

# 试论条约在中国国内的适用

孙焕为

(中国建设银行总行法律部,北京,100000)

**摘要:** 本文指出在我国的条约实践中,条约实际上是被区分为自执行的条约和非自执行的条约两类。自执行的条约又因为被限制在涉外法律关系的范围之内,只适用于涉外法律关系的当事人之间而不适用于我国的诉讼当事人而只能被认为是一种有限范围内的直接适用。另一方面,本文还探讨了条约在我国国内法中的地位问题,提出了条约在我国国内法中的地位是与国内法相等的而不是像我国一些学者所主张的条约优越于我国国内法的观点。

**关键词:** 条约; 条约的使用; 自执行的条约

**中图分类号:** D9 **文献标识码:** A

## 一、条约在我国国内的适用方式

### (一) 概述

一个在国际上已生效的条约,其规定在各国国内得到执行,以得到各国国内法的接受为前提条件。接受条约规定的各国国内法,可以是宪法、立法机关制定法或者判例法。接受本身可以分为两种:(1)将条约规定转变为国内法;(2)无须转变而将条约规定纳入国内法,即有些国家的宪法或其他国内法把条约规定一般地纳入国内法,而无须为每个条约制定另一个国内法,以便将条约规定转变为国内法。<sup>[1]</sup>

我国《宪法》<sup>1</sup>并未就条约的国内执行做出规定,1990年全国人大常委会制定的《中华人民共和国缔结条约程序法》对此也没有做出具体的规定。同时,也不存在一项特别的法律规定条约在国内的适用问题。在我国的条约实践中,对条约在国内的执行做出规定的只是一些国内法律法规。

关于条约在我国国内的适用方式问题,由于缺乏宪法或是专门性法律的明确规定,所以学者们的意见并不一致。概括而言,大致有以下几种观点:

有学者认为,在中国国内法中适用条约的方式可以分为以下三种:(1)在国内法中直接适用条约,这是指全国人大及其常委会制定的许多与涉外事项有关的法律及我国的许多行政法规中都含有关于直接适用条约的规定,而且,除法律和行政法规之外,最高人民法院发布的权威性的司法解释中也含有要求各级人民法官原职接适用条约的规定;(2)既允许直接适用有关的条约,同时又将有关的条约内容制定成国内法而予以实施,即对于个别的条约,我国在实践中一方面允许直接适用,另一方面又将其内容制定成国内法予以实施;(3)只允许间接适用条约,这种方式在中国的立法和司法实践中较少出现,可以以《香港特别行政区基本法》为例,该法第39条第1款规定人权两公约和国际劳工公约不能直接在香港特别行政区适用,必须通过香港特别行政区的法律予以实施,即只能通过间接方式实施。因此,在中国国内法中适用条约的方式虽然有三种,但是居于主导地位的是直接适用,其中第二种方式也不排斥直接适用,所以就可以认为,条约在中国国内法中可以得到直接适用。

有学者认为，从总体来讲，条约在中国国内法的适用采取的是纳入的方式，即在相当广泛的范围内条约可以不经转化而在中国国内法上具有直接适用性，其依据的理由是从中国的立法角度来考察，虽然中国宪法没有明文规定用纳入方式适用条约，但相当一批法律文件中包括了直接适用特定条约的条款，从中国的司法解释来考察，最高人民法院的许多司法解释明确提出，条约在中国国内法上具有直接适用性。从中国的司法实践来考察，在中国法院审理的涉外案件中不乏直接适用条约的案例。最后，从中国其他有关的国家实践来考察，中国政府的正式声明或中国代表在一些国际会议上的发言证实，条约在中国国内法上具有直接适用性。综上所述，条约在中国国内法上相当广泛的领域内具有直接适用性，纳入是中国适用条约的基本方式。<sup>2</sup>

有学者认为，条约在中国国内法中的适用可以分为两种，一是直接适用条约，中华人民共和国宪法并无关于国际法在中国的适用的规定。但从中国的实践似乎可以看出，凡是中华人民共和国缔结或者加入的国际条约，经全国人大常委会决定批准或经国务院核准的，一般即在中国发生效力，可以直接适用，而无需经过特别程序。二是依照条约规定由立法机关采取必要措施，这包括确立管辖权、修改法律补充相应条文或是制定专门的法律法规。1986年和1990年分别制定的《外交特权与豁免条例》和《领事特权与豁免条例》就是制定专门的法律法规的两个实例。为实施条约而制定的法律法规已经很多，仅海洋法方面就不下数十个，包括《领海及毗连区法》和《专属经济区和大陆架法》。此外，根据知识产权、世界贸易组织协议、环境保护、人权国际保护等方面的条约也已经、正在或需要制定或修改一系列的法律法规。<sup>[3]</sup>

有学者认为，我国在立法中处理同条约、国际法的衔接和适用，大体有三种方式：（1）直接将条约的规定或是国际法规则在国内法上予以明确规定，这种方式大多在涉及国际公法规范或国际习惯规则调整的领域使用，如在《领海及毗连区法》、《外交特权与豁免条例》、《领事特权与豁免条例》、《缔结条约程序法》等法律中都不同程度地将有关国际法规则转为国内法规定。此外，在立法实践中，许多法律的起草制定直接参照有关国际法规则进行，从整体上保证了中国立法符合国际法的要求。例如，1990年制定的《著作权法》的许多规定就是参照《伯尔尼保护文学艺术作品公约》和《世界版权公约》的规定拟定的。（2）不直接将条约、国际法规则转化为国内法规定，而是就条约的适用问题作出原则规定。《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。”这一规定并不限于民事法律，实际是中国国内法关于适用国际条约问题的一项基本原则。（3）根据中国缔结或参加的国际条约的规定，及时对国内法作出相应修改或补充。这种方式多运用在现行法律规定与条约规定明显不一致或现行法律没有相应规定的情况下。<sup>[4]</sup>

有学者认为，我国法律对实施国际法没有明文规定，但根据现实情况和一些条文的精神来看，主要还是间接使用，即对现有法律进行补充和修改使国际法得以贯彻实施。<sup>[5]</sup>

与上述这种间接适用的观点针锋相对的是，也有一些学者认为，对于条约在我国适用的形式问题，我国宪法虽未作规定，但权威专家的观点和我国立法、司法和外交实践均可证明，我国主要采取直接采纳的方式，使条约的规定在我国国内法得以直接适用。<sup>3</sup>

## （二）条约在中国国内法中的适用方式：有限范围内的自执行的条约和非自执行的条约

笔者认为，虽然在我国的法律法规及司法实践中并没有明确地将条约区分为“自执行的条约”和“非自执行的条约”两类，但在我国的条约实践中这种区分是实际存在的。根据我国的条约实践，这种决定条约是否是自执行的权力主要是由全国人大常委会行使，同时辅之以最高人民法院对在审判过程中对如何具体应用法律的问题的司法解释。

## 1. 划分自执行的条约和非自执行的条约的现实需要和法律保证

按照很多国家的实践，在解决条约对自然人和法人的效力的问题时，把条约分为自执行的和非自执行的两类。所谓的自执行的条约是指条约经国内法接受后，无须再用国内立法予以补充规定，即应由国内司法或行政机关予以适用的那类条约。非自执行的条约是指条约经国内接受后，尚须再用国内立法予以补充规定，才能由国内司法或行政机关予以适用的那类条约。区别这两类条约的理由是：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及自然人和法人，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，所以也必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，还必须译成本国语文，并以法律予以公布。因此，虽然自执行和非自执行的区分比较含糊而易于发生争论，然而它含有上述的一些合理的因素。而且，在现代各国实行的政治、经济制度和意识形态大不相同，而多边条约却越来越多的条件下，在进行缔约谈判时为了掩盖意见的不同而故意使用笼统的字句或原则性的规定的情形也并非罕见。为了适用这种条约，也非制定补充的法律不可。所以，颇多的国家接受了这种区别。<sup>[6]</sup>

