

直接适用条约问题研究

左海聪*

内容提要：比较国内外的直接适用条约制度的理论与实践，可以看到，我国现行的国际条约在国内直接适用的制度是具有中国特色并符合我国国情的，但也存在表达过于简略，层次不够分明的问题。制定内容更为完备、层次更为清晰的直接适用条款是完善现有体制的有效方法。

关键词：直接适用条约 自执行条约 国际条约与国内法

凡将条约采纳为国内法的国家，客观上都需要区别哪些条约可以在法院直接适用，哪些条约不能在法院直接适用，这就是所谓的直接适用和非直接适用条约问题。不过各国实践和学说对这一问题的表达并不相同。欧洲大陆一般采用“直接适用条约”和“非直接适用条约”的用语，美国采用“自执行条约”和“非自执行条约”的表达。但两种不同表达的含义是相同的，即条约是否可以由法院直接适用。^{〔1〕}我国学者同时采用欧陆和美国的表达，但在定义和指称范围上有所不同。如有的学者认为，根据是否需要国内补充立法，可以把条约分为自执行条约和非自执行条约。^{〔2〕}有学者认为，自执行条约可以直接由法院适用，也可以直接由行政机关适用。^{〔3〕}本文使用“直接适用条约”和“非直接适用条约”的表达，并仅指对法院是否可以由法院直接适用，不包括对行政机关可否直接适用。

在我国，宪法没有对国际条约在国内的适用作出规定，但不少单行法律和法规对这一问题却作了规定，条约的国内适用问题一直是我国学者研究的热点之一。我国加入人权公约和 WTO 协定更引发了关于这一问题的讨论热潮。现有讨论中，学者们和实务界人士对我国应采用转化或采纳的方法使国际条约成为国内法的一部分以及国际条约与国内法何者优先这两个问题分析较多，但对直接适用条约这一十分重要的关联问题却未作专门探讨，^{〔4〕}在司法实践中法院对直接适用条约问题也缺乏明晰一致的做法。

* 南开大学法学院教授。

本研究受教育部新世纪优秀人才支持计划的资助，项目批准号为 NCET-05-0629。

〔1〕 See Carlos Vazquez, *The Four Doctrines of Self-Executing Treaties*, 89 A. J. I. L. 695; Thomas Buergenthal, *Self-Executing and Non-Self-Executing Treaties in National and International Law*, 235 Recueil Des Cours 303 (1992 IV).

〔2〕 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》，《政法论坛》2000年第2期。

〔3〕 李浩培：《条约法概论》，法律出版社2003年版，第319页。

〔4〕 以直接适用条约或自执行条约为标题在中国期刊网上搜索，命中率为零，凸显了我国对这一问题研究的严重缺乏。

本文认为,对这一被忽视的问题进行探讨,不但可以使条约的国内适用问题之研究趋于完备,为我国法院在条约的直接适用提供参考,更是完成我国宪法空缺条款之填补的必由之路。有鉴于此,本文拟对国内外在直接适用条约问题上的理论和实践进行分析和比较,在此基础上就如何完善我国的司法实践和相关立法进行初步探讨,以期对构建具有中国特色和中国风格的条约适用制度有所裨益。

一、国外关于直接适用条约的实践

美国在这一领域的司法和立法实践历史最为悠久,对其他国家影响深远。因此本文对美国的实践和理论将作重点评述,对其他国家则只作简略的分析。

(一) 美国

如前所述,美国将直接适用条约称为自执行条约,相应地,非直接适用条约则称为非自执行条约。美国学者 Carlos Vazquez 将自执行条约定义为,不需要国会的事先立法就可以由法院实施的条约;而非自执行条约则是没有国会的执行性立法就不可以由法院实施的条约。^{〔5〕} 这一定义将自执行条约限定为可以由法院执行的条约,对于行政机关则根本未予提及。从实践层面看,自执行条约的概念源于判例法,并一直是美国法院和国会解决条约在国内适用问题的重要工具。

1. 自执行条约规则的确立

自执行条约的概念源于 1829 年的福斯特诉尼尔森案。该案的基本案情是: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,其理由是美西条约规定西班牙的土地特许令将得到美国的批准和确认,而原告拥有西班牙的特许令。在该案中,美国最高法院法官马歇尔认为:“条约在本质上是两个国家之间的契约,而不是立法行为……。在美国则确立了不同的原则。我国的宪法把条约宣告为国家的法律。因此,当条约本身就可以适用,而无需任何立法的帮助时,法院应将条约视为立法机关的一项法律。但是,当条约的内容意在规定一项契约,当缔约任何一方承诺履行一项特定行为时,条约是指向政治部门而不是司法部门的,此时,只有立法机关将条约规定的契约内容制定为一项法律之后,才能由法院适用其中的规则。”^{〔6〕} 最高法院因而否认美西协定赋予了原告可以在法院强制执行的权利。该案至今仍然是美国最高法院的指引性案件(leading case)之一。^{〔7〕}

