



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

目录

	段次	页次
A. 公司和股东的外交保护	1-46	2
1. 导言	1-2	2
2. 巴塞罗那电车公司案	3-27	2
3. 委员会可采用的选择	28-46	12
B. 关于对公司和股东实行外交保护的拟议条文	47-105	19
1. 第17条	48-56	20
2. 第18条	57-87	24
3. 第19条	88-92	36
4. 第20条（公司国籍的持续性）	93-105	38



A. 公司和股东的外交保护

1. 导言*

1. 本特别报告员曾就自然人的外交保护和用尽当地补救办法规则提出三次报告，¹ 国际法委员会都进行了审议。委员会在辩论中时常提到自然人的外交保护这一主题，但是没有直接关注过这一主题。2002 年举行的委员会第五十四届会议，就公司的外交保护问题举行了非正式协商。²

2. 本报告专门讨论公司及其股东的外交保护这一主题。

2. 巴塞罗那电车公司案

3. 多项司法裁决涉及公司和股东的外交保护。但在关于这一主题的所有讨论中，巴塞罗那电车、电灯和电力有限公司案³（以下称为**巴塞罗那电车公司案**）的判决占有主导地位。只有充分考虑到国际法院 1970 年的判决及其影响和对判决提出的批评意见，才能严肃地尝试就这一主题拟订一项或多项规则。因此，本报告从讨论**巴塞罗那电车公司案**开始。

法院的判决

4. 巴塞罗那电车、电灯和电力有限公司于 1911 年在加拿大多伦多注册，在该地设立总部，但在西班牙开展业务。在第二次世界大战以后的几年中，比利时国民——自然人或法人——逐步控制了巴塞罗那电车公司的大部分股份资本。在重要时刻，比利时国民估计持有 88% 的股票。西班牙当局采取了若干行动，致使该公司业务停止。起诉要求西班牙赔偿的是大多数股东的国籍国比利时，而非公司国籍国加拿大。西班牙对比利时的索赔要求提出四项初步反对意见，其中两项于 1964 年被驳回，⁴ 其他两项则合并作为法律依据。合并作为法律依据的反对意见之一涉及比利时代表在加拿大注册的公司的本国股东行使外交保护的权力。国际法院作出判决，支持这项初步反对意见；正是这项判决构成了本报告的主题。

* 本报告的编写得到了纽约大学实习生 Larry Lee 先生和 Elina Kreditor 女士、剑桥大学 Kym Taylor 女士和莱顿大学 Raelene Sharp 女士的协助，特别报告员谨在此致谢。

¹ A/CN.4/506 和 Corr.1 和 Add.1(2000)；A/CN.4/514 和 Corr.1 和 2(2001)；A/CN.4/523 和 Add.1(2002)。

² 《大会正式记录，第五十七届会议，补编第 10 号》(A/57/10)，第 113 段。

³ 《1970 年国际法院案例汇编》，第 3 页。

⁴ 《1964 年国际法院案例汇编》，第 5 页。

5. 国际法院首先强调指出，法院关切的唯一问题是“一家由股票代表资本的有限责任公司”的股东的外交保护问题。⁵ 这种公司的特点是公司与股东之间的明显区别。⁶ 一旦公司受到伤害而使股东利益受到损害，股东只得要求公司采取行动，因为“同一不法行为可能伤害两个单独实体的利益，但是只有一方的权利受到侵犯”。⁷ 只有在被起诉的行为侵犯股东的直接权利时，股东才有独立的诉讼权。⁸ 指导公司与股东之间明确区别的原则派生于国内法，而非国际法。⁹

6. 国际法院遵循国内法律体系中的这些一般法律原则，解释了这条规则，即如公司受到伤害，外交保护权属于根据该国法律注册公司、并在该国境内设立注册办事处的国家，¹⁰ 而非公司股东的国籍国。国际法院作出这一裁决，没有采纳分别涉及战时敌国公司特征¹¹ 和一次付清协定国家做法¹² 的两项司法判决；这两项判决提出，可能存在一条规则，支持揭示公司真相并使股东国籍国代表其行使外交保护。虽然国际法院承认，双边或多边投资条约可能授与股东直接保护，¹³ 并存在由对支持股东索赔条约的解释所产生的一套一般仲裁法理，¹⁴ 但是这并没有证明存在支持股东国籍国有权代表其行使外交保护的习惯国际法规则。国际法院认为所有这些惯例和条约都是特别法，故未加采纳。

7. 国际法院同意，在两种情况下股东国籍国可以代表股东行使外交保护：第一，公司在注册地不复存在¹⁵ ——巴塞罗那电车公司案不属于这种情况；第二，公司注册国本身对公司造成伤害，而外国股东在国际一级的唯一保护手段是通过国籍国¹⁶ ——巴塞罗那电车公司案也不属于这种情况。（因此，国际法院对这一例外不予认可。）¹⁷

⁵ 《1970年国际法院案例汇编》，第34页，第40段。

⁶ 同上，第34页，第41段。

⁷ 同上，第35页，第44段。

⁸ 同上，第36页，第47段。

⁹ 同上，第37页，第50段。

¹⁰ 同上，第42页(第70段)、第46页(第88段)。

¹¹ 同上，第39页，第60段。

¹² 同上，第41页，第61段。

¹³ 同上，第47页，第90段。

¹⁴ 同上，第40页，第63段。

¹⁵ 同上，第40-41页，第65-68段。

¹⁶ 同上，第48页，第92段。

¹⁷ 如上。

8. 有人建议，也许可以以股东利益的理由对股东进行保护，但是国际法院在对面前案例的审议中未予采纳。¹⁸ 法院并拒绝承认存在股东国籍国附有的外交保护从属权，如本案所示，¹⁹ 公司注册国拒绝代表公司行使外交保护。²⁰

9. 国际法院对诺特博姆案²¹ 的判决要求受害人与谋求保护受害人的国籍国之间应存在真正联系；有人认为这或许可适用于公司的情况，从而使比利时——该国因其国民在巴塞罗那电车公司持有 88% 的股份与该公司最具有真正联系——成为行使外交保护的适当国家，但是这一论点未被接受。然而，国际法院没有驳回对公司采用真正联系的标准，因为法院在此案中认定巴塞罗那电车公司与加拿大之间存在着“密切和永久”联系，因为该公司在加拿大设有注册办事处，并且多年来均在该国举行董事会会议。²²

10. 国际法院在裁定公司注册国，而非公司股东国籍国，为公司受到伤害时行使外交保护的适当国家时，遵循了若干项政策考虑。首先，当股东对一家在外国开展业务的公司投资时，他们承担了风险，包括这家公司可能行使酌情处理权、拒绝代表其行使外交保护的风险。²³ 其次，如果允许股东国籍国行使外交保护，可能导致各国提出繁多的索赔，因为大公司常常由多国股东控股。²⁴ 在这方面，国际法院表示，如果授权股东国籍国代表股东采取行动，那就没有理由认为不应由每个个别股东都享有这种权利。²⁵ 第三，法院不愿以类推的方式适用有关公司和股东双重国籍的规则，也不愿允许两者的国籍国行使外交保护。²⁶

个别意见

11. 虽然比利时政府的索赔要求以 15 票对 1 票(比利时专案法官里普哈根)被驳回，但是法官之间对于国际法院对**巴塞罗那电车公司案**的推理普遍存在分歧。这表现在，16 名法官中有 8 名法官提出个别意见，其中又有 5 名法官(包括专案法官里普哈根)的个别意见支持股东国籍国有权行使外交保护。

¹⁸ 同上，第 48 页(第 92-93 段)、第 50 页(第 101 段)。

¹⁹ 出于若干原因，包括加拿大与西班牙之间没有订立把司法管辖权授与国际法院的条约，加拿大拒绝代表巴塞罗那电车公司提起诉讼。见同上，第 45 页，第 81-83 段。

²⁰ 同上，第 49 页，第 96 段。

²¹ 《1955 年国际法院案例汇编》，第 4 页。

²² 《1970 年国际法院案例汇编》，第 42 页，第 70-71 段。

²³ 同上，第 35 页(第 43 段)、第 46 页(第 86-87 段)、第 50 页(第 99 段)。

²⁴ 同上，第 48-49 页，第 94-96 段。

²⁵ 同上，第 48 页，第 94-95 段。

²⁶ 同上，第 38 页(第 53 段)、第 50 页(第 98 段)。

12. 田中法官认为，“习惯国际法并不禁止国籍国对股东的保护，即使是公司国籍国拥有对股东的保护权。”²⁷ 他还指出：

“的确，国际法的规则不允许分别对公司和其股东实施两种外交保护，但是国际法的规则也不禁止双重保护。”²⁸

尽管菲茨莫里斯、杰瑟普和格罗斯法官没有提出像田中法官这样的意见，但是他们对这一多数判决的理论和推理存在明显分歧；他们认为在某些情况下，尤其是在公司国籍国是不法行为国的情况下，²⁹ 股东国籍国有权行使外交保护。并且，格罗斯法官指责国际法院无视现代投资的现实：

“国际经济法规则的基础必须符合经济现实。公司仅有的国籍联系可能无法反映出实质经济联系。在这两种标准之间，法官必须选择其中之一，并以法律与事实相符为准则：国民经济实际受到不利影响的国家拥有采取法律行动的权利。”³⁰

13. 相反，莫雷利、³¹ 帕迪略·内尔沃³² 和阿蒙³³ 法官不仅支持法院的推理，而且还拒绝这一建议：如公司国籍国为不法行为国，股东国籍国可以采取行动。帕迪略·内尔沃法官则支持发展中国家，他指出，

“需要外交保护的不是大公司的股东；而是作为投资地的穷国和弱国，他们需要得到保护，防范强大金融团体的侵犯，并防范国家施加不适当的外交压力。国家似乎随时准备以一切代价保护其国籍的股东……”³⁴

对法院判决的批评

14. 国际法院对**巴塞罗那电车公司案**的判决遭到了广泛的批评。在寻求就公司和(或)股东的外交保护问题拟订令人满意的规则时，除其他外，应考虑到以下批评意见。

15. **巴塞罗那电车公司案**所阐述的规则派生于文明国家承认的公司法的一般原则，而非习惯国际法。如果国际法院考虑到双边和多边投资条约和一次付清协定中的国家实践，考虑到解释这种条约的仲裁裁决，并不因为这种条约是特别法而

²⁷ 同上，第 134 页。又见第 130 页。

²⁸ 同上，第 131 页。

²⁹ 菲茨莫里斯法官，同上，第 72-75 页；杰瑟普法官，同上，第 191-194 页。

³⁰ 同上，第 279 页。

³¹ 同上，第 240-241 页。

³² 同上，第 257 页。

³³ 同上，第 318 页。

³⁴ 同上，第 248 页。

不予考虑，法院也许能够找到支持股东索赔的习惯国际法规则的充分证据。理查德·利利奇指出，国际法院断然拒绝“一套规范股东索赔的传统国际惯例，认为它与本案案情无关”，选择了“完全采用规定对公司的不法行为并不一定使股东拥有可以强制执行的权利的国内公司法”，因而失去了“一个在司法上准许拟订习惯国际法有关股东索赔规则的极好机会。”³⁵ 利利奇对法院提出批评，并表示赞同顾维钧法官在国际法院 1964 年首次审理**巴塞罗那电车公司案**时所作的陈述：

“看来存在国家实践、条约安排和仲裁裁决的大量证据，可以确认国际法中不明确地存在一条规则，承认任何国家在因外国公司受到伤害而致使该国国民和股东受到损害时，有权保护其不受另一不法行为国的损害，而不论该另一国是否是公司国籍国。”³⁶

16. **巴塞罗那电车公司案**确立了“一条不可行的标准。”³⁷ 在实践上，国家不会仅仅因为公司注册，即不存在国民在公司内大规模控股所产生的真正联系，而行使外交保护。期待一国为一家在外国受到伤害的公司花费时间、精力、金钱和政治影响，而该国与该公司并无实质联系，是不切实际的。相反，期待一国接受公司注册这种次要联系作为构成授与提出国际索赔所必须的“真正联系”，也同样不切实际。因此，许多国家在实践中表明，不会为公司行使外交保护，如果国家在经济控制(控股或受益所有权)、公司所在地(行政总部或中心)或两者结合的方面与该公司并无联系。³⁸ **巴塞罗那电车公司案**判决之后的实践表明，各国在决定是否支持公司对另一国提出索赔时采取了不同的方法。³⁹ 大不列颠及北爱尔兰联合王国⁴⁰ 和美利坚合众国⁴¹ 等国，要求与公司存在真正和实质联系，而其他国家则强调公司所在地或经济控制。概括而言，与公司注册这一虚弱和中性联系相

³⁵ “The Rigidity of Barcelona” (1971) 65 A. J. I. L. 522 at 525, 531. 又见 R. Higgins “Aspects of the Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd.” (1971) 11 *Virginia Journal of International Law* 327, 331; “Round Table: Toward More Adequate Diplomatic Protection of Private Claims: ‘Aris Gloves’ ‘Barcelona Traction’ and Beyond” (1971) 65 *American Society of International Law, Proceedings*, 322, 343 (Domke), 344 (Weston), 345 (Caflisch).

³⁶ 《巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司案》，(初步反对意见)《1994 年国际法院案例汇编》，第 63 页。

³⁷ Stanley D. Metzger “Nationality of Corporate Investment under Investment Guarantee Schemes—The Relevance of Barcelona Traction” (1971) 65 A. J. I. L. 532, 541.

³⁸ 见 Metzger 文章的附表，同上，第 542–543 页，表明为使公司符合投资保障机制的资格，各国一般要求国家与公司之间存在某种联系。

³⁹ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5th ed. (1998), pp. 487–489.

