

中国领事保护立法的不足与改进

——以中外双边领事条约为主要视角

苏卡妮

(福建师范大学法学院, 福建 福州 350117)

摘要: 随着中国对外开放的深入, 走出国门的中国公民数量剧增, 领事保护成为保护海外中国公民权益的重要途径。由于涉及到派遣国与接受国的管辖权, 领事保护必须兼具国际法与国内法双重法律依据。针对中国领事保护立法的现状及存在的不足, 中国需要推动领事保护立法改革, 从对外缔结双边条约和对内加强国内法建设两方面构建一个系统化、法制化的领事保护机制。

关键词: 领事保护; 中外双边领事条约; 领事保护立法

中图分类号: D99

文献标识码: A

文章编号: 1000-5285(2013)02-0040-09

保护本国公民在国外的正当权益, 是各国外交和领事机构的重要职责。即使是定居海外的公民, 其权益在一定情况下也仍需要其国籍国的保护。在国际实践中, 领事对本国公民的保护必须由派遣国与接受国达成合意, 在符合国际法的前提下方能实施。领事保护立法除了国内立法之外, 还有国际条约。作为国际法主要渊源之一的国际条约, 其缔结行为实质就是国家间的立法行为, 只不过国际社会不存在一个专门立法机关, 其立法程序区别于国内法, 需要经过国家间谈判、签署、批准、交换或交存批准书等过程。根据《中华人民共和国宪法》和《中华人民共和国立法法》规定, 全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会行使国家立法权, 且《中华人民共和国宪法》第67条规定了全国人民代表大会常务委员会的职权之一便是“决定同外国缔结的条约和重要协定的批准和废除”, 其实质是中国与其他国家制定出适用于彼此关系

的权利义务之法律规则。另外, 包括《中华人民共和国民法通则》在内的许多民事法律或行政法规中都载有国际条约可在国内直接适用的规定^①, 许多学者都赞成国际条约属于中国法律渊源一部分的观点。因此, 中外双边领事条约的缔结构成中国与其他国家规范领事关系方面的立法行为。本文在辨析领事保护内涵的基础上, 通过分析中国领事保护立法的现状与不足, 对中国缔结双边条约工作与国内立法建设提出一些改进意见。

一、领事保护的内涵及法律依据

(一) 领事保护的内涵

根据1963年《维也纳领事关系公约》第5条“领事职务”的规定, 领事的职务非常广泛, 除了在国际法许可的限度内, 在接受国内保护派遣国及其国民^②(包括个人与法人)的利益, 还可以执行派遣国责成领馆办理而不为接受国法律规章所禁止、或不为接受国所反对、或派遣国与

收稿日期: 2012-12-24

基金项目: 本文系许育红主持的中国华侨联合基金资助项目《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: 苏卡妮(1976—), 女, 福建漳州人, 福建师范大学法学院讲师, 法学硕士。

^① 1986年《中华人民共和国民法通则》第142条第2款规定“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。”

^② 特别说明, 本文所举国际公约及双边领事条约里涉及的“国民”一词, 与中国国内法中“公民”一词的含义相同, 都包括个人与法人。全文框架下涉及中国法律规定或中国实践做法的使用“公民”表述, 而涉及条约规定或相互关系的使用“国民”表述。

接受国间现行国际协定所订明之其他职务^①。究竟何为“领事保护”呢? 钱其琛外长主编的《世界外交大辞典》中认为领事保护在实践中有广义和狭义之分。狭义的领事保护是指当派遣国国民的合法权益在接受国受到国际不法行为的侵害时, 领馆或领事官员同领区当局交涉, 以制止此种不法行为, 恢复受害人应享有的权利和利益。广义的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。^② 广义的领事保护还包括领馆及领事官员向派遣国国民提供必要的帮助与协助。从《维也纳领事关系公约》第5条的规定看来, 其所列举的13项职务都具有广义上的帮助或协助派遣国国民的意义, 因此都可纳入“领事保护”的范围。

“领事保护”除了体现国与国之间的关系, 即接受国与派遣国之间的“赋予保护权利与实施保护权利”的关系, 还体现国家与个人的关系, 即派遣国与本国国民之间的“保护与被保护”的关系。正如母亲对孩子的保护源于母子间的血缘纽带一样, 派遣国对本国国民的“领事保护”源于国籍这个法律纽带, 包含了预防性与实质性的照顾行动。派遣国实施的“领事保护”不仅包括本国国民权益受到侵害时与接受国当局的直接交涉, 也应包括与接受国有关机关进行沟通、协调, 以便对接受国有关法律规章不够了解并处于弱势地位的本国公民提供相应的

帮助与协助。因此, 本文所探讨的“领事保护”皆在广义内涵的基础上。当然, 也有一些发达国家将领事工作的内容称之为“领事服务”,^③ 其目的是为了体现领事服务对象与领事官员之间的平等地位, 在为其本国公民提供领事服务的内涵上仍属于广义的“领事保护”。

