

# 海外中国公民权益保护法治化探究

蒋新苗\* 刘杨\*\*

**内容摘要:**“一带一路”标志我国对外关系开启新的时代,因商贸、工作、留学、旅游等原因前往海外的中国公民日益增多,海外中国公民权益内容呈现新发展趋势。传统法律规定的责任主体和保护方式无法满足权利保护的客观需求;同时,国籍国与所在国之间的权利冲突是固有的法理瓶颈。这些都使得海外中国公民权益保护面临着诸多难题。对此,应通过国际合作缓解国籍国与所在国的主权冲突,运用国际条约协调国籍国与所在国的保护竞合,注重司法协助化解国籍国与所在国的管辖之争;同时,应完善各层次立法、增强保护机制的系统性、鼓励保护手段创新,共同构建并完善海外中国公民权益保护的法制机制。

**关键词:**涉外法治 海外公民权益 国籍国保护 所在国管辖

当今世界正处于百年未有之大变局,重大全球性挑战频现,大国竞争复杂多变。以习近平同志为核心的党中央积极推动和完善全球治理,中国在自身发展建设的同时也积极承担国际责任。面对中国的加速崛起,美国不断强化“对华竞争”,联手欧盟、日本等盟友在政治、经贸领域频频向中国施压。西方国家“排华思维”有增无减,干涉中国内政,无端指责中国,海外的中国公民在此种情形下遭遇更多不公正对待。目前,海外公民权益保护面临传统问题和新问题的叠加。中国公民的生命财产在海外遭到侵犯的案件时有发生,中国政府高度重视海外中国公民人身和财产安全,运用法治化方式切实维护海外中国公民权益。

2020年11月17日,习近平总书记在中央全面依法治国工作会议上指出:“要坚持统筹推进国内法治和涉外法治。要加快涉外法治工作战略布局,协调推进国内治理和国际治理,更好维护国家主权、安全、发展利益。”<sup>①</sup>党的二十大报告再次强调:“坚持以人民为中心的发展思想。维护人民根本利益,增进民生福祉,不断实现发展

\* 湖南师范大学副校长,二级教授、博士生导师。

\*\* 湖南师范大学国际法学博士研究生,湖南理工学院法学副教授。

本文系国家社科基金重大项目“构建中国特色境外追逃追赃国际合作法律机制研究”(17ZDA136)的阶段性成果之一。

① 《习近平在中央全面依法治国工作会议上强调 坚定不移走中国特色社会主义法治道路 为全面建设社会主义现代化国家提供有力法治保障》,《人民日报》2020年11月18日,第1版。

为了人民、发展依靠人民、发展成果由人民共享,让现代化建设成果更多更公平惠及全体人民。”<sup>①</sup>海外中国公民合法权益的保护属于国家战略发展的题中应有之义。中国政府一直将海外中国公民权益的保护作为对外工作的重要内容,这既是对国家海外利益的坚决捍卫,也是对个人权益的切实维护。海外中国公民权益保护的法治化之路,必定是国内法治和涉外法治共治之路。本文旨在探讨海外中国公民权益保护法治化呈现的新趋势,以及突破海外公民权利保护固有的法理瓶颈——国籍国与所在国的权利冲突,从国际和区域协同合作、法律供给、机制的系统化以及保护手段创新等方面,完善海外中国公民权益保护制度。

## 一、海外中国公民权益保护的法理分析

聚焦大变局之下的海外中国公民权益保护问题,首先需要厘清相关基本概念,在此基础上构建海外中国公民权益保护法治化路径,维护个人权益与国家利益。

### (一)“海外中国公民”的法律定义

海外中国公民是指身处国外但具有中国国籍的公民。我国在 2006 年《中国外交》中首次使用“海外中国公民”一词。<sup>②</sup>海外中国公民的法律概念,强调地域和国籍。地域即处于国籍国之外,以国界为事实判断;国籍以法律为依据,蕴涵权利义务之意。《奥本海国际法》对国籍的定义为:“国籍是以依附,生活和情感的真正联系的社会事实以及相互权利与义务为基础的法律纽带。它可以说是构成下述事实的一种法律表现:直接由法律授予或者由于当局的行为的结果而授予国籍的个人,在事实上是与授予国籍的国家的居民的联系比其他任何国家的居民的联系更为密切的。”<sup>③</sup>由此可见,国籍既可以由事实产生,如出生获得,也可以因法律行为产生,如加入获得。王铁崖先生认为,国籍是指一个人属于某个国家的国民或公民的法律资格。<sup>④</sup>根据此定义,公民和国家之间是互为权利义务的法律关系,公民既享有国家所提供的权利,又必须向国家履行义务,接受国家的管辖。我国国籍法对国籍的取得兼取血统主义和出生地主义,不承认双重国籍。由此,具有中国国籍,因各种原因长期、短期或者临时身处中国领土之外的人都属于海外中国公民范畴。目前,我国公

① 习近平:《高举中国特色社会主义伟大旗帜 为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗——在中国共产党第二十次全国代表大会上的报告》,人民出版社 2022 年版,第 27 页。

② 参见项文惠:《中国海外公民保护的观念、内涵与未来走势》,《国际展望》2016 年第 4 期,第 76 页。

③ [英]詹宁斯、瓦茨修订:《奥本海国际法》(第一卷第二分册),王铁崖等译,中国大百科全书出版社 1998 年版,第 295 页。

④ 参见王铁崖:《国际法》,法律出版社 1999 年版,第 167 页。

民出国的目的地多为发达国家,据统计,中国公民在海外人数最多的国家是美国<sup>①</sup>和加拿大<sup>②</sup>,这些国家的法律多主张对在本国领土的外国人进行属地管辖。从法律角度而言,海外中国公民与国籍国存在权利义务关系,受国籍国属人管辖和保护;但是从地域角度而言,他们却脱离国籍国的领土身处他国,受他国的属地管辖和保护。<sup>③</sup>

