

国际条约在中国法律体系中的地位

赵建文*

内容提要：从中国缔结和履行国际条约的实际情况来看，对中国有效的国际条约实际上已经成为中国法律体系的组成部分；国际条约在中国的适用有直接适用和间接适用两种情况；国际条约在中国法律体系中具有低于宪法高于法律的效力地位。国际条约应当是我国法律体系的一个层级。明确国际条约在中国法律体系中的地位对于完善中国特色社会主义法律体系和全面实施依法治国基本方略具有重要意义。

关键词：国际条约 法律体系 国际法

目前，我国法学界一般认为，一个以宪法为核心，涵盖宪法及其相关法、民商法、行政法、经济法、社会法、刑法、诉讼与非诉讼程序法等七个法律部门，包括法律、行政法规以及地方性法规、自治条例和单行条例三个层级的中国特色社会主义法律体系，已基本形成。但是，我国几十部现行法律明文规定应予适用并且司法机关长期适用的国际条约没有包含在内。一个健全完整的中国法律体系，不能没有国际条约。全面实施依法治国基本方略，不能不适用国际条约，不能不解决哪些条约可以直接适用，哪些需要经过立法程序将其转化为国内法间接适用以及如何处理条约与国内法的冲突等问题。然而，“条约在中国法律体系中的地位问题，无论在理论和法律制度上都没有得到成功解决。这应当说是我国条约适用制度建设上的一大问题。”〔1〕本文拟论证条约在中国法律体系中的地位问题，包括条约是否实际上已经是中国法律体系的组成部分、可以直接适用的条约的标准和间接适用条约的科学性以及条约与我国国内法冲突时何者优先的问题，希望有益于推进我国条约适用制度的建设。

一、对中国有效的国际条约实际上已经成为中国法律体系的组成部分

从国际条约法的理论和各国实践来看，如果要在一国国内执行一个根据国际法对该国已生效的国际条约，特别是要在该国法院适用该条约的规定裁判案件，需要通过该国国内法把该条约并入该国法律体系。〔2〕将国际条约并入一国法律体系的方法有两类：一类是一元论方法即整体纳

* 中国社会科学院国际法研究所研究员。

〔1〕 刘楠来：《国际条约的适用与我国法制的完善》，载中国社会科学院社会政法学部：《科学发展 社会和谐——构建社会主义和谐社会的理论与实践》，中国社会科学文献出版社2007年版，第278页。对外关系法是我国法律体系的一个部门，国际条约是该部门的重要部分。关于这一点，本人将另文论述。

〔2〕 参见李浩培：《条约法概论》，法律出版社1987年版，第380页。

入法,通过概括性的宪法、法律规定或习惯规则,将在国际法上对一国生效的条约全部并入该国法律体系;另一类是二元论方法即个别转化法,通过具体的立法或法令,将需要在国内实施的国际条约有选择地、个别地并入本国法律体系。

英国、意大利、英联邦国家、北欧诸国、爱尔兰等国采二元论方法。

英国实行二元论方法与其宪法体制分不开。在英国,批准条约的权力属于国王,国内立法的权力属于议会。一个条约经国王批准,英国就在国际法上完成了该条约的实质性的缔约程序。当一个英国缔结的国际条约在国际法上对英国发生法律效力时,该条约还不能成为英国法律体系的一部分,不能在英国法院适用。原因是,如果一个在国际法上对英国生效的国际条约可以直接在英国国内适用的话,就等于英国国王有了立法权,从而侵犯了议会的立法权,违反了英国宪法制度。为了维护议会的立法权,经国王批准的对英国生效的国际条约需要经过英国议会的“转化”程序,即通过议会立法将需要在英国国内适用的条约转化为英国法,并入英国法律体系。这样,英国法院就会认为它们适用的是英国立法,而不是国际条约本身。

按照意大利法律,议会授权总统批准条约和命令执行条约是两个不同的立法行为。一个条约经议会许可总统予以批准后,仅在国际法上对意大利发生法律效力。只有再经议会命令执行,该条约才被“转化”为意大利的国内法,并入意大利法律体系。经过这样的特别程序,条约的规定被认为改变了国际法的性质而成为意大利国内法,虽然条约内容在这项特别程序之前或之后并无变化。

采用一元论方法的主要是美国、德国、荷兰、波兰、瑞士等国。

虽然与英国同属普通法系,但美国实行二元论的整体纳入法。根据美国宪法第2条第2项,美国总统有权在参议院做出建议或同意下缔结条约,这种建议或同意要得到出席参议员的2/3多数的赞成。美国宪法第6条第2项规定,美国宪法以及依据宪法制定的美国法律和在美国的权力下缔结或将要缔结的一切条约,均为美国的最高法律。

法国宪法第55条规定,“经依法批准或核准的条约或协定,在公布后,具有法律的权威。”日本宪法第98条规定:“日本国缔结的条约及已确立的国际法规,必须诚实遵守之。”

实行个别转化法的国家,通过国内立法机关颁布立法或命令有选择地将需要在国内执行的国际条约个别地并入该国法律体系,在性质上将国际条约转化为国内法。这比整体纳入法更有适用方面的针对性,能较好地维护国家立法权的权威。与此相对照,实行整体纳入法的国家,完成国际法上的缔约程序与完成国内法上的条约生效程序、条约根据国际法对其生效的时间与在其国内法上生效的时间是相同的,条约一旦在国际法上对它们发生法律效力,即直接地纳入其法律体系,无需任何特别程序。这样简便易行,能够较好地维护该国缔结的国际条约的权威性和维护国际条约法的权威性。

关于条约在中国国内如何发生法律效力,即国际条约如何并入中国法律体系,中国宪法和宪法性法律都没有明确规定。但从1982年《中华人民共和国宪法》规定了条约的缔结权限、有一系列法律规定条约适用问题、对外机关所作的声明以及中国法院直接适用条约规则的事实来判断,我国属于一元论的整体并入法。

在中国,制定国内法和决定批准和废除条约的权力是同一的。这与英国明显不同。根据宪法第62、67和80条关于制定国内法的权力的规定和第67和第81条关于批准和废除条约的权力的规定,制定法律和批准条约都是全国人民代表大会及其常务委员会的权力,国家主席公布法律和

批准或废除条约都要根据全国人民代表大会及其常务委员会的决定。^{〔3〕}中国不存在英国那样的“立法权”和“批准条约的权力”的分离的宪法制度。同时，中国也不像意大利那样深受二元论的影响，不是把批准条约和命令执行条约看成两个不同的立法行为。

中国宪法和一系列法律中关于适用条约的规定包含着相关条约“已经纳入中国法律体系”的前提或假定。根据宪法第67条的规定，“在全国人民代表大会闭会期间，如果遇到国家遭受武装侵犯或者必须履行国际间共同防止侵略的条约的情况”，由全国人民代表大会常务委员会“决定战争状态的宣布”。这里关于“履行国际间共同防止侵略的条约”的规定就包含着这样的条约“已经纳入中国法律体系”的前提或假定，不然是谈不上“履行”问题的。1980年中外合资经营企业所得税法第16条第2款规定：“中华人民共和国政府和外国政府之间订有避免双重征税协定的，所得税的抵免应当按照各该协定的规定办理。”据此，只要“订有”此类协定，就“应当按照各该协定的规定办理”。再如，1982年民事诉讼法第189条规定：“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的，适用国际条约的规定。但是，我国声明保留的条款除外。”显然，中国缔结或参加的条约的规定，只要我国没有提出保留，就应当“适用”。该法第204条还规定，“中华人民共和国人民法院对外国法院委托执行的已经确定的判决、裁决，应当根据中华人民共和国缔结或者参加的国际条约，或者按照互惠原则进行审查，认为不违反中华人民共和国法律的基本准则或者我国国家、社会利益的，裁定承认其效力，并且依照本法规定的程序执行。否则，应当退回外国法院。”这里规定根据中国缔结或者参加的国际条约审查外国法院判决，也不要求“转化”程序将条约转化为我国国内法。

