

# 关于国际条约国内适用的几个问题

徐锦堂\*

**摘要：**条约的执行与条约的适用这两个概念虽然联系密切，但也存在重要的区别。根据条约适用的条件和范围的不同，有的条约具有相对效力，有的条约因对非缔约国当事人产生拘束力而具有绝对效力。条约的转化实施不宜称为条约的间接适用，条约的并入实施也不宜称为条约的直接适用。条约的直接适用和间接适用应从法律适用的角度上定义。我国法律中关于条约国内适用的通常条款本来是关于条约间接适用的规定，但其中蕴藏着条约直接效力和优先效力的涵义。国家对于已签署但未生效的国际条约在符合一定条件下才承担“先条约义务”。

**关键词：**国际条约 条约法 条约的适用

“条约必须信守”是国际法上的一项根本原则。国际条约的国内适用是一个十分重要的问题，事关“国际法治”与“世界和谐”。不过，国际条约的国内适用问题也非常复杂，对此国际上并无统一要求和共同做法。我国《宪法》对国际条约在国内适用的问题没有规定，2010年《涉外民事关系法律适用法》也由于学术界、实务界等各方面的激烈争论而不得不放弃对该问题作出规定的计划。国际条约的国内适用在我国的立法缺陷和立法困境强烈地凸显了进一步加强和深化国际条约国内适用问题研究的重要性和迫切性。

本文主要针对国际法学界关于国际条约的国内适用的几个传统观点和流行看法，例如“条约的执行就是条约的适用”、“条约的转化等于条约的间接适用”、“条约的并入等于条约的直接适用”等，展开论述并予以商榷，同时对涉外审判实践中已经提出的条约的相对效力和绝对效力、缔约国对未生效条约的“先条约义务”等国际法学界较少关注和研究的问题进行分析，以厘清条约的直接适用和间接适用等概念。

## 一 条约在国内的执行与条约在国内的适用之间的区别

条约的执行 (execution of treaties) 通常也被称为条约的履行 (performance of treaties)、条约的实施 (implementation of treaties) 或者条约的遵守 (observance of treaties)。在1969年《维也纳条约法公约》中，这几个词语是相互解释和说明的。条约在国内的执行是指国家通过立法、行政、司法、教育等各种措施履行本国缔结或者参加的已生效条约。执行、履行、实施或遵守本国缔结或者参加的生效条约是国家的一项义务。通常，大家是在国家必须遵守条约、不得以国内法为理由而不

\* 华南师范大学法学院副教授，法学博士。本文是笔者主持的教育部人文社会科学研究项目“新时期我国涉外民商事审判实证研究”的成果之一。

履行条约这样一个较为宏观、整体、根本的层面来讨论条约的遵守、实施、履行和执行问题。

而条约的适用(application of treaties)是纠纷解决机关依据条约的规定解决当事人之间权利义务纠纷的过程。它主要涉及的是条约适用的时间范围、空间范围、对象范围以及条约适用的条件、步骤和效力冲突等较为具体的问题。

凯尔森、菲德罗斯等许多国际法学者认为条约的执行就是条约的适用,他们都在同等意义上使用执行和适用这两个术语。<sup>①</sup>李浩培先生也持同样观点,曾经明确指出:“执行条约就是适用条约”。<sup>②</sup>如果只从国际公法的广阔视野来看,条约的执行与适用确实没有什么区别,即使有的话,也只是宏观与微观、整体与部分、根本方面与具体方面的差异。但是从国际私法和涉外审判实践的角度来看,条约在国内的执行并不完全等于条约在国内的适用。两者之间虽然有密切的联系,但也存在非常重要的区别,应当将条约在国内的执行与适用明确地、有意识地区分开来。这是我国国际法学规范化和精致化发展的需要。

### (一) 可适用的条约比可执行的条约数量更多

《维也纳条约法公约》第26条规定:“凡有效之条约对各当事国均有约束力,各当事国必须善意履行之。”可见一国执行、履行或实施条约的前提条件是该国已经参加条约且条约已经生效。也就是说,从国际公法的角度,国家需要执行、履行或实施的国际条约仅限于国家已经缔结或者参加了的生效条约。

不过,从整个国际法,特别是从国际私法的理论和实践而言,国家适用条约的范围则更加广泛。除了适用本国已经缔结或者参加了的生效条约外,也可能适用本国没有缔结或者参加的国际条约。例如,海商法中的著名条约《海牙规则》和《维斯比规则》我国都没有参加,但是在我国法院海事审判实践中经常会适用到这些条约。<sup>③</sup>这是出于对当事人意思自治原则的尊重,同时也是有法律依据的,因为我国法律一向允许当事人选择合同适用的法律。国内学者对此做法一般倾向于支持。<sup>④</sup>

