

论我国国际条约的司法适用

——以统筹推进国内法治与涉外法治为背景

陈国军

【摘要】统筹推进国内法治和涉外法治的重要环节是完善国际条约的司法适用。我国条约司法适用的长期实践表明条约应当适用,但条约的法律位阶尚不明晰、适用方式较为混乱、指导条约适用的司法解释存在局限性、个案中法官对条约适用的解释规则尚未能耦合国内法院应主动融入全球治理的意旨。鉴此,最高立法机关宜在《立法法》中确定条约的国内法位阶,为条约的司法适用提供宪法性法律支撑;最高司法机关宜妥适运用司法解释和指导性案例措施,厘定条约司法适用方式、条约解释规则以及在非涉外案件中条约适用的界限,以完善条约司法适用规则、提升条约司法适用的质量。

【关键词】涉外法治;条约的司法适用;法律位阶;司法解释;指导案例

【作者简介】陈国军,男,浙江诸暨人,华东政法大学国际法学院副教授,法学博士,主要研究方向为国际私法。

【原文出处】《法律方法》(京),2023.第2卷.319~332

【基金项目】本文系中国法学会2022年部级法学研究课题重点课题“统筹推进国内法治与涉外法治背景下国际条约的司法适用研究”[课题编号:CLS(2022)B09]、华东政法大学科研项目“我国法域外适用的法律体系完善研究”(20HZK001)的阶段性成果。

一、问题的提出

在全球化的背景下,随着国家与各类非国家行为体对外交往活动的日益频繁,中国参与全球治理的地位与作用日益突出。自21世纪以来,全球治理已非仅停留在理论层面的研讨,而迅速成为大国的政策实践,^①中国亦将其作为核心举措以应对全球性风险并建构国际新秩序^②。2014年10月,党的十八届四中全会通过了《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》。学界普遍认为该决定中关于加强涉外法律工作的内容是中国参与全球治理的重要途径,是中国推动国内法治与国际法治良性互动的重要保障。^③

2019年10月,党的十九届四中全会指出应“加强涉外法治工作”,并首次以党的文件形式提出了“涉外法治”概念。^④2020年11月,中央全面依法治

国工作会议将习近平法治思想确立为全面依法治国的指导思想,习近平总书记在会上强调要“统筹推进国内法治和涉外法治”“加快涉外法治工作战略布局”,涉外法治日益受到学界和实务的重视,成为法学理论的重大命题。2021年3月,加快构建以国内大循环为主体、国内国际双循环相互促进的新发展格局,被写入我国“十四五”规划,成为中国国家发展的一项中长期战略。^⑤法治是现代国家治理的基本方式,实行法治是国家治理现代化的内在要求,构建双循环新发展格局,必然要求相应的法治加以保障和支撑。^⑥

国内法治和国际法治共同构成了全球法治的内涵,国内法治与涉外法治均属于国内法治。^⑦申言之,涉外法治是国内法治的对外延伸,但仍为国内法治的一部分,是国内法治与国际法治的耦合之处。^⑧

故而,推进我国涉外法治与我国参与全球治理、促进国际法治具有一致性。国际条约国内适用制度的完善,有利于国际关系的规则导向最终落实为国内治理的规则导向,从而推动国内法治的进步。在国际条约国内适用的过程中,审判权作为司法权所表现出的终局性,意味着其决定了国际条约国内适用的最终效果。在国际条约国内适用制度的完善中,司法适用制度的完善构成了关键一环。同时,法院适用国际条约亦是我国参与全球治理的重要方式。^⑨

在国际法层面,迄今我国已缔结逾26000个条约,依据“条约必须信守”(Pacta sunt servanda)原则,我国应承担善意履行义务。缔结的条约中,一部分具有公法性质,主要调整国家间或国家与国际组织间权利义务关系的,另一部分是私法性质的,主要关涉私法主体的权利义务。前者的适用主体一般为国家或国际组织,条约约束力表现为国际法层面,相关缔约方不履行或不适当履行,会引发国际争端和国际责任,解决争议的主体一般为国际法院或第三方国际组织,此类条约通常不具有在国内法院适用的空间。后者的适用对象是私主体,更多的情形是需要在国内予以适用,目前尚没有专门针对此类条约的国际监管机构,国内法院对该类私法性质条约的适用成为学界和实务研究的重难点。

故此,笔者认为在我国条约司法适用的核心领域可从两个维度进行考察。其一,相关条约能否作为法院的直接裁判依据?如可以,那么条约是如何进入我国法律体系?条约的法律位阶又应如何判定?其二,就我国缔结并生效的私法性质条约而言,民商事主体可否将其直接作为双方协商确定的准据法或诉请的请求权基础,特别是在非涉外案件中,是否存在条约司法适用的场域。当前,我国宪法和法律对上述两项内容的规定并不完备,学界对此并未形成通说,司法实务也处于探索进程中。鉴此,笔者拟就上述问题做进一步探析。

