

论国际条约在国内的适用问题

李 振 华

本文采用比较的方法考察了国际条约与国内法关系的各种观点和流派,对历史上的“一元论”、“二元论”等观点进行了剖析;对国际条约在国内的效力问题即国际条约在国内的适用问题进行了探讨,着重研究了“宪法型”与“转化型”国家对该问题的主要观点;提出了自己关于国际条约在国内的效力顺序的见解。

国际条约(以下简称条约)是国际法主体之间缔结而以国际法为准则来确立其相互权利与义务关系的一种书面协议。它是“国际社会为建立与发展国际合作所具有的主要手段”^①,是国际关系的法律依据。条约的缔结常引起一系列关系的变化,因此有人又称条约“是一种变革的工具”^②。总之,条约是国际交往的手段或工具,而不是目的。

国家通过缔结条约可以从条约中享受到权利,同时也承担了相应的条约义务。国家怎样去履行这些义务呢?这就涉及到条约与国内法的关系。这种关系的一个重要表现是条约在国内的效力问题,或者说条约在国内(法院)的适用问题。对此,各国做法不尽相同,学术界也众说纷纭,莫衷一是。

如上所述,从条约的作用看,它是国际交往与合作的工具和手段。从条约在国际法体系中的地位看,它是现代国际法的主要渊源之一。从条约的性质看,它是国际法主体之间确立相互权利和义务的依据。从条约的形式看,它是一种书面协议。

中外国际法学家给条约下了各种各样的定义。下面我们择其有代表性的几个加以考察,以加深对条约性质的剖析。

劳特派特认为“国际条约是国家间或国家组成国际组织间订立的在缔约各方之间创设法律权利和义务的契约性协定。”^③斯塔克认为“条约是两个以上国家缔结据以确立或寻求确立他们之间以国际法为准绳的相互关系的协议。”^④科热夫尼科夫等认为“国际条约是两国或数国或者其他国际法主体之间关于确立、执行、变更或终止其相互间的权利和义务的一种明确表示的协议。”^⑤我国许多国际法学者认为“条约是国家及其他国际法主体间所缔结而以国际法为准并确立其相互关系中的权利和义务的一种国际书面协议,也是国际法主体之间相互交往的一种最普遍的法律形式。”^⑥1969年《条约法公约》第二条中一(甲)规定:“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,亦不论其特定名称为何。”^②

综上所述,我们会看到条约至少有以下几个明显的特征:一、条约的缔结者主要是主权国家,但也包括类似的国家实体和国际组织,个人不是条约缔结的主体;二、条约是确定或寻求确定国际法主体之间相互权利和义务的书面协定;三、条约的缔结必须符合一般国际法原则,不能与之相悖;四、条约给缔结各方创设了一定的权利和义务,它对缔约各方具有普遍约束力。

二

传统国际法主要由国际习惯组成,但是,进入现代以后,随着国际交往的增多,国际关系日益密切,与之相适应,条约以爆炸式的速度迅速增加,并逐渐在国际法的各个领域取代了习惯,成为现代国际法的主要渊源。

条约是国际关系中确立国际法主体之间相互权利和义务的法律依据。离开条约这种交往的工具,各国在国际关系中将无所适从,整个国际关系也将陷入无法状态之中,更没有什么正常国际关系可言。

、条约在国际法中发挥着重要作用,是国际法的一个重要组成部分。但是,条约在国内法中处于何种地位?对此,中外国际法学界议论颇多,尚未形成共识。造成这种现象的主要原因是如何看待国际法和国内法的关系问题。中外国际法学界关于这个问题的观点主要有两种:一种观点认为国际法与国内法属于同一法律体系,是一个总的法律体系中的两个方面。这种观点在学说上称为一元论(monism)。另一种观点认为国际法与国内法是两种完全不同的法律体系。这种观点在学说上被称为二元论(dualism)。

