



最惠国条款适用于国际投资争端 解决程序问题研究

田海 著

中国社会科学出版社



最惠国条款适用于国际投资争端 解决程序问题研究

田 海 著

中国社会科学出版社

图书在版编目(CIP)数据

最惠国条款适用于国际投资争端解决程序问题研究 / 田海著. —北京:
中国社会科学出版社, 2017. 11

ISBN 978-7-5203-1366-7

I. ①最… II. ①田… III. 国际投资-国际争端-最惠国待遇-研究
IV. ①D996. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 273440 号

出 版 人 赵剑英
责任编辑 梁剑琴
责任校对 季 静
责任印制 李寡寡

出 版 中国社会科学出版社
社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号
邮 编 100720
网 址 <http://www.csspw.cn>
发 行 部 010-84083685
门 市 部 010-84029450
经 销 新华书店及其他书店

印刷装订 北京君升印刷有限公司
版 次 2017 年 11 月第 1 版
印 次 2017 年 11 月第 1 次印刷

开 本 710×1000 1/16
印 张 13.75
插 页 2
字 数 226 千字
定 价 58.00 元



凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社营销中心联系调换
电话: 010-84083683
版权所有 侵权必究

序

记得美国著名教育界学者约翰·I. 古德莱得 (John I. Goodlad) 在其经典之作《一个称作学校的地方》(A Place Called School) 中提及诸如“学生学术学习成就最主要的因素不是教师和教学, 而是学生的家庭背景及来自不同家庭的学生的相互交往。造成学生成绩差异的最大原因也不是学校好的教学材料、设备、课程和教学法, 而是学生的家长是否受过良好的教育, 是否来自比较富裕的家庭”“学生与学生之间在教育成就方面的差异只能用社会经济地位和智商来解释”之类的论点, 以说明学校教育与学生的学术成就之间不具有相关性, 或至少没有显著的相关性。也曾经由此引发过“是学生成就学校, 还是学校成就学生?”的教育学讨论。对此, 作为一个普通教师——学校教育的一分子, 在没有数据支撑和理性分析的前提下, 虽然无法回答这一宏大的学术论题, 但是, 就情感而言, 即使接受“学生学术成就与学校/教师不相关”的结论, 却也并不妨碍教师在每一个学生成长并取得学术成绩时油然而生的浓浓成就感。相信所有教师都认同这样感受, 无须证明。此时, 恰逢我的博士生田海同学所著、在其博士毕业论文基础上完成的《最惠国条款适用于国际投资争端解决程序问题研究》一书付梓之际, 在向他表示祝贺的同时, 也分享我作为教师的满足与欣喜之情。

众所周知, 博士论文的写作既是博士生学习阶段最重要的环节, 更是一个走向学术道路、成长中的学生备受煎熬、痛苦折磨的过程: 在无数次地面对“问题意识”有无、“问题”真伪的拷问和“立法论”与“解释论”之间纠缠的同时, 还要面对学习、工作、家庭之间关系的各种压力, 以及人所共有之拖延惰性如何克服等诸多困扰, 因而构成体力、脑力、心力与耐力的多重挑战。田海同学的博士论文正是经过如此磨砺, 在不断地自我挑战、自我超越中取得的成果。如今, 论文进一步拓展成书, 无疑是他再接再厉、勇于攀升的标志。由衷希望田海同学在今后的学术道路上继

续努力、笔耕不辍，贡献出更多、更好的研究成果。

就本书而言，首先，在国际经济法领域中，于国际贸易，最惠国待遇条款素有 WTO 多边货物贸易法律体制基石之称，并得以普遍遵循和适用；而于国际投资，该条款虽为众多投资条约所纳入，但在国际投资争端解决程序，特别是国家与私人投资者之间的争端解决中，其适用却遭到很多质疑，并由此成为投资条约适用中的焦点争议之一。由此，本书针对这一问题进行专门的学术研究，其选题无疑顺应了当代国际经济法理论和实践发展的动态需求，兼具重要的理论意义和实践价值。其次，本书从最惠国条款于国际投资争端程序中适用的争议着手，分别从该问题的现实解决层面（条约解释）和未来立法层面（利弊权衡）进行论证和分析，并在寻求、衡量此类问题解决不同法律路径的基础上，对中国应当秉持的立场和方法提供对策建议。其内容主题突出，层次清楚，注意国际法相关学说理论、制度经验与实践发展的结合论证，在投资条约解释及相关案例分析方面均有一定的创新之处。基于此，我十分乐意向法学理论、实务界同仁推荐本书。如果读者能够从中获取新的知识或带来新的启发，那自然是值得高兴的；如果读者从中发现问题并与作者展开商榷，则对于作者本人和国际经济法的发展都更将是意义深远的幸事。

