

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

余敏友, 周 阳

(武汉大学 法学院, 湖北 武汉 430072)

[作者简介] 余敏友(1961-), 男, 湖北麻城人, 武汉大学法学院国际法学系副教授, 法学博士, 从事国际组织法、WTO及现代国际法其他问题的研究;

周 阳(1975-), 男, 安徽安庆人, 武汉大学法学院国际法学系硕士研究生, 从事国际组织法、WTO及现代国际法其他问题的研究。

[摘 要] 依法治国之法, 既指国内法, 又包括国际法。世界上关于条约在国内适用的模式主要有两种, 即“转化”模式和“纳入”模式。它们又各自以英国和美国为代表。在现代经济高速发展的冲击下, 这两种模式分别出现了相互交叉、融合和简便、集中化的趋势。相比之下, 我国在这个问题上尚无明确、统一的原则和制度规定, 从而造成了立法和实践的混乱。因此须在我国构建一种新的条约国内适用模式。

[关键词] 条约; 国内适用模式; 构建

[中图分类号] D 920.0

[文献标识码] A

[文章编号] 1000-5374(2000)02-0202-05

依法治国, 是我国建设社会主义法治国家的基本方略。建设社会主义法治国家, 就是依照宪法和法律规定, 通过各种途径和形式管理国家事务、管理经济文化事务, 管理社会事务, 保证国家各项工作都依法进行, 逐步实现社会主义民主的制度化、法律化, 使这种制度和法律不因领导人的改变而改变, 不因领导人看法和注意力的改变而改变。这里, 需要指出的是, 依法治国之“法”不仅包括中华人民共和国的国内法, 还包括受到世界公认的国际法(其中尤其是中国缔结和加入的各种国际条约)。

近些年来, 国际法的规范, 调节的内容和范围正在不断扩充, 涵盖的领域包括政治、经济、贸易、环境保护、自然资源、海洋开发、科学技术、外层空间、军事和司法等等。国际法在促进世界和平与发展中的作用日益增强, 各国越来越重视利用国际法来保护自身的权益。因此, 不容置疑, 随着我国进一步地对

外开放和交流, 正确、恰当地运用国际法将会大大加快我国迈向法治国家的步伐。

鉴于此, 对国际法在国内的具体适用特别是对条约在我国适用问题的研究, 显得十分迫切和必要。下文我们将以条约为切入点, 讨论我国的具体适用条约模式。

一、各国关于条约国内适用模式的 理论与实践: 回顾及展望

条约的国内适用模式问题, 就是条约规定在国内的具体适用问题。它不仅直接关系到“条约必须信守”原则, 而且涉及国际法与国内法关系问题。具体来说, 国家为了履行条约义务, 不能没有在国内执行条约的立法措施, 不过这项执行措施究竟采取何种方式, 则属于国内法范围。一般而言, 综观各国实践, 主要有以下两种模式:

(一)转化(transformation)模式:即当一国政府批准某一国际条约后,尚待立法机关以立法形式将其转变为国内法,从而得以在该国适用。这是国际条约的“国内法”化,以英国较为典型。在英国,遇有条约的规定要在国内执行,就必须经过一番立法手续,或是由国会通过一项法案,形式上不提及条约,而实质上则是修正或废止某项同条约抵触的法律条款,以便条约在国内的执行^[1](第653页)。其根本目的在于为了防止行政权力在未得到国会同意下,通过缔结条约代表国会立法,以实现巩固国会的立法权力和保障人民权利的理想^[1](第654页)。

