



国际法委员会

第五十五届会议

2003年5月5日至6月6日和
7月7日至8月8日，日内瓦

关于外交保护的第四次报告

特别报告员约翰·杜加尔德先生

增编

目录

	段次	页次
B. 关于对公司和股东实行外交保护的拟议条文（续）	106-123	2
5. 第21条（特别法）	106-112	2
6. 第22条（法人）	113-123	4



B. 关于对公司和股东实行外交保护的拟议条文（续）

5. 第 21 条（特别法）

第 21 条

特别法

这些条文不适用于国际法特别规则就保护公司或公司股东，包括解决公司或公司股东与国家间争端作出规定的情形。

106. 关于外交保护的第四次报告提请注意一个事实，即外国投资目前多半由双边投资条约所规范和保护。¹ 近年来，双边投资条约的数量已显著增加。据估计，目前订有将近 2 000 项此种条约。²

107. 双边投资条约为投资争端的解决提供了两条途径，作为东道国国内补救办法的替代办法。首先，条约可规定，投资者与东道国间的投资争端须通过特别法庭或《关于解决国家与他国国民之间投资争端公约》下的国际投资争端解决中心设立的法庭直接解决。³ 其次，条约可规定，投资争端须通过投资者（公司或个人）国籍国与东道国就双边投资条约有关规定的解释或适用问题寻求仲裁的方法加以解决。这第二种程序通常在所有争端中都可使用，其结果是巩固了投资者——国家争端解决机制。

108. 一旦援用了双边投资条约或国际投资争端解决中心规定的争端解决程序，有关外交保护的惯法规则即被排除在外。⁴ 双边投资条约⁵ 和国际投资争端解决中心公约对此均有明确规定。⁶

¹ A/CN.4/530, 第 17 段。

² 见 Julianne Kokott 向国际法协会人员和财产外交保护问题委员会提出的关于 “The Role of Diplomatic Protection in the Field of the Protection of Foreign Investment” 的临时报告，在 Report of the Seventieth Conference, New Delhi (2002), p. 265。又见 Kenneth J. Vandervelde, “The Economics of Bilateral Investment Treaties” 4 (2000) 41 Harvard International Law Journal 469。

³ 《联合国条约汇编》，第 575 卷，第 159 页；(1965)《国际法材料》，第 4 卷，第 524 页。

⁴ 见 Kokott, 前注 2, 第 268 页；Paul Peters, “Dispute Settlement Arrangements in Investment Treaties” (1991) 22 Netherlands Yearbook of International Law 91。

⁵ 见 1997 年 4 月 18 日德国-菲律宾协定，其第 9 (3) 条规定：“在仲裁程序尚未终止并且某一缔约国未能遵守或履行国际投资争端解决中心作出的裁决前，任何缔约国均不得通过外交途径处理提交仲裁的任何事项” (Kokott 引述，前注 2, 脚注 24)。

⁶ 《国际投资争端解决中心公约》第 27 (1) 条规定：

“对于缔约国国民和另一缔约国已根据本公约同意提交或已提交仲裁的争端，该缔约国不得给予外交保护，或提出国际主张，除非另一缔约国未能遵守和履行对争端作出的裁决”。

109. 同关于外交保护的国际习惯法制度相比，双边投资条约和国际投资争端解决中心规定的争端解决程序为外国投资者提供了更多的好处，因为它们为投资者提供了直接获得国际仲裁的机会，避免了外交保护的随意性所固有的政治不确定性。⁷

110. 国际法院在巴塞罗那电车公司案中承认了上述类型的特别制度的存在：

“因此，从目前的法律状况来看，要保护股东利益就需要在私人投资者和投资国家之间直接订立条约或作出专门安排。国家越来越经常地通过双边和多边关系提供此种保护，或是缔结专门文书或是在更广泛的经济安排框架内进行。无论其形式是国家之间的多边或双边条约，还是国家与公司之间的协定，自第二次世界大战以来在保护外国投资方面的确有了很大的发展。有关文书载有关于一旦对投资公司在其投资的国家所受待遇发生争端时应实施的管辖权和程序的规定。有时候公司本身就有权通过规定的程序来保护自己的利益不受国家侵犯。”⁸