我国一系列司法解释或行政机关的文件表明，国际条约在国际法上对我国生效时直接并入中国法律体系。例如，1987年4月10日《最高人民法院关于执行我国加入的〈承认及执行外国仲裁裁决公约〉的通知》指出：“第六届全国人民代表大会常务委员会第十八次会议于1986年12月2日决定我国加入1958年在纽约通过的《承认及执行外国仲裁裁决公约》，该公约将于1987年4月22日对我国生效。各高、中级人民法院都应立即组织经济、民事审判人员、执行人员以及其他有关人员认真学习这一重要的国际公约，并且切实依照执行。”该通知表明，《承认及执行外国仲裁裁决公约》在国际法上对我国生效的日期就是我国应当执行该公约的日期，该公约对我国生效时就直接地并入我国法律体系。

1990年4月，中国代表在联合国禁止酷刑委员会上，就中国政府提交的《执行〈禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约〉的报告》作说明时说：“根据中国的法律制度，中国缔结或者参加的国际条约，要经过立法机关批准或国务院核准程序，该条约一经对中国生效，即对中国具有法律效力，我国即依公约承担相应义务。”很清楚，条约“一经对中国生效”，即对中国具有法律效力，不需要“转化”程序。

从我国的宪法、法律、司法解释以及对外声明中的一致性的规定或内容来看，从我国缔结和履行国际条约的实际情况来看，凡是根据国际法对我国生效的国际条约，均无须另外通过法律将其转化为国内法就直接并入我国法律体系，就可以在中国国内适用。这是从有关特定条约的宪法、

〔3〕 根据宪法第62条，全国人民代表大会行使“修改宪法”、“监督宪法的实施”、“制定和修改刑事、民事、国家机构的和其他的基本法律”的权力。根据宪法第67条，全国人民代表大会常务委员会“解释宪法，监督宪法的实施”、“制定和修改除应当由全国人民代表大会制定的法律以外的其他法律”。根据宪法第80条，中华人民共和国主席“根据全国人民代表大会的决定和全国人民代表大会常务委员会的决定，公布法律”。

根据宪法第67条的规定，全国人民代表大会常务委员会“决定同外国缔结的条约和重要协定的批准和废除”。根据宪法第81条的规定，中华人民共和国主席“根据全国人民代表大会常务委员会的决定”，“批准和废除同外国缔结的条约和重要协定”。

法律和司法解释以及对外声明中归纳出的一般结论。完善中国特色的社会主义法律体系,需要在我国宪法或法律中作出一般规定,承认国际条约已经是中国法律体系的组成部分的事实,承认国际条约是中国法律体系的一个层级。

二、国际条约在中国的直接适用和间接适用

国际条约在一国国内是直接适用还是间接适用,取决于一国的宪法体制,也取决于有关条约本身的性质、用语等问题。

(一) 二元论个别转化体制下的条约在国内的适用

在二元论体制下,条约通过立法被转化为国内法和条约在国内法院的适用问题往往是合二而一得到解决的,也就是在把国际条约转化为国内法的同时,也解决了条约在国内法院能否直接适用的问题。

1. 二元论个别转化体制下的条约的直接适用

1998年英国通过了《人权法案》,实质上授权英国法院依照《欧洲人权公约》审理案件。该法案的实际效果是通过性质的转化把该公约完整地并入英国法律体系,从而以一种迂回方式使《欧洲人权公约》能在英国得到某种程度的直接适用。^{〔4〕}

1999年5月21日,挪威颁布了被称为“人权法案”的《关于加强人权在挪威法律中的地位的法案》(Act Relating to the Strengthening of the Status of Human Rights in Norwegian Law)。该法案第2条宣布承认《欧洲人权公约》、《经济、社会和文化权利国际公约》、《公民权利和政治权利国际公约》及其第一和第二议定书在对挪威有效的范围内具有挪威法律的效力。该法案第3条规定,上述公约及其议定书的规定优先于任何与其冲突的其他立法的规定。该法案使这三项国际人权条约完成性质的转化,完整地并入挪威法律体系,可以由挪威法院直接适用。

2. 二元论个别转化体制下条约的间接适用

英国议会颁布的1975年涉外诉讼证据法(Evidence (Proceedings in Other Jurisdictions) Act 1975)旨在赋予1970年订于海牙的《关于从国外调取民事或商事证据的公约》的内容转化为英国国内法,但该法连这个公约的名称也没有提到。^{〔5〕}该公约仅适用于民商事诉讼事项,而英国的该法还包括了处理刑事调查请求书的规定以及像联合国国际法院那样的国际诉讼事项。

3. 二元论个别转化体制的缺点的克服

在二元论体制下,如果没有及时“转化”条约,可能因为缺少履行国际法所必需的国内法(消极抵触)或实行与国际法相违背的国内法(积极抵触)而产生不履行条约义务的责任。

英国法院在审判实践中发展了有助于避免这种情况发生的不同于严格意义的二元论的条约适用方法的方法:在议会的执行条约的立法的语言是明确具体的情况下,法院并不关注该立法背后的条约;如果议会的执行条约的立法用语不清晰,必要时法院会关注条约,即使这一立法并未提及该条约,甚至包括那些未并入的条约,如未并入前的《欧洲人权公约》;对于一个通过一项立法将其全部或部分规定并入英国法的条约,法院在适用过程中会按照国际法规则,特别是按照《维也纳条约法公约》第31—33条规定的条约解释规则来解释有关条约。

〔4〕 前引〔1〕,刘楠来文。

〔5〕 英国1975年涉外诉讼证据法的全称是:An Act to make new provision for enabling the High Court, the Court of Session and the High Court of Justice in Northern Ireland to assist in obtaining evidence required for the purposes of proceedings in other jurisdictions; to extend the powers of those courts to issue process effective throughout the United Kingdom for securing the attendance of witnesses; and for purposes connected with those matters.

（二）一元论整体并入体制下条约在国内的适用

在一元论体制下直接并入国内法律秩序的条约，并不一定能够在司法机关直接适用。有些条约还需要立法机关的转化性或补充性立法。在这种体制下，区分自执行条约和非自执行条约，或者说区分直接适用的条约和间接适用的条约，就成了问题的关键。

1. 美国关于自执行条约和非自执行条约的区分

（1）依据条约性质的区分

1929年美国最高法院马歇尔法官在福斯特诉尼尔森案的判决中确立了“自执行条约”（self-executing）与“非自执行条约”（non-self-executing）的区分。该案原告依据美国与西班牙的一项条约主张西佛罗里达一片土地的所有权，该条约规定西班牙的土地特许令将得到美国的承认，而原告拥有西班牙的特许令。该案判决认为，条约本质上是两国间的契约，而不是立法行为，但根据美国宪法条约能够不需任何立法规定而直接在美国发生效力，就应在法院视条约为准立法的等同物。但是当条约规定的文字意含一个契约，当任一缔约方承诺履行某一特定行为时，那么条约是针对政治部门，而不是针对司法部门的。在它能成为法院适用的规则前，要先有执行这一契约的立法行为。该案表明，自执行条约在法院的执行无须通过国内立法，非自执行条约的执行必须经过国内立法。

1994年美国《乌拉圭回合协定法》规定通过以执行该协定而履行根据WTO协定承担的条约义务，从而排除了WTO协定在美国国内法院直接适用的可能性。该法规定，除美国政府外的任何人都不得基于任何乌拉圭回合协定或国会对该协定的批准作为起诉或抗辩的理由；任何人都不得在依法提起的诉讼中以与乌拉圭回合协定不符为由质疑美国、州或州的任何政治区划的任何部门、机构或其他设置的任何作为或不作为；任何私人团体都不能寄希望于联邦政府采取的措施的结果。