笔者认为,一国之所以采取“转化”模式,一方面是由于该国深受国际法“二元论”的影响,另一方面也是因为很多国际法规范的内容是很不精确的,一国可以为它的中央权力机关保留权利以国内法对国际法规范作出详细规定^[2](第381页)。而且,有的国际条约本身就明确规定,需要制定国内法而予以实施^[3](第147页)。因此,“转化”模式的最大优点在于其作法比较稳妥,即能够在形式上保持国家法制统一。同时,从政治体制方面考虑,各国一般都将条约缔结权赋予政府来行使。如果某项国际条约未经过任何程序和实质上的“过滤”即能转化为人人所必须遵守的法律,那么,导致实质上作为条约缔结者的政府行政机关同时也就是法律制定者。政府在这里扮演了一种隐性“立法者”的角色,这与立法机关和行政机关相互独立和制衡的“三权分立”原则悖道而驰。从这个角度来说,“转化”模式通过有效地抑制行政机关的“越权”行为较好地维持了传统国家机器的有序运转。但是,该模式优点背后就隐含着相应缺陷。例如,它繁杂的立法转化程序以及所需时间的随意性,既耽误了国家履行条约所载义务,又为义务的履行制造了诸多困难。这必然会影响到一些条约的执行效果。甚至在某种极端情况下,尽管该国政府批准了某一条约,但立法机关并未制定应予适用的法律而最终造成该条约未能在该国适用。这样做,可能会暂时获得一些利益,但从长远来看,则会由于受害国乃至第三国援引这种先例,更多地损害其自身的利益^[4](第200页)。同时,1969年《维也纳条约法公约》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”。因此,该国必须为其国内不适用该条约承担其不法行为所带来的国际责任。

(二)纳入(adoption)模式:即某一国际条约一旦获得一国政府批准或接受,就不必经过转化而直接将该条约规定并入国内法予以适用。此种模式以美国为代表。美国宪法第6条第二项规定:“本宪法

和依本宪法所制定的合众国法律,以及根据合众国的权力已缔结或将缔结的一切条约,都是全国的最高法律”。同时,依据法院判例,将条约区分为“自动执行的条约”(self-executing treaty)和“非自动执行的条约”(non-self-executing treaty)。前者可以直接在美国生效、执行,后者则必须经过国会立法才能予以实施^[5](第56页)。因此,美国采取的是一种受限制的“纳入”模式。不言而喻,相比前一种模式,“纳入”模式能够更为迅捷和有效地促进国际条约在国内的执行。但其仍有以下主要三点不足:1. 由于一直无法有一个公认、确定的标准对自动执行和非自动执行条约加以精细地区别和认定^[4](第200页),而使一国政府有可能按照自己的意图滥用非自动执行条约的概念,以规避其应承担的条约义务^[6](第187—188页)。2. 在一些国家中,尽管也规定条约无须经过转化,但同时规定条约和法律地位平等。这实际上并没有为解决问题提供一项真正确定的原则。因为如有需要,国家可随时由立法机关通过一项新法规,使已经成为国内法一部分的有关条约处于不适用的地位^[2](第392—393页)。3. 有可能导致政府行政权力的过分膨胀而造成国家政治体制与结构的失衡^[7](第44页)。近来,随着世界经济交往日益频繁和相互依赖性的增强,关于条约在国内适用的情况也出现了一些新动向。

(一)“转化”模式和“纳入”模式出现相互交叉和融合的趋势。英国于1972年加入了欧共体,继而转变为欧盟成员国。根据欧盟法律,它和各成员国法律关系表现在以下两个原则:1. “直接效力”原则,即欧盟的法律在各成员国国内法中可以直接适用。2. “优先原则”,即如果欧盟法律和成员国的法律发生冲突,成员国的法院应优先适用欧盟法律。对此,虽然英国国内有不同观点,但采取了一种灵活的对策。另外,尽管赋予条约以英国法效力的议会法令可以被以后的议会法令所废除,但英国法院通常都设法把议会法令解释为不与联合王国在此以前所缔结的条约相抵触,从而避免承担因违反条约义务所带来的国家责任^[8](第410页)。这说明,英国所坚持的“转化”模式已有相当程度的松动和软化。而另一方面,几乎每一个将国际条约自动纳入其国内法律秩序的国家都会对国内法院直接适用条约的范围作出特定的限制,即可以直接适用的条约必须满足一定的条件^[5](第52—53页)。这实质上也是一种“转化”。它表明完全意义上的“纳入”情况已不存在。在美国,由于对自动执行条约和非自动执行条约的分类本身所存在的缺陷无法加以克服,所以早在1952年,布利克