111. 该法院倾向于将此类安排视为构成当事方间的特别法，其目的是建立特别投资保护制度。⁹

112. 第 21 条旨在明确规定，本条文草案不适用于双边和多边投资条约规定的保护外国投资者的替代性特别制度。它与委员会关于国家对国际不法行为的责任的条文草案第 55 条具有相同的作用，¹⁰ 反映了最大限度的特别法优于普通法。要适用该原则，“仅由两种不同规定来处理同一主题事项是不够的；两者之间一定存在着某种实际的矛盾，或者可以看到用一种规定排斥另一规定的意图。”¹¹ 关于对公司投资实行外交保护的国际习惯法规则与双边和多边投资条约建立的外国投资特别制度之间存在明显不同。前者规定此种保护仅由国家酌情提供，并在有限例外的情况下仅对公司提供保护，而后者则赋予作为公司或股东的外国投资者以可由国际仲裁法庭裁决的权利。因此，类似于第 21 条的规定在本套条文草案中是不可或缺的。

⁷ 见 Kokott, 前注 2, 第 276 至 277 页, 引述于《第四次报告》, 前注 1, 第 7 至 8 页 (第 17 段)。

⁸ 《1970 年国际法院案例汇编》, 第 3 页, 见第 47 页 (第 90 段)。

⁹ 又见同上, 第 40 至 41 页 (第 62 至 63 段)。参看 Asoka de Z. Gunawardana, “The Inception and Growth of Bilateral Investment Promotion and Protection Treaties” (1992) 86 Proceedings of the American Society of International Law 544, 550。

¹⁰ 《大会正式记录, 第五十六届会议, 补编第 10 号》及更正 (A/56/10 和 Corr.1), 第 77 段, 第 55 条的评注。

¹¹ 同上, 第 (4) 段。本报告没有试图讨论关于该主题的判例, 因为关于后者可见委员会关于第 55 条的评注: 同上, 第 (5) 段。又见 Bruno Simma, “Self-Contained Regimes” (1985) 16 Netherlands Yearbook of International Law 111。

6. 第 22 条（法人）

第 22 条

法人

第 17 条至 21 条所载的关于公司的原则应比照适用于其他法人。

113. 关于外交保护的第四次报告。¹² 全部是关于一类专门的法人——公司。第 22 条将所阐述的关于公司的规则适用于其他法人，同时考虑到在其他法人案件中必须根据其性质、宗旨和结构作出的更改（作必要的更改）。关于本条的评论解释了为何本套条文的重点放在而且应当放在公司，以及为何无法进一步拟订关于每类法人的外交保护的条文。

114. 普通意义的“人”是指某人。然而，在法律意义上，“人”是指法律赋予其取得权利和承担义务的能力的任何存在物、客体、团体或机构。法人“不是自然现象，而是法律的产物”。¹³ 法律制度可随意给予任何客体或团体以法人地位。各法律制度在赋予法人地位方面没有一致性或统一性。

115. 罗马法中有两类法人：**自然人的团体**和**财产总体**。前者是人员组成的团体，大体对应于现代的公司，其中包括国库、市政当局和 *collegia fabrorum*（行会）。后者是形成一个单独法人实体的资产和债务集合，与任何个人均无联系：*hereditas jacens*（尚未有继承人的财产）和 *pia causa*（财团）。在基于罗马法的大多数法律制度中，自然人的团体已演变为公司，而财产总体已演变为基金会（荷兰文为“stichting”、德文为“Stiftung”）。¹⁴ 不过，自然人的团体在整个中世纪主要限于市政当局和行会。只是到了十六世纪，由于股份公司的出现，贸易公司与法人人格间的联系才逐渐形成。¹⁵

