

中国法院适用国际条约所涉若干基本概念辨析

车丕照

【摘要】国内法院适用国际条约是指法院以条约为依据对当事人之间的纠纷做出裁判。适用条约有别于援引条约和遵守条约。我国法院适用条约其实是法院适用私法条约,公法条约不宜在法院适用。法院适用条约应该有宪法或基本法的授权,条约可以规定其适用条件,但其自身不构成法院适用条约的依据。私法条约的解释既有条约解释,也有法律解释。由于法院适用的是私法规范,因此,法院对条约的解释实际上是法律解释,而非严格意义上的条约解释。此外,法院在适用条约时应通盘考虑条约与法律的位阶,不应不加区分地适用“条约高于国内法”原则。

【关键词】条约适用;条约援引;条约解释;私法条约

【作者简介】车丕照(1957-),男,辽宁大连人,清华大学法学院教授、博士生导师,中国国际经济法学学会副会长,研究方向为国际经济法学(北京 100084)。

【原文出处】《政法论丛》(济南),2023.1.87~96

【基金项目】国家社会科学基金重大项目“涉外工作的法治化研究”(20ZDA098)的阶段性成果。

近年来,我国法院适用国际条约问题引起人们的关注并出现了一些新的研究成果。然而,应该看到,现有的研究还不够细致。其中的一个重要原因就是某些与条约适用相关的概念还没有界定清楚。本文试图就某些与条约适用相关的基本概念加以辨析,以期推进条约在我国法院适用问题研究的深化。

一、适用条约、援引条约和遵守条约

关于我国法院适用条约问题,说法不一,表述各异,其原因在于我们未能对“法院适用条约”做出严格界定。人们经常将“法院适用条约”、“法院援引条约”和“法院遵守条约”这样一些概念混为一谈。

(一)适用条约

什么是“适用条约”?在“法院适用条约”中的所谓“适用”,应该与“法院适用法律”中的“适用”具有同等含义。法院“适用”法律是指法院依据法律规定判断当事人的权利、义务和责任;与此相对应,既然法院“适用”法律,也就意味着当事人可以依据法律向法院表达权利主张或者依据法律提出抗辩。自然法院“适用条约”也是同样的道理。

2002年8月27日,针对我国法院是否适用WTO

规则问题,最高人民法院审判委员会第1239次会议讨论通过了《关于审理国际贸易行政案件若干问题的规定》。^①最高人民法院在公布该项规定的新闻发布会上专门提到我国法院不直接适用WTO规则的含义:“就我国法院而言,世贸组织规则不能直接适用的原则主要有两层含义:一方面,个人和企业不能直接援用世贸组织规则向法院起诉和抗辩;另一方面,法院在裁判文书中不直接援用世贸组织规则作为裁判依据。”^②这是对条约适用的含义的准确阐释。^③

法院适用条约可以从三个方面加以把握:第一,是法院(而不是其他机构)依据条约做出裁判;第二,是法院依据条约(而不是其他规则)做出裁判;第三,是法院依据条约对他人的权利、义务和责任做出裁判,而不是法院以条约规范自己的行为。

我国法院在审判实践中经常适用国际条约。德国蒂森克虏伯冶金产品有限责任公司与中化国际(新加坡)有限公司国际货物买卖合同纠纷案便是典型的一例。在该案中,作为卖方的克虏伯公司交付的货物不符合双方约定的标准。中化国际(新加坡)公司据此认为克虏伯公司构成根本违约,请求法院

判令解除合同,责令德国克虏伯公司返还货款并赔偿损失。江苏省高级人民法院一审认为,根据《联合国国际货物销售合同公约》的有关规定,克虏伯公司提供的石油焦 HGI 指数远低于合同约定的标准,导致该批石油焦难以在国内市场销售,签订买卖合同的同时的预期目的无法实现,故克虏伯公司的行为构成根本违约。因此判决支持中化国际(新加坡)公司的诉讼请求。最高人民法院经审理认为,案涉国际货物买卖合同纠纷的双方当事人营业地分别位于新加坡和德国,两国均为《联合国国际货物销售合同公约》的缔约国,且当事人未排除该公约的适用,因此本案审理首先适用该公约。对于审理案件中涉及到的问题若公约中没有规定的,应当适用当事人选择的美国法律。根据《联合国国际货物销售合同公约》的规定,德国克虏伯公司交付的货物与合同约定不符,构成违约,但中化国际(新加坡)公司能够以合理的价格转售此货物,因此不构成公约规定的根本违约。据此,最高人民法院撤销了原判决,改判德国克虏伯公司承担部分货款及堆存费损失。^④审理此案的两级人民法院均依据应该适用的《联合国国际货物销售合同公约》的有关规定对相关事实加以认定,并最终依据公约的规定判定了一方当事人所应承担的责任,这是典型的人民法院适用国际条约的案例。

由于法院适用条约是像适用法律一样将其作为裁判依据,因此,最高人民法院于2015年印发的《涉外商事海事裁判文书写作规范》要求,法院适用公约时,应当援引适用的公约具体条款,引用公约条款的顺序应置于法律、司法解释之前。

(二)援引条约

我国的司法实践中还有一种情况:法院在裁判文书中援引国际条约的规定,但并不以条约作为裁判依据。(2016)最高法民再45号再审民事裁定书对国际条约的引用即属于此种情形。再审申请人中国生物多样性保护与绿色发展基金会(以下简称“绿发会”)因起诉宁夏明盛染化有限公司环境污染公益诉讼一案,不服宁夏回族自治区高级人民法院(2015)宁民公立终字第7号民事裁定,向最高人民法院申请再审。本案的一审法院认为,虽然绿发会的宗旨与业务范围是维护社会公共利益,但其章程中并未确定该基金会同时具备《最高人民法院关于审理环境民