在19世纪以前的国际法著作中,由于受自然法的影响,是没有国际法和国内法两个体系之分的。当时的国际法学者都认为自然法决定了国际法和国家的存在。西班牙神学家苏亚里兹在他的著作《法律与作为立法者的上帝》中曾明确表明了这种观点,“他认为国际关系,主要地为渊源于神意的自然法所支配,次要地才为人类法的一部门——万民法——所规范。万民法补充自然法的不足,而成为自然法与市民法的中介,自然法既是几乎无所不容的,补充自然法的万民法,便只不过有几条惯例而已。”^③苏亚里兹对于国际法的两分学说,为后来许多国际法学家所采用。近代国际法奠基人格劳秀斯也认为“国际法由渊源于神意的自然法与渊源于人类意志的万民法所构成。”^④但是在对待自然法与万民法的关系上,仍然明显地偏重于自然法,而忽视了意志的万民法,即国际法。于格劳秀斯稍后的另一位学者苏支则与格劳秀斯的认识相反。他认为“国际法是大多数国家间,合乎理智的惯例所接受的法律(国际惯例)与某些国家所表示同意的法律(国际条约)”^⑤。苏支在他的《国际法》一书中几乎没有提到传统的自然法。

到了18世纪,一些国家的成文宪法或不成文宪法开始认为国际法是国内法的一部分,而且由国家机构予以适用。在普通法系的英国,大法官塔鲁波特于1737年接受了这种观点。随后,国际法是国内法的一部分的观点成为英国法的一项原则。这一原则也为后来的美国所接受。美国宪法中关于“美国所缔结的条约,都是国家的最高法律”的条款即渊源于此^⑥。由此可见,在19世纪之前的国际法论著中是没有国际法与国内法之分的,它们都受自然法支配,处于同一个法律体系之中。

到了19、20世纪,由于实在法学派的兴起,国际法与国内法不再被认为是处于同一法律体系。这派学者抛开了自然法的学说,而将国际法与国内法视为截然不同的两个体系。按照这派学者的代表人物特里佩尔和安齐洛蒂的观点,国内法与国际法在主体和法源上都不相同。前者

的主体是个人,它的法源是由国家的制定法,如宪法、判例和法律等。后者的主体是主权国家,其法源是国家之间缔结的条约和各国接受的国际习惯。再者,国内法可以得到国内法执行机关的保证强制执行,而国际法则不能。因此,国际法和国内法不可能处于同一法律体系之中,如果国际法需要在国内执行,国家必须通过国内法程序,使国际法转变为国内法才能在国内适用。实在法学派发展的结果把两个法律体系的差别推向了极端,认为两者是互不影响各自按照自己的规律完全独立发展的两个体系,从而割裂了两者的密切联系。

极端的“两元论”忽视了法律的统一性,不适当地扩大了国际法和国内法的区别。因此,进入20世纪之后,国际法学界中又兴起了一种新的“一元论”,企图取代“二元论”。

新的“一元论”强调法律的统一性,认为全部法律都应该被看作是“由约束性法律规则组成的单一体”,国内法和国际法是属于同一法律体系的,因为“两种体系都是法律规则体系,它们必然是属于一个法律结构中相互连系的两部分。”^⑨

然而,当这两个部分在适用上发生冲突时,就会带来另一个问题,即何者优先的问题。于是,“一元论”又分为两派,一派主张国际法优先,另一派认为国内法优先。

主张国际法优先的学者认为,同属于一个法律体系中的国际法和国内法是有层次之分的,是一种金字塔式的规范体系。在这个体系中,有高低的层次,如契约决定于立法,立法决定于宪法,宪法决定于国际法,也就是国内法律秩序取决于国际法律秩序,因此国际法处于优越地位。那么全部法律规范的基础,即“金字塔”的顶点又是什么呢?该派的代表人物汉斯·凯尔森认为是“约定必须信守”^⑩。

国内法优先的观点同“二元论”提到的关于国际法必须通过“转化”才能在国内适用的主张极为相似,两者都主张“主权至上”的原则。所不同的是前者认为国际法和国内法属于两个不同的法律体系,而后者则认为两者是处于同一法律结构中的两个部分。当初,耶利内克等人根据“国家自我限制”的理论从国家意志出发阐述了国际法的合理性,从而实际上采取了国内法优先的立场。后来菲德罗斯从承认国家具有主权的立场出发,采取了国内法优先论(第一次世界大战后,他又转而主张国际法优先论)。再后,本泽尔明确提出了国内法优先的理论。他认为“国际法的合理根据寓于国内法之中,国际法是从属于参与制定国际法的各国国内法的下级”^⑪。战后各国从国家利益原则出发,在国际关系中无不以国家主权作为国际关系最重要的准则,因此,国内法优先论较为流行。我国国际法学界并不推崇把两者推至极端的观点。