中国对外缔结的双边领事条约或协定,^④ 对“领事职务”的规定里都有一个基本条款, 就是领事在接受国有根据国际法保护派遣国及其国民的权利和利益, 并向派遣国国民提供协助的职务, 这应是“领事保护”的广义表述。不过中国外交部网站公布的2011年《中国领事保护和协助指南》, 对“领事保护”的理解却是狭义层面的, 是指“中国公民、法人的合法权益在所在国受到侵害时, 中国驻当地使、领馆依法向驻在国有关当局反映有关要求, 敦促对方依法公正、妥善处理, 从而维护海外中国公民、法人的合法权益”。但在实践中, 中国实施“领事保护”的范围已然超出了《中国领事保护和协助指南》的定义。例如, 中国使领馆2011年在利比亚撤离中国公民行动中实施的领事保护, 就是一种广义上的领事保护。使领馆协助中国公民(包括当地华侨)撤离发生战乱的利比亚, 明显带有预防性的保护作用, 而未必是利比亚的中国公民实际利益受损后的国家交涉行为。

(二) 领事保护的法律依据

使领馆及领事官员实施领事保护必须在国际

^① 1963年《维也纳领事关系公约》第5条规定“领事职务包括: (一) 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; (二) 依本公约之规定, 增进派遣国与接受国间之商业、经济、文化及科学关系之发展, 并在其他方面促进两国间之友好关系; (三) 以一切合法手段调查接受国内商业、经济、文化及科学活动之状况及发展情形, 向派遣国政府具报, 并向关心人士提供资料; (四) 向派遣国国民发给护照及旅行证件, 并向拟赴派遣国旅行人士发给签证或其他适当文件; (五) 帮助及协助派遣国国民——个人与法人; (六) 担任公证人, 民事登记员及类似之职司, 并办理若干行政性质之事务, 但以接受国法律规章无禁止之规定为限; (七) 依接受国法律规章在接受国境内之死亡继承事件中, 保护派遣国国民——个人与法人——之利益; (八) 在接受国法律规章所规定之限度内, 保护为派遣国国民之未成年人及其他无充分行为能力人之利益, 尤以须对彼等施以监护或托管之情形为然; (九) 以不抵触接受国内施行之办法与程序为限, 遇派遣国国民因不在当地或由于其他原因不能于适当期间自行辩护其权利与利益时, 在接受国法院及其他机关之前担任其代表或为其安排适当之代表, 俾依照接受国法律规章取得保全此等国民之权利与利益之临时措施; (十) 依现行国际协定之规定或于无此种国际协定时, 以符合接受国法律规章之任何其他方式, 转送司法书状与司法以外文件或执行嘱托调查书或代派遣国法院调查证据之委托书; (十一) 对具有派遣国国籍之船舶, 在该国登记之航空机及其航行人员, 行使派遣国法律规章所规定之监督及检查权; (十二) 对本条第(十一)款所称之船舶与航空机及其航行人员给予协助, 听取关于船舶航程之陈述, 查验船舶文书并加盖印章, 于不妨害接受国当局权力之情形下调查航行期间发生之任何事故及在派遣国法律规章许可范围内调解船长船员与水手间之任何争端; (十三) 执行派遣国责成领馆办理而不为接受国法律规章所禁止、或不为接受国所反对、及派遣国与接受国间现行国际协定所订明之其他职务。”

^② 钱其琛《世界外交大辞典》, 北京: 世界知识出版社, 2005年, 第1215页。

^③ 例如加拿大政府网站上将领事工作称之为“Consular Service”, 并为之设定了量化的服务标准“Service Standards”, 参见 <http://travel.gc.ca/about/assistance/consular/standards>。

^④ 参见《中国与外国缔结领事条约一览表》(截至2010年3月10日), 外交部网站, <http://www.fmprc.gov.cn/chn/gxh/zlb/tyfg/P020101214644087660445.doc>。

法允许的范围内进行,^①须是接受国与派遣国达成的合意,因此领事保护的主要法律依据是条约,包括国际公约和双边领事条约。另外,领事保护必须在接受国与派遣国的法律框架内实施,基于对接受国属地管辖权的尊重,领事开展工作除有特殊协议外,不能违背接受国的国内法。

中国领事保护的法律法规是“公认的国际法原则、有关国际公约、双边条约或协定以及中国和驻在国的有关法律”。^②1963年4月24日联合国大会通过的《维也纳领事关系公约》,是关于领事官员享受特权与豁免及行使领事职务方面最普遍的国际法依据。中国于1979年7月3日向联合国秘书长交存公约加入书,同年8月1日公约对中国生效。在双边条约方面,根据外交部的数据,从新中国建立至今,中国已经与建交国缔结了48个双边领事条约。另外,中国还与一些国家签订关于建立领事级关系的议定书,但这些议定书只是出于国际法上承认的需要,并不直接规定领事职务及业务内容。^③1990年中国还制定了《中华人民共和国领事特权与豁免条例》将《维也纳领事关系公约》的内容结合中国国情纳入到国内法体系中来。而中国外交部公布的《中国领事保护和协助指南》只是一种指导性的政策文件,尚不具备法律的地位与效力。除此之外,与领事工作相关的国内立法几乎没有。

