

论华侨领事婚姻之法律适用^①

——以中外双边领事条约(协定)为视角

彭思彬

(福建师范大学法学院, 福建 福州 350117)

摘要: 目前没有任何法律明确界定“领事婚姻”的概念, 学界各种文献资料中对“领事婚姻”概念表述也不尽一致, 整体而言存在两点表述的模糊: 第一, 就结婚登记的对象而言, 并没有明晰“是否结婚当事人双方都为本国公民”还是“仅一方为本国公民”即可? 第二, 只强调了驻在国法律的许可, 并没有明确办理领事婚姻应当依据的法律。作为中国领事保护华侨权益的直接依据, 中外双边领事条约(协定)对领事婚姻有若干规定, 但其规定过于简单抽象并且各双边领事条约之间的规定不尽相同, 不足以明确据以确定领事婚姻的法律适用及其主体之权利义务, 应从“规范表述明确概念”、“明确适用法律”、“厘定适用法律范围”、“界定驻在国法律的强制性规则”等角度来予以完善。

关键词: 华侨; 领事保护; 领事婚姻; 法律适用; 双边领事条约(协定)

中图分类号: D99

文献标识码: A

文章编号: 1000-5285(2013)02-0049-09

《中华人民共和国归侨侨眷权益保护法》第二条规定, “华侨是指定居在国外的中国公民”。依据居住国的属地管辖权和中华人民共和国的属人管辖权, 海外华侨的基本权利受居住国法律和中国法律的双重保护。其中, 对华侨婚姻权益的保护, 既与华侨在居住国当地的实际生活状态息息相关, 同时也涉及到与婚姻有关的继承、商事交易等其他法律关系的稳定性, 并直接影响中国“走出去”战略中对海外利益的保护。随着当代国际人本化的暖流浸润和中国“外交为民”理念的提出和践行, 中国领事为本国公民提供服务的领域日益拓宽, 华侨婚姻权益与和谐世界观下的广义领事保护^②之联系日益凸显。

在驻在国认可的前提下, 中国领事为本国公

民到本国在驻在国的外交机关或领事机关办理结婚手续或举行结婚仪式的制度, 即进行领事婚姻登记, 便是中国领事为海外华侨提供服务从而保护其婚姻家庭权益的具体形式之一。然而何谓“领事婚姻”, 实际上目前并没有任何法律规定对其明确界定, 学界各种文献资料中对“领事婚姻”概念的表述也不尽一致, 存在对结婚主体和法律适用界定的模糊。作为中国领事保护华侨权益的直接依据, 中外双边领事条约(协定)虽然对领事婚姻有若干规定, 但其规定过于简单抽象并且各双边领事条约之间的规定不尽相同, 不足以明确据以确定领事婚姻的法律适用及其主体之权利义务。本文拟以完善中外双边领事条约(协定)中对领事婚姻的规定为视角, 探讨中国

收稿日期: 2012-12-24

作者简介: 彭思彬(1979—), 女, 福建宁德人, 福建师范大学法学院讲师。

① 标题中“华侨领事婚姻”, 并非专业法律概念, 系为突出“华侨”主体之权益保护而如此表述, 因而“华侨领事婚姻”指由中国领事为在驻在国工作生活的华侨进行婚姻登记的一种形式。华侨领事婚姻的法律适用则指中国领事在处理以华侨为主体的领事婚姻登记乃至解除等过程中进行法律选择从而确定其婚姻法律关系具体权利义务的活动。

② 前外交部长钱其琛主编的《世界外交大辞典》认为, 在国际实践中, 领事保护分为狭义和广义两种: 狭义的领事保护是指当派遣国公民或法人的权益在领区内受到不法侵害或损害时, 领馆或领事官员同领区内有关当局交涉, 要求制止不法行为, 赔偿本方所受损失; 广义的领事保护除上述内容外, 还包括领事协助, 即领馆和领事官员向本国公民或法人提供其他必要的帮助和协助, 例如提供信息、办理护照及其他旅行证件、公证、民事事务、司法协助事务等。

领事如何更好地保护海外华侨的相关婚姻权益。

一、领事婚姻探疑

(一) 领事婚姻概念质疑

何谓“领事婚姻”，目前并没有任何法律规定对其明确界定，即便是《国际私法》教材当中也鲜有对其明确解释。一般认为，领事婚姻是指在驻在国认可的前提下，一个国家允许侨居国外的本国公民到本国在驻在国的外交机关或领事机关办理结婚手续或举行结婚仪式的制度^①。这种概念存在两点的表述模糊：第一，就结婚登记的对象而言，这个概念并没有明晰“是否结婚当事人双方都必须为本国公民”还是“仅一方为本国公民”即可？即便有些概念中提到双方均为本国公民，但并未从要件性质上说明此为必要条件；第二，这个概念只强调了驻在国法律的许可，并没有明确办理这种领事婚姻应当依据的法律。