根据我国《宪法》的规定，缔约权与立法权主要由我国的最高权力机关——全国人民代表大会及其常务委员会——行使：全国人大制定和修改刑事、民事、国家机构的和其他的基本法律。全国人大常委会制定和修改除应当由全国人大制定的法律以外的其他的法律，同时决定同外国缔结的条约和重要协定的批准和废除。从 1982 年通过宪法以来的立法实践来看，大部分法律都是由全国人大常委会审议通过的，即使由全国人大审议通过的，也先由人大常委会进行审议然后再送全国人大审议通过。<sup>[7]</sup>因此，缔约权与立法权在很大程度上是一致的。

另一方面，我国不采用像英美那样由司法机关行使解释权的制度，而是由全国人大常委会解释宪法和法律，常务委员会的解释并不结合具体案件的审理，所以是一种抽象解释。关于解释宪法，由于我国宪法不进入诉讼过程，因此不可能由司法机关对于宪法作出任何司法解释。关于解释法律，1981 年 6 月 10 日第五届全国人大常委会第二次会议通过的《关于加强法律解释工作的决议》。根据这个决议，凡关于法律、法令条文本身需要进一步明确界限或作补充规定的，由全国人大常委会进行解释。<sup>[8]</sup>

这就为条约在我国国内或是直接适用（即所谓的自执行的条约）或是补充立法之后再予以适用（即所谓的非自执行的条约）创造了必要的前提条件。

1990 年全国人大常委会制定的《中华人民共和国缔结条约程序法》更是在法律程序上保证了这种实施方式的可行性。该法列举了必须要由全国人大常委会决定批准的条约和协定，其中之一就是“同中华人民共和国法律有不同规定的条约、协定”。据此，无论是以中华人民共和国的名义，还是以中华人民共和国政府的名义，亦或是以中华人民共和国政府部门的名义缔结的条约，只要是与我国的现行法律有不同的规定，都需要由全国人大常委会决定批准。这在事实上使得我国的国内法几乎不可能与缔结生效后的条约规定发生冲突，因为根据我国《宪法》第 67 条的规定，全国人大常委会有权“在全国人民代表大会闭会期间，对全国人民代表大会制定的法律进行部分补充和修改，但是不得同该法律的基本原则相抵触”。而且，该法又同时规定“其他须经批准的条约、协定”也需要由全国人大常委会决定批准，这一弹性条款的规定就意味着全国人大常委会实际上有权决定任何条约、协定的批准。

因此，从理论上说，依据我国《宪法》和《缔结条约程序法》中有关条款的规定，全国人大常委会在决定批准条约时，就有充分的可能决定条约的适用方式。如果条约的条款清楚、明确、具体，可以直接适用，而与之发生冲突的国内法又有条约可以直接适用的规定或是法律法规中有在相关事项上适用中国参加的特定条约的规定，或是规定特定事项依特定法律办

理，但中国参加的条约另有规定的应遵从条约或者国际法规定未尽事宜应依有关条约办理，那么此类条约就应该被认为是自执行的条约而在批准之后就可以直接适用。如果与国内法发生冲突的条约明文规定缔约国必须以立法予以执行或是由于条约的规定只是大纲性的、不够详细和精密，以致无法在国内法中直接适用以及其他方面的原因必须以立法作补充规定，就需要对有关的法律法规进行调整，对与条约规定不一致的法规予以修改或加以补充，从而使国内法的规定与条约规定相符合，这一类的条约就应该被认为是非自执行的。

## 2. 自执行的条约——在有限范围内对条约规定的直接适用

### (1) 全国人大及其常委会制定的法律中关于条约适用问题的规定

在我国的条约实践中，以中华人民共和国或以中华人民共和国政府的名义缔结的条约经全国人大常委会决定批准或经国务院核准之后，以及以中华人民共和国政府部门的名义缔结而无须全国人大常委会决定批准或国务院核准即可生效的条约在公布之后，就被纳入国内法，具有国内法的效力，而无需全国人大或是全国人大常委会另以法律予以转变为国内法。从 1978 年至 2000 年，全国人大及其常委会共制定颁布了 289 件法律。有相当数量的由全国人民代表大会或常务委员会和国务院制定的法律、法规中都有条约可以由人民法院或有关行政机关直接适用的规定。

在我国的民事法律中，最早有明确规定的法律是 1982 年的《民事诉讼法（试行）》，该法第 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。但中华人民共和国声明保留的条款除外。”修订后的 1991 年的《民事诉讼法》的第 238 条以完全相同的措辞对此作出了规定。在全国人大及其常委会制定的法律中，凡是在法律条文中规定了条约适用问题的，基本上都是采用了与上述规定几乎是完全相同的措辞。

除《民法通则》之外，其他规定有条约适用问题的法律具体如下所述：《中华人民共和国民法通则》、《中华人民共和国中外合资经营企业所得税法》、《中华人民共和国外国企业所得税法》、《中华人民共和国民事诉讼法》、《中华人民共和国专利法》、《中华人民共和国商标法》、《中华人民共和国中外合资经营企业所得税法》、《中华人民共和国涉外经济合同法》、《中华人民共和国继承法》、《中华人民共和国外国人入境出境管理法》、《中华人民共和国公民出境入境管理法》、《中华人民共和国渔业法》、《中华人民共和国外交特权与豁免条例》、《中华人民共和国邮政法》、《中华人民共和国卫生检疫法》、《中华人民共和国海关法》、《中华人民共和国水法》、《中华人民共和国野生动物保护法》、《中华人民共和国环境保护法》、《中华人民共和国著作权法》、《中华人民共和国领事特权与豁免条例》、《中华人民共和国外商投资企业和外国企业所得税法》、《中华人民共和国进出口动植物检疫法》、《中华人民共和国专利法》、《中华人民共和国海商法》、《中华人民共和国商标法》、《中华人民共和国红十字会法》、《中华人民共和国对外贸易法》、《中华人民共和国体育法》、《中华人民共和国民用航空法》、《中华人民共和国固体废物污染环境防治法》、《中华人民共和国刑法》、《中华人民共和国国防法》、《中华人民共和国气象法》、《中华人民共和国海洋环境保护法》、《中华人民共和国企业法》、《中华人民共和国专利法》、《中华人民共和国种子法》、《中华人民共和国刑事诉讼法》《中华人民共和国民事诉讼法》《中华人民共和国海事诉讼特别程序法》等一系列法律法规都规定了条约在国内的适用问题。

### (2) 国务院制定的行政法规中关于条约适用问题的规定

除上述全国人大和全国人大常委会制定的法律中关于条约适用问题的规定之外，我国的许多行政法规中也有关于条约适用问题的规定。不过与上述法律中关于条约适用的规定略有不同的是，这些行政法规或是规定在相关事项上适用中国参加的特定条约的规定，例如，国