在美国，因为宪法第6条中的条约并不包括行政协定，行政协定要想在国内取得效力，还需要立法机关采取立法措施。

（2）依据条约约文是否具有可操作性的区分

在藤井诉加利福尼亚州案中，加州最高法院判定区分了条约的自执行条款和非自执行条款。该案判决认为，原告所提出的《联合国宪章》第55、56条关于会员国应与联合国合作以促进对人权与基本自由的尊重的规定措辞笼统，属于非自执行条款，不能使之相抵触的国内法归于无效。

（3）根据是否需要做出的区分

1990年美国批准《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》时宣布，该公约的第1—16条为非自执行条款。1986年美国参议院批准《防止及惩治灭绝种族罪公约》时声明，在美国执行该公约的立法颁布之前，总统不得交存批准文书。美国1988年制定了《保护文学艺术作品伯尔尼公约执行法》，宣称该公约不能在美国法院作为权利来源援引。1992年4月，美国在批准《公民权利和政治权利国际公约》时声明，该公约第1—26条为非自执行条款，并且美国不需要制定执行性立法，因为美国认为美国的法律已经充分符合该公约了。

2. 欧洲国家关于直接适用的条约和间接适用的条约的区分

（1）依条约性质的区分

有的条约如同盟条约、友好和互不侵犯条约、条约法公约等通常只须由国家对外履行，并不发生在国内的执行问题，就不需要直接适用。德国基本法第59条规定，所有规定联邦共和国政治关系或涉及联邦立法事项的条约，必须要经过联邦法律加以规定才能取得在德国法律上的效力。德国最高法院1928年在清理德国人财产案中驳回了原告请求，认为《凡尔赛和约》中关

于德国承诺对德国国民在第一次世界大战中的财产损失予以赔偿的规定旨在拘束缔约国，在私法领域并无直接效力，并不赋予个人任何直接的权利。^{〔6〕}德国宪法法院在一个判决中也认为，如果一个条约中所含的条款具有私法上的效果。就可以在国法上得到直接适用。^{〔7〕}

根据1953年修正的荷兰宪法第65、66条的规定，内容可以拘束任何人的条约，在公布后有直接适用的效力，强调了直接适用的条约应具有影响私人权利和义务的性质。

欧洲法院也一贯坚持WTO协定不可直接适用。1972年，欧洲法院在“国际水果公司案”和1993年的“香蕉案”的判决中就拒绝接受GATT的直接适用效力，理由是它的条款具有太大的灵活性。WTO协定生效后，欧洲理事会1994年12月22日通过的《关于代表共同体缔结乌拉圭回合多边贸易谈判达成的协定的理事会决定》(94/800/EC)的序言载明：“就性质而言，建立世界贸易组织的协定及其附件不容许在共同体或成员国法院被援引。”此外，欧洲法院在1990年关于“葡萄牙诉理事会案”的判决中认为，由于WTO协定的性质和结构的原因，原则上不属于法院可据以审查共同体机关行为合法性的规定，与GATT1947一样没有直接适用的效力。

(2) 依条约约文的区分

直接适用的条约，条约约文的措辞必须是与国内法一样明确和具体的规则，具有可操作性。如多边条约缔结时采用笼统字句或原则性规定，就无法直接适用。

“欧洲大陆在认定直接适用条约时，一般考虑两项标准，一是依据条约的用语、目的和上下文，考察该条约是否能够被直接适用；二是考虑缔约方是否意图为私人设定可以直接实施的权利和义务。”^{〔8〕}“对于实体私法条约采用直接适用方式，是由于这类条约往往涉及私人的权利和义务，而且所规定的内容比较具体。”^{〔9〕}这里谈到的两项标准实际上都是上述条约性质标准和条约约文标准。

(3) 依有无需要的区分

关于《欧洲人权条约》，大多数欧洲大陆国家认为，该公约的大部分条款是可以直接适用的，但其他人权条约则不行。原因之一是这些条约与欧洲人权公约及其十几个议定书的内容重复。

人权条约在国内法院的适用是联合国各人权条约机构对当事国的一项要求。例如：2006年1月27日儿童权利委员会第41次会议关于匈牙利的第2次定期报告的结论性意见“立法和执行”部分第7段指出：“委员会注意到匈牙利的声明，即匈牙利所有法律符合《儿童权利公约》和如果出现法律冲突匈牙利法院适用该公约的规定。”经济、社会和文化权利委员会2007年5月15日第38届会议通过的关于匈牙利2005年提交的第3次定期报告的结论性意见主要关注事项部分第7段指出：“委员会注意到，尽管经济、社会和文化权利国际公约被并入匈牙利国内法，但该公约承认的大部分权利仍不能在匈牙利国内法院适用。”

在确定条约能否直接适用的标准问题上，有不少国际法学者坚持“缔约国意图”标准，主张通过探寻缔约国缔约时是否有缔结直接适用的条约的意图来决定条约可否直接适用。其实，单独确定缔约国意图是很困难的，缔约国意图与条约的性质、条约约文是否具有可操作性、是否有直接适用需要是一致的。

(三) 一元论和二元论体制的异曲同工之处

二元论体制下的条约间接完整纳入和条约间接转化，一元论体制下的直接适用条约和间接适用条约，是有相似性的。二元论体制下的条约完整纳入和一元论体制下的直接适用条约或自执行

〔6〕 转引自李浩培：《条约法概论》，法律出版社1987年版，第322页。

〔7〕 同上。

〔8〕 左海聪：《直接适用条约问题研究》，《法学研究》2008年第3期。

〔9〕 田晓云：《我国涉外民事审判中实体私法条约的适用》，《河北法学》2005年第1期。

条约,二元论体制下的条约间接转化和一元论体制下的间接适用条约或非自执行条约的转化适用,适用效果也可能差不多。诚如周鲠生先生所言,国际法与国内法之关系,在抽象的学理上尽管大有争论的余地,而就解决实际问题的一面看,则各法系的国家大体相同。^[10]《奥本海国际法》指出:“学说上的不同,未为国家实践或在这种情况下适用的国际法规则所解决。……学说上争论大部分是没有结果的,因为所引起的主要问题——各国如何在它们的内部法律秩序的框架内适用国际法规则?以及国际法规则和国内法规则的冲突如何解决?——不是参照学说来回答的,而是要看各种国内法律和国际法的规则是怎么规定的。”^[11]

从有利于条约适用的角度看,二元论体制下的条约直接转化和一元论体制下的条约直接适用更为可取。人权事务委员会2004年3月29日通过的关于当事国应承担的一般法律义务的性质的第31号一般性意见第13段指出:“(公约)第2条第2款要求当事国采取在国内秩序中实现《公约》权利的的必要步骤。由此来看,除非《公约》权利已经得到它们的国内法律或惯例的保护,当事国必须在批准时对国内法或惯例作出必要变更以确保与《公约》相一致。凡国内法与《公约》之间相矛盾的,第2条都要求变更国内法或惯例,以达到《公约》的实质性保证所要求的标准。第2条允许当事国根据其国内宪政结构达到这一目标,因此并未要求把《公约》合并到国家法中以便其能够在国内法院直接适用。然而,委员会所持的观点是,在《公约》自动地或通过特定合并程序成为国内法律秩序一部分的那些国家,《公约》的保证可以得到更强的保护。委员会恳请尚未使《公约》成为其国内法律秩序一部分的国家,考虑将《公约》合并到国内法中,以便利像第2条所要求的那样,充分实现《公约》权利。”

李浩培先生说:“除了采取必须把条约转变为国内法的制度的那些国家,如英国和意大利以外(因为在采取这种制度的国家,凡已以立法转变为国内法的条约都可以由司法或行政机关适用,而未转变为国内法的条约都不能适用,所以无须作出条约是否自执行的区分),凡把条约一般地接受为国内法的国家,实际上都有区别自执行和非自执行的条约的必要。”^[12]

直接适用条约和间接适用条约或自执行和非自执行条约的区分标准是有实际意义的。条约性质标准解决的是条约应当不应当在国内法院直接适用的问题,条约约文标准解决的是条约不可以在国内法院直接适用,必要性标准解决的是由无必要在国内法院直接适用条约的问题。我们应当依照条约的性质和约文的措辞以及实际需要情况解决直接适用条约和间接适用条约的区分,凡是应当、能够且需要直接适用的就直接适用,其他条约,应当、能够且需要转化的就转化适用。