二、条约司法适用的前提:一元论抑或二元论

(一)个别转化法与整体纳入法

按国际条约法理论并参考各国履行条约的实

践,如在国内适用已对该国生效的国际条约,尤其是将国际条约作为内国法院具体案件裁判的依据,即司法适用,则需依照该国国内法的相关规定,先将此国际条约并入该国现行法律体系中,方可作为该国的法源。^⑩当前,各国采行的国际条约并入路径虽有所不同,但通常将其可分为两种方法:其一,整体纳入法,又称一元论法,即通过国内立法规定,将该国缔结并生效的国际条约整体纳入该国的国内法律体系并予以适用;其二,个别转化法,又称二元论法,即该国缔结并生效的国际条约并不能自动地在该国国内适用,需要通过国内立法进行转化,选择性地并入国内法律体系,方能予以适用。^⑪

采个别转化法的国家通常是由于国内法律体制将条约缔结权与条约国内适用的立法权实质分离。如英国将缔结条约权授予国王,而议会享有国内立法权。国王有权批准国际条约,批准后英国负有国际法层面的履约义务,但此条约在议会通过“转化”程序将其转为内国法之前,尚无法自动在英国国内得到适用,即未被纳入英国法的法源。此般设定是因为如果国王批准的条约可直接成为英国的内国法法源,相当于赋予国王享有英国法的部分立法权,而立法权是议会专属的权力,那么国王实际上可通过批准条约的方式侵害议会的立法权,违反了英国权力分立规则。除英国外,爱尔兰、意大利、英联邦和北欧部分国家亦采二元论法。

采整体纳入法的国家通常将条约缔结权归于立法机构,国家元首或其他国家机构是在立法机构同意的前提下承担条约缔结工作。如此便将条约缔结权与条约国内适用的立法权归集于该国立法机构,在缔结条约的同时,该条约也被纳入该国的国内法体系。如依据美国《宪法》第2条第2项和第6条第2项规定,美国总统对外可缔结条约,但应得到参议会的建议或同意,而此建议或同意实际上是履行了国内立法的表决规则,即须得到出席参议员三分之二的多数决。同时,按此规则缔结条约的国内法效力,与宪法和依宪法制定的法律属于同一位阶。目前,瑞士、德国、波兰、荷兰等国采一元论法。

衡诸上情,各国对于条约国内适用的具体方式采行,主要是受到国内法律体制的制衡。就以上两类方法的实效而言,个别转化法严格区分国际法体系和国内法体系,条约的国内适用采个例审查,具有较强的针对性,有助于维护国家立法权体系,但同时也增大了缔结条约不能适用的风险。整体纳入法将条约在国际法层面和国内法层面的生效时间相结合,条约在国际法层面生效意味着条约被纳入国内法的法律体系,并不需要再履行特别核准程序,有利于维护国际条约的法律效力。

(二)宜肯认我国采一元论的整体纳入法

迄今,条约并入国内法的方式并未在我国《宪法》或宪法性法律中得到明确,但从法律规定的条约缔结程序、外交机构声明以及法院适用条约的司法实践来看,宜肯认我国采用整体纳入法。

依据我国《宪法》第67条第15项和第81条规定,我国并未将条约缔结权与批准权相分离,两者均归于全国人大常委会,国家主席对条约和重要协定的批准必须依据全国人大常委会的决定,且对该决定的内容并不享有修改权。按立法学理论,我国最高立法机关的常设机构就条约和重要协定的批准并由国家主席签署相关批准书,此与国内法律立法程序相当,不仅在国际法层面产生缔结条约的法律效力,而且在国内法层面亦产生条约适用的效力。故有学者认为,作为我国的通例,条约缔结后并不需要另行制定法律予以执行,国家主席颁布条约后,其国内效力即时产生。^⑫

我国相关外交实践表明,我国缔结的条约在国际法层面一旦生效,则同时对我国产生相应法律效力,我国声明保留的条款除外。例如,1991年11月14日,我国代表在联合国大会社会、人道主义和文化问题委员会上,就《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》的执行事项发言时明确指出,该条约经我国政府批准并对我国生效后,我国便承担条约中约定的义务,并不需要再经国内立法的转化。^⑬

我国涉及条约适用的法律和司法解释亦表明,

条约并入我国法律体系的时间与条约在国际法上生效的时间一致。据笔者统计,自1978年1月1日到2021年12月31日,我国关于适用条约的法律有78部、行政法规46部。例如,原《民法通则》第142条第2款和《民事诉讼法》第267条确立了在涉外民事领域中国际条约与国内法不一致时,国际条约优先适用规则。又如,原《中外合资经营企业所得税法》第16条第2款规定了直接适用有关双重征税协定的规则,即在避免双重征税领域,无论国内法与我国缔结的相关协定内容是否一致,应直接适用缔结的协定。再如,在《最高人民法院转发对外经济贸易部〈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》(1987)、《最高人民法院关于印发〈全国沿海地区涉外涉港澳经济审判工作座谈会纪要〉的通知》(1989)等司法解释中,最高人民法院均表明相关条约在我国的生效时间与国际法上的生效时间一致,即认为条约生效就被并入我国的法律体系。