广东省高级人民法院于2004年发布的《关于涉外商事审判若干问题的指导意见》<sup>⑤</sup>第43条也认为:“当事人在合同中选择我国未参加的国际公约作为合同准据法的,只要所选择的公约是一个能够确定当事人权利义务的实体法公约,而不是一个关于程序法或冲突法的公约,并且适用该公约不违反我国的公共秩序,就应当认定当事人的法律选择有效。”《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释(一)》第9条也规定:“当事人在合同中援引尚未对中华人民共和国生效的国际条约的,人民法院可以根据该国际条约的内容确定当事人之间的权利义务,但违反中华人民共和国社会公共利益或中华人民共和国法

① 转引自王勇:《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4页;另见高秀东:《国际刑事条约在中国的适用》,中国人民公安大学出版社2012年版,第38页。

② 李浩培:《条约法概论》,法律出版社2003年第2版,第313页。

③ 例如,在“香港粤海公司与招商局仓码公司、特发公司等海上货物运输无单放货、提货、代理放货纠纷”再审案中,当事人之间选择《海牙规则》的约定就得到了最高人民法院的认可。参见《中华人民共和国最高人民法院公报》1997年第1期,第32-35页。

④ 参见肖永平:《法理学视野下的冲突法》,高等教育出版社2008年版,第348页。

⑤ 粤高法发[2006]32号。

律、行政法规强制性规定的除外。”<sup>①</sup>

国内也有一种比较保守的观点，认为非缔约国当事人选择的国际统一实体规范实际上仅具有国际惯例的性质，对当事人并没有当然的法律拘束力。<sup>②</sup>也有学者认为当事人选择的我国未参加的国际公约只是被并入合同成为合同内容的一部分。还有学者认为，如果我国法院适用当事人约定的一项我国没有参加的条约作为合同准据法，那么，传统国际法关于国际条约在国内适用的理论将被彻底颠覆。<sup>③</sup>实际上，这些观点并不成立，因为既然国际社会包括我国法律都承认当事人可以选择“单个外国单独制定的法律”作为准据法，那么我们就没有理由否定当事人可以选择由“多个外国共同制定的国际条约”作为准据法，而不论法院地国或当事人本国是否参加了该项国际条约。<sup>④</sup>当然，需要指出的是，如果当事人选择了一项我国未参加的国际条约作为准据法，那么它是与“外国法律”相同的地位而得以适用的。

## （二）条约适用的范围和条件比执行更宽泛

国家是按照条约规定的范围、条件来执行、履行或者实施条约的，也就是说，国家执行、履行或者实施条约以条约本身有相关规定为前提，如果条约本身没有相关规定，就谈不上对条约的执行、履行或者实施。以1980年《联合国国际货物销售合同公约》（United Nations Convention on Contracts of International Sales of Goods，简称“CISG”）为例，该公约不适用于私人消费、拍卖、票据、证券、货币、船舶、飞机、电力等的销售，因此当事国在执行该公约时，不会在这些特殊领域执行该公约。CISG第1条还规定，公约适用于营业地在不同国家的当事人之间所订立的货物销售合同：（a）如果这些国家是缔约国；或（b）如果国际私法规则导致适用某一缔约国的法律。在没有保留的情况下，当事国在执行该公约时，也不会脱离公约上述规定的条件而执行或适用该公约。

但是条约可能会超越条约本身规定的范围和条件而得以适用。例如，在日本2008年加入CISG之前，福建省高级人民法院在我国某公司与日本某公司之间的货物销售合同纠纷案中就适用了该公约，而这显然就不属于对条约的履行或执行。<sup>⑤</sup>因为此时对条约的适用超出了条约自身

① 我国最高人民法院相关负责人认为：司法实践中当事人在合同等法律文件中援引尚未对我国生效的国际条约，人民法院一般会尊重当事人的选择，且同时认为，既然是对我国尚未生效的国际条约，该条约对我国没有拘束力，不能将其作为裁判的法律依据，即我国法院不能将其作为国际条约予以适用。然而，怎样看待这种情形更合理呢？司法解释稿讨论过程中确有不同认识：一种观点认为，这种情形可以作为当事人约定适用“外国法律”的情形对待。第二种观点认为，可以把这类国际条约视为国际惯例。第三种观点认为，把这类国际条约认为构成当事人之间合同的组成部分，据以确定当事人之间的权利义务更为合理，这样也可以解决如何对待当事人援引一些不具有拘束力的国际示范法、统一规则等产生的问题。同时，由于国际条约的复杂性，也不能将条约内容简单地等同于当事人之间的合同内容。对我国生效的国际条约，我国往往会通过声明保留排除对我国可能会产生不利影响的条款的适用，而对我国尚未生效的国际条约，很有可能存在这方面的问题，在我们不将该国际条约作为“外国法”对待的情况下，可以排除外国法适用的公共秩序保留条款不能发生作用，因此，还应当增加对违反我国社会公共利益的限制性规定。司法解释最终采纳了第三种观点。参见最高人民法院四庭负责人就《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释（一）》答记者问，[http://www.court.gov.cn/xwzx/jdjd/sdjd/201301/t20130106\\_181593.htm](http://www.court.gov.cn/xwzx/jdjd/sdjd/201301/t20130106_181593.htm)，最后访问时间：2014年7月26日。