就法律用语的科学性而言,直接适用条约和间接适用条约好于自执行条约和非自执行条约。有学者主张“采用‘条约是否可以由人民法院直接适用’的表达,不采用‘自执行条约’的表达,是因为后一表达不如前一表达明晰准确,不宜作为立法用语”。^[13]

(四) 中国直接适用条约和间接适用条约的实践

我国目前可以总结出的标准,主要是上述欧美国家的性质标准。

1. 直接适用民商事性质的涉及私人权益的条约

我国立法通过两种规定方式表明了在中国法院的直接适用性。

一种是法律通过规定国际条约调整的事项不再适用国内法的方式表明条约的直接适用性,例如1980年中外合资经营企业所得税法。该法第16条第2项规定“中华人民共和国政府和外国政府之间订有避免双重征税协定的,所得税的抵免应当按照各该协定的规定办理。”再如1985年继

[10] 王铁崖、周忠海:《周鲠生国际法论文选》,海天出版社1999年版,第53页。

[11] [英]詹宁斯·瓦茨修订:《奥本海国际法》第1卷第1分册,中国大百科全书出版社1995年版,第32页。

[12] 前引[2],李浩培书,第392页。

[13] 前引[8],左海聪文。

承法第 36 条第 3 款规定：“中华人民共和国与外国订有条约、协定的，按照条约、协定办理。”这表明有关事项如果属于国际条约的调整范围，就应适用国际条约，不适用有关的中国法律。公民出境入境管理法第 18 条、渔业法第 8 条、国境卫生检疫法第 25 条、1991 年外商投资企业和外国企业所得税法第 28 条等法律也有类似规定。此外，专利法第 18 条也规定中外订有双边和多边条约国家的国民申请专利也直接适用公约规定。

另一种是法律通过规定国际条约与中国法律冲突时优先适用国际条约的方式表明条约的直接适用性。1982 年民事诉讼法第 189 条规定：“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的，适用该国际条约的规定。”此后，1985 年涉外经济合同法、1986 年民法通则第 142 条、1986 年《外交特权与豁免条例》第 27 条、1986 年国境卫生检疫法第 24 条、1986 年邮政法第 42 条、1988 年水法第 51 条、1989 年行政诉讼法、1991 年民事诉讼法第 238 条、1992 年的海商法第 268 条、1995 年民用航空法第 184 条第 1 款、1999 年海事诉讼特别程序法第 3 条、2001 年税收征管法第 91 条、2004 年票据法第 95 条第 1 款等法律都有和上述民法第 189 条类似的条款。

我国法院已有直接适用国际条约的丰富实践经验。

最高人民法院于 1987 年 12 月 10 日所发的《转发对外经济贸易部〈关于执行联合国国际货物销售合同公约应当注意的几个问题〉的通知》，要求各级人民法院在涉外民商事审判中正确适用该公约。通知指出：该公约的第 1 至 6 条明确规定了公约的适用范围，结合我国政府在核准书中关于中国不受公约第 1 条第 1 款（b）项、第 11 条以及与第 11 条内容有关的规定的约束的声明，我国当事人与该公约其他当事国的当事人之间达成的货物买卖合同产生的纠纷，在没有关于适用法律的特别约定的情况下，将自动适用公约的有关规定。对于我国当事人和属于《联合国国际货物销售合同公约》的另一当事国的当事人之间签订的货物买卖合同产生的纠纷，在合同中有关于适用法律的特别约定的情况下，我国法院就应当自动适用公约的规定，而不应当当然地适用我国合同法的有关规定或者再根据最密切联系原则确定准据法。

最高人民法院于 1987 年 4 月 10 日所发出的《关于执行我国加入的〈承认及执行外国仲裁裁决公约〉的通知》要求各级人民法院认真执行该公约。根据我国加入公约时所作的两项保留——互惠保留和商事保留的声明，我国对在另一缔约国领土内做出的仲裁裁决的承认和执行适用该公约，该公约并不适用于在非缔约国领土内做出的仲裁裁决的承认和执行；我国仅对按照我国法律属于契约性和非契约性商事法律关系所引起的争议适用该公约，具体包括合同、侵权、或者根据有关法律规定而产生的经济上的权利义务关系所引起的争议，并不包括外国投资者与东道国政府之间的争端。

我国法院已有一系列直接适用国际条约判决的知识产权案件、商事案件和海事案件。^[14]

[14] 知识产权案件，如 1995 年北京市第一中级人民法院判决的“美国沃尔特·迪斯尼公司诉北京出版社等侵犯著作权纠纷案”。在该案中，法院根据 1992 年生效的中美《关于保护知识产权的谅解备忘录》，判决美国国民的作品自 1992 年 3 月 17 日起，受中国法律的保护，因此对迪斯尼公司享有版权的卡通形象米老鼠、灰姑娘、白雪公主等美术作品的商业性使用，构成侵权行为。

商事案件，如 1995 年的上海市静安区人民法院审理的“上海振华港口机械有限公司诉美国联合包裹运送服务公司国际航空货物合同标书快递延误赔偿纠纷案”。法院依据中国加入的 1929 年《统一国际航空运输某些规则的公约》及其《修改议定书》第 11 条第 2 款的规定，判令被告按《修改议定书》规定的承运人最高责任限额赔偿原告。2006 年上海市第一中级人民法院判决阿卜杜勒·瓦希德诉东方航空公司国际航空旅客运输合同纠纷案。法院根据《华沙公约》的有关条文就航空旅客运输合同中实际承运人责任承担问题做出了判决。

海商事案件，如 1988 年天津海事法院判决的“中国船舶燃料供应公司天津分公司与香港大顺航运有限公司船舶碰撞损害赔偿纠纷案”。法院依据中国 1980 年加入的《1972 年国际海上避碰规则》判处了原告和被告各自的责任。

2. 间接适用民商事以外的条约：通过立法加以转化

国际刑事司法协助条约、人权条约、经济贸易等方面的国际条约在中国国内的执行需要中国立法机关采取立法措施。

(1) 国际刑事司法合作的条约

1987年6月6日国务院关于提请全国人大常委会作出《中华人民共和国对于其缔结或者参加的国际条约所规定的罪行行使刑事管辖权的决定》的议案指出：

“近年来，我国已相继加入或批准了一些旨在加强国际合作，有效地防止和惩罚恐怖主义行为的国际条约，如1970年的《关于制止非法劫持航空器的公约》、1971年的《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》等。现在，国务院又提请全国人大常委会审议决定加入《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》。这类条约规定，各缔约国应将非法劫持航空器、危害民用航空安全、侵害应受国际保护人员等行为定为国内法上的罪行，予以惩处；有关缔约国应采取必要措施，对任何这类罪行确立管辖权，而不论罪犯是否其本国人、罪行是否发生于其国内。……据此，为使我国因加入或批准这类条约而承担的国际义务同国内法的规定有机地衔接起来，在我国现行刑法关于适用范围的有关规定未作调整之前，国务院认为，有必要提请全国人大常委会作出决定：中华人民共和国对于其缔结或者参加的国际条约所规定的犯罪行为，将视为国内法上的犯罪，在其承担条约义务的范围内，对上述犯罪行为行使刑事管辖权。”

(2) 人权条约

1992年3月27日全国人大内务司法委员会副主任委员邹瑜在七届全国人大五次会议上作关于妇女权益保障法（草案）的说明中阐述各项立法理由时指出：“制定妇女权益保障法，是我国作为社会主义国家应该履行的国际条约义务。……联合国妇女十年中期世界会议通过了《消除对妇女一切形式歧视公约》。这个公约不仅规定了妇女的各项权利，还要求各缔约国根据本国情况，‘制定法律，保证妇女得到充分的发展与进步’。我国是这一公约最早的缔约国之一。……现在制定一部全面的、具有中国特色的社会主义国家的妇女权益保障法，将在世界上产生深远的影响，中国的妇女运动也必将进入更加蓬勃发展的阶段。”