三、条约司法适用的路径:直接适用抑或间接适用

诚如上文所述,条约已成为我国法律体系的一个层级,即我国法源的组成部分。但就法院的裁判依据而言,并非所有法源均为当然的裁判依据,例如我国尚未认可宪法司法化。条约的司法适用既与国家的法律体制和司法体制相关,又与条约的调整对象、内容和语句表达相关,可分为直接适用和间接适用。

(一)个别转化法与整体纳入法体制下的司法适用方式

就采个别转化法的国家而言,因为条约缔结后尚需得到国内立法机构的批准方可在国内生效,国内立法机构通常将条约的转化与条约的司法适用问题一并解决。如《欧洲人权公约》是经由英国1988年《人权法案》的确认,方被并入该国的法律体系,同时该《人权法案》允许法院可依照《欧洲人权法案》的具体条文进行裁判。此种方式是以英国国内单行法的形式使得条约在该国得到某种程度的直接适用。^⑭但英国亦有根据条约的性质,将条约转化为国内具

体法律内容,迂回适用条约的情形。例如,1970年《关于从国外调取民事或商事证据的公约》的内容,便被英国1975年的《涉外诉讼证据法》采纳,后者作为法院裁判依据,间接地适用了前者。

采整体纳入法的国家虽然是将条约直接并入该国法律体系,但并非可直接由法院适用。譬如,美国将已并入的条约,按其性质和内容区分为自执行条约与非自执行条约,前者无需另行国内立法可由法院直接适用,后者需进行立法的司法适用转化方可由法院执行。又如,德国基本法第59条规定,涉及联邦国家层面的政治关系或立法事项的条约,需要另行由国家法律规定方可适用。同时,在司法实务上,德国宪法法院认为条约中的私法内容条款具有直接适用的效力。^⑮再如,部分条约本身不允许直接适用。1994年12月,欧洲理事会通过了《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》,该决定的序言直接表明,成员国法院不得援引世界贸易组织的协定及其附件作为裁判的依据。

笔者认为,从已纳入一国国内法律体系的条约层面出发,无论是个别转化法下的直接适用和间接适用,还是整体纳入法下的自执行条约和非自执行条约,在实务的适用效果上并没有较大的差异,更值得关注的是直接适用和间接适用的区分标准。

(二)私法性质条约在我国以直接适用为主

对于调整涉外民商事关系的条约,我国一般采用直接适用方式,在立法上大致可分为两种类型。其一,对于条约调整的事项直接适用条约规定,不考虑国内法是否与条约相一致或者冲突,但我国声明保留的除外。例如,《海商法》第208条第2款和第3款、《著作权法》第2条第2款、《专利法》第62条。其二,对于条约规定与国内法规定不一致时,国际条约优先适用,两者一致时,适用国内法。例如,原《民法通则》第142条第2款、《民用航空法》第184条、《票据法》第95条、《海商法》第268条第1款。

在司法实务中。笔者通过北大法宝案例库和中国裁判文书网检索,我国法院直接适用的条约总数

已达到了33件。^⑯其中,由于受到实务中涉外案件类型与焦聚类别的差异、我国国内法与条约的现实契合程度、法官对条约司法适用的理解等诸多因素的影响与制约,各条约司法适用的情况均有差异。

随着经济全球化的拓深和我国“一带一路”倡议的深入推进,条约在我国的司法适用必然更加频繁,尤其是私法性质条约主要调整的是私主体之间的权益,并不直接调整国家间或国家与国际组织之间的利益,直接适用方式成为此类条约的主要司法适用路径。同时,国际条约私法化也得到进一步延拓,很有必要在上文基础上探讨条约对于国内民商事案件适用的可能及相关路径。

(三)条约对我国非涉外民商事案件的直接适用

学理和实务对于涉外民商事案件可直接适用相关条约并无争议,但就非涉外民商事案件而言,长期存在可否直接适用条约的争议。当前主要有三种学说:其一,否定说。该说认为国际条约仅调整涉外民商事案件,非涉外民商事案件由国内法调整。^⑰其二,肯定说。该说认为在与条约调整的范围不冲突的情形下,条约可直接适用于非涉外民商事关系。^⑱其三,折中说。该说认为国家对于条约是否可适用于非涉外民商事案件享有自主选择权。^⑲

条约的适用范围通常是缔约国在条约中自行约定,但部分条约许可缔约国进行保留。目前私法性条约对适用范围的规定大体可分为三类:第一类是条约适用范围较广,并不限于涉外民商事案件。例如,《1972年国际海上避碰规则》第1条第1款规定该规则的适用延及公海和连接公海的水域上的所有船舶;《2001年国际燃油污染损害民事责任公约》的适用范围也仅以缔约国的领土和专属经济区为地域限制,并不涉及涉外因素。第二类是条约明确限于涉外民商事案件,较为典型的是《联合国国际销售合同公约》。该公约第1条第1款确定的适用范围以营业地在不同国家,且这些国家是公约缔约国或者是依据冲突规则指向适用某一缔约国法律的国家。第三类是规定可适用于非涉外民商事案件,但允许缔约国对此保留。例如,《1989年国际救助公约》第30

