

海外中国公民权益保护中的 “领事通知权”研究

——以中外双边领事条约(协定)相关条款之比较及完善为视角

颜梅林

(福建师范大学法学院, 福建 福州 350117)

摘要:“领事通知权”是领事保护职务中的一项重要内容,有助于被限制或剥夺人身自由的海外中国公民在接受国境内获得及时的领事协助及公正和人道主义待遇。48个中外双边领事条约(协定)中均做出相应规定。现行规定在“条款标题和结构编排;权利范围及具体实施;国内适用条款;权利救济”等方面存在缺憾。本文在条款彼此借鉴的基础上提出完善建议:为提升对该权利的保护意识,条款标题宜统一为“领事通知权”,结构编排宜统一设置在“领事保护”部分;基于海外中国公民权益保护的需求,权利内容在范围上不应过窄;为提升条款在实践中的可适用性,权利的具体实施应予细化规定;权利内容的扩展应合理以免领事执行职务时干涉接受国法律程序;接受国国内适用条款应表述严密以免实践分歧影响对权利的保护;权利受侵犯后的救济应做出规定。

关键词:“领事通知权”;条款;比较;完善

中图分类号: D99

文献标识码: A

文章编号: 1000-5285(2013)02-0058-10

近年来,我国“走出去”战略逐步深入,依法保护海外中国公民权益的任务日趋紧迫。领事保护是海外中国公民权益保护的最直接方式,其重要意义正日益凸显。“领事通知权”是领事保护职务中的一项重要内容,除了《维也纳领事关系公约》第36条之规定外,还散见于中外双边领事条约(协定)。^①外交部领事司2011年修订的《中国领事保护和协助指南》第三部分“领事官员可以为您做什么”之第1款“当海外中国公民合法权益在接受国受到侵害,或与他人发生民事纠纷,或涉及刑事案件,可应其请求推荐律师、翻译和医生,帮助其进行诉讼或寻求医疗救助”和第3款“探视被拘留、逮捕或服刑

的海外中国公民”;第五部分“寻求领事保护的常见问题”之第10款“当您在居住国被羁押或监禁时,该怎么办?”等均与“领事通知权”相关。^②此外,《中华人民共和国领事工作条例》(征求意见稿)第9条第1款规定“有下列情形之一的,驻外领事机构和领事官员应当采取领事保护措施”:“驻在国有中国公民被拘留、逮捕或者正在服刑以及其他被限制人身自由情形的,对其进行探访或者与其通讯,但该中国公民明确表示不接受的除外。”

“领事通知权”旨于为在接受国境内被限制或剥夺人身自由的派遣国(公)民的正当权益提供及时有效的保护。当前,中国国际法学界

收稿日期:2012-12-24

基金项目:本文系许育红主持的中国侨联基金资助项目《领事条约与华侨权益保护的对策研究》(编号:11BZQK008)的阶段性成果。

作者简介:颜梅林(1977—),女,福建福州人,福建师范大学法学院讲师,法学硕士。

① 中国与外国缔结领事条约(协定)一览表,2012年12月15日,http://www.fmprc.gov.cn/chn/pds/ziliao/tytj/tyfg/.

② 《中国领事保护和协助指南》,2012年12月15日,http://cs.mfa.gov.cn/lshh/lbhc/t873386.htm.

对“领事通知权”的研究不多^①，且学者们的研究主要囿于两方面内容：其一是“领事通知权”的定性探讨，即是否是一项个人权利，或者是否可提升至基本人权的层面，并进而提及权利受侵犯应予救济；其二是国际法院判决在美国国内的效力及所涉及到的主要法律问题分析，如“国际法院基于对《维也纳领事关系公约》的正当解释而作出的判决对美国法院应该具有间接的法律效力，他们对美国法院相关案件的审理无疑应具有指导意义”^②；“国际法院在本案中条约条款的解释结果反映了国际法的人权化价值取向”^③；“国际法院在判决中对违约国附加了新的国际责任形式”^④等观点。然既有研究均未提及中外双边领事条约（协定）的相关规定，亦未对其中“领事通知权”条款的完善进行任何探讨。由此，笔者在前人研究基础上，另择视角，以48个中外双边领事条约（协定）为研究对象，通过比较分析以指出现行规定中存在的缺憾，并旨于从保护海外中国公民“领事通知权”有效实现的立场出发，在条款彼此借鉴的基础上有针对性地提出些许完善建议，以期对海外中国公民相关正当权益的保障及中外双边领事条约（协定）中与“领事通知权”相关条款的修正有所裨益。

一、“领事通知权”的性质及其对海外中国公民权益保护的意义

（一）“领事通知权”的界定及其性质

1. “领事通知权”的界定

《维也纳领事关系公约》第36条规定“与派遣国国民通讯及联络：1. 为便于领馆执行其对派遣国国民之职务计：……（2）遇有领馆辖区内派遣国国民受逮捕或监禁或羁押候审、或

受任何其他方式之拘禁之情事，经其本人请求时，接受国主管当局应迅即通知派遣国领馆。受逮捕、监禁、羁押或拘禁之人致领馆之信件亦应由该当局迅予递交。该当局应将本款规定之权利迅即告知当事人。（3）领事官员有权探访受监禁、羁押或拘禁之派遣国国民，与之交谈或通讯，并代聘其法律代表。领事官员并有权探访其辖区内依判决而受监禁、羁押或拘禁之派遣国国民。但如受监禁、羁押或拘禁之国民明示反对为其采取行动时，领事官员应避免采取此种行动。

2. 本条第一项所称各项权利应遵照接受国法律规章行使之，但此项法律规章须使本条所规定之权利之目的得以充分实现。”依此规定，“领事通知权”是指在接受国境内遇有派遣国国民被限制或剥夺人身自由时，接受国主管当局应迅即告知该国民享有通知其本国使领馆的权利，在该国民请求时，应尽速通知其使领馆；且除非该国民明示表示反对，派遣国领事应及时行使探视权并提供合法正当的协助。

此后，在许多国家的领事保护实践中通过缔结双边领事条约（协定）的方式对该条所确立的“领事通知权”做了进一步发展，确立了“强制性领事通知权”，即“mandatory consular notification”制度。据统计，48个中外双边领事条约（协定）中共有46个^④均规定了该制度。“强制性领事通知权”在秉承“领事通知权”基本内涵的基础上，体现出如下变化：只要在接受国境内存在被限制或剥夺人身自由之派遣国（公）民，接受国主管当局就有义务尽快通知派遣国使领馆，无论该国（公）民是否提出通知其国籍国使领馆的请求。

