

# 民法典时代国际条约在我国的适用问题

尚宏迪

华东政法大学国际法学院, 上海

收稿日期: 2023年3月13日; 录用日期: 2023年5月2日; 发布日期: 2023年5月9日

## 摘要

随着《民法典》的生效, 我们步入了民法典时代。在享受《民法典》第1260条带来的便利时, 也出现了我国对于国际条约国内适用的法律真空现象。我们需要考虑: 一, 作为一个一贯坚持、遵守和维护国际法准则的大国, 倘若不在国内法中体现自己对于国际条约在本国适用的态度, 那必然会引起他国对于我国如何对待国际条约立场问题的质疑。二, 为什么我们一定要遵守国际条约? 三, 在《民法典》没有规定国际条约内容的前提下, 面对涉外民事法律关系纠纷时我们缺少解决问题相应的法律依据, 那么我们应当如何解决? 四, 我们如何应对民法典时代国际条约的地位问题? 基于以上几个问题, 本文将结合其他学者对于此类问题的分析进行探索, 为未来对此类问题的研究尽绵薄之力。

## 关键词

民法典, 国际条约, 国内适用

# Application of International Treaties in China in the Civil Code Era

Hongdi Shang

International Law School, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Mar. 13<sup>th</sup>, 2023; accepted: May 2<sup>nd</sup>, 2023; published: May 9<sup>th</sup>, 2023

## Abstract

With the entry into force of the Civil Code, we have entered the era of the Civil Code. While enjoying the convenience brought by Article 1260 of the Civil Code, there is also a legal vacuum in China's domestic application to international treaties. We need to consider: First, as a major country that has always upheld, abided by and upheld the norms of international law, if it does not reflect its attitude towards the application of international treaties in its own country in its domestic law, it will inevitably cause other countries to question China's position on international treaties. Second, why must we abide by international treaties? Third, under the premise that the Civil Code

does not stipulate the content of international treaties, we lack the corresponding legal basis for solving foreign-related civil legal relationship disputes, so how should we solve them? Fourth, how do we deal with the status of international treaties in the civil code era? Based on the above questions, this paper will explore the analysis of such problems in combination with other scholars, and make a modest contribution to the future research on such problems.

## Keywords

The Civil Code, International Treaty, Domestic Application

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

## 1. 研究背景及意义

在国内法中，我们是否需要对本国已经缔结或参加的国际条约所创设的权利、义务进行实施，以及如何实施，是国际法学家和国内法学家共同关心的问题[1]。在国际交往、合作愈来愈紧密的背景下，国际条约所涉及的内容涵盖了国际社会的各个方面，起着举足轻重的作用。我国作为世界上主要的条约订立者之一，国际条约在我国占据重要地位。

《民法通则》第 142 条是对涉外民事关系法律适用的原则性规定。从结构上看，该条分为三部分。第一部分说明了该条款的适用范围；第二部分说明了国际条约在我国的法律地位；第三部分说明了国际惯例在我国补充适用的法律地位。<sup>1</sup>但是由于《民法典》的生效，以及之前我国对于国际条约法律地位立法规定的不科学性，导致民法典时代，国际条约在我国的适用出现了法律真空的现象。<sup>2</sup>由此产生了国际条约在我国的法律地位是否应当规定？亦或者是说，我们为什么一定要遵守国际条约？在面对涉外民事法律关系纠纷时，由于国内法的空缺，我们应当如何处理纠纷呢？我国法律的规定一定不能与国际条约相悖吗？国际条约在我国的法律地位如何呢？我们应当如何对法律体系进行优化呢？以及我国应当如何适用国际条约呢？等一系列的问题。

因此，认真研究国际条约在我国的适用问题很有必要，主要具有以下几点意义：

第一，研究国际条约在我国的适用问题能够弥补我国在立法上的缺陷。目前，世界上很多国家都在本国的宪法，或宪法性文件中明文规定了国际条约在国内应当如何适用的问题，但是我国却对这一问题缺少宪法规定，有很多学者对于这一问题纷纷提出了不同的观点<sup>3</sup>[2]-[8]。总而言之，无论众家的建议如何，对于国际条约在我国的适用问题进行研究都将对我国的法律体系的完善起到至关重要的作

<sup>1</sup>《民法通则》第 142 条规定：“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。中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的，可以适用国际惯例。”

<sup>2</sup>《民法典》第 1260 条废止了《民法通则》，并将其主要内容整合到了《民法典》中，可是对于《民法通则》第 142 条关于国际条约的规定并未吸纳。2010 年 10 月 28 日通过的《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》对《民法通则》第 8 章“涉外民事关系的法律适用”进行了单独立法，但该法仅吸收了《民法通则》第 142 条第 1 款的内容，对第 2、3 款的内容未予规定。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释(一)》第 4 条援引了《民法通则》第 142 条第 2 款，第 5 条援引了《民法通则》第 142 条第 3 款，但是最高人民法院 2020 年 12 月 23 日对该司法解释进行修改，又删除了第 4 条、第 5 条的内容。

<sup>3</sup>有的学者认为我国应当在《宪法》或宪法性文件中明确确立起国际条约在我国的法律地位问题；有部分学者认为应当在《中华人民共和国立法法》，或《中华人民共和国缔结条约程序法》中规定国际条约的地位问题；有学者认为尽管《民法典》最终未对国际条约的适用作出规定，这不影响《法律适用法》对此项制度作出具体规定；也有学者赞同在《民法典》的司法解释中规定国际条约的适用问题。

用。

第二，研究国际条约在中国的适用问题能够缓解我国在现有实践中适用国际条约矛盾的现状，也能缓解我国很多国内法在立、改、废、释方面的混乱之处。譬如，近年来的一些立法实践表现出回避规定适用国际条约条款的倾向。<sup>4</sup>以往的规定在很大程度上显示了中国遵守国际法律义务的立场，而撤回相关规定难免会带来的直接疑问就是：莫非中国对履行国际条约义务的立场有所变化？[2]