条允许缔约国对于在内陆水域发生的救助作业,如涉及非涉外民商事案件,可以保留。我国加入该公约时并没有对该条予以保留。故而,从条约本身的内容来看,除明确限定为涉外民商事关系外,存在适用于非涉外民商事关系的解释空间。

需要指出的是,原《民法通则》第142条第2款规定了在涉外民商事案件中国际条约优先适用规则,长期以来该款被认为是国际条约仅适用于涉外民商事关系的重要论据。笔者认为,对该款并不适宜进行反面解释。首先,从立法目的看,该款仅是就涉外民商事关系的法律适用进行规定,而不是针对条约的适用范围,同时,该款并未规定非涉外民商事关系的法律适用,更没有将非涉外民商事关系排除在条约的适用范围之外。其次,如将该款作为我国主张非涉外民商事关系不适用条约的实定法依据,那么条约自身对适用范围规定的效力会受到质疑。尤其是对上述第一类和第三类条约规定的适用范围而言,缔约国可在缔约时对相关条款进行保留,这样可减少条约与国内法的适用冲突。最后,在我国司法实务中,《1972年国际海上避碰规则公约》不仅直接适用于国际海上船舶碰撞事故,而且还直接适用于国内海上船舶碰撞事故。由于该公约的适用范围为公海和连接公海的一切水域中的船舶,我国对公约的保留是我国非机动船不在其适用范围。故而,可合理认为非涉外船舶的碰撞属于保留范围以外事项,是可以直接适用该公约的。是故,条约在非涉外民商事案件中的适用,在司法实践得到了突破和发展,此与基于原《民法通则》第142条第2款的反面解释结果明显不符。

四、条约司法适用的核心:条约的法律位阶

条约在司法适用时必然会面临裁判依据的位阶问题,这需要在国内法源层面确立条约的法律效力。我国《宪法》并没有对条约的法律效力做出明确规定,作为规定各法源法律位阶的重要宪法性法律《立法法》在这一方面也是空白。^⑩学理和实务对条约的法律位阶长期存在争议,但从我国涉外民商事案件的条约适用实务上看,我国长期坚持条约优先

于法律的立场。

(一)国际条约的位阶不宜比照国内法的位阶确立

有学者认为,应根据缔结机构的国内法地位以确定其所缔结国际条约的法律位阶。^⑪笔者认为,国际法与国内法分属两个不同的法律体系,在将条约并入国内法体系时,应充分关注条约的国际法属性,不宜比照国内法的位阶确定国际条约的效力。

一方面,从国内法对条约缔结权限的划分上看,虽然代表我国对外缔结条约的国家机构具有多元性,但均为我国法律授权许可的国家机构,条约缔结权实际是统一的。

就国务院部委而言,其可就本部门职权范围内的事项以我国部门政府名义对外缔结条约,对外享有条约缔结权。但国务院部委缔结条约通常需要与外交部会商,外交部的意见具有重要的影响,进言之,如涉及重大问题或者干涉其他部委职权范围问题,更须报请国务院决定。故而,国务院部委的条约缔结权实为国务院授权范围内的条约缔结权,并不能理解为其享有单独的缔结权。依据《宪法》第89条第9项和《缔结条约程序法》第8条第1款,国务院可在应由全国人大常委会批准的“条约和重要协定”范围之外,以我国政府名义对外缔结条约,并享有此类条约的核准权,具有特定事项范围内的条约缔结权。需要指出的是,2017年国务院发布了《缔结条约程序法实施条例(征求意见稿)》,其中第5条和第6条以“应当”一词进一步区分了以我国名义和我国政府名义缔结条约的具体事项范围,第17条列举了由全国人大常委会批准的“条约和重要协定”具体事项,第17条的事项范围广于第5条,特别是将与我国法律有不同规定和需要制定新法律的条约明确为须由全国人大常委会批准的事项。由此可知,全国人大常委会条约批准权和国务院条约核准权对应的事项范围,主要系基于各自在国内法立法权限的范围所做的划分,并且将与国内法冲突或需要制定新法律的条约缔结权上收为全国人大常委会行使,祛除了国务院以缔结条约方式而间接取得法律立法权的情

形。“缔约权是国家主权的内容之一”^②，缔约权是国家的最高权之一，缔约权统一于国家，依缔约权的行使而缔结的条约均为国家缔结的条约，缔结后各条约的国内法位阶难以依据缔结机构在国内法上的立法地位而定。例如，《联合国国际货物销售合同公约》是由国务院核准的，但在司法实务中，除涉及我国的保留事项和当事人明确排除该公约外，公约是优先于国内民事法律适用的。

另一方面，从国际法层面看，依国内法授权对外缔结条约的相关国家机构，均为条约缔结国的有权签署方，条约并不因一国签署机构的不同而产生不同的法律效力，条约约定的权利和义务均由签署机构所代表的国家享有和承担。