当人们谈论国际法与国内法的关系时,实际上往往是在谈论一个条约如何在国内适用的问题。各国对待条约的态度和实践,总的看来,大致采取两种立场:一是承认条约的国内效力,二是不承认条约的国内效力。承认条约国内效力的国家,当条约与国内法冲突时又可能采取不同的立场。有的承认条约优于国内法,有的承认国内法优于条约,还有的承认与国内法地位相等。根据各国的态度,我们可以从中得出以下几点认识:

一、条约本身所固有的效力和条约的国内效力是两个不同概念。前者是指作为国际法主要渊源的条约,它对缔结国所应具有的法律效力,后者则是指条约在国内所具有的效力问题。因此,不能把条约本身所固有的效力和条约的国内适用混为一谈。其实,不承认条约国内效力的国家,也并不是不承认条约本身固有的效力。如果说不承认条约的国内效力,同时也否认条约本身的效力,那么对那些不承认条约国内效力的国家来说,条约不就成了——纸空文吗?事实上不承认国内效力的国家,仍然是承认条约对缔约国的普遍法律拘束力的,只是不承认条约在国内的直接效力罢了。它们在涉及到条约在国内的适用时,会通过必要的国内法程序赋予条约在国内效力的。

二、承认条约的国内效力,也并不等于就承认了条约本身固有的效力。如果说承认条约的国内效力就意味着承认条约本身的效力,那么作为现代国际法主要渊源之一的条约就应该对所有缔约国无例外地具有绝对的普遍效力,而事实并非完全如此。在现实中,不仅有承认条约低于国内效力的国家,而且还有不承认条约的国内效力的国家,就是那些承认条约具有与国内法同等效力的国家也对这种承认另作了种种限制条件。

三、条约的国内效力是由国家赋予的。由于条约本身所固有的效力并不当然地使条约具有国内效力,因此,条约的国内效力在很大程度上取决于国内立法。条约的国内效力是由国家赋予的,是由国家加以规定的,因此,条约在国内的地位也就不言自明了。

三

条约的适用实质上是条约的执行问题。它有两个含义:其一是条约在国际机构的执行,其二是条约在国内的执行。本文所着重探讨的是条约的国内执行问题,即国内的立法、司法、行政三个部门如何在国内适用条约的问题。

国际法虽对各国加以善意履行条约的义务,但对条约的国内执行程序却没有作硬性规定,而把这个问题的决定权留给了国家。各国由于国情不同,对于条约如何在国内执行,规定不一,所采取的立法措施和执行程序不尽相同,因此,条约在国内的地位也不一样。如前所述,条约在国内法中的地位是由国内法加以规定的,而对于一个在国际上已经生效的条约,其国内适用是以缔约国通过国内法为前提条件的。综观国际实践,对于条约的国内适用,各国所采取的立法措施,归纳起来分为两类:一是“宪法型”,二是“转化型”。

前者是指国家通过宪法或其他国内法把条约规定一次性地纳入国内法,而无须对每一个条约制定专门国内法,以保证条约当然地在国内得到执行。后者则是指条约必须首先由国家制定专门立法把它转化为国内法,才能得到执行。

属于宪法型的国家有美国、日本、法国、瑞士、芬兰、奥地利、巴拉圭、厄瓜多尔、尼加拉瓜等。

美国宪法第6条第2项规定:“本宪法,根据宪法制定的联邦法律,以及以联邦权力缔结的或将要缔结的一切条约是国家的最高法律;即使与各州宪法及法律相抵触,各州法官也均受其拘束。”^⑧日本1946年宪法第98条规定:“日本缔结的条约和已经确立的国际法应予忠实遵守。”^⑨法国1958年宪法规定:“经合法批准或核准的条约或协定,公布后具有高于法律的权威,但以他方适用协定或条约为条件。”^⑩

