



上海市学术著作出版基金

外交保护法律制度和中国

殷敏 著



上海世纪出版集团



上海市学术著作出版基金

博士文库

外交保护法律制度和中国

殷敏 著

世纪出版集团 上海人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

外交保护法律制度和中国/殷敏著. —上海:上海人民出版社, 2010

ISBN 978-7-208-09521-2

I. ①外… II. ①殷… III. ①外交-保护-司法制度-研究-中国 IV. ①D998.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 173929 号

责任编辑 韩梅梅

外交保护法律制度和中国

殷 敏 著

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.cc)

世纪出版集团发行中心发行

上海商务联西印刷有限公司印刷

开本 635×965 1/16 印张 15.25 插页 4 字数 178,000

2010 年 12 月第 1 版 2010 年 12 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-208-09521-2/D·1782

定价 28.00 元

序言

国际法研究需要的学术胸襟和气派

第二次世界大战结束后的 60 余年,国际法学的理论与实践均获得了空前的发展。尤其是随着经济全球化进程和冷战岁月的告终,大量传统或非传统的国际法新老问题不断涌现,引起了世界各国政、商、学各界的普遍关注。其中比较突出的^[1]问题之一,即是外交保护制度的确立及其健全问题。我国年轻的国际法学者们也对此作出了积极而又严肃的反应。殷敏所著《外交保护法律制度和中国》一书,不仅是作者个人的第一本代表性专著,而且也是我国迄今第一批综合、系统研究该问题的成果之一。确是可喜可贺,值得充分嘉评。

外交保护制度的诞生、成长史并不久远,其倡议者可追溯到近代之初的瑞士国际法大学者瓦特尔(Emmerich de Vattel)。它曾被视为西方国家在殖民扩张时期挥舞过的一面旗帜,亦曾引发了以卡尔沃为首的拉美国家杰出人物对其的猛烈抨击。卡尔沃主义、卡尔沃条款……等专有名词于是进入了公认的国际法理论体系。然而,由于诸多原因(例如学术推介的不力,研究的浅薄,宣传、教育上的误导等等),在今日之中国又有多少人真正对卡尔沃及其学说能作出准确的解读,更遑谈将其有效地应用。其实,我国老一辈的国际法学者周鲠生早就精辟地评述过外交保护与“卡尔沃条款”,指出它是一个与

国籍和外国人待遇关联的问题。卡尔沃反对的不是“外交保护”，而是“滥用外交保护权”，动辄外交干涉（包括武装干涉），“造成偏利于强国而有害于弱国的特权地位，形成本国人和外国人的不平等”^[2]。这是拉美国家当年奉行卡尔沃主义的“理论基础”，^[3]也是当前正在谋求和平发展的中国对卡尔沃主义应有的反应和立场。

跟踪外交保护的发展趋势，还有许多动态的、复杂的问题，呼唤着法学和其他众多学科的有识之士，运用创新思维，切实地予以探讨和澄清。这些问题至少涉及以下五个方面：

（一）2006 年联合国国际法委员会三读通过“外交保护条款草案”之后，国际立法的后续工作进行得如何，什么时候能产生其效果，即在制定一部相关的国际公约后，推出这一规范性文件尚有哪些症结和困难。

（二）外交保护的主体和客体正在发生何种调整与变动。怎样评判其范围扩大的客观必然性，及其过度膨胀可能造成的消极后果。一国对海外公司（包括人员、财产）施行外交保护会导致哪些国际公法、国际私法、国际经济法、海商法等不同学科纠集的新问题。

（三）客体的“持续国籍”以及“用尽当地救济”是外交保护施行的两个基本条件。在全球商品、服务要素自由流动中，双重国籍、无国籍、非法出境之类不正常现象剧增，跨国投资、贸易运输、工程承包、劳务合作等争端频发，其对各国国籍法和外交保护制度建设有着什么样的影响。另外，“用尽当地救济”的含义是变得清晰，还是更加模糊。英国的《萨道义外交实践指南》提起过，一国外交使馆对于本国侨民在驻在国遭遇的民事或刑事诉讼，“除有明显的不公正或不遵守严格的诉讼程序的情形外……不得加以干涉”^[4]。这里是否表明不必等到走完侨居国的全部诉讼程序，只要认定有“明显的不公正或不遵守严格的诉讼程序”，外交保护即可提前启动。而“外交保护条款草案”第 16 条则规定了“用尽当地救济原则的例外”，指出在四种