《维也纳领事关系公约》虽然已有174个当事国,^④可仍有一些国家不是该公约的当事国,其与中国之间就不适用该公约。因此作为直接约束派遣国与接受国领馆工作的双边领事条约,是

领事保护方面最主要的法律依据。本文将主要从双边领事条约缔结工作的角度来探讨目前中国领事保护立法应予改进的地方。

二、中国领事保护立法的现状与不足

双边领事条约是领事开展所有工作时的最直接法律依据,海外公民怎样享有、在多大程度上享有本国驻外使领馆能提供的领事保护,是以双边领事条约为主要依据的。没有领事关系及领事条约的存在,对本国公民的“保护”将会更加复杂。然而从目前中外双边领事条约的缔结情况看,在领事保护领域仍存在一些不足。

(一) 中外双边领事条约的现状与不足

1、建交国家多,缔结领事条约少。

目前与中国有外交关系的国家达到已172个,^⑤遍布亚、非、欧、美、大洋五大洲。建立了正式外交关系,说明这些国家都愿意与中国和平交往,彼此开放国境提供人员来往,共同加强各方面的交流与互助。然而这172个建交国中,中国至今只缔结过48个领事条约或协定,除了已失效的条约外,实际与中国有双边领事条约的国家仅有47个(包括解体后继承条约的国家),其中欧洲19个国家,亚洲18个国家,美洲6个国家,非洲2个国家,大洋洲2个国家。^⑥由此看来,有双边领事条约关系的国家与中国正式建交的国家在数量上呈现出很不对称的比例,三分之一都不到,这对中国驻外使领馆对海外公民实施领事保护极为不利。根据中国国家旅游局的数据,2012年上半年中国出境人数已达3233万人,^⑦外国人入境旅游的数量达1345万。^⑧这么

^① 除了领馆以外,国际实践中也存在由派遣国的驻外使馆或由第三国驻接受国的使领馆提供领事保护的情形,因此本文所指的领事保护实施机关除了领馆以外,还包括使馆。

^② 2011年版《中国领事保护和协助指南》第五部分“寻求领事保护的常见问题”中第1条规定了“领事保护的方式主要是依法依规,向驻在国反映有关要求,敦促公平、公正、妥善地处理。依据的法规,主要包括公认的国际法原则、有关国际公约、双边条约或协定以及中国和驻在国的有关法律。”

^③ 如1971年《中华人民共和国和圣马力诺共和国关于建立领事级正式关系的议定书》仅有4个条款,只涉及两国相互承认及建立领事级正式关系。

^④ 参见联合国网站数据库,http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=III-6&chapter=3&lang=en。

^⑤ 《中华人民共和国与各国建立外交关系日期简表》(截至2011年7月31日),外交部网站,http://www.fmprc.gov.cn/chn/pds/ziliao/2193/。

^⑥ 这47个国家分别是美国、马其顿、斯洛文尼亚、波斯尼亚、黑塞哥维那、波兰、朝鲜、匈牙利、意大利、蒙古、墨西哥、保加利亚、捷克、斯洛伐克、土耳其、老挝、伊拉克、也门、古巴、阿根廷、罗马尼亚、印度、突尼斯、哈萨克斯坦、立陶宛、巴基斯坦、乌克兰、摩尔多瓦、玻利维亚、土库曼斯坦、白俄罗斯、吉尔吉斯、阿塞拜疆、秘鲁、乌兹别克斯坦、亚美尼亚、格鲁吉亚、克罗地亚、加拿大、越南、澳大利亚、俄罗斯、尼日利亚、新西兰、日本、菲律宾、柬埔寨。

^⑦ 《今年1-5月中国出境人数达3233.39万人次》,腾讯网,2012年6月28日,http://finance.qq.com/a/20120628/007553.htm。

^⑧ 《2012年1-6月入境旅游外国人人数》,中国国家旅游局网,http://www.cnta.gov.cn/html/2012-7/2012-7-25-16-13-38460.html。

庞大的人员流动,对领事保护工作提出了更大的数量需求与更高的质量要求。领事条约的存在对领事关系的确立、领区范围以及领事业务的开展具有重要意义,是派遣国与接受国之间人员往来时进行友好沟通以保障本国公民合法权益的法律依据。如果缺乏双边领事条约,在一些国家开展对中国公民的保护工作将无法可依。亦或可以《维也纳领事关系公约》为国际法依据,但该公约规定过于抽象而无法具体指引领事工作,且制订时间距今半个世纪,其内容具有一定的滞后性。而且许多建交国并未加入该公约,仍需通过双边领事条约来确立具体的领事职务及业务。