我国宪法没有对条约在国内的执行作出规定,但我国的一些其他国内立法却在这个问题上规定了明确的原则。如《中华人民共和国民事诉讼法》第14条、《中华人民共和国民事诉讼法》(试行)第189条、《中华人民共和国涉外经济合同法》第6条均明确规定,当我国缔结或参加的国际条约与我国法律有不同规定时,优先适用国际条约。我国1980年通过的《中华人民共和国合资企业所得税法》第十六条(二)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,所得税的抵免应依照协定办理。”以上规定表明,在上述各有关范围内,我国与外国缔结的条约生效后,即被纳入国内法,由我国各主管机关予以适用。

但是应该看到,对于条约在国内的适用问题,上述国家(包括所有属于宪法型的国家)只是在宪法或其他法律中作了某些原则性的规定,至于条约在国内的具体适用规则,各国往往还有些补充规定。

美国判例法把条约分为“自动执行的条约”和“非自动执行的条约”。按规定,只有“自动执行的条约”才属于宪法规定的无须通过国内立法的条约,而对“非自动执行的条约”仍然必须通过国内立法才能在国内适用。凡条约载明需要国内立法批准的条约、改变美国现行国内法的条约以及需要增加美国财政负担、变更美国领土事宜的条约等,按规定都要通过专门立法才能在美国适用。可见,并不是任何条约都当然地能在美国得到适用。此外,条约在美国的适用还需要经过总统的公告程序。

法国规定条约不仅需要经过批准并经公告后才能在国内执行,而且还对条约在国内的执行附有相互条约,即以他方须适用该条约为前提。

我国除了在有关法律中作了原则性规定以外,还采取了具体的立法措施,或制定新法,或修改现行法律,以履行我们承担的条约义务,保证条约在我国适用。例如,根据《维也纳外交关系公约》和《维也纳领事关系公约》,我国专门制定了《中华人民共和国外交特权与豁免条例》。按照《改善战地武装部队伤者病者日内瓦公约》要求缔约国采取必要措施,禁止例如滥用红十字标志或名称的规定,我国在《商标法》中明确禁止使用与“红十字”、“红新月”的标志、名称相同或近似的文字、图形作商标。

综上所述,属于宪法型的国家,对于条约在国内的适用采取的原则性和灵活性相结合的方针,即各国都有个总的原则,但对具体条约都分别情况区别对待,或重新立法,或修改现行法律,并不象人们想象的那样,条约一经生效都理所当然地在这些国家得到适用。

在“转化型”的国家中,意大利和英国最有代表性。

在意大利,国际法和国内法属于两个不同的法律体系。条约有国际效力和国内效力之分。国际法要在国内适用必须首先转化为国内法。当条约经国会许可、总统批准后,便在国际法上发生效力,但这种条约还必须由议会再行立法或命令执行才能在国内适用。

英国也有类似的规定。英国判例法规定英国缔结并生效的条约必须经过国会制定特别法律,英国法院才予以适用。众所周知,在英国,缔结和批准条约的权利属于国王而不属于议会。议会为了防止行政权力缔结的条约代替国内立法,加重人民义务和国家财政负担而作出了上述规定,其目的在于制衡行政滥用职权。

但是,对于“转化型”的国家来说,条约的“转化”也不是绝对的。如果每个条约都需要议会制定特别法律,势必加重议会的工作负荷,也不能满足国际关系发展的需要,因此,英国判例法对必须经议会批准的条约作了专门规定。属于这一类的条约有:改变英国现行法律的条约,增加英国财政义务的条约,变更英国领土事宜的条约,条约明文规定需经议会通过立法程序批准的条约等^①。

从英国的这一规定看,“转化”也是有限的,并非一概而论。相比之下,在这些国家中,未经法律“转化”的条约远远超过需要法律“转化”的条约。在英国,法院适用需要法律“转化”而未经“转化”的条约也不乏其例。因此,把国家分为“宪法型”和“转化型”虽有理论上的意义,但并不是绝对的。

对于条约在国内适用,还有一个问题需要探讨,即条约在接受为国内法后,在适用过程中如果同其他国内法发生冲突,哪个优先?