特殊情况下,无须受“用尽当地救济”的约束。〔5〕

(四) 关于外交保护和领事保护的联系和区别。有感于外交保护实际施行的难度,领事保护应被看作是外交保护的一种必要的补充。但两者的互补性如何调控得当,两者的差异性又如何识别不致混淆,亦是一个仍处于热议中的崭新国际法实践问题。“外交保护条款草案”一开头就试图将两者加以区分,但只是点题而未曾解题。我国外交部自 2000 年始,连续三次(2000 年、2003 年、2007 年)发布《中国领事保护和协助指南》,显示了我国对外交保护与领事保护同等重视的坚定姿态。遗憾的是,该“指南”仍未清楚地阐明外交保护同领事保护的联系与区别,势必影响该“指南”的可操作性。

(五) 中国正在和平发展中崛起,快速走向五大洲的中国企业和个人的浩荡队伍,盼望着强大祖国在必要时果断地行使外交保护权,追究所在国因违反国际义务、侵害其权益而产生的国际法律责任。中国应当强化对外交保护、领事保护及其相关制度的研究和应用,此外,还应当灵活地建立“应急机制”。例如,2010 年 6 月,在邻国吉尔吉斯斯坦南部发生严重骚乱、祸及中国侨民的危难时刻,中国适时派出包机,撤回 1 300 多名侨胞,此乃成功运用“应急机制”的最新例证。

为了能尽早形成具有中国特色的外交保护制度,在我国国际法学基础教育中,不应忽略有关外交保护的具体内容。而这正是现阶段我国国际法教材中存在的一个不足之处。一些重要的全国性国际法教材中出现外交保护内容的空白,如国际法的全国性自学考试教材;还有原先端木正主编的《国际法》,在第四章第二节专门列了“外交保护”相关内容(北京大学出版社 2000 年第 3 版,第 120 至 122 页)。可惜在之后重新组织人员编写出版的同类教材(北京大学出版社 2007 年版)中,这一部分被不恰当地删除了。值得欣慰的是,在华东政法大学国际法学院所编的《国际公法学》教材第 3 版中,专门为

“外交保护”设置了一节并加以阐述。(北京大学出版社、上海人民出版社联合出版,2008年第3版,第四章第五节,第127至130页。)

上述只是大致罗列了涉及外交保护的五个方面的问题,要深入研究和逐步解决这些问题,最需要的是中国国际法学者高度的理论勇气和博大的学术胸襟。笔者长期从事国际法的教学与研究,并作为本书作者殷敏在攻读国际法博士学位期间的导师,日后在这一点上还要与作者和其他各位同样优秀的中国青年国际法学者共勉。作者以敏锐独到的眼光和以天下为己任的责任感,选择了“外交保护”这一理论价值和实践意义都十分显著的议题,并在2006年联合国国际法委员会通过“外交保护条款草案”之后不久就完成了其博士学位论文的初稿,现又历经斟酌、完善。冀希作者继续弘扬国际法研究应有的胸襟和气派,在人生旅途中节节前行,摘取更多丰硕成果,向更高更绚丽的学术平台攀登。

谨以此文为序!

周洪钧

2010年6月于上海华政园

注 释

- [1] 所谓“比较突出”指的是国家层面对之急切期待、国际法列为要点、而学术领域存有争议等因素的交汇。
- [2] 周鲠生:《国际法》,武汉大学出版社2007年版,第247页。
- [3] 同上书。
- [4] [英]戈尔·布恩主编:《萨道义外交实践指南》(第五版),杨立义等译,上海译文出版社1984年版,第640页。
- [5] 邵沙平主编:《国际法》,中国人民大学出版社2007年版,第227页。

目 录

序言	1
引言	1
一、研究价值与理论意义	1
二、国内外相关文献综述	5
三、研究方法	6
第一章 外交保护引论	9
一、外交保护的概念和历史演进	9
二、外交保护的性质	18
三、外交保护的主体	23
四、外交保护的理论基础	28
第二章 外交保护在国际法上的地位	39
一、外交保护与外交庇护的比较	39
二、外交保护与领事保护的比较	42
三、外交保护与国际组织职能保护的关系	52

