

文库主编：华东政法大学国际法研究中心

外交保护中跨国公司国籍认定 法律制度研究

张磊 著



华东政法大学
国际法学文库

*The Identification of Nationality
of Transnational Corporations
in Diplomatic Protection*



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

文库主编：华东政法大学国际法研究中心

外交保护中跨国公司国籍认定 法律制度研究

张 磊 著



华东政法大学
国际法学文库



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

外交保护中跨国公司国籍认定法律制度研究 / 张磊
著. —北京:法律出版社,2014. 11
(华东政法大学国际法学文库)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 7000 - 1

I. ①外… II. ①张… III. ①跨国公司—公司法—研究 IV. ①D912. 290. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 236522 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/何 敏

装帧设计/贾丹丹

出版/法律出版社

编辑统筹/法律出版社上海出版中心

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/张建伟

开本/A5

印张/8.125 字数/210千

版本/2014年12月第1版

印次/2014年12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 - 7000 - 1 定价:25.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

本书由

上海市教育委员会重点学科建设项目国际法学（J51103）资助出版

本书是

高水平特色法学学科建设与人才培养工程（085工程）的阶段性成果

《华东政法大学国际法学文库》 总序

进入新世纪以来,国际社会正经历着深刻的变化。和平与发展仍然是当今世界的主题。科技日新月异,经济全球化趋势深入发展。同时,我们比以往任何时候都更加深刻地感受到:恐怖主义危害加大,各种局部冲突和战争不断发生,非传统安全问题凸显,跨国犯罪日益猖獗,单边主义抬头,霸权主义和强权政治依然存在,影响世界和平与发展的不稳定、不确定因素增多。与此同时,世界经济发展不平衡加剧,围绕资源、能源、市场、知识产权、人才的国际竞争日趋激烈,贸易壁垒和经济、贸易摩擦明显增多。各种热点问题所涉及的国际问题更加突出。一些发达国家在经济上、科技上占优势,在外交上、法律上动辄采取强势做法的态势在相当长的时期内仍将存在。作为国际关系的产物,国际法面临严峻挑战和前所未有的发展机遇。

在这种错综复杂的国际形势下,中国坚持高举“和平、发展、合作”的旗帜。胡锦涛总书记最近在一系列重大国际场合突出强调了国际法与构建和谐世界的关系,强调了国际法的作用。构建和谐世界思想的提出,既勾画了中国新世纪外交战略的总目标,充分展示了中国作为负责任大国的形象,也指明了新世纪国际关系和国际法发展的正确方向。构建和谐世界,国际法无疑并必须发挥巨大的作用。摆在我们面前的重大课题是:如何从理论上认识国际法在构建和谐世界过程中的重要作用;如何运用国际法建设一个持久和平、共同繁

此为试读,需要完整PDF请访问: www.ertongbook.com

荣的和谐世界?特别是,如何运用国际法,促进各国间的相互信任、和谐相处,并通过公平、有效的安全机制,建设一个和平、稳定的和谐世界;如何运用国际法,坚持各国主权平等,在国际关系上坚持以法治和多边主义为主,建设一个民主、公正的和谐世界;如何运用国际法,正确应对世界多极化、经济全球化和科技进步的发展趋势,促进国际社会共同发展特别是发展中国家的的发展,建设一个互利、合作的和谐世界;如何运用国际法,承认世界多元性、承认人类文明多样性、承认发展中国家与发达国家利益的差异性,运用国际法主张在多样性中和谐共处,求同存异,建设一个开放、包容的和谐世界。

根据和谐世界理念对国际法学研究的新要求,华东政法大学国际法研究中心组织一批青年学者对国际法与构建和谐世界关系的突出法律问题进行专题研究。这些专题包括:国际组织与国际体系架构;国际环境与资源保障体系;国际人权法与人道主义法;国际条约国内适用的理论与实践;WTO 争端解决机制与和谐经贸秩序;国际知识产权保护机制;国际法框架下人民币汇率机制与金融风险防范机制;国际海商法理论与实践的新发展;21 世纪国际私法理论及各国国际私法立法研究;涉外民商事法律关系及其法律适用的新发展;各国涉外管辖权的理论与实践,等等。在这些专题研究的基础上,形成专著,共同组成《华东政法大学国际法学文库》。这套文库基本目标是:学术研究服务于中国融入全球化的需要;服务于中国提倡的和谐世界思想的需要;服务于上海市建立国际贸易、国际金融、国际航运和国际经济中心的需要;服务于我国涉外司法实践的需要;服务于培养人才的的教学的需要。我相信,通过他们的不懈努力,这套文库一定会达到他们的预期目标,为繁荣我国的国际法学做出一份贡献。