事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》(以下简称“环境公益诉讼司法解释”)中第四条规定的“从事环境保护公益活动”,且该基金会的登记证书确定的业务范围也没有从事环境保护的业务,故绿发会不能认定为《中华人民共和国环境保护法》规定的“专门从事环境保护公益活动”的社会组织,从而裁定对绿发会的起诉不予受理。绿发会不服一审裁定,向宁夏回族自治区高级人民法院提起了上诉。二审法院认为:绿发会的上诉不符合环境保护法第五十八条和环境公益诉讼司法解释第四条、第五条的规定,上诉理由不能成立,裁定驳回绿发会的上诉,维持一审裁定。最高人民法院在再审程序中认为:本案应围绕绿发会是否系专门从事环境保护公益活动的社会组织这一焦点进行审理。关于绿发会章程规定的宗旨和业务范围是否包含维护环境公共利益的问题,最高院的再审裁定书中写到,“我国1992年签署的联合国《生物多样性公约》指出,生物多样性是指陆地、海洋和其他水生生态系统及其所构成的生态综合体,包括物种内部、物种之间和生态系统的多样性。……可见,生物多样性保护是环境保护的重要内容,亦属维护环境公共利益的重要组成部分。”最高院还进一步指出,绿发会章程中规定的宗旨“符合联合国《生物多样性公约》和环境保护法保护生物多样性的要求。故应认定绿发会的宗旨和业务范围包含维护环境公共利益内容。综上,“依照《中华人民共和国环境保护法》第五十八条,《中华人民共和国民事诉讼法》第二百零七条第一款、第一百七十条第一款第二项,《最高人民法院关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》第一条,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第四百零七条第二款、第三百三十二条之规定”,最高人民法院裁定撤销本案一审法院和二审法院做出的裁定,要求一审法院立案受理。^⑤

在江苏省南京市中级人民法院作出的(2019)苏01刑初69号刑事判决书中,也援引了联合国《生物多样性公约》。针对被告的辩护人提出的象牙系走私至境内,对我国生态环境没有影响的辩护意见,南京市中级人民法院指出,“我国是最早签署《生物多样性公约》的国家之一。该公约强调,生物多样性对进化和保护生物圈的生命维持系统具有十分重要的

意义,是人类共同关切的问题。……加强生物多样性保护,是维护人类命运共同体的迫切需要,也是我国对世界作出的庄严承诺。”

上述裁判文书虽然援引了条约的规定,但并没有将条约作为裁判依据,因此,不应被认定为“适用条约”。法院援引条约,通常是以条约的某些表述强化对案涉事实的认定,严格裁判文书的推理过程并增强法院裁判结论的正当性。由于条约是缔约国创设的法律规则,因此,法院援引条约会比援引法学理论、商业常识等更具有说服力。但“援引”并非“适用”。法院进行裁判时也会援引自然规律、商业常理和生活常识等,然而我们不能据此认为法院在裁判活动中“适用”了自然规律、商业常理或生活常识。

(三)遵守条约

法院遵守条约是指法院自身依据条约行事,例如法院按照条约的规定承认与执行外国的判决或裁决。此时,不是法院依据条约对他人进行裁判,而是自身承受条约的约束。

就外国仲裁裁决的承认与执行而言,我国是《承认及执行外国仲裁裁决公约》(以下简称“《纽约公约》”)的缔约国。因此,对在《纽约公约》其他缔约国做出的符合公约规定条件的仲裁裁决,我国法院将依据《纽约公约》的规定予以承认和执行。同时,我国还与许多国家签订了双边民商事司法协助协定,其中大多含有相互承认和执行仲裁裁决的内容。这些双边协定也应被我国法院所遵守。在相关实践中,我国法院必须正确理解条约条款的含义,并严格遵守。例如,《纽约公约》第5条第1款规定的是拒绝承认或执行外国仲裁裁决的条件,包括仲裁协议当事人不具有行为能力、对方当事人未接获关于指派仲裁员或仲裁程序之适当通知等;《纽约公约》第4条规定的是当事人申请承认及执行外国仲裁裁决所应提交的材料。从上述条款的内容可以看出,一国法院只有在《纽约公约》第五条规定的情况出现时,才可以拒绝承认和执行外国的仲裁裁决。如果当事人向法院申请承认和执行外国仲裁裁决时,没有按照《纽约公约》第四条的要求提交相应的材料,法院应当要求其提交或补充提交相应材料。如果当事人拒绝提交或无法提交相关材料,法院应不予受理其申请,或者裁定驳回其申请,而不是裁定拒绝承认和执

行仲裁裁决。曾出现过我国某地方法院准备依据《纽约公约》第4条规定,裁定拒绝承认和执行外国仲裁裁决的情形,好在被最高人民法院及时纠正。^⑥

从以上分析可以看出,适用条约、援引条约和遵守条约,都是法院发挥条约作用的表现,但对三者加以区分是必要的。通过区分,不仅可以使我们清晰地看到条约在司法实践中的不同作用,更有助于人们正确地处理相关法律问题。例如,当法院仅仅是在裁判文件中援引了条约时,不服裁判的当事人就不应该以“法律(条约)适用错误”为由而提起上诉。