四、船旗国或飞行器的登记国对船员或机组人员的保护	62
五、外交保护与其他争议解决方式的比较	69
第三章 外交保护的实施条件	85
一、国籍原则	85
二、实际损害原则	91
三、用尽当地救济原则	103
四、“干净的手”原则	121
第四章 法人外交保护的特别问题	135
一、公司的国籍问题	136
二、股东的保护问题	141
三、卡尔沃主义与外交保护权的行使	147
第五章 外交保护的实施方式与程序	157
一、程序的提起必须以和平方式为之	157
二、实施外交保护的具体方式	159
三、国际法院的管辖权和判决	162
四、外交保护的法律后果	166
第六章 外交保护的发展势态及其对中国的启示	172
一、联大对外交保护的立法概况	172

二、外交保护发展的国际环境	180
三、外交保护的发展势态	188
四、外交保护的发展势态对中国的启示	193
第七章 中国政府对外交保护的立场和实践	200
一、中国政府对外交保护的立场	200
二、中国政府关于外交保护的实践	204
三、海外公民和企业遇事时如何应对	207
结语	210
参考文献	216
后记	231

引 言

一、研究价值与理论意义

英国著名经济学家约翰·邓宁教授曾说：“除非有天灾人祸，经济活动的全球化不可逆转。”伴随着世界科技革命和市场经济的迅猛发展，经济全球化已成为一种客观的历史潮流，21 世纪是经济全球化的世纪。经济全球化决定了国际经济合作的必然性与必要性，决定了各国的合作应当更加灵活和务实。各国在扩大对外开放的同时，一方面要充分发挥各国的比较优势，另一方面又要尊重不同国家特别是发展中国家的经济发展目标和市场开放进程，尊重不同利益群体的主张，逐步减少世界经济发展的不平衡。虽然国际合作只是一项国际道义，但事实表明，各国只有充分与他国加强国际合作，才能促进自身的经济发展，提升自身的国际地位。

中国是在抓住经济全球化的历史机遇中崛起的，中国的发展离不开经济全球化。从 20 世纪 70 年代末以来，特别是从 20 世纪 90 年代以来，中国国内生产总值持续高速增长，对外贸易持续扩大，吸收外资规模保持领先。在一个人口、地域和经济规模本来就特大的国家实现的这种超常规发展，大大提升了中国的国际地位。中国在

不断发展自身经济的同时,逐步实践着“走出去”的战略。如今,中国出国人数每年净增 500 万到 600 万人次,而仅 2008 年一年,中国公民出境就超过 4 000 万人次,是改革开放前 30 年总和的 140 多倍。^[1]除了中国海外公民的迅速增加以外,大批的中国公司也跨出国门。中国公民与公司发展到哪里,中国在海外的利益也就延伸到哪里。^[2]

然而,中国在实践着“走出去”战略的同时,也引发了一系列问题。一段时间以来,从伊拉克到耶路撒冷,从巴基斯坦到阿富汗,中国公民遭遇不测的事件接连发生。^[3]随着海外中国公民一次次发生不幸和遭受袭击,对海外中国公民的安全保护问题成为中国政府面临的重要课题。2005 年,全国政协委员韩方明起草了一份《关于加强保护我公民在境外的人身安全、经济权益和人权的联署提案》,这份提案得到不少政协委员尤其是港澳政协委员的肯定和支持。韩方明指出:“在国际交往中,歧视和欺负中国公民在境外的基本人权和利益的事件时有发生,我外交保护力度远远落后于时代的要求,损害了作为担任国际重要角色的大国尊严,事实上是一种外交执政能力缺失的表现。”^[4]

外交保护是国际法上一项传统的法律制度,它包括对自然人的外交保护和对投资的外交保护。外交部前条法司司长刘振民指出:“外交保护,与此相关的是国际法委员会正在制定的外交保护方面的条款草案。其中主要涉及公司、股东以及其他法人的外交保护问题,这个问题将来会对我们有重大影响,因为我国已逐渐成为一个重要的外资输入国,同时,将来也不排除我们的企业走出去投资。遇到这类问题时,我们究竟保护什么?从西方国家来说,它们的政策很明确,就是不仅要保护公司,保护海外投资公司,还要保护股东,保护法人。随着经济全球化,跨国公司越来越多,我们能不能同意对股东的

外交保护？这是一个大问题。外交保护中的老问题出现了新内容，需要我们解决。”^[5]笔者认为，外交保护涉及一系列复杂的理论问题，这一课题有着巨大的研究空间与研究价值，其成果一方面可以从理论上对中国参与制定有关外交保护的国际公约提供帮助，另一方面也可以指导将来中国自然人和法人的外交保护实践。具体而言，对外交保护的研究在理论与实践上具有以下重大意义。