对待条约在国内的效力顺序各国现行制度大致分为三类:(1)条约与国内法地位平等,(2)国内法优于条约,(3)条约优于包括宪法在内的国内法。

美国、德国等实行条约与国内法地位相等的制度。在这种制度下,各国一般采取两项法律原则:其一是“和谐解释原则”,其二是“后法优于前法原则”。前者是将与条约冲突的国内法表

面解释为并无抵触,可以并存适用。后者规定在条约与国内法冲突时,适用制定在后的法律或缔结在后的条约。按照第二个原则,制定在后的法律即使同缔结在前的条约相抵触,也使用该法。这样,人们就会对两者地位相等的原则提出疑问,因为国家实际上总是会以制定在后的法律取代缔结在前的条约,而置违反条约义务而不顾。

奉行国内法优于条约的国家比较罕见,但也不乏其例。如阿根廷就规定的地位低于宪法和法律^⑧。

法国、荷兰等奉行条约的地位优于国内法的原则。法国 1946 年宪法第二十六条规定:“经过合法批准并公布的外交条约,即使与法国国内法相抵触,也有法律效力。”荷兰 1953 年宪法规定条约的地位不仅优越于一般国内法,而且也优于宪法^⑨。

从理论上讲,条约一旦经过国内法程序接受为国内法,就成为国内法的一部分,因为所谓国内法程序实际上就是指国家为了条约的国内实施而进行的一项立法,由这种立法接受的条约应该说同国会制定的其他法律具有同等的地位,不应该有哪个优于哪个的问题。如果真的遇到条约的规定同国内法相抵触,需要考虑两者的适用时,国家应该首先考虑对条约的适用,因为国家缔结了条约也就承担了善意履行条约的义务,假如缔约者都不去善意履行,条约岂不成了一纸空文?再者,国内法是由国家自己制定的,它可以由于履行其条约义务去修改自己的法律,而不能因国内法与条约的规定相抵触而不去履行自己已承诺的国际义务。《维也纳条约法公约》第 27 条明文规定:“当事国不得援引其国内法规定为理由而不履行条约。”一国不能以国内法来否认国际义务或改变国际法现有的原则、规则和制度。条约在许多情况下对某方面的问题只作了原则规定,缔约国必须对条约所确立的原则制定出具体的实施办法,否则条约所确立的原则就因无法实施而失去实际意义。但各国在制定适用条约的国内法时,不得制定同一般国际法相悖的国内法,这是公认的国际法原则。对于条约,各国必须恪守诺言,善意履行。如果这样,当条约与国内法冲突时,各国总是能够找到符合国际法原则的解决办法的。

注 释:

①④⑫ [英]G·斯塔克:《国际法导论》,法律出版社 1984 年版,第 343、342、67 页。

② [英]M·阿库斯特:《现代国际法概论》,中国社会科学出版社 1981 年版,第 31 页。

③ [英]劳特派特修订:《奥本海国际法》上卷第二分册,商务印书馆版,第 310 页。

⑤ [苏]Φ·N·科热夫尼科夫主编:《国际法》,商务印书馆 1985 年版,第 110 页。

⑥ 王铁崖主编:《国际法》,法律出版社 1981 年版,第 319 页。

⑦ 王铁崖、田如萱编:《国际法资料选编》,法律出版社 1986 年版,第 744 页。

⑧⑨、⑩、⑪ 雷崧生:《国际法论丛》,台湾商务印书馆发行,第 258、265、266、272 页。

⑬ [美]汉斯·凯尔森著“《国际法原理》,华夏出版社 1989 年版。

⑭ 日本国际法学会编:《国际法辞典》,世界知识出版社 1985 年版,第 474 页。

⑮⑯ 见《世界图书百科全书》,1986 年版。

⑰ 波斯利:《各国宪法》,1974 年英文版,第 660 页。

⑱⑲ 李浩培:《条约法概论》,法律出版社 1987 年版,第 381—382、393 页。

⑳ 潘休斯:《荷兰宪法与国际法》,载《美国国际法学报》第 47 卷,1953 年。