二、适用条约的依据与适用条约的条件

有人认为我国法院适用国际条约有两种情形:一是基于我国法律规定而适用条约,二是基于条约自身的规定而适用条约。这样理解其实是混淆了适用条约的依据和适用条约的条件。

(一)适用条约的依据

适用条约的依据是说法院凭什么可以依据条约进行裁判,涉及的是法院权限问题。原则上,法院的职权是依据本国法律进行裁判。例如《中华人民共和国民事诉讼法》第四条规定:“人民法院依照法律规定独立行使审判权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”一国对外缔结的条约并不当然具有本国法律的属性。因此,如若将条约也作为裁判的依据需要本国宪法或基本法律的授权。

美国联邦宪法第六条规定“本宪法及依本宪法所制定之合众国法律,以及合众国已经缔结及将要缔结的一切条约,皆为全国之最高法律。”该项规定相当于将美国对外缔结的条约并入了美国法律体系,美国法院必须像适用法律那样来适用条约,因此,是美国宪法对法院适用条约的授权,构成美国法院依条约作裁判的宪法依据。

原《中华人民共和国民事诉讼法通则》第一百四十二条规定:“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。”该项条款的前一句明确规定了“适用国际条约”,后一句也隐含着我国法院有权适用我国缔结或参加的国际条约。不过需要注意的是,这一规定是

当时我国民事基本法关于适用条约的规定,这意味着:一方面我国法院有权在民商事审判中适用条约;另一方面,该项授权并不包括民商事之外的领域,因此,不能将该项规定作为人民法院在其他领域适用及优先适用条约的依据。

除了民法通则对我国法院适用条约的授权,我国的海商法、票据法等法律也包含与民法通则第一百四十二条内容相同的规定,这些法律规定也构成我国法院适用国际条约的授权。

我国最高人民法院也曾发文要求各级法院准确适用我国对外缔结的国际条约。例如,最高人民法院于1987年12月发布的《〈关于执行联合国国际货物销售合同公约应注意的几个问题〉的通知》明确要求各级人民法院在相关案件审理中必须依据公约规定。^①最高法院的此类要求虽然与法律授权不同,但也可以解释为我国各级法院适用条约的依据。

除此之外,无论是行政法规还是部门规章或是地方法规,都无法授权法院适用国际条约。虽然这些规范也可以统称为“法律规范”,但它们并非严格意义上的法律,这些规范的制定者自然也不具备认定国际条约能否像法律一样在我国法院适用的资格,更无法决定条约规范与法律规范的适用顺序。因此,即使这些规范中提及了国际条约,通常也只是规范自己的管理行为,即使涉及私人,私人所要遵循的也是从条约转化为国内法的规范。例如,2011年3月7日由交通运输部发布的《中华人民共和国海员外派管理规定》数次提及了国际条约,其中,第二十一条规定:“海员外派机构应当遵守国家船员管理、船员服务管理、船员证件管理、劳动和社会保障及对外劳务合作等有关规定,遵守中华人民共和国缔结或加入的国际公约,履行诚实守信义务。”第二十三条规定:“外派海员与境外船东签订劳动合同的,海员外派机构应当负责审查劳动合同的内容,发现劳动合同内容不符合法律法规、相关国际公约规定或者存在侵害外派海员利益条款的,应当要求境外船东及时予以纠正。”第二十六条规定:“海员外派机构与境外船东签订的船舶配员服务协议,应当符合国内法律、法规和相关国际公约要求”。上述这些规定虽然肯定了有关条约的作用,但是并不能构成对法院适用条约的授权。海员外派机构依据该项规定所承

担的与某些条约有关的义务(例如:“发现劳动合同内容不符合法律法规、相关国际公约规定或者存在侵害外派海员利益条款的,应当要求境外船东及时予以纠正”),并非是依据条约所生成的义务,而是基于本国法(首先是该项规定)所生成的义务。违反这些义务不会承担条约责任,而只会承担国内法(行政法)上的责任。更有一些规范性文件虽然提到了国际条约,但与条约在国内法院的适用毫无关系。例如商务部于2005年2月2日发布的《对外贸易壁垒调查规则》,其中数次提及国际条约,但没有一次涉及条约在我国法院的适用,“授权”问题当然也就无从谈起。

(二)适用条约的条件

适用条约的条件是指法院可以在什么情况下适用某一特定的条约。如果法律不为法院提供适用条约的依据,那么严格说来就不会有条约适用问题,考虑适用条约的条件也就没有意义。适用条约的条件是法院有权适用条约之后的问题。

条约自身通常会明确该条约的适用条件。例如,《联合国国际货物销售合同公约》第一条至第六条分别从不同的角度界定了适用该公约的条件,包括:第一,该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,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;第二,该公约不适用于其列举的若干类型的销售;第三,该公约不适用于服务贸易合同;第四,该公约不适用于合同效力问题以及合同对所售货物所有权可能产生的影响;第五,该公约不适用于卖方对于货物对任何人所造成的死亡或伤害的责任;第六,双方当事人可以选择不适用该公约,并原则上可以减损公约的任何规定或改变其效力。

