



华东政法大学校庆六十周年纪念文丛

国家实施外交保护的 国籍持续原则研究

张磊◎著

EAST CHINA UNIVERSITY OF POLITICAL SCIENCE AND LAW



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

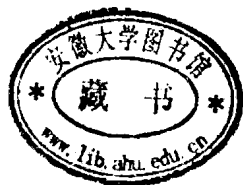
EAST CHINA UNIVERSITY OF POLITICAL SCIENCE AND LAW



华东政法大学校庆六十周年纪念文丛

国家实施外交保护的 国籍持续原则研究

张 磊◎著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

国家实施外交保护的国籍持续原则研究 / 张磊著.
—北京:法律出版社,2012.5
(华东政法大学校庆六十周年纪念文丛)
ISBN 978-7-5118-3361-7

I. ①国… II. ①张… III. ①国籍—研究 IV.
①D998

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 053454 号

华东政法大学校庆
六十周年纪念文丛

国家实施外交保护的国
籍持续原则研究

张磊 著

责任编辑 刘彦洋

装帧设计  ilovee

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 13.375 字数 322 千

版本 2012 年 5 月第 1 版

印次 2012 年 5 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-3361-7

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

沉舟侧畔千帆过

——华东政法学校庆六十周年纪念文丛总序

沧海桑田，情怀依旧。六十年来，在逆境中崛起，在忧患中奋进，在辉煌中卓越，一代又一代华政人，将华政精神传承。从长宁旧居赏月苏州河畔，到松江新校读书玉泊湖旁，今天，华东政法大学迎来了六十周年华诞！六十年，华政为国家、为社会培养了大量优秀的人才，而他们，已经成长为国家的栋梁和母校的骄傲。

忆往昔，桃李不言，自有风雨话沧桑。1952年6月，经华东军政委员会批准，华东政法学院（现华东政法大学）由原圣约翰大学、复旦大学、南京大学、东吴大学、厦门大学、沪江大学、安徽大学等9所院校的法律系（法律学院）、政治系和社会系等合并组建成立。其后由于历史原因，学校曾于1958年和1972年两度停办，1979年3月经国务院批准复校。2007年3月，经教育部批准，华东政法学院正式更名为华东政法大学，2012年系华东政法大学建校六十华诞。

自1952年从苏州河畔的这一片红墙绿瓦中走出

新中国第一批政法干部开始,六十年来,华政经历了三起两落的命运。昨日的历练成就了今日的辉煌,近十万毕业生勤勉工作,开拓进取,奋发向上,成为共和国法治建设及各项事业的骨干力量。复校以来,尤其是2003年于松江进行“二次创业”以后,华政在办学条件、办学规模、办学层次、队伍建设、学科建设、科学研究、服务社会等方面均取得了飞速发展。目前,学校设有长宁、松江两个校区,占地面积1300余亩,是“教育部依法治校示范校”、“国家语言文字规范化示范校”、“上海市文明单位”、“上海市市级建筑保护单位”、“上海市花园单位”。学校现设有16个学院(部),现拥有法学一级学科博士学位、硕士学位授予权,以及政治学、马克思主义理论、公共管理、应用经济学一级学科硕士学位授予权,建有10个博士点、25个硕士点、23个本科专业及法学博士后流动站。2002年、2008年两次教育部本科教学工作水平评估均被评为优秀。目前,学校法律史学科为国家级重点学科,法律史学、经济法学本科教学团队为国家级教学团队,外国法制史、中国法制史、经济法学、司法鉴定概论为国家级精品课程,法学综合实验教学中心为国家级实验教学示范中心,法学、侦查学为教育部高等学校特色专业建设点,“开放型国际法律人才培养模式创新实验区”为教育部建设项目。学校已被社会各界广泛赞誉为“法学教育的东方明珠”。