根据《缔结条约程序法》第4条规定，除“中华人民共和国”“中华人民共和国政府”“中华人民共和国政府部门”3项名义外，其他国家机构或组织并非我国缔结条约的授权单位，其签订的所谓“条约”或“协定”并不能产生国际法上条约的法律效力。区分条约缔结主体的意涵在于明确条约在我国的具体生效方式，即根据条约的内容，以批准、核准或决定的方式接受条约的拘束，此亦与《维也纳条约法公约》第2条和第11条的内容相符。条约的国际法属性和法律效力也不会因为缔结主体不同而各异。

由此，条约在国内法的法律位阶不宜比照国内法位阶，国内法位阶比照易泛化为以国内上位法否定条约的效力，矮化条约的国际法属性，违反条约必须信守的国际法义务。

(二) 涉外民商事领域中条约优先适用规则的证成

在涉外民商事领域，原《民法通则》《海商法》《民用航空法》《民事诉讼法》等相关法律中均确立了国际条约优先适用规则。虽然在《民法典》颁行后，原《民法通则》第142条第2款失效，而《民法典》中并没有规定国际条约优先适用规则，但不能理解为《民法典》否定了该规则。因为《民法典》的编纂是分为两个阶段，第一阶段是制定《民法总则》，第二阶段是制定物权、合同、侵权等各分编。按照早期立法设想，

可将涉外民事关系法律适用法纳入《民法典》作为其中一编，如此可以将国际条约优先适用规则设置在该编。于此，在《民法总则》制定时并未考虑国际条约与国内法的适用关系问题。然而，在《民法典》编纂的第二阶段，学界和实务的关切聚焦至人格权是否应当成编的问题上，赞成人格权成编的学者和实务人士将“等”字解释为“人格权编”，最后立法者采纳了此建议，人格权终成编入典。至此，立法时间已不能等待涉外民事关系法律适用法入典的工作，《民法典》并没有按原初计划纳入涉外民事关系编，而《民法典》的颁行也使得《民法通则》失效，原《民法通则》第142条的内容成为民法现行法的空白地带。2022年1月，最高人民法院《全国法院涉外商事海事审判工作座谈会会议纪要》第18条规定：“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约对涉外民商事案件中的具体争议没有规定，或者案件的具体争议涉及保留事项的，人民法院根据涉外民事关系法律适用法等法律的规定确定应当适用的法律。”依此，法院在涉外民商事案件的准据法选择中，应首先排除我国缔结或参加的国际条约存在相关规定，或者确认我国对案涉具体事项存在保留后，方可依据我国的冲突规范选择准据法。该条系从反面阐释了国际条约优先适用规则。

职是之故，《民法典》并未规定国际条约优先适用规则是基于体系的考量，而并非否定该规则。司法实务中仍采用国际条约优先适用规则，学界也从解释论和立法论视角证成民法典时代我国依然坚持国际条约优先适用规则。^③

由于我国并未在上位法中明确国际条约优先适用规则，谨慎而言，我们可以认为在民商事领域条约已成为我国民法体系的组成部分，其法律效力优于国内民商事法律。但是，如要将此结论类推到其他领域，并不恰当，仍需要得到宪法性法律的明晰肯认。

五、统筹推进国内法治和涉外法治背景下国际条约司法适用制度的完善

从国际条约司法适用视角来看，统筹推进国内

法治和涉外法治的内在要求是既关注国家履行条约的国际法层面义务,又须结合国家自身的法律体制并考量条约司法适用的实践,在条约必须信守原则下,妥善运用国家主权范围的自决权力,推进并完善我国国际条约的司法适用制度。

(一)宜在宪法性法律中明确条约的国内法位阶

长期以来,条约与国内法的关系未能在宪法和宪法性法律中得到明确,给下位法立法和司法实践设置了诸多障碍。尽管在涉外民商法领域已确立条约优先适用规则,但也易发生新法的条约适用规则缺位现象,如《民法典》的相关规则空白。实践中,法院多使用法律解释方法谨慎适用条约,这对于涉外法治的推进来说,弊端明显。因为评价国际营商环境的重要指标是该国的国内和国际法治体系的协调状况,条约必须信守早已成为国际习惯,我国亟需在上位法中落实此项原则。

考虑到宪法更强调稳定性,其修改难度高于宪法性法律,建议可在《立法法》修订时明确“中华人民共和国缔结或参加的条约或协定是我国法律体系的重要组成部分,在我国国内具有高于除宪法之外的其他法律的效力,但条约和协定自身另有规定或我国声明保留的除外。”