② 参见邵景春：《国际合同法律适用论》，北京大学出版社1997年版，第177页。

③ 杜涛：《论我国撤销对〈联合国国际货物销售合同公约〉第1条第1款第2项之保留的必要性》，载《国际经济法学刊》2008年第1期，第107页。

④ 徐锦堂：《当事人合意选法实证研究——以我国涉外审判实践为中心》，人民出版社2010年版，第148页。

⑤ 参见福建省高级人民法院（1994）闽经终字第123号民事判决书。

的规定。

在我国涉外民商事审判实践中，如 CISG 不能直接适用时，则允许涉外合同当事人选择适用该公约，这既符合我国法律关于当事人可以选择合同准据法的规定，又扩大了 CISG 的适用，是合理合法的。美国政府也认为，“对于不属于第 1 款 a 项调整范围的国际货物销售合同，如果当事人希望适用 CISG，则可以在其合同中约定适用 CISG。”汉诺尔德（Honnold）教授也主张，对于 CISG 第 2 条和第 5 条所排除的交易或纠纷、营业地位于同一国家的合同以及根据 CISG 第 1 条第（1）款（a）项和（b）项都不能适用 CISG 的合同，只要当事人在合同中约定“本合同适用 1980 年 CISG”，则可以适用 CISG。<sup>①</sup>

### （三）条约适用的途径方式比执行更多样

在私法领域，条约可以经过当事人的选择而适用，而这通常不属于国家机关执行、履行或实施条约的范畴。很多条约都没有规定条约可以经由当事人的合意选择而适用。例如，如前所述，虽然 CISG 本身并未直接规定可以经由当事人的合意选择而得以适用，但是在实践中，当事人协议选择适用 CISG 得到司法机关的认可。

不过，传统国际私法，特别是保守的欧陆国际私法，历史上一直认为当事人选择的准据法只能是国家法律，而不能选择国际条约等非国家法律作为准据法，即使当事人选择了国际条约等非国家法律，其效果也只是将相关规定并入为合同条款，成为合同的组成部分。<sup>②</sup>这里的国际条约既包括国家参加了的国际条约，也包括国家没有参加的国际条约。

传统国际私法之所以认为当事人不能选择“非国家法律”作为准据法，对“非国家法律”采取“敌视态度”，<sup>③</sup>其原因主要有二：一是认为只有国内法才能全面定义当事人的权利、义务和责任，二是认为只有国内法才能提供司法的强制执行。<sup>④</sup>

然而，在当今国际社会，国际条约也是当事人可以选择的对象，这在国际实践中已经成为不争的事实。例如，欧盟 2008 年《罗马条例 I》第 1 条关于适用范围的规定中就放弃了 1980 年《罗马公约》第 1 条中“国家法律”（the laws of different countries）的字眼，并在第 3 条第 1 款规定合同应受当事人选择的法律支配（A contract shall be governed by the law chosen by the parties）。这样实际就肯定了国际条约可以经由当事人的选择而成为准据法。

我国国际私法直接借鉴和吸收了国际社会的先进理念，没有经历当事人能否选择“非国家法律”作为准据法的争论。所以尽管国内很少有关于这方面的专门研究，但是一般认为当事人当然可以选择国际条约等“非国家法律”作为准据法，而不仅是作为被并入的合同条款，<sup>⑤</sup>这一点也

① John O. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention* (The Hague: Kluwer Law International, 3<sup>rd</sup> edn, 1999), pp. 77 - 87.

② 参见〔英〕莫里斯主编：《戴西和莫里斯论冲突法》，李双元等译，中国大百科全书出版社 1998 年版，第 1123 - 1124 页；〔德〕彼得·施莱希特里姆：《联合国国际货物销售合同公约评释》（第 3 版），李慧妮编译，北京大学出版社 2006 年版，第 17 页；肖永平：《法理学视野下的冲突法》，第 430 - 431 页。

③ 参见许军珂：《国际私法上的意思自治》，法律出版社 2006 年版，第 116 - 118 页。

④ Peter E. Nyth, *The Reasonable Expectations of the Parties as a Guide to Choice of Law in Contract and in Tort* (London: Martinus Nijhoff Publishers, 1995), p. 307.