第三，研究国际条约在中国的适用问题具有重大的现实意义。以联合国人权审议为例，中国作为联合国核心人权条约的缔约国之一，定期会接受相关条约机构关于履行人权义务的审议。在接受审议时，每个条约机构几乎都会问到一个问题就是“中国是如何在国内适用包括人权条约在内的国际条约的？”而中国代表团成员无法正面、清楚地予以回答。在每次的审议结论中，条约机构都要建议中国尽快解决国际条约在国内适用的问题[2]。因此，研究此问题有利于日后进一步树立起我国在国际上坚持、遵守、维护国际法准则的大国形象。

第四，研究此问题能够推动我国有关条约适用理论的发展。条约能否在国内实施，以及条约如何在国内实施，是一个国际法学家和国内法学家共同关心的问题，也是国际法理论界争议的问题。我国学者对此问题也提出了不少具有深远意义的观点。因此，作为一名国际法专业的研究生，有必要对此问题做一下梳理和思考，为我国条约适用问题贡献微薄之力。

## 2. 民法典时代国际条约地位的立法空白

在《民法典》生效之前，关于涉外民事法律关系的法律内容主要体现在 2009 年 8 月实施的《民法通则》第 142 条的规定中。

我国为解决国际条约在我国的适用问题，于 2010 年 10 月制定的《涉外民事关系法律适用法》的内容中，并没有将《民法通则》第 142 条第二部分国际条约优先适用及例外，以及第三部分国际惯例在我国的适用引入。

在《民法总则》起草过程中，梁慧星学者主张，将《民法通则》第 142 条的规定移入到将来的《民法典》中，即单独设立涉外民事关系法律适用一编，规定在这一编第一章的“一般规定”中，《民法总则》对此暂不规定。但是，《民法典》的制定并没有落实这一建议。待到 2021 年 1 月《民法典》实施后，第 1260 条使得《民法通则》废止，导致对于国际条约以及国际惯例在我国适用的法律依据彻底不复存在，我国涉外民事法律关系中国际条约的适用问题出现了立法空白。

笔者认为，《涉外民事关系法律适用法》没有将《民法通则》第 142 条规定吸纳是遵循一定立法科学的。因为，《涉外民事关系法律适用法》主要是解决冲突法问题的，而国际条约在一国的地位问题可以全部归入民事实体法的范围，这也与丁伟学者的观点之一相一致[9]。

此外，笔者认为，《民法通则》第 142 条对于国际条约的规定，实质上仅限于将“国际条约”限制在“民商事领域”中，而我国对外缔结的条约还有刑事、政治、文化等方面的条约或条约性文件，对于这些条约及条约协定的地位问题我们并没有一个明确的法律加以规定，因此，即使《民法典》移入了原来《民法通则》第 142 条的规定，也不能完全解决国际条约在我国的适用问题。

<sup>4</sup>譬如，在 2011 年底提交审议的《中华人民共和国出境入境管理法(草案)》第 86 条原本规定了“中国缔结或参加的国际条约与本法有不同规定的，适用其规定”的内容，但是，2012 年 6 月通过的《出境入境管理法》却又删除了这条规定，并且也未对国际条约的适用问题做出其他安排。又如，2014 年 11 月 1 日通过的《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国行政诉讼法〉的决定》，其第 61 条决定删去原法第 72 条，即删除了原《行政诉讼法》关于“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约与本法有不同规定的，适用该国际条约的规定。中华人民共和国声明保留的条款除外”。据此，修改后的《行政诉讼法》中不再对国际条约的适用问题做规定。与之相类似，2009 年修改《邮政法》时，删除了原法第 42 条关于适用国际条约的规定；2014 年修改《环境保护法》也删除了原法第 46 条关于适用国际条约的条款。

### 3. 为什么一定要遵守国际条约?

#### 3.1. 条约在中国适用的法理原因及国际法基础

提起国际条约在一国的适用问题,我们首先会想到的就是“条约必须遵守(*pacta sunt servanda*)”原则,亦称为“条约必须信守”原则[10]。<sup>5</sup>

“条约必须遵守”原则早在古代就已经存在了[11]。<sup>6</sup>但是到了近代,特别是到了帝国主义时代,随着资本主义国家和帝国主义国家的殖民扩张行为,“条约必须遵守”原则却受到了粗暴的践踏。

而进入现代时期,在国际社会交往、合作日渐频繁,缔结国际条约的数量也急剧增长的大背景下,“条约必须遵守”原则显得尤为重要。学者们普遍认为现代意义上的“条约必须遵守”原则,来源于古罗马时期著名的法学学者西塞罗所说的“让契约和诺言永远得到执行”一话。国际法学家拉克斯也曾说,所有文明,从最早起,都承认这项规则。它通过许多世纪而留到现在。

从“条约必须遵守”原则的历史发展资料来看,可见,这个原则由来已久,“这个原则自有人类社会以来,似即存在”[12]。即使在当代国际实践中仍然有部分国家会挑战该原则,<sup>7</sup>但是也是建立在对“条约必须遵守”原则承认的基础之上的。因此,笔者认为,即使目前个别国家的司法实践背离了“条约必须遵守”原则,我们也不能就此否定了“条约必须遵守”原则对于我们的意义。

关于“条约必须遵守”原则,不同学派的国际法学者们也提出了不同的学说。

对于自然法学派(Classical Naturalists),<sup>8</sup>[10]笔者认为,即使自然法学派学者认为条约必须遵守,但是仅仅用自然法来论证是不充分的。众所周知,自然法学派代表的观点,即“宇宙和谐的秩序”、“存粹的理性”和“人的本性”等,我们是缺乏具体、实际的标准去衡量的,人们对于过于抽象的概念,因为理解能力、逻辑思维、价值观的不同,总会产生不同的见解,且易引发争论[10]。

实在法学派(Positivists)认为条约是国家明示同意的,因此国家承担条约必须遵守的义务是由于现实的国家的同意。基于此,又分为了三种观点[10]。<sup>9</sup>笔者认为实在法学派的三种观点均存在问题。对于“单纯同意说”和“国家自限说”来讲,二者动摇了国际法存在的基础;而对于“共同同意说”来讲,特利佩尔没有将各国遵守共同同意的基本规范阐释清楚。因为倘若要让“共同同意”成为国家遵守国际条约的渊源,就必须存在一个基本规范。