领事实践中，也有中国领事认为，中国领事婚姻登记，是指中国驻外国的外交、领事机构在不违反接受国法律规章的前提下，应婚姻当事人的申请，依中国法律规章为其办理婚姻登记并颁发相应证书的活动^②。也有少许《国际私法》教材当中采用类似上述界定^③。这种界定指出领事婚姻的法律适用应依据中国法律规章，但由于目前我国并没有《领事保护法》对领事保护的法律适用进行明确规定，2010年10月颁布的《中华人民共和国涉外民事法律关系适用法》中也没有规定“领事婚姻”的法律适用，因而无法为“依据中国法律规章”找到直接的法律依据。另外，从法理上说，即便明确了应当适用中国的法律规章，但所依据的中国法律从范围上说到底应当仅仅包括实体法呢？还是还应当包括冲突法规则？这个问题与结婚的主体是均要求为本国公民，还是允许另一方为其居住国公民或第三国公民又直接密切相关。同样，上述界定也没有厘清婚姻当事人双方是否均必须为中国公民。

因而仅根据目前学界对领事婚姻的表述和研究以及领事的实践归纳不足以解决中国领事为华侨登记领事婚姻所涉及的问题。那么，中外双边领事条约(协定)当中对领事婚姻的规定能够

解决上述疑问吗？中国有关的婚姻登记的法律法规中又是否有相关的规定呢？

(二) 中外双边领事条约(协定)以及中国法律规章对领事婚姻规定的商榷

截至2012年12月，中国政府与外国政府签订或重新签订了48个双边领事条约(协定)，在43个已生效和2个待生效的中外双边领事条约(协定)中，除中国—德国、中国—美国、中国—伊拉克、中国—加拿大与中国—尼日利亚5个协定未规定与“婚姻登记”有关的条款，其余40个协定都规定了与“婚姻登记”有关条款的双边领事条约(协定)，其对领事婚姻的规定呈现以下特点：

1、未对是否允许“领事婚姻登记”采取统一表述，没有关于“领事婚姻”概念的统一界定。

在40个有规定与“婚姻登记”有关的条款的中外双边领事条约(协定)中，中国—阿根廷、中国—日本两个双边协定只宽泛意义上规定了领事有“执行有关民事登记的义务”，应可推定为包含领事负有婚姻登记或登记婚姻的义务。其余38个双边协定中，中国—朝鲜、中国—德国、中国—匈牙利、中国—玻利维亚、中国—秘鲁5个双边协定中表述为“登记派遣国公民之间的结婚”，其余双边领事协定(条约)则表述为“办理与结婚有关事项(手续)，颁发结婚证书”。

应当特别说明的是，除却条约翻译表述习惯的影响，严格意义上说，“登记婚姻”和“婚姻登记”的内涵是不相同的。根据领事实践，“婚姻登记”是指“派遣国驻接受国的外交、领事机构的领事婚姻登记员在不违反接受国法律规章的前提下，应婚姻当事人的申请，依派遣国法律规章为其办理婚姻登记并颁发相应证书的活动，亦称领事婚姻登记”。而“登记婚姻”则指“派遣国驻接受国的外交、领事机构的领事官员在不违反接受国法律规章的前提下，依派遣国法律规章登记双方至少一方为派遣国公民(国民)在接受国主管当局所办理的结婚或离婚的活

^① <http://baike.baidu.com/view/975361.htm> 百度百科、<http://zhidao.baidu.com/question/147902913> 百度知道、互动百科。

^② 许育红 《漫谈当代中国领事婚姻登记》，《领事公证认证法律实务》，北京：法律出版社，2007年，第204-205页。

^③ 赵相林 《国际私法》，北京：中国政法大学出版社，2007年，第297页。

动”。^①笔者认为可理解为,前者是代表派遣国对结婚或离婚行为的效力“第一次确认”的行为,而后者是“派遣国”对“接受国”已经承认效力的结婚或离婚进行的“二次确认”,因此二者的区别是比较明显的。显然应当是领事执行“婚姻登记”职务才是本文所指的领事婚姻登记。那么,在双边协定中使用“登记结婚”的国家到底是否承认中国领事进行领事婚姻呢?这要结合实际来反向推定,显然表述的不规范不仅会给华侨们理解和运用上述条款会带来疑惑,也会给中国领事的实践带来麻烦。

