待遇。这是1978年条款草案第九条和第十条的含义。

73. 在《多边投资协定》的谈判中，各方就是在这一点上出现分歧，因此从未就是否在谈判案文中列入“同类情形”一词达成一致。这个问题在实践中的重要

<sup>68</sup> 见下文第174至193段。

<sup>69</sup> 《能源宪章条约》(《欧洲能源宪章会议最终法案》附件一)，1994年12月17日于里斯本签署，联合国《条约汇编》，第2080卷，第95页，第十条第7款。

<sup>70</sup> *Salini Costruttori S.p.A.和Italstrade S.p.A.诉约旦哈希姆王国案*，关于管辖权的裁决，国际投资争端解决中心第ARB/02/13号案件(2004年11月9日)，第112段(《意大利与约旦双边投资条约》)；及近期的*渣打银行诉坦桑尼亚联合共和国案*，裁决，国际投资争端解决中心第ARB/10/12号案件，2012年11月2日。

性在于，对包含“同类情形”一词的协定的解释是否对解释不包含该术语的协定有参考意义。如下文指出的那样，将一项投资协定的解释照搬适用于其他协定存在危险，若两项协定措辞不同，危险尤甚。

## 2. “待遇不低于”的含义

74. 第二个解释性问题是确定“待遇不低于”的含义是什么。委员会在1978年对此没做多少评论，仅仅解释了为何使用“不低于”，而没有使用“平等”一词，以及待遇可以不低于对照方事实上没有获得但有权获得的待遇。<sup>71</sup> 在某种程度上，这个问题涉及第三个问题——确定待遇的范围。

75. 一种意见认为，给予“不低于”待遇的根本原因在于受惠国欲确保本国国民与第三国国民拥有平等的竞争机会。<sup>72</sup> 这是关贸总协定和世贸组织规定在货物贸易领域提供最惠国待遇的理由，也是投资者及其投资要求享有最惠国待遇的根本原因。另一种看法是，最惠国待遇和国民待遇的目的是承认和落实“投资者的权利”。<sup>73</sup> 即便如此，在最惠国和国民待遇方面的“权利”，其目的也是确保投资者与其他外国投资者或本国国民(视情形而定)拥有平等的竞争机会。

76. 若“不低于”条款涉及到“国民待遇”规定，则授与国答应给予的待遇“不低于”给予本国国民的待遇。这种国民待遇规定也同样存在确定主题事项充分分类似的“同类原则”问题。同样，国民待遇规定与最惠国规定一样，往往使用“同类情形”或“类似情况”来界定国民待遇规定之受惠方享有权利的范围。因此，这两种条款引发同一类解释性问题。

77. 1978年条款草案未就最惠国待遇和国民待遇之间的联系多做评论。草案规定，二者可在同一文书中并存，而不影响最惠国待遇。<sup>74</sup> 草案还规定，即使给予第三国的待遇系按国民待遇授与，最惠国待遇依然适用。研究组认为，对国民待遇规定中“同类情形”或“类似情况”等词语的解释，可以为这些术语在最惠国条款中的解释提供重要的指导意见。

78. 在涉及最惠国待遇的投资争端中，“不低于”的含义并未引起多少争议。在《多边投资协定》的谈判中，有人建议应该使用“平等”而不是“不低于”来描述最惠国条款规定的待遇标准。虽然这一事项没有最终解决，但反对意见认为，最惠国条款的目的不是限制授与国能够给予哪些待遇。若授与国愿意，可以

<sup>71</sup> 见第五条草案评注，《1978年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第21页。

<sup>72</sup> Todd Weiler, *The Interpretation Of International Investment Law: Equality, Discrimination, and Minimum Standards Of Treatment In Historical Context* (Leiden: 3tinus Nijhoff Publishers, 2013), 第415-416页。

<sup>73</sup> DiMascio 和 Pauwelyn。

<sup>74</sup> 《1978年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第51页(第十九条草案)。

提供优于“平等”的待遇，虽然这可能对该国的其他最惠国协定带来影响。“不低于”为给予的待遇设定了下限。

### 3. 根据最惠国条款所给予待遇的范围

79. 最后一项解释性问题是根据最惠国条款给予的权利的范围。换言之，“待遇”包括哪些内容？委员会在 1978 年条款草案第九条中指出这一问题，规定最惠国条款仅适用于“该条款主题范围内的权利”。<sup>75</sup> 正如委员会在评注中所言，这被称为同类原则。<sup>76</sup>

80. 根据最惠国条款所给予待遇的范围问题已成为国际投资协定中最令人困扰的解释性问题之一。这个问题涉及最惠国条款是否适用于条约中有别于实质性条款的程序性条款。它还涉及一个更大的问题：投资者是否能够援引最惠国条款，要求获得东道国与第三国签订的条约中包含的对其更加优惠的任何权利。

81. 援引基础条约中的最惠国条款，扩大条约中争端解决条款的范围，有以下几种方式：(a) 诉诸基础条约没有提供的争端解决程序；(b) 在基础条约限制争端解决条款的范围，规定其只适用于征用补偿争端等某一类争端时，扩大条款的管辖范围；(c) 不再适用要求先将争端提交国内法院，待 18 个月“等候期”过后方能提交国际仲裁的规定。最常援引最惠国条款的是第三种情形，因此对这一点应该特别关注。

#### (a) 最惠国待遇与程序性事项：问题的由来

82. 最惠国待遇适用于程序性事项的由来通常追溯至 1956 年安巴提洛斯 (Ambatielos) 诉讼的仲裁裁决，<sup>77</sup> 该案判定，“司法”是贸易商权利的重要内容，因此经由最惠国条款，应该按属于“有关通商与航运的所有事项”处理。<sup>78</sup>

83. 约 45 年后，这一问题在马菲基尼 (Maffezini) 诉西班牙王国案中再次引起关注。<sup>79</sup> 法庭接受了原告的主张，认为原告可援引 1991 年《阿根廷与西班牙双边投资条约》中的最惠国条款，不遵守双边投资条约规定的等候 18 个月方可起诉的要求。原告援引了 1991 年《西班牙与智利双边投资条约》，其中不包括上述

<sup>75</sup> 同上，第27页(第九条草案案文)。

<sup>76</sup> 同上，(第九条和第十条草案评注)。

<sup>77</sup> 安巴提洛斯案(希腊诉大不列颠及北爱尔兰联合王国)，联合国《国际仲裁裁决汇编》，第十二卷，第83页。

<sup>78</sup> 同上，第107页。

<sup>79</sup> 埃米利奥·奥古斯丁·马菲基尼诉西班牙王国案，法庭关于反对管辖权的裁决，国际投资争端解决中心第ARB 97/7号案件，2000年1月25日，国际投资争端解决中心报告，第5卷，第396页。



等候要求，允许投资者在 6 个月后选择国际仲裁。<sup>80</sup>《阿根廷与西班牙双边投资条约》的最惠国条款规定：

“在本协定约束的所有事项中，这种待遇不应低于每一缔约方给予第三国投资者在其境内所作投资的待遇。”<sup>81</sup>

84. 法庭支持原告的主张，认为最惠国条款广义上适用于“本协定约束的所有事项”。法庭强调，需要确定缔约各方的意图，必须评估各国此前在其他双边投资协定中列入最惠国条款的做法(评估结果赞成原告的主张)，而且必须兼顾公共政策方面的考虑。

85. 法庭特别参考了安巴提洛斯诉讼。<sup>82</sup> 该案中，仲裁委员会确认了同类原则的相关性。委员会指出，最惠国条款只适用于属于同类主题的事项，“这个问题只能根据自条约的合理解释中推断出的各缔约方的意图来决定。”<sup>83</sup>

86. 关于同类原则，马菲基尼案法庭认为，在当前的经济背景下，争端解决安排与保护外国投资者之间存在千丝万缕的联系，争端解决是保护投资者的极为重要的手段。因此，不应将此类安排视为纯粹的程序手段，而应视为通过诉诸国际仲裁更好地保护投资者权利的安排。

87. 法庭由此认定：

“……如果第三方条约中的争端解决条款对外国投资者权益的保护比基础条约的规定更为有利，那么，此类条款的适用可及于最惠国条款的受惠方，因为这些条款完全符合同类原则”<sup>84</sup>

88. 法庭认为，将最惠国条款适用于争端解决安排会使“此类安排趋于统一，范围也得到扩展。”<sup>85</sup> 然而，法庭也意识到它对最惠国条款的解释较为宽泛，可能引起“破坏性的条约选购”等问题。<sup>86</sup> 法庭指出：

“作为一个原则问题，条款的受惠方不应能够无视缔约各方在接受有关协定时可能作为基本条件提出的公共政策考虑，尤其是当受惠方是私人投

<sup>80</sup> 同上，第39段。

<sup>81</sup> 《促进和保护投资互惠协议》，1991年10月3日在布宜诺斯艾利斯签署，联合国，《条约汇编》，第1699卷，第29403号，第187页，第四条。

<sup>82</sup> 同上，第49段。

<sup>83</sup> 安巴提洛斯案，第107页。

<sup>84</sup> 马菲基尼案，第56段。

<sup>85</sup> 同上，第62段。

<sup>86</sup> 同上，第63段。

资者时，而受惠方往往就是私人投资者。因此，条款的范围可能比初看起来更窄。”<sup>87</sup>

89. 随后，法庭继续列举了它认为不能够援引最惠国条款的四种情形：

- 缔约一方已将用尽当地救济作为同意提交仲裁的条件，因为这样的条件反映了“国际法的基本规则”；
- 双方已同意接受包括所谓“岔路口”条款的争端解决安排，因为取代这样的条款将推翻被各国视为重要公共政策事项的“安排的决定性”；
- 协定规定了特定仲裁机构，例如国际投资争端解决中心，而一方欲选择另一个仲裁机构；
- 双方已经商定诉诸具有详细程序规则(例如《北美自由贸易协定》)的高度制度化的仲裁机制，因为这些极为具体的规定反映了缔约双方的确切意图。<sup>88</sup>