116. 法学界对于法人的法律性质、¹⁶ 特别是法人的形成方式存在争论。拟制说（与 von Savigny 有关）认为，只有国家的正式并入行为才能形成法人。这意味着除自然人以外的机构可通过国家的行为获得法人特权。国家通过法律的拟制将其等同于自然人，但需受到法律可能设置的限制。另一方面，实在说（与 Gierke 有关）则认为，法人存在是一种现实，不取决于国家承认。如一个团体或机构作为一个单独法律实体行事，它便成为具有所有法人属性的法人，而无需国家赋予

¹² A/CN.4/530。

¹³ J.H. Beale, *Conflict of Laws* (1935), II, para. 120.2.

¹⁴ H.R. Hahlo and Ellison Kahn, *The South African Legal System and its Background* (1968), pp. 104-5.

¹⁵ 例如垄断对俄贸易的 Muscovy 公司(1555)、英属东印度公司(1600)和荷属东印度公司(1602)。

¹⁶ Martin Wolff 认为，关于该主题有 16 种学说：(1938) 54 *Law Quarterly Review* 496。

其法人地位。¹⁷ 无论实在说的长处如何，法人显然必须得到法律、即某种国内法制度的某种承认才能存在。欧洲法院和国际法院均强调了这一点。在关于自由组成公司问题的**每日邮报案**中，欧洲法院指出：“应当铭记的是，与自然人不同，公司是法律的产物它们只有在规定其组成和运作的不同国家立法下才存在。”¹⁸ 国际法院在**巴塞罗那电车公司案**中裁定：

“在该领域，国际法需要承认在国际领域中具有重要和广泛作用的国内法团体。这并不意味着将国际法团体与国内法团体进行任何类比，也不等于使国际法规则依赖于国内法类别。它的全部含义在于，国际法必须承认法人实体是各国在主要属于国内管辖权范围的领域内建立的团体。这就需要在出现有关国家在对待公司和股东方面的权利的法律问题，而国际法尚未就该权利制订其自己的规则时，国际法必须参考国内法的有关规则。因此，鉴于法人实体及其股东在国内法中的权利与本案相关，法院必须注意这些权利的性质和相互关系。”¹⁹

117. 鉴于法人是国内法的产物，因此目前存在范围广泛的具有不同特点的法人，包括公司、公营企业、大学、学校、基金会、教会、市政当局、非营利团体、非政府组织甚至包括合伙企业（在一些国家内）。由于无法找到所有这些法人的共同、统一特点等原因，关于国际公法²⁰ 和国际私法²¹ 的著述者在研究国际法中的法人时多半只考虑公司——营利的商业企业。这种企业的资本以股份为代表，在公司这一独立实体与承担有限责任的股东之间存在严格分别。²² 不过，法学家采取这种办法还有进一步的解释。与公营企业、大学、市政当局、基金会及其他法人不同，公司实际上是参与对外贸易和投资的主要法人，其活动不仅促进了国际经济生活，而且还推动了国际争端解决机制的发展。对法人

¹⁷ Hahlo and Kahn, 前注 14, 第 107 页。又见 Note: “What we Talk about when we Talk about Persons: The Language of Legal Fiction” (2001) 114 Harvard Law Review 1745。

¹⁸ ECJ, Case 81/87 The Queen v. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, *ex parte* Daily Mail and General Trust [1988] ECR 5483, at para. 19。

¹⁹ 《1970 年国际法院案例汇编》，第 34 至 35 页（第 38 段）。

²⁰ 例如，见 I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5th ed. (1998), pp. 425, 486; P. Daillier and A. Pellet (eds.), *Nguyen Quoc Dinh's Droit International Public*, 6th ed. (1999), p. 492; R. Jennings and A. Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, 9th ed. (1992), vol. 1, pp. 517, 869; D.P. O'Connell, *International Law*, 2nd ed. (1970), pp. 1039ff; A. A. Faturos, “National Legal Persons in International Law” in *Encyclopedia of Public International Law* (ed. R. Bernhardt), vol. 3, p. 495。