2、条约中领事保护程度有差异。

在国际法人本化的趋势下,国家保护本国公民在海外的正当权益是政府尊重和保障公民权益的体现,这种趋势也体现在相应的领事条约里,比如为在国外被逮捕或拘押的本国公民提供领事保护。许多中外双边领事条约里都规定了领事通知权,遇有派遣国国民在领区内被逮捕、拘留或以其他方式限制自由时,一般接受国主管当局要在一定期限内(一般是3~7天)通知领馆,如1989年签订的《中华人民共和国和土耳其领事条约》第13条第1款规定,“遇有派遣国国民在领区内被拘留、逮捕或以其他方式剥夺自由时,接受国主管当局应尽速、最迟在五天之内通知领馆。”1989年《中华人民共和国和伊拉克共和国领事条约》第12条第2款规定“遇有派遣国国民在领区内被逮捕、拘留或以其他方式限制自由时,接受国主管当局应自该国民被逮捕、拘留或以其他方式限制自由之日起七天内通知领馆。”但同时期签订的另外一些条约则未规定具体期限,只用了“尽速”一词,如1989年签订的《中华人民共和国和老挝人民民主共和国领事条约》第13条第1款规定“遇有派遣国国民在领区内被拘留、逮捕或以其他方式剥夺自由时,接受国主管当局应尽速通知领馆。”那么原本24小时之内即可通报的,接受国主管当局可以拖到3~7天后才通知派遣国领馆。因为“尽速”一词可以有多种理解,接受国当局可以做任意解释,这使得领事官员无法在第一时间对海外中国公民开展有效的领事保护工作,可能对被限制自由的中国公民造成不利。由此看出,目前的双边领事条约里涉及到公民权益保护的程度是存在一定差异的,有的条约呈现符合国

际趋势的较高保护水准,而有的条约对此含糊不清。尽管从字面上看来不是特别明显,但在实施领事保护的实际操作上便会存在效率及效果上的差异。

3、条约中领事保护业务的内容有差异。

根据前述领事保护的内涵,凡是领事职务范围内的事项,都可能成为领事保护的内容,即在领事办理的涉及本国公民利益的业务中就体现了领事保护。一般情况下,双边领事条约皆赋予领事官员保护、协助派遣国国民、船舶、航空器的职权,但在具体领事保护业务方面还是存在一些差异。以领事婚姻制度为例,一般情况下缔约国准许各自的领事办理在国外的本国公民的婚姻登记。而随着中国公民到境外的人数增加,为解决海外中国公民的结婚问题,适用领事婚姻制度极有必要。许多双边领事条约都赋予领事官员办理派遣国国民间结婚手续的权利,如1986年签订的《中华人民共和国和墨西哥合众国领事条约》第10条和1996年签订的《中华人民共和国和格鲁吉亚共和国领事条约》第9条都规定,领事官员可以根据派遣国法律规章办理派遣国国民间的结婚手续并颁发相应证书。而出现许多涉外婚姻的今天,为了给当事人提供法律上的便利,领事官员还在登记婚姻方面被赋予更多的行政权力。如1989年签订的《中华人民共和国和土耳其共和国领事条约》第10条第1款规定,除了为均为派遣国国民的缔结婚姻双方办理结婚事宜并出具相应证书外,领事官员还有权登录双方或一方为派遣国国民在接受国所办理的结婚或离婚。这样在领事办理婚姻登记方面就出现了两种趋势,一种是谨慎保守地从属人主义出发仅根据派遣国法律为派遣国国民办理结婚手续并予以登记,另一种则是开放性地认可当事人在接受国办理的结婚或离婚效力,只要其中一方是派遣国国民即可,扩大了领事婚姻的适用对象。虽然这种领事业务内容上的差异是由派遣国与接受国两国的友好程度、人情风俗、道德标准以及国内法差异等因素决定的,但若采取过分保守的态度显然给涉外婚姻的当事人在确认婚姻效力、财产继承及分割等方面带来诸多限制和不便。

(二) 国内立法的现状与不足

基于派遣国与接受国双方对本国公民的属人管辖权及对方国家属地管辖权之相互角色转换,双边领事条约中仍会涉及派遣国与接受国各自的

法律规章,因此领事保护工作离不开双方的国内立法。中国虽然在宪法中对条约的地位没有明确规定,但一些民商事法律中规定,遇到中国缔结或参加的国际条约与国内法有不同规定的,适用国际条约的规定,中国保留的条款除外。说明在中国的民商事领域,条约地位是优先于国内法的。而双边领事条约中赋予领事的职务有相当大一部分是涉及到派遣国公民的民商事权益的,因此相较于双边领事条约而言,国内的领事保护立法属于间接一些的法律依据。