从马歇尔法官的用语来看,无需借助任何立法、本身就可以由法院适用的条约,就是自执行条约;非自执行条约的义务指向政治部门而不是司法部门。因此,非自执行条约尽管欲成为法院所适用的法律需要通过立法机关的立法,但对行政机关的拘束力仍是直接的。

需要进一步强调的是,在该案中马歇尔法官并没有说,非自执行条约需要通过补充立法才能成为美国法的一部分,而是说非自执行条约需要通过补充立法才能成为美国法院直接适用的法律。因此,美国法上的自执行条约和非自执行条约问题,就是条约是否可以由法院直接适用的问题,与行政机关并无关联。这与前述 Carlos Vazquez 的定义是完全吻合的。

美国法院在以后的一系列判决中都遵循了福斯特诉尼尔森案这一先例。典型的判例有托斯卡尔诺案和藤井诉加利福利亚州案。在托斯卡尔诺案中,美国法院认为,1907 年海牙第五公约是自执行条约,可以由美国法院直接适用。^{〔8〕} 在福斯特诉尼尔森案中,加利福利亚州最高法院判定,

〔5〕 前引〔1〕, Carlos Vazquez 文。

〔6〕 2 Pet. 253 (US 1829)

〔7〕 John H. Jackson, *The Effect of Treaties in Domestic Law in the United States*, in John H. Jackson (ed.), *The Jurisprudence of GATT & the WTO*, Higher Education Press, Beijing, 2002, p. 303.

〔8〕 前引〔3〕, 李浩培书, 第 320 页。

《联合国宪章》第55条和第56条的规定具有非自动执行的性质，不能由法院直接适用，因而也不能使之抵触的国内法归于无效。^{〔9〕}

福斯特案确立了在条约实施问题上非常重要的一项原则，它使得缔约国能够将某些条约阻隔在法院的适用法律之外。从福斯特案中私人主张条约权利可以看出，自执行条约原则是随着可能影响私人权利的新型条约的出现而产生的，目的就是某些影响私人权利的条约的约束力只及于行政机关，不扩及法院。也就是说，私人只能通过缔约国的行政机关对条约的实施间接获得利益，实现权利，而不能在缔约国法院直接援引条约主张权利。这一基本内核在美国判例法中一直固定不变，并深刻影响了其他国家的法律实践。

2. 自执行条约和非自执行条约的宣示和判定

当条约对是否可由缔约国法院直接适用问题未作规定时，则该问题由各缔约国自己决定。缔约国解决这一问题有两种方法。一是由立法机关在批准加入时对条约是否可由本国法院直接适用予以宣告；二是立法机关在批准条约时不予明确，而由司法机关依据一定的标准作出决定。在实践中，美国同时采用两种方法。

(1) 国会的宣告

依据美国宪法，总统签订的条约需要参议院三分之二多数的批准才能生效，参议院在批准条约时可以通过批准决议或者执行立法表明该条约为自执行或非自执行条约。1990年参议院批准《酷刑公约》时附加了一个宣言：美国宣布本公约第1至第16条为非执行的条款。^{〔10〕}1986年参议院在批准《种族灭绝公约》的决议中附加了“主权保留条款”——“本公约的任何规定不得要求或授权美国制定或采取为美国宪法所禁止的立法或行动”；同时还宣告，总统在执行立法颁布之前不得将本批准文件正式存放。三年后，美国国会两院才通过执行性立法将种族灭绝定为联邦犯罪并确立相关刑罚。该执行立法还规定，《种族灭绝公约》的任何规定不得解释为创立任何在民事程序中的实体或程序权利。^{〔11〕}1992年4月参议院在批准《公民权利和政治权利国际公约》时，也附加了一个与批准《酷刑公约》相同的非自执行条约宣言。由于认定美国法律已经充分符合《公民权利和政治权利国际公约》，所以美国国会不需要制定执行性立法，但非自执行条约宣言排除了该公约被美国公民在法院直接援引的可能性。^{〔12〕}

