

# 论对无国籍人和难民实施外交保护的权利 ——以联合国《外交保护条款草案》为线索

张 磊

(华东政法大学 国际法学院, 上海 200042)

**摘 要:**根据传统国际法,无国籍和难民都无法得到任何国家的外交保护。为了解决这个难题,联合国国际法委员会 2006 年通过的《外交保护条款草案》第 8 条允许无国籍人和难民“合法的和惯常的居所”所在国在一定条件下对其实施外交保护。对于无国籍人而言,这种改进具有一定的合理性。然而,对于难民而言,却存在两方面的问题:第一,难民的定义有待改进,否则无法保障上述条文的有效实施;第二,难民“合法的和惯常的居所”所在国不能针对难民的国籍国实施外交保护。

**关键词:**外交保护;无国籍人;难民;联合国;《外交保护条款草案》

中图分类号:D993.7

文献标志码:A

文章编号:1008-7699(2014)04-0038-07

## 一、外交保护的概念与实践意义

所谓外交保护,是指当本国国民(自然人与法人)在国外的合法权益受到所在国国际不法行为的侵害,且用尽了当地救济办法仍得不到解决时,国家对该外国采取外交行动以保护本国国民的国家行为。<sup>[1]27</sup>经过数百年的演进,外交保护在现代国际法中已经成为国家保护海外国民最重要的手段之一。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,并授权联合国国际法委员会就该问题进行长期研究,并编纂条款草案。经过 10 余年不懈的努力,国际法委员会最终在 2006 年第 58 届会议上二读通过了《外交保护条款草案》(以下简称“《草案》”),建议联合国会员国在《草案》的基础上尽快制定一项国际公约。

随着中国改革开放的不断深入,我国公民在海外遭受不法侵害的事件逐渐增加。与此同时,大量外国人来华工作、学习和定居,也产生越来越多的纠纷,例如,2012 年我国媒体聚焦的“尼日利亚公民在广州猝死事件”。<sup>①[2]</sup>很显然,在正常情况下,具有某国国籍的个人可以由该国提供外交保护,也就是说,具有保护国国籍是国家实施外交保护的前提。然而,在实践中却存在一批“特殊人群”——无国籍人和难民。对这类人的外交保护一直是理论难点。

在中国境内滞留和定居着大量的无国籍人和别国难民,例如,在黑龙江和东北地区其他省市,存在大

收稿日期:2014-04-01

基金项目:中国博士后科学基金第 51 批一等资助项目“外交保护中跨国公司国籍法律制度研究”(2012M510096);中国法学会部级法学研究课题“外交保护中的公司国籍问题研究”(CLS(2012)D234);上海市教育委员会重点学科建设项目(国际法学 J51103)

作者简介:张 磊(1981-),男,浙江兰溪人,华东政法大学国际法学院副教授,法学博士。

① 2012 年 6 月 17 日,一名具有尼日利亚国籍的男子在广州市因治安问题被带至公安机关接受调查。而后,警方公布,该男子在调查过程中出现身体不适,之后猝死。6 月 19 日,100 多名非洲裔人士获悉该男子猝死后在广州举行抗议示威活动,致使交通中断。尼日利亚政府随即与我国政府进行外交交涉,要求中国使用“高压手段”彻查猝死事件,并希望中国允许尼日利亚派遣本国专家参与调查。

量俄罗斯裔无国籍居民。<sup>[3]</sup>在中国香港地区也存在很多非华裔人士(主要是印度、巴基斯坦和葡萄牙血统的居民),属于无国籍人。<sup>[4]</sup>此外,在两广地区存在大量的越南难民,给当地政府的社會管理能力带来考验。<sup>[5]</sup>近年来,又有许多阿富汗、巴基斯坦、朝鲜等周边国家的公民来到中国成为“新难民”。这些无国籍人和难民在华期间与当地居民与政府发生纠纷后,必然会带来一定的外交摩擦。不过,国际社会尚未缔结有关无国籍人和难民外交保护方面的国际公约。因此,我国应当加强这方面的理论研究,以便在未来的外交实践中有充分的应对准备。

