

УДК 341.8

В.В. Тумайкина

Алтайский государственный университет (Барнаул, Россия)

ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ОСНОВЫ КОНСУЛЬСКОЙ ЗАЩИТЫ

На фоне активного развития современных международных отношений стремительно увеличивается число граждан, выезжающих за рубеж с различными целями. Поэтому неизбежно возникает вопрос о защите прав и интересов граждан за рубежом. Китай тоже не является исключением, так как количество его граждан, выезжающих за рубеж, с каждым годом стремительно увеличивается. В связи с этим на основе теорий, которые будут рассмотрены ниже, в Китае во внутреннем законодательстве вырабатываются новые положения о консульской защите граждан за рубежом и совершенствуются двусторонние договоры по этому вопросу.

Для более глубокого анализа китайской консульской защиты необходимо подробное рассмотрение ее теоретической основы. В связи с этим в данной статье будут обозначены некоторые теоретические аспекты консульской защиты в целом.

Ключевые слова: консульская защита, иностранный гражданин, права человека, права гражданина, обязанность государств.

V.V. Tumaikina

Altai State University (Barnaul, Russia)

THE THEORETICAL FOUNDATIONS OF CONSULAR PROTECTION

The number of people going abroad for various purposes is rapidly increasing on the background of active development of the modern international relations. Therefore, the question of protecting the rights and interests of citizens abroad is inevitably arousing. China is no exception, because the number of its citizens going abroad increases rapidly every year. In this regard, the new provisions about consular protection of citizens abroad are being developed in Chinese domestic legislation and bilateral agreements are being improved from the perspective of the theories that will be analyzed below in the article.

The detailed study of theoretical basics of consular protection is essential for making an in-depth analysis of it in China. Thus, the article considers some theoretical aspects of the consular protection in general.

Key words: consular protection, foreign citizen, human rights, rights of citizens, state's duty.

Теория «ограниченного государственного суверенитета». В процессе длительного развития консульской защиты постепенно оформились несколько теорий, среди которых видное место занимает теория ограниченности государственного суверенитета. Осуществление консульской защиты часто затрагивает такие актуальные вопросы из области международного права, как суверенитет государства, вмешательство во внутреннюю политику государства, права человека, ответственность государств и др. Степень ограниченности государственного суверенитета оказывает заметное влияние на правовую систему консульской защиты [1, с. 30].

Теория «правового положения иностранных граждан». В международном праве до сих пор нет единого понимания о том, каким положением пользуются иностранцы на территории государства пребывания. Представители развивающихся стран настаивают на снижении в международном праве привилегий для двух договаривающихся сторон, а представители развитых стран в свою очередь преследуют цель самостоятельной защиты своих экономических интересов и граждан, тем самым расширяя указанные привилегии. В международной практике существует несколько международных договоров, регламентирующих такие принципы о положении иностранцев, как принцип взаимности, принцип «открытых дверей», принцип добрососедства и дружбы, принцип гражданства, режим наибольшего благоприятствования, принцип равенства, принцип преференций [2, с. 445].

Теория «национального режима». Национальный режим получил поддержку большей части западных правоведов и ученых стран Латинской Америки и применялся некоторыми арбитражными судами. Кроме того, 17 стран-участниц Гаагской конференции по кодификации международного права также утвердили принцип национального режима [3, с. 205].

Под национальным режимом понимается предоставление государством пребывания равного с гражданами данного государства положения иностранных граждан, т.е.

согласно международному договору одно государство должно предоставить физическим и юридическим лицам другого государства равные с гражданами данного государства права, привилегии и льготы [4, с. 774]. Надо отметить, что на настоящий момент законодательства большинства стран также содержат статьи о национальном режиме [5; 6]. Коммерческие соглашения по основным вопросам ограниченно используют национальный режим, например рыболовство в территориальных водах. В то же время национальный режим наделяет граждан и юридических лиц иностранного государства правом обращения в суды. Национальный режим в основном отражен в договорах о правовой помощи и социальных гарантиях (судебная защита, согласно национальному режиму предоставляется право на труд).