90. 法庭还保留了这种可能：“限制适用该条款的其他公共政策因素毫无疑问将由缔约双方或法庭将确定。”<sup>89</sup>

(b) 投资法庭嗣后关于最惠国条款适用于程序性事项的解释

91. 投资法庭嗣后的裁决在是否效仿马菲基尼案的问题上出现了分歧。投资法庭普遍明确或隐晦地承认，任一双边投资条约中最惠国条款范围的问题，均属于该条约的解释问题。<sup>90</sup> 投资法庭频频援引《维也纳条约法公约》第三十一条和第三十二条，以及明示其一排除其他等原则。法庭宣称自己在设法确定缔约方的意图。然而没有一个系统的解释方法；法庭似乎在权衡不同的因素，这些因素有时与所涉条约的措辞毫无关联。

92. 研究组试图找出那些似乎影响投资法庭解释最惠国条款的因素，确定是否存在某些特定趋势。这一过程中，研究组意识到需要加强对《维也纳条约法公约》所载解释规则的遵守，这些规则适用于所有条约。下面列出了在最惠国条款适用于程序性事项方面，影响投资法庭裁决的最主要因素。

<sup>87</sup> 同上，第62段。

<sup>88</sup> 同上，第63段。

<sup>89</sup> 同上。

<sup>90</sup> 萨利尼案；西门子集团诉阿根廷共和国案，关于管辖权的裁决，国际投资争端解决中心第ARB/02/8号案件(2004年8月3日)(《阿根廷与德国双边投资条约》)。



## (一) 实质性义务与程序性义务的区别

93. 法庭经常采用的出发点是，确定最惠国条款在原则上是否既涉及条约的程序性规定，也涉及实质性规定。在马菲基尼案中提出的问题是：

“第三方条约所载争端解决条款是否能被视为与通商、航海或投资等基础条约规定适用最惠国条款的公正和公平待遇之间存在合理联系，从而是否可被视为该条款涵盖的一个主题事项。”<sup>91</sup>

94. 如上所述，法庭认定，最惠国待遇可扩张适用于程序性规定，同时受到某些“公共政策”考虑的限制。<sup>92</sup> 法庭在裁决时援引了仲裁委员会对安巴提洛斯的裁决并指出，“有理由断定，争端解决安排如今与保护外国投资者之间存在千丝万缕的联系，正如这些安排与通商条约对贸易商权利的保护之间也存在关联”。<sup>93</sup>

95. 马菲基尼案裁决中的关键是这一结论：争端解决条款原则上属于双边投资协定对投资者和投资的保护。因此，就本身而言，争端解决条款几乎总能经由最惠国条款纳入投资协定。根据投资协定的规定，若使用 1978 年条款草案第九条的措辞，争端解决属于最惠国条款的“主题事项范围之内”。

96. 程序性事项(具体而言是争端解决条款)本质上与对外国投资者的实质性保护属于同一范畴，这个结论在投资法庭嗣后的一些裁决中成为重要依据。在西门子案中，法庭指出，争端解决“属条约提供的保护，是外国投资者和投资的待遇，也是经由最惠国条款可获得的好处”。<sup>94</sup> 在 AWG 案中，法庭表示，无法找到“将争端解决事项与双边投资条约涵盖的任何其他事项区别对待的依据”。<sup>95</sup>

<sup>91</sup> 马菲基尼案，第46段。

<sup>92</sup> 同上，第56段。

<sup>93</sup> 同上，第54段。

<sup>94</sup> 西门子案，第102段。

<sup>95</sup> AWG集团有限公司诉阿根廷共和国案，关于管辖权的裁决，联合国国际贸易法委员会(2006年8月3日)，第59段(《阿根廷与联合王国双边投资条约》)，可查阅<http://www.italaw.com/cases/106>。另见国家电网公司诉阿根廷共和国案，关于管辖权的裁决，联合国国际贸易法委员会(2006年6月20日)，第89段(《阿根廷与联合王国双边投资条约》)，可查阅<http://www.italaw.com/cases/732>；SDG天然气公司诉阿根廷共和国案，关于管辖权的裁决，国际投资争端解决中心第ARB/03/10号案件(2005年6月17日)，第29段(《阿根廷与西班牙双边投资条约》)；联合王国罗斯投资有限公司诉俄罗斯联邦案，关于管辖权的裁决，斯德哥尔摩商会仲裁院第V079/2005号案件(2007年10月1日)，第131至132段(《联合王国与苏联双边投资条约》)；Renta 4 S.V.S.A.、Ahorro Corporación Emergentes F.I.、Ahorro Corporación Eurofondo F.I.、Rovime Inversiones SICAV S.A.、Quasar de Valores SICAV S.A.、Orgor de Valores SICAV S.A.、GBI 9000 SICAV S.A. 诉俄罗斯联邦案，关于初步反对意见的裁决，斯德哥尔摩商会仲裁院第24/2007号案件(2009年3月20日)，第100段(《西班牙与俄罗斯双边投资条约》)；奥地利航空诉斯洛伐克共和国案，最终裁决，联合国国际贸易法委员会(2009年10月9日)，第124段(《奥地利与捷克斯洛伐克共和国双边投资条约》)，可查阅<http://www.italaw.com/cases/103>。

97. 然而,有些法庭就最惠国条款本质上是否涵盖争端解决条款提出了质疑。萨利尼(Salini)案法庭质疑安巴提洛斯案的裁决能否作为这种观点的权威依据,<sup>96</sup>援引此前在国际法院裁决中持不同意见的法官提出的观点:“通商和航海”不包括“司法”。<sup>97</sup>萨利尼案法庭进一步指出,无论如何,安巴提洛斯案仲裁委员会在提及“司法”时,所指并非程序性规定或争端解决,而是其他投资条约中与按照正义与公平给予国民待遇有关的实质性规定。<sup>98</sup>

98. 挪威电信案(Telenor)法庭更加强调将程序性规定排除在最惠国条款适用范围之外。法庭指出:

“在没有表示相反意思的语言或上下文的情形下,‘投资得到的待遇应不低于给予任何第三国投资者所做投资的待遇’的通常含义是,投资者在投资方面的实质性权利不低于东道国与第三国之间双边投资条约规定的权利,没有理由在解释上述用语时也加上程序性权利。”<sup>99</sup>

99. 认为投资条约中的最惠国条款理论上既适用于程序性事项又适用于实质性事项,并不意味着这些条款将永远这样适用。<sup>100</sup>然而,在许多案件中,法庭已经依据最惠国条款原则上两种情况都适用的观点,将最惠国条款解释为涵盖争端解决程序。

## (二) 从管辖权事项的角度解释最惠国规定

100. 一些法庭受到这种看法的影响:若争端解决规定涉及法庭的管辖权,则不可适用最惠国规定。这导致各法庭之间就两个不同问题产生分歧。首先,管辖权事项是否需要更严格的解释?其次,将最惠国条款适用于争端解决规定是否涉及法庭的管辖权。

### 1. 解释管辖权事项的标准

101. 在 Plama 案中,法庭将最惠国条款范围的问题作为协议仲裁的问题处理。法庭指出:“此类协议应该明确清楚、毫不含糊,这是国内法和国际法的公认原

<sup>96</sup> 萨利尼案,第112段;另见Vladimir Berschader 和 Moïse Berschader 诉俄罗斯联邦案,斯德哥尔摩商会仲裁院第080/2004号案件(2006年4月21日),第175段(《比利时/卢森堡与苏联双边投资条约》)。

<sup>97</sup> 萨利尼案,第106段。安巴提洛斯案(希腊诉联合王国),案情:仲裁义务,1953年5月19日的裁决,《1953年国际法院案例汇编》,第10页。

<sup>98</sup> 同上,第111至112段。

<sup>99</sup> 着重标志为原文所加。挪威电信移动通信公司诉匈牙利案,国际投资争端解决中心第ARB/04/15号案件(2006年9月13日),第92段(《挪威与匈牙利双边投资条约》)。

<sup>100</sup> Renta 案,第100段;奥地利航空案;ICS检测及监控服务有限公司(联合王国)诉阿根廷共和国案,关于管辖权的裁决,联合国国际贸易法委员会,常设仲裁法院第2010-9号案件(2012年2月10日),《(联合王国与阿根廷双边投资条约)》。

则。”<sup>101</sup> 因此，“纳入争端解决规定的意图必须得到明确、毫不含糊地表达。”<sup>102</sup> 所以，要求将最惠国条款适用于管辖权问题的一方有责任证明，此类适用是缔约双方的明确意图，而这项要求很难达到。这个观点得到挪威电信案法庭的充分支持，<sup>103</sup> 在温特斯豪案(Wintershall)中也得到体现。<sup>104</sup>

102. 然而，这种做法也遭到大量反对。在奥地利航空案和 Suez 案中，法庭拒绝采用这种做法，指出：“对争端解决规定的解释，应该与条约中任何其他条款一样，既不能更严格，也不能更自由。”<sup>105</sup> 法庭表示，和条约中任何其他条款一样，管辖权条款的解释也必须依据《维也纳条约法公约》第三十一条和第三十二条规定的规则。<sup>106</sup>

103. 由于最惠国条款适用于争端解决事项属于管辖权问题，因此请求援引最惠国条款的国家承担更多的举证责任；这一观点在投资法庭近期的裁决中没有得到支持，不过至少得到了一些评论者的赞同。<sup>107</sup> 反对这种做法的人还声称，这不符合有关解释管辖权规定的一般国际法。然而，ICS 案法庭提出，Plama 案法庭并非在确立一条管辖权规则，而是仅仅指出不能假设缔约方同意接受管辖。<sup>108</sup>

## 2. 争端解决和管辖权

104. 法庭近期再次关注最惠国条款适用于争端解决规定是否影响到法庭的管辖权的问题。有人提出，国际法中的实质性权利和程序性权利有别于国内法，因为

<sup>101</sup> Plama Consortium Limited 诉保加利亚共和国案，关于管辖权的裁决，国际投资争端解决中心第ARB/03/24号案件(2005年2月8日)，第198段(《塞浦路斯与保加利亚双边投资条约》)。

<sup>102</sup> 同上，第204段。

<sup>103</sup> 挪威电信案，第91段。

<sup>104</sup> 温特斯豪股份公司诉阿根廷共和国案，裁决，国际投资争端解决中心第ARB/04/14号案件(2008年12月8日)，第167段(《阿根廷与德国双边投资条约》)。法庭认为，程序性规定不应涵盖在最惠国条款范围之内，除非“基础条约的最惠国条款明确而毫不含糊地指出应做如是解释：而本案的情况并非如此。”