是为序。

肖 冰

2017 年 8 月 20 日

内 容 提 要

最惠国待遇是指授予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予国给予第三国或与之有同于上述关系的人或事的待遇。在国际条约中规定了最惠国待遇的条款称为最惠国条款。

最惠国条款有着悠久的发展历史，现今已成为国际投资条约的核心条款之一，对国际投资的自由化有着非常重要的作用。与此同时，现代大量国际投资条约中规定了“东道国—投资者”投资争端解决程序条款，这种条款在不同的国际投资条约中存在着内容的不同，体现了东道国管辖权和国际仲裁管辖权的冲突与博弈，因此在东道国和投资者之间存在巨大分歧。

最惠国条款的法律性质为缔约方之间的条约义务而非习惯国际法规范，因此其适用范围必须依赖于缔约各方的合意并体现在最惠国条款的表述中。通常缔约国会在基础条约中明确规定最惠国条款的适用范围和适用例外情形，但是当今大量的国际投资条约中，由于缔约国对最惠国条款的适用范围，尤其是与投资争端解决程序的关系采取了模糊性的措辞表述，引发了最惠国条款是否能适用于国际投资争端解决程序问题的争议。不同的仲裁庭对这个问题的认识存在分歧，形成了赞成适用与反对适用两种截然不同的实践。理论界对该问题的观点也是针锋相对。这种争议造成了实践的紊乱和理论的误解。但是从当前实践的数量来看，支持适用的实践占了多数。

从法律的现实层面来看，虽然当前国际上对最惠国条款的适用规则存在着不同的理解，但是还是形成了一些较为统一的规则，最惠国条款适用于国际投资争端解决程序的解释亦应符合其适用的规则。就“同类规则”而言，由于实体性事项与争端解决程序性事项在范围的同类性、内容的一致性、待遇标准的等同性、价值的趋同性等领域存在差异，故不满足“同类规则”的要求。就“更优惠待遇”规则而言，由于国内救济与国际

仲裁的不可比性、国际仲裁机构选择的差异、不同国际仲裁程序规则不一等方面缺乏比较,导致“更优惠待遇”规则的要求不能满足。

从法律的未来层面来看,最惠国条款适用范围的历史变迁表明最惠国条款有其产生的理论基础和现实利益选择,缔约国接受最惠国条款的目的在于增进而非减损其利益,这是最惠国条款运行的应然效果。但是在缔约实践中,缔约国可能忽视了最惠国条款扩大适用导致的后果。就理论基础而言,将最惠国条款适用于投资争端解决程序对平等理论和国家主权理论造成冲击。就实践后果而言,将对投资者母国、东道国、国际仲裁程序带来危害与冲击。这严重背离了缔约国的缔约目的,也严重损害了最惠国条款的健康发展。

在中国已经签订的大量国际投资条约中,就最惠国条款适用于国际投资争端解决程序问题而言,中国目前存在着大量的态度不明确的投资条约。尤其是近年来,中国在签订的部分国际投资条约中全盘接受了以ICSID为代表的国际仲裁管辖权。如果外国投资者主张将最惠国条款的适用范围扩大至争端解决程序,会使得中国在旧有投资条约中对国际仲裁管辖设置的“安全阀”丧失而导致严重后果。中国应站在反对最惠国条款适用于国际投资争端解决程序、不放弃国际仲裁机制的立场上,分别从新约中明确规定、旧约及时补救、完善实务工作等方面予以应对。

