



法律和技术委员会

Distr.: General
5 June 2014
Chinese
Original: English

第二十八届会议

牙买加金斯敦

2014年7月14日至25日

对“区域”内多金属结核和多金属硫化物两项探矿和勘探规章第 11.2 条的分析

秘书处的说明

一. 背景

1. 国际海底管理局理事会在 2011 年 7 月 21 日作出的第 [ISBA/17/C/20](#) 号决定中，请法律和技术委员会对《“区域”内多金属结核探矿和勘探规章》（《结核规章》）第 11.2 条和《“区域”内多金属硫化物探矿和勘探规章》（《硫化物规章》）第 11.2 条进行分析，并就此向理事会提交报告，供理事会审议。¹
2. 本说明意在有关规定进行初步分析，以协助委员会的工作。

二. 规章第 11 条

3. 规章第 11 条是关于担保书问题。该条款的目的是执行《联合国海洋法公约》和 1994 年协定中要求缔约国提供担保的有关规定。《公约》附件三第四条涉及《公约》第十一部分的执行，其中规定，申请者必须符合第一五三条第 2 款(b)项所指明的国籍或控制和担保要求，并遵守管理局规则、规章和程序所载列的程序并符合其中规定的资格标准。《公约》第一五三条第 2 款(b)项规定，只要具有缔约国

¹ 可以指出的是，理事会在做出上述决定后，又通过了《“区域”内富钴铁锰结核探矿和勘探规章》(ISBA/18/A/11, 附件)，规章得到了国际海底管理局大会的批准。这个规章包含同样的条款。因此，本说明的内容同样适用于《结核规章》。



国籍或由这类国家或其国民有效控制的、并得到这类国家担保的自然人或法人即符合资格。

4. 《公约》附件三第四条第(3)款规定：

每一申请者应由其国籍所属的缔约国担保，除非申请者具有一个以上的国籍，例如几个国家的实体组成的合伙团体或财团，在这种情形下，所有涉及的缔约国都应担保申请；或者除非申请者是由另一个缔约国或其国民有效控制，在这种情形下，两个缔约国都应担保申请。实施担保规定的标准和程序应载入管理局的规则、规章和程序。

5. 所有三项规章的第 11 条第 1 和第 2 段的规定如下：

1. 国营企业或第 9 条(b)项所述实体的每一份申请书，应附有企业为其国民或受该国或该国国民有效控制的国家开具的担保书。如果申请者具有一个以上国籍，例如由多个国家的实体组成的合伙企业或联营企业，则所涉每一国家均应出具担保书。

2. 如果申请者具有一国国籍，但受另一国或其国民的有效控制，则所涉每一国家均应出具担保书。

三. 担保和有效控制

6. 因此，自然人和法人必须满足两个条件，才有资格在“区域”内开展活动。第一，他们必须是某缔约国国民，或受这类国家或其国民的有效控制。第二，他们必须获得一个或多个公约缔约国的担保。如果申请者受国籍国以外另一国或其国民的有效控制，或申请者持有一国以上的国籍，那么其他这些国家也要出具担保书。

7. 对其他方面均合格的实体是否提供担保的决定由缔约国自行作出。用海底争端分庭的话说，由于“公约认为国籍关系和有效控制关系不足以保证承包者遵守公约及有关文书，所以它要求一个或多个国籍国和拥有有效控制的国家自愿采取某种特定行动。这种行动包括作出提供担保的决定。”² 为证明担保需要提供一份担保书，其中包含“一份陈述，声明申请者是：(一) 担保国国民；或(二) 受担保国或其国民的有效控制”(规章第 11 条，第 3(c)段)。这也意味着担保国在对其他方面都符合条件的实体作出是否提供担保的决定之前，有责任确保上述标准已得到满足。

² 海底争端分庭，“资助‘区域’内实体研究和勘探的缔约国的责任和义务”，第 17 号案件，咨询意见，2011 年 2 月 1 日，第 77 段。

8. 要求缔约国提供担保的规定对发展中国家和发达国家不加区分。对发展中国家和发达国家同等对待符合下列需要，即防止大本营位于发达国家的商业企业在发展中国家设立公司、获得其国籍及担保，以图所受管控不那么繁冗。这种利用“便利”担保国的做法如果得到蔓延，会危害海洋环境保护高标准的统一适用，危害“区域”内活动的安全开展及对人类共同遗产的保护。³

四. “有效控制”的含义

9. 要确定“担保国实施有效控制”的含义，就需要参考《公约》有关规定的准备工作材料，回顾担保国实施有效控制的背景和目的，并简要参考采用“有效控制”这个表达方式的其他背景和目的。