<sup>105</sup> Suez、Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A.、InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A.诉阿根廷共和国案，关于管辖权的裁决，国际投资争端解决中心第ARB/03/17号案件(2006年5月16日)，第64段(《法国与阿根廷双边投资条约》和《西班牙与阿根廷双边投资条约》)。

<sup>106</sup> 奥地利航空案，第95段。法庭还依据了石油平台案中“希金斯法官的个人意见”中的说法，即常设国际法院或国际法院的判例不支持以限制性的方式解释仲裁条款，而且事实上，条款解释也不存在自由或严格的政策：石油平台案(伊朗伊斯兰共和国诉美利坚合众国案)初步反对意见，1996年12月12日的裁决，希金斯法官的个人意见，《1996年国际法院案例汇编》，第857页，第35段，奥地利航空案第120段加以引用。

<sup>107</sup> Campbell MacLachlan, Laurence Shore and Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (Oxford: Oxford University Press. 2008), 第7.168段。

<sup>108</sup> ICS诉阿根廷案，第281-2段。

与国内法不同，国际法中的实质性权利并不自动带有强制执行的程序性权利。<sup>109</sup> 一国受实质性义务的约束，并不意味着可以强制该国就此项义务接受裁决。要强制其接受裁决，需要该国另外同意接受审判庭的管辖权。<sup>110</sup>

105. 根据这个观点，要执行双边投资条约规定的实质性权利，原告必须符合属事管辖、属人管辖和属时管辖的要求，争端解决法庭才能行使管辖权。例如，不符合双边投资条约规定的投资者标准的个人，不能援引最惠国条款成为投资者。<sup>111</sup> 正如不能利用最惠国条款改变行使实质性权利的条件，也不能利用最惠国条款改变行使程序性权利或管辖权利的条件。投资者若不符合对被告国提起诉讼的要求，不能通过援引另一双边投资条约的程序性规定来避开这些要求。

106. 这一事项也被描述为同意事项。<sup>112</sup> 法庭的管辖权由相关投资协定规定的条件组成，这些条件是被告国同意由法庭行使管辖权的基础。法庭要就争端行使管辖权，原告投资者必须符合上述条件。除非被告国放弃适用其同意行使管辖权的条件，否则，即便原告是所涉双边投资条约意义上的投资者，法庭仍无权审理申诉。据此，最惠国条款不能用来改变行使管辖权的依据。

107. ICS 诉阿根廷案法庭的裁决支持该事项属于管辖权事项这种观点，这项裁决部分依据了国际法院关于刚果民主共和国诉卢旺达案的声明<sup>113</sup>：当

“在国际协定的仲裁条款中表示同意接受仲裁时，所附加的任何条件均须被视为就此构成的限制。法院据此认定，对此类条件的审查事关法院的管辖权，而不涉及申诉可否受理。”<sup>114</sup>

108. ICS 案法庭认定，双边投资条约中 18 个月诉讼期要求是阿根廷同意将申诉提交法庭的前提，“不遵守被告国同意仲裁的前提条件，只能得出法庭对当前争端不具管辖权这一结论。”<sup>115</sup>

<sup>109</sup> 英波基洛公司(Impregilo S.p.A)诉阿根廷共和国案，“布里吉特·斯特恩教授的赞同和反对意见”，国际投资争端解决中心第ARB/07/17号案件(2011年6月21日)。

<sup>110</sup> 同上。

<sup>111</sup> 事实上，这一立场似乎被HICEE B.V诉斯洛伐克共和国案法庭所接受，部分裁决，联合国国际贸易法委员会，常设仲裁法院第2009-11号案件(2011年5月23日)，第149段(《荷兰与捷克斯洛伐克共和国双边投资条约》)。

<sup>112</sup> 豪赫蒂夫公司(Hochtief AG)诉阿根廷共和国案“仲裁员克里斯托弗·托马斯的不同意见”，关于管辖权的裁决，国际投资争端解决中心第ARB/07/31号案件(2011年10月24日)，(《德国与阿根廷双边投资条约》)。

<sup>113</sup> 刚果境内武装活动案(新申诉：2002年)(刚果民主共和国诉卢旺达)，2006年2月3日判决书，《2006年国际法院案例汇编》，第6页，第88段。

<sup>114</sup> ICS 诉阿根廷案，第258段。

<sup>115</sup> 同上，第362段。

109. 在决定 18 个月诉讼期要求是否属于管辖权事项时，ICS 案法庭研究了《联合王国与阿根廷双边投资条约》第三条第 2 款中“待遇”一词的含义。法庭认可“待遇”一词可具有广泛含义，本身并不局限于实质性事项。然而，法庭援引被其称为“条约解释的同期”原则，<sup>116</sup> 考虑了双方在缔结双边投资条约时对该术语的理解。法庭参照当时的判例以及世界银行《关于外国直接投资待遇的准则草案》，认定双方当时很可能认为“待遇”一词仅涉及实质性义务。

110. ICS 案法庭还指出：(a) 双边投资条约下的最惠国待遇仅适用于投资的“管理、维持、使用、享有或处置”；(b) 最惠国条款仅适用于东道国“境内”的待遇；(c) 双边投资条约下最惠国待遇的例外仅涉及实质性事项；(d) 若某条约缔约方曾缔结过不包含 18 个月诉讼期要求的条约，一旦适用最惠国条款，这项规定便将失去效力，所以在该条约中纳入 18 个月诉讼期要求很可能毫无意义(不具实际效果)。法庭认为，所有这些因素均表明，双方在缔结《联合王国与阿根廷双边投资条约》时，不可能打算将国际争端解决规定纳入最惠国条款的适用范畴。<sup>117</sup>

111. 戴姆勒金融服务公司(Daimler Financial Services AG)诉阿根廷共和国案<sup>118</sup>再次采用了 ICS 案的方法；法庭认定，延时 18 个月的要求是行使管辖权的前提条件，因而不能通过适用最惠国条款改变。Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi 诉土库曼斯坦案也得出了相似结论。<sup>119</sup> 法庭认为，被告国同意仲裁的条件是遵守双边投资条约中规定的条件，包括延时 18 个月的要求。由于不遵守这样的规定产生了否定管辖权的效果，因此该事项不能通过适用最惠国条款来解决。同样，ST-AD GmbH (德国)诉保加利亚共和国案<sup>120</sup>也认定，不遵守延时 18 个月的要求令法庭丧失了管辖权。

112. 然而，在豪赫蒂夫案中，法庭认为，18 个月国内诉讼期的要求不属于管辖权事项，<sup>121</sup> 而属于可否受理的问题——争端一方可以、但不必就此提出反对。法庭区分了影响诉讼权利的规定(管辖权)与影响诉讼方式的规定(可受理性)。因此，原告无视《德国与阿根廷双边投资条约》规定的 18 个月诉讼期要求，转而

<sup>116</sup> 同上，第289段。

<sup>117</sup> 同上，第326段。法庭认为，最惠国条款涵盖国内争端解决，因为争端发生在东道国境内。

<sup>118</sup> 戴姆勒金融服务公司诉阿根廷共和国，裁决，国际投资争端解决中心第ARB/05/1号案件，2012年8月22日。裁决以多数票通过，一名仲裁员持不同意见。

<sup>119</sup> Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi 诉土库曼斯坦案，关于《土耳其与土库曼斯坦双边投资条约》第七条第2款的裁决，国际投资争端解决中心第ARB/10/1号案件，2002年5月7日。

<sup>120</sup> ST-AD GmbH 诉保加利亚共和国案，关于管辖权的裁决，联合国国际贸易法委员会，常设仲裁法院第2011-06号案件，2013年7月18日。

<sup>121</sup> 豪赫蒂夫案(多数意见)。



援引《阿根廷与智利双边投资条约》中的争端解决规定，并不影响法庭的管辖权。<sup>122</sup>

113. 在 *Teinver* 案中，<sup>123</sup> 法庭支持将最惠国条款适用于延时 18 个月和 6 个月谈判期的规定。法庭认为，这些规定事关可否受理，但不涉及管辖权。然而，法庭依据的似乎是贸发会议关于最惠国条款的一份报告。<sup>124</sup> 报告中将与 18 个月诉讼期要求有关的案件称为“可否受理案件”，而将就争端解决问题援引最惠国条款的其他案件称为“管辖范围案件”。但是，贸发会议在报告中并未解释为何认为与 18 个月诉讼期要求有关的案件事关可否受理，而无关管辖权。

114. 不允许无视 18 个月诉讼期要求的案件采取了共同的做法。必须有证据说明，拟订最惠国条款的目的在于适用该条款改变对法庭管辖权的限制，因为东道国同意仲裁的前提条件是遵守这些限制条件。实际隐含的效果是要求提供“明确而不含糊的”证据，说明双方意图改变法庭的管辖权；虽然理由不同，但这与 *Plama* 案采取的做法一脉相承。

### (三) 其他条约规定的具体意图

115. 有些案件中，法庭在解释最惠国条款时考虑了这样的事实：基础条约已经以不同方式或更具体的方式涵盖了想要从其他条约中获得的好处。某种意义上，这便是最惠国待遇的核心所在：力求向受惠方提供优于其在基础条约下可以得到的待遇。依据这一点，似乎必然会出现这样的情况：若基础条约给予了某种待遇，适用最惠国条款的后果是使基础条约中的条款丧失效力。

116. 在 *罗斯投资公司(RosInvest)*案中，法庭认为，运用最惠国条款将扩大法庭的管辖范围这一事实是“适用最惠国条款的正常结果，其根本性质和意图是，通过援用另一项条约中给予的保护，扩大某项条约未同意给予的保护的范围”。<sup>125</sup>

117. 然而，也有人持相反意见。在中欧传媒企业(*CME*)案中，持不同意见的仲裁人伊恩·布朗利不同意经由最惠国条款将其他赔偿方式纳入条约，因为这将使条约中关于赔偿的明示规定丧失效力。<sup>126</sup> 在 *奥地利航空案*中，法庭认为，条约中关于管辖权的具体规定本身就明确说明，缔约方不打算允许通过最惠国条款扩

<sup>122</sup> 同上。

<sup>123</sup> *Teinver S.A.、Transportes de Cercanías S.A. 和 Autobuses Urbanos del Sur S.A. 诉阿根廷共和国案*，关于管辖权的裁决，国际投资争端解决中心第ARB/09/01号案件，2012年12月21日。