第一，外交保护体现了经济学上的“效率优先、兼顾公平”的理论。效率与公平的争论是政治经济学的一个永恒主题。阿尔及利亚总统布特弗利卡曾说：“经济全球化的列车已经开动，不管你是否坐在车上。”^[6]实践证明，经济全球化对各国的影响利大于弊。经济全球化促使贸易与投资全球化，导致资本在国际间流动，在这一系列的过程中使资源达到最优配置，使资源输出国与输入国达到“共赢”。经济全球化提高了效率，满足了经济学上的“效率优先”这一主张。但是，基于经济全球化而引发的资本、劳动力、人员的跨国流动必然引发一系列问题，如果仅仅本着“效率优先”的理论，是否就意味着本国政府对于其海外资本与人员就不能保护或为了效率而应放弃保护呢？外交保护这一国际法上的传统制度就体现了在“效率优先”的前提下应“兼顾公平”这一主张。本国自然人、法人在海外遭受损害而通过当地救济无法保障自己权利时，本国政府才可以对其提起外交保护。在这个过程中，“用尽当地救济”体现了“效率优先”，而外交保护则体现了“兼顾公平”。外交保护法律制度将“效率”与“公平”完美地结合在一起了。

第二，外交保护体现了国际法上的属地管辖权与属人管辖权。属地管辖权与属人管辖权是国际法上的两大主要管辖权原则。而在这两大管辖权中，通常以“属地管辖优先，属人管辖制衡”为其基本原则。外交保护是国籍国对本国自然人与法人属人管辖权的体现，但

这一权利的行使必须以尊重所在国的法律和管辖为前提,即外交保护提起的前提条件是“用尽当地救济”,这一制度充分体现了“属地优先、属人制衡”这一原则。

第三,外交保护体现了法理学上“权利与义务对等”的原则。随着经济全球化,一国自然人、法人跨越国境从事投资、求学、务工等各项活动。自然人、法人在所在国享有各项权利的同时,也必须履行相应的义务,比如发生纠纷后应接受当地有关机关的管辖,这就是外交保护中“用尽当地救济原则”的内涵;而对于自然人与法人的国籍国来说,对在海外的国民实施外交保护是其国家权力的体现,但行使这种权利的同时,也必须履行相应义务,该义务就是国籍国在提起外交保护前必须尊重所在国的法律,首先要满足“用尽当地救济”这一条件。由此可见,外交保护充分体现了“权利与义务对等”这一法律原则。

第四,外交保护是中国作为一个发展中大国建立“和谐世界”理念的体现。在频繁出现的各类摩擦中,中国不再是一个任凭别国单方面制裁的弱者,而是一个既能有力维护自身权利、又对世界负责致力于“共赢”的强者。但是,作为一个负责任的大国,中国在处理外交与领事保护中应致力于全球的共同繁荣,致力于构建一个和谐的世界。世界各国基于历史差异、传统差异、地域差异而造成各国对国际事务理解与处理上的差异。而在经济全球化的今天,要促进世界的和谐,就必然应在合作互利的基础上促进理解与沟通,这就需要对不同国家的不同文明有着“海纳百川、有容乃大”的胸怀与气魄。中国古代诗人王之涣的名诗“白日依山尽,黄河入海流。欲穷千里目,更上一层楼”早就体现了“登高望远、着眼长远”的广阔胸襟。如今,中国又把建设“和谐世界”作为一种社会发展与进步的远大目标,它的巨大深远影响将不断使更多的国家和人民对中国的发展予以全

新的理解与赞赏,让世界在和平中实现共同繁荣。

第五,外交保护体现了中国“以人为本、外交为民”的外交理念。国家主席胡锦涛曾多次表示:“尽管我们中国有 13 亿人口,但我们珍惜每一位同胞的生命。”国务院总理温家宝把“依法保护在海外我公民、法人合法权益”纳入了 2006 年的《政府工作报告》。外交部数据显示,自 2006 年以来,外交部和各驻外使领馆每年处理的领事保护案件都在 3 万起以上。截止到 2009 年 8 月,中国已在 75 个国家设立总领事馆,在 6 个国家设立领事馆,在 3 个国家设立领事办公室。这些驻外使领馆被很多中国公民和企业视为海外“110”,成为他们在第一时间寻求帮助和保护的对象。^[7]因此,在新的国际背景下,中国应大力研究与加强外交保护。外交保护是一项兼具法律性、政治性与外交性的制度,只有将各种手段充分结合起来,才能更好地保护海外公民、法人的合法权利,体现中国政府“以人为本、外交为民”的执政理念,让每一个中国人为之感到安全与自豪。