① 笔者于2012年12月26日在“中国知网”之“中国期刊全文数据库”上分别以“主题”、“篇名”、“关键词”和“摘要”作为检索项，并分别以“领事通知权”和“维也纳领事关系公约”作为检索词，共计检索到7篇与“领事通知权”相关的论文，分别是：中国政法大学国际法学院朱利江的《国际法院对国际人权法的贡献》，（《外交评论》2006年第5期）；苏州大学王健法学院顾婷的《拉格朗案的国际法解读》（《华东政法大学学报》2008年第1期）和《国际法院判决在美国国内法院的效力分析——以拉格朗案和阿维纳案判决为例》（《法学》2009年第6期）；西北政法大学国际法学院王秀梅的《领事通知问题论要》（《法律科学（西北政法大学学报）》2009年第6期）和《〈维也纳领事关系公约〉第36条第1款的解释与适用——试析国际法院布雷德案、拉格朗德案、阿维纳案》（《法学杂志》2009年第12期）；首都经贸大学法学院谢海霞的《论领事通知权的性质》（《中国政法大学学报》2009年第6期）以及江西财经大学法学院阙占文的《论领事关系中的个人权利》（《大连海事大学学报（社会科学版）》2011年第1期）。

② 顾婷《国际法院判决在美国国内法院的效力分析——以拉格朗案和阿维纳案判决为例》，《法学》2009年第6期。

③ 顾婷《拉格朗案的国际法解读》，《华东政法大学学报》2008年第1期。

④ 据笔者统计，仅除《中华人民共和国和澳大利亚领事协定》和《中华人民共和国和克罗地亚共和国领事条约》外，且这两个领事条约（协定）也仅是规定“除非该国民明示请求不通知派遣国领馆，接受国主管当局应于三日内通知领馆。”或“如遇派遣国国民明示反对，则不予适用。”

2. “领事通知权”的性质^①

“领事通知权”是派遣国的一项国家权利,此一定性已获得公认。但是,“领事通知权”是否也是派遣国国民的一项个人权利,此一定性却颇存争议,特别是在拉格朗德案和阿维纳案中,^②国际法院和相关当事国均对案件的核心问题“条约是否赋予了可供执行的个人权利”进行了激烈讨论。拉格朗德案中,原告德国在向国际法院提交的第一项诉求中声称:美国违反《维也纳领事关系公约》第36条的规定,不仅侵犯了德国在公约项下的权利,而且也侵犯了拉格朗德兄弟依据公约所享有的个人权利。阿维纳案中,原告墨西哥在向国际法院提交的诉求中亦有一项要求国际法院确认公约所规定的应向领事发出通知的权利是一项人权。然而,两个案件的被告美国则辩称:公约中所规定的权利是缔约国享有的国家权利,而不是缔约国国民的个人权利,虽然个人会从该条的规定中获益,但不能构成一项单独的个人权利或基本人权。国际法院在拉格朗德案的实体判决中,通过对第36条的解释,明确指出条约既创设了个人权利,同时也创设了其本国的权利;被拘禁的人可以在接受国法院主张该项个人权利。其后,国际法院在阿维纳案的实体判决中进行了再次确认。然而,国际法院的解释和判决也并未平息定性之争。例如,中国籍法官史久镛在其对拉格朗德案的个别意见

中,就提出了若干质疑。^③日本籍法官小田兹也认为:公约不能被解释为通过附加国家义务来赋予个人权利,公约也不可能赋予外国人比本国人更多的权利。^④英国著名国际法学者布朗利则认为:国际法院在解释条约过程中似乎过多强调了条约的字面含义。但是国际法上条约一般并不直接为个人创设权利和义务,除非条约的缔约方有此意图。^⑤

“领事通知权”的定性直接影响到权利的救济及法律责任的承担。因此,正确定性对于在接受国境内保护派遣国国民利益至关重要。笔者以为,“领事通知权”宜定性为既是派遣国的国家权利,也是派遣国国民的个人权利。因为,如是定性才反映了国际法的发展方向——人本化趋向;^⑥并且,该定性将有助于推动整个领事保护制度的人本化发展。这一观点恰好也为相关国际文件及实践所证实:1990年联合国大会通过的人权条约——《保护所有移徙工人及其家庭成员权利国际公约》第16条第7款之规定与《维也纳领事关系公约》第36条所确立的“领事通知权”的内容是吻合的;联合国大会《非居住国国民个人人权宣言》中指出,关于被告通知和领事联系的权利是赋予居住在外国侨民的个人人权;^⑦国际法院的多数法官将《维也纳领事关系公约》第36条解释为赋予了个人权利;美洲人权法院在发表的咨询意见中一致认为:美国

^① 笔者关于该部分内容的具体论述详见:颜梅林,陈亮《论国际法人本化趋向下的领事通知权的性质与救济》,《福州大学学报:哲学社会科学版》2012年第5期,第69-74页。

^② 1998年至2008年间,国际法院先后受理了四个关于美国侵犯领事通知权的案件:即布里尔德案、拉格朗德案、阿维纳案及麦德林案。

^③ 史久镛法官的质疑具体如下:其一,公约名称是《维也纳领事关系公约》,其序言中指出缔约的目的和宗旨是“为了发展国家间的友好关系”,其中并没有涉及到个人权利;其二,公约设置第36条的目的在于“为便于领馆执行其对派遣国国民之职务”;其三,公约第36条不应被孤立地解读,公约的其他有关条款也应被考虑在内,如规定领事职务的第5条,因为若国家之间不存在领事关系或是不存在派遣国保护并协助其国民的关系,则通知、探视之类的权利也就无从谈起。转引自:顾婷《拉格朗德案的国际法解读》,《华东政法大学学报》2008年第1期,第73-75页。

