

秀博士学位论文丛

丛书主编：朱 勇

执行主编：李曙光



1952—2012

外交保护法新论

张卫华 著

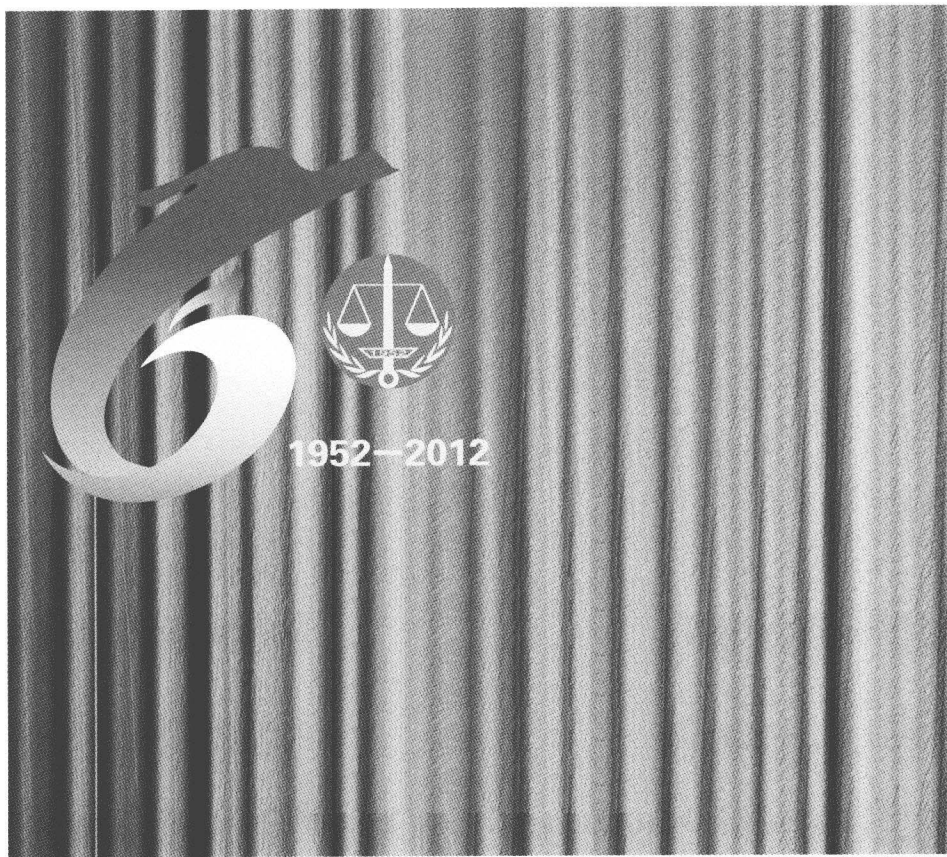


法律出版社
LAW PRESS · CHINA

中国政法大学优秀博士学位论文论丛

丛书主编：朱 勇

执行主编：李曙光



外交保护法新论

张卫华 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

外交保护法新论 / 张卫华著. —北京:法律出版社,2012.4

ISBN 978 - 7 - 5118 - 3439 - 3

I. ①外… II. ①张… III. ①外交—保护—司法制度—研究 IV. ①D998.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 072715 号

©法律出版社·中国

责任编辑/刘琳

装帧设计/凌点工作室

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京中科印刷有限公司

责任印制/张宇东

开本/A5

印张/9.25 字数/231 千

版本/2012 年 5 月第 1 版

印次/2012 年 5 月第 1 次印刷

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 - 3439 - 3

定价:23.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

博士生教育是一所大学培养最高层次人才的教育,它往往代表一所大学人才培养的最高水平,而博士学位论文则代表一所大学所培养的高层次人才学术的综合水准。中国政法大学为提高研究生特别是博士研究生的培养质量,强化其创新意识,提升其创新能力,鼓励博士生撰写博士学位论文时进行有重大理论价值和社会应用价值的学术创作,从2006年起,学校每年从约200篇博士论文中评选出10篇左右优秀博士学位论文。这些博士学位论文,选题具有重要的理论和现实意义,大多为本学科前沿,其写作中能够运用新视角、新方法进行探索和研究,有独到见解和创新观点,有的深究法学学科专业的基础理论,有的直面国家社会经济发展的前沿问题,这些成果许多都填补了理论研究和实践工作中的空白。