除了上述人权公约外，参议院还将国际经济条约宣布为非自执行条约。例如，在一些贸易条约的批准决议和执行立法中，明确规定这些贸易条约不能解释为在美国法院创设私人权利。这些条约包括关贸总协定东京回合协定、美国以色列自由贸易区协定和美国加拿大自由贸易协定。对于WTO协定，美国国会通过的乌拉圭回合协议法规定，美国以外的任何人，不得依据乌拉圭回合协议的任何规定或国会对该协议的批准获得诉权或提出抗辩；不得在诉讼中以与乌拉圭回合协议不符为由对美国国家机构或州机构的行为或不行为提出异议。^{〔13〕}关于《保护文学艺术作品伯尔尼公约》，美国国会在1988年《伯尔尼公约执行法》中宣称，伯尔尼公约本身不得在美国法院作为权利来源加以援引，只有执行立法和美国国内法才可以在美国法院直接援引。^{〔14〕}

由上可见，自执行条约原则的确立，为美国国会干预条约的国内适用提供了有效的工具。针对人权条约、经济贸易条约这些空前复杂、涉及面甚广的新型条约，美国国会毫不犹豫地行使其宣布

〔9〕 前引〔3〕，李浩培书，第320页。

〔10〕 Lori Damrosch, *The Role of the United States Senate Concerning "Self-executing" and "Non-self-executing" Treaties*, 67 Chi.-Kent. L. Rev. 515, 520-522.

〔11〕 同上文，第523-524页。

〔12〕 同上文，第524页。

〔13〕 《乌拉圭回合协定法》第102(c)(1)条。

〔14〕 前引〔10〕，Lori Damrosch文，第525页。

这些条约为非自执行条约的权力。美国国会的做法阻断了通过法院实施这些条约的可能性，对世界其他国家实施这些条约也产生了重大影响。

（2）法院的判决

美国法院在认定自执行条约或非自执行条约时，主要考察条约本身的意图，即缔约国在缔结条约时是否有直接约束缔约国司法机关的意图。^{〔15〕}这就使得条约的直接适用性问题归根到底成为一个条约解释问题。

美国第七巡回上诉法院在1985年的 *Frolova v. USSR* 案中，认为应考虑六种因素：1、协议的语言和协议作为一个整体所体现的宗旨；2、国内是否存在适合于直接实施协议的机构和程序；3、协议所规定的义务的性质；4、可供选择的实施机制的可获得性和可行性；5、是否具有允许私人诉讼的含义；6、司法机关解决协议所涵盖的争议的能力。^{〔16〕}在其他案件中，美国法院考虑的因素还有协议的类型、协议所调整的事项、协议缔约国的实践、自执行或非自执行所带来的目前和长远的社会影响。^{〔17〕}可见实践中美国法院的做法并不完全一致，其对自执行条约的认定标准已不限于考察缔约国的意图。

按照美国学者 Carlos Vazquez 的观点，美国法院在认定自执行和非自执行条约时发展出四项原则。^{〔18〕}第一项原则是“意图原则”，即通过考察缔约国的意图来决定条约是否对法院直接适用，这是一项根本原则。第二项原则是“可司法性原则”。按照这一原则，如果条约所施加的义务不能直接由法院实施，该条约就是在司法上不可实施的，也就是非自执行的。这一原则要求对法院和国会之间的条约实施权配置进行裁判。如果法院对条约有实施权，则该条约就是自执行条约；如果国会对条约有实施权，条约就是非自执行条约。第三项原则为“合宪性原则”，即如果条约制定者缺乏实现条约目标的宪法权力，该条约即为司法上不可实施的。这一原则要求对条约制定者和立法者之间的立法权配置进行裁判。也就是说，如果条约制定者对专属于立法机关实施的事项谈判条约，这样的条约因为条约制定者没有谈判这种条约的宪法权力而不能由法院直接适用。这一原则在实践中较少适用。第四项原则为“私人诉讼权原则”，即如果一项条约没有为私人创设诉权，就属于非直接适用条约。这一原则只在特定条件下才适用。由此可见，随着判例的增多，美国法院在认定自执行条约问题上的做法已越来越复杂，而这些原则在美国法中的地位也越来越牢固。

（二）其他国家

欧洲大陆国家和日本的宪法都对国际条约在国内的地位问题作了规定，但对条约在法院的直接适用多没有做出规定，实践中一般是通过法院的判决来解决这一问题。只有荷兰在宪法中对此作了规定。