1、领事保护的主体有局限。

根据《维也纳领事关系公约》和相关双边领事条约的规定及实践来看,领事保护的主体应是接受国境内的“派遣国国民”,即具有派遣国国籍的自然人和法人。目前的国内法对中国驻外使领馆实施领事保护的主体规定得很含糊,没有明确提及是否包括所有的海外中国公民。《中华人民共和国宪法》第50条规定“中华人民共和国保护华侨的正当的权利和利益,保护归侨和侨眷的合法的权利和利益”。中国有一部《归侨侨眷权益保护法》,却没有专门的《华侨权益保护法》,也没有涉及其他海外中国公民的保护法。根据《归侨侨眷权益保护法》的规定,华侨是指定居在国外的中国公民,归侨是指回国定居的华侨,侨眷是指华侨、归侨在国内的眷属。归侨和侨眷都是定居中国的本国公民,对他们的权益保护是由有关部门根据中国国内法来实施的。定居国外的华侨,虽然要受所在地国法律的管辖,但只要其一直具备中国国籍,仍是中国公民,在一定情况下也是领事保护的主体。除了大量的华侨以外,每年出国留学、探亲、旅游的中国公民数量还在逐年递增,领事工作的服务对象并不局限于华侨,还应包括其他走出国门的中国公民。目前只有《中国领事保护和协助指南》说明了“凡是依照《中华人民共和国国籍法》具有中国国籍者,都可以得到中国政府的领事保护”,但是指南本身不具备法律性质,没有法律强制力。另外,所有的中外双边领事条约里对双

重国籍人如何实施领事保护没作规定,但这又是很现实的问题。根据《中华人民共和国国籍法》的规定,中国不承认中国公民具有双重国籍。而《全国人民代表大会常务委员会关于〈中华人民共和国国籍法〉在香港特别行政区实施的几个问题的解释》中事实上又承认了香港同胞可以具有双重国籍,^①假如说这些同胞持外国护照或者外国政府签发的有关证件去中国以外的国家或地区旅行,期间发生紧急事件,那么中国驻外使领馆能否为其提供领事保护?解释里并未明确规定。澳门同胞也存在同样问题。

2、领事保护与外交保护的区分不明显。

对“领事保护”的内涵给予明确界定非常重要,否则领事保护的实施机关、对象、内容、实施前提、法律责任等问题也会随之发生混淆,尤其是领事保护与外交保护之间的混淆。2009年《中华人民共和国驻外外交人员法》虽然将“领事”纳入驻外外交人员的定义里,但未对领事具体职责作出规定,未将领事官员与外交官职责作出区分。除此之外,没有相关的国内法专门规定领事职责及领事保护问题。外交官在两国没有领事关系时,只有在接受国不反对的情况下,才能代行领事职责。而领事实际从事的领事保护工作,与外交保护是有区别的。外交保护的实施必须非常谨慎,须以对方国家存在国际不法行为的国际责任以及被保护者“用尽当地救济”为前提。而领事保护的领域很广泛,只要不被接受国的国内法所禁止或反对,不必等到损害实际发生后就可以实施。因此,应当在立法中将领事保护与外交保护的实施条件作出区分,避免滥用外交保护引起不必要的国家纠纷。

3、领事保护的程序与标准不明确。

自2000年中国外交部首次发布《中国领事保护和协助指南》(2007年之前的名称是《中国境外领事保护和协助指南》)以来,指南的版本不断更新,为中国公民在国外旅行、工作、学习或居留期间,通过中国驻外使领馆维护自己正当

^① 《全国人民代表大会常务委员会关于〈中华人民共和国国籍法〉在香港特别行政区实施的几个问题的解释》的有关规定为:“二、所有香港中国同胞,不论其是否持有“英国属土公民护照”或者“英国国民(海外)护照”,都是中国公民。自1997年7月1日起,上述中国公民可继续使用英国政府签发的有效旅行证件去其他国家或地区旅行,但在香港特别行政区和中华人民共和国其他地区不得因持有上述英国旅行证件而享有英国的领事保护的权利。三、任何在香港的中国公民,因英国政府的“居英权计划”而获得的英国公民身份,根据《中华人民共和国国籍法》不予承认。这类人仍为中国公民,在香港特别行政区和中华人民共和国其他地区不得享有英国的领事保护的权利。四、在外国有居留权的香港特别行政区的中国公民,可使用外国政府签发的有关证件去其他国家或地区旅行,但在香港特别行政区和中华人民共和国其他地区不得因持有上述证件而享有外国领事保护的权利。”