规范法学派(Solidaristes)的创始人凯尔森学者认为,国际法与国内法同属于一个法律体系(一元论),国际法的规范要高于国内法的规范,在国际法规范之上还有“最高规范”,即人类的法律良知所产生的“约定必须信守”[13]。据此,条约必须遵守原则作为习惯国际法,其效力依据是“国际习惯是一个造法事实的假设”[14][15]。

社会连带法学派(Normativistes)创始人狄骥学者认为,“连带关系”要求约定必须遵守,否则国际社会生活将不能维持。

<sup>5</sup>所谓的“条约必须信守”原则,是指一个合法缔结的条约,在其有效期间,当事国有依约善意履行的义务,这是条约法上的一个最重要的基本原则。

<sup>6</sup>大约公元前 3100 年,美索不达米亚平原上的城邦拉伽什和乌玛的统治者签订过确认两个城邦间现有边界的条约;古埃及,约公元前 1300 年,赫梯王国皇帝哈图希尔与埃及法老拉姆捷斯二世缔结了和平友好条约。

<sup>7</sup>它们的手段无非是将条约解释为无效,或将遭受质疑的国内法案解释为与条约是一致的等。

<sup>8</sup>自然法学派代表学者,普芬道夫指出,每个人应坚守其约许,这是自然法的最神圣的格言之一;瓦特耳指出,人们证明了在自然法中,某人对另一人作出许诺,就给予该人以要求所许诺的事物的真正权利,因而不遵守已完成的许诺就侵害了他人的权利,这是同夺取他人的财产一样明显的不正义的行为。

<sup>9</sup>这三种观点分别为“单纯同意说”、“国家自限说”、“共同同意说”。第一,以学者奥本海为代表的观点认为,国家既可以在条约中明示同意接受一定的约束,也可以在实践中通过与他国惯常一致的行为表示本国同意接受一定的约束,即该观点认为国家不经同意则不得被加以约束力。第二,以学者耶利内克为代表的观点认为,国家只有在自我决定接受“条约必须遵守”原则的情况下才受到条约的约束。第三,以学者特利佩尔为代表的观点认为,国家只对共同同意的条约有信守的义务,因为“条约必须遵守”原则来源于国际习惯,而国际习惯则是以各国的共同同意为基础的。

也有学者认为“意思自治”原则是该原则的法律基础[7] [16]。<sup>10</sup>意思自治原则的前提之一是当事人具有“意思能力”。

那么“国家”是否具有“意思能力”呢？这与国家的形成问题有关。契约说的代表人物之一霍布斯观点最为著名[17]。<sup>11</sup>洛克也持契约论的立场。但洛克认为统治者的权力在于保护人民的生命财产，应以人民让与的权利为限制[18]。而霍布斯认为政府可不受人民让与的权力的限制。尽管对于国家的形成，各派学者可能有着不同的见解，但是均认为国家是一种独立于其国民的组织化政治共同体。换言之，“国家”具有独立的“意思能力”，“国家”可以与其他国家、国际组织或其他政治体缔结国际条约，因此“国家”必须践守“条约必须遵守”原则。

在笔者看来，虽然国际法学者们提出了不同的观点，但是对于“条约必须遵守”原则，各学者都主张在国际法上必须坚持和遵守该原则。

那么，条约必须遵守原则的国际法基础又是什么？

首先，条约必须遵守原则是习惯国际法的一项重要规则，是最古老、最原始的国际法渊源。根据《国际法院规约》第三十八条的规定来看，习惯国际法成立包括两个要素，一是通例(practice)的存在；二是通例已经被各国接受为法律，即各国在主观上对这种通例有一种法的信念[19]。在国际实践中，我们可以看出，条约必须遵守原则已经融入到了国际社会交往、国际司法判例的方方面面。在前文中，笔者提到过，我们不能因为个别国际实践背离“条约必须遵守”原则，进而否认该原则的实际作用和意义。即使个别国家真的反对条约必须遵守原则，那也无妨，因为“对于国际习惯法的产生不是必然要证明所有参加的国际法主体有一种长久的、相同方式的实践，而是实际参加的国家的绝大多数实践就足矣”[20]。因此我们可以看出“条约必须遵守”原则从属于国际习惯法规则，对中国亦有很强的拘束力，是我国应当遵守的国际法原则之一。

其次，《维也纳条约法公约》第26条也将“条约必须遵守”作为条款的内容之一。<sup>12</sup>我国作为《维也纳条约法公约》的缔约国之一，只是声明对《维也纳条约法公约》第66条予以保留，并没有声明对26条予以保留，因此，可以看出，我国对于“条约必须遵守”原则没有异议。

最后，国际强行法的规则之一也包括“条约必须遵守”原则[21] [22]。<sup>13</sup>大多数学者支持将条约必须遵守原则列入强行法规则之列[23]。那么为什么国际强行法对国家具有强制力呢？有的学者认为，这是因为国际强行法“是经国际社会作为整体接受为不得以任何行为背离，并以维护全人类的基本利益和社会公德为目的的，具有普遍约束力的最高行为规范”[24]。因此，由于条约必须遵守原则具有国际强行法的性质，我国必须遵守。

### 3.2. 条约在中国适用的现实原因

国际法学者周鲠生指出：“有的条约一方面确立国家间的关系，同时也涉及人民的权利义务或国内法规的修改；对于这类条约，国家为了履行国际义务，就必须保证在国内执行”[24]。

所以，笔者认为，条约在中国适用的现实原因应当包括两部分：涉及中国私人权益和中国国内法的

<sup>10</sup> 意思自治原则原为罗马法里的民事主体从事民事交往的私法原则。按照此原则，当民事主体从事法律行为时，应当确保当事人的意思自由，唯有意思自由，才具有自己责任的后果。

<sup>11</sup> 霍布斯认为，人类在自然状态，由于没有政府与法律，终日处于互相争斗以求自保的状态。为避免这种状态，“一大群人相互订立契约，每人对它授权，以便使它能按其有利于大家的和平与共同防卫的方式运用全体的理论和手段的一个人格。”承担这一人格的人就是主权者，就是国家。