务院于 1990 年制定颁布的《中华人民共和国海上国际集装箱运输管理规定》的第 12 条规定：“用于海上国际集装箱运输的集装箱，应当符合国际集装箱标准化组织规定技术标准和有关国际集装箱公约的规定。”海关总署于 1986 年制定颁布的《中华人民共和国海关总署关于外国驻中国使馆和使馆人员进出境物品的规定》的第 10 条规定：“联合国及其专门机构和其他国际组织驻中国代表机构运进运出公务用品和邮袋，代表机构的代表、行政技术人员、服务人员 and 与其共同生活的配偶及未成年子女运进运出自用物品，海关根据中国已加入的有关国际公约和中国与有关国际组织签订的协议办理。”1995 年国务院批准修订的《中华人民共和国商标法实施细则》第 3 条第 3 款规定：“商标国际注册，依照《商标国际注册马德里协定》办理。”

或是规定特定事项以特定法律办理，但遇中国参加的国际条约另有规定的应遵从条约，或者国内法规定未尽事宜，应依有关条约办理，例如 1996 年国务院制定的《中国民用航空安全保卫条例》第 2 条和《中国红十字标志使用办法》第 23 条即是如此规定的。

除上述行政法规之外，其他的规定有条约适用问题的行政法规（从 1978 年到 2000 年）还有：《外国民用航空器飞行管理规则》《中华人民共和国对外国籍船舶管理规则》、《对外汇、贵金属和外汇票证等进出口国境的管理施行细则》、《中华人民共和国公证暂行条例》、《中华人民共和国防止船舶污染海域管理条例》、《中华人民共和国进出口关税条例》、《海运出口危险货物包装检验管理办法》、《中华人民共和国海关总署关于外国驻中国使馆和使馆人员进出境物品的规定》、《中华人民共和国内河交通安全管理条例》、《中华人民共和国进出口关税他条例》、《中华人民共和国水污染防治法实施细则》、《中华人民共和国海上国际集装箱运输管理规定》、《中华人民共和国出口货物原产地规则》、《中华人民共和国商标法实施细则》、《核电厂核事故应急管理条例》、《中华人民共和国无线电管理条例》、《中华人民共和国入境出境边防检查条例》、《外国人在中国就业管理规定》、《中华人民共和国红十字使用办法》、《中华人民共和国涉外海洋科学研究管理规定》、《中华人民共和国民用航空安全保卫条例》、《外国公司船舶运输收入征税办法》、《中华人民共和国野生动物保护条例》、《农药管理条例》、《中华人民共和国核出口管制条例》、《中华人民共和国军品出口管理条例》、《中华人民共和国海上国际集装箱运输管理规定》、《中华人民共和国核两用品及相关技术出口管制条例》、《外国在华常驻人员携带进境物品进口税收暂行规定》等。

### （3）最高人民法院的司法解释中关于条约适用问题的规定

除此之外，最高人民法院的司法解释中也有一些是规定条约的直接适用问题的。例如，《最高人民法院关于贯彻执行中华人民共和国行政诉讼法若干问题的意见》的第 112 条就规定：“人民法院对在中华人民共和国领域内没有住所的个人送达诉讼文书可以依照受送达人所在国与中华人民共和国缔结或者共同参加的国际条约中规定的方式送达。”

从 1979 年到 2000 年，最高人民法院发布的关于条约在我国国内法中适用的司法解释的文件如下所述：《关于处理会见在押外国籍案犯以及外国籍案犯与外界通信问题的通知》、《关于外国驻华使馆的职员能否以外交身份为本国国民在我国聘请中国律师代理民事诉讼问题的批复》、《关于是否允许外籍当事人委托居住我国境内的外国人或本国驻我国领事馆工作人员为诉讼代理人问题的批复》、《关于涉外海事诉讼管辖的具体规定》、《关于我国法院和外国法院通过外交途径相互委托送达法律文书若干问题的通知》、《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》、《关于处理涉外案件若干问题的规定》、《转发对外经济贸易部〈关于执行联合国国际货物销售公约应注意的几个问题〉的通知》、《关于执行中外司法协助协定的通知》、《关于执行中法司法协助协定的通知》、《关于海事法院收案范围的规定》、《关于印发〈全国沿海地区涉外、涉港澳经济审判工作座谈会纪要〉的通知》、《关于中国公民申请承认外国法院离婚判决程序问题的规定》、《关于执行〈关于向国

外送民事或商事司法文书和司法外文书公约》、《关于我国法院接受外国法院通过外交途径委托送达法律文书和调查取证收费的通知》、《关于“送达公约”适用于香港的通知》、《关于印发〈关于执行海牙送达公约的实施办法〉的通知》、《关于学习宣传和贯彻执行〈中华人民共和国海商法〉的通知》、《关于印发〈全国经济审判工作座谈会纪要〉的通知》、《关于深入贯彻〈中华人民共和国著作权法〉几个问题的通知》、《转发外交部条约法律司〈关于我与有关国家司法协助条约生效情况的通知〉的通知》、《关于进一步加强知识产权司法保护的通知》、《关于国际铁路货物联运货损赔偿适用法律问题的复函》、《关于人民法院处理与涉外仲裁及外国仲裁事项有关问题的通知》、《关于认真贯彻仲裁法依法执行仲裁裁决的通知》、《关于执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》、《关于承认和执行外国仲裁裁决收费及审查期限的规定》、《最高人民法院关于人民法院受理申请承认外国反映离婚判决案件有关问题的规定》等。

#### **（4）我国国内法院在司法实践中适用条约规定的案例**

在司法实践中也有许多直接适用条约规定的案例，例如，在 1998 年“美国联合企业有限公司与中国山东省对外贸易总公司烟台分公司购销合同纠纷案”中，中国山东省对外贸易总公司烟台公司因与美国联合企业有限公司发生合同纠纷而诉至山东省高级人民法院。山东省高级人民法院依照《联合国国际货物销售合同公约》第 53 条及有关法律规定，判决美国联合企业有限公司应向烟台公司支付货款和滞纳金。联合公司不服该判决，向最高人民法院上诉称：原审法院对此案没有管辖权，该案所涉及的合同签订地在美国，合同履行地、合同标的物均不在中国，联合公司在中国无代表机构，无可供扣押的财产，亦不存在侵权行为地问题，因此，该案纠纷应在美国法院提起诉讼。原审判决认定事实和适用法律均有错误，本案产品质量问题发生在美国，因原审法院剥夺联合公司回美国收集证据的权利，导致认定事实错误，按与合同最密切联系原则，本案应适用美国法，原审法院片面援引《联合国国际货物销售合同公约》属适用法律错误。请求撤销原审判决。最高人民法院在民事判决书中确认：“本案双方当事人未约定解决本案合同争议所适用的法律，由于联合公司是在美国注册的公司，我国和美国均是《联合国国际货物销售公约》的缔约国，应适用该公约的有关规定审理本案。原审判决适用法律是正确的。联合公司上诉称原审判决适用《联合国国际货物销售公约》属适用法律错误没有法律依据，本院不予支持。”

与此类似，最高人民法院在“粤海公司与仓码公司、特发公司等海上货物运输无单放贷、提货、代理放贷纠纷再审案”中确认：“根据提单背面条款的规定，有关本提单的一切纠纷依中国法律在中华人民共和国法院解决；有关承运人的责任、权利义务、免责等，应适用 1924 年海牙规则。粤海公司在货物到港后未凭正本提单向承运人提出请求，而是在 1990 年 7 月 9 日才向法院提起诉讼，已经超过海牙规则规定的诉讼时效。粤海公司称海牙规则不适用本案依据不足，故其对仓码公司的诉讼请求不应受到保护。仓码公司起诉特发公司、海岛公司、华港公司、外代公司无单提货纠纷、放贷纠纷，因仓码公司对粤海公司的民事赔偿责任已经免除，故其诉讼请求应予驳回。”