## (二)海外中国公民的权益

权益一般是指权利和利益。学界对权益包含法定权利已达成共识,但对于权益中利益的界定有不同观点:一种观点认为权益中的利益应该是法律规定的合法利益,如《民法典》第1165条规定:“行为人因过错侵害他人民事权益造成损害的,应当承担侵权责任。”而另一种观点认为,权益中的利益应包括法律未明确规定、但主体所应享有的应然利益。<sup>④</sup>法律功利主义认为,权利就是受法律保护的利益,利益的范围要大于权利,权利之外还存在法律未明确规定但应该享有的各项利益,这就是权益,如《民法典》第990条第2款规定:“除前款规定的人格权之外,自然人享有基于人身自由、人格尊严产生的其他人格权益”。另外还有一种观点认为,权益享有的主体更广泛,不仅仅限于自然人,还包括未具备权利能力的胎儿,如民法上对胎儿权益的保护。由此可见,权益一词已广泛运用在法律表述中,但理论界和实务界一直未有明确界定,在使用权益一词时常常在法定权益和法律未明确规定的应然利益之间跳跃。<sup>⑤</sup>我们认为,权益应是权利和利益之结合,既包括法律明确规定的权利,也包括法律未明确规定但正当的利益。海外中国公民权益是指身处海外的中国公民享有的法律明确规定的权利和法律未明确规定的正当利益。这些权益具有如下特征:第一,从权益的主体上看,其具有广泛性和特定性。一方面,只要是中国公民即享有此权益;另一方面,在中华人民共和国领域之外,权益的享有具有特定性。第二,从权益的内容上看,其具有多样性和复杂性,一方面,这些权益种类繁多;另一方面,这些权益又互相交织,无法涵盖在某一特定的部门法中。第三,从权益的实现来看,其具有双重性和局限性,海外中国公民权益的实现既需要我国公权力的保障,又需要中

<sup>①</sup> See Raquel Rosenbloom & Jeanne Batalova, Chinese Immigrants in the United States. Migration Policy Institute, <https://www.migrationpolicy.org/article/chinese-immigrants-united-states>, visited on 28 June 2022.

<sup>②</sup> See Statistics Canada, Immigration and Ethnocultural Diversity Highlight Tables-Immigrant Population by Place of Birth, Period of Immigration, 2016 Counts, Both Sexes, Age (Total), Canada, 2016 Census -25% sample data, <https://www12.statcan.gc.ca/census-recensement/2016/dp-pd/hltfst/imm/Table.cfm?Lang=E&T=22&Geo=505>, visited on 28 June 2022.

<sup>③</sup> 参见滕宏庆:《我国海外公民权利的克减与法治保障》,《理论探索》2016年第3期,第99-103页。

<sup>④</sup> 参见高家伟:《论行政诉讼原告资格》,《法商研究》1997年第1期,第12页。

<sup>⑤</sup> 参见刘芝祥:《法益概念辨识》,《政法论坛》2008年第4期,第99页。

国公民所在国的保障,但是,我国公权力保障本国公民权益时需要尊重所在国的国家主权、遵守所在国的法律。

改革开放以来,早期海外中国公民权益诉求以人身权、财产权为主,中国公民前往海外最重要、最基本的权益就是人身财产权益。随着我国“一带一路”倡议的提出,对外交往的不断深入发展,民间交往更加频繁,中国公民在海外的权益诉求也出现新的变化,在传统的人身财产等基本安全权益的基础上,经济权益和劳动权益的诉求愈发突出。当前,国际情势复杂多变,美国企图联合西方发达国家遏制中国的发展,抵制“一带一路”倡议,对中国海外利益进行挤压,海外中国公民权益受损也呈现出新的情形。如加拿大警方应美国政府司法协助要求逮捕中国公民孟晚舟,不仅侵害了中国公民孟晚舟的人身财产权益,而且还侵害了其人格权益和其他经济权益。后经中国政府不懈努力,孟晚舟在坚持不认罪的前提下与美国司法部达成暂缓起诉协议,根据该协议,她不会被美国进一步起诉,加拿大引渡程序终止。2021年9月24日,被加拿大无故扣押1028天的孟晚舟搭乘中国政府包机回国。回顾该事件,显而易见这绝非一起单纯的司法案件,而是美国一手炮制的严重政治事件。加拿大滥用加美之间的双边引渡条约,任意拘押中国公民,严重侵犯中国公民合法、正当权益。我国政府通过法律、外交等多种方式营救本国公民使之顺利回国,彰显我国坚决维护海外中国公民正当权益的信心和决心。可见,随着国际社会政治经济格局的深层次变革,海外中国公民权益的含义和保护方式也出现了新的变化和发展。

## 二、海外中国公民权益保护的现状

### (一)海外中国公民权益受损之类型

中国公民在海外人数众多,分布国家和地区也非常广泛,“越来越多的中国公民和海外商业活动面临日益增加的威胁,这一客观现实是中国不断崛起的自然结果”。<sup>①</sup>我国政府一直重视保护海外中国公民权益,新冠肺炎疫情暴发以来,我国协调安排670余架次各类临时航班和包机,从近100个国家接回约15万名海外同胞。<sup>②</sup>我国加入的国际公约和国内法都明确了对海外中国公民权益的保护。中国公民在海外权益受损既有传统安全因素也有非传统安全因素,纵观近年来海外中国公

---

<sup>①</sup> Andrea Ghiselli, *Protecting China's Interests Overseas: Securitization and Foreign Policy* 5 (Oxford University Press 2021).