<sup>12</sup> 《维也纳条约法公约》第26条：条约必须遵守。凡有效之条约对其各当事国有拘束力，必须由各国善意履行。

<sup>13</sup> 国际强行法是指国际社会作为整体所接受和承认而为各国不能依其自由意志予以更动或加以损抑的法律规则。有的学者将其定义为“国际法上一系列具有法律约束力的特殊原则和规范的总称，这类原则和规范由国际社会成员作为整体通过条约或习惯，以明示或默示的方式接受并承认为具有绝对强制性，且并非同等强制性之国际法规则不得予以更改，任何条约或行为(包括作为和不作为)如与之相抵触，归于无效”。

修改问题。而这两部分常常会互为因果关系，即因为涉及中国私人权益，所以涉及中国国内法的修改问题，或因为涉及国内法的修改问题，所以会影响中国私人权益。

涉及中国私人权益的条约，也有学者称为“涉及人民的权利义务的条约”[24]或“对私人产生效力的条约”[25]。中国私人权益一般指中国非国家或政府的主体在经济、文化、政治等各方面的权利和义务[4]。

首先，涉及私权益的条约具有国内可适用性是充分实现中国私人权利的需要。我国作为缔约国缔结的条约有的仅仅规定了原则，还需要我国国内法予以细化；有的仅仅规定了中国私人的实体权利，对于程序上的相应权利还需要我国国内法予以制定；也有的对于中国私人的权利义务规定的具体、明确，最典型的就是《联合国国际货物销售合同公约》。

其次，涉及私权益的条约具有国内可适用性也是实现条约目的和宗旨的需要。法律根据保护的利益的不同可以分为公法和私法。以保护私人利益为目的的法律为私法[26]。同理，笔者认为，条约根据保护利益的不同也可以分为公法性条约和私法性条约。以保护国内私人利益为首要目的的为私法性条约。只有把私人条约或者涉及私人利益的条款落实到国内的私人，才能真正实现该条约的目的和宗旨，缔结的条约才具有实际意义。

最后，涉及私权益的条约具有国内可适用性是条约必须遵守原则的必然要求。正如笔者前文所述，缔约国应当恪守条约必须遵守原则。即使是私法性条约，其缔约主体也是国家，权利、义务的主体也是国家。国内私主体要想享有权利、履行义务，就需要国家采取立法措施，将国内的私主体变为权利、义务的主体，这个“变”的过程，也涉及国际条约在国内的适用。

### 3.3. 条约在中国适用的根本原因

“一切错综复杂的社会现象，包括法现象，都可以从利益那里得到解释，利益是社会生活中唯一、普遍起作用的社会发展动力和社会矛盾根源”[27]。同样，笔者认为，条约在国内的适用，从根本上追溯原因，实际上是三种利益共同协调作用的结果，即国际社会的利益、中国国家的利益和国内私人的利益。

之所以这么说，是因为笔者认为，人类社会之所以会发生矛盾、冲突，均为各种利益矛盾、冲突的结果。法，则是为了调节利益而产生的，因此，法律制度实质上就是一种利益制度。[28]。而对于国际法，格劳秀斯也在其著作《战争与和平法》中指出：“一国的法，目的在于谋取一国的利益，所以国与国之间，也必然有其法，其所谋取的非任何国家的利益，而是各国共同的利益，这种法，我们称之为国际法”[29]。因此，我们同样可以推出，国际法作为法的一种，本质上也是对国际社会成员之间利益进行平衡的工具。

综上，对于国际条约应当在中国国内适用的根本原因，应当从“利益”角度寻本溯源。国际社会的利益、中国国家的利益和国内私人利益是国际条约在我国国内适用的根本原因。

### 3.4. 对于一个观点的思索

以车丕照学者为代表的很多学者认为，国内法律可否与相关的国际条约不一致，应当分情况来考察，而不能一视同仁地按照“条约必须遵守”原则，认为国际条约高于国内法，即该类观点认为，通过类比国际条约的缔结程序与国内法的立法程序，应当根据缔结条约的主体的不同，来判断条约的效力是否高于国内法[30]。<sup>14</sup>

但是笔者认为这种推论，部分是站不住脚的。

<sup>14</sup>具体而言就是，根据《缔结条约程序法》第3条的规定以及我国宪法和其他法律的规定，将条约与国内法的等级关系分为四类，第一，我国所缔结与参加的任何条约的效力都在宪法的效力之下，任何条约条款都不得与宪法规定相冲突；第二，全国人大常委会批准的“条约和重要协定”与全国人大及全国人大常委会制定的法律具有同等效力；第三，我国对外缔结的不须经全国人大常委会批准而须经国务院核准生效的条约和协定，与国务院制定的行政法规具有同等效力；第四，以我国政府部门的名义对外缔结的协定与国务院部门规章具有同等效力。

首先，必须指出的是，《缔结条约程序法》第3条以及我国宪法都只是赋予国务院“同外国缔结条约和协定”，而我国政府部门并没有缔约权，只有在经过国务院授权的情况下，才能具体行使缔约权，且对外缔结条约产生的法律后果由国务院承担。其次，通过国际实践可以看出，缔约程序与立法程序的严谨程度不可同日而语。再次，立法权限的范围和批准条约的权限的范围不能完全等同。第四，我国国内法中有很多国际条约优先适用的条款，而不是规定国际条约的适用等同于国内法。第五，倘若真的将国际条约的缔约程序类比国内法立法程序，那么按照“后法优于先法”的法理原则，后制定的国内法就会推翻在先缔结的国际条约。对此，不论是按照国际法的基本原理，还是按照我国一贯坚持的国际条约优先适用的立场，都是无法令人接受的推论。正如王铁崖学者说过的：“条约优先于国内法表明了我国法律制度的一种倾向”<sup>[31]</sup>。第六，只有《联合国宪章》明确了《联合国宪章》效力优先于其他国际条约。<sup>15</sup>除此之外，连《维也纳条约法公约》也没有明确条约的法律位阶。因此，将条约分为多个等级违背了客观的法律事实。第七，条约的缔结体现的是各国协调的意志，而国内法体现的是一国国内统治阶级的意志，因此，不能用国内法的立法程序和立法主体类推推出国际条约的法律位阶。