建校六十年来,华政披星戴月,风雨兼程,赢得桃李满天下,更在中国的法制现代化进程中,留下了浓墨重彩的一笔。华政的莘莘学子,肩负着建设法治社会的重任,同时也见证着母校各方面的长足发展。硬件方面,从“帐篷办学”到长宁校区的精致典雅,再到松江校区的恢宏大气且美仑美奂;软件方面,从实现华东地区法学博士点零的突破,到一举拿下法学一级学科博士点、获得非法学专业硕士学位授予权,再到填补上海市法学国家重点学科零的空白。2009年至2011年,学校国家社科基金法学类课题立项数连续三年名列全国第一,2011年又实现了国

家社科基金重大项目的历史性突破。2007年3月,华政更名大学的成功,标志着学校从此踏上了建设多科性大学的新的征程。

岁月悠悠,薪火相传,六十岁的华政犹如惊鸿一瞥。此番出版校庆六十周年纪念文丛,华政并未走“遍寻成功校友、为其寻章摘句并编撰成册”之路径,而想虚中求实,为青年教师提供出版著作、展示才华之契机。故而,入选本文丛的,绝大多数是尚未获得教授职称的青年学者。华政奖掖才俊、提携后学之美意,尽在其中矣!

值此华政建校六十周年之际,谨祝这颗法学教育的东方明珠更加光彩夺目!

华东政法大学校庆六十周年纪念文丛编委会

2012年6月

序

外交保护是国际法上重要的法律制度,它是国家保护海外国民最重要的也是最基本的法律手段。1995年,联合国大会将外交保护列为当代国际法的重大问题之一,同时授权联合国国际法委员会开展研究,并编纂相应的条约草案。经过十多年的不懈努力,国际法委员会在2006年二读通过了《外交保护条款草案》,并建议联合国会员国在此基础上尽快制定一项国际公约。因此,外交保护也成了国际社会研究的热点。

在我国,自改革开放以来,中国国民和法人越来越多地走出国门,在海外遭到不法侵害的事件也呈上升趋势。如何运用外交保护的国际法制度,保障我国海外国民和法人的合法权益,成了我国政府面临的一项重要课题。这就需要我们进一步加强对外交保护制度的理论研究,形成我国外交保护的理论体系,从而指导我国相关的外交实践,更好地保护我国海外国民和法人的正当权益。随着我国海外利益的不断增加,对海外国民和法人的国际法保护成为新时期中国外交的重心之一,其重要性不言而喻。然而,我国对

外交保护的理论研究相对滞后。

张磊博士在前期研究的基础上就外交保护的首要条件——国籍持续原则进行了卓有成效的研究,本书的出版有望弥补我国在外交保护领域研究的不足。本书结构体系完整,涵盖了国籍持续原则有关的重要理论问题;书中援引了大量的案例,既有国际法院、常设国际法院等国际司法机构审理的案件,也有英美等国的国内司法案例,内容丰富,分析独到。本书在学术观点上有诸多创新之处,例如,在个人国籍的认定问题上,作者提出国际法上所谓的“国籍”与国内法所谓的“国籍”在外延上存在一定的区别,而目前认定个人国籍更多地是依据各国国内法,来自国际法的限制具有模糊性和间接性的特点。这是造成各国在外交保护中对于国籍认定产生争议的主要原因。本书在研究风格上比较务实,能够深入地展开研讨。

张磊博士作为华东政法大学国际法学院的一名青年教师,平时勤奋刻苦,勇于探索,理论功底扎实,研究风格严谨务实,成果丰硕。此书的付梓出版,值得庆贺。我祝愿张磊博士在今后的学术道路上不断进取,再接再厉,取得更大的研究成果。