<sup>②</sup> 《中国海外领事保护与时俱进》, <https://www.humanrights.cn/html/zt2018/08/1/2022/0921/67436.html>, 2022年6月29日访问。

民权益受损事件,主要集中表现为以下几种情形:

一是因当地局势动荡或社会治安问题造成海外中国公民人身财产损害。一些国家因武装冲突经济下滑等问题引发局势动荡或社会治安恶化,危及当地中国公民的人身和财产安全。

二是自然灾害和公共卫生事件等造成海外中国公民权益受损。受全球气候变化的影响,世界范围内的火山喷发、地震、森林火灾、海啸等重大自然灾害频发,对当地中国公民日常生活甚至人身安全带来较大影响。同时,新冠肺炎疫情延宕反复,海外中国公民染疫风险居高不下。黄热病、疟疾、埃博拉出血热等传统疾病亦并未消失,仍然对海外同胞生命健康构成威胁。

三是恐怖袭击造成海外中国公民伤亡。国际局势风云变幻,而恐怖和极端势力也借助非常规手段显示存在,造成无辜平民伤亡。2022年4月,巴基斯坦发生针对中国公民的恐怖袭击事件,造成3名中国公民遇难,1名中国公民受伤。<sup>①</sup>

四是西方因遏制中国发展特别是高新技术企业的发展侵犯中国公民权益。如非法逮捕中国科学家,并用莫须有的罪名在美国定罪。<sup>②</sup>

五是意外事故造成海外中国公民人身财产损害。中国公民遭遇交通事故以及在旅游、企业生产等活动过程中发生意外伤亡、财产损害的案件持续多发。2018年7月,两艘游船在泰国普吉岛附近海域突遇特大暴风雨,发生倾覆并沉没,造成41名中国公民遇难。<sup>③</sup>

六是海外务工人员劳动权益受损。“一带一路”倡议推动了我国对外劳务输出。2021年,我国对外劳务合作派出各类劳务人员32.3万人,较2020年同期增加2.2万人;其中承包工程项下派出13.3万人,劳务合作项下派出19万人。年末在外各类劳务人员59.2万人。<sup>④</sup>数量庞大的境外务工人员既支援了“一带一路”建设,也获得了较好的经济收入,但是由于身处陌生的社会环境、不同的法律制度,他们不仅面临劳动权益受损的风险,还面临人身财产风险。

七是自身问题引发的风险。中国公民在海外也存在因自身原因直接或间接遭受权益损害的情形。如不顾安全提醒执意前往高风险区域,不尊重所在国法律或风

---

① 《巴基斯坦极端组织宣称为“杀害中国公民”负责,这些人是谁?》, <https://news.cctv.com/2022/04/27/ARTIAd5VD2mFqKdi42yBzhR0220427.shtml>, 2022年12月9日访问。

② 《美起诉并逮捕著名华人科学家,外交部回应》, <https://world.huanqiu.com/article/41X57C6Pe6i>, 2022年12月9日访问。

③ 《普吉沉船已至41名中国人遇难》, <http://world.people.com.cn/GB/n1/2018/0709/c1002-30133648.html>, 2022年12月9日访问。

④ 中华人民共和国商务部:《2021年我国对外劳务合作业务简明统计》, <http://www.mofcom.gov.cn/article/tongjiziliao/dgz/202201/20220103238999.shtml>, 2022年12月17日访问。

俗习惯,参与电诈网赌、非法采金等不法行为,既给当事人自身安全带来严重后果,也损害了国家形象。

## (二)海外中国公民权益保护的责任主体

海外中国公民权益保护是一项系统工程,权益保护义务的主体涉及国家、社会、个人等层面。国家是海外中国公民权益保护的根本主体,孤身海外的公民进行的自我救济远没有作为强大后盾的国家救济更有保证。<sup>①</sup>个人是自身权益最忠实最坚定的维护者,对自身权益的维护是人类的天性。当然,社会团体、国际组织也是公民权益保护的责任主体。

国家是最重要的公民权益保护主体。国家对个人既有保护服务的义务和责任,又有管理的权利和职能。海外公民权益保护的国家主体存在竞合,既有国籍国保护,又有所在国保护。国籍国对海外公民保护侧重于国家对国民的保护义务,此种义务突破了国家的领土界限,依据属人法原则而延伸到国外。英国国际法学家劳特派特提出:“即使外国人在进入另一国的领域时便要受到该国属地管辖权的约束,但同时他们还可受到来自其本国的保护。这是国际法上普遍被承认的国际习惯,每个国家对于身处国外的国民都具有对其保障的权利”。<sup>②</sup>目前,所在国对外国人法律地位存在两种不同的立场:发达国家主张,各国应将外国人法律地位设置一个统一的最低标准,而不考虑各国政治经济文化实际发展的差距;发展中国家则主张,外国人法律地位应符合各国的实际情况,依据国民待遇原则。<sup>③</sup>尽管各国对外国人法律地位的保护标准不统一,但是无论是最低标准还是国民待遇都主张保护在其境内的外国人合法权益。

个人是海外公民权益保护的当然义务主体。个人对自身权利的享有、控制和维护是实现个人利益的基础。“在竞争性环境中,要生存下去,就要有某些最起码的感受,即某些根本的东西应按照一个人自己的意志来保有和处理,并随时准备为这种支配权而战斗,这种就绪状态就是权利感。”<sup>④</sup>海外中国公民对权益的自我维护既是权利又是自我责任。在海外的中国公民虽有国籍国保护,但是本人是自我生命财产的第一责任人。耶林认为,“公民权利不是凭空而来,其在享有权利的同时也有看顾自身权益的责任,这是市民秩序得以形成的关键”。<sup>⑤</sup>希腊法谚有云:“法律不保护躺

<sup>①</sup> See Natalie Klein, *et al.*, *The Legal Parameters of Australia's Protection of Its Citizens Abroad*, 35 *Melbourne University Law Review* 134-164 (2011).