^④ 王秀梅《领事通知问题论要》,《法律科学(西北政法大学学报)》2009年第6期。

^⑤ (英)伊恩·布朗利《国际公法原理》,曾令良等译,北京:法律出版社,2003年,第618页。

^⑥ 关于国际法人本化的定义,迄今尚未形成一致的看法。国外的国际法学者,以前南刑庭首任庭长、美国著名学者西罗多·梅隆(Theodor Meron)为代表,认为:国际法人本化主要是指国际人道法和国际人权法对整个国际法带来的影响和变化;国际人道法和国际人权法对国际法其他领域(如条约法、外交保护法、国家责任法等)已经和正在产生辐射作用或变革效应;在国际人道法和国际人权法影响下出现的国际法人本化趋势,正在使国际法日益从“以国家为中心”转向“以个人为中心”(详见:Theodor Meron, *The Humanization of International Law*, Leiden: Martinus Nijhoff Publisher, 2006.)。中国的国际法学者,以曾令良教授为代表,认为:国际法人本化主要是指国际法的理念、价值、原则、规则、规章和制度越来越注重单个人和整个人类的法律地位、各种权利和利益的确立、维护和实现;现代国际法一方面注重建立和完善国家间共处与合作的和平与发展秩序,另一方面又致力于确立和维护“以个人为本”和“以人类为本”的人本秩序;国际法的人本化促进了一些经典的国际法部门不断增添新的法律概念、原则、规则和制度,如海洋法、空间法、外交保护法、引渡与庇护法等(详见:曾令良《现代国际法的人本化发展趋势》,《中国社会科学》2007年第1期,第89-103页)。

^⑦ 联合国大会1985年12月13日第40/144号决议。

所主张的公约第36条的规定不是个人权利是不成立的;相反,“领事通知权”是一项个人权利;^①欧洲理事会在2004年美国最高法院审理麦德林案时,其46个成员国就该案发表的“法庭之友”意见中指出:公约第36条规定的外国国民被逮捕或者拘禁后,具有立即被告知通知本国领事的权利;该项权利是个人权利,这不仅是公约所确定的,也是国际习惯法所承认的。此外,对《维也纳领事关系公约》采直接适用方式的国家在其国内司法实践中赋予受逮捕、监禁、羁押或拘禁的外国国民以“领事通知权”。如德国联邦宪法法院在2006年的一个判决中指出:德国将遵守国际法院在拉格朗德案和阿维纳案中确立的原则,即《维也纳领事关系公约》第36条规定的是被拘禁的外国国民的个人权利,这种权利是一种司法上可以执行的权利。^②再如美国,虽然其在国际法院主张“领事通知权”不是个人权利,但是美国国内司法实践却呈现出不同的做法:一些美国法院已承认《维也纳领事关系公约》的自动执行性决定了公约中包含着可执行的个人权利。例如2005年Jogi v. Voges案中,美国第七巡回上诉法院在判决中认为:《维也纳领事关系公约》第36条规定的是个人权利。^③对《维也纳领事关系公约》采转化适用方式的国家大多都在其国内立法中规定受逮捕监禁、羁押或拘禁的外国国民享有“领事通知权”。如英国、爱尔兰、新西兰、爱沙尼亚、波兰、瑞典、澳大利亚等。英国1984年《警察和刑事证据法》之第3部分就规定,在讯问犯罪嫌疑人之前,必须告知其享有领事通知权。

(二) “领事通知权”对海外中国公民权益保护的意

国际领事实践中,领事保护分为狭义和广义两种,对海外中国公民权益保护而言,狭义的领事保护虽然重要,但广义的领事保护更为普遍。广义的领事保护包括领事协助,即领馆和领事官员向派遣国(公)民(包括个人与法人)提供必要的帮助和协助。例如,提供国际旅行安全方面的信息、探视被羁押人员、协助聘请律师和

翻译、颁发护照及其他旅行证件、提供必要的证明文件、民事事务、司法协助事务、协助撤离危险地区等。设立“领事通知权”的意图在于通过提供领事协助以实现派遣国对在受国境内被限制或剥夺人身自由的派遣国(公)民权益的保护。具体而言,“领事通知权”对海外中国公民权益保护的意义主要体现在如下三个方面:

1. 有助提供法定联系渠道,从而确保及时的领事协助。

当海外中国公民在接受国境内被限制或剥夺人身自由时,其及时获得领事协助的前提是中国驻该国的领事机关获得领事通知。接受国主管部门有义务在领事条约规定的时间内尽速通知驻该国的中国使领馆,中国领事官员有权利(在与接受国间的法律关系中体现为权利)亦有义务(在与海外中国公民间的法律关系中体现为义务)在领事条约规定的时间内代表中国政府尽速与被限制或剥夺人身自由的海外中国公民取得联系,通过探视及沟通以了解和核实案件及涉案人员的具体情况,并视个案具体需要及时为相关海外中国公民积极提供领事协助,从而维护其合法权益。此外,还可在了解和核实案情后,通过与接受国主管部门沟通以争取尽快公正、妥善处理案件,以实现作为国籍国的中国对海外中国公民权益的保护。

2. 有助在接受国境内执法和司法程序中获得公正待遇。

中国基于国籍联系对处于外国属地管辖下的海外中国公民进行领事保护,以保障作为个案当事人的海外中国公民在接受国境内获得不低于接受国国民的程序保护,享有应有的程序公平,协助其在接受国的司法体制下维护自己的合法权益。《公民权利和政治权利国际公约》第14条规定:“(一)所有的人在法庭和裁判所前一律平等……(三)在判定对他提出的任何刑事指控时,人人完全平等地有资格享受以下的最低限度的保证:(甲)迅速以一种他懂得的语言详细地告知对他提出的指控的性质和原因;(乙)有相当时间和便利准备他的辩护并与他自己选择的

^{①③} Advisory Opinion OC-16, October 1, 1999, Inter-Am. Ct. H. R. (Ser A) No. 16 (1999), <http://www1.ume.edu/human-rihts/iachr/A/OC-16ingles-sinfirmas.html>. 转引自:谢海霞《论领事通知权的性质》,《中国政法大学学报》2009年第6期,第99页、100页。

^② Case Nos. 2 BvR2115/01, 2 BvR 2132/01, & 2 BvR 348/03. 60 NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT 499 (2007), The American Journal of International Law, Vol. 101, 2007年, p. 627.