条约对适用条件的限定会限缩条约的覆盖范围,使某些国际民商事关系无法依据条约加以调整,或者出现应有条款的缺失。对于不满足条约适用条件的国际民商事关系,当事人可以通过对该条约的选择,产生将条约条款并入合同当中的效果,法院可以依据条约条款判断当事人之间的权利义务关系。最高人民法院颁布的《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》若干问题的解释(一),其中第9条规定,“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律、行政法规强制性规定的除外。”既然当事人在合同中所援引的对我国尚未生效的条约可以作为判断权利义务关系的依据,那么当事人在合同中援引了不具备适用条件的条约也应该具有相同的效果。只要交易当事人的行为不危害他人利益或者社会公共利益,那么其任何约定都应该得到承认。如果允许当事人将本不具备适用条件的条约条款逐字抄进合同,那么也就应该允许当事人用一句话将条约并入到他们的合同中去。至于条约应有条款的缺失问题,则只能借助于相应的准据法加以解决。例如,货物买卖一定会涉及到货物所有权的转移时间问题,但《联合国国际货物销售合同公约》中却未能包含所有权转移的条款。因此,法官在依据公约审理案件时,如果出现了有关货物所有权转移时间点方面的争议,法官就无法依据公约加以判断。此时,法官需要根据冲突法的指引,就所有权问题找到新的准据法,依据该准据法做出判断。

三、私法条约适用与公法条约适用

历史上,条约是用来确定国家间的权利义务关系的,是为国家创设行为规范。然而,近百年来,国家间缔结了许多调整私人间关系、为私人创设行为规范的条约。前者可称作公法条约,后者可称作私法条约。私法条约首先也约束缔约国,但主要是在与条约有关的程序问题上,如条约的适用,条约的加入、退出等;而条约中的实体性规范是为私人创设的,并通过缔约国而传导到私人。为私人创设规范的私法条约在本质上属于民商法规范,因此,它可以像外国的民商法那样在一国法院得到适用;而公法条约由于是规范国家间权利义务关系的,不应在一国法院适用,尽管理论上也不排除适用的可能性。

(一)私法条约适用

私法条约常被称作“统一私法”,是缔约国为克服不同国家私法规则的不同、便利国际民商事交往而创设的民商法规范。既然私法条约所设立的规则具有民商法的性质,因此,法院可以依据私法条约的相关规定就民商事纠纷做出裁判。

我国法律中规定的“可以适用条约”和“优先适

用条约”,基本上所指向的都是私法条约,因为这类条款基本上都规定在民商事立法当中,例如:《中华人民共和国票据法》第九十五条、《中华人民共和国海商法》第二百六十八条。由于这些立法都属于民商事立法,因此,这些法律中所说的“国际条约”自然是指的民商事条约,或者称作私法条约。其实,由于原《中华人民共和国民法通则》就条约适用已有过明确的规定,而该《民法通则》又长期是我国民商法的基本法,即使各部民商事单独立法不写进“条约适用”,也可以基于《民法通则》第一百四十二条而适用相应的私法条约。

从国际私法的角度看,我国法院适用私法条约与适用外国私法具有同等的性质,都是放弃本国私法的适用而适用了域外法。

适用私法条约比适用外国私法更具有正当性。这是因为,第一,外国私法完全是“异己”的,而私法条约则通常是在法院地国的参与下而形成的,或者是法院地国认为可以接受而加入进该条约的;第二,私法条约通常是不同法律制度协调和融合的结果,具有较强的包容性,^⑧并反映了法律趋同化的发展趋势;第三,私法条约保持了私法的宽容性,允许私人变通甚至排除私法条约的适用。^⑨

外国私法的适用需要通过冲突法规范的指引;私法条约的适用既可以通过冲突法的指引,也可以在满足条约规定的条件时不借助冲突法而直接适用。

(二)公法条约适用

同私法条约一样,公法条约也会得到适用,即依据条约规定做出裁判。然而,依据公法条约对国家间纠纷加以裁判的,通常是国家通过条约创设的国际裁判机构,例如联合国国际法院、世贸组织争端解决机构等。即便如此,国家在接受国际裁判机构依据条约进行裁判方面,也往往是表现出谨慎的立场。除了世贸组织争端解决机构对WTO规则的适用所产生的纠纷具有强制管辖权之外,国际裁判机构对国家通常不享有强制管辖权。

公法条约极少有机会在一国法院得到适用。由于公法条约是调整国家间权利义务关系的条约,因此,我们很难想象A国(政府)会到B国法院诉B国(政府),或A国(政府)在本国法院诉B国(政府);同时我们

也很难想象A国会到B国法院诉C国,尽管这些情形在理论上都是可以发生的。

公法条约难以在一国法院得到适用的另外一个原因是公法比私法更多地涉及社会公共利益,因而具有更强的政治色彩。如同一国法院通常不排除外国私法的适用,但却在外国公法的适用上却十分谨慎一样,一国法院更容易接受私法条约的适用而不是公法条约的适用,并且不会将公法条约作为法律渊源。例如,关于我国刑法的渊源,刑法学界的通说是“三板块”论:刑法典、单行刑法和附属刑法。^①国际刑事条约并不被认为是我国刑法的渊源。

在我国的私法实践中,存在裁判文书中援引公法条约的情况。在广东省汕头市中级人民法院审理的阿丹·奈姆等抢劫案的判决书中,援引了我国所参加的《联合国海洋法公约》和《制止危及海上航行安全非法行为公约》,但该援引只是据此说明被告“无视中华人民共和国参加的《联合国海洋法公约》、《制止危及海上航行安全非法行为公约》等国际法律和中华人民共和国法律,以夺取船只及船上货物为目的,在国际航线上非法登临他国船只,以胁迫、捆绑手段制服船员后劫夺并控制船只,并在中华人民共和国领域内进行销赃”。法院在定罪量刑时,仍然是以中国刑法,而不是以前述的条约为依据。