<sup>124</sup> 贸发会议国际投资协定丛书，第二卷，最惠国待遇，2011年1月24日，UNCTAD/DIAE/IA/2010/1号文件，第66至67页。

<sup>125</sup> *罗斯投资公司案*，第131段。在 *Renta* 案中，法庭在第92段指出，“扩展义务是最惠国条款的根本性质所在。”

<sup>126</sup> 中欧传媒企业捷克共和国私人有限责任公司(*CME Czech Republic B.V.*)诉捷克共和国案，关于赔偿金额阶段问题的个别意见，联合国国际贸易法委员会(2003年3月14日)，第11段(《荷兰与捷克共和国双边投资条约》)，可查阅<http://italaw.com/cases/documents/282>。

大法庭的管辖权。法庭认为，不应凭借最惠国条款的一般意图推翻上述规定的具体意图。<sup>127</sup> 为了巩固这一结论，法庭回顾了《奥地利与斯洛伐克双边投资条约》的谈判过程，期间双方不同意规定法庭享有更广泛的管辖权。在 *Berschader* 案中，法庭审阅了条约中的其他规定，以表明有一些规定无法适用最惠国条款，因此不能按字面意思理解“本条约涵盖的所有事项”这种表述。<sup>128</sup>

118. 在奥地利航空案中，法庭也结合条约中的其他规定来考量最惠国条款的问题，强调条约本身专门规定了有限的仲裁范围。法庭认为，鉴于条约具有“明显而具体的意图”，将仲裁范围限制在关于赔偿金额的争端，而不包括有关赔偿原则的争端，因此“援引最惠国条款中一般的非具体意图来推翻这一具体意图，有悖常理”。<sup>129</sup> 谢业深(Tza Yap Shum)案法庭也认为，最惠国条款的一般意图必须服从于基础条约特定条款所规定的具体意图。<sup>130</sup>

#### (四) 缔约方的实践

119. 在要求就双边投资条约适用最惠国待遇的案例中，有些法庭参考条约缔约方的其他缔约实践，以确定缔约方在最惠国条款范围方面的意图。马菲基尼案法庭研究了西班牙缔结双边投资条约的实践并指出，西班牙的做法是允许不经过《阿根廷与西班牙双边投资条约》中规定的 18 个月便提起争端诉讼。法庭还指出，《阿根廷与西班牙双边投资条约》是西班牙唯一一项在最惠国条款中使用了“本协定所约束的所有事项”这种宽泛用语的双边投资条约。<sup>131</sup> 然而，法庭既未明确缔约方嗣后做法的法律意义，也未澄清参照其做出解释的依据。

120. 在挪威电信案中，<sup>132</sup> 法庭以略微不同的方式看待缔约方的相关实践。匈牙利缔结了不限制仲裁范围的其他双边投资条约，法庭据此得出结论，匈牙利与挪威双边投资条约中对仲裁范围的限制是有意为之。因此，不能使用最惠国条款扩大仲裁范围。

121. 在奥地利航空案中，法庭借助斯洛伐克的其他条约实践印证其结论。<sup>133</sup> 与之相反，在 *Renta* 案中，法庭拒绝考虑俄罗斯在其他双边投资条约中的做法，

<sup>127</sup> 奥地利航空案，第137段。

<sup>128</sup> *Berschader*案，第192段。

<sup>129</sup> 奥地利航空案，第135段。

<sup>130</sup> 谢业深先生诉秘鲁共和国案，关于管辖权和资格的裁决(西班牙语)，国际投资争端解决中心第ARB/07/6号案件(2009年6月19日)，第220段(《秘鲁与中国双边投资条约》)。

<sup>131</sup> 马菲基尼案，第57段。

<sup>132</sup> 挪威电信案。

<sup>133</sup> 奥地利航空案，第134段。



指出其裁决所依据的是本案所涉双边投资条约的案文，因此其他双边投资条约中的做法不能取代这份案文。<sup>134</sup>

122. 法庭只参考一国的嗣后实践有何法律依据，尚不清楚。这是依据《维也纳公约》解释条约的辅助手段，还是核实缔约双方、至少是被诉一方的含蓄意图的独立方式？在 *Plama* 案中，法庭指出：“为明确缔约之时条约案文的含义，确可考虑缔约一方与第三国之间的条约。”<sup>135</sup> 然而，虽然法庭暗中遵循的也许是《维也纳条约法公约》第三十二条，但是法庭并未指出，它依据什么认为，一国与第三国缔结的条约关系到该国与另一国之间的条约的解释。

#### (五) 确定缔约方意图的有关时间

123. 大多数法庭没有考虑应该按什么时间确定双边投资条约缔约双方的意图。然而，在 *ICS* 案中，法庭专门论及这一问题，指出有关时间是缔约之时，而且依据当时的含义解释了“待遇”一词。<sup>136</sup> 据法庭称，必须运用条约解释中的“同期”原则。

尽管没有任何法庭对这一立场明确表示异议，但是在 *ICS* 案之前，法庭从未明确考虑过最惠国条款在缔约时的含义。法庭考虑了缔约前的工作，但是由于准备工作文件中没有任何暗示，所以法庭在解释最惠国条款时没有说明是按当时的含义还是按当代的含义加以解释。

#### (六) 通过援引最惠国条款改变的条款内容

124. 有这样一个问题：将受到影响的基础条约条款的内容是否对法院允许援引最惠国条款的意愿造成影响。在这方面，值得一提的是，迄今为止成功援引了最惠国条款的 18 个案件中，12 个案件涉及同一项规定，即在诉诸双边投资条约的争端解决机制前，有义务向国内法庭起诉且诉讼须满 18 个月。每个案件中，最惠国条款的作用都是解除原告方在国内诉讼满 18 个月的义务。这些案件涉及阿根廷分别与德国、西班牙和联合王国签署的双边投资条约。尽管 18 个月诉讼期要求的实质效果相同，但是援引的最惠国条款的措辞并不一致。

125. *Plama* 案暗示了这样的观点：基础条约条款的性质有可能影响裁决结果；该法庭(审理的事项不是国内诉讼满 18 个月的要求)指出，马菲基尼案的裁决

<sup>134</sup> *Renta* 案，第120段。

<sup>135</sup> *Plama* 案，第195段。

<sup>136</sup> *ICS* 诉阿根廷案，第289段。

“可以理解”，因为此裁决试图让一项“从实践角度来看毫无意义”的规定失效。<sup>137</sup>

126. 在阿巴克拉特(Abaclat)诉阿根廷案中，<sup>138</sup> 法庭认为，投资者等候 18 个月才有权起诉的规定不符合双边投资条约中加快解决争端的明示目标，因此原告不必理会。然而，ICS 诉阿根廷案法庭拒绝接受这一观点。ICS 案法庭指出，法庭不能“仅仅依据对有关政策是否明智的评估，而对条约规则提出例外。”<sup>139</sup>

127. 利用最惠国条款绕过 18 个月的延时诉讼期，增加其他争端解决规定的尝试大都以失败告终。在萨利尼案中，援引最惠国条款的目的是改变合同争端的解决程序。在 Plama 案中，援引最惠国条款的目的是改变争端解决程序，从临时仲裁改为由国际投资争端解决中心解决争端。上述两案的原告都试图将一种仲裁形式改变为另一种仲裁形式，而两个法庭均予以驳回。

128. 相反，有一个法庭允许原告援引最惠国条款，以一种争端解决方式取代另一种方式。在 Garanti Kos LLP 诉土库曼斯坦案中，<sup>140</sup> 法庭裁决指出，虽然《联合王国与土库曼斯坦双边投资条约》规定，只有征得被告同意方可诉诸国际投资争端解决中心，而被告没有同意；但是土库曼斯坦签署的其他双边投资条约中存在同意接受国际投资争端解决中心仲裁的情况，可通过适用最惠国待遇纳入《联合王国与土库曼斯坦双边投资条约》。因此，按照联合国国际贸易法委员会规则接受仲裁(《联合王国与土库曼斯坦双边投资条约》规定的在未就另一种争端解决方式达成一致时采取的备用办法)，经由最惠国条款改为接受国际投资争端解决中心仲裁。

129. 然而，即使能够以 18 个月国内诉讼期的要求不太重要为由，对涉及此规定的案件做出一些解释，但实际上，法庭推理依据的不是 18 个月国内诉讼期这项规定的相对重要程度。如上文所述，许多情况下，法庭推理依据的是这样一种假设：双边投资条约中的最惠国条款天生就涵盖争端解决事项。

<sup>137</sup> Plama案，第224段。然而，不清楚18个月国内诉讼期的规定为何被视为毫无意义。它提供了在国内法院解决问题的机会，这是一种有限的用尽当地救济的形式，并保障投资者诉讼的推迟不会超过18个月。

<sup>138</sup> 阿巴克拉特案的主要问题不是要求最惠国待遇。但是法庭确实在“申诉可否受理”环节下审理了18个月诉讼期要求的问题。阿巴克拉特等人诉阿根廷共和国案(以前称为 *Giovanna a Beccara* 等人)，关于管辖权和可否受理的裁决，国际投资争端解决中心第ARB/07/5号案件(2011年8月4日)，(《意大利与阿根廷双边投资条约》)。仲裁员乔治·阿比-萨阿卜在不同意见中表达了相反的看法，第31-33段。

<sup>139</sup> 此外，ICS案法庭称，法庭未收到任何证据可使之得出以下结论：阿根廷的法院无力处理这一事项。ICS诉阿根廷案，第267-269段。另见豪赫蒂夫案，仲裁员J.克里斯托弗·托马斯的不同意见。

<sup>140</sup> Garanti Kos LLP 诉土库曼斯坦案，关于反对管辖权的裁决，2013年7月3日，国际投资争端解决中心第ARB/11/20号案件，多数票通过的裁决。仲裁员劳伦斯·布瓦松·德沙祖尔内另附一份不同意见。

130. 其他允许援引最惠国条款获得第三方条约规定的好处的案件涉及实质性问题，而非程序性问题。在罗斯投资公司案中，法庭认为，依据《联合王国与苏联双边投资条约》中的最惠国条款，法庭拥有对据控征用合法性的管辖权，而不是像《联合王国与苏联双边投资条约》规定的那样，仅拥有对赔偿事项这个更狭隘的问题的管辖权。