2、对领事婚姻登记的法律适用规定仍然不够明确。

在现行有效或待生效的各双边领事条约(协定)中,有5个双边协议并未表述婚姻登记的法律适用(中国—南斯拉夫、中国—捷克斯洛伐克、中国—日本、中国—菲律宾、中国—柬埔寨);中国—波兰双边领事协定则只规定依据“派遣国法律”而未表明“派遣国法律”与“接受国法律”之间的关系;其余35个双边领事协定中对法律适用的规定最一般的表述为“在与接受国法律规章不相抵触的情况下,根据派遣国法律规章办理”或“不免除当事人遵守接受国法律规章的义务”,然而上述表述中并未说明派遣国的法律是否包括其冲突规则,如此规定仍会引发领事在实践适用法律的疑惑,因为如果领事婚姻登记中只有一方当事人为本国公民,而另一方当事人为居住国公民或第三国公民之时,就可能涉及到法律选择(下文将另行探讨此问题)。

3、对申请领事婚姻登记的结婚当事人的规定不尽一致。

尽管在现行有效或待生效的中外双边领事条约(协定)中,有39个双边领事条约(协定)中关于结婚当事人的主体最一般的表述均为“办理派遣国国民间的结婚手续并颁发结婚证书”,即只允许登记双方均为本国国民的婚姻。但《中华人民共和国和意大利共和国领事条约》第8条第(4)款规定,“如派遣国法律允许,办理派遣国国民与非接受国永久居民的第三国

民间的结婚手续”,《中华人民共和国和越南社会主义共和国领事条约》第43条第(4)款规定,“按照派遣国和接受国的法律规章,办理派遣国国民和第三国国民间的婚姻登记”。

值得注意的是,在中国—意大利和中国—越南两个双边协定之中,均规定了“派遣国法律允许”的前提,由于目前中华人民共和国《婚姻登记条例》第19条规定,“中国领事婚姻登记员只可为男女双方均居住于接受国的中国公民办理婚姻登记”,因而目前中国还未允许中国领事为华侨与第三国居民进行婚姻登记。

综上,中外双边领事条约(协定)中对领事婚姻的规定实际上也呈现了法律适用界定不明、主体不清、表述不一致的缺陷。虽然整体而言法律适用有大致共同的做法,中国《婚姻登记条例》的规定也可作为中国领事进行领事婚姻登记的依据,但从领事服务内容和范围不断扩大的趋势以及法律规定明确性、前瞻性的考量,从中外双边领事条约(协定)层面、中国法律层面对领事婚姻的主体和法律适用进行更明确界定,当属未雨绸缪。应结合国际法理论和法律适用理论对领事婚姻的法律适用进行进一步的探析并明确规定在相应的协定和法律当中。

二、领事婚姻法律适用析论

如上述,中国领事为维护华侨婚姻权益而提供的服务隶属于广义的领事服务的范畴,因而中国领事为华侨进行领事婚姻登记首先应遵循领事保护活动法律适用的一般规律。同时,由于婚姻领域是民商事法律冲突最为聚集的领域,中国领事在为华侨进行领事婚姻登记时,将涉及到进一步更具体的法律适用之特殊问题。

(一) 领事保护法律适用的一般原则

我国目前并没有《领事保护法》对领事保护的法律适用进行明确规定,以下结合国际法理论探析领事保护的法律适用。

依据《维也纳领事关系公约》,领事保护(Consular Protection)是指一国的领事机关或领事官员,依据本国国家利益和对外政策,于国际法许可的限度内,在接受国内保护派遣国及其国

^① 许育红《中外双边领事条约(协定)中“婚姻登记”与“登记结婚”的不同含义及其类别》,《领事公证认证法律实务》,北京:法律出版社,2007年,第204页。

民的权利和利益的行为^①。所谓的中国领事,即指中国驻外领事机构执行领事职务的官员。因而,就领事保护行为本身的法律性质而言,领事保护是一种主权行为,是一种公法行为,因而其具体法律依据首先应是拥有国家主权的本国国家的立法。然而领事保护又是一种影响国家之间关系的法律行为,其必须于国际法允许的限度内进行,其根本渊源是通过国家共同协商制订的、调整国家间领事关系的领事法,具体表现为国际公约和双边领事条约。因而,领事保护体现了国际法纲领性规范与国内法具体性调整之间的相互联系、相互补充的关系。同时,领事保护大多只是一种“初级阶段或准备阶段的“外交保护”^②,领事保护不可凌驾于驻在国的行政管辖或司法管辖之上,领事负有“不违背驻在国法律规章”的义务。

总之,领事保护行为法律选择的要义为,在《维也纳领事关系公约》及其议定书的框架下,以本国签订的双边领事协定及本国国内关于领事保护立法为直接依据,同时派遣国领事也负有不违反驻在国法律的义务。

(二) 领事婚姻法律适用的特殊问题

上述领事保护法律适用的一般原则自然应为中国领事在为华侨进行领事婚姻登记时所遵循,然而上述原则充其量只起到了在理论上选择法律体系的作用,而具体到领事保护中各种林林总总的具体涉外事务,领事的法律适用工作显然不止于此,婚姻领域中各国具体规定的不同则加剧了领事婚姻法律适用问题的复杂性。

