

外交保护与领事 保护的比较研究*

殷敏

摘要: 外交保护与领事保护在表现形态上有着很大的相似之处。为了更好地保障我国公民、法人在他国的合法权利不受侵害, 本文将从外交保护与领事保护的概念与表现形式出发, 对两者作比较研究, 以廓清它们的联系与区别。

关键词: 外交保护; 领事保护; 用尽当地救济

中图分类号: D920 **文献标识码:** A **文章编号:** 1006-1894(2008)04-0016-04

经济全球化是挑战, 但更是机遇, 21 世纪将是经济全球化的世纪。世界各国的经济发展都离不开经济全球化, 随着中国加入 WTO, 参与国际经济交往的机会越来越多。但是, 由于各国的政治、经济、文化、历史传统不同, 各国的价值观、利益取向不同, 我国公民和法人在海外的各种活动可能会遇到一些行政或法律上的障碍。如何保障我国公民、法人在他国的合法权利不受侵害, 这便是国际法上的外交保护与领事保护制度所要研究和解决的问题。

而外交保护与领事保护制度究竟有什么区别和联系呢? 对于这个问题, 多数国际法专著和教材基本都混淆了它们的概念和表现形式。本文旨在阐述两者概念与表现形式的基础上, 对两者作出比较分析, 以廓清它们的联系与区别, 以便更好地保护我国海外公民、法人的权益。

一、外交保护的概念

外交保护泛指一国通过外交途径对在海外的本国国民的合法权益所进行的保护。国家享有此项权利是公认的国际法准则。对国家保护在外侨民权利的侵害, 构成国际侵权行为。各国政府及其驻外机构根据国内法负有保护侨民利益的责任, 根据国际法, 则有保护侨民的权利, 遇有侨民权利受到侵害时, 不待侨民的申请, 有关机关可随时向侨民所在国提出抗议, 要求救济或赔偿。外交保护是将私人与国家之间的关系上升到国家与国家之间的冲突。可以说, 该概念是目前比较全面的关于外交保护特征的表述, 它涉及到外交保护的诸多方面, 比如: (1) 外交保护通过外交途径进行; (2) 外交保护是一项国际习惯法准则; (3) 外交保护的实施机构是各国政府及其驻外机构; (4) 外国人在所在国受到了实际损害, 即所在国的行为构成国际侵权; (5) 外交保护是国家的权利, 并且一旦国家提起, 则私人与国家之间的争端就上升到国家与国家之间的争端。但其也有明显的不足之处, 比如: (1) 未强调“用尽当地救济”这一体现国际法上属地管辖权的重要原则; (2) 将外交保护的程序仅限于外交途径, 却忽

* 本文属上海市教委第五期重点学科成果 (项目编号为 J51204)。

视了仲裁与司法等法律程序,而这恰恰又是外交保护的发展趋势。

另外,对外交保护概念的代表性表述还有英国国际法学者阿库斯特,日本学者寺泽一、山本草二,韩国国际法学者柳炳华,中国国际法学者王铁崖教授等。这些表述虽未穷尽外交保护的所有内容,但均选择某些侧重点反映了外交保护的显著特征,比如外交保护的对象、范围、外国人的实际损害、用尽当地救济原则、外交保护的程序、外交保护的法律后果等等。

二、外交保护权利的具体表现形式^①

1. 拒绝发给入境签证时的外交交涉 准许或拒绝外国人入境问题是一国主权范围内的事项,是接受国所专有的国内法权力的体现,除非该国加入了有关国际条约。因此,一国或其使节通常不得因接受国拒发给本国国民的入境签证而行使外交保护权,提出国际求偿。但实践中,外交代表也会经常代表本国国民为这类事情与接受国政府交涉。

2. 侨民无辜受到逮捕或拘留时的外交交涉 这是最经常发生的情况。根据国际法,侨民应受接受国当地法律的管辖,但往往在很多情况下,侨民无辜受到逮捕或拘留,这时,外交使节有权要求了解情况,并给予被捕国民以合法的帮助。

3. 侨民在司法程序中被拒绝司法的外交交涉 如侨民在接受国受到侵害而得不到当地司法保护或在司法程序中受到不公正审判时,接受国的行为就构成拒绝司法。

4. 侨民或法人的财产遭到非法没收 接受国一旦同意外国人拥有财产,那么外国人的财产或财产权就应受到接受国法律的保护。根据国际法的规定,征收有合法与非法之分:合法征收指国际法允许在战时或平时为了公共用途征用和征收财产并且必须符合诚意原则与不歧视原则,同时给予适当补偿;非法征收是指如果侨民或法人的财产被侨居国无偿征用,此时,外交代表有义务建议他采取侨居国国内法律中的补救方法,以求得一定的补偿。另外,对于非法征收行为,外交代表还有权提出异议,并对本国国民的财产权给予保护。