是为序。

最高人民检察院检察长、教授、博士生导师:曹建明

2007 年 4 月 27 日

序

跨国公司国籍的认定乃是外交保护的理论与实践中的疑难而又复杂的问题。在涉及跨国公司的外交保护的审判实践中,国际法庭必须首先确认跨国公司的国籍,进而才能作出公正的裁决。由于现有的国际法制度对于现代跨国公司的规制严重不足,因此,跨国公司国籍的认定问题一直困扰着各国的国际法学者以及国际法庭的法官们。张磊博士的新作《外交保护中跨国公司国籍认定法律制度研究》试图解决这一难题,实为难能可贵。

在国际法上,外交保护是一项历史悠久的法律制度。然而,中国在这方面的国际法实践几乎是一片空白。中国共产党十七大报告中明确提出“走出去”战略。“走出去”战略是党中央、国务院根据经济全球化新形势和国民经济发展的内在需要作出的重大决策,是发展开放型经济、全面提高对外开放水平的重大举措,是实现我国经济与社会长远发展、促进与世界各国共同发展的有效途径。随着我国“走出去”战略的逐渐推进,中国的海外利益势必与日俱增。无论是我国政府还是学界,都在重新认识外交保护的重要性。

跨国公司国籍认定的复杂性,一方面来自国际法本身的滞后,另一方面也缘于跨国公司本身具有较强的法律规避能力。国际法对于公司国籍问题尚无条约规范,现有少量的限制规则存在较多的模糊之处。跨国公司在逐利本性的驱动下越来越重视依靠国际法有关公司国籍的制度缺陷,规避法律的规制,从而实现自身利益的最大化。实际上,跨国公司既是法律规制的对象,也是各国努力保护的对象,因为它是现代社会资本流动的主要形式之一。诚然,现代国际社会,跨国公司的生存和发展环境已经大大改善,并不断向好,但是,从根

本上讲,它们的海外利益仍然仰仗其本国的外交保护。在以往的国际法审判实践中,东道国通常以跨国公司不具有保护国国籍为理由,对提请实施外交保护的国家进行抗辩。这是因为满足国籍持续原则是国家实施外交保护的首要条件。由此可见,跨国公司国籍的认定问题,在国际司法实践中何等重要。

本书作者分析了在外交保护中认定跨国公司国籍的传统标准——成立地标准以及融入实际联系因素的各种新方案。诚然,传统的成立地标准已经无法适应现代跨国公司的发展需要。现代社会需要一种能够更加准确地体现公司与国家之间实际联系的国籍标准。因此,对传统的成立地标准进行大刀阔斧的改革势在必行。改革的核心在于寻找适应当代条件的、在实践中具有较高可行性的实际联系因素。对于这个问题,作者研究了大量的国际条约、国际法案例、学术成果以及其他资料之后,得出了一系列较为前沿的见解。同时,作者还对股东国籍国的外交保护资格和公司国籍的持续性要求这两个难点问题进行了深入的研究。最后,作者对中国在国内法、缔约策略以及外交立场中改革有关公司国籍标准的问题进行了展望,提出了应当建立“引进来”与“走出去”相结合的国籍战略。该结论基本符合我国在未来一个历史时期的发展需要,具有较好的法理基础与一定的合理性。

作者早在攻读博士期间就开始潜心研究海外利益的国际法保护问题,至今已有7年之久。该书的出版是张磊博士在该领域取得的又一个重要成果。这些有益的尝试都值得肯定与褒扬。希望张磊能够在海外利益的国际法保护领域独树一帜,继续踏实前进,取得更多、更好的研究成果,提出具有原创性的观点与理论。