王虎华

2012年3月

于华政园

目 录

第一章 国籍持续是外交保护的前提 001

第一节 外交保护的制度概述 001

一、外交保护的基本概念 001

二、外交保护与类似制度 010

三、外交保护的法律性质 031

第二节 外交保护对国籍的要求 051

一、国籍持续规则的基本概念 051

二、国籍持续规则的重要意义 052

三、国籍持续规则与瓦特尔拟制 054

第二章 认定个人国籍的一般法律原则 057

第一节 依本国法原则的法理基础 057

一、依本国法原则的理论依据与法律地位 057

二、国际法与国内法对于国籍的不同理解 064

三、国际法的薄弱使国籍依赖本国法确定 069

第二节 公司国籍成立地标准的嬗变 077

一、成立地标准作为国际习惯法的地位 077

二、巴塞罗那公司案与传统标准的动摇 081

三、巴塞罗纳公司案与新兴标准的筛选 083

第三节 中国国籍制度的现状与利弊 101

一、关于自然人的国籍与外交保护 101

二、关于认定公司国籍与外交保护 125

第三章 双重或多重国籍个人的外交保护 127

第一节 双重或多重国籍现象分析 127

一、双重或多重国籍的产生原因 127

二、排斥双重或多重国籍的惯例 130

三、接受双重或多重国籍的趋势 133

第二节 对双重或多重国籍个人的保护责任 140

一、对国籍国之间无保护责任原则的扬弃 140

二、国籍国之间主要国籍原则的兴起与限制 144

三、国籍国均有权利实施保护的可行性辨析 158

第三节 公司成立地国与股东国籍国的双重保护 162

一、对于破除公司人格独立原则的再思考 162

二、公司已不复存在时的股东国籍国保护 176

三、公司国籍国侵权时的股东国籍国保护 180

第四节 中国在双重或多重国籍上的立场分析 186

一、中国对外国自然人双重或多重国籍的政策 186

二、中国对公司股东国籍国实施外交保护的政策 190

第四章 国籍持续性的考察标准与例外情况 194

第一节 国籍持续性的时间要求 194

一、持续要求的开始时间 194

二、持续要求的终止日期	195
三、持续要求的法律推定	202
第二节 国籍持续性的存废之争	204
一、对于国籍持续性要求的质疑	204
二、国籍持续性要求的一般例外	212
三、国籍持续性要求的特殊例外	219
第三节 权利的转移与国籍持续要求	226
一、转移求偿权的适用条件	226
二、个人受益权的保障问题	233
三、保险公司代位求偿问题	236

第五章 跨国公司及公司以外其他法人的国籍 239

第一节 在效忠与利润之间的跨国公司	239
一、与外交保护有关跨国公司的基本概念	239
二、跨国公司国籍所蕴涵效忠义务的淡化	240
三、跨国公司与主权国家之间的对弈关系	243
第二节 对所谓跨国公司无国籍的批判	244
一、跨国公司应不应该有国籍	245
二、跨国公司实际有没有国籍	246
第三节 公司以外其他法人的国籍问题	250
一、关于非政府组织的国籍问题	252
二、关于所谓一人公司的国籍问题	256
三、中国对于其他法人国籍的立场	257

第六章 解决国籍冲突的基本原则、手段与渊源 259

第一节 解决国籍冲突的国际法基本原则 259

一、国际法基本原则的概念与特征 259

二、指导解决国籍冲突的具体原则 265

三、和平共处五项原则的指导作用 291

第二节 解决国籍冲突的主要手段与渊源 306

一、通过政治方法来解决国际争端 308

二、通过法律方法来解决国际争端 313

三、对国际法渊源问题的展开说明 331

附件一 文中简称与全称对照表 364

附件二 重要名词中外文对照表 367

附件三 相关的国际法案例列表 374

参考文献 379

后记 410

第一章

国籍持续是外交保护的前提

第一节 外交保护的制度概述

一、外交保护的基本概念

(一)国内外研究现状简述

外交保护是在国际法上一项历史悠久的法律制度。然而,尽管历经风霜,该制度总体而言仍然是不够完善的,很多问题还处于模糊状态。更重要的是,长期以来,世界各国的学者和政府对外交保护的理论和实践做法都存在不小的分歧和争议。因此,研究外交保护制度具有重要的理论意义。

值得注意的是,在多年的编撰和争论之后,联合国国际法委员会(International Law Commission of United Nations, ILC)于2006年最终二读通过了意义重大的《外交保护条款草案》(Draft Articles on Diplomatic Protection)以及《外交保护条款草案评注》。在该草案的制定过程中,各国的国际法学者和