权益提供了指导性意见。但是这份指南的缺陷也是显而易见的。首先，指南仅是指导意见，本身不是法律规章，没有法律约束力，不能成为海外公民提出领事保护请求的法律依据；其次，指南中所指的“领事保护”是狭义的领事保护，仅针对中国公民、法人的合法权益在所在国受到实际侵害的情形，属于事后保护，未规定权益可能遭遇损害情形时的事前保护。而中国在2011年利比亚内战及日本海啸后撤离中国公民的行为，实质就是一种事前保护。且近年来国际安全形势错综复杂，海外公民面临的风险有所增加，既有各类突发事件或不可抗力的风险，也有基于中国经济增长水平、人民收入水平提高所面临的人身或财产潜在风险。领事保护应该注重事前的预防、指导及事后各部门的应急、协调，而指南中缺乏对领事保护的预警、应急及协调机制的规定。第三，指南未对领事保护实施的程序及标准作出规定，缺乏可操作性，令海外公民无法得到更具体的指引，影响实施保护的效率。

三、对中国领事保护立法的改进建议

“由于国际相互依存的发展，国际交流的机会增多，交往和联系渠道也越来越多样化，民间外交的力度和效率都有大幅度提高，每一个人都有可能利用自己的国际交流机会，如经商、学习、文化交流、访问、旅游、通信或网上对话等方式，通过与国际友人相识、沟通，增进相互了解和缔结友谊，从而对化解国家之间的互不信任和敌对有所裨益”。^①通过立法完善领事保护机制来保护从事这些交流工作的公民的正当权益，反过来也为中国构建良好的国际政治交往环境提供契机，两者相辅相成。中国领事保护立法应当在以下方面予以改进：

（一）推动双边领事条约缔结工作，为领事保护提供最直接的法律依据

1、通过增加双边领事条约的缔结数量，提高对公民权益的重视。

在2010年一年里，中国与其他国家签订的涉及到互设领事馆或互派领事的双边文件达到

12项，在同年里中国对外签订的双边条约64项里占了1/5的比例，^②说明中国政府已经意识到了领事关系的建立和发展对于进一步推动改革开放、引领中国对外各方面充分交流的重要性。不过基于目前各大洲国家的安全程度不一，海外中国公民的权益保护更需要构建稳定性与灵活性兼具的领事保护机制。灵活是指外交手段的运用，稳定则是法律制度的构建与完善。有学者分析，各洲的安全程度大致分为三个级别，其中亚洲和非洲是最不安全的；欧洲和美洲其次；大洋洲最安全。^③从中国目前缔结双边领事条约的情况看，除大洋洲本身国家数量就少之外，中国恰恰与亚非两洲国家的缔约数目最少。亚洲46个国家，中国有外交关系的45国，有双边领事条约的才18国；非洲54个国家，中国有外交关系的50国，有双边领事条约的仅2国。在一些局势不稳、治安不佳的亚、非国家，例如叙利亚、利比亚等国，中国都未与之签订双边领事条约。当然，没有领事关系或未设立领馆并不意味着无法实施保护，中国在建国国内还可以通过驻外使馆行使领事保护职责，但如今中国公民出境旅游目的国和地区已达140个，^④这样无疑加重了使馆及外交官的工作量，还可能导致保护时间的拖延，并且直接的外交交涉容易产生“干涉”之嫌，不利于国家关系的良好推动。通过双边条约设立领区则有利于领事直接与当地政府打交道，高效率实现公民权益的保护。中国政府今后还是要推动与建交国之间缔结双边领事条约方面做更多努力，要在当前多极化格局中，团结广大发展中国家，与之建立和平友好的相互依存关系。增加双边领事条约的缔结数量，不仅是对国际环境的改善，也是对本国海外公民利益的长远保障。

2、缔约内容上注重提高领事保护本国公民利益的程度，实现政府“以人为本”的职能。

第二次世界大战后，国际人道法和国际人权法的发展，推动了国际法“人本化”趋势的增强，“国际法的理念、价值、原则、规则、规章

① 俞正樑《全球化时代的国际关系》代序，上海：复旦大学出版社，2009年，第8页。

② 《2010年中华人民共和国与外国签订的主要双边条约一览表》，外交部网站，<http://www.fmprc.gov.cn/chn/pds/ziliao/tytj/tyfg/t812056.htm>。

③ 钟龙彪《保护中国公民海外安全与权益研究综述》，《求知》2011年第11期，第41页。

④ 《中国已批准140个国家地区为公民出境旅游目的地》，新华网，2011年12月28日，<http://www.chinanews.com/gn/2011/12-28/3566385.shtml>。

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。”^①与之相对应的,是各国政府加强了“以人为本”的立法工作,许多国家不仅在国内设置了较高的领事服务标准,进行领事保护制度改革,还致力于在条约中相互推动本国公民权益的保护程度。如1997年的《中华人民共和国政府和加拿大政府领事协定》,在领事职务的规定方面与其他双边领事条约基本一致,但增加了一条“关于旅行方便”的规定,赋予自称具有中加双重国籍的公民在两国间旅行的便利,并规定如果司法和行政程序妨碍派遣国国民在其签证和证件有效期内离开接受国,该国民不应失去派遣国领事的会见和保护权。而前一年即1996年中国缔结的两项双边领事条约里则无此规定。显然1997年的中加领事协定扩大了具有缔约国国籍的双重国籍人的旅行自由,并且强化了派遣国国民与本国领事联络及获得保护的机会。今后中外双边领事条约的内容中应该注重提高对中国公民保护的力度,并对各大洲的中国公民一视同仁,平等对待。比如一些在海外犯罪的中国人或者偷渡者,其本质上还是一个具有完全人格的“公民”,除了承担其该承担的相应法律责任外,应享有与其他中国公民同样平等公正的待遇,不能因为其是犯罪嫌疑人或偷渡分子就忽略了对他们的保护。