首先,从法律适用的逻辑思路和领事工作的实践需要来看,即便已明确应适用的是中华人民共和国的法律,需要考虑的是,如为华侨进行婚姻登记的法律关系具有涉外性的情形下,是否要运用到中国涉外民事法律适用规则来确定最终的准据法从而确定具体权利义务呢?在涉外婚姻领域,我国一直就有规定法律选择规则,2010年颁布的《涉外民事关系法律适用法》中更是对婚姻法律适用规则进行了详细的并与以往有较大不同的规定,其对实践的影响应值得充分重

视。

其次,驻接受国领事还附有“不违背驻在国法律”的义务,领事在具体的工作中除了熟稔国际法规定之外,还要经常了解相关国家在各民商事领域中与中国的各种不同规定,尤其是应研究驻在国的法律在具体事务中的运用。具体到涉外婚姻领域,婚姻是各国民商事法律冲突最为凸显的领域,中国领事在这一领域的法律适用更应注意驻在国中哪些与本国法律有不同的具体规定,比如,驻在国法律当中到底哪些法律是在领事婚姻登记中必须遵守的,而哪些是不用遵守的。

下面就上述可能涉及到的特殊问题具体探讨:

1、领事保护中依据的本国法是否应包括本国的冲突法规则?

若仅将上述问题置于国际私法理论体系中探讨,答案似乎是显而易见的。国际私法解决的最核心问题即为法律选择。当调整涉外民商事法律关系中当事人之权利义务之时,依据国际私法法律选择的基本理论,有国际统一实体法条约的应当优先适用统一实体条约,无国际统一实体条约应当依据冲突规范来进行法律选择,而冲突规范的形式也包括本国缔结的与他国共同签订的冲突规范条约和本国制定的冲突规则。我国《民法通则》第142条^③也明确了上述各规范在法律选择中的效力。因而,国际私法理论体系中,调整涉外民商事法律关系当事人权利义务的机构所直接适用的本国法显然是包括了本国实体法和冲突法规则为一体的整个法律体系。这个论断应为国际私法的立法之基,立论之本。因而上述问题的答案应是肯定的,这似乎也应当是国际私法理论框架下的常识问题,无需探讨。

然而,如果没有更深一层次的探讨法律适用的方式,没有放诸问题于更广阔的国际法理论视域下,并无视国际私法法律适用在实践中产生的困境,对上述问题的结论就很有可能缘木求鱼、闭门造车,因而对实践问题的解决无益。对上述问题的答案如果跳出国际私法理论框架,则并非是顺水推舟式的完全得以肯定,而是存在疑问

^① 《维也纳领事关系公约》第5条第1款规定,领事职务包括“于国际法许可之限度内,在接受国内保护派遣国及其国民——个人与法人——之利益”。

^② 殷敏《外交保护与领事保护的比较研究》,《国际商务研究》2008年第4期。

^③ 我国《民法通则》第142条第1、2款规定“涉外民事关系的法律适用,依照本章的规定确定。中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同中华人民共和国的民事法律有不同规定的,适用国际条约的规定,但中华人民共和国声明保留的条款除外。”

的。这种疑问从本人与国际私法理论研究领域外的法学同行及实践部门工作人员的交流中也得以验证。而疑问归纳而言主要产生于以下几种原因:

第一,有说法认为,领事保护中领事适用本国法与国内相关机构适用本国法实际上存在一个“间接适用”和“直接适用”方式上的区别。具体到领事婚姻登记的法律适用可见,在有规定“法律适用”的35个双边领事协定中最一般的表述为“在与接受国法律规章不相抵触的情况下,根据派遣国法律规章办理”或“不免除当事人遵守接受国法律规章的义务”。显然,此时适用的“派遣国法律”是根据双边领事条约的指定而适用的,与本国相关机构因法律关系的涉外性而直接适用本国法律是不同的两种情形。上述双边领事条约关于法律适用的规定类似于“冲突规范”的作用,因此,此时被指向的“派遣国法律”就应当考虑是包括冲突规则与实体法规范在内的统一的法律体系还是仅指实体法,其本质类同国际条约是否允许“反致”现象的问题,而从国际条约缔结的实践来看,20世纪60年代以后签订的国际条约基本都排斥“反致”现象^①。尽管我们不能依据这种国际趋势就直接否定“领事保护中依据的本国法应当包括本国的冲突法规则”,但至少说明了上述问题的答案不能轻而易举的简单得出。