1. 认定直接适用条约的方法

德国主要通过法院的判例来解决直接适用条约问题，确立相关规则。德国最高法院1928年在清理德国人财产案中认为，《凡尔赛条约》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。从而驳回了德国公民对财产赔偿的请求。^{〔19〕}德国宪法法院在一个判决中也认为，如果一个条约中所包含的条款具有私法上的效果，就可以在国内法上得到直接适用。^{〔20〕}可以看出，德国判例法将条约的直接适用性与条约的私法效果——即是否影响私人的权利——直接联系起来，从而将直接适用条

〔15〕 前引〔7〕，John H. Jackson 文，第308页。

〔16〕 761 F.2d 370 (7th Cir. 1985).

〔17〕 前引〔7〕，John H. Jackson 文，第310页。

〔18〕 前引〔1〕，Carlos Vazquez 文。

〔19〕 前引〔3〕，李浩培书，第322页。

〔20〕 同上。

约限定在一个较小的范围内。

法国最高行政法院在1984年的一个判决中,将《欧洲社会宪章》第4条第4款关于雇员被雇主解雇时应有一个合理的通知期间之规定裁决为非直接适用的规定。1985年,法国最高行政法院在一个判决中又认定法国与哥伦比亚的引渡条约为非直接适用条约。^[21]法国的学说与德国判例相近,认为直接适用的条约经法国国民议会认可和总统批准并公告后即有法律效力,对法国国民产生权利义务,可以由法院直接适用。^[22]

日本法院一般都将条约解释为直接适用条约而适用,但在加入关贸总协定后对该协定是否属于直接适用条约的问题,法院开始有了相反的判决。20世纪80年代之后,日本法院对人权条约是否为直接适用条约也开始发表意见。^[23]

荷兰最初是通过判例来解决直接适用条约问题,后来则将有关判例法上升为宪法中的规定。荷兰海牙法院在1934年的一个判决中判定,1929年《日内瓦红十字公约》关于保护红十字标志的规定并不直接对缔约国的国民施加义务,因而不是直接适用的。^[24]1953年荷兰对宪法第65条和第66条作出修订。依据修订后的规定,内容可以拘束任何人的协定,在公布后即应具有这种拘束力。条文中对直接适用的协定施加“内容可以拘束任何人”的限制,显然是强调直接适用条约必须是影响私人权利和义务的条约。

2. 直接适用条约的认定

欧洲大陆国家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;二是考察缔约方是否意图为私人设定可以直接实施的权利和义务。^[25]

在前述德国的判决中,宪法法院认为,如果依其内容、目的或措辞明确地允许推断缔约国意欲使条约具有私法的效果,则该条约是直接执行条约。可见,德国法院也强调缔约国的意图,同时在推断缔约国意图时以条约是否产生私法上的效果作为标准。

关于《欧洲人权条约》,大多数欧洲大陆国家认为大多数条款都可以直接适用,但其他的普遍性人权条约,则不可以直接适用。^[26]日本法院认为,人权条约是非直接适用条约。^[27]

关于贸易协定,认定多边协定是否为直接适用条约的权力自1968年起由欧共同体成员转移到欧共同体。欧共同体法院一直否认关贸总协定的直接适用性,这体现在1972年的“国际水果公司案”^[28]和1993年的“香蕉案”^[29]等案中。WTO协定生效后,欧共同体理事会于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》在序言中宣布:“就性质而言,建立世界贸易组织协定及其附件不容许在共同体或者成员国法院被援引。”^[30]在1999年的“葡萄牙诉欧共同体理事会案”中,欧共同体法院也否定了WTO协定的可直接适用性。^[31]日本在1959年的“西阵领带案”中,京都地方法院事实上否定了关贸总协定的直接适用性。^[32]WTO协

[21] 前引〔1〕, Thomas Buergenthal 文, 第389页。

[22] 前引〔3〕, 李浩培书, 第322页。

[23] [日] 中川淳司等著, 白巴根译:《国际经济法》, 北京大学出版社2007年版, 第71页。

[24] 前引〔3〕, 李浩培书, 第322页。

[25] 前引〔1〕, Thomas Buergenthal 文, 第383页。

[26] 同上, 第313页以下。

[27] Y. Iwasawa, *The Impact of International Human Rights Law on Japan: The Third Reformation for Women*, 34 Japanese Annual Int'l Law 21 (1991).

[28] 1972 E. C. R. 1219.

[29] Case C-280/93.

[30] 94/800/EC.