为保证优秀博士论文能脱颖而出,中国政法大学制定了专门的优秀博士学位论文评选办法,在评

2 总 序

选程序上,无论是在评阅、答辩阶段,还是校外专家评审环节,都做到公正、公平、公开,严格评选程序,保证了各学科把其最优秀的博士学位论文评选出来。这些优秀博士学位论文的学术水平,在一定程度上反映了中国政法大学研究生教育和人才培养的质量,也从一个侧面反映了中国政法大学坚持学术追求、倡导学术精神的建校、立校宗旨,以及学校学术研究的能力与水平。

把这些优秀的博士学位论文结集出版一直是我们的一个愿望,感谢学校“211 工程”三期建设项目创新人才培养项目资金的资助,特别感谢中国政法大学 84 级研究生对母校的深情厚谊与慷慨解囊,使得这个愿望得以部分的实现。2012 年 5 月 16 日是中国政法大学 60 岁华诞,希望这套优秀博士学位论文论丛的出版,能使这些优秀的智力成果得以保存与传播,并成为献给母校 60 华诞的一份厚礼。

李曙光
常务副院长
中国政法大学研究生院
2012 年 4 月 22 日

序 言

新春伊始,中国政法大学迎来60周年校庆。张卫华的博士论文《外交保护法新论》作为优秀科研成果和学术论文,由学校资助出版,这是奉献给校庆和广大读者的一份重要礼物,值得祝贺。

在世纪之交,国际人权保护浪潮风起云涌之际,人权保护对国际法上传统的外交保护不无冲击和震荡。这是一个值得关注和研究的重大问题,且具有极为重要的实践意义和学术价值。张卫华博士尝试运用政策定向国际法学说对有关外交保护的国际法进行了深入的研究,希望能够对当今全球权威决策过程中的外交保护有一个全面、现实和动态的认识,在理论上能有所突破,能够对国家外交实践有所裨益。

本书将外交保护看做连续不断的权威性决策过程,分别论述外交保护过程的参与成员、理念面向、运作场所和权利基础,重点分析外交保护的策略运用,总结出外交保护的决策成果,面向未来,展

2 序 言

望外交保护的前景。

外交保护法的出现是由于人权保护的需要,虽然这一制度只能保护本国国民的权利。随着国际人权法的发展,世界上所有国家的人民都应当享有国际人权的保护,但是这并不能削弱外交保护制度的功能和作用,它仍然是在国际层面保护人权的最为有效的武器。目前,外交保护权仍然是一项主权国家拥有的基本权利,而不是一项普遍的人权。在全球化进程不断向前推动的今天,全球人类已经形成了一个相互依赖的共同体,他们有着共同的需求、认同、期待与意愿,全体人类将会坚持不懈追求一个具有人性尊严的国际社会。作为人权保护的一个工具,外交保护制度将会继续受到人权理念的冲击和国际人权法发展的影响。由居住地国对无国籍人和难民进行保护,这是有关外交保护的国际法的逐渐发展的一个重要成果,也是人权保护理念的一个胜利。在这样的历史脉络中,外交保护制度必将会朝着有利于保护个人权利的角度发展,各国只有彼此承认保护本国国民的权利,才能更好地保护本国国民。今天,任何共同体都不可能在与世界隔绝和孤立的情形下获得可持续发展,除非所有人的权利都得到保护,否则,任何人的权利都难以得到保护。

尽管书中有些地方尚需充实、加强和补足,但是,瑕不掩瑜,它依然是一部颇为优秀的学术著作,是国际法研究领域百花园中的一枝奇葩。

作为导师,值此付梓之际,难掩欣喜之情,泼墨抒怀,是以为序。

于北京 锦秋家园
2012年3月16日

目 录

引言 / 1

第一章 全球权威决策过程中外交保护的 参与者 / 16

第一节 全球性权威决策过程 / 17

一、全球社会过程 / 18

二、全球有效权力过程 / 19

三、全球权威决策过程 / 21

第二节 传统国际法学说的国际法主体理论 / 24

一、国家是国际法的唯一主体 / 25

二、个人是唯一的国际法主体 / 27

三、目前的主流观点 / 29

第三节 外交保护过程的参与者 / 32

一、外交保护过程中的国家 / 33

二、外交保护过程中的个人和公司 / 39

三、外交保护过程中的国际组织 / 53

第二章 外交保护过程中的理念冲突 / 66

第一节 全球权威决策过程中的理念 / 66

一、传统法学流派对理念的态度 / 67

二、政策定向法学派对理念的态度 / 77

第二节 南北世界的理念冲突 / 79

一、外国人待遇的历史决策趋势 / 82

二、发达国家的理念——国际正义标准 / 84

三、发展中国家的理念——国民待遇原则 / 89

四、南北理念冲突对全球权威决策过程的影响 / 94

五、国际法的发展对外交保护的理念的影响 / 99

第三节 卡尔沃条款 / 103

一、卡尔沃条款的决策背景 / 104

二、卡尔沃条款的决策形式 / 106

三、契约中的卡尔沃条款的效力 / 118

四、卡尔沃条款的新发展 / 126

第三章 外交保护权威场合的进入(一)