律师联络; (丙) 受审时间不被无故拖延; (丁) 出席受审并亲自替自己辩护或经由他自己所选择的法律援助进行辩护; 如果他没有法律援助, 要通知他享有这种权利; 在司法利益有此需要的案件中, 为他指定法律援助, 而在他没有足够能力偿付法律援助的案件中, 不要他自己付费; (戊) 讯问或业已讯问对他不利的证人, 并使对他有利的证人在与对他不利的证人相同的条件下出庭和受讯问; (己) 如他不懂或不会说法庭上所用的语言, 能免费获得译员的援助; (庚) 不被强迫作不利于他自己的证言或强迫承认犯罪。……”可见, 《公民权利与政治权利国际公约》第14条确认程序公正源自基本人权。美洲人权法院在1999年10月1日发表的“在保障正当法律程序的框架内获得领事协助的信息权”的咨询意见中认为: 就程序公正而言, 被告必须能够行使他的权利, 有效捍卫他的利益并和其他被告处于平等地位。^① 而海外中国公民在接受国境内存在不熟悉当地法律及当地语言等不利因素, 可能导致在有关程序上不能享有与接受国国民相同的待遇, 因而需要采取相应措施来减少或消除此等不利因素, 否则这些障碍将损害或减损某人为自身利益所作的辩护, 而领事协助将大大增强其辩护的机会, 如: 领事可协助安排法律代表使其得到适当的法律帮助; 领事可协助安排译员使其得到语言帮助; 领事可旁听审判以监督程序是否合法公正。“领事通知权”将为被限制或剥夺人身自由的海外中国公民充分准备辩护和接受公平审判提供机会, 由此, 接受国境内那些执法和司法程序也更有可能是依法和以维护个人尊严的方式进行, 进而有助实现公正待遇。发达国家强调“领事通知权”对海外公民权益保护的重要性。例如, 英国外交部领事司于2002年制定了关于公正审判的国际标准, 下发给各驻外使领馆, 要求领事定时探视在海外被关押的公民, 如果接受国给他们的待遇低于最低国际标准时应提出抗议。美国国务院要求领事必须向国务院汇报每一美国公民被逮捕的时间, 所有领事应参加外国法庭对美国公民的听证和审判等。^②

3. 有助人道主义待遇的实现。

中国领事官员有权通过行使领事探视权, 与在接受国境内受监禁的中国公民进行面对面交谈, 详细了解和实地考察其伙食、居住、卫生和劳动环境等状况, 并可进一步了解是否在受监禁期间遭受酷刑, 据此为作为派遣国的中国监督被限制或剥夺人身自由的海外中国公民是否在接受国境内受到人道主义待遇提供可能和便利; 还可适时与接受国主管部门沟通交流, 请求解决存在的问题, 以有效确保此一待遇的实现。在一些接受国境内, 如美国、加拿大, 中国领事官员还有权直接为受监禁的海外中国公民提供生活和书写必需品。发达国家在其领事实践中相当重视保护海外公民在接受国境内的人道主义待遇。例如, 加拿大外交部要求领事官员学习酷刑知识以便领事官员能够辨识海外公民是否遭受酷刑并如何处理此类案件。^③

二、48个中外双边领事条约(协定)中“领事通知权”条款之比较

(一) 结构编排不统一

48个中外双边领事条约(协定)的结构编排并不统一, 通过比较, 主要体现为如下两种方式: 一种是不分章式规定, 如《中华人民共和国和美利坚合众国领事条约》、《中华人民共和国和日本国领事协定》、《中华人民共和国和亚美尼亚共和国领事条约》等。另一种是分章式规定, 基本上都是分成“定义; 领馆的设立和领馆成员的委派; 领事职务; 特权和豁免; (一般条款和) 最后条款”等五章。在不分章式规定中, “领事通知权”条款在条约(协定)中的结构位置无明显规律可循; 而在分章式规定中则可体现出如下规律: 基本上均将“领事通知权”条款置于“领事职务”这一章中做出规定。此外, 48个中外双边领事条约(协定)中的绝大多数均将“领事通知权”以专列一条的方式做出规定; 但有个别却将“领事通知权”以两个条文的方式做出规定, 如《中华人民共和国和德意志民主共和国领事条约》就用了第38、39两条; 亦有个别不专列一条, 而是在某一条中除了规定“领事通知权”, 还规定了其他领事保护

^① Advisory Opinion OC-16, October 1, 1999, Inter-Am. Ct. H. R. (Ser A) No. 16 (1999), <http://www1.umn.edu/humanrts/iachr/A/OC-16ingles-sinfirmas.html>. 转引自: 阙占文《论领事关系中的个人权利》, 《大连海事大学学报(社会科学版)》2011年第1期。

^{②③} 夏莉萍《领事保护机制改革研究——主要发达国家的视角》, 北京: 北京出版社, 2011年, 第208、212、210页。

权,如《中华人民共和国和澳大利亚领事协定》第11条第1、2两款规定了“领事通知权”,第3款则规定了领事代表派遣国国民以保护其权益的权利。

(二) 条款标题多样化

48个中外双边领事条约(协定)中,“领事通知权”条款的标题无一使用“领事通知权”,也并未统一使用某一表述,而是使用如下多种表述方式:“同(与)派遣国国(公)民(通讯及)联系”;“(关于)拘留、(逮捕)、(监禁)的通知和探视”;“在处理派遣国国民刑事诉讼事务中的权利”;“派遣国国民被拘留或逮捕时的职务”;“有关拘留和审判的领事职务”;“剥夺自由和会见”;“逮捕、拘留或驱逐通知和探视”;“保护和同派遣国国民联系”等。或者根本就不列该条款的标题,而直接规定其内容:如《中华人民共和国和匈牙利人民共和国领事条约》、《中华人民共和国和墨西哥合众国领事条约》和《中华人民共和国和日本国领事协定》等。

(三) 权利内容不一

由于1963年《维也纳领事关系公约》在处理“本公约与其他国际协定的关系”上规定:“本公约之规定不影响当事国间现行有效之其他国际协定。本公约并不禁止各国间另订国际协定以确认、或补充、或推广、或引申本公约之各项规定。”因此,48个中外双边领事条约(协定)在“领事通知权”的内容上体现出较大的不一致,当然这具有一定的合理性,因为国家间彼此给予的权利大小取决于双边外交与领事关系的发展程度。通过比较分析可归纳为如下三种规定方式:

1. 与《维也纳领事关系公约》中“领事通知权”内容基本一致或范围更窄。

48个中外双边领事条约(协定)中共有11个对“领事通知权”内容的规定与《维也纳领事关系公约》基本一致;共有27个在权利内容的范围上小于《维也纳领事关系公约》。

2. 对《维也纳领事关系公约》中“领事通知权”的具体实施予以细化。

48个中外双边领事条约(协定)中共有31个对“领事通知权”的具体实施各自做出细化,归纳如下:

(1) 31个中外双边领事条约(协定)对通

知时间做出细化;9个对通知内容做出细化。例如,《中华人民共和国和菲律宾共和国领事协定》第13条“拘留、逮捕通知和探视”第1款规定“遇有派遣国国民在领区内被接受国主管当局拘留、逮捕或以其他方式剥夺自由时,不论其本人是否请求,该当局应于四日内通知领馆有关该国民被拘留、逮捕或以其他方式剥夺自由的事实并说明原因。”

(2) 30个中外双边领事条约(协定)对领事首次探视时间做出细化;8个对今后继续探视时间做出细化。例如,《中华人民共和国和吉尔吉斯共和国领事条约》第12条“同派遣国国民联系”第3款规定“领事官员有权探视被逮捕、被拘留、被以其他方式剥夺自由或法院判决服刑的派遣国国民,同其联系和会见,并为其提供法律帮助。接受国主管当局对领事官员探视该国民的请求应在通知后三个工作日内作出安排,以后在规定的期限可继续提供探视,但不得少于两个月一次。”

(3) 6个中外双边领事条约(协定)对领事协助内容做出细化。例如,《中华人民共和国和美利坚合众国领事条约》第35条“与派遣国国民联系”第4款规定,领事官员“可协助安排法律代表和译员。”

(4) 2个中外双边领事条约(协定)对被限制或剥夺人身自由的派遣国(公)民反对其本国领事探视及协助的表示方式做出细化。例如,《中华人民共和国和日本国领事协定》第8条第3款规定:“如被逮捕、监禁、羁押或拘禁的国民书面明示反对为其采取行动,接受国主管机关向领事官员出示该书面材料时,领事官员应避免采取此种行动。”除此外,《中华人民共和国和俄罗斯联邦领事条约》亦有类似条款。

(5) 5个中外双边领事条约(协定)对领事与被限制或剥夺人身自由的派遣国(公)民交谈或通讯的语言做出细化。例如,《中华人民共和国和日本国领事协定》第8条第3款规定“领事官员有权探视领区内被逮捕、监禁、羁押候审或受任何其他方式拘禁的派遣国国民,使用领事官员选择的语言与其交谈或通讯,并为其安排法律代表。如交谈语言非接受国语言,应接受国主管机关的请求,领事官员应将交谈内容翻译成接受国语言后口头告知接受国主管机关。…”

3. 对《维也纳领事关系公约》中“领事通知权”内容的扩展。

48个中外双边领事条约(协定)中共有10个对“领事通知权”内容各自做出相应的扩展,体现如下:

(1) 扩展了“法律诉讼阶段的指控通知和领事旁听”。《中华人民共和国和美利坚合众国领事条约》第35条“与派遣国国民联系”第5款规定“倘遇派遣国国民在接受国受审判或其他法律诉讼,有关当局经领事官员请求应告知对该国民提出的指控,并应允许一位领事官员旁听审判或其他法律诉讼。”除此外,《中华人民共和国和越南社会主义共和国领事条约》、《中华人民共和国和越南社会主义共和国领事条约》、《中华人民共和国和柬埔寨王国领事条约》以及《中华人民共和国和澳大利亚领事协定》亦有类似条款。

(2) 扩展了“领事官员有权供给生活必需品”。《中华人民共和国和美利坚合众国领事条约》第35条“与派遣国国民联系”第6款规定“对于适用本条规定的国民,领事官员有权供给装有食品、衣服、医药用品、读物和书写文具的包裹。”除此外,《中华人民共和国政府和加拿大政府领事协定》亦有类似条款。由此,领事在保护人道主义待遇方面的协助内容不断充实,从而将“领事通知权”所追求的确保护、司法公正的目标得以进一步拓展。

(3) 扩展了“强迫离境或驱逐时的通知”。《中华人民共和国和意大利共和国领事条约》第12条“逮捕、拘留或驱逐通知和探视”第4款规定“遇有派遣国国民在领区内被接受国当局宣布强迫离境或驱逐时,接受国当局应事先通知领馆。因公共秩序和国家安全的重大理由需要驱逐和离境时,通知可在采取措施的同时进行。”

(4) 扩展了“司法判决和释放日期的通知”。《中华人民共和国和阿拉伯也门共和国领事条约》第13条“拘留、逮捕通知和探视”第6款规定“接受国主管当局应对派遣国国民的司法判决和释放日期通知领馆。”

(5) 扩展了“法律辩护协助”。《中华人民共和国政府和波兰人民共和国政府领事条约》第17条“拘捕通知和探视”第2款规定“领事官员有权探视被拘禁、逮捕或以其他方式剥夺自由的派遣国国民,以便同其交谈,为其提供协助,包括法律辩护并与其通讯。”除此外,

《中华人民共和国和阿根廷共和国领事条约》亦有类似条款。

(四) 接受国国内适用条款的规定不一

《维也纳领事关系公约》第36条第2款进一步就本条第1款在接受国国内的适用做出规定。据统计,48个中外双边领事条约(协定)中共有46个用单列一款的方式对该问题做出规定,但表述不一。通过将上述规定与《维也纳领事关系公约》第36条第2款相较,可得如下结论:仅有2个使用了与《维也纳领事关系公约》基本一致的表述;有22个将“接受国法律规章务须使本条规定的权利的目的得以充分实现”的表述改为“接受国法律规章的适用不应限制本条规定的权利的实施”,有3个改为“但以这些权利并不因此而取消为前提”;有11个除了进行上述更改外,还将“本条所规定的各项权利应依接受国法律规章行使之”的表述改为“领事官员在执行本条职务时,应遵守接受国的有关法律规章”;有5个将“法律规章”的表述改为“法律”或“法律、法规”;有3个仅规定“应遵守接受国的有关法律规章”或“在不损害本条所规定权利的条件下,领事官员应遵守接受国的法律规章”。此外,有2个无单列一款对此做出规定,体现如下:《中华人民共和国和南斯拉夫社会主义联邦共和国领事条约》第18条“剥夺自由和会见”第3、4两款规定:“使领事官员能够尽快会见以任何方式被剥夺自由的派遣国国民,并为其安排法律代表,除非接受国的法律规章不允许这样做;使领事官员能够依照接受国的法律规章会见在监狱中的派遣国国民并同他谈话。”《中华人民共和国和蒙古人民共和国领事条约》第31条“同派遣国国民联系”第1、5两款规定“领事官员可与本国国民会见和联系,为其提供建议,其中包括尊重接受国法律以及一切协助,必要时采取措施提供法律协助。…接受国不得以任何方式阻碍派遣国国民前往本国领馆或同领馆进行联系。”