目 录

绪论	(1)
一 问题的提出	(1)
二 研究的意义	(6)
三 研究综述	(7)
四 研究的分析思路	(21)
第一章 最惠国条款适用于国际投资争端解决程序的理论与 实践争议	(22)
第一节 争议的起源	(22)
一 最惠国条款概述	(22)
二 最惠国条款的传统适用范围	(25)
三 争议的导火索：“Maffezini v. Spain 案”	(27)
四 “Maffezini v. Spain 案” 后的争议情况	(30)
第二节 理论之争	(35)
一 最惠国条款适用的客体	(35)
二 最惠国条款的宗旨	(37)
三 国际投资条约的宗旨	(38)
第三节 争议焦点及其本质	(40)
一 争议焦点	(41)
二 争议本质	(47)
第二章 最惠国条款适用于国际投资争端解决程序的现实判断： 条约解释	(59)
第一节 最惠国条款的适用规则	(61)
一 规则的渊源	(61)
二 规则存在的问题	(69)
第二节 “同类规则” 的相符难题	(71)

一	范围的同类性	(74)
二	内容的一致性	(76)
三	待遇标准的等同性	(78)
四	价值的趋同性	(81)
第三节	“更优惠待遇”的认定难题	(83)
一	国内救济与国际仲裁的不可比性	(85)
二	国际仲裁机构选择的差异	(88)
三	不同国际仲裁程序规则不一	(90)
第三章	最惠国条款适用于国际投资争端解决程序的未来考量:	
	利弊权衡	(97)
第一节	最惠国条款适用范围的变迁及基本线索	(98)
一	最惠国条款的形成与发展	(98)
二	最惠国条款适用范围的历史性飞跃	(102)
三	最惠国条款适用范围变迁的启示	(103)
第二节	最惠国条款适用的法理根基	(104)
一	平等理论	(105)
二	国家主权理论	(111)
第三节	最惠国条款适用于国际投资争端解决程序的	
	理论挑战	(113)
一	平等性冲突	(114)
二	主权原则的背离	(122)
第四节	最惠国条款适用于国际投资争端解决程序的	
	实践障碍	(124)
一	对投资者母国的利与弊	(124)
二	对东道国的危害	(132)
三	对国际仲裁的冲击	(148)
第四章	最惠国条款适用于国际投资争端解决程序对中国的	
	挑战与应对	(153)
第一节	中国面临的挑战	(155)
一	中国现有条约中最惠国条款与争端解决程序的关系	(155)
二	中国对国际仲裁管辖权的“超前”接受	(156)
三	“Ekran 案”: 中国面临的风险	(160)

第二节 中国应对的立场	(162)
一 反对最惠国条款适用于投资争端解决程序	(162)
二 不可放弃国际仲裁机制	(169)
第三节 中国应对的建议	(176)
一 新约中明确规定	(176)
二 旧约及时补救	(179)
三 完善实务工作	(179)
结论	(183)
参考文献	(185)
后记	(208)

绪 论

一 问题的提出

最惠国待遇 (Most-Favored-Nation Treatment) 是指授予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予国给予第三国或与之有同于上述关系的人或事的待遇。^① 而“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的一种条约约定”^② 则为最惠国待遇条款 (Most-Favored-Nation Treatment Clause) (以下简称最惠国条款)。因此, 最惠国条款的法律性质为国际条约义务, 条约中的最惠国条款既是最惠国待遇的法律基础, 也是维护国际经贸领域的公平竞争秩序, 保障国际经贸竞争者“机会均等”的重要法律依据。从国际契约法的角度来看, 最惠国条款的适用必然要存在两种不同的条约: 一种是规定授予国 (granting State) 与受惠国 (beneficiary State) 之间的最惠国条款的条约, 通常称为“基础条约” (basic treaty); 另一种是由授予国与受惠国之外的第三国签订的条约, 作为最惠国待遇援引参照标准的条约, 通常称为“第三方条约” (third party treaty)。

最惠国条款经过数百年的曲折发展, 已经成为当今国际贸易赖以进行的“柱石”。^③ 鉴于国际贸易与国际投资有着密切的关系, 最惠国条款的

① 联合国国际法委员会 1978 年第 30 次会议上通过的《关于最惠国条款的规定 (草案)》(Draft Articles on Most-Favored-Nation Clauses) 第 5 条。

② 联合国国际法委员会 1978 年第 30 次会议上通过的《关于最惠国条款的规定 (草案)》(Draft Articles on Most-Favored-Nation Clauses) 第 4 条。