⁴⁰ 见英国对 1985 年国际索赔适用的规则，转载于 (1988) 37 *I.C.L.Q.* 1006, 1007 (对第四条的评论)。

⁴¹ 见 2002 年 11 月 1 日美国代表在第六委员会上的发言，A/C.6/57/SR.23，第 50–56 段。

比，强调行使外交保护的国家应与公司存在真正联系的控制、所在地或控股等标准已得到更大的支持。

17. 从判决后各国在一次付清协定和投资条约方面的做法中，可以看出对上一段落批评意见的支持。国际法协会人员和财产外交保护委员会 2002 年在新德里举行会议，⁴² 戴维·贝德曼教授和朱莉安娜·科科特教授在向委员会提出的临时报告中强调，各国已有意对其事务进行管理，以避免出现国际法院对**巴塞罗那电车公司案**的判决。

贝德曼教授在题为“一次付清协定和外交保护”的临时报告中表示，在**巴塞罗那电车公司案**判决之后，公司根据这种协定提出索赔的资格，在更大程度上取决于公司总部所在地(公司所在地)、控制或控股，而不仅仅是公司的注册。⁴³ 并且，股东通常被允许根据这种协定提出索赔，因为这种协定支持解决对受到被告国不利影响的财产、权利、利益和索赔主张提出的索赔。⁴⁴ 他因此得出结论，“公司及其股东的资格标准似乎已大大放宽，因此现在尽管可以对**巴塞罗那电车公司案**中的大规模控股提出疑问(至少在一次付清协定中得到反映)”。⁴⁵

科科特教授题为“外交保护在保护外国投资领域中的作用”的临时报告采取了类似的方法。她表示，外交保护的任意性和对**巴塞罗那电车公司案**所作的限制性判决，促使各国订立双边投资条约，⁴⁶ 以使投资者能够在特别仲裁法庭或《解决国家与其他国家国民之间投资争端公约》设立的国际投资争端解决中心，解决与东道国之间的争端。⁴⁷ 她得出结论：

“无需竭力指出，外交保护与指导保护外国投资的规则相互排斥。但是，如果有人提出，外交保护应该在当今的外国投资法中发挥强大的作用，那么对他而言，结果将是非常失望的。对双边投资条约机制以及双边手段的分析表明，外交保护在现有的解决争端手段中并没有发挥重要作用。一般而言，双边和多边协定更愿采取替代性解决争端程序，并使投资者能够求助于国际仲裁机构。这样，投资者能够得到国际法地位，而绕开外交保护。本报告表明，与需要求助于东道国行使外交保护的意愿(或能力)相比，这一发展带来了若干有利条件。

⁴² 国际法协会，第七十届会议的报告，新德里(2002)，第 228 页。

⁴³ 同上，第 252-253 页。

⁴⁴ 同上，第 253-255 页。

⁴⁵ 同上，第 258 页。

⁴⁶ 同上，第 265 页。

⁴⁷ 联合国，《条约汇编》，第 575 卷，第 159 页；(1965)4《国际法材料》524。

“似乎对外交保护——其政治不稳定性、任意性及其根据国际法院的理论保护外国股东的的能力——存在着巨大的不信任情绪。这会产生什么后果？似乎有两种不同的选择。其一，要求改变指导外交保护的规则，以满足投资者的要求。然而，这一选择似乎并不现实，因为它忽视了众多双边协定及与之伴随的多边协定的存在。《多边投资协定》迟早将被新的机制所取代。基于这些考虑，第二个选择更切实际：承认在外国投资方面，传统的外交保护法在很大程度上已被若干以条约为基础的解决争端程序所取代。”⁴⁸

18. 国际法院在**诺特博姆案**⁴⁹中对公司外交保护的相关性的处理远远不能令人满意。⁵⁰一方面，判决似乎拒绝对公司适用“真正联系”，因为法院认定“在公司外交保护这一具体领域，‘真正联系’的绝对标准没有得到普遍接受”，⁵¹ **巴塞罗那电车公司案**和**诺特博姆案**提出的问题之间不存在类比。另一方面，法院审查了巴塞罗那电车公司与加拿大之间的联系——注册、登记办事处、账户、股票过户登记册、董事会会议以及在加拿大税务部门的注册，认定加拿大与公司之间“已经建立起密切和永久的联系”。⁵²

19. 菲茨莫里斯、⁵³ 杰瑟普、⁵⁴ 帕迪略·内尔沃⁵⁵ 和格罗斯法官⁵⁶ 提出的个别意见，确认了**诺特博姆案**与公司的“真正联系”的相关性。法院裁定，加拿大与该公司之间具有“密切和永久的联系”。F. A. 曼⁵⁷ 在此基础上提出，法院认定如果公司注册国因与该公司不具有充分联系而没有代表公司提起诉讼的能力，股东国籍国可以有保护权利。

⁴⁸ 临时报告，前注 42，第 276-277 页；又见 S. D. Murphy “The ELSI Case: an Investment Dispute at the International Court of Justice” (1991)16 *Yale Journal of International Law* 第 391, 392 页。

⁴⁹ 《1955 年国际法院案例汇编》，第 4 页。

⁵⁰ Brownlie, 前注 39; Arthur Watts, “Nationality of Claims: Some Relevant Concepts” in: *Fifty Years of the International Court of Justice. Essays in Honour of Sir Robert Jennings* (eds. V. Lowe and M. Fitzmaurice), 第 424 页和第 432-433 页。

⁵¹ 《1970 年国际法院案例汇编》，第 42 页，第 70 段。

⁵² 同上，第 42 页，第 71 段。

⁵³ 同上，第 80 页。

⁵⁴ 同上，第 186 页。

⁵⁵ 同上，第 254 页。

⁵⁶ 同上，第 281 页。

⁵⁷ “The Protection of Shareholder’s Interests in the Light of the Barcelona Traction Case” (1973) 67 *A.J.I.L.* 259, 264, 269, 273.

20. 国际法院在**巴塞罗那电车公司案**中承认，股东国籍国可能在三种情况下为其行使外交保护：第一，股东的直接权利受到侵犯；⁵⁸ 第二，公司不复存在；⁵⁹ 第三，公司国籍国可能是不法行为国。⁶⁰ 国际法院解释了支持公司注册国行使外交保护的一般规则的例外，但这些例外均未得到适当考虑。⁶¹ 在下文讨论允许对股东行使外交保护的规则时，将讨论法院在这一问题推理方面的弱点。

21. 最后，法院未能对上文第 10 段所述的政策问题的推理提出充分理由。投资在外国开展业务的公司的股东，为何要承担投资失败的风险？旨在保护外国投资的双边投资条约的存在，似乎与这一理论相抵触。⁶² 为何股东有可能对不法行为国提出繁多的索赔要求会在国际经济关系中造成混淆和不安全的气氛？⁶³ 为何适用于个人和国际组织⁶⁴ 的双重保护规则不能同样适用于公司和股东？仅仅提出两者之间不存在类推关系是远远不够的。⁶⁵

巴塞罗那电车公司案的权威

22. 国际法院的判决对国际法委员会不具约束力。虽然人们理解委员会不愿反对这种判决，但是必须回顾，近年来委员会大大限制了**诺特博姆案**这一长达 40 年的重大判决的范围，⁶⁶ 并明确反对另一项长达 30 多年的**西南非洲案(第二阶段)**的判决。⁶⁷ **巴塞罗那电车公司案**不是神圣不可碰的。因此，委员会在仔细考虑之后，可能决定不采纳这一判决。这一决定的基础可能是：上文中对裁决提出的批评意见；国际法院显然未能对所涉及的问题进行充分辩论；⁶⁸ 或国际法院没有编纂国际法，而是解决了一个争端，其结果是法院的“判决”将被视为对特定案情的裁判，而不是适用于所有情况的普遍规则。国际法院本身的一个分庭对 *ELSI*

⁵⁸ 《1970 年国际法院案例汇编》，第 36 页，第 47 段。

⁵⁹ 同上，第 40-41 页，第 64-68 段。

⁶⁰ 同上，第 48 页，第 92 段。

⁶¹ Mann, 前注 57, at 265-272。

⁶² 见格罗斯法官的个别意见，《1970 年国际法院案例汇编》，第 275 页。

⁶³ 同上，第 49 页，第 96 段。

⁶⁴ *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, 《1949 年国际法院案例汇编》，第 185 页。

⁶⁵ 《1970 年国际法院案例汇编》，第 38 页，第 53 段。

⁶⁶ 《1955 年国际法院案例汇编》，第 4 页。《国际法委员会的报告》，《大会正式记录，第五十七届会议，补编第 10 号》(A/57/10)，第 280 段，关于第 3 条的评注[5]。

⁶⁷ 《1966 年国际法院案例汇编》，第 6 页。《国际法委员会的报告》，《大会正式记录，第五十六届会议，补编第 10 号》(A/56/10 和 Corr. 1)，第 77 段，关于第 48 条的评注，脚注 766。

⁶⁸ 见菲茨莫里斯法官的个别意见中对国际法院讨论**巴塞罗那电车公司案**案情的批评，《1970 年国际法院案例汇编》，第 86 页，第 37 段。

案⁶⁹所作的判决已对拒绝采纳**巴塞罗那电车公司案**的判决推理中的最后一项理由提出了某种程度的支持。

ELSI案

23. 尽管**巴塞罗那电车公司案**认定，其国民在一家公司中控股的国家不得就公司本身遭受的损失提出索赔，但国际法院一个分庭在关于 *Elettronica Sicula 公司案* (ELSI) 中，允许美国就一家由两家美国公司完全控股的意大利公司的损失向意大利提出索赔。(但是，分庭根据案情驳回了美国的索赔，因为案情显示，意大利的行为没有构成违反所涉《友好、通商和通航条约》。)令人惊讶的是，分庭没有就这一判决与**巴塞罗那电车公司案**的判决的相符性表示意见，尽管意大利因据称权利遭到侵犯的公司是意大利公司而正式提出拒绝，而美国则谋求保护这家公司的股东的权益。⁷⁰

24. 小田法官在个别意见中强调了**巴塞罗那电车公司案**与 *ELSI案* 的相关性，他提出拥有这家意大利公司的美国两家公司仅仅是意大利公司的股东，因此美国不能向其提供外交保护。⁷¹ 一般认为，分庭以沉默表示不接受这一论点，尽管**巴塞罗那电车公司案**是这一论点的基础。⁷²

25. *ELSI案* 未能与**巴塞罗那电车公司案**加以区别，这可以从几方面加以解释。⁷³ 首先，法院分庭在此案中关切的问题不是评估习惯国际法(与**巴塞罗那电车公司案**相反)，而是对《友好、通商和通航条约》作出解释，该条约如同一份双边投资条约，规定对美国在海外的股东加以保护。如果分庭以美国不得保护在意大利公司持有股份的美国公司为由，认定美国的索赔要求无法接受，这将伤害双边投资条约的价值；这种条约的目的之一，是对在投资国注册的本国控股股东加以保护。⁷⁴ 第二，此案可能涉及股东的直接权利受到侵犯——**巴塞罗那电车公**

⁶⁹ 《1989年国际法院案例汇编》，第15页。

⁷⁰ 同上，第64、79段。

⁷¹ 同上，第87-88页。

⁷² 见斯韦卜勒法官的反对意见，同上，第94页；*Oppenheim's International Law*, 9thed. (eds. R. Jennings and A. Watts) vol. 1, p. 520. S. D. Murphy, "The ELSI Case: an Investment Dispute at the International Court of Justice" (1991) 16 *Yale Journal of International Law* 391, 420; R. McCorquodale "Expropriation Rights under a Treaty-Exhausted and Naked" (1990), *Cambridge Law Journal* 197, 199; S. A. Kubiakowski "The Case of ELSI: Toward Greater Protection of Shareholders' Rights in Foreign Investments", (1991) 29 *Columbia Journal of Transnational Law* 215, 234; F. A. Mann, "Foreign Investment in the International Court of Justice" (1992) 86 *A. J. I. L.* 92.

⁷³ 关于这一裁决，一般见 Brigitte Stern, "La Protection diplomatique des investissements internationaux", (1990) 116 *Journal de droit international* 897.

⁷⁴ Terry Gill "ELSI Case" in (1990) 84 *A. J. I. L.* 249, 257-258. 又见 Mann, 前注 72.

司案承认了这一例外。⁷⁵ 第三,本来也许可以提出,在此案中,公司已不复存在,因为公司已经停业清理,这是**巴塞罗那电车公司案**承认的一般规则的另一例外。第四,还可以提出,⁷⁶ 在此案中,该分庭对**巴塞罗那电车公司案**未决的问题,即股东国籍国是否能够在公司受到公司注册国伤害时对其进行保护,作出了肯定回答。

26. 虽然可以解释 *ELSI* 案未能适用**巴塞罗那电车公司案**所叙明的规则,但该分庭拒绝采纳**巴塞罗那电车公司案**的判决、推理和理论,却是无可争辩的事实。因此,这一判决作为从**巴塞罗那电车公司案**的后退而受到欢迎是可以理解的。⁷⁷

巴塞罗那电车公司案的三十年

27. 毫无疑问, **巴塞罗那电车公司案**的司法判决意义重大,尽管这项判决在推理的说服力或在对外国投资保护的关切方面同其影响存在差距。因此,国际法委员会可能被迫背离这项判决,而拟订一项更加符合外国投资现实、鼓励外国投资者采用外交保护程序加以纠正、而非依靠双边投资条约保护的规则。另一方面,必须承认,尽管**巴塞罗那电车公司案**存在缺陷,但在 30 年后的今天,人们依然普遍认为此案不仅精辟阐述了有关公司外交保护的法律,还真正反映了习惯国际法。今天,国家在公司外交保护方面的做法都以**巴塞罗那电车公司案**为指导。⁷⁸ 第六委员会提出是否应该重新审查**巴塞罗那电车公司案**的判决的问题,代表们在答复中清楚地表明了这一点。⁷⁹ 在就这一主题发言的 15 名代表中,只有一位代

⁷⁵ 《1970 年国际法院案例汇编》,第 36 页,第 47 段。另外,又见:Vaughan Lowe,“Shareholders’ Rights to Control and Manage:From Barcelona Traction to ELSI”,in *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, eds. N. Ando et al (2002), p. 269。又见 Arthur Watts“Nationality of Claims:Some Relevant Concepts”,in *Fifty Years of the International Court of Justice. Essays in Honour of Sir Robert Jennings* (1996) (eds. V. Lowe and M. Fitzmaurice), p. 424 at p. 435 (footnote 56)。

⁷⁶ Yoram Dinstein,“Diplomatic Protection of Companies under International Law”,in *International Law:Theory and Practice* (1998) (ed. K. Wellens), 第 505 和 512 页。

⁷⁷ Murphy, 前注 72。

⁷⁸ 见英国政府 1987 年发布的条例,公布于(1988)37《**国际法和比较法季刊**》1006。第四条规定,联合王国可以接受在联合王国注册的公司的索赔要求,但在评注中明确指出,其基础是**巴塞罗那电车公司案**。

⁷⁹ 关于这一主题,向各国提出了下列问题:“在巴塞罗那电车公司案中,国际法院认为公司注册和登记办事处所在国家有权代表公司行使外交保护。股东的国籍国无权行使外交保护,但下列情况除外:

- (a) 股东自身的权利受到直接伤害;
- (b) 公司在注册地不复存在;
- (c) 公司注册国是对公司犯有国际上不法行为的国家。

股东国籍国是否应该在其他情况下有权行使外交保护?比如,一家公司的大多数股东的国籍国是否应该具有这种权利?或者,一家公司的大多数股东的国籍国是否有行使外交保护的次等权利?”《大会正式记录,第五十七届会议,补编第 10 号》(A/57/10),第 28 段。

表⁸⁰ 建议重新审查**巴塞罗那电车公司案**。令人遗憾的是，就这一主题发言的代表中，只有一位不是发达国家的代表。但是，发展中国家对一项取代**巴塞罗那电车公司案**、对外国公司股东提供更多的保护的判决也不可能表现出很大的热情。⁸¹ 借用《国际法院规约》第 38 条第(1)款(d)项的话说，权威最高的公法学家的学说表明，他们普遍都以批判态度接受**巴塞罗那电车公司案**。但是，这些学说认为，这项判决是对公司外交保护的开创性判决，是所有关于这一主题的讨论的出发点。⁸²

3. 委员会可采用的选择

28. 在提议制定关于公司国籍以及对公司和(或)股东提供外交保护的规则之前，特别报告员认为有必要说明委员会现有的几种供择方案。它们是：

- (1) 注册国，须视**巴塞罗那电车公司案**所设想的保护股东的特殊情况而定；
- (2) 该公司的注册国并与其要有真正联系（通常为经济控制形式），也要视**巴塞罗那电车公司案**所设想的保护股东的特殊情况而定；
- (3) 总公司或公司正式地址所在国；
- (4) 该公司的经济控制所在国；
- (5) 注册国和经济控制所在国两者。这将允许某种双重保护，类似于适用双重国籍自然人的双重保护情况；
- (6) 首先是注册国，而经济控制所在国在注册国未能行使保护的情况下享有次级保护权；
- (7) 所有股东的不同的国籍国。

这些供择方案将在下文中予以更详细的考虑。

⁸⁰ 德国认为**巴塞罗那电车公司案**的判决是“不令人满意的”，并敦促向股东授与辅助性的保护权利（一般见 A/C. 6/57/SR. 20，第 25-26 段）。美国支持**巴塞罗那电车公司案**，但同时指出，在决定是否行使外交保护时应考虑到股东的国籍，并敦促保护股东，如果国籍国本身须对公司造成的伤害负担责任（A/C. 6/57/SR. 23，第 52 段）。

⁸¹ G. Abi-Saab, “The International Law of Multinational Corporations: A Critique of American Legal Doctrines” (1971) *Annales d'études internationale* 97, 121-122.