<sup>②</sup> [英]劳特派特修订:《奥本海国际法》(上卷第二分册),石蒂、陈健译,商务印书馆1972年版,第173页。

<sup>③</sup> See Alan C. Swan & John F. Murphy, *Cases and Materials on the Regulation of International Business and Economic Relations* 1070 (Mathew Bender 1990).

<sup>④</sup> [美]理查德·A.波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第414页。

<sup>⑤</sup> [德]鲁道夫·冯·耶林:《为权利而斗争》,胡海宝译,中国法制出版社2004年版,第28页。

在权利上睡觉的人”,即法律不保护那些自己拥有权利却疏于维护和管理权利的人。国籍国有保护本国海外公民权益的职责,但是作为具备民事行为能力的公民个人,也需要对自身行为负责,不能模糊了个人和国家的维权界限。2018年《中华人民共和国领事保护与协助工作条例(草案)》(征求意见稿)规定,中国公民应当密切关注欲前往国家或已在国家的有关安全提醒,加强安全防范,合理安排海外行程。若坚持前往危险区域,国家将不承担因协助而产生的费用。<sup>①</sup>

此外,海外社会团体、协会、企业、国际组织也可以成为海外公民权益保护的主体,但较之国家和个人而言,其义务程度较低,多从公益角度、企业社会职能角度进行力所能及的保护。如海外华侨因熟悉当地情况具备本地社会资源,海外中国公民可以寻求当地华侨协会的维权帮助;中国驻国外的大型企业除了维护本企业中国籍员工权益之外,也可以向其他中国公民提供保护。但这些主体对中国公民权益进行保护非其法律义务或职责,无法强制要求其对海外中国公民进行保护。

### (三)海外中国公民权益保护的常用路径

海外中国公民权益的保护路径既有国内法路径也有国际法路径。国内法路径是指通过国内立法模式对海外公民进行保护,而国际法路径则是通过国际公约、双边条约、国际习惯法等方式对海外公民进行保护。而海外公民权益保护的常用路径为本国的领事保护、外交保护和所在国的当地救济以及新出现的保护方式。自2004年在阿富汗和巴基斯坦的中国工人遭到袭击以及2006年在东帝汶的重大救援行动以来,海外中国公民的保护已经成为“新的外交命令”<sup>②</sup>,我国大规模撤侨、海外救援运用的频率增加。这些方式须借助国际法(如在领事保护方面,各缔约国通过《维也纳领事关系公约》在全球范围内确立领事职责),但是最终还是通过国籍国或者是所在国国内立法实现的,例如,同样是在领事保护方面,领事保护最终通过国籍国的领事保护法或者领事条例等相关法律实现。

领事保护是海外中国公民权益保护的常用方式。《世界外交大辞典》将“领事保护”定义为:“领事保护是指一国的领事机关或领事官员,根据派遣国的国家利益和对外政策,于国际法许可的限度内,在接受国保护派遣国及其国民的权利和利益的行为。”<sup>③</sup>我国加入了《维也纳领事关系公约》,该公约虽未对领事保护进行明确定义,但对领事机构和领事官员的职责进行了规定,主要为协助和帮助本国公民,救济和

<sup>①</sup> 《外交部“立规矩”:公民不听劝前往危险地区,国家不免费救》, <https://news.qq.com/a/20180326/025230.htm>, 2022年8月29日访问。

<sup>②</sup> See Shaio H. Zerba, China's Libya Evacuation Operation: A New Diplomatic Imperative—Overseas Citizen Protection, 23 *Journal of Contemporary China* 1093-1112 (2014).

<sup>③</sup> 钱其琛主编:《世界外交大辞典》,世界知识出版社2005年版,第1215-1216页。

援助本国国民等。我国外交部领事司将领事保护界定为当中国公民或法人的合法权益在所在国受到不法侵害时,我驻外使、领馆依据国际法敦促所在国合法合理地处理;包括风险预警、中国公民遇到困难或者被拘捕的情况下提供帮助,如协助撤离危险区、协助聘请律师等。<sup>①</sup>外交保护是海外中国公民权益保护的非常态保护方式。王铁崖先生认为:“如果一国国民受另一国违反国际法的行为的侵害而不能通过通常途径得到解决,该国民所属的国家有权对其实行外交保护,这是国际法的一项基本原则。国家为其国民采用外交行动,该国实际上是主张自己的权利——保证国际法规则受到尊重的权利。”<sup>②</sup>外交保护需要通过国籍国对所在国施加外交干预手段才能最终实现,而我国在对外交往中坚持不干涉内政原则,因此对外交保护的最终实践一直持非常慎重的态度,只在极其特殊的情况下才采用此种方式。随着海外公民权益内涵的发展,外交保护也出现了一些新的变化趋势,如在国际税务争端的解决过程中,纳税人可以申请国籍国根据税收协定启动与他国的国际税务争端协商程序从而维护自身的合法权益。相互协商机制对一国公民而言,是一种特殊的外交保护程序,它不是通过外交部门而是通过税务机关给予纳税人国籍国保护。