(二)完善我国适用条约的司法解释

在2014年10月党的十八届四中全会第二次全体会议的讲话中,习近平总书记提出“坚持立法先行,坚持立改废释并举”^⑧的重要理论观点。2015年3月修订的《立法法》将司法解释纳入其规制范围,司法解释成为中国特色社会主义法律制度的重要组成部分,统筹推进国内法治和涉外法治必然对司法解释提出更高的质量要求,尤其在条约的国内司法适用领域,司法解释更是起着关键作用。依据《立法法》第104条,司法解释系指“两高”可就审判、检察工作中如何具体应用法律进行解释,该解释在司法领域具有普适性。然而,学界和实务对司法解释的属性未能形成有效共识。部分学者认为,司法解释系司法权的组成部分,在某些领域的司法解释已逾越法律的界限,异化为立法属性,并不利于司法解释的

良性发展。^⑨部分学者认为,司法解释属于授权性立法的一类,具有应然的立法属性,^⑩抑或认为《立法法》“委婉认可司法机关对于立法权的分享”^⑪。笔者认为,“一刀切”的定性并不能充分阐释司法解释的属性,宜根据具体的司法解释内容予以讨论。司法解释可分为“法条解释型”和“漏洞补充型”两类,前者系对具体法律条文的应用进行分析和释义,属于司法权的行使;后者系对法律漏洞的补充,表现为续法和造法功能,具有授权立法属性。是故,最高人民法院宜基于司法解释的两种属性,在不违背立法目的、原则和原意的前提下,完善条约司法适用的相关司法解释,以妥当诠释条约与国内法、填补法律漏洞。

1. 宜明确直接适用条约和间接适用条约的区分标准

如上文所述,虽然部分法律对于条约可否直接适用已有规定,但基本上是对涉及部分领域条约适用的原则性规定,并未基于条约自身内容而明确区分标准。直接适用条约和间接适用条约的区分属于漏洞填补范围,在法律未规定时,需要司法解释予以补充确定。故而,最高人民法院可考虑“区分标准原则规定+正面清单模式”,具体如下:(1)条约自身规定须由缔约国以国内立法方式转化执行的,为间接适用条约。(2)条约内容抽象不宜作为法院裁决依据的,为间接适用条约。(3)条约内容具体且可据以确定自然人、法人或非法人组织具体权利义务的,为直接适用条约。(4)如不能确定条约为直接适用条约的,应推定为间接适用条约。

需要指出的是,上述区分是就条约自身的性质而言,这并不等同于在具体案件涉及条约适用时,如相关条约属于直接适用条约,法院便必须适用。因为从我国涉外民商事案件的司法实务来看,在条约与国内法内容相当情形下,仍宜适用国内法,而在条约与国内法发生冲突时,条约优先适用。

2. 宜明确解释一致原则及其具体运用规则

就司法裁判而言,法官对具体法条的解释是法律适用的前提。解释一致原则的基本含义是在推定

国内法与条约不相抵触、推定国内法符合条约所要求的国内规则的前提下,如对国内法有不同解释时,应选择不与条约规定相抵触的解释。^⑨我国法律并未对此做出规定,而2002年10月1日施行的《最高人民法院关于审理国际贸易行政案件若干问题的规定》第9条规定了解释一致原则。该司法解释将解释一致原则适用领域限于国际贸易行政案件,属于原则性规定,并未阐释解释一致原则的具体运用规则,亟待完善。故而,解释一致原则及其具体运用规则宜在司法解释中得到进一步明确,具体如下:

(1)在涉及条约司法适用的案件中,如条约与法律有不同规定,应基于条约必须信守原则,先采用解释一致原则处理,但对法律的合理解释不能违反立法目的和立法原意。(2)人民法院审理涉外案件所适用的法律的具体条文存在两种或两种以上的合理解释,应当优先选择与我国缔结或参加条约的相应规定不抵触的解释。(3)人民法院审理涉外案件所适用的法律的具体条文含义不清,应当依照我国缔结或参加条约的相应规定的含义予以解释。(4)人民法院审理涉外案件所适用的法律的具体条文规定较为抽象,而我国缔结或参加条约的相应规定较为明确、具体,可依照条约的具体规定处理。(5)人民法院审理涉外案件时,我国相关法律没有相应规定,而条约有具体规定,如果条约具体规定并不违背该法律的立法目的、立法原意,可依照条约的具体规定处理,并将我国法律解释为与条约不相冲突。(6)人民法院审理涉外案件时,我国相关法律有具体规定,而条约没有规定,如果我国法律并不违背条约的立法目的、立法原意,可依照我国法律具体规定处理,并将我国法律解释为与条约不相冲突。(7)人民法院审理涉外案件时,如涉及自治条例或单行条例所做的变通规定,如该变通规定与相应条约的立法原则、立法目的不存在明显抵触,应将其解释为不违反条约的规定。

3. 宜逐步完善非涉外案件中适用条约的规则

非涉外案件适用条约的难点在于需系统梳理我国缔结和参加的条约和协议,明确可以适用于非涉外案件的条约,建立相应的动态清单。在相关司法

解释出台前,可明确适用于非涉外案件条约的选择条件,该选择条件可抽象些,以赋予承办法官较大的自由裁量权,通过案例积累,将实践中争议较小的条约纳入动态清单,完善在非涉外案件中适用条约的司法解释,目前相应规则可明确为“条约未排除适用于缔约国非涉外案件且我国对此未声明保留的,当事人以该案件不具有涉外因素为由主张排除条约适用的,人民法院不予支持,但我国法律另有规定的除外。”