3、在尊重接受国属地管辖权的基础上,对领事保护的职务赋予更具人性化的职责。

领事官员大多数工作是在接受国许可的范围内执行国内政府机关的一些行政管理职能及为本国公民提供协助,处理的是比外交官更加琐碎具体的行政事务,在领事婚姻、民事登记、证照颁发、协助本国船舶航空器等方面往往要以国内法的规定为依据。虽然派遣国根据时代发展需要拓展领事职务的具体内容,但在接受国境内实施本国法,可能会与接受国的国内法发生冲突,则不应忽视接受国管辖权的属地优先性。国际法上认为属地性是管辖权的首要根据,“即使一个国家对它的国外国民有属人管辖权,只要他们是在另一个国家的领土内的,该国行使属人管辖权的能力就受到了限制”。^②综观中国已缔结的48个领

事条约或协定,领事职务基本上都在条约体例的第三章部分,一般都分为基本职务与具体职务。多数条约在“基本职务”的规定里都会强调,领事官员可以在条约呈现的职务以外执行派遣国授权而不为接受国的国内法所禁止或接受国反对的其他职务,但也有的领事条约在“基本职务”里缺乏此项规定,仅在后面“具体职务”的规定里赋予领事官员在不违反接受国法律的情况下办理具体业务。例如1987年签订的《中华人民共和国和保加利亚人民共和国领事条约》仅在第三章第13条“有关民事地位的职务”规定“领事官员有权:(一)在与接受国法律不相抵触的情况下,根据派遣国法律接受有关国籍问题的申请;……”,但在前面第9条“领事官员的职务”里没有相关的规定。条约的不同规定,使得在一些国家里可以执行的领事职务,放在另一些国家里则未必可行,领事保护的职务产生差距,会导致保护海外中国公民权益的程度有差异。而如今这个高科技迅速发展的时代里,世界各国公民权利的内容在不断地扩大,例如对“婚姻”的办理和登记已不只属于“异性通婚”了,还会涉及到“同性婚姻”、“变性人婚姻”等问题,而各国的国内法对“同性恋”、“变性人”的态度及立法可能存在很大差异。领事能否对此类“婚姻”予以认可并进行登记,要看派遣国和接受国的法律是如何规定的。在接受国的法律没有明确禁止或反对的情况下,中国应当在双边领事条约中赋予领事更广泛的职责,为海外中国公民提供更具人性化的服务。

(二) 加强国内立法,为领事保护提供间接的法律依据

1、《中华人民共和国宪法》中增加“保护海外公民正当权益”条款,确认并扩大领事保护的对象。

霍布斯在《论公民》里说过“人民的安全乃是至高无上的法律”。^③而人民的安全不可能由他们自己个人决定和担负,他们需要国家的保护。一些国家的宪法中已经明确将保护国外的本国公民作为国家义务规定下来。如1987年《大

① 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90页。

② [英]詹宁斯、瓦茨修订、王铁崖等译《奥本海国际法》第一卷第一分册,北京:中国大百科全书出版社,1995年,第329页。

③ Thomas Hobbes, De Cive, ed. S. P. Lamprecht (New York, 1949), Pt. II. xiii. 2.

韩民国宪法》第2条第2款规定“国家根据法律规定负有保护在外国国民的义务”。^① 1993年《俄罗斯联邦宪法》第61条第2款规定“俄罗斯联邦保障为其境外的公民提供保护和庇护”。^② 随着全球化趋势下对公民人权保障意识的进一步加强,中国作为拥有世界1/5人口的大国,在经济能力增强的同时,保护本国公民的能力也应随之增强;不仅应当重视那些在海外长期通过求学、就业、投资等手段为祖国母亲奉献热忱的中国公民的正当权益,还应当重视短期出国旅游、临时出入外国国境的中国公民的正当利益,以及虽属偷渡、非法移民但仍具有中国国籍公民的正当权益,在《中华人民共和国宪法》中设置国家保护他们权益的义务,是一个负责任的大国所应背负的国家责任。因此,建议《中华人民共和国宪法》直接规定“国家有保护海外公民正当权益的义务”,使得中国启动领事保护有正式的国内法依据。另外,为与《中华人民共和国国籍法》的法律解释保持一致,这里的“海外公民”还应包括可能具备双重国籍的港澳台同胞。