③ 赵维田:《世贸组织 (WTO) 的法律制度》, 吉林人民出版社 2000 年版, 第 58 页。

适用范围扩大至国际投资领域,该条款在当代国际投资条约(协定),^①尤其是双边投资条约(Bilateral Investment Treaties, BITs)中成为必备条款,^②被视为国际投资条约的“核心要素”。^③在国际投资条约中,最惠国条款通常要求缔约国给予外国投资者和投资的待遇不低于缔约国给予任何第三国的投资者和投资所享有的待遇,以避免在不同国籍的投资者之间造成歧视,促使东道国对外国投资的保护趋于一致。^④当代国际投资条约中最惠国条款的规定虽然在结构上大致相同,基本含义一致,但是其所使用的措辞和适用范围却不尽相同。^⑤因此,各国对最惠国条款适用范围的理解也就存在着分歧。

国际投资争端解决的类型根据参与主体可以分为“私人—私人”“国家—国家”“投资者—东道国”三种模式。对于“私人—私人”类型的争端,一般认为属于东道国国内法的问题,由东道国国内法予以规制;“国家—国家”类型的争端,是资本输出国与资本输入国之间的投资争端,属于国际公法争议,^⑥是国际公法争议在国际投资领域的延伸;“投资

① 有学者认为,国际投资条约(协定)指双边投资条约(Bilateral Investment Treaties, BITs)、双边税收条约(Double Taxation Treaties, DTTs)、包含投资章节的自由贸易协定(Free Trade Agreement, FTA)和其他国际投资协定。参见张宏乐《国际投资协定中的最惠国条款研究》,博士学位论文,复旦大学,2010年。也有学者认为,双边投资协定及包含投资章节的自由贸易协定总称为国际投资条约(协定)。See Kyla Tienhaara, *Investor-state Dispute Settlement in Trans-Pacific Partnership Agreement*, Submission to the Department of Foreign Affairs and Trade, Regulatory Institutions Network Australian National University Press, 2010, p. 3. 本书虽然承认前一种理解更为全面,但人们通常所理解的国际投资条约(协定)主要指双边投资协定和包含投资章节的自由贸易协定。联合国贸易与发展会议(UNCTAD)发布的《2012世界投资报告》也将国际投资协定(IAs)分为两大类:BITs和other IAs两类,在other IAs中,主要指的是FTA。See World Investment Report 2012, Overview xx. 因此,除非明确表明,本书中的国际投资条约(协定)指双边投资协定和包含投资章节的自由贸易协定。

② 在国际上曾经有一些拉美国家长期坚持“卡尔沃主义”,只同意给外国投资者以国民待遇,这些国家认为最惠国待遇有可能使得外国投资者获得特权,但是只要最惠国待遇不会带来这种消极的后果,他们也对在投资协定中纳入这一待遇予以认可。20世纪90年代以来,拉美国家对外资的政策趋于开放,最惠国待遇也逐渐得到了普遍认同。参见张庆麟《国际投资法问题专论》,武汉大学出版社2007年版,第86页。

③ 韩立余:《国际经济法学原理与案例教程》,中国人民大学出版社2012年版,第367页。

④ 黄世席:《国际投资仲裁中最惠国条款的适用和管辖权的新发展》,《法律科学》2013年第2期。

⑤ UNCTAD, “Most-Favored-Nation Treatment”, *UNCTAD Series on issues in international investment agreements*, UNCTAD/ITE/IIT/10/Vol. III, UN, 1999, p. 5.

⑥ 范剑虹:《国际投资法导读》,浙江大学出版社2000年版,第224页。

者—东道国”类型的争端是国际投资争端的基本形式，反应和体现了国际投资关系与其他国际经济关系的不同。由此确立的争端解决方法 and 处理原则也明显有别于国际经贸领域中形成的一般规则，具有典型的研究价值。^①因此，本书中所指的国际投资争端仅指“投资者—东道国”类型的争端。所指的国际仲裁，也仅指“投资者—东道国”类型的国际投资仲裁（即 Investor-State dispute settlement, ISDS 型投资仲裁或国际混合仲裁）。^②