是为序。

王虎华

2014年6月6日

目 录

导 言 / 001

第一章 外交保护与跨国公司国籍概述 / 005

第一节 外交保护的概念及其实施条件 / 005

一、外交保护的历史沿革 / 005

二、外交保护的基本概念 / 007

三、外交保护的实施条件 / 013

第二节 外交保护对受害者国籍的要求 / 028

一、国籍持续原则的基本概念 / 028

二、国籍持续原则的重要意义 / 029

三、国籍持续原则与瓦特尔拟制 / 031

第三节 跨国公司的定义及其国籍问题 / 033

一、对跨国公司定义的选择 / 033

二、对跨国公司国籍的规制 / 035

第二章 国际法产生公司国籍争议的原因 / 039

第一节 国际法认定公司国籍的复杂性 / 039

第二节 国际法上的国籍不同于国内法 / 043

第三节 国际法对国家国籍权力的限制 / 048

第三章 传统认定标准的成因与适应性研究 / 052

第一节 20 世纪 70 年代之前的投资环境 / 052

第二节 成立地标准的权威性及其形成分析 / 054

第三节 成立地标准对现代社会的适应程度 / 059

第四章 认定标准的各种新方案及其可行性 / 066

第一节 20 世纪 70 年代至今的投资环境 / 066

一、全球化使跨国公司的国籍又重新模糊起来 / 066

二、所谓“跨国公司无国籍时代”是无法成立的 / 067

三、我们对于全球化的程度应当有正确的认识 / 074

第二节 以融入实际联系因素改良传统标准 / 077

一、达甘德提议的七种方案 / 077

二、国际法委员会《草案》提出的方案 / 086

第三节 主要国家与国际组织对标准的改进 / 089

一、英美法系与大陆法系的各自规定 / 089

二、部分国际组织对国籍标准的规定 / 102

第五章 股东国籍国作为例外情形的外交保护 / 110

第一节 对股东国籍国保护法律地位的反思 / 110

一、对巴塞罗那公司案与传统原则进行反思 / 110

二、对巴塞罗那公司案与传统原则进行发展 / 114

第二节 当公司已经不复存在情况下的保护 / 125

一、“不复存在”的判断标准 / 125

二、“不复存在”的准据法 / 126

三、由于与损害无关的原因 / 127

四、股东权利与公司权利的区分 / 127

第三节 公司具有损害责任国国籍时的保护 / 129

一、《草案》设立第 11 条(b)的合理性依据 / 129

二、《草案》将被迫取得损害责任国国籍作为第 11 条(b)的限制条件 / 131

三、股东国籍国保护导致的索赔多边化问题 / 133

第六章 外交保护对公司国籍的持续性要求 / 135

第一节 公司国籍持续性起止时间的确定 / 135

第二节 公司国籍持续性例外规则的分析 / 144

一、国籍持续原则的法律地位之争 / 144

二、国籍持续原则的存废之争 / 147

三、国籍持续原则的例外规定 / 152

第三节 公司求偿权和受益权的转移问题 / 161

一、公司不复存在后的外交保护国 / 161

二、求偿权的转移问题 / 163

三、受益权的保障问题 / 166

四、受益权的转移问题 / 169

五、保险公司的保护问题 / 169

第七章 中国对外交保护中公司国籍的基本立场 / 172

第一节 中国在联合国大会所做政府声明的主要观点 / 172

一、对于公司国籍的认定标准 / 173

二、对于股东国籍国的保护资格 / 174

三、关于用尽当地救济要求 / 177

四、关于构成国家责任要求 / 179

第二节 中国在国内立法与国际条约中所采取的政策 / 181

第三节 “引进来”与“走出去”相结合的国籍战略 / 183

第四节 上海自由贸易区外商认定标准改革方案初探 / 187

一、完善外商认定标准在新一轮改革中的重要意义 / 187

二、我国采取绝对的成立地标准已不符合时代潮流 / 189

三、中央与上海联动推进我国公司国籍的全面改革 / 194

参考文献 / 199

附录一 中英文词汇对照表 / 233

附录二 案例索引 / 243

后 记 / 246

导 言

一般而言,外交保护是指当本国自然人与法人的合法权益在海外遭到东道国不法侵害时,国家出面予以保护的法律行为。它属于国际习惯法的范畴。

外交保护是国际法上一项历史悠久的法律制度,也是国家保护本国海外自然人和法人最重要和最基本的法律手段之一。然而,该制度在总体上仍然不够完善,很多问题还处于模糊状态。更重要的是,长期以来,世界各国的政府和学者对外交保护理论的认识和实践都存在较大的分歧和争议。因此,系统全面地研究外交保护制度具有重要的理论意义。