⁸² R. Jennings and A. Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, 9th ed. (1992) vol. 1, pp. 515-522; P. Daillier and A. Pellet (eds.), *Nguyen Quoc Dinh's Droit International Public*, 6th ed. (1999), p. 733; M. N. Shaw, *International Law*, 4th ed. (1997), p. 566; I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5th ed. (1998), pp. 491-495; P. H. Kooijmans, *Internationale Publiekrecht in Vogelvlucht*, 9th ed. (2002), p. 116; I. A. Shearer (ed.), *Starke's International Law*, 11th ed. (1994) pp. 286-287; L. C. Caflisch “The Protection of Corporate Investments Abroad in the Light of the Barcelona Traction Case”, (1971) 31 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 162, 196.

供择方案 1: 注册国

29. 只有该公司的注册国才有权对该公司遭受的伤害实行外交保护，但要视**巴塞罗那电车公司案**所阐述的例外而定，其间公司股东的国籍国可能对它们行使外交保护。这一供择方案可以说是**巴塞罗那电车公司案**中的唯一规则。这一规则的利弊已在上文审议。

供择方案 2: 注册和有真正联系的国家

30. 公司注册的国家如同该公司具有**诺特博姆案**所说的那种“真正联系”，则可为该公司行使外交保护，但须视**巴塞罗那电车公司案**所认可的有利于股东索赔的例外情况而定。这种提议在某种程度上反映国家的做法，因为许多国家不会对与它们没有真正联系（即支配股，经济控制或总公司）的公司行使外交保护。⁸³ 这一规则的主要缺点是许多公司在美国注册，但与美国并没有真正联系，不过是为了获得税收上的好处。这种公司就外交保护而言，将沦为无国籍公司。这一后果似乎并没有使 Padilla Nervo 法官、⁸⁴ Petré 法官或 Onyema 法官⁸⁵ 感到不安。另一方面，这显然违背法庭在**巴塞罗那电车公司案**中的推理（其前提是一个国家——加拿大——有权保护该公司）⁸⁶ 和“国际法目前的趋势（即更好地保护个人的权利）”。⁸⁷ Christopher Stalker 对这一规则又提出一个问题：

“存在真正联系还会产生的问题是这种真正联系必须存在的时间点。究竟是要求在注册时与注册国有真正联系还是只要在讨论其存在的那段时间有真正联系（以便能认可在调查时和提出索赔时是否有真正联系，即使在实际注册时并没有真正联系），还是从注册时到提出要求时的这段时间一直要有真正联系？”⁸⁸

⁸³ 详见 D. Harris, “The Protection of Companies in International Law in the Light of the Nottebohm Case”, (1969) 18 《国际法和比较法季刊》 275。

⁸⁴ 《1970 年国际法院案例汇编》，第 254 页。

⁸⁵ 见 Petré 法官或 Onyema 法官的联合声明，同上，第 52 页。

⁸⁶ 见裁决，同上，第 94 段，其中法院表示，“对产权的考虑只能要求某保护国的可能干预，不得过之……” 又见 Lachs 法官的声明，同上，第 52 页，其中他表示加拿大有权保护该公司“是法院推理的重要前提。”

⁸⁷ Christopher Stalker, “Diplomatic Protection of Private Business Companies: Determining Corporate Personality for International Law Purposes”, (1990) 61 British Year Book of International Law, 157, 159。

⁸⁸ 同上，第 163 页。

供择方案 3: 总公司或公司正式地址所在国

31. 权威人士中有人支持的观点是,公司应该采取总公司⁸⁹或正式地址所在地的国籍,这是民法(总公司)制度和习惯法(正式地址)制度国家在遇到法律冲突时通常采用的检验公司与某国联系的方法。⁹⁰但有人怀疑在国际公法问题上运用这种私法的检验方法是否合适。⁹¹此外,正如仲裁法庭的裁决所表明的,总公司或正式地址以及注册地这两者之间通常有着密切的联系。⁹²

供择方案 4: 经济控制所在国

32. 应该将执行外交保护的作用交给经济控制所在国这一意见得到相当多的支持。遗憾的是,这一观点的大量佐证主要是第一次世界大战以后决定公司敌对性质时采用的有效控制检验法的立法和决定。⁹³正如 D. P. O'Connell 指出的,“套用为经济战服务的控制理论来决定外交保护几乎是毫无价值的”。⁹⁴国际法院在审理巴塞罗那电车公司案时同意这一观点。⁹⁵

33. 尽管这一类比不那么恰当,但提议将经济控制所在国作为有权行使外交保护的國家还是很有道理的。它更符合外国投资的经济现实,即与注册国相比,股东的国籍国通常更想得到赔偿,而注册国也许对获得赔偿无多大兴趣,正如**巴塞罗那电车公司案**诉讼程序中加拿大的情况那样。因此,便大为减少了这一法律部门中始终存在的那种威胁,即某国在行使酌处权时将拒绝实行外交保护。接受经济控制所在国作为公司的保护国将认可保护国与受损害的法人之间的有效或真正

⁸⁹ 《1970年国际法院案例汇编》,第42页,第70段。

⁹⁰ D. P. O'Connell *International Law* 2nd ed. (1970), vol. II, p. 1041; L. Levy, *La Nationalité des sociétés* (1984), pp. 183-196; Harris, 前注 83, at 295-301。

⁹¹ 同上,第1041-1042页。

⁹² 这是 Georg Schwarzenberger 经考查以下案例后在 *International Law* 第1卷第三版(1957)中得出的结论(第393-397页): Canevaro case (意大利诉秘鲁), Scott, 《海牙法院案例汇编》,第1卷,第284页; La Suédoise Grammont 诉 Roller, 《混合仲裁法庭》,第3卷,第570页; Mexico Plantagen G.m.b.H., 《1931-32年国际公法案例年度摘要和汇编》,案例编号135; F.W. Flack (G.B.) v. United Mexican States 5 U.N.R.I.A.A., 第61页(1929年); Madera Company Claim, 同上,第156页(1929年); Interoceanic Railway of Mexico, 同上,第178页(1931年)。

⁹³ Ignaz Seidl-Hohenveldern *Corporations in and Under International Law* (1987年),第27-29页; A. McNair & A. Watts *Legal Effects of War*, 第4版(1960年); Daimler Co. v. Continental Tyre and Rubber Co. [1916年] 2 A.C. 307. 联合国在对利比亚实行经济制裁的决议中也采用了类似的检验法,即1993年11月11日第883(1993)号决议。详见特别报告员瓦奇拉夫·米库尔卡关于国家继承中的国籍问题的第四次报告,《1998年国际法委员会年鉴》,文件A/CN.4/489,第15-17段。

⁹⁴ 《国际法》第二版(1970年),第1042页。

⁹⁵ 《1970年国际法院案例汇编》,第39页,第60段。

联系的重要性——这是法院在处理**巴塞罗那电车公司案**中颇为敏感的一点。⁹⁶ 此外，这一测试法将外交干预限制在一个国家，从而避免了如果允许每个股东的国籍国行使外交保护的话可能产生的多方提出索赔要求的问题。出于人权的考虑也支持经济控制检验法，因为外国投资者不应该没有请求保护权。

34. 正如法学家已指出的，界定控制并非易事。⁹⁷ 有两种标准相持不下：多数股（即拥有 50% 以上的股份）和优势股。如果接受第一种标准，则这一规则可能造就无国籍的公司，或许没有一个国家可为之提出索赔。优势股检验法把行使外交保护的权力交给公司中拥有股份数量最多的国民的国家，因此，这种检验较为可取。或者，可以拟定一种在评估控制时既考虑多数股又考虑优势股的检验法。Francisco Orrego Vicuna 在给国际法协会人身和财产外交保护问题委员会的关于“变更索赔国籍法律”的中期报告中建议，可照下列措辞起草赞同控制国行使外交保护的规则：

“某一外国公司由另一国籍的股东控制（其形式是拥有 50% 的公司股本或控制该公司所需的其他这种比例），可使这些股东的国籍国对他们行使外交保护或认为该公司具有该国的国籍。”⁹⁸

各国的做法彼此不一。一些条约以多数股界定控制。⁹⁹ 其他条约则简单地提到控制，而让有关法庭决定各种情况下的这种要求，包括股权。¹⁰⁰

⁹⁶ 同上，第 42 页，第 70-71 段。

⁹⁷ I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5th ed. (1998 年)，第 487 页；O'Connell, 前注 90，第 1042 页；L. Levy, 前注 90，第 200-224 页。

⁹⁸ 国际法协会第 69 届会议的报告，伦敦（2000 年），第 647 页。

⁹⁹ 见 1981 年《阿尔及尔宣言》，20 国际法材料，第 230 页，其中对解决美国-伊朗索赔作了规定（1981 年）。宣言将根据其中任何一个国家的法律组成的公司列为国民，如果该国的国民直接或间接拥有的公司股权“相当于其股本的 50% 或更多”（第七条(1)）。这一规定的应用见：*Sola Tiles Inc. v. Government of the Islamic Republic of Iran*, 83 I.L.R. 460, 465-467；*Morrisen-Knudsen Pacific Ltd. v. Ministry of Roads and Transportation* (1985) 79 A. J. I. L. 146；*Sedco Inc. v. National Iranian Oil and Islamic Republic of Iran* 84 I.L.R. 484；*Starrett Housing Corporation v. Government of the Islamic Republic of Iran* (1984) 23 I.L.M. 1090, 1106。又见 1973 年《美国-秘鲁关于解决某些索赔的协定》；第 1 条：（1974 年）68 A. J. I. L. 538；《成立联合王国-墨西哥索赔委员会公约》UK Treaty Series no. 11, 1928, 第 3 条。

¹⁰⁰ 上文注释 99 的《阿尔及尔宣言》第七条(2)将美国国民的索赔权定义为“这种国民通过拥有法人的股本或其他所有人权益而间接拥有的索赔权，只要这种国民的股权加起来在提出索赔的时候足以控制该公司或其他实体，并且只要该公司或其他实体本身无权根据该协定的条文提出索赔。”对这一规定的阐述见：*R. N. Pomeroy v. Government of the Islamic Republic of Iran*, 2 Iran-U. S. Cl. Trib. Rep. 391, 395-396；*Alcan Aluminium Ltd v Ircable Corporation*, 72 I. L. R. 725（索赔人未能成功，因为他们不能表明他们拥有 Alcan 公司 50% 以上的股份）。又见 C. N. Brower and J. D. Brueschke, *The Iran-US Claims Tribunal* (1998)，第 45-51 页；G. H. Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal* (1996)，第 47-54 页。

35. 除了控制这一概念具有的不精确性以外，以经济控制作为检验方法以便为外交保护目的确定公司的国籍还受到别的几种批评。这种方法最终将产生如何证明的问题，无论是在事实方面还是在法律方面。**巴塞罗那电车公司案**本身就表明准确查明一个公司的股权有多么困难。¹⁰¹ 此外，举证责任¹⁰² 和推定证据也可能使控制（无论是多数股还是优先股的形式）作为对公司实行外交保护的可接受标准进一步复杂化。¹⁰³

36. 对委员会来说，采用赞成经济控制的规则有重大困难。虽然可能在**巴塞罗那电车公司案**之前这一规则比注册国检验法¹⁰⁴ 得到更多的支持，但很难说它当时是否是国际惯例法的一条规则。更不容置疑的是，在经历**巴塞罗那电车公司案** 30 年后的今天，它作为惯例法规则的地位更为薄弱。与此同时，双边投资条约对保护股东的概念予以支持，但是这些条约本身对保护问题并无统一规定。此外，**巴塞罗那电车公司案** 以来的几年中，这些条约被看作是属于特别法范畴的，因此，并不影响**巴塞罗那电车公司案** 的权威性。即使这些条约被看作是国际惯例的证据，也很难说赞同经济控制的规则能否在当今世界中得到大多数国家的支持。虽然一些发达国家也许赞同支持股东以经济控制为名要求索赔的规则，但没有证据表明这种规则也会得到发展中国家的支持。相反，有人争辩说，这种规则将增加发达国家为它们在发展中国家做生意的公司中持有股份的国民提出的索赔数量。¹⁰⁵ 这可能只是猜想，但也的确表明，这种规则不能为发展中国家所接受。

37. 如果委员会决定制定一项赞同经济控制的规则，那么，它将采取的做法是逐步制定而不是编纂成条文。这是否可取，要由委员会视这种规则所具有的种种困难而决定。

供择方案 5: 注册国和经济控制所在国

38. 国际法认可，如果双重国籍的国民受到伤害，可以由任一或两个国籍国行使外交保护。¹⁰⁶ 同样，国际法认可国际组织的官员可由其国籍国或组织或双方提

¹⁰¹ 《1970 年国际法院案例汇编》，第 219-220 页（Jessup 法官）。另见伊朗-美国索赔法庭受理的案件：Alcan Aluminium Ltd. v. Ircable Corporation, 72 I.L.R. 725, 129; Sedco Inc. v. National Iranian Oil Co and the Islamic Republic of Iran 84 I.L.R., 484; L.C. Caflisch “The Protection of Corporate Investments Abroad in the Light of the Barcelona Traction Case”, (1971) 31 Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 162, 180。