[31] Case C-149/96.

[32] 前引〔23〕, 中川淳司等书, 第71页。

定生效后日本法院还没有对其是否属于直接适用条约作出判决。有学者认为,在美国和欧共体否认 WTO 协定的可直接援引性的情况下,日本法院不大可能支持 WTO 协定的直接适用性。^[33]

二、我国的法律实践和学理阐释

(一) 我国关于直接执行条约的立法、司法和外交实践

我国宪法没有对条约在国内的适用问题作出规定,但《民法通则》、大量的单行民事法律和一部分行政管理法律均规定了国际条约相对于国内法的优先适用地位。例如,《民法通则》第 142 条第 2 款规定,我国缔结或参加的国际条约同我国民事法律有不同规定的,适用国际条约的规定,但我国声明保留的条款除外。《民用航空法》第 184 条、《票据法》第 95 条、《海商法》第 268 条、《环境保护法》第 46 条都作了与《民法通则》相同的规定。这一定式化的条款可以称为我国的“直接适用条款”。《税收征管法》第 91 条规定,我国同外国缔结的有关税收的条约、协定同本法有不同规定的,依照条约、协定的规定办理。《核出口管理条例》第 22 条规定,中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本条例有不同规定的,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。在司法实践中,我国法院在审理涉外案件时,对民事条约和知识产权条约一般都是直接适用的。

在人权公约的国内适用方面,1980 年我国批准了《消除对妇女一切形式歧视公约》,该公约于同年 12 月 4 日对我国生效。1992 年 4 月全国人民代表大会通过了《妇女权益保障法》,将该公约的许多规定写入其中。1991 年,我国代表张克宁在联合国大会社会、人道和文化委员会上发言重申,中国作为联合国《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》的缔约国,将忠实履行公约义务。他指出,按照中国法律,有关的国际条约一经中国政府批准或加入并对中国生效后,中国政府就承担了相应的义务,不再为此另行制定国内法。也就是说,该公约已在中国直接生效,公约定义的酷刑行为在中国法律中受到禁止。我国法院在司法实践中尚无直接适用人权条约的实例。

中国法院在实施贸易协定包括 WTO 协定上,采用了将贸易协定视为非直接适用条约的做法。不过法院没有直接作如此的宣称,而是直接列举国内法作为裁判依据。最高人民法院于 2002 年 9 月 12 日颁布的《关于审理国际贸易行政案件若干问题的规定》指出,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内制定的有关或者影响国际贸易的地方性法规。这可能是我国第一次将某类条约明确性为非直接适用条约。

(二) 学理阐释

对于我国的立法、司法和外交实践,学者们的阐释各不相同。第一,关于采纳或转化问题。主流观点认为我国是实行单一采纳制度的,李浩培先生认为,尽管我国宪法对条约的国内执行未作规定,但我国最高立法机关通过的多种法律均规定,中华人民共和国缔结或参加的国际条约与国内法律有不同规定的,适用该国际条约的规定。按照这个原则,我国与外国缔结的条约生效时,就当然被纳入国内法,由我国各主管机关予以适用,而无须另以法律予以转变成为国内法。^[34]王铁崖先生、李兆杰教授也持这种观点。^[35]第二,关于人权公约。有学者认为,《公民权利和政治权利国

[33] Y. Iwasawa, *Constitutional Problems Involved in Implementing the Uruguay Round in Japan*, in John H. Jackson and Alan O. Sykes (eds.), *Implementing the Uruguay Round*, Clarendon Press, Oxford 1997, p. 173.

[34] 前引 [3], 李浩培书, 第 316 页。

[35] 王铁崖:《条约在中国法律制度中的地位》,载《中国国际法年刊》1994 年卷;李兆杰:《条约在我国国内法效力若干问题之探讨》,载《中国国际法年刊》1993 年卷。

际公约》一旦批准就与国内法具有同等地位，并能够在国内直接适用。^{〔36〕}但也有学者认为，人权公约不能在国内法院直接适用。^{〔37〕}第三，关于WTO协定在我国的实施。在最高人民法院作出上述解释之前，学理上的争论甚为激烈，主张WTO协定可以与不可以在法院直接适用的观点可谓旗鼓相当。^{〔38〕}第四，关于我国是否需要在宪法中规定条约的国内适用问题。不少学者持肯定的态度。^{〔39〕}