全国人大内务司法委员会副主任委员祝铭山2006年8月22日在十届全国人大常委会会议上所作关于未成年人保护法（修订草案）的说明中指出：“我国已签署《联合国儿童权利公约》、《联合国少年司法最低限度标准规则》等国际法律文件，文件规定的儿童利益优先和儿童利益最大化等基本原则，在修订草案中加以体现。”

(3) 经济贸易条约

我国加入WTO前后，全国人大及其常委会根据WTO各项协定的要求，采取了一系列的立法措施。例如，2001年3月9日全国人大常委会法制工作委员会主任顾昂然在九届全国人大四次会议上作关于中外合资经营企业法修正案（草案）的说明中指出：“修正案（草案）将中外合资经营企业法第9条第2款‘合营企业所需原材料、燃料、配套件等，应尽先在中国购买，也可由合营企业自筹外汇，直接在国际市场上购买’的规定修改为：‘合营企业在批准的经营范围内所需的原材料、燃料等物资，按照公平、合理的原则，可以在国内市场或者在国际市场购买。’”他接着指出，作这样的修改的主要考虑之一是：“按照世界贸易组织《与贸易有关的投资措施协议》第二条及该协议所附《解释性清单》第一项的规定，各成员不得以任何形式限制企业购买、使用当地生产的或者来自于当地的产品。我国政府在加入世界贸易组织谈判中，已经作出取消‘当地含量要求’的承诺。”

2002年10月1日起施行的《最高人民法院关于审理国际贸易行政案件若干问题的规定》排除WTO协定的直接适用性。该规定第7条规定：“根据行政诉讼法第五十二条第一款及立法法

第六十三条第一款和第二款规定, 人民法院审理国际贸易行政案件, 应当依据中华人民共和国法律、行政法规以及地方立法机关在法定立法权限范围内制定的有关或者影响国际贸易的地方性法规。地方性法规适用于本行政区域内发生的国际贸易行政案件。”第9条规定: “人民法院审理国际贸易行政案件所适用的法律、行政法规的具体条文存在两种以上的合理解释, 其中有一种解释与中华人民共和国缔结或者参加的国际条约的有关规定相一致的, 应当选择与国际条约的有关规定相一致的合理解释, 但中华人民共和国声明保留的条款除外。”

(4) 其他需要转化的条约

比如我国的领海及毗连区法、专属经济区和大陆架法, 它们的许多条款基本上都是转化了1982年《联合国海洋法公约》的规定。再如我国于1975年和1979年分别加入了1961年的《维也纳外交关系公约》和1963年的《维也纳领事关系公约》。1986年和1990年制定了《外交特权与豁免条例》与《领事特权与豁免条例》。条例转化了公约的相应的主要规定, 同时结合我国的实际情况, 在两条例中给予外交官或领事的某些特权与豁免要高于相应的公约的规定。

我国的上述立法和司法实践表明, “我国应当坚持直接适用条约和间接适用条约方式并用的实践, 保持在适用方式选择上的灵活性, 以满足适用不同条约的需要”, 但“有必要确定一项直接适用为主, 间接适用为辅的条约适用原则”。^[15] “直接适用国际条约, 可以有效节约立法资源, 避免对同一问题的重复立法, 也有助于中国的对外交往和法制进步。”^[16]

3. 法院可以自行决定直接适用条约并可以参照条约解释中国法律

除法律中载入了条约适用条款因而可以直接适用的条约以外, 法院在审判案件时, 能否自行决定直接适用国际条约, 是极有争议的问题。由于在国际法上对中国生效的国际条约是直接并入中国法律体系的, 法院在审判案件时应当可以自行决定适用那些需要并且可以直接适用的国际条约的规定。确立这样的制度可以在出现法律滞后的情况下及时适用需要并可以直接适用的国际条约。不少国家的条约适用制度就是通过判例确立起来的, 中国法院也应当在这方面发挥作用。

1981年全国人大常委会《关于加强法律解释工作的决议》规定: “凡属于法院审判工作或检察院检察工作中具体应用法律、法令的问题, 分别由最高人民法院和最高人民检察院进行解释, 两院解释如有原则分歧, 报请全国人大常委会解释或决定。”在适用中国法律涉及到国际条约的规定时, 特别是适用由条约转化而来的中国法律时, 中国法院在需要时可以借助国际条约解释中国法律。这属于法院审判工作中具体应用法律的问题, 符合上述规定的精神。这虽然不同于法院在直接适用国际条约时对条约规定进行解释, 但实际上可以起到间接适用国际条约的作用。加拿大最高法院1999年在“贝克案”的判决中就曾适用尚未转化为加拿大法律的《儿童权利公约》解释加拿大的相关法律。

三、国际条约在中国法律体系中具有低于宪法高于法律的效力地位

条约在实施过程中难免与国内法发生冲突, 需要解决二者的效力关系问题。

(一) 有关国际条约与国内法的效力关系的国际实践

1. 国际条约与宪法具有同等效力

1978年西班牙宪法第95条第1款规定: “缔结含有与本宪法相抵触的内容的国际条约需事先修改宪法。”该宪法第96条第1款规定: “有效缔结的国际条约在西班牙一经正式公布, 即构成

[15] 前引〔1〕, 刘楠来文。

[16] 朱文奇、李强: 《国际条约法》, 中国人民大学出版社2008年版, 第225页。

国内法律秩序的一部分。条约条款的废除、修改或暂停施行只能依照条约本身规定的方式或根据国际法的一般规范进行。”为缔结有违反宪法规定的条约而事先修改宪法，而不是拒绝缔结这种条约，避免了宪法与条约的冲突，而且按照条约本身的规定或根据国际法的一般规范来决定条约条款的废除、修改或暂停施行，这就可以保证不会因为宪法的原因而使条约的规定得不到履行，也可以解释为国际条约与宪法具有同等效力。不仅如此，西班牙宪法第10条第2款还规定：“与本宪法所承认的基本权利和自由有关的规范应当解释为与《世界人权宣言》及西班牙所批准的国际条约和其他此类协定相一致。”这也可以解释为国际条约与其宪法具有同等效力。

1982年葡萄牙宪法第16条规定：“(1)包含在本宪法中的基本权利并不排除任何其他基本权利，无论是在国际法的成文规定中还是从有效的国际法规则中所产生的。(2)本宪法和法律关于基本权利的规定，应视为并解释为与《世界人权宣言》相一致。”这里所谓的有关基本权利的成文规定，显然是指《公民权利和政治权利国际公约》、《欧洲人权公约》等人权条约，成文规定以外的国际法规则，应当是指有关基本权利的国际习惯法。葡萄牙宪法该条关于“宪法和法律中有关基本权利的规定”与人权条约或《世界人权宣言》的关系的规定，可以作出国际条约与其宪法具有同等效力的解释。

2. 国际条约具有低于宪法高于法律的效力

1958年法国宪法第54条规定：“如果经共和国总统、总理或者议会任何一院院长或六十名众议员或六十名参议员的要求，宪法法院宣告了一个国际协议含有违反本宪法的条款，在本宪法予以修改之前，不得授权批准或者认可该国际协议。”该宪法第55条规定：“依法批准或认可的条约或协议，自公布后即具有高于法律的效力，但就每一协议或条约而言，以其他缔约方予以适用为限。”上述规定表明，在法国，条约的效力高于法律但低于宪法。

1993年俄罗斯宪法第15条第4款规定：“公认的国际法原则和规则和俄罗斯联邦缔结的国际条约是俄罗斯联邦法律体系的组成部分。如果俄罗斯联邦缔结的国际条约规定的规则与俄罗斯联邦法律不一致，适用国际条约的规则。”很清楚，根据该款规定，“俄罗斯联邦缔结的国际条约”在俄罗斯的效力高于法律低于宪法。