¹⁰² 同上，第 202 页（Jessup 法官）。

¹⁰³ 同上，第 207 页（Jessup 法官）。

¹⁰⁴ Brownlie, 上文注释 97, 第 487 页。

¹⁰⁵ 见 Abu-Saab, 上文注释 81。

¹⁰⁶ 见委员会 2002 年通过的外交保护条文草案第 5 条。《第五十七届大会正式记录》，补编第 10 号（A/57/10），第 281 段，第 181-183 页。

供保护。¹⁰⁷ 那么，人们也许会提出这个问题，为什么不认可公司和经济控制所在国的双重保护以便使公司的注册国或经济控制所在国也能行使外交保护呢？如**巴塞罗那电车公司案**的国际法院那样，仅仅简单地说上述的双重保护案例与公司及其控制股东的案例这两者之间不可类比是否并不够？¹⁰⁸

39. 这种双重保护的可能性在**巴塞罗那电车公司案**中得到田中法官¹⁰⁹ 和 Jessup 法官¹¹⁰ 个别意见的支持。据田中法官的意见：

“的确没有国际法规则允许分别对公司及其股东行使两种外交保护，但是，也没有国际法规则禁止双重保护。这里似乎存在着某种空白：必须根据外交保护机构本身的精神作出某种阐释来填补这一空白。”¹¹¹

这种双重保护的案件并不存在被告国将被迫支付两次赔款的危险，因为“如果一国的索偿要求得到满足，则另一国的索偿要求就失去对象而相应无效。”¹¹²

40. 委员会应该认真关注双重保护的可能性。但是，如果它觉得对第 32 段和第 33 段中的经济控制检验法提出的批评意见是有说服力的，则在双重保护中同意这种检验方法就不合情理了。

供择方案 6：注册国，其次再是经济控制所在国

41. 与供择方案 5 相联系的是，如果（而且非这样不可）注册国放弃外交保护的权力或长期不行使这种权利（例如**巴塞罗那电车公司案**中加拿大的情况），就可产生将外交保护的次位权利交给经济控制所在国的可能性。**巴塞罗那电车公司案**中的 Fitzmaurice 法官在其个人意见中考虑了这种可能性，当时他说，注册国不实行外交保护是“因为与公司的利益无关的自身理由……即使有正当的，或貌似正当的法律理由这样做，而且公司的利益要求这样做”，那么股东的国籍国应该能采取行动——如同“在国内情况下，公司管理人员的这种不行动或拒绝行动

¹⁰⁷ 联合国公务中所受伤害的赔偿案，《1949 年国际法院案例汇编》，第 174 页和第 186 页。在该决定认可可以为受伤官员提出两个索赔后，大会授权联合国秘书长谈判协定，调解联合国的诉讼和该受伤人员原籍国的权利。见大会第 365(四)号决议，第 2 段。又见 Jessup 法官的个别意见，《1970 年国际法院案例汇编》，第 199 页。

¹⁰⁸ 同上，第 53 段和第 98 段。

¹⁰⁹ 同上，第 130-133 页。

¹¹⁰ 同上，第 199-202 页。

¹¹¹ 同上，第 131 页。又见**巴塞罗那电车公司案**初步反对意见中顾维钧法官的个别意见，《1964 年国际法院案例汇编》，第 59-61 页。

¹¹² 田中法官，《1970 年国际法院案例汇编》，第 130-131 页。又见 Jessup 法官，同上，第 200 页。

的行为通常就能使股东采取行动”一样，无论是针对管理人员的还是第三方的行动。¹¹³

42. 对这种次位保护权利概念的支持可在联合国赔偿委员会的程序中找到，其中规定：

“每一国家政府得代表公司或其他实体提出赔偿要求，只要在索赔事项发生之日该公司或其他实体已根据其法律注册或组成。只有一个政府可代表公司或其他实体提交赔偿要求。公司或其他实体必须请求其注册或组成的所在地国向委员会提交赔偿要求。如果公司或其他私法人注册或组成的所在地国未能在第 29 段规定的截止日期内提交这种符合适用标准的索赔，则该公司或其他私法人可自行在此后的三个月内向委员会提出赔偿要求。”¹¹⁴

43. 这一供择方案可遭到与供择方案 5 相同的反对。倘若经济控制检验法不那么令人满意，就不应该把它作为检验国籍的次要或首要方法来考虑。但是，还有一个更有力的反对意见。正如审理**巴塞罗那电车公司案**的国际法院所指出的那样，次位权利只有在原始权利不复存在的时候才能建立，但实践中很难确定这种权利何时消亡，因为一个国家可以只是拒绝行使保护某公司的酌处权，却无意放弃索赔权，正如同**巴塞罗那电车公司案**中看来是加拿大的立场那样。¹¹⁵ 虽然可以规定行使原始权利的时限，从而战胜这种反对意见，但却无法战胜国际法院提出的另一个障碍，即如果注册国解决索赔的方法令公司股东不满而会出现的困难。那时，经济控制所在国可否提出二次索赔，以期使股东的要求生效？

供择方案 7: 所有股东的不同的国籍国

44. 审理**巴塞罗那电车公司案**的法院用以下措辞驳回了允许公司所有股东的国籍国行使外交保护的建议：

“法院认为，采用这种对股东实行外交保护的理论会导致各种竞争性的外交索赔，从而造成经济关系中的混乱和不安定气氛。这种危险会因为国际性活动公司的股份广为分布和经常转手而愈演愈烈。”¹¹⁶

45. 田中法官强调了另一种站得住脚的赞同多方保护的立场。¹¹⁷ 他辩称，从原则上讲，每一个股东都应该有外交保护的权利。他并不预料这会导致混乱，首先

¹¹³ 同上，第 76 页。又见**巴塞罗那电车公司案**中顾维钧法官的个人意见（初步反对意见），《1964 年国际法院案例汇编》，第 59 页。

¹¹⁴ 理事会第 7 号决定，第 26 段，S/AC.26/1991/7/Rev.1 (17/3/1992)。

¹¹⁵ 《1970 年国际法院案例汇编》，第 96-97 段。

¹¹⁶ 《1970 年国际法院案例汇编》，第 49 页，第 96 段。又见 Padilla Nervo 法官的个人意见，第 264 页。

¹¹⁷ 同上，第 128-131 页。

是由于外交保护是酌处性的，其次是由于有关国家在实际上可能会联合行动。Fitzmaurice 法官采取了类似的立场。他辩称，只有对“各国政府都能得到的那部分赔偿”来说，多方索赔才会是一个问题。他继续说：

“一旦接受在这种情况下代表股东提出的索赔原则，就不难找出避免多重诉讼程序的方法。后者才是确实重要的。”¹¹⁸

46. 田中和 Fitzmaurice 法官说得不错：多重诉讼程序可通过同权股东举行谈判随后采取联合行动而予以避免。但是，混乱无序依然是可能的。1949 年，Mervyn Jones 曾警告过这种危险。当时他写道，如果允许每个股东的国籍国都实行外交保护，则：

“在国际层级造成的混乱就会如同根据国内法允许任何一批股东在公司受损的任何情况下提出诉讼会造成的结果一样……”

“股东往往就是公司本身，而且，确认每个股东的过程可能旷日持久，不知何日才能完成；这种过程在任何案例中实际做起来都很难。”¹¹⁹

巴塞罗那电车公司案本身就提供了大量的证据，足以证明在多国公司案件中确认股东的困难。¹²⁰

B. 关于对公司和股东实行外交保护的拟议条文

47. **巴塞罗那电车公司案**有若干可以指责的地方。但是，它却得到各国的普遍接受。¹²¹ 鉴于这种接受的程度以及对确定公司国籍的其他检验方法的反对意见，¹²² 最明智的做法似乎是拟定条文，使**巴塞罗那电车公司案**阐述的各项原则生效。以下各条文既核准了**巴塞罗那电车公司案**的首要规则（即公司的注册国享有为该公司而进行外交保护的权力），也核准了国际法院或多或少认可的这项规则的一些例外情况。

¹¹⁸ 同上，第 77 页，脚注 21。这一观点得到 Rosalyn Higgins 的赞同：“Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd” (1971) 11 Virginia Journal of International Law 327, 339. 又见“Panel: —Nationality of Claims —Individuals, Corporations, Stockholders”, (1969) 63 American Society of International Law, Proceedings, 30.

¹¹⁹ “Claims on behalf of Nationals who are Shareholders in Foreign Companies” (1949) 26 British Year Book of International Law, 225, 234-235.

¹²⁰ 见 Jessup 法官的意见，《1970 年国际法院案例汇编》，第 219-220 页。

¹²¹ 见上文第 26 段。

¹²² 见上文第 29-36 段。

第三部分

法人

第 17 条

1. 一国有权在拥有其国籍的公司受到损害时对它行使外交保护。
2. 就外交保护而言，一个公司的国籍国是公司在其境内注册[并在其领域内设有注册办事处]的国家。

第 18 条

在公司受损害的情况下，公司股东的国籍国无权对这些股东行使外交保护，除非：

- (a) 在公司的注册地此公司已不存在；或
- (b) 公司拥有对使公司蒙受损害应负责的国家的国籍。

第 19 条

第 17 条和第 18 条不妨碍公司股东的国籍国在这些股东受到另一国的国际不法行为损害时为他们提供保护的权利。

第 20 条

一国有权针对在受到损害之时并在正式提出求偿之日均属根据其法律注册的公司行使外交保护[；条件是，如果该公司因所受损害已不存在，停业公司的注册国可继续代表该公司求偿]。

1. 第 17 条

第 17 条，第 1 款

一国有权在拥有其国籍的公司受到损害时对它行使外交保护。

48. 第 17 条第 1 款重申**巴塞罗那电车公司案**¹²³ 中阐述的原则，该原则与委员会一读时通过的条款草案第 3 条第 1 款相同，这一款规定“有权行使外交保护的国家的国籍国。”

49. 条款草案第 2 条确认国家行使外交保护的“权利”。国家没有这样做的义务——这项原则以同样的效力适用于自然人和法人。国际法院在**巴塞罗那电车公司案**中强调了这一原则，它宣布：

¹²³ 《1970 年国际法院案例汇编》，第 42 页（第 70 段）和第 46 页（第 88 段）。

“……在国际法规定的范围内，一国可采用它认为妥当的手段、在它认为妥当的程度上行使外交保护，因为国家维护的是本身的权利。如果它所代表的自然人或法人认为其权利没有得到充分保护，他们在国际法下是没有补救办法的。如有方法，他们也只能诉诸国内法，以期继续争取其利益或得到补救。国内立法人员可能规定国家有义务保护其海外公民，并可能赋予国民要求履行这种义务的权利，以及规定与这种权利相关的惩罚措施。然而，所有这些问题都在国内法管辖范围内，在国际上不产生任何影响。

“必须认识到，只有国家可以决定是否提供保护，在何种程度上提供保护，以及何时停止提供保护。在这方面，国家保留酌处权，这种权力的行使可取决于与特定案件无关的政治考虑或其他考虑。因为国家求偿与其诉因得到支持的个人或法人的求偿不完全相同，国家享有完全的行动自由。”¹²⁴

50. 应由公司的注册国决定它是否将对该公司行使外交保护。如果国家同拥有其国籍的公司之间没有任何实际联系，例如，公司在该国注册是为了税务上的好处，该国就不大可能对其行使外交保护。在这种情况下，国家同公司之间的关系就象一国同为便利而挂其国旗的船舶之间的关系一样。较可能的情况是，如果国家同公司之间有某种实际联系，例如公司的大多数股东是该国国民，国家将对它行使外交保护。国家的确可事先宣布，它只在此种情况下行使外交保护。¹²⁵ 这种附加要求有助于指导国家行使酌处权，它与国际法无关。国际法授权（但并不要求）一国对根据其法律注册的公司行使外交保护，这反映在**巴塞罗那电车公司案**中。

51. 对于那些在公司投资期待公司在海外营业时其投资将受到国籍国保护的股东们，行使外交保护的酌处权不能为他们提供什么保障，因为这种权利完全不受国际法规则的规范。因此，投资者宁愿通过双边投资协定获得保障，并鼓励公司的国籍国同那些利润高风险也高的国家达成此种协定。因而人们接受 Julienne Kokott 对这种情况的悲观评估：“对于外国投资，若干以条约为基础的解决争端程序已在很大程度上取代了传统的外交保护法”。¹²⁶ 国际法院的判决书也多少证实了这种观点，判决书中说：

“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

¹²⁴ 同上，第 44 页，第 78 和 79 段。

¹²⁵ 英国政府颁布了关于国际求偿的规则，表明英国政府可能处理在该国注册的公司的求偿（第四条）。然而，这条规则的评论说：“在确定是否行使保护权时，英国政府可能考虑该公司是否实际上与联合王国有着真正的实质性联系”《国际法和比较法季刊》第 37 期，（1988 年）第 1006、1007 页。美国在第六委员会关于外交保护问题的辩论中发言时也同样宣布，“美国在决定是否实施对公司实行外交保护的酌处权时确实考虑到公司股东的国籍（A/C. 6/57/SR. 23，第 52 段）。

¹²⁶ 前注 48。

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。”¹²⁷

第 17 条，第 2 款

就外交保护而言，一个公司的国籍国是公司在其境内注册[并在其领域内设有注册办事处]的国家

52. 这一款的规定反映在国际法院关于**巴塞罗那电车公司案**的判词中：“传统法规使国家有权对根据其法律注册并在其领域内设有注册办事处的公司行使外交保护。”¹²⁸

53. 前一段中引述的判词就外交保护而言为公司获得国籍规定了两个条件：注册以及在注册国设有该公司注册办事处。实际上，大多数国家的法律要求根据其法律注册的公司在其领域内设有注册办事处。¹²⁹ 因此，提出设有注册办事处这一附加要求似乎是多余的。不过，国际法院已清楚地表明，这两个条件都必须满足；而且，国际法院说：“长期实践和许多国际文书已证实了这两项标准。”¹³⁰ 可能国际法院认为，提出关于注册办事处的要件，就是承认国家与公司之间必须有某种实际可见的联系，不论这种联系多么微弱。以下事实证实了这一点：国际法院强调，巴塞罗那电车公司的注册办事处是在加拿大，这一点同其他因素一道形成了加拿大同巴塞罗那电车公司之间的“密切和永久的联系”。¹³¹ 事实上，国际法院坚持要求有注册办事处是不适当的。在一个国家有注册办事处是注册产生的结果，而不是同该国有联系的独立证据。确实，如果一家公司在一国注册只是为了获得税务上的好处（这种情况并不经常发生），那么注册办事处也只不过是一个邮政地址。为谨慎起见，保留这一要求和忠实地沿用**巴塞罗那电车公司案**中的措辞并没有害处。另一方面，委员会不妨除了公司注册问题外不提必须设有注册办事处。