也确有法院依据公法条约对民事案件进行裁判的情形。在大连海事法院审理的大连远洋水产有限公司诉辽宁省大连海洋渔业集团公司关于船员雇佣合同损失赔偿纠纷案^②中,原告诉称:由于被告提供的船员不合格,造成原告的船只非法进入到澳大利亚海域,从而使原告遭受了重大损失,因此请法院判令被告赔偿因违约给原告造成的经济损失。该案法官在判决书中多次提及《联合国海洋法公约》:

——“但渔船进入澳大利亚专属经济区并不意味着违法,因为根据《联合国海洋法公约》第58条第1款规定,所有国家,不论沿海国或内陆国,在他国专属经济区均享有航行和飞越的自由。”

——“澳大利亚的这一行为(扣人、扣船)符合《联合国海洋法公约》第73条第1款的规定,属于沿海国为确保其依照该公约制定的法律和规章得到遵守对进入其专属经济区的船舶进行登临、检查、逮捕和进行司法程序。”

——“因原告的渔船本应在印度尼西亚海域作业,船长应了解的是《联合国海洋法公约》、我国法律和印度尼西亚相关法律,要求船长同时应了解澳大利亚的具体法律规定显然超出了船长应注意的范围。”

最终,法院“依照《中华人民共和国民事诉讼法》第64条第1款,《中华人民共和国民法通则》第135条、第137条、第140条,《联合国海洋法公约》第58条第1款、第73条第1款的规定”做出判决。

由于大连海事法院的该判决书将《联合国海洋法公约》作为裁判的依据,因此,该案是一个适用公法条约的判例。然而,在本文作者看来,这是一个不妥的适用条约的例子,主要理由如下:

首先,无论是《联合国海洋法公约》第58条第1款^③还是第73条第1款^④,都是规定在专属经济区领域中国家之间的权利义务关系的,它们是国家的行为规范,而非私人的行为规范。私人不可以依据这些条约条款向他人主张权利,同时也不会因为这些条约条款而向他人承担义务或责任。事实上,从上述判决书透露出的信息可以看出,澳大利亚对进入其专属经济区的船只和船员予以扣押,依据的是澳大利亚的法律,而非《联合国海洋法公约》。

其次,本案中原告的诉讼请求是要求被告承担违约赔偿责任,而判决书中所援引的公约的第58条第1款和第73条第1款,都无法作为是否支持原告的诉讼请求的法律依据。该案的判决结果是驳回原告的诉讼请求,其原因在于法院认定原告的损失并非系由被告违约所致。判决书所援引的公约条款显然无法支持审理法院的裁判结果。

再次,该判决书所引用的公约条款并非法院裁判的依据,而是法院认定当事人相关行为的性质的依据。正如判决书所言,“渔船进入澳大利亚专属经济区并不意味着违法,因为根据《联合国海洋法公约》第58条第1款规定,所有国家,不论沿海国或内陆国,在他国专属经济区均享有航行和飞越的自由。”又如,“因原告的渔船本应在印度尼西亚海域作业,船长应了解的是《联合国海洋法公约》、我国法律和印度尼西亚相关法律,要求船长同时应了解澳大利亚的具体法律规定显然超出了船长应注意的范围。”由此可见,该判决书对公约条款的援引属于“事实认定”范畴,而非“法律适用”范畴。

另外,由于公法条约是国家的行为规范,因此,如果法院援引这类条约,很容易出现对外国国家行为做出判断,例如该判决书称“澳大利亚的这一行为符合《联合国海洋法公约》第73条第1款的规定。”澳大利亚国家并非本案的当事方,在判决书中评价澳大利亚的行为是否符合公约规定,是不必要的,而且这样做隐含着引发国家间冲突的风险。

人权条约是就人权保护而为缔约国创设义务的,属于公法条约。“我国法院在司法实践中尚无直接适用人权条约的实例。”^⑩但“负责监督人权条约实施状况的各条约机构均希望并建议缔约国的法院直接适用国际人权条约。”^⑪条约机构试图通过国内法院对条约的适用增强条约的实施效果是可以理解的,但缔约国对此还是应该持审慎的立场。

对于我国法院是否应适用公法条约问题上,我们还可以转换一下讨论问题的方式:我国法院是否应该接受私人依据公法条约向国家提出权利主张或者抗辩。前面已经提到,我国法院可以依据条约处理私人之间的争议,这里的条约只能是私法条约:我国法院也可以依据条约处理国家之间的争议(如果当事国选择,尽管可能性极低),这里的条约可以是私法条约(如果当事国之间是商事交易关系),也可以是公法条约。余下的问题是:我国法院可以依据条约处理私人与国家间的争议吗?如果法院处理的是私人与国家的交易关系,当然可以适用条约,但这种条约只能是有关商事交易的条约,即私法条约。公法条约是国家间的彼此允诺,私人无权据此提出主张或抗辩。当条约就公司事宜做出约定时,公司只不过是国家的权利义务所指向的客体。当缔约一方违反条约义务而使公司的利益受到损害时,公司无法援用条约规定向违反条约义务的国家主张权利,因为那不是公司与国家的条约,国家并没有向公司做出任何承诺。国家违约是国家向其他缔约国的违约,有权依据条约向违反条约义务的国家提起主张的只能是其他缔约国。例如,世界贸易组织的许多协定都涉及到公司,但并不能由此认为公司就可以依据世贸组织规则向有关国家主张权利。当一国的反倾销规则与世贸组织规则不一致,从而损害了某公司的利益时,该公司是无权要求该国按照世贸组织规则去修改其反倾销规则的。可以提出这种主张