#### 4. 国际条约在我国国内法中的法律位阶问题

搞清楚国际条约在我国的法律位阶是探究国际条约在我国如何适用问题的基础，也是未来如何构建国际条约在我国适用方式的前提。

一方面，与“法律适用”密切相关的问题之一就是“法律位阶”，与国际条约在我国国内的适用密切相关的问题之一就是条约在一国法律体系中的位阶问题。这也是我国国际法领域的著名条约法学者李浩培先生所称的，一国国内法上条约与国内法的相互地位<sup>[10]</sup>。<sup>16</sup>另一方面，从各国的实践来看，目前，国际条约在各国的地位主要有五种<sup>[4]</sup>，在当今很多国家对国际条约的地位作出规定的背景下，我国对此保持缄默的态度不符合国际潮流，对此问题应当进行研究，并在日后予以明文规定。

综上，在探究国际条约在我国国内的适用问题之前，我们必然要探究国际条约在我国法律体系中的位阶，这是我们无论如何也绕不开的关卡。

##### 4.1. 对于目前五种学术观点的思考

对于条约在我国的法律位阶问题，主要存在以下五种学术观点。

第一种：国际条约和重要协定与全国人大及其常委会制定的法律的位阶等同<sup>[32]</sup>。

首先，该观点只提到了国际条约和重要协定，说明学者此处的条约是指狭义上的国际条约。因此对于我国缔结的其他具有条约性质的文件在我国法律体系中的位阶如何并没有说明。

其次，该观点认为国际条约与全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律位阶相同。但是全国人大及其常委会还制定过其他法律性质的文件，为什么不认为国际条约的地位与规范性文件的地位相同呢？

最后，正如笔者前文所述，通过国际实践可知，条约缔结程序与法律制定程序的严谨性不可同日而语，且二者的程序不具有很大的相似性。哪怕二者具有很大的相似性，这也不能成为衡量二者法律位阶的标准。

第二种：国际条约低于宪法，但与立法机关通过的法律法规位阶等同。

有很多学者赞同此种观点<sup>[33]</sup><sup>[34]</sup>。但是笔者认为，一方面，此观点本质上只是以立法主体和立法程

<sup>15</sup> 《联合国宪章》明确规定，“与其依任何其他国际协定所负之义务有冲突时，在本宪章下之义务应居优先”。

<sup>16</sup> 即条约的地位低于国内法；条约的地位低于宪法，且与一般国内法相等；条约的地位低于宪法，而优于一般国内法；条约的地位与宪法相等；条约有条件地高于宪法。

序作为判断国际条约在国内法律体系中的法律位阶的标准，正如上文所分析的，笔者在此不再赘述；另一方面，此观点得出此结论的理由，即将条约分为几个等级，如同笔者上文分析的，这种推论是站不住脚的。

第三种：国际条约低于宪法，但与一般国内法位阶等同[35]。

我国对于“一般国内法”的定义范围很广，包括法律、行政法规、地方性法规、规章等。该观点未说明此处的“一般国内法”到底是指什么。

第四种：国际条约的位阶优于除宪法之外的其他国内法[10][36]。

该观点之所以这样认为，是因为我国很多法律法规规定，但条约与我国的国内规定不一致时，优先适用条约的规定。但是，这只能说明我国法律制度的一种倾向，并不能充分说明此归纳的结论就是一项在我国普遍适用的法律原则。

第五种：国际条约的位阶优于除宪法之外的其他国内法是我国法律制度的一种倾向[37]。

笔者赞同此观点。首先，王铁崖学者认为该观点中的“国际条约”是否是指广义上的国际条约还要在实践中确定；其次，王铁崖学者认为这只是一种“我国法律制度的”“倾向”，说明其认为这种归纳得出的结论并不能上升为一种普遍适用于我国国内的法律原则；最后，王铁崖学者指出了我国对于国际条约地位立法的缺失所导致的一系列问题。

## 4.2. 国际条约在我国国内法上的法律位阶的法理分析

条约在中国国内法的法律位阶是我国行使国家主权的体现，这属于“国内管辖事项”。法国学者察夷耶利则也指出：“任何法律规则未经依照它的成立的程序所废止之前仍然维持拘束的效力”[22]。换言之，我们可以认为，倘若已经缔结或参加的条约与上一级法律规定的内容产生冲突，该条约也不会丧失效力。由此可知，国际条约在我国国内法上具体应当处于什么法律位阶，是我国国内法进行的一种“拟制”[4]。

在确定国际条约在我国国内法上的法律位阶时，首先，我们还要考虑到将国际条约放置在我国法律体系的什么位置是不会影响我国国家主权的。宪法作为我国的根本大法，在一定程度上体现了我国的国家主权，倘若我们规定国际条约的法律位阶高于本国宪法，那么，就会对我国的国家主权造成影响。其次，要考虑到“条约必须遵守”原则，遵守该原则就不能让国际条约在我国国内法上的法律位阶定位太低，因为一旦国际条约在我国法律位阶处于很低的位阶，就会不利于我国适用国际条约，这样就极易违背我国适用国际条约的承诺，极易承担相应的国际法上的责任。最后，我们还要考虑到我国已有的，已经明文确定的发生冲突时国际条约优先的法律规定，为了保持协调一致，在确立国际条约在我国法律体系中的法律位阶时，应当充分考虑到它们，以免与这些立法倾向背道而驰。

## 4.3. 国际条约在我国国内法上的法律位阶的具体规定

笔者认为，一方面，国际条约在我国国内法上的法律位阶要低于我国的宪法。原因有三：第一，当今的国际社会秩序的维持靠的还是各国的自觉遵守，并没有一个统一的权威机构提供足够有效的“公力救济”，国家主权是一国和国际社会的基石。而宪法体现了一国人民的最高意志以及最高利益，是一国的最高法律，因此，国际条约不能高于我国的宪法，一旦高于我国的宪法，那么我国人民的根本利益将无法得到根本的保障；第二，从实践来看，我国制定和修改宪法的程序要明显严于国际条约的缔结、批准程序；第三，从各国的实践来看，采纳国际条约的法律位阶高于本国宪法的做法很少，只有个别国家赋予国际强行法以优于宪法的地位。例如，《瑞士联邦宪法》第193条第4款、第194条第2款、第139条第3款[2]。