撤侨、护航是海外中国公民权益保护的特殊方式。撤侨又称为海外撤离行动,是指主权国家把本国和其他国家海外公民撤至安全地点的保护行为。海外中国公民所在国发生自然灾害或者战争、严重骚乱等情况,危及海外中国公民安全时,我国政府采用多种途径将中国公民接至国内或者安全地点。在撤侨行动中,所在国的使领馆承担着重要职责,但是这又与传统的领事保护存在区别。如 2011 年利比亚撤侨,中央政府启动国家一级响应成立应急协调中心,中央军委批准出动军机军舰参与撤侨行动,最终将 3 万多名中国公民全部接回祖国或者送至安全区域。实践中,国籍国武装撤侨在实践中已不鲜见。<sup>③</sup>2017 年,中国在巴厘岛撤侨,由外交部领导领事机构执行,采用民用运输工具将中国公民撤回国内。撤侨行为不能简单归为领事保护行为,从行为主体和保护方式看,其具有特殊性。国内外学者普遍认为,撤侨作为中国海外公民权益保护的典型方式有助于中国全球形象的塑造。<sup>④</sup>

当地救济是海外中国公民权益保护的基本方式。当地救济是指海外中国公民在所在国权益受损时,寻求所在国的司法行政等方式进行保护。当地救济体现了主

① 《中国领事保护和协助指南》, <http://cs.mfa.gov.cn/lshzn/201504/P020210530507417410702.pdf>, 2022 年 8 月 29 日访问。

② 王铁崖:《中华法学大辞典(国际法学卷)》,中国检察出版社 1996 年版,第 572 页。

③ See A. W. Thomson, *Doctrine of the Protection of Nationals Abroad: Rise of the Non-Combatant Evacuation Operation*, 11 *Washington University Global Studies Law Review* 627-668 (2012).

④ See Peter Connolly, *Protecting Citizens Overseas: The Policy, the Power, and Now the Movie*, in *China Story Yearbook 2018: Power* 319-325 (ANU Press 2019).

权国家的属地管辖,即主权国家对其境内的人、物皆有管辖权。目前世界各国都普遍承认外国人的法律地位,虽然存在最低保护标准和国民待遇之争,但都赋予外国人救济过程中的实体权利和程序权利。

### 三、海外中国公民权益保护的法理瓶颈

如前所述,我国政府一直高度重视海外中国公民权益保护,从国内法和国际法的双重维度对海外中国公民权益保护进行制度构建。但是,海外中国公民权益保护中存在国籍国与所在国之间的主权冲突以及海外中国公民保护供给与需求之间的矛盾。正视冲突,分析矛盾,有助于我们构建更合理、更有效的海外中国公民权益保护制度。

#### (一)法理瓶颈存在的根源——国籍国与所在国的主权冲突

国籍国与所在国之间的权利冲突是海外公民权益保护效果减损的重要原因,而国籍国与所在国之间的主权冲突是最根本的冲突;主权冲突又进一步导致保护竞合和管辖竞合。

1684年《威斯特伐利亚和约》确立了“欧洲近现代基于民族国家主权的权力体系”和“现代以主权的民族国家主宰全球政治法律进程的国家体系模型”。<sup>①</sup>国家主权原则构成了现代国际社会的基石。17世纪荷兰法学家“国际法之父”格劳秀斯将国家主权划分为对内主权和对外主权,认为主权的内涵对内表现为国家的最高统治权、对外则是国际上的独立权。<sup>②</sup>这也意味着,国家对其境内的人和物具有排他性管理的权利,对外独立不受他国的干涉。随着人员的迁徙和流动,自然人离开国籍国前往另一国家(所在国),工作、学习、旅行,临时或者长久居住于此。自然人国籍国对自然人具有管理、保护的义务,而所在国对自然人亦具有管理和保护的义务,这皆是国家主权的当然体现。根据国家主权原则,国籍国行使对本国公民的救济和约束不受别国干涉;所在国对其境内人员的管理与保护也不受其他国家干涉。自然人跨境流动,使原有主权治理格局发生变化。在海外公民权益保护方面,国籍国和所在国根据主权原则都可以自行行使对自然人的管理和保护,而不受他国干涉。<sup>③</sup>在自然人跨国流动不频繁时,国籍国和所在国主权之间的冲突并不明

<sup>①</sup> Winston P. Nagan & Aitza M. Haddad, *Sovereignty in Theory and Practice*, 13 *San Diego International Law Journal* 447 (2012).

<sup>②</sup> [荷]格劳秀斯:《战争与和平法》,何勤华等译,上海人民出版社2005年版,第88页。

<sup>③</sup> 国际常设法院在1932年荷花号案的判决中确认,除受国际条约或国际习惯限制外,任何国家都有权在其领土管辖范围内自由处理内外事物,无须国际法的授权和许可,国际法学者称之为“国际法不禁止即为许可”。

显,而且根据属地优先原则,所在国优于国籍国行使主权。但是随着科学技术和经济全球化的发展,自然人跨境流动现象增多,所在国依属地原则保护本国的主权利益,很可能会有损国籍国的国家利益和公民权益,客观上减少和抑制了自然人的跨国流动,对所在国的发展和国际社会的合作产生负面影响。而国籍国突破目前国际法上承认的领事保护和外交保护等方式,采用国外执法等方式对海外公民进行权益保护,则有干涉内政之嫌。