⑤ 参见邵景春：《国际合同法律适用论》，第 55 页、第 175 页；沈涓：《合同准据法理论的解释》，法律出版社 2000 年版，第 9 页；黄进主编：《国际私法》，法律出版社 2005 年第 2 版，第 300 页；肖永平：《国际私法原理》，法律出版社 2007 年第 2 版，第 181 页、第 294 页。

为我国涉外审判实践所认可。在“上海兰生股份有限公司与华侨银行有限公司上海分行、花旗银行信托纠纷上诉案”中，上海市高级人民法院就明确指出：“准据法可以是内国法，也可以是外国法，还可以是国际条约或国际惯例，这是国际私法界的共识。”<sup>①</sup>

#### （四）条约的执行比适用的概念更宏观、主体更广泛

执行、履行或实施一个已生效的国际条约是缔约国的国家义务，是立法、行政、司法、军事等所有国家机关的义务。全部国家机关都是条约执行、履行或实施的主体，一切相关国家机关按照已缔结或者参加的国际条约的要求所采取的立法、司法、行政、宣传、教育等措施均属于对条约的执行、履行或实施。

而条约的适用主体只是纠纷解决机关，主要是法院，还有仲裁机构等。立法机关、行政机关、军事机关等其他国家机关一般情况下是条约的执行或实施机关，只有在主体是纠纷解决机关时才存在适用国际条约问题。

#### （五）条约的“国内化”是执行问题而不是适用问题

缔约国在条约生效后即受条约的约束，国家即有执行、履行或者实施条约的义务，但这还是国际法层面上的义务。条约在国际法层面对国家具有拘束力，并不意味着条约当然、立即地具有国内法律的地位和效力，可以像国内法那样被当事人直接援引作为权利义务的依据。在此之前，条约需要“国内化”，这是国家执行、履行或者实施条约第一个需要解决的问题，是条约在一国国内得到适用的前提条件。<sup>②</sup>有些学者也把条约的“国内化”称为条约的“接受”，<sup>③</sup>不过由于“接受”（acceptance）在条约法上是作为与签署（signature）、换文（exchange of instruments）、批准（ratification）、赞同（approval）和加入（accession）等并列的国家表示同意承受条约拘束的方式之一，<sup>④</sup>因此为了避免“一词两用”所造成的混淆，本文把本国已经参加了的生效国际条约取得国内法律效力的问题称为条约的“国内化”。从世界范围来看，条约“国内化”取得国内法效力的两个主要途径，一个是转化，一个是并入。

条约转化为国内法是指国家参加了的国际条约必须经过国家立法机关制定相应的国内法后才可以国内执行、履行或者实施。采用转化方式的国家数量有限，主要是英国和其他英联邦国家、意大利和北欧。<sup>⑤</sup>这种相应的国内立法可能是一部完整的新法，也可能是对旧法进行修订或者废止，还可能只是宣示某某条约在国内实施的单独的简单立法。转化之后，条约取得了国内法的形式或者戴上了国内法的帽子，理论上讲，其他国家机关执行的只是国内法，而不是执行转化前的国际条约。

条约并入国内法是指国家在宪法或其他法律中概括性地规定已经参加了的生效条约具有国内法上的效力或者经公布后具有国内法上的效力。作为现代法治原则之一，未经正式公布的法律不

① 上海市高级人民法院（2000）沪高经终字第335号民事判决书。

② 参见李浩培：《条约法概论》，第314页；王铁崖：《国际法引论》，北京大学出版社1998年版，第198页。

③ 参见李浩培：《条约法概论》，第314页；王铁崖：《国际法引论》，第198页；王勇：《条约在中国适用之基本理论问题研究》，第46页；高秀东：《国际刑事条约在中国的适用》，第66页。

④ 参见1969年《维也纳条约法公约》第11条。

⑤ 王勇：《条约在中国适用之基本理论问题研究》，第50页。

具有普遍约束力，这一原则对于条约也是适用的。

国内主流观点认为我国是以条约并入实施为原则，<sup>①</sup> 尽管有学者提出质疑；<sup>②</sup> 也有学者认为我国应当以转化实施为原则，以并入为例外；<sup>③</sup> 甚至有学者认为转化应当是我国履行条约义务的唯一方法；<sup>④</sup> 也有学者区别对待，认为国际公法条约以转化为主，国际私法条约以并入为主。<sup>⑤</sup>

其实，条约转化或并入的区别主要在于国家参加的生效条约是必须一个一个地产生国内法上的效力，还是一次性笼统地规定具有国内法上的效力。但即使条约是被并入实施的，由于条约的公布仍然是一个一个的，所以两者实际上的区别并没有想象中那么大。如果条约本身没有明确要求（条约实践中通常如此），一个国家到底采用条约的转化实施模式还是并入实施模式，则由缔约国按照本国的主权观念和条约观念自行决定。当然，笔者在此问题上倾向于赞同主流观点，即国际条约在我国以并入实施为原则，以转化实施为例外。