另一方面，国际条约的法律位阶应当高于除了宪法之外的其他法律。原因有三：第一，我国既然缔结、



批准了国际条约，那么根据国际法的基本理论，缔约国有义务使自己国内制定的法律不与自己缔结、批准的国际条约的内容相冲突，除了缔约国声明保留的条款。第二，将国际条约的法律位阶定为高于除了宪法之外的其他法律，也符合我国目前的立法实践和立法倾向，容易保持国内各法之间的协调一致。第三，在世界各国交往日益频繁的当今，国际法的重要性逐渐凸显，呈现出一定的“优位”趋向[38]。

## 5. 民法典时代国际条约地位补足的方式

有的学者认为应当在《立法法》或《缔结条约程序法》中规定国际条约的地位问题[5]。但是笔者认为，《立法法》和《缔结条约程序法》本质上都属于程序性的法律，规定国际条约的地位问题属实是超出了二者的权限范围。

也有的学者认为应当在《涉外民事关系法律适用法》中规定国际条约的地位问题[6]。但是，正如笔者前文所述，笔者认为《涉外民事关系法律适用法》没有吸纳《民法通则》第142条对于国际条约地位的规定是遵循一定的立法逻辑的。从《涉外民事关系法律适用法》的内容来看，其主要是规定冲突法问题，因此，不适宜将国际条约的地位问题规定于其中。

还有的学者认为应当在我国《宪法》中确立国际条约在我国中的地位[2][3][4][5]。笔者赞同此观点，并认为这是弥补国际条约在我国地位问题的最为科学、最为理想的方式。首先，倘若《宪法》对于国际条约的地位问题不加以明晰，会造成其他下位法越权的问题。我国宪法位于我国法律体系的最高位阶，那么在宪法未对国际条约的适用问题作出规定的前提下，其他下位法怎么能直接规定国际条约的适用问题呢？这不符合法理常识。由此会带来下一个问题，即倘若作为我国最高法的《宪法》不规定国际条约在我国法律体系中的地位问题的话，就会造成下位法立、改、废、释时的混乱，如笔者前文所述，近年来，我国一些法律在修改后，删除了原本关于国际条约适用问题的条款。这同时也带来了他国对我国的质疑：难不成中国对于国际法的立场有所变化？其次，一个国家的法律体系中应当包含哪些内容，应当是一国的宪法或者宪法性法律所要解决的问题。最后，作为一个坚持、遵守、维护国际法的国家，我们应当树立起“有约必守”的良好形象，而《宪法》是我国最高、最根本的法律依据，在《宪法》中明确国际条约的地位是最为妥当的。

在这类建议中，笔者认为有一个代表性的观点有待商榷。该观点认为，在宪法中对于国际条约地位的规定应当为：“中华人民共和国缔结和参加的国际条约和重要约定以及明确接受的国际习惯法，构成中华人民共和国法律体系的一部分，声明保留的条款除外。中华人民共和国法律和缔结或参加的条约和重要协定没有规定的，可以适用国际惯例”[3]。首先，笔者认为，在国际法学界普遍赞同习惯国际法是基于各国长期、普遍的实践，一旦确立下来，就对各国有拘束力，除非某个国家对某个习惯国际法是“一贯反对者(persistent objector)”。因此，此观点中对于“国际习惯法”表述为“明确接受的国际习惯法”是不符合国际法法理的。其次，在国际法上，只有国际条约存在“保留”的概念，对于“国际习惯法”不存在“保留”。最后，国际条约应当进行广义理解。根据1969年《维也纳条约法公约》第二条的规定、1986年《关于国际法和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》的规定[4]，<sup>17</sup>以及结合国际法学界对于“条约”的理解来看，我们可以得出，只要满足三个特征的，均为条约：第一，条约是国际法主体之间缔结的；第二，以国际法为依据的；第三，确立相互间的权利义务的；第四，是书面协议。不仅仅只是指国际条约和重要协定，还应当包括其他具有条约性质、协定性质的文件。

由于《宪法》是我国的根本大法，《宪法》内容的稳定性也决定了修宪的难度以及耗时的长度。因

<sup>17</sup>1986年《关于国际法和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》：“条约指一个或更多国家和一个或更多国际组织间，或国际组织相互间，以书面缔结并受国际法支配的国际协议，不论其载于一项单独的文书或两项或更多有关的文书内，也不论其特定的名称为何。”

此,有学者提出我们可以在《民法典》的司法解释中,补充国际条约的适用问题<sup>[3] [7] [8]</sup>。具体内容可以采纳《民法通则》第142条的规定。但是笔者认为,相对于在《宪法》中确立国际条约的来讲,在《民法典》的司法解释中确立也只是能够解决民商事领域的国际条约的适用问题。

## 6. 未来国际条约在我国的适用方式

目前我国适用国际条约的规定都是分散于部分法律法规中,即以逐个处理的的方式在我国相关的法律中予以规定。但是,随着国际社会交往的日益密切,我国缔结的条约数量只会愈来愈多。据笔者不完全统计,我国缔结的双边以及多边条约的数量达到7400个。<sup>18</sup>因此,笔者认为,虽然我国目前以这种看似“自由”的方式规定国际条约在我国的适用问题很灵活、方便,但是这种做法会带来一些问题:第一,会给立法机关带来不小的工作负担;第二,会导致同种类的国际条约在我国的适用方式不同或不确定的问题;第三,可能会使一些内容本就十分清楚、可以在我国国内直接适用的国际条约,因为立法机关没有制定相应的法律法规,而在我国不能得到及时地适用。

因此,笔者认为,我国应当建立起国际条约适用的具体而明确的制度。笔者赞同我国建立起“自动执行条约”和“非自动执行条约”制度,以此来恰当、准确地适用国际条约<sup>[10]</sup>。<sup>19</sup>