以上是我国法院在司法实践中审理涉外案件时直接适用条约规定的两个案例，像这样在司法实践中直接适用条约规定的案例还可以举出很多。

因此，无论是从全国人大及其常委会和国务院制定的法律法规的规定来看，还是从我国的国内法院的司法实践的角度来看，自执行的条约都是存在的。

#### **（5）条约规定在我国国内直接适用的范围的有限性**

尽管我们承认在我国的条约实践中存在着自执行的条约。但是，分析我国法律法规中关于条约适用问题的规定以及国内法院在司法实践中对条约规定的适用，就可以发现，除《中

华人民共和国商标法》、《中华人民共和国海上国际集装箱运输管理规定》等极少数法律法规之外，绝大多数都是将条约的适用问题规定在“涉外法律关系的适用”部分，而且最高人民法院关于条约适用问题所作的司法解释更是一律指涉外法律关系而言。

这似乎是可以理解为条约在我国国内直接适用仅限于涉外案件。我国公民或是法人在非涉外法律关系中不能够援引条约规定以主张自己的权利，我国国内法院在非涉外法律关系中也不适用我国缔结或是参加的条约规定。而这一点与世界各国的条约实践中关于条约直接适用问题的普遍做法相差甚远。通常意义上的条约能够在国内直接适用是指条约当事国的国内法院能够在其审理的任何案件中适用条约的规定，任何人都可以依据条约规定主张或维护自己的权利或是提起针对某一国内法律法规的诉讼。而我国规定条约适用问题的国内法所采用的“……与本法有不同规定的，适用我国缔结或者参加的国际条约的规定，但我国声明保留的条款除外”的固定化的语言模式，<sup>[9]</sup>就从根本上排除了我国公民或是法人依据我国缔结或参加的条约的规定提起针对国内法律法规的诉讼或是主张、维护自己的权利的可能性。

另一方面，在我国的法律体系中，对条约在国内的适用做出规定的法律法规仅是其中的一部分，还有相当多的法律法规并未规定条约在国内法中可以直接适用，例如，全国人民代表大会于1999年通过的《中华人民共和国合同法》这样的基本法律就未对条约事项做出任何规定。其他如《中华人民共和国证券法》、《中华人民共和国合伙企业法》、《中华人民共和国银行法》、《中华人民共和国商业银行法》、《中华人民共和国拍卖法》、《中华人民共和国保险法》等许多法律法规也都未规定在条约规定与其发生冲突时的条约的适用问题。

有一种观点认为：应特别注意的是1986年《民法通则》第142条第2款的规定，它规定：“中华人民共和国缔结或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。”这项规定出现于《民法通则》，具有特殊的意义；它把所有的民事法律都包括在内。因此，所有属于民事法律范围的法律，不论是否明文规定，有与条约不同规定的，都要适用条约的规定，这样至少在民事范围内，条约优于法律成为通则。<sup>[10]</sup>

这种将条约的直接适用范围予以扩大化解释的观点值得商榷。如果这种观点成立的话，就很难解释为什么即使是调整关系或立法主体相近或相同的法律，其规定也并不一致。例如，全国人大及其常委会在《民法通则》生效后制定或修改的《中华人民共和国民事诉讼法》（1991年）、《中华人民共和国商标法》（1993年修订）和《中华人民共和国专利法》（1992年修订）等民事法律还要规定条约的适用问题，而《中华人民共和国合同法》（1999年）这样重要的基本的民事法律却又不对条约适用问题做出任何规定。类似的例子还有，1995年颁布的《中华人民共和国固体废物污染环境防治法》规定“中华人民共和国缔结或者参加的与固体废物污染环境防治有关的国际条约与本法有不同规定的，适用国际条约的规定，但是中华人民共和国声明保留的条款除外。”但《中华人民共和国大气污染防治法》（1987年通过，1995年修订）、《中华人民共和国水污染防治法》（1984年通过，1996年修订）、《中华人民共和国噪声污染防治法》（1996年通过）却都没有关于条约适用问题的规定。<sup>4</sup>而且，即使是如这种观点所言，可以把所有的民事法律都包括在内，它也显然忽略了此类法律规定以及最高人民法院关于条约适用问题的司法解释都是规定在涉外法律关系部分这一事实。

综上所述，笔者只能认为，就条约在我国国内直接适用的具体实践而言，在既没有在宪法中明确规定条约在国内法中的适用，也没有其他专门的法律对此做出统一的规定规定的情况下，条约在我国能否被直接适用取决于是否存在允许直接适用条约的国内法规定，其适用的法律依据是允许条约直接适用的有关法律。根据我国现行法律制度的特点，这种国内法规定不仅包括那些最高立法和行政机关所制定的法律，还包括那些对现行法律所作的补充性决定或司法解释。而没有规定直接适用条约的法律直接适用条约的问题，将取决于全国人民代表

大会常务委员会在其补充和修改法律的权限内或最高人民法院在其司法解释的权限内采取一定的补救措施，否则执行此类法律的人民法院直接适用条约就缺乏法律依据。<sup>[11]</sup>换言之，条约在我国国内法中是否是自执行的是由全国人大常委会决定的，同时辅之以最高人民法院对于在审判过程中如何具体适用法律的问题进行的司法解释。而且，这种所谓的直接适用仅仅限于涉外法律关系，而不适用于我国公民或是法人之间的诉讼。适用范围和适用主体都局限于一定的范围，是一种附有严格的限制条件的直接适用，并不是真正意义上的直接适用。因此，条约在我国国内法中的直接适用只是一种有限范围内的直接适用。

### 3. 非自执行的条约——通过立法将条约规定转化为国内法的适用

这种适用是通过全国人大或全国人大常委会将条约的规定变成国内法体系，以国内法的形式表现出来。如果国内法中缺少条约所要求的内容，就制定新的国内法，将条约的规定纳入其中。之所以如此，是因为一些条约本身就有缔约国应采取必要措施予以实施的规定，一些则是因为条约的规定只是原则性的，这就需要缔约国在其国内适用该条约时制定相应的法律法规予以补充和具体化之后才能予以适用。例如，中国在 1980 年批准了《联合国消除对妇女一切形式歧视公约》，该公约就要求各缔约国根据本国的情况制定相关法律以保障条约所规定的妇女权益，因此在 1992 年又制定了《中华人民共和国妇女权益保障法》，将条约的规定转化为国内法的内容。类似的例子还有 1992 年全国人大常委会制定的《中华人民共和国领海及毗连区法》及 1998 年全国人大常委会制定的《中华人民共和国专属经济区和大陆架法》，这两部法律是我国在 1996 年批准了 1982 年《联合国海洋法公约》后，为了实施该公约规定的海洋法律制度，保障我国对领海、毗连区、专属经济区和大陆架的主权权利和管辖权而制定的。<sup>5</sup>1999 年全国人大常委会修订的《中华人民共和国海洋环境保护法》中关于向海洋倾倒废物方面的法律规定也完全采用了我国参加的《1972 年伦敦倾倒公约》中的规定。