131. 然而，两个法庭拒绝这样使用最惠国条款。在 *Renta* 案中，法庭大多数成员不同意对《西班牙与俄罗斯双边投资条约》的最惠国条款做出允许就征用赔偿之外的事项进行起诉的解释，因为他们认为，条约中的最惠国条款仅适用于给予公正公平的待遇。<sup>141</sup> 奥地利航空案法庭同样认为，依据最惠国条款的解释，最惠国条款只是明确给予发生征用时处理与赔偿有关事项的管辖权，不能将其扩展至此范围之外。<sup>142</sup>

132. 在 *MTD* 案中，法庭同意援引《智利与丹麦双边投资条约》和《智利与克罗地亚双边投资条约》中的公正和公平待遇，扩大《智利与马来西亚双边投资条约》规定的公正和公平待遇的范围。然而，虽然双方对于法庭这样做的影响没有完全达成一致意见，但似乎均未质疑法庭是否有这样做的权利。<sup>143</sup>

133. 同样，在 *Telsim* 案中，<sup>144</sup> 缔约双方似乎商定，由于存在最惠国条款，解释《土耳其与哈萨克斯坦双边投资条约》规定的公正和公平待遇，应参照公正和公平待遇在哈萨克斯坦缔结的其他双边投资条约中的含义。此外，在 *Bayindir* 案中，<sup>145</sup> 没有人反对以下这项一般原则：由于存在最惠国条款，确定《土耳其与巴基斯坦双边投资条约》中“公正和公平待遇”的内容，应参照巴基斯坦缔结的其他双边投资条约中关于公正和公平待遇的规定。

134. 仅在一起案件中，法庭在一方反对的情况下，依据最惠国条款为双方的义务增加了实质内容。在中欧传媒企业案中，法庭多数成员认定，《荷兰与捷克共和国双边投资条约》中的“公正赔偿”一词应解释为按“公平市场价值”赔偿，部分原因是法庭同意依据最惠国条款引入《美国与捷克共和国双边投资条约》中的“公平市场价值”概念。<sup>146</sup>

<sup>141</sup> *Renta*案，第105-119段。

<sup>142</sup> 奥地利航空案，第138-139段。

<sup>143</sup> *MTD Equity Sdn. Bhd 和 MTD Chile S.A.诉智利共和国案*，裁决，国际投资争端解决中心第ARB/01/7号案件，2004年5月25日。

<sup>144</sup> *Rumeli Telekom A.S. 和 Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. 诉哈萨克斯坦案*，裁决，国际投资争端解决中心第ARB/05/16号案件(2008年7月29日)，第581-587段，第591-605段(《土耳其与哈萨克斯坦双边投资条约》)。

<sup>145</sup> *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. 诉巴基斯坦伊斯兰共和国案*，裁决，国际投资争端解决中心第ARB/03/29号案件(2009年8月27日)，第153段(《土耳其与巴基斯坦双边投资条约》)。

<sup>146</sup> 中欧传媒企业案，第500段。

## (七) 裁决的一致性

135. 虽然各法庭指出其他法庭的裁决并不具备正式的先例价值，但是保持一致的愿望显然对裁决产生了影响。英波基洛案法庭的多数成员对此做出了最为明确的表述：

“然而，在最惠国条款提及双边投资条约所规范的“所有事项”或“任何事项”的案件中，各法庭几乎一致认为该条款涵盖争端解决规则。据此，本法庭多数成员得出以下结论：英波基洛有权就此援引《阿根廷与美国双边投资条约》中的争端解决规则。”<sup>147</sup>

136. 事实上，多数人认为，至少在措辞宽泛的最惠国条款及关于启动诉讼和诉讼满 18 个月的要求方面，能否适用最惠国条款的问题已经得到解决。

## (八) 界定“不低于”待遇

137. 援引最惠国条款以一种争端解决方式取代另一种争端解决方式时，确定哪种待遇较为不利，并非易事。一些法庭质疑，比较第三方条约的规定与基础条约的规定时，得出的结论是否正确。<sup>148</sup> 若基础条约载有诉讼期 18 个月的要求，而第三方条约中没有这项要求，但是包含“岔路口条款”，那么说第三方条约提供了更加优惠的待遇是否正确？一方面，按照基础条约的规定，要延迟 18 个月才能援引双边投资条约的争端解决规定，但是投资者既可诉诸国内程序，也可诉诸国际程序。另一方面，按照第三方条约的规定，投资者可以更早地诉诸国际争端解决程序，但却丧失了既诉诸国际程序又诉诸国内程序的可能。哪一种待遇更为优惠呢？

138. ICS 案法庭认为，援引最惠国条款以避开 18 个月诉讼期要求的投资者需要遵守第三方条约中的“岔路口条款”。<sup>149</sup> Garanti Kos 案法庭认为，很难说国际投资争端解决中心仲裁客观上优于联合国国际贸易法委员会仲裁，但是二者“毋庸置疑存在差异”。<sup>150</sup> 法庭最终认定，有选择比没有选择好，允许原告依据基础条约中的最惠国条款，引入国际投资争端解决中心仲裁。<sup>151</sup>

139. 当事方试图援引的第三方条约的规定事实上是否优于其试图避免的基础条约的规定，各投资法庭早期的裁决中没有详细审议这一问题。法庭通常假设，无需经过 18 个月国内法院诉讼期优于必须等候再行诉讼。然而，除非就有关国内法院做出负面假设，否则这种看法也未必正确。

<sup>147</sup> 英波基洛案，第108段。

<sup>148</sup> 同上；另见豪赫蒂夫案。

<sup>149</sup> ICS诉阿根廷案，第318-325段。

<sup>150</sup> Garanti Kos案，第92段。

<sup>151</sup> 同上，第94-97段。

### (九) 政策例外的存在

140. 马菲基尼案法庭似乎出于对其裁决的深远影响的关切，列出了不可将最惠国条款适用于程序性事项的某些“公共政策”例外。<sup>152</sup> 尽管后来的法庭赞同有必要保留一些公共政策例外，但是并没有援引这些例外作为裁决的理由，即便这些例外有些情况下可以适用。例如，在 *Garanti Kos* 案中，法庭以国际投资争端解决中心仲裁取代了联合国国际贸易法委员会规则仲裁，而马菲基尼案法庭列出的政策例外禁止这种做法。研究组指出，对于允许或不允许依据最惠国条款改变双边投资协定中的争端解决规定，各法庭给出的理由并不一致；研究组还注意到，各法庭对案件采取不同的处理方式，有时是因为所依据的假设不同，而不是因为推理方式完全背道而驰。

## 第三部分—解释最惠国条款的考虑因素

### A. 与投资协定解释相关的政策考虑因素

#### 1. 双边投资条约谈判的非对称性

141. 过去，投资协定主要在发达国家与发展中国家之间订立；人们认为双方的谈判能力不对称、不均等。<sup>153</sup> 如今，许多双边投资协定是发达国家之间或发展中国家之间订立的，情况有所不同。

142. 可以对投资协定的谈判过程作出更为实质性的评论。一些国家拥有自己的双边投资协定范本，与其他国家的谈判一般以该协定范本为基础。因而，谈判不是从零开始，而是意味着接受或修订已经由一方起草的协定范本格式。因而，这些谈判最可能产生的结果是对具体规定的措词进行修订，而不是起草一份全新的协定。

143. 尽管如此，事实上，不论缔约方是谁，也不论依照怎样的协定范本，投资协定在许多关键方面都彼此相似。这并不奇怪。现代投资协定是建立在一些核心规定之上的：最惠国、国民待遇、公正和公平待遇，除非满足某些条件否则禁止征用，以及争端解决规定(一般包括投资者与国家之间的争端解决)。不管谈判中是否存在不对称，达到的结果似乎是类似的。

144. 研究组在审议非对称这一问题之后认为，虽然这个因素有助于拓宽对国际投资法领域的理解，却不是一个与单个投资协定的解释相关的因素。

<sup>152</sup> 见第88-90段。

<sup>153</sup> Jeswald W. Salacuse和Nicholas P. Sullivan, “Do BIT’s Really Work? An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain”, *Havard International Law Journal*, 第46卷(2005年), 第67页起, 见第78页。



## 2. 每项条约的特殊性

145. 一些国家表示，最惠国规定因条约而异，<sup>154</sup> 因此对这些规定不宜采用统一的办法。<sup>155</sup> 毫无疑问，与投资相关的最惠国规定主要包含在单个的双边投资协定中，每项条约对其最惠国规定都有特定的表述。

146. 同时，不论最惠国规定经历了怎样的谈判过程，也不论它们包含在怎样的条约之中，这些规定都有一个共同的目标。1978 年，委员会在第四条草案中把最惠国条款定义为“一项条约规定，据此规定一国向另一国承担一种义务，在约定的关系范围内给予最惠国待遇”。在第五条草案中，委员会把最惠国待遇定义为“授与国给予受惠国的待遇……不低于授予国给予第三国的待遇”。也就是说，不管具体如何表述，只要条约中的某项条款给予了不低于给予第三国待遇的待遇，这就是一项最惠国条款。它具有与其他任何最惠国条款相同的特征，具有相同的总体目标。

147. 然而，这一总体目标的实现方式取决于用来表述最惠国义务、范围、覆盖面和受惠方的实际措词。因而，必须逐案确定“同类”(可要求给予待遇的范围)这一关键问题。

148. 不过研究组认为，所有最惠国规定的共同目标以及许多投资协定用语的相似性意味着，对一项投资协定的某项最惠国规定的解释可以很好地为解释另一个投资协定中的某项最惠国规定的提供指导。投资法庭在解释最惠国规定时，确实考虑过正在处理的当前协定以外的其他协定中的规定。

149. 然而，对任何特定最惠国规定的解释必须根据《维也纳条约法公约》第三十一至三十三条作出。因此，虽然可以从其他协定里最惠国待遇的含义中寻求指导，但是每条最惠国规定的解释必须依据其自身措词以及条约的上下文作出。因此，没有理由得出这样的结论，即最惠国规定存在一个适用于所有投资协定的唯一解释。

## B. 解决投资争端的仲裁是“混合仲裁”

150. 1978 年，委员会设想的是，最惠国规定的受惠方不仅可以是该规定所属协定的缔约国，也可以是“与该国有确定关系的人和事。”<sup>156</sup> 根据投资协定，国家通常不仅彼此给予最惠国待遇，还向彼此的投资者和投资给予最惠国待遇。委员会当时对受惠方是个人的影响不予进一步考虑，认为既然《维也纳条约法公