## 二、对无国籍人的外交保护问题

《草案》第8条第1款规定:“一国可为无国籍人行使外交保护,但此人须在受到损害之日和正式提出求偿之日在该国具有合法的和惯常的居所。”<sup>[6]</sup><sup>18</sup>这是一个引人注目且具开拓性的条文,因为国际法委员会的此项规定颠覆了传统。

### (一)《草案》第8条第1款对传统观点的颠覆

根据传统国际法,外交保护并没有延伸至无国籍人。《奥本海国际法》认为:“无国籍人即无国籍,他们借以取得国际法利益的主要联系就不存在,因此就国际法而言,他们是得不到保护的,他们的地位犹如在公海上行使而不挂任何国家的旗帜的船舶。实际上,在大多数国家,无国籍人多少是和外国人民一样看待的。如果他们受到虐待,除了《联合国宪章》中关于人权和基本自由的规定之外,国际法依其现时的情形,是无法援助他们的,除非他们的地位在条约中有明文规定。”<sup>[7]</sup>在实践中,该规则也得到一再肯定,例如,美国与墨西哥1931年特别赔偿委员会在其所审理的迪克森汽车轮胎公司案(Dickson Car Wheel Company Case)中指出:“(国籍)是存在于个人与法律之间的联系。只有通过它,个人才能援引来自国家的保护,国家才能代表个人实施干预。举例来说,国家对无国籍人实施的侵害并不构成国际不法行为,因此无论是在损害发生之前还是之后,没有国家会被授权代表该类人进行干涉或者申诉。”<sup>[8]</sup>1961年《减少无国籍状态公约》则干脆完全没有提及外交保护问题。在国际法上,“没有国家会站出来为他们主张权益,没有国家负有义务去保护他们,没有国家有义务去接纳他们。”<sup>[9]</sup>尽管不合理,但我们不得不承认:这就是传统国际法的结论,也是现实世界的真实情况。

然而,国际法委员会《草案》第8条第1款并没有因为与传统国际法相左而遭到质疑和批评。恰恰相反,在各国提交国际法委员会的政府意见中,大多数国家都对该条文做出了正面评价,例如,荷兰认为“该条款草案是朝着正确的方向迈出了一步”。挪威代表北欧国家(丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典)对国际法委员会提出该条文表示高兴,并称:“能够向这些弱势群体提供外交保护,极为重要。”<sup>[10]</sup><sup>25</sup>巴拿马表示:“草案关于对无国籍人和难民的外交保护的8条,不仅合理,并且实际有助于国际法的逐渐发展。”<sup>[10]</sup><sup>26</sup>实际上,国际社会在无国籍人保护问题上的努力由来已久。国际法曾经试图通过1930年海牙国际法编纂会议上通过的条约规定(即《国籍冲突法公约》第13条和第15条以及《关于无国籍场合的议定书》)来取得进步,然而,这些条约并没有对传统国际法产生根本性的影响,这是因为人们一般认为国家主权具有排他性的优先地位。正是因为如此,我们就不难理解为什么在各国对《草案》第8条第1款赞誉有加的同时,特别报告员约翰·杜加尔德(John Dugard)还要强调:“第8条是逐渐发展法律,而不是编纂法律。”<sup>[11]</sup>

### (二)《草案》第8条第1款的两个技术性难点

《草案》第8条第1款所描绘的前景是光明的,可是带来的问题却是实实在在的,即国家对无国籍人实施外交保护的條件。这里有两个技术性难点:

第一个难点是无国籍人与保护国之间的联结纽带是什么。《草案》第8条第1款给出的答案是“在该国具有合法的和惯常的居所”(lawfully and habitually resident in that State)。从目前各国的政府意见来