值得注意的是,联合国大会 1995 年将其列为当代国际法的重大问题之一。在多年的编撰和争论之后,联合国国际法委员会于 2006 年最终通过了意义重大的《外交保护条款草案》。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,从而使之适应新的历史环境。因此,在该制度的进化过程中,加强对它的理论研究恰逢时机。

自从 1978 年改革开放以来,中国公民赴海外经商、投资、旅游和定居等也日益频繁。党的十七大明确要求积极落实“走出去”战略,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。由此可见,中国的海外利益必将与日俱增。但现实情况是,一方面,长

期以来,我国跨国公司的海外合法权益经常遭到不法侵犯,例如1998年印尼排华暴乱、2004年西班牙烧鞋事件、2006年东帝汶大规模撤侨、2009年俄罗斯关闭“大市场”风波、2010年吉尔吉斯斯坦严重骚乱以及2011年利比亚爆发内战等重要事件中,中国公司都损失惨重;另一方面,我国对外交保护的理论研究严重滞后,相关实践更是一片空白。

认定跨国公司的国籍是外交保护中的难点。这是因为在国际争端解决机制中,判定一个跨国公司的国籍并不仅仅取决于中国的国内法,还要取决于国际法。于是,在中国国内法上属于中国的跨国公司很可能在国际争端中被视为另一国家的法人,中国就无权实施外交保护。在西方发达国家的发展过程中,国内法与国际法在跨国公司国籍认定上的冲突屡见不鲜。由于国内学者没有深入研究,中国政府在联合国国际法委员会编纂《外交保护条款草案》的11年中,竟然没有提出任何实质性建议,这是非常令人遗憾的!

更令人遗憾的是,我国对跨国公司国籍的重要性仍未有充分的认识。这从我国出现大量“假外资”的现象就可见一斑。2008年发生的汇源果汁事件、2009年发生的施恩奶粉事件等一系列重大事件都在敦促我们重新认识公司国籍的重要性。事实上,“假外资”带来的不仅仅是经济上的损失,更重要的还有外交风险。外国可能就这些实质上的中国公司对我国提出外交保护要求,而这些公司也可能根据自身利益的需要寻求他国的外交保护。这种因“国籍挑选”(nationality shopping)而导致外交冲突的现象在西方国家之间早已司空见惯。另一方面,中国大型公司走出国门之后,由于经营形态、利润来源、股份构成等方方面面的重大变化,当发生国际争端时,一些公司可能被国际法庭判定已经具有了他国国籍,中国就会因此丧失外交保护权。类似情况在国际法院和国际仲裁庭的先例中屡见不鲜。因此,我国亟待加强对外交保护中认定跨国公司国籍法律标准的研究。

实际上,早在2004年,国务院国资委、中国远洋运输集团和外交

学院就共同举办了“利用外交资源实施走出去战略高层研讨会”。国资委、外交部、商务部、全国工商联、中国远洋运输集团、中国铁道建筑总公司等实务部门和中资企业的领导以及 20 多个国家驻华使节共 300 多人出席了会议。该研讨会的中心议题之一就是“外交——企业海外利益的保护”。当时的商务部副部长廖晓淇、外交部领事司司长罗田广、中国铁道建筑总公司党委书记李国瑞、中国现代国际关系研究院院长陆忠伟还就此做了主题发言。此后,实务界与理论界还共同或单独举办了一些理论研讨会和座谈会。由此可见本选题的重要性。