<sup>154</sup> A/C.6/65/SR.25, 第75-76段(葡萄牙); A/C.6/66/SR.27, 第49段(伊朗伊斯兰共和国); A/C.6/66/SR.27, 第78段(葡萄牙); A/C.6/66/SR.28, (联合王国); A/C.6/67/SR.23, (伊朗伊斯兰共和国)。

<sup>155</sup> A/C.6/65/SR.26, 第17段(美利坚合众国); A/C.6/66/SR.27, 第94段(美利坚合众国)。

<sup>156</sup> 《1978年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第21页(第五条草案)。

约》的条款草案不涉及条约对个人适用的问题，委员会对这一问题也就不作深究。

151. 然而从实践上说，1978 年拟定条款草案时，可供参考的、以个人为受惠方的实践少之又少。是否要求授予国履行给予最惠国待遇的义务取决于受惠国。不给予最惠国待遇是违反条约的行为，只要有相应的法庭，一国就可以对另一国提出诉讼。不存在供投资者起诉某个外国的国际法庭；不过投资者可以在授予国的国内法院提起诉讼，前提是该条约义务已经构成国内法的一部分，或者根据国内法存在独立的起诉权。在这些情况下，在国内法院对授予国提起诉讼的依据不是条约赋予的权利，而是授予国的国内法赋予的权利。

152. 投资者与国家间争端解决的出现引起了这个方面的一个重大变化，使投资者得以独立于其所在国，利用投资协定缔约方设定的争端解决机制，直接对授予国提起诉讼。结果是，解决投资者与国家间争端的法庭就投资协定的解释，尤其是最惠国条款的解释作出了大量判例。

153. 然而，投资者与国家间的仲裁具有混合性质，对投资协定的解释构成特殊挑战。协定是国家之间订立的，因而是条约。但解释条约的法庭与商业仲裁具有某种相似性，商事仲裁历来是一个私法制度而非公法制度。因此，解释方把协定视为一项国际法文书还是一份合同安排，可能对解释最惠国规定的方式产生影响。

154. 人们可能对处理“混合”仲裁的法庭及其工作结果提出疑问。这些法庭的“混合”性质体现在争端的当事方在国际法下的地位不平等。在特许协定的时代，协定本身是由国际公法实体(即国家)与私法实体(即与之订立协定的个人或公司)签订的。这方面最先引起的关切是，此类协定仅有一方是国际法的主体，协定应受国际法还是国内法的管辖？跨国法和准国际法的概念也引起了辩论。

155. 投资协定不存在这个问题，因为它们显然是条约。然而，投资者与国家争端解决规定下的争端依然是国际法下地位不同的当事方之间的争端。因而有人说，由私人诉讼方提起的诉讼也可以被视为国内诉讼，处理此类混合仲裁的仲裁员的任务和职能无异于国内法官。<sup>157</sup> 从这个意义上讲，可以把投资者与国家间的争端解决视为国内诉讼的替代办法，这一点得到了投资协定中普遍存在的“岔路口条款”的强化，该条款要求原告投资者在某个时间点在国内诉讼和投资者与国家间争端解决之间作出选择。

156. 然而，审理此类争端的法庭是根据国家间商定的机制设立起来的，必须解释并适用条约的规定。它通常不会适用国内法的规定，但在某些案件中，条约可

<sup>157</sup> 关于国际仲裁中公法和私法方面重叠的问题，见Gus Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law* (Oxford: Oxford University Press, 2007年)，第三章。



能要求适用国内法。此外，如果法庭设在国际投资争端解决中心下，它就具有适用“可适用的国际法规则”的具体任务。<sup>158</sup>

157. 研究组的结论是，在考虑最惠国规定时，投资者与国家间争端解决仲裁的“混合”性质不是采用不同办法来适用条约解释规则的理由。投资协定是一种条约，其条款已由国家商定。单个投资者不参与拟定条约义务，仅有根据条约提起诉讼的权利。投资协定作为条约，必须根据约束条约解释的公认国际法规则加以解释。

### C. 1978 年条款草案对解释最惠国规定的当代意义

158. 研究组前文指出，1978 年条款草案设想最惠国规定的受益方可能是与受惠国有“确定关系的”个人或实体。但委员会并未考虑这种情况的影响，因为它认为个人的权利不属于其任务范围。然而，处理投资者与国家争端的法庭常说条约草案制定了关于最惠国规定的基本法，尤其在与“同类”原则相关的方面。

159. 不过，研究组注意到，1978 年条款草案虽然提供了关于最惠国条款和最惠国待遇的定义和含义的核心法律，也确定了基本原则，但没有对具体条约中实际使用的措辞可能产生的具体解释问题提供指导。1978 年条款草案没有回答，至少没有直接回答是否可以根据最惠国规定对争端解决的程序性规则进行修改的问题。

160. 研究组认为，1978 年条款草案的核心规定<sup>159</sup> 从未被质疑，而是经常被适用，所以在考虑最惠国条款的定义、范围和适用时仍然是国际法的一个重要来源。

## 第四部分—关于解释最惠国条款的指导

161. 本部分阐述对最惠国条款恰当适用条约解释的各项原则的框架。研究组通过先前的分析得出结论，法庭就争端解决规定对最惠国条款进行解释的方式存在三个核心问题。第一，最惠国规定原则上是否能够适用于双边投资协定的争端解决规定？第二，双边投资协定中关于投资者可以援引哪些争端解决规定的条件是否影响法庭的司法管辖权？第三，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的条件时，哪些因素在解释过程中是相关的？以下各小节对这些问题分别予以阐述。

<sup>158</sup> 《关于解决国家与他国国民之间投资争端公约》，1965年3月18日在华盛顿签署，联合国《条约汇编》，第575卷，第159页，第42条。

<sup>159</sup> 特别见第一至第十四条，《1978年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第16-39页。

## 1. 最惠国规定原则上能够适用于双边投资协定的争端解决规定

162. 虽然法庭一些较早的裁决中有争议，但原则上最惠国规定能够适用于双边投资协定的争端解决规定，这一点几乎没有疑问。虽然这种提法可能最初源于对仲裁委员会在安巴提洛斯案中真实用意的误读(委员会提到“司法”属于提及“与通商和航海有关的一切事项”的最惠国规定的范围)，但这却正是如此。委员会当时指的是诉诸联合王国的法院来强制执行实体性权利，而不是强制执行变更援引争端解决的条件权利。但现在这一点似乎意义不大。在根本上是缔约方自主权的问题；双边投资协定的缔约方如果愿意，可以把诉诸争端解决的条件纳入最惠国规定的覆盖范围。每个案件中的问题是缔约方是否是这样做的。

163. 从这个意义上说，这一问题确实是一个条约解释问题，只能在每个特定的案件中得到回答。如果缔约方明确地把诉诸争端解决的条件纳入其最惠国规定的框架内，<sup>160</sup> 就不会产生任何困难。同样，如果缔约方明确地排除了最惠国条款适用于诉诸司法的条件，也不会产生困难。但是现有双边投资协定中的绝大多数最惠国规定在这一点上并不明确，因此每个案件中都会产生这些规定该如何解释的问题。然而，最起码可以说，对双边投资协定中的最惠国规定进行解释的法庭不需要研究这些规定在原则上是否可以适用于争端解决规定。

## 2. 争端解决相关条件以及法庭的司法管辖权

164. 不过，认可这是一个解释上的问题后，就会产生这样一个问题：是否存在与最惠国规定，或与投资者诉诸争端解决条件的相关规定类似的任何因素，可能与解释过程有关？在这方面，仍然存在这些事项是否属于法庭的司法管辖的问题。最惠国规定操作起来必须满足一定的参数(属事理由、属人理由、属时理由等)，<sup>161</sup> 因而问题就变成了：与诉诸争端解决有关的条件本身是否构成一个相关参数？

165. 最惠国规定的适用不能毫无限制。1978年条款草案第十四条规定：

“如受惠国或为与之有确定关系的人或事行使来自最惠国条款的权利，须遵循包括有最惠国条款的条约规定的，或授与国同受惠国之间另行议定的条件。”

166. 毫无疑问，如果一国在双边投资协定中同意承认某些类别的人为投资者，则不得援引最惠国规定来改变这些类别。<sup>162</sup> 根据双边投资协定设立的法庭肯定无权对不构成投资者的实体的权利作出裁决。问题是，诉诸争端解决的限制，例

<sup>160</sup> 《联合国双边投资协定范本》，2008年，可查阅<<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2847>>。

<sup>161</sup> 另见上文第105段。

<sup>162</sup> 见HICEE案。

如国内诉讼须满 18 个月的要求，是否是一条同样适用于合格投资者的对司法管辖权的限制？

167. 这个问题的答案一部分取决于这是一个司法管辖权问题，还是可否受理问题。司法管辖权与可否受理问题的区分不总是非常明确的，两个术语有时可以互换。<sup>163</sup> 然而，有一种说法是，区分异议是对法庭提出的，还是对诉讼提出的，是区分这两个概念的依据。<sup>164</sup>

168. 在此基础上，人们可以主张，18 个月诉讼期的要求是一个先决条件，决定着投资者到底能不能提出属于投资法庭司法管辖权内的诉求，这与投资者提出的具体诉求无关；除非满足 18 个月诉讼期的要求，否则投资者不可以提出任何诉求。

169. 研究组认为，这些相互矛盾的办法反映了前文提到的一点，即有些人把投资协定当作国际公法文书，而有些人认为投资者与国家间争端解决具有更多的私法属性，与合同安排类似。按照前一种观点，司法管辖权以及同意仲裁是关乎国家切身利益的事情；而根据后者，问题仅仅在于“待遇”一词的含义，或其他规定受惠方应得权利的此类语言的含义。

170. 不同方法对实践的影响是，重点关注投资协定的国际公法方面的人倾向于将诉讼须满 18 个月的规定视为一条类似于用尽本地补救办法的规则。更多地从私人仲裁和商事仲裁角度看待这些协定的人，倾向于把诉讼须满 18 个月的规定看作一条延时规定，其效果是把投资者提出诉求的权利推迟，因而与双边投资协定为投资创造有利条件的总体目标相悖。