本文认为，我国现有法律实践已经较为全面地涉及到直接适用和非直接适用条约问题。单行法律或法规中的用语“国际条约同我国法律有不同规定的，适用国际条约的规定”清楚地表明了如果条约与国内法冲突优先适用条约的意思。这一表达事实上隐含了一个前提——我国是将条约直接采纳为国内法的，因为如果不是这样，又何谈冲突时条约优先呢？进一步说，我国的条约适用条款事实上是一步解决了条约为国内法所接受、条约的直接适用、条约与国内法冲突时何者优先等三个问题。即通过上述已成固定模式的直接适用条款同时表明了三层含义：这些条约已经采纳为中国法的一部分，它们是可以由法院或/和行政机关直接适用的，它们与相关国内法冲突时优先适用。总起来看，我国的做法简洁明了，易于实施，具有一定的优越性。但现行制度并非完美，还有一些可以完善的地方。

主要的问题是，现有民商事单行法律或法规的直接适用条款过于简单，使得条约国内适用的三个层次，即将条约采纳为国内法——确定条约的直接适用和非直接适用性——与国内法冲突时何者优先，并没有清晰地呈现出来。法院在不同的案件中时常出现不同的解释，这在以《联合国国际货物买卖合同公约》为代表的国际商事条约的适用中尤其明显。

在“美国联合企业有限公司诉山东省对外贸易总公司烟台公司购销合同纠纷案”中，最高人民法院支持了山东省高级人民法院关于中美当事人之间的货物买卖案件应直接适用《联合国国际货物买卖合同公约》的观点，驳回了上诉人认为该案应适用美国法的主张。^{〔40〕}最高人民法院的上述判决无疑是十分正确的，符合公约在缔约国间直接、统一和优先适用的意图。

但有的法院的做法与最高人民法院的做法相悖。例如，在“美国恒达食品有限公司诉日照市水产集团总公司、日照日荣水产有限公司购销合同纠纷案”中，日照市中级人民法院在判决中适用的法律中包括了《涉外经济合同法》关于损害赔偿的规定和公约关于货物保全的规定。^{〔41〕}也就是说，尽管公约有关于损害赔偿的完备规定，法院并没有适用公约的规定，而是适用了与公约规定相似的国内法中的规定，只有在国内法没有规定的货物保全方面才适用了公约的规定。又如在“卡尔·希尔诉慈溪市旧家具贸易有限公司买卖合同纠纷案”中，浙江省慈溪市人民法院所适用的法律包括《民法通则》、《合同法》中的有关规定，以及公约关于卖方运输义务的规定，^{〔42〕}而事实上法院所援引的《民法通则》、《合同法》中的有关规定所涉事项在公约中也都有规定。

在上述两个案件中，法院都应该按照最高人民法院的做法完全适用公约，无须适用国内法。之所以出现上述法律适用上的错误，主要原因就是将第142条第2款解释为，“只有在”中国法律与国际条约有不同规定的时候才适用国际条约，一般情形下仍应适用国内法。这事实上是在第142条第2款的用语前加上了“只有在”的用语，对该款作了错误的解释，这就违背了公约在缔约国间统

〔36〕 朱晓青：《〈公民权利和政治权利国际公约〉的实施机制》，《法学研究》2000年第2期。

〔37〕 陈立虎、黄润秋：《国际人权公约与人权保护——国内司法实施的分析》，《现代国际关系》2003年第3期。

〔38〕 车丕照：《论条约在我国的适用》，《法学杂志》2005年第3期；刘汉富：《世界贸易组织法在内国法院的直接适用问题》，《人民司法》2000年第7期。

〔39〕 前引〔36〕，朱晓青文；刘永伟：《国际条约在中国适用新论》，《法学家》2007年第2期。

〔40〕 最高人民法院民事判决书，（1998）经终字第358号，法公布（2000）第25号。

〔41〕 山东省日照市中级人民法院民事判决书，（1997）日经初字第29号。

〔42〕 浙江省慈溪市人民法院判决书，（2001）慈初经字第560号。

一适用的宗旨和目标。需要指出的是,即便公约的规定与我国法律的规定一致,也不能适用国内法,因为同样的用语在公约的语境下和国内法的语境下的解释结果可能不同,而在公约的语境下解释和适用公约也是公约的要求。

此外,在人权领域,由于我国现有的外交实践只是肯定了国际人权条约是直接采纳为我国法律的,但对人权条约在我国法院能否直接适用则未予说明。最高人民法院一直没有对这一问题作出司法解释。因此,我国法院能否直接适用人权条约一直是一个悬而未决的问题。我国宪法缺乏条约国内直接适用的规定,是一切问题的总根源。这使得我国缺失统一和完整的条约适用制度,司法界无从确立统一的做法,学界的见解也必然是众说纷纭。在宪法中对条约适用问题作出完整和科学的规定,无疑是解决问题的最好方法。