看,对于将居住地作为联结纽带异议不大,争议主要集中在对于居住地的定义上。国际法委员会在《外交保护条款草案评注》(以下简称“《草案评注》”)中解释道:“惯常居住地在这里被用以指代持续的居住地。”<sup>[6]49</sup>虽然国际法委员会对于持续居住多长时间才能称得上是“惯常”没有进一步诠释,国际法上也没有普遍适用的尺度,但是使用惯常居住地(habitual residence)这一措辞本身就是主流意见的反映。不过,我们也能听到反对的声音,例如,乌兹别克斯坦认为应该用“在该国合法永久居留”来取代“在该国具有合法的惯常居所”。<sup>[10]26</sup>乌兹别克斯坦的这种主张是不切实际的,因为在通常情况下,无国籍人很难保证在某一国家进行长期居住,更不用说是“永久”居住。假设将外交保护的门槛设置得过分苛刻,这必将使《草案》第 8 条形同虚设。同时要求居住地是合法的和惯常的,这个门槛也不算低,然而却满足了作为例外的谨慎需要。正如国际法委员会在《草案评注》中所声明的那样:“虽然这个高门槛导致了一些人得不到有效保护,但根据应有法,就例外措施而言,合法居住地和惯常居住地的结合是合理的。”<sup>[6]49</sup>如果我们进一步思考下去:居住地这一纽带应当是排他性的吗?答案应该是否定的。《草案》以及许多国际条约和文件(例如 1967 年《欧洲领事职权公约》和 1961 年《关于国家对外侨造成损害所负国际责任的哈佛公约草案》)选择惯常居住这一举动本身就给了我们启示——它们选择惯常居住地是因为在大多数情况下,这个连接点能够指引出无国籍人法律关系的“重心地”。这类似于国籍规则中的主要或有效国籍原则。然而,尽管例外情况相对有限,无国籍人法律关系的“重心地”却不一定总是惯常居住地。所以无国籍人与保护国之间的联结纽带应当是相对开放的。当然,笔者也能理解国际法委员会谨小慎微的原因,因为假如在这一规则的发展初期就放得太开,很可能造成思想上的混乱,从而断送了这个规则的前途。

第二个难点是合法的惯常居住在时间节点上应当有哪些限制。《草案》第 8 条给出的限制是“须在受到损害之日和正式提出求偿之日”。然而,挪威代表北欧国家提出:“就需要有效外交保护而言,在许多情况下,伤害实际上发生在有关人员进入行使外交保护的国家的领土之前。因此,北欧国家建议考虑对提议的标准进行修正。”<sup>[10]24</sup>挪威的建议是不可取的,因为假设照此办理的话,将得不偿失——尽管一部分损害可以得到救济,但是随之而来的可能是大量的惯常居住地选择,无国籍人在遭受损害之后完全有可能通过变更惯常居住地来选择保护国。此外,《草案》第 8 条第 1 款还牵扯出另一个有意思的问题。根据国际法,国家实施外交保护需要满足一定的条件,其中之一就是国籍持续原则。所谓国籍持续原则,是指受保护的主体必须具有保护国的国籍,而且必须是在遭受侵害时起直至得到外交保护为止,持续地具有保护国的国籍。<sup>[1]127</sup>《草案》第 5 条就国籍持续原则做出了规定,但考虑到节约取证成本的问题,第 5 条补充规定:如果个人在发生损害之日和正式提出求偿之日都持有保护国国籍,则推定该国籍是持续的。<sup>[6]17</sup>然而,《草案》第 8 条第 1 款对无国籍人惯常居住地在时间节点上的要求并没有参照《草案》第 5 条有关国籍持续原则的规定,即建立一种法律拟制——假如无国籍人在受到损害之日和正式提出求偿之日这两个时间点上的合法惯常居住地是保护国,那么就推定此人在这期间的合法惯常居住地是该国。国际法委员会也没有在《草案评注》中解释不采取这种安排的理由,这是令人无法理解的。既然具有国籍的人可能通过变更国籍来选择保护国,那么无国籍人也完全可能通过变更合法惯常居住地来选择保护国。《草案》在第 5 条采用的一个法律拟制解决上述问题,于是,似乎没有什么理由不将这种巧妙的拟制推广到无国籍人的合法惯常居住地上。