——求偿的国籍 / 128

第一节 国籍国与外交保护权 / 129

一、外交保护权属于国家 / 130

二、国家对实行外交保护拥有自由裁量权 / 137

第二节 国籍联系原则 / 141

一、国籍问题是一个国家的国内法事项 / 142

二、有效(或者真正)联系原则 / 143

三、国籍的持续性 / 147

第三节 双重国籍时的外交保护 / 152

一、针对非国籍国的外交保护 / 153

二、国籍国之间的外交保护 / 157

第四节 无国籍人和难民的保护 / 161

一、传统外交保护的對象不包括无国籍人和
难民 / 161

二、居住地国的保护 / 163

三、关于居住国保护的争议 / 165

第五节 公司的国籍 / 168

一、确定公司国籍的依据 / 169

二、公司国籍国与股东国籍国的竞争 / 175

三、直接侵害股东时的保护 / 181

第四章 外交保护权威场合的进入(二)

——用尽当地救济办法和“干
净的手”理论 / 183

第一节 用尽当地救济办法原则 / 184

一、用尽当地救济办法原则是公认的国际法
原则 / 185

二、应当用尽的救济办法 / 186

三、用尽当地救济办法原则的适用范围 / 192

四、用尽当地救济办法原则的性质 / 197

第二节 用尽当地救济办法原则的例外 / 202

一、当地救济办法不能提供有效救济 / 202

二、东道国放弃用尽当地救济办法的要求 / 209

三、被告国和外国人之间没有相关联系 / 212

四、被告国不当拖延或者阻碍受害人利用
当地救济办法 / 216

第三节 “干净的手”理论 / 221

一、干净的手理论的内涵 / 221

4 目 录

二、干净的手理论适用的范围 / 225

三、干净的手理论在外交保护中的作用 / 228

第五章 外交保护的价值基础和策略运用 / 233

第一节 外交保护的策略 / 234

一、外交方法 / 236

二、司法程序 / 243

三、外交保护和领事协助的区别 / 248

第二节 外交保护与使用武力 / 253

一、关于禁止非法武力使用的一般国际法 / 253

二、外交保护法对武力手段的限制 / 262

三、外交保护与自卫权 / 264

结论：决策成果与未来展望 / 268

参考文献 / 275

后记 / 285

引言

一

一个国家的国民(包括自然人和法人)如果在国外受到外国政府的侵害(这种侵害可能是人身性的也可能是财产性的),其本国政府则可以进行干预,为他提供保护,或者就其所受的侵害向实施侵害的国家提出求偿,这在国际法中被称为外交保护。

国际法很早就承认了外交保护。早在 18 世纪中期,国际法学家瓦特尔(E. de Vattel)就指出:“任何人侵害一个国家的公民就是对该国的直接侵害,该国的主权者必须对其所受到的损害进行报复,如果可能的话,应当强迫违法者作出充分赔偿,或者对违法者进行惩罚,否则的话,公民就不能获得公

民社会(civil association)的主要目标,即:安全。”^①国际社会,各国采取的外交保护行动一直持续不断,引发了大量国际争端甚至战争。许多争端被提交仲裁或司法解决,各种仲裁裁决和司法判决推动了有关外交保护的国际法的发展,其中在外交保护理论的发展中影响最大的当属常设国际法院在1924年8月30日对“马夫罗马蒂斯巴勒斯坦特许权”案(Mavrommatis Palestine Concession Case)作出的判决,^②法院在判决中指出“国际法的一项基本原则是当一国的国民受到其他国家的国际不法行为的侵害,而且从致害国的通常途径中未能获得满意的救济的时候,该国有权保护其国民。通过接管其国民的案子和采取外交行动或者国际司法程序,一国事实上是在主张它自己的权利,代表其国民确保国际法的规则得到遵守。”^③