准备工作材料，担保国实施有效控制的背景和目的

10. 上引各项条款中都没有定义“有效控制”和“受有效控制”这两个用语的含义。《公约》的准备工作材料同样没有对其加以定义。⁴ 大多数情况下，对第一五三条的讨论都是关于管理局对“区域”内活动行使控制的程度问题。只有在 1977 年就国家、自然人和法人及企业都有权勘探开发的“混合系统”达成一致后，才开始处理申请者资格标准方面的问题。一旦商定了这种混合系统，很显然，有关申请者就必须既得到国家的担保，又适于向管理局提交遵守规章的适当保证。不过，直到非正式综合谈判文本(ICNT/Rev.2(1980))出台，才出现申请者拥有多重国籍、或申请者受另一国或其国民有效控制的问题。看来当时的主要考虑是针对美国财团，这些财团都是联合企业。第三次海洋法会议的正式记录几乎没有深入探讨这个问题，不过 21 国工作小组协调员在 1980 年 8 月第九次会议上向第一委员会提交的报告(A/CONF.62/C.1/L.28 and Add.1^{*})中指出：

“第四条第 2 段关于为申请者提供担保的要求对某些发达国家代表团来说是个问题。它们认为关于缔约国对申请者的有效控制的规定会产生执行方面的问题。其他代表团认为必须维持该段落所载规则。经过长时间讨论，终于达成我希望大家都可以接受的解决办法。我决定保留文件 A/CONF.62/WP.10/Rev.2 中关于多重担保的规定，但增加一句话，规定“执行担保要求的标准和程序应由管理局在其规则、条例和程序中作出规定”。⁵

³ 同上，第 159 段。

⁴ S. N. Nandan, M. W. Lodge and S. Rosenne (ed), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982-A Commentary*, Vol. VI, The Hague: Martinus Nijhoff, 2002.

⁵ 当时的规定(ICNT/Rev.2 (A/CONF.62/WP.10/Rev.2)附件三第 4(2)条)原文如下：“由作为申请者国籍国的缔约国提供担保足矣，除非申请者有多重国籍，例如若干国家的财团或合伙实体就是这样，在这种情况下，所有有关缔约国都要对申请提供担保；或除非申请者受另一缔约国或其国民的有效控制，在这种情况下，两个缔约国都要提供担保。”

11. 资料对有效控制的含义提供了一些指点,指出法人必须作为申请者出现在申请书中。申请者必须明确其注册地和主要营业地点,并提交注册证书副本(见上述各规章附件二)。上述信息和注册证书及担保书一道,还能帮助委员会确定申请者符合规章第 11 条规定的担保要求。

12. 担保国所承担义务和责任的性质与范围使我们能对有效控制的背景和目的这一检验标准有个基本的了解。这是海底争端分庭 2011 年提供的咨询意见的核心内容。《公约》要求担保国通过法律和条例,并在其法律体系框架内采取适当的行政措施以保证属其管辖、因而受其有效管控的人遵守规章,从而在被担保的承包者因未履行义务而造成损害时担保国得以免于承担责任。要求担保的目的是确保属国内司法系统管辖的实体履行对缔约国有约束力的义务。因此,假如某个担保国认为需要详细阐明提供担保的条件,那它可以通过国内法律系统处理这个问题。海底争端分庭清楚地表述了这一点:

担保国视其法律系统,也许有必要在国内法中纳入执行《公约》义务所需要的条款。这些规定可以是关于被担保的承包者的财务能力和技术能力、出具担保书的条件以及这种承包者不遵守规定时应受的惩罚等等。⁶

涉及国家行使有效控制的其他法律背景和目的

13. “有效控制”是谈论多国企业、联合企业、兼并、竞争和垄断等问题时一个相当常见的词。例如,印度公司法在根据国内法律系统定义有关联的公司实体进行的正常交易⁷的要素时认为,持有联属公司 26% 的股份相当于拥有有效控制。⁸ 日本适用规则的条件是持股达到 50%。⁹ 西班牙认为 25% 的所有权就足以实施控制了。¹⁰ 英国公司法的定义是,对公司的控制权意味着某人通过持

⁶ 海地争端法庭第 17 号案件,同前,第 234 段。第 227 至 241 段更详细地谈到属于“缔约国……政策问题(第 227 段)”的开放性措施的内容。

⁷ 公平交易原则的名称尽管听着不太正式,但《经合组织收入和资本税务示范公约》第九条用的就是这个说法;这个原则也是经合组织国家之间、以及许多非经合组织政府之间订立双边协议时遵循的框架。这个估值原则普遍适用于有关联的公司之间的商业和金融交易,说的是对交易估值时应假定交易是在无关联的公司之间进行的,每个公司本着自身的最佳利益行事。(2006 年 *Annual Report on the OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Conducting Business in Weak Governance Zones*(OECD, Paris, 2006))。