### 三、外交保护中难民的定义问题

除了无国籍人,“在国际习惯法中同样得到认可的是难民也无法得到国家的保护。在 1930 年海牙国际法编撰会议上,荷兰曾经提议接收国对难民的保护权应当得到承认,但是这项提议没有被采纳。对于这个问题不存在争议,即除非存在国际条约,否则无国籍人和难民无法得到保护。”<sup>[12]</sup>同样作为创新,国

际法委员会《草案》第 8 条第 2 款规定：“一国可为被该国根据国际公认的标准承认为难民的人行使外交保护，但该人须在受到损害之日和正式提出求偿之日在该国具有合法的和惯常的居所。”<sup>[6]18</sup>但难民的外交保护远比无国籍人要复杂得多。

#### （一）《草案》第 8 条第 2 款的难民定义既宽松又严苛

在国际法委员会编纂《草案》之前，难民定义已经困扰了国际法学界几十年，而此处第 8 条第 2 款给出的答案着实让人颇费一番思量。实际上，《草案》中对难民的定义与一般意义上的难民是有重大区别的，即此处所称难民是“外交保护中的难民”。根据《草案》第 8 条第 2 款，个人要成为外交保护中的难民必须满足三个条件：第一，符合国际公认的标准；第二，个人在受到损害之日和正式提出求偿之日在保护国具有合法的和惯常的居所；第三，保护国（合法惯常居住国）承认其为难民。由此看来，国际法委员会对外交保护中难民的定义既有宽松的一面，也有严苛的一面。

一方面，之所以说《草案》的难民标准是宽松的，是因为它“并不局限于 1951 年《关于难民地位的公约》及其 1967 年《关于难民地位的议定书》中的定义，而是在此之外，有意涵盖并不严格符合该定义的人”<sup>[6]50</sup>。国际法委员会所用的“符合国际公认的标准”具有极其广泛的外延。除了“公约难民”外，联合国难民署的“章程难民”也在其列。此外，1969 年《非洲统一组织关于非洲难民问题特定方面的公约》和 1984 年《关于中美洲难民国际保护的卡塔赫纳宣言》对《关于难民地位的公约》及其《关于难民地位的议定书》中难民定义的补充被认为是对难民定义的重要发展，它不仅反映了非洲和美洲的实际情况，而且对世界其他地区也具有普遍意义，大批巴勒斯坦难民、阿富汗难民和柬埔寨难民就是依据上述定义产生并获得国际社会保护的。<sup>[13]</sup>由此，《非洲统一组织关于非洲难民问题特定方面的公约》和《关于中美洲难民国际保护的卡塔赫纳宣言》也可能成为国际公认的标准，而且国际法委员会在《草案评注》中对这两个区域性文件中的难民定义也予以了肯定。

另一方面，之所以说《草案》的难民标准又是严苛的，是因为它峰回路转地追加了两个条件——“个人在受到损害之日和正式提出求偿之日在保护国具有合法的和惯常的居所”和“保护国（合法惯常居住国）承认其为难民”。奥地利于是提出质疑：“对于第 2 款所述的难民，我们要问，有关行使外交保护的条件是否太严格，因为不仅要求在行使外交保护的国家里有合法的惯常居所，并且要求该国承认此人为难民。有关的人居住在其难民地位国以外的另一国家完全是可能的事。在欧盟内部就有可能发生这种情况。在这种情况下，难民将不能享有任何外交保护。因此，我们要问，在此人获得难民地位后，其合法的惯常居住国是否有权对其行使外交保护。”<sup>[10]24</sup>挪威代表北欧国家也提出质疑，并要求国际法委员会回归《关于难民地位的公约》，它认为：可考虑使用“合法居留”标准，而不是“具有合法的惯常居所”标准。这是《关于难民地位的公约》中关于向难民签发旅行证件的第 28 条的确切措辞。<sup>[10]26</sup>国际法委员会在《草案评注》中对自己摒弃《关于难民地位的公约》“合法居留”的标准，而采用“具有合法的惯常居所”这一高标准做出这样的辩解：“这样做的理由有两点。第一，签发旅游证件并非在任何情况下使得签证持有人可以获得外交保护；第二，根据应有法，在传统规则中引入例外情况时，有必要设置一个高门槛。”<sup>[6]50</sup>