第二,关于“领事婚姻”的法律适用,据参与我国法律适用法立法业内人士介绍,在2010年10月正式颁布《中华人民共和国法律适用法》之前,其草案中曾经有规定,“领事婚姻登记,适用派遣国法律”。那么此时所指的“派遣国法律”到底是否包括其“冲突规则”呢?该条没有进一步说明。虽然有人说根据《中华人民共和国法律适用法》第一章第九条规定:“涉外民事关系适用的外国法律,不包括该国的法律适用法”,可推定此种情况也不包括“冲突规则”。笔者认为,第九条明确指明的是当指向“外国法律”之时才不包括冲突规则,而领事婚姻登记适用“派遣国法律”时实际上是指向本国法律,因而此种推定于逻辑上根基不稳,但反

向思考,亦无法得出直接包括冲突规则的结论。

第三,国际私法理论所核心规范的法律选择在领事工作的实践中并没有真正的付诸实施。从对领事工作的不成文调查结果看,领事在实践工作中所依据的“派遣国法律”、“驻在国法律”实际上都只考虑到了实体法,他们均未进一步考虑冲突法问题。这种适用的实践窘境也体现在民政部门对涉外婚姻的登记当中。依据民法通则司法解释对涉外性^②的判断,双方均为华侨回到内地进行婚姻登记仍然应属涉外婚姻法律关系,民政机关登记此类婚姻应适用双方的经常居住地法律。但自2011年4月1日《中华人民共和国法律适用法》正式实施之后,根据相关的调查^③,我国民政机关都仍然是直接适用中华人民共和国的婚姻法及婚姻登记条例。实践与理论的反差也不得不提醒我们重新审视“冲突规则”的是否“被包含”问题。

综上,由于国际私法理论上对法律适用方式的不同理解,我们不能直接得出“领事保护中依据的本国法应当直接包括本国的冲突法规则”的结论,立法规定的缺失令人疑惑,而实践中“法律适用”的窘境则更让“是否包括冲突规则”扑朔迷离。

然而,仔细分析上述疑惑可见,上述现象所述的“法律适用窘境”的直接原因主要在于,囿于我国立法限制,目前领事官员还只能为双方都为在驻在国经常居住的华侨登记婚姻,领事官员可能鉴于对此种情形涉外性认定的不同及适用本国法的方便,因而根本并未考虑到冲突规范的问题。然而,立法不能总是滞后,实践也不能总是屈从方便。如前述,从法律前瞻性的角度和领事服务内容的扩大趋势,将来也不排除进行领事婚姻登记的当事人一方为华侨,另一方为第三国公民,那么此种情形涉外性的认定是不容置疑的,此时中国领事应该如何进行法律适用呢?是直接适用中国有关婚姻法的实体规定,还是应依据中国有关婚姻法律关系的冲突法规则进行准据法选择之后再具体判定呢?因而,从立法上对“是否包括冲突规则”问题进行明确规定还是必

① 刘想树《国际私法基本问题研究》,北京:法律出版社,2001年,第157页。

② 《民法通则》司法解释第178条规定“凡民事关系的一方或者双方当事人是外国人、无国籍人、外国法人的;民事关系的标的物在外国领域内的;产生、变更或者消灭民事权利义务关系的法律事实发生在外国的,均为涉外民事关系。”

③ 目前调查的依据主要是外交部领事司领事致电民政部及其他民政机关的电话询问结果,暂未形成书面资料。

要的。至于将双边领事条约中对法律适用的规定类比“冲突规范”，并且20世纪60年代以后签订的大多数条约基本都排斥“反致”现象的这种理解，可以发现，所谓“大多数”只是一种概括性的估断，不能绝对排除少数条约“例外允许”。而且不能忽略，实际上当前的关于反致的争议已不再是要不要采用，而是在哪些领域采用的问题，传统的身份能力、婚姻家庭和继承正是其通常适用的领域，而且在国际条约大多数排斥反致的同时实际上还呈现了大部分国家国内法中增加适用“反致”并行不悖的趋势^①。因而是否应当“包括冲突规则”值得深思并应当明确规定在双边条约和本国立法中，以定纷止争。

那么到底应当规定“包括冲突规则”还是“不包括冲突规则”呢？当代国际私法法律选择追求个案的公平和正义，这种价值的彰显不能因为对效率和方便等价值的片面追求而被迫牺牲。笔者认为，从将来可能发生的领事婚姻登记实践来看，考虑冲突规则才是更体现对当事人权利义务的调整的公平和正义。

试举一例，假设某华侨男子定居国A国与中国签订有双边领事协定，协定中允许派遣国领事在驻在国的使领馆为至少一方为本国公民的婚姻进行办理和登记。2011年4月1日后的某日，该22岁华侨携第三国B国19岁公民（其经常居住地也在A国，A国法定婚龄为满18周岁）到中国驻A国领馆申请领事婚姻登记。此时中国领事应如何进行法律适用呢？

如若中国领事依据的法律只是中华人民共和国有关婚姻法律的实体规定，则直接按照中华人民共和国的婚姻法中规定的实体要件来进行判断效力，则该华侨男子不能获得合法的婚姻登记；然而，笔者认为此种法律适用有违法理，也有于实际不便之处：