## (二)法理瓶颈的主要表现

### 1.保护竞合导致保护减损

公民离开国籍国,脱离国籍国领土前往其他国家,但未取得他国国籍,在此种情况下,公民既可以根据国籍获得国籍国保护,又可以根据属地原则获得所在国保护,此种情形属于海外公民保护的应然状态或者是理想状态。但是事实上,海外公民权益保护中国籍国保护和所在国保护的实用效用都存在减损。其根本原因在于上述所析的国籍国与所在国的主权矛盾。现代国际社会,国籍国将海外公民权益视为国家海外利益的重要组成部分,其保护范围也不再仅仅限于人身财产保护,其保护领域也逐步扩展到劳动权益、投资权益等。但是在实际履行过程中,受到公民所在国国家主权的限制,其保护能力较低,若出现海外公民权益受损的情况,一般只能通过外交保护等方式间接实现。另一方面,所在国对在本国的外国公民依据国际法,应给予外国公民国民待遇,但是目前国际社会关于国民待遇的标准并不统一,且对外国人保护的立法也未达成一致,所在国对外国人的保护意愿与本国国民的保护意愿自然存在差异性,在相同的社会环境和保护能力下,则更重视对境内本国国民的权益保护。

### 2.管辖权竞合导致管辖冲突

海外公民权益保护的另一重要环节是海外公民在权益受损的情况下寻求救济措施。对此,国籍国和所在国亦存在属地管辖和属人管辖之争。所在国对涉外国人的民事和刑事案件具有属地管辖权,而国籍国对涉本国公民的刑事和民事案件,依保护性管辖和属人管辖也具有管辖权,这就形成了管辖权的冲突。所在国对外国人的案件有管辖权,也赋予了外国人在本国诉讼上的国民待遇,但是由于外国人与所在国在语言、文化、风俗习惯、社会认知等方面的差异,诉讼结果存在不确定性;在某些刑事案件中,如果外国公民作为被害人,则还可能存在犯罪嫌疑人抓捕难度大、所在国警力资源有限导致无法为受害人切实维护权益的情况。而国籍国对案件进行管辖,当事人熟悉本国情况,可充分利用本国的诉讼资源通过诉讼途径维护自身权益,但在维权过程中仍存在障碍,如在民事案件中,判决如需在国外执行,则必须

依赖国籍国和所在国加入的公约或者两国缔结的司法协助条约,否则案件的判决最终可能很难执行,当事人的权益仍然无法得到维护;若是刑事案件,如果国籍国和所在国没有加入相关条约或者没有所在国的同意,则无法在境外执法抓捕犯罪嫌疑人。由此可见,虽然海外公民理论上受国籍国和所在国的双重保护,但是由于现实中的各种矛盾和客观情况所限,其实际能够得到的保护往往有所减损。

#### 四、海外中国公民权益保护中的现实难题

海外公民权益保护效能低下的原因除内在法理冲突外,另一个因素是法律供给、机制建设和保护期待之间存在矛盾。海外中国公民权益保护法治化不仅仅是我国法治化的要求,也是国际社会全球治理的要求,因此需要分析现实矛盾以提供解决之策。

##### (一)海外中国公民权益保护法律供给与实际需求的矛盾

海外公民权益既涉及国家与自然人之间的关系,又涉及国家之间的关系,若欲使几者之间权利义务平衡,构建公平正义合理的国际关系,必然需要通过法治化路径实现。目前,我国对海外公民权益保护的立法正在不断完善:在根本法层面,宪法明确规定了海外华侨的保护;在基本法层面,《国家安全法》规定,国家依法采取必要措施,保护海外公民;在行政法规层面,各行政部门有海外公民权益保护的紧急预案,如《国家涉外突发事件应急预案》《外交部重大突发事件应急预案》等。但是,现行法律无法满足海外公民权益保护在法律支持上的需求。我国海外公民权益保护还缺乏专门性立法,如《海外公民权益保护法》;关于海外公民权益保护的领事保护,我国在2018年公布了《中华人民共和国领事保护与协助工作条例(草案)》(征求意见稿),但一直未通过正式的行政规章;现有立法也存在滞后性,如对于在特殊情况下通过军队撤侨的方式对海外公民权益进行保护,立法上未对此种保护方式进行明确规定。海外公民权益保护如依靠国籍国和所在国的外交关系来维护,则存在不确定性和脆弱性,需要通过法律规范,明确国家对海外公民权益保护的权利义务。

##### (二)海外中国公民权益保护机制建设与实际需求的矛盾

中华人民共和国外交部领事司和中国驻各国的使领馆为海外中国公民权利保护的主要机构,领事司下辖的领事保护中心负责海外公民、机构安全和合法权益保护工作的政策指导和统筹协调,已经形成较为成熟的领事保护预警机制、协调机制、应急机制。当发生海外突发事件,严重危及中国公民的人身财产安全时,我国政府根据《突发事件应对法》成立应急协调中心,领导管理协调各部委统一行动(如撤侨),对海外公民进行保护,但应急协调中心不是固定机构,缺乏稳定性。我国对海