此外，在适用条约时如果国内法中缺少国际法规则所要求的内容，还采取对国内法律法规进行修改补充的方式，即在加入某些条约之后，根据条约的规定，修改相应的国内法律法规。这方面的例子有，我国在 1986 年加入《保护世界文化和自然遗产公约》，全国人大常委会在其 1991 年颁布的《全国人民代表大会常务委员会关于惩治盗掘古文化遗址古墓葬犯罪的补充规定》中对我国《刑法》条款作了补充规定。类似的例子还有，全国人大常委会 1992 年颁布的《关于惩治劫持航空器犯罪分子的决定》中增加的“劫持航空器罪”，就是我国在加入《关于制止非法劫持航空器的公约》之后为实施公约的规定而对《刑法》所作的修改。1997 年修订的新刑法又对此作了专门的规定，该法第 121 条规定：“以暴力、胁迫或者其他方法劫持航空器的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑；致人重伤、死亡或者使航空器遭受严重破坏的，处死刑”。

除上述几种情况之外，还有一种情况就是，我国在缔结或是加入某些条约时，因为条约规定与国内法的规定不一致，而在缔结或是加入时对有关的条约规定做出了保留。后来，全国人大或是全国人大常委会在随后制定国内法或对国内法进行修改时，将条约的规定纳入国内法中，从而使国内法的规定与条约规定保持一致。这方面的例子有，全国人大常委会 1985 年制定通过的《中华人民共和国涉外经济合同法》第 7 条第 1 款和第 32 条与我国加入的《联合国国际货物销售合同公约》第 1 条第 1 款第 2 项和第 11 条的规定不符，我国在加入时就对上述两条规定提出了保留，全国人大于 1999 年制定通过的《中华人民共和国合同法》的第 10 条和第 11 条就合同的形成作了与《联合国国际货物销售合同公约》完全一致的规定。类似的例子还有，我国 1982 年的《民事诉讼法（试行）》不允许外国法院通过邮寄的方式向在中国境内的人送达司法文书，而我国于 1991 年加入的《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》的第 10 条规定，允许通过邮寄途径直接向身在国外的人送交司法文书，我国在加入该公约时对这一条提出了保留。全国人大于 1991 年通过的《中华人民

《中华人民共和国民事诉讼法》就对 1982 年的《民事诉讼法（试行）》中的有关规定作了修改，从而使我国国内法关于在请求外国法院承认与执行中国法院作出的民事裁决方面与我国参加的条约保持一致。

以上就是条约在中国国内适用的两种主要方式。在这两种适用方式中，我国的这种直接适用方式有着明显不同于其他国家的特点。一般而言，对条约规定来说，无论是整个条约都可以直接适用或是仅仅是条约中的某些条款可以直接适用，其适用主体就不仅包括外国人，同时也包括内国人，其适用范围也不仅仅是局限于所谓的涉外案件，而应包括国内法院所管辖的所有的案件。就条约规定在我国国内的适用来说，虽然我们并不否认一些条约可以在国内直接适用，因为全国人大及其常委会制定的法律和国务院制定的法规中都有关于条约适用问题的规定，而且无论是最高人民法院所作的司法判决或是各省的人民法院在审理涉外案件时都不乏直接适用我国缔结或参见的条约规定的案例。但是，所有的这些关于条约适用问题的规定都有一个限定范围。当然这种限制并不是规定那一类的条约可以直接适用，而只是规定可以直接适用条约规定的是那些案件、哪些诉讼当事人可以援引条约的规定——这些规定将条约直接适用的范围限定为涉外法律关系，当事人一方或是几方必须是外国人。因此，这些规定就不是对条约在国内法中的地位的规定，而只是规定在发生冲突时的解决法律之间冲突的一种方式，因为没有任何法律法规或是最高人民法院的司法解释规定与条约有不同规定的国内法律法规无效。从法律法规的规定、最高人民法院的司法解释及人民法院的司法案例可以看出，即使是在条约与国内法律法规有不同的规定时，我国自然人或是法人如果是在非涉外诉讼中也不能援引条约规定主张或是维护自己的权利。因此，条约在我国国内法中的适用只能被认为是一种“准直接适用”，而并非完全意义上的直接适用。而就非自执行的条约而言，我国的实践与其他国家的实践并没有太大的差别。

## 二、条约在我国国内法中的地位

条约当事国对条约的执行就是解决条约在当事国国内法中发生实际效力的问题，其核心就是条约在国内法中的地位以及条约与国内法的相互关系。它包括三个方面的含义：一是当事国的立法对条约在其国内法中的地位以及条约与国内法的关系所采取的立场。这样的立法规定一般适用的原则，或者规定对不同类别的条约采取不同的处理办法，但并不涉及对某一特定条约在国内法中怎样对待；二是国家司法机关、行政机关和其他机关按照国内法的规定，针对某一具体案件来适用条约中的有关规定。三是由国家立法对某些条约，特别是一些普遍性的造法性公约中的规定加以认可和重申。这样的措施使得条约规定取得了作为国内法的地位，为在国内法中实施国际法提供了保证。<sup>[12]</sup>

关于条约在国内法中的地位的问题，我国《宪法》没有做出明确的规定，这一点与世界上多数国家的作法并不相同。而且全国人大常委会于 1990 年颁布的《中华人民共和国缔结条约程序法》中也没有关于条约的地位的规定。因此，条约在我国国内法中究竟处于何种地位只能从《宪法》中涉及条约的规定和《中华人民共和国缔结条约程序法》这部专门的法律中的有关规定以及我国的条约实践等几个方面来予以分析。

### （一）对“条约”的概念的界定

在我国国内法中，对于条约的提法并不一致，用词比较混乱，具体而言，大致有如下一些提法：国际条约，例如《中华人民共和国民法通则》第 142 条规定：“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，但是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。”其他如《中华人民共和国民法通则》、《中华人民共和国著作权法》、《中华人民共和国商标法》、《中华人民共和国民事诉讼法》、《中华人民共和国刑事诉讼法》等许多规定有条约适用问题的法律几乎都是采用“国际条约”这

一名称；

国际公约，例如海关总署发布的《中华人民共和国海关总署关于外国驻中国使馆和使馆人员进出境物品的规定》的第 11 条规定：“外国驻中国领事馆运进运出公务用品和领事邮袋、领事官员、领馆工作人员和与其共同生活的配偶及未成年子女运进运出自用物品，海关根据中国已加入的有关国际公约和中国与有关国家签订的协议办理”；

协议或是协定，例如国务院于 1986 年发布的《中华人民共和国国内河交通安全管理条例》的第 2 条规定：“前款内河通航水域，适用于国境河流中国管辖水域但是中国政府同其他国家政府签有协议或者协定的，按照协议或协定执行；”