二、国内外相关文献综述

对自然人的外交保护,国外学者的研究多从人权领域出发,国内也有学者做过研究,主要散见于一些报刊中,但均止于一般的介绍,对于许多实际问题并未深入。对投资的外交保护,国外学者有部分研究,但多数见于对投资方面的双边条约及多边条约的研究中,并没有专门的系统性研究,国内学者仅作过初步研究,散见于部分报刊中,缺乏系统性、实践性和实用性。本书在写作过程中主要参考了以下涉及外交保护的文献。

(1) 国内外专著或译著 笔者撰写博士论文时,国内外论述外交保护的专著几乎没有。笔者在写作过程中主要参考了有关国际法

的国内外专著或译著,主要有:《奥本海国际法》、M. 阿库斯特的《现代国际法概论》、沃尔夫刚·格拉夫·魏智通的《国际法》、阿·菲德罗斯的《国际法》(上、下册)、伊恩·布朗利的《国际公法原理》、周鲠生的《国际法》(上、下册)等^[8]。

(2) 著名案例 国际法上与外交保护有直接或间接关系的有许多著名案例,它们对研究与外交保护有关的问题有着非常重要的参考价值和理论意义,笔者在写作中参考的著名案例主要有:马弗罗马蒂斯巴勒斯坦特许权案,诺特鲍姆案,梅盖求偿案,诺伊斯案,安巴蒂洛斯的案,艾尔西公司案,巴塞罗那电车、电灯和电力有限公司案,“塞加号”案,在被占巴勒斯坦领土上修建隔离墙的法律后果案,尼加拉瓜案,石油平台案等等。

(3) 联合国文件 1996 年联合国国际法委员会第四十八届会议确定“外交保护”专题为适于编纂和逐渐发展的三个专题之一。^[9]自此,国际法委员会在以后的会议中几乎每次都讨论与外交保护有关的内容,并拟订了《外交保护条款草案》,笔者在写作过程中参考了国际法委员会历届会议对外交保护审议的有关情况,参考的联合国文件主要来自于联合国网站。

三、研究方法

虽然外交保护专题在编纂工作、公约、国家实践、判例和学说方面的典据很多,可以说国际法中没有任何其他领域有这么丰富的典据,但是,在实践中这些典据往往互不一致,相互矛盾。因此,本书旨在研究外交保护法律制度框架下涉及的有关问题,尽力解决有关外交保护的实体与程序问题,并进一步研究外交保护法律制度的发展趋势。本书写作过程中采取了以下分析方法:

(1) 比较分析法 本书对外交保护及相关制度进行比较,比如外交庇护、领事保护、国际组织的职能保护、船旗国或飞行器的登记国对船员或机组人员的保护、其他争议解决方式等,试图廓清外交保护在国际法上的地位。

(2) 案例分析法 本书引用了国际法上有关外交保护的一系列著名案例,说明外交保护这一传统法律制度所涉及的主要问题和国际法委员会《外交保护条款草案》的有关条款内容,并作出相关评述。

(3) 法经济学分析方法 本书在论述过程中运用了经济学上的“效率优先、兼顾公平”以及“帕雷托最优”理论,说明了外交保护中的实施条件及其发展趋势。

(4) 历史分析方法 本书运用历史分析方法,对外交保护的历史演进及其发展趋势作出了相应分析。

(5) 实证分析方法 本书从中国的现状和国际背景出发,分析了研究外交保护的必要性和紧迫性,并对中国外交和领事保护的相应实践活动作出实证分析,得出中国应大力加强和研究外交保护的结论。

注 释

[1] http://www.gov.cn/jrzq/2009-09/22/content_1423635.htm.

[2] http://www.usqiaobao.com/newscenter/2008-11/27/content_169554.htm.

[3] <http://abroad.163.com/05/1207/09/24C3E17F00271III.html>.

[4] 《国人出国习以为常 领事保护面临新挑战》, http://news.xinhuanet.com/overseas/2005-12/09/content_3897574.htm.

[5] 刘振民:《有待加强的十大国际法问题》, <http://translaw.whu.edu.cn/cn/saloonacademic/20040516/132010.php>.

[6] 转引自商务部副部长安民:《在经济全球化中实现共同发展》, <http://www.>