Теория «минимального международного стандарта». В конце XIX в. начала формироваться теория «минимального международного стандарта» (*international minimum standard*), т.е. «нормы морали цивилизованных государств». Она действовала в форме международного обычая и долгое время не была закреплена в каких-либо нормативных актах. Некоторые попытки ее кодификации были предприняты во время конференции Лиги наций в 1930 г. в рамках вопроса о регулировании ответственности государства, но конкретных результатов это не дало. Самыми выдающимися сторонниками данной теории были Дионисио Анцилотти, Альфред Вердрос, Борчард, Опенгхейм, Де Визери др. Большинство государств, участвовавших в Гаагской конференции, поддержали идею «минимального международного стандарта». Под международным минимальным стандартом подразумевается предоставление каждым государством согласно международному обычаю иностранцам существующего в международном праве минимального стандарта. Если подходить с этой позиции к вопросу, то можно утверждать, что если какое-либо государство не соответствует минимальному международному стандарту, то, следовательно, причиняет ущерб правам и интересам иностранных граждан, и тем самым

государство гражданства иностранца вправе привлечь государство его пребывания к ответственности. На наш взгляд, данный стандарт всеми развивающимися странами рассматривается как повод к вмешательству в их внутреннюю политику.

В последнее время наметилась тенденция к синтезу теорий положения иностранцев и прав человека, как таковых, вопрос о привлечении к ответственности определенных государств, докладчик Комиссии по международному праву Гарсия Амадор (Куба, 1957 г.), по этому вопросу выступил с докладом, называемым «нарушение основных прав человека». Согласно этому докладу, такой синтез прав человека и положения иностранцев может привести к кодификации «минимального международного стандарта». Кроме того, его требования могут быть повышены, и к тому же распространены на других территориях. Таким образом, тенденция превышения норм «минимального международного стандарта» привела к международной правовой ответственности и, как следствие, отказу многих государств от этого стандарта [7, с. 173; 8]. Однако эти тенденции были проигнорированы международной комиссией. По словам Я. Броунли, нельзя брать за основу «минимальный международный стандарт», так как на практике он основывается на нарушении прав государства пребывания в субъективных экономических целях. Английский правовед Малькольм Н. Шоу считает, что закон о правах человека в области гражданских и политических прав уже признал некоторые минимальные стандарты в действиях государств [9, с. 652].

Теория «Кальво». В 1868 г. государства Латинской Америки на основе «минимального международного стандарта» разработали так называемую *доктрину Кальво* о положении иностранцев. Основное содержание доктрины «Кальво» состоит в том, что иностранцы должны обладать равным с гражданами данного государства положением, но не должны иметь привилегий, которые превышают привилегии граждан государства пребывания. По мнению профессора Ван Ся, в процессе активизации «минимально-

го международного стандарта», иностранцы стали обладателями очень обширных прав, что нарушило принцип суверенного равенства и принцип национального режима [10, с. 102].

Реализация доктрины «Кальво» осуществляется путем утверждения «статей Кальво» в договорах, т.е. в случае если между сторонами договора возник какой-либо спор, то заинтересованный в споре иностранец должен согласно местным законам решать спор, должен подчиняться юрисдикции местных судов, не должен ходатайствовать о дипломатической защите государства гражданства [11, с. 20].

Необходимо отметить, что юрисдикция в отношении лиц сформировала основу консульской защиты, поэтому гражданство также рассматривается в качестве критерия в решении вопроса о проведении государством консульской защиты. Когда иностранец въезжает на территорию какого-либо государства, он сразу же подпадает под территориальную юрисдикцию этого принимающего государства, и это государство согласно своему внутреннему законодательству определяет положение иностранца. Иностранец должен уважать закон государства пребывания, но его основные права также должны получить защиту государства пребывания. Когда нарушаются права иностранца, то он изыскивает средства правовой защиты. В настоящее время принцип положения иностранца определяется согласно широко распространенной международной практике и международным договорам и обычно определяется в соответствии с принципом национального режима и режима наибольшего благоприятствования.

Иностранец на территории государства пребывания не только обладает правами, но также и имеет определенные обязанности. Права иностранца обычно включают гражданские и процессуальные права, тем самым это приводит и к обязанностям государства пребывания по гарантированию прав иностранцев. Касательно положения иностранцев в международном праве нет единых положений, внутреннее законодательство каждого государства имеет различные по-

ложения в этой области. Кроме того, в договорах, заключенных между государствами, также существуют различные статьи относительно этого вопроса. Некоторые исследователи считают, что в вопросе о стандартах положения иностранцев существует противостояние двух теорий, а именно: внутренних и международных стандартов.