171. “管辖权”方法的共同特征是，除非有明确的措词，或者有具体的上下文，否则最惠国规定不得变更诉诸争端解决的条件。这往往关乎条约的解释，但条约解释始于这样一个最初的假定，即最惠国规定不自动适用于双边投资协定的争端解决规定。这与一些法庭一开始的假定背道而驰，它们的假定是由于争端解决是双边投资协定提供的保护的一部分，因此最惠国规定表面上看适用于争端解决。按照这种方法，最惠国条款适用于争端解决，除非可以证明双边投资协定的缔约方无意于最惠国条款这样适用。

172. 研究组认为，对投资协定的性质及其引起的关于解释这些协定的假定的辩论一部分缘于观念的不同，无法得到一个确定的解决办法。投资协定既有公法性质的要素，也有私法性质的要素。没有正式、确定的答案是因为，该事项是通过

<sup>163</sup> 大致参见：Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, 第4版 (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006年), 第505-586页。

<sup>164</sup> Jan Paulsson, “Jurisdiction and Admissibility”, 选自 Gerald Aksen, Karl-Heinz Böckstiegel, Michael J. Mustill, Paolo Michele Patocchi 和 Anne Marie Whitesell (编), *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in Honour of Robert Briner* (Paris: ICC Publishing, 2005年), 第601页起, 见第616页。

“混合”仲裁由“临时”仲裁员处理的。像世贸组织这样的“封闭”系统内，上诉法庭可以解决此事；无论对错，这就是对系统内所有案件的答案。解决投资者与国家争端的案件中不存在这种机会。而且研究组认为，委员会也不宜扮演这一角色。

173. 然而，研究组认为，对于最惠国条款是否适用于争端解决规定的结论应该建立在对涉案条款的解释和分析上，而不是对投资协定或协定赋予的权利的性质的假定之上。

### 3. 确定最惠国规定是否适用于诉诸争端解决的条件的相关因素

174. 由于双边投资协定是国际协定，所以《维也纳条约法公约》第三十一至三十三条规定的条约解释规则适用于双边投资协定的解释。<sup>165</sup>《维也纳条约法公约》第三十一条第一款规定了条约解释的通则，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。”<sup>166</sup>据说这种表述是“明显建立在必须假定条约的文本是缔约方意图的真实表述的观点之上。”<sup>167</sup>第三十一和第三十二条详细阐述了条约解释中的各项因素可以获得的权重。

175. 各投资法庭裁决中采取的一个普遍立场是，《维也纳条约法公约》的规则为解释最惠国规定提供了正确的法律框架。但在这个普遍的框架内存在着方法上的分歧。研究组在上文指出了看来影响到法庭解释最惠国规定的多种因素。研究组在以下各段对某些因素加以评论。

#### (a) 同期原则

176. *ICS* 案和戴姆勒案的法庭明显依赖同期原则，其他法庭的裁决也体现了该原则，<sup>168</sup>但是《维也纳条约法公约》的规则并没有特别提到同期原则。然而，国际法院和许多国际法庭都直接或间接地提到过这一原则。在《南非继续驻留纳米比亚对各国的法律后果》中，法院提到“首先必须根据缔约方在缔结文书时的意图对该文书进行解释。”<sup>169</sup>厄立特里亚—埃塞俄比亚边界委员也核可了其称为“‘同期’准则”的原则。<sup>170</sup>

<sup>165</sup> 这些关于解释的规定总体上反映了习惯国际法。

<sup>166</sup> 同上，第三十一条第一款。

<sup>167</sup> Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 第2版 (Manchester: Manchester University Press, 1984年), 第115页。

<sup>168</sup> *ICS* 诉阿根廷案；戴姆勒案；*Plama*案，第197段。

<sup>169</sup> 《南非不遵守安全理事会第276(1970)号决议继续留驻纳米比亚(西南非洲)对各国的法律后果》，咨询意见，《1971年国际法院案例汇编》，第16页起，见第30页第53段。

<sup>170</sup> 《关于厄立特里亚国与埃塞俄比亚联邦民主共和国划界问题的裁决》，(2002年4月13日)《国际仲裁裁决汇编》，第25卷，第83-195页，见第3.5段。

177. 另一种观点是解释应该是不断演变的，要考虑条约中使用的通用条款的含义会随时间而发展，尤其要考虑相关法律的变化。然而有人指出，虽然演化解释法可以用于“条约中因其性质而表述笼统、从而需要加以演化解释的通用条款”，但演化解释不能“与缔约方在缔结条约之前的谈判过程中可能表达过的意图和期待相冲突。”<sup>171</sup>

178. 研究组认为，在具体案件中是否适合采用演化解释取决于多个因素，包括缔约方是否愿意对涉案条款作出演化解释，<sup>172</sup> 缔约方的嗣后惯例，以及缔约方自身是怎样解释和适用协定的。ICS 案法庭为了确定最惠国规定所适用的“待遇”的含义，采用的办法是考察签订《联合王国与阿根廷双边投资协定》时是如何理解这个词的；这为解释提供了重要的指导，但不能被视为必然有决定性。

#### (b) 准备工作的相关性

179. 在某种意义上，提及准备工作就是对同期原则的应用，因为这是确定缔约方在缔结协定时的意图的一种努力。借助准备工作在法院解释最惠国规定的裁决中并不常见，或许是因为这些材料往往不容易得到。<sup>173</sup> 然而，在奥地利航空案中，法庭逐份查阅了条约的条款草案，这就意味着逐渐缩小了仲裁条款的范围，目的是确定这样一个结论：缔约方当时的意图是把协定下的仲裁限定在某些特定的事项上。<sup>174</sup> 研究组认为，这充分证明了准备工作的相关性。

#### (c) 缔约方的条约实践

180. 缔约方的同期或嗣后惯例明显关系到条约规定的解释。然而，根据《维也纳条约法公约》第三十一条第二和第三款，相关实践限于：与所有缔约方订立的条约相关的协定，一个缔约方订立且为其他各方接受的条约的相关文书，缔约方之间订立的嗣后协定，以及确定缔约方之间一致意见的嗣后惯例。<sup>175</sup> 因而，投资法庭只要依赖这类资料，就显然是在按照相关解释材料行事。

<sup>171</sup> Sinclair, 第140页。

<sup>172</sup> 国际法委员会，与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例，第A/CN.4/L.813号文件，结论草案3。另见该文件的续：国际法委员会，与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例，第A/CN.4/L.833号文件。另见《大会正式记录，第六十八届会议，补编第10号》(A/68/10)，第四章。

<sup>173</sup> 法庭在Plama案裁决第196段指出，当事方没有提供任何准备工作文件。

<sup>174</sup> 奥地利航空案，第137段。

<sup>175</sup> 国际法委员会，与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例，第A/CN.4/L.813号文件(第一部分)，和第A/CN.4/L.833号文件(第二部分)。特别见结论草案7。另见《大会正式记录，第六十九届会议，补编第10号》(A/69/10)，第七章。



181. 然而，大多数双边投资协定只有两国订立的协定，该双边投资协定缔约方之间没有同期或嗣后协定或惯例。<sup>176</sup> 因此，法庭经常参考的是该双边投资协定中的一个缔约方与第三国订立的协定。<sup>177</sup> 有一个法庭认为与第三方订立的条约是无关的，因为需要解释的是呈送法庭的该双边投资协定的案文。<sup>178</sup>

182. 双边投资协定的一个缔约国采取的不涉及另一个缔约国的行动，通过表明条约的一个缔约国的态度，可能在某些情况下具有一定相关性。然而，此类行动不属于《维也纳条约法公约》第三十一条第三款(乙)项对缔约方共同意图的考虑范畴。单方行动只能根据第三十二条来考虑。

183. 然而，问题在于是否存在任何其他依据，证明缔约一方单独的缔约实践也可以有参考价值。在 ICS 案中，法庭认为缔约一方单独的缔约实践没有参考价值。然而法庭确实认为，一国继续在嗣后的双边投资协定中列入起诉须满 18 个月的要求是相关的。法庭认为，该国如果知道某条规定可能因为最惠国规定的加入而丧失任何实际效果，就不太可能坚持订立这条规定。<sup>179</sup> 这表明，虽然相关性有限，但是缔约一方的实践的确具有潜在的相关性。

#### (d) 上下文的含义

184. 第三十一条“按其上下文”可以有广泛的含义。由于第三十一条第二款，它可能包含条约本身的条款、序言和附件，全体缔约方之间因缔结条约所订与条约有关的任何协定，以及缔约一方因缔结条约所订并经缔约另一方接受为条约有关文书的任何文书。

185. 投资法庭的裁决产生了两个与上下文有关的具体问题。第一，双边投资协定中的一条具体规定能否被一条措词更为笼统的最惠国规定推翻？第二，如果双边投资协定列出不适用最惠国原则的具体情况，这时有何影响？这样是否不包括其他没有列出的最惠国待遇的例外？

#### (一) 具体规定与通用规定之间的平衡

186. 在某些裁决中，仲裁员试图在处理投资者在何种情况下可以发起投资者与国家间仲裁的具体条约规定，与最惠国条款的通用规定之间做出权衡。得出的结论是，关于条约所给予待遇的具体说明，例如援引争端解决程序须满足的条件，不能被适用于“所有待遇”的通用说明(如最惠国规定中的说明)推翻。委员会在

<sup>176</sup> 然而根据《北美自由贸易协定》，缔约方有权根据条约发出对法庭具有约束力的“权威解释”。见《北美自由贸易协定》，第1131(2)条。

<sup>177</sup> 在Plama案中，法庭说：“缔约一方与第三国缔结的条约确实可以加以考虑，用以明确条约案文在订立时的含义。”Plama案，第195段。

<sup>178</sup> Renta案。

<sup>179</sup> ICS 诉阿根廷案，第314-315段。



关于国际法不成体系的报告中指出，特别法优于普通法的原则是条约解释中普遍接受的一条原则。<sup>180</sup> 不过，该原则在解释最惠国规定的背景下的相关性可能有限。

187. 最惠国条款的本质是承诺优于条约所给予的待遇，不能仅仅因为基础条约本身包含具体规定，就对最惠国规定是否可以提供优于基础条约已经提供的待遇作出判断。当然，如果条约中含有独立的解释性证据，表明缔约方的意图是最惠国规定不适用于所涉具体规定，那另当别论。但是研究组认为，对最惠国规定作出解释时，不能简单地作出具体规定高于通用规定的假设。