### 6.1. 建立此制度的必要性与可行性

探讨建立“自动执行条约”和“非自动执行条约”制度的必要性,笔者想先以逆向思维的方式,探讨一下我国是否适合建立“直接适用”或“间接适用”的条约适用方式。

“直接适用”条约是指只要公布某条约或者在相关的国内法中直接写入相关的某条约的内容,就可以“直接”使得条约在国内执行。使用此种方式的优点是:迅速、有效率。但是这种方式带来迅速和效率的同时,也带来了弊端,那就是:缺乏安全性和稳定性。直接适用国际条约,会使我国本就不完善的立法在维护国家经济安全方面发挥不了应有的作用,并有可能导致政府行政权力的过度膨胀<sup>[19]</sup>。

与“直接适用”条约相对的是“间接适用”条约。其优点就是“直接适用”条约的缺点,即安全性和稳定性。但是其缺点就是缺乏效率。特别是在我国已经缔结了几千个双边和多边条约的情况下,倘若对国际条约采用逐个“间接适用”的方式,无疑会造成立法任务的繁重,并且会耗费巨多的时间。

综上,笔者认为在我国建立起“自动执行条约”和“非自动执行条约”制度是最为妥当的<sup>[10]</sup>。<sup>20</sup>理由如下:

首先,由于我国立法尚未健全,还处于法制的转型时期,因此“安全性”对于我国具有重要意义,对国际条约采用“直接适用”的方式不能满足我们对于“安全性”的需求。此外,由于我国应当遵守“条约必须遵守”原则,因此,“效率”对于我国法制也具有特殊意义。倘若我们对于国际条约逐个采用“间接适用”的方式,正如上文所述,那就不能满足我国对于“效率”的需求。因此,我国需要建立起该制度。

其次,由于我国缔结的几千个国际条约具有不同的特征,因此,采用该制度可以针对不同的条约采用不同的适用方式。例如,对于条约内容具体,可以直接在我国适用的条约,我们可以采取直接适用的方式;对于内容抽象,多为原则性规定的条约,我们可以采取间接适用的方式。对于国际民商事条约和国际海商海事条约等政治性不强、内容规定具体的条约,我们可以采用直接适用的方式;对于需要制定

<sup>18</sup> 外交部中华人民共和国条约数据库: <http://treaty.mfa.gov.cn/web/index.jsp> 访问时间:2021年12月28日。

<sup>19</sup> 条约的适用方式与条约在一国国内法上的接受方式是两个不同的概念,前者以后者为基础。我国国际条约法专家李浩培教授指出,条约在国内法上的“接受方式”为“转化”或“并入”,区别于条约的“适用方式”,即“自动执行条约”和“非自动执行条约”。总结来讲,也就是李浩培学者认为的:接受是条约在一国国内适用的前提。自动执行的条约和非自动执行的条约,实际上是条约在经过接受后而产生的适用问题。

<sup>20</sup> 正如李浩培学者所指出的:凡是把条约一般地接受为国内法的国家,实际上都有区别自动执行条约和非自动执行条约的必要。

一定的国内法才能在我国予以适用的条约，我们可以采用间接适用的方式。

最后，我国法律体系中有部分已经明文规定了“当本法内容与条约规定不一致时，适用国际条约”的法律法规，但是由于缺乏确定的国际条约适用制度，在准备适用国际条约时不清楚该条约是否能够直接适用，因此，就会导致这种明文规定的执行效果不明显。而一旦规定了采用“自动执行条约”和“非自动执行条约”制度，就能够使这些法律法规更好地发挥指导相关国际条约适用的作用。

## 6.2. 建立此制度的具体构想

根据李浩培学者的观点，<sup>21</sup>[10]再结合我国的立法实践，笔者认为，我国要建立此制度，应当在全国人大常委会的领导下，在国务院及其各部委和最高院的合作下，有步骤、有条理地进行[4]。<sup>22</sup>

首先，全人常应当会同国务院各部委一起对国际条约进行事先的定性。其中，先由条约的谈判或缔结部门提出初步意见，然后再由全人常作出最终决定意见，明确我国缔结的双边条约和多边条约的类型，对于难以定性的条约可视为“非自动执行条约”。关于区分的标准，笔者认为可以参考以下标准：

第一，对于条约中已经明确需要缔约国自己采取立法在国内予以执行的，应当归类于“非自动执行条约”；

第二，对于条约规定的内容仅针对缔约国，需要缔约国采取立法措施将权利义务主体扩大到本国自然人的，应当归类于“非自动执行条约”；

第三，对于条约内容抽象，多为原则性规定的，可操作性不强的，应当归类为“非自动执行条约”；

第四，对于条约内容具体，可直接操作性强的非政治性条约，应当归类为“自动执行条约”，即将国际民商事条约等国际私法条约列为“自动执行条约”；

第五，对于不能确定哪个条约是“自动执行条约”，哪个条约是“非自动执行条约”的，应当视为“非自动执行条约”。

其次，考虑到我国所签订条约的庞杂，应当由最高人民法院承担“事后定性”的工作。最高院可以依职权或者根据下级法院的请求，对未事先定性的条约，以司法解释的方式进行补充定性。定性的标准仍可以依照上文所述的标准进行；

最后，对条约的定性完毕后，全人常、国务院及其各部委、最高院可以考虑对于“非自动执行条约”中的条款再进行“自动执行条款”和“非自动执行条款”的归类。

## 7. 结语

我们在享受《民法典》带来的便利的同时，也必须面对其带来的国际条约在国内法律地位的法律真空问题。明晰国际条约在我国的法律位阶问题，是我们解决国际条约在我国适用问题的前提。

作为一个始终坚持、遵守和维护国际法的大国，笔者认为在一国的根本法——《宪法》中明确国际条约在国内的地位问题是弥补国际条约在国内法律位阶空白的最为科学、最为理想的方式。而将国际条约在国内的法律位阶问题放置于《民法典》的司法解释中规定，也不失为一种好的选择。