¹²⁷ 《1970 年国际法院案例汇编》，第 47 页，第 90 段。

¹²⁸ 同上，第 42 页，第 70 段。

¹²⁹ 特别报告员不能说他就这个问题进行了透彻的可比性研究。不过，对这个问题进行的简短调查表明，南非(P. Meskin(ed.))Henochsberg on the Companies Act, 4th ed. (1985 年)，第 254 页)、西班牙(*Spanish Corporation Law and Limited Liability Company Law*, Santiago C. Minguela 译 (1996 年)、爱尔兰(M. Forde *Company Law*, 3rd ed. (1999 年)，第 59 页)和联合王国(*Halsbury's Laws of England*(4th ed.))，第 125 页)都持这一立场。

¹³⁰ 《1970 年国际法院案例汇编》，第 42 页，第 70 段。

¹³¹ 同上，第 33-42 页，第 71 段。

54. 国际法院在**巴塞罗那电车公司案**中清楚地表明，没有关于公司注册问题的国际法规则。¹³² 因此，必须能够应用国内法来确定是否已满足注册的条件。法院说：

“所有这一切都意味着，国际法不得不承认公司是各国在基本上属于其国内管辖范围内创立一个机构。这就要求，凡出现与国家在公司和股东所受教育方面的权利相关的法律问题时，而对这些权利国际法没有规定自己的规则，就必须按照有关的国内法规则行事。”¹³³

55. 莫雷利法官在**巴塞罗那电车公司案**中建议，对于此案应依据被告国的法律作出裁决。¹³⁴ 根据 Christopher Stalker 所述的以下理由，这种观点是不能接受的：

“……从根本上难以肯定地说，一个国家对于带进其领土的财产属于谁的问题能完全自由地作出决定。从逻辑上看，如果是这样的话，（用**巴塞罗那电车公司案**的例子来说）不仅西班牙有可能拒不承认比利时公民按照加拿大法律合法注册的一家公司（以及不承认比利时股东是实际所有人），它还可能会例如‘承认’那些比利时国民带入该领土的财产属于一家加拿大公司，尽管根据加拿大法律并没有这样一家公司。如果这样的话，每一个国家都可以通过‘承认’外国人带入该领土的财产为与对保护这些财产没有任何利益的第三国的公司的财产而避免可能提出的外交求偿。西班牙如果‘承认’一家并不存在的加拿大公司，就将实际上制造了一家公司，并使该公司具有加拿大国籍。这违反了关于一国不能授予另一国国籍的既定规则。”¹³⁵

因此，看来毫无疑问，法院应根据注册国的法律来确定有关公司是否已适当注册。

56. 与“登记”相比，人们更愿意用“注册”。在实际做法中，这两个用语几乎是同意词。一家公司要成为一个独立的企业，就必须向有关国家当局提交建立公司的文件并向它登记。一旦这样登记后，公司就已注册，可获得注册证书。可用

¹³² 参阅 Christopher • Stalker 的建议，即“根据应把作为一个有别于其成员的实体而实际存在的集体承认为法律上的一种单独存在这一普遍原则”，国际法规则可为外交保护目的把“根据任何国家的国内法都不具有法人地位的一个实体”承认为法人：“Diplomatic protection of Private Business Companies: Determining Corporate Personality for International Law Purposes” (1990 年) 61 *British Year Book of International Law* 第 155、169 页。

¹³³ 《1970 年国际法院案例汇编》，第 33 页，第 38 段；并见第 37 页，第 50 段。

¹³⁴ 同上，第 235 至 236 页。并见 Caflisch, 《La protection des sociétés commerciales et des intérêts indirects en droit international public》(1969 年)，第 19 页。

¹³⁵ 前注 132，第 166–167 页。

自然人打个比喻，登记过程就是公司的孕育过程；在完成这一过程后，注册便是该公司的诞生；注册证书就是其出生证。¹³⁶ 由于这一原因，使用“注册”更适当。

2. 第 18 条

在公司受损害的情况下，公司股东的国籍国无权对这些股东行使外交保护，除非：

(c) 在公司的注册地此公司已不存在；或

(d) 公司拥有对它造成损害的国家的国籍。

57. 国际法院在**巴塞罗那电车公司案**中确认，“国际层面”上某些特殊情况使我们可能“有理由为保护股东的利益而揭下[公司]的面纱。”¹³⁷ 然而，他把此种干预只限于两种情况：(a) 公司已不存在，和(b) 公司的国籍国没有为它采取行动的能力。¹³⁸

第 18 条，(a)款

如果“在公司的注册地此公司已不存在”，股东的国籍国则可介入

58. 这项规定提出了两个需要仔细考虑的问题：第一，“已不存在”的含义是什么，以及它是否是应采用的适当检验标准；第二，确定公司关闭日期，是按注册国的法律、还是按公司在其受到损害的国家的法律。

59. 在**巴塞罗那电车公司案**之前人们接受的原则是，在公司不再能够代表股东采取行动时，股东的国籍国可以介入。有人支持关于把公司是否已不存在作为检验标准的观点，¹³⁹ 但权威意见似乎赞成一种不那么严格的检验标准，允许国家在

¹³⁶ 南非 1973 年第 61 号公司法第 64 条清楚地阐述了这一过程：“(1) 在登记一家公司的备忘录和公司章程时，注册官将在这些文件上签字和加盖公章，签发一份证明该公司已注册的证书。(2) 如果注册官为任何公司颁发了公司注册证书，在没有证据表明有欺诈行为的情况下，那么，仅出示这一证书本身就完全足以证明本法中关于登记及其前后过程事项的要求都已达到，该公司是根据这项法律注册的公司。” 并见 *Gower's Principles of Modern Company Law*, ed. Paul L. Davies, 6th ed. (1997 年)，第 111 页。“如果注册官认为注册的所有要求都已达到，并且公司创办人的目的是‘合法’的，他就颁发一份经他签字或由他加盖公章认证的公司注册证书，证明该公司已注册成立；而在有限责任公司，该证书应言明该公司的责任是有限的。该证书实际上是公司作为一个法人团体在证书所述日期诞生的出生证明书。”

¹³⁷ 《1970 年国际法院案例汇编》，第 39 页，第 58 段。

¹³⁸ 同上，第 40 页，第 64 段。

¹³⁹ 见在 *Romano-American Company* 争端中联合王国对美国的答复“……直至一个公司不再有继续存在或进入清算阶段后，其股东的利益才不再仅仅是分享公司利润的权利，而成为分享企业实际剩余资产的权利” (Hackworth, *Digest of International Law*, Vol V. (1943 年) 第 843 页)。墨西哥政府在 *Mexican Eagle* 争端中采取了类似的立场：见 Jones, 前注 119, 第 241 页。Eduardo

公司“实际停业”的情况下为维护股东利益而介入。这种检验标准最初是在 *Delagoa Bay Railway Co* 案¹⁴⁰ 中形成的，后来在各国实际做法中也采用这种标准，¹⁴¹ 并得到一些作者的支持。¹⁴²

60. 国际法院在 *巴塞罗那电车公司案* 中为确定公司是否已消亡规定了更高的标准。一个公司“瘫痪”或“财政情况危急”这一标准被视为不适当，不予以考虑。¹⁴³ “实际停业”的标准也同样不予采用，因为这“在法律上不十分准确”。¹⁴⁴ 它认为只有“法律意义上的公司地位”才是重要的。国际法院说：

“只有在公司在法律上已消亡时，股东才失去了通过公司获得补救的可能性；只有在股东失去了所有此种可能性后，才产生他们或其政府采取行动的独立权利。”¹⁴⁵

纳沃法官赞同这种做法，他在其个别意见中说：

“只有公司已解散并随后不再作为一个法律实体存在的情况下，股东才能取而代之，有权接受在扣除公司债务后其所剩财产。因此，只有法人的‘法定死亡’才能产生股东作为公司继承人拥有的新的权利。”¹⁴⁶

Jimenez de Arechaga 在 *巴塞罗那电车公司案* 前夕在 1968 年写作时要求把公司丧失了法人地位作为股东介入的先决条件：“International Responsibility”，载于 *Manual of Public International Law*, ed. Max Sorensen (1968 年) 第 579-580 页，第 531 段。

¹⁴⁰ 1887 年，葡萄牙政府取消了给予一家公司关于修建 Lourenco Marques (现在的马普托) 至 Transvaal 边界的铁路线的特许权，并没收其资产。这家公司是根据葡萄牙法律注册的，但其所有人却是英国和美国股东。英国和美国政府对这一行为提出抗议，并声称它们有权代表其股东介入此事，因为这家葡萄牙公司已“实际停业”。葡萄牙政府后来接受了这项原则，并成立了一个仲裁法庭，只就赔偿问题作出决定：Delagoa Bay Railway Co Case, Moore, *Digest of International Law* (1906 年), Vol VI, 第 648 页。关于此案的详细研究，见 Mervyn Jones, 前注 119, 第 229-231 页。El Triunfo 求偿案中赞成这种方法：Moore, *Digest of International Law* (1906 年), Vol VI, 第 649 页。

¹⁴¹ 见 *Baasch & Romer* 求偿案, 10 U. N. R. I. A. A. 723 (1903 年) (在 Jones 中讨论过, 前注 119, 第 244-246 页); F. A. Mann “The protection of shareholder’s Interests in the Light of the Barcelona Traction Case ” (1973 年) 67 A. J. I. L. 第 259、267 和 268 页。(引述比利时的 Virally 教授在 *巴塞罗那电车公司案* 中的论述)。

¹⁴² Brownlie, *Principles of Public International Law* (1966 年), 第 401 页。

¹⁴³ 《1970 年国际法院案例汇编》，第 40-41 页，第 65 和 66 段。

¹⁴⁴ 同上，第 41 页，第 66 段。

¹⁴⁵ 同上。

¹⁴⁶ 同上，第 256 页。并见阿蒙法官的个别意见，第 319-320 页。

其他法官则不那么相信这项检验标准的正确性：杰瑟普法官、¹⁴⁷ 菲茨莫里斯法官¹⁴⁸ 和利费根专案法官¹⁴⁹ 趋向于采用“实际停业”的标准。

61. 针对法院通过“已不存在”的检验标准提出的批评中很大一部分是，法院这不能恰当地将其应用于**巴塞罗那电车公司案**的事实。¹⁵⁰ 这并没有减弱这项标准本身的价值：它比“实际停业”标准更准确，但对于这种标准是否正确地适用于某一案件必然会有不同的观点。

62. 欧洲人权法院 1995 年在 Agrotexim 案中赞成采用“已不存在”的标准，它不承认一个公司不能作为公司行事，因为该公司尽管正在清算过程中，但“并没有停止作为一个法人行事”。¹⁵¹ 这也得到联合王国 1985 年《国际求偿规则》的支持，其中规定只有在公司“停业”的情况下才考虑采取干预行动。¹⁵²

63. 可惜国际法院在**巴塞罗那电车公司案**中没有明确地宣布，股东介入的先决条件是该公司在注册地已不存在。¹⁵³ 然而，从法院诉讼过程来看却很清楚，法院的意图是，公司本应在其注册国家，而不是在公司在其受到损害的国家停止存在。国际法院承认公司在西班牙已倒闭¹⁵⁴（菲茨莫里斯法官¹⁵⁵ 和杰瑟普法官¹⁵⁶ 都赞同这种观点），但强调这不影响它在注册国加拿大的继续存在：

“在本案中，巴塞罗那电车公司在注册国接受破产管理。这绝不意味着这个实体或其权利的消亡，而是意味着，只要清理工作还在进行，这些权利就存在。在整个破产管理过程中，这个公司仍继续存在。”¹⁵⁷

64. 一个公司在登记和注册后就在注册国家“诞生”。相反，它在注册国家、其所存在的国家关闭时即为“消亡”。因此，看来合理做法是，必须根据公司注册国的法律来确定公司是否已不存在，以及是否不再能够作为一个公司实体运作。

¹⁴⁷ 同上，引述布朗利，*Principles of Public International Law*（1966 年），第 401 页，他赞成把“实际停业”作为正确的检验标准。

¹⁴⁸ 同上，第 74-75 页。

¹⁴⁹ 同上，第 345 页。

¹⁵⁰ 见 Mann 的批评意见，前注 141，第 268 页。

¹⁵¹ 汇编 A，330-A 号，第 25 页，第 68 段。

¹⁵² 第五条，转载于《国际法和比较法季刊》第 37 期（1988 年），第 1007 页。

¹⁵³ 这使 F. A. Mann 说，“国际法院没有说明它作出这种结论是根据何种法律体系。是加拿大法律，还是西班牙法律？或是国际法，特别是国际法中与外交保护有关的部分”（前注 141，第 265 页）。

¹⁵⁴ 《1970 年国际法院案例汇编》，第 40 页，第 65 段。

¹⁵⁵ 同上，第 75 页。

¹⁵⁶ 同上，第 194 页。

¹⁵⁷ 同上，第 41 页，第 67 页。

第 18 条(b)款:

“如果公司拥有对使公司蒙受损害应负责的国家的国籍，股东的国籍国可进行干预”。

65. 公司的国籍国可单独代表公司行使外交保护权的规则有一项最重要的例外条款，即“如果公司拥有对使公司蒙受损害应负责的国家的国籍”（第 18 条(b)款），允许股东国籍国进行干预。资本输入国往往要求希望在其境内做生意的外国财团根据其法律成立公司。¹⁵⁸ 如果资本输入国没收公司财产或以某种方式使公司蒙受损失，在国际上公司的唯一补救办法是股东的国籍国采取行动。默文·琼斯 1949 年就此问题撰写了题为“代表作为外国公司股东的国民求偿”的重要文章，他认为：

“在此情况下，根据国际法正常规则不可能代表公司进行干预，因为外国不能代表国民对其政府提出索赔。如果正常规则适用，外国股东如听任有关国家摆布，可能蒙受巨大损失且得不到补偿。这是国内法中本应捍卫公司利益者以诈欺或不正当手段未捍卫公司利益的情况在国际领域的延伸（例如 *Foss 诉 Harbottle 案*）。”¹⁵⁹

66. 此项规则的存在引起争议。此外，有人建议，只有在受损失公司被迫在不法行为国境内注册或公司“实际上已停业”的情况下才得对该规则予以承认。

67. 法院在 *巴塞罗那电车公司案* 中提出了这一规则的可能性，但拒绝就其存在或范围作出答复。本报告将审查在 *巴塞罗那电车公司案* 之前此类例外条款的情况、国际法院对该案的判决、判决所附的各种个别意见、随后的事态发展及这一例外规定的现状。