三、中外直接适用条约理论和实践的比较及完善我国立法的建议

(一) 直接适用条约理论和实践之比较

中外的直接适用条约实践具有以下共性:

1. 区分直接适用条约和非直接适用条约,都以承认该条约已采纳为国内法为前提。

无论中国,还是美国、德国、法国,都是实行采纳体制的国家。美国、德国、法国是通过宪法确定采纳体制的;中国虽然没有在宪法中规定采纳体制,但数十种单行法律或法规都包含将相关条约采纳为中国法的条款。至于采取转化体制的国家,如英国,由于任何条约要成为国内法的一部分都必须通过国内立法,可以说所有的条约都是非直接适用的,因而也就不存在进一步区分直接适用或非直接适用的条约的问题。

2. 对采纳为国内法的条约进一步区分直接适用和非直接适用条约,其背景主要是:调整私人关系或影响私人权利的新型国际条约不断出现,需要对原有的采纳体制做出调整。

从历史上看,传统的国际条约主要调整国家之间的政治、军事和外交关系,意在设立国家的行为规范而很少涉及私人的行为。这些条约的义务是指向行政机关的,义务在国内的实施就表现为行政机关的执行。因此,这些条约的国内适用不会直接或间接影响私人的利益,也不会出现私人在法院援引条约主张权利的情形。但是,随后出现的商事条约、人道主义条约、人权条约、经济贸易条约都直接或间接涉及私人利益,私人在国内法院主张条约权利的诉讼也应运而生,将某些新型条约宣布或认定为能否在法院直接援引的需求也就产生了。

3. 将某些类型的条约确定为直接适用或非直接适用条约,主要目的就是在法院可适用的法律和某些条约之间产生一种阻隔作用,将某些条约排除在法院可适用的法律渊源之外。

对于直接适用条约,法院可以直接适用;对于非直接适用条约,法院不能适用,即便在执行性立法制定后,也只能适用国内执行性立法,不能适用条约本身。

4. 各国确定直接适用和非直接适用条约的主要方法是探求缔约国的意图。

如果缔约国缔结条约的目的只是约束行政机关和立法机关,并不要求司法机关直接适用,那么该条约就属于非直接适用条约。也有一些国家通过判例法发展出其他一些方法。

5. 调整国家间政治经济关系、并且不涉及私人权利的条约——包括和平条约、有关领土和划定边界的条约、有关引渡的条约等等,一般属于非直接适用条约。

缔约国缔结这些条约的目的只是解决国家间的边界、和平和引渡等政治外交问题,与个人权利并无直接影响。根据缔约国的意图,人权条约和贸易条约一般也被认为属于非直接适用条约。

6. 调整国家间政治经济关系、并且涉及私人权利的条约属于直接适用条约。

例如,国际税收协定既对缔约国的税务机关施加义务,也赋予私人税收上的权益,因此,既需要税务机关执行,也可以由纳税人在具体的税收案件中直接援引,法院也应据以判案。调整国际民

商事关系的条约，一般被认为属于直接适用条约。如果是实体法公约（例如《联合国国际货物销售合同公约》），则只由司法机关适用，并不存在行政机关的执行问题；如果是关于司法协助的公约，并涉及行政机关的执行，则既由司法机关适用，也由行政机关执行。但也有少数国家将某些商事条约视为非直接适用条约。

中外有关直接适用和非直接适用条约的法律实践也有以下不同之处：

1. 确定直接适用和非直接适用条约的方式有所不同

美国是由国会在批准决议或制定执行立法中宣告或由法院个案裁定，德国采取法院个案裁定的方式，荷兰在宪法中明确加以规定。我国是在单行法律或法规中对相关国际条约的直接适用性做出规定，或由最高人民法院在司法解释中明确要求法院只适用国内法，从而将相关条约确定为非直接适用条约，排除了在法院的适用。我国的做法独辟蹊径，具有鲜明的中国特色。

2. 在具体认定上也有不同

美国除了将人权条约、经济条约认定为非直接适用条约外，还将某些商事条约认定为非直接适用条约，我国《民法通则》将所有的相关民商事条约都确定为直接适用条约。将商事条约认定为非直接适用条约，与这些条约的宗旨相悖。国际社会之所以制定某一商事统一条约，目的就是在该领域统一适用该条约并排除相关国内法的适用。如果商事条约被确定为非直接适用条约，则不得在国内法院适用，最后国内法院适用的仍然是国内法。