#### （二）《草案》第 8 条第 2 款的难民定义既有利也有弊

首先，国际法委员会将难民定义进行“泛化”，即采用笼统的“国际公认标准”，貌似是一种理论创新，但是可能引发思想上的混乱。诚然，难民定义不应当过分拘泥：“在我们看来，试图对难民定义的解释制作一个过于僵硬和程式化的框架是存在很多危险的。……一种固定的模式不可能将人类经历和始终不断变化的环境考虑进去。因此，有必要对特定环境下的相关个人进行全盘考虑。”<sup>[14]</sup>但将难民定义过分地泛化是有害无益的，这将使得国际社会无所适从。在各国提交国际法委员会的政府意见中，这种思想上的混乱已经出现了——奥地利抱怨道：“我们不能期望国家对难民这个用语赋予两种不同的含义。我们还必须铭记，实施外交保护的權利的法律效果在于另一国家有义务接受根据这一法律权利提出的求

偿。如果像评注那样让难民这个用语的意义不明确,就必然会引起各种问题,因为被求偿国将必须用求偿国使用的难民的定义。……不能指望被要求国会接受要求国为不严格遵守国际定义而认定为难民的人提出的外交保护要求。”<sup>[10]24[15]22</sup> 卡塔尔认为:“应更仔细地研究这一款,以便根据国际规范确定保护难民的客观标准。”<sup>[10]26</sup> 挪威代表北欧国家干脆提出了这样彻底的主张:“(我们的)立场是,一个国家可以向符合与行使外交保护的国家有领土联系这一要求的人提供外交保护,只要该国认为这个人需要保护而不一定要正式符合难民地位的要求。”<sup>[10]25</sup> 的确,在没有一个客观标准的情况下,与其在是否具有难民资格上费尽口舌,倒不如直接判断哪些人需要外交保护来得直截了当。所以,面对各国在思想上的混乱,国际法委员会应当给出一个较为客观和可操作的难民标准。

其次,即使个人符合国际法委员会所谓“国际公认的标准”,但是按照第二个条件,如果保护国不予承认,那么该人也不能成为外交保护中的难民。这个条件倒是合情合理的。一方面,传统意义上,难民的国际保护对国家提出的要求基本是以不作为形式出现的,正如有的学者所总结的那样:“难民法真正的焦点问题在于不推回和不惩罚。”<sup>[16]15</sup> 然而,难民的外交保护不同于传统的国际保护,它需要国家实施更多的作为。于是,国家对难民地位的首肯便理所当然地成为了前提之一;另一方面,将承认难民地位的主动权交予国家也有利于各国应对复杂的现实情况,这方面最典型的就安全问题。有趣的是,“难民与安全之间的关系是矛盾的:难民中最不稳定的分子同时是被作为安全威胁对待。”<sup>[17]</sup> 于是,即使个人完全满足所谓“国际公认的标准”,但假设此人基于与获取难民地位无关的原因从事威胁国家或国际安全的活动,国家不承认其难民地位也是情有可原的。