但我国对于本选题的研究非常滞后,在相当长的时期内,几乎无人问津。20 世纪 90 年代初,开始有学者陆续关注研究本选题,但是成果严重匮乏,只有 2 篇论文——由王慧和汤俊芳老师分别在 1997 年和 1999 年发表在《中外法学》和《当代法学》的《对跨国公司外交保护问题的分析》和《论中国海外投资的域外保护》。这一时期的研究只是对相关问题进行简单介绍而已。

在新世纪的最初几年,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,外交保护问题在 2007 年之后迅速升温: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》,预示着相关国际公约的制定时机逐渐成熟;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,更多的国内学者着手在跨国公司的外交保护领域开展研究,其中不乏知名学者,例如张乃根、余劲松、周忠海等前辈。然而,就外交保护中的跨国公司国籍而言,专题性成果仍然只有 2 篇论文,即张乃根教授的《外交保护中的公司国籍新论》[发表于《2008 年度上海市社会科学界第六届学术年会文集(世界经济·国际政治·国际关系学科卷)》]以及黄润秋老师的《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》(发表于《甘肃政法学院学报》2007 年第 6 期)。目前,外交保护的著作有 2 本,但也都不是专门研究本选题。

欧美国家在本选题上的成果则相对丰富,这得益于西方国家在外交保护领域的长期实践。20 世纪中期至今,至少有 1 本专题著作,4 本相关著作问世,论文成果则更加丰富,仅质量较高的论文就在 30 篇以上。更重要的是,欧美学者形成了自己的研究风格:注重规则细节、注重案例研究、注重理论创新。这三个方面正是我国相关研究的不足,尤其是理论创新。在跨国公司国籍上,国外早已摆脱成立地标准的束缚,开始深入探讨如何将实质联系因素纳入国籍标准。琳达·马布里(Linda Mabry)的 *Multinational Corporations and U. S. Technology Policy: Rethinking the Concept of Corporate Nationality* 一文就是典型。

在国际组织中,研究最为深入的是联合国国际法委员会。它先后任命了穆罕默德·本努纳(Mohamed Bennouna)和约翰·达甘德(John Dugard)为特别报告员。两位特别报告员先后向国际法委员会提交了共 8 份报告。经过 11 年不懈的努力,国际法委员会最终在 2006 年二读通过了《外交保护条款草案》。联合国贸发会议(UNCTAD)就本选题在 1991 年至今也陆续有研究报告问世。在联合国体系之外,解决投资争端国际中心(ICSID)的案例中对于该选题也涉及较多。

本书的撰写工作就是上述背景下于前人的基础上开展的,希望能够对该选题的研究向前更加推进一步。在本书的开篇,我们首先了解一下外交保护的基本制度,并且在此基础上进一步明确跨国公司国籍的认定问题在外交保护制度中的位置。然后我们将针对外交保护中的跨国公司认定问题进行专项的详细分析,既评述现状,又为将来更好地完善和发展提出力所能及的意见。最后,根据中国的实际情况,结合上述一般原理,为我国更好地保护自己的跨国公司出谋划策。

第一章 | 外交保护与跨国公司国籍概述

第一节 外交保护的概念及其实施条件

一、外交保护的历史沿革

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。瑞士法学家瓦特尔(Emmerich de Vattel)是外交保护制度的理论奠基人之一,因为他提出了这样一个理论,即对个人的损害就是对其国家的损害,这被称为瓦特尔拟制(Vattel Fiction)。在1758年撰写的论著中,他认为,任何对国家做下错事的人,侵害国家的权利、扰乱其和平或者以任何方式对其造成损害,无论他是谁都将宣布为敌人,并且受到公正的审判。任何人不公正地对待了一国国民,就间接地对该国造成了损害,而该国必须保护其国民。受损害个人所属的主权国家必须对这种行为进行报复,并且如果可能,应当强迫侵害者满足自己所有要求或者对他实施惩罚,否则公民将无法从国内社会的主要目标(即保护)中获益。^[1] 该法律拟制之所以产

[1] See Emmerich de Vattel, "The law of Nations or the principles of Natural Law" (1758), in Fenwick (trans.), *The Classics of International Law*, ed. III, Carnegie Institute, 1916, p. 136.