上面罗列的是条约执行与条约适用之间的区别，其实两者之间是交叉的关系，甚至在大部分情况下，两者是重合的。例如，条约的直接适用同时也是条约的执行或履行。但是，我们必须在思想上明确，条约的执行并不完全等同于条约的适用。

## 二 条约适用的相对效力与绝对效力问题

并入和转化是使已生效条约“国内化”、在缔约国国内产生法律效力的两种途径。在条约并入国内法的模式下，条约仍然保持国际条约的独立身份而在国内适用。条约与契约一样具有相对性，即原则上只对缔约方有约束力，对非缔约方没有约束力。1969年《维也纳条约法公约》第34条规定：“条约非经第三国同意，不为该国创设义务或权利。”这就是对条约相对效力的一种确认。

### （一）条约的相对效力

鉴于我国《民法通则》第150条关于条约在国内适用的条款规定在第八章“涉外民事关系的法律适用”里面，按照体系解释的规则，国际条约适用于不同缔约国公民之间的权利义务关系，而不能适用于缔约国纯国内性的法律关系，也不能适用于缔约国公民与非缔约国公民之间的法律关系，更不能适用于非缔约国公民与非缔约国公民之间的法律关系。这种观点也体现了条约的相对效力。

具有相对效力的公约以1980年CISG为典型，因为该公约仅直接适用于营业场所位于不同缔约国境内的当事人之间的国际货物销售合同。如此一来，即使法院地国是公约缔约国，但纯缔约国境内的货物销售合同关系，缔约国当事人与非缔约国当事人之间的货物销售合同关系，非缔约国当事人与非缔约国当事人之间的货物销售合同关系就不能直接适用该公约。

① 参见李浩培：《条约法概论》，第317页；王铁崖：《国际法引论》，第210页；李适时：《中国的立法、条约与国际法》，载《中国国际法年刊》（1993年卷），法律出版社1993年版，第265页；曾令良：《WTO协议在我国的适用及我国法制建设的革命》，载《中国法学》2000年第6期，第38-46页。

② 王勇：《条约在中国适用之基本理论问题研究》，第165页。

③ 车丕照：《论条约在我国的适用》，载《法学杂志》2005年第3期，第96-99页。

④ 张晓东：《也论国际条约在我国的适用》，载《法学评论》2001年第6期，第73-79页。

⑤ 肖永平：《法理学视野下的冲突法》，第342页。

## （二）条约的绝对效力

不过有些国际条约比较特殊，按照条约自身关于适用范围的规定和缔约国的保留情况，条约不仅对不同缔约国当事人之间的相关法律关系有效，而且对缔约国境内的相关纯国内法律关系，缔约国当事人与非缔约国当事人之间的相关法律关系，甚至非缔约国当事人与非缔约国当事人之间的相关法律关系，都有约束力。这样的公约就突破了条约的相对性，突破了我们惯常认为的条约适用范围，而具有一定的绝对效力了。

许多行政技术性国际条约、人道性国际条约都具有一定的绝对效力，而限于缔约国公民之间的法律关系。《1972年国际海上避碰规则公约》之附件《避碰规则》就规定，除公约规定的例外船舶或缔约国的保留事项外，规则适用于在公海和与公海相连的可供海船航行的一切水域中的一切船舶。我国参加的《国际海上搜寻救助公约》和《国际油污损害民事责任公约》也是如此，其适用范围不区分纯国内法律关系还是涉外法律关系，也不论当事人是否为缔约国公民，只要是我国法院受理的在我国相应水域发生的相应行为就都直接受相关公约的约束。<sup>①</sup>在“中国船舶燃料供应福建有限公司申请油污损害赔偿赔偿责任限制案”中，广州海事法院就是按照公约中具有绝对效力的适用范围规定而允许申请人按《1969年国际油污损害民事责任公约》设立油污损害赔偿赔偿责任限制基金。<sup>②</sup>无论本案的判决是否合理，<sup>③</sup>纯国内法律关系在条约规定的范围和条件内可以适用我国参加的国际条约，这一点是确定的。

## 三 条约的直接适用与间接适用问题

国际法学界很多学者把条约的“转化”和“并入”问题当作条约的适用方式问题，进而认为条约的“转化”是条约的“间接适用”方式，而“并入”则是条约的“直接适用”方式。<sup>④</sup>虽然有学者认识到不应将它们混为一谈，<sup>⑤</sup>但也未能从定义上将它们实质性地予以明确区分。

在把条约的执行与适用完全等同的语境下，这种观点是普遍的，也是可以理解的。但是，正如前文所言，条约的转化、并入问题是条约在国内实施的根本模式问题，是条约国内化、取得国内

