



大会

Distr.
LIMITED

A/CN.4/L.637/Add.4
24 July 2003
CHINESE
Original: ENGLISH

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

国际法委员会第五十五届会议工作报告草稿

报告员：威廉·曼斯菲尔德先生

第五章

外交保护

目 录

段 次 页 次

- B. 本届会议审议这个专题的情况(续)
- 5. 第 21 条
 - (a) 特别报告员的介绍
 - (b) 辩论概况
 - (c) 特别报告员的总结
 - 6. 第 22 条
 - (a) 特别报告员的介绍
 - (b) 辩论概况
 - (c) 特别报告员的总结

5. 第 21 条¹

(a) 特别报告员的介绍

70. 在介绍第 21 条时，特别报告员说，他曾在关于外交保护的第四次报告提请大家注意这样的事实：外国投资日益受到 2000 多项双边投资条约(BIT)的保护。这种协定为在东道国采取国内补救办法提供了两个途径：(1) 直接解决东道国和投资人之间的争端；(2) 投资人(无论是公司或个人)的国籍国和东道国对双边投资条约协议的解释或适用发生争端时以仲裁方式解决其投资争端。历来所有案件都可以采用后一程序，以强化投资人和国家之间的争端解决程序。有些国家也是《解决各国和其他国家国民之间投资争端公约》的缔约国，² 该《公约》准备在国际解决投资争端中心(ICSID)的主办和赞助下设立法庭。

71. 特别报告员解释说，若援引 BIT 中所规定的或 ICSID 的争端解决程序，便排除有关外交保护的惯法规则。显然，这两个方法中的争端解决程序对外国投资人提供的好处大于习惯国际法。例如，在习惯国际法的情况下，外交保护的裁量性质中总是隐藏着政治上的不确定情况。在援引 BIT 和 ICSID 的情况下，外国投资人可以直接使用国际仲裁。国际法院在巴塞罗那电车公司案中确认了这种特别协定的存在，它倾向于将这种协定视为特别法(*lex specialis*)。

¹ 第 21 条案文如下：

第 21 条

特别法

这些条文不适用于由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。

(A/CN.4/530 和 Corr.1(只更正西班牙文本)和 Add.1)。

² United Nations, *Treaty Series*, vol. 575, p. 159

72. 第 21 条的目的是要明确：该条款草案不适用于双边和多边投资条约中所规定的特别制度。这一条仿效关于国际不法行为的国家责任条款草案第 5 条。³ 据指出，第 55 条评注说，为适用本原则，“同一事项由两个条款处理是不够的；两个条款之间必定会有实际上的抵触，或者会有可以辨别的意图，在采用其中一个条款时排斥另一个条款。”⁴

73. 特别报告员认为，关于对公司投资行使外交保护的惯国际法规则和关于外国投资的特别制度之间有明显的抵触；前者规定只有国家经过裁量以后决定予以保护才保护，而且只对公司本身行使保护；后者以特别条约规定直接给予外国投资人(公司或股东)以权利，可由国际法庭就此作出决定。因此必须在条款草案中列入这样一项条款。

(b) 辩论概况

74. 委员们就是否需要在条款草案中列入关于特别法的条文表示了不同的意见。讨论了三种可能性：(1) 将条文草案的范围限定于保护投资的双边和多边条约；(2) 将它重新拟订为适用于整个条款草案的较为概括的条文；(3) 予以删除。

75. 有一种意见认为，列入这样的条文有其优点，因为它能够澄清该原则与条款草案之间的关系，并且确认适用于保护投资领域的这一特别法重要制度的存在。据认为，有许多特别规则存在于外交保护领域。有些特别规则规定了解决争端的方法，给予投资人扮演直接的角色，来排斥或推迟保护。另一些条款修改求偿当事方的国籍要求或暂不适用当地补救规则。有一种类似的意见认为，无论是否在条款草案中列入特别规则，它都将作为一项法律通则适用，不是非要列入不可，但列入了不会造成任何损害，为格外谨慎起见可予列入。

76. 但是，有人认为，虽然这种特别规则多半会影响对公司或其股东的外交保护，却不应该限于保护公司或其股东。反之，它应该有较广阔的范围，并且置于条

³ 第 55 条的案文如下：“在并且只在一国际不法行为的存在条件或一国国际责任的内容或履行应由国际法特别规则规定的情况下，不得适用本条款。”参看 *Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth Session, Supplement No. 10 (A/56/10)*, para. 76.