В 1985 г. Генеральной Ассамблеей ООН была принята «Декларация о правах человека в отношении лиц, не являющихся гражданами страны, в которой они проживают», где были определены пункты, касающиеся принципов положения иностранцев. Среди них: каждое государство имеет право, согласно взятым на себя международным обязательствам (включая международный закон о правах человека) устанавливать свой режим положения иностранцев; иностранцы должны уважать законы государства проживания или пребывания и в случае нарушения внутреннего законодательства так же, как и граждане данного государства, в равной степени привлекаются к ответственности; иностранцы, согласно осуществлению положений внутреннего законодательства и в условиях соответствия государств соответствующим международным обязательствам, имеют особые права; запрещается высылка (депортация) иностранцев; высылка может осуществляться только согласно законно принятым решениям и при соблюдении норм международного права; согласно «Венской конвенции о консульских сношениях» 1963 г. и «Венской конвенции о дипломатических сношениях» 1967 г. иностранцы имеют право защиты со стороны государства гражданства [12–14].

Теория «ответственности государств».

В настоящее время государственная ответственность (еще называется государственная международная ответственность) рассматривается в качестве одного из самых актуальных вопросов международного права, и к тому же является важным правовым институтом, существующим в каждой из отраслей международного публичного и частного права. С давних пор теория международной ответственности пронизывает все международные отношения [15, с. 214].

Свершение одним государством против другого государства международных противоправных деяний влечет к нарушению этим государством международного права и привлечению его к международной ответственности. В отношении нарушения какого-либо обязательства потерпевшим государством выдвигается требование о компенсации [9, с. 614]. Конкретные вопросы международной ответственности (выдвижение иска, претензий, требования компенсации) обычно возникают в области частноправовых отношений. В данном случае, тот, кто выдвигает иск, и тот, кто является ответчиком, являются частными и юридическими лицами, а не самими государствами.

В международном праве главы государств, дипломатические представители, военные суда, государственные вооруженные силы пользуются иммунитетом, предоставляемым местной внутренней юрисдикцией государства. Ответственность, которую берут на себя государства при совершении частными лицами противоправных действий, является лишь относительной ответственностью, т.е., согласно концепции ответственности, единственная ответственность государства заключается в предотвращении противоречащих международному праву деяний частных лиц. В случае, если лицо уже совершило противоправное деяние, то государство гражданства такого нарушителя должно посредством наказания привлечь его к ответственности, кроме того, пострадавшая сторона имеет право заставить его предоставить компенсацию для удовлетворения своих требований. Если нарушитель не может компенсировать убытки, то у государства нет такого обязательства по возмещению, т.е. нельзя использовать национальный капитал для осуществления компенсации.

Что касается преступления, совершенного иностранцем, то результаты государственной ответственности за частные преступления деяния заключаются в том, что они рассматриваются в рамках внутригосударственного законодательства. Поскольку у государства есть обязанность защищать интересы и права своих граждан за рубежом,

поэтому такие преступления также непосредственно затрагивают интересы государства гражданства иностранца, особенно это касается преступлений, совершенных главами государств и дипломатическими представителями представляемого государства. Иностранцы имеют право обращаться в суды государства пребывания.

Помимо вышеупомянутой ответственности, существует также ответственность за действия вооруженных повстанцев и антиправительственных вооруженных элементов. Иностранцы также могут посредством предъявления иска к вооруженным повстанцам и антиправительственным элементам требовать компенсации. Государственная ответственность за частные противоправные деяния, совершенные в отношении иностранца, может быть выражена только в юрисдикции компетентного суда.

Теория «международного права в отношении прав человека и защиты прав человека». Международное право в отношении прав человека оказало большое влияние на консульскую защиту. Считается, что «Всемирная декларация прав человека» 1948 г., «Международная конвенция об экономических, социальных и культурных правах», «Международная конвенция о гражданских и политических правах» 1966 г. – это так называемая *международная хартия прав человека*. Здесь стоит особо отметить, что теории защиты прав человека и безопасности имеют неразрывную связь.

Законодательство каждого государства содержит положения, обеспечивающие основные права граждан данного государства, например «Конституция РФ» от 1993 г. включает положения о защите российских граждан за рубежом. На конференции в Великобритании, проводимой в ноябре 1998 г., принят закон о правах человека. Этот закон обобщил основное содержание «Европейской конвенции о защите прав и основных свобод человека» от 1950 г.