巴塞罗那电车公司案之前：惯例、判例和理论

68. 在 *巴塞罗那电车公司案* 发生前，有证据表明国家惯例、仲裁裁决书和理论都支持此一例外规定；卢修斯·卡弗利施在《国际公法中保护商业公司和间接利益》中全面审查了这一切。¹⁶⁰ 然而，正如琼斯¹⁶¹ 和希门尼斯·德阿雷查加¹⁶² 对证据做出的不同评价表明，国家惯例和仲裁决定都很不清楚。

¹⁵⁸ 见 W. E. Beckett 撰写的“Diplomatic Claims in Respect of Injuries to Companies”，(1932) 17 Transactions of the Grotius Society, 第 175 页和第 188-189 页。

¹⁵⁹ (1949) 26 B. Y. I. L. 225, 236。

¹⁶⁰ 海牙：Martirus Nijhoff, 1969 年。

¹⁶¹ 前注 159。

¹⁶² “international Responsibility”，载于 Manual of Public International Law, Max Sørensen 编(1968)，第 531 页和第 580-581 页。

69. 琼斯指出，在若干争端中联合王国和（或）美国都声称存在此一例外规定，特别是在下列案件中：*迪拉果阿湾铁路公司案*、¹⁶³ *Tlahualilo* 公司案、¹⁶⁴ *the Romano-Americanano* 案¹⁶⁵ 和 *the Mexican Eagle (El Aguila)* 案。¹⁶⁶ 但没有一个案件提供确凿证据证实此一例外规定。在*迪拉果阿湾铁路公司案*中，联合王国和美国在采取措施保护其国民时都坚称此类原则的存在，其国民是葡萄牙使之蒙受损失的葡萄牙公司的股东，但仲裁法庭认为争端限于确定给予的补偿。至多能够说，葡萄牙在接受联合王国和美国索赔要求的有效性时承认此类原则。¹⁶⁷ 在 *Tlahualilo* 和 *Mexican Eagle* 案中，墨西哥政府拒绝接受例外条款的存在，“通过共同商定对公司的补偿找到最后解决办法”。¹⁶⁸ 此外，在美国和联合王国之间的 *Romano-Americanano* 争端中，联合王国不承认此一例外规定的存在。¹⁶⁹ 很难不同意希门尼斯·阿雷查加的看法，即“因此，无法根据如此有限、自相矛盾的国家惯例得出论据”。¹⁷⁰

70. 同样，司法判决也无定论。有时引用 *The Alsop*、¹⁷¹ *Cerruti*、¹⁷² *Orinoco Steamship*¹⁷³ *and Ziat Ben Kiran*¹⁷⁴ 索赔案，证实有利于股东索赔要求的例外情况，但实际上这些索赔案并未起到这种作用。¹⁷⁵ *The Baasch & Romer*¹⁷⁶ *and Kunhardt*¹⁷⁷

¹⁶³ 前注 140。

¹⁶⁴ 琼斯，前注 159，第 237 页；卡弗利施，前注 160，第 194 至 197 页。

¹⁶⁵ Hackworth, “Digest of International law”, 第五卷，第 841 页。

¹⁶⁶ M. Whiteman, “Digest of International Law”, 第八卷，第 1272 页至 1274 页；琼斯，前注 159，第 241 页。

¹⁶⁷ 琼斯，前注 159，第 230-231 页。

¹⁶⁸ 德阿雷查加，前注 162，第 580 页。

¹⁶⁹ 前注 165，第 843 页。

¹⁷⁰ 前注 162，第 580 页。比较卡弗利施的结论：“我们首先认为，国家惯例符合国际法理学承认的相同原则，即保护有关被告国公司中的外国股东。一方面，间接股权拥有人国籍国很少拒绝这种保护；另一方面，我们不知道反对承认保护间接股权的被告国最终打赢官司的情况”，前注 160，第 203 页。

¹⁷¹ 美国诉智利案，《联合国国际仲裁裁决汇编》1911 年第 11 期，第 349 页；《美国国际法学报》1911 年第 5 期，第 1079 页。

¹⁷² 哥伦比亚诉意大利案，《国际公法概览》，1899 年第 6 期，第 593 页。

¹⁷³ 美国诉委内瑞拉案，《联合国国际仲裁裁决汇编》，1903 年第 9 期，第 180 页。

¹⁷⁴ 联合王国诉西班牙案，《联合国国际仲裁裁决汇编》，1924 年第 2 期，第 729 页。

¹⁷⁵ 琼斯，前注 159，第 243-244 页；德阿雷查加，前注 162，第 581 页；卡弗利施，前注 160，第 173 页、第 183-187 页。

¹⁷⁶ 荷兰诉委内瑞拉案，《联合国国际仲裁裁决汇编》，1903 年第 10 期，第 723 页。

¹⁷⁷ 美国诉委内瑞拉案，《联合国国际仲裁裁决汇编》，1903 年第 9 期，第 171 页。

案至多不清楚,但也可能反对拟议的例外条款,因为在这些和其它案件中,¹⁷⁸ 委内瑞拉混合委员会拒绝代表委内瑞拉籍公司的股东提出的索赔。¹⁷⁹ 但 *El Triunfo* 索赔案¹⁸⁰ 在某种程度上证实了例外情况。在该案中,大多数仲裁员同意萨尔瓦多应赔偿美国的损失,因为萨尔瓦多在萨尔瓦多成立并有美国股东的公司蒙受损失。仲裁员指出:

“根据国际法,美国有权为萨尔瓦多国内 *El Triunfo* 公司的这些股东提出索赔要求。我们未讨论美国是否有这一权利的问题,因为在经常引用和公认的 *迪拉果阿湾铁路仲裁案* 中做出的结论已经完全解决了此种权利的问题。”¹⁸¹

71. 在 *Deutsche Amerikanische Petroleum Gesellschaft Oil Tankers* 案中,也表示遵守 *迪拉果阿湾铁路仲裁案* 原则。法庭在该案中指出,在 *迪拉果阿湾铁路仲裁案* 和 *El Triunfo* 案中,股东未行使“自己的权利,而是行使被以不正当手段解散或掠夺的公司不能行使的权利;……因此,股东谋求落实间接的替代权利,而非直接的个人权利。”¹⁸²

72. 概括而言,虽然权威文献不明确宣布国家有权受理作为公司股东的国民因公司国籍国采取影响公司的行为而对该国提出的索赔案,¹⁸³ 但某些裁决的措辞在一定程度上支持这种权利,尽管仍是尝试性的。¹⁸⁴

73. 具有重要意义的是, *迪拉果阿湾铁路*、*Mexican Eagle* 和 *El Triunfo* 这三个索赔案对股东的国籍国进行干预提供了最强有力的支持;在这些案件中蒙受损失的公司曾被迫在不法行为国家成立。虽然这些索赔案中使用的措辞并未表明应将干预限于此类情况,但无疑正是在这些情况下最需要进行干预。在 *Mexican Eagle* 案中,墨西哥提出的论点是国家不应代表其墨西哥公司股东进行干预。对此,联合王国政府做出如下答复:

“如果承认这种理论,即政府能够首先使依照地方法律成立公司作为外国利益方在其境内营运的条件,然后将这一成立作为拒绝外国外交保护的理

¹⁷⁸ *Henriquez Case*, 荷兰诉委内瑞拉案,《联合国国际仲裁裁决汇编》,1903年第10期,第713页; *Brewer, Moller & Co*, 德国诉委内瑞拉案,《联合国国际仲裁裁决汇编》,1903年第10期,第433页。

¹⁷⁹ 德阿雷查加:前注162,第581页。

¹⁸⁰ 《联合国国际仲裁裁决汇编》,1902年第15期,第467页;《穆尔国际法文摘》,第六卷,第649页;《美国外交关系》,1902年,第838-852页。

¹⁸¹ 《联合国国际仲裁裁决汇编》第15期,479;《美国外交关系》,1902年,第873页。

¹⁸² 《联合国国际仲裁裁决汇编》,1926年第2期,第779页,见第790页。

¹⁸³ 德阿雷查加:前注162,第580页。

¹⁸⁴ 琼斯,前注159,见第251页和第257页;卡弗利施,前注160,第192页。

由，则显然总会有办法阻止外国政府根据国际法行使其确定无疑的权利以保护其海外国民的商业利益”。¹⁸⁵

74. 在发生**巴塞罗那电车公司案**之前，法学家对国际法是否承认国家代表在不法行为国成立的公司的股东采取外交行动的权利存有歧见。贝克斯特、¹⁸⁶ 查尔斯·德菲斯海尔、¹⁸⁷ 琼斯、¹⁸⁸ 保罗·德菲斯海尔、¹⁸⁹ 彼得伦、¹⁹⁰ 基什¹⁹¹ 和卡弗利施¹⁹² 赞成此类规则，但德阿雷查加¹⁹³ 和奥康奈尔¹⁹⁴ 反对。1964年，顾维钧法官在**巴塞罗那电车公司案**中提出个别意见（初步反对），声称：

“……国家惯例、条约规则和国际仲裁决定都承认，如果公司国籍国，即因根据其法律成立公司而被视为拥有其国籍的国家使公司蒙受损失，国家有权代表其作为公司股东的国民进行干预。”¹⁹⁵

巴塞罗那电车公司案

75. 在**巴塞罗那电车公司案**中，被告国西班牙不是受损失公司的国籍国。因此，未向国际法院提出正在讨论的例外情况。但法院的确提到过这一例外情况：

“的确一直有人坚持认为，为公平起见，在某些情况下国家应能够保护其国民，这些国民是违反国际法行为受害公司的股东。因此，形成一种理论，即如果被追究负责的国家是公司国籍国，股东国籍国有权提供外交保护。无

¹⁸⁵ M. Whiteman, Digest of International law, 第八卷, 第 1273-1274 页。

¹⁸⁶ 前注 158, 第 188-194 页。贝克斯特在没有习惯国际法规则的情况下, 从一般法律原则推断出此规则。

¹⁸⁷ “De la protection diplomatique des actionnaires d’une société contre l’Etat sous la législation duquel la société s’est constituée”, (1934) 15 Revue de droit international et de législation comparée(3rd Series)624.

¹⁸⁸ 前注 159。

¹⁸⁹ “La protection diplomatique des personnes morales” (1960-I)102, Recueil des Cours ……第 395 页和第 478-479 页。

¹⁹⁰ “La confiscation des biens étrangers et les réclamations internationales auxquelles elle peut donner lieu” (1963-II) 109, Recueil des Cours 第 492 页、506 页和 510 页。

¹⁹¹ “La protection diplomatique des actionnaires dans la jurisprudence et la pratique internationale”, in La personnalité morale et ses limites (Université de Paris, Institut de droit compare, 1960), 第 179-210 页。

¹⁹² 前注 160。

¹⁹³ 前注 162。

¹⁹⁴ International Law, 2nd ed. (1970), 第 1043-1047 页。

¹⁹⁵ 国际法院案例汇编(1964年), 第 58 页, 第 20 段。

论这一理论是否有效，但肯定不适用该案，因为西班牙不是巴塞罗那电车公司的国籍国。”¹⁹⁶

76. 法院在上述声明之后立即做出裁判，其中若干段落表明法院赞同为做出公平、合理股东国籍国提供保护的概念：

“另一方面，法院认为应在外交保护领域和国际法所有其它领域中合理适用法律。有人建议，如果在某一案件中不可能适用一般规则，即公司外交保护权属于公司国籍国，出于公平考虑，可能让有关股东的国籍国提供对股东的保护。这一假设不符合本案案情。

但考虑到外交保护自行酌定的性质，出于公平考虑，只能依照上述一般规则要求某保护国进行干预，无论保护国是公司国籍国，还是以间接身份，即要求提供保护的股东的国籍国。”¹⁹⁷

77. 菲茨莫里斯法官、¹⁹⁸ 田中法官¹⁹⁹ 和杰瑟普法官²⁰⁰ 表示完全支持股东国籍国在成立公司的国家让该公司蒙受损失时进行干预的权利。菲茨莫里斯法官说：

“实际上，似乎只在一种情况下多少明确承认应允许外国股东的国籍国政府进行干预，即如果有关公司拥有应对被控行为或破坏负责的国家的国籍，而且这些行为或破坏或造成的后果使公司实际上不能保护自己和股东的利益。”²⁰¹

菲茨莫里斯法官承认，如果公司并非因“自愿成立公司”而获得国籍，而是“国家政府或其地方法律规定强加给公司国籍，作为在该国运营或获得特许权的条件。”²⁰² 但他不愿将股东国籍国进行干预的权利限于这种情况，因为重要的是“在当地成立有外国股东的公司”，而不是成立公司的动机或程序。²⁰³

杰瑟普法官说，这一例外情况的基本原理“似乎主要基于公平考虑，其结果很合理，在国家实践中已被接受。”²⁰⁴ 他和菲茨莫里斯法官一样，也认为“如果

¹⁹⁶ 《国际法院案例汇编》，1970年，第48页，第92段。比较：F. A. Mann 指出，巴塞罗那电车公司案可能具有西班牙的“职能国籍”，在此情况下本例外规定可能相关；前注 57，第 271-272 页。

¹⁹⁷ 《国际法院案例汇编》(1970年)，第48页，第93-94段。

¹⁹⁸ 同上，第72-75页。

¹⁹⁹ 同上，第134页。

²⁰⁰ 同上，第191-193页。

²⁰¹ 同上，第72页，第14段。

²⁰² 同上，第73页，第15段。

²⁰³ 同上，第16段。

²⁰⁴ 同上，第191-192页。

被告国只在投资者根据其法律成立公司的条件下接受外国投资，则股权问题尤为突出”，²⁰⁵ 但他未将例外规定限于此类情况。

78. 另一方面，帕迪利亚·内尔沃²⁰⁶ 法官、莫雷利法官²⁰⁷ 和阿蒙法官²⁰⁸ 极力反对这种例外情况。帕迪利亚·内尔沃法官声称，“不应”将法院关于此问题的声明“解释为承认这种‘理论’可能适用被追究负责的国家是公司国籍国的其它情况。”²⁰⁹

79. 法院关于此问题的陈述显然是附带意见，²¹⁰ 正如同法院在关于对所有国家的义务的另一判决中更有名的附带意见。²¹¹ 但可能有争议，认为法院通过在公平、合理原则下提及这种例外情况正表示法院希望对该例外规定表示支持，在关于对所有国家的义务的问题上显然是如此。²¹²

巴塞罗那电车公司案之后的事态发展

80. **巴塞罗那电车公司案**之后的时期，主要在投资条约框架内出现与拟议例外条款有关的事态发展。但事态发展都证实了这种概念，即当成立公司的国家对公司蒙受损失应负责时，公司股东可对成立公司的国家采取措施。

81. 但在 *Eletronica Sicula S.p.A. (ELSI)案*²¹³ 中，国际法院分庭允许美国就意大利公司蒙受的损失对意大利提出索赔，因为 2 个美国公司完全拥有该公司股票。如上所述，²¹⁴ 尽管意大利不承认据称其权利受到侵犯的公司在意大利成立，而美国设法保护该公司股东的权利，但法院避免就该案裁定与**巴塞罗那电车公司案**裁定是否一致表态。²¹⁵ 可能有多种理由解释这种沉默，²¹⁶ 特别是分庭不关心对习