意大利代表在人权事务委员会指出，意大利处理包括公约在内的国际人权条约与国内法关系的制度主要基于以下三点：一是使条约产生国内法效力的法律的效力优先于随后的其他法律的原则；二是根据意大利宪法第10条，条约必须遵守的国际法原则具有宪法地位；三是宪法法院的判例法给予人权的基本原则以更为重要的地位。这项灵活的和一贯的制度，完全能够保证源于《公民权利和政治权利国际公约》的义务优先于意大利法律的规定。^[17]

匈牙利现行宪法（1997年修正）第7条第1款规定：匈牙利的法律体制接受一般公认的国际法原则，并使匈牙利的国内法与其根据国际法承担的义务协调一致。匈牙利在2001年3月13日向人权事务委员会提交的第四次定期报告第33段指出，上述规定清楚地说明匈牙利接受国际条约对其国内法的优先地位。

在德国，国际人权条约的地位低于宪法（基本法）高于法律。根据1995年波黑宪法第2条第2款，反映国际人权标准的欧洲人权公约等国际人权文书，在波黑优先于任何其他法律。

3. 国际条约具有与法律同等的效力

1787年美国宪法第6条第2款规定：“本宪法与依照本宪法所制定的合众国法律，及以合众国的权力所缔结或将缔结的条约，均为全国的最高法律。即使与任何州的宪法或法律有抵触，各

[17] *Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 40 of the Covenant (continued)*: Italy, U. N. GAOR, Hum. Rts. Comm., 36th Sess., 908th mtg., summary, 9 I. 13, U. N. Doc. CCPR/C/SR 908 (1989).

州法官均应遵守。”从字面意思看，国际条约与美国宪法是处于同等地位的，但实际上发生了演变。美国最高法院 1957 年在 Reid v. Covert 一案中认为：“与外国签订的任何协定不得赋予国会或任何其他政府机构以权力，使他们摆脱宪法的约束……宪法的禁止性规定适用于政府的各分支机构，他们不得被行政机关或被行政机关、参议院共同减损。”宪法支配条约，在美国已成为确定的规则。^{〔18〕}

韩国宪法第 6 条第 1 款规定：“根据本宪法正当缔结和公布的条约和一般公认的国际法规范与韩国国内法具有同等效力。”因此，在韩国，某项条约缔结以后制定的国内法就可能具有优先于该条约的效力。然而，在有关法律的合宪性的司法判决中，作为多边协议的国际条约经常作为重要标准来适用，事实上具有优先于国内法的地位。并且，在韩国的立法过程中，对任何法律草案都要审查其是否与国际条约相冲突，所以新制定的国内法与对韩国有效的国际条约相冲突的可能性极小。

1997 年南非宪法第 231 条第 4 款规定：“任何国际协议在依据国家立法并入法律的时候转变为南非共和国的法律；但经国会批准的国际协议中的自身可直接适用的规定直接成为南非共和国的法律，除非它与本宪法或国会制定的法律相抵触。”该宪法第 233 条对“国际法的适用”作了如下规定：“在解释任何立法时，每个法院必须把与国际法不相抵触的对立法的任何合理的解释放在优先于与国际法相抵触的任何替代解释的地位。”

以上三类处理国际条约与国内法关系的原则，实行“国际条约的效力低于宪法高于法律”国家最多。为什么如此？从现代法治社会的一般法律制度结构来看，宪法作为母法，是一国法律之根本，是所有国家权力机关的权力来源。对外缔约权及其程序规则也都源于宪法或宪法性文件的授权与规定。如果条约效力可以高于宪法的话，那在理论上和实践上都会面临难题。

尽管不能依据一个国家关于该国国内法与包括条约在内的国际法的效力关系的规定来判断该国履行国际条约的实际情况（实际情况并不一定与其宪法和法律的明文规定完全一致），我们还是要充分肯定各国国内法中的包括条约在内的国际法优先的规定。

（二）中国一贯坚持条约优先原则

根据国际法，无论一国国内法如何规定国际条约在自己国家法律体系中的地位，各国都不得以宪法及其他国内法为理由不履行国际义务。

1949 年国际法委员会通过的《国家权利和义务宣言草案》第 13 条规定：“各国有义务诚实地履行由条约和国际法其他渊源产生的义务，不得借口于其宪法或法律之规定而不履行此种责任。”

1969 年《维也纳条约法公约》第 26 条规定：“凡有效之条约对其各当事国有拘束力，必须由各该国善意履行之。”第 27 条规定：“一当事国不得援引其国内法规定为理由而不履行条约。此项规则不妨碍第四十六条。”该公约第 46 条的规定是：“一、一国不得援引其同意受条约拘束之同意为违反该国国内法关于缔约权限之一项规定之事实以撤销其同意，但违反之情势明显且涉及其具有基本重要性之国内法之一项规定者，不在此限。二、违反情势倘有对此事依通常惯例并秉善意处理之任何国家客观视之为显然可见者，即系显明违反。”由此可见，在国际法上，一国不得以包括宪法在内的国内法的规定作为不履行国际条约义务的理由。唯一例外，就是该国缔约机关或缔约代表在缔结某一条约的过程中明显违背了该国国内法中具有基本重要性的关于缔约权的规定而导致该国撤销对该条约的同意。

中国是 1969 年《维也纳条约法公约》的当事国。中国有义务按照该公约关于条约与国内法关系的规定来处理条约在中国法律体系中的效力地位问题。中国也正是这样做的。

〔18〕 [美] 约翰·H. 杰克逊：《GATT/WTO 法理与实践》，张玉卿等译，新华出版社 2002 年版，第 352 页。

我国民法通则、民事诉讼法等一系列法律和行政法规中都包含了这样的国际条约优先的条款：“中国缔结或者参加的国际条约同中国法律有不同规定的，适用国际条约的规定。”这样的条约优先条款是我国的有关国际条约的立法、行政和司法实践的总结，表明了“我国在条约与国内法关系问题上采取的是‘优先适用条约规定’的一般立场”。〔19〕

我国有一系列的司法解释或行政决定采取条约优先的立场。例如，1980年，国务院发布的《关于我国加入海牙公约和蒙特利尔公约的通知》指出：“希望各地区、各有关部门认真执行上述国际公约的有关条款。”1987年在中国加入《承认及执行外国仲裁裁决公约》后，最高人民法院即发布了《关于执行我国加入〈承认和执行外国仲裁裁决公约〉的通知》，要求各级人民法院“切实依照执行”。1987年8月27日外交部、最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部《关于处理涉外案件若干问题的规定》指出：“涉外案件应依照我国法律规定办理，以维护我国主权，同时亦应恪守我国参加和签订的多边或双边条约的有关规定。当国内法以及某些内部规定同我国所承担的条约义务发生冲突时，应适用国际条约的有关规定。根据国际法的一般原则，我国不应以国内法规定为由拒绝履行所承担的国际条约规定的义务。这既有利于维护我国的信誉，也有利于保护我国国民在国外的合法权益。”最高人民法院在2000年4月17日发布的《关于审理和执行涉外民商事案件应当注意的几个问题的通知》中指出：“对我国参加的国际公约，除我国声明保留的条款外，应予优先适用。”

不过，我国宪法和法律中还缺乏“条约优先”的原则性规定。民法通则中的“条约优先条款”的法律效果只是说，民事领域的条约构成我国民法的组成部分，优先于国内民事法律。其他法律中的条约优先条款也是一样。但是，如此数量的法律法规规定了条约优先原则，如此多的司法解释坚持条约优先原则，从未有过相反的立法和司法解释，我们完全可以归纳出我国实行条约优先的一般原则。