Важное значение имеет соблюдение в международном общении положений «Венской конвенции о дипломатических сношениях» и «Венской конвенции о консульских

сношениях». Несмотря на то, что в них акцентируется внимание именно на защите граждан договаривающихся государств, китайский профессор Ли Хайбо отмечает, что в международном сообществе уже начинает набирать обороты тенденция к смещению акцентов в рассмотрении положений этих двух конвенций в сторону изначально имеющихся прав человека [16, с. 36]. Другими словами, идет расширение прав граждан и стирание грани между правами граждан и правами человека в целом [17, с. 93].

Некоторые исследователи считают, что дипломатическая защита способствует формированию и утверждению стандартов прав человека в международном праве. По нашему мнению, дипломатическая и консульская защита взаимно влияют друг на друга, не только дипломатическая защита может способствовать развитию и продвижению прав человека, но и консульская защита в вопросе выработки стандартов по правам человека играет огромную стимулирующую роль.

Что касается принципа непрерывности гражданства и принципа реальной гражданской связи, то в международном обычае они рассматриваются в качестве основных принципов института консульской защиты. Следует отметить, что традиционные правовые теории хоть и рассматривают право о гражданстве как внутреннее право, но из-за того что в содержании положений гражданского права стран существуют различия, увеличивается количество мигрантов, возрастают гражданские и негражданские конфликты, вопрос о гражданстве, по причине его международной специфики, постепенно входит в рамки регулирования международного права.

В целом можно сказать, что в связи с развитием международного права консульская защита выступает уже в новом, более универсальном качестве. Но, несмотря на явные тенденции модернизации данного института, рассмотренные выше концепции до сих пор остаются его актуальной теоретической базой и имеют свое отражение в двусторонних договорах по консульской защите и во внутренних нормативных актах. Стоит отметить, что данную теорети-

ческую базу институт консульской защиты по-прежнему делит с институтом дипломатической защиты. Происходит это потому, что у этих двух институтов есть много общего, причем в некоторых случаях консульская защита может перерасти в дипломатическую. Но тем не менее нельзя смешивать эти два института, необходимо ясно

понимать особенности консульской и дипломатической защиты. И в связи с этим автор данной статьи выражает надежду на то, что в скором времени будет выработана новая теоретическая основа консульской защиты, указывающая на ее специфический характер и четко отмечающая условия и методы ее осуществления.

Библиографический список

1. Ли Линь. Линши баоху фалю чжиду яньцзю. Шоши сюевой луньвень, вайцзю сюеюань, 2009.
2. Edwin Borchard. Minimum Standard of the Treatment of Aliens. Michigan Law Review. February 1940 (4). Vol. 38. Faculty Scholarship Series Paper [Электронный ресурс]. URL: <http://digitalcommons.law.yale.edu/>. 05.11.2014.
3. Броунли Я. Международное право: в 2-х кн. / пер. с англ. С.Н. Андрианова. М., 1977. Кн. 2.
4. Шицзе вайцзю да цыдянь. Бейцзин, 2004.
5. О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации: Федеральный закон от 25 июля 2002 г. №115-ФЗ.
6. 2012 年6月30日中华人民共和国入出境管理法
7. Yearbook of the ILC. 1956. Vol. II.
8. Джеймс Кроуфорд. Статьи об ответственности государств за международно-противоправные деяния [Электронный ресурс]. URL: <http://legal.un.org/>. 04.03.2014.
9. Malcolm N. Shaw, Бай Гуймей, Гаоцзяньцзюнь хэ Чжу Лицзян ден и. Гоцзифа (ди лю бань) (ся). Бейцзин дасюе чубаньшэ, 2012.
10. Ван Ся. Хайвай чжонго гуньминь аньцюань веньти ю гоцзиге де баоху// Вайцзю пинлунь. 2006. №92.
11. Ван Шуай. Юнцзин данцицзюцзи юаньцзэ яньцзю. Шоши сюевой луньвень, 2011.
12. Волкова М.С. Особенности применения международно-процессуальных норм института дипломатической защиты граждан за рубежом [Электронный ресурс]. URL: www.justicemaker.ru/. 11.06.2015.
13. Венская конвенция о дипломатических сношениях от 18 апреля 1961 г. [Электронный ресурс]. URL: www.un.org/. 03.11.2012.
14. Венская конвенция о консульских сношениях от 24 апреля 1963 г. [Электронный ресурс]. URL: www.consultant.ru/. 03.11.2012.
15. Анцилотти Д. Курс международного права. М., 1961. Т. 1.
16. Ли Хайбо. Говай сюечже дэ линши баоху яньцзю; и чжун женьцюань шицзю дэ шеньши ю пипань // Фалю веньсеньсиньси ю яньцзю. 2015. №2.
17. Чжан Хуйдэ. Вайгожень чуцзин гуаньли дэ гоцзи гуаньли // Гуань яньцзю. 2015. №11.