当东道国政府与外国投资者发生投资争端时，适用何种机制来解决争端成为双方关注的重要问题。适用的争端解决机制不同，将来裁判的结果就可能大有差别。因此，争议双方此时最为关注的法律依据就是投资条约中约定的争端解决相关条款。国际投资争端解决的方式可以分为磋商、外交保护、东道国当地救济、国际仲裁等几种类型。实践中磋商已经成为必经程序，外交保护已基本被国际社会弃之不用，此时东道国和投资者的分歧往往就表现为解决争端的方式是通过东道国当地救济还是通过国际仲裁。在国际投资条约中，这两种争端解决方式一般是相互排斥的，选择了一种就不能再选择另外一种（如岔路口条款限制）。因此，这种分歧的背后实际上是东道国的国内管辖权与国际仲裁的国际管辖权之争。

（一）问题的产生

与传统的东道国当地救济相比，中立的国际仲裁更能赢得投资者的信任。因此为了鼓励和促进国际投资，晚近的国际投资条约中大量引入国际仲裁作为投资者与东道国发生投资争端时的争端解决方式。在这种国际仲裁中，争端双方对将争议提交仲裁的“合意”（尤其是东道国的同意）构成了国际仲裁机构^③管辖权的法律依据。但是在缔约实践中，缔约方出于各种考虑，在不同的条约中对争端解决程序的规定也有所不同：有的条约

① 肖冰：《论国际投资的争端解决方式与法律适用问题》，《国际贸易问题》1997年第4期。

② 实际上，这种国际仲裁如果严格从管辖权来源的法律依据上分，还可以分为依合同仲裁和依条约仲裁，一般认为依合同仲裁由于合同签订主体为东道国和外国私人投资者，因此属于东道国国内合同法调整范畴。只有在依投资条约仲裁这种情况下，才会出现国际法调整的情形，依投资条约仲裁也是实践中的常态，中国有学者将这种条约仲裁称为“投资条约仲裁”，本书同意这种观点。参见石慧《投资条约仲裁机制的批评与重构》，法律出版社2008年版，第14—15页。就本书所谈的问题而言，由于最惠国条款的法律属性为条约义务，故不涉及合同仲裁的问题。

③ 常见的有《华盛顿公约》仲裁庭（ICSID）、斯德哥尔摩商会仲裁庭（SCC）、联合国贸易法委员会仲裁庭（UNCITRAL）等。

规定了所有争议均可提交国际仲裁机制；有的条约则是将国际仲裁机制的适用局限于特定的投资争端（如征收及补偿）；有的条约则对适用国际仲裁机制规定了若干附加条件或期限等。这些规定的差别在不同程度上影响着投资者诉诸国际仲裁的权利。^①

那么对于依据投资者母国与东道国签订的投资条约（基础条约）诉诸国际仲裁的权利受到限制的投资者是否可以根据基础条约中的最惠国条款，去选择适用东道国在其他投资条约（第三方条约）中给予第三方投资者的“更为有利”的争端解决程序？尤其是选择对投资者“有利”或“更优条件”的国际仲裁？例如，当甲国与乙国签订的投资条约中没有规定“东道国—投资者”国际仲裁条款或者对将争议诉诸国际仲裁附加了若干前提条件（如等待期或规定仅涉及征收补偿问题可申请仲裁），而甲国与丙国签订的投资条约中则允许将争议直接提交国际仲裁或者附加更少的前提条件即可提交国际仲裁，则乙国投资者是否可以依据基础条约中的最惠国条款主张享有和丙国投资者一样的待遇，将其与甲国间的投资争端直接提交国际仲裁或者可以不用满足前提条件即可申请国际仲裁？即最惠国条款是否可以适用于投资争端解决程序的问题。^②

（二）对问题的争议

该问题在国际贸易关系领域^③或者国际投资关系领域中都从未遇见过，一经提出便引起国际上极大的争议，在实践中更是不断有投资者向国际仲裁庭提出这样的要求与尝试。终于使得 1997 年 ICSID 仲裁庭受理的“Maffezini v. Spain 案”成为这一争议的导火索。在该案中外国投资者

① 王楠：《最惠国待遇条款在国际投资争端解决事项上的适用问题》，《河北法学》2010 年第 1 期。

② 严格来讲的话，国际投资争端解决中的程序事项问题是一个包括了管辖权确定、准据法选择等与争端解决程序相关的法律问题。但是从现有的案例来看，所有的案例均为管辖权争议，因此本书所指称的程序事项问题仅限定为与管辖权确定有关的问题。