在瓦特爾和常设国际法院看来,伤害一个国家的国民就是伤害了这个国家,国家进行外交保护是在维护国家自己的利益,这种观点被称为“Vattel 拟制”或者“Mavrommatis 规则”,根据这种观点,真正受到损害的国民被有意地忽视了。这种观点的理论依据是实证法学派的国际法学说。实证法学派认为国际法是(或主要是)国家之间的法律,如《奥本海国际法》(第九版)把国际法定义为“国际法是对各国在它们彼此交往中有法律拘束力的规则的总体”。^④ 实证法学派认为国家是国际法的唯一(或基本)主体,个人(包括自然人和私法人)不是国际法的主体,他们与领土、海洋和外层空间一样,都是国际法的客体,他们不能

① E. de Vattel, *Le droit des gens ou les principes la loi naturelle* (London, 1758), vol. I, book II, p. 309, para. 71, in *The Classics of International Law* (Washington D. C., Carnegie Institution of Washington, 1916), reproduced in Mohamed Bannoua, *Preliminary Report on Diplomatic Protection*, UN. Int'l L Comm'n, 50th Sess.; U. N. Doc. A/CN. 4/484 (1998), para. 6.

② (Greece v. UK) 1924 P. I. C. J., Series A, No. 2, Judgment of 30 August of 1924.

③ *Ibid.* p. 12.

④ R. Y. Jennings and A. Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, 9th ed. 1992, p. 4.

直接享有国际法上的权利和承担国际法上的义务,因此个人在用尽致害国国内所有救济途径而仍无法获得救济的时候,不能在国际层面(international level)上直接向不法行为国提出求偿,必须由其国籍国为其提供保护。传统国际法认为国家保护其国民的权利与国民的个人利益无关,因此国家在是否行使外交保护的问题上享有自由裁量权。而国家的精英们可能会为了他们认为较为重要的利益,例如避免破坏国家之间的友好关系而放弃外交保护,这样,其位于海外的国民的权利和利益就可能无法得到有效保护。

二

在上世纪中叶以来蓬勃兴起的国际人权法看来,这种状况是无法接受的。由于两次世界大战给人类带来的深重灾难,世界各国开始认识到大规模侵犯人权不仅直接伤害个人或者某个族群,而且会危及国际和平与安全。因此,二战后建立的最大的集体安全组织——联合国把“增进并激励对于全体人类之人权及基本自由之尊重”作为其宗旨之一,并有多个条款对人权问题作了规定。^⑤ 联合国成立后大力推动人权的国际保护,它于1946年2月成立了人权委员会,联合国大会也于1948年通过了《世界人权宣言》,1966年通过了《公民权利和政治权利国际公约》和《经济、社会和文化权利国际公约》,以及《公民权利和政治权利国际公约第一附加议定书》,《世界人权宣言》和1966年两公约被称为“国际人权宪章”,构成了国际人权法的核心部分。同时,欧洲、美洲和非洲也都通过了区域性的人权公约,建立了区域性人权保护机制。约有150个国家成为《公民权利和政治权利国际公约》和欧洲、

^⑤ 参见《联合国宪章》第1条第3项、第55条和第56条。

美洲、非洲的相应人权条约的缔约国。^⑥ 这些条约规定了一系列的国际人权标准,肯定了个人根据国际法所享有的权利,人权保护已经不再仅仅是“国内管辖事项”,而已经成为“国际关切事项”(international concerns)。根据这些人权条约,个人在一些情况下有权向联合国人权委员会、欧洲人权法院、美洲人权法院和非洲人权及人民权利委员会等国际机构提出申诉,这表明个人具备了一定的国际行为能力。

此外,在国外经商的人也获得了新的救济途径。1965年《解决各国与他国国民之间投资争端公约》(《ICSID 公约》)允许公司向解决投资争端国际中心提起针对一个国家的诉讼,条件是被告国和公司的国籍国都同意了这种程序。《ICSID 公约》要求当事方在特别投资协定中同意仲裁,或者同意对特定争端进行仲裁,但是一旦同意就不得撤回。^⑦ 到了2008年3月,共有155个国家签署了《ICSID 公约》,其中143个完成了批准程序。大国中只有拉丁美洲的巴西和墨西哥,以及亚洲的印度仍然留在 ICSID 大家庭之外,它们对国际仲裁的态度一直是矛盾的。^⑧

《ICSID 公约》是在20世纪60年代早期谈判的,它为外国投资者和东道国之间的争端在东道国的法院或行政法庭专属管辖之外提供了一个选择,双边投资协定(BITs)在这个问题上又前进了一大步,它完全拒绝了东道国管辖,几乎所有的BITs中都规定同意对条约项下的任

⑥ John R. Dugard, *First Report on Diplomatic Protection*, UN. Int'l L. Comm'n, 52th Sess., U. N. Doc. A/CN.4/506 (2000), para. 15.