外公民权益保护的主要保护方式仍是领事保护,依旧以外交部领事司履行领事保护职责为主,领事保护中心和各国的使领馆提供海外预警信息和帮助,若我国公民在所在国受到不法侵害,敦促驻在国当局依法公正、友好、妥善地处理。<sup>①</sup>2021 年虽受新冠肺炎疫情影响海外务工的中国公民人数下降,但仍达 32.3 万人,<sup>②</sup>还有大量的中国公民前往海外留学、旅游、探亲等,但是中国驻各国使领馆的领事保护工作人员有限,领事保护经费紧张,无法满足海外公民权益保护的需要。外交部领事保护中心主任由领事司副司长兼任,常务副主任是正处级,中心的人员编制现为 24 人,中国驻外使领馆的领事保护工作的官员每馆平均不到 1 人,几乎所有人都在超负荷运转。<sup>③</sup>在中国公民出境规模不断扩大的同时,安全事件的数量也快速攀升,外交投入水平较经济水平和公民出境次数水平仍有较大提升空间。<sup>④</sup>海外中国公民权益保护机构需求与供给之间的矛盾较为突出。

## 五、海外中国公民权益保护的法治化路径

### (一)通过国际合作缓和国籍国与所在国的主权冲突

海外公民权益保护可以通过国际合作缓和主权冲突。传统国际关系理论认为,国籍国跨国执法保护本国公民权益有违不干涉内政原则。当前各国国家海外利益和公民权益正变化发展,绝对主权观点也在发生变化,有学者认为应“剥去主权神话,确定它的本质,只保留它值得保留的有价值的部分”。<sup>⑤</sup>因此,国际实践中都在寻求域外保护本国国民权益的合理合法之策。新自由主义认为,在国际社会的无政府状态下,合作是必然的,“国际关系的实质是合作,是国际社会为建立秩序而进行的努力”<sup>⑥</sup>,是实现国家利益的重要方式,是国际秩序建立的基石;而国际合作又是国际法所遵循的基本原则,也是《联合国宪章》规定的基本原则。在国家之间运用国际合作来化解主权冲突方面,我国已开始了有益尝试,与意大利、克罗地亚、塞尔维亚开

---

① 参见夏莉萍:《中国领事保护新发展与中国特色大国外交》,《外交评论》2020 年第 4 期,第 9 页。

② 中华人民共和国商务部:《投资合作》, <http://data.mofcom.gov.cn/tzhz/forlaborcoop.shtml>, 2022 年 8 月 29 日访问。

③ 参见杨洋:《中国领事保护中存在的问题及对策》,《国际政治研究》2013 年第 2 期,第 17-29 页。

④ 参见黄哲东:《维护海外中国公民权益的国际法问题研究》,《华北电力大学学报(社会科学版)》2021 年第 4 期,第 82-93 页。

⑤ Louis Henkin, Human Rights and State Sovereignty, 25 Georgia Journal of International and Comparative Law 31-32 (1995).

⑥ See David Baldwin, Neorealism and Neoliberalism: The Contemporary Debate 269-300 (Columbia University Press 1993).

展了警务联合执法巡逻。<sup>①</sup>

## (二)通过国际条约、司法协助化解保护竞合与管辖之争

国际法是指导权力文明化的规则体系,<sup>②</sup>国际条约是国际法的重要渊源,是主权国家之间相互协商的产物,也是国际合作的表现形式之一。保护竞合来源于主权冲突,是主权冲突的具体体现,可以通过国际条约进行协调和重构。我国主张,国家无论实力强弱、面积大小,主权一律平等,因此,国际条约的缔结也是以平等为基础的,而在平等互惠基础上缔结的国际条约是符合国家利益的。在海外公民权益保护领域,各国可加入公民权利保护公约,也可以共同起草外国人权益保护公约,或由国家之间签订领事保护条约、外交保护条约等,还可以在区域性或全球性的政治经济合作条约中规定海外公民权益保护条款。各国一般通过缔结刑事民事司法协助条约来协调管辖权冲突,而国际社会也一直致力于缔结区域和全球的管辖权协调公约。

## (三)通过完善各层次立法达到法律供需平衡

我国海外公民权益保护的法律供给较为滞后,需要从多方面完善立法。法律旨在保障普遍的行为自由,构成了人们正义行为的规范;<sup>③</sup>另一方面,法律具有强制力,会对那些不遵守法律的人采取惩罚措施,从而促动人们形成要遵守法律的思维模式和行为惯式。<sup>④</sup>从国内立法层面而言,需要制定宏观统领的《海外公民权益保护法》;同时,应制定海外公民权益保护的专门法,如《领事保护法》。在现行立法框架下则需要通过司法解释的方式解决法律适用中的各项争议,如对《对外劳务合作管理条例》中的对外劳务合作企业与外国雇主之间签订的劳务合作合同的性质进行界定,是否适用《涉外民事关系法律适用法》第41条须进一步进行解释和说明。从国际法层面而言,中国应充分发挥“一带一路”建设平台的作用,参与并引领各项国际条约的制定,在海外中国公民权益保护领域采用灵活缔约的方式,在法律形式上可选择硬法、软法和其他的法律形式。<sup>⑤</sup>

<sup>①</sup> 参见《创新拓展警务联巡全维度深耕海外权益保护——中国塞尔维亚开展首次警务联合巡逻》,《现代世界警察》2019年第11期,第44-51页。

<sup>②</sup> See Thomas Joseph Lawrence, *The Principles of International Law* 17 (Macmillan and Co. 1895).

<sup>③</sup> See Immanuel Kant, *The Metaphysics of Morals*, trans. by Mary Gregor 57 (Cambridge University Press 1991).

<sup>④</sup> See Jürgen Habermas, *Justification and Application: Remarks on Discourse Ethics* 156 (MIT Press 1993).