③ 在国际贸易领域，争端解决方式一般为“国家—国家”模型，加上由于当今世界大部分国家，尤其是贸易大国多为 WTO 成员方，依照 WTO 对争端解决的规定，要求成员方排他地将争端提交 WTO 争端解决机制（DSB），因此没有出现过有成员方提出利用最惠国条款来挑选争端解决机构（场所）的问题。当然，在理论上存在着某个 WTO 成员方缔结的其他条约中规定了与 WTO 不同的争端解决方式，这的确会出现管辖权竞合的问题，但是由于无法判断何者“更优”，也就很难利用最惠国条款去挑选争端解决机构，故也从来没有过相关案例。关于区域贸易管辖权与 WTO 管辖权的冲突，可以参阅王春捷《区域与 WTO 管辖权冲突协调机制初探——以 NAFTA 的实践为例》，《东岳论丛》2012 年第 12 期。

Maffezini (阿根廷) 主张最惠国条款可以适用于投资争端解决程序, 因而其可援引该条款享受东道国 (西班牙) 给予第三国的在争端解决程序方面更优惠的待遇。该案仲裁庭在其管辖权决定 (Decision on Jurisdiction) 中指出, 双边投资条约中的最惠国条款可以适用于争端解决程序, 投资者可以依据最惠国条款选择其认为更有利的争端解决规定。^① 在 “Maffezini v. Spain 案” 的示范和引导下, 投资者频繁通过援引最惠国条款向国际仲裁庭提起投资仲裁。最惠国条款越来越多地被适用于争端解决的程序性事项, 被学者认为是 “使得传统的着重保护实体权利的最惠国条款开始了向保护程序性权利的扩张, 从而也使得国际仲裁庭扩张了管辖权”^②。

对于最惠国条款适用于国际投资争端解决程序问题, 当前国际仲裁庭和理论界存在两种不同的实践和观点。一类是肯定派观点, 认为为了避免歧视起见, 投资者可以援引基础条约中的最惠国条款, 转而适用第三方条约中的争端解决方式来代替原基础条约中规定的争端解决方式; 另一类是否定派观点, 认为最惠国条款的适用条件并不满足, 尤其是缔约国和投资者之间缺乏国际仲裁的一致意思, 因此不可适用于投资争端解决程序。从当前国际仲裁庭裁决案件的数量来看, 仲裁庭支持最惠国条款适用于争端解决程序的裁决比反对对其适用于争端解决程序的裁决略多一些 (13 : 8)。双方理由各有依据, 无论哪一方也没有形成压倒性的胜利, 导致了十多年来国际仲裁界的实践还没有形成一种前后一致的规则。不同解决投资争议的仲裁庭, 甚至同一仲裁庭的不同成员对于最惠国条款与争议解决程序的关系持有不同的观点, 导致了不同裁决书中对于此问题的认识也有所不同。有时即使针对同一个投资条约规定的最惠国条款, 仲裁庭也可能做出完全不同的决定。例如 “Siemens v. Argentina 案”^③ 和 “Wintershall v. Argentina 案”^④, 针对同样的德国—阿根廷双边投资条约 (BITs) 中规定的最惠国条款和提起国际仲裁前 18 个月先向东道国国内法院提起救济

① Maffezini v. Spain, ICSID Case No. ABR/97/7, Decision on Objection to Jurisdiction of January 25, 2000, para. 58.

② 陈安、蔡从燕:《国际投资法的新发展与中国双边投资条约的新实践》, 复旦大学出版社 2007 年版, 第 191 页。

③ Siemens A. G. v. The Argentina Republic, ICSID Case No. ARB/02/8.

④ Wintershall v. The Argentina Argentina Republic, ICSID CASE No. ARB/04/14.

的时限要求,两个不同的仲裁庭却给出了完全相反的裁决。各国学者也大多基于本国国情的考虑而主张不同的观点。

这种不统一的实践和观点直接影响着国际仲裁裁决结果的可预见性和一致性,更是大大地减损了最惠国条款的制度价值。对于缔约国来说,可能在不知不觉中签订了许多对本国经济发展并非有利的投资协定。结果在投资争端产生之后由于最惠国条款的援引,使得原本基础条约约定的争端解决方式的适用具有了很大的不确定性,不仅大大降低了投资争端解决程序的效率,也损害了东道国的合法权益。对投资者来讲,将最惠国条款适用于投资争端解决程序使得投资者可能规避东道国的法律管辖,产生了“条约挑选”和“条约搭配”的行为,这种适用甚至可能也超出了投资者母国签订投资条约时的本意。因此,最惠国条款的这种适用可能并不符合缔约双方缔约当时的合理预期或扭曲了缔约双方缔约时的原意,使得双方缔约的意图落空。但是,从最惠国待遇的权利义务“多边化”效果和“非歧视”的要求来看,似乎又不能排除最惠国条款的适用。

因此本书所要提出并回答的问题是,最惠国条款能否(扩大)适用于国际投资争端解决程序?