三、48个中外双边领事条约(协定)中“领事通知权”条款之缺憾及完善

鉴于前文所述“领事通知权”在领事保护实践中具积极意义,且在对48个中外双边领事条约(协定)中的“领事通知权”条款进行比较分析中可见其相关规定均或多或少存在缺憾,因此,有必要在指明缺憾的基础上有针对性地予

以完善。具体而言,可从以下五方面着手:

(一) “领事通知权”条款的标题及结构编排有待统一化

如前所述,48个中外双边领事条约(协定)对“领事通知权”条款的标题及结构编排均无统一,鉴于目前国际领事实践、理论及相关国家的国内立法中已基本认可和使用“领事通知权”这一表述方式,例如,中国领事服务网中统一使用“领事通报”,英文文本表述为“Consular Notification”;《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第334条规定“外国籍被告人被逮捕、审判或者在案件审理中死亡,应当通知其所属国家的驻华使、领馆,并按照有关规定处理”;外交部、最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部联合发布的1995年《关于处理涉外案件若干问题的规定》中使用“关于通知外国驻华使、领馆问题”的表述;中国国际法理论界也基本上均认为《维也纳领事关系公约》第36条确立或创设了“领事通知权”。因此,建议在今后修正既有的中外双边领事条约(协定)及签订新的中外双边领事条约(协定)时在“领事通知权”条款前冠以该标题,以逐步实现统一化表述。结构编排上,亦建议在“领事职务”一章中分成两节规定:第一节 领事职务的一般性规定;第二节 领事保护。“领事通知权”单列一条放在该章第二节中规定。如是编排,更大裨益在于凸显领事通知不但是派遣国,亦是其国(公)民享有的一项权利,接受国和派遣国均应从各自义务角度出发,加强对该权利的保护意识。

(二) “领事通知权”内容在范围上至少应力求达到《维也纳领事关系公约》之规定

如前所述,48个中外双边领事条约(协定)中共有27个对“领事通知权”内容的规定在范围上小于《维也纳领事关系公约》,具体体现在“若被剥夺自由的派遣国国民明示反对为其采取行动时,领事官员应避免采取探访、与之交谈或通讯及代聘法律代表等行动”及“接受国主管当局对被剥夺自由的派遣国国民致领馆之信件应迅予递交”这两项权利内容上缺乏规定。这样的做法是有意取消这两项内容,还是无意之举?实践中,这两项权利的存在是必要的,尤其是被剥夺自由的派遣国国民对领事探视的接受与

反对权,充分体现了当事人意思自治。并且,我国国内法中对此有明确规定,具体体现在外交部、最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部联合发布的1995年《关于处理涉外案件若干问题的规定》第5条“关于探视被监视居住、拘留审查、拘留、逮捕或正在监狱服刑的外国公民以及与其通信问题”第1、4两款的规定中。由此,则出现了中外双边领事条约(协定)的规定与国内法规定相冲突的情况。而依据该规定第1条第3款“处理涉外案件,在对等互惠原则的基础上,严格履行我国所承担的国际条约义务。当国内法或者我内部规定同我国所承担的国际条约义务发生冲突时,应当适用国际条约的有关规定(我国声明保留的条款除外)。”因此,若中外双边领事条约中没有规定这两项权利,最终将不利于对在这些国家境内的中国公民的领事通知权的保护和实现。故而,虽然双边外交与领事关系的发展程度直接影响到领事通知权内容的范围大小,但若从有利于海外中国公民权益保护的角度出发,中外双边领事条约(协定)关于“领事通知权”内容的规定在范围上不应过窄,至少应力求达到与《维也纳领事关系公约》相一致。

(三) “领事通知权”具体实施的细化规定应予推广,但权利内容的扩展应合理

如前所述,48个中外双边领事条约(协定)中共有31个对“领事通知权”的具体实施做出细化,这些细化规定的内容均涉及到“领事通知权”条款在实践中得以有效落实的实体性规定。我国国内法有的已对此做出规定,有的也欠缺规定。具体体现于1995年《关于处理涉外案件若干问题的规定》第3条“关于通知外国驻华使、领馆问题”第2、3两款的规定以及第5条“关于探视被监视居住、拘留审查、拘留、逮捕或正在监狱服刑的外国公民以及与其通信问题”第1、4两款的规定中。然而,我国国内法也仅对“通知领事的时限、通知内容及被限制或剥夺人身自由的派遣国国(公)民表示反对其本国领事探视的具体方式”做出便于实践操作的细化规定,而对“首次安排领事探访的时限、今后可否再次探访及再次进行探访的时间安排;领事与被限制或剥夺人身自由的派遣国国(公)民进行交谈或通信时使用何种语言或文字及交谈或通信的内容是否有必要告知接受国主管

当局,以何种方式告知;领事提供协助的具体内容”这些重要的实践问题却缺乏细化规定。因此,在今后修正既有的中外双边领事条约(协定)及签订新的中外双边领事条约(协定)时,应在借鉴已有规定及领事保护实践经验教训的基础上对“领事通知权”具体实施的细化规定予以进一步推广。毕竟,海外中国公民“领事通知权”保护的效果在很大程度上取决于条款的可适用性。