其一，该华侨如若不是到我国驻A国使领馆进行领事婚姻登记，一般情形下还会有三种选择，即在A国即华侨居住国进行婚姻登记，或者到我国国内抑或是B国进行婚姻登记，当然该华侨也有权利到其他任何一个第三国去进行婚姻登记。但无论是上述的哪一个国家，由于都涉及到以外国国籍人为婚姻当事人，因而少不了要依

据涉外婚姻法律适用规则指引法律，然后再根据选定的法律判断实质要件及确定相关程序从而进行婚姻缔结，如若在该领馆不用按涉外婚姻缔结程序，而直接用中华人民共和国的法律，则有违国家法律适用统一的原则，另外也容易使领馆成为法律规避的场所。

其二，仅因为B国公民年纪不到我国的法定婚龄为由而拒绝为该华侨办理领事婚姻登记，是否徒增该华侨婚姻登记的麻烦，因而从实体上没有更好地保护该华侨的利益？因为如若适用法律选择规则，根据2011年4月1日开始施行新的《中华人民共和国涉外民事法律适用法》（以下简称《法律适用法》）第三章第二十一条的规定，“结婚条件，适用当事人共同经常居所地法律；没有共同经常居所地的，适用共同国籍国法律；没有共同国籍，在一方当事人经常居所地或者国籍国缔结婚姻的，适用婚姻缔结地法律。”该婚姻应该适用A国法，而B已达到A国的法定婚龄，而A国正是该华侨缔结婚姻后最有可能长期居住的地点。也就是说，认可该华侨男子婚姻的实质效力并未对我国产生任何实质上的影响，尤其是对我国的公共秩序和善良风俗。我国领事在实践中曾就本国公民未达法定婚龄在居住国缔结婚姻而出具过“结婚无妨碍证明”或“结婚无妨碍证明”或“具备结婚条件证明（主要用于日本）”等证明^②。笔者认为可以参考这种做法，考虑华侨婚后居住地并非在国内，此种婚姻自然并非一定要直接适用中华人民共和国婚姻法的实质要件判断，根据我国涉外婚姻法律选择规则来选择法律，能减少不必要的麻烦，也与“外交为民”的理念更相吻合。

笔者认为，当领事婚姻登记中涉及到本国公民与第三国国民为当事人的情形下其适用法律应当为包括法律适用规则在内的完整的派遣国的法律。

2、“领事婚姻”的“缔结地”识别问题。

普通婚姻的缔结中，“婚姻缔结地”或许是一个比较容易确定的物理空间地域所在，但在领事婚姻中却容易产生混淆。从当事人缔结婚姻的实际空间地理地域来看，婚姻缔结地应当是华侨的经常居住国；而从国际习惯法上使领馆享有

^① 赵相林 《国际私法》，北京：中国政法大学出版社，2011年，第123页。

^② 许育红 《中国领事在涉外婚姻登记等手续方面为本国公民提供的服务》，《中国公证》2006年第6期。

“视同”派遣国领土的权利来看, 缔结婚姻的地点又可视作为当事人的国籍所属国。实践中, 华侨的国籍所属国法律和华侨居住国法律关于婚姻的实质要件常常有别(特别是由于中国对法定婚龄的规定属世界最高, 常常可能在此项上无法满足实质要件), 识别的不同结果将直接影响该特定婚姻的法律效力, 特别是出现于当一方为华侨而另一方为未在华侨居住国有经常居住地的第三国公民申请领事婚姻登记的情形。

关于识别, 我国《法律适用法》第八条仅规定“涉外民事关系的定性, 适用法院地法律”, 并未规定对连结点的识别应适用的法律, 《法律适用法》和我国其他的实体法律也未对相关问题有任何的规定。笔者认为, 对领事婚姻中的“婚姻缔结地”的识别还是应借鉴国际公法理论, 将使领馆视为“浮动领土”, 华侨在中国驻接受国使领馆缔结婚姻的缔结地应识别为中国, 即华侨的国籍国。理由如下:

第一, 在适用最新《法律适用法》的情形下, 由于立法已在婚姻实质要件规定上采取了有条件的选择法律适用, 实践中基本上很少会出现既无共同居所地又无共同国籍, 最终又因要适用我国的高法定婚龄或无法满足其他婚姻实质要件而使得婚姻失效的情形;

第二, 即便此种情形确实发生, 但这毕竟是法律选择的结果, 当事人既然事先可以通过自己的行为选择“婚姻缔结地”, 这种选择导致的结果也是其应当接受和承担的, 这正是法律适用规范的预见性和指导性作用的体现。将其婚姻缔结地识别为“国籍国法”既不违背当事人的预期也不违背国际法理论。因而笔者认为, 仍是应将使领馆视为“浮动领土”, 华侨在中国驻接受国使领馆缔结婚姻的缔结地应识别为中国, 即华侨的国籍国。但最好有明确的立法或司法解释对此进行明确规范更为妥当。