⁸ 1961 年印度税收法第 92A 节谈到某个企业在管理、控制和资本等方面对另一个企业的直接/间接控制。

⁹ 《特别税收措施法》第 66-4 条和关于特别税收措施法的内阁令第 39-12 条。

¹⁰ 见 www.oecd.org/tax/transfer-pricing/Spain_TPcountryprofile_Sept2012.pdf。

有股份或有效掌握公司章程赋予的投票权所获得的控制力。¹¹ 法国法律还考虑到实际掌控的情况。¹² 这少数几个例子已显示出各国国内法的定义各不相同。

14. 在悬挂本国国旗船舶的国籍问题上也出现“有效控制”和“受有效控制”这样的用语。《公约》第九十一条要求在国家与悬挂该国国旗的船舶之间有“真正联系”。在船舶与其悬挂国旗所代表的国家之间确立真正联系的问题上，为船舶赋予国籍并为对船舶的管辖提供依据的是注册行为，而不论船舶的所有权或其运行的经济利益所在。¹³ 要靠各国在国内法律系统中规定为船舶赋予国籍、在其领土上对船舶进行注册和船舶有权悬挂其国旗的条件。

15. 成立公司和注册也是一个国家对在该国内成立和注册的公司提供外交保护所需要的条件。在巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司案中，¹⁴ 国际法院认为，国际法“将对公司实体提供外交保护的权力赋予公司根据其法律成立、公司注册办公室在其领土之上的国家”。此处为公司获得某国国籍以得到外交保护设定了两个条件：公司在一国成立，公司注册办公室也在该国境内。公司获得某国国籍的依据并不是大多数持股者都是该国国民。法院还建议，除成立公司和注册办公室这两项以外，行使外交保护的国家与公司之间还需要存在某种“永久而密切的关系”。¹⁵ 在这种情况下，确立关系所依据的事实是公司在其成立国保持注册办公室、账户和股份登记册(加拿大)；公司董事会在加拿大举行；公司列在加拿大税务机构的记录中。

16. 然而，在巴塞罗那电车公司案中，法院无须处理有关公司在一国成立却与另一国保持“长期密切联系”的情况。国际法委员会 2006 年外交条款草案第 9 条讨论了这一情况。¹⁶

“为对公司行使外交保护的目的是，国籍国是指公司依照其法律成立的国家。

然而，当公司受另一国或另外数国的国民控制，并在成立地国没有实质性商

¹¹ 2010 税收法第 147 和 148 节(国际及其他规定)。

¹² 税法通则第 57 节。

¹³ 例如见海洋法法庭第 1 和第 2 号案件，“SAIGA”号案(圣文森特和格林纳丁斯诉几内亚)，以及第 8 号案件，大王爷号案(伯利兹诉法国)。

¹⁴ 国际法院，巴塞罗那电车、电灯及电力有限公司案(比利时诉西班牙)(1970)国际法院案例汇编，第 42 页，第 70 段。

¹⁵ 同上，第 71 段。

¹⁶ 国际法委员会在第五十八届会议上，二读通过外交保护条款草案和评注。根据规约第 23 条，委员会决定向大会建议根据该条款草案拟订一项公约。大会在 2013 年 12 月 16 日第 68/113 号决议中，决定将临时议程中题为“外交保护”的项目列入第七十一届会议(2016 年)临时议程，并参照各国政府的书面评论以及在大会第六十二届、第六十五届和第六十八届会议期间举行的辩论中发表的意见，在第六委员会一个工作组框架内，继续探讨在该条款基础上拟订一项外交保护公约或采取任何其他适当行动的问题，并找出关于条款的意见分歧。

务活动，而且公司的管理总部和财务控制权均处另一国时，那么该国应视为国籍国。”(A/61/10/，第49段，第9条)

首先，公司注册所在的国家是**有权行使外交保护的国籍国**。然而，如果情况显示，公司的管理总部和财务控制权均处另一国，与另一国有更密切的联系，那么该国应视为**有权行使外交保护的国籍国**。但是，必须满足以下附加条件。首先，该公司必须由另一国国民控制。其次，它必须在成立地国没有实质性商务活动。第三，公司的管理总部和财务控制权必须位于另一国。只有满足这些条件，公司的管理总部和财务控制权所在的国家才是**有权行使外交保护的国籍国**。

17. 制定这一办法是为了进行外交保护。但这可能不能用于要求担保国对不能在担保国注册的被担保实体实行有效控制。例如，可能出现这种情况，即子公司在担保国注册，其财务和技术却依赖于并非在担保国注册的母公司。鉴于两者是两个独立的法律实体，如果不能澄清这一问题，担保国将无法对母公司实行有效控制，可能无法按照《公约》及相关文书履行作为担保国的**尽职义务和直接义务**。