5. 侨居国不给予侨民足够的保护时的外交交涉 当侨民受到外国私人团伙的殴打,或财产遭到损坏时,外交使节首先要弄清这些行为是否是在接受国警察当局的纵容下发生的,如果不是,当局是否做出了应有的努力,并及时将违法者逮捕,并绳之以法。

三、领事保护的概念、内容

领事保护是指一国的领事机关或领事官员,根据本国的国家利益和对外政策,于国际法许可的限度内,在接受国内保护派遣国及其国民的权利和利益的行为。领事保护有狭义和广义两种。狭义的领事保护是指,当派遣国国民(包括法人)的合法权利和利益在领区内受到违反国际法的不法行为损害时,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,要求对已受到的损害予以赔偿,这是真正意义上的领事保护;广义的领事保护还包括领馆和领事官员向派遣国国民提供必要的帮助和协助。

领事保护是领事的基本职务,其内容基本等同于领事职务的范围,但领事保护的内容又因时因地而异,导致领事职务的范围也因时因地而异。例如,随着飞机发展成为最重要的交通工具,领事职务必然扩大到空中运输事项。《维也纳领事关系公约》第5条列举了领事法所承认的最主要的13款领事职务,为世界上绝大多数国家所接受。但公约第5条第13款10和第73条的规定又说明:领事职务的范围无法列尽;世界各国可以根据领事关系发展的需要,通过双边领事条约或协定以及领事关系公约作出进一步的规定。代表性的领事关系公约如1967年欧洲委员会成员

国在巴黎签订的《关于领事职务的欧洲公约》(它是继《维也纳领事关系公约》生效后世界上第一个专门就领事职务做出广泛而具体规定的地区性领事关系公约),它对领事职务做出更加具体的规定,以避免在实践中可能产生的困难和纠纷。

目前,领事保护的具体内容基本是根据《维也纳领事关系公约》对领事职务范围而规定的,具体包括以下几方面:

1. 增进派遣国与接受国友好合作关系的发展 领事在促进派遣国权利和利益的同时也有促进派遣国与接受国友好合作的义务。领事应与领区内有关当局保持密切联系,确保领事职务的正常执行以及特权与豁免的正常享有。

2. 帮助及协助派遣国国民 《维也纳领事关系公约》规定,领事有与派遣国国民通讯及会见的自由和权利。

3. 救济并援助派遣国国民 在接受国法律规章规定的范围内,当派遣国国民的权利和利益已经或正在受侵害或受损害时,领事有权要求立即停止正在进行的侵害或损害,以及使已经受侵害或受损害的派遣国国民的权利和利益得以相应补救或赔偿。具体情况有:(1)救助因自身原因或不可抗力原因而受损失的派遣国国民。(2)帮助或保护被剥夺人身自由或受惩罚的派遣国国民。(3)帮助或保护因私人或团伙暴力行为受侵害或受损害的派遣国国民。(4)保护或帮助派遣国国民的劳动福利、居留权利,保护派遣国及其国民的财产与财产权等。

四、领事保护与外交保护(包括一般的外交交涉^②)的关系

在列举了上述诸多关于领事保护与外交交涉的形式后,不难看出两者在表现形式上有很大的相似甚至重叠之处。但事实上,无论是领事保护还是外交交涉,必要时,它们都可以上升至它的高级阶段——外交保护。由此可见,可以将领事保护、外交交涉看成是外交保护的一个前期准备阶段,或称为初级阶段。但这样说似乎还不是非常准确,因为外交保护过程中有时也有外交交涉,而不能简单地说外交交涉是外交保护的初级阶段。到底它们的关系如何呢?对此联合国国际法委员会并未作出明确答复。而迄今为止,理论和实践中都未能有统一标准明确区分外交保护与领事保护。

综上所述,笔者认为它们之间的关系是这样的:领事保护是由领事机构实行的,不以用尽当地救济为前提条件;外交交涉中则有一部分属于外交保护的范畴,即如果提出外交交涉时,本国自然人或法人已用尽了当地救济,则属于外交保护中的外交交涉,反之,则就是一般的外交交涉;领事保护与一般的外交交涉在用尽当地救济后都有可能上升为外交保护。具体而言,应这样看待两者的关系:

1. 保护的客体相同、主体均是派遣国的驻外机构 其保护的客体一是派遣国国家;二是派遣国国民——具有派遣国国籍的自然人与法人。

外交保护与外交交涉的行使主体是该派遣国驻接受国的外交机构、外交官员或外交代表,或者国家元首、政府首脑、政府对外职能机构、外交部等;而领事保护的行使主体是该派遣国驻接受国的领事机构、领事等。