联合国许多成员国都充分地表达了自己的观点和立场。笔者认为,这是一个重要的信号,它表明外交保护作为一项重要的国际法律制度正在经历一次意义非凡的嬗变,从而适应新的历史环境。因此,在这个法律制度的进化过程中,加强对它的理论研究恰逢时机。

与此同时,我国是一个正在迅速崛起的发展中国家。自从改革开放以来,中国公民赴海外经商、投资、旅游和定居等也日益频繁。在我国将“走出去”战略作为一项基本国策,尤其是党的十七大明确要求将“引进来”和“走出去”更好结合起来之后,国家开始大规模鼓励具有比较优势的各种所有制企业对外投资,带动商品和劳务出口。由此可见,中国的海外利益必将与日俱增。但是长期以来,我国海外公民和企业的合法权益却经常遭到不法侵犯。这就要求我们充分利用国际法律规则予以依法保护。外交保护制度恰恰是国际法上国家保护本国海外公民和企业的最重要和最基本的法律手段之一。所以,对外交保护开展研究工作无疑也具有重大的现实意义。

国内学术界对外交保护问题的研究是相当滞后的。总体而言,在很长的时期内,外交保护并不被国内学者所重视。据笔者目力所及,国内关于外交保护的专门著作寥寥无几,更不用说具有较高学术价值的专著了。在学术论文方面,国内虽然存在一些专题文章,但至今仍然为数不多。20世纪90年代初至20世纪末,开始有学者陆续关注研究本选题,但是成果严重匮乏,主要是3篇论文,即邹立刚老师1994年发表在《法商研究》上的“当地救济与外交保护和国际仲裁”、王慧老师1997年发表在《中外法学》上的“对跨国公司外交保护问题的分析”以及汤俊芳老师1999年发表在《当代法学》上的“论中国海外投资的域外保护”。21世纪最初的几年时间里,本选题的研究又陷于停滞状态。然而,随着国内外两个重大事件的发生,本选题的研究迅速升温:一是2006年,联合国国际法委员会二读通过了《外交保护条款草案》以及《外交保护条

款草案评注》，预示着制定相关国际公约的时机逐渐成熟；二是 2007 年，党的十七大报告明确提出“走出去”战略，标志着中国大规模对外投资正式启动。因此，在 2007 年之后，外交保护的重要性被国内学界重新认识，更多的国内学者开始着手在公司的外交保护领域开展研究，其中不乏一些知名学者，例如余劲松、周忠海、张乃根等几位前辈。这一时期比较重要的论文有余劲松老师 2008 年发表在《政法论坛》上的“公司的外交保护”、周忠海老师 2007 年发表在《政法论坛》上的“海外投资的外交保护”、张乃根老师载入《2008 年度上海市社会科学界第六届学术年会文集》的“外交保护中的公司国籍新论”、吴一尘老师 2009 年发表在《法学杂志》上的“论跨国公司的外交保护”、张琼老师发表在《法学评论》2008 年第 3 期上的“对公司和股东的外交保护问题——以《外交保护条款草案》为基础之分析”以及黄润秋教授在《甘肃政法学院学报》2007 年第 6 期上发表的“论外交保护制度中的公司国籍规则——2004 年联合国国际法委员会《外交保护条款草案》述评”等。与之相关的著作有殷敏老师撰写的《外交保护法律制度和中国》一书。

由此可见，随着联合国国际法委员会着手编纂，尤其是最终通过《外交保护条款草案》，国内学界开始越来越关注外交保护这个原本被误认为“无疑可议”的课题。得益于现实需要和学术环境的变化，我国学界对外交保护的研究热情和重视程度正在不断提高。

放眼国外，文献资料不可不谓丰富，研究程度不得不称深入。外交保护源自西方，欧美国家几个世纪以来进行外交保护的实践为其学者们提供了丰富的案例素材和明确的研究方向。因此，在进入 20 世纪之后，西方关于外交保护的研究已经非常系统和深入，在各个时期都有专题性的论著和文章进入我们的视野。在专著方面，例如早在 1915 年 Edwin Montefiore Borchard 即出版了“The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or The Law of International Claims”一书。又如 Frederick