的只能是其他缔约方。

放眼世界,允许私人依据国际法(包括公法条约)向国家主张权利的情形十分罕见。依据《解决国家与他国民间投资争议公约》(以下简称《华盛顿公约》)进行的投资仲裁算是一例。该公约规定仲裁庭可以依据“可能适用的国际法规则”解决投资者与东道国之间的争议。这个建立于上个世纪60年代的争端解决机制,允许私人投资者依据国际法状告东道国,反映出《华盛顿公约》的缔约国对东道国的投资法律环境的担忧。但在笔者看来,该机制的功效究竟如何是值得进一步考量的。依据公约于1966年所设立的解决投资争端国际中心(International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID),在最初的30多年时间里基本上处于赋闲的状态。根据ICSID的统计,直到1972年才有了第一个案件。到公约生效30年后的1996年,ICSID总共受理了38起案件。^⑫进入本世纪以来,该中心处理的案件虽然大幅增长,然而各种批评意见也纷至沓来,以至于机制改革成为ICSID近年来的重点工作之一。ICSID机制有许多值得反思的地方,其中,允许私人依据国际法向国家主张权利是其重要的一项。不能以ICSID的实践来证明私人已经取得了依据国际法向国家主张权利的身份,^⑬更不应该以此为参照而授予私人在我国法院依据公法条约对抗我国政府的权利。

四、条约解释与法律解释

如同适用国内法,法院在适用私法条约时也需要对规则进行解释。然而须指出的是,此时的条约解释并非传统的条约解释,而是一种法律解释。^⑭

(一)条约解释

关于条约解释,《维也纳条约法公约》(以下简称《条约法公约》)第31条“解释之通则”规定:“一、条约应依其用语按其上下文并参照条约之目的及宗旨所具有之通常意义,善意解释之。二、就解释条约而言,上下文除指连同弁言及附件在内之约文外,并应包括:(a)全体当事国间因缔结条约所订与条约有关之任何协定;(b)一个以上当事国因缔结条约所订并经其他当事国接受为条约有关文书之任何文书。三、应与上下文一并考虑者尚有:(a)当事国嗣后所订关于条约之解释或其规定之适用之任何协定;(b)嗣后在条约适用方面确定各当事国对条约解释之协定

之任何惯例;(c)适用于当事国间关系之任何有关国际法规则。四、倘经确定当事国有此原意,条约用语应使其具有特殊意义。”可见,条约解释首先要从文本的用语入手来判断当事国的真实意图;而且,这里的“上下文”还应扩展到“全体当事国间因缔结条约所订与条约有关之任何协定”以及“一个以上当事国因缔结条约所订并经其他当事国接受为条约有关文书之任何文书”。这样一种“系统解释”也是为了从更广阔背景下探寻当事国的缔约意图,从而使条约解释更接近其原本含义。公约规定的“倘经确定当事国有此原意,条约用语应使其具有特殊意义”更表现出对当事国意愿的尊重。

私法条约由于通常也含有公法条约的内容(例如《联合国国际货物销售合同公约》第四部分),因此,也会产生严格意义上的条约解释。然而,如前所述,由于一国法院并非评判国家间权利义务关系的合适机构,因此,法院难有机会进行这种条约解释。

(二)法律解释

与条约解释相比,法律解释的特点在于:第一,从解释对象看,法律解释的对象是法律规则,法律规则的制定者独立于纠纷的当事人,而条约解释的对象是条约条款,是当事国自己制定的规则;第二,从解释目的看,法律解释是要通过寻求立法者的真实意图来明确某一规范性条款的确切含义,而条约解释则是要通过寻求当事国的缔约意图来明确某一条款的确切含义;第三,立法者的立法意图是单一实体的意图,比较容易由立法机构、司法机构以及经授权的行政机构加以阐释表达,而条约解释需要推断出各缔约国的共同意图,而在纠纷出现之后,通常是各执一词,因此,缔约时共同意图的推断相对困难。

由于法院在解释私法条约时,并不面对就条约条款的真实含义各执一词的两个及以上的当事国,不需要探寻争端各国缔约时的真实意思,而只需要依据自己对条文的理解做出判断,所以,尽管法院此时在解释某一条约条款,但其实是在解释一项法律规则,而不必遵循《条约法公约》所规定的条约解释方法。

条约解释的最小单元是条约中的概念。从渊源上看,需要解释的条约中的概念无外乎三种情况,一是本国法律中已有的概念,二是外国法中的概念,三

是条约新创设的概念。第一种情况下的条约解释应该是相对轻松的,因为法官熟悉需要解释的概念。在第二种情况下,法官需要了解面对的概念在其“母国”的法律制度中的地位、性质与作用,尤其要了解这一概念在以往的司法实践中被赋予的含义。如果某一概念是条约新创设的,那么条约自身很可能会加以界定。例如,《联合国国际货物销售合同公约》对“根本违约”即给出定义:“一方当事人违反合同的结果,如使另一方当事人蒙受损害,以致于实际上剥夺了他根据合同规定有权期待得到的东西,即为根本违反合同,除非违反合同一方并不预知而且一个同等资格、通情达理的人处于相同情况中也没有理由预知会发生这种结果。”在解释条约时,还应注意相关概念与本国法律规定的比较。例如前述公约中的“以致于实际上剥夺了他根据合同规定有权期待得到的东西”与中国法律中的“致使不能实现合同目的”是否具有同等含义便需要斟酌。