²¹ 例如，见 L. Collins (ed.), *Dicey and Morris on the Conflict of Laws* 13th ed. (2000), vol. 2, pp. 1101ff; P. North and J. J. Fawcett *Cheshire & North's Private International Law*, 13th ed. (2001), pp. 171ff。

²² 关于公司的这些共同特点的叙述，见**巴塞罗那电车公司案**《1970 年国际法院案例汇编》第 34 页，第 40 至 41 段。

的外交保护主要是关于对外国投资的保护。这就是为何公司是占据外交保护领域核心的法人，²³ 以及为何本套条文草案的确而且应当主要关注该实体。

118. 尽管公司是外交保护领域的主要法人，但它并不是可能需要此种保护的唯一法人。

119. 常设国际法院的判例法显示，在某些情形下，市镇²⁴（市政当局）或大学²⁵可视为法人，即一国国民。在这种法人是不属于保护国机构的独立实体的前提下，如果它们在国外受到损害，就没有理由不给予其获得外交保护的资格。由于外交保护程序是专门为了保护不属于国家的自然人或法人，因此在大多数情况下，作为政府地方分支机构的市政当局以及由国家出资并最终由国家控制的大学²⁶将不具有获得外交保护的资格。

120. 由捐赠者或遗嘱人为慈善目的而留下的资产组成的非营利基金会构成没有成员的法人。目前，有许多基金会资助国外的项目，以促进发展中国家的卫生、福利、妇女权利、人权和环境。如果这种法人受到东道国国际不法行为的影响，它将很可能得到其成立地所在国的外交保护。在国外从事有益事业的非政府组织看来与基金会属于同一类别。不过，Karl Doehring 提出不同论点。²⁷ 他指出：

“非政府组织是一个法律主体，一个法人，其法人地位来自国家法律秩序。非政府组织成员不是国家或其政府，而是具有外国国籍的私人或在外国注册的国家团体或在外国登记的企业。非政府组织本身往往在其行政部门或总部行使职能的国家注册，因此具有该国国籍。将非政府组织纳入国家法律秩序是其能够在管理物资采购或办公地租用等自身事务时作为法人行事的不可避免的先决条件。因此，尽管非政府组织的任务具有国际性质，但它仍

²³ Brownlie 指出，前注 20，“关于公司的一个主要问题是对公司及其股东实行外交保护的权力”（第 426 页）。

²⁴ 常设国际法院在波兰上西里西亚的德国利益案中裁定，拉蒂博尔镇属于《1922 年德国波兰关于上西里西亚的公约》所述的“德国国民”类别，《常设国际法院案例汇编》，A 辑，第 7 号，第 73 至 75 页。

²⁵ 常设国际法院在捷克斯洛伐克-匈牙利混合仲裁法庭裁决上诉案（Peter Pazmany 大学诉捷克斯洛伐克）中裁定，Peter Pazmany 大学是《Trianon 条约》第 250 条所述的匈牙利国民，因此有权索回属于它的财产，《常设国际法院案例汇编》，A/B 辑，第 61 号，第 208、227 至 232 页。

²⁶ 美国等国家的私立大学将有资格得到外交保护；私立学校如根据国内法享有法人地位，也将有资格得到外交保护。

²⁷ “Diplomatic Protection of Non-Governmental Organizations”, in *El derecho internacional en un mundo en transformación: liber amicorum: en homenaje al professor Eduardo Jiménez de Arechaga* (1994), pp. 571-580.