Sherwood Dunn 的专著“*The Protection of Nationals: a Study in The Application of International Law*”在 1932 年问世。Chittharanjan F. Amerasinghe 的专著“*Diplomatic Protection*”于 2008 年由牛津大学出版社出版;在学术论文方面,例如 Christopher Stalker 在 1990 年发表的“*Diplomatic Protection of Private Business Companies: Determining Corporate Personality for International Law Purposes*”;又如 Annemarieke Vermeer-Künzli 在 2007 年发表的“*As If: The Legal Fiction in Diplomatic Protection*”。国外的文献资料不仅在数量上远远多于国内,而且在研究深度和涵盖广度上也明显领先于国内。在深度上,国外学者的研究非常细致,这明显区别于我国国内“粗线条素描式”的研究,这在外交保护中公司国籍的认定问题上可见一斑;在广度上,我国学者长期没有涉及的一些问题,例如难民的外交保护,欧美学者已经有了较为深入的研究。

联合国国际法委员会对外交保护及其相关问题也开展了深入的研究,这主要涉及三部分研究项目:第一部分是该委员会关于《外交保护条款草案》的编纂和研究工作;第二部分是关于国家责任的研究工作,并编纂了《国家对国际不法行为的责任条款草案》;第三部分是关于国际损害责任的研究工作,并编纂了《预防危险活动的越境损害的条款草案》和《关于危险活动造成的跨界损害案件中损失分配的原则草案》。这三部分研究项目彼此独立,互不重叠——2006 年的《外交保护条款草案》中并不涉及国家责任的内容,而 2001 年的《国家对国际不法行为的责任条款草案》却又不涉及国际损害责任的内容。国际法委员会的系统研究是各国学者观点和政府意见的集大成者,在很大程度上代表了外交保护制度未来的发展方向。然而,略有遗憾的是,上述这些草案主要体现了西方国家对外交保护及其相关问题的认识和主张。我国在相关草案的制定过程中虽然有所参与,但并没有发挥很大的影响力。在

联合国国际法委员会长达 11 年的编纂过程中,中国政府竟然没有提出任何实质性的意见。这与西方发达国家,甚至一些拉美国家积极参与该草案的编纂形成了鲜明对比,这不能不说是一个遗憾。这很大程度上是因为我国在该领域的学术研究尚不深入,学界无法为政府的外交活动提供理论支持。

(二)外交保护的发展历史

就发展历史而言,相比海洋法和领土法,外交保护在国际法中是一个年轻的事物。尽管该制度被确信在瑞士国际法学家 Emmerich de Vattel(以下简称瓦特尔)于 1758 年发表的论著中已被提及,然而就文献显示,在 18 世纪后期和 19 世纪早期之前没有被记录下来的相关例子。^① 因此,一般认为,外交保护作为一项被付诸实践的法律制度发端于 18 世纪后期。

瓦特尔是第一个将注意力投向保护外国人及其财产利益的国际法经典学者。他在某种程度上是该制度的精神之父,因为他第一个为该制度提供了一种可以被接受的理论基础,也就是瓦特尔法律拟制。当他写完自己的名著《国家之间的法律或自然法的原则》(The Law of Nations or the Principles of Natural Law)时,距离近代国际法学的奠基人荷兰法学家 Hugo Grotius 的著作问世已经过去了一个多世纪,那时国际法的生命力正在以显著的方式得到拓展。新世界被成功地殖民,对外贸易已经成为很多国家经济系统的重要元素。^② 因此,出于保护资本主义经济利益的考虑,诞生于殖民主义时代的外交保护在此后相当长的

① Chittharanjan F. Amerasinghe, *Diplomatic Protection*, Oxford University Press, 2008, p. 8.

② Frederick Sherwood Dunn, *The Protection of Nationals: a Study in the Application of International Law*, The John Hopkins Press, 1932, p. 48.