⁴ Commentary to article 55, paragraph (4), *ibid.*, para. 77.

款草案的最后条款中。的确，有人表示，在保护自然人的情况下没有理由不给予诸如保护人权的条约以优先地位。

77. 另一些委员对给予该项规定以比整个条款草案更为广阔的适用范围表示关切。的确，据指出，它可能预先避免在有保护人权的“特别”规则存在时对自然人行使外交保护，这种规则通常是以多边公约为依据，常常不以明示方式预先排除外交保护的行使。因此，把特别规则的适用范围扩大到包括自然人可能产生这样的印象：外交保护的可能性必须由保护人权规则的存在予以排除。相反，两种制度的拟订是为了互相补充。因此，有人建议在这一条中规定：特别规则只宜全部适用，而且必须明文作出这样的规定才行，否则国际法一般规则也能适用。

78. 另一种意见认为，可以在第 21 条的案文中载明：据以处理同一案由事项的两项规定必须实际发生抵触，并且有可辨别的意图显示一项规定排斥另一项规定。有人提到，2001 年通过的关于国际不法行为的国家责任条款草案第 21 条和第 55 条之间的不同之处，即：在并且“只在”外交保护问题应由国际法特别规则予以规定的情况下，不得适用一般规则。另一些委员指出，这项规定与第 55 条不同，它处理一般规则和特别规则之间发生抵触的情况。反之，第 21 条规定一项优选原则：对公司而言，优先地位应该给予特别程序，其地位优先于一般规则。因此建议将这项规定重新拟订为一项优先规则，以便不致完全排除外交保护。

79. 又有一项意见认为，所应遵循的基本办法是在条款草案中或在其评注中确认有保护投资的重要的特别规则存在，其中包括但不限于双边投资条约(BIT)，条款草案的目的不是为了取代或修改这些规则。采用这个办法的结果是，国际习惯法规则若与特别规则发生抵触，仍可适用。

80. 要求重新拟订案文的意见包括：把条文重新拟订为一项有条件的除外责任条款，指明它的内容和适用范围，使其用语较密切地贴近投资条约中使用的术语，并且删除标题中的“特别法”三字。

81. 另一方面，另一些委员提出质疑，认为根本没有必要列入一项特别规则。据指出，如果特别法的依据只是条约规定，可能没有必要列入。也有人认为，这项规定势必使人错误地以为，外交保护规则不是完全适用就是完全不适用，形成“两个取一”的局面。例如，若有一项适切的规则，例如人权公约的规定，那么所有的外交保护规则立即失效(而这样理解是不正确的)。此外，如果在委员会拟定的案文中添加这一规则，也可能产生一种不正确的相反印象，即：一项公约若根本不提及

特别法规则，就是意味着具有特别的“不容减损的”地位。因此有人认为最好将这一条完全删除，然后在评注中处理这个问题。

(c) 特别报告员的总结

82. 特别报告员说，他基于两个理由提议了第 21 条的案文：(1) 遵循关于国际不法行为的国家责任条款草案的实例；(2) 有必要考虑到这样的事实，即：双边投资条约(BIT)以明示方式着眼于避免使用具有裁量性质的外交保护制度，并且为了把权利赋予股东的国籍国。但是，经过辩论以后，他不再能够确信这两点理由。他同意，没有必要盲目遵循关于国际不法行为的国家责任条款草案并且相信了这样的论点，即：双边投资条约(BIT)不是为了完全排除习惯国际法。当事方的确常常意图采用习惯国际法以弥补制度的不足，在解释这些条约时对法庭起到引导作用。若第 21 条的含义是双边投资条约(BIT)制度起到排除习惯规则的作用，那就不正确，可能也是危险的。若要加以保留，就必须加以修改，删除标题中的“特别法”三字，并且按照辩论期间的方针重新拟订案文。