具备一国国籍。但是，由于此种组织不是国际法主体，我们不得不在其法律关系出现问题时追溯其国家地位。”²⁸

不过，他接着指出，这种非政府组织与其注册国没有足够联系，没有资格获得外交保护。他指出，由于其成员和活动遍及全球，因此，根据**马夫罗马蒂斯**规则，一个非政府组织受到的损害不能视为对注册国的损害。²⁹ 这种说理颇具争议，它对**诺特鲍姆案**³⁰ 注意过多，而对**巴塞罗那电车公司案**注意过少。尽管如此，它突出反映了这样的事实，即不同法人引起不同问题和看法，无法编纂成为一条规定。

121. 合伙企业也许最能说明法人可能具有的多种不同形式。在大多数法律制度中，合伙企业不是法人，“国际法所保护的是单个合伙人的利益”。³¹ 然而，在一些法律制度中，合伙企业享有法人地位。³² 在这种情况下，对合伙人的处理方式也许应与股东的处理方式大体相同。根据欧洲共同体法律成立的欧洲经济利益团体（EEIG）说明了该问题。³³ 成立该实体所依据的条例第 1 (2) 条规定，“以此种方式成立的团体，自其根据第 6 条规定进行注册之日起，即能以自身名义拥有各种权利和义务，订立合同或完成其他法律行为，并提起诉讼和被起诉。”第 1 (3) 条随后规定，“成员国应决定根据第 6 条在其登记册中注册的团体是否具有法人地位。”因此，由统一法规赋予同等法律能力的同类实体可能在一个欧洲联盟成员国中被赋予法人地位，而在另一个成员国中则没有这种地位。

尽管习惯法将公司和合伙企业作为完全不同的实体处理，但一些法律制度承认混合形式。例如，德国承认 *Kommanditgesellschaft auf Aktien*（股份有限公司）。它与公营公司（股份公司（AG））一样拥有股东，但其中一名或多名股东应承担无限责任，并往往出任董事或经理。股份两合公司具有法人地位，且必须有至少一名普通合伙人；而股东之间则按照有关股份公司的规则管理。³⁴

122. 对一些种类的法人所作的这种简要调查旨在说明，无法分别拟订不同规定，以涵盖不同类型法人的外交保护问题。最明智和唯一现实的做法是拟订一条规定，将对公司实行的外交保护原则扩展到其他法人——但需考虑到每种法人的不同特点作出必要更改。拟议的规定就是为了做到这一点。第 17 条草案将涵盖

²⁸ 同上，第 572 页。

²⁹ 同上，第 573 页。

³⁰ 《1955 年国际法院案例汇编》第 4 集。

³¹ O' Connell, 前注 20, 第 1049 页。

³² A. Dorresteyjn, I. Kuiper and G. Morse *European Corporate Law* (1994), p.13. 一些欧洲国家承认“准法人”的形式，其中的合伙人不享有有限责任：同上。

³³ 关于欧洲经济利益团体（EEIG）的 1985 年 7 月 25 日第 2137/85 号《（欧共体）理事会条例》；OJ No. L 199, 31/07/1985, p.1.

³⁴ 前注 32, 第 25 至 26 页。

涉及除公司之外的法人的外交保护的大多数案件。起草委员会目前正在审议该条经订正的如下案文：

“就公司的外交保护而言，国籍国是公司依照其法律组建并在其领域内设有注册办事处或管理机构或某种类似联系的国家。”³⁵

就第 22 条而言，作为行使外交保护的先决条件，国家须证明其与受到损害的法人之间存在第 17 条所述的某种联系。据信，第 17 条的文字十分宽泛，足以涵盖法人的所有案件，无论其结构或目的可能有何不同。第 18 条和 19 条将不适用于没有股东的法人，而关于持续国籍原则的第 20 条将得到适用。

123. 拉丁文原则多半已受到冷落。不过，“作必要更改”原则却是起草条文的有用工具。³⁶ 当然可以规定“第 17 条至 21 条所载的关于公司的原则应适用于其他法人，同时考虑到必须作出的调整，以涵盖每种法人的不同特点。”但是，使用“作必要更改”原则的确以更简洁精炼的方式表达了同样含义。

³⁵ ILC (LV) /DC/DP/WP. 1。

³⁶ Bryan A. Garner 在《A Dictionary of Modern Legal Usage》2nd ed. (1995)中指出，“作必要的更改是学术写作中一个有用的拉丁用语，因为唯一与之对等的文字表述要罗嗦得多。”