二 研究的意义

从实践来看,最惠国条款能否适用于国际投资争端解决程序这种争议只发生在国际仲裁中。投资者最初提起索赔请求的依据并非是最惠国条款,而是东道国对投资条约中实体义务的违反。投资者援引最惠国条款只是为了争取国际仲裁庭管辖权的成立,这与东道国违反最惠国待遇之诉存在质的不同。虽然当前学术界对该问题进行了研究,但是大多都集中在对国际仲裁庭的裁决理由和解释方法的评价上。从方法论来看,这是立足于解释论的研究。从立法论角度来展开研究的成果笔者暂时没有找到,当然这可能是笔者所采用的搜索工具^①或者本人的学识有限之故。

笔者赞同这样的观点,即没有辩论与交锋的科学研究是一潭沉寂的死

^① 笔者使用的主要国际文献数据库为:Westlaw International、HeinOnline、EEBO、Kluwer Law Online Journals。中文文献数据库主要为:中国知网数据库(CNKI)、北大法宝法律信息数据库、超星数字图书馆、万方数据知识数据库。

水,无法取得共识的学界是一盘可悲的散沙。^①针对目前国际仲裁中表现出的不同实践和理论界的不同观点,笔者认为当前的学术研究应该对前人的成果进行归纳和总结,从立法论的角度深层次地研究最惠国条款的适用范围。尤其是,当前的学术研究应进一步探究最惠国条款的理论基础与适用的一般规则,去研究诸如“最惠国条款的适用范围是什么?最惠国条款适用的范围如何类别化?”之类的问题。^②就本书的研究而言,通过研究“最惠国条款能否适用于国际投资争端解决程序”这样的一个小问题,去试着研究“最惠国条款的适用范围”这样的一个大问题。因此,本书的研究具有理论和实践的双重意义。

理论意义在于:通过研究最惠国条款适用的一般规律和范围,找出最惠国条款适用于国际投资争端解决程序的特殊性,完善最惠国条款的相关理论。

实践意义在于:第一,当前国际仲裁庭在最惠国条款适用于国际投资争端程序问题上,大量运用法律解释的技术来阐述意见,不仅使得裁决缺乏说服力,也导致了裁决之间缺乏一致性而影响了当事人的合理预期。最惠国条款在国际投资争端解决程序的适用上的特殊性能为国际仲裁庭和当事人类似案件的实践提供指导。第二,最惠国条款已经成为中国对外签订国际投资条约的必备条款,同时近年来中国在缔约的实践中逐步全盘接受国际仲裁的管辖权。最惠国条款的多边化效应会使得这种接受被大大地扩展,导致了早期投资条约中针对国际仲裁设置的“安全阀”被拆除,增加了中国在国际仲裁中被诉的风险。通过本书的研究,为中国应对这一威胁提供可行的应对措施。

三 研究综述

最惠国条款能否适用于国际投资争端解决程序是近年来国际投资法领域出现的一个新问题,国际和国内均有相关的研究。从研究的内容来看,

^① 宋晓:《程序法视野中冲突规则的适用模式》,《法学研究》2010年第5期。当然,交锋也意味着对前人观点的不同评价,尤其是挑战一些权威的观点和结论。在笔者看来,交锋不一定是非要推翻某种观点,对某种观点提出质疑也是一种交锋的形式。

^② 笔者在这些年从事法学研究的过程中,逐渐形成了一个可能不太成熟的观点,即任何法律制度都具有相对性,其适用的范围或者领域也应该是相对的,没有放之四海而皆准的法律制度。最惠国条款也不例外,应该也有一定的适用范围。光从目前大量国际条约中的最惠国条款的适用例外的规定中,就足以证明这一点。