参议员(Senator Bricker)曾建议修改宪法,明文规定所有条约都是非自动执行的条约。当然,这招致了行政机关的强烈反对,但政府也不得有所让步^[9](第 79 页)。因此,作为参议院同意条约的条件,参议院可能会坚持认为,该条约不应自动执行,而应在制定了该条约的实施法规后方能执行,有时参议院甚至会要求美国只有在实施法则颁布后才能批准该项条约,从而,导致这样一种趋势——“参议院和法院越来越倾向于将条约视为或解释为需经国会颁布实施法规的非自动执行条约”^[10](第 80 页)。虽然我们可以将此视为立法机关和行政机关争权夺利的表现与结果,但却不能否认这样的一个事实,即美国已意识到其“纳入”模式的内在缺陷,并试图作出一些努力,尽管这些举动带有浓厚的政治色彩。

(二)“简便化”和“集中化”的趋势。以往,无论是哪一种模式,都存在一个共同缺陷——行政机关和立法机关之间相互脱节。这种“脱节”造成传统的条约国内适用体制已不能适应现代国家激烈竞争的需要。所以,“简便”和“集中”成为一种新的价值取向。这里的“简便”和“集中”是指在不影响各国家机关根本固有权能的前提下所作出的一种有益的调整和尝试。例如,路易斯·亨金(Louis Henkin)提出,“国会可以创建一个新的、小型的、非正式的子宪法机构(subconstitutional body),用它代表参众两院与总统进行协商”^[10](第 92 页)。毫无疑问,这种“子宪法机构”表面上充当了立法机关与行政机关之间的联系桥梁,其任务在于尽可能地避免摩擦,进而将二者协调到最佳合作状态,实质上它是一种具有部分立法和行政双重权能的“复合式”机构。

二、我国关于条约国内适用模式的立法与实践:分析及重构

建国后,我国缔结和加入了大量的政治、经济、科技、文化等方面的条约。在探讨我国条约国内适用模式之前,先就一些相关立法与实践进行分析:

(一)立法角度。

我国法律体系对条约如何在国内适用所作规定具体体现在以下四个层次:(1)宪法:1982 年《宪法》第 67 条第十四项规定:“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”。(2)法律:一方面我们可以在《民法通则》、《商标法》、《专利法》、《继承法》、《渔业法》、《邮政法》等实体法中看到所涉内容。例如《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民事法律有不同规定的,适用国际条

约的规定”;另一方面,还可在《民事诉讼法》、《行政诉讼法》、《缔结条约程序法》等程序法中发现相关内容。例如,《民事诉讼法》第 238 条规定:“中华人民共和国缔结和参加的国际条约与本法有不同规定的,适用国际条约的规定”。(3)行政法规:例如,1990 年国务院发布的《海上国际集装箱运输管理规定》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的技术标准和有关国际集装箱公约的规定”。(4)其他方面:这主要包括最高人民法院所颁布的司法解释,我国政府就国际条约在国内适用所作的声明等^[10](第 97 页)。

(二)实践角度。

尽管有学者认为,我国在处理条约与国内法冲突时,主要有四种方式。但笔者认为,从上述所列举的相关法律中,我们注意到所涉条款很多采用“……与本法有不同规定的,适用该国际条约的规定。但是,中华人民共和国声明保留的条款除外”的固定化语言模式。因此,我们可以判断,在对待这个问题上,我国主要采取的是保留的方式。此外,我国还在一些国际经济条约中运用保留这一途径来弥补同国际惯例之间的差异。