① 1992年《国际油污损害民事责任公约》第3条第1款规定：“本公约仅适用于在下列区域内造成的污染损害：(i) 缔约国的领土，包括领海；和(ii) 缔约国按照国际法设立的专属经济区；或者，如果缔约国未设立此种区域，则为该国按照国际法确立的，在其领海之外并与其领海毗连的，从测量其领海宽度的基线向外延伸不超过200海里的区域。”我国政府在加入该公约时，没有对任何条款作出保留。《海商法》第208条规定：“中华人民共和国参加的国际油污损害民事责任公约规定的油污损害的赔偿请求，不适用本章规定。”

② 参见《中国船舶燃料供应福建有限公司申请油污损害赔偿赔偿责任限制案》，广州海事法院网，<http://www.gzhsfy.gov.cn/shownews.php?id=3185>，最后访问时间：2014年7月26日。

③ 对于该案法律适用的合理性持否定态度的观点，可参见韩立新：《从一起海事案例谈国际海事公约的适用》，载《当代法学》2001年第12期，第71-75页。

④ 参见王丽玉：《国际条约在中国国内法中的适用》，载《中国国际法年刊》（1993年卷），法律出版社2003年版，第281页；江国青：《国际法与国际条约的几个问题》，载《外交学院学报》2000年第3期，第8-17页；韩燕煦：《论条约在中国国内的适用》，载朱晓青、黄列主编：《国际条约与国内法的关系》，世界知识出版社2000年版，第197页；车丕照：《论条约在我国的适用》，第97页。

⑤ 王勇：《条约在中国适用之基本理论问题研究》，第142页；万鄂湘：《国际法与国内法关系研究》，北京大学出版社2011年版，第465页。

法效力的根本途径问题,是条约适用的前提条件问题。因为条约的转化或并入并不是条约的适用问题,所以也就谈不上到底是直接适用还是间接适用了。当然,在必要的情况下,我们可以称条约的转化为条约的间接实施或间接执行方式,称条约的并入为条约的直接实施或直接执行方式。

### (一) 国际条约直接适用和间接适用的定义

那么什么是真正意义上的条约的直接适用与条约的间接适用呢?笔者认为,所谓条约的直接适用,是指国家参加且被并入的生效国际条约按照自己的规定无须缔约国采取进一步措施,也无须当事人的选择或法律适用规则的指引,就能直接作为确定当事人之间权利义务的根据。

笔者认为,所谓条约的间接适用,是指国家参加或未参加的国际条约在不能直接适用的情况下,通过当事人的选择或法律适用规则的指引,才能作为确定当事人之间权利义务的根据。能够间接适用的条约主要是民商事国际条约。

例如,《海牙规则》《维斯比规则》等我国没有参加的国际条约通过当事人的选择而在我国法院得以适用。《维斯比规则》还规定即使当事人未在提单中选择《维斯比规则》,而只是选择了该规则的缔约国的法律,也应适用《维斯比规则》。<sup>①</sup> 1978年《联合国海上货物运输公约》(《汉堡规则》)也有类似条款。

### (二) 国际条约在我国直接适用的一般条件

一般认为,在民商事领域,国际条约在我国适用的法律依据是《民法通则》第142条第2款:“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。”综合考虑该条文的规定、我国审判实践和国外的一些经验,笔者认为,一般民商事国际条约要在我国直接适用需要同时具备如下几个条件:<sup>②</sup>

第一,相关案件具有涉外因素。除非我国法律明确规定,否则纯国内民商事案件直接适用本国法,并无适用国际条约的需要和可能。从实在法的角度上看,我国《民法通则》和《海商法》中关于国际条约适用的规定都是规定在“涉外关系的法律适用”章里面,所以,涉外性构成我国民商事案件适用国际条约的前提条件之一。当然如前所述,如果是具有“绝对效力”的国际条约,则并不以此条件作为直接适用的前提。

第二,我国(法院地国)和当事人所属国均为该条约的缔约国。从条约效力的相对性理论出发,通常认为只有法院地国和争议双方当事人所属国都为条约的缔约国时,条约才能直接适用。所以原则上,国际条约直接适用的前提条件之一是在某一具体案件中,法院地国和双方当事人所属国必须均是该条约的缔约国。如果中国不是某一国际条约的缔约国,或者具体案件中双方当事人所属国不是条约的缔约国,该条约就不能在我国直接适用,更不能优先适用。<sup>③</sup>

当然,这对于有“绝对效力”的国际条约就不准确了,因为条约直接适用的条件从根本上

① 《维斯比规则》第5条第3款规定:本公约各项规定应适用于两个不同国家的港口之间有关的货物运输的每一份提单,如果:(a)提单在一个缔约国签发,或(b)从一个缔约国的港口起运,或(c)提单载有的或由提单证明的契约的规定,该契约应受本公约的各项规则约束或应受本公约生效的任何国家的立法约束,不论船舶、承运人、托运人、收货人或任何其他有关人的国籍如何。