在解决了国际条约在我国的法律位阶定位问题后，国际条约在我国的适用才有了根据。综合考虑了条约的直接适用以及间接适用的方式后，笔者认为我国应当建立起“自动执行的条约”和“非自动执行的条约”制度。

<sup>21</sup> 李浩培学者指出：第一，有些条约明文规定缔约国须以立法予以执行，在这种情况下，缔约国以补充立法执行该条约，是它从条约本身承担的义务；第二，有些条约，如同盟互助条约，是政治性的，其所规定的权利义务，原则上只涉及缔约国政府本身，而与自然人和法人无关，所以把这类条约的效力扩大于自然人和法人，就需要另以补充立法予以规定；第三，有些条约的规定只是大纲性的，不够详细和精密，所以也须以立法作补充规定；第四，有些条约所用的语文不是本国语文，还须译成本国语文，并以法律予以公布。

<sup>22</sup> 关于如何构建此制度，笔者受到王勇学者的启发。

在本文中,笔者基于自己浅薄的知识提出了对于一些观点的看法,以及解决问题的建议,以期为解决国际条约在我国的适用问题作出绵薄之力。

## 参考文献

- [1] [英]安托尼·奥斯特. 现代条约法与实践[M]. 江国青,译. 北京:中国人民大学出版社,2005: 141.
- [2] 戴瑞君. 国际条约在中国法律体系中的地位[M]. 北京:中国社会科学出版社,2020: 20, 234-235.
- [3] 张文显. 推进全球治理变革,构建世界新秩序——习近平治国理政的全球思维[J]. 环球法律评论,2017(4): 5-20.
- [4] 王勇. 条约在中国使用之基本理论问题研究[M]. 北京:北京大学出版社,2007: 1, 27, 113-116, 131.
- [5] 万鄂湘,主编. 国际法与国内法关系研究[M]. 北京:北京大学出版社,2011: 482.
- [6] 丁伟. 后《民法典》时代中国国际私法的优化[J]. 政法论坛,2020, 38(5): 33-45.
- [7] 王玫黎. 民法典时代国际条约地位的立法模式[J]. 现代法学,2021, 43(1): 109-299.
- [8] 沈伟,沈力达. “民法典时代”涉外民事关系的法律适用[J]. 民主与法制时报,2021(6): 1-2.
- [9] 丁伟. 涉外民事关系法律适用法与“其他法律”相互关系辨析[J]. 政法论坛,2011(3): 13-20.
- [10] 李浩培. 条约法概论[M]. 北京:法律出版社,1987: 329, 338, 341, 380-401.
- [11] 洪钧培. 春秋国际公法[M]. 北京:中华书局,1939: 101.
- [12] 崔书琴. 国际法(上册)[M]. 北京:商务印书馆,1948: 219-220.
- [13] 曹建明,等,主编. 国际公法学[M]. 北京:法律出版社,1998: 7.
- [14] [美]汉斯·凯尔森. 国际法原理[M]. 王铁崖,译. 北京:华夏出版社,1989: 263, 348.
- [15] 沈宗灵. 现代西方法理学[M]. 北京:北京大学出版社,1992: 168.
- [16] [德]卡尔·拉伦茨. 法律行为解释之方法[M]. 范雪飞,吴训祥,译. 北京:法律出版社,2018: 30.
- [17] [英]霍布斯. 利维坦[M]. 黎思复,黎廷弼,译. 北京:商务印书馆,2017: 12.
- [18] 王世杰,钱端升. 比较宪法[M]. 北京:中国政法大学出版社,1997.
- [19] 梁西. 国际法[M]. 武汉:武汉大学出版社,1993: 40, 45.
- [20] [英]戈·冯·闵希. 国际法教程[M]. 莫晓慧,林荣远,译. 北京:世界知识出版社,1997: 52.
- [21] 王铁崖,等. 中华法学大辞典: 国际法卷[M]. 北京:中国检察出版社,1997: 470.
- [22] 张潇剑. 国际强行法论[M]. 北京:北京大学出版社,1995: 51, 61-65.
- [23] 万鄂湘. 国际强行法与国际公共政策[M]. 武汉:武汉大学出版社,1991: 27.
- [24] 周鲠生. 国际法(下册)[M]. 北京:商务印书馆,1976: 652.
- [25] 车丕照. 论国际条约对私人的效力[M]//朱晓青,黄列. 国际条约与国内法的关系. 北京:世界知识出版社,2000: 45.
- [26] 卢云. 法学基础理论[M]. 北京:中国政法大学出版社,1994: 55.
- [27] 李双元,李赞. 构建国际和谐社会的法学新视野——全球化进程中的国际社会本位理念论析[J]. 法制与社会发展,2005(5): 79-97.
- [28] 赵震江,付子堂. 现代法理学[M]. 北京:北京大学出版社,1999: 90.
- [29] 法学教材编辑部《西方法律思想史》编写组,编. 西方法律思想史资料选编[M]. 北京:北京大学出版社,1983: 139.
- [30] 车丕照. 《民法典》颁行后国际条约与惯例在我国的适用[J]. 中国应用法学,2020(6): 1-15.
- [31] 王铁崖. 国际法引论[M]. 北京:北京大学出版社,1998: 210.
- [32] 韩燕煦. 论条约在国内的适用[D]: [硕士学位论文]. 北京:北京大学,1999.
- [33] 陈寒枫,等. 国际条约与国内法的关系及中国的实践[J]. 政法论坛,2000(2): 117-123.
- [34] 车丕照. 论条约在我国的适用[J]. 法学杂志,2005(3): 96-99.
- [35] 朱晓青. 《公民权利和政治权利国际公约》的实施机制[J]. 法学研究,2000(2): 102-113.

- 
- [36] 梁淑英. 论条约在国内的适用和中国的实践[M]//朱晓青, 黄列. 国际条约与国内法的关系. 北京: 世界知识出版社, 2000: 175.
- [37] 王铁崖. 条约与国内法律的冲突[M]//邓正来. 王铁崖文选. 北京: 中国政法大学出版社, 1993: 570.
- [38] 吴嘉生. 国际法与国内法关系之研析[M]. 台北: 台湾五南图书出版公司, 1998: 25-26.