由此可见,很多学者得出了我国采用或事实上采用“纳入”模式的结论^[11](第 14—15 页)。但笔者觉得尚有进一步商榷之处:1. 我国尽管在一些法律中规定了相关内容,有的甚至还是基本法律。但客观地说,诸如此类的内容很大一部分都是以解决国内法与条约之间的冲突为出发点的,也就是说,在履行条约义务与适用国内法发生冲突时应当如何解决这一冲突^[7](第 44 页)。这些规定不仅在立法技术上过于笼统,不利于具体操作,还反映出我国立法精神中长期以来所具有的一种消极、被动的态度,再加上其所涉及的范围及所占法律总量的比例均只是少数,起码从严格的法律角度上讲,这种情形只能意味着条约的直接适用仅仅限于上面提到的那些专门法律所规定的事项范围内,换句话说,我国法律适用部门只能以那些有关的法律规定作为直接适用条约的依据。2. 作为整个法律体系核心的宪法对条约在我国法律体系中的地位并未有明确的规定,而只有关于缔结条约程序方面的规定。并且,现有法律规定也不完善。例如,1990 年《缔结条约程序法》第 3 条规定:“中华人民共和国国务院,即中央人民政府,同外国缔结条约和协定。中华人民共和国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。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。中华人民共和国外交部在国务院领导下管理同外国缔结条约和协定的具体事务”。在此,条约另一缔结方被界定为“外国”。而事实上,与我国缔结条约的还包括大量的国际组织;3. 从实践角度来说,一般而言,提出保留的特权被视为主权与各国完全平等派生出来的一种权利,让一个不能接受某些条款的国家参加条约,即使它仅以有限方式参加,总比完全将它排除在外要好。因此,对于我国从维护国家利益角度出发所采取的保留措施本无可非议,但如果在缔结或加入条约时,一味地运用保留方式来捍卫自己利益的话,那么不仅“使一个多边条约实际上分裂为内容不完全相同的一系列双边条约,从而妨碍统一的国际法制度的建立”^[12](第369页),同时,也与我国作为一个联合国的创始会员国和安理会常任理事国的大国地位是极不相称的;4. 在我国法律体系中,还有一些法律明确规定采用“转化”方式。例如,《香港特别行政区基本法》第三十九条第一款规定:“《公民权利和政治权利国际公约》、《经济、社会和文化权利国际公约》和国际劳工公约适用于香港的有关规定继续有效,通过香港特别行政区的法律予以实施。”这一规定表明,“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”^[12](第201页)。

所以,可以说,我国的立法与实践十分混乱,尚不足以断定我国是遵循“直接纳入”的模式。那么,什么模式真正合适我国呢?我们发现,国际上对条约在国内的适用并无可遵循的固定模式。而一般归纳分类的“转化”和“纳入”模式也只是相对而言,其更多的目的仅在于便于研究,而无多少实际意义,更不可将其视为一种国际惯例或一般原则来加以对待。因此,每一个国家都是结合国情来选择或是不同程度的变革。它最终目的在于既保护本国的国家利益,又最低限度不违反公认的国际法原则,并可促进整个国际社会的和平与安全。

我国不能生搬硬套“转化”或是“纳入”模式,而要结合现阶段的国情来创新。并且,它应当满足以下三点原则:1. 符合国际潮流。在许多国家,国内法与国际法的关系是全部或部分由宪法的明文规定予以决定的,同时,近来,各国宪法一般倾向于承认条约具有优先于国内法律的效力^[13](第44页)。2. 符合我国特色。具体来说,就是必须适应我国的政治体制。和西方“三权分立”的政治体制不同,我国采取“议行合一”的政治体制,全国人民代表大会是国家最高权力机关。它体现了全国人民的意志,代表全国人民统