② 参见徐锦堂:《当事人合意选法实证研究——以我国涉外审判实践为中心》,第139-140页。

③ 参见肖永平:《国际私法原理》,第294页。



取决于各条约本身的规定,《国际油污损害民事责任公约》就不论当事人双方所属国是否同为缔约国,只要在缔约国内水、领海、毗连区和专属经济区范围内造成的国际船舶油污事件,该公约都可以直接适用,而无论相关船舶或船东是否具有缔约国国籍。

第三,争议事项属于该条约的调整范围。当事人之间发生争议的具体问题必须属于条约的调整范围,条约才有实际适用的可能,对于条约不调整的具体争讼问题只能通过冲突规则确定的准据法来予以解决。

第四,条约本身是可以自动执行的。有些条约由于其正式文本使用非本国语言或者内容涉及政治问题、条文不具体不明确、不直接针对私人、条约明文规定要求转化等方面的原因,从而在缔约国并不具有自动执行的效力。<sup>①</sup>

第五,我国对条约相关内容没有提出保留。保留的效果是保留国不受被保留条款的约束,或者说就被保留条款而言,保留国不是条约的缔约国。

### (三)《民法通则》第142条第2款是关于条约间接适用的规定

不过,如果把《民法通则》第142条第2款作为国际条约直接适用的表现或依据来理解的话就会令人非常困惑,因为缔约国法院根据条约的规定直接适用国际条约,这是缔约国的义务,此时法院根本就不必也不应考虑条约的规定与国内法律的规定是否相同,也不可能在两者规定不同时适用条约,而规定相同时反而不适用条约。因此,在条约直接适用时也就不存在条约优先效力的问题。<sup>②</sup>

经过体系解释和目的解释,笔者认为我国《民法通则》第142条本来是关于国际条约在我国间接适用的一种规定,即:在涉外案件中,根据当事人的选择或者法律适用规则的指引,应当以我国法律作为准据法的情况下,当我国缔结或参加的国际条约与我国相关法律的规定不同时,应优先适用条约的规定。从中我们可以推出一个结论:我国缔结或参加的相关国际条约具有直接效力,能够直接为当事人所援引并成为法院的裁判依据,也具有优先于国内法的效力。但这一条本身不是关于条约直接适用的规定。有法官也认识到,如果经冲突法的指引,我国法院决定对某一涉外民事法律关系适用我国的实体规范时,我国参加的有关实体国际公约或条约应优先适用。<sup>③</sup>

当然,如果把这条规定作为条约间接适用的规定,这似乎与我国对CISG第1条第1款b项所作的保留相违背。因为根据该条款的规定,我国法院根据我国冲突规则适用包括我国法律在内的缔约国法律,此时营业场所位于不同国家的货物销售合同也应适用公约。我国对这一条款进行保留的目的就是尽量适用我国法律,而不是我国缔结或参加的国际条约。笔者认为,《民法通则》第142条关于涉外案件应当适用我国法律,进而优先适用相关条约的规定是一般规定,而我国对CISG第1条第1款b项所作的保留是一种特殊情况。

## 四 未生效的国际条约对签署国具有何种约束力

一项公约还没有生效,但本国已经签署,那么签署国对这项还没有生效的公约承担怎样的义

① 关于自动执行和非自动执行的条约的论述,可参见李浩培:《条约法概论》,第319页。

② 参见李守芹:《涉外海事审判中的国际私法问题》,载《涉外商事海事审判指导》2007年第1辑,人民法院出版社2007年版,第217页。

③ 孙应征主编:《涉外民事法律原理与实证解析》,人民法院出版社2004年版,第12页。

务呢？在“美国FG公司与刚果民主共和国和中铁（香港）有限公司、中铁资源开发股份有限公司及中铁华刚矿业股份有限公司、中铁股份有限公司等国际商事仲裁裁决执行豁免案”中，香港特区法院就需要裁判中国已经签署但还未生效的《联合国国家及其财产管辖豁免公约》（以下简称《豁免公约》）的适用问题。

在该案中，外交部驻香港特派员公署经授权分别向香港特区政府政制及内地事务局发出函件称中国坚持绝对豁免原则，政府的这一原则立场是明确和一贯的。

中国签署采取限制豁免原则的联合国《豁免公约》表明中国初步同意成为该公约的缔约国，同时也显示了中国对通过法治来促进世界和谐交往的坚定支持。<sup>①</sup> 本案中美国FG公司指出，特派员公署信函的内容违背了“条约必须遵守”（*pacta sunt servanda*）的原则。那么一个尚未生效的国际条约对签署国具有何种约束力呢？

我们知道，全国人大常委会尚未批准《豁免公约》，该公约本身也因没有达到30个国家批准（*ratification*）、接受（*acceptance*）、赞同（*approval*）或加入（*accession*）而未能生效，因此中国当然不具有即时履行公约条款的法定义务。由于国际法上的条约类似于民法中的合同，不存在条约义务是否可能存在先条约义务呢？