3、领事婚姻中“不违背驻在国法律”的义务范围问题。

领事保护行为中领事负有“不违背驻在国法律”的义务, 那么在领事婚姻中, 真正不可违背驻在国的法律具体到底应该有哪些? 婚姻家庭领域是法律冲突最为突显的领域, 不同的国家在关于婚姻实质要件和形式要件的规定上可能有很大的不同, 那么, 在登记领事婚姻之时, 到底哪些要件的规定是中国领事所“不可违背”的

呢?

笔者认为, 如驻在国既已允许领事婚姻登记方式, 当事人也已选择婚姻登记方式, 那么形式要件方面的法律即便与中国的规定不同, 应当不用遵守。

那么, 实质要件方面而言, 是否所有与中国法律规定不同的就应当要遵守? 答案应当是否定的, 否则就如同直接依据驻在国法律进行婚姻登记无异。比如, 驻在国与中国关于法定婚龄的不同规定就不需要强行遵守。

借鉴国际私法中的“公共秩序保留制度”理论, 笔者认为驻在国法律中那些不得违背的“法律”也应是体现驻在国“公共秩序”的法律, 但到底体现“公共秩序”的法律规范的范围如何界定呢? 依据领事婚姻中实践, 不可违背的驻在国法律在婚姻领域一般主要集中在“禁止同性婚姻”和“禁止一夫多妻”、“禁止结婚的疾病”等等这样的禁止性实质要件当中。

随着国际人本化理念的影响, 以下的一些因素使得领事在具体领事婚姻登记中可能要重视若干问题。如关于禁止结婚的疾病问题。第一, 结婚的权利和生育的权利应可被作为独立的两种权利, 仅仅基于考虑影响子女健康而禁止结婚的观念应该得到重新审视。第二, 随着科学技术的发展, 许多遗传病现在是可以治愈的, 虽然各国卫生医疗水平高低不一, 但在驻在国被视为禁止结婚的遗传性疾病可能在派遣国或别的国家普通医疗条件下就可以治愈, 虽然当事人可以治愈后再进行结婚, 但实践中难免影响当事人的权利, 这种情况下该如何处理此种禁止性疾病要件的法律效力呢? 第三, 人本化理念的拂照下禁止某些疾病的人们结婚可能会被视为违反人权, 如, 艾滋病患者。总之, 由于我国婚姻法只对禁婚的疾病情形作了原则规定, 即“医学上认为不应当结婚的疾病”, 当驻在国的规定可能与中国的立法理念相违背时, 中国领事在具体的实践中应当注意谨慎解决上述问题。另外, 关于同性结婚问题, 实际上荷兰已经第一个将结婚制度适用于所有伙伴关系而不考虑他们的性别, 南非、西班牙和美国马萨诸塞州、纽约州等 38 个州已相继将“同性婚姻”合法化。在亚洲, 中国、日本和韩国正式将同性恋视为非罪非病, 因而类似上述问题到底是否就是影响驻在国公共秩序, 最好应在签订双边条约时依据不同的签订国有针对性地分

析并明确规定。

三、中外双边领事条约(协定)中对领事婚姻规定的完善

综上,作为中国领事为华侨在驻外使领馆进行婚姻登记的直接依据,我国目前签订的有效的外双边领事条约(协定)对领事婚姻在主体、法律适用等问题上的规定却均不够明确,将滋生实践操作的模糊性和恣意性,不利于对华侨婚姻家庭权益的保护。笔者认为应从以下几个方面进行完善:

第一,明确界定领事婚姻的主体,在各双边领事协定的规定中统一概念表述。

领事婚姻登记的主体到底应界定为必须双方都是本国公民,还是只要一方是本国公民即可呢?笔者认为,应当明确将领事婚姻登记的主体规定为“一方或双方为本国公民”,理由如下:

首先,领事婚姻在本质上是一国领事为便利本国侨民在境外缔结婚姻、简化程序而提供的一种服务,应以方便本国侨民为宗旨,因而需考虑到本国侨民可能采取的各种缔结婚姻的形式。就实践可能性而言,当华侨与第三国居民缔结婚姻之时,出于对本国法律的信任和熟稔以及省却程序麻烦的初衷,华侨可能会选择到中国驻当地使领馆要求领事婚姻登记,华侨的这种合理期待应该得以保护,因而拓展领事婚姻的主体也与我国“外交为民”理念是相应的。