2、制定专门的《华侨权益保护法》,使华侨能享受到祖国关怀。

华侨身处海外,一般情况下不能直接享受到祖国的关爱,但他们的利益与祖国的利益仍紧密联系,无法割裂。对华侨的保护,应当与归侨、侨眷的保护区别开来。因为归侨、侨眷已经回到中国境内,可以直接享受国家给予的关怀与帮助,而定居外国的华侨还必须遵守所在地国的国内法律,受其属地管辖。除了《归侨侨眷权益保护法》之外,也应制定一部《华侨权益保护法》,其中领事保护是对其权益进行保护的有效手段之一。出于对接受国属地管辖权的尊重,对海外华侨启动领事保护应尽量在当地救济的范畴内提供。

3、应制定专门的《领事保护法》,对领事保护工作予以规范。

2009年中国国务院法制办曾经就一部《中华人民共和国领事工作条例》公开征求过意见,但迄今为止尚未出台正式的领事工作法。近年来

国际安全局势的复杂化,“中国公民和中资机构在海外遭遇不测的概率大幅度上升。领事保护案件呈常态化、群体化趋势,政治性、敏感性增强,工作的繁重性、复杂性突出。”^③ 新的客观形势促使中国政府采取更加积极主动的措施,建立更完备的机制来保护其海外公民的合法权益。目前国内立法的缺失,使得领事保护缺乏相应的实体法和程序法规则。除了要在宪法中作出根本性规定以外,中国还需要在国内制订统一的领事保护法,指导领事条约的缔结及规范领事保护工作,对领事的权利、义务、法律责任以及启动、实施领事保护的规则作出明确的规定,并制定出相应的领事保护的服务标准,使其规范化、制度化。其意义在于:第一,对于将来中国缔结新的领事条约可以起到国内法的指引作用,为领事保护的实施提供间接的法律依据,有效地将履行国际义务与维护国家主权、人民利益相结合。既要遵守国际法,尊重他国的主权,同时也最大程度捍卫了本国的主权。第二,领事保护法中设立一定的领事服务标准,将大大有利于提高领事“以人为本”的服务意识,剔除传统“官本位”意识,规范服务水平,提高服务效率,减轻海外公民负担,减少政府与民众的矛盾纠纷。

未来的《领事保护法》应当包括以下主要内容:

(1) 领事保护的定义与内涵,将领事保护界定为广义上的内涵,更有利于对海外中国公民权益的保护;(2) 领事保护与外交保护的区别,避免过多运用外交层面交涉,减少国家纠纷;(3) 领事保护的实施主体与对象,将对象扩大为身处海外的所有中国籍公民(包括可能具备双重国籍的港澳台同胞);(4) 领事在领事保护中的权利与义务,并可借鉴发达国家的做法,设置一定的领事服务标准,提高领事保护的效率;(5) 按照不同的领事业务,设置领事办理各类业务的程序规则,为海外中国公民提供更具可操作性的实务性指引;(6) 领事失职时的法律责任及救济途径,督促领事提高服务质量;(7) 缔结领事条约的注意事项,在不被接受国禁止或

^① 《大韩民国宪法》第2条,法律教育网,http://www.chinalawedu.com/news/15300/154/2006/1/ma24101840441421600291056_182362.htm。

^② 《俄罗斯联邦宪法》第61条,中俄法律网,http://www.chinarulaw.com/CN/InvestRu/Law/2005531140842_6715509.htm。

^③ 外交部政策研究司《中国外交》,北京:世界知识出版社,2006年,第354页。

反对的前提下,尽量在双边领事条约中拓宽中国领事保护业务等。

综上,当前外有共同追求和平与发展的国际环境,内有不断推动法治建设的国内环境,加上中国保护海外公民权益具备了良好的经济实力与外交能力,通过推进中外双边领事条约的缔结工

作及国内领事保护立法的完善,可以期待中国以法治国家为目标,为世界人民呈现其重视其所有公民权益,贯彻“以人为本、外交为民”的执政理念,从而构建一个和谐稳定的中国特色社会主义法律体系。

(责任编辑:李庆树)

The Deficiencies and Improvements of Chinese Consular Protection Legislations: In the Main Perspective of Bilateral Consular Treaties Between China and Foreign Countries

SU Ka-ni

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

Abstract: With China's opening up deeply, quantities of chinese citizens abroad flourishing, consular protection become the very important way to protect the rights of chinese overseas citizens. Concerning to the jurisdiction between the receiving state and the sending state, consular protection shall have the legal basis in international law and domestic law. China shall promote reform in consular protection legislations, as the deficiencies existing in legislations currently. China needs to enhance works both in signing bilateral consular treaties and formulating domestic laws for the purpose of forming a systematic and legalization mechanism in consular protection.

Key words: consular protection, bilateral consular treaties between china and foreign countries, consular protection legislation