再次,就算个人既满足国际公认标准,又得到保护国的承认,但该人在受到损害之日和正式提出求偿之日在保护国不具有合法的和惯常的居所,那么根据国际法委员会的意见,其获取外交保护的 effort 仍将前功尽弃。很显然,在难民与保护国的联结纽带,国际法委员会使用了与无国籍人相同的安排。因此,与无国籍人类似,这种安排也有过分苛刻的嫌疑。第一,它只考虑了居住地,而忽视其他可能体现实际联系的因素。所以巴拿马委婉地劝谏:“对无国籍人和难民采用同样的保护标准,对于这两类人都是适当的解决办法。对于这两类人来说,联系因素是有关的人在某个国家具有合法的惯常住所,加上其他必备的具体条件(家庭关系、兴趣、职业活动等)以表明该人与该国的真正联系。”<sup>[10]26</sup> 第二,即使对居住地,国际法委员会设置的条件也被一些国家指称过高。奥地利提出在一个欧盟国家被承认为难民之后在另一个欧盟国家合法居住的个人也应符合外交保护资格;挪威代表北欧国家建议将“合法和惯常地”这个条件改为“合法居留”。不过,这些意见都被国际法委员会一一否决。<sup>[15]21</sup> 虽然这些建议都有合理的成份,但笔者还是支持国际法委员会采取谨小慎微的做法,因为这毕竟不是编纂法律,正如约翰·杜加尔德所说:“由于是逐渐发展,因此明智的做法是要谨慎地,甚至严格地对行使外交保护的 condition 做出规定。”<sup>[15]21</sup> 反过来,与无国籍人类似,这里没有参照《草案》第 5 条建立法律拟制而令人遗憾。

#### 四、难民与其国籍国的关系问题

难民与无国籍人有许多的相似性,这通过一个事实便可见一斑——1961 年《减少无国籍状态公约》第 11 条规定:“缔约国应促进在联合国体系内尽快于第 6 份批准书或加入书存放后设立一个机构,以便使要求享受本公约之惠益的人可以请求该机构审查其要求,并协助将其要求向主管当局提出。”<sup>[18]</sup> 于是在 1975 年该公约生效后,联合国大会指定联合国难民署作为第 11 条所称机构。从此,联合国难民署与各国进行了十分积极的紧密合作,尤其是在国家继承的场合中,致力于保证这些国家避免产生个人无国籍的情况,并敦促这些国家在其领土上解决无国籍问题。<sup>[19]</sup> 对于无国籍人的问题,联合国大会居然让联合国难民署来负责,足见无国籍人和难民之间的关系十分密切。因此,在难民与保护国之间的联结纽带,

国际法委员会参照了无国籍人的规定。

然而,难民与无国籍人存在重大的区别。从根本上讲,这种区别的根源在于:不同于无国籍人,难民毕竟是有自己国籍国的。难民与其国籍国之间的关系可能造成两方面的难题。

第一,难民国籍国是否仍然可以行使外交保护权?既然国籍是国家实施外交保护的基础,那么这个问题便看似多余。不过,从个人与国籍国关系的角度,一部分学者主张当个人获取难民地位之后,便断绝了与自己国籍国的关系,难民国籍国因而不能再实施外交保护。例如有学者认为:由于难民们在通过决定性的方式断绝了自己与来源国<sup>①</sup>政府的联系,该政府如果实施“保护”的话,很可能不是为了难民的利益,而是为了政府自己的利益。经常地,来源国政府保护这些难民的唯一理由是提供避难所的国家难堪。在这种情况下,实施干预或许就等同于滥用保护的权力。所以,存在这样一种国际法规则:难民来源国由于断绝了与难民之间的联系,因此在这些难民自愿返回之前,该国丧失了实施保护的权力。<sup>[20]362,389</sup>从个人与庇护国关系的角度,有的学者也得出了类似的结论,例如卢克·李(Luke T. Lee)认为:“实际上,有理由支持难民地位相当于庇护国国民的比喻。因为从难民的立场来看,他申请政治庇护一方面表示他有意切断与其原籍国的关系,另一方面表示他愿意借助于庇护国的保护。庇护国给难民庇护,发给他身份证和旅行证件,即表示其愿意接受和保护他。”<sup>[21]</sup>笔者同意上述学者的观点。除了上述理由外,从难民制度的自身功能上也应支持这一主张——国际难民法之所以诞生就是因为这类人群非但得不到任何国家的保护,反而有合理的原因担心遭到迫害。假如一方面承认个人具有难民地位,另一方面却背道而驰地允许其国籍国对海外难民实施外交保护,这无疑是对国际难民法制的莫大讽刺。有学者就此分析道:“无国籍人无法获得外交保护是因为他没有国籍……难民无法获得外交保护是因为遭到迫害。这种观点是基于两种假设:第一,缺乏外交保护是难民与其他人的区别;第二,缺乏外交保护已经为难民法的存在提供了足够的理由。”<sup>[16]7</sup>保尔·维斯(Paul Weis)也认为:无法得到来自任何国家的外交保护是具备难民地位的实质性条件之一。<sup>[22]</sup>于是,有的学者进而论断:如果难民要求并得到其国籍国的保护,即失去难民地位。<sup>[20]392</sup>综合上面三个角度,笔者认为:在个人获取难民地位之后,除非其自愿返回,难民的国籍国对该人就不再享有外交保护权。