(三)完善我国条约司法适用的指导性案例制度

“通过统筹推进国内法治和涉外法治,加强国内治理经验向国际的传导,加强与各国在法治领域的交流合作,有利于促进国际法治发展,实现共赢共享。”^⑩我国是大陆法系国家,以成文法为法源,但在大陆法系与英美法系相互融合趋势下,我国初步建立了有中国特色的国家判例制度,即“两高”的指导性案例制度。^⑪此与英美法系通过法官造法而生成的“遵循先例”制度存在本质差异。最高人民法院的指导性案例并非法源,但对类案而言,具有“应当参考”的效力。具言之,法官不能以指导性案例作为裁判依据,而应当以指导性案例中的裁判依据作为本案的裁判依据,如不参照指导性案例,则须在判决书中进行充分的说理。^⑫指导性案例制度是统筹推进国内法治和涉外法治的部分成果,是国内治理的有益经验,有助于构建统一法律适用的国际法治环境,但在条约司法适用场域的判例嵌入指导方面仍存在不足。

截至2022年12月31日,最高人民法院共发布了34批191个指导案例,涉及民事、刑事和行政各领域,仅有2个案例涉及适用条约^⑬。究其原因,可能是指导性案例的遴选对于条约司法适用关注度较低。因为在司法实务上,尽管条约司法适用案例相对不多,但各级法院仍有不少案例入选各省市的典型案例,为“一带一路”建设提供司法服务和保障的典型案例或者公报案例。然而,鉴于最高人民法院发布的指导案例对于统一法律适用标准、指导下级法院审理案件、克服成文法的滞后性等方面均具有重要

的作用,^⑧上述典型案例并不具有处理类案“应当参照”的法律效力,在完善我国条约司法适用的功用上远不及指导性案例。笔者建议,最高人民法院一方面可考虑将现有的条约司法适用典型案例提升为指导性案例,以补缺现有相关指导性案例的数量不足;另一方面宜加大对条约司法适用指导性案例的遴选力度,如设立该类指导性案例每年遴选比例的最低线。

六、结语

我国已深度融入国际市场并持续推进经济全球化进程,与各国的交往日益频繁。毋庸置疑,国际条约在国内裁判中适用的概率和重要性已得到明显增强。我国长期司法实践表明,条约已成为我国法律体系的组成部分、民商事领域中条约一般采用直接适用方式、部分非涉外民商事案件可以直接适用条约以及民商事领域的条约效力优于法律,但上述实践仍存在规则不明晰,没有上位法支撑的被动局面,不利于营商环境的构建。在统筹推进国内法治和涉外法治思想的指导下,完善我国条约的司法适用,将助力推动我国建立现代化法治国家的进程。

注释:

①参见张胜军:《全球深度治理的目标与前景》,载《世界经济与政治》2013年第4期,第65-74页。

②参见张文显:《推进全球治理变革,构建世界新秩序——习近平治國理政的全球思维》,载《环球法律评论》2017年第4期,第5-20页。

③参见黄进:《习近平全球治理与国际法治思想研究》,载《中国法学》2017年第5期,第17-21页。

④参见《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度,推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》,2019年10月31日中国共产党第十九届中央委员会第四次全体会议通过。

⑤参见《中华人民共和国国民经济和社会发展第十四个五年规划和2035年远景目标纲要》,2021年3月10日第十三届全国人民代表大会第四次会议通过。

⑥参见中国国际私法学会课题组:《习近平法治思想中的

国际法治观》,载《武大国际法评论》2021年第1期,第2-3页。

⑦参见黄惠康:《统筹推进国内法治和涉外法治》,载《学习时报》2021年1月27日02版。

⑧参见黄进:《强化涉外司法审判工作促进涉外法治体系建设》,载《人民法院报》2021年7月28日02版。

⑨有学者进一步认为,司法管辖权、立法管辖权和执行管辖权是构成全球治理的三类治理权,国内法院可基于司法审判活动分配上述治理权,显然国内法院亦为全球治理的基本主体。参见霍政欣:《论全球治理体系中的国内法院》,载《中国法学》2018年第3期,第272-278页。

⑩参见李浩培:《条约法概论》,法律出版社1987年版,第380页。

⑪参见赵建文:《国际条约在中国法律体系中的地位》,载《法学研究》2010年第6期,第190-191页。

⑫参见王铁崖:《中国与国际法——历史与当代》,载邓正来主编:《王铁崖文选》,中国政法大学出版社1993年版,第386页。

⑬参见《人民日报》(海外版),1991年11月16日,第4版。

⑭参见刘楠来:《国际条约的适用与我国法制的完善》,载中国社会科学院社会政法学部:《科学发展、社会和谐——构建社会主义和谐社会的理论与实践》,中国社会科学文献出版社2007年版,第278页。