其次,就法律前瞻性而言,已经有两个双边领事公约在此方面做出了规定(中国—意大利、中国—越南),将领事婚姻的主体拓展允许另一方为第三国公民,实际上并不影响实践中中国领事主要仍然是为双方都是居住在当地的公民登记婚姻的状况,只不过是将来可能发生的特殊状况提供解决的依据,因而未尝不可。

另外,将领事婚姻的主体拓展为允许另一方为第三国公民并不影响领事婚姻法律选择中法律体系的选择。根据上述对领事保护法律适用的一般原则探讨可知,不论主体如何,中国领事进行领事婚姻登记,都应当依据中国的法律规章进行登记,只不过要继续探讨所依据的中国法律到底是仅指实体法还是包含冲突规则,而后一问题的探讨并不因为主体的拓展而有所影响。

因此,在以后重新签订或修订中外双边领事条约(协定)之时,可以在这个领域明确界定领事婚姻的主体为“一方或双方为本国公民”,

并在各双边领事协定的规定中统一表述。

第二,明确界定领事婚姻登记应适用的法律。

要做到法律适用界定明确,应当包括三个方面的内容:

首先,应在所有的外双边领事条约(协定)中明确规定领事婚姻登记应依据“派遣国的法律”进行。理由在“领事保护法律适用的一般原则”中已述。

其次,应厘定适用法的范围,明确规定所依据的“派遣国的法律”是指“派遣国法律”的整体,既包括实体法规范也包括冲突法规则。有人担心此种规定会使得双方都是中国华侨的领事婚姻登记最终在法律选择上适用了双方的共同“经常居住国”法律而违背了实际上他们意图适用中国境内的实体法的初衷。但笔者认为,鉴于领事婚姻中的“婚姻缔结地”应识别为中华人民共和国,因而此种偶然具有涉外因素的情形下应作为类同国内婚姻法律关系定性进行法律适用,即直接适用中华人民共和国实体法律,既符合法理又不违背当事人的正当期望。而当另一方是未在居住国有经常住所的第三国公民之时,依据冲突规则,由于“婚姻缔结地”识别为中华人民共和国,最终的法律选择也将是中华人民共和国实体法律。

第三,明确规定“不违背驻在国体现公共秩序的强制性规则”,并尽量采取直接列举的方式表述。

相对抽象性地表述领事“负有不违背驻在国法律的义务”,明确规定“不违背驻在国体现公共秩序的强制性规则”更突出必须遵守的法律规范的判断标准,并且更切合婚姻家庭领域法律冲突极度凸显的实践。同时实践当中这种体现在婚姻家庭领域的强制性规则在数量上应当并不很多,可以在概括性的规定的基础上附加具体列举的方式进行立法,将更增加中外双边领事条约(协定)对领事乃至华侨的指导性。

四、结论

国际人本化暖流浸润下的当代国际法理念愈发尊重个人的价值体现和权益保护,与之对应的是中国外交领域中“外交为民”理念的提出与践行。上述实践要求中国领事能与时俱进,发现领事服务遇到的最新问题并更好地解决,最大程度保障海外华侨的权益。领事婚姻制度作为私法关

系和公法制度的结合,实际上体现了公法对私法的干预或保护,与上述理念可谓琴瑟和谐。其中,有些国家与中国签订的双边领事公约中已规定允许第三国国籍人与派遣国国民在驻在国领事馆进行领事婚姻登记。由此将产生法律适用上的一些新的具体问题,如,此种情况下领事保护中依据的本国法是否包括本国的冲突法规则?领事婚姻中的“婚姻缔结地”如何识别?领事婚姻

中“不违背驻在国法律”的义务到底集中在哪些范围?通过“规范表述明确概念”、“明确适用法律”、“厘定适用法律范围”、“界定驻在国法律的强制性规则”等角度对中外双边领事条约(协定)关于婚姻部分规定予以完善,既裨益领事保护的实践,也为完善今后各双边领事条约的签订奠定进一步的理论基础。

(责任编辑:李庆树)

On the application of the law about the Consul marriage

—an Analysis In the perspective of Sino – foreign bilateral consular treaties

PENG Si-bin

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

Abstract: The concept of “Consul Marriage” has not been defined by any law in China. The same is, the discussion about “Consul Marriage” from the academia varied from individual to individual. While the fussy theories have two defects in common: the one is the lose of definition about the subject of the Consul marriage, the other is the defection of the stipulation of the application of the law. As the direct grounds of the Consular protection by Chinese consul, the rules of “Consul marriage” in the Sino-foreign bilateral consular treaties also has the above two defects, thus they cannot guide the practice the Consular protection about the right of marriage of Overseas Chinese. In order to perfect the stipulations of Consul Marriage in the Sino-foreign bilateral consular treaties, the concept should be clarified and the subject and the application of law should be expressed clearly, etc.

Key Words: Overseas Chinese, Consular protection, Consul Marriage, The application of the law, Sino-foreign bilateral consular treaties