条约，例如 1997 年颁布的《中华人民共和国国防法》第 67 条规定：“中国在对外军事关系中遵守同外国缔结或加入、接受的有关条约和协定”。

因此，在具体分析条约在我国的地地位的问题之前有必要首先确定我国《宪法》和《缔结条约程序法》中所指的“条约”的确切含义。从国际法的角度来看，条约是指国际法主体间缔结而以国际法为准，旨在确立其相互之间权利与义务关系的国际书面协议。条约有“广义”和“狭义”之分，就其广义来说，条约是指符合上述定义的一切国际法主体的一切意思表示的一致。就其狭义来说，条约是指上述广义条约中的一种，即国际法主体之间达成的各种国际协议中以条约为其名称的那种协议。它是广义条约中最正式的一种，用以记录国际法主体之间关于最基本的或最主要的法律关系或法律地位的意思表示的一致，它的缔结通常经过谈判、签署、国家元首的批准和批准书的互换，它可以以国家元首或行政首脑的名义缔结，但通常以政府的名义缔结。“协定”可以分为双边协定和多边协定，双边协定特别使用于政府间或行政部门间所缔结的范围狭小或者性质不很重要、时间不很长久的事项的条约。采用协定名称的多边条约为数很多，其所以采用这种名称，或者由于条约的有效期间较短，或者由于条约的内容较不重要。协定是从签署日起开始生效还是需经批准视缔约方的宪法的规定。除此之外，广义条约中的各种条约的名称还有宪章、盟约、组织宪章、规约、专约、公约、议定书、文件、宣言、换文、临时协定、谅解备忘录、补充协定和联合公报等。这些使用不同名称的国际文件只要实质上符合上述定义，就都是广义条约的一种。<sup>[13]</sup>

我国《宪法》第 67 条规定全国人大常委会“决定同外国缔结的条约和重要协定的批准和废除”，第 81 条规定中华人民共和国主席有权“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。”<sup>[14]</sup>条约和重要协定一同列出，说明这两条规定所指的条约应被理解为是狭义的条约，否则就很难解释为什么还要同时再列出重要协定。同理，《宪法》第 89 条所规定的国务院“管理对外事务，同外国缔结条约和协定”，其中的所指的条约也应该被理解为是狭义的条约。

《中华人民共和国缔结条约程序法》第 2 条规定“本法适用于我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”，其中的“具有条约、协定性质的文件”可以被理解为是包括了除条约、协定以外上述广义条约中所包含的其他形式的条约。与我国《宪法》中关于条约的规定相比，它明显采用的是广义的条约概念。

因此在分析条约在我国国内法中的地位时，就无法简单地以“条约”一词予以概括，而需要对《宪法》和《缔结条约程序法》中所提及的条约、协定予以具体地分析。

## （二）我国国内法律法规的效力等级

一般认为，由于我国条约的缔结和国内法的制定在程序上基本相同，故条约在国内法中的效力也与相应的部门制定的法律法规等同。同时国内法律法规因为制定主体的不同而存在效力等级的差异。所以在具体讨论条约在我国国内法中的法律地位之前就有必要对国内法律

法规的效力等级问题予以简单地概括。我国的国内法律法规按其制定的国家机关的权限及其效力可以划分为三类：第一类是宪法；第二类是法律；第三类是从属于宪法和法律的其他规范性文件。<sup>[15]</sup>

### 1.宪法

宪法是我国的根本法，是我国最主要的法的渊源，在当代中国的全部法律中它具有最高的法律地位和效力。

### 2.法律

法律是根据宪法由最高国家权力机关制定，而且只有最高国家权力机关制定的规范性文件才能称为法律，其法律效力低于宪法，高于其他规范性文件。我国的法律有两类，一类是基本法律，另一类是基本法律以外的其他法律。前者由全国人大制定，后者由全国人大常委会制定。

### 3.从属于宪法和法律的规范性文件

从属于宪法和法律的规范性文件，是由中央国家行政机关和地方国家权力机关以及地方国家行政机关为执行法律并根据法律而制定的。由于制定的国家机关不同，它们的效力也有所差别。总的说来，中央国家机关制定的规范性文件效力高于地方国家行政机关的；上级国家机关制定的规范性文件效力高于下级国家机关的；在同级国家机关之间，权力机关制定的规范性文件效力高于行政机关的。

#### （三）我国《宪法》中所指的“条约”的法律地位

在对条约作出上述界定之后，我们再来具体分析条约在我国国内法中的地位问题。<sup>6</sup>

当代中国的法的渊源是以宪法为核心的各种制定法为主的形式。宪法是国家的根本法，所以在法的渊源中居于核心地位。当代中国有各种不同层次或范畴的制定法，其中主要有宪法、法律、行政法规和中央军委的规范性文件、地方性法规、民族自治地方的自治条例和单行条例、特别行政区规范性文件、经济特区规范性文件以及有关国际条约和惯例。上述各种制定法分属于不同层次或不同范畴。国际条约和国际惯例本属于国际法范畴，但其中有的在国内同样具有约束力这一特定意义上，也成为我国法的渊源之一。<sup>[16]</sup>其他制定法属于国内法范畴。国内制定法又分属于不同层次，它们的法律地位和效力是不同的。宪法的效力和地位是最高的。中央一级的法律法规高于地方性法规。法律高于行政法规，等等。它们形成一个不同层次的金字塔式结构。由此可见，在我国的国内法中，宪法的法律地位和效力毫无疑问高于条约，所以关于条约在我国国内法中的地位的问题实际上是指条约与除我国《宪法》之外的其他国内法律法规相比，其法律地位如何。

我国《宪法》在规定全国人大常委会、中华人民共和国主席和国务院的职权时明确规定了这三个国家机关在缔结条约时的具体分工。《宪法》第 67 条规定全国人大常委会“决定同外国缔结的条约和重要协定的批准和废除”。第 81 条规定“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。”第 89 条规定国务院行使的职权中就包括“管理对外事物，同外国缔结条约和协定”。据此，我国《宪法》所规定的条约的缔结程序可以概括如下：首先由国务院缔结条约和协定，签订后的条约或协定经全国人大常委会审查予以批准后，再由中华人民共和国主席根据全国人大常委会的决定予以批准。而根据我国《宪法》的第 67 条的规定，全国人大常委会行使的职权中就包括“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的法律”，第 80 条又规定“中华人民共和国主席根据全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会的决定公布法律”。<sup>[17]</sup>上述条款中所指的“条约”显然是狭义的条约而非泛指一切符合条约定义

的国际法主体的意思表示，它通常需要经过繁琐的程序。由上述条款的规定可以看出，《宪法》中所指的条约和重要的协定的缔结和法律（指全国人大常委会制定的法律）的制定的程序基本上是相同的。

另一方面，根据《宪法》的规定，法律的制定权专属于全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会。法律是法的重要的表现形式，法律的效力仅次于宪法，而高于行政法规、政令、规章、地方性法规、自治条例、单行条例等其他一切规范性文件。宪法规定，全国人大制定和修改刑事、民事、国家机构的和其他的基本法律，全国人大常委会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的法律，基本法律的内容无疑更具有重要性，但是，就法律效力而言，基本法律同全国人大常委会制定的法律在效力上并无高低之分。<sup>[18]</sup>而且，从 1982 年通过宪法以来的立法实践来看，大部分法律都是由全国人大常委会审议通过的，即使由全国人大审议通过的，也先由人大常委会进行审议然后再送全国人大审议通过。这也就同样证明了全国人大和全国人大常委会制定的法律的效力是相等的。

因此，根据我国《宪法》的上述规定，可以推论出，需要由全国人大常委会批准的条约和重要协定在我国国内法中与全国人大和全国人大常委会制定的法律具有相同的法律效力和地位。那种认为条约和重要协定的法律地位低于《宪法》和全国人大制定的基本法律或是主张条约的法律地位要优越于我国国内法的观点，至少从我国《宪法》规定的角度来看，并不具有很强的说服力。

#### （四）《缔结条约程序法》中所指的“条约”的法律地位

全国人大常委会于 1990 年颁布的《中华人民共和国缔结条约程序法》对条约的缔结问题作出了明确的规定。按照《缔结条约程序法》的规定，该法所指的条约可以分为以下三类：