五、法律位阶与条约位阶

法律位阶是人们普遍接受的概念,但许多人拒绝接受条约位阶的概念。虽然还没有出现条约位阶方面的案例,但从理论上讲,这种问题是可能出现的。法院适用国际条约应该对条约位阶问题有所准备。

“条约”是一个泛称,包括国家之间缔结的具有法律约束力的书面协议,无论其名称是条约、协定、宪章或是其他。从各国实践看,有以国家名义签订的条约(严格意义上的条约,通常以缔约国立法机构的批准为生效条件),有以政府名义签订的条约(也被称作政府协定,不必报请立法机关批准),还有大量的由不同国家的政府部门之间签订的协定。既然如此,就不应该认为各种条约均处于同等的位阶。

笔者在10多年前发表的一篇文章中提出,既然国内法的位阶是由制定法律的国家机构的地位所决定的,那么,条约的位阶也应该由确定其效力的国家机构的地位所确定。^⑨根据《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》)和《中华人民共和国缔结条约程序法》(以下简称《缔约法》)的有关规定,我国缔结和参加的条约的位阶应分为三级,即:全国人大常委会批准的“条约和重要协定”、不须经全国人大常委会批准而须经国务院核准生效的条约和协定以及以我国

政府部门的名义对外缔结的协定。

在确定了条约的位阶之后,就可以将条约与国内法按照位阶的等级分别排列在一起,即:全国人大常委会批准的“条约和重要协定”与全国人大及全国人大常委会制定的法律处于同一等级;我国对外缔结的不须经全国人大常委会批准而须经国务院核准生效的条约和协定与国务院制定的行政法规处于同一等级;以我国政府部门的名义对外缔结的协定与国务院部门制定的规章具有同等效力。当然,无论是国内制定的法律还是对外签订的条约,其效力等级都在我国的《宪法》之下。

对于条约位阶和上述分级方法一直有学者表示质疑,下列的质疑理由就具有一定代表性:“如果上述判断成立,那么全国人大及其常委会制定的法律与中国缔结的国际条约在法律体系中将处于同一位阶,由此可能导致如下推论:对同一位阶的法律,根据后法优于前法的规则,中国依据国际法承担的国际义务可以被后来制定的国内法推翻。显然,这与国际法的要求以及中国众多国内法规定所体现的立场不符。根据国际法,‘一当事国不得援引其国内法规定为理由而不履行条约’。”^②上述推理过程是正确的:根据后法由于前法的规则,国内立法是可以推翻先前同一等级的条约的;但其结论是值得商榷的。首先,法律推翻条约只是在国内消除了条约的效力,但并不影响该国对外承担的国际义务。如果WTO某一成员新制定的法律与WTO的某项协定或其中的某项条款相冲突,其国内机构当然要执行本国的法律。无论是WTO还是其成员都无权否认该成员国法律的有效性;与此同时,该成员国在WTO协议下的义务并不受影响。如果它拒绝履行该等义务,WTO的其他成员自可以通过争端解决程序要求该成员承担相应的责任。其次,我国确有众多的立法表达了“条约优先适用”的立场,但这些表述是值得我们反思的。在私法领域中,条约优于国内法的原则是可以接受的;在公法领域中未必如此。也许我们需要对现行有效的国内法中关于条约适用的表述做一系统的梳理,以确定未来的立场。新制定的《中华人民共和国民法典》未承袭原民法通则第一百四十二条的规定,也许正是释放出这样一种信号。

在通常情况下,法院不会出现法律位阶方面的

失误。但当条约位阶问题引入之后,问题就会复杂起来。首先,应该确立条约位阶意识,承认不同的条约可能处于不同的位阶。某政府部门对外签订的协议在效力上要低于以中国国家名义对外签订的条约和以中国政府名义对外签订的协定。其次,要确立条约与国内法的整体位阶意识,明确知晓所谓“条约优先”是指在同一位阶的情况下条约才优先适用,而不能认为政府某一部门对外签署的协定会在效力上高于全国人大或人大常委会制定的法律。因此,如果出现我国新制定的法律与相同位阶的条约相冲突,应优先适用条约;如果新制定的法律与条约处于同一位阶,或法律位阶高于条约位阶,则应适用我国法律;如果因此而产生了与其他缔约国之间的冲突,这也不是应该由法院去解决的问题。

六、结论

所谓适用条约,简言之,是指法院以条约为依据对当事人之间的纠纷做出裁判。法院依据条约说理,不是条约适用;法院以条约规范自身的行为,也不属于条约适用。我国法院适用国际条约,严格说来,是法院适用私法条约。法院适用条约应该有宪法或基本法的授权,条约可以规定其适用条件,但其自身不会构成法院适用条约的依据。私法条约的解释既有条约解释,也有法律解释。由于法院适用的是私法条约,因此,法院的条约解释实际上也就是法律解释,而非严格意义上的条约解释。另外,法院在适用条约时应通盘考虑条约与法律的位阶,不能动辄就不加区分地适用“条约高于国内法”的原则。