⑮参见李浩培:《条约法概论》,法律出版社1987年版,第322页。

⑯具体为《联合国国际货物销售合同公约》《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》《保护录音制品制作者防止未经许可复制其录音制品公约》《保护工业产权的巴黎公约》《世界版权公约》《与贸易有关的知识产权协议》《商标国际注册马德里协议》《商标国际注册马德里协议有关议定书》《统一国际航空运输某些规则的公约(1929)》《修订1929年10月12日在华沙签订的统一国际航空运输某些规则的公约的议定书》《统一国际航空运输某些规则的公约(1999)》《中华人民共和国政府和美利坚合众国政府海运协定》《国际铁路货物联运协定》《1972年国际海上避碰规则公约》《2001年燃油污染损害民事责任国际公约》《承认及执行外国仲裁裁决公约》《中华人民共和国和俄罗斯联邦关于民事和刑事司法协助的条约》《濒危野生动植物种国际贸易公约》《关于在航空器内的犯罪和其他某些行为的公约》《关于制止非法劫持航空器的公约》《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》《国

际公路货物运输合同公约》《1924年关于统一提单的某些法律规定的国际公约》《1969年国际油污损害民事责任公约》《1969年国际油污损害民事责任公约的1976年修正议定书》《1969年国际油污损害民事赔偿责任公约1992年议定书》《联合国国际汇票和国际本票公约》《建立工业品外观设计国际分类洛迦诺协定》《1974年国际海上人命安全公约》《中华人民共和国和意大利共和国关于民事司法协助的条约》《中华人民共和国和法兰西共和国关于民商事司法协助的协定》《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》《中华人民共和国政府和美利坚合众国政府关于对所得避免双重征税和防止偷漏税的协定》。

①⑦参见宋建立:《国际条约国内适用的若干问题》,载《人民司法》2015年第5期,第53-54页。

①⑧参见徐锦堂:《关于国际条约国内适用的几个问题》,载《国际法研究》2014年第3期,第75页。

①⑨参见万鄂湘、余晓汉:《国际条约适用于国内无涉外因素的民事关系探析》,载《中国法学》2018年第5期,第17-18页;王勇:《论我国法院在非涉外案件中直接适用条约的证成与完善》,载《法学杂志》2021年第5期,第56-69页。

①⑩《立法法》制定期间,有学者建议应规定条约的法律位阶,但由于未达成共识,并未被采纳。参见司玉琢、朱曾杰:《有关海事国际公约与内国法关系的立法建议》,载《中国海商法年刊(1999)》,大连海事大学出版社2000年版,第5页。

①⑪参见车丕照:《〈民法典〉颁行后国际条约与惯例在我国适用》,载《中国应用法学》2020年第6期,第12-13页。

①⑫钱其琛:《关于〈中华人民共和国缔结条约程序法(草案)的说明〉》,载全国人大网 http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2000-12/27/content_5002493.htm,最后访问日期2021年10月6日。

①⑬参见王玫黎:《民法典时代国际条约地位的立法模式》,载《现代法学》2021年第1期,第205-209页。

①⑭习近平:《加快建设社会主义法治国家》,载《求是》2015年第1期,第5页。

①⑮参见陈甦:《司法解释的建构理念分析——以商事司法解释为例》,载《法学研究》2012年第2期,第17-18页。

①⑯参见聂友伦:《论司法解释的立法性质》,载《华东政法大学学报》2020年第3期,第142-145页。

①⑰参见朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2016年版,第38页。

①⑱参见[英]詹宁斯、瓦茨修订:《奥本海国际法》,王铁崖等译,中国大百科全书出版社1995年版,第46页。

①⑲张鸣起:《坚持统筹推进国内法治和涉外法治,助力构建人类命运共同体》,载民主与法制网 http://www.mzyfz.com/html/2293/2021-11-02/content_1530304.html,最后访问时间:2022年12月3日。

①⑳“两高”的指导性案例制度核心在于指导性案例的法律效力。“两高”均在2010年制定了关于案例指导工作的规定,其中,最高人民法院将指导性案例作为各级法院类案审判时应当参照的案例,而最高人民检察院将指导性案例作为各级检察院类案处理时可以参照的案例。其后,最高人民检察院在2015年将可以参照修改为参照,于2019年明确指导性案例具有应当参照效力。

㉑参见梁慧星:《读条文,学民法》(第二版),人民法院出版社2017年版,第21页。

㉒指导案例51号:阿卜杜勒·瓦希德诉中国东方航空股份有限公司航空旅客运输合同纠纷案,该案适用了《经1955年海牙议定书修订的1929年华沙统一国际航空运输一些规则的公约》第19条、第20条和第24条第1款,以及《统一非立约承运人所作国际航空运输的某些规则以补充华沙公约的公约》第7条。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,该案适用了《联合国国际货物销售合同公约》第1条和第25条。

㉓参见赵骏、张丹丹:《最高人民法院与条约司法适用机制的完善》,载《浙江大学学报(人文社会科学版)》2017年第2期,第99-100页。