第一类是该法第 7 条所规定的由全国人民代表大会常务委员会决定批准和加入的条约和重要协定。这些条约和重要协定包括友好合作条约、和平条约等政治性条约；有领土和划定边界的条约、协定；有关司法协助、引渡的条约、协定；同中华人民共和国法律有不同规定的条约、协定；缔约各方议定须经批准的条约、协定；其他须经批准的条约、协定。上述各类条约、重要协定签署后，由外交部或者国务院有关部门会同外交部，报请国务院审核；由国务院提请全国人民代表大会常务委员会决定批准；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予以批准。该法第 11 条第 1 款规定“加入属于本法第 7 条第 2 款所列范围的多边条约和重要协定，由外交部或者国务院有关部门会同外交部审查后，提出建议，报请国务院审核；由国务院提请全国人民代表大会常务委员会作出加入的决定。”此类条约和重要协定的法律地位在上文中已经详细论述过，此处就不再重述。

第二类是《缔结条约程序法》第 8 条所规定的由国务院核准的协定和其他具有条约性质的文件。第 8 条规定“本法第 7 条第 2 款所列范围以外的国务院规定须经核准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”。该法第 11 条第 2 款规定，“加入不属于本法第 7 条第 2 款所列范围的多边条约，协定，由外交部或者国务院有关部门会同外交部审查后，提出建议，报请国务院作出加入的决定。”这就意味着此类协定和其他具有条约性质的文件的生效只需经过国务院的核准即可，而无须全国人大常委会的批准。就其无须最高立法机关批准这一点而言，此类条约颇类似于美国的行政协定。

仿照上文中对条约和重要协定的法律地位的确认，我们可以推论出，既然《宪法》规定国务院是我国的最高行政机关，同时又规定国务院可以行使的职权中就包括了“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”，那么其核准的协定和具有条约性质的文件应该具有与国务院制定的行政法规具有相同的法律效力和地位。同时由于在我国的

法律制度中，国务院具有制定行政法规的权力，虽然按立法体制来说，是属于中央一级的范围，但它同全国人大常委会并不是同一个等次，它是派生的、从属的。如果按规范性法律文件的表现形式和效力等级，把它们分为若干层次的话，如宪法、法律、行政法规、地方性法规等，行政法规的法律地位是居于第三层次，即这种行政法规的法律地位和效力是次于宪法和法律的。<sup>[19]</sup>所以，全国人大和全国人大常委会通过的法律的效力要高于国务院制定的行政法规的效力，而国务院核准的协定和其他具有条约性质的文件的法律效力又等同于行政法规，所以其法律效力也必然低于全国人大和全国人大常委会制定的法律。

第三类是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。《缔结条约程序法》第5条第3款规定，“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。”第9条规定，“无须全国人民代表大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。”按照我国的实践，有关下列事项的协定、议定书等条约，一般不列入批准或核准条款，只须在签署后由主管部门报请国务院备案：（1）有关贸易、支付和货币比价的事项；（2）有关铁路、航空、海上运输等交通运输的事项；（3）有关技术援助和技术合作的事项；（4）有关卫生和保健事业合作的事项；（5）有关邮政、电信和广播的事项；（6）有关农业的事项；（7）有关互相派遣留学生或实习人员的事项。另一方面，《宪法》第90条第2款又规定“各部、各委员会根据法律和国务院的行政法规、决定、命令，在本部门的权限内，发布命令、指示和规章。

仿照对上述两类条约在国内法中的法律地位的推定，可以认为此类协定在国内法中与国务院各部和各委员会制定颁布的政令和规章具有相同的法律效力和地位。

### （五）我国在缔结条约时的保留问题

与条约在国内法中的地位有关的还有我国在缔结条约时提出保留的问题。根据1969年《维也纳条约法公约》第2条的规定，保留是指“一国于签署、批准、接受、赞同或加入条约时所作之片面声明，不论措辞或名称为何，其目的在于排除或更改条约中若干规定对该国适用时之法律效果”。<sup>[20]</sup>保留的原因多种多样，本文仅限于分析纯粹由于国内法律规定的原因而提出的保留。

我国国内法在规规定条约可以直接适用的同时大都又规定了“中华人民共和国声明保留的条款除外”这一限制性条件。以我国加入的《联合国国际货物销售公约》为例，该公约第1条第1款规定，“本公约适用于营业地在不同国家的当事人之间订立的货物销售合同：如果这些国家是缔约国；或如果国际私法规则导致适用某一缔约国的法律。”第11条规定，“销售合同无须以书面订立或书面证明，在形式方面也不受任何其他条件的限制。销售合同可以用包括人证在内的任何方法证明。”<sup>[21]</sup>而当时我国的《涉外经济合同法》第7条和第32条规定，涉外经济合同需以书面方式订立，其转让、变更和解除，均需采用书面方式方为有效。根据我国司法实践，合同适用的法律，无论是当事人自由选择的法律，还是人民法院按照最密切联系的原则确定的法律，都是指该国现行实体法，而不包括其冲突规范和程序法。正是因为有此不同的规定，所以我国在加入该公约时就对公约的第1条第1款第2项和第11条作了保留。<sup>[22]</sup>

再以全国人大常委会于2001年2月28日决定批准的我国政府于1997年10月签署的《经济、社会及文化权利国际公约》为例。该公约第8条第1款第1项规定：“人人有权为促进及保障其经济及社会利益而组织工会及加入其自身选择之工会，仅受关系组织规章之限

制。除依法律之规定，且为民主社会维护国家安全或公共秩序、或保障他人权利自由所必要者外，不得限制此项权利之行使。”<sup>[23]</sup>这一条规定表明公民有组织和参加工会的权利，这与我国的法律规定是基本一致的。1994年由全国人大常委会制定的《中华人民共和国劳动法》第7条规定“劳动者有权依法参加和组织工会”。1992年由全国人大常委会制定的《中华人民共和国工会法》第3条规定，“在中国境内的企业、事业单位、机关中以工资收入为主要生活来源的体力劳动者和脑力劳动者，不分民族、种族、性别、职业、宗教信仰、教育程度，都有依法参加和组织工会的权利。”但是，根据公约的规定，公民个人可以自由选择其所要参加的工会，而根据我国的《工会法》的规定，“工会各级组织按照民主集中制的原则建立”（第11条），“县级以上地方建立地方各级总工会，同一行业或者性质相近的几个行业，可以根据需要建立全国的或地方的产业工会，全国建立统一的中华总工会”（第12条），“基层工会、地方各级总工会、全国或者地方产业工会组织的建立，必须报上一级工会批准”（第13条），这些规定表明，在我国，职工只能参加全国总工会系统的工会。为了解决条约规定和国内法对于这一事项的规定的不一致，全国人大常委会在批准该公约的同时又声明“中华人民共和国政府对《经济、社会及文化权利国际公约》第8条第1款第1项，将依据《中华人民共和国宪法》、《中华人民共和国工会法》和《中华人民共和国劳动法》等法律的有关规定办理”。

如果我国适用条约效力优越于国内法效力的原则，那么在上述这种纯粹出于法律规定的不同的情况下，就没有必要作出保留，而应直接适用公约的有关规定。既然在我国批准某些条约时存在着类似的基于国内法律法规的不同规定而提出的保留，这也就从一个侧面表明了在我国国内法上条约的地位并不优越于国内法。