<sup>⑤</sup> 参见蒋新苗、朱雅妮:《一带一路法律供给机制研究》,《西北大学学报(哲学社会科学版)》2018年第3期,第12-19页。

#### (四)通过增强系统性解决机制建设与需求之间的矛盾

海外中国公民权益保护是一项系统性工程,需要各层级、各环节的配合。首先,应提升我国海外公民权益保护的管理层级。印度设立了海外印度人高级委员会,负责海外印度人事务,该委员会虽隶属于外交部,但直接向总理负责;印度还成立了海外印度人事务部,可单独或者协调外交部处理涉及海外印度人利益保护的任何问题。<sup>①</sup>印度海外公民权益保护机构的设置不限于外交部门内部,而是赋予这些机构相对独立的法律地位,有利于对其他部门的协调。海外中国公民权益属于国家海外利益的一部分,因此可考虑将海外公民权益保护机制纳入国家安全委员会的管理框架下,由外交部负责具体事务并协调各项工作。其次,明确海外中国公民保护机制中的职责和分工,既要扩充改革传统保护机构的职能,如外交部领事司、驻外使领馆以及地方外事机构的职能,也要充分发挥地方外事机构的作用,地方外事部门可承担信息搜集反馈等日常工作以及突发情况的对口配合工作,如在新冠肺炎疫情期间,一些侨务大省也陆续派出疾控、侨务工作组赴疫情严重国家,看望慰问当地同胞。<sup>②</sup>

#### (五)通过制度创新解决期待与实际保护之间的矛盾

身处海外的中国公民对国籍国保护的期望值较高,但实际保护效果较为有限。这一矛盾的成因既有保护中应然权益和实然权益之间的差距,也存在不容忽视的客观因素——现有保护机制的资源有限。因此,需要在法治化进程中不断创新现有的海外公民权益保护制度,拓宽海外公民权益保护的提供主体和提供方式,缩小应然权益与实然权益保护的差距,提升我国海外公民的归属感和幸福感。第一,提供保护的主体可更广泛,在“一带一路”倡议下,中国大量的企业和公司在海外投资、承包工程,从法律层面而言,这些公司有义务保护劳动者的安全;从企业的社会责任而言,这些企业作为有实力的中国公司,在海外与当地政府、华侨团体和中国驻外使领馆有良好关系,保护海外中国员工权益具有便利性;与此同时,若与当地政府建立长效的沟通机制可扩大企业影响力,提升企业形象。第二,提供保护的方式可更灵活,如可以考虑将领事服务社会化,雇佣当地工作人员或者与华人华商团体联合,满足海外中国公民权利保护的需求;在安全保护方面,可寻求专业安保人员保护,如我国

---

<sup>①</sup> 参见李秀娜:《海外利益保护制度的有效性困境及路径探究》,《北方法学》2019年第5期,第102页。

<sup>②</sup> 参见夏莉萍、许志渝:《新冠疫情下的海外中国公民合法权益保护》,《国际论坛》2021年第1期,第32-49页。

企业在海外高风险地区运营,常常会雇用国际安保公司来保护员工生命财产安全;<sup>①</sup>也可以借鉴其他国家的一些具体做法,如为其海外公民提供经济帮助,这也显示了一国的福利政策惠及海外,成为保护海外公民个人和家庭的最终“安全网”;<sup>②</sup>或者由国籍国建立国家反歧视研究所等机构,为海外公民提供免费服务,并与所在国进行文化、教育和法律等方面的交流与沟通。<sup>③</sup>

## 结语

“一带一路”倡议已成为中国积极参与全球治理和改革的重要实践场域,标志着我国对外关系开启新的时代。“一带一路”倡议下海外中国公民权益保护法治化既有理论难题也有现实困境。从理论上讲,国籍国与所在国的主权冲突必然导致保护竞合与管辖权冲突;从现实中来看,机制建设滞后、供给断档,导致不能应对亟待解决的海外公民权益受损事件。因此,需要通过国际合作缓解国籍国与所在国的主权冲突并积极探索海外中国公民权益保护法治化有效路径,以期统筹推进国内法治和涉外法治贡献力量。

## Research on the Legalization of the Protection of the Rights and Interests of Chinese Citizens Overseas

**Abstract:** “The Belt and Road Initiative” marks the beginning of a new era in China’s foreign relations, with an increasing number of Chinese citizens going overseas for business, work, study, tourism and other reasons. The content of overseas Chinese citizens’ rights and interests presents new development, and the subject of responsibility and the way of protection stipulated in traditional laws cannot meet the objective needs; In addition, the inherent legal bottleneck - the conflict of rights between the “state of nationality” and the “host state” makes the protection of the rights and interests of Chinese citizens overseas face many difficulties. In this regard, we should alleviate the sovereignty conflict be-

---

① 参见王梦婷、余潇枫:《“预防—震慑—应急”一体化:中国海外安保供给模式新探》,《国际安全研究》2022年第1期,第49-72页。

② See Jean-Michel Lafeur & Daniela Vintila (eds.), *Migration and Social Protection in Europe and Beyond* 1-3 (Springer 2020).

③ See Jean-Michel Lafeur & Daniela Vintila (eds.), *Migration and Social Protection in Europe and Beyond* 57-76 (Springer 2020).

tween the state of nationality and the host state through international cooperation; to use international treaties to coordinate the conflict of protection between the state of nationality and the host state; to emphasize the use of judicial assistance to resolve the jurisdictional dispute between the state of nationality and the host state. At the same time, we should improve legislation at all levels, strengthen the system of protection mechanisms, encourage innovation in protection systems, and jointly build and improve a legal mechanism to protect the rights and interests of Chinese citizens overseas.

**Key words:** foreign related rule of law; overseas citizens' rights and interests; protection by the state of nationality; jurisdiction of the host state

(责任编辑:乔雄兵)