²⁰⁵ 同上，第 192 页。

²⁰⁶ 同上，第 257-259 页。

²⁰⁷ 同上，第 240-241 页。

²⁰⁸ 同上，第 318 页。

²⁰⁹ 同上，第 257 页。

²¹⁰ 见卢修斯·卡弗利施在美国国际法学会圆桌会议中关于“Toward More Adequate Protection of Private Claims: ‘Aris Gloves’, ‘Barcelona Traction’ and Beyond”中的评论意见，(1971)65 Proceedings of the American Society of International Law 333, 347-348。但卡弗利施未阐明国际法承认这种例外情况。

²¹¹ 《国际法院案例汇编》(1970 年)，第 32 页，第 33-34 段。

²¹² Ignaz Seidl-Hohenveldern 在圆桌协会得出关于此种推论，前注第 210 页，见第 347 页；“Corporations in and under International Law” (1987)，第 9-10 页。

²¹³ 《国际法院案例汇编》(1989 年)，第 15 页。

²¹⁴ 同上，第 23-26 段。

²¹⁵ 《国际法院案例汇编》(1989 年)，第 64 页，第 106 段和第 79 页，第 132 段。

²¹⁶ 同上，第 25 段。

惯国际法的解释，而关心对双边《友好、商业和航行条约》的解释，该条约规定美国向海外股东提供保护。另一方面，如小田法官和施韦贝尔法官在其个别意见中交流看法所示，显然已向分庭提出拟议例外条款。关于美国试图保护在意大利公司（ELSI）中的 2 个美国公司（Raytheon 和 Machlett）的利益，小田法官说：

“Raytheon 和 Machlett 公司当然可在意大利“组织、控制和管理”他们拥有 100% 股票的公司，例如在 ELSI 公司，但这不能意味着作为 ELSI 公司股东的美国公司能够对除意大利法律和公司法一般原则保证的股东权利之外的任何权利提出索赔。Raytheon 公司和 Machlett 公司作为 ELSI 公司股东的权利一如既往，《友好、商业和航行条约》并未增加他们的权利。征用令并未侵犯 Raytheon 公司和 Machlett 公司依照该条约能够享受的权利，因为征用令不影响这些美国公司作为意大利公司股东的“直接权利”，而是针对他们是股东的意大利公司。”²¹⁷

对此，施韦贝尔法官答复如下：

“裁判主要以维持而不是限制的方式将美国与意大利之间的《友好、贸易和航行条约》解释为一种工具，用于保护美国在意大利和意大利在美国的国民、公司和协会的权利。如果接受强加给分庭的反对意见，就会使《条约》失去其主要价值。具体而言，有人坚持认为《条约》其实与美国在该案中提出的索赔无关，因为意大利采取的措施（即征用 ELSI 公司的工厂和设备）未直接影响到美国国民或公司，而直接影响到意大利 ELSI 公司，其股票碰巧由美国公司拥有，但后者作为股东的权利基本上不在《条约》提供的保护范围内。分庭不接受这一论点。”²¹⁸

论及法院裁判的法学家总体上同意施韦贝尔法官的观点，即分庭拒绝了小田法官的立场。²¹⁹

82. 很难确切知道将从 *ELSI 公司案* 判决书得出什么结论。但约拉姆·丁斯坦因观点的主旨是：“ELSI 公司案消除了 *巴塞罗那电车公司案* 中的一个疑点，加强了大多数法官在前一案件中的意见”，²²⁰ 其中表示赞同拟议的例外规定。

²¹⁷ 《国际法院案例汇编》（1989 年），第 87-88 页。

²¹⁸ 同上，第 94 页。

²¹⁹ 见上文援引的作者，脚注 72。

²²⁰ “Diplomatic Protection of Companies under International Law”, in *International Law: Theory and Practice* (1988) (ed. K. Wellens), 第 505 页，见第 512 页。比较：Brigitte Stern, 前注 73, 第 925-926 页，他对分庭未明确答复此问题感到遗憾。

83. 《1981年阿尔及尔宣言》对解决美国—伊朗索赔案做出了规定，²²¹ 法庭在对《宣言》和《关于解决国家与他国国民之间投资争端公约》的解释中，²²² 愿意扩大对公司股东的保护范围，包括对公司成立国提出的索赔。²²³

例外规定的现状

84. 在**巴塞罗那电车公司案**之前拟议例外规定就获得了支持，虽然对国家惯例和仲裁决定是否或在多大程度上承认例外规定有分歧。**巴塞罗那电车公司案**附带意见及菲茨莫里斯法官、杰瑟普法官和田中法官的个别意见无疑加重了赞同例外规定言论的份量。随后的事态发展，尽管在条约解释范围内，确认了这一趋势。此外，美国²²⁴ 和联合王国²²⁵ 都声明支持例外规定。

85. 法学家对此问题仍有歧见。莫雷利法官²²⁶ 等法学家强调指出，规定国家应对自己国人蒙受损失负责不但“不合逻辑”，而且“不正常”。²²⁷ 伊恩·布朗利主张：

“必须让股东在这种而不是其它种情况下脱离公司。如果接受法院政策的一般考虑，则这一所谓的例外规定不能成立。”²²⁸

²²¹ 20 I. L. M. 230。

²²² 《联合国条约汇编》，第 575 卷，第 159 页；(1965) 4 I. L. M. 524。

²²³ 见 Sedco 有限公司诉伊朗国家石油公司和伊朗伊斯兰共和国案，84 I. L. R. 484, 496 (解释《阿尔及尔宣言》第七(2)条)；利比里亚东木材公司诉利比里亚共和国政府案，(1987) 26 I. L. M. 647, 652-654 (解释《关于解决国家与他国国民之间投资争端公约》第 25 条)。

²²⁴ 在第六委员会 2002 年讨论委员会报告期间，美国代表指出：“国家可代表股东行使外交保护权，帮助挽回股东在另一国家登记或成立的公司中因登记国或成立国征用或停业清理该公司而蒙受的股权损失”。(A/C.6/57/SR.23, 第 52 段)。

²²⁵ 根据联合王国 1985 年《国际索赔规则》，“如果联合王国国民在另一国家成立的公司中作为股东或以其它身份拥有权益，而公司国籍国（即公司成立所在国）使公司蒙受损失，则女王陛下政府可以进行干预，保护联合王国国民的利益”（第六条），1988 年重印的《国际法和比较法季刊》，第 1007 页。

²²⁶ 莫雷利法官认为，拟议的例外规定将会“干扰外国人待遇国际规则体制。此外，该规则将是完全不合逻辑的任意推论。”，《国际法院案例汇编》(1970 年)，第 240-241 页。

²²⁷ 伊恩·布朗利撰写的“Principles of Public International Law”，第 5 版，1998 年；第 495 页。另见，希门尼斯·德阿查加撰写的“General Course in Public International Law”，(1978-1) 159《海牙讲义集》7, 290；M. Diez de Velasco 撰写的“La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires”，(1974-1) 141《海牙讲义集》87, 166；G. Abi-Saab 撰写的“The International Law of Multinational Corporations: A Critique of American Legal Doctrines”，(1971) Annales d’ Etudes Internationales 97, 116。

²²⁸ 前注 227，第 495 页。

杰瑟普²²⁹ 等其它法学家出于公平、合理和公正的理由已表示支持例外规定。²³⁰ 奥本海拒绝就此问题采取坚定立场，但补充说“大多数国际法院法官”都支持这种例外规定。²³¹

86. 如前所述，²³² 有时建议只在两种情况下承认例外规定：蒙受损失的公司被迫在不行为国成立；公司“实际上已停业”。这两项限定都无必要。支持例外规定的法学家有时称，如果公司被迫在不行为国成立，但不限于这种情况，则例外规定的理由更强。²³³ 法院在**巴塞罗那电车公司案**中讨论此事时也未加作出限定。²³⁴ 关于其它限定建议，有时的确在公司“实际上已停业”的情况下援引例外规定。²³⁵ 另一方面，大多数法学家坚持认为，以此方式限制例外规定是错误的，因为这表明未理解例外规定的原因。正如默文·琼斯法官指出：

“似乎在早先的仲裁决定中，过分或错误地强调正被解散的公司（例如**迪拉果阿湾案**）而不是同时存在的二个因素，即公司国籍国使公司蒙受损失及没有有效的当地补救办法。实际上，公司“停业”（如在**迪拉果阿湾案**中）是唯一有关因素，因为公司不可能采取行动谋求有效补救。这种考虑其实是例外规定的基础，在公司国籍国压迫公司时允许进行干预。”²³⁶

建议

87. 特别报告员支持载于第 81(b) 条中的例外条款，未作任何限定。例外条款在国家惯例、司法声明和司法理论中都获得广泛支持。此外，出于公平、合理和公正的理由，该规则似乎合法，至少应在下述情况下接受例外条款：如果公司被迫

²²⁹ 《国际法院案例汇编》(1970 年)，第 191-192 页。

²³⁰ Seidl-Hohenveldern, 前注 212; 卡弗利施, 前注 210; G. Sacerdoti, “Barcelona Traction Revisited: Foreign-Owned and Controlled Companies in International Law”, in *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, ed. Y. Dinstein (1989), 第 699 页, 见第 703 页。

²³¹ 《奥本海国际法论》，第 9 版, R. Jennings & A. Watts 合编 (1992 年), 第 1 卷, 第 520 页, 脚注 14。

²³² 上文, 第 66 段。

²³³ 例如见: Seidl-Hohenveldern, 前注 212。

²³⁴ 《国际法院案例汇编》(1970 年), 第 48 页, 第 92 段。另见, 菲茨莫里斯法官的个别意见, 同上, 第 73 页; 杰瑟普法官的个别意见, 同上, 第 192 页。

²³⁵ 见**迪拉果阿湾铁路公司案**, 前注 140; D.P. O’Connell, *International Law*, 2nd ed (1970), 第 2 卷, 第 1045 页。

²³⁶ 前注 159, 第 257 页。另见, 贝克特, 前注 158, 第 190-191 页; 卡弗利施, 前注 160, 第 203-204 页; 顾维钧在**巴塞罗那电车公司案** (初步反对意见) 中的个别意见, 《国际法院案例汇编》(1964 年), 第 58 页, 第 21 段。

在不法行为国成立，一些法学家将在此情况下成立的公司称为“卡尔沃公司”，²³⁷如卡尔沃条款所述，成立公司旨在不受国际法外交保护规则的保护。在此方面，必须重申英国政府在 *Mexican Eagle* 案中的警告：

“如果承认这种理论，即政府能够首先使依照地方法律成立公司作为外国利益方在其境内运营的条件，然后将这一成立作为拒绝外国外交保护的理理由，则显然总会有办法阻止外国政府根据国际法行使其确定无疑的权利保护其海外国民的商业利益。”²³⁸

3. 第 19 条

第 17 条和第 18 条不妨碍公司股东的国籍国在这些股东受到另一国的国际不法行为损害时为他们提供保护的权力。

88. 第 19 条是一条保障条款，目的是保护那些股东自身受到损害的权利，而非公司的权利。法院在 *巴塞罗那电车公司案* 确认这些股东的自身权利有资格得到外交保护，法院在该案中指出：

“……某一只是针对和侵犯公司权利的行为并不包括对股东的责任，尽管股东的利益受到影响。

“……如果所控行为针对这类股东的直接权利，情况就不同了。众所周知，国内法给予的权利是将股东与公司截然分开的，这些利益包括获得已公布红利的权利、出席大会和在会上投票的权利、股东分享公司清理结束处理剩余财产的权利。无论何时，股东的直接权利如受到侵犯，股东都有独立的行动权。关于这一点，双方没有分歧。但必须区分以下两种情况，即股东的权利虽然受到直接侵犯，但由于公司的情况可能产生的困难或财政损失。”²³⁹

然而，由于比利时清楚地表明其求偿主张并非基于股东的直接权利受到侵犯才提出的，也就没有进一步要求法院审议此事。

89. 国际法院分庭在讨论 *ELSI* 案的时候，有人把保护股东直接权利的问题提出来并引起争议。²⁴⁰ 然而，就该案而言，有关权利问题、例如股东的组织、控制和管理公司的权利在《友好、商务和航运条约》已有论述，有人要求分庭加以解

²³⁷ P. Reuter, *Droit international public*, 4thed (1973), 第 198 页; Seidl-Hohenveldern, *Corporations in and under International Law* (1987), 第 10 页; Diez de Velasco, 前注 227, 第 166 页。

²³⁸ 前注 185。

²³⁹ 《1970 年国际法院案例汇编》第 36 页，第 46 和 47 段。

²⁴⁰ 载于 N. Ando 以及其他等等所编 *Libre Amicorum Judge Shigeru Oda* 一书 V. Lowe 所著“股东的控制和管理权：从 *巴塞罗那电车公司案* 到 *ELSI*”，第 269 页；《国际法院 50 年，纪念罗伯特·詹宁斯爵士论文集》（1996 年），第 424 页到 435 页，脚注 56。

释，但分庭未能就此主题详述习惯国际法的规则。在 *Agrotexim* 案²⁴¹ 中，欧洲人权法院和国际法院审议 *巴塞罗那电车公司案* 时一样，承认股东在权利受到直接侵犯的时候，具有得到保护的權利，但主张此处是指应没有发生这种侵权情事。²⁴²

90. 拟议条文留下两个未回答的问题：第一，权利的内容，或这种直接伤害何时发生；第二，必须作出这一判词的法律命令。

91. 法院在 *巴塞罗那电车公司案* 中提到股东最明显的权利是：分享已公布红利的权利；出席大会并在在会上投票的权利以及分享公司清理结束剩余财产的权利。然而，正如法院本身指出的，这个清单并不详尽。这意味着法院可以根据个案的事实，自行确定这些权利的限度。不过，必须认真分清股东权利和公司权利之间的界限，特别是关于参与管理公司的权利。正如 Vaughan Lowe 警告过的，有必要避免：

“…把股东权利与公司权利合并的做法，以及因成为国际法事项，使股东丧失按照注册国国内法律行使本应管理权的自由，而按照国际法，股东应拥有管理自由权。”²⁴³

92. 在讨论第 18 条 (a) 款时，人们就公司解散情事对何种法律最适于作出决定提出了问题：²⁴⁴ 是注册国的法律，还是侵权国的法律，还是国际法？在用何种法律确定股东的直接利益是否受到侵犯一事上，也提出了同样的问题。侵权国家的法律只能决定某一公司是否已停止存在，而不能成为作出上述判词的适当制度。在大多数情况下，正如对待公司解散问题一样，此事似乎应由注册国的法律决定。²⁴⁵ 法院应牢记是由国内法，而非由国际法主导一切法律秩序，这一点从其本身意见中可清楚地看出。不过，这可能是援引法律一般原则的案例，²⁴⁶ 特别是在公司在侵权国家注册的情况下，以期确保外国股东的权利不受到歧视性待遇。