18. 事实上，在国际法中，如要试图确定公司行动的责任，或许非常有必要区分法律结构和实际控制。对于多国企业，企业成员之间或企业成员和外部之间的每项交易可能受制于不止一个国家的规范。在这种情况下，或许有必要澄清子公司和母公司之间独立成立的模糊问题，尤其有助于确定管辖权或赔偿责任。即便如此，显而易见的是，不同国家用于澄清公司在管辖权和赔偿责任方面的模糊问题的标准差别很大。此外，即使赔偿责任不存在，管辖权也可以存在。问题是须从各种情况中明确事实，并通过国内法加以解决。¹⁷

19. 有效控制和所有权也是国际法中有关民用航空的基本标准。根据1944年12月7日《国际民用航空公约》(芝加哥公约)以及相关协议，计划中的国际航空服务的运营须获得各国之间的授权。特别是，如果缔约国对于请求国的国民拥有对

¹⁷ 相关因素如下：

- 母公司和子公司共持股票，共有经理或干事，或共有业务部门
- 母公司和子公司共享财务报表和共同报税
- 母公司供资子公司
- 母公司收有子公司
- 子公司资本大量不足
- 母公司支付子公司薪水和其他费用
- 子公司只接受母公司给予的业务
- 母公司把子公司财产用作自己的财产
- 两公司日常业务不分彼此
- 子公司不遵守基本公司规范，如单立账目和记录召开股东和理事会议。

一个机场航空运输企业的“实质和所有权以及有效控制”感到不满，则有权拒绝。然而，相关协议通常不涉及用于确定实质性所有权和有效控制的标准。虽然大多数国家明确规定了外国所有权上限或本国所有权下限的比例，但文献表明，在实践中，所有权只是初步条件，有效控制才是主导条件。在这一情况下，有效控制是事实条件，必须根据每个案件的确切影响，加以判断。

20. 将民用航空作为参照制度的问题是，所有权和控制检验的实行被广泛视为过时的办法，并严重妨碍了全球航班的有效自由化。新兴趋势是倾向于检验有效控制，相比所有权和投资标准，有效控制更强调“管制”。例如，最近的多边协定(包括美利坚合众国和亚太经合组织之间的协定以及美国-欧盟的伞式协议)提议，放松对所有权的实质性要求，改进有效控制检验，使检验强调注册地点、公司管辖权、主要营业地和航空当局对有关缔约国的管制，将其作为确定控制是否充分的标准。¹⁸ 国际民航组织本身在 2003 年华盛顿举行的国际航空运输会议上已提议用检验主要营业地和有效法规控制取代实质所有权和有效控制。

五. 摘要和建议

21. 上文概述了行使有效控制的多种背景和目的，显然，有效控制一词没有一个单一的定义，所赋含义因有效控制检验的背景和目的而差别很大。¹⁹ 第二个结论是，定义有效控制的条件和标准是行使有效控制的国家的职责。国际法并未进一步确定有效控制的含义，如果一国认为有必要详细说明行使管制的条件和标准，则通过国内法加以处理。第三个方面是，有关船只挂旗和民用航空以及第十一部分制度的法律和实践沿用相同办法。这强调了公司成立/注册以及给予国籍(即法规控制)的事实，将其作为重要因素或主要因素，纵使存在控制政策、资本、财务和管理方面的现实也无妨。

22. 在确定申请者资格时，委员会必须确信，申请者依照《公约》附件三和规章的规定，符合了《公约》第 153 条的担保要求。至少对于在担保国成立或具有担保国国籍的公司，成立行为或国籍赋予再加上作为担保国所作的承诺，似乎足以确立“有效控制”，用于符合担保的要求。只要母公司和子公司是相互正式独立

¹⁸ 见 www.ecipe.org/media/publication_pdfs/GelosoGrosso_Liberalising_Air_passenger_122008.pdf。

¹⁹ 另外，不同的法律系统采用不同的含义。例如，经合组织指出：“Control over enterprises is generally viewed to be exercised when an individual or group of investors hold more than 50 per cent of the common voting stock of the enterprise or firm. However, "effective control" may be exercised when the investor(s) holds a large block of voting stock even when it is less than 50 per cent but the remaining shares are widely held by many smaller investors. Control of enterprises may also be exercised through interlocking directorates and inter-corporate ownership links between firms as in the case of conglomerates.” 经合组织，*Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law*, Directorate for Financial, Fiscal and Enterprise Affairs, 经合组织，1993 年，第 50 页。

的，即使母公司完全控制子公司的商业和财务，也不一定足以确保获得担保管辖权。

23. 鉴于这些初步意见，规则、规章和程序应在多大程度上超越担保书，仍然有待讨论。或许法律、规章和行政措施应更妥善地规定满足担保要求的标准和程序，要求担保国根据《公约》附件三的第 4 条第 4 款予以通过，并铭记担保决定取决于担保国。

24. 请委员会根据上述初步分析，审议条例 11.2，并酌情向理事会提出报告。