一行使国家主权,一切中央机关都由它组织产生,都要执行它制定的法律和作出的决议,而且在执行法律和决议的过程中都要向它负责,接受它监督。它既是议事机关,又是工作机关。3. 具备良好的弹性和可操作性。这是建立在尽可能地吸取各国立法与实践的优点,并避免它们的缺点的基础之上。因此,我们设想,这种模式应由如下几个部分组成:1. 以宪法修正案的形式在宪法中统一规定国际条约具有高于一般国内法的地位,在两者发生冲突时,应优先适用前者。这样,就在我国的法律体系中,建立起宪法→国际法(国际条约)→一般国内法的金字塔式等级法律秩序。2. 将对条约审查的权利赋予全国人民代表大会常务委员会,具体工作由其下设的专门委员会—法律工作委员会来承担,既符合我国现行政治体制,又不必修改现行的《缔结条约程序法》及一大批现行法律。3. 政府在缔结或者加入某一国际条约的过程中,必须就相关情况向全国人民代表大会常务委员会汇报、备案,进行协商。4. 如果审查通过,即由中华人民共和国主席签署,并予以公布,自公布之日起在国内适用。

形象地说,新模式采用“纳入”模式作外壳,但以“转化”模式为内核。也就是说,从国际法角度,我国承认国际法在国内的法律效力,在国内法角度,作为国际法主要渊源的国际条约,必须统一经过“转化”才可以在国内适用。同时,由于法律工作委员会是全国人大常委会下设的专门委员会,由其具体承担对条约进行实体上审查的工作,并在审查的过程中就条约执行需要补充或变更现行国内法律提出建议,能够及时得到反馈,避免了“转化”模式繁琐、拖延的弊端。

综观各国运用或履行条约的国内法政策或模式,一种值得肯定的发展方向应该是,在善意履行国际义务和约定必须信守原则的指导下,各国可以采取国际法不禁止的能够使其权益最大化的各种国内法手段,创造性探索各种条约适用模式,丰富履行国际条约的政策途径。我国作为正在探索自己的国际法适用模式的发展中大国,应该并能够在国际法,尤其是国际条约国内适用模式方面有所创新和突破,使五千多年的中华法律文化对新的国际法律秩序的形成与建立作出建设性的贡献。

[参 考 文 献]

- [1] 周鲠生. 国际法[M]. 北京:商务印书馆,1976.
- [2] 李浩培. 条约法概论[M]. 北京:法律出版社,1987.
- [3] 阿·菲德罗斯. 国际法[M]. 北京:商务印书馆,1981.

- [4] 王铁崖. 国际法引论[M]. 北京:北京大学出版社, 1998.
- [5] M·阿库斯特. 现代国际法概论[M]. 北京:中国社会科学出版社, 1981.
- [6] 万鄂湘. 国际条约法[M]. 武汉:武汉大学出版社, 1998.
- [7] 梁西. 国际法[M]. 武汉:武汉大学出版社, 1993.
- [8] [英]詹宁斯, 瓦茨. 奥本海国际法[M]. 北京:中国大百科全书出版社, 1995.
- [9] 沈克勤. 国际法[M]. 台北:台湾学生书局, 1970.
- [10] [美]路易斯·亨金. 宪政·民主·对外事务[M]. 北京:生活·读书·新知三联书店, 1996.
- [11] 冯大同. 国际贸易法[M]. 北京:北京大学出版社, 1995.
- [12] [美]J·G·斯塔克. 国际法导论[M]. 北京:法律出版社, 1984.
- [13] [英]詹宁斯 瓦茨. 奥本海国际法[M]. 北京:中国大百科全书出版社, 1998.
- (责任编辑 车 英)

China's Struggling for the Rule of Law & the New Model of Treaty Application in China

YU Min-you, ZHOU Yang

(Wuhan University Law School, Wuhan 430072, Hubei, China)

Biography: YU Min-you(1961-), male, Associate professor, Doctor, Wuhan University Law School, majoring in international institution law, WTO and morden international law.

ZHOU Yang(1975-), male, Graduate, Wuhan University Law School, majoring in international institution law, WTO and morden international law.

Abstract: The Rule of Law not only depends on domestic law, but also on international law, especially international treaties which have been ratified by China. International Law has more and more influence on the Rule of Law in China. We take the international treaties for example to discuss how to apply. We advocate a new theory of application of treaties.

Key words: the rule of law; the model of treaty application; struggling