我们可以回过头,来用中化国际(新加坡)公司诉德国克虏伯公司案来检视一下上述结论。

第一,在处理本案时,我国法院以《联合国国际货物销售合同公约》为依据来评判双方的纠纷,各方当事人也分别依据条约规定提出主张或进行抗辩,因此,法院是在像适用法律一样适用国际条约。如果法院仅仅是援引条约进行说理,或以条约来规范法院自身的行为,则难以认作是“适用”条约;第二,法院所适用的公约属于私法条约,虽然该公约也调整缔约国之间的权利义务关系,但公约的主体部分是为私人创设的行为规则。如果私人依据公法条约提出主张或抗辩,由于公法条约不是为私人创设权利义务的,法院则不应接受,更不应主动适用公法条

约;第三,法院之所以可以适用该公约,一是有当时有效的民法通则第一百四十二条的授权,二是案件所涉合同关系满足公约自身规定的适用条件;第四,法院适用公约时必然会就公约的某些条款做出解释,但这种解释名义上称为条约解释,然而实为法律解释;法官可基于自由心证解释条约款,而不必遵循条约解释的繁琐规则;第五,法院在该案中适用的公约与我国法律处于同一位阶,本应按照“后法优于前法”及“特别法优于一般法”的原则确定适用顺序,但因为有了民法通则第一百四十二条的规定,于是优先适用了公约。

我国法院适用国际条约大抵如此。

注释:

①该《规定》的颁布完成了我国法院从“优先适用WTO规则”到“不适用WTO规则”的立场转变。2000年10月29日,最高人民法院在全国民事审判工作会议上表示,在中国加入世界贸易组织后,各级法院在审理涉外民事案件时,如果世贸组织规则与中国法律发生冲突,应当优先适用世贸组织规则。

②<https://xuewen.cnki.net/CJFD-SJMY200210009.html>. 2022-11-12.

③尽管这里说的是世贸组织规则的不“直接适用”,但条约的适用严格说来就是指条约的“直接”适用,与其相对应的“间接适用”是指将条约转化为国内法之后加以适用,而这种条约的“间接适用”并非真正的条约适用。

④指导案例107号,中化国际(新加坡)有限公司诉蒂森克虏伯冶金产品有限责任公司国际货物买卖合同纠纷案(最高人民法院审判委员会讨论通过,2019年2月25日发布)。

⑤中国生物多样性保护与绿色发展基金会环境污染责任纠纷再审民事裁定书,(2016)最高法民再45号。

⑥见高晓亮.谈中国法院承认和执行外国仲裁裁决的积极实践[J],《法律适用》,2018(5):4。

⑦该通知明确提出“自1988年1月1日起我各公司与上述国家(匈牙利除外)的公司达成的货物买卖合同如不另做法律选择,则合同规定事项将自动适用公约的有关规定,发生纠纷或诉讼亦须依据公约处理。”

⑧例如,在《联合国国际货物销售合同公约》生效后最早的一批缔约国中,既有典型的普通法系国家的美国,又有典型的大陆法系国家的法国;既有美、法这种传统意义上的市场经济国家,又有当时中国这样的计划经济国家。

⑨例如,《联合国国际货物销售合同公约》第六条规定:“双方当事人可以不适用本公约,或在第十二条的条件下,减

损本公约的任何规定或改变其效力。”

⑩参见陈兴良主编.《刑法总论精释》[M].北京:人民法院出版社,2010.13;黎宏.《刑法学总论》(第二版)[M].北京:法律出版社,2016.3。

⑪<https://www.pkulaw.com/case/pfml?Aggs.CategoryNew=002007001034&way=textBasic>. 2022-11-12.

⑫《联合国海洋法公约》第58条第1款的内容是:“在专属经济区内,所有国家,不论为沿海国或内陆国,在本公约有关规定的限制下,享有第87条所指的航行和飞越的自由,铺设海底电缆和管道的自由,以及与这些自由有关的海洋其他国际合法用途,诸如同船舶和飞机的操作及海底电缆和管道的使用有关的并符合本公约其他规定的那些用途。”

⑬《联合国海洋法公约》第73条第1款的内容是:“沿海国行使其勘探、开发、养护和管理在专属经济区内的生物资源的主权利时,可采取为确保其依照本公约制定的法律和规章得到遵守所必要的措施,包括登临、检查、逮捕和进行司法程序。”

⑭左海聪.直接适用条约问题研究[J],《法学研究》,2008(3):93。

⑮戴瑞君.我国对国际人权条约的司法适用研究[J],《人权》,2020(1):145。

⑯https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/The_ICSID_Caseload_Statistics_2022-2_ENG.pdf. 2022-11-12.

⑰见车丕照.《法学视野中的国际经济秩序》[M].北京:清华大学出版社,2021.84-85。

⑱见车丕照.条约解释的要义在于明确当事国的合意[J],《上海政法学院学报》,2020(1):21-29。

⑲车丕照.论条约在我国的适用[J],《法学杂志》,2005(3):96-99。

⑳戴瑞君.《国际条约在中国法律体系中国的地位》[M].北京:中国社会科学出版社,2020.170。

参考文献:

- [1]李浩培.条约法概论[M].北京:法律出版社,1987.
- [2]王勇.条约在中国适用之基本理论问题研究[M].北京:北京大学出版社,2007.
- [3]张乃根.条约解释的国际法[M].上海:上海人民出版社,2019.
- [4]李旺.《国际私法》(第三版)[M].北京:法律出版社,2011.
- [5]Ole Kristian Fauchald and Andre Nollkaemper edited. The Practice of International and National Courts and the(De-) Fragmentation of International Law[M]. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2014.
- [6]Kai Hober. Investment Treaty Arbitration[M]. Cheltenham: Edward Elga Publishing, 2018.