第二,当居住地国获取对难民的外交保护权后,它是否可以针对难民的国籍国行使此项权利?《草案》第8条第3款规定:“第2款不适用于该难民的国籍国之国际不法行为造成损害的情况。”也就是说,国际法委员会否认此项外交保护权可以针对难民的国籍国。对于这样安排的原因,国际法委员会在《草案评注》中是这样解释的:“假设允许这样做,那么将与现在条款草案的基本方法相违背。根据该基本方法,国籍是实施外交保护的首要基础。从政策上考虑,这一款规定也是合理的。大多数逃离国籍国以避免遭到迫害的难民都对自己在国籍国的境遇满腹抱怨。在这种情形下允许外交保护就好比给国际诉讼打开了‘洪水阀门’。更重要的是,国家会因为担心难民不断提出此类诉讼的要求,而对接收难民望而却步。”<sup>[6]51</sup>国际法委员会的解释无不道理,这与《国家对国际不法行为的责任条款草案》第44条(a)也部分吻合——“在下列情况下不得援引另一国的责任:(a)不是按照涉及国籍的任何可适用的规则提出要求”<sup>[23]</sup>。于是,这就有点类似于个人的现任国籍国不得针对前任国籍国实施外交保护。或许有人不禁要问:那么针对难民国籍国造成的损害就无法救济了吗?的确,“目前尚不完全清楚难民是否能从国际人权条约下针对其国籍国的有效救济中获益”<sup>[24]</sup>,然而,笔者认为,这个问题已经超出了外交保护所应讨论的范畴。外交保护不是万能的,更不是唯一的救济手段,不应当期望它被运用于任何损害。

① 该学者所称的“来源国”就是笔者所称的“国籍国”。

参考文献:

- [1]王虎华. 国际公法学[M]. 北京: 北京大学出版社, 2008.
- [2]王晓雄. 尼日利亚希望派专家调查其公民在华死亡事件[N]. 环球时报, 2012-6-21(5).
- [3]亢雅文. 中国境内俄罗斯裔无国籍居民问题探究[J]. 西伯利亚研究, 2007(6):14.
- [4]饶戈平. 香港居民中的无国籍问题[J]. 中外法学, 1996(1):50.
- [5]尹鸿伟. 越南难民的中国命运[J]. 南风窗, 2007(6):52.
- [6]International Law Commission, Report of the International Law Commission (A/61/10) [Z]. New York: United Nations Publication, 2006.
- [7]劳特派特. 奥本海国际法: 上卷, 第2分册[M]. 王铁崖, 陈体强, 译. 北京: 商务印书馆, 1981:161.
- [8]United Nations, United Nations Reports of International Arbitral Awards (Vol. IV) [Z]. New York: United Nations Publication, 1952:667.
- [9]LORENZ M C, Jr. Aliens: renunciation of nationality leaves individual stateless and excludable as any alien[J]. Tulane Law Review, 1972(5):987.
- [10]International Law Commission, Diplomatic protection: Comments and observations received from Governments (A/CN. 4/561) [Z]. New York: United Nations Publication, 2006.
- [11]DUGARD J. First report on diplomatic protection (A/CN. 4/506) [Z] New York: United Nations Publication, 2000:60.
- [12]AMERASINGHE C F. Diplomatic protection [M]. London: Oxford University Press, 2008:117.
- [13]张爱宁. 难民保护面临的国际法问题及对策[J]. 政法论坛, 2007(6):163.
- [14]FELLER E, TURK V, NICHOLSON F. Refugee protection in international law; UNHCR's global consultations on international protection [M]. London: Cambridge University Press, 2003:42-43.
- [15]DUGARD J. Seventh report on diplomatic protection (A/CN. 4/567) [Z] New York: United Nations Publication, 2006.
- [16]NATHWANI N. Rethinking refugee law [M]. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2003.
- [17]FAIST T, KIVISTO P, ed. Dual citizenship in global perspective: from unitary to multiple citizenship [M]. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2008:43.
- [18]United Nations. Treaty Event: 13-15 September 2006 United Nations Headquarters [Z]. New York: United Nations Publication, 2007:14.
- [19]BLACKMAN J L. State successions and statelessness: the emerging right to an effective nationality under international law [J]. Michigan Journal of International Law, 1998(4):1181.
- [20]MADSEN A G. Protection of refugees by their country of origin[J]. Yale Journal of International Law, 1986(2).
- [21]LEE L T. Consular law and practice, 2nd ed. [M]. London: Oxford University Press, 1991:358.
- [22]WEIS P. Legal aspects of the convention of 28 July 1951 relating to the status of refugees[J]. British Yearbook of International Law, 1953, 30:480.
- [23]United Nations. Resolution adopted by the General Assembly (A/RES/56/83) [Z]. New York: United Nations Publication, 2002:10.
- [24]FABBRICOTTI A. The diplomatic protection of refugees by their state of asylum: a few remarks on the exclusion of the state of nationality of the refugee from the addressees of the claim[J]. AWR Bulletin, 2005(4):269.

(下转第 69 页)

## Empirical Analysis on Two-phase Phenomenon in Linear and Non-linear Financial Instruments Based on Herding Behavior

ZHANG Yaping

(Department of Accounting, Henan University of Animal Husbandry and Economy, Zhengzhou 450000, China)

**Abstract:** Two-phase phenomenon in financial markets can be described as a herding model. From the view of econophysics, the 180 Index and the Composite Index of Shanghai Stock Exchange (STE) is made as the object of empirical analysis. It is discovered through empirical research that linear property products, 380 stocks and STE 180 futures, show an out-of-equilibrium phase. Non-linear property financial instruments, STE 180 option, however, have different characteristics depending on their general usage. Especially, as we classify put option into OTM and ITM, a two-phase graph is not found in OTM put option which is generally used for hedging in normal market, yet it is dually recognized in ITM put option which is less attractive financial derivatives because of its higher cost. By considering the relationship with call option, herding behavior is distorted in the option market, because put call parity restricts both call and put option which evolve separately, linear and non-linear financial instruments show strong two-phase phenomenon.

**Key words:** financial instrument; two-phase phenomenon; empirical analysis; herding behavior

(责任编辑:魏 霄)

---

(上接第 44 页)

## Diplomatic Protection for Stateless Persons and Refugees: A Discussion Based on Draft Articles on Diplomatic Protection Of the United Nations

ZHANG Lei

(School of International Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai, 200042, China)

**Abstract:** According to the traditional international law, stateless persons and refugees are not entitled to diplomatic protection from any country. However, Article 8 of the Draft Articles on Diplomatic Protection adopted by the International Law Commission of the United Nations permits a country to provide diplomatic protection for stateless persons and refugees of lawful and habitual residence under certain circumstances, which bears some reasonability. However, there remain two problems: "refugees" needs to be redefined to guarantee effective implementation of the Article; and the country of "lawful and habitual residence" can not provide diplomatic protection against the refugees' state of nationality.

**Key words:** diplomatic protection; stateless person; refugee; United Nations; Draft Articles on Diplomatic Protection

(责任编辑:董兴佩)