⑦ 《ICSID 公约》第25条第1款规定:“中心的管辖适用于缔约国(或缔约国向中心指定的该国的任何组成部分或机构)和另一缔约国国民之间直接因投资而产生并经双方书面同意提交给中心的任何法律争端。当双方表示同意后,任何一方不得单方面撤销其同意。”

⑧ 统计数字来自 ICSID 网站:<http://icsid.worldbank.org/ICSID/Indes.jsp>, 查询日期:2008年3月18日。

何投资争端进行仲裁,条约中一般都规定了仲裁规则和仲裁机构。^⑨多尔查(Dolzer)和史蒂文斯(Stevens)在对BITs进行了专门研究之后总结说“实际上所有当代的条约都规定对投资争端以仲裁来解决”。^⑩如果BITs中规定根据《ICSID公约》进行仲裁,BITs中作出的同意就满足了《ICSID公约》第25条第1款的规定;如果BITs规定根据UNCITRAL规则或者其他规则进行仲裁,国家作出的这种同意符合《联合国承认与执行外国仲裁裁决公约》(《纽约公约》)的规定和要求。^⑪截至2004年末,有超过1800个生效的双边投资条约,大部分是发达国家和发展中国家之间的,但是也有很多是发展中国家相互之间的。^⑫

在国际法(尤其是国际人权法和国际投资法)的发展中个人获得了国际求偿的能力,这对传统的外交保护理论形成了冲击,以至于有人认为外交保护已经过时了,著名国际法学家加西亚·阿玛多(F. V. García Amador)就是这种观点的重要拥护者。阿玛多先生认为“与国民同等待遇标准”和“外国人待遇的最低国际标准”已经为国际人权标准所取代,《世界人权宣言》的核心条款中包含的国际人权标准赋予国民和外国人同样的待遇标准。^⑬个人是国际法的主体,有资格在国际一级行使其权利。国家代表其国民求偿的权利应当限于外国人和致害国没有达成其他解决办法的案件。在这样的案件中,求偿国是作为个人的代理人,而不是行使它自己的权利。国家代表其国民行事是在主张

⑨ 东道国放弃当地管辖的条件是投资者的国籍国同时放弃外交保护。《ICSID公约》第27条第1款规定:“缔约国对于其国民和另一缔约国根据本公约已同意交付或已交付仲裁的争端,不得给予外交保护或提出国际要求,除非该另一缔约国未能遵守和履行对此项争端所作出的裁决。”

⑩ see Rudolf Dolzer and Margrete Stevens, *Bilateral Investment Treaties* (1995), p. 12.

⑪ *Ibid.*, pp. 131-6.

⑫ 统计数字来自UNCTAD网站:<http://www.unctad.org>。

⑬ F. V. García Amador, “State Responsibility, Some New Problems”, (1958 II) 94 *Recueil des Cours*, pp. 421, 437-439.

它自己的权利的说法是个过时的拟制(fiction),应当被抛弃——除非该国真正的“国家”利益受到影响。^⑭阿玛多先生认为外国人(与国民一样)是作为人类而享有权利的,并非依靠他的国籍,“个人独立于其国家的法律人格已经获得了国际承认,他是国际权利的真正主体”。^⑮作为著名的国际法学者和联合国国际法委员会“国家责任”专题的第一位特别报告员,阿玛多先生的这种观点产生了广泛的影响。

三

然而,这种激进的观点很容易受到批评。约翰·杜加尔德(John R. Dugard)先生不同意对法律拟制的蔑视,他引用了霍姆斯的名言“法律的生命在于经验而不是逻辑”,认为外交保护服务于一个宝贵的目的(a valuable purpose),不能仅仅因为经不起逻辑的检验就予以抛弃。^⑯

事实上,只有《欧洲人权公约》向数以亿计的欧洲人民提供了有效的国际救济途径,美洲和非洲的区域性人权条约都未能取得这样的成就,而在人口最多的亚洲,甚至没有一项区域性人权条约。世界人权公约的成绩就更不能令人满意了。《公民权利和政治权利国际公约》的《第一任择议定书》允许人权事务委员会(Human Rights Committee,简称HRC)接受针对成为《任择议定书》缔约国的《公约》的缔约国的个人来文。然而,中国、印度、巴西、美国、日本、印度尼西亚、巴基斯坦、孟

^⑭ Ibid, p. 472.

^⑮ Ibid, p. 421.

^⑯ John R. Dugard, *First Report on Diplomatic Protection*, *supra* note 6, para. 21.