（三）“国内法位阶比照论”是不成立的

1. “国内法位阶比照论”不符合国际法的基本理论

所谓“国内法位阶比照论”是指有些学者把我国立法法中规定的我国国内法的位阶拿来比照国际条约在我国的效力地位的推论。他们把国内法的制定机关和条约的批准机关相比照，把立法权限和缔约权限、缔约名义相比照，推断出条约在我国法律体系中的地位 and 顺序为：（1）宪法；（2）全国人大决定批准的条约、法律；（3）国务院核准的条约、行政法规；（4）无须决定批准或者核准的条约、部门规章。〔20〕

这样的推论是不成立的。我国立法法关于我国法律位阶的规定，不能生搬硬套于国际条约。在一国的主权之下，可以有这样的位阶。但条约至少是中国与另外一个主权国家或国际组织缔结的国际协议，不全是中国主权之下的立法行为，不能在我国的法律位阶中分别对号入座。当事国一方制定的法律不能有影响国家间的条约的效力。按照“位阶论”，会把别国主权之下的缔约行为也作为我国的立法行为对待，会把两国或多国的“共同立法”或“共同意志”当成我们自己单独的立法或意志来对待，不符合互相尊重主权的国际法基本原理。如果一国的法律确认这样的推论和实施这样的推论，将违背国际法基本原则，违背国际条约法的条约优先于国内法的原则。

2. 无论哪个国家机关行使缔约权，都是代表国家缔结条约

根据宪法第67条，全国人大常委会行使“制定和修改除应当由全国人民代表大会制定的法律以外的其他法律”和“决定同外国缔结的条约和重要协定的批准和废除”的职权。“国内法位

〔19〕 万鄂湘等：《国际条约法》，武汉大学出版社1998年版，第192页。

〔20〕 陈寒枫等：《国际条约与国内法的关系及中国的实践》，《政法论坛》2000年第2期。

阶比照论”者据此得出了全国人大常委会批准的条约和重要协定与全国人大常委会制定的法律具有同等地位的结论。根据宪法第85条规定,国务院职权包括“根据宪法和法律,规定行政措施,制定行政法规,发布决定和命令”和“同外国缔结条约和协定”,他们得出了“国务院缔结的条约和协定与行政法规同等”的结论。然后,他们说“国务院核准的政府部门缔结的条约在我国国内法中的地位相当于部门规章”。

此外,缔结条约程序法第7、8、9条也是通常被用来说明条约在中国具有不同效力等级的主要根据。该法第7条第1款规定:“条约和重要协定的批准由全国人民代表大会常务委员会决定。”该条第2款列明了“条约和重要协定”的种类。第8条规定:“本法第七条第二款所列范围以外的国务院规定须经核准或者缔约各方议定须经核准的协定和其他具有条约性质的文件签署后,由外交部或者国务院有关部门会同外交部,报请国务院核准。”第9条规定:“无须全国人民代表大会常务委员会决定批准或者国务院核准的协定签署后,除以中华人民共和国政府部门名义缔结的协定由本部门送外交部登记外,其他协定由国务院有关部门报国务院备案。”“国内法位阶比照论”者据此得出结论:全国人大常委会批准的条约或协定的效力等于法律,国务院核准的条约或协定的效力等于行政法规,其他条约或协定的效力等于部门规章。

其实,以上三条的区别主要在于国家表示受条约拘束之同意的方式的不同。无论立法机关的批准条约的行为,还是无须经立法机关而由国务院核准条约的行为,以及签署即生效无须批准或核准的缔约代表签署条约的行为,都是中国的国家行为,不仅仅是立法机关或行政机关或行政机关某部门的行为。根据《条约法公约》第2条,“称‘批准’,‘接受’,‘赞同’及‘加入’者,各依本义指一国据以在国际上确定其同意受条约拘束之国际行为”。《条约法公约》第11条“表示同意承受条约拘束之方式”规定:“一国承受条约拘束之同意得以签署、交换构成条约之文书,批准、接受、赞同或加入,或任何其他同意之方式表示之。”

“比照论”者没有说明,由于全国人大也行使批准条约的职权,能否根据宪法第62条关于全国人大行使“制定和修改刑事、民事、国家机构的和其他的基本法律”和“修改宪法”的职权的规定得出全国人大批准的条约与宪法具有同等地位。1984年中国与英国《关于香港问题的联合声明》的批准决定就是由六届全国人大三次会议于1985年4月10日作出的。中国与葡萄牙《关于澳门问题的联合声明》虽然是由全国人大常委会决定批准的,但是这是有六届全国人大五次会议于1987年4月11日通过的决议的特别授权的。

在有些国家,有些重要条约的批准采取全民公决的形式,这样的条约在国内法中的位阶又如何确定呢?能否因为全民公决也作为通过或批准宪法的程序就得出在这些国家条约与宪法具有同等地位?

“比照论”与我国法院适用国际条约的司法实践也不符。合同法是1999年3月15日九届全国人大二次会议通过的。依照“国内法位阶比照论”是我国宪法之下最高的法律。《联合国国际货物销售合同公约》是1986年11月26日国务院核准的,是时任外交部长吴学谦签署并向联合国秘书长提交的核准书,依照“位阶比照法”应当与我国的行政法规同一个地位,低于全国人大常委会通过的法律。其实,在司法实践中,该公约是优先于合同法的。

3. 无论国家以什么名义缔结条约,都是代表国家缔结条约

缔结条约程序法第4条规定:“中华人民共和国以下列名义同外国缔结条约和协定:(一)中华人民共和国;(二)中华人民共和国政府;(三)中华人民共和国政府部门。”不少“国内法位阶比照论”者认为这三种名义代表三种缔约主体的权限地位,这三种主体缔结的条约分别对应于全国人大常委会决定批准的条约、国务院核准的条约和无须决定或核准的条约,并分别对应于我国的法律、行政法规和部门规章。

这种比照方法是很不妥的。因为无论我国以什么名义缔结条约，缔约主体都只有一个，那就是作为国际法主体的中国。这里规定“中华人民共和国以下列名义缔结条约”，说明这三种名义中的无论哪一种，都是代表中华人民共和国，都由国务院负责缔约程序问题。因此，以政府和政府部门的名义缔结的条约不能理解为政府或政府部门缔结的条约。名义是一种称号，区别于事物的实际。在国际交往中常有“代表国家并以个人名义”的说法，但没有哪个国家把这种行为理解为个人行为。名义缔约者主要是象征性意义。缔约代表是国家代理人或具体承办人、经手人，而不是真正的主权者。

如果按照缔约名义确定条约效力，或者按照批准和核准条约的国家机关的权限来确定条约的效力，会自相矛盾。上述1984年中英关于香港问题的联合声明是以政府的名义缔结的，但却是全国人大批准的。按照上述比照方法，该联合声明既因以政府名义缔结而相当于行政法规的地位，又因全国人大批准而相当于宪法的地位。

4. 无论国家以什么名义缔结条约，缔约权都是统一行使的

缔结条约程序法第5条规定：“谈判和签署条约、协定的决定程序如下：（一）以中华人民共和国名义谈判和签署条约、协定，由外交部或者国务院有关部门会同外交部提出建议并拟订条约、协定的中方草案，报请国务院审核决定；（二）以中华人民共和国政府名义谈判和签署条约、协定，由外交部提出建议并拟订条约、协定的中方草案，或者由国务院有关部门提出建议并拟订条约、协定的中方草案，同外交部会商后，报请国务院审核决定。属于具体业务事项的协定，经国务院同意，协定的中方草案由国务院有关部门审核决定，必要时同外交部会商；（三）以中华人民共和国政府部门名义谈判和签署属于本部门职权范围内事项的协定，由本部门决定或者本部门同外交部会商后决定；涉及重大问题或者涉及国务院其他有关部门职权范围的，由本部门或者本部门同国务院其他有关部门会商后，报请国务院决定。协定的中方草案由本部门审核决定，必要时同外交部会商。经国务院审核决定的条约、协定的中方草案，经谈判需要作重要改动的，重新报请国务院审核决定。”这表明，缔结条约的决定权是由国家统一行使的，政府部门本身是没有缔结条约的权力的。要证明以国务院部委名义缔结的条约的效力等于部门规章，就必须证明部委有单独的缔约权，不经国务院及外交部就可以缔结条约。