²⁴¹ 同上注 151。

²⁴² 法院称：

“法院在一开始时注意到提出申请的公司并未抱怨 Fix 酿酒公司的股东对其提出的侵权问题，例如出席大会和表决的权利。这一抱怨基于以下主张：据控侵犯酒厂平和地享有其所有权的权利对其自身的财政利益也造成有害影响，因为其股份价值随即下跌。他们认为公司受到的财政损失和后者权利应被视为他们自己的，因为他们是据控侵权的受害者，尽管是间接的。总之，他们力求为自己的利益戳穿公司的骗局”。同上，第 23 页，第 62 段。

²⁴³ 同上，注 240，第 283 页。

²⁴⁴ 同上注 63。

²⁴⁵ 同上注 240，在第 278 和 279 页，Lowe 说“注册国的法律决定投资人对控制公司的合法权利。”

²⁴⁶ 小田法官在 ELSI 表达的个别意见中，就股东权利，谈到“公司法的一般原则。”《1989 年国际法院案例汇编》第 87 和 88 段。

4. 第 20 条（公司国籍的持续性）

一国有权针对在受到损害之时并在正式提出求偿之日均属根据其法律注册的公司行使外交保护；[条件是，如果该公司因所受损害已不存在，停业公司的注册国可继续代表该公司求偿]。

93. 关于在提出外交求偿时必须具有持续的国籍的各国惯例、法理学和学说的要求主要与所涉自然人有关。²⁴⁷ 大家应记得委员会在 2002 年第五十四届会议上通过了关于此主题的下列条款草案：

“第 4 条(9)款

“持续国籍

“1. 一国有权对在受到损害之时并在正式提出求偿之时均为其国民的人，行使外交保护。

“2. 虽有第 1 款的规定，但一国也可对在正式提出求偿之日为其国民、但在受到损害之时已不是其国民的人，行使外交保护，但条件是该人已丧失其原国籍，并且基于与提出求偿诉求无关的原因、以不违反国际法的方式已获得该国的国籍。

“3. 一人受损害时为其原国籍国、而不是现国籍国的国民，则现国籍国不得针对原国籍国就该人所受到之损害行使外交保护。”²⁴⁸

94. 就自然人而言，特别关注持续国籍的原因是可以理解的。自然人更改国籍比公司更频繁也更容易，原因包括归化入籍、（可能因结婚或领养）自愿或非自愿的情况以及国家继承。此外，过于坚持从受到损害之时到正式提出求偿之时必须一直维持国籍的规定可能会给下列个案造成巨大困难，因为其国籍的更改与提出外交求偿无关。这一考虑促使上条草案第 2 款所载规则作出例外规定。

95. 如果本条款草案第 17 条第(2)款所载提案获得通过，对公司则不会作出类似的考虑。根据该条款，公司拥有其注册国的国籍，而非其所在国或总公司所在国或控制其经济权的国家的国籍。因此，即使通过搬迁总部、变化所在地或控制地，也不能改变其国籍。²⁴⁹ 公司只有通过另一个国家重新注册，才能变更其国籍，在这种情况下该公司就有了新的人格，并打破了公司国籍的连续性。Orinoco 轮船

²⁴⁷ 关于此主题又见该特别报告员关于外交保护的第一次报告，增编（A/CN.4/506/Add.1）。

²⁴⁸ 第 4 条，见《大会正式记录，第五十七届会议，补编第 10 号》（A/57/10），第 178 页，第 281 段。

²⁴⁹ 还有一个原因也主张注册国为国籍国。如果把总公司所在国、公司所在国或掌握经济控制权国家当作国籍国，就会产生持续国籍的严重问题，正如 Eric Wyler 所著《La Règle Dite de la Continuité de la nationalité dans le Contentieux international》一书第 105 至 108 段。

公司案就确认了这一原则。²⁵⁰ 在联合王国注册的公司 *Orinoco 航运和贸易有限公司* 将其向委内瑞拉政府提出了求偿要求转给了继承公司，即在美国注册的 *Orinoco 轮船公司*。由于设立本委员会的条约允许美国在这种情况下代表其国民提出求偿要求，因此，此举获得准许。然而，Umpire Barge 清楚地表示，如果不是因为该条约，此举本不应允许：

“的确，按照公认和现行的国际法规则，并且完全按照公正和绝对公平的普遍原则，求偿要求不因其后续所有者的不同公民身份国籍而改变其国籍，因为国家并非求偿代理人，只是由于侵害其国民就是损害国家本身，国家应确保对其公民而不是对另一个国家的公民受到的伤害有所补救。不过，条约可能会忽视或甚至有意忽略这项规则。”²⁵¹

96. 委内瑞拉专员 Grisanti 先生有不同意见，对这一规则的态度更为强硬，他说：

“国际法的一项普遍公认和已采行的原则是，只有当一国之国民原本具有求偿权利，换句话说，提出一项国际求偿要求的人必须是从提出此举之日起至最后结清之时一直保留其本身公民资格的人，其国家政府才能受理求偿保护一案，才有权代表索赔人为同样原因要求获得付款。此外，我们分析后得知，求偿要求的原有提出者是一家英国公司，即 *Orinoco 航运和贸易有限公司*，而要求赔款的则是一家美国公司，即 *Orinoco 轮船公司*，鉴于要求并未因未来的所有人具有不同国籍而更改其国籍，本委内瑞拉/美国混合委员会对受理此案并无管辖权是十分明确的事了……。”²⁵²

“事实上，责任有限公司的存在与其组成时所依据的法律相关，因此，其国籍只能是实施上述法律的国家。该英国公司虽然变为现在提出求偿要求的北美公司，但对本法庭受理原本属于前者索赔要求的管辖权并不具追溯力，因为这样做将推翻或违反基本原则。”²⁵³

97. 只有在一种情况下，一个公司才有可能在不改变法人资格的情况下，改变国籍，即国家继承的情况。²⁵⁴ 然而，这里也存在公司幸存和适用连续规则的问题。这种情况也体现在 *Panevezys-Saldutiskis 铁路案*，²⁵⁵ 其中爱沙尼亚声称该国继承了

²⁵⁰ 《国际仲裁裁决汇编》9，第 180 页（1903 年）。

²⁵¹ 同上，第 192 页。

²⁵² 同上，第 184 页。

²⁵³ 同上，第 186 页。

²⁵⁴ 关于这一问题的一般情况，见 D. P. O' Connell 所注《国内法和国际法的国家继承》，第一卷，国际关系，第 537 至 542 段。也见《国际继承中的国籍问题的第 4 次报告》，A/CN.4/489，其中强调了在国家继承范围内，法人国籍问题上遇到的困难。

²⁵⁵ 《常设国际法院报告》，A/B 76 辑，第 4 页（1939 年）。

在其领土上经营的一家沙皇俄国的公司，使其能向立陶宛提出求偿要求。尽管常设国际法院无法就此事作出决定，²⁵⁶ 但强调这种情况的一些内在问题如下：

“该公司声称这条铁路是一家俄国公司或是俄国公司的继承者。这种情况是否属实的问题涉及作出一项关于俄罗斯在布尔什维克革命时期事态和立法后果的决定，因为有争议的是，俄国当时的事态发展和立法结束了该公司的存在，使得其在俄国境外的财产由该财产所在国的法律管辖。然而，这个问题也密切影响到下一个问题，即在立陶宛的行为引起有人提出本求偿要求之时，是否真的有这个爱沙尼亚国民，他的事项其政府有权予以支持。”²⁵⁷

98. 无论如何，可以适当地认为，要求代表一公司实施外交保护的国家必须证明该公司在受到损害之时和正式提出求偿之日均具有该国法律意义上的国籍。不过，还有一个问题没有回答：如果由于另一国家的国际侵权行为而造成的损害使该公司在其注册地结束存在，是应由股东们的国籍国按照拟议的第 18(a) 条向侵权国家提出索赔要求呢，还是由不存在的公司的国籍国提出？让我们把这一问题放在**巴塞罗那电车公司案**中加以分析：如果**巴塞罗那电车公司案**，由于西班牙造成的损害，而不在加拿大继续存在，求偿要求是否应全部转给比利时，即股东的国籍国？还是加拿大保留其已不存在的公司提出求偿要求的权利？是单独这样做？还是与比利时一起做？

99. 杰索普和格罗斯法官以及专案法官里法根在**巴塞罗那电车公司案**均间接提到上述两个公司和股东的情况所内含的困难。杰索普法官强调了此案的反常现象，即一家外国公司被某一国的没收行为所摧毁，从而导致后来又在基本国境内解散。他说，“在这里，某些学说认为在通常情况下，A 国家，即注册国，应是提供外交保护的国家。但假设是某公司的生命被 A 国终结，因此无法为该公司提出求偿要求。”²⁵⁸ 因此，注册国就不符连续性规则的要求，即公司在受到损害之时以及提出求偿之日必须属于同一国籍。然而，股东也不符合这些条件，因为“在非法行为（没收）发生之时，股东们没有……财产利益，因此，根据连续性规则，该求偿要求原本就没有这一基础之上的适当国籍。”²⁵⁹

100. 格罗斯法官辩称，走出这一困境的唯一办法是允许注册国和股东的国籍国行使外交保护：

²⁵⁶ 同上，第 17 页。法院让此事留待是非曲直判定，但接着根据未用尽当地补救措施的情况，初步提出了反对意见。

²⁵⁷ 同上，第 17 页。也见范伊辛加法官的不同意见，同上，第 30 页，第 33 和 35 页；以及菲茨莫里斯法官在**巴塞罗那电车公司案**中的个别意见，《1997 年国际法院案例汇编》，第 101 和 102 页。

²⁵⁸ 《1970 年国际法院案例汇编》，第 193 页。

²⁵⁹ 同上。

“……判词的观点承认股东的国籍国在公司消失的情况下采取行动的可能性，但这种看法从逻辑不具缺乏上述最终结果，如果公司的国籍国采取了行动，该国不能因为公司的消失而不被起诉。即使这种行动采取在公司消失之前，也很难理解为何公司国籍国不应就其消失的根本原因之非法行动提出求偿。在这种情况下，两国可以采取行动，这是否意味着授予公司国籍国行动权的一般规则并非专属规则？”²⁶⁰

101. 专案法官里法根认为法院关于股东的权利只是在公司消亡后才存在的判词是不实际和不能令人满意的。他说：

“就国内私法而言，并不是公司开始清理结束，才产生每个股东的权利问题，即拥有公司部分财产的权利：只是在清理结束之后，有任何剩余财产时才可在股东之间加以分配。此外，清理结束总是在国家采取措施后进行，而该国须承担国际层级的责任，从而使这些措施不会侵害到属于国内私法层级的股东的权利。

……

判词指出（第 66 段）‘只有在公司从法律意义上已消亡的情况下，股东才失去通过该公司获得补救的可能性。’判词并未解释以下情况，即在公司从法律意义上已消亡的情况下，是公司国籍国政府以外的一个政府的行动必须符合连续性规则！事实上，其他这类国家受法律保护的利益，以及随之采取措施并提出控诉的国家对这一利益的义务必须存在于国际层级，即独立于并在国内层级内该公司消亡之前，这种消亡只是上述措施的可能后果之一。”²⁶¹

102. 上文提到的种种难题也一直使各法院²⁶²和学者²⁶³感到困惑。

103. 有人提出这一问题的解决并不在于一项技术性或逻辑性规则，²⁶⁴即规定必须确定公司死亡的确切时间，届时国籍国就公司让权给股东国籍国一事行使外交保护。反之，应制订一项公平的规则，考虑到从受损害之日到提出求偿之时之

²⁶⁰ 同上，第 277 页。

²⁶¹ 同上，第 345 页。

²⁶² 见 Kunhardt 索赔案（美国诉委内瑞拉）《国际仲裁裁决汇编》有第 171 页（1903 年）以及特别是委内瑞拉委员会的不同意见，保罗先生，第 180 页；F. W. Flack 代表已故 D. L. Flack（大不列颠）诉墨西哥合众国，《国际仲裁裁决汇编》5 第 61 页（1929 年）的遗产第 63 页。Wyler 争辩说 ELSI 案（《1989 年国际法院案例汇编》第 15 页）可能也提出了这类问题；同上注 249，见第 200 和第 201 页。

²⁶³ Beckett, 同上注 158，在 191 页；Caflish, 同上注 160，见第 206 和 207 页；Wyler, 同上注 249，第 197 至 202 页。

²⁶⁴ 见菲茨莫里斯法官（《1970 年国际法院案例汇编》第 101 和 102 页）和杰瑟普法官（同上，第 202 和 203 页）在 [巴塞罗那电车公司案](#) 中支持这一做法的个别意见。

间往往间隔很长时间，并考虑到确定公司权利被股东权利替代的确切时间的难度。此外，这种规则应不损害公司或股东双方的利益。第 20 条的但书载有这样一条规则，即如果该公司因所受损害已不存在，该公司的国籍国可继续保护该公司。然而，该但书的后果并没有排除股东的国籍国在公司停止存在时提出求偿，尽管事实上如果（通常总是这样）在公司解散之前就已经发生损害，严格执行连续性规则，可能会阻止这种国家保护股东。

104. 这一提案的必然后果是，会出现一个灰色地带，即公司的国籍国和股东的国籍国均会提出外交求偿。就理论而言，提出双重求偿的做法找不出任何破绽。两个国家对双重国籍的国民提供外交保护，或国际组织和国家对国际公务员提供外交保护的情况表明，这一解决办法并非不符合现行规则。²⁶⁵ 也不会提出现实问题。两个保护国在处理其国民最终就灰色地带提出求偿的情况可能会谨慎从事。此外，杰瑟普法官在**巴塞罗那电车公司案**中指出：

“就同一侵权行为同时提出两项不同的、正当的外交调停措施，被告可表示已与其中一方达成全面理赔，从而可使另一求偿人消案。”²⁶⁶

105. 第 20 条（包括但书）涉及公司的持续性规则。本条款草案第 4 条涉及自然人的持续性规则。后者包括作为自然人而不是作为法人的股东。因此，没有必要再为股东草拟一个单独的持续性规则。在股东的国籍国寻求按照第 18(b)条和第 19 条的情况代表其国民进行干预时，第 18(a)条（但须以第 85 段描述的灰色地带假设情况为条件）的规定在大多数情况下必须符合第 4 条规定的持续性规则。

²⁶⁵ 见上文第 34 段，又见 L. C. Caflich 《根据巴塞罗那电车公司案保护公司在海外的投资》，(1971 年) 31 *Zeitschrift für Ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 162, 193。

²⁶⁶ 《1970 年国际法院案例汇编》，第 200 页。