References

1. Li Lin. Lingshi baohu falü zhidu yanjiu. 李林. 领事保护法律制度研究 [The Legal system of Consular Protection]. Beijing, 2009.
2. Edwin Borchard. Minimum Standard of the Treatment of Aliens. Michigan Law Review, Vol. 38, February 1940 (4). Faculty Scholarship Series Paper. URL: <http://digitalcommons.law.yale.edu/>. 05.11.2014.
3. Brounli Ya. Mezhdunarodnoe pravo (v dvuh knigah). kniga vtoraya. [The International Law (in two parts)]. Per. s angl. S.N. Andrianova. M., 1977.
4. Shijie wai jiaoda cidian. 世界外交大辞典 [Dictionary of World Diplomacy]. Beijing, 2004.
5. O pravovom položhenii inostrannyh grazhdan v Rossijskoj Federacii: Federal'nyj Zakon ot 25 iyulya 2002 g. [The Federal Law about "Legal regulation of foreign citizens in the Russian Federation", 25 July 2002. №115]. №115-FZ.
6. 2012 nian 6 yue 30 ri Zhonghua renmin gongheguo rujing chujing guanli fa. 2012年6月30日中华人民共和国入出境管理法 [The Entry and Exit Regulation of China on June 30, 2012].
7. Yearbook of the ILC. 1956. Vol. II.
8. Dzhejms Krouford. Stat'i ob otvetstvennosti gosudarstv za mezhdunarodno-protivopravnye deyaniya [Articles on responsibility of states for internationally wrongful acts]. URL: <http://legal.un.org/>. 04.03.2014.
9. Ma'er kemu. N. Xiào. Guojifa (di liu ban). 马尔科姆·N·肖. 国际法 (第六版) [Malcolm N. Shaw. International Law (Sixth Edition)]. Beijing, 2013.
10. Wan Xia. Haiwai zhongguo gongmin anquan wenti yu guoji guo de baohu. 万霞. 海外中国公民安全问题与国籍国的保护 [Wan Xia. The Problem of Security of Overseas Chinese Citizens and the Protection of State of Nationality] // Waijiao pinglun. 外交评论 [Diplomatic Review]. 2006. №92.
11. Wang Shuai. Yujing dangdi jiuji yuanze yanjiu. Shuoshi xuwei lunwen. 王帅. 预警当地救济原则研究. 硕士学位论文. [The Research on the principle of Early Warning of local support. Master's Thesis]. 2011.
12. Volkova M.S. Osobennosti primeneniya mezhdunarodno-processual'nyh norm instituta diplomaticheskoy zashchity grazhdan za rubezhom [The peculiarities of use of the international procedural rules of diplomatic protection of citizens

abroad]. URL: www.justicemaker.ru/. 11.06.2015.

13. Venskaya konvenciya o diplomaticheskikh snosheniyah ot 18 aprelya 1961 g. [The Vienna Convention on Diplomatic Relations, 18 April 1961]. URL: www.un.org. 03.11.2012.

14. Venskaya konvenciya o konsul'skih snosheniyah ot 24 aprelya 1963 g. [The Vienna Convention on Consular Relations, 24 April 1963]. URL: www.consultant.ru. 03.11.2012.

15. Ancilotti D. Kurs mezhdunarodnogo prava [The course of the International Law]. M., 1961. T. 1.

16. Li Haibo. Guowai xuezhe de lingshi baohu

yanjiu: Yi zhong renquan shijiao de shenshi yu pipan. 黎海波. 国外学者的领事保护研究：一种人权视角的审视与批判 [Li Haibo. The Foreign Scholars research of Consular Protection. The Legal Literature Information and Research] // Falü wenxian xinxi yu yanjiu 法律文献信息与研究 [Legal Literature Information and Research]. 2015. №2.

17. Zhang Huide. Waiguoren ruchujing guanli de guoji guanli. 张惠德. 外国人出入境管理的国际惯例 [Zhang Huide. International Practise of Foreigners' Entry and Exit Administration] // Gong'an yanjiu 公安研究 [Public Security Research]. 2004. №11.