83. 特别报告员还记得有人针对第 21 条提出其他批评，认为没有理由将其限定于双边投资条约(BIT)。另一些特别规则也存在于不要求用尽当地补救规则的若干条约中，有些制度包括人权标准，有可能补充或取代外交保护。在这方面，他注意到，有人建议将这一条改写为一般条款，附载于条款草案末尾。但是，他警告不要相信外交保护可以用一项人权条约予以排除的观点，事实上，外交保护可能提供更加有效的补救办法。他认为，如果个人的权利需要取得最大限度的保护，该个人应该能够援引所有的制度。

84. 经过思考，并且参照辩论期间提出的关切事项，他提议委员会考虑删除第 21 条，而在评注中处理这个问题。

85. 但是，委员会决定将这项规定提交起草委员会，以期把它重新拟订为一个不妨碍条款，置于条款草案末尾。

6. 第 22 条⁵

(a) 特别报告员的介绍

86. 特别报告员解释说，第 22 条的目的是将公司情况下阐明的规则适用于其他法人，容许加以改动，以适应其他法人的不同结构、目标和性质。特别报告员认为，其他法人可能也需要外交保护。国际常设法院的若干判决着重指出这样的事实：其他机构可能具有法律人格，从而需要外交保护。一国没有理由不保护在国外受到损害的私立大学，但该大学必须是完全私有的大学。如果受到损害的是由国家编列经费的或由国家管理的大学，这种损害必须是对国家的直接损害。他还提到基金会和非政府组织的事例，它们越来越多地到国外参加保健、福利、人权、妇女权利等方面的慈善工作。他认为，这些基金会和非政府组织应该在国外受到保护(尽管有些学者持相反的看法)。

87. 他说，要为公司以外的每一种法人拟订外交保护条款是办不到的。困难之处在于：各法律制度在赋予法人地位方面没有一致性或统一性，结果产生具有不同特性的各种各样的法人，包括公司、国营企业、大学、学校、基金会、教会、市政当局、非营利协会、非政府组织、(甚至包括某些国家中的)伙伴关系。由于不可能在所有这些法人之间找到共同或统一的特征，国际公法和国际私法的作者都倾向于把注意力放在公司。另外的原因是，公司参加国际贸易和对外投资，结果关于这个事项的判例多半涉及与公司(而不是其他法人)有关的投资争端。这个问题的复杂性表现在这样的伙伴关系中：在大多数的法律制度，尤其是英美法系中，伙伴关系不是法人。但是，有些伙伴关系被赋予了法律人格。因此，伙伴关系在某一国家可能被视为法人，在另一国家则不是。

⁵ 第 22 条案文如下：

第 22 条

法 人

第 17 条至第 21 条所载的关于公司的原则应比照适用于其他法人。

(A/CN.4/530 和 Corr.1(只更正西班牙文本)和 Add.1)。

88. 在这种情况下，唯一的办法是把注意力放在公司，然后按照第 22 条的处理方式添加一个一般条款，将在公司情况下阐明的原则比照适用于其他法人。他还说，涉及对公司以外法人之外交保护的情况多半适用第 17 条和第 20 条，而涉及保护股东情况的第 18 条和第 19 条则不适用于公司以外的法人。

(b) 辩论概况

89. 有人表示赞同这样的看法：为处理对每一种法人的外交保护拟订更多的条文，是办不到的。这种着手方式的主要困难是，法人可能采取无穷无尽的形式，视各国国内法规而定。也有人认为，保留这项规定有实际价值，但应注明这些情况无论多么罕见，却也的确存在，*Peter Pázmány* 案便属于这种情况。⁶