2. 领事保护是一种特殊的外交保护,是广义外交保护的一种,它最多只能看成是外交保护的预防阶段或准备阶段 根据《维也纳领事关系公约》第55条的规定,领事在保护本国国民方面可采取的行动十分有限,该条规定,领事在接受国“负有不干涉该国内政之义务”。著名国际法学者Shaw认为,领事“他们可在以下方面发挥特殊作用来协助处于困境的国民,例如,找律师、探监、与地方当局联系,但是他们无法干预司法程序或接受国的内政,也无法提供法律咨询意见或者调查犯罪活动。”这就说明领事在保护国民的过程中,代表的是国民的利益,而不是国家的利益。

国家利益属于外交部门处理的事项。因此,领事保护不会凌驾于一国的行政管辖或司法管辖之上,而领事在处理纠纷的过程中最多扮演观察员、联络员,协调者的身份,其职责是推动行政、司法解决或当事人和解。

3. 自然人与法人有权放弃领事保护, 但不应放弃外交保护 根据国际法原则, 外交保护权不是自然人与法人的权利, 而是一国对另一国的权利。对于外交交涉而言, 笔者认为它体现了主权国家的立场与态度, 是国家公权力的体现, 自然人与法人也不应当放弃。领事保护主要涉及对个人权利的保护, 其提起必需经所涉个人同意。《维也纳领事关系公约》第36条第1款规定, 只有所涉个人提出请求, 才提供领事协助。而在外交保护中, 所涉个人不能阻止其国籍国行使外交保护, 或者继续进行有关程序。

4. 对“用尽当地救济”的要求不同 国籍国行使外交保护前, 自然人或法人必须在接受国尝试所有可能的该国国内行政和司法途径——用尽当地救济。而在用尽当地救济之前, 自然人或法人只能享有领事保护权, 而不能享有外交保护权。在这一阶段, 他们有权决定是否放弃领事保护。而对于一般的外交交涉而言, 也不以用尽当地救济为前提条件。这就决定了领事保护没有外交保护正式, 同时也更容易被东道国所接受。

5. 领事保护有逐渐发展成为一种特殊的外交保护的趋势 《制定欧洲宪法条约》第1-10条的有关规定体现了领事保护应被视为一种特殊的外交保护。该条相当于《欧洲联盟基本权利宪章》第46条以及《建立欧洲经济共同体条约》第20条。该条第2(c)款规定: “欧盟公民有权利在其欧盟成员国国籍国没有派驻代表的第三国境内享受任何成员国的外交和领事机构将其视同本国国民提供的保护。”这条规定表达了对欧盟来说至关重要的不歧视原则。欧盟内部禁止国籍的歧视, 因此规定欧盟公民在欧盟之外也应得到平等的保护。表面上看, 这条规定没什么问题, 但事实上它却忽略了领事保护和外交保护的根本区别。它的问题主要在于: (1) 违反了条约不能使第三者担负义务或获得利益的原则。《维也纳条约法公约》第34条规定: “条约非经第三国同意, 不为该国创设义务或权利。”欧盟条约、宪章或者宪法的任何规定对不属于欧盟成员国的第三国都不具约束力。第三国没有义务遵守在欧盟范围有效的条约和公约的规定, 而且没有义务——就外交保护而言不可能——接受任何并非一个欧盟公民的国籍国的国家的保护。(2) 该条欧盟“公民”并不是欧盟所有成员国的国民, 即具有欧盟公民身份不意味着满足了提供外交保护的国籍要求条件。因此, 各项声称欧盟所有成员国给予所有欧盟公民外交保护权利的欧盟条约规定是有问题的, 除非解释为只适用于领事保护。据称, 这确是其本意所在。国际法并不禁止向另一国国民提供领事协助, 而领事保护不像行使外交保护那样要求严格适用国籍的标准。因此, 不要求通过国籍联系取得法律权益。

从欧盟宪法的规定也可以看出领事保护并非与外交保护毫无关系, 恰恰它们在许多行为上是相似甚至相同的, 比如程序上的交涉、谈判等等。所以区分两者的关键不是在于行为范围, 而应在于凡是符合行使外交保护条件的一切行为应视为外交保护, 而除此以外由领事进行的任何干预行动均应归于领事保护。基于以上分析, 笔者认为领事保护只能作为广义外交保护的一种, 是一种特殊的外交保护, 它不能适用传统外交保护的规则, 也不能适用今后可能要生效的外交保护条款草案的规定。但是在今后条件成熟时, 是否会出现一部单独的领事保护条例, 对于这一点, 笔者始终持乐观和赞成态度。

(作者单位: 上海对外贸易学院)

注释:

- ① 此处表现形式中所列举的事例基本都是外交交涉的事例, 而此处的外交交涉并未上升为外交保护, 只有在用尽当地救济后, 才会上升为外交保护, 因此可以说这里所列举的事例只是作为外交保护前期阶段或预备阶段的外交交涉。
- ② 此处指除领事机构之外的外交代表机构为保护本国自然人、法人而进行的外交交涉。