## (二) “指明其一” 原则

188. “指明其一，即排除其他” 原则经常被引用，尤其用来表述对适用最惠国规定的例外。这种主张是：双边投资协定含有对适用最惠国规定的明确例外时，这些例外不包含其他未指明的例外。<sup>181</sup> 因此，在排除适用最惠国规定的事项中没有提及争端解决规定，就意味着最惠国规定涵盖争端的解决。然而，一些作者指出，“排除其一” 原则最多是一个假设前提，不应把它当作对这一问题的确定答案。<sup>182</sup> 它是一个要考虑的因素，仅此而已。此外，法庭在 ICS 案中指出，它可能导致得出相反的结论。如果列出的仅仅是与实体性待遇相关的例外，这可能意味着缔约方不认为最惠国规定与程序性事项或争端解决事项存在联系。<sup>183</sup> 委员会据此认为，虽然“排除其一” 原则是要考虑的一个因素，但不能把它当作一个决定性因素。

### (e) 试图替换的条款内容的相关性

189. 一些法庭认为，18 个月诉讼期的要求给投资者寻求通过援引双边投资协定的争端解决规定来强制执行其权利设置了不必要的障碍，与双边投资协定促进和方便投资的总体目标相悖。不过，另一些法庭指出，这一规定是用尽当地救济规则的一个变体，有其自身的理论依据。鉴于最惠国规定的适用影响到基础条约中相关规定的内容，而投资法庭对最惠国规定的解释又受到这些内容的影响，研究组很难理解如何能够根据条约解释规则对这种考虑做出合理解释。

190. 是否把一条具体规定纳入双边投资协定是缔约方要做出的政策决定，而不是争端解决法庭可以事后推断出的。法庭的职能是确定缔约方的意思和意图，而

<sup>180</sup> 研究组关于“国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难”的工作结论，《2006年……年鉴》，第二卷，第二部分，见结论5。

<sup>181</sup> 参见Charles N. Brower在奥地利航空案中的个别意见。

<sup>182</sup> Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 第2版(Cambridge: Cambridge University Press, 2007年)，第248-249页。

<sup>183</sup> ICS 诉阿根廷案，第315-317段。

不是质疑其政策选择。在此基础上，研究组认为，因适用最惠国规定而被绕过的条款的内容与条约的解释无关。

(f) 对试图纳入的条款的解释

191. 确定适用最惠国条款可以从第三方条约中获得何种范围或程度的好处，需要适用同类原则。显然，如果基础条约中最惠国条款的主题事项限于实体性问题，那么就不能用该条款来获得第三方条约规定的程序性权利的好处。更难回答的问题是，确实涉及程序性规定的最惠国条款的受惠方是否可以挑选和选择能够依赖哪些程序性好处。

192. 在这方面，虽然 1978 年条款草案作出了总体回答，但要帮助解决投资协定背景下产生的实际问题仍然不够具体。条款草案第九条和第十条提到，受惠国有权获得“该条款的主题范围之内的”权利或待遇。评注接着说，“该条款的主题范围之内的”包含对相似性概念的暗示。<sup>184</sup> 然而，投资法庭尚未就相似性概念形成判例。拿上文的例子来说，不包含“岔路口条款”的 18 个月诉讼期要求与直接诉诸投资者与国家仲裁但是包含“岔路口条款”的规定相比，到底哪个更优惠，人们没有达成共识。

193. 研究组认为，什么是比较不利的待遇这一问题只能通过逐案分析来回答。至少，这是对最惠国条款作出任何解释或适用时都应该解决的问题。

4. 最惠国条款各种范本的结果

194. 研究组虽然在工作一开始考虑过是否可以起草最惠国条款的范本，但最后得出结论：这样做毫无用处。各国在其投资协定中已经纳入了大量的最惠国条款，可以为将来的协定提供范本。更重要的是理解特定措词可能引起的结果。

(a) 马菲基尼案裁决时已有协定中的条款

195. 除已经明确的不同解释方法外，对最惠国条款中某些类型的措词的解釋似乎存在某些共性。

196. 第一，当最惠国条款仅对“待遇不低于”作出规定，不含任何可能扩大所给予待遇的范围的修饰语时，投资法庭毫无例外地拒绝把这一规定解释为包含争端解决。

197. 第二，当最惠国条款含有提到受条约约束的“所有待遇”或“所有事项”的条款时，投资法庭倾向于对这些条款做出宽泛的解释，并得出这些条款适用于争端解决规定的结论。仅在一起案件中，法庭不认为措词宽泛的条款适用于争端解决。<sup>185</sup>

<sup>184</sup> 《1978年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第33页，第25-26段。

<sup>185</sup> Berchsader 案。

198. 第三，当最惠国条款提到“使用”、“管理”、“维持”、“享有”、“处置”和“使用”对得到的待遇进行修饰时，大部分法庭的结论是：这些条款够宽泛，足以包括争端解决规定。

199. 第四，在把最惠国条款与公正和公平待遇直接联系的两起案件中，法庭均未得出该条款包含争端解决规定的结论。

200. 第五，在最惠国条款受到领土限制的几起案件中，结果各有不同。有些案件的结论是，领土限制对决定是否涉及争端解决规定毫无关系；<sup>186</sup> 另一些案件的结论则是，领土限制条款不允许把国际争端解决规定纳入最惠国条款中。<sup>187</sup>

201. 第六，在最惠国条款把其适用限制在处于“同类情形”或“类似情况”的投资者或投资的案件中，没有法庭把该条款是否适用于争端解决规定作为相关问题。

202. 这一分析指出了以往的惯例，并不构成对将来案件如何裁决的说明。由于投资法庭是临时机构，且最惠国条款的具体规定以及上下文存在差异，所以即便某些、甚至全部仲裁员已经审理过涉及最惠国规定的案件，要提前判断出仲裁员将如何裁决也是不可能的。然而，当最惠国条款能够得到更宽泛的解释时，法庭似乎更倾向于认为它们适用于争端解决规定。研究组认为，这为各国提供了关于法庭会如何看待具体措辞的初步指导。

#### (b) 马菲基尼案裁决后所订立协定中的条款

203. 马菲基尼案裁决以来，订立了一些含有最惠国规定的投资协定。总体而言，它们分为三类：

204. 第一，有些协定明确排除适用马菲基尼案的方法。可以是明确提到该裁决，<sup>188</sup> 或是规定争端解决规定不属于最惠国规定的范围。<sup>189</sup> 一般来说，似乎不会通过将该案列入适用最惠国条款的例外情况清单来实现。

205. 第二，有些协定明确把争端解决规定纳入最惠国条款的范围之内。<sup>190</sup>

<sup>186</sup> 马菲基尼案，第61段；Hotchief 案，第107-111段(多数意见)。

<sup>187</sup> ICS诉阿根廷案，第296段，第305-308段；戴姆勒案，第225-231段，第236段(多数意见)。

<sup>188</sup> 《中美洲自由贸易协定》草案(2004年1月28日)，可查阅<[http://www.sice.oas.org/TPD/USA\\_CAFTA/Jan28draft/CAFTAind\\_e.asp](http://www.sice.oas.org/TPD/USA_CAFTA/Jan28draft/CAFTAind_e.asp)>。

<sup>189</sup> 《哥伦比亚共和国与瑞士联邦关于促进和相互保护投资的协定》，2006年5月17日在伯尔尼签署，可查阅<<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/country/45/treaty/1008>>。

<sup>190</sup> 《日本与墨西哥合众国关于加强经济伙伴关系的协定》，2004年9月17日在墨西哥城签署，可查阅<[http://www.sice.oas.org/Trade/MEX\\_JPN\\_e/agreement.pdf](http://www.sice.oas.org/Trade/MEX_JPN_e/agreement.pdf)>；联合王国没有更改双边投资协定范本，其中将最惠国条款适用于争端解决。

206. 第三，有些协定没有提到争端解决规定是否被纳入最惠国条款的范围之内。有一些把最惠国条款的适用范围定义为适用于“其领土内投资的设立、获取、扩大、管理、开展、运营或其他处置。”然而，前文已经指出，这一规定被有些法庭解释为不包含争端解决，被另一些法庭解释为包含争端解决。

207. 研究组注意到，最惠国与争端解决规定的问题并未促使各国澄清现有协定的语言，将争端解决排除在外；也没有使各国谈判达成将其适用排除在外的新协定。事实上，大多数新协定倾向于忽略这一问题。对此至少有三种解释。

208. 第一，对现有协定重新谈判是一个漫长、复杂的过程，各国可能不会在其缔约议程上对此给予很高的重视，或者可能担心这会重新引起条约中的其他问题。

209. 第二，各国可能担心，通过改变新协定的措词来防止最惠国待遇适用于争端解决，会被法庭视为其现有协定不涵盖争端解决的一个标志。

210. 第三，各国可能认为在实践中，如前文所述，最惠国规定只有在最惠国条款的措词宽泛时才适用于争端的解决，而它们的最惠国规定的措词并不宽泛。

211. 不管哪种情况，研究组的结论都是，这里提供的关于怎样的措词可能被解释为把争端解决规定纳入最惠国条款范围的指导，以及政府明确排除其适用的协定的例子，可能有助于各国考虑其投资协定会得到怎样的解释，以及它们在就新协定进行谈判时要考虑哪些因素。

## 第五部分—结论概要

212. 自 1978 年条款草案缔结以来，最惠国条款的性质保持不变。1978 年条款草案的核心规定仍然是今天解释和适用最惠国条款的基础。然而，它们没有回答最惠国条款可能引起的所有解释问题。

213. 应根据《维也纳条约法公约》第三十一至第三十二条规定的条约解释规则对最惠国条款进行解释。

214. 关于最惠国条款的核心解释问题是该条款的范围以及同类原则的适用。也就是说，根据最惠国规定可以获取的好处的范围和性质取决于对这条最惠国规定的解释。

215. 在投资条约的仲裁中，最惠国条款适用于争端解决规定而不仅限于实体性义务，为思考最惠国规定提供了一个新角度，或许也带来了缔约方在投资协定谈判时没有预见到的结果。不过，这仍然是条约解释上的一个问题。

216. 最惠国条款是否涵盖争端解决规定最终取决于谈判制定这些条款的国家。明确的语言可以确保最惠国规定适用于或不适用于争端解决规定。否则，将由争端解决法庭逐案对最惠国条款进行解释。

217. 研究组在本报告中回顾的多个解释办法是为了帮助解释和适用最惠国规定。

---