90. 有人表示赞同列入比照适用的措词，因为它已成为被接受的法律用语，但也有人表示，它不能完全解决问题。据指出，困难在于：它很少提到需要适用不同规则的情况，也很少提到该不同规则的内容，即：会促成这种变化的是什么？这种变化又是什么？因此，有人主张根据对国家实践的分析，拟订一个实在规则，处理公司以外法人的情况。提议了下列案文：“有权对公司以外的法人行使外交保护的 国家是根据其法律赋予该法人以法律人格的国家，但该法人的管理机构所在地或登记地点必须在该国境内。”

91. 另一项意见要求在案文中规定有关国家相互承认某一实体的法律人格。另一些委员坚持认为，要求行使外交保护的国家才应该给予这种承认，因为必须互相承认，不曾承认非政府组织等若干实体的某一国家也就可以自由决定如何对待它们。的确，有人提到，在公司的情况下，并不曾列入这种互相承认的要求。还有另一种意见认为，任何法人的共同面是享有权利和承担义务的属性。如果在国内法中，一实体已被指定为法人，就外交保护来说，国际法律秩序就应该承认其法律人格。另一些委员认为，可以留待该国决定是否愿意对该法人行使外交保护。

92. 发了言的几位委员对国家为公司以外的法人(例如非政府组织)的利益行使外交保护表示关切。有人提到，行使外交保护的行为基本上是一项政治决定，有

⁶ *Appeal from a Judgment of the Czechoslovak-Hungarian Mixed Arbitral Tribunal (Peter Pázmány University v. Czechoslovakia)*, P.C.I.J. Reports, Series A/B, No. 61, p. 208.

人坚持认为，一国有可能愿意支持在其境内设立的某一法人，而反对没有与它维持亲善关系的另一个国家。因此，主张在第 21 条中使用明确的措词方式，指明非政府组织是否可以享受这种保护。的确，有人表示支持这样的看法：在大多数情况下，非政府组织与登记国并没有充分的联系，因而无法容许该国为它行使外交保护。

93. 另一些委员提出质疑，认为根本不应该列入这项规定，因为没有足够的法律材料，包括国家实践的证据，可据以拟订对公司以外的法人行使外交保护的规则草案。也有人关切地指出：第 22 条涉及的问题远较初步认识到的复杂，很难把公司和股东以外的法人同化。据提议，应该另外对这个问题进行单独研究。

94. 另外，还有一些意见认为，对第 17 条至第 21 条的提法是不精确的，因为第 18 条和第 19 条并不适用。这项规定只应该说：“在第 17 条和第 20 条中”。另外，标题可以称为“其他法人”。另一些委员问起：是否需要提到“一些原则”。

(c) 特别报告员的总结

95. 特别报告员认为，关于一国保护公司以外的法人之情况的国家实践很少。公司是最经常从事国际贸易的法人，因此，它们在国际诉讼中起到最为重要的作用。问题在于，在国家实践很少、甚至没有的情况下，如何在条款草案中满足处理对公司以外的法人行使外交保护的实际需要。他记得，在辩论对公司的保护期间，有些委员提出了保护公司以外法人的问题。如果不在条款草案中列入这项规定，在第六委员会和国际法律界都会有人提出同样的问题。他认为，只因为没有足够的国家实践，就避免处理这个问题，并不合适。必须列入关于这个问题的一项规定，由于它涉及巴塞罗那电车公司案的所载述的一般原则，也由于可以类比方式加以使用，或采取逐渐发展的方式。

96. 特别报告员说，有几位发过言的委员表示不同意将这项规定适用于非政府组织。他澄清说，他并无意在条款草案中处理这种实体的地位。这种做法只是承认：如果发生问题，应该探讨对公司的外交保护原则，予以比照适用。他说，除了还需要研讨一些起草上的建议以外，委员们似乎多半赞成这个办法，并且列入比照适用的措词方式。

97. 因此建议委员会将这一条文草案提交起草委员会，以期起草一项灵活的规定，容许通过实践中的发展，检验它对其他法人行使外交保护的适用情况。