如前所述,48个中外双边领事条约(协定)中共有10个分别从五个方面对“领事通知权”内容各自做出相应的扩展。应当肯定的是,前四项权利内容的扩展是值得推广的,因为其与前文所述的“领事通知权”的实际意义是完全吻合的,并可进一步促使其意义的实现。其中,领事旁听审判的权利在我国国内法中早已有相关规定,具体体现于1995年《关于处理涉外案件若干问题的规定》第6条第1款中。既然我国国内法及实践已如此操作,因此,在中外双边领事条约(协定)中也做出规定,对于海外中国公民在相关国家境内的“领事通知权”的保护是有利的,也是中国在谈判中应积极争取载入双边领事条约(协定)的,因为国际法上各国对于领事保护一般都实行对等互惠原则。至于第五项权利内容的扩展,即领事的“法律辩护协助”,则不应推广,甚至应在现已做出规定的双边领事条约(协定)中将该内容予以删除。其原因在于:领事官员在执行职务时一条很重要的底线是:不能干涉当地法律程序;不可干涉所在国的司法或行政行为。若在“领事通知权”条款中扩展规定领事官员在对被限制或剥夺人身自由的派遣国(公)民进行法律协助时包括为其进行法律辩护或在接受国司法机构面前为其申辩,由此,领事官员则对派遣国(公)民负有该项义务,而领事官员在实际工作中则很容易触及上述底线,从而易产生两国间不必要的纠纷,这反而会对处于接受国内的海外中国公民的权益保护产生负面影响,因为,从尊重国家主权原则出发,属地管辖居于优先地位。

(四)“领事通知权”条款在接受国国内适用的规定应力求一致严密避免分歧

如前所述,“领事通知权”条款在接受国国内适用的规定不一致且较为随意,笔者着实存在以下四种不解:其一,将“接受国法律规章务

须使本条规定的权利的目的得以充分实现”的表述改为“接受国法律规章的适用不应限制本条规定的权利的实施”,或改为“但以这些权利并不因此而被取消为前提”,这样的改动其意图是为了语义上令缔约国更好理解,还是为了减轻缔约国作为接受国的义务或责任,抑或仅是无意之举?其二,将“本条所规定的各项权利应依接受国法律规章行使之”的表述改为“领事官员在执行本条职务时,应遵守接受国的有关法律规章”,这样的改动是为了突出该条的内容是领事官员的职务之一,还是为了减损该条的权利效果,抑或是为了强调领事官员应遵守接受国的法律规章?其三,将“法律规章”的表述改为“法律”或“法律、法规”,是为了表述上更准确,还是为了排除对接受国规章的遵守,而仅强调对接受国法律法规的遵守,抑或连接受国法规也排除在遵守的规范性文件的范围之外,而仅强调对狭义理解的法律的遵守?其四,仅规定“应遵守接受国的有关法律规章”,是否有意排除接受国履行“接受国法律规章务须使本条规定的权利的目的得以充分实现”这一义务,而仅强调派遣国领事官员或相关派遣国国民的守法义务?这样的规定是否周全?笔者以为,《维也纳领事关系公约》第36条第2款的规定是较为成功的,其同时实现了如下几个效果:既突出了该条的规定是赋予派遣国及其国民以权利,又突出派遣国领事官员及其国民在行使权利时应遵守接受国法律规章,同时还强调接受国的义务,即在其境内有必要以法律规章确保派遣国领事官员及其国(公)民领事通知权的实现。与此同时,“法律规章”的表述凸显了所应遵守的规范性文件范围之广泛,既确保了派遣国与接受国相应义务的履行,又避免了在领事实践中对“法律”应做广义还是狭义上理解的分歧,从而将《中华人民共和国立法法》中的“法”均囊括其中。因此,中外双边领事条约(协定)关于“领事通知权”条款在接受国国内适用的规定完全可将《维也纳领事关系公约》第36条第2款照搬,而不应有意或无意做改动,尤其是不应做一些不必要的改动,从而不但造成条款表述上不一致,而且还易因理解不同而产生实践分歧。而实践分歧的最终受影响者仍是被限制或剥夺自由的海外公民。

(五)“领事通知权”的救济有待补充规定

“有权利即有救济”，早在英国 1703 年的 Ashby V. White 案中，首席大法官即宣称“如果原告拥有一项权利，他就必然要有维护和保持该权利的方法，如果他在行使权利时遭到侵害则必须要有救济，……个人得到救济，也就得到了权利；失去救济，也就失去了权利。”^①“领事通知权”受侵犯，当然应给予救济。例如，在 1999 年“拉格朗德案”中，国际法院就指出：美国要在以后的实践中确保《维也纳领事关系公约》第 36 条规定的权利得以实现，并要求美国考虑该条权利被侵犯的情况，自行选择方式，对有关刑事案件的定罪及量刑进行司法重审和复查。^②美洲人权法院在 1999 年 10 月发表的“在保障正当法律程序的框架内得到领事协助的信息权”的咨询意见中也一致认为：任何违反《维也纳领事关系公约》第 36 条的行为都应得到救济。^③此后，在 2004 年美国最高法院审理“麦德林案”时，欧洲理事会的 46 个成员国就该案发表的“法庭之友”意见中也指出：若当事国侵犯了“领事通知权”，就要建立定罪量刑的司法审查机制；拉美的 13 个国家，以及加拿大、墨西哥等国也都发表了“法庭之友”意见，一致认为：美国应对其侵犯该权利的行为采取救济措施。^④然而，救济的法律依据和措施是什么？这是一个有待解决的重要法律问题。《维也纳领事关系公约》之《关于强制解决争端之任择议定书》或许可作为提起救济的重要法律依据：其序言明确规定“对于公约因解释或适用上发生争端而涉及各当事国之一切问题，除当事各方于合理期间内商定其他解决方法外，愿接受国际法院之强制管辖。”然而，该议定书的规定在实践中却产生了争议：国际法院获得管辖权的依据是公约任择议定书中的管辖权条款，对于公约中的未决事项（这里指违反公约的救济问题，因为《维也纳领事关系公约》对违约责任问题没有做出规定），国际法院是否有管辖权？并且，该法律依据仅涉及派遣国的“领事通知权”受侵犯而提起的诉求，而对派遣国国（公）民的