1990年8月30日在七届全国人大常委会会议上外交部长钱其琛作《关于〈中华人民共和国缔结条约程序法（草案）〉的说明》第三部分有这样一段话：“缔约权是国家主权的内容之一。为了保证国家缔约权的正确行使，缔约工作必须统一领导和管理。《缔结条约程序法（草案）》的主要任务是，通过确立缔约程序的法律规范，明确各国家机关的职责，特别是国务院对缔约工作的统一领导，以及外交部对缔约具体事务的协调和管理，同时也使各部门在各自授权范围内顺利开展对外缔约工作，从而更好地贯彻我国的对外政策。”这里明确提到“缔约权是国家主权的内容之一。”国家主权在国内是最高权。缔约权是国家的最高权。这个最高权是统一行使的，不是分散行使的。由于缔约权的最高的性质和统一行使的特点，我国无论以什么名义缔结的条约，都具有最高权的特点，难以分出位阶。缔约名义不同，是与条约的内容相联系的，不是与条约的效力地位相联系的。例如，和平友好条约通常以国家名义缔结。

钱其琛还指出：“根据宪法，国务院行使同外国缔结条约的职权。《缔结条约程序法（草案）》许多条款都体现了国务院对缔约工作的统一领导。缔约工作的政策性、法律性很强，外交部作为国家的外事工作主管部门，应在国务院领导下管理缔约具体事务，起到协调和在重要问题上协助把关的作用。”“根据第五条的规定，谈判和签署条约原则上都要由国务院决定，这是国务院行使同外国缔结条约职权的重要内容。第五条各款分别对以不同名义缔结条约的决定办法和条约草案审定办法作了规定，体现了国务院的统一领导和把关作用，以及外交部的协调作用，同时有利于

提高办事效率，便利工作。”

5. 无论国家以什么名义缔结条约，缔约代表的权限都是国家统一授予的

缔结条约程序法第6条：“谈判和签署条约、协定的代表按照下列程序委派：（一）以中华人民共和国名义或者中华人民共和国政府名义缔结条约、协定，由外交部或者国务院有关部门报请国务院委派代表。代表的全权证书由国务院总理签署，也可以由外交部长签署；（二）以中华人民共和国政府部门名义缔结协定，由部门首长委派代表。代表的授权证书由部门首长签署。部门首长签署以本部门名义缔结的协定，各方约定出具全权证书的，全权证书由国务院总理签署，也可以由外交部长签署。”

这里需要正确理解“以中华人民共和国政府部门名义缔结协定，由部门首长委派代表”的规定。国务院哪个部门对外缔结条约，不是这个部门能全权决定的。应当理解为，国务院授权他们对外以政府部门的名义缔结条约时，才可以由该部门委托缔约代表。从各方约定出具全权证书的要出具全权证书来看，部门首长签发授权证书是一个变通规定。

《条约法公约》规定：“称‘全权证书’者，谓一国主管当局所颁发，指派一人或数人代表该国谈判，议定或认证条约约文，表示该国同意受条约拘束，或完成有关条约之任何其他行为之文件。”全权证书的含义是表明缔约者是代表国家，任何全权证书都不会被理解为代表政府的一个部门。即使政府部门首长签署的“授权证书”，在对外关系中也应当理解为代表国家。

根据前述《条约法公约》第27条的规定，除一国的缔约机关或缔约代表明显违背了该国国内法中具有基本重要性的关于缔约权的规定以外，任何国家均不得以包括宪法在内的国内法为理由不履行条约义务。用“位阶比照”的方法把条约区分为几个等级，实质上是为不履行条约义务多寻找一些国内法上的理由，如以与上位的国内法冲突为由而不履行下位的条约。这是国际法所不允许的。

实际上，国际法上的条约优先原则意味着国际条约从整体上优先于包括宪法在内的国内法。在国际法上，条约概念完整地包括所有具备相应特征的国际书面协议，并不限于使用条约名义的国际协议。《条约法公约》第2条在关于“用语”的规定中指出：“称‘条约’者，谓国家间所缔结而以国际法为准之国际书面协定，不论其载于一项单独文书或两项以上相互有关之文书内，亦不论其特定名称如何。”有些国家排斥所谓的“行政协定”在法院的适用，这是国内法上的制度，不能改变国际法上的条约概念。

1990年12月20日在七届全国人大常委会会议上法律委员会副主任委员顾明所作的《全国人大法律委员会对〈中华人民共和国缔结条约程序法（草案）〉审议结果的报告》第2段说明：“草案第二条规定：‘本法适用于中华人民共和国同外国缔结的双边和多边条约，包括公约、专约、协定、议定书，以及其他具有条约性质的文件。’有些法律专家提出，宪法规定的是‘条约和协定’，即把条约和协定分开。因此，建议将这一条修改为：‘本法适用于中华人民共和国同外国缔结的双边和多边条约、协定和其他具有条约、协定性质的文件。’（草案修改稿第二条）并对其他有关条款作相应的修改。”由这段话可知，中国法律中的条约概念与国际法上的条约概念是一致的。

无论是经过人大常委会决定批准的条约，还是国务院核准的国际协定，其生效之后在国际法上对中国产生的约束力都是同样的，没有效力上的高下之分。根据国际法，对一国有效的国际条约，是优先于该国的任何国内法的。在我国，条约具有低于宪法高于法律的效力地位。^[21]这是从我国法律中的几十个条约适用条款规定条约优于相关法律的事实以及我国一贯的条约实践得出

[21] 王勇：《条约在中国适用之基本理论问题研究》，北京大学出版社2007年版，第134页。

的结论。

综述本文以上考察的中国的缔约和履约实践,可以说,对中国有效的国际条约实际上已经构成了中国法律体系的组成部分,应当在我国宪法或法律中写入条约在中国法律体系中的地位的一般规定来确认这一事实,应当承认我国法律体系包括对外关系法这个部门和国际条约这个层级。^[22]在适用条约方面,我国实行直接适用和间接适用相结合的制度,判断条约是否可以直接适用主要应从条约的性质、条约约文是否具有可操作性以及是否有直接适用的需要着手,当事国的意图与这些标准应当是一致的。如果出现国际条约与中国国内法的冲突,条约具有低于宪法高于法律的效力地位。这样来解决条约在中国法律体系中的地位问题,将有助于完善中国法律体系、全面实施依法治国基本方略和实现建立和谐世界的伟大目标。

Abstract: At present, jurisprudential circle at large holds that a constitution-based socialist legal system with Chinese characteristics has initially taken form, mainly consists of seven branches and three levels. The seven branches include the constitution and the constitution-related laws, civil and commercial laws, administrative laws, economic laws, laws on society, criminal laws, and litigation and non-litigation procedural laws. And laws, administrative regulations, and local, autonomous and separate regulations are its three levels. However, international treaty has not been contained in the legal system.

China is a state party to Vienna Convention on the Law of Treaties. Article 26 of the convention prescribes *Pacta sunt servanda*, that is, every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith. Thus international treaty is an indispensable part of Chinese legal system with socialist characteristics. It is necessary to define its status in Chinese legal system.

From the perspective of the actual conditions of China's concluding and implementing international treaties, international treaties binding China have actually constituted one part of Chinese legal system, which can be applied directly and indirectly. They have a status which is lower than the constitutional law and higher than laws. The foreign relations law should be a branch and international treaty should be one hierarchy of Chinese legal system. It will be of great significance to clarify such a status of international treaties in Chinese legal system to improve the socialist legal system with Chinese characteristics, implement in an all-round way the basic strategy of rule of law and achieve the great target of establishing a harmonious world. Therefore, it is essential to define the status of international treaties in the Chinese Constitution and establish the principle of resolving the conflict between international treaties and Chinese laws in the Legislation Law.

Key Words: international treaty, legal system, international law

[22] 对中国有效的国际条约都是关于中国对外关系的规定,都是中国对外关系法的组成部分。