3. 价值取向颇有不同

美国直接适用和非直接适用制度重在宣布或裁定某些条约为非直接适用条约，从而排除其在美国法院的直接适用。我国单行立法强调民商事条约和行政管理条约为直接适用条约，从而肯定其在我国法院的直接适用性。美国的做法反映了国内法与条约平等或更优的理念，我国做法体现了善意履行条约义务的理念和传统。

（二）完善我国直接适用条约制度的建议

如前所述，我国现行直接适用和非直接适用条约制度符合我国国情，被证明是行之有效的，但还有一些可以完善的地方。以我国的现行做法为基础，适当借鉴国外的经验，完善我国直接适用条约制度的司法和立法路径有二。

1. 在司法层面改进工作

在商事条约的直接适用问题上，最高人民法院可以考虑制定指导性的司法解释，明确所有的商事条约都应该优先、统一适用，其适用是对国内法相应规定的替代，而不是仅在与国内法有不同规定时才适用。^{〔43〕}与此同时，在各级法院开展国际商事公约的培训，提高对国际商事条约理念和具体内容的认识。在人权条约的适用问题上，最高人民法院可以考虑制定司法解释，明确所有的人权条约均为非直接适用条约，不得在我国法院适用。

2. 修改法律和法规中的现行直接适用条款，并且在宪法中加入关于条约适用的规定

具体的条款可以是：中华人民共和国缔结或参加的国际条约是中华人民共和国法律的一部分；国际条约是否可以由人民法院适用，应依据缔约国的意图决定；国际条约同我国法律有不同规定的，适用国际条约的规定，但我国声明保留的条款除外。

上述第二方案的核心是修改现有条约适用条款，增加对直接适用问题与采纳问题的内容并将其与条约优先问题区别开来，分别作相对独立的规定。上述建议条文用三句话表达三层意思，层次更为分明，意义更为明晰。“中华人民共和国缔结或参加的国际条约是中华人民共和国法律的一部分”，是多数国家关于采纳制度的标准表达，它使得我国缔结或参加的所有条约直接成为我国国内

〔43〕 左海聪：《谈国际统一实体法在国际商事案件中的优先适用》，《人民法院报》2007年11月8日；左海聪：《国际商事条约和国际商事惯例的特点和相互关系》，《法学》2007年第4期。

法的一部分，无需任何转化程序。第三句话“国际条约同我国法律有不同规定的，适用国际条约的规定，但我国声明保留的条款除外”，是我国现行的条约适用标准条款，对条约优先问题作出规定，也无需多作解释。

第二句话规定直接适用问题，需要做几点阐释。

第一，这一规定从法律或宪法层面确立我国的直接适用条约制度，上承条约采纳制度，下启条约位阶制度，使我国的条约适用制度趋于完备。该规定采用“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。该规定对确定直接适用条约的标准—依据缔约国的意图—加以明确，符合各国通例，与我国的实践也没有冲突。

第二，这一规定就我国确定直接适用条约的方式不作规定，具有灵活性。实践中可以通过《民法通则》（未来可能是民法典）、其他单行法律和法规的条约适用条款，也可以由最高人民法院通过其指导性文件对某项或某类条约法院可以或不可以直接适用作出规定，还可以尝试由全国人大常委会在批准条约时作出宣示的方式。

第三，依据该规定，我国可以将人权条约、经济贸易条约确定为非直接适用条约，排除在我国法院适用的法律渊源之外；但这些条约的国内执行性立法我国法院可以适用。因为这些条约内容复杂性质独特，缔约国缔结这些条约时的共同意图就是并不要求它们在缔约国的法院直接适用。另一方面，由于这些条约已经直接采纳为我国国内法的一部分，我国行政机关需要直接执行。也就是说，这些条约对于我国行政机关和司法机关的效力是完全不同的。

最后，依据该规定，我国可以将民商事条约和某些行政条约确定为直接适用条约。对于民商事条约，已如前述，我国法院应优先适用。对于某些行政条约，依据缔约国的意图，我国法院在行政诉讼案件中可以适用；在行政执法层面，由于这些条约已经采纳为我国法律的一部分，行政机关有义务直接执行。这些行政条约包括前述税收条约、司法协助条约、核出口管理条约等。