“领事通知权”受侵犯而提起的诉求则缺乏明确的法律依据。虽然，针对接受国的国际不法行为，派遣国可在其本国国（公）民用尽当地救济后，为其行使外交保护权。但值得注意的是，在派遣国将该类案件提交国际法院管辖时，又可能引发管辖权的异议。例如，在“拉格朗德案”中，美国否认德国依据外交保护权提起的诉求，认为：外交保护权的法理依据是国际习惯法，无关公约的解释与适用。虽然国际法院在该案中否定了美国的此一观点，认为：尽管外交保护权是国际习惯法中的一个概念，但这一事实并不能阻止创设了个人权利的条约的一方当事国，根据条约中的一般管辖权条款，代表其国民提起国际诉讼。^⑤然而，国际法院的观点并不能从根本上彻底解决“领事通知权”救济的法律依据问题。并且，缔约国有权选择退出该任择议定书，例如，在国际法院就“拉格朗德案”和“阿维纳案”作出判决后，美国不但拒绝遵守和执行国际法院的判决，而且还于 2005 年 3 月宣布退出了该议定书，以防止国际法院将来的类似判决打乱美国国内的刑事司法体制，因为，在国际法院判决作出后，美国国内法院面临超过 100 个以上的请求对违反《维也纳领事关系公约》的有关刑事案件进行复审的诉讼。^⑥由此可见，《维也纳领事关系公约》本身未就权利救济问题做出明确规定在领事保护实践中实乃一大缺憾。此一情况下，最有效和最易实现的解决方法即是在各国间的双边领事条约（协定）中对该问题作出补充规定。然而，同样遗憾的是，在 48 个中外双边领事条约（协定）中无一提及此问题，多数仅规定“接受国法律规章务须使本条规定的权利的目的得以充分实现”或“接受国法律规章的适用不应限制本条规定的权利的实施”或“以这些权利并不因此而被取消为前提”，但是却并没有进一步规定若本条规定的权利在接受国无法得以实现或受到侵害时，在接受国境内以及国际法上应如何寻求救济。权利缺乏救济与法治原

① Ashby v. White, 90 Eng. Rep. 1188, 1189 (1702-03).

② 顾婷 《国际法院判决在美国国内法院的效力分析——以拉格朗案和阿维纳案判决为例》，《法学》2009 年第 6 期。

③ Advisory Opinion OC-16, October 1, 1999, Inter-Am. Ct. H. R. (Ser A) No. 16 (1999), <http://www1.umn.edu/humanrts/iachr/A/OC-16ingles-sinfirmas.html>. 转引自：谢海霞 《论领事通知权的性质》，《中国政法大学学报》2009 年第 6 期，第 99 页。

④ 王秀梅 《领事通知问题论要》，《法律科学（西北政法大学学报）》2009 年第 6 期。

⑤ 顾婷 《拉格朗案的国际法解读》，《华东政法大学学报》2008 年第 1 期。

⑥ 顾婷 《国际法院判决在美国国内法院的效力分析——以拉格朗案和阿维纳案判决为例》，《法学》2009 年第 6 期。

则是相悖的。在马伯里诉麦迪逊案中,美国的马歇尔法官曾言“公民自由的本质确切无疑地存在于每个人在遭受侵害时能够获得法律保护的权利,政府的首要义务之一就是承担这种保护……如果合众国的法律不能够向某项遭到侵害的既定法律权利提供救济,它就不配拥有‘法治’这样崇高的称呼。”^①因此,完全有必要在“领事通知权”条款中增加如下规定:遇有接受国侵犯本条所赋予派遣国领馆及派遣国(公)民之“领事通知权”时,派遣国可由于国家的条约权利受侵犯而请求解决其与接受国间的争端,派遣国亦可为其国(公)民的条约权利在接受国境内受侵犯而行使外交保护权。如断定接受国未尽到本条所规定之义务,接受国应对派遣国承担相应的国家责任,包括但不限于道歉、恢复原状(这里指对案件重新审查和定罪量刑)、保证不再重犯及赔偿。派遣国(公)民有权在接受国国内寻求救济,接受国应保证提供及时、充分、有效的刑事司法程序救济(至少包括重新审查和定罪量刑)及国家赔偿救济。如是既为“领事通知权”的救济提供了法律依据,又明确规定了违约的责任方式。双边领事条约(协定)的缔约国出于进一步维系和发展两国间领事关系

的需要,在较大程度上会遵循有约必守。由此,更深层次的意义得以实现:有效的救济将促使接受国内的执法和司法机关在对外国人执法和司法过程中更注重保护“领事通知权”。

在全球一体化的历史进程中,中外交往领域日益拓展,一方面,中国公民出国人数逐年递增,华侨人数越来越多,如何依法保护海外中国公民的合法权益成为负责任的中国政府不可忽视的问题之一,也对中国的领事保护工作提出更多的要求。另一方面,来华的外国人亦不断增多,中国境内涉外案件的数量也相应上升,基于不断崛起的大国地位,涉外案件处理中的合法性颇受国际社会关注。本文对“领事通知权”问题的研究对中国领事保护实践具有意义:其一,从作为接受国角度,理论不断完善将有利于中国从领事保护立法和实践方面善意履行所承担的相应国际义务,基于领事保护实践一般实行对等原则,故而我国关于“领事通知权”的国内立法与实践将直接影响海外中国公民相关权益的保护;其二,从作为派遣国角度,理论不断完善将有利于中国领事机关更好地在接受国内保护海外中国公民的“领事通知权”。

(责任编辑:李庆树)

Study on the “Consular Notification right” in Protection of the Rights and Interests of Overseas Chinese Citizens

——Comparison and Perfection of Related Clause in Sino-foreign Bilateral Consular Treaty as the Research Object

YAN Mei-Lin

(Law School, Fujian Normal University, Fuzhou 350117, China)

Abstract: Consular notification right is an important content of consular protection duties. To overseas Chinese citizens that personal freedom has been restricted or deprived, it helps to obtain timely consular assistance and justice and humanitarian treatment. In 48 Sino-foreign Bilateral Consular Treaty, consular notification right is provided. But, through comparative and inductive, the current rules are the following shortcomings: clause headings and structure arrangement; the scope of rights and the specific implementation; the domestic applicable terms; rights relief. For these reasons, put forward the following suggestions on the basis of terms from each other: clause headings should be unified for the “consular notification right”; structural arrangement should set in the “consular protection”; the right content should not be too narrow; right implementation should be detailed regulations; right content added in the reasonable part should be popularized; the representations of domestic application clause should be tight; right relief should be special provided.

Key Words: consular notification right, clause, comparison, perfection

^① Marbury v. Madison, 5 U. S. 137, 163 (1803).