按照我国1997年加入的1969年《维也纳条约法公约》的规定，即使条约没有生效，也具有一定的约束力。这种法律上的约束力，依照《维也纳条约法公约》第18条第1款的规定，如果一国已签署已生效条约而须经批准、接受或赞同，但尚未明白表示不欲成为条约当事国之意思；或者一国业已表示同意承受未生效条约之拘束，只要条约之生效不稽延过久，那么该国就“负有义务不得采取任何足以妨碍条约目的及宗旨之行动”。

具体而言，既然中国已经签署了《豁免公约》，又没有明确表示不成为《豁免公约》当事国，只要《豁免公约》的生效不会拖延过久，那么在全国人大常委会批准之前，中国就负有保持条约履行意愿的法定义务，不得积极或消极地表现出具有相反意思的行为，更不得单方擅自变更或者解除条约规定。

不过，截至今日，《豁免公约》仅有28个国家签署，其中只有15个国家批准，距生效要求相差甚远，估计在相当长的一段时间内《豁免公约》都不会生效。<sup>②</sup> 这样中国就没有义务“不得采取任何足以妨碍条约目的及宗旨之行动”，从而，中国至今仍然坚持一贯的绝对豁免政策既不存在违反公约生效后条约义务的问题，也不违反公约生效前的先条约义务。因此，从法律的角度，外交部关于“《豁免公约》对中国不具有约束力，更不能作为中国在相关问题上的原则立场依据”的主张是正确的。

## 结 论

条约的执行与条约的适用两者之间是交叉关系，在大部分情况下两者是重合的，但不能将两

① 时任外长李肇星在签署《联合国国家及其财产管辖豁免公约》时的发言，参见外交部网站：<http://www.fmprc.gov.cn/chn/gxh/mtb/sjhd/t212432.htm>，最后访问时间：2013年9月18日。

② 参见联合国网站：[https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=III-13&chapter=3&lang=en](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-13&chapter=3&lang=en)，最后访问时间：2014年3月4日。

者完全等同，特别是条约经当事国或当事人合意选择而适用的情况通常就不属于条约的执行问题，国家适用本国未参加的条约也不属于条约的执行。

国内学界一般认为，国际条约在我国仅适用于不同缔约国公民之间的权利义务关系，而不能适用于缔约国纯国内性的法律关系，也不能适用于缔约国公民与非缔约国公民之间的法律关系，更不能适用于非缔约国公民与非缔约国公民之间的法律关系。不过，许多行政技术性国际条约、人道性国际条约都具有一定的绝对效力，而限于不同缔约国的公民之间的法律关系。条约是否具有绝对效力取决于条约本身的规定。

条约的并入和转化是条约取得国内法上效力的两种路径，是条约的国内化问题，是条约国内适用的前提条件，而与条约的具体适用无关。所以，条约的转化不是条约的间接适用，条约的并入也不是条约的直接适用。条约在我国的“国内化”以并入为原则，以转化为例外。条约直接适用时的范围和条件取决于条约本身的规定，以《民法通则》为代表的我国法律中关于条约国内适用的通常条款本来是关于条约间接适用的规定，即在涉外案件根据当事人的选择或者法律适用规则的指引，应当适用我国法律的情况下，当我国相关法律与我国缔结或参加的国际条约规定不同时，应优先适用条约。当然，只有在条约与法律处于同等效力位阶的情况下，条约才具有优先效力。<sup>①</sup> 国务院核准的条约或协定就不具有优先于全国人大及其常委会制定的法律的效力。最后，国家对于已签署但未生效的国际条约在符合一定条件下才承担“先条约义务”。

## Several Issues on the Domestic Application of International Treaty

*Xu Jintang*

**Abstract:** There are significant differences between the execution of treaty and the application of treaty, even though the two concepts are closely related. Because treaties vary in the scope and condition of application, some treaties have relative effect but others may have absolute effect which could be binding on non-parties. It is inappropriate to refer to the transformation of treaty as indirect application of treaty, and refer to the incorporation of treaty as direct application of treaty. Both the direct and the indirect application of treaty should be defined in the perspective of the law application. The general principles of the treaty application in Chinese laws essentially are attributed to indirect application of treaty, but they imply some treaties having direct effect and prior effect. While a treaty hasn't come into force, only under some specific conditions, should a country which has signed the treaty undertake the “pre-treaty obligations”.

**Keywords:** International Treaty, Law of Treaty, Application of Treaty

(责任编辑: 曲相霏)

<sup>①</sup> 陈寒枫、周卫国、蒋豪：《国际条约与国内法的关系及中国的实践》，载《政法论坛》2000年第2期，第123页；车丕照：《论条约在我国的适用》，第96页。