### 三、结论

关于条约在我国国内法中的法律地位的问题，通过对我国有关的法律规定和条约实践的分析，可以认为，那些可以在国内直接适用的条约规定，其直接适用的法律依据是全国人大或是全国人大常委会制定的法律中关于条约适用问题的条款。换句话说，其所以能够在我国国内直接适用是因为所涉及的法律中有这样的规定；如果没有适用条约的法律规定，条约能否在我国国内直接适用则取决于全国人大常委会在其补充和修改法律的权限内或最高人民法院在其司法解释的权限内采取一定的补救措施。在这种情况下，也很难得出在我国的法律体系中，条约的法律地位高于全国人大及其常委会制定的法律的结论。至于最高人民法院的司法解释，其法律效力更是低于全国人大及其常委会制定的法律，所以就更无法推论出条约的法律地位要高于我国国内法的结论。

另一方面，我们在分析条约在我国的适用方式时，得出了我国法律法规及其最高人民司法解释所规定的仅仅是一种有限范围内的附条件的直接适用的结论。这种直接适用不适用于我国自然人之间、法人之间或是自然人与法人之间的诉讼。而且仅仅是规定在法律法规与条约规定不一致时优先适用条约的规定，并未规定与条约发生冲突的国内法律法规至此即属无效或是被废除。而那些明确规定了条约在国内法中的地位高于其国内法的国家，例如哥斯达黎加，根据其宪法法院对宪法条款的解释，条约在与国内法发生冲突时，与之发生冲突的国内法至此无效或是被废除，而且条约规定可以为任何人在国内普通法院所援引。在我国的条约实践中，无论是规定条约适用问题的法律法规或是最高人民法院关于条约适用问题的司法解释以及国内法院的司法判例都不支持与条约规定发生冲突的国内法律法规因此而无效的观点。而且在我国司法实践中，也从来没有自然人或是法人就一项国内法律法规因与条约不符合而提起诉讼的案例。因此，我国的法律法规中对于条约适用问题的规定，只是在国内法与条约规定发生冲突时解决冲突的一种方式，并不是赋予条约以高于国内法的法律效力。以这种附有严格的限制条件的直接适用来说明条约高于我国国内法显然缺乏足够的说服力。

综上所述,可以认为条约在我国国内法中的地位并不是如有些学者所主张的那样是优越于国内法的规定。在缺乏宪法或是专门性法律规定的情况之下,依据我国法律法规中关于条约适用问题的规定和最高人民法院的关于条约适用问题的司法解释以及国内法院的司法实践,我们只能认为条约与我国的国内法律法规处于平等的法律地位。

根据《中华人民共和国缔结条约程序法》中的有关条款的规定,我国实际是将条约划分为三类,即需要全国人民代表大会常务委员会决定批准的条约和重要协定,由国务院核准的协定和其他具有条约性质的文件,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。其在国内法中的法律地位由高至低分别等同于全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会制定的法律、国务院制定的行政法规和国务院各部、各委员会制定的政令和规章。

### 参考文献

- [1] 李浩培.条约法概论[M]. 北京: 法律出版社,1987.380.
- [2] 王丽玉.国际条约在中国国内法中的适用.[C]. 中国国际法年刊.北京: 法律出版社, 1993.282-284.
- [3] 邵津.国际法[M]. 北京: 北京大学出版社,2000.26-28.
- [4] 李适时.中国的立法、条约与国际法.[C]. 中国国际法年刊.北京: 法律出版, 1993.264-266.
- [5] 刘楠来.中国在人权领域采取重大举措——人权专家解析全国人大批准〈经济、社会及文化权利国际公约〉.[N]. 南方周末,2001-3-15(2).
- [6] 同[1]386-389.
- [7] 沈宗灵.法理学[M]. 北京: 高等教育出版社,1994.308-309.
- [8] 许崇德.中国宪法(修订本)[M]. 北京: 中国人民大学出版社.1996,210.
- [9] 余敏友,周阳.论从建设社会主义法治国家角度构建条约在我国的适用模式.[J]. 武汉大学学报(人文社会科学版) 2000(2):204.
- [10] 王铁崖.条约在中国法律制度中的地位.[C]. 中国国际法年刊.北京: 法律出版, 1994.12-13.
- [11] 李兆杰.条约在我国国内法效力若干问题之探讨[C]. 中国国际法年刊.北京: 法律出版, 1993.277.
- [12] 万鄂湘.国际条约法[M]. 武汉: 武汉大学出版社,1998.186.
- [13] 李浩培.国际法的概念与渊源[M]. 贵州: 贵州人民出版社,1994.76.
- [14] 同[8]24,27.
- [15] 同[7]306-307.
- [16] 同[7]307.
- [17] 同[14]24,27,30.
- [18] 同[8]195-196.
- [19] 同[8]195-196.
- [20] 同[12],456.
- [21] 陈安,刘智中.国际经济法资料选编[C]. 北京: 法律出版社,1991.180.

[22] 余劲松.国际经济法概论[M]. 武汉: 武汉大学出版社,1999.94.

[23] 王铁崖,田如萱.国际法资料选编[C]. 北京: 法律出版社 1986.158.

## The Application of Treaties in China

SUN Huan-wei

(Law Department, China Construction Bank, Beijing, 100000, China)

**Abstract:** The article demonstrates that treaties have been divided into self-executing treaties and non-self-executing treaties in the legal system of China in practice. It reveals that only foreign legal person or natural person can bring an action or proceedings of any kind to enforce or determine any right or obligation arising under the provisions of self-executing treaties, domestic legal person or natural person can not revoke any provision of this kind of treaty if all the parties concerned are Chinese people. Therefore, the self-executing treaties in the domestic legal system can only be implemented in a limited scope. Moreover, based on the above analysis, this article concludes that treaties have equal status to municipal law in China's legal system.

**Key words:** Treaties; Application of treaties; self-executing treaties

收稿日期: 2004-03-15;

作者简介: 孙焕为, 男, 中国建设银行总行法律部, 法学博士。

---

<sup>1</sup> 本文中所指的《中华人民共和国宪法》均为 1982 年宪法（以下简称为《宪法》）。

<sup>2</sup> 饶戈平:《关于条约在中国国内法上的适用问题》,中国社会科学院、德国阿登纳基金会国际条约与国内法关系研讨会论文。

<sup>3</sup> 梁淑英:《浅析条约在国内的适用和中国实践》,中国社会科学院、德国阿登纳基金会国际条约与国内法关系研讨会论文。李浩培先生和王铁崖教授也持这一观点,分别参见李浩培:《条约法概论》,法律出版社 1987 年版,第 383 页;王铁崖:《国际法引论》,北京大学出版社,第 210 页。

<sup>4</sup> 参见秦晓程:《条约在中国目前国内法中的状况》,中国社会科学院、德国阿登纳基金会国际条约与国内法关系研讨会论文。

<sup>5</sup> 刘楠来:《条约在国内的适用与我国的法制建设》,中国社会科学院、德国阿登纳基金会国际条约与国内法关系研讨会论文。

<sup>6</sup> 德国宪法和国际法学者在论述条约在联邦德国国内法中的地位时,认为基本法对联邦法律和条约的批准程序作出了相同的规定,这就意味着条约与联邦法律的法律地位是相等的。这一观点为德国学者所广泛接受。因此,在推定条约在我国国内法中的法律地位时,本文亦采用此种方法作出判断。关于德国联邦法律与条约的关系的问题。See T. M. Franck & G. H. Fox, *International Law Decisions in National Courts* 87 (1996).